

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇU

Yüksek Lisans Tezi

Bülent YENİGÜN

İstanbul, 2010

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇU

Yüksek Lisans Tezi

Bülent YENİGÜN

Danışmanı Doç. Dr. A. Caner YENİDÜNYA

İstanbul, 2010

Marmara Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Tez Onay Belgesi

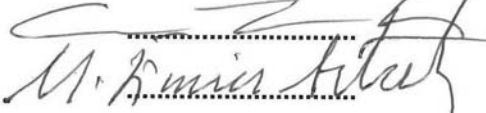
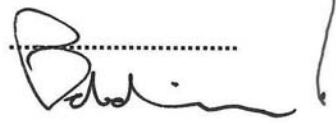
HUKUK Anabilim Dalı KAMU HUKUKU Bilim Dalı Yüksek Lisans öğrencisi
BÜLENT YENİGÜN'ün GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇU adlı tez çalışması, Enstitümüz
Yönetim Kurulunun 08.02.2010 tarih ve 2010-2/2 sayılı kararıyla ile oluşturulan jüri
tarafından oy birliğiyle Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

Tez Savunma Tarihi : 26.14.2010

- 1) Tez Danışmanı : DOÇ. DR. A. CANER YENİDÜNYA
2) Jüri Üyesi : PROF. DR. MEHMET EMİN ARTUK
3) Jüri Üyesi : YRD. DOÇ.DR. TAMER PEKDİNÇER

ÖZET

GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇU

Göç insanlık tarihi boyunca var olan bir olgudur ve göçe ilişkin sayısal veriler esas alındığında 20. yüzyıl göç çağı olarak nitelendirilmiştir. Hızla artmaya devam eden bu olgunun devletlerin ekonomik, sosyal ve kültürel yapısına olan menfi etkileri, uluslararası toplumları ilgilendiren yapısı, tüm devletleri yasa dışı göçle mücadelele yönelik bir işbirliğine ve kendi mevzuatlarında etkin düzenlemelere yöneltmiştir. Nedenler sadece bundan ibaret değildir. Suçun mağduru olarak kabul edilmeleri gereken göçmenlerin yasa dışı göç olgusunda karşılaştıkları ve tabi tutuldukları insanlık dışı muamelelerde kuşkusuz düzenlemelere esas önemli bir etkidir.

Türkiye’de 2002 yılına kadar olan süreç içerisinde suça ilişkin doğrudan bir düzenlemenin olmaması, bugün suç konusu olan bir takım hareketlerin yaptırımsız kalması sonucunu doğurmuştur. Bu anlamda göçmen kaçakçılığı suçu ilk olarak, 3.8.2002 tarih ve 4771 sayılı kanunun 2. maddesiyle 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’na 201/a maddesi olarak eklenmiş ve bağımsız bir hüküm olarak Türk hukuka girmiştir. Suç, Yeni Türk Ceza Kanunu’nun ise 79. maddesinde düzenlenmiştir.

Bu suçun inceleme konusu yapılmasındaki amaç, yeni düzenlemenin eski Türk Ceza Kanunu’ndan farklı olmasının sonuçları itibariyle uygulamada yarattığı önemli sorunlar ve konuya ilişkin çalışmanın sınırlı sayıda olmasıdır. Öyle ki, göçmenlerin suçun mağduru mu yoksa konusu mu oldukları, buna bağlı olarak suçta zincirleme suç hükmünün uygulanıp uygulanamayacağı, özellikle suça konu “Türk vatandaşı veya yabancının yurt dışına çıkmasına imkan sağlama“ seçimlik hareketi yönünden suçun tamamlanma anı uygulamada halen sıkıntı yaratan sorunlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu çalışmada ilk olarak göç ve göçmen kaçakçılığı kavramı üzerinde durulmuş, fiilin uluslararası mevzuatta ve Türk hukukunda düzenlenişi irdelenmiş, sonrasında ise Yeni Türk Ceza Kanunu’ndaki düzenleme itibariyle suçun yapısal unsurları, özel

görünüş şekilleri, yaptırım ve kovuşturma koşulları ile usul hükümleri detaylı olarak incelenmiştir.

Neticede, göçmen kaçakçılığı suçunun gecikmeli de olsa Türk hukukuna girmesinin isabetli olduğu ancak suçun özel bir kanunda yer almasının daha doğru olacağı, eski düzenlemeden farklı olarak suça teşebbüsün olanaklı kılınmasının yerinde olduğu, göçmenlerin suçun konusu değil mağdurları olarak kabul edilmeleri gerektiği ve bu nedenle zincirleme suç hükmünün uygulanabileceği, “Türk vatandaşı veya yabancıların yurt dışına çıkmasına imkan sağlama“ seçimlik hareketi yönünden, imkan sağlayıcı hareketlerin yapılmasıyla yurt dışına çıkış sağlanamamış ise eylemin teşebbüs aşamasında kaldığının kabul edilmesi gerektiği ve yaptırıma ilişkin olarak da gün karşılığı adli para cezasının alt ve üst sınırları arasındaki farkın bu kadar büyük olmaması gerektiği çalışmada varılan sonuçlar olarak ortaya konulmuştur.

Anahtar Sözcükler: Yasadışı göç, Pasaport, Göçmen kaçakçılığı suçu, Göçmen, Uluslararası Suçlar.

ABSTRACT

THE CRIME OF THE SMUGGLING OF MIGRANTS

People have migrated for centuries; the statistics regarding migration indicate that the 20th century is the century of migration. It has impacted negatively on the economic, social and cultural structures of the host countries and forced them to collaboration against illegal migration and revise their legislations. This is not the only reason. Victims of illegal human trafficking have been subjected to inhuman treatment due to the illegality of smuggling, and this has been an important factor in the attempts to reinforce and revise legislations.

Until 2002 Turkey did not have regulations directly related to the crime, therefore movements of people which would be considered as crime today were not prosecuted. The smuggling of migrants was recognized as a crime and added to the Turkish Penal Code of 765 as article 201/a through the article 2 of the law dated 3.8.2002 and numbered 4771. Thus it has become an independent statute of the Turkish law. The crime has been defined in the article 79 of the new Turkish Penal Code.

The reason behind having this crime as the object of this study is that firstly, the difference between the new regulation and the old Turkish Penal Code has created difficulties in its application and secondly, the number of research in this area is very limited. It is still unclear whether illegal immigrants are victims or perpetrators of the crime; whether illegal trafficking of immigrants could be identified as a chain of crime and as such it could be applied to trafficking of immigrants and particularly the issue of time of the crime when “facilitating for a Turkish citizen or a foreign national to leave the country”.

These are the issues elaborated on in this study: migration and the trafficking of migrants; its place in international and Turkish legislations; subsequently its place in

the New Turkish Penal Code, its structural elements, specific situations, rules regarding prosecution and procedures.

It has been concluded that despite the delay, its inclusion in the Turkish law is a positive development, however it would be better if the crime was the subject of a specific law; contrary to the old legislation the new legislation affirms that the illegally trafficked migrants are the victims and not the perpetrators, thus the rules of chain of crime can be applied; it should be accepted that to facilitate “a Turkish citizen or a foreign national to leave the country” is an attempt to commit the crime if the person has not left the country, therefore the difference between the upper and lower limits of the fine based on the day should not be as wide as it is.

Keywords: Illegal Immigration, Passport, the Crime of the Smuggling of Migrants, Immigrant, International Crimes.

İÇİNDEKİLER

Sayfa No.

KISALTMALAR	x
GİRİŞ	1

BÖLÜM I

KAVRAM - TARİHİ GELİŞİM –ULUSLARARASI MEVZUATTA VE TÜRK HUKUKUNDA FİİLİN DÜZENLENİŞİ

1. GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI KAVRAMI VE BENZER SUÇLARLA MUKAYESESİ	
1.1. Göç ve Göçmen Kaçakçılığı Kavramı	3
1.2. Benzer Suçlarla Mukayesesi.....	5
1.2.1. Genel Olarak	5
1.2.2. İnsan Ticareti Suçu	5
1.2.3. Fuhuş Suçu	9
1.2.4. Dolandırıcılık Suçu	10
1.2.5. 5682 Sayılı Pasaport Kanununda Yer Alan Suçlar ve Kabahatler.....	11
1.2.5.1. Genel olarak	11
1.2.5.2. Türkiye Cumhuriyeti Sınırlarını Pasaportsuz veya Pasaport Yerine Kaim Olacak Bir Vesikayı Hamil Olmaksızın Terk Etmek veya Buna Teşebbüs Etmek	12
1.2.5.3. Türkiye Cumhuriyeti Sınırlarından Pasaportsuz Olarak Girme	13
1.2.5.4. Bakanlar Kurulu’nca Tayin Olunan Mahallerden Başka Yerlerden Türkiye’ye Girme veya Çıkma	15

1.2.5.5. Yolcuları, Pasaport ve Diğer Vesikaların Yoklanması İçin Hükümetçe Tayin Olunan Mevkilerin Gayri Olan Yerlere Bilerek Nakletme, Kara, Deniz ve Hava Taşıtlarını Sevk ve İdare Etme veya Bu Hususta Kılavuzluk Yapma	16
---	----

2. GÖÇ VE GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞININ TARİHİ GELİŞİMİ

2.1. Genel Olarak	18
2.2. Türkiye’den Yapılan Göç Hareketleri	20
2.3. Osmanlı İmparatorluğu’na Yapılan Göç Hareketleri	21
2.4. Türkiye Cumhuriyeti’ne Yapılan Göç Hareketleri	22

3. ULUSLARARASI MEVZUAATTA FİİLİN DÜZENLENİŞİ

3.1. Genel Olarak	23
3.2. Antlaşma ve Protokoller	23
3.2.1. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi	23
3.2.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	25
3.2.3. 1951 Tarihli Cenevre Sözleşmesi ve Bu Sözleşmeye Ek 1967 Tarihli Protokol	26
3.2.4. Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme	28
3.2.5. Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı BM (Palermo) Sözleşmesi	30
3.2.6. Sınırı Aşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesine Ek, Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol	31
3.2.7. Diğer Belgeler	32

4. TÜRK HUKUKUNDA GÖÇ OLGUSUNUN DÜZENLENİŞİ

4.1. Genel Olarak	33
4.2. Göçmen Kaçakçılığı Suç Tipinin İhdasından Önceki Yasal Durum	36
4.3. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunundaki Durum	39

BÖLÜM II
5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA GÖÇMEN
KAÇAKÇILIĞI SUÇU

1. GENEL OLARAK	44
2. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ YARAR	46
3. GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇUNUN UNSURLARI	
3.1. Kanuni Unsur (Tipiklik)	48
3.2. Suçun Maddi Unsurları	50
3.2.1. Fiil	50
3.2.1.1. Yabancıyı Ülkeye Sokmak	53
3.2.1.2. Yabancı'nın Ülkede Kalmasına İmkan Sağlamak	57
3.2.1.3. Türk Vatandaşı veya Yabancı'nın Yurt Dışına Çıkmasına İmkan Sağlamak	62
3.2.2. Netice	65
3.2.2.1. Yabancıyı Ülkeye Sokmak Bakımından	66
3.2.2.2. Yabancı'nın Ülkede Kalmasına İmkan Sağlamak Bakımından	66
3.2.2.3. Türk Vatandaşı veya Yabancı'nın Yurt Dışına Çıkmasına İmkan Sağlamak Bakımından	67
3.2.3. Fail	68
3.2.4. Mağdur	69
3.2.5. Konu	73
3.3. Suçun Manevi Unsuru	75
3.4. Hukuka Aykırılık Unsuru	78
4. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ	

4.1. Teşebbüs	81
4.1.1. Yabancıyı Ülkeye Sokmak Bakımından	83
4.1.2. Yabancı'nın Ülkede Kalmasına İmkan Sağlamak Bakımından	84
4.1.3. Türk Vatandaşı veya Yabancı'nın Yurt Dışına Çıkmasına İmkan Sağlamak Bakımından	87
4.2. İştirak	90
4.3. İçtima	93

BÖLÜM III

YAPTIRIM - SUÇUN SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA

USULÜ

1. YAPTIRIM VE GÜVENLİK TEDBİRLERİ

1.1. Yaptırım	99
1.1.1. Suçun Temel Şekli	99
1.1.2. Suçun Nitelikli Hali	101
1.1.3. Cezadan Mahsup	110
1.2. Güvenlik Tedbirleri	111
1.2.1. Genel Olarak	111
1.2.2. Tüzel Kişiler Hakkında Güvenlik Tedbirleri	112
1.2.2.1. İznin İptali	114
1.2.2.2. Müsadere	117
1.2.2.3. Orantılılık İlkesi	117
1.2.3. Müsadere	118

1.2.3.1. Genel Olarak	118
1.2.3.2. Eşya Müsaderesi	121
1.2.3.3. Eş Değer Müsadere	125
1.2.3.4. Orantılılık İlkesi	126
1.2.3.5. Kısmi Müsadere	126
1.2.3.6. Müşterek Mülkiyete Konu Eşyanın Müsaderesi	127
1.2.3.7. Kazanç Müsaderesi	127
1.2.3.8. Kaim Değer Müsaderesi	130
1.3. Sınır Dışı Edilme	131
1.3.1. Uluslararası Mevzuatta Sınır Dışı Edilme	131
1.3.2. Ulusal Mevzuatta Sınır Dışı Edilme	133
2. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA KOŞULLARI	
2.1. Şikayet	136
2.2. Yetkili Mahkeme	137
2.3. Görevli Mahkeme	138
2.4. Dava Zamanaşımı	140
3. USUL HÜKÜMLERİ	140
4. YURT DIŞINDA İŞLENEN GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇUNUN	
TÜRKİYE’DE KOVUŞTURULMASI	143
SONUÇ	146
Kaynaklar	149

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
K.	: Karar
Karşl.	: Karşılaştırınız
m.	: Madde
MK	: Medeni Kanun
PK	: Pasaport Kanunu
RG	: Resmi Gazete
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.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Y.	: Yargıtay
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YİSHK	: Yabancıların İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
YTCK	: Yeni Türk Ceza Kanunu

GİRİŞ

Yasa dışı göç, günümüzde gerek ulusal ve gerekse uluslararası boyutta ülkelerin güvenliğini, ekonomik ve sosyal yapılarını tehdit eden ve insan haklarına yönelik ihlalleri ile de doğrudan tüm insanlığı ilgilendiren bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Sorunun kuşkusuz birçok nedenleri vardır. Ana faktör göçmenlere bağlı etkenler olmakla birlikte süreç içerisinde devletlerin konuya ilişkin politikaları da belirleyici olmuştur. Nedenleri ne olursa olsun yasa dışı göç olgusunun hızla artış gösteren yapısı, her açıdan ülkelere olan menfi etkileri, oluşturduğu illegal ekonomik boyut ve de suçun artık ulusal ve uluslararası nitelikteki organize suç örgütleri tarafından işlenen bir suç tipi haline gelmesi, suça ilişkin uluslararası işbirliğini ve ülke bazında da etkin yasal düzenlemeleri gerekli kılmaktadır.

Türkiye'nin sahip olduğu coğrafi konum inceleme konusu suç tipi yönünden çok daha büyük bir önem ve özellik arz eder. Zira ülkemiz, ekonomik ve siyasi istikrarsızlık içeren doğu ve orta doğu ülkelerinden, ekonomik ve sosyal olarak refah düzeyini yakalamış Avrupa ülkelerine gidişteki köprü konumu ile bir transit ülke konumundadır. Keza ülkemizdeki işsizlik sorununun vatandaşlarımızı yasa dışı yollardan Avrupa ülkelerine yönelttiği görülmektedir. Bu anlamda Türkiye kaynak ülke konumundadır. Yakın dönemde ise özellikle eski doğu bloku ülkeleri vatandaşları yönünden ülkemizin bir hedef ülke konumuna geldiği görülmektedir. Bu anlamda yasa dışı göçün, Türkiye açısından her zaman sorun olmaya devam edecek süreklilik arz eden bir olgu olarak karşımıza çıktığı söylenebilir.

Türk hukukunda 2002 yılına kadar olan süreçte suça ilişkin doğrudan bir düzenlemenin olmadığı ve göçmen kaçakçılığı suçunun ilk olarak 03.08.2002 tarih ve 4771 sayılı kanunla, 765 sayılı TCK'na 201/a maddesi olarak eklendiği görülmektedir.

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren Yeni Türk Ceza Kanunu'nda da suç muhafaza edilmiş ve 5237 sayılı TCK.nun 79. maddesinde “Uluslararası Suçlar” kısmında düzenlenmiştir.

Bu çalışmada suçun nedenleri üzerinde durulmamıştır. Amaç, hürriyeti bağlayıcı ceza ve adli para cezasına ilişkin yaptırımlar içermesi itibariyle göçmen kaçakçılığı suçu ile mücadelede en etkin tedbir olarak karşımıza çıkan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemenin incelenmesi, yeni bir düzenleme olması nedeniyle uygulamada yarattığı sorunlar ve istenen amacı sağlayıp sağlayamadığının belirlenmesidir.

Bu anlamda düzenleme ile getirilen suçun oluşumuna esas maddi ve usul hukukuna ilişkin somut olaylar, belirlenen ve öngörülen sorunlar, doktrin görüşleri ve Yargıtay kararları ile birlikte ele alınarak değerlendirilme konusu yapılmıştır.

Üç bölümden oluşan çalışmanın ilk bölümünde göç ve göçmen kaçakçılığı kavramı üzerinde durulmuş, ulusal mevzuatta yer alan benzer suçlarla mukayeseleri yapılarak, tarihsel süreçte ülkemize yapılan ve ülkemizden yapılan göç hareketleri irdelenmiştir. Devamla fiile ilişkin uluslararası mevzuattaki sözleşme ve protokoller ele alınarak, suç tipinin ihdası öncesinde ülkemizdeki yasal durum ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeyle mukayesenin sağlanması açısından 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki göçmen kaçakçılığı suçu genel hatlarıyla değerlendirilmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümünde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun 79. maddesinde yer alan “göçmen kaçakçılığı” suçu, tüm unsurları ve özel görünüş şekilleri ile birlikte detaylı olarak ele alınmıştır.

Çalışmanın son bölümünde ise suça ilişkin yaptırım ve güvenlik tedbirleri ile soruşturma ve kovuşturma koşulları ve ayrıca suçla ilgili usul hükümleri incelenmiş ve neticesinde çalışmada varılan sonuçlar ortaya konulmuştur.

BÖLÜM I

KAVRAM - TARİHİ GELİŞİM – ULUSLARARASI MEVZUATTA VE TÜRK HUKUKUNDA FİİLİN DÜZENLENİŞİ

1. GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI KAVRAMI VE BENZER SUÇLARLA MUKAYESESİ

1.1. Göç ve Göçmen Kaçakçılığı Kavramı

Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlükte göçmen, “Kendi ülkesinden ayrılarak yerleşmek için başka ülkeye giden (kimse, aile veya topluluk), muhacir“; göçmen kaçakçılığı ise, “Doğrudan veya dolaylı olarak, mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek amacıyla, bir kişinin vatandaşlığını taşımadığı veya sürekli ikametgahının bulunmadığı bir ülkeye yasal olmayan yollardan girişinin sağlanması“ olarak tanımlanmaktadır.¹

Göçle ilgili birçok tanımlama yapılmıştır. Örneğin en genel anlamıyla göçün, kişilerin oturdukları yerleri nispeten sürekli olarak ve kayda değer uzaklıklar içinde değiştirmeleri olduğu ifade edilmiştir. Bununla birlikte tanımlar incelendiğinde temel unsurun “yer değiştirme” olduğu ve bu yer değiştirmenin ise uzun veya kısa mesafede yurt içi veya uluslararası olduğu belirtilmektedir.²

Uluslararası belgelerde, Türk hukukundaki yasal düzenlemelerde, doktrinde ve uygulamada inceleme konusu bu suç tipine ilişkin olarak, yerleşik bir ifade ile “Göçmen kaçakçılığı suçu” terimi kullanılmaktadır.

¹Bkz. <http://www.tdk.gov.tr>, (e.t. 02.02.2010).

²Bu konuda bkz. Güleç, Sevcin – Sancak, Hatice Özkan, “Göç, Kimlik ve Aidiyet: Almanya’da Yaşayan Türkiye Kökenli Gençler Açısından Bir Analiz”, <http://www.idc.sdu.edu.tr/tammetinler/goc/goc9.pdf>, (e.t. 17.02.2010).

Sözlükteki “göçmen” kavramına getirilen tanımlama esas alındığında bu terimin yeterli olduğu söylenemez. Zira sözlükteki tanıma esas kabul edilen “yerleşmek” amacı göçmen kaçakçılığı suç tipi için zorunlu değildir. Kaldı ki suçun maddi konusunun sadece göçmenler ile sınırlı olduğu da söylenemez. Bu anlamda mülteciler, sığınmacılar, yabancılar, vatansızlar da pekala suçun konusu olabileceklerdir.

Burada haklı olarak önemli olanın insan faktörü olduğu, bundan dolayı bu suç için “İnsan Kaçakçılığı” teriminin kullanılmasının daha doğru olacağı belirtilmiş,³ bununla birlikte “kaçakçılığa” ilişkin sözlükteki tanımlama esas alındığında suça konu eylemlere “göçmen kaçakçılığı suçu” denilmesinin yerinde bir düzenleme olduğu da ileri sürülmüştür.⁴

04.02.2003 tarih ve 25014 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren 4803 sayılı Yasanın 1. maddesi ile, Birleşmiş Milletler çerçevesinde 12-13 Aralık 2000 tarihlerinde Palermo’da düzenlenen konferansta kabul edilen Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol”ün onaylanması uygun bulunmuş ve anılan protokolün “Tanımlar” başlıklı 3-a maddesinde ise, “Göçmen Kaçakçılığı, doğrudan veya dolaylı olarak, mali veya diğer maddi çıkar elde etmek için, bir kişinin vatandaşlığını taşımadığı veya daimi ikametgah sahibi olmadığı bir Taraf Devlete yasadışı girişinin temini anlamına gelir” şeklinde tanımlanmıştır.

Konuya ilişkin temel uluslararası belgenin bu protokol olduğunu burada özellikle ifade etmek gerekir.

Protokoldeki bu tanımlamanın, Türk Dil Kurumu sözlüğündeki tanımlama ile uyumlu olduğu söylenebilir.

³Doğan, Koray, Göçmen Kaçakçılığı Suçu, Ankara, 2008, s.24.

⁴Bu konuda bkz. Arslan, Çetin, “Göçmen Kaçakçılığı Suçları”, AÜHFD C.52, S.1, Ankara, 2003, s.114; Evik, Ali Hakan, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, http://www.hukuk.erzincan.edu.tr/dergi/makale/2005_IX_2.6.pdf, (e.t. 22.01.2010), s.129.

Göçmen kaçakçılığı suçu 03.08.2002 tarih ve 4771 sayılı kanun ile Türk hukukuna girmiş ve 765 sayılı TCK.nun 201/a maddesinde göçmen kaçakçılığı, “Doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yabancı bir devlet tabiiyetinde bulunan veya vatansız olan veya Türkiye’de sürekli olarak oturmasına yetkili mercilerce izin verilmemiş bulunan kimselerin Türkiye’ye yasal olmayan yollardan girmelerini veya ülkede kalmalarını, bu kişilerin veya Türk vatandaşlarının yasal olmayan yollardan ülke dışına çıkmalarını sağlamak” olarak tanımlanmıştır.

5237 sayılı TCK’da ise göçmen kaçakçılığı suçuna ilişkin olarak doğrudan bir tanımlama bulunmamaktadır. Bu hususta önemli olanın suçların o suçu diğer suçlardan ayırmaya yarayacak unsurlarının kanunda belirtilmiş olması gerektiği, suçu tanımlama görevinin yorumlamayla birlikte doktrin ve uygulamacıya ait olduğu ve bu nedenle 5237 sayılı TCK’daki düzenleme tarzının yasa yapma tekniğine daha uygun olduğu ifade edilmiştir.⁵

1.2. Benzer Suçlarla Mukayesesi

1.2.1. Genel Olarak

Öncelikle belirtmelidir ki göçmen kaçakçılığı suçunun diğer suçlarla unsurları itibariyle doğrudan bir benzerliğinin olduğu söylenemez. Bununla birlikte korunan hukuki yarar ve eylemlerin işleniş şekilleri itibariyle aşağıda inceleme konusu yapılan bir takım suçlarla benzerlikler taşıdığı görülmektedir.

1.2.2. İnsan Ticareti Suçu

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda özel hükümler birinci kısmının başlığı “Uluslararası Suçlar” olarak adlandırılmıştır. Birinci kısmın birinci bölümünde

⁵Doğan, s.25.

“Soykırım ve İnsanlığa Karşı Suçlar”, ikinci bölümünde ise “Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti” suçları düzenlenmiştir.

Bu anlamda her iki suç tipinin Ceza Kanunu’nda özel hükümlerin en başında düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Soykırım ve insanlığa karşı suçların, dünya barışı ve güvenliğini tehdit etmesi, uluslararası toplumun tamamını ilgilendirmesi ve içerdiği haksızlıkların diğer suçlardan daha yoğun olması nedeni ile özel hükümlerin ilk başına konmasının isabetli olduğu ancak göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçları için aynı şeylerin söylenemeyeceği belirtilmektedir.⁶

Göçmen kaçakçılığı suçu ile insan ticareti suçlarının iç içe geçebildiği, ülkelerinden yasa dışı olarak yabancı bir ülkeye nakledilen kişilerin, burada insan ticaretinin konusu haline getirilebildikleri ve bu anlamda insan ticareti ile göçmen kaçakçılığı arasında gri bir alan mevcut olduğu ifade edilerek, kendisine çalışma koşulları ve iş usulleri hakkında yanıltıcı ve açık olmayan bilgiler verilen göçmenlerin, hedef ülkeye vardıklarındaki istismarlarının bu gri alanda değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁷

Öncelikle belirtmek gerekir ki, her iki suça ilişkin olarak suçla korunan hukuki yarar ve suçun işleniş şekilleri bakımından ortak özellikler mevcuttur. Eylemlerin işleniş şekline yönelik bu benzerlik, uygulamada göçmen kaçakçılığı suçuna konu hareketlerin kolluk güçleri tarafından düzenlenen evraklarda sıklıkla suçun, “insan ticareti” olarak nitelendirilmesine neden olduğu görülmektedir.

Bununla birlikte her iki suç tipinin işlenme amacının ekonomik nedenlere dayanması, suçların maddi konusunun insan ve bu anlamda çoğunlukla yabancılardan ibaret

⁶Bkz. Turhan, Faruk, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Uluslararası Suçlar”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/101.doc>, (e.t. 04.06.2009), s.2.

⁷Bu hususta bkz. Artuk, M. Emin – Gökçen, Ahmet – Yenidünya, A. Caner, TCK Şerhi, Cilt:3, Ankara, 2009, s.1914.

oluşu, insan haklarının ihlal edişi ve genellikle organize suç örgütleri tarafından gerçekleştirilmesi diğer benzer yönler olarak ifade edilebilir.⁸

Buna karşılık, suçların düzenleme yerleri aynı olmakla birlikte göçmen kaçakçılığında suçun konusunu oluşturan insanların hak ve özgürlüklerinin yanı sıra devletlerin göç, istihdam ve sınır güvenliği politikalarının korunduğu, oysa insan ticaretinde fiilin cezalandırılmasıyla korunan esas menfaatin insan onuru ve özgürlüğü olduğu her iki suç arasındaki önemli bir fark olarak vurgulanmıştır.⁹

Önemli temel farklardan birinin de “mağdur” ve “mağdurdaki rıza” kavramlarının olduğunu belirtmek gerekir. Aşağıda ayrıntıları ile inceleneceği üzere Yargıtay uygulamasında göçmenlerin suçun konusu oldukları ve bu anlamda göçmen kaçakçılığı suçunda, suçun asıl mağdurunun uluslararası toplum olduğu kabul edilmektedir. İnsan ticareti suçunun mağdurları ise, hiç kuşku yok ki doğrudan suça konu edilen insanlardır.

Bu kabulün zorunlu bir sonucu olarak, göçmen kaçakçılığı suçunda mağdur sayısının veya zincirleme suç hükümleri çerçevesinde bir değerlendirme yapılamayacak ancak insan ticareti suçu yönünden ise koşulların varlığı halinde mağdur sayısının ceza verilebilecektir.¹⁰

⁸Bu konuda bkz. Doğan, s.26-27; Yenidünya, A. Caner - Alşahin, M. Emin, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK m. 79)”, BBD., Y.22, S.82, Ankara, 2009, s.34-36.

⁹Artuk – Gökçen – Yenidünya, Şerh, s.1912.

¹⁰“Oluşa ve tüm dosya içeriğine göre; Yozgat'a fuhuş maksadıyla kendi rızalarıyla gelen ve onsekiz yaşını bitirmiş olan katılanlara sanığın kendi istek ve rızalarıyla fuhuş yaptırdığı, sanığın katılanlara yönelik tehdit, baskı, cebir veya şiddet uyguladığına ilişkin kanıt bulunmadığı gibi nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak, katılanlar üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerden yararlanılarak rızalarının elde edilmesi öğelerinin de bulunmadığının ve üzerine atılı insan ticareti suçunun unsurlarının oluşmadığının anlaşılması karşısında, sanığın kanıtlanan eyleminin mağdur sayısınınca fuhuş için aracılık etmek suçunu oluşturduğu gözetilmeden, insan ticareti suçundan TCK.nun 80. maddesi uyarınca cezalandırılmasına karar verilmesi”, Yarg. 8.CD. 24.12.2009, 3399/16618 (Yayınlanmamıştır); “Olay ve dosya kapsamına göre sanığın, suç tarihinde "15" yaşından küçük olan mağdurları ikna edip hırsızlık yaptırmak amacıyla İstanbul'a götürmek istediği ve bu nedenle Diyarbakır otogarına geldiği, bilet alacağı sırada firma görevlisinin şüphelenerek durumu kolluk kuvvetlerine ihbar etmesi sonucunda yakalandığının anlaşılması karşısında, eyleminin kanıtlanması halinde mağdur sayısınınca TCK.nun 80. maddesinde tanımlanan insan ticareti suçunu oluşturabileceği, bu suçtan yargılama yapma ve kanıtları değerlendirme görevinin ise Ağır Ceza

“Mağdur” kavramına ilişkin bu tespitlere bağlı olarak “mağdurdaki rıza” kavramının da her iki suç açısından önemli bir farklılık olduğunu belirtmek gerekir. Zira göçmen kaçakçılığı suçu yönünden “mağdurdaki rıza” suçun unsurudur.

Ancak insan ticareti suçunda ya rıza mevcut değildir ya da ifsat edilmiş bir rıza söz konusudur.¹¹

Bunun zorunlu bir sonucu olarak göçmen kaçakçılığı suçunda, göçmenler hakkında 5682 sayılı Pasaport Yasası uyarınca işlem yapılabilmesi olanaklı iken, insan ticareti suçu yönünden 5237 sayılı TCK.nun 28. maddesi hükmü de gözetildiğinde cezai sorumluluğun söz konusu olmayacağı ve bu nedenle insan ticaretine maruz kalan kişiler hakkında söz konusu 5682 sayılı Yasa uyarınca işlem yapılamayacağı da göz önüne alınmalıdır.¹²

Suçların maddi unsurları arasında da farklılıklar mevcuttur.

Göçmen kaçakçılığı suçu, yapısı gereği bir ülke sınırının geçilmesini ve dolayısıyla fiziksel hareketi gerektirir. Bu açıdan suçun oluşması için bir kaynak ülke, bir de hedef ülke olmak üzere iki ülkede eylem gerçekleştirilmelidir. Buna karşılık insan ticareti suçunda, kişilerin ülkeye sokulması veya ülke dışına çıkarılması seçimlik hareketlerden olmakla birlikte, suçun oluşması bakımından mağdurların ülke sınırları içerisine veya dışarısına nakli zorunlu değildir. Yasada yer alan diğer seçimlik hareketlerin (tedarik etmek, kaçırmak, bir yerden başka bir yere götürmek veya sevk etmek ya da barındırmak) varlığı açısından ülke sınırlarının geçilmesine ihtiyaç bulunmamaktadır.¹³

Mahkemesine ait olduğu gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, yargılamaya devam olunarak yazılı biçimde hüküm kurulması” Yarg. 8.CD. 20.10.2009, 8697/13101(Yayınlanmamıştır).

¹¹Artuk – Gökçen – Yenidünya, Şerh, s.1912; bu konuda ayrıca bkz. Artuç, Mustafa, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y.2, S.16, Ankara, 2007, s.54; Doğan, s.27.

¹² Bkz. Yenidünya – Alşahin, s.36-37.

¹³Bkz. Artuk – Gökçen – Yenidünya, Şerh, s.1913; Yenidünya – Alşahin, s.38.

Suçlara ilişkin bir diğer farklılık manevi unsura ilişkindir. Göçmen kaçakçılığı suçu, doğrudan veya dolaylı olarak maddi menfaat temini özel kastı ile işlenebilen bir suçtur. Oysa insan ticareti suçu, zorla çalıştırmak veya hizmet ettirmek, esarete veya benzeri uygulamalara tabi kılmak, vücut organlarının verilmesini sağlamak özel kastı ile işlenebilecektir.

Bu arada belirtmek gerekir ki 5560 sayılı Yasa'nın 3. maddesi ile "fuhuş yaptırmak" insan ticareti suçu kapsamına alınmıştır. Dolayısıyla 19.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5560 sayılı Yasa'nın öncesindeki durumda "fuhuş yaptırmak" insan ticareti suçu yönünden bir unsur değildir ve mahkemece failin lehine olarak bu husus gözetilmelidir.¹⁴

Suçla korunan hukuki yarar gözetilerek insan ticareti suçunda öngörülen yaptırımın, göçmen kaçakçılığı suçuna göre çok daha ağır olduğu bir diğer farklılık olarak belirtilmelidir.

1.2.3. Fuhuş Suçu

5237 sayılı TCK.nun ilk şeklinin 227/3. madde ve fıkrasında, "fuhuş amacıyla ülkeye insan sokan veya insanların ülke dışına çıkmasını sağlayan kişi hakkında" aynı maddenin 1. ve 2. fıkralarına göre cezaya hükmolunacağı düzenlenmekteydi.

Bununla birlikte 5560 sayılı Yasa'nın 45. maddesi ile 5237 sayılı TCK.nun 227/3. madde ve fıkra hükmü kaldırılmış ve aynı Yasanın 3. maddesi ile de "fuhuş

¹⁴"Oluşa ve tüm dosya içeriğine göre; Belarus uyruklu mağdure V. K.'yı, pasaportunu zorla alıp cep telefonundaki telefon defterini silmek ve yerleştirdikleri evden dışarı çıkmasına engel olmak suretiyle cebir ve şiddet ile fuhuşa yönelttiklerinin anlaşılması karşısında; sanıkların eyleminde 765 sayılı TCK.nun 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 Yasanın 3. maddesiyle değişik 5237 sayılı TCK.nun 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.nun 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. 3.3.2008, 10550/1364 (Yayınlanmamıştır).

yaptırmak” maksadı, 5237 sayılı TCK.nun 80. maddesinde düzenlenen “İnsan ticareti” suçu kapsamına alınmıştır.

Kuşkusuz anılan fıkranın yürürlükten kaldırılmadan önceki ilk hali göçmen kaçakçılığı, “İnsan ticareti” ve “Fuhuş” suçları arasında bir ortak nokta yaratır özellik taşımaktaydı.

Zira kişilerin fuhuş amacıyla ancak aynı zamanda maddi menfaat temin edilerek ülkeye yasa dışı yollardan getirilmiş olmaları halinde eylem, anılan suç tiplerini ihlal eder bir mahiyette karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda kanunun hangi hükmünün uygulanacağı ise öğretide görüş ayrılıklarına neden olduğu gibi uygulamada da sıkıntı yaratmıştır.

Bu halde yani göçmen kaçakçılığı suçunun “fuhuş” amacıyla işlenmesi halinde, özel-genel norm ilişkisi gereği sadece YTCK’nun “Fuhuş” başlıklı 227/3 maddesinin uygulanmasının gerektiği zira anılan maddenin aynı kanunun 79. maddesine nazaran özel hüküm niteliği taşıdığı ileri sürülmüştür.¹⁵

Buna karşılık olarak eylemin fuhuş amacıyla işlenmesi halinde 5237 sayılı TCK.nun 227/3. maddesinde düzenlenmiş olan suçun oluşacağı ancak kişiler yurda sokulurken ayrıca maddi menfaat elde edilmiş ise fikri içtima hükümleri uyarınca göçmen kaçakçılığı suçunun söz konusu olabileceği ifade edilmiştir.¹⁶

Ancak anılan fıkranın yürürlükten kaldırılması ile uygulamadaki sıkıntılar giderildiği gibi bahse konu suçlar arasındaki benzerlik yaratan hal de ortadan kalkmıştır. Zira korunmak istene hukuki yararlar ile suçların maddi ve manevi unsurları arasında belirgin farklılıklar mevcuttur.

1.2.4. Dolandırıcılık Suçu

¹⁵Evik, s.170.

¹⁶Bkz. Artuç, s.55; Parlar, Ali – Hatipoğlu, Muzaffer, Açıklamalı – Yeni İçtihatlarla 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt:4, Ankara, 2008, s.3382.

Göçmen kaçakçılığı suçunda göçmenlerin hileli davranışlar veya gerçek dışı vaatler ile kandırıldıkları durumda diğer koşullarında varlığı halinde dolandırıcılık suçu gündeme gelebilecektir. Bu hal dışında her iki suç tipi arasında başkaca bir benzerlik olduğu söylenemez.

Bu anlamda göçmen kaçakçılığı suçu ancak mağdurun rızası ile işlenebilecektir. Rıza hiç yoksa fiilin niteliğine göre insan ticareti veya kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçları oluşabilir. Ancak mağdurun rızası failin hileli davranışları sonucu elde edilmişse artık göçmen kaçakçılığı değil dolandırıcılık suçu (TCK md. 157) oluşacaktır.¹⁷

Yargıtay konuya ilişkin bir kararında, kendisine bir yarar sağlamak amacıyla müdahili hileli davranışlarla aldatan sanığın eyleminin göçmen kaçakçılığı suçunu değil dolandırıcılık suçunu oluşturacağını kabul etmiştir.¹⁸

1.2.5. 5682 Sayılı Pasaport Kanununda Yer Alan Suçlar ve Kabahatler

1.2.5.1. Genel Olarak

5682 sayılı Pasaport Yasası ile amaçlanan ülkeye giriş ve çıkışların kontrol altına alınması, böylece devletin sınır güvenliği ve olası suçlarla etkin mücadeleyi sağlamaktır. Korunmak istenen bu hukuki değerler, göçmen kaçakçılığı suçu için de geçerli olmakla birlikte bu kadarla sınırlı olduğu söylenemez. Bu amaçların yanı sıra, göçmenlerin vücut dokunulmazlıkları, hareket özgürlükleri ve malvarlıkları da

¹⁷Bu konuda bkz. Aydın, Nurullah, Türk Suç ve Ceza Hukuku Genel Hükümler - Özel Hükümler, Ankara, 2008, s.125; Parlar – Hatipoğlu, Cilt:2, s.1224; Doğan, s.40-41; Artuç, s.55.

¹⁸“Yurt dışına çıkış için gerekli olan pasaportu bulunan ancak gideceği ülkeye giriş iznini içeren vizesi bulunmayan oğlu için vize almak isteyen müdahilden vize işlemlerini yaptıracığı vaadiyle para temin eden ve bu para karşılığı sahte vize düzenlenmesini sağlayan hükümlünün, kendisine bir yarar sağlamak amacıyla müdahili hileli davranışlarla aldatmak biçiminde gerçekleşen bu eyleminin 1.6.2005 günü yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK.nun 157. maddesinde tanımlanan dolandırıcılık suçunu oluşturduğu; pasaportu bulunması nedeniyle yurt dışına çıkmasına bir engeli olmayan müdahilin oğluna sahte vize temin etmesinin “... yasal olmayan yollardan... Türk Vatandaşının yurt dışına çıkmasına imkan sağlamak” biçimde, anılan Yasanın 79. maddesinde tanımlanan göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturmayacağı gözetilmeden suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması”, Yarg. 8.CD. 18.10.2006, 5015/7663 (Yayınlanmamıştır).

korunmak istenen diğer değerler olarak ifade edilmelidir. Dolayısıyla, korunmak istenen hukuki değerler açısından göçmen kaçakçılığı suçuna ilişkin olarak fazlalık ve bu anlamda farklılık olduğunu belirtmek gerekir.¹⁹

Pasaport Yasası'nda yer alan suçlar ve kabahatler aşağıda ayrı ayrı değerlendirme konusu yapılacaktır:

1.2.5.2. Türkiye Cumhuriyeti Sınırlarını Pasaportsuz veya Pasaport Yerine Kaim Olacak Bir Vesikayı Hamil Olmaksızın Terk Etmek veya Buna Teşebbüs Etmek

5682 sayılı Yasa'nın 33. maddesinin 1. fıkrasında, Türkiye Cumhuriyeti sınırlarını pasaportsuz veya pasaport yerine kaim olacak bir vesikayı hamil olmaksızın terk eden veya buna teşebbüs eden kimselerin; 2. fıkrasında ise Türkiye'de herhangi bir suçtan sanık veya hükümlü olup kendilerini takibattan veya cezadan kurtarmak, askerlikten kaçmak, vergi borçlarını ödememek gibi hususi maksatlarla bu fiili işleyen kimselerin cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır.

Bu suçun göçmen kaçakçılığı suçundan ayrıldığı temel nokta suç failinin farklı olmasıdır. 5682 sayılı Yasa'da yer alan suçun faili aynı Yasanın 12. maddesinde belirtilen pasaport ve pasaport yerine geçen belgeleri olmaksızın Türkiye'yi terk eden veya etmeye teşebbüs eden kimsedir. Bununla birlikte göçmen kaçakçılığı suçunun faili ise ülkeye yasa dışı girişi veya çıkışı sağlayan veya ülkede yasa dışı olarak kalmaya imkan sağlayan ve bu eylemlerinden ötürü maddi menfaat temin eden kişidir.

Buna göre göçmen kaçakçılığı suçunun konusunu oluşturan kişiler Pasaport Kanunu'nun 33. maddesinde düzenlenen fiillerin faili olabilirler.²⁰

¹⁹Bu konuda bkz. Yenidünya – Alşahin, s.39.

²⁰Bu konuda bkz. Tezcan, Durmuş - Erdem, M. Ruhan – Önok, R. Murat, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara, 2007, s.68; Yenidünya – Alşahin, s.30; Parlar – Hatipoğlu, Cilt:2, s.1221.

Maddi unsur yönünden de farklılık vardır. Bu suçun maddi unsuru Türkiye’yi pasaportsuz veya pasaport yerine geçebilecek belgeler olmaksızın terk etmek veya buna teşebbüs etmektir. Göçmen kaçakçılığı suçunun maddi unsuru ise diğer seçimlik hareketler bir yana ülkeden çıkışı sağlamaktır.²¹

Bu suça teşebbüsün tamamlanmış suç gibi cezalandırılacağına ilişkin düzenlemenin 5237 sayılı TCK’daki göçmen kaçakçılığı suçu yönünden söz konusu olmaması da bir diğer farklılık olarak belirtilebilir.

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 5349 sayılı Kanun’la değişik 7. maddesinin 1. fıkrasında yer alan, "Kanunlarda hafif hapis veya hafif para cezası olarak öngörülen yaptırımlar idari para cezasına dönüştürülmüştür" şeklindeki düzenleme karşısında, maddenin 1. fıkrasında yazılı eylemin müeyyidesinin idari para cezasına dönüştüğünü de belirtmek gerekir.

Kuşkusuz bunun bir sonucu olarak hükmün mahkemelerce verilmiş olması halinde kararlara karşı temyiz başvuru yolu da ortadan kalkmıştır.²²

1.2.5.3. Türkiye Cumhuriyeti Sınırlarından Pasaportsuz Olarak Girme

5682 sayılı Yasa’nın 34. maddesinin 1. fıkrasında ise, Türkiye Cumhuriyeti sınırlarından pasaportsuz olarak giren vatandaş veya yabancıların cezalandırılacağı hüküm altına alınmış; maddenin 2. fıkrasında ise yabancı olanların sınır dışı edileceklerine ilişkin düzenleme getirilmiştir.

²¹Bkz. Doğan, s.32.

²²“5326 sayılı Kabahatler Kanunu uyarınca Sulh Ceza Mahkemelerince verilen idari yaptırım kararının kaldırılmasına dair karara karşı aynı yasanın 29.maddesi uyarınca, yargı çevresinde yer aldığı ağır ceza mahkemesine itiraz edilmesi mümkün olup, kararın temyizi kabil olmadığından, temyiz dilekçesi itiraz mahiyetinde kabul edilerek gereği mahallinde değerlendirilmek üzere dosyanın incelenmeksizin iadesi için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına tevdiine”, Yarg. 7.CD. 1.12.2008, 15709/21013 (Yayınlanmamıştır).

Hemen belirtmek gerekir ki 33. madde de yer alan “pasaport yerine kaim olacak vesika” ibaresi bu madde de yer almamış sadece pasaportsuz ülkeye girişin cezalandırılacağı düzenlenmiştir.

Bununla birlikte pasaportu olmasa bile Bakanlar Kurulu’nca belirlenen giriş – çıkış kapılarından kimlik veya kimliği ile ilgili belge ibraz ederek girmek isteyen kişiler yönünden suç kastı değerlendirilmelidir. Yargıtay konuya ilişkin bir kararında konsolosluktan alınan seyahat belgesi ile ülkeye giriş yapan failin eyleminin suç oluşturmayacağına karar vermiştir.²³

Keza bu madde de vize alma mecburiyetine de yer verilmemiştir. Dolayısıyla vize yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde bu suçun oluşmayacağı kabul edilmelidir. Yargıtay uygulaması da bu doğrultudadır.²⁴

Bu suçun maddi unsuru pasaportsuz olarak ülkeye girmekten ibarettir. Bu anlamda düzenlemenin Anayasanın 23/son madde ve fıkrasında yer alan vatandaşın yurda girme hakkından yoksun bırakılamayacağına ilişkin düzenlemeye aykırı olmadığı zira burada cezalandırılan eylemin, girişin pasaportsuz olmasından ibaret olduğu ifade edilmiştir.²⁵

²³“Tüm dosya kapsamına göre, sanığın pasaportsuz ve kimliksiz olarak ülkemize giriş yapmak şeklinde belirlenen eylemi sebebiyle cezalandırılmasına karar verilmiş ise de, Türk vatandaşı olan sanığın, Türkiye Cumhuriyeti Paris Başkonsolosluğundan almış olduğu 22.11.2006 tarihli “Yalnız Türkiye’ye Dönüşe Mahsus Seyahat Belgesi” ile ülkemize giriş yapmış olması karşısında, anılan maddedeki suçun unsurlarının oluşmayacağı gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir”. Yarg. 7.CD. 26.12.2007, 12568/11712 (Yayınlanmamıştır).

²⁴“Dosya kapsamına göre, sanığın yasal yollardan Türkiye’ye giriş yaptığı halde, vize süresi dolmasına rağmen çıkış yapmamak şeklinde belirlenen eylemi sebebiyle 5682 sayılı Kanun’un 34.maddesine göre cezalandırılmasına karar verilmiş ise de anılan madde de, Türkiye Cumhuriyeti sınırlarından her nasılsa pasaportsuz olarak girebilmiş vatandaşların ve yabancıların cezalandırılmasına yönelik düzenleme yapılmış olup, Türkiye’ye yasal yollardan giriş yapmış kişilerin vize sürelerinin bitmesine rağmen Türkiye’de kalmalarının bu madde kapsamına girmeyeceği gözetilmeden, yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmemiştir”. Yarg. 7. CD.19.03.2007, 8271/1741 (Yayınlanmamıştır).

²⁵Doğan, s.32-33.

Maddenin 2. fıkrası hükmü ile Anayasa'nın 23/son madde ve fıkrası uyarınca, suça konu eylemi gerçekleştirilen vatandaş hakkında sınır dışı kararı verilebilmesi mümkün değildir.²⁶

Göçmen kaçakçılığı suçunun maddi unsurunun yabancıyı ülkeye sokmak, ülkede kalmasına imkan sağlamak, Türk vatandaşı veya yabancıнын yurt dışına çıkmasına imkan sağlamak seçenek hareketleri olduğu nazara alındığında her iki suçun maddi unsurlarının farklı olduğu açıktır.

Bu arada şu hususu da belirtmek gerekir ki, 5826 sayılı Yasanın 34/2. madde ve fıkrasında madde kapsamında kalan eylemin yabancılar tarafından işlenmesi halinde cezalarını çektikten sonra sınır dışı edilecekleri hükme bağlanmış ise de, 5328 sayılı Yasanın 1. maddesi ile değişik 5237 sayılı TCK.nun 59. maddesi hükmü nazara alındığında, bu suçtan cezalandırılan failin doğrudan sınır dışı edilmesine karar verilmeyecek, durum İçişleri Bakanlığı'na bildirilecektir.

1.2.5.4. Bakanlar Kurulu'nca Tayin Olunan Mahallerden Başka Yerlerden Türkiye'ye Girme veya Çıkma

5682 sayılı Yasa'nın 35. maddesinde, usulüne uygun pasaport veya vesika taşıdıkları halde Bakanlar Kurulu'nca tayin olunan mahallerden başka yerlerden Türkiye'ye giren veya Türkiye'den çıkanların cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır.

5682 sayılı Yasa'nın 1. maddesi uyarınca giriş – çıkış kapıları İçişleri Bakanlığı'nın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından belirlenecektir. Bakanlar Kurulu'nun belirlediği giriş – çıkış kapıları haricinde ülkeye giriş veya çıkış yapanlar, pasaport veya vesika taşıyıcılar bile anılan hüküm gereği cezalandırılacaklardır.

²⁶“Dosya kapsamına göre, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan sanığın pasaportsuz olarak Suriye'den Türkiye'ye giriş çıkış yapmak şeklinde belirlenen eyleminden dolayı, 5682 sayılı Kanun'un 34/2. maddesi uyarınca sınır dışı edilmesine karar verilmeyeceği gözetilmeden, yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmemiş ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 309.maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu kanun yararına bozmaya atfen ihbar olunmuş bulunmakla,... hüküm fıkrasından "pasaportsuz yurda giren sanık E. T.'in karar kesinleşmesinden sonra sınır dışı edilmesine" bölümünün çıkartılmasına, hükmün diğer kısımlarının aynen bırakılmasına”, Yarg. 7. CD. 19.3.2007, 6818/1742 (Yayınlanmamıştır).

Bu kişilerin ayrıca pasaport bulundurmaksızın Bakanlar Kurulu'nun belirlemiş olduğu yerler dışındaki yerlerden, ülkeye giriş veya ülkeden çıkış yapmaları halinde Pasaport Kanunu'nun hangi maddesine göre cezalandırılacaklarının tartışmalı olduğu belirtilmiştir. TBMM'nin 06.02.1953 tarih ve 1827 numaralı yorum kararında, bu durumun pasaport veya vesikası olmaksızın yurttan çıkanlar ve buna teşebbüs edenlerle, yurda pasaportsuz girenlere şamil bulunmadığının belirtildiği ancak bu durumlarda fail, bir fiil ile birden fazla suçun oluşumuna sebebiyet verdiğinden fikri içtima (5237 sayılı TCK m. 44) gereği failin en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılması gerektiği ileri sürülmüştür.²⁷

Yargıtay uygulamasının da bu doğrultuda olduğunu belirtmek gerekir. Ancak 18.5.2005 gün ve 25819 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5349 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik yapılmasına Dair Kanunun 3. maddesi ile değişik 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunun 7. maddesi uyarınca, bu suça ilişkin eylemin müeyyidesi de idari para cezasına dönüşmüştür. Bu nedenle mahkemelerce verilecek olan kararlara ilişkin olarak temyiz yasa yolunun bulunmadığını burada da ifade etmek gerekir.

Göçmen kaçakçılığı suçundan fail ve maddi unsur itibarıyla de farklılık arz eder. 5682 sayılı Yasada yer alan bu suçun faili, eylemi bizzat gerçekleştiren kişi olduğu halde göçmen kaçakçılığı suçunun faili bu kişilere aracılık eden kişidir.

Keza göçmen kaçakçılığı suçunda giriş veya çıkışın Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen yerlerden veya bu yerlerin dışından yapılmasının suçun oluşumu açısından bir önemi yoktur.

1.2.5.5. Yolcuları, Pasaport ve Diğer Vesikaların Yoklanması İçin Hükümetçe Tayin Olunan Mevkilerin Gayrı Olan Yerlere Bilerek Nakletme, Kara, Deniz ve Hava Taşıtlarını Sevk ve İdare Etme veya Bu Hususta Kılavuzluk Yapma

²⁷Doğan, s.35.

5682 sayılı Yasa'nın 36. maddesinde ise; Yolcuları, pasaport ve diğer vesikaların yoklanması için Hükümetçe tayin olunan mevkilerin gayrı olan yerlere bilerek nakleden kara, deniz ve hava taşıtlarını sevk ve idare edenler veya bu hususta kılavuzluk yapanların cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır.

Belirtmek gerekir ki bu suç, 5682 sayılı Yasa'da yer alan diğer suçlardan ayrı olarak göçmen kaçakçılığı suçu ile en fazla benzerliği olan suçtur.

Göçmen kaçakçılığı suç tipinin düzenlenmesinden önceki dönemde, göçmenlerin ülke içinde nakillerinde mahkemeler tarafından anılan madde ile uygulama yapıldığı ancak Yargıtay'ın bu doğrultuda verilen mahkeme kararlarını kıyas yoluyla boşluğun doldurulamayacağı gerekçesi ile bozduğunu belirtmek gerekir.²⁸ Bozmaya ilişkin gerekçeler her iki suç tipi arasındaki farklılığı da ortaya koyar mahiyettedir.

Yani ülke içindeki nakillerde Pasaport Yasası'nın 36. maddesinin uygulama alanı bulunmamaktadır.²⁹ Keza Pasaport Yasası'ndaki suçun oluşması için gerekli olan fiilin işlenmesinde kara, deniz veya hava taşıtının kullanılmasına ilişkin sınırlama göçmen kaçakçılığı suçu için söz konusu değildir.

2. GÖÇ VE GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞININ TARİHİ GELİŞİMİ

²⁸“Pasaport Kanunu'nun 36. maddesinde, Türkiye'den yurtdışına çıkacak veya girecek olanların gümrük kapılarından başka yerlere bilerek taşımanın cezalandırıldığı, sanığın yasa dışı yollardan yurda girmiş kişileri yurt içinde bir yerden başka bir yere nakletmekten ibaret eyleminin bu madde kapsamında değerlendirilemeyeceği, dairemizce de benimsenen bu uygulamanın Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 12.3.2002 tarih ve 2002/7-49 esas, 2002/204 sayılı kararına göre de ülkeye giriş ve çıkışlarda kontrolü sağlamak amacıyla özel düzenleme getiren ve yaptırım hükümleri taşıyan pasaport yasasında sanığa yüklenen ülke içinde taşıma ve barındırma eylemleri herhangi bir yaptırıma tabi tutulmamış olup, yasadaki bu boşluğun kıyas yoluyla doldurulması ve sanığın bu suretle cezalandırılmasının olanaksız olduğu gözetilmeden, beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi”, Yarg. 8. CD. 14.10.2008, 5410/10964 (Yayınlanmamıştır).

²⁹“5682 sayılı Pasaport Kanunu'nun 36. maddesi “Yolcuları Pasaport ve diğer vesikaların yoklanması için hükümetçe tayin olunan mevkilerin gayrı olan yerlere bilerek nakleden kara, deniz ve hava taşıtlarını sevk ve idare edenler veya bu hususta kılavuzluk yapanları” cezalandırmakta olup, buna göre yasa maddesinde Türkiye'den yurt dışına çıkacak veya girecek olanları gümrük kapılarından başka yerlere bilerek taşımanın cezalandırıldığı, sanıkların yasa dışı yollardan yurda girmiş kişileri yurt içinde bir yerden başka bir yere sevk etmekten ibaret eylemlerinin bu madde kapsamında değerlendirilemeyeceği”, Yarg. 7. CD. 6.10.2004, 21662/10723. Karar ve konu hakkında bkz. Yenidünya - Alşahin, s.43.

2.1. Genel Olarak

İnsanlık tarihi kadar eski olan göç, kuşkusuz tek bir nedene bağlanması mümkün olmayan bir olgudur. Yakın dönemde ekonomik ve sosyal nedenlerin ağırlıklı olduğu gözükse de önceki süreçte yiyecek bulma amacı dahi önemli bir neden olarak karşımıza çıkar.³⁰ Hangi nedenlere dayanırsa dayansın, göç ve göçe bağlı suçlar insanlık var olduğu sürece olmuştur ve var olmaya da devam edecektir.

Bu anlamda, göçün tarihsel gelişimi ile göçmen kaçakçılığının tarihsel gelişimi paralellik arz eder. Ancak göçmen kaçakçılığı yasal göçten ziyade, yasa dışı göç olgusunun ortaya çıkışıyla birlikte gelişen bir sektördür.³¹

Uluslararası göçün tarihsel süreç içerisinde beş aşamada incelendiği ancak ortak özelliğin, göçün yönünün hem gönderen hem de gönderilen ülkelerin toplumsal ve ulusal isteklerine göre şekillenmeleri olarak görüldüğü belirtilmektedir.³²

Özellikle Fransız devrimi sonrası milliyetçilik akımının etkisi ile İmparatorlukların dağılma sürecine girmesi ve ulusal devletlerin ortaya çıkmasıyla, ulusal devletten imparatorluğun elinde kalan topraklara ve imparatorluğun elinde kalan topraklardan da yeni kurulan ulusal devletlere çift taraflı bir göç akımı meydana gelmiştir. Bunun en büyük nedeninin, ulusal devletlerin daha sağlam bir siyasal ve kültürel yapıya kavuşmak ve yeni ulusçuluk duygusunu güçlendirmek için özdeş bir nüfus yaratmak istemi olduğu vurgulanmıştır.³³

³⁰Göçmen kaçakçılığının günümüzdeki nedenlerine ilişkin detaylı bilgi için bkz. T.C. İç İşleri Bakanlığı Araştırma ve Etüdler Merkezi, “Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti”, http://arem.gov.tr/proje/ars_rapor/gocmen.htm, (e.t. 22.01.2010).

³¹Doğan, s.44.

³²Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Güleç, Sevcin – Sancak, Hatice Özkan, “Göç, Kimlik ve Aidiyet: Almanya’da Yaşayan Türkiye Kökenli Gençler Açısından Bir Analiz”, <http://www.idc.sdu.edu.tr/tammetinler/goc/goc9.pdf>, (e.t. 17.02.2010).

³³Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Arı, Kemal, “Cumhuriyetin İlk Yıllarında Yaşanan Göç Olayları ve Sağlık Hizmetleri”, <http://www.deu.edu.tr/iom/index.php?option>, (e.t. 17.02.2010), s.105.

Bu belirleme Türkiye için de ziyadesi ile geçerlidir. Zira Kurtuluş Savaşı'nın sonuçlanması ile birlikte kurulan yeni devletten dışarıya ve dışarıdan Türkiye'ye çok önemli göçler olmuştur.

İkinci Dünya Savaşı sonrasında da, Türkiye'den Avrupa'ya ve özellikle Almanya'ya oldukça artan bir dış göç hareketi mevcuttur. Bu savaş sonrası Avrupa'daki iş gücü eksikliğinin bir sonucudur.

Yakın dönemde ise Türkiye'nin coğrafi konumunun göç ve göçmen kaçakçılığında önemli bir faktör olduğu görülmektedir. Zira Türkiye özellikle Avrupa'ya göç için bir geçiş ülkesi konumundadır ve bu nedenle her geçen yıl artan bir şekilde yasa dışı göç olgusuyla mücadele etmek zorunda kalmaktadır.

Emniyet Genel Müdürlüğü'nün verilerine göre, 1995 yılında 11.362, 1996 yılında 18.804, 1997 yılında 28.439, 1998 yılında 29.426, 1999 yılında 47.529, 2000 yılında 94.514, 2001 yılında 92.365, 2002 yılında 82.825, 2003 yılında 56.219 ve 2004 yılında 61.228, 2005 yılında 57.428, 2006 yılında 51.983, 2007 yılında 64.290 ve 2008 yılının ilk on bir ayı içerisinde ise 62.459 olmak üzere toplam 758.871 yasa dışı göçmen yakalanmıştır.

Göçmen kaçakçılığı suçunun failine ilişkin sayılar ise; 1998 yılında 98, 1999 yılında 187, 2000 yılında 850, 2001 yılında 1.155, 2002 yılında 1.157, 2003 yılında 937, 2004 yılında 956, 2005 yılında 834, 2006 yılında 951, 2007 yılında 1.242 ve 2008 yılının ilk on bir ayı içerisinde 1208 olarak ifade edilmiştir.³⁴

Bununla birlikte globalleşme sürecinin ivme kazanmasıyla Türkiye'nin göç veren ülke konumundan göç alan ve transit ülke konumuna geldiği, bunda öncelikle Türkiye'deki iktisadi ve yasal hoşgörü ortamının, ayrıca ucuz ve kolay ulaşım, daha az riskle yaşama şansı, barınma koşullarının daha kolay elde edilmesi gibi faktörlerin etkili olduğu, diğer yandan Türkiye'de UNHCR (United Nations High Commission

³⁴Bkz. <http://www.egm.gov.tr/hizmet.yabancilar.goc.asp>, (e.t. 22.01.2010).

for Refugees) bürosunun bulunmasının da Türkiye'nin göçte transit ülke olmasında etkileyici bir unsur olduğu belirtilmektedir.³⁵

Sorunun uluslararası boyutu da hızla artmaktadır. Uluslararası Göç Örgütü'nün raporuna göre, 1965-2000 yılları arasında 75 milyon ile 150 milyon kişi dünya ölçeğinde göç faaliyetinde bulunduğu, 2002'de Birleşmiş Milletler Nüfus Dairesi'nin yayınladığı rapora göre tahminen 185 milyon kişinin (dünya nüfusunun %2'si) en az 12 ay kendi ülkeleri dışında bir ülkede yaşamını devam ettirdiği, verilere rağmen illegal göçlerin sayısında olduğu gibi sayısı bilinmeyen büyük bir grubun varlığı nedeniyle gerçek göç hareketlerinin sayısını tam olarak ortaya koymanın mümkün olmadığı ve 20. yüzyılı “the age on migration”/”göç çağı” olarak tanımlamanın abartı olmayacağı ifade edilmektedir.³⁶

2.2. Türkiye’den Yapılan Göç Hareketleri

Özellikle Kurtuluş Savaşı sonrası yeni Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin kurulması ile birlikte Türkiye’den dışarıya göç hareketleri hızlanmıştır.

Kuşkusuz bu konudaki en önemli hareket Lozan Antlaşması'nın bir gereği olan Nüfus Mübadelesi'dir. Bu antlaşma, Batı Trakya dışındaki Yunanistanlı Müslümanlarla, İstanbul dışındaki Türkiyeli Ortodoksların mübadelesini öngörüyordu ve imza tarihine kadar kendi imkanları ile yer değiştiren insanlar hariç, Yunanistan'da 450.000, Türkiye’de 350.000 kadar insanı kapsamaktaydı. Hatta Kurtuluş Savaşının bitmesine yakın, Lozan Antlaşması imzalanmadan önce, başta Batı Anadolu ve Doğu Trakya olmak üzere Anadolu’dan 850.000 Türkiyeli Ortodoksun Yunanistan’a göç ettiği belirtilmektedir.³⁷

³⁵Bu konuda bkz. Şen, Y. Furkan, Dünya ve Türkiye Perspektifinden Göçmen Kaçakçılığı İnsan Ticareti Organ-Doku Ticareti, Ankara 2006, s.57.

³⁶Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Kırılı, Özlem, “Yasadışı Göç Sorunu”, <http://www.sdu.edu.tr/tammetinler/goc/goc6.pdf>, (e.t. 17.02.2010).

³⁷Bkz. Arı, s.107.

Takip eden dönemde özellikle İkinci Dünya savaşı sonrası, iş gücü eksikliğinin sonucu olarak Avrupa ülkelerinin istihdam ve göç politikaları uluslararası göç sürecini başlatmıştır. Bu anlamda, Türkiye’den dışarıya düzenli iş göçü ilk olarak 1961’de Federal Almanya ile yapılan anlaşmayla başlamış, 1964 yılında Belçika, Hollanda ve Avusturya, 1965 yılında Fransa, 1967 yılında İsveç ve 1968 yılında Avustralya ile yapılan anlaşmalara bağlı olarak Türkiye’den dışarıya düzenli işçi göçü devam etmiştir.³⁸

Ancak bu yöndeki gereksinimin sona ermesiyle birlikte göç olgusu, 1970 yılların ortasından itibaren artık istenmeyen ve önlenmesi için bütün çarelere başvurulması gereken büyük bir sorun olarak algılanmaya başlanmıştır. Bunun bir sonucu olarak sorunun çözümüne esas olmak üzere ulusal mevzuatların yeniden düzenlenmesi yanında bölgesel ve uluslararası anlaşmaların yapıldığı, göç kaynağı (menşe) olan veya transit geçiş sağlayan ülkelere de, mevzuatlarını bu yönde düzenlemeleri için çeşitli yöntem ve şekillerde etki yapılmaya ve baskı uygulanmaya başlandığı ifade edilmiştir.³⁹

2.3. Osmanlı İmparatorluğu’na Yapılan Göç Hareketleri

Osmanlı İmparatorluğu’na yapılan göç hareketleri kuşkusuz İmparatorluğun çöküş süreci ile bağlantılı bir seyir izlemiştir. Zira kaybedilen savaşlar ve bağlı olarak toprak kayıpları buradaki Türk nüfusu mevcut İmparatorluk topraklarına yöneltmeye başlamıştır.

Özellikle 19. yüzyıla gelindiğinde Osmanlı İmparatorluğu büyük ölçüde güç kaybetmiş, Balkanlar’da girilen savaşların kaybedilmesi ve bu topraklarda oluşan Bulgaristan, Romanya, Sırbistan ve Karadağ gibi yeni ulus devletlerin kendi nüfuslarını oluşturmaya yönelik politikaları, coğrafyada yaşayan Türklerin

³⁸Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Gönüllü, Müzeyyen, “Dış Göç”, <http://www.egitimdergi.pamukkale.edu.tr/makale/say1>, (e.t. 17.02.2010), s.99.

³⁹Bkz. Arslan, Çetin – Azizağaoğlu, Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, 2004, s.286-287.

Anadolu'ya göç etmesi sonucunu doğurmuştur. Bu göçmenlerin iskan edilmesi, iaşelerinin sağlanması, sağlık sorunlarının çözümü zaten çöküş içerisinde olan İmparatorluk için oldukça büyük bir sorun teşkil etmekteydi. Sayısal vehamet bu sorunu çok daha zorlaştırmıştır. Öyle ki, 19. yüzyılın üçüncü çeyreği içerisinde kesin olmamakla birlikte yaklaşık iki milyondan fazla göçmenin Osmanlı İmparatorluğu'na göç ettiği ifade edilmektedir.⁴⁰

Göçlerin sadece Balkanlar ile sınırlı kaldığını söyleyebilmek mümkün değildir. Hakimiyetin kaybedildiği her yerden Anadolu'ya göçler devam etmiş ve Anadolu göç eden tüm Türklerin sığındıkları bir yer haline gelmiştir.

2.4. Türkiye Cumhuriyeti'ne Yapılan Göç Hareketleri

Kurtuluş Savaşı'nın bitimine yakın dönemde ve onu izleyen süreçte, Türkiye, ağırlıklı olarak, Yunanistan, Bulgaristan, Yugoslavya, Romanya, Kafkaslar, Irak, Afganistan, Kırım, Suriye ve Kıbrıs'tan göç aldı. Özellikle, Cumhuriyetin kuruluşuna yakın olan dönemde Anadolu'da yaşayan yaklaşık 850.000 Ortodoks Yunanistan'a göç etmesi bir karşı tepki doğurmuş ve bu ülkede yaşayan Türklere yapılan baskılar karşı göç dalgası yaratmıştır.⁴¹

Yeni kurulan Türkiye Cumhuriyeti Devletinin ilk yıllarındaki artma esasına dayalı nüfus politikası da, Balkanlardaki Türklerin Anadolu'ya göç etmesinde önemli bir etken olmuştur. Bu kapsamda Cumhuriyetin ilk on beş yılında, diğer bir ifadeyle Atatürk döneminde yaklaşık 114 bin kişi Romanya'dan Türkiye'ye göç etmiştir. Bu dönemde Türkiye Cumhuriyeti hükümeti sadece Müslüman Türklerin göçüne izin verirken, önemli bir nüfusa sahip Hristiyan Gagauz Türklerinin göçüne izin

⁴⁰Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Şahin, Naci, "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>, (e.t. 17.02.2010), s.66-67.

⁴¹Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Arı, s.107.

vermemiştir. Bu kararlılık, Türkiye’de ulus-devlet oluşumu sürecinde dini açıdan türdeş bir yapının da oldukça önemsendiği gerçeğini ortaya koymaktadır.⁴²

3. ULUSLARARASI MEVZUATTA FİİLİN DÜZENLENİŞİ

3.1. Genel Olarak

Göçmen kaçakçılığı suçunun ekonomik ve sosyal yönlerden uluslararası toplumu ilgilendiren niteliği ve yıllara göre hızla artan sayısal vehameti, bu konuda uluslar arasında birçok antlaşma ve belgelerin imzalanması sonucunu doğurmuştur.

İmzalanan bu antlaşma ve belgelerin iç hukukta ne şekil uygulanacağını ise kuşkusuz her devlet kendisi belirleyecektir. Anayasamızın 90. maddesi bu konuyu açıkça düzenlemiştir.

22.05.2004 tarih ve 25469 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren 07.05.2004 tarih ve 5170 sayılı Yasanın 7. maddesiyle Anayasa’nın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen cümle gereği, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınacaktır.

Bunun bir sonucu olarak, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar Türk hukukundaki hiyerarşik yapıda kanunların üzerine çıkmıştır.

3.2. Antlaşma ve Protokoller

3.2.1. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi

⁴²Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Duman, Önder, “Atatürk Döneminde Romanya’dan Türk Göçleri (1923-1938)”, <http://www.yesevi.edu.tr/yayinlar>, (e.t. 17.02.2010), s.23-40.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1948 tarih ve 217A(III) sayılı Kararıyla ilan edilmiştir. Oylamada Türkiye'de Bildiriye olumlu oy veren ülkelerden birisidir.

6 Nisan 1949 tarih ve 9119 Sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile "İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin Resmi Gazete ile yayınlanması yayımdan sonra okullarda ve diğer eğitim müesseselerinde okutulması ve yorumlanması ve bu Beyanname hakkında radyo ve gazetelerde münasip neşriyatta bulunulması" kararlaştırılmıştır. Söz konusu Bakanlar Kurulu kararı ise 27 Mayıs 1949 tarih ve 7217 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

Toplam 30 maddeden oluşan Evrensel Bildirinin, 4., 13. ve 14. maddelerinin, temel prensipler dikkate alındığında göçmen kaçakçılığı suçuyla ilgili olduğu görülmektedir.

Evrensel Bildirinin 4. maddesi; "Hiç kimse kölelik veya kulluk altında bulundurulamaz, kölelik ve köle ticareti her türlü biçimde yasaktır" hükmünü içerir.

Evrensel Bildirinin 13. maddesinin 1. fıkrasında; "Herkesin bir devletin toprakları üzerinde serbestçe dolaşma ve oturma hakkı"nın olduğu; 2. fıkrasında ise "Herkesin, kendi ülkesi de dahil olmak üzere, herhangi bir ülkeden ayrılmak ve ülkesine yeniden dönmek hakkına sahip olduğu" hükme bağlanmaktadır. Kuşkusuz bunlar temel prensiplerdir. Evrensel Bildiriye konu bu hakların sınırsız olduğu kabul edilemez. Bu hakların kullanımına ilişkin yasal düzenlemeler her ülkenin kendi mevzuatına göre yapılacaktır.⁴³

Evrensel Bildirinin 14. maddesinin 1. fıkrasında ise; "Herkesin zulüm altında başka ülkelere sığınma ve sığınma olanaklarından yararlanma hakkının var olduğu" ifade edilmiştir. Bu hakkın kullanılması ise maddenin 2. fıkrasında, "Gerçekten siyasi nitelik taşımayan suçlardan veya Birleşmiş Milletlerin amaç ve ülkelerine aykırı

⁴³Bu konuda bkz. Doğan, s.51.

eylemlerden doğan kovuşturma durumunda bu haktan yararlanılamaz” hükmü ile sınırlandırılmıştır. Bildirinin bu hükmünün göçmen kaçakçılığı yönünden uygulama olasılığı mevcuttur. Doğrudan menfaat temini olmayan bu gibi durumlarda Evrensel Bildiriye uygun olarak göçmen kaçakçılığı suçunun ve de koşullar değerlendirildiğinde 5682 sayılı Yasaya aykırılık suçunun oluşmayacağı söylenebilir.

3.2.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Sözleşme ile amaçlanan insan haklarının korunması ve geliştirilmesidir. Türkiye 10 Mart 1954’te sözleşmeyi onaylamış ve 28 Ocak 1987’de ise bireysel başvuru hakkını tanımıştır. Mahkemenin zorunlu yargı yetkisi ise 28 Ocak 1990 tarihinde kabul edilmiştir.

Sözleşmenin 35. maddesinde; bireyin, sözleşmenin sağladığı bir hak olarak yargı başvurusunu yapabilmesini, iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve 6 aylık süreye bağlı tutulmuştur. Ancak AİHM kararlarında, iç hukuk yollarının tüketilmesine ilişkin bu kuralın katı bir şekilcilik ile uygulandığı söylenemez.⁴⁴

AİHS’nin inceleme konumuz ile ilgili olarak göze çarpan ilk hükmü, “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği” başlıklı 5. maddesidir. Bu madde de herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine sahip olduğunu düzenlenmiştir. Ancak özgürlükten yoksun bırakılmayı gerektirecek haller de aynı madde de istisna olarak belirlenmiştir.

Buna göre Sözleşmenin 5. maddesinin (f) bendinde; Bir kişinin usulüne aykırı surette ülkeye girmekten alıkonmasını veya kendisi hakkında sınır dışı etme ya da geriverme işleminin yürütülmekte olması nedeniyle usulüne uygun olarak yakalanması veya tutuklu durumda bulundurulması, özgürlükten yoksun bırakılmanın bir istisnası olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin göçmen kaçakçılığı suçu yönünden uygulama alanı mevcuttur.

⁴⁴Bu konuda bkz. Sirmen, K. Sedat, “Yabancıların Türkiye’den Sınırdışı Edilmesine İlişkin Temel Düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Türkiye Hakkında Verdiği Örnek Karar”, ABD, Y:67, S:3, Ankara, 2009, s.37.

Bir diğeri ilgili hüküm Sözleşmenin 4. maddesidir. Madde de, “hiç kimsenin köle ve kul halinde tutulamayacağı, hiç kimsenin zorla çalıştırılmayacağı ve zorunlu çalışmaya tabi tutulamayacağı” düzenlenmiştir. Bu düzenleme esasta “insan ticareti” suçu ile bağlantılıdır. Ancak göçmen kaçakçılığının çoğunlukla insan ticaretinin başlangıç noktalarından olması ve insan hakları ihlallerinin önlenmesi bakımından göçmen kaçakçılığıyla hem ulusal hem de uluslararası alanda mücadele edilmesinin gerektiği bir ilinti olarak vurgulanmıştır.⁴⁵

3.2.3. 1951 Tarihli Cenevre Sözleşmesi ve Bu Sözleşmeye Ek 1967 Tarihli Protokol

Türkiye, 1951 Tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesini 29 Ağustos 1961 tarihinde, 359 sayılı Kanunla Türkiye Büyük Millet Meclisi’nde onaylayarak kabul etmiştir. Bu sözleşme mültecilerin hukuki durumları hakkındaki temel uluslararası belge niteliğindedir.

Sözleşme ile mültecilere tanınması gereken haklar sayılmıştır.⁴⁶

Ancak Türkiye sözleşmenin uygulama alanını zaman ve coğrafya açısından sınırlandırmıştır. Buna göre 1 Ocak 1951 tarihinden önce Avrupa’da meydana gelen olaylar nedeniyle Avrupa’dan Türkiye’ye gelerek iltica etmek isteyen yabancılar sözleşme kapsamında mülteci olarak kabul edilebilecektir.⁴⁷

Türkiye, Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin 1967 tarihli Ek Protokol’ü⁴⁸ onaylarken zamana ilişkin sınırlamadan vazgeçmiş ancak coğrafya sınırlamasını ise muhafaza etmiştir.⁴⁹ Böylece artık zaman sınırlaması olmaksızın Avrupa’dan

⁴⁵Bkz. Doğan, s.67.

⁴⁶Sözleşmenin metni için bkz. R.G. 5.9.1961 t. ve S.10898.

⁴⁷Bu konuda bkz. Sirmen, s.36. Ayrıca bkz. Ay ve diğerleri, “İltica ve Göç Mevzuatı”, <http://www.egm.gov.tr/hizmet.iltica.asp>, (e.t. 5.2.2010), s.59-74; Doğan, s.52-53.

⁴⁸Protokolün metni için bkz. R.G. 5.8.1968 t. ve S. 12968.

⁴⁹Bu konuda bkz. Sirmen, s.36.

Türkiye'ye iltica etmek isteyen yabancılar sözleşme doğrultusunda mülteci olarak kabul edileceklerdir.

AB uyum çalışmaları kapsamında Türkiye getirmiş olduğu bu coğrafi kısıtlamanın kaldırılmasını, Avrupa Birliği'ne katılım müzakerelerinin tamamlanmasına paralel sonuçlanmasına ve de ayrıca iki koşula bağlamıştır;

Bu koşullar ise;

- a) Katılım aşamasında Türkiye'ye doğudan bir mülteci akımını teşvik etmeyecek şekilde gerekli mevzuat ve altyapı değişikliklerinin gerçekleştirilmesi,
- b) AB ülkelerinin külfet paylaşımı konusunda gerekli hassasiyeti göstermeleri olarak belirtilmiştir.⁵⁰

İnceleme alanı ile ilgili olarak Sözleşmenin 32. maddesinde, “ülkede bulunan mültecinin ancak kamu düzeni ve kamu güvenliği sebebiyle sınır dışı edilebileceği” düzenlenmiştir. Ancak acil durum yok ise mülteciye sınır dışı etme kararına itiraz hakkı tanınır ve başka bir devlet tarafından kabul edilmesi için gerekli süre verilir.

Sözleşmenin 33. maddesinde ise “non refoulement” yasağı yani “Geri Göndermeme İlkesi” yer almaktadır. Bu ilkeye göre mülteci, ırkı, dini, vatandaşlığı veya siyasi düşünceleri sebebiyle, hayatı veya özgürlüğünün tehdiye uğrayacağı bir ülkeye gönderilemez. Maddenin 2. fıkrasında ise istisnai bir durum öngörülmüştür. Buna göre, ülke güvenliğinin tehlikeye uğraması veya vahim bir suçtan kesinleşmiş mahkumiyetleri bulunan mülteciler yönünden bu yasak geçerli olmayabilecektir.⁵¹

⁵⁰Bkz. Ay ve diğerleri, s.47.

⁵¹Bu konuda bkz. Sirmen, s.36-37. Ayrıca bkz. Doğan, s.52.

3.2.4. Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme⁵²

Türkiye tarafından 13 Ocak 1999 tarihinde imzalanan “Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme”, 26.04.2001 tarih ve 4662 sayılı Yasa ile TBMM tarafından kabul edilmiştir.

Belirtmek gerekir ki, Türkiye, sözleşmenin 15. ve 40. maddeleri yönünden “çekince”; 45., 46., 76. ve 77. maddeleri yönünden ise “bildirimde” bulunmuş ve TBMM tarafından “ekli bildirimler ve çekinceler” ile birlikte Sözleşmenin onaylanmasını uygun bulunmuştur

Sözleşmenin “Başlangıç” kısmında, tüm göçmen işçilerin ve aile fertlerinin haklarının uluslararası korunmasının gerçekleştirilmesine ihtiyaç duyulduğu vurgulanmıştır.

Sözleşmenin uygulama alanı 1. madde de, “belirtilen durumlar istisna olmak üzere cinsiyet, ırk, renk, dil, din veya inanç, siyasal veya diğer görüş, millî, etnik veya sosyal köken, taabiyet, yaş, ekonomik durum, mülkiyet, medenî hal, doğum veya diğer statüler açısından hiçbir farklılık gözetilmeksizin, tüm göçmen işçiler ve aileleri” olarak belirtilmiştir.

Göçmen işçi kavramı ise 2. madde de tanımlanmıştır. Buna göre göçmen işçi, vatandaşlık bağı ile bağlı olmadığı bir Devlette ücret ödenen bir faaliyette çalıştırılacak, çalıştırılmakta olan veya çalıştırılmış olan bir kişidir.

Sözleşmenin 68. maddesinin göçmen kaçakçılığı suçu ile ilintili olduğu görülmektedir. Madde hükmüne göre, Transit Devletleri de dahil olmak üzere, Taraf Devletler göçmen işçilerin yasadışı veya gizli yollardan göçünü ve düzensiz olarak istihdam edilmelerini önlemek üzere işbirliği yapacaklardır.

⁵²Sözleşme metni için bkz. R.G. 09.05.2001 t. ve S.24397.

Madde de her taraf devletin kendi yargı alanı içerisinde alacağı önlemlerin kapsamı da belirlenmiştir. Bunlar;

- a) Göçmen giriş ve çıkışları ile ilgili olarak yanıltıcı bilgilerin yayımlanmasına karşı gerekli önlemlerin alınması;
- b) Yasadışı veya gizli göçmen işçi ve aile fertlerinin hareketlerinin izlenerek önlenmesi ve bu tür hareketleri organize eden ve yürüten kişi, grup veya varlıkların etkin olarak cezalandırılmaları konusunda önlemler almak;
- c) Düzensiz durumda bulunan göçmen işçi ve aile fertlerine karşı şiddet, tehdit veya şantaj uygulayan kişi, grup veya varlıklara etkin yaptırım uygulanması için önlemler almak olarak ifade edilmektedir.

Maddenin 2. fıkrasında ise, istihdam devletlerinin, düzensiz durumdaki göçmen işçilerin istihdamını önleyecek bütün uygun ve etkin önlemleri alacağı, bu önlemlerin işçileri istihdam eden işverenlere yönelik cezaları da içereceği ancak alınacak bu önlemlerin işçilerin işverenleri karşısında istihdamdan doğan haklarına halel getirmeyeceği öngörülmüştür.

Kuşkusuz bu madde hükmüne riayet, bu anlamda sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesindeki gayret ve etkinlik, göçmen kaçakçılığı suçunun önlenmesi ile doğrudan bağlantılıdır. Çünkü bir ülke de kaçak işçi çalıştırmayla mücadele edilmemesi, o ülkeye kaçak girişini de arttıracaktır.⁵³ Madde ile öngörülen devletlerin göçmen işçilerin yasadışı veya gizli yollardan göçünü önlemek üzere yapacakları işbirliği yükümlülüğü de bu sonucu sağlayacak önemli bir husustur.

⁵³Doğan, s.54.

3.2.5. Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı BM (Palermo) Sözleşmesi⁵⁴

Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi 30.1.2003 tarih ve 4800 sayılı Yasa ile TBMM tarafından kabul edilmiştir.

Sözleşmenin “Tanımlar” başlıklı 2. maddesinin (a) bendinde, örgütlü suç grubu tanımına yer verilmiştir. Buna göre, doğrudan veya dolaylı olarak mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek amacıyla belli bir süreden beri var olan ve bu Sözleşmede belirtilen bir veya daha fazla ağır suç veya yasadışı eylemi gerçekleştirmek amacıyla birlikte hareket eden, üç veya daha fazla kişiden oluşan yapılanma, örgütlü suç grubu olarak tanımlanmıştır.

Aynı maddenin (b) bendinde, üst sınırı dört yıl veya daha fazla hürriyetten mahrumiyeti veya daha ağır bir cezayı gerektiren bir suçu oluşturan davranış *ağır suç*; (c) bendinde de belirli bir suçu derhal işlemek için tesadüfi olarak oluşturulmamış ve üyelerinin rollerinin şeklen belirlenmesi şartı olmayan, üyeliğinin devamlılığı veya gelişmiş bir yapısı olması gerekmeyen grup ise, *yapılanmış grup* olarak tanımlanmaktadır.

Sözleşmenin 5/1-a-i madde ve bendi ile, Doğrudan ve dolaylı olarak mali veya diğer maddi bir menfaat elde etmek amacıyla bir veya birden fazla kişinin ağır bir suç işlemek için anlaşması ve iç hukukun gerektirdiği durumlarda bu anlaşmanın gerçekleşmesine yönelik olarak anlaşmanın taraflarından birinin bir eylemde bulunması veya bir örgütlü suç grubuna katılması halinin, taraf devletçe suç haline getirilmesi öngörülmüştür.

Bu tanımlamalar ve öngörülen düzenlemelerin çalışma konusu göçmen kaçakçılığı suçu ile yakından bağlantılı olduğu görülmektedir.

Sözleşmenin 10. maddesi tüzel kişilerin sorumluluğunu düzenlemektedir. Buna göre her taraf devlet, örgütlü suç gruplarının karıştığı ağır suçlara iştirak etmeleri ve bu sözleşmenin 5., 6., 8., ve 23. maddelerinde öngörülen suçlar açısından tüzel kişilerin

⁵⁴Protokol metni için bkz. R.G. 4.2.2003 t. ve S. 25014.

sorumlu tutulmaları için gerekli olabilecek kendi hukuk ilkelerine uygun önlemleri alacak ve kendi hukuk ilkelerine bağlı kalmak kaydıyla, tüzel kişilerin sorumluluğunu cezai, medeni veya idari olarak belirleyecektir.

Sözleşmenin 12. maddesinde ise “Müsadere ve El Koyma” düzenlenmiştir. Madde ile sözleşmede belirtilen suçlardan elde edilen gelir veya değeri bunlara tekabül eden malvarlığı, suçlarda kullanılmış veya kullanılması amaçlanan malvarlığı, malzeme, teçhizat veya diğer araç-gereçlerin müsaderesinin sağlanması hususunda taraf devletlere gerekli önlemlerin alınması yükümlülüğü getirilmektedir. Maddenin 3. fıkrasında, suç geliri kısmen veya tamamen başka bir mala dönüştürülmüş veya çevrilmişse söz konusu gelirin yerine bu malın maddede belirtilen önlemlere tabi tutulacağı belirtilmiş, 5. fıkrasında daha da ileri gidilerek suç gelirinden veya suç gelirinin dönüştürüldüğü veya çevrildiği maldan veya suç gelirinin içine karışmış olduğu malvarlığından elde edilen kazanç veya diğer çıkarların yine bu maddede belirtilen önlemlere aynı şekil ve ölçüde tabi tutulacağı hükme bağlanmıştır. Önemli bir husus olarak 8. fıkra da, madde hükümlerinin iyi niyetli üçüncü kişilerin haklarına zarar verecek biçimde yorumlanamayacağı düzenlenmektedir.

Göçmen kaçakçılığı suçu incelenirken, sözleşme ile getirilen bu düzenlemelerin özellikle 5237 sayılı TCK sistemi açısından son derece bağlantılı ve suç açısından da uygulama alanının olduğu görülecektir.

Sözleşmenin diğer bir kısım hükümlerinin dolaylı da olsa inceleme konusu suçla ilgisi vardır. Ancak çalışma kapsamı açısından mevcut hükümlerin doğrudan bağlantılı oldukları değerlendirilmiş ve bu aşamada yeterli görülmüştür.

3.2.6. Sınırı Aşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesine Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol⁵⁵

Birleşmiş Milletler çerçevesinde 12-13 Aralık 2000 tarihlerinde Palermo’da düzenlenen konferansta kabul edilen “Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş

⁵⁵Protokol metni için bkz. R.G. 4.2.2003 t. ve S. 25014.

Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol" 30.1.2003 tarih ve 4803 sayılı Yasa ile TBMM tarafından kabul edilmiştir.

Protokolün 1. maddesinde, Protokolün Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin eki olduğu ve Sözleşme ile birlikte yorumlanacağı, Protokolde aksine hüküm bulunmadıkça Sözleşme hükümlerinin bu Protokol için de geçerli olacağı düzenlenmiştir.

Protokolün 2. maddesinde ise amaç, göçmen kaçakçılığını önlemek ve bununla mücadele etmek, kaçak göçmenlerin haklarını korurken, taraf devletler arasında bu amaçla yapılan işbirliğini geliştirmek olarak belirtilmektedir.

Protokolün 5. maddesinde, göçmenlerin cezai sorumluluklarının olmadığı hükme bağlanmış; 6. maddesinde, taraf devletler tarafından suç haline getirilecek eylemler belirlenmiş; 7., 8. ve 9. maddelerinde ise deniz yoluyla yapılan göçmen kaçakçılığına karşı işbirliği, önlemler ve koruyucu hükümler öngörülmüştür.

Protokol hükümlerinin temelde göçmen kaçakçılığı suçunun dayanağı olması karşısında, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak zaten bu çalışmada inceleme konusu yapılacağından, bu aşamada suça ilişkin temel uluslararası bir belge olduğunu vurgulamak yeterli olacaktır.

3.2.7. Diğer Belgeler

Türkiye'nin Avrupa Birliğine girme sürecinde, iltica ve göçe ilişkin AB Müktesebatına uyumlaştırılması gereken bir kısım AB ve Göç Müktesebatı şu şekilde ifade edilmiştir⁵⁶;

Mevcut AB Müktesebatı

⁵⁶Müktesebata ilişkin metinlerin tamamı için bkz. Ay ve diğerleri, s.9-10.

Dış sınırlar, vize, göç ve iltica alanlarında idari işbirliği için bir eylem programının benimsenmesine ilişkin 13 Haziran 2002 tarih ve 2002/463/EC sayılı Konsey Kararı (ARGO programı) O.J. L 161, 19.06.2002, sf.11

Mevcut Göç Müktesebatı

a) Yasadışı göç ve yasadışı istihdamla mücadele araçlarının(yöntemlerinin) uyumlaştırılması ve ilgili kontrol araçlarının (yöntemlerinin) iyileştirilmesi hakkında, 22 Aralık 1995 tarihli Konsey Tavsiye Kararı, O.J. C 5, 10.01.1996, sf. 1

b) Üçüncü ülke vatandaşlarının yasadışı istihdamıyla mücadele hakkında, 27 Eylül 1996 tarihli Konsey Tavsiye Kararı: O.J. C 304, 14.10.1996, sf. 1.

c) Anlaşmalı evliliklerle mücadelede benimsenecek önlemler hakkındaki 4 Aralık 1997 tarihli Konsey İlke Kararı : OJ N° C 328, 16 Aralık 1997.

d) Avrupa Birliği içinde yasadışı göç ve insan ticareti ile mücadele etmek için kapsamlı plana dair Önerge,OJ C 142, 14 Haziran 2002, sf.23.

e) 8 Mayıs 2003 tarihli (İnsan ticaretiyle mücadele ve önlenmesine ilişkin Brüksel Bildirisi) Konsey Sonuçları, OJ C 137,12 Haziran 2003, sf. 1.

f) İnsan ticaretiyle mücadeleye ilişkin 19 Temmuz 2002 tarih ve 2002/629/JHA sayılı Konsey Çerçeve Kararı, OJ L 203, 01.08.2002, sf. 1.

4. TÜRK HUKUKU'NDA GÖÇ OLGUSUNUN DÜZENLENİŞİ

4.1. Genel Olarak

Ekonomik ve sosyal nedenler, iç savaşlar, baskıcı rejimler gibi birçok nedenlere dayalı olarak daha rahat koşullarda hayatlarını sürdürmek isteyen insanlar göç ve bağlı olarak yasa dışı göç olgusunu yaratmaktadır. Sorunun yukarıda değinildiği

üzere yıllara göre hızla artış gösteren yapısı ve uluslararası toplumları ilgilendiren mahiyeti devletleri bu konuda bir işbirliğine yöneltmektedir. Bunun bir sonucu olarak da ülkeler, bu kontrolsüz göç akımını engellemek ve de kontrol altına almak amacıyla mevzuatlarında “göçmen kaçakçılığı” suçuna ve suçla ilgili çeşitli düzenlemelere yer vermektedir.⁵⁷

Türkiye’nin Avrupa Birliği’ne girme sürecinde, AB Müktesebatına uyumlaştırılması gereken iltica ve göçe ilişkin bir kısım Türk mevzuatı şu şekilde ifade edilmiştir⁵⁸;

a) 14.06.1934 tarih ve 34/2510 sayılı İskan Kanunu

b) 1998 tarihli ve 98/4360 sayılı Kanunla yapılan değişiklikleri içeren 15.07.1950 tarih ve 50/5683 sayılı Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun

c) 15.07.1950 tarih ve 5682 sayılı Pasaport Kanunu

d) 12.02.1981 tarih ve 2383 sayılı, 12.06.1995 tarih ve 22311 sayılı ve 04.06.2003 tarih ve 4866 sayılı Kanunlarla getirilen değişiklikleri de içeren 11.02.1964 tarih ve 64/403 sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu

e) 27.02.2003 tarih ve 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun

f) Türk Ceza Kanunu

g) 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu

h) Ceza İnfaz Kanunu.

⁵⁷ Bkz. Artuk – Gökçen – Yenidünya, Şerh, s.1904-1905.

⁵⁸ Müktesebata ilişkin uyumlaştırılması öngörülen mevzuatın tamamı hakkında bkz. Ay ve diğerleri, s.8-9.

Kuşkusuz bu çalışmada söz konusu tüm mevzuatın değerlendirilmesi inceleme sınırlarını aşacağından bu bölümdeki kapsam, çalışma konusu ile doğrudan ilgili ve adli müeyyideler içeren yasalar dikkate alınarak belirlenmiştir.

Bu doğrultuda ilk olarak suçun Türk Ceza Kanunu'nda yer almasından önceki yasal durum değerlendirilmiş ve sonrasında da 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenleme ile mukayesenin sağlanabilmesi bakımından 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenleme genel hatları ile ele alınmıştır.

Ancak bu aşamada özellikle belirtmek gerekir ki 2003 yılında çıkarılan 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun'un yasa dışı göç ile mücadelede önemli hükümler içerdiği görülmektedir.⁵⁹

Kanunun 5728 sayılı Yasanın 499. maddesi ile değişik Cezai Hükümler başlıklı 21. maddesinde, 18. maddenin 1. fıkrasına göre bildirim yükümlülüğünü süresi içerisinde yerine getirmeyen bağımsız çalışan yabancı ile yabancı çalıştıran işverene her bir yabancı için ve 2. fıkrasında ise çalışma izni olmaksızın bağımlı çalışan yabancıya idari para cezaları öngörülmüştür.

Keza maddenin 3. fıkrasında ise, çalışma izni bulunmayan yabancıyı çalıştıran işveren veya işveren vekillerine her bir yabancı için ülke koşullarına göre ağır idari para cezası getirilmiştir. Hatta bu durumda, yabancının ve varsa eş ve çocuklarının konaklama giderleri, ülkelerine dönmeleri için gerekli masraflar ile gerektiğinde sağlık harcamalarının karşılanması yükümlülüğü de getirilmiştir.

Her üç fıkradaki eylemlerin tekrarı halinde ise idari para cezaları bir kat artırılarak uygulanacaktır.

Müeyyideler sadece bunlarla sınırlı da değildir. İşverenler için iş yeri kapatma gibi cezalar da getirilmiştir. Bu idari ceza ve tedbirler kuşku yok ki, Ceza Yasası'ndaki düzenlemelerden ayrı olarak yasa dışı göç ile mücadelede son derece önemlidir.⁶⁰

⁵⁹Kanun metni için bkz. R.G. 6.3.2003 t. ve S. 25040.

4.2. Göçmen Kaçakçılığı Suç Tipinin İhdasından Önceki Yasal Durum

Göçmen kaçakçılığı suçunun 4777 sayılı Yasa ile 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'na eklenmesinden önce suça konu seçimlik hareketleri gerçekleştirenler hakkında 5682 sayılı Pasaport Kanunu'nun 33., 34., 35. ve 36. maddeleri uygulanmaktaydı.⁶¹

Bununla birlikte 5682 sayılı Pasaport Kanunu'nda yer alan düzenlemeler özel bir suç tipi olan göçmen kaçakçılığı suçuna konu bazı eylemleri karşılamadığından esasta suç teşkil etmesi gereken bir takım eylemlerin müeyyidesiz kalmasına yol açtı.

Örneğin 5682 sayılı Pasaport Yasası'nın 36. maddesinde, yasa dışı yollardan Türkiye'ye giren yabancı uyruklu göçmenlerin ihtiyaçlarını karşılama veya yurt içinde bir yerden başka bir yere taşıma veya barındırma şeklindeki eylemlere ilişkin olarak bir yaptırım bulunmadığından ve yasadaki boşluğun kıyas yoluyla doldurulması da mümkün olmadığından, Yargıtay açılan davaların beraatle sonuçlanması gerektiğine karar vermiştir.⁶²

Bu konudaki yasal boşluk “Türk Vatandaşları Hakkında Yabancı Ülke Mahkemelerinden ve Yabancılar Hakkında Türk Mahkemelerinden Verilen Ceza

⁶⁰Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Çiçekli, Bülent, “Yasa Dışı Göç, İnsan Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti ile Mücadele ve Türkiye”, <http://www.pa.edu.tr/objects/assets/content/file/dergi/62/43-58.pdf>, (e.t. 10.02.2010), s.51-54.

⁶¹Pasaport Kanunu'nda yer alan söz konusu cezai hükümler yukarıda “Pasaport Kanunu'nda Yer Alan Suçlar ve Kabahatler” başlığı altında inceleme konusu yapılmıştır.

⁶²“5682 sayılı Pasaport Yasasının 36. maddesi, yolcuları pasaport ve diğer vesikaların yoklanması için hükümetçe tayin olunan 'mevkilerden gayri olan yerlere bilerek nakleden kara, deniz ve hava taşıtlarını sevk ve idare edenler veya bu hususta kılavuzluk yapanları cezalandırmakta olup, buna göre, yasa maddesinde Türkiye'den yurtdışına çıkacak olanları gümrük kapılarından başka yerlere taşımamanın cezalandırıldığı, yasa dışı yollardan Türkiye'ye giren yabancı uyruklu göçmenlere sanığın yiyecek, içecek götürüp ihtiyaçlarını karşılamaktan ibaret eyleminin bu madde kapsamında değerlendirilemeyeceği, bu uygulamanın Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 12.03.2002 tarih, 2002/7-49 esas ve 2002/204 karar sayılı ilamıyla da benimsenmiş olduğu, ülkeye giriş ve çıkışlarda kontrolü sağlamak amacıyla özel düzenleme getiren ve yaptırım hükümleri taşıyan Pasaport Yasasında sanığa yüklenen göçmenlere yiyecek, içecek getirip ihtiyaçlarının karşılanması eylemi herhangi bir yaptırıma tabi tutulmamış olup, yasadaki boşluğun kıyas yoluyla doldurulması ve sanığın bu suretle cezalandırılması olanaksız olduğundan, beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi”, Yarg. 8. CD. 06.11.2007, 7382/ 7341 (Yayınlanmamıştır).

Mahkumiyetlerinin İnfazına Dair Kanun'un uygulanmasına ilişkin somut olaylarda da müeyyidesizlik sonucunu yaratmıştır.⁶³

Göçmen kaçakçılığı suçunun, yıllara göre gittikçe artan sayısal vehameti ve bunun yarattığı ekonomik boyut, suçun artık bir organizasyon dahilinde işlenmesini gerektirmiş ve bu durum göçmen kaçakçılığı suçuna konu eylemlerin 765 sayılı TCK.nun 313. maddesi⁶⁴ ve hatta 4422 sayılı yasa⁶⁵ kapsamında değerlendirilmeleri sonucunu doğurmuştur.

Bununla birlikte Yargıtay'ın, süreklilik taşımadan, dayanışma ve işbirliğine girmeden bir defaya mahsus maddi çıkar karşılığı yapılan faaliyetlerin 765 sayılı TCK.nun 314. maddesindeki suçu oluşturacağına ilişkin içtihatları da mevcuttur.⁶⁶

⁶³“Resmi Gazete'nin 15.5.1984 gün ve 18402 sayısı ile yayınlandığında yürürlüğe giren 8.5.1984 tarih ve 3002 sayılı Türk Vatandaşları Hakkında Yabancı Ülke Mahkemelerinden ve Yabancılar Hakkında Türk Mahkemelerinden Verilen Ceza Mahkumiyetlerinin İnfazına Dair Kanunun 7. maddesine göre Türk Vatandaşları hakkında yabancı ülke mahkemelerinden verilir kesinleşen mahkumiyetlerin Türkiye'de yerine getirilebilmesi için maddenin diğer fıkralarında yazılı koşulların yanı sıra yerine getirme talebinin Türk hukuk düzenine aykırı düşmemesi (f.7.) de gerekmektedir. Gerek 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinin 1 ve 2. ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun 7. maddesinin 1 ve 2. fıkralarına göre işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemeyeceği nazara alındığında 27.12.2001 tarihinde Türk hukuk düzeninde göçmen kaçakçılığı suçunun mevcut olmadığı, 3.8.2002 tarihinden sonra hukuk düzeni tarafından cezai yaptırım altına alındığından sanığın söz konusu suçtan dönüşüm kararıyla mahkumiyetine karar verilmesi...”, Yarg. 8.CD. 3.2.2006, 3757/438 (Yayınlanmamıştır).

⁶⁴“Sanıkların, Pasaport yasasına aykırı olarak yurt dışına insan taşıma amacıyla süreklilik gösteren biçimde bir araya gelerek teşekkül oluşturduklarının anlaşılması karşısında; eylemlerinin TCK.nun 313. maddesinde tanımlanan suç saydığı fiili işlemek için teşekkül meydana getirmek kabulü ile haklarında mahkumiyet hükmü kurulması gerekirken, dosya içeriğine uymayan bir gerekçe ile yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi”, Yarg. 8. CD. 12.3.1998, 757/3533. Bu ve konuya ilişkin diğer kararlar için bkz. Ünver, M. Naci, Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ve Cürüm İşlemek İçin Teşekkül Oluşturmak, Ankara 2002, s.29, 30, 38, 45, 47, 83; Ayrıca bkz. Mihçak, Muhittin, Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ve Cürüm İşlemek İçin Teşekkül Oluşturmak Suçları, Ankara 2003, s.112, 115, 129-130, 141-142, 154-155,

⁶⁵“Sanıkların, yasal olmayan yollardan yurda girenleri, çıkar karşılığında yurt içinde nakletmelerine dair eylemlerini süreklilik taşıyan organize birliktelikle gerçekleştirmelerinde 4422 sayılı Yasanın uygulanması yerindedir”. Yarg. 8. CD. 27.12.12001 11628/17642. Kararın tamamı için bkz. Mihçak, s.109.

⁶⁶“Sanıkların sürekli bir örgütlenme, işbirliği ve dayanışma anlayışı içine girmeden diğer sanıklar ve'ın oluşturduğu örgütün getirmiş olduğu sığınmacıları bir kereye özgü olmak üzere maddi çıkar karşılığı çalıştırdıkları fabrika sahasında gemilere bindirilmesi konusunda yardımda bulunmaktan ibaret eylemlerinin TCK'nın 314. maddesine uygun bulunduğu gözetilmeden yazılı biçimde aynı yasanın 313. maddesi ile mahkumiyetlerine karar verilmesi”, Yarg. 8.CD. 7.2.2002, 14106/1323, Bkz. Mihçak, s.106 ve 117.

Görüldüğü gibi suça ilişkin doğrudan bir düzenlemenin bulunmaması, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'na "göçmen kaçakçılığı" suç tipi eklenene kadar, suça konu eylemlerin hangi kanun ve madde kapsamında ele alınması gerektiği hususunda uygulamada sürekli sorun ve hatta kimi zaman müeyyidesizlik sonucunu yaratmıştır.⁶⁷

4.3. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunundaki Durum

Göçmen kaçakçılığı suçunun ilk olarak 03.08.2002 tarih ve 4771 sayılı kanun ile Türk hukuka girdiği görülmektedir. Suçun dayanağı, 4800 sayılı Yasanın 1. maddesi ile onaylanması uygun bulunan "Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi" ve 4803 sayılı Yasanın 1. maddesi ile onaylanması uygun bulunan "Birleşmiş Milletler çerçevesinde 12-13 Aralık 2000 tarihlerinde Palermo'da düzenlenen konferansta kabul edilen "Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol"dür.

Protokolün 6. maddesi ile taraf devletlere protokolde belirlenen eylemleri suç haline getirmek üzere gerekli yasal ve diğer önlemleri alma yükümlülüğü getirilmiştir.

Bu doğrultuda göçmen kaçakçılığı suçu, Avrupa Birliği uyum yasaları çerçevesinde 3.8.2002 tarih ve 4771 sayılı kanunun 2. maddesiyle 765 sayılı Türk Ceza Kanuna 201/a maddesi eklenmek suretiyle bağımsız bir hüküm olarak düzenlenmiştir.

765 sayılı TCK.nun 201/a maddesine göre;

"Doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddî menfaat elde etmek maksadıyla, yabancı bir devlet tâbiyetinde bulunan veya vatansız olan veya Türkiye'de sürekli olarak oturmasına yetkili mercilerce izin verilmemiş bulunan kimselerin Türkiye'ye

⁶⁷"Sanıkların katılımı olmadan, yasa dışı yollardan yurda girmiş bulunan yabancı uyruklu kişileri bir yerden bir yere nakletmekten ibaret eylemin, TCK.nun 313. maddesinde tanımlanan suçu oluşturmayacağı gözetilmeden, yazılı biçimde mahkumiyet hükmü kurulması", Yarg. 8. CD. 24.4.2002, 1260/5338. Bu karar ve konuya ilişkin diğer kararlar için bkz. Ünver, s.20, 31, 51, 52.

yasal olmayan yollardan girmelerini veya ülkede kalmalarını, bu kişilerin veya Türk vatandaşlarının yasal olmayan yollardan ülke dışına çıkmalarını sağlamaya göçmen kaçakçılığı denilir.

Göçmen kaçakçılığı suçunun faillerine veya böyle bir suça iştirak etmeksizin, daha önce ülkeye sokulmuş veya girmiş kaçak göçmenleri, maddî menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollarla ülkeden çıkaranlara, yasal koşullara uymaksızın ülkede kalmalarını olanaklı kılanlara, bu maksatla sahte kimlik veya seyahat belgelerini hazırlayanlara veya temin edenlere ya da bu suçlara teşebbüs edenlere, fiilleri başka bir suç oluştursa bile ayrıca iki yıldan beş yıla kadar ağır hapis ve bir milyar liradan az olmamak üzere ağır para cezası verilir; suçun işlenmesinde kullanılan taşıtlar ve bu fiil nedeniyle elde edilen maddî menfaatler müsadere edilir.

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

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

Suçun TCK.nun “Hürriyet aleyhinde işlenen cürümler” başlıklı ikinci babının “İş ve çalışma hürriyeti aleyhindeki cürümler“ başlıklı altıncı faslında “Çalışma hürriyetini bozma“ suçunun yanında yer aldığı görülmektedir. Oysa ki 5237 sayılı TCK.nun 79. maddesinde yer alan göçmen kaçakçılığı suçu özel hükümlerin başında “Uluslararası Suçlar” kısmında düzenlenmiştir.

Madde de “göçmen kaçakçılığı”na ilişkin olarak doğrudan bir tanımlama getirildiği görülmektedir.

Keza 5237 sayılı TCK’da yer alan düzenleme açısından da geçerli olmak üzere mevcut düzenleme, “Türkiye’ye yasal olmayan yollardan girmelerini veya ülkede kalmalarını” ifadesiyle “hedef ülke”; “yasal olmayan yollardan ülke dışına çıkmaları” ifadesiyle “transit ülke” ve “Türk vatandaşlarının yasal olmayan yollardan

ülke dışına çıkmaları” ifadesiyle de bir “kaynak ülke” tanımlamasını gerekli kılmaktadır. Bu bağlamda;

“Kaynak Ülke”; gerek yasa dışı göçe gerekse insan ticaretine konu olan kişilerin uyrukluğunda bulundukları ülke,

“Hedef Ülke”; gerek yasa dışı göç gerekse insan ticaretine konu olan kişilerin ulaşmak istedikleri veya götürülmek istenen ülke,

“Transit Ülke”; kaynak ülkeden hedef ülkeye gerçekleşen seyahatte üzerinden geçilen veya elverişli şartlar oluşana kadar yasa dışı veya yasal ikamet edilen ülke olarak tanımlanmıştır.⁶⁸

Madde de göçmen kaçakçılığı suçuna ilişkin olarak temel de üç ayrı seçimlik hareket öngörülmüş olup bu seçimlik hareketlerden birisinin yapılması suçun oluşumu için yeterli olacaktır.

Kanunda öngörülen seçimlik hareketler;

- a) Göçmen kaçakçılığı,
- b) Ülkeye sokulmuş veya girmiş kaçak göçmenleri, ülkeden çıkarmak, ülkede kalmalarını olanaklı kılmak,
- c) Bu maksatla sahte kimlik veya seyahat belgesi hazırlamaktan ibarettir.

Kasten işlenebilir bir suçtur ancak suçun oluşması için 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda da korunduğu şekli ile doğrudan veya dolaylı maddi menfaat özel kastı aranacaktır.

⁶⁸Bkz. T.C. İç İşleri Bakanlığı Araştırma ve Etüdler Merkezi, http://arem.gov.tr/proje/ars_rapor/gocmen.htm, (e.t. 22.01.2010).

Suç, fiillerden birinin yapılmasıyla oluşacağından seçimlik hareketli ve fiillerin işlenme şekli önemli olmadığından serbest hareketli birer suçtur. Keza suçun ani suç veya mütemadi suç olarak karşımıza çıkması olasıdır. Zira fail, göçmenin ülkede kalmasını olanaklı kılıyorsa örneğin bu amaçla Türkiye içinde çeşitli yerlere kaçırarak saklıyorsa, ortada mütemadi suç vardır. Bu durumda suç temadinin kesildiği yer ve zamanda tamamlanmış olur.⁶⁹

Suçun faili özellik arz etmez, herhangi bir kimse olabilir. Suçun işlenmesi açısından da tek fail yeterli olacaktır, örgütlü olarak işlenmesi zaten ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiştir. Uygulamada bu suçun faillerinin çoğunlukla Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları olacakları açık ise de, teorik olarak yabancıların da bu suçun faili olmalarına engel bir husus bulunmadığı ifade edilmiştir.⁷⁰

Yasada yer alan göçmen kaçakçılığı suçunun mağdurunun ancak nitelikleri tanımlama suretiyle belirlenen ve vatansız, yabancı gibi belli hukuki sıfatlara sahip bulunan göçmenler veya muhacirler olabileceğinden bu suçun mağdur bakımından özel bir suç olduğu belirtilmiştir.⁷¹

Mağdurun rızası suçun unsurudur, bu nedenle hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilemez.

765 sayılı TCK.nun 201/a maddesinin 2. fıkrasında, bu suçlara teşebbüsün tamamlanmış suç gibi cezalandırılacağı belirtilmiş olması karşısında, suça teşebbüsün hiçbir hali olanaklı değildir.

⁶⁹Arslan, s.128.

⁷⁰Hakeri, Hakan, “Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti Suçları (TCK 201/a ve 201/b)”. http://www.akader.info/KHUKA/2004_mart/1.htm, (e.t. 04.06.2009), s.2.

⁷¹Arslan, s.122.

Bu anlamda kanuna yeni bir teşebbüs suçunun eklendiği ve bundan çıkan bir sonuç olarak netice gerçekleşmese dahi suça teşebbüs edilmesi durumunda, teşebbüs tam da olsa eksik de olsa failin netice tamamlanmış gibi cezalandırılacağı ifade edilmiştir.⁷²

Suçta iştirakin her türü mümkündür ve genel kurallar uygulanır. Ancak suçun örgütlü işlenmesi durumunda, örgüt mensuplarının iştirakten dolayı değil açık düzenleme gereği 201/a maddesinin son fıkrası uyarınca cezalandırılmaları gerekecektir.

765 sayılı TCK.nun 201/a maddesinin 2. fıkrasındaki “fiilleri başka bir suç oluştursa” bile ceza verileceğine ilişkin ibare karşısında gerçek içtima kurallarının uygulanması söz konusudur.

Kanun koyucunun etkin bir cezalandırmayı sağlamak açısından maddede sayılan fiillerin ayrı bir suçu oluşturması durumunda, failin her iki suçtan dolayı cezalandırılacağını ve bu suretle gerçek içtima kurallarının uygulanacağını öngördüğü belirtilmektedir.⁷³

Yani fail, fiili ile ihlal ettiği tüm yasa hükümleriyle cezalandırılır. Örneğin şartların oluşması durumunda rüşvet veya dolandırıcılık suçundan veya pasaport kanununa aykırılıktan ayrıca cezalandırılacaktır.⁷⁴

Suçla korunan hukuki yararın topluma ait kamu düzeni ile kamu güveninin korunması yanında göçmenlerin maddi ve manevi varlığı ile genel ve objektif mal varlığı olmakla birlikte bu hususun şartların varlığı halinde müteselsil suç hükümlerinin uygulanmasına engel olmayacağı ileri sürülmüştür.⁷⁵

⁷²Bu konuda bkz. Arslan – Azizağaoğlu, s.302; Arslan, s.131-132; Turhan, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Uluslararası Suçlar, s.8; Hakeri, s.3.

⁷³Bkz. Hakeri, s.4; Turhan, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Uluslararası Suçlar, s.10.

⁷⁴Arslan, s.133.

⁷⁵Bu konuda bkz. Arslan, s.133-134. Ayrıca bkz. Hakeri, s.4.

765 sayılı TCK.nun 201/a maddesinin 3. fıkrasında ise suçun ağırlaştırıcı nedenleri düzenlenmiştir. Buna göre, göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesi sırasında “kaçak göçmenlerin yaşamlarını veya vücut bütünlüklerini tehlikeye soktuğu veya insanlık dışı veya onur kırıcı muamele biçimlerine tabi kılınmalarına neden olduğu hallerde“ faillere verilecek cezalar yarısı oranında, “ölüm” meydana gelmiş ise bir kat arttırılarak hükmolunacaktır.

Maddenin son fıkrasında da, bir diğer nitelikli hal olarak suçun örgütlü olarak işlenmesi halinde faillere verilecek cezaların bir kat arttırılarak hükmolunacağı düzenlenmiştir.

BÖLÜM II

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇU

1. GENEL OLARAK

Göçmen kaçakçılığı suçu, 01.06.2005 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 imkan sağlayan,

b) Türk vatandaşı veya yabancının yurt dışına çıkmasına imkan sağlayan,

Kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır.

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

(3) 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.

765 sayılı TCK.nun 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.⁷⁶

5237 sayılı TCK.na ilişkin olarak ise, gerek göçmen kaçakçılığı ve gerekse insan ticareti suç tiplerinin temel uluslararası hukuk suçlarından olmadığı vurgulanmış ve bu nedenle her iki suça “uluslararası suçlar” kısmında, soykırım ve insanlığa karşı suçlardan hemen sonra yer verilmesi eleştiri konusu yapılmış⁷⁷, benzer mahiyette göçmen kaçakçılığı suçunun ‘sınıraşan suç’(Transnational crime) niteliğinde olduğu vurgulanarak⁷⁸, Ceza Kanunu'nda değil Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanunu’nda düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir.⁷⁹

Nitekim Alman Hukuku'nda göçmen kaçakçılığının Alman Ceza Kanunu'nda değil yabancıların Almanya'da ikametlerine ilişkin koşulların yer aldığı hususi bir kanunda düzenlendiği, hukukumuzda da aynı usulün benimsenmesinin kanun yapma tekniği ve korunan hukuki menfaat yönünden daha uygun olacağı ve böylece Pasaport Kanunu gibi çeşitli yasalarda yer alan dağınık düzenlemelerin tek bir metinde toplanmış olacağı ifade edilmektedir.⁸⁰

⁷⁶Hakeri, s.1.

⁷⁷Tezcan – Erdem – Önok, s.85.

⁷⁸Aksi görüş için bkz. Turhan, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Uluslararası Suçlar, s.8.

⁷⁹Doğan, s.93.

⁸⁰Artuk – Gökçen – Yenidünya, Şerh, s.1908-1910.

Göçmen kaçakçılığı suçunun koruduğu hukuki menfaate uygun olarak Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenleniş yerinin isabetli olduğu da ileri sürülen görüşler arasındadır.⁸¹

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 soykırımın 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.⁸²

2. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ YARAR

Suçla korunan “hukuki yarar” ile suçun maddi bir unsuru olarak “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 *şahsın vücududur*.⁸³

Gerçekte, 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 yarar tespit edilirken kuşkusuz ki o fiil bakımından ön planda bulunan yararın ne olduğu araştırılmaktadır.⁸⁴

Bu anlamda göçmen kaçakçılığı suçunda korunmak istenen hukuki yarar karma bir nitelik arz eder. Zira suç ile birden çok hukuki yarar korunmaktadır.

⁸¹Evik, s.139. Ayrıca bkz. Arslan – Azizağaoğlu, s.291-292.

⁸²Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2006, s.95.

⁸³Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2008, s.206.

⁸⁴Arslan, s.118.

Korunan hukuki yararın ilki, kamuya veya uluslararası topluma ait yararlar olup bunlar ulusal kamu düzeni ve kamu ekonomisi, ilgili devletlerin egemenlik yetkisi ve uluslararası toplum düzeni olarak belirtilebilir. Korunan ikinci yarar ise kişiye ait yararlardır ve bunlar da göçmenlerin vücut bütünlükleri, mal varlıkları, haysiyetlerinin dokunulmazlığı ve kişi hürriyetleri olarak karşımıza çıkar.⁸⁵

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, ülkelere girişi kontrol etmek isteyen ve kendi 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 menfi etkileri olmaktadır.

Bununla birlikte bu suçla korunmak istenen hukuki değer öncelikle insanın maddi veya manevi tümlüğü olduğunu kabul etmek gerektiği ileri sürülmüştür.⁸⁶ Gerçekten söz konusu suç mağdurları maddi menfaat sağlanmak üzere, insan onuruna yakışmayacak şekil ve koşullarda başka ülkelere kaçırılmakta veya yasal olmayan yollarla ülkeye sokulmakta ve çaresizlikten faydalanılarak malvarlıkları ile maddi ve manevi vücut bütünlüklerini kısmen veya tamamen kaybetmektedirler.⁸⁷

Her ne kadar suçta rıza mevcut olsa da, haklı olarak kişilerin insan haysiyeti ile bağdaşmayacak nitelikte hürriyetlerinin sınırlandırılmasına rıza göstermelerinin hukuken geçerli kabul edilemeyeceği belirtilmektedir.⁸⁸ Kaldı ki, başlangıçta var olan rızanın yolculuğun ilerleyen safhalarında geri alınmak istenmesi durumunda

⁸⁵Bu konuda bkz. Tezcan – Erdem – Önok, s.66; Doğan, s.97-101; Arslan, s.119; Parlar – Hatipoğlu, s.1217-1218; Bakıcı, Sedat, 5237 sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümler 3, Ankara, 2010, s.23.

⁸⁶Evik, s.137-139. Aksi görüş için bkz. Doğan, s.97-98.

⁸⁷Arslan, s.119.

⁸⁸Artuk - Gökçen – Yenidünya, Şerh, s.1921.

kaçakçıların buna imkan vermediği ve bu şekilde kişilerin özgürlüklerinin de rızaları hilafına kısıtlanmış olduğu vurgulanmıştır.⁸⁹

Bu nedenlerle, suçla korunmak istenen öncelikli hukuki yararın ulusal ve uluslararası topluma ait hukuki yararlar değil kişiye ait hukuki yararlar olduğu düşüncesindeyim.

3. GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇUNUN UNSURLARI

3.1. Kanuni Unsur (Tipiklik)

Kanuni unsur, suçun bağımsız bir unsurdur ve hukuka aykırılık unsuru kapsamında değerlendirilmemelidir. Gerçekten, hareketin yasada yazılı suç tanımına uyması her zaman hukuka aykırılığı da beraberinde getirmez. Bir eylem yasadaki tanıma uygun olmakla birlikte hukuka aykırı olmayabilir. Örneğin, yasal savunma (meşru müdafaa) halinde adam öldürmek böyledir.⁹⁰

Şu halde kanuni unsur, işlenmiş bir fiilin ceza kanundaki tanıma uyup uymadığı ile ilgilidir. Fiilin kanundaki suç tanımına uygun olduğu tespit edilirse kanuni unsur mevcuttur. Bir diğer anlatımla, işlenen fiilin kanunda önceden tanımlanmış olması ve fiilin bu tanıma uygun olması halinde kanuni unsurun varlığı kabul edilecektir.⁹¹

Ancak kanuni unsuru, suçun kanunda açıklanıp tarif edilmesi şeklinde anlamının da doğru olmayacağı ve fiilin temel alınması durumunda, kanuni unsuru fiilin kanuni tarife uygun olması şeklinde kabul etmek gerektiği ifade edilmiştir.⁹²

⁸⁹Doğan, s.101. Ayrıca bkz. Parlar – Hatipoğlu, Cilt:2, s.1217.

⁹⁰Bkz. Centel, Nur, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul, 2002, s.188.

⁹¹Bu konuda bkz. Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, s.199 vd.; Öztürk, Bahri - Erdem, M. Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara, 2008, s.157 vd.

⁹²Dönmezer, Sulhi – Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt:I, İstanbul, 1997, s. 361.

Bu anlamda, kanuni unsurda yer alması gereken unsurların tamamını yasa koyucunun açıkça tespit edebileceği gibi açıklama ve somutlaştırmayı öğreti ve uygulamaya da bırakabileceği ancak bu durumun, unsurların tipikliğe ait olduğuna veya olmadığına değil, kanunilik ve belirlilik ilkelerine ilişkin bir sorun olduğu vurgulanmıştır.⁹³

Şüphesiz ki, kanun tarafından tarif verilmedikçe ve bu tarifi veren kanun Ceza hukukunda bir kaynak olabilmek için gereken şartları taşımadıkça, bir fiilin kanuni tarife uygun olmasından söz etmek anlamsız olur.⁹⁴

Tipikliğin objektif unsurları, fiilin dış dünyadaki görünüş biçimini nitelendirirler. Bunlar, özellikle suçun öznesi, suçun konusu, hareket, netice ve fiilin modalitesi ile ilgilidir.⁹⁵ O halde, yasadaki tanım, kural olarak suçun failini, hareketini, suçun konusunu ve subjektif unsurunu içermelidir.⁹⁶

5237 sayılı TCK.nun 2/1. madde ve fıkrası uyarınca; “Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunmaz”.

Göçmen kaçakçılığı suçu ise 5237 sayılı TCK.nun 79. maddesinde düzenlenmiştir. Madde de suça ilişkin olarak doğrudan bir tanımlamanın getirilmediği görülmektedir. Ancak doktrindeki kanuni unsura ilişkin açıklamalar ve tanıma getirilen kurallar, göçmen kaçakçılığı suçunun düzenlendiği 5237 sayılı TCK.nun 79. maddesi hükmü ile birlikte ele alındığında;

Kanunda suçun öznesi olan fail, “kişi” olarak ifade edilmiştir. Bu anlamda özgü bir suç değildir. Suçun konusu tanımda gösterilmiş olan hareketin üzerinde gerçekleştiği

⁹³Öztürk –Erdem, s.158.

⁹⁴Dönmezer – Erman s.362.

⁹⁵Öztürk –Erdem, s.161.

⁹⁶Bu konuda bkz. Centel, s.188-189.

obje veya insandır.⁹⁷ Bu anlamda suçun konusu göçmenlerdir.⁹⁸ Suçun ne şekilde işleneceği yani hareket kanunda gösterilmiştir. Bunlar, “ülkeye sokmak, ülkede kalmaya-yurt dışına çıkmaya imkan sağlamak” seçimlik hareketlerinden ibarettir. Netice açısından “hareketin yapılması” yeterli olacaktır. Fiilin özel modalitesi “örgüt faaliyeti” olup, failin subjektif durumu ise “doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadı” olarak belirtilebilir.

3.2. Suçun Maddi Unsurları

3.2.1. Fiil

İnsanın dış dünyada beliren iradi davranışı olarak tanımlanan bu unsur icrai ve ihmali hareketler olarak karşımıza çıkar. Bu anlamda kişinin düşüncesi dış dünyaya yansımada hareket kavramına girmez. Ancak dış dünyaya yansıyan hareket, ister icra ister ihmal şeklinde olsun, daima iradi olmalıdır.⁹⁹ Fakat hukuk alanında bunun bir değeri olabilmesi için, bu müspet veya menfi hareketin kanunun suç saydığı bir neticeye sebep olması şarttır.¹⁰⁰

Bu anlamda suç ve evleviyetle 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, bizzatihi haksızlık teşkil eden bir insan davranışdır.¹⁰¹ Bu nedenle bir tüzel kişiye izafe edilebilecek 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

⁹⁷Centel, s.189.

⁹⁸Suçun konusunun “göçmenler” mi yoksa “uluslararası toplum” mu olduğu tartışmalı olup, bu husus aşağıda “Mağdur” ve “Konu” başlıkları altında ayrıca inceleme konusu yapılmıştır.

⁹⁹Artuk, M. Emin – Gökçen, Ahmet – Yenidünya, A. Caner, 5237 sayılı Yeni TCK.’ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Ankara, 2006, s.416.

¹⁰⁰Dönmezer – Erman, s.372.

¹⁰¹Özgenç, Genel Hükümler, s.171-172.

yeteneğinin ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin olması gerekir. Başka bir anlatımla sağlıklı bir iradeye dayanmayan davranışlara fiil denemez.¹⁰²

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.

Yeni 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 cezalandırılabileceği ileri sürülmüştür.¹⁰³

Benzer şekilde Yeni TCK'nın düzenlemesi gereği göçmen kaçakçılığı suçunun ihmali davranışla işlenebilmesinin mümkün olmadığı zira Yeni 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 ülkeye girmek isteyenlere müdahale etmemek suretiyle bunların girişini sağlamaları durumunda icrai surette işlenmiş bir suça ihmali hareketle iştirak halinin oluşacağı belirtilmiştir.¹⁰⁴

¹⁰²Malkoç, İsmail, Açıklamalı – İtihatlı 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara, 2007, s.5.

¹⁰³Tezcan – Erdem – Önok, s.89.

¹⁰⁴Doğan, s.119-120. Kitabının ilk baskısında suçun ihmali hareketle işlenebileceğini ifade eden Doğan, ikinci basının önsözünde Yeni TCK sistemi gereği bu görüşünü değiştirdiğini ifade etmektedir.

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.¹⁰⁵

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.¹⁰⁶

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

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

¹⁰⁵Hakeri, s.2.

¹⁰⁶Şen, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt:I, İstanbul, 2006, s.246.

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 giriş ve çıkış 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.¹⁰⁷

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

3.2.1.1. Yabancıyı Ülkeye Sokmak

Yabancıların ülkemize giriş-çıkış yol ve şekilleri 5682 sayılı Pasaport Yasası'nda düzenlenmiştir. Dolayısıyla anılan yasa hükümlerine aykırı yapılan girişler bu kapsamda değerlendirilecektir.

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 5682 sayılı Pasaport Kanunu'nun 34. ve 35. maddelerince 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

¹⁰⁷Şen, F., s.31.

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.¹⁰⁸

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 suları 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 sayılacaktır.

Bu düzenleme uyarınca Türk ülkesinin toprakları, iç suları (nehirler, göller, koylar, limanlar, kapalı denizler), karasuları 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.¹⁰⁹

Farazi anlamda ülke, devletin savaş gemileri, açık denizde bulunan ticaret gemileri, hava vasıtaları, ve askeri işgal altında bulunan yerleri kapsar ve burada işlenen suçlarda ülkede işlenmiş kabul edilir. Ancak burada işlenen suçların Türkiye’de

¹⁰⁸Doğan, s.123; aynı görüş için ayrıca bkz. Artuk – Gökçen – Yenidünya, Şerh, s.1923.

¹⁰⁹Yenidünya – Alşahin, s.47.

işlenmiş kabul ediliyor olması bunların “coğrafi (gerçek) 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.¹¹⁰

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.¹¹¹

“Ülkeye girmek”, 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 çerçevesinde, yabancıların ülkeye alınıp alınmaması tamamen devletin takdir ve yetkisindedir.

Türkiye’ye geçerli ve usulüne 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 edilmesi gereklidir.
- c) Ülkeye girmek isteyen kişi Türkiye’ye girişi yasak olan kişilerden olmamalıdır.

¹¹⁰Doğan, s.121-122. Kitabının ilk baskısında suçun farazi anlamda ülkede de işlenebileceğini ifade eden *Doğan*, ikinci baskının önsüzünde bu görüşünü değiştirdiğini ifade etmektedir.

¹¹¹Bu konuda bkz. Evik, s.147.

d) Giriş vizesi alınmış olmalıdır.¹¹²

Şu halde, bu şartlara aykırı olarak yabancıнын ülkeye sokulması yasal olmayan yollardan ülkeye giriş olarak kabul edilmelidir.

Şayet 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 veyahut ülkeden yasa dışı çıkarılan kimsenin bu safhadan sonra insan ticareti için tedarik edilmesi halinde fail, yenilenen kastından ötürü hem göçmen kaçakçılığı ve hem de insan ticareti suçundan ayrı ayrı cezalandırılabilir.¹¹³

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 kanunun 44. maddesi hükmü gereği, failin göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturacağı ve yaptırımın bu madde ile belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir.¹¹⁴

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.¹¹⁵

Bu seçimlik hareket yönünden bu arada belirtmek gerekir ki, failin ülkeye soktuğu kişi veya kişileri yabancı zannetmesi ancak bunların Türk vatandaşı olması halinde

¹¹²Bkz. Şen, F., s.29; Arslan – Azizağaoğlu, s.300.

¹¹³Artuk – Gökçen – Yenidünya, Şerh, s.1925. Aynı doğrultuda bkz. Bakıcı, Özel Hükümler, s.29; Parlar – Hatipoğlu, Cilt:2, s.1226; Doğan, s.154.

¹¹⁴Bkz. Malkoç, 2007, s.483.

¹¹⁵Bu konuda bkz. Yenidünya – Alşahin, s.48; Doğan, s.154.

bir işlenemez suç hali söz konusu olacağından, faile bir ceza verilmesi söz konusu değildir.¹¹⁶

3.2.1.2. Yabancı'nın Ülkede Kalmasına İmkan Sağlamak

Suçla konu seçimlik hareketin kapsamını ülkedeki yasal mevzuata göre belirlemek gerekir. Bu konuda ülkemizdeki başlıca düzenlemeler, 5683 sayılı Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun, 442 sayılı Köy Kanunu ve 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Belgeleri Kanunu’dur.¹¹⁷

“Ülkede kalmak”, başka bir ifadeyle Türkiye’de bulunmak, çeşitli nedenlerle ikamet etmek, çalışmak, gezmek, öğrenim görmek 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, kendiliğinden ülkede ikamet etmek, çalışmak, gezmek, öğrenim görmek vs. haklarına sahip olamaz. Bu husus başta “Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun” (YİSHK) olmak üzere ilgili mevzuata tabii olduğu ve bu konudaki temel kuralın Türkiye’ye bir aydan fazla kalacak yabancıların ikamet tezkeresi alması olduğu ifade edilmiştir.¹¹⁸

Gerçekten de YİSHK’nun 3. maddesine göre, Türkiye’de bir aydan fazla kalmak isteyen yabancılar, bu süre bitmeden emniyet makamlarına başvurarak ikamet izni, Türkiye’ye çalışmak için gelen yabancılar ise, geldikleri tarihten itibaren bir ay içerisinde ve her halde çalışmaya başlamadan önce ikamet izni almaları gerekecektir. Kanunun 9. maddesine göre de bu izin en fazla beş yıl için verilebilir.

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

¹¹⁶ Arslan – Azizağaoğlu, s.302.

¹¹⁷ Söz konusu kanunların metni için bkz. <http://www.mevzuat.gov.tr>, (e.t.22.01.201).

¹¹⁸ Şen, F., s.30; bu konuda ayrıca bkz. Evik, s.153-155.

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.

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.¹¹⁹

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.¹²⁰

Kaldı ki maddenin gerekçesinde de yasal olarak yurda girmiş olmakla beraber, Türkiye'de sürekli olarak oturmalarına yetkili mercilerce karar verilmemiş yabancılara ülkede kalmalarına imkan sağlamanın da suçu oluşturacağı açıkça belirtilmektedir.¹²¹

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

¹¹⁹Hakeri, s.2; aynı doğrultuda bkz. Artuk – Gökçen – Yenidünya, Şerh, s.1927.

¹²⁰Doğan, s.129-130; aynı doğrultuda bkz. Artuk – Gökçen – Yenidünya, Şerh, s.1927.

¹²¹Madde gerekçesi için bkz. www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc,(e.t. 02.02.2010).

işlenildiği yer ve zamanın, şikayet veya dava zamanasını süresinin belirlenmesinde, temadinin devam edip etmediğine bakılacaktır.¹²²

Temadiye esas süreye ilişkin bir sınır değer koymak doğru olmaz. Bu somut her olayda ayrıca değerlendirilecektir.¹²³ Bu anlamda, yabancılara bir defaya mahsus olmak üzere maddi menfaat karşılığında yemek verilmesinin bu suçu oluşturmayaacağı ileri sürülmüştür.¹²⁴ 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.¹²⁵ Kuşkusuz bu halde doğrudan doğruya veya dolaylı bir menfaatin elde edilmemiş olması gereklidir.

Bununla birlikte, sahte nüfuz cüzdanı temin etmek veya sahte ikamet izni temin etmek gibi hallerde bu seçimlik hareketin ani hareketle işlenebilmesinin de mümkün olduğu belirtilmektedir.¹²⁶

¹²²Bu konuda bkz. Özgenç, Genel Hükümler, s.178-179.

¹²³“Sanıkların, yakalanan göçmenleri yasadışı yollardan yurt içine sokan olmadıkları gibi, bu eylemi gerçekleştiren kişilerle birlikte hareket ettiklerine dair kuşkudan öte kanıt da elde edilemediği ve yurt dışına yasadışı yollardan gitmek isteyen göçmenlerin birkaç günlüğüne geçici olarak evde barındırılmasının da ülkede kalmalarına imkan sağlama olarak kabul edilemeyeceğinden, oluş ve tüm dosya içeriğine göre; yasadışı yollardan Türkiye'ye gelmiş ve buradan Yunanistan'a gitmek isteyen 51 göçmeni bindirdikleri kamyon ile sevk ederken Ortanca Köyü mevkiinde kolluk tarafından yakalanan sanıkların kanıtlanan eylemlerinin, göçmenlerin yurt dışına çıkmalarına imkan sağlamaya teşebbüs aşamasında kaldığı, 5237 sayılı TCK.nun 79. maddesinden verilecek cezadan teşebbüs nedeniyle anılan yasanın 35. maddesine göre dörtte birinden dörtte üçüne kadarının indirileceği gözönüne alınıp, somut olaya 765 sayılı TCK.nun ve 5237 sayılı TCK.nun bir bütün halinde 5252 sayılı Yasanın 9/3. madde ve fıkrası uyarınca ayrı ayrı uygulanarak bulunacak sonuç cezalara göre lehe aleyhe kanunun tespiti gerekirken, böyle bir karşılaştırma ve değerlendirilme yapılmaksızın salt temel cezayı düzenleyen hükümler karşılaştırılarak lehe yasa belirlemesiyle yazılı şekilde hüküm kurulması”, Yarg. 8.CD. 5.1.2010, 12619/604 (Yayınlanmamıştır).

¹²⁴Bu konuda bkz. Doğan, s.130, 136.

¹²⁵Artuk – Gökçen – Yenidünya, Şerh, s.1928.

¹²⁶Doğan, s.130.

“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 ülkemizde kalmasının sağlanmasını değil de, bunun için gerekli ortamın oluşturulması veya işlemlerin yapılmasını yeterli gördüğü ileri sürülmüştür.¹²⁷

Keza “imkan sağlama” ifadesinin maddi yani somut yardımlar olarak yorumlanması gerektiği, bu nedenle yabancıları yasadışı olarak ülkede kalma konusunda teşvik etmenin veya ülkede yabancıların yasadışı olarak kalma kararlarını kuvvetlendirmenin, “imkan sağlamak” anlamına gelmeyeceği belirtilmektedir.¹²⁸

Bir kişinin yurt dışına çıkarılmak istenen yabancıyı, diğer eylemlere katılmadan doğrudan veya dolaylı maddi menfaat temini amacıyla sadece evinde, otelinde veya başka bir yerde bir süre barındırması durumunda, yabancının 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 yabancının ülkede sürekli kalmasının sağlanması değil yurt dışına yasa dışı yollardan çıkarılması için bir süre saklanması olduğu ileri sürülmüştür.¹²⁹

Ancak Yargıtay uygulamasında failin bu mahiyetteki eylemleri yurt dışına çıkışa imkan sağlamaya teşebbüs olarak değerlendirmektedir.¹³⁰

¹²⁷Erel, Kemalettin, “Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, TBBD, S.:71, Ankara, 2007, s.273-274.

¹²⁸Doğan, s.130.

¹²⁹Erel, s.275.

¹³⁰“Oluş ve dosya içeriğine göre yasadışı yollardan Türkiye’ye gelmiş ve buradan başka ülkelere gitmek isteyen 16 göçmeni evinde bir süre barındırırken yapılan istihbari çalışmalar neticesi kolluk görevlilerince yakalandığı anlaşılan sanığın kanıtlanan bu eyleminin göçmenlerin yurt dışına çıkmalarına imkan sağlamaya teşebbüs aşamasında kaldığı”, Yarg. 8. CD. 5.11.2007, 7875/7259 (Yayınlanmamıştır); “Sanığın daha önce yasadışı yollardan yurda giriş yapan göçmenleri ücret

Bu seçimlik hareket yönünden ülkemizde yaygın bir uygulama alanı olması itibariyle tartışılması gereken husus, ülkemizde 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 yeni Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun¹³¹ 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.

Ülkemizdeki 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 bahse konu seçimlik hareket yönünden suç oluşturup oluşturmayacağına ilişkindir.

karşılığı Van ilinden alıp İstanbul'a getirdiği ve burada İran'dan tanıdığı Cafer isimli şahsa teslim ettiğini beyan ettiği, suç tarihinde de Cafer'in kendisine "25" adet sahte pasaport vererek H. T. adlı yabancı uyruklu şahıs ile birlikte Kumkapı'da A. isimli şahsa teslim etmesini istediği, bunun üzerine yolda giderken kolluk tarafından yakalandığının anlaşılması karşısında; sanığın kanıtlanan eyleminin göçmenlerin yurt dışına çıkmalarına imkan sağlamaya teşebbüs suçunu oluşturacağı gözetilmeden, suç tamamlanmış kabul edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması" Yarg. 8. CD.16.9.2009, 5206/11451 (Yayınlanmamıştır). Ancak Daire Başkanı S. Çetinkol ile Daire üyesi H. Akdağ bu ve bu mahiyetteki olaylarda, kaçak göçmenlerin araç temin edilip taşınmak suretiyle imkan sağlandığı, bu şekilde eylemin tamamladığı düşüncesi ile bozma kararlarına muhalif kalmaktadırlar.

¹³¹Kanun metni için bkz. R.G., 12.6.2009 t. ve S. 27526.

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 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.¹³²

Bu hususta yabancıların Türkiye'deki çalışmalarını izne bağlamak ve bu yabancılara verilecek çalışma izinleri ile ilgili esasları belirlemek amacıyla çıkartılan 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkındaki Kanun¹³³ ile bu kanunun uygulanmasına ilişkin Yönetmelik hükümleri de nazara alınmalıdır.

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.¹³⁴

3.2.1.3. 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 "Çıkış vizesi" başlıklı 7., "Pasaport veya vesika verilmesi yasak olan haller" başlıklı 22. ve "Türk

¹³²Erel, s.275-276.

¹³³Kanun metni için bkz. R.G. 6.3.2003 t. ve S. 25040.

¹³⁴"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, 7282/709 (Yayınlanmamıştır).

vatandaşlarının seyahatlerinin sınırlandırılması veya yasaklanması” başlıklı 23. maddelerinde Türkiye’den çıkış koşulları düzenlenmiştir.

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 “yabancıнын 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 vatandaşların 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.¹³⁵

Suçun meydana gelebilmesi için imkan sağlanan kişilerin ülkeden çıkışlarının yasalara uygun olmaması gerekir. Ülkeden çıkışa ilişkin yasal düzenleme yine 5682 sayılı Pasaport Kanunu’nda yapılmıştır.

Buna göre öncelikle ülkeden çıkışların belirlenen çıkış kapılarından yapılması gerekir. Ülkeden çıkışta pasaport bulundurma zorunluluğu vardır ancak vizeye ihtiyaç yoktur (m.7/1). Bu kurallara uymaksızın kişilerin yurt dışına çıkmasına imkan sağlamak göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturacaktır.¹³⁶

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

¹³⁵Bu konuda bkz. Artuk – Gökçen – Yenidünya, Şerh, s.1929; Yenidünya – Alşahin, s.52; Doğan, s.128; Hakeri, s.2.

¹³⁶Doğan, s.128.

Pasaport Kanunu çerçevesinde yardım eden olarak sorumluluklarının devam ettiği belirtilmiştir.¹³⁷

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.¹³⁸

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.¹³⁹

¹³⁷Yenidünya – Alşahin, s.52-53.

¹³⁸Doğan, s.136.

¹³⁹Erel, 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.¹⁴⁰

3.2.2. 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.¹⁴¹ 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.¹⁴²

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 olacaktır.

¹⁴⁰“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, 277/441 (Yayınlanmamıştır). Ancak Daire Başkanı S. Çetinkol ve Daire Üyesi H. Akdağ, suçun tamamlandığı düşüncesi ile karara muhalif kalmışlardır.

¹⁴¹Evik, s.160. Ayrıca bkz. Erel, s.280.

¹⁴²Doğan, s.135.

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.¹⁴³

Seçimlik hareketler yönünden “Netice” aşağıda ayrı ayrı ele alınacaktır:

3.2.2.1. Yabancıyı Ülkeye Sokmak Bakımından

Bu seçimlik hareket yönünden göçmen kaçakçılığı suçu “neticesi harekete bitişik” ve ayrıca “ani suç” niteliğindedir.¹⁴⁴

Buna karşılık Yeni 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.¹⁴⁵

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. Teşebbüs hükümlerinin uygulanması söz konusu olabileceğinden bu durumlarda uzman bilirkişi görüşü alınması gerekebilecektir.

3.2.2.2. Yabancıнын 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

¹⁴³Bu konuda bkz. Malkoç, 2007, s.481.

¹⁴⁴Doğan, s.135.

¹⁴⁵Malkoç, 2007, s.9.

bitme anı temadinin bittiği andır. Dolayısıyla yabancıların ülkede kalmalarının sonlandırıldığı anda suçta sona ermiş olacaktır.¹⁴⁶

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.¹⁴⁷

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 haber verebilir.¹⁴⁸

3.2.2.3. Türk Vatandaşı veya Yabancıнын 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.

¹⁴⁶ Bu konuda bkz. Doğan, s.137; Yenidünya-Alşahin, s.50-51.

¹⁴⁷ Malkoç, 2007, s.6-7.

¹⁴⁸ Doğan, s.137.

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 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.¹⁴⁹

3.2.3. 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.¹⁵⁰

5237 sayılı TCK.nun 37. maddesinde faillik, suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri olarak tanımlanmıştır.

Göçmen kaçakçılığı suçu faillik yönünden özgü bir suç değildir. Kanunda “kişi” ifadesi kullanıldığından suç herkes tarafından işlenebilir.

¹⁴⁹“Sanıkların Türkiye’ye yasadışı yollardan girmiş ve buradan yurtdışına çıkmak isteyen "59" göçmeni Eceabat sahilinden alarak tekne ile hareket halinde ve henüz Türk karasularını terk etmeden yakalanmaları şeklindeki eylemlerinin, göçmenleri ülkeye sokmaya katıldıklarına dair delil de bulunmadığından, tüm dosya kapsamına göre göçmenlerin yurtdışına çıkmalarına imkan sağlamaya teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeden, tamamlanış suç kabulü ile fazla ceza tayini”, Yarg. 8.CD.18.2.2010, 1221/2358 (Yayınlanmamıştır). Ancak Daire Başkanı S. Çetinkol ile Daire Üyesi H. Akdağ suçun tamamlandığı düşüncesi ile karara muhalif kalmışlardır.

¹⁵⁰Bu konuda bkz. Özgenç, Genel Hükümler, s.190; Öztürk – Erdem s.159; Demirbaş, 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.¹⁵¹

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 yeni TCK’nın 266. maddesi uyarınca arttırılacaktır.¹⁵²

5237 sayılı TCK.nun 20/2. ve 60. maddeleri de dikkate alındığında tüzel kişilerin cezai sorumluluğu bulunmamaktadır. 5237 sayılı TCK.nun 79/3. maddesinde, anılan madde hükümlerine paralel ve uygun olarak, suçun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı düzenlenmiştir.

3.2.4. Mağdur

¹⁵¹Hakeri, s.2.

¹⁵²Artuç, s.56. Ayrıca bkz. Bakıcı, Özel Hükümler, s.24-25.

Her suçta bir mağdur vardır ve ceza hukukunda her suçun asli ve zorunlu mağdurunun devlet olduğu ifade edilir. Ancak suçun asıl mağdurunun suç kurbanı durumunda bulunan gerçek ve tüzel kişiler olduğu unutulmamalıdır. Bununla birlikte sadece gerçek kişiler suçun mağduru olabilir. Tüzel kişiler, bir suçtan ancak zarar gören konumundadır. Bu itibarla suçtan zarar gören ile mağdurun aynı şey olmadığını da belirtmek gerekir.¹⁵³

Yeni 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.¹⁵⁴

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.¹⁵⁵

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 mümkün değildir.

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.¹⁵⁶

¹⁵³Bu konuda bkz. Artuk – Gökçen – Yenidünya, Genel Hükümler, s.473; Öztürk –Erdem, s.338; Demirbaş, s.489.

¹⁵⁴Malkoç, 2007, s.11. Bu konuda ayrıca bkz. Demirbaş, s.490.

¹⁵⁵Özgenç, Genel Hükümler, s.208.

¹⁵⁶Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Arslan – Azizağaoğlu, s.295-298; Evik, s.143-146; Parlar ve Hatipoğlu, Cilt:2, s.1218-1221.

765 sayılı TCK.nun da “vatansızlar” tabir olarak madde metninde yer aldığı halde 5237 sayılı TCK.nun da bu tabire yer verilmediği görülmektedir.

Bunun nedeninin vatansızların da Türkiye yasalarına göre yabancı sayılması olduğu, zira Türk Vatandaşlığı Yasası’nın 6., 14., 16. ve 30. maddesinde vatansızlardan ayrıca söz edildiği, buna göre vatansızların da yabancı statüsünde sayılacağı ve bu nedenle vatansızların yeni düzenlemede ayrıca yer almamasının doğru olduğu belirtilmiştir.¹⁵⁷

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.¹⁵⁸

Benzer olarak, yasadışı yollardan ülkeye sokulan veya kalmasına ya da yurt dışına çıkmasına imkan sağlanan yabancı ile yasal olmayan yollardan ülkeden çıkmasına imkan sağlanan vatandaşın suçun mağduru olduğu ve mağdurların suçtan dolayı cezalandırılmalarının mümkün olmadığı belirtilmektedir.¹⁵⁹

Aynı doğrultuda, suçun mağdurunun göçmenler olduğu kabulüyle tek bir fiille, aynı yer ve zamanda birden fazla mağdura karşı işlenen göçmen kaçakçılığı suçunda YTCK’nın 43. maddesi uyarınca zincirleme suç hükümlerinin uygulanması

¹⁵⁷Donay, Süheyl, Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul, 2007, s.127.

¹⁵⁸Evik, s.140-141. Ayrıca bkz. Aydın, s.124; Parlar – Hatipoğlu, Cilt:2, s.1221.

¹⁵⁹Malkoç, 2007, s.481; Turhan, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Uluslararası suçlar, s.9; Hakeri, s.2-3.

gerektiği¹⁶⁰, hatta birden çok göçmenin farklı zamanlarda kaçırılması durumunda da yine zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür.¹⁶¹

Buna karşılık kitabının ilk basısında suçun yasal mağdurunun göçmenler olduğunu vurgulayan *Doğan*, daha sonra bu görüşünü değiştirerek 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 tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanmak 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.¹⁶²

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.¹⁶³

Doktrindeki ağırlıklı görüşün aksine Yargıtay oy çokluğu ile almış olduğu kararlarında, “sosyal olarak suçtan zarar gören durumda bulunan göçmenlerin göçmen kaçakçılığı suçunun yasal mağduru durumunda bulunmayıp, suçun konusu oldukları, suçun yasal mağdurunun uluslararası toplum olduğu”nu¹⁶⁴ vurgulamakta

¹⁶⁰Bakıcı, Özel Hükümler, s.28

¹⁶¹Parlar – Hatipoğlu, Cilt:2, s.1221. Aksi görüş için bkz. Bakıcı, Özel Hükümler, s.29.

¹⁶²Doğan, s.114-116.

¹⁶³Donay, s.127. Aksi görüş için bkz. Tezcan – Erdem – Önok, s.97; Arslan – Azizağaoğlu, s.303.

¹⁶⁴“Suç nedeniyle zarara uğrayan göçmenlerin, göçmen kaçakçılığı suçunun yasal mağduru durumunda bulunmayıp suçun konusu oldukları, suçun yasal mağdurunun uluslararası toplum olduğu, bu nedenle göçmenlerin sayıca çok olması halinde 5237 sayılı TCK.nun 43. maddesinin uygulanma olanağı bulunmadığı gözetilmeden, tayin edilen cezanın bu madde uyarınca arttırılması”, Yarg. 8. CD. 2.12.2008, 12556/13820 (Yayınlanmamıştır); “Sosyal olarak suçtan zarar gören durumda bulunan göçmenlerin, göçmen kaçakçılığı suçunun yasal mağduru durumunda bulunmayıp suçun konusu

ve bu nedenle suçta zincirleme suç hükmünün uygulanamayacağı¹⁶⁵ yönündeki görüşünü halen devam ettirmektedir.

3.2.5. Konu

Ceza hukuku anlamında suç, hukuki konunun ihlali 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) ihlali koruduğundan, koruma altındaki hukuki konuların belirli bir şekilde gruplandırılması gerektiği ifade edilmiştir.¹⁶⁶

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 inci maddesinin 1 inci fıkrasının (d) bendi uyarınca, hakim somut olayda temel cezayı belirlerken suçun konusunun önem ve değerini de göz önünde bulunduracağı belirtilmiştir.¹⁶⁷

Keza suçun konusunun tanımda gösterilmiş olan hareketin üzerinde gerçekleştiği obje veya insan olduğu ifade edilmiştir.¹⁶⁸ Bu anlamda göçmen kaçakçılığı suçunun konusu “göçmenler”dir.

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, 2399/ 9489 (Yayınlanmamıştır), ancak Daire üyesi H.Y.Aktan, sanığın aynı suçu aynı anda birden fazla kişiye karşı gerçekleştirdiği ve bu nedenle 5237 sayılı TCK.nun 43/2. maddesi hükmünün uygulanmasının yerinde olduğu görüşü ile karara muhalif kalmıştır.

¹⁶⁵“Sanığın, 30 yabancı uyruklu göçmenin yurt dışına çıkmalarına imkan sağlamaya teşebbüs eyleminin tek suç oluşturduğu gözetilmeden, tayin edilen temel cezanın 5237 sayılı TCK.nun 43. maddesi ile arttırılması”, Yarg. 8. CD. 20.1.2010, 8727/367 (Yayınlanmamıştır).

¹⁶⁶Demirbaş, s.486.

¹⁶⁷Artuk – Gökçen – Yenidünya, Genel Hükümler, s.470.

¹⁶⁸Centel, 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 mağdurdur. 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.¹⁶⁹

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 bulundukları çaresizlikten istifade edilerek maddi yönden sömürülmeleri dolayısıyla suçtan zarar gören konumunda oldukları ve suçun konusunu oluşturdukları, bu kapsamda yasal olmayan yollardan ülkeye sokulması veya ülkede kalmasına imkan sağlanması bakımından yabancılar; yurt dışına çıkmasına imkan sağlanması açısından hem Türk vatandaşları hem de yabancıların suçun konusu oldukları ifade edilmiştir.¹⁷⁰

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 kabul etmek, suçla korunan hukuki yarar açısından

¹⁶⁹Bkz. Malkoç, 2007, s.11-12; Centel, s.189.

¹⁷⁰Artuk – Gökçen – Yenidünya, Şerh, s.1932.

da daha doğru 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 menfi 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 miktartlı birikimleri ellerinden alınan göçmenlerin, failer hakkında açılan davaya katılmaları ve hükmü temyiz hakları da bulunmamaktadır. Maddenin gerekçesinde suçun asıl mağdurlarının, çaresizlik ve yoksullukları nedeniyle kendilerine bir ekmek kapısı açmak için çırpınan bu insanlar olduğunun özellikle vurgulanması karşısında, yasa koyucunun iradesinin bu sonucu sağlamaya yönelik olmadığı kabul edilmelidir.¹⁷¹

Ancak Yargıtay'ın oy çokluğu ile almış olduğu kararlarında, göçmenlerin suçun konusu olduklarına ilişkin görüşünü halen sürdürdüğünü bu kısımda da ayrıca belirtmek gerekir.¹⁷²

3.3. Suçun Manevi Unsuru

YTCK'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.¹⁷³

¹⁷¹Madde gerekçesi için bkz. www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc, (e.t.22.01.2010).

¹⁷²765 sayılı TCK.nun 201/a maddesinin 2. fıkrasında göçmen kaçakçılığına teşebbüs halinin tamamlanmış suç gibi cezalandırılacağı hükmünün yer aldığı, 5237 sayılı TCK.nun 79. maddesinde ise, 765 sayılı TCK.nun 201/a-2 madde ve fıkrasındaki düzenlemeye yer verilmemesi nedeniyle göçmen kaçakçılığı suçunun bütün hallerine teşebbüsün olanaklı olduğu, ayrıca 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. maddesinin uygulanmasını gerektirmeyip 61. maddesi uyarınca alt sınırdan uzaklaşarak ceza tayin edilmesini gerektireceği", Yarg. 8. CD. 18.12.2006, 3628/9363 (Yayınlanmamıştır).

Suçun olası kastla işlenmesinin de olanaklı olmadığı zira kanuni unsurda fiilin belirli bir amaç veya saikle işlenmiş olmasının arandığı hallerde – ki 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, “istemesi”nin mevzu bahis olduğu ve bu nedenle olası kasttan dolayı (m. 21/2) cezasının indirilmesinin mümkün olmayacağı belirtilmektedir.¹⁷⁴

Göçmen Kaçakçılığı suçu kazanç sağlama amacıyla yapılmalıdır. Dolayısıyla suçun manevi unsuru, “doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde maksadı” ile fiilin işlenmesidir. Failde maddi menfaat elde etme saiki yok ise suçun manevi unsuru oluşmayacaktır.¹⁷⁵

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

¹⁷³ Artuç, s.59; bu konuda ayrıca bkz. Artuk – Gökçen – Yenidünya, Şerh, s.1941; Arslan – Azizağaoğlu, s.302.

¹⁷⁴ Artuk – Gökçen – Yenidünya, Şerh, s.1942-1943; aynı doğrultuda bkz. Bakıcı, Özel Hükümler, s.30; Yenidünya – Aşahin, s.64.

¹⁷⁵ “Olay tarihinden önce yasadışı yollardan yurda giriş yapan yabancı uyruklu göçmenlerin soruşturma aşamasındaki ifadelerinde, Yüksekova'ya gitmek için Şemdinli civarında bir kamyonu durdurup bindiklerini, yolda giderlerken kamyon şoförünün kendilerine sanığa ait evi göstererek "karnınız acıyorsa bu evden yiyebilirsiniz." dediğini, Yüksekova'da 3-4 gün kalıp da kendilerini Türkiye'ye getiren ve İstanbul'a götüreceğini taahhüt eden şahıs gelmeyince ülkelerine geri dönmeye karar verdiklerini ve bu arada aç kaldıkları için de sanığın evine gidip ekmek ve yemek istediklerini, sanığın durumlarına acıyarak kendilerine yiyecek verdiğini, bu evde yaklaşık iki saat kadar kaldıktan sonra Jandarma tarafından yakalandıklarını belirtmeleri; sanığa ait evde iki gün kaldığını söyleyen göçmen Yemli Zıra'nın bu anlatımının atılı suçun oluşmasına yeterli olmadığı gibi bunun diğer göçmenlerin beyanları ile çelişmesi ve göçmen Ali Muhammet'in "evde iki gece kaldığımız yalandır, bunu söyleyen arkadaşlar bizi askere ihbar edenin sanık olduğunu sandıkları için ona suç atıyorlar" şeklindeki beyanı karşısında, adı geçen anlatımına itibar da edilemeyeceği, aksi kanıtlanamayan savunma karşısında sanığın suç kastıyla hareket ederek, maddi menfaat karşılığında göçmenlere yönelik bir eylemde bulunduğu ilişkin kesin ve inandırıcı kanıt bulunmadığı gözetilerek beraatine karar verilmesi gerekirken, yazılı biçimde mahkumiyet hükmü kurulması”, Yarg.8. CD. 6.12.2006, 3964/8976 (Yayınlanmamıştır).

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.¹⁷⁶

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.¹⁷⁷

Suçun direkt veya dolaylı maddi bir menfaat elde etmek amacıyla işlenmesi gerekir. Başka ifadeyle göçmen kaçakçılığı maddi bir kazanç sağlama amacıyla yapılmalıdır. Bu durumda terör amacıyla veya turistik amaçla bazı kişileri ülkeye sokmak veya herhangi bir maddi karşılık beklemezsizin bu kimselere yardım edilmesi amacıyla bunların ülkeye sokulması ve diğer hareketlerin yapılması durumunda bu suç oluşmaz. Özel kast, bu suçu diğer birçok suçtan ayırmaya da yaramaktadır.¹⁷⁸ 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

¹⁷⁶Evik, s.167.

¹⁷⁷Bkz. Malkoç, 2007, s.482; Artuk – Gökçen – Yenidünya, Şerh, s.1941; Turhan, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Uluslararası Suçlar, s.9; Evik, s.167; Bakıcı, Özel Hükümler, s.30.

¹⁷⁸Bkz. Hakeri, s.3; Evik, s.168.

unsur açısından “maddi menfaat” elde etmek kastının varlığının ispatlanması gerekir.¹⁷⁹

Menfaatin elde edilmesi, örneğin karalaştırılan paranın alınmış olması da suçun oluşması için gerekli değildir.¹⁸⁰ Ayrıca dikkat edilecek olursa madde metninde failin haksız menfaat elde etmesinden bahsedilmemiştir. Buna göre, evini yasal olmayan yollardan ülkede bulunan kişilere 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.¹⁸¹

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.¹⁸²

3.4. 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.¹⁸³

5237 sayılı yeni TCK.nun “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler” başlıklı İkinci Bölümünde, “Hukuka uygunluk sebepleri” ve “Kusurluluğu ortadan kaldıran ve azaltan sebepler” bir arada düzenlenmiştir. Yeni TCK.nda hukuka uygunluk sebebi olarak; kanun hükmünü yerine getirme daha doğru bir deyimle

¹⁷⁹Şen, E., s.246.

¹⁸⁰Bu konuda bkz. Yenidünya – Alşahin, s.63; Aydın, s.125.

¹⁸¹Artuk – Gökçen – Yenidünya, Şerh, s.1941-1942.

¹⁸²Donay, s.128.

¹⁸³Evik, s.161.

görevin ifası (TCK. m.24/1), meşru savunma (TCK. m. 25/1), hakkın icrası (TCK. m.26/1) ve ilgilinin rızası (TCK. m.26/2) yer almaktadır.¹⁸⁴

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.¹⁸⁵

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 ve rızanın da geçerli bir rıza olması gerekmektedir. Mağdurun birden fazla olması halinde ise suçun konusu nazara alınmalıdır.¹⁸⁶

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.¹⁸⁷

Rıza yoksa veya hileli davranışlar ile elde edilmiş ise dolandırıcılık veya koşulların varlığı halinde insan ticareti suçları söz konusu olabilecektir.¹⁸⁸Örneğin, yurt dışına

¹⁸⁴Artuk – Gökçen – Yenidünya, Genel Hükümler, s.481.

¹⁸⁵Bu konuda bkz. Erel, s.282-283.

¹⁸⁶Bkz. Bakıcı, Sedat, 5237 sayılı Yasa kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2007, s.513; Öztürk –Erdem, s.217-222.

¹⁸⁷Bu konuda bkz. Hakeri, s.3; Tezcan – Erdem – Önok, s.91; Bakıcı, Özel Hükümler, s.30.

¹⁸⁸Artuç, s.55.

götürüleceği vaat edilerek, göçmenlerin paralarının alınması ancak deniz ortasında bırakılıp veya ülke içinde başka bir yere bırakılması halinde dolandırıcılık suçu oluşur.¹⁸⁹ 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 Pasaport Kanunu'na aykırılık suçu yönünden geçerlidir.¹⁹⁰

Burada tartışılması gereken bir diğer konu, iltica etmek maksadıyla yurda kaçak olarak giren kimseler bakımından, Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Sözleşmenin 31/1 maddesinin Pasaport Kanunu karşısında bir hukuka uygunluk sebebi oluşturup oluşturmayacağıdır. TBMM tarafından onaylanarak bir kanun niteliği kazanan bu sözleşme hükmünün, bu amaçla ülkeye giren kimsenin TCK 49/1'de düzenlenmiş bulunan “kanun hükmünde icra” hukuka uygunluk sebebinden yararlanmasının gündeme gelebileceği ancak söz konusu sözleşmenin bir hukuka uygunluk sebebi değil bir cezasızlık sebebi getirdiği ifade edilmiştir.¹⁹¹

Bu kısımda son olarak belirtmek gerekir ki YTCK'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.¹⁹²

3. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

¹⁸⁹Turhan, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Uluslararası Suçlar, s.10.

¹⁹⁰Bu konuda bkz. Doğan, s.137-138; Tezcan – Erdem – Önok, s.91.

¹⁹¹Hakeri, s.3.

¹⁹²Bkz. Evik, s.165.

4.1. 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 ülkeye sokulmak istenen kaçak göçmenler sınırda yapılan kontroller sırasında görevlilerce yakalanırsa özel düzenleme gereğince fail tamamlanmış suçlar gibi cezalandırılmaktaydı.¹⁹³

765 sayılı TCK'daki mevcut düzenlemenin yerinde olmadığı ileri sürülmüştür. Zira Protokol m. 6/2-a'da yer alan yükümlülüğün "kendi hukuk sisteminin temel kavramlarına bağlı kalmak kaydıyla" belirtilen suçlara teşebbüs etmeyi cezalandırmayı öngördüğü, taraf devletlere bu fiillere teşebbüs edenleri suç sanki tamamlanmış gibi cezalandırma yükümlülüğünün getirilmediği, ETCK 201/a maddesinin bunun ötesine geçerek bir kalkışma suçu yarattığı belirtilmiştir.¹⁹⁴

Yeni TCK'nun 79. maddesinde ise suça teşebbüsün tamamlanmış suç gibi cezalandırılmasını öngören benzer bir hükme yer verilmediğinden yeni TCK döneminde bu suça ilişkin olarak teşebbüsün olanaklı olduğunu kabulde zorunluluk bulunduğu ifade edilmiştir.¹⁹⁵ Konu genel hükümler doğrultusunda ele alınmalıdır.

Öğretide tehlike suçlarında teşebbüsün söz konusu olabilmesi için;

a) Suç tamamlandıktan sonra gerçekleşen tehlike ile aynı olmayan bir tehlikenin suç tamamlanmadan önce de var olmasının,

b) Tehlike neticesinin harekete bitişik olsa da hareketin kısımlara bölünebilmesinin,

¹⁹³ Arslan – Azizağaoğlu, s.302.

¹⁹⁴ Tezcan – Erdem – Önok, s.95.

¹⁹⁵ Artuç, s.59.

c) Taksirle işlenen bir suçun söz konusu olmamasının gerekte olduğu ifade edilmektedir.¹⁹⁶

Şu halde göçmen kaçakçılığı suçunun teşebbüse müsait olduğu kabul edilmelidir. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir.¹⁹⁷

Bu konuda göçmen kaçakçılığı suçu ile korunmak istenen hukuki yararın suç teşebbüs aşamasında kaldığında ağır bir şekilde ihlal edilmiş olmayacağı ve yasa koyucunun bu düşünce ile suçu teşebbüs suçu olmaktan çıkardığı ileri sürülmüştür.¹⁹⁸

Öte yandan göçmen kaçakçılığı suçunun soyut tehlike suçu olarak düzenlenmiş olmasına rağmen bir de suça teşebbüs halinin tamamlanmış suç gibi cezalandırılmasının doğru bir düzenleme olmayacağı ve bu yüzden 5237 sayılı TCK.nun 79. maddesinde bu tarz bir düzenlemeye yer verilmemesinin yerinde olduğu ifade edilmiştir.¹⁹⁹

Keza 5237 sayılı TCK.nun da 765 sayılı TCK'dan farklı olarak eksik – tam teşebbüs ayırımına da yer verilmemiştir. Bu doğrultuda önüne gelen somut olayda hakim, 5237 sayılı TCK.nun 61. maddesindeki kriterlere göre belirleyeceği temel cezada aynı yasanın 35. maddesi uyarınca $\frac{1}{4}$ 'ten $\frac{3}{4}$ 'e kadar indirim uygulayabilecektir.

¹⁹⁶Bkz. Evik, s.161.

¹⁹⁷“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 kaçakçılığına 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 kaçakçılığı 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, 9375/1660. Bkz. YKD, C:34, S.11, Kasım 2008 s. 2294-2295.

¹⁹⁸Doğan, s.143.

¹⁹⁹Evik, s.161.

Kuşkusuz indirim miktarını belirlerken hakim, olayın özelliğine göre bir değerlendirme yaparak hak ve orantılılık kurallarını dikkate almak zorundadır. Aksi durum Yargıtay uygulamasında bir bozma nedenidir.²⁰⁰

Fail, göçmen kaçakçılığı suçunun icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçerse, örneğin TIR'a bindirdiği göçmenleri sınırdan geçirmekten vazgeçer veya suçun tamamlanmasını önlerse ya da örneğin kiraladığı eve yerleşmek için gelen göçmenleri ve eşyaları eve kabul etmezse bu durumlarda “gönüllü vazgeçme” nedeniyle YTCK'nın 36. maddesi uyarınca failin teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacağı ifade edilmiştir. Ancak tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde sadece o suça ait ceza ile cezalandırılacaktır. Örneğin, ülkeye sokmak üzere başlangıçta göçmenlerle anlaşılan fakat daha sonra vazgeçerek onları denizin ortasındaki sandalla bırakıp kaçan kaptanın, sandalın batması sonucu göçmenlerin ölmesi veya yaralanmasından dolayı (YTCK 83, 88 md.) cezai sorumluluğu söz konusu olacaktır.²⁰¹

Seçimlik hareketler yönünden “Suça teşebbüs” aşağıda ayrı ayrı ele alınacaktır:

4.1.1. 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

²⁰⁰“Oluşa, suça konu göçmen sayısı ve tüm dosya içeriğine göre, 5237 sayılı TCK.nun 61. maddesinde sayılan cezanın bireyselleştirilmesindeki ölçütler esas alınarak takdirin kullanılmasıyla alt ve üst sınır arasında uygun bir belirleme yapılması gerekirken hak ve nesafet kuralları ile orantılılık ilkesine aykırı olarak cezanın teşdiden tayininde takdirde yanılığa düşülerek alt sınıra yakın temel ceza tayini ile sanıkların Karaburun otoban girişine yakın yerdeki taş ocağından aldıkları göçmenleri Yağcılar köyü Papaz mevkiine bıraktıktan sonra dönüşte yol ayrımında yapılan kontrolde yakalandıklarının anlaşılması karşısında; eylemlerinin ulaştığı aşama dikkate alınarak 5237 sayılı TCK.nun 35. maddesi uyarınca 1/4 ile 3/4 indirim oranları arasında uygulama yapılmasının hak ve orantılılık kurallarına uygun olacağı göz ardı edilerek; anılan maddede öngörülen azami indirimin uygulanması karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır”. Yarg. 8.CD. 15.6.2009, 6978/9007 (Yayınlanmamıştır).

²⁰¹Bkz. Parlar – Hatipoğlu, Cilt:2, s.1225.

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.²⁰²

Fail veya faillerce yurt dışına çıkarılmak istenen göçmenlerin yurt içinde yakalanmaları halinde, eğer göçmenleri ülkeye soktuklarına ilişkin bir delil veya irtibatın sağlanamadığı hallerde yine teşebbüs hükümlerinin uygulanması söz konusu olabilecektir.²⁰³

Ancak buradaki ayırıcı unsur, ülkeye girişin sağlanmasına yönelik hareketlerin yapılmamış olmasıdır. Amaç ülkeye girişi sağlanan göçmenleri yurt dışına çıkarmak olsa bile suç seçimlik hareketlerden birinin yapılması ile tamamlanmış olacağından, göçmenleri hangi amaçla olursa olsun ülkeye sokan failin eyleminde suçun tamamlandığının kabulü gerekir.²⁰⁴

4.1.2. Yabancı'nın 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

²⁰²Bu konuda bkz. Doğan, s.144.

²⁰³“Van ili Erciş ilçesinden İstanbul'a getirmek üzere aldığı 75 göçmen, çalıntı bir kamyon içinde olduğu halde Erciş-Adilcevaz Devlet Karayolu üzerinde seyir halinde iken kolluk kuvvetleri tarafından yakalanan sanığın eyleminin göçmenlerin ülkeye sokulması ile ilgili olarak aleyhe herhangi bir delil de bulunmadığına göre, tüm dosya kapsamına göre göçmenleri yurt dışına çıkmaya imkan sağlamaya teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç göçmenlerin ülkede kalmalarına imkan sağlamak suretiyle göçmen kaçakçılığı olarak ve tamamlandığı kabul edilerek yazılı şekilde uygulama yapılması”, Yarg. 8. CD. 16.9.2008, 168/9636 (Yayınlanmamıştır). Ancak Daire üyeleri S. Çetinkol ve H. Akdağ, yurda yasal olmayan yollardan girmiş olup yine yasal olmayan yollardan yurt dışına çıkmak isteyen göçmenlere araç temin edip taşımak suretiyle imkan sağladığı anlaşılmakla, eyleminin tamamlandığı düşüncesi ile karara muhalif kalmıştır.

²⁰⁴“Dosya kapsamından, sanığın 8 göçmeni para karşılığında İran sınırından kaçak olarak ülkeye soktuğu ve güvenlik güçleri tarafından yakalandığı böylece suçun tamamlanmış olduğunun anlaşılması karşısında, tebliğnamede yer alan bozma düşüncesine katılmamıştır”. Yarg. 8.CD. 18.1.2010, 2446/68 (Yayınlanmamıştır).

gerektiği ve bu kadar önemli bir süre devam etmeyen mütemadi suçun da teşebbüs aşamasında kaldığının kabul edileceği belirtilerek, “imkan sağlama” olarak kabul edilebilecek hareketlerin 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.²⁰⁵

Gerçekten de mütemadi suç icra hareketlerinin yapılması ile tamamlanır. Dolayısıyla bu seçimlik hareket yönünden imkan sağlamaya esas icrai hareketin yapılması ile suç tamamlanacak ancak icra hareketleri yarıda kalırsa suç teşebbüs aşamasında kalacaktır.

Bu anlamda örneğin, yurt dışından kaçak olarak getirilecek kişilere ev kiralayanın eylemi, bu kişiler ülkeye giriş yaparken yakalansa teşebbüs aşamasında kalmış olur.²⁰⁶

Burada özellikle üzerinde durulması gereken husus Türkiye’nin transit geçiş için kullanılması durumudur. Örneğin, göçmenleri Almanya’ya götürmek isteyen failin İstanbul’da yakalanması durumunda göçmenlerin Türkiye’de yasa dışı yollardan kalmasına imkan sağlandığı kabul edilemez. Bu gibi durumlarda ülke içinde yakalanan failin eyleminin, göçmenlerin yurt dışına çıkışını imkan sağlamaya teşebbüs aşamasında kaldığının kabulü gerekir.

Ancak unutulmamalıdır ki eğer fail bu kişileri Türkiye’ye yasadışı yollardan sokmuş ise artık göçmen kaçakçılığı suçunun seçimlik hareketlerinden bir diğeri olduğu için tamamlanmış suçtan sorumludur.²⁰⁷

Bu konuda haklı olarak geçici ve yurt dışına çıkarılma amacına yönelik olarak göçmenlerin bir süre barındırılmalarının, “yabancıların ülkede kalmasına imkan

²⁰⁵Bu konuda bkz. Doğan, s.144-147.

²⁰⁶Artuk – Gökçen – Yenidünya, Şerh, s.1946.

²⁰⁷Artuk – Gökçen – Yenidünya, Şerh, s.1946-1947; aynı doğrultuda bkz. Yenidünya – Alşahin, s.67-68.

sağlama” suretiyle göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturmayacağı gibi bu suça teşebbüs olarak da değerlendirilmemesi gerektiği ileri sürülmüştür. Burada yasa koyucunun “ülkede kalmaya imkan sağlama” ifadesiyle kast ettiğinin yurt dışına çıkma amacı olmadan ülkemizde 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.²⁰⁸

Benzer şekilde yasa dışı yollardan Türkiye’den geçerek başka ülkelere gidecek olan yabancıların Türkiye’de transit geçiş için gerekli makul süre dışında birkaç gün dahi olsa kalmasına imkan sağlayan kişinin eylemini Yargıtay’ın ülkede kalmaya veya yurt dışına çıkarmaya imkan sağlamaya teşebbüs olarak nitelendirdiği²⁰⁹ ancak transit geçiş halinde yakalanan yönünden (ülkeye sokmak veya çıkarmak hareketi nazara alınarak) böyle bir sonuca ulaşmak gerektiği, 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.²¹⁰

Yine göçmenlere evi, barınacak yeri hazırlayıp yerleşmeye çalıştıkları sırada yakalanma halinde kalınacak sürenin ne olması gerektiğinin özellikle irdelemesi gerektiği, sürenin somut olaya göre değişebileceği ve bu anlamda bir günün altında olan sürelerde dahi mağdurların belli bir yerde kaldıkları ve yollarına devam etmek, barınmak, beslenmek için gerekli zamanı ve olanakları kazandıklarının kabul

²⁰⁸Erel, s.285.

²⁰⁹“Yasadışı yollardan Türkiye’ye gelmiş ve buradan Avrupa ülkesine gitmek isteyen yirmi iki göçmeni kendi evinin bir odasında iki gün barındırması biçiminde sanık Sinem Koçak’ın kanıtlanan eyleminin kaçak göçmenlerin yurt dışına çıkmalarına imkan sağlamaya teşebbüs aşamasında kaldığı”, Yarg. 8.CD. 4.11.2009, 10666/13604 (Yayınlanmamıştır).

²¹⁰Artuk – Gökçen – Yenidünya, Şerh, s.1948-1949.

edilebileceği belirtilmiştir. Buna göre yola devam için açık alanlarda kısa sürelerde geçici bir iki saat duraklamaların suçu oluşturmayaacağı ancak ev ve barınak yerlerinde konaklama sayılabilecek kalmaları bu kavram içinde kabul etmenin daha isabetli olduğu ifade edilmektedir.²¹¹

4.1.3. Türk Vatandaşı veya Yabancı Yurt Dışına Çıkmasına İmkan Sağlamak Bakımından

Bu seçimlik hareket yönünden suç “sırf hareket suçu” niteliğindedir ve suça teşebbüs mümkündür. Buna göre fail, göçmen kaçakçılığının icra hareketlerine başlamış olmasına rağmen elinde olmayan nedenlerle fiili tamamlayamamış ise suç teşebbüs aşamasında kalır.²¹²

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 kabul edilecektir?

Yurt dışına çıkma için uygun ortam ve koşulların sağlanması halinde bu suçun tamamlandığı ileri sürülmüştür. Buna göre, önemli olan husus “imkan sağlama” fiillerinin yapılıp yapılmadığıdır. Şayet imkan sağlanmış ise bu imkandan fiilen yararlanmak suçun tamamlanması için şart değildir.²¹³

Keza bu seçimlik hareket yönünden teşebbüsle hazırlık hareketlerini ayırmanın zor olduğu ve bu seçenekte teşebbüsten söz edebilmek için araç, malzeme ve paranın icra

²¹¹Malkoç, 2007, s.483.

²¹²Yenidünya – Alşahin, s.65.

²¹³Erel, s.285-286.

hareketi sayılabilecek bir davranışla kullanılmasının aranması gerektiği ifade edilmektedir.²¹⁴

5237 sayılı TCK.nun 79. maddesinde teşebbüsün tamamlanmış suç gibi cezalandırılacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiş olması karşısında, teşebbüse ilişkin genel hükümler dikkate alınarak sorunun değerlendirilmesi gerekecektir.

YCGK'nun 10.2.2008 tarih ve 2007/8-221-2009/20 sayılı kararında da vurgulandığı üzere suçta teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için;

- a) Suç kalkışmaya elverişli bir suç olmalıdır.
- b) Belirli bir suç işleme kastı bulunmalıdır.
- c) Suç işleme kararı icraya başlanılmalıdır.
- d) Engel nedenlerle sonuca ulaşılmalıdır.

Bu kabulden hareketle, “yurt dışına çıkmaya imkan sağlama” seçimlik hareketi yönünden istenen amaç ve sonucun” yurt dışına çıkışın sağlanması” olması karşısında, suçun tamamlanma anını sınırların dışına çıkıldığı an olarak kabul etmek gereklidir. Kuşkusuz sınırdan bahsedilen ülkenin karasuları, hava sahası veya kara sınırlarıdır. Bu gerçekleşmediği takdirde eylem teşebbüs aşamasında kalmış demektir.

Yani kaçak olarak yurda girişlerinde iştiraki olmaksızın, yurt dışına çıkarılmak istenen göçmenleri kendisine ait araçla taşıyan veya denizden botla götüren veya bu amaç doğrultusunda evinde barındıran ancak bu sırada kolluk güçleri tarafından yakalanan failin eyleminde suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilecektir.

²¹⁴Malkoç, 2007, s.484-485.

Buradaki belirleyici unsur failin göçmenlerin yurda girişine ilişkin eylemde iştirakinin olmamasıdır. Aksi halde bir diğer seçimlik hareket itibariyle suç tamamlanmış olacağından, bu seçimlik hareket yönünden teşebbüs söz konusu olamayacaktır.

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.²¹⁵

Ancak Yargıtay'ın ilgili dairesinde heyet değişikliğinin olduğu durumlarda, “imkan sağlayıcı hareketin” yapılması ile yurt dışına çıkış sağlanamamış olsa bile suçun tamamlandığına ilişkin oy birliği ile alınan kararlarında var olduğunu belirtmek gerekir.²¹⁶

Bununla birlikte YCGK'nun 05.02.2008 tarih ve 2007/8-234 E. ve 2008/16 K. sayılı bir diğer kararında da bu seçimlik hareket yönünden suçun tamamlanma anının sınırın geçilmesi olduğunun kabul edildiği belirtilmelidir.²¹⁷ Kuşkusuz bu durum

²¹⁵“Sanıkların Van İli Başkale ilçesinden Konya iline getirmek üzere aldıkları "78" göçmeni kamyon içine koyarak Konya İli Ereğli İlçesinde kolluk görevlilerince yakalandıklarının anlaşılması karşısında; yurt dışına çıkmaya imkan sağlamaya teşebbüs aşamasında kaldığı anlaşılan eylemleri nedeniyle tayin edilen cezada 5237 sayılı TCK.nun 35. maddesi ile indirim yapılmaması suretiyle sanıklara fazla ceza tayini”, Yarg. 8. CD. 14.02.2007, 11116/1200 (Yayınlanmamıştır); “Oluş ve dosya içeriğine göre yasal yollardan Türkiye'ye gelen ve buradan yurt dışına yasadışı yollardan gitmek isteyen iki kişiyi Antalya'da bir otele yerleştirip ertesi gün Antalya Hava Limanına götürdüğünde, görevlilerce pasaport kontrolü sırasında yakalandığı anlaşılan sanığın, kanıtlanan bu eyleminin göçmenlerin yurt dışına çıkmalarına imkan sağlamaya teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmeden yazılı biçimde hüküm kurulması”, Yarg. 8. CD. 23.3.2009, 5616/4478 (Yayınlanmamıştır), ancak Daire Başkanı S. Çetinkol, sanığın yasal olmayan yollardan yurt dışına çıkmak isteyen kişileri bilerek otelde yer ayırıp, sonrasında da havaalanına götürmek suretiyle imkan sağladığı anlaşılmakla, eylemini tamamladığı düşüncesi ile karara muhalif kalmıştır.

²¹⁶“Dosya içeriğinden, sanığın yasal olmayan yollardan Türkiye'ye giriş yapan ve Ayvalık ilçesine gelen göçmenleri şişme bot ile Yunanistan'a geçirmek isterken Çıplakada kuzeybatı mevkiinde sahil güvenlik ekiplerince yakalandığının anlaşılması karşısında, sanığın kanıtlanan eyleminde göçmenlerin yurt dışına çıkmasına imkan sağlama suçunun tamamlandığı gözetilmeyerek 5237 sayılı TCK.nun 79. maddesinden verilen cezadan 35. maddesi uyarınca indirim yapılması suretiyle sanığa noksan ceza tayini karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamış, mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin değerlendirme yapılarak uygulanmasına yer olmadığına karar verildiğinin anlaşılması karşısında tebliğnamedeki bozma düşüncesine katılmamıştır”. Yarg. 8.CD. 11.8.2009, 10118/11198 (Yayınlanmamıştır).

²¹⁷“İncelenen olayda; Yurt dışına kuru yük nakleden Şöhret isimli geminin eski tayfası olan R.U'un temin ettiği beşi Türk biri yabancı uyruklu toplam altı kişiyi para karşılığında kaçak olarak yurt dışına

yasada yer alan ifade şeklinin uygulamada ne kadar sıkıntı yarattığını somut olarak ortaya koymaktadır.

4.2. 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. 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

göndermek üzere geminin personeli olan sanık A. B. İle 11.04.2003 tarihinde görüşüp anlaştığı, sanıklardan Ö.K.'ın işlettiği restaurantta gerçekleşen ve yine gemi personeli olan sanık İ.C.'nun da hazır bulunduğu bu görüşme sonrasında aynı gece sanık Ö'ün teknesiyle göçmenleri geminin yakınına kadar götürdüğü, yolculuğun kalan bölümünü sanık R.U.'un kullandığı botla tamamlayan göçmenlerin gemi personeli olan sanıklar B.Y. ile A.B. tarafından gemiye çıkartılarak ambara gizlendiği, henüz Güllük Limanı açığında Türk Karasuları içinde demirli bulunan gemideki kaçakları ertesi gün fark eden gemi kaptanının durumu jandarma ve sahil güvenlik birimlerine bildirdiği, götürüldükleri karakolda sanıklardan İ.C.'nun telefonuna gelen bir mesaj üzerine Güllük Kasabası yol ayrımında para karşılığında yurt dışına yasa dışı yollardan çıkmak isteyen altı göçmenin daha yakalandığı, sanık İ.C.'nun kaçamaklı ikrarı, diğer sanıkların anlatımları, göçmenler N.D. ile N.S.'in beyanları ve kolluk tarafından düzenlenen 12.04.2003 günlü tutanak içeriğinden kuşkuya yer bırakmayacak biçimde anlaşılmaktadır...

Maddede suç olarak öngörülen seçimlik hareketler; göçmenlerin 'ülkeye yasa dışı yollardan sokulması', 'ülkede kalmalarının temini' ya da 'yurt dışına çıkarılmasına imkan sağlanması'dır. Bu seçimlik hareketlerden, 'yurt dışına çıkmaya imkan sağlama' bakımından neticenin gerçekleştiği an, ülkenin kara suları, hava sahası veya kara sınırlarının dışına çıkıldığı an'dır. Bu koşullar gerçekleşmedikçe, eylemin kalkışma safhasında kaldığını kabul etmek zorunludur.

Anayasanın 90/son maddesi kapsamında; onaylanmakla iç hukuk mevzuatı haline giren, 'Sınıraşan Örgütlü suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol'ün 6. maddesi 2/a bendindeki, '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 hükmün, kalkışma halini tamamlanmış suç gibi mütaalaya zorlayıcı sayılamayacağı, kalkışmayı, belli düzeyde bir indirimle ecza yaptırımına konu suç sayan Türk Ceza Mevzuatının, protokolde yazılı 'taraf devletin kendi hukuk sisteminin temel kavramlarına bağlılık' kapsamında düzenleme öngördüğünün kabulü gerektiği ve aykırılıktan söz edilemeyeceği ortadadır.

Somut olayda göçmenler Türk Karasularında demirli bulunan gemide ve sınır dışına çıkmadan yakalandıklarına göre göçmen kaçakçılığı suçu kalkışma aşamasında kalmıştır". Karar için bkz. Şirin, Osman – Aşanaer, Halim – Güven, Özcan – Yalvaç, Gürsel – Özdemir, Mustafa – Erel, Kemalettin, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları Kapsamında Yeni Ceza Mevzuatı Yorumu, Ankara 2008, s.280-281-282.

Yasanın 38. maddesinde “azmettiren” ve 39. maddesinde ise “yardım eden” kişiler düzenlenmiştir.

Buna göre 5237 sayılı TCK’da iştirakin genel olarak “faillik” ve “şeriklik” olarak ikiye ayrıldığı, şerikliğin ise “azmettirme” ve “yardım etme” olarak tezahür ettiği söylenebilir.

Her ne kadar kanunda, “başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır” şeklinde bir hükme yer verilmiş (m. 38, f.1) olması itibariyle 765 sayılı TCK’nın düzenlemesiyle bir paralelliği var ise de, 5237 sayılı TCK’da azmettirmenin bir “şeriklik türü” olarak düzenlendiği ifade edilmiştir.²¹⁸

5237 sayılı 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.²¹⁹

Burada kanun koyucunun diğer seçimlik hareketlerden farklı olarak “imkan sağlamak” ifadesi yerine “ülkeye sokma” ifadesini kullandığından, göçmenlere yardım niteliğindeki bu fiillerin göçmen kaçakçılığı kapsamından 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.²²⁰

Buna karşılık, faille yurda giriş veya çıkışta hangi yolları kullanmaları gerektiğini söyleyen kişilerin yardım eden olarak sorumlu tutulacakları ileri sürülmüştür.²²¹

²¹⁸Özgenç, Genel Hükümler, s.476.

²¹⁹Erel, s.290.

²²⁰Doğan, s.149.

²²¹Yenidünya – Alşahin, s.71.

Bununla birlikte göçmen kaçakçılığı suçu için kendisine ait aracı maddi menfaat karşılığı tahsis eden kişinin “yardım eden” olarak sorumluluğu doktrinde genel olarak kabul görmüştür. Ancak teknesini bu iş için tahsis eden ve suç failleri ile anlaşarak göçmenleri deniz yolu ile taşıyan kaptan veya aynı şekilde suç failleri ile anlaşarak kendisine ait vasıta ile göçmenleri karayolu ile taşıyan kişi örneklerinde, fiil üzerinde müşterek hakimiyet kurulduğu da gözetildiğinde müşterek faillik söz konusu olacaktır.²²²

Göçmen kaçakçılığı suçuna “azmettirme” mümkündür.²²³ Bu anlamda kendisine kaçak işçi sağlanması için faili azmettiren ve yasal olmayan yollarla göçmenlerin ülkeye girişini sağlayan bir işadama azmettiren olarak sorumlu olabilecektir. Ancak azmettiren konumundaki suç ortağının suçun oluşumuna esas özel kast ile hareket etmesi gereklidir.²²⁴

Ancak bir yabancının 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.²²⁵

Göçmenlerin yasa dışı yollarla ülkeye giriş ve çıkışlarının sağlanması fiillerine “yardım eden” konumunda iştirak de mümkündür.²²⁶

²²²Bu konuda bkz. Doğan, s.150; Yenidünya – Alşahin, s.71; Erel, s.290.

²²³Doğan, s.150.

²²⁴Bkz. Parlar – Hatipoğlu, Cilt:2, s.1225.

²²⁵Tezcan – Erdem – Önok, s.98; aynı doğrultuda bkz. Parlar – Hatipoğlu, Cilt:2, s.1225.

²²⁶Parlar – Hatipoğlu, Cilt:2, 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.

4.3. 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.²²⁷

Anılan düzenlemeye 5237 sayılı YTCK’da yer verilmemiştir.²²⁸ Ancak YTCK’nın suçların içtimaı 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 “²²⁹

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 -

²²⁷Bu konuda bkz. Arslan–Azizağaoğlu, s.303; Tezcan–Erdem–Önok, s.96; Doğan, s.151; Hakeri, s.4.

²²⁸“765 sayılı TCK.nun 201/a maddesinin 2. fıkrasında göçmen kaçakçılığına teşebbüs halinin tamamlanmış suç gibi cezalandırılacağı hükmü yer almasına karşın, 5237 sayılı TCK.nun 79. maddesinde, 765 sayılı TCK.nun 201/a-2 madde ve fıkrasındaki düzenlemeye yer verilmemesi nedeniyle göçmen kaçakçılığı suçunun bütün hallerine teşebbüsün olanaklı bulunması; öte yandan 765 sayılı TCK.nun 201/a. maddesindeki, eylem başka bir suç oluştursa bile ayrıca göçmen kaçakçılığı suçundan ceza tayin edileceğine ilişkin düzenlemenin 5237 sayılı TCK.nun 79. maddesinde bulunmaması karşısında; Sanıkların, yasa dışı yollardan Fransa’ya gitmek isteyen birisi yabancı uyruklu altı göçmeni Milas ilçesi Güllük limanında beklemekte olan Şöhret adlı kuru yük gemisine bindirdikten sonra gemi henüz hareket etmeden yakalandıklarının, diğer 6 göçmenin ise sanıklarla irtibat kurarak geldikleri Güllük Kasabasında yakalandığının anlaşılmasına göre; sanıkların kanıtlanan bu eylemlerinin göçmenlerin yurt dışına çıkmalarına imkan sağlamaya teşebbüs aşamasında kaldığı ve 5237 sayılı TCK.nun 79. maddesinin uygulanması halinde, verilecek cezanın anılan yasanın 35. maddesi uyarınca dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilmesinin gerektiği ve fikri içtima kuralı gereğince ayrıca 5682 sayılı Pasaport Yasasına aykırılıktan ceza tayin edilemeyeceği gözetilerek, 5252 sayılı Yasanın 9. maddesi uyarınca önceki ve sonraki yasaların ilgili tüm hükümlerinin olaya ilişkin uygulaması gösterilip bundan sonra ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle lehe yasa saptanarak bütünüyle buna göre hüküm kurulması gerekirken yazılı biçimde uygulama yapılması”, Yarg.8. CD. 4.7.2007, 4783/5254 (Yayınlanmamıştır).

²²⁹Özgenç, Genel Hükümler, s.497.

örneğin yabancıları yasadışı yollarla ülkeye sokmak için sahte belgelerin hazırlanması gibi-, gerçek içtimanın söz konusu olacağı ileri sürülmüştür.²³⁰

Göçmenlerin ülkeye yasal olmayan yollardan giriş veya çıkışlarının sahte pasaport veya sahte vize kullanılarak sağlanması halinde, YTCK'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 düzenlemesi nedeniyle fail, hem göçmen kaçakçılığı ve hem de sahtecilik suçundan dolayı sorumlu tutulacaktır.²³¹

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.²³²

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 YTCK'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.²³³

²³⁰Bu konuda bkz. Tezcan – Erdem – Önok, s.96. Aynı doğrultuda bkz. Doğan, 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.

²³¹Parlar – Hatipoğlu, Cilt:2, s.1225; Artuk – Gökçen – Yenidünya, s.1953; Erel, s.292; Evik, s.169. Aksi görüş için bkz. Donay, s.128.

²³²Erel, s.293.

²³³Bu konuda bkz. yukarıda s. 9-10.

Ancak anılan fıkranın yürürlükten kaldırılması ile failer hakkında göçmen kaçakçılığı suçu yanında koşuları olduğu takdirde 5237 sayılı TCK.nun 220/2-6. madde ve fıkralarının da uygulanması olanaklıdır. Bununla birlikte, fuhuş suçunun mağdur sayısının oluşacağı da gözden uzak tutulmamalıdır.²³⁴

765 sayılı TCK.nun 201/a-3 madde ve fıkrasında yer alan suçun nitelikli hali 5237 sayılı TCK'da düzenlenmemiştir. 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.²³⁵

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.

²³⁴“Fuhuş yaptırmak amacıyla kurucu ve üye olarak örgüt faaliyeti çerçevesinde mağdurları temin eden ve fuhuş için aracılık yapan sanıkların eylemlerinin mağdur sayısınınca 5237 sayılı TCK.nun 227/2-6 maddesinde yazılı suçu oluşturacağından, mahkemece, hangi sanığın hangi mağdurun fuhuş yapmasına aracılık yaptığı belirlenerek...”, Yarg. 8. CD. 25.6.2009, 12977/9829 (Yayınlanmamıştır).

²³⁵“Oluş ve dosya içeriğine göre yasadışı yollardan Türkiye'ye gelmiş ve buradan Avrupa'ya gitmek isteyen "63" göçmeni kapalı kasa kamyonun arka bölmesine bindirerek, yaşamlarını ve vücut bütünlüklerini de tehlikeye sokmak, insanlık onuru ve haysiyeti ile bağdaşmaz surette taşıyan aracı Van ilinden alarak İstanbul'a götürmek üzere yola çıktıkları, Doğansu Jandarma kontrol noktasında yapılan yol aramasında kolluk görevlilerince yakalandıkları anlaşılan sanıkların kanıtlanan bu eylemlerinin suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı TCK.nun 201/a-2 ve 201/a-3 madde ve fıkraları ile suç tarihinden sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK.nun 79/1., 35. ve 96/1. madde ve fıkralarında tanımı yapılan suçları oluşturacağı, 5237 sayılı TCK.nun 7. maddesinde suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanun hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanunlar uygulanır ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 9/3. maddesinde de "lehe olan hüküm önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak ortaya çıkan sonuçların birbiriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenir" hükmü karşısında, lehe yasa değerlendirmesi ve karşılaştırmasının buna göre yapılması gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde 765 sayılı TCK.nu uyarınca karar verilmesi”, Yarg. 8.CD. 18.1.2010, 2447/72 (Yayınlanmamıştır).

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 yaralar arasında göçmenlerin vücut bütünlükleri yer aldığı ancak YTCK m. 43/2'de "aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda" zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağını belirtildiği ve bu nedenle örneğin aynı gemiyle birçok göçmeni kaçırarak kaptan bakımından, tek bir fiil ile birden fazla kişiye karşı aynı suç işlenmiş olduğundan, zincirleme suç hükümlerini uygulamak gerekeceği ifade edilmiştir.²³⁶

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 artırılması gerektiği ileri sürülmüştür.²³⁷

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 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.²³⁸

Buna karşılık, tek bir hareket ile ülkeye sokulmak veyahut ülke dışına çıkarılmak istenen birden fazla göçmenin varlığı halinde göçmenler bu suçun mağduru değil

²³⁶Tezcan – Erdem – Önok, s.97.

²³⁷Arslan – Azizağaoğlu, s.303; bu konuda ayrıca bkz. Parlar – Hatipoğlu, s.1226; Malkoç, 2007, s.485; Yenidünya – Alşahin, s.72; Evik, s.171.

²³⁸Bakıcı, Özel Hükümler, s.28.

konusunu oluşturdıkları için burada zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı ifade edilmiştir.²³⁹

Bu konuda suçun mağdurunun uluslararası toplum olduğunu, bu nedenle zincirleme suçun söz konusu olmayacağını belirten *Donay*, Yargıtay'ın²⁴⁰ kaçırılan göçmen sayısının fazlalığını cezanın alt sınırın üstünde bir ceza ile cezalandırılması gerektiğine ilişkin görüşüne de katıldığını belirtmektedir.²⁴¹

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.

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.²⁴²

²³⁹ Artuk – Gökçen - Yenidünya, Şerh, s.1951.

²⁴⁰“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, 1087/3557 (Yayınlanmamıştır).

²⁴¹ Donay, s.127-128.

²⁴² Bakıcı, Özel Hükümler, s.29.

Yargıtay uygulamasında ise göçmenler “mağdur” olarak kabul edilmedikleri için 5237 sayılı TCK.nun 43/2. maddesinin uygulama yeri yoktur.²⁴³ Ancak kararların oy çokluğu ile alındığı belirtilmelidir.²⁴⁴

Bununla birlikte öncesinde, Yargıtay’ın göçmen kaçakçılığı suçunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerekebileceğine ilişkin oy birliği ile almış olduğu kararlarının da mevcut olduğunu belirtmek gerekir.²⁴⁵

²⁴³“Mahkemece gerekçeleri gösterilerek asgari haddin üzerinden para cezası tayininde bir isabetsizlik görülmemiş ve suç nedeniyle zarara uğrayan göçmenlerin göçmen kaçakçılığı suçunun yasal mağduru durumunda bulunmayıp, suçun konusu oldukları, suçun yasal mağdurunun uluslararası toplum olduğu, bu nedenle göçmenlerin sayıca çok olması halinde 5237 sayılı TCK.nun 43. maddesinin uygulama olanağı bulunmadığından tebliğnamedeki (1) ve (3) no’lu bozma düşüncesine katılmamıştır”. Yarg. 8.CD. 10.11.2009, 8995/14022 (Yayınlanmamıştır).

²⁴⁴Yargıtay 8. CD. Üyesi H.Y.Aktan, göçmen kaçakçılığı suçunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceği düşüncesi ile kararlara muhalif kalmaktadır;

“Göçmen kaçakçılığı suçunda, göçmenlerin mağdur sayıldıklarında tartışma bulunmamaktadır. Nitekim Göçmen Kaçakçılığına Karşı Ek Protokolün 5. maddesi de göçmenlerin cezai kovuşturmayaya tabi tutulmayacaklarını öngörmektedir. Diğer taraftan TCK.nun 43. maddesinin 2. fıkrasında "aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda" zincirleme hükmünün uygulanacağı öngörülmektedir. Bu nedenlerle mahkemenin sanıklar hakkında TCK.nun 43/2. madde-fıkrasını uygulamasında bir isabetsizlik görmediğimden çoğunluk görüşüne katılmamaktayım”. Yarg. 8. CD. 25.4.2006, 1242/3616 (Yayınlanmamıştır); “Sanıkların "78" kişiyi (göçmeni/mağduru) çalıntı bir araçla götürdükleri sırada yakalandıklarının anlaşılmasına, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 43. maddesinin "aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da" zincirleme suçun oluşacağını öngörmesine nazaran teşebbüs aşamasında kalan suçta TCK.nun 43/2. maddesi uyarınca cezalarının artırılması gerekirken, bu yönden de bozma yapılmamasına ilişkin çoğunluğun kararına katılmıyorum”. Yargıtay 8. CD. 14.02.2007, 1116/1200 (Yayınlanmamıştır); “Göçmenlerin (mağdurların) birden fazla olmalarına ve sınırı geçmeden yakalanmış olmaları karşısında, sanığın eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığı ve bu nedenle cezasından indirilmesi gerekmekte, karar sanık tarafından temyiz edildiği için de kazanılmış hak nazara alınarak ayrıca zincirleme suç hükmünün de uygulanması ve bu nedenle bozulması lüzumuna binaen çoğunluğun onama düşüncesine katılmıyorum”. Yarg. 8.CD. 19.9.2007, 7189/ 6020 (Yayınlanmamıştır); “Göçmen sayısına göre hükmün teşdiden kurulması gerektiğine ilişkin eleştiri, göçmen kaçakçılığı suçundan, dolaylı olarak zincirleme suç hükmünün uygulanamayacağının ifade edilmesi anlamına gelmektedir. Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve Ek Protokolüne göre göçmenlerin sanık olarak yargılanmaları olanaksız olduğu gibi TCK.nun 79. maddesinin gerekçesi de göçmenlerin korunmaları gerektiğini vurgulamaktadır. TCK.nun 43. maddesinin 2. fıkrasındaki "aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiil ile işlenmesi durumunda da" zincirleme suç hükmünün uygulanacağını düzenlemesi karşısında mahkemenin kararı yerinde olduğundan, çoğunluğun göçmen sayısı nazara alınarak TCK.nun 61. maddesinin teşdiden uygulama yapılmasına ilişkin eleştirisine katılmıyorum” Yarg. 8. CD. 17.11.2009, 10085/14514 (Yayınlanmamıştır).

²⁴⁵Sanık 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. Yenidünya – Alşahin, s.72.

BÖLÜM III

YAPTIRIM - SUÇUN SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ

1. YAPTIRIM VE GÜVENLİK TEDBİRLERİ

1.1. Yaptırım

1.1.1. Suçun Temel Şekli

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.

Yaptırımın 765 sayılı TCK'ya göre artırıldığı görülmektedir. Bununla birlikte yeni TCK'da suça teşebbüsün olanaklı olması karşısında, somut olaya ve uygulamaya göre sonuç ceza açısından yeni TCK.nun lehe olabileceği gözden uzak tutulmamalıdır.²⁴⁶

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

²⁴⁶“Sanıkların, yasadışı yollardan Türkiye'ye getirilmiş yabancı uyruklu kişileri Türkiye üzerinden Avrupa'ya geçirmek amacıyla Van'a götürülürken Hakkari polis noktasında kolluk güçleri tarafından yakalanmış oldukları ve bu suretle işlemeyi kastettikleri suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başladıkları ancak ellerinde olmayan nedenlerle eylemi tamamlayamadıklarının anlaşılmış bulunması karşısında, 765 sayılı TCK.nun 201/1-a maddesinde bu suça teşebbüsün tamamlanmış suç gibi yaptırımı bağlanmasına karşın, 5237 sayılı TCK.nun 79. maddesindeki düzenleme itibarıyla göçmen kaçakçılığı suçuna teşebbüs halinde 35. maddesinin uygulanacağı, sanıkların kanıtlanan eyleminin yabancının yurt dışına çıkmasına imkan sağlamaya teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilerek lehe olan 5237 sayılı TCK hükümlerinin uygulanması gerektiği düşünülmeyen yazılı şekilde uygulama yapılması”, Yarg. 8.CD. 5.10.2009, 8093/12067 (Yayınlanmamıştır).

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 belirlenmesinde, 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. Bu durumda hakim, yeni TCK'nın 61. maddesindeki kriterleri gözeterek 5 gün ile 10.000 gün arası temel cezayı belirleyecektir.²⁴⁷

Bununla birlikte on bin güne kadar şeklindeki düzenlemenin suça 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.²⁴⁸

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.²⁴⁹

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.

²⁴⁷Artuç, s.62.

²⁴⁸Doğan, s.155.

²⁴⁹Bkz. Centel, Nur, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri Sistemi”, <http://www.nurcentel.com/makaleler/yenitckyaptirim.pdf>, (e.t. 10.02.2010).

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 belirlenmesinin ülkemiz koşullarında sağlıklı yapıldığını ve de yapılabileceğini söyleyebilmek mümkün değildir.

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 evrakın ikmal edildiği görülmektedir. 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.²⁵⁰

1.1.2. Suçun Nitelikli Hali

²⁵⁰“Hürriyeti bağlayıcı cezanın alt sınırdan uzaklaşarak tayin edilmesine karşın, temel adli gün para cezasının alt sınırdan tayini suretiyle çelişki yaratılması”, Yarg. 8. CD. 22.1.2008, 10294/382 (Yayınlanmamıştır); “Alt sınırdan ceza tayini uygun görüldüğü halde temel adli para cezasının TCK.nun 52. maddesinde belirlenen alt sınırdan uzaklaşarak fazla tayini”, Yarg. 8. CD. 28.1.2008, 10638/555 (Yayınlanmamıştır); “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. 24.3.2009, 11136/4549 (Yayınlanmamıştır).

5237 sayılı TCK.nun 79/2. madde ve fıkrasında suçun sadece örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hali daha fazla cezayı gerektiren nitelikli bir hal olarak düzenlenmiştir.

Bu hükümle örgütlenmenin bağımsız bir suç olarak kabul edilmediği ve 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.²⁵¹

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,
- c) Ölüm meydana gelmesi,
- d) Örgütlü olarak işlenmesi olarak belirlenmiştir.

Yeni TCK sisteminde ağırlaştırıcı sebepler veya hafifletici sebepler kavramının ortadan kaldırıldığı, bu deyimlere bir tek 42. madde de yer alan bileşik suç tanımında yer verildiği, bunun dışında Yeni TCK'da hiçbir madde de ağırlaştırıcı veya hafifletici nedenler kavramına yer verilmediği ifade edilmiştir.²⁵²

²⁵¹Şen, E., s.247.

²⁵²Malkoç, 2007, s.13.

Doktrinde göçmen kaçakçılığı suçunda sadece bir hale ilişkin ağırlaştırıcı neden öngörülmesi eleştiri konusu yapılarak, birçok ağırlaştırıcı neden öngören ETCK'nın aksine YTCK bakımından yalnızca suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesinin nitelikli hal olarak düzenlendiği, oysa yukarıda adı geçen protokol m. 6/3 gereği, “kaçak göçmenlerin yaşamlarının veya vücut bütünlüklerinin tehlikeye sokulması” ve “insanlık dışı onur kırıcı muamele biçimlerine tabi kılınmalarına neden olunması” hallerinin de nitelikli hal olarak düzenlenmesi gerektiği ileri sürülmüştür.²⁵³

Buna karşılık kanun koyucunun bu yönde bir düzenlemede bulunmamasının suçun mağduru konumundaki kişilerin yaralanması ya da ölmesi halinde gerçek içtima kuralı gereğince ayrıca bu suçlardan da cezalandırılması amacına dayandığı ve bu suçlarla etkin bir şekilde mücadele edebilmek bakımından eski kanundaki düzenlemenin aksine son düzenlemenin daha yerine olduğu ileri belirtilmiştir.²⁵⁴

Gerçekten de 765 sayılı TCK.nun da ağırlaştırıcı neden olarak öngörülen “Kaçak göçmenlerin yaşamlarını veya vücut bütünlüklerinin tehlikeye sokulması” ve “İnsanlık dışı veya onur kırıcı muamele biçimlerine tabi kılınmalarına neden olunması” 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.

Suç tarihinin 01.06.2005 tarihinden önce olduğu durumlarda lehe-aleyhe olan yasanın belirlenmesi sırasında ağırlaştırıcı nedene ilişkin bu halinde gözetilmesi gerekir.²⁵⁵

²⁵³Tezcan – Erdem – Önok, s. 94; aynı doğrultuda bkz. Donay, s.128.

²⁵⁴Evik, s.174. Ayrıca bkz. Doğan, s.157.

²⁵⁵“Olayımızda, sanıkların Van ilinden İstanbul’a getirmek üzere aldıkları 65 göçmeni kamyonetin içinde oluşturdukları iki bölmeye koyarak yola çıktıkları ve Tatvan ilçesinde kolluk tarafından yakalandıklarının anlaşılması karşısında; Teşebbüs aşamasında kalan suç nedeniyle 5237 sayılı TCK.nun 79. maddesinden verilecek cezadan teşebbüs nedeniyle dörtte birinden dörtte üçüne kadarının indirileceği, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele nedeniyle artırımı ilişkin bir düzenlemenin de bulunmadığı, 765 sayılı TCK.nu uygulamasında temel cezanın asgari haddten uzaklaşarak tayin

Bununla birlikte “İnsanlık dışı veya onur kırıcı muamele biçimlerine tabi kılınmalarına neden olunması” bakımından, eziyete ilişkin hükümle fikri içtima ilişkisi doğacağından yine istenen korumanın sağlanmayacağı belirtilmiştir.²⁵⁶

Şu halde 5237 sayılı TCK’da suçun sadece örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi bir nitelikli hal olarak karşımıza çıkmaktadır.

Buna göre suç örgütlü olarak işlendiği takdirde faillere verilecek cezalar yarı oranında arttırılarak hükmolunacaktır. Örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmiş olması halinde ayrıca bu suçlardan (YTCK 220 md.) dolayı da cezaya hükmolunacağı gözden uzak tutulmamalıdır.²⁵⁷

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.²⁵⁸

edildiği hususları gözetilerek, somut olaya 765 sayılı TCK.nun ve 5237 sayılı TCK.nun bir bütün halinde ayrı ayrı uygulanarak bulunacak sonuç cezalara göre lehe-aleyhe kanunun tesbiti gerekirken, böyle bir karşılaştırma ve değerlendirilme yapılmaksızın salt temel cezayı düzenleyen hükümler karşılaştırılarak lehe yasa belirlemesiyle uygulama yapılması”, Yarg. 8. CD. 20.03.2006, 215/2281 (Yayınlanmamıştır); “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 düşünülmenden yazılı şekilde uygulama yapılması”, Yarg. 8. CD. 27.11.2006, 1284/8556 (Yayınlanmamıştır).

²⁵⁶Tezcan – Erdem – Önok, s. 94.

²⁵⁷Parlar – Hatipoğlu, Cilt:2, s.1226-1227; aynı doğrultuda bkz. Malkoç, 2007, s.482; Aydın, s.124. Karş. Artuk – Gökçen – Yenidünya, Şerh, s.1941.

²⁵⁸“Sanıklar hakkında suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçundan açılmış bir dava bulunup bulunmadığı araştırılıp, açılmış ise davaların birleştirilmesi, açılmış bir davanın olmaması halinde 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

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.²⁵⁹

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.²⁶⁰

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 YTCK’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 YTCK md 79/2. fıkrası hükmü uyarınca ağırlaştırılmış göçmen kaçakçılığı suçundan sorumluluğun söz konusu olabileceği ifade edilmiştir.²⁶¹

Yargıtay uygulaması ise yukarıda da belirtildiği gibi aksi yöndedir. Hatta Yargıtay, ağırlaştırılmış göçmen kaçakçılığı suçundan mahkumiyet kararı verilebilmesi için örgüt suçundan açılmış bir dava yok ise bu davanın açılmasının sağlanmasını aramaktadır.

gözetilmeden, sanıklar hakkında suç örgütünün faaliyetleri çerçevesinde göçmen kaçakçılığı yapmak nedeniyle cezalarının artırılmasına karar verilmesi”, Yarg. 8. CD. 19.2.2009, 12560/2405 (Yayınlanmamıştır); “Sanık hakkında suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçundan açılmış bir dava bulunup bulunmadığı araştırılıp, açılmış ise davaların birleştirilmesi, açılmış bir davanın olmaması halinde hakkında 5237 sayılı TCK.nun 220. maddesi uyarınca suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçundan dava açılması sağlanarak...”, Yarg. 8. CD. 2.4.2009, 19283/ 5248 (Yayınlanmamıştır).

²⁵⁹Artuç, s.63.

²⁶⁰Doğan, s.156. Kitabının ilk baskısında bu hususun “non bis in idem” ilkesine aykırılık yaratmayacağını ifade eden *Doğan*, ikinci basının önsözünde bu görüşünü değiştirdiğini ifade etmektedir.

²⁶¹Evik, s.168.

Her halde suçun nitelikli halinin kabul edilebilmesi için 5237 sayılı TCK.nun 220. maddesi uyarınca yaptırıma bağlanan bir örgütün varlığı gerekecektir. Kuşkusuz bu madde de öngörülen suçun unsurları 765 sayılı TCK.nun 313. maddesindeki suç unsurlarından farklıdır.²⁶²

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 karışıklığa ve endişeye 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.²⁶³

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 olması,
- b) Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla kurulmuş olması,
- c) Sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması gereklidir.

²⁶²“1.6.2005 tarihinden önce kesinleşen hükmün anılan tarihte yürürlüğe giren 5237, 5252 ve 5271 sayılı Yasaların lehe hükümlerinin değerlendirilmesi ve olaya uygulanması niteliğindeki başvuru üzerine: 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 313. maddesinde tanımlanan ve 5237 sayılı TCK.nun 220. maddesinde "suç işlemek amacıyla örgüt kurma" başlığı altında yeniden düzenlenen suçun unsurlarında değişiklik yapılmış olmakla, hükümlüler ile suç ortaklarının eylemlerinin örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereçlerin miktarı ve nitelikleri itibarıyla amaç suçları işlemeye elverişli olup olmadığı yönünden tartışılması gerektiği göz önüne alınarak, duruşma açılıp 5252 sayılı Yasanın 9/3. madde ve fıkrasındaki "lehe olan hüküm önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenir" hükmü uyarınca değerlendirme yapıldıktan sonra bir hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden, evrak üzerinde karar verilmesi”, Yarg. 8. CD. 8.12.2009, 2467/15375 (Yayınlanmamıştır).

²⁶³ Artuk – Gökçen – Yenidünya, Şerh, s.1935.

Belirtilen üçüncü unsur yönünden somut her olayın ayrıca ve özellikle değerlendirilmesi gerekeceği açıktır.²⁶⁴

Örgüt yapılanmasında işlenmesi amaçlanan suçların konu ve mağdur 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 ilişkisinden söz edilebilir.²⁶⁵

Suç işleme hususundaki süreklilik örgütün önemli bir özelliğidir ve bu anlamda münferit bir olay üzerine oluşan birliktelikler örgüt olarak kabul edilemez.²⁶⁶ Keza failer arasındaki işbirliği ve organizasyon da belirleyici diğer bir husustur.²⁶⁷

Örgütün bir diğer önemli özelliği bu yapının “hiyerarşik” bir ilişki ortaya koymasındır.²⁶⁸ Yatay ilişkiler bir örgütün varlığını sonuçlayamaz. Buna göre göçmen

²⁶⁴“... 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, 942/10655 (Yayınlanmamıştır).

²⁶⁵ Artuç, s.63.

²⁶⁶“Oluşa ve tüm dosya içeriğine göre; sanıkların işbirliği ve eylemli paylaşım anlayışı ve disiplinli biçimde hareket ederek süreklilik gösterir şekilde suç işlemek amacıyla örgüt kurduklarına dair kesin kanıt bulunmadığı ve olay tarihinde göçmen kaçakçılığı için bir olaya mahsus sanıkların bir araya gelmeleri eylemlerinin de suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunu oluşturmadığı gözetilmeden, sanıkların beraati yerine yazılı biçimde mahkumiyetlerine karar verilmesi”, Yarg. 8. CD. 18.2.2009, 17763/14373 (Yayınlanmamıştır).

²⁶⁷“Sanıklar M. O. ve J. A. S.’un yurtdışına kaçak yollardan çıkmak isteyen göçmenleri İstanbul İlinde toplayarak tuttıkları evlerde barındırdıkları ve sonrasında Marmaris’e gönderdikleri, göçmenlerin açık kimlikleri tespit edilemeyen ve yakalanamayan kişilerle birlikte sanık M. G. tarafından sanık H. A. Ö.’a ait otele yerleştirildikleri, sanık M.’un satın aldığı ve kaptanlığını yaptığı eski teknelerle göçmenlerin Yunanistan’ın Rodos adasına kaçırıldığı, sanık K. T.’in de botla bu tekneleri takip ederek Rodos adasına yaklaşıldığında sanık M.’u alarak geri döndüğü, sanıkların bu şekilde tam bir organizasyon ve işbirliği içinde davranarak birçok kez göçmenleri örgütlü olarak yurtdışına kaçırdıkları dosya içeriğinden anlaşıldığından sanık M. G. hakkında 5237 sayılı TCK.nun 79/2, sanıklar H.A.Ö., M. O., J.A. S. ve K.T. hakkında ise 765 sayılı TCK.nun 201/a-son madde ve fıkralarının uygulanmaması suretiyle noksan ceza tayini karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır”. Yarg. 8. CD. 20.2.2006, 2773/1139 (Yayınlanmamıştır).

²⁶⁸“Tornacılık işi yapan sanığın, aralarında önceden anlaşılıp işbölümü ve hiyerarşik bir yapı içerisinde süreklilik gösterecek şekilde planlı bir ortaklık ve paylaşım anlayışıyla kurulan suç örgütüne üye olarak suç işlediğine dair yeterli delil bulunmadığından, beraati yerine yazılı biçimde mahkumiyet hükmü kurulması”, Yarg. 8. CD. 12.3.2009, 4959/3809 (Yayınlanmamıştır).

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 belirlenecektir.²⁶⁹

Ancak Yargıtay, olayın özelliğine göre gevşek de olsa hiyerarşik bir yapıyı diğer unsur koşullarında varlığı halinde suçun oluşumu açısından yeterli görebilmektedir.²⁷⁰

Bununla birlikte, 4800 sayılı Yasanın 1. maddesi ile onaylanması uygun bulunan “Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”nin “Tanımlar” başlıklı 2. maddesinde bir “Örgütlü suç grubu” tanımına yer verilmiştir.

Buna göre Örgütlü suç grubunun varlığı için;

- a) Üç veya daha fazla kişinin olması,
- b) Doğrudan veya dolaylı olarak mali veya diğer maddi çıkar elde etmek amacıyla kurulmuş olması,
- c) Belli bir süreden beri var olması,
- d) Sözleşmede belirtilen bir veya daha fazla ağır suç veya yasadışı eylemi gerçekleştirmek amacıyla birlikte hareket edilmesi gerekmektedir.

Bu tanımlama ile getirilen unsurlar, 5237 sayılı TCK.nun 220. maddesinde ki unsurlar ile mukayese edildiğinde farklılar içerdiği görülecektir.

²⁶⁹Yenidünya – Alşahin, s.60-61.

²⁷⁰“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 bulunduğu belirlenmesi karşısında...”, Yarg. 6.CD. 25.2.2009, 15466/4055 (Yayınlanmamıştır).

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 dolayısıyla, göçmen kaçakçılığı suçuna ilişkin mahkeme tarafından yapılan yargılama da örgütün varlığının tespiti açısından öncelikli olarak Sözleşme hükümlerinin dikkate alınmasının yerinde olacağı ileri sürülmüştür.²⁷¹

Aynı doğrultuda ancak farklı olarak, “sınıraşan örgütlü suçluluk“ bakımından sözleşme kriterlerinin, ülkemiz çapında işlenen suçlarda ise 5237 sayılı TCK.nun 220. maddesinin uygulanması gerektiği de ileri sürülen görüşler arasındadır.²⁷²

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 197/1. 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.

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.

²⁷¹ Artuk – Gökçen – Yenidünya, Şerh, s.1940; Yenidünya – Alşahin, s.62.

²⁷² Doğan, s.161.

Bu konuda son olarak belirtilmelidir ki, 5237 sayılı TCK.nun 78. maddesinde düzenlenen örgüt suçunun göçmen kaçakçılığını kapsamadığı, aynı Yasanın 79/2. maddesinin farklı bir düzenleme ile daha az cezayı öngördüğü, ancak yasa dışı örgüt nedeniyle 220. maddenin uygulanması mümkün ise de 78. maddenin soykırım ve insanlığa karşı işlenen suçları da kapsayacak şekilde 80. madde de ortak bir hüküm olarak düzenlenmesinin daha olumlu ve adaletli olacağı ileri sürülmüştür.²⁷³

1.1.3. Cezadan Mahsup

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 altında kalma hallerinde de bu sürelerin verilecek cezadan mahsup edilmesini öngördüğü ifade edilmiştir.²⁷⁴

Madde hükmü uyarınca “aynı suça” 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.²⁷⁵

²⁷³ Bakıcı, Özel Hükümler, s.31.

²⁷⁴Parlar – Hatipoğlu, Cilt:1, s.284

²⁷⁵“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

1.2. Güvenlik Tedbirleri

1.2.1. Genel olarak

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda asli ceza – ferî 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 “Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma”, “Eşya müsadere”, “Kazanç müsadere”, “Çocuklara özgü güvenlik tedbirleri”, “Akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri”, “Suçta tekerrür ve özel tehlikeli suçlar”, “Sınır dışı edilme” ve “Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri” adı altında düzenleme yapılmıştır.

Güvenlik tedbirlerinin, esasta suçlunun sosyal yaşama tekrar uyum sağlaması amacıyla uygulanan eğitim ve tedavi programları olduğu, YTCK'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.²⁷⁶

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 soruşturma ile yazılı biçimde hüküm kurulması”, Yarg. 8. CD. 3.2.2010, 11329/1256 (Yayınlanmamıştır).

²⁷⁶Bkz. Centel, Nur, “Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri Sistemi”, <http://www.nurcentel.com/makaleler/yenitckyaptirim.pdf>, (e.t. 10.02.2010); bu konuda ayrıca bkz. Turhan, Faruk, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, http://www.iibf.sdu.edu.tr/fturhan/cezahukuku/Ceza_Hukuku_Genel_Hukumler_1.rtf, (e.t. 4.6.2009), s.2.

Gerçekten de Yargıtay kararlarında da özellikle vurgulandığı üzere²⁷⁷ örneğin 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.²⁷⁸

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.

1.2.2. 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.

²⁷⁷"Hak yoksunluğu, mahkumiyet hükmünün kanuni sonucu olduğundan mahkemece bu hususta karar verilmemesi bozma nedeni yapılmamıştır". Yarg. 8. CD. 26.3.2009, 6912/4814 (Yayınlanmamıştır); "5237 sayılı TCK.nun 53. maddesine göre belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılmanın kasten işlenmiş bir suçtan dolayı verilen hapis cezasına mahkumiyetin kanuni sonucu olması nedeniyle kararda gösterilmeyen hak yoksunluğunun infaz aşamasında nazara alınması mümkün görülmüştür". Yarg. 8. CD.8.6.2009, 8339/8554 (Yayınlanmamıştır).

²⁷⁸Bkz. Centel, Nur, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri Sistemi", <http://www.nurcentel.com/makaleler/yenitckyaptirim.pdf>, (e.t. 10.02.2010).

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 Yeni Yasa’da bunun tam tersi olmak adına ya da bilimsel görüş farklılığı dolayısıyla tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımının uygulanamayacağına ilişkin mevcut düzenlemenin yapıldığı ifade edilmiştir.²⁷⁹

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.

(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.

²⁷⁹Bkz. Centel, Nur, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri Sistemi”, <http://www.nurcentel.com/makaleler/yenitckyaptirim.pdf>, (e.t. 10.02.2010).

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 3. md.) açısından tartışılır olduğu ve ayrıca hem kamu hukuku ve hem de özel hukuk kurallarının uygulandığı kamu iktisadi teşebbüslerine söz konusu güvenlik tedbirlerinin uygulanıp uygulanmayacağının da tartışmaya açık olduğu ifade edilmiştir.²⁸⁰

1.2.2.1. İznin İptali

Öngörülen ilk güvenlik tedbiri “iznin iptali”dir. İznin iptali, özel hukuk tüzel kişileri için geçerlidir. Bu anlamda kamu hukuku kurallarına tabi tüzel kişiler için söz konusu güvenlik tedbirine başvurulması mümkün değildir.²⁸¹

²⁸⁰Bkz. Parlar – Hatipoğlu, Cilt:1, s.1005-1008.

²⁸¹Özbek, V. Özer, TCK İzmir Şerhi Türk Ceza Kanunun anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli- İctihatlı) Cilt-1 Genel Hükümler (Madde1-75), Ankara 2010, s. 929.

İznin iptaline karar verilebilmesi için;

- a) Öncelikle özel hukuk tüzel kişinin bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunması,
- b) İzne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin 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.²⁸²

Faaliyet izninin iptali ile tüzel kişinin varlığı sona ermez sadece iznin konusu ile ilgili faaliyette bulunması engellenmektedir. Tüzel kişinin kapatılmasına karar verilmediği için varlığını sürdürmeye devam edecek ancak iptal edilen izne ilişkin işlemleri yapamayacaktır.²⁸³

Örneğin bankacılık faaliyeti çerçevesinde suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunun işlenmesi halinde, 5411 s. Bankacılık Kanunun 10. (yürürlükten kaldırılan 4389 s. Bankalar Kanununun 7.) maddesine göre faaliyet izninin iptaline²⁸⁴

²⁸² Parlar – Hatipoğlu, Cilt:1, s.1008-1009

²⁸³ Bakıcı, Genel Hükümler, s.1157.

²⁸⁴ Özgenç, Genel Hükümler, s.707.

veya örneğin GSM operatörü kuran ve işleten bir şirket, abonelere ilişkin bazı bilgileri aynı şirketin bir başka kuruluşuna yarar sağlamak için kullanması halinde söz konusu şirket hakkında TCK m. 60 çerçevesinde iznin iptali ya da elde edilen kazancın müsaderesine²⁸⁵ hükmedilebilecektir.

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 kişinin, döviz bürosu işletmek için aldığı izin iptal edilecektir.²⁸⁶

İşlenen suç ile 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 AY m. 13 ve 48 bakımından sorun çıkarabileceği ve 13. madde de yer alan öze dokunmama yasağına aykırı olduğu ileri sürülmüştür.²⁸⁷

Burada ayrıca belirtmek gerekir ki benzer bir düzenlemeye Karayolu Taşıma Yönetmeliği'nde²⁸⁸ de yer verilmiştir. Anılan yönetmeliğin 73. maddesinde, çalıştırdıkları sürücülerinin taşıt belgelerinde kayıtlı taşıtlarını kullanarak karıştırdıkları, uyuşturucu ve silah kaçakçılığı, *kaçak insan taşımacılığı ve ticareti* suçları ile 3713 sayılı terörle Mücadele Kanunu ve 4422 sayılı Çıkar Amaçlı suç Örgütleri ile

²⁸⁵Özbek, s.929.

²⁸⁶ Parlar – Hatipoğlu, Cilt:1, s.1009

²⁸⁷Özbek, s. 930.

²⁸⁸Yönetmelik için bkz. R.G. 25.2.2004 t. ve S.25384.

Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar nedeniyle yargı organları tarafından verilmiş ve kesinleşmiş mahkumiyet kararı bulunması halinde bir ihtar verileceği ve ilgili yetki belgesi sahibinin Bakanlık ve güvenlik birimlerince yakın takibe alınacağı hükme bağlanmış ve de ihtar sonuçlarına riayetsizlik halinde yetki belgesinin iptal edilebileceği düzenlenmiştir.

1.2.2.2. Müsadere

Tüzel kişilere ilişkin öngörülen ikinci güvenlik tedbiri ise “müsadere”dir. 5237 sayılı TCK.nun 60/2. madde ve fıkrasında, müsadere hükümlerinin yararına işlenen suçlardaki özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Hükümün uygulanabilmesi için ayrıca müsadere koşullarının gerçekleşmesi de aranmalıdır.²⁸⁹

1.2.2.3. Orantılılık İlkesi

5237 sayılı TCK.nun 60/3. madde ve fıkrasında ise “orantılılık” ilkesine dayalı olarak işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçların ortaya çıkabileceği durumlarda hakime bahse konu tedbirlere hükmetmeme konusunda takdir yetkisi verilmiştir. Bu 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.²⁹⁰

²⁸⁹Müsadere koşulları aşağıda “Müsadere” başlığı altında etraflıca inceleme konusu yapılmıştır.

²⁹⁰Bakıcı, Genel Hükümler, s.1157; bu konuda ayrıca bkz. Özbek, s.930; Parlar – Hatipoğlu, Cilt:1, s.1009.

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.²⁹¹

1.2.3. Müsadere

1.2.3.1. Genel Olarak

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.

Müsaderenin yeni sistemde 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 Bölge Adliye Mahkemeleri kurulup faaliyete geçene kadar hüküm temyiz yasa yolu incelemesine tabi olacaktır.

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.²⁹²

²⁹¹Bkz. Centel, Nur, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri Sistemi”, <http://www.nurcentel.com/makaleler/yenitckyaptirim.pdf>, (e.t. 10.02.2010).

²⁹²“Özel Daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasındaki uyuşmazlık, hükmün temyiz edilebilirlik kabiliyetinin bulunup bulunmadığına yöneliktir... Somut olayda verilen hüküm, doğrudan para cezası olarak belirlenen 69 YTL adli para cezası ve olayda kullanılan tahranın 765 sayılı TCY’nın 36. maddesi uyarınca zoralımından ibaret olduğuna göre;

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.²⁹³ Karşı oy gerekçeleri dikkate değer olmakla birlikte sorun esasta

1- “2.000” liranın altındaki doğrudan hükmedilen “69” YTL den ibaret, para cezasının, 1412 sayılı CYUY’nın 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan 305. maddesinin 1. fıkrasındaki açık düzenleme karşısında temyizi olanaklı bulunmamaktadır.

2- “Tahranın zorulmasının” hükme temyiz edilebilirlik niteliği kazandırıp kazandırmayacağı konusunun ise ikili bir ayırma tabi tutulmak suretiyle incelenmesi gerekmektedir:

5237 ve 5271 sayılı Yasaların sisteminde zorulım “bir güvenlik tedbiri” olarak düzenlendiğinden, 5271 sayılı CYU’nın 223. maddesindeki hüküm uyarınca, zorulıma ilişkin kararlar zorulıma karar verilen eşyanın değeri ne olursa olsun Bölge Adliye Mahkemeleri kurulup faaliyete geçinceye kadar temyiz yasa yoluna tabidir.

Buna karşılık, 765 sayılı TCY’nın uygulandığı dönemde “fer’i ceza” sayılan müsadere, ancak asıl kararlar birlikte ya da zorulıma karar verilen eşyanın bilinen veya tespit edilen değerinin HUMY’nın 427. maddesindeki kesinlik sınırının üzerinde olması koşuluyla temyizen incelenebilecektir.

Olayda uygulama 765 sayılı TCY’nın 36. maddesi uyarınca yapıldığından, sözü edilen “tahranın” zorulıma ilişkin kararın temyize tabi olup olmadığına da 765 sayılı TCY döneminde geçerli olan sisteme göre belirlenmesinde zorunluluk bulunmaktadır.

Temyiz edilebilirlik sınırı Hukuk Usulü Muhakemesi Yasasının 427. maddesinde, 21.07.2004 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 14.07.2004 gün ve 5219 sayılı Yasanın 2-c maddesi ile yapılan değişiklikle “40 milyon” olan kesinlik sınırı “1 milyar” liraya çıkarılmış, Ek-4 maddesinde ise müteakip yıllar için kesinlik sınırının 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298. maddesi hükümleri uyarınca her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılması suretiyle belirleneceği hüküm altına alınmıştır. Karar tarihinin 12.10.2006 olduğu somut olayda temyiz edilebilirlik sınırı 1.090 Liradır.

26.09.2004 gün ve 5236 sayılı Yasanın 16. maddesiyle değişik HUMY’nın 428. maddesindeki kesinlik sınırı ise ancak Bölge Adliye Mahkemelerinin göreve başlamasından sonra uygulanabileceğinden, olayda uygulama yeri bulunmamaktadır.

Açıklandığı üzere; somut olayda, “69”lira olan ceza miktarının 1412 sayılı CYUY’nın halen yürürlükte bulunan 305/1. maddesindeki suçta kullanıldığı için zorulıma karar verilen “tahranın” bilinen değerinin de HUMY’nın 427. maddesindeki kesinlik sınırının altında olması nedenleriyle, sanık hakkında mağdur A.Y.’yı kasten yaralamaya teşebbüs suçundan verilen hükmün temyiz edilebilirlik kabiliyeti bulunmamaktadır.”. YCGK, 9.6.2009, 4-46/154 (Yayınlanmamıştır).

²⁹³1412 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. 2.3.2009, 13731/2457 (Yayınlanmamıştır). 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, müsadere 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 müsadere karar verilmiş olması nedeniyle müsadere 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 bahsettiği kanuni haklardan mahrumiyet” (m. 33/2) ve “hükümün ilanı” (m. 43) müeyyideleri toplanmış bulunmaktaydı. 765 sayılı TCK’de cezalar prensip itibarıyla 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 tartışma yaratıyordu.

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 almayan müsaderenin bir ceza olmayıp, ceza mahkûmiyeti sonucu bulunan bir tedbir olduğu kabul edilmekte idi .

1412 sayılı CMUK’nin yedinci kitap, ikinci faslı “müsadere usulü”ne ayrılmıştır. Bu fasılda yer alan CMUK’nin 394. maddesinde, müsadere hükümlerine karşı Cumhuriyet Savcısı, davacı ve 393. maddede muayyen olan kimseler için kanun yolları açıktır, şeklinde hükme yer verilmiştir. 04.06.1936 tarih ve 12-14 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında, müsadereye karşı temyiz yoluna gidilebileceği, temyiz yolunun açık olup olmadığının tayini hususunda da “...bu sahada aranacak temyiz kabiliyeti haddinin bahsinde Ceza Muhakemeleri Usulü sakıt bulunduğundan dolayı Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunun medarı tatbik olunacağı” ve dolayısıyla müsadere edilen eşyanın kıymetine bakılacağı belirtilmişti. Uygulamada bu İBK doğrultusunda yön bulmuş idi. Temyiz yolunda HUMK m. 427’deki sınır gözetildiğinden, değeri, HUMK 427. maddede belirtilen sınırın altında kalan eşyanın müsaderesine ilişkin kararın, temyizi mümkün olamamaktaydı.

...5237 sayılı Ceza Kanunumuz ise 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.

... Sonuç olarak;

1- Mevzuattaki düzenlemeler karşısında 04.06.1936 tarih ve 12–14 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının geçerliliği kalmamıştır.

2- 5320 sayılı Kanunun 1412 sayılı CMUK’un temyize ilişkin hükümleri halen yürürlükte dir Bölge Adliye Mahkemeleri kurulup faaliyete geçinceye kadar verilen hükümlerle ilgili olarak 1412 sayılı Kanunun temyize ilişkin hükümlerinin uygulanacaktır.

3- 1412 sayılı CMUK’nin 305. maddesinin 1. fıkrasında, ceza mahkemelerinden verilen hükümlerin temyiz olunabileceği kuralına yer verildikten sonra, onbeş yıl veya daha yukarı hürriyeti bağlayıcı cezalara ait hükümlerin kendiliğinden (resen) temyize tabi olacağı, aynı fıkranın 1, 2 ve 3. bentlerinde ise, iki milyar liraya kadar (iki milyar dâhil) para cezalarına dair olan hükümler ve yukarı sınırı onmilyar lirayı geçmeyen para cezasını gerektiren suçlardan dolayı verilen beraat hükümleri ile yasalarda kesin olduğu belirtilen hükümlerin temyiz olunamayacakları belirtilmiştir.

4- 5271 sayılı CMK’nin “Duruşmanın sona ermesi ve hüküm” başlıklı 223/6. maddesinde, “yüklenen suçu işlediğinin sabit olması halinde, belli bir cezaya mahkûmiyet yerine veya mahkûmiyetin yanı sıra güvenlik tedbirine” hükmolunacağı ifade edilmek suretiyle güvenlik tedbirlerine hükmedilmesine dair kararların da hüküm sayılacağına vurgu yapılmıştır.

5- YCGK’nin 22.11.2005 tarih ve 2005/10 – 140 E. ve 2005/143 K. sayılı kararında, CMUK’nin 305. maddesinin 1. fıkrasındaki kesinlik sınırını, maddede belirtilen kesinlik sınırları içinde kalmak koşuluyla, başkaca hiçbir hak kısıtlaması sonucunu doğurmayan, para cezasına ilişkin veya para cezası öngörölmüş hükümlerle sınırlı olarak yorumlamak yasanın ruhuna ve uluslararası sözleşmelerle getirilen ilkelere daha uygun bir çözüm olacağı vurgulanmıştır.

6- Yukarıda belirttiğimiz üzere 5237 sayılı TCK müsaderenin hukuki niteliğini güvenlik tedbiri olarak kabul etmiştir. Nitekim Ceza Genel Kurulu da 200/6–199/188 sayılı kararında, hukuki niteliğinin

müsaderenin bir güvenlik tedbiri olarak düzenlenmesinin kavram ile çelişmesinden doğmaktadır. Suçta kullanılan veya suçtan hasıl olan bir eşyanın müsadereesi güvenlik tedbiri olarak değerlendirilemez. Bu nedenle kavramsal olarak ele alındığında daire kararının yerinde olduğu düşüncesindeyim.

Ancak YCGK'nun henüz yayınlanmamış 09.03.2010 tarih ve 2009/2-237-2010/51 sayılı yeni bir kararında ise, kesin nitelikte olan adli para cezası ile birlikte suçta kullanılan eşyanın 5237 sayılı TCK.nun 54. maddesi uyarınca müsadereesine 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 müsadereenin 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 taşıtlar ve bu fiil nedeniyle 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.

1.2.3.2. Eşya Müsadereesi

güvenlik tedbiri olmasının sonucu olarak 5271 sayılı CMK'nin 309. maddesindeki 'aleyhe değiştirmeme yasağının' geçerli olmayacağını kabul etmiştir.

7- Böylece, hukuki niteliği güvenlik tedbiri olarak kabul edilen müsadereye ilişkin kararlar 5271 sayılı CMK'nin 223. maddesi anlamında "hüküm" olup 1412 sayılı CMUK'nin 305. maddesinde ayrıık bırakılanlar arasında sayılmadığına göre, müsadere konusunun değerine bakılmaksızın temyiz incelemesine tabi tutulması zorunludur.

8- Öyleyse, gerek ceza mahkûmiyetine ek olarak gerekse müstakil olarak verilen müsadereye dair kararlar hükme temyiz edilebilirlik vasfı kazandırmakta; temyiz edilebilirlikte de HUMK 427. maddeyi referans alarak değer tespiti yapmanın bir gerekçesi bulunmamaktadır.

Somut olayda sanık hakkında değişen suç vasfı ve ön ödeme nedeniyle davanın ortadan kaldırılmış ve bir cezaya hükmedilmemiş olmasına rağmen, suçta kullanılan av tüfeğinin müsadereesine karar verilmiş olması, verilen müsadere kararının güvenlik tedbiri niteliğinde bulunması, güvenlik tedbirlerinin değerine bakılmaksızın temyiz incelemesine tabi olduğu düşüncesiyle, Sayın çoğunluğun kararın kesin olması nedeniyle sanığın temyiz isteğinin reddine ilişkin görüşüne katılmıyorum.

Eşya müsadereesi 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 müsadereesine 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 suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşya, müsadereenin konusudur.

Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, suçun icra hareketlerine başlanmamış ise bu nedenle müsadere edilemeyecektir. Bunun için ayrıca kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak 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.²⁹⁴

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.

Eşya müsadereesi yönünden göçmen kaçakçılığı suçuna ilişkin olarak uygulamada sıkça karşılaşılan sorun, devri yapılmayan kara taşıtlarının suçta kullanılması halinde müsadere edilip edilemeyeceğine ilişkindir.

²⁹⁴Doğan, s.163.

İyi niyetli üçüncü kişilerin haklarının korunması açısından suçta kullanılan aracın öncelikle trafik tescil belgelerinin onaylı suretlerinin getirilmesi,²⁹⁵ ne suretle araç sahibinin elinden çıkmış olduğunun dikkatli bir şekilde araştırılması²⁹⁶ ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekecektir.

765 sayılı TCK.nun yürürlükte olduğu döneme ilişkin olarak Yargıtay, Karayolları Trafik Kanunun 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.²⁹⁷

5237 sayılı TCK.nun da ise, “iyi niyetli üçüncü kişilere ait olmama koşulu” getirilmiştir. Bu düzenleme ile aynı zamanda Anayasa’da yer alan mülkiyet hakkının

²⁹⁵“Sanık H.A.’ın 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.’ın suçta kullandığı ancak trafiğe tescil işlemi yaptırılmamış 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, 9237/13182 (Yayınlanmamıştır).

²⁹⁶“Göçmenlerin naklinde kullanılan aracın ruhsat sahibinin B.Ü. olduğu anlaşılmakla, sanık M.A.’ın kullanımına ne şekilde geçtiği belirlenmeden müsadairesine karar verilmesi”, Yarg. 8. CD. 7.10.2009, 7591/12262 (Yayınlanmamıştır).

²⁹⁷“İnceleme konusu olayda; sanık A.K.’ın yurda kaçak girmiş olan 47 göçmeni 2500 Amerikan Doları karşılığında TIR’la Tatvan’dan İstanbul’a götürmek üzere anlaştığı, aracın kasasının üst kısmına yaptırılan gizli bölmeye bindirdiği mültecileri götürürken yolda yapılan aramada yakalandığı, sanığın tüm aşamalarda, aracın kendisine ait olduğunu, haricen satın aldığını, ancak henüz trafikte tescil ettirmediğini belirttiği, aracın plakası adına tescilli bulunan S.Ö.’in ise hükümden sonra vekili marifetiyle verdiği 13.3.2003 tarihli dilekçede TIR’ın kendisine ait olduğunu belirterek tarafına teslimini istediği, bilahare diğer bir vekili aracılığı ile verdiği 13.06.2003 tarihli dilekçede ise, aracı sanığa kiraladığını belirttiği, ancak buna ilişkin herhangi bir belge ibraz etmediği anlaşılmaktadır. Sanık A.K.’ın göçmen kaçakçılığı suçundan TCK’nun 201/a maddesinin 2 fıkrası uyarınca cezalandırılmasına, suçta kullanılan taşıtın zoralımına karar verilen olayda, Özel Daire çoğunluğu ile Yargıtay C. Başsavcılığı arasındaki uyumsuzluk, üçüncü kişiye ait olup göçmen kaçakçılığı suçunda kullanılan aracın zoralımına yasal olanak bulunup bulunmadığına ilişkindir. ... Yapılan açıklamalar ışığında somut olayı değerlendirecek olursak; Sanık A.K.’ın, 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 zoralımına karar verilmesi isabetlidir”. Karar için bkz. Şirin ve diğerleri, s.282-283-284.

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 bahsedilemeyeceği için aracın müsadereesine karar verilmesi gerekecektir.

Ancak bu yeni düzenleme karşısında, somut her olayda “iyi niyetin” hakim tarafından dikkatlice değerlendirilmesi gereklidir.²⁹⁸

Bu arada şunu da belirtmek gerekir ki hukuka uygunluk sebepleri nedeniyle verilecek kararlarda suçta kullanılan eşya müsadere edilemez.²⁹⁹ 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 müsadereesine karar verilebileceğini özellikle ifade etmek gerekir.

Uygulamada göçmen kaçakçılığı suçuna ilişkin olarak sıklıkla suçta kullanıldığından bahisle cep telefonlarının ve suçun işlenmesinden elde edildiğinden bahisle de failden ele geçirilen paraların müsadereesine karar verildiği görülmektedir. Ancak bu hususta müsadere kararı verilirken, telefonların doğrudan doğruya suçta kullanılıp

²⁹⁸“Göçmenlerin naklinde kullanılan aracın ruhsat sahibinin B.Ü. olduğu anlaşılmakla, sanık M.A. kullanımına ne şekilde geçtiği belirlenmeden müsadereesine karar verilmesi”, Yarg. 8. CD. 7.10.2009, 7591/12262 (Yayınlanmamıştır).

Yerel mahkemece müsadereesine 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.’ın 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.’ın kardeşine aittir, demesi de nazara alındığında, olayda kullanılan araç çok uzun süre ile sanık M. Y.’ın sınırsız tasarrufuna terkedilmiş olmakla, suçta kullanıldığından artık üçüncü kişinin iyi niyetinden söz edilemeyeceğinden, sayın çoğunluğun 3 nolu bozma nedenine katılmamaktayız”. Yarg. 8. CD. 15.4.2008, 11173/4068 (Yayınlanmamıştır).

²⁹⁹Malkoç, İsmail, Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara, 2000, s.60.

kullanılmadığının ve failden ele geçirilen paraların suçun işlenmesinden elde edilip edilmediğinin dikkatlice belirlenmesi gereklidir.³⁰⁰

1.2.3.3. 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 müsaderesinin başka bir surette imkansız kılınması halinde; bu eşyanın değeri kadar para tutarının müsaderesine karar verilecektir.

Bu hükmün hakkaniyete uygun düşmediği ancak örgütlü suçlulukla etkin mücadelenin sağlanması bakımından kaçınılmaz olduğu belirtilmiştir.³⁰¹

Buna 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.³⁰²

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.

³⁰⁰“Doğrudan doğruya suçta kullanılmayan "1" adet Motorola cep telefonu ve 2 adet sim kart ile suçun işlenmesinden elde edildiği kanıtlanmayan ve sanıkta elde olunan 136 Yeni Türk Lirasının iadesi yerine, müsaderesine karar verilmesi”, Yarg. 8. CD. 19.9.2006, 7236/6777 (Yayınlanmamıştır).

³⁰¹Doğan, s.165.

³⁰²Erel, s.297.

1.2.3.4. 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 hükmedilmeyebileceği düzenlenmiştir.

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 “suçun işlenmesine tahsis edilen veya suçtan meydana gelen eşya” için anılan madde ve fıkranın uygulama olanağının bulunmadığı belirtilmiştir.³⁰³

1.2.3.5. Kısmi Müsadere

5237 sayılı TCK.nun 54/5. madde ve fıkrası hükmü uyarınca; Bir şeyin bazı kısımlarının müsaderesi gerektiğinde, tümüne zarar verilmeksizin bu kısmı ayırmak olanaklı ise, sadece bu kısmın müsaderesine karar verilebilecektir.

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 müsaderesi 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 müsaderesi gerektiği ancak göçmen, tırın şoför mahalinde taşınmış ise o zaman

³⁰³Doğan, s.164.

çekiciden ayrılabilen (hatta ayrı bir plakası olan) dorsenin bu bağlamda müsadere edilmesinin gerekli olmayabileceği ileri sürülmüştür.³⁰⁴

1.2.3.6. 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” karar verilebilecektir.

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.³⁰⁵

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.³⁰⁶

1.2.3.7. Kazanç Müsaderesi

5320 sayılı Yasanın 18. maddesi ile yürürlükten kaldırılan 4422 sayılı Yasa 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 Yeni TCK’nın benimsediği temel düşüncenin, “suç işlemek bir kazanç kaynağı olarak görülemez ve suçtan elde edilen gelir, kişinin yanında kar olarak kalamaz” olduğu ifade edilmiştir.³⁰⁷

³⁰⁴Erel, s.297.

³⁰⁵Bu konuda bkz. Malkoç, 2000, s.61.

³⁰⁶Doğan, s.165.

³⁰⁷Özgenç, Genel Hükümler, s.683.

5237 sayılı 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 bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsadereğine karar verilecektir.

Maddenin gerekçesinde, suç işlemek yoluyla kazanç elde edilmesini engelleyecek etkin bir yaptırım olarak kazanç müsadereğine 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 müsadereği 45 inci madde de sayılan cezalar içinde yer almadığından ve bu yasada fer'i ceza da kabul edilmediğinden, kazanç müsadereğinin bir ceza değil güvenlik tedbiri olduğu ifade edilmiştir.³⁰⁸

5237 sayılı TCK.nun 55/1. fıkrasının son cümlesi gereğince; Bu fıkra hükmüne göre müsadere kararı verilebilmesi için maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilmemesi gerekir.³⁰⁹

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 iadede söz edilemeyeceği için kazanç müsadereğine karar verilebilir.³¹⁰

Burada her ne kadar kanun koyucu mağdurdan söz etmiş olsa da amaçsal yorumla bunu suçtan zarar göreni de içine alacak şekilde yorumlamak gerektiği yani göçmen

³⁰⁸Bakıcı, Genel Hükümler, s.1113; Özgenç, Genel Hükümler, s.683.

³⁰⁹“5237 sayılı TCK. nun 54. maddesi uyarınca iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsadere edilebileceği, anılan yasanın 55.maddesinde öngörülen kazanç müsadereğinin ise; ancak suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların suçun mağduruna iade edilememesi halinde mümkün olduğu cihetle; mağdur Cemile Eroğlu’ndan elde edilen 600 doların iadesinin mümkün olduğu gözetilmeden yazılı şekilde müsadere kararı verilmesi”, Yarg. 11. CD. 12.3.2009, 8488/2362 (Yayınlanmamıştır).

³¹⁰Bakıcı, Genel Hükümler, s.1115; Özgenç, Genel Hükümler, s.684.

kaçakçılığı suçundan 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 nedenle bu durum göz önüne alınarak madde de bir değişiklik yapılmasının yerinde olacağı ileri sürülmüştür.³¹¹

Maddenin uygulanabilmesi bazı olaylarda ne gibi menfaatler ve ekonomik kazançların elde edildiğinin araştırılmasını gerektirecektir.³¹²

Bu konuda Yargıtay, kazanç müsaderesinin ancak diğer koşullar ile birlikte “mağdurun belli olmaması” halinde söz konusu olabileceğini buna karşılık “mağdurun belli olduğu” durumlarda kazanç müsaderesine hükümlenemeyeceğini zira bu durumda suçun mağdurunun kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan değeri ilgili hukuk mahkemesinde dava açarak sanıktan isteme hakkına sahip olduğuna karar vermektedir.³¹³

³¹¹Doğan, s.166.

³¹²“5237 sayılı TCK.nun 55.maddesi gereğince kazanç müsaderesinin, ancak suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların suçun mağduruna iade edilememesi halinde mümkün olduğu gözetilerek; suça konu el konulmayan para ile ne gibi menfaatler ve ekonomik kazançlar elde edildiği de tespit edilmeden yazılı şekilde kazanç müsaderesine hükümlenmesi”, Yarg. 11. CD. 10.7.2009, 3578/8867 (Yayınlanmamıştır); “Kazanç müsaderesine, suçtan sağlanan maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi halinde karar verilebileceği gözetilerek kredi kartı ile alış verişten kimin zarar gördüğü belirlenip emanette bulunan altınların ona iadesi gerekirken, koşulları oluşmadığı halde kazanç müsaderesine hükmedilmesi”, Yarg. 11. CD. 16.11.2009, 20286/14227 (Yayınlanmamıştır).

³¹³“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 müsaderesinin, 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 müsaderesine hükmetme olanağının bulunmadığı, bu durumda suçun mağdurunun kazanç müsaderesinin 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 edebileceği gözetilmeden, anılan yasa maddesine yanlış anlam yüklenerek kazanç müsaderesine karar verilmesi”, Yarg. 8. CD. 17.2.2010, 13205/2146 (Karar yayınlanmamıştır); “Ayrıntıları Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun

1.2.3.8. Kaim Değer Müsaderesi

5237 sayılı TCK.nun 55/2. madde ve fıkrası hükmü uyarınca, müsadere konusu eşya veya maddi menfaat el konulamadığı veya bunların merciine teslim edilmediği hallerde, bunların karşılığını oluşturan değerler müsadere edilecektir.

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 çeliştiği ifade edilmektedir. Buna göre, bir çok makale ve eserde müsadere konusu eşya veya maddi menfaatlere el konulamadığında TCK.nun 55/2 nci maddesi gereğince gerekçede 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 zorunlu gerekir. Zorunlu 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.³¹⁴

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 bilahare iktisap eden

16.12.2008 gün ve 2008/5-146-235 sayılı kararında açıklandığı üzere; 5237 sayılı TCK. nun 55. maddesi gereğince "kazanç müsaderesinin" ancak suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların suçun mağduruna iade edilememesi halinde mümkün olduğu, suçun işlenmesi suretiyle elde edilen mal varlığı değerinin, meşru maliki veya zilyedi belli olduğunda müsaderesine hükmedilmeyip bu kişilere iade edilmesi gerektiği cihetle; ilgililerin hukuk mahkemesinde dava açmakta muhtariyeti yerine 5237 sayılı TCK. nun 55/2. maddesi uyarınca kazanç müsaderesine karar verilmesi”, Yarg. 11. CD. 12.10.2009, 10623/11498 (Yayınlanmamıştır).

³¹⁴Bakıcı, Genel Hükümler, s.1115.

kişinin Türk Medeni Kanununun iyi niyetin korunmasına ilişkin hükümlerinden yararlanması gerekir” şeklinde bir cümle eklenmesinin uygun olacağı ileri sürülmüştür.³¹⁵

Uygulamaya ilişkin eleştirisel 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, bahse konu husus zaten hükümde yorumlanması ve de gözetilmesi gereken asli bir unsurdur.

1.3. Sınır Dışı Edilme

1.3.1. 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.³¹⁶

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

³¹⁵Özgenç, Genel Hükümler, s.686.

³¹⁶Bkz. Çiçekli, s.50.

yabancıya, ulusal mercilere başvurma olanağının tanınması taraf devletlere bir yükümlülük olarak getirilmiştir.

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.

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.³¹⁷

Ancak belirtmek gerekir ki uluslararası mevzuatta yer alan bu düzenlemeler çoğunlukla ülkede yasal olarak bulunan mültecilere ilişkindir.

1.3.2. 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.

5237 sayılı TCK.nun 5328 sayılı Yasanın 1. maddesi ile değişik 59. maddesinde ise bir güvenlik tedbiri olarak "Sınır dışı edilme" hali düzenlenmiştir. Bu maddeyle, işlediği bir suç nedeniyle hapis cezasına mahkum edilen yabancının sınır dışı edilme koşulları belirlenmiştir.

Hemen belirtmek gerekir ki haklı ve yerinde olarak 5237 sayılı TCK. nun 5328 sayılı Yasa ile değişik 59. maddesinin mevcut son şeklinde "sınır dışı etme"nin bir ceza hukuku yaptırımını olarak güvenlik tedbiri olmaktan çıktığı ve bir idari tedbir mahiyetine kavuştuğu ileri sürülmüştür.³¹⁸

Anılan madde hükmüne göre, işlediği suç nedeniyle hapis cezasına mahkum edilen yabancı, koşullu salıverilmeden yaralandıktan ve her halde cezasının infazı tamamlandıktan sonra durumu, sınır dışı işlemleriyle ilgili olarak değerlendirilmek üzere derhal İçişleri Bakanlığına bildirilecektir.

³¹⁷Bkz. Çiçekli, s.50.

³¹⁸Özgenç, Genel Hükümler, s.704. Ayrıca bkz. Doğan, s.166-167.

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 Anayasamızın 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.

İç İşleri Bakanlığı ise bu takdir ve yetkisini, “Yabancıların Türkiye’de İkamet Ve Seyahatleri Hakkında Kanun” (YİSHK) hükümleri çerçevesinde kullanacaktır.

Konuya ilişkin temel düzenlemenin anılan kanunun 19. maddesinde yer aldığı görülmektedir. Bu madde hükmüne göre; İçişleri Bakanlığınca memlekette kalması umumi güvenliğe, siyasi ve idari icaplara aykırı sayılan yabancılar verilecek muayyen müddet zarfında Türkiye’den çıkmağa davet olunur. Bu müddetin sonunda Türkiye’yi terk etmeyenler sınır dışı edilebilirler.

Kanunun 20. maddesine göre; Usulüne uygun olarak Türkiye sınırlarına girmiş oldukları halde pasaportlarını zayi etmiş olan veya pasaportlarının hükmü kalmamış bulunan yabancılar, kendilerine ilgili makamlarca resmen ihtar vuku bulduğu tarihten itibaren 15 gün içinde pasaport veya tabiiyet ilmühaberi almağa mecburdurlar. Bu mecburiyete riayet edilmediği takdirde yurt dışına çıkarılması gereken kişi olarak kabul edilmekte ve çıkmadığı takdirde de sınır dışı edilebilmektedir.

Kanunun 21/son maddesinde ise; Tabiiyetsiz veya yabancı devlet tabaası olan çingenelerin ve Türk kültürüne bağlı olmıyan yabancı göçebelerin sınır dışı edilmelerine İçişleri Bakanlığı’nın salahiyyetli olduğu belirtilmiştir.

Görüldüğü gibi idareye sınır dışı edip etmeme hususunda son derece geniş bir takdir yetkisi tanınmaktadır. Bu anlamda verilecek kararlara karşı idari yargı yolunun Anayasa'nın 125. maddesi hükmü uyarınca mevcut olduğunu da ifade etmek gerekir.

Sınır dışı edilme ile ilgili ulusal mevzuattaki temel düzenlemeler sadece bunlardan ibaret değildir.

5682 sayılı Pasaport Kanunu'nun 8. maddesi hükmüne göre;

1. Serseriler ve dilenciler;
2. Delilikle veya bulaşık hastalıkla malül olanlar (Bu gibilerden umumi sıhhati ve asayişi tehlikeye sokmayacak halde olup kendi vasıtalarıyla veya kanuni veli veya vasilerinin maddi himayeleri altında olarak tedavi veya hava değiştirme için gelenler bu hükümden istisna edilebilirler);
3. Türkiye Cumhuriyetinin taraf bulunduğu, mücrimlerin iadesine mütaallik anlaşma veya andlaşmalarla iadeye esas olarak kabul edilen suçlardan birinden sanık veya hükümlü bulunanlar;
4. Türkiye'den sınır dışı edilmiş olupta avdetine müsaade edilmemiş bulunanlar;
5. Türkiye Cumhuriyetinin emniyetini ve umumi nizamını bozmak niyetiyle veya bozmak isteyenlere ve bozanlara iştirak veya yardım etmek maksadiyle geldikleri sezilenler;
6. Fahişeler ve kadınları fuhuşa sevk ederek geçinmeyi meslek edinenlerle beyaz kadın ticareti yapanlar ve her nevi kaçakçılar;
7. Türkiye'de kalacaklarını beyan ettikleri müddetçe yaşamalarına ve tekrar gitmelerine yetiyecek paraları bulunmayıp Türkiye'de kendilerini himaye edecek kimseleri bulunduğunu veya Türkiye'de yabancılara kanunla menedilmemiş işlerden birini tutacaklarını ispat edemeyenlerin ülkeye girişleri yasaklanmıştır.

Dolayısıyla, ülkede bulunan madde kapsamındaki yabancılar sınır dışı edilebileceklerdir.

5682 sayılı Pasaport Kanunu'nun 34. maddesinde de maddeye aykırı hareket eden yabancıların cezalarını çektikten sonra sınır dışı edileceklerinin hükme bağlandığı görülmektedir. Ancak bu hükmün yukarıda anlatım konusu yapılan 5237 sayılı TCK.nun 59. maddesi ile birlikte ele alınması gerekir.

Keza mülga 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 33/son maddesi hükmü uyarınca vatandaşlığını kaybeden ve bu nedenle yabancı statüsünde kalan kişilerinde sınır dışı edilebildiklerini belirtmek gerekir.

Uygulamada yasadışı göçmenlerin geri gönderilmesinde ciddi zorluklarla karşılaşıldığı özellikle ülkemize 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, Bulgaristan, Pakistan, Bangladeş, Afganistan, Irak, Hindistan, Suriye, Çin Halk Cumhuriyeti ve Srilanka'ya 2002 yılında aylarında Ürdün, Rusya, Tunus, Özbekistan, Moğolistan, Macaristan, Mısır, İsrail, Gürcistan, Etiyopya, Belarus, Sudan, Cezayir, Libya, Fas, Lübnan, Nijerya, ve Kazakistan'a da geri kabul anlaşmaları teklif edilmiş ve yapılan müzakereler neticesinde de, Suriye, Yunanistan, Kırgızistan, Romanya ve Ukrayna ile Geri Kabul Anlaşma ve Protokolü imzalanarak yürürlüğe girmiştir.³¹⁹

2. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA KOŞULLARI

2.1. Şikayet

Göçmen kaçakçılığı suçunun takibi şikayete bağlı değildir. Bu nedenle suçun soruşturma ve kovuşturması re'sen yapılacaktır.

³¹⁹Bu konuda bkz. <http://www.egm.gov.tr/hizmet.yabancilar.goc.asp>, (e.t. 10.02.2010).

2.2. Yetkili Mahkeme

Davaya bakmakla yetkili mahkeme, CMK.nun 12/1 madde ve fıkrası uyarınca suçun işlendiği yer mahkemesidir.

Suçun işlendiği yer; yabancının Türkiye’ye sokulması 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.³²⁰

“Bir yabancının 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 istedikleri 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.³²¹

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.

³²⁰ Artuç, s.63.

³²¹ Bu konuda bkz. Artuk – Gökçen – Yenidünya, Şerh, s.1954; Yenidünya – Alşahin, s.75.

Mahkemeler arasında doğabilecek yetkiye ilişkin ihtilaflar 5275 sayılı CMK.nun 16. ve 17. maddeleri çerçevesinde çözümlenecektir.

Yetkiye ilişkin devletler arasındaki ihtilafların ne şekilde çözümleneceği ise, “Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol”ün 20. maddesin de düzenlenmiştir. Buna göre, taraf devletler, bu Protokolün yorumlanmasına veya uygulanmasına ilişkin uyuşmazlıkları öncelikle müzakere yoluyla çözmek için çaba göstereceklerdir. Makul bir zaman içerisinde müzakere yoluyla çözülemeyen bir uyuşmazlık, bu Taraf Devletlerden birinin talebi üzerine tahkime götürülecektir. Eğer tahkim talebinin yapıldığı tarihten altı ay sonra taraf devletler tahkime dair düzenlemelerde anlaşamazlarsa bu Taraf Devletlerden herhangi biri uyuşmazlığı Divan’ın Statüsü’ne uygun bir taleple Uluslararası Adalet Divanı’na 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, bu karar bir çerçeve kararı olması nedeniyle her üye devletin iç hukukunda bu kararı esas alan düzenlemeler yapması gerekmektedir.³²²

2.3. 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 Kanun’un 10, 11 ve 12. maddeleri uyarınca görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemesidir.

³²²Doğan, s.168.

Suçun örgüt faaliyeti halinde işlenmiş olması hali yasada ağırlaştırıcı neden olarak düzenlendiğinden, 5235 sayılı Yasa'nın 14. maddesi gereğince görevli mahkemenin değişmesi söz konusu olmaz.

Bununla birlikte göçmen kaçakçılığı suçunun, 5275 sayılı CMK.nun 250/1-b maddesi kapsamında haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenmesi halinde, CMK.nun 250. maddesi uyarınca özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin görevli olması söz konusu olabilecektir.

Kanun da açıkça suçun cebir ve tehdit uygulanarak işlenmiş olması arandığından ve göçmen kaçakçılığı suçu da genellikle cebir ve tehdit uygulanarak değil göçmenlerin rızası ile işlendiğinden, göçmen kaçakçılığı suçunun ağır ceza mahkemesinin görev alanına girmesinin mümkün görünmediği ifade edilmektedir.³²³

Ancak belirtmek gerekir ki “cebir ve tehdit“ uygulayan örgütün, bir kısım faaliyetleri olarak göçmen kaçakçılığı suçunu işlemesi halinde, aradaki bağlantı da dikkate alınarak tüm davaların ya da suçun bir terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde davanın özel yetkili ağır ceza mahkemesinde görülmesi olanaklı olabilir.

Madde de yazılı suçlar 3713 sayılı TMK'nun 1. maddesinde belirtilen amaçlar doğrultusunda suç işlemek üzere kurulmuş bir terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlendiği takdirde terör suçu sayılacaktır.

Maddedeki suçların terör suçu olması halinde;

Tayin edilecek hapis cezaları veya adli para cezaları yarı oranında arttırılarak hükümlenir. Cezanın yukarı sınırı aşılabılır.(3713/5)

³²³Doğan, s.169; bu konuda ayrıca bkz. Yenidünya-Alşahin, s.76.

Görevli mahkeme, özel görevli ağır ceza mahkemesidir. (3713/9-1, CMK. 250)

Tutuklama süresi iki kat olarak uygulanır. (CMK 252/2, 3713/10).³²⁴

2.4. 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 zamanaşımı süresi 15 yıldır.

Suç failinin 12-15 yaş arasındaki küçükler olması halinde 5237 sayılı TCK.nun 66/2. madde ve fıkrası uyarınca dava zamanaşımı süresinin 7,5 yıl; 15-18 yaş arasındaki küçükler olması halinde ise aynı madde ve fıkra uyarınca 10 yıl olarak kabul edilmesi gerekecektir.

5237 sayılı TCK.nun 66/6. madde ve fıkrası uyarınca zamanaşımı 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, 5237 sayılı TCK.nun 67/4. maddesi uyarınca aynı maddenin 2. fıkrasında belirtilen zamanaşımını kesen sebeplerin varlığı halinde zamanaşımı süresi, ilgili suça ilişkin olarak Kanunda belirtilen sürenin en fazla yarısına kadar uzayabilecektir. Dolayısıyla göçmen kaçakçılığı suçunda kesintili dava zamanaşımı süresinin azami haddi 22,5 yıldır.

3. USUL HÜKÜMLERİ

Göçmen kaçakçılığı suçunda Asliye Ceza Mahkemelerinin görevli olması karşısında, CMK.nun 102/1 madde ve fıkrası uyarınca tutukluluk süresi en çok 1 yıldır. Ancak bu süre zorunlu hallerde gerekçeleri gösterilerek 6 ay daha uzatılabilecektir.

³²⁴Albayrak, Mustafa, Notlu-Atıflı-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Öz Kitap, Ankara, 2009, s.144.

CMK.nun 128/2-a-1 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 135/6-a-1 madde ve fıkrası uyarınca, göçmen kaçakçılığı suçunda CMK.nun 135. maddesindeki koşullar çerçevesinde, soruşturma ve kovuşturmada dinleme, kayda alma 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 iş yeri 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. Yasanın 3. fıkrası teknik araçlarla izleme süresini en çok 4 hafta ile sınırlamıştır. 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.

Yargıtay konuya ilişkin bir kararında, iddianamedeki eylemin nitelendiriliş biçimine göre mahkemenin görevli olması karşısında dava ekonomisi, adalet dağıtımındaki istikrar ve sürat ilkeleri gereğince mahkemenin görevsizlik kararı veremeyeceğini kabul etmiştir.³²⁵

Göçmen kaçakçılığı suçunun çoğu zaman iştirak halinde işlenen suçlardan olması karşısında yargılama giderlerine hükmolunurken 5271 S. CMK.nun 326/2. madde ve fıkrası hükmü dikkate alınmalıdır.³²⁶

³²⁵“Sanıklar hakkında, haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak suç işlemek amacıyla örgüt kurmak, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve 6136 sayılı Yasaya aykırılık suçlarından Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemesinde açılan davada, iddianamedeki eylemin nitelendiriliş biçimine göre mahkemenin görevli olması karşısında, yargılamaya başlayıp, kanıtları toplayarak suç işlemek amacıyla örgüt kurmak suçundan beraat, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve 6136 sayılı Yasaya aykırılık suçlarından mahkumiyet kararı vermesi, dava ekonomisi, adalet dağıtımındaki istikrar ve sürat ilkeleri gereğince hukuka uygun olacağı...”, Y.8.CD.31.3.2009, 15854/5024 (Yayınlanmamıştır).

Ancak Daire üyesi H.Y.Aktan karara muhalif kalmıştır: “... Örgüt suçundan beraat kararı verilmesi karşısında, diğer suçların CMK. 250/1-b. Bendinde yazılı ‘bir örgütün faaliyeti çerçevesinde’ işlenmiş sayılacağı ve dolayısıyla da özel yetkili mahkemenin yetkisinin kalmadığının gözetilmesi zorunluluğu bulunmaktadır. CMK.nun 252. maddesinin 1. fıkrasının (g) bendine göre CMK.nun 6. maddesinin uygulanmayacağı da emredici kural olarak düzenlenmiştir. Suçun niteliğinin değişmesi halinde alt dereceli mahkemeye dahi dosyanın gönderilebileceği gözetildiğinde dava “ ekonomisi, yargılamadaki hızlilik, adalet dağıtımındaki istikrar vb. “ düşüncelerle yetkili olmayan özel mahkemenin yasal düzenlemelere rağmen içtihatla yetkili kılınması olanaksızdır. Diğer taraftan CMK.nun 251. ve 252. maddeleri, özel yetkili mahkemelerde, sanık hakları yönünden kısıtlayıcı hükümler getirmektedir. Gerçekten de 250. madde kapsamındaki suçlarda, yakalananlar için CMK.nun 91. maddesinin 1. fıkrasındaki 24 saatlik sürenin, 48 saat olarak, olağanüstü hal ilan edilmiş olması halinde ise dört gün ve hatta C. Savcısının talebi ve hakim kararıyla 7 güne kadar uzatılması mümkün olabilmektedir. Ayrıca 250. maddesi kapsamındaki suçlar acele işlerden sayılmakta (CMK. 251/1-a) ve bu mahkemelerdeki tutuklama süreleri de iki kat olarak uygulanmaktadır.(CMK 251/2). Bu ve benzer düzenlemelere göre, savunma hakkının kısıtlanacağı ve ayrıca örgütten beraat kararı verildiğinde, özel yetkili ağır ceza mahkemesinin yetkisi dışında kalan suçlardan karar verilebileceğinin kabul edilmesi halinde, bu mahkemelerin yetki ve görev kapsamının genişletilmiş olacağı ve bu hususun Anayasanın hukuk devleti ilkesi ile birlikte düşünülmesi gereken doğal yargıç ilkesine de aykırılık oluşturacağı, kaldı ki yasal düzenlemelerin içtihatla değiştirilemeyeceği nazara alınarak, mahkemece görevsizlik kararıyla dosyanın genel yetkili ağır ceza mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekmektedir, çoğunluğun usul yönünden, kararda isabetsizlik olmadığına ilişkin görüşüne katılmıyorum.”

Daire kararına karşı itiraz edilmiş olup CGK tarafından henüz karara bağlanmamıştır.

³²⁶“Suçu birlikte işleyen sanıklardan yargılama giderinin müteselsilen tahsiline karar verilmesi suretiyle CMK.nun 326/2 madde ve fıkrasına aykırılık yapılması”, Yarg. 8. CD. 14.12.2009, 10653/15763 (Yayınlanmamıştır).

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.³²⁷

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 edebilecek derecedeki bir Türkçenin savunma ve savunulacak suçla ilgili hususları açıklamaya yetmeyebileceği ifade edilmiştir.³²⁸

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.³²⁹

4. YURT DIŞINDA İŞLENEN GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇUNUN TÜRKİYE’DE KOVUŞTURULMASI

765 sayılı TCK.nun 4/1-2 madde ve fıkralarının karşılığı olarak 5237 sayılı TCK.nun “Diğer suçlar” başlıklı 13/1. madde ve fıkrasında, madde de belirtilen suçların, vatandaş veya yabancı tarafından, yabancı ülkede işlenmesi halinde, Türk kanunlarının uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

³²⁷“Anayasa’mızın 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 konuşamadığı takdirde tercüman yardımından meccanen faydalanmak hakkına sahiptir" hükmüne aykırı olarak tercüman bilirkişi ücretinin sanıklara yükletilmesi, Yarg.8.CD.7.10.2009, 7816/12332 (Yayınlanmamıştır).

³²⁸Malkoç, İsmail – Yüksektepe, Mert, Açıklamalarla ve Yorumlarla 5271 sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara, 2008, s.1780.

³²⁹Bu konuda bkz. CENGİZ ve diğerleri, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Ankara, 2008, s. 166-169; Malkoç – Yüksektepe, s.1781.

Göçmen kaçakçılığı suçu, 5237 sayılı TCK.nun 13/1-a madde ve fıkrasında yer alan suçlardan olması itibariyle anılan madde kapsamında kalır. Bu anlamda suçun Türkiye’de kovuşturulması açısından “Evrensellik ilkesi” kabul edilmiştir.

Evrensellik ilkesinin Ceza Kanunu’nun yer bakımından uygulama alanının tespitindeki diğer ilkelerden ayrıldığı temel farkın devletin sadece kendi menfaatlerini korumak için değil uluslararası toplumun menfaatlerini de korumak için harekete geçmesi olduğu ifade edilmektedir.³³⁰

Maddenin uygulamasında failin Türk veya yabancı olmasının önemi yoktur. Önemli olan madde de yazılı suçların yurt dışında işlenmesidir. Yabancı ülkede işlenen bu suçlar nedeniyle Türkiye’de re’sen soruşturma yapılacaktır. Madde de failin Türkiye’de bulunma şartı getirilmemiştir. Öyle ki, bu suçların ve bu anlamda göçmen kaçakçılığı suçunun işlendiği ülkede suç teşkil etmesi bile gerekmez.³³¹

Dolayısıyla göçmen kaçakçılığı suçunun cezalandırılabilmesi için suçun bir Türk vatandaşı tarafından veya bir Türk vatandaşına karşı işlenmesi gerekmez.³³² Suç yabancı veya Türk tarafından nerede işlenmiş olursa olsun Türk kanunları uygulanacaktır. Bu nedenle, suçun nerede işlenmiş olduğu tespiti uygulanacak kanunun belirlenmesi bakımından bu suçta önem taşınmaz.³³³

Evrensellik ilkesinin bu şekilde geniş olarak uygulanmasının uluslararası ceza hukukunda sınırlandırılmamış evrensellik ilkesi olarak adlandırıldığı ancak göçmen kaçakçılığı suçuna ilişkin uluslararası sözleşmelerin taraf devletlere sadece iç hukukta etkili bir şekilde cezalandırılmayı sağlayacak norm koyma yükümlülüğü getirdiği ve bu nedenle yurt dışında işlenen göçmen kaçakçılığı suçu ile ilgili olarak Türkiye ile herhangi bir bağlantının olmaması halinde sınırlandırılmamış bir

³³⁰Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Turhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.15-18.

³³¹Bkz. Bakıcı, Genel Hükümler, s.238; Artuk – Gökçen – Yenidünya, Şerh, s.1955; Turhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.17.

³³²Özgenç, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler, Ankara, 2006, s.150.

³³³Doğan, s.96.

evrensellik ilkesi uyarınca Türkiye’de kovuşturma yapılmasının uluslararası hukuka aykırı olduğu ifade edilmiştir.³³⁴

29.06.2005 tarih ve 5773 sayılı Yasa’nın 3. maddesi ile 5237 sayılı TCK.nun 13. maddesine eklenen 2. fıkra hükmü uyarınca, göçmen kaçakçılığı suçundan dolayı Türkiye’de yargılama yapılması Adalet Bakanlığı’nın talebine bağlıdır. Maddeye eklenen 2. fıkra hükmü Cumhurbaşkanlığı tarafından çeşitli gerekçelerle bir daha ve yeniden görüşülmek üzere iade konusu yapılmış ancak bir değişiklik yapılmadan aynı gerekçelerle kabul edilmiştir.³³⁵

5237 sayılı TCK.nun 13. maddesine eklenen 2. fıkra hükmünün maddenin uygulanması açısından yeterli olmadığı ve ilaveten yabancı olan failin Türkiye’de bulunma ve başka ülkede karar verilmemiş olma koşullarının da getirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.³³⁶

5237 sayılı TCK.nun 13/3. madde ve fıkrası uyarınca göçmen kaçakçılığı suçundan dolayı yabancı bir ülkede mahkumiyet veya beraat kararı verilmiş olsa bile, Adalet Bakanı’nın talebi üzerine Türkiye’de yargılama yapılabilecektir. Böylece göçmen kaçakçılığında “non bis in idem” kuralına geçerlik tanınmadığı belirtilmektedir.³³⁷

Haklı bir eleştiri olarak, bu şekilde bir sınırsız yargı yetkisi kabulünün “uluslararası alanda yargı uyuşmazlıklarını” da beraberinde getireceği keza Alman hukukunda da aynı düzenlemenin yer aldığı ancak farklı olarak bu suçların soruşturulmasında savcıya takdir yetkisi verildiği ve böylece bu konuda maslahata uygunluk ilkesinin kabul edildiği ifade edilmiştir.³³⁸

³³⁴Turhan, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Uluslararası Suçlar, s.13.

³³⁵Bu konudaki detaylı bilgi için bkz. Özgenç, Gazi Şerhi, s.144-149.

³³⁶Bakıcı, Genel Hükümler, s.239.

³³⁷Özgenç, Gazi Şerhi, s.151.

³³⁸Doğan, s.96.

SONUÇ

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.

Suçun ceza kanununda düzenlenmemesi gerektiğine ilişkin görüşün haklı olduğunu kabul etmek gerekir. Bu anlamda suçun Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkındaki Kanun (YİSHK)’da yer alması daha uygun olacaktır. Bununla birlikte suçun 5237 sayılı TCK’daki düzenleme yerinin 765 sayılı TCK.nuna göre çok daha yerinde olduğunu da belirtmek gerekir.

Yeni Türk Ceza Kanunundaki düzenlemenin uygulamada büyük sıkıntılar yarattığı görülmektedir. Özellikle, göçmenlerin suçun konusu mu yoksa mağduru mu oldukları ve bu anlamda suçta “zincirleme suç” hükmünün uygulanıp uygulanamayacağı ve suça konu “Türk vatandaşı veya yabancının yurt dışına çıkmasına imkan sağlama” seçimlik hareketi yönünden suçun tamamlanma anının tespiti doktrinde ve uygulamada görüş ayrılıklarına neden olmaktadır. Önceki yasal düzenleme ve yerleşmiş mevcut içtihatlar karşısında, yeni düzenlemede sonuçları açısından son derece önemli bu hususların tartışmaya açık bırakılmış olması düşündürücüdür.

Öncelikle suçun soyut bir tehlike suçu olarak düzenlenmiş olması karşısında, suça teşebbüsün tamamlanmış suç gibi cezalandırılacağına ilişkin 765 sayılı TCK.nun 201/a maddesindeki düzenlemeye 5237 sayılı TCK.nun 79. maddesinde yer verilmemiş olmasının yerinde olduğunu ifade etmek gerekir.

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 suçun konusu değil mağdurları olarak kabul etmek, suçla korunan hukuki yarar açısından da daha doğru olacaktır. Bu nedenlerle koşulları var ise suçta zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceği düşüncesindeyim.

Keza, suça konu “Türk vatandaşı veya yabancının yurt dışına çıkmasına imkan sağlama” seçimlik hareketine ilişkin olarak suçun tamamlanma anının belirlenmesi noktasında, “imkan sağlama” kavramının suçun tamamlanma yönüyle birlikte değerlendirilmesi gerektiği ve bu anlamda imkan sağlayıcı hareketler sonucunda yurt dışına çıkış sağlanamamış ise eylemin teşebbüs aşamasında kaldığının kabul edilmesi gerektiğini düşünmekteyim. Aksi takdirde suça teşebbüs halleri son derece sınırlı örnekler olarak karşımıza çıkar ki, bunun YTCK’da suça teşebbüsün tamamlanmış suç gibi cezalandırılacağına ilişkin düzenlemeye yer verilmemesi amacına da aykırı olacağı söylenebilir.

Yargıtay’ın her iki husustaki kararlarının halen oy çokluğu ile verildiği de dikkate alındığında bu konuda yasal bir düzenlemenin gerekli ve zorunlu olduğunu söylemek gerekir. Zira sonuç cezalara miktar olarak önemli etkileri vardır ve bu nedenle temel hususlar olarak özellikle uygulamada görüş ve uygulama ayrılıklarına konu olmaması gerekir.

Bu anlamda, 5237 sayılı TCK.nun 79/1. madde ve fıkrasına, mağdurluk kavramına ilişkin yapılacak bir ekleme ile anılan fıkrada yer alan ifadenin, “Doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollardan suç mağduru;” olarak ve aynı kanunun 79/1-b madde ve fıkrasının, fıkrada yer alan “imkan sağlama” ifadesi çıkartılarak, “Türk vatandaşı veya yabancının yurt dışına çıkışını sağlayan” olarak değiştirilmesinin, suçla korunan hukuki yararı sağlamaya ve suçla mücadelede istenen amacı sağlamaya yönelik uygun birer değişiklikler olacağı düşüncesindeyim.

Son olarak, suça ilişkin yaptırım maddesinde gün karşılığı adli para cezasının alt ve st 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 gerektiğini belirtmek isterim.

KAYNAKLAR

- ALBAYRAK, M. (2009). *Notlu-Atıflı-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Öz Kitap*, Ankara, Adalet Yayınevi.
- ARI, K. (2007). Cumhuriyetin İlk Yıllarında Yaşanan Göç Olayları ve Sağlık Hizmetleri. *Atatürk Dönemi Sağlık Tarihi Kongresi (1920-1938) (s.105-115)* İzmir: Ege Üniversitesi Edebiyat Fakültesi, <http://www.deu.edu.tr/iom/index.php?option>, Web adresinden 17 Şubat 2010 tarihinde edinilmiştir.
- ARSLAN, Ç. (2003). Göçmen Kaçakçılığı Suçları. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*,(1), 113-145.
- ARSLAN, Ç., & AZİZAĞAOĞLU, B. (2004). *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Ankara, Asil Yayın Dağıtım Ltd. Şti..
- ARTUÇ, M. (2007). Göçmen Kaçakçılığı Suçu. *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, (16), 53-68
- ARTUK, M.E. & GÖKCEN, A. & YENİDÜNYA, C. (2006), *5237 sayılı Yeni TCK. 'ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler I*, 2. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.
- ARTUK, M.E. & GÖKCEN, A. & YENİDÜNYA, C. (2009), *TCK Şerhi*, Ankara, Turhan Kitabevi.
- AY, K. & BRAUCKE, T. V. & TOKCAN, I. & ÖZTÜRK, M. & ALP, Ç. (Editörler Kurulu), (2005), *İltica ve Göç Mevzuatı*. <http://www.egm.gov.tr/hizmet.iltica.asp>, Web adresinden 5 Şubat 2010 tarihinde edinilmiştir.
- AYDIN, N. (2008), *Türk Suç ve Ceza Hukuku Genel Hükümler Özel Hükümler*, Ankara, Turhan Kitabevi.
- BAKICI, S. (2007), *5237 sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Adalet Yayınevi.
- BAKICI, S. (2010), *5237 sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümler 3*, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- CENGİZ, S. & DEMİRAĞ, F. & ERGÜL, T. & MCBRIDE, J. & TEZCAN, D. (2008). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları*, Ankara, Şen Matbaa.
- CENTEL, N. (2002), *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 2. Bası, İstanbul, Beta Yayınları.

- CENTEL, N.(2006), *Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri Sistemi*. <http://www.nurcentel.com/makaleler/yenitckyaptirim.pdf>, Web adresinden 10 Şubat 2010 tarihinde edinilmiştir.
- ÇİÇEKLİ, B. (2005), *Yasa Dışı Göç, İnsan Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti ile Mücadele ve Türkiye*. <http://www.pa.edu.tr/objects/assets/content/file/dergi/62/43-58.pdf>, Web adresinden 10 Şubat 2010 tarihinde edinilmiştir.
- DEMİRBAŞ, T. (2007), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5. Bası. Ankara, Seçkin Kitabevi.
- DOĞAN, K. (2008), *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, 2. Baskı. Ankara, Seçkin Kitabevi.
- DONAY, S. (2007), *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, 1. Baskı. İstanbul, Beta Yayınları.
- DÖNMEZER, S. & ERMAN, S. (1997), *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt:I*, 14. Bası. İstanbul, Beta Yayınları.
- DUMAN, Ö. *Atatürk Döneminde Romanya'dan Türk Göçleri (1923-1938)* <http://www.yesevi.edu.tr/yayinlar>, Web adresinden 17 Şubat 2010 tarihinde edinilmiştir.
- EREL, K. (2007). Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı Suçu. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (71), 264-299
- EVİK, A.H. (2005), *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*. http://www.hukuk.erkincan.edu.tr/dergi/makale/2005_IX_2.6.pdf, Web adresinden 22 Ekim 2009 tarihinde edinilmiştir.
- GÖNÜLLÜ, M. (1996). *Dış Göç*. <http://www.egitimdergi.pamukkale.edu.tr/makale/say1> Web adresinden 17 Şubat 2010 tarihinde edinilmiştir.
- GÜLEÇ, S. & SANCAK, H. Ö. *Göç, Kimlik ve Aidiyet: Almanya'da Yaşayan Türkiye Kökenli Gençler Açısından Bir Analiz*, <http://www.idc.sdu.edu.tr/tammetinler/goc/goc9.pdf>, Web adresinden 17 Şubat 2010 tarihinde edinilmiştir.
- HAKERİ, H. (2004), *Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti Suçları (TCK 201/a ve 201/b)*, http://www.akader.info/KHUKA/2004_mart/1.htm, Web adresinden 4 Haziran 2009 tarihinde edinilmiştir.
- İÇEL, K. & EVİK, A. H. (2007), *İÇEL CEZA HUKUKU Genel Hükümler 2. Kitap Suçun Yapısal Unsurları ve Özel Görünüş Biçimleri*, İstanbul, Beta Yayınları.
- KIRLI, Ö. *Yasadışı Göç Sorunu*, <http://www.sdu.edu.tr/tammetinler/goc/goc6.pdf>, Web adresinden 17 Şubat 2010 tarihinde edinilmiştir.

- MALKOÇ, İ. (2000), *Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, 1. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi
- MALKOÇ, İ. (2007), *Açıklamalı – İçtihatlı 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, Ankara, Malkoç Kitabevi.
- MALKOÇ, İ. & YÜKSEKTEPE, M., (2008), *Açıklamalarla ve Yorumlarla 5271 sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu*, Ankara, Malkoç Kitabevi.
- MIHÇAK, M. (2003), *Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ve Cürüm İşlemek İçin Teşekkül Oluşturmak Suçları*, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Kitabevi.
- ÖZBEK, V.Ö. (2010), TCK İzmir Şerhi Türk Ceza Kanunun anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli- İçtihatlı) Cilt-1 Genel Hükümler (Madde1-75), 4. Baskı, Ankara, Seçkin Kitabevi
- ÖZGENÇ, İ. (2008), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Kitabevi.
- ÖZGENÇ, İ. (2006), *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler*, 3. Baskı, Ankara, Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu Matbaası
- ÖZTÜRK, B. & ERDEM M.R. (2008), *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 10. Baskı. Ankara, Seçkin Kitabevi.
- PARLAR, A. & HATİPOĞLU, M. (2008), *Açıklamalı – Yeni İçtihatlarla 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Ankara, Seçkin Kitabevi
- SİRMEN, S.K. (2009). Yabancıların Türkiye’den Sınırdışı Edilmesine İlişkin Temel Düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Türkiye Hakkında Verdiği Örnek Karar. *Ankara Barosu Dergisi*, 3, 37.
- SOYASLAN, D. (2006), *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı. Ankara, Yetkin Yayınları.
- ŞAHİN, N. 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>, Web adresinden 17 Şubat 2010 tarihinde edinilmiştir.
- ŞEN, E. (2006), *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt:I*, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- ŞEN, Y. F. (2006), *Dünya ve Türkiye Perspektifinden Göçmen Kaçakçılığı İnsan Ticareti Organ-Doku Ticareti*, Ankara, Kom/Tadoc Yayınları.
- ŞİRİN, O. & AŞANER, H. & GÜVEN, Ö. & YALVAÇ, G. & ÖZDEMİR, M. & EREL, K. (2008), *Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları Kapsamında Yeni Ceza Mevzuatı Yorumu*, Ankara, Adalet Yayınevi.

TEZCAN, D. & ERDEM, M. R. & ÖNOK R. M. (2007), *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 5. Baskı. Ankara, Seçkin Kitabevi.

TURHAN, F. *Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Uluslararası Suçlar*.
<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/101.doc>, Web adresinden 4 Haziran 2009 tarihinde edinilmiştir.

TURHAN, F. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. http://www.iibf.sdu.edu.tr/fturhan/cezahukuku/Ceza_Hukuku_Genel_Hukumler_I.rtf
Web adresinden 4 Haziran 2009 tarihinde edinilmiştir.

ÜNVER M. N. (2002), *Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ve Cürüm İşlemek İçin Teşekkül Oluşturmak*. 2. Baskı. Ankara, Turhan Kitabevi.

YENİDÜNYA, A. C. & ALŞAHİN, M. E., (2009). Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK m. 79). *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (82), 29-78

