

 **istanbul Zaim Üniversitesi**
Sosyal Hizmet Bölümü

Disiplinlerarası Göç
ve
Göç Politikaları
Sempozyumu

29-30 MAYIS 2015



İstanbul 2015

ISBN: 978-605-66079-0-5

İZÜ Yayın No: 12

Kitabın Adı

**DİSİPLİNERARASI GÖÇ VE
GÖÇ POLİTİKALARI SEMPOZYUMU**

Editörler

Prof. Dr. Kadir CANATAN

Yrd. Doç. Dr. Mehmet BİRİNCİ

Yrd. Doç. Dr. İsmail ÇAĞLAR

Yrd. Doç. Dr. Yulia KRYVENKO

Öğr. Gör. Sena ÖKSÜZ

Arş. Gör. Fatih ALTUN

Kapak Tasarımı

İbrahim YILMAZ

Baskı: Elma Matbaası

Tevfikbey Mah. Halkalı Cd. No:162/7

Sefaköy-Küçükçekmece/İSTANBUL

Tel: 0212 697 30 30

1. Baskı

Aralık 2015, İstanbul

İsteme Adresi

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi

Halkalı Cad. Halkalı, 34303 Küçükçekmece / İSTANBUL

Tel: 0212 692 96 00 Faks: 0212 693 82 29

www.izu.edu.tr

SUNUŞ

İnsanlık tarihi kadar eski bir olgu olan göç, kimi zaman savaşlar, doğal afetler ve sürgünler gibi zorunlu nedenlerle ortaya çıksa da daha çok daha iyi yaşam koşullarına ulaşmak amacıyla, görece gönüllü birey ve grupların hareketi olarak ortaya çıkmaktadır. Günümüzde uluslararası göç, çok önemli boyutlara ulaşmış olup farklı kültürlerin beraber yaşaması ve çalışmasını ve dolayısıyla da farklı kültürlerden gelen bireylerin kültürel uyum sorunlarını da beraberinde getirmiştir.

Türkiye, Cumhuriyetin kuruluş yıllarından bu yana başta nüfus mübadeleleri ile gelen göçler olmak üzere büyük göç hareketlerine sahne olmuştur. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra Avrupa'nın artan işgücü talebiyle Türkiye göç veren bir ülke konumuna gelmiştir. Avrupa'ya göç, çeşitli aşamalardan geçerek seksenli yıllarda istikrar kazanmış ve göçmenler yerleşik vatandaşlar haline gelmişlerdir.

Son yıllarda başta Suriye krizi olmak üzere Türkiye'nin yer aldığı bölgede yaşanan çatışmalar ve siyasi krizler ülkemize yönelik büyük bir göç dalgasının başlamasına neden olmuş ve Türkiye artık sadece göç veren bir ülke olmanın ötesinde göç alan ve başka ülkelere ulaşmak isteyen göçmelerin transit olarak kullandığı bir geçiş ülkesi konumuna gelmiştir.

Tüm bu yaşanan gelişmelerin ışığında İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi 2015 yılının Mayıs ayında göç olgusunun siyaset, sosyoloji, sosyal hizmet, ekonomi ve yönetim bilimi gibi disiplinlerin farklı bakış açıları ile değerlendirilmesini amaçlayan bir "Disiplinlerarası Göç ve Göç Politikaları Sempozyumu" düzenlenmiştir. Sempozyum ile Türkiye'nin mevcut göç politikalarının analiz edilmesi, yaşanan sorunlara yönelik çözümlerin tartışılması ve daha etkin politikaların ortaya çıkmasına katkıda bulunmak hedeflenmiştir.

İki gün süren sempozyumda toplam 27 bildiri sunulmuş olup bildiriler bu kitapta toplanmıştır. Ayrıca sempozyumun ikinci gününde 'Göç Çalıştay' yapılmış olup Türkiye ve yurtdışında yürütülen göç politikalarının nitelik ve etkinliği, bilhassa Türkiye'deki Suriyeli göçmenlerin yaşadıkları sosyal, ekonomik, kültürel sorunlar tartışılmış ve bu sorunların çözümüne ilişkin öneriler derlenmiştir. Göç politikalarından medya ve göç ilişkisine kadar birçok kategoride sunulan bildiri-lerin, ülkemizin göç politikalarına katkı sunmasını ümit etmekteyiz.

Prof. Dr. Mehmet BULUT

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Rektörü

İÇİNDEKİLER

1. BÖLÜM Göç Politikaları.....	1
Türkiye’de Göç Politikalarının Gelişimi ve Mevcut Durum	
Mehmet TEKELİOĞLU, Abdulvehap DOĞAN, Fatih ÇELEBİ.....	3
Türkiye’nin Göç Politikası ve Göçmenlerin Sorunları	
Murat AKTAŞ.....	27
Türk Kamu Yönetiminde Göç Algısı ve Politikaları	
Selman Salim KESGİN.....	45
Türkiye’nin Yeni Göç Kanunu ve Göç Politikası	
Ali Zafer SAĞIROĞLU.....	69
İşgücü Göçü Bağlamında 1989 Öncesi Almanca Literatürde Göç Terminolojisi	
Mehmet Fikret GEZGİN.....	91
Suriyeli Sığınmacılara Yönelik Sosyal Yardım ve Sosyal Hizmet Uygulamalarının Göç Yönetimi Bağlamında Değerlendirilmesi	
Fatih ALTUN, Mehmet BİRİNCİ.....	103

2. BÖLÜM Türkiye'deki Göçmenlerin Sosyal Entegrasyonu.....133

Sosyolojik Açıdan Göç ve Göçmenlerin Sosyal Kültürel Entegrasyonları:

Kavramsal Bir Çalışma

Musa CEBECİ.....135

Göç Ve Göçmenliğin Psikolojik Yansımaları (Vatansız Vatandaş Olmak)

M. Zeki ILGAR, Semra COŞGUN ILGAR.....159

Çocukların Göçle Birlikte Yaşadıkları Eğitim Sorunları Üzerine Bir İnceleme

Fatma YAŞAR EKİCİ.....179

Cross-Continental Immigration and Its Economic Challenges

HasanALPAGU.....201

Examining of Acculturative Stress Level of Foreign Students in Turkey

Sena ÖKSÜZ, Yulia KRYVENKO.....211

Suriye'den Gelen Göçün Yerel Ekonomiye Etkileri: Gaziantep İli Örneği

İbrahim ARSLAN, Yusuf BAYRAKTUTAN, Mehmet Vahit EREN.....231

3. BÖLÜM Uluslararası Göç ve İslamofobi.....257

Bir Göç Politikası Olarak: Segregasyon

Yusuf SOYUPEK, Alper AKGÜL, Ömer ÖZKAYA.....259

11 Eylül Sonrasında Avrupa'da (Müslüman) Göçmenler ve

“İslamofobi-Göçmenfobi”

Özcan HIDİR.....271

Yaşlılık ve Göç: Almanya’da Türk Göçmenler İçin Uygulanan Yaşlılık Politikaları: Berlin Örneği	
Beyhan DOĞAN.....	285
‘Düzenli Almanlar’ın Düzensiz Hayatları: Türkiye’de Alman Olmak	
Barbara PUSCH.....	303
4. BÖLÜM Göç ve Güvenlik.....	323
Türkiye’de Zorunlu Göç ve Kente Uyum Süreci: Muş Örneği	
Muş Örneği Reşat AÇIKGÖZ , Mustafa GÜNERİGÖK.....	325
Şiddet ve Güvenlik Sarmalında Köy Boşaltmalar ve Zorla Yerinden Edilme (1987-2002)	
Ercan ÇAĞLAYAN.....	355
Türk Ceza Kanunu’nda Göçmen Kaçakçılığı Suçu	
Gülşah BOSTANCI BOZBAYINDIR.....	377
5. BÖLÜM Göç Politikaları ve Değerler.....	407
Göç Politikalarının Değersel Temelleri Hollanda ve Fransa’da Büyük Siyasal Partilerin Göç Politikaları Üzerine Bir Çözümleme	
Kadir CANATAN , Şebnem CANSUN.....	409
Dini ve İnsani Bağlarla Oluşan Yakınlığa Karşın Kültürel Farklılıklarla Oluşan Mesafenin Zorunlu Göç Olgusuna Yansımaları	
Sümeyye AKYOL KAHVECİ.....	441
Yerel Halkın “Açık Kapı” Politikası Ve Suriyelilere İlişkin Kanaatleri	
Ahmet KOYUNCU.....	455

**Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İctihatlarında Göçmen ve Sığınmacıların Aile
Ve Özel Hayat Hakkına Saygı Kapsamında Korunması**

Dr. Ergin ERGÜL.....479

**Savaş Nedeniyle Göç Eden Kimselerin Yaşadıkları Sıkıntıları Gidermede Din ve
Din Eğitiminin Rolü**

Teceli KARASU, Hakim TAŞKAN.....501

6. BÖLÜM Medya ve Literatürde Göç.....519

Büyük Ayrılık'ta Göç

Necmettin ÖZMEN.....521

Köşe Yazılarında Suriyeli Mülteciler

İsmail ÇAĞLAR, Yusuf ÖZKIR.....539

Yeşilçam Sineması'nda Göç Olgusu: Değişen Kültür ve Toplumsal Yapı

Ömer OSMANOĞLU.....573

Türk Ceza Kanunu'nda Göçmen Kaçakçılığı Suçu

Gülşah BOSTANCI BOZBAYINDIR¹

ÖZET

Savaşlar, ekonomik nedenler, coğrafi olumsuzluklar gibi bir takım sorunlar nedeniyle insanlar, vatandaşı oldukları ülkelerden, memleketlerinden ayrılarak, bu sorunlarla karşılaşmayacaklarını düşündükleri ülkelerde yaşamak amacıyla göç etmektedirler. Bu göçler, çoğunlukla yasadışı yollardan gerçekleşmekte veyahut yasal yollardan gerçekleşmekle birlikte süresi içinde ülkeyi terk etmemek suretiyle olmaktadır. Yasadışı göçün önüne geçebilmek ve kontrolsüz göç akımını önlemek amacıyla özellikle göç alan ülkelerin, ceza mevzuatlarında 'göçmen kaçakçılığı' nı suç olarak düzenledikleri görülmektedir. Dünya'da Birleşmiş Milletler düzeyinde mücadele edilen bu sorun, özellikle coğrafi yapısı gereği Avrupa ve Asya kıtalarını birbirine bağlayan Türkiye'nin de gündemini bir hayli meşgul etmektedir. Gerek transit ülke olması gerekse özellikle son dönemlerde hedef ülke olması dolayısıyla, Türkiye'nin göçmen kaçakçılığı sorunu ile uzun zamandır yüz yüze ve bu sorunla mücadele içinde olduğu söylenebilir. Bu bakımdan, BM düzeyinde Türkiye'nin de imzaladığı 'Sınırşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesi' ve buna ek 'Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol' gereği, 2002 tarihinde yapılan bir kanun değişikliği ile ilk kez göçmen kaçakçılığı 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda suç olarak düzenlenmiştir. 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nda özel hükümlere ilişkin ikinci kitabın uluslararası suçlar başlıklı birinci kısmında ikinci bölümde 79.madde numarası ile bu suç tipine yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Göç, Göçmen Kaçakçılığı, Türk Ceza Kanunu

¹ İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Öğretim Üyesi

GİRİŞ

Göç, nüfusun birey, aile, grup ya da topluluklar halinde yaşadığı yeri, doğal afetler, ekonomik, toplumsal, siyasal, demografik nedenlerle değiştirmesidir². Göç, çoğunlukla ulusal sınırları aşmak suretiyle, bir ülkeden başka bir ülkeye doğru olmaktadır. Bu nedenle, gerek kaynak gerek transit gerekse hedef ülke olmaları bakımından hemen hemen dünyadaki bütün ülkelerin doğrudan etkilendiği göç olgusu, genellikle hukuka aykırı yollardan gerçekleştiği için göçmen kaçakçılığı suçu ile birlikte ortaya çıkmaktadır. Çoğunlukla zayıf, korunmasız ve istismara açık olan göçmenlerin içinde buldukları durumlardan kâr elde etmeyi amaçlayan organize suç örgütleri bünyesinde işlenen bir fiil olarak karşımıza çıkan göçmen kaçakçılığı suçu, kişilerin göçmen kaçakçıları tarafından maddi ya da başka çıkarlar karşılığında ülkelerin sınırlarını hukuka uygun olmayan yollarla sınırları geçmesi olarak ifade edilmektedir³.

Konteynırlarda havasızlıktan boğulan, denizlerde yok olan ya da çöllerde susuzluktan ölen insanların haberleri ile neredeyse her hafta gündeme gelen göçmen kaçakçılığı hususunda yakın zamana kadar -özellikle 1990larda yaşanan yasadışı göç sayısındaki hızlı yükselişe kadar- uluslararası camiada herhangi bir düzenlemeye gidilmemişken özellikle Çin’de meydana gelen ve çok sayıda insanın ölümüne neden olan ‘Golden Venture’ kazası ile dünya göçmen kaçakçılığı meselesi ile daha yoğundan ilgilenir hale gelmiştir⁴. 2003-2004 yıllarında BM bünyesinde “Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi” ve bu Sözleşmeye ek “Göçmenlerin Kara, Deniz ve Hava Yollarıyla Kaçırılmalarına Karşı Protokol” düzenlenmiş ve BM üye ülkelerin imzasına

² Hüdayi Sayın, Uluslararası Hukuk Ve Türk Hukuku Bakımından Göçmen Kaçakçılığı, İnsan Ticareti, Cinsel Sömürü Suçları Ve Bunlarla Mücadelede Uluslararası İşbirliği, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Uluslararası İlişkiler ABD, Yayınlanmamış doktora tezi, İstanbul, 2010, s.19.

³ Anne T. Gallagher, Routledge Handbook of Transnational Criminal Law, Ed.By Neil Boister and Robert Currie, New York, 2005, s.187.

⁴ A.J.Sein, ‘The Prosecution of Chinese Organized Crime Groups: The Sister Ping Case and It’s Lessons’ Trends in Organized Crime, 2008, vol.11, no.2, p.157-163.

açılmıştır. Her iki düzenlemede de, bunlara taraf olan devletlere sözleşmede yasaklanan fiilleri suç haline getirme yükümlülüğü getirilmiştir. Taraf devletlere ceza kanunlarında yapılacak değişiklikle ya da ayrı bir kanunla Sözleşmede ve Protokolde yer alan fiilleri suç olarak düzenleme asgari yükümlülüğü getirilmekte, Sözleşme ve Protokolle belirlenen minimum standartları göçmenler lehine ya da örgütlü suçluluk aleyhine aşan düzenlemelere de cevaz verilmektedir. Örneğin Protokol, sadece sınır aşan göçmen kaçakçılığını ve suçun örgütlü suç grubu tarafından işlenmesi hallerinin suç olarak düzenlenmesi yükümlülüğü ile kapsamını belirlemekle birlikte⁵ bu standartlardan daha fazlasının düzenlenmesi ise devletlerin takdir yetkisine bırakılmaktadır⁶. Sözleşme ve Protokol arasındaki ilişki nedeniyle sadece Protokoldeki yükümlülükler değil Sözleşme ile getirilen yükümlülükler de taraf devletlerce dikkate alınmak durumundadır. Örneğin, Sözleşme gereği taraf devletler, göçmen kaçakçılığı gelirlerinin aklanması, tüzel kişilerin cezai sorumlulukları, diğer taraf devletler ile soruşturma ve kovuşturma safhalarında işbirliği, karşılıklı hukuki yardım gibi konularda da düzenlemeler yapmak durumundadır⁷.

Avrupa Birliği bünyesinde göçmen kaçakçılığı ile mücadeleye ilişkin süreç 1985 (Schengen 1) ve 1990 yıllarında (Schengen 2) Schengen Sözleşmeleri'nin kabul edilmesi ile başlamış, özellikle 2004'ten günümüze ilerleme kaydetmiştir. Schengen Sözleşmesi ile üye devletlere, Birliğe üye diğer devletlerin hukuksal düzenlemelerine aykırı olarak, menfaat karşılığı bir yabancının üye devlete girmesine ya da kalmasına yardım eden ya da yardım etmeye teşebbüs edenlerin cezalandırılmalarına yönelik düzenlemeleri gerçekleştirme yükümlülüğü getirilmiştir⁸. Ayrıca Sözleşme, göçmen kaçakçılığı ile mücadelede daha yakın

⁵ Sözleşme 4.maddesi

⁶ Matilde Ventrella, The Control of People Smuggling and Trafficking in the EU: Experiences From the Uk and Italy.

⁷ Anne T. Gallagher, s.193.

⁸ Schengen Antlaşması 27.madde

işbirliğini içeren birçok düzenleme getirmiştir. Bunların başında ortak sınır kontrol standartları, ortak vize sistemi gelmektedir⁹.

Amsterdam Antlaşması'nın 1999'da yürürlüğe girmesi ile üçüncü sütunda bulunan adalet ve iç işleri politikası Avrupa Birliği Sözleşmesi'ne entegre edilmek suretiyle birinci sütuna dahil edilmiştir. Bu başlık altına, vize, iltica ve göç politikaları ile dış sınır güvenliğine yönelik tedbirler ile gümrük işlerinde işbirliği ve hukuk davalarında adli işbirliği düzenlenmiştir. Antlaşma sonrası Avrupa Konseyi tarafından 2004 yılında Lahey Programı¹⁰ kapsamında göçmen kaçakçılığının önlenmesi için tedbirlerin alınması gerektiği hususunda bir karar alınmıştır. Bu çerçevede 2004/927/EC kararı ortaya konmuştur. Program ile 2005-2010 yılları arasında Birliğe üye devletlerin adalet ve iç işleri politikasındaki prensipleri kararlaştırılmıştır. Bu kapsamda ortak bir Avrupa iltica sistemi ve yasal göçün kontrolünün yanı sıra programda AB'nin dış sınırlarının kontrolü ve yasadışı göçle mücadele de yer almaktadır¹¹.

2006'da Brüksel'de gerçekleştirilen Avrupa Konseyi toplantısında, 21.yüzyılda AB'nin en önemli önceliği olarak, göçle bağlantılı sorunların çözülmesinde her yolun denenmesi ve ayrıca göçün getirdiği imkânlardan yararlanılması olarak belirlenmiştir¹². Lizbon Antlaşması sonrası sütunlu yapının kalkmasıyla Birlik,

⁹ Kilchling/Herz, Europaeisches Strafrecht, Hrsg.Sieber/Satzger, Nomos, 2.Auflage, 6.Kapitel §22, Rd.8, s.406.

¹⁰ The Hague Programme, Strengthening Freedom, Security and Justice in the European Union, Doc. 13993/04JAI 408, 27 Ekim 2004.

¹¹ Kilchling/Herz, Europaeisches Strafrecht, 6.Kapitel §22, Rd.12, s.407.

AB Bünyesinde gerçekleştirilen düzenlemeler kronolojik olarak şu şekildedir; 2002 yılında 2002/90/EG Direktifin 1.maddesi üye devletlere: a) bir kimse, üye devlet vatandaşı olmayan bir kimseye, Birliğe üye olan bir devletin yabancıların ülkeye girişi ya da transit geçişine ilişkin kanunlarına aykırı olarak girişine ya da transit geçişine kasten yardım etmesi; b) bir kimse, maddi menfaat elde etmek amacıyla üye devlet vatandaşı olmayan bir kimseye, Birliğe üye olan devletin yabancıların ülkede ikametgâhına ilişkin kanunlarına aykırı olarak ülkede ikamet etmelerine kasten yardım etmesi durumlarına yönelik olarak uygun cezalar düzenlemesi yükümlülüğü yüklemektedir. Bu kapsamda insani yardımlar cezalandırmanın dışında tutulabilir. 2.maddeye göre bu suçlara iştirak de cezalandırılmalıdır. 3.maddeye göre bu cezalar, etkili, ölçülü ve caydırıcı olmalıdır. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:328:0017:0018:EN:PDF>.

¹² Kilchling/Herz, Europaeisches Strafrecht, 6.Kapitel §22, Rd.4, s.405.

vize, iltica ve göç politikaları ile dış sınır güvenliğine yönelik tedbirler, gümrük işlerinde işbirliği ve hukuk davalarında adli işbirliği alanlarında üyeleri bağlayıcı düzenlemeler yapma yetkisine kavuşmuştur. Bu yetki ile Birlik ortak bir göç politikasını geliştirmeye yönelik olarak yasadışı göçe ve insan ticaretine karşı güçlü önleme ve mücadele tedbirlerinin alınması yönünde kararlar alabilecektir¹³.

‘Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’ni ve bu Sözleşmeye ek ‘Göçmenlerin Kara, Deniz ve Hava Yollarıyla Kaçırılmalarına Karşı Protokol’ü imzalayan taraf devletlerden biri olan Türkiye, Sözleşme ve Protokolü 30.01.2003 tarih ve 4804 sayılı Kanunla onaylamıştır. Böylelikle Türk hukukunda ilk kez suç olarak kabul edilmiş olan göçmen kaçakçılığı, mülga 765 sayılı TCK’da çalışma hürriyetine karşı suçlar kısmında 201/a maddesinde düzenlenmiştir. 5237 sayılı yeni TCK’da uluslararası suçlar kısmında 79.maddede düzenlenmiştir.

Buna göre TCK’da göçmen kaçakçılığı;

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

a) Bir yabancıyı ülkeye sokan veya ülkede kalmasına imkan sağlayan,

b) Türk vatandaşı veya yabancının yurt dışına çıkmasına imkân sağlayan kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. (Ek cümle: 22/7/2010 - 6008/6 md.)

Suç, teşebbüs aşamasında kalmış olsa dahi, tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.

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

a) Hayatı bakımından bir tehlike oluşturmaması,

¹³ Kilchling/Herz, 6.Kapitel, §22, Rd.16, s.409.

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

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

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

1. Korunan Hukuksal Yarar

Göçmen kaçakçılığı suçu ile korunan birden çok hukuksal yararın varlığı söz konusudur. Bunlar, göçmen kaçakçılığına maruz kalan göçmenler ve kaçakçılıktan menfaatleri etkilenen devlet ekseninde toplanmaktadır. Bunlardan ilkinin kapsamına, göçmenlerin vücut bütünlükleri, mal varlıkları, haysiyetlerinin dokunulmazlıkları ve kişi hürriyetleri olarak belirtilmektedir¹⁴. Ayrıca insan onurunun korunması da bu kapsamda değerlendirilebilir¹⁵. Zira göçmenlerin içinde buldukları koşullar, onların gerek vücut dokunulmazlıklarının ihlal edilmesini gerekse insan onuruna aykırı davranışlara maruz kalmasını kolaylaştırmakta, onları bu nevi tehlikelere karşı çok daha açık hale getirmektedir. Bu nedenle, ileride ele alınacağı üzere, bu nevi ihlaller suçun nitelikli hallerini oluşturmakta, göçmen kaçakçılığı suçunun cezasını daha da ağır hale getirmektedir. Diğerinde ise yasadışı göçü engellemek suretiyle devletlerin çıkarları korunmak istenmektedir. Bu kapsamda kamu ekonomisi, düzeni ve güvenliği korunmaktadır. Yasal olmayan yollardan ülkeye sokulan göçmenler kayıt dışı çalıştırılmakta, ucuz işgücü ülke vatandaşlarının iş kaybına neden

¹⁴ Koray Doğan, Göçmen Kaçakçılığı Suçu, Ankara, 2005, s.93vd; Çetin Arslan, Göçmen Kaçakçılığı Suçları, AÜHFD, Cilt 52, Sayı 1, 2003, s.117.

¹⁵Johanne Vernier, 'French Criminal And Administrative Law Concerning Smuggling Of Migrants And Trafficking In Human Beings: Punishing Trafficked People For Their Protection', in: Immigration and Criminal Law in the European Union, Ed.By. Elspeth Guild, Paul Minderhoud, Vol.9, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006, s.7.

olabilmektedir¹⁶. Kayıt dışı istihdam, vergi kaçakçılığını da gündeme getirmektedir. Ülkelerin yasadışı göç hareketleri uluslararası toplumun çıkarlarını da etkilediğinden uluslararası toplum da korunmaktadır¹⁷.

2. Suçun Konusu

Suçun konusu, göçmenler ve onların malvarlığı değerleridir¹⁸. Yargıtay da göçmenleri suçun mağduru değil, konusu olarak kabul etmektedir¹⁹. Madde göçmen kaçakçılığını suç olarak düzenlemekteyse de maddede göçmen değil yabancı ve Türk vatandaşından bahsedilmektedir. Dolayısıyla suçun hukuki konusunun Türk vatandaşı ve yabancı olduğu söylenebilecektir²⁰.

3. Fail

Yasadışı yollarla yabancıyı ülkeye sokan ya da Türk vatandaşını veya yabancıyı ülkeden çıkartan ile yasadışı yollarla ülkeye giren bir yabancıyı ülkede kalmasına ya da Türk vatandaşının yurt dışına çıkmasına imkân sağlayan kişi bu fiilleri maddi bir çıkar karşılığında yapması halinde fail olarak nitelendirilecektir. Fail, Türk vatandaşı olsun ya da olmasın herkes olabilir. TCK 266.maddesine göre; göçmen kaçakçılığı suçunda failin kamu görevlisi olma sıfatı göz önünde bulundurulmadığından kamu görevlisi failin görevi gereği elinde bulundurduğu araç ve gereçleri bu suçun işlenmesi sırasında kullanması halinde verilecek ceza üçte biri oranında artırılacaktır.

Doktrinde bu suçun çok failli suç olduğu, göçmenlerin de ülkeye yasadışı yollarla girdikleri ya da ülkeden yasadışı yollardan çıktıkları durumlarda bizzat suçun faili

¹⁶ Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/ Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 8.Baskı, Seçkin, 2012, s.82.

¹⁷ Köksal Bayraktar, 'Göçmen Kaçakçılığı Suçu', Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt IX/2, Sayı:2, 2012, s.62.

¹⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s.83. Malvarlığı değerinin suçun konusu olmadığı yönünde bakınız: Veli Özer Özbek; Mehmet Nihat Kanbur; Koray Doğan; Pınar Bacaksız; İlker Tepe; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8.Baskı, Seçkin, 2015, s.58

¹⁹ Yrg.8.C.D. E. 2006/2028 K. 2006/3617 T. 25.4.2006.

²⁰ Aynı yönde bkz: Özbek vd., s.57.

oldukları ancak içinde buldukları durumdan yararlanıldığı için aynı zamanda mağduriyet yaşadıkları için suç politikası gereği suçun faili değil mağduru olarak değerlendirildikleri ileri sürülmektedir²¹. Ancak kanımızca bu görüşe katılmak mümkün değildir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki; Protokolün 5.maddesi gereği, göçmenlerin işlenen suçtan dolayı cezai sorumlulukları bulunmamaktadır. Zira fiilin cezalandırılma nedeni göçmenler değil, göçmen kaçakçılaridir. BM Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme'nin 31.maddesinde; *'Taraf Devletler, hayatlarının veya özgürlüklerinin, 1. madde gösterilen şekilde tehdit altında bulunduğu bir ülkeden doğruca 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'* düzenlemesi ile göçmenlerin cezalandırılmamaları gerektiğini ifade etmektedir. Bu nedenle, göçmenler sadece suçun konusu oldukları için değil, aynı zamanda Türkiye'nin taraf olduğu Sözleşmeler çerçevesinde de cezalandırılmaktan imtina edilenlerden olmaktadır. Ancak bu süreçte göçmen örneğin yasadışı giriş, transit geçiş veya yasadışı ikamet sağlamak amacıyla hileli olarak iltica talebinde bulunursa daha fazla 31.maddeden yararlanamayacaktır. Bu durumda, işlediği fiiller Protokoldeki örneğin sahte seyahat veya kimlik belgesi imali, bu tür bir belgenin tedariki, temini veya bulundurulması ya da yasal olarak kalmak için gerekli şartlara uymaksızın göç edilen devlette kalmasına başka yasadışı yollarla imkân sağlamak suçlarından birini işlemiş olabilecektir. Dolayısıyla, göçmenler göçmen kaçakçılığı suçundan değil, işledikleri fiillerin başka bir suç tipine uyması halinde diğer suçların faili olacaklardır. Ayrıca, TCK 79.madde lafzına bakıldığında; yabancının yasal olmayan yollardan bir yabancıyı ülkeye sokan veya ülkede kalmasına imkân sağlayan ile Türk vatandaşı veya yabancının yurt dışına çıkmasına imkân sağlayan kişinin suçun faili olabileceğinin açıkça ifade edildiği görülmektedir. Bu

²¹ Özbek vd., s.59.

nedenlerle göçmenlerin 79.madde bağlamında suç faili sayılmaları mümkün görünmemektedir.

Türk hukukunda, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'na göre; Türkiye'ye giriş ve Türkiye'den çıkış işlemlerini, sınır kapılarından geçerli bir pasaport veya pasaport yerine geçen belgelerle gerçekleştirmeyenler hakkında ikibin TL; Türkiye'ye girişleri yasaklanmış olanların buna aykırı olarak Türkiye'ye giriş yapanlar hakkında bin TL idari para cezası uygulanacaktır. Bu fiiller, idare hukuku kapsamında değerlendirilmekte, suç olarak düzenlenmemektedir. Dolayısıyla mülga Pasaport Kanunu'nun cezai hükümlerinden farklı olarak yürürlükteki kanuna göre göçmenlerin yasadışı yollardan Türkiye'ye giriş ya da çıkış yapmaları suç sayılmamakta, dolayısıyla yasadışı göç, göçmenler açısından suç olarak düzenlenmemektedir. Türk hukukunda böyle olmakla birlikte pek çok Avrupa Birliği ülkesi, yasadışı göçü de suç olarak düzenlemiştir. Örneğin, İngiltere'de Immigration Act'e göre, göç kanunlarına aykırı olarak yasa dışı yollarla İngiltere'ye giren ya da girmeye teşebbüs edenler suç işlemiş olmaktadır. İngiliz hukukuna göre; bir yabancıyla ülkeden ayrılması gerekirken ayrılmayıp kanuna aykırı yollarla ülkede kalmaya devam etmesi halinde yasadışı göç suçunu işlemiş olacaktır. Fransız Hukukuna göre ise göçmenin yasadışı yollarla ülkeye girmesi, ülkede ikamet etmesi ya da ülkeden transit geçiş yapması da suç olarak düzenlenmiştir. Hatta bu fiilleri işlemek amacıyla Fransız vatandaşı biri ile evlenmesi de suç kabul edilmiştir. Ayrıca, göçmen, bu fiilleri işlemek amacıyla sahte belge düzenler ya da kullanırsa da suçun cezasında artış olacaktır²². Alman Hukuku'nda²³ da göçmen kaçakçılığı suçunun konusunu oluşturan göçmenlerin yasadışı yollardan Almanya'ya girmeleri durumunda cezai sorumlulukları düzenlenmiştir. Buna göre; gerekli olan geçerli izin ya da vize olmaksızın ülkeye giriş veya ülkede kalış suç olarak düzenlenmiştir. Netice olarak denilebilir ki; Avrupa Birliği'ne üye ülkelerdeki

²² Fransız Ceza Kanunu 441-3, Vernier, s.14.

²³ Yabancıların Federal Ülkede İkametleri, Çalışmaları ve Entegrasyonlarına İlişkin Kanun'un 95.maddesi.

düzenlemelere bakıldığında Protokol'e uygun olarak; organize suç örgütü bünyesinde işlenen göçmen kaçakçılığı suçunda, göçmenler fail değilken, organize suç örgütünün yer almadığı, münferit göç olarak nitelendirilebileceğimiz yasadışı göç suçunda göç edenler fail olarak nitelendirilmektedir.

4. Mağdur

Göçmen kaçakçılığı suçunun mağdurunun kim olduğu hususunda birden çok görüş bulunmaktadır. Suçun mağdurunun, egemenlik hakkı ve toprak bütünlüğü ihlal edilen devlet²⁴ olduğunu ifade eden görüşler olduğu gibi, göçmenleri mağdur olarak kabul eden görüşler de bulunmaktadır²⁵. Yargıtay kararlarında ise suçun yasal mağdurunun uluslararası toplum olduğu²⁶ kabul edilmektedir. Ancak kanunun lafzına bakıldığında, suçun mağdurlarına karşı nitelikli hallerin işlenmesi halinde cezanın arttırılacağı öngörülmektedir. Bu nedenle kanunun göçmenleri mağdur olarak kabul ettiği söylenebilir.

5. Maddi Unsur

TCK'ya göre, göçmen kaçakçılığı suçunun oluşabilmesi için birden çok seçimlik ve serbest hareketli suçlardan birinin işlenmesi yeterlidir. Kanuna göre bu seçimlik hareketler şunlardır:

- yasal olmayan yollarla bir yabancıyı ülkeye sokmak,
- yabancının ülkede kalmasına imkân sağlamak,
- yasal olmayan yollarla Türk vatandaşı veya yabancının yurt dışına çıkmasına olanak sağlamak.

²⁴ Vernier, s. 14.

²⁵ Bayraktar, 'Göçmen Kaçakçılığı Suçu',s.63; Faruk Turhan, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Uluslararası Suçlar, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/101.doc; erişim tarihi: 11.02.2015, s.9; Özbek vd., s.60.

²⁶ Yrg.8.C.D. E. 2006/2028 K. 2006/3617 T. 25.4.2006

Seçimlik hareketlerden biri olan ve bir yabancıyı suçun konusu olduğu yabancıyı yasal olmayan yollarla ülkeye sokmak fiilinin göçmen kaçakçılığı suçunun oluşturduğunun kabulü için yabancıyı gerçek anlamda ülke olarak kabul edilen, kara, deniz ve hava ülkesine yasal olmayan yollardan sokulması gerekmektedir. Yabancıyı ülke sınırına girmesi ile suç tamamlanmış olur. Dolayısıyla bu seçimlik hareketli suç ani suç niteliğindedir. Yabancıyı ülkede kalmasına imkân sağlamak seçimlik hareketinde ise genellikle yasal yollardan ülkeye girmelerine rağmen, vize süresi bitmiş ya da oturma izni bitmiş yabancıların ülkede kalmasının sağlanması ile suç işlenmiş olur. Göçmenin, ülkede yasadışı yolla kalmasının sağlanması ile suç tamamlanır, göçmenlerin ülkede kalmaya devam etmelerinin sona ermesine kadar suç devam eder, dolayısıyla suçun mütemadi suç niteliğinde olduğu söylenebilir. Bir diğer hal olan Türk vatandaşı veya yabancıyı yurt dışına çıkmasına olanak sağlamak seçimlik hareketinde ise kanuna uygun olmayan yollarla Türkiye'den çıkışın gerçekleşmesine imkân sağlamak gerekmektedir. Türk vatandaşının ya da yabancıyı yurt dışına çıkarmasına gerek yoktur. Çıkışı için imkân sağlayıcı hareketin yapılmış olması yeterlidir²⁷. Bu seçimlik hareketli suç da ani suç niteliğindedir. Türk vatandaşının ya da yabancıyı yurt dışına çıkarması için gerekli olan imkân sağlayıcı hareketlerin yapılması ile suç tamamlanır.

Bütün seçimlik hareketlerde yer alan imkân ya da olanak sağlamak ifadelerinin kapsamına hangi fiillerin dâhil olacağı kanımızca belirsizdir. Doktrinde, imkân sağlama ifadesinin maddi yani somut yardımlar olarak yorumlanması gerektiği, bu nedenle yabancıyı yasadışı olarak ülkede kalma konusunda teşvik etmenin veya ülkede yabancıların yasadışı olarak kalma kararlarını kuvvetlendirmenin, imkân sağlamak anlamına gelmeyeceği belirtilmektedir²⁸. Avrupa Birliği üyesi

²⁷ Özbek vd., s.69.

²⁸ Doğan, s.130. Özbek vd. s.67. Bir kişinin yurt dışına çıkarılmak istenen yabancıyı, diğer eylemlere katılmadan doğrudan veya dolaylı maddi menfaat temini amacıyla sadece evinde, otelinde veya başka bir yerde bir süre barındırması durumunda, yabancıyı yasal olmayan yollardan yurt dışına çıkarmasına imkân sağlama şeklinde işlenen göçmen kaçakçılığı suçuna

bazı ülkelerin kanunlarına bakıldığında, imkân sağlamanın daha geniş kapsamlı olarak değerlendirildiği görülmektedir. Örneğin Fransız hukukunda, sırf bir göçmenin oturma izni alması için evlilik gerçekleştiren de 5 yıldan az olmamak üzere hapis cezası ve 15bin Euro para cezası ile cezalandırılırken, bunun organize suç örgütü bünyesinde işlenmesi halinde 10 yıldan az olmamak üzere hapis ve 750 bin Euro para cezası öngörülmektedir²⁹. Alman hukukunda Alman Yabancıların İkametlerine İlişkin Kanun'un 95.maddesinde yer alan yasadışı göçe yardım suçunu oluşturan fiillerden daha ağır ve kaçakçılık fiilinin yapısı gereği özünde daha nitelikli unsurlar içeren fiiller göçmen kaçakçılığı suçunun basit hali olarak değerlendirilmektedir. Alman Yabancıların İkametlerine İlişkin Kanun'un 96.maddesinde göçmen kaçakçılığı suçu tanımlanmıştır. Buna göre; *“yabancıların yasadışı yollarla ülkeye girişi, izinsiz ikameti ve transit geçişi için, yabancıları azmettiren veya yardım eden kişiler, bu suçtan herhangi bir maddi 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”*.

Birleşmiş Milletler Protokolü'nün 6.maddesinde, devletlere hangi fiillere suç haline getirme yükümlülüğü altında buldukları açıkça ifade edilmiştir. Bunlar, göçmen kaçakçılığının yanı sıra göçmen kaçakçılığının işlenmesi amacıyla sahte seyahat veya kimlik belgesinin imali, tedariki, temini ve bulundurulmasıdır. Ayrıca Protokole göre, ilgili devletin vatandaşı olmayan veya o Devlette daimi ikametgâhı bulunmayan bir kişinin, anılan devlette, yasal olarak kalmak için gerekli şartlara uymaksızın kalmasına, yukarıda ifade edilen yollarla yani sahte seyahat veya kimlik belgesinin imali, tedariki, temini ve bulundurulması

yardım etmenin olduğu ve fail hakkında TCK'nın 39. maddesinin uygulanması gerektiği zira buradaki amacın yabancıların ülkede sürekli kalmasının sağlanması değil yurt dışına yasa dışı yollardan çıkarılması için bir süre saklanması olduğu ileri sürülmüştür. Bülent Yenigün, Göçmen Kaçakçılığı Suçu, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku ABD, Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, 2010, s.60.

²⁹ Vernier, s.12.

yollarından biri ile veya başka yasadışı yollarla imkân sağlamak da suç olarak düzenlenmelidir. Bu suçlar, geniş kapsamlı tek bir düzenleme -ki o da kanundur- altında olabilir ya da farklı kanunlarda her bir suç ayrı ayrı düzenlenebilir. Kapsamlı tek bir kanunla düzenleme, uygulayıcılar açısından daha kolay olabilir. Bu sayede, doğabilecek kanun boşluklarının da önüne geçilebilir ancak bundan her bir suçun farklı kanunlarda düzenlenmesi halinde, kanun boşluğunun doğacağı sonucu çıkarılmamalıdır. Bu nedenle, önemli olan Protokolde yer alan şartların yerine getirilmesidir, bunun ne şekilde düzenleneceği devletlerin takdirine bırakılmaktadır. BM çerçevesinde düzenlenen Model Kanun'da birkaç alternatifli kanun düzenlemesine yer verildiği görülmektedir. Bunlardan ilki, daha ziyade Protokoldeki düzenlemeye çok yakın bir modeldir. Buna göre; 'Göçmen Kaçakçılığı: Doğrudan veya dolaylı olarak mali veya bir maddi çıkar elde etmek amacıyla bir kimsenin ikametgahı bulunmayan veya vatandaşı olmayan taraf devlete yasal olmayan yollardan girişini sağlarsa.... Hapis cezası ile cezalandırılır. Sahte Seyahat ve ya Kimlik Belgesi Düzenlenmesine ilişkin Suçlar: Göçmen kaçakçılığını gerçekleştirmek amacıyla doğrudan veya dolaylı olarak mali veya bir maddi çıkar elde etmek amacıyla sahte seyahat veya kimlik belgesi imali, bu tür bir belgenin tedariki, temini veya bulundurulması halinde ...Hapis cezası ile cezalandırılır. Yasadışı İkametgah Sağlanması: Doğrudan veya dolaylı olarak mali veya bir maddi çıkar elde etmek amacıyla, ilgili devletin vatandaşı olmayan veya o devlette daimi ikametgahı bulunmayan bir kişinin anılan devlette yasal olarak kalmak için gerekli şartlara uymaksızın orada kalmasına imkan sağlayan kişi ...hapis cezasıyla cezalandırılır.' Bu örnekte, suça teşebbüs ve iştirak de ayrıca düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye benzer bir örnek olarak Yeni Zelanda hukukundan 1961 tarihli Crimes Act Section 98C verilmektedir. Bir diğer model kanun ise, göçmen kaçakçılığını ve sahte seyahat ve ya kimlik belgesini düzenlemeyi ayrı, yasadışı ikametgâh sağlanmasını ve iştirak ile teşebbüsü ayrı tek bir başlık altında ayrıca düzenlendiği modeldir. Buna örnek olarak Hollanda Ceza Kanunu'nun 197a maddesi gösterilmektedir. Son olarak ise daha geniş kapsamlı bir düzenleme önerisidir. Bu halde, göçmen kaçakçılığına ilişkin suçlar

başlığı altında yukarıdaki üç hal tek bir çatı altında toplanmaktadır. Buna örnek olarak da Slovakya Ceza Kanunu 171a gösterilmektedir.³⁰

TCK'da yer alan göçmen kaçakçılığı suçunda, Protokolün suç olarak düzenlenmesi yönünde zorunlu tuttuğu göçmen kaçakçılığı hariç diğer fiiller suç olarak düzenlenmemektedir. Tam olarak Protokolün gerekleri yerine getiren düzenleme olmamakla birlikte, 5682 Pasaport Kanunu'nun cezai hükümlerini içeren 33 vd. maddelerinde birtakım suçların ihdası söz konusu idi. Ancak Kanun'un 33 vd. maddeleri 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile mülga edilmiştir. 6458 sayılı Kanun'da, örneğin sahte seyahat belgesi kullananların vizelerinin iptal edileceği, sınır dışı edilecekleri gibi düzenlemeler yer almakta ise de bu tür sahte belgenin tedariki, temini veya bulundurulması durumunda, bunu yapanlara karşı herhangi bir cezai yaptırım içeren hüküm bulunmamaktadır. Failin sahte seyahat ve kimlik belgesinin imali halinde TCK 204 ve devamı maddelerinde yer alan resmi belgede sahtecilik suçunun oluşacağından bahisle ayrıca belgede sahtecilik suçundan da cezalandırılacaktır. TCK 204.maddesi, bir resmi belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir resmi belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren veya sahte resmi belgeyi kullanan kişi hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası öngörmektedir. Ancak, Protokole bakıldığında, sahte seyahat veya kimlik belgesinin sadece düzenlenmesi ya da değiştirilmesi değil, herhangi bir yerde kullanılmasa bile sırf tedarik edilmesi, bulundurulmasının dahi suç olarak düzenlenmesi gerektiği öngörülmektedir. Ayrıca, bu fiiller göçmen kaçakçılığının gerçekleştirilmesi amacıyla işlenmelidir. Dolayısıyla suçun işlenmesi bakımından özel kast mevcuttur. Bu nedenle kanımızca, göçmen kaçakçılığı suçu düzenlemesine ek olarak Protokolün şart koştuğu bu düzenlemenin de 79.maddeye eklenmesi gerekir. Protokol, göçmen kaçakçılığının işlenmesi amacıyla sahte seyahat veya kimlik belgesinin imali, tedariki, temini ve bulundurulmasının da suç olarak düzenlenmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu

³⁰ Model Law against the Smuggling of Migrants, s.31 vd.

durumda, bu nitelikteki bir belgeyi bulunduran göçmenin de cezalandırılması gündeme gelecektir. Bu nedenle, düzenlemeye bu hususun eklenmemesinin nedeni göçmenlerin cezalandırılmalarının önüne geçmek olabilir. Ancak, bu halde artık göçmen suçun konusu değil, suçun faili haline gelecektir³¹. Dolayısıyla, BM Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme'nin 31.maddesinde yer alan '*Taraf Devletler, hayatlarının veya özgürlüklerinin, 1. madde 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.*' düzenlemesinden daha fazla yararlanamaz duruma geleceklerdir³².

765 sayılı TCK'nın 201/a maddesinin 2. fıkrasında yer alan göçmen kaçakçılığı suçuna 'iştirak etmeksizin, daha önce ülkeye sokulmuş veya girmiş kaçak göçmenleri, maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollarla ülkeden çıkaranlara, yasal koşullara uymaksızın ülkede kalmalarını olanaklı kılanlara, bu maksatla sahte kimlik veya seyahat belgelerini hazırlayanlara veya temin edenlere ya da bu suçlara teşebbüs edenlere, fiilleri başka bir suçu oluştursa bile' ayrıca verileceği hükmü yeni TCK'ya alınmamıştır. Bu nedenle, her ne kadar belirtilen bu durumlarda failin 765 sayılı TCK'na göre hem resmi evrakta sahtecilik hem de göçmen kaçakçılığı suçlarından ayrı ayrı cezalandırıldığı ileri sürülmekteyse³³ de 5237 sayılı TCK'dan farklı olarak belgeyi temin edenleri de cezasız bırakmayan bir düzenleme olduğu söylenebilir.

³¹ Model Law against the Smuggling of Migrants, s.28.

³² Model Law Against the Smuggling of Migrants, s.28.

³³ Turhan, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Uluslararası Suçlar, s.10.

6. Manevi Unsur

Göçmen kaçakçılığı suçu kasten işlenebilen bir suçtur³⁴. TCK'da göçmen kaçakçılığı suçunun oluşabilmesi için failin doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek amacıyla hareket etmiş olması özel kastı aranmaktadır. Protokolün, göçmen kaçakçılığı tanımına yer verdiği 3.maddesinde ise 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 olarak tanımlanmaktadır. Bu kapsamda göçmen kaçakçılığının tanımında yer alan unsurlardan olan mali veya maddi bir çıkar elde etme amacı sadece mali bir değeri olan çıkarları değil failin ya da organize suç gruplarının daha geniş anlamda bir çıkar sağlaması olarak kabul edilmektedir³⁵. Buna göre, faaliyetin karşılığında cinsel bir karşılığa bulunulması da bu kapsamda suçta yer alan maddi çıkar kapsamı dâhilinde değerlendirilecektir. Buna karşın, örneğin aile bireylerine ya da insani gerekçelerle yardım amacıyla yapılan faaliyetler suç kapsamı dışında tutulmaktadır³⁶. TCK'da, protokolde yer alan bu tanımdan sadece maddi menfaat kısmı alınmışsa da bu maddi menfaatten sadece maddi karşılığı olan bir değer anlaşıldığı görülmekte, diğer ülke hukuklarında olduğu gibi örneğin buna karşılık mağdurdan cinsel yönden yararlanmak gibi maddi menfaat elde etmek dışında bir amaca yönelikse, bu suçun oluşmayacağı kabul edilmektedir³⁷. Para, alacak hakkı, borçtan kurtarma, taşınır veya taşınmaz bir malın hibesi gibi menfaatler bu

³⁴ Protokol, suçun en az kastla işlenebileceğini ifade etmekte ancak taraf devletlere diledikleri takdirde ihmal suretiyle de işlenmesini suç haline getirebileceklerini ifade etmektedir.

³⁵ United Nations Office on Drugs and Crime, Legislative Guides for the Implementation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto, UN Sales No. E.05.V.2. s.13-334.

³⁶ Assessment Guide to the Criminal Justice Response to the Smuggling of Migrants, United Nations Office on drugs and Crime, Vienna, s.20.

³⁷ Tezcan / Erdem / Önok, s. 95; Turhan, s. 9; Doğan, s. 134,135; Mustafa Artuç, Göçmen Kaçakçılığı Suçu, TAHD, Yıl 2, Sayı 16, Aralık 2007, 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. Kemalettin Erel, Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı suçu, TBBB, Sayı 71, 2007, s. 281.

kapsamda değerlendirilebilir³⁸. Bu açıdan Türk hukukundaki düzenleme ile Protokolün yorumlanması arasında farklılık bulunmaktadır.

Alman hukukunda da maddi menfaat kavramı geniş yorumlanmaktadır. Bu mali değeri olan bir menfaat olabileceği gibi mali değeri olmayan bir menfaat de olabilir. Örneğin; para, mal varlığı, indirim olabileceği gibi cinsel taciz fiillerine katlanma ya da cinsel ilişkiye girme gibi fiiller de bu kapsamda menfaat olarak değerlendirilmektedir³⁹. Menfaatin büyüklüğü ya da değeri önem taşımamaktadır. Kaçakçıdan başka kimselerin de kaçakçılık fiili sebebiyle maddi menfaat elde etmesi halinde suçun unsurunun oluştuğu kabul edilmektedir. Burada maddi menfaat kavramı geniş yorumlanmaktadır. Örneğin, kaçakçı yerine anlaşmalı olarak evlendirileceği kişinin göçmen kadından maddi menfaat temin etmesi bu çerçevede maddi menfaat olarak değerlendirilmektedir⁴⁰.

7. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

A. Teşebbüs

6008 sayılı kanun ile 79.maddeye suçun teşebbüs aşamasında dahi kalsa tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur ifadesi eklenmiştir. Bu ifade 765 sayılı TCK'da bulunmakta iken 5237 sayılı TCK'nın 2010 değişikliğine kadar bulunmamaktaydı. Bu nedenle 2010 yılına kadar Yargıtay kararlarında suçun teşebbüs aşamasında kaldığından ve teşebbüs için genel hükümlerdeki düzenleme esas alınmakta, TCK'nın teşebbüs hükümlerine göre fail hakkında daha az ceza verilmesi gerektiğinden bahisle yerel mahkeme kararlarının bozulduğu görülmekte idi⁴¹.

³⁸ Özbek vd., s.76.

³⁹ Huber, Rd. 30.

⁴⁰ Sieglar, s.84.

⁴¹ Saniğa yüklenen göçmen kaçakçılığı suçu, fiilin gerçekleştirildiği tarihte yürürlükte bulunan 765 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 201/a maddesinde seçimlik hareketli bir suç olarak tanımlanmıştır. Sözü edilen maddede kalkışmanın da tamamlanmış suç gibi cezalandırılacağı öngörülmüş, böylelikle bu suç, 765 sayılı TCY uygulamasında bir kalkışma suçu olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Yargılama sürecinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza

Yargıtay kararlarına bakıldığında, göçmen kaçakçılığı suçunun göçmenlerin yurt dışına çıkmasına imkân sağlama seçimlik hareketi bakımından genellikle tamamlanmış değil teşebbüs aşamasında kalmış suçtan faillerin cezalandırıldığı görülmektedir. Zira kararlarda, göçmen kaçakçılığı suçunun göçmenlerin yurt dışına çıkmasına imkân sağlama seçimlik hareketi bakımından çıkışın sağlanması ile suçun tamamlanacağı kabul edildiğinden, göçmenleri yurt dışına çıkarmadan yakalanan sanıklar hakkında göçmen kaçakçılığına teşebbüs suçunun oluştuğu kabul edilmektedir⁴². Ancak kanımızca suçun tamamlanması için Türk

Yasası'nın göçmen kaçakçılığı suçuna ilişkin 79. maddesinde ise; kalkışmanın tamamlanmış suç gibi cezalandırılacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Somut olayda, göçmenler Türk Karasularında demirli bulunan gemide ve sınır dışına çıkmadan yakalandıklarına göre göçmen kaçakçılığı suçu kalkışma aşamasında kalmıştır. Bu itibarla, kalkışma aşamasında kalan suçun, tamamlanmış suç niteliğinde kabulü gerekir. Yrg.C.G.K. E. 2007/8-234 K. 2008/16 T. 5.2.2008 Sanıkların Van ilinden İstanbul'a getirmek üzere aldıkları 65 göçmeni kamyonetin içinde oluşturdukları iki bölmeye koyarak yola çıktıkları ve Tatvan ilçesinde kolluk tarafından yakalandıklarının anlaşılması karşısında, teşebbüs aşamasında kalan suç nedeniyle 5237 sayılı TCK.nun 79. maddesinden verilecek cezadan teşebbüs nedeniyle dörtte birinden dörtte üçüne kadarının indirilmesi gerekir. Yrg.8.C.D. E. 2006/215 K. 2006/2281 T. 20.3.2006

Göçmen kaçakçılığı suçunda; uyumsuzluk; sanıkların üzerlerine atılı göçmen kaçakçılığı suçunun tamamlanıp tamamlanmadığının belirlenmesine ilişkindir. Sanıkların yasal olmayan yollardan ülkemize giren göçmenlerin maddi menfaat elde etmek amacıyla ülkede kalmalarına imkân sağladıkları ve bu şekilde eylemlerinin tamamlandığı kabul edilmiş ise de, yasal olmayan yollardan ülkeye giriş yapan göçmenleri, yurt dışına çıkarmak maksadıyla belli bir süre barındıran sanıkların eylemlerinin, göçmen kaçakçılığı suçunun, suç tarihi itibarıyla yürürlükte olan ve sanıkların lehine olduğunda tereddüt bulunmayan "göçmenin yurt dışına çıkartılmasına imkân sağlanması" şeklindeki seçimlik hareketi oluşturduğu, göçmenlerin yurt dışına çıkartılmadan yakalanmış olmaları nedeniyle sanıkların fiilinin teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmelidir. Yrg.C.G.K. E. 2012/8-1085K. 2013/96 T. 19.3.2013.

Yasal olmayan yollardan Türkiye'ye giriş yapan göçmenleri İstanbul'a getirdiğine ilişkin sanığın aşamalarındaki aksi kanıtlanamayan savunmaları, bilirkişi raporuna göre sahte oldukları anlaşılan ve yabancı uyruklu kişiler adına hazırlanmış olan pasaportların sanığın üzerinde ele geçirilmesi ve yasal olmayan yollardan Türkiye'ye giriş yapan göçmenlerin sanık tarafından ülkeye sokulduğuna ilişkin herhangi bir kanıtın elde edilememiş olması karşısında sanığın eyleminin göçmen kaçakçılığı suçunun "göçmenin yurt dışına çıkartılmasına imkân sağlanması" şeklindeki seçimlik hareketi oluşturduğu ve göçmenler yurt dışına çıkartılmadan sanığın yakalanmış olması nedeniyle de eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı anlaşılmaktadır. Yrg.C.G.K. E. 2012/8-322K. 2012/221T. 5.6.2012.

Yasadışı yollardan Türkiye'ye giren yabancı uyruklu göçmeni Van'dan alıp Erciş ilçesine götürürken yapılan ihbar üzerine kolluk görevlileri tarafından yakalanan sanıkların eyleminin göçmenlerin yurt dışına çıkmalarına imkân sağlamaya teşebbüs aşamasında kaldığı, verilen cezadan teşebbüs sebebiyle indirim yapılması gerektiği gözetilmeyerek sanıklar hakkında fazla ceza tayini yasaya aykırıdır.8.C.D. E. 2009/2335K. 2011/14012T. 29.11.2011

⁴² Göçmen kaçakçılığı suçu teşebbüse olanaklı olup suçun ülke karasuları, hava sahası veya kara sınırlarının dışına çıkıldığı anda tamamlandığı ve olayımızda göçmenlerin karasularımız içinde bulunan Ayvalık Kız Adasında yakalandıkları hususlarının da gözetilerek lehe yasa

vatandaşının ya da yabancının yurt dışına çıkmış olmasına gerek olmamakta, çıkışı için imkân sağlayıcı hareketin yapılmış olması yeterli olmaktadır⁴³. Bu nedenle, göçmenler yurt dışına çıkartılmasa dahi imkân sağlayıcı hareketler yapılmış ise suç tamamlanmış sayılmalıdır.

B. İştirak

Göçmen kaçakçılığı suçuna azmettirme ve yardım etme mümkündür. Göçmen kaçakçılığı suçu, Türk vatandaşının veya bir yabancının yasal olmayan yollardan yurt dışına çıkmasına, yabancının yasal olmayan yollardan ülkeye sokulması ve ülkede kalmasına imkân sağlamak, göçmenlere yardım etmek suretiyle gerçekleşmektedir. Bu nedenle, suç tipine uygun olan yardım etme niteliğindeki fiiller bakımından kişi yardım eden değil, suçun faili olarak değerlendirilecektir. Bu nedenle, göçmen kaçakçılığı suçu bakımından hangi fiillerin yardım etme hangi fiillerin ise suçu oluşturan fiiller olduğunu belirlemek için her bir münferit olayda fiilin suçun işlenişindeki etkisinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin, göçmenler ile kaçakçılar arasında çevirmenlik yapmak yardım etme olarak değerlendirilebilir.

Pek çok Avrupa Birliği ülkesinde, yukarıda izah edildiği üzere her ne kadar göçmen kaçakçılığı suçu ile ilişkili olsa da göçmen kaçakçılığında daha hafif nitelikli olan, suç örgütünün dâhil olmadığı münferit yasadışı göçe (irregular migration) yardım başlı başına suç olarak düzenlenmiştir⁴⁴. Örneğin; İtalyan hukukunda göçmen kaçakçılığı ve yasadışı göçe yardım suçunun cezası aynı iken, İngiliz Hukukunda göçmen kaçakçılığı suçunun cezası daha ağırdır⁴⁵. İngiliz hukukuna göre; bir yabancının ülkeden ayrılması gerekirken ayrılmayıp kanuna

değerlendirmesinin Yerel Mahkemece buna göre yapılması gereklidir. Yrg.C.G.K. E. 2008/8-33 K. 2008/83 T. 15.4.2008

⁴³ Aynı yönde bkz: Tezcan/Erdem/ Önok, s.94.

⁴⁴ Katja Z. Siegler, The Legal Framework Of Trafficking And Smuggling In Germany: Victim Protection Emerging From Witness Protection?, in: Immigration and Criminal Law in the European Union, Ed.By. Elspeth Guild, Paul Minderhoud, Vol.9, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006, s.69.

⁴⁵ Ventrella, s.169

aykırı yollarla ülkede kalmaya devam etmesi halinde yasadışı göç suçunu işlemiş olacaktır⁴⁶. Buna göre; Bir kimse; göç kanununa aykırı bir biçimde hareket eden AB üye ülke vatandaşı olmayan bir kişiye yardım ederse göçe yardım suçunu işlemiş olacaktır. Bu yardım kapsamına ülkeye giriş, ülkede kalış ya da ülkeden transit geçiş dâhildir. Bu suçu işleyenler hakkında 10 ila 14 yıla kadar hapis cezası öngörülmektedir. Fransız hukukunda da maddi çıkar elde etmek amacıyla bir göçmenin ülkede yasa dışı yollarla kalmasına ya da ülkeden transit geçişine yardım etmek suç olarak düzenlenmiştir. Bu tür yardımların insani yardım gibi amaçlarla gerçekleştirilmesi halinde suç oluşturmayacaktır⁴⁷. Alman Hukukunda Yabancıların Federal Ülkede İkametleri, Çalışmaları ve Entegrasyonlarına İlişkin Kanun'un 95.maddesinde yer alan fiillere yardım yasadışı göçe yardım olarak kabul edilmekte ve genel hükümlerdeki iştirak maddeleri kapsamında değerlendirilmektedir. Bu bağlamda suçun yasadışı göçe yardım kapsamında mı kaldığı yoksa göçmen kaçakçılığını mı oluşturduğu yardımının kapsamına göre değişmektedir⁴⁸. Zira yasadışı göçe yardım sayılacak fiillerin birden fazla tekrarlanması ya da birden çok göçmene karşı işlenmesi veya bir maddi yarar elde etmesi veya bu yönde kendine vaatte bulunulmasını sağlaması halinde göçmen kaçakçılığı suçu işlenmiş olacaktır. 95.madde kapsamında, yasadışı giriş ya da ikameti kolaylaştıran, teşvik eden, kararı kuvvetlendirme, bu kişileri güvence altına alma gibi hareketler yasadışı göçe yardım olarak değerlendirilmekte, dolayısıyla yardım etme fiili çok geniş yorumlanmaktadır. Hatta bu fiilleri işlerken de doğrudan sınırdan yardım etmek gerekmemektedir. Yardım etmenin bu kadar geniş yorumlanmasının göçmen kaçakçılığı faillerinin cezası daha az olan

⁴⁶ Nationality, Immigration and Asylum Act 2002, md. 143.

⁴⁷ Vernier, s.10.

⁴⁸ Katja Z. Siegler, The Legal Framework Of Trafficking And Smuggling In Germany: Victim Protection Emerging From Witness Protection?, in: Immigration and Criminal Law in the European Union, s.81.

yasadışı göçe yardım suçundan yargılanmasına neden olduğu hususunda doktrinde eleştiriler bulunmaktadır⁴⁹.

C. İçtima

Göçmen kaçakçılığı suçunda failin işlediği fiil başka suçları da oluşturuyorsa fikri içtima hükümleri uygulanabilecektir. Birden fazla göçmenin bir seferde ülkeye sokulmaları ya da ülkeden çıkartılmaları halinde zincirleme suçun oluşup oluşmayacağı hususu Yargıtay kararlarına konu olduğu görülmektedir. Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi olan zincirleme suçun varlığının kabul edilebilmesi için göçmenlerin suçun mağduru olarak değerlendirilmeleri gerekmektedir. Ancak Yargıtay kararlarına bakıldığında göçmenlerin mağdur değil suçun konusu olarak kabul edildikleri ve bu nedenle birden fazla göçmen olsa bile zincirleme suç değil tek bir suçun işlendiğinin kabul edildiği görülmektedir⁵⁰. Göçmen sayısının çok olması, tayin edilecek cezada etkili olacaktır. Ancak, göçmenleri suçun mağduru olarak kabul eden nitelikli hal dikkate alındığında, zincirleme suç hükmünün uygulanması gündeme gelecektir⁵¹.

Göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesi için sahte vize, pasaport, ikametgâh belgesi gibi belgelerin sahte olarak düzenlenmesi halinde ayrıca TCK 212.madde gereği evrakta sahtecilik ve göçmen kaçakçılığı suçundan ayrı ayrı cezalandırma söz konusu olacaktır.

⁴⁹ Yasadışı göçmenin işe alınması, yasadışı giriş için yol tarifi, yasadışı göç edenle evlilik ayarlanması gibi fiiller, Alman Federal Mahkemesi tarafından yasadışı göçe yardım olarak kabul edilmektedir. BGH, 1989 NJW 1435.

⁵⁰ Sosyal olarak suçtan zarar gören durumunda bulunan göçmenlerin göçmen kaçakçılığı suçunun yasal mağduru durumunda bulunmayıp suçun konusu oldukları, suçun yasal mağdurunun uluslararası toplum olduğu, göçmenlerin sayıca çok olmasının TCK.nun 61. maddesi uyarınca alt sınırdan uzaklaşarak ceza tayin edilmesini gerektireceği gözetilmeden, zincirleme suç kabulü ile 5237 sayılı TCK.nun 43/2. madde ve fıkрасın uygulanması suretiyle ceza tayini hatalıdır. Yrg.8.C.D. E. 2006/2028 K. 2006/3617 T. 25.4.2006

⁵¹ Aynı yönde bkz: Tezcan/Erdem/Önok, s.97; Özbek vd, s.80.

8. Cezanın Arttırılmasını Gerektiren Nitelikli Haller

A.Suçun Mağdurların Hayatı Bakımından Bir Tehlike Oluşturması

Protokol'ün 6.maddesinde cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren hallerden biri olarak ifade edilen 'göçmenlerin hayatlarını veya güvenliklerini tehlikeye sokan veya tehlikeye sokması muhtemel durumlar', TCK lafzında 'suçun mağdurların hayatı bakımından bir tehlike oluşturması' olarak ifade edilmiştir. Burada korunan hukuki yarar göçmenlerin gerek fiziki gerekse psikolojik bütünlüklerinin korunmasıdır⁵². Suçun niteliği gereği aslında birçok husus göçmenlerin hayatlarını ve güvenliklerini tehlikeye sokmakta ya da sokması muhtemel durumları oluşturmaktadır. Örneğin, deniz yoluyla yapılan kaçakçılıklarda kullanılan araçlar gerek yapıları gerekse aşırı yüklenme nedeniyle göçmenlerin hayatlarını tehlikeye sokmaktadır⁵³. Göçmenlerin taşınması esnasında örneğin

⁵² Huber, Rd. 76.

⁵³ Model kanunda protokolden farklı olarak ağırlatıcı hal önerileri getirilmektedir. Bunlar; göçmenin veya başka bir kimsenin ciddi biçimde yaralanması veya ölmesi (ki buna intihar sonucu ölüm de dahil edilmektedir); suçun organize suç örgütü bünyesinde işlenmesi; suçun işlenmesi esnasında silah veya herhangi bir uyuşturucu madde kullanılması; kaçakçılık suçuna söz konusu göçmenlerin sayıları; suç failinin kamu görevlisi olması; kamu görevlisinin suç işlerken bulunduğu görevi veya yetkisini kullanması (yolsuzluk, rüşvet vb); göçmenin çocuk olması veya suçun işlenmesinde çocukların kullanılması; göçmenin hamile olması veya akıl ya da fiziksel sağlığının yerinde olmaması; failin göçmene veya ailesine şiddet uygulaması veya şiddet uygulayacağı tehdidinde bulunması; Önerilen bu unsurların örneğin Belçika, Slovakya, Kosta Rika tarafından ağırlatıcı nedenler olarak düzenlediği görülmektedir. Model Kanun, s.52.

Alman hukukunda, Alman Yabancıların İkametlerine İlişkin Kanun'un 96.maddesinin ikinci fıkrasında, göçmen kaçakçılığının nitelikli halleri düzenlenmiştir. Bu unsurlarda özellikle kaçakçıların göçmenlere karşı tehlikeli olabilecek neticelerde bulunması ile fiillerin örgüt bünyesinde işlenmesi gibi durumlar cezalandırılmaktadır. Buna göre; "Failin suçu meslek edinmesi; Suçun bu tür amaçla kurulan bir örgütün üyesi tarafından işlenmesi; Kişinin suçun işlenmesi sırasında yanında ateşli silah bulundurması; Kişinin kullanma amacıyla yanında herhangi bir silah bulundurması; Göçmenlerin yaşamlarının tehlikeye sokulması, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamelede bulunulması veyahut sağlığının ağır tehlikeye girmesine neden olunması, durumunda faile verilecek ceza artırılabilecektir. Bu nitelikli hallerin varlığı durumunda faile, 6 aydan 10 yıla kadar hapis cezası verilir". Kanun başka nitelikli halleri de 97.maddesinde düzenlemiştir. Buna göre; "96 nci maddenin 1 inci fıkrasında belirtilen suç, yabancıların ölümüne neden olursa, üç yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezası verilir. 96 nci 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. 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".

havasız konteynırlarda sıkış sıkış yolculuk yapmaları, küçük teknelerde kapasitesinin çok üstünde kişiyi doldurarak yolculuk ettirilmeleri, hayalet gemi denilen mürettebatı bulunmayan ya da belli bir yerden sonra mürettebatın terk ettiği küçük tekne ya da hurdaya çıkan ticari gemilerde denizin ortasında aç ve susuz bırakılması göçmenlerin hayatları bakımından bir tehlike oluşturacaktır. Burada kanımızca soyut tehlike yeterlidir. Tehlikenin somut olarak ortaya çıkmasına gerek olmamalıdır⁵⁴.

TCK'daki ifade Protokol'deki düzenlemeye nazaran belirsiz kalmaktadır. TCK'daki düzenlemeye göre kaçak göçmenlerin yaşam veya vücut bütünlüklerinin maddi olarak tehlikeye girmiş, mağdur ölmüş ya da yaralanmışsa, bir başka deyişle zarar vukuu bulmuşsa sadece göçmenlerin hayatı bakımından bir tehlike oluşturması ağırlatıcı nedeninin olduğu mu kabul edilecektir yoksa bunun yanı sıra genel içtima kurallarına göre cezai sorumluluk mu söz konusu olacaktır? 765 sayılı TCK md. 201/a fık. 3, Protokol'de yer alan düzenlemeye paralel olarak, göçmen kaçakçılığı fiillerinin “kaçak göçmenlerin yaşamlarını veya vücut bütünlüklerini tehlikeye soktuğu veya insanlık dışı veya onur kırıcı muamele biçimlerine tabi kılınmalarına neden olduğu hallerde faillere verilecek cezalar, yarısı oranında; ölüm meydana gelmiş ise bir kat artırılarak” verilmesini öngörüyordu. Bu nedenle, göçmenlerin yurda sokulması veya çıkarılması sırasında yaralanmaları veya ölmeleri halinde fail yalnızca göçmen kaçakçılığının bu ağırlatıcı nedenine göre cezalandırılması söz konusu idi. Göçmenlerin sağlıklarının ciddi biçimde somut olarak tehlikeye sokulması veya işgüçlerinin önemli ölçüde zarara uğraması tehlikesinin doğması halinde bu nitelikli hal uygulanacaktı. Ancak yukarıda belirttiğimiz üzere suçun bu nitelikli hali yeni kanuna alınmamıştır. Bu açıdan yeni kanuna göre fail bu gibi durumlarda hem göçmen kaçakçılığı suçundan hem de taksirle yaralama (md. 89) veya taksirle öldürme (md. 85) suçlarından cezalandırılabilirdiği gibi kanımızca kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi (md. 83) suçundan da

⁵⁴ Bu yönde bkz: Gericke, Münchener Kommentar, §96, Rd 36, 2.Auflage, 2013.

cezalandırılabilir. Çünkü göçmen kaçakçısı, göçmene karşı işlemiş olduğu önceki fiillerinden dolayı göçmenlerin hayatına yönelik tehlikeli bir durumun meydana gelmesine neden olmuştur. Dolayısıyla kanunen garantör durumundadır⁵⁵.

B. Suçun Göçmenlerin Onur Kırıcı Bir Muameleye Maruz Bırakılarak İşlenmesi

Protokol 6.maddesinde, AİHS 3.maddesindeki düzenlemeden yola çıkarak göçmenlerin istismarı dâhil insanlık dışı veya aşağılayıcı muamelelerin cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren haller olarak düzenlenmesi gerektiğine işaret edilmektedir. Gerek Protokolde gerekse Sözleşmede tanımlanmamış olan insanlık dışı ve aşağılayıcı muamelenin⁵⁶ ne olduğu genellikle mahkeme kararları ile doktrinde izah edilmeye çalışılmaktadır. Buna göre; mağdura sadece fiziksel değil aynı zamanda zihinsel ıstırap çektiren hareketler de bu kapsamda değerlendirilecektir. Bu hareketlerin işkenceyi oluşturması da gerekmemektedir. Protokol'e taraf AB üye ülkelerin düzenlemelerine bakıldığında, göçmen kaçakçılığı suçu neticesinde örneğin, deniz ya da kara yoluyla taşıma şartları, ülkede yaşama ve çalışma şartlarının insan onuruyla bağdaşmayacak şekillerde olması ya da göçmenlerin ailelerinden ayrılmış şekilde yaşamaları da aynı şekilde suçun ağırlaştırılmış hali olarak kabul edilmekte ve öyle cezalandırılmaktadır⁵⁷.

Bu kapsamda, göçmenlerin sürekli ya da kısa süreli olmakla birlikte yoğun biçimde bedensel ya da ruhsal eziyet çekmelerine neden olan davranışlarda bulunulması halinde⁵⁸ bu nitelikli hal olduğu kabul edilecektir. Göçmende

⁵⁵ Aynı yönde bkz: Huber, Rd.76.

⁵⁶ 1975 tarihli BM Tüm Kişilerin İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık dışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Maruz Bırakılmaya Karşı Korunması Bildirisi; 1984 tarihli BM İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık dışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Sözleşme; 1987 tarihli Avrupa İşkencenin ve İnsanlık dışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezanın Önlenmesi Sözleşmesi'nde işkencenin tanımı bulunmakta iken insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamelenin tanımı yapılmamıştır.

⁵⁷Vernier, s. 11.

⁵⁸ Huber, Rd.80.

kızgınlık, çaresizlik ya da acizlik duygularına yol açılması, küçük düşürülmesi, aşağılanması bu nitelikli hal içinde değerlendirilmektedir⁵⁹. Örneğin, çok soğuk ya da nemli, ışısız, kirli yerlerde göçmenlerin tutulması⁶⁰; tuvalet imkânı olmayan yerlerde uzun süre tutulması nedeniyle göçmenlerin tuvaletlerini üzerlerine yapması⁶¹ durumları insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele olarak değerlendirilmektedir.

C. Suçun Bir Örgütün Faaliyeti Çerçevesinde İşlenmesi

Göçmen kaçakçılığı suçunun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde suçun cezası yarı oranında arttırılacaktır. Suçun, örgüt bünyesinde işlenmesinin nitelikli hal olarak kabul edilmesindeki amaç, suç örgütünün işlenen suçtan soyut olarak başlı başına bir tehlike arz etmesidir. Suçun, suç örgütü çerçevesinde işlenmesi Sözleşme kapsamında da cezayı ağırlatıcı neden olarak düzenlenecek durumlardan biri olarak gösterilmektedir⁶². Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 2.maddesine göre örgütlü suç grubu, 'doğrudan veya dolaylı olarak mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek amacıyla belli bir süreden beri var olan ve Sözleşmede belirtilen bir veya daha fazla ağır suç veya yasadışı eylemi gerçekleştirmek amacıyla birlikte hareket eden, üç veya daha fazla kişiden oluşan yapılanmış bir grup' anlamına gelmektedir. Sözleşme gereği, örgüt sadece göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesi amacıyla kurulmalıdır ve örgütün kurulması başlı başına bir suç olarak düzenlenmelidir. TCK'da ise suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde göçmen kaçakçılığı suçunun cezasının yarı oranında arttırılacak, bir suç örgütü kurmak TCK 220.maddesinde başlıca suç olarak düzenlenmiştir. Suçun örgüt

⁵⁹ Gericke, MüKo, Rd. 37.

⁶⁰ Huber, Rd.80.

⁶¹ Gericke, MüKo, Rd. 37.

⁶² Sözleşmeye göre suçun işlenmesi suretiyle elde edilen gelirlerin aklanması, yolsuzluk ve adaletin engellenmesi de suç haline getirilecektir.

faaliyeti çerçevesinde TCK 79/2 uygulanacak, TCK 220 uygulanmayacaktır.
Ancak örgütün oluşum şartları bakımından TCK 220 dikkate alınacaktır.

Kaynakça

Anne T. Gallagher, Routledge Handbook of Transnational Criminal Law, Ed.By Neil Boister and Robert Currie, New York, 2005.

A.J.Sein, 'The Prosecution of Chinese Organized Crime Groups: The Sister Ping Case and It's Lessons' Trends in Organized Crime, 2008, vol.11, no.2.

Assessment Guide to the Criminal Justice Response to the Smuggling of Migrants, United Nations Office on drugs and Crime, Vienna.

Ahmet Caner YENİDÜNYA, Mehmet Emin Alşahin, Göçmen Kaçakçılığı Suçu, TBB Dergisi, Sayı 82, 2009.

Bülent Yenigün, Göçmen Kaçakçılığı Suçu, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku ABD, Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, 2010.

Çetin Arslan, Göçmen Kaçakçılığı Suçları, AÜHFD, Cilt 52, Sayı 1, 2003.

Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/ Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 8.Baskı, Seçkin, 2012.

Gericke, Münchener Kommentar, AufenthaltG, C.H. Beck, 2.Auflage, 2013.

Huber, Münchener Kommentar, AufenthaltG, C.H. Beck, 2.Auflage, 2013.

Hüdayi Sayın, Uluslararası Hukuk Ve Türk Hukuku Bakımından Göçmen Kaçakçılığı, İnsan Ticareti, Cinsel Sömürü Suçları Ve Bunlarla Mücadelede Uluslararası İşbirliği, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Uluslararası İlişkiler ABD, Yayınlanmamış doktora tezi, İstanbul, 2010.

Johanne Vernier, 'French Criminal And Administrative Law Concerning Smuggling Of Migrants And Trafficking In Human Beings: Punishing Trafficked

People For Their Protection', in: Immigration and Criminal Law in the European Union, Ed.By. Elspeth Guild, Paul Minderhoud, Vol.9, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006.

Katja Z. Siegler, The Legal Framework Of Trafficking And Smuggling In Germany: Victim Protection Emerging From Witness Protection?, in: Immigration and Criminal Law in the European Union, Ed.By. Elspeth Guild, Paul Minderhoud, Vol.9, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006.

Kemalettin Erel, Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı suçu, TBBD, Sayı 71, 2007.

Kilchling/Herz, Europaeisches Strafrecht, Hrsg.Sieber/Satzger, Nomos, 2.Auflage, 6.Kapitel §22, Rd.8.

Koray Doğan, Göçmen Kaçakçılığı Suçu, Ankara, 2005

Köksal Bayraktar, 'Göçmen Kaçakçılığı Suçu', Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt IX/2, Sayı:2, 2012.

Köksal Bayraktar, 'Göçmen Kaçakçılığı Suçu',s.63; Faruk Turhan, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Uluslararası Suçlar, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/101.doc; erişim tarihi: 11.02.2015.

Matilde Ventrella, The Control of People Smuggling and Trafficking in the EU: Experiences From the Uk and Italy, in: Immigration and Criminal Law in the European Union, Ed.By. Elspeth Guild, Paul Minderhoud, Vol.9, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006.

Mustafa Artuç, Göçmen Kaçakçılığı Suçu, TAHD, Yıl 2, Sayı 16, Aralık 2007.

The Hague Programme, Strengthening Freedom, Security and Justice in the European Union, Doc. 13993/04JAI 408, 27 Ekim 2004.

United Nations Office on Drugs and Crime, Legislative Guides for the Implementation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto, UN Sales No. E.05.V.2. s.13-334.

Veli Özer Özbek; Mehmet Nihat Kanbur; Koray Doğan; Pınar Bacaksız; İlker Tepe; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8.Baskı, Seçkin, 2015.