

GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇU (TCK m. 79)

Ahmet Caner YENİDÜNYA*
Mehmet Emin ALŞAHİN**

I. GENEL BİLGİLER

Dünya ülkeleri arasındaki hayat standartlarının farklılığı ve özellikle üçüncü dünya ülkelerinde yaşanan ekonomik sorunlar, bu ülkelerde uygulanan baskıcı rejimler, yaşanan iç savaşlar, coğrafi olumsuzluklar dolayısıyla insanlar, vatandaşlık bağı ile bağlı oldukları ülkelerden ayrılarak sosyal ve ekonomik bakımdan daha ileride olan ülkelerde yaşamak istemektedirler. Bunun sonucunda insanlar genellikle bu ülkelere yasadışı yollardan girmeyi veya yasal yollardan girmesine rağmen süresi içerisinde ülkeyi terk etmemeyi tercih etmektedirler. Ülkeler de bu kontrolsüz göç akımını engellemek amacıyla mevzuatlarında “göçmen kaçakçılığı” suçuna yer vermektedir.

Göç sözlükte; “ekonomik, toplumsal, siyasi sebeplerle bireylerin veya toplulukların bir ülkeden başka bir ülkeye, bir yerleşim yerinden başka bir yerleşim yerine gitmesi” şeklinde tanımlanmaktadır.¹ Göç yasal olabileceği gibi yasadışı da olabilir. İnceleme konumuz açısından yasadışı göç kavramı üzerinde durulmalıdır. Yasadışı göç; bir kişinin, yasal veya yasadışı olarak bulunduğu ülkeyi terk edip, başka bir ülkeye yasadışı yollardan girmesi, yasal yollardan girdikten sonra süresi içinde ülkeyi terk etmemesidir.

Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Proto-

* Doç. Dr., MÜ Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi.

** MÜ Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı öğretim elemanı.

¹ www.tdk.gov.tr. Erişim tarihi: 13.08.2008.

kol (Göçmen Kaçakçılığına Karşı Ek Protokol)'ün² “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinin (a) bendinde; “göçmen kaçakçılığı”, “doğrudan veya dolaylı olarak, mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek için, bir kişinin vatandaşlığını taşımadığı veya daimi ikametgâh sahibi olmadığı bir Taraf Devlete yasadışı girişinin temini” şeklinde tanımlanmıştır.

Avrupa ve Asya’yı birbirine bağlayan bir ülke olması nedeniyle Türkiye’de, göçmen kaçakçılığı suçunun çok sık işlendiği görülmektedir. Türkiye’ye yasadışı yollarla giriş-çıkış yapmaya çalışırken veya Türkiye’de yasadışı konumda bulunan 1995 yılında 11362, 1996 yılında 18804, 1997 yılında 28439, 1998 yılında 29426, 1999 yılında 47529, 2000 yılında 94514, 2001 yılında 92362, 2002 yılında 82825, 2003 yılında 56219 ve 2004 yılında 61.228, 2005 yılında 57.428, 2006 yılında 51983 ve 2007 yılında ilk 10 ay itibarı ile 47.958 olmak üzere toplam 680.080 kişi yakalanmıştır.³

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 ve 2007 yılında ilk 10 ay itibarı ile 942 olmak üzere 8067 göçmen kaçakçısı kolluk kuvvetlerince yakalanarak adli makamlara teslim edilmiştir.⁴

Göçmen kaçakçılığına ilişkin ilk düzenleme 765 sayılı TCK’ya 03.08.2002 tarih ve 4771 sayılı Kanun’un⁵ 2. maddesinin (B) bendi ile getirilmiş ve Kanun’a 201. maddeden sonra gelmek üzere, göçmen kaçakçılığına ilişkin 201/a maddesi ilave edilmiştir. Yapılan bu değişiklik, Türkiye’nin uluslararası yükümlülüklerinden kaynaklanmıştır. Gerçekten “Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”ne⁶ ek olarak hazırlanan ve 30.01.2003 tarih ve 4803⁷ sayılı Kanun ile iç hukukumuzda dâhil edilen “Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol”ün 6. maddesinde, sözleşmeye taraf devletlere,

² Bu protokol 4803 tarihli Kanun ile uygun bulunarak yürürlüğe girmiştir.

³ Ay, M. Kadir / Özcan, Mehmet / İşgören, Fikret, Göç Konusunda Teknik İşbirliği Projesi, Avrupa Birliği Müktesebatına Uyumluluk Açısından Türkiye Cumhuriyeti Hukuku Boşluk Analizi, Yasadışı Göç ve İnsan Ticareti, Ankara 2007, s. 9.

⁴ Ay / Özcan / İşgören, s. 10.

⁵ 09.08.2002 tarih ve 24841 sayılı Resmi Gazete.

⁶ 30.01.2003 tarih ve 4800 sk. ile onaylanması uygun bulunmuştur. 04.02.2003 tarih ve 25014 sayılı Resmi Gazete.

⁷ 04.02.2003 tarih ve 25015 sayılı Resmi Gazete.

bu protokolde tanımı yapılan göçmen kaçakçılığı eylemini suç haline getirmek mükellefiyeti getirilmiştir.

Bunun sonucu olarak 765 sayılı TCK'nın "Hürriyet Aleyhine İşlenen Cürümler" başlıklı 2. babının "İş ve Çalışma Hürriyeti Aleyhindeki Cürümler" başlıklı 6. faslına eklenen 201/a maddesinde; "Doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddî menfaat elde etmek maksadıyla, yabancı bir devlet tâbiyetinde bulunan veya vatansız olan veya Türkiye'de sürekli olarak oturmasına yetkili mercilerce izin verilmemiş bulunan kimselerin Türkiye'ye yasal olmayan yollardan girmelerini veya ülkede kalmalarını, bu kişilerin veya Türk vatandaşlarının yasal olmayan yollardan ülke dışına çıkmalarını sağlamaya göçmen kaçakçılığı denilir.

Göçmen kaçakçılığı suçunun faillerine veya böyle bir suça iştirak etmesizin, daha önce ülkeye sokulmuş veya girmiş kaçak göçmenleri, maddî menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollarla ülkeden çıkarılmalara, 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" hükmü sevk edilmiştir.

4771 sayılı Kanun ile TCK'ya eklenen 201/a maddesinin yürürlüğe girmesinden önce, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ilk şeklinde "göçmen kaçakçılığına" ilişkin açık bir düzenleme yer almamaktaydı. Söz konusu dönemde bu tür eylemler, örgütsel yapının varlığı göz önünde tutularak, 765 sayılı TCK'nın 313. maddesinde yer alan cürüm işlemek için teşekkül oluşturmak suçu kapsamında değerlendirilmekteydi.⁸

⁸ "Sanık İ'nin hükmü temyiz etmeyen diğer sanıklarla tam bir işbirliği, organizasyon ve eylemli paylaşım anlayışı içerisinde hareket ettiği İran uyruklu sanık M.'nin son altı ay içerisinde çok sayıda göçmeni yasa dışı yollarla Irak'tan İran'a,

Eğer fiil bir suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmemişse, Pasaport Kanununun 36. maddesi çerçevesinde failerin sorumluluğu yoluna gidilmekteydi.⁹

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda "göçmen kaçakçılığı" özel hükümlere ilişkin ikinci kitabın, "uluslararası suçlar" başlıklı birinci kısmında, "göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti" başlıklı ikinci bölüm içerisinde 79. maddede düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK'nın 79. maddesi de, ülkemizin imzalamış ve onaylayarak iç hukuka dâhil etmiş olduğu uluslararası sözleşmelerin gereklerini yerine getirmek üzere ihdas edilmiştir.¹⁰

Göçmen kaçakçılığı esasen, "devletin güvenliğine karşı bir suç" niteliği arz etmekte olup, devletin sınır güvenliğine karşı suçlar içerisinde ya da Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatlerine İlişkin Kanun gibi hususi kanunlarda düzenlenmesi daha uygun olurdu.¹¹ Eylemin sınır aşan özelliği¹² veyahut uluslararası sözleşmelerle yasaklanmış ol-

oradan da Türkiye'ye geçirerek Van'a getirdiği ve bu aşamada Irak uyruklu M.'nin de devreye girerek sanıklar Z. ve S.'in ev ve müştemilatında barındırdıkları, bu göçmenlerin değişik zaman ve sayılarla yüksek ücret karşılığı yurt dışından yasa dışı yollarla yurt içine girişlerinde ve yurt içinde seyahatlerinde kolaylık sağlamak konusunda sanığın adları geçenlerle önceden anlaşıp birleştiğinin anlaşılmasına ve eyleminin mahkemece TCK'nın 313. maddesi kapsamında nitelendirilip yazılı biçimde uygulama yapılmasında bir isabetsizlik bulunmamıştır." Yarg. 8. CD'nin 29.11.2001 tarih ve 13076-16645 sayılı kararı; "Iraklı olup Türkiye'ye gelen bazı kişilerin yasadışı yollardan başka ülkelere gitme amacıyla olduklarını öğrenen sanıklar; bir örgütlenme içerisinde bir araya gelip işbölümü yaparak, bu kişileri yurtdışına çıkarabileceklerine inandırarak onları kandırıp, her birinden önemli ölçüde para alarak bu işe elverişli olmayan teknelerle Ege Denizinden Yunan adalarına doğru yola çıkıp müdahil hariç tümünün ölmelerine ve kaybolmalarına neden olmuşlardır. Olayda sanıkların amaç ve eylemleri birlikte değerlendirildiğinde TCK'nın 313. maddesinde tanımlanan suç oluşur" Yarg. 8. CD'nin 7.12.2000 tarih ve 20128/20516 sayılı kararı, karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası.

⁹ Turhan, Faruk, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Uluslararası Suçlar", www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/101.doc; Erişim tarihi: 12 Ağustos 2008. s. 8.

¹⁰ Bkz. TCK'nın 79. maddesinin gerekçesi.

¹¹ Doğan, Koray, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, Ankara 2005, s. 89; Suç tipinin düzenlendiği bölümün isabetli olduğu konusunda bkz. Erel, Kemalettin, Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı Suçu, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 71, Temmuz-Ağustos 2007, s. 267.

¹² Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 3 üncü maddesine göre, "(a) Suç birden fazla devlette işlendiğinde; (b) Suç tek bir devlette işlendiğinde ancak, hazırlanma, planlama, idare veya kontrolünün önemli bir kısmının başka bir devlette gerçekleşmesi halinde; (c) Suç tek bir devlette işlendiğinde

ması gibi esaslar, başka suçlar açısından da söz konusudur. Örneğin, uyuşturucu madde ticareti yahut terör ve terörün finansmanı suçlarında olduğu gibi.

Mukayeseli hukuka bakıldığında da göçmen kaçakçılığının genellikle hususi kanunlarda yaptırım altına alındığı görülmektedir.

Nitekim Alman Hukuku'nda göçmen kaçakçılığı, Alman Ceza Kanunu'nda değil, yabancıların Almanya'da ikametlerine ilişkin koşulların yer aldığı hususi bir kanunda düzenlenmiştir.

30 Temmuz 2004 tarihli *"Yabancıların Federal Ülkede İkametleri, Çalışmaları ve Entegrasyonlarına İlişkin Kanun"*¹³ (Aufenthaltsgesetz) *"Ceza ve Kabahatlere İlişkin Hükümler"* başlıklı 9. bölümünde, göçmen kaçakçılığı suçuna yer verilmiştir. Bu Kanun'un 95. maddesinde, yabancıların yasadışı yollardan ülkeye girmeleri durumunda alacakları cezalar belirtilmiştir. Görüldüğü gibi 95. maddede göçmen kaçakçılığı suçu değil, bu suçun konusunu oluşturan kişilerin yasadışı yollardan Almanya'ya girmeleri durumundaki cezai sorumlulukları düzenlenmiştir.

Kanun'un 96. maddesinin 1. fıkrasında; *"yabancıların yasadışı yollarla ülkeye girişi, izinsiz ikameti ve transit geçişi için, yabancıları azmettiren veya yardım eden kişiler, bu suçtan herhangi bir yarar elde eder veya bu yönde kendine vaatle bulunulmasını sağlarsa ya da aynı kişiye karşı suçu birden fazla işler veya birden fazla yabancıya karşı işlerse, beş yıla kadar hapis veya para cezası ile cezalandırılır"* denilmek suretiyle göçmen kaçakçılığı yaptırma bağlanmıştır.

96. maddenin 2. fıkrasında ise, göçmen kaçakçılığı suçuna ilişkin daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsurlar düzenlenmiştir. Buna göre; *"a- Failin suçu meslek edinmesi, b- Suçun bu tür amaçla kurulan bir örgütün üyesi tarafından işlenmesi, c- Kişinin suçun işlenmesi sırasında yanında ateşli silah bulundurması, d- Kişinin kullanma amacıyla yanında herhangi bir silah bulundurması, e- Göçmenlerin yaşamlarının tehlikeye sokulması, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamelede bulunulması veyahut sağ-*

ancak, birden fazla devlette suç teşkil eden faaliyetlerde bulunan örgütlü bir suç grubu suça karıştığında veya (d) Suç tek bir devlette işlendiğinde, ancak başka bir devlette önemli etkileri olduğunda, suç sınıraşan niteliktedir.

¹³ Kanun metni için bkz. Sartorius, Carl, *Verfassungs-und Verwaltungsgesetze*, Texausgabe, Stand; 15 September 2007, Verlag C.H. Beck, München, (AufenthG-565), s. 92vd.

lığının ağır tehlikeye girmesine neden olunması, durumunda faile verilecek ceza artırılacaktır. Bu nitelikli hallerin varlığı durumunda faile, 6 aydan 10 yıla kadar hapis cezası verilir”.

96. maddenin 3. fıkrasında, göçmen kaçakçılığı suçuna teşebbüsün de cezalandırılacağı belirtilmiştir. Maddenin son fıkrasında ise, bu suçla ilgili olarak genişletilmiş müsadere¹⁴ kararı verilebileceği hüküm altına alınmıştır.

Kanun’un 97. maddesinde daha ağır cezayı gerektiren başka nitelikli haller de düzenlenmiştir. Buna göre; *“1- 96 ncı maddenin 1 inci fıkrasında belirtilen suç, yabancının ölümüne neden olursa, üç yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezası verilir.*

2- 96 ncı maddenin 1 inci fıkrasında belirtilen suç, suçu meslek edinen ve bu tür amaçla kurulan bir örgütün üyesi tarafından işlenirse, 1 yıldan 10 yıla kadar hapis cezası verilir.

3- 97 nci maddenin 1 inci fıkrasında belirtilen suç, ağır olmayan bir şekilde işlenirse, 1 yıldan 10 yıla kadar, 2 nci fıkrasında belirtilen suç, ağır olmayan şekillerde işlenirse, 6 aydan 10 yıla kadar hapis cezası verilir”. 97 nci maddenin son fıkrasında ise, maddede yer alan suçlarla ilgili olarak müsadereye ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir.

Kanun’un 98. maddesinde ise, kabahat teşkil eden hareketler düzenlenmiştir.

Görüldüğü gibi, Alman hukukunda göçmen kaçakçılığı, hususi bir kanunda detaylı şekilde düzenlenmiştir. Hukukumuzda da aynı usulün benimsenmesi kanun yapma tekniği ve korunan hukuki menfaat yönünden daha uygun olurdu. Böylece Pasaport Kanunu gibi yasalarda yer alan dağınık düzenlemeler tek bir metinde toplanmış olurdu.

II. BENZER SUÇ TİPLERİYLE MUKAYESESİ

1. İnsan Ticareti Suçu

“Göçmen Kaçakçılığı” kişilerin sınırlar ötesi sevk edilmesi suretiy-

¹⁴ Alman Ceza Kanunu’nun 73d maddesine göre, yargılama makamlarının, göçmen kaçakçılığı sonucunda elde edilen (m.73) veya “elde edildiği düşünülen” tüm gelirlerin müsaderesine karar verebileceği belirtilmiştir. Kanun metni için bkz. Strafgesetzbuch, 39. Auflage, Deutscher Taschenbuch Verlag, 2004, s. 45.

le işlenen suç tiplerinden biri olarak sıklıkla insan ticareti (m. 80) ile¹⁵ karıştırılmaktadır.¹⁶ Nitekim iki suç tipi arasında; ortaya çıkış nedenleri, işleniş şekilleri ve korunan hukuki menfaat yönünden benzer özellikler bulunmaktadır.¹⁷ Şöyle ki;

- Her iki suç tipinde de failler, maddi çıkar veya fayda elde etmek için mağduru sömürmektedir. Bu sömürü; göçmen kaçakçılığında mağdurun mal varlığının fail tarafından verilen ya da verileceği vaat edilen hizmet karşılığı elinden alınması şeklinde gerçekleşirken, insan ticaretinde zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, esarete tabi kılmak, fuhşa sürüklemek, beden organlarının verilmesini sağlamak şeklinde ortaya çıkmaktadır.¹⁸

- Her iki suçun da konusunu insanlar oluşturmakta ve bu kimseler de genellikle yabancılar olmaktadır.¹⁹

- Gerek göçmen kaçakçılığında, gerekse insan ticaretinde mağdurların bir yerden diğer bir yere nakli söz konusudur. Göçmen kaçakçılığında olduğu gibi, insan ticaretinde de (zorunlu olmamakla birlikte) sınır aşan bir karakter mevcuttur.²⁰ Nitekim 80. maddede seçimlik hareketler arasında “*kişileri ülkeye sokmak, ülke dışına çıkarmak*”tan söz edilmiştir.

- Her iki suç tipi de organize suçluluğun faaliyet alanları arasındadır.²¹

¹⁵ İki suç tipinin karşılaştırılması hususunda geniş açıklamalar için bkz. Yenidünya, A. Caner, *İnsan Ticareti Suçu (TCK m. 80)*, Ankara 2007, s. 58-63.

¹⁶ The Protection Project, “Trafficking in Persons or Alien Smuggling?”, John Hopkins University School of Advanced International Studies, in: *Global Issues: Responses to Human Trafficking, An Electronic Journal of the U.S. Department of State*, Vol.8, No.:2, June 2003, s. 37.

¹⁷ Yenidünya, s. 58; Doğan, s. 24; ayrıca bkz. Arslan, Çetin, “Göçmen Kaçakçılığı Suçları (TCK m. 201/a)”, *Yargıtay Dergisi*, Cilt: 29, Sayı: 3, Temmuz 2003, s. 278 vd.; Evik, Ali Hakan, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: IX, Sayı: 3-4, Erzincan 2005, s. 125 vd.; Artuç, Mustafa, Göçmen Kaçakçılığı Suçu, *Terazi Hukuk Dergisi*, Yıl: 2, Sayı: 16, Aralık 2007, s. 54 vd.

¹⁸ Yenidünya, s. 59; Arslan, Çetin, “İnsan Ticareti Suçu (TCK m. 201/b)”, *AÜHFD.*, C. 53, S. 4, Ankara 2004, s. 26; Kocasakal, Ümit, “İnsan Ticareti Suçu (TCK 201/b)”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.:2, Ocak 2003, s. 40.

¹⁹ Yenidünya, s. 59; Arslan, s. 25; Kocasakal, s. 40; Doğan, s. 25.

²⁰ Yenidünya, s. 59; Arslan, s. 25, 26; Kocasakal, s. 40,41.

²¹ Hofmann, Johannes, *Menschenhandel. Beziehungen zur Organisierten Kriminalität und Versuche der strafrechtlichen Bekämpfung*, Frankfurt/M., 2002, s. 131 vd.;

- Her iki suç tipinde de mağdurun onuru ve temel hak ve hürriyetleri ihlal edilmektedir.²² Ancak insan ticaretinde mağdurun temel hak ve özgürlüklerine, onuruna yapılan saldırının boyutu göçmen kaçakçılığına oranla daha ağırdır.²³

Bu benzerliklere rağmen iki suç tipi arasında önemli farklılıklar mevcuttur. Esasen her ikisi de uluslararası suçlara ilişkin kısımda aynı bölüm içerisinde düzenlenmesine rağmen, göçmen kaçakçılığında suçun konusunu oluşturan insanların hak ve özgürlüklerinin yanı sıra devletlerin göç, istihdam ve sınır güvenliği politikaları korunmaktadır. Hâlbuki insan ticaretinde fiilin cezalandırılmasıyla korunan esas menfaat insan onuru ve özgürlüğüdür.²⁴

Göçmen kaçakçılığı suçunda rıza mevcuttur. Yasadışı olarak bir ülkeden başka bir ülkenin sınırlarına nakledilen göçmen, bu eyleme rıza göstermekte, diğer bir ifadeyle devletin sınır politikalarını ihlal eden bir suçlu gibi davranmaktadır. Zira göçmen kaçakçılığında, suçtan fayda sağlayacak kişilerden birisi de, ülke sınırlarını aşarak, hedef ülkeye yasadışı giriş yapan kişidir. Ancak insan ticareti suçunda ya rıza mevcut değildir ya da ifsat edilmiş bir rıza söz konusudur.²⁵

Bunun sonucu olarak da, insan ticaretine maruz kalan kişi mağdurdur ve bir ülkeye yasa dışı sokulmuş bulursa bile, iradi hareket etmediğinden cezai sorumluluğundan bahsedilemez (bkz. TCK m. 28,

Arslan, s. 26; Kocasakal, s. 40; Yenidünya, s. 59.

²² Yenidünya, s. 59; Doğan, s. 25.

²³ Arslan, s. 25.

²⁴ Goldhammer, Ami Lynn, Human Trafficking for Sexual Exploitation, California State University, the Degree Master of Science, California 2006, s. 11; Klueber, Sheryl Ann, Trafficking in Human Beings: Law Enforcement Response, the Degree of Master of Science of University of Louisville, Kentucky 2003, s. 4; "Human Trafficking: Recognizing the Victims", Critical Response Assisting Law Enforcement to Meet the Needs of Crime Victims, Vol.:2, Issue:3, Winter 2004, s. 4; Raymond, Janice G., "Intersections Between Migration and Trafficking", A Comparative Study of Women Trafficked in the Migration Process, Patterns, Profiles and Health Consequences of Sexual Exploitation in Five Countries (Indonesia, the Philippines, Thailand, Venezuela and the United States), s. 8; European Network Against Child Trafficking (ENACT), A Report on Child Trafficking, Bulgaria, Denmark, Italy, Romania, Spain, United Kingdom, March 2004 Italia, s. 24.

²⁵ Goldhammer, s. 11; Klueber, s. 4; "Human Trafficking: Recognizing the Victims", s. 4; Raymond, s. 8.

30).²⁶ Buna mukabil bir ülkeye yasa dışı sokulan göçmenler, göçmen kaçakçılığı suçundan sorumlu tutulamaz iseler de (zira suçun maddi konusunu oluşturan göçmen, aynı zamanda mağdur olmasa da bu suçtan zarar gören niteliğindedir),²⁷ ülkeye yasa dışı girmeleri dolayısıyla başka suçlardan, örneğin, Pasaport Kanunu'nun 33 vd. maddelerine göre cezalandırılabilirler.²⁸

Göçmen kaçakçılığı suçu, yapısı gereği bir ülke sınırının geçilmesi 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 veyahut ülke dışına çıkarılması seçimlik hareketlerden olmakla birlikte, suçun oluşması bakımından mağdurların ülke sınırları içerisine veya dışına nakli zorunlu değildir. Yasada yer alan diğer seçimlik hareketlerin (*tedarik etmek, kaçırarak, bir yerden başka bir yere götürmek veya sevk etmek ya da barındırmak*) varlığı açısından ülke sınırlarının geçilmesine ihtiyaç bulunmamaktadır.²⁹

Göçmen kaçakçılığı ile insan ticareti suçlarının iç içe geçebildiği ve ülkelerinden yasa dışı olarak yabancı bir ülkeye nakledilen kişilerin, burada insan ticaretinin konusu haline getirilebildikleri hususu göz ardı edilmemelidir. Nitekim bir fikre göre; insan ticareti ile göçmen kaçakçılığı arasında gri bir alan mevcuttur. Buna göre; kendisine çalış-

²⁶ Doktrinde *Tezcan / Erdem / Önok*, insan ticareti suçunun mağduru olan kimselerin Pasaport Kanunu uyarınca sorumluluklarını değerlendirirken kullanılan araç fiillere göre bir ayırma gitmektedir. Buna göre; "maddi ve manevi cebirle rızanın elde edilmiş olması durumunda, yurda mevzuata aykırı olarak girme konusunda bu kimsenin kastından bahsedilemeyecektir. Yine, çaresizlikten yararlanarak rıza elde etme durumunda, duruma göre zorunluluk halinin varlığı düşünülebilir. Buna karşılık, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından yararlanmak hallerinde, suç mağduru kimsenin Pasaport Kanununa aykırılıktan cezai sorumluluğu gündeme gelebilecektir". Bkz. *Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 6. Baskı, Ankara 2008, s. 106, dn.253.

²⁷ Bu konuda bkz. *Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5. Baskı, Ankara 2007, s. 488.

²⁸ Hakeri, Hakan, "Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti Suçları (TCK 201/a ve 201/b)", *KHukA*, 1, Mart 2004, Yıl:7, s. 8; Doğan, s. 26.

²⁹ Ayrıca bkz. Goldhammer, s. 11; The Protection Project, "Trafficking in Persons or Alien Smuggling?", s. 37, 38; Omelaniuk, Irena, *Trafficking in Human Beings*, United Nations Expert Group Meeting on International Migration and Development, New York 6-8 July 2005, s. 7; Raymond, s. 8.

ma koşulları ve iş usulleri hakkında yanıltıcı ve açık olmayan bilgiler verilen göçmenlerin, hedef ülkeye vardıklarında istismarı bu gri alanda değerlendirilmelidir.³⁰

Göçmen kaçakçılığı suçu, hedef ülkede sona ermekte ve ülke sınırının geçilmesine yardımcı olunan kişilerin, hedef ülkede kaçakçılardan ayrılmasına müsaade edilmektedir. İnsan ticareti suçunda ise, eğer bir ülke sınırı geçilmişse, mağdurların ayrılmalarına imkân verilmez ve çeşitli yöntemlerle sömürü devam eder.³¹

Tehdit, baskı, şiddet ve cebir unsurlarının varlığı suçu göçmen kaçakçılığından, insan ticaretine dönüştürmektedir.³² Göçmen kaçakçılığı suçunda, hedef ülkeye varan kişi tehdit, şiddet, baskı ve cebire maruz kalmamaktadır. İnsan ticaretinde ise kişinin cinsel gücünün veya iş gücünün sömürülmesi amacıyla çoğunlukla tehdit, baskı, şiddet veya cebir gibi araçlara başvurulmaktadır.³³

Göçmen kaçakçılığı suçu, mağdurun hedef ülkeye ulaşması ile tamamlanırken, insan ticareti suçu hedef ülke veya bölgede istismar sürdüğü müddetçe devam etmektedir.³⁴

Göçmen kaçakçılığı suçunun manevi unsuru yönünden failin “doğrudan doğruya veya dolaylı yoldan menfaat elde etmek” saikiyle hareket etmesi aranmıştır (m. 79/1). Buna karşılık insan ticaretinde failin, “zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tabi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadı” ile fiili işlemesi gerekmektedir (m. 80/1). Ancak belirtmeliyiz ki, failin kazanç veya maddi menfaat elde etmek düşüncesiyle hareket etmesi yasal düzenlemede

³⁰ Bkz. Graycar, Adam, Trafficking in Human Beings, International Conference on Migration, Culture & Crime, Israel, 7 July 1999, s. 1; Newman, Graeme R., The Exploitation of Trafficked Women, U.S. Department of Justice Office of Community Oriented Policing Services, Problem-Specific Guides Series No.:38, U.S.A. 2006, s. 11; Musacchio, Vincenzo, “Migration, Prostitution and Trafficking in Women: An Overview”, German Law Journal, Vol.:5, No.:9, s. 1016; Önok, R. Murat, “5237 Sayılı Yeni TCK’ya Göre Uluslararası Suçlar”, Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi, Y.:2, S.:5, Nisan 2005, s. 206, 209.

³¹ Goldhammer, s. 11.

³² Klueber, s. 4; Vaz Cabral, Trafficking in Unaccompanied Minors in the European Union, s. 17; ENACT, s. 24; Newman, The Exploitation of Trafficked Women, s. 11.

³³ Yenidünya, s. 61.

³⁴ Kocasakal, s. 41.

aranmamış olsa da, insan ticareti suçu hemen her zaman kazanç elde etme saikiyle işlenmektedir.³⁵

2. Pasaport Kanunu'nda Düzenlenen Kabahat ve Suçlar

Vatandaşların ve yabancıların ülkeye girişlerine ilişkin kurallar, 5682 sayılı Pasaport Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bu kurallara uyulmaksızın ülkeye girilmesi ilgililerin Pasaport Kanunu'nun 33 vd. maddeleri uyarınca idari ve cezai sorumluluğunu doğurur.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Pasaport Kanunu'nda düzenlenen suçlar ile TCK'nın 79. maddesindeki göçmen kaçakçılığı suçu arasında korunan hukuki değer yönünden hem bir kesişme hem de farklılık mevcuttur. Pasaport Kanunu ile ülkeye giriş ve çıkışlar kontrol altına alınmaya çalışılmakta, böylece devletin sınır güvenliği ve olası suçlarla etkin mücadele amaçlanmaktadır. Buna karşılık göçmen kaçakçılığı suçunda bu amacın yanı sıra, suçun konusunu oluşturan göçmenlerin vücut dokunulmazlıkları, hareket özgürlükleri ve malvarlıkları da korunmak istenmektedir. Bu sebeple de göçmen kaçakçılığının yaptırımını, Pasaport Kanunu'ndaki fiillere göre daha fazladır.

Aşağıda Pasaport Kanunu'nda yer alan suç ve kabahatler ile göçmen kaçakçılığı suçunun mukayesesi yapılacaktır.

A. Türkiye Cumhuriyeti Sınırlarını Pasaportsuz veya Pasaport Yerine Geçen Bir Belge Olmaksızın Terk Etmek veya Buna Teşebbüs Etmek

Pasaport Kanunu'nun 33. maddesinde; *"Türkiye Cumhuriyeti sınırlarını pasaportsuz veya pasaport yerine kaim olacak bir vesikayı hamil olmaksızın terk eden veya buna teşebbüs eden kimseler hakkında beş yüz Liraya kadar hafif para veya üç aya kadar hafif hapis cezası verilir veya her iki ceza birlikte hükmolunur.*

Türkiye'de her hangi bir suçtan sanık veya hükümlü olup da kendilerini takibattan veya cezadan kurtarmak, askerlikten kaçmak, vergi borçlarını ödememek gibi hususi maksatlarla bu fiili işleyen kimseler hakkında iki yüz elli

³⁵ Yenidünya, s. 62.

Liradan bin Liraya kadar ağır para veya bir aydan altı aya kadar hapis cezası veya her iki ceza birlikte hükmolunur” denilmektedir.

Maddenin 1. fıkrasında yer alan düzenleme 04.11.2004 tarih ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 7. maddesi uyarınca kabahat niteliği taşımaktadır.³⁶ İkinci fıkrada yer alan hüküm ise, suç vasfını muhafaza etmektedir.

Bu fiiller ile göçmen kaçakçılığı arasında, suçun faili yönünden farklılık mevcuttur. 33 üncü maddenin 1 inci fıkrasındaki kabahat ile ikinci fıkradaki suçun faili, Türkiye Cumhuriyetini pasaport veya pasaport yerine geçen bir belge olmaksızın terk eden veya buna teşebbüs edenlerdir.³⁷ Buna karşılık göçmen kaçakçılığı suçunun faili, ülkeye yasadışı yollardan girmeye veya çıkmaya ya da ülkede barınmaya çalışan kimseye yardım eden kişidir. Buna göre, göçmen kaçakçılığı suçunun konusunu oluşturan kişiler, Pasaport Kanunu’nun 33. maddesinde düzenlenen fiillerin faili olabilirler. Bunun dışında 33. maddede teşebbüsün tamamlanmış suç gibi cezalandırılacağı öngörülmüş olmasına rağmen, göçmen kaçakçılığına ilişkin TCK m. 79’da böyle bir düzenleme bulunmamaktadır.

³⁶ 04.11.2004 tarih ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 7 nci maddesinde; “(1) Kanunlarda, “hafif hapis” veya “hafif para” cezası olarak öngörülen yaptırımlar, idari para cezasına dönüştürülmüştür. İdari para cezasının hesaplanmasında 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 52 nci maddesi hükümleri uygulanır. İlgili kanunda “hafif hapis” cezasının üst sınırının belirtilmediği hallerde, idari para cezasının hesaplanmasında esas alınacak gün sayısının üst sınırı, yediyüzotuzdur.

(2) Kanunlarda, “hafif hapis cezası” ile “hafif para cezası”nın seçimlik olarak veya birlikte öngörüldüğü hallerde, idari para cezası yaptırımının belirlenmesinde “hafif hapis cezası” esas alınır.

(3) Kanunlarda, sadece “hafif para cezası”nın öngörüldüğü ve cezanın alt veya üst sınırının belirtilmediği hallerde, idari para cezası, yüzyirmimilyon Türk Lirasından az, onsekizmilyar Türk Lirasından fazla olamaz.

(4) Bu madde hükmüne göre idari para cezasına karar vermeye Cumhuriyet savcısı yetkilidir” denilmektedir.

³⁷ “Sanığın olay tarihinde Türkiye Cumhuriyeti sınırını pasaportsuz olarak terk ederek İran’a geçip bir gün sonra tekrar pasaportu olmadan yurda giriş yapmak şeklindeki eylemleri 5682 sayılı Pasaport Kanununun 33 ve 34.maddelerindeki suçları oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi...” Yarg. 7. CD’nin 15.04.2003 tarih ve 2002/19304, 2003/1299 sayılı kararı.

B. Türkiye Cumhuriyeti Sınırlarından Pasaportsuz Olarak Girme

Pasaport Kanunu'nun 34. maddesinde; *"Türkiye Cumhuriyeti sınırlarından her nasılsa pasaportsuz olarak girebilmiş olan vatandaşlar ve yabancılar iki yüz elli Liradan bin iki yüz elli Liraya kadar ağır para veya bir aydan altı aya kadar hapis cezasıyla veya her ikisiyle cezalandırılır.*

Bu gibilerden yabancı olanlar cezalarını çektikten sonra sınır dışı edilirler" denilmektedir.

Pasaport Kanunu'nun 2. maddesinde, Türk vatandaşları ve yabancıların Türkiye'ye girebilmesi ve Türkiye'den çıkabilmesi için yolcu giriş-çıkış kapılarındaki polis makamlarına usulüne uygun ve muteber pasaport veya pasaport yerine geçerli bir vesika ibraz etme mecburiyetinin bulunduğu belirtilmiştir. Pasaport Kanunu'nun 34. maddesinde ise, Türkiye Cumhuriyeti sınırlarından pasaportsuz olarak giren vatandaş ve yabancıların cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır.

Pasaport Kanunu'nun 3. maddesine göre, pasaportsuz veya vesikasız, usulüne uygun veya muteber olmayan pasaport veya vesikalarla Türkiye sınırlarına gelerek Türk vatandaşlığını iddia edenler, bu iddialarını Türkiye Cumhuriyeti nüfus hüviyet cüzdanları veya hüviyet belgelerini ibraz ederek; nüfus hüviyet belgesinden başka belge veya delil gösterenler ise, bu vesika veya delillerin kıymeti polisçe takdir edilerek Türk vatandaşı olduklarına kanaat getirilmesi halinde Türkiye'ye kabul olunurlar. Ancak bu ihtimalde, Türk vatandaşı ülkeye pasaportsuz girdiğinden 34. madde uyarınca cezalandırılması gerekir. Buna karşılık örneğin, Türk vatandaşı yurt dışında pasaportunu kaybetmiş ve kaybettiğine dair belgesi de varsa, bu belgenin ibrazı durumunda 34. maddenin tatbiki mümkün değildir. Aynı şekilde pasaportunun süresi yurt dışında biten bir kişinin yurda girişi sırasında bu durumun anlaşılması halinde, 34. maddede yer alan suçtan bahsedilemez.³⁸

Şu halde; Pasaport Kanunu'nun 34. maddesinde düzenlenen suç-

³⁸ "Sanığın süresi bitmiş pasaportla sınır kapısına geldiği ve pasaport incelendiğinde süresinin geçmiş olduğu anlaşılınca, hakkında pasaportsuz yurda girişten tutanak tutulduğu ve daha sonra da yurda kabul edilmiş bulunduğu anlaşıldığına göre sanığın kasten pasaportsuz girmiş olduğundan söz edilemeyeceği gözetilerek beraati yerine yazılı şekilde hüküm tesisi..." Yarg. 7. CD'nin 16.04.1999 tarih ve 3925/3651 sayılı kararı.

ta yaptırma bağlanan fiil; Türkiye'ye pasaportsuz olarak girmektir. Buna karşılık göçmen kaçakçılığı suçunda yaptırma bağlanan fiil; bir yabancıyı ülkeye sokmak, ülkede kalmasına imkan sağlamak, Türk vatandaşı veya yabancıunun yurt dışına çıkmasını sağlamaktır.

Pasaport Kanunu'nda yer alan suçun faili Türkiye'ye pasaportsuz olarak giren Türk vatandaşı veya yabancıdır. Göçmen kaçakçılığının faili ise, yasal olmayan yollardan ülkeye giren veya çıkan kimse değil, ona imkân sağlayandır.

34. maddenin 2. fıkrasında, Türkiye'ye pasaportsuz olarak girenlerin yabancı olması durumunda cezalarını çektikten sonra sınır dışı edilecekleri belirtilmiştir. TCK'nın 59. maddesinde; *"işlediği suç nedeniyle hapis cezasına mahkûm edilen yabancı, koşullu salıvermeden yararlandıktan ve her halde cezasının infazı tamamlandıktan sonra, durumu, sınır dışı işlemleriyle ilgili olarak değerlendirilmek üzere derhal İçişleri Bakanlığına bildirilir"* denilmektedir. Pasaportsuz olarak Türkiye'ye giren yabancılar, TCK'nın 5. maddesi karşısında, Pasaport Kanunu'nun 34/2. maddesine göre değil, TCK'nın 59. maddesine göre sınır dışı edileceklerdir. Buna göre bu suçtan mahkûm olan yabancı, cezasının infazının ardından derhal sınır dışı edilmeyecek, bu husus değerlendirilmek üzere İçişleri Bakanlığı'na bildirilecektir.

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

Pasaport Kanunu'nun 35. maddesinde; *"Bakanlar Kurulunca tayin olunan mahallerden başka yerlerden Türkiye'ye giren veya Türkiye'den çıkanların usulüne uygun pasaport veya vesika taşıyıcılar bile yüz yirmi beş Liradan ikiyüz elli Liraya kadar hafif para veya bir aydan altı aya kadar hafif hapis cezasıyla veya her ikisiyle cezalandırılırlar"* denilmektedir. Bu düzenleme 04.11.2004 tarih ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 7. maddesi uyarınca kabahat niteliği taşımaktadır.

Kanun'un 1. maddesinde, Türk vatandaşları ve yabancıların İçişleri Bakanlığı'nın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu'nca tayin olunan yolcu giriş-çıkış kapılarından Türkiye'ye girip çıkabilecekleri hüküm altına alınmıştır.

Bu kabahat ile göçmen kaçakçılığı arasındaki temel farklılık su-

çun maddi unsurlarından fiil ve fail bakımından karşımıza çıkmaktadır. Buna göre, Pasaport Kanunu'nun 35. maddesindeki kabahatte yaptırımı bağlanan fiil; Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen yerler dışında Türkiye'ye girmek veya Türkiye'den çıkmak, fail ise, bu yolla Türkiye'ye giren veya Türkiye'den çıkan kişilerdir. Buna karşılık göçmen kaçakçılığında bu kişiler suçun konusunu oluşturduğu gibi yasaklanan fiil de yasadışı yollardan Türkiye'ye girmeye veya çıkmaya imkân sağlamaktır.

Türkiye'ye Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen yerler dışından girilmesi durumunda Pasaport Kanunu'nun 35. maddesi uygulanır. Göçmen kaçakçılığında ise, ülkeye girişin Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen yerler dışından olması şartı aranmamaktadır.

D. Yolcuları, Pasaport ve Diğer Belgelerin Yoklanması İçin Hükümetçe Belirlenen Yerlerin Dışındaki Yerlere Nakletme, Kara, Deniz ve Hava Taşıtlarını Sevk ve İdare Etme veya Bu Hususta Kılavuzluk Yapma

Pasaport Kanunu'nun 36. maddesinde; *“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 yapanlar bir aydan iki seneye kadar hapis olurlar”* denilmektedir. Buna göre; suçun oluşabilmesi için, fiilin işlenmesinde kara, deniz veya hava taşıtının kullanılması gerekir. Göçmen kaçakçılığı suçunda ise, böyle bir sınırlama bulunmamaktadır.

Türkiye içinde bir yerden bir yere kişilerin nakledilmesi durumunda Pasaport Kanunu'nun 36. maddesinin uygulanması mümkün değildir.³⁹ Bu suçun manevi unsuru kasttır. Buna karşılık göçmen kaçakçılığı suçunda failin bilerek ve isteyerek hareket etmesinin yanı sıra

³⁹ “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 yurtdışına 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'nin 06.10.2004 tarih ve 21662/10723 sayılı kararı.

doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla fiili işlemesi gerekir.

Her iki suç tipinde de yaptırıma bağlanan fiil benzerlik göstermekle birlikte, TCK'nun 79. maddesinde yer alan "yasa dışı yollardan yabancıların ülkede kalmasına imkân sağlama" fiiline, Pasaport Kanunu'nun 36. maddesinde yer verilmemiştir.

III. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Göçmen kaçakçılığı suçunda korunan hukuki değer karma nitelikte olup, suçun konusunu oluşturan göçmenlerin vücut dokunulmazlığı, malvarlığı, onur ve şerefi, hürriyeti, kamunun sosyal ve ekonomik düzeni ve uluslar arası toplum düzeni şeklinde belirtilebilir.⁴⁰

Buna göre göçmen kaçakçılığı suçunun konusunu oluşturan kişiler, suçun icrası sırasında genellikle ulaşım aracı yerine, nakliye işleminde kullanılan araçlar ile ülkeye sokulmak istedikleri için bu esnada uygun olmayan ortamda kalmakta, vücut dokunulmazlıkları ihlal edilmektedir. Bunun yanında suçun faili çeşitli vaatlerle göçmenlerden maddi bir takım menfaatler elde etmekte, suçun konusunu oluşturan kişiler ise; ya yakalanarak ya da geldiği ülkede istediğini bulamayarak amacına ulaşamadığından, malvarlığı bakımından mağdur olmaktadır.⁴¹

Göçmen kaçakçılığı suçunda her ne kadar suçun konusunu oluşturan kişiler eyleme rıza göstermiş olsa dahi, kişilerin insan haysiyeti ile bağdaşmayacak nitelikte hürriyetlerinin sınırlandırılmasına rıza göstermeleri hukuken geçerli kabul edilemez.⁴²

Suçun konusunu teşkil eden kişiler günlerce hareket özgürlüklerinden mahrum kalmakta, normal şartlarda yaşanması mümkün olmayan yerlerde ve kalabalık bir şekilde barındırılmaktadırlar. İnsanların hareket özgürlüğünün ve insan onuruna yakışır yaşam koşullarının

⁴⁰ Tezcan / Erdem / Önok, s. 89; Doğan, s. 93; Artuç, Göçmen Kaçakçılığı Suçu, s. 55; Erel, s. 268.

⁴¹ Arslan, Göçmen Kaçakçılığı Suçları, s. 119; Doğan, s. 93.

⁴² Nitekim Anayasa'nın 17. maddesinin 3. fıkrasında, kimsenin insan onuruyla bağdaşmayan bir ceza ve muameleye tabi tutulamayacağı belirtilmiştir.

güvence altına alınabilmesi için göçmen kaçakçılığı kanunlarında yaptırımına bağlanmaktadır.

Bunun yanında eylemin icrası sırasında göçmenlere bir eşya gibi davranılmakta, insan olmaktan kaynaklanan her türlü hakları ihlal edilmekte, aşağılayıcı hareketlere muhatap olmakta ve böylece onur, şeref ve saygınlıkları rencide edilmektedir.

Kaçak yollardan ülkeye gelen kişiler yine kaçak olarak ülkede vergi ödemeksizin çalıştırıldıklarından, devletin ekonomik bakımından mağduriyeti ortaya çıkmakta, bununla birlikte işsizlik oranı artmaktadır.⁴³ Kontrolsüz göç akımı nedeniyle devletin güvenliği de tehdit altında kalmaktadır. Bu itibarla gerek devletin iktisadi menfaatlerinin, gerekse kamu düzeni ile sınır güvenliğinin sağlanması için göçmen kaçakçılığı suçuna kanunda yer verilmiştir.

Suçun konusunu oluşturan kişilerin yakalandıktan sonra ülkesine iade edilmesi, yargılama yetkisinin 5237 sayılı TCK'nın 13. maddesi çerçevesinde suç nerede işlenirse işlensin Türkiye'ye ait olması ve diplomatik sorunlar nedeniyle uluslararası düzenin de korunması amacıyla göçmen kaçakçılığı eylemi suç haline getirilmiştir.⁴⁴

IV. SUÇUN UNSURLARI

1. Maddi Unsurlar

A. Fiil

TCK'nın 79. maddesinde yaptırım altına alınan fiil; **a.** bir yabancı'nın yasal olmayan yollardan ülkeye sokulması, **b.** bir yabancı'nın yasal olmayan yollardan ülkede kalmasının sağlanması veya **c.** bir Türk veya yabancı'nın yasal olmayan yollardan yurt dışına çıkmasına imkân sağlanmasıdır.

Göçmen kaçakçılığı, icrai hareketle işlenebileceği gibi, ihmali hareketle de işlenebilir. Örneğin, pasaportsuz olarak ülkeye girmek isteyen yabancılara, maddi menfaat sağlamak için müdahale etmeyen güm-

⁴³ Keser, Hakan, Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun Tasarısı Işığında Türkiye'de Yabancıların Çalışma Hakkı ve Yabancı Kaçak İşçilik, *Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, Prof. Dr. Kamil Turan'a Armağan, C:7, S:2, Yıl:2002, s. 323.

⁴⁴ Doğan, s. 95.

rük görevlileri ihmal suretiyle göçmen kaçakçılığı suçunu ika etmiş olurlar.⁴⁵

Göçmen kaçakçılığı, hareketin sayısı bakımından seçimlik hareketli bir suçtur. Bu hareketlerden birisinin gerçekleştirilmesi suçun oluşması için yeterli olup, birden fazla hareketin yapılması durumunda da yine tek bir suçtan bahsedilir. Bu gibi hallerde zincirleme suç hükümleri de uygulanmaz.⁴⁶ Buna göre, yasal olmayan yollardan ülkeye soktuğu yabancıların ülkede kalmasına imkân sağlayan fail, daha sonra bu kişilerin yasadışı yollardan yurt dışına çıkmalarına da yardımcı olsa tek bir göçmen kaçakçılığı suçundan sorumlu tutulur.

Aşağıda seçimlik hareketleri ayrı ayrı inceleyeceğiz.

a. Bir Yabancıyı Yasal Olmayan Yollardan Ülkeye Sokmak

TCK'nın 79. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde; *"bir yabancıyı yasal olmayan yollardan ülkeye sokan"* kişinin cezalandırılacağı düzenlenmiştir.

Bu seçimlik hareket bakımından suçun konusunu sadece yabancılar oluşturmaktadır. Vatandaşların yasadışı yollardan ülkeye sokulması durumunda ilgililer hakkında Pasaport Kanunu hükümleri uygulanır.

Göçmen Kaçakçılığına Karşı Ek Protokol'de, *"yasadışı girişin temini"* ibaresi kullanılmış olmasına karşın, TCK'da *"ülkeye sokmak"* ifadesine yer verilmiştir.⁴⁷ Kanımızca madde metninde *"yabancıyı yasal*

⁴⁵ Hakeri, Hakan, "Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti Suçları (TCK 201/a ve 201/b)", *KHUKA*, 1, Mart 2004, Yıl:7, s. 4; Doğan, s. 113.

⁴⁶ Turhan, s. 9; Doğan, s. 112.

⁴⁷ Yargıtay, 765 sayılı TCK döneminde, yasadışı yollardan ülkeye girişi temine yönelik bir takım hareketleri göçmen kaçakçılığı suçu kapsamında değerlendirmiştir. "Meriç Nehri'nin ve yol güzergâhının durumu hakkında diğer sanıklara bilgi verdikleri, göçmenleri taşıyan araçların geçişinden önce yolu kontrol ettikleri ve göçmenleri sınırdan geçiren kılavuz tabir edilen kişileri dönüşlerinde İstanbul veya Keşan'a götürdükleri, sanık Ü.G.'nin de, göçmenlerin içine binerek gizlenip sınırı geçmeleri için maddi menfaat karşılığı TIR temin ettiği, yine İpsala'ya taşınmaları için araç bulunmasına yardım ettiği anlaşılmış bulunmasına göre; kanıtlanan eylemleri TCK'nın 201-a/2. madde ve fıkrasında tanımlanan göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturduğu halde, suç nitelendirmesinde yanılığa düşülerek yazılı biçimde TCK'nın 313. maddesinden hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir" Yarg. 8.

olmayan yollardan ülkeye girmesine imkân sağlanması” teriminin kullanılması, hem Ek Protokol’e, hem de 79. maddede yer alan diğer seçimlik hareketlere uygunluk açısından daha yerinde olurdu.⁴⁸

Yabancıyı yasal olmayan yollardan ülkeye sokmak seçimlik hareketini açıklamadan önce “ülke” kavramından ne anlaşılması gerektiğini belirtmeliyiz. Ülke sözlükte; bir devletin egemenliği altında bulunan toprakların tümünü ifade etmektedir.⁴⁹ TCK’nın 8. maddesinin 2. fıkrasında; “(2) Suç; “a) Türk kara ve hava sahaları ile Türk karasularında, b) Açık denizde ve bunun üzerindeki hava sahasında, Türk deniz ve hava araçlarında veya bu araçlarla, c) Türk deniz ve hava savaş araçlarında veya bu araçlarla, d) Türkiye’nin kıta sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgesinde tesis edilmiş sabit platformda veya bunlara karşı, işlendiğinde Türkiye’de işlenmiş sayılır” denilerek ceza kanununun yer itibarıyla uygulanması bakımından Türk ülkesine nelerin dâhil olduğu belirtilmiştir.

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.⁵⁰ Kanaatimizce göçmen kaçakçılığı yönünden ülkeden anlaşılması gereken, farazi değil, gerçek anlamda ülkedir. Bu çerçevede ülke, Türkiye Cumhuriyeti’nin egemenlik yetkilerine sahip olduğu yeryüzü parçasını (coğrafi alanını) ifade etmektedir.⁵¹

“Ülkeye sokmak” suçun konusunu oluşturan kişinin sınırlardan geçerek Türk ülkesine dâhil olmasıyla gerçekleşir. Nitekim “sokmak” sözlükte; içine veya arasına girmesini sağlamak, yasak şeyi gizlice ge-

CD’nin 01.11.2004 tarih ve 7796/8304 sayılı kararı. Karar için bkz. Doğan, s. 116.

⁴⁸ Benzer görüş için bkz. Doğan, s. 116

⁴⁹ TDK Türkçe Sözlük, s. 2056.

⁵⁰ Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, A. Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Bası, Ankara 2007, s. 260 vd.; Demirbaş, s. 138; Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Baskı, Ankara 2006, s. 63; Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 5. Bası, İstanbul 2008, s. 125-129.

⁵¹ Doğan, s. 114; Arslan, *Göçmen Kaçakçılığı Suçları*, s. 295.

tirmek veya götürmek anlamına gelmektedir.⁵²

“Sokmak” hareketi yönünden göçmen kaçakçılığı, ani suç niteliğindedir.⁵³ Ayrıca ülkeye sokulan kişinin faille birlikte veyahut onun refakatinde bulunması gerekmektedir.⁵⁴

Ülkeye giriş yasal yoldan olmamalıdır. Şayet ülkeye giriş, mevzuata uygun ise, göçmen kaçakçılığına ilişkin 79. madde tatbik edilmez. Eğer kişi, 80. maddede belirtilen maksatlarla ve araçlarla ülkeye sokulmuşsa, insan ticareti suçu gerçekleşmiş olur.⁵⁵ Buna karşılık, ülkeye yasa dışı sokulan veyahut ülkeden yasa dışı çıkarılan kimsenin, bu safhadan sonra insan ticareti için tedarik edilmesi halinde, fail, hem göçmen kaçakçılığı hem de insan ticareti suçundan ayrı ayrı cezalandırılmalıdır.

Ülkeye giriş, sahte belgeler vasıtasıyla gerçekleştirilmiş ise, fail düzenlenen belgenin niteliğine göre, belgede sahtecilik suçundan da ayrıca cezalandırılır (TCK m.212).

Yabancıların ülkeye girişlerine ilişkin kurallar 5682 sayılı Pasaport Kanunu’nda düzenlenmiştir. Buna göre ülkeye girişin yasal olabilmesi için, daha önceden belirlenmiş olan giriş kapılarının kullanılması (Pasaport Kanunu m.1),⁵⁶ pasaport veya pasaport yerine geçen bir belgenin gösterilmesi (Pasaport Kanunu m. 2),⁵⁷ giriş vizesinin bulunması (Pasaport Kanunu m. 5),⁵⁸ ülkeye giriş yapanın ülkeye girişi yasakla-

⁵² TDK *Türkçe Sözlük*, s. 1786.

⁵³ Evik, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s. 160.

⁵⁴ Doğan, s. 116.

⁵⁵ Ayrıca bkz. Tezcan / Erdem / Önok, s. 103 vd.; Doğan, s. 145.

⁵⁶ Pasaport Kanunu’nun 1. maddesinin 1 inci fıkrasında; “Türk vatandaşları ve yabancılar İçişleri Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca tayin olunan yolcu giriş - çıkış kapılarından Türkiye’ye girip çıkabilirler” denilmektedir.

⁵⁷ Pasaport Kanunu’nun “Pasaport veya pasaport yerine geçerli vesika zorunluluğu” başlıklı 2. maddesine göre; “Türk vatandaşları ile yabancılar Türkiye’ye girebilmek ve Türkiye’den çıkabilmek için yolcu giriş - çıkış kapılarındaki polis makamlarına usulüne uygun ve muteber pasaport veya pasaport yerine geçerli bir vesika ibraz etmeye mecburdurlar”.

⁵⁸ Pasaport Kanunu’nun 5. maddesinde; “Bu kanunda derpiş edilen istisnalar dışında yabancıların Türkiye sınırlarından içeriye girebilmek için yetkili Türk makamlarından vize almaları mecburidir. Vizesiz olarak Türkiye sınırlarına gelenlerin memleketeye kabulü ilgili emniyet makamlarının müsaadesine bağlıdır” denilmektedir.

nan kişilerden olmaması (Pasaport Kanunu m. 8)⁵⁹ gerekir. Bu şartların varlığı halinde yabancıların ülkeye girişi yasal olacağı için göçmen kaçakçılığı suçundan bahsedilmez.

b. Yabancıların Yasal Olmayan Yollardan Ülkede Kalmalarına İmkân Sağlamak

Mevzuatımızda yabancıların ülkede ikamet etmelerine ilişkin temel koşullar, 5683 sayılı Yabancıların İkamet ve Seyahatleri Hakkındaki Kanun'da düzenlenmiştir. Bunun yanında 442 sayılı Köy Kanunu⁶⁰ ve 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu'nda⁶¹ yabancıların ikametlerine ilişkin bazı özel düzenlemeler bulunmaktadır. Söz konusu kanunlarda yer alan şartlara uymaksızın bir yabancıların ülkede kalması yasal değildir.

⁵⁹ Türkiye'ye girmesi yasak olan kişiler, Pasaport Kanunu'nun 8. maddesinde; "1. Serseriler ve dilenciler;

2. Delilikle veya bulaşık hastalıkla malül olanlar (Bu gibilerden umumi sıhhati ve asayiş 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 Cumhuriyeti'nin taraf bulunduğu, mücrimlerin iadesine müteallik anlaşma veya antlaşmalarla iadeye esas olarak kabul edilen suçlardan birinden sanık veya hükümlü bulunanlar;

4. Türkiye'den sınır dışı edilmiş olup da avertedine müsaade edilmemiş bulunanlar;

5. Türkiye Cumhuriyeti'nin emniyetini ve umumi nizamını bozmak niyetiyle veya bozmak isteyenlere ve bozanlara iştirak veya yardım etmek maksadıyla geldikleri sezilenler;

6. Fahişeler ve kadınları fuhsa sevk ederek geçinmeyi meslek edinilenlerle 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 bulunduğu veya Türkiye'de yabancılarla kanunla menedilmemiş işlerden birini tutacaklarını ispat edemeyenler" şeklinde sayılmıştır.

⁶⁰ 18.03.1924 tarih ve 442 sayılı Köy Kanunu'nun 88. maddesinde; "Ecnebi tebaası köylerde ikamet etmek için Dâhiliye Vekâletinden resmi tezkere alacaklardır. Bu tezkerelerin verilip verilmemesi ve ikamet müddetlerinin azaltılıp çoğaltılması Dâhiliye Vekâletine aittir" denilmektedir.

⁶¹ 18.12.1981 tarih ve 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu'nun 9. maddesinde; "(...) b) Yabancı gerçek ve tüzelkişiler bu bölgede taşınmaz mal edinemezler. Yabancılar ait bölgedeki taşınmaz malların tasfiyesine karar vermeye, tasfiye şekil ve şartlarını tespitte Bakanlar Kurulu yetkilidir.

c) (1) Yabancılar izin almadan geçici dahi olsa bölgeye giremezler, oturamazlar, çalışamazlar ve taşınmaz mal kiralayamazlar.

(2) Görevli yabancı uyruklu sivil kişilere izinler garnizon komutanlığının görüşü alınarak valiliklerce verilir" denilmektedir.

5237 sayılı TCK'nın 79/1-(a) maddesinde; yasal olmayan yollardan bir yabancınnn ÷lkede kalmasına imkân sağlamak cezalandırılan hareketler arasında sayılmıştır. Bu seçimlik hareketin konusunu sadece yabancılar oluşturur. Vatandaşların Türkiye'de ikamet etmeleri herhangi bir izne tabi değildir. Anayasa'nın 23. maddesinin son fıkrasında da; vatandaşın sınır dışı edilemeyeceği açıkça belirtilmiştir.

765 sayılı TCK'da bu seçimlik hareket dolayısıyla failin cezalandırılabilmesi için, ÷lkede kalmasına imkân sağlanan kişilerin ÷lkeye yasadışı yollardan girmiş olmaları gerekmektedir. Buna karşılık, 5237 sayılı TCK'nın 79. maddesinde böyle bir şart aranmamıştır. Buna göre, ÷lkeye yasal yollardan girdikten sonra, sürekli oturma hakkı bulunmaması sebebiyle ÷lkeyi terk etmesi gerekmesine rağmen, ÷lkeyi terk etmeyen yabancınnn, ÷lkede kalmasına imkân sağlayan kişi göçmen kaçakçılığı suçunu işlemiş olur. Bu husus madde gerekçesinde; *“yasal olarak yurda girmiş olmakla beraber, Türkiye'de sürekli olarak oturmalarına yetkili mercilerce karar verilmemiş yabancıların ÷lkede kalmalarına imkân sağlamak da, bu suçu oluşturacaktır”* şeklinde ifade edilmiştir.

İmkân sağlamak, *“bir işin olmasına elverişli ortamı hazırlamak”* şeklinde tanımlanabilir. Buna göre, seçimlik hareket yönünden; yabancınnn ÷lkede kalabilmesi için maddi bir takım olanaklar sunulmuş olmalıdır. Örneğin, barınacak yer temin etmek, mütemadiyen yiyecek ve içecek getirmek, hatta para yardımımda bulunmak gibi. Buna karşılık, yabancıların yasadışı olarak ÷lkede kalmasının teşvik edilmesi, nasihat edilmesi gibi manevi yardımlar seçimlik hareket kapsamında değerlendirilmemelidir.⁶²

Göçmen kaçakçılığı, yasal olmayan yollardan bir yabancınnn ÷lkede kalmasına imkân sağlamak yönünden mütemadi suç niteliği taşımaktadır. Gerçekten hareketin yapılmasıyla tamamlanan ve icrası devam etmeyen suçlara *“ani suç”*, bununla beraber tipiklikteki hareketin yapılmasıyla tamamlanan ve icrası devam eden suçlara ise, *“mütemadi suç”* denir.⁶³ Mütemadi suçun tamamlanma ve bitme zamanları birbirinden farklıdır. Suçun bitme anı tamamlanma zamanından sonra gelir. *“Bitme anı... temadinin bittiği andır”*.⁶⁴

⁶² Doğan, s. 123.

⁶³ Bkz. Artuk / Gökcen / Yenidünya, *Genel Hükümler*, s. 408; Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)*, 3. Bası, Ankara 2006, s. 202.

⁶⁴ Kunter, Nurullah, *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi (Hareket-Netice-Sebebiyet*

Göçmen kaçakçılığı da, yabancının ülkede kalmasına imkân sağlanmasıyla tamamlanmışsa da bitmemiştir. Yabancı ülkede kalmaya devam ettiği sürece fiil temadi eder. Suçun bitme zamanı, yabancının ülkede kalmaya devam etmelerinin sona erdiği andır.⁶⁵

Yabancının ülkede yasal olmayan yollardan kalmasına imkân sağlanması hareketinin en azından temadi teşkil edebilecek bir süre devam etmesi gerekir.⁶⁶ Bu itibarla, kaçak olarak ülkede bulunan yabancılara bir defaya mahsus olmak üzere, maddi menfaat karşılığında yemek verilmesi bu suçu oluşturmaz.⁶⁷ Aynı şekilde yabancının sokakta kaldığını görüp acıyarak evine alan ve bu kişinin bu surette ülkede kalmasına imkân sağlayan kişinin eylemi de göçmen kaçakçılığı suçu kapsamında değerlendirilmemelidir. Ancak bu son ihtimalde yabancıya yardım eden kişinin derhal durumu yetkili makamlara bildirmesi gerekmektedir.

c. Türk Vatandaşı veya Yabancının Yasal Olmayan Yollardan Yurt Dışına Çıkmasına İmkân Sağlamak

TCK'nın 79. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde; Türk vatandaşı veya yabancının yasal olmayan yollardan yurt dışına çıkmasına imkân sağlamak yaptırım altına alınmıştır.

Alâkası), İstanbul 1955, s. 94.

⁶⁵ Doğan, s. 130.

⁶⁶ "Sanığın İstanbul'da çalışmak amacıyla yasadışı yollardan Türkiye'ye girmiş bulunan yabancı uyruklu 34 göçmeni Hatay ili Ovakent beldesinde bulunan evinde birkaç gün barındırması şeklindeki eyleminin, göçmenlerin nihai amacı ve sanığın evinde kalış süreleri de dikkate alındığında, ülkede kalmaya imkan sağlamaya teşebbüs aşamasında kaldığı" (Yarg. 8. CD'nin 02.04.2007 tarih ve 5743/2640 sayılı kararı); "Sanıkların yasal olmayan yollardan ülkeye girmiş bulunan bir kısım yabancıyı maddi menfaat elde etmek maksadıyla yurt dışına çıkmalarına imkan sağlamak amacıyla bir araca bindirip hareket ettikten bir süre sonra kolluk güçleri tarafından yakalanmış oldukları ve bu suretle işlemeyi kastettikleri suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başladıkları, ellerinde olmayan nedenlerle tamamlayamadıkları anlaşılmalı bulunması karşısında, sanıkların fiilinin TCK'nın 79/ 1-b madde, fıkra ve bendinde tanımlanan yabancının yurt dışına çıkmasına imkan sağlamaya teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeyerek, olayda ülkede kalmaya imkan sağlama amacının ve bu eyleminde var olması gereken temadi unsurunun bulunmadığı gözetilmeyerek yazılı şekilde hüküm kuruması oyçokluğuyla bozmayı gerektirmiştir" (Yarg. 8. CD 11.04.2006, 1631/3028).

⁶⁷ Doğan, s. 129.

Bu seçimlik hareket açısından suçun konusu yabancı olabileceği gibi Türk vatandaşı da olabilir.

765 sayılı TCK'nın 201/a maddesinde; daha önce ülkeye sokulmuş veya girmiş kaçak göçmenlerin suçun konusu olabilecekleri belirtilmişti. Bu itibarla, ülkeye yasal yollardan girmiş olan yabancıların veya vatandaşların yasal olmayan yollardan yurtdışına çıkarılmaları göçmen kaçakçılığı suçu kapsamında değerlendirilmemekteydi.⁶⁸

TCK'da ise böyle bir ayrıma yer verilmemiş, gerek yasal gerek yasadışı yollardan girmiş olan kişilerin yasal olmayan yollardan ülke dışına çıkarılmasına imkân sağlanması göçmen kaçakçılığı suçu kapsamında değerlendirilmiştir.

"Ülke dışına çıkmak", suçun konusunu oluşturan kişinin Türk ülkesi sınırlarından başka bir ülkenin egemenliği altındaki coğrafi alana girmesi ile tamamlanır. Ülkeden çıkışa ilişkin koşullar Pasaport Kanunu'nda düzenlenmiştir. Buna göre, öncelikle ülkeden çıkışın belirlenen çıkış kapılarından yapılması (m. 1/1) ve pasaport bulundurulması (m. 2/1) gerekir. Ülkeye girişten farklı olarak çıkışta vize şartı aranmamaktadır (m. 7/1). Bu şartlar yerine getirilmeksizin kişilerin ülke dışına çıkmasına imkân sağlanması durumunda, göçmen kaçakçılığı suçu oluşacaktır.

Pasaport Kanunu'nun 22. maddesinde, yurt dışına çıkmaları, mahkemelerce yasaklananlara, memleketten ayrılmalarında genel güvenlik bakımından mahzur bulunduğu İçişleri Bakanlığınca tespit edilenlere, pasaport veya seyahat vesikası verilmeyeceği ve bu surette bu kişilerin yurt dışına çıkışlarının engelleneceği belirtilmiştir.

Bunun yanında 5271 sayılı CMK'nın 109. maddesinde, şüpheli veya sanık hakkında mahkeme tarafından yurt dışına çıkış yasağı getirilebileceği hüküm altına alınmıştır. Buna göre, gerek Pasaport Kanunu'nun 22. gerek CMK'nın 109. maddesine göre, yurt dışına çıkmaları yasaklanmış kişilerin yasal olmayan yollardan yurtdışına çıkmalarına imkân sağlayan kişiler de göçmen kaçakçılığı suçundan sorumlu tutulmalıdır.⁶⁹

Bunun dışında yukarıda da belirttiğimiz gibi, yurt dışına çık-

⁶⁸ Hakeri, s. 6; Arslan, s. 293; Doğan, s. 121.

⁶⁹ Doğan, s. 121, 122.

maya imkân sağlama fiili sadece maddi olanaklar açısından değerlendirilmeli,⁷⁰ kişilerin yasal olmayan yollardan yurtdışına çıkmalarını teşvik eden, nasihat eden kişiler ise, göçmen kaçakçılığı suçundan sorumlu tutulmamalıdır. Ancak şunu da belirtmeliyiz ki, kişilerin yasal olmayan yollardan yurt dışına çıkması konusunda teşvikte bulunan ya da bu kararı kuvvetlendiren kişilerin Pasaport Kanunu çerçevesinde yardım eden olarak sorumlulukları devam etmektedir.

Alman hukukunda yukarıda da belirttiğimiz gibi, yasadışı yollardan bir kişinin ülkeye girmesine azmettiren kişiler de göçmen kaçakçılığı suçundan sorumlu tutulmaktadır.

B. Fail

TCK'nın 79. maddesinde faili belirtmek üzere "kişi" terimi kullanıldığından, göçmen kaçakçılığı suçu herkes tarafından işlenebilen bir suçtur. Suçun failinin Türk veya yabancı olması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Suçun gerçekleşmesi için birden fazla kişinin birlikte hareket etmesi aranmadığından, çok failli suç niteliği taşımaktadır. Buna karşılık, suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi, 79. maddenin 2. fıkrası uyarınca daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Failin kamu görevlisi olması ve kendisine görevi dolayısıyla verilmiş araç ve gereçleri suçun işlenmesi sırasında kullanması halinde, TCK'nın 266. maddesi uyarınca ceza artırılabacaktır.

Suçun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde tüzel kişinin organ veya temsilcileri tarafından işlenmesi halinde tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirleri uygulanacaktır (m. 79/3). Örneğin, denizcilik şirketine ait bir gemi ile kaçak yollardan insanlar ülkeye so-

⁷⁰ "Sanıklar M. ve B.'nin illegal yollardan Türkiye'ye giriş yapan ve Yunanistan ülkesi Midilli adasına gitmek isteyen Afganistan uyruklu 10 göçmeni alıp, 13.08.2004 tarihinde ... sahile getirerek bıraktıkları ve botla Midilli adasına gidebileceklerini belirttikleri, yine 12.09.2004 tarihinde sanık B'ün illegal yollardan Türkiye'ye giriş yapan ve İstanbul'dan Balıkesir ili Edremit ilçesine gitmelerini sağladığı 4 Afganistan uyruklu göçmeni Çanakkale ilinin ... mevkiindeki sahile getirip "karşısı Yunanistan, şişme bot ile geçersiniz" diyerek olay yerinden ayrıldığı, ancak sınırı kendi imkanları ile geçemeyen göçmenlerin sahilde kolluk görevlilerince yakalandığının anlaşılması karşısında, sanıkların eylemlerinin göçmenlerin yurt dışına çıkmalarına imkan sağlama niteliğinde olup, suçun tamamlandığı..." (Yarg. 8. CD 27.02.2007, 5435/1576).

kulmuşsa, suçun faili olan kişiler 79. maddede belirtilen ceza ile cezalandırılacak, tüzel kişi olan şirkete ait geminin ise müsadereesine karar verilecektir.⁷¹ Ancak bu aşamada müsadereye ilişkin şartların gerçekleşmiş olması özellikle de müsadere konusu geminin iyi niyetli üçüncü kişilere ait olmaması ve orantılılık ilkesinin gözetilmesi gerekir.

C. Mağdur

Göçmen kaçakçılığı suçunun mağduru, toplumu oluşturan herkeştir.⁷² Nitekim bu suç ile asıl korunmak istenen yarar, kamu düzeni, devletin güvenliği olup, suçun konusunu oluşturan yabancı veya vatandaş değil, toplumu oluşturan bireyler mağdurdur. Yargıtay 8. Ceza Dairesi de, 25.04.2006 tarih ve 2028/3617 sayılı kararında; göçmen kaçakçılığı suçunun “yasal mağdurunun uluslararası toplum olduğu”nu belirtmiştir.

D. Konu

Göçmen kaçakçılığında yasal olmayan yollardan ülkeye sokulan yabancı veya yurt dışına çıkarılan Türk veya yabancı, suçun konusunu oluşturmaktadır (TCK m. 79). Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 25.04.2006 tarih ve 2028/3617 sayılı ilamında da; “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'nın 61 inci maddesi uyarınca alt sınırdan uzaklaşarak ceza tayin edilmesini gerektireceği gözetilmeden, zincirleme suç kabulü ile 5237 sayılı TCK'nın 43/2. madde ve fıkrasının uygulanması suretiyle ceza tayini (...) bozmayı gerektirmiştir” denilmek suretiyle göçmen kaçakçılığındaki bu özellik ortaya konulmuştur.

Göçmen kaçakçılığında, göçmenler, insan onuruyla bağdaşmayan tutum ve davranışlara muhatap olmaları, içinde buldukları çaresizlikten istifade edilerek maddi yönden sömürülmeleri dolayısıyla suç-

⁷¹ Doğan, s. 106.

⁷² Tezcan / Erdem / Önok'a göre, göçmenler suçun hem konusu hem de mağdurdur. Tezcan / Erdem / Önok, s. 89, 90; Aynı yönde bkz. Artuç, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s. 56.

tan zarar gören konumundadırlar ve suçun konusunu oluştururlar. Bu çerçevede yasal olmayan yollardan ülkeye sokulması veya ülkede kalmasına imkân sağlanması bakımından yabancılar; yurtdışına çıkmasına imkân sağlanması açısından hem Türk vatandaşları hem de yabancılar suçun konusu olarak karşımıza çıkar.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, 79. maddenin 1. fıkrası açısından, Türklerin suçun konusu olması mümkün değildir. Zira Anayasa'nın 23. maddesinin son fıkrasında; vatandaşın sınır dışı edilemeyeceği ve yurda girme hakkından yoksun bırakılmayacağı belirtilmiştir. Her ne kadar Türk vatandaşı yasal olmayan yollardan Türkiye'ye geldiğinde göçmen kaçakçılığı suçunun faili ya da konusu olmazsa da, Pasaport Kanunu'nun ilgili düzenlemeleri kapsamında cezai sorumluluğu gündeme gelebilir.

Göçmen kaçakçılığının konusunu oluşturan göçmenlerin, TCK'nın 79. maddesinden dolayı cezalandırılması mümkün değildir. Nitekim Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol'ün 5. maddesinde, göçmenlerin, göçmen kaçakçılığı suçunun konusu olmaları dolayısıyla cezai kovuşturmaya tabi tutulmayacakları belirtilmiştir. Ancak bu kişilerin Pasaport Kanunu'nun 34. maddesi uyarınca cezai sorumlulukları devam etmektedir.⁷³

Her ne kadar 79. maddenin başlığı "göçmen kaçakçılığı" ise de, suçun konusunu göçmenlerin yanı sıra mülteciler, sığınmacılar ve vatan-sızlar da oluşturmaktadır.

"Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere

⁷³ "1- Olay tarihinde Koyunbaba mevkiinde yurtdışına çıkış yapacağı belirlenen yabancı uyruklu 40 kişinin yakalandığı ve bu şahıslar hakkında 5682 sayılı Pasaport Kanununa Muhalefet suçundan işlem yapıldığının anlaşılması karşısında, yabancı uyruklu şahıslar hakkında açılan dava dosyasının getirilerek delillerin birlikte değerlendirilmesiyle sanığın hukuki durumunun buna göre tayin edilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması;

2- Kabule göre de;

765 sayılı TCK'nın 201/a maddesiyle 5237 sayılı TCK'nın 79/1-b maddesinin karşılaştırılıp 201/a maddesinin sanık lehine olduğunun belirlenmesine ve buna göre önceki yasa sonraki yasa değerlendirilmesinde kül halinde uygulama yapılması gerekirken, hükme 5237 sayılı yasanın 79/1-b maddesiyle başlanması ve ardından da 765 sayılı Kanun'un 201/a maddesiyle hükme devam edilmesi ve bundan sonra da 5237 sayılı yasanın 53. maddesine dönmek suretiyle cezalandırma karma uygulama yapılması" (Yarg. 8.CD 22.12.2005, 2513/12505).

Türkiye’den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik’in⁷⁴ (İskan Yönetmeliği) 3. maddesinde; mülteci, sığınmacı ve mülteci olmak üzere ikili ayrıma tabi tutularak tanımlanmıştır.

Buna göre, mülteci; *“Avrupa’da meydana gelen olaylar sebebiyle ırkı, dini, milliyeti, belirli bir toplumsal gruba üyeliği veya siyasi düşünceleri nedeniyle takibata uğrayacağından haklı olarak korktuğu için vatandaşı olduğu ülke dışında bulunan ve vatandaşı olduğu ülkenin himayesinden istifade edemeyen veya korkudan dolayı istifade etmek istemeyen ya da uyruğu yoksa ve önceden ikamet ettiği ülke dışında bulunuyorsa oraya dönmeyen veya korkusundan dolayı dönmek istemeyen yabancı”* anlamına gelmektedir.

Sığınmacı ise; *“ırkı, dini, milliyeti, belirli bir toplumsal gruba üyeliği veya siyasi düşünceleri nedeniyle takibata uğrayacağından haklı olarak korktuğu için vatandaşı olduğu ülke dışında bulunan ve vatandaşı olduğu ülkenin himayesinden istifade edemeyen veya korkudan dolayı istifade etmek istemeyen ya da uyruğu yoksa ve önceden ikamet ettiği ülke dışında bulunuyorsa oraya dönmeyen veya korkusundan dolayı dönmek istemeyen yabancı”* ifade etmektedir.

Yasadışı yollardan Türkiye’ye gelen mültecilerle ilgili olarak İskan Yönetmeliği’nin 4. maddesinde bir istisna hüküm bulunmaktadır.⁷⁵ Buna göre, yasal olmayan yollardan Türkiye’ye gelenler, giriş yaptıkları yer valiliklerine en geç 10 gün içerisinde müracaat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulabilmektedirler. Ancak bu imkândan sadece Türkiye’ye yasadışı yollardan gelen mülteciler faydalanabilirler. Yasal olmayan yollardan gelen mülteci, yönetmelikte belirlenen on günlük süre içerisinde giriş yaptığı yer valiliğine bildirimde bulunmazsa, hakkında 5682 sayılı Pasaport Kanunu ile 5683 sayılı Yabancıların

⁷⁴ 30.11.1994 tarih ve 22127 sayılı *Resmi Gazete*.

⁷⁵ Bu konu ile ilgili olarak, Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme’nin 31 inci maddesinin birinci fıkrasında; *“Taraf Devletler, hayatlarının veya özgürlüklerinin, 1. maddede gösterilen şekilde tehdit altında bulunduğu bir ülkeden doğrudan gelerek izinsizce kendi topraklarına giren veya bu topraklarda bulunan mültecilere, gecikmeden yetkili makamlara başvurarak yasadışı girişlerinin veya bulunuşlarının geçerli nedenlerini göstermeleri koşuluyla, yasadışı yollardan girişleri veya bulunuşlarından dolayı ceza vermeyeceklerdir”*. Bu sözleşme Türkiye tarafından 359 sayılı kanunla onaylanmış ve 5 Eylül 1961 tarih ve 10898 sayılı *Resmi Gazete*’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun hükümlerine göre işlem yapılır.

Hiçbir devletin, kendi vatandaşlığına kabul etmediği veya vatandaşlığı olmakla birlikte, bu vatandaşlığını yasal olarak ya da fiili sebeplerle kaybettikten sonra herhangi bir devletin vatandaşlığını kazanmamış olan kimseler yani “vatansızlar” da göçmen kaçakçılığı suçunun konusunu oluşturabilirler⁷⁶. Her ne kadar 79 uncu maddede yasal olmayan yollardan yabancıların ülkeye girmesi, yabancıların ülkede kalmasına imkân sağlanması ya da ülkeden çıkmasına imkân sağlanmasından bahsedilmişse de, göçmen kaçakçılığı ile korunmak istenen hukuki menfaat göz önüne alındığında, vatansızların da bu suçun konusu olmaları mümkündür.

E. Suçun Nitelikli Unsurları

TCK’nın 79. maddesinin 2. fıkrasında, göçmen kaçakçılığı suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hali, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Bu gibi durumlarda, faile verilecek ceza yarı oranında artırılır.⁷⁷ Söz konusu nitelikli hal, 765 sayılı TCK’nın 201/a maddesinde de yer almaktaydı.

TCK’nın 220. maddesinde, suç işlemek amacıyla örgüt kurma veya yönetme, üye olma, örgütün veya amacının propagandasını yapma suçları düzenlenmiştir.

Bu hüküm, birden çok kişinin bir seri suç işlemek amacıyla bir araya gelmelerini cezalandırmaktadır. Zira suç işlemek için oluşturu-

⁷⁶ Doğan, s. 101.

⁷⁷ “Yasadışı yollardan Türkiye’ye giren şahısların yurt dışına çıkarmak amacı ile Seferihisar, Sığacık limanında bekleyen tekneye bindirmek için İstanbul’dan Seferihisar’a getirdiklerinde yakalanan sanıklar hakkında uygulanan TCK m. 201/a maddesinin son fıkrasında ağırlatıcı neden olarak bulunan “örgüt”ten eylemsiz bir anlaşmanın kastedilmediği, Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesi’nin 1. maddesinde tanımlanan örgütlü suç kavramından aynı Sözleşmeye Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol’ün 1. maddesiyle birlikte yorumlanmasında örgütten kastedilen maddi çıkar elde etmek amacıyla varolan üç veya daha fazla kişiden oluşan hiyerarşik biçimde yapılanmış sürekli ve disiplinli bir işbirliği öngörmesi ve amaca yönelik suçları işlemek için oluşturulmuş bir grubun anlaşılması gerekmesi karşısında son fıkrada yer alan ağırlatıcı nedenin uygulanması bozmayı gerektirmiştir” Yarg. 8. CD’nin 05.04.2005 tarih ve 341/2011 sayılı kararı, karar için bkz. Doğan, s. 151.

rulmuş bir örgütün varlığı, toplum içerisinde karışıklığa ve endişeye sebep olacaktır. Örgütün işlemeyi düşündüğü suçlardan bağımsız olarak bizatihi kurulmuş olması, kanunkoyucu tarafından toplum düzenini bozucu nitelikte görülmüş ve bu suç ihdas edilmiştir.

Örgüt kurma suçu “çok failli” bir suç tipidir. Kanuni tarife göre, bir kimse tarafından işlenmesi mümkün olan suçlara bireysel ya da tek failli suçlar, tipe uygun bir surette işlenebilmeleri için birden fazla failin bulunması şart olan suçlara ise, toplu veya çok failli suçlar denmektedir. Örgüt kurma suçunda da “örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması” hususuna yer verildiğinden, suçun oluşması belirtilen amaçla ancak bu sayıda kimselerin birleşmesi halinde mümkündür. Hatta başlangıçta var olan üye sayısı daha sonradan yasada aranan sayının altına indiği takdirde de, örgüt kurma suçunun sona erdiğini kabul etmek gerekir.

Örgütün sürekli bir şekilde suç işlemek amacıyla kurulması gereklidir. Bu birleşmenin şekli ve niteliği, toplantı yapıp yapmaması vs. önemli değildir. Önemli olan “sürekli bir şekilde suç işlemek” amacıyla bir araya gelmedir.⁷⁸ Suç tipi, “sürekli bir şekilde suç işlemek” amacıyla faillerin iradelerinin birleşmesi anında tekemmül etmiş olur ve bu andan sonra “mütemadi suç” olarak devam eder.⁷⁹

Örgüt, süreklilik arz eden, kendisini oluşturanlar arasında planlı ortaklık, iş bölümü bulunan, başında bir lider olan ve en az üç kişiden oluşan, suç işlemek için kurulmuş bir yapılandır. Teşekkülü oluşturanların suç işlemek için anlaşmış olmaları aranır.⁸⁰ Failler, suç işlemek için kurulmuş bir örgüte üye olduklarını bilerek hareket etmeli, eylemleri suç örgütünün faaliyetlerini ileri götürmeye yönelik olmalıdır.

Örgüt belirtilen özellikleri ile gelişi güzel fiili bir birliktelik değil, suç işlemek amacı doğrultusunda dayanışma, organizasyon ve koordinasyonu içeren disiplinli bir yapıdır. Yargıtay 8. CD'nin 22.5.2000

⁷⁸ Erem, Faruk, *Türk Ceza Kanunu Şerhi. Özel Hükümler*, C.: II, Ankara 1993, s. 1625; “Sanıklar önceden anlaşıp organize olmadan suç oluşmaz” Yarg. 8. CD 22.5.2000, 10828/9312 Ünver, Naci, Uygulamada Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri Ve Cürüm İşlemek İçin Teşekkül Oluşturmak, Ankara 2001, s. 67 vd.

⁷⁹ Gözübüyük, A. Pulat, *Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi*, Cilt: III, 5. Baskı, İstanbul, s. 195; Erem, II, s. 1626.

⁸⁰ Meran, Necati, *Açıklamalı-İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu*, 2. Bası, Ankara 2007, s. 1091.

tarikh ve 10828 E.,9312 K. sayılı ilamında bu hususa işaret edilmiştir.⁸¹

Bir başka Yargıtay kararına göre; kişilerin aralarında önceden anlaşıl iş bölümü ve hiyerarşik bir yapı içerisinde süreklilik gösterecek şekilde planlı bir ortaklık ve paylaşım anlayışıyla belirlenmiş sayıdaki suçları işlemek amacı etrafında birleşip birleşmedikleri tartışılmalıdır.⁸²

Örgütün esas vazgeçilmez özelliği, sürekliliği, istikrarıdır. Örgüt amaçlanan suçların işlenmesi aşamalarından bağımsız olarak zaman içinde varlığını sürdürmelidir. Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına göre, suç basit birleşmeden ayıran devamlılık, birden fazla suç için olma ve sürekliliktir.⁸³

Suç işlemek için örgüt kurma suçunun oluşabilmesi için fiili birleşme yeterlidir, ancak hukuka uygun şekilde kurulmuş olan veya hukuka uygun amaçlar çerçevesinde faaliyet gösteren kuruluşlar veya oluşumlar bünyesinde işlenmiş münferit suçlar dolayısıyla bunları "suç örgütü" saymak mümkün değildir. Çünkü bu ihtimalde bir araya gelme suç işlemek amacına yönelik bulunmadığından, sadece ilgili suç işleyen kimsenin münferit o suçla ilgili sorumluluğuna gidilmesi gerekir.

Örgütün bir diğer önemli özelliği bu yapının "hiyerarşik" bir ilişki ortaya koymasıdır. Yatay ilişkiler bir örgütün varlığını sonuçlayamaz. Yargıtay kararlarında bu hususa özel bir önem verilmektedir:

"5237 sayılı Yasanın 220. maddesi anlamında bir örgütün varlığından bahsedebilmek için; en az üç kişinin, suç işlemek amacıyla hiyerarşik bir ilişki içerisinde, devamlı bir şekilde amaç suçları işlemeye elverişli araç ve gerece sahip bir şekilde bir araya gelmesi gerekmektedir.

Tanımdan da görüleceği üzere suç işlemek için örgüt kurmak suçundan bahsedilebilmesi için,

a) Üye sayısının en az üç veya daha fazla kişi olması gerekmektedir.

b) Üyeler arasında gevşek de olsa hiyerarşik bir bağ bulunmalıdır. Örgütün varlığı için soyut bir birleşme yeterli olmayıp, örgüt yapılanmasına bağlı

⁸¹ Karar için bkz. Ünver, s. 67 vd.

⁸² Yargıtay 8. CD'nin 10.7.2000 tarih ve 10810 E.,13581 K. sayılı kararı.

⁸³ Yargıtay 8. CD 11.7.1997, 9489/11420; Yargıtay 8. CD 26.11.2001, 14218/16512.

olarak gevşek veya sıkı bir hiyerarşik ilişki olmalıdır.

c) Suç işlemek amacı etrafında fiili bir birleşme yeterli olup, örgütün varlığının kabulü için suç işlenmesine gerek bulunmadığı gibi işlenmesi amaçlanan suçların konu ve mağdur itibariyle somutlaştırılması mümkün olmakla birlikte, zorunluluk arz etmemektedir. Örgütün faaliyetleri çerçevesinde suç işlenmesi halinde, fail, örgütteki konumuna göre, üye veya yönetici sıfatıyla cezalandırılmasının yanında, ayrıca işlenen suçtan da cezalandırılacaktır.

d) Örgüt niteliği itibariyle devamlılığı gerektirdiğinden, kişilerin belli bir suçu işlemek veya bir suç işlemek için bir araya gelmesi halinde, örgütten değil ancak iştirak iradesinden söz edilebilecektir.

e) Amaçlanan suçları işlemeye elverişli, üye, araç ve gerece sahip olunması gerekmektedir.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde, sanıkların sayısının örgüt kurmaya yeterli olduğu ve uyuşturucu ticareti yapma suçu yönünden elverişli üye, araç ve gerece sahip bulunduğu saptanmış ise de, toplanan kanıtlar, özellikle teknik takip sonucu elde edilen bilgi ve belgeler, sanıklar arasında hiyerarşik bir bağ bulunduğu veya suç işleme iradelerinde devamlılık bulunduğunu kabule elverişli değildir. Ceza yargısında, şüphenin sanıklar lehine yorumlanması, evrensel hukukun vazgeçilmez ve değişmez, ilkesidir.

Bu itibarla Özel Daire bozma ilamına uyulması gerekirken, dosya içeriğiyle bağdaşmayacak şekilde, kuşkulu kanıt manzumesinden, sanıklar aleyhine sonuç çıkaran Yerel Mahkeme direnme hükmü evrensel hukuk ilkelerine de aykırı olup, bozulmasına karar verilmelidir".⁸⁴

⁸⁴ Yarg. CGK'nın 03.04.2007 tarih ve 2006/10-253-2007/80 sayılı kararı; "5237 sayılı TCK'nın 220. maddesinde düzenlenen "suç işlemek için örgüt kurmak" suçunun işlendiğinin ve örgütün varlığının kabul edilebilmesi için, üye sayısının en az üç kişi olması, suç işlenmesi bile suç işlemek amacı etrafında fiili bir birleşmenin olması, niteliği itibariyle devamlılık göstermesi gerekir. Örgütün yapısı sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından, amaçlanan suçları işlemeye elverişli olması da aranmalıdır. Örgüt yapılanmasında işlenmesi amaçlanan suçların konu ve mağdur itibariyle somutlaştırılması mümkün, ancak zorunlu değildir. Soyut olarak sanık sayısının üç kişi veya daha fazla olması örgütün varlığı için yeterli olmayıp bu durumda iştirak ilişkisinden söz edilebilir.

Somut olaya bakıldığında; henüz haklarında dava tefrik edilen sanıkların ele geçirilip savunmalarının alınmamış olması, sanıkların aralarında hiyerarşik ilişki ve suç işleme iradesindeki devamlılık saptanmamış olması karşısında, sanıklar hakkında 5237 sayılı TCK'nın 188/5. maddesinin uygulanması koşulları bulunmadığının gözetilmemesi..." Yarg. 10. CD'nin 14.12.2006 tarih ve 2006/12357-2006/14253; "Somut olaya bakıldığında; sanıkların örgüt oluşturmak için sayısal

220. madde kapsamında örgütün varlığı için işlenmesi amaçlanan suçların konu veya mağdur itibarıyla somutlaştırılmasına ihtiyaç yoktur. Esasen kişiler belli bir suçu işlemek için bir araya gelmişlerse, bu durumda 220. madde çerçevesinde örgüt söz konusu olmayacak, mesele iştirake ilişkin genel hükümlere göre çözülecektir. İştirak ilişkisinin söz konusu olduğunun kabul edilebilmesi için, suç ortakları nezdinde suçun konu veya mağdur bakımından somutlaştırılması gerekmektedir.⁸⁵

Buna göre, göçmen kaçakçılığı suçunu işleyen birden fazla kişi arasında hiyerarşik bir ilişki bulunmaksızın, sadece belli bir anlaşmanın sonucunda suç işlenmiş ise, söz konusu nitelikli hal uygulanmayacak, faillerin sorumlulukları TCK'nın 37 vd. maddelerinde yer alan iştirak kuralları çerçevesinde belirlenecektir.⁸⁶

Sınraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin "tanımlar" başlıklı 2. maddesinde; "Örgütlü suç grubu", "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

yeterlikte olduğu anlaşılmakta ise de, aralarında hiyerarşik ilişki ve suç işleme iradelerinde devamlılık saptanmadığı anlaşılmaktadır. Açıklanan durum karşısında sanıklar hakkında 5237 sayılı TCK'nın 220. maddesinin uygulanmasının koşulları bulunmadığı gözetilmeden 5237 sayılı TCK'nın 188/5. maddesinin uygulanması" Yarg. 10. CD'nin 19.10.2006 tarih ve 2006/9449, 2006/11838 sayılı kararı.

⁸⁵ Gökçen, Ahmet, *Kamu Barışına Karşı Suçlar* (m. 213-222), www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/118.doc. (Erişim Tarihi:14.08.2008), s. 15.

⁸⁶ "Yasadışı yollardan Türkiye'ye giren şahısları yurt dışına çıkarmak amacı ile Seferihisar Sığacak limanında bekleyen tekneye bindirmek için İstanbul'dan Seferihisar'a getirdiklerinde yakalanan sanıklar hakkında uygulanan TCK'nın 201/a maddesinin son fıkrasında ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiş bulunan "örgüt" ten eylemsiz bir anlaşmanın kastedilmediği, sınraşan örgütlü suçlara karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin 1. maddesinde tanımı yapılan örgütlü suç kavramının, aynı sözleşmeye ek, Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokolün 1. maddesiyle birlikte yorumlanmasında örgütten kastedilenin maddi çıkar elde etmek amacıyla var olan üç veya daha fazla kişiden oluşan hiyerarşik biçimde yapılanmış sürekli ve disiplinli bir işbirliği öngörmesi ve amaca yönelik suçları işlemek için oluşturulmuş bir grubun anlaşılmasının gerekmesi karşısında, oluşa göre sadece bu göçmen grubunu sınırdan geçirmek üzere bir araya gelen sanıkların durumu örgüt oluşumuna yeterli olmadığı ve suçu iştirak halinde işledikleri anlaşılan sanıklar hakkında TCK'nın 201/a maddesinin son fıkrasının uygulanamayacağına gözetilmemesi..." Yarg. 8. CD'nin 05.04.2005 tarih ve 341/2011 sayılı kararı.

daha fazla kişiden oluşan yapılanmış bir grup" şeklinde tanımlanmıştır.

Görüldüğü gibi, TCK'nın 220. maddesinden farklı olarak, Sözleşme'nin 2. maddesinde örgütün varlığı için, "doğrudan veya dolaylı olarak mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek amacıyla" hareket edilmesi aranmaktadır. 220. maddede ise, Sözleşmede yer almayan "sahip olduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olma" şartı bulunmaktadır.

Buna göre, göçmen kaçakçılığı suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda acaba örgütün varlığı için 220. madde mi, yoksa Sözleşme'nin 2. maddesi mi göz önünde bulundurulacaktır. Anayasa'nın 90. maddesinde; "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır" hükmü yer almaktadır.

Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir sözleşme olması dolayısıyla, göçmen kaçakçılığı suçuna ilişkin mahkeme tarafından yapılan yargılamada örgütün varlığının tespiti açısından öncelikli olarak Sözleşme hükümlerinin dikkate alınması yerinde olur.⁸⁷

765 sayılı TCK'da, göçmen kaçakçılığı suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda, failere verilecek cezanın bir kat artırılacağı belirtilmiş, buna karşılık 5237 sayılı TCK'nın 79. maddesinde bu gibi durumlarda cezanın yarı oranında artırılması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme karşısında 5237 sayılı TCK'nın bu açıdan sanığın daha lehine hüküm içerdiği söylenebilir.

⁸⁷ Nitekim Yargıtay da 765 sayılı TCK döneminde bu hususu vurgulamıştır: "TCK m. 201/a maddesinin son fıkrasında ağırlatıcı neden olarak bulunan "örgüt"ten eylemsiz bir anlaşmanın kastedilmediği, Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesi'nin 1. maddesinde tanımlanan örgütlü suç kavramından aynı Sözleşmeye Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol'ün 1. maddesiyle birlikte yorumlanmasında örgütten kastedilen maddi çıkar elde etmek amacıyla varolan üç veya daha fazla kişiden oluşan yapılanmış bir grubun anlaşılması gerekmesi karşısında aynı yasanın 313/1. madde ve fıkrasına aykırılıktan hüküm kurulmayacağına gözetilmemesi bozmayı gerektirmiştir" Yarg. 8. CD'nin 07.07.2004 tarih ve 2003/3622-2004/6288 sayılı kararı, karar için bkz. Doğan, s. 151. Doğan'a göre, sadece ülkemiz çapında işlenen suçlarda 5237 sayılı TCK. m.220'nin göz önünde bulundurulması gerekir. Bkz. Doğan, s. 152.

2. Manevi Unsurlar

Göçmen kaçakçılığı, kasten işlenebilen bir suçtur. Fiilin taksirli şekli cezalandırılmamıştır.⁸⁸ Ayrıca failin “doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla” hareket etmesi arandığından, bu saik suçun manevi unsurlarındandır. Menfaatin elde edilmesi, örneğin kararlaştırılan paranın alınmış olması, suçun oluşması için gerekli değildir. Eğer failin amacı, mağdurdan cinsel yönden yararlanmak gibi maddi menfaat elde etmek dışında bir amaca yönelikse, bu suç oluşmayacaktır.⁸⁹ Zira maddede açıkça failin maddi menfaat elde etmek maksadıyla hareket etmesi gerektiği belirtilmiştir. 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 imkân sağladığı için göçmen kaçakçılığı suçundan sorumlu tutulur.

Faildeki maddi yarar elde etme saiki ve suçun konusunu oluşturulan kişinin bu fiillere rıza göstermesi, göçmen kaçakçılığı suçunu diğer suçlardan ayırmaya yarar. Bu nedenle “zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, esarete veya benzeri uygulamalara tabi kılmak” veya “vücut organlarının verilmesini sağlamak” ya da “fuhuş için kullanmak veya fuhuş yapmasını sağlamak” amacıyla kişilerin ülkeye sokulması halinde, insan ticareti suçu oluşacaktır.⁹⁰

Göçmen kaçakçılığı suçunun “olası kastla” işlenip işlenemeyeceği hususu üzerinde de durmak gerekir. Esasen kasten işlenebilen bir

⁸⁸ “Sanığın, sanık E.E. liderliğinde göçmen kaçakçılığı yapmak üzere oluşturulan teşekkülde yer aldığına ve suçta kullanılan tekneyi göçmen kaçakçılığında kullanılacağına bilerek kiraladığına ilişkin mahkumiyetine yeterli, her türlü kuşkudan uzak, kesin ve inandırıcı kanıt bulunmadığı gibi, dosyaya ibraz edilen teknenin kiralanmasına ilişkin belgenin de aksinin ispatlanamaması olması karşısında, beraati yerine yazılı biçimde mahkumiyetine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir” Yarg. 8. CD’nin 03.05.2004 tarih ve 1488/4062 sayılı kararı, karar için bkz. Doğan, s. 134.

⁸⁹ Tezcan / Erdem / Önok, s. 95; Turhan, s. 9; Doğan, s. 134,135; Artuç, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s. 59; Yarg. 8. CD’nin 25.10.2004 tarih ve 6004/8050 sayılı kararında; sanıkların göçmenleri yurt dışına çıkarmak karşılığında cinsel ilişkiye girmelerini, maddi yarar sağlama kapsamında değerlendirmemiştir. Karar için bkz. Erel, s. 281.

⁹⁰ Turhan, s. 9; Doğan, s. 134.

suç (TCK m. 21), kural olarak doğrudan kastla işlenebileceği gibi olası kastla da işlenebilir. Yeter ki, suçun kanuni tanımında doğrudan kasta işaret eden bir ibareye yer verilmemiş olsun.⁹¹ Eğer böyle bir ibare yer almışsa, o suç olası kastla işlenemez, sadece doğrudan kastla işlenebilir.

Örneğin, TCK m. 154/2 (köy tüzel kişiliğine ait olduğunu veya öteden beri köylünün ortak yararlanmasına terk edilmiş bulunduğunu bilerek), 197/2 (sahte parayı bilerek kabul eden), 267 (işlemediğini bildiği halde), 315 (bunların amaçlarını bilerek), 321 (devletin yetkili makam ve mercilerinin emir veya kararlarına bilerek) bu niteliktedir.

Göçmen kaçakçılığına ilişkin 79. madde düzenlemesi incelendiğinde doğrudan kasta işaret eden bir ibareye rastlanmamaktadır. Bu itibarla suçun olası kastla işlenmesinin mümkün bulunduğu düşünülebilir. Ne var ki, göçmen kaçakçılığı suçunun manevi unsuru yönünden taşıdığı bir diğer özellik olası kastla işlenmesini olanaklı kılmamaktadır. Gerçekten tipiklikte, fiilin belirli bir amaç veya saikle işlenmiş olmasının arandığı hallerde de, suçun olası kastla işlenemeyeceği kabul edilmelidir.⁹²

Göçmen kaçakçılığı suçunda da kanunkoyucu failin kastı dışında, belirli saikle hareket etmesini aramıştır. Bu saik madde metninde; *“doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek”* şeklinde gösterilmiştir. Şu halde, belirli bir amaca ulaşmak, neticeyi elde etmek (suçun oluşması bu amaçların elde edilmesine bağlı olmasa da) düşüncesiyle hareket eden failin, *“olursa olsun”* düşüncesinden ziyade *“istemese”* mevzubahistir ve olası kasttan dolayı (m. 21/2) cezasının indirilmesi mümkün görülmemelidir.

V. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

1. Teşebbüs

765 sayılı TCK'nın 201/a maddesinin 2. fıkrasında; göçmen kaçakçılığı suçuna teşebbüs edenlerin de tamamlanmış suçun cezası ile ce-

⁹¹ Özgenç, s. 297; Centel / Zafer / Çakmut, s. 386 vd.; Demirbaş, s. 342.

⁹² Demirbaş, s. 342; Artuk / Gökçen / Yenidünya, *Genel Hükümler*, s. 466; Özbek, Veli Özer, *TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı*, Cilt:1, 3. Baskı, Ankara 2006, s. 288.

zalandırılacağı belirtilmişti. Kanun koyucunun bir suçun teşebbüs aşamasında kalan halini tamamlanmış suç gibi cezalandırmasına doktrinde kalkışma suçu (teşebbüs suçu) denilmektedir.⁹³ Görüldüğü gibi, 765 sayılı TCK döneminde göçmen kaçakçılığı suçu kalkışma suçu özelliğini taşımakta ve teşebbüs aşamasında kalan eylem tamamlanmış gibi cezalandırılmaktaydı.⁹⁴

Göçmen Kaçakçılığına Karşı Ek Protokol'ün 6. maddesinin 2. fıkrasında; protokole taraf her devletin kendi hukuk sisteminin temel kavramlarına bağlı kalmak kaydıyla, göçmen kaçakçılığına teşebbüsü de cezalandırması gerektiği belirtilmiştir. Ancak dikkat etmek gerekir ki, protokolde göçmen kaçakçılığına teşebbüsün tamamlanmış suç ile aynı şekilde cezalandırılması yönünde bir hüküm bulunmamaktadır. Protokolde taraf devletlerin kendi hukuk sistemleri çerçevesinde düzenleme yapmaları gerektiği belirtilmiştir.

TCK'nın 79. maddesinde ise, suça teşebbüsün cezalandırılması konusunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu itibarla göçmen kaçakçılığı suçuna teşebbüs bakımından genel hükümler uygulanacaktır (TCK m. 35-36).

Yaşa dışı yollardan yabancıya sokulması ya da yabancıya veya Türk vatandaşının ülkeden çıkmasına imkân sağlanması açısından teşebbüsün gerçekleşmesi mümkündür. Buna göre fail, göçmen kaçakçılığının icra hareketlerine başlamış olmasına rağmen, elinde olmayan nedenlerle fiili tamamlayamamış ise, suç teşebbüs aşamasında kalır. Bu durumda, 765 sayılı TCK'nın 201/a maddesinden farklı olarak fail, suçun tam cezası ile cezalandırılmayıp, 35. maddede yer alan teşebbüse ilişkin hükümler uygulanır.⁹⁵ Örneğin fail yurtdışından

⁹³ Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C.: II-III, İstanbul 1992, s. 56. Artuk / Gökçen / Yenidünya, *Genel Hükümler*, s. 412.

⁹⁴ Turhan, s. 8; Doğan, s. 136.

⁹⁵ "765 sayılı TCK'nın 201/a. maddesinin 2. fıkrasında göçmen kaçakçılığına teşebbüs halinin tamamlanmış suç gibi cezalandırılacağı hükmünün yer alması ve 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 olması karşısında;

Olayımızda, sanıkların yasadışı yollardan Türkiye'ye giriş yapmış olup Avrupa'ya gitmek isteyen yabancı uyruklu 15 göçmeni Tatvan'dan aldıkları ve Muş Korkut İlçesinde kolluk güçleri tarafından yakalandıkları anlaşılmakla; sanıkların kanıtlanan bu eyleminin göçmenlerin yurt dışına çıkmalarına imkân sağlamaya teşebbüs aşamasında kaldığı, 5237 sayılı TCK'nın 79. maddesinden veri-

maddi çıkar sağlamak amacıyla Türkiye'ye getirmek istediği yabancıları ülkeye sokmadan önce yakalansa veya Türkiye'de bulunan yabancıları yasadışı yollardan yurt dışına çıkarmaya çalışsa ancak ülkeden çıkaramadan yakalansa eylemi teşebbüs aşamasında kalmış olur.

Yargıtay CGK'nın 25.12.2007 tarih ve 2007/8-149/277 sayılı kararında; *"Somut olayda, sanıklar yönetimlerindeki araçla, yurt dışına çıkararak yarar sağlamak amacıyla yabancı uyruklu kişileri İstanbul'dan alarak yola çıkmışlar ve Edirne ili Meriç ilçesi Küplü beldesinde Bağlık mekiine geldiklerinde, ihbar üzerine kolluk görevlilerince yakalanmışlardır. Araç yakalandığında çamura batmış halde ve sol ön lastiğinin patlamış olduğu, bu nedenle aracın hareket edemediği olay tutanakları ile sabittir. Bu nedenle sanıkların, icra hareketlerine başlamalarına rağmen, gerek ihbar üzerine yakalanmaları gerekse aracın hareket edemeyecek halde olmasından ve bu mekânın hududa uzak bulunmasından dolayı, elde olamayan nedenlerle hareketi tamamlamadıkları anlaşılmaktadır. Göçmen kaçakçılığı suçunun, 5237 sayılı TCY'nin 79. maddesindeki düzenleme karşısında kalkışmaya elverişli suçlardan olduğu, önceki müzakerelerde ilke olarak kabul edilmiştir. O halde, sanıklara yüklenen suç kalkışma aşamasında kalmıştır"* denilmektedir. Söz konusu kararda çoğunluk görüşüne katılmayan üyeler ise; *"5237 sayılı TCY'nin 79. maddesinde kullanılan "imkan sağlama" ibaresi çok geniş bir kavramdır ve kalkışmayı da içinde barındırır. Göçmen kaçakçılığı suçu Yasamıza 2002 yılı ortalarında girmiş olup, 765 sayılı TCY'daki ilk halinde kalkışma suçu olarak düzenlenmiştir. 2005 yılında 5237 sayılı TCY'daki düzenleme çok kısa bir süre sonra gerçekleştirilmiş olup, yasa koyucunun bu iradesinin değiştirmesi için ülke koşullarında iyiye giden herhangi bir gelişme de bulunmamaktadır. Bu nedenle 5237 sayılı TCY'nin 79. maddesindeki göçmen kaçakçılığı suçu da bir kalkışma suçu olduğundan, bu suçun kalkışmaya elverişli bir suç olduğunu kabul etmeye olanak yoktur"* görüşüyle karşı oy kullanmışlardır.⁹⁶

lecek cezadan teşebbüs nedeniyle anılan yasanın 35. maddesine göre dörtte birinden dörtte üçüne kadarının indirilmesi gerekmekte olup 5252 sayılı Yasanın 9/3. maddesi uyarınca olaya 765 sayılı TCK ile 5237 sayılı TCK.nu bir bütün halinde ayrı ayrı uygulanarak sonuç cezalara göre lehe yasanın belirlenmesiyle buna göre uygulama yapılması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde uygulama yapılması" Yarg. 8. CD'nin 7.6.2007 tarih ve 5096-4523 sayılı kararı.

⁹⁶ Aksı nitelikteki Yargıtay 8. CD'nin 19.3.2007 tarih ve 5400-3276 sayılı kararında ise; *"sanık Sabri Gürsoy'un yasal olmayan yollardan Türkiye'ye giriş yapan ve Uzunköprü ilçesine gelen İran uyruklu göçmeni buradan alıp Edirne ili Meriç ilçesi Karayusuflu köyü sınırları içinde bulunan Meriç Nehrinin yanına getirip nehrin karşısında bulunan Yunanistan topraklarına geçirmek için botu şişirecekleri sırada kolluk görevlilerince yakalandığının anlaşılması karşısında, sanığın kanıtlanan ey-*

Yargıtay benzer bir olayda da, sanıkların yurda yasal olmayan yollardan girmiş bulunan ve Yunanistan'a geçmek isteyen "53" yabancı uyruklu göçmeni Van gölünden geçirmeye çalıştıkları sırada yakalandıklarının tüm dosya içeriğinden anlaşılmasına göre; bu eylemin kaçak göçmenlerin yurt dışına çıkmalarına imkân sağlamaya teşebbüs aşamasında kaldığını ve 5237 sayılı TCK'nın 79. maddesinin uygulanması halinde verilecek cezanın anılan yasanın 35. maddesi uyarınca dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilmesinin gerektiğini belirtmiştir.⁹⁷

Yasadışı yollardan ülkeye giren veya yasal yollardan girmesine rağmen süresi içerisinde ülkeyi terk etmeyen yabancıların, ülkede kalmasına imkân sağlamak hareketi açısından göçmen kaçakçılığı mütemadi suç niteliği taşımaktadır.⁹⁸ Bu seçimlik hareket açısından da teşebbüsün gerçekleşmesi mümkündür. Örneğin, yurtdışından kaçak olarak getirilecek kişilere ev kiralayanın eylemi, bu kişiler ülkeye giriş yaparken yakalansa, teşebbüs aşamasında kalmış olur.

Bu eylem açısından özellikle incelenmesi gereken husus, Tür-

lemine, göçmenin yurt dışına çıkmasına imkân sağlama suçunun tamamlandığı gözetilmeyerek 5237 sayılı TCK'nın 79. maddesinden verilen cezadan 35. maddesi uyarınca indirim yapılması suretiyle sanığa noksan ceza tayini" yasaya aykırı bulunmuştur.

⁹⁷ Yarg. 8.CD'nin 10.12.2007 tarih ve 2006/6805-2007/8813 sayılı kararı. Söz konusu karara kısmen karşı olan üyeler ise, olayda sanıkların, yurda kaçak olarak girmiş bulunan göçmenlere, kendilerine ait tekne ile taşımak suretiyle imkân sağladıklarını, eylemin teşebbüs aşamasında kalmadığını, tamamladığını ileri sürerek mahkemenin bozma kararına karşı olduklarını belirtmişlerdir.

⁹⁸ "Oluşa ve kabule göre sanıkların yurda yasal olmayan yollardan ülkeye girmiş bulunan bir kısım yabancıyı maddi menfaat elde etmek maksadıyla yurt dışına çıkmalarına imkan sağlamak amacıyla bir araca bindirip hareket ettikten bir süre sonra üzerine kolluk güçleri tarafından yakalanmış oldukları ve bu suretle işleme-yi kastettikleri suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başladıkları, ellerinde olmayan nedenlerle tamamlayamadıkları anlaşılmalı bulunması karşısında, sanıkların sayılı TCK'nın 79/ 1-b madde, fıkra ve bendinde tanımlanan yabancıların yurt dışına çıkmasına imkan sağlamaya teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeyerek, olayda ülkede kalmaya imkan sağlama amacının ve bu eyleminde var olması gereken temadi unsurunun bulunmadığı gözetilmeyerek yazılı şekilde hüküm kurması oyçokluğuyla bozmayı gerektirmiştir". Yarg. 8. CD'nin 11.04.2006 tarih ve 1631/3028 sayılı kararı. Söz konusu kararda karşı düşüncede olan üyeler; "sanıkların Türkiye üzerinden Yunanistan'a gitmek için yasa dışı yollardan Türkiye'ye girdikleri kendi ifadelerinden anlaşılmalı toplam '61' adet göçmenin sonuçta yurt dışına çıkmalarını gerçekleştirmek için taşımak suretiyle onlara imkan sağladıkları ve atılı suçun oluştuğu"nu bu nedenle çoğunluğun bozma kararına karşı olduklarını belirtmişlerdir.

kiye'nin transit geçiş için kullanılması durumudur. Örneğin, İran'dan bulunduğu kişileri yasadışı yollardan Almanya'ya götürmek isteyen failin, İstanbul'da yakalanması veya yasadışı yollardan ülkeye giren kişileri yurtdışına yine yasal olmayan yollardan çıkarmak isteyen kişinin Türkiye'de yakalanması gibi. Söz konusu örneklerde fail suçun konusunu oluşturan kişilerin Türkiye'de yasadışı yollardan kalmasına imkân sağlamamakta, bu kişileri yasadışı yollardan ülke dışına çıkarılmaya çalışmaktadır. Bu gibi durumlarda ülke içerisinde yakalanan failin eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığının kabulü gerekir.⁹⁹ Ancak unutulmamalıdır ki, eğer fail bu kişileri Türkiye'ye yasadışı yollardan sokmuş ise, artık göçmen kaçakçılığı suçunun seçimlik hareketlerinden birisi olduğu için tamamlanmış suçtan sorumludur.

⁹⁹ "Sanık Ali'nin yasadışı yollardan Türkiye'ye getirilmiş yabancı uyruklu kişileri Türkiye üzerinden Yunanistan'a geçirmek amacıyla Selimiye köyünde karşıladığı, göçmenleri alıp ve diğer sanıklarla irtibatı neticesi ıssız yere götürdüğü ve diğer sanıklarda oraya geldikten sonra kolluk güçleri tarafından yakalanmış oldukları ve bu suretle işlemeyi kastettiği suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başladığı, ancak ellerinde olmayan nedenlerle eylemini tamamlayamadıklarının anlaşılması bulunması karşısında, 765 sayılı TCK'nın 201/1-a maddesinde bu suça teşebbüsün tamamlanmış suç gibi yaptırma bağlanmasına karşın, 5237 sayılı TCK'nın 79. maddesindeki düzenleme itibarıyla göçmen kaçakçılığı suçuna teşebbüs halinde 35. maddesinin uygulanacağı, sanığın kanıtlanan eyleminin yabancının yurt dışına çıkmasına imkân sağlamaya teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilerek lehe olan 5237 sayılı TCK hükümlerinin uygulanması gerektiği düşünülmüden yazılı şekilde uygulama yapılması", Yarg. 8. CD'nin 10.12.2007 tarih ve 2006/7752-2007/8821 sayılı kararı.; "Yasa dışı yollardan Türkiye'ye gelmiş ve buradan başka ülkelere gitmek isteyen "41" göçmeni Van ilinden İstanbul'a getirmek üzere kamyonetin arka bölümünde, sebze kasalarının arkasına gizleyerek yola çıkan sanığın, Baykan ilçesi Şekerim yol kontrol noktası yakınlarında kolluk görevlilerince yakalandığının anlaşılması karşısında; suçun teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilerek 5237 sayılı TCK'nın 79. maddesinden verilecek cezadan 35. maddesi uyarınca indirim yapılması gerektiği düşünülmüden, yazılı şekilde uygulama yapılması" Yarg. 8. CD'nin 6.12.2006 tarih ve 4301/8928 sayılı kararı.; "sanıkların Tattvan ilçesinden İstanbul'a getirmek ve oradan da Yunanistan'a geçişlerini sağlamak amacıyla aldıkları 60 göçmeni kamyonetin içinde oluşturdukları bölmeye koyarak yola çıktıkları ve Muş ili Sazlıkbaşı Köyü'nde kolluk tarafından yakalandıklarının anlaşılması karşısında, teşebbüs aşamasında kalan suç nedeniyle 5237 sayılı TCK'nın 79. maddesinden verilecek cezadan teşebbüs nedeniyle dörtte birinden dörtte üçüne kadarının indirileceği gözetilerek, olaya 765 sayılı TCK'nın ve 5237 sayılı TCK'nın bir bütün halinde ayrı ayrı uygulanarak bulunacak sonuç cezalara göre lehe-aleyhe kanunun belirlenmesi gerekirken, böyle bir karşılaştırma ve değerlendirilme yapılmaksızın salt temel cezayı düzenleyen hükümler karşılaştırılarak lehe yasanın soyut norma göre belirlenmesiyle uygulama yapılması", Yarg. 8. CD'nin 12.3.2007 tarih ve 5091/1891 sayılı kararı.

Buna karşılık yasadışı yollardan Türkiye’den geçerek başka ülkelere gidecek olan yabancıların Türkiye’de transit geçiş için gerekli mülk süre dışında birkaç gün dahi olsa kalmasına imkân sağlayan kişi göçmen kaçakçılığı suçundan dolayı sorumlu tutulmalıdır.¹⁰⁰ Yargıtay ise bu gibi durumlarda eylemi ülkede kalmaya veya yurt dışına çıkarmaya imkan sağlamaya teşebbüs olarak nitelendirmektedir.¹⁰¹

¹⁰⁰ “Yasadışı yollarla Türkiye’ye giriş yapan yabancı uyruklu kişilerin kalmaları için sanık Ömer Hacısalihi ile Cemal Kemal’in Aksaray semtinde aylık 500 Euro’ya ev kiraladıkları ve sanık Faik Nas’ın da kendisine ait “34 RVU 31” plakalı aracı göçmenlerin kaldıkları evden nakli için tahsis ettiği ve tüm dosya içeriğine göre de sanıkların atılı suçu işledikleri kanıtlandığı halde, mahkûmiyetleri yerine yazılı şekilde beraatlarına karar verilmesi”, Yarg. 8.CD’nin 9.11.2006 tarih ve 4799/8025 sayılı kararı.

¹⁰¹ “Yasadışı yollardan Türkiye’ye giriş yapmış olup İstanbul’a gitmek istediklerini beyan eden sekiz yabancı uyruklu göçmenin sanık Salih Eşsiz’in Doğubeyazıt’taki evinde kalırlarken yakalandıklarının anlaşılmasına göre; sanığın kanıtlanan eyleminin göçmenlerin ülkede kalmalarına imkân sağlamaya teşebbüs aşamasında kaldığı ve 5237 sayılı TCK’nın 79. maddesinin uygulanması halinde verilecek cezanın anılan yasanın 35. maddesi uyarınca dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilmesinin gerektiği 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 hüküm kurulması gerekirken, böyle bir karşılaştırma yapılmaksızın yazılı biçimde uygulama yapılması”; Yarg. 8. CD’nin 28.11.2007 tarih ve 2006/6056-2007/8355 sayılı kararı.; “Yasadışı yollardan Türkiye’ye giriş yapmış olup İstanbul’a gitmek istediklerini beyan eden iki yabancı uyruklu göçmenin bir gece sanık Hamdi Bircan’ın Van’daki evinde kaldıkları ve sanık Osman Aslan tarafından buradan alınarak Tatvan’a götürülürlerken Gevaş ilçesinde sanık Osman ile birlikte yakalandıklarının anlaşılmasına göre; sanıkların kanıtlanan eylemlerinin göçmenlerin ülkede kalmalarına imkân sağlamaya teşebbüs aşamasında kaldığı ve 5237 sayılı TCK’nın 79. maddesinin uygulanması halinde verilecek cezanın anılan yasanın 35. maddesi uyarınca dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilmesinin gerektiği 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” Yarg. 8.CD’nin 5.12.2007 tarih ve 2006/7716-2007/8621 sayılı kararı; “Sanığın yasadışı yoldan Türkiye’ye girmiş yabancı uyruklu bir kişiyi evinde bir gece barındırdıktan sonra minibüse bindirmesi şeklindeki olayda, yabancı uyruklu şahsın Türkiye’de kalış süresi de dikkate alındığında sanığın eyleminin 765 sayılı TCK’nın 201/a. maddesinde müstakil olarak yaptırma bağlanmasına karşın, 5237 sayılı TCK’nın 79. maddesindeki düzenleme itibariyle yabancı bir kişiyi ülkede kalmasına imkân sağlamaya teşebbüs suçunu oluşturduğu ve sanık hakkında aynı yasanın 35. maddesinin de uygulanmasını gerektirdiği gözetilerek, 5252 sayılı Yasanın 9. maddesi uyarınca önceki ve sonraki yasaların ilgili tüm hükümleri olaya uygulanarak ortaya çıkan sonuçların karşılaştırılması suretiyle hangi yasanın sanık lehine olduğunun saptanması gerekirken, böyle bir irdeleme ve değerlendirme yapılmadan yazılı biçimde hü-

Kanaatimizce somut olayda üstte zikrettiğimiz kritere göre, ancak transit geçiş halinde yakalanan yönünden (ülkeye sokmak veya çıkararak hareketi nazara alınarak) böyle bir sonuca ulaşmak gerekmektedir. Ülkede kalmaya imkan sağlamaya yönelik hareketin, örneğin yer tahsisinin varlığına rağmen, bu imkan makul süre için sunulamamışsa bu hareket açısından teşebbüs hali gerçekleşir. Mevcut ulaşım imkânları gözetildiğinde, makul süreyi aşan hallerde “ülkede kalmaya imkan sağlama” hareketinin gerçekleştiği gözetilmelidir.

Gerçekten yabancıların Türkiye’de kalmasına imkân sağlamaya çalışırken yakalanan failin eylemi teşebbüs aşamasında kalmış olur. Örneğin, mağdurları evinin bodrumuna götürürken yakalanan failin eylemi bu merkezdedir.¹⁰²

küm kurulması” Yarg 8.CD’nin 29.11.2006 tarih ve 3233/8665 sayılı kararı; Oluş ve dosya içeriğine göre yasadışı yollardan Türkiye’ye gelmiş ve buradan başka ülkelere gitmek isteyen 12 göçmeni sanık Cem Okta’nın babası Nuri Okta’ya ait evde bir süre barındırılarak yapılan istihbari çalışmalar neticesinde kolluk görevlilerince yakalandıkları anlaşılan sanıkların kanıtlanan bu eylemlerinin göçmenlerin yurt dışına çıkmalarına imkân 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 yasanın 35. maddesine göre dörtte birinden dörtte üçüne kadarının indirileceği göz önüne alınıp, olaya 765 sayılı TCK.nu ve 5237 sayılı TCK bir bütün halinde 5252 sayılı Kanun’un 9/3. madde ve fıkrası uyarınca ayrı ayrı uygulanarak sonuçların birbiriyle karşılaştırılması suretiyle lehe yasanın belirlenmesi ve buna göre uygulama yapılması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması”, Yarg. 8. CD’nin 06.11.2007 tarih ve 2006/7304-2007/7342 sayılı kararı.

¹⁰² “Sanıkların yurda yasal olmayan yollardan girmiş ve başka bir Avrupa ülkesine geçmek isteyen yabancı uyruklu göçmeni Van şehir merkezindeki evlerinde barındırmalarına olanak sağladıkları sırada yakalandıklarının tüm dosya içeriğinden anlaşılmasına göre; sanıkların kanıtlanan bu eyleminin kaçak göçmenin yurt dışına çıkmasına imkân sağlamaya teşebbüs aşamasında kaldığı ve 5237 sayılı TCK’nın 79. maddesinin uygulanması halinde verilecek cezanın anılan yasanın 35. maddesi uyarınca dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilmesinin gerektiği gözetilerek, 5252 sayılı Kanun’un 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 hüküm kurulması gerekirken yazılı biçimde uygulama yapılması (...)”. Yarg. 8. CD’nin 10.12.2007 tarih ve 2006/6732-2007/8811 sayılı kararı. Söz konusu kararda yüksek mahkeme üyeleri; “Sanıkların, yurda kaçak olarak girmiş olan göçmeni evlerinde barındırmak suretiyle yurt içinde kalmasına imkân sağladığı” gerekçesiyle mahkemenin

2. İştirak

Göçmen kaçakçılığı, iştirak açısından bir özellik arz etmez. Söz konusu suçta iştirakin her şeklinin gerçekleşmesi mümkündür. Suçun kanuni tanımında yer alan fiilleri birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri müşterek fail olarak sorumlu tutulacaktır (TCK m. 37/1).

Göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesi için örneğin aracını tahsis eden, yurda giriş veya çıkışta hangi yolları kullanmaları gerektiğini söyleyen kişiler yardım eden olarak sorumlu tutulur.¹⁰³ Ancak daha öncede belirttiğimiz gibi aracın sahibinin işlenen fiilden haberinin olmaması durumunda ne işlenen suçtan sorumluluğu yoluna gidilebilir ne de suçun işlenmesi sırasında kullanılan ve iyi niyetli üçüncü kişiye¹⁰⁴ ait olan bu aracın müsaderesine karar verilebilir.

Bir yabancıнын ülkede kalmasına imkân sağlanması şeklinde işlenen göçmen kaçakçılığı, mütemadi bir suç olduğundan, suç işlenmeye devam ettiği sürece fiile iştirak edilmesi (azmettirme dışında) mümkündür.

Göçmen kaçakçılığı suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde ise, 79. maddenin 2. fıkrası gereğince cezanın artırılması gerekir. Örgütün varlığından söz edilebilmesi için belli bir hiyerarşik düzen içinde hareket eden, araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli, en az üç kişinin varlığı gerekir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, bu kişiler arasında belli bir hiyerarşik ilişkinin varlığıdır. Eğer suçu işleyen failer arasında, Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 2. maddesinde belirtilen şartlar bulunmuyorsa, iştirake ilişkin genel hükümler çerçevesinde değerlendirme yapılmalıdır.

Göçmen kaçakçılığı suçu açısından iştirak ile ilgili belirtilmesi gereken bir diğer husus, suçun konusunu oluşturan yabancı veya vatandaşların göçmen kaçakçılığı suçundan sorumlu olup olmayacağıdır.

bozma kararına karşı olduklarını belirtmişlerdir.

¹⁰³ Göçmenlerin taşınması için aracını tahsis eden kişi aynı zamanda bu aracı suçun işlenmesi sırasında kullanmışsa yardım eden değil, somut olayın özelliğine göre müstakil fail ya da müşterek fail olarak sorumlu tutulmalıdır. Aynı şekilde bkz. Erel, s. 290; Krz. Artuç, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s. 61.

¹⁰⁴ "Müdahil Kemal Zülfiyar'dan kiralandığı anlaşılan 34 LNP 50 plakalı aracın sahibine iadesi yerine zorralımına karar verilmesi" yasaya aykırıdır. Yarg. 8. CD'nin 8.11.2007 tarih ve 2006/6134-2007/7518 sayılı kararı.

Belirtmeliyiz ki, suçun konusu olan bu kişilerin göçmen kaçakçılığı suçuna azmettirme veya yardım etmeden dolayı sorumlulukları bulunmamaktadır. Ancak bu kişilerin Pasaport Kanunu (m. 33 vd.) veya Yabancıların İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun (m. 22 vd.) hükümleri uyarınca idari ve cezai sorumlulukları gündeme gelebilir.

3. İçtima

Suçun faili, göçmen kaçakçılığı suçunu değişik zamanlarda birden fazla defa işlerse, zincirleme suç hükümleri uyarınca tek bir suçtan cezalandırılmalı, ancak cezası 43. madde hükümleri uyarınca artırılmalıdır.¹⁰⁵

Buna karşılık, tek bir hareket ile ülkeye sokulmak veyahut ülke dışına çıkarılmak istenen birden fazla göçmenin varlığı halinde göçmenler bu suçun mağdurunu değil, konusunu oluşturdukları için, burada zincirleme suç hükümleri uygulanmamaktadır.¹⁰⁶ Nitekim Yargıtay da, göçmenlerin suçun yasal mağduru değil, suçtan zarar gören konumunda bulunduğunu, bu itibarla failin tek bir göçmen kaçakçılığı suçundan sorumlu tutulması gerektiğini, göçmenlerin birden fazla olmasının, 61. madde çerçevesinde somut cezanın tayininde göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmektedir.¹⁰⁷

Yasadışı yollardan başka bir ülkeye ulaştırmak için hileli davranışlarla aldattığı kişilerden kendisine veya üçüncü kişilere menfaat sağlayan fail, bu kimseleri Türkiye'ye sokarsa, hem göçmen kaçakçılığı hem de dolandırıcılık (TCK m. 157) suçlarından sorumlu tutulur.

¹⁰⁵ "Sanık M.'nin kısa aralıklarla ve bir suç işleme kararıyla büyük kısmı aynı kişilerden oluşan kişileri maddi menfaat karşılığında ülke dışına çıkarma eyleminin zincirleme tek suç oluşturduğu ve hakkında 5237 sayılı TCK'nın 43. maddesinin uygulanması gerekeceği gözetilmeden, iki ayrı suç kabulüyle hakkında iki kez mahkumiyet hükmü kurulması..." Yarg. 8. CD'nin 05.10.2006 tarih ve 6027-7344 sayılı kararı. Erel, s. 291.

¹⁰⁶ Aksi düşünce için bkz. Tezcan / Erdem / Önok, s. 102.

¹⁰⁷ "Sosyal olarak suçtan zarar gören durumda bulunan göçmenlerin, göçmen kaçakçılığı suçunun yasal mağduru durumunda bulunmayıp suçun konusu oldukları, suçun yasal mağdurunun uluslararası toplum olduğu, göçmenlerin sayıca çok olmasının TCK'nın 61. maddesi uyarınca alt sınırdan uzaklaşarak ceza tayin edilmesini gerektireceği gözetilmeden, zincirleme suç kabulü ile 5237 sayılı TCK'nın 43/2. madde ve fıkrasının uygulanması suretiyle ceza tayini" Yarg. 8. CD'nin 25.4.2006 tarih ve 1242/3616 sayılı kararı.

Bu gibi durumlarda TCK'nın 44. maddesindeki fikri içtima kuralları çerçevesinde failin en ağır cezayı gerektiren suçtan sorumlu tutulması gerekir.¹⁰⁸

Suçun işlenmesi sırasında, göçmen yaralanmış ya da ölmüşse, fail hem göçmen kaçakçılığı suçundan hem de taksirle yaralama (m. 89) veya taksirle öldürme (m. 85) suçundan cezalandırılabilir. Fail eğer göçmenin kasten yaralanma ya da ölümüne yol açmışsa, kasten yaralama (m. 86, 87) veya kasten öldürme (m. 81) suçundan sorumlu tutulur.

Göçmen kaçakçılığının işlenmesi sırasında göçmen ölmüşse, failin sorumluluğu kastına göre tespit edilmelidir. Eğer göçmenin ölümüne kasten neden olunmuşsa, hem göçmen kaçakçılığı hem de kasten öldürme suçundan failin sorumlu tutulması gerekir. Buna karşılık, gerekli dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket edilmiş, örneğin yüz kişi karanlık havasız bir odaya konulmuş ve bu surette ülkede kalmalarına imkân sağlanmış, bu nedenle insanlardan bazılarının ölüm ya da yaralanmalarına neden olunmuşsa, göçmen kaçakçılığı suçunun yanı sıra ayrıca taksirle yaralama veya taksirle öldürme suçundan da fail cezalandırılmalıdır.

Göçmen kaçakçılığı suçu ile birlikte aynı zamanda başka kanun hükümleri de ihlal edilebilir. Örneğin yasa dışı yollardan ülkeye yabancıları sokan kişi göçmen kaçakçılığının yanı sıra Pasaport Kanunu'nun 36. maddesinde belirtilen suçu da işlemiş olur. Bu gibi durumlarda eğer failin eylemi birden fazla kanun hükmünü ihlal ediyorsa TCK m.

¹⁰⁸ Yargıtay 8. Ceza Dairesi, yurt dışına çıkış için pasaportun yeterli olduğunu, vizenin ise, gidilecek ülkeye giriş için gerektiğini, bu itibarla yasal olmayan yollardan vize temin ederek ülkeden çıkmaya imkan sağlamayı yerinde olarak sadece dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirmiştir. "Yurt dışına çıkış için gerekli olan pasaportu bulunan ancak gideceği ülkeye giriş iznini içeren vizesi bulunmayan oğlu için vize almak isteyen müdahilden vize işlemlerini yapacağı 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'nın 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..." biçiminde, anılan Yasanın 79. maddesinde tanımlanan göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturmayacağı gözetilmeden suç vasfında yanılıya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması..." Yarg. 8. CD'nin 18.10.2006 tarih ve 5015/7663 sayılı kararı.

44 uyarınca en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı failin sorumluluğuna gidilmelidir.¹⁰⁹

4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun'un 21. maddesinin 3 üncü fıkrasında; *"Çalışma izni bulunmayan yabancıyı çalıştıran işveren veya işveren vekillerine her bir yabancı için iki milyar beşyüz milyon lira idarî para cezası verilir. Bu durumda, işveren veya işveren vekili yabancının ve varsa eş ve çocuklarının konaklama giderlerini, ülkelerine dönmeleri için gerekli masrafları ve gerektiğinde sağlık harcamalarını karşılamak zorundadır"* denilmektedir.

Buna göre, fail, yasadışı olmayan yollardan ülkeye soktuğu yabancıyı, daha sonra izinsiz olarak çalıştırmışsa, göçmen kaçakçılığı suçunun seçimlik hareketlerinden birisini (ülkede kalmasına imkân sağlamak) gerçekleştirmiş olur. Seçimlik hareketli suçlarda fail seçimlik hareketlerden bir tanesini yapsa da, birden fazlasını yapsa da ortada yine tek bir suç vardır. Sonuç olarak yasa dışı yollardan yabancıyı ülkeye getiren daha sonra izinsiz çalıştıran kişi hem TCK'nın 79. maddesini hem de 4817 sayılı Kanun'un 21/3. maddesindeki kabahati ihlal etmektedir. Bu gibi durumlarda failin Kabahatler Kanunu'nun 15/3. maddesi uyarınca sadece suçtan dolayı cezalandırılması gerekir. Burada ayrıca insan ticareti (m. 80) ve çalışma hürriyetinin ihlali (m. 117/2, 3) suçlarının unsurlarının oluşup oluşmadığının da araştırılması gerekir.

Yasa dışı yollardan, yabancıları ülkeye sokan veya yabancı ya da Türk vatandaşının ülkeden çıkmasını sağlayan kişi, bu eylemini gerçekleştirirken belgede sahtecilik suçunu işlemişse, TCK'nın 212. maddesi uyarınca hem göçmen kaçakçılığı hem de belgede sahtecilik suçundan cezalandırılacaktır.

Yasadışı yollardan ülkeye giren yabancıların ülkede kalmasına imkân sağlamak amacıyla örneğin evini kiraya veren ev sahibi, göçmen kaçakçılığını işlemiş olmasının yanı sıra, aynı zamanda 278. maddede düzenlenen suçu bildirmeme suçunu da ika etmiş olur. Bu ihtimalde failin her iki suçtan da ayrı ayrı cezalandırılması gerekir.

¹⁰⁹ "Sanıkların ülkeye yasadışı yollardan girmiş olan göçmenleri menfaat karşılığı ülke dışına çıkarmaya çalışmaktan ibaret eylemleri 765 sayılı TCK'nın 201/a-2 maddesine aykırılık suçunu oluşturduğu halde ayrıca Pasaport Kanunu'nun 36. maddesi uyarınca mahkumiyet hükmü kurulması..." Yarg. 8. CD'nin 20.04.2006 tarih ve 12665/3518 sayılı kararı.

Bunun yanında göçmen kaçakçılığı suçundan kaynaklanan malvarlığı değerlerini, yurt dışına çıkararak veya bunların gayrimeşru kaynağını gizlemek ve meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak amacıyla, çeşitli işlemlere tabi tutan kişi, TCK'nın 282. maddesi uyarınca, "*suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama*" suçundan da sorumlu tutulacaktır.¹¹⁰

VI. SORUŞTURMA USULÜ VE YAPTIRIM

Göçmen kaçakçılığı resen soruşturulan bir suçtur. Ayrıca suçtan zarar görenin şikâyeti aranmaz.

Davaya bakmak yetkisi, suçun işlendiği yer mahkemesine aittir (CMK m. 12/1). Teşebbüste son icra hareketinin yapıldığı, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği yer mahkemesi yetkilidir (CMK m. 12/2). Göçmen kaçakçılığı, suç işlemek için kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, yetkinin örgütün merkezi esas alınarak belirlenmesi yerinde olur.

TCK'nın 13. maddesine göre, göçmen kaçakçılığı suçu hakkında; evrensellik prensibinin bir gereği olarak nerede işlenmiş olursa olsun, failin Türk vatandaşı ya da yabancı olup olmamasına bakılmaksızın, yabancı ülkede mahkûmiyet veyahut beraat kararı verilmiş olsa da Adalet Bakanı'nın talebi üzerine Türkiye'de Türk kanunlarına göre yargılama yapılır.

Bunun için failin Türkiye'de bulunması da şart değildir. Yabancı ülkede bu suçlarla ilgili henüz devam eden bir yargılamanın mevcudiyeti veya soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığı (takipsizlik) kararı verilmiş olması da, Adalet Bakanı'nın talebiyle Türkiye'de yeniden yargılama yapılmasını engellemez. Şayet yabancı ülkede yargılama yapılmış ve mahkûm olunan ceza kısmen veya tamamen infaz edilmiş ise, TCK'nın 16. maddesi uyarınca, infaz edilen bu ceza miktarının, Türkiye'de hükmolunan cezadan mahsup edilmesi gerekir.

Göçmen kaçakçılığı suçunda hapis cezasının üst sınırı göz önünde bulundurulduğunda (iki yıldan fazla ve on yıldan az olduğundan) gö-

¹¹⁰ Bkz. Değirmenci, Olgun, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu*, Ankara 2007, s. 9 vd.

revli mahkeme asliye ceza mahkemesidir (Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemeleri'nin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m. 10-12).

Bununla birlikte fiil, haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenmişse yargılama, Adalet Bakanlığı'nın teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca yargı çevresi birden çok ili kapsayacak şekilde belirlenecek illerde görevlendirilecek ağır ceza mahkemelerinde görülür (CMK m. 250/1 b). Bu bakımdan göçmen kaçakçılığı suçu, kişiler üzerinde "cebir ve tehdit" uygulayan bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlendiğinde, CMK'nın 250. maddesi uyarınca özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin yetkili olduğunu söylemek yerinde olur.

Göçmen kaçakçılığı suçunun yaptırımı; "üç yıldan sekiz yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezasıdır" (m. 79/1).

79. maddede adli para cezasının gün biriminin üst sınırı gösterilip, alt sınırı belirtilmediğinden, genel hüküm olan 52. madde uyarınca gün biriminin alt sınırı beş gündür. Ayrıca gün biriminin tayininde işlenen suçun ağırlığı (örneğin, suçun konusu yönünden göçmenlerin sayısının azlığı ya da fazlalığı) nazara alınmalıdır (TCK m. 61/1).

Göçmen kaçakçılığı suçu için öngörülen hapis cezası nazara alındığında asli dava zamanaşımı onbeş yıldır (TCK m. 66/1-d).

Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 12. maddesinde; taraf devletlerin, iç hukuklarının elverdiği en geniş biçimde müsaderenin sağlanması için gerekli önlemleri almaları gerektiği belirtilmiştir. Buna göre, göçmen kaçakçılığı suçunda eşya ve kazanç müsaderesine ilişkin hükümlerin uygulanması da mümkündür. Bu çerçevede, mağdurların naklinde veyahut barındırılmasında kullanılan taşınır veya taşınmazlar, iyi niyetli üçüncü kişilere¹¹¹ ait olmamak koşuluyla müsadere edilir (eşya müsaderesi, TCK m. 54).

¹¹¹ "TCK'nın 54. maddesinde yer alan "iyi niyetli üçüncü kişiler" şeklindeki ibareyi, suça iştirak etmemiş kimseler olarak algılamak yerinde olur. "Suçta kullanılan ve yedieminde bulunan 73... plakalı minibüsün müdahilin F. adına ruhsatlı olup, sanık T.'nin bu araçta şoför olarak çalıştığı ve müdahilin bilgisi olmaksızın göçmenleri taşıdığı anlaşılacakla, 5237 sayılı TCK'nın 54. maddesi uyarınca aracın ruhsat sahibine iadesi yerine yazılı şekilde zorunlu kararı verilmesi..." Yarg. 8. CD'nin 05.04.2007 tarih ve 5415/2861 sayılı kararı.

Suçta kullanılan taşınır veya taşınmaz eşyanın, ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veyahut müsaderesinin başka surette imkânsız hale gelmesi durumunda, bu eşyanın değeri kadar para tutarının müsaderesine karar verilir (m. 54/2). Keza yasal olmayan yollarından, yabancıнын ülkeye sokulması, ülkede kalması veya vatandaşı ya da yabancıнын ülkeden çıkması için alınan her türlü maddi menfaat ya da kazanç ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik değerler de müsadereye tabidir (kazanç müsaderesi, TCK m. 55). Şayet müsadere konusu eşya veya maddi menfaatlere elkonulamamış veya bunlar merciine teslim edilmemiş ise, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsaderesine hükmedilir (TCK m. 55/2). Ülkeye sokmak, ülkeden çıkarmak veya ülkede kalmasına imkan sağlamak için kişilerden alınan menfaatlerin, bu kimselere (kaçak göçmenlere) iadesi mümkünse kazanç müsaderesinden önce bu durumun gözetilmesi gerekir (TCK m. 55).

Göçmen kaçakçılığı suçuna ilişkin 79 uncu maddenin 3 üncü fıkrasında; “bu suçun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükümlenir” denilmektedir. Gerçekten özel hukuk tüzel kişileri hakkında ceza yaptırımını uygulanamayacağını belirten TCK’nın 20. maddesinin ikinci fıkrasında, güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımların saklı olduğu ifade edilmiştir.

Tüzel kişiler hakkında uygulanacak güvenlik tedbirlerinden ilki iznin iptalidir (TCK m. 60/1). İznin iptali güvenlik tedbirinin uygulanabilmesi için, özel hukuk tüzel kişisinin yararına, organ veya temsilcisinin iştirakiyle ve verilen iznin kötüye kullanılması suretiyle işlenmiş kasti bir suçtan mahkûmiyet kararı verilmiş bulunmalıdır (m. 60/1). Özel hukuk tüzel kişisi hakkında güvenlik tedbiri olarak müsadere hükümleri de uygulanabilir (m. 60/2). Bu ihtimalde, tüzel kişinin organ veya temsilcisi tarafından veya bunların iştirakiyle kasten, tüzel kişi yararına bir suç işlenmişse, eşya ve kazanç müsaderesine ilişkin hükümler (m. 54, 55), tüzel kişiye ait taşınır ve taşınmaz eşyalar ile her türlü maddi değerler hakkında da tatbik edilebilir. Müsadere hükümlerinin uygulanması açısından da orantılılık ilkesi gözetilmelidir (TCK m. 60/3).