

Göçmen Kaçakçılığı Suçuna İlişkin Yargıtay Karar Tahlili

Analysis of the Supreme Court of Appeal's Decision Regarding the Crime of Migrant Smuggling

Gökçe TUNÇ*

I- İNCELEME KONUSU KARAR

Çalışmada incelenecek olan karar Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun "*Somut olayda, amaçları yasal olmayan yollardan Yunanistan'a geçmek olan ve bunun için ülkemizde bulunan göçmenler; Türk kara sınırları içerisinde İstanbul İli Eminönü İlçesinde yakalandıklarına göre, göçmen kaçakçılığı suçu kalkışma aşamasında kalmıştır. Bu itibarla, olayda sanığın eylemini hatalı bir şekilde suçun tamamlanmış hali olarak kabul eden ve suçun tamamlandığı gerekçesiyle kalkışmaya ilişkin hükmü uygulamayan yerel mahkeme direnme hükmünde isabet bulunmadığından bozulmasına karar verilmelidir*" şeklindeki 05.04.2011 tarihli 2010/8-204 Esas, 2011/39 Karar sayılı karardır.

II- OLAY

Göçmen kaçakçılığı suçundan sanık S. TCK'nın 79/1-a, 52/2, 53 ve 63. Maddeleri kapsamında 6 yıl hapis ve 20.000 lira adli para cezası ile cezalandırılmıştır. İstanbul Asliye Ceza Mahkemesince verilen bu karara karşı sanık temyiz kanun yoluna başvurmuştur. Bunun üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay Ceza Dairesi; sanığın eyleminin yerel mahkemenin tespit ettiği şekilde göçmen kaçakçılığı suçunun seçimlik hareketlerinden "yabancıların yasal olmayan yollardan ülkede kalmasına imkan sağlama" değil; "yasal olmayan yollardan yurtdışına çıkma" hareketine teşebbüsü oluşturduğu gerekçesiyle kararı bozmuş ve yerel mahkemeye geri göndermiştir. Bu bozma kararı üzerine yerel mahkeme ilk kararında direnmiştir. Tekrar bu hükmün de temyiz edilmesi üzerine dosya Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun önüne gelmiştir.

* (Arş. Gör.), İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

III- HUKUKİ SORUN

Karara konu olayda çözümlenmesi gereken hukuki sorun; göçmen kaçakçılığı suçunun seçimlik hareketlerinden hangisinin gerçekleştirildiğine ilişkindir. Sanığın eyleminin TCK m. 79/1-a’da düzenlenen “yasal olmayan yollarla ülkeye giren yabancıнын ülkede kalmasına imkan sağlamak” fiilinin tamamlanmış halini mi; 79/1-b’de yer alan “yasal olmayan yollarla ülkeye giren yabancıнын yine yasal olmayan yollarla yurtdışına çıkmasına imkan sağlama” eylemine teşebbüsü mü oluşturacağıнын tespit edilip, değerlendirilmesidir.

IV- KARARLA İLGİLİ MERCİLERİN ÇÖZÜM ŞEKLİ

A- ASLİYE CEZA MAHKEMESİNİN ÇÖZÜM ŞEKLİ

Yerel mahkeme; yasadışı yollardan ülkeye giren göçmenlerin evde kaldıkları süre içerisinde ihtiyaçlarının sanık tarafından karşılandığı, polis baskını sırasında sanığın da evde yakalanması, mağdurların çoğunun sanığı tanıması ve sanığın hiçbir menfaati bulunmadan göçmenlerin ihtiyaçlarını karşılamasının hayatın olağan akışına aykırı olduğu ve bu eylemlerinin ülkede kalmalarına imkan sağlama fiili çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği, sanığın onları yurtdışına çıkarma gibi bir zorunluluğunun olmadığı ve bu nedenle de suçun tamamlandığı görüşündedir.

B- YARGITAY CEZA DAİRESİNİN ÇÖZÜM ŞEKLİ

Yargıtay Ceza Dairesi’nin bozma kararının dayandığı gerekçeye göre; yasadışı yollarla ülkeye giren göçmenlerin amacı buradan Yunanistan’a gitmektir. Zaman içerisinde göçmenler 4’er 5’er kişilik küçük gruplar halinde kaldıkları evden bu amaçla götürülmüşlerdir. Dolayısıyla, sanığın ve göçmenlerin asıl amacının göçmenlerin Yunanistan’a götürülmesi olduğu açıktır. Buna göre, bu eylemin göçmenlerin yurtdışına çıkmasına imkân sağlamaya teşebbüs oluşturması gerekir.

C- YARGITAY CEZA GENEL KURULUNUN ÇÖZÜM ŞEKLİ

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun görüşüne göre; yasal olmayan yollardan yurtdışına çıkartılmak istenen bir göçmenin bu amacın gerçekleştirilmesi için geçici olarak bir evde, otelde vb. yerlerde saklanması eylemi “göçmenin yurtdışına çıkmasına imkan sağlama” hareketi kapsamında değerlendirilmelidir. Buna karşılık, başka bir ülkeye gitme amacı olmayan ve ülkede sürekli olarak kalmak isteyen göçmenlerin durumu ise; TCK

md. 79/1-a'da yer alan “yabancıнын yasal olmayan yollardan ülkede kalmasına imkan sağlama” hareketi kapsamındadır. Somut olayda da asıl amaçları Yunanistan'a gitmek olan göçmenler Türk kara sınırları içerisinde yakalanmışlardır. Dolayısıyla sanığın amaçladığı yurtdışına çıkarma eylemi teşebbüs aşamasında kalmıştır.

V- KONUYA İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR

Göçmen kaçakçılığı suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 79. Maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre;

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

a) Bir yabancıyı ülkeye sokan veya ülkede kalmasına imkan sağlayan,
b) Türk vatandaşı veya yabancıнын yurt dışına çıkmasına imkan sağlayan,
Kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. (Ek cümle 22.07.2010-6008 S.K./6. md.) Suç, teşebbüs aşamasında kalmış olsa dahi, tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.

(2) (Ek fıkra 22.07.2010-6008 S.K./6. md.) Suçun, mağdurların;

a) Hayatı bakımından bir tehlike oluşturması,
b) Onur kırıcı bir muameleye maruz bırakılarak işlenmesi,
hâlinde, verilecek ceza yarısından üçte ikisine kadar artırılır.

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

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

Göçmen kaçakçılığı suçu, Türkiye tarafından da onaylanan “Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi” ve “Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol” hükümlerinin gereğini yerine getirmek maksadıyla ilk olarak 765 sayılı TCK'ya 3.08.2002 tarihli 4771 sayılı yasanın 2/b maddesi ile 201/a maddesi olarak eklemiştir. Bu madde 5237 sayılı TCK'da da bir takım değişiklikler yapılmak suretiyle yukarıda yazıldığı şekliyle korunmaktadır¹.

¹ TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/ÖNOK Rifat Murat; Ceza Özel Hukuku, 12. BASKI, Ankara 2015, s. 86.

Göçmen kaçakçılığı suçu ile suça konu bireylerin yanında, ulusal ve uluslararası topluma ilişkin hukuki değerler de korunmaktadır². Bu bakımdan göçmen kaçakçılığı suçunda korunmak istenen hukuki değer “karma” bir nitelik arz eder³. Bu suç bakımından öncelikle korunan hukuki değerlerin göçmenlerin malvarlıkları ve vücut bütünlükleri olduğunu söyleyebiliriz. Zaten somut olaylar ele alındığında da görülmektedir ki; genellikle maddi menfaat sağlamak amacıyla suç örgütleri eliyle kişiler yasal olmayan yollar kullanılarak ülkeye sokulmakta ve bu kişiler malvarlıkları ve vücut bütünlükleri anlamında onarılamayacak zararlarla karşılaşmaktadırlar⁴.

Korunmak istenen diğer bir hukuki yararın da kamu ekonomisi olduğunu da söyleyebiliriz. Yasal olmayan yollarla ülkede ikamet eden göçmenler, ülkede ucuz iş gücüne yol açıp, o ülke vatandaşları bakımından iş kaybına neden olmaktadır. Bunun tetiklediği işsizlik sorunu da ülke ekonomisinde ciddi olumsuz etkiler yaratmaktadır⁵. Bunun dışında ülkenin kamu düzeni ve kamu güvenliği de bu suçla korunan hukuki değerler arasında sayılabilir.

Göçmen kaçakçılığı suçunu düzenleyen 5237 sayılı TCK'nın 79. Maddesine göre; göçmen kaçakçılığı suçu şu hareketlerden birinin gerçekleştirilmesiyle tamamlanacaktır:

- *Yasal olmayan yollardan bir yabancıyı ülkeye sokmak*
- *Yasal olmayan yollarla yabancıların ülkede kalmasına imkan sağlamak*
- *Yasal olmayan yollarla yabancıların veya vatandaşın yurtdışına çıkmasına imkan sağlamak*

Bu şekilde göçmen kaçakçılığı suçunda birden fazla seçimlik hareket yer almaktadır ve bunlardan yalnızca birinin gerçekleştirilmesi suçun tamamlanması için yeterli sayılmıştır. Bu hareketlere bakacak olursak;

² KAYAALP Mustafa, *Türk Hukukunda Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, İstanbul 2010, s.72.

³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 87.

⁴ DOĞAN Koray, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, 2. Baskı Ankara 2008, 92 vd.

⁵ DOĞAN, s. 95; ARSLAN Çetin, *Göçmen Kaçakçılığı Suçları*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 2003, C. 52 S. 1, s. 119.

i. *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 yalnızca yabancılar oluşturur⁶. Ülke kavramı; yeryüzünün o devletin egemenliğine tabi kılınmış olan, belirlenmiş kesimidir⁷. Bu anlamda da bu suç bakımından ülke kavramı; Türkiye Cumhuriyeti'nin egemenlik yetkisine sahip olduğu yeryüzü parçasıdır. Buna göre; Türkiye'nin deniz ülkesi de bu kavram kapsamında değerlendirilmelidir.

Yabancıların yasal olmayan yollardan ülkeye sokulması kavramının açıklanması bakımından “Sınıraşan Örgütlü Suçlara İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek Kara, Deniz ve Hava yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol⁸”ün 3. Maddesinin b bendine bakılmalıdır. İlgili düzenlemeye göre; “Giriş yapılan devletin yasal giriş için gerekli şartlarına uymaksızın sınırı geçmek” bir yabancıyı ülkeye yasal olmayan yollarla girmesini ifade eder. Ülkemize yasal giriş çıkışın ne şekilde yapılması gerektiği 5682 sayılı Pasaport Kanununda açıklanmıştır. Bu kanuna uygun olmayan giriş çıkışlar yasadışı olacaktır⁹.

ii. *Yasal Olmayan Yollardan Yabancıların Ülkede Kalmasına İmkan Sağlamak*

Yabancıların Türkiye’de ikamet etmelerinin şartları ve bunun ne şekilde kazanılacağı 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nun 19 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu kanunun yanında 442 sayılı Köy Kanunu, 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu’nda da yabancıların ikametlerine ilişkin bazı özel düzenlemeler bulunmaktadır¹⁰. İlgili kanunlarda sayılan şartlara uyulmaksızın ülkede kalmak; yasadışıdır.

⁶ YENİDÜNYA Ahmet Caner/ALŞAHİN Mehmet Emin, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y: 2009 S:82, s. 18.

⁷ TOLUNER Sevin, *Milletlerarası Hukuk Dersleri-Devletin Yetkisi (Yer ve Kişiler Bakımından Çevresi ve Niteliği)*, 4. Baskı, Beta, İstanbul 1996, s. 31.

⁸ <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4803.html>

⁹ EVİK Ali Hakan, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu, Erzincan HFD C. IX, S. 3-4, 2005, s.147 vd.*

¹⁰ ARTUK Mehmet Emin/GÖKÇEN Ahmet/YENİDÜNYA Ahmet Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 15. Baskı, s.76; EVİK, s.153 vd.

Ülkede kalmaya imkan sağlamak deyimi; yabancının ülkede kalması için maddi olanakların sunulması anlamını taşımaktadır. Bu da yasal olmayan yollarla ülkeye girenler açısından herhangi bir şekilde onları himaye etmeyi; yasal yollarla ülkeye girenler açısından ise ülkede kalmak için gerekli izinler alınmadan ve çalışma veya ikamet izni olmadan onlara kalacak yer sağlanması veya iş imkanı verilmesini ifade etmektedir¹¹.

Göçmen kaçakçılığı suçunun anlatılan bu seçimlik hareketin gerçekleştirilmesiyle işlenmesi durumunda suç mütemadi suç olacaktır. Zira kişinin bir ülkede kalmasına imkan sağlamak bir süreci gerektirir. Bu hareketle işlenen suç; yasal olarak ülkede kalma izni olmayan kişiye barınacak yer veya iş temin edilmesiyle tamamlanır ve tamamlanan suçun icrası yabancı kişi ülkede kaldığı sürece devam eder¹².

iii. Yasal Olmayan Yollardan Türk Vatandaşı veya Yabancının Yurtdışına Çıkmasına İmkan Sağlamak

Göçmen kaçakçılığı suçunun düzenlendiği 79. Maddenin 1. Fıkrasının b bendine göre; Türk vatandaşı veya yabancının yasal olmayan yollardan yurt dışına çıkmasına imkan sağlamak suçun oluşmasına sebep olacak bir diğer seçimlik harekettir. Suçun diğer seçimlik hareketlerinden ayrı olarak bu hareket açısından suçun konusu; yabancı olabileceği gibi bir Türk vatandaşı da olabilir. “Ülke dışına çıkmak”, suçun konusunu oluşturan kişinin Türkiye Cumhuriyeti sınırlarından başka bir ülkenin egemenliği altındaki coğrafi alana girmesi ile tamamlanacaktır. Ülkeden çıkışa ilişkin koşullar 5682 sayılı Pasaport Kanunu’nda yer almaktadır. 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 oluşacaktır¹³.

Göçmen kaçakçılığı suçunun düzenlendiği 79. Maddeye bakılacak olursa; suçun faili bakımında herhangi bir özellik göstermediği anlaşılır. TCK bakımından bu suçun faili herhangi bir kimse olabilir. Bunun yanında

¹¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK s. 93.

¹² ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 77; KAYAALP, s. 94.

¹³ YENİDÜNYA/ALŞAHİN, s. 24.

kamu görevlisi bu suçu işleyecek olursa; TCK md. 266'ya göre eğer suçu işlerken kamu görevine ait araç ve gereçleri kullanırsa cezası arttırılarak tayin edilmelidir.

Bu suçun mağdurunun kim olduğuna yönelik öğretilerde farklı görüşler bulunmaktadır. Bazı yazarlara göre suçun mağduru göçmen/muhacir olarak adlandırılan kişilerken¹⁴; bazılarına göre devlet¹⁵, toplum¹⁶ veya uluslararası toplumdur¹⁷.

22.07.2010 tarihinde 6008 sayılı kanunla yapılan değişiklikle birlikte göçmen kaçakçılığı suçunun düzenlendiği 79. maddeye bir fıkra eklenmiştir ve bu fıkroda kanun göçmenleri mağdur olarak adlandırmıştır. Çalışmaya konu olan karara bakıldığında da kaçak göçmenlerin mağdur olarak adlandırıldığı görülmektedir. Fakat göçmenlerin yasal olmayan yollardan sınır geçişi veya ülkede barınması anlamında hiçbir şekilde insan onuruna aykırı bir muameleyle karşı karşıya kalmaksızın; sağladıkları menfaatin karşılığını almaları durumunda ortada bu kişiler yönünden bir mağduriyet söz konusu olmayacağından mağdur olarak adlandırılmaları çok yerinde değildir¹⁸. Dolayısıyla aslında bu suçun esas mağdurunun toplumu oluşturan bireyler olduğunu söyleyebiliriz. Buna karşılık; suçun nitelikli hallerinden birinin gerçekleştirilmesi durumunda göçmenlerin hayatı bakımından bir tehlikeye maruz kalmaları veya kendilerine onur kırıcı bir harekette bulunulması söz konusu olacağından; bu fıkralar açısından toplumun yanında göçmenlerin de mağdur olarak kabul edilmesinin doğru olacağı düşüncesine katılmaktayız¹⁹.

Suçun konusunu; yasal olmayan yollardan ülkeye giren, yasal olmayan yollarla ülkede kalan veya yasal olmayan yollarla ülkeden çıkan göçmen oluşturur²⁰.

¹⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 88.

¹⁵ ÖZBEK Veli Özer/KANBUR Mehmet Nihat/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar/TEPE İlker, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 7. Baskı, s.60.

¹⁶ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 80.

¹⁷ DOĞAN, s. 115.

¹⁸ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 81.

¹⁹ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 81.

²⁰ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 81; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.87; ÖZBEK/KANBUR/BACAKSIZ/DOĞAN/TEPE, s. 53.

22.07.2016 tarihli ve 6008 sayılı kanunla TCK'nın 79. Maddesine eklenen 2. Fıkra ile göçmen kaçakçılığı suçunun daha ağır cezayı gerektiren halleri düzenlenmiştir. Bunları inceleyecek olursak;

i. Suçun Mağdurların Hayatı Bakımından Bir Tehlike Oluşturması veya Mağdurları Onur Kırıcı Bir Muameleye Maruz Bırakacak Şekilde İşlenmesi (TCK md. 79/2)

Bu fıkra bakımından onur kırıcı muamele, göçmenlerin, insan onuru ile bağdaşmayan tarzda göçmenlerin taşınması veya barındırılması anlamına gelmektedir²¹.

TCK md. 79/2'deki suçun yani; göçmen kaçakçılığı suçunun mağdurun onurunu kırıcı bir muameleye tabi tutulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda somut olayın koşullarına göre eziyet suçu da ortaya çıkabilmektedir. Bu durumda md. 79/2 ile eziyet suçu arasında fikri içtima ilişkisi doğsa bile artık cezası daha ağır olan m.79/2'ye göre cezalandırılması gerekecektir²². Fakat burada şuna dikkat edilmelidir: bu nitelikli halin uygulanması için illa ki göçmenlerin yaralanmış veya ölmüş olmalarına gerek yoktur. Somut olayın özelliklerine göre; göçmenlerin hayatı bakımından bir tehlike oluşturduğu söylenebilecek bir durum söz konusuysa md. 79/2'deki nitelikli halin uygulanabileceği sonucuna varılması gerekir.

ii. Suçun Bir Örgütün Faaliyeti Çerçevesinde İşlenmesi (TCK md. 79/3)

Türk Ceza Kanunu'nun 79. Maddesinin 3. Fıkrasında, göçmen kaçakçılığı suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hali daha ağır cezayı gerektiren bir nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Suçun bu şekilde örgütsel yapıyla işlenmesi halinde faile verilecek ceza yarı oranında arttırılır. Bunun yanında, göçmen kaçakçılığını gerçekleştiren örgütün yönetici ve üyeleri, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçundan da 220. maddeye göre ayrıca cezalandırılacaklardır²³. Örgüt süreklilik arz eden, kendisini oluşturanlar arasında planlı ortaklık, iş bölümü bulunan, başında bir lider

²¹ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 82.

²² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.97.

²³ TURHAN Faruk, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Uluslararası Suçlar*, s. 9.

olan ve en az üç kişiden oluşan, suç işlemek için kurulmuş hiyerarşik bir yapılanmadır²⁴. Bu suç bakımından da birden fazla kişi arasında örgütsel bir ilişki olmaksızın, sadece belli bir anlaşma çerçevesinde işlenmişse nitelikli hal uygulanamayacak ve faillerin sorumlulukları iştirake ilişkin düzenlemeler ışığında belirlenecektir.

Göçmen kaçakçılığı suçu kasten işlenebilen bir suçtur²⁵. Bu suç bakımından kanun koyucu özel kast aramıştır ve failin suçu “*doğrudan veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek amacıyla*” işlemesi gerekmektedir²⁶. Söz konusu menfaatin elde edilmiş olması şart değildir; önemli olan failin tipe uygun fiilini bu menfaati elde etmek maksadıyla gerçekleştirmesidir. Bu suç kapsamında elde edilmesi amaçlanan menfaatin maddi nitelikte olması gerekir; eğer manevi bir yarar söz konusu olursa artık bu suçun oluşmayacağı sonucuna varılmalıdır²⁷.

Faildeki maddi menfaat elde etme amacı ve mağdurun bu fiillere rıza göstermesi, göçmen kaçakçılığı suçunu diğer suçlardan ayırır²⁸. Bu nedenle “zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, esarete veya benzeri uygulamalara tabi kılmak” “vücut organlarının verilmesini sağlamak” veya “fuhşa sürüklemek” amacıyla göçmenlerin ülkeye sokulması halinde; insan ticareti suçu oluşacaktır²⁹.

Türkiye’nin transit ülke olarak kullanıldığı hallerde; kişi Türkiye’ye yasal olarak giriş yapmış ve yasadışı yollardan çıkarılmadan yakalanmışsa, eylemin maddenin 1. Fıkrasının b bendindeki seçimlik hareket kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Bu kabulden yola çıkılacak olunursa da; failin eyleminin suça teşebbüs teşkil edeceği kabul edilmelidir. Buna karşılık eğer göçmen yasal olmayan yollarla ülkeye giriş yapmışsa artık tamamlanan bir suçtan söz etmek gerekecektir³⁰. Zira yasal olmayan yollardan ülkeye girmek de göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturan seçimlik hareketlerden birisidir.

²⁴ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 83.

²⁵ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 83; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 94; ÖZBEK/KANBUR/BACAĞIZ/DOĞAN/TEPE, s. 70.

²⁶ ARSLAN, s.19; EVİK, s. 166-167.

²⁷ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 94; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA s. 85; TURHAN, s. 9; EVİK, s. 168.

²⁸ TURHAN, s.9.

²⁹ TURHAN, s.9; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 85; YENİDÜNYA/ALŞAHİN, s. 63; DOĞAN, s. 134; ÖZBEK/KANBUR/BACAĞIZ/DOĞAN/TEPE, s. 71.

³⁰ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 101.

22.07.2010 tarihli, 6008 sayılı kanunla yapılan değişiklikle birlikte maddenin 1. Fıkrasına bir cümle eklenmiştir. İlgili değişiklikle eklenen cümleye göre; “*suç, teşebbüs aşamasında kalmış olsa dahi, tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur*”. Bu değişiklikle birlikte artık TCK md. 79 bir teşebbüs suçu haline gelmiştir. Dolayısıyla bu değişiklikten sonra işlenen göçmen kaçakçılığı suçları açısından eylemin teşebbüs aşamasında kalıp kalmadığı tartışması önemini yitirmiştir.

Göçmen kaçakçılığı suçu iştirak bakımından herhangi bir özellik arz etmez. Bu suça iştirakin her türü mümkündür³¹. Kişilerin kaçak göçmenlerle ilişkileri, eyleme yönelik davranışları, icra ettikleri fiilin vasfı gözetilerek; katkılarının iştirakin hangi çeşidine gireceğine karar verilmelidir³².

Göçmen kaçakçılığı suçunu işlerken fail; aynı zamanda Pasaport Kanunu’nda veya yabancıların Türkiye’de oturmalarına ilişkin mevzuattaki cezai hükümleri de ihlal edebilecektir. Bunun yanında yabancıнын yasal olmayan yollardan ülkeye sokulması ya da ülkede kalabilmesi için sahte kimlik, seyahat belgesi veya oturma izni düzenlenmesi halinde, bu fiiller, aynı zamanda 204. maddedeki resmi belgede sahtecilik suçunu oluşturacaktır³³. Ancak bu gibi durumlarda 44. madde hükmü uyarınca fikri içtima kuralı uygulanarak fail daha ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılacaktır.

Suçun işlenmesi sırasında göçmen yaralanmış veya ölmüşse; fail somut olayın özelliklerine göre hem göçmen kaçakçılığı hem de kasten/taksirle yaralama veya kasten/taksirle öldürme suçundan cezalandırılacaktır.

Suçun faili, göçmen kaçakçılığı suçunu birden fazla kez işlerse; tek bir göçmen kaçakçılığı suçundan cezalandırılmalıdır; fakat zincirleme suç hükümlerine göre cezası ağırlaştırılmalıdır.

VI- DEĞERLENDİRME

Göçmen kaçakçılığı suçundan sanık S. TCK’nın 79/1-a, 52/2, 53 ve 63. Maddeleri kapsamında 6 yıl hapis ve 20.000 lira adli para cezası ile cezalandırılmıştır. İstanbul Asliye Ceza Mahkemesince verilen bu karara

³¹ EVİK, s. 171; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 104; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 86.

³² ARUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 86.

³³ TURHAN, S. 10.

karşı sanık temyiz kanun yoluna başvurmuştur. Bunun üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay Ceza Dairesi; sanığın eyleminin yerel mahkemenin tespit ettiği şekilde göçmen kaçakçılığı suçunun seçimlik hareketlerinden “yabancıнын yasal olmayan yollardan ülkede kalmasına imkan sağlama” değil; “yasal olmayan yollardan yurtdışına çıkma” hareketine teşebbüsü oluşturduğu gerekçesiyle kararı bozmuş ve yerel mahkemeye geri göndermiştir. Bu bozma kararı üzerine yerel mahkeme ilk kararında direnmiştir. Tekrar bu hükmün de temyiz edilmesi üzerine dosya Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun önüne gelmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun verdiği karara göre ise; sanık S.’nin göçmenlerin barınması amacıyla evini tahsis etmesi ve onların orada kaldıkları süre zarfında ihtiyaçlarını karşılaması eylemi sanığın nihai hedefinin göçmenleri Yunanistan’a götürmek olduğundan ve bütün göçmenlerin beyanlarıyla da bu durum sabit olduğundan; “yabancıнын yasal olmayan yollardan yurtdışına çıkmasına imkan sağlama” seçimlik hareketi kapsamında değerlendirilmelidir.

Bu kararda merciler arasındaki görüş farklılığının asıl sebebi ve çözümlememiz gereken hukuki sorun yukarıda da ifade edildiği gibi; sanığın eyleminin göçmen kaçakçılığı suçunun seçimlik hareketlerinden hangisi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği tartışmasıdır. Burada şunu söylemek gerekir ki; 22.07.2010 tarihli 6008 sayılı kanunla yapılan değişiklikle birlikte bu suç tipi artık bir teşebbüs suçu haline gelmiştir. Bu tarihten sonra işlenmiş suçlar açısından artık failin eyleminin teşebbüs aşamasında kalıp kalmadığı tartışması önemini yitirmiştir. Bununla birlikte failin eyleminin hangi fıkra kapsamında cezalandırılacağı veya suçun vafsinin belirlenmesi tartışmaları tabi ki önemini korumaktadır. Zira sanık hakkında verilecek hüküm değişmeyecek olsa bile; suçun vafsinde yapılan hata Yargıtay’ca bozma sebebi olarak tespit edilmekte ve kararlara bu şekilde konu olmaktadır; olması da gerekmektedir.

Kararda yer alan göçmenlerin ifadelerinden anlaşıldığı kadarıyla; kendi ülkelerinden kaçakçılar vasıtasıyla Türkiye’ye giriş yaptıktan sonra, kaldıkları eve yerleştirilmişlerdir. Yakalanıncaya kadar evde kaldıkları süre zarfında 4’er 5’er kişilik gruplar halinde aralarından Yunanistan’a gidenler olmuştur. Kanımızca buradan da anlaşılıyor ki; göçmenlerin esas amacı sürekli olarak ülkede kalmak değil, Yunanistan’a gitmektir. Kaldıkları süre içerisinde aralarından gidenlerin olması da bunu destekler niteliktedir.

Muhtemelen sanığın da bütün göçmenleri bir seferde Yunanistan'a geçirebilecek bir imkanı bulunmamaktadır ve bu sebeple küçük gruplar halinde bunu gerçekleştirmektedir. Bu sırada da göçmenlerin bir evde kalmasına imkan sağlaması eylemi sanığın kastının yurtdışına çıkarma eylemine yönelmiş olması sebebiyle "göçmenlerin yurtdışına çıkarılmasına imkan sağlama" kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşündeyiz. Sanık evde bulunan göçmenler açısından bu amacını tamamlayamadan yakalanmıştır. Dolayısıyla sanığın eylemi TCK md. 79/1-b'de yer alan "Türk vatandaşı veya yabancının yasal olmayan yollardan yurt dışına çıkmasına imkan sağlama" fiiline teşebbüsü oluşturmaktadır.

22.07.2010 tarihli ve 6008 sayılı kanunla değişik TCK m. 79'a göre; "suç teşebbüs aşamasında kalmış olsa dahi tamamlanmış gibi cezaya hükümlenir". Karardan anlaşıldığı üzere polisler eve 09.11.2008 tarihinde baskın yaparak kaçak göçmenleri yakalamıştır. Dolayısıyla suçun işlendiği tarihte teşebbüs aşamasında kalan suçun tamamlanmış gibi cezaya hükümlenacağına dair bir cümle bulunmamaktadır. Teşebbüs hükümlerinin suça uygulanabilmesi sanığın daha lehine olan bir durumdur. Ceza hukukunun genel ilkeleri uyarınca da suç işleyen kişi suçu işlediği sırada yürürlükte olan yasaya göre cezalandırılabilir; daha sonra yürürlüğe giren ve aleyhine olan yasa onun hakkında uygulanamaz. Buna karşılık failin lehine olan yasa geçmişe etki edecek şekilde uygulanabilir³⁴.

Yukarıda sayılan bu sebeplerden sanığın eylemi TCK m.79/1-b'deki "Türk vatandaşı veya yabancının yasal olmayan yollardan yurt dışına çıkmasına imkan sağlama" fiiline teşebbüsü oluşturmaktadır. Suçun işlendiği tarihteki kanuna göre de TCK m. 35'e uygun olarak sanığın cezasının indirilerek hüküm verilmesi gerekecektir. Yerel mahkemenin göçmenlerin beyanlarında amaçlarının yurtdışına çıkmak olduğunu ve geçici süreliğine ülkede kalmak zorunda kaldıklarını ifade eden beyanlarına rağmen; "sanığın göçmenleri yurtdışına çıkarma gibi bir zorunluluğunun olmadığı" gerekçesine dayanarak suçun md. 79/1-a'ya göre tamamlandığına ilişkin kararı kanımızca yerinde değildir. Yargıtay Ceza Dairesi'nin ve direnme kararından sonra temyiz başvurusuyla dosyayı inceleyen Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun sanığın eyleminin esas amacını araştırarak ve suçun işlendiği tarih de göz önünde bulundurularak sanığın eyleminin md. 79/1-b kapsamında değerlendirmesi ve eylemin bu suçta teşebbüs olarak

³⁴ İÇEL Kayıhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, İstanbul 2014, s.138.

nitelendirilmesi yerinde olmuştur. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun görüşüne katılmaktayız.

KAYNAKÇA

- [1] ARSLAN Çetin, Göçmen Kaçakçılığı Suçları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 2003, C. 52 S. 1
- [2] <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/283/2581.pdf> (Erişim tarihi 31.10.2016)
- [3] ARTUK Mehmet Emin/GÖKÇEN Ahmet/YENİDÜNYA Ahmet Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 15. Baskı
- [4] DOĞAN Koray, Göçmen Kaçakçılığı Suçu, 2. Baskı Ankara 2008
- [5] EVİK Ali Hakan, Göçmen Kaçakçılığı Suçu, Erzincan HFD C. IX, S. 3-4, 2005
- [6] http://eski.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2005_IX_2.6.pdf (Erişim tarihi 31.10.2016)
- [7] İÇEL Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler,6. Baskı, İstanbul 2014
- [8] KAYAALP Mustafa, Türk Hukukunda Göçmen Kaçakçılığı Suçu, İstanbul 2010.
- [9] ÖZBEK Veli Özer/KANBUR Mehmet Nihat/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar/TEPE İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı
- [10] TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/ÖNOK Rıfat Murat; Ceza Özel Hukuku, 12. BASKI, Ankara 2015
- [11] TOLUNER Sevin, Milletlerarası Hukuk Dersleri-Devletin Yetkisi (Yer ve Kişiler Bakımından Çevresi ve Niteliği), 4. Baskı, Beta, İstanbul 1996
- [12] TURHAN Faruk, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Uluslararası Suçlar
- [13] www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/101.doc (Erişim tarihi 31.10.2016)
- [14] YENİDÜNYA Ahmet Caner/ALŞAHİN Mehmet Emin, Göçmen Kaçakçılığı Suçu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y: 2009 S:82
- [15] <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2009-82-510> (Erişim tarihi 31.10.2016)