

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (CEZA VE CEZA MUH. HUKUKU)
ANABİLİM DALI**

İNSAN TİCARETİ VE GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI ŞUÇLARI

Doktora Tezi

Ardeshir FARROKHZAD

Ankara 2018

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (CEZA VE CEZA MUH. HUKUKU)
ANABİLİM DALI**

İNSAN TİCARETİ VE GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇLARI

Doktora Tezi

Ardeshir FARROKHZAD

**Tez Danışmanı
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN**

Ankara 2018

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMALAR	vi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TEMEL KAVRAM VE BİLGİLER

I. GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞININ KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ	4
A. Göç Kavramı	4
1. İltica	6
2. Sığınma	9
B. Göç Tarihi	10
C. Genel Olarak Göç Teorileri	13
1. Ernest Georg Ravenstein'in Göç Teorisi	13
2. İkili Ekonomide Kalkınma Göç Teorisi	14
3. İtme Çekme Faktörleri Göç Teorisi	15
4. Neo Klasik Göç Teorisi	15
5. İkili İşgücülü Piyasası Göç Teorisi	16
6. Bağımlılık Göç Teorisi	16
7. Profesyonel Göçün Yeni Ekonomisi Göç Teorisi	17
8. Göç Ağları Teorisi	18
II. İNSAN TİCARETİNİN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ	18
A. İnsan Ticaretinin Tarihsel Gelişimi	18
B. Kölelik	19
C. Kölelik ve Benzeri Uygulamalar	26
D. İnsan Ticareti	28
E. İnsan Ticaretinin Ortaya Çıkışı	29
F. Günümüzde İnsan Ticareti	33
1. Modern Kölelik	35
2. İnsan Ticareti ve İnsan Kaçakçılığı Suçu	39
3. İnsan Ticareti ve Göçmen Kaçakçılığı	43
a. Ortak Yönler	44
b. Farklı Yönler	46
G. Kaynak Ülke, Geçilen Ülke ve Hedef Ülke Kavramları	50

H. Suçun Faili, İstismar Eden ve Müşteri Kavramları	54
İ. Uluslararası ve Sınırşan Suçlar	56

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK CEZA HUKUKU AÇISINDAN İNSAN TİCARETİ SUÇU

I. GENEL OLARAK	60
II. SUÇUN HUKUKİ KONUSU	62
A. Kamu Düzeni	63
B. Kişilerin Özgürlükleri	64
C. İnsan Onuru	65
D. Uluslararası Toplum Menfaati	67
III. FAİL ve MAĞDUR	68
A. Genel Olarak	68
B. Suçun Faili	68
C. Mağdur	71
IV. GENEL OLARAK MAĞDUR HAKLARI	74
V. İNSAN TİCARETİ SUÇUNUN UNSURLARI	77
A. Genel Olarak	77
B. Maddi Unsur	77
1. Araç Hareketler	81
2. Asıl Hareketler	90
a. Ülke Dışına Çıkarmak Veya Ülkeye Sokmak	92
b. Tedarik Etmek	94
c. Kaçırarak	94
d. Bir Yerden Başka Bir Yere Götürmek	96
e. Sevk Etmek	96
f. Barındırmak	97
C. Hukuka Aykırılık Unsuru	98
D. Manevi Unsur	100
1. Genel Olarak	100
2. Zorla Çalıştırmak Hizmet Ettirmek	102
3. Esarete Tâbi Kılmak	103
4. Fuhuş Yaptırmak	105
5. Vücut Organlarının Verilmesini Sağlamak	106
VI. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ	108

A. Teşebbüs	108
B. İştirak	112
C. Suçların İçtimaı	114
1. Gerçek İçtima Kuralları Uygulanan Durumlar	115
2. Fikri İçtima Kuralları Uygulanan Durumlar	120
3. Bileşik Suç Oluşan Durumlar	121
4. Zincirleme Suçun Kuralları Uygulanan Durumlar	122
5. Özel-Genel Norm Kuralları Uygulanan Durumlar	123
VII. YAPTIRIM	126
VIII. CEZAYI ETKİLEYEN HALLER	129
A. Ağırлатıcı Sebepler	129
B. Hafifletici Nedenler	130
IX. SORUŞTURMA ve KOVUŞTURMA	130
A. Şikayet	130
B. Usul Hükümleri	130
C. Yetkili Mahkeme	131
D. Görevli Mahkeme	132

ÜÇÜNCÜ BÜLÜM

TÜRK CEZA HUKUKUNDA GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇU

I. GENEL OLARAK	133
II. SUÇUN HUKUKİ KONUSU	136
III. GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇUNUN UNSURLARI	137
A. Maddi Unsur	137
1. Hareket	137
a. Yabancıyı Ülkeye Sokmak	140
b. Yabancıнын Ülkede Kalmasına İmkan Sağlamak	144
c. Türk Vatandaşı veya Yabancıнын Yurt Dışına Çıkmasına İmkan Sağlamak	150
2. Netice	153
a. Yabancıyı Ülkeye Sokmak Bakımından	154
b. Yabancıнын Ülkede Kalmasına İmkan Sağlamak Bakımından	154
c. Yabancıyı veya Türk Vatandaşını Yurt Dışına Çıkmasına İmkan Sağlamak Bakımından	155
B. Manevi Unsur	156
C. Hukuka Aykırılık Unsuru	159

IV. FAİL ve MAĞDUR ve SUÇUN MADDİ KONUSU	161
A. Fail	161
B. Mağdur	162
C. Suçun Maddi Konusu	167
V. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ	169
A. Teşebbüs	169
1. Yabancıyı Ülkeye Sokmak Bakımından	173
2. Yabancıyı Ülkede Kalmasına İmkan Sağlamak Bakımından	173
3. Türk Vatandaşı veya Yabancıyı Yurt Dışına Çıkmasına İmkan Sağlamak Bakımından	175
B. İştirak	175
C. İçtima	178
VI. SUÇUN NİTELİKLİ HALİ	182
A. Ağırlaştırıcı Nedenler	182
B. Hafifletici Nedenler	190
VII. YAPTIRIM ve GÜVENLİK TEDBİRİ	190
A. Yaptırım	190
B. Güvenlik Tedbirleri	193
1. Genel Olarak	193
2. Tüzel Kişiler Hakkında Güvenlik Tedbirleri	195
C. Müsadere	199
1. Eşya Müsaderesi	202
2. Eş Değer Müsadere	204
3. Orantılılık İlkesi	205
4. Kısmi Müsadere	206
5. Müşterek Mülkiyete Konu Eşyanın Müsaderesi	207
6. Kazanç Müsaderesi	207
7. Kaim Değer Müsaderesi	209
D. Sınır Dışı Edilme	211
1. Uluslararası Mevzuatta Sınır Dışı Edilme	211
2. Ulusal Mevzuatta Sınır Dışı Edilme	213
VIII. SORUŞTURMA ve KAVUŞTURMA	216
A. Şikayet	216
B. Yetkili Mahkeme	216
C. Görevli Mahkeme	218

D. Dava Zamanaşımı	219
E. Usul Hükümleri	220
SONUÇ	223
KAYNAKÇA	227
ÖZET	243
ABSTRACT	244



KISALTMALAR

AB.	: Avrupa Birliği
ABD.	: Ankara Barosu Dergisi
AİHM.	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	: Bent
BBD.	: Barolar Birliği Dergisi
bkz.	: Bakınız
BM.	: Birleşmiş Milletler
C.	: Cilt
CD.	: Ceza Dairesi
CGK.	: Ceza Genel Kurulu
CK.	: Ceza Kanunu
CMUK.	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
CMK.	: Ceza Muhakemesi Kanunu
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
ETCK	: Eski Türk Ceza Kanunu
f.	: fıkra
HUMK.	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İYUK.	: İdari Yargılama Usul Kanunu
K.	: Karar
Karşl.	:Karşılaştırınız
m.	: Madde
MK.	: Medeni Kanun
PK.	: Pasaport Kanunu

RG.	: ResmiGazete
S.	: sayı/sayılı
s.	: sayfa
t.	: Tarih
TBMM.	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK.	: Türk Ceza Kanunu
TMK.	: Terörle Mücadele Kanunu
TIR.	: Transport International Road
vb.	: vebenzeri
vd.	: ve devamı
Y.	:Yargıtay
YCGK.	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YİBK.	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YUKK.	: Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu
YKD.	: Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

Doktora tezi olarak hazırlamış olduğum bu çalışma, kökeni 19. yüzyıl başlarına kadar dayanmasına rağmen, son on beş – yirmi yılda kayda değer bir artış ve yayılma göstererek bugün dünyada küresel boyutta bir tehdit olarak algılanan, kişileri bir ticari ilişkinin konusu haline getirmek suretiyle insan onurunun çiğnenmesine yanısıra insan haklarını ihlal eden insan ticareti suçunu konu almaktadır.

Kölelik müessesesi, dünyada 19. Yüzyıla kadar hukuk düzenlerinde veya dinlerde bir olgu olarak kabul edilmiştir. Bu çağda uluslararası çabaların ve gelişmelerin etkisiyle, kölelik tüm ülkelerde yasaklandığı, köleliğe benzer bir eylem ve onun yeni bir şekli olarak, insan ticareti adıyla ortaya çıkmaktadır. Bu fiil, kişilerin sömürüldüğü ve onların nesne haline getirildiği yasa dışı bir çağdaş eylemdir.

İnsanların toplu veya bireysel olarak bir yerden başka bir yere göçmesi tarihi bir olgudur. Göç, insanlık tarihinin her döneminde rifahı bir hayatı sürdürebilmek amacıyla birlikte terör,siyasi iç çatışmalar ve savaş gibi beşeri nedenlerin yanı sıra kuraklık gibi doğal sebeplerle karşılaşan bir olgudur. Bu nedenle göçmenler bulunduğu yurttan başka bir yurda göç etmeleri konusunda gönüllü olmuşlardır.

Günümüzdeki uluslararası göçe, yoksulluk, istihdam krizi, gelir dağılımı eşitsizlikleri, neoliberal ekonomik yapılanma ve küreselleşme gibi etkenler, neden sayılabilirler.

Genellikle göç süreci, az gelişmiş ülkelerden, hedef ülkelere özellikle gelişmiş ülkeler istikametine hareket etmektedir. Bir yandan fakir ülkelerde, ulus devletler kendi vatandaşlarının sosyal, ekonomik ve siyasi haklarının korunmasında çelişkiler yaratmasıyla ve diğer yandan da gelişmiş ülkelerde ucuz işgücüne duyulan ihtiyaçların artması, göç sürecini geliştirmektedir.

Ülkeler arasında farklılıklar nedeniyle kimileri gönüllü olarak ve kimileri’de başkasının oyuncağı haline gelmiş, buldukları ülkelerden diğer bir ülkeye göç etmiş ve bu bağlamda insan ticareti ve göçmen kaçakçılığı iki yeni suç olarak ortaya çıkmaktadır.

Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı tarafından 1994 yılında bir insani Gelişme raporu hazırlanmıştır. Yayınlanan bu rapor insan güvenliği kavramı üzerinde odaklanmıştır. Rapora göre, insanlar günlük yaşamlarında güvenlik arayışında olan sosyal çatışmalardan, açlıktan, işsizlikten, suçtan, hastalıklardan, çevre felaketlerinden ve politik baskılardan korunmaya ihtiyaç duymuşlardır. Bu bağlamda, çoğunlukla göç sürecine giren kadın, erkek ve çocuklar, yoksul, eğitimsiz, vasıfsızlar olup ve bunlar istismara açık bırakılmışlardır. Bu kişiler, daha da önemlisi, insan ticareti mağduru olarak sömürüye uğrama riskiyle karşı karşıyadır.

Bu suçlarla daha etkin mücadele etmek için, Birleşmiş Milletler tarafından 2000 yılında sınıraşan örgütlü suçlara karşı bir sözleşme yapılmış ve zikredilen anlaşmanın iç hukukta yerine getirilmesi için, 765 sayılı TCK’ye 201/a ve b maddesi eklenmiştir. İnsan ticareti ve göçmen kaçakçılığı suçları gerçek anlamda uluslararası hukuk suçları değildir. Ancak niteliği itibariyle bunlara benzeyen suçlardır. Sınıraşan suçlar, ülkelerin iç hukuku içerisinde düzenlenmiştir.

İnsan ticareti sınıraşan suç niteliğinde olup, göçmen kaçakçılığının aksine bir ülkenin sınırlarının içerisinde işlenen suçtur. Bu özellik, onu göçmen kaçakçılığından ayırt etmek için önem arz etmektedir.

İnsan ticareti yasadışı bir faaliyet olarak, mağdurlar rızaları aksine, vücut organlarının verilmesini sağlamak, fuhşa sürüklenmek, esarete ve benzeri uygulamalara tabi tutulmak veya zorla çalıştırılmak üzere ülkeye sokulmak, ülke dışına çıkarılmak, kaçırılmak, sevk edilmek, bir yerden diğer bir yere götürülmek veya tedarik edilmektedir. Belirtilen amaçlar çeşitli olmasına rağmen en çok rastalanan amaç, fuhuş yaptırmak amaçlıdır. Suçun mağdurları çoğunlukla çocuk ve kadınlardır.

Göçmen kaçakçılığı suçu illegal göçlerle mücadele etmektedir. Bu suç tipine göre, Türkiye'nin coğrafi sınırları itibariyle, yasadışı yollarla (ör, sahte pasaportla, sınır kapılarından başka bir yerden giriş ve çıkış yapmak vb.) bir yabancıyı ülkeye sokma, ülke'de kalmasına imkan sağlama ve bir yabancıyı veya Türk vatandaşını ülke dışına çıkarmasıyla bu suç oluşacaktır.



BİRİNCİ BÖLÜM

TEMEL KAVRAM VE BİLGİLER

I. GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞININ KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ

A. Göç Kavramı

Göç,¹ “ekonomik, toplumsal veya siyasi sebeplerle, bireylerin veya toplulukların bir ülkeden başka bir ülkeye, bir yerleşim yerinden başka bir yerleşim yerine gitme işi...” olarak tanımlanmaktadır. Anılan sebeplerle bir yerden, başka bir yere giden bireylere ise göçmen (muhacir) denilmektedir.² Ancak, söz konusu sebeplerle de olsa, bir yerden başka bir yere her gidiş, göç değildir.

Göç olgusunu, diğer benzer olgulardan ayıran özelliği, "gitme işi"nin "kalıcı" nitelikte olmasıdır. Diğer bir anlatımla, bir yerden diğer bir yere gitme işi geçici nitelikte olmamalı, bilakis gidilmek istenilen yere yerleşme amacıyla yapılmalıdır.³ Ancak bu, bireyin bir daha ayrıldığı yere dönmemesi anlamına da gelmemektedir.⁴ Diğer bir anlatımla turizm, eğitim, yatırım, sağlık veya ziyaret gibi geçici bulunmayı gerektiren amaçlarla bir yerden başka bir yere gidilmesi göç olarak değerlendirilmemelidir.⁵

¹ Göç ile ilgili olarak yabancı literatürde karşımıza üç farklı kavram ortaya çıkmaktadır. ‘Immigration’ kalıcı bir şekilde yerleşmek amacıyla yabancı bir ülkeye gelme anlamında; ‘migration’ hayvanlar da dâhil olmak üzere canlıların bir yerden ayrılarak başka bir yere yerleşme amacıyla eylemde bulunması; emigration’ bir ülkeden ayrılarak başka bir ülkeye yerleşme niyeti ile mekân değiştirmedir. Kişi gittiği ülkenin kontrolü dâhilinde ise ‘emigration’, kontrolü dahilinde değil ise ‘immigration’ kelimesi ile karşılık bulur, **KIRLI Özlem:** “Yasadışı Göç Sorunu”, Uluslararası Davraz Kovgesi Bildirileri/Küresel Diyalog, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi Ve İdari Bilimler Fakültesi Yayını, İsparta 2009, s. 2817-2825.

² **KIRLI**, a.g.e, s.2822.

³ **DOĞAN Vahit:** Türk Vatandaşlık Hukuku, Ankara 2015, s.185. **ÇELİKEL Aysel:** Yabancılar Hukuku, İstanbul 2013, s.22.

⁴ **ÇİÇEKLİ Bülent:** Yabancılar Hukuku, Ankara 2007, s.203.

⁵ **AY M.Kadir - ÖZCAN Mehmet - İŞGÖREN Fikret:** Türkiye Cumhuriyeti Hukuku Boşluk Analizi Yasadışı Göç ve İnsan Ticareti, Ankara 2007, s.6.

Doktrinde "kalıcılığın" süresi konusunda bir birlik bulunmamaktadır. Ancak Birleşmiş Milletler (BM) bir yılı aşan süreli yer değiştirmeleri göç olarak kabul etmiştir.⁶

Göçü; bireylerin tekil veya toplu olarak, yaşadıkları yerlerin, belirtilen itici etkenlerinden uzaklaşıp, gidilmek istenen yerlerdeki çekici etkenlere doğru, kalıcı yönelme biçimindeki hareketleri olarak da tanımlayabiliriz. Sosyolojik anlamda göç; çevresel kötüleşme ve çevre, çatışma ve yer değiştirme arasındaki bağlantıları keşfetme nedeniyle meydana gelen olgu olarak tanımlanmaktadır.⁷

Göç, Türk Hukukunda da tanımlanmıştır. Buna göre, Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olup, yerleşmek amacıyla tek başına veya toplu halde Türkiye'ye gelme faaliyetine göç; Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olup, yerleşmek amacıyla tek başına veya toplu halde Türkiye'ye gelenlere ise göçmen denilmektedir.⁸ Görüldüğü üzere, Türk hukukunda göçün tanımı, ülke dışından Türkiye'ye gelen, yalnızca belirli saiklerdeki belirli bireylere münhasır olarak yapılmıştır.

Bu haliyle tanımlanan göçe doktrinde "soydaş göçü" de denilmektedir.⁹ Bu, bize esasen göç olgusunun bir iç hukuk kurumu olduğunu¹⁰ ve bu yüzden de kapsamının daraltılıp genişletilmesinin her ülkenin kendi iç politikasına bağlı olarak düzenlenebileceğini göstermektedir.¹¹ Oysa ki göç; hukukumuzdaki söz konusu dar kapsamlı tanımın aksine uluslararası literatürde, yerleşmek, sığınmak, çalışmak gibi amaçlar için bulunduğu yeri terk ederek gitmek olarak tanımlanmıştır.¹²

⁶ **ÖZKAN Güneş:** Türkiye İle Bağlantılı Yasadışı Göç ve İnsan Kaçakçılığının Analizi, Yüksek Lisans Tezi, Kara Harp Okulu Savunma Bilimleri Enstitüsü, s.10.

⁷ **KARTAL Harun:** Avrupa Birliğinin Yasadışı Göç Politikası ve Türkiye'ye Yansımaları, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.8-11.

⁸ 5543 sayılı İskan Kanunu, 3. maddesinde göçmeni "Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olup, yerleşmek amacıyla tek başına veya toplu halde Türkiye'ye gelip bu Kanun gereğince kabul olunanlardır." olarak tanımlamıştır.

⁹ **İÇDUYGU Ahmet:** Türkiye'de Kaçak Göç, İstanbul 2004, s.21.

¹⁰ **ÇELİKEL Bülent:** Yabancılar Hukuku, s.204.

¹¹ **ÇELİKEL Bülent:** Yabancılar Hukuku, s.22.

¹² **EVİK Ali Hakan:** Göçmen Kaçakçılığı Suçu, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, C.9, S,3-4, s.128.

Hakkında çok yönlü analizler yapılan ve bir çok kuram üretilen göç¹³, yapısı itibariyle başta sosyoloji ve uluslararası ilişkiler olmak üzere birçok bilim dalının da inceleme konusu olmuştur.¹⁴ Öyle ki, ekonomi, göç edilen ülkedeki göçe bağlı olarak değişen göstergeleri incelerken, demografi ise göç eden bireylerin sayısını incelemektedir.¹⁵ Bu nedenle anılan bilimsel disiplinlere göre göçün tanımı da farklılaşmaktadır. Bu detay da göçün, göçmenler için yer değişikliği olması nedeniyle coğrafik; göç alan ve veren ülkeler içinse ekonomik ve demografik bir yapı olduğunu ortaya koymaktadır.¹⁶

1. İltica

Yabancılar hukukuna göre, göç, iltica ve sığınma kavramları ile bunlara paralel olarak göçmen, mülteci ve sığınmacı kavramları birbirinden farklıdır. Buna göre, yukarıdaki tanımlarda bahsi geçen göç veya göçmen kavramlarının yabancılar hukukuna özgü terimler olduğu kabul edildiğinde mülteci veya sığınmacıların bir yerden başka bir yere gitme faaliyetlerine terimsel olarak göç denilemeyecektir. Çünkü göçün tanımında da belirtildiği gibi bir yeri terk etmekteki sebebin arkasında, gidilmek istenilen yerde ikamet etme saiki olması gerekmektedir. Bu aşamada iltica ve sığınma kavramlarının açıklanması gerekmektedir.

İltica, sözlüğe göre sığınma anlamına gelmektedir. İltica eden yani sığınma talep eden kişiye ise mülteci denilmektedir. Mülteci tanımı, Türkiye'nin de katılımıyla oluşturulan, genel olarak mültecilere, yabancılar hukukuna uygulanmasını,

¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. **ÇAĞLAYAN Savaş**: Göç Kuramları Göç ve Göçmen İlişkisi, Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2006, S.2ve17, vd. **ÇELİK Fatih**: İç Göçlerin İtici ve Çekici Güçler Yaklaşımı İle Analizi, Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, 2006, S.27, s.150.

¹⁴ **GÜRKAN Mustafa**: Sosyolojik Açıdan Göç ve Yasadışı Göç Hareketleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.6 vd.

¹⁵ **GENÇLER, Ayhan**: Yabancı Kaçak İşçilik Gerçeği ve Türkiye Örneği, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi,2002, C.17, S.3ve 28.

¹⁶ **ÖZKAN**, a.g.e, s.11.

bazı durumlarda da vatandaş ile aynı hukuki statüde tutulmasını öngören Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin 1951 Tarihli Cenevre Sözleşmesi'nde yapılmıştır. Buna göre, ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasî 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 ya da tabiiyeti yoksa (vatansızsa) ve bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen yabancıya mülteci denmektedir.¹⁷

Belirtmek gerekir ki Türkiye anılan Sözleşme'yi, Sözleşme'nin birinci maddesinin B fıkrasının birinci bendi gereğince 1951 tarihinden evvel Avrupa'da meydana gelen olaylara münhasir biçimde, yani zaman ve mekân sınırlaması ile uygulama kararı almıştır. Ancak, mülteci hareketlerinin daha çok gelişmekte olan, Avrupa dışındaki ülkelerden kaynaklanmaya başlaması sonucu, zaman ve mekân odaklı olarak eleştirilen 1951 tarihli Sözleşme'ye eklenen¹⁸ 1967 tarihli Ek Protokol'ü¹⁹, bu defa zaman sınırlamasından vazgeçmiş ancak yine başvuruların Avrupa kökenli olma şartını aramaya devam etmiştir.²⁰ Bu sözleşmenin ve ek Protokolünün 78 ülke tarafından imzalanıp ve kabul edilmesini de belirtmem gerekir. Türkiye BMM 29.8.1961 tarihin'de ve İranın Meclisi Sina'sı 14.6.1976 tarih'de onaylamışlardır.

Türkiye de aşağıda görüleceği üzere bir Yönetmelik²¹ ile söz konusu sınırlamayla birlikte konuyu iç hukukunda düzenleme yoluna gitmiştir. Söz konusu Sözleşme

¹⁷ ÇELİKEL, a.g.e, s.20.

¹⁸ ODMAN M.Tevfik: İltica, Suçluların Geri Verilmesi ve Terör Suçluları, Ankara 1999, s.454.

¹⁹ 1967 Tarihli Mültecilerin Hukukî Statüsüne İlişkin New York Protokolü (R.G. T. 5.8.1968, S.12968).

²⁰ GÜNER Cemil: İltica Konusunda Türkiye'nin Yol Haritası Ulusal Eylem Plânı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, C.56, S.4, s.85. AB Türkiye'den söz konusu coğrafi sınırlamayı kaldırmasını istemektedir, bkz. AKDAĞ Gül Arıkan: AB Kapısında Türkiye ve Göç Politikası, Stratejik Öngörü, 2008, S.4.

²¹ 94/6169 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla onaylanarak 30.11.1994 tarih ve 22127 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik".

gereklerinin yerine getirilmesini, uluslararası alanda faaliyet gösteren ve siyasî bir yapıya sahip olmayan BM Mülteciler Yüksek Komiserliği izlemektedir. Anılan kurum, Sözleşme'ye taraf olan Türkiye'de de açtığı ofislerle faaliyet göstermektedir.²²

Mülteci hakkında bir başka tanım, 1934 tarihli mülga İskân Kanunu'nda "Türkiye'de yerleşmek maksadıyla olmayıp bir zaruretle muvakkat oturmak üzere sığınanlar" ifadesiyle yer almıştı.²³ 1994 tarihli Yönetmelik'le de yukarıda anılan coğrafi sınırlamaya ilişkin çekince paralelinde, mültecinin tanımı, "Avrupa'da meydana gelen olaylar sebebiyle ırkı, dini, milliyeti, belirli bir toplumsal gruba üyeliği veya siyasî 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 korkusundan dolayı dönmek istemeyen yabancı" şeklinde yapılmıştır.²⁴

Son kertede yabancılar ve uluslararası koruma kanunu 2013 tarihin'de parlamento tarafından kabul edildi. Bu kanun Türkiye'de sığınan kişileri mülteci, şartlı mülteci ve ikincil korumadan yararlanan kişiler olmak üzere tasnif etmektedir.

Tanımlardan da anlaşılacağı üzere, mülteciler vatandaşı olduğu veya vatansızsa ikamet etmiş olduğu ülkedeki baskıcı yönetim ve anılan yerdeki yoğun insan hakları ihlalleri yüzünden yaşadıkları yerden en azından anılan zorlayıcı sebeplerin ortadan kalkmasına değin ayrılmaya mecbur kalmış bireylerdir.²⁵

²² **ÇİÇEKLİ Bülent**: Yabancılar Hukuku, s.225.

²³ İskân Kanunu (Mülga), Kanun No: 2510, Kabul Tarihi: 14.06.1934, (R.G. T. 21.06.1934, s.2733), bkz. m.3.

²⁴ Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlara Gelen Yabancılara ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, Yönetmelik No: 94/6169, Karar Tarihi: 14/09/1994, Dayandığı Kanun No/Tarih: 359/29.08.1961, (R.G. T. 30.11.1994, S.22127). bkz. m.3.

²⁵ **ODMAN**,a.g.e, s.11.

2. Sığınma

Yabancılar hukukunda ilticadan başka "sığınma" veya "sığınmacı" kavramı görülmektedir. Her ne kadar yukarıda, ilticanın Türkçe sözlükteki karşılığının sığınma olduğundan bahsedilmişse de iltica ve sığınma kavramları terimsel açıdan birbirinden farklıdır.

Bir görüşe göre, söz konusu iki kavram arasındaki fark şudur; mültecilik, ilgili mevzuata göre hakların kullanıldığı statü iken sığınmacı, henüz mülteci statüsü verilmemiş, mülteci statüsü verilene değin geçici koruma talep eden anlamındadır.²⁶ 1994 tarihli Yönetmelik'te "İrki, dini, milliyeti, belirli bir toplumsal gruba üyeliği veya siyasî 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 uyuşu yoksa önceden ikamet ettiği ülke dışında bulunuyorsa oraya dönmeyen veya korkusundan dolayı dönmek istemeyen yabancı"²⁷ şeklinde tanımlanan sığınmacı kavramı ile aynı düzenlemede yukarıdaki biçimde yer verilen mülteci kavramı arasındaki farklılıktan, Türkiye'nin, Avrupa'da meydana gelen olaylar nedeniyle yapılan iltica başvurularını mülteci statüsünde; Avrupa dışında yaşanan olaylar nedeniyle yapılan başvuruları sığınmacı statüsünde kabul ettiği anlaşılmaktadır.²⁸

Görülmektedir ki 1994 tarihli Yönetmelik açısından, "mülteci" ve "sığınmacı" statüleri arasındaki fark, coğrafi kısıtlama gereği sığınma taleplerinin kabul edilebilirliği noktasındadır. Anılan Yönetmelik ile Avrupa dışından gelerek Türkiye'den sığınma talep edenlere insani nedenlerle geçici bir sığınma tanınmakta ve bu şekilde sığınma talebinde

²⁶ **ÇİÇEKLİ Bülent:** Yabancılar Hukuku, s.212. **ÖZKAN Işıl:** Göçmen İşçilerin Korunması, Ankara, 2003, s.1017.

²⁷ Bkz. 94/6169 sayılı Yönetmelik, m.3.

²⁸ **İÇDUYGU,** a.g.e, s.25.

bulunan sığınmacının makul bir süre içinde müsait üçüncü bir ülkeye yerleştirilmesi veya kalıcı bir çözüm bulunana değin uluslararası korumadan faydalandırılması amaçlanmıştır.²⁹ Bu çerçevede yapılan başvurular Ankara'da bürosu bulunan BMMYK ile Türk makamlarının değerlendirilmesinden geçmekte, sığınma başvurularının kabulü halinde başvurucuları uygun üçüncü bir ülkeye yerleştirme faaliyetine geçilmektedir.³⁰

Anılan şekilde talepleri kabul edilmeyen başvurucuların YUKK'nın 63. maddesine göre bu durumlarda geri gönderilmeyecektir. "a) ölüm cezasına mahkûm olacak veya ölüm cezası infaz edilecek, b) İşkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacak, c) Uluslararası veya ülke genelindeki silahlı çatışma durumlarında, ayırım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle şahsına yönelik ciddi tehditle karşılaşacak" başta Amerika Birleşik Devletleri (ABD) olmak üzere, Kanada, Almanya, İsveç ve Avustralya'ya yerleştirildikleri görülmektedir.³¹

B. Göç Tarihi

Yüzyıllardır insanlar bir bölgeden başka bir bölgeye göç etmişlerdir. Günümüz Avrupasının tarihini göç şekillendirmiştir. Milattan önce 1700'lerde doğudan İndo-Avrupalı barbar kavimler Batı Avrupa kıyılarına kadar yayıldılar. Hititlerden iki tekerlekli savaş arabasını kullanmayı öğrenen atılgan ve savaşçı bu göçebeler ile yerleşik toplumların tekniklerinin bütünleştiği noktada Avrupalı topluluklar oluştu.

Göçler insanlık tarihin'de yeni bir olgu olmamış, insanların binlerce yıldır sürgün, kıtlık, savaş, gibi sebeplerle yurtlarını terk edip başka yurttan yerleşmişlerdir. Avrupa ise 1800'lerin ilk yarısından itibaren sanayi devrimini yaşamakla birlikte, Fransız Devriminin liberal ve ulusçu fikirleri eşliğinde gelişen sanayinin ihtiyaç

²⁹ **ÜMİT Ceyda:** Mülteci Hukukuna Genel Bakış ve İltica-Sığınma Konularında Türkiye'deki Uygulama, Adalet Dergisi, Ankara 2001, S.8, s.43.

³⁰ Bkz. 94/6169 sayılı Yönetmelik m.4 vd. **ÇİÇEKLİ Bülent:** Yabancılar Hukuku, s.221 vd.

³¹ **GÜNER,** a.g.e, s.84.

duyduğu işgücü, köylerden kente iç göçü başlattı. Tıp bilimindeki gelişmelerle artan nüfus da işgücü ihtiyacı duyan endüstriyel kentsel alanlarda toplandı. Diğer yandan ucuz işgücü ihtiyacı çocuk ve kadınların çalışma ortamına katılmasına neden oldu. İnsan varlığının yoğunlaştığı kentler, aynı yüzyılın ikinci yarısından sonra kitlesel göçlere tanıklıketti.

Göçlerin yüzyıllar boyu kıtalararası ilişkilerde alabildiğine yaşanmasından sonra, 20.yüzyılın başında iki büyük Dünya savaşı yaşadı. Savaşlar, kitlesel göçleri de içine alan toplumsal çöküntülere sebebiyet verdi. Gelişen milliyetçiliğin parçaladığı toplumlar, despotik yönetimlerle bütünleşince, kitlesel göçler başladı. Öyle ki, bir düşünür, “günümüz, sığınmacı, yerinden yurdundan edilmişler ve kitlesel göç çağıdır” sözleri ile konunun önemini vurgulamıştı.

1950’ler sonrası ise, sanayileşmiş ülke ekonomileri misafir işçi alımlarına ihtiyaç duyacaktır. Gelişmiş ülke sanayilerinde çalışmaya başlayan bu misafirler, zamanla kalıcılaşarak bütünleşmiş sorunlarını getirmişlerdir.

20. yüzyıl ortalarında Türkiye’den İsrail’e binlerce kişi gittiği gibi 30.10.1961’de Türkiye ile Almanya arasında yapılan İşgücü Anlaşması ile yüzbinlerce insan işçi olarak Almanya’ya ve sonra Avrupa’nın diğer ülkelerine gitmişti.

1970’li yıllarda misafirlikleri oldukça sınırlı hale getirilerek kontrol altına alınmaya çalışılan göçmenler, aile birleşimleri ile yolculuklarını sınırlar ötelere taşımaya devam edeceklerdir. Yerli nüfus tarafından ekonomik krizlerin baş sorumluları olarak görülen göçmenler, aile birleşmeleri ile zincirleme gelişirken, uyum sorunları yanında artan suç oranlarına öfke ile beslenen yeni milliyetçi radikal akımların gelişmesine neden olmuşlardır.

1990’lar ise küreselleşmeyle birlikte, sermayenin yanında malların, hizmetlerin sınıraşan dolaşımı, göçmenler yeni ve gelişmiş iletişim ve ulaşım olanakları sunmuş, göç

için fırsat yapısını artırmıştır. Öte yandan, küreselleşmeyle çelişkili olarak gelişen milliyetçi akımlar etkili kavmi kimliklerin savaş boyutunda çatışmalar, Afrika, Ortadoğu, Asya ve Balkanlar'dan batı ülkelerine doğru kitlesel göçleri zorunlu kılmıştır. Soğuk Savaş sonrası, düzensiz göç, toplumsal güvenliği sarsan önemli uluslararası risklerin önemlilerinden birisi olarak gündeme girmiştir.

Aynı yüzyılın sonlarına doğru Bulgaristan'dan ve Iraktan onbinlerce kişi Türkiye'ye sığınmıştı. Bu hareketlerde, binlerce kişinin yasal olmayan yollardan Türkiye'ye geldiğini, her yıl yüzbinlere yakın yığınların Türkiye'ye geldiğini belirtmek gerekir. Örneğin, 1995-2007 yılları arasında 680.080 kişi Türkiye'ye kanuna aykırı giriş nedeniyle soruşturma konusu olmuştur.³²

Son yıllarda birçok Arap ülkesi Ortadoğu coğrafyasında, Tunus devriminden etkilenip özgürlük için savaşmıştır. Arap baharından etkilenen ülkeler, Yemen, Ürdün, Bahreyn, Tunus, Suriye, Libya, Mısır gibi ülkelerdir. Yaşanan bu olaylara Arap halkı "Yasemin Devrimi" adını verdi. Yaşanan gelişmelerle şiddet ve çatışma ortamı, çok sayıda kişinin yaşadıkları yerleri terk ederek başka ülkelere sığınmak zorunda kalmalarına neden olmuştur. Kuzey Afrika ve Orta Doğu'da yaşanan Arap baharı, ise Avrupa'da 2. Dünya Savaşından sonra en büyük göçmen krizine sebep olduğunu söylemek doğrudur. Bazı Avrupa ülkeleri belli sayıda mülteci kabul ederken bazı ülkeler ise göçmenleri kabul etmemek için çok çaba gösterdiler.³³ Türkiye de, bu göç hareketlerinden etkilenmiş ve özellikle Suriye'deki savaşın ardından, buradan Türkiye'ye yoğun bir mülteci akım başlamıştır.

Avrupa'ya ulaşan sığınmacı sayısı, 2013 yılında 431 00 kişi iken, 2014'te 627000 kişiye, 2015'te 1 255 600 kişiye çıkmıştır. Avrupa bu dönemde sığınmacıların

¹ **ARTUK Mehmet Emin - GÖKÇEN Ahmet - YENİDÜNYA Ahmet Caner:** TCK Şerhi, Ankara 2009, s.36.

³³ **YILDIRIM Tülay:** Güvenlik Ekseninde Avrupa Birliği Mülteci Hukuku, Ankara 2016, s. 21.

oraya varışını engellemek için göç politikalarını daha da sertleştirmiştir.³⁴

Bu göç dalgasının en büyük kısmını Suriye halkı oluşturdu. Suriye vatandaşları, Beşşar Esad ve yönetimin uyguladığı rejime karşı *2011 yılının ilk başında* protestolara başladı. Esad'ın yönetimden çekilmemesi nedeniyle iç savaş başladı ve hala tüm hızıyla devam etmektedir. Yüzbinlerce insan hayatını kaybetti. 6 milyona kadar Suriyeli dünyanın çeşitli ülkelerine sığınmacı olarak yerleştirildi.

Göç hareketlerinde Türkiye önemli bir rol oynamaktadır. Gerçekten Türkiye kaynak ülke, hedef ülke ve transit ülke olarak göç yollarında çok önemli bir role sahip bulunmaktadır.

C. Genel Olarak Göç Teorileri

Göç teorileri uluslararası göçe nasıl yaklaşıldığı, daha geniş bir uluslararası ekonomi, politik algısı ile ilişkilidir. Göç teorileri, dönemin uluslararası siyasi ve ekonomik yapılanması ile şekillenerek uluslararası göç olgusunun tarihsel gelişimini ortaya koymaktadır. Aynı şekilde, günümüz göç hareketlerinin özelliklerini açıklamakta da göç teorileri, konuya bakış açısına bağlı olarak, bir yaklaşım sunmaktadır.³⁵

1. Ernest Georg Ravenstein'in Göç Teorisi

Ernest Georg Ravenstein, uluslararası bağlamda göç olgusuna kuramsal açıklamalar getiren ilk çalışmaları yapmıştır. Ravenstein, 1881 yılında İngiltere'de kinüfus verileri üzerine çalışmış ve yedi tane göç kanunu tanımlamıştır.

³⁴ YILDIRIM, a.g.e, s. 21.

³⁵ YALÇIN Cemal: Göç Sosyolojisi, Ankara 2004, s. 24.

Ravenstein'in çalışmalarında göç ve uzaklık, göç ve aşamaları, yayılma ve oturma süreçleri, göç zincir ve halkaları, dolaysız yani doğrudan göç, kent ve köy göç farkı, kadın ve erkek gibi farklı değişkenler bağlamında konuyu ele almıştır. Ravenstein uluslararası göç olgusunda ekonomik temelli bir yaklaşım ortaya koymuş, uluslararası göçü kentsel ve endüstriyel gelişimi ile bağlantılı olarak açıklamıştır. Ravenstein, göçü ortaya çıkaran etmenler olarak kötü veya baskıcı kanunlara, olumsuz iklim koşullarına ve ağır vergilere de işaret etmiştir. Fakat Ravenstein için göçün temel etmeni, ekonomik anlamda daha iyi olma isteğidir ve bunun dışındaki diğer koşullar o kadar güçlü değildir. Dolayısıyla, ekonomik göç dalgaları diğer koşulların yarattığı göç dalgalarından daha güçlüdür.³⁶

Ravenstein göçün sürekli artarak devam eden bir süreç olduğunu vurgulamakta, bu sürecin sebebi olarak da sanayinin gelişmesini ve buna bağlı olarak sanayi ve ticaret merkezlerinin çoğalmasını göstermektedir.³⁷

2. İkili Ekonomide Kalkınma Göç Teorisi

Bu teoriye göre, işgücü arzı ekonomik kalkınmanın anahtarıdır. Gelişmekte olan ülke ekonomilerinde modern sektörlerin gelişmesi tarım gibi geleneksel sektörlerden gelecek olan işgücüne bağlıdır. Verimliliği az olan geleneksel sektörlerden modern sektörlerde çalışmak üzere göç eden işgücü arzı sınırsız olduğundan ücretlerin düşük seviyede kalmasına olanak tanımaktadır. Böylece, modern sektörler düşük maliyetler nedeniyle genişlemektedir.³⁸

³⁶ YALÇIN, a.g.e, s. 25.

³⁷ YALÇIN, a.g.e, s. 26.

³⁸ IOM, World Migration (2003) Challenges and Responses for People on the Move, Geneva,2003, s.14.

3. İtme Çekme Faktörleri Göç Teorisi

Göç teorilerinden en çok bilinenlerinden biri de itme ve çekme faktörleri kavramına dayanan kuramdır. Bu kuramı, Everett Lee 1966 yılında "Bir Göç Teorisi" adıyla yayınladığı makalesinde ele almıştır.³⁹ Lee'e göre Ravenstein'in kuramı göçün üzerinde odaklanmakta, ancak göçmeni göz ardı etmektedir. Yapılan göç çalışmalarının çoğu göçmenlerin demografik yapısına ait genel bir eğilim ortaya koymaktan öteye gitmemektedir.⁴⁰ Bu nedenle Lee öncelikle göçlerin karakteristik özelliklerini arayarak bunların içinde göçmenleri yönlendiren itici ve çekici faktörleri belirlemeye çalışmıştır. Bu teoriye göre hedef bölgedeki sosyo-ekonomik koşullar, merkez bölgedeki koşullardan daha üstünse, kişiler bu bölgelere yönelirler.⁴¹

4. Neo Klasik Göç Teorisi

Yapısal anlamda göçün nedeni, sermaye ve işgücünün bölgesel olarak eşit dağılmamasından kaynaklanmaktadır. Ücret ve yaşam standardı işgücünü mobilize etmekte, göç veren ülke ile göç alan ülke arasındaki işgücü arz-talep farklılıkları göçün yapısal nedenlerini oluşturmaktadır. Dolayısıyla, bu teoriye göre ücret farklılıkları yok oldukça ve küreselleşme ile ulusal ekonomiler birbirine bağımlı hale geldikçe işgücünün dolaşımı da azalacaktır. Teorinin mikro düzeydeki yaklaşımı ise bireylerin göç kararını rasyonel olarak, kendi beşeri sermayelerine maksimum katkıyı sağlayacak şekilde aldıkları yönündedir. Teoriye göre, bireyler tam bir farkındalık ile göçün fayda ve maliyet hesaplarını yapabilmekte ve göç sürecine isteyerek katılmaktadır.⁴²

³⁹ YALÇIN, a.g.e, s.27.

⁴⁰ TODARO Michael: A Model of Labor Migration and Urban Unemployment in Less Developed Countries, 1969, C.59, s.138-148.

⁴¹ YALÇIN, a.g.e, s.30.

⁴² YALÇIN, a.g.e, s.28.

5. İkili İşgücülü Piyasası Göç Teorisi

Göçmen işgücüne duyulan ihtiyaç sanayi toplumlarının yapısal özelliklerinden kaynaklanmaktadır, çünkü kapitalizm varlığını sürdürebilmek için olumsuz koşullarda düşük ücretlerle çalışabilecek kişilere ihtiyaç duymaktadır.⁴³ Gelişmiş ülkelerdeki ekonomik yapılanma sermaye-yoğun birincil bir sektör ve onu destekleyen emek-yoğun ikincil bir sektörden oluşmaktadır. İşgücü piyasasındaki yukarı doğru hareketlilik oldukça zor olduğundan işgücü ikincil sektörde kalmakta, diğer yandan enflasyon baskısı nedeniyle ücretlerin ve çalışma koşullarının düzeltilmesi yoluna gidilmemektedir. Bu yapılanma içinde göçmenler, ikincil işleri kabul etmektedirler, çünkü bu ücretler halen kendi ülkelerindekinden yüksek olmaktadır. Böylece, bu esnek üretim yapısı içinde vasıfsız göçmen işçiler de kötü çalışma koşullarında istihdam edilme imkânı bulabilmektedirler. Dolayısıyla, gelişmiş ülkeler kendi vatandaşları tarafından yapılmayan ikincil işlerde göçmen işgücü istihdam ederek, birincil sektörlerini geliştirecek desteği sağlamaktadırlar.⁴⁴

6. Bağımlılık Göç Teorisi

Dünya sistem teorisi, dünyayı merkez ve çevre olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Wallerstein'in yaklaşımı çerçevesinde, merkez ülkeler, ekonomik ve sosyal olarak gelişmiş ve genel olarak da kapitalist ilişkiler sistemini uygulayan ülkelerdir. Çevre ülkeler ise kapitalist ağlar ve değerler ile kuşatılmış ve merkez ülkelere bağımlı olan ülkelerdir. Merkez ve çevre ülkeler kapitalist değerler ve ekonomik zorunluluklar sistemi çerçevesinde karşılıklı olarak birbirlerine bağımlılık ilişkisi içerisindedirler. Çevre ülkeler merkez ülkelerin sürekli kapitalist gelişimi için ihtiyaç duyulan bir konumdadır.

⁴³ **TODARO**, a.g.e, s.138-148.

⁴⁴ **MICHAEL J.:** The Shifting Grounds for Immigration, The Annals of the American Academy of Political and Social Science,1986, C.485, s.23-33.

Bağımlılık sistemi içerisinde merkez ülkeler, ucuz işgücü, hammadde ve üretilen malın pazarlanması için çevre ülkelere ihtiyaç duymaktadırlar. Çevre ülkelerden gelen hammadde, çevre ülkelerden gelen ucuz işgücüyle işlenerek maliyet düşürülmekte ve düşük maliyetli bu ürünler ülke içinde tüketilmekte ya da diğer ülke pazarlarına ihraç edilmektedir.⁴⁵

Bu yapıyla ilintili olarak bağımlılık teorisi de uluslararası göçü küreselleşmenin ve güçlü kapitalist ekonomilerin zayıf ekonomilere nüfuz ederek bir dünya sistemi oluşturmasının bir sonucu olarak görmektedir. Bu durum, yoksul ülkelerdeki gelir kaynaklarını zayıflatarak daha iyi koşullar arayan hareketli bir işgücünün oluşmasına neden olmaktadır. Bu süreç, çok uluslu şirketler ve doğrudan yabancı yatırımları ile hızlanmakta, tarım reformları ve tarımsal üretimin azalması ile kent-kır ayrımı artmaktadır. Bu koşullarda, gelişmiş ülkelerde ihtiyaç duyulan vasıfsız işgücü açığı bu ülkelerden gelen göçmen işçiler tarafından karşılanmakta, böylece göç akımlarına dayanan dünya çapında bir işgücü arz-talep düzenlemesi oluşmaktadır. Sanayileşmiş merkez ülkeler, çevre ülkelerin işgücünü ve özellikle beyin göçü ile nitelikli işgücünü sömürmekte, asimetrik bir bağımlılık ilişkisi oluşmaktadır.⁴⁶

7. Profesyonel Göçün Yeni Ekonomisi Göç Teorisi

1990'lı yıllarda Oded Stark tarafından geliştirilen teori göç kararının sadece bireyler tarafından değil, gruplar tarafından verildiğini, özellikle aile ve hane halkının etkili olduğunu, göçün bir aile stratejisi olduğunu öne sürmektedir. Aile içinden bir ya da birkaç kişinin göç sürecine katılması ile aile geliri artmakla kalmayıp, aynı zamanda çeşitlenmekte, dolayısıyla bir tür güvence olmaktadır. Bu teori, görece olarak daha iyi gelire sahip kişilerin neden göç ettiklerini de açıklamakta yardımcı olabilmektedir.

⁴⁵ YALÇIN, a.g.e, s.33.

⁴⁶ YALÇIN, a.g.e, s.38.

Gelirini göç süreci için riske edemeyen yoksul aile üyeleri ülkelerinde kalırken, daha fazla harcama yapabilecek üyeler ise göç sürecine katılmaktadır.⁴⁷

8. Göç Ağları Teorisi

1990'lı yıllarda sosyolojide kullanılmakta olan "ağ" kavramı göç olgusunu açıklamakta da kullanılmaya başlanmıştır. Douglas Massey, göç ağını göçmenlerin aileleri, arkadaşları ve ülkelerinde kalan yakınları ile karşılıklı ilişkilerinin bir bütünü olarak tanımlamaktadır. Bu ağlar, göç sürecinin maliyetini ve risklerini azaltarak göç kanalları oluşmasına yol açmaktadır. Göç kanalları çoğaldıkça, göçmenler için daha fazla hedef ülke ve faaliyet alanı sunmaktadır. Bu ağların enformel olması halinde, göçmenlerin seyahat ve konaklamalarını karşılayabilmektedir. Daha sofistike durumlarda ise suç ağları, göçmen kaçakçılığı yoluyla kişileri yüksek ücretler karşılığında sınırlardan geçirmektedir. Bu ağları kullanan göçmenler borç yükü altına girmekte, kimi zaman baskı ve şiddete maruz kalabilmektedir.⁴⁸

II. İNSAN TİCARETİNİN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ

A. İnsan Ticaretinin Tarihsel Gelişimi

İnsan ticareti, bireyin, bir başka insanın hakimiyeti altına girmesi ve ticarete konu edilerek istismar koşullarına tabi tutulması sonuçlarını doğurması nedeniyle köleliğe benzetilmekte, hatta "çağımızın köleliği" ya da "modern kölelik" gibi isimlerle anılabilmektedir.

⁴⁷ **STALKER Peter:** Workers Without Frontiers The Impact of Globalization on International Migration, Geneva, 2000, s. 173.

⁴⁸ **YALÇIN,** a.g.e, s.39.

Bu durum, suçun tarihçesinin köleliğin ortaya çıkışını da içerecek şekilde ele alınması şeklindeki yaklaşımı beraberinde getirmektedir. Tarihsel gelişime ilişkin bu bölümde kölelik ve insan ticareti arasında bir karşılaştırma yapmaya imkan vermesi amacıyla bu iki olgu ayrı başlıklar altında incelenmiştir.

İnsan ticareti kavramı esas itibariyle zorla çalıştırma, cinsel kölelik veya ticari gayeler ile sömürü amacıyla insan ticaretidir. İnsan ticareti bir ülkede veya uluslararası düzeyde gerçekleşebilir. İnsan ticareti, mağdurun zorlama yoluyla ve ticari sömürüsü nedeniyle hareket haklarının ihlali nedeniyle kişiye karşı bir suçtur. İnsan kaçakçılığı, özellikle kadınlar ve çocuklar üzerinde sıklıkla işlenen bir suç türüdür.

Uluslararası Çalışma Örgütü'ne (ILO) göre, yalnızca zorunlu işgücü (insan kaçakçılığının bir bileşeni), 2014 itibariyle yılda yaklaşık 150 milyar dolar kâr üretmiştir. 2012 yılında ILO, modern kölelikte 21 milyon kurbanın tuzağa düştüğünü tahmin etmektedir. Bunların 14,2 milyonu (% 68) iş gücü için sömürülmüş, 4.5 milyon (% 22) cinsel amaçlar ile istismar edilmiş ve devlet tarafından zorla çalıştırılan işgücünde ise 2,2 milyon (% 10) kişi sömürülmüştür. İnsan ticaretinin, trans-ulusal suç örgütlerinin en hızlı büyüyen faaliyetlerinden biri olduğu düşünülmektedir.

İnsan ticareti uluslararası sözleşmeler tarafından insan haklarının ihlali olarak kınanmıştır. Ayrıca, insan ticareti Avrupa Birliği'nde bir direktife tabidir

B. Kölelik

İlk insan toplumundan bu yana güç (iktidar), karşıtı olan zayıfları da doğurmuş, bir toplumsal olgu olan kölelik kurumu, bu ilişkiye dayanarak oluşmuştur. Tarihte köleliğin, ekonomik-sosyal bir gerçeklik olarak kabul edilerek benimsendiği ve çok uzun bir süre boyunca bu "gerçekliğe" karşı çıkılmasının söz konusu olmadığı görülmektedir.⁴⁹

⁴⁹ **FENDOĞLU Hasan Tahsin:** İslam ve Osmanlı Hukukunda Kölelik ve Cariyelik, Kamu Hukuku

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

Köleliğin başlangıç tarihi tam olarak bilinmemekle birlikte, kabilelerin, göçmen hayattan, tarım hayatına (yerleşik hayata) geçmesi ile bu kurumun oluştuğu tahmin edilmektedir. Özellikle büyük toprakları elinde bulunduran az sayıdaki zengin nüfusun köle emeğine ihtiyaç duyduğu, büyük toprakların parçalara bölünmesiyle köleliğin giderek yaygınlaştığı belirtilmektedir.⁵⁰

Tarımın yanında zamanla hayvancılık, ticaret ve madencilik gibi alanlarda da köleler kullanılmaya başlanmıştır. Köleliğin tarihi boyunca hiç değişmeyen olgu, kölelerin ekonomik hayatın bir parçasını teşkil etmeleri olmuştur. Özellikle eski uygarlıklar bakımından, çeşitli toplumlarda gerek kurumun kaynağı gerekse kölelerin hukuki statüleri ve fonksiyonları bakımından büyük benzerlikler bulunması, bunların dayandığı ekonomik temelin değişmeden varlığını sürdürmesi ile açıklanmaktadır.⁵¹

Modern hukuk sistemlerine hakim olan, insanların eşit ve özgür oldukları ve doğuştan bir takım haklara sahip oldukları yönündeki anlayışın aksine, köleliğin Kabul edildiği eski hukuk sistemlerinde, özgür insanların ve kölelerin iki ayrı sınıfı oluşturmaları söz konusudur. Özellikle antikçağda, eski Yunan ve Roma uygarlıklarında bu ayrımın oldukça keskin olduğu ve yasalarla belirlendiği görülmektedir.⁵²

Köleliğin, başlangıcı M.Ö. 4000 yıllarına kadar dayandırılan Mezopotamya uygarlıklarında da varolması, ne derece eski ve köklü bir kurum olduğunun bir göstergesidir. Örneğin, Sümerlerde, esas kaynağı savaş esirleri olan kölelik, Sümer

Açısından Mukayeseli Bir İnceleme, İstanbul 1996, s. 26.

⁵⁰ **FENDOĞLU**, a.g.e, s. 25 vd. Atina'da çok sayıda kölenin gümüş madenlerinde çalıştırıldığı, M.Ö. 5. yüzyılda madenlerde çalışan kölelerin sayısının on bini geçtiği belirtilmektedir (**JONES, Argues H.M.**, Antik Dünyada Kölelik, Çev, Ali Huseyni, Tahran, 2001, s. 4).

⁵¹ **BOZKURT Gülnihal**: Eski Hukuk Sistemlerinde Kölelik, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1981, C.38, S.1-4, s. 66.

⁵² **BOZKURT**, a.g.e, s.67 ve 68.

kanunlarına da yansımış, Sümer tabletlerinde, kölelerin hukuki statüleri ve azatlanmalarına ilişkin bazı maddelere dağınık olarak yer verilmiştir.⁵³

Özgür insanların da çeşitli nedenlerle köle haline gelebildiği bu toplumda, kölelerin efendinin malı sayılmaları ve örneğin saçlarının traş edilmesi suretiyle damgalanmaları kabul edilmişse de mülk edinme, hürriyetini satın alma, başkasına satılmayı istememe halinde mahkemeye gitme gibi bir takım haklarının bulunduğu da görülmektedir.⁵⁴

Bunun gibi, Babil'de Hammurabi Kanunlarına göre "köleler" toplumdaki halk tabakalarından en aşağısını temsil etmekte ve köleler, dışardan köle ithali, savaş esirleri, borcunu ödeyememe, anne-babaların çocuklarını satmaları gibi kaynaklardan elde edilmekteydi.⁵⁵

Efendinin köle üzerinde mutlak bir mülkiyet hakkı bulunmakta ve köle her türlü ticarete konu olmaktaydı. Ayrıca kölelerin saçlarının traş edilmesi, kızgın demirle ya da iğneyle efendinin isminin dövme yapılması suretiyle damgalandıkları görülmekteydi.⁵⁶

Yunan uygarlığında da köleliğin, üretim etkinliği sorununa getirilebilecek kabul edilebilir bir çözüm olarak toplumsal ve ekonomik hayatta yer aldığı görülmektedir.⁵⁷ Bu dönemde, köleliğin özgürlük ile ilişkilendirilerek değil, yerine getirdiği işlev açısından kabul edildiğini söylemek mümkündür. Nitekim eski Yunanda köleliğin zorunlu bir kurum olduğunu belirten Aristoteles, köleleri, mülkiyetin bir parçasını oluşturan birer unsur, bir işin yapılmasına yardım eden "alet' olarak görmekteydi.⁵⁸

⁵³ **BOZKURT**, a.g.e, s.69 ve 70.

⁵⁴ **BOZKURT**, a.g.e, s. 70- 71.

⁵⁵ **BOZKURT**, a.g.e, s. 74.

⁵⁶ **BOZKURT**, a.g.e, s. 75-77.

⁵⁷ **RAYNAUD Philippe - RIALS Steohane**: Siyaset Felsefesi Sözlüğü (Dictionnaire De Philosophie Politique) Ankara 2011,s. 524.

⁵⁸ **MALAY Hasan**: Çağlar Boyu Kölelik, Ankara 1990, s. 14.

Bu dönemde köle, "istenildiğinde alınıp satılabilen, ömrünü tüketinceye kadar hizmet eden ve işlevini tamamlayınca bir kenara atılabilen bir malı" ifade etmekteydi.⁵⁹ Bu toplumda, kölelerin, azad edilmiş olsalar da vatandaş sayılmamaları önemlidir. Köleleri "mal" olarak kabul eden Platon, kölelerin vazifesinin efendileri için gereken serveti ve diğer şeyleri temin etmek, hizmetlerine koşmak olduğunu belirtmiştir.⁶⁰ Atina'da az sayıda zanaatkarın köle olduğu ve bunların hak ve borç edinebildikleri, bu hak ve borçlarla birlikte satıldıkları belirtilmektedir.⁶¹ Romalılar, "diğer kavimlerin köle olarak yaratıldıklarına" inanmaktaydı.⁶² Roma imparatorluğu döneminde, köle işgücünün büyük ölçüde tarım alanına doğru genişlediği ve toprak sahiplerinin, her türlü çiftçilik işlerinde, toprağın ekilmesinde, sürülmesinde, üzüm bağlarında ve otlaklarda, kölelerin işgücünden yararlandıkları görülmektedir.⁶³

Roma yasalarına göre, köleler ve özgür insanlar kesin sınırlarla birbirlerinden ayrılmışlardır.⁶⁴ Buna göre kölelik, insanlığın ortak bir uygulamasıdır (ius gentium).⁶⁵ Yine bu yasalarda "özgürlük" (libertas), "insanın silah ya da yasalarla engellenmeksizin istediğini yapabilme yetkisi"; "kölelik" (servitus) ise, "kişinin diğer bir kişiye sahip olmasını sağlayan bir kurum" olarak tanımlanmakta ve kölelerin, birer mülk sayılmalarının, "onların kuvvet kullanılarak ele geçmiş (manucapiantur) olmalarından kaynaklandığı" kabul edilmektedir.⁶⁶ Bunun yanında, yine Romalılarda, toprakta ve maden vb. sanayide iş gücü olarak kullanılan özgür kişiler ile kölelerin toplumsal ve yasal statülerinin bazı açılardan benzeştiği anlaşılmaktadır.

⁵⁹ MALAY, a.g.e, s.13.

⁶⁰ FENDOĞLU, a.g.e, s.43.

⁶¹ FENDOĞLU, a.g.e, s.46.

⁶² MALAY, a.g.e, s.13.

⁶³ JONES A.H.M, a.g.e, s.8.

⁶⁴ MALAY, a.g.e, s.15.

⁶⁵ MALAY a.g.e, s.16. Bunun yanında, bazı imparatorlar tarafından getirilen iyileştirmelerden söz edilmektedir.

⁶⁶ MALAY, a.g.e, s.16.

Bir taraftan, işgücü kaynağı az olduğundan, çalışanların, örneğin toprağı işleyen özgür kişilerin, aileleriyle birlikte imparatorun egemenliğı altındaki bu toprağı bağlanması istenmekte, yasalarla buradan ayrılması ve efendisine karşı dava açması engellenmekteydi. Diğer taraftan nesilden nesile geçen statü neticesinde kölelik durumunda bulunanların, mülk edinmelerine ve bunu çocuklarına miras bırakmalarına izin verildiğı görülmekteydi.⁶⁷

Doğı toplumlarında ise kölelik, M.Ö. 1000-M.S. 500 yılları arasında zaman içinde kabul edilmiş ve savaşta adam öldürmenin alternatifi sayılmıştır.⁶⁸ Eski Mısırlılarda kölelik, iş yapma, itaat etme ve savaşmak için bir güç olarak kullanılmıştır.⁶⁹ Araplarda kölelik kurumlaşmıştı ve savaşların yanında, borçluluk, adam öldürme ve zina gibi ağır suçlar işlemek, kişinin kendisini veya çocuklarını satması gibi nedenlerle de köleleştirme söz konusuydu.⁷⁰

Türklerde, müslümanlık öncesinde de köleliğin olduğu belirtilmektedir. Savaşta elde edilen esirlerin mülkiyeti, bunları elde edene verilirdi. Göktürk Devletinde, savaşta kaybeden kavimler ve çocukları köle olarak alınmaktaydı. Uygurlarda ise kölelik, köle azadı, köle satımı, diyet gibi kavramlar bulunmakta; Roma hukuku kadar sert olmasa da, sahiplerin, köleleri üzerinde mülkiyet hakları kabul edilmekteydi.⁷¹

Roma imparatorluğundan miras kalan kölelik Batı Avrupa'da hiçbir zaman ortadan kaldırılmamış olsa da sona ermiştir. Tam olarak hangi tarihte gerçekleştiğı bilinmemekle birlikte, burada çeşitli siyasi koşulların da yardımıyla bir tür doğal ölümün gerçekleştiğı belirtilmektedir. Esasında bütün Roma Avrupası bu yokoloşu yaşamamış,

⁶⁷ **JONES, A.H.M.**, a.g.e, s.14. Birbirleriyle evlenmelerine izin verilen köleler ve toprağı bağılı özgür köylüler arasında tek fark olarak, bunların karışık evliliklerinden doğan çocukların statülerinin farklı kurallara tabi olması belirtilmektedir (**JONES**, a.g.e, s. 15).

⁶⁸ **FENDOĞLU**, a.g.e, s.30.

⁶⁹ **FENDOĞLU**, a.g.e, s.31-32.

⁷⁰ **FENDOĞLU**, a.g.e, s.35.

⁷¹ **FENDOĞLU**, a.g.e, s. 32.

Akdeniz’de; İber yarımadasında, İtalya’nın pek çok yerinde ve Malta’da, rönesansa ve hatta XIX. Yüzyılın başlarına kadar diğer yerlerde kölelik varlığını sürdürmüştür.⁷²

Ortaçağ döneminde köleliğe ilişkin yeterli kaynağa rastlamak mümkün olmasa da genel olarak Hristiyan dünyasında, dinsel öğretinin kölelere karşı daha insancıl bir yaklaşımı telkin ettiği kabul edilmektedir.⁷³ Bu etkinin dışında, Avrupa’yı işgal eden barbar kavimlerde, köleler ile özgür insanları kesin bir biçimde birbirinden ayıran yasaların yürürlükte olduğu ve özellikle savaş esirleri bakımından köleliğin bir ceza işlevi gördüğü belirtilmektedir.⁷⁴

Artık ticaretten çok toprağa ve araziye, efendi ve uşak arasındaki ilişkiye dayalı bir yaşamın hüküm sürdüğü bu dönemde, eski Roma şehirlerinin kalıntıları arasında, serflerin yaşadığı topraklarla çevrili şatolar üzerine temellenen bir ekonomiden söz edilmektedir.⁷⁵ Böylece, Kuzey Avrupa’da ikinci bin yılın başlarında köleliğin hızlı bir şekilde yerini "serfliğe bırakmaya başladığı, senyör ve toprağa bağlı köylü ilişkisinin ortaya çıktığı görülmektedir. Hatta özgürlüğüne kavuşmuş kölelerin de dahil olduğu köylülerin bir senyörün koruması altına girmeleri, bunlara bir ev ve bir miktar toprak verilerek bunun karşılığında da önceden kararlaştırılan zorunlulukların yüklenmesi bu dönemde ortaya çıkmaktadır.⁷⁶

Aynı dönemde, köleliğin geleneksel özelliklerinden sayılan yükümlülüklerin hemen hepsinin serflere uygulanmaya başladığı ve serflere karşı bir aşağılama tavrı geliştirildiği belirtilmektedir.⁷⁷ Bir süre sonra serflik, toprağa değil, bir başka insana, "senyöre" bağımlı bir statü haline gelmiştir.⁷⁸

⁷² JONES, A.H.M, a.g.e, s. 27.

⁷³ JONES, A.H.M, a.g.e, s. 70.

⁷⁴ JONES, A.H.M, a.g.e, s. 70-71.

⁷⁵ JONES, A.H.M, a.g.e, s. 71.

⁷⁶ JONES, A.H.M, a.g.e, s. 30.

⁷⁷ BLOCH Marc: Feodal Toplum, Çev. Mehmet Ali Kılıçbay, Opus, Ankara 1997, s. 400- 409.

⁷⁸ BLOCH, a.g.e, s. 412.

15. yüzyılda yeni ticaret yollarının bulunması amacıyla başlayan yolculuklarla yeni kıtaların keşfedilmesi, kölelikte yeni bir dönemi ve 19. yüzyılın sonlarına kadar devam eden "transatlantik köle ticaretini" başlatmıştır. Avrupalı güçlerin, "Yeni Dünya"yı sömürme telaşının ortalarında doğan transatlantik köle ticareti ile kolonilerin yağmalarına, hastalıklara ve işgücü taleplerine yenik düşen Amerikan yerlilerinin yerini almak üzere Afrikalı kölelerin ithaline başlanmış ve bunlar kısa zamanda, Batı dünyasında ekonomik ve toplumsal yaşamın bir parçası haline gelmişlerdir.⁷⁹

Siyasi mücadelelerin ardından İngiltere’de ve ABD’de köle ticareti 1807-1808 yıllarında resmi olarak yasaklanmasına rağmen, yasadışı bir faaliyet olarak 1800’lerin ortalarına kadar sürmüştür. Nihayet 1838 yılında Birleşik Krallık’ta kölelik yasal olarak tamamen kaldırılmış, bunu diğer ülkeler izlemiştir.⁸⁰ Uluslararası düzeydeki siyasi baskının sonucunda, köleliğin aşamalı olarak kaldırıldığı görülmektedir. Ancak özellikle sömürge bölgelerinde bu gelişmenin daha geç tarihlerde yaşandığı dikkati çekmekte⁸¹ ve doğrudan sömürge bölgesi olmayan bazı yerlerde de, örneğin Orta Doğu’da Sudan ve Umman gibi ülkelerde bu yasaklamanın 1960’ların sonlarını bulduğu tespit edilmektedir. Bu durumun, köleliğin yasaklanması konusundaki yoğun uluslararası baskılara dayanamayan gönülsüz bir siyasi tavrın sonucu olduğu belirtilebilir. Nitekim aynı isteksiz yaklaşım nedeniyle, dünyanın pek çok yerinde yasaklama süreci; köleliğin aşama aşama azaltıldığı ancak tamamen ortadan kaldırılmadığı, yetkili makamların zamanla sessizliğe gömüldüğü veya bu durumdaki kişilerin "gerçekte" köle değil, serf, hizmetçi ya da uşaklar olduklarını iddia ettikleri "yavaş bir ölüm" biçiminde yaşanmıştır.⁸²

⁷⁹ **BRAVO Karen E.:** “Exploring the Analogy Between Modern Trafficking in Humans and the Transatlantic Slave Trade”, Boston University International Law Journal,2007, C.25, S.2, s. 213.

⁸⁰ **BRAVO,** a.g.e, s. 214.

⁸¹ Örneğin Mısır’da 1895, Sudan’da 1900, Nijerya’da 1901 ve Sierra Leone’de 1928 yıllarında kölelik yasaklanmıştır (**QUIRK, Joel,** Trafficked into Slavery, Journal of Human Rights, 2007, C.6, S.1, s.184).

⁸² **QUIRK,** a.g.e, s. 185.

Köleliği yasaklayan ilk uluslararası belge 1815 tarihli "Köle Ticaretinin Evrensel Olarak Kaldırılmasına İlişkin Bildirge" olmuştur. 1815 yılından 1957 yılına kadar çok sayıda iki veya çok taraflı anlaşma bu Bildirgeyi izlemiştir.⁸³

C. Kölelik ve Benzeri Uygulamalar

Köleliğin tanımı ve kölelik benzeri uygulamalar Tarih boyunca çok çeşitli toplumlarda toplumun kölelere bakışı, kölelerin statüleri, hakları, işlevleri ve benzeri alanlarda bir takım farklılıklar bulunsa da temel bir takım eğilimlerin tespit edilebileceği görülmektedir.

Herşeyden önce, kölelerin "mülkiyet" konusu olabilmeleri, bunların statülerini belirleyen en önemli özellik olarak ortaya çıkmaktadır. Bazı çağlarda ve toplumlarda kölelere az da olsa haklar tanınarak bunların birer hukuk süjesi gibi muamele gördükleri hallere rastlanmaktaysa da, esasen kölelerin, efendilerinin "malı" sayılarak, eşya hukukuna konu olmaları söz konusudur. Diğer bir ifadeyle, kölelik, bu duruma konulan kimsenin hukuki kişiliğinin tamamen ortadan kaldırılması sonucunu doğuran bir kavramdır.⁸⁴

Ayrıca kölelik ilişkisinde, azat etme dışında, bir süreklilik olduğu da tespit edilmektedir.⁸⁵ Köle, bir çok temel hakkının yanısıra hareket özgürlüğünden ve kendisi adına karar verme yeteneğinden yoksun bırakılan kişidir.⁸⁶ Dolayısıyla "mülkiyet" kavramına aynı zamanda "tam bir hakimiyet" eşlik etmektedir. Bunun yanında, kölelerin ekonomik hayatın vazgeçilmez bir parçası olmaları, çok ucuz veya bedava işgücü olarak üretimin her aşamasında kullanılmaları tarihin bütün dönemlerinde ve bütün toplumlarda köleliğin değişmeyen temelini teşkil etmektedir. Bu nedenle, kölelik, içinde "sömürü"

⁸³ QUIRK, a.g.e, s. 183.

⁸⁴ SMITH Rhona K.M.: Textbook on International Human Rights, 1st Ed., 2003, s. 235.

⁸⁵ RAYNAUD - RIALS, a.g.e, s. 522.

⁸⁶ JONES, A.H.M, a.g.e, s. 49- 52.

kavramını da barındırır. Uzun yıllar kölelik karşıtı söylemlerin temelini oluşturan bu kavramlar,⁸⁷ köleliğin tanımlandığı ilk uluslararası belge olan 1926 tarihli Köleliğe İlişkin Sözleşme'de kısmen karşılığını bulmuştur.

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

Köleliğin tanımı bakımından bugün hala 1926 tarihli bu Sözleşme geçerli olmakla birlikte, köleliğin burada yer alan klasik tanımının, köleliğe benzeyen ve yasaklanması gereken başka esaret biçimlerini içermemesi nedeniyle, bu belge, 1956 tarihli "Köleliğin, Köle Ticaretinin ve Köleliğe Benzer Kurum ve Uygulamaların Kaldırılmasına Dair Ek Sözleşme" ile tamamlanmıştır. 1956 tarihli Ek Sözleşme'de, "köleliğe benzer koşullar"⁸⁸ olarak ifade edilen bir takım uygulamalar sayılarak, köleliğin yanında ve 1926 tarihli Sözleşmedeki "kölelik" tanımına girip girmediğine bakılmaksızın, bu uygulamalara son verilmesi yükümlülüğü getirilmektedir.

Bu kapsamda, borç karşılığı köleleştirme, serflik ve çocukların emek sömürüsü amacıyla başkalarına teslimi ile köleliğe benzer bir takım uygulama ve gelenekler belirtilmiştir.⁸⁹ Kölelik benzeri kurum ve uygulamaları bu şekilde açıkça kabul eden ve tanımlayan 1956 Sözleşme'den önce de, kavramın, 21 Mart 1950 tarihli İnsan Ticaretinin

⁸⁷ JONES, A.H.M, a.g.e, s. 183.

⁸⁸ Condition Servile.

⁸⁹ Bu kapsamda sayılan kurum ve uygulamalar aşağıda uluslararası düzenlemelere ilişkin bölümde, ayrıntılı olarak ele alınmaktadır. Burada, sözü geçen Sözleşmenin kapsamıyla sınırlı olmaksızın, daha genel bir yaklaşımla "kölelik benzeri uygulama" kavramı ele alınmak istenmektedir.

ve Başkasının Fuhşunun Sömürülmesinin Cezalandırılması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin New York Sözleşmesi'nde kullanıldığı görülmektedir. Burada, açıkça "kölelik"ten bahsedilmezken, Sözleşme'ye konu olan faaliyetlerin, gelişen uluslararası kavramlar sonucunda, kölelik benzeri uygulamalar dahilinde sınıflandırıldığı belirtilmiştir. Buna göre kadın ve genç kızların ticareti, köleliğe benzeyen ve bu nedenle uluslararası toplum tarafından cezalandırılması gereken uygulamalar olarak Kabul edilmelidir.⁹⁰

BM'nin, bir takım eylemleri ve uygulamaları "köleliğe benzer" olarak nitelemek yönündeki tavrı, 1956 tarihli Ek Sözleşme'nin ardından daha da belirginleşmiş ve nihayet, Ayrımcılığın Kaldırılması ve Azınlıkların Korunması Alt Komisyonu tarafından, 1974 yılında Köleliğin Modern Biçimleri konusunda bir Çalışma Grubu görevlendirilmiştir. Bu Çalışma Grubu, bugün hala sürdürülmekte olan kölelik benzeri uygulamalara dünyanın dikkatini çekerek, kölelik profilini geliştirmeye devam etmektedir.⁹¹

D. İnsan Ticareti

Transatlantik köle ticaretinin kaldırılmasının ardından bütün dikkatlerin kadın ve genç kızların fuhş maksadıyla ticareti üzerine yoğunlaşmasıyla birlikte, "beyaz kadın ticareti" kavramının ortaya çıktığı ve bu kavramın, bugün "insan ticareti" olarak adlandırılan suç türünün temelini teşkil ettiği görülmektedir. Bu bölümde, olgunun ve buna bağlı olarak kavramın nasıl bir değişim geçirdiğinin ortaya konulması amacıyla, 19.

⁹⁰ BM Ekonomik ve Sosyal Konseyi'nin 1232(XLII) sayılı ve 1967 tarihli Çözüm Önerisinde, ırkçı apartheid politikaları ve sömürgeciliğin, köleliğe benzer uygulamalar teşkil ettiği ve tamamen ortadan kalkması gerektiği açıkça belirtilmiştir (Resolution of 6 June 1967, "Question of slavery and the slave trade in all their practices and manifestations, including the slavery-like practices of Apartheid and Colonialism", Economic and Social Council Official Records, Forty-Second Session, Resolutions, Supplement s. 13) Çözüm Önerisinin İngilizce metnine ulaşmak için bkz. <http://daccess-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NR0761/56/IMG/NR076156.pdf?OpenElement>.

⁹¹ SMITH, a.g.e, s.238.

yüzyılın ortalarında kadın ve genç kız ticaretinin iyice etkisini göstermeye başlamasından günümüze kadar devam eden süreç incelenecektir.

E. İnsan Ticaretinin Ortaya Çıkışı

Zorla veya iradi olarak "seks işçiliği"⁹² ticareti 1840'larda kök salmış, sonrasında ise büyümeye ve karmaşıklaşmaya devam etmiştir. Bu faaliyete yönelik talebe, ailevi herhangi bir bağı olmayan çok sayıda erkeğin taşınmasını ve göçü içeren birbirine bağlı üç gelişme hakim olmuştur. Bunlardan ilki; tarım ekonomisinde Afrikalı kölelerin yerine geçmek, madencilik sanayi ne insan sağlamak ve tren yolları, kanallar gibi büyük inşaat projelerini yüklenmek üzere sözleşmeli işgücünün yerleştirilmesidir.⁹³

Köleliğin kaldırıldığı dönem ile kapitalizmin henüz yeni gelişmeye başlaması benzer dönemlere denk gelmiştir. Bu durum, yoksulluğun ve topraksızlığın istekli bir göçmenler havuzu yarattığı Hindistan, Çin, Japonya, Vietnam ve Pasifik Adalarından büyük çaplı bir işgücü teminine neden olmuştur.⁹⁴

Bununla aynı anda gerçekleşen ikinci gelişme, Batılı olmayan erkeklerin koloniyel kalıplar içindeki ve Batılıların hükmettiği dünya pazarında yer değiştirmesi ve göçüdür. Zengin ve fakir, genellikle herhangi bir bağı olmayan erkeklerin yoğunlaşması, göç yoluyla gelen kadınlar tarafından sunulan, fuhuştan ev hizmetçiliğine kadar geniş bir hizmet pazarı oluşturmuştur.⁹⁵ Üçüncüsü ise talep tarafında Avrupa'dan ve Amerika'dan

⁹² "Seks işçiliği" kavramı, aslında "fuhuş" terimi ile neredeyse aynı anlama gelecek şekilde, para karşılığı cinsel hizmet sunumunu ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Her ne kadar, "fuhuş" tanımı konusunda bir uzlaşmadan söz edilmesi mümkün değilse de, mevzuatımızda tercih edilen terimin bu olması ve daha genel ve yerleşik bir kullanım alanına sahip olması nedeniyle, çalışmamızın geneli içerisinde, bu faaliyetleri, "fuhuş yapmak" terimi ile ifade etmeyi tercih etmiş bulunuyoruz. Bununla birlikte, yararlandığımız metinlerde, "sex work", "sex worker" veya "sexual labour" gibi doğrudan "seks işçiliği"ne gönderme yapılan ayrıık durumlarda, bu terimin kullanılmasına dikkat edilmiştir.

⁹³ **SCULLY Eileen**: Soğuk Savaş Öncesinde Fuhuş Emeğinin Ticareti: Bazı Çağdaş Dersler, Çev. Saeed Ensarirad, İtimad Milli Yayınları, Tahran 2004. s.75.

⁹⁴ **SCULLY**, a.g.e, s. 76.

⁹⁵ **SCULLY**, a.g.e, s.76.

gelerek büyük inşaat projelerinin ve sömürge fırsatlarının peşinden sınırlara yönelmiş, bağımsız, varlık peşinde koşan erkeklerin geniş çaplı, uzak mesafeli akınlarıdır.⁹⁶

Seyahatin göreceli olarak kolay ve karşılanabilir olması, 1870'lerin ortalarından 1890'lara kadar süren ekonomik bunalım ve sömürge dünyasının her yerindeki büyük işgücü intikali, Batılı olmayan ülkelerin nüfusunu bir şekilde değişime uğratacak bir göç dalgasını beraberinde getirmiştir.⁹⁷

Bu üç önemli gelişme, seks işçilerinin uluslararası ticaretini harekete geçirmiş, bölgesel fuhuş göçünü genişletmiş ve yerel fuhuşu pekiştirmiştir. Kadınlar, kurnaz girişimlerden tuzağa düşürülmeye kadar çok çeşitli koşullar altında ticarete dahil olmuş, iş koşulları üzerinde tam bir kontrolden kilitli genelevlerde köleleştirmeye varan biçimler altında çalışmışlardır.⁹⁸ Uluslararası düzeyde en önemli dinamik; bir yandan erkeklerin cinsel ve ev hizmetlerine erişimini belirleyen, diğer taraftan kadınların pazar değerini tespit eden ırk, etnik, köken ve milliyet gibi evrensel ayırmalara dayanan cinsel hiyerarşilerin doğmasıdır. Bunun sonucu olarak da, örneğin, Asyalı erkek işgücünün talebine cevap verebilmek için, kendi ırkından veya etnik kökeninden olan Çinli kadınlar, Kuzey ve Güney Amerika'ya, Güneydoğu Asya'ya ve Avustralya'ya götürülmekteydi.⁹⁹

Birinci Dünya Savaşı sırasında kadın ticareti kısa bir süre için durgunluk döneminde girdiyse de, savaşın getirdiği sıkıntılar, ekonomik ve sosyal düzensizlik, özellikle kadınları insan tacirlerine karşı daha savunmasız bir konumda bırakmış ve bu faaliyet uluslararası toplum için giderek daha büyük bir tehdit haline dönüşmüştür.¹⁰⁰

Milletler arasında barışı sağlamak misyonunu üstlenen Milletler Cemiyeti de bu konuya duyarsız kalmamış ve Kurucu Paktin 23. maddesiyle; "mevcut veya aktedilecek

⁹⁶ SCULLY, a.g.e, s.77.

⁹⁷ SCULLY, a.g.e, s.77.

⁹⁸ SCULLY, a.g.e, s. 78.

⁹⁹ SCULLY, a.g.e, s.79.

¹⁰⁰ SCULLY, a.g.e, s.79.

uluslararası Sözleşmeleri göz önüne alarak ve bunlara uygun olarak,: ... Cemiyete, kadın ve çocuk ticaretine ilişkin anlaşmalar üzerinde genel bir kontrol görevi" verilmiştir.¹⁰¹ Bu yetkilendirmenin ardından 1920 yılında özel olarak beyaz kadın ticaretine ilişkin bütün sorunlarla ilgilenmek üzere Milletler Cemiyeti Sekreteryası'na bağlı olarak çalışacak bir kişi görevlendirilmiş ve bütün hükümetlere, o tarihe kadar bu ticaretle mücadele amacıyla alınan yasal tedbirlere ilişkin sorular gönderilerek, bu sorulara verilen yanıtların değerlendirilmesine ve bu konuda ortak bir eylem gerçekleştirilmesi amacıyla birlik sağlanmasına hizmet edecek bir konferans düzenlenmiştir.¹⁰²

20. yüzyılın ilk yarısında, kadın ve genç kızların ticareti üzerinde durulması ve bu ticaretin fuhuşla ilişkilendirilmesi sonucu, yapılan hemen bütün çalışmaların ikincil maddesi olarak fuhuş ve özellikle genelevlerin varlığı ele alınmıştır.¹⁰³

İnsan ticaretinin fuhşa bağlanması ve uluslararası sözleşmelerde bu ikisinin bir arada anılması yönündeki eğilim İkinci Dünya Savaşından sonra kabul edilen "İnsan Ticaretinin ve Başkasının Fuhşunun Sömürülmesinin Cezalandırılması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin 1950 tarihli New York Sözleşmesi"ne de yansımıştır. Bu Sözleşme, kadın ticaretiyle ilgili daha önceki tarihli uluslararası belgelerin bir sentezini oluşturmakta ve rızası olsun ya da olmasın, fuhuş yaptırmak amacıyla bir kimsenin tedarik edilmesini, baştan çıkarılmasını, bir yerden başka bir yere götürülmesini bir suç olarak kabul etmektedir.¹⁰⁴

1974 yılında İnterpol tarafından Ayrımcı Tedbirler ve Çocukların Korunması Hakkında BM Alt Komisyonu'na gönderilen Raporda, "kadın ticareti"nin biçim değiştirmiş bir halde bütün dünyada varlığını sürdürdüğü belirtilerek bazı örneklere yer verilmiştir. İnterpol tarafından dikkat çekilen çok sayıda vaka arasında; özellikle Arjantin

¹⁰¹ **EROL Haydar:** Gerekçeli Açıklamalı ve İctihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu , İstanbul 2005, s. 221 ve 226.

¹⁰² **SCULLY,** a.g.e, s. 82.

¹⁰³ **SCULLY,** a.g.e, s. 83.

¹⁰⁴ **SCULLY,** a.g.e, s. 84.

kökenli veya bu ülke üzerinden gelen Güney Amerikalı kadınların, Porto Riko, Güney Avrupa ülkeleri ve Orta Doğu'ya "ithal edilmeleri"; Lüksemburg ve Federal Almanya başta olmak üzere yalnızca komşu ülkelerde "çalışan" Fransız kadınlara, arada sırada da Güney Amerika veya Orta Doğu kökenli kadınlara yönelen bir bölgesel Avrupa pazarının bulunması; bazı ticaret ağlarının Avrupa'da tedarik ettikleri kadınları belirli bir gelişmişlik düzeyine ulaştırmış ve fuhuş sömürüsüne imkan veren Fildişi sahilleri, Senegal gibi bir takım Afrika ülkelerine götürmeleri; özellikle Tayland ve Filipinli kadınları fuhuş amacıyla başka ülkelere götürülmesine yön veren bir Asya pazarı bulunması belirtilebilir.¹⁰⁵

Sorunun odağında görülen fuhuş maksatlı kadın ticareti hiçbir zaman sona ermemiş, ulusal makamlar tarafından rapor edilen soruşturmalar, bu alanda organize suç örgütlerinin günden güne artan hakimiyetini ortaya koymuştur.¹⁰⁶ Bu noktada, özellikle BM tarafından, yalnızca fuhuş maksadına hasredilen insan ticareti yerine "modern kölelik" şemsiyesi altında incelenmesi tercih edilen; kadınların satılması, dünyanın çeşitli bölgelerinde göç ile desteklenen ve çocukları da kapsamına alan işgücü istismarı ve zorla çalıştırma, ev hizmetlilerinin köleleştirilmesi, borç karşılığı köleleştirme, çocuk ticareti gibi başka uygulamaların da uluslararası toplumun dikkatinden kaçmadığı belirtilmelidir.¹⁰⁷

¹⁰⁵ **DADBAN Hasan:** Benjamin Whitaker (Özel Raporter) Tarafından Hazırlanan BM. Komisyonuna, Köleliğe Tedbir Ve Onun Davacılarının Korunmasına İlişkin Rapora Eliştiriler, Kriminoloji Araştırma Dergisi, Tahran, 1997, S.2, s.22-28.

¹⁰⁶ Bu kapsamda, Şubat 1982'de Avustralya polisi tarafından, Güney Amerikalı seks işçilerini Melbourne kentine gönderen Arjantinli bir çetenin yakalandığı; Nisan 1982'de Amerikan polisi tarafından, Havai ve Kaliforniya'dan getirilerek Japonya'da Yakuza'nın sahibi olduğu genelevlerde fuhuşa zorlanan 150'den fazla genç şarkıcı ile ilgili iddialar hakkında soruşturma yürütüldüğü; İsveç polisinin, genç İskandinav kızlarını kaçırarak Uzak Doğu'da fuhuşa zorlayan Singapur kaynaklı bir çeteye mücadele konusunda İnterpol'ün yardımını istediği, BM'ye ulaşan bilgiler arasındadır (**DADBAN**, a.g.e, s. 13).

¹⁰⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **SCULLY**, a.g.e, s.171.

F. Günümüzde İnsan Ticareti

İnsan ticaretinin, ayırım yapmaksızın kadın, erkek ve çocukları konu alan ve çeşitli sektörlere yayılmış farklı istismar biçimlerini kapsayan bir olgu olarak ele alınması oldukça yeni bir gelişme olarak değerlendirilmelidir. İkinci Dünya Savaşından sonra, fuhuşla birlikte "insan ticareti" kavramının kullanıldığına rastlamaktayız. Nitekim 1950 tarihli New York Sözleşmesi, "İnsan Ticaretinin ve Başkasının Fuhşunun Sömürülmesinin Cezalandırılması ve Ortadan Kaldırılması" başlığını taşımaktadır. Ancak, bu Sözleşme'de insan ticaretinin tanımlanması ihmal edilerek, kavram tamamen fuhuşla bağlantılı olarak ele alınmış, üstelik kişi üzerinde kontrol tesis edilmesi ve istismara yönelik hareketlerin cezalandırılması yönünde önceki çabalar görmezden gelinerek, ve yalnızca cinsel sömürü üzerinde durulmuştur.¹⁰⁸

Konu, 1970'lerde dünyada gittikçe yayılan kadın hakları hareketinin bir parçası olarak yeniden ele alınmaya başlanmıştır. Bu andan itibaren, insan ticareti, özellikle de kadın ticareti uluslararası düzeyde belirgin bir şekilde ilgi odağı olmaya devam etmiştir. Soruna karşı geliştirilen ilk uluslararası tepkilerden farklı olarak, bu yeniden dirilen ilgi ve aktivizm, daha çok yeni insan hakları ve kadın hakları anlayışı çerçevesinde gelişmiştir.¹⁰⁹

18 Aralık 1979 tarihli "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair Sözleşme"nin (CEDAW) 6. maddesinde, kadın ticareti yasaklanmış, 1975 yılında gerçekleştirilen Dünya Kadın Konferansı'nda "kadınların ve kız çocuklarının istismarının önlenmesi" bağlamında bu konudan söz edilmiştir.¹¹⁰

¹⁰⁸ **KARİMİ Ahmet:** Fuhuşun Sömürülmesinden Yararlanmak, Tahran, 2009, s.11-12

¹⁰⁹ **KARİMİ,** a.g.e, s14.

¹¹⁰ **KARİMİ,** a.g.e, s.16-19.

İnsan ticareti, bunu izleyen iki kadın konferansının sonunda kaleme alınan metinlerde endişe yaratan bir konu olarak ele alınmıştır.¹¹¹ 1990'lerden itibaren komünist rejimlerin çöküşü ve yeni dünya düzeni ile birlikte daha farklı bir dönemece girilmiştir.

Soğuk savaş sonrasında, kölelik karşıtı gündeme giderek artan bir şekilde insan ticareti sorunu hakim olmaya başlamıştır. Tarihi geleneğin de etkisiyle esas odak noktası "cinsel kölelik" ya da zorla fuhuş olsa da, sorunun daha geniş kapsamlı bir yaklaşımla ele alınmaya başlandığı görülmektedir.¹¹² 1950 tarihli New York Sözleşmesi'nin kabulünden sonra, "insan ticareti" tanımının, doğrudan fuhuşa bağlı olmayan temin etme biçimlerini ve bunun yanında erkeklerin, kadınların ya da çocukların zor kullanılarak ya da kendilerini bekleyen işin niteliği konusunda aldatılarak fuhuş dışındaki amaçlarla ülke dışından temin edilmesini içerecek şekilde genişletilmesi yönünde BM nezdinde pek çok öneri getirilmiştir.¹¹³ Bu önerilerin bir türlü somutlaştırılmamasının nedenlerinden birinin, üzerinde uzlaşılan bir tanımın kabul edilmesi konusundaki zorluk olduğu ileri sürülmüştür. Nihayet, elli yıllık bir bekleyişin ardından insan ticaretine kapsamlı bir uluslararası yanıt oluşturmak üzere "13 Aralık 2000 tarihli Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler (Palermo) Sözleşmesine Ek İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol" kabul edilmiştir. Esasında, Ek Protokolün hazırlanma sürecinde ilk taslaklarda, kapsamın yalnızca kadın ve çocuklarla sınırlandığı, ancak devletler, hükümetlerarası kuruluşlar ve STÖ'ler arasındaki müzakereler sırasında bu yaklaşımın gereksiz bir şekilde

¹¹¹ Konuya, 1980 tarihli Kopenhag Konferansında "başkasının fuhşunun sömürülmesi ve insan ticareti" başlığı altında açıkça fuhuşla ilişkilendirilerek, 1985 tarihli Nairobi Konferansında ise "insan ticaretinin ve zorla fuhşun kadın mağdurları" başlığı altında yer verilmiştir. Ayrıca, 1993 tarihli Dünya İnsan Hakları Konferansında kadın haklarına özel bir dikkat gösterildiği belirtilerek, ticaretin ortadan kaldırılması için çağrıda bulunulmuştur. Son olarak 1995 tarihinde Pekin'de toplanan Dördüncü Dünya Kadın Konferansında, insan ticareti kadına yönelik şiddet kapsamında bir insan hakları sorunu olarak değerlendirilmiştir (**KARİMİ**, a.g.e, s.13).

¹¹² **QUIRK**, a.g.e, s.181.

¹¹³ Ayrıca, BM tarafından düzenlenen, "Kadınların Ticareti ve Zorla Fuhuşla Mücadele Amacıyla Alınacak Tedbirler Hakkında Seminer"de, BM'nin mevcut uluslararası belgelerin uygulama alanını, hangi istismar biçimi söz konusu olursa olsun, insan ticaretinin bütün biçimleri bakımından uygulanacak şekilde genişletmesi teklif edilmiştir. (**SCULLY**, a.g.e, s.154.)

sınırlayıcı olduğunun ve erkeklerin de insan ticaretine konu olduğu gerçeğinin göz ardı edildiğinin dile getirildiği belirtilmektedir. Ad-hoc Komitenin tavsiyesi üzerine, Genel Kurul, genel anlamda insan ticaretini ve özellikle kadın ve çocuk ticaretini içerecek kapsamda bir Protokol hazırlanabilmesi amacıyla, Komitenin yetkisini genişletmiştir. Bu durum uluslararası toplumun, konunun diğer boyutlarını göz ardı etmek ve "fuhuş" sorunundan bir türlü kopamayan, sınırlı bir yaklaşım içerisinde hareket etmek konusundaki ısrarının bu yüzyılın başlarında halen devam ettiğini ortaya koymaktadır. Ancak, İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokol ile yeni bir dönem başlamış, bu suçla mücadelede adeta bir engel teşkil etmeye başlayan ve her geçen gün daha fazla gecikmeye neden olan bu önyargı duvarı geri dönülemez bir şekilde yıkılmıştır. Nitekim bugün insan ticaretinin suç haline getirilmesi ve cezalandırılması konusunda, Ek Protokolün çok sayıda devlet tarafından onaylanmasının da etkisiyle önemli bir yol katedilmiştir.

Bundan beş yıl sonra, Avrupa Konseyi'nin konuyla ilgili çalışmaları bir sonuca ulaşmış ve İnsan Ticaretine Karşı Eyleme İlişkin 2005 tarihli Avrupa Konseyi Sözleşmesi kabul edilmiştir. Bu Sözleşme, suçun tanımı bakımından İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokol ile tam bir uyum içinde olmakla birlikte, konuya özellikle mağdurların insan hakları temelinde yaklaşması bakımından önemli getirileri olan bir belgedir. Nitekim bu konuda acil çözüm bekleyen önemli sorunlardan birinin suçun mağdurlarının, insan hakları temelli bir yaklaşım içerisinde korunması olduğu kabul edilmektedir.¹¹⁴

1. Modern Kölelik

Kölelik, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 1948'de resmen kaldırılmış olmasına rağmen, köleliğin belirli bir biçiminin devam etmekte olduğu¹¹⁵ ve uluslararası hukukun bugün karşı karşıya kaldığı bağlantılı uygulamalardan birinin kazanç amacıyla

¹¹⁴ KARİMİ, a.g.e, s.43.

¹¹⁵ KARİMİ, a.g.e, s.89.

yapılan insan ticareti olduğu yönünde oldukça yaygın bir yaklaşım¹¹⁶ çerçevesinde, insan ticareti "modern kölelik" ya da "köleliğin modern görünümü" olarak Kabul edilmektedir.

Bu görüşün izlerine pozitif normlarda dahi rastlamak mümkündür. Örneğin, 2000 tarihli ABD İnsan Ticareti Mağdurlarını Koruma Yasası'nda¹¹⁷ mağdurların çoğunluğunu kadınlar ve çocukların oluşturduğu insan ticaretinin, köleliğin modern görünümü olduğu açıkça öngörülmektedir. Bu bağlamda, insan ticaretini, 19. yüzyıldaki köle ticaretinin modern karşılığı olarak görenlerin bulunduğu da belirtilmelidir.¹¹⁸

Günümüzde geleneksel anlamda kölelikten geriye Afrika'nın bazı bölgelerinde belgelendirilmiş tek tük olaylar kaldığından, bugün odak insan ticaretine ve köleliğe varmayan uygulamalara kaymıştır. Gerçekten de insanların hala hangi nedenle olursa olsun satın alınması ve nakli, geçmişte yaşanan ağır tecrübelerle, bugün yapılan yasadışı ticaretin yol açtığı insani acıyı özdeşleştirme eğilimi yaratmıştır.¹¹⁹

Köleliğin kaldırılmasından sonra, bu faaliyetin yerini 1956 tarihli Ek Sözleşme'ye de konu olan başka uygulamaların aldığı bilinmektedir. İnsan ticareti bu uygulamalar arasında Kabul edilmese de, hem bu faaliyetin sonucunda kişilerin sömürülmesi nedeniyle köleliğe benzer durumların ortaya çıkması, hem de tarihsel olarak birbirini izleyen bir süreçte gerçekleşmeleri bakımından, insan ticaretinin "modern kölelik" olarak adlandırılmasının, tamamen temelden yoksun bir bakış açısını yansıtmadığı açıktır. Ancak, bir olgunun diğerinin yerine geçmesini ifade eden bu nitelemenin; her ikisinin

¹¹⁶ **SMITH**, a.g.e, s. 236. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin İnsan Ticaretine Karşı Eyleme İlişkin Bir Sözleşme Tasarısı Hakkında 253(2005) sayılı Görüşünde, insan ticaretinin bugüne kadar görülmemiş bir düzeye ulaştığını ve ondan köleliğin yeni bir türü olarak bahsetmemizin mümkün olduğunu belirtilmiştir (s. 235). Köleliğin modern biçimleri Çalışma Grubunun, 1998 yılındaki bir oturumunda kabul ettiği tavsiye kararında, « kadınların ve kız çocuklarının cinsel istismar maksadıyla ticaretinin köleliğin modern bir biçimini ve insan haklarının ağır bir ihlalini teşkil ettiği» belirtilmiştir.

¹¹⁷ Trafficking Victims Protection Act.

¹¹⁸ Bkz. **TESSIER Kevin**: The New Slave Trade: The International Crisis of Immigrant Smuggling, Indiana Journal of Global Studies, 1995,S.13, p. 261.

¹¹⁹ **SMITH**, a.g.e, s. 235.

hukuki, ekonomik, sosyolojik vb. boyutları karşılaştırılmadan yapılması mümkün değildir.

Diğer konular, incelememizin dışında kaldığından bunlar bakımından herhangi bir sonuca varılması en azından bu çalışmanın sınırları içerisinde mümkün değildir. Bununla birlikte, köleliğin bugün "insan ticareti" adı altında halen devam ettiği biçimindeki yaklaşımın hukuki temellerinin tartışılması gerektiğini düşünmekteyiz.

Yukarıda bahsedilen 1926 tarihli Köleliğe İlişkin Sözleşme, köleliğin dünyada aşamalı olarak yasaklandığı bir dönemi takiben, tarihte köleliğe ilişkin uygulamaları ve içerdiği unsurları göz önünde bulundurarak, kurumu, "mülkiyet hakkına bağlı erk ve yetkilerin kısmen ya da toplu olarak kullanılması" ile ilişkilendirerek tanımlamaktadır. Yine bu Sözleşmeye göre, köle ticaretinin ise, doğrudan köle haline getirme maksadına dayalı olarak kişinin, "ele geçirilmesi, iktisabı veya devrini", köle olan bir kişinin "satılmak veya değiş-tokuş edilmek üzere iktisabını"; "satış veya değiş-tokuş suretiyle devrini" ve genel olarak "kölelerin ticareti veya nakline ilişkin her türlü eylemi" içereceği kabul edilmektedir. İnsan ticareti ise, Ek Protokolün 3. maddesi temelinde; kişilerin fuhşunun sömürülmesi veya cinsel istismarın diğer biçimleri, organlarının alınması, zorla çalıştırma, hizmet ettirme, kölelik veya benzeri uygulamalara tabi kılmak maksadıyla iradesini zorlayan veya ortadan kaldıran bir takım araçlarla temini, bir yerden başka bir yere taşınması, teslim alınması, devredilmesi, barındırılmasıdır.

Köle ticaretine ve insan ticaretine ilişkin bu tanımlar arasında birkaç ortak nokta dışında, pek çok farklılık olduğu oldukça açıktır. Herşeyden önce, artık insanların doğuştan eşit ve bir takım hakların sahibi olduğu yönündeki modern anlayış, insan ticaretinin tanımında, "irade" ve bu iradenin "zorlanması" veya "yok edilmesi" unsuru ile kendini göstermektedir. 1926 tarihli Sözleşme'de köle ticaretini oluşturan devir, ele geçirme, nakil, değiş tokuş gibi hareketler, insan ticareti teşkil eden hareketlerin bazıları ile örtüşüyorsa da, "irade" unsurunun yokluğu bu iki faaliyet arasında karşılaştırma

yapılmasına imkan vermemektedir. Ayrıca, insan ticaretinde failerin saikini oluşturan "istismar" maksadının, her ne kadar köle ticaretinin doğası gereği kavramın içine kendiliğinden dahil olduğu ileri sürülebilirse de, yasal çerçevede yer almaması karşılaştırmaya engel bir husustur. Kaldı ki, insan ticareti, kişilerin, "kölelik veya benzeri uygulamalara tabi kılınması" maksadına yönelebilen bir faaliyet olduğundan, esasında köleliği de içine alan bir şekilde ortaya çıkabilmektedir. Sonuç olarak, geleneksel anlamda kölelik ile bugün "modern kölelik" olarak kabul edilen insan ticareti karşılaştırıldığında, çok daha karmaşık bir faaliyetin söz konusu olduğu görülmektedir.¹²⁰

Bunun en önemli nedeni, bugünkü uygulamaların, yasaklandığı döneme kadar çok uzun bir süre "yasal" nitelik taşıyan geleneksel köleliğin aksine "yasadışı" koşullar altında cereyan etmek zorunda olmasıdır. Bununla birlikte, köleliğin ve insan ticaretinin; bireyin indirgendiği konum itibarıyla, bir başkasının hakimiyeti altına girmesi, kendi geleceğini tayin hakkının elinden alınması, insan onurunun dokunulmazlığının ve temel insan haklarının ihlalini teşkil etmeleri gibi aynı esaslardan hareketle yasaklandıkları bir gerçektir.

Kurumsal olarak yasaklanmış ve tarihsel tecrübelerden hareketle dar bir kalıp içerisinde tanımlanmış köleliğin, geçmişe ait açıkça yanlış bir uygulama olarak ifade edilmesine karşılık, "köleliğin modern biçimleri" başlığı altında değerlendirilebilen bir dizi karmaşık ve uzun zamandır devam eden sorunlar karşısında¹²¹ bu kurumsal çerçevenin yetersiz kalması yatmaktadır. Nitekim "kölelik" tanımının yeterli olmaması nedeniyle ve köleliğe varmayan bir takım uygulamaları yasaklamak adına "köleliğe benzer kurum ve uygulamalar" kavramının kabul edildiğini ve 7 Eylül 1956 tarihli Ek Sözleşme ile Köleliğe Karşı Sözleşmenin tamamlanmaya çalışıldığını yukarıda ifade etmiştik. Böylece, "köleliğin", birbirine benzer bir takım kurumları ve uygulamaları

¹²⁰ KARİMİ, a.g.e, s. 22.

¹²¹ QUIRK, a.g.e, s. 182.

birleştirici bir unsur, bir şemsiye kavram olarak kullanılması yönündeki eğilim, hukuki bir zemine yerleştirilmek istenmektedir. Köleliğin, bugün sabit ve değişmez bir kavram olarak kabul edilmeyip, aksine benzer nitelikteki kurum ve uygulamaları da içine alacak şekilde genişletilmesi yönündeki bu çabalar sonucunda, bu kavramın, insan ticaretine giderek daha da yaklaştığı bir gerçektir. Ancak bu durum insan ticaretinin köleliğe benzemesinin değil, "kölelik" kavramınının giderek modernize edilmeye çalışılmasının bir sonucudur. Kaldı ki, "modern kölelik" nitelmesi, gerçekten de bu faaliyetin geleneksel anlamda kölelikten farklı olduğunu kabul etmek anlamına gelmektedir.

2. İnsan Ticareti ve İnsan Kaçakçılığı Suçu

Suçun tanımı konusunda tam bir birlik söz konusu olmasa da yine de Ek Protokoldeki düzenlemenin genel bir kabul gördüğünü söylemek yanlış olmayacaktır. Bununla birlikte, bu suç tipini ifade etmek için kullanılan "terim" konusunda bugün bir uzlaşma sağlanabilmiş değildir.

Gerek Türk hukukunda gerekse uluslararası kaynaklar ve yabancı hukuk sistemlerinde bu suçla ilgili olarak farklı kavramların birbirlerinin yerine kullanıldığı görülmektedir.¹²² Bunlar arasında en fazla tercih edilenler "insan ticareti" ve "insan kaçakçılığı" terimleridir.¹²³ "İnsan kaçakçılığı" bazen insan ticaretinin bazen de göçmen kaçakçılığının yerine kullanılmaktadır. Bu durum, aynı zamanda sıklıkla insan ticareti ve göçmen kaçakçılığı suçlarının birbirleriyle karışırılmasına da neden olmaktadır. Bu konu, aşağıda ayrı bir başlık altında ele alınacağından, burada yalnızca suç tipinin

¹²² **ZHANG Sheldon X. – PINEDA Samuel L.:** Corruption as A Casual Factor in Human Trafficking, Organized Crime – Culture, Markets and Policies, Editors: Dana Siegel- Hans Helen, Studies of Organized Crime, New York 2008, s. 42. Özellikle kadın ve çocukların cinsel istismar amaçlı ticareti konusunda Avrupa düzeyinde yapılmış olan araştırmaları inceleyen bir çalışmada terim konusunda bir uzlaşmanın bulunmamasının sıkıntı yarattığı belirtilerek, birbirlerinin yerine kullanılan kavramlara örnek olarak; "yasadışı göçmen kaçakçılığı", "insan ticareti", "yabancı kaçakçılığı", "yabancı ticareti" sayılmaktadır.

¹²³ **KOCASAKAL Ümit:** "İnsan Ticareti Suçu", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ocak 2003, S.2 s. 40. **DEMİRBAŞ Timur:** Kriminoloji, Ankara 2005, s. 250.

özellikleri göz önünde bulundurularak, "insan kaçakçılığı" ve "insan ticareti" ifadelerinden hangisinin tercih edileceği sorunu üzerinde durulacaktır.

Özellikle insan ticaretine ilişkin uluslararası ve bölgesel metinlerde genellikle kullanılan dillerin ağırlıklı olarak İngilizce ve Fransızca olması nedeniyle, İngilizce "trafficking in persons" veya "trafficking in human beings"¹²⁴ ve Fransızca "le trafic d'êtres humains" tabirlerinin kullanımının, bu ikili terminoloji bakımından etkili olduğunu belirtmek gerekir.

İnsan Ticaretine İlişkin BM Ek Protokolünün özgün İngilizce metninde 3. maddedeki tanımda yer alan "trafficking in persons" ifadesinin karşılığı olarak Ek Protokol'ün resmi çevirisinde "insan ticareti" kullanılmıştır. Gerçekten İngilizcedeki bu ifade veya bunun yerine kullanılan "human trafficking", insan ticaretini ifade etmek üzere kullanılan terimler olduklarından, bu çevirinin yerinde olduğu belirtilmelidir.

"Traffic" veya "trafficking" terimleri ise tek başına kullanıldıklarında, Türkçeye, "yolculuk yapmak, gidiş-geliş, ticaret" olarak, "trafficker" sözcüğü ise "kaçakçı" olarak tercüme edilmektedir.¹²⁵ Bu durum, bazen "human trafficking" kavramının, Türkçeye insan ticareti yerine yanlış bir biçimde insan kaçakçılığı şeklinde tercüme edilmesine neden olabilmektedir. Söz konusu terim, genellikle belirli bir "hareketliliği" içeren bir anlama sahiptir.¹²⁶ Hatta, bu nedenle "esaret" veya "kölelik" (enslavement) sözcüğünde daha doğru ifadesini bulacak olan suçun, mağdurları "hareket ettirme" (transaction) yönüne vurgu yapan bir kavramla anılmasının yanıltıcı nitelikte olduğu belirtilerek, suçun

¹²⁴ Nitekim diğer pek çok örneğin yanında; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin, "Cinsel İstismar Amacıyla İnsan Ticaretine Karşı Eylem Hakkında" R(2000)11 sayılı Tavsiye Kararı, İnsan Ticaretine Karşı Eyleme İlişkin 2005 tarihli Avrupa Konseyi Sözleşmesi ve 7 Aralık 2000 tarihli Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın "Köleliğin ve zorla çalıştırmanın yasaklanması" başlıklı 5. maddesinin üçüncü paragrafı belirtilebilir.

¹²⁵ İNGİLİZCE-TÜRKÇE REDHOUSE SÖZLÜĞÜ, İstanbul, 1995, s. 1039.

¹²⁶ "Traffic" sözcüğünün, çeşitli alanlarda "alım-satım", "ticaret", "iletişim", "anlaşma", "değiş-tokuş", "ilişki" gibi sözcüklerin yanında; "gidip-gelme", "taşımacılık", "nakil", "ulaşım" sözcükleri ile eşanlamlı olarak kullanıldığı görülmektedir (COLINS CONCISE DICTIONARY AND THESAURUS, The Authority on Current English, HarperCollins Publishers, 1991, s. 767).

karşılığı olarak İngilizcede "trafficking in persons" teriminin kullanılması eleştirilmiştir.¹²⁷

Ceza hukuku yönünden suçun konusu, "bir ticari eşya durumuna indirgenen insan"dır. Suç daima, insan taciri, müşteri ve mağdur arasında üçlü bir ilişkiyi içerir.¹²⁸ Tacir, mağduru, onu sindirecek ve etkisiz hale getirecek vasıtalardan yararlanarak tedarik etmekle, teslim almakla, bir yerden başka bir yere götürmekle, devretmekle veya barındırmakla¹²⁹, istismar edilmesi amacıyla ticaretin konusu haline getirir. Böylece, müşteri, mağdurun istismar konusu hizmetlerinden yararlanabilecektir. Bu bakımdan insan tacirinin, mağdur ile müşteri arasında bir aracı olarak hareket ettiği, insan ticaretinin ise yalnızca bir "aracılık faaliyetini" ifade ettiği belirtilmelidir.¹³⁰

"Kaçakçı", sözlükte, "yasadışı yollarla yurda mal sokan veya yurttan mal çıkaran Kimse" olarak tarif edilmekte ve bu kişinin yaptığı işe "kaçakçılık" adı verilmektedir.¹³¹

Bu durumda, "insan kaçakçılığı", konusu bir "insan" olan kaçakçılığı ifade edecektir. Diğer bir deyişle, insanların yasadışı yollarla ülkeye sokulması veya ülkeden çıkarılması, insan kaçakçılığı olarak adlandırılmak gerekir. Oysa kişileri sınırlardan yasadışı olarak geçiren veya bunu kolaylaştıran kişiler birer aracı olarak hareket etmemektedir. Kaldı ki, bu fiilleri ifade etmek için kullanılan kavram daha ziyade göçmen kaçakçılığıdır.¹³²

¹²⁷ GLOBAL REPORT ON TRAFFICKING IN PERSONS, (Raporun İngilizce metni için bkz. http://www.unodc.org/documents/Global_Report_on_TIP/.) Erişim Tarihi 14.11.2013.

¹²⁸ **KOCASAKAL**, a.g.e, s. 42.

¹²⁹ Tek başlarına bir anlam ifade etmeyen, bireylere ait herhangi bir değere saldırı teşkil etmeyen, hatta göçle ilgili bir takım kuralların ihlali dışında cezai düzenlemeye dahi konu olmayacak nitelikteki bu hareketler, ancak istismar maksadına yöneldikleri anda insan ticaretiyle bağlantılı hale gelmekte, bu çerçevede anlam kazanmaktadırlar (Report of the Experts Group on Trafficking in Human Beings, European Commission- Directorate-General Justice, Freedom and Security, s.52. (http://ec.europa.eu/home-affairs/doc_centre/crime/crime_human_trafficking_en.htm) Erişim Tarihi 14.02.2013. (Bundan böyle "Report of the Experts Group on THB" olarak anılacaktır.).

¹³⁰ **KOCASAKAL**,a.g.e, s. 42.

¹³¹ **PÜSKÜLLÜOĞLU Ali**: Türkçe Sözlük, İstanbul 2007, s. 968. **YILMAZ Ejder**: Hukuk Sözlüğü, Ankara 2002, s. 614.

¹³² TCK'nın 79. maddesinde göçmen kaçakçılığı suçu; Doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollardan; bir yabancıyı ülkeye sokmak veya ülkede kalmasına imkan sağlamak; bir Türk vatandaşı veya yabancıyı yurt dışına çıkmasına imkan

Bu nedenle insan kaçakçılığı teriminin tercih edilmesi, hem kavramın göçmen kaçakçılığıyla karıştırılmasına neden olacak hem de suç tipini tam anlamıyla karşılamak bakımından yetersiz kalacaktır. Bunun yanında öğretide, eylemin cezalandırılmasındaki asıl nedenin, "insanın alçaltılması, kişiliğinin yok sayılması ve onun bir eşya gibi yağmanın konusu haline getirilmesi" olduğu gerekçesiyle, suçu ifade etmek üzere "insan yağması" (sömürüsü) kavramının da kullanıldığı görülmektedir.¹³³

Sömürü, söz konusu faaliyetin yalnızca maksat unsuruna işaret eden, diğer özelliklerini dışarıda bırakan bir kavram olduğundan, bu suç tipini "insan sömürüsü" ya da "insan yağması" olarak adlandırmak yerinde bir tercih olmayacaktır. Kaldı ki, zor kullanılarak ele geçirilen malın alınıp kaçılması, talan anlamına gelen "yağma", insanın istismar edilmesini ifade etmek bakımından da doğru bir tabir değildir. Bu suçun mağduru, her ne kadar bir "eşya" muamelesi görmekteyse burada gerçek anlamda bir insanın "yağmalanması"nın söz konusu olamayacağı açıktır.

Ticaret, kazanç amacıyla yürütülen alım satım etkinliğini ifade eder.¹³⁴ İnsan ticareti ise, sözlükte "insanın mal gibi alınıp satılması"¹³⁵, "kişinin, isteği (iradesi) ile olsa bile, başkasının onu mal gibi sahiplenmesi olan bir anlayış ve uygulama düşüncesi"¹³⁶ olarak tarif edilmektedir. Bu tanımlarda da ortaya konulduğu gibi, asıl belirleyici olan, insanın, devredilebilen bir eşya ya da mal gibi muamele görmesidir. Suçtaki en önemli

sağlamak" olarak tarif edilmiştir. Ayrıca, 30.01.2003 tarihli ve 4803 sayılı Kanunla onaylanan, Sınırşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesine Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol'ün 3. maddesinin (a) bendinde, göçmen kaçakçılığının tanımı; "doğrudan veya dolaylı olarak, mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek için, bir kişinin vatandaşlığını taşımadığı veya daimi ikametgah sahibi olmadığı bir Taraf Devlete yasadışı girişinin temini" biçiminde yapılmaktadır (18.03.2003 tarihli ve 25052 sayılı Resmi Gazete) (Bundan böyle "Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol" olarak anılacaktır). Bununla birlikte, "göçmen kaçakçılığı" suçunun konusunu oluşturan insanların, her zaman gittikleri ülkeye "yerleşmek amacı" olmadığından, "göçmen" teriminin yerinde olmadığı belirtilerek, "insan kaçakçılığı" kavramının, bu suçu daha doğru ifade edeceği yönünde bir görüş bulunduğu da belirtilmelidir (**DOĞAN Koray**: Göçmen Kaçakçılığı Suçu, Ankara 2008, s. 24. Aksi görüş için bkz. **ARSLAN Çetin**: "İnsan Ticareti Suçu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004, C.53, S.4, s. 21).

¹³³ **KOCA Mahmut**: "İnsan Yağması (Sömürüsü) Suçu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003, C.53, S.2 s. 142.

¹³⁴ **PÜSKÜLLÜOĞLU**, a.g.e, s. 1707.

¹³⁵ **ŞAFAK Ali**: Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, Ankara 2002, s. 219.

¹³⁶ **ŞENER Esat**: Hukuk Sözlüğü, Ankara 2001, s. 358.

özelliğ de, insanın adeta bir meta olarak değerlendirilerek bir ticari ilişkinin konusu haline getirilmesi olduğuna göre, "insan ticareti" teriminin bu özelliği ifade etmesi bakımından çok daha yerinde olduğunu düşünmekteyiz.¹³⁷ Nitekim 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun (TCK) 80. maddesinin başlığında da bu terim tercih edilmiştir.

3. İnsan Ticareti ve Göçmen Kaçakçılığı

Sınıraşan özelliği bulunan iki suç tipi olarak insan ticareti ve göçmen kaçakçılığı sıklıkla birbirine karıştırılan iki suç tipidir.¹³⁸ Yukarıda belirttiğimiz üzere, her iki faaliyeti ifade etmek üzere "insan kaçakçılığı" teriminin kullanılmasının, bunda önemli bir etkisi vardır. Bir başka etken ise, insan ticareti ve göçmen kaçakçılığının çoğu zaman birlikte ortaya çıkmasıdır.

Gerçekten de bir ülkeye yasadışı yollarla giren ve bu koşullarda yaşamını sürdüren ve çalışan kişiler, yasadışı konumları nedeniyle genellikle diğer insanlara kıyasla istismara daha yatkın bir durumdadır ve insan ticareti mağduru haline gelmeleri daha kolaydır.¹³⁹ Bu iki kavramın birbiriyle karıştırılmasına neden olan bir diğer sorun, sınıraşan hareket esnasında kaçak bir göçmenin mi yoksa bir insan ticareti mağdurunun mu söz konusu olduğunun pek çok durumda belirsiz olabilmesidir. Nitekim insan ticareti suçunda da mağdurların, yasadışı yollarla bir ülkeden diğerine nakil veya sevki söz konusu olabilmektedir. Bazı hallerde ne sınır görevlileri ne de mağdurlar, taşımanın asıl maksadını ya da kişilerin sonunda kendilerini hangi koşullar altında bulacaklarını bilememektedirler.

¹³⁷ Aynı yönde bkz. **KOCASAKAL**, a.g.e, s. 40. **YENİDÜNYA Ahmet Caner**: İnsan Ticareti Suçu, Ankara 2007, s. 6.

¹³⁸ **KOCASAKAL**, a.g.e, s. 40. **YENİDÜNYA**, a.g.e, s. 58. **ARSLAN**, a.g.e, s. 21.

¹³⁹ **LA POLİTİQUE BELGE EN MATIÈRE DE TRAİTE DES ÈTRES HUMAİNS**. Etat Des Lieux, Çev. İrej Tebrizi, İnsan Ticareti Konusunda Belçika Antlaşması Politikası, Fununi Muaser Yayınları, Tahran 2010. s. 22-23.

Gerçekten de özellikle insan ticareti suçunda istismar maksadı oldukça zor tespit edilebilmekte, hatta çoğu zaman ancak mağdurun istismar koşullarına tabi tutulmasıyla birlikte bu maksat kesin biçimde ortaya çıkabilmektedir. Bu iki faaliyet, bazı hallerde iç içe geçebilir veya birbirini takip edebilirse de esasında iki farklı şeyi ifade etmektedir. Farklı özelliklere sahip bu fiillerin, suç haline getirilmelerinde ve cezalandırılmalarındaki amaçların da farklı olması nedeniyle iki kavramı birbirinden ayırmak önemlidir. Bu nedenle, aşağıda önce bu iki suç türünün ortak veya benzer özelliklerine değinilecek ve daha sonra bunları birbirinden ayıran yönler ortaya konulacaktır.

a. Ortak Yönler

Her iki faaliyet, ortaya çıkış nedenleri, konuları ve işleniş biçimleri itibariyle bir takım benzerlikler taşımaktadır. İlk olarak, göçmen kaçakçılığının da insan ticaretinin de konuları "insan"dır. Göçmen kaçakçılığında, "yabancılar" suçun konusunu oluştururken; insan ticaretinde de genellikle kişilerin, yaşadıkları ülkelerden başka yerlerde istismar edilmeleri hedeflendiğinden, mağdurların, ağırlıklı olarak yabancılardan oluştuğu görülmektedir. İnsan ticareti suçunun işlenmesindeki maksatların, mağdurların çeşitli biçimlerde sömürülmesi olduğunu belirtmiştik. Bunlar; İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokol'de; başkasının fuhşunun istismarı veya cinsel istismarın diğer biçimleri, zorla çalıştırma veya hizmet ettirme, kölelik veya köleliğe benzer uygulamalar ve organların alınması olarak belirtilmiştir.¹⁴⁰

Göçmen kaçakçılığında yabancılar sınırı geçmek için fahiş bedeller ödemektedirler. Bu noktada da göçmen kaçakçılar yabancıları maddi açıdan

¹⁴⁰ DOĞAN,a.g.e, s. 26. YENİDÜNYA Ahmet Caner - ALSAHİN Mehmet Emin: "Göçmen Kaçakçılığı Suçu, TBB Dergisi, 2009, S.82, s. 35.

sömürmektedirler. Bu nedenle, insan ticaretinde daha dolaylı olmakla birlikte, her iki suçta da, kişilerin, maddi çıkar elde etmek amacıyla sömürülmeleri söz konusudur.¹⁴¹

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

Göçmen kaçakçılığı suçunda da daima bir nakil veya sevk bulunmaktadır.¹⁴² Göçmen kaçakçılığı suçunda sınırların geçilmesi bakımından, suç her zaman sınıraşan niteliğe sahiptir. İnsan ticareti suçunda ise bu özelliğin çoğunlukla bulunduğu görülmektedir. Ancak bu suçun, bir ülkenin sınırları aşılmaksızın da işlenebilmesi mümkündür.

Gerek insan ticareti, gerekse göçmen kaçakçılığı, yüksek kazanç getiren faaliyetler olmaları nedeniyle organize suç örgütlerinin ilgilendiği iki alanı oluşturmaktadır.¹⁴³ İki suçun; insanlara ait bir takım değerleri ihlal etmeleri noktasında da örtüştüğü görülmektedir. Yukarıda belirttiğimiz üzere, insan ticareti, kişilerin birer ticari eşya gibi muamele görmeleri ve istismara konu edilmeleri nedeniyle öncelikle insan onurunun dokunulmazlığı ilkesinin ağır bir şekilde ihlal edilmesine neden olur. Bunun yanında, hem fiziksel olarak hem de iradeye yönelik engellemelerle kişinin hareket özgürlüğünü kısıtlayan veya ortadan kaldıran uygulamaları içerir. Aynı zamanda suçun işlenme biçimleri ve istismar maksatları göz önüne alındığında kişinin beden bütünlüğüne, sağlığına ve yaşamına zarar verecek bir nitelik taşıyabilmektedir.

¹⁴¹ **KOCASAKAL**,a.g.e, s. 40. **ARSLAN**,a.g.e, s. 24-25. **YENİDÜNYA**,a.g.e, s. 58-59.

¹⁴² **YENİDÜNYA**, a.g.e,s. 59. **KOCASAKAL**,a.g.e, s. 40.

¹⁴³ "Organized Crime Involvement in Trafficking in Persons and Smuggling of Migrants", Issue Paper, UNODC, http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Final_Report_s34.pdf, s.34. Erişim Tarihi 14.11.2013. **KOCASAKAL**, a.g.e,s. 40. **ARSLAN**,a.g.e, s. 26. **YENİDÜNYA**,a.g.e, s. 59.

Göçmen kaçakçılığı da kişilerin sınırların ötesine geçirilmesi için pek çok halde, insan gibi muamele görme hakkının hiçe sayıldığı, güvenlikten yoksun, sağlığa ve yaşama aykırı koşullarda taşınmaları suretiyle temel insan haklarını ihlal edecek şekilde işlenmektedir.

Yolculuğun belli bir aşamasından sonra, göçmenin içinde bulunduğu tehlikeli ve insanlık dışı koşullara son verme iktidarı genellikle bulunmamaktadır. Bu yüzden, söz konusu suç, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu da doğurabilmektedir. Gerek insan ticareti, gerekse göçmen kaçakçılığı, "göç" sorunu ile yakından ilgilidir. Her iki suçun ortaya çıkış nedenleri arasında ekonomik, sosyolojik veya siyasa nedenlerle gerçekleşen büyük nüfus akınları ve özellikle gelişmiş ülkelerin göçle ilgili katı politikaları önemli bir etkiye sahiptir. Bunun yanında, her iki suçun işlenmesiyle, ilgili ülkelere, çoğu zaman yasadışı konumdaki yabancıların dahil olması söz konusudur. Böylece, bu ülkelerin ekonomileri ve kamu düzenleri "yasadışı göç" neticesinde ortaya çıkan kaçak çalışma, işsizlik gibi sorunlardan ve diğer yasadışı faaliyetlerdeki artıştan olumsuz yönde etkilenmektedir. Yine iki suçun da sınıraşan niteliğinin olması ve örgütlü suçluluğu besleyen alanlar olmaları, bunları uluslararası toplum açısından da birer tehdit haline getirmektedir.¹⁴⁴

b. Farklı Yönler

İki suç tipi arasındaki en önemli fark, suça konu olan kişilerin iradi olarak hareket edip etmemeleri yönündendir. Göçmen kaçakçılığında, harekete geçirici etken, göçmenin yabancı bir ülkeye gitme isteğidir. Bunun kolaylaştırılması için maddi menfaat karşılığında bir başkasının yardımından yararlanan göçmenin, ekonomik sıkıntılardan, siyasi, ailevi, sosyal vb. birçok koşuldaki etkilenmiş olsa bile yine de serbest bir iradesi

¹⁴⁴ DOĞAN Koray, a.g.e, s. 101.

söz konusudur.¹⁴⁵ Oysa, insan ticaretinde, mağdurun, ticarete konu olmak yönünden hiçbir isteğinden söz edilemeyeceği gibi, fiile karşı koymak iktidarının da engellenmesi amacıyla iradesinin bir takım araçlardan yararlanmak suretiyle sakatlandığı görülmektedir. İnsan ticareti suçunda, güç kullanma, tehdit, kandırma, çaresizliğin kötüye kullanılması vb. araçlardan herhangi birinin veya birden fazlasının süreç boyunca veya sürecin herhangi bir aşamasında istismar maksadıyla uygulanmasına karşılık, göçmen kaçakçılığında bunlardan hiçbirine başvurulmadığından, göçmenin iradesi sakatlanmamıştır.¹⁴⁶

Göçmen kaçakçılığı da, kişilerin sınırların ötesine geçirilmesi için pek çok halde, insan gibi muamele görme hakkının hiçe sayıldığı, güvenlikten yoksun, sağlığa ve yaşama aykırı koşullarda taşınmaları suretiyle temel insan haklarını ihlal edecek şekilde işlenmektedir.

Göçmen kaçakçılığında, bir ülkeden diğerine yasal olmayan bir takım yollarla geçilmesi söz konusudur. Bu yasadışı unsur, ülkeye giriş ve ülkeden çıkış ile ilgili ulusal ve uluslararası mevzuat uyarınca belirlenmektedir. Sınırların bu amaçla belirlenmiş olan yerlerin dışında kaçak olarak geçilmesi, yasadışı yollarla elde edilmiş veya sahte seyahat belgeleri ile geçişin yapılması bu kapsamda değerlendirilecektir. Oysa insan ticareti, sınıraşan şekilde işlendiği zaman bir ülkeye giriş veya bir ülkeden çıkışın tamamen yasaya uygun şekilde yapılması mümkündür.¹⁴⁷

¹⁴⁵ **KOCASAKAL**, a.g.e, s. 40.

¹⁴⁶ İnsan Ticaretine Karşı Eyleme İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi Hakkında Açıklayıcı Rapor, par. 77. Buna karşılık, göçmen kaçakçılığında da çeşitli nedenlerle “sağlıklı” veya çoğu zaman özellikle yolculuğun koşulları hakkında “tamamen aydınlatılmış” bir rızadan bahsedilemeyeceği ileri sürülebilir. Bu suçta, belki göçmene yapacağı yolculuğun ayrıntıları hakkında yeterince bilgi verilmemekte veya bazı hususlar gizlenmekte olabilir, ancak göçmen yine de eylem hakkında fikir sahibidir, yani belirli bir yöntemle sınırın geçileceğini ve bu girişimin belirli oranda risk içerdiğini bilmektedir. Oysa insan ticareti, mağdurun, gerçekler hakkında tamamen yanıltıldığı, başlarına geleceklerden habersiz bir şekilde kandırıldığı veya tehdit, cebir, şiddet uygulanarak rızası hilafına hareket etmeye zorlandığı koşulları içermektedir. Bu nedenle göçmenin, nispeten özgür bir iradeye dayalı rıza ile hareket ettiğini belirtmek gerekir.

¹⁴⁷ **KARİMİ**, a.g.e, s. 54.

Nitekim birçok halde, yasal yollarla bir yabancı ülkeye gelen kişilerin belgelerinin ellerinden alınarak, savunmasız ve bağımlı durumlarından yararlanması suretiyle insan ticareti mağduru haline getirildiklerine rastlanmaktadır.¹⁴⁸ Şu halde birden çok ülke sözü konusu olduğunda sınırlardan yasadışı geçiş, göçmen kaçakçılığının doğal ve zorunlu bir unsuru olmasına karşılık, insan ticaretinde böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Ayrıca, insan ticareti suçunun, göçmen kaçakçılığından farklı olarak mutlaka sınıraşan bir nitelikte işlenmesi de gerekmemektedir. Bu suç, tek bir ülkenin ulusal sınırları içinde de işlenebilir. Sınıraşan nitelikte işlenen insan ticareti, kişilerin kaynak ülkelerde tedarik edilmelerini, geçilen ülkeler üzerinden nakledilmelerini ve hedef ülkelerde sömürülmelerini içeren bir "süreç" olarak gerçekleşir.¹⁴⁹ Bu aşamaların gerçekleşmesi, tacir ile mağdur arasındaki ilişkinin belirli bir süre devam etmesini gerektirir.

Göçmen kaçakçılığında ise göçmenin hedeflenen yere ulaşmasıyla, kaçakçı ile aralarındaki anlaşma yerine getirilmiş olduğundan ilişkileri sona erer ve bu andan itibaren göçmen, kaçakçının ilgi alanının dışında kalır.¹⁵⁰ Bundan başka, göçmen kaçakçılığında amaç, sınırların yasadışı geçişi ve bundan maddi kazanç sağlanması iken; insan ticaretinde, ticarete konu edilen kişinin çeşitli şekillerde istismarı amaçlanır. Bununla birlikte "maddi kazanç amacının" iki suçu birbirinden ayırdığını söylemek yerinde olmayacaktır. İnsan tacirleri ve göçmen kaçakçılarının maksatları arasında birbirinden çok da farklı değildir.

Göçmen kaçakçılığında, doğrudan veya dolaylı olarak maddi çıkar elde edilmesi maksadı oldukça açıktır. Buna karşılık, insan ticaretindeki "istismar" maksadında, maddi çıkar elde etme biçimindeki nihai amaç gizlidir. Nitekim kişinin fuhşunun istismarı, diğer

¹⁴⁸ **CARMEN Galiana:** Trafficking in women, Working paper, European Parliament Directorate-General for Research, Civil Liberties Series, Libre 109 En, Brussels 2000, s. 46.

¹⁴⁹ **HUMAN TRAFFICKING: An Overview,** United Nations Office on Drugs and Crime, UN Global Initiative to Fight Human Trafficking, New York, 2008, s. 1. Sınıraşan nitelikte işlenmediği hallerde ise, bütün bu aşamalar, tek bir ülkenin sınırları içerisinde gerçekleşmektedir.

¹⁵⁰ **KARİMİ,** a.g.e, s. 55.

cinsel istismar biçimleri, zorla çalıştırılması vb. haller, kişi üzerinden haksız kazanç elde edilmesini ifade etmektedir. Ayrıca, insan ticaretinin bir "aracılık faaliyeti" olduğu hatırlanacak olursa, daha istismar aşamasına gelmeden; tedarik etmek, devretmek, nakletmek gibi hareketlerle mağdurun ticaretin konusu haline getirilmesine aracılık edenler, hizmetlerinin karşılığında maddi kazanç sağlamaktadırlar.

Sonuç olarak her iki suçta da "maddi çıkar sağlama" amacının bulunduğunu, belirtmek daha doğru olacaktır. Bununla birlikte, yukarıda ifade ettiğimiz üzere, insan ticaretinin bir aracılık faaliyeti olması nedeniyle; insan taciri, müşteri ve mağdur arasında üçlü bir ilişki söz konusu iken, göçmen kaçakçılığında göçmen ve kaçakçı arasında ikili bir ilişki bulunmaktadır. İki suçun ortak ve benzer yönlerini belirtirken, yukarıda, her ikisinin de benzer değerleri ve menfaatleri ihlale yöneldiğini ifade etmiştik. Aynı konuda, iki suç tipi arasında bazı ayırıcı özelliklerin de bulunduğu belirtilmelidir.

Göçmen kaçakçılığında, sınır güvenliği ve yasadışı göç nedeniyle devletlerin egemenlik yetkileri ve kamu düzeni gibi menfaatlerinin korunması, göçmenlere ait haklara nazaran daha ön planda iken; insan ticaretinde, kişilerin temel haklarının korunması ilk sırayı almaktadır. Bu bakımdan, insan ticaretinde suçun konusu olan "insan" aynı zamanda mağdur olarak kabul edilirken, göçmen kaçakçılığı suçunda göçmenlere mağdur statüsünün tanınması konusunda bir uzlaşma sağlanabilmiş değildir.¹⁵¹

Göçmen kaçakçılığı suçunda devlete ait menfaatlerin daha ağırlıklı bir koruma konusu olduğu kabul edilse dahi, bu durum bireyler olarak çok çeşitli biçimlerde zarar gören göçmenlerin de mağdur Kabul edilmelerine bir engel teşkil etmez.¹⁵²

¹⁵¹ Bu konudaki görüşler için Üçüncü Bölümde, Göçmen Kaçakçılığı başlığı altındaki açıklamalara bakılmalıdır.

¹⁵² Bu konuyla ilgili görüşümüz ve gerekçeleri için de, Göçmen Kaçakçılığı başlığı altındaki açıklamalara bakılmalıdır.

G. Kaynak Ülke, Geçilen Ülke ve Hedef Ülke Kavramları

İnsan ticareti suçu sınıraşan nitelikte işlendiğinde, mağdurların temin edilmesini, çeşitli araçlar ve yöntemlerle hakimiyet altına alınmasını ve istismar konusu haline getirilmesini kapsayan süreç, birden fazla ülkeyi içerir. Bu durumda, genellikle suçun, bir ülkede başlayıp bir başka ülkede devam ettiği ve bir üçüncü ya da dördüncü ülkede tamamlandığı görülmektedir. Faaliyetin karmaşıklığı, yöneldiği sektör veya sektörler, failerin sayısı ve örgütlü olarak hareket edip etmemeleri gibi özelliklere göre, suçun işlenme biçimleri ve izlenecek rota her somut olay bakımından değişiklik gösterecektir. Ancak, çoğu insan ticareti fiilinin aynı izlekte gerçekleştiği ve kişilerin bir ülkede tedarik edildikten sonra başka bir takım ülkeler üzerinden taşındıkları ve varış ülkesinde istismar edildikleri görülmektedir.¹⁵³

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

En azından mağdurlarla ilk bağlantının kurulduğu ve temin edildikleri ülkeler, istismar maksadının gerçekleştirileceği hedefe doğru yapılan yolculukta üzerinden geçilen noktalar ve istismarın gerçekleşeceği ülke bakımından bir takım özelliklerin tespit edilmesi mümkün olmaktadır. Böylece, insan ticareti suçunda, ülkelerin konumlarına göre "kaynak ülke" ya da "çıkış ülkesi", "transit ülke" ya da "geçilen ülke" ve "hedef ülke" ya da "varış ülkesi" biçimindeki kavramlar ortaya çıkmaktadır.¹⁵⁴

¹⁵³ Trafficking in Persons: Global Patterns, United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC),2009, s. 57 (Raporun İngilizce metni için bkz. <http://www.unodc.org/documents/human-trafficking>). Erişim Tarihi 14.11.2013

¹⁵⁴ Sınıraşan nitelikteki suçlara özgü bir terminolojiye ait olan bu kavramlar, yine bu özelliği taşıyan göçmen kaçakçılığı suçu bakımından da kullanılmaktadır.

Bu ülkelerle ilgili eğilimlerin belirlenmesi; insan ticaretinin, nedenleri, boyutları, kullanılan yöntemler gibi suçla ilgili kriminolojik özellikler de dahil birçok yönden anlaşılmasına yardımcı olacak, deyim yerindeyse suçla ilgili şifrelerin çözülmesini sağlayacaktır. Bu kapsamda, öncelikle bu suçtan etkilenen ülkelerin neye göre ve hangi kavramlar altında gruplandırılacağı belirlenmesi gereklidir. Buraya kadarki açıklamalarımızdan anlaşılacağı üzere, ülkeleri insan ticareti suçundaki konumlarına göre üç gruba ayırmak mümkündür: Kaynak ülkeler, transit ülkeler ve hedef ülkeler. Bu gruplandırmada en önemli ölçüt suçu oluşturan "hareketler" olmakla birlikte, bunun tek başına belirleyici olmadığı belirtilmelidir. Örneğin, kaynak ülkelerin belirlenmesinde mağdurun vatandaşlığı önemli olabilmekte; hedef ülkeler yönünden ise, failer ve mağdurlar daha bu ülkelere varmadan ele geçirilebildiklerinden, bazı hallerde, ortaya konulduğu ölçüde, yalnızca maksada bakılarak bir değerlendirme yapılması gerekebilmektedir. Kaynak ülkeler, genellikle ekonomik, sosyal veya siyasi yönden o ülkede yaşayan bireylerin yaşamlarını olumsuz yönde etkileyecek koşulları barındıran ülkeler olmakta ve insan ticaretinin "arz" yönünü oluşturmaktadır.

İnsan tacirlerinin, bu ülkelerde yaşayan kişileri, sahte iş vaatleri, sözde evlilik teklifleri gibi türlü yöntemlerle tedarik ederek yolculuğu başlatan taraf olmalarına daha sık rastlanmaktaysa da; kaynak ülkelerde yaşayan kişilerin, iş bulmak ya da yaşamlarındaki olumsuz koşullardan kurtulmak gibi amaçlarla yabancı ülkelere gitmek üzere yola çıkarak, sınırları geçmelerini kolaylaştıran insan tacirlerinin eline düşmeleri veya gittikleri ülkelerde yasadışı durumları ya da diğer nedenlerle savunmasız olmaları nedeniyle insan ticareti mağduru haline gelmeleri de mümkün olmaktadır. Dolayısıyla, tacirlerin mağdurlarla ilk bağlantıyı kurdukları, onları temin ettikleri ve yolculuğun başladığı yerden daha fazlasını ifade eden kaynak ülkenin, insan ticareti mağdurlarının

tacirlerin eline düşmeden önce yaşadığı veya vatandaşı olduğu ülke olarak tanımlanması daha doğrudur.¹⁵⁵

Bu kavramın tercih edilmesinde belirleyici olan, ticaretin "kaynağı" olan kişilerin bulunduğu ülkelerin kastedilmesidir. Bu nedenle, belki "kaynak ülke" biçimindeki ifade yerine, Türkçe bakımından daha doğru olan "çıkış ülkesi" tercih edilebilirse de, bu kavram, suçun mağduru olarak "insan" kaynağını sağlayan ülkelerin konumlarını tam anlamıyla ifade etmek bakımından yeterli olmayacaktır.

İnsan ticaretini oluşturan hareketler arasında kaynak ülkelerle doğrudan bağlantılı olanı, mağdurların veya olası mağdurların "tedarik edilmesi" olmaktadır.¹⁵⁶ Transit ülke veya geçilen ülke, bir mağdurun, kaynak ülkeden, tacirler tarafından belirlenmiş olan hedef ülkeye götürüldüğü yol üzerinde bulunan ve yasal veya yasadışı yollardan sınırlarının geçildiği ülkedir.¹⁵⁷

Genel kabul gören "transit ülke" teriminin, aynı anlamı verecek şekilde Türkçede "geçilen ülke" olarak ifade edilmesi daha uygun olacağından, bundan sonraki açıklamalarımızda bu kavram tercih edilecektir. Bir yol üzerinde birden fazla geçilen ülke olması mümkündür. Ayrıca; tacirlerin, her zaman en kısa yolu ya da coğrafi koşullara göre en uygun güzergahı tercih etmedikleri, belirli bir kaynak ülke ile belirlenen hedef ülke arasında çok farklı alternatif yolların bulunabileceği belirtilmelidir.¹⁵⁸ Genellikle geçiş ülkelerinin topraklarında istismar biçimlerinin gerçekleşmesi söz konusu olmazsa

¹⁵⁵ **BOLAT Gürbüz:** Dünyada ve Türkiye’de İnsan Ticareti, yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, Güvenlik Stratejileri ve Yönetimi Ana Bilim Dalı, Ankara 2005, s. 43.

¹⁵⁶ GLOBAL REPORT ON TRAFFICKING IN PERSONS: s. 58.

¹⁵⁷ TÜRK HUKUKUNDA İNSAN TİCARETİ SUÇU EL KİTABI, “Türkiye’nin İnsan Ticareti ile Mücadele Çabalarının ve Tüm İnsan Ticareti Mağdurlarının Adalete Erişimlerinin Desteklenmesi” - AB Hibe Projesi, s. 19 (Bundan böyle “İnsan Ticareti Suçu El Kitabı” olarak anılacaktır) GLOBAL REPORT ON TRAFFICKING IN PERSONS: s. 60. **BOLAT**,a.g.e, s. 43.

¹⁵⁸ GLOBAL REPORT ON TRAFFICKING IN PERSONS: s. 60.

da, kimi zaman hedef ülkeye henüz varılmadan, mağdurların çeşitli sebeplerle istismara maruz kalmaları mümkündür.¹⁵⁹

Hedef ülke bakımından belirleyici olan hareket ise, insan ticareti suçunun yöneldiği maksadı oluşturan, "istismar" olmaktadır. Tacirler tarafından kararlaştırılan hedef ülkeler, insan ticareti mağduru kişilerin götürüldükleri son duraktır. Burada, mağdurlar; ya kendilerini istismar edecek kişilere satılarak, devredilerek, teslim edilerek ya da tacirlerin kendileri tarafından istismar edilmek, kullanılmak üzere barındırılarak ticaretin konusu haline getirilmektedir. Buna göre, hedef ülkeyi; insan ticaretinde bir kişinin istismara konu edilmek üzere götürülmesinin hedeflendiği, insan tacirleri tarafından belirlenen varış ülkesi olarak tarif etmek mümkündür. Bütün ülkelerin, insan ticareti suçundan ağırlıklı olarak etkilenme biçimlerine göre bu gruplardan biri içinde konumlandırılmaları mümkündür. Ancak, insan ticareti akımları dünya üzerinde tek bir yönde ve düzeyde ilerlememektedir ve izlenen rota, coğrafi özellikler ve istismar maksadı gibi nedenlere bağlı olarak ülkelerin karşılıklı rolleri değişebilmektedir.

Bu nedenle, bir ülkenin aynı anda hem kaynak, hem geçilen hem de hedef ülke olabilmesi mümkündür.¹⁶⁰ Örneğin, Asya bölgesinde yer alan ülkeler, Batı Avrupa bakımından genellikle kaynak ülke özelliği gösterebilirler de, suçun aynı bölge içinde çeşitli ülkeler arasında işlenmesi durumunda, bazı Asya ülkeleri geçilen ülke, bazıları da hedef ülke konumunda olacaktır.¹⁶¹ Yine bir ülke, faaliyetin yöneldiği istismar maksadına göre, farklı kategoriler içinde konumlandırılabilir.¹⁶² Bu bakımdan, bir ülkenin insan ticareti suçundan kaynak, geçilen veya hedef ülke olarak etkilenmesinde, o ülkenin sosyo-

¹⁵⁹ GLOBAL REPORT ON TRAFFICKING IN PERSONS: s. 20.

¹⁶⁰ BOLAT, a.g.e, s.43.

¹⁶¹ Ülkelerin gruplandırılması konusunda ikinci bölümde, ulusal mevzuatların incelendiği kısımda daha ayrıntılı açıklamalara yer verilecektir.

¹⁶² Örneğin Romanya'nın zorla fuhuş yaptırma maksadıyla hedef ülke olarak konumlandırıldığı hallerde, kaynak ülkeler Moldova ve Kolombiya gibi ülkeler olurken, zorla çalıştırma amacıyla Romanya'ya yönelen insan ticaretinde Demokratik Kongo Cumhuriyeti ve Honduras kaynak ülkeler olarak belirtilmektedir. Trafficking in Persons Report 2010, United States Department of State, Office To Monitor and Combat Trafficking in Persons, s. 277 (Raporun tam metni için bkz. <http://www.state.gov/g/tip/rls/tiprpt/>) Erişim Tarihi 21.5.2013.

ekonomik koşullarının yanında, içinde bulunduğu bölge ve komşuları gibi coğrafi özelliklerin de belirleyici olduğu görülmektedir.¹⁶³

H. Suçun Faili, İstismar Eden ve Müşteri Kavramları

İnsan ticareti, kişilerin çeşitli biçimlerde istismarına yönelik bir faaliyet olduğu için çoğunlukla bir süreç içerisinde gerçekleşmekte, diğer bir ifadeyle zamana yayılabilmektedir.

Bu süreç boyunca suçun çeşitli aşamalarında farklı kişilerce gerçekleştirilen eylemler söz konusu olabilmektedir. Bu aşamaların her birinde yer alan kişileri kapsayacak ortak bir terimde karar kılmanın mümkün olup olmadığının tartışılması gereklidir.

Genel eğilim, suçun maddi unsuruna dahil olan araç veya asıl hareketleri gerçekleştiren; örneğin mağdurları tedarik eden, teslim alan veya mağduru aldatan, ona şiddet uygulayan kişileri suçun faili veya "tacir" kavramı ile ifade etmek yönündedir.¹⁶⁴

Tacir sözlükte, "ticaretle uğraşan kimse, tüccar" anlamlarına gelmektedir.¹⁶⁵ Yukarıda, bu faaliyeti ifade etmek için "insan ticareti" kavramını tercih ettiğimiz göz önüne alındığında, bu ticareti icra eden, bununla meşgul olan kişileri de "tacir" olarak kabul etmek yanlış olmayacaktır. Kaldı ki yukarıda ifade ettiğimiz üzere, suçun maddi unsurunu oluşturan hareketlerin tamamı, mağduru ticaretin konusu haline getirmeye yöneldiğine ve bir aracılık faaliyetini ifade ettiğine göre, "aracı" sıfatıyla bu hareketleri

¹⁶³ BOLAT, a.g.e, s. 43.

¹⁶⁴ KELLY Liz - REGAN Linda: "Stopping Traffic: Exploring The Extent Of And Responses Trafficking In Women For Exploitation In The Uk", Police Research Series, Paper 125, London. <http://www.homeoffice.gov.uk/rds/prgpdfs/125>, s. 17. İngilizcede tacirin karşılığı olarak "trafficker" terimi kullanılmaktadır. "Human trafficking" kavramı içerisinde değerlendirildiğinde terim bu anlama gelmekteyse de, başka suçlarla bağlantılı olarak kullanıldığında anlamı değişebilmektedir. "Drug trafficker" tabiri için "uyuşturucu taciri" yerine daha çok "uyuşturucu kaçakçısı" ifadesinin kullanılması, bu duruma bir örnek teşkil eder.

¹⁶⁵ İLKÖĞRETİM TÜRKÇE ALTIN SÖZLÜK, Altın Kitaplar, İstanbul 2008, s.88

gerçekleştiren kişiye "tacir" denilmesi, fiilin niteliği ile de bağdaşacağından bizce yerindedir. Hedef ülkelerde mağdurları satın alarak, üzerlerinde hakimiyet kuran ve onları zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek veya fuhuş yaptırmak suretiyle istismar eden kişiler bakımından "tacir" sözcüğünün uygun olup olmayacağı ise ayrıca değerlendirilmelidir.

Mağdurların nakledilmesine, barındırılmasına veya tedarik edilmesine dahil olmayan bu kişiler, ancak "maksadın" gerçekleştiği noktada, yani "istismar" aşamasında sürece katılmaktadırlar. Bu aşama "insan ticaretinin" devamı olmakla birlikte, teknik anlamda "ticaret" sona erdikten sonra başlamaktadır. Bu nedenle bu kişiler için "tacir" ifadesinin kullanılması doğru olmayacaktır. Burada en uygun kavramın "istismar eden" olduğunu düşünmekteyiz.¹⁶⁶ Bununla birlikte, bazı hallerde tacir ile istismar eden sıfatlarının aynı kişide birleşmesi mümkündür. Nitekim İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokolün 3. maddesindeki tanımda, sadece "istismar maksadı" denilerek, bu maksadı kimin gerçekleştireceği yönünden bir sınırlama getirilmemiştir.

Bu noktada son olarak "müşteri" kavramından söz etmek gereklidir. Bu terim, genellikle insan ticareti mağdurlarının sunduğu hizmetlerden yararlanan kişileri ifade etmek üzere kullanılmaktadır.¹⁶⁷ Bunlar, mağdur üzerinde belirli bir kontrol yetkisine sahip olmayan, sadece menfaat karşılığı mağdurun hizmetlerinden yararlanan kişileri ifade etmektedir. Diğer bir ifadeyle, müşteriler, insan ticaretinde "talebi" oluşturan kişilerdir. Örneğin, fuhuş yaptırmak suretiyle istismar edilen mağdura cinsel ilişki karşılığı para ödeyen kimse, organları alınmak suretiyle istismar edilen kişinin böbreğini belirli bir ücret karşılığı satın alan kişi bu kavram altında değerlendirilecektir.

¹⁶⁶ **KELLY**,a.g.e, s. 17. İngilizcedeki "exploiter" kelimesinin karşılığı olarak "istismar eden" tabiri kullanılmıştır.

¹⁶⁷ İngilizcedeki "customer" ve Fransızcadaki "client" sözcüğünün Türkçedeki karşılığı olarak "müşteri" kelimesi tercih edilmiştir.

İ. Uluslararası ve Sınıraşan Suçlar

İnsan ticareti ve göçmen kaçakçılığı suçların açıklamasına geçmeden önce uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan suçlar üzerinde kısa da olsa durmak gerekmektedir.

TCK'nun özel hükümlerin ilk kısmının başlığı “uluslararası suçlar” adını taşımaktadır. Uluslararası suçlar kendi içinde iki kategoriye ayrılmaktadır. Birinci kategoriyini uluslararası hukuk suçları (international crimes), ikinci kategoriyini ise sınıraşan suçları (transnational crimes) oluşturmaktadır. Uluslararası hukuk suçları kavramı ile doğrudan uluslararası hukuka göre cezai sorumluluğu gerektiren fiiller kastedilmektedir. Yapıları itibariyle toplumun barış ve güvenini tehdit eden özel bir ağırlık taşıdıklarından, bir bütün olarak insanlığı ilgilendiren suçlardır. Literatürde Çekirdek suçlar olarak da adlandırılan uluslararası hukuk suçları, insanlığa karşı suçlar, soykırım suçu, saldırganlık ve savaş suçları olarak dört grup suç kabul edilmektedir.¹⁶⁸

Diğer uluslararası suçlar, uluslararası sözleşmelerle yasaklanan, fakat ilgili devletlere cezalandırılma süreci bırakılan suçlardır. Örnek olarak deniz ulaşımına karşı suçlar, uyuşturucu madde suçlarının belli bazı şekilleri, hava ulaşımına karşı suçlar, paralarda sahtecilik, terör suçları, göçmen kaçakçılığı, insan ticareti, işkence gibi suçlar gösterilebilir.¹⁶⁹

Temel uluslararası suçlarında uluslararası bir bütün olarak fail aynı zamanda topluma ait temel değerleri ihlal etmektedir. Bu suçların kovuşturulması, ulusal ceza kanunlarınınca suç olarak öngörülmesi ve ulusal hukuka dahil edilmesine bağlı değildir. Buna karşın sınıraşan suçların, birden çok devletin menfaatlerini ilgilendiren suçlardır.

¹⁶⁸ **TEZCAN Durmuş- ERDEM Mustafa Ruhan- ÖNOK R. Murat:** Uluslararası ceza hukuku, Ankara 2014, s.42-46.

¹⁶⁹ **TEZCAN- ERDEM- ÖNOK,** a.g.e, s.42-46. **TURHAN Faruk:** Yeni Türk Ceza Kanunu'na Göre Uluslararası Suçların Cezalandırılması, Hukuki Perspektifler Dergisi, Nisan 2005, Sayı:3, s.2.

Bunların kovuşturulması’da ulusal ceza kanunların aracılığıyla sözleşme yükümlülüklerinin yerine getirmekle yapılır. Uluslararası hukuk suçların unsurları, kovuşturmak açısından kurulan Uluslararası Ceza Mahkemesi, bu mahkemenin yetki ve görev kuralları bu alanı kapsamaktadır. Uluslararası hukuk suçları bir uluslararası organ (örneğin Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi) ya da bir uluslararası sözleşme tarafından kurulan daimi ya da geçici nitelikteki uluslararası ceza mahkemelerinde yargılanmaktadır. Bu suçlar’da, zamanaşımı kuralları uygulanamaz, emrin ifası hukuka uygunluk nedeni olarak Kabul görmez ve faileri dokunulmazlıklardan yararlanamaz. Fiil açısından davranışın mutlaka sınıraşan nitelikte olması gerekmemektedir. Buna karşın sınıraşan suçlar ise, yargı yetkisini ulusal ceza kanunlarında düzenleyen ülkelerin ulusal ceza mahkemelerinde yargılanır.¹⁷⁰

Hukuka aykırı eylemlerin kaynağı açısından, sınıraşan suçlarda ulusal ceza kanunları tarafından yasaklanan eylemler ihlal edilirken uluslararası suçlarda uluslararası hukukun yasakladığı eylemler ihlal edilmektedir.¹⁷¹ Sınıraşan suçlar ile uluslararası suçlar arasındaki bir diğer fark bu suçların kaynaklarına ilişkindir. Uluslararası suçların, Adalrt Divanı Statüsü m.38 göre, iki tür kaynağı vardır: asıl ve yardımcı. Yalnızca asıl kaynaklar hukuk kuralı yaratar ve bu kaynaklar uluslararası sözleşmeler ve uluslararası örf ve adetten ibarettir. Sınıraşan suçların genellikle kaynağı ulusal ceza hukuklarıdır. Küresel suç sürecine bakılarak bazı önemli suçların yoğun olarak sınıraşan bir şekilde işlenmesi sonucunda bu suçlarla mücadele etmek amacıyla uluslararası sözleşmeler yapılabilmektedir. Yapılan sözleşmeler sınıraşan suçların niteliğini uluslararası suç şeklinde değiştirmemektedir. Çünkü belirli eylemlerin ulusal hukukta suç şekline getirilmesi konusunda taraf devletlere yükümlülükler yüklenir. Uluslararası suçları

¹⁷⁰ **KÜLÇÜR Erdem İzzet:** uluslararası suçlar, sınıraşan suçlar ve yabancılık unsuru kavramlarına dar ve geniş anlamda bir bakış, suç ve ceza hukuku dergisi, ocak-haziran 2016, S. 1-2, s.31

TURHAN Faruk: Yeni Türk Ceza Kanunu’na Göre Uluslararası Suçların Cezalandırılması, Hukuki Perspektifler Dergisi, Nisan ,2005, S.3, s.2.

¹⁷¹ **KÜLÇÜR,** a.g.e, s.30.

düzenleyen sözleşmelerin aksine, sınıraşan suçları düzenleyen sözleşmelerde, söz konusu suçlara uygulanacak ceza miktarlarına yer verilmez. Uluslararası suç niteliğindeki bir suçun, aynı zamanda ulusal ceza kanunlarında düzenlenmesi, TCK'nun 76 ve 77. maddelerin olduğu gibi suçların, uluslararası hukuk suçları olma niteliğini ortadan kaldırmamaktadır.¹⁷²

Uluslararası sözleşmelerin iç hukuta yeri konusunda iki farklı teori vardır. İlk teori olarak, düalist teori, ülke hukuku ile uluslararası hukuku birbirinden bağımsız iki ayrı hukuk düzeni oluşturmaktadır ve bu görüşe göre, bir devletin antlaşmayı kabul etmesi sadece uluslararası alanda yükümlülük altına girmesi sonucunu doğurur. Bu antlaşma ülke hukukta geçerli olabilmesi ancak yasal bir düzenlemeyle mümkündür. Bu nedenle ülke hukuk ile milletlerarası hukuk kuralları çelişebilir. Buna karşılık monist teoriye göre ise, gerek ülke hukuk ve gerekse milletlerarası hukuk sistemleri tek ve aynı prensibin unsurlarını oluşturmaktadırlar.¹⁷³ Kıta Avrupası'nda monist görüşe göre milli hukuk ve milletlerarası hukuk tekdir. Antlaşma onaylanmakla iç hukukun bir parçası haline gelir. Türkiyede anayasanın 90. maddesine göre monist teorisinin kabul edildiğini söylemek doğrudur. Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası antlaşmaların 1961 Anayasası'nın yürürlüğe girdiği tarihten bu yana, "kanun hükmünde" olduğu kabul edilmiştir.¹⁷⁴

Onaylama işleminde TBMM'nin rolü açısından, Türkiye adına "yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak antlaşmalar"; AY'nın 90. maddesine göre iki türe ayrılır:

¹⁷² **KÜLÇÜR**, a.g.e, s.26-31. **TURHAN**, Yeni Türk Ceza Kanunu'na Göre Uluslararası Suçların Cezalandırılması, s.3. **TEZCAN- ERDEM- ÖNOK**: Uluslararası ceza hukuku, s.27-32.

¹⁷³ **TUNÇ hasan**: Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi Ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye İle Örnek Karar İncelemesi, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anayargi/tunc.pdf, Erişim Tarihi 23.01.2018. **AYBAY Rona**: Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri, TBB Dergisi, 2007, S. 70, s.187.

¹⁷⁴ **KARAKAŞ Erhan**: Milletlerarası antlaşmaların Türk iç hukukundaki yeri, Nevşehir Barosu Dergisi, Y.1, Mart 2014, S.1, s.81.

- (i) TBMM'nin gerekli olan Antlaşmalar'da "*onaylamayı bir kanunla uygun bulması*"
- (ii) Yürütme organınca tek başına yapılan bir işlemle onaylanabilen antlaşmalar,onaylamaya ilişkin bir kanunun koymasına gerek olmaksızın.

Doğrudan uygulanabilen sözleşmeler, TBMM'nin ayrıca bir düzenleme yapmasına gerek olmaksızın ulusal hukukun bir parçası sayılmaktadır. Doğrudan uygulanabilir nitelikte olmayan sözleşme hükümlerinin muhatabı kanun koyucudur. Ulusal hukuk uygulayıcıları doğrudan uygulanır nitelikte olmayan sözleşme hükümlerini kendiliğinden uygulama durumunda değildir.¹⁷⁵

AY'nın 90. maddesinin temel hak ve özgürlüklere ilişkin iç hukuk normlar ile uluslararası sözleşmeler arasında bir uyumsuzluk çıkması halinde ilgili uluslararası sözleşmenin uygulanacağını açıkça hükme bağlamıştır. Bir uluslararası sözleşmenin temel hak ve hürriyetlere ilişkin olup olmadığı tespit etmek için o uluslararası sözleşmede düzenlenen hususun Anayasanın ikinci kısmı içerisinde yer alıyorsa temel hak ve hürriyetlere ilişkin olduğuna hükmetmek gereklidir.¹⁷⁶

¹⁷⁵ KARAKAŞ, a.g.e, s. 86-89.

¹⁷⁶ KARAKAŞ, a.g.e, s. 86. AYBAY, a.g.e, s.188.

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK CEZA HUKUKU AÇISINDAN İNSAN TİCARETİ SUÇU

I. GENEL OLARAK

İnsan ticareti suçunun kapsamlı ve kabul gören en yaygın tanımı, 12– 13 Aralık 2000 tarihlerinde Palermo'da düzenlenen konferansta kabul edilen Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Protokolde tanımlanmıştır.

Türkiye, 12 Aralık 2000 tarihinde Palermo'da imzaya açılan “Sınır aşan Organize Suçlarla Mücadele Sözleşmesi”ni ve bu sözleşmenin eki olan “İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadınların ve Çocukların Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına ilişkin Protokolü” 13 Aralık 2000 tarihinde imzalamıştır. Söz konusu sözleşme ve protokolün 2003 yılında TBMM’nce onaylanarak 19.03.2003 tarih ve 25052 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak Türkiye mevzuatında yürürlüğe girmiştir.¹⁷⁷

İnsan ticaretiyle ilgili ilk kanun düzenleme, 09 Ağustos 2002 tarih ve 24841 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 4771 sayılı "Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına ilişkin Kanun" ile TCK’ye 201/b maddesi eklenmiştir. Eklenen madde ile insan ticareti suçu tanımlanarak bu suçu işleyenlere ağır yaptırımlar öngörülmüştür.

Ancak bu protokolde yer alan cinsel istismar amacıyla insan ticareti suçu TCK’da insan ticareti suçu kapsamında değil, fuhuş suçu kapsamında düzenlenmiştir.¹⁷⁸

Maddenin öngördüğü maddi unsurlar, kadın, çocuk veya diğer insanların tedarik edilmeleri, kaçırılmaları, bir yerden diğer bir yere götürülmeleri veya sevk edilmeleri

¹⁷⁷ GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI VE İNSAN TİCARETİNDE TÜRKİYE, http://www.arem.gov.tr/proje/ars_rapor/gocmen/gk_turkiye.pdf Erişim Tarihi 26.01.2013.

¹⁷⁸ TURHAN, Yeni Türk Ceza Kanunu’na Göre Uluslararası Suçların Cezalandırılması, s.12.

veya barındırılmalarıdır. Ancak bu hareketler kişileri zorla çalıştırmak, bazı hizmetleri vermeye mecbur kılmak, adı geçenleri esaret veya benzeri uygulamalara tabi kılmak yahut beden organlarından bazılarının verilmesine razı etmek maksadıyla icra edilecektir. Onsekiz yaşını doldurmamış olanların birinci fıkrada belirtilen maksatlarla tedarik edilmeleri, kaçırılmaları, bir yerden diğer bir yere götürülmeleri veya sevk edilmeleri yahut barındırılmaları halinde, suçu oluşturan araç fiillerden herhangi birisine başvurulmasa da faile birinci fıkrada belirtilen cezaların verileceği açıklanmıştır.

5237 sayılı TCK'nın 80.maddesi, 765 sayılı TCK'nın 201/b maddesi ile paralel olarak insan ticaretini düzenlemiştir. TCK'nın 80. Madde metni;

“(1) 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 kişileri ülkeye sokan, ülke dışına çıkararak, tedarik eden, kaçırarak, bir yerden başka bir yere götüren veya sevk eden ya da barındıran kimseye sekiz yıldan oniki yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası verilir.

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

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

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

5237 sayılı TCK'nın 80. maddesi, 765 sayılı TCK'nın 201/b maddesindeki düzenlemeyi suçun unsurları yönünden aynen almıştır. Ancak 5237 sayılı TCK bazı açılardan eski TCK'dan ayrılmaktadır: Yaptırım açısından, 765 sayılı TCK'da suçun cezası beş yıldan 10 yıla kadar hapis ve bir milyar liradan az olmamak üzere para cezası iken, 5237 sayılı TCK'da sekiz yıldan on iki yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezası öngörülmüştür. Yaptırım açısından eski kanunun failin lehine olduğu görülmektedir. 765 sayılı yasada suçun örgütlü olarak işlenmesi cezayı ağırlaştırıcı bir neden olarak kabul edilmişken bu düzenleme, 5237 TCK'ya alınmamıştır.¹⁷⁹

Protokolde yer alan cinsel istismar amacıyla insan ticareti suçu, 765 sayılı TCK'nin 201/b maddesinde, insan ticareti suçu kapsamında değil, fuhuş suçu kapsamında düzenlenmişken, 5237 sayılı TCK'de bu suç kapsamında düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK'nin da kişileri ülkeye sokan, ülke dışına çıkaran kişiler madde metninde yer almakta iken, 765 sayılı TCK'nin da bu kişilerle ilgili bir düzenleme madde metninde bulunmamaktadır.¹⁸⁰

II. SUÇUN HUKUKİ KONUSU

Suçun hukuki konusu, fiille ihlal edilen varlık veya menfaat olarak tanımlanabilir. Gerçekten, Ceza Hukuku, ceza tehdidiyle, belirli bir varlık veya menfaatin, muhtemel saldırılara karşı korunmasını hedef tutmaktadır. Çünkü her suç, çok çeşitli hukuki yararları ihlal edebilir. Bu açıdan, bir suçun koruduğu özel hukuki yarar tespit edilirken, kuşkusuz ki o fiil bakımından ön planda bulunan yararın ne olduğu araştırılmaktadır. Ancak, bu varlık veya menfaatin ne olduğunu saptamak oldukça tartışmalı bir sorun olup, öğretilerde de çok çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Genel olarak varlık veya menfaat "bize

¹⁷⁹ **TURHAN**, a.g.e, s.21.

¹⁸⁰ **ARSLAN**, İnsan Ticareti Suçu, s. 21-24.

hizmet edebilen her türlü yarar" olarak tanımlanmış, "bir insan gereksinimini tatmin eden herhangi bir şey" olarak açıklanmıştır.¹⁸¹

Gerçekten, herhangi bir suçun tek bir varlık ya da menfaatin ihlal ettiğini söylemek mümkün değildir. İnsan ticareti suçu, karma hukuki konulu bir suç olarak, korunmak istenen varlık ya da menfaat, esasında birden fazldır. Bu suç tipinin düzenlenmesi ile, hem ülkenin kamu düzeni ile uluslararası toplum düzeni hem de insanlığın korunmak istenen hukuksal yararlar arasındadır.¹⁸² Karma hukuki konulu suçlarda varlık ya da menfaattan biri ağır basar ve suç tamamen buna göre sistematize edilir.

A. Kamu Düzeni

İnsan ticaretine konu eylemler sonucu, pek çok suçlar gibi kamu düzeni doğrudan veya dolaylı olarak bozulmakta veya bozulma tehlikesiyle karşı karşıya gelmektedir. Kamu düzeni kavramı; bireyler arasındaki ilişkilerde huzuru, hukuku ve ahlak kurallarına uygunluğu sağlamaya yarayan kurum ve kuralların tümü, devletin düzenini ve güvenliğini, bir ülkede kamu hizmetlerinin iyi yapılması ve kamunun her bakımdan genel çıkarını koruyucu hükümlerin tümü, bir başka yönden de; toplumun her alanındaki düzeninin temelini oluşturan bütün kurallar, devlet yapısının ve devletin korunmasını hedef tutan, toplumun huzur ve sükununun sağlanması tanımlanmaktadır.¹⁸³

“Türk hukuk lügatına göre kamu düzeni kavramı, bir memlekette amme hizmetlerinin iyi yapılmasını, devletin emniyet ve asayişini ve fertler arasındaki

¹⁸¹ **Erem Faruk – Danışman Ahmet - Artuk Mehmet Emin** : Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1997, s. 234.

¹⁸² **ÖZBEK Veli Özer**: TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Ankara, 2008. C.2, s. 178. **YENİDÜNYA**, a.g.e, s.160. **ARSLAN**, a.g.e, s.45. **ÖNOK R. Murat**: 5237 Sayılı Yeni TCK'ya Göre Uluslararası Suçlar, Hukuk ve Adalet Yıl 2 , Nisan 2005, S.5. s. 207. **KOCA**, a.g.e, s. 146.

¹⁸³ **KUTLU Mustafa**: Yargıç, Kamu Düzeni ve Konformizm, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_184.htm, Erişim Tarihi 27.02.2014.

münasebetlerde huzuru ve ahlak kaidelerine uygunluğu temine yarayan müessese ve kaidelerin hepsi.” şekilde tanımlanmaktadır.¹⁸⁴

Dirlik ve esenlik, bireylerin yaşamının normal seyrini etkileyebilecek her türlü, olumsuzluk, dengesizlikten uzak, rahat ve huzur içinde yaşamalarıdır. Sağlık genel sağlığı, toplumun bulaşıcı ve yaygın hastalıklardan korunmasını, sağlıklı bir çevrede yaşanılmasına dair tedbirlerin alınmasını ifade eder.¹⁸⁵

Devlet, insan ticareti mağdurlarının yasadışı yollarla kullanıldığı piyasalarda (Ör. Sağlık, seks, iş vs.), bu eylemlerden kaynaklanan nedenlerle, sağlamakla yükümlüdür. Fuhşa zorlanan mağdurlar aracılığı ile çeşitli bulaşıcı ve zührevi hastalıklar yaygınlaşır. Bu bağlamda insan ticareti suçu'nun ihdas edilmesile korunan hukuki menfaatin , ilkinin kamu düzeninin korunması olduğu görüşler de mevcuttur.¹⁸⁶

B. Kişilerin Özgürlükleri

İnsan ticareti suçu ile korunan hukuki menfaat; kişinin irade özgürlüğü ve serbestçe hareket edebilme hürriyetidir.¹⁸⁷ Suç tipinde mağdur, fuhuş yaptırılmak, vücut organlarının verilmesini sağlamak, zorla çalıştırılmak veya hizmet ettirilmek için kaçırılmakta, tedarik edilmekte, barındırılmakta, sevk edilmekte, ülke dışına çıkarılmakta, ülkeye sokulmaktadır. Fail mağdurun hürriyetini sınırlayan bu hareketleri yapabilmek için cebir, baskı, şiddet, kandırmak, tehdit, çaresizlikten yararlanmak, nüfuz veya denetim olanaklarını kötüye kullanmak gibi iradeyi ortadan kaldıran, ifsat eden

¹⁸⁴ **ATAKAN Arda:** Kamu Düzeni Kavramı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi,2007,C.13,S.1-2, s. 60.

¹⁸⁵ **YENİDÜNY,** a.g.e, s. 161.

¹⁸⁶ **DEĞİRMENCİ Olgun:** Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda İnsan Ticareti Suçu, TBB Dergisi, 2006, S.67, s. 72.

¹⁸⁷ **ARSLAN Çetin - TEMEL İlker – AYDIN Yusuf - ŞEN Y. Furkan - DOĞAN Koray-BACAKSIZ Pınar** Türkiye’de İnsan Ticareti İle Mücadelede Yasa Uygulama İle İlgili Stratejik Bir Yaklaşım, IOM Uluslararası Göç Örgütü,Ankara,2006, s. 27. **KOCASAKAL,**a.g.e, s. 60.

araçlara müracaat etmektedir.¹⁸⁸ Bu nedenle insan ticareti suçu ile insanın serbestçe hareket edebilme özgürlüğü sınırlanmaktadır.

İnsan ticareti suçu, baskı, cebir, şiddet, tehdit ve kandırma gibi hareketlerle bireyin hem iç özgürlüğüne, hem de kaçırma, bir yerden diğer bir yere götürme gibi hareketlerle dış özgürlüğüne karşı işlenmektedir. Çünkü maddede kişinin, kandırma, şiddet, cebir, baskı veya tehdit gibi iradeye etkileyen araçlarla failin maksadı doğrultusunda zorlanmak suretiyle sevk edilmesi veya götürülmesi, tedarik edilmesi, kaçırılması aranmaktadır. Böylece araç hareketlerle kişinin irade özgürlüğü ve bu çerçevede serbestçe iradi karar verme, iradi hareket etme özgürlükleri ve irade oluşturma kısaca kişinin kendi kaderine belirleme özgürlüğü, amaç hareketlerle de kişinin hareket serbestisi ihlal edilmiş olmaktadır.¹⁸⁹

Bu suçla, Anayasanın 17. maddesinde ifadesini bulan kişinin manevi ve maddi varlığını geliştirme ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir muameleye tabi olmama hakları ile 18. maddesindeki angarya yasağı korunmaktadır. kısaca ve son tahlilde insan onurunu koruma amacı güdülmektedir. Suç tipindeki hareketlerin gayesine baktığımızda sözgelimi fuhuş yaptırmak, zorla çalıştırmak veya hizmet ettirmekle kişinin emeğinin sömürüsü, maksadında bireyin haysiyetinin ihlali, vücut organlarının verilmesini sağlamakla da kişinin hem beden bütünlüğünün hem de şahsiyet hakkının ihlali söz konusu olmaktadır.¹⁹⁰

C. İnsan Onuru

İnsan ticareti, insan onurunu zedeleyen bir suçtur. 1689 tarihli Temel Haklar Bildirgesi (Bill of Rights) ve 1776 tarihli Amerikan Virginia İnsan Hakları Bildirgesine

¹⁸⁸ YENİDÜNYA, a.g.e, s. 162.

¹⁸⁹ KOCA, a.g.e, s.146.

¹⁹⁰ KOCA, a.g.e, s.147.

göre, bütün insanlar doğal olarak özgür ve bağımsızdır ve doğuştan, vazgeçemeyecekleri ve devredemeyecekleri bazı haklara sahiptir.¹⁹¹ 1982 Anayasası başlangıç kısmında “her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu” belirtmiştir. Ayrıca 5 inci maddede “devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır” şeklinde düzenlemede temel hak ve özgürlüklere ilişkin devletin sorumluluğunu düzenlemektedir. 17 nci maddesinde ise “herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz” denerek insan onuru koruma altına alınmıştır.¹⁹²

Onur insana duyulan saygının özel bir ifade tarzıdır. İnsanın hem maddi hem manevi açıdan kendine özgü bir değer taşıması, taşıdığı bu değerden vazgeçmesinin mümkün olmaması, her türlü toplumsal, hukuksal, siyasal müdahaleye karşı mutlak olarak öne sürülebilmesi, insan onurunun temel özelliklerini oluşturmaktadır. Onur

¹⁹¹ ÜNAL Şeref: Uluslararası Hukuk, Ankara 2005, s. 265.

¹⁹² Anayasa metni için bakınız [http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.aspx - Search=&MevzuatIliski](http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.aspx?Search=&MevzuatIliski).

kavramı sadece insanın özgürlüğünü ve eşitliğini değil, aynı zamanda insanın bağımsız kişiliğini de ifade etmektedir.¹⁹³

İnsan ticareti, insanı şahıs olmaktan çıkarıp bir obje durumuna sokarak şahsılığını ifade etme yeteneğinden yoksun bırakmakta, hür iradesini ortadan kaldırmaktadır. Dolayısıyla bu suç tipinin yaptırıma bağlanması ile insan onurunun korunduğunu söylemek gerekir.¹⁹⁴

D. Uluslararası Toplum Menfaati

İnsan ticareti yaptırıma bağlanarak uluslararası toplum menfaati de korunmak istenmiştir. Mağdurların, çeşitli ülkelerden başka ülkelerin sınırlarından geçirilerek hedef ülkelere götürülmesi ve burada sömürülmesi şeklinde gerçekleşen insan ticaretinde uluslararası toplum menfaati bozulmaktadır.¹⁹⁵ Bu nedenle eylemin cezasız kalmasının önüne geçmek için TCK 13. maddesinde nerede, kim tarafından, kime karşı işlenirse işlensin insan ticareti suçu hakkında Türk kanunlarının uygulanabileceği öngörülmüştür.¹⁹⁶

Kanun koyucu suçun bu özelliklerini dikkate alarak suçu “uluslararası suçlar” arasında düzenlemiştir. Ancak suçun bireyin temel hak ve özgürlüklerini, insan onurunu zedeleyen yapısı nedeniyle hürriyete karşı suçlar arasında düzenlenmesinin daha uygun olacağı konusunda görüşler de mevcuttur.¹⁹⁷

¹⁹³ **DOĞAN İlyas:** Alman Öğretisinde İnsan Onuru ve Güncel Sorunlar Hakkında Kısa Bir Giriş, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,2005,C.13,S.2, s.53.

¹⁹⁴ **YENİDÜNYA,**a.g.e,s. 165.

¹⁹⁵ **YENİDÜNYA,**a.g.e, s. 166

¹⁹⁶ **YENİDÜNYA,**a.g.e, s. 166.

¹⁹⁷ Bu düşüncedeki yazarlar için bkz. **YENİDÜNYA,** a.g.e, s. 166. **KOCASAKAL,** a.g.e, s. 61.

III. FAİL ve MAĞDUR

A. Genel Olarak

Fail, yasada suç olarak düzenlenmiş fiili gerçekleştiren kişidir ve mağdur ise belirli bir suç ile zarara uğratılan menfaat ve hakkın sahibi olan kişidir.¹⁹⁸ TCK'nun 37. maddesinde "Suçun kanunî tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur" şeklinde düzenlenmiştir.

B. Suçun Faili

Genellikle suçun faili, "bir kimse" "her kim", "kişi" veya "kimse", şeklinde suç tiplerinde gösterilir. Böyle ifade edilen suçlar her hangi bir kişi tarafından işlenebilen suçlar olarak nitelendirilmektedir. Buna karşılık bazı suçlar sadece belli faillik vasfını taşıyan veya özel bir yükümlülük altında bulunan kişiler tarafından işlenebilirler. Örneğin, TCK'nın dördüncü kısım birinci bölüm başlığı altında düzenlenen suçlar, çoğunlukla kamu görevlileri tarafından işlenebilen suçlardır. Bu suçlara mahsus veya özgü suçlar denmektedir.¹⁹⁹

Mahsus suçlarda failin insan olması dışında, başka birtakım özel ve objektif özelliklere sahip bulunması aranmaktadır. Failin bu özel nitelikleri suçun temel şeklinin gerçekleşmesi bakımından aranmışsa "gerçek özgü suç" söz konusudur. Örneğin Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu sadece velayet yetkisi elinden alınmış baba, ana veya üçüncü dereceye kadar kan hımsı tarafından işlenebilir. görevi kötüye

¹⁹⁸ DOĞAN, a.g.e.s. 110.

¹⁹⁹ ÖZGENÇ **İzzet:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s. 188.

kullanma,kamu görevlisinin ticareti, irtikap, zimmet suçları sadece kamu görevlisi sıfatını taşıyan fail tarafından işlenebilecektir.²⁰⁰

Belirtilen suç herkes tarafından işlenebilmektedir. Buna karşı failin sıfatını nitelikli kılan bir unsur olarak karşımıza çıkan suçlara “görünüşte özgü suç” denilmektedir. Örneğin TCK’nun 204. Maddesinde düzenlenen “resmi evrakta sahtecilik” suçunun faili, maddede öngözülen herkes olabilir. Fail kamu görevlisi olması halinde vereilecek ceza arttırılacaktır. Dolayısıyla bu suç görünüşte özgü suçtur.²⁰¹

Mahsus suçların görünüşte ve gerçek özgü suçlar olarak ayrılması iştirak kurallarının uygulanmasında özellik arz etmektedir. Gerçek özgü suçu özel faillik vasfını taşımayan kişilerin fail olarak katılması söz konusu değildir. Bu belirli kişiler işleyebilir. Bu kişilerin sıfatını taşımayan kişiler bu suçu katılırlarsa, bunlar fail olamazlar, yardım eden veya azmettiren olarak sorumlu tutulurlar. Buna karşılık görünüşte özgü suçlar özel fail sıfatını taşıyan kişiler ve bu sıfatı taşımayan kişiler tarafından fail olarak birlikte işlenebilirler.²⁰²

TCK’nın 80. maddesinde fail “...kimseye sekiz yıldan oniki yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası verilir” şeklinde düzenlenmiştir. insan ticareti suçunda kimse kelemesi kullanıldığından, fail herkes olabilir.²⁰³ Bu suçta fail insan ticaretine konu olan kişileri kaçıran, tedarik eden, sevk eden, ülkeden çıkaran, ülkeye sokan, barındıran, başka bir yere götüren kimsedir.²⁰⁴

²⁰⁰ YENİDÜNYA, a.g.e s. 170. KOCA Mahmut - ÜZÜLMEZ İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s.132.

²⁰¹ ÖZGENÇ, a.g.e,s. 189.

²⁰² ÖZBEK Veli Özer: TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, C.1, Ankara 2010, s.501. ÖZGENÇ, a.g.e, s. 189. KOCA - ÜZÜLMEZ, a.g.e, s.132.

²⁰³ AYDIN Nurullah: Türk Suç ve Ceza Hukuku, Genel Hükümler-Özel Hükümler, Ankara 2009, s. 161.

²⁰⁴ FIRAT Ahmet: Uluslararası Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti, www.taa.gov.tr/dersnotlari/Gocmen-KacakciligiveInsanTicareti.doc, Erişim Tarihi 09/04/2013.

HAKERİ Hakan: Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti Suçları, s.67. ;http://www.akader.info/KHUKA/2004_mart/1.htmErişim Tarihi 11/03/2013. YENİDÜNYA, a.g.e, s.171.

Ülke dışına çıkarma ve ülkeye sokma hareketleri TCK'nın 80. maddesinin ilk halinde bulunmuyorken bu maddede 5560 sayılı kanunla yapılan değişiklikle getirilmiştir. Ülke dışına çıkaran ve ülkeye sokan kişi, bu suçun mağdurlarını başka bir ülkeye nakleden veya götüren kişidir.²⁰⁵

Tedarik eden kimse, kaynak ülkede insan ticareti mağdurlarını tespit edip başka bir ülkeye götürene, kaçırana veya sevk edene aracılık etmektedir. Tedarik eden genellikle, mağduru tanır ve onunla aynı sosyal çevreden olup ilişkiye geçer ve mağdura güven telkin ederek işini kolaylaştıran kişidir.²⁰⁶ Kaçıran kişi'ye fail olarak bir özellik tanınmamıştır.

Bir yerden başka bir yere götüren, tedarik eden tarafından belirlenip kendisine teslim edilen mağduru veya kaçırılan kişi tarafından kendisine teslim edilen mağduru, bir yerden başka bir yere götüren kişidir. Nakil hava, deniz ve kara vasıtasıyla olabilir.²⁰⁷ Sevk eden, bir yerden belirli bir yere, mağduru gönderen kimsedir. Bir yerden başka bir yere götürenden farkı, mağdurla birlikte getmemesidir. Barındıran kişi, kendi hakimiyet alanındaki mağduru, asgari yaşam şartlarını karşılayandır.²⁰⁸

Bu suçun failinin bir özelliği yoktur. İnsan ticareti suçunun failleri çoğunlukla organize suç örgütü üyesidir. Suç örgütleri, mafya gibi organize işler, sokak çeteleri, kulüpler, genelevler, barlar ve eskort servisleri insan ticareti için eleman teminini yapmaktadırlar.²⁰⁹

²⁰⁵ YENİDÜNYA, a.g.e, s. 171.

²⁰⁶ YENİDÜNYA, a.g.e, s. 171.

²⁰⁷ YENİDÜNYA, a.g.e, s. 172.

²⁰⁸ YENİDÜNYA, a.g.e, s. 173.

²⁰⁹ DEĞİRMENCİ, a.g.e, s. 76 .

C. Mağdur

Mağdur kavramı esas olarak; suç teşkil bir fiille menfaati ihlal edilen kişidir.²¹⁰ Her suçun bir mağduru bulunmaktadır. Bu bağlamda mağduru olmayan suç söz konusu değildir. Ancak mağdur bazı durumlarda belirli kişiler iken bazı durumlarda toplum olabilir.²¹¹ Örneğin mağdur, yaralama veya adam öldürme suçlarında yaralanan ve öldürülen insandır. Mağdur, dolandırıcılık yağma ve hırsızlık suçlarında, kendisi dolandırılarak malı elinden alınan, malı çalınan ve yağmalanan kişidir. Ancak mağdur, devletin güvenliğine karşı suçlar, adliyeye karşı suçlar, kamu idaresinin işleyişine ve güvenilirliğine karşı suçlar, ekonomi sanayi ve ticarete ilişkin suçlar, kamu barışına karşı suçlar, kamu güvenine karşı suçlar, çevreye karşı suçlar, kamunun sağlığına karşı suçlar, genel tehlike yaratan suçlar, başlıkları altındaki suçlarda mağdur toplumdur.

Mağdurda, insan olmanın dışında, Suç tanımında başka özellikler de aranabilir. Örneğin mağdurla fail arasında belli bir ilişki olması veya mağdur çocuk, yargı görevlisi, kamu görevi yapan kişi, olması gibi.²¹²

Sadece gerçek kişiler suçların mağdurları olabilirler. Ancak tüzel kişilerde suçtan zarar gören sıfatını taşıyabilirler. Mağdur kavramı Suçtan zarar görene göre dardır. Suçun işlenmesi ile suçtan zarar gören, zararın tazminini isteme hakkı olan, zarara uğrayan ve korunan hukuki değerleri ihlal edilen, mağdur dışında kalan kişidir. Suçun mağduru'da bir suç mağdura karşı işlendiğin'de aynı zamanda suçtan zarar gören olabilir.²¹³ Örneğin adam öldürme suçunun mağduru ölen kişidir. Bu durumda ölen

²¹⁰ ÖZGENÇ, a.g.e, s. 206. KOCA-ÜZÜLMEZ, a.g.e, s. 133

²¹¹ KOCA-ÜZÜLMEZ, a.g.e, s. 133

²¹² ÖZGENÇ, a.g.e, s. 209.

²¹³ DÖNMEZER Sulhi - ERMAN Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.2, İstanbul 1999, s. 426-427.

kişinin akrabaları hukuken korunan menfaatleri zarara uğradığından dolayı, suçtan zarar gören sıfatıyla davaya katılabilir.²¹⁴

Bir takım suçlarda toplumu oluşturan kişiler suçun mağduru olduğu gibi bu suçların mağdurları belirli kişiler'de olabilir. Örneğin iftira suçunda toplumu oluşturan kişiler yanında kendisine iftirada bulunulan kişi'de mağdur sayılır.²¹⁵

Bu suçun mağduru, vücut organlarının verilmesini sağlamak, fuhuş yaptırmak, esarete tabi kılınmak, hizmet ettirilmek veya zorla çalıştırılmak maksadıyla, kendilerine karşı kandırılmak, cebir, tehdit, şiddet veya baskı uygulanmak, çaresizliklerinden yararlanmak, denetim olanaklarından veya üzerindeki nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle rızası ele alınan ve bu suretle barındırılan, sevk edilen, tedarik edilen, bir yerden diğer bir yere götürülen veya kaçırılan, bir kişidir.²¹⁶

Söz konusu suça karşılaştırmalı hukuk ve uluslararası metinler açısından mağdurun henüz mental ve fiziksel açıdan gelişimlerini tamamlamadığı kişiler, açısından özel önem gösterilmektedir. 20.11.1989 tarihli Çocuk Hakları Sözleşmesinin 1. Maddesinde her insan 18 yaşına kadar çocuk olarak kabul etmektedir. Palermo Protokolünün 3. Maddesinde de 18 yaşını doldurmamış kişiler çocuk sayılmaktadır. karşılaştırmalı hukukta İran'ın eski ceza kanununda 18 yaşın altındaki herkes, çocuk kabul edilmekte idi. Şimdi yürürlükteki İran İslam Ceza Kanunu'na göre, çocuk vücut organeller erkek ve kız olarak ikiye ayrılmaktadırlar. Kız 9 yaş altında ve erkek 15 yaş altında ise çocuk sayılırlar. Yaş belirlenmesi'de islam ay takvimi ile hesaplanacaktır. Dolayısıyla 9 yaşını tamamlayan bir kız çocuğu insan ticareti suçunda yetişkin kabul edilmektedir. Portekiz ceza kanununun 176-2 maddesi'ne göre, 16 yaşın altındakiler

²¹⁴ ÖZGENÇ, a.g.e, s. 207.

²¹⁵ YENİDÜNYA, a.g.e, s. 175.

²¹⁶ DEĞİRMENCİ, a.g.e, s. 77.

insan ticareti suçu bakımından çocuk kabul edilmektedir.²¹⁷ Çocuk Alman Ceza Kanunu'na göre, 14 yaşına henüz ulaşamayan kişi olarak sayılmaktadır ve 14-17 yaş arasındaki çocuklar ile ilgili eylemler kadın ticareti suçu kapsamında kabul edilmektedir.²¹⁸ İrlanda hukukun'da, çocuğun cinsel amaçlı istismarı suçunun oluşumu için mağdurun 15 yaşın altında olması değerlendirilmektedir.²¹⁹ Türk hukuku'nda TCK'un 80/3 madde ve fıkrasına göre, insan ticareti suçuna maruz kalan mağdurun 18 yaşından küçük olması durumunda, suça ait araç fiillerden birisine başvurulmamış olsa dahi, suç tipinde belirlenen eylemin icrası ile suç tamamlanmış sayılacaktır. Ancak mağdurun bu yaşından büyük olması halinde insan ticareti suçunun oluşabilmesi için suç tipinde belirlenen eylemlerin araç fiillerden birine başvurulması gerekmektedir.

Fiilin işlendiği esnada, mağdur serbest hareket etme imkanına sahip olup olmadığı veya onu kullanmak isteyip istemediği önem arz etmez. Mağdurun suç işlendiği sırada hareket serbestisi korunduğu gibi, gelecek zamandaki hareket serbestisi de korunmaktadır. Kişinin hareket serbestisinin kısıtlandığını anlayıp anlamaması da önemli değildir. Bayılmış veya sarhoş bir kişi de mağdur durumuna düşebilir.²²⁰

2005 yılında bu konuya ilişkin çalışma yapılmıştır. Bu çalışmada, 469 mağdur tespit edilmiştir. Bu rakamın belirlenen tüm insan ticareti mağdurların yüzde onuna eşit olduğu ve bu ülkede 4690 mağdurun bulunduğu belirtilmiştir. Bu suçun mağdurlarının yüzde altmışı Ukrayna ve Moldova'dan gelmektedir. Mağdurların Türkiye'ye girişinde yüzde ellidoduzu İstanbul kapısını tercih etmişlerdir. Bradaki mağdurların çoğunlukla orta okul mezunlarıdır. Lise mezunlarının sayısı'da üçte birden daha azdır. Genellikle mağdurların yüzde seksen altısı akrabaları veya arkadaş olarak yaklaşan kişiler tarafından

²¹⁷ **VAZ CABRAL Georgina:** Trafficking In Unaccompanied Minors In The European Union, A Comparative Approach, International Organization For Migration European Commission, Programme Stop II, 2003, s. 22.

²¹⁸ **VAZ CABRAL,** a.g.e, s.22.

²¹⁹ **VAZ CABRAL,** a.g.e, s.22.

²²⁰ **ARTUK - GÖKCEN- YENİDÜNYA,** TCK Şerhi, s. 248.

insan ticaretine maruz bırakılmaktadır. Bu suçun mağdurlarına karşı araç fiil olarak ailelerine, çocuklarına yönelik öldürme tehditleri kullanılmaktadır. Mağdurların, yüzde ellisekizi 18-24 yaş arası kişilerdir. Ancak yüzde üçü, 18 yaşdan küçük ve yüzde onbiri’de, 30 yaşdan büyük mağdurların oranını oluşturmaktadır. Büyük oranda mağdurların yüzde doksandördü cinsel sömürü amacıyla kullanılmaktadır.²²¹

IV. GENEL OLARAK MAĞDUR HAKLARI

İnsan ticareti mağduru olan kişi, vatandaş veya yabancı olup olmadığına bakılmaksızın, Türkiye’de, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile tanınan hak ve özgürlüklerinden birinin çiğnendiği iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurabilecektir. İhlalin varlığı kabul edilmesi ve iç hukukta bu ihlalin tam olarak telafi edilememesi halinde, Mahkeme gerektiği takdirde hakkaniyete uygun tatmin şekline (maddi veya manevi tazminat, eski hale iade vs.) karar verecektir.

Ceza muhakemesinde suçun mağduru ile şikâyetçi Cumhuriyet savcısı veya mahkeme başkanı veya hâkim tarafından çağrı kâğıdı ile çağırılıp dinlenir. Bu hususta yapılacak çağrı bakımından tanıklara ilişkin hükümler uygulanır (CMK. m.233).²²²

“İnsan ticareti suçu” mağdurunun maruz kaldığı fiil, onun çalışma özgürlüğü onurunu, mülkiyet hakkını, kişisel özgürlüğünü ve beden bütünlüğünü vs. ihlal eden, ağır bir haksız fiildir. Bu nedenle ceza muhakemesi yöntemi içinde failin cezalandırılmasını isteme hakkı yanında, failin fiili nedeniyle uğradığı bütün zararlarını (manevi ve maddi) isteme hakkına sahiptir.²²³

“İnsan ticareti mağdurunun çocuk olması durumunda” 3.7.2005 tarihinde kabul edilen “Çocuk Koruma Kanunu”nun 3. maddesine göre, korunma ihtiyacı olan veya suça

²²¹ DEĞİRMENCİ, a.g.e, s. 80.

²²² ARSLAN ve Diğerleri, a.g.e, s. 48.

²²³ ARSLAN ve Diğerleri, a.g.e, s. 50.

sürüklenen çocukların (onsekiz yaşını doldurmamış kişiler) korunması, haklarının ve esenliklerinin güvence altına alınması amaçlanmaktadır, yukarıdaki genel hakları yanında, sırf “çocuk” olması nedeniyle, bazı ek haklar sağlamaktadır. Bu kanuna göre, sosyal, ahlaki, bedensel, zihinsel ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen ya da “suç mağduru olan çocuk” Kanununun 7.maddesine göre “korunma ihtiyacı olan çocuk” olup, hakkında “çocuk hâkimi” tarafından, anası, babası, vasisi, bakım sorumlusu, sosyal hizmetler ve cumhuriyet savcısının istemi üzerine veya görevigereği er’sen gerekli “koruyucu ve destekleyici tedbirler” alınır.²²⁴

Kanunun 6.maddesiyle, idarî ve adlî mercilere, sağlık ve eğitim kuruluşları, kolluk görevlileri ile sivil toplum kuruluşlarına, korunma ihtiyacı olan çocuğu Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna bildirmek yükümlülüğü getirilmiştir. Ayrıca çocuk ile çocuğun bakımından sorumlu kimseler de çocuğun korunma altına alınması amacıyla Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna başvurma imkânına sahiptir. Böyle bir durumda Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu kendisine bildirilen olaylarla ilgili olarak gerekli araştırmayı derhâl yapmak zorundadır.²²⁵

Tanıkların korunması, ceza muhakemesinde tanıklık görevi sebebiyle, kendilerinin veya belli derecedeki yakınlarının hayatı, beden bütünlüğü veya malvarlığı ağır ve ciddi tehlike içinde bulunan ve korunmalarında da zorunluluk bulunan kişilerin, korunmasını amaçlar. İnsan ticareti suçu mağdurunun tanık olarak dinlenmesi halinde diğer şartların da varlığı halinde tanığın korunmasına ilişkin hükümden yararlanacaktır.

Tanığın korunmasını da düzenleyen CMK’nin 58.maddesi gereğince bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda (dolayısıyla insan ticareti suçu örgüt faaliyeti çerçevesinde işlendiğinde) tanık olarak dinlenecek kişilerin kimliklerinin ortaya çıkması kendileri veya yakınları açısından ağır bir tehlike oluşturacaksa, kimliklerinin saklı

²²⁴ ARSLAN ve Diğerleri, a.g.e, s. 52.

²²⁵ ARSLAN ve Diğerleri, a.g.e, s. 53.

tutulması için gerekli önlemler alınır. Kimliği saklı tutulan tanık, tanıklık ettiği olayları hangi vesile ve sebep ile öğrenmiş olduğunu açıklamakla yükümlüdür. Kimliğinin saklı tutulması için, tanığa ait kişisel bilgiler, Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından muhafaza edilir. Hazır bulunanların huzurunda dinlenmesi, tanık için ağır bir tehlike teşkil edecek ve bu tehlike başka türlü önlenemeyecekse ya da maddî gerçeğin ortaya çıkarılması açısından tehlike oluşturacaksa; hâkim, hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan da tanığı dinleyebilir. Tanığın dinlenmesi sırasında ses ve görüntülü aktarma yapılır.²²⁶

Ayrıca bu konuya ilişkin olarak tanık koruma kanununun da uygulanması mümkündür. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun 22/e madde ve fıkrasına göre İnsan ticareti mağduru ikamet izinlerinde başvuru hakkına sahiptir. Bu kanunun 49/1.mdd uyarınca, insan ticareti mağduru ikamet iznini,da iyileşme ve düşünme süresi tanımak amacıyla verilen ikamet izni, mağdurun güvenliği, sağlığı veya özel durumu nedeniyle en fazla altışar aylık sürelerle uzatılabilir. Ancak, bu süreler hiçbir şekilde toplam üç yılı geçemez.

İnsan ticaretinin mağdurlarının korunmasına yönelik çeşitli ülkeler tarafından alınan önlemleri; Mağdurlara sosyal güvenlik merkezleri tarafından psikolojik destek amacıyla bir tedavi uygulanması, fiilin ortaya çıkmasının ardından sınır dışı edilmemeleri, İnsan onuruyla bağdaşacak bir işte çalışmalarına olanak sağlamak üzere çalışma izni verilmesi, Özellikle çocuklarından ayrılan insan ticareti mağduru kadınlar açısından ailelerin bir araya gelmesinin desteklenmesi,

İnsan ticareti eyleminin mağduru oldukları gözetilerek, bu kapsamda herhangi bir suçtan dolayı tutuklama gibi koruma tedbirlerine maruz kalmamalarının, haklarında yargı yoluna gidilmemesinin veya ceza ya da güvenlik tedbiri uygulanmamasının sağlanması,

²²⁶ ARSLAN ve Diğerleri, a.g.e, s. 46.

Kişisel bilgilerinin korunması ve tanık koruma programlarına dahil edilmeleri, Mağduru oldukları suçun şüpheli veya sanıklarının tahliyesinden haberdar edilmeleri şeklinde belirtmek mümkündür.²²⁷

V. İNSAN TİCARETİ SUÇUNUN UNSURLARI

A. Genel Olarak

Suçun unsurları suç genel teorisi içerisinde ele alınır. Suç genel teorisi hukuki bir kavram olarak suçun ne olduğunu, diğer hukuka aykırı eylemlerden ne surette ayrıldığını, genel unsurlarını, suça etki eden sebepleri, suçu cezalandırılabilir hale getiren şartların nelerden ibaret bulunduğunu, suçun ne zaman ortadan kalktığını inceler.²²⁸

Maddi unsurun gerçekleşmiş olduğunun kabulü için failin gerçekleştirmiş olduğu hareketin ve gerçekleşmiş olan neticenin kanunda belirtilen suça ilişkin tipe uygun olması ve bu hareket ve netice arasında nedensel bağın var olması gerekir.²²⁹

Ayrıca hukuka aykırılığın varlığı gerekir. Yani gerçekleşen somut olayda herhangi bir hukuka uygunluk sebebi bulunmamalıdır. Son olarak failin gerçekleşmiş olan netice bakımından kusurlu olması gerekir ki bu manevi unsuru oluşturur. Bu kusurluluk kural olarak kasttır.²³⁰

B. Maddi Unsur

Hareket, netice ve nedensellik bağı maddi unsuru oluşturmaktadırlar. Hareket, insanın dış dünyada yapmak veya yapmamak suretiyle ortaya çıkan ve hukuki bir önemi

²²⁷ YENİDÜNYA, a.g.e, s. 182.

²²⁸ DOĞAN Koray ,a.g.e, s. 116.

²²⁹ ÖZBEK, C.1, a.g.e, s. 115.

²³⁰ DOĞAN Koray, a.g.e, s. 117.

bulunan iradi bir davranıştır. İnsan ticareti suçu hareketin sayısı yönünden çok hareketli bir suçtur. Failin önce "şiddet, cebir baskı veya tehdit uygulamak, kandırmak, veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanmak, nüfuzu kötüye kullanarak rızalarını elde etmek" şeklinde bir harekette bulunması gerekir. Ancak insan ticareti suçunun oluşabilmesi için bu hareketlerin yapılması yeterli değildir. Fail bu hareketler aracılığıyla ikinci bir harekette daha bulunmak zorundadır. Bunlar da kişileri barındırma, sevk etme, bir yerden başka bir yere götürme, kaçırma, tedarik etme, ülkeden çıkarma veya ülkeye sokmadır. O halde araç hareketler, amaç hareketi yapmanın aracı olmaktadır. Bu durumda suçun maddi unsuru, kandırmak, şiddet cebir, baskı veya tehdit uygulamak, kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanmak veya nüfuzunu kötüye kullanarak rızalarını elde etmek suretiyle kişilerin barındırılması sevk edilmesi, bir yerden başka bir yere götürülmesi, kaçırılması, tedarik edilmesi, ülkeden çıkarılması veya ülkeye sokulmasıdır. Ancak suçun konusunu oluşturan kişinin 18 yaşını doldurmamış olması halinde, birinci hareketlerden hiçbirisi yapılmamış olsa dahi suçun oluşacağını belirtmek gerekir. Bu suç aynı zamanda seçimlik hareketli bir suç tipidir. Maddede belirtilen hareketlerden herhangi birinin yapılması ile suç işlenmiş sayılır. Hepsinin birden yapılması durumunda ise ortada yine de tek bir suç vardır. Örneğin fail, mağduru hem şiddet ve hem'de tehdit kullanarak tedarik ederek bir yerden başka bir yere götürse ve orada barındırsa, ortada tek bir suç vardır.²³¹

Madde metninde yer alan, araç fiillerin ortak noktası, mağdurun iradesini ifsada uğratması, irade üzerinde hukuka aykırı bir etki yaratmalarıdır. Şiddet, cebir, baskı veya Tehditte mağdurun iradesi manevi veya maddi zor vasıtasıyla bertaraf edilmekte; nüfuzu kötüye kullanma veya kandırmada irade ifsâda uğratılmakta; kişiler üzerindeki denetim

²³¹ KOCA, a.g.e, s. 149.

olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanmada, irade ahlaka veya hukuka aykırı elde edilmektedir.²³²

Suç hareketin şekli bakımından bir icrai suç tipidir. Kanunda belirtilen hareketler, ihmali bir hareketle gerçekleştirilemez. Bazı yazarlar da ihmali hareketle işlenebilmesini mümkün görmüşlerdir.²³³ Nitekim garantörün mağdurun engellemek suretiyle suçun işlenmesine seyirci kalması ihtimalinde suç ihmal suretiyle işlenmiş olmaktadır. “İhmal suretiyle icra suçu” şeklinde işlenmesinin mümkün olduğu doktrinde zikredilmiştir. İhmal suretiyle icra suçunda belli bir neticenin gerçekleşmesini önlemek hususunda özel bir yükümlülük altına girmiş olan fail bu neticenin meydana gelmesine kendisi neden olmasa bile, oluşumunu engellemediği için ihmali hareketle suçu işlemiş kabul edilmektedir. İhmal suretiyle icra suçlarında failin neticeye engel olma yükümlülüğünün varlığı şarttır. İnsan ticareti fiilini öğrendiğinde bu suçu engelleme yükümlülüğü bulunan kolluk görevlisinin suçun işlenmesine seyirci kalması halinde ihmal suretiyle suçu işlemiş olacağı kabul edilebilir.²³⁴ Fail aktif bir davranışta bulunması şarttır. Hareketin önemi bakımından ise kanun suçun hangi hareketlerle işlenebileceğini suç tipinde tek tek belirttiği için, bağlı hareketli bir suç söz konusudur. Bu hareketler, kandırma, şiddet, cebir, tehdit ve baskı, kişiler üzerinde denetim olanaklarından veya kişinin çaresizliğinden yararlanmak ve nüfuzu kötüye kullanarak rızasını elde etmek suretiyle kişilerin barındırılması, sevk edilmesi, bir yerden başka bir yere götürülmesi, kaçırılması veya tedarik edilmesidir. Burada sayılanların dışında başka bir hareketle bu suç işlenemez..²³⁵

²³² ÖNOK, a.g.e, s. 208.

²³³ DEĞİRMENCİ, a.g.e, s.25. TURHAN, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Uluslararası Suçlar, <http://www.adalet.gov.tr/makale>, Erişim Tarihi 24.08.2014.

²³⁴ DEĞİRMENCİ, a.g.e,s. 81. YENİDÜNYA, a.g.e, s. 185.

²³⁵ KOCA, a.g.e, s. 149-150. TEZCAN Durmuş - ERDEM Mustafa Ruhan – ÖNOK R. Murat: 5237 sayılı Türk Ceza Kanununa Güre Teorik Ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2007, s. 101.

İnsan ticareti suçu, hareketin netice yönünden, sırf hareket bir suç tipidir. Maddede belirtilen maksatlardan herhangi biriyle ve yine maddede belirtilen araçlardan birini kullanarak kişilerin tedarik edilmesi veya sevk edilmesi veya bir yerden başka bir yere götürülmesi veya kaçırılması veya barındırılması ile suç tamamlanır. Suçun oluşması için belirtilen hareketlerden ayrı bir neticenin gerçekleşmesi aranmamaktadır. Sözgelimi failin amacına ulaşması suçun varlığı için şart değildir. Bu itibarla da barındırma, sevk etme, başka bir yere götürme, kaçırma veya tedarik hareketi ile birlikte suç da oluşur.²³⁶

İnsan ticareti suçunun sadece “barındırma” seçimlik hareketi ile mütemadi nitelik kazanacağını söyleyen yazarlar bulunduğu gibi²³⁷ “barındırma” seçimlik hareketi ile birlikte “kaçırma” seçimlik hareketinin de mütemadi nitelik taşıdığını savunan yazarlar vardır.²³⁸ Bazı yazarlar ise suçun tamamen mütemadi bir suç niteliği taşıdığını savunmuşlardır.²³⁹ Biz bu görüşler içerisinde “barındırma” ve “kaçırma” hareketinin mütemadi olduğunu savunan görüşlere katılıyoruz. Kaçmaya ilişkin gerçekten de kişi kaçırılıp egemenlik alanına sokulduktan sonra eylem bitmemekte kişi failin iradesi veya kendi çabası ile kaçırılma fiili serbest kalana kadar sürmektedir.

Tehlike suçu-zarar suçu ayrımında ise insan ticareti bir tehlike suçudur. Çünkü zarar suçlarında tipik eylemle suç konusunun bir zarara uğraması gerekir. Tehlike suçlarında ise hareketten doğan neticenin suç konusu bakımından bir zarar tehlikesi oluşturması yeterlidir.²⁴⁰

²³⁶ KOCA, a.g.e, s. 150.

²³⁷ ARSLAN ve Diğerleri, a.g.e, s.30.

²³⁸ YENİDÜNYA, a.g.e, s. 187.

²³⁹ KOCA, a.g.e, s. 150.

²⁴⁰ KOCA, a.g.e, s. 151.

1. Araç Hareketler

İnsan ticareti suçu asıl ve araç hareketlerle işlenebilen bir suçtur. Bu suçta, mağdurun, iradesini etkileyen bir takım hareketler, failin arzusu doğrultusunda motive edilmesini söz konusudur. Maddede bu hareketler kandırmak, şiddet, cebir, baskı veya tehdit uygulamak, kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanmak veya nüfuzu kötüye kullanarak rızalarını elde etmek olarak belirtilmiştir.²⁴¹

"Şiddet, cebir ve tehdit" kavramları TCK'nın birçok maddesinde çoğu zaman aynı olmakla beraber kısmen farklı sözcüklerle, birlikte veya tek olarak, ancak aynı anlamı ifade etmek için, bazı zaman suçu ağırlaştırıcı nedeni bazı zaman suçun kurucu unsuru bazı zaman bulunmaması koşuluna bağlı menfi bir düzenlemeyle hafifletici neden bazı zaman ise cezayı kaldıran nedeni olarak karşımıza çıkmaktadır. Sözlük anlamıyla "cebir (zecir, ikrah)", "(ar. zecr, cebr, lat. vis compulsio, vis compulsiva, ing.violence, force, constraint, compihion, it.violenza, fr.violence, contrainte)" "zor, zorlayış, zorlama, zor kullanma, zorla yaptırma, kompulsiv kuvvet, zorlayıcı kuvvet, baskı yapma, tabii iradeyi istenilen hareketi yapmaya fizik kuvvetle zorlama, icbar etme, birine zorla bir iş yaptırma, bir şeyi yaptırmak için manevi ve maddi kuvvet kullanma, bir kimsenin isteğinin aksine bir hareketi yapmaya veya yapmamaya zorlama"; "şiddet" (ar. ing, şidded, violence, force, physical violence it. violenza, fr. violence, force)", "sertlik (katılık) gösterme, kaba güç, sıklık, peklik, tedhiş fizik güç kullanımı, zarar verme, fiziki ve ruhsal baskı ile kişinin iradi hareketlerinin engellenmesi, beden gücünün kötüye kullanılması, ortalığa yığılma ve korku salmak, aşırı derecedeki güç davranışları, "; "tehdit" ise, "(ar. menace, ing. tehdid, duress, threat, intimidation it. minaccia, fr.menace)" "zor, zorlayış, zorlama, baskı yapma, icbar etme, bir şeyi yaptırmak için manevi ve maddi kuvvet kullanma, bir kimsenin isteğinin aksine bir hareketi yapmaya veya yapmamaya zorlama, verilecek bir

²⁴¹ KOCA, a.g.e, s. 150.

cezayla korkutma, tabii iradeyi istenilen hareketi yapmaya fizik kuvvetle zorlama, gözdağı, birinin gözünü korkutma, korkutma, korku verme, bir kimseye kendisine zarar vermek, bir kimsenin yasada yazılı durumlar dışında başkasını haksız ve ağır bir zarara uğratacağını bildirmesi, kötülük yapmak niyetinde olduğunu davranış ve sözlerle belirtmek" anlamlarına gelmektedir.²⁴²

Esasında cebir kavramı, geniş anlamda, hem manevi (tehdit), hem de maddi (şiddet ve cebir) zorlamayı içerir. Dolayısıyla gerek tehdit, gerek cebir, mağdurun hareket etme ve karar özgürlüğü üzerinde zorlayıcı bir etki meydana getirerek, failce istenilen neticeyi sağlarlar. Bu araçlar iradeyi baskı altına alan, ona yön veren ve bu nedenle de irade özgürlüğüne karşı tecavüz oluşturan bir niteliğe sahiptirler. Bu ortak özelliklerine rağmen cebir ve tehdit birbirinden farklı vasıtalarlardır.²⁴³

Cebir, genel olarak, özgürlüğe karşı suçlar anlamında, hâlihazır, ciddi bir kötülük yoluyla bir başkasının davranışları ve iradesi üzerinde zorlayıcı bir etki meydana getirilmesidir. Tehdit ise bir kimsenin korkutulmasına yönelik olarak, gelecekte yapılacak haksız bir fenalığın, kötülüğün herhangi bir şekilde bildirilmesidir. Cebirde mağdurdaki zorlama etkisine failin mevcut, güncel bir kötülüğün icrası neden olurken, tehditte gelecekte yapılacak bir kötülüğün bildirilmesi neden olmaktadır. Fail, mağduru gelecekte bir haksızlığın, kötülüğün yapılacağı tehdidi ile korkutmak suretiyle onu kendi iradesine tabi olmaya manen icbar etmektedir.²⁴⁴ Tehditte mağdur bir seçimle karşı karşıyadır. Ya bildirilen kötülüğe katlanacaktır, ya da tehdit edenin iradesine boyun eğecektir. Ancak gerek tehdit gerekse cebir mağdurun beklenen veya mevcut mukavemetini kırmak yada engellemek suretiyle, mağdurun iradesini failin iradesi doğrultusunda

²⁴² **ARSLAN Çetin:** Memura Aktif Mukavemet Suçu ve Bazı Suçlarla İçtimar Sorunu, AÜHFHD, 2002, C.51, S.2, s. 43.

²⁴³ **WESSELS Johannes - HILLENKAMP Thomas:** Yağma Suçu, Malvarlığına Karşı Suçlar ve Ekonomik Suçluluk, Ankara 2009, s. 79. **MERAN Necati:** Yeni Türk Ceza Kanununda Sahtecilik Malvarlığı Bilişim Suçları İle Ekonomik ve Ticaret Alanında Suçlar, İstanbul 2008, s. 108. **KOCA,** a.g.e, s. 151.

²⁴⁴ **ÜZÜLMEZ İlhan:** Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, Ankara 2007, s. 50.

yönlendirmektedirler. İncelemekte olduğumuz suç bakımından tehdit veya cebir, mağduru ya gelecekte yada aktüel bir kötülüğe maruz kalmak veya failce istenilen duruma razı olmak seçenekleri arasında bırakmaktadır. Kötülükten korkan mağdur, failin arzusuna boyun eğecektir.²⁴⁵

Fail tarafından ortaya konulan cebir mağdurun iradesini zorlamaya elverişli olmalıdır. Elverişlilik mağdura göre değil cebrin objektif olarak elverişli olup olmadığına bakılarak belirlenir. Cebrin objektif olarak elverişliliği belirlendikten sonra mağdurun ondan etkilenmemiş olması önemli değildir.²⁴⁶

“Baskı”, mağdur üzerinde kurulan maddi veya manevi zorlamadır. Mağdur, kendisine yöneltilen şiddet, yıldırma eylemi sonucunda, özgür iradesini kaybetmektedir. Cebir veya tehdit niteliğine ulaşmamış ancak mağdurun iradesi üzerinde etkiye sahip olan her türlü zorlayıcı davranışlar baskı kavramı içinde değerlendirilebilir.²⁴⁷

“İnsan ticareti suçu”nda zikredilen “cebir ve şiddet”, “maddi cebir” anlamında kullanılmaktadır. Cebir ve şiddete maruz kalan mağdurun şahsı, fizik bütünlüğü üzerinde yapılan hareketler neticesi, kişi halen hissedebileceği kötülük ve tecavüz icrası suretiyle, başka şekilde davranma imkânından yoksun bırakılmakta ve bu şekilde bir işi yapmaya veya yapmamaya zorlanmaktadır. Keza insan hareketlerini sınırlayan bir kavram olarak “tehdit” ise manevi cebir olarak mağdurun vücut bütünlüğü aleyhine doğrudan ve o an gerçekleşen fiziki bir hareket değil, daha ziyade, failin isteğinin yerine getirilmemesi halinde, ileride mağdura bir kötülük yapılacağını bir zarar verileceğini bildirilmesi ve bu şekilde onun güvenlik duygusunun, iç huzurunun

²⁴⁵ **DURAN Mustafa:** 5237 Sayılı Yasada Düzenlenen Yağma Suçu, Basit Yağma Suçu, Adalet Dergisi, 2005, S.23, s. 109 ve 119. **KOCA,** a.g.e s.152.

²⁴⁶ **ÜZÜLMEZ,** a.g.e, s. 178.

²⁴⁷ **DEĞİRMENCİ,** a.g.e, s. 82. **ÖZBEK,** C.1, a.g.e, s. 180.

bozulması, endişeye sevk edilmesidir. Bu itibarla “tehdit” kavramı “manevi cebir” olarak zikredilebilir.²⁴⁸

Ayrıca tehdit veya cebirin bizzat mağdura yönelmiş olması da şart değildir. Mağdurun iradesini etkileyerek istemediği bir davranışa onu zorlayabilecek herhangi bir kimseye karşı uygulanacak tehdit veya cebir de, yeterli sayılmalıdır. Örneğin fail oğlunu öldürmekle tehdit etmek suretiyle, babayı böbreğini vermek için, bulunduğu yerden başka bir sevk edirse, suç gerçekleşmiş sayılacaktır.²⁴⁹

“Kandırmak” kavramı, bir kimseyi aldatarak, yanıltarak bir şeye razı etmek, inandırmak demektir. Hilenin kaynağında aldatma vardır.²⁵⁰ Biri diğerini belirli bir biçimde hareket etmeye sevk edecek bir yanılgıya soktuğunda veya bunun şartlarını hazırladığında hile söz konusudur. Bir başka ifade ile bu tabirden, mağdurun iradesi üzerine etki eden ve yaptığı hareketin mahiyeti hakkında onu hataya düşüren her türlü yalan ve hileli vasıtaların kullanılmasını anlamak gerekir. Failin, mağdurdan asıl maksadını gizleyerek yaptığı her türlü aldatıcı hareketler kandırma kavramı içerisine girer. Hile yapan, mağdurda o hareketi yaptığı takdirde kendi lehine bir davranışın oluşacağına inandırılmalıdır. Bu nedenle hilede, mağdurun yararına olan tesirler, sonuçlar ortaya konulmalı, o gerçek durumu bilseydi böyle bir harekette bulunmazdır. Mağdur, hile yoluyla, gerçek hakkında hataya durulduğu, gerçeği ondan gizlendiği için, kendisinden istenilen davranışı gerçekleştirmekte ve böylece kişisel özgürlük de ihlal edilmiş olmaktadır. Her ne kadar hile de cebir veya tehdit teşkil eden hareketlerin maddi ve manevi varlığı yoksa da, hilenin neticesi cebirin neticesinden farksızdır. Bir başka ifade ile cebirle hangi sonuca ulaşılabilecek idiyse, kandırma suretiyle de fail aynı sonuca ulaşmaktadır. Kandırmanın varlığı halinde mağdurun rızasından söz etmek mümkün

²⁴⁸ ARSLAN ve Diğerleri, a.g.e, s.31.

²⁴⁹ Koca, a.g.e, s. 152.

²⁵⁰ GÖKCEN Ahmet – BALCI Murat: Dolandırıcılık Suçu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1996, C.14, S.1-2, s. 17.

değildir. Sözgelimi bir kimseyi yakalandığı hastalıktan kurtaracağını söyleyerek onu cerrahi bir müdahale için hastaneye yatırmaya ikna eden failin, yapılan ameliyatla o kişinin böbreğinin alınmasını sağlaması gibi. Keza failin, ücret karşılığı iş bulduğunu söyleyerek, bir kimseyi bir başkasının veya kendisinin emrinde zorla çalıştırmaya tabi tutması durumunda da, 80. madde ihlal edilmiş olur.²⁵¹

Kandırma, failin çeşitli desise, hile ve entrikalarla, mağduru suç konusu fiil konusunda aldatarak ikna etmesidir.²⁵² Bu terimin anlamı araştırılırken dolandırıcılık suçunda bulunan “hileli davranışlarla bir kimseyi aldatmak” ibaresi göz önünde bulundurulmalıdır. Palermo protokolünde hem hile hem aldatma kelimelerine yer verilmiştir. Bir kimse diğerini belirli bir davranışa sevk edecek bir yanılgıya soktuğunda veya bunun şartlarını hazırladığında hileden sözedilir. Bu çerçevede mağduru hataya düşüren, onu aldatan, algılama ve buna uygun karar verme yeteneğini etkileyen, her türlü hileli davranış kandırma kavramı içinde düşünülmelidir. Burada hileli davranışlardan kastedilen, suni, sahte hareketler ile gerçeğin saklanması, çarpıtılması ve gizlenmesidir. Mağdurun düştüğü hatadan yararlanması, fark edilmesine rağmen ses çıkarılmayarak suçun işlenmesinde mağdurun bu yanılgısından yararlanması da kandırma kavramına dahildir. Tüm bu davranışlar sonucunda aslında var olmayan bir durum oluşturulmakta ve bu suretle mağdur üzerinde psikolojik bir etki yaratılmaktadır. Bu itibarla basit bir yalan, "kandırmak" olarak değerlendirilmemeli, yalanın başka bir takım yan etkenlerle birlikte söylenmesi, yani yalana doğru görüntüsünün verilmesi aranmalıdır.²⁵³

Hile kavramının sınırlarını çizmek konusunda en önemli husus sadece yalan söylemenin hile olup olmadığıdır. Dönmezer'e göre hile, olaylara ilişkin bir takım

²⁵¹ **YAVUZ Hakan A.:** Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Basit Dolandırıcılık Suçu, Ceza Hukuku Dergisi, 2006, C.1, S.1, s. 363. **MERAN,** a.g.e, s. 226. **KOCA,** a.g.e, s. 153.

²⁵² **ARSLAN ve Diğerleri,** a.g.e, s. 32.

²⁵³ “hile, nitelikli bir yalandır. Yalan belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olmalı, sergilen iş açısından mağdurun denetleme olanağını ortadan kaldırmalıdır”, Yarg. 2. CD, 21.02.2006, 5558-1119. (**ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA,** a.g.e, s. 143. **YENİDÜNYA,** a.g.e, s. 197.)

yalan açıklamaların etkisini kuvvetlendirecek böylece de muhatabın inceleme eğilimini zayıflatacak bir takım dış hareketlerin yapılarak bir kimseye almayacağı bir kararı aldırma.²⁵⁴ Bu konuda en geniş yorumu Manzini yapmıştır. Maniziniye göre yalan başka aldatıcı unsurlarla destekleniyorsa hile teşkil eder.²⁵⁵ Yargıtay'da olayın özelliklerine göre hileyi değerlendirmiştir.²⁵⁶

Suçun oluşabilmesi için kandırmanın, kandırıcı nitelikte ve elverişli olması gerekir. Söylenmiş olan basit bir yalan ve basit bir kandırma bu kapsamda değerlendirilemez, yalanın sahneye koyma ile birlikte planlı bir şekilde gerçekmiş gibi gösterilmiş olması gerekmektedir.²⁵⁷

İnsan ticareti suçunda kandırma en çok kullanılan araç fiillerden biridir. Özellikle internet ortamında veya kaynak ülkede faaliyet gösteren iş bulma veya eğitim danışmanlık merkezleri, seyahat acenteleri veya evlenme ajansları yoluyla fiil işlenmektedir. Gazete ilanları aracılığıyla mağdurlar yurt dışında yaşadıkları ülkeye göre burslu olarak eğitimlerini sürdürecekleri, yüksek gelir sağlayan bir işte çalışacakları, ya da istedikleri özellikleri taşıyan bir erkekle evlenecekleri hususunda aldatılmaktadır. Yabancı bir ülkeye bu düşüncelerle nakledildikten sonra genellikle fuhşa sürüklenmektedirler. Nitekim bu durum Yargıtay'ın 765 sayılı TCK döneminde fuhşa aracılık suçuyla (m. 436) ilgili vermiş olduğu bir karara yansımıştır. Yargıtay 5. Ceza

²⁵⁴ **DÖNMEZER Sulhi:** Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, İstanbul 1998, s. 368.

²⁵⁵ **TÜMERKAN Somay:** Dolandırıcılık Suçu, İstanbul 1987, s.37.

²⁵⁶ "... hile, maddi olmayan yollarla karşısındakini aldatan, yanılgıya düşüren, düzen, dolap, oyun, entrika vb. her türlü eylemdir. Bu eylemler bir gösteriş biçiminde olabileceği gibi, gizli davranışlar olarak da ortaya çıkabilir. Gösterişte, fail sahip bulunmadığı olanaklara ve sığa sahip olduğunu bildirmekte, gizli davranışta ise kendi durum veya sıfatını gizlemektedir", YCGK, 27.04.2004, 6/85-104 "Sanığın, olay günü evlerinin önünde oynamakta olan mağduru, "gel, atari oynayalım" diyerek kendi evine gelmesini sağlayıp alıkoyarak, kastettiği ırza geçme fiilini işlediği anlaşıldığından", eyleminin TCK'nın 430/1. maddesi kapsamında kalan hile ile alıkoyma niteliğinde bulunduğu gözetilmeden" denilmektedir, Yarg. 5. CD. 23.12.2004, 8598-8042. Buna karşıt "hilenin; suç mağdurunu eylem hakkında hataya düşürerek kaçırma veya alıkoymayı mümkün kılan veya kolaylaştıran her türlü iddia, entrika veya desise biçiminde tanımlanmış olması karşısında sanığın mağdureyi "gel evin bodrumuna gidelim sana bir şey göstereceğim" demesinin hile boyutlarında olmadığı gözetilmeden hüküm kurulması yasaya aykırı kabul edilmiştir", Yarg. 5. CD. 16.12.1998, 4093-4861 (YENİDÜNYA, a.g.e, s.197)

²⁵⁷ **ÖZBEK, C.2,** a.g.e, s. 183.

Dairesinin 30.12.1987 tarih ve 3070-8151 sayılı kararında, "Sanığın İstanbul'da tanıdığı mağdure Sema'yı evlenme sözü vererek hile ile Gaziantep'e getirdiği ve geneleve satmak istediği, mağdurenin karşı çıkması üzerine muvaffak olamadığı..." şeklinde bu durum somut olayda anlatılmıştır.²⁵⁸

Nüfuz, sözlükte, "içe geçme", "içe işleme", "sözü geçme", "etkinliği olma" anlamlarına gelmektedir.²⁵⁹ "Nüfuzu kötüye kullanma", mağdur ile akdi, ailevi, kanuni veya diğer farklı bir şekilde ilişki içinde bulunan ve etkiye sahip olan kimselerce, bu etkinin mağdurun hukuka aykırı fiile rıza göstermesini sağlamak yönünde kullanılmasıdır.²⁶⁰

Bir kimsenin diğer bir kimse üzerinde nüfuzunun bulunması bir işten, mağdurla arasındaki hizmet ilişkisinden, akrabalık ilişkisinden, ve görenek geleneklerden, aynı yerde bulunmasından kaynaklanabilir.²⁶¹ Örneğin amcanın yeğeni, ağabeyin kardeşi, ustanın çırağı, patronun sekreteri, kamu görevlisinin vatandaş üzerinde nüfuzu olduğundan bahsetmek mümkündür.

Yargıtay da 765 sayılı kanun döneminde "nüfuz icrasının" araç fiil olarak düzenlendiği fuhuş için aracılık suçuyla ilgili bir kararında "maddede belirtilen nüfuz icrası, sanığın aile, sözleşme ve diğer bağlarla elde ettiği diğer hak ve yetkilerden yararlanmak suretiyle, mağdur üzerinde etki yapmasıdır ki, ana babanın kızı, kocanın karısı üzerinde nüfuz sahibi olduğundan şüphe yoktur" demiştir.²⁶²

Burada mağdurun gerek akdi, gerek ailevi ve gerekse başka türlü bağlarla ilişki içinde bulunduğu kimselerce ve bu kimselerin mağdur üzerinde etkiye sahip oldukları ve manevi güçle, failin fiiline rıza göstermesini sağlanmaktadır. Bu nedenle nüfuz

²⁵⁸ YENİDÜNYA, a.g.e, s. 198.

²⁵⁹ İLKÖĞRETİM TÜRKÇE ALTIN SÖZLÜK, a.g.e, s.247.

²⁶⁰ ARSLAN, a.g.e, s. 53. ÖZBEK, C.2, a.g.e, s. 182.

²⁶¹ ÖNDER Ayhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1994, s. 475. Yargıtay 5. C.D. 29.11.2001 tarih ve 7134-7269 sayılı kararında da akrabalık ilişkisinin nüfuz yaratacağını belirtmiştir. (EROL, a.g.e, s. 513). YENİDÜNYA, a.g.e, s. 195.

²⁶² ARSLAN ve Diğerleri, a.g.e, s. 32.

kullanmanın bir teklif veya tavsiyeden daha ileri gitmesi, kişi üzerindeki etkisinin başka türlü davranma imkanını engeller boyuta ulaşması gerekir.²⁶³

Kandırmaya ilişkin Yargıtay uygulaması incelendiğinde, net bir uygulamanın bulunmadığı ancak en çok subjektif kriterin kabul edildiği görülmektedir. Subjektif kriterde, mağdurun eğitimi, fail ile olan ilişkisi, yaşı, sosyal durumu gibi hususlar nazara alınarak bir değerlendirme yapılır. Yalanın aldatmaya elverişliliği somut olay ve mağdurun durumu nazara alınarak tespit edilmelidir. Hilenin aldatıcılık vasfı, muhatabın bilgi, tecrübe ve davranışın gerçekleştiği çevreye göre değişiklik gösterir. Hileli hareketin ortalama zekaya sahip birini de hataya düşürecek nitelikte, yani objektif olarak aldatmaya elverişli olup olmadığının tespitine ayrıca gerek yoktur. Bu düşünceden hareket edilirse, hukukça korunması asıl gerekli olan aklen zayıf ve saf kimselerin himayesi mümkün olacaktır. Zaten bu suçun hedefindeki kişilerde genellikle bu kişilerdir.²⁶⁴

İnsan ticareti suçu açısından mağdurun herhangi bir nedenle üzerinde nüfuz sahibi olan kimselerce, üzerindeki nüfuzun kullanılması yoluyla yasada belirtilen amaçlara ulaşmak için, sevk edilmesi, barındırılması, kaçırılması, bir yerden başka bir yere nakledilmesi, ülke dışına çıkarılması veya ülkeye sokulması halinde nüfuz kötüye kullanılmış demektir. Nüfuzun meşru kullanılması veya gayri meşru kullanılması yasada yer alan maksatlara göre anlaşılır. Bir kimsenin hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak, vücut organlarının verilmesini sağlamak, zorla çalıştırmak, veya esarete tâbi kılmak maksadıyla ticarete konu edilmesi halinde nüfuzun meşru kullanılmasından söz etmek mümkün değildir.²⁶⁵

Sözlükte "denetlemek", "bir işin doğru ve usulüne uygun yapılıp yapılmadığını incelemek, kontrol etmek" anlamına gelmektedir.²⁶⁶ Kişiler üzerindeki denetim

²⁶³ ARTUK- GÖKCEN - YENİDÜNYA, a.g.e, s.142. YENİDÜNYA, a.g.e, s 195.

²⁶⁴ BİLEN Mesut: Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçu, Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012, S.116-121.

²⁶⁵ YENİDÜNYA, a.g.e, s. 196.

²⁶⁶ YENİDÜNYA, a.g.e, s. 198.

olanaklarından yararlanmak, kişinin bulunduğu konum veya şartlar itibariyle, doğrudan fail veya kendisi üzerinde kontrol hak ve yetkisi olan kişiler tarafından, söz konusu hak ve yetkinin sağladığı fırsatların kullanılması suretiyle, maddede yazılı fiillere razı edilmesidir.²⁶⁷ Kişiler üzerindeki denetim olanaklarından yararlanma ile nüfuzun kötüye kullanılması eş anlamlı gibi görünse de farklı anlam taşırlar, denetim olanağı her zaman o kişi üzerinde nüfuz etkisi sağlamaz.²⁶⁸

"Kişiler üzerinde denetim olanaklarından yararlanma" ile "nüfuzun kötüye kullanılması" kavramları arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Zira bir kimse üzerinde nüfuz sahibi olan kişi, aynı zamanda o kimse üzerinde denetim olanaklarına da sahiptir. Bu iki kavramdan nüfuz kavramı denetime göre daha geniştir. Zira denetleme yetkisi olan kişi denetlenen üzerinde nüfuzu olmayabilir. İşte bu durumda, kullanılmayacağı hallerde, denetim olanaklarını, fail bir baskı aracı olarak, belirtilen maksatlara sevk etmek için o kimse üzerinde kullanabilecektir. Örneğin, bir çocuğu bir süreliğine emanet alarak gezmeye götüren kimsenin durumu gibi. Ayrıca "denetim olanakları" genellikle bir denetlenen ve denetleyen ilişkisini gerektirmekte olup, ailevi ilişkiler genellikle nüfuzla irtibatlıdır. Bu araç fiile örnek olarak, yabancı kadının ülkede kaçak çalıştığını öğrenen kolluk görevlisinin, onun mevzuata aykırı bu durumunu düzeltmek karşılığında çıplak fotoğraflarını çektiirmek üzere porno internet sitesi işletmecisine yönlendirmesi gösterilebilir.²⁶⁹

"Çaresizlik" sözlükte; "çare bulamamak, bir çıkar yolu olmamak, biçare kalmak, başka çıkar yolu kalmadığı için öyle hareket etmeye mecbur olmak, ihtiyaç ve yoksulluk içerisinde bulunmak, zaruret hali" şeklinde tarif edilmiştir. Kişilerin çaresizliğinden yararlanma, kişilerin çaresizliği, üstesinden gelemedikleri maddi veya manevi sorunlarının olması anlamını taşır. Herhangi bir sebeple muhtaç durumda bulunan

²⁶⁷ ARSLAN ve Diğerleri, a.g.e, s. 32.

²⁶⁸ ÖZBEK, C.2, a.g.e, s. 183.

²⁶⁹ ÖZBEK, C.2, a.g.e, s. 198.

kişilerin bu durumlarının maddede belirtilen maksatlarla sömürülmesi demektir.²⁷⁰ Bir başka deyişle, mağdurun sosyal, ailevi, ekonomik vb. bir sebeple içine düştüğü kötü durumun istismar edilerek, o kimselerin belirtilen maksatlara yönlendirilmeleri halinde, onların çaresizliklerinden yararlanılmış olunur. Kişilerin çaresizliği, üstesinden gelemedikleri manevi veya maddi sorunların olması anlamını taşır. Çaresizliğin kaynağı çok çeşitli olabilir, ekonomik, fiziksel, ailevi vb. Ancak mağdura maddi anlamda getiri sağlanmış olması her zaman onun çaresizliğinden yararlandığı anlamına gelmez, çünkü burada özellikle fuhuş ve çocuk bakıcılığı sektörlerinde çalışan kişilerin bir kısmı da bu işleri tamamen özgür iradelerine dayalı olarak yapmaktadırlar. Tabi ki bu durum, suçu gerçekten işlemiş olanların en basit savunma aracı olması ve çoğu zaman mağdurların baskı ve tehdit altında bu işi kendi özgür iradeleriyle yaptıklarını söylemek zorunda kalmaları sebebiyle bu suçla mücadeleyi de zorlaştırmaktadır.²⁷¹

Çaresizlik objektif ölçülere göre değil, sübjektif ölçülere göre tespit edilmelidir. Zor koşulların herkes üzerindeki etkisi aynı olmayabilir. Gerçekten bazı mağdurlar bakımından çaresizlik kabul edilemeyecek bir durum, somut olayda mağdurun çaresizliğini sonuçlayabilir. Ayrıca burada mağdurun böyle bir duruma kendi hatasıyla düşmüş olması veyahut kaçınılabılır olması da önem arz etmez. Örneğin, bulunduğu ülkeye illegal yollardan giren mağdurun, sınır dışı edilme korkusu dolayısıyla çaresizlikerisine düşmesi mümkündür.²⁷²

2. Asıl Hareketler

TCK'nın 80. maddesinde amaç hareketler; "... kişileri ülkeye sokan, ülke dışına çıkaran, tedarik eden, kaçırın, bir yerden başka bir yere götüren veya sevk eden ya da

²⁷⁰ ÖZBEK, C.2, a.g.e, s.199.

²⁷¹ ÖZBEK, C.2, a.ge. s, 183.

²⁷² YENİDÜNYA, a.g.e, s. 200.

barındıran ...” denilmek suretiyle gösterilmiştir. Araç hareketler kullanılmak suretiyle iradesi ortadan kaldırılan veya görünüşte rızası elde edilen mağdur üzerinde, maddede belirtilen maksatlarla amaç fiillerin işlenmesi ile suç gerçekleşmektedir.²⁷³

Kanunun ilk şeklinde mevcut olmayan "ülke dışına çıkaran, ülkeye sokan" ibaresi, 5560 sayılı Kanun'la 06.12.2006 tarih’de metne eklenmiştir. Bu hareketler yönünden suç tipi, hem seçimlik hareketli, hem de bağlı hareketlidir. Hareketlerden birinin icrası suçun oluşması için yeterlidir, aynı olayda birden fazla hareketin gerçekleşmesi halinde, ortada yine tek bir suçtan bahsedilir. Bununla birlikte somut olayda seçimlik hareketlerin farklı kimseler tarafından gerçekleştirilmesi de mümkündür. Örneğin, (A)'nın tedarik ettiği mağduru, (B)'nin kaçırmaması ve (C)'nin ülke dışına çıkarmaması halinde, her biri ayrı ayrı suçtipinden sorumlu olacaktır.²⁷⁴

Karşılaştırmalı hukukta, İran İslam Cumhuriyeti, Palermo sözleşmesini imzaladığına rağmen bu sözleşme ve ek protokolleri, meclisi şurayı islami tarafından onaylanmamıştır. Iranda, insan ticareti suçu’yla ilgili yasa 2004 tarihnide “İnsan Kaçakçılığı Mucadilesi” başlıklı yürürlüğe girmiştir. Bu kanununda yer alan, amaç hareketler sadece kişileri, ülkeye sokmak ve ülke dışına çıkarmakden ibarettir. Rus Ceza Kanunu 127. maddesinde Palermo Protokolü’nde yer alan hareketleri, insan ticareti suçunu oluşturan hareketler arasında saydıktan sonra “alma ve satma” hareketlerini de belirtmiştir. Bulgaristan ceza kanununda, insan ticareti suçunun oluşması için bireyin veya bir grup insanın seçilerek nakletme, nakledilmesi, gizlenmesi, kabul edilmesi veya ayrılması gereklidir. Bu bakımdan; seçerek gizleme, kabul etme ve ayırma suçun maddi unsurunu oluşturmaktadır. Hırvat Ceza Kanunu’nun 175. maddesinde düzenlenen suçun maddi unsuru, uluslararası hukuk kurallarını ihlal ederek, bir kişiyi köleliğe tabi kılmak veya o şekilde almak, satmak, teslim etmek muhafaza etmek, veya teslim edilmesine,

²⁷³ YENİDÜNYA, a.g.e. s, 200.

²⁷⁴ YENİDÜNYA, a.g.e, s. 200.

satımına, alımına, aracılık etmek, başka birini özgürlüğünü veya bakmakla yükümlü olduğu bir başkasının özgürlüğünü satması için kandırmak, kişinin böyle bir statüye tabi kılınması için nakletmektir. Macar hukukunda suçun maddi unsuru; kendine mal etmek, başka birisi ile takas etmek, kabul etmek, devretme, satmak veya almak olarak düzenlenmiştir. Danimarka hukukunda insan ticareti suçunun maddi unsuru, protokole uygun olarak nakletme, sevk etme, barındırma, kabul etme veya tedarik etme olarak düzenlenmiştir. Finlandiya hukukunda, insan ticareti suçu ceza kanununun “Özgürlüğe Karşı Suçlar” başlıklı 25. başlıkta, “İnsan Ticareti” başlıklı 3. Kısımda düzenlenmiştir. Suçun maddi unsuru olarak tedarik etme, bir yere yerleştirme, kabul etme, nakletme, başkasına devretme veya bir başkasını kendi hâkimiyetine alma, düzenlenmiştir. Yunan Ceza Kanunu’na eklenen ve insan ticareti suçunu düzenleyen 323/a maddesi suçun maddi unsurunu; bir şahsı başka birisinden alma, gönderme, barındırma, alıkoyma, destekleme, sevk etme veya istihdam etme olarak düzenlemiştir.²⁷⁵

a. Ülke Dışına Çıkarmak Veya Ülkeye Sokmak

Ülke dışına çıkarmak veya ülkeye sokmak hareketlerini açıklamadan önce "ülke" ibaresinin ne anlamda olduğunu açıklarsak, bu ibare sözlükte, bir devletin hakimiyeti altında bulunan toprak, memleket ve diyar anlamındadır. TCK'nın 8/2 madde ve fıkrasında; “a) Türk kara ve hava sahaları ile Türk karasularında, b) Açık denizde bunun üzerindeki hava sahasında, Türk deniz ve hava araçlarında veya araçlarla, c) Türk deniz ve hava savaş araçlarında veya bu araçlarla, d) Türkiye'nin kıta sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgesinde tesis edilmiş sabit platformda veya bunlara karşı, işlendiğinde Türkiye'de işlenmiş sayılır”. Buna göre TCK'nın yer bakımından

²⁷⁵ DEĞİRMENCİ, a.g.e, s. 86.

uygulanması itibariyle bu ülkeye nelerin dahil olduğu belirtilmiştir.²⁷⁶ Ülkeler kara, deniz ve hava mekanlarından oluştuğu kabul edilmektedir.

Üzerinde durulması gereken bir husus, insan ticareti suçunda ülke olarak işleneceği kabul edilen mekanlardır. Ülke, farazi anlamda askeri işgal altında bulunan yerler, açık denizde bulunan ticaret gemiler, hava vasıtalarını ve tüm savaş gemilerini'de kapsar. Bu mekanlarda işlenen suç, Türkiye'de işlenmiş sayılır. Ancak buralarda işlenen suçlar Türkiye'de işlenmiş sayılmasına rağmen bu mekanlar " gerçek (coğrafi) anlamda ülke" olarak kabul edilemez. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçları da özellikle bunların tamamlanması bakımından ancak coğrafi anlamda ülke sınırlarının geçilmesiyle gerçekleşir. Örneğin Türk bayrağını taşıyan bir uçakla bir ülkeden başka bir ülkeye insan ticareti mağdurunun nakledilmesiyle bu suç tamamlanmış sayılmaz. Hareket bakımından ani suç niteliğinde olduğundan dolayı mağdurun sınırdan geçirilmesiyle suç tamamlanır.²⁷⁷

"Ülke dışına çıkarmak" mağdurun Türkiye sınırlarından başka bir ülkenin hakimiyeti altındaki coğrafi alana dahil olmasıyla tamamlanır. Sözlükte "çıkarmak", çıkmasına sebep olmak, bir şeyin veya birinin bulunduğu yerden hariç olmasını sağlamak şeklinde açıklanmaktadır.

"Ülkeye sokmak" ise, mağdurun sınırlardan geçerek Türkiye'ye girmesiyle tamamlanır. Sözlükte "sokmak" kelimesi, arasına veya içine girmesini sağlamak, yasak şeyi gizlice götürmek veya getirmek anlamına gelmektedir.²⁷⁸

Ülke dışına çıkarılan ya da ülkeye sokulan mağdur, yabancı veya Türk vatandaşı olabilir. Ayrıca ülkeden çıkış veya girişin yasa dışı ya da yasal yollardan olması arasında da fark bulunmamaktadır. Bu ihtimalde göçmen kaçakçılığının tatbiki de gündeme

²⁷⁶ YENİDÜNYA, a.g.e, s. 202.

²⁷⁷ ÖZBEK, C.2, a.g.e, s. 185.

²⁷⁸ YENİDÜNYA, a.g.e, s. 203.

gelmeyecektir. Zira kişinin, insan ticaretinde belirtilen araçlarla ve maksatlarla ülke dışına çıkarılması veyahut ülkeye sokulması halinde, özel hüküm niteliği taşıyan TCK'nın 80. maddesi tatbik edilmelidir. TCK'nın 44. maddesindeki fikri içtima kurallarında'da aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Buna karşılık, ülkeden yasa dışı yollardan çıkarılan ya da ülkeye yasa dışı yollardan sokulan kişinin, bu aşamadan sonra insan ticareti için tedarik edilmesi halinde, fail, hem insan ticareti hem de göçmen kaçakçılığı suçundan ayrı ayrı cezalandırılmalıdır.²⁷⁹

b. Tedarik Etmek

Kanun metninde geçen tedarik etme, temin etme, elde etme, tespit etme, bulma, sağlama, anlamına gelmektedir. Vücut organlarının verilmesini sağlamak, fuhuş yaptırmak, zorla çalıştırmak veya hizmet ettirmek veya esarete tabi kılmak maksadıyla, bir kimsenin maddede belirtilen araçlarla temin edilmesi halinde suç oluşur. Örneğin belirli bir yerde, failin belirtilen maksatlarla kişileri başkaları için hazır bulundurması ve müracaat eden insanlara bu maksatlarla temin etmesi halinde suç oluşacaktır. Sözgelimi, failin ekonomik sıkıntı içerisinde bulunan bir kimsenin, bu durumundan yararlanarak, böbreğini bir başkasına vermesi için hazır olarak tutması halinde, tedarik etme hareketi gerçekleşmiş olur.²⁸⁰ Tedarik etmek hareketi, İnsan ticareti suçunda, ani suç niteliğindedir.

c. Kaçırarak

Kaçırarak, mağdurun kendi egemenlik alanından çıkarılarak, onun üzerinde fiili hakimiyet kuracak şekilde bir yerden diğer bir yere nakledilmiş olması demektir.

²⁷⁹ YENİDÜNYA, a.g.e, s. 204.

²⁸⁰ KOCA, a.g.e, s. 155.

Kaçırmaktan söz edebilmek için mağdurun bulunduğu yerden başka bir yere nakledilmiş olması şarttır. Ancak nakledilen yerin mutlaka failin götürmek istediği yer olması gerekmez. Kaçırma unsuru, mağdurun kendi egemenlik alanından çıkarılarak tamamen failin egemenlik alanına girmiş bulunduğu anda tamamlanmış olur. O halde fail, kandırarak, tehdit, baskı, şiddet, cebir uygulayarak veya vücut organlarını vermesini sağlamak, esarete tabi kılmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya zorla çalıştırmak, maksadıyla mağdur üzerinde fiili hakimiyet kuracak şekilde bir yerden diğer bir yere naklettiğinde bu unsur gerçekleşmiş olacaktır. Kaçırmadan bahsedebilmek için mağdurun rızasının olmaması gerekir. Bir başka ifadeyle mağdur, iradesi üzerinde oluşturulan etkiyle kaçırılabilir. Bu durum, kandırma, baskı, tehdit, cebir veya şiddet hareketleriyle sağlanabilir.²⁸¹

Mağdurun yerinin değiştirilmiş olması, her zaman failin mağdur üzerinde egemenlik kurduğu anlamına gelmez. Hakim somut olayın özelliğine göre, mağdurun failin etkisi ve nüfuzu altına girip girmediğini takdir etmelidir. Nitekim örneğin, kamuya açık yerler, bahçeler, parklar, failin hakimiyet alanı olarak düşünülmemeyeceği gibi, takip edilme sebebiyle de mağdur, failin nüfuz sahasına sokulamamış bulunabilir. Bu hallerde suç, teşebbüs aşamasında kalmıştır.²⁸²

İnsan ticareti kaçırmak hareketi yönünden mütemadi suç niteliğindedir. Suç, kaçırmanın gerçekleşmesiyle diğer bir deyişle mağdurun kendi güvenlik alanından çıkarılıp failin etki ve nüfuz alanına sokulmasıyla, nakledilmesiyle tamamlanmakta, buna karşılık bu anda bitmemekte, icrası devam etmektedir. Ancak temadi mağdurun hürriyetine kavuşmasıyla sona ermektedir.²⁸³

²⁸¹ KOCA, a.g.e, s. 156.

²⁸² YENİDÜNYA, a.g.e, s. 206.

²⁸³ YENİDÜNYA, a.g.e, s. 207.

d. Bir Yerden Başka Bir Yere Götürmek

"Götürmek" sözlükte; "ulaştırmak, nakletmek, taşımak, bir şeyi yakından uzağa götürmek, bir kimseyi bir yere kadar yanında yürütmek" anlamlarına gelmektedir. Burada söz konusu seçimlik hareketi "nakletmek" şeklinde de belirtebiliriz. Nakletmek, bir yerden başka bir yere iletme, geçirmek, nakil işini yapmak demektir. Böylece TCK'nın terimi, ifade ettiği anlamı da belirtmek suretiyle suç tipinde kullandığı anlaşılmaktadır.²⁸⁴

Bir yerden başka bir yere götürmek, failin mağduru kendisi ile beraber bulunduğu yerden başka bir yere götürmesidir. Şüphesiz bu götürmenin maddede belirtilen maksatlarla gerçekleşmesi şarttır. Sözgelimi mağdurun cebir veya tehditle bir başkasının hizmetine tabi kılınması için fail ile birlikte belirlenen yere gidilmesi gibi. Suç bir yerden başka bir yere götürüldüğü anda tamamlanır.²⁸⁵ Burada götürülmek istenen yere kadar gitmiş olmak gerekir. Zira kanun açıkça "bir yerden başka bir yere götürmeyi" aramıştır. Dolayısıyla örneğin, Kadıköy'den Beykoz'a gitmek için yola çıkan bir araç, yolda polis tarafından durdurulsa ve fail yakalansa, suç teşebbüs aşamasında kalmış olur.²⁸⁶

Ancak doktrinde suçun tamamlanması için götürülmek istenilen yere ulaşılmasının şart olmadığı görüşünde olan yazarlar da vardır. Bu görüşe göre "Önemli olan birlikte mağdurun bulunduğu yerden hareket edilerek herhangi başka bir yere gitmektir."²⁸⁷

e. Sevk Etmek

"Sevk etme" sözlükte; "bir tarafa doğru gitmesine itici sebep teşkil etmek, yöneltmek, göndermek, yollamak, yönetmek, idare etmek" anlamına gelmektedir. Bu

²⁸⁴ YENİDÜNYA, a.g.e, s. 207.

²⁸⁵ KOCA, a.g.e, s. 156.

²⁸⁶ YENİDÜNYA, a.g.e, s. 208.

²⁸⁷ KOCA, a.g.e, s. 156.

seçimlik hareket yönünden; mağdurun tek başına, bir yerden başka bir yere gitmesi için gerekli koordineyi yapmak, mağdura eşlik etmeden nakil için gerekli faaliyetleri idare etmek sözkonusudur.²⁸⁸

Sevk etmede fail mağduru kandırmak, tehdit, şiddet , baskı, cebir ve diğer hareketlerle, maddede belirtilen amaçlarla belirli bir yere yalnız başına göndermektedir. Sevk fiili mağdurun belirtilen maksatlarla bulunduğu yerden başka bir yere yalnız başına gönderildiği anda tamamlanır. Burada mağdurun yalnız başına gönderilmesi yeterli olup, istenilen yere ulaşması şart değildir.²⁸⁹ Doktrinde sevk etmenin, ulaşma anında tamamlandığı görüşü de ileri sürülmüştür.²⁹⁰

f. Barındırmak

Barındırmak, maddede sayılan amaçlarla, failin egemenlik alanına girmiş olan mağdurun, bir yere yerleşmesini ve yaşamasını sağlamaktır. Şüphesiz burada failin amacı, elde etmeyi tasarladığı yararları sağlamak için mağdura uygun koşullar sağlamak olup, yoksa mağdur yararına bir iş yapmak değildir. Barındırılan yerin açık veya kapalı olması önemli değildir.²⁹¹ Örneğin organlarını almak için insan ticaretine konu edilen mağdurun organlarının istenilen sağlıklı şekilde alınması için mağdura gerekli barınma ihtiyacının sağlanması veya fuhşa sürüklenecek mağdura gerekli barınma ihtiyacının sağlanması gibi.

²⁸⁸ YENİDÜNYA, a.g.e, s. 208.

²⁸⁹ KOCA, a.g.e, s. 156.

²⁹⁰ Bu görüş için bkz. ÖZBEK, C.2, a.g.e, s. 186.

²⁹¹ ÇETİN ve Diğerleri, a.g.e, s. 30.

C. Hukuka Aykırılık Unsuru

Suç yasa koyucunun haksız eylemler içinden seçtiği ve cezalandırmak için pozitif kurallar koyduğu bir eylemdir. Suç işlendiğinde yasa koyucunun bir hukuksal yararı korumak amacıyla insanlara yönelik olarak koyduğu yasaklar ve emirler ihlal edilmektedir.²⁹² Ceza normunun yaptırım altına aldığı fiile, başka bir hukuk kuralı işlenmesine izin veriyorsa “hukuka uygunluk sebebi” söz konusudur.²⁹³

Kural olarak, bir fiilin tipikliği aynı zamanda hukuka aykırılıktır. Eğer bir hukuka uygunluk nedeni yoksa tipik fiil aynı zamanda hukuka aykırı bir eylemdir. Bu durumda artık hukuka uygunluk nedeniyle cezalandırılmayan bir aykırılıktan değil, cezalandırılabilir bir aykırılıktan söz edilmektedir.²⁹⁴

Önemle belirtmek gerekir ki, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenleri, başka bir ifadeyle hukuka uygunluk nedenlerini yalnızca ceza hukukunda değil, diğer tüm hukuk dallarında da aramak zorunludur (ör. 4721 sayılı MK. m. 981).²⁹⁵ Bir başka ifadeyle, hukuka aykırılık, işlenen ve kanuni tarife uygun bulunan fiilin yalnız ceza hukuku ile değil, tüm hukuk düzeni ile çatışma halinde olması, hukukun bu fiile onay vermemesidir.²⁹⁶ Zira hukuka aykırılık bütün hukuk düzenine aykırılık olup, bu nedenle bölünmez bir bütün teşkil eder. Gerçekten, aksi durumun kabulü çeşitli hukuk dallarının birbirini ile çatışma halinde olmasının kabulü anlamına gelir ki, bu da doğrudan doğruya hukuk düzenine karşı olmak demektir.²⁹⁷

Bu suç tipi bakımından herhangi bir hukuka uygunluk sebebinin ortaya çıkması mümkün değildir. İnsan ticareti suçu bakımından mağdurun (ilgilinin) rızası, fiili hukuka

²⁹² **SOYASLAN Doğan:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2005, s. 167.

²⁹³ **DEĞİRMENCİ,** a.g.e, s. 88. **AYDIN Nurullah:** a.g.e, s. 72.

²⁹⁴ **İÇEL Kayıhan - ÖZGENÇ İzzet - SÖZÜER Adem - MAHMUTOĞLU Fatih S -ÜNVER Yener:** Suç Teorisi, 2. Kitap, türdav yayınevi, İstanbul 1999, s. 100.

²⁹⁵ **ARSLAN,** a.g.e, s.57.

²⁹⁶ **DÖNMEZER Sulhi - ERMAN Sahir:** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.1, İstanbul 1997, s.2. **AYDIN Nurullah:** a.g.e, s. 72.

²⁹⁷ **ARSLAN,** a.g.e, s.57.

uygun hale getirmez. Çünkü TCK'nın 80/2 madde ve fıkrası gereği “Birinci fıkrada belirtilen amaçlarla girişilen ve suçu oluşturan fiiller var olduğu takdirde, mağdurların rızası geçersizdir”. Bu şekilde bir düzenleme olmasaydı dahi mağdurun rızası geçerli sayılamazdı. Çünkü mağdurun rızasından söz edebilmek için kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir hakkın varlığı gerekir.²⁹⁸

Ceza kanunu, açıklanan rıza beyanının hangi koşullarda geçerli olduğunu belirtmiştir. TCK'nın 26/2 madde ve fıkrası gereği “kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilemez”. Buna göre, rıza kişinin mutlak surette üzerinde tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olacak, rıza suçtan önce veya suçun icra esnasında açıklanmış olacak ve kişinin rıza açıklamaya ehliyeti olacaktır. Kişinin onur ya da cinsel dokunulmazlık hakkından peşinen feragat etmesine ilişkin rızası, kendisini başkasının köle veya esiri haline getirmeye ilişkin rızası, yaşam hakkından vazgeçmeye ilişkin rızası geçerli olmayacaktır. Nitekim MK'nun 23/2 madde ve fıkrasında “Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz” diyerek kişinin rızasının özgürlüklerinden vazgeçmede veya hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlamada geçerli olmadığını belirtmiştir. Organ veya doku alınmasına ilişkin rıza ise ancak rızanın 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun'da düzenlenen koşullara uygun bulunması halinde geçerli kabul edilecektir. Bu kapsamda, kişinin “zorla çalıştırmak veya hizmet ettirmeye” ilişkin rızası baştan itibaren kişinin hürriyetinden vazgeçmesi sayıldığından geçerli olarak kabul edilmemektedir.²⁹⁹

Onsekiz yaşının doldurmamış çocuklar bakımından ise m. 80/3 gereği araç fiillerin varlığına gerek olmaksızın suç işlenmiş kabul edileceğinden çocuklar

²⁹⁸ ÖZBEK, C.2, a.g.e, s.187.

²⁹⁹ DÖNMEZER, a.g.e, s. 88.

bakımından mağdurun rızası söz konusu olamaz. Zaten çocukların bu suçla korunan hukuki değerleri üzerlerinde serbestçe tasarruf edebilmeleri mümkün değildir. Çocuğun velisi eğer rıza göstermişse çeşitli açılardan düşünmek gerekir, eğer maddede sayılan araç fiiller (cebir, şiddet, tehdit) veli üzerinde uygulanmış ve velinin bu şekilde rızası alınmışsa suç yine oluşur ancak velinin suça iştirakten cezalandırılması düşünülemez, ancak veli araç fiiller söz konusu olmamasına rağmen örneğin yapılan işten pay almak amacıyla rıza göstermişse bu durumda suça iştirak etmiş olur.³⁰⁰

D. Manevi Unsur

1. Genel Olarak

Manevi unsurun varlığından söz edebilmek için failin kusurlu bir şekilde hareket etmeye ehil olması, hareketin ona isnad edilebilmesi için gerekli özelliklerin failde bulunması gerekir. Ayrıca failin somut olayda da kusurlu bir şekilde hareket ettiğinin belirlenmesi gerekir.³⁰¹

İnsan ticareti suçunun manevi unsuru kasttır. Fail bilerek ve isteyerek madde metninde belirtilen hareketleri gerçekleştirmelidir. Bu suç taksirle işlenebilmesi mümkün değildir.³⁰² İnsan ticareti suçunun "olası kastla" işlenip işlenemeyeceği hususu üzerinde de durulmalıdır. Kural olarak, kasten işlenebilen bir suç (TCK. m. 21), doğrudan kastla işlenebileceği gibi olası kastla da işlenebilir. Yeter ki, suçun kanuni tanımında doğrudan kasta işaret eden bir ibare bulunmamış olsun. Eğer böyle bir ibare yer almışsa, o suç olası kastla işlenemez, sadece doğrudan kastla işlenebilir. Örneğin, kanun 321. maddede (devletin yetkili makam ve mercilerinin emir veya kararlarına bilerek), 315. maddede

³⁰⁰ ÖZBEK, C.2, a.g.e, s. 187.

³⁰¹ DÖNMEZER-ERMAN, a.g.e, s. 143.

³⁰² ARSLAN ve Diğerleri, a.g.e, s. 32.

(bunların amaçlarını bilerek), 267. maddede (işlemediğini bildiği halde), 197/2. maddede (sahte parayı bilerek kabul eden) bu niteliktedir.³⁰³

Belirtilmelidir ki olası kast, netice ile oluşur ve bu netice gerçekleşmesi muhtemel olandır. İnsan ticareti suçunun incelendiğinde doğrudan kasta işaret eden bir ibareye rastlanmamaktadır. Bu itibarla ilk bakışta suçun olası kastla işlenebileceği düşünülebilir. Ancak, insan ticareti suçunun manevi unsuru yönünden taşıdığı bir diğer özellik olası kastla işlenmesini olanaklı kılmamaktadır. Madde metninde, fiilin belirli bir amaç veya saikle işlenmiş olmasının arandığı hallerde de, suçun olası kastla işlenemeyeceği kabul edilmelidir. İnsan ticareti suçunda da yasa koyucu failin genel kastı dışında, belirli saiklerle hareket etmesini aramıştır. Bu saikler madde metninde, esarete tabi kılmak, zorla çalıştırmak, vücut organlarının verilmesini sağlamak, hizmet ettirmek, veya fuhuş yaptırmak şeklinde gösterilmiştir. Şu halde, belirli bir amaca ulaşmak, neticeyi elde etmek (suçun oluşması bu amaçların elde edilmesine bağlı olmasa da) düşüncesiyle hareket eden failin, "olursa olsun" düşüncesinden ziyade "istememesi" söz konusudur ve olası kasttan dolayı (TCK. m.21/2) cezasının indirilmesi mümkün görülmemelidir.³⁰⁴

Bu suçta fail, vücut organlarının verilmesini sağlamak, esarete tabi kılmak, fuhuş yaptırmak, zorla çalıştırmak veya hizmet ettirmek maksatlarıyla eylemi gerçekleştirmelidir. Böylece belirtilen bu amaçların failin kendisi tarafından gerçekleştirilmiş olması şart değildir. Diğer bir ifadeyle, fail, kendisi tarafından bu istismar şekillerinin oluşturulması maksadını taşımayabilir. Ancak saik, suçun temel şeklinin gerçekleşmesi açısından aranan bir unsurdur. Burada önemli olan fail veya üçüncü bir kimse tarafından gerçekleştirilecek olan istismar şekilleri amaçlanarak fiilin işlenmesidir. Kanunda düzenlenen şekliyle de insan ticareti, sömürünün öncesinde gerçekleşen tedarik ve aracılık faaliyetlerine ilişkindir.³⁰⁵

³⁰³ YENİDÜNYA, a.g.e, s.209.

³⁰⁴ YENİDÜNYA, a.g.e, s.209.

³⁰⁵ KOCASAKAL, a.g.e, s. 71.

Suçun gerçekleşmesi bakımından failin belirtilen maksatlara ulaşması gerekmez. Önemli olan bireyin, insan onurunu zedeleyen, temel hak ve özgürlüklerini etkileyen bir takım maksatlarla, maddede belirtilen fiillere maruz bırakılmasıdır.³⁰⁶ Suçun manevi unsuru bakımından aranan amaçlar şöyledir.

2. Zorla Çalıştırmak Hizmet Ettirmek

“Zorla çalıştırmak” veya “hizmet ettirmek”, mağdurun isteği dışında, ona karşı manevi veya maddi cebir veya baskı, zor kullanılarak, yani metazori olarak belli bir süre bir iş yaptırmaktır. “Zorla çalıştırma yasağı” başlıklı Anayasanın 18/1. maddesi “Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır.” hükmünü koyduktan sonra, aynı maddenin 2. fıkrasında, “şekil ve şartları kanunda düzenlenmek üzere hükümlülük veya tutukluluk süreleri içindeki çalıştırmalar; olağanüstü hallerde vatandaşlardan istenecek hizmetler; ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları, zorla çalıştırma sayılmaz” şeklinde açıklamıştır.³⁰⁷

Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 29 Numaralı Sözleşmesinin 1.maddesinde zorla çalıştırmanı yasaklamıştır ve bu sözleşmede zorla çalıştırma kapsamına girmeyen hususları da belirtmiştir. Sözleşmenin 2 nci maddesinin 2 nci bendine göre, aşağıdaki hizmetler, zorla çalıştırma kapsamında mütalaa edilmemektedir.

(a) “Mecburi askerlik hizmeti hakkındaki kanunlar gereğince mecbur tutulan ve sadece askeri bir mahiyet taşıyan işlere hasredilen bir çalışma veya hizmet;

(b) Bizzat kendi kendini yöneten bir memleketin vatandaşlarının olağan kamu hizmeti yükümlülüklerinin bir parçasını teşkil eden bir iş veya hizmet,

³⁰⁶ YENİDÜNYA, a.g.e, s.210.

³⁰⁷ ARSLAN ve Diğerleri, a.g.e, s. 33.

(c) Çalışma veya hizmetin bir kamu makamının nezaret ve kontrolü altında icra edilmesi ve söz konusu ferdin özel kişilerin, şirketlerin veya özel-tüzel kişilerin hizmetine bırakılmaması veya verilmemesi şartıyla, bir mahkemenin verdiği mahkumiyet kararının sonucu olarak yapmaya mecbur edildiği bir iş veya hizmet;

(d) Olağanüstü hallerde, yani harp, felaketler veya yangın, su baskını, açlık, yer sarsıntıları, salgın hastalıklar ve şiddetli hayvan salgınları, hayvanların ve mahsule zarar veren böcek veya parazitlerin hastalık yaymaları durumunda ve genel olarak halkın bütünü veya bir kısmının normal yaşama şartlarını veya hayatını tehlikeye koyan tehlikeli veya zarar verici her türlü şartlarda yapılması mecburi bir iş veya hizmet;

(e) Küçük çaplı toplumsal hizmetler, yani toplum fertleri tarafından doğrudan doğruya toplum menfaatine yapılan işler, bizzat toplumun fertleri veya doğrudan doğruya temsilcilerinin bu çalışmaların gerekli olduğunu beyan etmeleri hakkının tanınması şartıyla toplum üyelerine düşen olağan kamu hizmeti mükellefiyetleri”³⁰⁸

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin çeşitli kararlarında kavramın kapsamı ve anlamı ortaya konulmaya çalışılmıştır. Nitekim örneğin; De Wilde, Ooms ve Versyp-Belçika Kararı'nda; başvuruculara yüklenen çalışma ödevinin 4 (3) (a) bendi anlamında, olağan çalıştırma sınırlarını aşmadığı çünkü bu çalıştırmanın kendilerinin tekrar topluma kazandırılmalarını amaçladığı belirtilmiştir.

3. Esarete Tâbi Kılmak

Esarete tâbi kılmak, mağdurların esirlik, kölelik durumunda tutularak, onları söz konusu durumlarda uygulanabilen fiillere maruz bırakmaktır. Esaret veya benzeri uygulamalara tabi kılınan kişinin herhangi bir özgürlüğü ve serbest seçim hakkı ve karar verme serbestîsi olmayıp, tamamen esareti altında bulunduğu gücün emir ve istekleri

³⁰⁸ YENİDÜNYA, a.g.e, s.214.

doğrultusunda hareket etme mecburiyeti söz konusudur. Örneğin mağdurun, toplumdan veya yakınlarından tecrit edilmesi, pasaport veya kimlik belgesi vs. el konulması, ödemesi mümkün olmayacak şekilde borçlandırılması mağdurun fiziksel veya psikolojik bir tutsaklık haline tabi tutulması gibi.³⁰⁹

7 Eylül 1956 tarihli "Kölelik, Köle Ticareti ve Köleliğe Benzer Kurum ve Uygulamaların Lağvına Dair Ek Sözleşme" esaretin kapsamını genişletmiştir. Buna göre;

(a) "Bir kimsenin kendi kişisel hizmetini ya da denetimi altındaki bir kimsenin hizmetini borç güvencesi olarak göstermesine karşılık, makul hizmet bedelinin borcun ödenmesine ayrılmaması ya da hizmetin süresi ve niteliğinin sınırlanıp saptanmasından doğan statü ya da koşul;

(b) Yasa, töre ya da sözleşmeyle başka kimseye ait toprak üzerinde yaşamak ve çalışmak ve bu kimseye ücretli ya da ücretsiz kimi belli hizmetlerde bulunmak zorunda olan ve statüsünü değiştirme özgürlüğü bulunmayan bir toprak kiracısının koşulu ya da statüsü;

(c) Bir kadının geri çevirme hakkı tanınmadan ana babası, vasisi, ailesi ya da başka bir kişi ya da gruba para ya da mal olarak bir ödeme karşılığında evlendirilme sözü verilmesi ya da evlendirilmesi; ya da kocası, ailesi ya da topluluğu tarafından bir kadının bedel karşılığında ya da başka yoldan, bir başkasına aktarılma hakkı; ya da kocasının ölümünde bir kadının miras yoluyla bir başkasına aktarılma zorunda bırakılması;

(d) Çocuğun ana babası ya da bunlardan biri ya da vasisi tarafından, kendisinin ya da emeğinin sömürülmesi amacıyla ücretli ya da ücretsiz olarak başka bir kimseye

³⁰⁹ ARSLAN ve Diğerleri, a.g.e, s. 33.

verilmesi, gibi uygulamalar bir kimsenin esarete tabi kılınması anlamına gelmektedir".³¹⁰

Bir kimseyi yukarıda sayılan muamelelere maruz bırakmak maksadıyla, 80 inci maddede düzenlenen fiillerin işlenmesi, suçu oluşturacaktır. Mağdurun köleliğin kabul edildiği veya resmi makamlarca müdahale edilmediği bir ülkeye götürülmesinin amaçlanması şart değildir. Önemli olan ülke içinde veyahut dışında esarete tabi kılınmak maksadıyla bireyin ticarete konu edilmesidir.

4. Fuhuş Yaptırmak

Fuhuş, sözlükte; içinde bulunulan toplumun kurallarına uymayan bir biçimde bir veya birkaç kişiyle para karşılığında cinsel ilişkide bulunmak anlamına gelmektedir. Fuhuş yapmak ise, bir kimsenin duygu bir bağ olmadan ve ayırım gözetmeden her erkeğe bir yarar karşılığında vücudunu kullanma izni vermesi, bunu meslek edinmesidir. Fuhuşta üç özellik vardır, bunlar; cinsi ilişkide duygu yön bulunmaması, gelir getiren bir faaliyet olması ve meslek edilmesidir. Genellikle kadın ve kız çocukları fuhuşla ilişkilendirilmekle birlikte, erkekler de fuhuşa sürüklenebilir.³¹¹

Fuhuşta bulunan kişi, vücudunu başkalarının cinsel arzularının tatmini için sunmaktadır. Sadece, kişinin cinsel ilişkide bulunması değil, vücudu ile gerçekleştirdiği şehveti tatmin edici diğer davranışlar da bu kapsamdadır. Ancak pornografik ürünlerin üretimi için resim çektirmek, poz vermek fuhuş yapmak kapsamında değerlendirilmez.³¹²

³¹⁰ YENİDÜNYA, a.g.e, s. 218.

³¹¹ YENİDÜNYA, a.g.e, s. 215.

³¹² YENİDÜNYA, a.g.e, s. 216.

5. Vücut Organlarının Verilmesini Sağlamak

Vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla bir kimsenin maddenin birinci fıkrasında belirtilen eylemlere konu edilmesi de, insan ticareti suçu kapsamında mütalaa edilmiştir. Vücut organı; canlı bir vücudun belirli bir görev yapan ve sınırları kesin olarak belirlenmiş bölümü, uzuv anlamına gelmektedir. Böylece dokuların birleşmesinden meydana gelen organlar, vücutta az ya da çok belirli bir görev yerine getirirler. Örneğin midenin görevi sindirim yapmak, akciğerinki ise solunumu sağlayarak bu yolla kanı temizlemektir. Ayrıca organlar sınırları kesin olarak tespit edilebilir vücut kısımlarıdır.³¹³

Vücut organlarının verilmesini sağlamak, mağdurun bedeninde bulunan, orada belirli görevler yapan ve sınırları kesin olarak belirlenmiş bölümünün, faile veya failin istediği birine iletilmesini, başışlanmasını veya bırakılmasını temin etmektir. Failin buradaki amacı, mağdurun organlarının verilmesini sağlayarak ona her hangi bir şekilde zarar vermek değil, mağdurun organını başka birine aktarımını sağlamaktır. Şüphesiz buradaki amaç ahlaki, insani veya yasal bir amaç değil, çoğunlukla manevi veya maddi bir kazanç sağlamak gayesidir.³¹⁴

TCK.'nın 80 inci maddesinde saiki belirtmek üzere, sadece "vücut organı" deyimini kullanılmış, "doku" terimine yer verilmemiştir. "Vücut organı"ndan farklı bir anlam ifade eden doku, "hücreler veya liflerden meydana gelen ve anatomi bakımından bir bütünlük gösteren bağlantı ve çatkıların tümüdür. Böylece dokular özellikleri ve fonksiyonları birbirine benzeyen hücre ve liflerden oluşurken, organlar dokuların birleşmesinden meydana gelmektedir. Tıbbi açıdan doku olarak kabul edilen anatomi unsurlarından en önemlileri kemik iliği, kıkırdak, sinir kırışlarındaki esnek dokular, kas dokusu, iç salgı

³¹³ YENİDÜNYA, a.g.e, s. 218.

³¹⁴ ARSLAN ve Diğerleri, a.g.e, s. 33.

dokuları, duyu dokuları ve bağ dokularıdır. Ayrıca göz bir organ olduğu halde, gözün saydam tabakası "kornea" doku olarak kabul edilmektedir. Bunun gibi iskelet, kemiklerden oluşan bir sistem, kemik ise dokudur. Tıbbi açıdan kan ve sperm de dokudur. Şu halde "dokularını vermesini sağlamak maksadıyla" bir kimsenin kaçırılması insan ticareti suçuna vücut vermez. Nitekim örneğin, bir kimsenin korneasının verilmesini sağlamak maksadıyla, cebir, tehdit ve iradeyi ortadan kaldıran diğer yollara müracaat edilerek nakledilmesi veyahut kaçırılması halinde 80 inci madde tatbik edilemeyecektir.³¹⁵

Bu saik yönünden failin maksadı mağdurun organlarının verilmesini sağlayarak onun vücuduna bir zarar vermek değil, organının başka birine aktarımını, naklini sağlamaktır. Ayrıca fail örneğin, kendisine borcunu ödemediğinden dolayı bir yere kapattığı kişiyi, daha sonra vücut organlarından birisinin verilmesini sağlamak için üçüncü bir kişiye tedarik ederse, bu takdirde eklenen kast ile artık insan ticareti suçundan sorumlu tutulur. Burada önemli olan maddi unsur oluşturan seçimlik hareketlerden her hangi birinin, bu saikle yerine getirilmiş olmasıdır.³¹⁶

Bu suçta önemli olan fail veya üçüncü bir kişi tarafından gerçekleştirilecek olan istismar şekilleri amaçlanarak eylemin gerçekleştirilmesidir.³¹⁷ Örneğin A, bir kimseyi fuhşa sürüklemek amaçla tedarik edip, B'ye teslim etse, B'de yine mağduru bu maksatla kaçırırsa ve onu D'ye ulaştırırsa, D'de mağduru fuhşa sürüklese burada A ve B her ne kadar mağduru fuhşa sürüklemiş olmasa dahi bu amaçla eylemlerini gerçekleştirdiklerinden insan ticaretinden sorumlu olacaklardır.³¹⁸

³¹⁵ YENİDÜNYA, a.g.e, s.219.

³¹⁶ YENİDÜNYA, a.g.e, s.220.

³¹⁷ ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, a.g.e, s. 150.

³¹⁸ "Ukrayna uyruklu mağdure İryna isimli kişi ile Ukrayna'da çalışan Deniz isimli şahıs ile irtibat kuran sanıklar Tatyana ve Süleyman'ın mağdureyi iş bulma vaadiyle Türkiye'ye çağırdıkları, bu ülkeye gelen mağdurenin İstanbul'da havaalanında sanık Nuri tarafından karşılanarak Kuşadası'na getirildiği, Nuri'nin mağdureyi sanıklar Tatyana ve Süleyman'a teslim ettiği, bu şahısların birlikte cebir, şiddet, tehdit, hile ile mağdureyi fuhşa yönettikleri, mağdurenin karşı çıkması ve sorunlar çıkarmaya başlaması üzerine Antalya'da "sattıkları", bir süre burada çalışan mağdureyi Aykut ismiyle tanınan sanık Ali Rıza'nın satın alarak tekrar Kuşadası'na getirdiği ve burada faaliyet gösteren sanık Hasan'ın

VI. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. Teşebbüs

Fail icra hareketlerine başlamış, ancak elinde olmayan nedenlerle icra hareketleri yarıda kalmış veya icra hareketlerini tamamlamasına rağmen failin iradesi dışındaki engelden dolayı netice meydana gelmemesi halinde suça teşebbüs edilmiş olur. İnsan ticareti suçunda maddede sözü edilen araçları kullanmak suretiyle söz konusu hareketlerin yapılmasıyla suç tamamlanır.³¹⁹ Bununla birlikte, maddede söz konusu araçların kullanılmasına rağmen (ör. cebir, şiddet, baskı veya tehdit uygulamak) maddî unsurda gösterilen hareketler (ör. sevk etme, barındırma, kaçırma) gerçekleşmemiş ya da bunlar tamamlanamamış olabilir. Bu durumda, suça teşebbüs söz konusu olur.³²⁰

Bu suç, kanunda belirtilen araç fiilleri kullanmak suretiyle tedarik etmek, sevk etmek, barındırmak, kaçırmak, bir yerden başka bir yere götürmek, ülke dışına çıkarmak veya ülkeye sokmak, hareketlerinin yapılmasıyla tamamlanır. Başka bir deyişle, failin, mağdur üzerinde egemenlik kurarak, amaç fiilleri icra ettiği anda suç gerçekleşir. Maddede belirtilen ve (vücut organlarının verilmesini sağlamak, fuhuş yaptırmak, hizmet ettirmek veya esarete tabi kılmak yada zorla çalıştırmak) şeklinden sayılan amaçların gerçekleşmesine gerek bulunmamaktadır.³²¹

İşlettiği L. S ... Otel isimli otele gayri resmi olarak evli olduğu ve fuhuş amaçlı kadın satan Hatice'nin odasına yerleştiği, aynı odada mağdure Olesea isimli bir bayanın da bulunduğu, sanıkların birlikte hareket ederek mağdureleri para karşılığı fuhuş için tedarik ettiklerinin anlaşılması karşısında; sanıkların eyleminde 765 sayılı TCK'nın 201/b madde ve fıkrasındaki "zorla çalıştırma veya hizmet ettirmek, esarete veya benzer uygulamalara tabi kılmak ..." şeklinde düzenlenen suçun unsurlarının oluşmadığı, "fuhuş yaptırmak" maksadıyla insan ticareti suçunun düzenlendiği 19.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5560 sayılı Yasa'nın 3. maddesiyle değişik 5237 sayılı TCK'nın 80. maddesinin ise suç tarihinde yürürlükte olmadığı gözetilerek, sanıklar hakkında suç tarihinde 21 yaşını bitirmiş olan mağdureyi cebir ve şiddet kullanmak suretiyle fuhuş için tedarik ve hürriyeti tahdit suçlarından 765 sayılı TCK'nın 436/1. fıkra 2. cümlesi ve 179. maddesi uyarınca mahkumiyet kararı verilmesi gerekirken, aynı yasanın 201/b madde ve fıkrası uyarınca yazılı şekilde hüküm kurulması...", Yarg. 8. CD. 8.5.2008, 1862-5276(ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, a.g.e, s.150)

³¹⁹ KOCA, a.g.e, s. 150.

³²⁰ ARSLAN ve Diğerleri, a.g.e, s. 35.

³²¹ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, a.g.e, s. 107. KOCASAKAL, a.g.e, s. 69.

Maddede sayılan hareketlerden “sevk etme, tedarik etme, bir yerden diğer bir yere götürme” durumunda, bu hareketlerin yapılmasıyla suç tamamlanırken, kesintisiz suç niteliği taşıyan "kaçırma" ve "barındırma" bakımından, bunun bir süre devam etmesi gerekecektir.³²²

Araç fiiller gerçekleştirilmesine rağmen, amaç fiiller gerçekleştirilememiş yada amaç fiillerin icrasına başlanıp, icra hareketleri tamamlanamamış ise (örneğin, kaçırmak için mağduru araca bindirildiği sırada polisın olaya el koyması gibi) teşebbüsten söz edilir. Bu durumda, fail meydana gelen tehlike veya zararın ağırlığına göre, suça teşebbüsten dolayı cezalandırılır.³²³

İcra hareketleri başladıktan sonra fail neticenin gerçekleşmesini sağlamak için elinden geleni yapmadan önce suça devam etmekten vazgeçebilir bu durumda isteyerek vazgeçme söz konusudur.³²⁴ Mağdur üzerinde iradeyi ortadan kaldırmaya yönelik davranışları gerçekleştirmeye başlayan fail, icra hareketlerinden kendi iradesiyle vazgeçerse gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümden yararlanır. Bu durumda vazgeçme anına kadar tamamlanan kısım başlı başına bir suç oluşturduğu takdirde, asıl amacını oluşturduğu suça teşebbüsten değil, sadece gerçekleşen o suçtan cezalandırılır.³²⁵ Örneğin A, B’yi, D’yi öldürme konusunda azmettirirse ve C’de B’ye D’yi öldürmekte kullanacağı silahı temin eder, ancak bu anlaşmaya rağmen B, D’yi öldürmekten vazgeçerse, yani A ve C’nin haberi olmamasına rağmen daha önceden aralarında anlaşmışları D’yi öldürme fikrini harekete geçirmeden bundan vazgeçerse, kasten öldürme suçunun icra hareketlerine henüz başlamadıkları için A, B ve C’yi cezalandırmak mümkün olmayacaktır. Ancak bu kişilerin o zamana kadar yaptıkları hazırlık hareketleri ayrı bir suçu oluşturuyorsa, bundan sorumlu olacaklardır. Örneğin suçu işlemesi için B’ye silahı

³²² ARSLAN Çetin - AZİZAĞAOĞLU Bahattin: Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004, s. 334.

³²³ YENİDÜNYA, a.g.e, s. 223.

³²⁴ SOYASLAN Doğan: Teşebbüs Suçu, Ankara 1994, s. 118.

³²⁵ HAKERİ Hakan: Ceza Hukuku, Genel Hükümler Kabahatler Hukuku, 5.Baskı, 2007, s. 328.

temin eden C ve silahı alan B ruhsatsız silah bulundurmak veya taşımaktan 6136 sayılı yasaya göre sorumlu olabileceklerdir.³²⁶

Suç işlemeye azmettirenin vazgeçmesi halinde bu ana kadar asli fail suçun icra hareketlerine başlamamışsa azmettirenin bir sorumluluğu olmayacaktır. Azmettiren vazgeçip asli failin icra hareketlerine başlamasını engelleyememiş ancak tamamlamadan ona engel olmayı başarmışsa, yukarıda anlatıldığı gibi azmettiren de o ana kadar işlenen suçlardan asli fail gibi sorumlu olacaktır.³²⁷

Yardım eden suç ile ilgili işbirliğinde kendisine verilen görevi yapmaktan vazgeçer ve yapmazsa suçtan sorumlu olmayacaktır. Müşterek faillerden birisinin gönüllü vazgeçmesi halinde iki durum ortaya çıkmaktadır. Birincisi müşterek failin vazgeçip diğer faileri de vazgeçirmek istemesine rağmen diğerlerinin vazgeçmeyip eylemlerine devam etmeleri halinde bunların eyleminin başka bir nedenle tamamlanamamış olması halidir. Bu durumda suç işleme yönünde diğer failer işlemeyi kastettikleri suça teşebbüsten cezalandırılacaklardır. Ancak daha önce vazgeçen ancak arkadaşlarını vazgeçiremeyen fail gönüllü vazgeçmeden TCK 41 inci maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendi gereğince gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanacaktır.³²⁸

İkinci ihtimalde ise, müşterek faillerden birisi vazgeçmiş, diğer müşterek fail ya da faileri suçu işlememeleri konusunda vazgeçirmeye çalışmış ancak bunda başarılı olamamış ve suçun işlenmesi tamamlanmıştır. TCK'ya göre bu durumda da suçun

³²⁶ ÖZGENÇ, a.g.e, s. 489. YENİDÜNYA, a.g.e, s. 223.

³²⁷ BAKICI Sedat: 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, s.789. MALKOÇ İsmail: Açıklamalı İçtihatlı 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2013, s. 268. HAKERİ, a.g.e, s. 343.

³²⁸ ÖZGENÇ, a.g.e, s. 489-490. Bu durum söz konusu madde gerekçesinde şöyle açıklanmıştır. "Gönüllü vazgeçen suç ortağı, suçun işlenmemesi için elinden gelen bütün gayreti göstermiş ve fakat suç başka bir nedenle işlenmemiş olabilir. Bu durumda dahi, gönüllü vazgeçen suç ortağını gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlandırmak gerekecektir."

işlenmemesi için elinden gelen gayreti gösteren müşterek fail 41 inci maddenin ikinci fıkrasının (b) bendi gereğince gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabilecektir.³²⁹

Mağdurun asıl fiiller icra edildikten sonra, serbest bırakılması halinde etkin pişmanlık söz konusudur. Bu durumun Türk Ceza Kanunu bakımından tamamlanmış suçta her hangi bir etkisi bulunmamaktadır. Nitekim TCK'nu suç tamamlandıktan sonra pişmanlık gösteren failin, işlediği haksızlıktan kaynaklanan zararı tamamen veya kısmen ortadan kaldırmaya yönelik davranışlarına, sadece belirli suç tiplerinde etkin pişmanlık olarak değer vermiştir.³³⁰ Böylece suçun tamamlanmasından sonra soruşturma başlamadan önce veya soruşturma evresinde kovuşturma başlamadan önce yada kovuşturma evresinde hüküm verilmeden önce veya hüküm verildikten sonra cezanın infazı sırasında pişmanlık göstererek işlediği fiilin neticelerini ortadan kaldıran veya azaltan kişi ya hiç cezalandırılmamakta yada cezasında indirim yapılmaktadır. Buna düzenlemelere örnek olarak, iftira suçuna ilişkin 269. Madde, rüşvet suçuna ilişkin 254. Madde, zimmet suçuna ilişkin 248. madde, malvarlığına karşı suçlara ilişkin 168. madde ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılmaya ilişkin 110. madde, gösterilebilir. İnsan ticareti suçunda etkin pişmanlığa ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak insan ticaretinin bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, sadece örgüt kurmak, örgüt adına suç işlemek örgüte üye olmak, veya örgüte bilerek isteyerek yardım etmek fiilleri bakımından 221. maddede düzenlenen etkin pişmanlık hükümleri uygulanabilir. Bu ihtimalde etkin pişmanlık, örgütün faaliyetleri kapsamında işlenen insan ticaretinden sorumluluğu ortadan kaldırmaz.³³¹

³²⁹ **ÖZGENÇ**, a.g.e, s. 490. Bu durumda madde gerekçesinde, “Keza, gönüllü vazgeçen suç ortağının bütün gayretine rağmen, diğer suç ortakları suçu işlemiş olabilir. Bu durumda, suçun işlenmiş olmasına rağmen, gönüllü vazgeçen ve suçun işlenmemesi için elinden gelen bütün gayreti gösteren suç ortağının işlenen suçta iştiraktan dolayı sorumlu tutulmaması gerekir. Ancak, bu durumda, suç ortağının gönüllü vazgeçme anına kadar gerçekleştirdiği fiillerin bağımsız bir suç oluşturması durumunda, bu suçtan dolayı sorumlu tutulacağı kuşkusuzdur.” şeklinde açıklanmıştır.

³³⁰ **CENTEL Nur-ZAFER Hamide- ÇAKMUT Özlem**: Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2006, s. 471.

³³¹ **YENİDÜNYA**, a.g.e, s. 224.

B. İştirak

Kanunun suç saydığı bir fiili birden fazla kişinin işlenmesi durumunda suça iştirak vardır. Suça iştirak, cezai sorumluluğu genişleten bir kurumdur. Geleneksel anlayışta, çok faille işlenen suç, tek bir kişiymiş gibi düşünülür. Başka bir düşünce nedenselliği önplana çıkarırken, bir diğer “cemiyyet” kavramından yola çıkmaktadır. Suça iştirakte her münferit hareket bağımsızlığını yitirir ve iştirak neticesinde meydana gelen asıl suçun unsurlarını oluşturur. Amaç , nasıl ortaksa yaptıkları hareketlerde ortak bir nitelik taşıır.³³² Kanun, “suçun işlenişi üzerinde ortak hakimiyet” kavramından söz etmektedir. Kanun, suça katılanların suça nedensel katkılarını göz önüne almıştır.

Suçta iştirakin dört koşulu vardır. Birden çok failin katılımı, katılanlar bakımından aynı olan suçun başlanmış olması, nedensel katkı ve iştirak iradesi şartları altında, ortaya çıkan netice suça iştirak niteliği taşıyacaktır.³³³

Suçta iştirakte nitelik itibariyle hareketlerin aynı olması gerekmez. Hareketlerin icra hareketi olması gerekmez. İhmali olması halinde iştirak mümkündür. Genelde fail bakımından hazırlık hareketi sayılabilecek bir hareket suça iştirak eden bakımından iştirakin gerçekleşmesi için yeterli olabilir. Örneğin hırsızlık yapacak kişiye anahtar temin etmek gibi. Tabii ki burada anahtar temin ederek iştirak eden kişinin eyleminin cezalandırılabilmesi için failin hazırlık hareketlerine başlamış olması gerektiğini belirtmemiz gerekir. Örneğin insan ticareti suçunda mağdurun nakli için araba ayarlayan kişi, arabayı hazır ettikten sonra fail mağduru getirip arabaya koymazsa arabayı temin eden kişi sorumlu tutulamayacaktır. İştiraki oluşturan hareketler manevi veya maddi olabilir. Şerik hem manevi hem de maddi nitelikli hareketler yaparak suça iştirak edebilir. Örneğin önce şeriki suça teşvik edip daha sonra da suçun işlenmesindeki maddi

³³² HAFIZOĞULLARI Zeki – ÖZEN Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010, s.348-350.

³³³ HAKERİ, a.g.e, s. 80 vd.

hareketlere katılabilir. Bu halde fail cezalandırılırken en ağır hareketten dolayı cezalandırılacaktır. Şeriklerin hareketleri bakımından, suçun işlenmesinden önce olabileceği gibi suçun işlenmesinden sonra da olabilir. Cezalandırılabilmesi için suçun işlenmesinden sonra yapılan hareketin iştirak iradesinin suçun işlenmesinden önce veya en azından suçun işlenmesi sırasında ortaya konulmuş olması gerekir.³³⁴

765 sayılı Türk Ceza Kanunu zamanında iştirak asli iştirak ve ferî iştirak olarak bu ikisi de kendi içinde maddi ve manevi iştirak olarak ikiye ayrılmaktayken 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanununda iştirakin faillik (m. 37), azmettirme (m. 38), yardım etme (m. 39) olarak ayrıldığını görmekteyiz.³³⁵

İnsan ticareti suçunda iştirakin her haline (faillik, azmettirme ve yardım etme) suçun bitme anına kadar iştirak mümkündür. Örneğin suçun araç fiillerinden olan tehdit eylemini faillerden biri, kaçırma eylemini de diğeri gerçekleştirirse, TCK'nın 37/1. maddesi hükmü uyarınca her ikisi de asıl fail olarak sorumlu tutulmaktadır.³³⁶

Bu kapsamda anlaşılamayan hususlardan bir tanesi, soykırım, insanlığa karşı suçlar ve göçmen kaçakçılığı bakımından, suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesinin nitelikli hal olarak düzenlenmiş olması ve insan ticareti bakımından aynı hususun 765 sayılı TCK'nın 201/b maddesinde nitelikli hal olarak gösterilmiş olmasına rağmen, neden TCK'nın 80. maddesinde buna suçun nitelikli hali olarak yer verilmediğidir. Oysa insan ticareti suçu çoğu kez organize biçimde gerçekleşmektedir. Bu durumda, TCK'nın 220 maddesindeki genel hükme göre işlem yapılabilir.³³⁷

³³⁴ **HAKERİ**, Genel Hükümler, s. 337-338-339

³³⁵ **İÇEL Kayıhan – EVİK Ali Hakan**: ceza hukuku genel hükümler, İstanbul 2007, s. 275.

³³⁶ **KOCA**, a.g.e, s. 166-167.

³³⁷ **TEZCAN-ERDEM-ÖNOK**, a.g.e, s.110.

C. Suçların İctimai

Ceza kanununun aynı veya farklı hükümlerini, bir kimsenin bir veya birden çok fiille ihlal etmesi, failin birden çok suçtan değil, ama tek bir suçtan sorumlu tutularak cezalandırılmasıdır.³³⁸

Suçların sayısının belirlenmesi konusunda iki görüş vardır. Bunlar, suçun kanuni tipe göre suçların sayısını belirleyen görüş ve hareket unsuruna göre suçların sayısını belirleyen görüştür. Özellikle Alman ekolünde savunulan ikinci görüşe göre, suçun teklifi ve çokluğu harekete göre belirlenir. Eğer hareket tek ise suç'ta tektir. Örneğin failin mağdura yönelik tokadı tek bir harekettir. Bu tokat ile hem kasten yaralama hem hakaret suçu işlenmiş olabilir. Burada hareket tek olduğu için suç da tektir. Birinci görüşü savunan yazarlara göre ise eylemin veya hareketin sayısı suçun sayısında önem arz etmez. Suçların sayısı eylemin kanuni tipe uygunluğu ölçüsüne başvurulmuş olarak belirlenebilir. Örneğin bir bombanın patlatılmasıyla bir kişi yaralanır, diğer bir kişi öldürülür, bir başkasının ise malına zarar verilirse, hareketin tek olmasına karşın çeşitli hükümler ihlal edildiği için ihlal edilen hükümler sayısınca suçun bulunduğu kabul edilmelidir.³³⁹

İran ceza hukukunda ihlal edilen norm sayısınca suç oluştuğunu belirten birinci görüşe üstünlük tanımaktadır. Gerçekten bu görüş dış dünyada eylem sonucu meydana gelen mağduriyeti giderme konusunda daha üstündür.

Tek bir eylemle Ceza Yasasının ve Özel Yasaların birlikte ihlali mümkündür. Bir fiille ceza yasasının birden fazla hükmünün ihlali halinde 44 üncü maddenin uygulanacağı, ceza yasası ile birlikte özel ceza yasalarının ihlal edilmesi halinde bu maddenin uygulanamayacağı görüşü ileri sürülmüş ise de, Ceza Genel Kurulu 25.04.1983 tarih ve 97-190 sayılı kararında içkiye zam gelince eksik beyanda bulunmanın 1177 sayılı

³³⁸ HAFIZOĞULLARI -ÖZEN, a.g.e, s.375.

³³⁹ HAKERİ Hakan: Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Ankara 2005, s. 326. İÇEL-EVİK, a.g.e, s. 286-287.

yasanın 41, 94 üncü maddeleri ile birlikte TCK'nın 343 üncü maddesine uygun bulunduğunu, TCK'nın 79 uncu maddesi uyarınca 343 üncü maddenin uygulanması gerektiğini kabul etmiştir. Böylece bu durumlarda fikri içtimanın mümkün olduğu uygulamada kabul edilmiştir. 765 sayılı TCK'da "kanunun muhtelif ahkâmını ihlal eden kimse" tabiri kullanılmışken, TCK'nın 44 üncü maddesinde "birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi" denilerek aynı yasadaki bahsedilmeyerek farklı suçların oluşması halinde fikri içtimanın varlığı kabul edilmiştir.³⁴⁰

İnsan Ticareti suçunun düzenlendiği TCK'nun 80. maddesinde içtima açısından özel bir düzenleme bulunmadığından, TCK'nun 42-44. maddelerinde düzenlenen içtima hükümleri genel olarak uygulanabilecektir.³⁴¹

Söz konusu suç bakımından suçların içtimasına ilişkin değişik ihtimaller ortaya çıkabilir. Bunların bir kısmını şöyle sıralayabiliriz.

1. Gerçek İçtima Kuralları Uygulanan Durumlar

Eski TCK'nın 201/b maddesinin son fıkrasında düzenlenen "suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde cezanın artırılacağına" ilişkin hükme, 80. maddede yer verilmemiştir. Bu nedenle 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda bu durum bir ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmediğinden bu kanun açısından insan ticareti bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenirse, failler, hem insan ticareti suçundan, hem de suç işlemek için örgüt kurma (m.220) ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Bu konuya ilişkin 220. maddenin 4. fıkrasında; "örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmolünür" denilmektedir.³⁴²

³⁴⁰ **BAKICI**, Genel Hükümler, s. 918.

³⁴¹ **PARLAR Ali – HATİPOĞLU Muzaffer**: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.1, Ankara 2007, s.649.

³⁴² **YENİDÜNYA**, a.g.e. s.226.

Suçun unsuru "cebrin" sınırları aşılmışsa, bu takdirde fail, ayrıca kasten yaralamadan da cezalandırılmalıdır. Bu suç tipinde yer alan cebir, 86. madde kapsamında bulunmalıdır. Kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, failin ayrıca kasten yaralama suçundan da sorumlu tutulması gerekir.³⁴³

İnsan ticareti suçunun oluşması için failin belirli maksatlarla maddi unsuru oluşturan hareketleri yapması yeterli olup, ayrıca failin maksadına ulaşması gerekmez. Ancak suçta belirtilen maksat da gerçekleşmiş olabilir. Örneğin fail, vücut organlarını vermesi için tehdit veya cebirle naklettiği mağdurun vücut organlarının gerçekten verilmesini sağlamış olabilecektir. Failin maksadını oluşturan eylemlerin gerçekleşmiş olması ayrıca suç teşkil ediyorsa, cezalar içtima ettirilmelidir. Sözgelimi organın verilmesi de sağlanmışsa hem 91. maddeye göre hem de 80. maddeden dolayı ayrı ayrı cezalandırılması gerekecektir. Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanununun 15. maddesinde "Bu kanuna aykırı şekilde organ ve doku alan, saklayan, aşıl原因 ve nakledenlerle bunların alım ve satımını yapanlar, alım ve satımına aracılık edenler veya bunun komisyonculuğunu yapanlar hakkında, fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde iki yıldan dört yıla kadar hapis ve 50.000 liradan 100.000 liraya kadar ağır para cezasına hükmolunur" denilmektedir. Bu maddede göz önünde bulundurulduğunda daha ağır cezayı gerektiren TCK 91. maddeye göre, fail cezalandırılacaktır.³⁴⁴

³⁴³ **TEZCAN-ERDEM-ÖNOK**, a.g.e, s.108. **KOCASAKAL**, a.g.e, s.73. **ARSLAN ve Diğerleri**, a.g.e, s.36. Ancak Koca bu konuda aksi bir düşünce ileri sürmüştür. Yazara göre asıl suçun işlenmesi için zorunlu olan sınırları aşmayan müessir fiillerin cebre dahil olduğu ve bu sınırı aşanların ise ayrıca müessir fiili oluşturacağı yönündeki görüş kabul edilemez. Çünkü "...cebir ve şiddetin unsur veya ağırlatıcı sebep olarak yer aldığı suçlarda, asıl suçun işlenmesi için zorunlu olan sınırları aşmayan müessir fiillerin cebre dahil olduğu ve bu sınırı aşanların ise ayrıca müessir fiili oluşturacağı yönündeki görüş kabul edilemez. Çünkü zorunlu olan sınırın nasıl ve neye göre belirleneceği konusunda bilimsel ve objektif bir ölçüt geliştirilemez. Bu durumda fikri içtima kuralından hareket etmek zorunludur. Bu itibarla ortada aynı kasıtle ve tek fiille kanunun çeşitli hükümleri ihlal ediliyorsa (TCK m.79) faile en ağır suçun cezası verilecektir. Şayet failin eylemini aynı kasıtle yapmadığı sonucuna varılırsa, müessir fiilin derecesi ne olursa olsun, iki ayrı suçun cezalarının içtima ettirilmesi gerekir." Bkz. **KOCA**, a.g.e, s. 166.

³⁴⁴ **YENİDÜNYA**, a.g.e, s. 228. **KOCA**, a.g.e, s. 163-164. **TEZCAN-ERDEM-ÖNOK**, a.g.e, s. 108.

Pornografik ürünlerin üretiminde kullanılmak üzere kişiler, insan ticaretine yönelik fiillere konu edilmişlerse, Bu suçun manevi unsurunda “cinsel istismarın diğer şekillerine maruz bırakmak maksadı” aranmadığından suç gerçekleşmiş olmaz. Ancak bu durumda failin “fuhuş yaptırmak”, “esarete tabi kılmak”, “hizmet ettirmek”, “zorla çalıştırmak” maksatları ile bağdaştırıldığı takdirde, faillerin insan ticareti suçundan cezalandırılmaları mümkündür. Aslında bu hususun Palermo Protokolü'nde ve Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nde olduğu gibi açıkça yasada düzenlenmesi gerekmektedir. Bu durumda pornografik ürünlerin üretiminde kullanılmak maksadıyla nakledilen bir çocuğun, ardından bu ürünlerin üretiminde kullanılması halinde, fail hem insan ticaretinden hem de 226. maddenin 3. fıkrasından dolayı ayrı ayrı cezalandırılacaktır.³⁴⁵

Söz konusu suçun faili, bu suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini, yurt dışına çıkarmış veya bunların gayrimeşru kaynağını gizlemek ve meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak maksadıyla çeşitli işlemlere tabi tutmuş ise, TCK'nun 282. maddesi uyarınca, "suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama" suçundan da ayrıca sorumlu tutulacaktır. Zira bu maddenin düzenlemesi uyarınca, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunun faili, öncül suçu işlemiş ya da iştirak etmiş bir kimse de olabilir.³⁴⁶

Çoğu zaman göçmen kaçakçılığı suçu ile insan ticareti suçu birbirini takip eder nitelikte işlenmektedir. Göçmenleri yasadışı olarak ülkeye sokan failler, daha sonra aynı mağdurları bu ülkede zorla çalıştırmaktadırlar. Bu durumda bu suçlar, biri diğerinin unsuru veya ağırlaştırıcı nedenini olarak düzenlenmediğinden, bileşik suç hükümleri uygulanamaz. Ayrıca, faillerin gerçekleştirmiş oldukları birden fazla fiil olduğu için fikri içtima hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Çünkü göçmenlerin ülkeye sokulmaları veya ülke dışına çıkarılmaları ayrı fiil, ülkede zorla çalıştırılmaları ayrı

³⁴⁵ ARSLAN ve Diğerleri, a.g.e, s.36. YENİDÜNYA, a.g.e, s. 228.

³⁴⁶ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, a.g.e, s.108. DOĞAN, Göçmen Kaçakçılığı Suçu, s. 144, 145.

fiildir.³⁴⁷ Bu durumda failin suç yolunda ilerlerken, daha ağır bir suçu işlemek için, daha hafif bir suçtan geçmek durumunda kalması olarak tanımlanan geçitli suçun varlığından da söz etmek mümkün gözükmemektedir. Geçitli suçun varlığından söz edebilmek için; a) Failin aynı olması, b) Mağdurun aynı olması, c) Failin hareketinin hafiften ağıra doğru giden zorunlu bir süreç izlemesi, d) Bu hareketin her zaman aynı hukuki yararı zedelemesi, e) Meydana getirilen ve hafiften ağıra doğru sıralanan neticelerin, aynı harekette tek nedensellik bağı ile bağlı olması, f) Failin kastının daha ilk harekete başladığı andan itibaren hafiften ağıra doğru giden neticeleri derece derece gerçekleştirmeye yönelik olması gerekmektedir. Geçitli suçun varlığı halinde, daha hafif netice müstakil varlığını kaybeder ve faile sadece en ağır neticenin gerektirdiği ceza verilir. Bu ceza kanuni bir şekilde artırılmadığından geçitli suçlarda, zincirleme suçlarda olduğu gibi ceza artırımına gidilemez.³⁴⁸

Bu olayda bu şartların gerçekleştiğini söylemek güçtür. Öncelikle insan ticareti suçunun işlenmesi bakımından mutlaka zorla çalıştırılacak kişilerin ülke dışından getirilmesi gerekmektedir. Örneğin zorla çalıştırmak için ülke içinde, kişilerin bir yerden bir yere götürülmesi de insan ticareti suçunu oluşturur. Bu nedenle, göçmen kaçakçılığının insan ticareti suçu bakımından “araç suç” konumunda olduğunu söylemek mümkün değildir. Aynı durum 765 sayılı TCK bakımından sarkıntılık (m.421) ve söz atma (m.421) suçları bakımından da geçerliydi. Sarkıntılık suçunun işlenebilmesi için mutlaka söz atmış olmak bir zorunluluk değildi. Bu nedenle, bu suçlar bakımından da geçitli suç kuramının uygulanması mümkün değildir. Ancak, ırza geçme (cinsel saldırı m. 102/2) suçu bakımından, ırza tasaddi (cinsel saldırı m. 102/2); kasten öldürme suçu (m. 81) bakımından kasten yaralama (m. 86) suçunun işlenmesi bir zorunluluktur.³⁴⁹ Sonuç olarak, göçmen kaçakçılığı ile başlayan fiilin daha sonra insan ticareti halini alması

³⁴⁷ ARSLAN ve Diğerleri, a.g.e, s.38.

³⁴⁸ ÖZBEK, a.g.e, s. 189. DÖNMEZER-ERMAN, C.2, a.g.e, s. 404-405.

³⁴⁹ ÖZTÜRK Bahri- ERDEM Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2005, s. 137.

halinde gerçek içtima hükümleri uygulanmalı yani fail her iki suçtan dolayı da ayrı ayrı cezalandırılmalıdır. Failin kastı başlangıçta göçmen kaçakçılığı olduğu halde daha sonra failde oluşan yeni bir kastla, yurtdışından getirdiği mağduru insan ticareti suçunda belirtilen araç fiillerle suça konu etmişse, fail gerçek içtima kuralları gereğince sorumlu tutulur.³⁵⁰

Bir başka tartışılması gereken sorun göçmen kaçakçılığı suçunun seçimlik hareketlerinden birisi olan, göçmenlerin yasadışı olarak ülke içinde kalmalarına imkân sağlama ve bu kişilerin zorla çalıştırılması halinde ortaya çıkar. Bu durumda da aynı gerekçeyle geçitli suç hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Burada tartışılması gereken nokta, failin bu göçmenlere kalacak yer sağlama ve bunların zorla çalıştırılması fiillerinin tek bir fiil olarak kabul edilip edilmeyeceği konusudur. Kanımızca, ortada tek bir fiilden söz etme imkânı olmadığı için fikri içtima hükümlerinin uygulanması imkânı yoktur, bu durumda gerçek içtima hükümleri çerçevesinde failin hem göçmen kaçakçılığı, hem de insan ticareti suçundan dolayı cezalandırılması gerekmektedir.

Bu kurama göre, failin bir normu ihlal etmesi ve neticenin meydana gelmesinden sonra, kanun koyucu, kural olarak o suç için öngördüğü cezanın faildeki kusuru karşıladığı kabul ederek, devam niteliğindeki eylemleri cezasız bırakır. Örneğin hırsızın çalmış olduğu bir malı satması, ayrı bir suç olarak düzenlenmemiştir. Göçmen kaçakçılığının devamında işlenen insan ticareti fiili ise kanun koyucu tarafından ayrı bir suç olarak düzenlenmiş olduğundan bu kuram da bu iki fiil için geçerli değildir.

TCK'nın 229/1. maddesi gereğince “çocukları, beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda bulunan kimseleri dilencilikte araç olarak kullanan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile” cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Bu nedenle TCK'nın 80.maddesindeki fiillerin, çocukları veya beden ya da ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda bulunan kimseleri dilencilikte araç

³⁵⁰ ARSLAN ve Diğerleri, a.g.e, s.39.

olarak kullanmak maksadıyla işlenmesi durumunda, fail insan ticareti suçundan cezalandırılacak ve eğer amaç fiil olan dilendirmek gerçekleşmişse ayrıca TCK'nın 229.madde gereğince de cezalandırılacaktır.³⁵¹

İnsan ticareti suçunun işlenmesi için belgede sahtecilik yapılmış ise, fail hem düzenlenen belgenin niteliğine göre resmi veya özel belgede sahtecilikten hem de insan ticareti suçundan cezalandırılacaktır. Yine mağdurun pasaportu gizlenmiş, tahrip edilmiş veyahut alınmış ise, resmi belgeyi gizlemek, yok etmek veya bozmak suçu da gerçekleşebilir.

2. Fikri İçtima Kuralları Uygulanan Durumlar

Bu suç tipini düzenleyen 205 inci maddenin gerekçesinde; "gizlemenin belgenin nezdinde bulunduğu kişiden çalınması suretiyle işlenmesi halinde hırsızlık suçunun değil, resmi belgenin gizlenmesi suçunun oluşacağı" belirtilmiştir. mağdurun resmi belgeleri elinden alınarak, bundan dolayı üzerinde bir tehdit veya baskı oluşturulmuş ise, bu hareketlerin insan ticaretinin araç fiilleri içerisinde değerlendirilmesi mümkündür. Bu ihtimalde aynı fiille kanunun farklı hükümleri ihlal edildiğinden fikri içtima hükümleri uygulanabilir (TCK. m. 44).³⁵²

Eziyet suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile bu hukukda ilk defa düzenlenen bir suç tipidir. Buna göre; "Bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışları gerçekleştiren kişi hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Yukarıdaki fıkra kapsamına giren fiillerin; çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye ya da gebe kadına karşı, üstsoy veya altsoya, babalık veya analığa ya da eşe karşı, işlenmesi hâlinde, kişi hakkında üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur." İnsan ticareti suçunun tanımında "eziyet" kavramı

³⁵¹ ARSLAN ve Diğerleri, a.g.e, s.41.

³⁵² YENİDÜNYA, a.g.e, s. 230. ARSLAN ve diğerleri, a.g.e, s.40.

açıkça yer almamakla birlikte, söz konusu suçun unsurlarındaki hareketler, mağdurun eziyet çekmesine neden olacak davranışlar olduğundan, fail sadece insan ticareti suçundan cezalandırılacaktır (TCK. m. 43).³⁵³

Maddede belirtilen maksatlarla hürriyeti kısıtlanan mağdur üzerinde bir takım cinsel fiiller gerçekleştirilirse, failin ayrıca ilgili suç tipleri çerçevesinde (ör TCK. m.102,103) cezalandırılması gerekir. Zira insan ticareti ile cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar arasında fiilin tekliği söz konusu olmadığı gibi, unsur ağırlaştırıcı sebep ilişkisi de mevcut değildir. Buna karşılık mağdur üzerinde gerçekleştirilen bazı fiiller ile insan ticareti arasında fiil tekliği bulunuyorsa, fikri içtima söz konusudur. Örneğin, fuhuşa sevk edilmek maksadıyla cebir altında barındırılan mağdurun, barındırılma koşulları zalimane ve insan haysiyetini ihlal eden bir nitelik arz etmekteyse, eziyet suçuna ilişkin 96. madde ile 80. madde arasında fikri içtima kuralları uygulanır. Ancak somut olayın özelliklerine göre, hareket edilmesi yerinde olur. Örneğin, kandırma, baskı, tehdit, cebir veyahut diğer şekillerde kaçırma fiili gerçekleştikten sonra, bir yerde barındırılan mağdur üzerinde, vücudunda sigara söndürmek, zincire vurmak gibi eziyet (m.96) veyahut yaralama (m.86,87) niteliğinde fiiller icra edilmişse, bunlardan dolayı failin ayrıca cezalandırılması yerinde olur. Zira kanun koyucu söz konusu araç fiilleri, amaç fiillerin icrası bakımından mağdurun direncinin kırılması için kabul etmiştir. Amaç fiilin işlenmesinin ardından (temadi devam ederken) yapılan bu tarz hareketler, direnci kırılmış mağdur üzerinde gerçekleştiğinden insan ticareti kapsamında değerlendirilemez.³⁵⁴

3. Bileşik Suç Oluşan Durumlar

İki suçun birleşerek yeni bir suçu meydana getirmesinde, suçlardan birinin diğerinin unsuru ya da ağırlaştırıcı nedeni olması halinde bileşik suçun varlığından söz

³⁵³ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, a.g.e, s.107. ARSLAN ve Diğerleri, a.g.e, s.40.

³⁵⁴ YENİDÜNYA, a.g.e, s. 227.

edilir.³⁵⁵ İnsan ticareti suçunun araç veya amaç fiilleri arasında düzenlenen "kaçırmak", "cebir", "tehdit" gibi hareketlerin varlığı dolayısıyla, fail ayrıca hürriyetten yoksun kılmaya (m.109), tehdide (m. 106) ya da yaralamaya (m.86) ilişkin hükümler uyarınca cezalandırılmaz. Çünkü bu durumda mürekkep (bileşik) suçun varlığı (m.42), kişinin sadece insan ticaretinden sorumlu tutulmasını gerektirir.³⁵⁶

İnsan ticareti suçunun maddi unsurunda seçimlik hareketlere yer verildiğinden maddede gösterilen bu seçimlik hareketlerden birden fazlasına başvurulacak olursa, ortada yine tek suç olacaktır. Örneğin fail, mağduru hem cebir kullanarak hem de tehdit ederek bir yere götürür ve orada barındırırsa, ortada tek suç vardır; çünkü araç olarak "tehdit" ile "cebir" ve hareket olarak "mağdurun bir yere götürülmesi" ile "barındırılması", 80. maddenin seçimlik hareketleridir.³⁵⁷

4. Zincirleme Suçun Kuralları Uygulanan Durumlar

“Birden fazla kimsenin değişik zamanlarda ticarete konu edilmesi halinde, her bir mağdur açısından ayrı suç gerçekleşir. Birden fazla mağdurun aynı anda maddede belirtilen maksatlarla iradeleri ortadan kaldırılarak bir yerden başka bir yere götürülmeleri, sevk edilmeleri, tedarik edilmeleri veya ülke dışına çıkarılmaları durumunda ise, 43 üncü maddenin 2 nci fıkrası anlamında zincirleme suçun varlığı söz konusudur. Zincirleme suça ilişkin 43 üncü maddenin son fıkrasında yer alan istisna hükmü yağma, işkence, kasten yaralama ve kasten öldürme suçları bakımından olup, cebrin unsur olduğu diğer suç tipleri zikredilmediğinden, bu yönde bir genişletme uygun görülmemelidir. Buna karşılık doktrinde, 43. Maddenin 3. fıkrasında "kastan öldürme ve kasten yaralama" yer aldığından, insan ticaretinde cebrin unsur olması ve organlarının

³⁵⁵ HAFIZOĞULLAR Zeki-KURŞUN Günay: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Bileşik Suçun Tanımı Hakkında, Ankara Barosu Dergisi, 2007, Y.65, S.3, s. 56.

³⁵⁶ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, a.g.e, s.108. YENİDÜNYA, a.g.e, s. 226. KOCASAKAL, a.g.e, s.73. ARSLAN ve Diğerleri, a.g.e, s.36.

³⁵⁷ YENİDÜNYA, a.g.e, s. 228.

verilmesinin sağlanması maksadı yönünden zincirleme suç hükümlerinin tatbik edilemeyeceği belirtilmiştir.³⁵⁸

5. Özel-Genel Norm Kuralları Uygulanan Durumlar

227 nci maddenin 1 nci fıkrasında çocuğun (18 yaşını doldurmamış kişinin) fuhuşa teşvik edilmesi, bunun yolunun kolaylaştırılması, bu maksatla barındırılması veya tedarik edilmesi ya da çocuğun fuhuşuna aracılık edilmesi, 2.fıkrasında ise yetişkinin (18 yaşını doldurmuş kişi) fuhuşa teşvik edilmesi, bunun yolunun kolaylaştırılması ya da fuhuş için aracılık edilmesi veya yer temin edilmesi, suçun maddi unsurundaki hareket olarak öngörülmüştür. 4.fıkraya göre ise tehdit veya cebir kullanarak, çaresizliğinden yararlanarak ya da hile ile bir kimsenin fuhuş yapmasını sağlayan veya fuhuşa sevk eden kişi hakkında 1 nci ve 2 nci fıkralara göre verilecek ceza, yarısından iki katına kadar artırılacaktır. Bu suçların, eş, üstsoy, kayın üstsoy, kardeş, evlât edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da kamu görevi veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır (fıkra. 5). İnsan ticaretinin düzenlendiği 80.maddede ise, hizmet ettirmek, esarete tâbi kılmak, vücut organlarının verilmesini sağlamak veya kişiyi zorla çalıştırmak maksadıyla, tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, kandırmak kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanmak veya nüfuzu kötüye kullanarak rızalarını elde etmek suretiyle kişileri kaçıran, bir yerden başka bir yere götüren, sevk eden, barındıran veya tedarik eden kimse cezalandırılacaktır (fıkra.1). 2.fıkroda biraz önce belirtilen amaçlarla girişilen ve suçu oluşturan fiiller var olduğu takdirde, mağdurun rızası geçersiz olduğu kabul edilmiş, 3. fıkroda ise onsekiz yaşını doldurmamış olanların birinci fıkroda

³⁵⁸ YENİDÜNYA, a.g.e, s. 229.

belirtilen maksatlarla kaçırılmaları, bir yerden diğeri bir yere götürülmeleri, sevk edilmeleri veya barındırılmaları veya tedarik edilmeleri hâllerinde suça ait araç fiillerden hiçbirine başvurulmuş olmasa da faile birinci fıkrada belirtilen cezaların verileceği hüküm altına alınmıştır. TCK'nin 227. maddesindeki fuhuşa sürüklenme suçunun unsurları 80. maddesindeki insan ticareti suçunun unsurlarının birçoğunda çakışma söz konusudur. Bu nedenle iki suç arasındaki ilişkiyi ve bu ilişkinin sonuçlarını ortaya koyabilmek için öncelikle bu hükümlerin mukayese edilip ortak unsurlar ile farklı noktaların ortaya konması gereklidir.³⁵⁹

Bu konuda öncelikle mağdurun çocuk veya yetişkin olması bakımından bir ayrıma gidilmelidir. Mağdurun yetişkin olması durumunda, TCK md. 80'de yer alan araç fiiller (baskı, cebir, şiddet veya tehdit uygulamak, kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanmak, kandırmak veya nüfuzu kötüye kullanarak rızalarını elde etmek suretiyle) olayda bulunmuyorsa, zaten insan ticareti suçunun unsurları gerçekleşmemiş olduğundan bu suçun uygulanması mümkün değildir. Cebir, tehdit, hile ya da çaresizliğinden yararlanarak (m. 227/4) mağdur, fuhuşa teşvik edilmiş, bunun yolu kolaylaştırılmış ya da fuhuş için aracılık edilmiş ise, bu hareketlerden hiçbirisi insan ticareti suçunun seçimlik hareketleri ile örtüşmediğinden 227.maddenin uygulanması ile yetinilecektir.³⁶⁰ Ancak fuhuş amacıyla mağduru ikna eden fail ayrıca mağduru fuhuşa teşvik ederse fuhuştan ayrıca cezalandırılması gerekir.³⁶¹ Ancak cebir, tehdit, hile ya da kişinin çaresizliğinden yararlanılarak (çocuklar açısından ise bu araç fiilleri kullanılmasa dahi) mağdurun tedarik edilmesi, barındırılması, suretiyle fuhuş yaptırılması durumunda insan ticareti veya fuhuşa sürüklenme suçlarından hangisinin oluşacağı tartışmalıdır. Sorunun isabetli bir şekilde çözülebilmesi için “insan ticareti suçu” (m.80) ile “fuhuş sürüklenme suçu” (m. 227) arasındaki özel norm-genel norm

³⁵⁹ ARSLAN ve Diğerleri, a.g.e, s.37.

³⁶⁰ ARSLAN ve Diğerleri, a.g.e, s.37.

³⁶¹ ÖZBEK, a.g.e, s. 189.

ilişkinde bakmak gerekir. Özel-genel norm ilişkisinin varlığından söz edebilmek için ise genel normda yer alan tüm unsurların özel normda da yer alması ve buna ek olarak özel normda başka özel olarak nitelendirilebilecek unsurların bulunması gerekir. Buna göre eğer bir norm olmasaydı o normun öngördüğü husus genel norm içinde kalacaktı denebiliyorsa artık ilk norm özel normdur.³⁶²

Fuhuşa sürüklemek suçunda insan ticareti suçundaki unsurların yanında, mağdurun iradesinin fesada uğratılması suretiyle fuhuş yaptırılmasına ayrıca ve ek olarak yer verildiğinden, fuhuşa sürüklemek suçu, insan ticareti suçuna göre özel normdur. Dolayısıyla özel normun önceliği kuralı gereğince burada uygulama yeri bulacak suç fuhuşa sürüklemek suçudur. Bunun yanında Kanunun 80.maddesindeki insan ticareti suçunun tanımı içerisinde “cinsel istismar veya fuhuşun istismarı” ibareleri açıkça yer almadığı için biraz önce açıklanan fiiller muhatap kılınmak suretiyle fuhuş yaptırılması halinde insan ticareti suçu oluşmamaktadır. Bu nedenle failin anılan fiiliyle birden fazla farklı suçun oluşması söz konusu olmadığından, ne fikri içtima kuralının yollamasıyla “insan ticareti suçu”, ne de insan ticareti suçuyla beraber fuhuşa sürüklemek suçu oluşacaktır.³⁶³

“Çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağıllığını sömürmek suretiyle kişi veya kişileri ücretsiz olarak veya sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle çalıştıran veya bu durumda bulunan kişiyi, insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılan...” (TCK. m. 117/2) veyahut “Cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla...” (TCK. m. 117/1) belirtilen bu durumlara düşürmek üzere bir kimseyi sevk veya tedarik veya bir yerden diğer bir yere götüren kişiye altı aydan üç yıla kadar hapis veya yüz günden az olmamak üzere adli para cezası verilir (TCK. m.117/1,3). Burada TCK'nin 80. maddesinde düzenlenen suçtan farklı olarak, mağdurun rızasını elde etmek için baskı, tehdit, şiddet veya cebir uygulamak

³⁶² TOROSLU Nevzat: Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2015, s 58.

³⁶³ ARSLAN ve Diğerleri, a.g.e, s.37.

suretiyle rızanın elde edilmesinden bahsedilmemektedir. Bu nedenle anılan yöntemlerle mağdurun suç konusu fiile razı edilmesi söz konusu olmaması ihtimalinde Kanununun 117/1,2. maddesindeki suç oluşacaktır. Ancak mağdur çocuk ise veya çocuk olmasa bile kandırmak nüfuzu kötüye kullanmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle bu fiillere razı edilmiş ise, özel hüküm niteliği nedeniyle TCK'nın 117/2, 3. maddesindeki suç oluşacaktır. Zira 80. maddede genel anlamda zorla çalıştırma amacından söz edilirken, 117. maddede özel olarak işgücünün sömürülmesi amacına yer verilmiştir.³⁶⁴

VII. YAPTIRIM

TCK'nin 80.maddesine göre insan ticareti suçunun failine sekiz yıldan oniki yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası verilir. Her ne kadar TCK'nın 52/1.madde hükmüne göre adli para cezasının üst sınırı 730 gün olarak belirtilmiş ise de, bu hüküm, inceleme konumuz olan TCK'nun 80. maddesi için uygulanmaz. Çünkü TCK'nın 52/1. maddesindeki bu üst sınır “kanunda aksi belirtilmeyen haller” içindir. Dolayısıyla aksine hüküm içeren TCK'nun 80. maddesi için uygulanmaz. Dolayısıyla para cezasının üst sınırı TCK'nun 80. maddesinde belirtilen miktardır.³⁶⁵

Bunuda belirtmek gerekir ki burada hapis cezası ile adli para cezası seçimlik olarak öngörülmediği için TCK'nun 61/9. madde hükmünün uygulama alanı yoktur.³⁶⁶ Çünkü burada hapis cezası ile adli para cezası “birlikte” öngörülmüştür.³⁶⁷

³⁶⁴ **ARSLAN ve Diğerleri**, a.g.e, s.40. 117/2,3 ile 80. madde arasında benzerliğe değinerek, kişilerin çaresizliğinden yararlanma araç fiili ile tedarik veya sevk veya bir yerden bir yere nakletmek asil fiilleri bakımından fikri içtima hükümleri gereğince insan ticareti hükümlerinin uygulanması gerektiğini zikretmektedir.

³⁶⁵ **Polat Halil**: Uygulamadan Örnek Evraklarla Soruşturma ve Kovuşturma Aşamasında Özel Ceza Yasalarındaki Suçlar, Ankara 2009, s.102.

³⁶⁶ TCK m.61/9: Adli para cezasının seçimlik ceza olarak öngörüldüğü suçlarda bu cezaya ilişkin gün biriminin alt sınırı, o suç tanımındaki hapis cezasının alt sınırından az; üst sınırı da, hapis cezasının üst sınırından fazla olamaz.

³⁶⁷ **POLAT**, a.g.e, s.102.

İnsan ticareti suçuna ilişkin 80 inci maddenin 4 üncü fıkrasında; “Bu suçlardan dolayı tüzel kişiler hakkında da güvenlik tedbirine hükmolunur” denilmektedir. Gerçekten özel hukuk tüzel kişileri hakkında ceza yaptırımını uygulanamayacağını belirten TCK’nın 20. maddesinin ikinci fıkrasında, güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımların saklı olduğu ifade edilmiştir.³⁶⁸ Özel hukuk tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirlerini düzenleyen 60 ıncı maddenin son fıkrasında; bu madde hükümleri hükmün sadece kanunda ayrıca belirtilen hallerde uygulanacağı kuralına yer verilmiştir. TCK’nın 80 inci maddesinin 4 üncü fıkrası, bu mahiyette bir düzenlemedir.³⁶⁹

Tüzel kişiler hakkında uygulanacak güvenlik tedbirlerinden ilki TCK 60/1 maddesinde düzenlenen iznin iptalidir. İzin iptali güvenlik tedbirinin uygulanabilmesi için, tüzel kişinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet bulunmalıdır. Örneğin, görünüşte iş bulma acentesi veya eğitim danışmanlığı hizmeti vermek üzere faaliyet izni alan bir tüzel kişinin organ veya temsilcisi tarafından, mağdurlar tehdit edilerek, zorla çalıştırmak üzere bir yerden diğer bir yere götürüldüğünde, verilen mahkûmiyetle birlikte yararına suç işlenen tüzel kişinin faaliyet izninin de iptali gündeme gelecektir. Ancak TCK’nun 60/3 maddesi gereğince iznin iptalinin, “işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği hallerde, hakim bu tedbire hükmetmeyebilir”.³⁷⁰

Türk Ceza Kanununun 60/2 maddesi gereğince özel hukuk tüzel kişisi hakkında güvenlik tedbiri olarak müsadere hükümleri de uygulanabilir. Bu ihtimalde, tüzel kişinin organ veya temsilcisi tarafından veya bunların iştirakiyle kasten, tüzel kişi yararına bir suç işlenmişse, kazanç ve eşya müsaderesine ilişkin hükümler, tüzel kişiye ait taşınır ve

³⁶⁸ MADDE 20. - [1] Ceza sorumluluğu şahsîdir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz. [2] Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlarsaklıdır.

³⁶⁹ YENİDÜNYA, a.g.e, s. 232.

³⁷⁰ YENİDÜNYA, a.g.e, s. 233.

taşınmaz eşyalar ile her türlü maddi değerler hakkında da uygulanabilir. Müsadere hükümlerinin uygulanması açısından da TCK 60/3 maddesinde öngörülen orantılılık ilkesi göz önünde bulundurulmalıdır. Yukarıdaki örnekte, tüzel kişinin danışmanlık hizmetlerini yürütmekte kullandığı her türlü taşınır ve taşınmaz mallar (örneğin, mağdurların nakledildiği araçlar, şirketin bu işlemleri yürüttüğü taşınmaz) eşya müsaderesine, bu yolla elde edilen her türlü değerler ise kazanç müsaderesine tabidir.³⁷¹

Türk Ceza Kanununun 54. maddesine göre iyi niyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşya müsadere edilir. Ayrıca suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda da müsadere edilir. Bu eşyanın, ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsaderesinin başka bir surette imkânsız kılınması halinde; değeri kadar para tutarının müsaderesine karar verilir. Kanunun 55.maddesine göre ise, 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 müsaderesine karar verilir. Ancak burada müsadere kararı verilebilmesi için maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi gerekir. Burada da müsadere konusu eşya veya maddi menfaatlere el konulmadığı veya bunların merciine teslim edilmediği hallerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsaderesine hükmedilir.³⁷²

³⁷¹ YENİDÜNYA, a.g.e, s. 233.

³⁷² YENİDÜNYA, a.g.e, s. 232. ARSLAN ve Diğerleri, a.g.e s.40.

VIII. CEZAYI ETKİLEYEN HALLER

A. Ağırlatıcı Sebepler

TCK' da insan ticareti suçu için herhangi bir ağırlatıcı neden düzenlenmemiştir. Yasa koyucu, 765 sayılı TCK'da düzenlenen ve suçun örgütlü olarak işlenmesi halinde cezanın artırılacağına ilişkin hükmü 5237 sayılı TCK'da öngürmemiştir. Esasen, insan ticareti suçu çoğunlukla ve zorunlu olarak örgütlü bir şekilde işlenmektedir. Suçun örgütlü işlenmesinin suç tipinde ağırlatıcı neden olarak düzenlenmemesi bir eksiklik olarak ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar TCK'nın 220. maddesinde "suç işlemek amacıyla örgüt kurma" suçu düzenlenmiş ise de, "suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçu"nu düzenleyen 282. maddedeki düzenlemeye paralel bir şekilde, suçun örgütlü işlenmesi halinin ağırlatıcı neden olarak düzenlenmesi suçla mücadelede etkili olacaktır. Karşılaştırmalı hukukta çeşitli ağırlatıcı haller düzenlenmiştir. "Kişinin 18 yaşın altında olması, kötü yola sevk etme, zorla çalıştırma, organlarının alınması veya kuvvetli bir hiyerarşi içinde sürekli tutulması saikleriyle suçun işlenmesi, failin mükerrer olması, bir organize suç örgütünün kararının uygulanması için veya organize suç örgütünün talimatı ile işlenmesi, iki veya daha fazla kişiye karşı işlenmesi, hamile kadına karşı işlenmesi, iki veya daha fazla kişi tarafından işlenmesi, kişinin rızasını elde etmek için işkence ile veya insanlık dışı ve haysiyet kırıcı davranışlarla işlenmesi, fiziksel esarete tabi tutulması yoluyla işlenmesi, mağdurun ailesine veya diğer kişilere ait özel bilginin ifşası tehdidi ile işlenmesi, silah kullanmak suretiyle işlenmesi, organize suç örgütü tarafından işlenmesi, 16 yaşından küçüklerle karşı işlenmesi, ciddi bedensel zararlara veya şahsın yaşamının tehlikeye düşmesine neden olması, ölümle sonuçlanması", ağırlatıcı neden olarak düzenlenmiştir.³⁷³ Burada dikkat çeken husus

³⁷³ DEĞİRMENCİ, a.g.e, s. 92-93.

karşılaştırmalı hukukta ağırlatıcı sebep olarak düzenlenen bazı hususların türk hukukunda araç veya amaç fiil olarak düzenlenmiş olmasıdır.

B. Hafifletici Nedenler

Türk ceza kanununda insan ticareti suçu için herhangi bir hafifletici neden düzenlenmemiştir. Karşılaştırmalı hukukta da insan ticareti suçu için düzenlenmiş bir hafifletici hal bulunmamaktadır.³⁷⁴

IX. SORUŞTURMA ve KOVUŞTURMA

A. Şikayet

Türk ceza kanunu'nda kural olarak, suçlar şikayete tabi olarak düzenlenmeyip yetkili birimlerce re'sen kovuşturulur. insan ticareti suçunda re'sen kovuşturulan bir suçtur. Ayrıca suçtan zarar görenin şikayeti aranmaz.³⁷⁵

B. Usul Hükümleri

TCK'nın 13 ncü maddesinde düzenlenen evrensellik ilkesine kısaca değinmek gerekir. Evrensellik ilkesi ülke dışında işlenen suçların suçun işlendiği yere failin ve mağdurun vatandaşlığına bakılmaksızın kovuşturulmasına izin verilmesidir. Söz konusu suç hakkında; evrensellik prensibinin bir gereği olarak TCK'nun 13 üncü maddesi gereğince nerede işlenmiş olursa olsun, failin yabancı veya Türk vatandaşı olup olmamasına bakılmaksızın, yabancı ülkede mahkumiyet veyahut beraat kararı verilmiş

³⁷⁴ DEĞİRMENCİ, a.g.e, s. 93.

³⁷⁵ **Turhan Faruk**: Türk Ceza Kanunu'nun Yer Bakımından Uygulanmasında Evrensellik İlkesi ve Yeni TCK, Hukuki Perspektifler Dergisi, 2005, S.4, s. 202.

olsa da Adalet Bakanı'nın talebiyle Türkiye'de Türk kanunlarına göre yargılama yapılır. Bunun için failin Türkiye'de bulunması da şart değildir. Yabancı ülkede bu suçlarla ilgili henüz devam eden bir yargılamanın mevcudiyeti veya soruşturma sonucunda takipsizlik kararı verilmiş olması da, Adalet Bakanı'nın talebi üzerine Türkiye'de yeniden yargılama yapılmasını engellemez. Şayet yabancı ülkede yargılama yapılmış ve mahkum olunan ceza kısmen veya tamamen infaz edilmiş ise, TCK'nun 16. maddesi gereğince infaz edilen bu ceza miktarının, Türkiye'de hükmolunan cezadan mahsup edilmesi gerekir.³⁷⁶

C. Yetkili Mahkeme

Davaya bakma yetkisi CMK'nın 12/1. maddesi gereğince suçun işlendiği yer mahkemesine aittir. Kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği, teşebbüste son icra hareketinin yapıldığı, zincirleme suçlarda son suçun işlendiği yer mahkemesi yetkilidir.³⁷⁷

Yetki konusunda insan ticareti suçlarında uygulanabilecek bir başka madde de CMK'nın 15. maddesidir. Hava, deniz ve demiryolu taşıtlarında veya bu taşıtlarla işlenen suçlarda yetkiyi düzenleyen bu maddeye göre, “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.”

Yine ikinci fıkrasına göre, “Türk bayrağını taşıma hakkına sahip olan hava taşıtları ile demiryolu taşıtları hakkında da yukarıdaki fıkra hükümleri uygulanır.” Üçüncü fıkraya göre ise, “Ülke içerisinde deniz, hava veya demiryolu taşıtlarında ya da bu taşıtlarla işlenen suçlarda, bunların ilk ulaştığı yer mahkemesi de yetkilidir.”

³⁷⁶ **TURHAN**, Yeni Türk Ceza Kanunu'na Göre Uluslararası Suçların Cezalandırılması, s. 11. **ÖZGENÇ**, a.g.e, s. 756-757. **ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA**, a.g.e, s. 155.

³⁷⁷ **ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA**, a.g.e, s. 155.

D. Görevli Mahkeme

İnsan ticareti suçunda hapis cezasının üst sınırı dikkate alındığında görevli mahkeme ağır ceza mahkemesidir.³⁷⁸ Bununla birlikte fiil, haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde tehdit ve cebir uygulanarak işlenmişse soruşturma ve kovuşturma, Adalet Bakanlığı'nın teklifi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca yargı çevresi birden çok ili kapsayacak şekilde belirlenecek illerde görevlendirilecek ağır ceza mahkemeleri bunların çevresinde kurulan Cumhuriyet Başsavcılıklarınca yerine getirilir.(CMK.m.250/1 b).³⁷⁹

³⁷⁸ Bkz. Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemeleri'nin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m.12, 14

³⁷⁹ Bu mahkemeler CMK 250. maddesi gereğince kurulduğundan uygulamada 250. madde ile görevli mahkemeler ve Cumhuriyet Başsavcılıkları olarak anılmaktadırlar.

ÜÇÜNCÜ BÜLÜM

TÜRK CEZA HUKUKUNDA GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇU

I. GENEL OLARAK

Göçmen kaçakçılığı suçu, ilk kez 765 sayılı TCK nun, 201/a maddesinde . 2002 tarihinde öngürülmüştür. Bu kanunun yürürlükte olduğu döneme ilişkin olarak, göçmen kaçakçılığı suçunun bir çok ülkede Yabancılar Kanunu veya Pasaport Kanunu gibi kanunlarda düzenlendiği, genel ceza kanununda düzenlenmesi gerektiği takdirde, örneğin devlet güvenliğine karşı suçlar kısmına konulmasının sistematik bakımdan daha uygun olacağı ileri sürülmüştür.³⁸⁰

5237 sayılı TCK.na ilişkin olarak ise, gerek göçmen kaçakçılığı ve gerekse insan ticareti suç tiplerinin temel uluslararası suçlarından olmadığı vurgulanmış ve bu nedenle her iki suça “uluslararası suçlar” kısmında, soykırım ve insanlığa karşı suçlardan hemen sonra yer verilmesi eleştiri konusu yapılmış³⁸¹, benzer mahiyette göçmen kaçakçılığı suçunun ‘sınır aşan suç’(Transnational crime) niteliğinde olduğu vurgulanarak³⁸², Ceza Kanunu’nda değil eski Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanunu’nda düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir.³⁸³ Adı geçen kanunun, yürürlükten kaldırıldığından dolayı yabancılar ve uluslararası koruma kanunun da düzenlenmesi daha teknikli olabilirdi. Nitekim Alman Hukuku’nda göçmen kaçakçılığının Alman Ceza Kanunu’nda değil yabancıların Almanya’da ikametlerine ilişkin koşulların yer aldığı özel bir kanunda düzenlendiği, Türk hukukunda, da aynı usulün benimsenmesinin, korunan hukuki menfaat yönünden ve kanun yapma tekniğine daha uygun olacağı ve böylece

³⁸⁰ **HAKERİ**, Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları, s.1.

³⁸¹ **TEZCAN – ERDEM – ÖNOK**, a.g.e, s.85.

³⁸² Aksi görüş için bkz. **TURHAN**, Yeni Türk Ceza Kanunu’na Göre Uluslararası Suçların Cezalandırılması s.8.

³⁸³ **DOĞAN Koray**: a.g.e, s.93.

yabancılar ve uluslararası koruma kanunu gibi çeşitli yasalarda yer alan dağınık düzenlemelerin tek bir metinde toplanmış olacağı ifade edilmektedir.³⁸⁴

Göçmen kaçakçılığı suçunun koruduğu hukuki menfaate uygun olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenleniş yerinin isabetli olduğu da ileri sürülen görüşler arasındadır.³⁸⁵

Göçmen kaçakçılığı suçu 01.04.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Uluslararası Suçlar" kısmında, kanunun 79. maddesinde düzenlenmiştir.

5237 sayılı TCK.nun 79. maddesine göre;

“(1) Doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollardan;

a) Bir yabancıyı ülkeye sokan veya ülkede kalmasına imkansızlayan,

b) Türk vatandaşı veya yabancının yurt dışına çıkmasına imkansızlayan,

Kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.suç teşebbüs aşamasında kalmış olsa dahi,tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.

(2)Suçun,mağdurların:

c) Hayatı bakımından bir tehlike oluşturması,

d) Onur kırıcı bir muameleye maruz bırakılarak işlenmesi,halinde,verilecek ceza yarısından üçte ikisine kadar artırılır.

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

³⁸⁴ ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, a.g.e, s.1908-1910.

³⁸⁵ EVİK,a.g.e, s.139. Ayrıca bkz. ARSLAN –AZİZAĞAOĞLU, a.g.e, s.291-292.

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

Her iki yasa döneminde de suçun gerek Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenmiş olması ve gerekse de Türk Ceza Kanunu’ndaki düzenleniş yerleri doktrinde eleştiri konusu yapılmıştır.

Düzenleme yerinin zorunluluktan kaynaklandığı da belirtilmektedir. Buna göre, kişiye ilişkin bir menfaati ihlal eden suçların 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu II. Kitabın ikinci kısmında kişilere karşı suçlar başlığı altında düzenlenmiş olduğu, aslında birinci kısımda yer alan uluslararası suçların da kişiye karşı suçlar arasında düzenlenebileceği, çünkü soykırım ve insanlığa karşı suçlar, göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçlarının da kişiye karşı suçlardan olduğu, ancak bunların büyük ölçüde topluluklara karşı işlendikleri ve uluslararası düzeni bozdukları için ayrı bir kısım altında düzenlemek gereğinin doğduğu ileri sürülmüştür.³⁸⁶

Kanunda suçun öznesi olan fail, “kişi” olarak ifade edilmiştir. Bu anlamda özgü bir suç değildir. Suçun konusu tanımda gösterilmiş olan hareketin üzerinde gerçekleştiği obje veya insandır.³⁸⁷ Bu anlamda suçun konusu göçmenlerdir.³⁸⁸ Suçun ne şekilde işleneceği yani hareket kanunda gösterilmiştir. Bunlar, “ülkeye sokmak, ülkede kalmaya, yurt dışına çıkmaya imkan sağlamak” seçimlik hareketlerinden ibarettir. Fiilin özel modalitesi “örgüt faaliyeti” olup, failin subjektif durumu ise “doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadı” olarak belirtilebilir.

³⁸⁶ **SOYASLAN Doğan:** Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2012, s.95.

³⁸⁷ **CENTEL Nur:** Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2002, s.189.

³⁸⁸ Suçun konusunun “göçmenler” mi yoksa “uluslararası toplum” mu olduğu tartışmalı olup, bu husus aşağıda “Mağdur” ve “Suçun Maddi Konusu” başlıkları altında ayrıca inceleme konusu yapılmıştır.

II. SUÇUN HUKUKİ KONUSU

Suçla korunan “hukuki yarar” ile suçun maddi bir unsuru olarak “maddi konu” karıştırılmaması gereken kavramlardır. Mesela, kasten veya taksirle öldürme suçunda ihlal edilen hukuki değer kişinin hayat hakkıdır, yaşama hakkıdır. Buna karşılık, suçun konusu ise belli bir insandır.³⁸⁹

Herhangi bir suçun tek bir hukuki değeri ihlal ettiğini söylemek mümkün değildir. Çünkü her suç, asli ve tali nitelikteki çok çeşitli hukuki yararlar ihlal edebilir. Bu açıdan bir suçun koruduğu özel hukuki menfaati tespit edilirken şüphesiz ki o fiil bakımından ön planda bulunan menfaatin ne olduğu araştırılmaktadır.³⁹⁰

Bu anlamda göçmen kaçakçılığı suçunda korunmak istenen hukuki yarar karma bir nitelik arz eder. Zira suç ile birden çok hukuki yarar korunmaktadır. Kanun koyucu 765 sayılı TCK’nun aksine, hem göçmen kaçakçılığı hrm de insan ticareti suçlarını, uluslararası toplumu esasa almış, bu nedenle korunan hukuki yararın ilki, uluslararası toplumun hukuksal metinlerle oluşturduğu düzen ve ulusal kamu güvenliği, düzeni, ekonomisi, ilgili devletlerin egemenlik yetkisi olarak karşımıza çıkar. Korunan ikinci yarar ise kişiye ait yararlardır ve bunlar da göçmenlerin vücut bütünlükleri, mal varlıkları, haysiyetlerinin dokunulmazlığı ve kişi hürriyetleridir.³⁹¹

Gerçekten de ulusal ve uluslararası alanda birden fazla hukuki yararı ihlal eden yapısı ile suç özel bir suç tipidir. Uluslararası toplum düzenini bozan niteliğiyle özellikle iade hususlarında çoğu zaman ülkeler arasında gerginliğe yol açabilmektedir. Aynı zamanda suça konu seçimlik hareketler, ülkelerine girişi kontrol etmek isteyen ve kendi

³⁸⁹ ÖZGENÇ, a.g.e, s.206.

³⁹⁰ ARSLAN Çetin: Göçmen Kaçakçılığı Suçları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003, C.52, S.1, s.118.

³⁹¹ Bu konuda bkz. TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, a.g.e, s.66. DOĞAN, KORAY, a.g.e, s.97-101. ARSLAN, Göçmen Kaçakçılığı Suçları, s.119. PARLAR- HATİPOĞLU, a.g.e, s.1217-1218. Bakıcı Sedat: 5237 sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2010, s.23.

mevzuatlarında buna yönelik tedbirler düzenleyen devletlerin egemenlik yetkisine de saldırı niteliğindedir. Keza, ülkede yasa dışı bulunan göçmenlerin yarattığı illegal ekonomik yapı ve istatistiklere yansıyan yüksek suç oranları nedeniyle suçun devletlerin ekonomik ve sosyal yapılarına da önemli negatif etkileri olmaktadır.

Bununla birlikte bu suçla korunmak istenen hukuki değerın öncelikle insanın maddi veya manevi tümlüğü olduğunu kabul etmek gerektiği ileri sürülmüştür.³⁹²

Gerçekten söz konusu suç mağdurları maddi menfaat elde etmek üzere, insan haysiyeti ile bağdaşmayacak şekil ve koşullarda başka ülkelere kaçırılmakta veya yasal olmayan yollarla ülkeye sokulmakta ve çaresizlikten yararlanarak malvarlıkları ile maddi ve manevi vücut bütünlüklerini kısmen veya tamamen kaybetmektedirler.³⁹³

Her ne kadar suçta rıza mevcut olsa da, haklı olarak kişilerin insan haysiyetine yakışmayacak nitelikte hürriyetlerinin sınırlandırılmasına rıza göstermelerinin hukuken geçerli kabul edilemeyeceği belirtilmektedir.³⁹⁴

III. GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUCUNUN UNSURLARI

A. Maddi Unsur

1. Hareket

İnsanın dış dünyada belirleyen iradi davranışı olarak tanımlanan bu unsur icrai ve ihmali hareketler olarak karşımıza çıkar. Bu anlamda kişinin düşüncesi dış dünyaya yansımadağça hareket kavramına girmez. Ancak dış dünyaya yansıyan hareket, ister icra

³⁹² EVİK, a.g.e, s.137-139. Aksi görüş için bkz. DOĞAN,KORAY, a.g.e, s.97-98.

³⁹³ ARSLAN, Göçmen Kaçakçılığı Suçları, s.119.

³⁹⁴ ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, a.g.e, s.1921. DOĞAN, KORAY, a.g.e, s.101. Ayrıca bkz. PARLAR-HATİPOĞLU, a.g.e, s.1217.

ister ihmal şeklinde olsun, daima iradi olmalıdır.³⁹⁵ Fakat hukuk alanında bunun bir değeri olabilmesi için, bu pozitif veya negatif hareketin kanunun suç saydığı bir neticeye sebep olması şarttır.³⁹⁶

Bu anlamda suç ve özellikle haksızlık teşkil eden bu fiil, bir insan hareketidir. Kanundaki suç tanımında mutlaka bir fiile unsur olarak yer verilmektedir. Hiçbir suç tanımı yoktur ki, kapsamında bir insan fiiline yer verilmiş olmasın. Bu fiil, herhangi bir insan davranışı olmayıp, kendiliğinden haksızlık teşkil eden bir insan davranışıdır.³⁹⁷ Bu nedenle bir tüzel kişiye yüklenebilecek bir davranıştan söz edilemez.

Ancak her insan davranışı da cezalandırılması gereken bir fiil niteliği taşımaz. Bir davranışın, cezalandırılması gereken fiil niteliğini taşıyabilmesi için fail olan kişinin algılama yeteneğinin ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin olması gerekir.³⁹⁸ Başka bir anlatımla sağlıklı bir iradeye dayanmayan davranışlara fiil denemez.

Göçmen kaçakçılığı suçu, fiillerden birinin yapılması ile oluştuğundan seçimlik hareketli bir suçtur. Yanı sıra seçimlik hareketler yönünden suç, ani suç veya mütamadi suç olarak da oluşabilecektir.

Türk Ceza Kanunu sisteminde ihmali hareketin bazı suçlara özgü olarak cezalandırılacağı belirtilmiş olması karşısında, göçmen kaçakçılığı suçunun sadece icrai bir hareketle işlenebileceği ancak yasa koyucunun amacının bu sonuç olmadığı, bu yüzden göçmenlerin yasa dışı yollardan ülkeye giriş yapmalarına menfaat karşılığı göz yuman gümrük görevlisinin bu suça yardım nedeniyle cezalandırılacağı ileri sürülmüştür.³⁹⁹

³⁹⁵ **ARTUK, M. Emin – GÖKCEN, Ahmet – YENİDÜNYA, A. Caner**, 5237 sayılı Yeni TCK' ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006, s.416.

³⁹⁶ **DÖNMEZER– ERMAN**, a.g.e, s.372.

³⁹⁷ **ÖZGENÇ**, Genel Hükümler, s.171-172.

³⁹⁸ **MALKOÇ**, a.g.e, s.5.

³⁹⁹ **TEZCAN, ERDEM, ÖNOK**, a.g.e, s.89.

Benzer şekilde TCK'nın düzenlemesi gereği göçmen kaçakçılığı suçunun ihmali davranışla işlenebilmesinin mümkün değildir. Zira TCK'nın ihmale ilişkin düzenlemeyi genel hükümlerde yapmak yerine özel hükümlerde belli suç tipleri altında yaptığı ve bu nedenle kanunda açıkça düzenlemesi bulunmayan suç tiplerinin ancak icrai hareketle işlenebileceği belirtilmiş, buna bağlı olarak gümrük görevlilerin maddi menfaat karşılığında, pasaportsuz olarak ülkeden çıkmak isteyenlere müdahale etmemek suretiyle bunların çıkışını sağlamaları durumunda icrai surette işlenmiş bir suça ihmali hareketle iştirak halinin oluşacağı belirtilmiştir.

765 sayılı TCK dönemine ilişkin olarak suçun ihmali hareketle işlenebileceğini belirten *Hakeri*, aynı örneğe ilişkin gümrük görevlisinin eyleminde göçmen kaçakçılığı suçunun ihmal suretiyle gerçekleştirilmiş olduğunu belirtmektedir.⁴⁰⁰

Her ne kadar madde başlığı “göçmen kaçakçılığı” olsa da, madde içeriğinden anlaşılanın sadece göçmen kaçakçılığının değil, geniş anlamda ülkeye giriş ve çıkışların ceza normuyla korumaya alındığını göstermek olduğu ifade edilmiştir.⁴⁰¹

Göçmen kaçakçılığı suçunda, seçimlik hareketlere esas olmak üzere yöntemler ve bu anlamda “fiil” kullanılan güzergaha göre değişiklik gösterse de, uygulamada çoklukla karşılaşılan hareketlerin;

- a) Sınır kapılarından değiştirilmiş veya sahte belgelerle giriş, çıkış yapılması,
- b) Uçakla vize uygulamayan ülkelere yasal yoldan çıkış yapılarak sonradan temin edilen sahte pasaport veya belgelerle Avrupa ülkelerine geçişin sağlanması,
- c) Kara yoluyla kamyon, TIR, karavan gibi ulaşım araçlarının ‘zula’ tabir edilen gizli bölmelerine gizlenilerek karayoluyla çıkış veya giriş yapılması,
- d) Kara sınırlarından binek hayvanlarıyla veya yürüyerek ülkeye giriş yapılması,

⁴⁰⁰ **HAKERİ**, Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları, s.2.

⁴⁰¹ **ŞEN Ersan**: Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, İstanbul 2006, s.246.

- e) Sınır nehirlerinden yüzerek veya botla ülkeden çıkış yapılması,
- f) Çeşitli yollardan ülkeye giren kaçak göçmenlerin, denize kıyısı bulunan bölgelerden teknelerle açıkta bekleyen büyük gemilere götürmesi, başka bir ülke kıyısına ulaşıldığında yine küçük teknelerle kıyıya çıkartılması,
- g) Ülke çıkışında kullanılan yasal belgeyi posta yoluyla geri göndererek, diğer bir kişinin kullanımının sağlanması,
- h) Ticari yatırım adı altında kurulan şirketler kanalıyla vize ve ikamet izni alınması,
- ı) Seyahate elverişli olmayan (kuru yük gemileri, eski gemiler vb.) teknelerin veya gemilerin organizatörler tarafından kullanılması suretiyle yasa dışı çıkış ve giriş yapılması,
- i) Çeşitli yollardan ülkeye giren kaçak göçmenlerin, o ülkede kalabilmek amacıyla terör örgütleriyle bağlantıya geçmesi ve örgütçe düzenlenen sahte belgelerle ilgili makamlara başvuruda bulunup siyasi suçlu olduğunu veya işkence gördüğünü beyanla siyasi iltica talebinde bulunmasının olduğu belirtilmektedir.⁴⁰²

Göçmen kaçakçılığı suçunun maddi unsuruna esas fiili oluşturan seçimlik hareketler aşağıda ayrı ayrı ele alınacaktır:

a. Yabancıyı Ülkeye Sokmak

Yabancıların Türkiye'ye giriş, çıkış yol ve şekilleri 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda düzenlenmiştir. Dolayısıyla anılan yasa hükümlerine aykırı yapılan girişler bu kapsamda değerlendirilecektir.

⁴⁰² ŞEN, a.g.e, s.31.

Madde metninden açıkça anlaşılacağı üzere bu seçimlik hareketin konusunu sadece yabancılar oluşturur. Bir Türkün yasa dışı yollarla Türkiye'ye sokulmasında 5237 sayılı TCK.nun 79. maddenin uygulanmasına imkan yoktur. Bu durumda koşulların varlığı halinde 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 102. maddesi bir değerlendirme yapılması gerekir.

5237 sayılı TCK'nun 79. maddesinde "Göçmen Kaçakçılığına Karşı Ek Protokol"den farklı olarak "yasadışı girişin temini" yerine "ülkeye sokmak" ifadesinin kullanıldığı ancak bu ifadenin göçmen kaçakçısıyla birlikte sınırın geçilmesi şeklinde yorumlanabilecek bir kavram olması nedeniyle hatalı bir kullanım olduğu oysa ki göçmen kaçakçısının neticesinin gerçekleştiği anda olayın meydana gelmiş olduğu yerde olmasının zorunlu olmadığı ifade edilmiştir. Buna göre maddi menfaat karşılığında ön hazırlıkların yapılarak kişilere yasal olmayan yolların gösterilmesi, kişiye araç temin edilmesi de göçmen kaçakçılığı olarak kabul edileceğinden "yasadışı girişin temini" ifadesinin BM Ek Protokolü'ne de uygun daha doğru bir ifade olacağı ileri sürülmüştür.⁴⁰³

5237 sayılı TCK.nun "Yer bakımından uygulama" başlıklı 8/2 madde ve fıkrasında hangi suçların Türkiye'de işlenmiş sayılacağı düzenlenmiştir. Buna göre suç;

- a) "Türk kara ve hava sahaları ile Türk karasularında,
- b) Açık denizde ve bunun üzerindeki hava sahasında, Türk deniz ve hava araçlarında veya bu araçlarla,
- c) Türk deniz ve hava savaş araçlarında veya bu araçlarla,
- d) Türkiye'nin kıt'a sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgesinde tesis edilmiş sabit platformlarda veya bunlara karşı, işlendiğinde Türkiye'de işlenmiş sayılır."

⁴⁰³ DOĞAN Koray, a.g.e, s.123. Aynı görüş için ayrıca bkz. ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s.1923.

Bu düzenleme uyarınca Türk ülkesinin toprakları, karasuları ve iç suları (göller, limanlar, koylar, kapalı denizler, nehirler) ve bunların üstündeki hava tabakasından oluşan yeryüzü parçası gerçek anlamda ülkeyi oluşturmaktadır. Buna karşılık devletin savaş gemileri, açık denizde bulunan ticaret gemileri, hava vasıtaları, kıta sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgede tesis edilmiş sabit platformlar ise, farazi anlamda ülkeyi teşkil etmektedir.⁴⁰⁴

Farazi anlamda ülke, askeri işgal altında bulunan yerler, hava vasıtaları, açık denizde bulunan ticaret gemileri ve devletin savaş gemilerini kapsar ve burada işlenen suçlarda ülkede işlenmiş kabul edilir. Ancak burada işlenen suçların Türkiye’de işlenmiş kabul ediliyor olması bunların “gerçek (coğrafi) anlamda ülke” olarak kabul edilmesini sağlamaz. Göçmen kaçakçılığı suçunda özellikle suçun tamamlanması bakımından ancak gerçek anlamda ülke sınırlarının geçilmesiyle suç tamamlanır. Yoksa Türk bayrağını taşıyan bir gemiye göçmenlerin açık denizde başka bir gemiden nakli halinde suç tamamlanmaz.⁴⁰⁵

Bu seçimlik hareket yönünden çözülmesi gereken bir diğer husus “yasal giriş”in ne olduğudur. Yasal girişin ne anlama geldiğini devlet kendi mevzuatı çerçevesinde belirleyecektir. zira her devletin kendi ülkesi üzerinde hakimiyet hakkı vardır ve kuşkusuz bu devlet olmanın zorunlu bir sonucudur. Ancak yasal girişe ilişkin mevzuat belirlenirken “uluslararası standart” da denilen ölçütün (temel insan haklarının) altına düşülmemesi gerektiği ifade edilmiştir.⁴⁰⁶

“Ülkeye girmek” ibaresi; Türkiye’ye geçerli ve usulüne uygun olarak dahil olmak demektir. Dünya üzerinde her devlette olduğu gibi, Türkiye Cumhuriyeti devleti de giriş ve çıkışları, devlet olmanın bir gereği olarak düzenlemiştir. Bu düzenlemeler

⁴⁰⁴ YENİDÜNYA-ALŞAHİN, a.g.e, s.47.

⁴⁰⁵ DOĞAN, Koay, a.g.e, s.121-122 .

⁴⁰⁶ Bu konuda bkz. EVİK, a.g.e, s.147.

çerçevesinde, yabancılar ülkeye girilip girilmemesi tamamen devletin takdir ve yetkisindedir.

Türkiye'ye usulüne uygun ve geçerli bir giriş yapabilmek için gerekli şartlar şöyledir:

a) Türkiye'ye giriş, Bakanlar Kurulu tarafından tayin edilen "Giriş kapılarından" olmalıdır.

b) Pasaport veya pasaport yerine geçen bir belge ibraz edilmesigereklidir.

c) Türkiye'ye girmek isteyen kişi, girişi yasak olan kişilerden olmamalıdır

d) Giriş vizesi alınmış olmalıdır.⁴⁰⁷

Şu halde, bu şartlara aykırı olarak yabancıların ülkeye sokulması yasal olmayan yollardan ülkeye giriş olarak kabul edilmelidir. Eğer ülkeye giriş mevzuata uygun olarak yapılmış ise suç oluşmayacaktır. Ancak mevzuata uygun olmakla birlikte kişi 5237 sayılı TCK'nun 80. maddesinde belirtilen maksatlarla ve araçlarla ülkeye sokulmuşsa insan ticareti suçu gerçekleşmiş olur. Buna karşılık ülkeye yasa dışı sokulan veya ülkeden yasa dışı çıkarılan kimsenin bu evreden sonra insan ticareti için tedarik edilmesi halinde fail, yenilenen kastından ötürü hem göçmen kaçakçılığı ve hem de insan ticareti suçundan ayrı ayrı cezalandırılabilir.⁴⁰⁸

Failin görevli bir memur olması ve yasal olmayan bir girişe, yasal giriş yapılmış gibi işlem yapması ya da kayıtsız kalarak ihmali hareketlerle girişi sağlaması durumunda "Resmi belgede sahtecilik" ve "Görevi kötüye kullanma" suçlarının akla gelebileceği ancak "Görevi kötüye kullanma" suçunun düzenlendiği 5237 sayılı TCK'nun 257. maddesinde yer alan "kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller" ifadesi ile aynı

⁴⁰⁷ Bkz. ŞEN, a.g.e, s.29. ARSLAN-AZİZAĞAOĞLU, a.g.e, s.300.

⁴⁰⁸ ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s.1925. Aynı doğrultuda bkz. BAKICI, Özel Hükümler, s.29. PARLAR-HATİPOĞLU, a.g.e, s.1226. DOĞAN Koray, a.g.e, s.154.

kanununun 44. maddesi hükmü gereği, fiilin göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturacağı ve yaptırımın bu madde ile belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁴⁰⁹

Bununla birlikte ülkeye giriş sahte belgeler vasıtasıyla gerçekleştirilmiş ise fail, 5237 sayılı TCK.nun 212. maddesinin açık hükmü uyarınca düzenlenen belgenin niteliğine göre belgede sahtecilik suçundan da ayrıca cezalandırılacaktır.⁴¹⁰

Göçmen kaçakçılığı açısından her ne kadar kanunun ifadesinde “ülkeye sokmak” kavramına yer verilse de failin bizzat göçmenlerin yanında bulunup ülkeye sokmasına gerek yoktur. Bu imkanı sağlaması sonucu fail göçmenlerle birlikte bizzat bulunmasa dahi ülkeye giriş yapıldığında suç tamamlanacaktır.

Bu seçimlik hareket yönünden bu arada belirtmek gerekir ki, failin ülkeye soktuğu kişi veya kişileri yabancı zannetmesi ancak bunların Türk vatandaşı olması halinde bir işlenemez suç hali söz konusu olacağından, faile bir ceza verilmesi söz konusu değildir.⁴¹¹

b. Yabancınnın Ülkede Kalmasına İmkan Sağlamak

Suçta konu seçimlik hareketin kapsamını ülkedeki yasal mevzuata göre belirlemek gerekir. Bu konuda burada başlıca düzenlemeler, 6458 sayılı Yabancılar ve uluslararası koruma Kanunu, 442 sayılı Köy Kanunu ve 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Belgeleri Kanunu,dur.⁴¹²

“Ülkede kalmak”, başka bir ifadeyle Türkiye’de çeşitli nedenlerle ikamet etmek, öğrenim görmek, gezmek, çalışmak, bulunmak şeklinde olabilir. Her ne şekilde ve nedenle olursa olsun Türkiye’de kalmanın ön koşulu, ülkeye geçerli ve usulüne uygun bir şekilde girmiş olmaktır. Ancak bu koşulun varlığı halinde ülkeye giren kimse,

⁴⁰⁹ Bkz. **MALKOÇ**, a.g.e, s.483.

⁴¹⁰ Bu konuda bkz. **YENİDÜNYA – ALŞAHİN**, a.g.e, s.48. **DOĞAN,Koray**, a.g.e, s.154.

⁴¹¹ **ARSLAN – AZİZAĞAOĞLU**, a.g.e, s.302.

⁴¹² Söz konusu kanunların metni için bkz. <http://www.mevzuat.gov.tr>, (E.T.22.01.2012).

kendiliğinden ülkede çalışmak, gezmek, ikamet etmek öğrenim görmek vs. haklarına sahip olamaz. Bu husus başta “Yabancılar ve uluslararası koruma kanunu” (YUKK) olmak üzere ilgili mevzuata tabii olduğu ve bu konudaki temel kuralın Türkiye’ye üç aydan fazla kalacak yabancıların ikamet tezkeresi alması olduğu ifade edilmiştir.⁴¹³

Gerçekten de YUKK’nun 20.maddenin⁴¹⁴ açıkça belirtilen kişiler hariç, 19. maddesine göre, Türkiye’de, vizenin veya vize muafiyetinin tanıdığı süreden ya da doksan günden fazla kalmak isteyen tüm yabancılar, bu süre bitmeden kanunda belirlenen ilgili makamlara başvurarak ikamet izni almaları gerekecektir. Bu Kanunun açık hükmüne göre ikamet izini en fazla beş yıl için verilebilir ve istisnayı olarak koşullarını sağlamak şartıyla kanunun 42.maddesinde uzun dönem ikamet izini (süresiz izin) öngörülmüştür.

Maddenin açık hükmü karşısında bu seçimlik hareketin maddi konusunu sadece yabancılar oluşturabilecektir. Türk vatandaşları yönünden suç söz konusu olamaz.

Zira vatandaşların ülkede ikametleri bir izine bağlı değildir ve Anayasa’nın 23/son madde ve fıkrası uyarınca sınır dışı edilemeyecekleri de açıktır.

Bu nedenle failin ülkeye soktuğu kişi veya kişileri yabancı zannetmesi ancak bunların Türk vatandaşı olması halindeki işlenemez suç örneği Türk vatandaşlarının ülkede kalmasına imkan sağlamak hareketi açısından da geçerlidir.

⁴¹³ ŞEN, a.g.e, s.30. bu konuda ayrıca bkz. EVİK, a.g.e, s.153-155.

⁴¹⁴ MADDE 20 – (1) Aşağıda sayılan yabancılar ikamet izninden muaf tutulurla

- 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 diploması ve konsolosluk memurları
- ç) Türkiye’de görevli diploması 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 Kanunun 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 yabancılar, şekil ve içeriği Bakanlık ve Dışişleri Bakanlığınca birlikte belirlenen belge tanzim edilir. Bu yabancılar, ikamet izninden muafiyet sağlayan durumları sona erdikten sonra da Türkiye’de kalmaya devam edeceklerse, en geç on gün içinde ikamet izni almak üzere valiliklere başvurmakla yükümlüdür.

765 sayılı TCK.nun yürürlükte olduğu dönemde, ülkeye yasal olmayan yollardan girmemiş olan yabancılara ilişkin olarak bu seçimlik hareket yönünden suçun oluşmayacağı ve haklarında ancak Pasaport Kanunu hükümlerinin uygulanabileceği ileri sürülmüştür.⁴¹⁵

Bununla birlikte 765 sayılı TCK'daki bu şartın 5237 sayılı TCK'da öngörülmediği ve bu nedenle ülkeye yasal yollardan girmelerine rağmen, vize süresinin dolması gibi nedenlerle ülkede ikamet hakkı ortadan kalkan yabancılara yönelik olarak bu seçimlik hareketin gerçekleştirilmesi halinde suçun oluşacağı ve yapılan bu değişikliğin de Ek Protokolün düzenlemesine daha uygun olduğu ifade edilmiştir.⁴¹⁶

Kaldı ki maddenin gerekçesinde de yasal olarak ülkeye girmiş olmakla beraber, Türkiye'de sürekli olarak oturmalarına yetkili mercilerce karar verilmemiş yabancılara ülkede kalmalarına imkan sağlamanın da suçu oluşturacağı açıkça belirtilmektedir.⁴¹⁷

Bu seçimlik hareket yönünden suç, mütemadi suç niteliği taşır. Kanuni tarifindeki fiilin icrası süreklilik arz eden suçlara mütemadi suçlar denir ve mütemadi suçların ceza ve usul hukuku bakımından da bir takım önemli sonuçları vardır. Mesela, suçun işlendiği yer ve zamanın, şikayet veya dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde, temadinin devam edip etmediğine bakılacaktır.⁴¹⁸

Temadiye esas süreye ilişkin bir sınır değer koymak doğru olmaz. Bu somut her olayda ayrıca değerlendirilecektir.⁴¹⁹ Bu anlamda, maddi menfaat karşılığında

⁴¹⁵ **HAKERİ**, Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları, s.2. Aynı doğrultuda bkz. **ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA**, TCK Şerhi, s.1927.

⁴¹⁶ **DOĞAN Koray**, a.g.e, s.129-130. Aynı doğrultuda bkz. **ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA**, TCK Şerhi, a.g.e, s.1927.

⁴¹⁷ Madde gerekçesi için bkz. www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce_

⁴¹⁸ Bu konuda bkz. **ÖZGENÇ**, Genel Hükümler, s.178-179.

⁴¹⁹ "Yasadışı yollardan Türkiye'ye gelen ve buradan Yunanistan'a gitmek isteyen göçmenlerin sanık F.D.'e ait işyerinde barındırılarak, süre içerisinde ihtiyaçlarının sanıklar tarafından karşılandığı 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

yabancılara bir defaya mahsus olmak üzere yemek verilmesinin bu suçu oluşturmayacağı ileri sürülmüştür.⁴²⁰ Aynı şekilde sokakta kaldığını görüp acıyarak evine alan ve bu kişinin bu surette ülkede kalmasına imkan sağlayan kişinin eyleminin de göçmen kaçakçılığı suçu kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği ancak bu ihtimalde yabancıya yardım eden kişinin derhal durumu yetkili makamlara bildirmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁴²¹ Kuşkusuz bu halde doğrudan doğruya veya dolaylı bir menfaatin elde edilmemiş olması gereklidir.

Bununla birlikte, sahte nüfus cüzdanı temin etmek veya sahte ikamet izni temin etmek gibi hallerde bu seçimlik hareketin ani hareketle işlenebilmesinin de mümkün olduğu belirtilmektedir.⁴²²

“İmkan sağlama” ise çeşitli şekillerde olabilir. Yasa koyucunun bu davranışları tek tek sayması mümkün olmadığından bu şekilde bir ibareye yer verdiği ancak “imkan sağlama” ifadesi ile ne amaçlandığının gerçekten tereddüt yaratacak mahiyette olduğu belirtilerek, “bir yabancının, ülkede kalmasının sağlanması” ifadesinin yerine “bir yabancının, ülkede kalmasına imkan sağlanması” ibaresinin tercih edilmesiyle yasa koyucunun suçun oluşumu için mutlaka sonucun yani yabancının burada kalmasının sağlanmasını değil, bunun için gerekli ortamın oluşturulması veya işlemlerin yapılmasını yeterli gördüğü ileri sürülmüştür.⁴²³

Keza “imkan sağlama” ifadesinin maddi yani somut yardımlar olarak yorumlanması gerektiği, bu nedenle ülkede yabancıların yasadışı olarak kalma kararlarını

çıkartılmadan yakalanmış olmaları nedeniyle sanıkların fiilinin teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmelidir. Bu itibarla, suçun tamamlandığı gerekçesiyle teşebbüse ilişkin hükmü uygulamayan yerel mahkemenin direnme hükmü isabetsiz olup, bozulmasına karar verilmelidir”, Yarg. CGK. 19.03.2013, E.2012/1085, K.2013/96.

⁴²⁰ Bu konuda bkz. **DOĞAN Koray**, a.g.e, s.130-136.

⁴²¹ **ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA**, TCK Şerhi, a.g.e, s.1928.

⁴²² **DOĞAN Koray**, a.g.e, s.130.

⁴²³ **EREL Kemalettin**: Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı Suçu, TBBD, 2007, S.71, s.273-274.

kuvvetlendirmenin, veya yabancıları yasadışı olarak ülkede kalmasına teşvik etmenin “imkan sağlamak” anlamına gelmeyeceği belirtilmektedir.⁴²⁴

Bir kişinin yurt dışına çıkarılmak istenen yabancıyı, diğer eylemlere katılmadan doğrudan veya dolaylı maddi menfaat temini amacıyla sadece işyerinde, otelinde, evinde veya başka bir yerde bir süre barındırması durumunda, yabancıların yasal olmayan yollardan yurt dışına çıkmasına imkan sağlama şeklinde işlenen göçmen kaçakçılığı suçuna yardım etmenin olduğu ve fail hakkında TCK'nın 39. maddesinin uygulanması gerektiği zira buradaki amacın yabancıların ülkede sürekli kalmasının sağlanması değil yurt dışına yasa dışı yollardan çıkarılması için bir süre saklanması olduğu ileri sürülmüştür.⁴²⁵

Yurt dışına çıkartılma amacının gerçekleştirilebilmesi için geçici bir süre ile otel, ev ya da benzeri yerlerde saklanması eylemi, “yasal olmayan yollardan ülkede kalmaya imkân sağlama” biçimindeki hareket değil, “göçmenin yurt dışına çıkmasına imkân sağlama” şeklindeki seçimlik hareketin kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir, ancak Yargıtay uygulamasında failin bu mahiyetteki eylemleri yurt dışına çıkışa imkan sağlamaya teşebbüs olarak değerlendirmektedir.⁴²⁶

⁴²⁴ DOĞAN Koray, a.g.e, s.130.

⁴²⁵ EREL, Göçmen Kaçakçılığı Suçu, s.275.

⁴²⁶ “Göçmenler ifadelerinde; kendi ülkelerinden kaçakçılar vasıtasıyla İran’a oradan da yaya olarak Van’ın bir köyüne geldiklerini, üzeri branda ile kapalı bir araba ile Van merkeze getirildiklerini, konteynıra bindirilerek İstanbul yakınlarında ormanlık bir alana indirildiklerini, buradan da taksi ile yakalandıkları eve bırakıldıklarını, burada 12 gün kadar kaldıklarını bu süre içinde evden 4’er, 5’er kişilik gruplar halinde Yunanistan’a gidenlerin olduğunu söylemişlerdir Göçmenlerin yakalandığı evin sanığa ait olduğu hususunda hiçbir kuşku yoktur. Sanık hakkındaki dava da; göçmenleri barındırmak ve ihtiyaçlarını karşılamak suretiyle ülkede kalmalarına imkan sağlamak suçunun düzenlendiği 5237 sayılı TCK.nun 79/1-a maddelerinden açılmıştır. Sanığın bu göçmenleri yurtdışına çıkarmak gibi bir görevi yoktur. Onun eylemi ülkede kalmalarına imkan sağlamaktır. Parayı da bunun için almıştır. Olayda göçmenlerin yasal olmayan yollarla ülkeden çıkmalarına imkan sağlamaya teşebbüs hükümlerinin uygulanma olanağı bulunmamaktadır. Bu nedenle mahkemenin oluşa uygun kabul ve uygulamasında bir isabetsizlik bulunmadığı ve hükmün onanması gerektiği düşüncesi ile Yargıtay Ceza Genel Kurulu sayın çoğunluğunun yasal olmayan yollarla göçmenlerin ülkeden çıkmalarına imkan sağlamaya teşebbüs hükümlerinin uygulanmasına ilişkin bozma kararına katılmıyoruz” görüşüyle,Çoğunluk görüşüne katılmayan diğer üç Genel Kurul Üyesi de; “olayda göçmenleri maddi menfaat karşılığı İstanbul’da evinde gizleyerek yurt dışına çıkmalarına imkân sağlayan sanığın eyleminde, göçmen kaçakçılığı suçunun tamamlandığı” düşüncesiyle karşı oy kullanmıştır.Yarg. CGK. 05.04.2011, E.2010/204, K.2011/39.

Bu seçimlik hareket yönünden türkiye,de yaygın bir uygulama alanı olması itibariyle tartışılması gereken husus, burada kalmaları için yasal koşulları bulunmayan yabancılar ile anlaşmalı evlilik yaparak ikamet izni almalarını sağlamaya yönelik eylemlerde suçun oluşup oluşmayacağıdır?

Mülga 403 sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu'na göre, “yabancı kadın” evlenme akdinin yapıldığı sırada yetkili makama bunu yazılı olarak bildirir ise Türk vatandaşlığına kabul edilmekteydi. Ancak 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun⁴²⁷ 16. maddesi uyarınca, herhangi bir ayırım yapılmaksızın erkek veya kadın, Türk vatandaşları ile evlenen yabancılar ancak evliliğin tescil tarihinden en az 3 yıl sonra vatandaşlığa alınma başvurusunda bulunabileceklerdir. Başvuru üzerine 3 yıllık süre içerisinde anılan madde de öngörülen koşullar araştırılacak ve sonucuna göre de vatandaşlığa kabul edilip edilmeyeceklerine karar verilecektir.

Şayet fail, yabancıya ikamet izni temin ve doğrudan doğruya veya dolaylı maddi menfaat elde etmek maksadı ile hareket ediyorsa diğer koşulların da varlığı durumunda suçun oluşacağını kabul etmek gerekecektir. Bu durumda imkan sağlamaya esas hareket olan evlilik ile suçun tamamlandığı kabul edilmelidir.

Türkiyedeki varlığı itibariyle burada tartışılması gereken bir diğer husus ise, yasal olarak ülkeye girmesine rağmen vize süresinin bitmesi gibi sebeplerle ülkede kalması yasa dışı hale gelen yabancı uyruklu kişilerin evde hizmetçi, çocuk bakıcısı veya iş yerinde işçi olarak çalıştırılmaları halinde eylemin söz konusu seçimlik hareket yönünden suç oluşturup oluşturmayacağına ilişkindir.

Bu halde öncelikle failin doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek amacıyla hareket edip etmediğinin belirlenmesi gerekecektir. Yasal olmayan yollardan ülkede kalan bir yabancıyı bu durumunu bilerek ancak normal ücretini vererek

⁴²⁷ Kanun metni için bkz. **R.G.**, 12.6.2009 t. ve S. 27526.

evinde veya iş yerinde çalıştırma halinde suçun oluşmayacağı, bununla birlikte failin, yabancının bu durumundan yararlanarak normal koşullarda ödemesi gerekenden çok düşük bir ücretle çalıştırmak, karşılığında da ülkede kalmasını bu yolla sağlamak suretiyle maddi menfaat temin etmesi halinde ise diğer koşulların da varlığı halinde suçun oluşabileceği ileri sürülmüştür.⁴²⁸

Bu hususta yabancıların Türkiye'deki çalışmalarını izne bağlamak ve bu yabancılara verilecek çalışma izinleri ile ilgili esasları belirlemek amacıyla 13 ağustos 2016 tarihinde çıkartılan 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu uygulanacaktır.

Bu seçimlik harekete konu ve uygulamada karşılaşılan bir durum olması itibariyle ayrıca belirtmek gerekir ki Yargıtay, yasa dışı yollardan ülkeye girmiş olan bir yabancının fuhşa teşvik ve fuhuş için aracılıktan elde ettiği gelirlerden yararlanmak amacıyla evinde barındıran failin eyleminde göçmen kaçakçılığı suçunun oluşacağına karar vermiştir.⁴²⁹

c. Türk Vatandaşı veya Yabancının Yurt Dışına Çıkmasına İmkan Sağlamak

Kuşkusuz vatandaşlar ile yabancılar açısından farklılıklar vardır. Anayasa'nın 23. maddesine göre herkes seyahat hakkına sahip olmakla birlikte bu hususlar kanunla sınırlanabilecektir. Bu doğrultuda 5682 sayılı Pasaport Kanunu'nun "Pasaport veya vesika verilmesi yasak olan haller" başlıklı 22. ve "Türk vatandaşlarının seyahatlerinin sınırlandırılması veya yasaklanması" başlıklı 23. maddelerinde Türkiye'den çıkış koşulları düzenlenmiştir.

⁴²⁸ **EREL**, Göçmen Kaçakçılığı Suçu, s.275-276.

⁴²⁹ "Sanığın yasadışı yollardan ülkeye girmiş olan Lila Usein'in fuhşa teşvik ve fuhuş için aracılıktan elde ettiği gelirden yararlanmak amacıyla 3 yıla yakın bir süre evinde barındırmak suretiyle dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla bir yabancının ülkede kalmasına imkan sağladığı", Yarg. 8. CD. 26.1.2010, E.2009/7282, K2010/709.

Bu seçimlik hareket yönünden suçun maddi konusunu Türk vatandaşı veya yabancılar oluşturur. Belirtmek gerekir ki göçmen kaçakçılığı suç tipine ilişkin uygulamada sıklıkla karşılaşılan seçimlik hareket budur.

Yukarıda “yabancının yasal olmayan yollardan ülkede kalmasına imkan sağlama“ seçimlik hareketi yönünden açıklandığı üzere, 765 sayılı TCK.nun yürürlükte olduğu dönemde, ülkeye yasal yollardan giren yabancıların veya türk vatandaşlarını yasal olmayan yollardan yurt dışına çıkarılmaları halinde suçun oluşmayacağı ileri sürülmüştür. Ancak 5237 sayılı TCK’da böyle bir ayırıma yer verilmediğinden yasal yollardan ülkeye giren kişilerin yasal olmayan yollardan yurt dışına çıkarılmalarına imkan sağlanması halinde suç oluşacaktır.⁴³⁰

Suçun meydana gelebilmesi için imkan sağlanan kişilerin ülkeden çıkışlarının yasalara uygun olmaması gerekir. Ülkeden çıkışa ilişkin yasal düzenleme 5682 sayılı Pasaport ve 2014 tarihinde yürürlüğe giren 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunuların,da yapılmıştır.

Buna göre öncelikle ülkeden çıkışların belirlenen çıkış kapılarından yapılması gerekir. Ülkeden çıkışta pasaport bulundurma zorunluluğu vardır ancak vizeye ihtiyaç yoktur. Bu kurallara uymaksızın kişilerin yurt dışına çıkmasına imkan sağlamak göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturacaktır.⁴³¹

Yurt dışına çıkmaya imkan sağlama fiilinin sadece maddi olanaklar açısından değerlendirilmesi gerektiği, kişilerin yasal olmayan yollardan yurt dışına çıkmalarını nasihat eden, teşvik eden kişilerin ise, göçmen kaçakçılığı suçundan sorumlu tutulmaması gerektiği ileri sürülmüş ancak kişilerin yasal olmayan yollardan yurt dışına çıkması konusunda kararı kuvvetlendiren ya da teşvikte bulunan kişilerin

⁴³⁰ Bu konuda bkz. **ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA**, TCK Şerhi, s.1929. **YENİDÜNYA – ALŞAHİN**, a.g.e, s.52. **DOĞAN Koray**, a.g.e, s.128. **HAKERİ**, Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları, s.2.

⁴³¹ **DOĞAN Koray**, a.g.e, s.128.

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu çerçevesinde yardım eden olarak sorumluluklarının devam ettiği belirtilmiştir.⁴³²

Madde metninde yer alan “imkan sağlama” ifadesi uygulamada sorunlara yol açmaktadır. Zira ifadedeki belirsizlik suçun tamamlanma anının tespiti açısından büyük zorluk yaratacak mahiyettedir.

“İmkan sağlama” ifadesiyle yurt dışına çıkarılmak mı yoksa çıkarılmaya esas araç ve koşulların temini mi anlatılmak istenmektedir? Bu anlamda göçmenleri yurt dışına çıkarmak isteyen ve bu amaç için örneğin aracını tahsis eden ancak bunu başaramadan yakalanan failin eyleminde, suçun teşebbüs aşamasında mı kaldığı yoksa araç temin ederek imkan sağlandığından bahisle tamamlandığı mı kabul edilecektir?

Bu seçimlik hareket bakımından önemli olan göçmenin yurt dışına çıkmasına imkan sağlayıcı hareketin yapılmış olduğu örneğin botun temin edilmesi, sahte pasaportun temin edilmesi ile suçun tamamlanacağı ileri sürülmüş ve kanun koyucunun ülke dışına çıkarmak ve ülkeye sokmak arasında neden bu şekilde bir ayırım yaptığı da eleştiri konusu yapılmıştır.⁴³³

Aynı doğrultuda yasa koyucunun buradaki amacının suçun tamamlanması açısından yasal olmayan yollardan yurt dışına çıkmanın sağlanması olsaydı, “imkan sağlama“ ibaresine yer vermeyeceği ve bu anlamda örneğin göçmenlerin tekneye bindikleri sırada veya Meriç nehrine yakın bir noktada, tıra kaçak olarak bineceği gümrük sahasında veya bindiği gemi henüz hareket etmeden yakalanması halinde imkan sağlamaya yönelik hareketlerin yapılmasıyla suçun tamamlanmış olacağı ileri sürülmüştür.⁴³⁴

⁴³² YENİDÜNYA – ALŞAHİN, a.g.e, s.52-53.

⁴³³ DOĞAN Koray, a.g.e, s.136.

⁴³⁴ EREL, Göçmen Kaçakçılığı Suçu, s.276-277.

Bu seçimlik hareket yönünden suçun tamamlama anının belirlenmesine ilişkin bu sorun aşağıda suçun özel görünüş şekillerinden “Teşebbüs” başlığı altında ayrıca incelenmiştir. Ancak bu kısımda şu kadarını belirtmek gerekir ki, Yargıtay oy çokluğu ile aldığı kararların da imkan sağlayıcı hareketlerin yapılmasıyla yurt dışına çıkışın sağlanamadığı hallerde eylemin teşebbüs aşamasında kaldığını Kabul etmektedir.⁴³⁵

2. Netice

Göçmen kaçakçılığı suçunun düzenlendiği madde metninde, suçun oluşumu için somut bir tehlikenin gerçekleşmesinin şart koşulduğu yönünde herhangi bir ibare veya husus bulunmadığından suçun soyut tehlike suçu olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır.⁴³⁶ Bu nedenle neticenin gerçekleşmesinin suçun oluşumuna bir etkisi yoktur. Yasada öngörülen seçimlik hareketlerden birisinin yapılması ile suç oluşacaktır.

Buna göre göçmenlerin en iyi yaşam koşullarında sınırdan geçirilmesi halinde dahi suçun oluştuğu veya yasal olmayan yollardan ülkeye sokulan göçmenlerin son derece nitelikli veya devlet için faydalı işlerde çalışacak kişiler olsa bile göçmen kaçakçılığı suçunun oluşacağı belirtilmiştir.⁴³⁷

⁴³⁵ “Oluş ve dosya içeriğine göre yasal olmayan yollardan Türkiye'ye gelen ve buradan yurt dışına gitmek isteyen yirmi göçmeni sevk ve idaresindeki TIR ile Yunanistan'a götürmek isterken, gümrük görevlilerince x-ray cihazı taramasına yönlendirilmeleri sonucu göçmenlerin ve sanığın yakalandığının anlaşıldığı, sanığın kanıtlanan bu eyleminin göçmenlerin yurt dışına çıkmalarına imkan sağlamaya teşebbüs aşamasında kaldığı anlaşılmakla, 5237 sayılı TCK.nun 79. maddesi uyarınca verilen cezadan teşebbüs nedeniyle anılan Yasanın 35. maddesine göre indirim yapılması gerektiği gözetilmeyerek sanık hakkında fazla ceza tayini”, Yarg. 8.CD. 21.1.2010, E.2010/277 K.2010/441. “yargıtay cez genel kurulunun 25.12.2007 gün ve 149-277, 05.02.2008gün ve 33-83,10.02.2009 gün ve 221-20 ile 05.04.2011 gün ve 204-39 sayılı kararlarında da açıklandığı üzere...sanığın eyleminin göçmen kaçakçılığı suçunun güçmenin yurt dışına çıkartılmasına imkan sağlanmas şeklinde seçimlik hareketi oluşturduğu ve göçmenler yurt dışına çıkartılmadan sanığın yakalanmış olması nedeniyle de eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı anlaşılmaktadır ...süçün tamamlandığı gerekçesiyle teşebbüse ilişkin hükmü uygulanmayan yerel mahkeme direnme hükmü isabetsiz olup, bozulmasına karar verilmelidir” Yarg.CGK .05.06.2012, E.2012/322, K.2012/221.

⁴³⁶ **EVİK**,a.g.e, s.160 Ayrıca bkz. **EREL**, Göçmen Kaçakçılığı Suçu, s.280

⁴³⁷ **DOĞAN, Koray**, a.g.e, s.135.

Bununla birlikte seçimlik hareketlerin birden fazla olması suçun tekliğini etkilemez ve bu nedenle fail eylemi ile birden fazla seçimlik hareketi ihlal etse dahi tek ceza alacaktır.

Ancak birden fazla seçimlik hareketin ihlali edilmesi durumunda hakim, suçun işleniş şeklini dikkate alarak 5237 sayılı TCK'nun 61. maddesi uyarınca temel cezanın belirlenmesi sırasında alt sınırdan uzaklaşmayı değerlendirme konusu yapabilecektir.⁴³⁸

Seçimlik hareketler yönünden “Netice” aşağıda ayrı ayrı ele alınacaktır:

a. Yabancıyı Ülkeye Sokmak Bakımından

Bu seçimlik hareket yönünden göçmen kaçakçılığı suçu “neticesi harekete bitişik” ve ayrıca “ani suç” niteliğindedir.⁴³⁹

TCK sisteminde neticenin fiilin bir alt unsuru değil fiilden ayrı olarak suçun maddi unsurlarından birisini oluşturduğu ve bu sistemde doğal olarak “neticesi harekete bitişik suç”tan söz edilemeyeceği de ileri sürülmüştür.⁴⁴⁰

Bu seçimlik harekete ilişkin olarak göçmenlerin sınırdan geçirilmesi ile suç tamamlanacaktır. Kara sınırlarının tespiti zorluk yaratmaz ancak özellikle deniz yolu ile işlenen göçmen kaçakçılığı suçunda sınırın belirlenmesi ihtilafa konu olabilir.

b. Yabancıyı Ülkede Kalmasına İmkan Sağlamak Bakımından

Bu seçimlik hareket yönünden suçun “mütemadi suç” niteliğinde olduğu açıktır. Bu nedenle imkan sağlayıcı hareketin yapılması ile suç tamamlanacaktır. Ancak suçun bitme anı temadinin bittiği andır. Dolayısıyla yabancıların ülkede kalmalarının

⁴³⁸ Bu konuda bkz. **MALKOÇ**, a.g.e, s.481.

⁴³⁹ **DOĞAN Koray**, a.g.e, s.135.

⁴⁴⁰ **MALKOÇ**, a.g.e, s.9.

sonlandırıldığı anda suçta sona ermiş olacaktır.⁴⁴¹ Temadinin sona erdiği tarihten sonra seçimlik hareketin tekrarı halinde ise yeni bir suçun oluştuğu kabul edilmelidir.

Temadiye esas süre ve hareketler kuşkusuz her olayın özelliğine göre belirlenecek olup aşağıda “Suça teşebbüs” başlığı altında bu husus ayrıca inceleme konusu yapılmıştır.

5237 sayılı TCK sisteminde mütemadi suçlara ilişkin olarak devam edenin netice değil fiilin icrası olduğu ve fiilin icrai davranışla başlayıp ihmali davranışla devam edebileceği gibi hem icrai hem de ihmali bir davranışla da devam edebileceği ifade edilmiştir.⁴⁴²

Kuşkusuz temadinin sonlandırılması failin iktidarında olmalıdır. Örneğin fail maddi menfaat sağlama amacıyla evini kullanmalarına imkan sağlıyorsa göçmenleri evinden çıkarabilir, göçmenlere yiyecek içecek yardımı sağlıyorsa bu yardımını kesebilir veya yetkililere haberverebilir.⁴⁴³

c. Yabancı veya Türk Vatandaşını Yurt Dışına Çıkmasına İmkan Sağlamak Bakımından

Bu seçimlik hareket yönünden ise suç “ani suç” niteliğindedir. Dolayısıyla imkan sağlamaya esas hareketin yapılması ile suç tamamlanacaktır. Ancak suçun oluşumuna esas hangi hareketlerin “imkan sağlama” olarak kabul edileceği uygulamada sıkıntı yaratan bir husustur.

Bu anlamda yurt dışına çıkartılma istenen göçmenleri kendine ait araç ile sınıra götürmek isterken veya temin ettiği bot ile nehirden geçirmek isterken yakalanan failin eyleminde, uygun vasıta ve araç temin etmekle imkan sağlayıcı hareketin yapıldığı ve

⁴⁴¹ Bu konuda bkz. **DOĞAN Koray**, s.137. **YENİDÜNYA-ALŞAHİN**, a.g.e, s.50-51.

⁴⁴² **MALKOÇ**, a.g.e, s.6-7.

⁴⁴³ **DOĞAN Koray**, a.g.e, s.137.

suçun tamamlandığı mı yoksa yurt dışına çıkış sağlanamadığından neticenin gerçekleşmediği mi kabul edilecektir?

Bu hususa yukarıda “Fiil” başlığı altında kısmen değinildiği gibi ayrıca aşağıda “Suça teşebbüs” başlığı altında etraflı olarak incelenmiştir. Ancak bu kısımda da belirtmek gerekir ki, Yargıtay bu mahiyetteki olaylarda amacın göçmenlerin yurt dışına çıkarılması olduğunu ve neticenin gerçekleşmediği dikkate alınarak eylemlerin teşebbüs aşamasında kaldığına karar vermektedir.⁴⁴⁴

B. Manevi Unsur

TCK'nun 21/1. maddesine göre “suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.”

Göçmen kaçakçılığı suçunun taksirle işlenmesini kanun açıkça düzenlemediğinden, bu suç taksirle işlenemez.⁴⁴⁵ Suçun olası kastla işlenmesinin de olanaklı olmadığı zira kanuni unsurda fiilin belirli bir amaç veya saikle işlenmiş olmasının arandığı hallerdeki göçmen kaçakçılığı suçunda bu saik doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek olarak ifade edilmiştir suçun olası kastla işlenemeyeceğinin kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Buna göre belirli bir amaca ulaşmak, neticeyi elde etmek suçun oluşması bu amaçların elde edilmesine bağlı olmasa,da düşüncesiyle hareket eden failin, “olursa olsun” düşüncesinden ziyade,

⁴⁴⁴ “yasal olmayan yollardan ülkeye giriş yapan ve buradan başka ülkelere gitmek isteyen göçmenleri Yurt dışına çıkarma amacıyla Türkiye’de bir süre barındırmave 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, Kanuna aykırı, sanıklar M.. Ç., A.. D., E.. S. ile sanıklar İ.. K.. ve Y.. Ç.. müdafilerinin temyiz nedenleri ile tebliğnamedeki düşünce yerinde görüldüğünden HÜKÜMLERİN BOZULMASINA, yargılamanın bozma öncesi aşamadan başlayarak sürdürülüp sonuçlandırılmak üzere dosyanın esas/hüküm mahkemesine gönderilmesine, oy birliğiyle karar verildi”.Yarg. 18.CD 02.04.2015, E.2015/10, K.2015/91.

⁴⁴⁵ **ARTUÇ Mustafa:** Göçmen Kaçakçılığı Suçu. Terazî Aylık Hukuk Dergisi, 2007, S.16, s.59. Bu konuda ayrıca bkz. **ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA,** TCK Şerhi, s.1941. **ARSLAN – AZİZGAOĞLU,** a.g.e, s.302.

“istememesi”nin söz konusu olduğu ve bu nedenle olası kasttan dolayı (m. 21/2) cezasının indirilmesinin mümkün olmayacağı belirtilmektedir.⁴⁴⁶

Göçmen Kaçakçılığı suçu kazanç sağlama amacıyla yapılan bir suçtur. Bu suçun manevi unsuru, “doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadı, ile fiilin işlenmesidir. Failde maddi menfaat elde etme saiki yok ise suçun manevi unsuru oluşmayacaktır.

Bununla birlikte maddi menfaatin varlığı somut olayın özelliğine göre her zaman suçun oluşumu için yeterli değildir. Yargıtay konuya ilişkin bir kararında failin, pasaportu bulunan ve yurda çıkışına yasal engel bulunmayan müdahilin oğluna sahte vize temin etmesi şeklinde gerçekleşen eyleminde dolandırıcılık suçunun oluşacağına karar vermiştir.

Menfaat kavramının bu şekilde geniş bir anlam verilerek ele alınması cezalandırılmayan bir kısım fiillerin cezalandırılmasını, çerçevenin genişletilmesini de sağlamaktadır. Kanun koyucunun bu düşünceden hareketle, yerinde bir düzenlemede bulunarak madde metnin de hem “doğrudan doğruya” hem de “dolaylı olarak” menfaat sağlanması haline yer verdiği ifade edilmiştir.⁴⁴⁷

Bu açıdan failde saikin varlığı aranmaktadır. Menfaatin elde edilmesi, bu anlamda kararlaştırılan paranın alınması suçun oluşması için gerekli değildir. Eğer failin amacı mağdurdan maddi olmayan çıkar elde etmekse bu suç oluşmayacaktır.⁴⁴⁸

Suçun direkt veya dolaylı maddi bir menfaat elde etmek amacıyla işlenmesi gerekir. Başka ifadeyle göçmen kaçakçılığı maddi bir kazanç sağlama amacıyla yapılmalıdır. Bu durumda turistik amaçla veya terör amacıyla bir kişiyi ülkeye sokmak

⁴⁴⁶ **ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA**, TCK Şerhi, s.1942. Aynı doğrultuda bkz. **BAKICI**, Özel Hükümler, s.30. **YENİDÜNYA – ALŞAHİN**, a.g.e, s.64.

⁴⁴⁷ **EVİK**, a.g.e, s.167.

⁴⁴⁸ Bkz. **MALKOÇ**, a.g.e, s.482. **ARTUK – GÖKCEN - YENİDÜNYA**, TCK Şerhi, a.g.e, s.1941. **TURHAN**, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Uluslararası Suçlar, s.9. **EVİK**, a.g.e, s.167. **BAKICI**, Özel Hükümler, s.30.

veya herhangi bir maddi karşılık beklemezsizin bir kişiye yardım edilmesi amacıyla bunu ülkeye sokulması ve diğer hareketlerin yapılması durumunda bu suç oluşmaz. Özel kast, bu suçu diğer birçok suçtan ayırmaya da yaramaktadır.⁴⁴⁹ Bu anlamda suçun cinsel amaçla veya kendini ispat amacı ile işlenmesi halinde de suçun oluşmayacağı kabul edilmelidir.

Keza manevi menfaatin varlığı halinde de suçun manevi unsurunun oluşmadığı kabul edilmelidir. Yakınına, arkadaşına, akrabasına duyduğu sevgiden ve destek olma niyetinden hareketle yardım eden failde, suçun manevi unsurunun gerçekleşmesi bakımından özel kastın bulunduğu kabul edilemez. Böylece fail hakkında manevi unsur açısından “maddi menfaat” elde etmek kastının varlığının ispatlanması gerekir.⁴⁵⁰

Menfaatin elde edilmesi, suçun oluşması için gerekli değildir. örneğin kararlaştırılan paranın alınmış olması.⁴⁵¹ Ayrıca dikkat edilecek olursa madde metninde failin haksız menfaat elde etmesinden söz edilmemiştir. Buna göre, yasal olmayan yollardan ülkede bulunan kişilere evini, bilerek ve isteyerek kiralayan kişi, haksız bir menfaat sağlamamış olsa dahi maddi menfaat sağlamak için bu kişilerin ülkede kalmasına imkan sağladığından göçmen kaçakçılığı suçundan sorumlu tutulacaktır.⁴⁵²

Suçun oluşumu açısından fiilin bu saikle işlenmesi yeterlidir. Bu saikle hareket etmeyen örneğin sokakta bulunan bir yabancıya aç kaldığı için yardımda bulunan veya bir yerde ikamet etmesine neden olan kişi bu suçun faili olamaz.⁴⁵³

⁴⁴⁹ Bkz. **HAKERİ**, Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları, s.3. **EVİK**, a.g.e, s.168.

⁴⁵⁰ **ŞEN**, a.g.e, s.246.

⁴⁵¹ Bu konuda bkz. **YENİDÜNYA – ALŞAHİN**, a.g.e, s.63. **AYDIN Murat**, a.g.e, s.125.

⁴⁵² **ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA**, TCK Şerhi, s.1941-1942.

⁴⁵³ **DONAY Süheyl**; Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul 2007, s.128.

C. Hukuka Aykırılık Unsuru

Suçun hukuka aykırı olması diğer bir anlatımla suçta hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması suçun unsurlarından birisidir. Hukuka aykırılık, fiil ile hukuk düzeni arasındaki çatışma olarak ifade edilmektedir.⁴⁵⁴

5237 sayılı TCK'nun "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler" başlıklı İkinci Bölümünde, "Hukuka uygunluk sebepleri" ve "Kusurluluğu ortadan kaldıran ve azaltan sebepler" bir arada düzenlenmiştir. TCK'da hukuka uygunluk nedeni olarak; ilgilinin rızası (TCK. m.26/2), hakkın icrası (TCK. m.26/1), meşru kanun hükmünü yerine getirme daha doğru bir deyimle görevin ifası (TCK. m .24/1) ve savunma (TCK. m. 25/1) yer almaktadır.⁴⁵⁵

Hukuka aykırılık unsuru göçmen kaçakçılığı yönünden herhangi bir özellik arz etmez, kanunda ve diğer yasalarda bu suç tipine ilişkin olarak özel bir hukuka uygunluk nedeni yoktur.⁴⁵⁶

Bununla birlikte göçmen kaçakçılığı suçunda hukuka uygunluk nedenleri yönünden ele alınması gereken en önemli husus "mağdurun rızası"dır. Bizzat kendisine karşı işlenen bir fiile mağdur rıza göstermiş ve bu fiil mağdurun üzerinde mutlak suretle tasarruf edebileceği bir hakka yönelik ise burada hukuka uygunluk nedeni oluşacak ve faile ceza verilemeyebilecektir.

5237 sayılı TCK'nun 26/2 nci maddesine göre, kişinin tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin rızası halinde işlenen suçtan dolayı fail cezalandırılmayacaktır. Ancak sadece kişinin rızası yeterli değildir, rıza gösterilen konuda mutlaka bir hakkın bulunması

⁴⁵⁴ EVİK, a.g.e, s.161.

⁴⁵⁵ ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.481.

⁴⁵⁶ Bu konuda bkz. EREL, Göçmen Kaçakçılığı Suçu, s.282-283.

ve rızanın da geçerli bir rıza olması gerekmektedir. Mağdurun birden fazla olması halinde ise suçun konusu nazara alınmalıdır.⁴⁵⁷

Göçmen kaçakçılığı suçunda mağdurun rızası eylemi hukuka uygun hale getirmeyecektir çünkü, “ mağdurun rızası “ suçun unsurlarındandır ve kanunda açıkça belirtilmemiş olsa da suç ancak mağdurdaki rıza ile işlenebilecektir.⁴⁵⁸

Rıza yoksa veya hileli davranışlar ile elde edilmiş ise dolandırıcılık veya koşulların varlığı halinde insan ticareti suçları söz konusu olabilecektir.⁴⁵⁹ Örneğin, yurt dışına götürüleceği vaat edilerek, göçmenlerin paralarının alınması ancak ülke içinde başka bir yere bırakılıp veya deniz ortasında bırakılması halinde dolandırıcılık suçu oluşur.⁴⁶⁰ Kuşkusuz bu örnekte bırakmanın fail veya faillerin iradeleri dışında bir nedene dayanmaması gerekmektedir.

Bulunduğu ülkeden yaşamına veya vücut bütünlüğüne yönelik tehlikelerden ötürü ülkeye giriş yapan kişiler yönünden hukuka uygunluk nedeninin varlığı tartışılabilir ise de bu tartışma göçmen kaçakçılığı suçu bakımından değil YUKK’na aykırılık suçu yönünden geçerlidir.⁴⁶¹

Burada tartışılması gereken bir diğer konu, iltica etmek maksadıyla yurda kaçak olarak giren kimseler bakımından, Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Sözleşmenin 31/1 maddesinin YUKK,nu karşısında bir hukuka uygunluk sebebi oluşturup oluşturmayacağıdır. TBMM tarafından onaylanarak bir kanun niteliği kazanan bu sözleşme hükmünün, bu amaçla ülkeye giren kimsenin TCK 24/1’de düzenlenmiş bulunan “kanun hükmünde icra” hukuka uygunluk sebebinden yararlanmasının gündeme

⁴⁵⁷ Bkz. **BAKICI**, Genel Hükümler, s.513. **ÖZTÜRK –ERDEM**, Genel Hükümler, s.217-222.

⁴⁵⁸ Bu konuda bkz. **HAKERİ**, Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları, s.3. **TEZCAN – ERDEM – ÖNOK**, a.g.e, s.91. **BAKICI**, Özel Hükümler, s.30.

⁴⁵⁹ **ARTUÇ**, a.g.e, s.55.

⁴⁶⁰ **TURHAN**, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Uluslararası Suçlar, s.10.

⁴⁶¹ Bu konuda bkz. **DOĞAN Koray**, a.g.e, s.137-138. **TEZCAN – ERDEM – ÖNOK**, a.g.e, s.91.

gelebileceği ancak söz konusu sözleşmenin bir hukuka uygunluk sebebi değil bir cezasızlık sebebi getirdiği ifade edilmiştir.⁴⁶²

Bu kısımda son olarak belirtmek gerekir ki TCK'nun 79. maddesinde yasaklanan eylemler bakımından, yerleşme ve seyahat hürriyetinden bahsetmek mümkün değildir. Çünkü bu hürriyet kanun tarafından yasal olan yollardan gerçekleştirildiği hallerde söz konusu olmaktadır. İlgili kanun maddesinde ise yerleşme ve seyahat etme hürriyeti yasal olmayan yollar doğrultusunda gerçekleştirildiğinden kanun dışı kabul edilmektedir.⁴⁶³

IV. FAİL ve MAĞDUR ve SUÇUN MADDİ KONUSU

A. Fail

Ceza kanunlarında yer alan suçlar istisnai bazı durumlar dışında kural olarak herkes tarafından işlenebilen suçlardır ve çok failli suçlar bir yana suç tipleri, suçun genellikle tek kişi tarafından işlenebileceği varsayımından hareketle düzenlenir. Kanuni tanımında faille bağlantılı olarak “kişi”, “kimse”, “bir kimse” veya “her kim” ifadelerinin kullanıldığı suçlar bu nitelikte suçlardır.⁴⁶⁴

5237 sayılı TCK'nun 37. maddesinde faillik, suçun kanuni tarifinde belirtilen fiili gerçekleştiren kişilerden her hangi olarak tanımlanmıştır. Göçmen kaçakçılığı suçu faillik yönünden özgü bir suç değildir. Kanunda “kişi” ifadesi kullanıldığından suç herkes tarafından işlenebilir.

⁴⁶² **HAKERİ**, Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları, s.3.

⁴⁶³ Bkz. **EVİK**, a.g.e, s.165.

⁴⁶⁴ Bu konuda bkz. **ÖZGENÇ**, Genel Hükümler, s.190. **ÖZTÜRK, ERDEM**, a.g.e, s.159. **DEMİRBAŞ Timur**: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, s.430.

Uygulamada bu suçun faillerinin çoğunlukla Türk vatandaşları olacağı açık ise de teorik olarak yabancıların da bu suçun faili olmalarına engel bir husus bulunmadığı ifade edilmiştir.⁴⁶⁵

Kanunda kamu görevlisinin suçu işlemesi bir artırım nedeni olarak düzenlenmemiştir. Sıfat suçta bir artırım nedeni olarak düzenlenmemiş olmakla birlikte, 5237 sayılı TCK'nun 266. maddesinde yer alan "Kamu görevine ait araç ve gereçleri suçta kullanma" suçunun bir artırım maddesi olarak inceleme konusu suçta uygulanması olanaklıdır.

Belirtmek gerekir ki suçta sıfatın göz önünde bulundurulmaması zaten anılan maddenin uygulanabilme şartıdır. Buna göre bir kamu görevlisi görevi gereği elinde bulundurduğu araç ve gereci göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesinde kullanırsa, bu durum anılan madde uyarınca artırım nedenidir. Örneğin, devlete ait gemiyi kullanan kimse, bu gemi ile göçmenleri Türkiye'ye yasal olmayan yoldan getirirse verilecek ceza TCK'nın 266. maddesi uyarınca arttırılacaktır.⁴⁶⁶

5237 sayılı TCK'nun 20/2. ve 60. maddeleri de dikkate alındığında tüzel kişilerin cezai sorumluluğu bulunmamaktadır. 5237 sayılı TCK'nun 79/4. maddesin de, anılan madde hükümlerine paralel ve uygun olarak, suçun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı düzenlenmiştir.

B. Mağdur

Her suçta bir mağdur vardır ve ceza hukukunda her suçun asli ve zorunlu mağdurunun devlet olduğu ifade edilir. Ancak suçun asıl mağdurunun suç kurbanı

⁴⁶⁵ **HAKERİ**, Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları, s.2.

⁴⁶⁶ **ARTUÇ**, a.g.e, s.56. Ayrıca bkz. **BAKICI**, Özel Hükümler, s.24-25.

durumunda bulunan gerçek ve tüzel kişiler olduğu unutulmamalıdır. Bununla birlikte sadece gerçek kişiler suçun mağduru olabilir. Tüzel kişiler, ancak bir suçtan zarar gören konumundadır. Bu itibarla suçtan zarar gören ile mağdurun aynı şey olmadığını da belirtmek gerekir.⁴⁶⁷

TCK sisteminde “mağdur” ve “suçtan zarar gören” kavramlarının her zaman aynı kişide birleşmeyebileceği, keza tüzel kişilerin suçun mağduru değil ancak suçtan zarar gören kişi olabilecekleri, bu anlamda zarar gören kavramının mağdurdan daha geniş bir kavram olduğu ifade edilmiştir.⁴⁶⁸

Gerçekten de somut olaylar da suçun mağduru ile suçtan zarar gören kişi aynı olmayabilir. Örneğin, adam öldürme suçunun mağduru yaşama hakkına son verilen kişi olduğu halde suçtan zarar gören ise bu eylem sonucu hakları zarara uğrayan eş ve çocuk gibi yakınlarıdır.⁴⁶⁹

Hemen belirtmek gerekir ki suçta mağdurluk ve faillik sıfatının birleşmesi söz konusu olamaz. Bunun bir sonucu olarak bir kimsenin aynı suçun mağduru ve faili olması da mümkündür.

Mağdurun niteliğine ilişkin olarak, “Vatandaşlık ve Vatandaş”, “Yabancı”, “Vatansızlar”, “Özel Statülü Yabancılar ve Türk Vatandaşlığından Çıkarılanlar”, “Çifte veya çok Vatandaşlığı Olanlar”, “Muhacirler” ile “Mülteciler” incelenmesi gereken kavramlar olarak değerlendirilmiştir.⁴⁷⁰

765 sayılı TCK.nun da “vatansızlar” tabir olarak madde metninde yer aldığı halde 5237 sayılı TCK.nun da bu tabire yer verilmediği görülmektedir.

⁴⁶⁷ Bu konuda bkz. **ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA**, Genel Hükümler, s.473. **ÖZTÜRK – ERDEM**, a.g.e, s.338. **DEMİRBAŞ**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.489.

⁴⁶⁸ **MALKOÇ**, a.g.e, s.11. Bu konuda ayrıca bkz. **DEMİRBAŞ**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.490. **ÖZGENÇ**, Genel Hükümler, s.208.

⁴⁷⁰ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **ARSLAN – AZİZAĞAOĞLU**, a.g.e, s.295-298. **EVİK**, a.g.e, s.143- 146. **PARLAR- HATİPOĞLU**, C.1, s.1218-1221.

Bunun nedeninin vatansızların da Türkiye yasalarına göre yabancı sayılması olduğu, zira mülga Türk Vatandaşlığı Yasası'nın 6. 14. 16. ve 30. maddesinde ve 2014 tarihinde yürürlüğe giren YUKK'nda vatansızlardan ayrıca söz edildiği, buna göre vatansızların da yabancı statüsünde sayılacağı belirtilmiştir.⁴⁷¹

Göçmen kaçakçılığı suçunda, alt nitelik ve sıfatları ne olursa olsun suçun mağdurunun göçmenler mi yoksa uluslararası toplum mu olduğu hususu doktrinde ve uygulamada tartışmalı olduğu gibi sonuçları açısından ise son derece önemlidir. Zira suçun mağdurunun göçmenler olduğunun kabul edilmesi halinde faile tayin olunacak cezanın zincirleme suç hükümleri çerçevesinde arttırılması söz konusu olabilecektir.

Madde metninde “Bir yabancıyı ülkeye sokan” ve “Türk vatandaşı veya yabancının yurt dışına çıkmasına imkan sağlayan” ifadelerinin yer almış olması nedeniyle söz konusu suçun mağdurunun, başka bir ülkeye göç etmek amacını taşıyan “Türk vatandaşı” veya “yabancı” kimse olduğu ifade edilmiştir.⁴⁷²

Suçun mağdurunun göçmenler olduğu kabulüyle tek bir fiille, aynı yer ve zamanda birden fazla mağdura karşı işlenen göçmen kaçakçılığı suçunda TCK'nın 43. maddesi uyarınca zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği⁴⁷³, hatta birden çok göçmenin farklı zamanlarda kaçırılması durumunda da yine zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür.⁴⁷⁴

Yasadışı yollardan ülkeye sokulan veya kalmasına ya da yurt dışına çıkmasına imkan sağlanan yabancı ile yasal olmayan yollardan ülkeden çıkmasına imkan sağlanan

⁴⁷¹ Bkz. Yukk, mad.50 ve51.

⁴⁷² **EVİK**, a.g.e, s.140-141. Ayrıca bkz. **AYDIN Nurullah**, a.g.e, s.124. **PARLAR – HATİPOĞLU**, C.1, s.1221.

⁴⁷³ **BAKICI**, Özel Hükümler, s.28.

⁴⁷⁴ **PARLAR – HATİPOĞLU**, C.1, s.1221. Aksi görüş için bkz. **BAKICI**, Özel Hükümler, s.29.

vatandaşın suçun mağduru olduğu ve mağdurların suçtan dolayı cezalandırılmalarının mümkün olmadığı belirtilmektedir.⁴⁷⁵

Doktrinde bu kişilerin suçun mağduru kabul edilmesi noktasında birliktelik bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, suçun asıl mağdurunun uluslararası toplum ve onu oluşturan devletler olduğunu ifade etmektedir. Nedenlerini ise, göçmenlerin bu suçtan zarar görmelerinin onları suçun yasal mağduru haline getirmeyeceği, göçmen kaçakçılığının insan ticaretinden ayrıldığı temel noktanın bu olduğu, insan ticareti suçuna esas şiddet, tehdit, cebir veya baskı uygulamak, kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanmak, kandırmak veya nüfuzu kötüye kullanmak şeklindeki hareketlerin göçmen kaçakçılığı için söz konusu olmaması olarak belirtmiştir. Suçun uluslararası suçlar kısmında düzenlenmiş olması ve suçta ilgilinin (mağdurun) rızasının fiili hukuka uygun hale getirmemesinin de bu görüşünü doğruladığını ileri sürmektedir.⁴⁷⁶

Bu görüşe paralel olarak, göçmenlerin suça ne mağdur olarak ne de fail olarak katılmalarının mümkün olmadığı, onların sadece suçun konusu oldukları ve bu nedenle zincirleme suçun söz konusu olamayacağı ancak göçmen sayısının cezanın miktarı belirlenirken yargıca arttırıcı neden olarak yol göstereceği vurgulanmıştır.⁴⁷⁷

Bir diğer görüşün nedenlerini ise, göçmen kaçakçılığı suçunun oluşması için mağdurun rızasının bulunması bir gerekliliktir. Zira suçun oluşumunda fail, mağdura veya dolaylı olarak menfaat elde etmek amacıyla mağdura çeşitli şekillerde yardım etmektedir. mağdurun rızası bir hukuka uygunluk nedeni değil, suçun unsurunu oluşturur. Bu suç, ancak mağdurun rızası ile işlenebilir. Göçmen kaçakçılığı fiilinin cezalandırılması ile, göçmenlerin vücut bütünlüğü ve malvarlığı, kamu düzeni ve

⁴⁷⁵ **MALKOÇ**, a.g.e, s.481. **TURHAN**, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Uluslararası suçlar, s.9. **Hakeri**, Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları, s.2-3.

⁴⁷⁶ **DOĞAN Koray**, a.g.e, s.114-116.

⁴⁷⁷ **DONAN Koray**, a.g.e, s.127. Aksi görüş için bkz. **TEZCAN- ERDEM - ÖNOK**, a.g.e, s.97. **ARSLAN- AZİZGAOĞLU**, a.g.e, s.303.

güvenliği, kamu ekonomisi, devletlerin ve uluslararası toplumun hukuksal metinlerle oluşturduğu düzenin korunduğu söylemektedirler⁴⁷⁸.

Doktrindeki ağırlıklı görüşün aksine Yargıtay oy çokluğu ile almış olduğu kararlarında, “sosyal olarak suçtan zarar gören durumunda bulunan göçmenlerin göçmen kaçakçılığı suçunun yasal mağduru durumunda bulunmayıp, suçun konusu oldukları, suçun yasal mağdurunun uluslararası toplum olduğu”nu vurgulamakta ve bu nedenle suçta zincirleme suç hükmünün uygulanamayacağını karara bağlamışlardır⁴⁷⁹.

Türk ceza kanununda, Grek mülga 765sayılı 201/a.maddesinde ve gerekse 5237sayılı 79.maddesinde mağdurun kim olduğu konusunda 2010 tarihine kadar bir hüküm bulunmamaktaydı. 22.07.2010 tarihinde 6008 sayılı kanunun 6. maddesi ile , 5237sayılı TCK'nın 79.maddesine değişiklik getirilmiştir. Bu kanun ile eklenen hükümler TCK'nun 79 ncı maddesinin uygulamasında ortaya çıkan çoğu tartışmalara son verdiği anlaşılmaktadır.

Bu kanun, göçmen kaçakçılığı suçunu bir teşebbüs suçuna (kalkışma suçu) dönüştürmüştür ve suça teşebbüs edenleri tamamlanmış suç gibi cezalandırılmasını belirtmiştir. Getirilen bir başka hüküm, bu suçun mağdurlarının hayatı bakımından bir

⁴⁷⁸ EREL, a.g.e, s.268.

⁴⁷⁹ “Sosyal olarak suçtan zarar gören durumunda bulunan göçmenlerin, göçmen kaçakçılığı suçunun yasal mağduru durumunda bulunmayıp suçun konusu oldukları, suçun yasal mağdurunun uluslararası toplum olduğu bu nedenle göçmenlerin sayıca çok olmasının TCK.nun 43. maddesi uygulamasını gerektirmeyip 61. maddesi uyarınca alt sınırdan uzaklaşarak ceza tayin edilmesini gerektireceği gözetilmeden olayda uygulama yeri bulunmayan 5237 sayılı TCK.nun 43. maddesi uygulanmak suretiyle sanığa fazla ceza tayini”, Yarg. 8. CD. 15.9.2008, E.2008/2399, K.2008/9489. “Göçmen kaçakçılığı suçunun niteliği ve suçla korunan hukuki yarar da nazara alındığında yasa dışı yollardan menfaat karşılığı ülkeden çıkarılmaya teşebbüs edilen kişilerin suçun konusunu oluşturdukları bu nedenle somut olayda aynı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanamayacağı kaldı ki; zincirleme suç hükümlerinin koşullarının da bulunmadığı gözetilmeden, sanık hakkında tayin olunan cezanın TCK'nın 43/1. maddesi gereğince artırılması...Kanuna aykırı olup, hükmün bu nedenlerle BOZULMASINA, bu hususların yeniden yargılama yapılmaksızın CMUK'nın 322. maddesine göre düzeltilmesi mümkün bulunduğundan, hükmün birinci fıkrasındaki "TCK'nın 79/1-a maddesi" ibaresinin çıkartılarak yerine uygulama maddesinin TCK'nın 79/1-b maddesi olarak yazılması TCK'nın 43. maddesinin uygulanmasına ilişkin 2. paragrafın hüküm fıkrasından çıkartılarak sanık hakkında tayin edilen 3 yıl hapis ve 5 gün adli para cezasından TCK'nın 62. maddesi uyarınca 1/6 oranında indirim yapılarak verilen cezanın 2 yıl 6 ay hapis ve 4 gün adli para cezasına indirilmesi...suretiyle diğer yönleri usul ve kanuna uygun bulunan hükmün düzeltilerek onanmasına”. Yarg. 9.CD, 24.4.2014, E.2014/3310, K.2014/5927.

tehlike oluşturması, onur kırıcı bir muameleye maruz bırakılarak işlenmesi durumunda, verilecek cezanın yarısından üçte ikisine kadar artırılmasıdır.

Değişilik getiren kanunun, bir diğer hükümü’de göçmen kaçakçılığı suçuna konu olan kişilerin “*mağdur*” olarak belirtmesidir. Dokterinde öne sürülen görüşler içinde çelişkinin bulunması ve bu hükmün eklenmesine rağmen, farklı görüşlere son verilmemiştir.

C. Suçun Maddi Konusu

Ceza hukuku anlamında suç, hukuki konunun ihlalini ifade eder. Suçun hukuki konusunun çözümünün ceza hukuku açısından değişik nedenlerden önem taşıdığı, öncelikle bir davranışı suç olarak düzenlemek veya suç olmaktan çıkarmak yönünden kanun koyucuyu yönlendiren, denetleyen ve sınırlandıran bir kavram olması nedeniyle doğrudan devlet modeliyle bağlantılı olduğu ve ayrıca her suç türü zorunlu olarak belirli bir hukuki konunun (değerin) ihlalini koruduğundan, koruma altındaki hukuki konuların belirli bir şekilde gruplandırılması gerektiği ifade edilmiştir.⁴⁸⁰

Bunun yanı sıra suçun maddi konusunun tespitinin, artırma ve eksiltme sebeplerinin tatbiki sırasında cezanın bir ferdileştirme vasıtası olarak da önem arz ettiği zira 5237 sayılı TCK’nun 61. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendi uyarınca, hakim somut olayda temel cezayı belirlerken suçun konusunun önem ve değerini de göz önünde bulunduracağı belirtilmiştir.⁴⁸¹

Keza suçun konusunun tanımda gösterilmiş olan hareketin üzerinde gerçekte iştiği obje veya insan olduğu ifade edilmiştir.⁴⁸² Bu anlamda göçmen kaçakçılığı suçunun konusu “göçmenler”dir.

⁴⁸⁰ DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.486.

⁴⁸¹ ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s.470.

⁴⁸² CENTEL, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.189.

Bununla birlikte bazen “suçun mağduru” ile “suçun konusu”nun birbirinden ayrılması güçlük arz edebilir. Örneğin kasten yaralama suçunda, suçun mağduru ve konusu iç içe geçmiş iki ayrı kavram durumundadır. Yaralama suçunda yaralanan kişinin vücudu suçun konusu, yaralanan kişi de suçun mağdurudur. Suçun konusu ile suç vasıtasıyla korunan hukuki değer de her zaman aynı olmayabilir. Örneğin hırsızlık suçunda suçun konusu taşınır mal, korunan hukuki değer ise mülkiyet veya zilyetlik haklarıdır.⁴⁸³

Bu güçlük göçmen kaçakçılığı suçu içinde ziyadesi ile geçerlidir. Göçmenlerin suçun mağduru mu yoksa konusu mu oldukları yukarıda “Mağdur” başlığı altında yapılan incelemede de belirtildiği üzere doktrinde ve uygulamada oldukça tartışılan bir husustur.

Göçmen kaçakçılığında, göçmenlerin insan onuruyla bağdaşmayan tutum ve davranışlara muhatap olmaları, içinde buldukları çaresizlikten yararlanılarak maddi yönden sömürülmeleri dolayısıyla suçtan zarar gören konumunda oldukları ve suçun konusunu oluşturdukları, bu kapsamda yasadışı yollardan ülkede kalmasına veya ülkeye sokulması imkan sağlanması bakımından yabancılar; yurt dışına çıkmasına imkan sağlanması açısından hem Türk vatandaşları hem de yabancıların suçun konusu oldukları ifade edilmiştir.⁴⁸⁴

Ancak suçun konusuna ilişkin bu kısımda yapılan açıklamalar da nazara alındığında, göçmen kaçakçılığı suç tipinde hareketin yöneldiği kişiler olarak göçmenlerin suçun mağduru olarak kabul edilmeleri gerektiği düşüncesindeyim.

Zira çaresizlik ve yoksulluk içerisindeki ve çoğu zaman bütün maddi birikimleri alınıp insanlık dışı bir ortam ve süreç içerisinde, yaşam ve beden bütünlükleri de zarara uğratarak ülkelerinden kilometrelerce öteye taşınan bu insanları suçun konusu değil mağdurları olarak kabuletmek, suçla korunan hukuki yarar açısından da daha doğru

⁴⁸³ Bkz. **MALKOÇ**, a.g.e, s.11-12. **CENTEL**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.189.

⁴⁸⁴ **ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA**, TCK Şerhi, s.1932.

olacaktır. Bu konuda yaşam ve beden bütünlüğü ihlallerinin diğer başka suçların konusu olabilecekleri ileri sürülebilir ise de, göçmenlerin mal varlığı değerlerinin ihlali hiç kuşkusuz bu suçla doğrudan ilgilidir. Kendilerinden maddi çıkar sağlanan göçmenleri suçun mağduru olarak kabul etmemenin usul hükümleri yönünden de negatif sonuçları olacaktır. Bu durumda göçmenlerin 5271 sayılı CMK.nun 234. maddesindeki haklardan yararlanabilmeleri mümkün değildir. Bunun bir sonucu olarak mal varlığı değerleri ihlal edilen, bu anlamda hemen her olayda büyük miktarda birikimleri ellerinden alınan göçmenlerin, failer hakkında açılan davaya katılmaları ve hükmü temyiz hakları da bulunmamaktadır. suçun asıl mağdurlarının, yoksulluk ve çaresizlikleri nedeniyle kendilerine bir ekmek kapısı açmak için çırpınan bu insanlar olduğunun özellikle vurgulanması, yasa koyucunun bu insanları koruduğunun 6008 sayılı kanunda belirtmiştir.⁴⁸⁵

V. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. Teşebbüs

765 sayılı TCK'nın 201/a maddesinin ikinci fıkrasında suça teşebbüsün tamamlanmış suç gibi cezalandırılacağına öngörülmesi karşısında anılan Yasanın 61. ve 62. maddeleri kapsamında suça eksik ya da tam teşebbüs hükümlerinin uygulanması söz konusu değildi ve bunun sonucu olarak fail tam olarak ceza görmekteydi. Örneğin TIR aracı içinde ülkeden çıkmak isteyen kaçak göçmenler sınırda yapılan kontroller sırasında görevlilerce yakalanırsa özel düzenleme gereğince fail tamamlanmış suçlar gibi cezalandırılmaktaydı.⁴⁸⁶

⁴⁸⁵ Madde gerekçesi için bkz. www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc

⁴⁸⁶ ARSLAN – AZİZAĞAOĞLU, a.g.e, s.302.

TCK'nun 79. maddesinin ilk halinde suça teşebbüsün tamamlanmış suç gibi cezalandırılmasını öngören benzer bir hükme yer verilmediğinde, bu suça ilişkin olarak teşebbüsün olanaklı olduğunu kabulde zorunluluk bulunduğu ifade edilmiştir.⁴⁸⁷ Konu genel hükümler doğrultusunda ele alınmıştır.

Mülga 765 Sayılı TCK döneminde göçmen kaçakçılığı suçu, bir kalkışma suçu olarak düzenlenmemiştir. Bu kanunda olduğu gibi, uygulamada göçmen kaçakçılığı suçunun teşebbüse müsait olup olmadığı, kalkışma suçu olarak, olup olmadığı Yargıtay kararlarında yoğun bir şekilde tartışılmıştır. Bu tartışmaların neticesinde göçmen kaçakçılığı suçunun oluşumu öncelenmiş suç olduğu ve 5237 Sayılı Türk ceza kanununda yer aldığı biçimiyle teşebbüse ilişkin genel hükümlerin uygulanacağına karar verilmiştir.⁴⁸⁸

Göçmen kaçakçılığı suçunun soyut tehlike suçu olarak düzenlenmiş olmasına rağmen bir de suça teşebbüs halinin tamamlanmış suç gibi cezalandırılmasının doğru bir düzenleme olmayacağı ifade edilmiştir.⁴⁸⁹

22.07.2010 tarihinde 6008 sayılı kanunun 6/1 madde ve fıkrasında; “Suç teşebbüs aşamasında kalmış olsa dahi tamamlanmış suç gibi cezaya hükmolünür” eklenmiş, bu hükme göre göçmen kaçakçılığı suçu bir kalkışma suçu haline dönüşmüştür.

Anayasanın 90'ncı maddesine göre onaylanmakla iç hukuk mevzuatine giren, “Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol”ün 6 ncı maddesi 2/a fıkrasındaki, “Her taraf devlet... kendi hukuk sisteminin temel kavramlarına bağlı kalmak kaydıyla göçmen kaçakçılığına teşebbüsü, suç haline getirmek için gerekli yasal ve diğer önlemleri alır” biçimindeki düzenleme, zorlayıcı bir hüküm değildir. Zira Protokolda bulunan “taraf

⁴⁸⁷ ARTUÇ, a.g.e, s.59.

⁴⁸⁸ Yargıtay CGK, 2007/8-149, K. 2007/277; CGK, E. 2008/8-33, K. 2008/83; CGK, E. 2007/8-234, K. 2008/16; CGK, E. 2008/8-221, K. 2009/20.

⁴⁸⁹ EVİK, a.g.e, s.161.

devletin kendi hukuk sisteminin temel kavramlarına bağılılık” kuralını göz önünde bulundurduğunda, 2010 tarihinde yapılan değişiklikten önce TCK’nun 79.maddesinin teşebbüse ilişkin hükmü protokole aykırı bir düzenle olmadığı açıktır.

6008 sayılı kanunun, 6.maddesinin 1.fikrasında öngürülene, benzer düzenlemeler TCKnın farklı hükümlerinde (262, 277, 288, 309, 310, 311 ve 312. Maddelerinde) bulunmaktadır. 5607 sayılı kaçaçılık kanunu 18/3.maddesinde benzeri hüküm öngürülmüştür.⁴⁹⁰

Kalkışma koşullarının sağlandığı halde göçmen kaçaçılığı suçunun teşebbüse müsait olduğu kabul edilmelidir. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir.⁴⁹¹

Göçmen kaçaçılığı suçu, TCK,nın 79. Maddesin’de Seçimlik hareketli bir suç olarak düzenlenmiştir. Bu seçimlik hareketlerden, “yurt dışına çıkmaya imkân sağlama” bakımından netice, ülke kara sınırları, karasuları veya hava sahasının dışına çıkılmasıyla gerçekleşmektedir. Bu koşullar gerçekleşmedikçe, eylemin kalkışma aşamasında kaldığını kabul edilmelidir.⁴⁹²

⁴⁹⁰ **ŞEN Ersan –MALBELEĞİ Erkan:** Türk Ceza Kanunu,Nda Uluslararası Suçlar, Ankara 2011, s.134.

⁴⁹¹ “Oluş ve dosya içeriğine göre yasa dışı yollardan Türkiye’ye gelmiş ve buradan Yunanistan’a gitmek isteyen “26” göçmeni İstanbul ilinden alarak Didim’e götürmek üzere yola çıktığı, yapılan istihbari çalışmalar neticesi kolluk görevlilerince yakalandığı anlaşılan sanığın kanıtlanan bu eyleminin göçmenlerin yurt dışına çıkmalarına imkan sağlamaya teşebbüs aşamasında kaldığı, 765 sayılı TCK’nın 201/a maddesinin 2. fıkrasında, göçmen kaçaçılığına teşebbüs halinin tamamlanmış suç gibi cezalandırılacağı hükmünün yer aldığı, 5237 sayılı TCK’nın 79. maddesinde ise, 765 sayılı TCK’nın 201/a-2 madde ve fıkrasındaki düzenlemeye yer verilmemesi nedeniyle göçmen kaçaçılığı suçunun bütün hallerine teşebbüsün olanaklı olduğu, 5237 sayılı TCK’nın 79. maddesinden verilecek cezadan teşebbüs nedeniyle anılan Yasa’nın 35. maddesine göre dörtte birinden dörtte üçüne kadarının indirileceği göz önüne alınıp, olaya 765 sayılı TCK ve 5237 sayılı TCK bir bütün halinde 5252 sayılı Yasa’nın 9/3. madde ve fıkrası uyarınca ayrı ayrı uygulanarak bulunacak sonuç cezalara göre lehe-aleyhe kanunun tespiti gerekirken, böyle bir karşılaştırma ve değerlendirme yapılmaksızın salt temel cezayı düzenleyen hükümler karşılaştırılarak lehe yasa belirlemesiyle yazılı şekilde uygulama yapılması”, Yarg.8.CD.06.03.2008, E.2006/9375, K2008/1660. Bkz.YKD, C:34, S.11, Kasım, 2008, s.2294- 2295.

⁴⁹² “Somut olayda, göçmenler Türk kara sınırları içerisinde bulunan İpsala Gümrük Sahası içinde ve sınır dışına çıkmadan yakalandıklarına göre göçmen kaçaçılığı suçu kalkışma aşamasında kalmıştır. Bu itibarla olayda suçun tamamlandığını kabul ederek kalkışmaya ilişkin hükmü uygulamayan Yerel Mahkeme kararında ve bu kararı onayan Özel Daire çoğunluk görüşünde isabet bulunmamakta olup, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulüne, Özel Dairenin onama kararının kaldırılmasına ve Yerel Mahkeme kararının bozulmasına karar verilmelidir. Çoğunluk görüşüne katılmayan bir kısım Kurul Üyesi, “olayda göçmenleri maddi menfaat karşılığı İstanbul’dan kullanmış olduğu tır ile alıp İpsala Gümrük Sahası içine kadar getirerek yurt dışına çıkmalarına imkân sağlayan sanığın eyleminde, göçmen kaçaçılığı suçunun tamamlandığı” düşüncesiyle karşı oy kullanmıştır”, Yarg. CGK. 23.09.2014. E.2014/133, K.2014/457.

Fail, göçmen kaçakçılığı suçunun icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçerse, örneğin TIR'a bindirdiği göçmenleri sınırdan geçirmekten vazgeçerse veya suçun tamamlanmasını önlerse ya da örneğin kiraladığı eve yerleşmek için gelen göçmenleri ve eşyaları eve kabul etmezse bu durumlarda “gönüllü vazgeçme” nedeniyle TCK'nın 36. maddesi uyarınca failin teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacağı ifade edilmiştir. TCK'nun 79/1 madde ve fıkrasının son cümlesi “Gönüllü vazgeçme” başlıklı 36. maddenin önüne geçemez ve bu durumda fail hakkında TCK'nun 79.md son cümlesi yerine TCK'nun 36.md si tatbik edilir.⁴⁹³ Ancak tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde sadece o suçtan dolayı cezalandırılacaktır. Örneğin, ülkeye sokmak üzere başlangıçta göçmenlerle anlaşan fakat daha sonra vazgeçerek onları denizin ortasındaki sandalla bırakıp kaçan kaptanın, sandalın batması sonucu göçmenlerin ölmesi veya yaralanmasından dolayı (TCK. m. 83, 88) cezai sorumluluğu söz konusu olacaktır.⁴⁹⁴

2010 tarihindeki değişiklikten itibaren, hazırlık hareketlerinin kapsamı ve sınırı önem kazanmıştır. Genel'de hazırlık hareketleri ceza sorumluluğuna konu yapılamaz.⁴⁹⁵ hazırlık aşamasında oluşturulan hareketler, özel olarak suç sayılmadıkça, suça teşebbüs edildiğinden Bahisle ceza sorumluluğuna konu edilemeyecektir. İcra hareketinin nerede başladığının değerlendirilmesi , suçun oluşup oluşmadığı ve cezanın bireyselleştirilmesi açısından dikkat edilmesi gereken bir husus haline gelmiştir. Program, plan, vasıta

⁴⁹³ ŞEN- MALBELEĞİ, a.g.e, s.137.

⁴⁹⁴ Bkz. PARLAR – HATİPOĞLU, C.1, s.1225.

⁴⁹⁵ 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 içerisinden 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 taşınması 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”,Yarg. 9. CD. 02.12.2014, E.2014/6773, K.2014/12128.

tedariki, faillerin suç için bir araya gelip görüş alışverişinde bulunmaları, hatta anlaşılmaya varmaları hazırlık hareketlerinden sayılır.⁴⁹⁶

Teşebbüs aşamasında kalan eylemlerin cezanın alt hadden verilmesi ve bu noktada “cezanın belirlenmesi” başlıklı TCK’nun 61.md’in tatbik edilmesi suretile cezanın bireyselleştirilmesi isabetli olacaktır. Cezanın bireyselleştirilmesi açısından dikkat edilmesi gereken “Suça teşebbüs” seçimlik hareketleri aşağıda ele alınacaktır:

1. Yabancıyı Ülkeye Sokmak Bakımından

Bu seçimlik hareket yönünden suç “sırf hareket suçu” niteliğindedir. Suç sınırın geçilmesi ile tamamlanacaktır. Bu tür suçlara kural olarak teşebbüs mümkün değildir. Ancak sırf hareket suçu olmakla birlikte bu icra hareketleri birbirinden ayrılabilir yani belirli bir zaman diliminde icra edilebilir nitelik arz etmektedir.

Bu bakımından suçun teşebbüse elverişli olduğunun kabulü gerekir. Örneğin bir TIR’ın kasasında ülkeye sokulmak istenen göçmenlerin ülkeye girmeden sınır kapısında yakalanması halinde icra hareketleri tamamlanmamış olacağından suçun teşebbüs aşamasında kalmış olduğunun kabulü gerektiği belirtilmiştir.⁴⁹⁷

2. Yabancıyı Ülkede Kalmasına İmkan Sağlamak Bakımından

Bu seçimlik hareket yönünden suç “mütemadi suç” niteliğindedir. Göçmen kaçakçılığı suçunun bu seçimlik hareketine teşebbüsün mümkün olduğu çünkü mütemadi suçların da en az temadi teşkil edebilecek bir süre devam etmiş olması gerektiği ve bu kadar önemli bir süre devam etmeyen mütemadi suçun da teşebbüs aşamasında kaldığının kabul edileceği belirtilerek, “imkan sağlama” olarak kabul edilebilecek hareketlerin

⁴⁹⁶ ŞEN- MALBELEĞİ, a.g.e, s.136.

⁴⁹⁷ Bu konuda bkz. DOĞAN Koray, a.g.e, s.144.

temadi teşkil edebilecek bir süre devam ettirilmesi ile icra hareketlerinin tamamlandığı ancak failin elinde olmayan sebep eğer bu aşamadan önce gerçekleşirse suçun teşebbüs aşamasında kalacağı ifade edilmiştir.⁴⁹⁸

Burada özellikle üzerinde durulması gereken husus Türkiye'nin transit geçiş için kullanılması durumudur. Örneğin, göçmenleri Frasa'ya götürmek isteyen failin İzmir'da yakalanması durumunda göçmenlerin Türkiye'de yasa dışı yollardan kalmasına imkan sağlandığı kabul edilemez. Bu gibi durumlarda ülke içinde yakalanan failin eyleminin, göçmenlerin ülke dışına çıkışına imkan sağlamaya teşebbüs aşamasında kaldığının kabulü gerekir.

Türkiye'de yasa koyucunun "ülkede kalmaya imkan sağlama" ifadesiyle kast ettiğinin yurt dışına çıkma amacı olmadan türkiyede yasa dışı yollardan yabancıların kalmasına imkan sağlanması olduğu, imkan sağlama olarak kabul edilecek hareketlerin yapılmasıyla suçun oluşacağı, örneğin yabancıların maddi menfaat temin edilerek yasa dışı yollardan ülkede kalması için sahte nüfus cüzdanı, ikamet teskeresi düzenlenip bunun yabancıya verilmesiyle suçun tamamlanmış olacağı ancak sahte belgeleri henüz tamamlamadan veya tamamlamış olmakla birlikte henüz göçmenlere vermeden yakalanma halinde ise suçun teşebbüs aşamasında kalacağı ifade edilmiştir.⁴⁹⁹

Türkiye'de transit geçiş için gerekli makul süre dışında birkaç gün dahi olsa kalmasına imkan sağlayan bu suçu oluşturacaktır. ülkede kalmaya imkan sağlamaya yönelik hareket örneğin yer tahsisinin varlığına rağmen makul bir süre için sunulamamışsa bu hareket açısından teşebbüs halinin gerçekleşeceği, makul süreyi aşan hallerde ise suçun tamamlandığının kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.⁵⁰⁰

⁴⁹⁸ Bu konuda bkz. **DOĞAN Koray**, a.g.e, s.144-147.

⁴⁹⁹ **EREL**, a.g.e, s.285.

⁵⁰⁰ **ARTUK – GÖKCEN - YENİDÜNYA**, TCK Şerhi, s.1948-1949.

3. Türk Vatandaşı veya Yabancıнын Yurt Dışına Çıkmasına İmkan Sağlamak Bakımından

Bu seçimlik hareket yönünden suç “sırf hareket suçu” niteliğindedir ve suça teşebbüs mümkündür. Buna göre fail, bu suçun icra hareketlerine başlamış olmasına rağmen elinde olmayan nedenlerle fiili tamamlayamamış ise suç teşebbüs aşamasında kalır.⁵⁰¹

Metinde yer alan “imkan sağlama” ifadesiyle yurt dışına çıkarılmanın mı yoksa bunun için uygun araç ve koşulların sağlanmasının mı amaçlandığı açık olmadığı gibi uygulamada son derece sıkıntı yaratan bir husustur. Yukarıda da değinildiği üzere, örneğin göçmenleri yurt dışına çıkarmak isteyen ve bu amaç için mesela aracını tahsis eden ancak bunu başaramadan yakalanan failin eyleminde, suçun teşebbüs aşamasında mı kaldığı yoksa araç temin ederek imkan sağlandığından bahisle tamamlandığı mı kabuledilecektir?

CGK'nun kararı doğrultusunda Yargıtay'ın oy çokluğuyla olmakla birlikte söz konusu seçimlik hareket yönünden suça teşebbüsün olanaklı ve suçun tamamlanma anının ise sınırın geçilmesi olduğuna ilişkin kararları da süreklilik arz etmektedir.⁵⁰²

B. İştirak

Göçmen kaçakçılığı suçu iştirak açısından bir özellik arz etmez ve bu anlamda suça iştirakin her türü mümkün olup genel kurallar uygulanır.5237 sayılı TCK.nun 37.

⁵⁰¹ YENİDÜNYA – ALŞAHİN, a.g.e, s.65.

⁵⁰² “Yerinde görülmeyen sair temyiz itirazların reddine; ancak, Sanığın İstanbul ilinden İpsala ilçesine getirmek ve oradan da Yunanistan'a geçişlerini sağlamak amacıyla aldığı 39 göçmeni kamyonetin kapalı kasasına koyarak yola çıktığı ve Balabancık Köyü mevkiinde virajı alamayarak devrilmesi ile meydana gelen kaza sonucu kolluk tarafından yakalandığının anlaşılması karşısında; teşebbüs aşamasında kalan suç nedeniyle, 5237 sayılı TCK.nun 79. maddesi uyarınca verilen cezadan teşebbüs nedeniyle anılan Yasanın 35. maddesine göre indirim yapılması gerektiği gözetilmeyerek sanık hakkında fazla ceza tayini,” Yarg. 8. CD. 19.03.2007, E.2007/815, K.2007/2150.

maddesinde 765 sayılı TCK'dan farklı olarak faillik tanımlaması yapılmıştır. Buna göre, “suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri fail olarak sorumlu” olacak aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca fail bir başkasını suçta araç olarak kullanabilecektir. 5237 sayılı yasanın 38. maddesinde “azmettiren” ve 39. maddesinde ise “yardım eden” kişiler düzenlenmiştir.

Buna göre 5237 sayılı TCK'da iştirakın genel olarak “faillik” ve “şeriklik” olarak ikiye ayrıldığı, şerikliğin ise “azmettirme” ve “yardım etme” olarak öne gelebilir.

5237 sayılı TCK'nın 38/1. madde ve fıkrasında, “başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır” şeklinde bir hükme yer verilmiş olması itibarıyla 765 sayılı TCK'nın düzenlemesiyle bir paralelliği var ise de, 5237 sayılı TCK'da azmettirmenin bir “şeriklik türü” olarak düzenlendiği ifade edilmiştir.⁵⁰³

TCK'nun 79/1-a madde ve fıkrasındaki, “ülkeye sokma“ ve “ülkede kalmasına imkan sağlama“ seçimlik hareketlerine ilişkin düzenleme karşısında yasa maddesindeki “imkan sağlama” ifadesinin, “yardım eden” ile “fail” kavramlarını ayırma açısından uygulayıcıları zorlayacak nitelikte olduğu vurgulanmıştır.⁵⁰⁴

Burada kanun koyucunun diğer seçimlik hareketlerden farklı olarak “imkan sağlamak” ifadesi yerine “ülkeye sokma” ifadesini kullandığından, göçmenlere yardım niteliğindeki bu fiillerin göçmen kaçakçılığı kapsamında çıkmasının gündeme geleceği, örneğin göçmenlere para karşılığında sadece ülkeye nereden ne şekilde girebileceklerini anlatan kişinin göçmenlere ülkeye sokmuş kabul edilemeyeceği için bu suçtan cezasız kalabilmesinin mümkün olduğu ancak araç sağlamak bakımından bunu söylemenin kolay olmadığı ifade edilmiştir.⁵⁰⁵

⁵⁰³ ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s.476.

⁵⁰⁴ EREL, a.g.e, s.290.

⁵⁰⁵ DOĞAN Koray, a.g.e, s.149.

Buna karşılık, failleere ülkeye giriş veya çıkışta hangi yolları kullanmaları gerektiğini söyleyen kişilerin yardım eden olarak sorumlu tutulacakları ileri sürülmüştür.⁵⁰⁶

Bununla birlikte göçmen kaçakçılığı suçu için kendisine ait aracı maddi menfaat karşılığı tahsis eden kişinin “yardım eden” olarak sorumluluğu doktrinde genel olarak kabul görmüştür.⁵⁰⁷

Göçmen kaçakçılığı suçuna “azmettirme” mümkündür.⁵⁰⁸ Bu anlamda kendisine kaçak işçi sağlanması için faili azmettiren ve yasal olmayan yollarla göçmenlerin ülkeye girişini sağlayan bir işadamı azmettiren olarak sorumlu olabilecektir. Ancak azmettiren konumundaki suç ortağının suçun oluşumuna esas özel kast ile hareket etmesi gereklidir.⁵⁰⁹

Ancak bir yabancıнын ülkede kalmasına imkan sağlamak seçimlik hareketi yönünden iştirakin mümkün fakat azmettirmenin mümkün olamayacağını burada özellikle ifade etmek gerekir.

Maddenin açık düzenlemesi gereği, göçmenlerin ülkede yasadışı olarak kalmalarına yardım etmek suretiyle olanak sağlayan, örneğin boş evinde kalmasını sağlayan kişi göçmen kaçakçılığı suçunda yardım eden değil birlikte fail konumundadır.⁵¹⁰

Göçmenlerin yasa dışı yollarla ülkeye giriş ve çıkışlarının sağlanması fiillerine “yardım eden” konumunda iştirak de mümkündür.⁵¹¹

⁵⁰⁶ YENİDÜNYA – ALŞAHİN, a.g.e, s.71.

⁵⁰⁷ Bu konuda bkz. DOĞAN Koray, a.g.e, s.150. YENİDÜNYA – ALŞAHİN, a.g.e, s.71. EREL, a.g.e, s.290.

⁵⁰⁸ DOĞAN Koray, a.g.e, s.150.

⁵⁰⁹ Bkz. PARLAR – HATİPOĞLU, C.1, s.1225.

⁵¹⁰ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, a.g.e, s.98. Aynı doğrultuda bkz. PARLAR – HATİPOĞLU, C.1, s.1225.

⁵¹¹ PARLAR – HATİPOĞLU, C.1, s.1225.

Bu arada belirtmek gerekir ki, suçun nitelikli haline ilişkin olarak örgüt unsurlarının oluşmadığının kabul edildiği hallerde, iştirake ilişkin genel hükümler uyarınca bir değerlendirme yapılması söz konusu olacaktır.

C. İçtima

765 sayılı TCK'nun 201/a-2 madde ve fıkrası uyarınca fail, fiilleri farklı bir suç oluştursa bile ayrıca göçmen kaçakçılığı suçundan da cezalandırılmaktaydı.⁵¹²

Anılan düzenlemeye 5237 sayılı TCK'da yer verilmemiştir. Ancak TCK'nın suçların içtima bakımından benimsediği kural (gerçek içtima kuralı) şu şekilde ifade edilmiştir:

“ Kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır”⁵¹³ Bu durumda eğer koşulları varsa fikri içtima kurallarının uygulanması örneğin failin eylemi aynı zamanda dolandırıcılık suçunu da oluşturuyorsa daha ağır cezayı öngören suçtan cezalandırılması gerektiği ancak fikri içtima koşulları oluşmamışsa örneğin yabancıları yasadışı yollarla ülkeye sokmak için sahte belgelerin hazırlanması gibi, gerçek içtimanın söz konusu olacağı ileri sürülmüştür.⁵¹⁴

Göçmenlerin ülkeye yasal olmayan yollardan giriş veya çıkışlarının sahte pasaport veya sahte vize kullanılarak sağlanması halinde, TCK'nın 212. maddesinin “sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur” şeklindeki açık

⁵¹² Bu konuda bkz. **ARSLAN-AZİZAĞAOĞLU**, a.g.e, s.303. **TEZCAN-ERDEM-ÖNOK**, a.g.e, s.96. **DOĞAN Koray**, a.g.e, s.151. **HAKERİ**, Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları, s.4.

⁵¹³ **ÖZGENÇ**, Genel Hükümler, s.497.

⁵¹⁴ **TEZCAN – ERDEM – ÖNOK**, a.g.e, s.96. Aynı doğrultuda bkz. **DOĞAN Koray**, a.g.e, s.151. Ancak kitabının 41. sayfasında Doğan, bir şekilde aldatılmak suretiyle, örneğin İtalya'ya götürmek amacıyla paraları alınarak, gemiye bindirilen göçmenlerin, bir Yunan adasına bırakılmaları örneğinde, gerçek içtima hükümlerinin uygulanması yani failin hem dolandırıcılık hem de göçmen kaçakçılığı suçundan cezalandırılması gerektiği görüşünü ileri sürmüştür.

düzenlemesi nedeniyle fail, hem göçmen kaçakçılığı ve hem de sahtecilik suçundan dolayı sorumlu tutulacaktır.⁵¹⁵

Göçmenlerin rüşvet verilmesi suretiyle yurda sokulması durumunda 765 sayılı TCK'dan farklı olarak bir fiille hem göçmen kaçakçılığı hem de rüşvet verme suçu olduğundan 5237 sayılı TCK'nun 44. maddesinde yer alan düzenleme gözetilerek fikri içtima kurallarına göre ağır olan rüşvet verme suçundan cezalandırılması gerekecektir. Ancak somut olayın özelliğine bakılmalı failin eyleminin tek olup olmadığı iyi tespit edilmelidir.⁵¹⁶

5560 sayılı Yasanın 45. maddesi ile yürürlükten kaldırılan 5237 sayılı TCK'nun 227/3. maddesi kapsamında göçmen kaçakçılığı suçunun “fuhuş” amacıyla işlenmesi halinde özel-genel norm ilişkisi gereği sadece TCK'nun “Fuhuş” başlıklı 227/3 maddesinin uygulanması gerektiği zira anılan maddenin aynı Yasanın 79. maddesine nazaran özel hüküm niteliği taşıdığı belirtilmiş, buna karşılık olarak ise bu halde fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür.⁵¹⁷

Ancak anılan fıkranın yürürlükten kaldırılması ile failer hakkında göçmen kaçakçılığı suçu yanında koşulları olduğu takdirde 5237 sayılı TCK'nun 220/2-6. madde ve fıkralarının da uygulanması olanaklıdır. Bununla birlikte, fuhuş suçunun mağdur sayısınınca oluşacağı da gözden uzaktutulmamalıdır.

TCK'ya, 6008 sayılı kanunun'la eklenen hüküm “hayat bakımından tehlike” ve “onur kırıcı muameleye bırakılma”ya ilişkin Bunun bir sonucu olarak göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesi sırasında göçmenlerin vücut bütünlüklerine gelebilecek zararlardan ötürü fail göçmen kaçakçılığı suçunun yanı sıra kasten veya taksirle öldürme veya yaralama, eziyet suçlarından da cezalandırılacaktır.

⁵¹⁵ **PARLAR – HATİPOĞLU**, C.1, s.1225. **ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA**, TCK Şerhi, s.1953. **EREL**, a.g.e, s.292. **EVİK**, a.g.e, s.169. Aksi görüş için bkz. **DONAY**, a.g.e, s.128.

⁵¹⁶ **EREL**, a.g.e, s.293.

⁵¹⁷ Bu konuda bkz. **EREL**, a.g.e, s. 9-10.

Suçla ilişkin olarak tartışılması gereken en önemli husus, 5237 sayılı TCK'nun 43. maddesinde yer alan "zincirleme suç" hükmünün uygulanıp uygulanamayacağıdır. 765 sayılı TCK'nun yürürlükte olduğu dönemde iddianame tarihinin hukuki kesintinin yaratıldığı tarih olduğu ve bu tarihe kadar işlenen göçmen kaçakçılığı suçunun da tek suç oluşturacağı kabul edilmekteydi.

Doktrinde 5237 sayılı TCK'nun yürürlüğe girmesi ile göçmen kaçakçılığı suçunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceği ileri sürülmektedir.

Buna göre 765 sayılı TCK'nun yürürlükte olduğu dönemde Yargıtay'ın 1929 tarihli YİBK'ye dayanarak kişilik haklarına karşı işlenen suçlar bakımından zincirleme suç hükümlerini uygulamadığı, göçmen kaçakçılığı suçu bakımından da korunmak istenen hukuksal yararlar arasında göçmenlerin vücut bütünlükleri yer aldığı ancak TCK'nın 43/2. madde'de "aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda" zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağını belirttiği ve bu nedenle örneğin aynı gemiyle birçok göçmeni kaçıran kaptan bakımından, tek bir fiil ile birden fazla kişiye karşı aynı suç işlenmiş olacağından, zincirleme suç hükümlerini uygulamak gerekeceği ifade edilmiştir.⁵¹⁸

Aynı doğrultuda şartların varlığı halinde "birden çok göçmenin aynı anda veya farklı zamanlarda kaçırılması" durumunda zincirleme suç hükümleri gereğince tek ceza verilmesi ve bu cezanın 5237 sayılı TCK'nun 43. maddesi uyarınca arttırılması gerektiği ileri sürülmüştür.⁵¹⁹

Göçmenlerin sadece kendilerinin değil aynı zamanda mal varlıklarının da suçun konusunu oluşturduğunu ifade eden *Bakıcı*, uluslararası toplumun yanında güvenliği bozulan ve izinsiz girilen ülkenin toplumu, kaçak işçilik, düzensizlik, karmaşa nedeniyle

⁵¹⁸ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, a.g.e, s.97.

⁵¹⁹ ARSLAN – AZİZAĞAOĞLU, a.g.e, s.303. Bu konuda ayrıca bkz. PARLAR – HATİPOĞLU, C.1, s.1226. MALKOÇ, a.g.e, s.485. YENİDÜNYA – ALŞAHİN, a.g.e, s.72. EVİK, a.g.e, s.171.

devlet ve ayrıca kandırılıp kendisinden maddi çıkar sağlanan göçmenlerin suçun mağduru olduklarını, göçmenlerin suçun sadece konusu olup mağduru olmadıkları çünkü yasa dışı ortamda bulunup bilerek çıkar sağladıklarının ileri sürülemeyeceğini belirterek, örneğin sahtecilik suçlarının da kamu güvenliğine karşı işlenen suçlardan olduğunu ve adına sahte belge düzenlenen kişinin bu suçtan zarar görüp mağdur sıfat taşımasının mümkün olduğunu belirtmektedir.⁵²⁰

Buna karşılık, tek bir hareket ile yurda sokulmak veyahut yurt dışına çıkarılmak istenen birden fazla göçmenin varlığı halinde göçmenler bu suçun mağduru değil konusunu oluşturdukları için burada zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı ifade edilmiştir.⁵²¹

Bu konuda suçun mağdurunun uluslararası toplum olduğunu, bu nedenle zincirleme suçun söz konusu olmayacağını belirten *Donay*, Yargıtay'ın⁵²² kaçırılan göçmen sayısının fazlalığını cezanın alt sınırın üstünde bir ceza ile cezalandırılması gerektiğine ilişkin görüşüne de katıldığını belirtmektedir.⁵²³

Kuşkusuz göçmen kaçakçılığı suçunda, göçmenlerin suçun mağduru veya unsuru olup olmadıkları hususundaki kabul meselenin belirleyici unsuru olmaktadır.

Yukarıda “Mağdur” ve “Konu” başlıkları altında nedenleri ile açıklandığı üzere göçmenlerin suçun mağduru oldukları ve buna bağlı olarak tek bir fiille birden fazla mağdura karşı işlenen göçmen kaçakçılığı suçunda “zincirleme suç” hükümlerinin uygulanabileceği düşüncesindeyim.

⁵²⁰ **BAKICI**, Özel Hükümler, s.28.

⁵²¹ **ARTUK – GÖKCEN - YENİDÜNYA**, TCK Şerhi, s.1951.

⁵²² “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”, Yarg. 8. CD. 24.4.2006, E.2006/1087, K.2006/3557.

⁵²³ **DONAY**,age, s.127-128.

Değişik zamanlarda farklı kişilere karşı işlenen göçmen kaçakçılığı suçu yönünden ise bunu söyleyebilmek pek olanaklı görülmemektedir. Ancak bu halde, haklı olarak aynı suç işleme kararının varlığı halinde 5237 sayılı TCK'nun 43. maddesinin uygulanabileceği, örneğin 50 kişilik bir grubu yurt dışına çıkarmak için anlaşma yapılması, fakat teknenin küçük olması nedeniyle iki sefer yapılması halinde zincirleme suçun varlığının kabul edilebileceği ifade edilmiştir.⁵²⁴

Yargıtay'ın göçmen kaçakçılığı suçunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerekebileceğine ilişkin oy birliği ile almış olduğu kararlarının da mevcut olduğunu belirtmek gerekir.⁵²⁵

VI. SUÇUN NİTELİKLİ HALİ

A. Ağırlaştırıcı Nedenler

5237 sayılı TCK'nun 79/2,3. madde ve fıkralarında suçun nitelikli haline ilişkin olarak ağırlaştırıcı neden düzenlemiştir.

765 sayılı TCK'nun 201/a maddesinde göçmen kaçakçılığı suçunun daha fazla cezayı gerektiren nitelikli halleri;

a) Kaçak göçmenlerin yaşamlarını veya vücut bütünlüklerinin tehlikeye sokulması,

b) İnsanlık dışı veya onur kırıcı muamele biçimlerine tabi kılınmalarına neden olunması,

⁵²⁴ **BAKICI**, Özel Hükümler, s.29.

⁵²⁵ Sanık nın kısa aralıklarla ve bir suç işleme kararı ile büyük kısmı aynı kişilerden oluşan kişileri maddi menfaat karşılığında ülke dışına çıkarma eyleminin zincirleme tek suç oluşturduğu ve hakkında 5237 sayılı TCK.nun 43. maddesinin uygulanması gerekeceği gözetilmeden, iki ayrı suç kabulüyle hakkında iki kez mahkumiyet hükmü kurulması, Yarg. 8.CD. 05.10.2006, 6027-7344. Bkz. **YENİDÜNYA- ALSAHİN**, a.g.e, s.72.

- c) Ölüm meydana gelmesi,
- d) Yukardaki suçlar örgütlü olarak işlenmesi.

kanun koyucunun TCK'nun 79. maddesinin ilk halinde , 765 sayılı kanunun 201/a,3. fıkrasında, karşılık düzenlemede bulunmamasının suçun mağduru konumundaki kişilerin yaralanması ya da ölmesi halinde gerçek içtima kuralı gereğince⁵²⁶ ayrıca bu suçlardan da cezalandırılması amacına dayandığı ve bu suçlarla etkin bir şekilde mücadele edebilmek bakımından son düzenlemeni daha yerinde olduğu ileri belirtilmiştir.⁵²⁷

Gerçekten de 765 sayılı TCK'nda ağırlaştırıcı neden olarak öngörülen “İnsanlık dışı veya onur kırıcı muamele biçimlerine tabi kılınmalarına neden olunması” ve “Kaçak göçmenlerin yaşamlarını veya vücut bütünlüklerinin tehlikeye sokulması” hallerinin, 5237 sayılı TCK döneminde gerçekleşmesi halinde fail, ayrıca taksirle veya olası kastla yaralama suçlarından veya suçun işlenmesi sırasında ölüm meydana gelmişse taksirle veya olası kastla öldürme suçundan dolayı da cezalandırılacaktır.

Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol'ün 6/3,a. maddesinde “kaçak göçmenlerin yaşamlarının veya vücut bütünlüklerinin tehlikeye sokulması” ve “insanlık dışı onur kırıcı muamele biçimlerine tabi kılınmalarına neden olunması” hallerinin de nitelikli hal olarak öngörülmüştür.

Bu hüküm'nen kaynaklanarak ve buna paralel olarak, TCK'nın 79. maddesinin 2. fıkrasına eklenen “Suçun, mağdurların; Hayatı bakımından bir tehlike oluşturması, onur kırıcı bir muameleye maruz bırakılarak işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarısından üçte ikisine kadar artırılır.”

⁵²⁶ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, a.g.e, s. 94. Aynı doğrultuda bkz. DONAY, a.g.e, s.128.

⁵²⁷ EVİK, a.g.e, s.174. Ayrıca bkz. DOĞAN,Koray, a.g.e, s.157.

2010 tarihinden beri mağdurların güvenliklerini veya hayatlarını tehlikeye sokan veya tehlikeye sokması muhtemel durumlar ya da göçmenleri istismar ederek , onur kırıcı veya insanlık dışı muamelelere yol açan halleri cezayı ağırlaştırıcı sebepler olarak kabul edildi.

Hayat bakımından bir tehlike oluşturması ciddi, yani var olan delillere göre gerçekleşmesinin güçlü olması gereklidir. örneğin göçmenlerin kamyon kasalarında havasız olarak veya küçük kayık yada aç, susuz bırakmak suretile taşındıkları yada kalitesiz botlarla kalabalık şekilde taşınması sırasında yaşamsal tehlike oluşması veya ölüm⁵²⁸ gerçekleşmesi durumunda verilecek cezaların arttırılması sağlanmıştır.⁵²⁹

6008 sayılı Kanun ile eklenmiş olan bu kavramlar “onur kırıcı muameleye maruz bırakılma” veya “hayat bakımından tehlike” uygulamada ortaya çıkan örnekler bağlamında, “Onur kırıcı muameleye maruz bırakılma” kavramına örnek olarak, barındırma yada taşıma sırasında göçmenleri aşağılayıcı davranışlarda bulunmak, olağan dışı yerlerde barındırma, aç bırakma, çok kötü taşıma koşulları gösterilebilir ve “hayat bakımından tehlike”ye örnek olarak da, bir uçağa veya gemiye taşıma kapasitesinden daha fazla göçmen yüklenmesi, göçmenleri küçük teknelerle kalabalık bir şekilde taşımak veya araba kasalarında havasız bir ortamda taşımaları.⁵³⁰

“İnsanlık dışı veya onur kırıcı muamele biçimlerine tabi kılınmalarına neden olunması” bakımından, eziyete ilişkin hükümlerle fikri içtima ilişkisi doğacağından yine istenen korumanın sağlanmayacağı belirtilmiştir.⁵³¹

Bir başka ağırlaştırıcı neden örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen göçmen kaçakçılığıdır. Bu hükümlerle örgütlenmenin bağımsız bir suç olarak kabul edilmediği ve

⁵²⁸ 2015 yılında Ege ve Akdeniz’ de ölen göçmen sayısı 3760 olarak kayda geçmiştir ve bu rakam her geçen gün artmaktadır.

⁵²⁹ ŞEN- MALBELEĞİ, a.g.e, s.100.

⁵³⁰ Mülga 765 Sayılı TCK’nın 201/a madde gerekçesinde yer verilen örnek.

⁵³¹ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, a.g.e, s. 94.

bir suçun ağırlaştırıcı nedeni sayıldığı, esas itibariyle örgütlü suçluluk bakımından doğru olanın da bu olduğu, böylece failin hak ve hürriyet alanına ve bu kapsamda örgütlenmenin içine girdiği düşünce açıklama ve yayma hürriyeti sahasına ceza normuyla müdahale edilmediği, ne zaman fail maksat suçu işlemiş ve suçu işlerken örgütlenerek icra hareketlerini yerine getirmişse işte o zaman failin ağırlaştırılmış cezai sorumluluğunun gündeme geldiği ifade edilmiştir.⁵³²

Suç tarihinin 22.07.2010 tarihinden önce olduğu durumlarda lehe-aleyhe olan yasanın belirlenmesi sırasında ağırlaştırıcı nedene ilişkin bu halinde gözetilmesi gerekir.⁵³³

Göçmen kaçakçılığı suçu, örgütlü olarak işlendiği takdirde faillere verilecek cezalar yarı oranında arttırılarak hüküm olunacaktır. Örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmiş olması halinde ayrıca bu suçlardan (TCK. m. 220) dolayı da cezaya hüküm olunacağı gözden uzak tutulmamalıdır.⁵³⁴

Öyle ki örgüt suçundan açılmış ayrı bir kamu davasının bulunmadığı durumlarda nitelikli bu halin uygulanması da söz konusu olamayacaktır. Yargıtay bu gibi hallerde sanıklar hakkında ayrıca örgüt suçundan kamu davası açılmasının sağlanmasını aramaktadır.⁵³⁵

⁵³² ŞEN, a.g.e, s.247.

⁵³³ “765 sayılı TCK’nun 201/a maddesinin 2. fıkrasında göçmen kaçakçılığına teşebbüs halinin tamamlanmış suç gibi cezalandırılacağı hükmünün yer alması, 3. fıkrasında suçun insanlık dışı ve onur kırıcı muamele biçiminde gerçekleşmesi halinde verilen cezadan yarı oranında artırım yapılacağı hükmünün bulunması, 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 olması ve 765 sayılı TCK’nun 201/a-3 madde ve fıkrasındaki insanlık dışı ve onur kırıcı muamele halinde artırımı ilişkin bir düzenleme de bulunması karşısında, Olayımızda, sanıkların Van ilinden İstanbul’a getirmek üzere aldıkları 23 göçmeni kamyonetin içine koyarak yola çıktıkları ve Erzincan İli yakınlarında kolluk görevlilerince yakalandıklarının anlaşılması karşısında; teşebbüs aşamasında kalan suç nedeniyle 5237 sayılı TCK.nun 79. maddesinden verilecek cezadan 35. maddesi uyarınca indirim yapılması gerektiği, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele nedeniyle bir ceza artırımının bulunmadığı göz önüne alınıp, sanıklar hakkında lehe olan 5237 sayılı TCK hükümlerinin uygulanması gerektiği düşünülmeden yazılı şekilde uygulama yapılması”, Yarg. 8.CD. 27.11.2006, E.2006/1284, K.2006/8556.

⁵³⁴ PARLAR - HATİPOĞLU, C.1, s.1226-1227. Aynı doğrultuda bkz. MALKOÇ, a.g.e, s.482. AYDIN Nurullah, a.g.e, s.124. ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s.1941.

⁵³⁵ “Sanıklar hakkında suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçundan açılmış bir dava bulunup bulunmadığı araştırılıp, açılmış ise davaların birleştirilmesi, açılmış bir davanın olmaması halinde

Burada artırım oranı sabit biçimde yarı (1/2) oranı olarak belirlenmiştir. Bu nedenle eylemin örgütün faaliyeti çerçevesinde işlendiğinin belirlenmesi durumunda yarı oranına kadar değil; yarı oranında artırım yapılır.⁵³⁶

5237 sayılı TCK'nun 220/4. madde ve fıkrasındaki örgüt faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi halinde ayrıca bu suçlardan da cezaya hükmolunacağına ilişkin düzenleme ile göçmen kaçakçılığı suçunun nitelikli haline ilişkin mevcut düzenlemenin “non bis in idem” ilkesine aykırı olduğu zira böylece failin bir fiilden dolayı iki defa cezalandırılmış olacağı ileri sürülmüştür.⁵³⁷

Bu görüşe paralel olarak suçun örgütlü olarak işlenmesi şeklindeki ağırlatıcı nedenin uygulanabilmesi bakımından göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesinin şart olduğu sadece bu suçu işlemek için örgütlenme halinde ise duruma göre TCK'nun 220. maddesindeki “suç işlemek için örgüt kurma suçu”nun ya da 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nun 1. maddesindeki “çıkar amaçlı örgütlenme suçu”nun söz konusu olabileceği belirtilerek, göçmen kaçakçılığı suçunu işlemek için örgütlenilmiş ve sonuçta bu suç işlenmişse sadece TCK'nın 79/3. fıkrası hükmü uyarınca ağırlaşmış göçmen kaçakçılığı suçundan sorumluluğun söz konusu olabileceği ifade edilmiştir.⁵³⁸

Yargıtay uygulaması ise yukarıda da belirtildiği gibi aksi yöndedir. Hatta Yargıtay, ağırlaşmış göçmen kaçakçılığı suçundan mahkumiyet kararı verilebilmesi için örgüt suçundan açılmış bir dava yok ise bu davanın açılmasının sağlanmasını aramaktadır.

haklarında 5237 sayılı TCK.nun 220. maddesi uyarınca suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçundan dava açılması sağlanarak, her iki suç birlikte değerlendirildikten sonra hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden, sanıklar hakkında suç örgütünün faaliyetleri çerçevesinde göçmen kaçakçılığı yapmak nedeniyle cezalarının artırılmasına karar verilmesi”, Yarg. 8. CD. 19.2.2009, E.2008/12560, K.2009/2405.

⁵³⁶ ARTUÇ, a.g.e, s.63.

⁵³⁷ DOĞAN Koray, a.g.e, s.156.

⁵³⁸ EVİK, a.g.e, s.168.

Her halde suçun nitelikli halinin kabul edilebilmesi için 5237 sayılı TCK'nun 220. maddesi uyarınca yaptırma bağlanan bir örgütün varlığı gerekecektir

5237 sayılı TCK'daki düzenlemeyle birden çok kişinin bir seri suç işlemek amacıyla bir araya gelmelerinin cezalandırıldığı zira suç işlemek için oluşturulmuş bir örgütün varlığının toplum içerisinde endişeye ve karışıklığa sebep olacağı, örgütün işlemeyi düşündüğü suçlardan bağımsız olarak bizatihi kurulmuş olmasının, kanun koyucu tarafından toplum düzenini bozucu nitelikte görüldüğü ve bu nedenle söz konusu suçun ihdas edildiği ifade edilmiştir.⁵³⁹

5237 sayılı TCK'nun 220/1. madde ve fıkrasında yer alan düzenleme karşısında, bir örgütün varlığı için;

- a) Örgüt lideri dahil üye sayısının en az üç kişi olmalıdır,
- b) Kanunda açıkça suç sayıldığı fiilleri işlemek maksadıyla kurulmuş olmalıdır,
- c) Araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması gereklidir.

Belirtilen üçüncü unsur yönünden somut her olayın ayrıca ve özellikle değerlendirilmesi gerekeceği açıktır.⁵⁴⁰

Örgüt yapılanmasında işlenmesi amaçlanan suçların mağduru ve konusu itibariyle somutlaştırılması mümkün, ancak zorunlu değildir. Soyut olarak sanık sayısının üç kişi veya daha fazla olması örgütün varlığının kabulü için yeterli olmayıp bu durumda iştirak kuralları uygulanabilir.⁵⁴¹

⁵³⁹ **ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA**, TCK Şerhi, s.1935.

⁵⁴⁰ "... örgüte yönelik yapılan operasyon kapsamında yakalanan örgüt lideri, üyesi ve evlerinde çeşitli çap ve markada ruhsatsız tabancalar, değişik miktarlarda mermi ele geçtiği, bu şekli ile örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı, araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olduğu", Yarg. 8. CD. 9.7.2009, E.2009/942, K.2009/10655.

⁵⁴¹ **ARTUÇ**, a.g.e, s.63.

Suç işleme durumundaki süreklilik örgütün önemli bir özelliğidir ve bu anlamda tek bir olay üzerine oluşan birliktelikler örgüt olarak kabul edilemez. Keza failler arasındaki işbirliği ve organizasyon da belirleyici diğer bir husustur.⁵⁴²

Örgütün bir başka özelliğide, bu yapının “hiyerarşik” bir ilişki ortaya koymasındır. Yatay ilişkiler bir örgütün varlığını sonuçlayamaz. Göçmen kaçakçılığı suçunu işleyen birden fazla kişi arasında hiyerarşik bir ilişki bulunmaksızın sadece belli bir anlaşmanın sonucunda suç işlenmiş ise söz konusu nitelikli hal uygulanmayacak, faillerin sorumlulukları TCK’nun 37 vd. maddelerinde yer alan iştirak kuralları çerçevesinde değerlendirilecektir.⁵⁴³

Ancak Yargıtay, olayın özelliğine göre hiyerarşik bir yapıyı diğer unsur koşullarında varlığı halinde suçun oluşumu açısından yeterli görebilmektedir.⁵⁴⁴

Bununla birlikte, 4800 sayılı Yasanın 1ncı maddesi ile onaylanması uygun bulunan “Sınırtaşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”nin “Tanımlar” başlıklı 2ncı maddesinde bir “ Örgütlü suç grubu “ tanımına yer verilmiştir. Buna göre Örgütlü suç grubunun varlığı için; “doğrudan veya dolaylı olarak maddi bir çıkar elde etmek amacıyla belli bir süreden beri var olan ve bu Sözleşmede belirtilen bir veya daha

⁵⁴² “Yerel Mahkemece verilen hükümler temyiz edilmekle, başvuruların süresi ve kararın niteliği ile suç tarihine göre dosya görüşüldü ... sanıklar N.. M., B..N. R., İ. Y. ve D..A..A.. arasındaki **hiyerarşik** ilişkinin, planlanan iş bölümünün, suç işleme iradelerindeki devamlılığın, dosya kapsamında yer alan delillerden hangisine dayandırıldığı, kabul edilen örgütün yönetici ve üye yapısının kimlerden oluştuğu, yükletilen suçun kanuni unsurlarının hangi somut ve kesin delil ile ortaya çıkarıldığı açıklanmadan, yetersiz gerekçe ile mahkumiyet hükmü kurulması,Kanuna aykırı, sanıklar D.. A.. ve Y.. Ç..., sanıklar İ. Y. ve M. B. müdafii, sanık N.. M. müdafii, sanık B.. N. R. müdafii, sanıklar M. Z., S. P. ve M. Z. müdafinin temyiz nedenleri yerinde görüldüğünden, tebliğnameye kısmen uygun olarak, HÜKÜMLERİN BOZULMASINA, yargılamanın bozma öncesi aşamadan başlayarak sürdürülüp sonuçlandırılmak üzere dosyanın esas/hüküm mahkemesine gönderilmesine, 16/04/2015 tarihinde oy birliğiyle karar verildi”.Yarg.18. CD. 16.04.2015, E.2015/12, K.2015/311.

⁵⁴³ **YENİDÜNYA- ALŞAHİN**, a.g.e, s.60-61.

⁵⁴⁴ “İncelenen dosya içeriğine göre, sanıklar arasında gevşekte olsa hiyerarşik bir yapının bulunduğu, bu yapı içerisinde yaptıkları işbölümü gereği yüklenen suçu işledikleri, sanıkların işlemiş oldukları yağma eyleminden sonra dağılmayıp, gerek yağma konusu biletlerin pazarlanması gerekse, başka suçları işlemek amacıyla birlikteliklerinin devam ettiği, birden fazla belirsiz suçları işlemek amacıyla bir araya geldiklerinin anlaşıldığı ve örgüt üyesi olmak için makul bir sürenin geçmiş bulunduğuun belirlenmesikarşısında...”,Yarg.6.CD.25.02.2009,E.2008/15466, K.2009/4055.

fazla ağır suç veya yasadışı eylemi gerçekleştirmek amacıyla birlikte hareket eden, üç veya daha fazla kişiden oluşan yapılanmış bir grup anlamına gelir”

Bu tanımlama ile getirilen unsurlar, 5237 sayılı TCK'nun 220. maddesinde ki unsurlar ile mukayese edildiğinde farklılar içerdiği görülecektir.

Yukarıda 5237 sayılı TCK'nun 220. maddesinin unsurlarından 3. sırada belirtilen, “Sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması” kriteri sözleşme ile getirilen tanımlama da yer almamıştır.

Bu unsurun sözleşmede yer almamış olmasının, Anayasanın 90. maddesi ve Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir sözleşme olması nedeniyle, göçmen kaçakçılığı suçunda mahkeme tarafından yapılan yargılama’da örgütün varlığının tespiti açısından öncelikli olarak Anayasanın 90. maddesine göre Sözleşme hükümlerinin dikkate alınmasının yerinde olacağı ileri sürülmüştür.⁵⁴⁵

Aynı doğrultuda ancak farklı olarak, “sınıraşan örgütlü suçluluk“ bakımından sözleşme kriterlerinin, türkiye çapında işlenen suçlarda ise 5237 sayılı TCK'nun 220. maddesinin uygulanması gerektiği de ileri sürülen görüşler arasındadır.⁵⁴⁶

Belirtmek gerekir ki sözleşmede “doğrudan veya dolaylı olarak mali veya diğer maddi çıkar elde etmek amacıyla kurulmuş olması’na ilişkin kabul edilen unsur zaten 5237 sayılı TCK'nun 79/1. maddesinde yazılı göçmen kaçakçılığı suçunun da bir unsurudur. Bu durumda sözleşme ile kanun arasındaki farklılık sadece, “sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması” unsurundan ibarettir.

⁵⁴⁵ ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s.1940. YENİDÜNYA – ALŞAHİN, a.g.e, s.62.

⁵⁴⁶ DOĞAN Koray, a.g.e, s.161.

5237 sayılı TCK'nun 220. maddesindeki farklılığa ilişkin mevcut bu unsurun, sözleşmede bulunmamasına rağmen iç hukukta "fail lehine" getirilmiş bir düzenleme olduğunun kabulü gerekir. Bir başka anlatımla, anılan unsurun sözleşmede yer almamış olması sözleşmenin fail aleyhine sonuç doğuracağı anlamına gelir. Uluslararası sözleşmelerin iç hukuk kuralı haline gelmesi sonucu iç hukuktaki düzenleme ile oluşacak çatışmada sözleşmenin fail aleyhine uygulanamayacağı da nazara alındığında, hakimin önüne gelen somut olayda örgütün varlığı yönünden iç hukuk kuralını uygulaması gerektiği düşünülmelidir.

B. Hafifletici Nedenler

Türk hukukunda göçmen kaçakçılığı suçu için her hangi bir hafifletici hal insan ticareti suçu gibi düzenlenmemiştir.

VII. YAPTIRIM ve GÜVENLİK TEDBİRİ

A. Yaptırım

Suçun niteliksiz halinin 5237 sayılı TCK'nun 79/1. madde ve fıkrasında öngörülen yaptırımı üç yıldan sekiz yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezasıdır.

5237 sayılı TCK'nun 52. maddesinde adli para cezalarının üst sınırının 730 gün olarak gösterilmiş olması, göçmen kaçakçılığı suçunda adli para cezası için öngörülen üst sınır dikkate alındığında bir aykırılık ve çelişki yaratmaz. Zira 5237 sayılı TCK'nun 52. maddesinde kanunda aksi bulunmayan hallerde bu hükmün geçerli olacağı açıkça belirtilmiştir.

Madde de tayin olunacak adli para cezasının üst sınırının gösterildiği ancak alt sınırın belirlenmediği görülmektedir. Bu durumda verilecek adli para cezasının alt sınırının belirlemesinde, 5237 sayılı TCK'nun 52. maddesinin mi, yoksa aynı Yasanın 61/9. maddesinin mi, uygulanacağı düşünülebilir. 5237 sayılı TCK'nun 61/9. madde ve fıkrası, adli para cezasının seçimlik ceza olarak öngörüldüğü durumlar için geçerlidir. Burada seçimlik ceza değil birlikte verilecek ceza söz konusu olduğundan, verilecek adli para cezasının alt sınırı 52. maddeye göre 5 gün olarak belirlenecektir.⁵⁴⁷

Bununla birlikte on bin güne kadar şeklindeki düzenlemenin suçta ve cezada kanunilik ilkesi bakımından sakıncalı olduğu çünkü adli para cezasının alt sınırı beş gün iken üst sınırın bu kadar yüksek tutulmasının uygulamada farklı cezalar verilmesine sebebiyet verebileceği ileri sürülmüştür.⁵⁴⁸

Keza genel olarak alt-üst sınırlı cezaların bireyselleştirme açısından yararlı olduğu ancak yelpazenin açılmasının da sakıncalı olacağı çünkü birbirine benzeyen eylemlere çok farklı cezaların verilebileceği, bunun eşitlik ilkesine aykırı olacağı gibi bireyselleştirmenin de zorlaşacağı ve sonuçta bunun alt sınırdan ceza verme alışkanlığı yaratacağı ifade edilmektedir.⁵⁴⁹

Kuşkusuz bu düşüncelerde haklılık payı mevcuttur. Alt ve üst sınırlar arasında bu kadar büyük bir fark olması uygulamada temel cezanın belirlenmesi sırasında mahkemece kurulacak hükmün gerekçesinde ve bu anlamda cezanın bireyselleştirilmesinde sıkıntılar yaratacak mahiyettedir.

Zira önüne gelen somut olayda hakim, 5237 sayılı TCK'nun 52/2. maddesi uyarınca failin ekonomik ve diğer şahsi hallerini göz önünde bulunduracaktır. Buradaki ana kriter failin ekonomik durumudur. Ancak failin ekonomik durumunun

⁵⁴⁷ ARTUÇ, a.g.e, s.62.

⁵⁴⁸ DOĞAN Koray, a.g.e, s.155.

⁵⁴⁹ CENTEL Nur: Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri Sistemi, <http://www.nurcentel.com/makaleler/yenitckyaptirim>, Erişim Tarihi,10.11.2013.

belirlenmesinin bu ülkede ve diğer benzeri ülkelerde koşullarında sağlıklı yapıldığını ve yapılabileceğini söyleyebilmek zordur.

Bu durumlarda burada ve benzeri ülkelerde uygulamada genellikle kolluk güçlerine araştırma yaptırıldığı, kolluk güçleri tarafından ise çoğu zaman muhtarlık ve failin yakınlarının beyanlarına ve hatta failin beyanlarına itibar edilmek suretiyle tutanak tanzim edilerek yapılmaktadır. Öyle ki, failin duruşmadaki şahsi hallerine ilişkin ayrı bir beyanı veya istisnai araştırmalar hariç olmak üzere, mahkemelerce gün karşılığı adli para cezasının alt sınırdan tayin edilmesinin bir kural haline geldiğini söylemek yanlış olmaz. Kuşkusuz bu yasa ile amaçlanan cezanın bireyselleştirilmesine de aykırıdır. Ancak kayıt dışı ekonomik değerlerin yüksek olduğu ülkelerde bu sonucun doğması da kaçınılmazdır.

Buna rağmen kanundaki düzenlemenin amacı ile 5237 sayılı TCK'nun 52/2. madde ve fıkrasında gün karşılığı adli para cezasının en az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirası olarak belirleneceğine ilişkin hakime verilen yetki de nazara alındığında aradaki farkın bu kadar büyük tutulmasına gerek olmadığı ifade edilmelidir. Bu arada belirtmek gerekir ki alt ve üst sınırlar arasındaki temel ceza belirlenirken Yargıtay haklı olarak gerekçede çelişki yaratılmamasını aramaktadır.⁵⁵⁰

Bir diğer hususda, sanığın başka ülkede aynı suçtan dolayı cezasının çekmesidir. 5237 sayılı TCK'nun 16. maddesi hükmüne göre, “nerede işlenmiş olursa olsun bir suçtan dolayı yabancı ülkede gözaltında, gözlem altında, tutuklulukta veya hükümlülükte geçen süre, aynı suçtan dolayı Türkiye’de verilecek cezadan mahsup” edilecektir.

Yasa koyucunun “adalet ilkesini” gözeterek, teknik anlamda tutukluluk sayılmamakla beraber şahsi hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran gözaltında ve gözlem

⁵⁵⁰ “Suçun işleniş şekli ve özelliği biçimindeki gerekçeye dayanılarak temel hürriyeti bağlayıcı ceza alt sınırdan belirlendiği halde, aynı gerekçelerle adli para cezasının alt sınırdan uzaklaşarak tayini suretiyle çelişki yaratılması”, Yarg. 8. CD. 24.03.2009, E.2008/11136, K.2009/4549.

altında kalma hallerinde de bu sürelerin verilecek cezadan mahsup edilmesini öngördüğü ifade edilmiştir.⁵⁵¹

Madde hükmü uyarınca “aynı suçta” ilişkin verilecek cezada mahsup söz konusu olabilecektir. Failin Türkiye’de yargılanması sürecindeki gözaltı, gözlem altı ve tutuklulukta geçen sürelerinin mahsubunda ise 5237 sayılı TCK’nun 63. maddesi uygulanacaktır.

Hükmün göçmen kaçakçılığı suçu yönünden uygulama alanı mevcuttur ve maddenin uygulanma olasılığı durumunda ise mahkemesince bu hususta bir araştırma yapılması zorunludur.⁵⁵²

B. Güvenlik Tedbirleri

1. Genel Olarak

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda asli ceza – feri ceza ayrımı ortadan kaldırılmış ve Üçüncü Kısım, İkinci Bölümde, “Güvenlik Tedbirleri” başlığı altında bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Buna göre, 5237 sayılı TCK.nun 53-60. maddeleri arasında “Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri” “Sınır dışı edilme” , “Suçta tekerrür ve özel tehlikeli suçlar”, “Akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri”, “Çocuklara özgü güvenlik tedbirleri”, “Eşya müsaderesi”, “Kazanç müsaderesi” ve “Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma” adı altında düzenleme yapılmıştır.

⁵⁵¹ **Parlar – Hatipoğlu**, C.2, a.g.e, s.284.

⁵⁵² “Sanığın yasadışı yollardan Türkiye’den Yunanistan’a kaçak göçmen götürmesi nedeniyle, Yunanistan’da 13 gün gözaltında ve 6 ayda cezaevinde kaldığı yönündeki savunması karşısında, 5237 sayılı TCK.nun 16. maddesinin uygulanma olasılığı bakımından; sanığın yargılamaya konu suçtan dolayı Yunanistan’da yargılanıp yargılanmadığı ve gözaltında, tutuklu veya hükümlü olarak kalıp kalmadığı hususları yöntemine uygun olarak araştırılıp sonucuna göre sanığın hukuki durumunun taktir ve tayini gerekirken, eksik soruşturmayla yazılı biçimde hüküm kurulması”, Yarg. 8. CD. 03.02.2010, E.2010/11329, K.2010/1256.

Güvenlik tedbirlerinin, esasta suçlunun sosyal yaşama tekrar uyum sağlaması amacıyla uygulanan eğitim ve tedavi programları olduğu, TCK'da cezanın sonuçları olacak yaptırımlara güvenlik tedbiri adı verildiği ve bu anlamda güvenlik tedbiri kavramının teknik anlamda kullanılmadığı, öngörülen güvenlik tedbirlerinin ise aslında ceza mahkumiyetlerinin sonuçlarını da içerdiği ve sadeleştirme adına biraz çelişkili düzenlemeler yapıldığı belirtilerek, bu düzenlemenin doğru olmadığı ifade edilmiştir.⁵⁵³

Gerçekten de Yargıtay kararlarında da vurgulandığı üzere mahkumiyet hükmünün doğal bir sonucu olan 5237 sayılı TCK'nun 53. maddesinde yazılı hak yoksunluklarının, Ceza Kanunu'nda "Güvenlik Tedbirleri" başlığı altında düzenlenmiş olması kendisine kavramsal olarak güvenlik tedbiri niteliği kazandırmaz. Hiç kuşkusuz bu esasta bir cezanın sonucudur.

Keza kanunda güvenlik tedbiri olarak düzenlenen "Eşya müsadere" ve "Kazanç müsadere"nin güvenlik tedbiri kavramı ile bağdaştırılması da mümkün görünmemektedir. Bizatihi suç teşkil eden eşyanın müsadere bir güvenlik tedbiri olarak kabul edilebilir ancak suçta kullanılan veya suçtan kaynaklanan bir eşyanın müsadere cezadır veya cezanın sonucu olan bir yaptırımdır.⁵⁵⁴

Kuşkusuz çalışmanın konusu bu değildir ve kanunda "Güvenlik Tedbiri" olarak belirtilen tüm hususların incelemesi çalışmanın amacını aşar. Bu nedenle göçmen kaçakçılığı suçu yönünden uygulama alanı bulan ve özellik arz eden, "Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri", "Eşya müsadere" ve "Kazanç müsadere" ile kanunda bu başlık altında düzenleme konusu yapılan hususlar aşağıda inceleme konusu yapılmıştır.

⁵⁵³ **CENTEL**, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri Sistemi, s.2. Bu konuda ayrıca bkz. **TURHAN Faruk**: Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.2. http://www.iibf.sdu.edu.tr/fturhan/cezahukuku/Ceza_Hukuku_Genel_Hukumler_I, Erişim Tarihi, 14.5.2013.

⁵⁵⁴ **CENTEL**, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri Sistemi, s.3.

2. Tüzel Kişiler Hakkında Güvenlik Tedbirleri

5237 sayılı TCK'nun 79/3. madde ve fıkrasında, suçun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı düzenlenmiştir.

Bu düzenleme 5237 sayılı TCK.nun 20/2. madde ve fıkrasındaki, Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımının uygulanamayacağı ancak suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlarının saklı olduğuna ilişkin düzenleme ile uyumluluk arz eder.

Bununla birlikte, tasarıda Fransız Ceza Yasası'ndan esinlenilerek tüzel kişiler için bir takım cezaların getirilmiş olduğu ancak 5237 sayılı kanun'da bunun tam tersi olmak adına ya da bilimsel görüş farklılığı, dolayısıyla tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımının uygulanamayacağına ilişkin mevcut düzenlemenin yapıldığı ifade edilmiştir.⁵⁵⁵

Tüzel kişiler hakkındaki güvenlik tedbirlerinin 5237 sayılı TCK.nun 60. maddesinde düzenlendiği görülmektedir. Madde hükmüne göre;

“(1) Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet halinde, iznin iptaline karar verilir.

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

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

⁵⁵⁵ CENTEL, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri Sistemi, s.9.

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

Kanunun metni, gerekçesi ve tedbirin şekli dikkate alındığında hükmün ancak özel hukuk tüzel kişileri yönünden geçerli olduğu sonucu doğacaktır. Bu anlamda tüzel kişilik sıfatı kazanmamış topluluklar ile kamu tüzel kişileri yönünden kanunda yazılı güvenlik tedbirlerinin uygulanması söz konusu olamaz.

Hükmünün uygulanmasında 5271 sayılı CMK'nun 249. maddesi de nazara alınmalıdır. Anılan maddenin 1. fıkrası uyarınca, “Bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada tüzel kişinin organ veya temsilcisi, katılan veya savunma makamı yanında yer alan sıfatıyla duruşmaya kabul edilecektir”.

Maddenin 2. fıkrasında ise; Bu durumda, tüzel kişinin organ veya temsilcisinin bu Kanunun katılana veya sanığa sağladığı haklardan yararlanacağı öngörülmüştür.

Maddenin 3. fıkrasında da istisnai durum belirlenmiştir. Buna göre, “birinci fıkra hükmü sanığın aynı zamanda tüzel kişinin organ veya temsilcisi sıfatını taşıması hâlinde” uygulanamayacaktır.

Devlete karşı cebri icranın mümkün olmaması, kamu hizmetlerine egemen olan devamlılık, zorunluluk ve vazgeçilmezlik ilkeleri karşısında söz konusu tedbirlerin kamu tüzel kişilerine uygulanmasının sonuçta hizmetten faydalanan vatandaşlara yönelik bir yaptırım anlamına geleceği ve bu nedenle düzenlemenin yerinde olduğu ileri sürülmüştür. Ancak özel hukuk alanında da faaliyetlerde bulunan kamu hukuku tüzel kişilerinin bu sorumluluğun kapsamı dışında tutulmasının eşitlik ilkesi (TCK. m. 3) açısından tartışılır olduğu ve ayrıca hem kamu hukuku ve hem de özel hukuk kurallarının uygulandığı kamu iktisadi teşebbüslerine söz konusu güvenlik tedbirlerinin uygulanıp uygulanmayacağına da tartışmaya açık olduğu ifade edilmiştir.⁵⁵⁶

⁵⁵⁶ Bkz. **PARLAR – HATİPOĞLU**, C.2, s.1005-1008.

Öngörülen ilk güvenlik tedbiri “iznin iptali”dir. İzin iptali, özel hukuk tüzel kişileri için geçerlidir. Bu anlamda kamu hukuku kurallarına tabi tüzel kişiler için söz konusu güvenlik tedbirine başvurulması mümkündür.⁵⁵⁷

İzin iptaline karar verilebilmesi için;

a) Öncelikle özel hukuk tüzel kişinin bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunması,

b) Bu kişinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu izin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle kasıtlı bir suçun işlenmesi,

c) Suçun işlenmesi ile tüzel kişi yararına bir kazanç elde edilmiş olması,

d) Suç nedeniyle mahkumiyet kararı verilmiş olması gerekmektedir.

Tüzel kişiye atfedilen davranışların yönetim yetkisi bulunan kişilerle (organ ve temsilcileriyle) sınırlandırılmasının, modern tüzel kişiliğin organizasyon biçimine uymadığı, uygulamada boşluklar doğuracağı ve bu nedenle sorumluluğun sınırının yönetim fonksiyonu gösteren bütün kişilere kadar genişletilmesinin isabetli olacağı ileri sürülmüştür.⁵⁵⁸

Faaliyet izninin iptali ile tüzel kişinin varlığı sona ermez sadece izin konusu ile ilgili faaliyette bulunması engellenmektedir. Tüzel kişinin kapatılmasına karar verilmediği için varlığını sürdürmeye devam edecek ancak iptal edilen izne ilişkin işlemleri yapamayacaktır.⁵⁵⁹

Örneğin bankacılık faaliyeti çerçevesinde suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunun işlenmesi halinde, 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 10. maddesine göre faaliyet izninin iptaline⁵⁶⁰ veya örneğin GSM operatörü kuran ve işleten

⁵⁵⁷ Özbek, C.1, s. 929.

⁵⁵⁸ PARLAR – HATİPOĞLU, C.2, s.1008-1009.

⁵⁵⁹ BAKICI, Genel Hükümler, s.1157.

⁵⁶⁰ ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s.707.

bir şirket, abonelere ilişkin bazı bilgileri aynı şirketin bir başka kuruluşuna yarar sağlamak için kullanması halinde söz konusu şirket hakkında TCK'nın 60. maddesi çerçevesinde iznin iptali ya da elde edilen kazancın müsaderesine hükmedilebilecektir.⁵⁶¹

Hükmün uygulanmasına ilişkin olarak kasıtlı suçun tüzel kişi lehine, namına veya onun için işlenmesinin aranmadığı yalnızca yararına işlenmiş olmasının yeterli sayıldığı, bu yararın ise ekonomik nitelik taşımasının şart olmadığı manevi bir yarar da olabileceği ileri sürülmüştür. Buna göre örneğin, uyuşturucu veya uyarıcı madde ticaretinden elde edilen gelirlere meşruiyet görüntüsü kazandırmak için bir döviz bürosunu işleten özel hukuk tüzel kişisinin, döviz bürosu işletmek için aldığı izin iptal edilecektir.⁵⁶²

İşlenen suçla verilen iznin kullanılması arasında nedensellik bağının olması gerektiğinin kanunun gerekçesinde yer aldığını da belirtmek gerekir.

Bununla birlikte madde de iptalin süreli veya süresiz olması gerektiği belirtilmemiştir. Yasada süre belirtilmediğine göre iznin iptali süresiz olacaktır. Ancak kişileri ticari hayattan tamamen uzaklaştıracak bu uygulamanın Anayasanın 13 ve 48. maddeleri bakımından sorun çıkarabileceği ve 13. madde de yer alan öze dokunmama yasağına aykırı olduğu ileri sürülmüştür.⁵⁶³

Tüzel kişilere ilişkin öngörülen ikinci güvenlik tedbiri ise “müsadere”dir. 5237 sayılı TCK'nun 60/2. madde ve fıkrasında, müsadere hükümlerini yararına işlenen suçlardaki özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Hükmün uygulanabilmesi için ayrıca müsadere koşullarının gerçekleşmesi gereklidir.⁵⁶⁴

5237 sayılı TCK'nun 60/3. madde ve fıkrasında ise “orantılılık” ilkesine dayalı olarak işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçların ortaya çıkabileceği durumlarda hakime söz konusu tedbirlere hükmetmeme konusunda takdir yetkisi verilmiştir. Bu

⁵⁶¹ Özbek, C.2, s.929.

⁵⁶² PARLAR – HATİPOĞLU, C.1, s.1009.

⁵⁶³ ÖZBEK.,C.2, s. 930.

⁵⁶⁴ Müsadere koşulları aşağıda “Müsadere” başlığı altında etraflıca inceleme konusu yapılmıştır.

düzenlemenin 5237 sayılı TCK'nun 54/3. maddesindeki düzenlemeye paralel bir düzenleme olduğu söylenebilir.

Bu husus özellikle iznin iptali ile ilgili olup bu tedbire hükmedildiğinde birçok iş yeri kapanacak, buna bağlı olarak çalışanlar işsiz kalacak, o iş yerine mal üreten ve satanların malları ellerinde kalacak, zarar edeceklerdir. Ekonomide bundan zarar görecektir. Bu gibi hallerde suçu işleyen gerçek kişiler cezalandırılacak, tüzel kişinin izninin iptali halinde ortaya çıkacak sonuçlar nazara alınarak iznin iptalinden vazgeçilebilecektir.⁵⁶⁵

Ancak bu düzenlemenin tüzel kişilik kavramı ile bağdaşmadığı ileri sürülmüştür. Zira tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımının uygulanamayacağı düzenlenmekle, tüzel kişilerde kusur yeteneği, iradi hareket etme yeteneğinin bulunmayacağı, böylece tüzel kişilerin bir varsayım olduğu ve suç işleyemeyeceklerinin kabul edildiği ancak diğer yandan failin tehlikeliliği ile orantılı olarak uygulanabilecek güvenlik tedbirleri öngörüldüğü belirtilerek, bunun bir çelişki olduğu ifade edilmiştir.⁵⁶⁶

C. Müsadere

5237 ve 5271 sayılı Yasaların sisteminde “müsadere“ bir güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiştir. Bunun bir sonucu olarak 5237 sayılı TCK sisteminde müsadere kararı verilebilmesi için bir suçun işlenmesi zorunludur ancak suçtan dolayı bir ceza mahkumiyeti kararı verilmesi gerekmez. Örneğin, failin çocuk veya akıl hastası olması nedeni ile ceza tayin edilemediği durumlarda da suç eşyasının müsaderesine karar verilebilecektir.

⁵⁶⁵ **BAKICI**, Genel Hükümler, s.1157. Bu konuda ayrıca bkz. **ÖZBEK**, C.2, s.930. **PARLAR – HATİPOĞLU**, C.1, s.1009.

⁵⁶⁶ **CENTEL**, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri Sistemi, s.11.

Müsaderenin bir güvenlik tedbiri olarak düzenlenmesinin diğer önemli bir sonucu, müsadereye konu eşyanın miktar itibari ile değeri ne olursa olsun hükümde zoralıma ilişkin bir karar var ise 20.07.2016 tarihidен itibaren Bölge Adliye Mahkemelerinde istinaf kanun yolu incelemesine tabi olmaktadır.

765 sayılı TCK sisteminde ise müsadere bir “fer’i ceza” olarak kabul edildiğinden ancak asıl karar ile birlikte veya müsadere konusu eşyanın bilinen veya tespit edilen değeri itibariyle HUMK’nun 427. maddesindeki kesinlik sınırının üzerinde olması durumunda temyiz incelemesine konu olabilmekteydi.

Bununla birlikte, mahkumiyet hükmünün kurulamadığı hallerde örneğin sanık hakkındaki kamu davasının düşürülmesi veya müsadere yargılaması sonucu verilen müsadere kararlarında, hükmün doğrudan mı yoksa değer itibari ile mi temyize tabi olacağı tartışmalıdır. Yargıtay, bu hallerde müsadere konusu eşyanın değer itibariyle temyiz sınırının altında kalması durumunda temyiz isteminin reddine karar vermektedir.⁵⁶⁷

⁵⁶⁷ 1412 sayılı CMUK'nın 305/2. maddesindeki temyiz sınırı ve ön ödeme ile hükmolunan para cezasının miktarı karşısında kararın kesin olması nedeniyle sanığın temyiz isteğinin CMUK'nın 317. maddesi gereğince REDDİNE, Yarg. 9. CD. 02.03.2009, E.2008/13731, K.2009/2457. Ancak Daire üyesi M. Kaya aşağıda yazılı özet gerekçelerle karar muhalif kalmıştır: ... Sayın çoğunluk tarafından sanık hakkında 1412 sayılı CMUK'nın 305/2 maddesine esas alınacak bir cezaya hükmedilmediği dikkate alınmadığı gibi, müsaderesine karar verilen av tüfeği hakkında bir değerlendirme de yapılmamıştır. Sanığın gerekçeli temyiz dilekçesi sunmaması ve davanın ortadan kaldırılmasına ilişkin kararı temyiz etmesinde hukuki bir yararının bulunmaması nedeniyle davanın ortadan kaldırılmasına ilişkin kararı temyiz etmediği, sadece av tüfeği hakkındaki müsadere kararını temyiz ettiği kabul edilmelidir. Bu durumda, ortada hükmedilmiş bir ceza bulunmaması karşısında, hükmün kesin olup olmadığı konusunda yapılan ön ödeme miktarı üzerinde değil, av tüfeğinin müsaderesine karar verilmiş olması nedeniyle müsaderenin hukuki niteliği üzerinde durulmalıdır. 765 sayılı TCK'de “müsadere”, “ceza mahkûmiyetlerinin neticeleri ve tarzı icraları” başlığını taşıyan birinci kitabının üçüncü babında düzenlenmişti. Bu başlık altında; “müsadere”nin (m. 36) yanı sıra, “kamu hizmetlerinden yasaklılık” (m. 31, 35), “meslek ve sanatın tatili” (m. 35), “kanuni kısıtlılık” (m. 33/1), babalık hakkından ve kocalık sıfatının bahşettiği kanuni haklardan mahrumiyet” (m. 33/2) ve “hükmün ilanı” (m. 43) müeyyideleri toplanmış bulunmaktaydı. 765 sayılı TCK'de cezalar prensip itibariyle 11 ve sonra gelen maddelerde belirtildiğinden, cezalar kategorisinde yer verilmeyen bu müeyyidelerin niteliğinin ne olduğu sorun teşkil ediyordu. Böyle olunca da, “ceza mahkûmiyetlerinin neticeleri ve tarzı icraları” başlığı altında düzenlenen müsaderenin hukuki niteliğinin ne olduğu da tartışmayaratiyordu. Müsaderenin hukuki niteliği konusunda egemen iki görüş mevcut idi: Bir görüş, TCK m. 36'da düzenlenen müsaderenin hukuki niteliğini “emniyet tedbiri” olarak kabul etmekte iken, diğer bir görüş ise, TCK 36. maddesinin 2. fıkrasını “emniyet tedbiri”, 1. fıkrasını ise “ceza” olarak kabul etmekte idi. Uygulamada ise uzun zaman müsaderenin hukuki niteliği “ceza” olarak kabul edilirken, son zamanlarda yerleşik hal alan kararlarda, TCK'nin 11. maddesinde sayılan cezalar arasında yer

Karşı oy gerekçeleri dikkate değer olmakla birlikte sorun esasta müsaderenin bir güvenlik tedbiri olarak düzenlenmesinin kavram ile çelişmesinden doğmaktadır. kural olarak, güvenlik tedbirlerinde istinaf yoluna başvurulabilir, ama suçta kullanılan veya suçtan hasıl olan bir eşyanın müsaderesi güvenlik tedbiri olarak değerlendirilemez. Bu nedenle kavramsal olarak ele alındığında daire kararının yerinde olduğu söylemek doğrudur.

Ancak YCGK'nun 09.03.2010 tarih ve 2009/2-237-2010/51 sayılı bir kararında ise, kesin nitelikte olan adli para cezası ile birlikte suçta kullanılan eşyanın 5237 sayılı TCK'nun 54. maddesi uyarınca müsaderesine karar verilmesi halinde, müsadereye konu eşyanın bilinen veya tespit edilen değerinin HUMK'nun 427. maddesindeki kesinlik sınırı üzerinde olması halinde hükmün temyizen incelenebileceği kabul edilmiş ve bu anlamda 765 sayılı TCK'nun yürürlükte olduğu dönemde geçerli olan uygulamaya geri dönmüştür. Görülmektedir ki müsaderenin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenleme yeri ve niteliği sonuçları itibariyle uygulamada sıkıntı ve tartışma yaratmaktadır.

Şunu da belirtmek gerekir ki, 765 sayılı TCK'nun 201/a-2 madde ve fıkrasındaki göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesinde kullanılan araçlar, taşıtlar ve bu nedenle elde edilen maddi menfaatlerin müsadere edileceğine ilişkin özel bir düzenlemeye 5237 sayılı TCK'nun 79. maddesin de yer verilmemiştir. Bu anlamda göçmen kaçakçılığı suçunda müsadereye ilişkin olarak genel hükümler geçerli olacaktır.

almayan müsaderenin bir ceza olmayıp, ceza mahkûmiyeti sonucu bulunan bir tedbir olduğu kabul edilmekte idi.

...5237 sayılı Ceza Kanununda yaptırım sisteminde önemli değişiklikler yapmıştır. Göze çarpan ilk değişiklik, suç karşılığı olarak uygulanabilecek yaptırımların “ceza” (m. 45 ila 52) ve “güvenlik tedbiri” (m. 53 ila 60) şeklinde belirlenmiş olmasıdır. Birinci kitap, “yaptırımlar” başlıklı üçüncü kısmın birinci bölümünde “cezalar” başlığı altında suç karşılığı olan cezalar olarak da, sadece “hapis” ve “adli para cezası” düzenlenmiştir. İkinci bölümde ise “güvenlik tedbirleri” başlığı altında, “belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma”, “eşya müsaderesi”, “kazanç müsaderesi”, “çocuklara özgü güvenlik tedbirleri”, “akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri”, “suçta tekerrür ve özel tehlikeli suçlular”, “sınır dışı edilme”, “tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri”ne yer verilmiştir. Böylece 5237 sayılı TCK müsaderenin hukuki niteliğini “güvenlik tedbiri” olarak kabul etmiştir.

1. Eşya Müsaderesi

Eşya müsaderesi 5237 sayılı TCK.nun 54/1. madde ve fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, “iyi niyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesine hükmolunur. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir”.

Hükmün içeriği nazara alındığında, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçtan meydana gelen ya da suçun işlenmesine tahsis edilen eşya, müsaderenin konusudur.

Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, suçun icra hareketlerine başlanmamış ise bu nedenle müsadereye konu olamaz. Bunun için ayrıca genel ahlak, kamu sağlığı veya kamu güvenliği açısından tehlikeli olması şartları aranacak, bu şartlardan birinin varlığı müsadere için gerekli ve yeterli olacaktır.

Örneğin bir gemi göçmen kaçakçılığında kullanılmak üzere hazırlanmış olmasına rağmen henüz göçmenler bu gemiye getirilmeden, yakalanmışsa, suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan bu geminin müsadere edilebilmesi için, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması gerektiği ancak bunun gerçekleşmesi zor bir ihtimal olduğu ifade edilmiştir.⁵⁶⁸

Bu görüşün doğru olduğunu ifade etmek gerekir. Kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olan şeylerin çoğu zaman 5237 sayılı TCK'nun 54/4. maddesi uyarınca müsadere kararına konu olabilecekleri de gözden kaçırılmamalıdır.

⁵⁶⁸ DOĞAN Koray, a.g.e, s.163.

Eşya müsadereyi yönünden göçmen kaçakçılığı suçuna ilişkin olarak uygulamada sıkça karşılaşılan sorun, devri yapılmayan kara taşıtlarının suçta kullanılması halinde müsadere edilip edilemeyeceğine ilişkindir.

İyi niyetli üçüncü kişilerin haklarının korunması açısından suçta kullanılan aracın öncelikle trafik tescil belgelerinin onaylı suretlerinin getirilmesi, ne suretle araç sahibinin elinden çıkmış olduğunun dikkatli bir şekilde araştırılması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekecektir⁵⁶⁹.

765 sayılı TCK'nun yürürlükte olduğu döneme ilişkin olarak Yargıtay, Karayolları Trafik Kanununun 20. maddesine göre devir işleminin yapılmamış olması hallerinde aracın ruhsat sahibine iadesi gerektiğine ilişkin içtihatla bulunmuştur. Ancak bu karara karşı yapılan itiraz üzerine CGK, 12.10.2004 tarihli kararında, mal sahibinin malın kullanılmasına yönelik rızasını yeterli görerek yerel mahkeme kararını haklı bulmuştur.⁵⁷⁰

5237 sayılı TCK'nun da ise, "iyi niyetli üçüncü kişilere ait olmama koşulu" getirilmiştir. Bu düzenleme ile aynı zamanda Anayasa'da yer alan mülkiyethakkının

⁵⁶⁹ "Sanık H.A.'in suçta kullandığı ... plaka sayılı aracın bağlı bulunduğu trafik tescil müdürlüğünden araca ait tescil belgelerinin onaylı suretleri getirilmeden ve de dosya içindeki belgelere göre aracın ruhsat sahibi olduğu anlaşılan C. S. adlı kişi dinlenmeksizin, keza sanık G. D.'in suçta kullandığı ancak trafiğe tescil işlemi yapılmamış ve dosyaya ibraz edilen fatura suretine göre E. D.'a satışının yapıldığı anlaşılan motosiklet ile ilgili olarak da hak sahibi dinlenip sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiği gözetilmeksizin eksik araştırma sonucu yazılı şekilde müsadere kararı verilmesi", Yarg. 8. CD. 21.10.2009, E.2009/9237, K.2009/13182.

⁵⁷⁰ "İnceleme konusu olayda; sanık A.K.'in 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 bölmeyle bindirdiği mültecileri götürürken yolda yapılan aramada yakalandığı, sanığın tüm aşamalarda, aracın kendisine ait olduğunu, haricen satın aldığını, ancak henüz trafikte tescil ettirmediğini belirttiği,

Sanık A.K.'in göçmen kaçakçılığı suçundan TCK'nun 201/a maddesinin 2 fıkrası uyarınca cezalandırılmasına, suçta kullanılan taşıtın zorunluluğuna karar verilen olayda, Özel Daire çoğunluğu ile Yargıtay C. Başsavcılığı arasındaki uyumsuzluk, üçüncü kişiye ait olup göçmen kaçakçılığı suçunda kullanılan aracın zorunluluğuna yasal olanak bulunup bulunmadığına ilişkindir.

... Yapılan açıklamalar ışığında somut olayı değerlendirecek olursak;

Sanık A.K.'in, S.Ö. adına kayıtlı bulunan plakalı DAF marka TIR'ı adı geçenle aralarında gerçekleştirdikleri sözleşme sonrasında tescil maliki olan S.'in bilgi ve rızası dahilinde teslim alarak, göçmen kaçakçılığı suçunda nakil aracı olarak kullandığı sabit olduğundan, TCK'nun 201/a maddesinin 2'nci fıkrası hükmü uyarınca taşıtın zorunluluğuna karar verilmesi isabetlidir". Karar için bkz. **ŞİRİN Osman ve Diğerleri**: Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları Kapsamında Yeni Ceza Mevzuatı Yorumu, Ankara 2008, s.282-284

korunması sağlanmak istemiştir. Bu durumda, ruhsat sahibi olan malikinden aracı satın alan ancak ruhsat devri hususunda yasal işlemleri yerine getirilmeyen aracın, satın alan fail tarafından suçta kullanılması halinde ruhsat sahibinin iyi niyetinden söz edilemeyeceği için aracın müsadere karar verilmesi gerekecektir. Ancak bu yeni düzenleme karşısında, somut her olayda “iyi niyetin” hakim tarafından dikkatlice değerlendirilmesi gereklidir.⁵⁷¹

Bu arada şunu da belirtmek gerekir ki hukuka uygunluk sebepleri nedeniyle verilecek kararlarda suçta kullanılan eşya müsadere edilemez. Ancak, 5237 sayılı TCK'nun 54/4. maddesi uyarınca müsadere kararı verilebilmesi mümkündür. Bununla birlikte bir hukuka uygunluk sebebi olarak “mağdurdaki rızanın” göçmen kaçakçılığı suçu yönünden söz konusu olamayacağı zira mağdurdaki mevcut rızanın zaten suçun unsuru olduğu ve bu nedenle suçta kullanılan eşyaların da müsadere karar verilebileceğini özellikle ifade etmek gerekir.⁵⁷²

2. Eş Değer Müsadere

5237 sayılı TCK'nun 54/2. madde ve fıkrası hükmü uyarınca; “birinci fıkra kapsamına giren eşyanın, ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsadere başına başka bir surette imkansız kılınması halinde; bu eşyanın değeri kadar para tutarının müsadere karar verilir”.

⁵⁷¹ “Yerel mahkemece müsadere karar verilen aracın iade edilmesi gerektiğine ilişkin Daire Bozma ilamına, Daire üyeleri H.Y. Aktan ile H. Metiner aşağıdaki düşüncelerle muhalif kalmışlardır; “Trafik tescil kaydına göre göçmen kaçakçılığı suçunda kullanılan .. plakalı, 1965 model, Man marka aracın sanıklardan M. Y.'in kardeşi İ. Y.'a ait olduğu, kendisinin askerde olması nedeniyle bütün kazancından yararlanma maksadıyla sevk ve idaresinin sanık M.'ye bırakıldığı, uzun süre için bırakılan araç, mülkiyet sahibinin tasarruf edeceği yetki ve sorumlulukla kullanılmakta olduğu, hatta diğer sanık A. T. mahkemede hakim huzurunda alınan beyanında " M. aracın sahibidir" fakat ruhsat kaydı M. Y.'in kardeşine aittir, demesi de nazara alındığında, olayda kullanılan araç çok uzun süre ile sanık M. Y.'in sınırsız tasarrufuna terkedilmiş olmakla, suçta kullanıldığından artık üçüncü kişinin iyi niyetinden söz edilemeyeceğinden, sayın çoğunluğun 3 nolu bozma nedenine katılmamaktayız”. Yarg. 8. CD. 15.04.,2008, E.2007/11173, K.2008/4068.

⁵⁷² **MALKOÇ İsmail:** Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2000, s.60.

Bu hükmün hakkaniyete uygun düşmediği ancak örgütlü suçlulukla etkin mücadelenin sağlanması bakımından kaçınılmaz olduğu belirtilmiştir.⁵⁷³Buna karşılık uygulamada özellikle Yunan adalarına kalabalık sayıda göçmeni kaçırmak için kullanılan eski teknelerin, göçmenler adaya varınca delillerin ortadan kalkması ve geriye dönüşü engellemek için batırıldığı, yine suçta kullanıldıktan sonra araçların iyi niyetli üçüncü kişilere devrinin yapılabildiği belirtilerek, 765 sayılı TCK döneminde bunlara el koyma olanağı olmadığından müsadere kararı verilemediği ancak bu yeni hüküm karşısında değeri kadar bir paranın müsaderesine karar verilebileceği ve bu nedenle bunun hakkaniyete çok fazla uygun düşmediğine ilişkin görüşlere katılmanın da olanaklı olmadığı ileri sürülmüştür.⁵⁷⁴

Buradaki hakkaniyet ölçüsünü müsadereye konu eşyaya el konulup konulmamasına göre belirlemek doğru olmayacağı gibi 5237 sayılı TCK.nun 54/3. madde ve fıkrası da dikkate alındığında düzenlemenin hakkaniyete aykırı bir yönünün bulunmadığının kabulü gerekir. Ancak eşyanın değeri kadar para tutarının hakkaniyete uygun bir şekilde belirlenmesinin uygulamada büyük sıkıntı yarattığını da belirtmek gerekir.

3. Orantılılık İlkesi

5237 sayılı TCK'nun 54/3. maddesinde aynı Yasanın 60/3. madde ve fıkrasında yer alan benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, “orantılılık” ilkesine dayalı olarak, “suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağının anlaşıldığı durumlarda müsadereye hükmedilmeyebilir”.

⁵⁷³ DOĞAN Koray, a.g.e, s.165.

⁵⁷⁴ EREL, a.g.e, s.297.

Ancak haklı olarak 5237 sayılı TCK'nun 54/3. madde ve fıkrasına ilişkin uygulamanın sadece "suçta kullanılan eşya" yönünden getirilmiş olduğu, kıyas söz konusu olamayacağından "suçtan meydana gelen eşya veya suçun işlenmesine tahsis edilen" için anılan madde ve fıkranın uygulama olanağının bulunmadığı belirtilmiştir.⁵⁷⁵

4. Kısmi Müsadere

5237 sayılı TCK'nun 54/5. madde ve fıkrası hükmü uyarınca; "Bir şeyin bazı kısımlarının müsadere edildiğinde, tümüne zarar verilmeksizin bu kısmı ayırmak olanaklı ise, sadece bu kısmın müsadere edilmesine karar verilir".

Kısmi müsadere kararı verilebilmesi için, ayırmanın mümkün ve eşyanın bütününe zarar verilmemesi gerekmektedir. Yargıtay, aynı zamanda bu ayırma işleminin ilgisine oransız giderlere katlanma zorunluluğu getirmemesi gerektiğini aramaktadır.

Göçmen kaçakçılığı suçunda, uygulamada karşılaşıldığı üzere örneğin göçmenlerin taşınmasında kullanılan tıra (çekici) bağlı dorsenin (römork) tek başına tırdan bağımsız olarak müsadere söz konusu olabilir mi? Burada, dorse göçmenlerin saklanması için kullanılmış olsa bile tır olmadan hareket edemeyeceğinden ve bu nedenle nakilde kullanılamayacağından bu durumda hem tırın hem de dorsenin müsadere edildiği ancak göçmen, tırın şoför mahalinde taşınmış ise o zaman çekiciden ayrılabilen (hatta ayrı bir plakası olan) dorsenin bu bağlamda müsadere edilmesinin gerekli olmayabileceği ileri sürülmüştür.⁵⁷⁶

⁵⁷⁵ DOĞAN Koray, a.g.e, s.164.

⁵⁷⁶ EREL, a.g.e, s.297.

5. Müşterek Mülkiyete Konu Eşyanın Müsaderesi

5237 sayılı TCK'nun 54/6. madde ve fıkrası hükmü uyarınca, “Birden fazla kişinin paydaş olduğu eşya ile ilgili olarak, sadece suça iştirak eden kişinin payının müsaderesine hükmolunur”.

765 sayılı TCK'nun yürürlükte olduğu dönemde konuya ilişkin bir düzenleme olmamakla birlikte Yargıtay, müşterek mülkiyetin mevcut olduğu hallerde hissenin müsaderesine karar verilebileceğini kabul etmekteydi.⁵⁷⁷

Düzenleme ile konu yasal metin haline getirilmiştir. Ancak bu konuda iştirak halinde mülkiyete ilişkin müsaderenin ne şekilde yapılması gerektiğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiş olması haklı olarak bir eksiklik olarak değerlendirilmektedir.⁵⁷⁸

6. Kazanç Müsaderesi

5320 sayılı Kanununun 18. maddesi ile yürürlükten kaldırılan 4422 sayılı kanun ile 4208 ve 2313 sayılı Yasalarda yer alan müsadereye ilişkin benzer düzenlemeler, genel hüküm olarak kazanç müsaderesi kavramı ile ilk kez 5237 sayılı TCK'na girmiştir.

Bu konuda TCK'nın benimsediği temel düşüncenin, “suç işlemek bir kazanç kaynağı olarak görülemez ve suçtan elde edilen gelir, kişinin yanında kar olarak kalmaz” olduğu ifade edilmiştir.⁵⁷⁹

TCK'nun 55/1. madde ve fıkrası hükmü uyarınca; “Suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile

⁵⁷⁷ MALKOÇ, Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s.61.

⁵⁷⁸ DOĞAN Koray, a.g.e, s.165.

⁵⁷⁹ ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s.683.

bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsadereesine karar verilir”.

Maddenin gerekçesinde, suç işlemek yoluyla kazanç elde edilmesini engelleyecek etkin bir yaptırım olarak kazanç müsadereesine ilişkin düzenleme yapıldığı ve suçlara karşı etkin biçimde caydırıcılık özelliği olan bir yaptırım niteliğine kavuşturulduğu belirtilmiş ise de, 55 inci madde de kabul edilen kazanç müsadereesi 45 inci madde de sayılan cezalar içinde yer almadığından ve bu yasada fer'i ceza da kabul edilmediğinden, kazanç müsadereesinin bir ceza değil güvenlik tedbiri olduğu ifade edilmiştir.⁵⁸⁰

5237 sayılı TCK'nun 55/1. fıkrasının son cümlesi gereğince; “Bu fıkra hükmüne göre müsadere kararı verilebilmesi için maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi gerekir”.

Mağdura verilememe ise mağdurunda olayda kusurlu olması halinde söz konusu olacaktır. Örneğin uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti, rüşvet, kara para aklama, kaçakçılık suçlarında sanığa çıkar sağlayan da kusurlu olduğundan ona iadeden söz edilemeyeceği için kazanç müsadereesine karar verilebilir.⁵⁸¹

Burada her ne kadar kanun koyucu mağdurdan söz etmiş olsa da amaçsal yorumla bunu suçtan zarar göreni de içine alacak şekilde yorumlamak gerekir. göçmen kaçakçılığı suçundan. göçmenleri mağdur saymayanlarca da mahkum olan bir kişinin bu suç neticesinde, doğrudan veya dolaylı olarak elde ettiği menfaatlerin müsadere edilebilmesi için bu menfaatlerin suçtan zarar gören göçmene iade edilememesi gerektiği ancak göçmen kaçakçılığı suçunda menfaatin dolaylı olarak bir üçüncü kişiden elde edilmiş olması ihtimali karşısında menfaatin kime iade edileceği tartışmalı olduğu ve bu

⁵⁸⁰ BAKICI, Genel Hükümler, s.1113. ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s.683.

⁵⁸¹ BAKICI, Genel Hükümler, s.111. ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s.684.

nedence bu durum göz önüne alınarak madde de bir değişiklik yapılmasının yerinde olacağı ileri sürülmüştür.⁵⁸²

Maddenin uygulanabilmesi bazı olaylarda ne gibi menfaatler ve ekonomik kazançların elde edildiğinin araştırılmasını gerektirecektir. Bu konuda Yargıtay, kazanç müsadereşinin ancak diğer koşullar ile birlikte “mağdurun belli olmaması” halinde söz konusu olabileceğini buna karşılık “mağdurun belli olduğu” durumlarda kazanç müsadereşine hükmolunamayacağını zira bu durumda suçun mağdurunun kazanç müsadereşinin konusunu oluşturan değeri ilgili hukuk mahkemesinde dava açarak sanıktan isteme hakkına sahip olduğuna kararvermektedir.⁵⁸³

7. Kaim Değer Müsaderesi

TCK'nun 55/2. madde ve fıkrası hükmü uyarınca, “müsadere konusu eşya veya maddi menfaatlere elkonulmadığı veya bunların merciine teslim edilmediğı hallerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsadereşine hükmedilir”.

5237 sayılı TCK'nun 55/2. fıkrasına ilişkin gerekçe ile aynı Kanunun 54/2. fıkrasına ilişkin gerekçe aynı olduğu için bu iki madde ile ilgili görüşlerin çeliştiğı ifade edilmektedir. Buna göre, bir çok makale ve eserde müsadere konusu eşya veya maddi menfaatlere el konulmadığında TCK.nun 55/2 nci maddesi gereğince gerekçede

⁵⁸² DOĞAN koray, a.g.e, s.166.

⁵⁸³ “Ayrıntıları Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 16.12.2008 gün ve 2008/5-146-235 sayılı kararında açıklandığı üzere; 5237 sayılı TCK.nun 55. maddesi gereğince kazanç müsadereşinin, suçun işlenmesiyle elde edilen veya suçun konusunu oluşturan yada suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların suçun mağduruna iade edilmemesi halinde mümkün olduğu, suçun işlenmesiyle elde edilen veya el konulmuş olan maddi menfaatlerin suçun mağduruna iade edilebilme olanağının bulunduğu yada suçun mağdurunun belli olduğu durumlarda kazanç müsadereşine hükmetme olanağının bulunmadığı, bu durumda suçun mağdurunun kazanç müsadereşinin konusunu oluşturan değeri, sanıktan isteme hakkına sahip olduğu; iddianameye konu olayda mağduru belli olan hakkı olmayan yere tecavüz suçunun konusunu oluşturan ve elde edilen mal varlığı değerinin meşru maliki veya zilyedinin ilgili hukuk mahkemesinde dava açmak suretiyle talep edebileceğı gözetilmeden, anılan yasa maddesine yanlış anlam yüklenerek kazanç müsadereşine karar verilmesi”, Yarg. 8. CD. 17.02.2010, E.2009/13205, K.2010/2146.

yazıldığı üzere karşılığı olan paranın müsaderesine karar verileceği yazılmaktadır. Halbuki madde de kabul edilen “kaim değer” o eşyanın para karşılığı değeri olmayıp onun yerine mal varlığına giren değerlerdir. Çalınan para ile satın alınan otomobil, ev veya çalınan otomobilin satışıyla elde edilen para, çalınan otomobilin takas edilerek alınan ev veya hisse senetlerinin 55/2. madde uyarınca zoralımı gerekir. Zoralımı gereken eşya veya değerler tüketilmiş, yok olmuş, armağan olarak verilmiş ve onun yerine mal varlığına yeni bir değer eklenmemişse koşulları varsa bu eşyanın değeri kadar paranın 54. maddenin 2 nci fıkrası uyarınca müsaderesine karar verilecektir.⁵⁸⁴

Maddenin uygulanmasına ilişkin olarak, uygulamada iktisap eden kişinin iyi niyetli olup olmadığına bakılmaksızın elindeki eşyaya el konulduğu ve hatta eşyanın müsadere edildiği, büyük bir haksızlığa sebebiyet veren bu uygulamanın önüne geçebilmek amacıyla TCK'nun 55. maddesinin ikinci fıkrasına, “Bu madde kapsamına giren eşyanın müsadere edilebilmesi için, eşyayı sonradan iktisap eden kişinin Türk Medeni Kanununun iyi niyetin korunmasına ilişkin hükümlerinden yararlanamıyor olması gerekir” şeklinde bu cümlenin 2009 tarihinde eklenmesinin uygun olduğu ileri sürülmüştür.⁵⁸⁵

Uygulamaya ilişkin eleştirel görüşte haklılık payı olmakla birlikte sorunun esasta bir yorum meselesi olduğunu belirtmek gerekir. Eklenmesi ileri sürülen MK.nun 2. maddesine ilişkin metin olsun veya olmasın kanunda aksi bir düzenlemenin olmadığı da dikkate alındığında, söz konu husus zaten hükümde yorumlanması ya de gözetilmesi gereken asli bir unsurdur.

⁵⁸⁴ BAKICI, Genel Hükümler, s.1115.

⁵⁸⁵ ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s.686.

D. Sınır Dışı Edilme

1. Uluslararası Mevzuatta Sınır Dışı Edilme

Öncelikle belirtmek gerekir ki Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3., 8. ve 13. maddelerinin konu ile ilgili olduğu görülmektedir.

Sözleşmenin 3.maddesi konuya ilişkin doğrudan bir düzenleme getirmemekle birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sınır dışı edilecek yabancıyı gönderileceği devlette işkenceye, gayri insani yahut haysiyet kırıcı cezaya tutulma olasılığının bulunması halini sözleşmenin 3.maddesinin ihlali kapsamında değerlendirmektedir.⁵⁸⁶ Sözleşmenin 8. maddesinde de, sınır dışı etme kararlarında yabancıyı özel ve aile yaşantısına saygı gösterme yükümlülüğü öngörülmüştür.

Sözleşmenin 13. maddesinde ise sözleşme ile tanınan hak ve özgürlükleri ihlal edilen her şahsın ulusal makamlara müracaat hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Yani sözleşme kapsamında ihlal edilen hakları ile ilgili olarak sınır dışı kararı verilen yabancıya, ulusal mercilere başvurma olanağının tanınması taraf devletlere bir yükümlülük olarak getirilmiştir.⁵⁸⁷

20.4.1989 tarih ve 20145 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 3527 sayılı Kanun ile Türkiye, Avrupa İkamet Sözleşmesi'ni beyan ve çekinceler ile onaylamıştır. Sözleşmenin 3. maddesinde sınır dışı sebepleri düzenlenmiş olup buna göre "taraf devletler ülkelerinde yasal olarak ikamet eden diğer akit devlet vatandaşlarını ancak milli güvenliği tehdit ettikleri veya kamu düzenine veya genel ahlaka aykırı davrandıkları takdirde sınır dışı edebileceklerdir".

⁵⁸⁶ **ÇİÇEKLİ Bülent:** Yasa Dışı Göç, İnsan Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti ile Mücadele ve Türkiye, Polis Bilimleri Dergisi, 2005, C.7, S.1, s.50.

⁵⁸⁷ **ÇİÇEKLİ,** a.g.e, s. 51.

Yine 4.6.2003 tarihinde TBMM tarafından kabul edilen 4868 sayılı Yasanın 1. maddesiyle, Birleşmiş Milletler tarafından 16 Aralık 1966 tarihinde imzaya açılan ve Türkiye Cumhuriyeti adına 15 Ağustos 2000 tarihinde New York'ta imzalanan "Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme"nin, beyanlar ve çekince ile onaylanması uygun bulunmuştur.

Söz konusu Sözleşme'nin 13. maddesine göre de; Taraf Devletlerden birinin ülkesinde yasal olarak bulunan bir yabancı, ülkeden ancak yasalara uygun olarak verilmiş bir karar uyarınca sınır dışı edilebilecektir. Ayrıca ulusal güvenlik bakımından zorunlu nedenler aksini gerektirmedikçe yabancıya sınır dışı edilmesine karşı nedenler ileri sürmesine ve durumunun gözden geçirilmesine imkan tanınmalıdır.

1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi konuya ilişkin diğer bir uluslararası düzenleme olarak belirtilebilir. Sözleşme'nin 32. maddesine göre, taraf devletler ülkelerinde yasal olarak bulunan mültecileri ancak ulusal güvenlik veya kamu düzeni sebebiyle sınır dışı edebileceklerdir.

Geri gönderme veya sınır dışı etme yasağı (non-refoulement) sadece Cenevre Sözleşmesi'nde yer almış değildir. Türkiye'nin de onaylamış bulunduğu, İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi; 1957 Tarihli Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi, 1977

Tarihli Tedhişçiliğin Önlemesine Dair Avrupa Sözleşmesi gibi birçok sözleşme ve belgede de söz konusu yasak yer almıştır.⁵⁸⁸

Ancak belirtmek gerekir ki uluslararası mevzuatta yer alan bu düzenlemeler çoğunlukla ülkede yasal olarak bulunan mültecilere ilişkindir.

⁵⁸⁸ ÇİÇEKLİ, a.g.e, s.50.

2. Ulusal Mevzuatta Sınır Dışı Edilme

1982 Anayasası'nın "Yerleşme ve Seyahat Hürriyeti" başlıklı 23. maddesinde seyahat özgürlüğü, yabancıları da içine alacak şekilde herkese tanınan bir hak olarak düzenlenmiştir. Ancak maddenin son fıkrasında vatandaşların sınır dışı edilemeyeceği ve ülkeye girişlerinin de sınırlandırılmayacağı belirtilerek yabancılar ile vatandaşlar arasındaki fark ortaya konulmuştur.

TCK'nun 5328 sayılı Yasanın 1. maddesi ile değişik 59. maddesinde ise bir güvenlik tedbiri olarak "Sınır dışı edilme" hali düzenlenmiştir. Sınır dışı etmeyi düzenleyen TCK'nun 59. maddesi, "İşlediği suç nedeniyle hapis cezasına mahkûm edilen yabancı, koşullu salıverilmeden yararlandıktan ve her halde cezasının infazı tamamlandıktan sonra, durumu, sınır dışı işlemleriyle ilgili olarak değerlendirilmek üzere derhal İçişleri Bakanlığına bildirilir" şeklindedir. Bu maddeyle, işlediği bir suç nedeniyle hapis cezasına mahkum edilen yabancının sınır dışı edilme koşulları belirlenmiştir.

Anılan madde hükmüne göre, işlediği suç nedeniyle hapis cezasına mahkum edilen yabancı, koşullu salıverilmeden yararlandıktan ve her halde cezasının infazı tamamlandıktan sonra durumu, sınır dışı işlemleriyle ilgili olarak değerlendirilmek üzere derhal İçişleri Bakanlığına bildirilecektir.

İnsan ticareti suçunun failinin yabancı olması da yüksek bir olasılıktır. Göçmen kaçakçılığı suçunun Türk vatandaşları kadar yabancılar tarafından da işlenebilir olması inceleme konumuz olan suç tipini madde kapsamına sokmaktadır. Zaten bu madde sadece yabancılar için uygulanabilir, zira Anayasanın 23/son maddesi uyarınca vatandaşların sınır dışı edilebilmeleri olanaklı değildir.

Maddenin 5328 sayılı Yasa ile değişiklik yapılmadan önceki halinde "işlediği suç nedeniyle iki yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına mahkum edilen yabancının,

cezasının infazından sonra derhal sınır dışı edilmesine de hükmolunacağı” düzenlenmekteydi.

Değişiklik ile süre kaldırılmış ve sadece İçişleri Bakanlığı’na bildirim öngörülmüştür. Bu durumda sınır dışı edip etmeme takdir ve yetkisi İç İşleri Bakanlığına ait olacaktır (TCK. m.59).

Sınır dışı etme süreci, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun⁵⁸⁹ İkinci Kısımının Dördüncü Bölümünde Sınır Dışı Etme başlıklı, 52.madde ile 60. madde arasında düzenlenmiştir. YUKK’nun 54. maddesinde yer alan 13 durumdan bir veya bir kaçını oluşması durumunda, bu kanunun 55. maddesi hükümleri saklı kalmak koşuluyla, valiliğin sınır dışı etme kararı alması zorunludur . 54.maddenin a fıkrası böyle düzenlenmiştir. “5237 sayılı Kanunun 59 uncu maddesi kapsamında sınır dışı edilmesi gerektiği değerlendirilenler”.

Sınır dışı etme kararı, Göç İdaresi Genel Müdürlüğün⁵⁹⁰ talimatı üzerine veya re’sen valiliklerce alınır. Karar, gerekçeleriyle birlikte hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancıya veya yasal temsilcisine ya da avukatına tebliğ edilir. Sınır dışı etme kararına karşı, kararın tebliğinden itibaren on beş gün içinde idare mahkemesine başvurabilir. Yabancıнын rızası saklı kalmak kaydıyla, dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması hâlinde yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancı sınır dışı edilmez (YUKK. m.53).

Bu kanunda ilgili yabancıнын sınır dışı edilmesine ilişkin idareye takdir yetkisinin bulunduğu anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, YUKK’nın 54ıncı maddesinin 1ıncı fıkrası

⁵⁸⁹ Kural olarak bütün yabancılar YUKK’un kapsamında olmakla beraber özel statüdeki yabancılar, yani yabancı askerî personel ve Türkiye’de bulunan elçilikler ile konsolosluklar özel düzenlemelere ve milletlerarası antlaşmalara tabidirler

⁵⁹⁰ Göç ve İltica Bürosu, 15 Ekim 2008 tarihli İçişleri Bakanlık onayı ile kurulmuştu. 6458 sayılı YUKK’un, göç ve iltica alanında idari teşkilata ilişkin hükümlerinin 11/04/2013 tarihinde yürürlüğe girmesiyle beraber ‘Göç ve İltica Bürosu’nun yerini, ‘Göç İdaresi Genel Müdürlüğü ’ almıştır. Bu genel müdürlüğü, merkez teşkilatı oluşturmakta; merkez teşkilata bağlı yurt dışı ve taşra teşkilatı bulunmaktadır

söz konusu yabancıların “sınır dışı edilecekleri”ni hüküm altına almakla, aynı hükmün düzenlediği diğer kişiler bakımından olduğu gibi, burada da valiliğe değerlendirme konusunda herhangi bir takdir yetkisi vermemektedir. Bu anlamda, yabancılar ve uluslararası koruma kanununun hükmüne göre, suç işlemek nedeniyle hapis cezasına mahkûm olan yabancı hakkında, koşullu salıverilmeden yararlandıktan ve herhalde cezasının infazı tamamlandıktan sonra sınır dışı kararının verilmesi gerekeceği şeklinde anlaşılmaya müsaittir.

YUKK’un 53/3. maddesine göre, idare mahkemelerinin sınır dışı kararlarının iptal için açılan davalarda verdikleri kararlar kesindir. Dolayısıyla bu kararlara karşı bölge idare mahkemeleri ya da Danıştay’a başvurulamaz. 2014 yılında 6545 sayılı Kanun ile İYUK’un 45. maddesinde bir değişiklik yapılmış ve istinaf yolu getirilmiştir. İYUK’un, 6545 sayılı Kanun ile değiştirilen 45. maddesi şöyledir: “İdare ve vergi mahkemelerinin kararlarına karşı, başka kanunlarda aksine hüküm bulunsa dahi, mahkemenin bulunduğu yargı çevresindeki bölge idare mahkemesine, kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde istinaf yoluna başvurulabilir”.

Yabancılar, sınır dışı etme kararıyla, menşe ülkesine veya transit gideceği ülkeye ya da üçüncü bir ülkeye geri gönderilecektir. YUKK’un 56.mddesine göre “sınır dışı etme kararı alınanlara, sınır dışı etme kararında belirtilmek kaydıyla, Türkiye’yi terk edebilmeleri için on beş günden az olmamak üzere otuz güne kadar süre tanınır”. Bir mazereti olmaksızın Türkiye’den çıkmaları için tanınan sürede çıkmayan, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar hakkında valilik tarafından idari gözetim kararı alınır. Hakkında idari gözetim kararı alınan yabancılar, yakalamayı yapan kolluk birimince geri gönderme merkezlerine kırk sekiz saat içinde götürülür. Geri gönderme merkezlerindeki idari gözetim süresi kural olarak altı ayı geçemez (YUKK. m.57).

Geri gönderme merkezlerindeki yabancılar, kolluk birimi tarafından sınır kapılarına götürülür. Geri gönderme merkezlerine sevk edilmesine gerek kalmadan sınır dışı edilecek olan yabancılar, Genel Müdürlük taşra teşkilatının koordinesinde kolluk birimlerince sınır kapılarına götürülür (YUKK. m.60/1ve2). Uygulamada yasadışı göçmenlerin geri gönderilmesinde ciddi zorluklarla karşılaşıldığı özellikle Türkiyeye sınırı olmayan, fakir ülkelerin vatandaşlarının geri gönderilmesinde mali ve idari sıkıntılarla karşılaşıldığı ve bunun ancak ülkeler arasındaki geri kabul anlaşmaları ile çözülebileceği ifade edilmektedir. Bu çerçevede; 2001 yılında İran, Afganistan, Bangladeş, Pakistan, Suriye, Hindistan, Irak, Bulgaristan, Çin Halk Cumhuriyeti ve Srilanka'ya 2002 yılında ilk aylarında Nijerya, Lübnan, Fas, Cezayir, Belarus, Etiyopya, Libya, Gürcistan, Sudan, İsrail, Mısır, Macaristan, Moğolistan, Özbekistan, Tunus, Rusya, Ürdün ve Kazakistan'a da geri kabul anlaşmaları teklif edilmiş ve yapılan müzakereler neticesinde de, Yunanistan, Ukrayna, Kırgızistan, Suriye ve Romanya ile Geri Kabul Anlaşma ve Protokolü imzalanarak yürürlüğe girmiştir.⁵⁹¹

VIII. SORUŞTURMA ve KAVUŞTURMA

A. Şikayet

Göçmen kaçakçılığı suçunun takibi şikayete bağlı değildir. Bu nedenle suçun soruşturma ve kovuşturması re'sen yapılacaktır.

B. Yetkili Mahkeme

Davaya bakmakla yetkili mahkeme, CMK'nun 12/1 madde ve fıkrası uyarınca suçun işlendiği yer mahkemesidir. Suçun işlendiği yer, yabancıнын Türkiye'ye sokulması

⁵⁹¹ Bu konuda bkz. <http://www.egm.gov.tr/hizmet.yabancilar.goc.asp>, Erişim Tarihi 21.05.2014.

durumunda, girişin yapıldığı yer, yabancı veya vatandaşın yasa dışı olarak yurt dışına çıkarılması durumunda çıkış yeridir. Göçmenlerin nereden girdiği veya çıktığı tespit edilemiyorsa, CMK'nın 13. maddesi uyarınca sanığın yakalandığı veya ilk usul işleminin yapıldığı yer yetkilidir. Göçmen kaçakçılığı suçları genellikle gemilerle işlendiğinden, CMK'nın 15. maddesi de uygulama olanağı bulacaktır.⁵⁹²

“Bir yabancıнын ülkede kalmasına imkan sağlama” seçimlik hareketi yönünden mütemadi suç tipi söz konusu olacağından bu durumda CMK'nun 13/2. maddesi uyarınca temadinin sonlandığı yer mahkemesi yetkili olacaktır.

Göçmen kaçakçılığı suçunda özellikle göçmenlerin yurt dışına çıkarılmak istendikleri yer ile suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda örgütün merkezi çoğunlukla farklı yerler olmaktadır.

Göçmen kaçakçılığı suçunun, suç işlemek için kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, yetkinin örgütün merkezi esas alınarak belirlenmesinin yerinde olacağı da ileri sürülmüştür.⁵⁹³

Ancak suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesinin esasta göçmen kaçakçılığı suçunun nitelikli bir hali olarak düzenlenmiş olması ve her iki suça ilişkin kanunda öngörülen yaptırımlar dikkate alındığında, davaya bakma yetkisinin göçmen kaçakçılığı suçu esas alınarak belirlenmesi daha uygun olacaktır. Mahkemeler arasında doğabilecek yetkiye ilişkin uyuşmazlık CMK'nun 16. ve 17. maddeleri çerçevesinde çözümlenecektir.

Yetkiye ilişkin devletler arasındaki uyuşmazlığın ne şekilde çözümleneceği ise, “Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokolün” 20. maddesinin de düzenlenmiştir. Buna göre, taraf devletler, bu Protokolün uygulanmasına veya yorumlanmasına ilişkin

⁵⁹² ARTUÇ, a.g.e, s.63.

⁵⁹³ ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s.1954. YENİDÜNYA – ALŞAHİN, a.g.e, s.75.

uyuşmazlıkları öncelikle müzakere yoluyla çözmek için çaba göstereceklerdir. Makul bir zaman içerisinde müzakere yoluyla bu uyuşmazlık çözülmezse, taraf devletlerden herhangi birinin talebi üzerine tahkime götürülecektir. Tahkim talebinin yapıldığı tarihten, eğer 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 götürebilecektir.

AB Konseyi'de bu konuya ilişkin olarak vermiş olduğu çerçeve kararda yetki hususunu düzenlenmiştir. Buna göre göçmen kaçakçılığı suçunda yargı yetkisi, suçun unsurların tamamı veya bir kısmının ülkesinde gerçekleşmiş olan devlet veya failin vatandaşı olduğu devlet veya yararına suç işlenen kişinin bağlı bulunduğu devlete aittir (m.4). Ancak, AB konseyi'nin bu kararı bir çerçeve kararı olması nedeniyle her üye devletin iç hukukunda bu kararı esas alan düzenlemeler yapması gerekmektedir.⁵⁹⁴

C. Görevli Mahkeme

Göçmen kaçakçılığı suçunda hapis cezasının üst sınırı dikkate alındığında 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanununun 10, 11 ve 12. maddeleri uyarınca görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemesidir.

Suçun örgüt faaliyeti halinde olması veya mağdura onur kırıcı şekilde işlenmesi durumunda, yasada ağırlaştırıcı neden olarak düzenlendiğinden, 5235 sayılı Yasa'nın 14. maddesi gereğince görevli mahkemenin değişmesi söz konusu olmaz.

CMK'nun 250. maddesinde yer alan haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde tehdit ve cebir uygulanarak suç işlenmesi 02.07.2012 tarihte 6352 sayılı kanununun 105. maddesile yürürlükten kaldırıldığına göre

⁵⁹⁴ DOĞAN Koray, a.g.e, s.168.

göçmen kaçakçılığı suçunun ağır ceza mahkemesinin görev alanına girmesinin mümkün görünmediği ifade edilmektedir.⁵⁹⁵

D. Dava Zamanaşımı

5237 sayılı TCK'nun 66/1-d-4. madde ve fıkraları uyarınca, kanunda öngörülen yaptırımın üst sınırı dikkate alındığında suç örgütlü olarak işlense bile suça ilişkin dava zamaşımı süresi 15 yıldır.

Suç failinin 12-15 yaş arasındaki küçükler olması halinde 5237 sayılı TCK'nun 66/2. madde ve fıkrası uyarınca dava zamaşımı süresinin 7,5 yıl; 15-18 yaş arasındaki küçükler olması halinde ise aynı madde ve fıkra uyarınca 10 yıl olarak kabul edilmesi gerekecektir.

TCK'nun 66/6. madde ve fıkrası uyarınca zamaşımı süresi, tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden, teşebbüs halinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden başlar.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, TCK'nun 67/4. maddesi uyarınca aynı maddenin 2. fıkrasında belirtilen zamaşımını kesen sebeplerin varlığı halinde zamaşımı süresi, ilgili suça ilişkin olarak Kanunda belirtilen sürenin en fazla yarısına kadar uzayabilecektir. Dolayısıyla göçmen kaçakçılığı suçunda kesintili dava zamaşımı süresinin azami haddi 22.5 yıldır.

⁵⁹⁵ DOĞAN Koray, a.g.e, s.169. Bu konuda ayrıca bkz. YENİDÜNYA-ALŞAHİN, a.g.e, s.76.

E. Usul Hükümleri

Göçmen kaçakçılığı suçunda Asliye Ceza Mahkemelerinin görevli olması karşısında, CMK'nun 102/1 madde ve fıkrası uyarınca tutukluluk süresi en çok bir yıldır. Ancak bu süre zorunlu hallerde gerekçeleri gösterilerek altı ay daha uzatılabilecektir.

CMK'nun 128/2-a-2. madde ve fıkrası uyarınca, şüpheli veya sanığa ait CMK'nun 128/1. madde ve fıkrasında belirtilen taşınmazlara, hak ve alacaklara, mal varlığı değerlerine de el konulabilecektir.

Yine CMK'nun 133/4-a-1. madde ve fıkrası uyarınca, göçmen kaçakçılığı suçunun bir şirket faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğu hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için gerekli olması halinde, soruşturma ve kovuşturma sürecinde hakim veya mahkeme CMK'nun 133/1. maddesine göre şirket yönetimine kayyım atayabilir.

CMK'nun 135/8-a-1. madde ve fıkrası uyarınca, göçmen kaçakçılığı suçunda CMK'nun 135. maddesindeki koşullar çerçevesinde, soruşturma ve kovuşturmada kayda alma, dinleme ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi kararı verilmesi de mümkündür.

Yine göçmen kaçakçılığı suçunda CMK'nun 140/1-a-1 madde ve fıkrası uyarınca, suçun işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebepleri bulunması ve başka suretle delil elde edilememesi halinde, şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyeri teknik araçla izlenebilecek, ses veya görüntü kaydı da alınabilecektir.

Ancak burada önemle belirtmek gerekir ki, yasanın açık hükmü gereği şüpheli veya sanığın konutunda teknik araçlarla izleme, ses veya görüntü kaydı alma kesinlikle mümkün değildir. Bu maddenin 3. Fıkrası 6526 sayılı kanunun 14. maddesiyle 21.02.2014 tarihinde değiştirilmesine göre, teknik araçlarla izleme süresini en çok 3 hafta ile sınırlanmıştır. Bu süre gerektiğinde bir defaya mahsus olarak uzatılabilecektir.

Bununla birlikte göçmen kaçakçılığı suçunun nitelikli halinde uygulama yönü bulunması da dikkate alındığında, yasa da örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar da teknik izleme için bir süre sınırlaması getirilmediğini ifade etmek gerekir.

Göçmen kaçakçılığı suçunun “cebir ve tehdit“ uygulayan bir örgüt ya da bir terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi ve buna bağlı olarak özel yetkili mahkemelerin görevli olması durumunda, asıl tartışılması gereken husus yapılan yargılama sonucunda örgüt suçundan beraat kararı verilmesi halinde, birlikte açılan diğer kamu davaları hakkında ve bu arada örneğin göçmen kaçakçılığı suçunda görevsizlik kararı verilmesi gerekip gerekmediğine ilişkindir.

Göçmen kaçakçılığı suçunun çoğu zaman iştirak halinde işlenen suçlardan olması karşısında yargılama giderlerine hükmolunurken 5271 sayılı CMK’nun 326/2. madde ve fıkrası hükmü dikkate alınmalıdır.

Bu arada göçmen kaçakçılığı suçunda karşılaşılan bir olgu olarak belirtmek gerekir ki, özellikle yabancı uyruklu şüpheli veya sanıkların Türkçe bilmemeleri halinde görevlendirilen tercüman giderleri CMK’nun 324/5 madde ve fıkrası uyarınca yargılama gideri olarak sayılamayacak ve bu giderler Devlet Hazine tarafından karşılanacaktır.⁵⁹⁶

Bu hükümde yer alan “Türkçe Bilmemek” ibaresinin göreceli bir anlam içerdiği, amaca göre yorumlandığında gerekçede yer verildiği üzere meramını anlatabilecek ölçütüne göre değerlendirme gerekeceği, buradaki “meram”ın ise savunma yapmaya yeter düzeyde bir Türkçe olarak kabul edilmesi gerektiği, yoksa çok basit konuları ifade

⁵⁹⁶ “Anayasa’nın 90. maddesinde dayanağını bulan ve 4 Kasım 1950 tarihinde Roma’da imzalanıp Türkiye tarafından da 10 Mart 1954 gün ve 6366 sayılı Kanunla onaylanıp 19 Mart 1954 tarihinden bu yana yürürlükte bulunan "İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme" nin 6/3-e maddesinde yazılı sanık olarak yargılanan kişinin "duruşmada kullanılan dili anlamadığı ve konuşmadığı takdirde tercüman yardımından meccanen faydalanmak hakkına sahiptir" hükmüne aykırı olarak tercüman bilirkişi ücretinin sanıklara yükletilmesi, Yarg.8.CD.7.10.2009, E.2009/7816, K.2009/12332.

edebilecek derecedeki bir Türkçenin savunma ve savunulacak suçla ilgili hususları açıklamaya yetmeyebileceği ifade edilmiştir.⁵⁹⁷

Buradaki tercüman giderlerinin yargılama dosyasında yer alan tüm belgelerin yazılı çevirisini gerektirecek kapsamda değerlendirilmemesi gerekir. Kapsama esas kriter sanığın savunmasıdır. Bu anlamda savunmayı kolaylaştıracak yardımların tercüman gideri olarak kabul edilmesi uygun olacaktır. AİHM kararları da bu yöndedir.⁵⁹⁸



⁵⁹⁷ **MALKOÇ İsmail – YÜKSEKTEPE Mert:** Açıklamalarla ve Yorumlarla 5271 sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara 2008, s.1780.

⁵⁹⁸ Bu konuda bkz. **CENGİZ Serkan - DEMİRAĞ Fahrettin - ERGÜL Teoman - Mc BRİDE Jeremy - TEZCAN Durmuş:** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Ankara 2008, s. 166-169. **MALKOÇ – YÜKSEKTEPE,** a.g.e, s.1781.

SONUÇ

İnsan ticareti suçunda, mağdurların vücut organlarının verilmesini sağlamak, esarete tabi kılmak, fuhuş yaptırmak, zorla çalıştırılmak veya hizmet ettirmek amacıyla aldatılarak veya çaresizliklerinden yararlanarak temin edilmeleri ya da şiddet, cebir baskı veya tehdit kullanılarak, ülke dışına çıkarılmaları, ülkeye sokulmaları, barındırılmaları, nakledilmeleri, sevk edilmeleri ya da kaçırılmaları düzenlenmiş ve bu eylemler yaptırıma bağlanmıştır.

"İnsan sömürüsü", "insan ticareti", "insan yağması", "insan kaçakçılığı" terimleri kullanılmışlardır. Bu istilahlarda suçun tanımlanması için "insan ticareti" terimi daha yerinde olmakla Türk Ceza Kanunu'nda bu terimi kabul etmiştir. Bu istilahlarda bu suçun göçmen kaçakçılığından da ayrılması için de önem arz etmektedir. Nitekim karşılaştırmalı hukukta da suçun, "human trafficking" terimiyle adlandırılmaktadır.

Bu suçta insan bir ticarete konu olmakla, adeta bir eşya gibi el değiştirebilir, başkasının malı sayılabilir, nakledilebilir bir varlık haline getirilmektedir. İnsan ticareti suçu Anayasada, açıkça belirlenmiş insan onurunu, ortadan kaldıran ve doğuştan kazanılmış olduğu, insan haklarını etkileyen bir suçtur.

Eski ceza kanunu insan ticaretini düzenleyen madde "iş ve çalışma hürriyeti aleyhine cürümler" başlığı altında idi, 5237 sayılı ceza kanununda yasa koyucu suçun "uluslararası suçlar" başlığı altında düzenlemiştir. Dolayısıyla suçun bu kanundaki düzenleme yerinin 765 sayılı TCK'nuna göre daha yerinde olduğunu da belirtmek gerekir.

Suçun ceza kanununda düzenlenmemesi gerektiğine ilişkin görüşün haklı olduğunu kabul etmek gerekir. Bu anlamda suçun Yabancılar ve uluslararası koruma Kanununun (YUKK)'da yer alması daha uygun olacaktır.

İnsan ticareti suçunun günümüzde özellikle, çocukları cinsel amaçla sömürmeye, organ ticaretine, fuhuş amaçlı kadın ticaretine, zorla çalıştırmaya yönelik yapıldığını görmekteyiz.

İnsan ticareti suçuyla korunan hukuki menfaat en başta bireyin temel hak ve özgürlükleri ile insan haysiyet ve onurudur. Ancak suçun özellikleri göz önünde bulundurulduğunda ülkenin kamu düzeni ile uluslararası toplum düzeninin de ikincil nitelikte korunduğunu belirtmemiz gerekir. İnsan haysiyet ve onuru ise tüm insanlık ailesinin ortak bir değeridir. Bu nedenle korunan hukuki menfaat aynı zamanda insanlık onurudur ve buna göre suçun uluslararası suçlar altında düzenlenmesi yerindedir.

Suçun manevi unsuru yönünden, "cinsel istismarın diğer şekillerine" yer verilmemiş, sadece "fuhuş yaptırmak saiki" düzenlenmiştir. Böylece "pornografik materyallerin üretiminde kullanılma" gibi bir istismar çeşidi, koruma alanının dışında kalmıştır. Ayrıca cinsel saldırı, cinsel istismar gibi fiillere maruz bırakmak saiki de göz önünde bulundurulmamıştır.

İnsan ticareti suçunda ağırlatıcı bir neden bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu suç bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlendiği durumda faile hem insan ticareti suçundan hem de suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçundan ceza verilecektir. Palermonun ek protokolünden kaynaklanan insan ticareti suçu, karşılaştırmalı hukukta, çoğunlukla bu fiili suç tanıyan ülkeler, fiilin örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesini bir ağırlatıcı neden olarak yasalarında öngörmüşlerdir.

Bu suçta paravan şirketler kullanılması nedeniyle tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanması yerinde olmuştur. Ayrıca 13. madde gereğince suçun evrensellik ilkesi kapsamında değerlendirilmiş olması suçun tüm insanlığı ilgilendiren yönü bakımından önemli bir düzenlemedir.

Bu suçla mücadele etmek için, ülkeler arasında işbirliğinin ve adli yardımlaşmanın, yaygınlaşması çok önemlidir. Palermo protokolünden kaynaklandığına göre, ülkeler arasında suçun tanımı açısından ortak bir yol bulması da çok zor olmayacaktır.

Suçla ilişkin doğrudan bir yasal düzenleme olmamasının kimi zaman müeyyidesizlik yaratan sonuçları, buna karşılık özel bir suç tipi olarak suçun yıllara göre hızla artış gösteren boyutu, ülkelerde yarattığı ekonomik, sosyal ve kültürel sıkıntıları, uluslararası toplumları ilgilendiren yapısı, günümüzde sıklıkla organize suç şebekeleri tarafından işlenen bir suç türü haline gelmesi, göçmenler nezdinde insan hakları boyutunda yaşanan olumsuzluklar karşısında, göçmen kaçakçılığı suçunun gecikmeli de olsa Türk hukukuna girmiş olması son derece isabetli olmuştur.

Türk ceza kanunundaki düzenlemenin uygulamada büyük sıkıntılar yaratmışlardır. Özellikle, göçmenlerin suçun konusu mu yoksa mağduru mu oldukları ve bu anlamda suçta “zincirleme suç” hükmünün uygulanıp uygulanamayacağı söz konusuydu.

Bununla birlikte, çaresizlik ve yoksulluk içerisindeki ve çoğu zaman bütün maddi birikimleri alınıp insanlık dışı bir ortam ve süreç içerisinde, yaşam ve beden bütünlükleri de zarara uğratarak ülkelerinden kilometrelerce öteye taşınan bu insanları sadece suçun konusu kabul etmek, suçla korunan hukuki yarar açısından da doğru olmayacaktır. 2010 tarihinde eklenen düzenleme önceki kanunların aksine mağduru açıkça belirtilerek, koşulları var olsa böyle, suçta zincirleme suç hükümleri uygulanamayacaktır.

Keza suçla konu “Türk vatandaşı veya yabancının yurt dışına çıkmasına imkan sağlama” seçimlik hareketi yönünden suçun tamamlanma anının tespiti doktrinde ve uygulamada görüş ayrılıklarına neden olmuştur.

Suçun soyut bir tehlike suçu olarak düzenlenmiş olması karşısında, suça teşebbüsün tamamlanmış suç gibi cezalandırılacağına göre bu tartışmaların çoğuna son verildi ve bu düzenlemeye göre suç teşebbüs aşamasında kalıp kalmaması önem arz etmeyecektir.

5237 sayılı TCK.nun 79/3. madde ve fıkrasında suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hali daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.

Bu hükümle örgütlenmenin bağımsız bir suç olarak kabul edilmediği ve bir suçun ağırlaştırıcı nedeni sayılmaktadır.göçmen kaçakçılığı suçunu örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenirse , o zaman faile aynı fiilden dolayı hem nitelikli unsurun gereği olarak ve hem de 220/4.md ve fıkrasına göre ceza verilecektir.

Esas itibariyle örgütlü suçluluk bakımından ne zaman fail maksat suçu işlemiş ve suçu işlerken örgütlenerek icra hareketlerini yerine getirmişse işte o zaman failin ağırlaştırılmış cezai sorumluluğunun gündeme gelecektir ve sadece bu suçdan dolayı cezalandırılacaktır. dolayısıyla yukarıdaki hükümler ceza hukukunun genel prensiplerine aykırıdırlar.

Son olarak, suça ilişkin yaptırım maddesinde gün karşılığı adli para cezasının alt ve üst sınırları arasındaki farkın bu kadar büyük bir tutulmasının doğru olmadığı, zira tayin olunacak cezanın belirlenmesi ve gerekçelendirilmesi ile ülkedeki uygulama birliğinin sağlanması açısından bu durumun sorun yarattığı, bu nedenle daraltılarak daha makul bir fark düzeyine getirilmesi doğrudur.

KAYNAKÇA

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA CEZA YARGILAMASI KURUM VE KAVRAMLARI, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2008.

AKDAĞ Gül Arıkan: AB Kapısında Türkiye ve Göç Politikası, Stratejik Öngörü, 2008, Sayı:4.

AKYILMAZ Gül: Osmanlı Hukukunda Köleliğin Sona Ermesi İle İlgili Düzenlemeler ve Tanzimat Fermanı'nın İlanından Sonra Kölelik Müessesesi, http://www.hukuk.gazi.edu.tr/dergi/cilt_9-sayi_1-2pdf, Erişim Tarihi 24/01/2014.

ALBAYRAK Mustafa: Notlu-Atıflı-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Öz Kitap, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009.

ARSLAN Çetin: Göçmen Kaçakçılığı Suçları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003, Cilt:52, Sayı:1.

ARSLAN Çetin: İnsan Ticareti Suçu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004, Cilt:53, Sayı: 4.

ARSLAN Çetin: Memura Aktif Mukavemet Suçu ve Bazı Suçlarla İhtimal Sorunu, AÜHFD, 2002, Cilt:51, Sayı:2.

ARSLAN Çetin - AZİZAĞAOĞLU Bahattin: Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, 1.baskı, Ankara 2004.

ARSLAN Çetin - TEMEL İlker – AYDIN Yusuf - ŞEN Y. Furkan - DOĞAN Koray-BACAKSIZ Pınar: Türkiye'de İnsan Ticareti İle Mücadelede Yasa Uygulama İle İlgili Stratejik Bir Yaklaşım, IOM Uluslararası Göç Örgütü, Ankara 2006.

ARTUÇ Mustafa: Göçmen Kaçakçılığı Suçu. Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Aralık 2007, Sayı:16.

- ARTUK Mehmet Emin - GÖKCEN Ahmet - YENİDÜNYA Ahmet Caner: 5237**
sayılı Yeni TCK'ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2.Baskı,
Turhan yayınevi, Ankara 2006.
- ARTUK Mehmet Emin - GÖKCEN Ahmet - YENİDÜNYA Ahmet Caner: TCK**
Şerhi, Turhan yayınevi, Ankara 2009.
- ARTUK Mehmet Emin - GÖKCEN Ahmet - YENİDÜNYA Ahmet Caner: Ceza**
Hukuku Genel Hükümler, 7.Baskı, Adalet yayınları, Ankara 2013.
- ARTUK Mehmet Emin- GÖKCEN Ahmet - YENİDÜNYA Ahmet Caner: Ceza**
Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Adalet yayınları, Ankara 2013.
- ATAKAN Arda: Kamu Düzeni Kavramı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk**
Araştırmaları Dergisi, 2007, Cilt: 13, Sayı: 1-2.
- AY M.Kadir - ÖZCAN Mehmet - İŞGÖREN Fikret: Türkiye Cumhuriyeti Hukuku**
Boşluk Analizi Yasadışı Göç ve İnsan Ticareti, Ankara 2007.
- AYBAY Rona: Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri, TBB Dergisi, 2007,**
Sayı:70.
- AYDIN Murat: 5.Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, "Tıp Ceza Hukukunun**
Güncel Sorunları", 28 Şubat - 1 Mart 2008, 1. Baskı, Türkiye Barolar Birliği
Yayınları:142, Ankara 2008.
- AYDIN Nurullah: Türk Suç ve Ceza Hukuku, Genel Hükümler-Özel Hükümler,**
Güncellenmiş 2. Baskı, Adalet yayınevi, Ankara 2009.
- AYDOĞANOĞLU Erkan: Uluslararası Emek Göçü, Yasadışı Göç ve Göçmen**
İstihdamı, <http://www.sendikanet.org/tr/modules/news/article>. Erişim Tarihi
12.04.2013.
- AYHAN Gençler: Yabancı Kaçak İşçilik Gerçeği ve Türkiye Örneği, TÜHİS İş Hukuku**

ve İktisat Dergisi, 2002, Cilt:17.

BAKICI Sedat: 5237 sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2007.

BAKICI Sedat: 5237 sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümler 1.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.

BAYRAKTAR Köksal - EVİK Vesile Sonay - KURT Gülşah: Özel Ceza Hukuku Uluslararası Suçlar, 1.Baskı, Oniki Levha Yayınları, Ankara 2016.

BİLEN Mesut: Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçu, Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.

BLOCH Marc: Feodal Toplum, Çev. Mehmet Ali Kılıçbay, Opus, Ankara 1997.

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

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

BRAVO Karen E.: Exploring the Analogy Between Modern Trafficking in Humans and the Trans- atlantic Slave Trade, Boston University International Law Journal, 2007, Vol: 25, No: 2.

CARMEN Galiana: Trafficking in women, Working paper, European Parliament Directorate-General for Research, Civil Liberties Series, LIBRE 109 EN, Brüksel 2000.

CENGİZ Serkan - DEMİRAĞ Fahrettin - ERGÜL Teoman - Mc BRİDE Jeremy - TEZCAN Durmuş: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Şen Matdaa, Ankara 2008.

- CENTEL Nur:** Türk Ceza Hukukuna Giriş, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2002.
- CENTEL Nur:** Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri Sistemi,
<http://www.nurcentel.com/makaleler/yenitckyaptirim.pdf>, Erişim Tarihi 14.02.2014
- COLLINS CONCISE DICTIONARY AND THESAURUS:** The Authority on Current English, Harper Collins Publishers, 2006.
- ÇAĞLAYAN Savaş:** Göç Kuramları, Göç ve Göçmen İlişkisi, Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2006, Sayı:17.
- ÇELİK Fatih:** İç Göçlerin İtici ve Çekici Güçler Yaklaşımı İle Analizi , Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Aralık-Temmuz 2006, Sayı:27.
- ÇELİKEL Aysel - ÖZTEKİN GELGEL Günseli:** Yabancılar Hukuku, 19.Basım, Beta yayınevi, İstanbul 2013.
- ÇİÇEKLİ Bülent:** Yabancılar Hukuku, 1. Basım, Ankara 2007.
- ÇİÇEKLİ Bülent:** Yasa Dışı Göç, İnsan Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti ile Mücadele ve Türkiye, Polis Bilimleri Dergisi, 2005, Cilt:7, Sayı:1.
- DADBAN Hasan:** Benjamin Whitaker (Özel Raporter) Tarafından Hazırlanan BM. Komisyonuna, Köleliğe Tedbir ve Onun Davacılarının Korunmasına İlişkin Raporu Eliştiriler, Kriminoloji Araştırma Dergisi, Tahran, 1997, Sayı:2.
- DEĞİRMENCİ Olgun:** Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda İnsan Ticareti Suçu, TBB Dergisi, 2006, Sayı 67.
- DEMİRBAŞ Timur:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Basım, Seçkin Kitabevi, Ankara 2007.
- DEMİRBAŞ Timur:** Kriminoloji, 2. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara 2005.
- DOĞAN İlyas:** Alman Öğretisinde İnsan Onuru ve Güncel Sorunlar Hakkında Kısa Bir Giriş, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, Cilt:13, Sayı: 2.

DOĞAN Koray: Göçmen Kaçakçılığı Suçu, 2. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara 2008.

DOĞAN Vahit: Türk Vatandaşlık Hukuku, 12. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2015.

DONAY Süheyl: Türk Ceza Kanunu Şerhi, 1. Baskı. Beta Yayınları, İstanbul 2007.

DÖNMEZER Sulhi - ERMAN Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım
Cilt:I, 14. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 1997.

DÖNMEZER Sulhi - ERMAN Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt:II,
12.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 1999.

DÖNMEZER Sulhi: Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 15. Bası, Beta Yayınları,
İstanbul 1998.

DUMAN Önder: Atatürk Döneminde Romanya'dan Türk Göçleri (1923-1938)
<http://www.yesevi.edu.tr/yayinlar>, Erişim Tarihi 17.02.2013.

DURAN Mustafa: 5237 Sayılı Yasada Düzenlenen Yağma Suçu, Basit Yağma Suçu,
Adalet Dergisi, Y. 97, Eylül 2005, Sayı: 23.

EREL Kemalettin: Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı Suçu. Türkiye
Barolar Birliği Dergisi, 2007, sayı:71.

EREL Kemalettin: Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları Kapsamında Yeni Ceza
Mevzuatı Yorumu, Adalet Yayınevi, Ankara 2008.

EREM Faruk: Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin, Ankara Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Dergisi, Yıl 25, 1968, Sayı: 2.

EREM Faruk - DANIŞMAN Ahmet – ARTUK Mehmet Emin: Ceza Hukuku Genel
Hükümler, 1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1997.

EROL Haydar: Gerekçeli, Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara
2005.

EVİK Ali Hakan: Göçmen Kaçakçılığı Suçu, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk

Fakültesi Dergisi, 2005, Cilt: 9, Sayı: 3-4.

FARAHANİ Samad: Kaçake İnsan, 2.Baskı, Ava Yayınları, Tahran 2012.

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

FIRAT Ahmet: Uluslararası Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti,
www.taa.gov.tr/dersnotlari/Gocmen-KacakciligiveInsanTicareti.doc Erişim
Tarihi 10.09.2011.

GLOBAL REPORT ON TRAFFICKING IN PERSONS, **UNODC, UN.GIFT**, February
2009, http://www.unodc.org/documents/Global_Report_on_Tip.pdf Erişim
Tarihi 14.11.2013.

GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI VE İNSAN TİCARETİNDE TÜRKİYE,
http://www.arem.gov.tr/proje/ars_rapor/gocmen/gk_turkiye.pdf Erişim Tarihi
26.01.2013.

GÖKÇEN Ahmet - BALCI Murat: Dolandırıcılık Suçu, Marmara Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi,1996, Cilt:14, Sayı:1-2.

GÜNER Cemil: İltica Konusunda Türkiye'nin Yol Haritası: Ulusal Eylem Plânı, Ankara
Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, Cilt:56, Sayı:4.

GÜRKAN Mustafa: Sosyolojik Açından Göç ve Yasadışı Göç Hareketleri, Yüksek
Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, kırıklale 2006.

GENÇLER Ayhan: Yabancı Kaçak İşçilik Gerçeği ve Türkiye Örneği, TÜHİS İş
Hukuku ve İktisat Dergisi, Ankara, Şubat 2002, Cilt:17, Sayı:3.

HAFIZOĞULLAR Zeki: Kurşun, Günay, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Bileşik
Suçun Tanımı Hakkında, Ankara Barosu Dergisi, Y. 65, Yaz 2007, Sayı: 3.

HAFIZOĞULLARI Zeki: 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Yorumu Meselesi,

<http://www.abchukuk.com/cezahukuku/tck-yorum.html>, Erişim Tarihi 13.11.2012.

HAFIZOĞULLARI Zeki - ÖZEN Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3.Baskı, Us a Yayınları, Ankara 2010.

HAKERİ Hakan: Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları, 3. Baskı, İstanbul 2005.

HAKERİ Hakan: Yeni Türk Ceza Kanununda İştirak, Ceza Hukuku Dergisi, Y.1, Ekim 2006, Sayı:1.

HAKERİ Hakan: Organ ve Doku Ticareti Suçu, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, 1. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi ,Bildiri Kitabı, İstanbul 2007.

HAKERİ Hakan: Ceza Hukuku, Genel Hükümler Kabahatler Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2007.

HAKERİ Hakan: Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti Suçları (TCK 201/a ve 201/b), http://www.akader.info/KHUKA/2004_mart/1.htm, Erişim Tarihi 04.06.2013.

<http://daccessddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NR0761/56/IMG/NR076156.pdf?OpenElement>.

http://ec.europa.eu/home-affairs/doc_centre/crime/crime_human_trafficking_en.htm
Erişim Tarihi 14.02.2013 (Bundan böyle “Report of the Experts Group on THB” olarak anılacaktır).

<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/101.doc>, Erişim Tarihi 04/06/2013.

<http://www.egm.gov.tr/hizmet.yabancilar.goc.asp>, Erişim Tarihi 21.05.2014.

<http://www.eğitimdergi.pamukkale.edu.tr/makale/say11>, Erişim Tarihi 17/03/2013.

<http://www.state.gov/g/tip/rls/tiprpt>, Erişim Tarihi 21/05/2013.

<http://www.kararara.com/form/viewform.php>, Erişim Tarihi 23/02/2015.

<http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/HT>, Erişim Tarihi 14/11/2013.

<http://www.hukukmedeniyeti.org/arama/karar>, Erişim Tarihi 14/03/2015.

HUMAN TRAFFİCKİNG, An Overview, United Nations Office on Drugs and Crime,
UN Global Initiative to Fight Human Trafficking, New York, 2008.

İÇDUYGU Ahmet: Türkiye’de Kaçak Göç, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, İstanbul
2004.

**İÇEL Kayıhan - ÖZGENÇ İzzet - SÖZÜER Adem - MAHMUTOĞLU Fatih S.-
ÜNVER Yener:** Suç Teorisi, 2. Kitap, türdav yayınevi, İstanbul 1999.

İÇEL Kayıhan - EVİK Ali Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler 2 Yenilenmi, Beta
Yayınları, İstanbul 2007.

İLKÖĞRETİM TÜRKÇE ALTIN SÖZLÜK, Altın Kitaplar, İstanbul 2008.

İNGİLİZCE-TÜRKÇE REDHOUSE SÖZLÜĞÜ, Redhouse Yayınevi, İstanbul 1995.

IOM (2003), World Migration Challenges and Responses for People on the Move,
Geneva. 2003

JONES Argues H.M.: Antik Dünyada Kölelik, Çev. Huseyni, Ali, Mizan Yayınları,
Tahran 2001.

KARAKAŞ Erhan: Milletlerarasi antlaşmaların Türk iç hukukundaki yeri, Nevşehir
Barosu Dergisi, Y.1, Mart 2014, Sayı:1.

KARAKEHYA Hakan: Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Arasındaki Yeri ve
Ceza Muhakemesi Bağlamındaki Önemi, Ceza Hukuku Dergisi, Y.2, Aralık 2007,
Sayı:5.

KARİMİ Ahmed: Fuhuş’dan Yararlanmak , 2.Baskı, Vahdet Yayını, Tahran 2003.

KARTAL Harun: Avrupa Birliğinin Yasadışı Göç Politikası ve Türkiye’ye Yansımaları,
Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.

KEMAL Kirişçi: Osmanlı ve Cumhuriyet Türkiye'sinde Göç ve Sığınma, Düşünce Gündem, İstanbul 2008.

KELLY Liz - REGAN Linda: “Stopping Traffic: Exploring The Extent Of And Responses Trafficking İn Women For Exploitation İn The Uk” ,Police Research Series, Paper 125, London. <http://www.homeoffice.gov.uk/rds/prgpdfs/125>, Erişim Tarihi 09.11.2013.

KIRLI Özlem: “Yasadışı Göç Sorunu”, Uluslararası Davraz Kovgresi Bildirileri/Küresel Diyalog, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi Ve İdari Bilimler Fakültesi Yayını, İsparta 2009.

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

KOCA Mahmut - ÜZÜLMEZ İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008.

KOCASAKAL Ümit: İnsan Ticareti Suçu (TCK 201/b), Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak 2003, Sayı:2.

KUTLU Mustafa: Yargıç, Kamu Düzeni ve Konformizm, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_184.htm, 27.02.2014.

KÜLÇÜR Erdem İzzet: uluslararası suçlar, siniraşan suçlar ve yabancılık unsuru kavramlarına dar ve geniş anlamda bir bakış, suç ve ceza hukuku dergisi, ocak-haziran 2016, Sayı: 1-2.

LA POLİTİQUE BELGE EN MATİÈRE DE TRAİTE DES ÊTRES HUMAİNS. Etat Des Lieux, Çev. İrej Tebrizi, İnsan Ticareti Konusunda Belçika Antlaşması Politikası, Fununi Muaser Yayınları, Tahran 2010.

MALAY Hasan: Çağlar Boyu Kölelik, Gündoğan, 1.Baskı, Gündoğan Yayınları, Ankara 1990.

MALKOÇ İsmail: Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, 1.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2000.

MALKOÇ İsmail: Açıklamalı İçtihatlı 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, Malkoç Kitabevi, Ankara 2007.

MALKOÇ İsmail - YÜKSEKTEPE Mert: Açıklamalarla ve Yorumlarla 5271 sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, Malkoç Kitabevi, Ankara 2008.

MANAV Hakkı: Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti, 1.Baskı, Turhan kitabevi, Ankara 2010.

MERAN Necati: Yeni Türk Ceza Kanununda Sahtecilik Malvarlığı Bilişim Suçları İle Ekonomik Ve Ticaret Alanında Suçlar, 2. Baskı, Seçkin Yayınlar, Ankara 2008.

MİCHAEL J.: “The Shifting Grounds for Immigration”, The Annals of the American Academy of Political and Social Science,1986, Vol:485, No:1.

MIHÇAK Muhittin: Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ve Cürüm İşlemek İçin Teşekkül Oluşturmak Suçları, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.

ODMAN M. Tevfik: İltica, Suçluların Geri Verilmesi ve Terör Suçluları, Askerî Yargıtay’ın 85’nci Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, Ankara 1999.

ÖMER DEMİR Öğuzhan - KÜÇÜKUYSAL Bahadır: Sınıraşan Organize Suçlar, 3.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

ÖNDER Ayhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994.

ÖNOK Rıfat Murat: 5237 Sayılı Yeni TCK’ya Göre Uluslararası Suçlar, Hukuk ve Adalet Yıl 2, Nisan 2005, Sayı:5.

ÖZBEK Vli Özer: TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Cilt:2, 1.Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara 2008.

ÖZBEK Veli Özer: TCK İzmir Şerhi Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli- İctihatlı) Genel Hükümler (Madde1-75), Cilt:1, 4.Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara 2010.

ÖZGENÇ İzzet: Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler, 3. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara 2006.

ÖZGENÇ İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara 2008.

ÖZKAN Güneş: Türkiye İle Bağlantılı Yasadışı Göç ve İnsan Kaçakçılığının Analizi, Yüksek Lisans Tezi, Kara Harp Okulu Savunma Bilimleri Enstitüsü, 2004.

ÖZKAN Işıl: Göçmen İşçilerin Korunması, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, 1. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2003.

ÖZTÜRK Bahri - ERDEM Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2005.

ÖZTÜRK Bahri - ERDEM Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 10. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara 2008.

PARLAR Ali - HATİPOĞLU Muzaffer: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt.I, Yayın Matbaacılık, Ankara 2007.

PARLAR Ali - HATİPOĞLU Muzaffer: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.II, Yayın Matbaacılık, Ankara 2007.

POLAT Halil: Uygulamadan Örnek Evraklarla Soruşturma ve Kovuşturma Aşamasında Özel Ceza Yasalarındaki Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2009.

POLAT Oğuz - ÖZTEL Hilal: Çocukların Kaçırılması ve Organ Ticareti, Ceza Hukuku Dergisi, Y.2, Aralık, 2007, Sayı:5.

PÜSKÜLLÜOĞLU Ali: Türkçe Sözlük, Can Yayınları, İstanbul 2007.

QUIRK Joel: “Trafficked into Slavery”, Journal of Human Rights, January-March, 2007, Vol: 6, No:1.

RAYNAUD Philippe - RIALS Steohane: Siyaset Felsefesi Sözlüğü (Dictionnaire De Philosophie Politique) 2.Baskı, İletişim Yayınları, Ankara 2011.

SALLAN GÜL Songül: Dış Göçler, Yoksulluk ve Türkiye’de Göçmenlere Yönelik Yardımlar, İnsan Hakları Yıllığı, 2002, Cilt :23-24.

SCULLY Eileen: Soğuk Savaş Öncesinde Fuhuş Emeginin Ticareti: Bazı Çağdaş Dersler, Çev. Saeed Ensarirad, İtimad Milli Yayınları, Tahran 2004.

SEVER Hanifi –ARSLAN Salih: İnsan Borsası, Adalet Yayınevi, Ankara 2008.

SEVER Hanifi: Ysadişı Göç ve Göçmen Kaçakçılığı, 1.Baskı, Adalet yayınları, Ankara 2014.

SEVİL Necmettin Kamil - RAYNAUD Philippe – RIALS Stéphane: Siyaset Felsefesi Sözlüğü (Dictionnaire de philosophie politique) Çev. İsmail Yerguz – Emel Ergun – Hüsnü Dilli, İletişim, İstanbul 2003.

SEYHAN Osman- AKGÜL Alper: Türkiyede İnsan Ticareti Mağdurları, 1.Baskı, Adalet yayınları, Ankara 2014.

SİRMEN K. Sedat: Yabancıların Türkiye’den Sınırdışı Edilmesine İlişkin Temel Düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Türkiye Hakkında Verdiği Örnek Karar, Ankara Barosu Dergisi, Y.67, 2009, Sayı:3.

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

SOYASLAN Doğan: Teşebbüs Suçu, Kazancı Kitap, İstanbul 1994.

SOYASLAN Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara

2012.

SOYASLAN Doğan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

SOYER Sesim: İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali ile Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçlarına İlişkin Bazı Düşünceler, Hukuki Perspektifler Dergisi, Temmuz 2006, Sayı:7.

STALKER Peter: Workers Without Frontiers, The Impact of Globalization on International Migration, Lynne Rienner Publisher, Geneva 2000.

ŞAFAK Ali: Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, 4. Bası, Selim Kitabevi, Ankara 2002.

ŞAHİN Nac: XIX. Yüzyıl Sonrasında Anadolu'ya Yapılan Göç Hareketleri ve Anadolu Coğrafyası'ndaki Sosyo-Kültürel Etkileri.
<http://www.sosbil.aku.edu.tr/dergi/VIII1/nsahin.pdf>, Erişim Tarihi 12.01.2104.

ŞEN Ersan - MALBELEĞİ Erkam: Türk Ceza Kanununda Uluslararası Suçlar, Seçkin yayınevi, Ankara 2011.

ŞEN Ersan: Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt:I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.

ŞEN Y. Furkan: Dünya ve Türkiye Perspektifinden Göçmen Kaçakçılığı İnsan Ticareti Organ-Doku Ticareti, Kom/Tadoc Yayınları, Ankara 2006.

ŞENER Esat: Hukuk Sözlüğü, Seçkin Yayınları, Ankara 2001.

ŞİRİN Osman- AŞANER Halim- YALVAÇ Gürsel – ÖZDEMİR Muzaffer- EREL Kemalettin: Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları Kapsamında Yeni Ceza Mevzuatı Yorumu, Adalet Yayınevi, Ankara 2008.

TANERİ Gökhan: Uluslararası Hukukta Mülteci ve Sığınmacıların Geri Gönderilmemesi İlkesi, 1.Baskı, Bilgi yayınevi , Ankara 2012.

TEKİNALP Gülören: Türk Yabancılar Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2003.

TESSIER Kevin, “The New Slave Trade: The International Crisis of Immigrant Smuggling”, Indiana Journal of Global Studies,1995-1996, vol. 13.

TEZCAN Durmuş - ERDEM Mustafa Ruhan – ÖNOK, R.Murat: 5237sayılı Türk Ceza Kanununa Güre Teorik Ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007.

TEZCAN Durmuş- ERDEM Mustafa Ruhan- ÖNOK R. Murat: Uluslararası Ceza Hukuku, 2.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2014.

TODARO Michael: “A Model of Labor Migration and Urban Unemployment in Less Developed Countries”,The American Economic Review,1969, Cilt:59, s.138-148, <http://www.jstor.org/view/00028282/di950409/95p0344o/0>. Erişim Tarihi 15.07.2014.

TOROSLU Nevzat: Ceza Hukuku Genel Kısım, 21.Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2015.

TOSUN Leman: İnsan Ticareti, Özellikle Kadın Ve Çocuk Ticareti Konusunda Uluslararası Düzenlemeler ve İç Hukuk Kuralları, Adalet Dergisi, Temmuz 2003, Sayı:16.

TÜMERKAN Somay: Dolandırıcılık Suçu, Turhan Kitabevi, İstanbul 1987.

TUNÇ hasan: Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi Ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye İle Örnek Karar İncelemesi, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anayargi/tunc.pdf, Erişim Tarihi 23.01.2018.

TURHAN Faruk: Ceza Hukuku Genel Hükümler,

[.http://www.iibf.sdu.edu.tr/fturhan/cezahukuku/Ceza_Hukuku_Genel_Hukumler_I.rtf](http://www.iibf.sdu.edu.tr/fturhan/cezahukuku/Ceza_Hukuku_Genel_Hukumler_I.rtf)

Erişim Tarihi 17.03.2014

TURHAN Faruk: Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Uluslararası Suçlar,

<http://www.adalet.gov.tr/makale>, Erişim Tarihi 24.08.2014

TURHAN Faruk: Türk Ceza Kanunu'nun Yer Bakımından Uygulanmasında Evrensellik İlkesi ve Yeni TCK, Hukuki Perspektifler Dergisi, Ağustos 2005, Sayı:4.

TURHAN Faruk: Yeni Türk Ceza Kanunu'na Göre Uluslararası Suçların Cezalandırılması, Hukuki Perspektifler Dergisi, Nisan ,2005, Sayı:3.

TÜRK HUKUKUNDA İNSAN TİCARETİ SUÇU EL KİTABI, “Türkiye'nin İnsan Ticareti ile Mücadele Çabalarının ve Tüm İnsan Ticareti Mağdurlarının Adalete Erişimlerinin Desteklenmesi” - AB Hibe Projesi, 2. Baskı, Ankara, Kasım 2009.

ÜMİT Ceyda: Mülteci Hukukuna Genel Bakış ve İltica-Sığınma Konularında Türkiye'deki Uygulama, Adalet Dergisi, Y. 92, Ankara 2001, Sayı:8.

ÜNAL Şeref: Uluslararası Hukuk, Yetkin yayın, Ankara 2005.

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

ÜNVER Yener: Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer,1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.

ÜZÜLMEZ İlhan: Dolaylı Faillik, EÜHFD, 2006, Cilt:1, Sayı: 2.

ÜZÜLMEZ İlhan: Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj Ve Cebir Kullanma Suçları, 10.Basım, Turhan kitabevi, Ankara 2007.

VAHİT Doğan: Türk Vatandaşlık Hukuku, 13. Basım, Savaş yayınevi, Ankara 2015.

VATANOĞLU Elif – ÜNVER Yener: Avrupa Birliği Düzeyinde Organ Bağışı ve Nakli Politika Seçenekleri Konsültasyon Dökümanı, Organ Nakli ve Organ

Ticareti Suçu, Proje Yöneticisi: Kayıhan İçel, Editör, Ankara 2009.

VAZ CABRAL Georgina: Trafficking In Unaccompanied Minors In The European Union, A Comparative Approach, International Organization For Migration European Commission, Programme Stop II, 2003.

WESSELS Johannes – HILLENKAMP Thomas: Yağma Suçu, Malvarlığına Karşı Suçlar ve Ekonomik Suçluluk, Proje Yöneticisi: Kayıhan İçel, Editör:Yener Ünver, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009.

YALÇIN Cemal: Göç Sosyolojisi, Anı Yayıncılık, Ankara 2004.

YAVUZ Hakan A.: Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Basit Dolandırıcılık Suçu, Ceza Hukuku Dergisi, Y. 1, Ekim 2006, Sayı:1.

YENİDÜNYA Ahmet Caner: İnsan Ticareti Suçu (TCK m.80), Turhan Kitapevi, Ankara 2007.

YENİDÜNYA Ahmet Caner- ALŞAHİN Mehmet Emin: Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK. m. 79), TBB Dergisi, 2009, Sayı:82.

YILDIRIM Tülay: Güvenlik Ekseninde Avrupa Birliği Mülteci Hukuku, 1.Baskı, Ankara 2016.

YILMAZ Ejder: Hukuk Sözlüğü, 7. Baskı, Yetkin Yayınları , Ankara 2002.

ZHANG Sheldon X. – PINEDA Samuel L.: “Corruption as A Casual Factor in Human Trafficking”, Organized Crime – Culture, Markets and Policies, Editors: Dana Siegel- Hans Helen, Studies of Organized Crime, Springer, New York 2008.

ÖZET

İnsan Ticareti Ve Göçmen Kaçakçılığı Suçları: Doktora Tezi

Ankara 2018

Bu suçlar Türkiye ve çok ülkelerde yeni suçlar olarak, 2000 yılında palermoda düzenlenen konferansta, sınıraşan örgütlü suçlara karşı birleşmiş milletler bir sözleşme yapmış ve bu sözleşme ve onun ek protokolundan bu suçlar kaynaklanmışlardır.

Bu çalışma üç bölümden oluşmaktadır.

I. bölümde bu suçların tarihi gelişimi, temel kavramlar ve ortaya çıkışları ele alınmıştır.

II. bölümde insan ticareti suçu türk ceza hukuku açısından değerlendirilmiş ve bu suçun unsurları ve özel görünüş şekilleri ve usul hükümleri tamamen incelenmiştir.

III. bölümde ise göçmen kaçakçılığı suçu türk hukuku açısından açıklanmaya çalışılmıştır. Bu bölümde suçun unsurları ve özel görünüş şekilleri ve suçlarla ilgili mevzuatlar ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Sözcükler: göçmen, insan kaçakçılığı, palermo sözleşmesi, sınıraşan suçlar.

ABSTRACT

Smuggling of migrants and human trafficking crimes: PhD Dissertation Ankara 2018

These crimes are new crimes in the world and the crimes arise from a conference that was convened by the United Nations in 2000 under the title of the Convention on the Transnational Organized Crime and its Additional Protocols.

The dissertation consists of three chapters.

First chapter: In this chapter these crimes are discussed historically in terms of concepts and meanings.

In the second chapter, human trafficking has been investigated in terms of Turkish law in which the elements of crimes and its specific forms as well as issues related to criminal proceedings have been considered.

The third chapter is related to smuggling of migrants in Turkish law. In this chapter the elements of this crime and its specific forms and related issues have been investigated.

Key Words: Immigrant/Migrant, Human Trafficking, Palermo Convention, Transnational Crimes