

İNSAN TİCARETİ VE YASAL DÜZENLEMELER: ESKİ SORUNLAR, YENİ ÇÖZÜMLER

Human Trafficking and Legislative Measures: Former Problems, Current Solutions

Bersu RENK^{*}
Oğuzhan Ömer DEMİR^{**}

Özet

İnsan ticareti ile mücadele, ekonomik, sosyal, psikolojik önlemleri gerektirmekle birlikte, bu suçun faillerini bulmak ve cezalandırmak, suçun mağdurlarını da tespit etmek, kurtarmak ve korumak bakımından hukuki önlemler sorunun çözümünde önde gelen unsurlardandır. Bu çalışma, mevzuatın insan ticareti açısından son yıllarda nasıl geliştiğini ve karşılaşılan sorunlara ne gibi çözümler sunulduğunu ortaya koymaktadır. Çalışmada yasal düzenlemelerin incelemesinin yanı sıra, uygulamadaki sorunlar, hâkim ve savcılarla yapılan mülakatlarla anlaşılmaya çalışılmıştır. Türkiye’de insan ticareti suçu ilk olarak 2002 yılında Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenmiştir. 2000 yılında imzalanan insan ticareti ile ilgili BM Protokolü de 2003 yılında yürürlüğe girmiştir. Uygulamada fuhuş, göçmen kaçakçılığı, hürriyeti tahdit gibi suçlarla da içerik açısından benzerlik gösteren ve bu nedenle kimi zaman bu suçlarla karıştırılan insan ticareti suçu konusunda gelişmekte olan Yargıtay içtihatları, uygulayıcılara da yol gösterici olmaya başlamıştır. Hukuki mücadelede son 10 yıllık zaman zarfında gelinen aşamanın, bu suçla mücadelede ortaya konan ekonomik, sosyal ve psikolojik önlemleri desteklemekte olduğu gözlenmektedir.

Anahtar Kelimeler: İnsan Ticareti Suçu, Ceza Hukuku, Ceza Muhakemeleri Hukuku, Uluslararası Hukuk.

* Adli Yargı Hâkim Adayı, bersurenk@hotmail.com

** Yrd.Doç.Dr., Polis Akademisi Uluslararası Terörizm ve Sınraşan Suçlar Araştırma Merkezi (UT-SAM), oodemir@egm.gov.tr
PBD, 13 (1) 2011, ss.51-75

Abstract

Although fighting against human trafficking requires economic, social, and psychological measures, legislative measures aiming at finding and punishing perpetrators, and localize, save, and protect victims of trafficking are the foremost important elements in this fight. This paper discusses the developments and changes in legislation related to human trafficking in the last years, and introduces how solutions have been offered to the problems faced. In addition to the examination of legislation, interviews were made with prosecutors and judges to better analyze how they experience practical problems. Turkey defined human trafficking as a crime in the Turkish Penal Code in 2002. The UN Protocol on human trafficking was signed in 2000, and then ratified in 2003. In judicial practice, human trafficking crime has sometimes been confused with other similar crime types like prostitution, migrant smuggling, and restricting freedom. In addition, developing case laws of the Court of Cassation have become guiding for practitioners. The Turkish legislation in the fight against human trafficking seems supplementary to the measures on economic, social, and psychological fields.

Key Words: Human Trafficking Crime, Penal Law, Penal Procedure Law, International Law.

Giriş

Günümüzde kölelik yeni biçim ve yöntemlerle canlandırılmakta ve yaygınlaşmaktadır. İnsan ticareti de günümüzün modern köleliği olarak kabul edilmektedir (Korkut, 2006). Köleliğin yaygın olduğu dönemde daha çok cinsel sömürü ve emek sömürüsü şeklinde karşımıza çıkan istismar; günümüzde ileri tıp teknolojisinin istismarı ile yasadışı organ ve doku ticareti, internetin suiistimali neticesinde çocuk pornografisi şeklinde de karşımıza çıkmakta ve bu sömürünün yaygınlaşmasına sebebiyet vermektedir (Richard, 1999).

Bir suç olarak insan ticareti ile mücadele, ekonomik, sosyal, psikolojik önlemleri gerektirmekle birlikte, bu suçun faillerini bulmak ve cezalandırmak, suçun mağdurlarını da tespit etmek, kurtarmak ve korumak açısından hukuki önlemler sorunun çözümünde başta gelen faktörlerdendir. Yeterli, kapsamlı ve caydırıcı hukuki düzenlemeler olmadan mücadelenin eksik ve yetersiz olacağı da açıktır. Bugün dünyada 60'tan fazla ülkede insan ticareti suçu cezalandırılmamaktadır.

İnsan ticareti açısından yoğunlukla hedef, kısmen de transit bir ülke olan Türkiye’de (UNODC, 2009), insan ticareti ile mücadele mevzuatı 2002 yılından sonra gelişmeye başlamıştır. Bu tarihte önce, bu suç uzun bir süre yasalarda düzenlenmemiştir. Bunun nedenlerinden birisi insan ticaretinin fuhuş suçu ile arasındaki benzerlikler nedeniyle suçun tanımının tam olarak yapılamaması ve dolayısıyla uygulamada yer edinmemesi olmasıdır. Ayrıca uygulamada uzunca bir süre bu suçun mağdurları suçun faileri gibi algılanmış, özellikle insan ticareti suçunun fuhuş amaçlı işlenmesi halinde bu kişilerin mağdur oldukları fikri pek kabul görmemiştir (Karan, 2008:437; Dinler, 2010:207). Ülkemizde zorla fuhuş yaptırma şeklinde görülen insan ticareti suçunda, daha çok yabancı uyruklu kadın ve genç kızların mağdur olduğu; zorla çalıştırma ile organ ve doku ticareti amaçlı insan ticaretinde ise, daha çok Türk vatandaşlarının suçun mağduru olduğu görülmektedir (Ersoy, 2010).

Bu çalışmada, her çeşidiyle ağır bir insanlık suçu olan insan ticareti ile mücadelenin en önemli sacayaklarından birisi olan uluslararası ve ulusal mevzuat ile bu mevzuatın uygulanmasına yönelik, geçmişte karşılaşılan sorunlar ve zaman içinde geliştirilen çözüm yolları ile günümüzdeki uygulamalarının incelenmesi, sorunlu yönlerinin ortaya konması ve öneriler getirilmesi amaçlanmıştır. Çalışmanın öncelikle metodu sunulacak, ardından insan ticaretini düzenleyen uluslararası ve ulusal mevzuat ve gelişimi üzerinde durulacak, ilgili diğer suçlarla karşılaştırması yapılarak, uygulamadaki sorunlar tartışılacak, son olarak ise Yargıtay’ın uygulamadaki sorunlara getirdiği bazı çözümler üzerinde durulacaktır.

1. Araştırma Metodu

Türkiye’de insan ticareti ile ilgili mevzuatın geçirdiği evreleri gözlemek amacıyla belge incelemesi, bu süre içinde yaşanan aksaklıkları ve zaman içinde nasıl çözümler getirildiğini anlamak amacıyla mülakat teknikleri kullanılmıştır.

Bu çerçevede, öncelikle, insan ticareti ile ilgili ulusal ve uluslararası hukuki mevzuat taranmış, bu suçla ilgili diğer mevzuat ve ele alınışı gözden geçirilmiş, ayrıca son yıllarda insan ticareti suçu ile ilgili Türkiye’de oluşan bazı sorunlu konuları düzenleyen Yargıtay içtihatları tespit edilmiş ve incelenmiştir.

Mevzuat incelemesine ek olarak, mevzuatın uygulanmasına yönelik durumu tespit edebilmek, uygulamada insan ticareti mevzuatı açısından

karşılaşılan sorunları ve bulunan çözüm yollarını analiz edebilmek amacıyla, insan ticareti soruşturması/kovuşturması yapan ve dava dosyalarını Yargıtay'da inceleyen kişiler arasından amaçsal örneklem metodu kullanılarak belirlenen 5 savcı ve 2 hâkim ile yüz yüze mülakatlar yapılmıştır. Görüşmeler, yarı yapılandırılmış görüşme yöntemi kullanılarak gerçekleştirilmiş, önceden hazırlanan sorularla görüşülen kişi yönlendirilmiş ve sorulara cevap aranmaya çalışılmıştır. Görüşmeler yaklaşık 1-2 saat sürmüş, görüşme sırasında notlar alınmıştır. Görüşmeler analiz edilmiş ve geçmiş yıllardaki sorun ve uygulamalar karşılaştırılmıştır.

2. Uluslararası Hukukta İnsan Ticaretine Dair Düzenlemeler

İnsan ticareti ile ilgili Türk mevzuatını incelemeyen önce uluslararası hukukta geçerli olan köleliği, köle ticaretini, kadın ticaretini, işgücü istismarını, insan ticaretini yasaklayan düzenlemelere de kronolojik olarak kısaca değinilmesine yarar görülmektedir.

İnsan ticareti ile ilgili ilk uluslararası belge 18 Mayıs 1904 tarihli "Beyaz Kadın Ticaretinin Önlenmesi Sözleşmesi"dir. 04 Mayıs 1910 tarihinde, 18 Mayıs 1904 tarihli sözleşmeye ek "Beyaz Kadın Ticaretinin Engellenmesi Sözleşmesi" yayımlanmıştır. Bundan sonra ise, 30 Eylül 1921 tarihli "Kadın ve Çocuk Ticaretinin Engellenmesi Sözleşmesi" Milletler Cemiyeti bünyesinde kabul edilmiştir. 25 Eylül 1926 tarihinde Milletler Cemiyeti bünyesinde "Köleliğe Karşı Sözleşme" imzalanmıştır. 11 Ekim 1933 tarihinde ise "Kadın Ticaretinin Engellenmesi Sözleşmesi" imzalanmıştır.

1904 tarihli Sözleşme, polisiye tedbirlere yer vermekte, beyaz kadın ticareti hakkında bilgilerin koordinasyonu düzenleyecek bir makam tesis etmiş ve mağdur kadınların ülkelerine geri gönderilmesi sözleşmeye taraf olan devletin sorumluluğuna bırakılmıştır. İnsan ticareti suçunun kavramsal unsurları ise ilk olarak 4 Mayıs 1910 tarihli Sözleşmede düzenlenmiştir. 1921 tarihli Sözleşmede taraf devletler kadın ticaretine maruz kalan kişileri tespit etmek için uygun tedbirleri almak yönünde sorumluluk yüklenmiştir. 1933 tarihli Sözleşme ile suçu oluşturan eylemlerin farklı ülkelerden işlenmiş olması halinde bile cezalandırılacağı düzenlenmiştir (Yenidünya, 2007:103-106).

Konuyla ilgili olarak Birleşmiş Milletler bünyesinde de bazı sözleşmeler imzalanmıştır. 2 Aralık 1949 tarihli "Birleşmiş Milletler İnsan Ticaretinin ve Fuhuş Amacıyla İstismarın Önlenmesi Sözleşmesi", 23 Ekim

1953 tarihinde imzaya açılan 25 Eylül 1926 tarihli “Köleliğe Karşı Sözleşme”, 7 Eylül 1956 tarihinde imzalanan “Kölelik, Köle Ticareti ve Köleliğe Benzer Kurum ve Uygulamaların Lağvına Dair Ek Sözleşme” bunlar arasında sayılabilir. 20 Kasım 1989’da kabul edilip 2 Eylül 1990’da yürürlüğe giren Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 35 ve 36. maddeleri de konumuz açısından önemlidir.¹ Yine aynı amaçla “Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’ye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili Protokol 25 Mayıs 2000 tarihinde Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilmiştir.

Ancak, insan ticareti konusunda geliştirilen en önemli ve en etkili uluslararası sözleşme “Sınırşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”dir. 2000 yılında kabul edilen bu sözleşmenin ek protokollerinden birisi olan “İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol”, devletler tarafından en çok kabul gören (148 ülke) ve en geniş biçimde uygulama alanı bulmuş olan belgedir. Türkiye, bu protokolü ilk olarak imzalayan ve iç hukukuna kazandıran ülkeler arasında yer almaktadır. Bu Protokolün yürürlüğe girmesi ile yaklaşık 50 yıl bu alandaki temel uluslararası belge niteliğini taşıyan 2 Aralık 1949 tarihli “Birleşmiş Milletler İnsan Ticaretinin ve Fuhuş Amacıyla İstismarın Önlenmesi Sözleşmesi” misyonunu tamamlamıştır (Ersoy, 2010).

Birleşmiş Milletler İnsan Ticareti Protokolü sürecinde Avrupa düzeyinde de çeşitli yasal çalışmalar yapılmıştır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin 19 Mayıs 2000 tarihli Rec (2000) 11 sayılı, 30 Nisan 2002’de Rec (2002)/5 sayılı, 31 Ekim 2001’de Rec (2001)/16 sayılı tavsiye kararları ve Konseyin 19 Temmuz 2002 tarihli işgücü ve cinsel sömürü amaçlı insan ticaretini tanımlayan ve yasaklayan çerçeve kararları arasında yer almaktadır.

Avrupa Konseyi’nin 19 Mayıs 2000 tarihli tavsiye kararında, üye ülke hükümetlerinin tavsiye kararının ekinde tarif edilen önlemleri uygulamaya sokmaları ya da bu amaçla mevzuatlarını gözden geçirmeleri istenmiştir. 30 Nisan 2002’de Rec (2002)/5 sayılı tavsiye kararında kadına yönelik şiddetin tanımı yapılmış ve kadına yönelik şiddetin önlenmesi ve

¹ Madde 35: Taraf Devletler, her ne nedenle ve hangi biçimde olursa olsun, çocukların kaçırılmaları, satılmaları veya fuhşa konu olmalarını önlemek için ulusal düzeyde ve ikili ve çok yanlı ilişkilerde gereken her türlü önlemleri alırlar.

Madde 36: Taraf Devletler, esaslığına herhangi bir biçimde zarar verebilecek başka her türlü sömürüye karşı çocuğu korurlar.

kadınların temel hak ve özgürlüklerinin korunabilmesi için üye ülkeler tarafından alınması gerekli tedbirler ve failerin takibi ve cezalandırılmaları istemi düzenlenmiştir. 31 Ekim 2001’de Rec (2001)/16 sayılı tavsiye kararında da bazı önleyici tedbirlere ve ceza hukuku tedbirlerine yer verilmiştir.

İnsan ticaretiyle mücadelede 19 Temmuz 2002 tarihli Avrupa Birliği Konseyi çerçeve kararı önemlidir. Bu kararın giriş bölümünün 7. paragrafında, üye devletlerin tekil eylemleriyle insan ticareti ile mücadele edilemeyeceği; mücadele edilebilmesi için “etkili, orantılı, caydırıcı” yaptırımlar öngören hukuki düzenlemelerin dünya çapında benimsenmesinin gerektiği belirtilmiştir. Kararın 10. maddesinde ise 01.08.2004 tarihine kadar üye devletlerin bu çerçeve karar doğrultusunda gerekli işlemleri yapacağı düzenlenmiştir. Ayrıca, insan ticareti suçunun mağdurlarına oturma izni verilmesini düzenleyen 29.04.2004 tarihli Avrupa Birliği direktifi de süreç içerisinde oluşan belgelerdendir (Evik, 2007).

Bu tavsiye kararları sonucunda varılan uzlaşmanın bir sonucu olarak 16 Mayıs 2005 tarihinde “İnsan Ticaretine Karşı Avrupa Sözleşmesi” imzalanmıştır. Bu sözleşme taraf devletlere bu konu ile ilgili bazı fiilleri yaptırıma bağlamaları mükellefiyeti getirmiş ve sözleşmede belirlenen suç tipleri bakımından nasıl yaptırımlar uygulanacağı konusunda yol gösterici olmuştur (Yenidünya, 2007:115-120).

Gerek BM bünyesinde, gerekse Avrupa Konseyi ve AB çerçevesinde alınan kararlar ve imzalanan sözleşmeler Türkiye’de de çeşitli şekillerde iç hukukta yerini bulmuştur.

3. Türk Ceza Mevzuatında İnsan Ticareti

İnsan ticaretinin bir suç olarak Türk ceza mevzuatında ilk olarak düzenlenişi, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’na 2002 yılında 4771 sayılı Kanun ile eklenen 201/b maddesi ile olmuştur. Bu madde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda revize edilmiş ve 80. maddede yerini bulmuştur. Her iki kanunun insan ticaretini içeren maddelerinin gerekçelerinde “Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi” ile bu sözleşmeye ek 4804 sayılı Kanun ile kabul edilen “İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol” ün gerekleri yerine getirilmek üzere ilgili maddelerin düzenlendiği açıklanmıştır.

Söz konusu Protokolün 3. maddesinde tanımlanan şekliyle insan ticareti:

Kuvvet kullanarak veya kuvvet kullanma tehdidi ile veya diğer bir biçimde zorlama, kaçırma, hile, aldatma, nüfuzu kötüye kullanma, kişinin çaresizliğinden yararlanma veya başkası üzerinde denetim yetkisi olan kişilerin rızasını kazanmak için o kişiye veya başkalarına kazanç veya çıkar sağlama yoluyla kişilerin istismar amaçlı temini, bir yerden bir yere taşınması, devredilmesi, barındırılması veya teslim alınması anlamına gelir ve istismar terimi, asgari olarak, başkalarının fuhşunun istismar edilmesini veya cinsel istismarın başka biçimlerini, zorla çalıştırmayı veya hizmet ettirmeyi, esareti veya esaret benzeri uygulamaları, kulluğu veya organların alınmasını içermektedir.

5237 sayılı TCK'nın 80. maddesinde insan ticareti ise aşağıdaki şekilde tarif edilmiştir:

Zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tabi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle kişilerin ülkeye sokulması, ülke dışına çıkarılması, tedarik edilmesi, kaçırılması, bir yerden başka bir yere götürülmesi veya sevk edilmesi ya da barındırılması olarak ifade edilmiştir.

5237 sayılı Kanun'daki tanım incelendiğinde söz konusu protokol ile tam uyum içinde olduğu söylenemez. Özellikle protokolde yer alan “başkası üzerinde denetim yetkisi olan kişilerin rızasını kazanmak için o kişiye veya başkalarına kazanç veya çıkar sağlama” ifadesi ile 5237 sayılı kanunun 80. maddesinde yer alan “kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek” ifadesi birbirini karşılamamaktadır. Yine, istismar teriminin fuhşun istismarını veya cinsel istismarın başka biçimlerini de içerdiği protokolde düzenlenmiş olmakla beraber 80. maddede sadece fuhuş amacıyla insan ticareti suçunun işlenebileceği düzenlenmiş ve cinsel istismarın diğer biçimleri madde kapsamına alınmamıştır.

765 sayılı Kanun'da 201/b kapsamında düzenlenen fiiller, bu madde eklenmeden önce 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 179. maddesinde

düzenlenen “şahıs hürriyeti aleyhine cürümler”, 188. maddede düzenlenen “şartlı tehdit”, 456. maddede düzenlenen kasten yaralama suçu ile 435 ve 436. maddeleri kapsamında değerlendirilmekteydi. Ayrıca, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Nakli Hakkında Kanun’un 15. maddesi de bu çerçevede uygulama alanı bulmaktaydı (Yenidünya, 2007:28-29).

Söz konusu 179. maddenin 1. fıkrasında bir kimsenin diğer bir kimsenin özgürlüğünü meşru görülmeyen nedenlerle ihlal etmesi bir suç olarak öngörülmüş ve bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin liradan az olmamak üzere ağır para cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrası kapsamındaki fiiller asliye ceza mahkemesinin görev alanına girmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında ise suçlunun tehdit, kötü muamele veya hileye başvurusu ya da öç, dini veya milli saiklerle hareket etmesi ya da 499. maddede düzenlenen hallerden farklı olarak maddi çıkar sağlamak veya siyasi, ideolojik, sosyal görüş ayrılıkları nedenleri ile bu suçun işlenecek olması durumları ağırlaştırıcı bir neden olarak düzenlenmiştir. Aynı fıkra suçlunun mağduru asker olarak kullanılmak üzere yabancı bir ülkeye teslim etmesi de ağırlaştırıcı bir neden olarak düzenlenmiştir. Bu fıkra kapsamındaki fiiller için öngörülen ceza üç yıldan sekiz yıla kadar ağır hapis ve on bin liradan az olmamak üzere ağır para cezası olarak belirlenmiştir ve ağır ceza mahkemesinin görev alanına girmektedir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise bu suçun silahla veya birden çok kişi ile beraber işlenmesinin cezayı üçte birden yarıya kadar artıracığı her iki fıkra içinde ortak bir ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiştir. Bu suç kapsamındaki para cezası önce 3506 sayılı Kanun ile 6 katına, daha sonra 4421 sayılı Kanun ile 1.8.1999 tarihinden itibaren 786 katına çıkarılmıştır.

765 sayılı TCK’nın 179. maddesinden başka 188. maddesinde yer alan şartlı tehdit suçunun da insan ticaretine yönelik fiillere tatbiki söz konusu olabilmekteydi. Ancak, kullanılan zor ve tehdit, mağdurun serbest hareket edebilme hürriyetini sınırlıyorsa mürekkep suça ilişkin kurallara göre, 188. madde değil, 179. maddenin 2. fıkrası uygulanacaktı. Mağdurun cinsel bakımdan sömürülmesi, fuhşa zorlanması amacıyla tedarik edilmesi, nakledilmesi, sevk edilmesi hallerinde ise 765 sayılı TCK’nın 435 ve 436. maddeleri uygulanabiliyordu.

765 sayılı TCK’nın 201/b maddesinin 4. fıkrasında insan ticareti suçunun örgüt kapsamında işlenmesi ağırlaştırıcı bir hal olarak öngörülmüştür. 201/b maddesinde fuhuş maksadına veya cinsel istismarın diğer şekil-

lerine ilişkin ibareye yer verilmemiştir. Yine araç hareketler yönünden de bu düzenlemede eksiklikler söz konusu olmuştur. Denetim yetkisine sahip kişilerin menfaat karşılığı rızalarının elde edilmesi için o kişiye veya başkalarına kazanç veya çıkar sağlama hususu düzenlenmemiş ve ihmal edilmişti.

5237 sayılı Kanun'un 80. maddesi üzerinde değerlendirmede bulunmadan önce insan ticareti suçunun 1982 Anayasası'nın bazı düzenlemelerine de aykırılık teşkil ettiğinin altını çizmekte de yarar vardır. Anayasanın kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına ilişkin 17. maddesi, zorla çalıştırma yasağını düzenleyen 18. maddesi, işgücü istismarına neden olabilecek davranışların yasaklandığı 50. maddesi, kişi hürriyeti ve güvenliğini düzenleyen 19. maddesi, özel yaşam hakkının güvence altına alındığı 20. maddesi bu suç kapsamında ihlal edilmektedir.

5237 sayılı TCK'da seçimlik hareketli olarak düzenlenen insan ticareti suçu, kişileri ülkeye sokma, ülke dışına çıkarma, tedarik etme, kaçırma, bir yerden başka bir yere götürme, sevk etme, barındırma şeklindeki seçimlik hareketleri ile gerçekleştirilebilecektir. Mağdurun iradesinin ortadan kaldırılması noktasında ise tehdit, baskı, cebir veya şiddet, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak, kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanmak şeklinde araç hareketler düzenlenmiştir. İnsan ticareti suçunun amaç (asıl) hareketleri ise madde metninde, kişileri ülkeye sokmak, ülke dışına çıkarmak, tedarik etmek, kaçırma, bir yerden başka bir yere götürmek (nakletmek), sevk etme, barındırmak olarak düzenlenmiştir.

İnsan ticareti suçunun faili 5237 sayılı TCK'nın 80. maddesinde belirtilen seçimlik hareketleri gerçekleştiren kişidir. Buna göre, mağdurları ülkeye sokan, ülkeden çıkaran, tedarik eden, kaçırma, nakleden, sevk eden, barındıran kimse insan ticareti suçunun failidir. Bu suçun faili herkes olabilir ve çok failli suç niteliği de taşımamaktadır. 5237 sayılı TCK'nın 266. maddesi uyarınca fail kamu görevlisi ve kendisine görevinden dolayı verilmiş araç ve gereçleri suçun işlenmesi sırasında kullanmış ise verilecek ceza arttırılacaktır.

5237 sayılı Kanun'un 80. maddesinin 4. fıkrasında da bu suçlardan dolayı tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanabileceği düzenlenmiştir.

5237 sayılı Kanun'un 22. maddesinin 1. fıkrası uyarınca bir fiilin taksirli halinin suç teşkil ettiği kanunda açıkça belirtilmedikçe kişi ger-

çekleştirdiği bu fiilden dolayı cezalandırılmaz. İnsan ticaretinin taksirli hali kanunda düzenlenmemiştir, bu nedenle insan ticareti suçu sadece kast ile işlenebilen bir suçtur. Her ne kadar madde metninde suçun, sadece doğrudan kasıtlı işlenebileceğine dair bir ibare bulunmasa da, belli amaçlarla yani “zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tabi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak” amaçları ile işlenmesi kayıtları aranmıştır. Bu amaçlarla işlenmemiş olması halinde araç ve amaç hareketler gerçekleşmiş olsa da insan ticareti suçu oluşmayacaktır. Bu nedenle insan ticareti suçunun olası kast ile işlenmesi mümkün değildir. Yine, fail madde metninde belirtilen bu özel amaçlarla hareket ettiği müddetçe failin bu amaçlarına ulaşip ulaşmadığı suçun gerçekleşmesi bakımından önem arz etmemektedir (Yaşar vd., 2010:2540). İşlenen suç vesilesiyle elde edilmek istenen amacın bizzat fail yararına olması gerekmemekte, üçüncü kişi yararına da bu suçun işlenmesi mümkün olabilmektedir (Artuk vd., 2008:150).

İnsan ticareti suçunu düzenleyen 5237 sayılı Kanun’un 80. maddesi ile korunmak istenen hukuki yarar ise birden fazladır. Bu suç ile mağdurun serbest iradesi ile karar verme ve hareket etme özgürlüğü ihlal edilmektedir (Yaşar vd., 2010:2529). Bir başka deyişle bu suçun yaptırımı bağlanması ile kişilerin irade özgürlükleri koruma altına alınmıştır. İnsan ticareti kişinin çeşitli şekillerde istismar edilmesine ve böylelikle şeref ve haysiyetinin de zarara uğramasına sebep olmaktadır. Bu istismar hareketlerinin madde metninde düzenlenerek cezalandırılması ile mağdurun şeref ve haysiyeti yani sosyal kişilik alanı korunmuş olmaktadır. Suçun sınıraşan karakteri ve kanunda “uluslararası suçlar” başlığı altında düzenlenmiş olması esas alındığında korunan hukuki yararlarından bir diğerinin de uluslararası düzenin korunması olduğu söylenebilecektir. İnsan ticareti ülkenin sınır güvenliğini, fuhuş amacıyla işlenmesi halinde ise ülkenin genel sağlığını tehdit etmektedir ki bu hususlar dikkate alındığında insan ticaretinin yaptırımı bağlanması ile ülkede kamu düzeninin muhafazasının korunan hukuki değerler arasında olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır (Artuk vd., 2008:136).

İnsan ticareti suçuna teşebbüs mümkündür. Araç hareketler gerçekleştirilmiş ancak asıl (amaç) hareketler elde olmayan nedenlerle gerçekleştirilememiş ya da araç hareketlerden sonra asıl hareketlerin de icrasına başlanmış, ancak bu hareketler elde olmayan nedenlerle tamamlanamamışsa teşebbüs aşamasında kalmış demektir. Gönüllü vazgeçmeye ilişkin 5237 sayılı Kanun’un 36. maddesi, insan ticareti suçunun faili açısından da uygulanabilecektir. Yani fail, kendi iradesi ile icra hareketlerinden

vazgeçerse veya suçun tamamlanmasına veya neticenin gerçekleşmesine kendi çabası ile engel olursa gönüllü vazgeçme hükmünden yararlanabilecektir ve fail sadece vazgeçme anına kadar yaptıkları bir suç teşkil ediyorsa ondan sorumlu tutulacaktır. İnsan ticareti suçu açısından özel olarak etkin pişmanlığı düzenleyen bir hüküm mevcut değildir. Ancak bu suç örgüt kapsamında işlenmiş ise sadece örgüte üye olmak, örgüt adına suç işlemek veya örgüte bilerek isteyerek yardım etmek fiilleri bakımından 5237 sayılı Kanun'un 221. maddesinde yer alan etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilecektir.

İnsan ticareti suçunun iştirak halinde işlenmesi ve bu suçun mütemadilik arz etmesi de mümkündür. Mütemadi suçlarda suçun icrası devam ettiği müddetçe azmettirme hariç iştirak mümkündür. Kaçırma ve barındırma hareketleri yönünden mütemadilik söz konusu olacaktır.

Suçun özel görünüş şekillerinden bir diğeri olan suçların içtima hususunun insan ticareti suçu bağlamında ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. 765 sayılı TCK'nın aksine 5237 sayılı TCK suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesini ağırlaştırıcı bir hal olarak düzenlememiştir ve failler hem suç işlemek için örgüt kurma hem de insan ticareti suçundan cezalandırılacaklardır. İnsan ticareti ile cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar birlikte gerçekleştirilmişse fail ayrıca cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar çerçevesinde de cezalandırılacaktır. Organ ve doku ticareti suçu veya dilencilik suçu ile insan ticareti suçunun birlikte işlenmesi halinde fail her iki suçtan da cezalandırılacaktır. İnsan ticareti suçunun işlenmesi amacıyla özel veya resmi belgede sahtecilik, resmi belgeyi bozmak, yok etmek, gizlemek suçları işlenmiş ise fail ayrıca bu suçlardan dolayı da sorumlu tutulacaktır. Bu hallerden farklı olarak mağdura karşı gerçekleştirilen fiiller ile insan ticareti arasında eylem tekliği söz konusu ise fikri içtima kuralları uygulanmalıdır.

5237 sayılı TCK genel hükümleri içerisinde düzenlenen bileşik suç hükümleri uyarınca insan ticareti suçunun araç hareketlerinden olan cebir, tehdit, kaçırma fiilleri dolayısıyla faile ayrıca tehdit, yaralama ve hürriyetten yoksun kılma suçlarına ilişkin hükümler uygulanmayacaktır. Fail sadece insan ticareti suçunu işlemekten cezalandırılacak, içtima hükümleri uygulanmayacaktır.

5237 sayılı Kanun'un 80. maddesinde insan ticareti suçunun yaptırımını sekiz yıldan on iki yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezası olarak belirlenmiştir.

İnsan ticareti suçu, re'sen soruşturulacak bir suçtur. Bu suçun yargılamasında görevli mahkeme ağır ceza mahkemesidir. Ancak bu suç haksız ekonomik çıkar sağlamak amacı ile kurulmuş bir örgüt kapsamında işlenmiş ise, yargılama 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250/1-b maddesi uyarınca özel yetkili ağır ceza mahkemelerinde görülecektir.

5237 sayılı Kanun'un 66. maddesinin 1-d düzenlemesi uyarınca insan ticareti suçunda dava zamanaşımı süresi 15 yıldır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 13 ve 26. maddeleri de doğrudan insan ticareti ile ilgili düzenlemeler içermemekle birlikte insan ticareti suçunu anlatırken açıklanmalıdır.

5237 sayılı Kanun'un 13. maddesinde belirlenen bazı suçlar, vatandaş veya yabancı tarafından, yabancı bir ülkede işlense bile, bu kişi hakkında Türk kanunlarının uygulanacağını, yani Türkiye'de yakalanıp cezalandırılabileceğini düzenlemektedir. Bu düzenleme insan ticareti ile mücadelede özellikle de birden çok ülkede faaliyet gösteren organize suç örgütlerinin işledikleri suçlarda sırf yakalandıkları ülkenin yargı yetkisinin dışında kalmaları nedeniyle suçlarının cezasız kalmasının önüne geçmektedir. 5237 sayılı Kanun'un 13. maddesinin 1-a düzenlemesi uyarınca insan ticareti de bu madde kapsamına alınmıştır.

5237 sayılı Kanun'un hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası başlığını taşıyan 26. maddesinin 2. fıkrasında "kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rıza çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez" denilmektedir. 5237 sayılı Kanun'un 80. maddenin 2. fıkrasında ise birinci fıkrada belirtilen amaçlarla girişilen ve suçu oluşturan fiillerin varlığı halinde mağdurun rızasının yok sayılacağı düzenlenmiştir. İnsan ticareti suçu kapsamında cebir, şiddet, tehdit, baskı, kandırma gibi kişinin rızasına karşı yöneltilen hareketlerin gerçekleşmesi aranmaktadır ve bu hareketler zaten iradeyi ortadan kaldıran hareketlerdir. 5237 sayılı Kanun'un 80. maddesinin 2. fıkrası ile rızanın varlığı halinde fuhuş olarak anlaşılması olası eylemlerin insan ticareti kapsamında da değerlendirilmesine imkân sağlanmıştır.

4. İnsan Ticareti Suçunun Benzer Suçlarla Karşılaştırılması

İnsan ticareti suçunun tam olarak anlaşılabilmesi için uygulamada birbirine karıştırılabilecek bazı suçlarla karşılaştırılması ve farklılıkların ortaya konulması gerekmektedir. Bu nedenle, aşağıda 5237 sayılı Kanun'un 79. maddesinde düzenlenen "Göçmen Kaçakçılığı Suçu", 117. maddesinin

de yer alan “İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu” ve 227. maddede yer alan “Fuhuş Suçu” kapsamında aşağıda bir değerlendirme yapılmıştır.

İnsan ticareti ve göçmen kaçakçılığı suçunu ayırt etmede başvuracağımız temel kıstas suçun mağduruna ilişkindir. İnsan ticaretinde suçun mağduru doğrudan suça konu olan kişilerdir. Göçmen kaçakçılığında ise suçun mağduru uluslararası toplum ve onu oluşturan devletlerdir. Göçmen kaçakçılığında, insan ticaretinden farklı olarak, göçmenler gerçekleştirilen fiile rıza gösterirler. Her iki suçun maddi unsurları farklıdır. Göçmen kaçakçılığı suçunun maddi unsuru, ülkeye yasadışı giriş, ülkeden yasadışı çıkış, ülkede yasadışı olarak kalma; insan ticareti suçunun maddi unsuru, kişileri tedarik etme, kaçırma, bir yerden başka bir yere götürme, sevk etme veya barındırmadır. Göçmen kaçakçılığı ülkede yasadışı olarak kalma haricinde sınıraşan bir nitelik taşıırken insan ticareti ülke içerisinde de gerçekleştirilebilir. Suçun örgüt kapsamında işlenmesi göçmen kaçakçılığı için ağırlaştırıcı bir sebepken insan ticareti için değildir. Her iki suç için öngörülmüş olan yaptırım bakımından da farklılıklar mevcuttur (Demir ve Erdal, 2010; Doğan, 2008:27-29).

5237 sayılı TCK'nın 117. maddesinde “iş ve çalışma hürriyetinin ihlali” adı altında düzenlenen dört ayrı suç tipi mevcuttur. 117. maddenin birinci fıkrasında cebir veya tehdit kullanarak veya hukuka aykırı başka davranışlarla iş ve çalışma özgürlüğünün ihlal edilmesi yaptırıma bağlanmıştır. İnsan ticaretinde ise bireyin zorla çalıştırılması, hizmet ettirilmesi, işgücünün sömürülmesi maksadıyla tedarik edilmesi, nakli, barındırılması, kaçırılması söz konusudur. Yine birinci fıkrada suçun takibinin şikâyete tabi olduğu düzenlenmiştir. 117. maddenin 2. fıkrasında ise kişinin ücretsiz veya düşük ücretle çalıştırılması veya insan onuru ile bağdaşmayacak şekilde çalışma ve konaklama koşullarına tabi tutulması yaptırıma bağlanmıştır. Aynı fıkrada insan ticaretindeki araç hareketlere de yer verilmiştir. Ancak 117/2. maddesi ile insan ticareti suçunun maddi unsurunu oluşturan hareketin şekli ve manevi unsuru farklıdır. İnsan ticareti, 117/2. maddede düzenlenen eylemden önceki bir aşamayı yaptırıma bağlamaktadır. 117/3. fıkrada ise kişilerin ücretsiz veya düşük bir ücretle çalıştırılması veya insan onuru ile bağdaşmayacak surette çalışma ve konaklama koşullarına tabi tutulması amacıyla bireylerin tedariki, sevk veya nakli yasaklanmıştır. İnsan ticareti suçunun araç fiillerinin olayda olmadığı hallerde 117/3. maddesinden hüküm kurulacaktır. Ancak aksi durumda insan ticareti suçu oluşacaktır. Zira bu halde 5237 sayılı Ka-

nun'un 44. maddesinde yer alan fikri içtima hükümleri dikkate alınmalıdır.

Fuhuş, fuhşa aracılık etme, teşvik etme, kolaylaştırma gibi bazı hükümleri düzenleyen 5237 sayılı Kanun'un 227. maddesi de insan ticareti suçu ile benzerlik gösteren temel yasa maddelerindedir. Maddenin 3. fıkrasında yer alan "Fuhuş amacıyla ülkeye insan sokan veya insanların ülke dışına çıkmasını sağlayan kişi hakkında yukarıdaki fıkralara göre cezaya hükmolünür" ibaresi 2006 yılında yapılan bir değişiklikle madde metninden çıkarılmıştır. Bu değişiklik, yurtdışından getirilen insan ticareti mağdurlarının 80. Madde uyarınca işlem görmesini kolaylaştırmıştır. Bununla birlikte, 80. madde ile 227. madde arasında karışıklığa yol açan 227. maddenin "Cebir veya tehdit kullanarak, hile ile ya da çaresizliğinden yararlanarak bir kimseyi fuhşa sevk eden veya fuhuş yapmasını sağlayan kişi hakkında yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısından iki katına kadar artırılır" hükmünü içeren 4. fıkrasında ise herhangi bir değişikliğe gidilmemiştir.

Fuhşa teşvik, fuhuş yolunun kolaylaştırılması, fuhuş için aracılık edilmesi 80. maddede seçimlik hareketler arasında yer almadığından, bu hallerde 227. madde uyarınca hüküm kurmak gerekecektir. Bu husus belirtildikten sonra, 5237 sayılı Kanun'un 227. maddesinde yer alan fuhuş suçu ile 80. maddede yer alan insan ticareti suçunun mukayesesi için öncelikle mağdurun yetişkin ve çocuk olması yönünden ayrıma gidilmelidir. Mağdurun yetişkin olması halinde 80. maddede belirtilen araç fiillerin olayda bulunması bu suçun gerçekleşmesi için gereklidir. Mağdurun çocuk olması durumunda ise bu araç fiillerin kullanılması aranmamaktadır.

Yetişkin mağdurların araç fiiller kullanılarak, çocuk mağdurların ise bu fiiller olmasa bile, tedarik edilmeleri, barındırılmaları, kaçırılmaları, sevk edilmeleri, bir yerden başka bir yere götürülmeleri, ülkeye sokulmaları veya ülkeden çıkarılmaları suretiyle bu mağdurlara fuhuş yaptırılması halinde tipik fiilin insan ticareti suçunun mu yoksa fuhşa sürüklenme suçunun kapsamına mı girdiği konusu söz konusu maddelerin lafzında yeterince ortaya konulamamıştır. Bu halde, 5237 sayılı Kanun'un 44. maddesinden hareketle mevcut durumu açıklamakta yarar görülmektedir. Söz konusu maddede, kişinin işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet verdiği hallerde kişinin bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Tipik fiilin hem 5237 sayılı Kanun'un 80. hem de 227. maddesini ihlal etmesi halin-

de, fikri içtima hükmü uyarınca, tipik fiile cezası daha ağır olan hüküm üzerinden ceza tesis edilmelidir. Her halükarda mağdurların korunması insan ticareti ile mücadelenin önemli unsurlarındandır.

5. Mağdurların Korunması

Tanık koruma yöntemleri insan ticareti mağdurlarının tanıklık yapmalarının sağlanması açısından büyük öneme sahiptir. Bu suçların organize şekilde işlendiği, faille büyük gelirler sağladığı gibi hususlar gözetildiğinde tanıkların karşılaşılabilecekleri olası tehdit ve saldırılara karşı korunacaklarının temin edilmesi önemlidir.

İnsan ticareti suçunun mağdurlarının, failer aleyhine ifade vermesinde uygulamada önemli sorunlar yaşanmaktadır. İnsan tacirleri, yakalanmaları halinde polise aleyhte ifade vermemeleri için mağdurlara çeşitli tehditler yöneltmektedirler. Bazı tacirler, aleyhte ifade vermesi halinde mağdurun kendisine, ailesine veya akrabalarına zarar vermekle; bir kısmı da mağduru ülkesinde fuhuş yaptığını duyurarak afişe etmekle; hatta bir kısmı da üniversite veya lise öğrencisi olan mağdurları okul yönetimine ihbar etmekle korkutmaktadırlar. Polis olmadığı halde, kendisini veya yakın bir arkadaşını polis olarak tanıtır, aleyhte konuşması halinde işkence yapacağını söyleyen tacirler de bulunmaktadır (Demir, 2010:332-334; Batsyukova, 2007; Kelly ve Regan, 2000).

Tanık koruma yöntemlerinin sağlıklı ve titiz bir şekilde işletilmesi ile bu ifadelerin daha sağlıklı ve gönüllü bir şekilde elde edilmesi sağlanabilecektir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 236. maddesi uyarınca mağdurların tanık olarak dinlenmesi halinde yemin hariç tanıklığa ilişkin hükümler uygulanacaktır. Bu nedenle tanıkların kimliklerinin ortaya çıkması kendileri veya yakınları açısından tehlike oluşturacaksa; kimliklerinin saklı tutulması için gerekli önlemler alınmalıdır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 58. maddesinde organize olarak bir örgüt tarafından işlenen suçlarda, tanık olarak dinlenecek kişilerin kimliklerinin ortaya çıkması kendileri veya yakınları açısından ağır bir tehlike oluşturacaksa; kimliklerin saklı tutulması için gerekli önlemlerin alınacağı belirtilmiştir. Kimliğinin saklı tutulması için, tanığa ait kişisel bilgiler, savcı, hâkim veya mahkeme tarafından muhafaza edilecektir. Tanık Koruma Kanunu'nun 3. maddesinde tanık koruma tedbiri alınması gereken suçlar düzenlenmiş ve 4. maddesinde ise tanık koruma kapsamına alınacak kişiler

düzenlenmiştir.² Tanık Koruma Kanunu hükümleri 3. maddeye göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve alt sınırı on yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar veya suç işlemek amacıyla kurulan bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen alt sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar ile terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar için uygulanabilecektir. İnsan ticareti suçu için öngörülmuş olan cezanın alt sınırı 8 yıldır. Bu nedenle insan ticareti suçu ancak bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmiş ise Tanık Koruma Kanunu hükümleri uygulanabilecektir.

5271 sayılı Kanun'un 234. maddesinde mağdurların soruşturma ve kovuşturma evrelerinde sahip oldukları haklara yer verilmiştir. İnsan ticareti mağdurlarının da yararlanabileceği bu haklara kısaca değinmekte yarar vardır. Bu haklar soruşturma evresinde; delillerin toplanmasını isteme hakkı, vekil tutma, vekil tutma imkânına sahip değilse baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini talep etme hakkı, gizliliğe zarar vermemek kaydıyla belge örneği isteme hakkı, vekili aracılığı ile soruşturma belgelerini, elkonulan ve muhafaza altına alınan eşyayı inceletme hakkı ve kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı itiraz hakkıdır. Kovuşturma evresinde ise; katılan olma, vekili vasıtasıyla dosyadaki tutanak ve belgelerden örnek isteme hakkı, duruşmadan haberdar edilme hakkı, vekil tutma ama böyle bir imkânı sahip değilse baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini talep etme hakkı, tanık dinletme, katılanın kanun yoluna başvurma hakkıdır.

5271 sayılı Kanun'un 234. maddesinin 2. fıkrası uyarınca on sekiz yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da kendini ifade edemeyecek derecede malul olan mağdura istemi aranmaksızın vekil görevlendirilecektir. Aynı maddenin 3. fıkrasında da bu hakların mağdura anlatılması/açıklanması zorunluluğu belirtilmiştir. Adil yargılanma ilkesinin hayata geçirilmesi bakımından bu hakların mağdura hatırlatılması önemlidir.

² (1) Bu Kanun hükümlerine göre haklarında tanık koruma tedbiri uygulanabilecek kişiler şunlardır:

(a) Ceza muhakemesinde tanık olarak dinlenenler ile 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 236 ncı maddesine göre tanık olarak dinlenen suç mağdurları.

(b) (a) bendi hükümlerine göre dinlenenlerin nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile eşi, kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoy, ikinci derece dâhil kan veya ikinci derece dâhil kayın hısımları ve evlatlık bağı bulunanlar ile yakın ilişki içerisinde olduğu kişiler

(2) Tanık koruma tedbirleri, birinci fıkrada sayılanların kendilerinin veya bu Kanunda belirtilen yakınlarının hayatı, beden bütünlüğü veya mal varlığı ağır ve ciddi bir tehlike içinde bulunması ve korunmalarının zorunlu olması halinde uygulanabilir.

5271 sayılı Kanun'un 235.maddesinin 4. fıkrası uyarınca eğer mağdur adresine çıkarılan çağrıya rağmen gelmemişse ve mağdurun dilekçelerinde veya tutanağa geçirilmiş beyanlarında belirtilmiş adresinin yanlışlığı, eksikliği, adres değişikliğinin bildirilmemesi nedeniyle tebligat yapılamamış olması hallerinin varlığı durumunda mağdurun beyanının alınması zorunlu görülüyorsa adres araştırılması yapılarak mağdur dinlenir.

5237 sayılı TCK'nın 237. maddesi uyarınca mağdur ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verilinceye kadar şikâyetçi olduğunu bildirerek kamu davasına katılabilmektedir. Kanunun 239. maddesinde ise katılanın hakları düzenlenmiş ve bu haklar doğrultusunda katılan için istemine bağlı veya 2. fıkradaki hallerin varlığı (çocuk, sağır ve dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede akıl hastası olunması halleri) durumunda zorunlu olarak avukat görevlendirilmesi durumu düzenlenmiştir.

5271 sayılı Kanun'un 202. maddesinde tercüman bulundurulacak haller düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca meramını anlatacak kadar Türkçe bilmeyen mağdura soruşturma ve kovuşturma evrelerinde hâkim veya savcı tarafından tercüman atanacaktır. 5271 sayılı Kanun'un 324. maddesinin 5. fıkrası uyarınca görevlendirilen bu tercümanın gideri Devlet Hazinesince karşılanacaktır.

Mağdur çocukların veya işlenen suç nedeniyle psikolojisi bozulmuş mağdurun tanık olarak dinlenmesi halinde psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulur. Çocuklar için ayrıca 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nda düzenlenmiş haklar da mevcuttur.

İnsan ticaretine ilişkin uluslararası ve ulusal mevzuat hükümleri, zaman içinde çeşitli evrelerden geçmiştir. İlk defa 2002 yılında suç haline gelen ve ağır suçlar kapsamına giren insan ticareti suçunun soruşturulması ve kovuşturulmasında çeşitli sorunlar ve aksaklıklarla karşılaşmıştır. Bir sonraki bölümde bu sorunlar ve zaman içinde getirilen çözümleri incelenecektir.

6. İnsan Ticareti Mevzuatının Uygulanmasında Karşılaşılan Sorunlar

Yeni tanımlanan bir suç olması, başka suçlarla ve kanun hükümleriyle yakın ilişkisi ve benzerlikleri, mağdur tanımlaması ve mağdurlarla ilgili koruma ve önleme tedbirlerinin uygulanmasındaki zorluklar gibi neden-

lerle insan ticareti suçunun soruşturulması ve kovuşturulmasında sorunlar yaşanmıştır.

Geçmiş yıllarda insan ticareti ile mücadele eden polis ve savcılar en çok üzerinde durdukları sorunlardan birisi, insan ticareti operasyonlarını gerçekleştirecek uzman kolluk görevlilerinin veya bu vakaları inceleyecek uzman savcı/hâkimlerin yeterli sayıda olmayışı olarak gösterilmiştir. Bazı durumlarda kolluk görevlileri zorla çalıştırılan veya fuhşa zorlanan mağdurların hangi suç kapsamında ele alınması gerektiğine karar verememekte, delillendirme ve soruşturmada yetersiz kalmakta, kolluk görevlilerinin yeterli olması durumunda ise çoğu durumlarda alanında uzman olmayan savcılar suç konusunu insan ticareti kapsamında değerlendirmemekteydi. Ancak, gerek kolluk birimlerinin yapmış olduğu planlı-projeli operasyonlar, gerekse sivil toplum kuruluşları ve uluslararası örgütlerin insan ticareti mağdurlarının korunması ve rehabilitasyonunda gelmiş olduğu aşama, artık kolluk, sivil toplum ve adliye açısından insan ticareti suçu ile ilgili uzmanlığın yeterli düzeye geldiğini ortaya koymaktadır (KOM, 2009; IOM, 2010).

İnsan ticaretinin soruşturma/kovuşturmasında rastlanan bir diğer sorun ise, suçun mağduru olanların aynı zamanda suçun tanığı olmasıdır. Bu nedenle hazırlık aşamasında mağdur-tanığın ifadesinin mümkün olduğunca kapsamlı ve ayrıntılı şekilde alınması önem kazanmaktadır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 211. Maddesi, mahkemede dinlenmek üzere tanığa ulaşılamaması halinde önceki belgelerin okunması ile yetinilebileceğini düzenlemiştir. Dosyada başka delil yoksa bu şekilde mahkemede sorgulanmayan tanığın daha önce alınan ifadesinin esas delil olarak kullanılması ve ceza verilmesi mümkün değildir. Bu durumda tanık ifadesi ancak yan delil olarak kullanılabilir. Bu durumun sonucu olarak ise, sanıklar delil yetersizliğinden beraat edebilmektedir.

Uygulamada, yabancı insan ticareti mağdurları hazırlık soruşturması kapsamında ifadeleri alındıktan sonra ülkelerine geri gönderilmektedir. Hatta az da olsa bazı durumlarda kişilerin mağdur olduklarına dair kuvvetli emareler olmakla birlikte mağdur olarak değerlendirilmediği ve Pasaport Kanunu'na muhalefet vb. suçlamalara maruz bırakıldıkları da görülebilmektedir. Bu durum ise, mağdurları bir kez daha mağdur hale getirmekten başka bir sonuç doğurmamaktadır (Chuang, 1998).

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun tanıklıkta görüntü ve ses kaydı yapılabilmesini düzenleyen 52. maddesi pratikte işletilememektedir. Mahkemeler teknik olarak bu kapasiteye sahip değildir.

İnsan ticareti suçundan açılan davaların önemli bir kısmı beraatla sonuçlanmaktadır. Ayrıca bazı davalarda görevsizlik kararı ile 227. maddeden yargılanması gerektiği belirtilerek asliye ceza mahkemelerine gönderilmektedir. Mahkemeler yaptıkları karşılaştırma neticesinde insan ticareti suçunu dar yorumlayarak vakaların 227. madde kapsamına girdiği değerlendirilmelerinde bulunmaktadır.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'na göre mağdurlar, uğradıkları zararı şahsi hak davası şeklinde ceza mahkemesinden talep edebilmekteydi. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu bu uygulamaya son vermiştir. Bu durumda, yabancılar için oldukça uzun bir bekleme süreci gerektiren ve harçlar konusunda önemli sorunlar getiren bir hukuk yargılaması tek çare olarak kalmaktadır.

2006 yılı Aralık ayında yürürlüğe giren 5560 sayılı Kanun ile beraber 5237 sayılı Kanun'da değişiklikler yapılmış ve bu bağlamda 227. maddenin 3. fıkrası madde metninden çıkarılmıştır. Yine aynı değişiklikte "fuhuş yaptırmak maksadı" ibaresi 80. maddeye eklenmiştir. Ancak, anılan kanunun teklif metninde bu şekilde bir değişiklik öngörülmemiştir. Teklife sonradan eklenen bu değişiklik ile ilgili sadece "insan ticareti suçunun fuhuş amacıyla yapılabileceği de göz önünde bulundurularak" şeklinde kısa bir gerekçe yer almıştır. Bunun yanı sıra, 227. madde ile 80. madde arasında karışıklığa yol açan "Cebir veya tehdit kullanarak, hile ile ya da çaresizliğinden yararlanarak bir kimseyi fuhuşa sevk eden veya fuhuş yapmasını sağlayan kişi hakkında yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısından iki katına kadar artırılır" hükmünü içeren 227. maddenin 4. fıkrasında herhangi bir değişikliğe gidilmemiştir. Bu nedenle, fuhuş ve insan ticareti suçu arasındaki karışıklığın giderilmesinde bu değişiklik de çok etkili olmamış, yetersiz kalmıştır.

5271 sayılı Kanun soruşturmaya ilişkin bazı düzenlemeleri ile polis ve savcının soruşturmayı yürüterek delil elde etmesini zorlaştırmıştır. 5271 sayılı Kanun'da yer verilen koruma tedbirlerinin her biri için özel koşullar belirlenmiş olmakla beraber, kural olarak bu tedbirler hâkim kararı ile uygulanmaktadır ve ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ve daha sonra belirtilen süre içinde hâkimin onayına sunulmak şartıyla savcı tarafından da bu tedbirlere başvurulabilmektedir. Hâkimin onayının aranması ise pratikte önemli aksaklıklara sebebiyet vermektedir. Örneğin, 5271 sayılı Kanun'un 135. maddesinde yer alan telekomünikasyon yoluyla iletişimin tespitine, dinlenmesine, kayda alınmasına ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine hâkim veya gecikmesinde sakınca bulu-

nan hallerde savcının kararı ile başvurulabilmektedir. Savcının kararı ise derhal hâkimin onayına sunulmalıdır. Hâkim kararını en geç 24 saat içinde verir. Bu sürenin dolması veya hâkimin aksine karar vermesi halinde bu tedbir kaldırılacaktır. Uygulamada bu durum, insan ticareti suçu ile ilgili delil elde etmenin zor olması gerçeği karşısında, acil eyleme geçilmesi gereken durumlarda polis ve savcının yapabileceklerini oldukça sınırlamakta ve yavaşlatmaktadır.

Önceki yıllarda kolluk ve savcılar tarafından dillendirilen bir başka önemli sorun da insan ticareti suçunun kanunlarımızda henüz yeni tanımlanmış olmasından hareketle, insan ticareti vakalarına ilişkin Yargıtay içtihatlarının olmayıştı. İchtihatların oluşmamış olması, savcıların işlenen suçun tam olarak hangi madde kapsamına gireceği yönünde tereddütte bırakılmaktaydı. Bugün gelinen noktada, fuhşa teşvik ve zorla fuhuş amaçlı insan ticareti suçlarının ayırımının yapılmasında zorla çalıştırma ve hürriyeti tahdit suçunun ayırımının sağlıklı olarak işletilmesinde Yargıtay içtihatlarının oluştuğu ve oluşmaya devam ettiği görülmektedir (IOM, 2009). Bu durum, savcı ve hâkimlerin konuya yaklaşımlarını da pozitif yönde etkilemektedir. Söz konusu Yargıtay kararlarından bazıları aşağıda incelenmiştir.

7. İnsan Ticareti ile İlgili Yargıtay Kararları

İnsan ticareti ile ilgili olarak oluşan bazı Yargıtay içtihatları, suçun başlangıç, oluşum ve sonuçlarıyla ilgili olarak başka olaylara ve davalara emsal teşkil etmesi bakımından büyük önem taşımaktadır.

Hukuki uygulamada hürriyeti tahdit ile insan ticareti suçları arasındaki karışıklığı önlemeye yönelik olarak Yargıtay 8.CD'nin 2008/4555 esas ve 2008/7998 no.lu kararında Mardin Ömerli ilçesinde yaşları 10 ile 14 arasında değişen 8 çocuğun mağdur olduğu, zorla çalıştırılmak maksadıyla İstanbul'a getirildikleri, evin bir odasında insanlık dışı koşullarda barındırıldıkları, mağdurların midye ve selpak satmaya, tartıcılık yapmaya zorlandıkları, dövüldükleri şeklinde özetlenebilecek olayda, Kadıköy 1. Ağır Ceza Mahkemesi 5237 sayılı Kanun'un 117. maddesine aykırılıktan hüküm kurulmuş olduğu halde Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nde yapılan temyiz incelemesi neticesinde suçun konusunun 5237 sayılı Kanun'un 80. maddesi kapsamına girdiği yönünde oyçokluğu ile karar verilmiş, kararda aynı maddenin 2. ve 3. fıkraları uyarınca mağdurların veya ailelerinin rızalarının varlığının 80. maddenin uygulanmasına engel teşkil etmeyece-

ği ve bu hususu ihmal eden ilk derece mahkemesinin kararının bozmayı gerektirdiği yönünde karar verilmiştir.

İnsan ticareti mağdurlarının yurtdışından getirilmiş olması gerektiği doğru bir kanı değildir. İnsan ticareti mağduru olan kişiler yurtdışından getirilebilecekleri gibi, ülke içinde bir yerden bir başka yere götürülerek zorla çalıştırılan ülke vatandaşı kişiler de mağdur edilebilmektedir (Demir ve Erdal, 2010). Konuya ilişkin bir davada, “Bir mağdurenin, Nizip ilçesinde ağabeyinin yanında yaşarken birlikte yaşadığı ve halen askerde olan imam nikâhlı eşinin döndüğünü söyleyerek başka bir şahıs aracılığı ile kandırarak mağduru Nizip’ten Gaziantep’e, oradan da Mersin iline getirdikleri, birlikte yaşadığı sanıklar tarafından gazino ve pavyonlarda konsomatris olarak çalıştırıldığı, sanıklardan birinin mağdureyi cinsel ilişkiye zorladığı, mağdurenin direnmesi üzerine sanığın mağdureyi darp ve tehdit ettiği, mağdurenin bir arkadaşının polise haber vermesi üzerine yakalanan sanıklarla ilgili olarak yerel mahkemece verilen kararın temyizi üzerine verilen 2007/10501 esas, 2008/ 2801 karar no’lu Yargıtay kararında “...Nizip ilçesinden getirilen mağdurenin sanıklar tarafından evlerinde zorla barındırılıp ve konsomatris olarak cebir, şiddet ve tehdit kullanılarak çalıştırmaları biçimindeki eylemlerinin 5237 sayılı TCK’nun 80. maddesinde tanımlanan insan ticareti suçunu oluşturduğuna” karar verilmiştir. Bu karar aynı zamanda, insan ticareti sorununu sadece yurtdışından kandırılarak getirilen yabancı kadınlarla sınırlı olmadığı ve Türk vatandaşı olan kadınların da insan ticareti mağduru olabileceklerini göstermesi bakımından ihmal edilen bir alanı işaret etmekte ve büyük önem arz etmektedir.

İnsan ticaretine ilişkin vakalar ağır ceza mahkemelerinin görev alanına girmektedir. 8.C.D’nin 20.10.2009 tarih ve 2007/8697 esas, 2009/13101 karar no.lu kararında “Olay ve dosya kapsamına göre sanığın, suç tarihinde 15 yaşından küçük olan mağdurları ikna edip hırsızlık yaptırmak amacıyla İstanbul’a götürmek istediği ve bu nedenle Diyarbakır otogarına geldiği, bilet alacağı sırada firma görevlisinin şüphelenerek durumu kolluk kuvvetlerine ihbar etmesi sonucunda yakalandığının anlaşılması karşısında, eylemin kanıtlanması halinde mağdur sayısınınca TCK’nın 80. maddesinde tanımlanan insan ticareti suçunu oluşturabileceği, bu suçtan yargılama yapma ve kanıtları değerlendirme görevinin ise Ağır Ceza Mahkemesine ait olduğu gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, yargılamaya devam olunarak yazılı biçimde hüküm kurulması,” denilerek mağdur sayısınınca suç oluşacağı ve insan ticareti

suçunda görevli mahkemenin Ağır Ceza Mahkemesi olacağı hususları belirlenmiştir. Daire, 06.05.2009 tarih ve 2009/1134 esas, 2009/6395 karar no.lu kararında da “Sanığın olay tarihinde 14 yaşında olan mağduru zorla Diyarbakır’dan İstanbul’a getirterek, evinde zorla ve ölüm tehdidiyle tutup hırsızlık yaptırdığı iddiasıyla kamu davası açılmış olması karşısında, eylemin kanıtlanması halinde insan ticareti suçunu oluşturabileceği, bu suçtan yargılama yapma ve kanıtları değerlendirme görevinin ise Ağır Ceza Mahkemesine ait olduğu gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi” gerektiğine hükmetmiştir.

Sonuç

İnsan ticareti ile mücadelede bugün ulaşılan seviyeye rağmen, birçok konuda eksikliklerin olduğu da ortadadır. Bunların başında hukuki sürece yardımcı olacak delil ve ifadelerde istendiği gibi sonuç alınamaması gelmektedir. İnsan ticareti, suçun gizli işlenmesi ve mağdurların iletişim ve ulaşım imkânlarının kısıtlanması gibi nedenlerle araştırılması ve soruşturulması ve dolayısıyla delillendirilmesi de zor bir suç çeşididir. Bu aşamalarda ilerleme sağlansa da kimi zaman mağdurların failer aleyhinde ifade vermeye çekindikleri, bir an önce ülkelerine dönmek istedikleri de görülmektedir. İnsan ticareti ile ilgili adli konularda uluslararası adli yardım olanaklarına sıkça başvurulmadığı da gözlenmektedir.

Fuhuş ve insan ticareti suçlarının hangisinin ele alınacağı hususunda var olan görüş ayrılıklarının çözümü ve uygulamadaki fikir birliğinin sağlanabilmesi, Yargıtay’ın içtihatları ile sağlanabilecektir. Tartışma yaratan ve birbiri ile çatışan hükümler yeniden ayrıntılı, titiz bir şekilde düzenlenmeli ve bu sayede uygulamada karşılaşılabilecek olası adaletsizliklerin önüne geçilmelidir.

İnsan ticaretinin tespitinde kolluğun toplayacağı deliller büyük önem taşımaktadır. Zira kovuşturmanın başarısı delillere ve tanıklara bağlıdır. Suçun ispatlanması açısından mağdurun tanıklığı oldukça önemlidir. Ancak, çoğu mağdur mahkeme safahatını beklemek yerine, bir an önce ülkesine dönmeyi tercih etmektedir (Lange, 2011). Bu durumda, mağdurlar, kovuşturmaya katılamamakta ve “katılan” sıfatını alamamakta; dolayısıyla mahkeme kararını temyiz edebilme hakkını elde edememektedirler. Bunun önüne geçebilmek ve insan ticareti mağdurlarının kovuşturma aşamasında dinlenebilmeleri için kendilerine adli danışmanlık, maddi yardım ve gerekli tanık koruma tedbirleri sağlanmalıdır.

Kimin mağdur ve kimin fail olduğunun doğru tespit edilerek mağdur ve faillerin aynı ortamda tutulmamaları, mağdurların faillerin tesiri altında kalmalarının önlenmesi açısından önemlidir. Aksi halde tek bir bakış veya tek bir söz bile mağdurların failler aleyhine ifade vermelerine engel olabilmektedir. Mağdur/fail ayrımının tam olarak ortaya konulmaması, soruşturma ve kovuşturma aşamasında istenilen sonuca ulaşılmasına engel olacaktır.

Araştırmalar, mağdurları kandırarak tacirlere satan kişilerin çoğunluğunun mağdurlarca bilinen/tanınan kişilerden, hatta anne-baba, kardeş veya akrabalarından, oluştuğunu ortaya koymaktadır (Demir, 2010; UNICEF, 2004; IPEC, 2003). Bu nedenle, insan ticareti suçunun işlenmesinde mağdur ile akrabalık ilişkisinin varlığının, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ağırlaştırıcı hal olarak düzenlenmesinin bu suçla mücadelede daha etkili olacağı düşünülmektedir. Ebeveynlerin çocukları veya eşlerin birbirleri üzerinde nüfuzlarını kullanarak bu suça yönelmelerinin daha kolay olduğu hususu burada dikkat edilmesi gereken noktadır.

Türkiye'nin insan ticareti ile mücadelede aldığı diplomatik, sosyal, ekonomik ve psikolojik önlemlerin bugün geldiği aşama oldukça sevindiricidir. Mücadelenin hukuki ayağındaki ilerlemeler de ümit vericidir. Ancak, doğası gereği hukuki alanın gelişmesinin zamana ihtiyacı bulunmaktadır.

Kaynakça

- Artuk, Mehmet Emin, Gökçen, Ahmet ve Yenidünya, Ahmet Caner, (2008), *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 9. Baskı, Ankara: Turhan Kitapevi.
- Batsyukova, Svitlana, (2007), "Prostitution and Human Trafficking for Sexual Exploitation", *Gender Issues*, 24, ss.46-50.
- Chuang, Janie, (1998), "Redirecting the Debate over Trafficking in Women: Definitions, Paradigms, and Contexts", *Harvard Human Rights Journal*, 11, ss.65-107.
- Demir, Oğuzhan Ömer, (2010), "Methods of Sex Trafficking: Findings of A Case Study in Turkey", *Global Crime*, 11 (3), ss.314-335.

- Demir, Oğuzhan Ömer ve Erdal, Hakan, (2010), “Yasadışı Göç ile İlgili Kavramların Doğru Anlaşılmasını Sorunu ve Yazılı Basında Çıkan Haberler Üzerine Bir İnceleme”, *Polis Bilimleri Dergisi*, 12 (1), ss.29-54.
- Dinler, Veysel, (2010), “Cinsel Sömürü Amaçlı İnsan Ticareti Suçunun Yöntemi ve Mağdurları (Isparta Örneği)”, içinde Özeren, S., Sözer, M.A., Demir, O.Ö. (Der.). *Yerelden Küresele Sınırşan Suçlar*, Ankara: Polis Akademisi Yayınları.
- Doğan, Koray, (2008), *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Ersoy, Ömer, (2010), *Tüm Boyutlarıyla İnsan Ticareti Suçu*, Stratejik Düşünce, Yıl:1, Sayı:5.
- Evik, Vesile Sonay, (2007), İnsan Ticareti Suçu, içinde Galatasaray Üniversitesi. (Der.). *Erdogan Teziç'e Armağan*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları Armağan Serisi, No:5, İstanbul, ss. 393–416.
- International Organization for Migration (IOM), (2009), *Türk Hukukunda İnsan Ticareti Suçu El Kitabı*, Türkiye'nin İnsan Ticareti ile Mücadele Çabalarının ve Tüm İnsan Ticareti Mağdurlarının Adalet Erişimlerinin Desteklenmesi Projesi, Ankara, <http://www.countertrafficking.org/media/files/3/insanticaret.pdf>.
- International Programme on the Elimination of Child Labour (IPEC), (2003), *Rapid Assessment of Trafficking in Children for Labour and Sexual Exploitation in Albania*, Tirana.
- Karan, Ulaş, (2008), Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanununda Yabancı İnsan Ticareti Mağdurlarının Durumu, içinde İnceoğlu, Mehmet Murat (Der.). *Uğur Alacakaptan'a Armağan*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, ss. 431–450.
- Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Dairesi (KOM) (2009), *Organize Suç ve Uyuşturucu 2009 yılı Türkiye Raporu*, Ankara: KOM Yayınları.
- Kelly Liz and Regan Linda, (2000), *Stopping traffic: Exploring the extent of, and responses to, trafficking in women for sexual exploitation in the UK*. Home Office, Police Research Series, Paper 125, London, UK.

- Korkut, Levent, (2006), “Dünyada ve Türkiye’de İnsan Ticareti ile Mücadele”, *Hukuk Gündemi Dergisi*, Eylül-Ekim-Kasım, Sayı:6.
- Lange, Andrea, (2011), “Research Note: Challenges of Identifying Female Human Trafficking Victims Using A National 1-800 Call Center”, *Trends in Organized Crime*, 14, ss.47-55.
- Richard, Amy O’neal, (1999), *International Trafficking in Women to the United States: A Contemporary Manifestation of Slavery and Organized Crime*, Washington, DC: Center for the Study of Intelligence.
- United Nations Office for Drugs and Crime, (UNODC, 2009), *Trafficking in Persons Report: Global Patterns*.
- United Nations Children’s Fund (UNICEF), (2004), *Trafficking in Children in Kosovo: A Study on Protection and Assistance Provided to Children Victims of Trafficking*, Kosovo.
- Yaşar, Osman, Gökcan, Hasan Tahsin, Artuç, Mustafa, (2010), *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Yenidünya, Ahmet Caner, (2007), *İnsan Ticareti Suçu*, Ankara: Turhan Kitapevi.

