

**T.C.
ERZİNCAN ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**TÜRK CEZA HUKUKUNDA GÖÇMEN
KAÇAKÇILIĞI SUÇU (TCK m.79)**

Doktora Tezi

MEHMET SAYDAM

**Danışman
Doç. Dr. Ayhan DÖNER
Prof. Dr. Mahmut KOCA (II. Danışman)**

Erzincan, 2015

TEZ BİLDİRİMİ

“**Türk Ceza Hukukunda Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK m.79)**” isimli “**Doktora**” tezim tarafımda intihal programı ile incelenmiştir. Buna göre tezimde bilimsel etik ihlali ve intihal olarak nitelendirilebilecek herhangi bir durum olmadığını taahhüt ederim.

Bu çalışmadaki tüm bilgilerin, akademik ve etik kurallara uygun bir biçimde elde edildiğini; aynı zamanda bu kural ve davranışların gerektirdiği gibi, bu çalışmanın özünde olmayan tüm materyal ve sonuçları tam olarak aktardığımı ve referans gösterdiğimi beyan ederim.

Mehmet SAYDAM

TEZ KABUL TUTANAĞI

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu çalışma, Kamu Hukuku Anabilim Dalının Kamu Hukuku Bilim Dalında jüriimiz tarafından **Doktora** Tezi olarak Kabul edilmiştir.

Danışman / Jüri : Doç.Dr. Ayhan DÖNER



II.Danışman/Jüri : Prof. Dr. Mahmut KOCA



Jüri : Prof.Dr. Nihat BULUT



Jüri : Prof.Dr. Sururi AKTAŞ



Jüri : Doç.Dr. M. Emin RUHİ



TÜRK CEZA HUKUKUNDA GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇU (TCK M.79)

Mehmet SAYDAM

Erzincan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü

Doktora Tezi, Aralık 2015

**Tez Danışmanı: Doç. Dr. Ayhan DÖNER
Prof. Dr. Mahmut KOCA (II. Danışman)**

ÖZET

Günümüzün önemli bir problemi olan yasadışı göç, çoğunlukla ülkelerindeki ekonomik sıkıntılar, kuraklık, sel, deprem gibi doğa olayları, siyasi istikrarsızlıklar, iç karışıklıklar ve savaş nedenleriyle ortaya çıkıp artmaktadır. Yasadışı göç nedeniyle uluslararası toplum düzeni ve ülkelerin sosyal yapıları ile sınır güvenlikleri tehdit edilmektedir. Bu bağlamda farklı uluslararası sözleşme ve protokollerle bu problemin önüne geçilmeye çalışılmıştır. Bunların en önemlileri Türkiye'nin de imzalamış olduğu "Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin 1951 Tarihli Cenevre Sözleşmesi" ve "Bu Sözleşmeye Ek 1967 Tarihli Protokol'ü" ile "Sınırı Aşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesine Ek, Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol" dür.

Uluslararası yükümlülükler ve göçmen kaçakçılığının ülkemiz bakımından önlenmesi amacıyla 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 79. maddesinde "Göçmen Kaçakçılığı Suçu" düzenlenmiştir. Kanunun "Özel Hükümler" başlıklı İkinci Kitabının, "Uluslararası Suçlar" başlıklı Birinci Kısımında düzenlenmiştir. Seçimlik hareketli bir suç olarak düzenlenen göçmen kaçakçılığı, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek amacıyla işlenebilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Göçmen, Mülteci, Yabancı, Göçmen Kaçakçılığı, İnsan Ticareti

THE MIGRANT SMUGGLING IN TURKISH CRIMINAL LAW

Mehmet SAYDAM

Erzincan University, Social Sciences Institute

Doctoral Thesis, December 2015

Advisor: Assoc. Prof. Dr. Ayhan DÖNER

Prof. Dr. Mahmut KOCA (co- advisor)

ABSTRACT

Illegal immigration that is important issue in nowadays has showed up and increased due to mostly economic problems, drought, flood, earthquake, political instability, domestic conflicts and war in given countries. International social order, national social structures and border security are under threat by the reason of illegal immigration. In this context, this problem is tried to be solved through different international agreements and protocols. Most important agreements which is signed by Turkey among these are “1951 Convention Relating to the Status of Refugee”, “1967 Protocol Relating to the Status of Refugees” and “Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime”.

The migrant smuggling crime is enacted in Article 79 of 5237 nu Turkish Criminal Code in order to prevent migrant smuggling within the Turkey and to meet international obligations. This crime is located at first chapter that is titled International Crimes of the Code's second section that is called Special Provisions. The migrant smuggling that is laid down as alternative acted crime can be acted in order to afford advantages directly or indirectly.

Anahtar Kelimeler: Immigrant, Refugee, Alien, Migrant smuggling, Human Trafficking

İÇİNDEKİLER

TEZ BİLDİRİMİ.....	I
TEZ KABUL TUTANAĞI.....	II
ÖZET	III
İÇİNDEKİLER	V
KISALTMALAR.....	X
GİRİŞ.....	1

BÖLÜM I

GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇUNA İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR, ULUSLARARASI BELGELERDE VE MUKAYESELİ HUKUKTA GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇU

I. TEMEL KAVRAMLAR.....	4
A. Göç (Migration) Kavramı.....	7
1. Göçün Nedenleri.....	10
2. Göçün Sınıflandırılması.....	12
B. Yabancı (Alien)	14
C. Türk Vatandaşı	16
D. Göçmen (Immigrant).....	23
E. Mülteci (Refugee).....	25
F. Sığınma ve Sığınmacı (Asylumseeker).....	30
G. Vatansız (Stateless Person)	33
H. Kaynak-Transit-Hedef Ülke	36
I.Örgütlü Suç (Organize Suç).....	37

İ. Kanuni Düzenlemedeki Yabancı Kavramına İlişkin Değerlendirme	43
II. ULUSLARARASI BELGELERDE GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI.....	43
A. Genel Olarak	43
B. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi.....	44
C. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	45
D. Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin 1951 Tarihli Cenevre Sözleşmesi ve Bu Sözleşmeye Ek 1967 Tarihli Protokol.....	46
E. Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi.....	48
F. Sınırı Aşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesine Ek, Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol.....	50
G. Avrupa Birliğinin Birliğe İzinsiz Giriş, Transit Geçişi, İkameti Kolaylaştıran Fiilleri Önlemeye Yönelik Cezai Çerçevenin Güçlendirilmesi Hakkında 28 Kasım 2002 Tarihli Çerçeve Kararı ve 2002/90 EC sayılı Direktifi	54
III. BAZI ÜLKE MEVZUATLARINDA GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇU.....	56
A. Almanya	56
B. Amerika Birleşik Devletleri	61
C. İtalya	69
D. İngiltere	72
E. İspanya.....	76

BÖLÜM II

TÜRK CEZA KANUNUNDA GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇU

I. SUÇ TİPİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER	80
II. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER.....	86
III. SUÇUN UNSURLARI.....	90
A. Suçun Maddi Unsurları	91

1. Fail.....	92
2. Mağdur	94
3. Suçun Konusu.....	98
4. Hareket (Fiil)	101
a) Bir Yabancıyı Yasal Olmayan Yollardan Ülkeye Sokmak	105
b) Yabancıнын Yasal Olmayan Yollardan Ülkede Kalmasına İmkan Sağlama.....	112
c) Türk Vatandaşı veya Yabancıнын Yasal Olmayan Yollarla Yurt Dışına Çıkmasına İmkan Sağlamak	122
5. Netice.....	129
B. Suçun Manevi Unsurları.....	131
1. Genel Olarak.....	131
2. Doğrudan Doğruya veya Dolaylı Olarak Maddi Menfaat Elde Etmek Maksudı	133
C. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru	136
IV. SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ	144
A. Suçun Örgüt Faaliyeti Çerçevesinde İşlenmesi.....	146
B. Göçmen Kaçakçılığı Suçunun Kaçak Göçmenlerin Hayatları Bakımından Bir Tehlike Oluşturması	151
C. Göçmen Kaçakçılığı Suçunun Kaçak Göçmenlerin Onur Kırıcı Bir Muameleye Maruz Bırakılarak İşlenmesi	153
V. KUSURLULUK	156
VI. TEŞEBBÜS	158
VII. İŞTİRAK	168
VIII. İÇTİMA	174

IX. TCK’NIN 79. MADDESİNDE DÜZENLENEN GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇUNUN PROTOKOL HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ	183
--	-----

BÖLÜM III

GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇUNUN BENZER SUÇLARDAN AYRIMI, YAPTIRIM VE MUHAKEME USULÜ

I. GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇUNUN BENZER SUÇLARDAN AYRIMI	194
A. İnsan Ticareti Suçu	194
B. Fuhuş Suçu	205
C. Dolandırıcılık Suçu	208
D. Pasaport Kanununda Bulunan Düzenleme İle Karşılaştırılması	213
II. YAPTIRIM	218
A. Genel Olarak	218
B. Cezalar	219
C. Güvenlik Tedbirleri	222
1. Genel Olarak	222
2. Müsadere	223
a) Eşya Müsaderesi	224
b) Kazanç Müsaderesi	228
3. Tüzel Kişiler Hakkında Güvenlik Tedbirleri	230
III. MUHAKEME USULÜ	232
A. Soruşturma ve Kovuşturma Usulü	232
B. Yetkili Mahkeme (Yer Bakımından Yetki)	234
C. Görevli Mahkeme (Madde Bakımından Yetki)	237

D. Dava Zamanaşımı.....	239
E. Yurt Dışında İşlenen Göçmen Kaçakçılığı Suçunun Türkiye’de Kovuşturulması	240
SONUÇ	242
KAYNAKÇA.....	255

KISALTMALAR

AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜSBE	: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bkz	: Bakınız
BMMYK	: Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği
C	: Cilt
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
ÇASÖMK	: Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu
Çev	: Çeviren
DEÜ	: Dokuz Eylül Üniversitesi
DÜSBE	: Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
E	: Esas
ET	: Erişim Tarihi
HPD	: Hukuki Perspektifler Dergisi
İÜ	: İstanbul Üniversitesi
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜSBF	: İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
K	: Karar
MÜHF	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
MÜSBE	: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
p	: Page
S	: Sayı
s	: Sayfa

SBE	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
UÜSBE	: Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
vd	: ve devamı
Y	: Yıl
YD	: Yargı Dünyası
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
YÖK	: Yüksek Öğretim Kurulu
YÜHF	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YYLT	: Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi

GİRİŞ

Küreselleşme, iletişim teknolojilerinin gelişmesine ve bu gelişmelerin dağılımına neden olduğu gibi, bilgiye ulaşımı da kolaylaştırmıştır. Bunun yanında, insanların dünyanın her köşesine gidebileceklerine olan inançlarını da güçlendirmiştir. Aynı şekilde, daha önce çok uzak ve ulaşılmaz görülen ülkelere gitmek de mümkün hale gelmiştir. Bu bağlamda yaşadığı, vatandaşı olduğu ülkeden çeşitli nedenlerle memnun olmayan kişiler için yer değiştirmek/göç etmek ve yeniden hayata başlamak önemli bir seçenek olarak tercih edilmeye başlanmıştır.

Günümüzde göç olgusu çeşitlilik arz ettiği gibi, göç nedenleri de birden fazladır. Bazen sadece bir macera yaşamak gerekçesiyle göç edilebilmektedir. Ancak çoğunlukla ülkelerindeki ekonomik sıkıntılar¹, kuraklık, sel, deprem gibi doğa olayları, siyasi istikrarsızlıklar, iç karışıklıklar ve savaş nedeniyle göç edilmektedir. Yani insanlar yurtlarını, doğup büyüdüğü, ailelerinin ve akrabalarının bulunduğu toprakları aslında keyfi olarak terk etmemektedirler. Yeni bir hayat, iyi bir yaşam umudu ile çok tehlikeli ve meşakkatli yolculuklar göze alınmaktadır. Gittikleri ve yabancı oldukları ülkelerde birçok problemle karşılaşabilmektedirler. Hatta çaresizlikleri nedeniyle suç örgütlerinin eline düşebilmekte ve özellikle fuhuş, zorla çalıştırma ve organ ticaretine konu olabilmektedirler.

Farklı nedenlerle ülkelerini terk eden ve çoğu zaman hayatlarını ya da ailelerinin hayatını kurtarmak için bunu yapan kişilerin, yasadışı yollara başvurdukları ya da başvurmak mecburiyetinde kaldıkları görülmektedir. Yasadışı göç, bu durumu fırsata çevirmek isteyen suç organizasyonları için önemli bir gelir kapısı haline gelmiştir. İnsan onuru ile bağdaşmayan yöntem ve şekillerde insanlar taşınmakta, yolculuk yapmaktadırlar. Maalesef birçok yolculukta da bunu tercih eden

¹ Göç ve ekonomik nedenler arasındaki bağlantı için bkz. Douglas S. MASSEY/Joaquin ARANGO/Graeme HUGO/Ali KOUAOUCI/Adela PELLEGRINO/J. Edward TAYLOR, Theories of International Migration: A Review and Appraisal, Population and Development Review, Vol. 19, No. 3, 1993, s.436 vd., (s.431-466).

kişiler ölmekte², yaralanmakta veya sakat kalmaktadırlar³. Bunun yanında, yaşam şartlarının iyi olduğu hedef ülkeler, yani göç alan ülkeler ise ekonomik ve sosyal düzenlerinde büyük sıkıntılar yaşamaktadırlar. Özellikle savaş gibi ani gelişen durumlarda savaşın bulunmadığı komşu ülkeler bundan kaçan ciddi göçmen dalgasına yakalanmaktadırlar. Ülkemiz bakımından son iki yılda sadece komşumuz Suriye'den 9 Temmuz 2015 itibariyle gelen mülteci sayısı 1.805.255 tir⁴.

Göç ve göçmen meselesi uluslararası boyutlarda birçok problemi doğurmaktadır. Bu nedenle çeşitli birlik ve sözleşmelerle bunun önüne geçilmeye çalışılmaktadır. Bu bağlamda Türkiye de sözleşmelere ve protokollere imza atmaktadır⁵. Ülkemiz bulunduğu coğrafya nedeniyle Avrupa Birliği ülkelerine geçmek isteyenler için bir geçiş güzergahı ve aynı zamanda hedef ülke konumundadır.

Komşu ülkelerimiz ve yakın bölgelerimizdeki iç karışıklık, ekonomik sıkıntılar, siyasi istikrarsızlıklar ve savaş gibi nedenlerle Türkiye, son derece ciddi göçmen dalgaları ile karşı karşıya kalmaktadır. Bunun önlenmesi için çok önemli hukuki ve siyasi düzenlemeler yapılmış ve yapılmaya devam edilmektedir. Aynı zamanda, Türkiye'ye gelen yabancıların ülkeye yasadışı yollardan girmeleri ve hem de yasadışı olarak ülkeden çıkmaları bakımından çeşitli suç örgütleri ve uluslararası bağlantısı olan kişiler tarafından sömürüldükleri, dolandırıldıkları veya maddi menfaat karşılığında göçmen kaçakçılığı suçuna konu edildikleri anlaşılmaktadır.

Günümüzde sınırlarını korumak, sosyal ve ekonomik düzenini sağlamak için bütün dünyada olduğu gibi, Türkiye de gerekli hukuki düzenlemeleri yapmak

² Umut yolunda 1800 ölüm; BM, bu yıl başından beri Akdeniz üzerinden Avrupa'ya geçmek isterken hayatını kaybeden göçmenlerin sayısının bin 800 olduğunu açıkladı, <http://www.haber7.com/avrupa/haber/1359006-umut-yolunda-bin-800-olum>, E.T. 04.05.2015.

³ Mülteci faciası! 50 kişi ölü bulundu Avusturya 'da bir kamyonda havasızlıktan boğularak ölen 50 mültecinin cesedi bulundu; Ege Denizi'nde 330 göçmen kurtarıldı Sahil Güvenlik Komutanlığı unsurlarınca, Muğla, İzmir ve Çanakkale açıklarında 330 göçmenin kurtarıldığı bildirildi, <http://www.haber7.com/avrupa/haber/1526644-multeci-faciasi-50-kisi-olu-bulundu>, E.T. 27.08.2015.

⁴ <http://www.unhcr.org.tr>, E.T. 18.08.2015.

⁵ Mültecilerin Hukuki Durumuna ilişkin 1951 Tarihli Cenevre Sözleşmesi ve Bu Sözleşmeye Ek 1967 Tarihli Protokol'ü ve Sınırı Aşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesine Ek, Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol'ü gibi.

zorunda kalmıştır. Bu nedenle Türk Ceza Kanununda göçmen kaçakçılığı suçu düzenlenmiştir. TCK'nın 79. maddesi ile yapılan bu düzenlemenin ilk halinde suçun konusu olan kişilerin mağdur olup olmadığı öğretide tartışılmıştır. Bunun yanında suçun teşebbüse elverişli olup olmadığı ve teşebbüs halinin kabul edilmesi halinde dahi tamamlanmış gibi ceza verilip verilmeyeceği öğretisi ve uygulamada tartışılmıştır. Daha sonra 2010 yılında 6008 Sayılı Kanunla 79. maddede değişikliğe gidilerek bu tartışmaları azaltacak şekilde düzenleme yapılmıştır. Bu bağlamda yargı içtihatları da şekillenmiştir.

Türkiye'nin bu kadar büyük göç aldığı ve göçmen sorunu yaşadığı son beş yılda kanun maddesinde yapılan değişiklikler de dikkate alınarak TCK'nın 79. maddesinde düzenlenen göçmen kaçakçılığı suçunun öğretideki tartışmalar ve uygulamada karşılaşılan sorunlar bağlamında incelenmesi ihtiyacı doğmuştur. Bu nedenle, göçmen kaçakçılığı suçunun düzenlemesine ilişkin eksiklik ve sorunların tespitini yapmak ve çözüm önerileri sunmak amacıyla bu çalışmayı hazırlamaya karar verdik.

Çalışma konumuz, Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmiş olan "Göçmen Kaçakçılığı Suçu"dur. Bu çalışma, "Göçmen Kaçakçılığı Suçuna İlişkin Temel Kavramlar, Uluslararası Belgelerde Ve Mukayeseli Hukukta Göçmen Kaçakçılığı Suçu" başlıklı birinci bölüm, "Türk Ceza Kanunu'nda Göçmen Kaçakçılığı Suçu" başlıklı ikinci bölüm ve "Göçmen Kaçakçılığı Suçunun Benzer Suçlardan Ayrımı, Yaptırım ve Muhakeme Usulü"ne ilişkin üçüncü bölüm, sonuç ve kaynakçadan oluşmaktadır.

Sonuç bölümünde çalışmamızın tamamında göçmen kaçakçılığı suçunun düzenlemesinde ve uygulamada tespit ettiğimiz sorunlar ve mukayeseli hukuk dikkate alınarak bu sorunlara ilişkin çözüm önerileri sunulmuştur.

BÖLÜM I

GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇUNA İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR, ULUSLARARASI BELGELERDE VE MUKAYESELİ HUKUKTA GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇU

I. TEMEL KAVRAMLAR

Sosyal bir varlık olarak tanımlanan insan, tek başına yaşayamamakta toplum halinde yaşamaktadır. Toplum halinde olabilmek için de belli kurallara ihtiyaç duyulmaktadır. Bu kuralların başında ise hukuk kuralları gelmektedir⁶.

Ulaşım teknolojisinin gelişmesi ve dünya üzerindeki gelir ve yaşam standardı adaletsizliğinin katlanarak artması, insanların yaşamlarını daha iyi koşullarda sürdürebilmeleri amacıyla kendi topraklarını terk ederek başka coğrafyalara hareket etmelerine neden olmuştur. Göç şeklinde tanımlayabileceğimiz bu hareketlilik hali özellikle 20. yüzyılın başından itibaren artmıştır. 1910'da 1.7 milyarlık dünya nüfusunun yaklaşık 33 milyonu göçmen olarak yaşamaktaydı. Sadece 20. yüzyılın son 30 yılı boyunca 75 milyon insan başka bir yere yerleşmek amacıyla sınırlar ötesine taşınmıştır⁷. BM Mülteciler Yüksek Komiserliğinin⁸ 2015 yılı Haziran ayı raporunda 2014 yılı ve öncesindeki mülteci oranı verilmiştir. Buna göre, 2013 yılının sonunda 51.2 milyon olan mülteci sayısı 2014 yılının sonunda 59.5 milyona yükselmiştir⁹. 9 Temmuz 2015 tarihi itibarıyla sadece Suriyeli mülteci sayısı 4

⁶ Kanun koymak devletin mümtaz bir hakkı olarak karışımıza çıkar, Ali Himmet BERKİ, Hukuk Mantiği ve Tefsir, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O Yayını, Ankara, 1948.

⁷ 2001 yılında 175 milyon insan doğduğu yerin dışında yaşamaktaydı. Bunların 56 milyonu Avrupa'ya, 50 milyonu Asya'ya, 41 milyonu Kuzey Amerika'ya yerleşmişti. Gelişmiş ülkelerde her on kişiden biri göçmenken gelişmekte olan ülkelerde yetmiş kişiden biri bu statüyü taşımaktaydı. Raimo VÄYRYNEN, Illegal Immigration, Human Trafficking, and Organized Crime, Discussion Paper No. 2003/72, UNU/WIDER, Helsinki, 2003 Finland, s.1.

⁸ Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği, 14 Aralık 1950 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kuruldu, <http://www.unhcr.org.tr>, E.T. 18.08.2015.

⁹ United Nations High Commissioner for Refugees, UNHCR Global Trends Forced Displacement in 2014, s.2, bkz. <http://unhcr.org/556725e69.html>, E.T. 18.08.2015.

milyonu geçmiştir. Bunların 1.805.255'i de Türkiye'de bulunmaktadır¹⁰. Hala dünya nüfusunun %4'e yakını göçe tevessül etmektedir¹¹. Yeni umutlarla kendi ülke sınırlarını aşarak başka ülkelere gitmek çeşitli bilgilere ve teknik imkanlara sahip olmayı gerektirmekte, bu durumda üçüncü kişilerin varlığını zorunlu kılmaktadır. Bu gerçek göçmen kaçakçılığı suçunu karşımıza çıkarmaktadır.

Göçmen kaçakçılığı, ülke ve insan güvenliği bakımından¹² önemli bir tehdit olarak günümüz dünyasında büyük bir sorun olarak tartışılmaktadır¹³. Yasadışı göçün nedenlerinden olan iç karışıklıklar, savaşlar, ekonomik ve siyasi nedenler¹⁴ ile bazı Avrupa ülkelerinin göçü teşvik eden uygulamaları nedeniyle¹⁵ Türkiye üzerinden Avrupa'ya geçmeye çalışan göçmenler¹⁶ ciddi bir insanlık ve güvenlik sorunu yaratmaktadır¹⁷.

¹⁰ <http://www.unhcr.org.tr>, E.T. 18.08.2015.

¹¹ Seyla BENHABIB/Judith RESNIK, "Citizenship and Migration Theory Engendered", in *Migrations and Mobilities: Citizenship, Borders, and Gender*, Editby, Seyla Benhabib, Judith Resnik, New York University Press, 2009, New York and London, s.1.

¹² Mülteci Gemisi battı; Libya'dan İtalya'ya giden mülteci gemisi battı. Yaklaşık 400 mültecinin hayatını kaybettiği belirtiliyor. <http://www.haberturk.com/gundem/haber/1065927-multeci-gemisi-batti>, E.T. 14.04.2015.; Akdeniz'de Libya açıklarında dün gece batan teknede bulunan yaklaşık 700 kaçak göçmendenden 49'unun kurtarıldığı, 24 kişinin cesedinin denizden çıkarıldığı bildirildi.<http://www.aa.com.tr>, 19.04.2015; Akdeniz'de bir göçmen teknesi daha battı Akdeniz'de önceki gün yaşanan en büyük faciyanın ardından bir şok daha! Yaklaşık 300 kişinin içinde bulunduğu göçmen teknesi battı. Olayda ilk belirlemelere göre 20 kişi hayatını kaybetti. İki gün önceki faciada ise ölü sayısı 950'yi bulabilir. Korkunç bir iddia ortaya atıldı. Buna göre 250 kadın ve çocuk kaza anında ambarlarda kilitliydi, <http://www.milliyet.com.tr/akdeniz-de-bir-gocmen-teknesi-daha/dunya/detay>, E.T.20.04.2015.

¹³ Umut yolunda bin 800 ölüm BM, bu yıl başından beri Akdeniz üzerinden Avrupa'ya geçmek isterken hayatını kaybeden göçmenlerin sayısının bin 800 olduğunu açıkladı, <http://www.haber7.com/avrupa/haber/1359006-umut-yolunda-bin-800-olum>, E.T. 04.05.2015.

¹⁴ Göç; devletleri, bölgeleri ve bunların toplumlarını, ekonomilerini ve yönetimlerini etkilemektedir. bkz. Stephen CASTLES/Mark J. MILLER/Giuseppe AMMENDOLA The Age of Migration: International Population Movements in the Modern World, American Foreign Policy Interests, Vol. 27:6, 2005, s.537, (s.537-542).

¹⁵ Birleşmiş Milletler 2015 yılının ilk 6 ayında 103 bin göçmenin Akdeniz'i geçerek Avrupa'ya ulaştığını açıkladı. Uluslararası Göçmen Kurumu'nun raporuna göre ise 1800 göçmen yolda hayatını kaybetti, <http://www.aljazeera.com.tr>, E.T. 10.06.2015.

¹⁶ 61 kaçak göçmen yakalandı Edirne'nin Enez ilçesi açıklarında yasa dışı yollardan yurt dışına çıkmaya çalışan 61 göçmen yakalandı, <http://www.haber7.com/guncel/haber/1360706-61-kacak-gocmen-yakalandi>, E.T. 06.05.2015.

¹⁷ Küresel Göç ve Fırsatçıları, Türkiye'de Yasadışı Göçmenler ve Göçmen Kaçakçıları, Polis Akademisi Başkanlığı, UTSAM Raporu, Mayıs 2012, s.25. (UTSAM Raporu)

Göçmen kaçakçılığı bir insanlık sorunu haline gelmiştir. Göçmen kaçakçılığı suçu aslında, insan ticareti suçuna, fuhuş, organ ticareti, zorla çalıştırma ve hatta köleliğe kadar birçok suça zemin hazırlamaktadır. Bu nedenle göçmen kaçakçılığıyla mücadele her geçen gün önem kazanmaktadır. Yani bu suçların önlenmesi ve bu suçlarla etkin bir şekilde savaşılabilmesi için göçmen kaçakçılığının önlenmesi hayati bir önem kazanmıştır.

Ülkemiz coğrafi konumundan dolayı, göçmen kaçakçılığı faaliyetlerinde çoğunlukla “transit” aynı zamanda “hedef” ülke¹⁸, zorla fuhuş yaptırma ve zorla çalıştırma şeklinde meydana gelen insan ticareti faaliyetlerinde ise “hedef” ülke olmaktadır¹⁹. Türkiye, göçmen kaçakçılığı faaliyetlerinde çoğunlukla transit (%62), ancak artan oranda hedef (%28) ülke durumundadır²⁰. Göçmen kaçakçılığı suçunun ülkemiz üzerinde birçok olumsuz etkisinin olduğu söylenebilir. Örneğin, göçmen kaçakçılığı yapan suç örgütlerinin, 2011 yılında yaklaşık 130 milyon dolar haksız kazanç elde ettikleri ve terör örgütlerinin göçmen kaçakçılığı faaliyetlerinden finansman sağladığı anlaşılmaktadır. Ayrıca göçmenlerin barınma, iye ve geri gönderilme masrafları için kamu kaynaklarından son 5 yıl içerisinde yaklaşık 28 Milyon TL harcanmıştır²¹. Bunun yanında ülkemiz çeşitli sebeplerle yeterli önlem almadığı ve gerektiği kadar göçmen kaçakçılığı ile mücadele etmediği gerekçesiyle eleştirilmektedir²². Bu durum, ülkemizin yasadışı göç hareketlerinden olumsuz

¹⁸ 2015 yılı ocak ayı itibariyle ülkemize gelen göçmen ve sığınmacılara ilişkin istatistik veriler için bakınız, <http://www.unhcr.org.tr>, E.T.18.06.2015.

¹⁹ Sahil Güvenlik Komutanlığı ekipleri, kaçak geçişlerin önlenmesi amacıyla yürütülen faaliyetler kapsamında İzmir, Aydın, Çanakkale ve Balıkesir’de 200 göçmeni kurtardı, <http://www.timeturk.com/tr/2015/02/23/200-gocmen-kurtarildi.html> E.T. 23.02.2015.

²⁰ UTSAM Raporu, s.25

²¹ Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele 2011 raporu, KOM Yayınları, Ankara Mart 2012, s.18-19. (2011 Raporu)

²² Göçmen kaçakçılığı ve insan ticaretinde Türkiye’nin aldığı önlemler Avrupa Birliği mercileri tarafından yeterli görülmemektedir. Özellikle Irak, İran, Afganistan ve Türki Cumhuriyetlerinden Avrupa’ya geçmek isteyen göçmen kaçakçılarının başlıca güzergahı konumundadır. Ortadoğu ve orta Asyadan gelen göçmenler için Türkiye köprü olarak görülmekte ve Türkiye’den sonra Yunanistan’a geçilmektedir. Buradan da diğer Avrupa ülkelerine gidilmektedir. Bu bağlamda Yunanistan ve Batı Avrupa ülkeleri Türkiye’yi yeterli önlem almamakla suçlamaktadırlar, <http://www.sde.org.tr/tr>. E.T. 01. 11. 2013.

etkilenmesine yol açmaktadır²³. Göçmen kaçakçılığı esasen birden fazla ülkeyi ilgilendiren ve çoğunlukla da uluslararası bağlantılarla işlenen bir suç olduğundan uluslararası işbirliğini gerektirmektedir²⁴. Bu çerçevede, Devletimiz göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti ile mücadelede etkinliğin artırılması amacıyla ilgili ülkelerle geri kabul antlaşmaları ve işbirliği protokolleri imzalamıştır²⁵.

Günümüzde göçmen kaçakçılığı ve insan ticaretinin önlenmesi için ulusal ve uluslararası düzeyde ciddi bir bilinç oluşmasına rağmen bunların önlenmesi konusunda yeteri derecede başarı sağlanamamıştır²⁶.

Göçmen kaçakçılığı suçuna ilişkin yaptığımız bu çalışmada konunun daha iyi anlaşılabilmesi ve kavram kargaşasının yaşanmaması için bazı genel kavramların açıklanması gerekmektedir. Bu bağlamda göç, göçmen, Türk Vatandaşı, mülteci, sığınmacı, vatansız, kaynak ülke, hedef ülke, transit ülke, örgütlü suç ve yabancı kavramlarının kısa bir değerlendirmesi yapılacaktır.

A. Göç (Migration) Kavramı

Göç; insanlığın ilk yıllarından beri devam eden ve toplumların daha iyi bir yaşam standardı ve daha iyi bir gelecek için hayallerinin peşinden gittiği bir

²³ 2014 yılında yakalanan düzensiz göçmen sayısı 58.647 dir, http://www.goc.gov.tr/icerik6/duzensiz-goc_363_378_4710_icerik, E.T. 04 05. 2015.

²⁴ Türkiye'ye kadar gelen yasadışı göç güzergâhlarından en çok kullanılan güzergâhlar şunlardır;

- Myanmar-İran-Türkiye
- Afganistan-İran-Türkiye
- Pakistan-İran-Türkiye
- İran-Türkiye
- Irak-Türkiye
- Suriye-Türkiye
- Filistin-Suriye-Türkiye
- Afrika ülkeleri (özellikle Somali ve Eritre)-Suriye-Türkiye, UTSAM Raporu, s.25

²⁵ 2011 Raporu s.19.

²⁶ Anne GALLAGHER, Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis, Human Rights Quarterly, Vol. 23, No. 4 (Nov., 2001), Published by: The Johns Hopkins University Press, s.977, (s.975-1004).

serüvendir²⁷. Göç olayları başlangıçta hayatta kalmak ve verimli toprak bulmak için başlamış, daha sonra iklim değişikliğine, nüfus artışına, savaflara²⁸, hastalık ve iktidar mücadelelerine bağlı olarak geniş göç hareketleri şeklinde devam etmiştir. Böylece kavimlerin yer değiştirmesi dünya tarihine derin izler bırakmıştır²⁹. Genellikle doğal ya da insan eli ile oluşan afetler, üretim ve yaşam tarzı değişiklikleri, iklim değişiklikleri, ekonomik ve politik nedenlerle oluşan nüfus hareketlilikleri, gönüllü veya zorunlu olabileceği gibi ülke içinde veya uluslararası da gerçekleşebilmektedir³⁰. Göç hareketleri ile nüfus artışı, üretimdeki gelişmeler, iklim değişiklikleri ve ticaret arasında bir bağ, bir etkileşim olduğu görülmektedir³¹.

Türk dili ve kültüründe “göç” sözcüğü, evi barkı ile birlikte yer değiştirme eylemi olarak belirtilmektedir. Farklı bilimlerden bakılsa dahi insanların, grupların zorunlu ya da istemli olarak zaman ve mekân içinde “yer değiştirme” ya da “yatay hareketlilik” süreci olan göç olayı, sosyo-politik, sosyo-ekonomik, sosyo-psikolojik ve kültürel sebeplerden kaynaklanabilir ya da bu sebeplerden bir tanesi veya birkaçı çerçevesinde gerçekleşebilir³².

Türk Dil Kurumu sözlüğünde göç kavramı; *ekonomik, toplumsal, siyasi sebeplerle bireylerin veya toplulukların bir ülkeden başka bir ülkeye, bir yerleşim yerinden başka bir yerleşim yerine gitme işi, taşınma, hicret, muhaceret* olarak tanımlanmıştır³³. Hukuk sözlüğünde muhaceret, göç: “*Kişilerin bir daha geldikleri yere dönmek üzere bulunduğu yerleri terk ederek, yerleşme niyeti ile başka bir*

²⁷ Shahamak REZAEI, International Handbook on Migration and Economic Development, European Planning Studies, 2015, Vol. 23, No. 11, s.2327–2329.

²⁸ Michael FARBMAN, The Europa Year Book, Chapter III Migration, Buffalo & Erie County Public Library Buffalo, 1928, s.11.

²⁹ Fikret TİREN, “Cumhuriyet Dönemi'nde Doğu ve Güneydoğu Anadolu Bölgesi'nde iskân politikası olarak uygulanan zorunlu göç hareketleri ve 1984 sonrası Van kentinde zorunlu göç hareketlerinin çocuk suçluğu üzerine etkileri”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, YYÜSBE, Van 2012, s.1.

³⁰ Kerem KINIK, “Göç, Sürgün ve İltica”, s.36, http://www.amnesty.org.tr/ai/system/files/Kerem_Kinik.pdf, E.T. 01. 11. 2013.

³¹ Stephen CASTLES/Marl J. MİLLER, The Age of Migration, Chapter 4 (International Migration before 1945), http://www2.dse.unibo.it/ardeni/ESI_2013/Castles-Miller-Ch4-7.pdf, E.T. 01. 11. 2013.

³² Sabri ÇAKIR, “Geleneksel Türk Kültüründe Göç ve Toplumsal Değişme”, s.130-132, http://sablun.sdu.edu.tr/dergi/sosbilder/dosyalar/24/24_07.pdf, E.T. 01. 11. 2013.

³³ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK, E.T. 06.10.2013.

ülkeye gitmeleri” şeklinde açıklanmaktadır³⁴. Göç terimleri sözlüğünde ise göç kavramı, “uluslararası bir sınırı geçerek veya bir devlet içinde yer değiştirmek. Süresi, yapısı ve nedeni ne olursa olsun insanların yer değiştirdiği nüfus hareketleri” diye ifade edilmiştir³⁵.

Göç³⁶ kavramı, öğretide çeşitli şekillerde tanımlanmıştır. Bunlardan birkaçı şu şekildedir; ekonomik³⁷, ekolojik³⁸, siyasi veya bireysel nedenlerle, bir yerden bir başka yere yapılan ve geriye dönüş veya sürekli yerleşim amacı olan toplumsal, kültürel ve coğrafi bir yer değiştirme hareketi olarak belirtilmiştir³⁹. Genel anlamıyla bireylerin veya birey gruplarının daha iyi iş imkanlarına sahip olmak ya da baskıdan kaçmak amacıyla ülke sınırları içerisinde veya ülke sınırlarını aşarak, sürekli veya geçici olarak gerçekleştirdikleri yer değiştirme hareketi şeklinde ifade edilmiştir⁴⁰. Göç, kişinin yaşadığı ülkeyi terk ederek yerleşmek amacıyla bir başka ülkeye

³⁴ Esat ŞENER, Hukuk Sözlüğü, Seçkin Yayınları, Ankara 2001, S.536.

³⁵ Bülent ÇİÇEKLİ (Editör), Uluslararası Göç Hukuku Göç Terimleri Sözlüğü, Uluslararası Göç Örgütü Yayını, 2009, s.22; Aynı konuda ayrıca bkz. Richard PERRUCHOUD (Editor), International Migration Law: Glossary On Migration, International Organization for Migration, Switzerland 2004, s.41.

³⁶ Uluslararası göç teorileri için bkz. Charles HIRSCHMAN/Philip KASINITZ/Josh DEVIND (Editors), Theories and Concepts of International Migration, in The Hand book of International Migration: The American Experience, Russel Sage Fondation, New York 1999, s.1-120; Jakub BIJAK, Forecasting International Migration: Selected Theories, Models, And Methods, Central European Forum For Migration Research (CEFMR) Working Paper 4. Warsaw, Poland 2006; Douglas S. MASSEY/Joaquin ARANGO/Graeme HUGO/Alı KOUAOUĆI/Adela PELLEGRİNO/J. Edward TAYLOR, Theories of International Migration: A Review and Appraisal, in Population and Development Review, Vol. 19, No. 3, 1993, s.431-466; Emel COŞKUN, “Uluslararası Göç Teorilerinde Kadınlar, Batı Avrupa Ülkelerine Göç, Göçmen Politikaları ve Kadın Göçmenlerin Ekonomiye Katkısı”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, MÜSBE, İstanbul 2005.

³⁷ Bu konuda bkz. George J. BORJAS, Economic Theory and International Migration, International Migration Review, Vol. 23, No. 3, Special Silver Anniversary Issue: International Migration an Assessment for the 90's, Autumn, 1989, s.457-485.

³⁸ Bu konuda bkz. Frank LACZKO/Christine AGHAZARM, Migration, Environment and Climate Change: Assessing The Evidence, International Organization for Migration, Geneva, Switzerland, 2009.

³⁹ Cemile BAYRAKLI, “Dış Göçün Sosyo-Ekonomik Etkileri: Görece göçmen Konutlarında(İzmir) Yaşayan Bulgaristan Göçmenleri Örneği”, YYLT, AMÜSBEİAD, Aydın 2007, s.5; Suat TÜFEKÇİ, “Kırsal Kesimlerden Büyükşehirlere Göç ve Göçün Aile Yapısında Meydana Getirdiği Değişiklikler (İstanbul Örneği)”, YYLT, Süleyman Demiral Üniversitesi SBE Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Isparta 2002, s.8.

⁴⁰ Murat SARAÇ, Uluslararası Hukukta Yerinden Edilmiş Kişiler, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s.7.

gitmesidir⁴¹. Muhtelif sebeplerden dolayı sosyal bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır⁴². 6458 sayılı ve 04.04.2013 tarihli Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun tanımlar başlıklı 3. maddesinde⁴³ göç kavramı: “*Yabancıların, yasal yollarla Türkiye'ye girişini, Türkiye'de kalışını ve Türkiye'den çıkışını ifade eden düzenli göç ile yabancıların yasa dışı yollarla Türkiye'ye girişini, Türkiye'de kalışını, Türkiye'den çıkışını ve Türkiye'de izinsiz çalışmasını ifade eden düzensiz göçü ve uluslararası korumayı*⁴⁴ ifade eder” şeklinde tanımlamıştır⁴⁵.

Kanaatimizce “göç”, bireylerin ya da toplumsal grupların çeşitli sebeplerle buldukları yerden süreli veya süresiz olarak yerleşmek amacıyla başka bir yere veya ülkeye gitmeleri anlamına gelmektedir.

1. Göçün Nedenleri

Göçün nedenleri çok çeşitli ve karmaşıktır⁴⁶. Kişilerin bir ülkeden diğerine veya bir bölgeden diğer bölgeye göç etmelerinin temel sebebi olarak ekonomik kaygılar ortaya çıkmaktadır. Daha iyi bir yaşam, refah, sağlık ve eğitim bakımından yeni fırsatlar edinme göç sebepleri olarak kabul edilmektedir⁴⁷. Göçmen kaçakçılığı bakımından göçün sebeplerinin tespiti önemli bir yere sahiptir. Hem iç ve hem de dış göç nedeni olarak ekonomik, toplumsal ve siyasal nedenler görünmektedir. İnsanların daha iyi şartlarda hayatlarını idame ettirebilmek için veya çaresizlik

⁴¹ BENHABIB/RESNIK, s.2.

⁴² Vahit DOĞAN, Türk Vatandaşlık Hukuku, Seçkin Yayınları, 11. Baskı, Ankara 2012, s.199.

⁴³ Kanununun 1. maddesinde amaç şu şekilde belirtilmiştir : “*Kanunun amacı; yabancıların Türkiye'ye girişleri, Türkiye'de kalışları ve Türkiye'den çıkışları ile Türkiye'den koruma talep eden yabancılara sağlanacak korumanın kapsamına ve uygulanmasına ilişkin usul ve esasları ve İçişleri Bakanlığına bağlı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'nün kuruluş, görev, yetki ve sorumluluklarını düzenlemektir*”, <http://www.resmigazete.gov.tr>, E.T. 06.10.2013.

⁴⁴ 6458 sayılı ve 4.4.2013 tarihli Yabancılar Ve Uluslararası Koruma Kanunu madde 3, uluslararası koruma: *Mülteci, şartlı mülteci veya ikincil koruma statüsünü, ifade eder.* <http://www.resmigazete.gov.tr>, E.T. 06.10.2013.

⁴⁵ <http://www.resmigazete.gov.tr>, E.T. 06.10.2013.

⁴⁶ Yakın dönem göç hareketlerine ilişkin ayrıntılı olarak bkz. Peter GATRELL, The Making of the Modern Refugee, Oxford University Press, 2013, Great Britain, s.2 vd.

⁴⁷ Serdar SAĞLAM, “Türkiye'de İç Göç Olgusu ve Kentleşme”, Hacettepe Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü, S.5, Güz 2006, s.35, (s.33-44)

nedeniyle, ölüm korkusuyla göç etmeleri de söz konusudur⁴⁸. Dünyada her yıl milyonlarca insan ekonomik⁴⁹, sosyal, güvenlik, sağlık, çevre, doğal afetler, terör veya daha iyi hayat şartlarında yaşamak gibi birçok sebeple, gönüllü veya zorunlu göç etmek durumundadır⁵⁰. Göç nedenleri aslında göç sürecini açıklamak için bir yol göstermektedir⁵¹.

Türkiye’de göç olgusu, 1950’li yıllarda sanayileşmenin etkisiyle ve kentleşmenin ortaya çıkmasıyla modernizmin⁵² doğal sonucu gereği hız kazanmıştır. Tarıma bağlı bir istihdamdan sanayiye dayalı bir istihdama geçiş insanların önceliklerinin ve ihtiyaçlarının farklılaşması çerçevesinde yaşamlarını etkilemiştir. İşsiz kalan tarım işçileri şehirlerde ortaya çıkan yeni iş imkânları için şehirlere göç etmeye başlamışlardır. Bu durum, yani bu ani göç birçok soruna sebebiyet vermiştir⁵³. Türkiye’ye dışarıdan gelen göçmenler bakımından veya Türkiye üzerinden başka ülkelere geçen göçmenler bakımından da benzer göç sebeplerinin olduğu söylenebilir. Özellikle komşu ülkelerimizdeki iç karışıklık, savaş ve ekonomik sıkıntılar başlıca sebepler olarak öne çıkmaktadır.

⁴⁸ ÇAKIR, s.137.

⁴⁹ Oded STARK, The Migration of Labor, Cambridge, 1991, s.14-35.

⁵⁰ Neşe Hayat AKSOY/Ayşe ODABAŞI, “Göç, Çarpık Kentleşme ve Toplumsal Etkileri” s.1 <http://www.ayseodabasi.com/images/goc.pdf>; Susan MARTIN/Sanjula WEERASINGHE/Abbie TAYLOR, Crisis Migration, Brown Journal of World Affairs, , Volume XX, Issue I, Fall/Winter 2013, s.135, (s.123-137).

⁵¹ “Bir göçmenin köle, mülteci, iş arayan ve başka bazı motivasyonlar ile göç ettiği düşünülürse hiçbir teori tek başına göç sürecinin tamamını kapsayan bir açıklama sağlayamaz”, Beycan HOCAOĞLU, “Bulgaristan’dan Türkiye’ye Yönelik Göçler Ve Göçmen Yerleşme Alanlarında Sosyo – Ekonomik Ve Mekansal Özellikler” Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ege Üniversitesi SBE, İzmir 2011.

⁵² Ayrıntılı bilgi için bkz. Tuğrul İLTER, “Modernizm, Postmodernizm, Postkolonyalizm: Ben-Öteki İlişkileri ve Etnosantrizm”, Küresel İletişim Dergisi, S.1, Bahar 2006 ; Süleyman GÜDER/Yunus ÇOLAK (Edt.), Medeniyet Tartışmaları, İstanbul, 2013.

⁵³ Yüksel KOÇAK/Elvan TERZİ, “Türkiye’de Göç Olgusu, Göç Edenlerin Kentlere Olan Etkileri ve Çözüm Önerileri”, Kafkas Üniversitesi, İktisadi Ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C.3, S.3, 2012, s.164, (s.163-184).

2. Göçün Sınıflandırılması

Göçün sınıflandırılması farklı esaslara göre yapılmaktadır. Bazıları şu şekildedir; isteğe bağlı- zorunlu göç, iç-dış göç, yasal-yasadışı göç ve süreli-süresiz göçtür⁵⁴.

Göç edenlerin irade ve isteklerinin belirleyici unsur olduğu göç tipine, isteğe bağlı göç denilmektedir. İsteğe bağlı göçte, birey ya da topluluk üzerinde göçte zorlayıcı bir güç veya baskı yoktur⁵⁵. İsteğe bağlı göçte, insanlar ya da gruplar daha iyi yaşam koşulları, daha elverişli tarım ve coğrafya şartları, kültürel nedenler ve sosyal fırsatlar gibi nedenlerle ve kendi istekleriyle hareket etmektedir. Zorunlu göç çeşidinde, bireyler veya gruplar kendi istemleri dışında yer değiştirmek mecburiyetindedirler. Buna göre bazen farklı bir otoritenin zorlaması (devletler, ya da toplumsal gruplar), bazen de coğrafya ve ekonomik nedenlerle (kuraklık, işsizlik⁵⁶ vb.) yer değiştirmeleri gerekmektedir⁵⁷.

İnsanın, coğrafi olarak, bir yerden başka bir yere hareketi olan göç, iç göç ve dış göç olarak da karşımıza çıkar. Bu nedenle “göç” ekonomik⁵⁸ ve sosyal içerikli sebep ve sonuçları olan bir olgudur⁵⁹. Bu bağlamda, göç kavramı dünya üzerinde hukuki, siyasi ve ahlaki normların yanı sıra, ürünlerin, hizmetlerin, bilginin ve her türlü sermayenin artan hareketini içeren küreselleşme olgusuyla yakından ilintilidir⁶⁰.

⁵⁴ Russell KING, Theories and Typologies of Migration: An Overview and a Primer, Malmö University Malmö Institute for Studies of Migration, 2012, s.7-8.

⁵⁵ Mahmut GÜRSOY, “Kentleşme Sürecinde Göç Suçluluk İlişkisi” YYLT, Adıyaman Üniversitesi SBE Sosyoloji Anabilim Dalı, Adıyaman 2013, s.8.

⁵⁶ İşsizlik ve göç ilişkisi için ayrıca bkz. John R. HARRIS/Michael s. TODARO, Migration, Unemployment and Development: A Two-Sector Analysis, The American Economic Review, Vol. 60, No.1, 1970, s.126-142.

⁵⁷ Arzu ÖZTOK AKAY, “Girit Kökenli Mübadil Kadınlar Üzerine Sosyal Antropolojik Bir Araştırma (Bursa/Tirilye Örneği)”, YYLT, Ankara Üniversitesi SBE Sosyal Antropoloji Anabilim Dalı, Ankara 2012, s.17.

⁵⁸ “Günümüzde hala göçler dünya ekonomisinin dönüşümüyle yakından ilgilidir”. Bkz. Rey KOSLOWSKI, Human Migration and the Conceptualization of Pre-Modern World Politics, International Studies Quarterly, 46, 3, 2002, s.376.

⁵⁹ Fatih ÇELİK, “İç Göçlerin Seçkinlik Yaklaşımı ile Analizi”, Erciyes Üniversitesi SBE Dergisi, S.13, 2002, s.192, (s.275-296).

⁶⁰ BENHABIB/RESNIK, s.2.

İç göç, ülke sınırları içerisinde meydana gelen göç demektir⁶¹. Ülke içerisinde, köy, kasaba, şehir ve bölgeler arasında birbirlerine doğru yapılan nüfus hareketi olarak karşımıza çıkmaktadır⁶². Dünyada ve ülkemizde yaygın olan göç tipidir. İç göçler içerisinde kırsal alanlardan şehirlere doğru olan göçler ön plana çıkmaktadır. Kırsaldan şehre doğru olan iç göç sebebiyle şehirlerin etrafı hızla dolmakta, üretim ve bölüşüm yapısı değişmektedir⁶³. İç göç, bir ülke sınırları içinde genellikle küçük yerleşim bölgelerinden büyük kentlere geçici veya sürekli kalmak üzere göç etme şeklinde tanımlanmaktadır⁶⁴.

Dış göç, bir ülkeden başka bir ülkeye yapılan göçtür⁶⁵. Dış göçler, kişinin kendi özgür iradesiyle gönüllü olarak gerçekleşebileceği gibi zorunlu şekilde de gerçekleşebilmektedir. Günümüzün ulaşım ve iletişim imkânlarının artması ülkeler arasındaki mesafeleri kısaltmaktadır. Bu durum aynı zamanda göçleri kolaylaştırmakta ve çoğaltmaktadır. Ayrıca savaş, kıtlık, doğal afet ve terör gibi etkenler zorunlu dış göçlere neden olmakta, iyi şartlarda yaşama isteği gibi nedenler de gönüllü dış göçleri tetikleyen unsurlar olarak gün yüzüne çıkmaktadır⁶⁶. Sonuç olarak kişinin yerleşmek amacıyla yabancı bir ülkeye gitmesi geride bırakılan ülke bakımından dışa göçü, yerleşmek amacıyla gidilen hedef ülke açısından ise içe göç olgusunu meydana getirmektedir. Kişinin terk ettiği ülkeden yerleşmek amacıyla olduğu ülkeye ulaşmaya kadar geçen yolculuğu sırasında diğer ülkelere geçişi ise, transit göç olarak tanımlanmaktadır⁶⁷.

Sürekli ve süresiz göç ayırımına göre, göç edilen yörenin ekonomik faaliyetinin yoğun olduğu süre dışındaki zamanlarda kişilerin yerlerini gelecek döneme kadar terk edip, diğer bölgelere çalışmaya gitmeleri söz konusu olup, önemli olan göçe katılanların gittikleri yerlerde ne kadar süre kalacaklarını önceden bilmeleridir. Buna

⁶¹ (Internalmigration) PERRUCHOUD, s.32.

⁶² BENHABIB/RESNIK, s.2.

⁶³ TÜFEKÇİ, s.14; BENHABIB/RESNIK, s.2.

⁶⁴ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK, 06.10.2013.

⁶⁵ (International migration) PERRUCHOUD, s.33.

⁶⁶ KOÇAK/TERZİ, s.172.

⁶⁷ DOĞAN, s.199.

göre, belli bir süre için ekonomik nedenlerle yapılan göç kısa süreli göç olarak ifade edilmektedir. Süresiz göç hareketleri ise, insanların çalışmak için veya başka bir amaçla ama kalıcı olarak yer değiştirmeleri anlamına gelmektedir. İnsanlar süresiz yerleşme amacı ile hareket etmektedirler⁶⁸.

Yasadışı göç kavramının merkezinde illegal ya da belgesiz olarak tanımlanan yabancılar yer almaktadır. Bir ülkeye gerekli belgeleri ve izinleri olmadan giriş yapanlar bu sınıftadır⁶⁹. Yasadışı göç⁷⁰, bir devletin sınırlarına gizlice giren yabancıyı, izinsiz bir şekilde giriş yapan ve yerleşen yabancıyı ve göçmen olarak kabul edilip göçmen statüsüne uygun olmayan bir şekilde veya çalışma izni olmadan çalışan yabancıları içermektedir⁷¹. Gelecekte gelişmiş ülkelerin mevcut toplumsal, siyasal, kültürel ve ekonomik düzenlerini korumaları ve iç güvenliklerini sağlamaları yasadışı göçle mücadele edebilme becerilerine bağlıdır⁷².

Yasal göç ise ülkelerin belirlediği kurallar çerçevesinde yapılan ve gerekli belge ve izinlerin alındığı göçü ifade etmektedir. Göç edilen ülkenin yasalarına uyularak yapılan göçtür.

B. Yabancı (Alien)

Bir kişinin yabancı statüsüne tabi olup olmadığını saptamada yararlanılacak ölçütler bakımından farklı görüşler bulunmaktadır. Klasik görüşe göre kişinin vatandaşlık bağı yabancı kavramının esasını teşkil eder. Haklardan faydalanmada önemli olan kişinin devletle arasındaki hukuki ve siyasi bağlantısıdır. Bu bağlamda yabancı, ülkesinde bulunduğu ülkenin vatandaşlığını iddia etmeye hakkı olmayan

⁶⁸ ÖZTOK AKAY, s.19.

⁶⁹ (Irregular/Illegalmigration) PERRUCHOUD, s.34.

⁷⁰ Gamze DEĞİRMENCI, "Avrupa Birliği Göç Politikası Kapsamında Fransa'nın Göç Politikası", YYLT, İstanbul Üniversitesi SBE Avrupa Birliği Ana Bilim Dalı, İstanbul 2011, s.10.

⁷¹ Elspeth GUILD, "Who Is An Irregular Migrant?", in Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives, Ed. Barbara Bogusz, Martinus Nijhoff Publishers Leiden/Boston, 2004, s.3-4.

⁷² Gün TAŞ, Türkiye'de Yasadışı Göç ve Değişen Güvenlik Anlayışı, s.3, http://www.academia.edu/1605253/Turkiyede_Yasadisi_goc_ve_Degisen_Guvenlik_Anlayisi, E.T. 02.03.2014.

kimsedir⁷³. Bu yabancı tanımını “ülkede bulunma” ve “vatandaşlığını iddiaya hakkı olmayan” ibareleri nedeniyle eleştirilmiştir. Aynı zamanda yabancı kavramının sadece gerçek kişileri değil, tüzel kişileri de kapsadığı belirtilmiştir⁷⁴. Sözlük anlamı olarak yabancı, başka bir milletten olan, başka devlet uyruğunda olan (kimse), bigâne, ecnebidir. Başka bir milletle ilgili olan, tanınmayan, bilinmeyen, yad demektir⁷⁵. Göç terimleri sözlüğüne göre yabancı, “belirli bir devlet açısından o devletin uyruğunda olmayan kişi” olarak tanımlanmıştır⁷⁶.

Yabancı, bir devletin sınırlarında bulunan ve o devletin vatandaşlığını iddiaya halen hakkı olmayan kişidir. Yabancıların da vatandaşlara yakın haklara sahip olması gerekmektedir. Yabancıları genel olarak vatandaşlardan aşağı tutmak günümüzün insanlık ve uygarlık düşüncesiyle çelişir⁷⁷.

Yabancı kavramının içerisine “yabancı devlet vatandaşı”, “vatansız kişi”, “mülteciler”, “özel statüdeki yabancılar (NATO Askeri gibi)”, “bulunduğu ülkenin vatandaşlığı hariç birden çok vatandaşlığı olanlar” da girmektedir⁷⁸. 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nun tanımlar başlıklı 3. maddesinde yabancı; “*Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişi*” şeklinde tanımlanmıştır. Aynı şekilde Türk Vatandaşlık Kanunu da; “*Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişi*” olarak yabancıyı ifade etmiştir⁷⁹. Yabancılar haklar verilmesi konusunda devletler dört sistem uygulamışlardır. Bunlar tebaaya temsil, mütekabiliyet, en ziyade müsaadeye mazhar

⁷³ Erdoğan GÖGER, Yabancılar Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2. Bası, Ankara 1976, s.4-5.

⁷⁴ Bülent ÇİÇEKLİ, Yabancılar Hukuku, Seçkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara 2012, s.24.

⁷⁵ <http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com>, E.T. 20.11.2013.

⁷⁶ Bülent ÇİÇEKLİ (edt.), Göç Terimleri Sözlüğü, Uluslararası Göç Örgütü, 2009, s.64.

⁷⁷ Yılmaz ALTUĞ, Yabancıların Hukuki Durumu, İstanbul Üniversitesi Yayını, İstanbul 1963, s.6-8.

⁷⁸ Gülören TEKİNALP, Türk Yabancılar Hukuku, Beta Yayınları, 6. Bası, İstanbul 1998, s.6-7.

⁷⁹ 5901 sayılı 29.05.2009 Tarihli Türk Vatandaşlığı Kanunu madde 3, 12/6/2009 Tarihli Resmi Gazete, S.27256.

millet kaidesinin uygulanması ve hiçbir sisteme bağılı olmadan devletin ihtiyar ve tasarrufla bulunmasıdır⁸⁰.

Türkiye’de herhangi bir amaçla en az altı ay süreli ikamet eden yabancıların kayıtlarına ulaşmak amacıyla, yabancılara has on bir rakamdan oluşan ve elektronik ortamda verilen bir kimlik numarası bulunmaktadır. Ayrıca Türkiye’de herhangi bir amaçla en az altı ay süreli yabancılara ait ikamet tezkeresi verilen yabancıların kayıtlarının tutulduğu “yabancılar kütüğü” bulunmaktadır⁸¹. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın “yabancıların durumu” başlıklı 16. maddesinde de yabancılardan söz edilerek, temel hak ve hürriyetlerin, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabileceği belirtilmiştir⁸².

C. Türk Vatandaşı

Vatandaşlık⁸³, kişinin bir devlete aidiyetini ifade etmektedir. Yeryüzünde çok sayıda devletler vardır ve her birinin kendine has hukuki düzenlemeleri bulunmaktadır. Kişi sahip olduğu vatandaşlık ile bu devletlerden birinde yerini almaktadır. Bu itibarla vatandaşlık, bir devletin insanlarını başka bir devlet vatandaşlarından veya hiçbir devlete ait olmayan kişilerden ayırmak için kullandığı bir gerekçe olarak ifade edilebilir. Aynı zamanda kişiye ait olduğu devlette farklı hak (sosyal, siyasal ve ekonomik) ve yükümlülüklerin sağlanması da vatandaşlığın bir sonucudur⁸⁴.

Vatandaşlık kavramı bakımından öğretide yurttaş, milliyet, uyrukluk ve tabiiyet kavramı kullanıldığı görülmektedir. Coğunlukla tabiiyet ve vatandaşlık kavramı kullanılmış ve ikisinin farklı anlamlarının olduğu, tabiiyet kavramının vatandaşlığı kapsayan daha geniş bir kavram olduğu kabul edilmiştir. Fakat

⁸⁰ ALTUĞ, s.11.

⁸¹ Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, m.3, http://mevzuat.meb.gov.tr/html/27544_0.html, 15.11.2013.

⁸² <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf>, E.T. 15.11.2013.

⁸³ “Vatandaşlık kavramının niteliği, bu deyim in sadece gerçek kişiler için kullanılabilmesini gerektirir. Bu nedenle tüzel kişiler ile uçak ve gemi gibi nesnelerin vatandaşlığından söz etmek kurumsal olarak uygun olmaz”, Rona AYBAY, Vatandaşlık Hukuku, Aybay Yayınları, 5. Bası, İstanbul 2003, s.9.

⁸⁴ Engin NOMER, Türk Vatandaşlık Hukuku, Filiz Kitabevi, 19. Bası, İstanbul 2012, s.3.

vatandaşlık kavramının ise daha dar anlam içerdiği ve tabiiyeti kapsamadığı belirtilmiştir⁸⁵. Vatandaşlık, hukuk sözlüğünde gerçek kişileri devlete bağlayan siyasal ve hukuksal bağ, uyrukluk olarak tanımlanmıştır⁸⁶. Öğretide vatandaşlığın fiili ve hukuki anlamının bulunduğu, ferdin ırk, dil, din, kültür birliği arz eden bir topluma bağlantısının fiili anlamda vatandaşlığı ifade ettiği ve hukuki anlamda vatandaşlığın ise, devlet ile birey arasında karşılıklı haklar ve borçlar doğuran bir bağ olduğu belirtilmiştir. Yani vatandaşlık, muayyen bir devlete hukuken bağlı olmaktır⁸⁷. Devletin tek taraflı egemenlik hakkını kullanarak, şartlarını ve hükümlerini belirlediği hukuki bir statüye giren kişiyle devlet arasında tesis edilen, hukuki bağ ve münasebettir⁸⁸. Vatandaşlık, kişinin vatandaş sayılabilmesi için sahip olması gereken şartları belirten hukuki ilişkidir⁸⁹. Devlet buna ilişkin hükümleri kanun yapma yetkisi çerçevesinde belirler ve bu nedenle vatandaşlık kanundan doğan bir bağ olarak kabul edilir⁹⁰.

Milletlerarası Adalet Divanı “Nottebohm” kararında vatandaşlığa ilişkin bir tanım yapmıştır. Bu karara göre vatandaşlık, temelinde bir toplumsal bağlılık vakıası, karşılıklı hak ve görevle birlikte gerçek bir varlık, menfaat, ilgi ve duygu dayanışması yaratan hukuki ilişki, bağı ifade etmektedir. Bu tanım kişinin vatandaş sayılması için sahip olması gereken koşulları gösteren hukuki ilişkiyi, kişinin hak ve görevlerini gösteren hukuki bir statüyü ve ayrıca kişinin belli bir devletin halkına

⁸⁵ Erdoğan GÖGER, Türk Tabiiyet Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 4. Bası, Ankara 1979, s.3-4. (GÖGER, Türk Tabiiyet Hukuku,)

⁸⁶ YILMAZ, s.858.

⁸⁷ BENHABIB/RESNIK, s.3.

⁸⁸ Nihal Erdener ULUOCAK, Türk Vatandaşlık Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayını, İstanbul 1968, s.8.

⁸⁹ BENHABIB/RESNIK, s.3.

⁹⁰ GÖGER, Türk Tabiiyet Hukuku, s.7; BENHABIB/RESNIK’ e göre tarihsel olarak vatandaşlığı kazanmanın veya vatandaşlığa geçmenin dört metodu bulunmaktadır. Bunlar: Jussoli, jussanguinis, karma teori ve vatandaşlığa kabul. Bahsedilen bu dört metodun dünya genelinde yaygın olduğu söylenebilir. Jussoli (birthrightcitizenship) doğumla kazanılan vatandaşlıktır. Vatandaşlığı veren ülke topraklarında doğmakla kazanılır. Jussanguinis bireylerin ebeveynlerinden birisinin veya her ikisinin sahip oldukları vatandaşlığa geçebilmelerini sağlayan metottur. Karma sistem ise jussoli ve jussanguinini bir arda düzenleyen üçüncü bir metottur. Dördüncü yöntem olan vatandaşlığa kabul yabancı göçmenlerin vatandaşlık statüsü kazanmasıyla ilgilidir. Bkz. BENHABIB/RESNIK, s.3; Bu konuda ayrıca bkz. Jane JENSON, “Thinking about Citizenship and Law in an Era of Change”, in Law and Citizenship, UBC Press, Canada 2006, s. 3-22; Alfred Michael BOLL, Multiple Nationality And International Law, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Netherlands 2007, s.99.

diğer devletlerin halklarından daha sıkı bir bağla bağlı olması şeklindeki vatandaşlığın üç yönünü göstermektedir⁹¹.

Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesine göre vatandaşlık, kişinin etnik kökenini göstermeyen, kişi ile devlet arasındaki hukuki bağı ifade etmektedir⁹². Vatandaşlık için Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesinde, Sözleşmeye taraf devletler bakımından yapılacak düzenlemelerde dikkate alınması için, “herkes vatandaşlık hakkına sahiptir”, “vatansızlıktan kaçınılmalıdır”, “hiç kimse keyfi olarak vatandaşlığından mahrum edilemez” gibi ilkeler belirtilmiştir⁹³. Vatandaşlığın kazanılması bakımından da Sözleşmenin 6. maddesinde düzenleme yapıldığı görülmektedir⁹⁴. Sözleşmeye göre, çocuğun doğumla anne babasının vatandaşlığını kazanması kabul edilmektedir. Sözleşmeye taraf olan devlet vatandaşı olan ana veya babadan doğan çocuk, anne ya da babasının vatandaşlığının bulunduğu taraf devletlerden birinin vatandaşlığını kanunen kazanacaktır. Ayrıca vatansızlığın önlenmesi için, Sözleşmeye taraf olan devletler, ülkesinde doğan çocuklara başka bir ülke vatandaşlığı kazanamadıkları takdirde doğum anında vatandaşlık hakkı tanıyacaklardır. Bunun yanında taraf devletler, ülke sınırlarında bulunmuş olan çocuklara vatandaşlık hakkı verecek ve bu çocuklar da vatandaşlığı kanunen kazanacaklardır⁹⁵.

Anayasa'nın Türk Vatandaşlığı başlıklı 66. maddesinde vatandaş tanımı yapılmıştır. Buna göre : *“Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türktür. Türk babanın veya Türk ananın çocuğu Türktür. Vatandaşlık, kanunun gösterdiği şartlarla kazanılır ve ancak kanunda belirtilen hallerde kaybedilir. Hiçbir Türk, vatana bağlılıkla bağdaşmayan bir eylemde bulunmadıkça vatandaşlıktan çıkarılamaz. Vatandaşlıktan çıkarma ile ilgili karar ve işlemlere karşı yargı yolu*

⁹¹ GÖGER, Türk Tabiiyet Hukuku, s.6.

⁹² <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/166.htm>, E.T. 17.11.2013.

⁹³ <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/166.htm>, md.4, E.T. 17.11.2013.

⁹⁴ <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/166.htm>, md.6, E.T. 17.11.2013.

⁹⁵ Gülin GÜNGÖR, “Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi”, s.236-237 MHB, 1-2/ 1997-1998. http://www.academia.edu/5517641/Avrupa_Vatandaslik_Sozlesmesi, E.T. 17.11.2013.

kapatılamaz”. Diğer ülke anayasalarına bakıldığı zaman da vatandaşlığa ilişkin hükümler olduğu görülmektedir⁹⁶.

Kimlerin kendisinin vatandaşı olacağını kendi kanunlarına göre belirlemek her bir devletin hakkıdır. Bu kanun, uluslararası sözleşmelere, uluslararası teamüllere ve vatandaşlıkla ilgili olarak kabul edilen ilkelere uygun olduğu takdirde diğer ülkeler tarafından tanınacaktır⁹⁷. 5901 sayılı ve 29.05.2009 tarihli Türk Vatandaşlık Kanunu’nu da Türk vatandaşını şu şekilde tanımlamıştır: “*Türkiye Cumhuriyeti Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan kişi*” ye Türk vatandaşı denir⁹⁸. Türk Vatandaşlık Kanununa göre, vatandaşlık doğumla veya sonradan kazanılır. Doğumla kazanılan Türk vatandaşlığı, soybağı veya doğum yeri esasına göre kendiliğinden kazanılır. Doğumla kazanılan vatandaşlık doğum anından itibaren hüküm ifade eder. Soybağının tanımına baktığımızda, soybağının dar ve geniş olmak üzere iki anlamı olduğunu görmekteyiz⁹⁹. Geniş anlamda soybağı, birbirinin sulbünden veya sadrından gelen kişiler arasındaki hukuki bağlantıdır. Bu anlamı ile, bir kimsenin doğrudan kan hısımlığını sınırsız olarak kapsamakta ve kişinin ana, baba, büyükanne, büyükbaba ve onların ana babalarıyla olan bağlantılarını içine almaktadır. Yani, geniş anlamda soybağı, düz çizgi kan hısımlığı olarak da adlandırılan, üstsoy-altsoy kan hısımlığı anlamına gelmektedir¹⁰⁰. Bunun yanında geniş anlamda soybağı kavramından bir kişinin üstsoyu, altsoyu ve yansoyu ile olan kan bağı ve hakimiyet tasarrufuyla (evlatlık gibi) kurulan yapay bağı anlaşılması gerektiği de

⁹⁶ ABD, Almanya, Avusturya, Belçika, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Fransa, Hollanda, İrlanda, İspanya, İsveç, İtalya, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Macaristan, Malta, Polonya, Portekiz, Romanya, Slovakya, Slovenya ve Yunanistan anayasalarında vatandaşlık tanımı için bkz. Neslihan TEMELAT, Ülke Anayasalarında Vatandaşlık Tanımları, TBMM Araştırma Merkezi Yayını, Ekim 2011.

⁹⁷ Vatandaşlık Kanunlarının Çatışması ile İlgili Bazı Sorunlar Hakkında 1930 Tarihli La Haye Sözleşmesi, m.1, Aslan GÜNDÜZ, Milletlerarası Hukuk, Beta Yayınları, 6. Baskı, İstanbul 2013, s.545.

⁹⁸ Yayınlandığı Resmi Gazete 12/6/2009 Tarih ve 27256 Sayı.

⁹⁹ Cem BAYGIN, Soybağı Hukuku, XII Levha Yayınları, İstanbul 2010, s.1.

¹⁰⁰ Hıfzı Veldet VELİDEDEOĞLU, Türk Medeni Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1963, s. 378; Bülent KÖPRÜLÜ/Selim KANETİ, Aile Hukuku, Filiz Kitapevi, 2. Bası, İstanbul 1989, s.205; Mehmet Beşir ACABEYOĞLU, Soybağı, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2002, s.5.

belirtilmiştir¹⁰¹. Dar anlamda soybağı ise, bir kişinin sadece babasına ve anasına nisbeti, yani ana ve babasıyla arasındaki yaratılıştan gelen doğal bağıdır¹⁰². Nitekim Anayasa Mahkemesi de soybağını dar anlamı ile kabul etmiş ve aile hukukunda düzenlenen nesebin, ana baba ile çocuk arasındaki hısımlık ilişkisi olarak tanımlanabilen dar ve sınırlı bir anlam taşıdığı belirtilmiştir¹⁰³. Türk Medeni Kanununun 282. maddesinde çocuk ile ana arasında soybağının doğumla kurulacağı ve çocuk ile baba arasında soybağının ise, ana ile evlilik, tanıma veya hâkim hükmüyle kurulacağı açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca soybağının evlât edinme yoluyla da kurulacağı ifade edilmiştir¹⁰⁴.

Türk Vatandaşlık Kanunu'nun, 7. maddesi vatandaşlığın soybağıyla kazanılması bakımından soybağını şöyle ifade etmiştir: “(1) Türkiye içinde veya dışında Türk vatandaşı ana veya babadan evlilik birliği içinde doğan çocuk Türk vatandaşıdır.(2) Türk vatandaşı ana ve yabancı babadan evlilik birliği dışında doğan çocuk Türk vatandaşıdır.

(3) Türk vatandaşı baba ve yabancı anadan evlilik birliği dışında doğan çocuk ise soy bağı kurulmasını sağlayan usul ve esasların yerine getirilmesi halinde Türk vatandaşlığını kazanır”.

Ayrıca Türkiye'de doğan ve yabancı ana ve babasından dolayı doğumla herhangi bir ülkenin vatandaşlığını kazanamayan çocuk, doğumdan itibaren Türk vatandaşı olarak kabul edilmektedir. Türkiye’de doğum bakımından da bir karine bulunmaktadır. Bu çerçevede Türkiye’de bulunmuş çocuk aksi sabit olmadıkça Türkiye’de doğmuş sayılır¹⁰⁵. Bununla birlikte, Türk vatandaşlığının sonradan kazanılması da mümkündür. Sonradan kazanılan Türk vatandaşlığı, yetkili makam

¹⁰¹ Bilge ÖZTAN, Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara 2004, s.519.

¹⁰² VELİDEDEOĞLU, s.378; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s.205; BAYGIN, s.2.

¹⁰³ BAYGIN, s.2.

¹⁰⁴ Mustafa DURAL/Tufan ÖĞÜZ/ Mustafa Alper GÜMÜŞ, Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010, 242;soybağına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. BAYGIN.

¹⁰⁵ Türk Vatandaşlık Kanunu'nun, madde 8.

kararı veya evlat edinilme¹⁰⁶ ya da seçme hakkının kullanılması ile gerçekleşir¹⁰⁷. Yetkili makam kararı veya evlat edinilme ya da seçme hakkının kullanılması ile sonradan Türk vatandaşlığı kazanılabilmektedir.

Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen bir yabancı, bu Kanunda belirtilen şartları taşıması halinde yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığını kazanabilir. Ancak, aranan şartları taşımak vatandaşlığın kazanılmasında kişiye mutlak bir hak sağlamamaktadır¹⁰⁸.

Türk vatandaşlığını kaybedenler bakımından da vatandaşlığın yeniden kazanılması mümkündür¹⁰⁹. Türk vatandaşlığının kazanılması evlenme ile de mümkün kılınmıştır¹¹⁰.

¹⁰⁶ Türk Vatandaşlık Kanunu madde 17 – (1) Bir Türk vatandaşı tarafından evlat edinilen ergin olmayan kişi, millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak şartıyla, karar tarihinden itibaren Türk vatandaşlığını kazanabilir.

¹⁰⁷ Türk Vatandaşlık Kanunu'nun, madde 9.

¹⁰⁸ Başvuru için aranan şartlar madde 11 –(1) Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancılarda;

- a) Kendi millî kanununa, vatansız ise Türk kanunlarına göre ergin ve ayırt etme gücüne sahip olmak,
 - b) Başvuru tarihinden geriye doğru Türkiye'de kesintisiz beş yıl ikamet etmek,
 - c) Türkiye'de yerleşmeye karar verdiğini davranışları ile teyit etmek,
 - ç) Genel sağlık bakımından tehlike teşkil eden bir hastalığı bulunmamak,
 - d) İyi ahlak sahibi olmak,
 - e) Yeteri kadar Türkçe konuşabilmek,
 - f) Türkiye'de kendisinin ve bakmakla yükümlü olduğu kimselerin geçimini sağlayacak gelire veya mesleğe sahip olmak,
 - g) Millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak,
- şartları aranır.

(2) Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancılarda, yukarıda sayılan şartlarla birlikte, taşıdıkları devlet vatandaşlığından çıkma şartı da aranabilir. Bu takdirin kullanılmasına ilişkin esasların tespiti Bakanlar Kurulunun yetkisindedir.

¹⁰⁹ **Türk vatandaşlığının ikamet şartına bağlı olarak yeniden kazanılması madde 14 – (1) 29 uncu madde uyarınca** Türk vatandaşlığı kaybettirilenler Bakanlar Kurulu kararıyla, 34 üncü madde uyarınca Türk vatandaşlığını kaybedenler Bakanlık kararıyla, millî güvenlik bakımından engel teşkil edecek bir halinin bulunmaması ve Türkiye'de üç yıl ikamet etmek şartıyla Türk vatandaşlığını yeniden kazanabilirler.

İkamet ve sürelerin hesaplanması madde 15 – (1) Bir yabancı için ikamet, Türk kanunlarına uygun olarak Türkiye'de oturmaktır. Türk vatandaşlığını kazanma talebinde bulunan bir yabancı başvuru için aranan ikamet süresi içinde toplam altı ayı geçmemek üzere Türkiye dışında bulunabilir. Türkiye dışında geçirilen süreler bu Kanunda öngörülen ikamet süreleri içinde değerlendirilir.

Vatandaşlık her zaman tek bir devlet için gerçekleşmemektedir. Bireyler bazen birden fazla devletin vatandaşlığına sahip olabilmektedir. Nitekim Türk Vatandaşlık Kanunu'nun 3. maddesine göre, Türk vatandaşının aynı anda birden çok vatandaşlığına sahip olması halinde çok vatandaşlık söz konusudur. Vatandaşlık Kanunlarının Çatışması ile İlgili Bazı Sorunlar Hakkında 1930 Tarihli La Haye Sözleşmesine göre, iki veya daha fazla vatandaşlığı olan bir kimse, vatandaşlığına sahip olduğu bu devletlerin her biri tarafından kendi vatandaşı olarak kabul edilebilir. Bir devlet, başka bir devletin de vatandaşlığını taşıyan bir vatandaşını o devlete karşı diplomatik yoldan koruyamayacaktır. Üçüncü bir devlette, birden fazla vatandaşlığı olan kimseye sadece bir vatandaşlığı varmış gibi hareket edilecektir¹¹¹.

Türk vatandaşlığına sahip olanlar¹¹² bakımından bir koruma öngören Anayasanın suç ve cezalara ilişkin esaslar başlıklı 38. maddesinde Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaşı, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemeyecektir¹¹³.

¹¹⁰ **Türk Vatandaşlık Kanunu madde 16** – (1) Bir Türk vatandaşı ile evlenme doğrudan Türk vatandaşlığını kazandırmaz. Ancak bir Türk vatandaşı ile en az üç yıldan beri evli olan ve evliliği devam eden yabancılar Türk vatandaşlığını kazanmak üzere başvuruda bulunabilir. Başvuru sahiplerinde;

- a) Aile birliği içinde yaşama,
 - b) Evlilik birliği ile bağdaşmayacak bir faaliyette bulunmama,
 - c) Millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmama,
- şartları aranır.

(2) Başvurudan sonra Türk vatandaşı eşin ölümü nedeniyle evliliğin sona ermesi halinde birinci fıkranın (a) bendindeki şart aranmaz.

(3) Evlenme ile Türk vatandaşlığını kazanan yabancılar evlenmenin butlanına karar verilmesi halinde evlenmede iyiniyetli iseler Türk vatandaşlığını muhafaza ederler.

¹¹¹ GÜNDÜZ, s.546.

¹¹² Yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşları bakımından da anayasa koruma getirilmiştir. Any. 62. “Devlet, yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının aile birliğinin, çocuklarının eğitiminin, kültürel ihtiyaçlarının ve sosyal güvenliklerinin sağlanması, anavatanla bağlarının korunması ve yurda dönüşlerinde yardımcı olunması için gereken tedbirleri alır”.

¹¹³ Aynı doğrultuda, Anayasaya uygun olarak TCK'nın 18. maddesinde “Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere, vatandaşı suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez” hükmü bulunmaktadır, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf>, E.T. 19.11.2013.

D. Göçmen (Immigrant)

Uluslararası düzeyde genel kabul gören bir göçmen tanımı mevcut değildir. Ancak yapılan tanımlardan bazıları şu şekildedir: Hem maddi ve sosyal durumlarını iyileştirmek hem de kendileri veya ailelerinin gelecekte beklenenlerini arttırmak için başka bir ülkeye veya bölgeye göç eden kişi ve aile fertlerine göçmen denir¹¹⁴.

Göçmen (muhacir), bir memlekete yerleşmek amacıyla başka bir memleketten gelen kimsedir¹¹⁵. Kişinin geri dönmek üzere, bulunduğu ülkeden ayrılarak, yerleşmek amacıyla başka bir ülkeye gitmesidir¹¹⁶. Bir başka tanıma göre ise, ekonomik, siyasi, dini, güvenlik ve benzeri nedenlerle bağlı oldukları ülkeyi terk ederek yerleşmek amacıyla başka bir ülkeye giden kişi ve gruplara göçmen denilmektedir¹¹⁷.

Göçmenlik ve mültecilik iç içe geçmiş kavramlar olmasına rağmen farklılık arz etmektedir. Göçmenlik hukuku ülkeye girişte kontrolü benimserken, mülteci hukuku esas olarak koruma sağlamayı amaçlar. Göçmen kontrolü, devletlere ülkeye girişin engellenmesi ve ülkeye girmiş olanların ülkeden çıkarılması bağlamında yetki vermektedir¹¹⁸.

Göçmenlik ülkemizde 2510 sayılı ve 1934 tarihli İskan Kanunu ile ilk defa düzenlenmişti ve bu kanunun 3. maddesinde şöyle bir göçmen tanımı yapılmaktaydı; *“Türkiye’de yerleşmek maksadı ile dışarıdan münferiden gelmek isteyen Türk soyundan meskün veya göçebe ferdler Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekilliğinin mütalaası alınmak şartı ile Dahiliye Vekilliğinin emri ile ve müçtemian gelmek isteyen Türk soyundan meskün veya göçebe ferdler ve aşiretler ve Türk kültürüne bağlı meskün kimseler işbu kanunun hükümlerine göre Dahiliye Vekilliğinin*

¹¹⁴ ÇİÇEKLİ (Edt.), Uluslararası Göç Hukuku Göç Terimleri Sözlüğü, s.22.

¹¹⁵ Hüseyin ÖZCAN, Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, Alfa Yayınevi, 7. Baskı, İstanbul 1993, s.262.

¹¹⁶ Ejder YILMAZ, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Genişletilmiş 5. Baskı, s.561.

¹¹⁷ Aysel ÇELİKEL/Günseli (ÖZTEKİN) GELGEL, Yabancılar Hukuku, Bata Yayınları, 18. Bası, İstanbul 2012, s.22.

¹¹⁸ Gökhan TANERİ, Uluslararası Hukukta Mülteci ve Sığınmacıların Geri Gönderilmemesi (Non-Refoulement) İlkesi, Bilge Yayınevi, Ankara 2012, s.36; Guy S. GOODWIN-GILL, Non-Refoulement and the New Asylum Seekers, Virginia Journal of International Law, Vol. 26-4, 1986, s.897-918.

mütaleası alınmak şartıyla Sıhhat ve İctimai Muavenet Vekilliğinin emirleri ile kabul olunurlar. Bunlara muhacir denir". Daha sonra bu kanun 5543 sayılı 19.09.2006 tarihli İskan Kanunu ile yürürlükten kaldırılmış ve yeni kanun yürürlüğe girmiştir¹¹⁹. Bu kanunun tanımlar başlıklı 3. maddesinde göçmen kavramı; "*Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olup, yerleşmek amacıyla tek başına veya toplu halde Türkiye'ye gelip bu Kanun gereğince kabul olunanlardır*" olarak tanımlanmıştır. Kanunun ayrıca göçmen sınıflandırması yaptığı da görülmektedir;

Serbest göçmen: Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olup, yerleşmek amacıyla tek başına veya toplu halde Türkiye'ye gelip, Devlet eliyle iskân edilmelerini istememek şartıyla yurda kabul edilenlerdir.

İskânlı göçmen: Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olup, özel kanunlarla yurt dışından getirilen ve bu Kanun hükümlerine göre taşınmaz mal verilerek iskânları sağlananlardır.

Münferit göçmen: Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olup, yurdumuza yerleşmek amacıyla bir aile olarak gelenlerdir.

Toplu göçmen: Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olup, iki ülke arasında yapılan anlaşmaya göre yurdumuza yerleşmek amacıyla toplu olarak gelen ailelerdir¹²⁰.

Bize göre, ekonomik, siyasi ve benzeri farklı sebeplerle buldukları ülkelerden yerleşmek amacıyla başka bir ülkeye gelmiş olan kişilere göçmen denir. Göçmenler Türk Vatandaşlık Kanunu'na göre, millî güvenlik ve kamu düzeni

¹¹⁹ 26/9/2006 tarihli, 26301 sayılı Resmi Gazete; İskan kanununun 1. maddesinde amacı şöyle ifade edilmiştir, "*göçmenlerin, göçebelerin, yerleri kamulaştırılanlar ile millî güvenlik nedeniyle yapılacak iskân çalışmalarını, köylerde fiziksel yerleşimin düzenlenmesine ilişkin uygulamaya esas şartları ve alınacak tedbirleri, iskân edilenlerin hak ve yükümlülüklerini düzenlemektir*".

¹²⁰ Ayrıca 5543 sayılı İskan Kanununun 17. maddesine göre, Kanunun uygulanmasında aile bir bütün olarak kabul edilir ve aşağıda belirtilen sıralama çerçevesinde işlem yapılmaktadır;

- a) Karı ile koca,
- b) Evlenmemiş çocuklar, ana ve baba ile veya bunlardan sağ olanı ile birlikte,
- c) Evli çocuklar, evli torunlar ile çocuksuz erkek ve kadın dullar başlı başına
- ç) Anasız ve babasız kardeş çocuklar birlikte ve eşit hisselerle, bir aile olarak iskân edilirler.

bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak şartıyla Bakanlığın teklifi, Bakanlar Kurulunun kararı ile Türk vatandaşlığını kazanabilirler¹²¹.

E. Mülteci (Refugee)

Arapça’da iltica fiilinden türeyen mülteci, dini, milliyeti, belirli bir toplumsal gruba üyeliği veya siyasi düşünceleri nedeniyle zulüm göreceği korkusu ve endişesi taşıyan, bu sebeple ülkesinden ayrılan veya ayrılmak zorunda bırakılan ve korkusu nedeniyle geri dönemeyen ya da dönmek istemeyen, sığındığı ülke tarafından endişeleri haklı bulunan yabancıları ifade etmek için kullanılan sosyolojik bir kavram ve aynı zamanda hukuki bir statüdür¹²². Mülteciler bir ülkeyi tabii afet, dini, ekonomik, sosyolojik ve siyasi mahiyette çeşitli sebeplerle terk ederek bir başka ülkeye giden yabancılar olarak, hiçbir devletin aktif diplomatik korumasına mazhar olmayan veya kendiliklerinden bunu istemeyen kimselerdir¹²³.

Devletler Hukuku Enstitüsü mülteciyi, vatandaşı olduğu ülkede meydana gelen siyasal olaylar sonucu bu ülkeyi iradesi ile veya zorla terk etmiş, yeni bir vatandaşlığa geçmemiş ve herhangi bir devletin diplomatik korumasından yararlanamayan kişi olarak tanımlamıştır¹²⁴.

Uluslararası Mülteci Örgütü Anayasası’na göre mülteci; *“haklı bir nedene dayanan baskı ve zulüm dahil olmak üzere ülkesine dönmek için geçerli nedeni olan kişi”* şeklinde tanımlanmıştır¹²⁵. Mülteci 14.06.1934 tarihli 2510 sayılı mülga İskan Kanununun 3. maddesinde, *“Türkiye’de yerleşmek maksadıyla olmayıp bir zaruret ilcasile muvakkat oturmak üzere sığınanlar”* olarak düzenlenmiştir.

¹²¹ 5901 sayılı 29.05.2009 Tarihli Türk Vatandaşlığı Kanunu madde 12, 12/6/2009 Tarihli Resmi Gazete, S. 27256.

¹²² KINIK, s.37.

¹²³ Jack I. GARVEY, Toward a Reformulation of International Refugee Law, Harvard International Law Journal Vol. 26, Number 2, Spring 1985, s.483, (s.483-500); Yılmaz ALTUĞ, Devletler Hususi Hukuku Bakımından Mülteciler, İstanbul Üniversitesi Yayını, İstanbul 1967, s.1-4.

¹²⁴ ALTUĞ, s.9.

¹²⁵ Bkz. Constitution of the International Refugee Organization (IRO), http://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/15/15-02/un_refugee_organisation.xml, E.T. 20.11.2013; M. Tefik ODMAN, Mülteci Hukuku, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 1995, s.27.

Dünyadaki mültecilerin ve ülkesinde yerinden edilmiş kişilerin sorunu, bugün dünya kamuoyunun önündeki en karmaşık sorunlardan birisidir. Mülteci olmak, bir “yabancı” olmaktan daha çok şey ifade etmektedir. Sürgünde yaşamak, yiyecek, giyinme ve barınma gibi en temel ihtiyaçlar için dahi başkalarına bağımlı olmak anlamına gelmektedir. Kuruluşundan itibaren, Birleşmiş Milletler, dünyanın her tarafındaki mültecileri korumak için çalışmalar yapmaktadır. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'nin (BMMYK)¹²⁶ kurulduğu 1951 yılında, yaklaşık 1 milyon mültecinin¹²⁷, BMMYK'nın yetki alanına dahil olduğu belirtilmiştir¹²⁸.

¹²⁶ Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK)

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, 3 Aralık 1949 günü 319 A (IV) numaralı kararında, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği Ofisi'ni kurmaya karar verdi. Ofis, 1 Ocak 1951 tarihinde, ilk olarak üç yıllık bir süre için, Genel Kurul'un bir yan organı olarak kuruldu.

Kuruluş Tüzüğü'nün 1. maddesine göre, Yüksek Komiserliğin ana görevi, mültecilere uluslararası koruma sağlamak; hükümetlere yardım edere k mültecilerin gönüllü geri dönüşlerini kolaylaştırmak ya da onların toplumla bütünleşmelerini sağlayarak, mülteciler için sürekli çözümler aramaktır. Yüksek Komiserliğin işlevi, tamamen siyasi olmayan; insani ve sosyal olarak nitelendirilir.

Koruma işlevini yerine getirmek konusunda, Yüksek Komiserliğin görevleri, tüzük'te yer aldığı gibi şunları içermektedir:

Mültecilerin korunması için uluslararası anlaşmaların sonuçlarını ve onaylanmalarını desteklemek, başvurularını denetlemek ve iyileştirmeler yapmak;

Mültecilerin durumlarını iyileştirmek için önlemler almak ve önlem alınması gereken durumların sayısını azaltmak;

Gönüllü geri dönüşleri ya da yeni toplumlarla entegrasyonu destekleyen çabalara yardımcı olmak;

Mültecilerin, Devletlerce kabulünü desteklemek;

Mültecilerin varlığının aktarılmasını kolaylaştırmak. Hükümetlerden topraklarındaki mültecilerin sayısı, koşulları ve ilgili yasa ve düzenlemeleri içeren bilgileri elde etmek;

Hükümetler ve hükümetler arası örgütlerle yakın temas halinde olmak;

Mülteci sorunlarıyla ilgilenen özel kuruluşlarla iletişim haline geçmek;

Kişisel-küçük çaplı çabaların koordinasyonuna destek olmak”, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği İnsan Hakları Bilgi Kitapçığı No. 20 İnsan Hakları ve Mülteciler, s.3, <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet20en.pdf>, E.T. 20.12.2013.

¹²⁷ Bu rakam 2000’li yılların başında 22.3 milyona kadar çıkmıştır. Bu ise dünya nüfusunun 269’da birine denk gelir. Bkz. Claire BROLAN, “An Analysis of the Human Smuggling Trade and the Protocol Against the Smuggling of Migrants by Land, Air and Sea (2000) from a Refugee Protection Perspective”, International Journal of Refugee Law, Vol. 14, No. 4, Published by Oxford University Press 2003, s.562.

¹²⁸ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği İnsan Hakları Bilgi Kitapçığı No. 20 İnsan Hakları ve Mülteciler, s.1, <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet20en.pdf>, E.T. 04.11.2013.

Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin 1951 Cenevre Sözleşmesi¹²⁹ mülteci kavramını şu şekilde tanımlamıştır; *“1 Ocak 1951 tarihinden önce meydana gelen olaylar sonucunda ve ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle, yararlanmak istemeyen; yahut tabiiyeti yoksa ve bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen kişiler”* dir¹³⁰. Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin 1967 Protokolünün 1. maddesi ile *“1 Ocak 1951'den önce meydana gelen olaylar sonucunda ve “söz konusu olaylar sonucunda”* ifadeleri mülteci tanımından çıkarılmıştır¹³¹. Afrika Birliği Örgütü de mültecilere ilişkin benzer bir tanım yapmıştır¹³².

Ülkemizde mültecilere ilişkin 30.11.1994 tarihli *“Türkiyeye İltica Eden Veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar İle Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılara ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik”*te ise mülteci kavramı şu şekilde tanımlanmıştır: *“Avrupa'da meydana gelen olaylar sebebiyle ırkı, dini, milliyeti, belirli bir toplumsal gruba üyeliği veya siyasi düşünceleri nedeniyle takibata uğrayacağından haklı olarak korktuğu için vatandaşı olduğu ülke dışında bulunan ve vatandaşı olduğu ülkenin himayesinden istifade edemeyen veya korkudan dolayı istifade etmek istemeyen ya da uyruğu yoksa ve önceden ikamet ettiği ülke dışında bulunuyorsa oraya dönmeyen veya*

¹²⁹ Türkiye, Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin 1951 Sözleşmesini 29 Ağustos 1961 tarihinde 359 sayılı Kanunla, 1951 Sözleşmesine Ek 1967 Protokolü'nü ise 5 Ağustos 1968 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 6/10266 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylayarak kabul etmiş ve 1951 Tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Cenevre Sözleşmesi'ne, 1967 tarihli EK Protokol'e coğrafi çekince ile taraf olmuş bir ülkedir, <http://www.egm.gov.tr/Sayfalar/iltica-goc-islemleri.aspx>, E.T. 04.11.2013; Andreas ZIMMERMANN, The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and Its 1967 Protocol, Oxford Press, 2011, s.645 vd.

¹³⁰ <http://www.hyd.org.tr/?pid=294>, E.T. 02.11.20013; Ayrıca bkz. BROLAN, s. 563.

¹³¹ <http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr>, E.T. 02.11.20013.

¹³² http://www.unhcr.org.tr/uploads/root/2.1_m%C3%BClteciler.pdf, s.4, E.T. 02.11.20013.

korkusundan dolayı dönmek istemeyen yabancıya” mülteci denir¹³³. 3458 sayılı ve 4.4.2013 tarihli Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun 61. maddesinde kimlere mülteci statüsü verilebileceği belirtilmiş¹³⁴ ve 62. maddesinde ise “şartlı mülteci” statüsü belirleyerek bu kavramı şu şekilde açıklamıştır: “Avrupa ülkeleri dışında meydana gelen olaylar sebebiyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında şartlı mülteci statüsü verilir”¹³⁵.

Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme 12. maddesi gereği her mültecinin bireysel statüsü, daimi ikametgahının bulunduğu ülkenin yasalarına veya eğer daimi ikametgahı yoksa, bulunduğu ülkenin yasalarına tabidir. Mültecinin önceden kazandığı ve bireysel statüsüyle ilgili haklara, özellikle evliliğe bağlı haklara, her taraf devlet tarafından, gerekirse bu devletin yasalarının gösterdiği koşulları yerine getirmek kaydıyla, söz konusu hakkın, kişi mülteci olmasaydı o devletin yasalarınca tanınacak haklar arasında bulunması durumunda, saygı gösterilecektir¹³⁶.

¹³³ Türkiye’ye İltica Eden Veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye’den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar İle Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılara Ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, m.3.

¹³⁴ Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında mülteci statüsü verilir (3458 sayılı ve 4.4.2013 tarihli Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun 61. maddesi).

¹³⁵ <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/04/20130411-2.htm>, E.T. 06.11.2013.

¹³⁶ Sözleşme metni için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/179-199.pdf>, E.T. 06.11.2013.

Mültecilerin¹³⁷ belli hakları vardır. Öncelikle temel insan haklarına haiz oldukları bir gerçektir. Bunun yanında güvenli sığınma hakkına sahiptirler. Uluslararası koruma fiziksel güvenlikten fazlasını kapsar. Mültecilere en azından ülkede yasal olarak ikamet eden diğer yabancılara sağlananlarla eşit haklar ve yardım edilmesi gerekir¹³⁸. Her bireyin sahip olması gereken temel ihtiyaçlar giderilmelidir. Böylece mülteciler, düşünce özgürlüğünden, dolaşım özgürlüğünden, işkenceye ve onur kırıcı muameleye tabi olmama gibi temel insan haklarından faydalanmalıdır. Aynı zamanda, sosyal ve ekonomik haklar diğer bireylere olduğu gibi mültecilere de tanınmalı ve her mülteci sağlık hizmetlerinden yararlanabilmelidir. Yetişkin mülteci çalışma hakkına sahip olmalı ve hiçbir mülteci çocuk okula gitmekten mahrum edilmemelidir¹³⁹.

“Mültecilik” bir statüdür ve bu statü kişiye korumasından yararlanamadığı ülkeye, korunabileceği şartlar oluşup geri dönünceye kadar veya bir başka devletin vatandaşlığını kazanıncaya kadar geçecek süreçte himaye sağlar¹⁴⁰. Mülteci, mensup olduğu ülkenin korumasından kendi isteği ile yeniden yararlanırsa, vatandaşlığını kaybettikten sonra vatandaşlığını yeniden kazanırsa, yeni bir vatandaşlık kazanmışsa ve vatandaşlığını aldığı ülkenin korumasından faydalanıyorsa, terk ettiği ülkeye kendi isteği ile yerleşmek amacıyla geri dönerse ve mültecilik statüsü tanınmasına sebep olan şartların ortadan kalkması nedeniyle, vatandaşı olduğu ülkenin korumasını kabul etmeme imkânı kalmamışsa bu statüsü son bulacaktır¹⁴¹. Mültecilik çok zorlu fiziki ve psikolojik şartlar nedeniyle kişinin tüm yaşam şeklini

¹³⁷ Mültecilerin Türkiye’deki durumu bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. İlgı Ege TAŞDELEN, Türkiye’de Mültecilerin Hukuki Durumları ve İzmir’e İlişkin Bir Araştırma, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Kamu Yönetimi Programı İzmir 2011.

¹³⁸ <http://www.unhcr.org.tr/?content=30&page=29>, E.T. 02.11.20013.

¹³⁹ <http://www.unhcr.org.tr/?content=30&page=29>, E.T. 02.11.20013.

¹⁴⁰ Çiğdem ALTINIŞIK/Mehmet Şahin YILDIRIM, Mülteci Haklarının Korunması, Ankara Barosu Yayınları, Ocak 2002, s.25.

¹⁴¹ ALTINIŞIK/YILDIRIM, s.25.

değiştiren ve muhtemelen bir daha da eskisi gibi olamayacak olan bir hayat biçimidir¹⁴².

Mülteci statüsü devletin (ulusal) yetkilileri veya BMMYK tarafından belirlenir. Devlet tarafından tanınan mültecilik statüsü BMMYK'nın belirlediği mülteci statüsüne nazaran daha çok hak sağlamaktadır¹⁴³.

F. Sığınma ve Sığınmacı (Asylumseeker)

Sığınma sözlük anlamı olarak tehlikelerden kaçarak güvenilir bir yere çekilmek, korunmak amacıyla bir yere veya birine başvurmak, başkalarının yardım ve korunmasına ihtiyaç duymaktır¹⁴⁴.

Sığınma ya da iltica kavramı hukuk sözlüğünde “*başka bir ülkeye sığınma; herhangi bir cezai takibat ve mahkumiyetten kurtulmak veya suçluların(iadesi) geri verilmesi hükümlerinden sıyrılmak amacıyla, uyuğunda bulunmadığı devlet ülkesine kaçan kimseye tanınan yerel dokunulmazlık*” şeklinde tanımlanmıştır¹⁴⁵.

Sığınmacının sözlük karşılığı, başka bir ülkeye veya yere sığınmış olan kişi, sığınık; yabancı bir ülkede iltica etmeden önce belirli bir süre kalan kimsedir¹⁴⁶. Sığınmacı, ırkı, dini, milliyeti, belirli bir toplumsal gruba üyeliği veya siyasi düşünceleri nedeniyle takibata uğrayacağından haklı olarak korktuğu için vatandaşı olduğu ülke dışında bulunan ve vatandaşı olduğu ülkenin himayesinden istifade edemeyen veya korkudan dolayı istifade etmek istemeyen ya da uyuğu yoksa ve önceden ikamet ettiği ülke dışında bulunuyorsa oraya dönmeyen veya korkusundan dolayı dönmek istemeyen yabancıya verilen addır¹⁴⁷.

¹⁴² Günsu USANMAZ, Göç, Mülteciler ve STK'lar, YYLT, Ankara Üniversitesi SBE, Ankara 2009, s.79-80; İnayet Burcu AKYÜREK, Mülteci Hukuku Ve Türkiye Uygulaması, YYLT, Kırıkkale Üniversitesi SBE, Kırıkkale 2007, s.iv.

¹⁴³ ALTINIŞIK/ YILDIRIM, s.19.

¹⁴⁴ Büyük Türkçe Sözlük, <http://tdk.gov.tr>. 01.11.2013. Bkz, benzer tanım için Kevin BROWNE, Immigration Law, Collage of Law Publishing, 2011, s.151.

¹⁴⁵ YILMAZ, s.379.

¹⁴⁶ Büyük Türkçe Sözlük, <http://tdk.gov.tr>, E.T.01.11.2013.

¹⁴⁷ Türkiye'ye İltica Eden Veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar İle Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılara Ve

Bir başka tanıma göre, ilgili ulusal ya da uluslararası belgeler çerçevesinde bir ülkeye mülteci olarak kabul edilmek isteyen ve mültecilik statüsüne ilişkin yaptıkları başvurunun sonucunu bekleyen insanlara sığınmacı denir¹⁴⁸.

Sığınmacı, mülteci statüsü almaya yönelik başvurusu bulunan fakat bu başvurusu, henüz, karara bağlanmamış kişileri ifade etmektedir¹⁴⁹. Sığınmacılara, başta geri-göndermeme ilkesi (non-refoulement) olmak üzere, temel haklara erişimlerinin ve insanca yaşamları için asgari standartların sağlanması gerekmektedir¹⁵⁰. Sığınmacı geçici bir statüdür ve mülteci statüsü tanınmasının ardından, mülteci statüsünün en başından itibaren geçerli olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle hukuki anlamda, mülteci statüsü geriye yürümektedir¹⁵¹. Mülteci ve sığınmacı kavramları arasındaki fark, bir göçmenin yasal olarak hangi statüde bulunduğunu yansıtmaktadır. Sığınmacı, bir ülkenin sınırlarına giren ancak henüz yasal bir başvuruda bulunmayan ya da başvuruda bulunmuşsa hakkında henüz yasal bir karar verilmemiş olan kimsedir. Diğer bir ifadeyle, hava yolu ya da başka bir araç ile ulaştığı ülkede, öncelikli olarak sığınma isteğinde bulunan kişi veya ülkesini terk ederek, mülteci olduğu iddiasıyla bir başka ülkeye sığınan, ancak henüz mülteci olup olmadığı hakkında yetkili ulusal otoriteler ya da BMMYK tarafından karar verilmemiş olan kimselerdir¹⁵². Sığınmacıları göçmenlerden ayıran fark ise,

Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, m.3; Luke T. LEE, The Right to Compensation: Refugees and Countries of Asylum, The American Journal of International Law, Vol. 80, No. 3 (Jul., 1986), s.532-567.

¹⁴⁸ ÇIÇEKLİ (Edt.), Uluslararası Göç Hukuku Göç Terimleri Sözlüğü, s.49.

¹⁴⁹ Sığınmacıların tazminat hakkına ilişkin olarak bkz. LEE, s.552 vd.

¹⁵⁰ Jean ALLAIN, The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement, International Journal of Refugee Law Vol. 13 No. 4, Oxford University Press 2002, s.533-558; Scott M. MARTIN, Non-Refoulement of Refugees: United States Compliance with International Obligations, Immigration Nationality L. Rev. 1984, s.650-673; Václava STOYANOVA, The Principle Of Non-Refoulement and The Right Of: Asy Tum-Seekers To Enter State Territory, Interdisciplin ay Journal of Human Rights Law, Vol. 3, 2008-2009, s.1-11.

¹⁵¹ <http://sorular.rightsagenda.org/soru-cevap/?g=2>, E.T. 01.11.20013.

¹⁵² CASTLES/MILLER, s.88.

sığınmacıların göçmenlere nazaran yaşamlarına yönelik doğrudan bir tehdit vardır ve bu tehdit nedeniyle göç etmek zorunda kalmışlardır¹⁵³.

Sığınmacı statüsü tanınan kişi bu ülke ya da bu ülkenin diplomatik temsilciliğinde kaldığı sürece koruma altına alınmaktadır. Bu şekilde, sığınmacı statüsünden yararlanan kişinin kesin olarak kaçtığı devlete geri verilememesi¹⁵⁴ gerekmektedir. Bu husus önemli bir öncelik ve yere sahiptir. Ancak sığınmacı statüsünün verilmesi uluslararası hukuka aykırılık teşkil ediyorsa yine geri verme değil, bu statü tanınan kişinin başka bir ülkeye bırakılması gibi başka bir çare bulunmalıdır¹⁵⁵. Sığınma talebinde bulunan kimseler, seyahatleri süresince veya geçici barınma imkanı buldukları bir ülkede daimi şekilde yeni bir ülkenin vatandaşlığına geçinceye kadar uluslararası yasal haklara sahip olurlar ve bu hakları diğer bütün devletler riayet edecek, tanıyacaktır¹⁵⁶. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 14. maddesine göre herkesin zulüm altında başka ülkelere sığınma ve sığınma olanaklarından yararlanma hakkı vardır¹⁵⁷.

1967 tarihli BM Ülkesel Sığınma Bildirisinin başlangıç bölümünde bir devlet tarafından sığınma hakkı tanınmasının barışçıl ve insani bir eylem olduğunu ve bu biçimiyle, bir başka devlet tarafından düşmanca bir eylem olarak görülemeyeceği belirtilmiştir. Devletlerin, sığınma ve mültecilerin ve vatansız kimselerin statüsüyle ilgili mevcut belgelere karşı gelmeksizin, devlete sığınmaya ilişkin uygulamalarında aşağıdaki ilkelere dayanmalarını ve bu ilkeleri göz önünde bulundurmalarını tavsiye etmiştir. Buna göre,

¹⁵³ Murat SARAÇLI, Uluslararası Hukukta Yerinden Edilmiş Kişiler, Adalet yayınları, Ankara 2011, s.79.

¹⁵⁴ Sınır dışı etme, geri gönderme ve geri verme bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. ALLAIN, s.533-558; MARTIN, s.650-673; STOYANOVA, s.1-11; Ergin ERGÜL, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku'nda Sınır Dışı Etme, Geri Gönderme ve Geri Verme, Yargı Yayınevi, Ankara 2012.

¹⁵⁵ Hüseyin PAZARCI, Uluslararası Hukuk, Turhan Kitapevi, 12. Bası, Ankara 2013, s.219.

¹⁵⁶ AKYÜREK, s.iv.

¹⁵⁷ Orijinal metin için bkz. The Universal Declaration Of Human Rights <http://www.un.org/en/documents/udhr/>, E.T. 20.08.20015.

1. Bir Devletin, egemenliğini kullanarak, sömürgeciliğe karşı mücadele edenler dahil olmak üzere, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 14. maddesine giren kişilere tanıdığı sığınmaya, tüm öteki devletlerce saygı gösterilecektir.

2. Sığınma arama ve sığınma olanağından yararlanma hakkı hakkında, barışa karşı bir suç/bir savaş suçu, ya da insanlığa karşı bir suç, bu tip suçlarla ilgili hükümleri belirlemek için hazırlanan uluslararası belgelerde tanımlandığı şekilde suçları işlediğini düşünmek için ciddi nedenler bulunan herhangi bir kimse tarafından ileri sürülemez.

3. Sığınma hakkı tanımaya ilişkin temellendirmenin değerlendirilmesi, sığınma hakkını tanıyan devlete ait olacaktır.

4. Bir devlet, sığınma hakkı tanıma ya da tanımayı sürdürme konularında güçlüklerle karşılaşır, devletler tekil olarak ya da bir arada ya da Birleşmiş Milletler aracılığıyla, uluslararası dayanışma ruhu içinde, söz konusu devletin üzerindeki yükü hafifletmek için gerekli önlemleri alacaklardır.

5. 1. maddenin 1. paragrafında bahsedilen hiç kimse, sınırda reddedilme, ya da sığınma hakkı aradığı ülkeye daha önce girmiş ise sınır dışı edilme ya da zulme uğrayabileceği herhangi bir ülkeye zorla geri döndürülme gibi önlemlere tabi tutulmayacaktır. Bunun istisnası, ancak olağanüstü nedenler olan ulusal güvenlik ya da kitlesel nüfus akışı durumunda olduğu gibi nüfusun korumasını sağlama amacıyla yapılan sınırlamalardır

6. Sığınma hakkı tanıyan ülkeler, sığınma hakkı kazanan kimselerin Birleşmiş Milletler'in amaç ve ilkelerine aykırı etkinliklerde bulunmalarını engelleyecektir¹⁵⁸.

G. Vatansız (Stateless Person)

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 15. maddesine göre herkesin bir uyrukluk hakkı vardır. Hiç kimse keyfi olarak vatandaşlığından ya da vatandaşlığını değiştirmek hakkından yoksun bırakılamaz¹⁵⁹. Vatansızlık¹⁶⁰ özellikle doğdukları

¹⁵⁸ Orijinal metin için bkz. Declaration on Territorial Asylum, <http://www.unhcr.org/3e96a1228.pdf>, E.T. 25.6.2015.

¹⁵⁹ <http://www.un.org/en/documents/udhr/> E.T. 09.09.2015

ülkenin vatandaşlıklarını alamadıkları için ailelerinin vatandaşı oldukları ülkelerin dışında doğan çocuklar bakımından önemli bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır¹⁶¹.

Vatansız¹⁶², hiçbir devletin tabiiyetinde- uyruğunda olmayan, haymatlos¹⁶³. Yani hiçbir devletin kendi uyrukluğuna kabul etmediği kişiye vatansız denir¹⁶⁴. Vatansızlık¹⁶⁵ doğumla olabileceği gibi sonradan da ortaya çıkabilmektedir. Örneğin vatansız ana babadan doğan çocuğun kan bağı esasını kabul eden bir devlette doğması halinde çocuk vatansız olacaktır¹⁶⁶. Diplomatik koruma vatandaşlığa bağlı olduğu için vatansızlar bu korumadan faydalanamazlar. Vatansızlık *de jure* olabileceği gibi *de facto* da olabilir. *De jure* vatansızlık, kişinin hiçbir devletin vatandaşlığına sahip olmaması anlamına gelir. *De facto* vatansızlık¹⁶⁷ ise, belli bir devletin vatandaşı olmasına rağmen kişi ya siyasi sebeplerden dolayı vatandaşı olduğu devlet ona diplomatik koruma sağlamayı reddetmektedir ya da kişinin vatandaşı olduğu devletten koruma talep etmek istememesi durumudur¹⁶⁸.

¹⁶⁰ Vatansızlığa yol açan nedenlere ilişkin bkz. Constantin SOKOLOFF/Richard LEWIS, Denial of Citizenship: A Challenge to Human Security, Issue Paper 28 1.04.2005, EPC (European Policy Center), http://www.mercury.ethz.ch/serviceengine/Files/ISN/.../doc_10947_290_en.pdf, E.T. 09.09.2015.

¹⁶¹ Halil KALABALIK, İnsan Hakları Hukuku, Seçkin Yayınları, 2. Bası, Ankara 2009, s.79.

¹⁶² *Vatansız bir kişinin kişisel statüsü daimi ikametgâhının ait olduğu ülkenin kanununa, ikametgâhi yoksa oturduğu ülkenin kanununa göre düzenlenir*, 28 Eylül 1954 tarihli Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme, m.12, http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin127.pdf, E.T. 09.09.2015.

¹⁶³ YILMAZ, s.767.

¹⁶⁴ PAZARCI, s.219.

¹⁶⁵ Vatansızlığa ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Sally Engle MARRY, Stateless Law: Before, Inside and Outside the Law of the State, Chapter I, Edited by Helge DEDEK/Shaua Van PRAAGH, Stateless Law Evolving Boundaries of a Dicipline, Burlington 2015, s.3 vd; Michelle CUMYN, The Structure of Stateless Law, Chapter VII, Edited by Helge DEDEK/Shaua Van Praagh, Stateless Law Evolving Boundaries of a Dicipline, Burlington 2015, s.71 vd.

¹⁶⁶ Nimet ÖZBEK HADİMOĞLU/Barış TEKSOY, “Vatansızlığın Azaltılmasına Dair BM Sözleşmesi (1961) Karşısında Türk Vatandaşlığı Kanunu”, TBB Dergisi, S. 107, 2013, s.222, (s.221-244)

¹⁶⁷ Carol A. BATCHELOR, Statelessness and the Problem of Resolving Nationaliy Status, International Journal of Refugee Law Vol. 10, No. 1/2, Oxford University Press 1998, s.172, (s.156-183).

¹⁶⁸ Nuray EKŞİ, Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular, Beta Yayınları, 4. Baskı, İstanbul 2012, s.5.

Kendi yasalarının işleyişi içinde hiçbir devlet tarafından vatandaş olarak sayılmayan kişiye “vatansız” adı verilmektedir¹⁶⁹. Vatansızlık statüsü, ilgili kişinin herhangi bir devletin vatandaşlığını kazanma şartlarından hiçbirine uymadığı olaylarda görülmektedir. Bir vatansızdan doğan veya vatandaşlıktan çıkarılma ya da diğer bir sebeple vatandaşlığın kaybı ortaya çıktığı gibi, muhtelif devletlerin vatandaşlık kanunlarının çatışması sonrası da vatansızlık durumu oluşmaktadır¹⁷⁰.

6458 sayılı ve 4.4.2013 tarihli Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu vatansız kişi için şöyle bir tanım yapmıştır : *“Hiçbir devlete vatandaşlık bağıyla bağlı bulunmayan ve yabancı sayılan kişiyi ifade eder”*.

Vatansız kişi bir devletin vatandaşlığında olmadığı için, şahsı veya mallarına karşı milletlerarası hukuka aykırı olarak yapılan herhangi bir fiilden dolayı hiçbir devletin diplomatik korumasından faydalanamaz. Bu bağlamda korunmasız durumda olan vatansızların hukuki durumunu iyileştirmek uluslararası kurumların çalışma alanına girmiştir¹⁷¹.

Vatansızlığın Azaltılmasına Dair BM Sözleşmesi (1961), doğum yoluyla kişinin vatansız kalmasını önlemeye yönelik bir hüküm içermektedir. Buna göre, sözleşme’ye taraf bir devlet, kendi ülkesinde doğmuş olan ve aksi takdirde vatansız duruma düşecek bir kişiye vatandaşlık hakkı tanıyacaktır. Bu vatandaşlık hakkı kanunî olarak doğumla ya da ilgili kişi tarafından ya da adına, ulusal hukukta belirtildiği biçimde, gerekli mercilere yapılan başvuru üzerine tanınacaktır¹⁷².

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nun 50. maddesinde “vatansızlığın tespiti”ne ilişkin olarak usul ve esas şu şekilde düzenlenmiştir ; *“(1) Vatansızlığın tespiti Genel Müdürlükçe yapılır. Vatansız kişilere, Türkiye’de yasal olarak ikamet edebilme hakkı sağlayan Vatansız Kişi Kimlik Belgesi düzenlenir. Başka ülkeler tarafından vatansız kişi işlemi görenler bu haktan yararlandırılmaz.*

¹⁶⁹ 28 Eylül 1954 tarihli Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme, m.1,
http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin127.pdf, E.T. 09.09.2015.

¹⁷⁰ NOMER, s.41.

¹⁷¹ ÇELİKEL/GELGEL, s.18.

¹⁷² ÖZBEK HADİMOĞLU/TEKSOY, s.227.

(2) *Vatansız kişiler, Vatansız Kişi Kimlik Belgesi almakla yükümlü olup, belge Genel Müdürlüğün uygun görüşü alınarak valiliklerce düzenlenir. Hiçbir harca tabi olmayan bu belge, ikamet izni yerine geçer ve iki yılda bir valiliklerce yenilenir. Vatansız Kişi Kimlik Belgesinde yabancı kimlik numarası da yer alır.*

(3) *Vatansız Kişi Kimlik Belgesine sahip olarak Türkiye’de geçirilen süreler, ikamet sürelerinin toplanmasında hesaba katılır.*

(4) *Vatansız Kişi Kimlik Belgesi, kişinin herhangi bir ülke vatandaşlığını kazanmasıyla birlikte geçerliliğini kaybeder.*

(5) *Vatansızlık durumlarının tespiti ve Vatansız Kişi Kimlik Belgesiyle ilgili usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir”.*

Aynı şekilde kanunla vatansızlara tanınan bazı haklar ve güvenceler de şöylece sayılmıştır:

“ (1) *Vatansız Kişi Kimlik Belgesine sahip kişiler; a) Bu Kanundaki ikamet izinlerinden birini almak üzere talepte bulunabilirler,*

b) Kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından ciddi tehdit oluşturmadıkları sürece sınır dışı edilmezler,

c) Yabancılarla ilgili işlemlerde aranan karşılıklılık şartından muaf tutulurlar,

ç) Çalışma izniyle ilgili iş ve işlemlerde 4817 sayılı Kanun hükümlerine tabidirler,

d) 5682 sayılı Kanununun 18 inci maddesi hükümlerinden yararlanabilirler”¹⁷³.

H. Kaynak-Transit-Hedef Ülke

“Kaynak Ülke” İnsan ticareti mağdurlarının tedarik edildiği ülkedir¹⁷⁴.

“Transit Ülke” Kaynak ülkeden tedarik edilen mağdurların hedef ülkeye götürülmeleri esnasında yasal veya yasa dışı yollardan sınırlarını geçtiği üçüncü bir

¹⁷³ 6458 sayılı ve 4.4.2013 tarihli Yabancılar Ve Uluslararası Koruma Kanunu madde 51.

¹⁷⁴ Türk Hukukunda İnsan Ticareti Suçu El Kitabı, Adalet Bakanlığı Yayını, 2. Baskı, Ankara 2009, s.17.

ülkeyi ifade eder. Genellikle bu ülke topraklarında istismar biçimlerinin gerçekleşmesi söz konusu değildir. Ancak kimi zaman hedef ülkeye henüz varılmadan, mağdurların çeşitli sebeplerle istismara maruz kalmaları mümkündür¹⁷⁵.

“Hedef Ülke” Yaşadıkları ülkenin (kaynak) sosyal ve siyasal koşullarının yanı sıra bireysel olarak etkisinde buldukları zor koşulların etkisiyle istismar edilmesi düşünülen (tedarik edilen) kişilerin götürülmesi düşünülen muhtemelen refah düzeyi yüksek olan bir diğer ülkedir¹⁷⁶.

I.Örgütlü Suç (Organize Suç)¹⁷⁷

Faaliyet alanlarının ve işlenen suçların çeşitliliği nedeniyle örgütlü suçluluk konusunda herkesi tatmin edecek bilimsel bir tanımın yapılmadığı¹⁷⁸ ve kriminolojik-kriminalistik bir kavram olan bu olgunun hukuki açıdan tanımlama çabasının yetersiz olacağı iddia edilmiştir¹⁷⁹. Örgütlü (organize)¹⁸⁰ suçluluk (Organized Crime)¹⁸¹ kavramına verilen anlam tanım için önemlidir. Zira, örgütlü suçluluk tanımının, bir yandan yasalara uygun olarak kurulup faaliyet gösteren ekonomik işletmelerle ilgisi olmayan bir suç şebekesi olduğunu ortaya koyması gerekirken, diğer yandan da topluca işlenen suçlar içinde örgütlü(organize) suçların diğer grup suçlarından ayırt edilebilmesi lüzumu vardır¹⁸². Örgütlü (organize) suç faaliyeti belli

¹⁷⁵ Türk Hukukunda İnsan Ticareti Suçu El Kitabı, s.20.

¹⁷⁶ Türk Hukukunda İnsan Ticareti Suçu El Kitabı, s.15.

¹⁷⁷ Örgütlü suç kavramı için öğretide “organize suç”, “organize suçluluk” da kullanılmış ve kullanılmaktadır.

¹⁷⁸ Organize suça ilişkin tatmin edici bir tanım yapılmamıştır, Paula MİRAGLIA/Rolando OCHOA/Ivan BRISCOE, Transnational Organised Crime and Fragile States, International Center for the Prevention of Crime and the Clingendael Institute, OECD Development Co-Operation Working Papers, October 2012, s.5, <http://www.oecd.org/dac/incaf/WP3%20Transnational%20organised%20crime.pdf>, E.T.05.11.2013.

¹⁷⁹ Hasan KÖROĞLU, Örgütlü Suçluluk, Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele (4422 Sayılı Kanun) ve Cürüm İşlemek İçin Teşekkül Oluşturmak, Seçkin Yayınları, Ankara 2001, s.21.

¹⁸⁰ Kuruluşları ortak bir amaç için bir araya getirme, birleştirme. Düzenleme, düzenli, örgütlü olarak tanımlanmıştır. <http://www.tdk.gov.tr/>, E.T. 07.11.2013.

¹⁸¹ Örgütlü suçluluğun sosyolojik görünümüne ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Muhammet FIRAT, “Değişim Sürecinde Türkiye’de Organize Suçluluk Üzerine Sosyolojik Bir Araştırma”, YYLT, Fırat Üniversitesi SBE Sosyoloji Anabilim Dalı, Elazığ, 2010.

¹⁸² Durmuş TEZCAN, Organize Suçlar ve Bu Suçlarda Mağdurun Hakları ve Tanıkların Korunması, Adalet Dergisi, 2000, S. 3, s.9 (s.9-31).

bir organizasyon çerçevesinde yürütülür¹⁸³. Modern örgütlü suç örgütleri yağma, şantaj, kumar, tefecilik, siyasi yolsuzluk ve yasadışı uyuşturucu üretimi ve satışı da dahil olmak üzere bir çok suç çeşidi konusunda uzmanlaşmış bir şekilde gelir elde etmektedir¹⁸⁴.

Örgüt, bir amacı gerçekleştirmek üzere oluşturulan kuruluştur¹⁸⁵. Ortak bir amacı veya işi gerçekleştirmek için bir araya gelmiş kurumların veya kişilerin oluşturduğu birlik, teşekkül, teşkilattır¹⁸⁶. Ceza hukuku bakımından örgütün tanımı daha farklı ölçütler içermektedir. Ceza hukukunda demokratik hak olan örgütlenme hakkı çerçevesinde kurulan örgütlenmeler korunurken, suç sayılan örgütler ayrıca belirtilmektedir¹⁸⁷. Örgüt terimi, Türk Ceza Kanunu ile ceza hükümlerini içeren özel kanunlarda geçen teşekkül, cemiyet, silahlı cemiyet, çete veya silahlı çeteyi de kapsamaktadır¹⁸⁸.

Örgüt, soyut bir birleşme değildir, bünyesinde hiyerarşik bir ilişki vardır. Bu hiyerarşik ilişki, bazı örgüt yapılanmalarında gevşek bir nitelik taşıyabilir. Bu ilişki dolayısıyla örgüt, mensupları üzerinde hâkimiyet kuran bir güç kaynağı niteliğine

¹⁸³ Örgütlü suçluluk bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Michael D. MALTZ, Defining Organized Crime, s.21-37, Handbook of Organized Crime in the United States, Edited by Robert J. KELLY/Kolin CHIN/Rufus SCHATZBERG, Greenwood Press, London, 1994; Ümit CEYLAN, “Organize Suçluluk ve Çıkar Amaçlı Örgüt Suçu (4422 Sayılı Kanun M.1)”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 2002; Dilek EKMEKÇİ, “Organize Suçlulukla Mücadelede Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Özel Soruşturma Tedbirleri”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi SBE Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 2006; Pınar BACAŞIZ, “Organize Suçlulukla Mücadelede Başvurulan Hak Ve Alacaklara İlişkin Tedbirler”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İzmir, 2004 ; Hakan ERŞAHİN, “Türkiye’de Organize Suçluluk Ve Tanıklıkta Karşılaşılan Sorunlar”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi SBE Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Diyarbakır, 2006; Ayhan BOZLAK, “Çıkar Amaçlı organize Suçlarla Mücadeleye İlişkin Temel Hukuki Düzenlemeler ve Başlıca İlkeler”, Polis Bilimleri Dergisi C. 11 (3), 2009, s.65, (s.61-93).

¹⁸⁴ Letizia PAOLI, The Paradoxes of Organized Crime, Crime, Law & Social Change 37, 2002, s.51–97, <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Organized+Crime>, E.T.07.11.2013.

¹⁸⁵ YILMAZ, s.646.

¹⁸⁶ <http://www.tdk.gov.tr>, E.T. 05.11.2013.

¹⁸⁷ Naci ÜNVER, Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ve Cürüm İşlemek İçin Teşekkül Oluşturmak, Turhan Kitabevi, 2. Baskı, Ankara 2002, s.3.

¹⁸⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu. 11.03.2003 tarihli ve E.2003/9-39, K.2003/32 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T.05.11.2013.

haizdir. Örgütün varlığı için suç işlemek amacı etrafındaki fiilî birleşme yeterlidir. Örgüt, nitelik olarak devamlılık arz etmektedir¹⁸⁹.

Örgüt, süreklilik arz eden, kendisini oluşturanlar arasında planlı ortaklık, anlaşma ve iş bölümü bulunan, en az üç kişiden oluşan ve başında bir lider olan, suç işlemek amacıyla kurulmuş bir teşekküldür¹⁹⁰. Yargıtay da örgütü, çıkar elde etmek için üç veya daha fazla kişiden oluşan hiyerarşik biçimde yapılanmış sürekli ve disiplinli işbirliği öngören ve amaca yönelik suçları işlemek için oluşturulmuş bir grup şeklinde tanımlamıştır¹⁹¹. Örgütlü (organize) suç¹⁹², birden fazla kişinin, bir hiyerarşi içerisinde, disiplinli, sürekli, kamu düzenini bozduğu varsayılan aynı amaca yönelik suçları işlemek için oluşturdukları örgütlü yapıdır¹⁹³. Örgütlü suçluluk, bakımından öğretilde şöyle bir tanım yapılmıştır; *“ister yaygın ister örgün olsun, arızı olsun veya olmasın, suçun birçok kişi tarafından birlikte işlenmesidir. Bu, ya bir suçu birlikte işlemek için kişilerin bir araya gelerek suç işlemesini, ya da bir suçu veya birkaç suçu birlikte işlemek amacına matuf olarak örgünleşmeyi, ayrıca örgüt kimliği altında suç işlenmesini ifade etmektedir”*¹⁹⁴.

Mülga olan 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu suç örgütüne ilişkin olarak 1. maddesinde şöyle bir düzenlemeye yer vermiştir: *“Doğrudan veya dolaylı biçimde bir kurumun, kuruluşun veya teşebbüsün yönetim ve denetimini ele geçirmek, kamu hizmetlerinde, basın ve yayın kuruluşları üzerinde,*

¹⁸⁹ TCK 220. madde gerekçesi.

¹⁹⁰ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s.82.

¹⁹¹Yargıtay 8. CD. E.2005/341, K.2005/2011 sayılı kararı, <http://www.kararara.com/yargitay/8cd/k1769.htm>, E.T.05.11.2013.

¹⁹² Örgütlü suçun tarihsel süreci ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Alan A. BLOK, Organized Crime: History and Historiography, s.39-74, Handbook of Organized Crime in the United States, Edited by Robert J. KELLY/Ko-lin CHIN/Rufus SCHATZBERG, Greenwood Press, London, 1994; Michael WOODIWISS, Organized Crime and American Power: A History, University of Toronto Press, Canada, 2003.

¹⁹³ Howard, ABADINSKY, Organized Crime, Tenth Edition, Wadsworth, 2010, s.2; Jeffrey Scott MCILLWAIN, Organized crime: A Social Network Approach, Crime, Law & Social Change 32, 1999, s.301–323; Çetin ÖZEK, “Organize Suç”, Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul Üniversitesi Yayını, İstanbul 1998, s.195, (s.195-297), ÖZEK, “Organize Suç”; Mustafa Ruhan ERDEM, Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Seçkin Yayınları, Ankara 2001, s.44.

¹⁹⁴ Zeki HAFIZOĞULLARI/Günel KURŞUN, Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk, TBB Dergisi, S. 71, 2007, s. 28, (s 25-80).

ihale, imtiyaz ve ruhsat işlemlerinde nüfuz ve denetim elde etmek, ekonomik faaliyetlerde kartel ve tröst yaratmak, madde ve eşyanın azalmasını ve darlığını, fiyatların düşmesini veya artmasını temin etmek, kendilerine veya başkalarına haksız çıkar sağlamak, seçimlerde oy elde etmek veya seçimleri engellemek maksadıyla "tehdit, baskı, cebir veya şiddet" uygulamak suretiyle yıldırma veya korkutma veya sindirme gücünü kullanarak suç işlemek için örgüt kuranlara veya örgütü yönetenlere veya örgüt adına faaliyette bulunanlara veya bilerek hizmet yüklenenler” cezalandırılır¹⁹⁵.

Örgütlü suçluluk kriminolojik bir kavram olmakla birlikte cezalandırmanın alanını hazırlık hareketlerine kadar genişlettiği için maddi ceza hukuku ile de önemli bir ilişki içerine girmektedir. Örgütlü suçlulukta suç işlemek için örgüt kurmak, yönetmek ve üye olmak ya da örgüt faaliyeti kapsamında suç işlenmektedir. Bu durum da maddi ceza hukuku ile ilişkiyi ortaya koymaktadır. Ayrıca, ceza muhakemesi bakımından da örgütlü suçların soruşturulması ve delil araştırması için belli ayrıcalık ve kolaylıklar öngörüldüğünden ceza muhakemesi ile de bu kavramın ilişkili olduğu görülmektedir. Bunun yanında yaptırım hukuku çerçevesinde de örgütlü suçluluk halinde önemli sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Bir suç örgütünü kuran, yöneten, örgüte katılan veya örgüt adına diğerleriyle birlikte veya tek başına suç işleyen kişi, örgüt mensubu suçlu olarak kabul edilmekte ve bu kişinin mahkum olduğu ceza diğer hükümlülere nazaran daha ağır şartlarda infaza tabi tutulmaktadır¹⁹⁶.

Örgütlü suçluluk bulunduğu ülkeler bakımından farklı özellikler sergilese de bünyesinde bir çok benzerlik taşımaktadır¹⁹⁷. Bu özellikler genel olarak şu şekildedir; a) örgütlü suç örgütleri kurallı, disiplinli bir yapıya sahiptir, b) örgütlü suçluluk sürekli ve kendiliğinden devamlıdır, c) örgütlü suçluluk yüksek getiri elde etmek için

¹⁹⁵ <http://www.kazanci.com/kho2/mbb/giris.htm>, E.T.05.11.2013.

¹⁹⁶ İzzet ÖZGENÇ, Suç Örgütleri, Seçkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, Ankara 2012, s.11, (ÖZGENÇ, Suç Örgütleri).

¹⁹⁷ Jay S. ALBANESE, Models of Organized Crime, s.77-90, Handbook of Organized Crime in the United States, Edited by, Robert J. KELLY/Ko-lin CHIN/Rufus SCHATZBERG, Greenwood Press, London, 1994.

yasadışı mal ve hizmet sunumunda bulunur, d) örgütlü suçluluk amacına ulaşmak için şiddet veya şiddet tehdidini kullanır, e) örgütlü suç kamu görevlilerini rüşvetle kullanır¹⁹⁸.

Türkiye’de geçmişte mafya tipi suç örgütleri olarak çoğunlukla haraç toplayan organize suç grupları, artık uluslararası düzeyde uyuşturucu kaçakçılığı, insan ticareti ve göçmen kaçakçılığında önemli bir ağı parçasıdır¹⁹⁹.

Çağın en önemli suçluluk şekillerinden birisi ekonomik ve örgütlü suçlar olarak karşımıza çıkmaktadır²⁰⁰.

Nitekim Türk Ceza Kanununun 220. maddesinde suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması halinde, cezalandırılır. Ancak, örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir²⁰¹. Bunun yanında suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olanlar da cezalandırılacaktır²⁰². Örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi halinde, ayrıca bu

¹⁹⁸ Örgütlü suç çeşitleriyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Margaret E. BEARE, Critical Reflections on Transnational Organized Crime, Money Laundering and Corruption, University of Toronto Press, 2003, s. xi vd; Understanding Organized Crime, Chapter 1, s.5, <http://instructors.coursesmart.com/9780135099957/chap01#X2ludGVybmFsX0J2ZGVwRmxhc2hSZWFkZXI/eG1saWQ9OTc4MDEzNTA5OTk1Ny81>, E.T. 05.11.2013.

¹⁹⁹ Mahmut CENGİZ, “Mafyadan Derin Devlet ve Casusluk İlişkilerine Organize Suçlarda Yeni Trendler”, Uluslararası Güvenlik ve Terörizm Dergisi, C4, S. 1, 2013, s.63, (s.63-79).

²⁰⁰ Türk Ceza Kanunu Tasarısı Genel Gerekeçe, <http://www.sayilikanun.com/5237-sayili-turk-ceza-kanununun-gerekcesi-ve-komisyon-raporu/>, E.T. 05.11.2013.

²⁰¹ TCK m.6/j) Örgüt mensubu suçlu deyiminden; bir suç örgütünü kuran, yöneten, örgüte katılan veya örgüt adına diğerleriyle birlikte veya tek başına suç işleyen kişi anlaşılır.

²⁰² Kanunlarda suç olarak tanımlanan fiillerin işlenmesi amacıyla örgüt kurmak veya yönetmek ile bu amaçla kurulmuş örgüte üye olmak, işlenmesi amaçlananlardan ayrı suçlar olarak tanımlanmıştır.

Örgüt kurmak, işlenmesi amaçlanan suçlar açısından sadece bir araç niteliğindedir. Suç işlemek için örgüt kurmak, toplum düzenini tehlikeye sokmaktadır. Ayrıca belirtilmelidir ki, suç örgütü, amaçlanan suçları işlemeye bir kolaylık sağlamaktadır. Bu nedenlerle, işlenmesi amaçlanan suçlar açısından hazırlık hareketi niteliğinde olan bu fiiller, ayrı suçlar olarak tanımlanmıştır.

Bu suç tanımı ile korunan hukukî değer, kamu güvenliği ve barışıdır. Kamu güvenliği ve barışının bozulması ise, bireyin güvenli, barış içinde yaşamak hakkını da zedeleyecektir. Bu nedenle söz konusu düzenlemeyle aynı zamanda bireyin, Anayasada güvence altına alınmış olan hak ve özgürlüklerine yönelik fiillere karşı da korunması amaçlanmaktadır.

suçlardan dolayı da cezaya hükmolunacak ve örgüt yöneticileri, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılacaktır. Ayrıca 6352 sayılı yasayla eklenen fıkra gereği, örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişi, örgüt üyesi olarak cezalandırılacaktır²⁰³.

Suç örgütü kurmak, işlenmesi amaçlanan suçlar açısından sadece bir araç niteliğindedir. Bu suçun toplum düzenini tehlikeye soktuğu, kurulan suç örgütü amaçlanan suçları işlemede bir kolaylık sağladığından, işlenmesi amaçlanan suçlar açısından hazırlık hareketi niteliğinde olan bu fiillerin kanunda ayrı suçlar olarak tanımlandığı, bu suç tanımı ile korunan hukuki değerlerin kamu güvenliği ve barışı olduğu görülmektedir. Kamu güvenliği ve barışının bozulmasının bireyin güvenli, barış içinde yaşama hakkını zedeleyeceği, bu nedenle aynı zamanda bireyin Anayasa'da güvence altına alınmış olan hak ve özgürlüklerine yönelik fiillere karşı da korunmasının amaçlandığı, burada cezalandırılanın kamu güvenliği ve barışına karşı oluşturulan tehlike hali olmasına göre örgüt suçunun somut tehlike suçu olduğu, örgütün faaliyeti kapsamında bir suç işlenmesinin örgüt suçunun unsuru olmayıp, ancak örgütün varlığının tespitinde bir ispat aracı olacağı anlaşılmaktadır.

Maddenin birinci fıkrasında, suç işlemek amacıyla örgüt kurmak veya yönetmek suçu tanımlanmıştır. Bu bakımdan, söz konusu suç, seçimlik hareketli bir suçtur. Bu seçimlik hareketler, suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmektir.

Örgüt, soyut bir birleşme değildir, bünyesinde hiyerarşik bir ilişki hâkimdir. Bu hiyerarşik ilişki, bazı örgüt yapılanmalarında gevşek bir nitelik taşıyabilir. Bu ilişki dolayısıyla örgüt, mensupları üzerinde hâkimiyet tesis eden bir güç kaynağı niteliğini kazanmaktadır.

Örgütün varlığı için suç işlemek amacı etrafındaki fiil birleşme yeterlidir. Örgüt, niteliği itibarıyla, devamlılık arzeder. Bu itibarla, kişilerin belli bir suçu işlemek için bir araya gelmesi hâlinde, örgüt değil, iştirak ilişkisi mevcuttur. İştirak ilişkisinden bahsedebilmek için, suç ortakları nezdinde suçun, konu veya mağdur bakımından somutlaşması gerekir. Buna karşılık, örgüt yapılanmasında, işlenmesi amaçlanan suçların konu veya mağdur itibarıyla somutlaştırılması zorunlu değildir. 220. Madde gerekçesi.

²⁰³ TCK'nın 220. maddesi anlamında bir örgütün varlığından söz edebilmek için en az üç kişinin belirsiz tür ve sayıda suç işlemek amacıyla hiyerarşik bir ilişki ve süreklilik içerisinde, elverişli araç ve gereçlerle, amaç suçları işlemek üzere bir araya gelmesi gerekmektedir. Yargıtay 5. CD. 17.1.2014 tarihli ve E.2013/16791, K.2014/516 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 07.08.2014.

Örgütü kuran ve yöneten kişiler kime karşı nerede ve ne zaman işleneceği henüz belli olmayan bazı suçları işleme niyetindedir²⁰⁴.

İ. Kanuni Düzenlemedeki Yabancı Kavramına İlişkin Değerlendirme

Türk Ceza Kanunu'nun 79. maddesinin başlığı "Göçmen Kaçakçılığı"dır. Maddenin içeriğinde ise göçmenlerin ülkeden çıkarılması veya göçmenlerin ülkeye sokulmasından bahsedilmemiş ve fakat "yabancı" kavramı kullanılmıştır. Yukarıda suça ilişkin bütün kavramları inceledikten sonra kanunun neden "göçmen" veya "mülteci" ya da "vatansız" kavramını kullanmadığını anlamaktayız. Çünkü bu kavramların hiçbiri suçun kapsamını açıklamada yeterli değildir. Bu nedenle kanuni düzenlemede "yabancı" kavramı kullanılmıştır. Göç terimleri sözlüğüne göre yabancı, "belirli bir devlet açısından o devletin uyuğunda olmayan kişi"dir²⁰⁵. Yani TCK'nın düzenlemesindeki kabul de, Türk devletinin uyuğunda olmayan kişi şeklindedir. Bu terim aslında, "göçmen", "mülteci" ve "vatansız"ı da içine alan daha geniş bir kavramdır. Bu nedenle TCK'nın 79. maddesinin başlığında "göçmen" kavramı kullanılmış olmasına rağmen, madde metninde göçmen kavramı yerine daha geniş olan "yabancı" kavramının kullanılmış olması daha doğrudur.

II. ULUSLARARASI BELGELERDE GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI

A. Genel Olarak

Göçmen kaçakçılığı suçu sınır aşan ve uluslararası boyuta varan bir özelliğe sahiptir²⁰⁶. Bu suçun konusunu oluşturan ve aynı zamanda suçun mağduru olan göçmen, sığınmacı, vatansız, yabancı ve mülteci konumunda olan kişilerin hukuki statüleri ile uluslararası hukuktaki yeri önem arz etmektedir. Ayrıca uluslararası hukukta ve toplumda bunların korunması, yerleşmesi, yeni bir yurt edinmesi için çeşitli girişim ve düzenlemeler yapılmıştır. Çalışmamızın konusu gereği, uluslararası

²⁰⁴ Yargıtay 5. CD. 17.1.2014 tarihli ve E.2013/16791, K.2014/516 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 07.03.2015.

²⁰⁵ ÇİÇEKLİ (edt.), Göç Terimleri Sözlüğü, s. 64.

²⁰⁶ 331 kaçak göçmen boğulmak üzereyken kurtarıldı: Sahil Güvenlik Komutanlığı 331 kaçak göçmeni boğulmak üzereyken kurtarıırken, 2 organizatör de yakalandı, <http://www.haber7.com/guncel/haber>, E.T. 25.05.2015.

boyutta göçmen kaçakçılığının görünümü ve buna ilişkin düzenlemelerin irdelenmesi gerekmektedir. Bu başlıkta göçmen kaçakçılığının uluslararası hukuktaki boyutu incelenecektir.

B. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi 10 Aralık 1948 tarihli Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1948 tarih ve 217 A(III) sayılı Kararıyla ilan edilmiştir²⁰⁷.

Beyannamenin²⁰⁸ 13. maddesinde herkesin bir devletin toprakları üzerinde serbestçe dolaşma ve oturma hakkının olduğu ve herkesin kendi ülkesi de dahil olmak üzere, herhangi bir ülkeden ayrılmak ve ülkesine yeniden dönmek hakkına sahip olduğu belirtilmiştir²⁰⁹.

Beyannamenin 14. maddesinde ise, herkesin zulüm altında başka ülkelere sığınma ve sığınma olanaklarından yararlanma hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir.²¹⁰ Aynı maddenin 2. fıkrasında ise bu hakkın sınırı çizilmiştir. Buna göre, gerçekten siyasal nitelik taşımayan suçlardan veya Birleşmiş Milletlerin amaç ve ilkelerine aykırı eylemlerden doğan kovuşturma durumunda bu haktan yararlanılamayacaktır²¹¹.

²⁰⁷ 6 Nisan 1949 tarih ve 9119 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylanmış ve 27 Mayıs 1949 tarihli, 7217 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

²⁰⁸ Beyanname hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ayhan DÖNER, İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi, Seçkin yayınları, Ankara 2003, s.35 vd.

²⁰⁹ Mary Ann GLENDON, Knowing The Universal Declaration of Human Rights, Notre Dame Law Review, Vol. 73:5, s.1153-1190; BENHABIB/RESNIK, s.6; MARTIN/WEERASINGHE/TAYLOR, s.131.

²¹⁰ Liisa H. MALKKI, Refugees and Exile: From "Refugee Studies" to the National Order of Things, Annual Review of Anthropology, Vol. 24, 1995, s.495-523.

²¹¹ Hersch LAUTERPACHT, The Universal Declaration Of Human Rights, 25 British Year Book of International Law 354 1948, s.354-381; <http://watchlist.org/wordpress/wp-content/uploads/Universal-declaration-of-human-rights.pdf>, E.T. 20.02.2015.

Evrensel Beyannamenin 15. maddesinde de herkesin bir vatandaşlığa hakkının olduğu ve hiç kimsenin keyfi olarak yurttaşlığından veya yurttaşlığını değiştirme hakkından yoksun bırakılmayacağı düzenlenmiştir²¹².

C. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Göçmen kaçakçılığı suçunun sınır aşan özelliği, çoğunlukla yaşam kalitesinin ve yaşamsal refahın yüksek olduğu yerlerin hedef ülke olması Avrupa Birliğini teşkil eden ülkeleri de önemli derecede etkilemektedir. AB'nin genişlemeyle birlikte en önemli sorunlardan biri de yasa dışı göçtür²¹³.

AİHS, 4 Kasım 1950 tarihinde Türkiye'nin de bulunduğu 15 ülke tarafından Roma'da imzalanmıştır. Sözleşme 03.09.1953 tarihinde yürürlüğe girmiş ve Türkiye tarafından 18.05.1954 tarihinde onaylanmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerde temel hak ve özgürlükleri teminat altına alan uluslararası bir andlaşma niteliğindedir²¹⁴.

Göçmen kaçakçılığı suçunun çoğunlukla insan ticareti ile iç içe olduğu ve göçmen kaçakçılığı suçu işleyenlerin daha sonra bunu insan ticareti olarak devam ettirdikleri düşünüldüğünde AİHS'nin 4. maddesinde yapılan düzenlemeye atıf yapılabilir. Buna göre; *"Hiç kimse köle ya da kul durumunda tutulamaz²¹⁵. Hiç kimse zorla çalıştırılmaz ve zorunlu çalışmaya tabi tutulamaz"*²¹⁶. Göçmen kaçakçılığı,

²¹²BENHABIB/RESNIK, s.6; BATCHELOR, s.165.

²¹³ Ahmet KAYA, "Türkiye-Ab Üyelik Müzakerelerinde Yasadışı Göçün Önemi ve Yansımaları", Türk İdare Dergisi, s.13, (s.13-26), www.tid.gov.tr/Makaleler/13-26.ahmet%20kaya.doc, E.T. 20.02.2015.

²¹⁴ <http://www.csgb.gov.tr/csgbPortal/diyih.portal?page=disiliskiler&id=3.3>, E.T. 20.02.2015.

²¹⁵ Kevin BALES/Peter T. ROBBINS, "No One Shall Be Held in Slavery or Servitude": A Critical Analysis of International Slavery Agreements and Concepts of Slavery, Human Rights Review, January-March 2001, s.18-45.

²¹⁶ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 11. ve 14. Protokoller ile değiştirilen metin <http://www.anayasa.gov.tr/>. E.T. 21.02.2015; Orijinal metin için bkz. https://ec.europa.eu/digital-agenda/sites/digital-agenda/files/Convention_ENG.pdf, E.T. 21.02.2015; Virginia MANTOUVALOU, Servitude and Forced Labour in the 21st Century: The Human Rights of Domestic Workers, Industrial Law Journal, Vol. 35, No. 4, December 2006, s.395-414; Braham DABSCHHECK, Human Rights and Industrial Relations, Labour & Industry, Vol. 7, No. 3, April/1997, s.1-27.

insan ticaretiyle birlikte modern bir köle ticareti olarak ifade edildiği için çalışmamızla alakalı olarak sözleşmenin bu hükmü vurgulanmıştır.

İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme ile Bu Sözleşme'ye Ek Birinci Protokol'de Tanınmış Bulunan Haklardan ve Özgürlüklerden Başka Haklar ve Özgürlükler Tanıyan 4 Nolu 1963 Strazburg Protokol'ün 2/2-3 maddesinde de serbest dolaşım özgürlüğü düzenlenmiştir. Buna göre, *“herkes, kendi ülkesi de dahil, herhangi bir ülkeyi terk etmekte serbesttir. Bu haklar, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlık ve ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler olarak ve yasayla öngörülmuş sınırlamalara tabi tutulabilir”*²¹⁷. Göçmen kaçakçılığı suçunda belirtilen ülkeyi terk yasal olmayan yollardan terktir. Göçmen kaçakçılığı bakımından kişilerin yasal yollardan ülkeden çıkması mümkündür. Ancak ülkelerin kamu emniyeti, kamu düzeninin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi için önlem alıp sınırlama yapabileceği öngörüldüğünden Türkiye'nin de göçmen kaçakçılığının önlenmesi için sınırlarından yasal olmayan yollardan geçişi cezalandırması mümkün ve sözleşmeye uygundur.

D. Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin 1951 Tarihli Cenevre Sözleşmesi ve Bu Sözleşmeye Ek 1967 Tarihli Protokol²¹⁸

Mültecilerin Hukuki Durumuna ilişkin 1951 Tarihli Cenevre Sözleşmesi'nin başlangıç kısmında, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin, insanların ana

²¹⁷ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 11. ve 14. Protokoller ile değiştirilen metin <http://www.anayasa.gov.tr/E.T. 21.02.2015>; Orijinal metin için bkz. https://ec.europa.eu/digital-agenda/sites/digital-agenda/files/Convention_ENG.pdf, E.T. 21.02.2015; Thomas A. O'DONNELL, The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, Human Rights Quarterly, 1982, s.474-507.

²¹⁸ Türkiye, Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin 1951 Sözleşmesini 29 Ağustos 1961 tarihinde 359 sayılı Kanunla, 1951 Sözleşmesine Ek 1967 Protokolü'nü ise 5 Ağustos 1968 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 6/10266 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylayarak kabul etmiş ve 1951 Tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Cenevre Sözleşmesi'ne, 1967 tarihli EK Protokol'e coğrafi çekince ile taraf olmuştur, <http://www.egm.gov.tr/Sayfalar/iltica-goc-islemleri.aspx>. Bkz. Sözleşme ve Protokolün orjinal metni için <http://www.unhcr.org/3b66c2aa10.html>, ET. 23.02.2015; bkz. bu sözleşme ve protokole ilişkin ayrıntılı şerh için Andreas ZIMMERMANN (edt.), The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and Its 1967 Protocol: A Commentary (Ass. Edtrs: Jonas Dörschner/Felix Machts), Oxford, 2011.

hürriyetlerden ve insan haklarından, fark gözetmeksizin faydalanmaları ilkesini teyit ettiğini dikkate alarak, Birleşmiş Milletler'in, birçok defa, mültecilere karşı derin ilgisini ortaya koyduğunu ve mültecilerin temel hürriyetleri ile insan haklarını mümkün olduğu kadar kapsamlı bir şekilde kullanmalarını sağlamaya çaba gösterdiğini ifade etmiştir. Ayrıca, mültecilerin hukuki durumuna ilişkin daha önce imzalanan milletlerarası antlaşmaların tekrar gözden geçirilmesi ve bir araya getirilmesinin, bu antlaşmaların alanının ve bunların mülteciler için sağladığı himayenin yeni bir antlaşma yoluyla genişletilmesinin arzu edilir olduğunu dikkate alarak, sığınma hakkını tanımanın, bazı ülkelere son derece ağır yük yükleyebileceğini ve uluslararası kapsamı ile niteliği Birleşmiş Milletler'ce kabul edilmiş bulunan bir sorunun, uluslararası iş birliği olmaksızın tatmin edici bir şekilde çözümlenemeyeceğini belirtmiştir. Bunun yanında, bütün Devletlerin, mülteci sorununun toplumsal ve insani yönlerini kabul ederek, bu sorunun devletler arasında bir gerginlik sebebi halini almasını önlemek için olanakları ölçüsünde ellerinden geleni yapmalarını arzuladığını ifade ederek, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiseri'nin, mültecilerin korunmasını sağlayan uluslararası sözleşmelerin uygulanmasına nezaret etmekle görevli olduğunu kaydederek ve bu sorunu çözmek için alınan önlemlerin birbiri ile verimli uyumunun, Devletler ile Yüksek Komiser arasındaki iş birliğine bağlı olduğunun kabul edildiği vurgulanmıştır²¹⁹.

Sözleşmenin 1. maddesinde mülteci tanımı yapılarak 2. maddesinde "*Her mültecinin, bulunduğu ülkeye karşı, özellikle yasalara, yönetmeliklere ve kamu düzeni için alınan önlemlere uymayı öngören yükümlülükleri*"²²⁰ olduğu ve 3. maddesinde Taraf Devletlerin, "*bu Sözleşme hükümlerini mültecilere, ırk, din veya geldikleri ülke bakımından ayırım yapmadan uygulayacakları*" düzenlenmiştir²²¹. Devamı maddelerde ise mültecilerin hukuki statüsüne ilişkin hükümler konulmuştur. Mesela sözleşmenin 12. maddesine göre, her mültecinin bireysel statüsü, daimi

²¹⁹ 05/09/1961 tarih ve 10898 sayılı Resmi Gazete.

²²⁰ Anders B. JOHNSON, The Duties of Refugees, International Journal of Refugee Law Vol. 3 No. 3, s.579-584.

²²¹ James C. HATHAWAY, The Rights of Refugees under International Law, Cambridge Press, 2005, s.246-247.

ikametgahının bulunduğu ülkenin yasalarına veya eğer daimi ikametgahı yoksa, bulunduğu ülkenin yasalarına tabidir²²².

Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin 1967 Protokolü Sözleşmenin bazı eksikliklerinin giderilmesi ve uygulama sınırlarının genişletilmesi amacıyla imzalanmıştır. Çünkü, 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna ilişkin Sözleşme sadece 1 Ocak 1951'den önce meydana gelmiş olaylar sonucunda mülteci olan şahısları kapsıyordu, bu nedenle Sözleşme'nin kabulünden sonra, yeni mülteci ortamlarının ortaya çıkması ve söz konusu mültecilerin, Sözleşme'nin kapsamına giremeyebileceğine ilişkin tartışma doğmuştur. Nihayetinde Sözleşme'deki tanımın kapsamına giren bütün mültecilerin, Ocak 1951 tarih sınırlamasına bakılmaksızın eşit hukuki statüden yararlanmalarının arzu edilir olduğunu dikkate alarak düzenlenmiştir²²³.

E. Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi

Göçmen kaçakçılığı suçunun çoğunlukla örgütlü olarak işlendiği ve göçmen kaçakçılığı suçunun düzenlendiği TCK'nın 79. maddesinde suçun örgütlü olarak işlenmesi halinde cezanın arttırılacağı ve aynı zamanda suç faillerinin suç örgütü kurma suçundan ayrıca cezalandırılacağı düşünüldüğünde bu sözleşmenin çalışma konumuzla alakalı olduğu görülmektedir.

Aralık 1998 yılında, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu uluslararası organize suçla yasal mücadele rejimini için yeni bir hükümetler arası özel bir komite kurulmuştur. 2000 yılının Ekim ayında, 120'den fazla devletin katılımı ile komite çalışmalarını sonuçlandırdı. Yeni rejim Sınıraşan Örgütlü Suça karşı mücadele olarak kabul edilmiştir²²⁴. Organize suçlarla mücadelede ilk uluslararası düzenlemedir. 15 Kasım 2000'de BM Genel Kurulu tarafından kabul edilmiş, 12-15 Aralık 2000 tarihinde de Palermo'da imzaya açılmıştır. Türkiye sözleşmeyi 30.01.2003 tarih ve

²²² Mültecilerin Hukuki Durumuna ilişkin 1951 Tarihli Cenevre Sözleşmesi'nin 12. Maddesi, 05/09/1961 tarih ve 10898 sayı ile Resmi Gazete; Orijinal metin için bkz. <http://www.unhcr.org/4ca34be29.pdf>, E.T. 28.02.2015.

²²³ Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin 1967 Protokolü, <http://www.hyd.org.tr>.E.T. 23.02.2015

²²⁴ GALLAGHER, s.975.

4800 sayılı Kanun²²⁵ ile onaylanmasını uygun bulmuştur²²⁶. Sözleşmenin amacı, sınıraşan örgütlü suçların önlenmesi ve daha etkili bir şekilde mücadele edilmesi için işbirliğinin geliştirilmesidir²²⁷. Sözleşmenin 3. maddesinde kapsamına ilişkin sınır çizilerek, hangi suçların sınıraşan nitelikte olduğunu gösterir kriterler belirtilmiştir²²⁸. Sözleşme örgütlü suç tanımını yapmış ve 5. maddesinde örgütlü bir suç grubuna katılmanın suç haline getirilmesini, 6. maddesinde suç gelirlerinin aklanmasının suç haline getirilmesini, 7. maddesinde kara para aklamaya karşı mücadele edilmesinin gerektiğini, 8. maddesinde yolsuzluğun suç haline getirilmesini²²⁹, 9. maddesinde

²²⁵ <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4800.html>, E.T.28.02.2015; onaylanması Bakanlar Kurulunca 26/02/2003 tarihinde kararlaştırılmıştır. 2003/5329 Karar Sayısı ile Cumhurbaşkanı tarafından 18 Mart 2003 tarihli ve 25052 Sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/03/20030318.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/03/20030318.htm>, E.T.28.02.2015.

²²⁶ Orijinal metni için bakınız, <http://www.unodc.org/unodc/treaties/CTOC/>, E.T.28.02.2015

²²⁷ Sözleşmeye ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Dimitri VLASSIS, Overview Of The Provisions Of The United Nations Convention Against Transnational Organized Crime And Its Protocols, s.452-513, Director, Kunihiko SAKAI, Annual Report For 2000 And Resource Material Series No. 59, UNAFEI Fuchu, Tokyo, Japan October 2002; Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, m.1.

²²⁸ “Bu Sözleşme, metinde başka türlü belirtilmediği takdirde, aşağıdaki suçların önlenmesinde, oluşturulmasında ve kovuşturulmasında uygulanır:

(a) Bu Sözleşmenin 5, 6, 8 ve 23. maddelerinde belirlenen suçlar; ve

(b) Bu Sözleşmenin 2. maddesinde tanımlanan ağır suçlar; sınıraşan nitelikte olduğunda ve suçta örgütlü bir suç grubunun karıştığı durumlarda;

2. Bu maddenin 1. fıkrası bakımından bir suç aşağıdaki durumlarda sınıraşan niteliktedir:

(a) Suç birden fazla devlette işlendiğinde;

(b) Suç tek bir devlette işlendiğinde ancak, hazırlanma, planlama, idare veya kontrolünün önemli bir kısmının başka bir devlette gerçekleşmesi halinde;

(c) Suç tek bir devlette işlendiğinde ancak, birden fazla devlette suç teşkil eden faaliyetlerde bulunan örgütlü bir suç grubu suçta karışığında; veya

(d) Suç tek bir devlette işlendiğinde, ancak başka bir devlette önemli etkileri olduğunda”, Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, m.3.

²²⁹ Eileen SKINNIDER, Defining Organised Crime In Canada – Meeting Our Obligations Under The Un Convention Against Transnational Organised Crime And Its Protocols Against Trafficking Of Persons And Smuggling of Migrants?, International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy, February 2006, <http://icclr.law.ubc.ca/sites/icclr.law.ubc.ca/files/publications/pdfs/ES%20paper%20-%20TOC%20and%20canadian%20implementation.pdf>

yolsuzluğa karşı önlemleri²³⁰ ve 10. maddesinde ise, tüzel kişilerin sorumluluğunun gerektiğini ve taraf devletlerin buna ilişkin yükümlülüğünü düzenlemiştir²³¹.

Türk Ceza Kanununda suç örgütü kurmak ve yönetmek, suç örgütüne üye olmak ve bir çok suç bakımından da bu suçların örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesi cezayı arttıran bir hal olarak düzenlenmiştir²³². Göçmen kaçakçılığı suçu sınır aşan bir niteliğe sahip olduğu ve çoğunlukla örgütlü şekilde işlendiği için TCK'nın 79. maddesinde suçun örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesi cezayı arttıran bir hal olarak düzenlenmiştir. Yani ülke mevzuatımızda **Sınraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin getirdiği** yükümlülüklerin TCK da yapılan düzenlemelerle yerine getirildiği görülmektedir. Çalışmamızın ilgili yerlerinde sözleşmeye atıflar yapılacaktır.

F. Sınırı Aşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesine Ek, Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol

Çalışma konumuz olan 5237 sayılı TCK'nın 79. maddesinde düzenlenen göçmen kaçakçılığı suçunun madde gerekçesinde “Türkiye tarafından da onaylanan “Sınraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi” ve “Sınraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol” hükümlerinin gereğini yerine getirmek üzere düzenleme yapıldığı ifade edilmiştir. Göçmen kaçakçılığının önlenmesi için devletlere önemli yükümlülükler getiren temel bir uluslararası belge niteliğinde olan bu Protokol, çalışmamızın ilgili başlıklarında ayrıntılı olarak incelenecek olmakla birlikte, bu başlıkta Protokolün getirdiği yükümlülüklerle ilişkin genel bilgiler verilecektir.

²³⁰ Antonio ARGANDONA, The United Nations Convention Against Corruption and its Impact on International Companies, Journal of Business Ethics (2007) 74, s.481–496; Alejandro POSADAS, Combating Corruption Under International Law, Duke Journal of Comparative & International Law 10, s.346-372.

²³¹ SKINNIDER, s.8; Sınraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, m.5, m.6, m.7, m.8, m.9 ve m.10. United Nations Convention against Transnational Organized Crime, <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-e.pdf>, E.T.28.02.2015.

²³² Bkz. örgütlü suç başlığı.

Birleşmiş Milletler çerçevesinde 12-13 Aralık 2000 tarihlerinde Palermo’da düzenlenen konferansta kabul edilen ve TBMM tarafından 30.01.2003 tarihinde 4803 sayılı kanunla onaylanması uygun bulunan²³³ “Sıniraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol”²³⁴ün amacı²³⁵, göçmen kaçakçılığını önlemek ve bununla mücadele etmek, kaçak göçmenlerin haklarını korurken, taraf devletler arasında bu amaçla yapılan işbirliğini geliştirmektir²³⁶. Mali ya da diğer maddi yarar amacı olmayan tamamen insancıl veya aile yakınlıkları nedeniyle göçmenlerin kaçırıldığı durumlar ise protokolün dışındadır. Protokolün uygulanması, uluslararası göçmen kaçakçılığı yapan suç grupları ile sınırlıdır²³⁷.

Protokolün 4. maddesinde vurgulandığı üzere, bu protokol, metinde başka türlü belirtilmedikçe mahiyetleri itibariyle sıniraşan nitelikte olduğu ve örgütlü bir suç grubu suça karıştığı takdirde, bu Protokol’un 6. maddesi uyarınca tespit edilmiş suçların önlenmesi, soruşturulması ve kovuşturulması ve bu tür suçlara hedef olmuş kişilerin haklarının korunması için uygulanacaktır²³⁸. Protokolün getirdiği önemli bir koruma da göçmenlerin göçmen kaçakçılığı suçunun konusu olmaktan dolayı cezai

²³³ Onaylanması Bakanlar Kurulunca 26/02/2003 tarihinde kararlaştırılmıştır. 2003/5329 Karar Sayısı ile Cumhurbaşkanı tarafından 18 Mart 2003 tarihli ve 25052 Sayılı Resmi Gazete,de yayımlanmıştır. <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/03/20030318.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/03/20030318.htm>, E.T.28.02.2015.

²³⁴ Protokolün 1. Maddesinde Sıniraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’yle ilişkisine vurgu yapılmıştır. “1-Bu Protokol, Sıniraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’ne ektir. Bu Protokol, Sözleşme’yle birlikte yorumlanacaktır.

2. Bu Protokolde aksine hüküm bulunmadıkça, Sözleşme hükümleri bu Protokol için de geçerli olacaktır.

3. Bu Protokol’un 6. Maddesinde belirtilen suçlar, Sözleşme uyarınca belirlenmiş suçlar olarak kabul edilecektir”.

²³⁵ Protokolün mültecilere sağladığı korumaya ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız, Claire BROLAN, An Analysis of the Human Smuggling Trade and the Protocol Against the Smuggling of Migrants by Land, Air and Sea (2000) from a Refugee Protection Perspective”, International Journal of Refugee Law Vol. 14, No. 4, Oxford University Press, 2003.

²³⁶ Protokolün 1. maddesi, <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4803.html>. Orijinal metin için bkz, <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-e.pdf>, E.T. 01.03.2015.

²³⁷ GALLAGHER, s.996.

²³⁸ <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4803.html>, E.T. 01.03.2015.

kovuşturmayaya tabi tutulamamasıdır²³⁹. Ayrıca, taraf devletlere göçmen kaçakçılığını ulusal mevzuatlarında suç olarak düzenleme yükümlülüğü getirilmiştir²⁴⁰.

Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol'ün 7. 8. ve 9. maddelerinde ise günümüzün en önemli göçmen kaçakçılığı yolu olarak kullanılan deniz yoluyla göçmen kaçakçılığına dikkat çekilmiştir²⁴¹. Buna göre, “*Taraf*

²³⁹ Pablo Rodríguez OCOTRINILLO, “Non-criminalization of smuggled migrants (Notes on the interpretation of article 5 of the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air)”, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9791.pdf?view=1>, s. 2, E.T. 09.07.2015.

²⁴⁰ Her Taraf Devlet, kasten ve doğrudan veya dolaylı olarak mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek için gerçekleştirilmeleri halinde, aşağıdaki eylemleri suç haline getirmek üzere gerekli yasal ve diğer önlemleri alacaktır:

- (a) Göçmen kaçakçılığı,
- (b) Göçmen kaçakçılığını gerçekleştirmek amacıyla işlendiği takdirde:
 - (i) Sahte seyahat veya kimlik belgesi imali,
 - (ii) Bu tür bir belgenin tedariki, temini veya bulundurulması,
- (c) İlgili Devletin vatandaşı olmayan veya o Devlette daimi ikametgahı bulunmayan bir kişinin, anılan Devlette, yasal olarak kalmak için gerekli şartlara uymaksızın orada kalmasına, bu fıkranın (b) bendinde söz edilen veya başka yasadışı yollarla imkân sağlamak.

2. Her Taraf Devlet, aşağıdaki eylemleri suç haline getirmek için gerekli yasal ve diğer önlemleri alacaktır:

- (a) Kendi hukuk sisteminin temel kavramlarına bağlı kalmak kaydıyla, bu maddenin 1. fıkrasında belirtilen bir suçu işlemeye teşebbüs etmek,
- (b) Bu maddenin 1 (a), (b) (i) veya (c) fıkralarında belirtilen bir suça iştirak ve kendi hukuk sisteminin temel kavramlarına bağlı kalmak kaydıyla, bu maddenin 1 (b) (ii) fıkrasına göre tesis edilmiş bir suça suç ortağı olarak iştirak,
- (c) Bu maddenin 1. fıkrasında yer alan suçları işlemek üzere başkalarını örgütlemek veya yönetmek.

3. Her Taraf Devlet, aşağıdaki durumların bu maddenin 1 (a), (b) (i) ve (c) fıkralarında yer alan suçlarda ve kendi hukuk sisteminin temel kavramlarına bağlı kalmak kaydıyla, bu maddenin 2 (b) ve (c) fıkralarında yer alan suçlarda cezayı ağırlaştırıcı nedenler olarak kabul edilmesi için gerekli yasal ve diğer önlemleri alacaktır:

- (a) Göçmenlerin hayatlarını veya güvenliklerini tehlikeye sokan veya tehlikeye sokması muhtemel durumlar veya,
- (b) Bu tür göçmenlerin istismarı dahil, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamelelere yol açan haller.

4. Bu Protokol'deki hiçbir hüküm, bir Taraf Devleti, kendi iç hukukuna göre eylemleri bir suç teşkil eden bir kişiye karşı önlem almaktan alıkoymayacaktır. <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4803.html>

²⁴¹ Mülteci Gemisi battı; Libya'dan İtalya'ya giden mülteci gemisi battı. Yaklaşık 400 mültecinin hayatını kaybettiği belirtiliyor. <http://www.haberturk.com/gundem/haber/1065927-multeci-gemisi-batti>, E.T. 14.04.2015; Akdeniz'de Libya açıklarında dün gece batan teknede bulunan yaklaşık 700 kaçak göçmendeki 49'unun kurtarıldığı, 24 kişinin cesedinin denizden çıkarıldığı bildirildi, <http://www.aa.com.tr>, E.T. 19.04.2015.

*Devletler, uluslararası deniz hukukuna göre, deniz yoluyla göçmen kaçakçılığını önlemek ve durdurmak için, mümkün olan en geniş ölçüde işbirliği yapacaklardır*²⁴². Sonrasında ise, göçmen kaçakçılığının önlenmesine yönelik taraf devletlere “Önleme, işbirliği ve diğer önlemler” şeklinde yükümlülükler getirilmiştir²⁴³. Tezin ilgili kısımlarında da yeri geldiğinde Protokole vurgu yapılacaktır.

²⁴² Protokolün 8. maddesi şöyle düzenlenmiştir; “deniz yoluyla göçmen kaçakçılığına karşı önlemler

1. Bir Taraf Devlet, kendi bayrağını taşıyan veya kendisinde kayıtlı olduğunu öne süren tabiiyetsiz veya yabancı bir bayrak taşıyan veya herhangi bir bayrak taşımayıp da gerçekte o Taraf Devletin tabiiyetinde olan bir geminin deniz yoluyla göçmen kaçakçılığına karıştığından şüphelenmek için makul nedenler varsa, geminin bu amaçla kullanılmasını durdurmak için diğer Taraf Devletlerden yardım talep edebilir. Talepte bulunulan Taraf Devletler, imkânları ölçüsünde her türlü yardımda bulunacaklardır.

2. Bir Taraf Devlet, uluslararası hukuk uyarınca seyrüsefer özgürlüğünü kullanan, başka bir Taraf Devletin bayrağını taşıyan veya başka bir Taraf Devlette kayıtlı olduğuna dair işaretler taşıyan bir geminin, deniz yoluyla göçmen kaçakçılığına karıştığından şüphelenmek için makul nedenleri varsa, Bayrak Devleti'ne bu durumu bildirebilir, Bayrak Devleti'nden geminin kaydının teyidini isteyebilir ve teyidi halinde, Bayrak Devleti'nden o gemiye ilişkin gerekli önlemleri almak için yetki talep edebilir. Bayrak Devleti, talepte bulunan devleti, aşağıdaki veya diğer hususlarda yetkilendirebilir:

(a) Gemiye çıkmak,

(b) Gemiye aramak ve,

(c) Eğer, geminin deniz yoluyla göçmen kaçakçılığında kullanıldığına dair kanıt bulunursa, Bayrak Devleti'nce verilen yetki dahilinde, gemiye ve gemideki kişilere ve yüke ilişkin önlemler almak.

3. Bu maddenin 2. fıkrasına göre herhangi bir önlem almış bir Taraf Devlet, bu önlemin sonuçları hakkında ilgili Bayrak Devleti'ne derhal bilgi verecektir.

4. Bir Taraf Devlet, kendisinde kayıtlı olduğunu öne süren veya kendi bayrağını taşıyan bir geminin buna hakkı olup olmadığını belirlemek için başka bir Taraf Devletten gelen bir talebi ve bu maddenin 2. fıkrasına uygun olarak yapılmış bir yetki talebini vakit geçirmeksizin yanıtlayacaktır.

5. Bayrak Devleti, bu Protokol'un 7. maddesine uygun olarak, yetkisini, alınacak etkin önlemlerin kapsamına ilişkin koşullar da dahil olmak üzere, kendisi ve talepte bulunan Devlet arasında kararlaştırılacak koşullara tabi kılabilir. Bir Taraf Devlet, Bayrak Devleti'nin açık yetkisi olmadan, kişilerin hayatlarına yönelik yakın tehlikeyi ortadan kaldırmak için gerekenler veya ilgili ikili veya çok taraflı anlaşmalardan kaynaklananlar dışında, ek önlemler almayacaktır.

6. Her Taraf Devlet, yardım taleplerini, gemi sicilinin veya geminin kendi bayrağını taşıma hakkının teyidi için yapılan talepleri ve uygun önlemlerin alınmasına ilişkin yetki taleplerini almak ve yanıtlamak üzere, bir veya gerektiği takdirde birden çok makam tayin edecektir. Belirlenecek bu makam veya makamlar, Genel Sekreter aracılığıyla, belirlenmelerinden itibaren 1 ay içinde diğer tüm Taraf Devletlere bildirilecektir.

7. Bir Taraf Devlet, geminin deniz yoluyla göçmen kaçakçılığında kullanıldığından ve tabiiyetsiz olduğundan veya tabiiyetsiz bir gemiye benzetilmiş olabileceğinden şüphelenmek için makul nedenleri varsa, gemiye çıkabilir ve gemiyi arayabilir. Eğer bu şüpheyi doğrulayan bir kanıt bulunursa, o Taraf Devlet, ilgili iç ve uluslararası hukuk uyarınca uygun önlemleri alacaktır”, <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4803.html>, E.T. 04.03.2015.

²⁴³ Protokolün 10 vd. maddeleri, <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4803.html>, E.T. 04.05.2015.

ve TCK'daki düzenlemenin Protokole uygunluğuna ilişkin ayrı bir başlık açılarak karşılaştırma yapılmak suretiyle değerlendirmede bulunulacaktır.

G. Avrupa Birliğinin Birliğe İzinsiz Giriş, Transit Geçişi, İkameti Kolaylaştıran Fiilleri Önemeye Yönelik Cezai Çerçevenin Güçlendirilmesi Hakkında 28 Kasım 2002 Tarihli Çerçeve Kararı ve 2002/90 EC sayılı Direktifi²⁴⁴

2002/946 sayılı karar konu ile ilgili çeşitli düzenlemeler yapmıştır. Aslında bu düzenlemeler üye devletler için asgari standartları oluřturmaktadır²⁴⁵. Çerçeve kararın başlangıç hükümlerinde, yasadışı göçün önlenmesi ve sınırların izinsiz geçişiyle bağlantılı olarak, insanları suiistimal eden dehşet verici ağlarla savaşılmasına yardımcı olacak önemlerin alınması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca bu çerçeve kararlar yasadışı göç, kaçak işiii, insan ticareti ve çocukların cinsel istismarıyla savaşmak için benimsenmiş diğer araçların kullanılacağı belirtilmiřtir²⁴⁶. Bu kapsamda, suçta kullanılan araçların müsadere edilmesi, görevi kötüye kullananların cezalandırılması ve sınır dışı etmeye hükmedilebilir²⁴⁷. Unutulmamalıdır ki, tanımlanan fiiller ilgili kişiye insani yardım amacıyla yapılmışsa, üye ülkeler yaptırım uygulamayıp kendi iç hukukunu uygulayabilir. Yani göçmen insani yardım suretiyle usulüne uygun olmadan Birliğe sokulmuşsa bu durumda ceza tatbik edilmeyecektir²⁴⁸.

Çerçeve kararın 1. maddesinin üçüncü bendinde aşağıda işlemiş olduğumuz 2002/90 sayılı Direktifin 1 (1) a. ve 2 (a) maddelerine atıf yapılmıştır. Bu kapsamda, Direktifin 1. maddesinin birinci bendinin a fıkrasındaki “a) Üye devletin vatandaşı olmayan birinin üye devletin topraklarına girişine, transit geişiine ilgili devletin

²⁴⁴ Bkz. çerçeve kararın metni için CEU, Framework Decision No. 2002/946/JHA, Date 28 November 2002, <http://eur-lex.europa.eu>, E.T. Bkz. Direktifin metni için COUNCIL DIRECTIVE 2002/90/EC of 28 November 2002, <http://eur-lex.europa.eu>, E.T. 04.05.2015.

²⁴⁵ Michael JANDL/Jeroen DOOMERNIK (Edts.), Modes of Migration Regulation and Control in Europe, Amsterdam University Press, 2008, s.30.

²⁴⁶ https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/2002_946_jha_1.pdf, E.T. 04.05.2015.

²⁴⁷ Direktifin 1/2. maddesi, <http://eur-lex.europa.eu>, E.T. 04.05.2015.

²⁴⁸ CEU (THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION), Directive No. 2002/90/EC, Date 28 November 2002, article 1/2, <http://eur-lex.europa.eu>, E.T. 20.05.2015.

giriş ve transit geçiş hükümlerine aykırı olarak kasten yardım edilmesi” şeklindeki suç, ekonomik çıkar sağlamak amacıyla işlenir ve bunun yanında bir suç örgütü faaliyeti çerçevesinde işlenir veya kişilerin hayatını tehlikeye sokarak işlenirse 8 yıldan az olmamak üzere üst sınırdan ceza verilmecektir. Ayrıca Direktifin 2. maddesinde ise üye devletlere 1. maddede belirtilen suça azmettirenin de aynı ceza ile cezalandırılmasına ilişkin yükümlülük öngörülmüştür²⁴⁹.

Konsey çerçeve kararının 2. maddesinde tüzel kişilerin sorumluluğuna vurgu yapılmıştır. Üye devletler tüzel kişiler için de bu eylemler bağlamında etkili, orantılı ve caydırıcı cezalarla, cezai olmayan para cezaları gibi yaptırımlar uygulayacaktır²⁵⁰. Tüzel kişilerin cezalandırılabilmesi için, suçu işleyenlerin tüzel kişinin temsilcisi, yöneticisi veya denetçisi konumunda olması gerekir. Fiilleri işleyen tüzel kişiliğin mensupları, fiilinden dolayı ayrıca cezalandırılacaktır²⁵¹. Çerçeve kararın 3. maddesinde ise tüzel kişilere uygulanacak yaptırımlar düzenlenmiştir. Buna göre, tüzel kişilerin kamu yararına ilişkin haklardan ve yardımların dışında bırakılması, ticari faaliyetlerinin sürekli veya geçici olarak durdurulması ya da yargı gözetiminde tutulması mümkündür²⁵². Çerçeve kararın 4. maddesinde yargıya ilişkin, 5. maddede, suçluların iadesi ve kovuşturmayla ilişkin düzenleme yapılmıştır. Bu kararın 6. maddesinde ise mültecilerin hukuki durumlarına ilişkin olarak 1951 BM sözleşmesine ve 1967 tarihli Protokole atıfta bulunulmuş ve 7. madde de ise, yasadışı girişlerle mücadelede üye ülkelerin bilgi ve iletişimine vurgu yapılmıştır²⁵³.

Konsey, konuyla ilgili 2002/90 sayılı direktifinde de bazı hususları düzenlemiştir. Avrupa Birliği Konseyi'nin 28 Kasım 2002 tarihli *“İzinsiz Giriş, Transit ve Oturumun Kolaylaştırılmasının Tanımlanması”* direktifinde AB'nin

²⁴⁹ <http://eur-lex.europa.eu>, E.T. 20.05.2015.

²⁵⁰ CEU, Framework Decision No. 2002/946/JHA, Date 28 November 2002, article 3, <http://eur-lex.europa.eu>, E.T. 20.05.2015.

²⁵¹ COUNCIL FRAMEWORK DECISION of 28 November 2002, article2, <http://eur-lex.europa.eu>, E.T. 20.05.2015.

²⁵² COUNCIL FRAMEWORK DECISION of 28 November 2002, m.3, <http://eur-lex.europa.eu>, E.T. 20.05.2015.

²⁵³ COUNCIL FRAMEWORK DECISION of 28 November 2002, m.4-5-6-7, <http://eur-lex.europa.eu>, E.T. 20.05.2015.

amaçlarından birinin de özgürlüğün, güvenliğin ve adaletin alanının aşamalı olarak yaratılması suretiyle yasadışı göçe savaş açılmasıdır²⁵⁴.

2002/90 sayılı direktifin 1. maddesine göre, her üye devlet, sayılan eylemleri önlemek için etkili, orantılı ve caydırıcı cezalarla gerekli tedbirleri alacaktır. Bu Direktifin 1. maddesinin birinci fıkrasına göre her üye devlet şu eylemlerle ilgili önlemleri alacaktır;

a) Üye devletin vatandaşı olmayan birinin üye devletin topraklarına girişine, transit geçişine ilgili devletin giriş ve transit geçiş hükümlerine aykırı olarak kasten yardım edilmesi,

b) Kazanç amacıyla bir Üye Devletin vatandaşı olmayan birine Üye Devletin oturma ve yabancılar hakkındaki hükümlerine aykırı olarak oturma amacıyla yardım etmek²⁵⁵.

Söz konusu Direktifin 2. maddesinde yukarıda belirtmiş olduğumuz suçların iştirak ve teşebbüs halinin de üye devletlerce cezalandırılması gerektiği belirtilmiştir²⁵⁶.

III. BAZI ÜLKE MEVZUATLARINDA GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇU

A. Almanya

Almanya, Birleşmiş Milletler tarafından 12-13 Aralık 2000 tarihlerinde Palermo’da düzenlenen konferansta kabul edilen “Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol”ü 12 Aralık 2000 tarihinde imzalamış ve 14 Haziran

²⁵⁴ Bu direktifin amacı yasadışı göçün tanımını basitleştirmek ve 2002/946/JHA taslağının uygulanmasını daha etkili hale getirerek suçun işlenmesini önlemektir, COUNCIL DIRECTIVE 2002/90/EC.

²⁵⁵ Bkz. direktifin orjinal metni için <http://eur-lex.europa.eu>, E.T. 20.05.2015.

²⁵⁶ CEU (THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION), Directive No. 2002/90/EC, Date 28 November 2002, article 1/2, <http://eur-lex.europa.eu>, E.T. 20.05.2015.

2006 da onaylamıştır²⁵⁷. Bu bağlamda protokolün getirmiş olduğu göçmen kaçakçılığına ilişkin yükümlülükleri yerine getirme taahhüdünde bulunmuştur.

Almanya’da göçmen kaçakçılığı suçu genel ceza kanununda değil, “*Federal Almanya’da Bulunan Yabancıların İkametleri, Çalışmaları ve Uyumlarına İlişkin Kanun*” da düzenlenmiştir²⁵⁸. Bu kanuna göre, bir yabancıнын geçerli ve yasal pasaport veya pasaport yerine geçen belgeye sahip olmaması, yasaya uygun ikamet izninin bulunmaması veya yasayla verilen sınır geçiş izni sahibi olması hali dışında, 11’incimaddenin 1’inci fıkrası gereğince ülkeye giriş yapmasına müsaade edilmemiş olması hallerinde Federal Almanya’ya girişi izinsiz sayılır²⁵⁹. Yani yasaların izin verdiği durumlar haricinde ülkeye yapılan girişler izinsiz girişlerdir.

Alman mevzuatında yer alan bu kanunun “*Hapis ve Para Cezalarına İlişkin Hükümler*” başlıklı 9. bölümünde göçmen kaçakçılığına ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Kanunun bu bölümünde bulunan 95. maddede, ülkede tanınan ve geçerli bir pasaport veya pasaport yerine geçen bir kimliği olmadan ülkeye girmeye çalışan, ülkeyi terk etmesi gerekirken terk etmeyen ve ikamet etmeye devam eden, pasaport veya pasaport yerine geçen belgesi ve ikamet izni olmayan, ülkeyi terk etmesi yasaklanan kişilerin cezalandırılacağı belirtilmiştir²⁶⁰. Aynı zamanda ülkeden

²⁵⁷ Protokolün imzalandığı ve onayladığı tarih için bkz. https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtds_g_no=XVIII-12b&chapter=18&lang=en, E.T. 20.05.2015.

²⁵⁸ Gesetzüber den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Aufenthaltsgesetz), Federal Almanya’da Bulunan Yabancıların İkametleri, Çalışmaları ve Uyumlarına İlişkin Kanun (İkamet Kanunu)’nın amacını ve uygulama alanını belirten 1. maddesine göre; “*bu Kanun, yabancıların Almanya Federal Cumhuriyeti’ne gelişlerinin yönlendirilmesine ve sınırlandırılmasına hizmet eder. Kanun, Almanya Federal Cumhuriyeti’nin ekonomik ve iş piyasasına ilişkin çıkarları ile ülkeye yabancı kabul etme ve uyumlarını sağlama kapasitesini dikkate almak suretiyle göçü düzenler ve olanaklı kılar. Kanun, aynı zamanda Almanya Federal Cumhuriyeti’nin insani yükümlülüklerini yerine getirmesine hizmet eder...*”, http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/aufenthg_2004/gesamt.pdf; Türkçe çevirisi için bkz. <http://calisma.de/>, E.T. 02.04.2015.

²⁵⁹ Aufenthaltsgesetz, (İkamet Kanunu) “ülkeye izinsiz giriş” başlıklı m.14.

²⁶⁰ Aufenthaltsgesetz, (İkamet Kanunu) m. 95/1;“(1) Bir kişi,

1. 48’inci maddenin 2’nci fıkrası ile bağlantılı olarak 3’üncü maddenin 1’inci fıkrasını ihlalen

Federal Almanya’da ikamet etmesi,

2. 4’üncü maddenin 1’inci fıkrası 1’inci cümlesi uyarınca

a)ülkeyi terk yükümlülüğünün icra edilebilir,

sınırdışı edilmiş veya geri gönderilmiş ya da sınırdışına sürülmüş olan bir yabancıнын, Federal Almanya'ya girmesi veya Federal Almanya'da ikamet etmesi veya kendisi veya bir başkası için ikamet izni almak amacıyla doğru olmayan veya eksik bilgiler vermesi veya bunları kullanması veya bu suretle alınmış olan ikamet iznini hukuki süreçte yanıltma amacıyla bilerek kullanması, hallerinde de cezalandırılacaktır²⁶¹.

-
- b) kendisine ülke dışına çıkması için süre tanınmamış veya bu süre sona ermemiş,
- c) sınırdışına sürülmesinin ertelenmemiş olmasına rağmen, gerekli ikamet izni olmaksızın Federal Almanya'da ikamet etmesi,
3. 14'üncü maddenin 1'inci fıkrası 1 veya 2 no'lu hükümlerine aykırı olarak Federal Almanya'ya girmesi,
4. 46'ncı maddenin 2'nci fıkrası 1 veya 2'nci cümlesi veya 47'nci maddenin 1'inci fıkrasının 2'nci cümlesi veya 2'nci fıkrası uyarınca alınan icra edilebilir bir karara aykırı hareket etmesi,
5. işlenen fiilin, 2'nci fıkranın 2 no'lu bendi hükmüne göre cezayı gerektirmemesi kaydıyla, 49'uncu maddenin 1'inci fıkrasına aykırı olarak beyanda bulunmaması, doğru beyanda bulunmaması veya tam beyanda bulunmaması,
6. 49'uncu maddenin 10'uncu fıkrasına aykırı olarak bu fıkroda belirtilen bir tedbire rıza göstermemesi,
- 6a. 54a maddesine aykırı olarak bir kayıt yükümlülüğünü mükerreren yerine getirmemesi, ikamet yer olarak sınırlandırılmasını veya diğer kayıtları mükerreren ihlal etmesi veya bir konut edinme yükümlülüğünün reddine ilişkin hukuki sonuçlara mükerreren işaret edilmesine rağmen bu yükümlülüğü yerine getirmemesi veya 54a maddesinin 4'üncü fıkrasına aykırı olarak belirli iletişim araçlarını kullanması,
7. 61'inci maddenin 1'inci fıkrasına göre ikamet yer itibarıyla sınırlandırılmasını mükerreren ihlal etmesi veya
8. yasaklanmasını önlemek amacıyla varlığı, amacı veya faaliyeti resmi makamlardan gizlenen, üyelerinin çoğunluğu yabancılardan oluşan Federal Almanya'daki bir derneğe veya gruba mensup olması hallerinde 1 yıla kadar hapis veya para cezası ile cezalandırılır".

²⁶¹ Aufenthaltsgesetz, (İkamet Kanunu) m. 95/2, "bir kişi,

1. 11'inci maddenin 1'inci fıkrası 1'inci cümlesine aykırı olarak
- a) Federal Almanya'ya girmesi veya
- b) Federal Almanya'da ikamet etmesi veya
2. kendisi veya bir başkası için ikamet izni almak amacıyla doğru olmayan veya eksik bilgiler vermesi veya bunları kullanması veya bu suretle alınmış olan ikamet iznini hukuki süreçte yanıltma amacıyla bilerek kullanması, hallerinde 3 yıla kadar hapis veya para cezası ile cezalandırılır.
- (3) 1'inci fıkranın 3 no'lu bendi hükmü ile 1a fıkrasında ve 2'nci fıkranın 1a bendi hükmünde belirtilen hallerde teşebbüs cezaya tabidir.
- (4) 2'nci fıkranın 2 no'lu bendi hükmünde belirtilen bir suç eyleminde kullanılan eşyalara el

Kanunun 96. maddesinde ise göçmen kaçakçılığı düzenlenmiştir. Buna göre, yabancıların yasadışı yollarla ülkeye girmelerini, izinsiz ikamet etmelerini ve transit geçişi için, yabancıları azmettiren veya yardım eden kişiler, bu suçtan herhangi bir yarar elde eder veya bu yönde kendine vaatte bulunulmasını sağlarsa ya da aynı kişiye karşı birden fazla işler veya birden fazla yabancıya karşı işlerse, cezalandırılacaktır²⁶². Bu maddenin 2. fıkrasında ise, göçmen kaçakçılığı suçuna ilişkin daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haller düzenlenmiştir. Buna göre, suç meslek edinen, bu gibi fiilleri sürekli işlemekte olan bir örgüt üyesi olarak işleyen, suç sırasında yanında ateşli silah taşıyan, suçta kullanmak amacıyla yanında başka bir silah taşıyan ve yasadışı yollardan ülkeye getirilen kişinin yaşamını tehdit eden insanlık dışı veya aşağılayıcı bir muameleye veya sağlığına ciddi derecede zarar verebilecek şekilde bir tehlikeye maruz bırakan kişi 6 aydan 10 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır²⁶³. Bu fiillere teşebbüs edilmesi de cezalandırılmaktadır²⁶⁴.

konulabilir.

(5) Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Anlaşma'nın 31'inci maddesinin 1'inci fıkrası hükmü saklıdır.

(6) 1'inci fıkranın 2 ve 3 no'lu bendleri hükümlerinde belirtilen gerekli ikamet izni olmaksızın işlenen bir fiil, tehdit yoluyla, rüşvet veya anlaşmalı olarak elde edilen veya doğru olmayan veya eksik bilgilerle haksız bir oturma izni elde edilmesi sırasında işlenen fiille aynıdır”.

²⁶² YENİDÜNYA/ALŞAHİN, s.5; Aufenthaltsgesetz, (İkamet Kanunu) m.96/1 “Bir başkasını, 1. 95'inci maddenin 1'inci fıkrası veya 1'nci fıkrasının 1a no'lu hükmünde belirtilen fiillere azmettiren veya ona bu hususta yardım yapan ve

a) bunun için maddi menfaat sağlayan veya maddi menfaat vaadi alan veya

b) bu hususta mükerreren veya birden fazla yabancının çıkarı için hareket eden bir kişi, 5 yıla kadar hapis veya para cezası ile cezalandırılır”.

²⁶³ Aufenthaltsgesetz, (İkamet Kanunu) m.96/2, “Suçu meslek edinen,

2. bu gibi fiilleri sürekli işlemekte olan bir şebekenin üyesi olarak hareket eden,

3.95'inci maddenin 1'inci fıkrasının 3 nolu hükmü veya 2'nci fıkrasının 1a hükmü bağlamındaki bir eylemle ilgili fiilde yanında ateşli silah taşıyan,

4. 95'inci maddenin 1'inci fıkrasının 3 nolu bendi hükmü veya 2'nci fıkrasının 1a bendi hükmü bağlamındaki bir eylemle ilgili fiilde kullanmak üzere yanında başka bir silah taşıyan,

5. yasadışı yollardan ülkeye getirilen kişiyi, yaşamı tehdit eden insanlık dışı veya aşağılayıcı bir muameleye veya sağlığına ciddi derecede zarar verebilecek şekilde bir tehlikeye maruz bırakan bir kişi 6 aydan 10 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”.

²⁶⁴ Aufenthaltsgesetz, (İkamet Kanunu) m.96/3.

Alman İkamet Kanunu'nun 97. maddesinde ise suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali düzenlenmiştir. Buna göre; (1) 96'ncı maddenin 4'üncü fıkrası ile de bağlantılı olarak 96'ncı maddenin 1'inci fıkrasındaki hallerde, yasadışı yollardan ülkeye getirilen şahsın ölümüne sebebiyet veren bir kişi, 3 yıldan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) 96'ncı maddenin 4'üncü fıkrası ile de bağlantılı olarak 96'ncı maddenin 1'inci fıkrasındaki hallerde, bu gibi fiilleri sürekli işlemekte olan bir şebekenin üyesi olarak profesyonel hareket eden bir kişi, 1 yıldan 10 yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

(3) 1'inci fıkra bağlamında daha az ağırlıktaki suçlarda ceza; 1 yıldan 10 yıla kadar, 2'nci fıkra bağlamında daha az ağırlıktaki suçlarda ise 6 aydan 10 yıla kadar hapis cezasıdır²⁶⁵. Maddenin son fıkrasında ise ceza kanununa atıfta bulunularak müsadere ile ilgili hükümler vurgulanmıştır²⁶⁶.

Federal Almanya'da Bulunan Yabancıların İkametleri, Çalışmaları ve Uyumlarına İlişkin Kanun'un 98. maddesinde ise, "Para Cezalarına İlişkin Hükümler" düzenlenmiştir²⁶⁷.

²⁶⁵ Aufenthaltsgesetz, (İkamet Kanunu) m.97/1-2-3.

²⁶⁶ Aufenthaltsgesetz, (İkamet Kanunu) m.97/ 4 "Ceza Kanunu'nun 73d maddesi uygulanır".

²⁶⁷ Aufenthaltsgesetz, (İkamet Kanunu) m.98/ "1) 95'inci maddenin 1'inci fıkrasının 1 veya 2 no'lu bendi hükmü veya 2'nci fıkrasının 1b bendi hükmünde belirtilen hallerde kusurlu davranan bir kimse, kurala aykırı hareket etmiş olur. (2) Bir kişi, 1. 4'üncü maddenin 5'inci fıkrasının 1'inci cümlesine aykırı olarak bir ikameti kanıtlayan belgeye sahip olmaması,

2. 13'üncü maddenin 1'inci fıkrasının 2'inci cümlesine aykırı olarak sınır geçiş trafiğinde polis kontrolünden kaçması veya

3. 48'inci maddenin 1'inci fıkrasına veya 3'üncü fıkrasının 1'inci cümlesine aykırı olarak burada belirtilen belge veya evraki ibraz etmemesi veya zamanında ibraz etmemesi, teslim etmemesi veya zamanında teslim etmemesi veya ilgili daireye bırakmaması veya zamanında bırakmaması

4. 44a maddesi nin 1'inci fıkrasının 1'inci cümlesinin 3 no'lu hükmü, 2'nci cümle veya 3'üncü cümle uyarınca icra edilebilir bir talimata aykırı hareket etmesi hallerinde kurala aykırı hareket etmiş olur.

(2a) Bir kişi, 4'üncü maddenin 3'üncü fıkrasının 2'nci cümlesine aykırı olarak kasten veya dikkatsiz bir şekilde, kazanç sağlamak üzere çalışan bir yabancıyı para karşılığı devamlılık arz eden bir şekilde çalıştırması veya bu yabancıya bir iş vermesi halinde kurala aykırı hareket etmiş olur.

(3) Bir kişi, 1. 4'üncü maddenin 3'üncü fıkrasının 1'inci cümlesine aykırı olarak bağımsız bir işte çalışması,

Alman mevzuatında göçmen kaçakçılığı suçuna ilişkin düzenleme Türk Ceza kanunundaki düzenlemeye paralellik göstermektedir. Göçmenlerin ülkeye yasadışı olarak sokulması ve yasadışı olarak ülkede kalmasının sağlanması suç olarak düzenlenmiştir. Bunun yanında suçun örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesi cezalandırılırken, suça konu olan kişilerin yaşamını tehdit eden insanlık dışı veya aşağılayıcı bir muameleye veya sağlığına ciddi derecede zarar verebilecek şekilde bir tehlikeye maruz bırakan failer bakımından cezanın TCK'nın 79. maddesinde olduğu gibi ağırlaştırıldığı görülmektedir.

B. Amerika Birleşik Devletleri

Göçmen kaçakçılığı ve bu suçun zemin hazırladığı insan ticareti eylemleri bakımından Amerika Birleşik Devletleri büyüyen bir “suç pazarı” olarak

2. 12'nci maddenin 2'nci fıkrasının 2'nci cümlesine veya 4'üncü fıkrasına göre icrası kabil bir kayıtta veya 54'üncü maddenin 2'nci fıkrasına veya 61'inci maddenin 1'inci fıkrasının 1'inci cümlesine göre bir yer sınırlandırmasına aykırı hareket etmesi,

3.13'üncü maddenin 1'inci fıkrasına aykırı olarak, izin verilen bir sınır kapısı haricindeki bir yerden veya belirlenen geçiş saatleri haricinde ülkeye giriş veya ülkeden çıkış yapması veya geçerli bir pasaportu veya pasaport yerine geçen bir belgeyi yanında bulundurmaması,

4. 46'ncı maddenin 1'inci fıkrası, 54a maddesinin 1'inci fıkrasının 2'nci cümlesi veya 3'üncü fıkrası veya 61'inci maddenin 1'inci fıkrasının 2'nci cümlesine göre icrası kabil bir talimata aykırı hareket etmesi,

5. 54a maddesinin 1'inci fıkrasının 1'inci cümlesine aykırı olarak bir beyanı yapmaması veya yanlış yapması veya zamanında yapmaması,

6. 80'inci maddenin 4'üncü fıkrasına aykırı olarak bu maddede belirtilen dilekçeleri vermemesi veya

7. belirli bir fiil için para cezası verileceği hükmüne atıfta bulunması halinde 99'uncu maddenin 1'inci fıkrasının 3a bendinin d hükmüne, 7, 10 veya 13a hükümlerinin 1'inci cümle j bendi hükmüne göre çıkarılan Kanun Hükmünde Kararname'ye aykırı hareket etmesi hallerinde kurala aykırı hareket etmiş olur.

(4) 2'nci fıkranın 2 no'lu bendi hükmünde ve 3'üncü fıkranın 2 no'lu bendi hükmünde belirtilen hallerde kurala aykırı harekete teşebbüs cezalandırılabilir.

(5) Kurala aykırılık, 2a fıkrasında belirtilen hallerde 500.000, Avro'ya kadar, 2'nci fıkranın 2 no'lu bendi hükmünde 3'üncü fıkranın 1 no'lu bendi hükmünde belirtilen hallerde 5000, Avro'ya kadar; 1'inci ve 2'nci fıkranın 1 ve 3 no'lu bendleri hükümlerinde ve 3'üncü fıkra ile 3'üncü fıkranın 3 no'lu bendi hükmünde belirtilen hallerde 3000, Avro'ya kadar ve diğer hallerde ise 1000, Avro'ya kadar para cezası ile cezalandırılabilir.

(6) Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Anlaşma'nın 31 'inci maddesinin 1'inci fıkrası hükmü saklıdır”.

tanımlanmaktadır²⁶⁸. Amerikan Hukuku'nda, göçmen kaçakçılığı eylemleri, suç pazarı yönünden daha kısa süreli yarar içerdiği için insan ticaretine nazara daha az ciddi görülmektedir²⁶⁹.

Amerika Birleşik Devletleri'ni hedefleyen yasadışı göç yoğun olarak Çin, Güney ve Orta Amerika, Meksika ve Güney Asya'dan kaynaklanmakta ve bu merkezlerden başlayan göç hareketleri sıklıkla güneybatı sınırlarını ve Kanada sınır koridorunu kullanarak Amerika Birleşik Devletlerine geçmektedir²⁷⁰.

Göçmen kaçakçılığı suçunun, insan ticareti ve fuhuş gibi suçlara zemin hazırlaması ve çok daha kalıcı tehlikelere zemin hazırlaması nedeniyle Amerikan Hukuku'nda göçmen kaçakçılığı suçuna ilişkin yaptırımlar düzenlenmiş ve bu yaptırımlarla aynı zamanda insan onurunun korunması hedeflenmiştir²⁷¹.

Amerika Birleşik Devletleri, "Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol"ü 13 Aralık 2000 tarihinde imzalamış ve 3 Kasım 2005 te onaylamıştır²⁷².

Amerika Birleşik Devletleri'nde göçmen kaçakçılığının cezalandırılması bakımından "Göçmenlik ve Tabiiyet Kanunu"nda düzenleme yapılmıştır²⁷³.

Göçmenlik ve Tabiiyet Kanununun, genel ceza hükümleri başlıklı 8. bölümünün "*yabancıların izinsiz girişinin önlenmesi*" başlıklı 271. maddesine göre²⁷⁴; göçmenlik bürosu tarafından belirtilenlerden başka yer ve zamanda veya

²⁶⁸ James FINCKENAUER/Jennifer SCHROCK, Human Trafficking: A Growing Criminal Market in the U.S., <http://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1013&context=humtraffdata>, E.T. 06.08.2015.

²⁶⁹ Friedrich HECKMANN/Tanja WUNDERLICH, Conference Report: Workshop on Human Smuggling, European Forum for Migration Studies 2000, Unpublished.

²⁷⁰ Louis NARDI, Alien Smuggling and Visa Overstays, Testimony before the U.S. House Committee on Judiciary, Subcommittee on Immigration and Claims, 2000.

²⁷¹ Amy RICHARD, International Trafficking in Women to the United States: A Contemporary Manifestation of Slavery and Organized Crime, Center for the Study of Intelligence, 1999.

²⁷² Protokolün imzalandığı ve onayladığı tarih için bkz. https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-12b&chapter=18&lang=en, E.T. 20.05.2015.

²⁷³ **Immigration and Nationality Act**, <http://www.uscis.gov/iframe/ilink/docView/SLB/HTML/SLB/act.html>, E.T. 20.03.2015.

²⁷⁴ Immigration and Nationality Act.

başsavcı tarafından belirtilenden başka gümrük kapısından ABD'ye bir yabancının girmesini önlemek, ABD'ye bir yabancının²⁷⁵ gelmesi için araç sağlayan veya yabancıyı getiren hava taşıtlarının, deniz taşıtlarının, uluslararası köprülerin ya da ücretli yolların sahipleri, kaptanları ve görevlileri dahil her kişinin görevidir. Söz konusu kişilerin herbiri hukuka aykırı fiili için başsavcı tarafından 3000 dolar para cezası ile cezalandırılır. Fakat ilginçtir ki kanun başsavcıya bu cezayı ortadan kaldırma veya indirme gibi geniş bir takdir yetkisi vermiştir. Aynı bentte bu kişilerin hava ve deniz araçlarına el konulacağına da yer verilmiştir²⁷⁶. Maddenin devamında ise bu kişilerin görevi sırasında makul ve özenli davrandıklarını ispatlaması halinde belirtilen cezadan kurtulacağı düzenlenmiştir²⁷⁷.

Bir yabancı, göçmenlik bürosu tarafından belirlenen yer ve zamanda kendisini gerçeğe aykırı tanıtmışsa, göçmenlik bürosu tarafından belirlenen yer ve zamanın dışında ülkeye girdiği kabul edilir²⁷⁸.

Bu yasanın “sağlık sebebiyle ülkeye girişi yasaklanan yabancıları getirmek” başlıklı 272. maddesi; 212. maddede belirtilen ülkeye girişi yasaklanmış yabancıyı ülkeye sokan kişi, suç konusu her yabancı için 3000 dolar para cezası öder. Fakat, geçerli ancak süresi geçmiş göçmen vizesi olan veya ülkede kalmasına izin verilen veya geçerliliği dolmuş göçmen olmayan vizesine sahip veya ABD’de geçici kalma belgesi olan veya süresi bitmiş ülkeye geri girme izni olan kişiler bu cezadan istisnadır²⁷⁹.

Göçmenlik ve Tabiiyet Kanununun, “yabancıların yasadışı olarak ABD’ye getirilmesi” başlıklı 273. maddesi; vize, bu yasa ve yasa gereğince çıkarılan düzenlemeler bağlamında zorunlu olmasına rağmen geçerli bir pasaportu ve süresi dolmamış vizesi olmayan bir yabancıyı ülke dışından ABD’ye getirmek, ulaşım

²⁷⁵ Yabancı kavramı, ABD tabiiyetinde veya vatandaşlığında olmayan kişi şeklinde tanımlanmıştır, Immigration and Nationality Act m. 101/a-3.

²⁷⁶ Immigration and Nationality Act m. 271/a.

²⁷⁷ Immigration and Nationality Act m. 271/a-c.

²⁷⁸ Immigration and Nationality Act m. 271/b.

²⁷⁹ Immigration and Nationality Act m. 272/a.

şirketlerinin sahipleri, işletenleri, görevlileri dahil her kişi için yasaktır²⁸⁰. Aynı şekilde hava ve deniz taşıtlarının sahiplerinin, görevlilerinin, işletenlerinin ülkeden çıkarılmış veya giriş izni olup olmadığı şüpheli yabancıları ülkeye tekrar sokmaları da yasadışıdır²⁸¹.

Başsavcı, yabancıyı (a) bendinde belirtilen şartlar bağlamında ülkeye yasadışı olarak getirdiğine kanaat getirirse, her yabancı için 3000 dolar para cezasına hükmeder²⁸². Gerekli özeni göstermişlerse ceza verilmez²⁸³.

Bu Kanunun "*bazı yabancıların getirilmesi ve barındırılması*" başlıklı 274. maddesi, yabancı olduğu bilinen bir kimseyi ABD'ye herhangi bir amaçla ilgili görevliler tarafından belirlenmiş liman ve giriş yerleri dışında bir yere getiren herkes, yabancıнын önceden resmi giriş veya kalma izni alıp almadığına bakılmaksızın ve ilerde bu yabancıya izin verilip verilmeyeceği nazara alınmaksızın, ABD Kanunu'nun ceza ve ceza usulüne ilişkin 18. başlığında yer alan para cezası veya 10 yıldan fazla olmamak koşuluyla hapis cezası veya her ikisi ile cezalandırılır²⁸⁴. Devamında ise suçun nitelikli hali düzenlenmiştir. Eğer bu fiiller suça konu kişilerin ağır bir şekilde yaralanmasına veya hayati tehlikesine yol açarsa ABD Kanunu'nun²⁸⁵ ceza ve ceza usulüne ilişkin 18. başlığında yer alan para cezası veya 20 yıldan fazla olmamak koşuluyla hapis cezası ya da her ikisi ile cezalandırılır²⁸⁶. Yine aynı maddede neticesi sebebiyle ağırlaşan hal düzenlenerek, bu fillerin bir kişinin ölmesine sebep olması halinde ölüm cezası veya müebbet hapis cezası ya da ABD Kanunu'nun ceza ve ceza usulüne ilişkin 18. başlığında yer alan para cezası veya her ikisi ile cezalandırılacağı belirtilmiştir²⁸⁷.

²⁸⁰ Immigration and Nationality Act m. 273/a (1).

²⁸¹ Immigration and Nationality Act m. 273/a (2).

²⁸² Immigration and Nationality Act m. 273/b.

²⁸³ Immigration and Nationality Act m. 273/b.

²⁸⁴ Immigration and Nationality Act m. 274/a.

²⁸⁵ Title 18-Crimes and Criminal Procedure, <http://uscode.house.gov>, E.T. 20.03.2015.

²⁸⁶ Immigration and Nationality Act m. 274/a.

²⁸⁷ Immigration and Nationality Act m. 274/a.

Bir yabancınn ABD’de hukuka aykırı bir şekilde kaldığını veya giriş yaptığını bilerek veya ihmal göstererek taşıma araçlarıyla veya başka yöntemlerle ABD içinde taşıyan, taşımaya teşebbüs eden kişi, ABD Kanunu’nun ceza ve ceza usulüne ilişkin 18. başlığında yer alan para cezası veya 5 yıldan fazla olmamak koşuluyla hapis cezası veya her ikisi ile cezalandırılır²⁸⁸. Bu fiili ticari bir amaçla veya özel gelir elde etmek maksadıyla işlenmesi halinde ceza ağırlaştırılarak ABD Kanunu’nun ceza ve ceza usulüne ilişkin 18. başlığında yer alan para cezası veya 10 yıldan fazla olmamak koşuluyla hapis cezası veya her ikisi ile ceza verileceği öngörülmüştür. Aynı şekilde bu fiiller bakımından da fail, suçta konu kişilerin ağır bir şekilde yaralanmasına veya hayati tehlikesine yol açarsa ABD Kanunu’nun ceza ve ceza usulüne ilişkin 18. başlığında yer alan para cezası veya 20 yıldan fazla olmamak koşuluyla hapis cezası ya da her ikisi ile cezalandırılacaktır²⁸⁹. Bunun yanında failin fiilleri bir kişinin ölmesine sebep olursa ölüm cezası veya müebbet hapis cezası ya da ABD Kanunu’nun ceza ve ceza usulüne ilişkin 18. başlığında yer alan para cezası veya her ikisi ile cezalandırmaya gidilecektir²⁹⁰.

Bu maddeye göre yine, bir yabancınn ABD de hukuka aykırı bir şekilde kaldığını veya giriş yaptığını bilerek veya ihmal göstererek, herhangi bir ulaşım aracı veya yapı dahil herhangi bir yerde bu yabancıyı saklayan, himaye eden, bulunmasına engel olan veya bunlara teşebbüs eden kişi, ABD Kanunu’nun ceza ve ceza usulüne ilişkin 18. başlığında yer alan para cezası veya 5 yıldan fazla olmamak koşuluyla hapis cezası veya her ikisi ile cezalandırılır²⁹¹. Bu fiili ticari bir amaçla veya özel gelir elde etmek maksadıyla işlerse, ABD Kanunu’nun ceza ve ceza usulüne ilişkin 18. başlığında yer alan para cezası veya 10 yıldan fazla olmamak koşuluyla hapis cezası veya her ikisi ile cezalandırılır. Eğer bu fiiller suçta konu kişilerin ağır bir şekilde yaralanmasına veya hayati tehlikesine yol açarsa ABD Kanunu’nun ceza ve ceza usulüne ilişkin 18. başlığında yer alan para cezası veya 20 yıldan fazla olmamak

²⁸⁸ Immigration and Nationality Act m. 274/a.

²⁸⁹ Immigration and Nationality Act m. 274/a.

²⁹⁰ Immigration and Nationality Act m. 274/a.

²⁹¹ Immigration and Nationality Act m. 274/a.

koşuluyla hapis cezası ya da her ikisi ile cezalandırılır²⁹². Ayrıca bu fiiller bir kişinin ölmesine sebep olursa fail, ölüm cezası veya müebbet hapis cezası ya da ABD Kanunu'nun ceza ve ceza usulüne ilişkin 18. başlığında yer alan para cezası veya her ikisi ile cezalandırılır²⁹³.

“Bazı yabancıların getirilmesi ve barındırılması” başlıklı 274. maddesine göre bir yabancı'nın ülkeye geleceğini, ülkeye gireceğini, ülkede kalacağını veya bunların hukuka aykırı olacağını bilerek veya ihmal ederek ülkeye girmesine ya da kalmasına sebep olan veya teşvik eden kişi, ABD Kanunu'nun ceza ve ceza usulüne ilişkin 18. başlığında yer alan para cezası veya 5 yıldan fazla olmamak koşuluyla hapis cezası veya her ikisi ile cezalandırılır²⁹⁴. Bu fiili ticari bir amaçla veya özel gelir elde etmek maksadıyla işlerse, ABD Kanunu'nun ceza ve ceza usulüne ilişkin 18. başlığında yer alan para cezası veya 10 yıldan fazla olmamak koşuluyla hapis cezası veya her ikisi ile cezalandırılır. Eğer bu fiiller suça konu kişilerin ağır bir şekilde yaralanmasına veya hayati tehlikesine yol açarsa ABD Kanunu'nun ceza ve ceza usulüne ilişkin 18. başlığında yer alan para cezası veya 20 yıldan fazla olmamak koşuluyla hapis cezası ya da her ikisi ile cezalandırılır²⁹⁵. Bu fiiller bakımından da fail, bir kişinin ölmesine sebep olursa ölüm cezası veya müebbet hapis cezası ya da ABD Kanunu'nun ceza ve ceza usulüne ilişkin 18. başlığında yer alan para cezası veya her ikisi ile cezalandırılacaktır²⁹⁶.

Sayıdığımız bu fiillerin işlenmesi için anlaşmaya varan kişi de ABD Kanunu'nun ceza ve ceza usulüne ilişkin 18. başlığında yer alan para cezası veya 10 yıldan fazla olmamak koşuluyla hapis cezası veya her ikisi ile cezalandırılır. Ayrıca söz konusu bu fiillerin herhangi birinin işlenmesine yardım eden veya azmettiren kişi, ABD Kanunu'nun ceza ve ceza usulüne ilişkin 18. başlığında yer alan para

²⁹² Immigration and Nationality Act m. 274/a.

²⁹³ Immigration and Nationality Act m. 274/a.

²⁹⁴ Immigration and Nationality Act m. 274/a.

²⁹⁵ Immigration and Nationality Act m. 274/a.

²⁹⁶ Immigration and Nationality Act m. 274/a.

cezası veya 5 yıldan fazla olmamak koşuluyla hapis cezası veya her ikisi ile cezalandırılır²⁹⁷.

Belirtilen fiillerin işlenmesi için anlaşmaya varan kişi ve söz konusu bu fiillerin herhangi birinin işlenmesine yardım eden veya azmettiren kişi, eğer bu fiiller suçla konu kişilerin ağır bir şekilde yaralanmasına veya hayati tehlikesine yol açarsa ABD Kanunu'nun ceza ve ceza usulüne ilişkin 18. başlığında yer alan para cezası veya 20 yıldan fazla olmamak koşuluyla hapis cezası ya da her ikisi ile cezalandırılır²⁹⁸. Ayrıca bu fiiller bir kişinin ölmesine sebep olursa ölüm cezası veya müebbet hapis cezası ya da ABD Kanunu'nun ceza ve ceza usulüne ilişkin 18. başlığında yer alan para cezası veya her ikisi ile cezaya tabi tutulacaktır²⁹⁹.

Kanunda sayılan bu fiiller, bir şirketin ticari faaliyetlerinin parçası olarak veya taşınan yabancılar 10 veya daha fazla ise veya hayati bir tehlike veya sağlık riski altında taşınmışsa, 10 yıla kadar ceza arttırılabilir³⁰⁰.

ABD Kanunu'na göre, saydığımız suçları işleyen kişilerin, bu suçları işlemek ya da bu suçlardan menfaat elde etmek amacıyla kasten, gerçeğe aykırı bir evrak düzenlemesi, değiştirmesi, tahrif etmesi ve bu evrakı kullanması ya da kullanmaya teşebbüs etmesi de suç olarak düzenlenmiştir³⁰¹.

Suçla konu olan ve aynı zamanda göçmen kaçakçılığı suçunun gerçek mağduru olan yabancıların ABD Kanunu'na göre cezalandırılması mümkündür. Buna göre, bir yabancı göçmenlik bürosu tarafından belirlenenden başka yer ve zamanda ülkeye girer veya girmeye teşebbüs ederse ya da göçmenlik bürosunun inceleme ve denetiminden kaçarsa veya kasten yanlış veya yanıltıcı beyan ile veya maddi gerçeği kasten gizleyerek ülkeye girmeye çalışır veya girerse ABD Kanunu'nun ceza ve ceza usulüne ilişkin 18. başlığında yer alan para cezası veya 6 aydan fazla olmamak

²⁹⁷ Immigration and Nationality Act m. 274/a.

²⁹⁸ Immigration and Nationality Act m. 274/a.

²⁹⁹ Immigration and Nationality Act m. 274/a.

³⁰⁰ Immigration and Nationality Act m. 274/a.

³⁰¹ Immigration and Nationality Act m. 274C/a.

kaydıyla hapis cezası ya da her ikisi ile cezalandırılır³⁰². Ancak bu ceza yabancının ülkeye girdiği ilk sefer içindir. Bu fiil tekrarlanırsa ABD Kanunu'nun ceza ve ceza usulüne ilişkin 18. başlığında yer alan para cezası veya 2 yıldan fazla olmamak kaydıyla hapis cezası veya her ikisi ile cezalandırılacaktır³⁰³.

Kanunda hileli evlenme de cezalandırılmıştır. Bir kişi göçmenlik kanununun hükümlerini dolanmak maksadıyla kasten evlenirse 5 yıldan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılır veya 250000 dolardan az olmamak üzere para cezası ya da her ikisi ile cezalandırılır³⁰⁴.

Bir kişi göçmenlik kanununun hükümlerini dolanmak maksadıyla kasten ticari işletme kurarsa 5 yıldan az olmamak üzere hapis cezası veya ABD Kanunu'nun ceza ve ceza usulüne ilişkin 18. başlığında yer alan para cezası ya da her ikisi ile cezalandırılır³⁰⁵.

ABD tarafından sınır dışı edilen veya girişi yasaklanan yabancıların ülkeye tekrar girmesi ya da girmeye teşebbüs etmesi de suç olarak düzenlenmiş ve cezai yaptırıma tabi tutulmuştur³⁰⁶.

Ülkeye girmelerine ilişkin ve vize almaya ilişkin koşulları sağlamayan yabancılara ABD ye girmesi için kasten yardım ve yataklık eden kişi de cezalandırılacaktır³⁰⁷.

Türk Ceza Kanunu'nda insan ticareti olarak düzenlenmiş olan fiiller de cezalandırılmaktadır. Mesela fuhuş ya da başka gayri ahlaki amaçlar için de yabancının ülkeye sokulması yasaklanmıştır. Sayılan bu kişileri ülkeye sokan, muhafaza eden, yer sağlayan, yardım eden kişiler de ABD Kanunu'nun ceza ve ceza

³⁰² Immigration and Nationality Act m. 275.

³⁰³ Immigration and Nationality Act m. 275.

³⁰⁴ Immigration and Nationality Act m. 275/c.

³⁰⁵ Immigration and Nationality Act m. 275/d.

³⁰⁶ Immigration and Nationality Act m. 276.

³⁰⁷ Immigration and Nationality Act m. 277.

usulüne ilişkin 18. başlığında yer alan para cezası veya 10 yıldan az olmamak üzere hapis veya her ikisi ile cezalandırılır³⁰⁸.

Göçmen kaçakçılığı suçunun ABD mevzuatına göre düzenlemesine bakıldığında, Türk Ceza Kanunu'nda olduğu gibi, suça konu kişilerin izinsiz ülkeye sokulması, ülkede barındırılması ve bunlara teşebbüs edilmesinin suç olarak düzenlendiği görülmektedir. Ayrıca, suçun nitelikli hali olarak bu fiillerin ticari amaçla işlenmesi ve kişilerin hayatı bakımından tehlikeye sebebiyet verilmesi düzenlenmiştir. Bunun yanında, bu fiiller sonucu kişilerin ölmesi halinde neticesi sebebiyle ağırlanmış suç hükümleri çerçevesinde, ölüm cezası ve müebbet hapis cezası verileceği düzenlenmiştir. Bununla birlikte yaptırım olarak hapis cezasının yanında adli para cezasının da uygulandığı görülmektedir. TCK'nın 79. maddesinde de hapis cezasının yanında adli para cezasının düzenlendiği düşünüldüğünde önemli benzerlikler olduğu söylenebilir. Aynı şekilde TCK'da olduğu gibi suça iştirak ve yardım da cezalandırılmaktadır. Yine bu düzenlemeye göre, TCK'da düzenlendiği gibi, suçta kullanılan araçlar bakımından müsadere hükümlerinin uygulanması öngörülmüştür. Göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesinde sıklıkla başvuru belgede sahtecilik de suç olarak düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanunu'na göre de, göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesi sırasında belgede sahtecilik yapılması cezalandırılmaktadır. Suça konu yabancıların ülkeye yasal sınır çerçevesini aşarak girmeleri nedeniyle ABD Kanunu'na göre cezaya tabi tutuldukları anlaşılmaktadır. Ancak Türk Yabancılar Kanununa göre sadece idari para cezası ön görülmüş olmasına rağmen, ABD Kanunu'nda hapis cezası da düzenlenmiştir. Bu husus ise önemli bir farktır.

C. İtalya

İtalya, Orta ve Kuzey Afrika bakımından, Avrupa'ya giriş kapısı olup, ciddi bir Nijerya popülasyonunu da barındırmaktadır³⁰⁹. Bu özelliği gereği, İtalya'nın göçmen kaçakçılığı ile mücadeledeki etkinliği (ve başarısı) diğer bütün Avrupa ülkeleri

³⁰⁸ Immigration and Nationality Act m. 277.

³⁰⁹ Louise SHELLY, Human Smuggling and Trafficking into Europe, A Comparative Perspective, 2014 s.5, www.migrationpolicy.org/, E.T. 20.05.2015.

bakımından önem taşımakta ve Avrupa'ya yasa dışı göç akını bakımından İtalya; Yunanistan ve İspanya ile birlikte “güney giriş kapısı” olarak tanımlanmaktadır³¹⁰.

İtalya, “Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol”ü 12 Aralık 2000 tarihinde imzalamış ve 2 Ağustos 2006 da onaylamıştır³¹¹. Bu protokolün imzalanması ile göçmen kaçakçılığının önlenmesi bakımından önemli bir irade gösterildiği anlaşılmaktadır.

İtalyan hukukunda göçmenlikle ilgili ilk yasal düzenleme 1990 yılında yapılmıştır. Bu kanun yasadışı göçle mücadele için kabul edilmiştir³¹². Daha sonra 25 Temmuz 1998 tarihli ve 286 sayılı Kanun Hükmünde Kararname çıkarılmış ve bu KHK ile göçmenlik, yasadışı göçmenlik, göçmenlerin temel hakları düzenlenmiştir³¹³. 1998 tarihli KHK, göçmenliğe ve yasadışı göçe ilişkin olarak hala temel düzenleme mahiyetindedir. Fakat, 2002 ve 2009 da bu KHK da yapılan değişikliklerle göçmenlerin yerleşme, çalışma, kamu hizmetine girme hakları sınırlandırılmış ve yasadışı göçe ilişkin idari ve cezai yaptırımlar arttırılmıştır³¹⁴. 2002 yılındaki değişiklikle birlikte bazı fiiller suç olarak düzenlenmiştir. Bu değişikliğin 11/1-a maddesinde bu kararnamenin hükümlerini ihlal ederek, sürekli ikamet izni olmayan veya vatandaşı olmadığı bir ülkeye bir kişinin yasadışı olarak girmesini sağlayan fiilleri işleyen ile İtalya topraklarına bir yabancının girmesini sağlamaya yönelik fiilleri işleyenler her bir göçmen için 3 yıla kadar hapis ve 15.000 Avro para cezası ile cezalandırılır³¹⁵. Bu değişikliğin 11/1-b maddesine göre, dolaylı

³¹⁰ SHELLEY, s.6-7.

³¹¹ Protokolün imzalandığı ve onayladığı tarih için bkz. https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-12b&chapter=18&lang=en, E.T. 20.05.2015.

³¹² Nicola DELVINO /Sarah SPENCER, Irregular Migrants in Italy: Lawand Policy on Entitlements to Services, September 2014 s.4, <https://www.compas.ox.ac.uk>; Erin COMADA, “Turned Away: The Detrimental Effect Of Italy’s Public Security Law On Undocumented Children’s right To Education”, Boston University International Law Journal, Vol. 29, s.459, <http://www.bu.edu/ilj/files/2014/05/Komada-finalpdf.pdf>, E.T. 05.05.2015.

³¹³ DELVINO/SPENCER, s.4.

³¹⁴ DELVINO/SPENCER, s.4.

³¹⁵ Changes in regulations on the matter of immigration and asylum (LAW No. 189 of 30th July 2002) <http://www.refworld.org/docid/3fd9cd6d4.html>, E.T. 05.05.2015.

da olsa menfaat temin etmek maksadıyla bu kanunun hükümlerini ihlal ederek İtalya topraklarına herhangi bir kişinin girmesini sağlamaya yönelik fiilleri icra eden kimse ile daimi ikamet hakkı olmayan veya vatandaşı olmadığı bir ülkeye yasadışı yollarla bir kimsenin girmesini sağlamaya yönelik fiilleri icra edenler, 4 yıldan 12 yıla kadar hapis cezası ve her bir kişi için 15.000 Avro para cezası ile cezalandırılır³¹⁶. Aynı fiillerin üç ya da daha fazla kişiyle iştirak halinde işlenmesi veya uluslararası taşıma hizmetlerini kullanarak ya da sahte veya değiştirilen veya yasadışı herhangi bir yolla elde edilen belgeler kullanılarak işlenmesi halinde de aynı ceza verilir³¹⁷. Bu değişikliğin 11/1-c bendinde ise suça ilişkin nitelikli haller düzenlenmiştir. Buna göre, a) 5 ya da daha fazla kişinin yasadışı yollarla İtalya'ya girmesine veya orada kalmasına yönelik fiiller, b) bir kişinin hayatını veya güvenliğini tehlikeye sokacak şekilde yasadışı yolla ülkeye girmesini veya orada kalmasını sağlamaya yönelik fiiller, c) kişinin insanlık dışı ve onur kırıcı davranışlarla yasadışı olarak ülkeye girmesine ve ülkede kalmasına yönelik fiillerin bulunması halinde verilecek cezalar ağırlaştırılır³¹⁸.

İtalyan mevzuatında 15 Temmuz 2009 tarihli ve 94 sayılı Kanunla güvenlik reformu yapıldı ve yasadışı göçe ve göçmenliğe ilişkin ek düzenleme ve suçlar ihdas edilmiştir. Bu değişiklik özellikle göçmenlerin sosyal haklarını aşırı sınırlandırdığı için eleştirilmiştir³¹⁹. Bu Kanun ile yapılan değişikliklere genel olarak bakıldığında, amacın göçmen kaçakçılığı yapanların yanında yasadışı göçmenlerin, göçmenlerin ülke içerisinde, eğitimine, barınmasına veya kalmasına yönelik fiiller ve yetkili makamlara bildirimde bulunmayanlar cezalandırılmıştır³²⁰. Örneğin, yasadışı

³¹⁶ Changes in regulations on the matter of immigration and asylum (LAW No. 189 of 30th July 2002), <http://www.refworld.org/docid/3fd9cd6d4.html>, E.T. 05.05.2015.

³¹⁷ Changes in regulations on the matter of immigration and asylum (LAW No. 189 of 30th July 2002) <http://www.refworld.org/docid/3fd9cd6d4.html>, E.T. 05.05.2015.

³¹⁸ Changes in regulations on the matter of immigration and asylum (LAW No. 189 of 30th July 2002) <http://www.refworld.org/docid/3fd9cd6d4.html>, E.T. 05.05.2015.

³¹⁹ DELVINO/SPENCER, s.4-5; bazı insan hakları grupları ve Katolik kilisesi de bu yeni düzenlemeye karşı gelmiştir, Erin COMADA, s.459.

³²⁰ Costanza HERMANİN, Background documentation Overview on the "Security Package", s.2-3, <http://www.eui.eu/Documents/RSCAS/Research/MWG/201011/10-13-Hermanin.pdf>, E.T. 05.05.2015.

göçmenleri çalıştıranlar 6 aydan 5 yıla kadar hapis cezası ve her bir kişi için 5000 Avroya kadar para cezasıyla cezalandırılmaktadır³²¹. Ayrıca yasal ikamet izni olmayan kişilere ev satan veya yer temin eden kişilere 6 aydan 3 yıla kadar hapis cezası verilebilecektir. Yasadışı olarak ülke topraklarına giren ve konaklayan kişiye 5 bin Avrodan 10000 Avroya kadar para cezası verilecektir³²². Bir yabancı, spor, eğitim, gibi bazı resmi aktivitelere katılmak için resmi görevlilere kimlik belgelerini göstermek durumundadır. Bunu göstermeyi reddeden yabancılara 2000 Avroya kadar para cezası ve 1 yıla kadar hapis cezası tatbik edilecektir³²³.

Görüleceği üzere önemli bir göçmen problemi yaşayan AB ülkesi olan İtalya, göçmen kaçakçılığını engellemek için yasal düzenlemeler yapmıştır. Bu çerçevede ülkeye yasadışı girişler, menfaat elde edilerek ülkeye yasadışı girişleri yapılmasını sağlayanları cezalandırıcı yaptırımlar öngörülmüştür. Aynı şekilde kişilerin hayatını veya güvenliğini tehlikeye sokacak şekilde yasadışı yolla ülkeye girmesini veya orada kalmasını sağlamaya yönelik fiiller ile kişilerin insanlık dışı ve onur kırıcı davranışlarla yasadışı olarak ülkeye girmesine ve ülkede kalmasına yönelik fiillerin bulunması halinde verilecek cezaların ağırlaştırılacağı da düzenlenerek TCK'nın düzenlemesine benzer bir düzenleme yapılmış olduğu söylenebilir.

D. İngiltere

İngiltere de göç konusunda önemli problem yaşayan ülkelerden biridir. İngiltere'de 400 bin ile 900 bin arasında yasa dışı göçmen olduğu tahmin ediliyor³²⁴. Ülkede yasal olarak bulunan göçmenlerin ülkede kalmalarına ilişkin de 2016 yılında yürürlüğe girecek bir düzenleme ile daha zor şartlar öngörülmektedir³²⁵.

³²¹ Costanza HERMANİN, s.2; bkz aynı yönde, Albertodi MARTINO/Francesca Biondi DAL MONTE/Ilaria BOIANO/Rosa RAFFAELLI, The criminalization of irregular immigration: law and practice in Italy, Pisa University Press, 2013, s.10.

³²² Costanza HERMANİN, s.2.; bkz. aynı yönde, MARTINO/DAL MONTE/BOIANO/RAFFAELLI, s.10.

³²³ Costanza HERMANİN, s.2. Bkz. aynı yönde Martino/Dal Monte/Boiano/Raffaelli, s.10.

³²⁴ <http://www.aa.com.tr/tr>, E.T. 10.06.2015.

³²⁵ <http://www.turbervilles.co.uk>, E.T. 10.06.2015.

İngiltere, “Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol”ü 14 Aralık 2000 tarihinde imzalamış ve 6 Şubat 2006 da onaylamıştır³²⁶. Bu protokolün imzalanması ile göçmen kaçakçılığının önlenmesi ve suç olarak düzenlenmesine ilişkin yükümlülükler kabul edilmiştir.

İngiliz Hukukuna bakıldığında 2014 yılında yürürlüğe giren “Immigration Act 2014” Göçmenlik Kanunu, 1971 deki Göçmenlik Kanununda ve 2002 tarihli “Tabiiyet, Göçmenlik ve İltica Kanununda³²⁷ çeşitli değişiklikler yapmıştır. Fakat konumuzla ilgili ceza hükümleri bağlamında bir değişiklik yapılmamış ve 2002 tarihli “Tabiiyet, Göçmenlik ve İltica Kanunu” hala yürürlüğünü sürdürmektedir³²⁸. 2002 tarihli Tabiiyet, Göçmenlik ve İltica Kanununun “*yasadışı göçmenliğe yardım*” başlıklı 143. maddesi, 1971 tarihli Kanunun 25. maddesini yeniden düzenlemiş ve 25A, 25B ile 25C olmak üzere üç madde daha eklemiştir³²⁹.

1971 tarihli Kanunun 24. maddesine göre, aşağıdaki filleri işleyenler, 5. dereceden fazla olmamak üzere para cezası veya 6 aydan fazla olmamak üzere hapis veya herikisinden cezalandırılır³³⁰;

a) sınırdışı edilme kararına rağmen İngiltere’ye kasten giren veya çıkmayan,

b) ülkeye sınırlı bir kalma veya girme hakkı olan bir kimsenin kasten bu kalma süresini aşması veya kalma şartlarına uymaması,

c) bu Kanunun 8. maddesinde sayılan gemi kaptanı ve mürettebat gibi sınırlı sürede kalma hakkı olanların belirtilen süreyi aşması.

³²⁶ Protokolün imzalandığı ve onayladığı tarih için bkz. https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg_no=XVIII-12b&chapter=18&lang=en, E.T. 20.05.2015.

³²⁷ Nationality, Immigration and Asylum Act 2002, <http://www.legislation.gov.uk>, E.T. 10.05.2015.

³²⁸ 1971 tarihli kanun 24. maddesine” Illegal entry and similar offences, <https://www.gov.uk>, E.T. 10.05.2015.

³²⁹ <https://www.gov.uk>, E.T. 10.05.2015.

³³⁰ <https://www.gov.uk>, E.T. 10.05.2015.

d) geçerli bir mazereti olmaksızın sağlık görevlilerine vb. resmi görevlilere beyanda bulunması gereken veya onlara beyan etmesi gereken bilgileri beyan etmeyen,

e) geçerli bir sebep olmaksızın bu Kanunun 2. ve 3. şeması altındaki, kalma ve çalışmayla ilgili belirtilen şartlara uymaması veya göçmenlik ofisi polisinin raporu doğrultusunda hareket etmemesi,

f) bu Kanunun 2. ve 3. şemasında belirtilen limanlara yanaştıktan sonra bir gemi veya hava aracından İngiltere'nin kıyılarına çıkarsa, cezalandırılır.

1971 tarihli Kanun "*üye devlete yasadışı göçe yardım etmek*" başlıklı 25. maddesine göre³³¹, bir kimse Avrupa birliği vatandaşı olmayan birisinin Göçmenlik Kanunu'na aykırı davranmasını kolaylaştıran bir fiil işlerse suçludur. Ancak bu fiil nedeniyle kişinin cezalandırılabilmesi için. Hem bu kişinin Avrupa Birliği vatandaşı olmadığını bilmesi veya bilmesini gerektiren bir sebebin olması, hem de kendi fiilinin ilgili kişi tarafından kanunun ihlalini kolaylaştırdığını bilmesi veya bilmesini gerektiren bir sebep olması gerekir³³². Bu suçun yaptırımına göre, fail 14 yılı aşmamak üzere hapis cezası veya para cezası ya da her ikisi ile cezalandırılır.

1971 tarihli Kanun 25A. maddesine göre³³³, bir kişi, bir kimsenin birleşik devletlere girmesini kasten kolaylaştırırsa cezalandırılır. Bunun için ayrıca o kişinin mülteci olduğunu bilmesi veya bilmesini gerektiren makul sebeplerin olması gerekir.

1971 tarihli Kanunun "*sınırdışı etme ve giriş yasağı kararına aykırı olarak İngiltereye girmeye yardım*" başlıklı 25B maddesine göre³³⁴ bir kimse AB vatandaşı olan bir kişiye verilmiş olan sınırdışı edilme kararına aykırı davranmayı kolaylaştıran bir fiilde bulunursa, fiilin bu aykırılığı kolaylaştırdığını bilmesi halinde veya bilmesi

³³¹ IMMIGRATION ACT 197, s 25, "Assisting unlawful immigration to member State", <http://www.uniset.ca/naty/ImmigrAct1971.htm>, E.T. 10.05.2015.

³³² IMMIGRATION ACT 197, s 25 "Assisting unlawful immigration to member State".

³³³ IMMIGRATION ACT 1971, s 25A Helping asylum-seekers to enter United Kingdom.

³³⁴ IMMIGRATION ACT 1971, s 25B Assisting entry to United Kingdom in breach of deportation or exclusion order.

gerekiyorsa cezalandırılır. Ülkeye girmesi yasaklanmış olanlar bakımından da aynı hüküm geçerlidir³³⁵.

Bir kimsenin İngiltere'ye girmesine veya kalmasına yardım eden, bu fiilin girmeye veya kalmaya yardım ettiğini bilmesi veya bileceğine ilişkin makul bir sebep olması halinde cezalandırılır³³⁶.

1971 tarihli Kanunun 25C maddesinde³³⁷ ise, gemi ve hava aracı veya vasıtalara ilişkin müsadere düzenlenmiş olup, buna göre; mahkeme şu hallerde aracı müsadere kararı verebilir. Suçun işlenmesinde kullanılan veya kullanmaya teşebbüs edilen araç müsadere edilir. Aynı şekilde gemi veya hava araçları için de, yine suçta kullanılması veya kullanılmasına teşebbüs edilmesi halinde yine müsadere kararı verilecektir³³⁸.

1971 tarihli Kanunun 25D maddesinde³³⁹, bir kişi 25A ve 25B de belirtilen bir suç için tutuklanırsa, tutuklu kişinin suçlanıp suçlanmayacağı belli olana kadar, ilgili görevli, söz konusu gemi, hava aracı ya da diğer araçlara el koyabilir. Yani el koyma koruma tedbiri de uygulanmaktadır.

Eğer tutuklunun suçlanmasına yani dava açılmasına karar verilmişse, ya beraat edene kadar, ya da mahkumiyet kararı halinde, mahkemenin bu aracı müsadere kararına kadar el konulur³⁴⁰. Suça katılmayan bir başka kişi aracın kendisine ait olduğu iddiasında ise, mahkemeye aracın tarafına verilmesi için başvurabilir. Dikkat edilecek olursa iyiniyetli üçüncü kişilerin hakkı da korunmuş olmaktadır.

Bu Kanunun 26. maddesinde belirtilen suçlara ilişkin bazı cezalar belirtildikten sonra, bu suçlar işlenirken yapılan evrakta sahtecilik fiili de suç olarak düzenlenmiştir. Buna göre, yetkisi olmaksızın giriş izni, pasaport, çalışma izni veya diğer belgeleri değiştiren veya kullanan kişi 6 aydan fazla olmamak üzere hapis

³³⁵ IMMIGRATION ACT 1971, s 25B/1-2.

³³⁶ IMMIGRATION ACT 1971, s 25B/3.

³³⁷ IMMIGRATION ACT 1971, 25C For feiture of vehicle, ship or aircraft.

³³⁸ IMMIGRATION ACT 1971, s 25C.

³³⁹ IMMIGRATION ACT 1971,s 25D Detention of ship, aircraft or vehicle.

³⁴⁰ IMMIGRATION ACT 1971, s 25D.

cezası, 5. dereceden fazla olmamak üzere para cezası veya her ikisi ile cezalandırılacaktır³⁴¹. Bunun tatbiki için, failin bu belgelerin sahteliğini bilerek kullanması veya sahteliği bilebilecek durumda olması gerekir. Geçerli bir sebep olmaksızın göçmenlik bürosu çalışanlarının bu kanuna göre davranmasını engelleyen kişi de aynı şekilde cezalandırılır.

İngiltere'nin bir AB üyesi olarak göçmen kaçakçılığına ilişkin düzenleme yaptığı görülmektedir. “Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol”ü 14 Aralık 2000 tarihinde imzaladığı ve 6 Şubat 2006 da onayladığı düşünüldüğünde, Protokolün getirdiği yükümlülükler bağlamında ülkelerine yapılan yasadışı girişler yaptırma tabi tutulmaktadır. Aynı şekilde TCK’daki düzenlemede olduğu gibi, suça teşebbüs de cezaya tabi tutulmaktadır. Yine, göçmen kaçakçılığında kullanılan araçlar için müsadere öngörülmüş olup, belgede sahtecilik te cezalandırılmaktadır. Bunlar da Protokolün yükümlülüklerine uygundur. TCK’da düzenlenmiş olan göçmen kaçakçılığı suçunun bu düzenlemelerden eksikliğinin olmadığını ve hatta daha ayrıntılı ve evrensel standartlara daha uygun olduğunu söylemek mümkündür.

E. İspanya

İspanya “Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol”ü 13 Aralık 2000 tarihinde imzalamış ve 1 Mart 2002 de onaylamıştır³⁴². Protokolün getirdiği yükümlülükleri üstlenmiştir.

Kuzey ve Orta Afrika’nın Avrupa’ya giriş kapısı mahiyetinde olan İspanyol Hukuku’nun temel mücadele konusunun göçmen kaçakçılığından ziyade, insan ticareti suçu yönünde olduğu görülmektedir³⁴³. İspanyol hukuku bakımından,

³⁴¹ IMMIGRATION ACT 1971, s 26.

³⁴² Protokolün imzalandığı ve onayladığı tarih için bkz. https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-12b&chapter=18&lang=en, E.T. 20.05.2015.

³⁴³ GRETA, Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings, Council of Europe, 2013, s.16, <http://www.coe.int/t/dghl/trafficking>, E.T. 20.05.2015.

göçmen kaçakçılığı ve düzensiz göç eylemleri insan ticareti suçu ile ilişkili eylemler olarak görülmekte fakat, insan ticareti suçundan ayrı bir suç tipi ile yaptırıma bağlanmaktadır. 2010 yılına kadar İspanyol Ceza Kanunu'nda göçmen kaçakçılığı ve cinsel sömürü eylemleri birbiriyle karıştırılmış ve ayrı birer suç tipi olarak düzenlenmemiştir³⁴⁴.

Göçmen kaçakçılığına ilişkin hüküm 1995 tarihli İspanya Ceza Kanunu'nun "yabancıların haklarına karşı işlenen suçlar" başlıklı mükerrer 15. bölümünün³⁴⁵, mükerrer 318. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, her kim doğrudan veya dolaylı olarak İspanya'dan transit olarak veya İspanyanın hedef ülke şeklinde belirlendiği bir surette, kişilerin yasadışı ticaretini ya da gizli göçünü³⁴⁶ teşvik eder, yardım eder ya da kolaylaştırırsa, 4 yıldan 8 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır³⁴⁷.

318. maddenin 2. fıkrasına göre, birinci fıkroda belirtilen fiilleri menfaat temini için veya şiddet kullanarak korkutma, hile veya mağdurun çaresizliğinden faydalanarak veya mağdura üstün durumunu kötüye kullanarak veya hayatı, kişisel sağlığı veya bütünlüğü tehlikeye sokarak işleyen kimse, üst sınırdan cezalandırılır. Mağdurun küçük veya ehliyetsiz olması durumunda yukarıda belirtilen cezadan bir kat daha ağır ceza verilir³⁴⁸.

318. maddenin 3. fıkrasına göre, yukarıda belirtilen fiilleri menfaat karşılığı işleyen kamu görevlileri hakkında 6 yıldan 12 yıla kadar hapis cezası uygulanacaktır³⁴⁹.

³⁴⁴ GRETA, s.22.

³⁴⁵ CRIMINAL CODE OF THE KINGDOM OF SPAIN (1995, as of 2011), Offences against the rights of aliens, Article 318 bis/1, <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>.

³⁴⁶ Gizli göç (Clandestine migration/ Secretorconcealed migration), ilgili ülkede vatandaşlık bağı bulunmayan bir kişinin, ülkeye giriş kurallarını ihlal etmesi; ya da ülkeye kanuni yollardan giriş yapıp göç düzenlemelerini ihlal edecek şekilde süresini aşarak ülkede kalması durumunda ortaya çıkan göç şekli. PERRUCHOUD, s.14.

³⁴⁷ CRİMİNAL CODE OF THE KİNGDOM OF SPAIN (1995), Article 318 bis/1.

³⁴⁸ CRIMINAL CODE OF THE KINGDOM OF SPAIN (1995), Article 318 bis/2.

³⁴⁹ CRIMINAL CODE OF THE KINGDOM OF SPAIN (1995), Article 318 bis/3.

Mahkemeler, suçlunun koşullarını kastını, fiilin ağırlığını, veya suçun işlenme koşullarını nazara alarak daha düşük bir cezaya hükmedebilir³⁵⁰. Ancak bu yasa 2015 yılında günün ihtiyaçları ve teknolojik gelişmeler dikkate alınarak değiştirilmiştir³⁵¹. Bu Kanun, 1 Temmuz 2015'te yürürlüğe girmiştir.

318 mükerrer maddenin yeni kanunla değiştirilmiş haline göre; 1. her kim AB üyesi bir ülkenin vatandaşı olmayan bir kişinin İspanya topraklarına girmesine ya da yabancıların ülkeden transit geçmesi kurallarına aykırı geçmesine yardım ederse, 3 ile 12 aylık para cezası ya da 3 aydan 1 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır³⁵².

Ancak ilgili kişiye yapılan yardım insancıl amaçla yapılıyorsa ceza verilmeyebilir.

2. her kim AB üyesi bir ülkenin vatandaşı olmayan bir kişinin yabancıların ülkede kalma koşullarını ihlal ederek İspanya'da kalmasına menfaat amaçlı yardımcı olursa 3 ile 12 aylık para cezası ya da 3 aydan 1 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Suç sayılan bu fiiller belirtildikten sonra nitelikli haller düzenlenmiştir. Buna göre; bu maddenin 1. fıkrasında bahsedilen fiiller, aşağıdaki koşullarda gerçekleşirse, failer 4 yıldan 8 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar:

a) bu tarz fiillerde bulunan bir örgüte bağlı olarak yapılan eylemler. Bu tarz örgütlerin ya da birliklerin yöneticileri, patronları ya da yetkilileri tarafından yapılıyorsa, bir üst dereceye çıkartılabilen üst dereceden cezalandırılırlar.

b) fiillerin işlenmesi sırasında suçun konusu olan kişilerin yaşamlarını tehlikeye attıklarında ya da ciddi bir yaralanma tehlikesine yol açtıklarında da bu nitelikli hal uygulanacaktır.

³⁵⁰ CRIMINAL CODE OF THE KINGDOM OF SPAIN (1995), Article 318 bis/5.

³⁵¹ 31 mart 2015 tarihli İspanyol resmi gazetesinde yayımlanmıştır, Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, <http://www.boe.es/boe/dias/2015/03/31/pdfs/BOE-A-2015-3439.pdf>, E.T. 10.05.2015.

³⁵² <http://www.boe.es/boe/dias/2015/03/31/pdfs/BOE-A-2015-3439.pdf>, E.T. 10.05.2015.

4. Bulunduğu makamın yetkilerini kullanarak bu fiilleri yapanlar önceki paragrafta belirtilen cezalar ve ayrıca 6 ila 12 yıla kadar yetkilerinin alınması ile cezalandırılırlar.

5. yasal bir kişi 31 (bis=mükerrer) maddedeki belirtilen durumlara göre bu maddede belirtilen suçlardan sorumlu olursa, 2 ila 5 yıl arası para cezasına ya da eğer oraya çıkan miktar daha yüksek ise elde edilen menfaatin 3 ila 5 katına çarptırılır.

66 (bis=mükerrer) maddedeki belirtilen kurallar da işlenmişse, hakimler ve mahkemeler ayrıca 33. maddenin 7 paragrafının b) ve g) arası belirtilen cezaları da verebilirler.

6. Mahkeme, yapılan eylemlerin ve içinde bulunulan durumların ciddiyetini, suçlunun durumunu ve amaçlanan eylemi göz önünde bulundurarak, bir alt derece cezaya da hükmedebilir.

Bir değerlendirme yapılacak olursa; İspanya mevzuatının göçmen kaçakçılığına ilişkin eski ve yeni hükümlerinin de göçmen kaçakçılığını önleme bakımından bir amaç edindiği görölmektedir. Suçun nitelikli halleri, TCK'da belirtilen nitelikli hallerle benzerdir. Ancak kamu görevlisi tarafından suçun işlenmesi bakımından İspanya TCK'da farklı olarak ayrı bir düzenleme yapmıştır.

BÖLÜM II

TÜRK CEZA KANUNUNDA GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇU

I. SUÇ TİPİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER

Günümüzde insanları ve toplumları hızlı bir değişime sürüklemekte olan bilgi³⁵³, sosyal hayattan ekonomiye birçok alanda itici güç olmaktadır. Bilgi elde etme imkanlarının kolay ve geniş olması sonucu insanlar buldukları ülkelerin rejimlerini ve ekonomik şartlarını sorgulayabilmektedirler³⁵⁴. Artık herkes elinde bulunan bir akıllı telefonla dünyanın herhangi bir yeriyle iletişime geçebileceği gibi dünyanın herhangi bir ülkesine ilişkin, ekonomik, siyasal ve sosyal yaşam şartları hakkında kolayca bilgi edinebilmektedir. Bu imkanlar, yani bireylerin göç etmeyi düşündükleri ülkelerdeki imkanlar, buldukları ülkelerdeki iç karışıklıklar, ekonomik yetersizlikler, savaş, kargaşa, doğal felaketler ve açlık gibi etkenlerle karşılaştırılarak çok tehlikeli olan yolculuğa ve yasal olmayan yollardan hedef ülkelere girişlere neden olmaktadır³⁵⁵.

Yasa dışı göç, ulusal ve uluslararası ekonomik ve siyasal belirsizlikler, çıkar çatışmaları, iç karışıklıklar, doğal afetler, yoksulluk, salgın hastalıklar, insan hakları ihlalleri gibi gerekçelerle her geçen gün artma eğilimi gösteren bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır. Yasadışı göçte transit ülke veya hedef ülke olarak görülen ülkelerde saydığımız sorunların çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Aksi halde ulusal ve uluslararası toplum bakımından her zaman önemli bir problem olarak

³⁵³ İngilizcesi “*information*” olan bilgi kelimesi Türk Dil Kurumu sözlüğünde; “İnsan aklının erebileceği olgu, gerçek ve ilkelerin bütününe verilen ad, malumat” biçiminde tanımlanmıştır. <http://www.tdk.gov.tr>; Ayrıca Yusuf Has Hacıp bilgiyi “değeri olmayan servet” şeklinde tanımlarken, J.J. Rousseau’ya göre bilgi “gerek kişisel gerekse toplumsal gelişmenin temel unsuru” dur. Bkz. Harun CANSIZ, “Kamu Mali Yönetiminde Şeffaflık”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Celal Bayar Üniversitesi SBE, Manisa 2002, s.30.

³⁵⁴ Ayhan DÖNER, Şeffaf Devlette Bilgi Edinme Hakkı ve Sınırları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010; Atalay, EMRE, “*Bilgi Edinme Özgürlüğü*”, *Manisa Barosu Dergisi*, Y. 16, S. 62 vd., s.16.

³⁵⁵ Göç ve göçün sebepleri bakımından birinci bölümde yer alan temel kavramlar kısmına bakınız.

kalacaktır³⁵⁶. Açıklanan bu nedenlerle insanlar, vatandaşlık bağı ile bağlı oldukları ülkelerden ayrılarak sosyal ve ekonomik bakımdan daha gelişmiş ve daha rahat edebilecekleri ülkelerde yaşamak istegindedir. Bu doğrultuda rahat edebilecekleri ülkelere yasadışı yollardan girmeyi veya yasal yollardan girmesine rağmen süresi içerisinde ülkeyi terk etmeyerek yasal olmayan bir şekilde kalmayı yeğlemektedirler. Buna karşılık, ülkeler de kontrolleri dışında olan bu göç akımını engellemek amacıyla yasalarında *göçmen kaçakçılığı suçuna* ilişkin düzenlemeler yapmaktadır³⁵⁷.

Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesi'ne Ek Kara, Hava ve Deniz Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına İlişkin Protokol'e göre, göçmen kaçakçılığı, doğrudan veya dolaylı olarak, mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek için, bir kişinin vatandaşlığını taşımadığı veya daimi ikametgâh sahibi olmadığı bir taraf devlete yasadışı girişinin temini anlamına gelmektedir (m. 3(a))³⁵⁸.

Mülga 765 sayılı TCK'nın 201/a maddesine 4771 sayılı Kanunla 3.8.2002 tarihinde eklenen göçmen kaçakçılığı suçu şu şekilde düzenlenmişti; *“Doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yabancı bir devlet tabiiyetinde bulunan veya vatansız olan veya Türkiye’de sürekli olarak oturmasına yetkili mercilerce izin verilmemiş bulunan kimselerin Türkiye’ye yasal olmayan yollardan girmelerini veya ülkede kalmalarını, bu kişilerin veya Türk vatandaşlarının yasal olmayan yollardan ülke dışına çıkmalarını sağlamaya göçmen kaçakçılığı denilir.*

Göçmen kaçakçılığı suçunun faillerine veya böyle bir suça iştirak etmeksizin, daha önce ülkeye sokulmuş veya girmiş kaçak göçmenleri, maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollarla ülkeden çıkaranlara, yasal koşullara uymaksızın ülkede kalmalarını olanaklı kılanlara, bu maksatla sahte kimlik veya seyahat

³⁵⁶ Gün TAŞ, Türkiye’de Yasadışı Göç ve Değişen Güvenlik Anlayışı, s.3, http://www.academia.edu/1605253/Turkiyede_Yasadisi_goc_ve_Degisen_Guvenlik_Anlayisi, E.T. 02.03.2014.

³⁵⁷ Ahmet Caner YENİDÜNYA/Mehmet Emin ALŞAHİN, “*Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK. M.79)*”, TBB Dergisi, S.82, 2009, s.1, (s.1-50).

³⁵⁸ Türk Hukukunda İnsan Ticareti Suçu El Kitabı, Adalet Bakanlığı Yayını, 2. Baskı, Ankara 2009, s.15.

belgelerini hazırlayanlara veya temin edenlere ya da bu suçlara teşebbüs edenlere, fiilleri başka bir suç oluştursa bile ayrıca iki yıldan beş yıla kadar ağır hapis ve bir milyar liradan az olmamak üzere ağır para cezası verilir; suçun işlenmesinde kullanılan taşıtlar ve bu fiil nedeniyle elde edilen maddi menfaatler müsadere edilir.

Yukarıdaki fıkralarda yazılı olan suçlar, kaçak göçmenlerin yaşamlarını veya vücut bütünlüklerini tehlikeye soktuğu veya insanlık dışı veya onur kırıcı muamele biçimlerine tabi kılınmalarına neden olduğu hallerde faillere verilecek cezalar, yarısı oranında; ölüm meydana gelmiş ise bir kat artırılarak hükmolunur.

Yukarıdaki fıkralarda yazılı suçlar örgütlü olarak işlendiğinde faillere verilecek cezalar bir kat artırılarak hükmolunur”.

Yürürlükte bulunan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun “Özel Hükümler” başlıklı ikinci kitap, “Uluslararası Suçlar” başlıklı birinci kısım, “Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti” başlıklı ikinci bölümünde yer alan “Göçmen Kaçakçılığı” suçu, 79. maddede Türkiye tarafından da onaylanan “Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi” ve “Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol” hükümlerinin gereğini yerine getirmek üzere³⁵⁹ şu şekilde 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 adli para cezası ile cezalandırılır. (Ek cümle: 22/7/2010 - 6008/6 md.) Suç, teşebbüs aşamasında kalmış olsa dahi, tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.

(2) (Ek fıkra: 22/7/2010 - 6008/6 md.) Suçun, mağdurların;

a) Hayatı bakımından bir tehlike oluşturması,

³⁵⁹ TCK Madde Gereççeleri, 79. madde gereççesi.

b) Onur kırıcı bir muameleye maruz bırakılarak işlenmesi,

hâlinde, verilecek ceza yarısından üçte ikisine kadar artırılır.

(3) Bu suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, verilecek cezalar yarı oranında artırılır.

(4) Bu suçun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur”.

Göçmen kaçakçılığı suçunun TCK'nın “uluslararası suçlar” kısmında düzenlenmiş olması öğretide, göçmen kaçakçılığı suçunun “diğer uluslararası suçlar” içinde yer aldığı, doğrudan uluslararası hukuka göre cezai sorumluluk öngörülmediği ve uluslararası sözleşmelerle devletlere bu fiillerin cezalandırılabilirliğini sağlama yükümlülüğü getirilgi gerekçesiyle eleştirilmiştir³⁶⁰. Ancak kanaatimizce göçmen kaçakçılığı suçunun Türk Ceza Kanunu'nun, “uluslararası suçlar” kısmında düzenlenmiş olması, diğer ülkelerin yasal düzenlemelerine de örnek oluşturacak şekilde “uluslararası hukuk suçu” olarak kabul edilmesi bakımından önemli bir adımdır. Çünkü göçmen kaçakçılığı yalnızca bu suçlara muhatap olan kişilerin bireysel değerlerini (yaşama hakkı, vücut dokunulmazlığı gibi) değil, aynı zamanda tüm uluslararası toplumun değerlerini de ihlal etmektedir. Bu nedenle, TCK'nın, uluslararası toplumun ağır insan hakları

³⁶⁰ “Uluslararası suçlar” kavramı ile uluslararası hukuka aykırı olan ve uluslararası sözleşmelerle kovuşturulması kabul edilen suçlar anlaşılmaktadır. Ancak uluslararası suçlar da kendi içinde iki kategoriye ayrılmaktadır. Birinci kategoriye “uluslararası hukuk suçları”, ikinci kategoriye ise “diğer uluslararası suçlar” oluşturmaktadır. “Uluslararası hukuk suçları” ya da “uluslararası hukuka karşı suçlar” kavramı ile doğrudan uluslararası hukuka göre cezai sorumluluğu gerektiren fiiller kastedilmektedir. Literatürde uluslararası hukuk suçları olarak soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı savaşı (saldırganlık) suçu olarak dört grup suç kabul edilmektedir. Çekirdek suçlar olarak da adlandırılan bu suçlar, uluslararası toplumun tamamını ilgilendiren en ağır suçlardır.

“Diğer uluslararası suçlar” için ise doğrudan uluslararası hukuka göre cezai sorumluluk öngörülmemekte, uluslararası sözleşmelerle devletlere bu fiillerin cezalandırılabilirliğini sağlama yükümlülüğü getirilmektedir. Uluslararası suçları işleyen fail, doğrudan uluslararası hukukun bir ceza normunu ihlal etmekte ve doğrudan uluslararası hukukun ceza normlarına dayanarak cezalandırılması mümkün olmaktadır. Buna karşın diğer uluslararası suçların kovuşturulması ve cezalandırılmasının temelini uluslararası hukuk değil, iç hukuka dahil edilen uluslararası sözleşmeler oluşturmaktadır. Diğer uluslararası suçlara örnek olarak hava ulaşımına karşı suçlar, deniz ulaşımına karşı suçlar, uyuşturucu madde suçlarının belli bazı şekilleri, terör suçları, paralarda sahtecilik, insan ticareti, göçmen kaçakçılığı, işkence, fuhuş amaçlı insan ticareti gibi suçlar gösterilebilir”. Faruk TURHAN, “Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Uluslararası Suçlar” s.1, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/101.d, E.T. 20.04.2015.

ihlallerine neden olarak gördüğü göçmen kaçakçılığı suçunu “uluslararası suç” olarak nitelendirmesi yerinde bir düzenleme olmuştur³⁶¹.

Bu hükümden hareketle göçmen kaçakçılığı suçu şu şekilde tanımlanmaktadır³⁶²; *doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddî menfaat elde etmek maksadıyla, yabancı bir devlet tâbiyetinde bulunan veya vatansız olan veya Türkiye’de sürekli olarak oturmasına yetkili mercilerce izin verilmemiş bulunan kimselerin Türkiye’ye yasal olmayan yollardan girmelerini veya ülkede kalmalarını, bu kişilerin veya Türk vatandaşlarının yasal olmayan yollardan ülke dışına çıkmalarını sağlamaktır*³⁶³.

Bize göre de göçmen kaçakçılığı, yabancıların ekonomik, sosyal, siyasi veya başka nedenlerle buldukları ülkeyi terk etmek için, bir menfaat karşılığı yasa dışı yollarla ülke dışına çıkarılmaları suretiyle hedef ülkeye yine yasadışı olarak sokulmaları ya da buldukları ülkelerde yasa dışı olarak kalmalarına imkan sağlanması veya Türk vatandaşlarının yasa dışı olarak yine bir menfaat karşılığı ülke dışına çıkarılmasıdır.

³⁶¹ Mahmut KOCA, “Türk Ceza Kanununda Soykırım Suçu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 1, Nisan 2010, s.6, (s.1-27). (KOCA, Soykırım Suçu)

³⁶² AB Komisyonu 2011 Türkiye İlerleme Raporu, Fasıl Adalet, Özgürlük ve Güvenlik başlıklı 24. faslında belirtildiği üzere ; Türkiye, düzensiz göç konusunda çok önemli bir geçiş ülkesi ve hedef ülke olmaya devam etmektedir. Kolluk kuvvetleri tarafından yakalanan düzensiz göçmenlerin sayısı 2010 yılında 32.667 iken bu sayı, 1 Ocak 2011 ile 1 Haziran 2011 tarihleri arasında 12.727’ye ulaşmıştır. 2010 verileri, 2009 yılına kıyasla yaklaşık %5’lik bir azalma göstermektedir. Diğer taraftan, AB’ye üye ülkelerin kolluk kuvvetleri tarafından, doğrudan Türkiye’den veya Türkiye üzerinden geçiş yaparak yasadışı yollarla AB’ye, AB dış sınır geçiş noktalarından ya da AB dış sınır geçiş noktaları arasında kalan bölgelerden girerken veya girmeye çalışırken tespit edilen üçüncü ülke vatandaşlarının sayısı 54.493 gibi yüksek bir rakamdır. Bu da, 2009’a kıyasla yaklaşık % 44 gibi önemli bir artışa tekabül etmiştir. 2011’in ilk yarısında bu sayı 17.225 olarak gerçekleşmiştir. Türk makamları tarafından sınır dışı edilen düzensiz göçmenlerin sayısı 2010 yılında 23.583 ve 1 Ocak - 1 Haziran 2011 tarihleri arasında 8.616 olarak gerçekleşmiştir. 2010 yılında, 701’i Türk olmak üzere düzensiz göç faaliyetlerini örgütleyen (göçmen kaçakçısı) yaklaşık 750 kişi yakalanmıştır. 1 Ocak - 1 Haziran 2011 tarihleri arasında, 289’u Türk vatandaşı olmak üzere düzensiz göç faaliyetlerini örgütleyen (göçmen kaçakçısı) 308 kişi yakalanmıştır. Geri gönderme işlemleri devam eden düzensiz göçmenlerin uygun koşullarda barındırılmasına yönelik kapasite artırma çabaları sürdürülmüş ve barınma kapasitesi, 2010 yılında 2.945’e ulaşmıştır. http://www.madde14.org/index.php?title=AB_Komisyonu_2011_T%C3%BCrkiye_%C4%B0lerleme_Raporu, E.T. 10.06.2014.

³⁶³ <http://www.egm.gov.tr/Sayfalar/yasadisi-goc-ve-gocmek-kacakligi.aspx>, E.T. 10.06.2014.

Kanun maddesinin birinci fıkrasında göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturan seçimlik hareketler tanımlanmaktadır. Buna göre, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddî menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollarla bir yabancıyı ülkeye sokmak veya ülkede kalmasına imkan sağlamak ya da Türk vatandaşı veya yabancıya ülke dışına çıkmasına imkan sağlamak, suçu oluşturacaktır. Yani bu suçun seçimlik hareketli suç olarak tanımlandığı görülmektedir³⁶⁴.

Ayrıca yasal olarak yurda girmiş olmakla beraber, Türkiye’de sürekli olarak oturmalarına yetkili mercilerce karar verilmemiş yabancıların, ülkede kalmaları için yasal sürelerini doldurmaları halinde, yani ülkeden ayrılmaları gerekmesine rağmen kalmak istemeleri ve bu çerçevede kalmalarına imkan sağlanması da, bu suçu işlenmesini doğuracaktır. Bunun yanında suç, teşebbüs aşamasında kalmış olsa dahi, tamamlanmış gibi cezaya hükmolunacaktır. Kanun koyucu 2010 yılında yaptığı değişiklik ve ekleme ile suçun teşebbüs halinin de tamamlanmış gibi cezalandırılacağını düzenlemiştir.

Suçun manevî unsur bakımından incelemesinde, fiilin “doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddî bir yarar elde etmek maksadıyla” işlenmesi gerektiği görülmektedir. Suçun oluşması için, bu maksadın varlığı gerekli ve yeterlidir; ancak menfaatin elde edilmiş olması zorunlu değildir. Bu unsur, suçu örneğin terör maksadıyla bazı kişileri ülkeye sokmak fiillerinden ayırmak olanağını vermektedir. Ayrıca bu husus herhangi bir menfaat elde etmeden mesela sadece acıma duygusundan dolayı ya da manevî bir tatmin için veya bir çatışmadan kaçan insanların canını kurtarmak maksadıyla onları ülkeye sokan kişilerin durumunu da açıklamak için önemli bir destek sağlayacaktır. Nihayetinde, bu suçta asıl zarar görenler, çeşitli nedenlerle çaresizlik ve yoksullukları nedeniyle kendilerine bir hayat kurmak için umuda yolculuk yapan insanlardır³⁶⁵.

22/7/2010 tarihli ve 6008 sayılı Kanununun 6. maddesi ile eklenen ikinci fıkrada, suçun konusu olan yabancılar mağdur olarak açıkça ifade edilerek, suçun mağdurların hayatı bakımından bir tehlike oluşturması veya onur kırıcı bir

³⁶⁴ TCK 79. Madde gerekçesi; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.114.

³⁶⁵ TCK 79. Madde gerekçesi.

muameleye maruz bırakılarak işlenmesi hâlinde, verilecek cezanın yarısından üçte ikisine kadar artırılacağı düzenlenmiştir.

Üçüncü fıkrada ise, göçmen kaçakçılığı suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, verilecek cezaların yarı oranında artırılacağı belirtilmiştir.

Dördüncü ve maddenin son fıkrasında, bu suçun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, tüzel kişi hakkında da bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı ifade edilmiştir³⁶⁶.

II. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Ceza hukukunda suç tiplerinin tanımında ve cezanın ağırlığının belirlenmesinde, korunan hukuki değer niteliği ve önemi göz önünde bulundurulur. Ceza hukuku korkutucu niteliğe sahiptir ancak fonksiyonu itibarıyla başkalarının hak ve hürriyetlerinin oluşacak tehlike ve zararlara karşı korunmasını amaçlar. Bu bağlamda amaç, hukuki değer adı altında ceza normunun düzenlenmesini gerektiren kişi hak ve özgürlüklerinin korunması ve zarar ya da tehlike oluşmuşsa buna sebep olanların gereken cezai karşılığı almasıdır³⁶⁷.

Suçla korunan hukuki değer, kanuni hükümlerle korunan ve fiille ihlal edilen hak ve menfaat olarak tanımlanmaktadır³⁶⁸. Ancak bu hak ve menfaatin ne olduğunu saptamak kolay olmadığı için öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. Ceza hukuku ile ahlak arasında sıkı bir bağ olduğunu savunan Bettiol, bu hak ve menfaatin “

³⁶⁶ TCK 79. Madde gerekçesi.

³⁶⁷ Ersan ŞEN/Erkam MALBELEĞİ, Türk Ceza Kanunu'nda Uluslararası Suçlar, Seçkin Yayınları, Ankara 2011, s.72.

³⁶⁸ Faruk EREM/Ahmet DANIŞMAN/Mehmet Emin ARTUK, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1997, s.234; Klaus HOFFMANN-HOLLAND, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Tübingen 2011, s.4; Walter GROPP, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Berlin 2015, s.37; Harro OTTO, Grundkurs Strafrecht, 7. Auflage, Berlin 2004, s.5-8; Jürgen BAUMANN/Ulrich WEBER/Wolfgang MITSCH, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Auflage, Beilefeld 2003, s.12-15; Uwe MURMANN, Grundkurs Strafrecht, 2. Auflage, München 2013, s.19-20; Hans-Heinrich JESCHECK/Thomas WEIGEND, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin 1996, s.256.

sosyal hayatın yüksek ahlaki değerleri” olduğunu kabul eder. Bir görüşe göre ise hem kamu yararının korunması ve hem de suçun yaratılmasındaki özel maksattır³⁶⁹.

Suç olan fiilin ihlal ettiği hukuki değer ile maddi unsurlardan biri olan suçun konusu aynı şey değildir ve birbirine karıştırılmaması gerekir. Örneğin kasten yaralama suçunda ihlal edilen hukuki değer, kişinin vücut dokunulmazlığıdır. Ancak suçun konusu yaşayan belirli bir kişinin vücududur. Korunan hukuki değer, suçun işlenmesiyle ihlal edilirken, suçun konusu bakımından ise suç işlendiğinde, suçun konusuna zarar verilmekte veya suçun konusu tehlikeye maruz kalmaktadır³⁷⁰.

Suçla korunan hukuki değer³⁷¹, yani suçla ihlal edilen varlık veya menfaatler bireylere, aileye, topluma veya devlete ait olabilmektedir. Bu nedenle korunan hukuki değer, bireysel, toplumsal ya da kamusal nitelikte olabilir³⁷². Doğal olarak herhangi bir suçun tek bir hukuki değeri ihlal ettiğini söylemek zordur. Çünkü her suç, asli ve tali nitelikteki çok çeşitli hukuki değerleri ihlal edebilir. Bu bağlamda, bir suçun koruduğu özel hukuki değer tespit edilirken, o fiil bakımından ön planda yer alan değerlerin hangisi olduğu tespit edilmeye çalışılmaktadır³⁷³.

Kanunda düzenlenen bir suçla hangi hukuksal değer veya değerlerin korunmak istendiğinin tespitinin yapılması hem o suçun pasif süjesinin belirlenmesinde ve hem de içtima hususunda olduğu gibi diğer hükümlerin yorumlanmasında önemli bir yer tutmaktadır³⁷⁴.

Göçmen kaçakçılığı suçu ile maddî menfaat sağlamak üzere, genellikle suç örgütleri marifetiyle yabancılar başka ülkelere kaçırılmakta, yasal olmayan yollarla ülkeye sokulmakta ve bu örgütlerin eline düşen çaresiz insanlar, büyük ve bazen ya-

³⁶⁹ DÖNEMZER/ERMAN, C.I, s.333-335.

³⁷⁰ Yener ÜNVER, Ceza Hukukuyla Korunan Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayınları, Ankara 2003, s.131. (ÜNVER, Hukuksal değer); ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.206; Nur CENTEL / Hamide ZAFER / Özlem ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayınevi, İstanbul 2011, 7. Bası, s.222.

³⁷¹ Korunan Hukuki değer ve hukuki yarar kavramına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ÜNVER, Hukuksal Değer.

³⁷² Nevzat TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2005, s.93. (TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım)

³⁷³ Çetin ARSLAN, “Göçmen Kaçakçılığı Suçları”, AUHF Dergisi, Yıl 2003, C.52 Sayı 1, s.118, (s.113-145). (ARSLAN, Göçmen Kaçakçılığı)

³⁷⁴ Mahmut KOCA, Yağma Cürümleri, Seçkin yayınları, Ankara 2003, s.78.

şam ve beden bütünlükleri bakımından onarılamayan zararlara uğrayabilmektedirler. Bu durum hem ülkeler bakımından güvenlik sorunları doğurmakta ve hem de ülkenin ekonomik ve sosyal yapısında sorunlar ortaya çıkarmaktadır³⁷⁵. Bu nedenle yasa koyucunun bu suçla korumak istediği hukuki değerın tespiti önemlidir.

Göçmen kaçakçılığı suçu ulusal ve uluslararası alanda birden fazla hukuki değeri ihlal eden yapısı ile özel bir suçtur. Uluslararası toplum düzenini bozan niteliğiyle özellikle iade hususlarında çoğu zaman ülkeler arasında problem olabilmektedir. Aynı zamanda suçun seçimlik hareketleri, ülkelere giriş kontrol etmek isteyen ve kendi mevzuatlarında buna yönelik tedbirler düzenleyen devletlerin egemenlik hakkına saldırı mahiyetindedir. Keza, ülkede yasa dışı bulunan göçmenlerin yarattığı yasadışı ekonomik düzen ve istatistiklere yansıyan yüksek suç oranları nedeniyle suçun devletlerin ekonomik ve sosyal yapılarına da önemli menfi etkileri olduğu görülmektedir³⁷⁶.

Göçmen kaçakçılığı ile ülkenin egemenlik hakkının ihlali anlamına gelen izinsiz giriş-çıkış ve ülkede kalmaya ilişkin düzen ve kurallara aykırı hareket edilmektedir. Bu hususlar dikkate alındığında göçmen kaçakçılığı suçunda korunan hukuksal değerin devletlerin ve uluslararası toplumun hukuksal metinlerle oluşturduğu kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması olduğu ifade edilmiştir³⁷⁷. Yargıtay da daha önce vermiş olduğu kararlarda göçmen kaçakçılığı suçuyla uluslararası toplumun korunduğunu kabul etmiştir³⁷⁸. Bir başka kararda da göçmen

³⁷⁵ TCK, 79. madde gerekçesi.

³⁷⁶ Bunu belirten yazar, suçla korunmak istenen öncelikli hukuki yararın ulusal ve uluslararası topluma ait hukuki yararlar değil kişiye ait hukuki yararlar olduğunu kabul etmektedir. Bülent YENİGÜN, Göçmen Kaçakçılığı Suçu, YYLT, Marmara Üniversitesi SBE, Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul 2010, s.47.

³⁷⁷ Kemalettin EREL, “Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, TBB Dergisi, Sayı 71, 2007, s.269, (s.264-299).

³⁷⁸ “Sosyal olarak suçtan zarar gören durumda bulunan göçmenlerin göçmen kaçakçılığı suçunun yasal mağduru durumunda bulunmayıp suçun konusu oldukları, suçun yasal mağdurunun uluslararası toplum olduğu..”, Yargıtay 8. CD. 25.4.2006 tarihli ve E.2006/2028, K.2006/3617 sayılı kararı; Yargıtay 7. CD. 1.7.2010 tarihli ve E.2008/9540, K.2010/10830 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/>, E.T. 10.11.20014.

kaçakçılığı suçunda korunan hukuki yararın uluslararası toplum düzeni olduğunu belirtmiştir³⁷⁹.

Bu suçun uluslararası suçlar kısmında düzenlendiği de dikkate alındığında, devletlerin sınır güvenliği, sınır politikaları, kamunun sosyal ve ekonomik düzeni ile uluslararası toplum düzeninin korunmak istendiği söylenebilir. Bunun yanında, suçun konusu olan göçmenlerin hedef ülkelere yaptığı yolculuk sırasında veya buldukları ülkelerde yasa dışı olarak kalmaya çalıştıkları sırada insan onuruyla bağdaşmayan muamelelere maruz kalmaları, vücut dokunulmazlıklarının korunması ve ödedikleri bedellerden dolayı ekonomik kayıplarının önlenmesinin de korunan hukuki değerlerden olduğu iddia edilmiştir³⁸⁰.

Göçmen kaçakçılığı suçunda korunan hukuki değer karma bir nitelikte olduğu³⁸¹ ve TCK'nın 79. maddesinin ikinci fıkrasına 22/7/2010 – 6008 sayılı Kanunun 6. maddesiyle yapılan düzenlemeye göre göçmenlerin bu suçun mağduru olarak kabul edildiği, göçmenlerin malvarlığı, vücut bütünlükleri ve insan onuruyla bağdaşmayan bir muameleye tabi tutulmama haklarının korunmak istendiği ileri sürülmüştür³⁸².

Bize göre de, göçmen kaçakçılığı suçu, koruduğu hukuki değer bakımından karma bir nitelik göstermemtedir. Bu suç 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "uluslararası suçlar" kısmında düzenlendiği için, yasa dışı göçün ülkelere getirdiği yük ve sorunlar dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda Türkiye tarafından da onaylanan "Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi" ve "Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek Kara, Deniz ve Hava

³⁷⁹ YARGITAY 18. CD. 31.3.2015 tarihli ve E.2015/54, K.2015/28 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/>, E.T. 10.11.20015.

³⁸⁰ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s.77; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.8; ŞEN/MALBELEĞİ, s.73. DOĞAN, s.97 vd.

³⁸¹ Durmuş TEZCAN/Mustafa Ruhan ERDEM/R. Murat ÖNOK, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınları, 10. Baskı, Ankara 2013, s.88; Koray DOĞAN, Göçmen Kaçakçılığı Suçu, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2008, 97; Veli Özer ÖZBEK/Mehmet Nihat KANBUR/Koray DOĞAN/Pınar BACAKSIZ/İlker TEPE, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, 2011, s.52. (ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Özel Hükümler); ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s.76.

³⁸² Doğan SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 9.Baskı, Ankara 2012, s.113. (SOYASLAN, Özel Hükümler)

Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol” hükümleri çerçevesinde bakıldığı cihetiyle göçmen kaçakçılığı suçunun koruduğu hukuki değer ulusal ve uluslararası toplum düzeni ve devletlerin sınır güvenliğidir³⁸³. Modern köle ticaretinin yapılaş şekillerinden birinin de göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesi suretiyle gerçekleştiği düşünüldüğünde, korunan hukuki değerler arasında suçun konusu olan göçmenlerin yaşam hakkı, onuru ve vücut bütünlüğü olduğu da kabul edilmelidir³⁸⁴.

III. SUÇUN UNSURLARI

Doktrinde suçun unsurları bakımından farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre suçun unsurları, hareket, suç kalıbına uygunluk, hukuka aykırılık ve kusurdur³⁸⁵. Bir başka görüş, 5237 sayılı TCK sistemine göre suçun unsurlarının, a-maddi unsurlar, b-manevi unsurlar ve c-hukuka aykırılık unsuru olduğu ve kusurluluğun suçun unsuru olmadığını savunmaktadır³⁸⁶. Diğer bir görüşe göre ise suçun unsurları, a-kanunilik unsuru, b-maddi unsurlar c-manevi unsur ve d-hukuka aykırılık unsuru olarak belirtilmiş ve kusurlulukta unsur olarak görülmemiştir³⁸⁷. Üçlü bir ayırım yapan Taner’e göre, Suçun kanuni unsuru, maddi unsuru ve manevi unsuru söz konusudur³⁸⁸. Hakeri ise, suçun unsurlarını; kanuni unsur(tipiklik), tipikliğin maddi unsuru, tipikliğin manevi unsuru ve hukuka aykırılık unsuru olarak ifade etmiştir³⁸⁹. Artuk/Gökcen/Yenidünya’ya göre ise, suçun unsurları dörde

³⁸³ “Göçmen kaçakçılığı suçunda korunan hukuki yarar uluslararası toplum düzeni olup, menfaat karşılığı ülkeye sokulan, ülkede kalmasına veya yurt dışına çıkmasına imkan sağlanan kişilerin suçun yasal mağduru durumunda bulunmayıp suçun konusunu oluşturdukları gözetilmeden, sanık hakkında birden fazla göçmenin yurt dışına çıkışı hususunda anlaşma sağladığı gerekçesiyle, zincirleme suç hükümleri uygulanarak fazla ceya tayin edilmemesi gerekir”. YARGITAY 18. CD. 31.3.2015 tarihli ve E.2015/54, K.2015/28 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/>, E.T. 10.11.20015.

³⁸⁴ KOCA, Soykırım Suçu, s.6.

³⁸⁵ Turhan Tufan YÜCE, Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Turhan Kitabevi 1985, s.27.

³⁸⁶ ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.160.

³⁸⁷ Hamide ZAFER, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, 3. Bası, 2013, s.177- 341.

³⁸⁸ M. Tahir TANER, Ceza Hukuku Umumi Kısım, İstanbul Üniversitesi Yayını, 1949, s.82.

³⁸⁹ Hakan HAKERİ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınları, 17. Baskı Ankara 2013, s.123. (HAKERİ, Genel Hükümler)

ayrılmaktadır, 1. tipiklik, 2. maddi unsurlar, 3. manevi unsurlar ve 4. hukuka aykırılık unsurudur³⁹⁰.

Koca ve Üzülmez suçun unsurlarını, 1-Fiil, 2-Tipe uygunluk (Tipikliğin maddi unsurları ve Tipikliğin manevi unsurları), 3- Hukuka Aykırılıktan oluşan “Haksızlık” şeklinde belirledikten sonra kusurluluk hususunun ele alınması gerektiğini kabul etmektedir³⁹¹.

Biz, suçun unsurlarını maddi unsurlar, manevi unsurlar ve hukuka aykırılık unsuru şeklinde inceledikten sonra, kusurluluk, teşebbüs, iştirak ve içtima hususlarını ele alacağız.

A. Suçun Maddi Unsurları³⁹²

Suç tipinin maddi unsurları fiilin dış dünyadaki görünüş şeklini ifade eder. Bu unsurlar deskriptif veya normatif unsurlar olabileceği gibi, faille veya fiille alakalı da olabilecektir³⁹³.

Tipiklikten sonra suçun önemli unsuru olan suçun maddi unsurunu; hareket, netice, illiyet bağı, fail, mağdur ve suçun konusunu da kapsayan bir bütün olarak ifade etmek mümkündür³⁹⁴. Öğretide maddi unsurdan sadece hareket, netice ve illiyet bağının anlaşılması gerektiğini belirten ve bu çerçevede inceleyen yazarlar da bulunmaktadır³⁹⁵.

³⁹⁰ ALACAKAPTAN, s.10; Mehmet Emin ARTUK/ Ahmet GÖKCEN/ A.Caner YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, 4. Baskı, s.228.

³⁹¹ Mahmut KOCA/İlhan ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara 2015, s.75-79.

³⁹² Öğretide tipikliğin maddi unsurları, objektif unsur gibi ifadeler de kullanılmıştır. KOCA/ ÜZÜLMEZ, s.104 ; ŞEN/MALBELEĞİ, s.77.

³⁹³ Deskriptif unsurlar, özel olarak hukuki bir değerlendirme gerektirmeyen ve gerçek dünyanın somut konularını tarif eden kavramlar şeklinde açıklanmıştır. Hırsızlık suçunda belirtilen, taşınır mal ve alma unsurları gibi. Normatif unsurlar ise, özel bir hukuki değerlendirmeyi gerektiren ve yalnızca maddi olarak tanımlanamayan unsurlar olarak anlaşılır. Hırsızlık suçunun konusu olan eşyanın başkasına ait olup olmadığının medeni hukuk normları ile değerlendirmeye tabi tutulması gibi, KOCA/ÜZÜLMEZ, s.100.

³⁹⁴ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.236; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.101; Johannes WESSELS/Werner BEULKE, Strafrecht Allgemeiner Teil, 41. Auflage, Heidelberg, 2011, s. 41 vd.

³⁹⁵ ALACAKAPTAN, s.35; DÖNMEZER/ERMAN, Cilt I, s.366 vd.

Sonuç olarak suçun maddi unsurundan, fail, mağdur, suçun konusu, hareket, suç tipinde ayrıca belirtildiği takdirde netice ve illiyet bağının anlaşılması gerektiğini ve bu bağlamda inceleme yapılmasının daha uygun olduğunu düşünüyoruz. Çalışmamızda da bu çerçevede suçun incelemesi yapılacaktır.

1. Fail

Fail, fiili işleyen kişidir³⁹⁶. Suç devlet tarafından konulan bir yasağın ihlali olduğuna göre, her suçun bir faili vardır. Fail olmadan suç da olmaz³⁹⁷. Kanunda belirtilen ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi de suçlu denen suçun failine dikkati celp etmektedir³⁹⁸.

Göçmen kaçakçılığı suçu açısından bakıldığında TCK'nın 79. maddesinin birinci fıkrasında doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek amacıyla, yasal olmayan yollardan; bir yabancıyı ülkeye sokan veya ülkede kalmasına imkan sağlayan ve Türk vatandaşı veya yabancının yurt dışına çıkmasına imkan sağlayan "kişi"nin cezalandırılacağı belirtilmiştir. Yani kanuni düzenlemede "kişi" ifadesi kullanılmıştır.

Göçmen kaçakçılığı suçu faillik açısından özgü bir suç değildir. Kanunda "kişi" ifadesi kullanıldığından suç herkes tarafından işlenebilir. Suçun işlenmesi için failde ayırıcı bir özellik veya nitelik aranmamıştır. Suç failinin Türk vatandaşı veya yabancı olması arasında herhangi fark söz konusu değildir. Suçun unsurları gerçekleştiği takdirde herkes göçmen kaçakçılığı suçunun faili olabilir³⁹⁹. Ayrıca bu suç bakımından kamu görevlisi sıfatına ilişkin bir düzenleme madde metninde yoktur. Fakat TCK'nın "*Kamu görevine ait araç ve gereçleri suçta kullanma*" başlıklı 266. maddesi çerçevesinde görevi gereği olarak elinde bulundurduğu araç ve gereçleri göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesi sırasında kullanan kamu görevlisi

³⁹⁶ Zeki HAFIZOĞULLARI/Muharrem ÖZEN, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayıncılık, 2. Bası, Ankara 2010, s.368. (HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Genel Hükümler)

³⁹⁷ Soyaslan, fail kavramı yerine "suçun aktif süjesi" kavramını kullanmıştır. Doğan SOYASLAN, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara 2005, s.223. (SOYASLAN, Genel Hükümler); SCHMIDT, s.50-51; GROPP, s.128; JESCHECK/WEIGEND, s.54.

³⁹⁸ HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Genel Hükümler, s.393.

³⁹⁹ ŞEN/MALBELEĞİ, s.96.

hakkında, ilgili suçun tanımında kamu görevlisi sıfatı esasen göz önünde bulundurulmadığı için, verilecek ceza miktarında üçte biri oranında artırımda bulunulacaktır. Mesela devlete ait uçağı kullanan kamu görevlisi, bu uçakla göçmenleri yasal olmayan yollardan Türkiye'ye getirirse verilecek ceza TCK m.266 gereği arttırılarak tatbik edilecektir⁴⁰⁰. Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 201/a maddesinde de göçmen kaçakçılığı suçunun failleri bakımından bir sınırlama yapılmayarak suçun herkes tarafından işlenebileceği düzenlenmişti⁴⁰¹.

Göçmen kaçakçılığını düzenleyen TCK'nın 79. maddesinin 4. fıkrasında suçun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı belirtilmiştir. Tüzel kişi fail olarak sorumlu olmadığından tüzel kişi faaliyeti çerçevesinde suç işlendiğinde kanunda belirtilen tipik hareketi gerçekleştiren kişi suçun faili olacak ve cezalandırılacaktır. Ancak tüzel kişi için de kanunda düzenlenmiş olan, tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanması söz konusu olacaktır. Yani, herkes tarafından işlenebilen göçmen kaçakçılığı suçu, bir tüzel kişi yararına taşımacılık yapan kişi veya çalışanları tarafından işlenirse; yani bu tüzel kişiliğe ait araçlarla doğrudan veya dolaylı olarak maddi menfaat sağlamak maksadıyla ülkeye yasadışı olarak yabancı sokulursa veya suçun diğer seçimlik hareketleri işlenirse, bu kişilere göçmen

⁴⁰⁰ Mustafa ARTUÇ, "Göçmen Kaçakçılığı Suçu", Terazi Hukuk Dergisi , Yıl 2, S. 16, Aralık 2007, s.56, (s.53-68).

⁴⁰¹ 765 Sayılı Mülga TCK madde 201/a - doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yabancı bir devlet tabiiyetinde bulunan veya vatansız olan veya Türkiye'de sürekli olarak oturmasına yetkili mercilerce izin verilmemiş bulunan kimselerin Türkiye'ye yasal olmayan yollardan girmelerini veya ülkede kalmalarını, bu kişilerin veya Türk vatandaşlarının yasal olmayan yollardan ülke dışına çıkmalarını sağlamaya göçmen kaçakçılığı denilir. Göçmen kaçakçılığı suçunun faillerine veya böyle bir suça iştirak etmeksizin, daha önce ülkeye sokulmuş veya girmiş kaçak göçmenleri, maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollarla ülkeden çıkaranlara, yasal koşullara uymaksızın ülkede kalmalarını olanaklı kılanlara, bu maksatla sahte kimlik veya seyahat belgelerini hazırlayanlara veya temin edenlere ya da bu suçlara teşebbüs edenlere, fiilleri başka bir suç oluştursa bile ayrıca iki yıldan beş yıla kadar ağır hapis ve bir milyar liradan az olmamak üzere ağır para cezası verilir; suçun işlenmesinde kullanılan taşıtlar ve bu fiil nedeniyle elde edilen maddi menfaatler müsadere edilir. Yukarıdaki fıkralarda yazılı olan suçlar, kaçak göçmenlerin yaşamlarını veya vücut bütünlüklerini tehlikeye soktuğu veya insanlık dışı veya onur kırıcı muamele biçimlerine tabi kılınmalarına neden olduğu hallerde faillere verilecek cezalar, yarısı oranında; ölüm meydana gelmiş ise bir kat artırılarak hükmolunur. Yukarıdaki fıkralarda yazılı suçlar örgütlü olarak işlendiğinde faillere verilecek cezalar bir kat artırılarak hükmolunur. <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/765.htm> , E.T. 25.10.2014.

kaçakçılığı suçuna ilişkin hapis cezası verilecek ve bu tüzel kişi aleyhine ise “izin iptali” veya “müsadere” güvenlik tedbiri uygulanacaktır⁴⁰².

2. Mağdur

Her suçun bir faili olduğu gibi zorunlu olarak bir de mağduru⁴⁰³ bulunmaktadır⁴⁰⁴. Haksızlığa uğramış kimsedir mağdur⁴⁰⁵. 29 Kasım 1985 tarihinde 40/34 sayılı Genel Kurul Kararı ile kabul edilen Birleşmiş Milletler Deklarasyonu'nun 1. paragrafında mağdur, üye ülkelerde yürürlükte olan ceza kanunlarını ihlal eden eylemlerden dolayı fiziksel, ruhsal veya duygusal olarak zarara uğrayan, ekonomik kayba uğrayan veya temel hakları önemli derecede zarar gören kişi veya topluluklar olarak tanımlanmıştır⁴⁰⁶.

İşlenen suç ile mağdurun hukuki yararı ihlal edilmektedir. Ancak, işlenen tipik hareket ile aynı zamanda mağdur dışında kalanların da hukuken korunan hakları ihlal edilebilmektedir. Bu noktada, mağdur ve suçtan zarar gören arasındaki ayırımı gidilmektedir⁴⁰⁷.

Suçun mağduru gerçek kişi ya da kişilerdir. Bu kişi suçun işlenmesi sırasında hayatta olan kişi olacaktır. İnsan dışındaki varlıklardan olan aile, devlet, tüzel kişi ve kişi toplulukları gibi kurum ve organlar ancak suçtan zarar gören sıfatını alabilirler ve fakat suçun mağduru olarak addedilemezler⁴⁰⁸. Bunun aksini düşünen görüşe göre ise suçun mağduru devlet gibi bir hukuki kurum da olabilecektir⁴⁰⁹. Aynı görüşte olan Yargıtay, verdiği bir kararda dolandırıcılık suçu bakımından şirketlerin de

⁴⁰² DOĞAN, s.114.

⁴⁰³ Tarihsel açıdan mağdur ve uluslararası hukuk ile mağdurun korunması ve hakları bakımından ayrıntılı bilgi için bakınız. Muhammet AÇIKGÖZOĞLU, Ceza Hukuku Açısından Teori ve Uygulamada Mağdur Kavramı, Adil Yayınevi, Ankara 2000; Walter GROPP, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Berlin, 2005, s.4 vd; SCHMIDT, s.50-51.

⁴⁰⁴ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.105.

⁴⁰⁵ www.tdk.gov.tr, E.T. 27.10.2014.

⁴⁰⁶ Orijinal metin için bkz. <http://www.un.org/documents/ga/res/40/a40r034.htm>, E.T. 25.10.2014.

⁴⁰⁷ DEĞİRMENCİ, s.41.

⁴⁰⁸ KOCA/ ÜZÜLMEZ, s.106.

⁴⁰⁹ SOYASLAN, Genel Hükümler, 224.

mağdur olabileceklerini kabul etmiştir⁴¹⁰. Devleti doğrudan mağdur olarak görmeseler de toplumu oluşturan bütün bireylerin mağdur olduğunu kabul eden yazarlar da vardır⁴¹¹. Devleti suçun mağduru olarak kabul eden görüş, devleti bir hak süjesi olarak görmektedir. Ancak hak süjesi bireydir, devlet değil⁴¹².

Göçmen kaçakçılığı suçunun mağduru toplumu oluşturan ve güvenli bir ortamda hukuki bir yapı içerisinde yaşama hakkına sahip olan herkes olarak öğretide kabul edilmiştir⁴¹³. TCK'nın 79. maddesinde değişiklik yapan 22/7/2010 tarihli ve 6008 sayılı Kanundan önce verilen yargı kararlarında da suçun mağduru göçmenler olarak görülmeyerek suçun mağdurunun uluslararası toplum olduğu vurgulanarak, sosyal olarak suçtan zarar gören durumunda bulunan göçmenlerin göçmen kaçakçılığı suçunun yasal mağduru durumunda bulunmayıp suçun konusu oldukları, suçun yasal mağdurunun uluslararası toplum olduğuna hükmedilmekteydi⁴¹⁴. Yargıtayın bu kabulü son verdiği kararlar bakımından da geçerlidir⁴¹⁵. Ayrıca öğretide de göçmenlerin suçun mağduru olamayacakları ancak suçun konusu oldukları ileri sürülmüştür⁴¹⁶. Bunun aksini düşünen yazarlar ise, göçmen olarak adlandırılan gerçek kişilerin mağdur olduklarını, göçmen kaçakçılığı suçunda herkesin mağdur olabildiğini ve mağdur bakımından özgü bir suç söz konusu

⁴¹⁰Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 09.03.2010 tarihli ve E.2009/11-109, K.2010/48 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 25.10.2014.

⁴¹¹ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.314.

⁴¹² ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.214.

⁴¹³ Mehmet Emin ARTUK/Ahmet GÖKCEN/Ahmet Caner YENİDÜNYA, TCK Şerhi Özel Hükümler Madde 73-131 3.Cilt, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s.1931.

⁴¹⁴ Yargıtay 8. CD. 25.4.2006 tarihi ve E.2006/2028, K.2006/3617 sayılı kararı; “Sanıkların Türkiye’den Avrupa ülkelerine götürülmek üzere araçlara bindirilip Yunanistan’a getirildiklerinden bahisle T.’da indirilmeleri olayında göçmen kaçakçılığı suçunun mağdurları ise de; pasaport veya pasaport yerine geçen geçerli bir belgeleri olmadan yasadışı yollardan Türkiye’ye giriş yapmak suçundan açılan davada göçmen kaçakçılığı suçunun mağduru olarak kabul edilemeyecekleri gözetilmelidir”, Yargıtay 7. CD. 01.07.2010 tarihli ve E.2008/9540, K.2010/10830 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 25.10.2014.

⁴¹⁵ “Göçmen kaçakçılığı suçunda korunan hukuki yarar uluslararası toplum düzeni olup, menfaat karşılığı ülkeye sokulan, ülkede kalmasına veya yurt dışına çıkmasına imkan sağlanan kişilerin suçun yasal mağduru durumunda bulunmayıp suçun konusunu oluşturdukları gözetilmeden...”, YARGITAY 18. CD. 31.3.2015 tarihli ve E.2015/54, K.2015/28 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 25.10.2015.

⁴¹⁶ Hakkı MANAV, Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s.7-8.

olmadığını, nitekim Türk vatandaşlarının yanında yabancı ve hatta vatansızların da suçun mağduru olduklarını kabul etmiştir⁴¹⁷.

Öğretide 6008 sayılı yasa ile göçmenler mağdur olarak belirtilmiş olmalarına rağmen bunun hukuksal anlamda mağdurluk ile sosyal anlamda mağdurluk kavramlarının birbirine karıştırılmasından kaynaklandığı ve göçmenlerin gerçekte suçun mağduru olmadıkları, suçun konusu ve suçtan zarar gören oldukları ileri sürülerek, göçmen kaçakçılığı suçunun hukuksal anlamda mağdurunun toplumu oluşturan herkes olduğu ve fakat göçmenlerin ise ancak suçun sosyal anlamda mağduru olduğu belirtilmiştir⁴¹⁸. Yani göçmenlerin suçun hukuksal anlamda mağduru olmadıkları iddia edilmiştir.

Buldukları ülkeden ekonomik, sosyal, siyasal veya savaş gibi çeşitli nedenlerle yeni bir hayat kurmak umuduyla bütün geçmişlerini ve yaşadıkları ülkeleri geride bırakıp daha yaşanılabilir bir yer olarak gördükleri ülkeye giden ya da bunu amaçlayan göçmenlerin de bu suçun mağduru oldukları düşünülebilir⁴¹⁹. Çünkü TCK'nın 79. maddesinin 2. fıkrasında 22/7/2010 tarihli ve 6008 sayılı Kanunun 6. maddesiyle yapılan düzenlemede göçmenler, bu suçun mağduru olarak kabul edilmiş ve göçmenlerin vücut bütünlükleri ve insan onuruyla bağdaşmayan bir muameleye tabi tutulmama haklarının ihlal edilmemesi gerektiği belirtilerek ihlal halinde bu suçtan dolayı verilecek cezanın arttırılacağı hüküm altına alınmıştır⁴²⁰. Ancak göçmen kaçakçılığının işlenmesi için kendi rızasıyla ve suç faillerine maddi menfaati bizzat sağlayarak uluslararası sınırları ihlal eden kişilerin ceza hukuku bakımından suçun mağduru olarak addedilmesi mümkün değildir.

Göçmen kaçakçılığı suçunun kanunda düzenlenmiş olduğu “uluslararası suçlar” kısmı da dikkate alındığında suçun mağdurunun uluslararası toplum ve

⁴¹⁷ ARTUÇ, s.56.

⁴¹⁸ Fatih BİRTEK, “Mevzuat İçin Geri, İnsan Onurunun Korunması Açısından İleri Bir Adım: Göçmen Kaçakçılığı Suçuna İlişkin Değişiklikler”, Örgütlü suçlar ve Yeni Trendler, Polis Akademisi Yayınları, UTSAS 2010 Seçilmiş Bildiriler, s.234, (s.217-240). (BİRTEK, Göçmen Kaçakçılığı),

⁴¹⁹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.8.

⁴²⁰ TCK 79/2. Suçun, mağdurların; a) Hayatı bakımından bir tehlike oluşturması, b) Onur kırıcı bir muameleye maruz bırakılarak işlenmesi, hâlinde, verilecek ceza yarısından üçte ikisine kadar arttırılır.

toplumu oluşturan herkes olduğu öğretisi ve Yargıtay kararları ile kabul edilmektedir. Kanaatimizce de suçunun mağduru uluslararası toplumu oluşturan herkestir ve aynı zamanda sınırı ihlal edilen devlet bakımından, kamuyu oluşturan herkestir. Bunun yanında sadece gerçek kişi ya da kişiler suçun mağduru olacağı için, uluslararası tüzel kişilikler ve sınırı ihlal edilen devletler bu suçun mağduru değil yalnızca suçtan zarar görendir. Bununla birlikte yabancılar/göçmenler suçun ancak sosyal anlamda mağdurdur. Ceza hukuku bakımından göçmenlerin suçun mağduru olduklarının kabulü mümkün değildir. Göçmenler ancak suçun konusu ve suçtan zarar gören olabilir. 6008 sayılı Kanununun 6. maddesi ile TCK'nın 79. maddesine eklenen fıkra hükmünde göçmenler için mağdur ifadesinin kullanılmış olması göçmenlerin mağdur olarak kabulü için yeterli değildir. Kanunkoyucunun suça konu olan gerçek kişileri mağdur olarak ifade etmesi karışıklığa neden olabileceği için yerinde olmamıştır. Kanuni düzenlemede mağdur ifadesinin çıkarılması veya göçmenlerin sosyal anlamda mağdur olduğunun açıkça belirtilmesi daha uygun olacaktır. Çünkü belli bir zorluk karşısında çeşitli gerekçelerle bir umut yolculuğuna çıkan bu insanların çoğunlukla keyfi olarak bunu göze almadıkları ve son çare olarak bir çok güçlük ve tehlikeye göğüs gererek göçmen oldukları düşünüldüğünde göçmen ve yabancıların sosyal anlamda mağdur oldukları kabul edilmelidir. Nitekim Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol'ün hem ön sözünde göçmenlerin haklarının korunması amacı vurgulandığından ve hem de 5. maddesinde göçmenlerin cezai tatbikata uğratılmayacağı özel olarak düzenlendiğinden yabancıların/göçmenlerin suçun sosyal mağduru olduğu aşıkardır⁴²¹.

⁴²¹ “Sosyal olarak suçtan zarar gören durumunda bulunan göçmenlerin, göçmen kaçakçılığı suçunun yasal mağduru durumunda bulunmayıp suçun konusu oldukları, suçun yasal mağdurunun uluslararası toplum olduğu, göçmenlerin sayıca çok olmasının TCK'nun 61. maddesi uyarınca alt sınırdan uzaklaşarak ceza tayin edilmesini gerektireceği gözetilmeden zincirleme suç kabulü ile 5237 sayılı TCK'nun 43/2. madde ve fıkrasının uygulanması suretiyle ceza tayini...”, YARGITAY CEZA GENEL KURULU 13.4.2010 tarihli ve E.2010/8-72, K.2010/89 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 25.10.2015.

3. Suçun Konusu

Suçun konusu⁴²² hareketin yönelmiş olduğu kişi⁴²³ veya şey⁴²⁴ olarak ifade edilmektedir⁴²⁵. Hareketin konusu olarak da ifade edildiği şekliyle suçun konusu, tipik hareketin üzerinde tatbik edildiği kişi veya şeydir⁴²⁶. Örneğin belgede sahtecilik suçunda suçun konusu üzerinde sahtecilik yapılan belge, adam öldürme suçunda ise öldürülen, hayatı sonlandırılan kişidir⁴²⁷. Bazı suçlarda suçun konusu ile mağdur aynı iken, çoğunlukla suçun konusu ve mağduru farklıdır. Buna örnek olarak adam öldürme suçunun konusu ve mağduru ölen kişidir. Ancak hırsızlık suçunda suçun konusu çalınan eşya olduğu halde, suçun mağduru eşyası çalınan kişidir⁴²⁸.

TCK'nın 79. maddesinin birinci fıkrasında ;“*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 adli para cezası ile cezalandırılır”, şeklinde düzenleme yapılmıştır.

Göçmen kaçakçılığı suçunda yasal olmayan yollardan ülkeye sokulan veya yasal olarak ülkeye girmesine rağmen ülkeden ayrılması gerekirken yasal olmayan

⁴²² Ayrıntılı bilgi ve teorik tartışmalar için bkz. Nevzat TOROSLU, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1970, (TOROSLU, Suçun Hukuki Konusu); SCHMIDT, s.50-51; GROPP, s.133; JESCHECK/WEIGEND, s.256.

⁴²³ Kişi kelimesi dar bir anlamla fertleri, yani insanları ifade etmektedir. Medeni hukuk buna hakiki şahıs (Gerçek Kişi) adını vermektedir. Feyzi N. FEYZİOĞLU/Ümit DOĞANAY/Aydın AYBAY, Medeni Hukuk Dersleri, Cilt I, Fakülteler Matbaası, 3. Bası, İstanbul 1976, s.61; M. Kemal OĞUZMAN/Nami BARLAS, Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, Vedat Kitapçılık, 19. Bası, İstanbul 2013, s.171.

⁴²⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal OĞUZMAN/Özer SELİÇİ/Saibe OKTAY ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, Filiz Yayınevi, 17. Baskı, İstanbul 2014; Rona SEROZAN, Eşya Hukuku 1, Filiz Yayınevi, 3. Baskı, İstanbul 2014; Aydın AYBAY/Hüseyin HATEMİ, Eşya Hukuku, Vedat Yayınları, 4. Baskı, İstanbul 2014; Şeref ERTAŞ, Eşya Hukuku, Fakülteler Barış Yayınları, 11. Baskı, İzmir 2014.

⁴²⁵ ÖNDER, Genel Hükümler Cilt II-III, s.45; DÖNMEZER/ERMAN, Cilt I, s.333; EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s.236.

⁴²⁶ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.107.

⁴²⁷ DÖNMEZER/ERMAN, Cilt I, s.333.

⁴²⁸ HAKERİ, s.130.

yollardan ülkede kalmasına imkan sağlanan yabancı ya da yasadışı olarak ülkeden çıkarılan Türk veya yabancı kişi suçun konusu olarak karşımıza çıkmaktadır⁴²⁹. Ayrıca suçun konusu olan kişilerin bedenleri ve malvarlığı değerleri de suçun konusu olarak kabul edilmektedir. Bu malvarlığı değerlerinin içerisine taşınır ve taşınmazların yanında alacak ve borçlardan doğan hukuksal işlemlere elverişli her türlü varlığın dahil olduğu belirtilerek, bu bağlamda kişinin arabası, parası, evi veya alacaklarının da suçun konusu olacağı ileri sürülmüştür⁴³⁰. Ancak bu görüş kanaatimizce isabetli değildir, çünkü suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince suçun maddi unsurları içerisinde yer alan konu unsurunun suçun tipikliğinde yer alması zorunludur. TCK'nın 79. maddesinde düzenlenen göçmen kaçakçılığı suçunda göçmenlerin malvarlığı değerlerinin suçun konusu olarak gösterilmediği açıktır. Bu nedenle suçun konusu yasal olmayan yollardan ülkeye sokulan veya yasal olarak ülkeye girmesine rağmen ülkeden ayrılması gerekirken yasal olmayan yollardan ülkede kalmasına imkan sağlanan yabancı ya da yasadışı olarak ülkeden çıkarılan Türk veya yabancı kişidir.

Bu suç bakımından suç başlığı göçmen kaçakçılığı olarak düzenlenmiş olmakla birlikte suçun konusunu, göçmenlerin yanı sıra, mülteciler, sığınmacılar, vatansızlar, yabancılar, Türk vatandaşları⁴³¹ ve çifte vatandaşlığa⁴³² sahip kişiler oluşturmaktadır⁴³³.

Öğretide göçmen kaçakçılığı suçunda suç konusu olan kişilerin aynı zamanda suçun mağduru konumunda olduğu, yani bu suç bakımından kasten öldürme suçunda olduğu gibi yabancılar ve yurt dışına çıkarılmaya imkan sağlama seçimlik hareketi

⁴²⁹ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s.83.

⁴³⁰ ARSLAN, Göçmen Kaçakçılığı, s.120; TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s.83; Özlem YENERER ÇAKMUT, “Türk Ceza Yasasında Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK m.79)”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 9, Cilt 9, S. 2, Temmuz 2010, s.122, (s.115-135).

⁴³¹ Göçmen, mülteci, sığınmacı, vatansız, yabancı ve Türk vatandaşı kavramları için bakınız. Genel Kavramlar Başlıklı Birinci Bölüm.

⁴³² William L. GRIFFIN, The Right to a Single Nationality, Temple Law Quarterly, Vol. 40, 57, 1966-1967, s.57-64.

⁴³³ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s.83; DOĞAN, s.102; ŞEN/ MALBELEĞİ, s.99; YENERER ÇAKMUT, s.122.

bakımından Türk vatandaşlarının da hem suçun mağduru ve hem de suçun konusu olduğu ileri sürülmüştür⁴³⁴.

Uluslararası düzenlemelere göre suç konusu ve aynı zamanda suçtan zarar gören konumunda olan kişilerin göçmen kaçakçılığı suçundan dolayı cezalandırılmaları mümkün değildir. Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol'ün 5. maddesinde de bu durum vurgulanmıştır⁴³⁵.

Tüzel kişiler açısından bakıldığında kanuni düzenleme çerçevesinde tüzel kişilerin suçun konusu olması mümkün değildir. Çünkü bu suç bakımından konu bir insandır⁴³⁶.

Kanaatimizce de göçmen kaçakçılığı suçunun konusu, Kanunda suçun mağduru olarak düzenlenmesine rağmen, ancak suçtan zarar gören olabilen göçmenler⁴³⁷, mülteciler⁴³⁸, sığınmacılar⁴³⁹, vatansızlar⁴⁴⁰, yabancılar, Türk vatandaşları ve bunların bedenleridir⁴⁴¹.

⁴³⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.83

⁴³⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.84; 5. maddeye göre ; “Göçmenler, bu Protokol'un 6. maddesinde öngörülen eylemlerin konusu olmaktan dolayı bu Protokol'e göre, cezai kovuşturmayaya tabi tutulmayacaklardır”.

⁴³⁶ YENERER ÇAKMUT, s.124.

⁴³⁷ Michael KAGAN, Immigrant Victims, Immigrant Accusers, University of Michigan Journal of Law Reform, Vol. 48-4, 2015, (s.915-966); Alejandro PORTES, Conclusion: Theoretical Convergencies and Empirical Evidence in the Study of Immigrant Transnationalism, The International Migration Review, Vol. 37, No. 3, s.74 vd., (s.874-892); Mary C. WATERS/Tomás R. JIMÉNEZ, Assessing Immigrant Assimilation: New Empirical and Theoretical Challenges, Annual Review of Sociology, Vol. 31 (2005), s.106, (s.105-125).

⁴³⁸ Colin. J. HARVEY, Reconstructing Refugee Law, School of Law, Queen's University of Belfast, Belfast BT7 INN Northern Ireland 1998, s.161 (s.159-190); David KENNEDY, International Refugee Protection, Human Rights Quarterly, 1986, (s.1-69); Brittan J. BUSH, Redefining Environmental Refugees, Georgetown Immigration Law Journal, Vol. 27, s.554, (s.553-577); Daniel WARNER, We Are All Refugees, International Journal of Refugee Law Vol. 4 No. 3, s.366, (s.365-372).

⁴³⁹ LEE, s.532-567; Michael G. HEYMAN, What burden of proof for the asylum seeker?, Preview of United States Supreme Court Cases 1991-1992 Preview, U.S. Sup. Ct. Cas. 100, 1991-1992, s.100-103; Morten KJAERUM, The Concept of Country of First Asylum, International Journal of Refugee Law 4, 1992, s.515, (s.514-530).

⁴⁴⁰ MARRY, s.3 vd; BATCHELOR, s.172; CUMYN, s.71 vd; Erwin LOEWENFELD, Status of Stateless Persons, Transactions of the Grotius Society 27, 1941, s.60 vd., (s.59-112); David WEISSBRODT/Clay COLLINS, The Human Rights of Stateless Persons, 28 Human Rights Quarterly 245 2006, s.248, (s.245-276).

⁴⁴¹ Göçmen, mülteci, sığınmacı, vatansız, yabancı ve Türk vatandaşı kavramları için ayrıntılı bilgi için çalışmamızın birinci bölümünün “Temel Kavramlar” başlığına bkz.

4. Hareket (Fiil)

Bir suçun var olabilmesinin yegane şartı bir fiilin, diğer ifadeyle bir hareketin bulunmasıdır. Hareketin bulunmadığı bir durumda tipe uygun hareketin olup olmadığı ya da kast veya taksirin bir önemi yoktur. Öncelikli olarak dış dünyada meydana getirilen davranışın fiil olup olmadığı tespit edilmelidir⁴⁴². Ayrıca ceza hukukunda hareket niteliğine haiz olmayan ve sadece düşünce olarak kalan bir fikir cezalandırılmaz. Cezalandırma için ceza normunun muhatabı olan insan tarafından gerçekleştirilen hareket bulunmalıdır⁴⁴³. Hareket insan düşüncesinin dış dünyada icrai veya ihmali olarak meydana gelmesidir⁴⁴⁴. Hareket suçun belkemiği olduğundan hareket olmadan suç olamayacaktır⁴⁴⁵.

Öğreti ve ceza kanununda hareket⁴⁴⁶, davranış ve fiil⁴⁴⁷ kavramları kullanılmaktadır⁴⁴⁸. Biz hareket kavramını kullanacağız.

Suçun kanuni tarifinde hareketin tanımlanmasına göre suçlar tek veya çok hareketli suçlar, serbest hareketli suçlar, bağlı hareketli suçlar, seçimlik hareketli suçlar ve mütemadi suçlar şeklinde sınıflandırılabilir⁴⁴⁹.

Göçmen kaçakçılığı suçuna bakıldığında yaptırıma tabi tutulan hareket (fiil) veya hareketler şu şekilde sıralanmıştır;

- a) Bir yabancıнын yasal olmayan yollardan ülkeye sokulması,
- b) Bir yabancıнын yasal olmayan yollarla ülkede kalmasına imkan sağlanması,

⁴⁴² ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.236.

⁴⁴³ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.80; TANER, s.259.

⁴⁴⁴ SOYASLAN, Genel Hükümler, s.221.

⁴⁴⁵ YÜCE, s.27.

⁴⁴⁶ Yargıtay verdiği bir kararda hareketi, fail tarafından işlenen başkaları tarafından algılanabilen ve suç tipinden öngörüldüğü için ceza hukukunda önem gören iradi davranış ya da davranışlar bütünü şeklinde ifade etmiştir Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 27.1.1984 tarihli ve E.1983/6-360, K.1984/32 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 01.12.2014.

⁴⁴⁷ Ancak öğretilerde fiil kavramının hareket ve netice ile nedensellik bağına da kapsayan bir üst kavram olduğunun ileri sürüldüğü de görülmektedir. Bkz. DÖNMEZER/ERMAN, Cilt I, s.369.

⁴⁴⁸ ÖNDER, Genel Hükümler Cilt II-III, s.20.

⁴⁴⁹ ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.165.

c) Bir Türk vatandaşı veya yabancının yasal olmayan yollardan yurt dışına çıkmasına imkan sağlanmasıdır.

Görüldüğü gibi suçun kanuni tanımında göçmen kaçakçılığının oluşabilmesi için birden fazla seçimlik hareket düzenlenmiştir. Bu suç hareketin sayısı bakımından seçimlik hareketli bir suçtur⁴⁵⁰. Sayılan seçimlik hareketlerden birinin gerçekleştirilmesi suçun işlenmesi için kâfidir. Fail kanun maddesinde sayılan bu tipik hareketlerin tamamını işlediği takdirde yine tek bir suçtan bahsedilecek ve bir tane göçmen kaçakçılığı suçu oluşacaktır⁴⁵¹. Ancak bunun TCK madde 61 bağlamında dikkate alınması gerekecektir. Bu çerçevede birden fazla seçimlik hareket fail tarafından işlendiğinde, zincirleme suç hükümleri de uygulanmayacaktır⁴⁵².

Göçmen kaçakçılığı suçu, suça konu yabancılar bakımından seçimlik hareketli bir suç olmakla birlikte, suça konu Türk vatandaşları bakımından tek hareketli bir suçtur. Çünkü türk vatandaşlarının ülkeye sokulması veya ülkede kalınmasına imkan sağlanması suç olarak düzenlenmemiştir. Yani göçmen kaçakçılığı suçu bakımından tipik değildir. Türk vatandaşlarının doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek amacıyla **sadece yurt dışına** yasal olmayan yollardan çıkarılmasına imkan sağlanması halinde göçmen kaçakçılığı suçun oluşacaktır.

Göçmen kaçakçılığı hareketin şekli bakımından icrai bir suçtur. Çünkü kanun maddesinde sayılan seçimlik hareketlerin yapılması yasaklanmıştır. Ancak öğretilerde bu suçun ihmalî bir davranışla işlenebileceği de kabul edilmektedir. Örneğin pasaportu olmadığı halde ülkeye girmek isteyen bir yabancıya maddi menfaat sağlamak için göz yuman, müdahale etmeyen gümrük görevlisinin bu suçu ihmal

⁴⁵⁰“Seçimlik hareketli bir suç olarak düzenlenen göçmen kaçakçılığı suçu, kanunda öngörülen göçmenin yasal olmayan yollardan "ülkeye sokulması," "ülkede kalmasına imkân sağlanması" veya "yurt dışına çıkarılmasına imkân sağlanması" suretiyle işlenebilmektedir. Seçimlik hareketlerden "yurt dışına çıkmaya imkân sağlama" bakımından netice, ülke karasuları, kara sınırları ya da hava sahasının dışına çıkılmasıyla gerçekleşmektedir”,Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2012/8-1085 K. 2013/96 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T.02.12.2014.

⁴⁵¹ Hakan HAKERİ, “Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti Suçları”, maddi unsur başlığı, http://www.medeniyet.edu.tr/MART_2004_KHUKA_gocmen_kacakligi_ve_insan_ticareti-suclari.html, E.T.06.03.2015. (HAKERİ, Göçmen Kaçakçılığı)

⁴⁵² YENİDÜNYA/ALŞAHİN, s.18.

suretiyle işlediği iddia edilmiştir⁴⁵³. Fakat verilen örnek bakımından gümrük görevlisi ihmali hareketinden dolayı sadece yardım etmek suretiyle cezalandırılabilir. İhmali olarak işlenen suçlara ilişkin düzenleme genel hükümler yerine belli suç tipleri bakımından yapıldığından ve ihmali olarak işlenen suçlar o suç tipleri bakımından özel olarak kanunda yer aldığından ve göçmen kaçakçılığı suçunda da ihmale ilişkin bir düzenleme bulunmadığından bu suçun ihmali davranışla işlenemeyecektir⁴⁵⁴. Aynı doğrultuda öğretide, kanunda açıkça ihmali hareketle işlenebileceği belirtilmeyen suçların kanunilik ilkesi gereği ihmal suretiyle işlenemeyeceği kabul edilmektedir⁴⁵⁵.

Kanaatimizce de, göçmen kaçakçılığı suçunun ihmali şekli kanunda düzenlenmediği için, ihmal suretiyle işlenemez. Yani, fail sadece ihmali hareketle suça katılabilir. Göçmen kaçakçılığı suçunun kanuni tipinde kanunda açıkça ihmali hareketle işlenebileceği belirtilmediği için, ihmali hareketle işlenmesi mümkün değildir⁴⁵⁶.

TCK'nın 79. maddesine bakıldığında suçun işlenmesi için; *“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 cezalandırılmaktadır. Suçu oluşturan fiillerin ne suretle gerçekleştirileceğine ilişkin bir sınırlama yapılmamış ve fiillerin işleniş biçimine önem verilmemiştir. Yani suç seçimlik hareketlidir ve fakat bu seçimlik hareketlerin işleniş biçimi tipte sınırlandırılmadığı için aynı zamanda serbest hareketli bir suç olduğu da iddia edilmiştir⁴⁵⁷.

⁴⁵³ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s.77.

⁴⁵⁴ DOĞAN, s.120.

⁴⁵⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.345.

⁴⁵⁶ Karşı görüş için bakınız, HAKERİ, *“İhmali Suçlar”*, s.169.

⁴⁵⁷ ARTUÇ, s.57.

Suçun tamamlanması için herhangi bir zararın gerçekleşmesi lüzumu bulunmadığından ve hatta bir somut tehlikenin doğmuş olması aranmadığından, göçmen kaçakçılığı suçu bir soyut tehlike suçu olarak kabul edilmektedir⁴⁵⁸.

765 sayılı eski Türk Ceza Kanunundaki düzenlemeye göre ise, farklı suç tipleri düzenlenmişti; ilk suç tipinin işlenmesi için yabancı bir devlet tâbiyetinde bulunan veya vatansız olan veya Türkiye'de sürekli olarak oturmasına yetkili mercilerce izin verilmemiş bulunan kimselerin ;

-Türkiye'ye yasal olmayan yollardan girmelerini veya

-Ülkede kalmalarını veya

-Yasal olmayan yollardan ülke dışına çıkmalarını sağlamak gerekmekteydi.

İkinci fıkrada düzenlenen suç tipi bakımından ise, daha önce ülkeye sokulmuş veya girmiş kaçak göçmenleri;

- Yasal olmayan yollarla ülkeden çıkarmak veya

-Yasal koşullara uymaksızın ülkede kalmalarını olanaklı kılmak gerekiyordu⁴⁵⁹. Yine ikinci fıkrada belirtilen suçun işlenmesi için sahte kimlik veya seyahat belgelerini hazırlamak veya temin etmek de suç olarak düzenlenmişti.

Görüldüğü üzere 765 sayılı mülga Kanun ve 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanununda yapılan düzenlemeler arasındaki temel fark yeni düzenlemenin daha önce üç ayrı suç olarak yer alan göçmen kaçakçılığını tek bir suç olarak yasalaştırmasıdır⁴⁶⁰.

Aşağıda suçu oluşturan hareketler olan; a) Bir yabancıyı yasal olmayan yollardan ülkeye sokmak, b) Bir yabancıyı yasal olmayan yollardan ülkede kalmasına imkan sağlama ve c) Türk vatandaşı veya yabancıyı yasal olmayan yollardan yurt dışına çıkmasına imkan sağlamak ayrı ayrı başlıklar halinde incelenecektir.

⁴⁵⁸ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.91.

⁴⁵⁹ ARSLAN, Göçmen Kaçakçılığı, s.127; DOĞAN, s.118.

⁴⁶⁰ HAKERİ, Göçmen Kaçakçılığı, “maddi unsur başlığı”.

a) Bir Yabancıyı Yasal Olmayan Yollardan Ülkeye Sokmak

TCK'nın 79. maddesinin birinci fıkrasında yer alan bir yabancıyı yasal olmayan yollardan ülkeye sokulması seçimlik hareketinin gerçekleştiği durumda suç oluşacaktır. Dikkat edilecek olursa bu hareketin konusunu ve mağdurunu sadece yabancılar teşkil etmektedir. Türk vatandaşlarının⁴⁶¹ da ülkeye yasadışı yollardan sokulması mümkün olabilir⁴⁶² ancak böyle bir giriş halinde yasal düzenleme bulunmadığından ve kanunsuz suç ve ceza olmayacağından göçmen kaçakçılığı suçunun oluşmayacağıdır⁴⁶³. Fakat 5682 sayılı Pasaport Kanununa göre Türkiye Cumhuriyeti sınırlarından her nasılsa pasaportsuz olarak girmiş olan vatandaşlara bin Türk Lirasından üç bin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilebilecektir⁴⁶⁴. Türk vatandaşı, Türkiye Cumhuriyeti Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan kişiyi ifade etmektedir⁴⁶⁵. Türk vatandaşlarının yasa dışı yollardan ülkeye girdiği durumlarda bu madde hükümlerine göre cezalandırılmayacak olması eleştirilmiştir⁴⁶⁶.

Yabancı, Türk Vatandaşlığı Kanununa göre; “*Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişi*” olarak ifade edilmiştir⁴⁶⁷. Yabancıyı ülkeye sokulması gerektiğinden ülke kavramı ve ülkeye sokma kavramlarının öncelikle açıklanması gerekir. Uluslararası hukukta bir devletten bahsedilebilmesi için a) bir insan topluluğu, b) bir ülke ve c) kendi üstünde herhangi bir siyasal otoriteye bağlı olmayan bir siyasal yönetim olması gerekir⁴⁶⁸. Ülke kavramı üç kolu olan bir

⁴⁶¹ Türk vatandaşlığının kazanılması ve koşulları için ayrıntılı bilgi için bakınız, 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu m.5 vd.; ayrıca Gülin GÖNGÖR, Tabiiyet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.

⁴⁶² Pasaport veya vesikasız gelen Türk vatandaşları başlıklı 3. maddeye göre; pasaportsuz veya vesikasız, usulüne uygun veya muteber olmayan pasaport veya vesikalarla Türkiye sınırlarına gelerek Türk vatandaşlığını iddia edenler: A) Türkiye Cumhuriyeti nüfus hüviyet cüzdanlarını veya hüviyet varakalarını ibraz ettikleri ve bunların kendilerine ait bulunduğu tahakkuk eylediği takdirde; B) Nüfus hüviyet varakasından başka vesika veya delil gösterenler ise, bu vesika veya delillerin kıymeti polisçe takdir edilerek Türk vatandaşı olduklarına kanaat getirilmesi halinde Türkiye'ye kabul olunurlar. 5682 sayılı Pasaport Kanunu madde 3.

⁴⁶³ DOĞAN, s.118.

⁴⁶⁴ 5682 sayılı Pasaport Kanunu madde 34.

⁴⁶⁵ 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu m.3.

⁴⁶⁶ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s.84.

⁴⁶⁷ Ayrıntılı bilgi için temel kavramlar başlıklı birinci bölümün “yabancı” başlığına bakınız.

⁴⁶⁸ PAZARCI, s.140.

yapıdadır ve kara ülkesi (landterritory), deniz ülkesi (seaterritory) ile hava ülkesinden (airspace) ibarettir⁴⁶⁹.

Kara ülkesi olmadan hava ve deniz ülkesinin olması mümkün değildir. Kara ülkesi, ülkenin toprak ve toprak altında oluşan kısmı ile iç sular, nehirler ve gölleri ifade eder. Kara ülkesinin genişliği sınırlarla belirlenir. Sınırların belirlenmesinde farklı yöntemler kullanılmaktadır⁴⁷⁰. Deniz ülkesi, devletin iç suları ve karasularının kapsandığı alandır⁴⁷¹. Hava ülkesi ise, devletin kara ülkesi, iç suları ile kara sularının üzerindeki hava alanına denir⁴⁷².

Türkiye cumhuriyetinin hakimiyeti altında bulunan coğrafi sınırlar içinde bulunan yerler ülkeyi kapsamaktadır. Hava sahası, kara suları da buna dahildir⁴⁷³. Bu, gerçek anlamda ülke olarak belirtilmektedir⁴⁷⁴. Bir de farazi ülke bulunmaktadır, bir devletin bayrağını taşıyan hava ve deniz araçları açık denizlerde veya diğer bir devletin ülkesinde buldukları zaman farazi ülke söz konusu olur⁴⁷⁵. İşgal altındaki yerler de farazi ülkeye dahildir⁴⁷⁶. Türkiye'nin kıta sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgesinde tesis edilmiş "sabit platformlarda" işlenen suçlar Türkiye'de işlenmiş sayılacağından, sabit platformlar da farazi ülke kapsamına girmektedir. Suç gerçek ülkede veya farazi ülkede işlendiğinde Türkiye'de işlenmiş kabul edildiğinden, mülkiyet ilkesi çerçevesinde Türk Kanunları tatbik edilecektir⁴⁷⁷.

⁴⁶⁹ Ülke çeşitleri ve ülke kazanım yolları bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Yusuf AKSAR, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I, Seçkin Yayınları, İstanbul 2012, s.249.

⁴⁷⁰ Şeref ÜNAL, Devletler Hukukuna Giriş, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s.66; Kemal GÖZLER, Kısa Anayasa Hukuku, Ekin Yayınevi, 7. Baskı, Bursa 2012, s.37

⁴⁷¹ Enver BOZKURT/M. Akif KÜTÜKÇÜ/Yasin POYRAZ, Devletler Hukuku, Yetkin yayınları, 7. Baskı, Ankara, 2012, s.104.

⁴⁷² Edip F. ÇELİK, Milletlerarası Hukuk İkinci Cilt, Filiz Kitapevi, İstanbul 1982, s.7.

⁴⁷³ TANER, s.196.

⁴⁷⁴ Gerçek anlamda ülke aynı egemenliğe bağlı kişiler tarafından işgal edilen, komşu devletlerden sınırlarla ayrılmış bulunan toprak parçası ve bu sınırlar içindeki nehirler, göller ve her türlü sular, karasularıdır. Farazi anlamda ülke ise, Devletin savaş gemileri, açık denizlerdeki yük ve yolcu gemileri ile askeri işgal altında bulunan yerlerdir. YARGITAY CEZA GENEL KURULU, 25.2.1997 tarihli ve E.1996/6-305, K.1997/21 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 15.09.2015.

⁴⁷⁵ ÖNDER, Ceza Hukuku Dersleri, s.90.

⁴⁷⁶ DÖNMEZER/ERMAN, Cilt I, s.240.

⁴⁷⁷ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.643.

TCK'nın 8. maddesine göre suç, Türk kara ve hava sahaları ile Türk karasularında, açık denizde ve bunun üzerindeki hava sahasında, Türk deniz ve hava araçlarında veya bu araçlarla işlendiğinde Türkiye'de işlenmiş sayılır⁴⁷⁸. Ayrıca Türk deniz ve hava savaş araçlarında veya bu araçlarla ve Türkiye'nin kıt'a sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgesinde tesis edilmiş sabit platformlarda veya bunlara karşı işlendiğinde de Türkiye'de işlenmiş sayılacaktır. Anlaşılacağı gibi Türk sivil gemi ve hava araçları başka ülke karasularında bulduklarında suç yabancı ülkede işlenmiş kabul edilmektedir⁴⁷⁹.

Türkiye'nin hakimiyeti altında bulunan kara ülkesi ve hava sahası ile karasularını kapsayan gerçek anlamda ülkesine yabancıların yasaya aykırı olarak sokulması göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturacaktır⁴⁸⁰. Öğretide farazi olarak kabul edilen ülkeye yabancı sokulması halinde bu suçun oluşmayacağı ancak gerçek anlamda ülkeye yabancıların sokulması gerektiği kabul edilmektedir⁴⁸¹. Kanaatimizce de Kanun maddesinde belirtilen ülke farazi değil, gerçek anlamda ülkedir. 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 5. maddesinde⁴⁸² ve Pasaport Kanunu'nun 1. maddesinde belirtildiği üzere ülkeye giriş ve çıkış sınır kapılarından olmaktadır. Suçla korunan hukuki değerlerden birinin de

⁴⁷⁸ “Yunanistan Trakya Üç Hakimli İstinaf Ağır Ceza Mahkemesinin 19.06.2006 tarihli ilamına göre sanığın 09.09.2005 tarihinde Yunanistan topraklarına giriş hakkı bulunmayan yabancıları Yunanistan ülke sınırları içerisinde alıp Atina'ya getirirken yakalandığı sabit kabul edilerek göçmen kaçakçılığı yapma ve kaçak göçmenlerin Yunanistan sınırları içinde ilerlemesini temin etme suçundan mahkum edildiği ve bu hükmün kesinleştiği, TCK'nın 8. maddesinde "Fiilin kısmen veya tamamen Türkiye'de işlenmesi veya neticenin Türkiye'de gerçekleşmesi hâlinde suç, Türkiye'de işlenmiş sayılır." hükmünün bulunduğu, sanığın Yunanistan'dan alıp başka ülkelere götürme konusunda göçmenlerin nakli ile ilgili olarak İstanbul ilinde kimliği belirlenemeyen kişi ya da kişilerle anlaşma yapıp sevk ve idaresindeki tırı boş olarak İpsala gümrük kapısından geçirerek Türkiye dışında, sürücüsü olduğu tıra yüklediği göçmenleri taşıması şeklinde gerçekleşen olayda sanığın Türkiye sınırları içindeki faaliyetinin TCK'nın 79. maddesinde tanımlanan suçun icra hareketi niteliğinde olmayıp hazırlık hareketi niteliğinde bulunduğunun anlaşılması karşısında, yüklenen suçun kanuni unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi...”, YARGITAY 9. CD. 02.12.2014 tarihli ve E.2014/6773, K.2014/12128 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 15.09.2015.

⁴⁷⁹ Türk gemisi içindeki 700 kaçakla Yunanistan açıklarında sürükleniyor.

<http://haber.stargazete.com/guncel/turk-gemisi-surukleniyor/haber-971697>, E.T.25.11.2014.

⁴⁸⁰ ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU, s.299.

⁴⁸¹ YENİDÜNYA/ALŞAHİN, s.19; DOĞAN, s.122.

⁴⁸² “Türkiye'ye giriş ve Türkiye'den çıkış, sınır kapılarından, geçerli pasaport veya pasaport yerine geçen belgelerle yapılır”.

ülkenin sınır güvenliği ve uluslararası toplum düzeni olduğu dikkate alındığında. Suç tipinde belirtilen ülke gerçek anlamda ülkedir. Farazi ülke olarak kabul edilmesi mümkün değildir⁴⁸³. Nitekim Yargıtay kararlarında da, gerçek anlamda ülke kabul edilmektedir⁴⁸⁴.

“Ülkeye sokmak⁴⁸⁵” suçun konusu olan kişilerin sınırlardan geçerek Türk ülkesine girmesiyle neticelenen bir süreçtir⁴⁸⁶. Gerçek anlamda ülkeye girme olarak anlaşılmalıdır⁴⁸⁷.

Göçmen kaçakçılığı suçunun bu seçimlik hareket bakımından işlenebilmesi için ülkeye yapılan girişin yasadışı olması gerekir. Ülkeye giriş yasalara uygun olarak yapılmış ise TCK'nın 79. maddesi bağlamında bir cezalandırma söz konusu olmayacağı gibi yasal girişlere imkan sağlayan ve yardım edenler de sorumlu tutulamayacaklardır⁴⁸⁸. Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokolü'nün 3. maddesinde “yasadışı giriş”, giriş yapılan devletin yasal giriş için gerekli şartlarına uymaksızın, sınırı geçmek şeklinde ifade edilmiştir⁴⁸⁹.

Bu protokolün 3. maddesine göre, göçmen kaçakçılığı için bir kişinin vatandaşlığını taşımadığı veya daimi ikametgah sahibi olmadığı bir Taraf Devlete

⁴⁸³ Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 26.02.2013 tarihli kararında bir Türk vatandaşının, Yunanistan'dan aldığı yabancıları yasal olmayan yollardan Avrupa'nın diğer ülkelerine götürmesinin göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturmayacağı ve ancak yabancıların yasal olmayan yollardan Türkiye'ye sokulması halinde suçun oluşacağı gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. YARGITAY 9. CD. 26.02.2013 tarihli ve E. 2012/5789, K. 2013/3031 kararı, YKD. C.39, S.8, Ağustos 2013, s.1760.

⁴⁸⁴ “Sanığın yabancı uyruklu kişileri Didim ilçesinden Yunanistan'ın Rodos Adası'na yasa dışı yollardan götürdükten sonra göçmenler ile birlikte Yunanistan askerleri tarafından yakalanması şeklinde gerçekleşen eyleminde, Türk Karasularının dışına çıkılmasıyla birlikte göçmen kaçakçılığı suçunun tamamlandığı gözetilmeden..”, Yargıtay 9. CD. 18.2.2014 tarihli ve E.2013/18088, K.2014/1796 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 15.09.2015.

⁴⁸⁵ Sözlük anlamı olarak; İçine veya arasına girmesini sağlamak, Bir yere girmesini sağlamak, içeri almak şeklinde ifade edilmiştir. <http://www.tdk.gov.tr>, E.T. 25.11.2014.

⁴⁸⁶ YENİDÜNYA/ALŞAHİN, s.19.

⁴⁸⁷ Ancak öğretide açık denizde Türk bayrağını taşıyan bir gemiye göçmenlerin başka bir gemiden nakledilmesi halinde farazi ülke de olsa suçun işlenmiş kabul edileceği iddia edilmiştir. Bkz. YENERER ÇAKMUT, s.127.

⁴⁸⁸ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s.78.

⁴⁸⁹ <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4803.html>,

“**yasadışı girişinin temini**” gerekir. Buna karşılık TCK’nın 79. maddesinde yasal olmayan yollardan bir yabancıyı “**ülkeye sokmak**” gerektiği ifade edilmiştir. Kanunun bu düzenlemesi ülkeye sokma ifadesinin failin göçmenlerle birlikte sınırı geçmesi olarak anlaşılabilceği gerekçesiyle eleştirilerek bunun yerine “*yasal olmayan yollardan ülkeye girilmesine imkan sağlanması*” şeklinde bir düzenleme yapılması gerektiği belirtilmiştir⁴⁹⁰. Kanaatimizce de protokole uyumlu olması açısından “ülkeye girilmesine imkan sağlama” şeklinde bir ifade kullanılması daha uygun olacaktır.

5682 sayılı Pasaport Kanununa göre, Türk vatandaşları ve yabancılar İçişleri Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca tayin olunan yolcu giriş çıkış kapılarından Türkiye’ye girip çıkabilirler. Türkiye’ye giriş ve Türkiye’den çıkış, sınır kapılarından, geçerli pasaport veya pasaport yerine geçen belgelerle yapılır⁴⁹¹. Türk vatandaşları ile yabancılar Türkiye’ye girebilmek ve Türkiye’den çıkabilmek için yolcu giriş çıkış kapılarındaki polis makamlarına usulüne uygun ve muteber pasaport veya pasaport yerine geçerli bir vesika ibraz etmeye mecburdurlar⁴⁹². Bu bağlamda pasaportların ve vesikaların neveleri, harçları ve bunları vermeye yetkili makamlar kanunda belirtilmiştir. Türk vatandaşları Türkiye’ye gelmek için vize⁴⁹³ almak mecburiyetine tabi değildirler⁴⁹⁴.

Pasaport Kanunu’nun 12. maddesine göre; Türkiye Cumhuriyeti namına verilecek pasaport ve bunların yerini tutmaya mahsus vesikalar şunlardır:

A) Pasaportlar:

I-Diplomatik pasaportlar,

II-Hususi damgalı pasaportlar,

III-Hizmet damgalı pasaportlar,

⁴⁹⁰ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s.77; DOĞAN, s.123.

⁴⁹¹ 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, madde 5.

⁴⁹² 5682 sayılı Pasaport Kanunu madde 1 ve 2.

⁴⁹³ Vize: Türkiye’de en fazla doksan güne kadar kalma hakkı tanıyan ya da transit geçişi sağlayan izni ifade eder. 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, madde 3.

⁴⁹⁴ 5682 sayılı Pasaport Kanunu madde 5.

IV-Umuma mahsus pasaportlar (Münferit veya müşterek olur),

V-Yabancılara mahsus pasaportlar.

B) Pasaport yerine geçerli vesikalar:

I. Pasavanlar, idari mektuplar ve hudut geçiş belgeleri⁴⁹⁵,

II. Gemi adamı cüzdanları, demiryolu ve hava ulaşım araçları memur ve mürettebatına verilen vesikalar⁴⁹⁶,

III. Seyahat belgesi ve benzeri belgelerdir⁴⁹⁷.

Bunun yanında bazı yabancıların Türkiye'ye girişlerine izin verilmez ve girmek istediklerinde geri çevrilirler. Bunlar;

a) Pasaportu, pasaport yerine geçen belgesi, vizesi veya ikamet ya da çalışma izni olmayanlar ile bu belgeleri veya izinleri hileli yollarla edindiği veya sahte olduğu anlaşılanlar,

b) Vize, vize muafiyeti veya ikamet izin süresinin bitiminden itibaren en az altmış gün süreli pasaport veya pasaport yerine geçen belgesi olmayanlar⁴⁹⁸,

⁴⁹⁵ Pasavanlar veya benzeri belgeler, Türkiye Cumhuriyeti ile hem hudut memleketlerin hudut mntıklarında dahilinde pasaport yerine kullanılmak üzere Türk vatandaşlarına verilir. Bunların şekli, ita tarzı, muteberlik müddeti, kimlere verileceği Türkiye Cumhuriyeti ile alakalı Devletler arasında yapılmış veya yapılacak anlaşmaların hükümlerine uygun olarak İç ve Dışişleri Bakanlıklarınca müştereken tesbit edilir, 5682 sayılı Pasaport Kanunu madde 19.

⁴⁹⁶ "Türkiye karasuları dışına çıkan Türk gemilerinin Türk vatandaşı olan mürettebatına usulüne uygun olarak bölge liman ve deniz işleri müdürlüklerince fotoğraflı "Gemiadamı Cüzdanı", Hava yolu uluslararası ulaşım araçları memur ve mürettebatına anlaşmalarda belirtilen örneğine ve usulüne uygun olarak idarelerince fotoğraflı "Uçak Mürettebatı Belgesi", Demiryolu uluslararası ulaşım araçları memur ve mürettebatına anlaşmalarda öngörülen yetkili makamlarca Örneğine ve usulüne uygun olarak fotoğraflı "Demiryolu Personeli Kimlik Belgesi", düzenlenir. Gemiadamı cüzdanı ve uçak mürettebatı belgeleri verildikleri mahal emniyet müdürlüğünce, demiryolu personeli kimlik belgeleri anlaşmalarda öngörülen yetkili makamlarca tasdik edilmedikçe pasaport yerine kullanılamaz. Gemiadamları ve uçak mürettebatına verilecek belgelerin şekil ve muhtevası İçişleri, Dışişleri ve Ulaştırma Bakanlıklarınca müştereken tespit edilir. Yabancı gemi, hava ve demiryolu uluslararası ulaşım araçları memur ve mürettebatı, yetkili makamlarca usulüne ve örneğine uygun olarak düzenlenmiş vesikaları ile Türk karasuları ve liman şehirlerine karşılıklı esasına göre girip çıkabilirler". 5682 sayılı Pasaport Kanunu madde 20.

⁴⁹⁷ 5682 sayılı Pasaport Kanunu madde 12.

⁴⁹⁸ 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, madde 7.

c) Talep ettikleri vize süresinden en az altmış gün daha uzun süreli pasaport ya da pasaport yerine geçen belgesi olmayanlar

d) Türkiye'ye girişleri yasaklı olanlar

e) Kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından sakıncalı görülenler

f) Kamu sağlığına tehdit olarak nitelendirilen hastalıklardan birini taşıyanlar

g) Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu anlaşmalar uyarınca, suçluların geri verilmesine esas olan suç veya suçlardan sanık olanlar ya da hükümlü bulunanlar

ğ) Kalacağı süreyi kapsayan geçerli sağlık sigortası bulunmayanlar

h) Türkiye'ye giriş, Türkiye'den geçiş veya Türkiye'de kalış amacını haklı nedenlere dayandıramayanlar

ı) Kalacağı sürede, yeterli ve düzenli maddi imkâna sahip olmayanlar

i) Vize ihlalinden veya önceki ikamet izninden doğan ya da 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre takip ve tahsil edilmesi gereken alacakları ödemeyi kabul etmeyenler veya 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununa göre takip edilen borç ve cezalarını ödemeyi kabul etmeyenlerdir⁴⁹⁹.

Mevcut yasal düzenlemelere göre hukuka aykırı olarak yabancıların doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat karşılığında ülkeye sokulması diğer şartların da bulunması halinde TCK'nın 79. maddesi bağlamında cezai müeyyide gerektiren bir fiil olacaktır⁵⁰⁰. Aynı şekilde ülkeye girmesi yasak olan yabancıların da yasal olmayan yollardan ülkeye maddi menfaat karşılığında sokulması fiili de suç teşkil edecektir.

Yabancı doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollardan ülkeye sokulmalıdır⁵⁰¹. Eğer yabancı TCK'nın

⁴⁹⁹ 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, madde 15/1.

⁵⁰⁰ YENERER ÇAKMUT, s.127.

⁵⁰¹ Nitekim Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 26.02.2013 tarihli kararında bir Türk vatandaşının, Yunanistan'dan aldığı yabancıları yasal olmayan yollardan Avrupa'nın diğer ülkelerine götürmesinin göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturmayacağı ve ancak yabancıların yasal olmayan yollardan

80. maddesinde yer alan insan ticareti suçu oluşturacak şekilde “zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tâbi 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” ülkeye sokulmuşsa artık göçmen kaçakçılığı değil, insan ticareti suçu işlenmiş olacaktır⁵⁰².

Göçmen kaçakçılığına konu olan bir yabancıyı doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollardan ülkeye sokarken aynı zamanda sahte belge⁵⁰³ düzenlenmiş veya evrakta tahrifat yapılmışsa TCK'nın 212. maddesi gereği gerçek içtima kuralları uygulanarak fail hem göçmen kaçakçılığı suçundan ve hem de belgede sahtecilik suçundan cezalandırılacaktır⁵⁰⁴. İçtima kısmında buna ayrıntılı yer verilecektir.

b) Yabancı'nın Yasal Olmayan Yollardan Ülkede Kalmasına İmkan Sağlama

Bir yabancı'nın yasal olmayan yollardan ülkede kalmasına imkan sağlanması seçimlik hareketi TCK'nın 79. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Kanunun lafzından açıkça suçun bu seçimlik hareketi bakımından konusunun yabancılar olduğu ve fakat Türk vatandaşlarının bu seçimlik hareket bağlamında suçun konusu

Türkiye'ye sokulması halinde suçun oluşacağı gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararı bozmuştur. Yargıtay 9. C.D. 26.02.2013 tarihli ve E. 2012/5789, K. 2013/3031 kararı, YKD. C.39, S.8, Ağustos 2013, s.1760.

⁵⁰² ŞEN/ MALBELEĞİ, s.91.

⁵⁰³ “Sahte seyahat veya kimlik belgesi”;

(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 anlamına gelir. Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol, m.3.

⁵⁰⁴ TCK. madde 212- (1) Sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükümlenir.

olamayacağı anlaşılmaktadır⁵⁰⁵. Yani bir menfaat karşılığında vatandaşların ülkede kalmalarına imkan sağlandığı takdirde göçmen kaçakçılığı suçu oluşmayacaktır. Ancak Türk vatandaşı⁵⁰⁶ aldatılarak hileli hareketle ülkede kalmasına imkan sağlandığı gerekçesiyle maddi menfaat sağlanmışsa, böyle bir olayda maddi menfaat sağlayan kişi dolandırıcılık suçunu işlemiş olacağından bu suçtan cezalandırılmalıdır. Nitekim Anayasanın 23. maddesinde de vatandaşların ikamet hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Buna göre; herkes, yerleşme ve seyahat hürriyetine sahiptir ve vatandaş sınır dışı edilemez ve yurda girme hakkından yoksun bırakılamaz. Bu nedenle Türk vatandaşının ülkede barındırılması göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturmaz.

Göçmen kaçakçılığı suçunun bu seçimlik hareketinde söz konusu olan yabancı yasal olmayan yollardan ülkeye girmiş olabilir. Yani doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollardan ülkeye girmiş bir yabancının yasal olmayan yollarla ülkede kalmasına imkan sağlanırsa TCK'nın 79. maddesi anlamında suç oluşacaktır. Bunun yanında yasal yollardan ülke sınırlarına girmiş ve yine yasal olarak ülkede bulunmaya devam eden bir yabancı, ülkede bulunma süresi dolduğunda, ikamet izni bitiğinde veya vize süresi sona erdiğinde, yani ülke sınırlarını terk etmesi gerekmesine rağmen, doğrudan veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla ülkede kalmasına yasal olmayan bir usulle imkan sağlandığında da suç işlenmiş olacaktır⁵⁰⁷. Bu husus Adalet Komisyonu raporunda da belirtilmiş ve yasal olarak yurda girmiş olmakla beraber, Türkiye'de sürekli olarak oturmalarına yetkili mercilerce karar verilmemiş yabancılara ülkede kalmalarına imkan sağlamanın da, bu suçu oluşturacağı ifade edilmiştir⁵⁰⁸. Mülga 765 sayılı TCK kapsamında ise suçun işlenebilmesi için ülkede

⁵⁰⁵ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s.79.

⁵⁰⁶ Anayasanın Yerleşme ve seyahat hürriyeti başlıklı 23. Maddesinde vurgulanmıştır; Herkes, yerleşme ve seyahat hürriyetine sahiptir. Yerleşme hürriyeti, suç işlenmesini önlemek, sosyal ve ekonomik gelişmeyi sağlamak, sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek ve kamu mallarını korumak; Seyahat hürriyeti, suç soruşturma ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek; Amaçlarıyla kanunla sınırlanabilir.

⁵⁰⁷ YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s.2426.

⁵⁰⁸ 79. madde Adalet Komisyon Raporu.

yasal olmayan yollarla kalmasına imkan sağlanacak kişinin ülkeye yasadışı yollardan girmiş olması gerekmektedir. Ancak 5237 sayılı TCK'da böyle bir sınırlama yapılmamıştır⁵⁰⁹.

Türk Hukuku'nda yabancıların seyahat ve ikamet etmelerine ilişkin yasal düzenleme, 5683 sayılı Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun, 18/3/1924 tarihli 442 sayılı Köy Kanunu⁵¹⁰, 18/12/1981 tarihli ve 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu⁵¹¹ ve en güncel düzenleme 04/04/2013 tarihli 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu ile yapılmıştır⁵¹².

Türkiye'ye girmesi kanunlarla memnu bulunmayan ve Pasaport Kanunu'nun hükümlerine uygun şekilde gelen yabancılar, kanunlarla tayin olunan kayıt ve şartlar dairesinde Türkiye'de ikamet ve seyahat etmek hakkını haizdirler⁵¹³. Türkiye'de bir aydan fazla kalacak yabancılar bu müddet bitmeden ikamet tezkeresi almak için gerekli beyannameyi doldurmak üzere yetkili emniyet makamlarına bizzat veya bilvasıta müracaat etmekle ödevlidirler. Bu beyanname hiçbir harç ve resme tabi değildir. İş tutmak maksadıyla Türkiye'ye gelen yabancılar geldikleri tarihten itibaren

⁵⁰⁹ Doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yabancı bir devlet tabiiyetinde bulunan veya vatansız olan veya Türkiye'de sürekli olarak oturmasına yetkili mercilerce izin verilmemiş bulunan kimselerin Türkiye'ye yasal olmayan yollardan girmelerini veya ülkede kalmalarını, bu kişilerin veya Türk vatandaşlarının yasal olmayan yollardan ülke dışına çıkmalarını sağlamaya göçmen kaçakçılığı denilir 765 Sayılı TCK m201/a.

⁵¹⁰ 442 sayılı Köy Kanunu Madde 88; Ecnebi tebaası köylerde ikamet etmek için Dahiliye Vekaletinden resmi tezkere alacaklardır. Bu tezkerelerin verilip verilmemesi ve ikamet müddetlerinin azaltılıp çoğaltılması Dahiliye Vekaletine aittir.

⁵¹¹ 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu Madde 9/1-b) Yabancı gerçek ve tüzelkişiler bu bölgede taşınmaz mal edinemezler. Yabancılara ait bölgedeki taşınmaz malların tasfiyesine karar vermeye, tasfiye şekil ve şartlarını tespitte Bakanlar Kurulu yetkilidir.

c) (1) Yabancılar izin almadan geçici dahi olsa bölgeye giremezler, oturamazlar, çalışamazlar ve taşınmaz mal kiralayamazlar.

(2) Görevli yabancı uyruklu sivil kişilere izinler garnizon komutanlığının görüşü alınarak valiliklerce verilir.

(3) Görevli yabancı uyruklu asker kişilere izinler Genelkurmay Başkanlığınca verilir. Ancak Bu yetki yönetmelikte belirtilecek komutanlıklara devredilebilir. Verilen izinlerden ilgili valiliklere de bilgi verilir.

⁵¹² 11.04.2013 tarihli Resmi Gazete, Sayı 28615.

⁵¹³ 5683 sayılı Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun, m.1.

bir ay zarfında ve her halde çalışmaya başlamazdan evvel ikamet tezkeresi almış bulunmalıdırlar⁵¹⁴. İkamet tezkerelerinin süresi beş yıldır. Karşılıklılık ilkesi uyarınca bu süre Dışişleri Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle İçişleri Bakanlığı tarafından, daha uzun veya daha kısa olarak tespit edilebilir. Süresi biten ikamet tezkeresi üzerinde en fazla dört defa uzatma işlemi yapılabilir. İkamet tezkereleri şahsi olmakla beraber karı, koca ve bunların onsekiz yaşını doldurmamış çocuklarına ya hepsi için, yahut çocukların baba ve analarının refakat hanesine kaydı suretiyle müşterek ikamet tezkeresi⁵¹⁵ verilebilir, iş sahibi olanların şahsi ikamet tezkeresi almaları zorunludur⁵¹⁶.

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 19. maddesine göre Türkiye'de, vizenin veya vize muafiyetinin tanıdığı süreden ya da doksan günden fazla kalacak yabancıların ikamet izni almaları zorunludur. İkamet izni, altı ay içinde kullanılmaya başlanmadığında geçerliliğini kaybeder. Aynı Kanun'un 20. maddesinde ise ikamet izninden⁵¹⁷ muafiyet de şu şekilde düzenlenmiştir;

“ (1) Aşağıda sayılan yabancılar ikamet izninden muaf tutulurlar:

⁵¹⁴ 5683 sayılı Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun, m.3.

⁵¹⁵ Türkiye'de ikamet tezkerelerini yenilemek veya süresini uzatmak isteyen yabancılar bu tezkerelerde yazılı sürenin sona ermesinden itibaren onbeş gün içinde 3 üncü maddede yazılı makamlara bizzat veya bilvasita müracaat ederek 9 uncu madde hükümleri çerçevesinde yenisini almaya veya süresini uzattırmaya yükümlüdürler. Tezkerelerde yazılı sürenin sona ermesinden önce de müracaat yapılabilir. Medeni hallerinde ve Türkiye'de ikamet sebeplerinde değişiklik olmayan yabancılar yenileme veya süre uzatma muamelesi için 3 üncü maddede yazılı beyannameyi vermezler (5683 sayılı Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun, m.10).

⁵¹⁶ 5683 sayılı Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun, m.9.

⁵¹⁷ İkamet izninin nasıl yapılacağı da 6458 sayılı Kanunu'nun 21. maddesinde düzenlenmiştir; (1) İkamet izni başvurusu, yabancıların vatandaşı olduğu veya yasal olarak bulunduğu ülkedeki konsolosluklara yapılır.

(2) İkamet izni için başvuracak yabancıalarda, talep ettikleri ikamet izni süresinden altmış gün daha uzun süreli pasaport ya da pasaport yerine geçen belgeye sahip olmaları şartı aranır.

(3) Başvuru için gerekli olan bilgi ve belgeler eksik ise, başvurunun değerlendirilmesi eksiklikler tamamlanincaya kadar ertelenebilir. Eksik olan bilgi ve belgeler ilgiliye bildirilir.

(4) Konsolosluklar, ikamet izni başvurularını görüşleriyle birlikte Genel Müdürlüğe iletir. Genel Müdürlük, gerekli gördüğünde ilgili kurumların görüşlerini de alarak başvuruları sonuçlandırdıktan sonra, ikamet izninin düzenlenmesi ya da başvurunun reddedilmesi için konsolosluğa bilgi verir.

(5) Başvurular, en geç doksan gün içinde sonuçlandırılır.

(6) İkamet izni başvurusunun reddine ilişkin işlemler ilgiliye tebliğ edilir.

a) Doksan güne kadar vizeyle veya vizeden muaf olarak gelenler, vize süresi veya vize muafiyeti süresince

b) Vatansız Kişi Kimlik Belgesi sahibi olanlar

c) Türkiye’de görevli diplomasi ve konsolosluk memurları

ç) Türkiye’de görevli diplomasi ve konsolosluk memurlarının ailelerinden Dışişleri Bakanlığınca bildirilenler

d) Uluslararası kuruluşların Türkiye’deki temsilciliklerinde çalışan ve statüleri anlaşmalarla belirlenmiş olanlar

e) Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf olduğu anlaşmalarla ikamet izninden muaf tutulanlar.

f) 5901 sayılı Kanununun 28 inci maddesi kapsamında olanlar

g) 69 uncu maddenin yedinci fıkrası ile 76 ncı ve 83 üncü maddelerin birinci fıkraları kapsamında belge sahibi olanlar

(2) Birinci fıkranın (c), (ç), (d) ve (e) bentlerinde belirtilen yabancılara, şekil ve içeriği Bakanlık ve Dışişleri Bakanlığınca birlikte belirlenen belge tanzim edilir⁵¹⁸. Bu yabancılar, ikamet izninden muafiyet sağlayan durumları sona erdikten

⁵¹⁸ Türkiye içinden yapılabilecek ikamet izni başvuruları ise şu şekilde düzenlenmiştir; (1) İkamet izni başvuruları, aşağıdaki hâllerde istisnai olarak valiliklere de yapılabilir:

a) Adli veya idari makamların kararlarında veya taleplerinde

b) Yabancının Türkiye’den ayrılmasının makul veya mümkün olmadığı durumlarda

c) Uzun dönem ikamet izinlerinde

ç) Öğrenci ikamet izinlerinde

d) İnsani ikamet izinlerinde

e) İnsan ticareti mağduru ikamet izinlerinde

f) Aile ikamet izninden kısa dönem ikamet iznine geçişlerde

g) Türkiye’de ikamet izni bulunan anne veya babanın Türkiye’de doğan çocukları için yapacağı başvurularda

ğ) Geçerli ikamet izninin verilmesine esas olan gerekçenin sona ermesi veya değişikliğe uğramasından dolayı yeni kalış amacına uygun ikamet izni almak üzere yapılacak başvurularda

h) 20 nci maddenin ikinci fıkrası kapsamında yapılacak ikamet izni başvurularında

ı) Türkiye’de yükseköğrenimini tamamlayanların, kısa dönem ikamet iznine geçişlerinde, 6458 sayılı Kanunu m. 22.

*sonra da Türkiye’de kalmaya devam edeceklerse, en geç on gün içinde ikamet izni almak üzere valiliklere başvurmakla yükümlüdürler*⁵¹⁹”.

İkamet izinleri pasaport veya pasaport yerine geçen belgelerin geçerlilik süresinden altmış gün daha kısa süreli, kalış amacına bağlı ve her yabancı için ayrı düzenlenmektedir. Ayrıca ikamet izninin şekli ve içeriği Bakanlıkça, ikamet izni yerine geçen çalışma izninin şekli ve içeriği ise Bakanlık ve ilgili kurumlarca birlikte belirlenmektedir⁵²⁰.

İkamet izinleri çeşitlilik gösterir ve kanun koyucu da bu çeşitliliği şu şekilde düzenlemiştir:

- a) Kısa dönem ikamet izni
- b) Aile ikamet izni
- c) Öğrenci ikamet izni
- ç) Uzun dönem ikamet izni
- d) İnsani ikamet izni

e) İnsan ticareti mağduru ikamet izni⁵²¹. Ayrıca her bir ikamet izni çeşidini ayrıntılı olarak düzenlemiştir⁵²². Bu bağlamda saydığımız şekilde ikamet izni bulununlar yasal olarak ülkede bulunabildikleri için bunların barındırılması suç oluşturmayacaktır. Fakat ikamet izinleri sona ermiş veya izin süreleri dolmuş

⁵¹⁹ 6458 sayılı Kanunu İkamet izinlerinin uzatılması başlıklı 24. maddesi; (1) *İkamet izinleri valiliklerce uzatılabilir.*

(2) *Uzatma başvuruları, ikamet izni süresinin dolmasına altmış gün kalmasından itibaren ve her koşulda ikamet izni süresi dolmadan önce valiliklere yapılır. İkamet iznini uzatma başvurusunda bulunanlara, harca tabi olmayan bir belge verilir. Bu yabancılar, ikamet izni süreleri sona ermiş olsa dahi haklarında karar verilinceye kadar bu belgeyle Türkiye’de ikamet edebilir.*

(3) *Uzatılan ikamet izinleri, yasal izin sürelerinin bitim tarihinden itibaren başlatılır.*

(4) *Uzatma başvuruları, valiliklerce sonuçlandırılır.*

⁵²⁰ 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, madde 23.

⁵²¹ 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, madde 29.

⁵²² Bkz. 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu madde 31- 32-33-34-35-36-37-38-39-40-41-42-43-44-45-46-47-48-49.

olanların maddi menfaat karşılığında ülkede kalmalarına imkan sağlanmış ise suç oluşacaktır.

Doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollardan bir yabancıyı ülkede kalmasına imkan sağlandığında göçmen kaçakçılığı suçu işlenmiş olacaktır. Ancak “ülkede kalmasına imkan sağlama” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği büyük önem arz etmektedir.

Öğretide İmkân sağlamak, “*bir işin olmasına elverişli ortamı hazırlamak*” şeklinde tanımlanabileceği ve imkan sağlama ifadesinin maddi yardım olarak anlaşılması gerektiği ve bu nedenle yabancıların yasadışı olarak ülkede kalmalarının teşviki, yol gösterilmesi gibi manevi yardımların bu kapsamda değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir⁵²³. Kanaatimizce de imkan sağlama ifadesindeki imkanların doğrudan veya dolaylı olarak maddi menfaat sağlamak amacıyla yer sağlama, iş verme, düzenli yiyecek, içecek ve ilaç gibi temel ihtiyaçların giderilmesini sağlama şeklinde maddi nitelikte olması gerekir. Ayrıca kanun koyucunun bir yabancıyı ülkede kalmasının sağlanması yerine bir yabancıyı ülkede kalmasına “imkan” sağlanması ifadesini kullanması şunu göstermektedir ki; suçun işlendiğinin kabulü için, yabancıyı ülkede kalmasının sağlanması değil yabancıyı ülkede kalması için gerekli ortamın hazırlanması ve gerekli işlemlerin yapılarak kalma şartlarının tesisi yeterlidir⁵²⁴.

Göçmen kaçakçılığı suçunun bu seçimlik hareket bakımından niteliği mütemadi olmasıdır⁵²⁵ ve yabancıyı ülkede kalmasına imkan sağlama mütemadi suç⁵²⁶ olarak addedilir^{527, 528}. Çünkü, yabancıyı ülkede kalmasına imkan

⁵²³ YENİDÜNYA/ALŞAHİN, s.22; DOĞAN, s.130; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s.2427.

⁵²⁴ EREL, s.274.

⁵²⁵ 5237 sayılı TCK’ da Mütemadi suç kavramı yerine “Kesintisiz suç” kavramı kullanılmıştır.

⁵²⁶ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.114-117.

⁵²⁷ “Ülkede kalmaya imkan sağlama amacının ve bu eylemin de var olması gereken temadi unsurunun bulunmadığı gözetilmeyerek ...”, Yargıtay 8. C.D. 11/04/2006 tarihli ve E.1631, K.3028 sayılı kararı, EREL, s.275.

⁵²⁸ Mütemadi suçlar, Failin harekete geçmesiyle hitam bulmayarak, icrası bir müddet devam eden suçlardır. Ancak bir suçun işlenmesi sonucu meydana gelen zarar bir süre devam ediyorsa, mesela yaralama sonucu iz kalmışsa veya uzun bir sürede iyileşmişse o suçun mütemadi olduğunu göstermez.

sağlanmasıyla yabancı, ülkede kalmakta ve suç aslında tamamlanmaktadır. Fakat yabancı kişi, ülkede kaldığı süre zarfında suçun icrası devam etmektedir⁵²⁹. Ancak yabancı, kolluk tarafından tespit edildiğinde veya alınıp sınır dışı edilmesi için gerekli işlemlere başlandığında suç sona ermektedir⁵³⁰.

Bir yabancının yasal olmayan yollarla ülkede kalmasına imkan sağlanması bağlamında bu seçimlik hareketin en azından temadi niteliğine varacak bir ağırlıkta olması, suç tipini ihlalin belli bir süre devamı gerekmektedir⁵³¹. Bu çerçevede, kaçak olarak ülkede bulunan yabancılara, temadi oluşturmayacak şekilde bir iki defa yemek vermek, sokakta kalmasına acıyarak evine almak, maddi menfaat karşılığı geçici bir süre otelde barındırmak göçmen kaçakçılığı olarak nitelendirilmez⁵³². Aynı şekilde karşılaştığı yabancılara yemek satın alınması durumunda da suçun oluşmayacağı anlaşılmaktadır⁵³³. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu da verdiği bir kararda, yasal olmayan yollardan ülke dışına çıkarılmak istenen yabancılara, bu amacın gerçekleştirilebilmesi için geçici bir süre ile ev, otel ya da benzeri yerlerde saklanmasını, "ülkede kalmaya imkân sağlama" olarak değil, " yurt dışına çıkılmasına imkân sağlama" olarak değerlendirmiş ve ülkede kalmaya imkân sağlamadan anlaşılması gerekenin başka bir ülkeye gitme amacı bulunmayan ve ülkemizde sürekli kalmak isteyen yabancılara yasal olmayan yollardan ülkede kalmaya imkân sağlanması olduğunu belirterek mütemadiliği vurgulamıştır⁵³⁴. Yani

Bir suça mütemadi denilebilmesi için kanununda belirtilen sonucun her an yeniden husule gelmesi devam etmesi gerekir. Yani kişiyi hürriyetten yoksun kılmada olduğu gibi neticenin bitmeyip devam ettiği suçlardır. TANER, s.98; DÖNMEZER/ERMAN, Cilt I, s.385; ALACAKAPTAN, s.52.

⁵²⁹ ŞEN/ MALBELEĞİ, s.94.

⁵³⁰ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s.80.

⁵³¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2012/8-1085 ve K.2013/96 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 01.01.2015.

⁵³² YENİDÜNYA/ALŞAHİN, s.22; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s.80.

⁵³³ "sanığın, tesadüfen karşılaştığı kaçak göçmenlere aç olmaları nedeniyle yiyecek almaktan başka bir eyleminin bulunmadığına ilişkin savunmasının aksine kanıt bulunmadığından, beraati yerine, varsayıma dayalı değerlendirmeler ile unsurları oluşmayan göçmen kaçakçılığı suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi yasaya aykırıdır...", Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 12.5.2009 tarihli ve E.2009/8-60, K. 2009/127 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/>, E.T. 01.01.2015.

⁵³⁴ "...Yasal olmayan yollardan ülke dışına çıkarılmak istenen göçmen ya da göçmenlerin, bu amacın gerçekleştirilebilmesi için geçici bir süre ile ev, otel ya da benzeri yerlerde saklanması fiili, "yasal olmayan yollardan ülkede kalmaya imkân sağlama" biçimindeki hareketin değil, "göçmenin yurt

yabancılar transit ülke olarak Türkiye'ye gelmiş ve geçiş müddetince ülkede bulunmakta iseler bu geçici sürede onların barındırılması veya bir yerden diğer bir yere sevk edilmesi ülkede kalmaya imkan sağlama şeklinde değerlendirilemeyecektir⁵³⁵. Bu gibi hallerde geçici barındırma nedeniyle Yargıtay, yabancıların yurt dışına çıkmalarına imkan sağlamaya teşebbüsün söz konusu olduğunu kabul etmektedir⁵³⁶.

Transit ülke olarak işlev gören ülkemiz bakımından mütemadi olarak işlenen bu seçimlik hareketin bazı durumlarda ani suç olarak işlenmesi de mümkündür⁵³⁷. Eğer sahte ikamet izni oluşturulursa veya sahte nüfus cüzdanı oluşturulursa suç ani olarak işlenmiş olacaktır⁵³⁸. Böyle bir durumda aynı zamanda TCK m. 212 gereğince belgede sahtecilik suçundan da ceza verilecektir.

İkamet izinleri, vize süreleri ve çalışma izinleri gibi ülkede yasal bulunma olanaklarından yoksun kalan yabancıların, doğrudan veya dolaylı olarak maddi menfaat karşılığı evlerinde kalmasına müsaade edilmesi⁵³⁹ veya işyerlerinde kişinin

dışına çıkmasına imkân sağlama" şeklindeki seçimlik hareketin kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. "Ülkede kalmaya imkân sağlama" ise, başka bir ülkeye gitme amacı bulunmayan ve ülkemizde sürekli kalmak isteyen göçmenin yasal olmayan yollardan ülkede kalmasına imkân sağlamaya yöneliktir... ", Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2012/8-1085 ve K.2013/96 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/>, E.T. 01.01.2015.

⁵³⁵ "...Yerel mahkemece, sanıkların yasal olmayan yollardan ülkemize giren göçmenlerin maddi menfaat elde etmek amacıyla ülkede kalmalarına imkan sağladıkları ve bu şekilde eylemlerinin tamamlandığı kabul edilmiş ise de, yasal olmayan yollardan ülkeye giriş yapan göçmenleri, yurt dışına çıkarmak maksadıyla belli bir süre barındıran sanıkların eylemlerinin, göçmen kaçakçılığı suçunun, suç tarihi itibarıyla yürürlükte olan ve sanıkların lehine olduğunda tereddüt bulunmayan "göçmenin yurt dışına çıkartılmasına imkan sağlanması" şeklindeki seçimlik hareketi oluşturduğu, göçmenlerin yurt dışına çıkartılmadan yakalanmış olmaları nedeniyle sanıkların fiilinin teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmelidir...", Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2012/8-1085 ve K. 2013/96 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/>, E.T. 01.01.2015; Osman YAŞAR/Hasan Tahsin GÖKCAN/Mustafa ARTUÇ, Yorumlu –Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt II, Madde 45-85, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s.2428.

⁵³⁶ Ancak bu suç artık teşebbüs halinde kalsa dahi tamamlanmış gibi ceza verileceğinden, teşebbüse ilişkin hüküm uygulanmayacaktır. Yargıtay 8. Ceza Dairesi 21.09.2011 tarih ve E. 2009/7894, K. 2011/9755 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/>, E.T. 01.01.2015.

⁵³⁷ HAKERİ, Göçmen Kaçakçılığı, "maddi unsur başlığı".

⁵³⁸ EREL, s.285; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s.62; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.2427; DOĞAN, s.130.

⁵³⁹ "Tüm dosya kapsamından, Van'ın Çaldıran İlçesinden Yunanistan'a gitmelerini sağlamak için İstanbul'a getirmek üzere aldığı "43" göçmeni çalıntı bir minibüsün içine koyarak yola çıkan ve Eleşkirt ilçesinde güvenlik güçleri tarafından yakalanan sanıkların eylemleri, göçmenleri ülkeye

bu durumundan yararlanarak ve bilerek düşük ücretlerle çalıştırılması halinde olayın şartları da göz önünde bulundurularak göçmen kaçakçılığı suçunun ülkede kalmaya imkan sağlama seçimlik hareketinin gerçekleştiği kabul edilebilir. Ancak işverenler yabancıyı normal bir işçiyi çalıştırdığı ücretle çalıştırıyorsa, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat sağlanmak amacıyla hareket edilmediği için artık bu suç oluşmayacaktır⁵⁴⁰.

Yabancılar yasal olmayan yollardan menfaat karşılığında ülkeye sokulduğunda göçmen kaçakçılığı suçunun seçimlik hareketlerinden biri gerçekleşmiş olacaktır. Ancak yabancılar bu şekilde ülkeye sokulduktan sonra yine aynı yabancıların maddi menfaat karşılığında ülkede kalmalarına imkan sağlanırsa, suçun iki seçimlik hareketi gerçekleşmiş olacaktır. Böyle bir durumda birden fazla seçimlik hareketin aynı kişiler tarafından aynı suç için gerçekleşmesi halinde tek bir suç oluşacak ve iki ayrı göçmen kaçakçılığı suçundan değil, tek bir suçtan işlem yapılacaktır⁵⁴¹. Fakat bu durum temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilecektir⁵⁴².

Göçmen kaçakçılığı suçunun örgütlü bir suç olduğu gerçeğinden yola çıkıldığında örgütlü olarak işlenen bu suçu işleyen örgütlerin, yabancıları öncelikle maddi menfaat karşılığında yasal olmayan yollardan ülkelere soktukları ve daha sonra da ek ödemeler karşılığında iş ve barınma olanağı tanıyarak ülkede kalmalarına da imkan sağladıkları görülmektedir. Fakat bu gibi durumlarda suçun birden fazla seçimlik hareketi birlikte gerçekleştiğinden birden fazla suç değil, tek bir suç işlenmiş olacaktır⁵⁴³. Çünkü seçimlik hareketli suçlar suçun kanuni tanımında gösterilen, alternatifli hareketlerden herhangi birisinin işlenmesi ile tamamlanabilen suçlardandır ve bu tür suçlarda seçimlik hareketlerin tamamının işlenmesi şart

sokmaya katıldıklarına dair delil de bulunmadığından, göçmenlerin yurtdışına çıkmalarına imkan sağlamaya teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suçun ülkede kalmalarına imkan sağlamak suretiyle göçmen kaçakçılığı olduğu ve tamamlandığı kabul edilerek yazılı şekilde uygulama yapılması bozmayı gerektirmiştir...", Yargıtay 8. CD. 26.05.2009 tarihli ve E.2007/6394, K. 2009/7606 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/>, E.T. 02.01.2015.

⁵⁴⁰ EREL, s.276.

⁵⁴¹ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s.63.

⁵⁴² YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.2428.

⁵⁴³ DOĞAN, s.130.

olmayıp, bir tanesinin işlenmesi suçun oluşması için yeterlidir. Yani seçimlik hareketlerden birkaçı ya da hepsi birlikte işlenmiş olsa dahi tek suç oluşacaktır⁵⁴⁴.

c) Türk Vatandaşı veya Yabancı Yasal Olmayan Yollarla Yurt Dışına Çıkmasına İmkan Sağlamak

Göçmen kaçakçılığı suçunun seçimlik hareketlerinden bir diğeri Türk vatandaşı veya yabancı yasal olmayan yollarla yurt dışına çıkmasına imkan sağlamak olarak TCK'nın 79. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde düzenlenmiştir. “yurt dışına çıkarmak”, suçun konusu ve suçtan zarar gören kişi veya kişilerin Türkiye'nin sınırlarından bir başka devletin egemenliği altındaki coğrafi alanlara geçmeleri ile tamamlanmaktadır⁵⁴⁵. Ancak “yurt dışına çıkmaya imkan sağlama” ifadesi geçtiği için, bu kişilerin mutlaka ülke sınırlarını geçmiş olması gerekmemekte ve fakat bu sınırları geçmeleri için gerekli olan imkanların sağlanması yeterli görülmektedir⁵⁴⁶. Bu hareket bakımından suçun konusunun Türk veya yabancı olması bakımından bir farklılık söz konusu değildir. Önemli olan bu kimselerin yasal olmayan yollardan maddi menfaat karşılığında ülke dışına çıkmalarına imkan sağlanmasıdır. Herhangi bir kişi tarafından imkân sağlanmadığı takdirde kişi yurt dışına yasadışı olarak çıksa dahi göçmen kaçakçılığı suçu oluşmaz⁵⁴⁷.

Pasaport Kanununa göre, Türk vatandaşları ve yabancılar İçişleri Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca tayin olunan yolcu giriş çıkış kapılarından Türkiye'ye girip çıkabilirler⁵⁴⁸. Aynı zamanda Türk vatandaşları ile yabancılar Türkiye'ye girebilmek ve Türkiye'den çıkabilmek için yolcu giriş -çıkış kapılarındaki polis makamlarına usulüne uygun ve muteber pasaport veya pasaport yerine geçerli bir vesika ibraz etmeye mecburdurlar⁵⁴⁹. Türkiye'ye giriş ve Türkiye'den çıkış, sınır

⁵⁴⁴ Yargıtay 11.CD. 06.11.2013 tarihli ve E.2013/23070, K.2013/16191 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/>, E.T. 03.01.2015.

⁵⁴⁵ YENİDÜNYA/ALŞAHİN, s.24.

⁵⁴⁶ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s.88.

⁵⁴⁷ ŞEN/MALBELEĞİ, s.95.

⁵⁴⁸ 5682 sayılı Pasaport Kanunu m.1.

⁵⁴⁹ 5682 sayılı Pasaport Kanunu m.2.

kapılarından, geçerli pasaport veya pasaport yerine geçen belgelerle yapılır⁵⁵⁰. Yabancılar, pasaport veya pasaport yerine geçen belge ya da belgelerini, Türkiye'ye giriş ve Türkiye'den çıkışlarda görevlilere göstermek zorundadır⁵⁵¹. Bu bağlamda Türk vatandaşı veya yabancıların Pasaport Kanunu ve 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu ile getirilmiş olan yasal sınırlar dışında ülkeden ayrılmaları/ülkeden çıkarılmaları, diğer şartların da varlığı halinde göçmen kaçakçılığı olarak düşünülebilecektir. Ancak bu her zaman mümkün değildir. her somut olayın şartları bağlamında değerlendirmede bulunulması gerekir. Bir yabancıların ülkeden çıkması bakımından pasaportunun olması yeterlidir. Vizesi bulunmasa dahi, pasaportunu ibraz ettiği durumda geçebilecektir. Bu nedenle sahte vizeyle sınır kapısından geçilmeye çalışıldığı durumda göçmen kaçakçılığı suçu oluşmayacaktır⁵⁵². Nitekim Yargıtay verdiği bir kararda, ülkede kalmasına ilişkin süreyi geçiren ve bu nedenle ülkeden ayrılması gereken bir kişinin kendi ülkesine yasal sınır kapısından geçirilmeye çalışılmasında göçmen kaçakçılığı suçunun oluşmayacağına hükmetmiştir⁵⁵³.

Ülkeden yasal olmayan yollardan çıkmaya imkan sağlanması bakımından ülkeye yasal yoldan girilmiş olmasının bir önemi yoktur. Ülkeye yasal yollardan girmiş ve ancak ülkeden ayrılması gerekirken ayrılmamış bir yabancıların yasal olmayan yollardan maddi menfaat elde etmek maksadıyla ülkeden çıkarılması durumunda da göçmen kaçakçılığı suçu işlenmiş olacaktır. Ancak yabancıların

⁵⁵⁰ 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, m.5.

⁵⁵¹ 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, m.6.

⁵⁵² “Yurt dışına çıkış için gerekli olan pasaportu bulunan ancak gideceği ülkeye giriş iznini içeren vizesi bulunmayan oğlu için vize almak isteyen müdahilden vize işlemlerini yaptıracığı vaadiyle para temin eden ve bu para karşılığı sahte vize düzenlenmesini sağlayan hükümlünün, kendisine bir yarar sağlamak amacıyla müdahili hileli davranışlarla aldatmak biçiminde gerçekleşen bu eyleminin 1.6.2005 günü yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK.nun 157. maddesinde tanımlanan **dolandırıcılık suçunu** oluşturduğu; pasaportu bulunması nedeniyle yurt dışına çıkmasına bir engeli olmayan müdahilin oğluna sahte vize temin etmesinin "... yasal olmayan yollardan... Türk Vatandaşının yurt dışına çıkmasına imkan sağlamak..." biçimde, anılan Yasanın 79. maddesinde tanımlanan **göçmen kaçakçılığı suçunu** oluşturmayacağı gözetilmeden suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması...”, Yargıtay 8.CD. 18.10.2006 tarihli ve E.2006/5015, K.2006/7663 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/>, E.T. 03.01.2015.

⁵⁵³ Yargıtay 9. CD. 4.03.2013 tarihli ve E.2012/10352, K.2013/3200 sayılı kararı, YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.2428.

pasaportu varsa ve yasal sınırlardan sahte vizeyle geçirilmeye çalışılırsa göçmen kaçakçılığı oluşmayacaktır. Çünkü korunan hukuki değer ihlal edilmediğinden, cezaya layık haksızlık söz konusu değildir. Fakat yabancıнын pasaportu veya geçiş belgeleri bulunmamasına ve ülkeden çıkamamasına rağmen maddi menfaat elde etmek maksadıyla yabancıya sahte pasaport sağlanması ve sahte pasaportla ülkeden çıkarılması halinde göçmen kaçakçılığı suçu işlenmiş olacaktır. Ayrıca belgede sahtecilikten de fail cezalandırılacaktır⁵⁵⁴.

Mülga 765 sayılı eski TCK'nın 201/a maddesine göre; *“doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yabancı bir devlet tabiiyetinde bulunan veya vatansız olan veya Türkiye'de sürekli olarak oturmasına yetkili mercilerce izin verilmemiş bulunan kimselerin Türkiye'ye yasal olmayan yollardan girmelerini veya ülkede kalmalarını, bu kişilerin veya Türk vatandaşlarının yasal olmayan yollardan ülke dışına çıkmalarını sağlamaya göçmen kaçakçılığı denilir”*. Bu düzenlemeye göre 5237 sayılı TCK'dan farklı olarak göçmen kaçakçılığına konu olacak yabancıнын daha önce ülkeye sokulmuş veya girmiş kaçak göçmen olması gerekiyordu. Bu nedenle ülkeye yasal yollardan girmiş olan bir yabancı yasadışı yollardan ülke dışına çıkarıldığında göçmen kaçakçılığı suçu gerçekleşmemekteydi⁵⁵⁵. Fakat yeni düzenlemede bu sınırlama kaldırılmıştır.

Anayasa'nın 23. maddesine göre, herkes, yerleşme ve seyahat hürriyetine sahiptir. Seyahat hürriyeti, suç soruşturma ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek; amaçlarıyla kanunla sınırlanabilir. Vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyeti, ancak suç soruşturması veya kovuşturması sebebiyle hâkim kararına

⁵⁵⁴ *“Yasal olmayan yollardan Türkiye'ye giriş yapan göçmenleri İstanbul'a getirdiğine ilişkin sanığın aşamalarındaki aksi kanıtlanamayan savunmaları, bilirkişi raporuna göre sahte oldukları anlaşılan ve yabancı uyruklu kişiler adına hazırlanmış olan pasaportların sanığın üzerinde ele geçirilmesi ve yasal olmayan yollardan Türkiye'ye giriş yapan göçmenlerin sanık tarafından ülkeye sokulduğuna ilişkin herhangi bir kanıtın elde edilememiş olması karşısında sanığın eyleminin göçmen kaçakçılığı suçunun “göçmenin yurt dışına çıkartulmasına imkan sağlanması” şeklindeki seçimlik hareketi oluşturduğu ve göçmenler yurt dışına çıkartılmadan sanığın yakalanmış olması nedeniyle de eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı anlaşılmaktadır”*, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 05.06.2012 tarihli ve E. 2012/8-322, K. 2012/221 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/>, E.T. 08.09.2015.

⁵⁵⁵ ARSLAN, Göçmen Kaçakçılığı, s.132.

bağlı olarak sınırlanabilir. Vatandaş sınır dışı edilemez. Ancak yabancılar sınır dışı edilebilir⁵⁵⁶.

Yurt dışına çıkmaları, mahkemelerce yasaklananlara, memleketten ayrılmalarında genel güvenlik bakımından mahzur bulunduğu İçişleri Bakanlığınca tespit edilenlere pasaport veya seyahat vesikası verilmez. Bu bağlamda 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun adli kontrol başlıklı 109. maddesinde yurt dışına çıkılmasının engellenmesi bir tedbir olarak öngörülmüştür⁵⁵⁷. Ayrıca 5682 sayılı Pasaport Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca yurt dışına çıkması yasaklananlar bulunmaktadır. CMK'nın 109. maddesi ve Pasaport Kanunu'nun 22. maddesi kapsamında yurt dışına çıkmaları yasaklananların yurt dışına yasal olmayan yollardan çıkarılması halinde diğer şartların varlığı halinde göçmen kaçakçılığı suçunun oluşacağı iddia edilmiştir⁵⁵⁸. Ancak Türk vatandaşları yasal sınır kapılarından çıkarılmaya çalışılırsa, CMK'nın 109 maddesi ve Pasaport Kanuna göre ülkeden çıkması yasak olsa dahi göçmen kaçakçılığı suçu oluşmayacaktır⁵⁵⁹. Göçmen kaçakçılığının uluslararası suçlar kısmında düzenlendiği ve korunan hukuki değerlerden birinin de ülkelerin sınır güvenliğinin ihlali ve uluslararası toplum düzeni olduğu düşünüldüğünde her aykırılık bu suçu oluşturmaz. Türk vatandaşının ülkeden çıkması yasak olsa bile ülkeden çıkarılmaya çalışılması halinde CMK 109

⁵⁵⁶ 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, m.52. – (1) Yabancılar, sınır dışı etme kararıyla, menşe ülkesine veya transit gideceği ülkeye ya da üçüncü bir ülkeye sınır dışı edilebilir.

⁵⁵⁷ CMK m.109/1 Bir suç sebebiyle yürütülen soruşturmada, 100 üncü maddede belirtilen tutuklama sebeplerinin varlığı halinde, şüphelinin tutuklanması yerine adli kontrol altına alınmasına karar verilebilir.

(2) Kanunda tutuklama yasağı öngörülen hallerde de, adli kontrole ilişkin hükümler uygulanabilir.

(3) Adli kontrol, şüphelinin aşağıda gösterilen bir veya birden fazla yükümlülüğe tabi tutulmasını içerir:

a) Yurt dışına çıkamamak.

b) Hâkim tarafından belirlenen yerlere, belirtilen süreler içinde düzenli olarak başvurmak...

⁵⁵⁸ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.2428.

⁵⁵⁹ “Yurt dışına çıkış için gerekli olan pasaportu bulunan ancak gideceği ülkeye giriş iznini içeren vizesi bulunmayan oğlu için vize almak isteyen müdahilden vize işlemlerini yaptıracağı vaadiyle para temin eden ve bu para karşılığı sahte vize düzenlenmesini sağlayan hükümlünün, kendisine bir yarar sağlamak amacıyla müdahili hileli davranışlarla aldatmak biçiminde gerçekleşen bu eyleminin 1.6.2005 günü yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK.nun [157. maddesinde tanımlanan dolandırıcılık suçunu oluşturur](#)”, Yargıtay 8. CD. 18.10.2006 tarihli ve E.2006/5015, K.2006/7663 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 16.06.2015.

gereği tedbire uyulmadığı gerekçesiyle tutuklamaya neden olacaktır. Pasaport Kanunu'na aykırılık halinde ise idari para cezası uygulanabilecektir. Çünkü Pasaport Kanunu'na göre ülkeden çıkması yasak olan kişilerin elinde de pasaport veya pasaport yerine geçen belge bulunabilmektedir. Bu belgelerin olduğu durumlarda sınır kapılarından ülke dışına çıkarılmaya çalışılması halinde göçmen kaçakçılığından söz edilemeyecektir.

Bu seçimlik hareket bakımından yabancıların yasal olarak ülkeye girmiş olması ile yasadışı olarak ülkeye girmiş olması arasında bir fark yoktur. Önemli olan bunların doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollardan yurt dışına çıkmalarına imkan sağlanmasıdır. İmkan sağlamak ifadesi ise, yurt dışına yasal olmayan yollardan çıkılması için gerçekleştirilen her türlü faaliyeti içine alacak şekilde anlaşılmalıdır⁵⁶⁰.

“Yurtdışına çıkmaya imkan sağlama” şeklindeki düzenleme muğlak olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Özellikle suçun tamamlanma anı/zamanının belirlenmesinde zorluk çekilmektedir. Bu ifadeden yurt dışına çıkarılmanın mı yoksa çıkmak için uygun araç ve koşulların sağlanmasının mı anlaşılması gerektiği irdelenmelidir. Kanaatimizce yasa koyucunun amacı yurt dışına çıkarılma olsaydı “imkan sağlama” ifadesi yerine “yurt dışına çıkarma” şeklinde düzenleme yapılırdı. Bu nedenle yurt dışına çıkarmaya imkan sağlamak için yapılan hareketler suçun tamamlanması için yeterlidir, kişinin yurt dışına çıkarılmış olması şart değildir. Yani, kişilerin yurt dışına çıkması için bir gemiye bindirilmesi, tekneye bindirilmesi, sınırı geçmeleri için gerekli botun verilerek nehrin geçişine imkan sağlanması hallerinde suç tamamlanmıştır⁵⁶¹. Ancak Yargıtay verdiği kararlarda bunu suçun tamamlanması için yeterli görmeyerek suçun teşebbüs aşamasında kaldığına hükmetmiştir⁵⁶².

⁵⁶⁰ DOĞAN, s.128; ÖZBEK, Yeni TCK'nın anlamı C. II, s.136.

⁵⁶¹ EREL, s.277.

⁵⁶² “...maddesindeki düzenlemeye göre göçmen kaçakçılığı suçunun teşebbüse olanaklı olması, suçun ülke kara sınırlarının dışına çıktığı anda tamamlanmış sayılacağı hususları dikkate alındığında sanığın eyleminin göçmen kaçakçılığı suçuna teşebbüs aşamasında kaldığı, bu itibarla hakkında 5237 sayılı TCY'nın 35 inci maddesinin uygulanması gerektiği...” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 10.02.2009 tarihli ve E.2008/8-221, K.2009/20 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 0.7.01.2015.

Yargıtay bu seçimlik hareket "yurt dışına çıkmaya imkan sağlama" bakımından neticenin ülke karasuları, kara sınırları ya da hava sahasının dışına çıkılmasıyla gerçekleşeceğini. Bu şartlar yerine getirilmedikçe fiilin teşebbüs aşamasında kaldığının kabulünün gerektiğine karar vermiştir⁵⁶³. Bir başka kararda; somut olayda, göçmenler Türk karasularında demirli bulunan gemide ve sınır dışına çıkmadan yakalandıklarına göre göçmen kaçakçılığı suçu teşebbüs aşamasında kalmıştır. Bu itibarla, kalkışma aşamasında kalan suçun, tamamlanmış suç niteliğinde kabulü gereğini savunan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir⁵⁶⁴. Yargıtay'ın bu çerçevedeki kararları⁵⁶⁵ kanunun lafzına uygun değildir. Ayrıca 6008 sayılı Kanunla maddeye eklenen “suç, teşebbüs aşamasında kalmış olsa dahi, tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur” ifadesiyle pratik olarak Yargıtay'ın bu kabulünün bir önemi de kalmamıştır. Çünkü artık yurt dışına çıkarmaya imkan sağlanmasına teşebbüs edildiği hallerde suç tamamlanmış gibi hükmedilecektir. Yani, Türk vatandaşı veya yabancılar yurt dışına yasal olmayan yollardan çıkarılmak için ülke içinden sınır şehirlerine doğru gidecek araçlara bindirildiğinde suçun icrasına başlandığı için teşebbüs olarak kabul edilse dahi, suç tamamlanmış gibi ceza verilecektir.

İmkân sağlamak, sadece maddi olanakların sağlanması şeklinde anlaşılmalıdır. Bu bağlamda ulaşım araçlarının temini, mayınsız geçiş yollarını gösteren kroki ve harita verilmesi veya sahte pasaport sağlanması ile suçun işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrayı kolaylaştırmak imkan sağlamak olarak

⁵⁶³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2012/8-1085, K.2013/96 sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 05.06.2012 tarihli ve E.2012/8-322, K.2012/221 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 0.7.01.2015.

⁵⁶⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 05.02.2008 tarihli ve E.2007/8-234 K.2008/16 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 0.7.01.2015.

⁵⁶⁵ “Sanığın, 19.11.2006 tarihinde şoför olarak çalışmakta olduğu E... Petrol Şirketine ait tır aracının çektiği dorsenin içine maddi yarar sağlamak amacıyla Suriye ve Filistin uyruklu 46 göçmeni İstanbul İlimden alarak yasadışı yollardan Yunanistan'a geçirmek için İpsala Gümrük sahasına getirdiği ve burada araçtan inen göçmenlerin gümrük sahası içinde kolluk görevlilerince yakalandıkları... Somut olayda, göçmenler Türk kara sınırları içerisinde bulunan İpsala Gümrük Sahası içinde ve sınır dışına çıkmadan yakalandıklarına göre göçmen kaçakçılığı suçu kalkışma AŞAMASINDA KALMIŞTIR”. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 10.02.2009 tarihli ve E.2008/8-221, K.2009/20 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 0.7.01.2015.

değerlendirilmelidir⁵⁶⁶. Yabancı veya Türk vatandaşının maddi menfaat karşılığında yasadışı yollardan yurt dışına çıkmasını teşvik etmek ve suç işleme kararını kuvvetlendirmek olanaklı görülmemekle birlikte yapıldığı takdirde bu gibi manevi yardımlar göçmen kaçakçılığının oluşmasını sağlamayacaktır⁵⁶⁷. Nihayetinde hangi hareketlerin, imkân sağlama şeklinde kabul edileceği somut olayın özelliklerine göre belirlenmelidir. Ayrıca ülkeyi yasal olmayan yollardan terk etmek isteyen kişiye fail tarafından maddi menfaat karşılığında imkân sağlanmış ancak kişi, kendisine sağlanan bu imkânı rağmen ülkeyi yasadışı olarak terk etmemişse, sağlanan imkânın objektif olarak ülkeyi terk etmeye elverişli olup olmadığı araştırılmalıdır⁵⁶⁸.

Bu suç, saydığımız seçimlik hareketlerden bir tanesinin yapılmasıyla meydana gelmektedir. Hareketin tamamlanmasından sonra ayrıca bir neticenin gerçekleşmesi aranmamıştır. Bu bağlamda hareketin tamamlandığı anda suç oluşmaktadır⁵⁶⁹. Suçun tamamlanması için suça konu kişilerin bir başka ülkenin egemenlik alanına sokulması zorunlu değildir⁵⁷⁰. Ancak Yargıtay kararlarında yukarıda belirttiğimiz gibi aksine kararlar verilmiştir. Yargıtay göçmenlerin ülke sınırlarından çıkarılması gerektiğini, aksi takdirde suçun teşebbüs aşamasında kalacağını kabul etmektedir⁵⁷¹.

Türk vatandaşı veya yabancıların yasal olmayan yollarla yurt dışına çıkmasına imkan sağlamak seçimlik hareketi gerçekleştirildiğinde veya buna teşebbüs edildiğinde suç tamamlanmış olacaktır. Ancak yurt dışına çıkılmasına imkan sağlanmasının yasal olmayan yollardan olması ve aynı zamanda doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek amacıyla yapılması gerekir.

⁵⁶⁶ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s.82.

⁵⁶⁷ DOĞAN, s.129.

⁵⁶⁸ Mustafa KAYAALP, Türk Hukukunda Göçmen Kaçakçılığı Suçu, Marmara Üniversitesi SBE,YYLT, İstanbul 2010, s.92.

⁵⁶⁹ Ali Hakan EVİK, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX, S.3-4, 2005, s.160, (s.125-179).

⁵⁷⁰ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.88.

⁵⁷¹ “Sanık hakkında görülen dava göçmen kaçakçılığına ilişkindir. Sanığın yabancı uyruklu kişileri Didim ilçesinden Yunanistan'ın Rodos Adası'na yasa dışı yollardan götürdükten sonra göçmenler ile birlikte Yunanistan askerleri tarafından yakalanması şeklinde gerçekleşen eyleminde, Türk Karasularının dışına çıkılmasıyla birlikte göçmen kaçakçılığı suçunun tamamlandığı gözetilmeden, eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı gerekçesiyle...”, Yargıtay 9. CD. 18.2.2014 tarihli ve E. 2013/18088, K. 2014/1796 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 16.08.2015.

Örneğin, Almanya'ya konfeksiyon malzemesi götüren bir TIR şoförünün sırf insaniyet namına veya kişinin yalvarması üzerine acıma duygusundan dolayı, doğrudan veya dolaylı herhangi bir menfaat karşılığı olmadan bir Türk veya yabancıyı yurt dışına çıkardığı durumda, bu hareket menfaat maksadıyla yapılmadığı için suç oluşmayacaktır. Ancak böyle bir durumda Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 102. maddesinde düzenlenen kabahat nedeniyle sorumluluk doğabilecektir.

Türkiye'de bulunmayan ve Türkiye'den alınmamış kişilerin yasadışı yollardan bir Avrupa ülkesinden diğer bir Avrupa ülkesine götürüldüğü durumda TCK m. 79 bağlamında göçmen kaçakçılığı suçu oluşmayacaktır. Örneğin Yunanistan'dan aldığı yabancı uyruklu şahısları yasal olmayan yollardan Avrupa'nın diğer ülkelerine götüren fail, TCK'nın 79. maddesinde düzenlenen göçmen kaçakçılığı suçunun tipik hareketlerini gerçekleştirmediğinden sorumlu olmayacaktır⁵⁷². Ancak göçmen kaçakçılığı suçunun yurt dışında işlenmesi durumunda, evrensellik ilkesi gereği TCK'nın 13. maddesindeki şartlar mevcutsa failin sorumluluğuna gidilebilecektir⁵⁷³.

5. Netice

Netice bir görüşe göre, hareketin dış alemde meydana getirdiği suç tipine uygun değişiklik neticedir⁵⁷⁴. Bir başka görüşe göre ise netice, kendisine hukuki değer tanınan, icrai veya ihmali hareketle dış alemde meydana gelen değişikliktir⁵⁷⁵.

Bir suçun kanuni tanımında unsur olarak netice belirtilmişse, suçun tamamlanabilmesi için bu neticenin gerçekleşmesi gerekir. Buna karşılık, suçun kanuni tanımında netice ayrıca belirtilmemişse, fiilin gerçekleşmesiyle suç da tamamlanmış olacağından ayrıca neticenin gerçekleşmesi aranmayacaktır. Suçun

⁵⁷² “Somut olayda; Sanığın dosya kapsamına uygun iddia ve kabul edilen eyleminin Yunanistan'dan aldığı yabancı uyruklu şahısları yasal olmayan yollardan Avrupa'nın diğer ülkelerine götürmekten ibaret eyleminin, TCK'nın 79. maddesinde düzenlenen göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturmayacağı gözetilmeden, sanığın beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi...” Yargıtay 9. CD. 26.2.2013 tarihli ve E.2012/5789, K.2013/3031 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 20.08.2014.

⁵⁷³ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.733-734.

⁵⁷⁴ YÜCE, s.28; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.118; Georg FREUND, Strafrecht Allgemeiner Teil: Personale Straftatlehre, Berlin, 1998,s. 52; GROPP, s.133.

⁵⁷⁵ HAKERİ, s.162.

kanuni tanımında neticenin belirtilmiş olup olmamasına göre suçları sırf hareket suçları ve neticeli suçlar olarak ayırmak imkan dahilindedir⁵⁷⁶.

Göçmen kaçakçılığı suçuna baktığımızda suçun oluşması için suça konu yabancılar bakımından ölüm, yaralanma, fiziksel acı çekme gibi herhangi bir zararın doğması aranmamıştır⁵⁷⁷. Sadece hukuka aykırı bir neticeyi gerçekleştirme ihtimali ve imkanını içeren tehlikenin gerçekleştirilmesi yeterli sayılmıştır. Bu nedenle göçmen kaçakçılığı suçu, zarar suçu⁵⁷⁸ değil bir soyut tehlike suçu niteliğindedir⁵⁷⁹. Tehlike suçları öğretide soyut tehlike suçları ve somut tehlike suçları olarak ayrılmaktadır. Somut tehlike suçlarında yapılan hareketin suç konusu üzerinde bir zarar tehlikesi yaratmış olması zorunludur. Soyut tehlike suçlarında ise yapılan hareketin suç konusu üzerinde tehlike yaratıp yaratmadığının araştırılmasına gerek yoktur. Belirtilen hareketin yapılması suçun oluşması için yeterli görülmektedir⁵⁸⁰. Suç tipinde sayılan seçimlik hareketlerin yapılması ile suç oluşacaktır⁵⁸¹. Suça konu yabancılar üzerinde bir tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti aranmamaktadır⁵⁸². Örneğin yabancılar lüks bir yat veya gezi teknesi ile hatta kendilerine her türlü konfor sağlanarak ülkeye sokulmuş veya ülkeden çıkarılmış olduklarında dahi, diğer şartların da oluşması halinde yine göçmen kaçakçılığı suçu oluşacaktır⁵⁸³.

⁵⁷⁶ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.116.

⁵⁷⁷ Ancak suça konu yabancıların böyle bir zarara uğraması veya insan onuruna aykırı taşıma yapılması durumunda, göçmen kaçakçılığı suçunun faili daha ağır bir ceza ile cezalandırılacaktır.

⁵⁷⁸ Zarar suçlarında tipik hareketin yapılması ile suçun konusu üzerinde bir zarar ortaya çıkmaktadır. Malvarlığında azalma, kasten ve taksirle öldürme de bir zarar suçudur. Zarar suçu ancak neticeli suçlar bakımından mümkündür, sırf hareket suçlarında zarar suçu nitelendirilmesi yapılamaz. ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.210.

⁵⁷⁹ EVİK, s.159.

⁵⁸⁰ ÖNDER, Genel Hükümler Cilt II-III, s.53-54; Kayıhan İÇEL, Ceza Hukuku Genel Hükümler II, 5. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s.64; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.109; ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.210.

⁵⁸¹ Hareketin tamamlandığı anda suç oluşacaktır, EREL, s.281.

⁵⁸² ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, Özel Hükümler, s.64.

⁵⁸³ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.2430.

Göçmen kaçakçılığı suçunun kanuni tipinde suçun neticesi ayrıca gösterilmediğinden ve hareketin yapılmasıyla suç işlenmiş olacağından sırf hareket suçu olduğu söylenebilir⁵⁸⁴.

Sırf hareket suçu niteliğinde olmakla birlikte, hareket kısımlara bölünebilmektedir. Yabancılarla geçiş için maddi menfaat karşılığında anlaşılması, geçiş için araç temin edilerek bindirilmeleri, sınıra kadar götürülmeleri hareketin kısımlarını oluşturur⁵⁸⁵.

Yargıtay verdiği kararlarda, ülke dışına çıkmasına imkan sağlama açısından neticenin, ülke karasuları, hava sahası veya kara sınırlarının dışına çıkılmasıyla gerçekleşeceğini, bu koşullar gerçekleşmedikçe, eylemin kalkışma aşamasında kalacağını kabul etmektedir⁵⁸⁶. Diğer bir kararda da, “yurt dışına çıkmaya imkân sağlama” bakımından neticenin, ülke karasuları, hava sahası veya kara sınırlarının dışına çıkılmasıyla gerçekleştiğini ve bu koşullar gerçekleşmedikçe, eylemin kalkışma aşamasında kaldığını kabul etmek gerektiğini belirtmiştir⁵⁸⁷.

Kanaatimizce suça konu olan yabancı ya da Türk vatandaşının ülke dışına çıkmasına imkan sağlandığı anda suç işlenmiş olacaktır. Sınırın geçilmiş olması şartı yoktur. Yargıtay’ın bu kararları kanunun düzenleme şekli ile uyumlu değildir. Çünkü kanun koyucu açıkça “*Türk vatandaşı veya yabancıнын ülke dışına çıkmasına imkan sağlama*” ifadesini kullanmıştır. Aksi takdirde “*ülke dışına çıkarma*” ifadesi kullanılırdı.

B. Suçun Manevi Unsurları

1. Genel Olarak

Manevi unsur, fail ile işlediği fiil arasındaki manevi bağ olarak ifade

⁵⁸⁴ EVİK, s.160.

⁵⁸⁵ DOĞAN, s.136.

⁵⁸⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 10.02.2009 tarihli ve E.2008/8-221, K.2009/20 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 22.08.2014.

⁵⁸⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2008/8-221, K. 2009/20 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 22.08.2014.

edilmektedir⁵⁸⁸. Bu bağ kurulmadığı takdirde gerçekleştirilen davranış fiil özelliği kazanamayacak ve suçun varlığı mümkün olmayacaktır⁵⁸⁹. Tipik bir hareketin suç olarak addedilebilmesi için manevi unsurunun da bulunması gerekir⁵⁹⁰. Yani, failin sorumlu tutulabilmesi için suçun objektif unsurlarının gerçekleşmiş olması yeterli değildir, aynı zamanda sübjektif nitelikteki unsurun da bulunması gerekir⁵⁹¹. Manevi unsur ile kusurluluk birbirinden farklıdır. Kusurluluk işlediği fiil nedeniyle kişinin kınanmasıdır. Kişi işlediği fiil nedeniyle kusurlu olmasa bile, fiil suç olmaya devam eder⁵⁹². Ancak manevi unsurun bulunmadığı durumlarda suç teşkil eden bir haksızlıktan bahsedilemez⁵⁹³. Bir hareket kasten veya taksirle işlenmemişse⁵⁹⁴ ceza hukuku bağlamında bu hareket nedeniyle bir sorumluluk doğmaz⁵⁹⁵.

Kural olarak suç kastla işlenebilir. Ancak kanunda açıkça gösterilen hallerde suçlar taksir ile de işlenebilmektedir. İstisnai nitelikte olan taksirde, failin cezalandırılabilmesi için mutlaka yasada açık bir düzenleme bulunması gerekir⁵⁹⁶. Taksirli sorumluluğun kasıtlı sorumluluğa nazaran istisnai bir özelliğe sahip olduğu TCK'nın 22/1. maddesinde "*taksirle işlenen fiiller, kanunda açıkça belirtildiği hallerde cezalandırılır*" şeklinde ifade edilmiştir.

⁵⁸⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.131.

⁵⁸⁹ ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.229.

⁵⁹⁰ Bernd HEINRICH, Ceza Hukuku Genel Kısım I, Çeviri; Editör, Yener ÜNVER, ilgili kısım Ramazan Barış ATLADI, Adalet Yayınları, Ankara 2014, s.164.

⁵⁹¹ HAKERİ, s.181 ; HEINRICH, s.100-103; SCHMIDT, s.78-79; HOFFMANN-HOLLAND, s.55-56; KÜHL, s.80 vd; GROPP, s.150-152; OTTO, s.75-83; MURMANN, s.198-199; JESCHECK/WEIGEND, s.289.

⁵⁹² HEINRICH, s.236-237; SCHMIDT, s.198-199; HOFFMANN-HOLLAND, s.139; KUHL, s. 364-367; GROPP, s.267-268; OTTO, s.205; BAUMANN/WEBER/MITSCH, s.429; JESCHECK/WEIGEND, s.40.

⁵⁹³ ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.229.

⁵⁹⁴ "...Taksirde sorumluluk belirlenirken kişi değil, sadece davranış göz önünde bulundurulur. Ancak, sadece objektif özen yükümlülüğüne aykırı bir davranışın varlığı cezalandırılmaz, buna bağlı olarak bir sonucun da ortaya çıkması gerekecektir. (Örneğin; kişinin sadece ehliyetsiz araba kullanıyor olması, bir netice ortaya çıkmadıkça "taksirle öldürme veya yaralama" suçlarına teşebbüs olarak değerlendirilmez.)..." Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 5.10.2010 tarihli ve E.2010/1-132, K.2010/183 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 30.02.2015.

⁵⁹⁵ HAKERİ, s.181.

⁵⁹⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 24.11.2009 tarihli ve E.2009/9-185, K.2009/273 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 30.02.2015.

Göçmen Kaçakçılığı Suçunun manevî unsuru, failin fiili “*doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddî bir yarar elde etmek maksadıyla*” işlemesidir⁵⁹⁷.

Göçmen kaçakçılığı suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Ancak, bu suçun kanuni tarifinde kastın yanında belli bir maksatla suçun işlenmiş olması aranmıştır⁵⁹⁸. İşlenen fiilin suç teşkil edebilmesi için, failin “*doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddî menfaat elde etmek maksadıyla*” hareket etmiş olması gerekir. Yani göçmen kaçakçılığı suçu ancak doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddî menfaat elde etmek maksadıyla işlenebilir⁵⁹⁹.

2. Doğrudan Doğruya veya Dolaylı Olarak Maddî Menfaat Elde Etmek Maksadı

Fail işlediği fiili “*doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddî menfaat*⁶⁰⁰ elde etmek maksadıyla” işlemelidir⁶⁰¹. Bu nedenle suçun oluşabilmesi için kastın varlığı yeterli olmamakta ayrıca failin “*doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddî menfaat elde etmek maksadıyla*” hareket etmiş olması aranmaktadır⁶⁰². Bu suç bakımından maksat, suçun temel şekline ilişkin sübjektif bir unsurdur⁶⁰³. Çünkü suçun konusu olan göçmenler, yabancılar, vatansızlar ve ülkeden çıkarma bakımından ayrıca Türk vatandaşları, çaresizlik, ekonomik sıkıntılar ve çeşitli zorluklar nedeniyle kendilerine bir gelir kapısı açmak veya daha iyi bir yaşam

⁵⁹⁷ TCK'nın 79. madde gerekçesi.

⁵⁹⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.238.

⁵⁹⁹ ARSLAN, Göçmen Kaçakçılığı, s.131; EVİK, s.167; TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s.95; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s.86.

⁶⁰⁰ Hukuk Sözlüğünde menfaat; yarar, çıkar, kâr olarak tanımlanmıştır, YILMAZ, s.533.

⁶⁰¹ “Somut olayda, sanığın, kayınbiraderi V. ve arkadaşının kardeşi olan M. isimli şahısları aracı ile yurt dışına götürmek isterken İpsala Gümrük Müdürlüğünde yapılan kontrolde yakalanması şeklindeki eyleminde “sanığın doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddî menfaat elde ettiğine veya bu maksatla atılı eylemi işlediğine” dair mahkumiyetine yeterli her türlü şüpheden uzak kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı gözetilmeden yüklenen suçtan beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi...”, Yargıtay 9. CD. 21.4.2014 tarihli ve E.2014/2101, K. 2014/4908 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 01.03.2015.

⁶⁰² Failin belli bir maksatla fiili işlemesi arandığı için öğretide bazı yazarlar bunu özel kastın varlığı şeklinde kabul etmektedir. EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s.448; DÖNMEZER/ERMAN, Cilt II, s.231; ÖZTÜRK/ERDEM, Uygulamalı Ceza Hukuku, s.261; HAKERİ, Genel Hükümler, s.217; HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Genel Hükümler, s.284.

⁶⁰³ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.238.

seviyesi elde etmek amacıyla yeni bir umut için çırpınan insanlardır. Bu suç ile sayılan kişilerin çaresizlikleri, umutları ve zor durumları aslında istismar edilerek menfaat elde edilmektedir. Yani menfaat elde etme maksadının bulunması suç bakımından zorunludur. Buradaki maksat, aslında failin başka bir maksatla işlediği fiillerin suç olmasını engellemektedir⁶⁰⁴.

Suçun işlenebilmesi için, failin maddi menfaati elde etmiş olması zorunluluğu yoktur⁶⁰⁵. Menfaat için anlaşılması ve Failin, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddî menfaat elde etmek maksadıyla hareket etmesi yeterlidir. Bu nedenle maddi menfaat maksadıyla hareket edilmeyen durumlarda suç oluşmayacaktır. Örneğin, terör maksadıyla bazı kişilerin ülkeye sokulduğu durumlarda göçmen kaçakçılığında aranan maksat bulunmadığından suç oluşmayacaktır⁶⁰⁶. Ayrıca Terörle Mücadele Kanunu'nun 4. maddesine göre, göçmen kaçakçılığının terör maksatlı yapıldığı durumlarda terör suçu sayılacağı hükme bağlanmıştır⁶⁰⁷. Bir teröristin maddi menfaat maksatlı olmaksızın ülkeye sokulması veya ülkeden çıkarılması durumunda göçmen kaçakçılığı suçu oluşmayacaktır⁶⁰⁸. Ancak Terörle Mücadele Kanunu'nda düzenlenen suçlardan ceza verilecektir. Örneğin PKK veya DEAŞ militanlarının terörist eylem yapmak için ülkeye sokulması ve çıkarılması durumunda terör suçu olan TCK'nın “devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak” başlıklı 302. maddesinden veya “askerî tesisleri tahrip ve düşman askerî hareketleri yararına anlaşıma” başlıklı 307. maddesinden sorumluluk doğacaktır⁶⁰⁹. Bunun yanında insan

⁶⁰⁴ ARSLAN, Göçmen Kaçakçılığı, s.131.

⁶⁰⁵ TCK'nın 79. madde gerekçesi.

⁶⁰⁶ ARSLAN, Göçmen Kaçakçılığı, s.131.

⁶⁰⁷ 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanununun, “Terör amacı ile işlenen suçlar” başlıklı 4. maddesi; aşağıdaki suçlar 1 inci maddede belirtilen amaçlar doğrultusunda suç işlemek üzere kurulmuş bir terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlendiği takdirde, terör suçu sayılır:

a) Türk Ceza Kanununun 79, 80, 81, 82, 84, 86, 87, 96, 106, 107, 108, 109, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 142, 148, 149, 151, 152, 170, 172, 173, 174, 185, 188, 199, 200, 202, 204, 210, 213, 214, 215, 223, 224, 243, 244, 265, 294, 300, 316, 317, 318 ve 319 uncu maddeleri ile 310 uncu maddesinin ikinci fıkrasında yer alan suçlar.

⁶⁰⁸ ŞEN/MALBELEĞİ, s.103; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.96.

⁶⁰⁹ 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanununun 3. maddesi, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 302, 307, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 320 nci maddeleri ile 310 uncu maddesinin birinci fıkrasında yazılı suçlar, terör suçlarıdır.

ticareti suçu kapsamında sayılan “zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tâbi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak” maksadıyla yabancılar, göçmenler veya vatansızlar yasal olmayan yollardan ülkeye sokulmuşsa, ülkeden çıkarılma bakımından Türk vatandaşları da bunlara dahildir. Bu durumda, göçmen kaçakçılığı suçu değil, insan ticareti suçu işlenmiş olacaktır. Çünkü böyle bir durumda göçmen kaçakçılığı suçunun kanuni tanımında belirtilen maksat unsuru gerçekleşmemiş olacaktır⁶¹⁰.

Göçmen kaçakçılığı suçu için, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadı arandığından, manevi menfaat sağlama amacıyla işlenen fiiller suç oluşturmayacaktır. Yani maddi menfaattelde etme maksadı olmadan, örneğin manevi tatmin için veya acıdığı için ya da akrabalık ilişkileri nedeniyle akrabaları olan yabancıların ülkeye sokulması veya ülkeden çıkarılması durumunda suç oluşmayacaktır.

Maddi menfaat niteliği taşımayan cinsel ilişki karşılığında suçun konusu olan kişinin (yabancı, vatansız veya göçmenin) ülkeye sokulması ya da ülkeden çıkarılması halinde de göçmen kaçakçılığı suçu gerçekleşmeyecektir⁶¹¹. Bu çerçevedeki bir kararında Yargıtay göçmenleri cinsel ilişki karşılığında yurtdışına çıkarmaya çalışan sanıkların bu eylemlerini maddi yarar sağlama olarak değerlendirmemiştir⁶¹². Fakat, para, altın, döviz, hisse senedi, alacak hakkı, borçtan kurtarma, taşınır veya taşınmaz bir malın hibesi ya da değerinin çok altında bir fiyatla teslim edilmesi ve bir ihale alma karşılığında yapılması durumunda maddi menfaat niteliği sağlanmış olacaktır. Ayrıca bu maddi menfaatin doğrudan suçun konusu olan kişi tarafından verilmesi gerekmez, bir başkası tarafından menfaat temin edilmişse de yine suç oluşacaktır⁶¹³. Aynı şekilde bu menfaat doğrudan faile

⁶¹⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.239; YENİDÜNYA/ALŞAHİN, s. 36; Faruk TURHAN, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Uluslararası Suçlar”, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/101.doc, s.9, E.T. 01.03.2015.

⁶¹¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.96.

⁶¹² “Sanıkların doğrudan doğruya veya dolaylı olarak menfaat temin edip etmediklerinin karar yerinde tartışılması gerekirken yazılı biçimde hüküm kurulması...”, Yargıtay 8. CD. 25.10.2004 tarihli ve E.2014/6004, K.2014/8050 sayılı kararı, EREL, s.281.

⁶¹³ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s.71.

verilmese ve fail adına bir başkasına verilse dahi suç için aranan maksat gerçekleşecektir.

Madde metninde belirtilen maddi menfaatin haksız olması şartı yoktur. Yani elde edilen menfaat haklı olduğu takdirde de suç oluşacaktır. Bu nedenle, ülkede kalmaları yasaya aykırı olan, yasal olmayan yollardan ülkede bulunan yabancılara barınacakları evi bilerek ve isteyerek kiralayan kişi, haksız bir menfaat sağlamamasına rağmen maddi menfaat elde ettiği için göçmen kaçakçılığı suçunu işlemiş olacaktır⁶¹⁴. Bir başka örnek verilecek olursa; otelinde herkesin ödediği yasal tarifeden yasal olmayan yollardan ülkede kalan yabancılara otel odası kiralayan otel sahibi de elde ettiği menfaat haksız olmamasına rağmen maddi menfaat sağladığı için göçmen kaçakçılığı suçundan sorumlu olacaktır. Ancak fiilin temadi niteliğinin gerçekleşmesi gerektiği unutulmamalıdır.

Göçmen kaçakçılığı suçunun işlenebilmesi için “*doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek*” maksadıyla hareket edilmesi gerektiği için suçun olası kastla işlenmesi mümkün değildir. Yani belirli bir amaca ulaşmak maksadıyla hareket eden fail, “*olursa olsun*” düşüncesiyle değil, “*doğrudan isteyerek*” fiili işlemekte ve belli bir maksat taşımaktadır⁶¹⁵.

Bu suçun taksirli halinin de cezalandırılması mümkün değildir. Çünkü taksirli suçlar ancak kanunda düzenlendikleri halde cezalandırılabilirler. Ancak göçmen kaçakçılığı suçunun taksirli şekli kanunda düzenlenmemiştir. Zaten bu suçun işlenebilmesi bakımından, kastın yanında failin maddi menfaat elde etme maksadıyla hareket etmesi arandığı için, bilinçli ya da bilinçsiz taksirle işlenmesi mümkün değildir.

C. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

İşlen fiil ile hukuk düzeni arasında bir çatışma hali bulunduğu bu fiilin hukuka aykırılığı gündeme gelir⁶¹⁶. Eski ceza hukuku doktrininde “cüz’ü nahak”,

⁶¹⁴ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s.86.

⁶¹⁵ YENİDÜNYA/ALŞAHİN, s. 36.

⁶¹⁶ Tuğrul KATOĞLU, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Seçkin Yayınları, Ankara 2003, s.19.

veya “rükünü nahak” adı verilen hukuka aykırılık, işlenen kanuni tipe uygun fiilin hukuk düzeni tarafından onaylanmaması, ceviz verilmemesi olup, sadece ceza hukuku bakımından değil, bütün hukuk düzeni ile çatışma halinde olmasıdır⁶¹⁷. Alman Ceza Hukuku’nda da hukuka aykırılık fiilin haksızlığını belirtir ve hukuka karşı çıkmayı ifade eder. İşlenen fiilin kanuni tipe uygun olması her zaman haksızlığın da gerçekleştiği anlamına gelmez. Haksızlık, ancak işlenen fiil tipik olmanın yanında bütün hukuk düzeni ile çeliştiği zaman gerçekleşmiş olur⁶¹⁸. Hukuka aykırılık suçun kurucu unsurlarından biridir⁶¹⁹.

Tipe uygun olan bir eylem, kural olarak hukuka aykırılık⁶²⁰ unsurunu da bünyesinde taşır⁶²¹. Bununla birlikte hukuka uygunluk nedenlerinin bulunması durumunda eylem tipe uygun olsa da hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmemiş olacaktır⁶²². İşlenen fiilin tipe uygun olup olmadığı araştırılırken, sadece ceza kanunu dikkate alınarak değerlendirme yapılır. Ama hukuka aykırılık unsurunun varlığı araştırıldığında fiilin tüm hukuk düzeni ile çelişip çelişmediği nazara alınmakta ve fiilin işlenmesinin hukuk düzenince uygun bulunup bulunmadığı tespit edilmeye çalışılmaktadır. Yapılan tespit sonucunda fiili hukuka uygun hale getiren bir sebep bulunmadığı takdirde fiilin suç teşkil ettiği kabul edilmektedir. Bu bağlamda denilebilir ki, bir fiilin hukuka aykırı⁶²³ olması aynı zamanda bütün hukuk düzeni ile

⁶¹⁷ DÖNMEZER/ERMAN, Cilt II, s.1-2.

⁶¹⁸ Bernd HEINRICH, Ceza Hukuku Genel Kısım I, Çeviri; Editör, Yener ÜNVER, ilgili kısım Ramazan Barış ATLADI, Adalet Yayınları, Ankara 2014, s.197.

⁶¹⁹ ALACAKAPTAN, s.95.

⁶²⁰ Hukuka aykırılık kurumuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız. KATOĞLU, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık Seçkin Yayınları, Ankara 2003.

⁶²¹ İÇEL, s.86; HEINRICH s.120-129; SCHMIDT, s.121; HOFFMANN-HOLLAND, s.82; KÜHL, s.124-12; GROPP, s.173; OTTO, s.102-103.

⁶²² Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 11.7.2006 tarihli ve E.2006/9-169, K.2006/184 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 01.03.2015.

⁶²³ Hukuka aykırılık yargı kararlarında da ifade edilmiştir. 5237 sayılı TCK’da yer alan bazı suç tanımlarında "hukuka aykırı olarak", "hukuka aykırı başka bir davranışla", "hukuka aykırı diğer davranışlarla", "hukuka aykırı yolla", "hukuka aykırı yollarla" gibi ifadelere yer verilmiştir. Bu ifadelerin geçtiği suçlarda, failin işlediği fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmesi, yani bu konuda doğrudan kastla hareket etmesi gerekmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 12.11.2013 tarihli ve E.2013/14-511, K.2013/449 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 01.03.2015.

çatışması anlamına gelmektedir⁶²⁴. Yani hukuka aykırılık bakımından, işlenen fiil yasaklanmış fiillerden olmalı ve aynı zamanda hukuka uygunluk sebepleri de bulunmamalıdır⁶²⁵.

Suçun hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldıran ve bu bağlamda fiili tüm hukuk düzeni için hukuka uygun hale getiren sebeplere hukuka uygunluk sebepleri denilmektedir⁶²⁶. Hukuka uygunluk durumunda fiilin hukuka aykırılık unsuru ortadan kaldırıldığından artık bir suçtan söz edilmesi mümkün değildir⁶²⁷. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda hukuka uygunluk halleri; “kanunun hükmünü icra”⁶²⁸, “meşru savunma”⁶²⁹, “hakkın kullanılması”⁶³⁰ ve “ilgilinin rızası”⁶³¹ dır. Meşru savunma⁶³² ve diğer hukuka uygunluk nedenleri Türk Ceza Kanununda “*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*” başlığı altında düzenlenmiş olmalarına rağmen hukuka uygunluk halleridir⁶³³. Zorunluluk hali ise bir hukuka uygunluk hali değil, ancak kusurluluğu kaldıran bir haldir⁶³⁴. 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

⁶²⁴ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.237; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.281.

⁶²⁵ TOSUN, s.138.

⁶²⁶ KOCA/ÜZÜLMEZ, S.239; DÖNMEZER/ERMAN, CILT II, S.18.

⁶²⁷ DEMİRBAŞ, s.253; Hukuka uygunluk sebeplerinin ortak özellikleri için bkz. HAKERİ, Genel Hükümler, s.285; BAUMANN/WEBER/MITSCH, s.344; MURMANN, s.231 vd; JESCHECK/WEIGEND, s.321 vd.

⁶²⁸ TCK/ m. 24- (1) Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.

⁶²⁹ TCK/m. 25- (1) Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.

⁶³⁰ TCK/m. 26- (1) Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez.

⁶³¹ TCK/m. 26-(2) Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.

⁶³² Önceki kanun döneminde öğretide “Meşru Müdafaa” kavramı kullanılmıştır. Bkz. DÖNMEZER/ERMAN, Cilt II, s.97; TANER, s.402.

⁶³³ Meşru savunmanın hukuki esasına ilişkin teoriler için bkz. Muharrem ÖZEN, *Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa*, Seçkin Yayınları, Ankara 1995, s.29 vd.; Timur DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara 2009, s.267.

⁶³⁴ TCK/m. 25- (2) 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.

amacıyla gerçekleştirdiği davranış dolayısıyla, ceza sorumluluğu yoktur. Meşru savunmadan farklı olarak, zorunluluk hâlinde bir saldırı değil tehlike vardır. Zorunluluk hâlinin varlığı bakımından, kişinin tehlikeye bilerek neden olmaması, tehlikeden suç olan bir harekete başvurmadan kurtulmanın mümkün olmaması ve tehlikenin ağır ve muhakkak olması şartları mevcut olmalıdır⁶³⁵. Göçmen kaçakçılığı bakımından zorunluluk halinin hukuka aykırılığa bir etkisi yoktur. Kusurluluk başlığında değerlendirilecektir.

Türkiye'nin de kabul ettiği 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ne göre, yaşamak, özgürlük ve kişi güvenliği herkesin hakkıdır. Hiç kimse işkenceye ya da acımasız, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza ya da muameleye uğratılamaz. Herkesin, zulüm karşısında, başka ülkelere sığınma hakkı vardır⁶³⁶. Aynı zamanda TCK'ya göre de, hakkını kullanan kimseye ceza verilmez. Bu çerçevede bakıldığında göçmenlerin zulüm işkence ve hayatlarını kurtarmak için çoğu zaman bir başka ülkeye kaçtıklarını da unutmadan, göçmenlerin zaten suçtan zarar gördükleri oldukları ve göçmen kaçakçılığı nedeniyle sorumlu tutulamayacakları açıktır. Ancak suça konu kişilerin hayatını kurtarmak için onları buldukları ülkeden bir menfaat karşılığı da olsa Türkiye'ye sokan kişi bir hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilir mi?

Göçmen kaçakçılığı suçu için öncelikle hukuka uygunluk nedenlerinden “ilgilinin rızası”nın değerlendirilmesi gerekmektedir⁶³⁷. Suçun tipik hareketleri işlendiğinde bunları hukuka uygun hale getiren bir hukuka uygunluk nedeni olarak ilgilinin rızası düşünülebilir mi? diye sorduğumuzda karşımıza şu cevap çıkmaktadır: Rıza TCK'nın 26. maddesinde hukuka uygunluk hali olarak “*kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez*” şeklinde düzenlenmiştir.

⁶³⁵ TCK 25. madde gerekçesi.

⁶³⁶ 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi m.3-5-14. <http://www.ihd.org.tr>, E.T. 25.02.2015.

⁶³⁷ Rıza kavramı öğretide katıldığımız bir tanım olarak şu şekilde ifade edilmiştir, “*rıza, rıza gösterme ehliyet ve yetkisine sahip olan kişinin; üzerindeki tasarruf yetkisi hukuk düzeni tarafından kendisine bırakılmış bir hukuksal değerine karşı gerçekleştirilen ve söz konusu hukuksal değeri tehlikeye düşüren veya zarara uğratan bir fiili kabul etmesi, onaylamasıdır*”, EKİCİ ŞAHİN, s.7.

Bu düzenleme suçun tipikliği gerçekleştiikten sonra suçun hukuka aykırılık unsurunun da gerçekleşmiş olması gerektiğini ifade etmektedir. Hukuka uygunluk nedeni olan rızanın doğabilmesi için, rızanın kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olması, kişinin bu hakla ilgili olarak rıza açıklama ehliyetinin bulunması, rızanın fiilin işlenmesinden önce ve en geç işlendiği sırada var olması gerekir. Fiil işlendikten sonra ortaya çıkan rıza bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul görmez⁶³⁸. Rızanın bulunmasının (TCK m. 99/2) veya bulunmamasının (TCK m. 116) bir unsur olarak öngörüldüğü suçlar haricindeki suçlar için yasa koyucu TCK m.25/2 de genel bir düzenleme yaparak hukuka uygunluk hali olan rızayı düzenlemiştir⁶³⁹.

Rıza bazı suçlar bakımından ise tipikliğin bir unsurudur. Rızanın bulunmaması suçun tipik hareketlerinin oluşmasına engel olur. Bir suçun kanuni tanımında rızanın bulunması bir unsur olarak açıkça düzenlenmişse, tipik hareketlerin rıza olmaksızın gerçekleştirildiği durumda tipiklik gerçekleşmeyecektir. Rıza tipikliği kaldıran rıza ve hukuka uygunluk sebebi olan rıza şeklinde ikili bir ayırıma tabi tutulmaktadır⁶⁴⁰. Bu ayırım çerçevesinde denilebilir ki, kanuni tipte bulunmayan rıza kasta dahil olmadığı için, failin bu konudaki bilgisizliği kastın oluşumuna engel olmaz. Rıza açıkça kanuni tipten anlaşılıyorsa failin kastının rızayı da içine alması gerekir⁶⁴¹.

Göçmen kaçakçılığı suçunun konusu olan göçmenler, yabancılar, sığınmacılar, mülteciler ve vatansızların, yasaya aykırı olarak ülkeye girilmesi, ülkede kalınması ve yasadışı olarak ülkeden çıkarılmaya çalışılması halinde ise Türk vatandaşlarının da gösterdikleri/gösterecekleri rızanın hukuki bir değeri yoktur⁶⁴². Bu rıza fiilin hukuka aykırılığını gidermez. Çünkü bu suç bakımından gösterilen rıza zaten suçun

⁶³⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 11.3.2008 tarihli ve E.2007/5-253, K.2008/52 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 25.02.2015.

⁶³⁹ EKİCİ ŞAHİN, s.101.

⁶⁴⁰ HAKERİ, Genel Hükümler, s.336; Bu ayırımın ceza hukukuna katkı ve eleştiriler ile teorik tartışmalar için bkz. Meral EKİCİ ŞAHİN, Ceza Hukukunda Rıza, XII Levha Yayınları, İstanbul 2012.

⁶⁴¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.257; HAKERİ, Genel Hükümler, s.336.

⁶⁴² Fatih BİRTEK, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012, s.232-233.

unsurudur⁶⁴³. Yani suçun konusu ve suçtan zarar gören kişilerin rızası suç tipinin işlenmesi bakımından zorunlu bir unsurdur. Göçmen kaçakçılığı suçunda rıza suçun unsuru olduğu için rızanın mevcudiyeti hukuka aykırılığı ortadan kaldıramaz ve bu nedenle hukuka uygunluk hali olan rızanın tartışılmasına gerek yoktur. Nitekim geçerli bir rıza bulunmadığı takdirde göçmen kaçakçılığı değil, başka bir suç oluşacaktır. Mesela geçerli olmayan bir rıza cebir tehdit veya hileyle alınmış ve bu kişiler fuhuş, zorla çalıştırılmak veya organlarını vermeye zorlanmak amacıyla ülkeye sokulmuş veya ülkede sevk edilmiş ya da ülkeden çıkarılmaya çalışılmışsa artık göçmen kaçakçılığı suçu değil, “insan ticareti suçu” işlenmiş olacaktır⁶⁴⁴. Suç konusu kişilerin (göçmen/yabancı/Türk vatandaşı), faillere menfaat temin etmiş olması ve kendi rızaları ile gönüllü olarak suça konu olmaları göçmen kaçakçılığı suçunu insan ticareti suçundan ayıran en önemli husustur. Suça konu kişilerin 2010 değişikliği ile suçun mağduru oldukları açıkça ifade edilmesine rağmen⁶⁴⁵, buradaki mağdurluk hukuki anlamda mağdurluk değildir. Göçmenlerin gösterecekleri rıza suçun hukuka aykırılığını gideren bir hukuka uygunluk hali olarak değerlendirilemez⁶⁴⁶. Bunun yanında göçmenlerin/yabancıların gösterdikleri rıza, ülkenin giriş, çıkış ve kamu düzenine ilişkin kurallar bakımından da etkili ve önemli değildir⁶⁴⁷. Ayrıca suça konu göçmenler suçun mağduru değildir ve mağdurun rızasından bahsedilemez.

Sonuç olarak, göçmen kaçakçılığı suçunun seçimlik hareketlerinden birinin gerçekleşmesi, suçun oluşması için yeterli değildir. Bunun yanında suçun konusu olan göçmenlerin, vatansızların, mültecilerin, yabancıların ve Türk vatandaşlarının “rızalarının” da bulunması gerekmektedir. Rıza TCK’nın genel hükümler kısmında

⁶⁴³ HAKERİ, Göçmen Kaçakçılığı, “hukuka uygunluk sebepleri başlığı”; YENERER ÇAKMUT, s.128; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s.69.

⁶⁴⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.88; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s.69.

⁶⁴⁵ Bu değişiklik öncesinde göçmenlerin sosyal olarak suçtan zarar gören durumunda buldukları ve göçmen kaçakçılığı suçunun yasal mağduru durumunda bulunmayıp suçun konusu oldukları, suçun yasal mağdurunun uluslararası toplum olduğu kabul edilmekteydi. Yargıtay 8. C.D. 25.4.2006 tarihli ve E.2006/2028, K.2006/3617 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 01.03.2015.

⁶⁴⁶ BİRTEK, Göçmen Kaçakçılığı, s.234.

⁶⁴⁷ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s.69.

hukuka uygunluk hali olarak düzenlenmiş olmasına rağmen göçmen kaçakçılığı suçunda (reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ve hırsızlık suçlarında olduğu gibi) suçun tipikliğinin bir unsuru olarak düzenlenmiştir. Çünkü göçmenlerin rızası bulunmadığı veya rızası hukuka aykırı olarak alındığı takdirde suç göçmen kaçakçılığı suçuna olmaktan çıkacak ve insan ticareti ya da şartları oluşmak kaydıyla dolandırıcılık suçuna dönüşecektir. Örneğin suç konusu kişilerin kandırılarak rızaları alınıp gidecekleri yere hiç götürülmemeleri yarı yolda bırakılmaları halinde dolandırıcılık suçu işlenmiş olacaktır⁶⁴⁸. Ama geçerli olmayan bir rıza cebir tehdit veya hileyle alınmış ve bu kişiler fuhuş, zorla çalıştırılmak veya organlarını vermeye zorlanmak amacıyla ülkeye sokulmuş veya ülkede sevk edilmiş ya da ülkeden çıkarılmaya çalışılmışsa artık göçmen kaçakçılığı suçu değil, “insan ticareti suçu” işlenmiş olacaktır⁶⁴⁹.

Kanaatimizce de göçmen kaçakçılığı suçu için “suça konu olan kişilerin rızası” suç tipinin bir unsurudur. Bir hukuka uygunluk hali değildir⁶⁵⁰. Rızanın bu suç bakımından bulunması ve geçerli bir rıza olması ve hatta failin de bu rızayı bilmesi gerekir. Bu nedenle göçmenlerin rıza gösterdiği durumlarda hukuka aykırılık ortadan kalkmaz. Göçmenlerin rızasının bulunmadığı hallerde suçun vasfı değişmektedir.

İkinci olarak üçüncü kişi lehine meşru savunma hukuka uygunluk haline bakılması gerekir. Meşru savunmadan⁶⁵¹ yararlanılabilmesi için saldırıya ilişkin olan (bir saldırının varlığı, saldırının haksız olması ve saldırının bir hakka yönelik olması) ile savunmaya ilişkin şartların (savunmada zorunluluk bulunması ve saldırı ile savunma arasında orantının bulunması) bir arada bulunması gerekir⁶⁵². Göçmen

⁶⁴⁸ Türk filmlerine de konu olduğu gibi, Türkiye’de suçun konusu kişilerin Almanya’nın Münih kentine gitmek amacıyla suç failleri ile anlaşmaları ve bir miktar para vermeleri karşısında bu kişilerin gitmek istenen yer olan Münih diye getirilip İstanbul’a yakın bir yerde bırakılmasında olduğu gibi dolandırıcılık suçu işlenmiş olacaktır.

⁶⁴⁹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.88; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s.69.

⁶⁵⁰ YENERER ÇAKMUT, s.128.

⁶⁵¹ Meşru müdafaa’nın hukuki esası, teorik tartışmalar ve ayrıntılı bilgi için bakınız; Muharrem ÖZEN, Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Seçkin Yayınevi, Ankara 1995; Fahri Gökçen TANER, “Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma”, Seçkin Yayınları, CHD, Yıl 5, S. 12, Nisan 2010, (s.219-253).

⁶⁵² TOSUN, s.158; HAKERİ, s.255; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.246-251; ZAFER, s.306-312.

kaçakçılığı suçu bakımından fail, kişiyi savaştan veya haksız bir ölüm cezasından kurtarmak maksadıyla, kişinin hayatını kurtarmak için hareket edip menfaat karşılığında başka bir ülkeden Türkiye'ye sokarsa meşru savunmanın şartları gerçekleşmediği için bundan yararlanamayacaktır. Elde ettiği menfaati göz ardı ettiğimizde dahi, ortada bir saldırı değil kişi hayatı bakımından bir tehlike bulunmaktadır. Bu nedenle meşru savunma hukuka uygunluk halinden söz edilmesi de mümkün değildir.

Üçüncü olarak hakkın kullanılması hukuka uygunluk halinden bu suç faillerinin yararlanması da mümkün görünmemektedir. Türkiye'nin de kabul ettiği 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannameğine göre, yaşamak, özgürlük ve kişi güvenliği herkesin hakkıdır. Hiç kimse işkenceye ya da acımasız, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza ya da muameleye uğratılamaz. Herkesin, zulüm karşısında, başka ülkelere sığınma hakkı vardır⁶⁵³. Bu hakkı kullanan yabancılar, göçmenler, vatansızlar ve mülteciler, zaten suçun sosyal zarar göreni oldukları için bir sorumluluk doğmamaktadır. Ancak onları bu bağlamda yabancı bir ülkeden Türkiye'ye sokan veya Türkiye'den çıkarmaya imkan sağlayan kişilerin bu hakkı gerekçe göstererek hukuka aykırılığı gidermeleri mümkün değildir.

Son olarak kanun hükmünü yerine getirme kapsamında değerlendirme yaptığımızda; yasal yollardan kanuni çerçevede ülkeye sokulan veya ülkeden çıkarılan kimseler bakımından da bir suç söz konusu değildir. Ayrıca taraf olduğumuz uluslararası sözleşmeler kapsamında ülkeye getirilen yabancılar ve bunları getiren uluslararası kuruluşlar (UNHCR, IOM, İKGV...vb.) ve yetkilileri⁶⁵⁴ ile TİKA ya da YÖK gibi ulusal kuruluşlar için bir sorumluluk doğmamaktadır⁶⁵⁵. Saydığımız bu hallerde zaten menfaat sağlama maksadı olmadığı için fiil tipik değildir.

⁶⁵³ 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannameşi, m.3-5-14, https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/mevzuat_TIHB.htm , E.T. 01.03.2015.

⁶⁵⁴ DOĞAN, s.138.

⁶⁵⁵ YÖK tarafından ya da YÖK'e bağlı bir üniversite tarafından bilimse araştırma için yasalara uygun olarak getirilen yabancılar bakımından da bunları getiren yetkililer sorumlu olmayacaktır.

Sınırşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol'ün 5. maddesinde: “Göçmenler, bu Protokol'ün 6. maddesinde öngörülen eylemlerin konusu olmaktan dolayı bu Protokol'e göre, cezai kovuşturmayaya tabi tutulmayacaktır”, hükmüne yer verilmektedir. Bu bağlamda göçmen kaçakçılığı suçunun konusu olan göçmenlerin, göçmen kaçakçılığı suçundan dolayı cezalandırılabilimleri mümkün değildir. Aslında suçun faillerine ülkeye girmek veya ülkede kalmak ya da ülkeden çıkmak için bir bedel ödeyen ve bir bakıma suçun azmettirenleri konumunda olan göçmenlerin, hem uluslararası sözleşmenin hükmü ve hem de 5237 Sayılı TCK'nın 79. maddesi gereği, suçun sosyal anlamda mağduru olduğu düşünüldüğünde, göçmen kaçakçılığı suçundan cezalandırılmaları mümkün değildir⁶⁵⁶.

Hayatlarını kurtarmak için hareket ettiğini kabul ettiğimiz fail, doğrudan veya dolaylı olarak maddi menfaat sağlayarak yabancıları ülkeye sokmuşsa bir hukuka uygunluk halinden yararlanmaz. Çünkü maddi menfaat elde etme maksadı mevcuttur. Zorunluluk halinden yararlanıp yararlanamayacağı ise buna ilişkin başlıkta incelenecektir.

IV. SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ

Göçmen kaçakçılığı suçunu düzenleyen 5237 sayılı TCK'nın 79. maddesinin ilk halinde olmayan ancak 22/07/2010 tarihli 6008 sayılı Kanunla 2. fıkra olarak sonradan eklenen nitelikli hallerden ilki, suçun mağdurların hayatı bakımından bir tehlike oluşturması halinde verilecek cezanın yarısından üçte ikisine kadar artırılması halidir. Bu nitelikli hal yasanın ilk halinde bulunmamasına rağmen mülga 765 sayılı Kanun'un göçmen kaçakçılığını düzenleyen 201/a maddesinde, “yukarıdaki fıkralarda yazılı olan suçlar, kaçak göçmenlerin yaşamlarını veya vücut bütünlüklerini tehlikeye soktuğu hallerde faillere verilecek cezalar, yarısı oranında artırılarak hükmolünür” şeklinde yer almaktaydı.

5237 sayılı TCK'nın 79. maddesinin ilk halinde olmayan ancak 22/07/2010 tarihli 6008 sayılı yasayla 2. fıkra olarak sonradan eklenen nitelikli hallerden ikincisi

⁶⁵⁶ BİRTEK, Göçmen Kaçakçılığı, s.234.

ise, suçun mağduru olan göçmenlerin onur kırıcı bir muameleye maruz bırakılarak suçun işlenmesi hâlinde, verilecek cezanın yarısından üçte ikisine kadar artırılarak verileceği haldir. Bu nitelikli hal de yasanın ilk halinde bulunmamasına rağmen mülga 765 sayılı Kanun'un göçmen kaçakçılığını düzenleyen 201/a maddesinde şu şekilde düzenlenmişti; *“yukarıdaki fıkralarda yazılı olan suçlar, kaçak göçmenlerin insanlık dışı veya onur kırıcı muamele biçimlerine tabi kılınmalarına neden olduğu hallerde faillere verilecek cezalar, yarısı oranında artırılarak hükmolunur”*.

Göçmen kaçakçılığı suçu, sıklıkla sınır aşan örgütlü bir suç olarak işlendiğinden⁶⁵⁷ ve suç örgütlerinin önemli derecede gelir elde ettikleri bir suç olduğundan⁶⁵⁸ kanun koyucu bu suçun örgütlü olarak işlendiği durumlarda cezanın arttırılması gerektiğini belirtmiştir. 5237 sayılı TCK'nın 79. maddesinin 3. fıkrasında suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, verilecek cezaların yarı oranında arttırılacağı düzenlenmiştir. Suçun nitelikli hali olarak düzenlenen örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesi, mülga Ceza Kanunumuz olan 765 sayılı Kanun'un göçmen kaçakçılığını düzenleyen 201/a maddesinde de *“yukarıdaki fıkralarda yazılı suçlar örgütlü olarak işlendiğinde faillere verilecek cezalar bir kat artırılarak hükmolunur”* şeklinde düzenlenmişti.

Mülga 765 sayılı Kanun'un göçmen kaçakçılığını düzenleyen 201/a maddesinde göçmen kaçakçılığı sırasında ölümün meydana geldiği hallerde cezanın bir kat artırılarak verileceği belirtilmiş ve ölümün gerçekleşmesi nitelikli hal olarak düzenlenmişti. Ancak 5237 sayılı TCK'nın 79. maddesinde suçun mağduru olan yabancıların suç işlenirken ölmesi halinde nitelikli hal olacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak böyle bir durumda içtima hükümleri çerçevesinde hareket edileceği için gerçek içtima kuralları uygulanacaktır.

Göçmen kaçakçılığı suçu bakımından suçu hafifletici bir hal söz konusu değildir. Kanunda buna ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Genel indirim nedenleri somut olayda varsa bu suç bakımından da uygulanabileceği düşünülebilir⁶⁵⁹.

⁶⁵⁷ GALLAGHER, s.975-1004.

⁶⁵⁸ <http://www.egm.gov.tr/Sayfalar/yasadisi-goc-ve-gocmek-kacakciligi.aspx>, E.T. 24.02.2015.

⁶⁵⁹ YENERER ÇAKMUT, s.131.

A. Suçun Örgüt Faaliyeti Çerçevesinde İşlenmesi

Türk Ceza Kanununun 79. maddesinin 3. fıkrasında suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, verilecek cezaların yarı oranında artırılacağı düzenlenmiştir

Örgüt⁶⁶⁰, soyut bir birleşme olmayan, bünyesinde sıkı veya bazen gevşek hiyerarşik bir ilişki taşıyan, bu ilişki doğrultusunda mensupları üzerinde hâkimiyet kuran bir güç kaynağı niteliğine haiz olan ve suç işlemek amacı etrafında toplanan devamlı fiili birleşmedir⁶⁶¹. Örgüt, bir organize güç aracı ve organize güç enstrümanı niteliğindedir⁶⁶².

Örgütlü suç, belirli bir grup insanın bilinçli olarak yine belli bir süre yasa dışı eylemlerde işbirliği yapmak üzere anlaşmaları, aralarında işbölümü yaparak ve çoğunlukla modern altyapıları kullanarak kısa sürede büyük kazançlar elde etmek

⁶⁶⁰ "örgüt teriminin TCK. ile ceza hükümleri içeren özel kanunlarda geçen teşekkül, cemiyet, silahlı cemiyet, çete veya silahlı çeteyi de kapsadığı..." yargı kararlarında belirtilmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 24.6.2008 tarihli ve E.2008/9-82, K.2008/181 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 23.02.2015.

⁶⁶¹ "Kanunlarda suç olarak tanımlanan fiillerin işlenmesi amacıyla örgüt kurmak veya yönetmek ile bu amaçla kurulmuş örgüte üye olmak, işlenmesi amaçlananlardan ayrı suçlar olarak tanımlanmıştır.

Örgüt kurmak, işlenmesi amaçlanan suçlar açısından sadece bir araç niteliğindedir. Suç işlemek için örgüt kurmak, toplum düzenini tehlikeye sokmaktadır. Ayrıca belirtilmelidir ki, suç örgütü, amaçlanan suçları işlemede bir kolaylık sağlamaktadır. Bu nedenlerle, işlenmesi amaçlanan suçlar açısından hazırlık hareketi niteliğinde olan bu fiiller, ayrı suçlar olarak tanımlanmıştır. Bu suç tanımı ile korunan hukukî değer, kamu güvenliği ve barışıdır. Kamu güvenliği ve barışının bozulması ise, bireyin güvenli, barış içinde yaşamak hakkını da zedeleyecektir. Bu nedenle söz konusu düzenlemeyle aynı zamanda bireyin, Anayasada güvence altına alınmış olan hak ve özgürlüklerine yönelik fiillere karşı da korunması amaçlanmaktadır.

Maddenin birinci fıkrasında, suç işlemek amacıyla örgüt kurmak veya yönetmek suçu tanımlanmıştır. Bu bakımdan, söz konusu suç, seçimlik hareketli bir suçtur. Bu seçimlik hareketler, suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmektir.

Örgüt, soyut bir birleşme değildir, bünyesinde hiyerarşik bir ilişki hâkimdir. Bu hiyerarşik ilişki, bazı örgüt yapılanmalarında gevşek bir nitelik taşıyabilir. Bu ilişki dolayısıyla örgüt, mensupları üzerinde hâkimiyet tesis eden bir güç kaynağı niteliğini kazanmaktadır.

Örgütün varlığı için suç işlemek amacı etrafındaki fiili birleşme yeterlidir. Örgüt, niteliği itibarıyla, devamlılık arzeder. Bu itibarla, kişilerin belli bir suçu işlemek için bir araya gelmesi hâlinde, örgüt değil, iştirak ilişkisi mevcuttur. İştirak ilişkisinden bahsedebilmek için, suç ortakları nezdinde suçun, konu veya mağdur bakımından somutlaşması gerekir. Buna karşılık, örgüt yapılanmasında, işlenmesi amaçlanan suçların konu veya mağdur itibarıyla somutlaştırılması zorunlu değildir". TCK 220. madde gerekçesi.

⁶⁶² ÖZGENÇ, Suç Örgütleri, s.20.

maksadını taşıyan suç şeklidir⁶⁶³. Yani örgütlü suç⁶⁶⁴, birden fazla kişinin, bir hiyerarşi içerisinde, disiplinli, sürekli, kamu düzenini bozduğu varsayılan aynı amaca yönelik suçları işlemek için oluşturdukları yapıdır⁶⁶⁵.

Örgütlü suç, dünya genelinde barış ve kişi güvenliğini tehdit eden, insan hakları ihlallerine neden olan ve toplumların ekonomik sosyal, kültürel, siyasi ve sivil gelişimini baltalayan bir niteliktedir⁶⁶⁶.

Sınır Aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin tanımlar başlıklı 2. maddesine göre; suç örgütü, doğrudan veya dolaylı olarak mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek amacıyla belli bir süreden beri var olan ve bu Sözleşmede belirtilen bir veya daha fazla ağır suç veya yasadışı eylemi gerçekleştirmek amacıyla birlikte hareket eden, üç veya daha fazla kişiden oluşan yapıdır⁶⁶⁷.

TCK'nın suç işlemek amacıyla örgüt kurma başlıklı 220. maddesine göre de örgüt kurmak suç olarak düzenlenmiştir. Buna göre: *“Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması halinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir”*⁶⁶⁸. Çok failli bir suç olan örgüt

⁶⁶³ Adem SÖZÜER, Organize Suçluluk Kavramı ve Batı Ülkelerinde Bu Suçla Mücadele İle İlgili Gelişmeler, Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.9, S. 1-3, 1995, s.256; Yılmaz PARILTI, “Örgütlü suç ve Terör Tanımları”, Sınıraşan Örgütlü Suç ve Teröre Karşı Uluslararası İşbirliği Semineri, Seminer Serisi 1, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, 2013, s.16, (s.16-24).

⁶⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Hasan KÖROĞLU, Örgütlü Suçluluk, Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele (4422 Sayılı Kanun) ve Cürüm İşlemek İçin Teşekkül Oluşturmak, Seçkin Yayınları, Ankara 2001.

⁶⁶⁵ ÖZEK, “Organize Suç”, s.195.

⁶⁶⁶ <https://www.unodc.org/unodc/it/organized-crime/index.html>, E.T.25.02.2015.

⁶⁶⁷ <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4800.html>, E.T.25.02.2015.

⁶⁶⁸ TCK m. “220/(2) Suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olanlar, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Örgütün silahlı olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza dörtte birinden yarısına kadar artırılır.

(4) Örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmolunur.

(5) Örgüt yöneticileri, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılır.

kurma, en az üç kişinin bulunmasını gerektirmektedir⁶⁶⁹. Sonradan sayıda azalma olursa suç sona ermiş demektir⁶⁷⁰. Bir suç için bir araya gelmiş olunması halinde örgütten bahsedilemez. Suç örgütünde, suç işlemek amacıyla bir araya gelenlerin oluşturduğu disiplinli ve sürekli bir yapı vardır⁶⁷¹. Anlaşılacağı üzere örgüt, gelişmiş güzel fiili bir birliktelik değil, aksine suç işlemek amacıyla kurulan disiplinli ve aynı zamanda bünyesinde dayanışma, organizasyon ile koordinasyonu barındıran bir niteliktedir⁶⁷². Yani örgüt niteliği itibarıyla devamlılığı gerektirdiğinden, kişilerin belli bir suçu işlemek için bir araya gelmesi halinde, örgüt değil iştirak iradesi söz konusu olacaktır. Ancak, amaçlanan suçları işlemede kolaylık sağladığı için işlenmesi amaçlanan suçlar açısından hazırlık hareketi niteliğinde olan örgütün varlığı için, amaç suçları işleme zorunluluğu yoktur. Amaç suçları sürekli biçimde işleme kararlılığının var olması gerekli ve yeterlidir⁶⁷³.

(6) Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan da cezalandırılır. Örgüte üye olmak suçundan dolayı verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir. (Ek cümle: 11/4/2013-6459/11 md.) Bu fıkra hükmü sadece silahlı örgütler hakkında uygulanır.

(7) (Değişik: 2/7/2012 – 6352/85 md.) Örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişi, örgüt üyesi olarak cezalandırılır. Örgüt üyeliğinden dolayı verilecek ceza, yapılan yardımın niteliğine göre üçte birine kadar indirilebilir.

(8) Örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır”.

⁶⁶⁹ “Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuyla korunan hukuki yarar kamu güvenliği ve barışıdır. Suç işlemek için örgüt kurmak, toplum düzenini tehlikeye soktuğu ve araç niteliğindeki suç örgütü, amaçlanan suçları işlemede büyük bir kolaylık sağladığından, bu suç nedeniyle kamu güvenliği ve barışın bozulması bireyin güvenli, barış içinde yaşamak hakkını da zedeleyeceğinden, işlenmesi amaçlanan suçlar açısından hazırlık hareketi niteliğinde olan bu fiiller ayrı ve bağımsız suçlar olarak tanımlanmıştır. Böylece bu düzenlemeyle aynı zamanda bireyin, Anayasada güvence altına alınmış olan hak ve özgürlüklerine yönelik fiillere karşı da korunması amaçlanmıştır. Bu amaçla henüz suç işlenmese dahi, sadece suç işlemek amacıyla örgüt oluşturmuş olmaları nedeniyle örgüt mensubu faillerin cezalandırılması yoluna gidilmiştir. Bunun asıl nedeni suç işlemek için örgüt kurmanın, kamu barışı yönünden ciddi bir tehlike oluşturmasıdır. Kanun koyucu bu düzenleme ile öncelikle gelecekte işlenebilecek suçları engellemek istemiştir”. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 19.2.2013 tarihli ve E.2012/6-1490, K.2013/59 sayılı karar, <http://www.kazanci.com>, E.T. 24.02.2015.

⁶⁷⁰ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s.84.

⁶⁷¹ ÜNVER, s.15 vd.

⁶⁷² A. Caner YENİDÜNYA/Zafer İÇER, “Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu”, T.C. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, C.19, S. 2, 2013, s.800, (s.797-823).

⁶⁷³ Yargıtay 9. CD. 27/11/2012 tarih ve E.2012/2721, K.2012/13802 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 24.02.2015.

Örgütün varlığı için suç işlemek amacı etrafındaki fiilî birleşme yeterlidir. Örgüt, niteliği itibarıyla, devamlılık gösterir. Bu bağlamda, kişilerin belli bir suç işlemek için bir araya gelmesi hâlinde, örgüt değil, iştirak ilişkisi mevcuttur. İştirak ilişkisinden bahsedebilmek için, suç ortakları nezdinde suçun, konu veya mağdur bakımından somutlaşması gerekir. Buna karşılık, örgüt yapılanmasında, işlenmesi amaçlanan suçların konu veya mağdur itibarıyla somutlaştırılması zorunluluk arz etmez⁶⁷⁴. Örgüt kurma suçunda belirtilen elverişlilik unsurunun muğlak olması ve suçun bu şekilde düzenlenmiş olması kanunilik (belirlilik) ilkesine uygun düşmediği gerekçesiyle sakıncalı görülerek eleştirilmiştir⁶⁷⁵.

Göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesi sonucunda örgütsel bir yapı tespit edildiğinde failere verilecek ceza yarı oranında arttırılacaktır. Ancak örgütün süreklilik unsuruna da dikkat edilmelidir. Yargıtay kararlarında da bu vurgulanmıştır⁶⁷⁶. Bir başka kararında, örgütün çıkar elde etmek için üç veya daha fazla kişiden oluşan hiyerarşik biçimde yapılanmış sürekli ve disiplinli işbirliği öngören ve amaca yönelik suçları işlemek için oluşturulmuş bir yapı olduğunu belirtip, sadece bir göçmen grubunu sınırdan geçirmek üzere bir araya gelen kişilerin durumunun örgüt oluşumu için yeterli olmadığına vurgu yapmıştır⁶⁷⁷. Göçmen

⁶⁷⁴ TCK 220. madde gerekçesi.

⁶⁷⁵ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s.67.

⁶⁷⁶ “5237 sayılı TCK'nın 220. maddesinde düzenlenen 'suç işlemek için örgüt kurma' suçunun işlendiğinin ve örgütün varlığının kabul edilebilmesi için; üye sayısının en az üç kişi olması, üyeler arasında soyut bir birleşme değil gevşek de olsa hiyerarşik bir ilişkinin bulunması, suç işlenmesi bile suç işlemek amacı etrafında fiili bir birleşmenin olması, niteliği itibarıyla devamlılık göstermesi gereklidir. Örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından, amaçlanan suçları işlemeye elverişli olması da aranmalıdır. Örgüt yapılanmasında işlenmesi amaçlanan suçların konu ve mağdur itibarıyla somutlaştırılması mümkün, ancak zorunlu değildir. Soyut olarak sanık sayısının üç kişiden fazla olması örgütün varlığının kabulü için yeterli olmayıp bu durumda iştirak ilişkisinden söz edilebilir”. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 10.12.2013 tarihli ve E.2013/10-483, K.2013/599 sayılı kararı. Corpus programı.

⁶⁷⁷ “Yasadışı yollardan Türkiye'ye giren şahısları yurt dışına çıkarmak amacı ile Seferihisar Sığacık limanında bekleyen tekneye bindirmek için İstanbul'dan Seferihisar'a getirdiklerinde yakalanan sanıklar hakkında uygulanan TCK'nun 201/a maddesinin son fıkrasında ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiş bulunan "örgüt'ten eylemsiz bir anlaşmanın kastedilmediği, sınıraşan örgütlü suçlara karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin 1. maddesinde tanımlanan örgütlü suç kavramının, aynı sözleşmeye ek, Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokolün 1. maddesiyle birlikte yorumlanmasında örgütten kastedilenin maddi çıkar elde etmek amacıyla var olan üç veya daha fazla kişiden oluşan hiyerarşik biçimde yapılanmış sürekli ve disiplinli bir işbirliği öngörmesi ve amaca yönelik suçları işlemek için oluşturulmuş bir grubun anlaşılmasının gerekmesi karşısında, oluşturma göre sadece bu göçmen grubunu sınırdan geçirmek üzere bir araya gelen sanıkların durumu

kaçakçılığı suçunun örgütlü olarak işlenmesinin ağırlatıcı sebep sayılmasının nedeni, bu suçun örgütlü olarak işlenmesinin daha basit olması ve bu çerçevede örgütün suçun işlenmesinde büyük kolaylık sağlamasıdır⁶⁷⁸.

Göçmen kaçakçılığı suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde TCK'nın 79. maddesinin 3. fıkrasında bulunan ağırlatıcı sebebin uygulanabilmesi için 220. madde bağlamında örgüt kurma suçundan da kişilerin cezalandırılmaları gerekmektedir⁶⁷⁹.

Göçmen kaçakçılığı suçu çoğunlukla sınıraşan⁶⁸⁰ suç olduğu ve suç örgütleri tarafından önemli bir gelir kaynağı olarak işlendiği için ve aslında suçun bir örgüt tarafından işlenmesinin daha kolay olması nedeniyle bu suçla mücadele bağlamında "bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesinin" ağırlatıcı sebep olarak düzenlenmiş olması caydırıcılık bağlamında önemlidir. Aynı zamanda *Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol'ün* 6. maddesinde taraf devletlere getirilen yükümlülük de yerine getirilmiş olmaktadır. Çünkü protokolün 6. maddesine göre, göçmen kaçakçılığının örgütlü olarak işlendiği hallerde, bunun cezayı ağırlatıcı neden olarak düzenlenmesi öngörülmüştür⁶⁸¹. Ancak bu suçun örgüt faaliyeti kapsamında işlendiği durumlarda hem TCK'nın 79. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen ağırlatıcı sebep ve hem de örgüt kurma suçundan kişiye

örgüt oluşumuna yeterli olmadığı ve suçu iştirak halinde işledikleri anlaşılan sanıklar hakkında TCK'nun 201/a maddesinin son fıkrasının uygulanamayacağıın gözetilmemesi", Yargıtay 8. CD. E.2005/341, K.2005/2011 sayılı karar, <http://www.kararara.com>, E.T. 25.02.2015.

⁶⁷⁸ KOCA, İnsan Yağması, s.167.

⁶⁷⁹ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s.86.

⁶⁸⁰ Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 3. maddesine göre, sınır aşan bir suçtan bahsedilebilmesi için şu özelliklerin bulunması gerekir; "a) Suç birden fazla devlette işlendiğinde, (b) Suç tek bir devlette işlendiğinde ancak, hazırlanma, planlama, idare veya kontrolünün önemli bir kısmının başka bir devlette gerçekleşmesi halinde,

(c) Suç tek bir devlette işlendiğinde ancak, birden fazla devlette suç teşkil eden faaliyetlerde bulunan örgütlü bir suç grubu suça karıştığında, veya

(d) Suç tek bir devlette işlendiğinde, ancak başka bir devlette önemli etkileri olduğunda, sınıraşan niteliktedir", http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktaraflioz/bm/bm_45.pdf, E.T. 10.04.2015.

⁶⁸¹ Orijinal metin için bkz. <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-e.pdf>, E.T. 10.04.2015.

ceza verildiği için ceza hukukunun temel ilkelerinden olan “non bis in idem” kuralına aykırılık teşkil edeceği ve bir fiilden iki defa ceza verileceği için eleştirilmiştir⁶⁸². Kanaatimizce eleştiri haklı da olsa, göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesinin önlenmesindeki zorluk ve suçun konusu birçok kişinin ölümüne neden olduğu dikkate alındığında kanun koyucunun düzenlemesi gerekli ve zaruridir.

B. Göçmen Kaçakçılığı Suçunun Kaçak Göçmenlerin Hayatları Bakımından Bir Tehlike Oluşturması

5237 sayılı TCK'nın 79. maddesinin 2. fıkrasına 6008 sayılı Kanun'la eklenen suçun, mağdurların hayatı bakımından bir tehlike oluşturması halinde verilecek cezanın yarısından üçte ikisine kadar artırılacağı düzenlendiğinden suçun nitelikli hali olduğu anlaşılmaktadır. 765 sayılı Kanun'un göçmen kaçakçılığını düzenleyen 201/a maddesinde de bu nitelikli hal bulunmaktaydı ve “*kaçak göçmenlerin yaşamlarını veya vücut bütünlüklerini tehlikeye soktuğu hallerde faillere verilecek cezalar, yarısı oranında artırılarak hükmolünür*” şeklinde ifade edilmişti. 6008 sayılı Kanun'un gerekçesinde kaçak göçmenlerin kamyon kasalarında havasız olarak veya küçük kayıklarda kalabalık şekilde taşınması sırasında hayati tehlike oluşması durumunda verilecek cezaların artırılması ile caydırıcılığın sağlanmak istendiği belirtilmiştir⁶⁸³.

5237 sayılı TCK'nın 79. maddesindeki bu düzenlemenin bir nitelikli halden çok neticesi sebebiyle ağırlaşmış göçmen kaçakçılığı şekli olduğu ve bu nedenle neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlara ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği vurgulanarak bu bağlamda failin en azından tehlike bakımından taksirinin bulunması ve neticenin de faile objektif olarak isnat edilebilmesi zorunluluğu iddia olunmuştur⁶⁸⁴.

Göçmenlerin hayatı bakımından tehlike oluşturulması, ülkeye giriş sırasında taşınma, ülkeden çıkmaya imkan sağlama sırasında taşınma, ülkede barınmaya imkan sağlama seçimlik hareketi işlendiği durumlarda da barındırılma sonucunda suçla konu

⁶⁸² ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s.66; ŞEN/MALBELEĞİ, s.107.

⁶⁸³ 6008 sayılı kanun gerekçesi.

⁶⁸⁴ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s.69.

yabancıların hayatlarının zarar görmesi tehlikesinin ortaya çıkması olarak anlaşılmalıdır. Bu nitelikli hal bakımından somut bir tehlike gerçekleşmelidir. Bir veya birden fazla göçmenin hayatını tehlikeye düşürecek şekilde suç işlenmelidir⁶⁸⁵. Örneğin taşıma kapasitesinin çok üzerinde bir gemiyle veya uçakla yabancı taşınması durumunda aşırı yükleme sonucunda geminin batma, uçağın düşme şeklinde bir tehlike atlatması halinde nitelikli hal söz konusudur⁶⁸⁶. Daha somut ifadeyle -40 derecede 20 kişilik bir tekneye 50 kişi bindirilerek Yunan adalarına kaçırılmaya çalışılması halinde nitelikli hal mevcuttur⁶⁸⁷. Dikkat edilecek olursa bu nitelikli halin uygulanması için, suçun konusu olan kişilerin hayatları bakımından ortaya çıkan tehlike yeterlidir. Ayrıca zararlı neticenin gerçekleşmesi gerekmez. Yani bu kişiler zarar görmüşse (yaralanma veya ölüm meydana gelmişse) artık hem göçmen kaçakçılığında ve hem de ortaya çıkan zarardan failer ayrı ayrı cezaya tabi tutulacaklardır⁶⁸⁸.

Kanaatimizce somut olaylar dikkate alındığında suça konu kişilerin havasız konteynırlarda⁶⁸⁹, güvensiz teknelerle⁶⁹⁰ ve korumasız kamyon kasalarında, aç-susuz ve havasız bir şekilde taşındıkları gerçeği ile karşılaşılmaktadır. Bu nedenle kanun koyucunun böyle bir nitelikli hal düzenlemiş olması ve cezayı arttırması caydırıcılık açısından önemli ve yerindedir⁶⁹¹. Bu düzenleme ile *Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol'ün* 6. maddesinde belirtilen “göçmenlerin hayatlarını veya güvenliklerini tehlikeye sokan veya tehlikeye sokması muhtemel durumlar”ın

⁶⁸⁵ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.2432.

⁶⁸⁶ ARSLAN, Göçmen Kaçakçılığı, s.134.

⁶⁸⁷ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.2432.

⁶⁸⁸ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.92; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s.84.

⁶⁸⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2008/8-221, K.2009/20 sayılı kararı, <http://www.kararara.com>, E.T. 26.02.2015.

⁶⁹⁰ “Çeşitli ülke uyruğuna mensup toplam 47 göçmenin yasadışı yollardan yurtdışına çıkmak amacıyla bindikleri Hilton isimli teknenin su alması üzerine sığındıkları Ayvalık Kız Adasında 11.10.2004 tarihinde yapılan ihbar üzerine yakalandıkları ve olayda kullanılan teknenin G..... Y..... isimli kişi tarafından aralarında sanık S..... M..... O...’un da bulunduğu kişilere satılarak tamir ettirildikten sonra suçta kullanıldığı”. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2008/8-33, K.2008/83 sayılı kararı, <http://www.kararara.com>, E.T. 26.02.2015.

⁶⁹¹ ŞEN/MALBELEĞİ, s.107.

bulunması halinde, taraf devletlerin bunu cezayı ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmesi yükümlülüğü de yerine getirilmiş olmaktadır⁶⁹².

C. Göçmen Kaçakçılığı Suçunun Kaçak Göçmenlerin Onur Kırıcı Bir Muameleye Maruz Bırakılarak İşlenmesi

6008 sayılı yasayla 5237 sayılı TCK'nın 79. maddesine eklenen diğer bir nitelikli hal, suçun konusu olan kişilerin onur kırıcı bir muameleye maruz bırakılarak bu suçun işlenmesi halidir. Onur, sözlük anlamı olarak insanın kendine karşı duyduğu saygı, şeref, öz saygı, haysiyet, izzetinefis ve başkalarının gösterdiği saygının dayandığı kişisel değer, şeref, itibardır⁶⁹³. Çok değerli kılınmış bir şeyin özelliği olarak vücut bulan onur, insanın kişilik değerini ve bağımsızlığını içinde taşıyan bir niteliktedir⁶⁹⁴.

İnsan onuru⁶⁹⁵, kişinin kendi yaşamını kendi sorumluluğu altında belirleme ve biçimleme yeteneğidir⁶⁹⁶. Sırf insan olunması sebebiyle değerli ve saygıya layık bir varlık olarak insanın görülmesidir⁶⁹⁷. İngilizce'de "human dignity" olarak ifade edilen insan onuru kavramı, insan olmaktan kaynaklanan asgari haklara sahip olma ve bu haklarda eşit olmak anlamındadır⁶⁹⁸. İnsan onuru tanımlanırken Immanuel

⁶⁹² Orijinal metin için bkz, <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-e.pdf>, E.T. 10.04.2015.

⁶⁹³ <http://www.tdk.gov.tr>, E.T. 27.02.2015.

⁶⁹⁴ “Kuşkusuz aydınlanma düşüncesi içinde insan onuru, en yetkin bir biçim de Kant’la somutlaştırılmıştır. Kant’ta onur, insan otonomisi üzerine temellendirilmiştir. Buna göre insan, kendi akli tarafından yapılandırılan, otonom (özerk) bir öznedir. Otonom ve akıllı bir özne olarak insanlar eşit bir onura sahiptirler” Nihat BULUT, “Eski Yunan’dan Aydınlanma Çağına İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Genel Bir Bakış” EÜHFD, C. XII, Sayı 3–4, Erzincan 2008, s.11. (s.1-12)

⁶⁹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Christopher MCCRUDDEN, "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights", *The European Journal of International Law*, Vol. 19, No. 4, 2008, (s.655–724); BULUT, “Eski Yunan’dan Aydınlanma Çağına İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Genel Bir Bakış”; Hüsnü ÖNDÜL, “İnsan Onuru”, <http://www.ihd.org.tr/index.php/makaleler-mainmenu-125/939-insan-onuru.html>, E.T. 27.02.2015.

⁶⁹⁶ Zafer GÖREN, “Türk-Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması”, s.20, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg9/zgoren.pdf, E.T. 27.02.2015.

⁶⁹⁷ Ayşen SEYMEN ÇAKAR, “Hukuki Bir Kavram Olarak İnsan Onuru”, www.umut.org.tr, E.T. 27.02.2015.

⁶⁹⁸ Ernesto Garzón VALDÉS, "Dignity, Human Rights, and Democracy", *Rationality, Markets and Morals, Perspectives in Moral Science*, (Editors M. Baumann& B. Lahno), Vol. 0, 2009, s.254-263, (s.253–265).

Kant'ın ortaya attığı görüşlere önem verilmektedir, 1797 tarihli çalışmasında “*her diğer insanın insanlık onuruna dikkat edilmesi*” kıstasıyla insan onurunun kabul ve korunmasını vurgulamıştır⁶⁹⁹. Diğer bir tanıma göre insan onuru, bilinçli olma, kendi kaderini tayin etme ve kendi çevresini şekillendirme yeteneği veren ve kişiliksizliği ortadan kaldıran manevi güç, ruhtur⁷⁰⁰. İnsan onuru, sadece insana özgü olan bir nitelikten kaynaklanır⁷⁰¹. İnsanın obje haline getirilmesi insan onuruna aykırıdır⁷⁰². Farklı ülkelerde İnsan onuru dokunulmaz kabul edilmekle birlikte⁷⁰³ çok geniş ve belirsiz bir kavram olduğu eleştirisi de yapılmıştır⁷⁰⁴.

Göçmen kaçakçılığına konu olan kişilerin onur kırıcı bir muameleye maruz bırakılarak suçun işlenmesi halinde, ceza arttırılmaktadır. Kaçak yabancıların kamyon kasalarında havasız olarak veya küçük kayıklarda kalabalık şekilde taşınması sırasında insan onuruna aykırı hareket edildiği gibi, hayati tehlike oluşmakta veya ölüm⁷⁰⁵ gerçekleşmektedir⁷⁰⁶.

Suçun konusu ve suçun sosyal mağduru olan kişilerin, ıstırap çekmesine neden olan, bu kişilerde aşağılık duygusu yaratan, onları küçük düşürüp alçaltacak nitelikte olan ve insanı bir araç, obje olarak gören hareketler insan onuruna aykırılık teşkil

⁶⁹⁹ Yener ÜNVER, “*Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve mevzuatımız*”, Seçkin yayınları, CHD, Yıl 3, S. 7, Ağustos 2008, s.47, (s.41-82).

⁷⁰⁰ Bahri ÖZTÜRK / Mustafa Ruhan ERDEM, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayınevi, 12. Bası, 2012 Ankara, s.33. (ÖZTÜRK/ ERDEM, Uygulamalı Ceza Hukuku)

⁷⁰¹ Sururi AKTAŞ, “*İdeal Hukuk Kavramı Üzerine*”, EÜHFD, C. XIII, S. 3–4, Erzincan 2009, s.18, (s.1-21).

⁷⁰² Mahmut KOCA/İlhan ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s.256. (KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler)

⁷⁰³ İnsan onurunun korunmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. George KATEB, Human Dignity, Harvard University Press, 2011, London/England; Çiğdem VARDAR, “İnsan Onurunun Anayasal Düzeyde Korunması”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S. 1, 2012, (s.105-114).

⁷⁰⁴ Yener ÜNVER/Altan HEPER, “İnsan Onuru Araştırması”, Güncel Hukuk, S. 3, 2010, s.42-44, (s.42-44).

⁷⁰⁵ İstanbul Boğazı'nda tekne faciası: En az 20 ölü; İstanbul Boğazı'nın Karadeniz çıkışı Rumeli Feneri açıklarında kaçakları taşıyan tekne battı. Tekne kazasında çok sayıda ölü ve yaralı var. <http://www.haber7.com/guncel/haber>, E.T. 03.11.2014.

⁷⁰⁶ 6008 sayılı kanun gerekçesi.

edecektir⁷⁰⁷. Mesela aç ve susuz halde veya yük taşımaya mahsus olan yerlerde⁷⁰⁸, canlı hayvanların arasında, konteynerlarda hiçbir insani ihtiyacını gideremeyeceği bir ortamda taşınması durumları insan onuruna aykırı muameledir⁷⁰⁹.

Kanaatimizce bu suç işlenirken, özellikle havasız konteyner⁷¹⁰ veya güvensiz teknelerde⁷¹¹ temel insan ihtiyaçlarının dahi giderilmesine imkan vermeyen şartlarda insanlar taşınmakta⁷¹² veya gecekondularda, bodrumlarda ya da yıkılmaya yüz tutmuş binalarda barındırılmaktadırlar. Saydığımız bu durumlarda insan onuruyla bağdaşmayan muameleler yapılmış olmaktadır. Bu nedenle suçun onur kırıcı davranışlarla işlenmesi halinde failere daha ağır ceza öngörülmüş olması hem ulusal ve hem de uluslararası mevzuat dikkate alındığında yerinde ve caydırıcılık bağlamında gerekli bir düzenlemedir. Nitekim *Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol*'ün 6. maddesinde belirtildiği üzere, “insanlık dışı veya

⁷⁰⁷ YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s.2433.

⁷⁰⁸ “Sanık A'nın yurda kaçak girmiş olan 47 göçmeni 2500 Amerikan Doları karşılığında TIR'la Tatvan'dan İstanbul'a götürmek üzere anlaştığı, aracın kasasının üst kısmına yaptırılan gizli bölmeye bindirdiği mültecileri götürürken yolda yapılan aramada yakalandığı, sanığın tüm aşamalarda, aracın kendisine ait olduğunu, haricen satın aldığını, ancak henüz trafikte tescil ettirmediğini belirttiği, aracın plakası adına tescilli bulunan S'nin ise hükümden sonra vekili marifetiyle verdiği 13.03.2003 tarihli dilekçede TIR'ın kendisine ait olduğunu belirterek tarafına teslimini istediği, bilahare diğer bir vekili aracılığı ile verdiği 13.06.2003 tarihli dilekçede ise, aracı sanığa kiraladığını belirttiği, ancak buna ilişkin herhangi bir belge ibraz etmediği anlaşılmaktadır...”, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2005/8-175, K.2004/198 sayılı kararı, <http://www.kararara.com>, E.T. 04.11.2014.

⁷⁰⁹ ARSLAN, Göçmen Kaçakçılığı, s.134.

⁷¹⁰ “Sanığın kullandığı TIR aracının kara sınırlarının dışına çıkmadan ve serbest bölge statüsünde olmayan gümrük sahasının Türkiye tarafında tel örgü ile çevrili alanda bulunduğu sırada kaçak göçmenlerin yakalandığının belirlenmesi karşısında...” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2008/8-221, K.2009/20 sayılı kararı, E.T. 05.11.2014.

⁷¹¹ Kaçak göçmenler denizin ortasında küçük bir botta bulundu; Denizin ortasında küçük bir lastik bottaki 4 mülteci kurtarılmayı beklerken bulundu. <http://www.ensonhaber.com>, E.T. 04.11.2014; Türk TIR'ında 32 kaçak göçmen yakalandı, İtalya, kaçak göçmenlerin hedef ülkelerinden biri olmaya devam ediyor. Trieste'de bir Türk tırında Türkiye'den giden 32 kaçak göçmen yakalandı. <http://arsiv.ntvmsnbc.com>, E.T. 05.11.2014.

⁷¹² “Oluş ve dosya içeriğine göre kaçak göçmenlerin taşındığı kamyonda ikinci şoför olarak bulunan sanığın ‘diğer sanık U...K...’in kendisine Mersin’e gitme teklifini işi olmadığından kabul ettiğine, kamyonun ceviz yüklü olduğunun söylendiğine, arabada göçmen olduğunu yakalanınca öğrendiğine’ dair savunmasını diğer sanık U...K...’in doğrulaması ve kapalı kamyonun yakalama anında mühürlü olması karşısında, sanığın savunmasının aksine mahkûmiyetine yeterli kesin ve inandırıcı delil elde edilemediğinden beraatine karar verilmesi gerekirken mahkûmiyet kararı verilmesi...” isabetsizliğinden bozulmuştur..”. Yargıtay 8. CD. E.2010/8-68, K.2010/118 sayılı kararı, <http://www.kararara.com>, E.T. 05.11.2014.

*aşağılayıcı muamelelere yol açan haller” in bulunması durumunda, taraf devletlerin bunu cezayı ağırlaştırıcı neden olarak düzenlemesi gerektiği görülmektedir*⁷¹³. Özellikle göçmen kaçakçılığı suçunun konusu olan göçmenlerin, göç sırasında insan onuruyla bağdaşmayan muamelelere maruz kalmaları veya sonrasında hedef ülkelerdeki olumsuz koşullar ve çoğunlukla suç örgütlerinin sömürüsüne açık olmaları nedeniyle göçmen kaçakçılığı temel bir insan hakları sorunu haline gelmiştir⁷¹⁴.

V. KUSURLULUK

Kusur, failin hukuka uygun davranmak imkanı varken, hukuka karşı gelmesi nedeniyle hakkında yapılan kınamadır⁷¹⁵. Çalışmamız çerçevesinde “kusurluluğu kaldıran bir hal olarak zorunluluk hali” bağlamında değerlendirmede bulunulacaktır.

Zorunluluk hali^{716 717}, kişinin kendisinin bir hakkına veya bir başkasının sahip olduğu bir hakka yönelik ağır ve muhakkak tehlikeyi bertaraf etmek için yaptığı davranış nedeniyle ceza sorumluluğunun bulunmamasıdır⁷¹⁸. Zorunluluk hali, TCK'nın 25. maddesinin 2. fıkrasında “*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*”, şeklinde

⁷¹³ Orijinal metin için bkz, <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-e.pdf>, E.T. 10.04.2015.

⁷¹⁴ BİRTEK, Göçmen Kaçakçılığı, s.219.

⁷¹⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.294.

⁷¹⁶ Öğretide zaruret hali ve ızzar hali olarak da ifade edilmektedir. Nevzat TOROSLU, Ceza Hukukunda Zaruret Hali, AÜHF Yayınları, No: 234, Ankara 1968. (TOROSLU, Zaruret Hali)

⁷¹⁷ Zorunluluk halinin hukuki mahiyeti için bakınız, TOROSLU, Zaruret Hali, s.19 vd.

⁷¹⁸ TOROSLU, Zaruret Hali, s.7; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.280.

düzenlenmiştir⁷¹⁹. Zorunluluk hali⁷²⁰, mevcut yasal düzenlemeye göre kusurluluğu kaldıran bir haldir⁷²¹. Bir hukuka uygunluk hali değildir.

Göçmen kaçakçılığı suçu için düşünülmesi gereken bir husus olarak zorunluluk hali karşımıza çıkmaktadır. Burada üçüncü kişi lehine zorunluluk halinin uygulanıp uygulanmayacağı değerlendirmeye alınmalıdır. Birinci örneğimize göre, Suriye veya Irak'ta bulunan bir TIR şoförünün silahlı çatışma ve iç savaş nedeniyle hayatına ilişkin bir tehlikeden kurtulmak için bir yabancıнын yol göstermesi karşılığında onu Türkiye'ye yasadışı olarak sokması durumunda, zorunluluk nedeniyle sorumluluğuna gidilemeyecektir. Ayrıca bu örnek bakımından fail doğrudan ve dolaylı olarak maddi menfaat elde etme maksadıyla hareket etmediği için zaten suç oluşmamaktadır. Fakat, Tır şoförü, yabancıyı hem yol göstermesi ve hem de yol masraflarını karşılaması karşılığında ülkeye sokarsa yine zorunluluk halinden yararlanabilir mi? diye sorduğumuzda; maddi bir menfaat sağlandığı için suçun özel bir maksatla işlenmesi unsuru gerçekleşmiş olacaktır. Bu nedenle, Tır şoförü zorunluluk halinden yararlanamayacaktır. Ancak, hayatı bakımından tehlike arz eden ve başıboş çetelerin dolaştığı insanların öldürüldüğü ya da fidye için kaçırıldığı bir komşu ülkeden kurtulmak isteyen bir Türk turistin, ülkeden çıkması için arabasını ona veren ya da ona ülkeye varabileceği kadar yakıt sağlayan bir yabancıyı da kendisiyle birlikte Türkiye'ye getirmesi ve sınırdan sokması durumunda zorunluluk halinin söz konusu olacağını düşünüyoruz.

Göçmen kaçakçılığı suçunda açlık, savaş, haksız idam cezası, işkenceye uğramaması, insanlık dışı muameleye tabi tutulmaması için bir yabancıнын menfaat karşılığı ülkeye yasadışı yollardan sokulduğu durumlarda her ne kadar kişilerin

⁷¹⁹ Önceki kanun döneminde öğretilde “mecburiyet hali” olarak da isimlendirildiği görülmektedir. TANER, s.420.

⁷²⁰ Zorunluluk haline ilişkin teoriler için bakınız EREM/DANIŞMAN/RTUK, s.580 vd.

⁷²¹ 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. Meşru savunmadan farklı olarak, zorunluluk hâlinde bir saldırı değil tehlike söz konusudur. Zorunluluk hâlinin kabulü için, kişinin tehlikeye bilerek neden olmaması, tehlikeden suç olan bir harekete başvurmadan kurtulmanın olanaklı bulunmaması ve tehlikenin ağır ve muhakkak olması da araştırılacaktır. TCK 25. madde gerekçesi.

hayatları bakımından bir tehlike söz konusuysa da, yani zorunluluk hali bakımından yaşam hakkına ilişkin “ağır bir tehlike” şartı oluşmuşsa da, maddi menfaat elde etmek maksadıyla hareket edildiği için zorunluluk halinden yararlanılamaz. Çünkü zorunluluk hali başkasını veya kendisini koruma içgüdüsünün ürünüdür ve menfaat elde etmek maksadıyla hareket eden bir kişi bu içgüdüyle hareket etmiş denilemez⁷²². Ancak öğretide, kar amacı gütmeyen tehlikeden kurtulmaları için yardım ettiği göçmenlerden/yabancılardan sadece katlandığı yol masraflarını karşılayacak şekilde menfaat sağlayan kişinin zorunluluk halinden yararlanabileceği ifade edilmiştir⁷²³. Kanaatimizce bu mümkün değildir, fail doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat sağlamaktadır. Maksadın gerçekleşmesi için menfaat sağlanması yeterlidir, bu maksatla fiili işleyen fail, zorunluluk halinde aranan başkasını ağır ve muhakkak tehlikeden koruma içgüdüsüyle hareket etmemektedir. Bu nedenle zorunluluk halinden yararlanamaz.

Ayrıca maruz kaldıkları tehlikeden kurtarmak maksadıyla herhangi bir menfaat de sağlamadan yabancıları yasadışı olarak ülkeye sokan kişi göçmen kaçakçılığı gerekçesiyle sorumlu olmaz. Çünkü, bu suçun manevi unsurları içinde kastın yanında aranan “*failin doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadı*” sağlanmamış olacaktır. Yani suç tipinin gerçekleşmesi için kanuni hükümde kastın yanında aranan maksat (sübjektif unsur) unsuru gerçekleşmediği için suçun haksızlık niteliği gerçekleşmemiş olacaktır⁷²⁴. Tipik haksızlığın bulunmadığı durumda ise, kusurluluğun tartışılmasının bir önemi yoktur. Yani tipik haksızlık bulunmadığında zorunluluk halinden söz edilmesi mümkün değildir.

VI. TEŞEBBÜS

Failin işlemek istediği suçun, icra hareketlerinin tamamlanamaması veya icra hareketlerinin tamamlanmasına rağmen neticeye suç tipinde ayrıca yer veren suçlar bakımından neticenin gerçekleştirilememesi nedeniyle işlenmek istenen suçun yarıda

⁷²² DOĞAN, s.138.

⁷²³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.95.

⁷²⁴ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.280.

kalması durumuna teşebbüs adı verilmektedir⁷²⁵. TCK'nın 35. maddesine göre: *“Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur”*.

Teşebbüsten bahsedebilmek için şu şartların bulunması gerekir; 1-kasten işlenen bir suçun ve bu suçu işlemeye yönelik kastın varlığı, 2-icra hareketi niteliğindeki fiillerin gerçekleştirilmesi, 3-suçun icrasına elverişli hareketlerle başlanması ve 4-failin elinde olmayan sebeplerle icra hareketlerinin tamamlanamaması veya icra hareketleri tamamlanmış olmasına rağmen suç tipinde neticenin ayrıca belirtildiği suçlarda neticenin gerçekleştirilememesidir⁷²⁶.

765 sayılı eski TCK'da suça teşebbüsle ilgili olarak yapılan düzenlemeye göre, göçmen kaçakçılığı suçuna teşebbüsün de tamamlanmış gibi cezalandırılacağı belirtildiğinden eksik ve tam teşebbüs mümkün olmamaktaydı⁷²⁷. Bu nedenle suçun *“kalkışma suçu (teşebbüs suçu)”*⁷²⁸ olduğu kabul edilmekteydi⁷²⁹. 5237 sayılı

⁷²⁵ Suça teşebbüsün cezalandırılması nedenleri bakımından teoriler için bakınız, SÖZÜER, Suça Teşebbüs, s.45-155; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.390; Doğan SOYASLAN, Teşebbüs Suçu, Kazancı Yayınları, Ankara 1994, s. 26-39; Adem SÖZÜER, Suça Teşebbüs, Kazancı Yayınları, İstanbul 1994, s.45-155.

⁷²⁶ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.364; , SÖZÜER, Suça Teşebbüs, s.158 vd.; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s.330; Yargı kararlarında da benzer şekilde şartlar sayılmıştır, *“Bir suça teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için; a- Suç teşebbüse elverişli bir suç olmalı, b- Belirli bir suç işleme kastı bulunmalı, c- Suç işleme kararı icraya başlanılmalı, d- Engel nedenlerle sonuca ulaşılamamalıdır”*, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 19.3.2013. tarihli ve E.2012/8-1085 K.2013/96 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 07.03.2015; Anlaşılacağı üzere, bir kimsenin suça teşebbüsten dolayı cezalandırılabilmesi için, yapılan hareketlerin objektif olarak suçun kanuni tanımında öngörülen sonucu meydana getirmeye elverişli olmasıyla birlikte, aracın fail tarafından bu sonucu gerçekleştirmeye uygun biçimde kullanılması, ancak failin elinde olmayan nedenlerle icra hareketlerinin tamamlanamaması ya da icra hareketleri tamamlanmasına rağmen sonucun gerçekleşmemesi gerekir, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 15.4.2014 tarihli ve E.2014/14-8, K.2014/186 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 07.03.2015; Suça teşebbüste kullanılan araç suçun kanuni tanımında öngörülen fiili meydana getirmeye elverişli olmalıdır. Ancak elverişlilik sadece kullanılan araç bakımından değil, suçun konusu da dahil olmak üzere bütün fiil yönünden bulunmalıdır. Nitekim uygulamada da elverişlilik bu şekilde anlaşılmaktadır. Bu nedenle maddeye, suça teşebbüsün bu unsurunu tam anlamıyla ifade eden "uygun hareketler" kavramı dahil edilmiştir. TCK'nın 35. madde gerekçesi.

⁷²⁷ ARSLAN, Göçmen Kaçakçılığı, s.131.

⁷²⁸ Kanunun hazırlık hareketlerini veya suçun teşebbüs durumunda kalmasını tamamlanmış suç gibi cezalandırdığı hallerde kalkışma suçu söz konusudur. ÖNDER, Genel Hükümler Cilt II-III, s.56.

⁷²⁹ BİRTEK, Göçmen Kaçakçılığı, s.227.

mevcut TCK'da ise, suçun ilk halinde bu düzenlemeye yer verilmediği için teşebbüs tartışması yapılarak yargı kararlarında da bu durum vurgulanmış ve nihai olarak göçmen kaçakçılığının teşebbüse elverişli olduğu kabul edilmiştir⁷³⁰. Ancak Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokolün 6. maddesine göre⁷³¹, her taraf devletin kendi hukuk sisteminin temel kavramlarına bağlı kalmak kaydıyla, göçmen kaçakçılığı suçunu işlemeye teşebbüs etmeyi cezalandırması gerektiğine

⁷³⁰ “Sanıkların yasal olmayan yollardan ülkemize giren göçmenlerin maddi menfaat elde etmek amacıyla ülkede kalmalarına imkan sağladıkları ve bu şekilde eylemlerinin tamamlandığı kabul edilmiş ise de, yasal olmayan yollardan ülkeye giriş yapan göçmenleri, yurt dışına çıkarmak maksadıyla belli bir süre barındıran sanıkların eylemlerinin, göçmen kaçakçılığı suçunun, suç tarihi itibarıyla yürürlükte olan ve sanıkların lehine olduğunda tereddüt bulunmayan "göçmenin yurt dışına çıkartılmasına imkan sağlanması" şeklindeki seçimlik hareketi oluşturduğu, göçmenlerin yurt dışına çıkartılmadan yakalanmış olmaları nedeniyle sanıkların fiilinin teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmelidir”, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 19.3.2013 tarihli ve E.2012/8-1085, K.2013/96 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 07.03.2015; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 05.06.2012 tarihli ve E.2012/8-322, K.2012/221 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 07.03.2015

⁷³¹ “1. Her Taraf Devlet, kasten ve doğrudan veya dolaylı olarak mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek için gerçekleştirilmeleri halinde, aşağıdaki eylemleri suç haline getirmek üzere gerekli yasal ve diğer önlemleri alacaktır: (a) Göçmen kaçakçılığı,

(b) Göçmen kaçakçılığını gerçekleştirmek amacıyla işlendiği takdirde:

(i) Sahte seyahat veya kimlik belgesi imali,

(ii) Bu tür bir belgenin tedariki, temini veya bulundurulması,

(c) İlgili Devletin vatandaşı olmayan veya o Devlette daimi ikametgahı bulunmayan bir kişinin, anılan Devlette, yasal olarak kalmak için gerekli şartlara uymaksızın orada kalmasına, bu fıkranın (b) bendinde söz edilen veya başka yasadışı yollarla imkân sağlamak.

2. Her Taraf Devlet, aşağıdaki eylemleri suç haline getirmek için gerekli yasal ve diğer önlemleri alacaktır: (a) Kendi hukuk sisteminin temel kavramlarına bağlı kalmak kaydıyla, bu maddenin 1. fıkrasında belirtilen bir suçu işlemeye teşebbüs etmek,

(b) Bu maddenin 1 (a), (b) (i) veya (c) fıkralarında belirtilen bir suça iştirak ve kendi hukuk sisteminin temel kavramlarına bağlı kalmak kaydıyla, bu maddenin 1 (b) (ii) fıkrasına göre tesis edilmiş bir suça suç ortağı olarak iştirak,

(c) Bu maddenin 1. fıkrasında yer alan suçları işlemek üzere başkalarını örgütlemek veya yönetmek.

3. Her Taraf Devlet, aşağıdaki durumların bu maddenin 1 (a), (b) (i) ve (c) fıkralarında yer alan suçlarda ve kendi hukuk sisteminin temel kavramlarına bağlı kalmak kaydıyla, bu maddenin 2 (b) ve (c) fıkralarında yer alan suçlarda cezayı ağırlaştırıcı nedenler olarak kabul edilmesi için gerekli yasal ve diğer önlemleri alacaktır:

(a) Göçmenlerin hayatlarını veya güvenliklerini tehlikeye sokan veya tehlikeye sokması muhtemel durumlar veya, (b) Bu tür göçmenlerin istismarı dahil, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamelelere yol açan haller.

4. Bu Protokol'deki hiçbir hüküm, bir Taraf Devleti, kendi iç hukukuna göre eylemleri bir suç teşkil eden bir kişiye karşı önlem almaktan alıkoymayacaktır”.

ilişkin hükmü bulunduğu için teşebbüs halinde suçun cezasında indirimde gidilmesi eleştirisi nedeni⁷³² olmuştu⁷³³. Daha sonra, göçmen kaçakçılığını düzenleyen TCK'nın 79. maddesine 6008 sayılı Kanunla eklenen hüküm neticesinde, suçun teşebbüs aşamasında kalması halinde de tamamlanmış gibi cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme sonucunda göçmen kaçakçılığının mevcut hali, eski 765 sayılı TCK'da olduğu gibi "teşebbüs suçu (kalkışma suçu)" olarak hayat bulmuştur⁷³⁴. Anlaşılacağı üzere, artık göçmen kaçakçılığı suçuna TCK'nın 35. maddesi bağlamında indirim hükümleri uygulanamayacaktır⁷³⁵.

Göçmen kaçakçılığı suçu artık bir kalkışma suçu olmasına rağmen, 22/7/2010 tarihli ve 6008 sayılı yasadan önceki uygulama ve tartışmaları anlamak bağlamında suça teşebbüs çerçevesinde değerlendirme yapılması ihtiyacı olduğundan suçu oluşturan her seçimlik hareket için ayrı ayrı inceleme ve değerlendirmede bulunacağız. Buna göre; **"doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollardan bir yabancıyı ülkeye sokma"** hareketi bakımından suç, ani suç hüviyetindedir⁷³⁶. Neticenin devam etmesi

⁷³² "Göçmen kaçakçılığı suçunun ülkemiz içerisinde veya kara sularımız kapsamında işlenmesi durumunda, mahkemelerce suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmekte ve ceza indirimii yapılmaktadır. Bu durumda, yakalanan şüpheliler çoğunlukla tutuksuz yargılanmakta ve kısa süre içinde yeniden aynı suçu işlemekten dolayı yakalanmaktadır. Maddeyle, Türk Ceza Kanununun 79 uncu maddesinin birinci fıkrasına "Suç, teşebbüs aşamasında kalmış olsa dahi, tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur." hükmünün eklenmesiyle, suçun teşebbüs aşamasında kalması halinde dahi, faillerin bundan dolayı tamamlanmış suç gibi cezalandırılması öngörülmekte ve böylelikle bu suçun işlenmesi halinde faillere en az üç yıl hapis cezası verilmesi sağlanmaktadır", 6008 sayılı yasa gerekçesi.

⁷³³ "Fakat bu düzenlemeden göçmen kaçakçılığı suçuna teşebbüs fiillerinin tamamlanmış suç gibi cezalandırılması (kalkışma suçu) gerektiği anlaşılmalı ancak, teşebbüs halinde de ceza verilmelidir", BİRTEK, Göçmen Kaçakçılığı, s.227.

⁷³⁴ ÖZGENÇ, s.473; "6008 sayılı Kanunla... maddenin birinci fıkrasına; "suç teşebbüs aşamasında kalmış olsa dahi tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur" hükmü eklenerek, göçmen kaçakçılığı bir teşebbüs suçu haline getirilmiştir". Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 19.03.2013 tarihli ve E.2012/8-1085, K.2013/96 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 07.03.2015; "Göçmen kaçakçılığı suçundan sanığın 5237 Sayılı T.C.K.nın 79/1. maddesine 6008 Sayılı Kanunla eklenen "suç teşebbüs aşamasında kalmış olsa dahi tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur" cümlesinin suç tarihinde yürürlükte olduğu nazara alındığında sanık hakkında teşebbüs hükümlerinin uygulanmaması gerektiği gözetilmelidir", Yargıtay 18. CD. 31.3.2015 tarihli ve E.2015/96, K.2015/47 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 15.10.2015; Yargıtay 18. CD. 1.7.2015 tarihli ve E.2015/30988, K.2015/3863 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 15.10.2015.

⁷³⁵ ŞEN/MALBELEĞİ, s.134.

⁷³⁶ HAKERİ, Göçmen Kaçakçılığı, maddi unsur başlığı.

gerekmez. Yabancılar ülkeye sokulduğu anda suç tamamlanmış olacaktır. Ancak hareketin kısımlara bölünmesi mümkün olduğu için teşebbüs de mümkün olmaktadır. Mesela yabancılar yaya olarak, katır sırtında, Tır kasasında veya diğer bir araçta ülke sınırlarından içeri sokulmaya çalışılırken yakalanacak olursa suç teşebbüs aşamasında kalmış kabul edilmektedir⁷³⁷.

İkinci olarak **“doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollardan Türk vatandaşı veya yabancıyı yurt dışına çıkmasına imkan sağlama”** seçimlik hareketi de ani nitelikte suça vücut vermektedir. Ülkeden çıkarmaya imkan sağlandığı anda suç tamamlanacaktır. Fakat hareketin kısımlara bölünmesi mümkün olduğu için⁷³⁸ göçmen kaçakçılığı suçunun bu hareketine de teşebbüs olabilmektedir. Madde metninde imkan sağlama ifadesi geçtiği için, yurt dışına çıkma için uygun ortam ve koşulların sağlanması halinde suçun tamamlanmış olduğu kabul edilecektir. Mesela Türk vatandaşı veya yabancıyı Tır kasasında saklandığı durumda sınır kapısında yapılan kontrol sonucunda yakalanması veya gümrük sahasına girdikten ve gemiye bindikten sonra hareket etmeden yakalanması halinde imkan sağlandığı için suç tamamlanmış olacaktır⁷³⁹. Ancak Yargıtay "yurt dışına çıkmaya imkan sağlama" bakımından suçun tamamlanması için, ülke karasuları, kara sınırları ya da hava sahasının dışına çıkılması gerektiğini kabul etmekteydi⁷⁴⁰. Bu dönemdeki bir başka kararında da Yargıtay, yurt dışına çıkarmak için anlaştıkları şahıslara düzenledikleri sahte pasaportları veren kişilerin eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığını kabul etmiştir⁷⁴¹.

⁷³⁷ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.2434.

⁷³⁸ DÖNMEZER/ERMAN, Cilt I, s.455.

⁷³⁹ YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s.2436.

⁷⁴⁰ *“Seçimlik hareketli bir suç olarak düzenlenen göçmen kaçakçılığı suçu, kanunda öngörülen göçmenin yasal olmayan yollardan “ülkeye sokulması,” “ülkede kalmasına imkan sağlanması” veya “yurt dışına çıkarılmasına imkan sağlanması” SURETİYLE İŞLENEBİLMEKTEDİR. Seçimlik hareketlerden “yurt dışına çıkmaya imkan sağlama” bakımından netice, ülke karasuları, kara sınırları ya da hava sahasının dışına çıkılmasıyla gerçekleşmektedir. Bu şartlar yerine getirilmedikçe fiilin teşebbüs aşamasında kaldığının kabulü zorunludur”*, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 19.03.2013 tarihli ve E.2012/8-1085, K.2013/96 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 07.03.2015.

⁷⁴¹ *“Sanığın daha önce yasadışı yollardan yurda giriş yapan göçmenleri ücret karşılığı Van ilinden alıp İstanbul'a getirdiği ve burada İran'dan tanıdığı Cafer isimli şahsa teslim ettiğini beyan ettiği, suç*

Göçmen kaçakçılığı suçunun diğer bir seçimlik hareketi olan **“doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollardan bir yabancıyı ülkede kalmaya imkan sağlama”** çerçevesinde işlenebilmesi için ise ülkede kalmaya ilişkin bir devamlılık söz konusudur. Yani, ülkede kalmaya imkan sağlama mütemadi niteliktedir. Bu seçimlik hareket bakımından suç mütemadi (kesintisiz) suçtur⁷⁴². Mütemadi suç olsa da teşebbüse elverişlidir. Mütemadi (kesintisiz) suçun işlenebilmesi için temadi teşkil edecek derecede hareketin devamlılığı aranmaktadır. Suçun gerçekleştiği yer ve zaman kesintinin gerçekleştiği yer ve zamandır⁷⁴³. Ülkede kalmaya imkan sağlama olarak kabul edilen hareketin yapılmasıyla aslında suç tamamlanmaktadır ancak bitmemektedir⁷⁴⁴. Mesela ülkede kalmaları için göçmenlere sahte evrak düzenlenmiş ancak ellerine ulaşmak üzereyken yakalanmışsa suç teşebbüs aşamasında kalmış olmaktadır. Aynı şekilde yabancılara yasadışı yoldan ülkede kalmaları için çalışacakları iş ayarlanmış ve fakat gidecekleri yere ulaşmadan yolda yakalandıkları durumda suç teşebbüs aşamasında kalmaktaydı⁷⁴⁵.

Mütemadi niteliği vurgulayan Yargıtay da verdiği kararlarda, yurt dışına çıkarılmak amacıyla ve geçici bir süre için yabancıların ülkede kalmalarına imkan sağlanması halinde bu seçimlik hareket bakımından suç oluşmayacağını ancak ülkeden çıkarma seçimlik hareketi bağlamında suçun teşebbüs derecesinde kalacağını kabul etmekteydi⁷⁴⁶. Yargıtay’ın verdiği yeni kararlarda ise suçun artık kalkışma suçu olduğu belirtilmektedir⁷⁴⁷.

tarihinde de Cafer'in kendisine '25' adet sahte pasaport vererek Hani Tahmasebi adlı yabancı uyruklu şahıs ile birlikte Kumkapı'da Ali isimli şahsa teslim etmesini istediği, bunun üzerine yolda giderken kolluk tarafından yakalandığının anlaşılması karşısında; sanığın kanıtlanan eyleminin göçmenlerin yurt dışına çıkmalarına imkan sağlamaya teşebbüs suçunu oluşturacağı gözetilmeden, suç tamamlanmış kabul edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması" isabetsizliğinden bozulmuş...", Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 05.06.2012 tarihli ve E.2012/8-322, K.2012/221 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 07.03.2015.

⁷⁴² ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s.80.

⁷⁴³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.100.

⁷⁴⁴ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.115.

⁷⁴⁵ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.2435.

⁷⁴⁶ “Yasal olmayan yollardan ülke dışına çıkarılmak istenen göçmen ya da göçmenlerin, bu amacın gerçekleştirilebilmesi için geçici bir süre ile ev, otel ya da benzeri yerlerde saklanması fiili, "yasal

Göçmen kaçakçılığı suçunun 6008 sayılı Yasa'yla teşebbüs suçu (kalkışma) olarak düzenlendiği tarih itibariyle teşebbüse elverişli olmayacağı açıklık arz etmektedir. Teşebbüs, ancak bir suçun tamamlanmasına ilişkin olabilir. Kastedilen suçun doğrudan doğruya icrasına ilişkin elverişli hareketlerin tamamlanmış suç gibi cezalandırıldığı durumlarda ise, suça teşebbüs mümkün değildir. Yani, teşebbüs suçuna teşebbüs olmaz ve teşebbüs hükümleri çerçevesinde cezalandırmada bulunulamaz⁷⁴⁸. Sonuç olarak "teşebbüs suçu (kalkışma suçu)" olarak düzenlenen göçmen kaçakçılığı suçuna mevcut yasal hüküm nedeniyle teşebbüs mümkün değildir. Nitekim Yargıtay'ın suç tipindeki bu düzenlemeden sonra işlenen suçlar için verdiği kararlarda da suçun kalkışma suçu olduğu açıkça ifade edilmektedir⁷⁴⁹.

Teşebbüs suçu olmasına rağmen, göçmen kaçakçılığı suçunda hazırlık hareketleri ile icra hareketleri ayırımının yapılması gerekmektedir. Yani hangi hareketlerin hazırlık hareketi ve hangi hareketlerin icra hareketleri olduğu belirtilmelidir. Göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturan seçimlik hareketlere belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması durumunda suçun icrasına başlanmış olacağı için artık bu hareketler icra hareketleri olarak kabul edilecektir⁷⁵⁰. Failler ile suçun konusu kişiler arasında maddi menfaat karşılığında ülkeye sokmak, ülkeden çıkarmak ve ülkede kalmaya imkan sağlamak için anlaşma sağlanmasından itibaren suçun icrasına başlanmış olacaktır. Önceki hareketler hazırlık hareketleri

olmayan yollardan ülkede kalmaya imkân sağlama" biçimindeki hareketin değil, "göçmenin yurt dışına çıkmasına imkân sağlama" şeklindeki seçimlik hareketin kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. "Ülkede kalmaya imkân sağlama" ise, başka bir ülkeye gitme amacı bulunmayan ve ülkemizde sürekli kalmak isteyen göçmenin yasal olmayan yollardan ülkede kalmasına imkân sağlamaya yöneliktir... ", Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2012/8-1085, K.2013/96 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 07.03.2015.

⁷⁴⁷ Yargıtay 18. CD. 31.3.2015 tarihli ve E.2015/96, K.2015/47 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 15.10.2015; Yargıtay 18. CD. 1.7.2015 tarihli ve E.2015/30988, K.2015/3863 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 15.10.2015.

⁷⁴⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.375.

⁷⁴⁹ "suç tarihi itibariyle, 6008 Sayılı Kanunun 6. maddesiyle değişik 5237 Sayılı T.C.K'nın 79/1. maddesine eklenen ek cümle gereği sanığın teşebbüs aşamasında kalan eyleminin tamamlanmış suç gibi cezalandırılmasının gerektiği düşünülmeyen, tayin olunan temel cezadan T.C.K'nın 35. maddesi uyarınca indirim yapılmak suretiyle eksik ceza tayini kanuna aykırıdır". Yargıtay 18. CD. 30.3.2015

tarihli ve E.2015/53, K.2015/6 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 15.10.2015.

⁷⁵⁰ TCK'nın 35. madde gerekçesi.

olarak değerlendirilecektir⁷⁵¹. Diğer bir ifadeyle, maddi menfaat konusunda faillerin göçmenlerin rızalarını aldıkları andan itibaren icra hareketleri başlamış olacaktır. Bundan önce yapılacak olan, göçmenleri taşıyacak Tır veya diğer araçların hazırlanması, temin edilmesi, göçmenlerin saklanacağı mekanların kiralanması, yolda tüketilecek yiyeceklerin alınmış olması hareketleri hazırlık hareketleri olarak kabul edilecektir⁷⁵². Yani, plan yapılması, program hazırlanması, faillerin suç için kendi aralarında anlaşmaları, vasıta temin etmeleri gibi hareketler hazırlık hareketidir⁷⁵³. Ülkeye sokulacak veya ülkeden çıkılacak olan gümrük kapısındaki görevli ile bir menfaat karşılığında anlaşan faillerin hareketi de hazırlık hareketidir. Hazırlık hareketleri cezalandırılmamaktadır. Mesela Antalya’da Suriyeli mültecilere can yelegeği satılması suçun hazırlık hareketi olduğu için cezalandırılmayacaktır. Ancak hazırlık hareketleri başka bir suç oluşturduğu durumda o suçtan sorumluluk doğacaktır. Henüz göçmenlerle anlaşma sağlanmadan, gümrük görevlisi ile yasaya aykırı olarak yabancıların ülkeye girmesine veya çıkmasına göz yumması için menfaat karşılığı anlaşılırsa bu hazırlık hareketi rüşvet suçu oluşturacağı için artık rüşvet suçundan cezalandırmaya gidileceğini düşünüyoruz. Aynı şekilde gişe görevlisi veya gümrük görevlisi üzerinde nüfuzu olduğuna inandıkları kişiyle yasadışı giriş veya çıkış için anlaşma yapılması durumunda da nüfuz ticareti suçu oluşacaktır.

Yabancıların veya Türk vatandaşlarının ülkeden çıkarılması için ülke içinde araçlara bindirilip sınıra götürüldüğü durumda yolda yakalanmaları halinde icra hareketleri başladığı için suç teşebbüs aşamasında kalmış olacak ancak tamamlanmış gibi ceza verilecektir⁷⁵⁴.

⁷⁵¹ YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s.2438.

⁷⁵² DOĞAN, s.146.

⁷⁵³ ŞEN/MALBELEĞİ, s.135.

⁷⁵⁴ “Sanıkların yasadışı yollardan Türkiye’ye gelmiş ve buradan başka ülkelere gitmek isteyen Irak uyruklu 21 göçmeni minibüs ile taşıma eyleminin göçmenlerin yurt dışına çıkmalarına imkan sağlamaya teşebbüs aşamasında kaldığı, 765 sayılı TCK.nun201/a maddesinde, göçmen kaçakçılığına teşebbüs halinin tamamlanmış suç gibi cezalandırılacağı hükmünün yer aldığı, 5237 sayılı TCK.’da ise, 765 sayılı TCK.nun201/a-2 madde ve fıkrasındaki düzenlemeye yer verilmemesi nedeniyle göçmen kaçakçılığı suçunun bütün hallerine teşebbüsün olanaklı olduğu, verilecek cezadan teşebbüs nedeniyle dörtte birinden dörtte üçüne kadarının indirileceği gözönüne alınması gerekir”,Yargıtay 8. CD.

Göçmen kaçakçılığı suçunun seçimlik hareketlerinden bir tanesinin yapılmasıyla suç tamamlanmış olacağı için, transit olarak ülkemizin kullanıldığı bir durumda, yabancının ülkeden çıkarılmak amacıyla yasal olmayan yollardan ülkeye sokulması ve sonrasında ülke dışına çıkmadan yolda sınıra giderken yakalanması halinde, ülkeden çıkarma bakımından teşebbüs aşamasında kalmış olmasına rağmen, ülkeye sokma hareketi gerçekleştiği için suç tamamlanmıştır⁷⁵⁵. Teşebbüsten ve kalkışmadan bahsedilemez. İlk seçimlik hareket gerçekleşmeseydi, yani ülkeye yasal olarak giren bir kişinin ülkeden yasal olmayan bir yoldan çıkarılması için maddi menfaat karşılığında anlaşılrsa ve bunlar araçlarla sınıra götürülürken yakalansalardı dahi, mevcut düzenlemeye göre suç teşebbüs suçu olduğu için, teşebbüs aşamasında kalsa bile tamamlanmış gibi cezaya hükmedilecekti.

Yabancıların veya Türk vatandaşlarının yasal olmayan yollardan ülke dışına çıkartılmasına imkan sağlanması seçimlik hareketi bakımından suçun tamamlanması için sınırın geçilmesi gerekmemektedir. Ülke dışına çıkmasına imkanın sağlanmış olması yeterlidir⁷⁵⁶. Bu imkan göçmenlerin sınır olan bir nehirde geçmeleri için bota kadar götürmeleri, hareket etmek üzere olan bir gemide saklanmalarının sağlanması veya sınırı geçmek için gümrük sahasına giren bir Tır'ın kasasına saklanması şeklinde olabilir. Bota götürüldükten sonra göçmenler karşı kıyıya geçerse ya da Tır gümrükten geçerken göçmenler fark edilirse, ülkeden çıkmaya ilişkin imkan sağlanmış olduğu için suç tamamlanmış olacaktır⁷⁵⁷.

Ülkemizin transit bir ülke konumunda olduğu durumlarda yasal olmayan yollardan yurt dışına çıkartılmak istenen bir göçmenin/yabancının, bu amacın

05.04.2007 tarihli ve E.2006/5415, K.2007/286 sayılı kararı; “dava; göçmen kaçakçılığı suçuna ilişkindir. Suç tarihi itibarıyla, 6008 sayılı Kanununun 6. maddesi ile TCK'nın 79/1. maddesine eklenen cümle yürürlükte bulunmadığından sanıkların, yasal olmayan yollardan ülkeye giriş yapan ve buradan başka ülkelere gitmek isteyen göçmenleri Yurt dışına çıkarma amacıyla Türkiye'de bir süre barındırma ve yurt dışına çıkışlarını sağlamak amacıyla İstanbul'dan İzmir'e getirmeleri şeklinde gerçekleşen olayda, suçun teşebbüs aşamasında kaldığı ve tayin olunan temel cezadan TCK'nın 35/2. maddesi uyarınca indirim yapılması gerektiği gözetilmeden, tamamlanmış suçtan hüküm kurulmak suretiyle fazla ceza tayini isabetsizdir”, Yargıtay 18. CD. 02.04.2015 tarihli ve E.2015/10, K.2015/91 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 10.06.2015.

⁷⁵⁵ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s.88.

⁷⁵⁶ DOĞAN, s.146.

⁷⁵⁷ EREL, s.286.

gerçekleştirilmesi için geçici olarak bir evde veya otelde saklanması halinde “ülkede kalmaya imkan sağlanması” seçimlik hareketi değil, "göçmenlerin ülke dışına çıkartılmasına imkan sağlanması" seçimlik hareketi kapsamında değerlendirme yapılmalıdır. Böyle bir durumda da suç tamamlanamamakla birlikte, yeni düzenleme gereği tamamlanmış gibi cezaya hükmolunacaktır⁷⁵⁸. Ancak transit geçiş için sağlanan kalmaya ilişkin sürenin makul bir süre olması gerekir. Gerekli makul süreyi aşan birkaç günlük bir “kalmaya imkan sağlama” dahi suçun tamamlanmasına neden olacaktır⁷⁵⁹. Çünkü artık ülkede kalmaya imkan sağlanmış ve suç tamamlanmıştır.

Sonuç olarak göçmen kaçakçılığı suçunun seçimlik hareketleri bakımından suçun ilk halinde suça teşebbüs mümkündür. Ancak bu suçun kanuni tipinde yapılan değişiklik neticesinde suç bir teşebbüs (kalkışma) suçu olduğundan, suçun icrasına başlanmışsa hareket tamamlanmamış olsa dahi, suç tamamlanmış gibi kabul edileceğinden bu suça teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Yani teşebbüs (kalkışma) suçu olan göçmen kaçakçılığına teşebbüs hükmü uygulanamaz. Tamamlanmış gibi cezalandırılır.

Göçmen kaçakçılığı suçunda gönüllü vazgeçmek mümkündür⁷⁶⁰. İcra hareketleri hareketlerine başladıktan sonra veya icra hareketlerinin bitmesinden sonra, failin suçu tamamlamaktan gönüllü olarak vazgeçmesini teşvik etmek modern suç politikasında kabul görmüştür. 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu’nda sadece icra hareketlerinin devamı aşamasında kabul edilen gönüllü vazgeçme, icra hareketlerinin bittiği ancak neticenin suç tipinde ayrıca belirtildiği suçlarda neticenin meydana gelmediği olaylar bakımından da mümkün hale gelmiştir. Böylece suçun icrası

⁷⁵⁸“Yasal olmayan yollardan yurt dışına çıkartılmak istenen bir göçmenin, bu amacın gerçekleştirilmesi için geçici olarak bir evde, otelde vb... saklanması eylemi, "yasal olmayan yollardan ülkede kalmaya imkan sağlama" şeklindeki seçimlik hareketi değil, "göçmenin yurt dışına çıkartılmasına imkan sağlanması" biçimindeki seçimlik hareketin kapsamında değerlendirilmelidir. "Ülkede kalmaya imkan sağlama", başka bir ülkeye gitme amacı bulunmayan ve ülkemizde sürekli olarak kalmak isteyen göçmenlerin yasal olmayan yollardan ülkede kalmalarına imkan sağlamaya yöneliktir”. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 05.06.2012 tarihli ve E.2012/8-322, K.2012/221 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>. E.T. 07.03.2015.

⁷⁵⁹ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s.88.

⁷⁶⁰ TCK madde 36- (1) 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.

sürecindeki bütün aşamalarda gönüllü vazgeçme imkanı vardır. Ancak icra hareketlerinin bitmesinden sonra gönüllü vazgeçmenin kabulü için, vazgeçenin suçun tamamlanmasını önlemek bakımından ciddi bir çaba göstermesi zorunludur⁷⁶¹. Suç failinin vicdani olarak rahatsız olması veya pişmanlık duyarak anlaştığı yabancıları sınıra götürürken bundan vazgeçip onları yakalatması, güvenli bir yere bırakması, tekneye bindirdiği yabancıları sınırı geçememeleri için götürüp bir Türk adasına bırakması, Tır'ın kasasına sakladığı göçmenleri polisi arayarak yolda yakalatması ve göçmenlerin sınırdan geçmesini mümkün kılan tüm imkanları sağladıktan sonra sınır devriyesini haberdar edip ülkeden çıkmalarına engel olması halinde gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanacaktır⁷⁶². Ayrıca, yasal olmayan yollardan ülkede kalmalarına imkan sağlamak için anlaştığı göçmenlere yer ayarlanması ve fakat göçmenler o yerde kalmaya başlamadan yeri vermekten vazgeçilmesi veya o yerde kalmalarına engel olunması halinde de gönüllü vazgeçme söz konusudur⁷⁶³.

Göçmen kaçakçılığı suçunda gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanabilir ancak unutulmamalıdır ki, gönüllü vazgeçildiği ana kadar yapılan hareketler başka bir suç oluşturuyorsa fail bu suçtan cezalandırılacaktır. Mesela belgede sahtecilik, örgüt kurma veya dolandırıcılık ya da rüşvet suçları işlenmişse fail bu suçlardan sorumlu olacaktır.

VII. İŞTİRAK

İştirak⁷⁶⁴, bir kişi tarafından işlenebilen bir suçun, birden fazla kişinin önceden işbirliği yapmaları neticesinde işlenmesine denir⁷⁶⁵. İştirak⁷⁶⁶ TCK'nın 37.

⁷⁶¹ TCK 36. madde gerekçesi.

⁷⁶² ŞEN/MALBELEĞİ, s.138.

⁷⁶³ DOĞAN, s.146.

⁷⁶⁴ İştirak kurumunun hukuki esası ve ayrıntılı bilgi için bakınız; İzzet ÖZGENÇ, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İstanbul, 1996. (ÖZGENÇ, Suça İştirak); Mustafa Ruhan ERDEM, "Yeni TCK'da Faillik ve Suç Ortaklığı, HPD", C. 14, S. 5, Aralık 2005.

⁷⁶⁵ Johannes WESSELS/Werner BEULKE, Strafrecht Allgemeiner Teil, 41. Auflage, Heidelberg, 2011, s.504 vd; Claus ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, München, 2003, s.5 vd; Eller SCHLUCHTER, Strafrecht Allgemeiner Teil in Aller Kürze, 3. Auflage, Frankfurt, 2000, s.85 vd; HEINRICH, s.513-518; SCHMIDT, s.366-367; HOFFMANN-HOLLAND, s.184; KÜHL, s.734; GROPP, s.390; OTTO, s.289-290; BAUMANN/WEBER/MITSCH, s.655; MURMANN, s. 311-312; JESCHECK/WEIGEND, s.641-645; DÖNMEZER/ERMAN, Cilt II, s.446; YÜCE, s.84; V.

maddesinde “faillik”⁷⁶⁷, TCK’nın 38. maddesinde “azmettirme”⁷⁶⁸ ve TCK’nın 39. maddesinde “yardım etme”⁷⁶⁹ olarak düzenlenmiştir.⁷⁷⁰ TCK’nın kabulüne göre

YEKEBAŞ, Suçun ve Suçlunun Taaddüdü ve Cürme İştirak, Ankara 1952; HAKERİ, Genel Hükümler, s.509; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, 346; Mehmet SAYDAM, Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Telekomünikasyon yoluyla yapılan İletişimin Denetlenmesi, XII Levha Yayınlar, İstanbul 2011, s.99.

⁷⁶⁶ “İştirak bir suçun işlenmesinde birden ziyade failin bulunmasıdır. İştirak halinin mevcudiyeti için müteaddit şahsın bulunması şart olduğuna göre, iştirak suretiyle bir suçun işlenmesi bir drama benzetilmiş ve bunun aktörleri olan faillerden herbiri bir rol almıştır. Bir dramda muhtelif sahneler bulunduğu gibi bir suçun işlenmesinde de – evvelce gördüğümüz veçhile tasavvur ve karar, hazırlık, icra hareketleri gibi- muhtelif safhalar vardır; sözügeçen rollerden bazıları bütün safhalarda mevcut ve neticeye birinci derecede müessir oldukları halde, diğerleri bunların ancak bazılarında bulunurlar ve ehemmiyetçe ikinci derecede kalırlar”, TANER, s.517.

⁷⁶⁷ TCK madde 37- (1) Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur.

(2) Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır.

⁷⁶⁸ TCK madde 38- (1) Başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır.

(2) Üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirme halinde, azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılır. Çocukların suça azmettirilmesi halinde, bu fıkra hükmüne göre cezanın artırılabilmesi için üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı aranmaz.

(3) Azmettirenin belli olmaması halinde, kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortağı hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunabilir. Diğer hallerde verilecek cezada, üçte bir oranında indirim yapılabilir.

⁷⁶⁹ TCK madde 39- (1) Suçun işlenmesine yardım eden kişiye, işlenen suçun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, onbeş yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde cezanın yarısı indirilir. Ancak, bu durumda verilecek ceza sekiz yılı geçemez.

(2) Aşağıdaki hallerde kişi işlenen suçtan dolayı yardım eden sıfatıyla sorumlu olur:

a) Suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek.

b) Suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak.

c) Suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak.

⁷⁷⁰ “Öğretideki görüşler ve yerleşik yargısal uygulamalar dikkate alındığında müşterek faillik için; "failler arasında birlikte suç işleme kararı bulunması" ve "suçun işlenişi üzerinde birlikte hakimiyet kurulması" koşullarının gerçekleşmesi gerekmektedir.

Müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının yanı sıra fiil üzerinde ortak hakimiyet kurulduğu için, her bir suç ortağı "fail" konumundadır. Fiil üzerinde ortak hakimiyetin kurulup kurulmadığının saptanmasında suç ortaklarının suçun icrasında üstlendikleri rolleri ve katkılarının taşıdığı önem göz önünde bulundurulmalıdır. Suç ortaklarının, suçun işlenmesine yaptıkları katkının diğerinin fiilini tamamladığı durumlarda da müşterek faillik söz konusu olacaktır. Buna göre her müşterek fail, suçun icrasına dair etkin ve fonksiyonel bir katkıda bulunmaktadır”, Yargıtay Ceza Genel Kurulu,

iştirak, faillik ve şerikliği kapsayan üst bir kavramdır⁷⁷¹. Görüldüğü gibi kanun koyucu TCK'nın 37. maddesinde failliği düzenlerken, şerikliği ise 38. maddede azmettirme ve 39. maddede yardım etme olarak düzenlemiştir⁷⁷². Faillik müşterek faillik, müstakil faillik ve dolaylı faillik olarak ayırma tabi tutulmaktadır⁷⁷³. Birden fazla kişinin birlikte suç işleme kararı çerçevesinde suçun icra hareketlerini gerçekleştirerek suçun kanuni tipinde bulunan fiil üzerinde müşterek hakimiyet kurmalarına müşterek faillik denilmektedir⁷⁷⁴. Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi ise dolaylı fail olarak suçu işlemiş olmaktadır⁷⁷⁵. Müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının yanı sıra, fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurulduğu için, her bir suç ortağı fail statüsündedir⁷⁷⁶.

Göçmen kaçakçılığı suçuna iştirakin her şekli mümkündür⁷⁷⁷. Örgüt niteliği olmayan iradi birliktelikler iştirak bağlamında değerlendirilecek ve genel hükümler

18.12.2012 tarihli ve E.2012/1-1049, K.2012/1851 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 07.03.2015.

⁷⁷¹ Faillik ve şerikliğin ayırımı ve cezalandırılmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız; ÖZGENÇ, Suça İştirak, s.139 vd; Berrin AKBULUT, “Bağlılık Kuralı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIV, Y. 2010, S. 1. (s.167-214).

⁷⁷² KOCA/ÜZÜLMEZ, s.389; Azmettirme, belli bir suçu işleme hususunda henüz bir fikri olmayan bir kişinin başkası tarafından bu suçu işlemeye karar verdirilmesi olarak tanımlanmıştır. İzlenen suç politikasının gereği olarak, azmettirenin suçun kanundaki cezası ile cezalandırılacağı kabul edilmiştir, TCK 38. madde gerekçesi.

⁷⁷³ ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.484.

⁷⁷⁴ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.392; ÖZGENÇ, Suça İştirak, s.261.

⁷⁷⁵ Dolaylı faillğe ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız; Meral EKİCİ ŞAHİN, “Dolaylı Faillğe İlişkin Bazı Sorunlar”, Bahçeşehir Üniversitesi HFD, C.8, S. 109-110, Eylül-Ekim 2013; Meral EKİCİ ŞAHİN, “Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri”, Bahçeşehir Üniversitesi HFD, C. 8, S. 107-108, Temmuz-Ağustos 2013. Mustafa ÇİÇEK, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’na Göre Bir İştirak Şekli Olarak “Dolaylı Faillik””, Dicle Üniversitesi SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı YYLT, Diyarbakır, 2014.

⁷⁷⁶ “Ortak hâkimiyetin kurulup kurulmadığının saptanmasında suç ortaklarının suçun icrasındaki rolleri ve katkılarının taşıdığı önem göz önünde bulundurulur. Bu durumda, fiilin icrası veya sonuçsuz kalması ortak faillerden her birinin elinde bulunmaktadır. Örneğin suç ortaklarından birinin cebir veya tehdit kullanarak mağduru etkisiz hâle getirdiği, diğerinin de üzerindeki para ve sair kıymetli eşyayı aldığı yağma suçunda her iki suç ortağının suçun işlenişine yaptıkları katkı, suçun icrası açısından birbirini tamamlayıcı niteliktedir. Dolayısıyla, her iki suç ortağı, suçun işlenişinde ortak bir hâkimiyet kurmaktadır”, TCK 37. madde gerekçesi.

⁷⁷⁷ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s.74; Veli Özer ÖZBEK, İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Cilt II, Özel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara 2008, s.155.

tatbik edilecektir⁷⁷⁸. Failler fiil üzerinde müşterek hakimiyet kurabilecekleri ve birlikte fiili işleyebilecekleri gibi, biri diğerinin fiiline yardım etmek suretiyle de suça iştirak edebilecektir⁷⁷⁹. Kişilerin ülkeye kaçak giren, ülkede kaçak barınmaya çalışan ya da ülkeden yasadışı yollarla çıkmaya çalışan veya bu fiilleri organize eden kimselerle olan ilişkileri ve eyleme ilişkin somut davranışları, suça yapılan katkıyı ortaya koymada dikkate alınarak müşterek fail olarak mı yoksa yardım eden olarak mı sorumlu tutulacakları belirlenecektir⁷⁸⁰.

Göçmen kaçakçılığı suçunun “ülkede kalmaya imkan sağlama” seçimlik hareketi mütemadi (kesintisiz) suç niteliğinde olduğu için mütemadi suçlara ilişkin iştirak uygulaması çerçevesinde, kesintinin gerçekleştiği ana kadar suça iştirak mümkündür⁷⁸¹. Diğer seçimlik hareketler açısından ise, ülkeye sokma ve ülkeden çıkarmaya imkan sağlandığı anda suç tamamlandığı için artık iştirak mümkün olmayacaktır.

Göçmen kaçakçılığı suçu seçimlik hareketli bir suç olduğundan suçun kanuni tipinde yer alan bu hareketlerden bir tanesini bir suç işleme kararı bağlamında birlikte işleyen kişiler fail olarak cezalandırılacaklardır. Örneğin, yurt dışından göçmenleri yasal olmayan yollardan ülkeye sokan Tır şoförü ve muavini müşterek fail olarak sorumlu olacaktır. Aynı zamanda getirilen yabancıları/göçmenleri evinde saklayan ve ülkede kalmalarına imkan sağlanan yabancıları/göçmenleri teknesi ile ülkeden çıkarmaya imkan sunan kişiler de müşterek fail olarak sorumlu tutulacaklardır.

Dolaylı faillik çerçevesinde göçmen kaçakçılığı suçuna bakıldığında; bir kişinin göçmen kaçakçılığı suçunu dolaylı fail olarak işlemesi de mümkündür.

⁷⁷⁸ “...örgütten kastedilenin maddi çıkar elde etmek amacıyla var olan üç veya daha fazla kişiden oluşan hiyerarşik biçimde yapılanmış sürekli ve disiplinli bir işbirliği öngörmesi ve amaca yönelik suçları işlemek için oluşturulmuş bir grubun anlaşılmasının gerekmesi karşısında, oluşa göre sadece bu göçmen grubunu sınırdan geçirmek üzere bir araya gelen sanıkların durumu örgüt oluşumuna yeterli olmadığı ve suçu iştirak halinde işledikleri anlaşılan sanıklar hakkında...”, Yargıtay 8. CD. 5.4.2005 tarihli ve E. 2005/341, K. 2005/2011 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 07.03.2015.

⁷⁷⁹ YENERER ÇAKMUT, s.133.

⁷⁸⁰ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s.89.

⁷⁸¹ KOCA, İnsan Yağması, s.166.

Örneğin yurt dışına yolcu taşıyan geminin yük bölümüne veya erzak deposuna, kaptanın ve gemi personelinin haberi olmadan maddi menfaat karşılığında bindirdiği yabancı veya Türk vatandaşlarını ülkeden çıkarmaya çalışan yükleme elemanının eylemi dolaylı faillik bağlamında değerlendirilecektir. Aynı şekilde sınıra yakın bir bölgede dinlenme tesisi çalışanın maddi menfaat karşılığında anlaştığı yabancıları, Tır şoförü dinlenirken veya yemek yerken onun haberi olmadan Tırın kasasına bindirmesi ve sınır kapısından geçerken bunun fark edilmesi durumunda, şoförün iştirak iradesi olmadığı ve yabancılardan haberi de olmadığı için bunu yapan tesis çalışanı göçmen kaçakçılığı suçundan “dolaylı fail” olarak cezalandırılacaktır. Çünkü, her iki örnekte de göçmenleri yurt dışına çıkarmaya çalışanların bundan haberi yoktur ve göçmen kaçakçılığı suçunda araç olarak kullanılmaktadırlar. Yani, TCK’nın 37. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen “suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur” düzenlemesi gerçekleştiği için, gemi kaptanı ve Tır şoförünü cezalandırılmayacaktır. Ancak, gemi kaptanı ve Tır şoförünü göçmen kaçakçılığı suçunda araç olarak kullanan yükleme elemanı ile tesis çalışanı dolaylı fail olarak sorumlu tutulacaktır kanaatindeyiz.

Göçmen kaçakçılığı suçuna yardım etmek suretiyle katılmak mümkün olduğundan arabasını göçmen kaçakçılığı için bir başkasına kiraya veren kişi fail olarak değil yardım eden (araç tedarik eden) olarak sorumlu olacaktır. Aynı şekilde yol güzergahını tarif eden veya yol için navigasyon cihazı veren kişi yardım eden olarak suça katılmış olmaktadır⁷⁸². Göçmen kaçakçılığı suçunu işlemeye teşvik eden veya suç işleme kararını kuvvetlendiren veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat eden kişiler de yardım eden olarak sorumludur⁷⁸³.

Suçun sosyal mağduru olan yabancılar ve Türk vatandaşları, suçun faili olamazlar. Yani göçmen kaçakçılığı suçunun konusu ve suçun sosyal anlamda mağduru olan yabancılar ve Türk vatandaşları suçun faili olarak cezalandırılmaz. Ancak bir yabancı bir Tır şoförünü göçmen kaçakçılığına ikna edip kendisiyle birlikte 5-10 kişi ayarlayıp ülke dışına çıkarmaya veya yasal olmayan yollardan

⁷⁸² ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s.74.

⁷⁸³ KAYAALP, s.129.

ülkeye sokmasına azmettirirse, doğrudan veya dolaylı olarak bir menfaat sağlama maksadıyla hareket etmesi şartıyla diğer göçmenler bakımından suçun faili olacaktır⁷⁸⁴.

Göçmen kaçakçılığı suçunun seçimlik hareketlerinden olan bir yabancıyı yasadışı yollardan ülkede kalmasına imkan sağlamak bakımından, ülkede kalmaya yardım eden kişi faillik çerçevesinde sorumlu olacaktır. Mesela evini bilerek menfaat karşılığı onlara kiralayan kişi yardım eden olarak değil ülkeye kalma seçimlik hareketini gerçekleştirdiği için doğrudan fail olarak cezalandırılacaktır⁷⁸⁵. Ayrıca göçmen kaçakçılığı suçuna iştirak eden bütün suç ortaklarının “doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek” maksadıyla hareket etmesi gerekmektedir⁷⁸⁶.

İştirak kurumu çerçevesinde göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesinde, suça azmettiren olarak katılan bir fail, aynı zamanda suçun seçimlik hareketlerinden birini de işlemişse, failliğin şerikliğe göre önceliği ilkesi dikkate alınarak faillikten sorumluluğuna gidilecektir.

Alman hukukunda, yasadışı yollardan bir kişinin ülkeye girmesini azmettirenlerin de göçmen kaçakçılığı suçundan sorumlu tutuldukları görülmektedir⁷⁸⁷.

Sonuç olarak, göçmen kaçakçılığı suçuna faillik ve şeriklik bağlamında iştirak etmek mümkündür. Suça katılan faillerin doğrudan veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla hareket etmesi gerekmektedir. Bu nedenle cinsel ilişkiye girme karşılığında veya sırf iyilik olsun diye suçun seçimlik hareketlerini

⁷⁸⁴ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.2439.

⁷⁸⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.104.

⁷⁸⁶ DOĞAN, s.150.

⁷⁸⁷ Aufenthaltsgesetz, m.96/1 “Bir başkasını, 1. 95’inci maddenin 1’inci fıkrası veya 1’nci fıkrasının 1a no’lu hükmünde belirtilen fiillere azmettiren veya ona bu hususta yardım yapan ve

a) bunun için maddi menfaat sağlayan veya maddi menfaat vaadi alan veya

b) bu hususta mükerreren veya birden fazla yabancıyı çıkarı için hareket eden bir kişi, 5 yıla

kadar hapis veya para cezası ile cezalandırılır”, http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/aufenthg_2004/gesamt.pdf, E.T. 02.04.2015.

işleyen kişiler ve suçun konusu ile suç failleri arasında aracılık yapan, yabancıları/göçmenleri tedarik eden ya da yol gösteren kişi bu suçtan cezalandırılmayacaktır.

VIII. İÇTİMA

İçtima, toplanma, bir araya gelme, biriktirme, birleşme anlamlarına gelmektedir. Suçların içtimalı ise suçların bir arada bulunmasını ihtiva eder⁷⁸⁸. 5237 sayılı TCK'nın suçların içtimalı bakımından kabul ettiği düstur, “kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır” şeklinde ifade edilmektedir. Buna, gerçek içtima kuralı denilmektedir⁷⁸⁹. Bu kural, gerçek içtimanın asıl, suçların içtimasının ise istisnai nitelikte olduğunu göstermektedir⁷⁹⁰.

TCK'nın genel hükümler kısmının “suçların içtimalı” başlıklı 5. bölümünde içtima hükümleri düzenlenmiştir. TCK'nın “suçların içtimalı” bölümünün 42. maddesinde⁷⁹¹ “bileşik suç”⁷⁹², 43. maddesinde⁷⁹³ “zincirleme suç” ve 44. maddesinde⁷⁹⁴ ise “fikri içtima” kurumu yer almaktadır.

⁷⁸⁸ Kayıhan İÇEL, Suçların İçtimalı, İstanbul Üniversitesi Yayını, İstanbul 1972, s.11. (İÇEL, Suçların İçtimalı)

⁷⁸⁹ ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.536.

⁷⁹⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.428.

⁷⁹¹ TCK Madde 42- (1) Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz.

⁷⁹² “Kanuni tipe uygun gerçekleşen her sonuç ilke olarak ayrı ve bağımsız suç oluşturur. Birleşik suç oluşturan suçlar ya unsur yada ağırlatıcı neden niteliğindedir”, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 12.3.1984 tarihli ve E.1983/1-176, K.1984/87 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>. E.T. 07.03.2015.

⁷⁹³ TCK madde 43- (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. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. (**Ek cümle: 29/6/2005 – 5377/6 md.**) Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır.

(2) Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır.

(3) Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz.

⁷⁹⁴ TCK madde 44-(1) İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.

Bileşik suç, aslında suçların içtimaı hallerinden biri değildir. Çünkü bileşik suçun bulunduğu durumda çok suç değil, tek suç söz konusudur. İçtima esas olarak fikri içtima ve zincirleme suç bağlamında söz konusudur. Çünkü burada suçlar gerçek anlamda çoktur⁷⁹⁵. Zincirleme suç⁷⁹⁶, bir suç işleme kararı kapsamında, aynı suçun aynı kişiye karşı farklı zamanlarda birden fazla işlenmesi durumudur⁷⁹⁷. Zincirleme suç halinde ortada birden fazla suç bulunmasına rağmen, bunlar tek suç sayılırlar ve faile arttırılarak da olsa “tek bir” ceza verilir⁷⁹⁸.

Bir fiille kanunun muhtelif hükümleri ihlal edildiğinde fikri içtima söz konusu olur⁷⁹⁹. Fikri içtima⁸⁰⁰ aynı neviden fikri içtima ve farklı neviden fikri içtima olarak ayrılmaktadır. Unutulmamalıdır ki, fiil teklifinden kasıt hukuki anlamda hareketin teklifidir⁸⁰¹. Farklı neviden fikri içtima halinde bir fiille kanunun farklı hükümleri ihlal edilmekte ve fail bunlardan cezası en ağır olandan cezalandırılmaktadır. Mesela failin bir kişinin camını kırmak için attığı taş aynı zamanda orada bulunan bir kişiyi yaralarsa hem mala zarar verme ve hem de kasten ya da taksirle yaralama bulunduğu için farklı neviden fikri içtima oluşacaktır. Buna karşı, kanunun aynı maddesi bir fiille birden fazla kişiye karşı işleniyorsa, mesela içeri giren bir kişi odadaki beş kişiye hitaben “şerefsizler” diyorsa, burada da hakaret suçu birden fazla kişiye karşı bir fiille işlendiği için aynı neviden fikri içtima söz konusu olacaktır⁸⁰². Farklı neviden fikri içtima halinde, işlenen bir fiille kanunun farklı maddeleri ihlal edildiği için, en ağır cezayı gerektiren suç çerçevesinde hüküm kurulur⁸⁰³. 5237 sayılı yeni TCK’da

⁷⁹⁵ İÇEL, Suçların İçtimaı, s.11; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.429.

⁷⁹⁶ Zincirleme suçun diğer bir adı da müteselsil suçtur, Türkan YALÇIN SANCAR, Müteselsil Suç, Seçkin Yayınları, Ankara 1995. (YALÇIN SANCAR, müteselsil Suç)

⁷⁹⁷ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.437; İÇEL, s.308.

⁷⁹⁸ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.509; ÖZTÜRK/ ERDEM, Uygulamalı Ceza Hukuku, s.332; İÇEL, s.308.

⁷⁹⁹ TANER, s.478.

⁸⁰⁰ Fikri içtimanın hukuki esası ve fikri içtimaa ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz, YALÇIN SANCAR, müteselsil Suç, s.19 vd. ; Mahmut KOCA, “Fikri İçtima”, Seçkin Yayınları, CHD, Y.2, S. 4, Ağustos 2007, s.199, (197-221). (KOCA, Fikri İçtima)

⁸⁰¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.503.

⁸⁰² KOCA, Fikri İçtima, s.199.

⁸⁰³ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.502.

aynı neviden fikri içtima zincirleme suçla ilişkin 43. maddenin 2. fıkrasında “*Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu nedenle aynı neviden fikri içtima halinde zincirleme suçla ilişkin hükümlerin uygulanması gerekmektedir⁸⁰⁴. Yani, aynı neviden fikri içtima halinde zincirleme suçta olduğu gibi ceza arttırılarak verilir.

765 sayılı eski TCK'da göçmen kaçakçılığına ilişkin özel bir düzenleme ile suçun gerçek içtima kapsamında değerlendirileceği belirtilmişti. Buna göre 765 sayılı eski TCK'nın 201/a. maddesinde, göçmen kaçakçılığı suçunun failine “*fiilleri başka bir suç oluştursa bile ayrıca iki yıldan beş yıla kadar ağır hapis ve bir milyar liradan az olmamak üzere ağır para cezası verilir...*” denilerek fikri içtima uygulanmayacağı ancak gerçek içtima uygulanacağı düzenlenmişti. Örneğin şartların mevcudiyeti bağlamında rüşvet, sahtecilik veya dolandırıcılık suçundan fail ayrıca cezalandırılmaktaydı⁸⁰⁵. Ancak 5237 sayılı yeni TCK'da böyle bir hüküm yer almamıştır. Artık göçmen kaçakçılığı suçunu düzenleyen kanun maddesinde gerçek içtima ilişkin özel bir hüküm bulunmadığından fikri içtima başta olmak üzere içtima yönelik bütün ihtimaller değerlendirmeye tabi tutulmalıdır.

Göçmen kaçakçılığı suçu bakımından 765 sayılı mülga kanundaki gerçek içtima hükmü bulunmamakla birlikte, belgede sahtecilik suretiyle işlenmesi açısından kanunun başka bir hükmünde aynı sonucu doğuracak bir düzenleme bulunmaktadır. Göçmen kaçakçılığı suçu, resmi veya özel belgede sahtecilik suretiyle işlendiğinde, yani yabancıların ülkeye girebilmeleri, ülkede kalabilmeleri veya yabancı ya da Türk vatandaşlarının ülkeden yasadışı olarak çıkmalarına imkan sağlanması için sahte kimlik, pasaport, seyahat izni veya oturma izni hazırlanmış olması durumunda fail hem göçmen kaçakçılığı ve hem de resmi (TCK m.204)⁸⁰⁶ ya

⁸⁰⁴ KOCA, Fikri İçtima, s.215.

⁸⁰⁵ ARSLAN, Göçmen Kaçakçılığı, s.133.

⁸⁰⁶ TCK madde 204- (1) *Bir resmi belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir resmi belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren veya sahte resmi belgeyi kullanan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(2) *Görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu resmi bir belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren, gerçeğe aykırı olarak belge düzenleyen*

da özel belgede sahtecilik suçundan (TCK m.207)⁸⁰⁷ sorumlu olacaktır. Çünkü, TCK'nın “*Topluma Karşı Suçlar*” başlıklı üçüncü kısmının, “*Kamu Güvenine Karşı Suçlar*” başlıklı dördüncü bölümünde düzenlenen gerçek içtima ilişkin özel içtima hükmüne göre; “*sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur (TCK m.212)*”. Anlaşılacağı üzere, sahte resmi ve özel belge bir başka suç olan göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesinde kullanılmışsa fail her iki suçtan da ayrı ayrı cezalandırılacaktır⁸⁰⁸.

Göçmen kaçakçılığına ilişkin içtima bağlamında zincirleme suç hükümleri gereğince bakıldığında; bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda aynı göçmene/yabancıya karşı göçmen kaçakçılığı suçunun birden fazla işlenmesi durumunda zincirleme suç hükümleri uygulanabilir (TCK m.43/1)⁸⁰⁹. Ayrıca birden fazla göçmen tek bir araçla, yani Tır konteynerinde, bir balıkçı teknesiyle ya da gemiyle ülkeye sokulduğunda ya da ülkeden çıkarılmasına imkan sağlandığında öğretide bir fiille suçun mağduru olan birden fazla kişiye karşı aynı suç işlendiği için aynı neviden fikri içtimanın söz konusu olacağı ve zincirleme suç hükümlerinin (TCK m.43/2) uygulanacağı ileri sürülmüştür⁸¹⁰. Göçmen kaçakçılığı suçunda, göçmenlerin suçun mağduru olduğunu kabul edenler, 22/7/2010 tarihli ve 6008 sayılı Kanunla eklenen hükmün ifadesinde göçmenlerin suçun mağduru olduklarının açıkça ifade edildiğini gerekçe göstererek aynı neviden fikri içtimanın var olduğunun kabulü ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasının gerektiğini iddia

veya sahte resmi belgeyi kullanan kamu görevlisi üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Resmi belgenin, kanun hükmü gereği sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli olan belge niteliğinde olması halinde, verilecek ceza yarısı oranında artırılır.

⁸⁰⁷ TCK madde 207-(1) *Bir özel belgeyi sahte olarak düzenleyen veya gerçek bir özel belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren ve kullanan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(2) Bir sahte özel belgeyi bu özelliğini bilerek kullanan kişi de yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.

⁸⁰⁸ EVİK, s.169; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s.91.

⁸⁰⁹ EREL, s.293.

⁸¹⁰ ARSLAN, Göçmen Kaçakçılığı, s.133; EVİK, s.171.

etmektedirler⁸¹¹. Ancak kanaatimizce bu görüş yerinde değildir. Çünkü, göçmen kaçakçılığı suçunun mağduru uluslararası toplumu oluşturan herkes ve ulusal toplumu oluşturan herkestir. Bu nedenle böyle bir örnekte sadece bir tane göçmen kaçakçılığı oluşacak ve aynı neviden fikri içtima bağlamında zincirleme suç hükümleri uygulanmayacaktır. Yargıtay da verdiği kararda; göçmen kaçakçılığı suçunda korunan hukuki yararın uluslararası toplum düzeni olduğunu, menfaat karşılığı ülkeye sokulan, ülkede kalmasına veya yurt dışına çıkmasına imkan sağlanan kişilerin suçun yasal mağduru durumunda bulunmadığını suçun konusunu oluşturdukları ve bu nedenle zincirleme suç hükümlerinin uygulanmaması gerektiğini kabul etmektedir⁸¹².

Göçmen kaçakçılığı suçunda farklı neviden fikri içtima hükümleri incelendiğinde; fail bir fiille hem göçmen kaçakçılığı suçunu ve hem de başka bir suçu işlemişse, burada farklı neviden fikri içtima söz konusu olacağından, fikri içtimaa (TCK m.44) ilişkin hükümlerin uygulanması gerekecektir. Örneğin failin fiili hem dolandırıcılık ve hem de göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturuyorsa en ağır cezayı öngören suç hangisiyse ondan ceza verilecektir⁸¹³. Yunanistan'a götürmek için anlaştığı İranlı göçmenleri, İran'dan alıp Türkiye'ye getirdikten sonra Yunanistan diye götürüp bir Türk sahil kasabasına bırakan kişinin, hem dolandırıcılık⁸¹⁴ ve hem de göçmen kaçakçılığı suçunu bir fiille gerçekleştirdiği için

⁸¹¹ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s.76.

⁸¹² “Göçmen kaçakçılığı suçunda korunan hukuki yarar uluslararası toplum düzeni olup, menfaat karşılığı ülkeye sokulan, ülkede kalmasına veya yurt dışına çıkmasına imkan sağlanan kişilerin suçun yasal mağduru durumunda bulunmayıp suçun konusunu oluşturdukları gözetilmeden, sanık hakkında birden fazla göçmenin yurt dışına çıkışı hususunda anlaşma sağladığı gerekçesiyle, zincirleme suç hükümleri uygulanarak fazla ceza tayin edilmemesi gerekir. ...”, YARGITAY 18. CD. 31.3.2015 tarihli ve E.2015/54 K.2015/28 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 09.10.2015; “Sosyal olarak suçtan zarar gören durumunda bulunan göçmenlerin göçmen kaçakçılığı suçunun yasal mağduru durumunda bulunmayıp suçun konusu oldukları, suçun yasal mağdurunun uluslararası toplum olduğu, göçmenlerin sayıca çok olmasının TCK.nun 61. maddesi uyarınca alt sınırdan uzaklaşarak ceza tayin edilmesini gerektireceği gözetilmeden, zincirleme suç kabulü ile 5237 sayılı TCK.nun43/2. madde ve fıkrasının uygulanması suretiyle ceza tayini hatalıdır”. Yargıtay 8. CD. 25.4.2006 tarihli ve E.2006/2028, K.2006/3617, <http://www.kazanci.com>, E.T. 09.03.2015.

⁸¹³ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s.76.

⁸¹⁴ TCK Madde 157- (1) 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.

farklı neviden fikri içtima (TCK m.44) hükümleri bağlamında cezalandırılacağı iddia edilmektedir⁸¹⁵. Ancak kanaatimizce bu örnekte sadece göçmen kaçakçılığı suçu oluşmuştur, dolandırıcılık söz konusu değildir. Fail ile göçmenlerin arasındaki anlaşma gereği vaat edilen edim aslında gerçekleşmektedir. Yani İranlılar, kendi ülkelerinden çıkarılarak maddi bir menfaat karşılığında, yasal olmayan yollardan bir başka ülkeye sokulmuştur. Buradaki hilenin bir önemi yoktur, yabancılar Türkiye'ye sokulduğu için suçun seçimlik hareketlerinden biri gerçekleştiği gibi göçmenlerin bir başka ülkeye götürülmesine ilişkin anlaşma da gerçekleşmiştir. Göçmen kaçakçılığı suçunun TCK'nın "Uluslararası Suçlar" kısmında düzenlendiği ve suçta korunan hukuki yararlarından birinin de uluslararası toplum düzeni ve ülkelerin sınır güvenliği olduğu düşünüldüğünde yukarıdaki örnekte sadece göçmen kaçakçılığı suçu işlenmiş olacaktır. Aynı şekilde, yasal olmayan yollardan Almanya'ya götürmek için anlaştığı yabancı veya Türk vatandaşlarını sınırdan geçirdikten sonra götürüp Yunanistan'da bırakan kişi de sadece göçmen kaçakçılığı suçunu işlemiş olacak ve fakat dolandırıcılıktan bahsedilemeyecektir. Bu ihtimalde de göçmen kaçakçılığına ilişkin suç tipinde düzenlenen ülke dışına çıkarma seçimlik hareketi gerçekleşmiştir. Her ne kadar anlaşılan ülke yerine bir başka ülkeye götürülmüşlerse de, edim gerçekleşmektedir. Ülkenin farklı olmasının bir önemi yoktur. Zaten dolandırıcılık suçu malvarlığına karşı işlenen bir suçtur ve malvarlığı hakkı korunmaktadır⁸¹⁶. Failin yabancından elde ettiği maddi menfaat ülke dışına çıkarmaya ilişkindir ve ülke dışına da çıkarmıştır. Buna karşılık, failin Türkiye'den maddi menfaat karşılığı yasal olmayan yollardan Yunanistan'a götürmek için anlaştığı yabancı veya Türk vatandaşlarını Yunanistan diye götürüp Antalya'ya bıraktığı hallerde, hileli davranışların gerçekleştirilmiş olduğu, muhatabın aldatılmış olduğu ve buna bağlı olarak malvarlığı üzerinde belli bir yönde tasarrufta bulunulmasıyla bir zararın meydana geldiği ve buna karşılık olarak haksız bir menfaatin temin edildiği sabit

⁸¹⁵ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s.90.

⁸¹⁶ "Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için, a) hileli davranışların gerçekleştirilmiş olması, b) muhatabın aldatılmış olması, c) buna bağlı olarak malvarlığı üzerinde belli bir yönde tasarrufta bulunulmuş olması, d) bir zararın meydana gelmesi ve buna karşılık olarak haksız bir menfaatin temin edilmesi unsurlarının birlikte gerçekleşmiş olması gerekmektedir", KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s.627-629.

olduğu için dolandırıcılık suçu işlenmiş olacaktır. Bu ihtimalde sadece dolandırıcılık suçu oluşacaktır, göçmen kaçakçılığı suçu oluşmayacaktır.

Bir başka örneğe göre, suçun konusu olan kişinin rüşvet verilerek ülkeye sokulması halinde, hem göçmen kaçakçılığı suçu ve hem de rüşvet verme suçu oluştuğu için, yine fikri içtima hükümleri uygulanacak (TCK m.44) ve fail cezası ağır olan rüşvet suçundan dolayı cezalandırılacaktır⁸¹⁷. Fakat her somut olay bakımından fiilin tek olup olmadığı araştırılmalıdır. Bir fiille yapılmışsa fikri içtima olacaktır. Ancak fiil tek değil birden fazla fiil varsa olayda fikri içtima değil, gerçek içtima uygulanacak ve her suç için ayrı ayrı ceza verilecektir. Mesela, Ağrı'dan aldığı yabancıyı Edirne'ye getirip buradaki görevlilere rüşvet vererek yasadışı olarak ülke dışına çıkmasına imkan sağlayan kişi, tek değil, birden fazla fiil işlediği için, hem rüşvet ve hem de göçmen kaçakçılığı suçundan ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Fakat ülke içindeki fiillere iştirak etmeden sadece menfaat sağlamak amacıyla ülke dışına çıkması için görevlilere rüşvet veren kişi tek fiille birden fazla suç işlediğinden, fikri içtima (TCK m.44) çerçevesinde cezalandırılacaktır⁸¹⁸. Fikri içtima ve gerçek içtimanın bu suç bakımından daha iyi anlaşılması için son bir örnek verecek olursak; limanda demirli olan bir balıkçı teknesini sahibinin izni ve rızası olmadan suçun konusu olan yabancı veya Türk vatandaşlarının maddi menfaat karşılığında yasadışı yollardan ülke dışına (örneğin Yunanistan'a) çıkarmak isteyen fail, birden fazla fiille birden fazla suç işlediği için hem hırsızlık suçundan ve hem de göçmen kaçakçılığı suçundan ayrı ayrı cezalandırılacaktır.

Göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesi amacıyla, göçmenlerin/yabancıların taşınması esnasında zor şartlar nedeniyle yaralanmaları veya hayatlarını kaybetmeleri halinde, artık fikri içtimada aranan “tek fiil” söz konusu olmayacağı gerekçesiyle hem göçmen kaçakçılığı suçu ve hem de kasten yaralama ya da öldürme suçlarından failin ayrı ayrı cezalandırılması gerektiği iddia edilmiştir⁸¹⁹. Kanaatimizce bu durumda tek bir hareketle birden fazla suç işlenmiştir ve fikri içtima kurallarının

⁸¹⁷ EVİK, s.169.

⁸¹⁸ EREL, s.293; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.2439.

⁸¹⁹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.103.

uygulanması gerekir. Çünkü, içtima bakımından hareketin tekliğinden kasıt hukuki anlamda tekliktir, doğal anlamda teklik değildir⁸²⁰. Göçmen kaçakçılığı suçunun çoğunlukla insan taşımaya elverişsiz konteyner, balıkçı teknesi ve deniz botları ile gerçekleştiği düşünüldüğünde, bu araçlarla taşıma yapılması sırasında botun veya teknenin batması veya konteynerda havasızlıktan insanların yaralanması veya ölmesi halinde hem göçmen kaçakçılığı ve hem de kasten öldürme veya yaralama suçları işlenmiş olacağı için fikri içtima hükümleri uygulanacak ve fail **“en ağır cezayı gerektiren suçtan”** dolayı cezalandırılacaktır⁸²¹. Bunun yanında, birden fazla kişi ölmüş veya yaralanmışsa mağdur sayısınca kasten yaralama veya kasten öldürme suçu işlenmiş olacaktır. Yani zincirleme suç (TCK m.43/2) hükümleri uygulanamayacaktır.

Göçmen kaçakçılığı suçu ve insan ticareti suçu birbiriyle sıkı bir ilişki içerisindedir⁸²². Yurt dışından maddi menfaat karşılığı yasadışı olarak ülkeye soktuğu yabancıları, ülkeye soktuktan sonra onların çaresizliklerinden yararlanarak ya da tehditle zorla çalıştıran veya organlarını vermeye zorlayan kişi hem göçmen kaçakçılığı suçundan ve hem de insan ticareti suçundan ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Çünkü birden fazla fiille birden fazla suç işlenmektedir⁸²³. Ancak fail baştan itibaren yabancıları kandırarak rızalarını alıp bir başka ülkeden Türkiye’ye menfaat karşılığında sokmuşsa, failin işlemeyi kast ettiği suç insan ticareti suçu olduğu için artık göçmen kaçakçılığı suçundan değil, sadece insan ticareti suçundan bahsedilecektir. Mesela, Rusya’da tanıştığı iki genç kadını sizi Türkiye’de bulunan ajansında manken olarak çalıştıracam vaadiyle kandırıp sahte evrakla ülkeye sokar ve havaalanından alıp fuhuş için bir eve götürürse, burada göçmen kaçakçılığı suçu değil, insan ticareti suçu ve belgede sahtecilik suçları işlenmiş olacaktır.

Göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesine ilişkin seçimlik hareketlerin yapılması halinde Pasaport Kanunu’nda düzenlenen suçlara nazaran özel hüküm

⁸²⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.503.

⁸²¹ Böyle bir durumda failin fiilinin tek fiil olarak kabul edilmeyeceği gerekçesiyle gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşü için bkz. DOĞAN, s.151.

⁸²² Bakınız, “Göçmen kaçakçılığı suçunun benzer suçlarla mukayesesi” başlığı.

⁸²³ DOĞAN, s.153.

olduğu gerekçesiyle göçmen kaçakçılığı suçundan hüküm kurulması gerektiği kabul edilmekteydi⁸²⁴. Ancak artık Pasaport Kanunu'nda daha önce yer alan cezai hükümler artık 4/4/2013 tarihli ve 6458 sayılı kanunla mülga olmuştur ve böyle bir tartışmaya da yer kalmamıştır⁸²⁵. Yabancılara yasadışı olarak ülkeye girdikleri için uygulanan cezalar pasaport kanununda yürürlükten kaldırılmış olmasına rağmen, 04.04.2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 102. maddesi ile kabahat olarak yeniden düzenlenmiştir. Buna göre; *“diğer kanunlara göre daha ağır bir ceza gerektirmediği takdirde; yasaya aykırı olarak, Türkiye'ye yasa dışı giren veya Türkiye'yi yasa dışı terk eden ya da buna teşebbüs eden yabancılar hakkında iki bin Türk Lirası,*

b) 9 uncu maddenin birinci ve ikinci fıkraları uyarınca Türkiye'ye girişleri yasaklanmış olmasına rağmen Türkiye'ye girebilmiş olanlar hakkında bin Türk Lirası”, idari para cezasına hükmolunur⁸²⁶. Bu kanunda artık yabancıların yasadışı olarak ülkeye girmeleri halinde idari para cezası uygulanacağı belirtilmiştir. Bu bağlamda suçun konusu olan yabancıları ülkeye sokan veya ülkede kalmaya imkan sağlayan failler, kabahate yardım etme veya azmettirme şeklinde iştirak etmiş olacağı için hem göçmen kaçakçılığı suçu ve hem de bu kanunda belirtilen kabahati işlemiş olacaktlardır⁸²⁷. Fakat, böyle bir durumda Kabahatler Kanunu'nun 15. maddesi gereğince, bir fiil hem kabahat ve hem de suç olarak düzenlenmiş ise sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabileceğinden failler sadece göçmen kaçakçılığı suçundan cezalandırılacaklardır.

Göçmen kaçakçılığı suçu, suça konu yabancılar bakımından seçimlik hareketli bir suç olduğu için seçimlik hareketlerden birinin gerçekleştirilmesi suçun işlenmesi için yeterlidir⁸²⁸. Fail kanun maddesinde sayılan bu tipik hareketlerin tamamını

⁸²⁴ EVİK, s.169.

⁸²⁵ 5682 sayılı Pasaport Kanunu Madde 33 (Mülga: 4/4/2013 6458/124 md.), Madde 34 (Mülga: 4/4/2013 6458/124 md.), Madde 35 –(Mülga: 4/4/2013- 6458/124 md.), Madde 36-(Mülga: 4/4/2013 6458/124 md.). <http://www.mevzuat.gov.tr>, E.T. 07.11.2014.

⁸²⁶ Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, m.102, <http://www.mevzuat.gov.tr>, E.T. 08.11.20014.

⁸²⁷ Kabahatler Kanunu'nun 14. maddesine göre, *“Kabahatin işlenişine birden fazla kişinin iştirak etmesi halinde bu kişilerin her biri hakkında, fail olarak idarî para cezası verilir”*.

⁸²⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.114.

işlediği takdirde yine tek bir suçtan bahsedilecek ve bir tane göçmen kaçakçılığı suçu oluşacaktır. Yani, fail bir yabancıyı ülkeye sokar veya ülkede kalmasına imkan sağlar ya da yurt dışına çıkmasına imkan sağlarsa, bütün seçimlik hareketleri yapmış olmasına rağmen sadece bir tane göçmen kaçakçılığı suçu işlemiş olacaktır⁸²⁹.

IX. TCK’NIN 79. MADDESİNDE DÜZENLENEN GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇUNUN PROTOKOL HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ⁸³⁰

Göçmen kaçakçılığı suçu ilk olarak 765 Sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu’nun 201. maddesine 03/08/2002 tarihinde 4771 Sayılı Kanunla 201/a maddesi eklenerek düzenlenmiştir. Mevzuatımıza uluslararası yükümlülükler çerçevesinde girmiştir. Birleşmiş Milletler tarafından 12-13 Aralık 2000 tarihlerinde Palermo’da düzenlenen konferansta kabul edilen “Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi” ve “Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol”ü⁸³¹ imzaladığı için bunun gereklerini yerine getirmek için ilk düzenleme 765 Sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu’nda yapılmıştır. Bu protokolün amacı göçmen kaçakçılığının önlenmesi, bununla mücadele edilmesi ve göçmenlerin haklarının korunmasıdır. Nitekim protokolün önsözünde kara, deniz ve hava yoluyla yapılan göçmen kaçakçılığını önlemek ve bununla mücadele etmek için atılacak etkin adımların, işbirliği, bilgi alışverişi ve ulusal, bölgesel ve uluslararası düzeylerdeki sosyo-ekonomik önlemleri de içeren diğer uygun önlemler dahil, kapsamlı bir uluslararası yaklaşım gerektiği beyan edilmiştir.

⁸²⁹ ARSLAN, Göçmen Kaçakçılığı, s.133; YENİDÜNYA/ALŞAHİN, s.18.

⁸³⁰ Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol

⁸³¹ 30.1.2003 tarihinde 4800 ve 4803 sayılı onaylanmasının uygun bulunmasına ilişkin kanunlarla TBMM tarafından kabul edilmiştir. Onaylanması, Bakanlar Kurulunca 26/02/2003 tarihinde kararlaştırılmıştır. 2003/5329 Karar Sayısı ile Cumhurbaşkanı tarafından 18 Mart 2003 tarihli ve 25052 Sayılı Resmi Gazete,de yayımlanmıştır.: 30 gün sonra da yürürlüğe girmiştir. [http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/03/20030318.htm](http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/03/20030318.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/03/20030318.htm), E.T.28.02.2015

Yürürlükte bulunan 5237 sayılı TCK'nın 79. maddesinde de göçmen kaçakçılığı suçu düzenlenerek yine uluslararası yükümlülükler yerine getirilmeye çalışılmıştır. Nitekim, maddenin gerekçesinde “Türkiye tarafından da onaylanan “Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi” ve “Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol” (Protokol olarak belirtilecektir) hükümlerinin gereğini yerine getirmek üzere düzenleme yapıldığı ifade edilmiştir.

Protokolün 3. maddesinde 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*” şeklinde yapılmıştır. 765 Sayılı Mülga Ceza Kanunu'nun 201/a maddesinde de doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yabancıların ülkeye sokulması veya ülkede barındırılması ve yabancı veya Türk vatandaşlarının yasal olmayan yollardan ülkeden çıkarılması suç olarak düzenlenmiş ve protokolün göçmen kaçakçılığına ilişkin tanımı dikkate alınmıştır. 765 Sayılı Kanundaki bu düzenleme, daha sonra 5237 Sayılı TCK'da da yerini almıştır. Kanunun 79. maddesinin 1. fıkrasında göçmen kaçakçılığı, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollardan; bir yabancıyı ülkeye sokulması veya ülkede kalmasına imkan sağlanması, ya da Türk vatandaşı veya yabancıyı yurt dışına çıkmasına imkan sağlanması olarak düzenlenmiştir. Kanun koyucu, Protokolde göçmen kaçakçılığı için yapılan tanımın aynısını protokole uygun olarak TCK'nın 79. maddesinde düzenlemiştir. Hatta protokolde yer almamasına rağmen vatandaşların da ülke dışına çıkarılma bakımından göçmen kaçakçılığına konu olabileceği kabul edilmiştir. Çünkü protokolde yabancılardan bahsediyorken, Türkiye, bu uluslararası sözleşmenin insan haklarını koruyan ve teminat altına alan niteliğini vatandaşları bakımından genişletmiştir⁸³². Bu hükmün tesisi isabetli olmuştur. Yani göçmen

⁸³² BİRTEK, Göçmen Kaçakçılığı, s.224.

kaçakçılığı suçunun işlenmesi için düzenlenen seçimlik hareketler protokolün gereklerine uygun ve yerindedir.

Protokolün 5. ve 6. maddesinde taraf devletlere göçmen kaçakçılığının önlenmesi amacıyla çeşitli yükümlülükler getirilmiştir. Buna göre :

a- Göçmenler, bu Protokol'ün 6. maddesinde öngörülen eylemlerin konusu olmaktan dolayı bu Protokol'e göre, cezai kovuşturmayaya tabi tutulmayacaklardır.

b- Her Taraf Devlet, kasten ve doğrudan veya dolaylı olarak mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek için gerçekleştirilmeleri halinde, göçmen kaçakçılığını, göçmen kaçakçılığını gerçekleştirmek amacıyla sahte seyahat veya kimlik belgesi imalini ve bu tür bir belgenin tedariki, temini veya bulundurulması suç haline getirmekle yükümlüdür.

c- İlgili Devletin vatandaşı olmayan veya o Devlette daimi ikametgahı bulunmayan bir kişinin, anılan Devlette, yasal olarak kalmak için gerekli şartlara uymaksızın orada kalmasına, yasadışı yollarla imkân sağlamanın suç haline getirilmesi gerekir.

d- Her Taraf Devlet, kendi hukuk sisteminin temel kavramlarına bağlı kalmak kaydıyla, bu göçmen kaçakçılığı suçunu işlemeye teşebbüs etmeyi, suç ortağı olarak iştirak, ve göçmen kaçakçılığını işlemek üzere başkalarını örgütlemek veya yönetmeyi suç haline getirmekle yükümlüdür.

e- Her Taraf Devlet, kendi hukuk sisteminin temel kavramlarına bağlı kalmak kaydıyla göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesi sırasında göçmenlerin hayatlarını veya güvenliklerini tehlikeye sokan veya tehlikeye sokması muhtemel durumlar ve bu tür göçmenlerin istismarı dahil, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamelelere yol açan halleri cezayı ağırlaştırıcı nedenler olarak kabul edilmesi için gerekli yasal ve diğer önlemleri almakla yükümlüdür⁸³³.

⁸³³ Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi” ve “Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol'ün 5 ve 6. maddeleri, <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4803.htm>, E.T. 02.10.2015.

Protokolün getirmiş olduğu bu yükümlülükler bakımından tek tek bakıldığında; “a- Göçmenler, bu Protokol’ün 6. maddesinde öngörülen eylemlerin konusu olmaktan dolayı bu Protokol’e göre, cezai kovuşturmayaya tabi tutulmayacaklardır”. 765 Sayılı Mülga Ceza Kanunu’nun 201/a maddesindeki düzenlemede suçun sosyal anlamda mağduru olarak kabul edilen göçmenlerin cezalandırılmasına ilişkin bir ifadeye yer verilmemiştir. Yani, izinsiz olarak ülkeye giren ülkede kalan veya ülkeden çıkan yabancılar göçmen kaçakçılığı nedeniyle cezalandırılmamıştır. Aynı şekilde 5237 Sayılı TCK’nın 79. maddesinde de göçmen kaçakçılığı suçunun konusu olan yabancıların ve ülkeden çıkma bakımından Türk vatandaşlarının suçun seçimlik hareketlerini gerçekleştirme nedeniyle cezalandırılmalarına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Suça konu yabancıların suçun mağduru olup olmadıkları kanunun ilk halinde tartışmalara neden olmuştur. Yargıtay kararlarında göçmenlerin suçun konusu olduğu ve suçun mağduru olmadığı ve fakat uluslararası toplum ve sınırları ihlal edilen ülkelerin suçun mağduru olduğu kabul edilmektedir. Fakat, 22/7/2010 tarihli ve 6008 Sayılı Kanunla TCK’nın 79. maddesinde düzenleme yapılarak yabancıların ve ülkeden çıkarma bakımından Türk vatandaşlarının da suçun mağduru olduğu düzenlenmiştir. Ancak biz göçmenlerin suçun mağduru olmadığını kanunun bu ifadelerinden amacın sosyal anlamda mağdurluk olduğunu, göçmen kaçakçılığı suçunda suçun mağdurunun uluslararası toplumu ve ulusal toplumu oluşturan herkes olduğunu kabul etmekteyiz⁸³⁴. Bu nedenle göçmenler suçun mağduru olmasa da, suçtan zarar gören ve suçun konusu oldukları için Protokole uygun olarak cezalandırılmamaktadırlar. Ancak, “*Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununa*” göre idari para cezasına tabi tutulabilmektedirler. Bu idari para cezasını vermenin Protokolün 5. maddesine aykırı

⁸³⁴ “Göçmen kaçakçılığı suçunda korunan hukuki yarar uluslararası toplum düzeni olup, menfaat karşılığı ülkeye sokulan, ülkede kalmasına veya yurt dışına çıkmasına imkan sağlanan kişilerin suçun yasal mağduru durumunda bulunmayıp suçun konusunu oluşturdukları gözetilmeden...”, YARGITAY 18. CD. 31.3.2015 tarihli ve E.2015/54, K.2015/28 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/>, E.T. 10.11.20015; “Sosyal olarak suçtan zarar gören durumunda bulunan göçmenlerin, göçmen kaçakçılığı suçunun yasal mağduru durumunda bulunmayıp suçun konusu oldukları, suçun yasal mağdurunun uluslararası toplum olduğu, göçmenlerin sayıca çok olmasının TCK'nun 61. maddesi uyarınca alt sınırdan uzaklaşarak ceza tayin edilmesini gerektireceği gözetilmeden zincirleme suç kabulü ile 5237 sayılı TCK'nun 43/2. madde ve fıkrasının uygulanması suretiyle ceza tayini...”, YARGITAY CEZA GENEL KURULU 13.4.2010 tarihli ve E.2010/8-72, K.2010/89 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/>, E.T. 25.10.2015.

olacağı düşünülebilir. Ancak protokolün getirdiği koruma sadece cezai kovuşturmayaya ilişkindir. Yani ceza verilmemesi için koruma getirmektedir. Fakat idari para cezası verilmesine ilişkin bir koruma sağlamamaktadır. Kanaatimizce böyle bir idari para cezasının dahi uygulanması, zaten suçtan zarar gören ve sosyal anlamda suçun mağduru olan, çoğu zaman hayatlarını tehlikeye atan ve büyük zorluklarla boğuşan yabancılar bakımından haksızlık teşkil edebilir⁸³⁵.

“b- Her Taraf Devlet, kasten ve doğrudan veya dolaylı olarak mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek için gerçekleştirilmeleri halinde, göçmen kaçakçılığını, göçmen kaçakçılığını gerçekleştirmek amacıyla sahte seyahat veya kimlik belgesi imalini ve bu tür bir belgenin tedariki, temini veya bulundurulması suç haline getirmekle yükümlüdür”. Protokol bu yükümlülük ile göçmen kaçakçılığının suç olarak düzenlenmesi yanında göçmen kaçakçılığı suçu işlenirken belgede sahtecilik yapılması durumlarında ülkelerin sahteciliği de ayrıca suç olarak düzenleyip ceza vermesini istemektedir. Bu yükümlülük bakımından, 765 Sayılı Mülga Ceza Kanunu'nun 201/a maddesinde doğrudan veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla göçmen kaçakçılığı ve göçmen kaçakçılığının gerçekleştirilmesi amacıyla sahte kimlik veya seyahat belgesi hazırlayanların veya temin edenlerin ayrıca belgede sahtecilik nedeniyle cezalandırılacağı Protokole uygun olarak düzenlenmişti⁸³⁶. 5237 Sayılı TCK'nın 79. maddesinde ise, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesi cezalandırılmışken, göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesi sırasında belgede sahtecilik yapılması halinde failin bu suçtan ayrıca cezalandırılacağına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Ancak TCK'nın 212. maddesinde sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem

⁸³⁵ Protokolün önsözünde göçmenlere insanca muamele yapılması ve haklarının bütünüyle korunmasına ilişkin ihtiyaç vurgulandığı için, suça konu yabancıların göçmen kaçakçılığı suçundan cezalandırılmamaları gerektiği ve suçun mağduru oldukları anlaşılmaktadır.

⁸³⁶ “Göçmen kaçakçılığı suçunun faillerine veya böyle bir suça iştirak etmeksizin, daha önce ülkeye sokulmuş veya girmiş kaçak göçmenleri, maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollarla ülkeden çıkaranlara, yasal koşullara uymaksızın ülkede kalmalarını olanaklı kılanlara, bu maksatla sahte kimlik veya seyahat belgelerini hazırlayanlara veya temin edenlere ya da bu suçlara teşebbüs edenlere, fiilleri başka bir suç oluştursa bile ayrıca iki yıldan beş yıla kadar ağır hapis ve bir milyar liradan az olmamak üzere ağır para cezası verilir...”, 765 Sayılı Mülga TCK201/a.

sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunacağı düzenlemesi bulunduğu için, TCK'nın 79. maddesinde böyle bir düzenleme bulunmamasına rağmen Protokole uygun olarak göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesi sırasında belgede sahtecilik yapılması veya sahte belge kullanılması halinde failin ayrıca belgede sahtecilikten cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Yani Protokolün ön gördüğü bu yükümlülük yerine getirilmiştir.

“c- İlgili Devletin vatandaşı olmayan veya o Devlette daimi ikametgahı bulunmayan bir kişinin, anılan Devlette, yasal olarak kalmak için gerekli şartlara uymaksızın orada kalmasına, yasadışı yollarla imkân sağlamasının suç haline getirilmesi gerekir”. Protokolün getirdiği bu yükümlülük 765 Sayılı Mülga Ceza Kanunu'nun 201/a maddesinde protokole uygun olarak yer almıştı. Buna göre, yabancı bir devlet tabiiyetinde bulunan veya vatansız olan veya Türkiye'de sürekli olarak oturmasına yetkili mercilerce izin verilmemiş bulunan kimselerin Türkiye'ye yasal olmayan yollardan girmelerinin veya ülkede kalmalarının sağlaması suç olarak düzenlenmişti. 5237 Sayılı TCK'nın 79. maddesinde de doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollardan; bir yabancıyı ülkeye sokulması veya ülkede kalmasına imkan sağlanması suç olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme de Protokolün getirmiş olduğu yükümlülüğün gereklerine uygun ve yerinde olmuştur. Yabancıyı kanuna aykırı olarak ülkede kalmasına imkan sağlandığı hallerde doğrudan veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla hareket edilmişse, fail göçmen kaçakçılığı suçundan cezalandırılacaktır.

“d- Her Taraf Devlet, kendi hukuk sisteminin temel kavramlarına bağlı kalmak kaydıyla, bu göçmen kaçakçılığı suçunu işlemeye teşebbüs etmeyi, suç ortağı olarak iştirak, ve göçmen kaçakçılığını işlemek üzere başkalarını örgütlemek veya yönetmeyi suç haline getirmekle yükümlüdür”. Bu yükümlülük doğrultusunda 765 Sayılı Mülga Ceza Kanunu'nun 201/a maddesinde göçmen kaçakçılığı suçuna teşebbüs edilmesi halinde tamamlanmış suç gibi cezalandırılacağı⁸³⁷ düzenlendiği için göçmen kaçakçılığı suçuna teşebbüse ilişkin

⁸³⁷ ARSLAN, Göçmen Kaçakçılığı s.131.

Protokol yükümlülüğü yerine getirilmiş oluyordu⁸³⁸. 5237 Sayılı TCK'nın 79. maddesinin ilk halinde göçmen kaçakçılığı suçuna teşebbüs halinin tamamlanmış suç gibi kabul edilip cezalandırılması yer almamaktaydı. Bu nedenle öğreti ve uygulamada suçun teşebbüse elverişli olup olmadığı ve teşebbüs hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda farklı görüşler ortaya konulmuştu. Yargıtay verdiği kararlarda suça teşebbüsün mümkün olduğunu ve teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerektiğine hükmetmekteydi⁸³⁹. Teşebbüs hükümlerinin uygulandığı bir durumda TCK'nın teşebbüsü ihtiva eden genel hükümlerinden olan 35. madde gereğince göçmen kaçakçılığı suçu için hükmedilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarının indirilmesi söz konusu olmaktaydı. Bu hükmün uygulanmasının Protokole uygun olup olmadığı değerlendirilmesi gerekmektedir. Protokolün yükümlülüğü suçun teşebbüs halinde kalmasının da cezalandırılması yönündedir, yoksa göçmen kaçakçılığına teşebbüsün tamamlanmış suç gibi cezalandırılması gerektiğine ilişkin değildir. TCK'nın 79. maddesinin ilk halinde teşebbüsün genel hükümler çerçevesinde cezalandırılması Protokolün getirdiği yükümlülük bakımından yeterlidir. Çünkü Protokolün 6. maddesinde her taraf devletin kendi hukuk sisteminin temel kavramlarına bağlı kalmak kaydıyla düzenleme yapacağı ifade edilmiştir. Yani kanun maddesinin ilk halinde Protokole aykırılık bulunmamaktadır. Ancak verilecek cezalarda teşebbüs nedeniyle bu derecede indirim uygulanacak olması, suçla etkin mücadele ve suçun önlenmesi bakımından yetersiz kaldığı gerekçesiyle uluslararası platformlarda ülkemize eleştirilere neden olmuştur⁸⁴⁰. Bu nedenle 22/7/2010 tarihli ve 6008 Sayılı Kanunla TCK'nın 79.

⁸³⁸ "... bu suçlara teşebbüs edenlere, fiilleri başka bir suç oluştursa bile ayrıca iki yıldan beş yıla kadar ağır hapis ve bir milyar liradan az olmamak üzere ağır para cezası verilir" 765 Sayılı Mülga TCK201/a-2.

⁸³⁹ "Göçmen kaçakçılığı suçunda; uyuşmazlık; sanıkların üzerlerine atılı göçmen kaçakçılığı suçunun tamamlanıp tamamlanmadığının belirlenmesine ilişkindir. Sanıkların yasal olmayan yollardan ülkemize giren göçmenlerin maddi menfaat elde etmek amacıyla ülkede kalmalarına imkan sağladıkları ve bu şekilde eylemlerinin tamamlandığı kabul edilmiş ise de, yasal olmayan yollardan ülkeye giriş yapan göçmenleri, yurt dışına çıkarmak maksadıyla belli bir süre barındıran sanıkların eylemlerinin, göçmen kaçakçılığı suçunun, suç tarihi itibarıyla yürürlükte olan ve sanıkların lehine olduğunda tereddüt bulunmayan "göçmenin yurt dışına çıkartılmasına imkan sağlanması" şeklindeki seçimlik hareketi oluşturduğu, göçmenlerin yurt dışına çıkartılmadan yakalanmış olmaları nedeniyle sanıkların fiilinin teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmelidir". Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2012/8-1085 K. 2013/96 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T.02.10.2015.

⁸⁴⁰ BİRTEK, Göçmen Kaçakçılığı, s.226.

maddesine, suçun teşebbüs aşamasında kalması halinde dahi, tamamlanmış gibi cezaya hükmolunacağı düzenlenmiştir. Artık kanunun mevcut halinde göçmen kaçakçılığı suçuna teşebbüs hali de tamamlanmış gibi kabul edilerek ceza tatbik edilecek ve TCK'nın 35. maddesindeki teşebbüs hükümleri uygulanmayacaktır. Kanaatimizce de, göçmen kaçakçılığının önlenmesini amaçlayan Protokolün getirdiği yükümlülük ve suçla daha etkin mücadele bakımından 6008 Sayılı Kanunla yapılan değişiklikle göçmen kaçakçılığı suçunun 765 Sayılı Mülga TCK'da olduğu gibi "teşebbüs suçu (kalkışma suçu)" olarak düzenlenmesi daha isabetli olmuştur.

Protokolün 6. maddesine göre, göçmen kaçakçılığının örgütlü olarak işlendiği hallerde, bunun cezayı ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmesi yükümlülüğü getirilmiştir. 765 Sayılı Mülga Ceza Kanunu'nun 201/a maddesinde bu yükümlülüğe uygun olarak göçmen kaçakçılığı suçunun örgütlü olarak işlendiğinde hallerde faille verilecek cezada bir kat artırım yapılacağı hükmüne yer verilmişti. Bu yükümlülük 5237 Sayılı TCK'nın göçmen kaçakçılığı suçunu düzenleyen 79. maddesinde de yer almıştır. Göçmen kaçakçılığının bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, verilecek cezalar yarı oranında artırılacaktır. Göçmen kaçakçılığı suçu çoğunlukla sınıraşan⁸⁴¹ suç olduğu ve suç örgütleri tarafından önemli bir gelir kaynağı olarak işlendiği için ve aslında suçun bir örgüt tarafından işlenmesinin daha kolay olması nedeniyle bu suçla mücadele bağlamında "bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesinin" ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmiş olması caydırıcılık bakımından önemlidir⁸⁴². Aynı zamanda, *Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol'ün* 6. maddesinde taraf devletlere

⁸⁴¹ Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 3. maddesine göre, sınır aşan bir suçtan bahsedilebilmesi için şu özelliklerin bulunması gerekir; "a) Suç birden fazla devlette işlendiğinde, (b) Suç tek bir devlette işlendiğinde ancak, hazırlanma, planlama, idare veya kontrolünün önemli bir kısmının başka bir devlette gerçekleşmesi halinde,

(c) Suç tek bir devlette işlendiğinde ancak, birden fazla devlette suç teşkil eden faaliyetlerde bulunan örgütlü bir suç grubu suça karıştığında, veya

(d) Suç tek bir devlette işlendiğinde, ancak başka bir devlette önemli etkileri olduğunda, sınıraşan niteliktedir", http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktaraflioz/bm/bm_45.pdf, E.T. 10.04.2015.

⁸⁴² Örgüt tanımı ve unsurları bakımından "temel kavramlar" başlıklı birinci bölüme bkz.

getirilen yükümlülük de yerine getirilmiş olmaktadır. Ancak TCK'nın 220. maddesinde örgüt kurmak başlı başına bir suç olarak ayrıca düzenlenmiştir⁸⁴³. Bu nedenle göçmen kaçakçılığı suçunun örgüt faaliyeti kapsamında işlendiği durumlarda hem TCK. 79/3 de düzenlenen ağırlaştırıcı sebep ve hem de örgüt kurma suçundan⁸⁴⁴ kişiye ceza verildiği için ceza hukukunun temel ilkelerinden olan “non bis in idem” kuralına aykırılık teşkil edeceği ve bir fiilden iki defa ceza verileceği için eleştirilmiştir⁸⁴⁵. Kanaatimizce eleştiri haklı da olsa, göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesinin önlenmesindeki zorluk ve suçun konusu olan birçok kişinin ölümüne neden olduğu dikkate alındığında kanun koyucunun düzenlemesi gerekli ve yerindedir.

Protokolün 6. maddesi ile getirilen diğer bir yükümlülük olarak göçmen kaçakçılığı suçunun iştirak halinde işlenmesinin cezalandırılması gerekmektedir. Mülga 765 Sayılı Kanunun iştirak hükümleri ve 5237 sayılı TCK'nın iştirake ilişkin genel hükümleri kapsamında göçmen kaçakçılığı suçuna iştirak Protokole uygun olarak cezaya tabi tutulacaktır⁸⁴⁶.

“e- Her Taraf Devlet, kendi hukuk sisteminin temel kavramlarına bağlı kalmak kaydıyla göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesi sırasında göçmenlerin hayatlarını veya güvenliklerini tehlikeye sokan veya tehlikeye sokması muhtemel durumlar ve bu tür göçmenlerin istismarı dahil, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamelelere yol açan halleri cezayı ağırlaştırıcı nedenler olarak kabul edilmesi için gerekli yasal ve diğer önlemleri almakla yükümlüdür”. Protokolün ön gördüğü

⁸⁴³ TCK. m.220. “Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması halinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir”.

⁸⁴⁴ "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 suç veya yasadışı eylemi gerçekleştirmek amacıyla birlikte hareket eden, üç veya daha fazla kişiden oluşan yapılanmış bir grup anlamına gelir. Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi m.2. göçmen kaçakçılığı bakımından bu nitelikli halin uygulanabilmesi için Sözleşmenin 2. maddesinde belirtilen suç örgütünün unsurlarının gerçekleşmiş olması gerekir.

⁸⁴⁵ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s.66; ŞEN/MALBELEĞİ, s.107; DOĞAN, s.156.

⁸⁴⁶ Bkz. İştirak başlığı.

bu yükümlülükler, 765 Sayılı Mülga Ceza Kanunu'nun 201/a maddesinde protokole uygun olarak yer almıştı. Bu maddede kaçak göçmenlerin yaşamlarının veya vücut bütünlüklerinin tehlikeye sokulması veya insanlık dışı veya onur kırıcı muamele biçimlerine tabi kılınmaları hallerinde faillere verilecek cezaların yarısı oranında arttırılacağı, ölüm meydana gelmiş ise bir kat artırılarak hükmolunacağı şeklinde düzenlenmişti. Ancak göçmen kaçakçılığı suçunun düzenlendiği 5237 sayılı TCK'nın 79. maddesinin ilk halinde Protokolde öngörülen bu yükümlülükler bulunmamaktaydı. Yani, protokole aykırı olarak, göçmen kaçakçılığının işlenmesi sırasında göçmenlerin hayatlarının tehlikeye sokulması veya onur kırıcı muameleyle tabi tutulmaları cezayı arttıran nitelikli hal olarak düzenlenmemişti. Nitekim Yargıtay da verdiği kararlarda bu hususu vurgulamıştır⁸⁴⁷⁸⁴⁸. Cezayı ağırlaştırıcı sebeplere kanun hükmünde yer verilmediğinden, göçmenlerin hayatlarının tehlikeye sokulması veya insanlık onuru ile bağdaşmayan muameleler ancak cezanın kanunda yazılı olan alt ve üst sınırlar arasında 5237 Sayılı TCK'nın 61. maddesi çerçevesinde dikkate alınabilmekteydi⁸⁴⁹. Kanunkoyucu nihayet Protokolün getirdiği bu yükümlülüğe aykırılığın farkına varmış ve 22/7/2010 tarihli ve 6008 Sayılı Kanunla, "suçun, mağdurların; a) Hayatı bakımından bir tehlike oluşturması, b) Onur kırıcı bir muameleyle maruz bırakılarak işlenmesi, hâlinde, verilecek ceza yarısından üçte ikisine kadar artırılır" şeklinde TCK'nın 79. maddesinde düzenleme yapmıştır.

⁸⁴⁷ "765 sayılı TCK.nun 201/a maddesinde düzenlenen göçmen kaçakçılığı suçuna teşebbüsün olanaklı olmadığı, zira aynı maddenin 2. fıkrasında bu suçta teşebbüs halinin de tamamlanmış suç gibi cezalandırılacağı hükmünün yer aldığı, 3. fıkrada ise suçun insanlık dışı ve onur kırıcı muamele biçiminde gerçekleşmesi halinde verilen cezadan yarı oranında artırım yapılacağı hükmünün bulunduğu,

5237 sayılı TCK.nun 79. maddesinde ise, 765 sayılı TCK.nun 201/a-2 madde ve fıkrasındaki düzenlemeye yer verilmemesi nedeniyle göçmen kaçakçılığı suçunun bütün hallerine teşebbüsün olanaklı olduğu ve ayrıca 765 sayılı TCK.nun 201/a-3 madde ve fıkrasındaki insanlık dışı ve onur kırıcı muamele halinde artırımı ilişkin bir düzenlemenin de bulunmadığı anlaşılmasına göre...", Yargıtay 8. CD. 20.3.2006 tarihli ve E.2006/215, K.2006/2281 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T.04.11.2015.

⁸⁴⁸ "5237 sayılı Yasa'nın 79. maddesinde 765 sayılı Yasa'nın 201/a-2 maddesindeki düzenlemeye yer verilmemesi nedeniyle, göçmen kaçakçılığı suçunun bütün hallerine teşebbüsün olanaklı olması ve 201/a-3 maddesindeki insanlık dışı ve onur kırıcı muamele halinde artırımı ilişkin bir düzenleme de bulunmaması karşısında; Türkiye'den başka ülkelere gitmek isteyen göçmenlerin yolda yakalandığı anlaşıldığına göre, suçun teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmelidir". Yargıtay 8. CD. 6.12.2006 tarihli ve E.2006/4301, K.2006/8928 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T.04.11.2015.

⁸⁴⁹ BİRTEK, Göçmen Kaçakçılığı, s.230.

Bu bağlamda artık göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesi durumunda suçun konusu olan göçmenlerin hayatı bakımından bir tehlike oluşmuşsa verilecek ceza arttırılacaktır. Aynı şekilde, göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesi sırasında suçun konusu olan göçmenlerin onur kırıcı bir muameleye maruz kalması halinde verilecek ceza arttırılacaktır.

6008 Sayılı Kanunla, Protokolün 6. maddesiyle taraf ülkelere getirilen önemli bir yükümlülük olan “*göçmenlerin hayatlarını veya güvenliklerini tehlikeye sokan veya tehlikeye sokması muhtemel durumlar ve bu tür göçmenlerin istismarı dahil, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamelelere yol açan halleri cezayı ağırlaştırıcı nedenler olarak kabul edilmesi*” hükmü yerine getirilmiştir. Kanaatimizce 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun ilk halinde bu yükümlülüğe uyulmaması büyük ve açıklanamaz bir eksiklik olmakla birlikte, kanunun mevcut halinde bunun Protokole uygun bir şekilde düzenlenmiş olması yerinde ve isabetli olmuştur.

Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol’ün getirdiği yükümlülüklerin yürürlükte bulunan 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 79. maddesinde düzenlenen göçmen kaçakçılığı suçu bakımından bir bütün halinde değerlendirilmesi neticesinde şu kanaate varılmıştır; TCK’nın mevcut düzenlemesinin Protokolün yükümlülüklerine uygun bir şekilde düzenlendiği ve göçmen kaçakçılığı suçunun önlenmesi bakımından Türk Devletinin bu uluslararası sözleşmeye uygun, gerekli ve yerinde bir kanun yaptığı anlaşılmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti Devleti, uluslararası sözleşme bağlamında üstlendiği yükümlülükleri yürürlükteki mevzuatında harfiyen uygulayıp, yerine getirmiştir.

BÖLÜM III

GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇUNUN BENZER SUÇLARDAN AYRIMI, YAPTIRIM VE MUHAKEME USULÜ

I. GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇUNUN BENZER SUÇLARDAN AYRIMI

Göçmen kaçakçılığı suçu çoğunlukla organize suç örgütleri tarafından işlenen ve bu örgütlere önemli gelir kaynağı teşkil eden bir suç olduğu için, “insan ticareti suçu”, “dolandırıcılık suçu”, “fuhuş suçu” ve “organ ticareti suçu” gibi suçlarla çoğu zaman iç içe geçmektedir. Yani, göçmen kaçakçılığı suçuyla bu suçlar arasında gri bir alan bulunmaktadır. Net ve açık bir ayırma zorluğu doğmaktadır. Bu nedenle göçmen kaçakçılığı suçunu, insan ticareti suçu, dolandırıcılık suçu ve fuhuş suçundan ayırmak son derece önemlidir. Çalışmamızda da bu ayırımı yaptıktan sonra suçun unsurlarını incelemenin daha uygun olduğunu düşündüğümüzden, öncelikle bu suçların benzerlik ve farklarını belirteceğiz.

A. İnsan Ticareti Suçu

İnsan ticareti dünya genelinde milyonlarca insanın yaşamını etkileyen önemli bir sorundur⁸⁵⁰. İnsan ticareti suçu bir kişi tarafından işlenebileceği gibi küçük sayılabilecek suç grupları eliyle veya dünya çapında dağıtım ağına sahip suç örgütleriyle de işlenebilmektedir. İnsan ticareti suçu sınır aşan niteliğe sahip olup⁸⁵¹, uluslararası platformlarda ve yasal belgelerde⁸⁵² organize ve örgütlü yapıda olan bir suç türüdür⁸⁵³.

⁸⁵⁰ Alice EDWARDS, Traffic in Human Beings: at the Intersection of Criminal Justice, Human Rights, Asylum/Migration and Labor, Denver Journal of International Law and Policy, Vol.36, 2007, s.9, (s.9-53).

⁸⁵¹ Laura BARNETT, Trafficking in Persons, Parliamentary Information and Research Service, 26 June 2007, Canada, s.1-2.

⁸⁵² Fabio PAOLINI, Legal Frameworks on Trafficking in Persons, Lex ET Scientia. Juridical Series, No. XIX, Vol. 2/2012, s.7-19.

⁸⁵³ Jonathan TODRES, Law, Otherness, and Human Trafficking, Santa Clara Law Review, Vol.49, 2009, s.647, (s.605-672); Iveta CHERNEVA, Human Trafficking for Begging, Buffalo Human Rights

İnsan ticareti suçu⁸⁵⁴ mülga 765 sayılı TCK'nın 201/b maddesine⁸⁵⁵ 4771 sayılı kanunla 3.8.2002 tarihinde⁸⁵⁶ eklenmiştir⁸⁵⁷. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Özel Hükümler başlıklı İkinci Kitap, Uluslararası Suçlar⁸⁵⁸ başlıklı Birinci Kısım⁸⁵⁹, Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti başlıklı İkinci Bölümünde yer alan insan ticareti suçu, 80. madde ile düzenleme altına alınarak;

Law Review Vol. 17, 2011, (s.25-73); Hakan ERDAL, "Organize Bir Suç Türü Olarak İnsan Ticareti ve Türkiye Örneği", Polis Bilimleri Dergisi, Cilt 10, S. 2, s.89, (s.79-90).

⁸⁵⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Andrea M. BERTONE, Transnational Activism to Combat Trafficking in Persons, the Brown Journal of World Affairs, Vol. X, Issue 2, Winter/Spring 2004, s.9-22; Matthew CAMERON/Andreas SCHLOENHARDT, Punishing Trafficking in Persons: International Standards And Australian Experiences, Bond Law Review, Vol. 24, Iss. 1, Art. 1, 2012, s.1-29; Bernadette MCSHERRY, Trafficking in Persons: A Critical Analysis of the New Criminal Code Offences, Current Issues in Criminal Justice, Vol. 18, N. 3, March 2007, (s.385-398); John G. BRADBURY, Human Trafficking And Government Contractor Liability: Is Far 22.17 A Step In The Right Direction?, Public Contract Law Journal, Vol.37, No.4, Summer 2008, (s.907-921); Gülşah KURT YÜCEKUL, İnsan Ticareti Suçu, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi SBE, İstanbul, 2011; Melisa AYDIN, Türk Ceza Kanunu'nda İnsan Ticareti Suçu, YYLT, İstanbul Üniversitesi SBE, İstanbul 2013; Emin AYDIN, İnsan Ticareti Suçu, YYLT, Akdeniz Üniversitesi SBE, Antalya, 2010; Sinan AYDOĞDU, Türkiye'de İnsan Ticareti Suçu ve Polislin Fuhuş Amaçlı İnsan Ticareti İle Mücadelesi, YYLT, Karadeniz Teknik Üniversitesi SBE, Trabzon 2012.

⁸⁵⁵ Mülga kanundaki düzenleme bakımından Koca, bu fiilin cezalandırılmasının asıl nedeninin insanın alçaltılması, kişiliğinin yok sayılması ve onun adeta bir eşya gibi yağmanın konusu haline getirilmesi gerekçesiyle insan ticareti değil "İnsan Yağması" kavramını kullanmıştır. Mahmut KOCA, "İnsan Yağması (Sömürüsü) Suçu TCK 201/b", AUHF Dergisi, 2003, C.52-S. 2, s.142, (s.141-172). (KOCA, İnsan Yağması)

⁸⁵⁶ Bu suçun kanunun bu maddesinde düzenlenmesini ve düzenleme yerinin yanlış olduğu görüşündedir. Bkz. KOCA, İnsan Yağması, s.144.

⁸⁵⁷ Madde 201/b- "(Ek: 3/8/2002-47/2 md.) Zorla çalıştırmak veya hizmet ettirmek, esarete veya benzeri uygulamalara tâbi kılmak, vücut organlarının verilmesini sağlamak amacıyla, 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, kaçırılan, bir yerden başka bir yere götürülen 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 girilen ve suçu oluşturan eylemler var olduğu takdirde, mağdurun rızası yok sayılır", <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/765.htm>, E.T. 10.06.2014.

⁸⁵⁸ Uluslararası suçlar kavramı, uluslararası hukuka aykırı olan ve uluslararası sözleşmelerle kovuşturulması kabul edilen suçlar anlamına gelmektedir. Ancak uluslararası suçlar da kendi içinde "uluslararası hukuk suçları" ve "diğer uluslararası suçlar" şeklinde ikiye ayrılarak kategorize edilmiştir. Faruk TURHAN, "Yeni TCK'ya Göre Uluslararası Suçların Cezalandırılması", HPD, S. 03, 2005, s.9, (s.8-25).

⁸⁵⁹ Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti suçlarının uluslararası suçlar kısmında düzenlenmesini TURHAN yerinde görmemektedir, TURHAN, s.10.

“Zorla çalıştırmak⁸⁶⁰, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tâbi 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 verilir⁸⁶¹.

(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 hükmolunur⁸⁶² şeklinde düzenlenmiştir.

İnsan ticareti⁸⁶³ sadece suç dünyasının en yaygın suçlardan değil, aynı zamanda toplumun çaresiz bireyleri için aşağılayıcı ve kötü bir durumdur⁸⁶⁴. Yüksek gelir sağlayan bir suç olarak, en temel insan haklarının yok sayıldığı, savunmasız ve

⁸⁶⁰ Maria TAVANO, Trafficking in Persons: A Focus On Preventing Forced Labor, Women's Rights Law Reporter Vol. 32, 2010-2011, s.324-352.

⁸⁶¹ Kelly E. HYLAND, The Impact of the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, " Human Rights Brief, Vol. 8, Iss. 2, 2001, Art. 12, s.30-38; İnsan ticareti suçunun işlenmesinde mağdur ile akrabalık ilişkisinin varlığının, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ağırlaştırıcı hal olarak düzenlenmesinin bu suçla mücadelede bakımından daha yararlı olacağı belirtilerek bu düzenleme eksik görülmüştür. Bakınız, Bersu RENK/Oğuzhan Ömer DEMİR, "İnsan Ticareti ve Yasal Düzenlemeler: Eski Sorunlar, Yeni Çözümler", Polis Bilimleri Dergisi, Cilt 13, S. 1, s.73, (s.51-76).

⁸⁶² Hasan Sınar, "İnsan Ticareti Suçu", HPD, S. 2, Sonbahar 2004, s.184.

⁸⁶³ https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Global_Report_on_TIP.pdf, E.T. 12.06.2014.

⁸⁶⁴ Human Trafficking: Preventing, Protecting, Prosecuting, United Methodist Women Work to End Human Trafficking, s.4, <http://new.gbgm-umc.org/umw/media/pdf/humantraffickingpackethr.pdf>; Sahana GHOSH, Anti-trafficking and its Discontents: Women's Migrations and Work in an Indian Borderland, Gender Place and Culture, Vol. 22, No. 9, 2015, s.1223, (s.1220-1235).

yoksulların sömürüldüğü modern bir kölelik biçimidir⁸⁶⁵. İnsan ticareti modern köleliğin bir türü olarak küreselleşmenin karanlık yüzünün tezahürü şeklinde görülmektedir aynı zamanda⁸⁶⁶. Nitekim öğretilerde modern kölelik olarak da ifade edilmiştir⁸⁶⁷. Dünyada insan ticaretinin temel amacının, kaçırılan kişilerin insan onuruna aykırı olarak evlenmesini, evlat edinilmesini, fuhuş yapmasını⁸⁶⁸, dilencilik, ucuz tarım ve inşaat işçiliği yapmasının sağlanması ile özellikle çocukların asker olarak kullanılması olduğu kabul edilmektedir⁸⁶⁹.

İnsan ticareti suçunun düzenlenme gerekçesi, Türkiye tarafından da onaylanan “Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi” ve “Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi Ek İnsan Ticaretinin, Öncelikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol” hükümlerinin gereğini yerine getirmek olarak belirtilmiştir⁸⁷⁰.

İnsan ticareti suçunda maddi unsurun hareket kısmını oluşturan, kişileri ülkeye sokma, ülke dışına çıkarma, tedarik etme, kaçırma, bir yerden başka bir yere götürme veya sevk etme ya da barındırma seçimlik hareketlerinden birinin gerçekleştirilmiş

⁸⁶⁵ Luis CDEBACA, Successes And Failures In International Human Trafficking Law, Michigan Journal of International Law, Vol. 33-37, 2011, s.41-42, (s.37-51); United against human trafficking The Government’s Plan of Action against Human Trafficking, What is human trafficking?, s.7. http://www.ungift.org/doc/knowledgehub/resourcecentre/Governments/UNited_against_Trafficking_Norway.pdf, E.T. 12.06.2014; KOCA, Soykırım Suçu, s.6.

⁸⁶⁶ Loring JONES/David W. ENGSTROM/Tricia HILLIARD/Mariel DIAZ, “Globalization and Human Trafficking”, Journal of Sociology & Social Welfare, Vol. XXXIV, N. 2, 2007, s.108.

⁸⁶⁷ Hanifi SEVER/Salih ARSLAN, “Modern Bir Kölelik Olarak İnsan Ticareti”, Çağın Polisi Dergisi, Sayı 79, 2008, s. 42. (s.42-47) ; Kölelik hakkı yok hükmündedir ve bu sadece gayri meşru olmasından değil aynı zamanda saçma olmasından kaynaklanır, J.J. ROUSSEAU, The Social Contract, Book 1, Slavery, s. 5, <http://www.earlymoderntexts.com/pdfs/rousseau1762.pdf>, E.T. 12.06.2014.

⁸⁶⁸ Ira EMKE-POULOPOULOS, Trafficking in Women and Children: Greece, a Country of Destination and Transit, MMO (Mediterranean Migration Observatory) Working Paper No. 2, August 2001, s.2 vd.

⁸⁶⁹ JONES/ENGSTROM/HILLIARD/DIAZ, s.108; bkz. aynı yönde Alexis A. ARONOWITZ, Human Trafficking, Human Misery: The Global Trade in Human Beings, Praeger Publishers, 2009, s.2.

⁸⁷⁰ 1990’lı yıllardan itibaren suç örgütlerinin, etkinliklerini sınırlar ötesi alana genişlettikleri, özellikle kadın, çocuk ve insan ticaretini örgütledikleri ve insanları günümüzün uygar dünyasında âdeta esarete tâbi tutukları gözlenmiştir. Bu gerekçeyle, söz konusu Sözleşme ve Protokolün öngördüğü suçlara Türk Ceza Kanununda da yer verilmesi gerekmektedir. TCK, 80. madde gerekçesi.

olması suçun oluşması için yeterli olmamaktadır⁸⁷¹. Bununla birlikte araç fiiller dediğimiz fiillerin de gerçekleştirilmesi gerekmektedir⁸⁷². Fakat bu araç fiiller 18 yaşından küçük mağdurlar bakımından gerekli değildir⁸⁷³. Bu nedenle insan ticareti birden fazla hareketli ve seçimlik hareketli bir suçtur⁸⁷⁴. Maddede belirtilen hareketlerin zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş veya esarete tâbi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla işlenmesi gerekir⁸⁷⁵. Genel

⁸⁷¹ Maddenin öngördüğü maddî unsurlar, kadın, çocuk veya diğer insanların tedarik edilmeleri, kaçırılmaları, bir yerden diğer bir yere götürülmeleri veya sevk edilmeleri veya barındırılmalarıdır. Ancak bu hareketler kişileri zorla çalıştırmak, bazı hizmetleri vermeye mecbur kılmak, adı geçenleri esaret veya benzeri uygulamalara tâbi kılmak yahut beden organlarından bazılarının verilmesine razı etmek maksadıyla icra edilecektir. Maddenin birinci fıkrası, söz konusu maksatlarla gerçekleştirilecek maddî unsurların belirli araç fiillere başvurulması suretiyle gerçekleştirilmesini suçun oluşması bakımından gerekli koşullar olarak saptamıştır. Bu fiiller tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulama, nüfuzu kötüye kullanma, kandırma, mağdurların çaresizliklerinden yararlanma veya mağdurlar üzerinde sahip olunan denetim olanaklarından yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle gerçekleştirilecektir. TCK, 80. madde gerekçesi.

⁸⁷² “insan ticareti suçunun oluşması, öncelikle mağdurun iradesini etkileyen hareketlerin gerçekleştirilmesine yahut onun zor durumundan istifade edilmesine bağlıdır. Failin önce mağdura "tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırma veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek biçiminde bir harekette bulunması gerekir. Failin bu hareketleri yaparken veya yaptıktan sonra mağduru ülkeye sokması, ülke dışına çıkarması, tedarik etmesi, kaçırması, bir yerden başka bir yere götürmesi, sevk etmesi veya barındırması gerekir. Suçun oluşması için hem araç hareketlerden en az birisinin, hem de amaç hareketlerden en az birisinin birarada bulunması gerekir. Araç hareketler, asıl veya amaç hareketlerden önce veya en geç bu hareketlerle eş zamanlı olarak yapılmalıdır. Böylece öncelikle araç hareketler aracılığıyla mağdurun iradesi kırılmalı ve görünüşte rızası elde edilmeli, daha sonra da bu husustan yararlanarak suçu oluşturan asıl amaç hareketler yapılmalıdır. Araç hareketlerin ortak özelliği, bu hareketlerin mağdurun iradesi üzerinde etkide bulunması, mağdurun iradesini sakatlaması, mağdura istemediği bir şeyi yaptırmasıdır” Yargıtay 8. CD. 15.04.2010 tarihli, E.2010/1440, K.2010/5953 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 12.06.2014.

⁸⁷³ Maddenin üçüncü fıkrasında on sekiz yaşını doldurmamış olanların birinci fıkrada belirtilen maksatlarla tedarik edilmeleri, kaçırılmaları, bir yerden diğer bir yere götürülmeleri veya sevk edilmeleri yahut barındırılmaları hâlinde, suçu oluşturan araç fiillerden herhangi birisine başvurulmasa da, faile birinci fıkrada belirtilen cezalar verilecektir. Bu nedenle on sekiz yaşını doldurmamış çocukların birinci fıkrada belirtilen maksatlarla maddenin öngördüğü hareketlere konu kılınmaları suçun oluşması için yeterlidir. TCK, 80. madde gerekçesi.

⁸⁷⁴ Araç fiiller;1- tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, 2-nüfuzu kötüye kullanmak, 3-kandırmak veya 4-kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek, olarak kanunda belirtilmiştir. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s.82.

⁸⁷⁵ KOCA, İnsan Yağması, s.148.

olarak, insan ticaretinin ulusal ve uluslararası tanımlarında⁸⁷⁶, sömürü amacıyla hile, tehdit ve cebir kullanmaya vurgu yapılmıştır⁸⁷⁷.

İnsan ticareti ile göçmen kaçakçılığı suçu sıklıkla karıştırılmıştır⁸⁷⁸. İnsan ticaretinin sürekli göçmen kaçakçılığı olarak görülmesi veya kayıt dışı kalması bu karmaşaya neden olmaktadır. İnsan ticaretinin ispatlanmasının zorluğu nedeniyle çoğunlukla göçmen kaçakçılığı kavramına vurgu yapılmaktadır⁸⁷⁹. Her iki suçun oluşumuna etki eden faktörlere bakıldığında da benzerlikler görülmektedir⁸⁸⁰.

⁸⁷⁶ Aiko JOSHI, The Face of Human Trafficking, Hastings Women's Law Journal Vol. 13, 31, 2002, s.45, (s.31-52).

⁸⁷⁷ JONES/ENGSTROM/HILLIARD/DIAZ, s.110; bkz. aynı yönde ARONOWITZ, s.2.

⁸⁷⁸ Deborah E. ANKER, Refugee Protection, Gender-Based Violence and Trafficking in Persons, In Defense of the Alien, 2000, s.129-137; JONES/ENGSTROM/HILLIARD/DIAZ, s.110.

⁸⁷⁹ Katja S. ZIEGLER, "The Legal Framework of Trafficking and Smuggling in Germany: Victim Protection Emerging From Witness Protection?", Immigration and Criminal Law in the European Union, Edited by, Elspeth GUILD and Paul MINDERHOUD, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, s.70-71.

⁸⁸⁰ Göçmen kaçakçılığı ile insan ticaretinin oluşumuna ve artmasına etkili olan faktörler şu şekilde sıralanmıştır; "1 – Ekonomik nedenler, ülkelerarası ekonomik ve sosyal yaşam standardı farkının bulunması,

Ülkeler arasındaki gelir dağılımı uçurumundan etkilenen kitlelerin daha rahat ve iyi bir yaşam sürme arzusu,

2 - Bölgesel ve iç savaşlar, iç karışıklıklar, ülkeler arasında meydana gelen çıkar çatışmaları,

3 -Bazı gelişmiş ülkelerin siyasi iltica veya yasadışı göçü özendiren politikaları ile göçmen ve mültecilere yapılan maddi yardımlar,

4 -Terör örgütlerinin faaliyetleri,

5 -Politik ve etnik baskılar,

6 - Açlık ve kutluk sorunu,

7- Salgın hastalıklar,

8 - Aileden kaynaklanan sorunlar,

9 - Yaşanılan ülkedeki bölgesel ve kültürel farklılıklar

10 - Göçmen kaçakçılığı ve insan ticaretinden kolay para kazanma düşüncesi, yüksek miktarda çıkar sağlama ve düşük risk,

11 - Kadının sosyal ve ekonomik eşitsizliği,

12 -İş, pazar ve ulaşım araçlarının küreselleşmesi, teknolojinin ürünleri olan internet sayesinde bilgi ve haberleşme imkanlarının kötüye kullanılması (Technology is a double-edgedsword- Teknoloji iki ucu keskin bir kılıçtır.),

13 -Ucuz iş gücüne duyulan ihtiyaç,

14 –Göçmen kaçakçılığı ve insan ticaretinin sonuçlarından haberdar olmama gibi sebeplerdir".

Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti arasındaki benzerliklere baktığımızda; her iki suç tipi de 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Özel Hükümler başlıklı İkinci Kitap, "Uluslararası Suçlar" başlıklı Birinci Kısımda düzenlenmiştir.

Her iki suç tipinde de failler, maddi çıkar veya fayda elde etmek amacıyla suçun konusu olan kişiler sömürmektedirler. Göçmen kaçakçılığında göçmenler, malvarlıklarının önemli bir kısmını, bazen elindeki bütün parasını fail tarafından verilen ya da verileceği vaat edilen hizmet karşılığında faillere vermektedir⁸⁸¹. İnsan ticaretinde ise failler sömürmeyi zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak organların verilmesini sağlamak suretiyle yapmaktadır⁸⁸². Her iki suç da ekonomik amaçla işlenmektedir. Her iki suçun da konusunu insanlar oluşturmaktadır ve çoğunlukla bu kimseler de yabancılardır⁸⁸³. Bunun yanında hem göçmen kaçakçılığı suçu ve hem de insan ticareti suçu sınıraşan bir niteliğe sahiptir ve her iki suçta "ülkeye sokmak ve ülke dışına çıkarmak" cezalandırılmaktadır⁸⁸⁴. Her iki suç tipi de organize suç örgütlerinin yoğun işlediği ve ciddi manada kar elde ettiği suçlardır. Ayrıca her iki suç tipinde de mağdurun onuru ve temel hak ve özgürlüğü ihlal edilmektedir. Fakat insan ticaretinde mağdurun temel hak ve özgürlüklerine, onuruna yapılan saldırının boyutu göçmen kaçakçılığına nazaran daha ağırdır⁸⁸⁵. Hem göçmen kaçakçılığının ve hem de insan ticareti suçunun mağdurları bir başka ülkeye girmek için dışarıdan birilerinin yardımına ihtiyaç duyar. Göçmen kaçakçılığına konu olan kişiler işin başında ülkeye girmeden önce bütün parayı öder⁸⁸⁶.

Ahmet FIRAT, Uluslararası Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti, s.1. <http://www.sucveceza.org>, E.T. 10.06.2014.

⁸⁸¹ ARONOWITZ, s.4.

⁸⁸² Türk Hukukunda İnsan Ticareti Suçu El Kitabı, Uluslararası Göç Örgütü Türkiye Temsilciliği ve Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü Editörlüğünde, Adalet Bakanlığı Yayını, 2. Baskı, Ankara 2009, s.39. (İnsan Ticareti Suçu El Kitabı)

⁸⁸³ KOCA, İnsan Yağması, s.145.

⁸⁸⁴ DOĞAN, s.27.

⁸⁸⁵ Çetin ARSLAN, "İnsan Ticareti (TCK md.201/b) ", AUHF Dergisi, Yıl 2004, C.53, S. 4, s.25, (s.19-83). (ARSLAN, İnsan Ticareti)

⁸⁸⁶ ARONOWITZ, s.4.

Bu suçların bir diğere benzerliğı ise suçun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, tüzel kişi hakkında da bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağıdır.

Her iki suçta özel bir maksatla işlenmektedir ve bize göre bu da bir benzerliktir⁸⁸⁷. Yani her iki suçun işlenmesi için failin kastının tespit edilmesi yeterli olmayıp, ayrıca failin belli bir maksatla hareket etmiş olması gerekir⁸⁸⁸.

Bu benzerliklerden hareketle insan ticareti ile göçmen kaçakçılığı eylemleri çoğu zaman aynı suç eylemi olarak düşünülmesine ve iki suçta örgütlü suçluluk olarak ele alınmasına rağmen aralarında önemli farklılıklar mevcuttur⁸⁸⁹. İlk olarak her iki suç tipinin de uluslararası suçlara ilişkin kısımda aynı bölüm içerisinde düzenlenmiş olmasına rağmen, göçmen kaçakçılığında suçun konusunu oluşturan insanların hak, özgürlük ve onurları korunurken aynı zamanda uluslararası toplum düzeni ve bu çerçevede devletlerin göç, istihdam ve sınır güvenliği güvence altına alınmaktadır⁸⁹⁰. Ancak insan ticareti suçunda, suçun konusu olan insanların onuru, şerefi ve haysiyeti ile vücut bütünlüğü koruma altına alınmaktadır⁸⁹¹.

İnsan ticareti ve göçmen kaçakçılığı suçunun temel farklarından biri insan tacirlerinin, mağduru götürdükleri ülkeye yasadışı girişten sonra da kullanma amacını taşıyor olmalarıdır⁸⁹². Göçmen kaçakçılığında ise suç faillerinin göçmenlerle olan ilişkisi çoğunlukla yasadışı girişten sonra son bulmaktadır⁸⁹³. Ancak,

⁸⁸⁷ Doğan bunu farklar arasında göstermiştir, DOĞAN, s.27.

⁸⁸⁸ Sezen KAMA, “Crime of Human Trafficking – Turkish Penal Code Article 80 (Within Comparative Law and International Documents on Human Trafficking) / İnsan Ticareti Suçu (TCK md. 80)”, s. 21, <http://www.academia.edu>, E.T. 13.06.2014.

⁸⁸⁹ Türkiye'nin İnsan Ticareti ile Mücadele çabalarının ve Tüm İnsan Ticareti Mağdurlarının Adalet Erişimlerinin Desteklenmesi Projesi Eğitim Modülü, s. 8, <http://www.countertrafficking.org/media/files/5/brosur.pdf>, E.T. 13.06.2014.

⁸⁹⁰ AmiLynn GOLDHAMMER, Human Trafficking for Sexual Exploitation, California State University, the Degree Master of Science, California 2006, s.11; Sherilyn Ann, KLUEBER, Trafficking in Human Beings: Law Enforcement Response, the Degree of Master of Science of University of Louisville, Kentucky 2003, s.4.

⁸⁹¹ ŞEN/ MALBELEĞİ, s.75.

⁸⁹² İnsan Ticareti Suçu El Kitabı, s.40.

⁸⁹³ İbrahim KESKİN “Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti Suçları”, Adalet Dergisi, Yıl 2011, S. 41, s.74, (s.69-105).

göçmenlerin hedef ülkede birçok olumsuzlukla karşılaşması ve çaresiz kalması söz konusu olduğundan, bu kişiler yine bir şekilde insan tacirlerinin eline düşmekte ve istismar edilerek ticaret konusu olmaktadır. Özellikle göçmenlerin mali ve manevi yönden sömürülmesi ve bütün sınıraşan seyahat sırasında yasal olmayan bir konumda olmaları, onları insan ticareti suçuna kaynak ve aday haline sokmaktadır⁸⁹⁴. Göçmen kaçakçılığı bazı hallerde insan ticaretine dönüşebilir⁸⁹⁵. Kişilerin ülkeden çıkabilmek için ciddi paralar ödemesi, maddi açıdan zor duruma düşmelerine neden olmakta ve parasız kalmaktadırlar. Bu nedenle, insan ticaretinin konusu haline gelebilmektedirler⁸⁹⁶.

Göçmen kaçakçılığı suçu, kaynak ülkeden hedef ülkeye bir süreç sonunda gerçekleştiğinden ülke sınırının geçilmesi gerekir. Yani, suçun oluşması için bir kaynak ülke, bir de hedef ülke olmak üzere iki ülkede fiil işlenmektedir. Ancak göçmen kaçakçılığı suçunun seçimlik hareketleri arasında sayılan “*ülkede kalmaya imkân sağlama*” bakımından ülke sınırlarının aşılması aranmamaktadır. Bununla birlikte sayılan bu seçimlik hareketin öncesinde ülke sınırının geçilmiş olması lazımdır. Buna karşılık insan ticareti suçunda, kişilerin ülkeye sokulması ya da ülke dışına çıkarılması suçun seçimlik hareketleri olarak sayılmakla birlikte, suçun oluşması için mağdurların ülke sınırları içerisine veya ülke sınırları dışına nakledilmesi zorunlu değildir. Kanunda belirtilen “*tedarik etmek, kaçırmak, bir yerden başka bir yere götürmek veya sevk etmek ya da barındırmak*” şeklindeki diğer seçimlik hareketlerin işlenmesi halinde ülke sınırlarının ihlal edilmesine gerek yoktur⁸⁹⁷.

İnsan ticareti ile göçmen kaçakçılığı arasında ki önemli bir fark da, göçmen kaçakçılığında kaynak ülkeden hedef ülkeye götürülen veya barındırılan kişiler maddi veya manevi bir cebre maruz kalmamakta, kendi rızalarıyla ve hatta suçun faillerine bir bedel ödeyerek suça konu olmaktadır. Çünkü yasadışı göçmenler

⁸⁹⁴ BİRTEK, Göçmen Kaçakçılığı, s.217,

⁸⁹⁵ JONES/ENGSTROM/HILLIARD/DIAZ, s.110.

⁸⁹⁶ JONES/ENGSTROM/HILLIARD/DIAZ, s.110.

⁸⁹⁷ GOLDHAMMER, s.11.

suçun faillerini kendileri bulur bunlara ödemeyi yaparak istediği ülkeye gider ve ülkede kalırlar. İnsan ticareti suçunda ise mağdurlara, tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulanmakta, nüfuz kötüye kullanılmakta, kandırılmakta veya bunlar üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanılarak rızaları elde edilerek iradeleri fesada uğratılmaktadır ve bu nedenle insan kaçakçılığı suçunun mağdurları kendilerine uygulanan insan onuruyla bağdaşmayacak nitelikteki fiilleri kabul ederken özgür irade sahibi değillerdir. Yani, bu durumda mağdurların geçerli bir rızası yoktur⁸⁹⁸.

Göçmen kaçakçılığı suçunun oluşması için doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollardan bir yabancıyı ülkeye sokmak veya ülkede kalmasına imkan sağlamak, Türk vatandaşı veya yabancının yurt dışına çıkmasına imkan sağlamak yeterli görüldüğünden ayrıca insan ticaretinde olduğu gibi, suçun oluşması için varlığı gerekli olan araç fiiller dediğimiz fiillerin gerçekleştirilmesi aranmamıştır⁸⁹⁹.

Göçmen kaçakçılığı suçu, bir kalkışma suçudur⁹⁰⁰. Bu suç teşebbüs aşamasında kalmış olsa dahi, tamamlanmış gibi cezaya hükmolunacaktır⁹⁰¹. Ancak insan ticareti suçunda böyle bir hüküm bulunmamaktadır.

Her iki suç arasında nitelikli haller bakımından da farklılık bulunmaktadır. Bu bağlamda göçmen kaçakçılığı suçunu düzenleyen TCK'nın 79. maddesinin 3. fıkrasında suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hali cezayı arttıran nitelikli bir hal olarak düzenlenmişken, insan kaçakçılığı suçunda suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi ayrıca nitelikli hal olarak düzenlenmemiştir. Ancak iki suç arasındaki bu farklılık eleştirilmektedir⁹⁰².

⁸⁹⁸ ARSLAN, İnsan Ticareti, s.26.

⁸⁹⁹ KOCA, İnsan Yağması, s.151.

⁹⁰⁰ Kanun koyucu korumak istediği yararın önemine binaen ve bu yararın daha iyi korunabilmesi için suç tipinin hazırlık hareketlerini veya teşebbüs durumunu tamamlanmış suç gibi cezalandırabilmektedir. Bunlara kalkışma suçu adı verilmektedir. Ayhan ÖNDER, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt II-III, Beta Yayınları, 2.Bası, İstanbul 1992, s.56.

⁹⁰¹ BİRTEK, Göçmen Kaçakçılığı, s.232.

⁹⁰² DOĞAN, s.28.

Bir başka fark ise, bu suçların konusu olan kişilerin Pasaport Kanunu'na ve Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'na göre cezalandırılmaları konusundadır. İnsan ticareti suçunun mağdurlarının ülkeye izinsiz girmekten cezalandırılmaları pek mümkün görünmemektedir. Çünkü bu kişiler cebir veya şiddet ya da üzerlerindeki nüfuzun kötüye kullanılması sonucu ülkeye sokulmakta ya da ülkeden çıkarılmaktadırlar⁹⁰³. Yani insan ticaretine konu olan insanlar zaten rızaları hilafına iradeleri fesada uğratarak bir ülkeden diğer bir ülkeye sokulmaktadırlar. Göçmen kaçakçılığı suçunun konusu olan kişilerin ise “Pasaport Kanunu” ve “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu” hükümlerine göre cezalandırılmaları mümkündür⁹⁰⁴. Fakat, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda” kabahat olarak düzenlenmiş olan ülkeye yasadışı giriş çıkış bakımından belirtilen para cezalarının göçmen kaçakçılığı suçunun konusu olan kişilere uygulanabilmesi mümkündür.

Sayıdığımız bu suçların yaptırım bakımından da farklılıklar gösterdiği görülmektedir. Göçmen kaçakçılığı suçunun temel şeklinin işlenmesi halinde “*üç yıldan sekiz yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezası*” öngörölmüş olmasına rağmen, insan ticareti suçunun temel şeklinin işlenmesi halinde “*sekiz yıldan on iki yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezası*” verileceği düzenlenmiştir. Yani, insan ticareti suçu göçmen kaçakçılığı suçuna nazaran daha ağır bir yaptırıma tabi tutulmaktadır.

Her iki suç tipinin bir biriyle sıkı bir bağa sahip olduğu ve sıklıkla örgütlü olarak işlendiği görülmektedir. Bu suçlar bazen birbirine karıştırılabilmesine ve birbirleriyle benzerlikler taşımasına rağmen, bir çok farklılığı da içinde barındıran ayrı suç tipleridir ve Türk Ceza Kanununda da başlı başına ve bağımsız suç tipleri olarak düzenlenmiştir.

⁹⁰³ TCK'da cezayı kaldıran hal olarak düzenlenmiş olan madde 28. Maddesine göre; “*Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır*”.

⁹⁰⁴ DOĞAN, s.28.

B. Fuhuş Suçu

Fuhuş bir kadının çıkar karşılığı vücudunu başkalarının cinsel zevkine teslim etmesi ve bu suretle birçok erkekle cinsel ilişkide bulunması olarak tanımlanmıştır⁹⁰⁵.

Fuhuş⁹⁰⁶ suçu⁹⁰⁷ TCK'nın "Topluma Karşı Suçlar" başlıklı üçüncü kısmının "Genel Ahlak Karşı Suçlar" başlıklı yedinci bölümünde bulunan 227. maddesinde düzenlenmiştir⁹⁰⁸. Bu maddenin düzenleme gerekçesi olarak özellikle uluslararası yükümlülükler belirtilmiştir. Türkiye'nin fuhuşla mücadele konusundaki uluslararası yükümlülüklerini ihtiva eden anlaşmalardan ilki 4 Mayıs 1910 tarihinde Paris'te imzalanmış olan "Beyaz Kadın Ticaretinin Zecren Men'ine Dair Milletlerarası

⁹⁰⁵ Yargıtay 5. CD. 20.12.2000 tarihli ve E.2000/3720, K.2000/7287 kararı; Yargıtay 5. CD.18.4.2002 tarihli ve E.2001/5100, K.2002/2721 kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 17.06.2014.

⁹⁰⁶ Hukuk sözlüğünde, bir kadının maddi menfaat karşılığında, cinsel ilişkide bulunmayı alışkanlık haline getirmesi olarak tanımlanmıştır. YILMAZ, s.272; fuhuş özünde kadının cinsel, duygusal ve ekonomik sömürsünü içeren bir olgu olarak kabul edilmektedir, Neriman AÇIKALIN, "Fuhuş Pazarında Sermaye Olmak: Mersin Örneği" Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S.38, 2013/3, s.243, (s.243-282).

⁹⁰⁷ Fuhuş ve fuhuş suçuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz, Ayşe Özge ATALAY, Türk Ceza Hukukunda Fuhuş Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi SBE, İstanbul 2013; Nezihat BAKAR, Düzensiz Göç ve Fuhuş Amaçlı Kadın Ticareti: Türkiye Örneği ve İsveç Modeli Üzerine Tartışmalar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, İstanbul 2010; Jale KARHAN, Sosyal Bir Sorun Olarak Fuhuş Olgusu: Diyarbakır Genelevi Örneği, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Fırat Üniversitesi SBE, Elazığ 2011.

⁹⁰⁸ TCK madde 227-“(1) Çocuğu fuhuşa teşvik eden, bunun yolunu kolaylaştıran, bu maksatla tedarik eden veya barındıran ya da çocuğun fuhuşuna 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 fuhuşa 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. Fuhuşa sürüklenen kişinin kazancından yararlanılarak kısmen veya tamamen geçimin sağlanması, fuhuşa teşvik sayılır.

(4) Cebir veya tehdit kullanarak, hile ile ya da çaresizliğinden yararlanarak bir kimseyi fuhuşa sevk eden veya fuhuş yapmasını sağlayan kişi hakkında yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısından iki katına kadar artırılır.

(5) Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan 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 halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(6) Bu suçların, suç işlemek amacıyla teşkil edilmiş örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(7) Bu suçlardan dolayı, tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

(8) Fuhuşa sürüklenen kişi, tedaviye veya psikolojik terapiye tâbi tutulabilir”.

Sözleşme”dir⁹⁰⁹. Daha sonra 30 Eylül 1921 tarihli "Kadın ve Çocuk Ticaretinin Men ve Zecrine Dair Beynelmîlel Cenevre Mukavelesi” ve 11 Ekim 1933 tarihinde “Reşit Kadın Ticaretinin Men’ine Dair Beynelmîlel Cenevre Mukavelesi” ile 2 Aralık 1949 tarihinde “İnsan Ticaretinin ve Başkasının Fuhşunu Sömürmenin İlgası Hakkında Sözleşme”ler yükümlülüğü ortaya koymuştur⁹¹⁰.

Türk Ceza Kanunu’ndaki düzenlemeye göre fuhuş yapmak suç olarak düzenlenmemiştir⁹¹¹. Fuhuş suçunun oluşması için, fuhşa teşvik edilmesi, bunun yolunun kolaylaştırılması ya da fuhuş için aracılık edilmesi veya yer temin edilmesi gerekir⁹¹². Ancak, bu suç dolayısıyla hükmolunacak cezanın belirlenmesinde, suçun mağdurunun çocuk veya yetişkin olmasına göre bir ayırım yapılmıştır. Yani, suçun mağdurunun çocuk olması hâlinde, daha ağır bir ceza öngörülmüştür.

5560 sayılı yasayla mülga olan “fuhuş” suçunun üçüncü fıkrasında, fuhuş amacıyla ülkeye insan sokulması veya insanların ülke dışına çıkmasının sağlanması da suç olarak tanımlanmıştı. Aslında bu durum göçmen kaçakçılığı ve özellikle insan ticareti ile fuhuş suçu arasında bir değerlendirme ve ayırım yapılmasını

⁹⁰⁹ Bu sözleşmeye göre; “Başkasının ihtiraslarını tatmin için, fuhuş maksadile, hatta suç kurbanının rızası ile olsa bile, bir kadın yahut küçük bir kızın fuhuş için hizmetlerini taahhüt eden (embaucher), böyle birisini kendisiyle beraber ve kendisinden sonra götürüren (entrainer), veya bir yandan diğer bir yere sevkeden (détourner) kimseler, suçun kurucu unsurları çeşitli ülkelerde işlenmiş bulunsalar da, cezalandırılırlar.» (madde 1). Keza, «Başkasının ihtiraslarını tatmin için, fuhuş maksadile, reşit bir kadın veya kızın cebir ve şiddet, tehdit, hile veya nüfuzun kötüye kullanılması ya da diğer herhangi bir cebir aracı ile fuhuş için hizmetlerini taahhüt eyleyen (embaucher), böyle birisini kendisiyle beraber ve kendisinden sonra götürüren (entrainer), veya bir yerden diğer bir yere sevkeden (détourner) kimseler, suçun unsurlarını teşkil eden hareketler çeşitli memleketlerde işlenmiş bulunsalar da, cezalandırılırlar.”, TCK 227. madde merekçesi.

⁹¹⁰ 2 Aralık 1949 tarihinde “İnsan Ticaretinin ve Başkasının Fuhşunu Sömürmenin İlgası Hakkında Sözleşme” sinin başlangıcında, fuhşun insan kişiliğinin haysiyet ve değeriyle bağdaşmadığı, toplum, aile ve kişinin selametiyle bağdaşmadığı ve bütün bunları tehlikeye soktuğu belirtilmiştir. Orijinal metin için bkz, “Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others” <http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/trafficpersons.pdf>, E.T. 19.06.2014.

⁹¹¹ Fuhuş dünyanın kuruluşundan günümüze kadar ahlaka aykırı sayıldığı gibi buna vasıta olmak, icrasını kolaylaştırmakta aynı ağırlıkta olmak üzere ahlaksızca hareketlerden kabul edilmektedir. Bu hareketlerin ahlaka aykırılıklarında şüphe edilmemektedir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Genel Kurulu, E, 1943/30, K,1948/2, 14.01.1948 tarihli kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 19.06.2014.

⁹¹² Bizim de katıldığımız bir görüşe göre, sağlıklı bir toplum ve insan onurunun korunması açısından fuhuş yapılan yerlerin kapatılması ve fuhşun yasaklanması gerekir. Bakınız, Hasan DURSUN, “Fuhuş ve Fuhuş Hakkındaki Temel Türk Hukuk Normlarına Genel Bir Bakış”, TBB Dergisi, S. 93, 2011, (s.405-442).

gerektiriyordu. Ancak 06.12.2006 tarihinde maddenin bu fıkrası kaldırılarak insan ticareti suçu kapsamında “fuhuş yaptırmak amacıyla” işlenmesi TCK’nın 80. maddesine eklenmiştir.

Göçmen kaçakçılığı ve fuhuş suçu arasındaki ilk benzerlik, bu suçların örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinin suçların cezasını ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak düzenlenmiş olmasıdır.

Göçmen kaçakçılığı ve fuhuş arasındaki ilişkiye bakıldığında göçmen kaçakçılığı suçu, TCK’nın “Uluslararası suçlar” kısmında düzenlendiği halde, fuhuş suçunun ise “Topluma Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü kısmın “Genel Ahlak Karşı Suçlar” başlıklı yedinci bölümünde düzenlendiği görülmektedir. Korunan hukuki yarar bakımından göçmen kaçakçılığı suçunda, insanların hak, özgürlük ve onurları korunurken aynı zamanda uluslararası toplum düzeni ve bu çerçevede devletlerin göç, istihdam ve sınır güvenliği güvence altına alınmaktadır⁹¹³. Buna karşılık fuhuş suçunda, genel ahlak, kamu sağlığı, çocukların korunması ve bireylerin cinsel özgürlüklerinin korunması sağlanmaktadır⁹¹⁴.

Her iki suç da, özel bir maksatla işlenen suçlar arasındadır. Ancak göçmen kaçakçılığında doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla suç işlenirken, fuhuş suçunda ise fuhuş yapılmasını sağlama maksadıyla hareket edilmesi gerekir. Bu bağlamda bir yabancıyı rızasıyla ve insan ticareti sınırlarına varmayacak şekilde yasadışı yollardan ülkeye fuhuş için sokan kişi maddi menfaat sağlama maksadında olduğu ve fuhuştan da maddi menfaat elde edeceği için bir fiille bir den fazla suç işleyecektir. Bu nedenle fikri içtima hükümleri tatbik edilecek ve cezası daha ağır olan göçmen kaçakçılığından ceza verilecektir. Fakat Ama eğer yasal yollardan ülkeye sokulduktan sonra fuhuş yaptırılıyor ise bu durumda zaten tek bir suç olarak fuhuş suçu işlenmiş olacağı için, fail sadece fuhuş suçundan cezalandırılacaktır⁹¹⁵.

⁹¹³ İnsan Ticareti Suçu El Kitabı, s.40.

⁹¹⁴ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s.784.

⁹¹⁵ DOĞAN, 40.

Göçmen kaçakçılığı suçu ile fuhuş suçu arasında aslında sıkı bir ilişki kurulabilmesi mümkündür. Çünkü, göçmen kaçakçılığının konusu olan göçmenler, yasa dışı yollardan girdikleri hedef ülkelerde veya yasal olarak girip yasa dışı yollardan kalmaya devam ettikleri ülkelerde yaşadıkları maddi sıkıntı ve bu bağlamda yaşamaya çalışma doğrultusunda suçlu ve suç örgütleriyle ister istemez bir ilişki içerisine girerek fuhuş suçuna konu olmaktadır. Ancak bu ilişkiye rağmen her iki suç birbirinden farklı ve bağımsız suçlardır. Nitekim kanuni düzenlemede de bu husus dikkate alınmıştır. Fakat göçmen kaçakçılığı suçunun, fuhuş suçuna zemin hazırladığı ve iki suç tipinin çoğunlukla iç içe olduğu unutulmamalıdır.

C. Dolandırıcılık Suçu

Dolandırıcılık geniş anlamda, bir kimsenin herhangi bir hileli vasıtayla hataya düşürülerek muayyen bir zarara دچار olmasıdır⁹¹⁶.

Dolandırıcılık, TCK'nın 157. maddesine göre, hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak olarak düzenlenmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap, "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı ikinci kısmının malvarlığına karşı suçlar başlıklı onuncu bölümünde düzenlenmiş ve bu maddenin devamında düzenlenen 158. madde de ise nitelikli dolandırıcılık belirtilmiştir. Kanunun 159. maddesinde ise daha az cezayı gerektiren hal düzenlenmiştir.

Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için, failin bir kimseyi, kandırabilecek nitelikte hileli davranışlarla hataya düşürüp, onun veya başkasının zararına, kendisine veya başkasına yarar sağlaması gerektiğini belirtmiştir⁹¹⁷. Dolandırıcılık suçu, kişilerin malvarlığına karşı işlenen bir suçtur. Bu

⁹¹⁶ Somay TÜMERKAN, Dolandırıcılık Suçu (Karşılıksız Çek Keşidesi Fiilleri), Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1987, s. 1.

⁹¹⁷ "Hile nitelikli bir yalandır. Fail tarafından yapılan hileli davranış belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olmalı, sergileniş açısından mağdurun inceleme olanağını ortadan kaldıracak nitelikte bir takım hareketler olmalıdır. Kullanılan hileli davranışlarla mağdur yanılgiya düşürülmeli ve bu yanılma sonucu yalanlara inanan mağdur tarafından sanık veya bir başkasına haksız çıkar sağlanmalıdır.

suç tanımı ile kişilerin sahip bulunduğu malvarlığı hakkının korunması amaçlanmaktadır⁹¹⁸. Bunun yanında, dolandırıcılığın işlenmesi sırasında hileli davranışlarla kişiler aldatılmaktadırlar. Aldatıcı nitelik taşıyan hareketlerle, kişiler arasındaki ilişkilerde var olması gereken güven ve iyi niyet ihlâl edilerek, irade serbestisi etki altına alınmakta ve irade özgürlüğü de tecavüze uğramaktadır⁹¹⁹. Yani, dolandırıcılık suçu bakımından korunan hukuki değer, kişinin mal varlığı ve kişinin irade özgürlüğü olarak kabul edilmektedir⁹²⁰.

Çok hareketli bir suç olan dolandırıcılık suçunun oluşumu açısından kanuni tanımında gösterilen hareketlerin tamamının birlikte gerçekleşmesi gerekir. Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için, sadece hile yeterli değildir, aynı zamanda gerçekleştirilen hilenin etkisiyle, bu hileye maruz kalan kişinin veya bir üçüncü kişinin zararına olarak, fail veya bir başkası menfaat elde etmelidir⁹²¹. Fiille, bir başkasının zararının doğması arasında illiyet bağının bulunması zorunludur. Bu suç failin kendisine veya başkasına yarar sağladığı anda oluştuğundan neticesi harekete bitişik suç olarak addedilir⁹²².

Dolandırıcılık suçu, kasten işlenebilen bir suçtur. Fail dolandırıcılık suçunun maddî unsurlarının hepsini bilmelidir. Başka ifadeyle, fail gerçekleştirdiği davranışların hile teşkil ettiğini, başka birini aldatıcı nitelikte olduğunun bilincindedir.

Hilenin kandırıcı nitelikte olup olmadığı olaysal olarak değerlendirilmeli, olayın özelliği, fiille olan ilişkisi, mağdurun durumu, kullanılmışsa gizlenen veya değiştirilen belgenin nitelikleri ayrı ayrı nazara alınmalıdır". Yargıtay 15. CD. 08.04.2013 tarihli ve E.2012/21119, K.2013/6375 sayılı kararı; "Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için; 1- Hile ve desise yapılması, 2- Hile ve desisenin bir kimseyi kandırabilecek nitelikte olması, 3- Mağdurun veya başkasının zararına, kendisi veya başkasına haksız yarar sağlanması koşullarının gerçekleşmesi gerekir". Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 24.11.1998 tarihli ve E.1998/6-280, K.1998/359 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 20.06.2014.

⁹¹⁸ "Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için, a) hileli davranışların gerçekleştirilmiş olması, b) muhatabın aldatılmış olması, c) buna bağlı olarak malvarlığı üzerinde belli bir yönde tasarrufta bulunmuş olması, d) bir zararın meydana gelmesi ve buna karşılık olarak haksız bir menfaatin temin edilmesi unsurlarının birlikte gerçekleşmiş olması gerekmektedir", KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s.627-629.

⁹¹⁹ TCK. 157. madde gerekçesi.

⁹²⁰ Sami SELÇUK, Dolandırıcılık, Yasa Yayınları, İstanbul 1982, s.68-76.

⁹²¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.108.

⁹²² Ahmet GÜNDEL, 5237 Sayılı TCK'da Zimmet, Sahtecilik, Dolandırıcılık, Yağma, Hırsızlık, Güveni Kötüye Kullanma Suçları, Ankara 2009, s.463.

Ayrıca, fail, bu hileli davranışlar sonucunda bunların etkisiyle, hileye maruz kalan kişinin veya başkasının malvarlığında bir eksilme meydana geldiğini, zarar gördüğünü ve buna karşılık, kendisinin veya sair bir kişinin malvarlığında bir artma meydana geldiğini bilmek mecburiyetindedir. Hile ile zarar arasındaki illiyet bağının var olduğunu bilmelidir⁹²³.

Dolandırıcılık suçu ve göçmen kaçakçılığı birbirinden bağımsız suçlardır. Göçmen kaçakçılığı suçu TCK'nın özel hükümler ikinci kitap, "Uluslararası suçlar" başlıklı birinci kısmında düzenlendiği halde, dolandırıcılık suçu TCK'nın "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı ikinci kısmın, "Malvarlığına Karşı Suçlar" başlıklı onuncu bölümünde düzenlenmiştir. Ancak bu farklılık olmasına rağmen özellikle göçmen kaçakçılığına konu olan kişilerin, çoğunlukla inanmaktan başka çareleri olmadığı da düşünüldüğünde kolayca hileyle kandırıldıkları ve yurt dışına çıkmaya çalışırken dolandırıcılık suçuna maruz kaldıkları bilinmektedir. Bu bağlamda bu iki suç arasında bir ilişki olduğu görülmektedir.

Göçmen kaçakçılığı suçunda göçmenlerin rızası vardır ve bu rıza aslında geçerli bir rızadır. Ancak göçmen kaçakçılığı suçunda rıza suçun bir unsurudur. Rıza bulunmadığı takdirde suç insan ticareti suçuna dönüşmektedir. Fakat dolandırıcılık suçunda ise rıza hileyle alınmaktadır yani irade sakatlanmaktadır⁹²⁴. Nitekim Yargıtay verdiği bir kararda failin mağduru kandırmak suretiyle yurt dışına çıkarabileceğini söyleyerek maddi menfaat elde ettiği durumda yalnızca dolandırıcılık suçu oluşacağını ancak göçmen kaçakçılığı suçu oluşmayacağını belirtmiştir⁹²⁵. Yurt dışına çıkaracağı vaadiyle kişilerin ülke içinde bir yere

⁹²³ Türk Ceza Kanunu 157. madde gerekçesi ; Sulhi DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, Beta Yayınları, 16. Bası, İstanbul 2001, s.473.

⁹²⁴ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.2418.

⁹²⁵ "Yurt dışına çıkış için gerekli olan pasaportu bulunan ancak gideceği ülkeye giriş iznini içeren vizesi bulunmayan oğlu için vize almak isteyen müdahilden vize işlemlerini yaptıracağı vaadiyle para temin eden ve bu para karşılığı sahte vize düzenlenmesini sağlayan hükümlünün, kendisine bir yarar sağlamak amacıyla müdahili hileli davranışlarla aldatmak biçiminde gerçekleşen bu eyleminin 1.6.2005 günü yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK.nun157. maddesinde tanımlanan dolandırıcılık suçunu oluşturduğu; pasaportu bulunması nedeniyle yurt dışına çıkmasına bir engeli olmayan müdahilin oğluna sahte vize temin etmesinin "... yasal olmayan yollardan... Türk Vatandaşının yurt dışına çıkmasına imkan sağlamak..." biçimde, anılan Yasanın 79. maddesinde tanımlanan göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturmayacağı gözetilmeden suç vasfında yanılıya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması" Yargıtay 8. CD. 18.10.2006 tarihli ve E.2006/5015, K.2006/7663 sayılı kararı,

bırakılması, Türk sinemasına konu olduğu gibi⁹²⁶, kişilerin Münih diye getirilip İstanbul kırsalına bırakılması ve bunun için onların zararına olarak maddi bir menfaat elde edilmesi durumunda göçmen kaçakçılığı suçu değil, ancak dolandırıcılık suçu oluşacaktır. Buna karşılık suçun konusu olan yabancılar vaat edilen ülkeye değil de bir başka ülkeye götürülmüş ve orada bırakılmışsa suç tipi olduğu ve aslında taahhüt edilen edim eksik yerine getirildiği için, yani göçmen verdiği bedelin karşılığını aldığı için sadece göçmen kaçakçılığı suçu işlenmiş olacaktır. Örneğin, yasal olmayan yollardan Almanya'ya götürmek için anlaştığı yabancı veya Türk vatandaşlarını sınırdan geçirdikten sonra götürüp Yunanistan'da bırakan kişi sadece göçmen kaçakçılığı suçunu işlemiş olacak ve fakat dolandırıcılıktan bahsedilemeyecektir. Bu ihtimalde göçmen kaçakçılığına ilişkin suç tipinde düzenlenen ülke dışına çıkarma seçimlik hareketi gerçekleşmiştir. Her ne kadar anlaşılabilir ülke yerine bir başka ülkeye götürülmüşlerse de, edim gerçekleşmektedir. Failin mağdurdan elde ettiği maddi menfaat ülke dışına çıkarmaya ilişkindir ve ülke dışına da çıkarmıştır.

Dolandırıcılık suçunda mağdurun veya başkasının zararına, kendisi veya başkasına haksız yarar sağlanması koşullarının gerçekleşmesi lüzumu vardır. Buna karşılık göçmen kaçakçılığı suçunda göçmenlerin zarara uğraması ve bu çerçevede failin ya da bir başkasının yarar sağlaması zorunlu değildir⁹²⁷.

Göçmen kaçakçılığı suçunda kastın tespitinin yanında failin belli bir maksatla hareket etmiş olması gerekir, ancak dolandırıcılık suçunun oluşması için kastın yanında failin maksadı aranmamıştır, kastın bulunması yeterlidir⁹²⁸.

<http://www.kazanci.com>, E.T. 16.08.2014; Bir başka kararda ise “*Sanığın üç göçmeni sahte Yunanistan vizesiyle yurt dışına çıkarmak isterken havaalanında yakalandığı*” durumda göçmen kaçakçılığı suçunun oluşacağını kabul etmektedir. “*tüm dosya kapsamından anlaşılacakla, eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığı...*”, Yargıtay 18. CD. 30.3.2015 tarihli ve E.2015/91, K.2015/16 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 16.10.2015.

⁹²⁶ 1980 yılında Ertem Eğilmez tarafından çekilen İlyas Salman ve Şener Şen'in başrollerinde olduğu Banker Bilo filmi, bkz, <http://www.beyazperde.com>, E.T. 16.10.2015.

⁹²⁷ DOĞAN, s.42.

⁹²⁸ SELÇUK, s.155.

Dolandırıcılık suçu bakımından suçun tamamlanmasından sonra ve fakat bu nedenle hakkında kovuşturma başlamadan önce, failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen iade veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi halinde, etkin pişmanlık hükümleri uygulanarak verilecek cezada indirim yapılmaktadır. Bunun aksine, göçmen kaçakçılığı suçunda etkin pişmanlık hükümleri düzenlenmemiştir. Bu nedenle göçmen kaçakçılığı suçunda failin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanması mümkün değildir⁹²⁹.

Dolandırıcılık suçunda yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. Aynı şekilde göçmen kaçakçılığı suçunda da bu suçun tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacaktır. Bu düzenlemeler de iki suç için benzerlik teşkil etmektedir.

Diğer bir benzerlik olarak dolandırıcılık suçunda kişilerin malvarlığı değerleri güvence altına alınmaya çalışılmaktadır. Göçmen kaçakçılığında da aynı zamanda göçmenlerin malvarlığı değerlerinin korunduğu kabul edilmekteyse de⁹³⁰ kanaatimizce suç tipiyle göçmenlerin malvarlığı değerleri korunan hukuki değer içerisinde değildir. Göçmenlerin/yabancıların yaşam hakları, onuru ve vücut bütünlükleri suçla korunmaktadır.

Göçmen kaçakçılığı ve dolandırıcılık suçu arasında bazı bağlantılar bulunmasına ve bazen birlikte işlenmelerine rağmen, her iki suç birbirinden bağımsız suçlardır. Ancak göçmenlerin yurt dışına çıkarılması amacı olmadan kandırılarak yurt dışı diye Türk sınırları içinde bir yere götürülmesi veya bırakılması halinde göçmen kaçakçılığı suçu değil dolandırıcılık suçunun işlenmiş olacağı

⁹²⁹ TCK'nın Etkin pişmanlık başlıklı168. maddesi ; “(1) Hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflâs, taksirli iflâs suçları tamamlandıktan sonra ve fakat bu nedenle hakkında kovuşturma başlamadan önce, failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisine kadarı indirilir.

(2) Etkin pişmanlığın kovuşturma başladıktan sonra ve fakat hüküm verilmezden önce gösterilmesi halinde, verilecek cezanın yarısına kadarı indirilir...”.

⁹³⁰ DOĞAN, s.41.

unutulmamalıdır⁹³¹. Fakat, ülkede kalmaları yasal olmayan yabancılar, suç failleri tarafından ikna edilerek ülke dışına çıkarılmak için bir süre barındırılmış ve sonrasında ülke içerisinde bir yere bırakılmışlarsa böyle bir durumda artık göçmen kaçakçılığı suçu ve dolandırıcılık suçu birlikte işlenmiş olacak ve fikri içtima hükümleri uygulanacaktır.

D. Pasaport Kanununda Bulunan Düzenleme İle Karşılaştırılması

Pasaport Kanunu ile ülkeye giriş ve çıkışların denetim altına alınmakta ve kamu düzeninin bozulmaması için gerekli yasal düzenlemenin yapılması sağlanmaktadır. Türk vatandaşları ile yabancılar Türkiye'ye girebilmek ve Türkiye'den çıkabilmek için yolcu giriş -çıkış kapılarındaki makamlara usulüne uygun ve muteber pasaport veya pasaport yerine geçerli bir vesika ibraz etmek zorundadırlar⁹³².

Pasaport, kanunda belirlenen yetkili makamlarca verilen ve hamillerine bir ülkenin milli hudutlarından diğer bir ülkenin sınırlarına girmeyi sağlayan belge olarak tanımlanır. Pasaport sahipleri özellikle vize isteyen ülkelerden aldıkları vize ile belli şartlar ve sürelerde yasal olarak girdikleri ülkelerde yasal şekilde kalabilmektedir.

Pasaport türleri 5682 sayılı Pasaport Kanununun 12'nci maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti Devleti namına verilmekte olan 5 çeşit pasaport bulunmaktadır; 1 -Diplomatik pasaportlar⁹³³, 2-Hususi damgalı pasaportlar⁹³⁴, 3- Hizmet damgalı

⁹³¹ “Edirne'de, yasa dışı yollarla Yunanistan'a gitmek isteyen 3 Suriyeli kaçak göçmen, Meriç Nehri'nde bulunan adacıklarda mahsur kalınca, nehrin ortasında can pazarı yaşandı. Organizatörleri tarafından 'Burası Yunanistan' denilerek adaya bırakılan mülteciler, AFAD ekipleri tarafından kurtarıldı”, <http://www.posta.com.tr>, E.T. 08.04.2015.

⁹³² 5682 Sayılı Pasaport Kanunu madde 2.

⁹³³ Diplomatik pasaportlar Pasaport Kanununun 13'üncü maddesine göre tanzim edilmektedir. Diplomatik pasaportlar, Dışişleri Bakanlığı ile yabancı memleketlerde Türkiye Cumhuriyeti Büyük Elçilik ve elçilikleri tarafından verilir.

Diplomatik pasaportlar, muvakkat görev veya seyahat için gidenlere görevlerinin veya seyahatlerinin mahiyetine göre, bir seyahate mahsus olmak üzere veya azami iki sene için, daimi görevle gidenlere de Dışişleri Bakanlığınca tespit edilecek sürede geçerli olmak üzere verilir.5682 Sayılı Pasaport Kanunu madde 13; *Diplomatik pasaport alabilecek durumda bulunan veya alan kimselerin sıfat veya vazifeleri devam ettiği müddetçe eşlerine de diplomatik pasaport verilmesi veya bunların eşlerinin pasaportlarının refakat hanesine kaydedilmesi mümkündür. Diplomatik pasaport alan kimselerin sıfat*

pasaportlar⁹³⁵, 4-Umuma mahsus pasaportlar (Münferit veya müşterek olur)⁹³⁶, 5-Yabancılara mahsus pasaportlardır⁹³⁷.

ve vazifeleri devam ettiği müddetçe, ergin olmayan veya ergin olsalar dahi yanlarında yaşayıp evli bulunmayan ve iş sahibi olmayan öğrenimi devam eden çocuklarına 25 yaşının ikmaline kadar, yine ergin olsalar dahi yanlarında yaşayıp evli bulunmayan ve iş sahibi olmayan aynı zamanda bedensel, zihinsel veya ruhsal özürlerinden en az biri nedeniyle sürekli bakıma muhtaç durumda olduğu resmi sağlık kurumlarının düzenlediği sağlık kurulu raporu ile belgelenen çocuklarına da hak sahibi kişinin pasaportu ile aynı süre geçerli diplomatik pasaport verilir. Diplomatik pasaportların, sahiplerinin veya varsa refakat hanesinde kayıtlı bulunanların birer kıta fotoğrafisini ihtiva eylemeleri lazımdır. Diplomatik pasaportlar hiçbir harç veya resme tabi değildir, 5682 Sayılı Pasaport Kanunu madde 13.

⁹³⁴ Hususi damgalı pasaportlar, Türkiye Büyük Millet Meclisi eski üyeleri, eski bakanlar ile birinci, ikinci ve üçüncü derece kadrolarda bulunan veya bu kadrolar karşılık gösterilmek veya T.C. Emekli Sandığı ile ilgilendirilip emekli kesenekleri bu derecelerden kesilmek suretiyle sözleşmeli olarak çalıştırılan Devlet memurları ve diğer kamu görevlilerine; diplomatik pasaport verilmesini gerektiren vazifelerden başka herhangi bir resmi vazife ile veya kendi hesaplarına yabancı ülkelere gittikleri zaman verilir, 5682 Sayılı Pasaport Kanunu madde 14/A.

⁹³⁵ Hizmet damgalı pasaportlar, Bu Kanun gereğince kendilerine diplomatik veya hususi damgalı pasaport verilmesi mümkün olmayan kimselere, Hükümetçe, hususi idarelerce veya belediyelerce resmi vazife ile dış memleketlere gönderildiklerinde veya dış memleketlerde vazifeye alındıklarında verilir. Türkiye Cumhuriyetinin üyesi bulunduğu milletlerarası kuruluşlarda memur statüsünde çalışanlar ile Türk Hava Kurumu ve Türkiye Kızılay Cemiyetince görevlendirilenlere de aynı nevi pasaport verilir. Hizmet damgalı pasaport alanların eşlerine, ergin olmayan veya ergin olsalar dahi yanlarında yaşayıp evli bulunmayan ve iş sahibi olmayan öğrenimi devam eden çocuklarına 25 yaşının ikmaline kadar, yine ergin olsalar dahi yanlarında yaşayıp evli bulunmayan ve iş sahibi olmayan aynı zamanda bedensel, zihinsel veya ruhsal engellerinden en az biri nedeniyle sürekli bakıma muhtaç durumda olduğu resmi sağlık kurumlarının düzenlediği sağlık kurulu raporu ile belgelenen çocuklarına da hak sahibi kişinin pasaportu ile aynı süre geçerli hizmet damgalı pasaport verilir. 5682 Sayılı Pasaport Kanunu madde 14/B.

⁹³⁶ Umuma mahsus pasaportlar, Türk vatandaşlarının umuma mahsus münferit ve umuma mahsus müşterek pasaportları yurt içinde İçişleri Bakanlığınca veya İçişleri Bakanının vereceği yetkiye göre valiliklerce, yabancı memleketlerde Türkiye Cumhuriyeti konsoloslukları tarafından verilir. Umuma mahsus münferit pasaportlar Kanunda yazılı istisnalar saklı kalmak ve altı aydan az olmamak kaydıyla İçişleri Bakanlığınca belirlenecek sürelerde geçerli olmak üzere düzenlenir. Toplu bir halde yolculuk etmek isteyen ve en az 5 kişilik bir kafiye teşkil eden Türk vatandaşlarına istedikleri takdirde umuma mahsus müşterek pasaport verilir. Bu pasaportlar verildiği tarihten itibaren 3ay, 6 ay ve 1 yıl muteber olmak üzere düzenlenir. Bu pasaportlar umuma mahsus münferit pasaportlar gibi, kafiye teşkil edenlerin fotoğraflarını havi bir listenin ilavesi suretiyle tanzim olunur, 5682 Sayılı Pasaport Kanunu madde 15.

⁹³⁷ Yabancılara mahsus pasaportlar, tabiiyetsiz bulunan veya tabiiyet durumlarının muntazam bulunmaması hasebiyle ikamet ve seyahatleri bakımından fiilen tabiiyetsizlere tatbik edilen muamelelere tabi tutulmasında İçişleri Bakanlığınca zaruret görülen kimselere icabındamezkür Bakanlığın alacağı kararla "yabancılara mahsus" damgasını taşıyan ve Türk vatandaşlığını iktisap bakımından her hangi bir manayı veya hamili lehine her hangi bir hak iktisabını tazammun etmeyen bir pasaport verilir. Bu pasaport iki nevidir: A) Türkiye'ye yalnız bir giriş veya Türkiye'den yalnız bir çıkış için muteber olan pasaportlar. Giriş için verildiği takdirde Türkiye'ye girişin vukuu, Türkiye'den çıkış için verildiği takdirde de üzerindeki şerhte tasrih edilen memlekete vusul üzerine muteberliği nihayet bulacak olan bu pasaportların sahipleri tarafından itası tarihinden itibaren bir ay içinde bulunduğu memleketi terk etmek suretiyle kullanılması şarttır. Aksi takdirde yenilenmesi gerekir. B) Bir gidiş ve geliş için verilen pasaportlar üç aydan az olmamak kaydıyla İçişleri Bakanlığının takdirine göre belirlenecek süreyle geçerli olmak üzere tanzim edilir. Her iki neviden pasaportlar,

Pasaport kanununun 33, 34, 35 ve 36. maddelerinde pasaport kanuna aykırı olarak ülkeye girilip çıkılması suç olarak düzenlenmişti. Ancak **4/4/2013 tarihli ve 6458 sayılı yasanın 124. maddesi** ile Pasaport Kanununun 34. maddesinde düzenlenen “*Türkiye Cumhuriyeti Sınırlarından Pasaportsuz Olarak Girme*” ye ilişkin düzenleme, yabancılar ve vatandaşlar şeklindeyken, sadece vatandaşlar bakımından hüküm doğuracak şekilde düzenlenerek değiştirilmiştir. Yani bu hüküm sadece vatandaşlara tatbik edilecektir. Yabancılar bakımından idari para cezası Pasaport Kanun’undan çıkarılmıştır.

Pasaport Kanunu’nun 33. maddesinde daha önce düzenlenmiş olan “*Türkiye Cumhuriyeti sınırlarını pasaportsuz veya pasaport yerine kaim olacak bir vesikayı hamil olmaksızın terk etmek veya buna teşebbüs etmeye*” ilişkin idari para cezası öngören hüküm de 6458 sayılı yasanın 124. maddesi ile mülga olmuştur.

Aynı şekilde Pasaport Kanununun 35. maddesinde belirtilen, “*Bakanlar Kurulunca tayin olunan mahallerden başka yerlerden Türkiye’ye giren veya Türkiye’den çıkanlar usulüne uygun pasaport veya vesika taşısalar bile beş yüz Türk Lirası idarî para cezası ile cezalandırılırlar*” hükmü de 6458 sayılı yasanın 124. maddesi ile ilga edilmiştir.

Son olarak Pasaport Kanunu’nun 36. maddesinde düzenlenen, “*Yolcuları, Pasaport ve Diğer Vesikaların Yoklanması İçin Hükümetçe Tayin Olunan Mevkilerin Gayri Olan Yerlere Bilerek Nakletme, Kara, Deniz ve Hava Taşıtlarını Sevk ve İdare Etme veya Bu Hususta Kılavuzluk Yapma*”ya ilişkin hüküm de 6458 sayılı yasanın 124. maddesi ile mülga olmuştur.

İçişleri Bakanlığı ve yabancı memleketlerde, İçişleri Bakanlığının talebi veya tasvibi üzerine Dışişleri Bakanlığınca verilecek talimata istinaden, Türkiye Cumhuriyeti konsolosluk makamları tarafından verilir. Yukardaki (A) fıkrasında yazılı neviden pasaportların yürürlüğünü kaybetmesi tarihinden itibaren iki ay geçmiş ise bunların yenilenmesi işlemi İçişleri Bakanlığının kararına bağlıdır. Pasaport sahibinin tabiiyet bakımından aynı durumda bulunup reşit olmayan ve iş sahibi bulunmayan kız veya erkek çocuklarının o pasaportun refakat hanesine kaydı caizdir. Kocasıyla tabiiyet bakımından aynı durumda bulunan karısı hakkında da aynı işlem yapılabilir. Refakat hanesinde kayıtlı olanlar, pasaport sahibiyle seyahat etmedikleri takdirde o pasaportu kullanamazlar. Bu pasaportların, sahiplerinin ve varsa refakat hanesinde kayıtlı olanların birer kopya fotoğrafisini ihtiva etmesi gerekmektedir,5682 Sayılı Pasaport Kanunu madde 18.

Bu değişiklik öncesinde göçmen kaçakçılığı ile karşılaştırılan öncelikleri tartışılan bu hükümler için artık mülga olduklarından tartışılmalarında bir yarar görmüyoruz. Ancak 34. maddede belirtilen pasaportsuz olarak ülkeye giren Türk vatandaşlarına ilişkin bir idari para cezası öngörülmektedir. Buradan anlaşılan ise bahse konu hükmün kabahat olduğu suç olmadığıdır. Bu nedenle göçmen kaçakçılığı suçu ile karşılaştırılması kanaatimizce gerekli değildir⁹³⁸. Nitekim göçmen kaçakçılığı suçunda vatandaşın yasadışı olarak ülkeye girmesi ya da ülkeye sokulması suç olarak düzenlenmemiştir. Fakat Türk vatandaşının ülkeden yasal olmayan yollardan çıkarılması durumunda ise fail sadece göçmen kaçakçılığı suçunu işlemiş olacaktır.

Yabancılara yasadışı olarak ülkeye girdikleri için uygulanan cezalar pasaport kanununda yürürlükten kaldırılmış olmasına rağmen, 04.04.2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 102. maddesi ile kabahat olarak yeniden düzenlenmiştir⁹³⁹. Buna göre: *“Diğer kanunlara göre daha ağır bir ceza gerektirmediği takdirde; yasaya aykırı olarak, Türkiye'ye yasa dışı giren veya Türkiye'yi yasa dışı terk eden ya da buna teşebbüs eden yabancılar hakkında iki bin Türk Lirası,*

b) 9 uncu maddenin birinci ve ikinci fıkraları uyarınca Türkiye'ye girişleri yasaklanmış olmasına rağmen Türkiye'ye girebilmiş olanlar hakkında bin Türk Lirası,

⁹³⁸ Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, Yürürlükten kaldırılan mevzuat madde 124 – (1)15/7/1950 tarihli ve 5683 sayılı Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun ile 15/7/1950 tarihli ve 5682 sayılı Pasaport Kanununun 4 üncü, 6 ncı, 7 nci, 8 inci, 9 uncu, 10 uncu, 11 inci, 24 üncü, 25 inci, 26 ncı, 28 inci, 29 uncu, 32 ncı, 33 üncü, 35 inci, 36 ncı, 38 inci ve ek 5 inci maddeleri, 5 inci maddesinin birinci ve ikinci fıkraları ile 34 üncü maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi yürürlükten kaldırılmıştır. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/04/20130411-2.htm>, E.T. 08.11.20014.

⁹³⁹ Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, 101/(1) Bu Kanunun uygulanmasına ilişkin olarak idari yargıya başvurulması hâlinde, bir yerde birden fazla idare mahkemesinin bulunması hâlinde bu davaların hangi idare mahkemesinde görüleceği Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenir; bu bağlamda, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Brinci Dairesinin 21.01.2014 tarihli ve 160 sayılı kararı ile 101. Madde kapsamında açılacak davalarda o yerde birden fazla idare mahkemesi varsa 1. İdare mahkemesinde bunların görülmesine karar verilmiştir. Aynı şekilde 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 57 ve 68. maddeleri kapsamında idari gözetime karşı yapılacak başvurulara karşı da bir yerde birden fazla Sulh Ceza Hakimliği varsa 2. Sulh Ceza Hakimliğinin bakmasına karar verilmiştir. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kararı, karar no: 1860 ve karar tarihi, 26.11.2015. 4 Aralık 2015 Tarihli ve 29552 Sayılı Resmî Gazete.

c) 56 ncı maddenin birinci fıkrasında tanınan sürede Türkiye'den ayrılmayanlar hakkında bin Türk Lirası", idari para cezasına hükmolunur⁹⁴⁰. Bu kanunda artık yabancıların yasadışı olarak ülkeye girmeleri halinde idari para cezası uygulanacağı belirtilmiştir. Bu bağlamda suçun konusu olan yabancıları ülkeye sokan veya ülkede kalmaya imkan sağlayan failer hem göçmen kaçakçılığı suçunu ve hem de bu kanunda belirtilen kabahati işlemiş olacaklardır. Fakat, böyle bir durumda Kabahatler Kanunu'nun 15. maddesi gereğince, bir fiil hem kabahat ve hem de suç olarak düzenlenmiş ise sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabileceğinden failer sadece göçmen kaçakçılığı suçundan cezalandırılacaklardır. Ayrıca 102. maddenin birinci fıkrasında "*diğer kanunlara göre daha ağır bir ceza gerektirmediği takdirde*" şeklinde açıkça içtima belirtildiğinden failin sadece göçmen kaçakçılığından sorumlu olacağı anlaşılmaktadır. Ancak 102/c de belirtilen durumda, yani ülkeden ayrılmayanları doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek amacıyla ülkeden çıkararak fail, bu fıkra hükmünü ihlal etmiş olmayacağı için kabahati işlememiş olacaktır. Fakat, ülkede ayrılması gereken sürede ayrılmaması için azmettirme veya yardım ederek maddi menfaat karşılığı ülkede kalmasına imkan sağlandığı yabancı bakımından fail hem göçmen kaçakçılığı suçunu ve hem de buradaki kabahati işlemiş olacaktır. Ancak 102. maddede "*diğer kanunlara göre daha ağır bir ceza gerektirmediği takdirde*" şeklinde açık düzenleme olduğundan fail sadece suçtan dolayı cezalandırılacaktır.

Göçmen kaçakçılığı suçunun konusu olan yabancılar göçmen kaçakçılığı suçundan cezalandırılmayacaklardır. Çünkü suçun sosyal anlamda mağduru olan göçmenler suça konu olma nedeniyle cezalandırılması Protokol bağlamında yasaklanmıştır. Ancak, "*Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununa*" göre idari para cezasına tabi tutulabileceklerdir. Kanaatimizce böyle bir idari para cezasının dahi uygulanması zaten suçtan zarar gören yabancılar bakımından haksızlık teşkil edecektir. Çünkü, suçun sosyal mağduru olan yabancılar çoğunlukla savaş, iç karışıklık, ekonomik sıkıntılar, siyasi sorunlar vs.. gerekçeleri ile ülkelerini terk edip bir çok tehlikeyi de göze alarak ve ciddi meblağlar harcayarak bir başka ülkeye

⁹⁴⁰ Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, m.102, <http://www.mevzuat.gov.tr>, E.T. 08.11.20014.

gitmektedirler. Yani ülkemize de bu şekilde gelen veya bu gerekçe ile transit ülke olarak bu güzergahı kullanan yabancıların bir de idari para cezasına tabi tutulması hukukten mümkün olmakla birlikte insani ve ahlaki değildir. Bu idari para cezasını vermenin “Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol’ün” 5. maddesine de aykırı olacağı düşünülebilir⁹⁴¹. Ancak protokolün getirdiği koruma sadece cezai kovuşturmayla ilişkindir. Yani ceza verilmemesi için koruma getirmektedir. Fakat idari para cezası verilmesine ilişkin bir koruma sağlamamaktadır. Ayrıca şunu belirtmek gerekir ki, bu idari para cezası zorunluluk halinden yararlanan yabancılar bakımından tatbik edilemeyecektir⁹⁴². Hayatları bakımından ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak için ülkeye yasadışı olarak giren yabancılar zorunluluk halinden yararlanabilecektir. Fakat bu tehlikeden başka surette kurtulma imkanları varken, mesela sınıra gelip ülkeye girme talebinde bulunabileceği ve de kabul edileceği bilinmesine rağmen, yasal olmayan yollardan girmeye çalışmışsa zorunluluk halinin başka surette kurtulma imkanına ilişkin şartı gerçekleşmediği için zorunluluk halinden yararlanılamayacaktır.

II. YAPTIRIM

A. Genel Olarak

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’na göre suç karşılığı yaptırım olarak ceza ve güvenlik tedbirleri öngörülmüştür. Güvenlik tedbirleri failin kusurlu bir iradeyle hareket ettiği hallerde suçun karşılığı olarak cezalarla birlikte tatbik edilmektedir⁹⁴³. 5237 sayılı TCK’nın Birinci Kitap, Üçüncü Kısımın, “Yaptırımlar” başlıklı Birinci Bölümünde “Cezalar” başlığı altında yapılan düzenlemeye göre; “*Suç karşılığında uygulanan yaptırım olarak cezalar, hapis ve adli para cezalarıdır (TCK m.45)*”

⁹⁴¹ “Göçmenler, bu Protokol’un 6. maddesinde öngörülen eylemlerin konusu olmaktan dolayı bu Protokol’e göre, cezai kovuşturmayla tabi tutulmayacaklardır”.

⁹⁴² 5326 sayılı Kabahatler Kanunu, m.3 ve m.12, <http://www.mevzuat.gov.tr>, E.T. 08.11.20014.

⁹⁴³ Güvenlik tedbirleri akıl hastalarında olduğu gibi, bazı durumlarda failin kusuru bulunmasa da uygulanabilmektedir. KOCA/ÜZÜLMEZ, s.469.

Hapis cezaları, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası⁹⁴⁴, müebbet hapis cezası⁹⁴⁵ ve süreli hapis cezası⁹⁴⁶ olarak tanzim edilmiştir⁹⁴⁷. Adli para cezası ise idari yaptırım ve idari para cezalarına karıştırılmaması için adli para cezası olarak düzenlenmiştir⁹⁴⁸. Adli para cezası, beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yedi yüz otuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir⁹⁴⁹. Göçmen kaçakçılığı suçu için yaptırım olarak cezalar ve güvenlik tedbirleri öngörülmüştür. Bu suç için, güvenlik tedbirleri hem gerçek kişiler bakımından ve hem de tüzel kişiler için düzenlenmiştir. Bu bölümde önce cezalar bakımından suçun yaptırımı incelenecek ve daha sonra da güvenlik tedbirlerinden gerçek kişiler için (belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma, müsadere, kazanç müsadere, sınırdışı edilme) ve tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri yaptırımı incelenecektir.

B. Cezalar

765 sayılı eski TCK'nın düzenlemesine göre göçmen kaçakçılığı suçunun cezası, iki yıldan beş yıla kadar ağır hapis ve bir milyar liradan az olmamak üzere

⁹⁴⁴ TCK. madde 47; “(1) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası hükümlünün hayatı boyunca devam eder, kanun ve tüzükte belirtilen sıkı güvenlik rejimine göre çektirilir”.

⁹⁴⁵ TCK. madde 48; “(1) Müebbet hapis cezası, hükümlünün hayatı boyunca devam eder”.

⁹⁴⁶ TCK. madde 49; “(1) Süreli hapis cezası, kanunda aksi belirtilmeyen hallerde bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamaz.”

⁹⁴⁷ TCK. madde 46; “(1) Hapis cezaları şunlardır: a) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası. b) Müebbet hapis cezası, c) Süreli hapis cezası”.

⁹⁴⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.473.

⁹⁴⁹ TCK. madde 52; “(2) En az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirası olan bir gün karşılığı adli para cezasının miktarı, kişinin ekonomik ve diğer şahsi halleri göz önünde bulundurularak takdir edilir.

(3) Kararda, adli para cezasının belirlenmesinde esas alınan tam gün sayısı ile bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ayrı ayrı gösterilir.

(4) Hakim, ekonomik ve şahsi hallerini göz önünde bulundurarak, kişiye adli para cezasını ödemesi için hükmün kesinleşme tarihinden itibaren bir yıldan fazla olmamak üzere mehil verebileceği gibi, bu cezanın belirli taksitler halinde ödenmesine de karar verebilir. Taksit süresi iki yılı geçemez ve taksit miktarı dörtten az olamaz. Kararda, taksitlerden birinin zamanında ödenmemesi halinde geri kalan kısmın tamamının tahsil edileceği ve ödenmeyen adli para cezasının hapse çevrileceği belirtilir”.

ağır para cezası olarak belirlenmiřti⁹⁵⁰. Göçmen kaçakçılığı suçunun düzenlendiği yürürlükteki 5237 sayılı TCK'nın 79. maddenin düzenlemesinde ise eski kanunun belirlediği cezalar çok daha arttırılmıştır. Buna göre; doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollardan, bir yabancıyı ülkeye sokan veya ülkede kalmasına imkan sağlayan ya da Türk vatandaşı veya yabancıнын yurt dışına çıkmasına imkan sağlayan, kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adlı para cezası ile cezalandırılacaktır. Suçun temel şekli bakımından hem hapis cezası ve hem de hapis cezasıyla birlikte adli para cezası öngörülmüştür.

Eski Kanun döneminde ağır para cezası belirtilirken alt sınır belirlenmiştir. Yeni düzenlemede ise Kanun'un ifadesiyle gün para cezası sistemine uygun olarak adli para cezası belirlenmiş ve fakat st sınırı belirtilmiştir. Adli para cezasının alt sınırı ise ifade edilmediği için genel hükümlere göre zme kavuşacaktır. Adlı para cezası, beş günden az olamayacağı için göçmen kaçakçılığı suçuna tatbik edilecek adli para cezasında en az beş günlük bir alt sınır dikkate alınacaktır (TCK m.52/1).

TCK'nın 79. maddesinin 2. fıkrasına göre ise; suçun, mağdurların hayatı bakımından bir tehlike oluşturması, onur kırıcı bir muameleye maruz bırakılarak işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarısından üçte ikisine kadar arttırılacaktır. Göçmen kaçakçılığı suçu işlenirken suçun mağduru olan yabancı/göçmenlerin, yurt dışına çıkarma seçimlik hareketi için Türk vatandaşı da dahil olarak mağdurların hayatına yönelik bir tehlike oluştuğunda veya havasız konteynır ya da hayvanların arasında taşınmak gibi onur kırıcı bir muamele suretiyle suç işlendiğinde suçun temel şekli için öngörülen cezaların yarısından az olmamak ve üçte ikisinden fazla olmayacak şekilde cezalar arttırılarak verilecektir.

⁹⁵⁰ Göçmen kaçakçılığı suçunun faillerine veya böyle bir suça iştirak etmeksizin, daha önce ülkeye sokulmuş veya girmiş kaçak göçmenleri, maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollarla ülkeden ıkaranlara, yasal koşullara uymaksızın ülkede kalmalarını olanaklı kılanlara, bu maksatla sahte kimlik veya seyahat belgelerini hazırlayanlara veya temin edenlere ya da bu suçlara teşebbüs edenlere, fiilleri başka bir suç oluştursa bile ayrıca iki yıldan beş yıla kadar ağır hapis ve bir milyar liradan az olmamak üzere ağır para cezası verilir; suçun işlenmesinde kullanılan taşıtlar ve bu fiil nedeniyle elde edilen maddi menfaatler müsadere edilir.

Göçmen kaçakçılığı suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde ise verilecek cezalar yarı oranında artırılarak verilecektir (TCK m.79/3). Bu suçun sınır aşan bir nitelikte olduğu, bir örgütlü yapıyla işlendiği ve suç örgütleri tarafından önemli bir kazanç kapısı olarak görüldüğü için, kanunun düzenlenmesinde suçun nitelikli hali olarak görülmesi ve cezanın temel şekle göre arttırılması isabetli olmuştur. Bunun yanında TCK'nın 220. maddesine göre de bu suçun örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, hem göçmen kaçakçılığının nitelikli halinden ve hem de “Suç işlemek amacıyla örgüt kurma” suçundan fail cezalandırılacaktır.

Göçmen kaçakçılığı suçunun örgüt faaliyeti kapsamında işlendiği durumlarda hem TCK m.79/3 de düzenlenen ağırlaştırıcı sebep ve hem de örgüt kurma suçundan (TCK'nın 220) failin cezalandırılacak olması ceza hukukun temel ilkelerinden olan “nonbis in idem” kuralına aykırılık teşkil edeceği ve bir fiilden iki defa ceza verileceği için eleştirilmektedir⁹⁵¹. Bize göre de bu eleştiri haklılık teşkil etmektedir. Ancak suçla etkin mücadele için ve suça konu kişilerin hayatlarının bu örgütler tarafından hiçe sayıldığı da düşünüldüğünde, kanun koyucunun bu iradesine saygı duyulması gerektiğini düşünüyoruz.

Göçmen kaçakçılığı suçunun konusu olan kişilerin ülkeye girmeleri için, ülkede kalmalarına imkan sağlanması ve ülkeden çıkarılmalarına imkan sağlanması hallerinde çoğunlukla taşınmaları, sevk edilmeleri sırasında insan onuruyla bağdaşmayacak bir suretle bunun gerçekleştiği ve hatta göçmenlerin hayatı bakımından tehlikeler ortaya çıktığı gerçeği dikkate alındığında suçun düzenlendiği TCK'nın 79. maddesine 22/7/2010 tarihli ve 6008 sayılı Kanun'la eklenen bu hüküm son derece isabetli ve yerinde olmuştur.

⁹⁵¹ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s.66; ŞEN/MALBELEĞİ, s.107; DOĞAN, s.159.

C. Güvenlik Tedbirleri

1. Genel Olarak

Güvenlik tedbirleri kanunda öngörülen toplumsal savunma aracıdır. Failin tehlikeliliği nazara alınarak toplumu ve failin kendisini korumayı amaçlayan yaptırımlar olarak ifade edilmektedir⁹⁵². 5237 sayılı TCK'da güvenlik tedbirleri başlığı altında; “*Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma (TCK m.53)*”, “*Eşya müsadere (TCK m.54)*”⁹⁵³, “*Kazanç müsadere (TCK m.55)*”, “*Çocuklara özgü güvenlik tedbirleri (TCK m.56)*”, “*Akil hastalarına özgü güvenlik tedbirleri (TCK m.57)*”, “*Suçta tekrür ve özel tehlikeli suçlular (TCK m.58)*”, “*Sınır dışı edilme(TCK m.59)*” ve *Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri*” olarak düzenlenme yapılmıştır.

Göçmen kaçakçılığı suçunun faili olan kişiler bakımından TCK'nın genel hükümler kısmında düzenlenmiş olan belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma ve eşya müsadere ile kazanç müsadere sinin uygulanması mümkündür. Ayrıca tüzel kişiler hakkında da tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilecektir. Bunun yanında şartların oluşması halinde tüzel kişiler için de hem kazanç ve hem de eşya müsadere si uygulanabilecektir.

Bu kısımda öncelikle göçmen kaçakçılığı suçu bakımından müsadere ve sonrasında bu suçun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri incelenecektir.

⁹⁵² ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.905; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.517.

⁹⁵³ “*Göçmen kaçakçılığı suçlarında zorunlu, genel hükümlerden ayrılmak suretiyle özel ve genişletilmiş şekilde düzenlenmiştir. Bu nevi suçlarda kullanılan taşıtlar suça iştiraki olmayan üçüncü kişilere ait olsalar bile müsadere olunabilecektir. Ancak bu hususta ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi göz önünde tutulmalıdır. Ceza Hukuku'nda sorumluluk için en azından taksir derecesinde kusurun bulunması gerekir. Üçüncü kişinin, kendisine ait aracın genel kullanıma yönelik rızasının bulunması sorumluluk açısından yeterlidir. Ancak iradeyi sakatlayan hallerin varlığı halinde örneğin çalınma, gasp veya esaslı hataya düşürülme sonucu ele geçirilme durumunda taksir derecesinde dahi sorumluluk var olmayacağından taşıtın müsadere sinden söz edilemez*”, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 12.10.2004 tarihli ve E.2004/8-175, K.004/198 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 25.05.2015.

2. Müsadere

Hukuk sözlüğünde müsadere; zoralım, bir kimsenin taşınır veya taşınmaz bir malının, kendi isteği olmaksızın devlet tarafından elinden alınması olarak ifade edilmiştir⁹⁵⁴. Öğretide de müsadere tanımlanmıştır, bir tanıma göre; işlenen bir suç karşılığı olarak suçlunun malvarlığının mülkiyetinin kısmen veya tamamen kamusal bir kuruma devredilmesidir⁹⁵⁵. Müsadere⁹⁵⁶, kanunda yazılı hallerde, belli taşınır veya taşınmaz malların mülkiyetlerinin mahkeme kararı ile malikten alınarak kamuya geçirilmesidir⁹⁵⁷. Yargıtay'ın verdiği kararlarda da müsadere, bir şeyin mülkiyetinin devlete geçmesi sonucunu doğuran güvenlik tedbiri olarak tanımlanmıştır⁹⁵⁸. Maddelerin gerekçesinde de müsaderenin, bir şeyin mülkiyetinin devlete geçmesini veya suç işlemek suretiyle ya da suç işlemek dolayısıyla elde edilen ekonomik kazançların müsaderesini sonuçlayan bir yaptırım olduğu belirtilmiştir⁹⁵⁹.

Müsadere TCK'nın genel hükümler kısmında 53 maddede eşya müsaderesi ve 54. maddede kazanç müsaderesi olarak düzenlenmiştir^{960, 961}.

⁹⁵⁴ YILMAZ, s.902.

⁹⁵⁵ DÖNMEZER/ERMAN, Cilt II, s.709.

⁹⁵⁶ Müsaderenin hukuki niteliği için bkz., Simone NADELHOFER DO CANTO, Vermögenseinziehung bei Wirtschafts- und Unternehmensdelikten (Art. 70 f. StGB), Schulthess Verlag, Zürich 2008, s. 17-40.

⁹⁵⁷ TANER, s.640; Abdullah Pulat GÖZÜBÜYÜK, Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, C.I, 5. Bası, Kazancı Yayınları, İstanbul 1988, s.334; TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım, s.390; Doğan GEDİK, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Müsadere, Adalet Yayınları, Ankara 2007, s.8. (GEDİK, Müsadere)

⁹⁵⁸ “Müsadere, bir şeyin mülkiyetinin devlete geçmesi sonucunu doğurmakta olup, 5237 sayılı TCK'nda müsadere bir güvenlik tedbiri olarak kabul edilmiştir. Anılan kanunun 54. maddesinin birinci fıkrasına göre, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşya, iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak şartıyla müsadere edilir. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanmış olan eşya ise, suçun icra hareketlerine henüz başlanmamış ise, sadece bu nedenle müsadere edilemeyecek, ancak niteliği itibarıyla kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda eşyanın müsaderesine hükmedilecektir”, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 15.4.2014 tarihli ve E.2012/6-1452, K. 2014/195 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 25.05.2015.

⁹⁵⁹ TCK. 54. ve 55. madde gerekçesi.

⁹⁶⁰ Müsadereye ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız, Erdal YEDELEN, Müsadere Ve Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi, Adalet Yayınları, Ankara 2010.

Eski 765 sayılı TCK'nın 201a maddesinde düzenlenmiş olan göçmen kaçakçılığı suçunu işleyenlere ilişkin ceza belirtildikten sonra, suçun işlenmesinde kullanılan taşıtlar ve bu suç nedeniyle elde edilen maddî menfaatlerin müsadere edileceği ifade edilmişti⁹⁶². Ancak 5237 sayılı yeni TCK'nın 79. maddesinde düzenlenen göçmen kaçakçılığı suçunda müsadereye yönelik böyle bir özel hüküm bulunmamaktadır. Mevcut kanuni düzenlemede göçmen kaçakçılığı suçunun işlendiği durumlarda TCK'nın genel hükümlerine gidilecek ve bu çerçevede müsadere hükümleri uygulanacaktır.

a) Eşya Müsaderesi

Bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesi için tahsis edilen, suç neticesi olan ya da niteliği gerek kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olup suç için hazırlanan eşyanın mülkiyetinin devlete geçmesini sağlayan tedbir eşya müsaderesidir⁹⁶³. Eşya müsaderesinin düzenlendiği TCK'nın 54. Maddesinin gerekçesinde, müsaderenin Anayasada yer alan mülkiyet hakkını zedelememesi için, sadece suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen eşyanın müsaderesine karar verileceği vurgulanmıştır. Ancak, bunun için, eşyanın iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmaması gerekir. Yani, eşyanın sahibi olan kişi suçun işlenmesine iştirak etmemişse veya suçun işlenişinden haberdar değilse, eşya bir suçun işlenmesinde kullanılmış olsa bile, müsadereye karar verilemeyecektir⁹⁶⁴. Ayrıca müsadereye karar verilebilmesi için kasıtlı bir suç söz konusu olmalıdır. Taksirli suçlarda müsadereye hükmedilemez⁹⁶⁵.

Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanmış olan eşya kural olarak, suçun icra hareketlerine henüz başlanmayan bir durumda sırf bu gerekçe ile mü-

⁹⁶¹ Müsaderede zamanaşımı yirmi yıldır. TCK. m.70. *müsadereye ilişkin hüküm, kesinleşmeden itibaren yirmi yıl geçtikten sonra infaz edilmez.*

⁹⁶² ARSLAN, Göçmen Kaçakçılığı, s.137.

⁹⁶³ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.530.

⁹⁶⁴ TCK 54. Madde gerekçesi.; TCK. madde 54/1 “*İyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesine hükmolunur...*”.

⁹⁶⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.530.

sadere edilemez. Fakat bu eşyanın niteliği itibariyle kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere hukuk edilebilir⁹⁶⁶. Üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya da müsadere edilecektir (TCK m.54/4).

Göçmen kaçakçılığı suçu kastla işlenen bir suç olduğu için müsadere için şartını taşımaktadır. Bu bağlamda göçmen kaçakçılığı suçunu işlerken göçmenlerin taşınması için kullanılan kara, deniz ve hava araçları iyi niyetli üçüncü kişilere ait olmamak kaydıyla müsadere edilebilecektir. Aynı şekilde göçmenlerin saklanması için tahsis edilen karavan veya kamp çadırı da müsadereye konu olur.

Göçmen kaçakçılığında kullanılan araç iyi niyetli üçüncü kişilere ait olduğu takdirde müsadere edilmeyecektir. Yani araç sahibi suça iştirak etmemişse ve göçmen kaçakçılığı suçunda kullanılacağını bilmeden aracını vermişse müsadereye başvurulmayacaktır⁹⁶⁷. Örneğin uluslararası taşımacılık şirketi olan bir şirket sahibinin araçlarında şoför olarak çalışan kişiler tarafında kendisinin haberi ve suça iştiraki olmadan göçmen taşındığı bir durumda araç, şirket sahibine ait olduğundan müsadereye konu olmayacaktır. Aynı şekilde, araç kiralama şirketleri tarafından kiraya verilen araçlar için de aynı hüküm geçerli olacaktır. Yine mesela tarlasında bulunan ekinini getirmesi için kendisinden traktörünü komşuna veren köylünün, komşusunun traktörü götürüp göçmenleri yurt dışına çıkarmada kullanması durumunda, köylü iyi niyetli olduğu için traktör müsadere edilemeyecektir. Benzer bir başka örnek verilecek olursa, komşusuna bahçesinden odun taşınması için verdiği katırı, komşusu kaçak göçmenleri ülkeye sokmak için kullandığında, katır sahibi iyi niyetli olduğu için katır müsadere edilemeyecektir. Ya da balıkçılık yapması için kiraya verdiği teknesi ile göçmen kaçırıldığında tekne sahibinin suça iştiraki olmaması şartıyla müsadere mümkün olmayacaktır. Ancak her olayın kendi şartları

⁹⁶⁶ TCK madde 54/1 "...Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir"

⁹⁶⁷ "...Suçta kullanılan ve yedieminde bulunan 057 plakalı minibüsün müdahil Fatma Kayar adına ruhsatlı olup, sanık Talat Acar'ın bu araçta şoför olarak çalıştığı ve müdahilin bilgisi olmaksızın göçmenleri taşıdığı anlaşılmalı, 5237 sayılı TCK.nun 54. maddesi uyarınca aracın ruhsat sahibine iadesi yerine yazılı şekilde zorunlu kararı verilmesi...", Yargıtay 8. CD. 5.4.2007 tarihli ve E.2006/5415, K.2007/2861 sayılı karar, <http://www.kazanci.com/>, E.T. 27.05.2015.

içerisinde ayrıntılı olarak incelenmesi gerekmekte ve suçla etkin mücadele için, bilinçli olarak başkaları adına ruhsatlı olan araçların suçta kullanıldığı durumların tespit edilmesi gerekmektedir. Çünkü organize olarak işlenen bu tür suçlarda müsadere den sakınmak için başkası adına tescillenmiş araçlar gerçek sahipleri olan suç failleri tarafından kullanılmaktadır.

Eski 765 sayılı kanun döneminde ise suçta kullanılan taşıtların faile ait olması veya olmamasının bir önemi yoktu⁹⁶⁸. Yani taşıtlar fiili bilmeyen kişilere ait olsa bile müsadere edilebiliyorlardı⁹⁶⁹.

Suçun işlenmesinde kullanılmayan, suça tahsis edilmeyen veya suçtan meydana gelmeyen eşya müsadere edilemez. Mesela failin üzerindeki giysi, ayakkabı, saat ve taşıdığı cep telefonu gibi eşyalar müsadere edilemez. Yargıtay da verdiği bir kararda göçmen kaçakçılığı yapan fail üzerinde bulunan telefonun müsadere edilemeyeceğini kabul etmiştir⁹⁷⁰.

Göçmen kaçakçılığı suçunda kullanılmamış olmakla birlikte suçta kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak bakımından tehlike oluşturuyorsa müsadere edilebilecektir. Mesela göçmenleri taşımak üzere hazırlanmış olan bir gemi, aynı zamanda çevreye zararlı zehirli bir madde ile inşa edilmişse veya aynı geminin denizde sağlıklı sefer yapması için gereken teknik donanımı yoksa ve sağlanamayacaksa müsadere edilebileceğini düşünüyoruz. Ancak göçmenlerin taşınması için hazırlanmış olan Tır veya Otobüs henüz suçun icra hareketlerine başlanmadan tespit edildiğinde, eğer kamu güvenliği veya sağlığı ya da

⁹⁶⁸ Hakan HAKERİ, “Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti Suçları”, KHUKA, Mart 2004, http://www.medeniyet.edu.tr/MART_2004_KHUKA_gocmen_kacakligi_ve_insan_ticareti_suclari.html, E.T. 27.05.2015.

⁹⁶⁹ “Göçmen kaçakçılığı suçlarında zorunlu, genel hükümlerden ayrılmak suretiyle özel ve genişletilmiş şekilde düzenlenmiştir. Bu nevi suçlarda kullanılan taşıtlar suça iştiraki olmayan üçüncü kişilere ait olsalar bile müsadere olunabilecektir. Ancak bu hususta ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi göz önünde tutulmalıdır. Ceza Hukuku'nda sorumluluk için en azından taksir derecesinde kusurun bulunması gerekir. Üçüncü kişinin, kendisine ait aracın genel kullanıma yönelik rızasının bulunması sorumluluk açısından yeterlidir. Ancak iradeyi sakatlayan hallerin varlığı halinde örneğin çalınma, gasp veya esaslı hataya düşürülme sonucu ele geçirilme durumunda taksir derecesinde dahi sorumluluk var olmayacağından taşıtın müsaderesinden söz edilemez”, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 12.10.2004 tarihli ve E.2004/8-175, K.2004/198 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 25.05.2015.

⁹⁷⁰ DOĞAN, s.162.

genel ahlak bakımından bir tehlike oluşmadığı anlaşılırsa müsadere edilmesine gerek kalmayacaktır.

Müsadere bakımından orantılılık aranmıştır. Suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında, müsaderesine hükmedilmeyebilecektir (TCK m.54/3). Hakkaniyete uygunluk bakımından önemli bir düzenlemedir. Buna göre, bir-iki göçmen taşıdığı için, değeri çok fazla olan bir geminin veya bir Tırın müsaderesi bazen hakkaniyete aykırılık teşkil edeceği için müsadere edilmeyebilir. Ancak her olayın özelliğine göre bunun değerlendirilmesi gerekmektedir. Mesela 20.000 TL karşılığında sadece bir kişiyi bile yasal olmayan yollardan ülkeden şahsi binek arabasıyla çıkarmaya çalışan bir kişinin taşıtı tabii olarak müsadere edilecektir⁹⁷¹.

Suçta kullanılan eşyanın, ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsaderesinin başka bir surette imkânsız kılınması halinde; bu eşyanın değeri kadar para tutarının müsaderesine karar verilir (TCK m.54/2). Göçmen kaçakçılığı suçu işlenirken gemi batırılmış veya göçmenler taşındıktan hemen sonra satılmışsa ya da kullanılan Tır, kamyon yakılmışsa bunların değeri kadar para müsadere konusu olacaktır. Hakkaniyete uygun olmadığı ifade edilse de örgütlü suçlulukla mücadele edilebilmesi için böyle bir düzenleme yapılması zorunludur. Ayrıca çok büyük bir kazanç elde edildiği için yapılan bu düzenleme hakkaniyete uygundur diye düşünmekteyiz^{972, 973}.

Bir şeyin sadece bazı kısımlarının müsaderesi gerektiğinde, tümüne zarar verilmeksizin bu kısmı ayırmak olanaklı ise, sadece bu kısmın müsaderesine karar verilir(TCK m.54/5). Göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesi için veya suç işlenirken suça özgülünen eşyanın bazı kısımlarının müsaderesi gerektiği zaman tümüne zarar vermeden ayrılabilirse sadece bu kısım müsadere edilebilecektir. Mesela TIR'ın

⁹⁷¹ EREL, s.297.

⁹⁷² Karşı görüş için bakınız. DOĞAN, s.165.

⁹⁷³ Aynı görüş için bakınız, EREL, s.297.

şoför mahallinde göçmenler taşınmışsa, dorseden ayrılabilirdi için dorse/konteynir müsadere edilmeyebilecektir⁹⁷⁴.

Birden fazla kişinin paydaş olduğu eşya ile ilgili olarak, sadece suçta iştirak eden kişinin payının müsaderesine hükmolunur(TCK m.54/6). Göçmen kaçakçılığı suçunda kullanılan bir aracın paylı olduğu durumlarda sadece suçta katılan kişinin hissesi müsadere edilecektir. Mesela sınır köyünden şehre yolcu taşıyan üç ortaklı bir köy minibüsünde aynı zamanda pay sahibi olan şoförün diğerk ortaklardan habersiz göçmen kaçakçılığı suçunu işlediğı bir olayda sadece kendi payı olan üçte bir pay müsadereye konu olacaktır. İyi niyetli ve suçta katılmamış diğerk ortakların payları korunacaktır. Bu hüküm cezaların şahsiliğı ilkesine de uygun bir düzenleme olmuştur.

b) Kazanç Müsaderesi

Suçtan elde edilen ekonomik değerklerin inanılmaz rakamlara çıktığı günümüzde özellikle organize/örgütlü suçluluğun önlenmesi ve suçun/suçların kazanç kapısı olarak görülmesine engel olunması amacıyla “kazanç müsaderesi”⁹⁷⁵ düzenlenmiştir. Böylece suç işlemek suretiyle veya suç işlemek dolayısıyla elde edilen ekonomik kazançların müsaderesi mümkün hâle getirilmiştir⁹⁷⁶. Önemli bir kazanç kapısı olarak görülen göçmen kaçakçılığı suçu bakımından caydırıcılığın sağlanması için eşya müsaderesi yanında kazanç müsaderesi de etkili olacaktır.

Suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerklendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsaderesine karar verilir⁹⁷⁷. Yani göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesi suretiyle elde edilen kazançlar

⁹⁷⁴ EREL, s.297.

⁹⁷⁵ 5237 sayılı yeni TCK ile getirilmiş bir yeniliktir. Eski 765 sayılı TCK da böyle bir hüküm yoktu, GEDİK, Müsadere, s.200.

⁹⁷⁶ “kazanç müsaderesi, “karapara aklama”, uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti, dolandırıcılık, kaçakçılık, ihaleye fesat karıştırma gibi ekonomik çıkar elde etme amacıyla işlenen suçlara karşı etkin biçimde caydırıcılık özelliğı olan bir yaptırım niteliğine kavuşturulmuştur”, TCK. 55. madde gerekçesi.

⁹⁷⁷ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.602.

müsadere edilecektir⁹⁷⁸. Öncelikle ne gibi ekonomik kazançlar elde edildiği tespit edilmelidir⁹⁷⁹. Mesela ülkeye soktuğu her göçmen için on bin (10.000) TL alan bir failin beş kişiden almış olduğu ve hesabında ya da üzerinde bulunan elli bin (50.000) TL, kazanç müsadere tabi tutulabilecektir. Ancak müsadere kararı verilebilmesi için maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi gerekir (TCK m.55). Bu nedenle göçmen kaçakçılığı suçunun aynı zamanda sosyal anlamda mağduru olan göçmenlerin ödedikleri bu paralar göçmenlere iade edileceği için kazanç müsadere konusuna konu olamayacağı düşünülebilir. Ancak göçmenlerin suçun hukuki anlamda mağduru olmadıklarını kabul ettiğimiz için, göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesi sonucu elde edilen kazanç bir şekilde suç konusu olan göçmenlere ait olsa bile kazanç müsadere kapsamında müsadere edilebilecektir.

Müsadere konusu eşya veya maddi menfaatlere el konulmadığı veya bunların merciine teslim edilmediği hallerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsadere konusuna hükmedilir (TCK m.55/2). Buna göre, müsadere konusu ekonomik değerlerin harcama, imha, tüketme gibi hareketlerle müsadere konusuna imkansız kılınması hâlinde, karşılığı para tutarının müsadere konusuna karar verilecektir⁹⁸⁰.

Bu madde kapsamına giren eşyanın müsadere edilebilmesi için, eşyayı sonradan iktisap eden kişinin 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun iyi niyetin korunmasına ilişkin hükümlerinden yararlanamıyor olması gerekir. Göçmen kaçakçılığı suçu bağlamında bakıldığında; mesela göçmenlerin kaçak olarak ülkeden çıkarılması için kullanılan bir kamyonun aslından göçmen

⁹⁷⁸ "...Anılan madde metninde yer alan "maddi menfaat" ibaresinden anlatılmak istenilenin malın kendisi, "ekonomik kazanç" ifadesinden ise suçun işlenmesiyle elde edilen maddi menfaatlerin değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan kazançların tamamı olduğu kabul edilmelidir...", Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 11.6.2013 tarihli ve E.2013/13-303, K.2013/296 sayılı karar, <http://www.kazanci.com>, E.T. 27.05.2015.

⁹⁷⁹ "Kazanç müsadere konusuna, ancak suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların suçun mağduruna iade edilememesi halinde mümkün olduğu gözetilerek; ne gibi menfaatler ve ekonomik kazançlar elde edildiği de tespit edilmeden yazılı şekilde kazanç müsadere konusuna hükümolunması, yasaya aykırıdır", Yargıtay 11. CD. 6.11.2009 tarihli ve E.2009/15970, K.2009/12760 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 25.05.2015.

⁹⁸⁰ TCK 55. madde gerekçesi.

kaçakçılığı suçu çerçevesinde elde edilen gelire kazanıldığı ve fakat iyi niyetli bir başka kişiye devredilmiş olmasına rağmen birkaç gün mühlet istendiği ve bu sürede de göçmen kaçakçılığında yakalandığı bir durumda her ne kadar suçtan elde edilen kazanç sonucu alınmış bir kamyon olsa da, iyi niyetli bir kimsenin mülkiyetinde olduğu için, ne eşya müsaderesi hükümlerine ve ne de kazanç müsaderesi hükümlerine göre müsadereye tabi tutulamayacaktır.

3. Tüzel Kişiler Hakkında Güvenlik Tedbirleri

Ceza hukuku bakımından suçun faili ancak bir gerçek kişi olabilir. Bu nedenle irade etme yeteneğine sahip olmayan tüzel kişiler, suç faili olmazlar⁹⁸¹. Tüzel kişilerin faaliyeti kapsamında işlenen suçlarda suçu işleyen bir gerçek kişi vardır ve ceza hukuku açısından fail fiili gerçekleştiren bu gerçek kişidir⁹⁸². Bu husus TCK'da dikkate alınmış ve 20. maddede düzenleme yapılarak, ceza sorumluluğunun şahsi olduğu ve kimsenin başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamayacağı belirtilmiştir. Ayrıca aynı maddenin ikinci fıkrasında tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamayacağı ve ancak suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımların saklı olduğu ifade edilmiştir⁹⁸³.

Göçmen kaçakçılığı suçuna ilişkin 79 uncu maddenin 3 üncü fıkrasında da; *“bu suçun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur”* denilmektedir⁹⁸⁴. Çoğunlukla örgütlü ve sınır aşan bir şekilde işlenen göçmen kaçakçılığı suçuna ilişkin

⁹⁸¹ KOCA/ ÜZÜLMEZ, s.103; ZAFER, s.181.

⁹⁸² BİRTEK, Genel Hükümler, s.60.

⁹⁸³ TCK. Madde 20- (1) Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz.

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

⁹⁸⁴ Gerçekten özel hukuk tüzel kişileri hakkında ceza yaptırımı uygulanamayacağını belirten TCK'nın 20. maddesinin ikinci fıkrasında, güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımların saklı olduğu ifade edilmiştir.

düzenlemede buna yer verilmesi ülkemiz tarafından imzalanan uluslararası sözleşmelere de uygundur⁹⁸⁵.

Tüzel kişiler hakkında uygulanacak güvenlik tedbirlerinden ilki iznin iptalidir (TCK m. 60/1). Bu güvenlik tedbirinin uygulanabilmesi için, özel hukuk tüzel kişinin yararına, organ veya temsilcisinin iştirakiyle ve verilen iznin kötüye kullanılması suretiyle işlenmiş kasıtlı bir suçtan mahkûmiyet verilmelidir⁹⁸⁶. Örneğin göçmen kaçakçılığı suçundan elde edilen gelirlere meşruiyet görüntüsü kazandırmak için bir döviz bürosunun kullanılması hâlinde, bu döviz bürosunu işleten özel hukuk tüzel kişinin, döviz bürosu işletmek için aldığı izin iptal edilecektir⁹⁸⁷. Mesela uluslararası taşımacılık izni bulunan bir tüzel kişilik yararına göçmen kaçakçılığı suçu işlenmişse, bu tüzel kişiliğin izni iptal edilecektir. Yine turizm/seyahat acentesi işleten bir tüzel kişiliğin bu acente üzerinden göçmen kaçakçılığı yapıldığı bir durumda acentenin izni iptal edilecektir.

Özel hukuk tüzel kişisi hakkında güvenlik tedbiri olarak müsadere hükümleri de uygulanabilir (TCK m. 60/2). Tüzel kişinin organ veya temsilcisi tarafından veya bunların iştirakiyle kasten, tüzelkişi yararına bir suç işlenmişse, eşya ve kazanç müsaderesine ilişkin hükümler tüzel kişiliğe ait taşınır ve taşınmaz eşyalar ile her türlü maddi değerler hakkında da uygulanabilecektir. Yani araçları göçmen kaçakçılığı suçunda kullanılan tüzel kişilerin bu taşıtları müsadere edilebilecektir⁹⁸⁸. Örneğin uluslararası taşımacılık yapan tüzel kişiliğe ait bir araç ile tüzel kişinin

⁹⁸⁵ “Her Taraf Devlet, örgütlü suç gruplarının karıştığı ağır suçlara iştirak etmeleri ve bu Sözleşmenin 5, 6, 8, ve 23. maddelerinde öngörülen suçlar açısından tüzel kişilerin sorumlu tutulmaları için gerekli olabilecek kendi hukuk ilkelerine uygun önlemleri alacaktır”. Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, m.10. United Nations Convention against Transnational Organized Crime,

<http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-e.pdf>, E.T. 25.05.2015.

⁹⁸⁶ İzin iptali için, “ilk koşul özel hukuk tüzel kişisine, belirli bir faaliyette bulunabilmesine ilişkin bir kamu kurumunca verilen bir iznin varlığıdır. İkinci koşul ise, bu iznin sağladığı yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına kasıtlı bir suç işlenilmesidir. Dikkat edilmelidir ki, burada söz konusu olan suç, tüzel kişi yararına işlenmiş herhangi bir suç değildir. İşlenen suçla, verilen iznin kullanılması arasında nedensellik bağı olmalıdır. Ayrıca, özel hukuk tüzel kişinin organ veya temsilcilerinin bu suçun işlenmesine iştirak etmeleri gerekir”, TCK. 60. madde gerekçesi.

⁹⁸⁷ TCK. 60. madde gerekçesi.

⁹⁸⁸ ARSLAN, Göçmen Kaçakçılığı, s.138.

temsilcilerinin iştirakiyle göçmen kaçakçılığı yapılmışsa buna ilişkin elde edilen kazançlar ile göçmen taşımada kullanılan araçlar müsadere edilecektir.

Tüzel kişilere uygulanacak güvenlik tedbirleri bakımından da orantılılık ilkesi gözetilecektir (TCKm. 60/3).

III. MUHAKEME USULÜ

A. Soruşturma ve Kovuşturma Usulü

Göçmen kaçakçılığı suçuna ilişkin olarak kanunda belirtilen düzenlemede suçun şikayete tabi olduğu açıkça düzenlenmemiştir. Bu gerekçeyle denilebilir ki, suçun soruşturma ve kovuşturması bakımından şikayet şartı aranmayacak ve suç resen soruşturulup kovuşturulacaktır⁹⁸⁹. Şikayet⁹⁹⁰ Anayasanın 74. maddesine⁹⁹¹ göre bir haktır ve her suç için aranmamıştır. Muhakemesi şikayete⁹⁹² bağlı olan suçlar

⁹⁸⁹ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s.77; DOĞAN, s167; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s.91.

⁹⁹⁰ “Hakkın kullanılması olarak kabul edilen ihbar ve şikayet hakkı, Anayasanın 36 ve 74. maddelerinde düzenlenmiştir. Herkes kendisi veya kamu ile ilgili konularda yetkili makamlara şikayette bulunmak ve dava açmak hakkına sahiptir. Bu hakkın, hakkı doğuran nedenin koyduğu sınırlar içinde kullanılması, kötüye kullanılmaması zorunludur. İhbar ve şikayetin yetkili makamlara yapılmadan önce veya yapıldıktan sonra, hatta böyle bir başvuru olmaksızın dahi, durumun araştırılması, şüphelenildiğinin söylenmesi arasında fark yoktur”, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 19.12.1994 tarihli ve E.1994/4-327, K.1994/349 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/>, E.T. 01.01.2015.

⁹⁹¹ Anayasa madde 74; Vatandaşlar ve karşılıklılık esası göze tilmek kaydıyla Türkiye’de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir.

⁹⁹² Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlar başlıklı TCK’nın 73. maddesi; “(1) Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olan suç hakkında yetkili kimse altı ay içinde şikayette bulunmadığı takdirde soruşturma ve kovuşturma yapılamaz.

(2) Zamanaşımı süresini geçmemek koşuluyla bu süre, şikayet hakkı olan kişinin fiili ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği günden başlar.

(3) Şikayet hakkı olan birkaç kişiden birisi altı aylık süreyi geçirirse bundan dolayı diğerlerinin hakları düşmez.

(4) Kovuşturma yapılabilmesi şikayete bağlı suçlarda kanunda aksi yazılı olmadıkça suçtan zarar gören kişinin vazgeçmesi davayı düşürür ve hükmün kesinleşmesinden sonraki vazgeçme cezanın infazına engel olmaz.

(5) İştirak halinde suç işlemiş sanıklardan biri hakkındaki şikayetten vazgeçme, diğerlerini de kapsar.

(6) Kanunda aksi yazılı olmadıkça, vazgeçme onu kabul etmeyen sanığı etkilemez.

istisna teşkil eder ve kanunlarda tek tek gösterilir⁹⁹³. Yani şikayete tabi olduğu açıkça düzenlenmeyen suç resen kovuşturulur.

Göçmen kaçakçılığı için açıkça şikayete tabi olduğuna dair bir kanuni hüküm olmadığından resen soruşturma ve kovuşturma yapılacağı anlaşılmaktadır.

Göçmen kaçakçılığı suçu için soruşturma ve kovuşturma aşamasında koruma tedbirlerine başvurmak mümkündür. 5271 sayılı CMK'nın "*Taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma*" başlıklı 128. maddesinde⁹⁹⁴, "*Şirket yönetimi için kayyım tayini*" başlıklı 133. maddesinde⁹⁹⁵, "*İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda*

(7) *Kamu davasının düşmesi, suçtan zarar gören kişinin şikayetten vazgeçmiş olmasından ileri gelmiş ve vazgeçtiği sırada şahsi haklarından da vazgeçtiğini ayrıca açıklamış ise artık hukuk mahkemesinde de dava açamaz*".

⁹⁹³ Nurullah KUNTER/Feridun YENİSEY, Ceza Muhakemesi Hukuku, Birinci Kitap, Beta Yayınları, 12. Bası, İstanbul 2002, s.76.

⁹⁹⁴ CMK Madde 128 – "(1) Soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine ve bu suçlardan elde edildiğine dair somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebebi bulunan hallerde, şüpheli veya sanığa ait;

- a) Taşınmazlara,
- b) Kara, deniz veya hava ulaşım araçlarına,
- c) Banka veya diğer malî kurumlardaki her türlü hesaba,
- d) Gerçek veya tüzel kişiler nezdindeki her türlü hak ve alacaklara, ...Elkonulabilir. ...

(2) Birinci fıkra hükmü;

- a) Türk Ceza Kanununda tanımlanan;
 1. Soykırım ve insanlığa karşı suçlar (madde 76, 77, 78),
 2. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80),
 3. Hırsızlık (madde 141, 142),
 4. Yağma (madde 148, 149), ..."

⁹⁹⁵ CMK. madde 133 – "(1) *Suçun bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğu hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için gerekli olması halinde; soruşturma ve kovuşturma sürecinde, hâkim veya mahkeme, şirket işlerinin yürütülmesiyle ilgili olarak kayyım atayabilir. Atama kararında, yönetim organının karar ve işlemlerinin geçerliliğinin kayyımın onayına bağlı kılındığı veya yönetim organının yetkilerinin tümüyle kayyımaya verildiği açıkça belirtilir. Kayyım tayinine ilişkin karar, ticaret sicili gazetesinde ve diğer uygun vasıtalarla ilan olunur... (4) Bu madde hükümleri ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir.*

- a) *Türk Ceza Kanununda yer alan,*
 1. *Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80),*
 2. *Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188), ..."*

alınması” başlıklı 135. maddesinde⁹⁹⁶ve “Teknik araçlarla izleme” başlıklı 140. maddelerinde⁹⁹⁷ bu husus açık bir şekilde ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere göçmen kaçakçılığı suçunun çoğunlukla örgütlü olarak işlenmesi ve gerçeğin araştırılıp ortaya çıkarılmasındaki zorluk nedeniyle kanun koyucu birçok koruma tedbirinin bu suç bakımından uygulamasına özel bir ehemmiyet vermiştir.

B. Yetkili Mahkeme (Yer Bakımından Yetki)

Ceza muhakemesinde yer bakımından yetki belirlenirken temel kural olarak “suçun işlendiği yer”e bakılır⁹⁹⁸. Yetkili mahkeme suçun işlendiği yer mahkemesidir. Göçmen kaçakçılığı suçunda suçun işlendiği yer, yabancıнын ülkeye sokulması halinde girişin yapıldığı yerdir. Yabancı veya vatandaşın yasadışı olarak ülke dışına çıkarılması halinde çıkış yeridir. Yabancıнын ülkede kalmasına imkan sağlandığı

⁹⁹⁶ CMK. madde 135 – “(1) Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphelerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, ağır ceza mahkemesi veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir. Cumhuriyet savcısı kararını derhâl mahkemenin onayına sunar ve mahkeme, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya mahkeme tarafından aksine karar verilmesi hâlinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl kaldırılır. Bu fıkra uyarınca alınacak tedbire ağır ceza mahkemesince oy birliğiyle karar verilir. İtiraz üzerine bu tedbire karar verilebilmesi için de oy birliği aranır....”

(8) Bu madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir:

a) Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80),
2. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83),
3. İşkence (madde 94, 95),

⁹⁹⁷ CMK. madde 140 – (1) Aşağıdaki suçların işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphelerinin bulunması ve başka suretle delil elde edilememesi hâlinde, şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyeri teknik araçlarla izlenebilir, ses veya görüntü kaydı alınabilir:

a) Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80),
2. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83),
3. Nitelikli hırsızlık (madde 142) ve yağma (madde 148, 149)...

⁹⁹⁸ CMK madde 12 – “(1) Davaya bakmak yetkisi, suçun işlendiği yer mahkemesine aittir.

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

durumda ise, bu seçimlik hareket bakımından kesintisiz (mütemadi) suç söz konusu olduğundan kesintinin gerçekleştiği yerde suç işlenmiş olacağı için kesintinin gerçekleştiği yer mahkemesi yetkili olacaktır. Kesinti yakalama yerinde gerçekleşeceği için, yani göçmenlerin yakalandığı yerde gerçekleşeceği için yakalanma yeri yetkili olacaktır⁹⁹⁹.

Suçun işlendiği yer belli değilse, özel yetki kuralı¹⁰⁰⁰ gereği şüpheli veya sanığın yakalandığı yer mahkemesi yetkili olacaktır. Şüpheli veya sanık yakalanmamışsa yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir. Şüpheli veya sanığın Türkiye'de yerleşim yeri yoksa Türkiye'de en son adresinin bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. Mahkemenin bu suretle de belirlenmesi mümkün olmadığı takdirde, ilk usul işleminin yapıldığı yere göre yetkili mahkeme belirlenecektir¹⁰⁰¹. Göçmen kaçakçılığı suçunda suçun işlendiği yerin belirlenmesi oldukça güç olduğu için CMK'nın özel yetki kuralının sıklıkla uygulanması muhtemeldir¹⁰⁰².

Göçmen kaçakçılığı suçunun çoğunlukla deniz, hava ve demiryolu taşıtları vasıtasıyla işlendiği düşünüldüğünde, bunlar bakımından da yetkili mahkemenin nasıl belirleneceği önemlidir. Suç, Türk bayrağını taşıma yetkisine sahip olan bir gemide, hava taşıtında ya da demiryolu taşıtında veya böyle bir taşıt Türkiye dışında iken işlenmişse, geminin, hava taşıtının ya da demiryolu taşıtının ilk uğradığı Türk limanında, hava alanında, istasyonda veya bağlama limanında ya da sicile kayıtlı olan yerde bulunan mahkeme yetkilidir¹⁰⁰³. Ülke içerisinde deniz, hava veya

⁹⁹⁹ ARTUÇ, s.63; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.2442.

¹⁰⁰⁰ Öğretide özel yetki kuralları için “yedek kurallar” ifadesi de kullanılmıştır. Bakınız, Yener ÜNVER/Hakan HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınları, 9. Baskı, Ankara 2014, s.157.

¹⁰⁰¹ CMK. madde 13.

¹⁰⁰² ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s.77.

¹⁰⁰³ CMK. madde 15; “ (1) Suç, Türk bayrağını taşıma yetkisine sahip olan bir gemide veya böyle bir taşıt Türkiye dışında iken işlenmişse, geminin ilk uğradığı Türk limanında veya bağlama limanında bulunan mahkeme yetkilidir.

(2) Türk bayrağını taşıma hakkına sahip olan hava taşıtları ile demiryolu taşıtları hakkında da yukarıdaki fıkra hükümleri uygulanır.

demiryolu taşıtlarında ya da bu taşıtlarla işlenen suçlarda ise bunların ilk ulaştığı yer mahkemesi de yetkili olacaktır. Mesela Trabzon limanından aldığı göçmenleri yurt dışına götürmek için yola çıkan bir geminin ilk uğradığı liman Sinop limanı olduğunda, Sinop mahkemesi de yetkili olacaktır.

Göçmen kaçakçılığı suçu sınır aşan bir niteliğe sahip olduğu için yetki bağlamında iki ülke arasında bir uyuşmazlık çıktığında bunun çözümü Göçmen Kaçakçılığına Karşı Ek Protokolün 20. maddesine göre sağlanacaktır. Buna göre; Taraf Devletler, bu Protokol'ün yorumlanmasına veya uygulanmasına ilişkin uyuşmazlıkları müzakere yoluyla çözmek için çaba göstereceklerdir. Makul bir zaman içerisinde müzakere yoluyla çözülemeyen bir uyuşmazlık, bu Taraf Devletlerden birinin talebi üzerine, tahkime götürülecektir. Eğer, tahkim talebinin yapıldığı tarihten altı ay sonra, Taraf Devletler, tahkime dair düzenlemelerde anlaşamazlarsa, bu Taraf Devletlerden herhangi biri, uyuşmazlığı Divan'ın Statüsü'ne uygun bir taleple, Uluslararası Adalet Divanı'na götürme imkanına sahiptir¹⁰⁰⁴. Ayrıca Avrupa Birliği Konseyinin 28 kasım 2002 tarihli çerçeve kararında da yetki hususuna vurgu yapılmış ve suçun unsurlarının kısmen veya bir tamamen ülkesinde gerçekleştiği devletin veya failin vatandaşı olduğu devletin ya da yararına suç işlenen tüzel kişinin kurulduğu devletin yargılamaya yetkili olduğunu belirtmiştir¹⁰⁰⁵.

(3) Ülke içerisinde deniz, hava veya demiryolu taşıtlarında ya da bu taşıtlarla işlenen suçlarda, bunların ilk ulaştığı yer mahkemesi de yetkilidir.

(4) Çevreyi kirletme suçu, yabancı bayrağı taşıyan bir gemi tarafından Türk kara suları dışında işlendiği takdirde, suçun işlendiği yere en yakın veya geminin Türkiye'de ilk uğradığı limanın bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir”.

¹⁰⁰⁴ “Settlement of disputes” başlıklı orijinal metin için bakınız, <http://www.unodc.org>, E.T. 10.05.2015.

¹⁰⁰⁵ **2002/946/JHA: Council framework Decision of 28 November 2002 on the strengthening of the penal frame work to prevent the facilitation of unauthorised entry, transit and residence, Official Journal L 328 , 05/12/2002 s.0001–0003. Article 4 Jurisdiction,**

1.

Each Member State shall take the measures necessary to establish its jurisdiction with regard to the infringements referred to in Article 1(1) and committed

(a) *in whole or in part within its territory;*

(b) *by one of its nationals, or*

C. Görevli Mahkeme (Madde Bakımından Yetki)

Göçmen kaçakçılığı suçunda görevli mahkemenin suça ilişkin kanuni hükümde açıkça belirtilmediği görülmektedir. Ancak suçun yargılanmasına ilişkin görevli mahkemenin tespiti için 5235 sayılı “Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun”na bakılması gerekmektedir. Bu kanunun 10¹⁰⁰⁶, 11 ve 12¹⁰⁰⁷. maddelerinde mahkemelerin görev tanımları yapılmıştır. Buna göre göçmen kaçakçılığı suçunun görevli mahkemesi “asliye ceza mahkemesi” dir. 5235 sayılı kanunun 11. maddesine göre; “*Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, sulh ceza hâkimliği ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere asliye ceza mahkemelerince bakılır*” şeklinde düzenleme bulunmaktadır. Göçmen kaçakçılığı suçu sulh ceza

(c) for the benefit of a legal person established in the territory of that Member State.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32002F0946>, E.T. 10.05.2015.

¹⁰⁰⁶ 5235 sayılı Kanun’un sulh ceza hâkimliği başlıklı 10. maddesi; “Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, yürütülen soruşturmalarda hâkim tarafından verilmesi gerekli kararları almak, işleri yapmak ve bunlara karşı yapılan itirazları incelemek amacıyla sulh ceza hâkimliği kurulmuştur.

İş durumunun gerekli kıldığı yerlerde birden fazla sulh ceza hâkimliği kurulabilir. Bu durumda sulh ceza hâkimlikleri numaralandırılır. Müstakilen sulh ceza hâkimliğinde görevlendirilen hâkimler, adli yargı adalet komisyonlarının başka mahkemelerde veya işlerde görevlendirilemez. Sulh ceza hâkimliğinde bir yazı işleri müdürü ile yeteri kadar personel bulunur. Sulh ceza hâkimliği, her il merkezi ile bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak belirlenen ilçelerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun olumlu görüşü alınarak Adalet Bakanlığınca kurulur. Sulh ceza hâkimliği buldukları il veya ilçenin adı ile anılır. Sulh ceza hâkimliğinin yargı çevresi, buldukları il merkezi ve ilçeler ile bunlara adli yönden bağlanan ilçelerin idari sınırlarıdır.

Ağır ceza mahkemeleri ile büyükşehir belediyesi bulunan illerde, büyükşehir belediyesi sınırları içerisindeki il ve ilçenin adı ile anılan sulh ceza hâkimliğinin yargı çevresi, il veya ilçe sınırlarına bakılmaksızın Adalet Bakanlığının önerisi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenir.

Coğrafi durum ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak bir sulh ceza hâkimliğinin kaldırılmasına veya yargı çevresinin değiştirilmesine, Adalet Bakanlığının önerisi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca karar verilir”.

¹⁰⁰⁷ 5235 sayılı Kanun’un “Ağır ceza mahkemesinin görevi” başlıklı 12. maddesi; “Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, Türk Ceza Kanununda yer alan yağma (m. 148), irtikâp

(m. 250/1 ve 2), resmî belgede sahtecilik (m. 204/2), nitelikli dolandırıcılık (m. 158), hileli iflâs (m. 161) suçları, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısımının Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (318, 319, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç) ve 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun kapsamına giren suçlar dolayısıyla açılan davalar ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir. Anayasa Mahkemesi ve Yargıtayın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler, askerî mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler ile çocuklara özgü kovuşturma hükümleri saklıdır”.

hakimliği ve ağır ceza mahkemesinin görev kriterleri içerisinde sayılmadığından asliye ceza mahkemesinin görevine girmektedir¹⁰⁰⁸. Çünkü göçmen kaçakçılığı suçunun cezası “üç yıldan sekiz yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezası”dır. Ağır ceza mahkemesinin görevine girmesi için en az 10 yıl hapis cezası gerektiriyor olması şarttır. Göçmen kaçakçılığının düzenlendiği TCK'nın 79. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen “ceza yarısından üçte ikisine kadar artırılacağı” hükmü ise görev bakımından dikkate alınmayacaktır¹⁰⁰⁹.

Göçmen kaçakçılığı suçunun bir suç veya terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlendiği durumlarda ise terörle mücadele kanununun 10. maddesine göre kurulmuş mahkemeler görevli olacaklardı. Ancak bu hüküm 6526sayılı Kanun'la yürürlükten kaldırıldığı¹⁰¹⁰ için buna ilişkin yollamaların Ağır Ceza Mahkemelerine yapıldığı kabul edilmektedir. Bu nedenle örgüt faaliyeti kapsamında işlenen göçmen kaçakçılığı suçları bakımından ağır ceza mahkemeleri görevli olacaktır¹⁰¹¹.

¹⁰⁰⁸ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s.77.

¹⁰⁰⁹ 5235 sayılı Kanun madde 14; “Mahkemelerin görevlerinin belirlenmesinde ağırlaştırıcı veya hafifletici nedenler gözetilmeksizin kanunda yer alan suçun cezasının üst sınırı göz önünde bulundurulur”.

¹⁰¹⁰ 6526sayılı kanununun 19. maddesi.

¹⁰¹¹ 6526sayılı kanununun 1. maddesi “12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununa aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

“GEÇİCİ MADDE 14- Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte, 2/7/2012 tarihli ve 6352 sayılı Kanunun geçici 2 nci maddesi uyarınca görevlerine devam eden ağır ceza mahkemeleri ile bu Kanunla yürürlükten kaldırılan Terörle Mücadele Kanununun 10 uncu maddesi uyarınca görevlendirilen ağır ceza mahkemeleri kaldırılmıştır.

Mevzuatta Ceza Muhakemesi Kanununun mülga 250 nci maddesinin birinci fıkrasına göre görevlendirilen ağır ceza mahkemeleri ile Terörle Mücadele Kanununun 10 uncu maddesinin birinci fıkrasına göre görevlendirilen ağır ceza mahkemelerine yapılmış atıflar ağır ceza mahkemelerine; bu mahkemelerin üyelerine yapılmış atıflar Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen Ankara Ağır Ceza Mahkemesine yapılmış sayılır. Mevzuatta Ceza Muhakemesi Kanununun mülga 250 nci maddesinin birinci fıkrası kapsamına giren suçlar ile Terörle Mücadele Kanununun 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrası kapsamına giren suçlara yapılan atıflar, Türk Ceza Kanununda yer alan;

a) Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçu veya suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama suçu,

b) Haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlara,

c) İkinci Kitap Dördüncü Kısımın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlara (305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç), yapılmış sayılır.....”

D. Dava Zamanaşımı

Göçmen kaçakçılığı suçu bağlamında dava zamaşımı süresinin belirlenmesi için 5237 sayılı TCK'nın 66. maddesine bakılması gerekmektedir. Kanunun bu hükmüne göre, göçmen kaçakçılığı suçunun temel şekli ile nitelikli şeklinin dava zamaşımı süresi on beş yıldır¹⁰¹².

Dava zamaşımını kesen sebeplerin bulunması halinde¹⁰¹³ dava zamaşımının en fazla yirmi iki yıl altı ay olabileceği görülmektedir¹⁰¹⁴.

¹⁰¹² TCK madde 66/1; “ (1) Kanunda başka türlü yazılmış olan haller dışında kamu davası;

- a) Ağırlandırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda otuz yıl,
 - b) Müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmibeş yıl,
 - c) Yirmi yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıl,
 - d) Beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda onbeş yıl,
 - e) Beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda sekiz yıl,
- Geçmesiyle düşer....

(3) Dava zamaşımı süresinin belirlenmesinde dosyadaki mevcut deliller itibarıyla suçun daha ağır ceza gerektiren nitelikli halleri de göz önünde bulundurulur.

(4) Yukarıdaki fıkralarda yer alan sürelerin belirlenmesinde suçun kanunda yer alan cezasının yukarı sınırı göz önünde bulundurulur; seçimlik cezaları gerektiren suçlarda zamaşımı bakımından hapis cezası esas alınır.

(5) Aynı fiilden dolayı tekrar yargılamayı gerektiren hallerde, mahkemece bu husustaki talebin kabul edildiği tarihten itibaren fiile ilişkin zamaşımı süresi yeni baştan işlemeye başlar.

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

(7) Bu Kanunun İkinci Kitabının Dördüncü Kısımında yazılı ağırlandırılmış müebbet veya müebbet veya on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçların yurt dışında işlenmesi halinde dava zamaşımı uygulanmaz”.

¹⁰¹³ TCK. madde 67/2; “Bir suçla ilgili olarak; a) Şüpheli veya sanıklardan birinin savcı huzurunda ifadesinin alınması veya sorguya çekilmesi, b) Şüpheli veya sanıklardan biri hakkında tutuklama kararının verilmesi, c) Suçla ilgili olarak iddianame düzenlenmesi, d) sanıklardan bir kısmı hakkında da olsa, mahkûmiyet kararı verilmesi, Halinde, dava zamaşımı kesilir.

(3) Dava zamaşımı kesildiğinde, zamaşımı süresi yeniden işlemeye başlar. Dava zamaşımını kesen birden fazla nedenin bulunması halinde, zamaşımı süresi son kesme nedeninin gerçekleştiği tarihten itibaren yeniden işlemeye başlar.

(4) Kesilme halinde, zamaşımı süresi ilgili suça ilişkin olarak Kanunda belirlenen sürenin en fazla yarısına kadar uzar”.

¹⁰¹⁴ YENERER ÇAKMUT, s.134.

Göçmen kaçakçılığı suçunu işleyen fail fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamışsa, bu sürelerin yarısının geçmesi halinde zamanaşımı dolacaktır. Ancak fail on beş yaşını doldurmuş olup da henüz on sekiz yaşını doldurmamış ise, göçmen kaçakçılığı için gereken normal zamanaşımı süresinin üçte ikisinin geçmesiyle zamanaşımı dolacaktır¹⁰¹⁵.

E. Yurt Dışında İşlenen Göçmen Kaçakçılığı Suçunun Türkiye’de Kovuşturulması

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 13. maddesinin birinci fıkrasının a bendine göre, yurt dışında işlemiş olan göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçlarının Türkiye’de kovuşturulması bakımından evrensellik ilkesi kabul edilmiştir. Evrensellik ilkesinin kanunun 13. maddesinde belirtildiği haline göre, bu maddede sayılan suçların yurt dışında işlenmesi halinde, failin ve mağdurun vatandaşlığına bakılmadan, failin Türkiye’de bulunması da gerekmeden hakkında Türk kanunları uygulanabilir. Bu çerçevede göçmen kaçakçılığı suçu, yurt dışında bir yabancı tarafından yabancıya karşı işlenmiş olsa ve kendisi de yurt dışında bulunsa bile hakkında Türkiye’de kovuşturma yapmak mümkündür.

Göçmen kaçakçılığı suçunun uluslararası suç olmadığı belirtilerek, göçmen kaçakçılığına ilişkin uluslararası sözleşmelerin, taraf devletlere sadece iç hukukta bu fiilleri etkili bir şekilde cezalandırmak için düzenleme yapma yükümlülüğü yüklediği ve bu nedenle ülke dışında işlenen göçmen kaçakçılığı suçunun Türkiye ile herhangi bir bağlantısının olmadığı ileri sürülmüştür¹⁰¹⁶. Ancak göçmen kaçakçılığı suçunun Türk Ceza Kanunu’nun, “uluslararası suçlar” kısmında düzenlenmiş olması, diğer ülkelerin yasal düzenlemelerine de örnek oluşturacak şekilde “*uluslararası hukuk suçu*” olarak kabul edilmesi bakımından önemlidir. Çünkü göçmen kaçakçılığı yalnızca bu suçlara muhatap olan kişilerin bireysel değerlerini (yaşama hakkı, vücut

¹⁰¹⁵ TCK madde 66/2; “Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanlar hakkında, bu sürelerin yarısının; onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında ise, üçte ikisinin geçmesiyle kamu davası düşer...”

¹⁰¹⁶ Göçmen kaçakçılığı suçunun sınırlandırılmamış bir evrensellik ilkesi uyarınca Türkiye’de kovuşturmaya tabi kıldığı bir durumda uluslararası hukuka aykırılıklar doğacağı ifade edilmiştir. Faruk TURHAN, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Uluslararası Suçlar” s.13, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/101.d, E.T. 20.04.2015.

dokunulmazlığı gibi) değil, aynı zamanda tüm uluslararası toplumun değerlerini de ihlal etmektedir. Bu nedenle, TCK'nın, uluslararası toplumun ağır insan hakları ihlallerine neden olarak gördüğü göçmen kaçakçılığı suçunu "uluslararası suç" olarak nitelendirmesi yerinde bir düzenleme olmuştur¹⁰¹⁷.

¹⁰¹⁷ KOCA, Soykırım Suçu, s.6.

SONUÇ

Yasa dışı göç, ulusal ve uluslararası ekonomik ve siyasal belirsizlikler, çıkar çatışmaları, iç karışıklıklar, doğal afetler, yoksulluk, salgın hastalıklar, insan hakları ihlalleri gibi gerekçelerle; her geçen gün artma eğilimi gösteren bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır. Komşu ülkelerimiz ve yakın bölgelerimizdeki iç karışıklık, ekonomik sıkıntılar, siyasi istikrarsızlıklar ve savaş gibi nedenlerle Türkiye de son derece ciddi göçmen dalgaları ile karşı karşıya kalmaktadır. Ülkemiz bulunduğu coğrafya nedeniyle göçmen kaçakçılığı faaliyetlerinde çoğunlukla “transit” ve aynı zamanda “hedef” ülke konumundadır¹⁰¹⁸.

Günümüzde sınırlarını korumak, sosyal ve ekonomik düzenini sağlamak için dünyada olduğu gibi, Türkiye de gerekli hukuki düzenlemeleri yapmak zorunda kalmıştır. Bu nedenle ilk olarak mülga 765 sayılı Kanunu’nda, 4771 sayılı Kanunla 3.8.2002 tarihinde 201/a maddesiyle göçmen kaçakçılığı suçu düzenlenmiştir. Daha sonra yürürlükte olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “uluslararası suçlar” kısmının 79. maddesinde göçmen kaçakçılığı suçu düzenlenmiştir. TCK’da yapılan bu düzenlemenin ilk halinde ortaya çıkan bazı tartışmalar nedeniyle 6008 sayılı kanunla değişiklik yapılmıştır. Göçmen kaçakçılığı suçunun Türk Ceza Kanunu’nun, “uluslararası suçlar” kısmında düzenlenmiş olması, diğer ülkelerin yasal düzenlemelerine de örnek oluşturacak şekilde “uluslararası hukuk suçu” olarak kabul edilmesi bakımından önemlidir. Çünkü göçmen kaçakçılığı yalnızca bu suçlara muhatap olan kişilerin bireysel değerlerini (yaşama hakkı, vücut dokunulmazlığı gibi) değil, aynı zamanda tüm uluslararası toplumun değerlerini de ihlal etmektedir. Bu nedenle, TCK’nın, uluslararası toplumun ağır insan hakları ihlallerine neden olarak gördüğü göçmen kaçakçılığı suçunu “uluslararası suç” olarak nitelendirmesi yerinde bir düzenleme olmuştur¹⁰¹⁹.

¹⁰¹⁸ Ülkemizde 1995-2012 yıllarında yakalanan yasadışı göçmen sayısı 900.000’i geçmiştir. Yasadışı göçün günümüzdeki önemli özelliği “örgütlü şebekelerce” düzenlenmesidir., http://www.mfa.gov.tr/turkiye_nin-yasadisi-gocle-mucadelesi-.tr.mfa, E.T. 10.07.2015.

¹⁰¹⁹ KOCA, Soykırım Suçu, s.6.

Göçmen kaçakçılığı suçu, koruduğu hukuki değer bakımından karma bir nitelik göstermektedir. Bu suç 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "uluslararası suçlar" kısmında düzenlendiği için, yasa dışı göçün ülkelere getirdiği yük ve sorunlar dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda Türkiye tarafından da onaylanan "Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi" ve "Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol" hükümleri çerçevesinde bakıldığı cihetiyle göçmen kaçakçılığı suçunun koruduğu hukuki değer ulusal ve uluslararası toplum düzeni ve devletlerin sınır güvenliğidir¹⁰²⁰. Modern köle ticaretinin yapılış şekillerinden birinin de göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesi suretiyle gerçekleştiği düşünüldüğünde, korunan hukuki değerler arasında suçun konusu olan göçmenlerin yaşam hakkı, onuru ve vücut bütünlüğü olduğu da kabul edilmelidir¹⁰²¹.

Göçmen kaçakçılığı suçu faillik açısından özgü bir suç değildir. Kanunda "kişi" ifadesi kullanıldığından suç herkes tarafından işlenebilir. Suçun işlenmesi için failde ayırıcı bir özellik veya nitelik aranmamıştır. Suç failinin Türk vatandaşı veya yabancı olması arasında herhangi fark söz konusu değildir. Suçun unsurları gerçekleştiği takdirde herkes göçmen kaçakçılığı suçunun faili olabilir.

Kanaatimizce göçmen kaçakçılığı suçunun mağduru uluslararası toplumu oluşturan herkestir ve aynı zamanda sınırı ihlal edilen devlet bakımından, kamuyu oluşturan herkestir. Bunun yanında sadece gerçek kişi ya da kişiler suçun mağduru olacağı için, uluslararası tüzel kişilikler ve sınırı ihlal edilen devletler bu suçun mağduru değil yalnızca suçtan zarar görendir. Bununla birlikte yabancılar/göçmenler suçun ancak sosyal anlamda mağdurdur. Ceza hukuku bakımından göçmenlerin suçun mağduru olduklarının kabulü mümkün değildir. Göçmenler/yabancılar ve yurt dışına çıkarma bakımından Türk vatandaşları, ancak suçun konusu ve suçtan zarar

¹⁰²⁰ "Göçmen kaçakçılığı suçunda korunan hukuki yarar uluslararası toplum düzeni olup, menfaat karşılığı ülkeye sokulan, ülkede kalmasına veya yurt dışına çıkmasına imkan sağlanan kişilerin suçun yasal mağduru durumunda bulunmayıp suçun konusunu oluşturdukları gözetilmeden, sanık hakkında birden fazla göçmenin yurt dışına çıkışı hususunda anlaşma sağladığı gerekçesiyle, zincirleme suç hükümleri uygulanarak fazla ceya tayin edilmemesi gerekir". YARGITAY 18. CD. 31.3.2015 tarihli ve E.2015/54, K.2015/28 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/>, E.T. 10.11.20015.

¹⁰²¹ KOCA, Soykırım Suçu, s.6.

gören olabilir. 6008 sayılı Kanununun 6. maddesi ile TCK'nın 79. maddesine eklenen fıkra hükmünde göçmenler için mağdur ifadesinin kullanılmış olması göçmenlerin mağdur olarak kabulü için yeterli değildir. Kanunkoyucunun suça konu olan gerçek kişileri mağdur olarak ifade etmesi karışıklığa neden olabileceği için yerinde olmamıştır. Kanuni düzenlemede mağdur ifadesinin çıkarılması veya göçmenlerin sosyal olarak suçtan zarar gören durumunda olduğunun açıkça belirtilmesi daha uygun olacaktır. Çünkü belli bir zorluk karşısında çeşitli gerekçelerle bir umut yolculuğuna çıkan bu insanların çoğunlukla keyfi olarak bunu göze almadıkları ve son çare olarak bir çok güçlük ve tehlikeye göğüs gererek göçmen oldukları düşünüldüğünde göçmen ve yabancıların sosyal anlamda mağdur oldukları kabul edilmelidir. Nitekim Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol'ün hem ön sözünde göçmenlerin haklarının korunması amacı vurgulandığından ve hem de 5. maddesinde göçmenlerin cezai tatbikata uğratılmayacağı özel olarak düzenlendiğinden yabancıların/göçmenlerin suçun yasal anlamda mağduru olmadığı ve fakat suçun sosyal mağduru oldukları aşikardır¹⁰²².

Göçmen kaçakçılığı suçunun konusu, suçun mağduru olan göçmenler, mülteciler, sığınmacılar, vatansızlar, yabancılar, Türk vatandaşları ve bunların bedenleridir.

Suçun kanuni tanımında göçmen kaçakçılığının oluşabilmesi için birden fazla seçimlik hareket düzenlenmiştir. Bu suç hareketin sayısı bakımından seçimlik hareketli bir suçtur. Sayılan seçimlik hareketlerden birinin gerçekleştirilmesi suçun işlenmesi için kâfidir. Suç tipinde sayılan hareketler, “bir yabancıyı yasal olmayan yollardan ülkeye sokmak”, “bir yabancıнын yasal olmayan yollardan ülkede kalmasına imkan sağlanmak” ve “Türk vatandaşı veya yabancıнын yasal olmayan yollardan yurt dışına çıkmasına imkan sağlamak” tır. Fail kanun maddesinde sayılan

¹⁰²² “Sosyal olarak suçtan zarar gören durumunda bulunan göçmenlerin, göçmen kaçakçılığı suçunun yasal mağduru durumunda bulunmayıp suçun konusu oldukları, suçun yasal mağdurunun uluslararası toplum olduğu, göçmenlerin sayıca çok olmasının TCK'nun 61. maddesi uyarınca alt sınırdan uzaklaşarak ceza tayin edilmesini gerektireceği gözetilmeden zincirleme suç kabulü ile 5237 sayılı TCK'nun 43/2. madde ve fıkrasının uygulanması suretiyle ceza tayini...”, YARGITAY CEZA GENEL KURULU 13.4.2010 tarihli ve E.2010/8-72, K.2010/89 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 25.10.2015.

bu tipik hareketlerin tamamını işlediği takdirde yine tek bir suçtan bahsedilecek ve bir tane göçmen kaçakçılığı suçu oluşacaktır. Ancak bunun TCK madde 61 bağlamında dikkate alınması gerekecektir. Fakat suçun konusu olan Türk vatandaşı bakımından bu suç tek hareketli bir suçtur. Türk vatandaşlarının sadece yasal olmayan yollardan yurt dışına çıkarılması göçmen kaçakçılığı teşkil edecektir. Bir Türk vatandaşının ülkeye sokulması ve ülkede kalmaya imkan sağlanması hallerinde göçmen kaçakçılığı suçu oluşmayacaktır.

Göçmen kaçakçılığı suçunun düzenlendiği kanun maddesinde belirtilen ülke farazi değil, gerçek anlamda ülkedir. Nitekim öğreti ve Yargıtay kararlarında da, gerçek anlamda ülke kabul edilmektedir. Kanaatimizce de kanun maddesinde belirtilen ülke farazi değil, gerçek anlamda ülkedir. 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 5. maddesinde ve Pasaport Kanunu'nun 1. maddesinde belirtildiği üzere ülkeye giriş ve çıkış sınır kapılarından olmaktadır. Suçla korunan hukuki değerlerden birinin de ülkenin sınır güvenliği ve uluslararası toplum düzeni olduğu dikkate alındığında. Suç tipinde belirtilen ülke gerçek anlamda ülkedir. Farazi ülke olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Ancak her geçen gün yüzlerce göçmenin öldüğü ve büyük trajedilerin yaşandığı düşünüldüğünde, bu suçun önlenmesi ve caydırıcılık adına göçmen kaçakçılığını düzenleyen TCK'nın 79. maddesinde değişiklik yapılarak, göçmenlerin açıkça "farazi ülkeye" sokulması halinde suçun işleneceği kanuni tipte yer almalıdır. Yani farazi ülke sınırlarının failer tarafından ihlalinin suç için yeterli olacağına ilişkin bir düzenleme yapılmalıdır.

Doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek amacıyla, yasal olmayan yollardan bir yabancının ülkede kalmasına imkan sağlandığında göçmen kaçakçılığı suçu işlenmiş olacaktır. Ancak "ülkede kalmasına imkan sağlama" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği büyük önem arz etmektedir. Kanaatimizce "imkan sağlama" ifadesindeki imkanların doğrudan veya dolaylı olarak maddi menfaat sağlamak amacıyla yer sağlama, iş verme, düzenli yiyecek, içecek ve ilaç gibi temel ihtiyaçların giderilmesini sağlama şeklinde maddi nitelikte olması gerekir.

Bu suç, kanuni tipteki seçimlik hareketlerden bir tanesinin yapılmasıyla meydana gelmektedir. Hareketin tamamlanmasından sonra ayrıca bir neticenin gerçekleşmesi aranmamıştır. Bu bağlamda hareketin tamamlandığı anda suç oluşmaktadır.

Göçmen kaçakçılığı suçunun nitelikli halleri olarak, suçun örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesi, bu suçun göçmenlerin hayatı bakımından bir tehlike oluşturması ve suçun konusu olan göçmenlerin onur kırıcı bir muameleye tabi tutularak suçun işlenmesi halleri düzenlenmiştir. Göçmen kaçakçılığı suçunu çoğunlukla sınıraşan suç olduğu ve suç örgütleri tarafından önemli bir gelir kaynağı olarak işlendiği için ve aslında suçun bir örgüt tarafından işlenmesinin daha kolay olması nedeniyle bu suçla mücadele bağlamında; “bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesinin” ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmiş olması caydırıcılık açısından önemlidir. Aynı zamanda *Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol’ün* 6. maddesinde taraf devletlere getirilen yükümlülük de yerine getirilmiş olmaktadır. Çünkü Protokol’ün 6. maddesine göre, göçmen kaçakçılığının örgütlü olarak işlendiği hallerde bunun cezayı ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmesi öngörülmüştür¹⁰²³. Ancak bu suçun örgüt faaliyeti kapsamında işlendiği durumlarda hem TCK 79/3’de düzenlenen ağırlaştırıcı sebep ve hem de örgüt kurma suçundan kişiye ceza verildiği için ceza hukukunun temel ilkelerinden olan; “non bis in idem” kuralına aykırılık teşkil edeceği ve bir fiilden iki defa ceza verileceği için eleştirilmiştir¹⁰²⁴. Kanaatimizce eleştiri haklı da olsa, göçmen kaçakçılığı suçunun önlenmesi ve suçun konusu birçok insanın ölümlerine neden olduğu dikkate alındığında kanun koyucunun düzenlemesi gerekli ve zaruridir.

Göçmenlerin hayatı bakımından tehlike oluşturmasının nitelikli hal olarak düzenlenmiş olması; somut olaylarda suçun konusu olan kişilerin havasız

¹⁰²³ Orijinal metin için bkz,<http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-e.pdf>, E.T.10.04.2015.

¹⁰²⁴ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, *Özel Hükümler*, s.66; ŞEN/MALBELEĞİ, s.107.

konteynerlarda, güvensiz teknelerle¹⁰²⁵ ve korumasız kamyon kasalarında, aç-susuz, havasız bir şekilde taşındıkları gerçeği dikkate alındığında caydırıcılık açısından önemli ve yerindedir. Bu düzenleme ile *Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol*'ün 6. maddesinde belirtilen “göçmenlerin hayatlarını veya güvenliklerini tehlikeye sokan veya tehlikeye sokması muhtemel durumlar”ın bulunması halinde, taraf devletlerin bunu cezayı ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmesi yükümlülüğü de yerine getirilmiş olmaktadır¹⁰²⁶. Aynı şekilde bu suç işlenirken, özellikle havasız konteyner¹⁰²⁷ veya güvensiz teknelerde¹⁰²⁸ temel insan ihtiyaçlarının dahi giderilmesine imkân vermeyen şartlarda insanlar taşınmakta¹⁰²⁹ veya gecekondularda, bodrumlarda ya da yıkılmaya yüz tutmuş binalarda barındırılmaktadırlar. Saydığımız bu durumlarda insan onuruyla bağdaşmayan muameleler yapılmış olmaktadır. Bu nedenle suçun onur kırıcı davranışlarla işlenmesi halinde faille daha ağır ceza öngörülmüş olması; hem ulusal ve hem de uluslararası mevzuat dikkate alındığında yerinde ve caydırıcılık bağlamında gerekli

¹⁰²⁵ “Çeşitli ülke uyruğuna mensup toplam 47 göçmenin yasadışı yollardan yurtdışına çıkmak amacıyla bindikleri Hilton isimli teknenin su alması üzerine sığındıkları Ayvalık Kız Adasında 11.10.2004 tarihinde yapılan ihbar üzerine yakalandıkları ve olayda kullanılan teknenin G..... Y..... isimli kişi tarafından aralarında sanık S..... M..... O...’un da bulunduğu kişilere satılarak tamir ettirildikten sonra suçta kullanıldığı”, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2008/8-33, K.2008/83 sayılı kararı, <http://www.kararara.com>, E.T. 26.02.2015.

¹⁰²⁶ Orijinal metin için bkz,<http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-e.pdf>, E.T.10.04.2015.

¹⁰²⁷ “Sanığın kullandığı TIR aracının kara sınırlarının dışına çıkmadan ve serbest bölge statüsünde olmayan gümrük sahasının Türkiye tarafında tel örgü ile çevrili alanda bulunduğu sırada kaçak göçmenlerin yakalandığının belirlenmesi karşısında...”, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2008/8-221, K.2009/20 sayılı kararı, <http://www.kararara.com>, E.T. 04.11.2014.

¹⁰²⁸ Kaçak göçmenler denizin ortasında küçük bir botta bulundu; Denizin ortasında küçük bir lastik bottaki 4 mülteci kurtarılmayı beklerken bulundu. <http://www.ensonhaber.com>, E.T. 04.11.2014. ;

Türk TIR’ında 32 kaçak göçmen yakalandı, İtalya, kaçak göçmenlerin hedef ülkelerinden biri olmaya devam ediyor. Trieste’de bir Türk tırında Türkiye’den giden 32 kaçak göçmen yakalandı. <http://arsiv.ntvmsnbc.com>, E.T. 04.11.2014.

¹⁰²⁹ “Oluş ve dosya içeriğine göre kaçak göçmenlerin taşındığı kamyonun ikinci şoför olarak bulunan sanığın ‘diğer sanık U...K...’in kendisine Mersin’e gitme teklifini işi olmadığından kabul ettiğine, kamyonun ceviz yüklü olduğunun söylendiğine, arabada göçmen olduğunu yakalanınca öğrendiğine’ dair savunmasını diğer sanık U...K...’in doğrulaması ve kapalı kamyonun yakalama anında mühürlü olması karşısında, sanığın savunmasının aksine mahkûmiyetine yeterli kesin ve inandırıcı delil elde edilemediğinden beraatine karar verilmesi gerekirken mahkûmiyet kararı verilmesi...” isabetsizliğinden bozulmuştur..” Yargıtay 8. CD. E.2010/8-68, K.2010/118 sayılı kararı, <http://www.kararara.com>, E.T. 04.11.2014.

bir düzenlemedir. Nitekim, *Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol'ün* 6. maddesinde belirtildiği üzere, “insanlık dışı veya aşağılayıcı muamelelere yol açan haller”in bulunması durumunda, taraf devletlerin bunu cezayı ağırlaştırıcı neden olarak düzenlemesi gerektiği görülmektedir¹⁰³⁰.

Fail işlediği fiili "*doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddî menfaat elde etmek maksadıyla*" işlemelidir. Bu nedenle suçun oluşabilmesi için kastın bulunması yeterli değildir. Kastın yanında ayrıca failin bu maksatla hareket etmiş olması aranmaktadır. Suçun işlenebilmesi için doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddî menfaat elde etmek maksadıyla hareket edilmesi yeterlidir. Failin maddi menfaati elde etmiş olması zorunluluğu yoktur. Ayrıca göçmen kaçakçılığı suçunda rıza kanuni tipte arandığı için, failin kastının rızayı da içine alması gerekmektedir. Göçmen kaçakçılığı suçu için, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadı arandığından, manevi menfaat sağlama amacıyla işlenen fiiller suç oluşturmayacaktır. Yani maddi menfaat elde etme maksadı olmadan, örneğin manevi tatmin için veya acıdığı için ya da akrabalık ilişkileri nedeniyle yabancıların ülkeye sokulması veya ülkeden çıkarılması durumunda suç oluşmayacaktır. Ayrıca maddi menfaat niteliği taşımayan cinsel ilişki karşılığında suçun konusu olan kişinin (yabancı, vatansızın veya göçmenin) ülkeye sokulması ya da ülkeden çıkarılması halinde de göçmen kaçakçılığı suçu gerçekleşmeyecektir. Bu çerçevedeki bir kararında Yargıtay göçmenleri cinsel ilişki karşılığında yurtdışına çıkarmaya çalışan sanıkların bu eylemlerini maddi yarar sağlama olarak değerlendirmemiştir¹⁰³¹. Fakat, para, altın, döviz, hisse senedi, alacak hakkı, borçtan kurtarma, taşınır veya taşınmaz bir malın hibesi ya da değerinin çok altında bir fiyatla teslim edilmesi ve bir ihale alma karşılığında yapılması durumunda maddi menfaat niteliği sağlanmış olacaktır. Ayrıca bu maddi menfaatin doğrudan suçun konusu olan kişiler tarafından verilmesi gerekmez, bir başkası tarafından menfaat temin edilmişse de yine suç oluşacaktır.

¹⁰³⁰ Orijinal metin için bkz, <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-e.pdf>, E.T.10.04.2015.

¹⁰³¹ “Sanıkların doğrudan doğruya veya dolaylı olarak menfaat temin edip etmediklerinin karar yerinde tartışılması gerekirken yazılı biçimde hüküm kurulması...” (Yargıtay 8. CD. 25.10.2004/6004-8050), EREL, s.281.

Göçmen kaçakçılığı suçunun oluşması için seçimlik hareketlerden birinin gerçekleşmesi yeterli değildir. Bunun yanında suçun konusu olan göçmenlerin, vatansızların, mültecilerin, yabancıların ve Türk vatandaşlarının “rıza”nın” da bulunması gerekmektedir. Rıza TCK’nın genel hükümler kısmında hukuka uygunluk hali olarak düzenlenmiş olmasına rağmen göçmen kaçakçılığı suçunda suçun tipikliğinin bir unsuru olarak düzenlenmiştir. Çünkü suçun konusu olan kişinin rızası bulunmadığı veya rızası hukuka aykırı olarak alındığı takdirde suç göçmen kaçakçılığı suçu olmaktan çıkacak ve insan ticareti ya da şartları oluşmak kaydıyla dolandırıcılık suçuna dönüşecektir. Örneğin Türkiye’den Yunanistan’a götürülmek için anlaşılan yabancıların kandırılarak rızaları alınıp gidecekleri yer yerine ülke içinde bir yere götürülüp bırakılmaları halinde dolandırıcılık suçu işlenmiş olacaktır¹⁰³². Ama geçerli olmayan bir rıza cebir tehdit veya hileyle alınmış ve bu kişiler fuhuş, zorla çalıştırılmak veya organlarını vermeye zorlanmak amacıyla ülkeye sokulmuş veya ülkede sevk edilmiş ya da ülkeden çıkarılmaya çalışılmışsa artık göçmen kaçakçılığı suçu değil, “insan ticareti suçu” işlenmiş olacaktır.

Göçmen kaçakçılığı suçunun oluşması için hukuka aykırılık unsurunun da gerçekleşmesi gerekir. Bu suç için “rıza” suç tipinin bir unsurudur. Bir hukuka uygunluk hali değildir. Rızanın bu suç bakımından bulunması ve geçerli bir rıza olması ve hatta failin de bu rızayı bilmesi gerekir. Bu nedenle suç konusu olan göçmenlerin rıza gösterdiği durumlarda hukuka aykırılık ortadan kalkmaz. Suça konu göçmenlerin rızasının bulunmadığı hallerde suçun vasfı değişmektedir.

Göçmen kaçakçılığı suçu için düşünülmesi gereken bir husus olarak zorunluluk hali karşımıza çıkmaktadır. Burada üçüncü kişi lehine zorunluluk halinin uygulanıp uygulanmayacağı değerlendirmeye alınmalıdır. Örneğin, Suriye veya Irak’ta bulunan bir Tır şoförünün silahlı çatışma ve iç savaş nedeniyle hayatına ilişkin bir tehlikeden kurtulmak için bir yabancıyı yol göstermesi karşılığında onu Türkiye’ye yasadışı olarak sokması durumunda, zorunluluk hali nedeniyle sorumluluğuna

¹⁰³² Türk filmlerine de konu olduğu gibi, suçun mağduru kişilerin Almanya’nın Münih kentine gitmek amacıyla suç failleri ile anlaşmaları ve bir miktar para vermeleri karşısında bu kişilerin gitmek istenen yer olan Münih diye getirilip İstanbul’a yakın bir yerde bırakılmasında olduğu gibi dolandırıcılık suçu işlenmiş olacaktır.

gidilemeyecektir. Ayrıca bu örnek bakımından fail doğrudan ve dolaylı olarak maddi menfaat elde etme maksadıyla hareket etmediği için zaten suç oluşmamaktadır. Fakat, Tır şoförü, yabancıyı hem yol göstermesi ve hem de yol masraflarını karşılaması karşılığında ülkeye sokarsa yine zorunluluk halinden yararlanabilir mi? diye sorduğumuzda; maddi bir menfaat sağlandığı için suçun özel bir maksatla işlenmesi unsuru gerçekleşmiş olacaktır. bu nedenle, Tır şoförü zorunluluk halinden yararlanamayacaktır. Ancak, hayatı bakımından tehlike arz eden ve başıboş çetelerin dolaştığı insanların öldürüldüğü ya da fidye için kaçırıldığı bir komşu ülkeden kurtulmak isteyen bir Türk turistin, ülkeden çıkması için arabasını ona veren ya da ona ülkeye varabileceği kadar yakıt sağlayan bir yabancıyı da kendisiyle birlikte Türkiye'ye getirmesi ve sınırdan sokması durumunda zorunluluk halinin söz konusu olacağını düşünüyoruz.

Ayrıca maruz kaldıkları tehlikeden kurtarmak maksadıyla herhangi bir menfaat de sağlamadan yabancıları yasadışı olarak ülkeye sokan kişi göçmen kaçakçılığı gerekçesiyle sorumlu olmaz. Çünkü, bu suçun manevi unsurları içinde kastın yanında aranan “*failin doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadı*” sağlanmamış olacaktır. Yani suç tipinin gerçekleşmesi için kanuni hükümde kastın yanında aranan maksat (sübjektif unsur) unsuru gerçekleşmediği için suçun haksızlık niteliği gerçekleşmemiş olacaktır¹⁰³³.

Göçmen kaçakçılığı suçunun 6008 sayılı Knunla teşebbüs suçu (kalkışma) olarak düzenlendiği tarih itibariyle teşebbüse elverişli olmayacağı açıklık arz etmektedir. Kast edilen suçun doğrudan doğruya icrasına ilişkin elverişli hareketlerin tamamlanmış suç gibi cezalandırıldığı durumlarda ise, suça teşebbüs mümkün değildir. Yani, teşebbüs suçuna teşebbüs olmaz ve teşebbüs hükümleri çerçevesinde cezalandırmada bulunulamaz¹⁰³⁴. Sonuç olarak “teşebbüs suçu (kalkışma suçu)” olarak düzenlenen göçmen kaçakçılığı suçuna mevcut yasal hüküm nedeniyle teşebbüs mümkün değildir. Nitekim Yargıtay'ın suç tipindeki bu düzenlemeden

¹⁰³³ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.280.

¹⁰³⁴ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.375.

sonra işlenen suçlar için verdiği kararlarda da suçun teşebbüs (kalkışma) suçu olduğu açıkça ifade edilmektedir¹⁰³⁵.

Göçmen kaçakçılığı suçuna iştirakin her şekli mümkündür.

Göçmen kaçakçılığına ilişkin içtima bağlamında zincirleme suç hükümleri gereğince bakıldığında; bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda aynı göçmene/yabancıya karşı göçmen kaçakçılığı suçunun birden fazla işlenmesi durumunda zincirleme suç hükümleri uygulanabilir (TCK m.43/1)¹⁰³⁶. Ayrıca birden fazla göçmen tek bir araçla, yani Tır konteynerinde, bir balıkçı teknesiyle ya da gemiyle ülkeye sokulduğunda ya da ülkeden çıkarılmasına imkan sağlandığında öğretide bir fiille suçun mağduru olan birden fazla kişiye karşı aynı suç işlendiği için aynı neviden fikri içtimanın söz konusu olacağı ve zincirleme suç hükümlerinin (TCK m.43/2) uygulanacakğı ileri sürülmüştür¹⁰³⁷. Göçmen kaçakçılığı suçunda, göçmenlerin suçun mağduru olduğunu kabul edenler, 22/7/2010 tarihli ve 6008 sayılı Kanunla eklenen hükmün ifadesinde göçmenlerin suçun mağduru olduklarının açıkça ifade edildiğini gerekçe göstererek aynı neviden fikri içtimanın var olduğunun kabulü ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasının gerektiğini iddia etmektedirler¹⁰³⁸. Ancak kanaatimizce bu görüş yerinde değildir. Çünkü, göçmen kaçakçılığı suçunun mağduru uluslararası toplumu oluşturan herkes ve ulusal toplumu oluşturan herkestir. Bu nedenle böyle bir örnekte sadece bir tane göçmen kaçakçılığı oluşacak ve aynı neviden fikri içtima bağlamında zincirleme suç hükümleri uygulanmayacaktır. Yargıtay da verdiği kararda; göçmen kaçakçılığı suçunda korunan hukuki yararın uluslararası toplum düzeni olduğunu, menfaat karşılığı ülkeye sokulan, ülkede kalmasına veya yurt dışına çıkmasına imkan sağlanan kişilerin suçun yasal mağduru durumunda bulunmadığını suçun konusunu

¹⁰³⁵ “suç tarihi itibarıyla, 6008 Sayılı Kanunun 6. maddesiyle değişik 5237 Sayılı T.C.K.nın 79/1. maddesine eklenen ek cümle gereği sanığın teşebbüs aşamasında kalan eyleminin tamamlanmış suç gibi cezalandırılmasının gerektiği düşünülmeden, tayin olunan temel cezadan T.C.K.nın 35. maddesi uyarınca indirim yapılmak suretiyle eksik ceza tayini kanuna aykırıdır”, Yargıtay 18. CD. 30.3.2015 tarihli ve E.2015/53, K.2015/6 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 15.10.2015.

¹⁰³⁶ EREL, s.293.

¹⁰³⁷ ARSLAN, Göçmen Kaçakçılığı, s.133; EVİK, s.171.

¹⁰³⁸ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s.76.

oluşturdukları ve bu nedenle zincirleme suç hükümlerinin uygulanmaması gerektiğini kabul etmektedir¹⁰³⁹.

Göçmen kaçakçılığı suçunda farklı neviden fikri içtima hükümleri incelendiğinde; fail bir fiille hem göçmen kaçakçılığı suçunu ve hem de başka bir suçu işlemişse, burada farklı neviden fikri içtima söz konusu olacağından, fikri içtima (TCK m.44) ilişkin hükümlerin uygulanması gerekecektir. Örneğin failin fiili hem dolandırıcılık ve hem de göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturuyorsa en ağır cezayı öngören suç hangisiyse ondan ceza verilecektir¹⁰⁴⁰. Yunanistan'a götürmek için anlaştığı İranlı göçmenleri, İran'dan alıp Türkiye'ye getirdikten sonra Yunanistan diye götürüp bir Türk sahil kasabasına bırakan kişinin, sadece göçmen kaçakçılığı suçundan sorumluluk doğacak, dolandırıcılık söz konusu olmayacaktır. Fail ile suça konu kişiler arasındaki anlaşma gereği vaat edilen edim aslında gerçekleşmektedir. Yani İranlılar, kendi ülkelerinden çıkarılarak maddi bir menfaat karşılığında, yasal olmayan yollardan bir başka ülkeye sokulmuştur. Buradaki hilenin bir önemi yoktur, yabancılar Türkiye'ye sokulduğu için suçun seçimlik hareketlerinden biri gerçekleştiği gibi suça konu kişilerin bir başka ülkeye götürülmesine ilişkin anlaşma da gerçekleşmiştir. Göçmen kaçakçılığı suçunun TCK'nın "Uluslararası Suçlar" kısmında düzenlendiği ve suçta korunan hukuki yararlarından birinin de uluslararası toplum düzeni ve ülkelerin sınır güvenliği olduğu düşünüldüğünde yukarıdaki örnekte sadece göçmen kaçakçılığı suçu işlenmiş olacaktır. Aynı şekilde, yasal olmayan yollardan Almanya'ya götürmek için anlaştığı yabancı veya Türk vatandaşlarını sınırdan geçirdikten sonra götürüp Yunanistan'da

¹⁰³⁹ "Göçmen kaçakçılığı suçunda korunan hukuki yarar uluslararası toplum düzeni olup, menfaat karşılığı ülkeye sokulan, ülkede kalmasına veya yurt dışına çıkmasına imkan sağlanan kişilerin suçun yasal mağduru durumunda bulunmayıp suçun konusunu oluşturdukları gözetilmeden, sanık hakkında birden fazla göçmenin yurt dışına çıkışı hususunda anlaşma sağladığı gerekçesiyle, zincirleme suç hükümleri uygulanarak fazla ceyza tayin edilmemesi gerekir. ...", YARGITAY 18. CD. 31.3.2015 tarihli ve E.2015/54 K.2015/28 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 09.10.2015; "*Sosyal olarak suçtan zarar gören durumunda bulunan göçmenlerin göçmen kaçakçılığı suçunun yasal mağduru durumunda bulunmayıp suçun konusu oldukları, suçun yasal mağdurunun uluslararası toplum olduğu, göçmenlerin sayıca çok olmasının TCK.nun 61. maddesi uyarınca alt sınırdan uzaklaşarak ceza tayin edilmesini gerektireceği gözetilmeden, zincirleme suç kabulü ile 5237 sayılı TCK.nun 43/2. madde ve fıkrasının uygulanması suretiyle ceza tayini hatalıdır*". Yargıtay 8. CD. 25.4.2006 tarihli ve E.2006/2028, K.2006/3617, <http://www.kazanci.com>, E.T. 09.03.2015.

¹⁰⁴⁰ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s.76.

birakan kişi de sadece göçmen kaçakçılığı suçunu işlemiş olacak ve fakat dolandırıcılıktan bahsedilemeyecektir. Bu ihtimalde de göçmen kaçakçılığına ilişkin suç tipinde düzenlenen yurt dışına çıkarma seçimlik hareketi gerçekleşmiştir. Her ne kadar anlaşılan ülke yerine bir başka ülkeye götürölmüşlerse de, edim gerçekleşmektedir. Ülkenin farklı olmasının bir önemi yoktur. Zaten dolandırıcılık suçu malvarlığına karşı işlenen bir suçtur ve malvarlığı hakkı korunmaktadır¹⁰⁴¹. Failin göçmenden elde ettiği maddi menfaat ülke dışına çıkarmaya ilişkindir ve ülke dışına da çıkarmıştır. Göçmen kaçakçılığı suçunun çoğunlukla insan taşımaya elverişsiz konteyner, balıkçı teknesi ve deniz botları ile gerçekleştiği düşünöldüğünde, bu araçlarla taşıma yapılması sırasında botun veya teknenin batması veya konteynerde havasızlıktan insanların ölmeleri halinde içtima hükümleri uygulanacak ve fail göçmen kaçakçılığı ile olası kastla ya da doğrudan kastla öldürme suçlarından fikri içtima çerçevesinde sorumlu olacaktır.

Göçmen kaçakçılığına ilişkin TCK'daki kanuni düzenleme uluslararası belgeler ve karşılaştırmalı hukuk nazara alındığında modern dünyanın gereklerine ve temel kriterlerine uygun bir düzenlemedir. Suçun cezasının caydırıcılık bakımından hafif kaldığı düşünölebilir. Bu bağlamda da göçmen kaçakçılığı suçunun cezasının arttırılması gerekir.

Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol'ün getirdiği yükümlölüklerin yürürlükte bulunan 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 79. maddesinde düzenlenen göçmen kaçakçılığı suçu bakımından bir bütün halinde değerlendirilmesi neticesinde şu kanaate varılmıştır; TCK'nın mevcut düzenlemesinin Protokolün yükümlölüklerine uygun bir şekilde düzenlendiği ve göçmen kaçakçılığı suçunun önlenmesi bakımından Türk Devletinin bu uluslararası belgelere uygun, gerekli ve yerinde bir kanun yaptığı anlaşılmaktadır. Türkiye

¹⁰⁴¹ “Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için, a) hileli davranışların gerçekleştirilmiş olması, b) muhatabın aldatılmış olması, c) buna bağlı olarak malvarlığı üzerinde belli bir yönde tasarrufta bulunulmuş olması, d) bir zararın meydana gelmesi ve buna karşılık olarak haksız bir menfaatin temin edilmesi unsurlarının birlikte gerçekleşmiş olması gerekmektedir”, KOCA/ÜZÖLMEZ, Özel Hükümler, s.627-629.

Cumhuriyeti Devleti, uluslararası sözleşme bağlamında üstlendiği yükümlülükleri yürürlükteki mevzuatında harfiyen uygulayıp, yerine getirmiştir.

KAYNAKÇA

- ABADINSKY, Howard, Organized Crime, Tenth Edition, Wadsworth, 2010.
- AÇIKALIN, Neriman, “Fuhuş Pazarında Sermaye Olmak: Mersin Örneği” Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S. 38, 2013/3, (s.243-282).
- AÇIKGÖZOĞLU, Muhammet, Ceza Hukuku Açısından Teori ve Uygulamada Mağdur Kavramı, Adil Yayınevi, Ankara 2000.
- AKAY, Arzu ÖZTOK, “Girit Kökenli Mübadil Kadınlar Üzerine Sosyal Antropolojik Bir Araştırma (Bursa/Tirilye Örneği)”,Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE Sosyal Antropoloji Anabilim Dalı, Ankara 2012.
- AKBULUT, Berrin, “Bağlılık Kuralı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIV, S. 1, Y. 2010, (s.167-214).
- AKSAR, Yusuf, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I, Seçkin Yayınları, İstanbul 2012.
- AKSOY, Neşe Hayat/ODABAŞI, Ayşe, “Göç, Çarpık Kentleşme ve Toplumsal Etkileri” s.1, <http://www.ayseodabasi.com/images/goc.pdf>, E.T.22.08.2014.
- AKTAŞ, Sururi, “İdeal Hukuk Kavramı Üzerine”, EÜHFD, C. XIII, S. 3–4, Erzincan 2009, (s.1-21).
- AKYÜREK, İnayet Burcu, Mülteci Hukuku Ve Türkiye Uygulaması, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi SBE, Kırıkkale 2007.
- ALACAKAPTAN, Uğur, Suçun Unsurları, Sevinç Matbaası, Ankara 1975.
- ALBANESE, Jay S., Models of Organized Crime, s.77-90, Handbook of Organized Crime in the United States, Edited by, Robert J. KELLY/Ko-lin CHIN/Rufus SCHATZBERG, Greenwood Press, London, 1994.

- ALLAIN, Jean, The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement, international Journal of Refugee Law Vol. 13 No. 4, Oxford University Press 2002, (s.533-558).
- ALTINIŞIK, Çiğdem/YILDIRIM, Mehmet Şahin, Mülteci Haklarının Korunması, Ankara Barosu Yayınları, Ocak 2002.
- ALTUĞ, Yılmaz, Devletler Hususi Hukuku Bakımından Mülteciler, İstanbul Üniversitesi Yayını, İstanbul 1967.
- ALTUĞ, Yılmaz, Yabancıların Hukuki Durumu, İstanbul Üniversitesi Yayını, İstanbul 1963.
- ANKER, Deborah E., Refugee Protection, Gender-Based Violence and Trafficking in Persons, In Defense of the Alien, 2000.
- ARGANDONA, Antonio, The United Nations Convention Against Corruption and its Impact on International Companies, Journal of Business Ethics 74, 2007, (s.481-496).
- ARONOWITZ, Alexis A., Human Trafficking, Human Misery: The Global Trade in Human Beings, Praeger Publishers, 2009.
- ARSLAN, Çetin, “İnsan Ticareti (TCKmd.201/b) ”, AÜHF Dergisi, Yıl 2004, C.53, S. 4, (s.19-83). (ARSLAN, İnsan Ticareti)
- ARSLAN, Çetin, Göçmen Kaçakçılığı Suçları, AÜHF Dergisi, Yıl 2003, C.52 S. 1, (s.113-145). (ARSLAN, Göçmen Kaçakçılığı)
- ARTUÇ, Mustafa, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, Terazi Hukuk Dergisi , Yıl 2, S. 16, Aralık 2007, (s.53-68).
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet /YENİDÜNYA, A. Caner, TCK Şerhi Özel Hükümler Madde 73-131 3.Cilt, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, 13. Baskı, Ankara 2013. (ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler).

- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, 4. Baskı, Ankara 2009.
- ATALAY, Ayşe Özge, Türk Ceza Hukukunda Fuhuş Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi SBE, İstanbul 2013.
- ATALAY, Emre, “*Bilgi Edinme Özgürlüğü*”, Manisa Barosu Dergisi, Y. 16, S. 62 .
- AYBAY, Aydın/HATEMİ, Hüseyin Eşya Hukuku, Vedat Yayınları, 4. Baskı, İstanbul 2014.
- AYBAY, Rona, Vatandaşlık Hukuku, Aybay Yayınları, 5. Bası, İstanbul 2003.
- AYDIN, Emin, İnsan Ticareti Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi SBE, Antalya, 2010.
- AYDIN, Melisa, Türk Ceza Kanunu'nda İnsan Ticareti Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, İstanbul 2013.
- AYDOĞDU, Sinan, Türkiye’de İnsan Ticareti Suçu ve Polisin Fuhuş Amaçlı İnsan Ticareti İle Mücadelesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Karadeniz Teknik Üniversitesi SBE, Trabzon 2012.
- BACAKSIZ, Pınar, “Organize Suçlulukla Mücadelede Başvurulan Hak Ve Alacaklara İlişkin Tedbirler”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İzmir, 2004.
- BAKAR, Nezihat, Düzensiz Göç ve Fuhuş Amaçlı Kadın Ticareti: Türkiye Örneği ve İsveç Modeli Üzerine Tartışmalar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, İstanbul 2010.
- BALES, Kevin/ROBBINS, Peter T., "No One Shall Be Held in Slavery or Servitude": A Critical Analysis of International Slavery Agreements and Concepts of Slavery, Human Rights Review, January-March 2001, (s.18-45).
- BARNETT, Laura, Trafficking in Persons, Parliamentary Information and Research Service, 26 June 2007, Canada.

- BATCHELOR, Carol A. Statelessness and the Problem of Resolving Nationality Status, *International Journal of Refugee Law* Vol. 10, No. 1/2, Oxford University Press 1998, (s.156-183).
- BAUMANN, Jürgen/WEBER, Ulrich/MITSCH, Wolfgang *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 11. Auflage, Beilefeld 2003.
- BAYRAKLI, Cemile, “Dış Göçün Sosyo-Ekonomik Etkileri: Görece göçmen Konutlarında(İzmir) Yaşayan Bulgaristan Göçmenleri Örneği”, *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, AMÜSBEİAD, Aydın 2007.
- BEARE, Margaret E., *Critical Reflections on Transnational Organized Crime, Money Laundering and Corruption*, University of Toronto Press, 2003.
- BENHABIB, Seyla/RESNIK, Judith, "Citizenship and Migration Theory Engendered", in *Migrations and Mobilities: Citizenship, Borders, and Gender*, (Edit by Seyla Benhabib, Judith Resnik), New York University Press, 2009, New York and London.
- BERKİ, Ali Himmet, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O Yayını, Ankara, 1948.
- BERTONE, Andrea M., *Transnational Activism to Combat Trafficking in Persons*, the *Brown Journal of World Affairs*, Vol. X, Issue 2, Winter/Spring 2004, (s.9-22).
- BIJAK, Jakub, *Forecasting International Migration: Selected Theories, Models, and Methods*, Central European Forum For Migration Research (CEFMR) Working Paper 4/2006, Warsaw, Poland.
- BİRTEK, Fatih, “Mevzuat İçin Geri, İnsan Onurunun Korunması Açısından İleri Bir Adım: Göçmen Kaçakçılığı Suçuna İlişkin Değişiklikler”, *Örgütlü suçlar ve Yeni Trendler*, Polis Akademisi Yayınları, UTSAS 2010 Seçilmiş Bildiriler, (s.217-240). (BİRTEK, Göçmen Kaçakçılığı)
- BİRTEK, Fatih, *Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012.

- BİRTEK, Fatih, Pratik Ceza Hukuku Genel Hükümler, Legal Yayınları 1. Bası, 2011
İstanbul. (BİRTEK, Genel Hükümler)
- BLOK, Alan A., Organized Crime: History and Historiography, s.39-74, Handbook
of Organized Crime in the United States, Edited by Robert J. KELLY/Ko-lin
CHIN/Rufus SCHATZBERG, Greenwood Press, London, 1994.
- BOLL, Alfred Michael, Multiple Nationality and International Law,
MartinusNijhoffPublishers, Leiden Netherlands 2007.
- BORJAS, George J., Economic Theory and International Migration, International
Migration Review, Vol. 23, No. 3, Special Silver Anniversary Issue:
International Migration an Assessment for the 90's (Autumn, 1989).
- BOZKURT, Enver/KÜTÜKÇÜ, M.Akif/POYRAZ, Yasin, Devletler Hukuku,
Yetkin yayınları, 7. Baskı, Ankara, 2012.
- BOZLAK, Ayhan, “Çıkar Amaçlı organize Suçlarla Mücadeleye İlişkin Temel
Hukuki Düzenlemeler ve Başlıca İlkeler”, Polis Bilimleri Dergisi C. 11 (3),
2009, (s.61-93).
- BRADBURY, John G., Human Trafficking And Government Contractor Liability:
Is Far 22.17 A Step In The Right Direction?, Public Contract Law Journal,
Vol.37, No.4, Summer 2008, (s.907-921).
- BROLAN, Claire, An Analysis of the Human Smuggling Trade and the Protocol
Against the Smuggling of Migrants by Land, Air and Sea (2000) from a
Refugee Protection Perspective”, International Journal of Refugee Law Vol. 14
No. 4, Oxford University Press, 2003.
- BROWNE, Kevin, Immigration Law, Collage of Law Publishing, 2011.
- BULUT, Nihat, “Eski Yunan’dan Aydınlanma Çağına İnsan Onuru Kavramının
Gelişimine Genel Bir Bakış” EÜHFD, C. XII, S. 3–4, Erzincan 2008, (s.1-12).
- BUSH, Brittan J., Redefining Environmental Refugees, Georgetown Immigration
Law Journal, Vol. 27, (s.553-577).

- CAMERON, Matthew/SCHLOENHARDT, Andreas, Punishing Trafficking in Persons: International Standards And Australian Experiences, *Bond Law Review*, Vol. 24, Iss. 1, Art. 1, 2012, (s.1-29).
- CANSIZ, Harun, “Kamu Mali Yönetiminde Şeffaflık”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Celal Bayar Üniversitesi SBE, Manisa 2002.
- CASTLES, Stephen/MİLLER, Marl J., The Age of Migration, Chapter 4 (International Migration before 1945). http://www2.dse.unibo.it/ardeni/ESI_2013/Castles-Miller-Ch4-7.pdf, E.T. 01. 11. 2013.
- CDEBACA, Luis, Successes And Failures In International Human Trafficking Law, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 33-37, 2011, (s.37-51).
- CENGİZ, Mahmut, “Mafyadan Derin Devlet ve Casusluk İlişkilerine Organize Suçlarda Yeni Trendler”, *Uluslararası Güvenlik ve Terörizm Dergisi*, C.4, S. 1, 2013, (s.63-79).
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta Yayınevi, 7. Bası, İstanbul 2011.
- CEYLAN, Ümit, “Organize Suçluluk ve Çıkar Amaçlı Örgüt Suçu (4422 Sayılı Kanun M.1)”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 2002.
- CHERNEVA, Iveta, Human Trafficking for Begging, *Buffalo Human Rights Law Review* Vol. 17, 2011, (s.25-73).
- COMADA, Erin, “Turned Away: The Detrimental Effect Of Italy’s Public Security Law On Undocumented Children’sright To Education”, *Boston University International Law Journal*, Vol. 29, <http://www.bu.edu/ilj/files/2014/05/Komada-finalpdf.pdf>, E.T. 05.05.2015.
- COŞKUN, Emel, “Uluslararası Göç Teorilerinde Kadınlar, Batı Avrupa Ülkelerine Göç, Göçmen Politikaları ve Kadın Göçmenlerin Ekonomiye Katkısı”, *YYLT, MÜSBE*, İstanbul 2005.

- CUMYN, Michelle, The Structure of Stateless Law, Chapter VII, Edited by Helge DEDEK/Shauga Van Praagh, Stateless Law Evolving Boundaries of a Discipline, Burlington 2015.
- ÇAKIR, Sabri, “Geleneksel Türk Kültüründe Göç ve Toplumsal Değişme”, s.130-132, http://sablon.sdu.edu.tr/dergi/sosbilder/dosyalar/24/24_07.pdf, E.T.01. 11. 2013.
- ÇELİK, Edip F. Milletlerarası Hukuk İkinci Cilt, Filiz Kitapevi, İstanbul 1982.
- ÇELİK, Fatih, “İç Göçlerin Seçkinlik Yaklaşımı ile Analizi”, Erciyes Üniversitesi SBE Dergisi, S. 13, Y. 2002, (s.275-296).
- ÇELİKEL, Aysel/GELGEL, Günseli (ÖZTEKİN), Yabancılar Hukuku, Bata Yayınları, 18. Bası, İstanbul 2012.
- Çetin ÖZEK, “Organize Suç”, Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul Üniversitesi Yayını, İstanbul 1998, (s.195-297). (ÖZEK, “Organize Suç”).
- ÇİÇEK, Mustafa, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’na Göre Bir İştirak Şekli Olarak “Dolaylı Faillik””, Dicle Üniversitesi SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı YYLT, Diyarbakır, 2014.
- ÇİÇEKLİ, Bülent (Editör), Uluslararası Göç Hukuku Göç Terimleri Sözlüğü, Uluslararası Göç Örgütü Yayını, 2009.
- ÇİÇEKLİ, Bülent, Yabancılar Hukuku, seçkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara 2012.
- DABSCHECK, Braham, Human Rights and Industrial Relations, Labour&Industry, Vol. 7, No. 3, April/1997, (s.1-27).
- DEĞİRMENCİ, Gamze, “Avrupa Birliği Göç Politikası Kapsamında Fransa’nın Göç Politikası”, YYLT, İstanbul Üniversitesi SBE Avrupa Birliği Ana Bilim Dalı, İstanbul 2011.
- DEĞİRMENCİ, Olgun, “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları”, TBB Dergisi, S. 77, Yıl 2008, (s.33-86).

- DEL VECCHIO, Giorgio, Hukuk felsefesi dersleri, İstanbul 1952, çev, Sahir ERMAN.
- DELVINO, Nicola/SPENCER, Sarah, Irregular Migrants in Italy: Law and Policy on Entitlements to Services, September 2014 s.4, <https://www.compas.ox.ac.uk>, E.T. 01. 11. 2013.
- DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara 2012.
- DOĞAN, Koray, Göçmen Kaçakçılığı Suçu, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2008.
- DOĞAN, Vahit, Türk Vatandaşlık Hukuku, Seçkin Yayınları, Yenilenmiş 11. Baskı, Ankara 2012.
- DOLU, Osman, Suç Teorileri, Seçkin Yayınları, 2.Baskı, Ankara 2010.
- DÖNER, Ayhan, İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi, Seçkin yayınları, Ankara 2003.
- DÖNER, Ayhan, Şeffaf Devlette Bilgi Edinme Hakkı ve Sınırları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.
- DÖNMEZER, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, Beta Yayınları, 16. Bası, İstanbul 2001.
- DÖNMEZER, Sulhi, Kriminoloji, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1981.
- DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.I, Beta Yayınevi, 13. Tıpkı Bası İstanbul 1997, (DÖNMEZER/ERMAN, Cilt I).
- DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.II, Beta Yayınevi, 12. Bası İstanbul 1999, (DÖNMEZER/ERMAN, Cilt II).
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, Filiz Kitapevi, 12. Bası, İstanbul 2012.

- DURSUN, Hasan, “Fuhşa ve Fuhuş Hakkındaki Temel Türk Hukuk Normlarına Genel Bir Bakış”, TBB Dergisi, S. 93, 2011, (s.405-442).
- EDWARDS, Alice, Traffic in Human Beings: at the Intersection of Criminal Justice, Human Rights, Asylum/Migration and Labor, Denver Journal of International Law and Policy, Vol.36, 2007, (s.9-53).
- EKİCİ ŞAHİN, Meral, Ceza Hukukunda Rıza, XII Levha Yayınları, İstanbul 2012.
- EKİCİ-ŞAHİN, Meral, “Dolaylı Faillige İlişkin Bazı Sorunlar”, BÜHFD, C.8, S. 109-110, Eylül-Ekim 2013, (s.7-25).
- EKİCİ-ŞAHİN, Meral, “Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri”, BÜHFD, C. 8, S. 107-108, Temmuz-Ağustos 2013, (s.61-88).
- EKMEKÇİ, Dilek, “Organize Suçlulukla Mücadelede Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Özel Soruşturma Tedbirleri”, YYLT, Galatasaray Üniversitesi SBE Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 2006.
- EKŞİ, Nuray, Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular, Beta Yayınları, 4. Baskı, İstanbul 2012.
- EMKE-POULOPOULOS, Ira, Trafficking in Women and Children: Greece, a Country of Destination and Transit, MMO (Mediterranean Migration Observatory) Working Paper No. 2, August 2001.
- ERDAL, Hakan, “Organize Bir Suç Türü Olarak İnsan Ticareti ve Türkiye Örneği”, Polis Bilimleri Dergisi, Cilt 10, S. 2, 2008, (s.79-90).
- ERDEM, Mustafa Ruhan, “Yeni TCK’da Faillik ve Suç Ortaklığı”, HPD, C. 14, S. 5, Aralık 2005.
- ERDEM, Mustafa Ruhan, Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Seçkin Yayınları, Ankara 2001.
- EREL, Kemalettin, “Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, TBB Dergisi, S. 71, 2007, (s.264-299).

- EREM, Faruk, “Suçun Konusu ve Ümanist Doktrin”, AÜHFD, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/335/3395.pdf>, (EREM, Suçun Konusu).
- EREM, Faruk/DANIŞMAN, Ahmet/ARTUK, Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1997.
- EREM, Faruk/DANIŞMAN, Ahmet/ARTUK, Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 14. Bası, Ankara 1997.
- ERGÜL, Ergin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku’nda Sınır Dışı Etme, Geri Gönderme ve Geri Verme, Yargı Yayınevi, Ankara 2012.
- ERŞAHİN, Hakan, “Türkiye’de Organize Suçluluk Ve Tanıklıkta Karşılaşılan Sorunlar”, YYLT, Dicle Üniversitesi SBE Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Diyarbakır, 2006.
- ERTAŞ, Şeref, Eşya Hukuku, Fakülteler Barış Yayınları, 11. Baskı, İzmir 2014.
- EVİK, Ali Hakan, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX, S. 3-4, 2005, (s.125-179).
- FARBMAN, Michael, The Europa Year Book, Chapter III Migration, Buffalo & Erie County Public Library Buffalo, Y. 1928.
- FINCKENAUER, James/SCHROCK, Jennifer, Human Trafficking: A Growing Criminal Market in the U.S., <http://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1013&context=humtraffdata>, E.T.06.08.2015.
- FIRAT, Ahmet, Uluslararası Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti, s.1. <http://www.sucveceza.org/index.php/component/content/article/45-makaleler/94>.
- FIRAT, Muhammet, “Değişim Sürecinde Türkiye’de Organize Suçluluk Üzerine Sosyolojik Bir Araştırma”, YYLT, Fırat Üniversitesi SBE Sosyoloji Anabilim Dalı, Elazığ, 2010.
- FREUND, Georg, StrafrechtAllgemeinerTeil: PersonaleStraftatlehre, Berlin, 1998.

- GALLAGHER, Anne, Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis, Human Rights Quarterly, Vol. 23, No. 4 Published by: The Johns Hopkins University Press, 2001, (s. 975-1004),
- GARVEY, Jack I. Toward a Reformulation of International Refugee Law, Harvard International Law Journal Vol. 26, Number 2, Spring 1985, (s. 483-500).
- GATRELL, Peter, The Making of the Modern Refugee, Oxford University Press, 2013, Great Britain.
- GEDİK, Doğan, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Müsadere, Adalet Yayınları, Ankara 2007.
- GHOSH, Sahana , Anti-trafficking and its Discontents: Women's Migrations and Work in an Indian Borderland, Gender Place and Culture, 2015 Vol. 22, No. 9, (s.1220-1235).
- GLENDON, Mary Ann, Knowing The Universal Declaration of Human Rights, Notre Dame Law Review, Vol. 73:5, (s.1153-1190).
- GOLDHAMMER, Ami Lynn, Human Trafficking for Sexual Exploitation, California State University, the Degree Master of Science, California 2006.
- GOODWIN-GILL, Guy S., Non-Refoulement and the New Asylum Seekers, Virginia Journal of International Law, Vol. 26-4, 1986, (s.897-918).
- GÖGER, Erdoğan, Türk Tabiiyet Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 4. Bası, Ankara 1979.
- GÖGER, Erdoğan, Yabancılar Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2. Bası, Ankara 1976.
- GÖNGÖR, Gülin, Tabiiyet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- GÖZLER, Kemal, Hukuka Giriş, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 1998.
- GÖZLER, Kemal, Kısa Anayasa Hukuku, Ekin Yayınevi, 7. Baskı, Bursa 2012.
- GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat, Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, C.I, 5. Bası, Kazancı Yayınları, İstanbul 1988.

- GROPP, Walter, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Berlin 2015.
- GUİLD, Elspeth, “Who Is An IrregularMigrant?”, in Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, Europeanand International Perspectives, Ed. Barbara BOGUSZV, Martinus Nijhoff Publishers Leiden/Boston, 2004.
- GÜDER, Süleyman/ÇOLAK Yunus (Edt.), Medeniyet Tartışmaları, İstanbul – 2013;
GÜNDEL, Ahmet, 5237 Sayılı TCK’da Zimmet, Sahtecilik, Dolandırıcılık, Yağma, Hırsızlık, Güveni Kötüye Kullanma Suçları, Ankara 2009.
- GÜNDÜZ, Aslan, Milletlerarası Hukuk, Beta Yayınları, 6. Baskı, İstanbul 2013.
- GÜNGÖR, Gülin, “Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi”, s.236-237 MHB, 1-2/ 1997-1998, http://www.academia.edu/5517641/Avrupa_Vatandaslik_Sozlesmesi, E.T. 17.11.2013.
- GÜRİSOY, Mahmut, “Kentleşme Sürecinde Göç Suçluluk İlişkisi” YYLT, Adıyaman Üniversitesi SBE Sosyoloji Anabilim Dalı, Adıyaman 2013.
- HAFİZOĞULLARI, Zeki, “Hukuk ve Ceza Hukuku Biliminin Konusu ve Sınırları Sorunu”, Ankara Üniversitesi HFD, Cilt XXXV, Sayı. 1-4, Y.1978, (s.235-279).
- HAFİZOĞULLARI, Zeki, Ceza Normu, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, Seçkin Kitabevi, Ankara 1987.
- HAFİZOĞULLARI, Zeki/KURŞUN, Günal, Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk, TBB Dergisi, S. 71, 2007, (s.25-80).
- HAFİZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayıncılık, 2. Bası, Ankara 2010. (HAFİZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler)
- HAKERİ, Hakan, “İhmali Suçlar”, Seçkin Yayınları, CHD, Yıl 2, S. 4, Ağustos 2007, (s.137-169).
- HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınları, 16. Baskı Ankara 2013.

- HAKERİ, Hakan, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Seçkin Yayınları, Ankara 2003.
- HAKERİ, Hakan, Kasten Öldürme Suçları TCK 81-82-83, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2007.
- HARRIS, John R./TODARO, Michael P., Migration, Unemployment and Development: A Two-Sector Analysis, The American Economic Review, Vol. 60, No. 1, 1970, (s.126-142).
- HARRO, Otto GrundkursStrafrecht, 7. Auflage, Berlin 2004.
- HARVEY, Colin. J. Reconstructing Refugee Law, School of Law, Queen's University of Belfast, Belfast BT7 INN Northern Ireland 1998, (s.159-190).
- HATHAWAY, James C., The Rights of Refugees under International Law, Cambridge Press, 2005.
- HECKMANN, Friedrich/WUNDERLICH, Tanja, Conference Report: Workshop on Human Smuggling, European Forum for Migration Studies (2000) Unpublished.
- HEINRICH, Bernd, Ceza Hukuku Genel Kısım I, Çeviri; Editör, Yener ÜNVER, ilgili kısım Hakan HAKERİ, Adalet Yayınları, Ankara 2014.
- HEINRICH, Bernd, Ceza Hukuku Genel Kısım I, Çeviri; Editör, Yener ÜNVER, ilgili kısım Ramazan Barış ATLADI, Adalet Yayınları, Ankara 2014.
- HERMANİN, Costanza, Background documentation Overview on the “Security Package”, <http://www.eui.eu/Documents/RSCAS/Research/MWG/201011/10-13-Hermanin.pdf>, E.T. 05.05.2015.
- HEYMAN, Michael G., What burden of proof for the asylum seeker?, Preview of United States Supreme Court Cases 1991-1992 Preview, U.S. Sup. Ct. Cas. 100 1991-1992, (s.100-103).
- HIRSCHMAN, Charles/KASINITZ, Philip/DEVIND, Josh(Editors), TheoriesandConcepts of International Migration, in TheHandbook of International Migration: TheAmericanExperience, RusselSageFondation, New York 1999, (s.1-120).

- HOCAOĞLU, Beycan, “Bulgaristan’dan Türkiye’ye Yönelik Göçler Ve Göçmen Yerleşme Alanlarında Sosyo – Ekonomik Ve Mekansal Özellikler” Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ege Üniversitesi SBE, İzmir 2011.
- HOFFMANN-HOLLAND, Klaus, StrafrechtAllgemeinerTeil, 2. Auflage, Tübingen 2011.
- HYLAND, Kelly E., The Impact of the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, " Human Rights Brief, Vol. 8, Iss. 2 [2001], Art. 12, (s.30-38).
- İÇEL, Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler II, 5. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2013,
- İÇEL, Kayıhan, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, İstanbul 1967.
- İÇEL, Kayıhan, Suçların İçtimai, İstanbul Üniversitesi Yayını, İstanbul 1972.
- İLTER, Tuğrul, “Modernizm, Postmodernizm, Postkolonyalizm: Ben-Öteki İlişkileri ve Etnosantrizm”, Küresel İletişim Dergisi, S.1, Bahar-2006.
- JANDL, Michael/DOOMERNIK, Jeroen (Edts.), Modes of Migration Regulation and Control in Europe, Amsterdam University Press, 2008.
- JENSON, Jane, “Thinking about Citizenship and Law in an Era of Change”, in Law and Citizenship, UBC Press, Canada 2006.
- JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin 1996.
- JOHNSON, Anders B., The Duties of Refugees, International Journal of Refugee Law Vol. 3 No. 3, (s.579-584).
- JONES, Loring/ENGSTROM, David W./HILLIARD, Tricia/DIAZ, Mariel, “Globalization and Human Trafficking”, Journal of Sociology & Social Welfare, Vol. XXXIV, N. 2, 2007.

- JOSHI, Aiko, The Face of Human Trafficking, Hastings Women's Law Journal Vol. 13, 31, 2002, (s.31-52).
- KAGAN, Michael, Immigrant Victims, Immigrant Accusers, University of Michigan Journal of Law Reform, Vol. 48-4, 2015, (s.915-966).
- KALABALIK, Halil, İnsan Hakları Hukuku, Seçkin Yayınları, 2. Bası, Ankara 2009.
- KAMA, Sezen, "Crime of Human Trafficking - Turkish Penal Code Article 80 (Within Comparative Law and International Documents on Human Trafficking) / İnsan Ticareti Suçu (TCK md. 80)", s. 21, <http://www.academia.edu>, E.T. 07.08.2015.
- KARAKAŞ DOĞAN, Fatma, "Uluslararası Düzenlemeler Işığında Mağdur Haklarının ve Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, (s.1007-1029).
- KARHAN, Jale, Sosyal Bir Sorun Olarak Fuhuş Olgusu: Diyarbakır Genelevi Örneği, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Fırat Üniversitesi SBE, Elazığ 2011.
- KATEB, George, Human Dignity, Harvard University Press, London/England, 2011.
- KATOĞLU, Tuğrul, "Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları", AÜHFD, 61 (2) 2012, (s.657-693).
- KATOĞLU, Tuğrul, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Seçkin Yayınları, Ankara 2003.
- KAYAALP, Mustafa, Türk Hukukunda Göçmen Kaçakçılığı Suçu, Marmara Üniversitesi SBE, YYLT, İstanbul 2010.
- KENNEDY, David, International Refugee Protection, Human Rights Quarterly, 1986, (s.1-69).
- KESKİN, İbrahim, "Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti Suçları", Adalet Dergisi, Yıl 2011, S. 41, (s.69-105).
- KING, Russell, Theories and Typologies of Migration: An Overview and a Primer, Malmö University Malmö Institute for Studies of Migration, 2012.

- KINIK, Kerem, “Göç, Sürgün ve İltica”, s.36, http://www.amnesty.org.tr/ai/system/files/Kerem_Kinik.pdf, E.T. 07.08.2015.
- KJAERUM, Morten, The Concept of Country of First Asylum, International Journal of Refugee Law 4, 514, 1992, (s.514-530).
- KLUEBER, Sherilyn Ann, Trafficking in Human Beings: Law Enforcement Response, the Degree of Master of Science of University of Louisville, Kentucky 2003.
- KOCA, Mahmut, “Fikri İçtima”, Seçkin Yayınları, CHD, Y.2, S. 4, Ağustos 2007, (s.197-221). (KOCA, Fikri İçtima)
- KOCA, Mahmut, “İnsan Yağması (Sömürüsü) Suçu TCK 201/b”,AUHF Dergisi, 2003, C.52-S. 2, (s.141-172). (KOCA, İnsan Yağması)
- KOCA, Mahmut, “Türk Ceza Kanununda Soykırım Suçu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 1, Nisan 2010, (s.1-27). (KOCA, Soykırım Suçu)
- KOCA, Mahmut, Yağma Cürümleri, Seçkin Yayınları, Ankara 2003.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara 2015.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2013. (KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler)
- KOÇAK, Yüksel/TERZİ, Elvan, “Türkiye’de Göç Olgusu, Göç Edenlerin Kentlere Olan Etkileri ve Çözüm Önerileri”, Kafkas Üniversitesi, İktisadi Ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C.3, S. 3, Y. 2012, (s.163-184).
- KOSLOWSKI, Rey, “Human Migration and the Conceptualization of Pre-Modern World Politics” International Studies Quarterly, 46, 3, 2002.
- KÖROĞLU, Hasan, Örgütlü Suçluluk, Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele (4422 Sayılı Kanun) ve Cürüm İşlemek İçin Teşekkül Oluşturmak, Seçkin Yayınları, Ankara 2001.

- KREY, Volker, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil: Band 1: Grundlagen, 3. Auflage, Stuttgart, 2008,
- KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukuku, Birinci Kitap, Beta Yayınları, 12. Bası, İstanbul 2002.
- KURT YÜCEKUL, Gülşah, İnsan Ticareti Suçu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi SBE, İstanbul, 2011.
- KÜHL, Kristian, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, München 2012.
- LACZKO, Frank/AGHAZARM, Christine, Migration, Environment and Climate Change: Assessing The Evidence, International Organization for Migration ,Geneva, Switzerland, 2009.
- LAUTERPACHT, Hersch, The Universal Declaration Of Human Rights, 25 British Year Book of International Law 354 1948, (s.354-381).
- LEE, Luke T., The Right to Compensation: Refugees and Countries of Asylum, The American Journal of International Law, Vol. 80, No. 3, Jul., 1986, (s.532-567).
- LOEWENFELD, Erwin, Status of Stateless Persons, Transactions of the Grotius Society 27, 59, 1941, (s.59-112).
- MALKKI, Liisa H., Refugees and Exile: From "Refugee Studies" to the National Order of Things, Annual Review of Anthropology, Vol. 24, 1995, (s.495-523).
- MALTZ, Michael D., Defining Organized Crime, s.21-37, Handbook of Organized Crime in the United States, Edited by Robert J. KELLY/Ko-lin CHIN/Rufus SCHATZBERG, Greenwood Press, London, 1994.
- MANAV, Hakkı, Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti, Turhan Kitabevi, Ankara 2010.
- MANTOUVALOU, Virginia, Servitude and Forced Labour in the 21st Century: The Human Rights of Domestic Workers, Industrial Law Journal, Vol. 35, No. 4, December 2006, (s.395-414).

- MARRY, Sally Engle, *Stateless Law: Before, Inside and Outside the Law of the State*, Chapter I, Edited by Helge DEDEK/Shauga Van Praagh, *Stateless Law Evolving Boundaries of a Discipline*, Burlington 2015.
- MARTIN, Scott M., *Non-Refoulement of Refugees: United States Compliance with International Obligations*, *Immigration Nationality L. Rev.* 1984, (s.650-673).
- MARTIN, Susan/WEERASINGHE, Sanjula/TAYLOR, Abbie, *Crisis Migration*, *Brown Journal of World Affairs*, Fall/Winter 2013, Volume XX, Issue I, (s.123-137).
- MARTINO, Albertodi/DAL MONTE, Francesca Biondi/BOIANO, Ilaria/RAFFAELLI, Rosa, *The criminalization of irregular immigration: law and practice in Italy*, Pisa University Press, 2013.
- MASSEY, Douglas S./ARANGO, Joaquin/HUGO, Graeme/KOUAOUË, Ali/PELLEGRINO Adela /TAYLOR, J. Edward, *Theories of International Migration: A Review and Appraisal*, in *Population and Development Review*, Vol. 19, No. 3, 1993.
- MCCRUIDEN, Christopher, "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights", *The European Journal of International Law*, Vol. 19, No. 4, Y. 2008.
- MCILLWAIN, Jeffrey Scott, *Organized crime: A Social Network Approach*, *Crime, Law & Social Change* 32, 1999, (s.301–323).
- MCSHERRY, Bernadette, *Trafficking in Persons: A Critical Analysis of the New Criminal Code Offences*, *Current Issues in Criminal Justice*, Vol. 18, N. 3, March 2007, (s.385-398).
- MIRAGLIA, Paula/OCHOA Rolando/BRISCOE, Ivan, *Transnational Organised Crime and Fragile States*, International Center for the Prevention of Crime and the Clingendael Institute, OECD Development Co-Operation Working Papers, October 2012, <http://www.oecd.org/dac/incaf/WP3%20Transnational%20organised%20crime.pdf>, E.T.05.11.2013.
- MURMANN, Uwe, *Grundkurs Strafrecht*, 2. Auflage, München 2013.

- NADELHOFER DO CANTO, Simone, Vermögenseinziehung bei Wirtschafts- und Unternehmensdelikten (Art. 70 f. StGB), Schulthess Verlag, Zürich 2008.
- NARDI, Louis, Alien Smuggling and Visa Overstays, Testimony before the U.S. House Committee on Judiciary, Subcommittee on Immigration and Claims, 2000.
- NOMER, Engin, Türk Vatandaşlık Hukuku, Filiz Kitabevi, 19. Bası, İstanbul 2012.
- OCOTRINILLO, Pablo Rodríguez, “Non-criminalization of smuggled migrants (Notes on the interpretation of article 5 of the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air)”, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9791.pdf?view>, E.T. 07.08.2015.
- ODMAN, M. Tevfik, Mülteci Hukuku, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 1995.
- O'DONNELL, Thomas A., The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, Human Rights Quarterly, 474, 1982, (s.474-507).
- OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, Filiz Yayınevi, 17. Baskı, İstanbul 2014.
- ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, (ÖNDER, Ceza Hukuku Dersleri).
- ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt II-III, Beta Yayınları, İstanbul, 1992. (ÖNDER, Genel Hükümler Cilt II-III)
- ÖNDÜL, Hüsnü, “İnsan Onuru”, <http://www.ihd.org.tr/index.php/makaleler-mainmenu-125/939-insan-onuru.html>, E.T. 07.08.2015.
- ÖZBEK HADİMOĞLU, Nimet/TEKSOY, Barış, “Vatansızlığın Azaltılmasına Dair BM Sözleşmesi (1961) Karşısında Türk Vatandaşlığı Kanunu”, TBB Dergisi, S. 107, 2013, (s.221-244).
- ÖZBEK, Veli Özer, İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Cilt II, Özel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara 2008.

- ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR Mehmet Nihat/DOĞAN Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2011. (ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Özel Hükümler)
- ÖZCAN, Hüseyin, Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, Alfa Yayınevi, 7. Baskı, İstanbul, 1993.
- ÖZEK, Çetin, Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına, Alfa Basım, 1. Bası, 1999.
- ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Seçkin Yayınları, Ankara 1995.
- ÖZGENÇ, İzzet, Suç Örgütleri, Seçkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, Ankara 2012. (ÖZGENÇ, Suç Örgütleri)
- ÖZGENÇ, İzzet, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İstanbul, 1996.
- ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 9. Bası, Ankara 2013. (ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler)
- ÖZTÜRK, Bahri/ ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayınevi, 12. Bası, 2012 Ankara.
- PAOLI, Letizia, The Paradoxes of Organized Crime, Crime, Law & Social Change 37: 2002, s.51-97; <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Organized+Crime>, E.T.07.11.2013.
- PAOLINI, Fabio, Legal Frameworks on Trafficking in Persons, Lex ET Scientia. Juridical Series, No. XIX, Vol. 2/2012, (s.7-19).
- PARILTI, Yılmaz, “Örgütlü suç ve Terör Tanımları”, Sınıraşan Örgütlü Suç ve Teröre Karşı Uluslararası İşbirliği Semineri, Seminer Serisi 1, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, 2013, (s.16-24).
- PAZARCI, Hüseyin, Uluslararası Hukuk, Turhan Kitapevi, 12. Bası, Ankara 2013.
- PERRUCHOUD Richard(Editor), International Migration Law: Glossary On Migration, International Organizationfor Migration, Switzerland 2004.

- PORTES, Alejandro, Conclusion: Theoretical Convergencies and Empirical Evidence in the Study of Immigrant Transnationalism, *The International Migration Review*, Vol. 37, No. 3, (s.874-892).
- POSADAS, Alejandro, Combating Corruption Under International Law, *Duke Journal of Comparative & International Law* 10, (s.346-372).
- RENGIER, Rudolf, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, München, 2012.
- RENK, Bersu/ DEMİR, Oğuzhan Ömer, “İnsan Ticareti ve Yasal Düzenlemeler: Eski Sorunlar, Yeni Çözümler”, *Polis Bilimleri Dergisi*, Cilt 13, S. 1, (s.51-76).
- REZAEI, Shahamak, *International Handbook on Migration and Economic Development*, *European Planning Studies*, Vol. 23, No. 11, 2015, (s.2327–2329).
- RICHARD, Amy, *International Trafficking in Women to the United States: A Contemporary Manifestation of Slavery and Organized Crime*, Center for the Study of Intelligence, 1999.
- ROUSSEAU, J.J. *The Social Contract*, Book 1, Slavery, s. 5, <http://www.earlymoderntexts.com/pdfs/rousseau1762.pdf>. E.T. 07.08.2014.
- ROXIN, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band II, München, 2003.
- SAGLAM, Serdar, “Türkiyede İç Göç olgusu ve Kentleşme”, *Hacettepe Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü*, S. 5, Güz 2006, (s. 33-44).
- SARAÇLI, Murat, *Uluslararası Hukukta Yerinden Edilmiş Kişiler*, Adalet yayınları, Ankara 2011.
- SAYDAM, Mehmet, *Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Telekomünikasyon yoluyla yapılan İletişimin Denetlenmesi*, XII Levha Yayınlar, İstanbul 2011.
- SCHLUCHTER, Eller, *Strafrecht Allgemeiner Teil in Aller Kürze*, 3. Auflage, Frankfurt, 2000.
- SCHMIDT, Rolf, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 14. Auflage, Bremen 2015.

- SCHUNEMANN, Bernd, Die Rechtsfigur des “Täterhinter dem Täter” und das Prinzip der Tatherrschaftsstufen, ZIS 7/2006.
- SELÇUK, Sami, Dolandırıcılık, Yasa Yayınları, İstanbul 1982.
- SEROZAN, Rona, Eşya Hukuku 1, Filiz Yayınevi, 3. Baskı, İstanbul 2014.
- SEROZAN, Rona, Medeni Hukuk Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004.
- SEVER, Hanifi/ARSLAN, Salih, “Modern Bir Kölelik Olarak İnsan Ticareti”, Çağın Polisi Dergisi, S. 79, 2008, (s.42-47).
- SEYMEN ÇAKAR, Ayşen “Hukuki Bir Kavram Olarak İnsan Onuru”, www.umut.org.tr, E.T. 20.05.2015.
- SHELLEY, Louise, Human Smuggling and Trafficking into Europe, A Comparative Perspective, 2014, www.migrationpolicy.org/, E.T. 20.05.2015.
- SINAR, Hasan, “İnsan Ticareti Suçu”, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S. 2, Sonbahar 2004.
- SKINNIDER, Eileen, Defining Organised Crime In Canada – Meeting Our Obligations Under The Un Convention Against Transnational Organised Crime And Its Protocols Against Trafficking Of Persons And Smuggling of Migrants?, International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy, February 2006, <http://icclr.law.ubc.ca/sites/icclr.law.ubc.ca/files/publications/pdfs/ES%20paper%20-%20TOC%20and%20canadian%20implementation.pdf>, E.T. 20.05.2015.
- SOKOLOFF, Constantin/LEWIS, Richard, Denial of Citizenship: A Challenge to Human Security, Issue Paper 28 1.04.2005, EPC (European Policy Center), http://www.mercury.ethz.ch/serviceengine/Files/ISN/.../doc_10947_290_en.pdf, E.T. 09.09.2015.
- SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara 2005. (SOYASLAN, Genel Hükümler)

- SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 9.Baskı, Ankara 2012. (SOYASLAN, Özel Hükümler)
- SOYASLAN, Doğan, Teşebbüs Suçu, Kazancı Yayınları, Ankara 1994.
- SÖZÜER, Adem, “Organize Suçluluk Kavramı ve Batı Ülkelerinde Bu Suçla Mücadele İle İlgili Gelişmeler”, Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.9, S. 1-3.
- SÖZÜER, Adem, Suça Teşebbüs, Kazancı Yayınları, İstanbul 1994.
- SÖZÜER, Adem, Suça Teşebbüs, Kazancı Yayınları, İstanbul 1994. (SÖZÜER, Suça Teşebbüs)
- STARK, Oded, The Migration of Labor, Cambridge, 1991.
- STOYANOVA, Vadislava, The Principle Of Non-Refoulementand The Right Of:Asy Tum-Seekers To Enter State Territory, Interdisciplin ay Journal of Human Rights Law, Vol. 3, 2008-2009, (s.1-11).
- ŞEN, Ersan/MALBELEĞİ, Erkam, Türk Ceza Kanunu’nda Uluslararası Suçlar, Seçkin Yayınları, Ankara 2011.
- ŞENER, Esat, Hukuk Sözlüğü, Seçkin Yayınları, Ankara 2001.
- TANER, Fahri Gökçen, “Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma”, Seçkin Yayınları, CHD, Yıl 5, S. 12, Nisan 2010.
- TANER, M. Tahir, Ceza Hukuku Umumi Kısım, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1949.
- TANERİ, Gökhan, Uluslararası Hukukta Mülteci ve Sığınmacıların Geri Gönderilmemesi (Non-Refoulement) İlkesi, Bilge Yayınevi, Ankara 2012.
- TAŞ, Gün, Türkiye’de Yasadışı Göç ve Değişen Güvenlik Anlayışı, s.3, http://www.academia.edu/1605253/Turkiyede_Yasadisi_goc_ve_Degisen_Guvenlik_Anlayisi, E.T. 02.03.2014.
- TAŞDELEN, İlgi Ege, Türkiye’de Mültecilerin Hukuki Durumları ve İzmir’e İlişkin Bir Araştırma, YYLT, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Kamu Yönetimi Programı İzmir 2011.

- TAVANO, Maria, Trafficking in Persons: A Focus On Preventing Forced Labor, Women's Rights Law Reporter Vol. 32, 2010-2011, (s.324-352).
- TEKİNALP, Gülören, Türk Yabancılar Hukuku, Beta Yayınları, 6. Bası, İstanbul 1998.
- TEMELAT, Neslihan, Ülke Anayasalarında Vatandaşlık Tanımları, TBMM Araştırma Merkezi Yayını, Ekim 2011.
- TEZCAN, Durmuş, Organize Suçlar ve Bu Suçlarda Mağdurun Hakları ve Tanıkların Korunması, Adalet Dergisi, 2000, S. 3, (s.9-31).
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınları, 10. Baskı, Ankara 2013.
- TİREN, Fikret, “Cumhuriyet Dönemi'nde Doğu ve Güneydoğu Anadolu Bölgesi'nde iskân politikası olarak uygulanan zorunlu göç hareketleri ve 1984 sonrası Van kentinde zorunlu göç hareketlerinin çocuk suçluğu üzerine etkileri”, YYLT, YYÜSBE, Van 2012.
- TODRES, Jonathan, Law, Otherness, and Human Trafficking, Santa Clara Law Review, Vol.49, 2009, (s.605-672).
- TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2005. (TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım)
- TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukukunda Zaruret Hali, AÜHF Yayınları, No: 234, Ankara 1968.
- TOROSLU, Nevzat, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1970. (TOROSLU, Suçun Hukuki Konusu)
- TOSUN, Öztekin, Suç Hukuku Dersleri, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Gazetecilik Enstitüsü Yayınları, İstanbul 1967.
- TURHAN, Faruk, “Yeni TCK'ya Göre Uluslararası Suçların Cezalandırılması”, Hukuki Perspektifler Dergisi(HPD), S. 03, 2005, (s.8-25).

- TURHAN, Faruk, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Uluslararası Suçlar”, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/101.doc, E.T. 28.05.2015.
- TÜFEKÇİ, Suat, “Kırsal Kesimlerden Büyükşehirlere Göç ve Göçün Aile Yapısında Meydana Getirdiği Değişiklikler (İstanbul Örneği)”, YYLT, Süleyman Demiral Üniversitesi SBE Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Isparta 2002.
- TÜMERKAN, Somay, Dolandırıcılık Suçu (Karşılıksız Çek Keşidesi Fiilleri), Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1987.
- Türk Hukukunda İnsan Ticareti Suçu El Kitabı, Uluslararası Göç Örgütü Türkiye Temsilciliği ve Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü Editörlüğünde, Adalet Bakanlığı Yayını, 2. Baskı, Ankara 2009. (İnsan Ticareti Suçu El Kitabı)
- ULUOCAK, Nihal Erdener, Türk Vatandaşlık Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayını, İstanbul 1968.
- USANMAZ, Günsu, Göç, Mülteciler ve Stk’lar, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, Ankara 2009.
- ÜNAL, Şeref, Devletler Hukukuna Giriş, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.
- ÜNVER, Naci, Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ve Cürüm İşlemek İçin Teşekkül Oluşturmak, Turhan Kitabevi, 2. Baskı, Ankara 2002.
- ÜNVER, Yener, “Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve mevzuatımız”, Seçkin yayınları, CHD, Yıl 3, S. 7, Ağustos 2008, (s.41-82).
- ÜNVER, Yener, Ceza Hukukuyla Korunan Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayınları, Ankara 2003. (ÜNVER, Hukuksal Değer)
- ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınları, 9. Baskı, Ankara 2014.
- ÜNVER, Yener/HEPER, Altan, “İnsan Onuru Araştırması”, Güncel Hukuk, S. 3, 2010, (s.42-44).

- VALDÉS, Ernesto Garzón, "Dignity, Human Rights, and Democracy", *Rationality, Markets and Morals, Perspectives in Moral Science*, (Editors M. Baumann & B. Lahno), Vol. 0, Y. 2009, (s.253–265).
- VARDAR, Çiğdem, "İnsan Onurunun Anayasal Düzeyde Korunması", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.2, S. 1, 2012, (s.105-114).
- VÄYRYNEN, Raimo, *Illegal Immigration, Human Trafficking, and Organized Crime*, Discussion Paper No. 2003/72, UNU/WIDER, Helsinki, Finland 2003.
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, *Türk Medeni Hukuku*, 3. Bası, İstanbul 1963.
- VLASSIS, Dimitri, *Overview Of The Provisions Of The United Nations Convention Against Transnational Organized Crime And Its Protocols*, s.452-513, Director, Kunihiko SAKAI, *Annual Report For 2000 And Resource Material Series No. 59*, UNAFEI Fuchu, Tokyo, Japan 2002.
- WARNER, Daniel, *We Are All Refugees*, *International Journal of Refugee Law* Vol. 4 No. 3, (s.365-372).
- WATERS, Mary C./JIMÉNEZ, Tomás R., *Assessing Immigrant Assimilation: New Empirical and Theoretical Challenges*, *Annual Review of Sociology*, Vol. 31, 2005, (s.105-125).
- WEISSBRODT, David/COLLINS, Clay, *The Human Rights of Stateless Persons*, 28 *Human Rights Quarterly* 245, 2006, (s.245-276).
- WESSELS, Johannes/BEULKE, Werner, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 41. Auflage, Heidelberg, 2011.
- WOODIWISS, Michael, *Organized Crime and American Power: A History*, University of Toronto Press, Canada, 2003.
- YALÇIN SANCAR, Türkan, *Müteselsil Suç*, Seçkin Yayınları, Ankara 1995.
- YAŞAR, Osman/GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa, *Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt II*, Madde 45-85, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

- YEKEBAŞ, V. Suçun ve Suçlunun Taaddüdü ve Cürme İştirak, Ankara 1952.
- YENERER ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Yasasında Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK m.79), İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 9, Cilt 9, S. 2, Temmuz 2010, (s.115-135).
- YENİDÜNYA, Ahmet Caner / ALŞAHİN, Mehmet Emin, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu(TCK. M.79)”, TBB Dergisi, S. 82, 2009, (1-50).
- YENİDÜNYA, Caner/İÇER, Zafer, “Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu”, T.C.Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, C.19, S. 2, 2013, (s.797-823).
- YENİGÜN, Bülent, Göçmen Kaçakçılığı Suçu, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, Kamu Hukuku Bilimdalı, İstanbul 2010.
- YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 1996.
- YÜCE, Turhan Tufan, Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Turhan Kitabevi 1985.
- ZAFER, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, 3. Bası, 2013.
- ZIEGLER, Katja S.,“The Legal Framework of Trafficking and Smuggling in Germany: Victim Protection Emerging From Witness Protection?”, Immigration and Criminal Law in the European Union, Edited by Elspeth GUILD and Paul MINDERHOUD, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.
- ZIMMERMANN, Andreas (edt.), The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and Its 1967 Protocol: A Commentary (Ass. Edtrs: Jonas Dörschner/Felix Machts), Oxford, 2011.