

2018

KAMU HUKUKU ABD

GAZİANTEP ÜNİVERSİTESİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

AHMET ÖZDEMİR

T.C.
GAZİANTEP ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI

TÜRK CEZA HUKUKUNDA GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

AHMET ÖZDEMİR

GAZİANTEP
TEMMUZ 2018

T.C.
GAZİANTEP ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI

TÜRK CEZA HUKUKUNDA GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

AHMET ÖZDEMİR

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Ahmet BOZDAĞ

GAZİANTEP
TEMMUZ 2018

T.C.
GAZİANTEP ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI

Türk Ceza Hukukunda Göçmen Kaçakçılığı Suçu
Ahmet ÖZDEMİR

Tez Savunma Tarihi: 02.07.2018

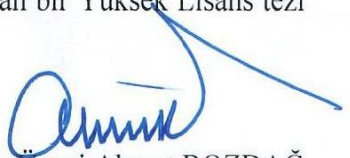
Sosyal Bilimler Enstitüsü Onayı


Doç. Dr. Zekiye ANTAKYALIOĞLU
SBE Müdürü

Bu tezin Yüksek Lisans tezi olarak gerekli şartları sağladığını onaylarım.


Doç. Dr. Emine KOBAN
Enstitü ABD Başkanı

Bu tez tarafımca (tarafımızca) okunmuş, kapsamı ve niteliği açısından bir Yüksek Lisans tezi olarak kabul edilmiştir.


Dr. Öğr. Üyesi Ahmet BOZDAĞ
Tez Danışmanı

Bu tez tarafımızca okunmuş, kapsam ve niteliği açısından bir Yüksek Lisans tezi olarak oybirliği/oyçokluğu ile kabul edilmiştir.

Jüri Üyeleri:

(Unvanı, Adı ve SOYADI)

Doç. Dr. Emine KOBAN

Doç. Dr. Mehmet Emin ALŞAHİN

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet BOZDAĞ

İmzası


ETİK BEYAN

Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmada;

- Tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi,
- Tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu,
- Tez çalışmada yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi,
- Kullanılan verilerde herhangi bir değişiklik yapmadığımı,
- Bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu,

bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.

Ahmet ÖZDEMİR

02.07.2018

ÖZ

TÜRK CEZA HUKUKUNDA GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇU

ÖZDEMİR, Ahmet

Yüksek Lisans Tezi, Kamu Hukuku ABD

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Ahmet BOZDAĞ

Temmuz 2018

Göçmen kaçakçılığı, kısaca, maddi bir fayda elde etmek amacıyla, bir kimsenin “yasadışı şekilde” ülkeye sokulması, ülkede kalmasına veya ülkeden çıkmasına imkân sağlanması şeklinde tanımlanabilir. Öncelikle, göçmen kaçakçılığı, birçok ağır insan hakları ihlallerine neden olmaktadır. Bu kaçakçılık faaliyeti sırasında, çocuklar ve kadınların da içinde bulunduğu gruplar, günlerce veya haftalarca kamyon veya tırların kasalarında veya gizli bölmelerinde havasız bir şekilde yolculuk yapmak zorunda kalmakta ya da elverişsiz botlara aşırı kalabalık bir biçimde yerleştirildikleri için denizin ortasında boğularak can vermektedirler. Bu olumsuz şartlara rağmen sağ kurtulanlar, götürüldükleri ülkelerde birkaç metrekairelik odalarda günlerce sağlıksız şartlarda aç ve susuz bir şekilde tutulmaktadır. Büyük çoğunluğu, ülkelerindeki kötü şartlar nedeniyle göç eden bu insanların, zorla tutuldukları bu mekanlarda çeşitli hastalıklara maruz kaldıkları görülmektedir. Göçmenlerin bu şekilde insan onurlarını ihlal eden muamelelere maruz bırakılmaları kabul edilemez bir durumdur.

Özellikle son yıllarda, komşu ülkelerdeki iç savaşlar, siyasi ve ekonomik istikrarsızlıklar nedeniyle, ülkemizdeki yasadışı göç olaylarında ve göçmen kaçakçılığı suçlarında önemli derecede artış görülmektedir. Bu artışın önüne geçilmesi ve ülkelerinden ayrılmak zorunda kalan göçmenlerin daha fazla istismar edilmelerini önlemek adına geri kabul anlaşmaları vb. gibi birçok girişimlerde bulunmaktadır. Yapılan çalışmalara katkı sağlamak, göçmen kaçakçılığı faaliyetlerindeki son yıllarda gerçekleşen ciddi artışa dikkat çekmek ve teori ve uygulamada yaşanan sorunları dile getirerek bu konuda çözüm üretilmesini sağlamak amacıyla ve ceza hukuku kapsamındaki konuya ilişkin çalışmanın sınırlı sayıda olması nedeniyle, göçmen kaçakçılığı suçu tez konusu olarak seçilmiştir. Çalışma kapsamında göçmen kaçakçılığı suçu, suçun uluslararası mevzuattaki ve mukayeseli hukuktaki görünüm şekilleri ile Yargıtay kararları bağlamında ceza hukuku tekniği açısından suç inceleme yöntemine göre ele alınmıştır.

Anahtar kelimeler: Göçmen, Kaçakçılık, Yasadışı Göç, Göçmen Kaçakçılığı Suçu, Uluslararası Suçlar.



ABSTRACT

THE CRIME OF MIGRANT SMUGGLING IN TURKISH PENAL CODE

ÖZDEMİR, Ahmet

M. A. Thesis, Department of Public Law

Supervisor: Ass. Prof. Dr. Ahmet BOZDAĞ

July 2018

Migrants smuggling can be described briefly; the illegal entry of a person into the country, enabling them to stay in or get out of the country illegally, in order to obtain a material benefit. First of all, smuggling of migrants causes many serious human rights violations. During this smuggling activity, groups of children and women are forced to travel for days or weeks in the truck's hatches or in their secret compartments in an airless environment or they are drowned in the midst of the sea because they are placed in overcrowded boats. Despite these adverse conditions, the survivors are kept hungry and thirsty for days with unhealthy conditions in a few square meters in the countries where they are brought to. The vast majority of these people who migrated due to poor conditions in their countries seem to be exposed to various diseases in these places where they are held forcibly. It is unacceptable for immigrants to be subjected of treatment that violates human dignity.

Especially, in recent years, civil wars, political and economic instabilities in neighbor countries have led to a significant increase in illegal immigration incidents and the crime of migrant smuggling in Turkey. In order to prevent this increase and further exploitation of migrants who have to leave their countries, there are actions on many areas such as readmission agreements and so on. Since there is limited amount of academic studies in the area of criminal law, the issue of migrant smuggling crime has been chosen for thesis's topic in order to contribute to the literature, to draw attention to the serious increase in migrant smuggling activity in the recent years and to give a solution for this issue by expressing the problems in theory and practice. In this study, the migrant smuggling offence has been examined with criminal law technics in the context of Court of Cassation's decisions, international law and the comparative law.

Keywords: Migrant, Smuggling, Illegal Migration, The Crime of Migrant Smuggling, International Crimes.



İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	i
ABSTRACT	iii
İÇİNDEKİLER	v
SEMBOLLER VE KISALTMALAR.....	xi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GÖÇ KAVRAMI VE GÖÇÜN SINIFLANDIRILMASI, YASADIŞI GÖÇ VE NEDENLERİ, ULUSLARARASI MEVZUATTA VE MUKAYESELİ HUKUKTA GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇU

I.GÖÇ KAVRAMI VE GÖÇÜN SINIFLANDIRILMASI.....	5
A. Göç Kavramı	5
B. Göçün Sınıflandırılması	7
1. Genel Olarak	7
2. Gönüllü Göç-Zorunlu Göç	8
3. İç Göç-Uluslararası Göç	10
4. Geçici Göç-Sürekli Göç	11
5. Bireysel Göç-Toplu Göç	12
6. Yasal Göç-Yasadışı Göç	13
II. YASADIŞI GÖÇ	14
A. Yasadışı Göç Kavramı	14
B. Yasadışı Göçün Nedenleri.....	17
1. Genel Olarak	17
2. Ekonomik Nedenler	19
3. Siyasal İstikrarsızlık, Terörizm ve Savaşlar	21
4. Doğal Nedenler.....	22
C. Yasadışı Göç Yöntemleri	24
D. Yasadışı Göç Güzergâhları	26
E. Kaynak-Transit-Hedef Ülke Kavramları.....	27

F. Yasadışı Göç ve Türkiye	29
G. Avrupa Birliği'nde Yasadışı Göçle Mücadele	32
H. Türkiye-AB İlişkileri Bağlamında Yasadışı Göç ve Geri Kabul Antlaşması'nın Yasadışı Göç ve Göçmen Kaçakçılığı Faaliyetlerine Etkisi	34
III. ULUSLARARASI MEVZUATTA GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER.....	36
1. Genel Olarak	36
2. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi	37
3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	38
4.1951 Tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Cenevre Sözleşmesi ve Bu Sözleşmeye Ek 1967 Tarihli Protokol.....	39
5.Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme.....	40
6. Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler (Palermo) Sözleşmesi .	42
7. Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesine Ek, Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol.....	43
IV. MUKAYESELİ HUKUKTA YASADIŞI GÖÇ VE GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇU	46
A. Alman Hukukunda Yasadışı Göç ve Göçmen Kaçakçılığı Suçu	46
B. Fransız Hukukunda Yasadışı Göç ve Göçmen Kaçakçılığı Suçu	48
C. İtalyan Hukukunda Yasadışı Göç ve Göçmen Kaçakçılığı Suçu	50
D. Amerikan Hukukunda Yasadışı Göç ve Göçmen Kaçakçılığı Suçu	52

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK CEZA HUKUKUNDA GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇU

I.GENEL OLARAK.....	57
A. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Göçmen Kaçakçılığı Suçu.....	58
B. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Göçmen Kaçakçılığı Suçu	60
II. KORUNAN HUKUKSAL YARARLAR.....	63
A. Ulusal ve Uluslararası Topluma Ait Değerler	64
1. Kamu Düzeni ve Kamu Güveni	64
2. Ulusal Ekonomi	65
3. Uluslararası Toplum Düzeni	66
B. Suça Konu Bireylere Ait Hukuki Değerler	67
1. Vücut Bütünlüğü ve Yaşama Hakkı	67

2. İnsan Onuru	68
3. Mülkiyet Hakkı.....	69
4. Kişi Özgürlüğü	70
III. SUÇUN UNSURLARI.....	71
A. Tipiklik Unsuru	72
B. Suçun Maddi Unsurları	73
1. Fiil.....	73
a. Bir Yabancıyı Yasal Olmayan Yollardan Ülkeye Sokmak	76
b. Türk Vatandaşı veya Yabancıyı Yasal Olmayan Yollardan Yurt Dışına Çıkmasına İmkan Sağlamak.....	82
c. Yabancıyı Yasal Olmayan Yollardan Ülkede Kalmasına İmkan Sağlamak.....	85
2. Netice	88
3. Fail	90
4. Mağdur.....	92
i. Göçmen Kaçakçılığı Suçunun Mağduru Konusundaki Görüşler	94
(1) Genel Olarak	94
(2) Suçun Mağdurunun Göçmenler Olduğu Görüşü.....	95
(3) Suçun Mağdurunun Devlet ve/veya Uluslararası Toplum Olduğu Görüşü.....	97
(4) Yargıtay Uygulaması.....	98
(5) Kanaatimiz	99
5. Suçun Konusu.....	100
a. Genel Olarak	100
b. Göçmen	102
c. Yabancı.....	103
d. Vatandaş.....	104
e. Mülteci	106

f. Sığınmacı (Şartlı Mülteci).....	108
g. Vatansız.....	109
6. Suçun Nitelikli Halleri	110
a. Genel Olarak	110
b. Suçun Mağdurların Hayatı Bakımından Bir Tehlike Oluşturması	112
c. Suçun Mağdurları Onur Kırıcı Muameleye Maruz Bırakılarak İşlenmesi	114
d. Suçun Bir Örgütün Faaliyeti Çerçevesinde İşlenmesi	115
7. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Haller	121
C. Suçun Manevi Unsuru.....	121
D. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru	125
IV. GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇUNUN BENZER SUÇ TİPLERİ VE KABAHAHLER İLE KARŞILAŞTIRILMASI	127
A. İnsan Ticareti Suçu ile Karşılaştırılması	127
B. Dolandırıcılık Suçu ile Karşılaştırılması	132
C. Pasaport Kanunu'ndaki Düzenlemeler ile Karşılaştırılması	134
D. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'ndaki Düzenlemelerle Karşılaştırılması	135

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ, SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ, GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME, YAPTIRIM VE ZAMANAŞIMI

I. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ.....	137
A. Teşebbüs.....	137
B. İştirak.....	141
C. İctima.....	144
II. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ	150
III. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME	152
IV. YAPTIRIM.....	154
A. Genel Olarak.....	154
B. Müsadere	155

C. İznin İptali	159
V. ZAMANAŞIMI.....	160
SONUÇ.....	161
KAYNAKÇA.....	167



SEMBOLLER VE KISALTMALAR

Amerika Birleşik Devletleri	: ABD
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi	: AÜHFD
Avrupa Birliği	: AB
Bakınız	: Bknz.
Baskı	: B.
Birleşmiş Milletler	: BM
Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği	: BMMYK
Ceza Dairesi	: CD.
Ceza Genel Kurulu	: CGK.
Ceza Muhakemesi Kanunu	: CMK
Cilt	: C.
Derleyen	: Der.
Editör	: Ed.
Esas	: E.
Karar	: K.
Madde	: m.
Resmi Gazete	: R.G.
Sayfa	: s.
Sayfa sayısı	: ss.
Sayı	: S.
Tarih	: T.
Türk Ceza Kanunu	: TCK
Türkiye Barolar Birliği	: TBB
Ve devamı	: vd.
Ve benzeri	: vb.
Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu	: YUKK.
Yayınları-Yayıncılık-Yayınevi	: Yay.
Yüzyıl	: yy.



GİRİŞ

İnsanlar, asırlar boyunca, çeşitli nedenlerden dolayı, ülkeler, hatta kıtalar arasında yer değiştirmişlerdir. Günümüzde de yılda milyonlarca insan çeşitli amaçlarla uluslararası sınırları geçerek başka ülkelere göç etmektedir. Küreselleşmenin getirdiği önemli avantajlardan birisi olan iletişimin hızlanması ve ucuzlaması, dünyanın çeşitli bölgelerinden olan insanların rahatlıkla haberleşmelerine ve birbirlerinin yaşamlarından haberdar olmalarına olanak sunmaktadır. Küreselleşmeye bağlı olarak farklı ülkelerdeki insanların birbirlerinin yaşam standardından haberdar olması, göç hareketlerinin günümüzde daha çok hissedilir hale gelmesine yol açmıştır. Pek çok insan, daha iyi koşullarda bir hayat sürmek amacıyla yaşam kalitesi ve standartlarının daha yüksek olduğu, gelişmiş, özgürlükçü ve güvenli ülkelere göç etmeyi arzulamaktadır. Dolayısıyla, dünyadaki göç hareketlerinde hem kapsam hem de niceliksel olarak meydana gelen bu büyük artışın küreselleşmenin kaçınılmaz sonuçlarından biri olduğu söylenebilir.

Ülke sınırlarını aşarak başka ülkelere giden bireylerden bazıları, iş için seyahat ederken, bazıları da tatillerini geçirmek, yeni yerler keşfetmek vb. amaçlarla yurtdışına çıkarlar. Bir de ayrıldığı ülkeye geri dönme niyeti olmayanlar vardır. Bu kimselerin yaşadıkları yerlerden ayrılma nedenleri ise, savaşlar, iç çatışmalar, salgın hastalıklar, kuraklık, açlık, politik baskılar, zulüm vb. gibi zorlayıcı şartlara dayanmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, hem ulusal hem de uluslararası göçün en önemli nedeni, insanların ihtiyaçlarını karşılamak üzere tatmin olacakları bir iş bulmaktır. Bir başka ifadeyle, dünyadaki göç hareketlerinin büyük bir çoğunluğu ekonomik kaygılar nedeniyle gerçekleşmektedir.

Gelişmiş ülkelerdeki ucuz işgücü ihtiyacı, karşılıklı arz-talep ilişkisi çerçevesinde gelişmemiş bölgelerden, iş gücüne ihtiyaç duyulan hedef ülkelere doğru bir göç hareketine yol açmaktadır. Ancak göçün hedefi konumundaki gelişmiş ülkeler, göçmenleri her zaman ucuz iş gücü veya çok kültürlülüğe zenginlik katan bir araç olarak görmemektedir. Çünkü, ülkelerinden ayrılarak göç sürecine dahil olan bu göçmenler, genellikle eğitim düzeyi düşük, vasıfsız bireylerden oluşmaktadır. Ayrıca, uyuşturucu, silah ve diğer kaçakçılık şebekelerinin de göç bahanesiyle, ülkeye sızma

girişimleri söz konusu olabilmektedir. Bu nedenle, kontrolsüz bir şekilde ülke sınırlarından girişin kamu düzenini bozacağını düşünen hedef ülkeler, daha seçici davranmakta ve belirledikleri bir takım kriterlere göre sınırlı sayıda göçmeni ülkelerine kabul etmektedirler. Bu kapsamda gelişmiş ülkeler, kontrolsüz göç akımlarına karşı fiziki sınır güvenlik önlemlerinin yanı sıra, katı vize uygulamaları gibi çeşitli göç kontrol mekanizmaları geliştirmektedirler.

Devletlerin almış olduğu bu etkili önlemler nedeniyle, yasal yollardan istedikleri ülkelere gidemeyen göçmenler, çareyi maddi bir çıkar karşılığında göçmen kaçakçılara başvuruda bulmakta ve bu kişilerin veya örgütlerin yardımıyla yasadışı yollardan hedefledikleri ülkelere ulaşmaya çalışmaktadırlar. Dolayısıyla, gelişmiş ülkelerin kontrolsüz göçü önlemeye yönelik olarak almış olduğu tedbirlerin, göçü durduraktan ziyade, göç etmek isteyen kimseleri yasadışı göçe yönlendirerek göçmen kaçakçıların kazançlarını artırmasına yol açtığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Göçmen kaçakçıları her ne kadar bu işi maddi bir menfaat karşılığında yapıyor olsalar da, göçmenler bu kaçakçılık faaliyeti esnasında insan onuruyla bağdaşmayacak çeşitli muamelelere tabi tutulmaktadırlar. Maddi yönden sömürülen göçmenlerin birçoğu, bu tehlikeli yolculuklar sırasında yaralanmakta veya hayatlarını kaybetmektedir. Bazen gitmek istedikleri ülke yerine başka bir ülkeye götürülen göçmenler, bazen de transit bir ülkede kaderlerine terk edilmektedir. Ayrıca, göçmenler hedefledikleri ülkeye girmeyi başaramamış olsalar bile, gittikleri ülkelerde hukuki koruma altında olmadıkları için farklı şekillerde mağduriyetler de yaşayabilmektedir. Bireylerin malvarlıkları, vücut bütünlükleri, insan onurları ve kişi özgürlükleri bakımından büyük zararlara yol açan göçmen kaçakçılığı, ayrıca sınıraşan niteliği nedeniyle uluslararası toplum düzeni açısından da bir tehdit oluşturmaktadır. İşte, bireylere ait söz konusu hukuki değerleri ve uluslararası toplum düzenini korumak amacıyla, devletler göçmen kaçakçılığını suç olarak düzenlemektedir.

Gelişmişlik düzeyi yüksek olan ve bu nedenle göçe hedef konumundaki Avrupa ülkeleri ile siyasi ve ekonomik açıdan sorunlar yaşadığından göçe kaynaklık eden ülkeler arasında, “transit ülke” konumunda bulunan Türkiye, mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’na 2002 yılında 4771 sayılı Kanun ile eklenen 201/a ve

yürürlükteki 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 79. maddelerinde göçmen kaçakçılığı suçuna ilişkin düzenlemelere yer vermiştir.

Üç bölümden oluşan çalışmanın birinci bölümünde, öncelikle göç kavramı ve göç türleri, yasadışı göç olgusu ve yasadışı göçün nedenleri üzerinde durulmuş, daha sonra Türkiye- AB ilişkileri açısından yasadışı göç ve geri kabul anlaşmasının göçmen kaçakçılığına etkisi değerlendirilmiş, devamında ise göçmen kaçakçılığı ile ilgili uluslararası sözleşme ve protokoller ile seçilmiş ülkeler bağlamında mukayeseli hukuktaki durum ele alınmıştır.

İkinci bölümde ise, ilk olarak, 765 sayılı TCK ve 5237 sayılı TCK'da göçmen kaçakçılığı suçunun düzenleniş şekillerine yer verilmiş, ardından göçmen kaçakçılığı suçu ile korunan hukuksal yararlar irdelenmiş, daha sonra suç inceleme yöntemine göre, göçmen kaçakçılığı suçu tüm unsurları ile birlikte detaylı bir biçimde ele alınmış ve bu bölümün sonunda göçmen kaçakçılığı suçunun benzer suç tipleri ve kabahatler ile karşılaştırması yapılmıştır.

Çalışmanın üçüncü ve son bölümünde ise, göçmen kaçakçılığı suçunun özel görünüş şekilleri (teşebbüs, iştirak, içtima), soruşturma ve kovuşturma usulü, öngörülen cezai yaptırım, görevli ve yetki mahkeme ile dava ve ceza zamanaşımı hakkında bilgiler verilmiştir. Çalışma, göçmen kaçakçılığı suçuna ilişkin genel bir değerlendirme ile bazı tespit ve önerileri içeren sonuç kısmı ile tamamlanmıştır.



BİRİNCİ BÖLÜM

GÖÇ KAVRAMI VE GÖÇÜN SINIFLANDIRILMASI, YASADIŞI GÖÇ VE NEDENLERİ, ULUSLARARASI MEVZUATTA VE MUKAYESELİ HUKUKTA GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇU

I.GÖÇ KAVRAMI VE GÖÇÜN SINIFLANDIRILMASI

A. Göç Kavramı

İnsanlık tarihi kadar eski olan göç olgusu, demografik, ekonomik, siyasi, psikolojik, antropolojik ve sosyolojik içeriklere sahip olması dolayısıyla çok yönlüdür. Göç ile ilgili literatürün çokluğuna rağmen göç kavramına ilişkin yapılmış tanımlamalar az sayıdadır. Bu durumun nedeni ise, araştırmacıların daha çok göçü ortaya çıkaran koşulları açıklamaya yönelmeleri ve göç kavramını yeterince açık görmeleridir.¹

Göç sözlük anlamı itibariyle; “ekonomik, toplumsal, siyasi sebeplerle bireylerin veya toplulukların bir ülkeden başka bir ülkeye, bir yerleşim yerinden başka bir yerleşim yerine gitme işi, taşınma, hicret, muhaceret” olarak tanımlanmaktadır.² ÇİÇEKLİ, göçü kısaca, “bir kişinin veya bir grup insanın bir ülke içinde uluslararası bir sınırı geçerek veya yer değiştirmesi” olarak ifade etmiştir.³ YALÇIN’a göre göç, “ekonomik, siyasi, ekolojik veya bireysel nedenlerle, bir yerden başka bir yere yapılan ve kısa, orta veya uzun vadeli geriye dönüş veya sürekli yerleşim hedefi güden coğrafi, toplumsal ve kültürel bir yer değiştirme hareketidir.”⁴ EKER de göçü benzer

¹ YALÇIN, Cemal, *Göç Sosyolojisi*, Ankara, Anı Yay., 2014, s. 11.

² www.tdk.gov.tr (11.07.2017)

³ ÇİÇEKLİ, Bülent, *Açıklamalı Göç ve İltica Hukuku Terimleri Sözlüğü*, Uluslararası Göç Örgütü (İOM) Yay., 2013, s. 39.

⁴ YALÇIN, *Göç Sosyolojisi*, s. 13.

bir şekilde, “birey ya da toplulukların, çeşitli nedenlerle, zorunlu ya da gönüllü olarak, bir yerleşim ünitesinden başka bir yerleşim ünitesine veya bir ülkeden başka bir ülkeye, geçici bir süre için yahut bir daha geri dönmek üzere, yasal veya yasa dışı yollarla gerçekleştirdikleri hareketler” olarak tanımlanmaktadır.⁵ Uluslararası Göç Örgütü ise, 2004 yılında yayımlanmış olduğu göç sözlüğünde, göç olgusunu daha detaylı bir biçimde ele alarak; “bir uluslararası sınır aşılaraq ya da ülke içinde gerçekleşen hareket süreci; mesafesi, oluşumu ve sebepleri ne olursa olsun, insan hareketlerinin tüm çeşitlerini kapsayan nüfus hareketi...” şeklinde tanımlamıştır. Ayrıca, bu tanımın kapsamına mülteci göçü, yerinden edilmiş kişilerin⁶ yapmış oldukları göçler ve ekonomik amaçlı göçmenlerin de dahil olduğu belirtilmiştir.⁷

Göç ile ilgili olarak yapılmış tanımlar incelendiğinde birtakım farklılıklara rağmen “yer değiştirme” unsurunun bütün tanımlamalarda ortak olduğu görülmektedir.⁸ Bu yer değiştirme, aynı şehir veya ülke içinde olabileceği gibi, ülke sınırları dışına da uzanabilir.⁹

İnsanların toplum olarak var olduğu günden itibaren başlıca eylemi olan göç, ebediyen sürecek bir olgudur. Eğer bir toplumda göç sona ermişse, o toplum yok oluyor, bir başka ifadeyle, tarihin son sayfalarında yerini alıyor demektir. Batı Avrupa’da toplum yaşlandığı için göç eylemi de azalmıştır, ancak Batı Avrupa ülkeleri, başka ülkelere göç almaya devam etmektedir.¹⁰

Göç, son yıllarda giderek artan siyasi bir önem kazanmıştır. İçinde bulunduğumuz çağ, göç çağı olarak nitelendirilmektedir. Ancak bu durum, göçün yeni bir şey olduğu anlamına gelmemektedir. Gerçekten, insanlar tarih boyunca, her zaman yeni fırsatlar aramaya ya da yoksulluk, çatışma ve çevresel bozulmalardan kaçmaya

⁵ EKER, Kemal, *Türkiye’de Yasadışı Göç Sorunu*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Atatürk İlkeleri ve İnkılap Tarihi Enstitüsü, İzmir, 2008, s.36.

⁶ “Yerinden edilmiş kişi, kendisini mülteci yapabilecek korkular ya da tehlikeler dışındaki sebeplerle devletinden ya da topluluğundan kaçan kişidir.”, ÇİÇEKLİ, *Açıklamalı Göç ve İltica Hukuku Terimleri Sözlüğü*, s.121.

⁷ International Migration Law Glossary on Migration, *International Organization for Migration (IOM)*, Geneva, Switzerland, 2004, s.41, http://www.iomvienna.at/sites/default/files/IML_1_EN.pdf, (10.07.2017)

⁸ ÇAKIR, Sabri, “Geleneksel Türk Kültüründe Göç ve Toplumsal Değişme”, *SDÜ Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S.24, 2011, s.131, YALÇIN, *Göç Sosyolojisi*, s. 13.

⁹ YALÇIN, *Göç Sosyolojisi*, s. 13.

¹⁰ ORTAYLI, İlber, “Genel Göç Olgusu”, *Uluslararası Göç Sempozyumu Bildiriler*, İstanbul, Zeytinburnu Belediyesi Yay., 1. B., 2006, s.19.

yönelmişlerdir. Bununla birlikte, göç, 16. yüzyılda Avrupa genişlemesinin başlangıcı ve kırsaldan kentsel alanlara doğru geniş çaplı nüfus hareketlerine neden olan 19. yüzyıldaki Sanayi Devrimi ile yeni bir karakter kazanmıştır.¹¹

Günümüzde göç, bireysel tercihler ile toplumsal kısıtlamaların kesişimin bir sonucu olarak görülmelidir. Göçmenler için göçün, bir veya birden çok sebebi olabilmektedir. Bunlar, ekonomik nedenler (fakir ülke vatandaşlarının zengin ülkelerde daha iyi yaşam standartları arayışı), politik nedenler (ülkesindeki baskılardan dolayı mülteci durumuna düşme), güvenlik, (özellikle ülkesindeki savaş durumlarında), kişisel tercihler (başka ülkelerde yaşama arzusu), ailevi nedenler (aile birleşmeleri), vergilendirme seviyesi (daha düşük vergilendirme seviyesi sunan ülkelerde iş kurma).¹² Ayrıca göç olayı, birtakım kültürel nedenlerle de gerçekleşebilmektedir.¹³

Göç, sürekli ve dinamik bir fenomen olup hem kaynak ülke hem de hedef ülke açısından potansiyel faydayı en üst düzeye çıkarmak ve maliyetleri en aza indirmek için daima çeşitlendirilmiş politikalar gerektirir. Ayrıca göçe yönelik olarak gerçekleştirilecek bu politikalar, kaynak ve hedef ülkeler bakımından göç ve gelişmişlik arasındaki örtüşmeyi artırmak ve gönüllü olarak ülkeye dönüşleri desteklemek için de gereklidir.¹⁴

B. Göçün Sınıflandırılması

1. Genel Olarak

Göç, insanlık tarihi ile başlayan, insanlık tarihinin her döneminde var olmuş ve bundan sonra da varlığını sürdürecektir bir olgudur. Toplumların varoluş tarihinden

¹¹ CASTLES, Stephen, MILLER, Mark J., *The Age of Migration: International Population Movements in the Modern World*, Palgrave Macmillan, Fifth Edition, 2014, s.5

¹² TOMESCU, Ina Raluca, "International Migration, Security and Implications", *Research and Science Today*, No:2(6), 2013, s.64.

¹³ ÇAKIR, "Geleneksel Türk Kültüründe Göç ve Toplumsal Değişme", s.132.

¹⁴ CIOROBAI, Ervin, "Smuggling of Migrants Threat to National Security", *Research and Science Today*, Vol. 13(1), 2017, s.56.

günümüze kadar uzanan ve farklı şekillerde ortaya çıkabilen göçleri, beş farklı başlık altında bir ayrıma tabi tutmak mümkündür:

a) Gidilen yere göre göçler

- İç göç (internal migration)
- Uluslararası göç (international migration)

b) Zamana göre göçler

- Geçici göç (temporary migration)
- Sürekli göç (permanent migration)

c) Nedenine göre göçler

- Gönüllü göç (voluntary migration)
- Zorunlu göç (compulsory migration)

d) Büyüklüğüne göre göçler

- Bireysel göç (individual migration)
- Toplu göç (exodus /mass migration)

e) Yasal olup olmamasına göre göçler

- Yasal göç (legal migration)
- Yasadışı göç (illegal migration)

2. Gönüllü Göç-Zorunlu Göç

Nedenine göre göçler (göç eden kişinin isteği ile olup olmamasına göre), gönüllü göç ve zorunlu göç olarak ikiye ayrılır. Gönüllü göç, insanların hayat standartlarını iyileştirmek amacıyla yeni yaşam alanlarına kendi istekleriyle göç

etmeleridir.¹⁵ Bu göç tipi, büyük kitlesel göçlerden ziyade, bireysel tercihlere dayalı olarak ilerleyen kişisel göçleri ifade etmektedir.¹⁶

Bu göç tipinde bireyler üzerinde herhangi bir zorlayıcı etki yoktur. Serbest göç olarak da ifade edilen bu göç türüne, macera arama, farklı yerlerde ve farklı kültürlerde yaşama arzusu, yaşamakta olduğu yerden birtakım sebepler dolayısıyla bıkmış durumda olma vb. gibi bireysel arayışlar neden olmaktadır. 19. yy'da Avrupa'da meydana gelen dışa göç hareketleri bu göç türüne verilecek en güzel örneklerden birdir.¹⁷ Günümüzde de dünyada gerçekleşen göçlerin büyük çoğunluğu, genellikle ekonomik nedenlerin etkili olduğu, eğitim, çalışma, seyahat, evlenme, aile birleşmesi ve benzeri amaçlarla yapılan göç hareketleri, başından sonuna kadar kişinin rızasına bağlı olarak gerçekleşen gönüllü göçlerdir.¹⁸

Kişinin ikamet ettiği yerde hayatını devam ettirebilmesi için gerekli olan asgari koşulların ortadan kalkmış bulunması sebebiyle yapılan göçlere zorunlu (mecburi) göç denilmektedir.¹⁹ Bir başka ifadeyle, zorunlu göç, insanların, savaş, iç karışıklık vb. gibi siyasi (beşeri) nedenlerle veya deprem, sel, kuraklık vb. gibi doğal afetlere bağlı olarak yaşadıkları yerleri terk etmeleridir.²⁰ Zorunlu göç, kölelik, etnik temizlik ve sınır dışı etme gibi çeşitli nedenlerden de kaynaklanabilir. Dolayısıyla, mülteciler ve yerlerinden edilmiş kişilerin yapmış olduğu göçler, zorunlu göç kapsamına dahildir.²¹

Ünlü göç kuramcısı William Petersen zorunlu göçü de, kendi içerisinde iki gruba ayırarak incelemiştir. Birinci grupta, göç eden kişiler zorlayıcı nedenlerin varlığına rağmen göç edip etmeme konusunda bir tercih hakkına sahiptir. Bireylerin göç edip etmeme konusunda bir karar mekanizması kullanabildikleri bu tip göçler, “yönlendirilen göç (*impelled migration*)” olarak ifade edilmektedir. İkinci grupta ise,

¹⁵ YILMAZ, Abdurrahman, “Uluslararası Göç: Çeşitleri, Nedenleri ve Etkileri”, *International Periodical For the Languages, Literature and History of Turkish or Turkic*, Vol. 9(2), Winter 2014, s.1687, ÖZTAŞ, Cemal, ZENGİN, Eyüp, “Göç ve Azerbaycan”, Uluslararası Göç Sempozyumu Bildiriler, İstanbul, Zeytinburnu Belediyesi Yay., s.66.

¹⁶ ÇAĞLAYAN, Savaş, “Göç Kuramları, Göç ve Göçmen İlişkisi”, *Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*. S.17, 2006, s.76.

¹⁷ YALÇIN, *Göç Sosyolojisi*, s.15.

¹⁸ ÇİÇEKLİ, Bülent, DEMİR, Oğuzhan Ömer, *Türkiye Koridorunda Yasadışı Göçmenler*, Ankara, Karınca Yay., 2013, s.41.

¹⁹ İPEK, Nedim, *İmparatorluktan Ulus Devlete Göçler*, Trabzon, Serander Yay., 1.B., 2006, s.17.

²⁰ ÖZTAŞ, ZENGİN, “Göç ve Azerbaycan”, s.66.

²¹ ADAMSON, Fiona B., “Crossing Borders: International Migration and National Security”, *International Security*, Vol. 31, No. 1, 2006, s.171.

göçmenlerin göç edip etmeme konusundaki tercih hakları ellerinden alınmıştır. Bu tip göçler için ise Petersen, “zoraki göç (*forced migration*)” kavramını kullanmaktadır. Yönlendirilen göç ve zoraki göç arasındaki ayrımın ortaya konması bakımından, Almanya’da Nazi döneminde yahudilerin zorla hayvan taşınan trenlere bindirilerek toplama kamplarına gönderilmesi olayı, zoraki göçe örnek olarak gösterilebilir.²²

Göçmen kaçakçılığı suçunda göçmenler genellikle kendi rızalarıyla hareket ederek, göçmen kaçakçılarıyla işbirliği yaptıklarından çalışma konumuz bakımından asıl önem arz eden göç tipi, gönüllü göçtür. Ancak, göçmen kaçakçılığına konu olan kişilerin çoğu zaman zorunlu nedenlerle de ülkelerini terk ettiğini söylemek mümkündür.

3. İç Göç-Uluslararası Göç

Göç, gidilen yere göre yani göçün ülke sınırlarını aşıp aşmamasına göre, iç göç ve uluslararası göç olmak üzere ikiye ayrılır. İç göç, insanların aynı ülkenin bir bölgesinden başka bir bölgesine geçici veya sürekli olarak göç etmeleridir. Kırsaldan kente göç, iç göçlerin en yaygın örneklerinden biridir. İç göçler, doğal afet, terör saldırıları vb. gibi nedenlerle zorunlu olarak gerçekleşebileceği gibi; eğitim, iş bulma, tayin, emeklilik gibi nedenlerle gönüllü olarak da gerçekleşebilir.²³

Uluslararası (dış) göç, kısaca, insanların ulusal sınırları geçerek, bir ülkeden başka bir ülkeye göç etmeleri olarak tanımlanmaktadır.²⁴ Bir başka ifadeyle, uluslararası göç, bireylerin kalıcı olarak yerleşme veya belirli süreyle çalışma ya da yaşama amacıyla siyasi bir sınırı aşarak bir başka ülkeye göç etmeleridir.²⁵ Günümüzde uluslararası göç, iş gücü (emek) göçü,²⁶ aile göçü (uluslararası

²² PETERSEN, William, “A General Typology of Migration”, *American Sociological Review*, Vol: 23, No:3, 1958, s.261.

²³ ÇİÇEKLİ, DEMİR, *Türkiye Koridorunda Yasadışı Göçmenler*, s.41.

²⁴ PARK, Chris, *Dictionary of Environment and Conservation*, Oxford University Press, 1st Ed., 2007, s.363.

²⁵ BAYRAKLI, Cemile, “Dış Göçün Sosyo-Ekonomik Etkileri: Görece Göçmen Konutları’nda (İzmir) Yaşayan Bulgaristan Göçmenleri Örneği”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Adnan Menderes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Aydın, 2007, s.19.

²⁶ Hem kaynak hem de hedef ülkeler bakımından uluslararası işgücü göçünün oluşumuna etki eden önemli araçlardan biri de devlet politikalarıdır. 1950’li ve 1960’lı yıllarda Batı Avrupa devletleri ile Güney Avrupa ve Kuzey Afrika arasında imzalanan işgücü mübadele anlaşmaları bunun en somut örneğini teşkil eder. Zamanla göç kabul eden devletler çeşitli sebeplerden dolayı, uluslararası göçü durdurmaya ve ülkelerindeki göçmen nüfusu kontrol etmeye çalışmışlardır. Buna rağmen işçi olarak,

düzenlemeler tarafından güvence altına alınmış olan aile birleşmesi²⁷ hakkından doğan), doğal afetler, politik zulümler ve dini savaşların etkisiyle yapılan göçler, etnik azınlıkların köken ülkelerine dönmek amacıyla yaptıkları göçler vb. gibi çeşitli biçimlerde ortaya çıkabilmektedir.²⁸

Bugün dünyada en çok görülen göç hareketleri, uluslararası göçlerdir. Özellikle küreselleşmenin getirdiği fırsatlar ve kolaylıklar uluslararası göçü tetiklemektedir.²⁹ Günümüzde uluslararası göç ciddi bir seviyeye ulaşmıştır. Şöyle ki dünyanın toplam nüfusunun hemen hemen %3'ü, doğdukları ülke dışında başka bir ülkede yaşamaktadır.³⁰ Gerçekten son 15 yıldır uluslararası göçmen sayısı dünya çapında hızlı bir şekilde artmaya devam etmektedir. 2015 yılı Birleşmiş Milletler Uluslararası Göç Raporuna göre, 2000 yılında 173 milyon olan uluslararası göçmen sayısı, 2005 yılında 191 milyona, 2010 yılında 222 milyona ve son olarak 2015 yılında 244 milyona kadar ulaşmıştır.³¹

Göçmen kaçakçılığı suçu, büyük çoğunlukla uluslararası bir sınır aşarak işlenmekte olup bu nedenle uluslararası bir niteliğe sahip olduğundan, çalışmamız bakımından daha çok önem arz eden göç türü, uluslararası göçtür.

4. Geçici Göç-Sürekli Göç

Göçmenlerin göç ettikleri ülkeye geri dönüp dönmemeleri bakımından göçler, geçici ve sürekli göç olarak karşımıza çıkmaktadır. Kişilerin ayrıldığı ülkeye geri

hedefledikleri ülkeye giremeyen göçmenler, turist vizeleriyle veya başka yollar bularak bu ülkelere göç etmeye çalışmışlardır. İş gücü göçünün hedef ülke konumunda bulunan devletler tarafından durdurulmasının ardından aile birleşmeleri artan oranda gözlemlenmeye başlamıştır, ÇİÇEKLİ, Bülent, “Yasadışı Göç, İnsan Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti İle Mücadele ve Türkiye”, *Polis Bilimleri Dergisi*, C.7, S.1, Ankara, 2005, s. 46.

²⁷ “Aile birleşimi ve aile oluşumu hakkı devletlerce mutlak bir hak olarak görülmemekte, yeterli nitelik ve genişlikte konut sağlama, geçimini temin edebilecek gelir veya başka mali kaynağa sahip olma gibi koşullara bağlanabilmektedir. Ayrıca, yetkili ulusal makamlar, danışıklı evlilikleri önlemek amacıyla aile hayatının fiilen kurulup kurulmadığını ve gerçek bir aile hayatının sürüp sürmediğini kontrol edebilmektedirler.”, ÇİÇEKLİ, Bülent, “Uluslararası Hukukta Yabancıların Hak ve Özgürlükleri”, *Uluslararası Hukuk ve Politika*, C.3, S.12, 2007, s.9

²⁸ TOMESCU, “International Migration, Security and Implications”, s.65.

²⁹ ÇİÇEKLİ, DEMİR, *Türkiye Koridorunda Yasadışı Göçmenler*, s.41.

³⁰ KEELEY, Brian, *International Migration: The human face of globalisation*, OECD Insight, 2009, s.2.

³¹ United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2016), *International Migration Report 2015: Highlights*, s.5.

dönmemek üzere yaptıkları göçe, sürekli göç ya da kesin göç denir. Geçici göç ise, göç eden kişilerin yaşadıkları yeri belli bir süre için terk etmeleridir. Geçici göçte, göçe sebep olan amaca ulaşıldığı zaman terkedilen yere geri dönüş söz konusudur. Eğitimini yurtdışından tamamlayıp ülkesine dönen kişilerin ve yurtdışında çalışıp kesin dönüş yapan işçilerin yapmış olduğu göçler, bu kapsamda değerlendirilir.³² Bu bağlamda, Türkiye'nin birçok Batı Avrupa ülkesi ile imzalamış olduğu işgücü mübadele anlaşmaları sonucu yapılan göçler, geçici iş gücü göçüne örnek olarak gösterilebilir. Türkiye, Almanya ile 1961, Hollanda ve Belçika ile 1964, Fransa ile 1965 ve İsveç ile 1967 yılında işgücü mübadele anlaşması imzalamıştır.³³ Ancak belirtmek gerekir ki, başlangıçta geçici olarak göç eden ve sayıları milyonları bulan bu işçiler, zamanla o ülkelerde yerleşerek orada kalıcı hale gelmişlerdir.

Göç ile ilgili benzer bir ayrım da gidilen yerde yerleşme süresine ilişkin olarak yapılmaktadır. Dinlenme, tatil, iş vb. gibi amaçlarla gerçekleşen hareketler dışında, *“en az 3 aylığına, ama bir yıldan az olmak üzere kendi ikamet yeri dışında başka bir ülkeye giden kişi”*, *“kısa süreli göçmen”* olarak adlandırılırken, en az bir seneliğine ikamet ülkesinden ayrılıp, başka bir ülkeye göç eden kişi ise *“uzun süreli göçmen”* olarak adlandırılmaktadır.³⁴

Göçmen kaçakçılığı suçu bakımından göçün geçici veya sürekli olması arasında herhangi bir fark yoktur. Bir başka ifadeyle, yasadışı olarak bir ülke topraklarından başka ülkeye göç eden göçmenler, geçici olarak göç edebileceği gibi, bir daha dönmemek üzere, yani sürekli olarak göç etme niyetiyle de hareket edebilirler.

5. Bireysel Göç-Toplu Göç

Göçler, büyüklüğüne göre bireysel göç ve kitlesel göç olarak ikiye ayrılmaktadır. Kişilerin bireysel olarak veya aileleriyle birlikte göç etmeleri durumunda bireysel göçten bahsedilir. Münferit göç³⁵ olarak da ifade edilen bu göçler,

³² EKER, “Türkiye’de Yasadışı Göç Sorunu”, s.12.

³³ ÇİÇEKLİ, “Yasadışı Göç, İnsan Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti İle Mücadele ve Türkiye”, s. 46.

³⁴ ÇİÇEKLİ, *Açıklamalı Göç ve İltica Hukuku Terimleri Sözlüğü*, s.108.

³⁵ İPEK, *İmparatorluktan Ulus Devlete Göçler*, s.17.

toplu göçlerden farklı olarak, çoğu zaman bireyin kendisi tarafından finanse edilmekte ya da başka kişilerin, örgütlerin ya da devletlerin desteğiyle gerçekleşmektedir.³⁶

Toplu göç, dağınık ve ayrık gruplar halinde ülke dışına göç edilmesidir. Kitlesele şekilde toplu göç ise toplumda çok sayıda kişinin veya toplumun bir bölümünün belli bir zaman aralığında gerçekleştirdiği göç hareketidir.³⁷ Toplu göç hareketleri genellikle, savaş, ihtilal, isyan ve doğal afetler gibi belirli bir zorunluluktan kaynaklanmaktadır.³⁸ Tarihteki ilk büyük toplu göç hareketi olan ve Çin devletinin baskısından kurtulmak isteyen Hun Türkleri'nin batıya doğru hareket etmesi sonucu, buradan kaçmak durumunda kalan kavimlerin Avrupa'yı istila etmesi olarak bilinen "kavimler göçü" de zorunlu bir göç hareketidir.³⁹

Burada değinilmesi gereken bir başka husus ise göç literatüründe sıkça karşılaşılan kitlesele göç (mass migration) kavramıdır. Kitlesele göçte, gönüllü olarak göç eden öncü göçmenler, teknolojik gelişmeler sayesinde kaynak ülkelerdeki insanlarla bağ kurarak onları da göçe teşvik ederler. Bu şekilde göç, bir "tarz", "yerleşik bir model" ve "kolektif bir davranış" haline gelir. İyi bir şekilde başladıktan sonra, böyle bir hareketin büyümesi yarı otomatiktir. Dolayısıyla, kitlesele göç, öncü göçmenlerin gittikleri yerlerdeki yaşam tecrübelerini ve hayat tarzlarını diğer göçmenlere aktararak, onları göçe özendirme sonucunda ortaya çıkan göç hareketi olarak ifade edilmektedir.⁴⁰

6. Yasal Göç-Yasadışı Göç

Göçler, yasal yollardan gerçekleşip gerçekleşmemesine göre, yasal göç ve yasadışı göç olarak ikiye ayrılır. Yasal göç, ülkelerinden ayrılarak başka ülkelere göç eden kişilerin, gittikleri ülkenin kurallarına uygun bir şekilde ülkeye giriş yapmış olmaları ve gerekli izinleri alarak orada kalmaları durumunda söz konusu olur. Göçün yasal yoldan gerçekleşip gerçekleşmediğini belirleyen kurallar, her ülkenin kendi

³⁶ ÇİÇEKLİ, *Açıklamalı Göç ve İltica Hukuku Terimleri Sözlüğü*, s.15.

³⁷ International Migration Law Glossary on Migration, s. 22.

³⁸ İPEK, *İmparatorluktan Ulus Devlete Göçler*, s.17.

³⁹ KINIK, Kerem, "Göç, Sürgün ve İltica", *Hayat Sağlık Dergisi*, Sayı: 2, Temmuz, 2010, s.37.

⁴⁰ PETERSEN, "A General Typology of Migration", s.263.

siyasi ve sosyal politikalarına bağılı olarak şekillenmektedir.⁴¹ Dünyadaki göçlerin büyük çoğunluğu yasal bir şekilde gerçekleşmektedir. Ancak yasal göç, yalnızca bu göçü yapabilmeye elverişli kişiler için tercih edilebilen bir yoldur. Ülkesinin dışında eğitim almak isteyen bir kimse, öncelikle gideceğı okulun belirlemiş olduğı kriterleri yerine getirmek zorundadır. Dil yeterliliğıne sahip olmayan, ekonomik imkânları yetersiz olan ve uluslararası seyahat için gerekli belgeleri olmayan bir kimsenin, başka bir ülkeye eğitim amacıyla yasal olarak göç etmesi mümkün değildir. Başka bir ifade ile, yasal göç, ancak yasal koşulları yerine getirebilen kişiler için güvenilir ve uzun süreli hale gelebilen bir göç hareketidir.⁴²

Yasa dışı göç ise, “*giriş yapılan ülkenin yasal giriş ve çıkış için gerekli olan şartlarına uyulmayarak sınırın geçilmesi veya ülkeye yasal yollardan girildikten sonra izin alınmaksızın ikamet edilmesi*” şeklinde gerçekleşen göçtür.⁴³ Dolayısıyla, iki tür yasadışı göçmen bulunmaktadır. Birincisi, bir ülke sınırlarını kara, deniz veya hava yoluyla yasalara aykırı olarak (geçerli bir vizesi veya seyahat belgesi olmaksızın) geçenler; ikincisi ise, bir ülkeye yasal olarak giren ancak yasal izin süreleri bitmesine rağmen yine de ülke içinde kalan yabancılardır.⁴⁴

Göçmen kaçakçılığı, yasadışı yöntem ve tekniklerle gerçekleştirilen bir suç türü olarak karşımıza çıktığından yasadışı göç konusuna aşağıda daha ayrıntılı değinilmiştir.

II. YASADIŞI GÖÇ

A. Yasadışı Göç Kavramı

Yasadışı göç, gönderen, transit ve kabul eden ülkelerin hukuk düzenine aykırı şekilde gerçekleşen insan hareketlilikleridir. Kabul eden (hedef) ülkeler açısından

⁴¹ AKÇADAĞ, Emine, *Yasadışı Göç ve Türkiye*, Bilgesam Yay., Rapor No:42, 2012, s.4, <http://www.bilgesam.org/Images/Dokumanlar/0-96-2014032653yasadisigocveturkiye.pdf> (11.06.2017)

⁴² ÇİÇEKLİ, DEMİR, *Türkiye Koridorunda Yasadışı Göçmenler*, s.42.

⁴³ AKÇADAĞ, *Yasadışı Göç ve Türkiye*, s.4.

⁴⁴ ADRIADNO, Melda Kamil, “Indonesian Case on Illegal Migrant”, *Jurnal Hukum Internasional*, Vol. 9(2), 2012, s.246.

yasadışı göç, ülkenin göç mevzuatı uyarınca gerekli olan izin ve belgelere sahip olmadan ülkeye giriş yapılması veya ülkede kalınması anlamına gelmektedir. Gönderen (kaynak) ülke açısından ise, kişinin geçerli bir pasaportu veya seyahat belgesi olmadan ya da ülkeden ayrılmak için gerekli diğer idari koşulları yerine getirmeden ülkeden ayrılması durumunda söz konusu olur. Bununla birlikte yasadışı göç kavramını, sadece göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti konularıyla kısıtlamak gibi bir eğilim söz konusudur.⁴⁵

Yasa dışı göç, henüz yeni sayılabilecek bir kavram olduğu için yasadışı göçün gerçekleşme biçimi dikkate alınarak, ilgili sosyal bilimler literatüründe bu kavramı ifade etmek için çeşitli terimler kullanılmaktadır. Bir ülkeye yetkisizce giren, vize süresi dolmasına rağmen ülkede kalan, uygun oturma izni olmadan ülkede yaşayan veya bazı diğer yollarla ülkeden çıkarılmasını gerektirecek düzeyde göç kurallarını ihlal eden kişiler; düzensiz (irregular), yasadışı (illegal), kayıtsız (undocumented) ve yetkisiz (unauthorized) olarak adlandırılmaktadır.⁴⁶ Bu terimler haricinde benzer şeyleri ifade etmek için kullanılan bir başka kavram ise gizli göç (clandestine migration) kavramıdır. Gizli göç, göçle ilgili kuralların ihlal edilerek gizlice göç etme demektir. Gizli göç, “*bir yabancının ülkeye, söz konusu ülkenin girişle ilgili koyduğu kuralları ihlal ederek girmesi veya yasal olarak ülkeye girmiş olmasına rağmen ülkenin göçle ilgili düzenlemelerine aykırı olarak kalış süresini aşması durumlarında ortaya çıkar.*”⁴⁷

“Yasadışı göç” kavramının bazı sebeplerden dolayı tartışmalı ve sakıncalı bir kavram olduğu ifade edilmektedir. Öncelikle, “yasadışı” terimi suç kavramını çağrıştırmakta ve bu kavramla ilişkilendirilmektedir. Ancak yasadışı göçmenlerin büyük çoğunluğu suçlu olarak nitelendirilemez.⁴⁸ Gerçekten çoğu ülkede, gerekli belgelere sahip olmadan ülkede kalmak suç olarak değil, idari yaptırım gerektiren bir davranış olarak düzenlenmiştir.⁴⁹ İkinci olarak, göçmenleri “yasadışı” olarak

⁴⁵ *International Migration Law Glossary on Migration*, s.34. Benzer yönde bkznz. *European Migration Network's Glossary on Migration and Asylum*, s.173.

⁴⁶ TRIANDAFYLLIDOU, Anna, MAROUKIS, Thanos, *Migrant Smuggling: Irregular Migration from Asia and Africa to Europe*, Palgrave Macmillan, 2012, s.9.

⁴⁷ *International Migration Law Glossary on Migration*, s.14.

⁴⁸ ADRIADNO, “Indonesian Case on Illegal Migrant”, s.246, KOSER, Khalid, “Irregular Migration, State Security and Human Security”, A paper prepared for the Policy Analysis and Research Programme of the Global Commission on International Migration-GCIM, September 2005, s.5.

⁴⁹ *European Migration Network's Glossary on Migration and Asylum*, s.173.

nitelendirmek, statüleri ne olursa olsun göçmenlerin de temel insan haklarına sahip olduklarının unutulmasına sebep olabilir. Son olarak ise, sığınmacıları “yasadışı” olarak etiketlemek, bu kişilerin daha sonra yapacakları iltica başvurularının tehlikeye düşürülmesine yol açabilmektedir.⁵⁰

Birleşmiş Milletler, “düzensiz” ve “kayıtsız” kavramlarını kullanmakta iken, uzun zamandır yasadışı göç kavramını kullanan Avrupa Komisyonu da son yıllarda “düzensiz göç” kavramını tercih etmeye başlamıştır. Avrupa Konseyi ise yasadışı göç ile düzensiz göç arasındaki farkı ortaya koymuştur. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi’nin 2006 tarihli 1509 sayılı kararında “yasadışı” kavramı bir durumu veya süreci ifade etmek amacıyla kullanılmışken, “düzensiz” kavramı ise bir kişiden bahsederken tercih edilmiştir.⁵¹ Göç konusuyla yakından ilişkili olan, Avrupa Konseyi, Uluslararası Çalışma Örgütü, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı ve BMMYK gibi kuruluşlar “düzensiz göç” kavramını tercih etmesine rağmen “yasadışı göç” kavramını kullanmaya devam eden tek önemli uluslararası aktör ise Avrupa Birliğidir.⁵²

Bu kavramların hepsi hemen hemen aynı durumu ifade etmek için kullanılırlar da aralarında birtakım farklılıklar bulunmaktadır. Bu nedenle, hangi kavramın tercih edileceği, konu ile ilgili çalışma yapan kişilerin konuyu hangi yönden ele aldığına göre farklılık arz edebilmektedir. Çalışmamızda, söz konusu kavramı Türk Ceza Kanunu’muzda bir suç türü olan göçmen kaçakçılığı bakımından ele alacağımız için ve ülkemizdeki daha yaygın kullanımına istinaden bundan sonraki bölümlerde “yasadışı göç” terimini kullanacağız.

⁵⁰ KOSER, “Irregular Migration, State Security and Human Security”, s.5.

⁵¹ European Migration Network’s Glossary on Migration and Asylum, *European Commission Migration and Home Affairs*, 2014, s.173. https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/networks/european_migration_network/docs/emn-glossary-en-version.pdf (01.08.2017),

⁵² KOSER, “Irregular Migration, State Security and Human Security”, s.5.

B. Yasadışı Göçün Nedenleri

1. Genel Olarak

Yasadışı göç, dünyada yasal göç olanaklarının azalması sonucu ortaya çıkan bir göç türü olduğundan göçün nedenleri ile yasadışı göçün nedenleri benzerlik arz etmektedir. Bu nedenle, ilk olarak göçün nedenlerine kısaca değinmek yerinde olacaktır. Birbirinden farklı alanlarda yapılan çalışmalarda, göçün nedenleri hakkında çeşitli fikirler ileri sürülmüştür. CIOROBAl'e göre, bir "neden ve sonuç" boyutu altında, göç fenomeni, ekonomik faktörlerin yanında, iç çatışmalar, doğal felaketler ve bir dizi nesnel koşullar, yani insan hakları ihlalleri, göçmen kaçakçılarının faaliyetleri gibi nedenlere dayanmaktadır.⁵³ İŞAŞIR'a göre, göçün nedenleri, ülkeler arasındaki çatışmalar, bölgesel savaşlar, iç savaşlar, ekonomik zorluklar, kıtlıklar, salgınlar, bölgesel kültür sorunları, ailevi sorunlar, daha rahat bir yaşam arayışı, macera arayışı vb. gibi oldukça çeşitlidir. Bu nedenler arasında en önemlileri ise, iç savaşlar ve daha iyi yaşam koşullarına kavuşma arzusudur. Küreselleşmenin de insanların hareketini kolaylaştırarak göç konusunda büyük bir etkiye sahip olduğunu söylemek mümkündür.⁵⁴ İPEK'e göre ise, göç hareketi, doğal afetlerden ve kıtlıklardan korunmak, verimsiz toprakları terk edip daha iyi yaşam imkânı aramak gibi "doğal sebeplere" veya siyasi ve dini baskılar, ekonomik koşullar vb. gibi "sosyal sebeplere" bağlıdır.⁵⁵

Ülkelerin uyguladıkları katı vize politikaları gibi çeşitli önlemler ve diğer göç kontrol mekanizmalarının⁵⁶ geliştirilmesi bir ölçüde etkili olsa bile, uluslararası göçü tamamen durdurmak mümkün gözükmemektedir. Ülkeler başlıca göç yollarını kapatsalar ve göçü engellemeye çalışsalar bile, göç etmek isteyen kişiler, farklı yol ve yöntemlerle yasadışı yollardan hedef ülkelere girmeye çalışacak veya sığınmacı ve

⁵³ CIOROBAl, "Smuggling of Migrants Threat to National Security", s.58.

⁵⁴ İŞAŞIR, Emir, *Prevention of Illegal Migration*, (Master Thesis), Bilkent University Department of Political Science, Ankara, 2006, s.48.

⁵⁵ İPEK, *İmparatorluktan Ulus Devlete Göçler*, s.19.

⁵⁶ "... sınır kontrollerinin sıklaştırılması, yetersiz belgeli yolcuları taşıyan hava yollarının cezalandırılması, iş yeri denetimleri, kimlik kontrolleri, sınır ve kalma süreleri aşımının cezalarının artırılması" gibi kontrol teknikleri de sayılmaktadır, SAYIN, Hüdaî, *Uluslararası Hukuk ve Türk Hukuku Bakımından Göçmen Kaçakçılığı, İnsan Ticareti, Cinsel Sömürü Suçları ve Bunlarla Mücadelede Uluslararası İşbirliği*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010, s.127.

mülteci olarak gelmek isteyeceklerdir. Dolayısıyla, göçmenleri yasadışı göçe teşvik eden en önemli sebeplerden biri de, göçmenlerin yasal yollardan istedikleri ülkeye girememeleri ve ülkelere giriş koşullarının gitgide zorlaştırılmasıdır.⁵⁷

Göçmen kaçakçılığı, devletlerin göçmen karşıtı bu kısıtlamaları nedeniyle, seyahat etmek için uzun mesafeler kat etmek zorunda olan göçmenler için “popüler bir başvuru” ve “kolay bir çıkış yolu” haline gelmektedir.⁵⁸ Bu nedenle, ülkelerin yasadışı göçü önlemeye yönelik olarak almış olduğu önlemler, yasadışı göçü durduraktan ziyade göç yollarının değişmesine ve sınır geçiş maliyetlerinin artmasına yol açarak kaçakçıların gelirlerini artırmasına yol açmaktadır.⁵⁹ Benzer bir yaklaşım, yasadışı göçün yaygın biçimlerinden bir diğeri olan insan ticareti konusunda da ortaya konmuştur. Bu yaklaşıma göre, daha kısıtlayıcı göç kanunlarının çıkarılması ve bu tür kanunların daha fazla uygulanmasının, insan ticaretini önemli ölçüde azaltma olasılığı düşüktür. Tam tersine, göçmenlerin yasal giriş yollarını sınırlamak, yasadışı yollarla istenilen ülkeye giriş yapma imkânı sunan suç örgütleri ve insan tacirlerinin konumlarının yükselmesine ve onlara daha fazla güven oluşmasına yol açacaktır. Bu, basit bir arz ve talep denklemidir.⁶⁰ Bu nedenle, devletlerin, uluslararası göçü tamamen durdurmaya veya önlemeye çalışmak yerine, uluslararası göçü düzenleme ve kontrol altına almaya çalışması gerektiği ifade edilmektedir.⁶¹

Yasadışı göç, bir “yaşam alternatifi” olarak öne çıkan bir tercih haline gelmiştir. Göç konusunda ısrarcı olan göçmenler, yasal yolları kullanamadığında yasadışı göçü tercih etmektedir. Konulan yasaklar, getirilen engeller ve alınan tedbirler ne olursa olsun insanların göç etme eğilimlerini durdurmak oldukça zordur. Sürekli refah ve özgürlük içerisinde yaşayan insanlardan haberdar olan ve aynı şartlara ulaşmak isteyen insanlar için göç, ısrarla takip edilecek ve sonunda varılacak bir hedef haline gelebilmektedir.⁶²

⁵⁷ ÇİÇEKLİ, “Yasadışı Göç, İnsan Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti İle Mücadele ve Türkiye”, s. 46.

⁵⁸ ABEYRATNE, I.R. Ruwantissa, “Smuggling of Migrants by Air-Air Carrier Liability”, *AIR & Space Law*, Vol.15(4-5), 2000, s. 148.

⁵⁹ CORNELIUS, Wayne A “Death at the border: Efficacy and Unintended Consequences of US Immigration Control Policy”, New York: *Population and Development Review*, Vol. 27, No. 4, *Population Council*, 2001, p.668.

⁶⁰ HELTON, C. Arthur, JACOBS Elena, “Combating Human Smuggling by Enlisting the Victims”, *In Defense of the Alien*, Vol:23, 2000, s.122.

⁶¹ ÇİÇEKLİ, “Yasadışı Göç, İnsan Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti İle Mücadele ve Türkiye”, s. 46.

⁶² ÇİÇEKLİ, DEMİR, *Türkiye Koridorunda Yasadışı Göçmenler*, s. 103.

Yasadışı göçe yol açan nedenler çok boyutlu olmakla birlikte, genel anlamda “ekonomik nedenler”, “siyasal istikrarsızlık, terörizm ve savaşlar” ve “doğal nedenler” olmak üzere üç farklı kategoride gruplandırılabilir. İfade etmek gerekir ki, göçmen kaçakçılığı suçu, yasadışı göçün gerçekleşme biçimlerinden biri olduğundan söz konusu nedenler, aynı zaman da göçmen kaçakçılığına sebep olan başlıca nedenler arasında yer almaktadır.

2. Ekonomik Nedenler

Göçün en önemli sebebini oluşturan ekonomik nedenler,⁶³ yasadışı olarak gerçekleşen göçlerin de en önemli nedenini oluşturmaktadır.⁶⁴ Belirtmek gerekir ki, dünyadaki uluslararası göçmenlerinin üçte ikisi gelir düzeyi yüksek ülkelerde yaşamaktadır.⁶⁵ İş bulma (çalışma), insanların uluslararası olarak göç etmesinin temel nedenidir ve çoğu hizmet sektöründe çalışan göçmen işçiler, dünyadaki uluslararası göçmenlerinin büyük çoğunluğunu oluşturmaktadır.⁶⁶ Ülkemizde yapılan bir çalışmada da, yasadışı göçmenlerin büyük çoğunluğunun (% 74) ülkelerinden ayrılma sebebinin “daha iyi bir yaşam ve daha rahat yaşam şartlarına kavuşmak için daha fazla para kazanma arzusu” olduğu gözlemlenmiştir.⁶⁷

Günümüzde uluslararası göçün temel karakteristiğini, dünya ekonomisindeki derin yapısal eşitsizlikler ve bireylerin bu eşitsizliklere karşı verdikleri tepkilerin oluşturduğu ifade edilmektedir.⁶⁸ Dünya Bankası’nın (The World Bank) yayımlamış olduğu 2016 yılı verilerine göre, kişi başına düşen milli gelir (GSMH), ABD’de 57,466, Kanada’da 42,157, Almanya’da 41,936, İtalya’da 30,527 Amerikan Doları iken, Moldova’da 1,900, Afganistan’da 561,8 ve Gine’de 508,1, Nijer’ de 363,2 Amerikan Dolarıdır.⁶⁹ Gerçekten, kişi başına düşen milli geliri düşük olan Moldova, Afganistan, Nijer vb. gibi ülkeler göçe kaynaklık eden ülke konumunda iken, kişi

⁶³ Ülkeler arasındaki gelir dağılımındaki adaletsizlik, yoksulluk, işsizlik vb. gibi sebepler bu ekonomik nedenlerin başlıcalarıdır.

⁶⁴ AKSOY, Zeynep, “Uluslararası Göç ve Kültürlerarası İletişim”, *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, C.5, S.20, 2012, s.294.

⁶⁵ 2015 yılı raporunda dünyadaki uluslararası göçmenlerin % 71’nin (173 milyon) gelişmiş ülkelerde yaşadığı tespit edilmiştir. Bknz. International Migration Report 2015: Highlights, s.5.

⁶⁶ World Migration Report 2018, <http://www.iom.int/wmr/world-migration-report-2018> (15.03.2018).

⁶⁷ ÇİÇEKLİ, DEMİR, *Türkiye Koridorunda Yasadışı Göçmenler*, s.102.

⁶⁸ EKER, “Türkiye’de Yasadışı Göç Sorunu”, s.187.

⁶⁹ <https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.PCAP.CD> (22.08.2017)

başına düşen milli geliri yüksek olan ABD, Kanada, Almanya vb. gibi ülkeler göç akımlarına maruz kalan ülkelerdir. ŞEN'e göre, göçün bu yönde seyretmesinin temel nedeni ise, “*gelişmiş ülkelerle gelişmekte olan ülkeler arasındaki refah farkının gün geçtikçe artan bir ivme göstermesidir.*”⁷⁰ Ayrıca belirtmek gerekir ki, gelişmekte olan ülkelerin hiçbir zaman tam anlamıyla gelişemeyeceği ve az gelişmiş ülkelerin daha da yoksullaşacağı öngörülmekle birlikte bu ülkelerdeki nüfus da gün geçtikçe artmaktadır. Bu durum, o ülkelerde yaşayan insanlar açısından pastadan alınan pay miktarının azalmasına yol açtığı için göçmen olarak adlandırdığımız bazı kimseler ülkeden ayrılmak zorunda kalmaktadır.⁷¹

Ekonomik nedenlerle motive edilmiş göç, hem kaynak hem de hedef ülke açısından işgücü piyasası durumlarında belirgin farklılıklar yaratır. Bu göçler nedeniyle, kaynak ülkede işgücü azlığı (labour shortage) görülürken, hedef ülkede işgücü fazlalığı (labour surplus) ortaya çıkar.⁷² Özellikle vasıfsız işçi göçünün, hedef ülkede işgücü piyasasında arz fazlası yaratarak orada çalışan insanların ücretlerinde düşüşe yol açtığından, olumsuz etki yarattığı söylenebilir. Ancak, bu göçlerin işgücü maliyetleri üzerinde yapacağı azaltıcı etki, işverenler açısından göz ardı edilmemesi gereken olumlu etkilerdendir.⁷³ Dolayısıyla, işverenler ve özel sektör kuruluşları da yasadışı göç sürecinde önemli bir role sahiptir. Yasadışı göçü önlemenin önemine yönelik resmi politika açıklamalarına rağmen, işverenlerin bu politikaların aksine, kendi önceliklerini ve ucuz işgücü ihtiyaçlarını dikkate alarak hareket ettiklerine sıkça şahit olunmaktadır. Ayrıca, özel sektör ile kayıt dışı ekonomilerin her zaman için var olan ucuz iş gücü talepleri de yasadışı göç sorununu tetiklemektedir. Hem yasal hem yasal olmayan göç sürecinde çeken-iten faktörler ve kişisel motivasyonlar yanında, işgücü piyasası koşulları ve kayıt dışı ekonomi dinamikleri de etkili olmaya devam etmektedir.⁷⁴

Son olarak belirtmek gerekir ki, yasadışı göçmenlerin düşük ücretlerle kötü koşullarda çalışmayı kabul etmesi, işverenleri iş koşullarını iyileştirmek için yapması

⁷⁰ ŞEN, Y. Furkan, *Dünya ve Türkiye Perspektifinden Göçmen Kaçakçılığı İnsan Ticareti Organ-Doku Ticareti*, Ankara, Art Ofset, 1. B., 2006, s.16.

⁷¹ YILMAZ, “Uluslararası Göç: Çeşitleri, Nedenleri ve Etkileri” s.1689.

⁷² ABEYRATNE, “Smuggling of Migrants by Air-Air Carrier Liability”, s. 148.

⁷³ ÇELEBİ, Füsün, DURMAZ, Atakan, “Orta Asya'da Göçün Emek Piyasası Üzerine Etkileri”, International Conference On Eurasian Economies, 2012, s.192.

⁷⁴ ÇİÇEKLİ, Yasadışı Göç, İnsan Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti İle Mücadele ve Türkiye, s. 46.

gereken birtakım harcamalardan da kurtarmaktadır. Göçmenlerin, iş piyasasındaki dengeleri işverenlerin lehine bozması, ülkede sosyal gerilimlere neden olmakta ve göçmenlerin ayrımcılığın ve ırkçılığın hedefi haline gelmesine yol açmaktadır.⁷⁵

3. Siyasal İstikrarsızlık, Terörizm ve Savaşlar

Şiddet, baskıcı yönetimler ve insan hakları ihlalleri, ülke içinde zorunlu göçe neden olduğu gibi uluslararası göçü de tetiklemektedir.⁷⁶ Özellikle son dönemlerde Suriye, Irak ve Afganistan gibi çatışmaların ve terör olaylarının yoğun olarak yaşandığı ve siyasi istikrarsızlığın devam ettiği ülkelerde yaşayan insanlar, daha iyi şartlarda hayatlarını devam ettirmek için başka ülkelere göç etmektedirler.

İdeolojilerini demokratik yöntemler yerine silahlı çatışmalarla yaymaya çalışan ve hem fiziksel, hem de psikolojik açıdan devletleri, toplumları ve bireyleri tehdit eden terörizm, günümüz dünyasının en önemli problemlerinden biri haline gelmiştir. Özellikle Pakistan, Afganistan, Irak ve Hindistan gibi ülkelerde gerçekleşen terör ve şiddet olayları insanların can güvenliğinden endişe duymasına ve ülkelerini terk etmesine yol açmaktadır.⁷⁷ Son yıllarda, IŞİD, El-Kaide ve Boko-Haram gibi terörist gruplar, bu tür şiddet yanlısı radikal gruplara karşı bakış açımızı ve bu tehditlerle nasıl başa çıkacağımız konusundaki tartışmaları şekillendirmektedir. Bu grupların dini, kültürel ve sosyal anlamda vermiş olduğu hoşgörüsüzlük mesajı, dünyanın birçok bölgesi için ciddi sonuçlar doğurmuştur. İşgal ettikleri bazı bölgeleri ellerinde tutarak ve küresel ve gerçek zamanlı iletişim için sosyal medyayı kullanarak, fikirleri ve istismarlarıyla, barış, adalet ve insan onuru gibi insanlığın ortak değerlerini hiçe saymaya çalışmaktadırlar. Aynı zamanda şiddet yanlısı radikal grupların yaygınlaşması, bu grupların bulunduğu bölgesel sınırlarını aşan eşi görülmemiş insani krizlere yol açmaktadır. Milyonlarca insan, terörist gruplar ve şiddet yanlısı radikal gruplar tarafından kontrol edilen bölgelerden kaçmaya çalışmaktadır. Göç akımları, hem çatışma bölgelerinden uzağa doğru hem de çatışma bölgelerine doğru artmıştır.

⁷⁵ SAYIN, *Uluslararası Hukuk ve Türk Hukuku Bakımından Göçmen Kaçakçılığı, İnsan Ticareti, Cinsel Sömürü Suçları ve Bunlarla Mücadelede Uluslararası İşbirliği*, s.126.

⁷⁶ CASTLES, MILLER, *The Age of Migration: International Population Movements in the Modern World*, s.6.

⁷⁷ SEVER, Hanifi, “Sosyal Öğrenme Teorileri Işığında Yasadışı Göç ve Etkileri”, *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S.32, C.1, 2012, s.54.

Şöyle ki, güvenli bir yaşam alanı arayanlar çatışma bölgelerinden kaçarken, bölgenin daha da istikrarsızlaşmasına yol açan yabancı terörist savaşçılar ise çatışma bölgelerine doğru göç etmektedir.⁷⁸

Terörizme ek olarak; bugün Ruanda, Kongo ve Somali gibi ülkelerdeki iç çatışmalar ve İran, Myanmar ve Suudi Arabistan gibi ülkelerde görülen sert, baskıcı ve radikal yönetimler de orada yaşayan insanları göçe sürüklemektedir.⁷⁹ Örneğin; 17 Aralık 2010'da Mohamed Bouazizi adında Tunuslu bir gencin kendini yakmasıyla başlayan ve Arap dünyasındaki otoriter yönetimlere karşı gerçekleşen, protestolar ve ayaklanmalar olarak ifade edilen⁸⁰ Arap Baharı neticesinde binlerce Tunuslu ve Libyalı yasadışı yollarla İtalya'ya göç etmiştir.⁸¹ Yine 2011 yılında Suriye'de başlayan iç savaş, toplamda 5.2 milyondan fazla Suriyeliyi yerinden etmiş, bu insanlar Türkiye, Lübnan, Ürdün, Irak ve Mısır gibi ülkelere sığınmışlardır. Suriye'de hala insanlar yerlerinden edilmeye devam etmekte ve sığınmış oldukları ülkelerde de Suriyeliler, korunma ihtiyacı olan savunmasız bir nüfus olarak beklemektedir.⁸²

4. Doğal Nedenler

İklim koşulları, sel, kuraklık, deprem, kasırga, tsunami vb. gibi doğal nedenler de insanların göç etmesinde önemli bir faktördür. Doğal veya beşeri felaketlerle karşı karşıya gelindiğinde, insanların en önemli hayatta kalma stratejilerinden biri, ister geçici ister sürekli olarak yapılsın, her zaman göç olmuştur. Çevresel değişiklikler,

⁷⁸ Plan of Action to Prevent Violent Extremism , *The United Nations Global Counter-Terrorism Strategy, Report of the Secretary-General*, New York, United Nations, 2015, s.1, <https://www.un.org/counterterrorism/ctitf/en/plan-action-prevent-violent-extremism> (03.11.2017)

⁷⁹ SEVER, "Sosyal Öğrenme Teorileri Işığında Yasadışı Göç ve Etkileri", s.54.

⁸⁰ WILSON, Alis, "On the Margins of the Arab Spring", *Social Analysis: The International Journal of Social and Cultural Practise*, Vol.57, No.2, 2013, s.81.

⁸¹ CIAPPI, Silvio, "Migrants in Italy: A Country Report", 4. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali (Göç), İstanbul, 7-13 Kasım, 2014, s.191.

⁸² 3RP Regional Refugee & Resilience Plan 2017-2018 In Response to the Syria Crisis, *2017 Progress Report*, s.4, <http://www.3rpsyriacrisis.org/> , (27.10.2017)

göçün hem nedeni hem de sonucudur. Dolayısıyla göç ve çevresel faktörler⁸³ arasında karmaşık ve iki yönlü bir ilişki söz konusudur.⁸⁴

1960'lı yıllardan beri doğa olaylarının tahmini ve etkilerinin hafifletilmesindeki teknolojik ve bilimsel gelişmelere rağmen, özellikle gelişmekte olan ülkelerde, afetlerden dolayı meydana gelen ölümlerde ve ekonomik kayıplarda ciddi bir artış görülmüştür. Gerçekten afetler, ekonomik, sosyal, demografik, ideolojik ve teknolojik faktörlerin birleşik etkileri yoluyla etki ve kapsamını artırmaktadır. Nüfusun artması ve insanların tehlikeli bölgelere yerleşmesi de daha fazla sayıda insanın doğal tehlikelere karşı, eskisinden çok daha savunmasız durumda olmasına yol açmaktadır. Bunun yanında şiddetli fırtınalar, sel baskınları ve depremler vb. gibi doğal afetler, iç savaş gibi sosyo-politik olgulara göre daha düşük ölüm oranlarına sahip olmasına rağmen, doğal afetler daha sık ortaya çıkmakta ve daha fazla sayıda bireyi etkilemektedir. Örneğin, 2005 yılında ABD'de meydana gelen Katrina Kasırgası, Louisiana eyaletini trajik bir şekilde savunmasız bırakmış, özellikle New Orleans şehrinde yaşayan insanların hemen hemen hepsi yerinden olmuş⁸⁵ ve bunların büyük bir kısmı kalıcı olarak yaşadıkları yerden göç etmiştir.⁸⁶

İnsanları göçe sürükleyen bir diğer doğal neden ise iklim değişikliğidir.⁸⁷ Belki de gelecek kuşaklar için en büyük tehdidi oluşturacak olan iklim değişikliğinin ana kaynağının insanların aktiviteleri olduğu konusunda yaygın bir kabul vardır. Bununla

⁸³ Lonergan'a göre, göçe yol açan çevresel faktörler beş grupta sıralanabilir. Bunlar, doğal felaketler; çevresel değişiklikler içeren kalkınma projeleri, çevrenin aşamalı evrimi, endüstriyel kazalar, çatışmalara bağlı çevresel sonuçlardır, LONERGAN Steve, "The Role of Environmental Degradation in Population Displacement", of the GECHS Project, Research Report 1, 1998, s.7.

⁸⁴ HUGO, Graeme, "Environmental Concerns and International Migration", *International Migration Review*, Vol.30, No.1, 1996, s.105.

⁸⁵ Çevresel sorunlar nedeniyle menşe yerlerinden çıkarılan göçmenler için, bazı bağlamlarda, "çevresel mülteci" terimi kullanılmaktadır. Ancak bu tarz bir kullanım problemlidir, çünkü bu durumdaki kişiler, geleneksel ve politik anlamda mülteci tanımına uymamaktadır, HUNTER, Lori M., "Migration and Environmental Hazards", *Population and Environment*, Vol.26, No.4, 2005, s.282.

⁸⁶ SMITH, Anthony Oliver, "Disasters and Forced Migration in the 21st Century", 11 June, 2006, s.1, <http://understandingkatrina.ssrc.org/Oliver-Smith/>, (25.10.2017)

⁸⁷ İnsanların doğaya verdiği zararların neden olduğu iklim değişikliğini bir doğa olayı olarak değerlendirip, göçün "doğal nedenleri" başlığı altında incelenmesi çelişki doğuran bir durum olsa da, ilgili literatürde çoğunlukla bu şekilde ele alındığından biz de iklim değişikliğini bu başlık altında inceleme konusu yapmaktayız.

birlikte, uluslararası hukuk şuanda iklim değişikliği ya da diğer felaketler nedeniyle yerinden edilmiş kişiler için herhangi bir yasal koruma sağlamamaktadır.⁸⁸

İklim değişikliğinin en önemli sonuçlarından biri, kutuplardaki buzulların erimesi sonucu deniz seviyelerinin yükselmesi ve buna bağlı olarak insanların yaşam alanlarının azalması olacaktır. Bilindiği üzere, deniz seviyesinin yükselmesi yavaş ilerleyen bir süreçtir. Uluslararası İklim Değişikliği Paneline göre, deniz seviyeleri 2100 yılına kadar 30 ila 110 santimetre artarak 360.000 kilometreye kadar kıyı şeridini etkileyebilecektir. Küresel ısınma sonucu yükselen deniz seviyelerinin, özellikle Çin, Bangladeş, Mısır, Maldivler ve Güney Pasifik adalarındaki kıyı nüfuslarını etkilemesi beklenmektedir.⁸⁹ İklim göçmenleri, Suriye'deki gibi iç savaştan kaçan siyasi mültecilerden farklı olarak, yaşadıkları yerler küresel ısınma sonucu yükselen denizler tarafından yutulacağı için hiçbir zaman evlerine geri dönemeyeceklerdir. Bu durum, hemen hemen hiç benzeri görülmemiş büyük bir hukuki sorunu gündeme getirmektedir.⁹⁰

C. Yasadışı Göç Yöntemleri

Yasadışı göç, birbirinden farklı yöntemlerle gerçekleştirilmektedir. Yasadışı göç ve yasadışı göçün kriminalize hale gelmiş şekli olan göçmen kaçakçılığı, çok uluslu ve çok aktörlü ve karmaşık bir yapıya sahiptir. Bu nedenle yöntemler, kullanılan yola, güzergâha, kullanılacak araçların türüne, göçmenlerin saklanacağı yere, kaynak, hedef ve transit ülkelerin konumuna ve daha da önemlisi bu ülkelerin yasadışı göçe bakış açılarına ve buna benzer birçok nedene bağlı olarak değişkenlik göstermektedir. Göçmen kaçakçılığı faaliyetleri genel hatlarıyla şu şekillerde gerçekleştirilmektedir:

- Sınır kapılarından sahte veya değiştirilmiş belgelerle ülkeye giriş-çıkış yapılması,

⁸⁸ WARREN, Phillip Dane, "Forced Migration After Paris Cop21: Evaluating the Climate Change Displacement Coordination Facility", *Columbia Law Review*, Vol.116, No.8, 2016, s.2104.

⁸⁹ SUHRKE, Astri, "Environmental Degradation and Population Flows", *Journal of International Affairs* Vol.47, No.2, 1994, s.486.

⁹⁰ WARREN, "Forced Migration After Paris Cop21: Evaluating the Climate Change Displacement Coordination Facility", s.2104.

- Vize alma zorunluluğu bulunmayan ülkelere havayoluyla yasal yoldan giriş yapılarak sonradan temin edilen belgelerle diğer ülkelere geçiş yapılması,

- Göçmenlerin tır, kamyon, karavan vb. gibi ulaşım araçlarının gizli yerlerine⁹¹ veya özel olarak yaptırılan gizli bölmelerine ya da bu araçlarla taşınan yüklerin arasına yerleştirilerek taşınması,

- Kara sınırlarından yürüyerek veya binek hayvanları vasıtasıyla ülkeye giriş-çıkış yapılması,

- Sınırlarda bulunan nehir ve göllerden yüzerek veya botlarla giriş-çıkış yapılması,

- Göçmenlerin, denize kıyısı bulunan bölgelerden teknelerle açıkta bekleyen büyük gemilere götürülmesi, başka bir ülke kıyısına ulaşıldığında yine küçük teknelerle karaya çıkartılması,

- Ülke çıkışında kullanılan yasal belgeyi postayla geri göndererek, diğer bir kişinin kullanımının sağlanması,

- Ticari yatırım adı altında kurulan şirketler kanalı ile vize ve ikamet izni alınması,⁹²

- Çeşitli yollarla ülkeye giren kaçak göçmenlerin, ülkede kalabilmek amacıyla terör örgütleriyle bağlantıya geçerek örgüt tarafından düzenlenen sahte belgelerle ilgili makamlara başvuruda bulunup siyasi suçlu olduğunu veya işkence gördüğünü beyan ederek siyasi iltica talebinde bulunması.⁹³

Yukarıda sayılan yöntemlerden de anlaşıldığı üzere, yasadışı göç, kara yoluyla, deniz yoluyla veya hava yoluyla gerçekleşebilmektedir. Türkiye’de yapılan kapsamlı

⁹¹ Örneğin, yaşanmış bir olay olarak, Kilis Öncüpınar Gümrük Kapısı’nda göçmenlerin aracın yedek boş yakıt deposuna gizlenmiş şekilde yakalanması. Söz konusu olay hakkında ayrıntılar için bkz. <http://www.haberturk.com/kilis-te-kamyonun-yakit-deposuna-saklanan-gocmenler-yakalandi-1820373>

⁹² İleride değineceğimiz üzere, bu yöntem, Amerikan Hukuku’nda suç olarak düzenlenmiştir.

⁹³ ŞEN, *Dünya ve Türkiye Perspektifinden Göçmen Kaçakçılığı İnsan Ticareti Organ-Doku Ticareti*, s.31, SAYIN, *Uluslararası Hukuk ve Türk Hukuku Bakımından Göçmen Kaçakçılığı, İnsan Ticareti, Cinsel Sömürü Suçları ve Bunlarla Mücadelede Uluslararası İşbirliği*, s.137.

bir araştırmada, göçmen kaçakçılarının %66 oranında kara yolunu, %27 oranında deniz yolunu⁹⁴ ve %7 oranında hava yolunu tercih ettikleri tespit edilmiştir.⁹⁵

Ülkemizde, kalabalık gruplar halinde olan göçmenler tekne veya botlarla Yunan adalarına götürülerek kaçırılmakta iken, 3-5 kişiden oluşan küçük gruplar halindeki göçmenler ise, çoğunlukla Meriç Nehri üzerinden ülke dışına kaçırılmaktadır. Kaçırılacak göçmen sayısının bir veya iki kişi olması halinde ise, tırlar veya gemiler tercih edilmektedir.⁹⁶

D. Yasadışı Göç Güzergâhları

Yasadışı göçmenler yola çıkmadan önce, duydukları haberlerden, hikâyelerden ve özellikle kaçakçılardan büyük ölçüde etkilenmekte ve yol güzergâhlarını da bu şekilde belirlemektedirler. Gerçekten de kaçakçılar, göçmenlere nereye kadar götürebileceklerini, hangi ülkelerde ne gibi imkânlarla sahip olabileceklerini aktarırlar. Örneğin, kaçakçılar, göçmenlere AB'nin doğudaki giriş kapısı olan Yunanistan'a iltica talebinde bulunabileceklerini söyleyerek göçmenleri bu ülkeye yönlendirmektedir.⁹⁷

Göçmen kaçakçılığı organizasyonlarında, ülkelerin yasadışı göçü engellemek amacıyla aldığı önlemler nedeniyle sadece bir yöntem veya güzergâhtan ziyade, zaman zaman alternatif yöntem ve güzergâhlar da kullanılmaktadır. Göçmen kaçakçılığı faaliyetlerinde en fazla kullanılan yasadışı göç güzergâhları şu şekilde sıralanabilir:

- Bulgaristan-Romanya-Macaristan-Avusturya-Çek veya Slovakya Cumhuriyetleri üzerinden Avusturya veya Almanya'ya geçiş,
- Bulgaristan veya Yunanistan-Makedonya-Arnavutluk-İtalya üzerinden Orta veya Batı Avrupa ülkelerine geçiş güzergâhı⁹⁸

⁹⁴ Deniz yolunun göçmenler ve kaçakçılar tarafından tercih edilmesinin nedeninin maliyet ve riskin hava yoluna göre az olması olduğu ifade edilmektedir, SAYIN, *Uluslararası Hukuk ve Türk Hukuku Bakımından Göçmen Kaçakçılığı, İnsan Ticareti, Cinsel Sömürü Suçları ve Bunlarla Mücadelede Uluslararası İşbirliği*, s.139.

⁹⁵ KAHYA, SEVER, *Türkiye'de Göçmen Kaçakçıları*, s.210.

⁹⁶ EREL, Kemalettin, "Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı Suçu", *TBB Dergisi*, S.71, 2007, s.280.

⁹⁷ ÇİÇEKLİ, DEMİR, *Türkiye Koridorunda Yasadışı Göçmenler*, s.109.

⁹⁸ ŞEN, *Dünya ve Türkiye Perspektifinden Göçmen Kaçakçılığı İnsan Ticareti Organ-Doku Ticareti*, s.33.

- Kaynak ülkelerden Ege ve Akdeniz üzerinden Türkiye, Yunanistan ve İtalya gibi ülkeler transit geçiş için kullanılarak Avrupa Birliği ülkelerine giden güzergâh⁹⁹

-ABD'nin Meksika sınırında yer alan eyaletlerindeki güzergâhlar.¹⁰⁰

E. Kaynak-Transit-Hedef Ülke Kavramları

Kaynak ülke, insanların yurt dışına daimi veya geçici olarak yerleşmek üzere ayrıldıkları ülkelere denir. Kaynak ülke kavramı yerine “menşei ülke” ve “gönderen ülke” kavramları da kullanılmaktadır.¹⁰¹ Çeşitli sebeplerle insanların yaşadıkları toprakları terk etmesine sahne olan bu ülkeler, dünyada göçlerin kaynağı olan ülkelerdir. Kaynak ülkelere örnek olarak, Suriye, Irak, Afganistan Pakistan, Myanmar gibi ülkeler gösterilmektedir.

Transit göç, hedeflenen ülkeye ulaşmak için başka bir ülkede geçici süre kalınması olarak tanımlanmaktadır.¹⁰² Transit ülke¹⁰³ ise, yasal ya da yasadışı göç akınlarının içinden geçtiği ülkedir.¹⁰⁴ Bir başka anlatımla, göçmenlerin göç güzergâhları üzerinde yer alan ve hedefledikleri ülkeye ulaşmak için zorunlu olarak uğradıkları ülkelere transit ülke denir.¹⁰⁵ Transit ülkelere, Türkiye, Yunanistan,¹⁰⁶ Ukrayna ve Romanya¹⁰⁷ gibi ülkeler örnek olarak gösterilebilir.

Örneğin, Endonezya da uzun zamandır yasadışı göç sorunuyla karşı karşıya kalmış olan transit bir ülkedir. Genel olarak, Endonezya'ya gelen yasadışı göçmenler,

⁹⁹ Migrant Smuggling in the EU, Europol Public Information (Report), February 2016, s.5, <https://www.europol.europa.eu/publications-documents/migrant-smuggling-in-eu> (20.05.2017)

¹⁰⁰ Bu güzergâh hakkında geniş bilgi ve ABD'nin aldığı önlemler için bkz. CORNELIUS, “Death at the border: Efficacy and Unintended Consequences of US Immigration Control Policy”, s. 661-685.

¹⁰¹ ÇİÇEKLİ, *Açıklamalı Göç ve İltica Hukuku Terimleri Sözlüğü*, s.43.

¹⁰² YILMAZ, “Uluslararası Göç: Çeşitleri, Nedenleri ve Etkileri” s.1689.

¹⁰³ Transit ülkeyi ifade etmek üzere “geçiş yolu ülkesi” kavramı da kullanılmaktadır, ÜMİT, Ceyda, “Mülteci Hukukuna Genel Bakış ve İltica-Sığınma Konularında Türkiyede’ki Uygulama”, *Adalet Dergisi*, S.8, 2001, s.2.

¹⁰⁴ ÇİÇEKLİ, *Açıklamalı Göç ve İltica Hukuku Terimleri Sözlüğü*, s.102.

¹⁰⁵ AKGÜN, Erhan, *Yasadışı Göç Çerçevesinde Türkiye-Avrupa Birliği İlişkileri*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011, s.11.

¹⁰⁶ Yunanistan’da yasadışı göç ve göçmen kaçakçılığının sosyal örgütlenmesi hakkında bkz. ANTONOPOULOS, Georgios A., WINTERDYK, John, “The Smuggling of Migrants in Greece”, *European Journal of Criminology*, Vol.3(4), 2006, s. 439-461,

¹⁰⁷ Romanya’yı transit ülke olarak kullanarak Batı Avrupa’ya ulaşmayı amaçlayan yasadışı göçmen akışları, genellikle, Hindistan, Türkiye, Pakistan, Çin ve Bangladeş gibi Asya kökenli ülkelerden kaynaklanmaktadır. Romanya’da yasadışı göç hakkında daha detaylı bilgi için bkz. CIOROBAL, “Smuggling of Migrants Threat to National Security”, s.61-65.

burada yerleşmek niyetinde değildir, ancak Endonezya üzerinden, hedefledikleri diğer ülkelere (çoğunlukla Avustralya'ya) göç etme niyetleri vardır. Bu kişiler, Endonezya'daki hukuk kurallarının uygulanmasındaki sistemsel aksaklıklar nedeniyle Endonezya'ya yasadışı şekilde kolayca girebilmektedir. Söz konusu göçmenler, genellikle Irak, İran, Afganistan, Sri-Lanka ve Pakistan gibi ülkelerdeki kaos, savaş, iç çatışmalar, hatta belki de soykırım nedeniyle Endonezya'ya gelmektedir.¹⁰⁸

Hedef ülke, yasal ya da yasadışı göç akınları için varılacak hedef konumundaki ülkedir.¹⁰⁹ “Alıcı ülke” ve “varış ülkesi” kavramları da hedef ülkeyi ifade etmek için kullanılmaktadır. ABD, İngiltere, Kanada ve Almanya gibi gelişmiş ülkeler, daha iyi yaşam standartlarına kavuşmak için ülkesini terk eden göçmenlerin en çok tercih ettiği hedef ülkelerdir.

Hedef ülkenin belirlenmesinde, göçmenlerin daha önce ülke hakkında edindikleri bilgiler, duydukları hikâyeler ve kaçakçıların yönlendirmeleri de büyük ölçüde etkili olmaktadır. Göçmenlerin maddi durumu ve kaçakçılara ne kadar ödeme yapabileceği de hedef ülkenin belirlenmesinde bir başka etkidir. Örneğin, Afgan bir göçmen, Türkiye'ye gelmek için kaçakçılara 3000 Dolar ödüyorsa, Yunanistan'a gitmek için 5000 Dolar ödemesi gerekecektir. Bu durumda göçmenler tercihlerini sahip oldukları paraya göre de belirlemek durumunda kalmaktadırlar. Ayrıca, göç edecek kişi, daha önce çeşitli ülkelerde bulunmuş aile bireyleri, akrabaları ve arkadaşları tarafından gitmek istediği ülkedeki yaşam, iş bulma, iltica başvurusunda bulunma, oturma izni alma veya vatandaşlık kazanma gibi konularda bilgi almakta ve hedef ülkesini ona göre belirlemektedir.¹¹⁰ Ancak, iç savaş gibi zorunlu nedenlerle göç söz konusu olduğunda, genellikle en yakındaki komşu ülke, hedef ülke olarak belirlenmektedir. Çünkü öncelikli amaç hayatta kalabilmektir, yaşam standardı ve refah seviyesi yüksek ülkelere gitme planı sonradan yapılabilir.¹¹¹

¹⁰⁸ ADRIADNO, “Indonesian Case on Illegal Migrant”, s.248.

¹⁰⁹ *International Migration Law Glossary on Migration*, s.15.

¹¹⁰ ÇİÇEKLİ, DEMİR, *Türkiye Koridorunda Yasadışı Göçmenler*, s.110.

¹¹¹ SAYIN, *Uluslararası Hukuk ve Türk Hukuku Bakımından Göçmen Kaçakçılığı, İnsan Ticareti, Cinsel Sömürü Suçları ve Bunlarla Mücadelede Uluslararası İşbirliği*, s.133.

F. Yasadışı Göç ve Türkiye

Türkiye, coğrafi konumu itibariyle uzun zamandır önemli göç hareketlerinin merkezinde yer almış olmasına rağmen “yabancıların” (etnik olarak Türk olmayanların) Türkiye’ye göçü, nispeten yakın zamanda (1980’ler sonrası) gerçekleşmeye başlamıştır. Bir başka ifadeyle, son yıllarda Türkiye’ye yapılan göçler, Türkiye açısından farklı ve tarihsel olarak yeni sayılabilecek bir gelişmedir. Bu göç hareketi içerisinde transit göçmenler, belgesiz çalışanlar ve son yıllarda sayıları önemli rakamlara ulaşan sığınmacı ve mülteciler de yer almaktadır.¹¹² Türkiye’ye gelerek uluslararası koruma talebinde bulunan yabancıların büyük bir çoğunluğunu Avrupa ülkeleri dışından gelenler oluşturmaktadır. Bu kişilerin asıl hedefi, gelişmişlik ve refah düzeyi yüksek olan Batı ülkelerine yerleşmektir. Bu nedenle, Türkiye, sığınma başvurusunda bulunan bu yabancılar açısından hedef ülke olmaktan ziyade, geçici bir süre kalmak üzere kullanılan transit bir ülke konumundadır.¹¹³

Türkiye, jeopolitik konumu itibariyle, üç tarafının denizlerle çevrili olması, geriye kalan sınırlarının büyük bir kısmının ise yüksek dağlık ve kontrolü güç bölgelerden oluşması ve komşu ülkelerdeki siyasi ve ekonomik sorunlar dolayısıyla hedef ülke olduğu gibi, aynı zamanda göçmenlerin Avrupa ülkelerine ulaşımında bir geçiş ülkesi olmasından dolayı transit ülke konumunda bulunmaktadır.¹¹⁴ İran, Afganistan, Irak ve Filistin gibi Ortadoğu ülkelerinde süregelen politik çalkantılar, baskıcı (otoriter) rejimler ve yabancı devletlerin müdahaleleri, Türkiye’ye gelen ve Türkiye’den tekrar Avrupa ülkelerine göç ederek sığınma niyetinde olan göçmenlerin ve mültecilerin sayısında büyük bir artış yaşanmasına yol açmıştır.¹¹⁵

Yasadışı göçmenler, ülkelerinde yaşadıkları sıkıntılar yanında, bazı Avrupa ülkelerinin göçü teşvik eden politikaları nedeniyle de Avrupa’ya gitmek istemekte ve Türkiye’yi transit ülke olarak kullanmaktadırlar. Türkiye, göçmen kaçakçılığı

¹¹² İÇDUYGU, Ahmet, BIEHL, Kristen, *Türkiye’ye Yönelik Göçün Değişen Yönergesi*, İÇDUYGU (Der.), *Kentler ve Göç:Türkiye, İtalya, İspanya*, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., 1.B., Temmuz, 2012, s.16.

¹¹³ BAŞAK, Cengiz, *Mülteciler, Sığınmacılar ve Yasadışı Göçmenler*, Ankara, Sonsöz Gazetecilik Matbaacılık Reklamcılık, 2011, s.26, BUZ, Sema, “Türkiye Sığınma Sisteminin Sosyal Boyutu”, *TBB Dergisi*, S.76, 2008, s.120.

¹¹⁴ DEMİR, Oğuzhan Ömer, ERDAL, Hakan, “Yasa Dışı Göç İle İlgili Kavramların Doğru Anlaşılması Sorunu ve Yazılı Basında Çıkan Haberler Üzerine Bir İnceleme”, *Polis Bilimleri Dergisi*, C.12, S.1, ss:29–54, 2012, s.40.

¹¹⁵ İÇDUYGU, BIEHL, *Türkiye’ye Yönelik Göçün Değişen Yönergesi*, s.15.

faaliyetlerinde % 67,2 oranında transit ülke,¹¹⁶ % 26,5 oranında ise hedef ülke konumundadır.¹¹⁷ Dolayısıyla, Türkiye’de en çok karşılaşılan yasadışı göç modeli ise transit yasadışı göçtür. Bu yasadışı transit göçmenler, çoğunlukla (yaklaşık %40) Türkiye-Yunanistan kara ve deniz sınırlarını kullanmaktadır.¹¹⁸

Son yıllarda azalan bir eğilim gösterse de, işsizlik sorunu nedeniyle Türkiye aynı zamanda göçe kaynaklık eden bir ülkedir. Son dönemlerde ise Türkiye, özellikle eski doğu bloğu ülkelerinden (ev hizmetleri, temizlik vb. gibi sektörlerde) çalışmak amacıyla yapılan göçler nedeniyle hedef ülke konumuna gelmiştir.¹¹⁹ Bu anlamda yasa dışı göçün, Türkiye açısından her zaman sorun olmaya devam edecek süreklilik arz eden bir olgu olarak karşımıza çıktığı söylenebilir.

Göç İdaresi Genel Müdürlüğü tarafından yayımlanan 2016 Türkiye Göç Raporu’nda Türkiye’de yasadışı göçle mücadeleye ilişkin olarak şu ifadeler yer almaktadır: “Ülkemiz, coğrafi konumu gereği ve çevre ülkelerdeki siyasi, sosyal ve ekonomik sıkıntılar nedeniyle hem hedef ülke hem de yabancı uyruklu şahısların Avrupa ülkelerine ulaşımında bir köprü vazifesi görmesi sebebiyle transit ülke konumunda bulunmaktadır. Uzun kara ve deniz sınırlarına sahip oluşunun yanında çok sayıda da sınır komşusunun bulunduğu bir konumda yer alması, Türkiye’nin göç alanında potansiyelini kanıtlar niteliktedir. Ülkemiz, düzensiz göçe karşı gerek ulusal düzeyde etkin tedbirler alarak gerekse bu alanda uluslararası düzeyde sorunların tespiti, bilgi alış-verişi, ortak mücadele ve işbirliği şeklindeki çalışmaların çoğuna aktif olarak katılarak bu konudaki kesin tavrını ortaya koymakta, ülkemiz üzerinden düzensiz göçü önlemek ve ülkemizde yasa dışı bulunan yabancıları ülkeden çıkarmak için etkin ve kararlı biçimde çalışmalarını yürütmektedir. Ülkemizde düzensiz göç konusuna ilişkin faaliyetler; Göç İdaresi Genel Müdürlüğü koordinesinde, Kara Kuvvetleri Komutanlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı,

¹¹⁶ Türkiye, özellikle mülteciler tarafından transit ülke olarak kullanılmaktadır, ÜMİT, “Mülteci Hukukuna Genel Bakış ve İltica-Sığınma Konularında Türkiyede’ki Uygulama”, s.2.

¹¹⁷ KAHYA, SEVER, *Türkiye’de Göçmen Kaçakçıları*, s.206.

¹¹⁸ İÇDUYGU, Ahmet, AKSEL, Damla B., *Türkiye’de Düzensiz Göç*, Uluslararası Göç Örgütü Türkiye Yayını, Ankara, 2012, s.24, http://www.turkey.iom.int/documents/IrregularMigration/irregular_migration_turkce.pdf (08.05.2017)

¹¹⁹ DEMİR, ERDAL, “Yasa Dışı Göç İle İlgili Kavramların Doğru Anlaşılması Sorunu ve Yazılı Basında Çıkan Haberler Üzerine Bir İnceleme”, s.40.

Sahil Güvenlik Komutanlığı ve ilgili kurumlar ile iş birliği halinde yürütülmektedir.”¹²⁰

Söz konusu göç raporuna göre, 2014 yılında Türkiye’de yakalanan yasadışı göçmen sayısı 58.647, 2015 yılında 146.485 iken 2016 yılında yakalanan yasadışı göçmen sayısı ise bir önceki yıla göre % 19’luk bir artış göstererek 174.466 olmuştur. Göçmen kaçakçılığı faaliyeti açısından değerlendirecek olursak, aynı raporda 2014 yılında Türkiye’de yakalanan göçmen kaçakçısı sayısı 1.506, 2015 yılında 4.4741, 2016 yılında ise 3.314 olduğu ifade edilmektedir.¹²¹

Yine Göç İdaresi Genel Müdürlüğü’nce yayımlanan 2017-2021 Stratejik Planı’nda ise Türkiye’de düzensiz göçle mücadele amacıyla üç temel stratejik hedef belirlenmiştir. Bu hedefler:

“-Düzensiz göçle mücadele edilebilmesi ve sınır dışı etme mekanizmasının işletilebilmesi amacıyla ilgili paydaşlar arasında koordinasyon sağlayarak etkinliği arttırmak,

-Geri kabul kapsamında yürütülen tüm iş ve işlemleri uluslararası hukuk ve insan hakları normları çerçevesinde yürütmek ve

-Ulusal ve uluslararası hukuk çerçevesinde düzensiz göçmenlerin gönüllü ve güvenli geri dönüş sayılarını artırabilecek bir sistem oluşturmaktır.”¹²²

Hızla hedef ülke olma yolunda ilerleyen ve aynı zamanda AB adaylık müzakereleri kapsamında sınırlarını, sınır ve göç yönetimi mevzuatını AB ile uyumlu hale getirmesi beklenen Türkiye’de bu yönde çalışmalar devam etmektedir. Bu yönde atılan adımlar arasında, özellikle yabancıların ülkeye girişinde karşılaşılan fiziksel

¹²⁰ Türkiye Göç Raporu (2016), TC. İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü Yayınları, Yayın No:40, Nisan 2017, s.56-58. http://www.goc.gov.tr/files/files/2016_goc_raporu_.pdf, (15.10.2017)

¹²¹ Türkiye Göç Raporu (2016), s.57-58

¹²² Göç İdaresi Genel Müdürlüğü Stratejik Plan 2017-2021, TC. İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü Yayınları, Haziran 2017, s.71, http://www.goc.gov.tr/files/files/stratejik_plan_sitede_yay%C4%B1nlanan.pdf (10.12.2017)

sınırların yanı sıra, kapatma, filtreleme, engelleme ve sınırlandırma işlevi görebilme kapasitesine sahip katmanlı bir sınır yapısının varlığından söz etmek mümkündür.¹²³

G. Avrupa Birliği'nde Yasadışı Göçle Mücadele

Göç ister yasal yollarla ister yasadışı şekilde gerçekleştirilsin yalnızca bireyleri değil, devletleri ve BM, AB ve AGİT¹²⁴ gibi uluslararası örgütleri de etkilemektedir. Özellikle gelişmişlik düzeyi yüksek olan Avrupa ülkeleri, göçmenler için en gözde hedef ülke konumundadırlar.¹²⁵ AB üyesi ülkelere gerçekleşen yasadışı göçün ana sebebini ise yoksulluk ve siyasi istikrarsızlık oluşturmaktadır. Özellikle Suriye, Afganistan, Türkiye ve Afrika kıtasındaki çeşitli ülkelere göç edenler bu bölgeye doğru yönelmektedir.¹²⁶

Milyonlarca insanın hayatını kaybettiği II. Dünya Savaşı sonrasında ortaya çıkan iş gücü ihtiyacı nedeniyle birçok Avrupa ülkesi yasal olarak göçmen kabul etmeye başlamıştır. Ancak ilerleyen zamanlarda meydana gelen doyumluk, bu ülkelerin göçmen kabulü konusunda daha seçici davranmasına yol açmış ve bu durum Avrupa ülkelerine göç etmek amacı taşıyan insanları yasadışı göçe yönlendirmiştir.¹²⁷ AB üyesi ülkelerin uygulamış olduğu katı vize ve sınır politikaları nedeniyle Avrupa kıtası, “Kale Avrupa (Fortress Europea)” olarak nitelendirilmektedir.¹²⁸

AB ülkelerinin birçoğu, göç hareketlerini yasal bir zemine kavuşturmak ve işgücü açığını kapatmak için ülkelere yıllık belli oranlarda göçmen kabul etmeye

¹²³ GENÇ, Deniz, *Türkiye'nin Yabancı Hareketliliğine İlişkin Sınır Politikası*, SOYSÜREN, DANIŞ (Edt.), *Sınır ve Sınırdışı: Türkiye'de Yabancılar, Göç ve Devlete Disiplinlerarası Bakışlar*, Ankara, NotaBene Yay., 1.B., 2014, s.47.

¹²⁴ Avrupa Göç İdaresi Topluluğu (AGİT), siyasi-askeri, ekonomik ve çevresel ve insani yönleri kapsayan kapsamlı bir güvenlik yaklaşımına sahip bir kuruluştur. Terörle mücadele, silah kontrolü, insan hakları, ulusal azınlıklar, demokratikleşme, polis faaliyetleri ile ilgili stratejiler ve ekonomik ve çevresel faaliyetler dahil olmak üzere geniş kapsamlı güvenlikle ilgili konularla ilgilenmektedir. Katılımcı 57 devletin tamamı eşit statüye sahiptir ve kararlar, oybirliği ile siyasi temelde alınmaktadır. Ancak bu kararlar hukuken bir bağlayıcılığa sahip değildir. <http://www.osce.org/whatistheosce>, (15.10.2017)

¹²⁵ SEVER, “Sosyal Öğrenme Teorileri Işığında Yasadışı Göç ve Etkileri”, s.52.

¹²⁶ CIOROBAI, “Smuggling of Migrants Threat to National Security”, s.58.

¹²⁷ SEVER, “Sosyal Öğrenme Teorileri Işığında Yasadışı Göç ve Etkileri”, s.52.

¹²⁸ KAYA, Ahmet, “Türkiye-AB Üyelik Müzakerelerinde Yasadışı Göçün Önemi ve Yansımaları”, *Türk İdare Dergisi*, Y.79, S.455, 2007, s.23, ALSCHER, Stefan, “Knocking at the Doors of Fortress Europea: Migration and Border Policy in Southern Spain and Eastern Poland”, *The Center for Comparative Immigration Studies, Working Paper 126*, 2005, <http://www.stefan-alscher.de/resources/wrkg126.pdf> (12.12.2017)

devam etmektedir. Üye ülkelerinin her yıl belirlemiş olduğu bu göçmen kotaları, göçmenler için olumlu ve teşvik edici bir durum yaratmaktadır. Ülkelerinde hala göçmen ihtiyacı olmasına karşın, AB ülkelerinin yasadışı göçü engellemek istemelerinin temel sebebi, nitelikli olmayan, daha açık bir ifadeyle kendilerine yarar sağlamayacak göçmenlerin ülkeye girişlerini önleme düşüncesidir. Bu durum “kontrollü ve seçici kabul” kavramlarıyla ifade edilmektedir.¹²⁹

AB’nin yaşlanan nüfusundan dolayı artan bir işgücü ihtiyacı bulunması dolayısıyla göçlere ihtiyaç duyması, yasal yollarla birlik topraklarına girmiş olsalar bile göçmenler ile ilgili artan siyasi ve kültürel gerilimler¹³⁰ ve son yıllarda yasadışı göç, insan ticareti ve kaçakçılık faaliyetlerinde meydana gelen artış AB’yi ortak bir göç politikası üretme arayışlarına sevk etmektedir. Ancak üye ülkelerin göç ile ilgili olarak farklı yaklaşımlarının ve çıkarlarının bulunması, göçmenler konusunda ortak ve uluslararası bir göç politikasının üretilmemesine yol açmaktadır. Bir başka ifadeyle, ekonomik temelli göçler, üye ülkelerin ucuz işgücü ihtiyacını karşılaması bakımından faydalı olacaksa da, AB ülkeleri kimlerin ekonomik göçmen olarak kabul edileceği konusunda ortak bir noktada buluşamamaktadır.¹³¹

AB’nin “Avrupa Kalesi” olarak adlandırılmasına yol açan katı vize politikaları ve sınır kontrollerinin sıkı bir şekilde uygulanması gibi yasadışı göçü önleme amacıyla alınan tedbirler, yalnızca göçmen kaçakçıların rotalarını değiştirmesine yol açmakta, yasadışı göç olgusuna etkin bir çözüm getirememektedir. Bu nedenle, bu tip kısa vadeli çözümlerden ziyade sosyal içerikli uzun vadeli çözümler denenmesi gerektiği ifade edilmektedir.¹³² Bu kapsamda, yasadışı göçü önlemeye yönelik olarak alınacak tedbirlerin daha AB sınırlarına ulaşmadan alınmasını amaçlayan ve AB’nin göçe

¹²⁹ ŞEN, *Dünya ve Türkiye Perspektifinden Göçmen Kaçakçılığı İnsan Ticareti Organ-Doku Ticareti*, s.26.

¹³⁰ Din, dil, ırk, ortak geçmiş, gelenek ve görenekler gibi ortak Avrupa değerlerini ifade eden “Avrupa ortak kültür birikimi”, özellikle göçe karşı olan radikal sağ partiler tarafından sıklıkla gündeme getirilen bir konudur. Bu partiler göç karşıtı söylemlerinde, göçmenlerin Avrupa kültürüne uyum sağlayamayacaklarını hatta kültürel yozlaşmaya yol açacaklarını dile getirmektedirler. Avrupa kültürüne en büyük tehdidi oluşturan kitle ise Müslümanlar olarak gösterilmektedir. Bir başka ifadeyle, islamofobi (islam karşıtlığı), göç karşıtlığının önemli bir tamamlayıcısı konumundadır, MANDACI, Nazif, ÖZERİM, Gökay, “Uluslararası Göçlerin Bir Güvenlik Konusuna Dönüşümü: Avrupa’da Radikal Sağ Partiler ve Göçün Güvenleştirilmesi”, *Uluslararası İlişkiler*, C.10, S.9, 2013, s.120.

¹³¹ SAMUR, Hakan, “Avrupa Birliği’nde Göçe Yönelik Global Yaklaşım”, *Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi*, C.5, S.2, 2008, s.2.

¹³² KAYA, “Türkiye-AB Üyelik Müzakerelerinde Yasadışı Göçün Önemi ve Yansımaları”, s.24.

kaynaklık eden ve göçmenlerce transit geçişte kullanılan ülkelere ekonomik ve siyasi yönlerden gelişmeleri için katkıda bulunmasını öngören “global yaklaşım” AB’nin yasadışı göçle mücadele politikasına yeni bir boyut kazandırmış olsa da, şuna kadar ki pratik yansımaları açısından sadece kağıt üzerinde kalmaktan öteye gidememiştir.¹³³

H. Türkiye-AB İlişkileri Bağlamında Yasadışı Göç ve Geri Kabul Antlaşması’nın Yasadışı Göç ve Göçmen Kaçakçılığı Faaliyetlerine Etkisi

Türkiye’nin AB üyeliğine kabul edilmesi halinde, Türkiye’den AB üyesi ülkelere yapılması beklenen göç konusunda yürütülen tahminler değişkenlik göstermektedir. Uzun vadede 2.7 milyon kişinin göç etme olasılığının söz konusu olduğu dile getirilmektedir. Ancak AB ülkeleri, kaynağı Türkiye olan göçlerden ziyade Türkiye üzerinden transit olarak gelecek yasadışı göçlerden endişe etmektedir.¹³⁴ Bunun nedeni ise, AB ülkelerinin Türkiye’nin sınır kontrol önlemlerini yeterli görmemeleri¹³⁵ ve Türkiye’nin coğrafi konumu itibarıyla siyasal istikrarı olmayan ülkeler için Avrupa’ya geçiş ülkesi olmasıdır.¹³⁶

Son yıllarda Türkiye’nin göçmenler için bir geçiş ülkesi olma rolünün artarak devam etmesi neticesinde, yasadışı göç meselesi, Türkiye’nin AB üyeliği müzakerelerinde ilk sıralara yerleşmiştir. Göç meselesi ile ilgili olarak AB uyum süreci 4 temel hedefe odaklanmış durumdadır. Bu hedefler; 1951 mültecilere ilişkin BM sözleşmesindeki coğrafi sınırlamanın kaldırılması,¹³⁷ geri kabul anlaşmalarının neticelendirilmesi, vize/schengen prosedürlerine uyum ve sınır yönetim ve kontrolünde dönüşüm yapılmasıdır.¹³⁸

Suriye ve Irak’taki iç savaşın 2015’te yoğunlaşması, milyonlarca Suriyeli ve Iraklı mültecinin Avrupa ülkelerinden sığınma talebiyle sonuçlandı. 2015 yazından itibaren, Türkiye ve Yunanistan arasındaki Ege Denizi sınırı, uluslararası koruma

¹³³ SAMUR, “Avrupa Birliği’nde Göç Yönelik Global Yaklaşım”, s.13.

¹³⁴ AKGÜN, *Yasadışı Göç Çerçevesinde Türkiye-Avrupa Birliği İlişkileri*, s.69.

¹³⁵ DENİZ, Taşkın, “Uluslararası Göç Sorunu Perspektifinde Türkiye”, *TSA*, Y.18 S.1, Nisan 2014, s.187.

¹³⁶ KAYA, “Türkiye-AB Üyelik Müzakerelerinde Yasadışı Göçün Önemi ve Yansımaları”, s.14.

¹³⁷ Sözleşmedeki bu sınırlamanın kaldırılması, Türkiye’nin Avrupa dışından gelen göçmenlere de kalıcı koruma sağlamasını gerektirecektir, GÜLEÇ, Cansu, “Avrupa Birliği’nin Göç Politikaları ve Türkiye’ye Yansımaları”, *Tesam Akademi Dergisi*, 2(2), s.99, 2015.

¹³⁸ İÇDUYGU, AKSEL, *Türkiye’de Düzensiz Göç*, s.13.

arayan insanlar açısından yeni bir hedef noktası olmuştur.¹³⁹ Avrupa'yı hedef alan bu mülteci akını sonrası, geri kabul antlaşmalarının sonuçlandırılması, AB'nin göç meselesi açısından üzerinde durduğu en önemli konulardan biri haline gelmiştir.

Müzakereleri 10 yıldan fazla süren Türkiye - AB Geri Kabul Anlaşması,¹⁴⁰ 16 Aralık 2013 tarihinde imzalanmıştır. Bu kapsamda, Türkiye'nin AB'den bazı beklentileri bulunmaktadır. Bunlar; vize muafiyeti, mali yardım ve AB üyelik sürecinin hızlandırılması olmak üzere üç başlık altında toplanmaktadır.¹⁴¹

Anlaşmanın “üçüncü ülke vatandaşlarının ve vatansız kişilerin geri kabulü” başlıklı 4. maddesinde ise, “*Üye Devletin veya Avrupa Birliğinin yasal düzenlemelerine göre ilgili Üye Devletin ülkesine girme, ülkesinde bulunma veya ikamet etmeye ilişkin yürürlükte olan koşulları sağlamayan üçüncü ülke vatandaşlarının veya vatansız kişilerin Türkiye'ye iadesi*” düzenlenmektedir. Ancak, anlaşmanın 24. maddesinin 3. fıkrasında “*üçüncü ülke vatandaşları ile vatansız kişilerin geri kabulüne ilişkin yükümlülüklerin anlaşmanın yürürlüğe giriş tarihinden üç yıl sonra uygulanacağı*” ifade edilmiştir. Geri kabul anlaşmasıyla birlikte ilerleyen vize muafiyeti müzakerelerinde aşama kaydedilebilmesi için¹⁴² taraflar, Ortak Geri Kabul Komitesini toplamışlar ve Komite'nin 2/2016 Sayılı Kararı ile üçüncü ülke vatandaşları ve vatansız kişilerin geri kabulüne ilişkin hükümlerin 1 Haziran 2016 tarihinden itibaren uygulanmaya başlayacağını kararlaştırmışlardır.¹⁴³

Anlaşmanın onaylanmasıyla ilgili TBMM raporunda, AB ile geri kabul anlaşması imzalanmasının ülkemiz üzerinden Avrupa'ya yönelik yasadışı göçle mücadelede etkin bir yöntem olacağı ve bu kapsamda AB ile işbirliğinin yasadışı göç

¹³⁹ GUILD, Elspeth, “Does the EU Need a European Migration and Protection Agency?”, *International Journal of Refugee Law*, Vol.28, No.4, s.586.

¹⁴⁰ 28 Haziran 2014 tarih ve 29044 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan “Türkiye Cumhuriyeti ile Avrupa Birliği Arasında İzinsiz İkamet Eden Kişilerin Geri Kabulüne İlişkin Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun” ile onaylanmıştır.

¹⁴¹ GÜDER, Mustafa, “Türkiye'deki Dış Göç Olgusuna Sosyoekonomik Bir Yaklaşım ve Avrupa Birliği ile Geri Kabul Anlaşması'nın Olası Etkileri”, *Sosyoekonomi*, Vol. 24(30), 2016, s.134.

¹⁴² BATIR, Kerem, “Avrupa Birliği'nin Geri Kabul Anlaşmaları: Türkiye ile AB Arasında İmzalanan Geri Kabul Anlaşması Çerçevesinde Hukuki Bir Değerlendirme”, *Yönetim Bilimleri Dergisi*, C.15, S.30, 2017, s.597.

¹⁴³ Ortak Geri Kabul Komitesinin Kararı 6714 Sayılı Kanun ile uygun bulunmuş, 20.05.2016 tarihinde Resmi Gazete yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Türkiye ile Avrupa Birliği Arasında İzinsiz İkamet Eden Kişilerin Geri Kabulüne İlişkin Anlaşma ile Oluşturulan Ortak Geri Kabul Komitesinin 2/2016 Sayılı Kararı, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss298.pdf>, (16.12.2017)

trafiğinin bölgemizi etkileyen sonuçları üzerinde caydırıcı etki yapacağı değerlendirilmekteydi.¹⁴⁴ Geri Kabul Antlaşması'nın yasadışı göç ve göçmen kaçakçılığı faaliyetlerine etkisi bakımından gerçekten bu caydırıcı etkinin söz konusu olup olmadığını değerlendirmek gerekir.

Yine 18.3.2016 tarihinde Türkiye-Yunanistan arasında geri kabul kapsamında etkin bir işbirliği için Türkiye-AB Ortak Bildirisi imzalanmıştır. Bu etkin işbirliği sonucu 2017 yılının Mart ayı sonu itibarıyla Ege Denzinde gerçekleşen yasadışı göçmen akımı % 92,5 oranında azalmıştır.¹⁴⁵ AB-Türkiye anlaşması gibi sınır yönetimi mekanizmalarının çoğaltılması kolay olmamıştır. AB-Türkiye anlaşması, Avrupa'ya açılan tek açık kapı olan merkezi Akdeniz koridoruna daha fazla baskı yaparak, yasadışı göç akınlarını İtalya'ya yönlendirmiştir.¹⁴⁶

Söz konusu veriler ışığında, geri kabul anlaşmasının Türkiye'de özellikle Ege denzinde gerçekleşen yasadışı göç ve göçmen kaçakçılığı faaliyetlerine yönelik olarak somut bir etkisinin ortaya çıktığı görülmektedir.

III. ULUSLARARASI MEVZUATTA GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

1. Genel Olarak

Yasadışı göç ve göçmen kaçakçılığının sosyal, siyasal ve ekonomik yönlerden uluslararası toplumu ilgilendiren niteliği, ülkelerin ortak hareket etme ihtiyacı duymasına ve bu alanda birçok uluslararası antlaşma ve belgelerin imzalanmasına yol açmıştır.

¹⁴⁴ Türkiye Cumhuriyeti ile Avrupa Birliği Arasında İzinsiz İkamet Eden Kişilerin Geri Kabulüne İlişkin Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun Tasarısı ile Avrupa Birliği Uyum Komisyonu, İçişleri Komisyonu ve Dışişleri Komisyonu Raporları (1/876), TBMM 24. Yasama Dönemi 4. Yasama Yılı, Sıra Sayısı:554, s.5, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss554.pdf>, (20.10.2017)

¹⁴⁵ Göç İdaresi Genel Müdürlüğü Stratejik Plan 2017-2021, s.70.

¹⁴⁶ HERMANIN, Costanza, "Immigraiton Policy in Italy: Problems and Perspectives", *Law Working Paper*, Aralık 2017, s.2, <http://www.iai.it/sites/default/files/iaiwp1735.pdf> (03.03.2018)

Uluslararası mevzuatta göçmen kaçakçılığına ilişkin düzenlemeleri incelemiden önce, uluslararası antlaşmaların hukuk sistemimizdeki yerine kısaca değinmek gerekmektedir. Anayasamızın 90. maddesine göre “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa’ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*” AB uyum yasalarına paralel olarak yapılan 07.05.2004 tarihli bu değişiklikte, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar, Türk hukuk sisteminde normaler hiyerarşisinde kanunların üzerinde bir yer edinmiştir.¹⁴⁷

Bu bölümde, çalışma konumuzla ilgisi olan uluslararası belgelerin, sadece göçmen kaçakçılığı ile doğrudan ilgisi olan kısımlarına temas edilmeye çalışılmıştır.

2. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1948 tarih ve 217A(III) sayılı Kararıyla kabul ve ilan edilmiştir. Bildiri 8 çekimser oya karşılık, 48 olumlu oyla kabul edilmiştir. Türkiye de, olumlu oy kullanan ülkelerden biridir. Bildiri, BM Genel Kurulu’nda yapılan oylama sonucu kabul edilmiş bir karardır. Bu nedenle, tavsiye niteliğindedir, bir başka ifadeyle, bağlayıcı bir etkiye sahip değildir. Ancak, yaklaşık 360 dile çevrilmiş olmasından da anlaşılacağı üzere, dünya çapında kabul görmüş bir metindir.¹⁴⁸

Toplamda 30 maddeden oluşan Evrensel Bildirinin konumuzu ilgilendiren maddeleri, 4., 13. ve 14. maddeleridir. İlk olarak, bildirinin 4. maddesi; “*Hiç kimse kölelik veya kulluk altında bulundurulamaz, kölelik ve köle ticareti her türlü biçimde yasaktır.*” şeklindedir. Bu madde daha çok insan ticareti suçu ile bağlantılıdır. Ancak göçmen kaçakçılığının insan ticaretine dönüşmesi sıkça karşılaşılan bir durum olduğundan burada değinilmesinde yarar vardır.

¹⁴⁷ DOĞAN, Koray, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, Ankara, Seçkin Yay., 2. B., 2008, s.49.

¹⁴⁸ AYBAY, Rona, *Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi*, Türkiye Barolar Birliği Yay., Ankara, TBB İHAUM Dizisi:7, No:13, Aralık, 2006, s.5-6.

Bildirinin 13. maddesinin birinci fıkrasında, “herkesin bir devletin toprakları üzerinde seyahat etme ve yerleşme özgürlüğüne sahip olduğu”; ikinci fıkrasında ise “herkesin, kendi ülkesi de dahil olmak üzere, herhangi bir ülkeyi terk etmek ve ülkesine yeniden dönmek hakkına sahip olduğu” ifade edilmiştir. Kuşkusuz bildiride tanınan bu haklar sınırsız değildir. Söz konusu hakların nasıl kullanılacağına ilişkin kuralları ve gerekli kısıtlamaları her ülke kendi mevzuat sistemi içerisinde belirlemektedir. Göçmen kaçakçılığı faaliyetlerinin kanunlarda suç olarak düzenlenmesiyle bu gibi hakların kötüye kullanılmasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.¹⁴⁹

14. maddenin birinci fıkrasında ise; “herkesin zulüm altında başka ülkelere sığınma (iltica etme) ve sığınma olanaklarından yararlanma hakkının var olduğu” ifade edilmiştir. Bu hakkın kullanılmasına ise maddenin ikinci fıkrasında, “Gerçekten siyasal nitelik taşımayan suçlardan veya Birleşmiş Milletlerin amaç ve ülkelerine aykırı eylemlerden doğan kovuşturma durumunda bu haktan yararlanılamaz.” hükmü ile sınırlandırma getirilmiştir.

3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Türkiye 10 Mart 1954’te sözleşmeyi onaylamış ve 28 Ocak 1987’de ise AİHM’e bireysel başvuru hakkını tanımıştır. Mahkemenin zorunlu yargı yetkisi ise 28 Ocak 1990 tarihinde kabul edilmiştir.

Sözleşmenin “Kölelik ve Zorla Çalıştırma Yasağı” başlıklı 4. maddesinde ise, “Hiç kimsenin köle ve kul halinde tutulamayacağı, hiç kimsenin zorla çalıştırılmayacağı ve zorunlu çalışmaya tabi tutulamayacağı” düzenlenmiştir. Bu hüküm de aslında göçmen kaçakçılığından çok insan ticareti suçu ile bağlantılıdır. Çünkü zorla çalıştırma, hizmet ettirme veya esarete tabi tutma vb. gibi uygulamalar, insan ticareti suçunun seçimlik hareketlerindendir. Ancak göçmen kaçakçılığının genellikle insan ticaretinin başlangıç noktalarından olması, bir başka ifadeyle, göçmen kaçakçılığı olarak başlayan eylemlerin sonradan insan ticaretine dönüşmesi nedeniyle,

¹⁴⁹ DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s.51.

göçmen kaçakçılığıyla uluslararası alanda da mücadele edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.¹⁵⁰

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin çalışma konumuz ile ilgili bir başka hükmü, “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği” başlıklı 5. maddesidir. Bu madde de “*herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine sahip olduğu*” düzenlenmiştir. Ancak özgürlükten yoksun bırakılmayı gerektirecek haller de aynı madde de istisna olarak belirlenmiştir. Buna göre Sözleşme'nin 5. maddesinin (f) bendinde; “*Bir kişinin usulüne aykırı surette ülkeye girmekten alıkonmasını veya kendisi hakkında sınır dışı etme ya da geri verme işleminin yürütülmekte olması nedeniyle usulüne uygun olarak yakalanması veya tutuklu durumda bulundurulması*”, özgürlükten yoksun bırakılmanın bir istisnası olarak düzenlenmiştir.

4.1951 Tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Cenevre Sözleşmesi ve Bu Sözleşmeye Ek 1967 Tarihli Protokol¹⁵¹

Mültecilerin hukuki durumları hakkındaki temel uluslararası belge olma niteliğini günümüzde de koruyan sözleşmede, mültecilere tanınması gereken haklar yer almaktadır. Ancak, Türkiye sözleşmeye koyduğu çekince ile sözleşmenin uygulama alanını zaman ve coğrafya açısından sınırlandırmıştır. Buna göre, yalnızca “1 Ocak 1951 tarihinden önce” ve “Avrupa’da meydana gelen olaylar nedeniyle” Avrupa’dan Türkiye’ye gelerek iltica talebinde bulunan yabancılara mülteci statüsü tanınabilecektir.

Türkiye, Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin 1967 tarihli Ek Protokol’ü¹⁵² ile zamana ilişkin koyduğu çekinceyi geleceğe etkili olarak kaldırmış ancak coğrafya sınırlamasını ise devam ettirmiştir.

Sözleşmenin 31. maddesinde, yasadışı yollardan taraf ülke topraklarına giren veya yasadışı şekilde ülke topraklarında bulunan mültecilere, gecikmeden yetkili

¹⁵⁰ DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s.67.

¹⁵¹ Sözleşme 29 Ağustos 1961 tarihinde, 359 sayılı Kanunla Türkiye Büyük Millet Meclisi’nde onaylanarak kabul edilmiştir. Sözleşme metni için bkz. R.G. 5.9.1961 t. ve S.10898.

¹⁵² Türkiye tarafından bu protokol 01.07.1968 tarih ve 6/10266 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile onaylanmıştır. Sözleşme metni için bkz. R.G. 5.8.1968 t. ve S. 12968.

makamlara başvurmaları halinde yasadışı girişlerinden veya yasadışı bulunuşlarından dolayı ceza verilmeyeceği ifade edilmiştir.

Sözleşmenin 32. maddesi ise mültecilerin sınır dışı edilmesiyle ilgilidir. Maddede, “ülkede bulunan mültecinin ancak kamu düzeni ve kamu güvenliği sebebiyle sınır dışı edilebileceği” düzenlenmiştir.

Sözleşmenin 33. maddesinde ise “Geri Göndermeme İlkesi” düzenlenmiştir. Bu ilkeye göre “Mülteci, ırkı, dini, vatandaşlığı veya siyasi düşünceleri sebebiyle, hayatı veya özgürlüğünün tehlide uğrayacağı bir ülkeye gönderilemez.” Maddenin 2. fıkrasında ise bu durumun istisnası yer almaktadır. Buna göre, ülke güvenliğinin tehlikeye uğraması veya ciddi bir adi suçtan kesinleşmiş mahkûmiyetleri bulunan mülteciler bu hükümden istifade edemez.

5.Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme

Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme, 18 Aralık 1990 tarihinde BM Genel Kurulu’nda kabul edilmiş ve 13 Ocak 1999 tarihinde bir maddesine konulan çekince ve bazı bildirimlerle Türkiye tarafından imzalanmıştır.¹⁵³ Söz konusu çekince, Sözleşme’nin 40. maddesinde göçmen işçilere dernek ve sendika kurma hakkı tanınması ile ilgilidir. Hukukumuzda 2821 sayılı Sendikalar Kanunu’nun¹⁵⁴ 5. maddesi gereği, sendika kurmak için aranan şartlardan birisi de Türk vatandaşlığına sahip olmaktır. Bu nedenle, Sözleşme’nin 40. maddesine Türkiye tarafında çekince koyulmuştur.¹⁵⁵

Sözleşmenin “Başlangıç” kısmında, “*tüm göçmen işçilerin ve aile fertlerinin haklarının uluslararası korunmasının gerçekleştirilmesine ihtiyaç duyulduğu*” vurgulanmıştır. Sözleşmenin uygulama alanı 1. madde de, “*belirtilen durumlar istisna olmak üzere cinsiyet, ırk, renk, dil, din veya inanç, siyasal veya diğer görüş, millî, etnik veya sosyal köken, tabiiyet, yaş, ekonomik durum, mülkiyet, medenî hal, doğum veya*

¹⁵³ Sözleşme metni için bkz. R.G. 09.05.2001, S. 24397.

¹⁵⁴ Sözleşme, 26.04.2001 tarih ve 4662 sayılı Yasa ile TBMM tarafından kabul edilmiştir. R.G. 7/5/1983, S. 18040.

¹⁵⁵ AKINTÜRK, Esen, “Birleşmiş Milletlerin Göçmen İşçilere İlişkin Sözleşmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C.9, S.2, 2007, s.23.

diğer statüler açısından hiçbir farklılık gözetilmeksizin, tüm göçmen işçiler ve aileleri” olarak belirtilmiştir.

Sözleşmenin 2. maddesinde ise “göçmen işçi” kavramı tanımlanmıştır. Buna göre, göçmen işçi, *“vatandaşlık bağı ile bağı olmadığı bir devlette ücret ödenen bir faaliyette çalıştırılacak, çalıştırılmakta olan veya çalıştırılmış olan bir kişidir.”*

Sözleşmenin 68. maddesi göçmen kaçakçılığı ile bağlantılıdır. Madde hükmüne göre, transit devletler de dahil olmak üzere, taraf devletler göçmen işçilerin yasadışı şekildeki göçünü ve istihdamını engellemek amacıyla işbirliği yapacaklardır. Madde de her taraf devletin kendi hukuk sistemi içerisinde alması gereken önlemler de belirlenmiştir. Bunlar;

“a) Göçmen giriş ve çıkışları ile ilgili olarak yanıltıcı bilgilerin yayımlanmasına karşı gerekli önlemlerin alınması;

b) Yasadışı veya gizli göçmen işçi ve aile fertlerinin hareketlerinin izlenerek önlenmesi ve bu tür hareketleri organize eden ve yürüten kişi, grup veya varlıkların etkin olarak cezalandırılmaları konusunda önlemler almak;

c) Düzensiz durumda bulunan göçmen işçi ve aile fertlerine karşı şiddet, tehdit veya şantaj uygulayan kişi, grup veya varlıklara etkin yaptırım uygulanması için önlemler almak” olarak ifade edilmektedir.

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

Sözleşme, yalnızca düzenli göçmen işçileri değil, düzensiz göçmen işçileri de kapsamına almakta ve bu durumda bulunan göçmenlere yönelik olarak da düzenlemeler getirmektedir. Ayrıca, sözleşme gizli göçün ve göçmen işçi kaçakçılığı faaliyetlerinin engellenmesine büyük önem vermektedir.¹⁵⁶ Bu nedenle, bu sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesi, göçmen kaçakçılığı suçunun

¹⁵⁶ AKINTÜRK, “Birleşmiş Milletlerin Göçmen İşçilere İlişkin Sözleşmesi”, s.23.

önlenmesi ile de doğrudan bağlantılıdır. Çünkü bir ülkede kaçak işçi çalıştırmayla etkin şekilde mücadele edilmesi, o ülkeye kaçak göçmen işçi girişini de engelleyecektir.

6. Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler (Palermo) Sözleşmesi

Sınır aşan örgütlü suçlarla mücadele amacıyla Birleşmiş Milletler tarafından 12-15 Aralık 2000 tarihleri arasında Palermo’da düzenlenen konferansta, Türkiye’nin de aralarında bulunduğu 147 ülke tarafından imzalanmıştır.¹⁵⁷

Palermo Sözleşmesi, “ana” anlaşma olarak adlandırılmaktadır. Sözleşmedeki ilke hükümleri, sözleşmenin üç ek protokolüne de uygulanır. Ayrıca, taraf devletler, protokollerden herhangi birisini onaylamadan önce sözleşmeyi onaylamalıdır.¹⁵⁸ Palermo sözleşmesi ve protokollerinin amacının devletlerin uluslararası organize suçla mücadelede birleşmesine yardımcı olmak ve bu kapsamda bir “anlaşma çerçevesi” sağlamak olduğu ifade edilmektedir.¹⁵⁹

Sözleşmede ilk olarak, terminolojide birlik sağlamak amacıyla bazı kavramların tanımlarına yer verilmiştir. İlk olarak, madde 2(a)’da “*örgütlü suç grubu*” tanımlanmaktadır. Buna göre, örgütlü suç grubu, “*doğrudan veya dolaylı olarak mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek amacıyla belli bir süreden beri var olan ve bu sözleşmede belirtilen bir veya daha fazla ağır suç veya yasadışı eylemi gerçekleştirmek amacıyla birlikte hareket eden, üç veya daha fazla kişiden oluşan yapılanmış grup*”tur. Yine aynı maddenin devamında, “ağır suç” kavramının, “*üst sınırı dört yıl veya daha fazla hürriyetten mahrumiyeti veya daha ağır bir cezayı gerektiren bir suçu oluşturan davranış*”; “yapılanmış grup” kavramının ise, “*belirli bir suçu derhal işlemek için tesadüfi olarak oluşturulmamış ve üyelerinin rollerinin şeklen belirlenmesi şartı*

¹⁵⁷ Sözleşme, Türkiye tarafından 30.1.2003 tarih ve 4800 sayılı Yasa ile uygun bulmuştur. Sözleşme metni için bkz. R.G. 4.2.2003 t. ve S. 25014.

¹⁵⁸ GALLAGHER, Anne, “Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling A Preliminary Analysis”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 23, 2001, s.977-978.

¹⁵⁹ BROLAN, Claire, “An analysis of the human smuggling trade and the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Air and Sea (2000) from a refugee protection perspective”, *International Journal of Refugee Law*, 14: 2002, s.581

olmayan, üyeliğinin devamlılığı veya gelişmiş bir yapısı olması gerekmeyen grubu” ifade ettiği belirtilmiştir.

Sözleşmenin kapsamı ise sözleşmenin 3. maddesinde belirtilmektedir. Bu maddeye göre; *“sözleşme, örgütlü bir suç grubuna katılma (m.5), suç gelirlerinin aklanması (m.6), yolsuzluk (m.8), adaletin engellenmesi (m.23) suçları ve 2. maddede tanımlanan ağır suçlar, örgütlü olarak ve sınıraşan nitelikte işlendiği takdirde”* uygulanacaktır. Maddenin ikinci fıkrasına göre, *“bir suç, birden fazla devlette işlendiğinde, tek bir devlette işlendiğinde ancak, hazırlanma, planlama, idare veya kontrolünün önemli bir kısmının başka bir devlette gerçekleşmesi halinde, tek bir devlette işlendiğinde ancak, birden fazla devlette suç teşkil eden faaliyetlerde bulunan örgütlü bir suç grubunun suça karıştığına veya tek bir devlette işlendiğinde ancak başka bir devlette önemli etkilerinin söz konusu olması”* halinde sınıraşan nitelikte kabul edilmektedir. İnceleme konumuz olan göçmen kaçakçılığı suçu da niteliği itibariyle çoğunlukla ülke sınırları yasadışı şekilde aşılarak işlendiğinden sınıraşan özelliğe sahiptir.

Sözleşmenin “Müsadere ve El Koyma” başlıklı 12. maddesinde, *“sözleşmede belirtilen suçlardan elde edilen gelir veya değeri bunlara tekabül eden malvarlığı, suçlarda kullanılmış veya kullanılması amaçlanan malvarlığı, malzeme, teçhizat veya diğer araç-gereçlerin”* müsaderesinin sağlanması konusunda taraf devletlere iç hukuk sistemlerinin elverdiği en geniş şekilde gerekli önlemlerin alınması yükümlülüğü getirilmektedir. İleride “Yaptırım” başlığı altında daha ayrıntılı bir biçimde üzerinde duracağımız üzere sözleşme ile getirilen bu düzenlemenin inceleme konumuz suç açısından da uygulama alanı bulunmaktadır.

7. Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesine Ek, Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol

Palermo Sözleşmesi gibi 12-13 Aralık 2000 tarihlerinde Birleşmiş Milletler tarafından Palermo’da düzenlenen konferansta kabul edilen “Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla

Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol” 30.1.2003 tarih ve 4803 sayılı Yasa ile TBMM tarafından kabul edilmiştir.¹⁶⁰

Protokol, uluslararası toplum tarafından göçmen kaçakçılığı meselesinin, özellikle de “uluslararası organize bir suç” türü olarak kabul edilmesini temsil etmektedir. Bu protokol, özellikle Soğuk Savaş'ın ardından göçmen kaçakçılığı faaliyetlerinde meydana gelen artışa bir karşılık olmuştur.¹⁶¹

Protokolün Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı BM (Palermo) Sözleşmesi'nin eki olduğu ve sözleşme ile birlikte yorumlanacağı, Protokolde aksine hüküm bulunmadıkça Sözleşme hükümlerinin bu Protokol için de geçerli olacağı Protokol'ün 1. maddesinde belirtilmiştir.

Protokolün kabul gerekçesinin, “*kara, deniz ve hava yoluyla yapılan göçmen kaçakçılığını önlemek ve bununla mücadele etmek için atılacak etkin adımların, işbirliği, bilgi alışverişi ve ulusal, bölgesel ve uluslararası düzeylerdeki sosyo-ekonomik önlemleri de içeren diğer uygun önlemler dahil, kapsamlı bir uluslararası yaklaşımın gerekliliği olduğu*”, protokolün önsözünde ifade edilmektedir.

Protokolün amacı ise 2. maddede, “*göçmen kaçakçılığını önlemek ve bununla mücadele etmek, kaçak göçmenlerin haklarını korurken, taraf devletler arasında bu amaçla yapılan işbirliğini geliştirmek*” olarak ifade edilmektedir.

Protokol'ün 3. maddesinde göçmen kaçakçılığı, “*doğrudan veya dolaylı olarak, mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek için, bir kişinin vatandaşlığını taşımadığı veya daimi ikametgâh sahibi olmadığı bir taraf devlete yasadışı girişinin temini*” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımlamayla, göçmen kaçakçılığı kavramına ilk kez uluslararası hukuk kapsamında bir tanım kazandırılmış olmasının yanında, insan kaçakçılığıyla mücadelenin çerçevesi çizilerek, konuyla ilgilenen bilim adamları, hükümetler, hükümet dışı kuruluşlar ve uluslararası kuruluşlar için genel bir kalıp

¹⁶⁰ Protokol metni için bkz. R.G. 4.2.2003 T. ve S. 25014.

¹⁶¹ SCHLOENHARDT, Andreas, HICKSON, Hadley, “Non-Criminalization of Smuggled Migrants: Rights, Obligations, and Australian Practice under Article 5 of the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea, and Air”, *International Journal of Refugee Law*, Vol.25 No.1, 2013, s.41.

(taslak) oluşturulmuştur.¹⁶² Göçmen kaçakçılığının hukuki tanımı, Protokolün temel taşlarından birini temsil etmekte ve Protokol uyarınca devletlerin yükümlülüklerini tanımlamada önemli bir rol oynamaktadır.¹⁶³ Ancak bu tanımın bazı yönlerden yetersiz olduğu¹⁶⁴ ve söz konusu eksikliklerin Protokol'ün göçmen kaçakçılığıyla mücadele amacını olumsuz yönde etkileyebileceği dile getirilmektedir.¹⁶⁵

Protokol'ün kapsamını ve uygulama alanını belirleyen 4. maddesinde ise, *“Protokol'ün, mahiyetleri itibariyle sınıraşan nitelikte olduğu ve örgütlü bir suç grubu suça karıştığı takdirde, bu Protokol'un 6. maddesi uyarınca tespit edilmiş suçların önlenmesi, soruşturulması ve kovuşturulması ve bu tür suçlara hedef olmuş kişilerin haklarının korunması için uygulanacağı”* belirtilmiştir.

Protokol'ün “Suç haline getirme” başlıklı 6. maddesinde, taraf devletler tarafından suç haline getirilecek eylemler tek tek belirlenmiştir. Göçmen kaçakçılığını “suç haline getirme” (criminalization) Protokol'de öngörülen temel yükümlülük olduğundan Protokol'ün kalbi olarak nitelendirilmektedir.¹⁶⁶

“Göçmenlerin cezai sorumluluğu” başlıklı 5. maddede ise, göçmenlere bu eylemlerin konusu olmaktan dolayı ceza verilemeyeceği ifade edilmektedir. Bununla birlikte, madde 5, kaçak göçmenlere göçmen kaçakçılığı dışında herhangi bir suç nedeniyle cezai kovuşturma yapılamayacağına ilişkin mutlak bir dokunulmazlık hakkı vermemektedir. Protokol'ün madde 6/4. maddesinde açıkça *“Bu Protokol'deki hiçbir şey, suç işleyen bir kişiye karşı taraf devletlerin kendi iç hukukuna göre tedbir almasını engelleyemez.”* hükmü yer almaktadır. Örneğin, kaçakçılık sırasında başkalarına zarar veren göçmenin kovuşturmaya tabi tutulması, 5. maddeye aykırılık teşkil etmeyecektir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, 5. madde, kaçak göçmenin ev sahibi

¹⁶² OBOKATA, Tom, “Smuggling of Human Beings from a Human Rights Perspective: Obligations of Non-State and State Actors under International Human Rights Law”, *International Journal of Refugee Law*, 17(2), Oxford University Press, 2005, s.395.

¹⁶³ SCHLOENHARDT, Andreas, DALE, Jessica E., “Twelve Years On: Revisiting the UN Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air”, *Journal of Public Law*, Vol. 67, 2012, s.135.

¹⁶⁴ GALLAGHER, Anne, “Trafficking, Smuggling and Human Rights: Tricks and Treaties”, s.28 www.fmreview.org/FMRpdfs/FMRI2/fmrl2.9.pdf (28.07.2017).

¹⁶⁵ ALJAHANI, Abdelnaser, “The Legal Definition of the Smuggling of Migrants in the Light of the Provisions of the Migrant Smuggling Protocol”, *The Journal of Criminal Law*, Vol. 79(2), 2015, s.123.

¹⁶⁶ GALLAGHER, Anne T., DAVID, Fiona, *The International Law of Migrant Smuggling*, New York, Cambridge University Press, 2014, s.50.

ülkeden (o ülkenin vatandaşı veya yasal ikametgâhı olan sakini olmadığı sürece) sınır dışı edilmesini hiçbir şekilde engellemez.¹⁶⁷

Protokol, göçmen kaçakçılığına ilişkin temel uluslararası belge olma niteliğini günümüzde de korumaktadır. İnceleme konumuz içerisinde yeri geldiğinde protokol hükümlerine tekrar değinileceğinden burada yalnızca bu açıklamalar ile yetinmekteyiz.

IV. MUKAYESELİ HUKUKTA YASADIŞI GÖÇ VE GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇU

A. Alman Hukukunda Yasadışı Göç ve Göçmen Kaçakçılığı Suçu

Alman Hukuku'nda göçmen kaçakçılığı suçu, ceza kanununda düzenlenmemiş, 25 Şubat 2008'de yürürlüğe giren “Yabancıların Federal Ülkede İkametleri, Çalışmaları ve Entegrasyonlarına İlişkin Kanun” (İkamet Yasası- AufenthG) adlı özel bir kanunda düzenlenmiştir. Kanunun “*Ceza ve Kabahatlere İlişkin Hükümler*” başlıklı 9. bölümünde, 95. ve 98. maddeleri arasında göçmen kaçakçılığı suçuna ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

İlk olarak, Alman İkamet Yasası ‘nın 95. maddesinde ülkeye yasadışı yollardan giren ve ülkede yasadışı olarak ikamet eden yabancıların (göçmenlerin) cezai sorumluluğu düzenlenmektedir. Buna göre, geçerli bir vizesi veya oturma izni olmadan ya da bu vize ve izinlerin gerekmediği durumlarda geçerli bir pasaporta sahip olmadan yasadışı şekilde ülkeye giren veya ikamet eden kişi, sınır dışı edilme ihtimaline ek olarak, bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.¹⁶⁸

İkamet Yasası m. 95(2)’e göre, bir sınır dışı etme işleminin ardından tekrar yasadışı yollardan ülkeye girilmesi veya ülkede ikamet edilmesi halinde ağırlaştırılmış

¹⁶⁷ SCHLOENHARDT, HICKSON, “Non-Criminalization of Smuggled Migrants...” s.44.

¹⁶⁸ ZIEGLER, Katja S., *The Legal Framework of Trafficking and Smuggling in Germany: Victim Protection Emerging from Witness Protection?*, GUILD Espelth, MINDERHOUD, Paul, (Eds.) *Immigration and Criminal Law in the European Union The Legal Measures and Social Consequences of Criminal Law in Member States on Trafficking and Smuggling in Human Beings*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, s.77.

suç söz konusu olur. Bu durumda, faile üç yıla kadar hapis veya para cezası verilir. Ayrıca, faile (yasal yollardan olsa bile) daimi olarak ülkeye girme ve ikamet yasağı getirilir. Maddenin devamında ise, bir kimsenin kendisi veya başkasının ülkeye girmesi, ülkede ikamet etmesi veya sınırdışı edilme işleminin askıya alınması amacıyla hukuki konularda hile yapması, yanlış bilgi vermesi veya sahte belge kullanması da suç olarak düzenlenmiştir. Vize veya oturma izni almak için sahte evlilik yapılması, bu kapsamda değerlendirilmektedir. Yanlış bilgi verme durumuna başka bir örnek ise, turistik amaçla seyahat ettiğini söyleyerek aslında çalışmak için (örneğin, fuhuş sektöründe çalışma amacıyla) ülkeye girilmesidir. Ancak İkamet Yasası, Almanya'ya giriş yapmak ve mülteci statüsü kazanma sürecini başlatmak için sahte beyanlarda bulunan sığınmacıları ise cezalandırmamaktadır. Bununla birlikte, sığınmacıları sahte beyanda bulunmaya teşvik eden veya yardım eden üçüncü kişilerin cezai sorumlulukları gündeme gelebilir.¹⁶⁹

Kanunun 96. maddesinde göçmen kaçakçılığı suçuna ait düzenlemelere yer verilmiştir. Buna göre, göçmenlerin yasadışı yollarla ülkeye girmesine, ülkede ikamet etmesine veya transit geçişlerini teşvik eden veya bu hususta onlara yardım eden ve bunun için maddi menfaat sağlayan¹⁷⁰ veya kendine maddi menfaat vaadinde bulunulmasını sağlayan ya da bu hususta mükerreren veya birden fazla göçmenin yararına hareket eden kişi, 3 aydan 5 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İşlenen suçun daha hafif olması durumunda ise faile, 5 yıla kadar hapis cezası verilebileceği gibi fail, yalnızca adli para cezası ile de cezalandırılabilir.¹⁷¹

96. maddenin 2. fıkrasında ise, suçun meslek haline getirilmesi, suçun bu amaçla kurulan bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi, kişinin suçu işlerken yanında silah bulundurması ve göçmenlerin hayatının tehlikeye sokan insanlık dışı ve

¹⁶⁹ ZIEGLER, *The Legal Framework of Trafficking and Smuggling in Germany: Victim Protection Emerging from Witness Protection?*, s.78.

¹⁷⁰ Doğan'a göre, maddi menfaat sağlama amacı, TCK düzenlemesinde suçun manevi unsuru iken, Alman İkamet Yasası'nda suçun maddi unsurunun bir parçası şeklinde düzenlenmiştir, DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s.79

¹⁷¹ Burada geçen "maddi menfaat" kavramının geniş bir şekilde yorumlanması gerekir. Maddi menfaatin (paranın) illaki kaçırılan göçmenden alınması gerekmez. Söz konusu maddi menfaat, kaçırılan kişinin potansiyel kocası gibi üçüncü bir kişiden de sağlanmış olabilir. Alman Federal Mahkemesi, evlilik aracı şirketi tarafından yapılan ödemeyi de bu kapsama dahil etmiştir, ZIEGLER, *The Legal Framework of Trafficking and Smuggling in Germany: Victim Protection Emerging from Witness Protection?*, s.84.

aşağılayıcı muameleye tabi tutulması veya sağlığına ciddi derecede zarar verebilecek şekilde işlenmesi daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haller olarak öngörülmüştür.

Maddenin 3. fıkrasında bu fiillere teşebbüsün de cezai sorumluluğu gerektirdiği, 4. ve son fıkra da ise bu suçla ilgili olarak Alman Ceza Kanunu m.73'e göre müsadere kararı verilebileceği ifade edilmiştir.

Görüldüğü üzere, yasadışı göçmenlere yardım eden veya onları yasadışı göçe teşvik eden üçüncü kişiler, kaçakçılık hükümleri kapsamında sorumlu tutulmaktadır. Yasa dışı giriş veya ikamet için yardım etme geniş olarak yorumlanır. Yasa dışı girişe ya da ikametgâha olanak sağlanmasının yanı sıra, bunların özendirilmesi, kolaylaştırılması, desteklenmesi, güvence altına alınması ya da takviye edilmesinin her biçimini içerir. Yasadışı olarak işe alma, yasadışı göç güzergâhları hakkında bilgi verilmesi, ulaşım veya konaklama araçları sağlama, mali araçların yurt dışına transferi bu kapsamda değerlendirilebilir.¹⁷²

97. maddenin ilk fıkrasında “*Suç, ülkeye sokulan göçmenin ölümüne neden olursa, üç yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezası verilir.*” şeklindeki hüküm ile göçmen kaçakçılığı suçunun ölümle sonuçlanması, suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olarak düzenlenmiştir. 2. fıkra da ise, “*...bu gibi filleri işlemek amacıyla kurulan bir örgütün üyesi olarak, bu suçu meslek edinen kişinin 1 yıldan 10 yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacağı*” hükme bağlanmıştır. 3. fıkra da ise, “*1 inci fıkrasında belirtilen suç, ağır olmayan bir şekilde işlenirse, 1 yıldan 10 yıla kadar, 2. fıkrasında belirtilen suç, ağır olmayan şekillerde işlenirse, 6 aydan 10 yıla kadar hapis cezası verilir.*” 4. ve son fıkrada ise, maddede yer alan suçlarla ilgili olarak müsadere hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiştir.

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

B. Fransız Hukukunda Yasadışı Göç ve Göçmen Kaçakçılığı Suçu

Fransa, Palermo Protokolünün etkili bir şekilde uygulanmasını teşvik etmeyi amaçlayan Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suçla Mücadele Dairesi (UNODC) tarafından kurulan İnsan Kaçakçılığına Karşı Çalışma Grubu'nun aktif bir

¹⁷² ZIEGLER, *The Legal Framework of Trafficking and Smuggling in Germany: Victim Protection Emerging from Witness Protection?*, s.81.

katılımcısıdır. Ayrıca Fransa, 2007'de kurulan, ilgili uluslararası örgütleri bir araya getiren ve uygulanan eylemlerin koordinasyonunu ve tamamlayıcılığını sağlamayı amaçlayan Birleşmiş Milletler Kaçakçılıkla Mücadele Küresel Girişimini (UNGIFT) kuruluşundan bu yana desteğini sürdürmektedir. Bunların yanında, 2010'da başlatılan ve mağdurlara yardım etmek için UNODC içinde bir güven fonu yaratan Birleşmiş Milletler Kaçakçılıkla Mücadele Eylem Planını desteklemektedir.¹⁷³

Fransız Hukuku'nda göçmen kaçakçılığı suçuna ilişkin düzenlemeler, 01.03.2005 tarihinde yürürlüğe giren Yabancıların Giriş ve İkametleri ve Sığınma Hakkına İlişkin Kanun'da yer almaktadır. Söz konusu kanunun 21. maddesine göre, bir yabancının yasadışı olarak Fransa'ya girişine, ülkede dolaşımına veya kalışına doğrudan veya dolaylı olarak yardım ederek imkân sağlayan kişi 5 yıl hapis cezası ve 30 bin euro para cezası ile cezalandırılır. Yine aynı maddede, bu fiiller, Schengen Sözleşmesine taraf olan bir devletin egemenlik sahası içinde veya BM Göçmen Kaçakçılığı Protokolüne taraf olan bir devletin topraklarında işlendiği takdirde de aynı yaptırıma tabi tutulacağı ifade edilmektedir.¹⁷⁴

Kanunun 21. maddesinin ilk fıkrasında, suçun bir örgütün faaliyeti kapsamında işlenmiş olması, suça konu göçmenin ölümüne, sakat kalmasına veya kalıcı bir hastalığına neden olabilecek şekilde işlenmiş olması, suçun insan onuruyla bağdaşmayan bir biçimde işlenmesi, suçun bir havaalanı veya limana ayrılan bölgede işlenmesi, suç sonucu yaşı küçük olan göçmenin ailesinden veya geleneksel çevresinden koparılması gibi durumlar da neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış haller olarak düzenlenmiştir.

Madde 21/2'de ise, suçta kullanılan ulaşım araçlarının müsadere edilmesi, ehliyet ve ruhsatın geçici veya sürekli olarak geri alınması, mesleki faaliyetin yasaklanması vb. gibi cezalar da öngörülmektedir.

¹⁷³ France & The Fight Against Trafficking In Human Beings, Global Economy and Development Strategies, s.1, https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/FR-TraiteEtresHumains__v_anglaise.pdf (10.12.2017)

¹⁷⁴ CUQ, Emilie, GLIMOIS, Noémie, SEGAL, Chloé, "The fight against migrant smuggling: report criminal cooperation from a French perspective", THEMIS Competition Semi Final A International Cooperation in Criminal Matters, s.7, <http://www.ejtn.eu/Documents/Team%20France%20semi%20final%20A.pdf> (10.12.2017)

C. İtalyan Hukukunda Yasadışı Göç ve Göçmen Kaçakçılığı Suçu

1860-1960 yılları arasında 24 milyondan fazla İtalyan daha iyi yaşam olanaklarına kavuşmak amacıyla ülkeden göç etmesi, İtalya'nın çağdaş tarihte en fazla göç veren ülke konumunda olmasına neden olmuştu. Ancak, İtalya'nın 1960'lı yılların başında gerçekleştirdiği büyük ekonomik ve endüstriyel gelişme, ülkeden başka ülkelere göç akışlarının önemli ölçüde azalmasına ve özellikle son yıllarda Avrupa Birliği'nin en popüler hedef ülkelerinden birine dönüşmesine yol açmıştır.¹⁷⁵

2010'daki Arap Baharı patlamasının ve Tunus'tan diğer Kuzey Afrika ve Levant ülkelerine yayılan devrimlerin ardından Akdeniz'in Afrika ve Avrupa sahillerindeki yasadışı göçün kitlesel ve dramatik bir şekilde artması, bu konudaki kamusal tartışmaların yenilenmesini sağlamıştır. Bu yasadışı göç akımı nedeniyle, İtalya'nın güney kıyı şeridi ve daha da önemlisi, Sicilya ve küçük Lampedusa adası bir kez daha sembolik yerler haline gelmiştir.¹⁷⁶

Toplumsal düzen ve ulusal güvenlik ile geçici göçmenlerin entegrasyonu ve insan haklarının korunması arasındaki gerekli dengeyi sağlamak için mevcut İtalyan mevzuatı, 1998 tarihli Göç Yönetimine İlişkin Önlemler ve Yabancı Vatandaşların Durumuna İlişkin Kanun'un sistematik yapısına dayanmaktadır.¹⁷⁷ Daha sonradan 189 sayılı ve 30 Temmuz 2002 tarihli “Göç ve Sığınma Hakkına İlişkin Mevzuatta Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun”¹⁷⁸ ve son yıllarda yürürlüğe giren bazı kanunlar ile birtakım değişiklikler ve entegrasyonlar yapılmıştır. Kanunda yer alan usulsüz ve yetkisiz göçle bağlantılı suçlar, İtalya'ya yasadışı giriş ve İtalyan topraklarında yasadışı olarak kalınması ile ilgilidir. Bu suçlar temelde, yasadışı göçe yardım ve yataklık yapma suçu (yasadışı göçmenlere konut sağlanması veya göçmenlerin yasadışı olarak istihdam edilmesi gibi), yeniden giriş yasağının ihlaline

¹⁷⁵ MARCONI, Giovanna, *İtalya, Göç Veren Bir Ülkeden Göç Alan Bir Ülkeye*, İÇDUYGU (Der.), *Kentler ve Göç: Türkiye, İtalya, İspanya*, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., 1.B., Temmuz, 2012, s.115.

¹⁷⁶ MASSARI, Monica, *At the Edge of Europe: The Phenomenon of Irregular Migration from Libya to Italy*, MASSEY, COLUCCELLO (Eds), *Eurafrican Migration, Legal, Economic and Social Responses to Irregular Migration*, Palgrave Macmillan, UK, 2015, s.13.

¹⁷⁷ İtalya Resmi Cumhuriyet Gazetesi, (Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana) No. 191, 18 Ağustos, 1998.

¹⁷⁸ “Bossi-Fini” kanunu olarak da bilinen bu kanun, 26 Ağustos 2002 tarihinde, İtalya Resmi Cumhuriyet Gazetesi'nde yayımlanarak (No. 199) yürürlüğe girmiştir.

ilişkin suçlar ve oturma izninde sahtecilik yapılmasına ilişkin suçlardır.¹⁷⁹ İtalya topraklarında bulunan ve zor durumda olan yasadışı göçmenlere yapılan “*insani yardım faaliyetleri*” ise bir cezasızlık nedeni olarak öngörülmüştür.¹⁸⁰

İtalyan göç politikalarındaki son yıllarda yapılan değişiklikler muhtemelen olumlu bir değişime neden olacaktır; ancak, ülkedeki yasal ve yasadışı göçmenlerin büyük çoğunluğu hala yasadışı olarak istihdam edilmektedir. Yasadışı istihdam söz konusu olduğunda, göçmenler genellikle zor şartlar altında çalıştırıldıkları için, bu durum göçmenlerin insan haklarını tehdit etmektedir. İtalya'nın Bossi-Fini adlı en yeni göç yasası, göçmenleri yasadışı olarak çalıştıran işverenler için üç aydan bir yıla kadar hapis cezası öngörmektedir. Bu gibi yaptırımlara ek olarak, göçmenleri yasadışı olarak çalıştıran işverenlere karşı para cezası da uygulanması gerektiği de ifade edilmektedir.¹⁸¹

Söz konusu yasalar, hem yetkisiz göç (örneğin, düzenli vize olmadan İtalya'ya giren yabancı vatandaşlar) hem de düzensiz göç (yani, düzenli olarak ülkeye girmiş olsalar da, ülkede kalmak için gerekli şartları artık yerine getirmeyen yabancı vatandaşlar) için yaptırımlar öngörmektedir. Bu gibi durumlarda yasa, yabancı vatandaşların ülkede kalmasına veya ülkeye girmesine izin vermediği gibi yabancının derhal sınırdışı edilmesini öngörmektedir. Sınır dışı etme işleminin aciliyeti, yabancıların yardıma ihtiyaç duyması, kimliklerinin ve uyruklarının soruşturulması, seyahat belgelerinin hazırlanması vb. gibi yalnızca belirli koşullar altında ertelenebilir. Söz konusu yabancılar, uygun bir ulaşım aracı bulunmadığında ve sığınmacılar için kabul merkezlerinde tutulmaları gerektiğinde, yalnızca kimlik tespiti için gerekli süre boyunca ve sınır dışı etme işlemi mümkün hale gelene kadar burada tutulabilirler. Düzensiz göçle mücadeleleyi amaçlayan ve sınır dışı etme emrinin doğrudan sonucu

¹⁷⁹ CALLIA, Raffaele, GIULIANI, Marta, vd., *Practical responses to irregular migration: the Italian case*, Rome, European Migration Network, 2012, s.11, [https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/emn-studies/irregular-](https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/emn-studies/irregular-migration/it_20120105_practicalmeasuresoirregularmigration_en_version_final_en.pdf)

[migration/it_20120105_practicalmeasuresoirregularmigration_en_version_final_en.pdf](https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/emn-studies/irregular-migration/it_20120105_practicalmeasuresoirregularmigration_en_version_final_en.pdf) (18.10.2017)

¹⁸⁰ Göç Yönetimine İlişkin Önlemler ve Yabancı Vatandaşların Durumuna İlişkin Kanun m.12/2.

¹⁸¹ KARANDAEVA, Ekaterina, *Irregular Migration: A Case Study of Italy*, Master Thesis, International and European Relations Department of Management and Engineering, Spring, 2011, s.66, <http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:408967/FULLTEXT01.pdf> (15.12.2017)

olan “zorla geri dönüş (*forced return*)”, her halükarda, insan haklarına ilişkin ulusal ve uluslararası standartlara aykırı ise bu hüküm uygulanamaz.¹⁸²

D. Amerikan Hukukunda Yasadışı Göç ve Göçmen Kaçakçılığı Suçu

Amerikan Göçmenlik Reformu Federasyonu (FAIR)¹⁸³’e göre, 2017 yılında, Amerika Birleşik Devletleri’nde ikamet eden yaklaşık 12.5 milyon yasadışı göçmen bulunmaktadır. FAIR, 2011 yılında yaptığı araştırmada ise, 12 milyon yasadışı göçmen bulunduğunu tahmin etmekteydi. Aradaki 6 yıllık zaman diliminde ülkedeki yasadışı göçmen sayısı fazla artmamıştır.¹⁸⁴ Amerika Birleşik Devletleri’ndeki toplam yasadışı göçmenlerin ortalama % 58’ini Meksikalı vatandaşlar oluşturmakta, % 23’ünü ise diğer Latin Amerika ülkelerinden vatandaşlar oluşturmaktadır.¹⁸⁵ Ülkedeki yasadışı göçmenlerin yaklaşık yarısı, Kaliforniya, Teksas, Florida ve New York’tan oluşan dört eyalete toplanmış durumdadır.¹⁸⁶

ABD, yıllar boyunca, göçmenlerin güneyden ülkeye girmesini engellemek için göç yasalarını ve fiziksel sınırlarını (özellikle de Meksika ile olan sınırlarını) güçlendirdi. Yine de tüm çabalara rağmen kitlesel göçün durması neredeyse imkânsız görünüyor. Bu durumun nedenleri olarak, göçe kaynaklık eden ülkelerdeki işsizlik, güvensizlik, yoksulluk, siyasi kovuşturmalar, gelir eşitsizliği gibi “iten faktörler” sayılabilir. Ayrıca, ABD’deki daha iyi ekonomik fırsatlar gibi “çeken faktörler”, daha iyi bir hayat kurmak ve ailelerini desteklemek isteyen göçmenler için bu ülkeyi çok cazip kılmaktadır. Dolayısıyla, Meksika ve Merkez Amerika hükümeti, bu

¹⁸² CALLIA, GIULIANI, vd., *Practical responses to irregular migration: the Italian case*, s.8-11

¹⁸³ FAIR (Federation for American Immigration Reform), Amerikan göçmenlik politikalarının ve yasalarının ülkenin gelecekteki ihtiyaçlarına hizmet etmesi gerektiği inancı ile birleşmiş, partizan olmayan, kamu yararına bir organizasyondur. Daha iyi sınır yönetimi, daha az göç ve ülkeye daha nitelikli göçmenlerin gelmesi amaçlarına odaklanmaktadır. Bknz. <https://fairus.org/about-fair> (15.12.2017)

¹⁸⁴ How Many Illegal Aliens Currently Live in the United States?, FAIR Fact Sheet, 2017, https://fairus.org/sites/default/files/2017-10/Factsheet_How_Many_Illegal_Aliens_Currently_Live_in_the_United_States.pdf (15.12.2017)

¹⁸⁵ ROBERTS, Bryan, ALDEN, Edward, WHITLEY, John, “Managing Illegal Immigration to the United States: How Effective is Enforcement?”, May 2013, s.4, http://knowyourvisa.com/pdf/managing_illegal_immigration_report.pdf (13.12.2017)

¹⁸⁶ PASSEL, Jeffrey S., COHN, D’Vera, “A Portrait of Unauthorized Immigrants in the United States”, Pew Hispanic Center Project, 2009, s.1, <http://www.pewhispanic.org/2009/04/14/a-portrait-of-unauthorized-immigrants-in-the-united-states/> (11.10.2017)

göçmenlerin Güney’den Kuzeye doğru akışının engellenmesinin çok zor olduğunu düşünmektedir.¹⁸⁷

ABD’de yasadışı göç sıradan bir olgu olmaktan çıkmıştır. Yasadışı göç, ABD ekonomisinin düşük-vasıflı (low-skilled) yabancı işgücüne erişebildiği başlıca araçlardan biridir. Bu nedenle, bu yasadışı göçmen işçiler, uzun yıllardır ABD ekonomisine düşük-vasıflı işgücü arzının önemli bir kaynağı olmuştur.¹⁸⁸ Yasadışı göçün devlet harcamaları açısından eğitim, ceza adaleti ve tıbbi bakım gibi alanlarda ortaya çıkan maliyeti ise oldukça şaşırtıcıdır. Amerikan Göçmenlik Reformu Federasyonu’na göre, yalnızca California eyaletinde yasadışı göç nedeniyle, yılda 10,5 milyar dolardan fazla maliyet ortaya çıkmaktadır. Eyaletler, bu tür hizmetleri sağlamanın yüksek maliyetini kendi bütçelerinden karşılamaları nedeniyle, yasadışı göç, en önemli “finanse edilmemiş” federal zorunluluklardan biri haline gelmiştir.¹⁸⁹

Amerika Birleşik Devletleri Hukuku’nda yasadışı göçe ilişkin düzenlemeler, 1952 tarihli Göç ve Tabiiyet Kanunu’nda (Immigration and Nationality Act)¹⁹⁰ yer almaktadır. Kanunun “Yabancıların Uygun Olmayan Zaman veya Yerde Ülkeye Girişi; Yanlış Beyanda Bulunması ve Gerçekleri Gizlemesi” başlıklı 275. maddesinde (8 U.S.C. 1325) ülkeye yasadışı şekilde giren yabancıların cezai sorumluluğuna ilişkin hükümler yer almaktadır. Buna göre,

a) Herhangi bir yabancı, 1) herhangi bir zamanda veya yerde göçmen memurları tarafından belirlenmiş yerler dışından Birleşik Devletler’e girmesi veya girmeye teşebbüs etmesi veya 2) göçmen memurlarının kontrol veya muayenesinden kaçması veya 3) Amerika Birleşik Devletleri’ne giriş yapmak için kasıtlı olarak yanlış veya yanıltıcı beyanda bulunması veya bir maddi olguyu kasıtlı olarak gizlemesi, halinde altı aya kadar hapis veya Birleşik Devletler Yasası başlık 18 uyarınca para cezasına mahkûm edilir. Bu suçu tekrar işleyen kişiler hakkında, iki yıla kadar hapis

¹⁸⁷ FIGUEROA, Ana Magdalena, “Migration from Central America and Mexico to the US: Does the Movement of People Affect the Economies of the Sending Countries?”, *POLITIKON The IAPSS Academic Journal*, Vol.29, March 2016, s.39.

¹⁸⁸ HANSON, Gordon H., “The Economics and Policy of Illegal Immigration in the United States”, Washington, DC: Migration Policy Institute, 2009, s.

¹⁸⁹ The American Legion, Policy On Illegal Migration, A Strategy to Adress Illegal Immigration In the United States, s.3. <https://www.legion.org/documents/legion/pdf/illegalimmigration.pdf> (18.12.2017)

¹⁹⁰ <https://www.uscis.gov/ilink/docView/SLB/HTML/SLB/act.html> (18.10.2017)

cezasına veya Birleşik Devletler Yasası başlık 18 uyarınca para cezasına ya da her ikisine birden hükmedilir.

(b) Göçmen memurları tarafından belirlenenden başka bir zamanda veya yerde Birleşik Devletler’e girerken (veya girmeye teşebbüs ederken) yakalanan herhangi bir yabancı kişi, (1) bu türden her bir giriş (veya girişe teşebbüs) için ayrı ayrı olmak üzere 50 dolardan 250 dolara kadar para cezasına veya (2) daha önce bu nedenle para cezasına mahkûm edilmiş olması durumunda, yabancı hakkında belirtilen tutarın iki katı para cezasına hükmolunur.

Bu fıkra uyarınca verilecek cezalar, hükmedilecek herhangi bir ceza veya diğer yaptırımlar yerine değil, o cezalara ek olarak verilir.

(c) Göç yasalarının herhangi bir hükmünden kaçınmak amacıyla evlilik yapan bir kişi, en az 5 yıla kadar hapis veya 250.000 dolara kadar adli para cezası veya her ikisiyle de cezalandırılır.

(d) Göç yasalarının herhangi bir hükmünden kaçınmak amacıyla bir ticari teşebbüs kuran herhangi bir kişi, 5 yıla kadar hapis veya Birleşik Devletler Yasası başlık 18 uyarınca para cezasına veya her ikisiyle birden cezalandırılır.

Amerikan Hukukunda, yasadışı göçmenlere yardım eden kişilerin cezai sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler ise, Göç ve Tabiiyet Kanunu’nun “Yabancıların Yasadışı İstihdamı” başlıklı 274/A maddesinde (8 U.S.C. 1324a) yer almaktadır. Buna göre, bir kimse (bir grup kişi, iş yeri, organizasyon veya yerel yönetim dahil) yasadışı olarak ABD’de bulunan veya çalışma izni bulunmayan bir yabancıya ulaşım, barınma ve iş bulma konularında yardım eder ya da yabancının ABD’de kalmasını, işveren olduğunu söyleyerek veya bir işveren veya işveren acentasıymış gibi davranarak teşvik eder ya da kişisel kanaati nedeniyle, yasadışı yabancıya bilerek yardımcı olursa ağır bir federal suç (federal felony) işlemiş olur. Verilecek hükme göre cezalar, adli para cezası, hapis cezası ve suç işlemede kullanılan araçların ve gayrimenkullerin müsaderesini içerir. Yasadışı olan bir yabancıyı istihdam eden veya çalışma izin

belgesi olmayan yabancıyla iş sözleşmesi yapan kişi, bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.¹⁹¹

Amerikan Göç ve Tabiiyet Kanunu’nun “Yabancıların Yasadışı Şekilde Birleşik Devletlere Getirilmesi” başlıklı 273. maddesinde (8 U.S.C. 1323) bir deniz veya hava aracının ait olduğu nakliyat şirketi, deniz veya hava aracının sahibi, ustası, komutanı, acentesi, kiracısı veya yükleyicisi dahil olmak üzere herhangi bir kişinin, ülkenin dışındaki herhangi bir yerden (komşu ülke toprakları hariç) geçerli bir pasaportu ve süresi dolmamış vizesi (vize gerekiyorsa) bulunmayan herhangi bir yabancıyı, Birleşik Devletler'e getirmesi suç olarak düzenlenmiş ve buna ilişkin yaptırımlara yer verilmiştir.

¹⁹¹ Federation for American Immigration Reform, “The Law Against Hiring or Harboring Illegal Aliens”, FAIR, December 1999. <https://fairus.org/issue/illegal-immigration/law-against-hiring-or-harboring-illegal-aliens> (19.12.2017)



İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK CEZA HUKUKUNDA GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇU

I.GENEL OLARAK

Göçe sebep olan genel sebeplerin yanında, devletlerin ülkeye giriş koşullarını günden güne katılaştırması sonucu göçmenler yasal yollardan istedikleri ülkelere gidememektedir. Bu durum, göç etmek isteyen kişileri yasadışı göçe teşvik eden önemli sebeplerden biri olmakla birlikte, sınırları aşmak isteyen göçmenlerin göçmen kaçakçılarına başvurmalarına, bir başka ifadeyle, yasadışı göçün kriminalize hale gelmesine yol açmaktadır. Yasadışı göçün organize ve örgütlü göçmen kaçakçıları tarafından birtakım menfaatler karşılığında işlenmesi ve genellikle insan ticaretine evrilmesi, endişe uyandıran bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle, yasadışı göçle mücadele amacıyla alınan yasal ve idari önlemler, daha çok göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti faaliyetleri üzerinde yoğunlaşmaktadır.

Göçmen kaçakçılığı suçu, ülkemiz tarafından da onaylanmış bulunan Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek, Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol'ün gereğinin yerine getirilmesi amacıyla ¹⁹² 2002 yılında 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'na eklenerek hukuk sistemimize girmiştir.¹⁹³ Aynı zamanda bu düzenlemenin, AB adaylık süreci ve AB Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı'nın uygulanmasıyla ilgili olduğu da ifade edilmiştir.¹⁹⁴

¹⁹² Söz konusu Protokol'ün "Suç Haline Getirilme" başlıklı 6. maddesinde taraf devletlere göçmen kaçakçılığını iç hukuk sistemlerinde suç haline getirme yükümlüğü yüklenmektedir.

¹⁹³ ARTUÇ, Mustafa, "Göçmen Kaçakçılığı Suçu", *Terazi Hukuk Dergisi*, S.16, 2007, s.53, YURTCAN, Erdener, *Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti*, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yay., 2016, s.11.

¹⁹⁴ ARSLAN, Çetin, "Göçmen Kaçakçılığı Suçları", *AÜHFD*, C.52, S.1, 2003, s.113.

A. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Göçmen Kaçakçılığı Suçu

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girdiği ilk şeklinde göçmen kaçakçılığına ilişkin bir hüküm yer almamaktaydı. Bu dönemde, bu tür fiiller örgütsel yapının varlığı dikkate alınarak 765 sayılı TCK'nın 313. maddesinde yer alan “cürüm işlemek için teşekkül oluşturmak suçu” kapsamında değerlendirilmekteydi. Ancak suç oluşturan eylemler, örgüt faaliyeti çerçevesinde gerçekleştirilmemişse, failer Pasaport Kanunu¹⁹⁵ 36. maddesine¹⁹⁶ göre cezalandırılmaktaydı.¹⁹⁷

Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti suçları, 03.08.2002 Tarih ve 4771 Sayılı Kanun ile 765 sayılı TCK'nın “Hürriyet Aleyhine Cürümler” başlıklı 2. babın “İş ve Çalışma Hürriyeti Aleyhine Cürümler” adlı 6. fasıl altında ve sırasıyla 201/a ve 201/b maddelerinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme ile göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti yapan kişilere verilecek cezalar ile suçta kullanılan araçların müsaderesi öngörülmüş, dolayısıyla yasadışı göç ve göçmen kaçakçılığı alanındaki mücadeleye etkinlik kazandırılmıştır.¹⁹⁸

Suçların düzenlendiği kısım ve bölümler, suçla korunmak istenen hukuksal yararların çeşitli başlıklar altında sınıflandırılmasının bir sonucudur. Bu nedenle, söz konusu suçların iş ve çalışma hürriyetine karşı suçlar altında düzenlenmesinin isabetsiz bir düzenleme olduğu,¹⁹⁹ söz konusu suçlar ile fasıl başlığının alakasız olduğu²⁰⁰ ve bu düzenleme şeklinin kanun yapma tekniğine uygun olmadığı²⁰¹ dile getirilmiştir. Ancak bu suçların çalışma hürriyetine karşı suçlar kısmında düzenlenmiş olmasının nedeninin, göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti yoluyla ülkeye sokulan kişilerin genellikle, esaret koşullarına benzer şekilde çalıştırılmasının²⁰² ve göçmen kaçakçılığı

¹⁹⁵ Pasaport Kanunu, Kanun No: 5682, Kabul Tarihi: 15.07.1950, (R.G. T. 24.07.1950, S.7564).

¹⁹⁶ “Yolcuları, pasaport ve diğer vesikaların yoklanması için hükümetçe tayin olunan mevkilerin gayri olan yerlere bilerek nakleden kara, deniz ve hava taşıtlarını sevk ve idare edenler veya bu hususta kılavuzluk yapanlar 1 aydan 2 seneye kadar hapis olunurlar.” hükmü 4/4/2013 tarihinde mülga edilmiştir.

¹⁹⁷ TURHAN, Faruk, “Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Uluslararası Suçlar”, s.8, <http://www.cezabb.adalet.gov.tr/makale/101.doc> (08.05.2017)

¹⁹⁸ KESKİN, İbrahim, “Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti Suçları”, *Adalet Dergisi*, S.41, 2011, s. 80.

¹⁹⁹ EREL, “Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, s.267.

²⁰⁰ ÖNOK, R. Murat, “5237 Sayılı Yeni TCK'ya Göre Uluslararası Suçlar”, *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, Yıl: 2, Sayı: 5, Nisan 2005, s.197.

²⁰¹ DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s.90.

²⁰² HAKERİ, Hakan, “Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti Suçları”, *Kamu Hukuku Arşivi Dergisi*, 2004, s.2.

suçunun genellikle iş bulma vaadiyle işlenmesinin²⁰³ etkili olmuş olabileceği de ifade edilmiştir. DOĞAN’a göre ise, çalışma hürriyeti, belki insan ticareti suçunda korunan hukuki yararlar arasında sayılabilirse de, göçmen kaçakçılığı suçunda asıl olarak bu hürriyetin korunmak istendiği söylenemez.²⁰⁴

Göçmen kaçakçılığı suçu, 765 sayılı TCK’nın 201/a maddesinde; “*Doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddî menfaat elde etmek maksadıyla, yabancı bir devlet tâbiyetinde bulunan veya vatansız olan veya Türkiye’de sürekli olarak oturmasına yetkili mercilerce izin verilmemiş bulunan kimselerin Türkiye’ye yasal olmayan yollardan girmelerini veya ülkede kalmalarını, bu kişilerin veya Türk vatandaşlarının yasal olmayan yollardan ülke dışına çıkmalarını sağlamaya göçmen kaçakçılığı denilir.*

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

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

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

765 Sayılı TCK 201/a ile Sözleşme hükümleri karşılaştırıldığında; söz konusu kanun maddesinin Sözleşme’de belirtilen yükümlülükleri yerine getirdiği görülmektedir. Ancak bu yükümlülüklerin karşılanmasıyla birlikte Sözleşme’ye ek

²⁰³ YURTCAN, *Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti*, s.13.

²⁰⁴ DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s.91.

olarak bazı hususlar da suç kapsamına alınmıştır. Şöyle ki; “Türk vatandaşlarının yasal olmayan yollardan ülke dışına çıkarılmalarını sağlama” fiili, 765 sayılı TCK’da göçmen kaçakçılığı suçu olarak düzenlenmiştir. Sözleşme hükümleri incelendiğinde ise, göçmen kaçakçılığı suçunun konusu sadece yabancılar iken; 765 Sayılı TCK’da, vatandaşların da bu suçun konusu olabileceği öngörülmektedir. Dolayısıyla, Sözleşme’deki göçmenler için öngörülen hukuki koruma standardı vatandaşlar lehine genişletilmiştir. Uluslararası sözleşmelerin temel insan haklarının korunması açısından asgari standartları belirlediği ve devletlerin bu standartların üstünde insan haklarını koruyucu standartlar getirebileceği göz önüne alındığında, 765 sayılı TCK’da yerinde bir düzenleme yapıldığı söylenebilir.²⁰⁵

Görüldüğü üzere, “göçmen kaçakçılığı”, 765 sayılı TCK’nın 201/a maddesinde açıkça tanımlanmıştır. Ancak ileride değineceğimiz üzere 5237 sayılı TCK’da göçmen kaçakçılığına ilişkin ayrı bir tanıma yer verilmemiş, madde metninde suçu oluşturan seçimlik hareketlerin sayılması suretiyle dolaylı yoldan bir tanıma ulaşılmıştır.

B. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Göçmen Kaçakçılığı Suçu

Göçmen kaçakçılığı suçu, 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu’nun “Uluslararası Suçlar” başlıklı birinci kısmının “Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti” başlıklı ikinci bölümünde 79. maddede şu şekilde düzenlenmiştir:

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

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

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

²⁰⁵ BİRTEK, Fatih, *Mevzuat İçin Geri, İnsan Onurunun Korunması Açısından İleri Bir Adım: Göçmen Kaçakçılığı Suçuna İlişkin Değişiklikler*, DEMİR, SEVER (Der.), *Örgütlü Suçlar ve Yeni Trendler*, Ankara, Polis Akademisi Yay., Terörizm ve Sınırşan Suçlar Serisi: 4, 2011, s.223-224.

Kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Suç, teşebbüs aşamasında kalmış olsa dahi, tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.

(2) 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.”

Burada değinmek gerekir ki, ilgili literatürde uluslararası suçlar, kendi içerisinde “uluslararası hukuk suçları” ve “diğer uluslararası suçlar” olarak iki kategoriye ayrılmaktadır.²⁰⁶ Uluslararası hukuk suçlarının cezalandırılmasının temeli doğrudan uluslararası hukuka dayanmakta iken, diğer uluslararası suçların cezalandırılmasının temelini ise iç hukuka dâhil edilen uluslararası sözleşmeler oluşturmaktadır.²⁰⁷ Dolayısıyla, kısım başlığı “uluslararası suçlar” olmasına rağmen, bu başlık altında bulunan suçlardan yalnızca soykırım suçu (m.76), ve insanlığa karşı suçlar (m.77) gerçek anlamda bir uluslararası suç teşkil etmektedir. Çünkü uluslararası suçlar, yapıları itibarıyla özel bir ağırlık taşırlar ve bir bütün olarak insanlığı ilgilendirirler. Bu tür suçlar, sadece aleyhine işlendikleri devlete veya suçun mağduru konumundaki bireylere değil, uluslararası toplumun barış ve güvenine de zarar verirler.²⁰⁸ Her ne kadar insan ticareti ve göçmen kaçakçılığı suçlarının sınıraşan²⁰⁹

²⁰⁶ Doktrinde, “uluslararası hukuk suçları olarak soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırganlık suçu olarak dört grup suç kabul edilmektedir. Hava ve deniz ulaşımına karşı suçlar, terör suçları, parada sahtecilik, insan ticareti, göçmen kaçakçılığı, işkence vb. gibi suçlar ise diğer uluslararası suçlara örnek olarak gösterilmektedir” TURHAN, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Uluslararası Suçlar”, s.1.

²⁰⁷ KESKİN, “Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti Suçları”, s.69.

²⁰⁸ AYDIN, Devrim, “Uluslararası Ceza Hukukunun Gelişimi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.51, S.4, 2002, s.137.

²⁰⁹ Bu özelliğinden dolayı göçmen kaçakçılığı, “sınıraşan organize bir suç” olarak tanımlanmaktadır, PACURAR, Andi, “Smuggling, Detention and Expulsion of Irregular Migrants A Study on

nitelikleri ve uluslararası örgütlerce işlenmeleri sebebiyle bu suçların önlenmesi için uluslararası işbirliğine ihtiyaç duyulsa da, uluslararası hukuk doktrininde ve özellikle tarihsel süreç içerisinde kurulan uluslararası ceza mahkemeleri statülerinde “uluslararası suç” olarak değerlendirilmeyen suç tipleridir.²¹⁰

Bununla birlikte, kanun koyucunun, diğer ülkelerin yasal düzenlemelerine de emsal oluşturacak şekilde, göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçlarına kanunun bu bölümünde yer vermesi, bu suçların “uluslararası hukuk suçu” olarak kabul edilmesi yönündeki ilk adımı oluşturması bakımından oldukça önemlidir. Çünkü göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçları, yalnızca bu suçlarla muhatap olan kişilerin yaşama hakkı, kişi özgürlüğü, vücut dokunulmazlığı, cinsel dokunulmazlık gibi bireysel değerlerini değil, aynı zamanda tüm uluslararası topluma ait değerleri ihlâl etmektedir. Kanun koyucu da, bu bilinçle söz konusu suçları “uluslararası suçlar” başlığı altında düzenlemiştir.²¹¹

Mukayeseli hukuk açısından suçun düzenlendiği kanunu değerlendirecek olursak, daha önce de incelediğimiz üzere göçmen kaçakçılığı suçu, pek çok ülkede Yabancılar Kanunu, Pasaport Kanunu gibi hususi kanunlarda düzenlenmektedir. Örneğin, Almanya’da göçmen kaçakçılığı suçuna ilişkin düzenlemeler, Yabancıların Federal Ülkede İkametleri, Çalışmaları ve Entegrasyonlarına İlişkin Kanun’da yer almakta iken, benzer şekilde Fransa’da bu suç, Yabancıların Giriş ve İkametleri ve Sığınma Hakkına İlişkin Kanun’da düzenlenmiştir. Dolayısıyla, hukuk sistemimizde de, göçmen kaçakçılığı suçunun Türk Ceza Kanunu yerine, Yabancılar Kanunu gibi özel bir kanunda düzenlenmesi yasa yapma tekniği ve korunan hukuki değer açısından daha uygun olacağı ifade edilmektedir.²¹²

Kanımızca, göçmen kaçakçılığı suçunun Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenmiş olması yerindedir. Zira, özellikle son yıllarda komşu ülkelerde ortaya çıkan siyasi istikrarsızlıklar ve iç savaşlar neticesinde ülkemizde göçmen kaçakçılığı eylemleriyle

International Legal Norms, Standards and Practices”, *European Journal of Migration and Law*, No:5, 2003, s.259.

²¹⁰ ÖNOK, “5237 Sayılı Yeni TCK’ya Göre Uluslararası Suçlar”, s.177.

²¹¹ KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Adalet Yay., 3. B., 2016, s.3.

²¹² YENİDÜNYA, Ahmet Caner, ALŞAHİN, Mehmet Emin, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK. m.79)”, *TBB Dergisi*, S.82, 2009, s.6. Aynı yönde bkz. DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s.93.

sıkça karşılaşılmaya başlanmıştır. Bu nedenle, önemini giderek artırmış bulunan bu suçun temel ceza kanunumuz olan Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmiş olmasında sakınca yoktur. Ayrıca, göçmen kaçakçılığı suçunun genellikle insan ticareti suçuyla karıştırılan bir suç tipi olması ve bu nedenle iki suç tipi arasındaki farkların ortaya konması açısından insan ticareti suçu ile art arda düzenlenmesi önemlidir. Son olarak, göçmen kaçakçılığı amacıyla başlayan hareketlerin daha sonradan insan ticareti suçuna dönüşmesi olaylarının sıkça görülmesi nedeniyle, birbiriyle bağlantılı olan bu iki suçun “Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti” başlıklı aynı bölüm altında düzenlenmesinde herhangi bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

II. KORUNAN HUKUKSAL YARARLAR

Suç teşkil eden her fiil, aynı zamanda bir hukuki değeri ihlal etmektedir. Dolayısıyla bir hukuki değerle ilişkilendirilemeyen bir suçtan veya daha genel bir ifadeyle haksızlıktan bahsedilemez. Buna karşılık, bir hukuksal değer korunması bazen bir suç ihdas edilerek sağlanırken, bazen de bir hukuksal değer varlığına rağmen, bazı koşulların gerçekleşmemesi nedeniyle, koruma sağlanması için ceza hukukuna ihtiyaç duyulmaz.²¹³

Bir fiilin kanunda suç olarak düzenlenmesiyle bir veya birden çok hukuksal yarar korunmak istenmiş olabilir. Örneğin hırsızlık suçu, kişinin malvarlığı hakkını koruyan bir suç olarak düzenlenmiştir. Buna karşılık, yağma suçu ile kişinin hem vücut dokunulmazlığını, hem irade hürriyetini, hem de malvarlığı hakkını korumak amaçlanmıştır.²¹⁴

Göçmen kaçakçılığı suçunda, göçmenlerin bulundukları ülkeyi terk ederek başka ülkelere yerleşmesini veya ülkede kalmasını sağlayan kişiler, bunu bir maddi menfaat karşılığında yapmakta, eylemlerinde hukuka aykırı yöntemleri kullanmakta ve genellikle kaçırdıkları göçmenlerin maddi ve manevi yönden zarar görmelerine sebep olmaktadır. Bu yönüyle, göçmen kaçakçılığı suçunda birden çok hukuki yararın ihlal edildiği ve ceza kanunlarında bu suça yer verilerek birden fazla hukuki

²¹³ ÜNVER, Yener, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Seçkin Yay., 2003, s. 614.

²¹⁴ ÖZGENÇ, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 12.B. , 2016, s.160.

yararın korunmak istendiği görülmektedir. Bu nedenle, göçmen kaçakçılığı suçu, “birden çok hukuki menfaati koruyan/çok konulu” bir suç tipidir.²¹⁵ Bir başka ifadeyle, bu suç ile korunmak istenen hukuksal yarar, “karma” bir niteliğe sahiptir.²¹⁶ Bu hukuksal yararları, “ulusal ve uluslararası topluma ait yararlar” ve “suça konu bireylere ait yararlar” olmak üzere iki kısımda incelemek mümkündür. “Kamu düzeni ve kamu güveni”, “ulusal ekonomi” ve “uluslararası toplum düzeni”, ulusal ve uluslararası topluma ait hukuki yararlar olarak sayılabilirken, “vücut bütünlüğü ve yaşama hakkı”, “insan onuru”, “mülkiyet hakkı” ve “kişi özgürlüğü” suça konu bireylere ait hukuki yararlardır.

A. Ulusal ve Uluslararası Topluma Ait Değerler

1. Kamu Düzeni ve Kamu Güveni

Ceza hukukunda her suçun asli ve zorunlu mağdurunun devlet olduğu ifade edilir. Kontrolsüz göç akımları ve kaçak göçler de, ülkeye giriş-çıkış ve ülkede kalmaya ilişkin düzen ve kurallarını ihlal etmekte ve devletlerin sınır güvenliğini tehlikeye düşürmektedir.²¹⁷

Göçmen kaçakçılığı suçunun suç örgütleri tarafından işlenmesi durumunda, kamu düzeni ve kamu güveni daha ağır biçimde ihlal edilmiş olacaktır. Bu nedenledir ki, TCK’nın 79. maddesinin 3. fıkrasında göçmen kaçakçılığı suçunun “örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi” halinde verilecek cezaların yarı oranından artırılacağı öngörülmüştür.²¹⁸

Devletler, göçmen kaçakçılığı suçu söz konusu olduğunda, ülkeye yasadışı yollarla giren ya da yasal olarak ülkeye girdiği halde sonradan yasadışı duruma düşen

²¹⁵ BAYRAKTAR, Köksal, KURT, Gülşah, *Göçmen Kaçakçılığı*, (Özel Ceza Hukuku, C.1, Uluslararası Suçlar), İstanbul, On İki Levha Yay., 2016, s.120.

²¹⁶ ÇAKMUT, Özlem, “Türk Ceza Yasasında Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK m.79)”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.9, S.2, Temmuz 2010, s.118, ARTUÇ, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, s.55, DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s.97.

²¹⁷ EREL, “Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, s. 269, YENİDÜNYA, ALŞAHİN, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK. m.79)”, s.17.

²¹⁸ EVİK, Hakan Ali, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.9, S.3-4, 2005, s.138.

göçmenlerin beraberinde getirdikleri problemlerle uğraşmak zorunda kalmakta; bu kişilerin suç işlemesini veya bulaşıcı hastalık yaymasını önlemeye çalışmakta, göçmen kaçakçılığı suçunu işlemek amacıyla hazırlanan sahte kimlik veya belgeler, bu belgelere duyulan güvenin sarsılmasına dolayısıyla, kamu düzeninin ve güveninin sarsılmasına yol açmaktadır. Bu husus, 2001 TCK ön tasarısında da “...göçmen kaçakçıları sadece göçmen mağdurlara değil ve fakat ilgili devletlere de büyük zararlar vermektedir; madde bu suç faaliyetini önlemek amacıyla kaleme alınmıştır...” şeklindeki ifade ile vurgulanmıştı. Bu nedenlerle, bu suç ile korunmak istenen ilk ve öncelikli hukuki yararın, kamu düzeni ve kamu güveni olduğu söylenebilir.²¹⁹

2. Ulusal Ekonomi

Suçun devlete olan maliyetleri toplumdan alınan vergilerle karşılandığından, suçun devlete sebep olduğu maliyetler, aynı zamanda toplumun geneline olan maliyetlerdir denilebilir.²²⁰ Suçtan kaynaklanan maliyetler dikkate alındığında, devletin yaptığı en yaygın harcamalar arasında, polis harcamaları, adalet harcamaları ve cezaevlerine harcanan miktarlar, özel güvenlik harcamaları ve suç nedeniyle oluşan sakatlanmalar ve travmalar ile ilgili sağlık bakım masrafları sayılabilir. Suç, ayrıca, ölçülmesi daha zor olan diğer dolaylı maliyetlere de yol açmaktadır. İşletmelerin üretkenliğinin azalması sonucu ortaya çıkan kayıplar, insan ve sosyal sermaye birikiminin azalması nedeniyle ortaya çıkan kayıplar ve işgücüne katılma oranlarının düşmesi sonucu ortaya çıkan kayıplar bu dolaylı maliyetlerden bazılarıdır.²²¹

Yasadışı göçmenler, gittikleri ülkelerdeki uyum sürecini atlattıktan sonra hayatlarını devam ettirebilmek için kaçak olarak çalışmaya başlamaktadır. Hizmet sektörü başta olmak üzere birçok sektörde kaçak olarak çalışan göçmenler, önemli bir kayıt dışı istihdam grubunu oluşturmaktadır.²²² Ülkede yasadışı olarak çalışmaya

²¹⁹ ARSLAN, “Göçmen Kaçakçılığı Suçları”, s.119.

²²⁰ ÜNVER, Mustafa, BAKIRTAŞ, İbrahim. “Suçun Ekonomik Analizi: Genel Bir Değerlendirme”, *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S.20, Nisan 2008, s.51.

²²¹ FAJNZYLBBER, Pablo, LEDERMAN, Daniel, LOAYZA, Norman, “Crime and Victimization: An Economic Perspective”, *Economia*, 1(1), 2000, s.222.

²²² Ülkemizdeki yasadışı göçmenlerin inşaat işçiliği, fabrika işçiliği, ev bakıcılığı en yaygın olarak çalıştıkları meslek dallarıdır. Bunların yanında, işportacılık, hamallık, oto yıkama, bulaşıkçılık, kasaplık, tamircilik ve garsonluk gibi çok sermaye gerektirmeyen bedeni işlerde çalıştıkları görülmektedir. Bazı yasadışı göçmenler ise, daha çok para kazanma ve buna bağlı olarak daha iyi bir yaşam sürmenin yolunu illegal işlere girerek aramaktadırlar. Sokak düzeyinde uyuşturucu satıcılığı,

başlayan göçmenler, Türkiye gibi gelişmekte olan ülkelerde, hali hazırda mevcut olan işsizlik sorununu tetiklemekte, bunun yanı sıra kayıt dışı istihdam alanının yaygınlaşması da kamu ekonomisini, bir başka deyişle, ulusal ekonomiyi zarara uğratmaktadır.²²³ Söz konusu yasadışı göçmenler, aynı zamanda sigortasız olarak ve düşük ücretlerle çalıştıklarından ucuz işgücüne sebebiyet vermektedirler. Bu duruma karşılık devletler, yasadışı göçmenlerin sebep olduğu ucuz işgücü sebebiyle vatandaşlarının uğramış olduğu kayıpları gidermeye çalışmaktadır.²²⁴ Ayrıca, kaçak olarak çalışan göçmenler, vergi kaybına da yol açmaktadır.²²⁵

Son olarak, yasadışı şekilde ülke sınırlarını geçerken yakalanan veya ülkede yasadışı olarak bulunduğu tespit edilen göçmenler, sınır dışı işlemleri tamamlanana kadar ilgili devlet tarafından yeme, içme, barınma²²⁶ ve sağlık gibi çeşitli hizmetlerden yararlandırılmaktadır. Bu durum, kamu ekonomisinin dolaylı olarak da olsa göçmen kaçakçılığı suçundan zarar görmesine yol açmaktadır.²²⁷ Açıklanan bu nedenler dolayısıyla, göçmen kaçakçılığı suçu ile korunmak istenen hukuki yararlarından birinin de ulusal ekonomi olduğu söylenebilir.

3. Uluslararası Toplum Düzeni

Göçmen kaçakçılığı suçunda, binlerce göçmenin yasadışı bir şekilde ülke değiştirmesi, uluslararası toplum düzenini ihlal etmektedir. Bunun yanında, göçmen kaçakçılığı suçu, organize suç örgütlerinin önemli faaliyet alanında birini oluşturmaktadır. Bu durum da uluslararası toplum düzeni açısından büyük bir tehlike yaratmaktadır. Bu nedenle, bu suç ile korunmak istenen hukuksal yararlarından bir diğerinin de uluslararası toplum düzeni olduğu söylenebilir.²²⁸ Ayrıca, kanunda

hırsızlık, sahtecilik, seks işçiliği bu yasadışı işlerin en yaygın olanlarıdır, ÇİÇEKLİ, DEMİR, *Türkiye Koridorunda Yasadışı Göçmenler*, s.152.

²²³ KAYAALP, Mustafa, *Türk Hukukunda Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s.78.

²²⁴ ARSLAN, “Göçmen Kaçakçılığı Suçları”, s.119.

²²⁵ TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, ÖNOK, Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara, Seçkin Yay., 14. B., 2017, s.89.

²²⁶ Ülkemizde, sınırdışı konusundaki adli işlemleri tamamlanmış tüm yasadışı göçmenler, yurt dışına çıkarılana kadar “Geri Gönderim Merkezi” olarak adlandırılan yerlerde bandırılmaktadır, ÇİÇEKLİ, DEMİR, *Türkiye Koridorunda Yasadışı Göçmenler*, s.158.

²²⁷ KAYAALP, *Türk Hukukunda Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s.78.

²²⁸ Protokolün “amaç” başlıklı 2. maddesinde de “*Bu Protokol’un amacı, göçmen kaçakçılığını önlemek ve bununla mücadele etmek, kaçak göçmenlerin haklarını korurken, Taraf Devletler arasında bu amaçla yapılan işbirliğini geliştirmektir.*” şeklinde ifade de bu hususa vurgu yapmaktadır.

düzenlenme yeri tartışma konusu olan göçmen kaçakçılığı suçunun “uluslararası suçlar” başlığı altında düzenlenmiş olmasında, bu hukuki menfaatin etkili olmuş olabileceği ifade edilmektedir.²²⁹

Göçmen kaçakçılığı suçunda yalnızca göçmenler zarar görmez. Bu suç nedeniyle devletlerarası ilişkiler de etkilenebilmekte hatta zarar görebilmektedir. Bu sebeple, Türk Ceza Kanunu’nun 13. maddesine göre bu suç nerede, kim tarafından, kime karşı işlenirse işlensin Türkiye’de kovuşturulabilecek suçlar arasında yer almaktadır.²³⁰ Ayrıca, devletler, yapmış oldukları geri kabul anlaşmaları kapsamında yakaladıkları yasadışı göçmenleri geldikleri ülkelere veya tabiiyetinde bulundukları ülkelere göndermektedir. Ancak bazı devletler, göçmenlerin geri kabulünde gerekli özeni göstermedikleri için bu durum, devletler arasında gerginliklere sebebiyet verebilmektedir. Göçmen kaçakçılığının suç olarak düzenlenmesiyle, bu kaçakçılık türünün azaltılması ve buna bağlı olarak devletler arasında ortaya çıkabilecek sorunların da giderilmesi amaçlanmaktadır.²³¹

B. Suça Konu Bireylere Ait Hukuki Değerler

1. Vücut Bütünlüğü ve Yaşama Hakkı

Göçmenlerin vücut bütünlükleri ve yaşama hakları, bu suç ile korunmak istenen bir başka hukuksal yarardır. Yasal olmayan yollardan bir ülkeden diğerine geçmek isteyen göçmenler için, kaçakçılar tarafından deniz ulaşımına elverişsiz botlarla adeta ölüme yolculuk seferleri düzenlenmekte²³² veya göçmenler, genellikle yük taşımacılığında kullanılan kamyon, tır, gemi vb. gibi ulaşım araçlarıyla genellikle konteynır gibi havasız ve aşırı kalabalık bölmelerde taşınmaktadır. Böyle kötü şartlarda yapılan yolculuklar sonucunda birçok göçmen ölmekte veya en iyi ihtimalle

²²⁹ BAYRAKTAR, KURT, *Göçmen Kaçakçılığı*, s.121.

²³⁰ Bir başka ifadeyle, göçmen kaçakçılığı suçunun Türkiye’de kovuşturulması açısından “evrensellik ilkesi” kabul edilmiştir, KESKİN, “Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti Suçları”, s.80.

²³¹ DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s.97.

²³² Son yıllarda çevre ülkelerde meydana gelen sorunlar nedeniyle, özellikle transit ülke olarak kullanılan Türkiye’de göçmenlerin insanlık dışı dramalarına şahit olunmaktadır, KILINÇARSLAN, Saniye, “Göçmen Kaçakçılığı Sırasında Meydana Gelen Ölüm Olayları”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.15, S. 1, 2016, s.856.

yaralanmaktadır.²³³ Örneğin, 2001 yılında, kaçak göçmenleri taşıyan aşırı kalabalık bir geminin Endonezya kıyılarında batması sonucu 356 kişi yaşamını yitirmiştir. İrlanda, Libya, Meksika, Nijer, Birleşik Krallık ve Amerika Birleşik Devletleri gibi ülkelerde de ölümle sonuçlanan göçmen kaçakçılığı vakaları görülmüştür.²³⁴

Göçmen kaçakçılığı sonucu ölüm meydana gelmesi, 765 sayılı TCK'nın 201/a maddesinde cezayı artıran nitelikli hal olarak kabul edilmişti. 765 sayılı TCK'dan farklı olarak, 5237 sayılı TCK'da böyle bir nitelikli hale yer verilmemiştir. 5237 sayılı TCK'ya göre böyle bir durumda, gerçek içtima hükümleri gereği fail, hem göçmen kaçakçılığı suçundan hem de kasten veya taksirle öldürme suçlarından ayrı ayrı sorumlu olacağı için daha çok ceza alacaktır. Yine, 2010 yılında 6008 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, “suçun göçmenlerin hayatı bakımından bir tehlike oluşturması” halinde, faile verilecek cezaların üçte ikisinden yarısına kadar artırılması öngörülmüştür. Bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, suça konu göçmenlerin “vücut bütünlüğü ve yaşama hakkının korunması”, göçmen kaçakçılığı suçunda gözetilen hukuksal yararlardan biridir.

2. İnsan Onuru

Göçmen kaçakçılığı suçu ile korunmak istenen hukuki yararlardan biri de, bireylerin insan onuruyla bağdaşmayan muameleye tabi olmama haklarıdır.²³⁵ Göçmen kaçakçılığı sürecinde, işkence, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele vakaları oldukça yaygındır. Kaçırılan göçmenlerin çoğu, aşırı kalabalık kamyonlarda ve konteynirlarda uzun süre seyahat etmeye zorlanmakta ve bu koşullardan dolayı, bitkinlik, susuzluk ve kötü beslenmeye (malnütrisyon) katlanmak zorunda bırakılmaktadır. Ayrıca, birçok kaçakçı, yolculukları sırasında göçmenleri terk etmekte, bazen de sundukları hizmetler nedeniyle daha fazla para talep etmek için fiziksel ve cinsel şiddete başvurmaktadır.²³⁶ Bu nedenle, göçmen kaçakçılığının kanunlarda yaptırıma bağlanmasındaki amaçlardan biri de, insan onuruna yakışır

²³³ DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s.100.

²³⁴ OBOKATA, “Smuggling of Human Beings from a Human Rights Perspective: Obligations of Non-State and State Actors under International Human Rights Law”, s.401.

²³⁵ ÖNOK, “5237 Sayılı Yeni TCK'ya Göre Uluslararası Suçlar”, s.198.

²³⁶ OBOKATA, “Smuggling of Human Beings from a Human Rights Perspective: Obligations of Non-State and State Actors under International Human Rights Law”, s.400.

yaşam koşullarının güvence altına alınmasıdır. Her ne kadar, göçmenlerin bu eylemlerin çoğu için önceden verilmiş rızaları söz konusu olsa da, kişilerin insan haysiyeti ile bağdaşmayacak derecede özgürlüklerinin sınırlandırılmasına rıza göstermeleri hukuken geçerli kabul edilemeyecektir.²³⁷

Türk Ceza Kanunu m.79/2-b’de “suçun mağdurları onur kırıcı bir muameleye maruz bırakarak işlenmesi” halinin, cezayı artıran nitelikli bir hal olarak öngörülmüş olması, göçmen kaçakçılığı suçunda kanun koyucunun insan onurunu korumaya özel bir önem verdiğini göstermektedir.

Doktrinde BİRTEK de, yasadışı göç ve göçmen kaçakçılığı ile etkin bir şekilde mücadele edildiğinde, organize suç örgütlerinin insan onuruyla bağdaşmayan şartları altında ülkelerin sınırlarını geçen göçmenlerin insanlık onurlarının da korunmuş olacağını ifade etmektedir.²³⁸

3. Mülkiyet Hakkı

Bir göçmenin yolculuğu, onları bir kaç transit ülke vasıtasıyla kendi ülkelerinden nihai varış ülkesine götürür. Göçmen kaçakçıları ve diğer suçlular, bu yolculuk boyunca göçmenlere kapsamlı ve genelde yüksek fiyatlı hizmetler sunmaktadır. Bu hizmetler, göçmenlerin ulaşım, barınma ve sahte belge gibi ihtiyaçlarını da içermektedir.²³⁹ Bu nedenle, göçmenlerin büyük çoğunluğu, hedefledikleri ülkelere ulaşmak için yüklü miktarda para harcamak durumunda kalmaktadırlar. Özellikle geçeceği ülkelerin sayısı, gidilecek mesafe ve ulaşım türüne göre, kaçakçılara ödenen miktar, kişi başı binlerce doları bulmaktadır.²⁴⁰

Birçok göçmenin, kaçakçılar tarafından sağlanan hizmetler için yüksek miktarda para ödemesi gerektiğini ifade etmiştik. Ayrıca, göçmenler, bazı durumlarda ulaşım masraflarını da paylaşmak durumunda kalmaktadırlar. Bu nedenle, göçmenler, ülkelerindeki aile bireylerine veya akrabalarına borçlanmaktadırlar. Göçe kaynaklık

²³⁷ YENİDÜNYA, ALŞAHİN, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK. m.79)”, s.16-17.

²³⁸ BİRTEK, *Mevzuat İçin Geri, İnsan Onurunun Korunması Açısından İleri Bir Adım: Göçmen Kaçakçılığı Suçuna İlişkin Değişiklikler*, s.220.

²³⁹ Migrant Smuggling in the EU, *Europol Public Information (Report)*, February 2016, s.5, <https://www.europol.europa.eu/publications-documents/migrant-smuggling-in-eu> (20.05.2017)

²⁴⁰ KAHYA, SEVER, *Türkiye’de Göçmen Kaçakçıları*, s.239.

eden birçok ülkede resmi yollardan kredi çekebilme imkânlarının sınırlı olduğu bilinmektedir. Dolayısıyla, göçmenler, daha yüksek faiz oranları talep eden gayri resmi kredi veren şebekelere (tefecilere vs.) yönelmek zorunda kalmaktadırlar. Bunun sonucunda da, birçok göçmen, evlerini, topraklarını ve diğer mülklerini kaybetmektedir.²⁴¹ Görüldüğü üzere, göçmen kaçakçılığı suçu ile göçmenlerin “mülkiyet hakkının” da korunmasının amaçlandığı söylenebilir.

4. Kişi Özgürlüğü

Göçmen kaçakçılığı süreci, göçmenler hedef ülkelere nakledikleri zaman sona ermektedir. Ancak, insan hakları ihlalleri, göçmenler hedef ülkelere ulaştıktan sonra da devam etmektedir. Çünkü göçmenlerin çoğu, kaçakçılara borçlu oldukları için, borç esaretinde tutulmakta ve borçlarını ödemek için düşük ücretle kendilerine sunulan herhangi bir işi kabul etmek zorunda kalmaktadırlar. Örneğin, tarım sektöründe çalışan göçmenler, tehlikeli kimyasallara maruz kalabilmekte ve sonuç olarak sağlıkları etkilenmektedir. Dolayısıyla, göçmenlerin adil ve elverişli çalışma koşullarında çalışma hakları derinden etkilenmektedir. Yasadışı statülerinden dolayı, kaçak göçmenler, yakalanma ve yaptırıma tabi tutulma korkusu nedeniyle tıbbi yardım da talep edememektedir. Göçmen kaçakçılığı suçunda, bazı durumlarda göçmenlerin hareket özgürlükleri de kısıtlanabilmektedir. Kaçakçılar, kaçırdıkları göçmenleri kontrol altına almanın bir yolu olarak, onların kimlik belgelerine el koymakta, onları aile bireyleriyle ve ihbarda bulunacaklarını ima ederek tehdit etmekte ve atölyelerde, fabrikalarda ve genelevlerde çalışmaya mahkûm etmektedirler. Özellikle göçmen kadınlara karşı fiziksel, zihinsel veya cinsel istismar vakaları da sıklıkla görülmektedir.²⁴²

Göçmen kaçakçılığı suçunda suça konu olan göçmenler, başlangıçta, kaçakçılar ile işbirliği halinde olduklarından bir yerden başka bir yere taşınmaları sırasında özgürlüklerinin kısıtlanmasına rıza göstermektedirler. Ancak, yolculuğun ilerleyen dönemlerinde göçmenler bu rızalarını geri almak istediklerinde, kaçakçılar

²⁴¹ OBOKATA, “Smuggling of Human Beings from a Human Rights Perspective: Obligations of Non-State and State Actors under International Human Rights Law”, s.400.

²⁴² OBOKATA, “Smuggling of Human Beings from a Human Rights Perspective: Obligations of Non-State and State Actors under International Human Rights Law”, s.400.

buna izin vermemekte, dolayısıyla, bu andan itibaren göçmenlerin özgürlükleri rızaları hilafına kısıtlanmış olmaktadır.²⁴³ Bu nedenle, göçmen kaçakçılığı suçu ile korunmak istenen hukuki yararlar arasında “kişi özgürlüğü” de sayılabilir.

III. SUÇUN UNSURLARI

Suçun unsurlarına ilişkin ilk tartışmalar 16. yy’da başlamış olup, suçun genel anlamda dört kurucu unsurdan meydana geldiği ifade edilmiştir. Suçun kurucu unsurları; kanun, irade ve eylem, insan ve saik unsurları olarak nitelendirilmişti. Bugün de ceza hukuku doktrinde suçun hangi unsurlardan oluştuğu hususunda görüş birliği sağlanamamış olup, iki ile sekiz arasında değişen unsur sayısı ve bunların niteliğine ilişkin tartışmalar bulunmaktadır. Suçun aynı sayıda unsurdan meydana geldiğini kabul eden yazarlar bile, bunlara verilecek anlamlar konusunda aynı görüşü paylaşmamaktadır.²⁴⁴ Suçun unsurlarının ikili²⁴⁵, üçlü²⁴⁶ ve dörtlü ayrımına²⁴⁷ tabi tutularak incelendiği görülmektedir. Ancak çoğunlukla suçun, tipiklik, maddi unsur,

²⁴³ DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s.101, KAYAALP, *Türk Hukukunda Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s.76.

²⁴⁴ ALACAKAPTAN, Uğur, *Suçun Unsurları*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1970, s.5.

²⁴⁵ KUNTER suçun unsurlarını, “kanuni unsur” ve “maddi unsur” olmak üzere ikiye ayırarak incelemektedir. Kanuni unsur; tipiklik, hukuka aykırılık ve cezalandırılabilirlikten oluşurken; maddi unsur, hareket, netice ve nedensellik bağından oluşmaktadır, KUNTER, Nurullah, *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1949, s. 39 vd., KUNTER, *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi*, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1954, s. 11 vd. Ayrıca, suçun unsurlarının ikiye ayrılarak incelendiğinde suçu, “maddi (objektif) unsur” ve “manevi (sübjektif) unsur” başlıkları altında ele alındığı da görülmektedir. Klasik suç teorisi olarak da ifade edilen bu teoriye göre, tipiklik ve hukuka aykırılık unsuru, maddi unsur içerisinde değerlendirilmektedir, TOROSLU, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara, Savaş Yay., 10. B., Ekim 2007, s.106-108.

²⁴⁶ ÖZGENÇ, Yeni TCK sisteminde kabul edilen teoriye göre, suçun unsurlarının maddi unsur, manevi unsur ve hukuka aykırılık unsuru olmak üzere üçe ayrıldığını, kusurluluğun ise suçun bir unsuru değil, işlediği fiil nedeniyle fail hakkında yapılan bir değerlendirme yargısı olduğunu ifade etmektedir, ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 161; HAKERİ, bir suçtan bahsedilebilmesi için kanundaki tipe uygun, hukuka aykırı ve kasten veya taksirle gerçekleştirilebilen bir fiilin bulunması gerektiğini ifade etmekte ve suçun unsurlarını, kanuni unsur (tipiklik), tipikliğin maddi ve manevi unsurları ve hukuka aykırılık olarak nitelendirmektedir, HAKERİ, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Adalet Yayınevi, 19. B., 2016, s.128; İÇEL ise suçun, tipe uygun eylem, hukuka aykırılık ve kusurluluk olmak üzere üç yapısal unsurdan oluştuğunu kabul etmektedir, İÇEL, Kayıhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Beta Yay., Yenilenmiş B., 2016, s.217.

²⁴⁷ Suçun unsurlarını dörde ayırarak inceleyen yazarlar arasında da bu unsurların ne olduğu ve niteliği hususunda da görüş farklılıkları bulunsa da, TCK sistemi dikkate alındığında, suçun unsurları, tipiklik, maddi unsurlar, manevi unsurlar ve hukuka aykırılık unsurundan oluşmaktadır. ARTUK, M. Emin, GÖKCEN, Ahmet, YENİDÜNYA, A. Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Adalet Yay., 10. B., 2016, s.202. Bu dört unsuru, kanuni unsur, maddi unsur, hukuka aykırılık, manevi unsur olarak ele alan görüşler de bulunmaktadır, CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul, Beta Yay., 8. B., Eylül 2014, s. 219 vd.; DEMİRBAŞ, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yay., 11. B., 2016, s. 206.

manevi unsur ve hukuka aykırılık unsuru olmak üzere dört unsuru olduğu ifade edilmektedir. Suçun maddi unsurları; fiil, netice, nedensellik bağı, fail, mağdur, suçun konusu ve suçun nitelikli hâllerini ifade etmektedir. İşlenen fiil ile fail arasındaki manevi bağı ifade eden manevi unsur ise, genel anlamda kast ve taksirden oluşmaktadır.²⁴⁸ Saik ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç (kast taksir kombinasyonu) da suçun manevi unsuru içerisinde değerlendirilmektedir. Bazı tasniflerde suçun bir unsuru olarak incelenen “kusurluluk” suçun unsurlarına dahil olmayıp, tüm unsurlarıyla gerçekleşmiş bir fiilden dolayı failin kınanabilip kınanamayacağı hususundaki yargıyı ifade etmektedir.²⁴⁹

Biz de çalışmamız kapsamında suçun unsurlarını, tipiklik, maddi unsur, manevi unsur ve hukuka aykırılık olarak dört ana başlık altında değerlendirerek, çalışmamızı bu ayrıma uygun olarak sürdüreceğiz.

A. Tipiklik Unsuru

Tipiklik, suç sayılan fiilin kanundaki suç tanımına uymasıdır.²⁵⁰ Bir fiilin suç teşkil edebilmesi için dış dünyada değişiklik meydana getiren hareketin, kanundaki tarife (model veya tipe) uygun olması gerekir. Bir başka ifadeyle, eğer işlenmiş olan fiilin kanundaki suç tanımına uygun olduğu tespit edilirse, fiilin tipik olduğu kabul edilir.²⁵¹ Dolayısıyla, tipikliğin iki önemli unsuru bulunmaktadır. Bunlardan ilki, işlenen fiilin ceza hukukunda kaynak niteliği taşıyan bir kanunda önceden tanımlanmış olmasıdır. İkincisi ise, işlenen bu fiilin, söz konusu tanıma uygun olmasıdır.²⁵²

Daha önce “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Göçmen Kaçakçılığı Suçu” başlığı altında göçmen kaçakçılığı suçuna ait tipiklik unsuruna yer verildiğinden, burada tekrar değinilmeyecektir. İlerleyen bölümlerde suçun tipiklik unsurunda yer alan kavramlar detaylı bir biçimde açıklanacaktır.

²⁴⁸ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s.338.

²⁴⁹ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 202.

²⁵⁰ DEMİRBAŞ, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.218.

²⁵¹ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 205.

²⁵² DEMİRBAŞ, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.218

B. Suçun Maddi Unsurları

Suçun maddi unsurları fiil, netice, nedensellik bağı, fail, mağdur, suçun konusu ve suçun nitelikli hâllerinden oluşmaktadır. Burada, suçun bu maddi unsurlarına ek olarak, suçun nitelikli halleriyle karıştırılan ve genellikle suçun manevi unsuru altında incelenen “neticesi sebebiyle ağırlaşmış” hallere de ayrı bir başlık altında değinilecektir.

1. Fiil

Bir suçtan bahsedilebilmesi için öncelikle bir fiilin bulunması gerekir. Çünkü kişinin kafasındaki düşünce, ceza hukuku müdahalesini gerektirmez. Bu düşüncenin ancak bir fiil ile ortaya çıkması halinde cezalandırılması mümkün olur.²⁵³ Bir başka ifadeyle fiil (hareket), “suç tanımına uyan veya suç tanımındaki neticeyi gerçekleştirmeye yönelik iradi insan davranışdır.”²⁵⁴

Protokol’de göçmen kaçakçılığı suçu kapsamında cezalandırılması gereken fiiller;

a- Doğrudan doğruya veya dolaylı olarak mali veya diğer bir çıkar elde etmek amacıyla, bir kişinin vatandaşlığını taşımadığı veya daimî ikametgâh sahibi olmadığı bir taraf devlete yasadışı girişinin temini,

b- Göçmen kaçakçılığını gerçekleştirmek amacıyla sahte seyahat veya kimlik belgesi imali, tedariki, temini veya bulundurulması,

c- İlgili devletin vatandaşı olmayan veya o devlette daimî ikametgâhı bulunmayan bir kişinin, anılan devlette, yasal olarak kalmak için gerekli şartlara uymaksızın orada kalmasına, sahte seyahat veya kimlik belgesi imali veya başka yasadışı yollarla imkân sağlamak şeklinde öngörülmüştür.

765 sayılı TCK’nın 201/a maddesinde ise, göçmen kaçakçılığı suçunun fiil unsuru üç farklı kategori altında şu şekilde düzenlenmişti:

²⁵³ DEMİRBAŞ, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.219.

²⁵⁴ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s.222.

a-Yabancı bir devlet tabiiyetinde bulunan veya vatansız olan veya Türkiye'de sürekli olarak oturmasına yetkili mercilerce izin verilmemiş bulunan kimselerin,

- Türkiye'ye yasal olmayan yollardan girmelerini veya
- Ülkede kalmalarını,
- Bu kişilerin veya Türk vatandaşlarının yasal olmayan yollardan ülke dışına çıkmalarını sağlamak veya bu suçlara teşebbüs etmek,

b- Göçmen kaçakçılığı suçunun faillerine veya böyle bir suça iştirak etmeksizin, daha önce ülkeye sokulmuş veya girmiş kaçak göçmenleri,

- Yasal olmayan yollarla ülkeden çıkarma,
- Yasal koşullara uymaksızın ülkede kalmalarını olanaklı kılmak veya bu suçlara teşebbüs etmek,

c- Göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesini sağlamak için;

- Sahte kimlik veya seyahat belgeleri hazırlamak veya
- Temin etmek veya bu suçlara teşebbüs etmek.

5237 sayılı TCK m.79'a göre göçmen kaçakçılığı suçu,

a- Bir yabancıyı yasal olmayan yollardan ülkeye sokmak,

b- Türk vatandaşı veya yabancının yasal olmayan yollardan yurt dışına çıkmasına imkân sağlamak,

c- Yabancının yasal olmayan yollardan ülkede kalmasına imkân sağlamak fiilleri ile işlenebilir.

Söz konusu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, 5237 sayılı TCK'da diğerlerinden farklı olarak, sahte kimlik veya seyahat belgeleri hazırlamak veya temin etmek fiillerine yer verilmemesi dikkat çekmektedir.²⁵⁵ Buna karşılık, 765 sayılı ve

²⁵⁵ Bu fiiller, "imkân sağlama" kapsamında değerlendirilecektir. Ayrıca bu fiillerle göçmen kaçakçılığını suçu işleyen fail, TCK m. 212 uyarınca hem göçmen kaçakçılığı suçu hem de belgede sahtecilik suçundan sorumlu tutulacaktır.

5737 sayılı TCK'nın Protokol hükümlerini genel anlamda karşıladığı ifade edilmektedir.²⁵⁶

Görüldüğü üzere, kanun metninde göçmen kaçakçılığı suçu, seçimlik hareketli bir suç²⁵⁷ olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla, bu fiillerden birinin gerçekleştirilmesi suçun oluşması için yeterlidir. Aynı suç kapsamından birden fazla seçimlik hareketin gerçekleştirilmesi halinde de, tek bir göçmen kaçakçılığı suçu oluşur. Örneğin, yasal olmayan yollardan ülkeye sokulan yabancının yine yasal olmayan yollardan ülkeden çıkarılması veya ülkede kalmasına imkân sağlanması durumunda fail, suçun seçimlik hareketlerinden birden fazlasını gerçekleştirmesine rağmen, tek bir suçtan ceza alacaktır.²⁵⁸

Göçmen kaçakçılığı suçunda, suç oluşturan hareketlerin hangi tür yöntemler ve şekillerle gerçekleştirilebileceği konusunda herhangi bir sınırlandırma bulunmamaktadır. Bir başka ifadeyle, fiilin gerçekleştirilme şekli önemli değildir. Bu nedenle, göçmen kaçakçılığı serbest hareketli²⁵⁹ bir suçtur.²⁶⁰

Göçmen kaçakçılığı suçu icrai bir hareketle işlenebileceği gibi ihmâli hareketle de işlenebilir.²⁶¹ Özellikle gümrük memurlarının, pasaportsuz olarak ülkeye girmek isteyen göçmenlere müdahale etmeyerek (göz yumarak) bu kişilerin ülkeye girişini sağlamaları halinde göçmen kaçakçılığı suçu ihmâli hareketle işlenmiş olacaktır.²⁶² DOĞAN'a göre ise, TCK m.79'da göçmen kaçakçılığı suçunun, ihmâli hareketle işlenebileceğine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığından, bu suç yalnızca icrai hareketle işlenebilir.²⁶³ Ancak belirtmek gerekir ki, bir suçun ihmali hareketle

²⁵⁶ DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s.119.

²⁵⁷ Suçun kanuni tanımında, suçun icrasının birden fazla alternatif hareketle gerçekleştirebileceği öngörülen ve bu hareketlerden herhangi birinin gerçekleştirilmesi ile tamamlanan suçlara 'seçimlik hareketli suç' denir. Seçimlik hareketli suç kavramı hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz., ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümleri*, s.168-169.

²⁵⁸ EREL, "Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı Suçu", s. 272. Aynı yönde görüş için bkz. ARSLAN, "Göçmen Kaçakçılığı Suçları", s.133, TURHAN, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Uluslararası Suçlar", s.9, EVİK, "Göçmen Kaçakçılığı Suçu", s.170.

²⁵⁹ Suçun ancak belli hareketlerin yapılması suretiyle işlenebileceği kanunda belirtilmiş ise "bağlı hareketli suç", kanunda yalnızca neticenin belirtilip hareketin belirtilmediği suçlara ise "serbest hareketli suç" denir, CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s.246.

²⁶⁰ ARSLAN, "Göçmen Kaçakçılığı Suçları", s.128.

²⁶¹ HAKERİ, "Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti Suçları" s. 4.

²⁶² KESKİN, "Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti Suçları", s. 84.

²⁶³ DOĞAN'a göre, TCK'da ihmale ilişkin düzenlemeler, genel hükümler yerine özel hükümlerde belli suç tipleri altında yapıldığından, kanunda açıkça ihmali hareketle işlenebileceği öngörülmemiş olan suçlar, yalnızca icrai hareketle işlenebilir. Bu nedenle, göçmen kaçakçılığı suçunun ihmâli hareketle

işlenebilmesi için, kanunda bu konuda özel bir hüküm bulunmasına gerek yoktur. Dolayısıyla, göçmen kaçakçılığı suçunun ihmâli bir hareketle işlenebilmesi mümkündür.

Göçmen kaçakçılığı suçu ani suç olarak işlenebileceği gibi mütemâdi (kesintisiz, sürekli) suç²⁶⁴ olarak da işlenebilmektedir. Göçmenlerin sınırdan yasadışı şekilde geçirilmesi ile suç tamamlanacağından, bu durumda suçun ani şekli söz konusu olmaktadır. Göçmenlerin ülkede kalmasına imkân sağlanması halinde ise temadi bir süre devam edeceğinden göçmen kaçakçılığı suçu mütemâdi şekilde işlenmiş olacaktır.²⁶⁵

a. Bir Yabancıyı Yasal Olmayan Yollardan Ülkeye Sokmak

Göçmen kaçakçılığı suçunun seçimlik hareketlerinden ilki, bir yabancıyı yasal olmayan yollardan ülkeye sokmaktır. Bu seçimlik hareketin konusunu yalnızca yabancılar oluşturabilir. Vatandaşların da yasal olmayan yollardan ülkeye sokulması mümkündür,²⁶⁶ ancak, bir vatandaşın yasal olmayan yollardan yurda sokulması Protokol'de ve buna bağlı olarak TCK'da göçmen kaçakçılığı suçu kapsamında düzenlenmemiştir.²⁶⁷ TCK'daki bu düzenlemenin, Anayasa'nın "yerleşme ve seyahat

işlenmesi mümkün değildir, DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s.120. HAKERİ'ye göre ise, "genel hükümler" kısmında ihmâli suçlara ilişkin bir düzenleme yapılması gerekmektedir. „Ancakanun koyucunun bu konuda herhangi bir düzenleme yapmayıp, yalnızca ilişkin bir düzenleme yapması gerekmektedir. Ancak kanun koyucunun bu konuda herhangi bir düzenleme yapmayıp, yalnızca belirli suçlar açısından özel hükümlerde düzenleme yapmış olması, önceki kanunda döneminde garantörsel ihmâli suçlara ilişkin uygulamamanın neredeyse hiç olmaması nedeniyle, bu suçlara ilişkin özel bir düzenleme ile uygulamayı başlatmak istemesinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla, bu durum, kanun koyucunun ihmâli hareketle işlenebilen suçlar açısından sınırlama amacı taşıdığını göstermez ve kanunda özel düzenleme bulunmayan suçların ihmali hareketle işlenemeyeceği anlamına gelmez, HAKERİ, Hakan, "İhmâli Suçlar", *Ceza Hukuku Dergisi*, S.4, Ağustos 2007, s.169.

²⁶⁴ Mütemâdi suçlarda hareketin neden olduğu sonucun belirli bir süre devam etmesi söz konusudur.

Ani suçlarda ise sonuç devam etmeyip derhal tamamlanmaktadır. Mütemâdi suç-Ani suç ayrımı hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. İÇEL, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.278-279.

²⁶⁵ ARSLAN, "Göçmen Kaçakçılığı Suçları", s. 128, ARTUÇ, "Göçmen Kaçakçılığı Suçu", s.60.

²⁶⁶ Failin ülkeye soktuğu göçmenleri yabancı zannetmesi, ancak bunların Türk vatandaşı olması halinde, suçun konusunun bulunmaması nedeniyle "işlenemez suç" söz konusu olacak ve bu durumda fiil suç oluşturmayacaktır, ARSLAN, "Göçmen Kaçakçılığı Suçları", s. 132.

²⁶⁷ "...göçmen kaçakçılığı suçunun ancak "bir kişinin vatandaşlığını taşımadığı veya daimi ikametgâh sahibi olmadığı bir Taraf Devlete yasadışı girişi" halinde oluşabileceği kabul edilmelidir. Bu açıklamalar doğrultusunda, atılı göçmen kaçakçılığı suçunun yasal unsurlarının somut olayda oluşmayacağı, zira; sanığın eyleminin, Türkiye'ye yasal olmayan yollarla giren mağduru, yeniden vatandaşı olduğu ülkesine kaçak yollarla gönderilmesi olduğu, sanığın eyleminin ise Pasaport Kanunu çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden, yerinde olmayan gerekçeyle mahkumiyet kararı

hürriyeti” başlıklı 23. maddesinin son fıkrasındaki, vatandaşın yurda girişinin engellenemeyeceğine ilişkin hükme²⁶⁸ ve uluslararası hukuktaki vatandaşın kendi ülkesine girme hakkından yoksun bırakılamayacağına ilişkin hükümlere²⁶⁹ uygun olduğu ifade edilmiştir.²⁷⁰

Ülkeye sokmak ve ülkede kalmasına imkân sağlamak şeklindeki belirleme dolayısıyla “ülke” ve “ülkeye sokmak” ifadelerinden ne anlaşılması gerektiği üzerinde durulmalıdır. Ülke kavramı, TCK’nın “yer bakımından uygulama” başlıklı 8. maddesinde geniş bir biçimde ele alınmaktadır.²⁷¹

Ülke, bir devletin siyasal sınırları içerisinde kalan toprak parçası ile toprağın altını, akarsu, göl ve iç denizlerini, kıyı şeridini, kıyı sularını, karasularını; kıta sahanlığını ve toprak üzerindeki hava sahasını ifade etmektedir. Kara ülkesi, toprak, toprağın altı, nehirler ve gölleri kapsamakta iken deniz ülkesi, denize kıyısı olan devletlerin iç suçlarını ve karasularını kapsar. Hava ülkesi ise, kara ve deniz ülkesindeki atmosfer tabakasıdır. Bu açıklamalar çerçevesinde “ülkeye sokmak” eylemi, bir kimseyi kara ülkesine, deniz ülkesine ve hava ülkesine sokmak şeklinde gerçekleşebilecektir. Gerçek anlamda ülke²⁷² olarak da ifade edilen bu kara, deniz ve hava sahasına göçmenlerin yasadışı şekilde sokulması halinde, göçmen kaçakçılığı suçu oluşacaktır.²⁷³

verilmesi...” Yargıtay 18. CD. E. 2015/44811 K. 2017/3202 T. 22.3.2017, www.kazanci.com (11.02.2018)

²⁶⁸ Anayasa m. 23/son: “*Vatandaş sınır dışı edilemez ve yurda girme hakkından yoksun bırakılamaz.*”

²⁶⁹ AİHS’ne Ek 4 nolu Protokol m.3/2’ye göre “*Hiç kimse, uyruğu bulunduğu devletin ülkesine girme hakkından yoksun bırakılamaz.*” Protokol metni için bkz. R.G. T.26.02.1994, S.21861. BM Medenî ve Siyasî Haklar Sözleşmesi m.12/4’e göre ise “*Hiç kimse, kendi ülkesine girme hakkından keyfi olarak yoksun bırakılamaz.*” Sözleşme metni için bkz. R.G. T.21.07.2003, S.25175.

²⁷⁰ KAYAALP, *Türk Hukukunda Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s.81.

²⁷¹ Madde 8- “(1) *Türkiye’de işlenen suçlar hakkında Türk kanunları uygulanır. Fiilin kısmen veya tamamen Türkiye’de işlenmesi veya neticenin Türkiye’de gerçekleşmesi halinde suç, Türkiye’de işlenmiş sayılır.*

(2) *Suç;*

a) *Türk kara ve hava sahaları ile Türk karasularında,*

b) *Açık denizde ve bunun üzerindeki hava sahasında, Türk deniz ve hava araçlarında veya bu araçlarla,*

c) *Türk deniz ve hava savaş araçlarında veya bu araçlarla,*

d) *Türkiye’nin kıt’a sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgesinde tesis edilmiş sabit platformlarda veya bunlara karşı,*

İşlendiğinde Türkiye’de işlenmiş sayılır.”

²⁷² Kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz, SOYASLAN, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Yetkin Yay., 4. B., 2012, s. 152.

²⁷³ BAYRAKTAR, Köksal, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, *Prof. Dr. Duygun Yarsuvat’a Armağan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.9, S.2, 2012, s. 60.

Burada tartışılması gereken bir başka mesele ise, göçmen kaçakçılığı suçunun “farazi anlamda ülke” olarak nitelenen yerlerde işlenip işlenemeyeceğidir. Farazi anlamda ülke, ülke kara sınırları ve suları dışında ülke bayrağının bulunduğu yerler ve ülke bayrağını taşıyan vasıtaları ifade etmektedir. Yabancı ülkelerde bulunan Türkiye Cumhuriyeti’ne ait elçilik ve konsolosluklar ile ülke dışında bulunan Türk bayrağını taşıyan gemiler ve uçaklar, farazi anlamda ülke sayılır ve bu yerlerde işlenen suçlar Türkiye’de işlenmiş sayılır.²⁷⁴ Ancak, göçmen kaçakçılığı suçu, niteliği gereği yalnızca gerçek anlamda ülke sınırlarının geçilmesiyle tamamlanabilmekte, farazi anlamda ülkede gerçekleştirilen fiillerle göçmen kaçakçılığı suçu tamamlanamamaktadır. Örneğin, Türk bayrağını taşıyan bir gemiye göçmenlerin açık denizde bulunan başka bir gemiden nakledilmesi durumunda göçmen kaçakçılığı suçu tamamlanmış olmaz.²⁷⁵

Protokol’ün 3. maddesinde göçmen kaçakçılığının, “*doğrudan veya dolaylı olarak, mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek için, bir kişinin vatandaşlığını taşımadığı veya daimi ikametgâh sahibi olmadığı bir taraf devlete yasadışı girişinin temini*” şeklinde tanımlanmış olduğunu daha önce ifade etmiştik. Belirtmek gerekir ki Protokol’deki “yasadışı girişin temini” yerine 5237 sayılı TCK’da “ülkeye sokmak” ifadesi kullanılmıştır. Ülkeye sokmak ifadesinin, “göçmen kaçakçısıyla birlikte sınırın geçilmesi” şeklinde yorumlanabilecek²⁷⁶ bir kavram olduğu ve bu nedenle yanlış bir tercih olduğu dile getirilmiştir. Ayrıca, maddi menfaat karşılığında, birtakım ön hazırlıklar yapılarak kişiye yasadışı güzergâh ve geçitlerin gösterilmesi, kişiye araç temin edilmesi de göçmen kaçakçılığı olarak kabul edilebileceğinden “ülkeye sokmak” ifadesi yerine “yasadışı girişin temini” ifadesinin Protokol’e de uygun olması açısından daha doğru bir kullanım olacağı ifade edilmektedir.²⁷⁷

²⁷⁴ SOYASLAN, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 153.

²⁷⁵ DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s.122.

²⁷⁶ Bu şekilde yorumlanabilecek bir ifade olmasına rağmen, failin bizzat göçmenlerin yanında bulunup onları ülkeye sokmasına gerek olmayıp, imkân sağlaması sonucu fail göçmenlerle bizzat bulunmasa dahi ülkeye giriş yapıldığında suç tamamlanacaktır, KILINÇARSLAN, “Göçmen Kaçakçılığı Sırasında Meydana Gelen Ölüm Olayları”, s. 860. Bir başka ifadeyle, “ülkeye sokmak” fiilini, göçmen kaçakçısının hem ülke sınırlarının yasal olmayan yollardan göçmenler beraberinde olacak şekilde kat ederek ülkeye girişi suretiyle “aktif”, hem de ülke sınırlarına gelip giriş yapmak isteyen göçmenleri, yasal olmayan yollardan ülkeye kabul edilmesi ile birlikte “pasif” şekilde yorumlanması gerekmektedir, KAYAALP, *Türk Hukukunda Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s.82.

²⁷⁶ ÇİÇEKLİ, *Açıklamalı Göç ve İltica Hukuku Terimleri Sözlüğü*, s.119.

²⁷⁷ DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s.123.

Burada değinilmesi gereken bir başka mesele ise “yasadışı olarak” ifadesi ile neyin kastedildiğidir. Yasadışı giriş kavramının ne anlama geldiğini tespit edebilmek için öncelikle “yasal giriş” kavramı üzerinde durulmalıdır. Yasal giriş (lawful admission), vatandaş olmayan bir kişinin geçerli bir giriş vizesine sahip olmak dahil ülkeye giriş için gerekli tüm koşulları yerine getirerek yapmış olduğu giriştir.²⁷⁸ “Yasadışı giriş” ifadesi ise, ilgili ülkenin yasal giriş için gerekli şartları yerine getirilmeden sınırların geçilmesi anlamına gelir.²⁷⁹

Bir devletin sınırları içerisinde yasal olarak bulunan herkesin ülke içerisinde seyahat ve yerleşme özgürlüğüne sahip olduğu uluslararası hukukta kabul edilen genel bir ilkedir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 13. maddesine göre, “Herkes bir Devletin sınırları içinde seyahat etme ve yerleşme hakkına sahiptir”. AİHS’ne Ek 4 No.lu Protokolün 2(1). maddesine göre de, “*Bir devlet ülkesi üzerinde yasal olarak bulunan herkes, o devlet ülkesinde serbest dolaşma ve ikametini seçebilme hakkına sahiptir.*” Ancak, bu hükümler yabancıların diledikleri ülkeye mutlak giriş yapma hakkına sahip olduğu şeklinde yorumlanamaz. AİHS’de de, bir yabancıнын vatandaş olmadığı bir ülkeye giriş yapma ve o ülkede ikamet etme hakkına sahip olduğuna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, ülkeye girişine izin verilen bir yabancıнын, ülke içerisindeki serbest dolaşım hakkından diğer vatandaşlar gibi yararlanması gerekmektedir.²⁸⁰

Ülkeye yasal giriş için gerekli şartları belirleme yetkisi, ülke toprakları üzerindeki egemenlik hakkının, bir başka deyişle, “ülkesel egemenlik” ilkesinin bir sonucu olarak, devletlere aittir. Devletler hukukunda, yabancıyı kayıtsız şartsız ülkeye kabul zorunluluğu yoktur. Hiçbir devlet, bir yabancıнын ülkesinde devamlı ikamet etmesine izin vermek zorunda da değildir. Hatta şartları var ise, yabancıyı sınır dışı edebilir. Dolayısıyla, devletler, yabancıların ülkeye girişine izin verip vermeme konusunda serbest oldukları gibi, yabancıların hangi şartlarda ülkeye girişine izin verileceği de yine devletlerin takdirinde olan bir konudur. Ancak, bu şartlar

²⁷⁸ ÇİÇEKLİ, *Açıklamalı Göç ve İltica Hukuku Terimleri Sözlüğü*, s.119.

²⁷⁹ CIOROBAI, “Smuggling of Migrants Threat to National Security”, s.57. Aynı yönde bkz. Protokol m. 3/b.

²⁸⁰ ÇİÇEKLİ, “Uluslararası Hukukta Yabancıların Hak ve Özgürlükleri”, s.6-7.

belirlenirken, yabancılara milletlerarası hukukta tanınan ve “milletlerarası standart” olarak ifade edilen temel insan hakları ölçütünün altına düşülmemelidir.²⁸¹

Girişi yasalarla belirtilmiş şartlara ve sınırlamalara tabi olan yabancı, bunu bir hak olarak ileri süremez. Burada devletin somut olayda yasalarda yazılı şartların ve sebeplerin yerine getirilmiş olup olmadığını belirleme konusunda “takdir hakkı” bulunmaktadır. Yetkili makamlar, ülkeye giriş hakkı isteyen yabancının girişine, kendisinin ülkeye girişi yasaklanmış kişiler arasında olduğu gerekçesi ile izin vermemek hakkına sahiptir.²⁸²

Devletler, ülkeye giriş ve ülkeden çıkış hakkındaki düzenlemeleri genellikle Yabancılar Kanunu ve Pasaport Kanunu gibi hususi kanunlarla yapmaktadırlar. Türkiye’de de yabancıların ve Türk vatandaşlarının yasal olarak ülkeye giriş ve ülkeden çıkış yapmalarının koşulları 5682 sayılı Pasaport Kanunu ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nda²⁸³ belirlenmiştir.

Pasaport Kanunu madde 1’e göre, “*Türk vatandaşları ve yabancılar Bakanlar Kurulunca tayin olunan yolcu giriş - çıkış kapılarından Türkiye’ye girip çıkabilirler.*” Dolayısıyla, belirlenen bu yerler dışında, ülkeye giriş-çıkış yapılması yasadışı kabul edilir. Ayrıca, belirlenen bu yerler dışında, yabancıların ülkeye giriş-çıkışına ve Türk vatandaşlarının ülkeden çıkışına imkân sağlanması halinde göçmen kaçakçılığı suçu oluşacaktır.

Pasaport Kanunu 2. maddesine göre ise, “*Türk vatandaşları ile yabancılar Türkiye’ye girebilmek ve Türkiye’den çıkabilmek için yolcu giriş - çıkış kapılarındaki polis makamlarına usulüne uygun ve muteber bir pasaport²⁸⁴ veya pasaport yerine geçen bir vesika²⁸⁵ ibraz etmeye mecburdurlar.*” Yabancılar ve Uluslararası Koruma

²⁸¹ TEKİNALP, Gülören, *Türk Yabancılar Hukuku*, İstanbul, Beta Yay., 7. B., 2002, s.18-19.

²⁸² ÇELİKEL, Aysel, GELGEL, Günseli, *Yabancılar Hukuku*, İstanbul, Beta Yay., 13.B., 2007, s.75.

²⁸³ Kanun Numarası:6458 Kabul Tarihi:4/4/2013 R.G. 11/4/2013.

²⁸⁴ Pasaport, kişiye bağlı bulunduğu devlet tarafından verilen, taşıyanın kimliğini belirten, taşıyana ülkesi dışında pasaportunu taşıdığı ülkenin elçilik ve konsolosluklarından yardım isteme hakkı veren ve kişiye ülkeden çıkma ve girme hakkı temin eden bir belgedir, ÇELİKEL, GELGEL, *Yabancılar Hukuku* s.76.

²⁸⁵ Madde 12- “*Türkiye Cumhuriyeti namına verilecek pasaport ve bunların yerini tutmaya mahsus vesikalar şunlardır:*

A) Pasaportlar:

I - Diplomatik pasaportlar;

II- Hususi damgalı pasaportlar;

Kanunu'nun 5. maddesinde de "Türkiye'ye giriş ve Türkiye'den çıkışın, sınır kapılarından geçerli pasaport ve pasaport yerine geçen belgelerle yapılacağı" düzenlenmektedir.

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 11. maddesinde Türkiye'ye giriş yapacak yabancılar için vize zorunluluğu öngörülmektedir.²⁸⁶ Yine aynı kanunun 7. maddesinde²⁸⁷ Türkiye'ye giriş yasağı ve 15. maddesinde²⁸⁸ ise vize verilmeyecek

III - Hizmet damgalı pasaportlar;

IV - Umuma mahsus pasaportlar (Münferit veya müşterek olur);

V - Yabancılar mahsus pasaportlar.

B) (Değişik: 19/6/1984 - KHK 240; Aynen kabul: 7/11/1984 - 3073/3 md.) Pasaport yerine geçerli vesikalar:

I. Pasavanlar, idari mektuplar ve hudut geçiş belgeleri,

II. Gemi adamı cüzdanları, demiryolu ve hava ulaşım araçları memur ve mürettebatına verilen vesikalar,

III. Seyahat belgesi ve benzeri belgeler."

²⁸⁶ MADDE 11 – (1) "Türkiye'de doksan güne kadar kalacak yabancılar, vatandaşı oldukları veya yasal olarak bulundukları ülkedeki konsolosluklardan geliş amaçlarını da belirten vize alarak gelirler. Vizenin veya vize muafiyetinin Türkiye'de sağladığı kalış süresi, her yüz seksen günde doksan gününü geçemez.

(2) Vize başvurularının değerlendirmeye alınabilmesi için, başvuruların usulüne uygun olarak yapılması gerekir.

(3) Vizeler, Türkiye'ye giriş için mutlak hak sağlamaz.

(4) Vizeler, konsolosluklarca, istisnai durumlarda ise sınır kapılarının bağlı olduğu valiliklerce verilir. Konsolosluklara yapılan başvurular doksan gün içinde sonuçlandırılır.

(5) Yabancı ülke diplomatlarına, Türkiye Cumhuriyeti büyükelçiliklerince resen vize verilebilir. Bu vizeler, genel vize verme usulüne uygun olarak Bakanlık ve Dışişleri Bakanlığına derhâl bildirilir. Bu vizeler harca tabi değildir.

(6) Ülke menfaatleri göz önünde bulundurularak vize verilmesinde yarar görülen yabancılar, istisnai olarak Türkiye Cumhuriyeti büyükelçilerince resen vize verilebilir. Bu amaçla verilen vizeler, genel vize verme usulüne uygun olarak Bakanlık ve Dışişleri Bakanlığına derhâl bildirilir. Bu vizeler harca tabi değildir.

(7) Vize türlerine ve işlemlerine ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle düzenlenir."

²⁸⁷ Türkiye'ye girişlerine izin verilmeyecek yabancılar

MADDE 7 – (1) "Aşağıdaki yabancılar, Türkiye'ye girişlerine izin verilmeyerek geri çevrilir:

a) Pasaportu, pasaport yerine geçen belgesi, vizesi veya ikamet ya da çalışma izni olmayanlar ile bu belgeleri veya izinleri hileli yollarla edindiği veya sahte olduğu anlaşılanlar

b) Vize, vize muafiyeti veya ikamet izin süresinin bitiminden itibaren en az altmış gün süreli pasaport veya pasaport yerine geçen belgesi olmayanlar

c) 15 inci maddenin ikinci fıkrası saklı kalmak kaydıyla, vize muafiyeti kapsamında olsalar dahi, 15 inci maddenin birinci fıkrasında sayılan yabancılar

(2) Bu maddeyle ilgili olarak yapılan işlemler, geri çevrilen yabancılar tebliğ edilir. Tebligatta, yabancıların karara karşı itiraz haklarını etkin şekilde nasıl kullanabilecekleri ve bu süreçteki diğer yasal hak ve yükümlülükleri de yer alır."

²⁸⁸ Vize verilmeyecek yabancılar

MADDE 15 – (1) "Aşağıda belirtilen yabancılar vize verilmez:

a) Talep ettikleri vize süresinden en az altmış gün daha uzun süreli pasaport ya da pasaport yerine geçen belgesi olmayanlar

b) Türkiye'ye girişleri yasaklı olanlar

c) Kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından sakıncalı görülenler

ç) Kamu sağlığına tehdit olarak nitelendirilen hastalıklardan birini taşıyanlar

yabancılar hakkında hükümler yer almaktadır. Bu nedenle Türkiye'ye giriş yapmak isteyen yabancıların vize verilmeyecek yabancılardan olmaması, vize muafiyeti²⁸⁹ bulunmuyorsa vize alması ve hakkında Türkiye'ye giriş yasağı bulunmaması gerekmektedir. Aksi takdirde, bu şartları sağlamayan yabancıların ülkeye sokulması durumunda, göçmen kaçakçılığı suçu oluşacaktır.

b. Türk Vatandaşı veya Yabancıların Yasal Olmayan Yollardan Yurt Dışına Çıkmasına İmkân Sağlamak

Göçmen kaçakçılığı suçunun seçimlik hareketlerinden biri ve uygulamada göçmen kaçakçılığı suçunun en çok karşılaşılan şekli²⁹⁰ TCK m.79/1(b)'de belirtilen “Türk vatandaşı veya yabancıların yasal olmayan yollardan yurt dışına çıkmasına imkân sağlamak”tır. Bu seçimlik hareket bakımından suçun konusu oluşturan göçmenler yabancı olabileceği gibi Türk vatandaşı da olabilmektedir.²⁹¹

765 sayılı TCK'da ise, 5237 sayılı TCK'dan farklı olarak bu seçimlik hareketle işlenen göçmen kaçakçılığı suçuna Türk vatandaşlarının yanında, yalnızca “daha önce ülkeye yasadışı yollardan girmiş veya sokulmuş kaçak göçmenler” konu

d) Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu anlaşmalar uyarınca, suçluların geri verilmesine esas olan suç veya suçlardan sanık olanlar ya da hükümlü bulunanlar

e) Kalacağı süreyi kapsayan geçerli sağlık sigortası bulunmayanlar

f) Türkiye'ye giriş, Türkiye'den geçiş veya Türkiye'de kalış amacını haklı nedenlere dayandıramayanlar

g) Kalacağı sürede, yeterli ve düzenli maddi imkânla sahip olmayanlar

ğ) Vize ihlalden veya önceki ikamet izninden doğan ya da 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre takip ve tahsil edilmesi gereken alacakları ödemeyi kabul etmeyenler veya 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununa göre takip edilen borç ve cezalarını ödemeyi kabul etmeyenler

(2) Bu madde kapsamında olmasına rağmen vize verilmesinde yarar görülenlere Bakanın onayıyla vize verilebilir.”

²⁸⁹ Vize muafiyeti (visa exemption), bir yabancıların ülkeye vize almaksızın girebilmesi ve ikamet edebilmesidir, ÇİÇEKLİ, *Açıklamalı Göç ve İltica Hukuku Terimleri Sözlüğü*, s.116.

²⁹⁰ EREL, “Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, s. 276.

²⁹¹ “...TCK'nın 79. maddesinin birinci fıkrasında göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturan seçimlik hareketler tanımlanmıştır. Bu tanıma göre, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollarla bir yabancıyı ülkeye sokmak veya ülkede kalmasına imkân sağlamak ya da Türk vatandaşı veya yabancıların ülke dışına çıkmasına imkân sağlamak, seçimlik hareketli suç olarak belirtilmiş, bu maddede tanımlanan seçimlik hareketlerden herhangi birisinin gerçekleştirilmesi halinde, suç failinin cezalandırılması gerektiği düzenlenmiştir. Bu kapsamda, sanığın göçmenleri aracı ile yurt dışına kaçak yollarla çıkarmak isterken gümrükte yakalanmaktan ibaret eyleminin, bir yabancıların ülkeden çıkış yapmasına imkân sağlama olması sebebiyle temel cezanın TCK'nın 79/1-b maddesi uyarınca belirlenmesi gerekirken yerinde olmayan gerekçeyle TCK'nın 79/1-a maddesinin uygulanması...” Yargıtay 18. CD. E. 2015/33714 K. 2017/1433 T. 8.2.2017, www.kazanci.com (11.01.2018)

olabilmektedir. Dolayısıyla, ülkeye yasal yollardan girmiş olan göçmenlerin, yasal olmayan yollardan ülke dışına çıkarılması, 765 sayılı TCK bakımından göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturmamaktaydı.²⁹² 5237 sayılı TCK’da ise böyle bir şart aranmamış, ülkeye ister yasal yollarla isterse yasadışı yollarla girmiş olsun, göçmenlerin yasadışı yollarla ülke dışına çıkmasına imkân sağlanması göçmen kaçakçılığı suçu kapsamında düzenlenmiştir.

“lke dışına çıkmak” ifadesinden suçun konusunu oluşturan kişilerin Türkiye Cumhuriyeti sınırlarını geçerek başka bir ülkenin sınırları içerinde bulunan coğrafi alana geçilmesi anlaşılmalıdır.²⁹³ Ancak göçmen kaçakçılığı suçunun meydana gelebilmesi için, yurt dışına çıkmalarına imkân sağlanan kişilerin ülkeden çıkışlarının “yasadışı olması”, bir başka ifadeyle, yasalara uygun olmaması gerekir. Pasaport Kanunu’na göre, ülkeden ıkış, Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen yolcu çıkış kapılarından, bu yerlerde bulunan polis memurlarına pasaport veya pasaport yerine geçen bir belge ibraz edilerek geekleştirebilir. lkeden çıkışta, ülkeye girişte olduğu gibi vize mecburiyeti bulunmamaktadır. Dolayısıyla söz konusu kurallara riayet etmeksizin “kişilerin yurt dışına çıkmasına imkân sağlamak” göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturur.

Gerekli şartlar yerine getirildiği sürece kişilerin ülke dışına çıkması, kural olarak engellenemez. Ancak Pasaport Kanunu’nda belirtilen kişinin ülkeden ayrılmasının genel güvenlik bakımından sakınca doğuracağı vb. gibi bazı istisnai durumlarda kişilerin ülke dışına çıkma hakkı kısıtlanabilmektedir.²⁹⁴ Ceza

²⁹² HAKERİ, “Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti Suçları (TCK 201/a – TCK 201/b)”, s.6.

²⁹³ YENİDÜNYA, ALşAHİN, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK. m.79)”, s.24.

²⁹⁴ Madde 22 – (Değişik: 28/5/1988 - 3463/3 md.) “Yurt dışına çıkmaları; mahkemelerce yasaklananlara, memleketten ayrılmalarında genel güvenlik bakımından mahzur bulunduğu İçişleri Bakanlığınca tespit edilenlere ve terör örgütlerine aidiyeti, iltisakı veya irtibatı belirlenen yurtdışındaki her türlü eğitim, ğretim ve sağlık kuruluşları ile vakıf, dernek veya şirketlerin kurucu ve yöneticisi olduğu veya bu yerlerde çalıştığı İçişleri Bakanlığınca tespit edilenlere (...) pasaport veya seyahat vesikası verilmez. Ancak, yabancı memleketlere gitmeleri mahkemelerce yasaklananlar dışında kalanlara, zaruri hallerde İçişleri Bakanının teklifi ve Başbakanın onayı ile pasaport veya pasaport yerine geçen seyahat vesikası verilebilir.

Bu durumda olanların açık kimlikleri (adı, soyadı, doğum yeri ve tarihi, ana ve baba adı ile nüfusa kayıtlı olduğu yer) ve tahdit sebebi, ilgili daireler tarafından mahallin polis makamlarına bildirilir.

İlgili polis makamları da bu bilgileri alır almaz bağlı bulunduğu il emniyet müdürlüğü kanalıyla en seri haberleşme aracıyla yazılı olarak hudut kapısı bulunan emniyet müdürlüklerine, şahsın nüfusa kayıtlı olduğu il emniyet müdürlüğüne ve Emniyet Genel Müdürlüğüne bildirir.

Bunların yurt dışına ıkışları engellenir ve kendilerine pasaport veya vesika verilmez, verilmişse geri alınır...”

Muhakemesi Kanunu²⁹⁵ m.109'da adli kontrol²⁹⁶ tedbiri olarak kişilerin ülke dışına çıkma hakkının sınırlandırılabilirdiği bir düzenleme yer almaktadır. Bu adli kontrol tedbirlerinden birisi ve uygulamada sıkça başvurulana, yurt dışına çıkış yasağıdır. Hakkında yurt dışına çıkış yasağı bulunan kişinin yurt dışına çıkması veya çıkarılması “yasadışı” kabul edilecektir. Bu nedenle, pasaport kanunu hükümleri gereğince veya adli kontrol tedbiri olarak, hakkında yurt dışına çıkma yasağı bulunan kişinin, yurt dışına çıkmasına imkân sağlanması durumunda göçmen kaçakçılığı suçu oluşacaktır.

Son olarak burada üzerinde durulması gereken bir başka konu “imkân sağlama” ile tam olarak neyin kastedildiğidir. İmkân, “yararlanılan uygun şart veya durum, olanak” anlamlarını taşımaktadır.²⁹⁷ İmkân sağlama ifadesi ise “bir işin olmasına elverişli ortamı hazırlamak” anlamına gelir.²⁹⁸ Göçmen kaçakçılığı suçu açısından “imkân sağlama” ise, göçmenin ülke dışına çıkması için gerçekleştiren her türlü faaliyeti ifade etmektedir. “Suç işlemeye teşvik” veya “suç işleme kararını kuvvetlendirmek” gibi manevi iştirak (yardım etme) biçimleri, göçmen kaçakçılığı suçunun oluşması bakımından yeterli kabul edilmemektedir. Ancak, diğer yardım etme şekillerinden olan, “filin işlenmesinde kullanılan araçları (ulaşım araçları, sahte pasaport vb.) sağlamak”, “suçun nasıl işleneceği konusunda yol göstermek” ve “suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak suçun icrasını kolaylaştırmak”, imkân sağlama kavramı kapsamında yer alır. Bir başka ifadeyle, göçmen kaçakçılığı suçu açısından “imkân sağlama” kavramının, manevi yardımdan ziyade maddi (somut) yardım şeklinde yorumlanması gerekmektedir.²⁹⁹

²⁹⁵ Kanun No:5271 Kabul Tarihi: 04/12/2004 R.G.17/12/2004 S.25673

²⁹⁶ Madde 109 – “(1)100 üncü Maddede belirtilen tutuklama sebeplerinin varlığı halinde, üst sınırı üç yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren bir suç sebebiyle yürütülen soruşturmada, şüphelinin tutuklanması yerine adli kontrol altına alınmasına karar verilebilir.

(2) Kanunda tutuklama yasağı öngörülen hallerde de, adli kontrole ilişkin hükümler uygulanabilir.

(3) Adli kontrol, şüphelinin aşağıda gösterilen bir veya birden fazla yükümlülüğe tabi tutulmasını içerir:

a) Yurt dışına çıkamamak.

b) Hâkim tarafından belirlenen yerlere, belirtilen süreler içinde düzenli olarak başvurmak...”

²⁹⁷ www.tdk.gov.tr (11.01.2018)

²⁹⁸ YENİDÜNYA, ALŞAHİN, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK. m.79)”, s.22.

²⁹⁹ DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s.123.

c. Yabancıнын Yasal Olmayan Yollardan Ülkede Kalmasına İmkan Sağlamak

Türk Hukuku’nda yabancıların ülkede ikamet etmesine ilişkin temel kurallar, 5683 sayılı “Yabancıların İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun”³⁰⁰ ve “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu”nda düzenlenmiştir. Bu kanunlara ek olarak, 2565 sayılı “Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu”³⁰¹ ve 442 sayılı “Köy Kanunu”nda³⁰² yabancıların Türkiye’de ikamet etmelerine ilişkin birtakım özel düzenlemeler yer almaktadır.

Yabancıların Türkiye’de ikamet etmesine ilişkin temel kurallar, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu”nun “ikamet” başlıklı ikinci bölümünde 19. ve 49. maddeleri arasında düzenlenmektedir. Kanun’un 19. maddesinde, *“Türkiye’de, vizenin veya vize muafiyetinin tanıdığı süreden ya da doksan günden fazla kalacak yabancıların ikamet izni almalarının zorunlu olduğu ve ikamet izninin, altı ay içinde kullanılmaya başlanmadığı takdirde geçerliliğini kaybedeceği”* hükme bağlanmıştır. Yine, söz konusu kanunun çeşitli maddelerinde, ikamet izninden muafiyet (m.20), ikamet izni başvurusu (m.21), Türkiye içinde yapılabilecek ikamet izni başvuruları (m.22), ikamet izinlerinin tanzimi ve şekli (m.23), ikamet izinlerinin uzatılması (m.24), ikamet izni çeşitleri (m.30) vb. gibi ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır. Dolayısıyla, bu mevzuatta öngörülen koşullara uymayan yabancıнын ülkede kalması “yasadışı” olarak kabul edilecektir.

“Yabancıнын yasal olmayan yollardan ülkede kalmasına imkân sağlamak” hareketinin konusunu yalnızca yabancılar oluşturabilir.³⁰³ Çünkü vatandaşın kendi ülkesinde kalmak için herhangi bir izne ihtiyacı yoktur. Bununla birlikte, vatandaşın

³⁰⁰ Kanun No:5683, Kanun Tarihi:15/7/1950, R.G. 24/7/1950 S.7564

³⁰¹ 18.12.1981 tarih ve 2565 sayılı “Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu”nun 9. maddesinde; “...b) Yabancı gerçek ve tüzelkişiler bu bölgede taşınmaz mal edinemezler. Yabancıların ait bölgedeki taşınmaz malların tasfiyesine karar vermeye, tasfiye şekil ve şartlarını tespiti Bakanlar Kurulu yetkilidir.

c) (1) Yabancılar izin almadan geçici dahi olsa bölgeye giremezler, oturamazlar, çalışamazlar ve (2) Görevli yabancı uyruklu sivil kişilere izinler garnizon komutanlığının görüşü alınarak valiliklerce verilir.” hükmü yer almaktadır.

³⁰² Konu ile ilgili olarak, 18.03.1924 tarih ve 442 sayılı Köy Kanunu’nun 88. maddesinde; “Ecnebi tebaası köylerde ikamet etmek için Dâhiliye Vekâletinden resmi tezkere alacaklardır. Bu tezkerelerin verilip verilmemesi ve ikamet müddetlerinin azaltılıp çoğaltılması Dâhiliye Vekâletine aittir.” hükmü bulunmaktadır.

³⁰³ MANAV, Hakkı, *Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010, s.15.

sınırdışı edilemeyeceği uluslararası hukukta kabul edilen genel bir prensiptir. Bu nedenle, vatandaşın ülkede kalmasına imkân sağlanması yasadışı olarak nitelendirilemeyeceği için suç olarak düzenlenmemiştir.

Bir önceki başlıkta incelediğimiz “Türk vatandaşı veya yabancının yasal olmayan yollardan yurt dışına çıkmasına imkân sağlamak” seçimlik hareketinde olduğu gibi, bu seçimlik harekette bakımından da 765 sayılı TCK’da, Türk vatandaşlarının yanında, yalnızca “daha önce ülkeye yasadışı yollardan girmiş veya sokulmuş kaçak göçmenler” konu olabilmekteydi. Ancak 5237 sayılı TCK’da yasadışı yollarla ülkede kalmasına imkân sağlanan göçmenin “ülkeye yasadışı yollardan girmiş veya sokulmuş” olması şartı aranmamıştır. Dolayısıyla ülkeye yasal yollardan girmiş olan, ancak bir süre sonra, ikamet izni süresinin dolması vb. nedenlerle yasadışı duruma düşmüş olan bir yabancının ülkede kalmasına imkân sağlanması halinde de göçmen kaçakçılığı suçu oluşacaktır. Bu durum, madde gerekçesinde; “*yasal olarak yurda girmiş olmakla beraber, Türkiye’de sürekli olarak oturmalarına yetkili mercilerce karar verilmemiş yabancıların ülkede kalmalarına imkân sağlamak da, bu suçu oluşturacaktır.*” şeklindeki ifade ile açıklanmıştır.³⁰⁴

“Yabancının ülkede kalmasına imkân sağlama”, usulüne uygun olarak ülkeye girmeyen yabancılar bakımından bu amaca yönelik gerçekleştirilen her türlü hareketi ifade etmekteyken; ülkeye yasal yollarla girmiş olanlar bakımından ise, ülkede kalmak için gerekli izinler alınmadan, ikamet veya çalışma izni bulunmadan, ülkeden sınır dışı edilmelerini önlemek için gerçekleştiren her türlü hareketi ifade etmektedir.³⁰⁵

İmkân sağlama, kaçak göçmene kalacak yer temin edilmesi veya çalışması için bir iş ayarlanması, sahte oturma izni ve kimlik belgesi temin edilmesi vb. gibi çeşitli şekillerde olabilmektedir. Konun koyucunun bu fiilleri tek tek belirtmesi mümkün olmadığından, bilinçli bir tercih olarak yalnızca “imkân sağlama” ifadesine yer verilmiştir. Ayrıca, kanun koyucunun “*bir yabancının ülkede kalmasının sağlanması*” ifadesi yerine “*bir yabancının ülkede kalmasına imkân sağlanması*” ifadesini

³⁰⁴ YENİDÜNYA, ALŞAHİN, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK. m.79)”, s.22.

³⁰⁵ Bu husus ayrıca, Protokol’ün 6/1(c) maddesinde “*İlgili Devletin vatandaşı olmayan veya o Devlette daimi ikametgâhı bulunmayan bir kişinin, anılan Devlette, yasal olarak kalmak için gerekli şartlara uymaksızın orada kalmasına, bu fıkranın (b) bendinde söz edilen veya başka yasadışı yollarla imkân sağlamak*”, şeklinde ifade edilmiştir, ARTUÇ, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, s.58

kullanmış olmasından dolayı, suçun oluşması için mutlaka neticenin gerçekleşmiş olması, yani yabancıнын ülkede kalmasının sağlanması gerekli olmayıp, bunun için uygun ortamın oluşturulması veya işlemlerin yapılmasını yeterli gördüğü ifade edilmiştir.³⁰⁶

Bazı durumlarda suç oluşturan hareketin “bir yabancıнын ülkede kalmasına imkân sağlama” mı yoksa “bir yabancıнын yurt dışına çıkmasına imkân sağlama” mı kapsamında olduğu tartışma konusu olabilmektedir. Bu iki seçimlik hareketin arasındaki fark “...*Yasal olmayan yollardan ülke dışına çıkarılmak istenen göçmen ya da göçmenlerin, bu amacın gerçekleştirilebilmesi için geçici bir süre ile ev, otel ya da benzeri yerlerde saklanması fiili, ‘yasal olmayan yollardan ülkede kalmaya imkân sağlama’ biçimindeki hareketin değil, ‘göçmenin yurt dışına çıkmasına imkân sağlama’ şeklindeki seçimlik hareketin kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. ‘Ülkede kalmaya imkân sağlama’ ise, başka bir ülkeye gitme amacı bulunmayan ve ülkemizde sürekli kalmak isteyen göçmenin yasal olmayan yollardan ülkede kalmasına imkân sağlamaya yöneliktir...*” şeklindeki ifadelerle Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun vermiş olduğu kararda açıklanmıştır.³⁰⁷

Göçmen kaçakçılığı suçu, “bir yabancıнын yasal olmayan yollardan ülkede kalmasına imkân sağlamak” fiili bakımından ise, “mütemâdi suç” olma özelliğine sahiptir. Bu özellik, bu seçimlik hareketi diğer seçimlik hareketlerden ayıran temel ayırım noktasıdır.³⁰⁸ İmkân sağlama hareketinin temadi teşkil edecek şekilde belli bir süre³⁰⁹ devam etmesi gerekir. Bu nedenle, ülkede yasadışı yollarla bulunan bir yabancıya yalnızca bir kere maddi menfaat karşılığında kalacak yer veya yemek verilmiş olması vb. gibi durumlarda, temadinin varlığından söz edilemeyeceği için, göçmen kaçakçılığı suçu oluşmuş sayılmaz.³¹⁰ Dolayısıyla “ülkede kalmaya imkân

³⁰⁶ EREL, “Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, s. 274.

³⁰⁷ Yargıtay CGK. E. 2012/8-1085 K. 2013/96 T. 19.3.2013, www.kazanci.com (16.03.2018)

³⁰⁸ DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s.136.

³⁰⁹ Bir başka ifadeyle, ülkede kalmaya imkân sağlama, içinde “sürekliliği” bulunduran bir kavramdır, MANAV, *Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti*, s.14.

³¹⁰ ARTUÇ, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, s.60, YENİDÜNYA, ALŞAHİN, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK. m.79)”, s.22, DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s.136, BAYRAKTAR, KURT, *Göçmen Kaçakçılığı*, s.136. Bir kişinin yasadışı yollardan ülke dışına çıkarılmak istenen yabancıyı, diğer hareketlere iştirak etmeden, maddi menfaat temini amacıyla, yalnızca bir süre için evinde veya otelinde kalacak yer sağlaması durumunda, göçmen kaçakçılığı suçuna yardım etmek (TCK m.39) hareketi nedeniyle “yardım eden” olarak cezalandırılabileceği de ifade edilmiştir, EREL, “Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, s. 275.

sağlama” şeklindeki hareket yabancının ülkede “kalması”, bir başka ifadeyle, “ülkede yaşamını bir süre devam ettirmesi için gerekli olanakların sunulması” biçiminde anlaşıldığında, yiyecek-içecek sağlama ya da kalacak yer temin edilmesi gibi hareketlerin, yabancının ülkede yaşamını devam ettirmesi bakımından bir önemi olması ve bunun için etkili olacak ölçüde devam etmesi gerekecektir. Ancak bu süreyi, soyut olarak belirlemek güç olduğundan, hareketin temadi teşkil edecek kadar devam edip etmediğini her somut olay bakımından hakim ayrı ayrı değerlendirmelidir.³¹¹

2. Netice

Netice, kendisine hukuken değer ve önem tanınmış olan, icrai veya ihmali hareketle gerçekleştiren dış dünyadaki değişikliktir.³¹² Ancak, ceza hukuku insan hareketine bağlı tüm neticelerle ilgilenmez, sadece hukuki önemi olan neticelerle ilgilenir. Eğer kanunda, kişinin hareketi sonucu doğan bir zarar veya tehlike sonucu bir ceza yaptırımını öngörülmüşse, ortada hukuken önemi olan bir netice vardır.³¹³ Bir başka ifadeyle, gerçekleştirilen hareketle meydana gelen her değişiklik ceza hukuku açısından önem taşımamakta, yalnızca suçun kanuni tarifinde belirtilen değişiklik “netice” olarak kabul edilmektedir. Örneğin, kasten öldürme suçunda, bir insanın ölmesi, suçun maddi unsurlarından birini olan netice unsurunu meydana getirmektedir.³¹⁴

Göçmen kaçakçılığı suçu, yasadışı yollardan ülkeye girmeye, ülkeden çıkmaya ya da ülkede kalmaya imkân sağlanması ile tamamlanmaktadır. Suçun oluşması için göçmenlerin herhangi bir zarar görmeleri, ölmeleri, yaralanmaları veya fiziksel anlamda acı çekmeleri gerekli değildir.³¹⁵ Bir başka ifadeyle, suçun tamamlanması bakımından, suça konu göçmenlerin yaşamsal ve bedensel bakımdan zarara uğramış olmaları, insanlık dışı muamelelere maruz kalmış olmaları veya bu fiil nedeniyle sınırları ihlal edilen ülkelerin somut bir zarara uğramış olmaları aranmamış,

³¹¹ BAYRAKTAR, KURT, *Göçmen Kaçakçılığı*, s.136.

³¹² HAKERİ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 175.

³¹³ SOYASLAN, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 246.

³¹⁴ ÖZGENÇ, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.174.

³¹⁵ ARTUÇ, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, s.58.

gerçekleştirilen hareket neticesinde böyle bir ihtimalin bulunması yeterli görülmüştür. Bu nedenle göçmen kaçakçılığı suçu, bir zarar suçu³¹⁶ değil, tehlike suçudur.³¹⁷

Kanun metnine bakıldığında, göçmen kaçakçılığı suçunun oluşabilmesi için somut bir tehlikenin ortaya çıkmış olması aranmamış ve hareketin yapılmasıyla bu tehlikenin gerçekleştiği kabul edilmiş olduğundan, bu suçun bir soyut tehlike suçu³¹⁸ olduğu söylenebilir.³¹⁹ Bu nedenle, somut olayda, gerçekten bir tehlikenin meydana gelip gelmediğinin araştırılmasına gerek yoktur. Örneğin, göçmenlerin hiçbir zarar görmeden çok iyi şartlarda sınırdan geçirilmeleri veya yasal olmayan yollardan ülkeye sokulan yabancıların girdikleri ülkeye zarar değil fayda sağlayacak, nitelikli ve eğitimli göçmenler olması halinde de göçmen kaçakçılığı suçu oluşacaktır.³²⁰

Göçmen kaçakçılığı suçu, “bir yabancıyı ülkeye sokmak” ve “Türk vatandaşı veya yabancıнын yurt dışına çıkmasına imkân sağlamak” seçimlik hareketleri bakımından sırf hareket suçudur.³²¹ Çünkü bu ihtimallerde, hareketin yapılması ile birlikte netice de gerçekleşmektedir. Ancak, suçun hareketleri çeşitli kısımlara ayrılabilir. Örneğin, göçmenlerle birlikte sınırdan geçmek ve bunun karşılığı olarak ödenecek maddi menfaatin belirlenmesi, göçmenlerin sınıra kadar götürülmesi hareketin parçalarını oluşturur.³²²

Suçun gerçekleşme anının tespit edilebilmesi için sınırın tam olarak ne zaman geçildiğinin belirlenmesi gerekir. Özellikle deniz yolu ile işlenen göçmen kaçakçılığı suçlarında, sınırın tam olarak denizin neresinden geçtiğinin tespiti oldukça zor

³¹⁶ Zarar suçlarında tipiklikte belirtilen fiilin yapılmasıyla suç konusunun bir zarara uğraması (kasten öldürme, mala zarar verme vb. gibi) gerekirken, tehlike suçlarında, fiil nedeniyle meydana gelen neticenin suç konusu bakımından bir zarar ortaya çıkarma tehlikesi söz konusu olmaktadır, İÇEL, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.276.

³¹⁷ EVİK, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, s.159.

³¹⁸ “Tehlike suçları, kendi içerisinde soyut ve somut tehlike suçları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Soyut tehlike suçlarında, yapılan hareketin korunan hukuki değer açısından tehlike yaratmış olup olmadığı araştırılmaz. Suçun kanuni tanımında belirtilen hareketin yapılması veya yapılmamasıyla tehlikenin gerçekleştiği kabul edilir. Somut tehlike suçlarında ise hareket, korunan hukuki değer açısından gerçek bir tehlike yaratmış olmalıdır. Bu nedenle, bu tip suçlarda, bir zarar tehlikesi oluşmazsa somut tehlike suçu gerçekleşmez”, CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s.251.

³¹⁹ BAYRAKTAR, KURT, *Göçmen Kaçakçılığı*, s.134.

³²⁰ DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s.123,

³²¹ Neticenin hareketten ayrılamadığı suçlara “neticesi harekete bitişik suçlar (sırf hareket suçları)” denir. Neticesi harekete bitişik suçlarda, ihlali belirtilen hareket yapıldığı anda suç tamamlanmıştır. Bu itibarla suç, hareketin yapıldığı yer ve zamanda işlenmiş; zamanaşımı da o andan itibaren işlemeye başlamıştır, HAKERİ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 176.

³²² DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s.135.

olduğundan bu konuda harita uzmanlarından bilirkişi olarak yararlanılması gerektiği ifade edilmektedir.³²³

Göçmen kaçakçılığı suçunun seçimlik hareketlerinden “yabancıнын ülkede kalmasına imkân sağlama” fiili mütemâdi suç şeklinde işlendiğinde, suçun tamamlanma ve bitme anı birbirinden farklı olmaktadır. Bu durumda suç, imkân sağlama fillinin gerçekleştirilmesiyle tamamlanmakta ve tamamlanan suçun icrası, yabancı ülkede kaldığı müddetçe devam etmektedir. Suçun bitme zamanı ise, yabancıнын yasadışı durumunun öğrenilmesi nedeniyle sınır dışı işlemlerinin başlatılması sonucu, yabancıнын artık ülkede kalmasına imkân bulunmadığı andır.³²⁴ Ancak “bir yabancıнын yasal olmayan yollardan ülkede kalmasına imkân sağlamak” seçimlik hareketinin ani suç şeklinde işlenebilmesi (sahte oturma izni temin etmek vb. gibi) mümkündür.³²⁵ Bu durumda ise, suçun tamamlanma ve sona erme zamanları aynı olacaktır.

3. Fail

TCK’nın faillik başlıklı 37. maddesine göre, suçun kanuni tanımında yer alan fiili gerçekleştiren kişi faildir. Bir fiilin varlığından söz edebilmek için, öncelikle bunun mutlaka bir insanla ilişkilendirilmesi gerekir. Bir başka deyişle, fiil ancak bir insan tarafından işlenebilir. Bu nedenle, bir suçun faili ancak bir insan olabilir. Dolayısıyla, tüzel kişiler bir suçun faili olamaz.³²⁶ 5237 sayılı TCK’da da tüzel kişilerin bir suçun faili olarak cezalandırılmayacakları kuralı benimsenmiştir.³²⁷

Göçmen kaçakçılığı, çok aktörlü, çok yöntemli ve karmaşık bir suç faaliyetidir. Bu sektörde çalışan kaçakçılar, göçmen kaçakçılığı organizasyonu esnasında farklı roller üstlenebilmekte ve değişik işlevlere sahip olabilmektedirler.³²⁸

Göçmen kaçakçılığı suçunun tipiklik unsurunda faili ifade etmek üzere “kişi” terimi kullanılmıştır. Bu nedenle, göçmen kaçakçılığı suçu özgü bir suç olmayıp,

³²³ DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s.136.

³²⁴ DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s.137.

³²⁵ EREL, “Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, s. 285.

³²⁶ ÖZGENÇ, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.192.

³²⁷ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 272.

³²⁸ KAHYA, SEVER, *Türkiye’de Göçmen Kaçakçıları*, s.163.

herkes tarafından işlenebilen genel bir suçtur.³²⁹ Kanun metninde failin uyruğu ile ilgili olarak herhangi bir ayırım yapılmadığından,³³⁰ failin Türk vatandaşı³³¹ veya yabancı olması arasında herhangi bir fark yoktur.³³² Bu suçun faili göçmenler de olabilir. Bu durumda, artık bu kişiler göçmen olmalarının yanında göçmen kaçakçısı da oldukları için, daha önce ifade ettiğimiz “göçmenlerin göçmen kaçakçılığı suçundan cezalandırılmayacağına ilişkin kural” uygulanmayacaktır.³³³

Göçmen kaçakçılığı suçunun her ne kadar tek bir kişi tarafından işlenmesi pek mümkün gözükme de, bu suçu “çok faili suç”³³⁴ olarak kabul etmek mümkün değildir. Çünkü suçun tipiklik unsurunda, birden fazla kişinin birlikte hareket etmesi gibi bir şart aranmamaktadır.³³⁵ Ancak, “suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi”, TCK m.79/3’de cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bu durumda, göçmen kaçakçılığı suçunun failleri, suç örgütünün kuranlar, bu örgüte üye olanlar, örgüte üye olmayan ancak örgüt adına suç işleyen kişiler olabilecektir.³³⁶

Göçmen kaçakçılığı suçu, ulusal sınırları aşmakta, uluslararası alanda önemli organizasyonlar ve kamu görevlilerin yardımlarını gerektirmektedir. Bu açıdan pek çok göçmen kaçakçılığı faaliyeti kamu görevlilerin yardımı veya aracılığı ile gerçekleştirilmektedir.³³⁷ Öncelikle belirtmek gerekir ki, failin kamu görevlisi olması, 79. maddede daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak öngörülmemiştir. Ancak, TCK’nın 266. maddesinde failin kamu görevlisi olması ve kendisine görevi dolayısıyla verilmiş araç ve gereçleri suçun işlenmesi sırasında kullanması, daha fazla cezayı

³²⁹ Suç tiplerinde failin, “her kim”, “kimse”, “bir kimse” veya “kişi” terimleri ile ifade edildiği suçlara, “herkes tarafından işlenebilen suçlar” denilmektedir, ÖZGENÇ, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.191.

³³⁰ EVİK, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, s.139.

³³¹ Uygulamada bu suçun faillerinin genellikle Türk vatandaşları olduğu ifade edilmektedir, KESKİN, “Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti Suçları”, s. 85.

³³² ARTUK, M. Emin, GÖKCEN, Ahmet, YENİDÜNYA, A. Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Adalet Yayınevi, 13. B., 2013, s.82.

³³³ DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s.110.

³³⁴ Suçun kanuni tarifinde suçun varlığı için birden çok failin bulunmasının gerekli görüldüğü suçlara “çok faili suç (zorunlu iştirak)” denilmektedir. Kavram hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGENÇ, İzzet, *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, İstanbul, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yay., 1996, s.19 vd.

³³⁵ YENİDÜNYA, ALŞAHİN, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK. m.79)”, s.26, DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s.151.

³³⁶ YURTCAN, *Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti*, s.18.

³³⁷ BAYRAKTAR, KURT, *Göçmen Kaçakçılığı*, s.123.

gerektiren “genel” bir nitelikli hal olarak düzenlenmektedir.³³⁸ Dolayısıyla, göçmen kaçakçılığı suçunda failinin kamu görevlisi olması ve suçun işlendiği sırada kendisine görevinden ötürü tahsis edilmiş araç ve gereçleri kullanması (örneğin, devlete ait gemiyi kullanan kişi, bu gemi ile göçmenleri yasadışı yollardan ülkeye sokarsa) durumunda, failin cezası TCK m. 266 gereği artırılacaktır.³³⁹

Burada tartışılması gereken bir diğer mesele de, göçmen kaçakçılığı suçunun, bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde bunun yaptırımının ne olacağıdır. Her ne kadar, tüzel kişinin genel anlamda suçun faili olamaması, azmettiren veya yardım eden olarak suça iştirak edememesi, tüzel kişi hakkında ceza yaptırımı uygulanamaması sonucunu doğursa da, bir suçun tüzel kişinin yararına olarak veya tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması durumunda, bu tüzel kişi hakkında güvenlik tedbiri uygulanabilmektedir.³⁴⁰ Dolayısıyla, göçmen kaçakçılığı suçu, “bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde tüzel kişinin organ veya temsilcisi tarafından” işlendiği takdirde, bu tüzel kişi hakkında güvenlik tedbirleri uygulanabilecektir. Konu ile ilgili olarak, TCK m. 79/4’de de, “*bu suçun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağına*” açıkça yer verilmektedir.³⁴¹

4. Mağdur

Suçun maddi unsurların biri de mağdurdur, dolayısıyla mağduru olmayan bir suç düşünülemez. Mağdur, ceza normu tarafından koruma altına alınan suçun hukuki konusunu oluşturan menfaatin ait olduğu kişidir.³⁴² Aynı zamanda mağdur, işlenen suçun konusu kişilik hakları veya malvarlığı üzerindeki mülkiyet hakkı olması nedeniyle suçtan doğrudan doğruya zarar görmüş veya zarar görme tehlikesiyle karşı

³³⁸ Kamu görevine ait araç ve gereçleri suçta kullanma

Madde 266- (1) “Görevi gereği olarak elinde bulundurduğu araç ve gereçleri bir suçun işlenmesi sırasında kullanan kamu görevlisi hakkında, ilgili suçun tanımında kamu görevlisi sıfatı esasen göz önünde bulundurulmamış ise, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır.”

³³⁹ ARTUÇ, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, s.56, YENİDÜNYA, ALŞAHİN, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK. m.79)”, s.25.

³⁴⁰ ÖZGENÇ, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.192.

³⁴¹ TCK m.60’da tüzel kişiler hakkında uygulanabilecek güvenlik tedbirleri, “iznin iptali” ve “müsadere” olarak belirlenmiştir Tüzel kişiler hakkında uygulanabilecek güvenlik tedbirleri ile ilgili olarak “Yaptırım” başlığı altında daha ayrıntılı açıklamalara yer verilecektir.

³⁴² TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s.95.

karşıya kalmış olan kişi olarak da ifade edilmektedir. Dolayısıyla, bir kişinin suçun mağduru olması için, suçun konusunun kendisine ait olması, işlenen suçun kişilik haklarını veya mülkiyet hakkını ihlal etmiş olması ve ihlal sonucunda doğrudan doğruya zarar görmüş veya zarar görme tehlikesi geçirmiş olması gerekir.³⁴³

Bu itibarla suçtan zarar gören ile mağdurun aynı şey olmadığını da ifade etmek gerekir. Suçtan zarar gören kavramı, mağdur kavramına göre daha geniştir. Suçtan zarar gören, bir suçun işlenmesiyle hukuken korunan menfaatleri doğrudan veya dolaylı olarak ihlal edilen kimsedir.³⁴⁴ Bir suçun mağduru, işlenen suç ona karşı bir haksızlık teşkil ettiğinden aynı zamanda suçtan zarar görendir.³⁴⁵ Örneğin, kasten yaralama suçunda vücut bütünlüğü ihlal edilen kimse hem mağdur hem suçtan zarar görendir. Buna karşılık, bazı suçlarda suçun mağdurundan başka kimseler de zarara uğramış olabilir. Kasten öldürme suçunun mağduru yaşama hakkına son verilen kişi olduğu halde, bu suç sonucu hakları zarara uğrayan eş, çocuk, anne-baba gibi yakınları da suçtan zarar gören konumundadır.³⁴⁶ Doktrinde DEMİRBAŞ'a göre ise “*suçun mağduru ceza ilişkisinin tarafı olduğu halde, suçtan zarar gören sadece hukuki ilişkinin tarafıdır.*”³⁴⁷

Son olarak belirtmek gerekir ki, bir suçta mağdurluk ve faillik sıfatının birleşmesi söz konusu olamaz. Bir başka ifadeyle, bir kimsenin aynı suçun mağduru ve faili olması mümkün değildir.³⁴⁸

³⁴³ KUNTER, Nurullah, YENİSEY, Feridun, NUHOĞLU, Ayşe, *Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, Beta Yay., 2010, s.373.

³⁴⁴ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.288.

³⁴⁵ “...Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ve diğer mevzuatta, birçok maddede mağdur ve suçtan zarar gören aynı anlamda ve birbirinin yerine kullanılmıştır. Ayrıca her mağdur, aynı zamanda potansiyel olarak suçtan zarar gören veya zarar görme tehlikesi geçiren durumda olduğundan, CMK'da suçtan zarar görene tanınan hakların, aynı zamanda mağdura da tanındığını kabul etmekteyiz.”, BOZDAĞ, Ahmet, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Hukuki Yardım Alma Hakkı”, *TBB Dergisi*, S.132, 2017, s.125.

³⁴⁶ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.288.

³⁴⁷ DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.550.

³⁴⁸ HAKERİ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 141.

i. Göçmen Kaçakçılığı Suçunun Mağduru Konusundaki Görüşler

(1) Genel Olarak

Göçmen kaçakçılığı suçunda, suçun mağdurunun göçmenler mi yoksa devlet ve uluslararası toplum mu olduğu hususu, tartışmalı olduğu gibi sonuçları açısından da son derece önemlidir. Suçun mağdurunun göçmenler olduğunun kabul edilmesi halinde, birden fazla göçmenin söz konusu olduğu bir olayda faile tayin olunacak cezanın zincirleme suç³⁴⁹ hükümleri çerçevesinde arttırılması gündeme gelecektir. Ancak göçmenlerin suçun mağduru değil de, suçun konusu olduğunun kabulü halinde ise göçmenlerin sayıca çok olması, yalnızca TCK.'nın 61. maddesi³⁵⁰ uyarınca alt sınırdan uzaklaştırılarak ceza verilmesini gerektiren bir durum olarak dikkate alınacak olup, zincirleme suç hükümleri uygulanmayacaktır. Ayrıca, suçun mağduru kamu güvenliğini veya barışını sağlamakla yükümlü olan devlet ve uluslararası toplum olarak kabul edildiğinde, göçmen kaçakçılığı suçu nedeniyle zarar gören göçmenler, suçun hukuksal anlamda mağduru sayılmadıkları için kamu davasına katılma hakları da olmamaktadır.³⁵¹

Suçun mağduru konusunda birbirinden farklı görüşlerin ortaya çıkmasının nedenleri olarak ise, madde gerekçesinde göçmenlerin suçun mağduru olarak gösterilmesi, göçmen kaçakçılığı suçu ile korunan hukuksal değerın karma nitelikte olması ve Palermo Sözleşmesi'nin 5. maddesinde ise suçun konusu olan göçmenlerin göçmen kaçakçılığı suçu nedeniyle cezalandırılmayacağının düzenlenmiş olması gösterilmiştir.³⁵²

³⁴⁹ Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda TCK m.43/2 gereği zincirleme suç hükümleri uygulanır. Aynı neviden fikri içtima olarak da ifade edilen bu durumda faile tek ceza verilir, ancak bu ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Detaylı bilgi için bkz. DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.542.

³⁵⁰ TCK.'nın "Cezanın Belirlenmesi" başlıklı 61. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendine göre, hakim temel cezayı belirlerken *suçun konusunun önem ve değerini* göz önünde bulundurur.

³⁵¹ MANAV, *Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti*, s.7.

³⁵² BİRTEK, *Mevzuat İçin Geri, İnsan Onurunun Korunması Açısından İleri Bir Adım: Göçmen Kaçakçılığı Suçuna İlişkin Değişiklikler*, s.234.

(2) Suçun Mağdurunun Göçmenler Olduğu Görüşü

Göçmen kaçakçılığı suçunda, göçmenlerin işkence, insanlık dışı veya onur kırıcı muameleye maruz kalmalarına sıklıkla şahit olunmaktadır. Göçmen kaçakçılığı faaliyeti sırasında göçmenler, günlerce veya haftalarca hareket özgürlüğünden yoksun kalmakta, insan yaşamı için elverişli olmayan yerlerde ve kalabalık bir biçimde barındırılmaktadırlar. Bunun yanında, göçmenlere bir eşya gibi muamele edilmekte, insan olmaktan kaynaklanan her türlü hakları ihlal edilmekte, küçük düşürücü hareketlere muhatap bırakılmakta ve böylece onur, şeref ve saygınlıkları rencide edilmektedir.³⁵³ Ayrıca, göçmen kaçakçılığı faaliyeti sırasında gerçekleşen çoğu durumda, yasadışı göçmenler, kaçakçılar tarafından kendilerine sunulan hizmetlerin karşılığı olan yüksek bedelleri nakit olarak ödeyemedikleri için götürüldükleri ülkelerde yasadışı şekilde çalışarak ödemek zorunda kalmaktadırlar.³⁵⁴

Göçmen kaçakçılığı suçunun mağdurlarının, içinde bulundukları çaresizlikten faydalanılarak, kaçakçılar tarafından kendilerinden maddi menfaat sağlanmak üzere insan onuruyla bağdaşmayan bir şekilde yasadışı yollarla ülkeye sokulan, ülke dışına çıkarılan ve malvarlıkları ile maddi ve manevi vücut bütünlüklerini kısmen veya tamamen kaybeden “göçmenler” olduğu ifade edilmektedir.³⁵⁵ Göçmen kaçakçılığının mağduru olan göçmenler, bulundukları ülkelerdeki ekonomik, siyasi ve sosyal şartlardaki olumsuzluklar nedeniyle, hayat standartlarının daha yüksek olduğu ülkelere gitmeyi amaçlamaktadır.³⁵⁶

Suçun mağdurunun göçmenler olduğunu savunan yazarlara göre, uluslararası toplum bu suçun mağduru olamaz. Çünkü uluslararası toplum soyut bir kavramdır ve tıpkı devletin mağdur olması gibi dolaylı ve belirsiz bir özelliğe sahiptir.³⁵⁷

ÖNOK’a göre, hem 765 sayılı TCK ve hem de 5237 sayılı TCK bakımından suçun mağduru göçmen olarak nitelendirilen kimselerdir. Çünkü, esas olarak,

³⁵³ YENİDÜNYA, ALŞAHİN, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK. m.79)”, s.16-17.

³⁵⁴ Migrant Smuggling in the EU, Europol Public Information (Report), s.5.

³⁵⁵ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.90, ARSLAN, “Göçmen Kaçakçılığı Suçları”, s. 119, EVİK, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, s.140, ŞEN, Ersan, MALBELEĞİ, Erkam, *Türk Ceza Kanunu'nda Uluslararası Suçlar*, Ankara, Seçkin Yay. 1. B., Ekim 2011, s.98, HAKERİ, “Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti Suçları (TCK 201/a – TCK 201/b)”, s.5, ÖNOK, “5237 Sayılı Yeni TCK’ya Göre Uluslararası Suçlar”, s.198.

³⁵⁶ ŞEN, MALBELEĞİ, *Türk Ceza Kanunu'nda Uluslararası Suçlar*, s.98.

³⁵⁷ BAYRAKTAR, KURT, *Göçmen Kaçakçılığı*, s.124,

çaresizliklerinden yararlanılmak suretiyle maddi yönden sömürölmek istenen bu kimseler, cezai yaptırım gerektiren kusurlu bir fiilin faili değöl; aksine, mağdurudurlar. Bu nedenle, mağdurluk ve faillik sıfatı da aynı kişide birleşemeyeceğinden göçmenlerin göçmen kaçakçılığı suçundan dolayı cezalandırılması mümkün değildir.³⁵⁸

TCK m.79’da suçun mağdurlarına (göçmenlere) karşı nitelikli hallerin işlenmesi halinde cezanın arttırılacağı öngörülmektedir. Dolayısıyla, kanunun lafzına bakıldığında, kanunun göçmenleri mağdur olarak kabul ettiğı söylenebilir. Özellikle 2010 yılında 6008 sayılı Kanun ile yapılan değışikliklerle birlikte kanun koyucunun iradesi de bu görüş doğrultusunda madde hükmüne yansımıştır. Bu değışiklikte “Suçun, mağdurların; a) Hayatı bakımından bir tehlike oluşturması, b) Onur kırıcı bir muameleye maruz bırakılarak işlenmesi halinde, verilecek ceza yarısından üçte ikisine kadar artırılır.” şeklinde ifadelere yer verilmek suretiyle göçmenlere mağdur sıfatı açıkça tanınmıştır.³⁵⁹ Ancak, cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli hallere ilişkin madde hükmünde, göçmen kaçakçılığı suçuna konu olan göçmenlerin “mağdur” olarak nitelendirilmesinin birçok çelişkiyi beraberinde getiren ve söz konusu hükmün uygulanmasında sorunlar ortaya çıkaran bir düzenleme olduğu ve bu nedenle, “mağdur” ifadesi yerine “göçmen kaçakçılığı fiiline konu olan kimseler” ya da “suçtan zarar görenler” ifadesinin kullanılmasının daha yerinde bir tercih olacağı ifade edilmiştir.³⁶⁰

765 sayılı TCK m. 201 ve 5237 sayılı TCK m. 79’un madde gerekçelerinde ise, “...bu suçta asıl mağdurlar, çaresizlik ve yoksulluk nedeniyle kendilerine bir ekmek kapısı açmak için çırpınan insanlardır...” tespitine yer verilmiştir. Ancak, madde gerekçesinde belirtilen bu ifadelerin, hukuksal anlamdaki mağduriyeti değöl sosyal anlamdaki mağduriyeti işaret ettiğı dile getirilmektedir.³⁶¹

³⁵⁸ ÖNOK, “5237 Sayılı Yeni TCK’ya Göre Uluslararası Suçlar”, s.198-199.

³⁵⁹ BAYRAKTAR, KURT, *Göçmen Kaçakçılığı*, s.125.

³⁶⁰ BİRTEK, *Mevzuat İçin Geri, İnsan Onurunun Korunması Açısından İleri Bir Adım: Göçmen Kaçakçılığı Suçuna İlişkin Değışiklikler*, s.232.

³⁶¹ EREL, “Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, s. 270.

(3) Suçun Mağdurunun Devlet ve/veya Uluslararası Toplum Olduğu Görüşü

Her suçun asli ve zorunlu mağduru devlet olduğu ifade edilmektedir.³⁶² Göçmen kaçakçılığı sonucu devletlerin sınır güvenliği ihlal edilmekte, kamu düzeni bozulmakta ve devletler bu suçtan ciddi şekilde zarar görmektedir. Dolayısıyla, devletlerin de göçmen kaçakçılığı suçunda mağdur konumunda olduğu ifade edilebilir.

KESKİN'e göre ise, göçmen kaçakçılığı suçunun hukuksal anlamda mağduru toplumu oluşturan bireylerdir. Çünkü devlet bir tüzel kişi olduğu için, bir suçtan ancak zarar gören konumunda olabilir. Göçmen kaçakçılığı suçu ile ülkenin kamu düzeni ve sınır güvenliği ihlal edilmekte ve dolayısıyla ülkede yaşayan her birey bu suçun mağduru konumuna gelmektedir.³⁶³

Protokol'ün 5. maddesinde “Göçmenlerin Cezai Sorumluluğu” başlığı altında, göçmenlerin, “*Protokol'ün 6. maddesinde öngörülen eylemlerin konusu olmaktan dolayı bu Protokol'e göre, cezai kovuşturmaya tabi tutulamayacakları*” belirtilmektedir. Bu, aslında göçmenlerin hukuksal anlamda suçun mağduru olmadıklarını ortaya koyan bir düzenlemedir. Eğer Palermo Sözleşmesi'nde ve sözleşmeye ek Protokol'de suçun hukuksal anlamda mağduru göçmenler olarak düşünülseydi, göçmenlerin bu suçtan dolayı cezalandırılmayacağına ilişkin ayrıca bir düzenleme öngörülmezdi. Çünkü bir kimsenin mağduru olduğu suçtan dolayı cezalandırılması veya mağduru olduğu suça iştirak nedeniyle sorumlu tutulması zaten mümkün değildir. Protokol'deki bu düzenleme ile suçun sosyal anlamda mağduru konumunda olan göçmenlerin ayrıca göçmen kaçakçılığı suçundan da cezai kovuşturmaya tabi tutularak daha da mağdur edilmelerinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır.³⁶⁴

DOĞAN, suçun asıl mağdurunun uluslararası toplum ve onu oluşturan devletler olduğunu, suçun uluslararası suçlar kısmında düzenlenmiş olmasının da bu görüşünü desteklediğini dile getirmektedir. Bundan başka, suçun oluşumu bakımından göçmenlerin zarar görmüş veya zarar görme tehlikesi geçirmiş olması şartının

³⁶² DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.542.

³⁶³ KESKİN, “Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti Suçları”, s.85, BİRTEK, *Mevzuat İçin Geri, İnsan Onurunun Korunması Açısından İleri Bir Adım: Göçmen Kaçakçılığı Suçuna İlişkin Değişiklikler*, s.234.

³⁶⁴ EREL, “Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, s. 270.

aranmaması nedeniyle göçmenlerin bu suçtan zarar görmelerinin onları suçun yasal mağduru haline getirmeyeceğini ifade etmektedir. Gerçekten insan ticareti suçunda bireyler gerçekten mağdur konumundadır. Çünkü bu suçta tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanmak şeklindeki hareketler söz konusu iken göçmen kaçakçılığı suçu için bu hareketlerin varlığı şart değildir.³⁶⁵

(4) Yargıtay Uygulaması

Yargıtay'ın göçmen kaçakçılığı suçunun mağdurunun uluslararası toplum olduğu yönündeki kararları istikrar kazanmıştır.³⁶⁶ Gerçekten, Yargıtay aşağıda verilen kararlarda göçmenleri suçun mağduru değil suçun konusu olarak değerlendirmektedir:

“...Sosyal olarak suçtan zarar gören durumunda bulunan göçmenlerin göçmen kaçakçılığı suçunun yasal mağduru durumunda bulunmayıp suçun konusu oldukları, suçun yasal mağdurunun uluslararası toplum olduğu, göçmenlerin sayıca çok olmasının TCK'nın 61. maddesi uyarınca alt sınırdan uzaklaşarak ceza tayin edilmesini gerektireceği gözetilmeden, zincirleme suç kabulü ile 5237 sayılı TCK'nın 43/2. madde ve fıkrasının uygulanması suretiyle ceza tayini...”³⁶⁷

“...Göçmen kaçakçılığı suçunda korunan hukuki yarar uluslararası toplum düzeni olup, menfaat karşılığı ülkeye sokulan, ülkede kalmasına veya yurt dışına çıkmasına imkân sağlanan kişilerin suçun yasal mağduru durumunda bulunmayıp suçun konusunu oluşturdukları gözetilmeden, sanık hakkında birden fazla göçmenin yurt dışına çıkışı hususunda anlaşma sağladığı gerekçesiyle, 5237 Sayılı TCK'nın 43/2. maddesi delaletiyle aynı Kanun maddesinin 1. fıkrası uygulanarak fazla ceza tayini...”³⁶⁸

“...04.08.2010 tarihinde Amıran Alsuleman ile 7 arkadaşı ile 05.08.2010 tarihinde de 17 yabancı uyruklu kişiyi yurt dışına çıkarmaya çalıştıklarının

³⁶⁵ DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s.115.

³⁶⁶ MANAV, *Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti*, s.7.

³⁶⁷ Yargıtay. 8. CD. E. 2006/2028 K. 2006/3617 T. 25.4.2006, www.kazanci.com (13.03.2018)

³⁶⁸ Yargıtay 18. CD. E.2015/54 K.2015/28 T.31.3.2015, www.kazanci.com (13.03.2018)

anlaşılması karşısında, ...göçmen kaçakçılığı suçunun niteliği ve suçla korunan hukuki yarar da nazara alındığında menfaat karşılığı ülkeden çıkarılmaya teşebbüs edilen kişilerin suçun yasal mağduru durumunda olmayıp suçun konusunu oluşturdıkları bu sebeple aynı neviden fikri ictima hükümlerinin somut olayda uygulanamayacağı gözetilmeden, aynı suçu birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işledikleri gerekçesiyle sanık hakkında TCK'nın 43. maddesi 2. fıkrasının uygulanması sureti ile fazla ceza tayini...”³⁶⁹

“...Göçmen kaçakçılığı suçunda, göçmenler mağdur olmayıp, suçun konusunu oluşturduğundan TCK'nın 43. maddesinin uygulanmasının mümkün olmaması...”³⁷⁰

“...5237 sayılı TCK'nın 79/2. maddesinin uygulanmasına ilişkin bölümün çıkartılıp yerine ‘5237 sayılı TCK'nın 79/3. maddesi gereğince’ ibaresinin eklenmesi ve zincirleme suç nedeniyle artırım yapılmasına ilişkin bölümün çıkartılması, sonuç cezanın 7 yıl 6 ay hapis ve 15.000 TL adli para cezası olarak belirlenmesi suretiyle diğer yönleri usul ve kanuna uygun bulunan hükmün DÜZELTİLEREK ONANMASINA, 06/04/2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”³⁷¹

(5) Kanaatimiz

Göçmen kaçakçılığı suçunda, göçmenler, kaçakçılar tarafından tamamen kendi rızaları dahilinde kaçırılmakta, onlarla işbirliği yapmakta hatta kaçakçılara bunun karşılığında maddi menfaat sağlamaktadırlar. Üstüne üstlük göçmenler, bir şekilde göçmen kaçakçılarına ulaşarak başka bir ülkeye yasadışı yollardan girmeyi ve/veya orada kalmayı bizzat talep etmektedirler. Göçmen kaçakçılığı suçunu insan ticareti suçundan ayıran temel noktalardan birisi de budur. Türk Ceza Kanunu’muzda ilgilinin (mağdurun) rızası,³⁷² fiili hukuka uygun hale getiren sebeplerden birisidir. Bir olayda, hukuka uygunluk sebeplerinden birinin bulunması durumunda, fiil baştan itibaren hukuka uygun hale geleceği için bir suçtan da bahsedilemez. Dolayısıyla, göçmen

³⁶⁹ Yargıtay 6. CD. E.2014/1463 K.2014/21217 T.3.12.2014, www.kazanci.com (14.03.2018)

³⁷⁰ Yargıtay 18. CD. E.2015/44808 K.2017/2908 T.15.3.2017, www.kazanci.com (13.03.2018)

³⁷¹ Yargıtay 5. CD. E.2013/5049 K.2015/9513 T.6.4.2015, www.kazanci.com (13.03.2018)

³⁷² İlgilinin rızası TCK m.26/2’de, “Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.” şeklinde, hukuka aykırılığı kaldıran genel bir hüküm olarak düzenlenmiştir.

kaçakçılığı suçunda da göçmenler suçun mağduru olarak kabul edildiği takdirde, göçmenlerin rızasının da bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, kendi istekleri doğrultusunda kaçakçılar tarafından kaçırılan göçmenleri bu suçun mağduru olarak kabul edilmesi mümkün değildir.³⁷³

Son olarak belirtmek gerekir ki, göçmen kaçakçılığı suçunda göçmenleri mağdur olarak kabul etmek, başarılı bir şekilde gerçekleşen, bir başka ifadeyle, can kaybı, insan onuruna aykırı muamele, maddi yönden sömürü gibi hususların söz konusu olmadığı göçmen kaçakçılığı organizasyonu açısından da pek mümkün gözükmemektedir. Çünkü böyle bir durumda makul seviyede bir ücret karşılığında ve yasal yollarla girme imkânının bulunmadığı ülkeye giren göçmenlerin bu suçtan zarar gördüğü iddia edilemez, aksine göçmenler böyle bir durumdan yarar sağlamaktadır. Ayrıca, göçmen kaçakçılığı suçunun seçimlik hareketlerinden biri olan bir yabancının ülkede kalmasına imkân sağlamanın sahte pasaport düzenlenmesi suretiyle gerçekleştiği bir durumda da, ülkede yasadışı şekilde kalmaya devam eden göçmenin suçtan zarar gördüğü ve dolayısıyla, suçun mağduru olduğu söylenemez. Ancak ister can kaybı, yaralanma, kötü muamele, sömürü vb. gibi durumlar yaşansın ister yaşanmasın her durumda uluslararası toplum düzeni sarsılmış olacaktır. Bu nedenle göçmen kaçakçılığı suçunun daimi ve asıl mağduru uluslararası toplumdur.

5. Suçun Konusu

a. Genel Olarak

Her suçun mutlaka bir konusunun olması gerekir, konusuz bir suç düşünülemez. Suçun konusu, eşya veya şahsın fiziki, maddi yapısı veya bünyesidir. Bir başka ifadeyle, suçun konusu, hareketin yöneldiği kişi ya da şeydir. Örneğin mala

³⁷³ Her ne kadar göçmenlerin vermiş oldukları bu rızanın, bir ülkeye giriş-çıkış ve orada kalmaya ilişkin kamusal düzen ve kurallar üzerinde etkili olamayacağı dile getirilmekte ise de ortada bir rıza vardır. Çocukların cinsel istismarı suçu gibi korunan hukuki değerlerin bireyin kişisel durumu ile ilgili olduğu bazı istisnai suç tipleri hariç olmak üzere, fiile rıza gösteren kişiyi suçun hukuksal anlamda mağduru olarak kabul etmek, hakkın kötüye kullanılmasına yol açacağı için, ceza hukukunun genel prensipleriyle bağdaşmaz. Bu sebeple, söz konusu istisnai suç tiplerinden biri olarak sayamayacağımız göçmen kaçakçılığı suçunda, göçmenlerin rızalarının bulunması, onları suçun hukuksal anlamda mağduru olarak kabul etmemizi engelleyen bir durumdur.

zarar verme suçunda, “taşınır ya da taşınmaz mal” suçun konusunu oluşturur. Bazı suçlarda suçun konusu ile mağdur iç içe geçebilir. Ancak mağdur ile suçun konusunu birbirine karıştırmamak gerekir. Örneğin kasten yaralama suçunda mağdur yaralanan kişidir, konu ise bu kişinin vücududur. Hırsızlık suçunda suçun konusu çalınan taşınır mal iken, suçun mağduru çalınan eşyanın sahibidir.³⁷⁴

Suçun konusu ile mağduru birbirinden farklı kavramlar olmakla birlikte, bazı suç tiplerinde her ikisi de aynı şeyi ifade eder. Örneğin, insan ticareti suçunda, eylem doğrudan mağdurun maddi ve manevi varlığı üzerinde gerçekleştirilmektedir. Bu suçta söz konusu olan fiillerin, suça konu bireyleri nesne haline getirmesi, bir eşya gibi alınır satılır, bir yerden bir yere sevk edilir hale getirmesi sebebiyle, bu suçun mağduru olan insanlar aynı zamanda suçun konusunu da teşkil etmektedir. Ancak bu durum, suç tipinin özelliğinden kaynaklanan istisnai bir durumdur.³⁷⁵

Suçun konusunun belirlenmesi, cezanın artırılması ve eksiltilmesi sebeplerinin uygulanması sırasında cezanın bireyselleştirilmesi aracı olarak da önem arz eder. Gerçekten, Türk Ceza Kanunu’nun “Cezanın Belirlenmesi” başlıklı 61. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendine göre, “*hakim temel cezayı belirlerken suçun konusunun önem ve değerini göz önünde bulundurur.*”³⁷⁶

Göçmen kaçakçılığı suçunda, suçun konusu ve mağduru karıştırılabilmektedir. “Mağdur” başlığı altında dile getirdiğimiz üzere, göçmenler, bazı yazarlar tarafından suçun mağduru olarak nitelendirilmektedir. Bunun nedeni ise, suçun düzenlendiği madde metninde ve madde gerekçesinde suçun mağdurunun göçmenler olduğunu çağrıştıracak ifadeler kullanılması ve göçmenlerin bu suçtan ciddi zararlar görmeleridir. Ancak belirtmek gerekir ki, Protokol’ün 5. maddesinde, “Göçmenlerin Cezai Sorumluluğu” başlığı altında, göçmenlerin, “Protokol’ün 6. maddesinde öngörülen eylemlerin konusu olmaktan dolayı bu Protokol’e göre, cezai kovuşturmayaya tabi tutulamayacakları” ifadesine yer verilerek suçun konusunun “göçmenler” olduğu açıkça vurgulanmıştır.³⁷⁷ Dolayısıyla, göçmen kaçakçılığı suçunda, mağdurun “devlet

³⁷⁴ ÖZGENÇ, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.199.

³⁷⁵ YENİDÜNYA, A. Caner, *İnsan Ticareti Suçu (TCK m.80)*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007, s.1.

³⁷⁶ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.288.

³⁷⁷ BAYRAKTAR, KURT, *Göçmen Kaçakçılığı*, s.125.

ve/veya uluslararası” toplum olduğunu; suçun konusunun ise, suçun üzerinde işlendiği “göçmen” kişi olduğunu tekrar ifade etmek gerekir.³⁷⁸

b. Göçmen

Uluslararası düzeyde, evrensel olarak kabul edilmiş bir göçmen tanımı bulunmamaktadır. Göç hareketini gerçekleştiren, kendi yurdunu terk ederek başka bir ülkeye giden kişi genel anlamda “göçmen” olarak adlandırılmaktadır.³⁷⁹ Sözlük anlamı itibariyle ise göçmen; kendi ülkesinden ayrılarak yerleşmek için başka ülkeye giden (kimse, aile veya topluluk), muhacir anlamını ifade etmektedir.³⁸⁰ Yabancılar hukukuna göre ise, göçmen, siyasi, ekonomik, dini vb. gibi birtakım nedenlerle bağlı bulunduğu ülkeyi terk ederek yerleşmek amacıyla başka bir ülkeye giden kişidir. Burada önem arz eden husus, kişinin “yerleşme amacıyla” hareket etmesidir.³⁸¹ Bu nedenle, turistler ve geçici olarak çalışmak veya başka bir nedenle bir süreliğine ülkeye gelen kişiler, yabancılar hukukuna göre göçmen olarak nitelendirilemez. Ancak, göçmen kavramı, bireyin göç etme kararını zorlayıcı dış faktörlerin müdahalesi olmadan kişisel endişelerle ve kendi özgür iradesiyle aldığı tüm durumları kapsar şekilde anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, maddi ve sosyal koşullarını iyileştirmek ve kendileri ve ailelerine ilişkin beklentilerini geliştirmek amacıyla başka bir ülkeye veya bölgeye hareket eden kişiler de göçmen kavramına dahil edilmektedir.³⁸²

Mevzuatımıza göre kimlerin göçmen olarak kabul edileceği, 5543 sayılı İskân Kanunu’nun³⁸³ 3. maddesinde “göçmen”, “*Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olup, yerleşmek amacıyla tek başına veya toplu halde Türkiye’ye gelip bu Kanun gereğince kabul olunanlardır.*” şeklindeki tanımla belirlenmiştir. Bu tanımlama ile göçmen sayılacak kişiler yalnızca belirli amaçları (yerleşme amacı) taşıyan belirli bireyleri kapsayacak şekilde sınırlandırılmaktadır. Ayrıca, göçmen olabilmek için

³⁷⁸ Aynı zamanda göçmenler, göçmen kaçakçılığı suçu sırasında, insan onuruyla bağdaşmayan muamelelere maruz kalmaları ve içinde bulundukları zor durumdan yararlanılarak maddi yönden de sömürülmeleri nedeniyle “suçtan zarar gören” konumundadırlar, YENİDÜNYA, ALŞAHİN, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK. m.79)”, s.26-27, BİRTEK, *Mevzuat İçin Geri, İnsan Onurunun Korunması Açısından İleri Bir Adım: Göçmen Kaçakçılığı Suçuna İlişkin Değişiklikler*, s.235.

³⁷⁹ İPEK, *İmparatorluktan Ulus Devlete Göçler*, s.17.

³⁸⁰ www.tdk.gov.tr (11.02.2018)

³⁸¹ ÇELİKEL, GELGEL, *Yabancılar Hukuku*, s.22.

³⁸² International Migration Law Glossary on Migration, s.40.

³⁸³ Kabul Tarihi :19/9/2006 Yayımlandığı R.G.: Tarih : 26/9/2006.

Türkiye’ye yerleşmek amacıyla gelmiş olmanın yanında, Türk soyundan olmak ve Türk kültürüne bağlı olmak da gerekmektedir. Görüldüğü üzere iç hukukumuz açısından “göçmenlik statüsü” kazanımı için birtakım şartların varlığına ihtiyaç duyulmuştur.³⁸⁴

Göçmen kaçakçılığı suçunun konusu olan “göçmen kavramı” açısından ise, bu şartların bulunmasına gerek yoktur. Bir başka ifadeyle, suça konu kişilerin yerleşme amacı taşıyıp taşımadığının ve Türk soyundan gelip gelmediğinin önemi yoktur.³⁸⁵ Dolayısıyla, göçmen kaçakçılığı suçu açısından “göçmen”, sadece sınırlı sayıdaki bu kişileri değil, herhangi bir nedenle ülkesinden ayrılmak durumunda olan daha geniş bir kitleyi (muhacir, mülteci, sığınmacı ve vatansız vb.) ifade etmektedir.³⁸⁶

Suçun adı “göçmen kaçakçılığı” olmasına rağmen, suçun kanuni tarifinde “göçmen” kavramına yer verilmemiştir. Madde metninde yalnızca “yabancı” ve “Türk vatandaşı” kavramları kullanılmaktadır. Dolayısıyla, Türk vatandaşlığına sahip olmayan ve mülteci, sığınmacı veya vatansız konumunda bulunan kişiler, “yabancı” kavramı içerisinde göçmen kaçakçılığı suçuna konu olmaktadır.

c. Yabancı

Yabancı, kısaca, belirli bir devlet hukuku açısından o devlet tabiiyetinde (vatandaşlığında) olmayan kişi olarak tanımlanmaktadır.³⁸⁷ Dolayısıyla, “yabancı” ifadesi, ancak “uyruk” (vatandaş) deyimini karşısında bir anlam kazanmaktadır. Bir başka ifadeyle, bu kavramlardan biri ötekinin varlık nedenini oluşturmaktadır. Görüldüğü üzere, bir kimsenin “yabancı” olup olmadığının belirlenmesinde, kişinin psikolojik, kültürel ve sosyolojik bağları değil, devletle kişi arasındaki uyruklu (vatandaşlık) bağı esas alınmaktadır. Bir devlet açısından, başka bir devletin vatandaşı

³⁸⁴ ÇELİKEL, GELGEL, *Yabancılar Hukuku*, s.22.

³⁸⁵ KAYAALP, *Türk Hukukunda Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s.105, DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s.102,

³⁸⁶ EVİK, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, s.128.

³⁸⁷ ÇİÇEKLİ, *Açıklamalı Göç ve İltica Hukuku Terimleri Sözlüğü*, s.117.

yabancı olduğu gibi, herhangi bir devletin vatandaşlığında bulunmayan (vatansız) kişiler de yabancı sayılmaktadır.³⁸⁸

Yabancı kavramı ile azınlık kavramını da karıştırmamak gerekir. Azınlıklar, bir ülkede ortak dil, din, kültür gibi yakınlık duygularıyla bağlı olarak yaşayan çoğunluğa göre belli ölçülerde farklı hissedebilen gruplardır.³⁸⁹ Azınlıklar, yaşadıkları ülke devletin vatandaşlığına sahiptirler, bu nedenle “yabancı” olarak değerlendirilmezler.³⁹⁰

“Yabancı”, göçmen kaçakçılığı suçunun maddi unsurlarında belirtilen, maddi menfaat elde etmek maksadıyla fail tarafından yasal olmayan yollardan “ülkeye sokulmak” veya “ülkede kalınmasına veya ülke dışına çıkılmasına imkân sağlamak” seçimlik hareketlerinin tamamına konu olabilmektedir.

d. Vatandaş

Vatandaşlık, belirli bir devletle kişi arasındaki karşılıklı hak, görev ve yükümlülük³⁹¹ ilişkisini belirleyen hukuksal bağ olarak tanımlanmaktadır.³⁹² Bireyin bir devlete aidiyetini belirleyen vatandaşlık, kişiye ait bir hukuki özellik olarak önemini korumaktadır.³⁹³ Devletler kimleri vatandaş olarak kabul edeceğine serbestçe karar verebilmektedir. Bir başka deyişle, her devlet, kendi çıkarlarına göre, vatandaşlığın hangi şartlarda kazanılacağını ve kaybedileceğini düzenleme hak ve yetkisine sahiptir.³⁹⁴

Vatandaşlık bağı, bir yandan devletin kendi vatandaşlığında olan kişilere yükümlülük veya görevler yükleme yetkisi vermekte iken, vatandaş durumunda olan

³⁸⁸ AYBAY, Rona, *Yabancılar Hukuku*, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., 3.B., 2010, s.16-21, TEKİNALP, *Türk Yabancılar Hukuku*, s.6.

³⁸⁹ ÇELİKEL, GELGEL, *Yabancılar Hukuku*, s.24.

³⁹⁰ AYBAY, *Yabancılar Hukuku*, s.21.

³⁹¹ Vatandaşlık statüsünden doğan haklar, seçme ve seçilme hakkı, siyasi partilere girme ve üye olma, kamu hizmetine girme, dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma gibi haklar iken, Vatandaşlık statüsünden doğan yükümlülükler ise, çalışma ödevi, vatan hizmeti ve vergi ödevi gibi yükümlülüklerdir, TOPUZKANAMIŞ EVRAN, Şafak, *Vatandaşlık Üstüne Bir Tez*, İstanbul, On İki Levha Yay., 1. B, 2013, s.306-349.

³⁹² AYBAY, Rona, ÖZBEK, Nimet, *Vatandaşlık Hukuku*, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., 4.B., 2015, s.4.

³⁹³ NÖMER, Ergin, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 18. B., 2010, s.3.

³⁹⁴ DOĞAN, Vahit, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, Ankara, Seçkin Yay., 6. B., 2006, s.25.

kişiyse kendi devletinden, diğer devletlere karşı ileri süremeyeceği bazı haklar da vermektedir.³⁹⁵ Vatandaş olmayanlar ise yabancıdır ve bu durum, bu kişilerin ülke topraklarına girişlerinin engellenmesi, devletin korumasından ve diğer faydalarından yararlanamamaları için yeterli bir sebeptir.³⁹⁶

Vatandaşın sahip olduğu haklardan birisi, belki de en önemlisi, “ülkeye girme hakkından yoksun bırakılamaması”dır. Vatandaşın sahip olduğu bu temel hak, AİHS’e Ek 4 nolu Protokol m.3/2’de “*Hiç kimse, uyruğu bulunduğu devletin ülkesine girme hakkından yoksun bırakılamaz.*” ve Birleşmiş Milletler Medenî ve Siyasî Haklar Sözleşmesi m.12/4’de ise “*Hiç kimse, kendi ülkesine girme hakkından keyfi olarak yoksun bırakılamaz.*” şeklinde ifade edilmektedir. Anayasa’nın 23. maddesinin son fıkrasında da, vatandaşın yurda girişinin engellenemeyeceğine ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Bu hükümler nedeniyle, bir “vatandaşın” yasal olmayan yollardan ülkeye sokulması Protokol’de ve buna bağlı olarak TCK’da göçmen kaçakçılığı suçu kapsamında düzenlenmemiştir. Ancak vurgulamak gerekir ki, TCK’daki düzenlemeden yalnızca “Türk vatandaşlarının” yasal olmayan yollardan Türkiye’ye sokulması hali anlaşılmamalıdır. Bir başka ifadeyle, herhangi bir devletin vatandaşlığında olan kişinin kendi ülkesine yasadışı yollardan sokulması da göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturmayacaktır. Yargıtay da verdiği bir kararda, yerinde olarak, Türkiye’de bulunan ve Azerbaycan vatandaşı olan kişinin yasadışı yollarla Azerbaycan ülkesine sokulması durumunda göçmen kaçakçılığı suçunun oluşmayacağını belirtmiştir.³⁹⁷ Yine benzer şekilde, evrensel olarak kabul edilen “vatandaşın sınır dışı edilememesi” ilkesi karşısında, herhangi bir devletin vatandaşlığında bulunan bir kimsenin yasadışı yollarla ülkesinde kalmasına imkân sağlanması durumunda da göçmen kaçakçılığı suçu oluşmaz. Örneğin, Azerbaycan vatandaşı kimsenin yasadışı yollarla Azerbaycan topraklarında kalmasına imkân sağlanması durumunda göçmen kaçakçılığı suçu oluşmamaktadır.

³⁹⁵ AYBAY, ÖZBEK, *Vatandaşlık Hukuku*, s.4, NOMER, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, s.3.

³⁹⁶ GUILD, Elspeth, *Security and Migration in the 21st Century*, Cambridge, Polity Press, 2009, s.29.

³⁹⁷ “...somut olayda, soruşturma aşamasında mağdur olarak beyanlarına başvurulmuş yabancılar Vali Najafov ve ...'in kendi vatandaşlığını taşıdıkları Nahçıvan'a gidebilmek amacıyla sanık ile anlaştıkları görülmekle, söz konusu yabancılara TCK'nın 79. maddesindeki suçun konusunu oluşturmadıkları ve göçmen kaçakçılığı suçunun yasal unsurlarının somut olayda oluşmadığından sanığın CMK'nın 223/2-a maddesi uyarınca beraatine karar verilmesi gerekirken...” Yargıtay 18. CD. E.2016/323 K.2017/6995 T.1.6.2017 www.kazanci.com (11.02.2018)

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, vatandaş, göçmen kaçakçılığı suçunun seçimlik hareketlerinden yalnızca “yasadışı yollardan ülke dışına çıkarmak” fiilinin konusunu oluşturabilir. Vatandaşın sahip olduğu yurda girme hakkından yoksun bırakılmama ve sınırdışı edilmeme hakları nedeniyle, “yasadışı yollardan ülkeye sokmak” ve “yasadışı yollarda ülkede kalmasına imkân sağlamak” seçimlik hareketlerine konu olması mümkün değildir.

e. Mülteci

Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin 1951 Cenevre Sözleşmesi³⁹⁸ ve 1967 New York Protokolü³⁹⁹ mülteci hukukunun anayasası niteliğinde belgeler olup, mülteciler ile ilgili olarak uluslararası anlamda koruma sağlanmasının dayanağını oluşturmaktadır.⁴⁰⁰ Cenevre Sözleşmesi’ne göre mülteci; “ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle, yararlanmak istemeyen; yahut vatansızsa ve bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen yabancıdır.” Mülteci statüsüne sahip olan kişi, uluslararası hukukun ve Birleşmiş Milletler Yüksek Komiserliği’nin (BMMYK) koruması altında bulunmaktadır. Mülteciler, hem uluslararası sözleşmelerdeki hem de

³⁹⁸ Sözleşme, 8.07.1951 yılında İsviçre’nin Cenevre kentinde imzalanmış ve 22.04.1954 yılında yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşmeyi 24.08.1951 tarihinde imzalamış, 29.08.1961 tarihinde “yalnızda Avrupa meydana gelen olaylar sebebiyle gelenleri mülteci olarak kabul edeceği” çekincesini koyarak onaylamıştır. 359 sayılı Onay Kanunu ise 05.09.1961 tarihli ve 10898 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

³⁹⁹ Cenevre Sözleşmesi’nin 1967 tarihli Protokolü 31 Ocak 1967 tarihinde imzaya açılmış, 4 Ekim 1967 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye 1967 Protokolünü imzalayarak 1951 Sözleşmesi’nin 1951’den önceki olaylar çerçevesinde uygulanacağını ifade eden tarihsel sınırlamayı kaldırmış, ancak coğrafi sınırlamayı ise korumuştur.

⁴⁰⁰ ÜMİT, “Mülteci Hukukuna Genel Bakış ve İltica-Sığınma Konularında Türkiye’deki Uygulama”, s.3.

iç hukuk düzenlemelerinde belirtilmiş olan haklardan ve güvencelerden ⁴⁰¹ yararlanır.⁴⁰²

İç hukukumuzda ise mülteci kavramı, 1994 tarihli “Türkiye’ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye’den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik”te ⁴⁰³ “Tanımlar” başlıklı 3. maddede ve Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nun 61. maddesinde tanımlanmıştır. Bu tanımların, Cenevre Sözleşmesi’nde yapılan tanımdan farkı, Türkiye’nin koymuş olduğu coğrafi çekince uyarınca, cümlelerin başına “Avrupa’da meydana gelen olaylar sebebiyle” ifadesinin eklenmesi olmuştur.

Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme’nin 31. maddesinde yasadışı şekilde ülkeye giren mültecilere, bu durumun geçerli nedenlerini göstermeleri şartıyla, yasadışı yollardan girişleri veya bulunuşlarından dolayı ceza verilmeyeceği hükmü yer almaktadır.⁴⁰⁴ Zulme uğrayan kişilerin yasadışı yollardan ülkesinden çıkması ve başka bir ülkeye yasadışı yollardan girmesi olağan bir durum kabul edilerek gittikleri ülkede cezalandırılmamaları sözleşme ile benimsenen temel ilkeler arasında yer almaktadır.⁴⁰⁵ Bu önemli ilke, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nun 65.

⁴⁰¹ Cenevre Sözleşmesi’nin 20-24. maddeleri arasında mültecilerin konut edinme hakkı, eğitim hakkı, çalışma ve sosyal güvenlik hakları ile sosyal yardım ve iâşe konularına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Mültecilerin sahip oldukları haklar hakkında daha detaylı bilgi için bkz. REÇBER, Sercan, “Hayatın Yok Yerindekiler: Mülteciler ve Sığınmacılar”, VI. Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu, Eskişehir, 2014, s.247-268.

⁴⁰² AYBAY, *Yabancılar Hukuku*, s.24.

⁴⁰³ Kabul Tarihi:14.09.1994 R.G. 30.11.1994

⁴⁰⁴ Madde 31- “1.Taraf Devletler, hayatlarının veya özgürlüklerinin, madde 1’de 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.

2. Taraf Devletler, bu mültecilerin hareketlerine gerekli olanların dışında kısıtlama uygulamayacaklardır ve bu kısıtlamalar ancak, ,ülkedeki statüleri belirleninceye veya bir başka ülkeye kabulleri sağlanıncaya kadar uygulanacaktır. Taraf Devletler, bu mültecilerin diğer bir ülkeye kabullerini sağlamak için makul bir süre ve gerekli bütün kolaylıkları sağlarlar.”

⁴⁰⁵ ÜMİT, “Mülteci Hukukuna Genel Bakış ve İltica-Sığınma Konularında Türkiyede’ki Uygulama”, s.3.

maddesinde⁴⁰⁶ ve Sığınma Yönetmeliği'nin 4. maddesinde⁴⁰⁷ iç hukukumuzdaki karşılığını bulmuştur. Yine benzer şekilde, Protokol'ün 5. maddesinde ise “Göçmenler, bu Protokol'un 6. maddesinde öngörülen eylemlerin konusu olmaktan dolayı bu Protokol'e göre, cezai kovuşturmayaya tabi tutulmayacaklardır.” hükmü bulunmaktadır. Dolayısıyla, göçmen kaçakçılığı suçuna konu olan “mülteci” statüsündeki yabancılar, göçmen kaçakçılığı suçundan dolayı cezalandırılmayacaktır.

Tanımlardan da anlaşıldığı üzere, mülteciler, sığındığı ülke açısından “yabancı” konumunda bulunduğundan, göçmen kaçakçılığı suçuna “yabancı” kavramı altında konu olabilmektedir.

f. Sığınmacı (Şartlı Mülteci)

Uluslararası hukuka göre, sığınmacı, uyrukluğunda bulunduğu ülke dışındaki bir ülkede bulunan ve mülteci olarak kabul edilebilmesi için devletin yetkili makamlarına veya BMMYK'ya başvurmuş olup kendisi hakkında statü belirlenmesini bekleyen kişidir.⁴⁰⁸ Türk hukukuna göre ise, Avrupa dışından Türkiye'ye gelerek iltica talep eden kişiyi ifade etmektedir.⁴⁰⁹ Görüldüğü gibi mülteci tanımındaki “Avrupa'da meydana gelen olaylar sebebiyle” ifadesinin çıkartılması suretiyle Türkiye'nin iç hukukuna özgü bir sığınmacı tanımı meydana getirilmiştir. 1994 Yönetmeliği öncesinde ise bu kişiler, “sözleşme dışı mülteci” olarak adlandırılmaktaydı.⁴¹⁰ 2013'te yürürlüğe giren Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda ise sığınmacı statüsünü karşılayacak şekilde “şartlı mülteci” kavramına yer verilmiştir. Ayrıca,

⁴⁰⁶ Madde 65/(4)- “Makul bir süre içinde valiliklere kendiliğinden uluslararası koruma başvurusunda bulunanlar hakkında; yasa dışı girişlerinin veya kalışlarının geçerli nedenlerini açıklamak kaydıyla, Türkiye'ye yasal giriş şartlarını ihlal etmek veya Türkiye'de yasal şekilde bulunmamaktan dolayı cezai işlem yapılmaz.”

⁴⁰⁷ Madde 4- “Türkiye'ye iltica eden veya başka bir ülkeye iltica etmek üzere Türkiye'den ikamet izni talep eden yabancılardan, Türkiye'ye yasal yollardan gelenler bulundukları yer valiliklerine, yasal olmayan yollardan gelenler ise giriş yaptıkları yer valiliklerine gecikmeden müracaat ederler. Makul olan en kısa süre içerisinde müracaat etmeyenler gecikme nedenlerini açıklamak ve bu konuda yetkili makamlarla işbirliği yapmak zorundadır.”

⁴⁰⁸ AYBAY, *Yabancılar Hukuku*, s.25.

⁴⁰⁹ 1994 tarihli yönetmeliğin 3. maddesine göre, “Sığınmacı: ırkı, dini, milliyeti, belirli bir toplumsal gruba üyeliği veya siyasi düşünceleri nedeniyle takibata uğrayacağından haklı olarak korktuğu için vatandaşı olduğu ülke dışında bulunan ve vatandaşı olduğu ülkenin himayesinden istifade edemeyen veya korkudan dolayı istifade etmek istemeyen ya da uyruğu yoksa ve önceden ikamet ettiği ülke dışında bulunuyorsa oraya dönmeyen veya korkusundan dolayı dönmek istemeyen yabancıyı” ifade etmektedir.

⁴¹⁰ BÜYÜKÇALIK, Merve Ece, *Mülteci Hukukunun Gelişimi ve Türkiye'de Mültecilerin Sosyal Hakları*, İstanbul, On İki Levha Yay., 1. B., 2015, s.92.

kanunda,⁴¹¹ şartlı mültecinin üçüncü ülkeye yerleştirilinceye kadar ülkede kalabileceği belirtilerek, Türkiye'nin Avrupa dışından gelen sığınmacılara Türkiye'de ikamet sağlama yükümlülüğünde olmadığı bir kez daha vurgulanmıştır.⁴¹²

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde de sığınma hakkının varlığı temel bir insan hakkı olarak kabul edilmekte ise de, gerçekten siyasal nitelik taşımayan adi bir suçla ilgili ya da BM ilkelerine ve amaçlarına aykırı fillerle ilgili kovuşturmaların söz konusu olduğu durumlarda, bu hakkın ileri sürülemeyeceği belirtilmiştir.⁴¹³ Siyasal nitelikte olmayan durumlar için sığınma hakkı tanınmaması, bir başka ifadeyle, adi suçlardan dolayı kovuşturulan kişilerin bu haktan yararlandırılmaması geleneksel olarak kabul edilmiş bir prensiptir. Ancak, bazı durumlarda “siyasal suç-adi suç” ayrımı anlaşmazlıklara yol açabilmektedir.⁴¹⁴

Mülteci başlığı altında ifade ettiğimiz üzere, sığınma amaçlı olarak ülkeye yasadışı girenlere veya ülkede yasadışı bulunanlara yasadışı girişleri veya kalışları nedeniyle ceza verilmez. Ancak bunun için, koruma talep eden kişilerin makul bir süre içinde ilgili makamlara başvurması ve yasa dışı girişlerinin veya kalışlarının geçerli nedenlerini açıklamaları gerekir.⁴¹⁵

Sığınmacılar, sığındığı ülke açısından bir yabancıdır. Bu nedenle, sığınmacılar da göçmen kaçakçılığı suçuna “yabancı” kavramı içerisinde konu olabileceklerdir.

g. Vatansız

1954 tarihli Vatansız Kişilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin⁴¹⁶ 1. maddesinde vatansız kişi, “kendi kanunlarının işleyişi içerisinde hiçbir devlet tarafından vatandaş olarak sayılmayan kişi” olarak tanımlanmıştır.

⁴¹¹ Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m.62.

⁴¹² BÜYÜKÇALIK, *Mülteci Hukukunun Gelişimi ve Türkiye'de Mültecilerin Sosyal Hakları*, s.124, REÇBER, “Hayatın Yok Yerindekiler: Mülteciler ve Sığınmacılar”, s.255-256.

⁴¹³ İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi m.14- “1. Herkesin zulüm altında başka ülkelere sığınma ve sığınma olanaklarından yararlanma hakkı vardır. 2. Gerçekten siyasal nitelik taşımayan suçlardan veya Birleşmiş Milletlerin amaç ve ülkelerine aykırı eylemlerden doğan kovuşturma durumunda bu haktan yararlanılamaz.”

⁴¹⁴ AYBAY, *Yabancılar Hukuku*, s.25.

⁴¹⁵ Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m.65/4.

⁴¹⁶ Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme New York'ta 28 Eylül 1954'te imzalanmış ve 6 Haziran 1960'ta yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu sözleşmeyi henüz onaylamamıştır. Ancak, Türkiye, 154 tarihli Vatansızlık Hallerinin Azaltılmasına Dair Sözleşme'yi onaylamıştır. R.G. 04.05.1975 S.15226.

Vatansız kişiler, devletin sağladığı diplomatik koruma, ikamet edilen devlette doğal olarak kalma hakkı ve ülke dışına çıkılması halinde ülkeye dönüş hakkı gibi vatandaşlığın getirdiği haklardan mahrum olan kişilerdir.⁴¹⁷ Vatansızlar, şahıslarına ve mallarına karşı girişilen haksız işlemler karşısında hiçbir devletin himayesinden yararlanamazlar.⁴¹⁸ Ayrıca, vatansız kişilerin sınır dışı edilmesi halinde de, bu kişileri kabul etmesi gereken herhangi bir devlet olmadığı için birtakım güçlükler ortaya çıkmaktadır.⁴¹⁹

Vatansızlığın ortaya çıkışmasıyla ilgili en klasik yol, özellikle geçmiş dönemlerde sıkça rastlanılan devletlerin yıkılması durumudur. Bunun yanında, devletlerin vatandaşlığın kazanılması ile ilgili kanunların menfi çatışması durumunda da çok nadir olmakla birlikte vatansızlık durumu ortaya çıkabilmektedir. Son olarak, kişiler, kendi istekleriyle veya irade dışı vatansız durumuna düşebilmektedirler.⁴²⁰

Farklı dillerde “heimatlos”, “apatride” ve “stateless person” gibi isimlerle anılan bu kişiler vatansızlık (yurtsuzluk) kavramının tanımı gereği, bütün devletler tarafından “yabancı” sayılmaktadırlar.⁴²¹ Dolayısıyla, vatansızlar göçmen kaçakçılığı suçuna “yabancı” adı altında konu olabilmektedir. 765 sayılı TCK’da “...*yabancı bir devlet tâbiyetinde bulunan veya vatansız olan veya Türkiye’de sürekli olarak oturmasına yetkili mercilerce izin verilmemiş bulunan kimselerin...*” şeklindeki ifadeyle vatansız kişilerin de, göçmen kaçakçılığı suçuna konu olabileceği ayrıca düzenlenmişti.

6. Suçun Nitelikli Halleri

a. Genel Olarak

Göçmen kaçakçılığı suçunda, suç konu göçmenlerin korunması, en az faillerin cezalandırılması kadar önem arz etmektedir. Göçmen kaçakçılığı suçunun konusu olan

⁴¹⁷ ÇİÇEKLİ, *Açıklamalı Göç ve İltica Hukuku Terimleri Sözlüğü*, s.114.

⁴¹⁸ TEKİNALP, *Türk Yabancılar Hukuku*, s.7.

⁴¹⁹ ÇELİKEL, GELGEL, *Yabancılar Hukuku*, s.19.

⁴²⁰ ODMAN, M. Tevfik, *Vatansızların Hukuki Durumu ve Türk Hukuku*, Adana, Çağ Üniversitesi Yay., 1.B., 2011, s.9.

⁴²¹ AYBAY, *Yabancılar Hukuku*, s.21.

ve hem maddi hem de manevi anlamda sömürülen ve istismar edilen göçmenlerin insanlık onurlarını ihlal eden faillerin daha ağır bir şekilde cezalandırılması gerekir.⁴²²

Göçmen kaçakçılığı suçu bakımından kanun metninde herhangi bir hafifletici neden öngörülmemekle birlikte, genel hafifletici sebeplerin uygulanmasına bir engel yoktur.⁴²³ Buna karşılık, TCK'nın 79. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli haller yer verilmiştir. Bu nitelikli haller, “suçun göçmenlerin hayatı bakımından tehlike oluşturması (m.79/2-a)”, “mağdurları onur kırıcı muameleye maruz bırakılarak işlenmesi (m.79/2-b)” ve “suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi (m.79/3)”dır.

765 sayılı TCK'da ise, göçmen kaçakçılığına ilişkin nitelikli haller, suçun “kaçak göçmenlerin yaşamlarını veya vücut bütünlüklerini tehlikeye sokması” veya “insanlık dışı veya onur kırıcı muamele biçimlerine tâbi kılınmalarına neden olması” ve “suçun örgütlü olarak işlenmesi” şeklinde düzenlenmiştir.

Göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesi sırasında, kaçak göçmenlerin yaşamlarının veya vücut bütünlüklerinin tehlikeye sokulmasını veya insanlık dışı ya da onur kırıcı muameleye maruz bırakılmalarını veya ölümlerine neden olunmasını cezayı ağırlaştıran nitelikli hal olarak düzenleyen 765 sayılı TCK'nın 201/a maddesindeki hükme 5237 sayılı TCK'nın 79. maddesinin ilk şeklinde yer verilmemiştir.⁴²⁴ Bu nedenle, 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğü girdiği ilk yıllarda, ilk derece mahkemeleri tarafından 765 sayılı TCK'daki söz konusu hükmün korunduğu zannedilerek, bu yönde kararlar verildiği görülmektedir.⁴²⁵

⁴²² BİRTEK, *Mevzuat İçin Geri, İnsan Onurunun Korunması Açısından İleri Bir Adım: Göçmen Kaçakçılığı Suçuna İlişkin Değişiklikler*, s.238.

⁴²³ KESKİN, “Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti Suçları”, s. 92.

⁴²⁴ Söz konusu olguların somut olayda ortaya çıkması ve yapılan fiillerin suç oluşturması halinde failler, gerçek içtima kuralları çerçevesinde ayrıca bu suçlardan da sorumlu tutulmaktaydı, ÇAKMUT, “Türk Ceza Yasasında Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK m.79)”, s.116.

⁴²⁵ “...765 sayılı TCK'nın 201/a maddesinin 2. fıkrasında, göçmen kaçakçılığına teşebbüs halinin tamamlanmış suç gibi cezalandırılacağı hükmünün yer alması, 3. fıkrafta, suçun insanlık dışı ve onur kırıcı muamele biçiminde gerçekleşmesi halinde verilen cezadan yarı oranında artırım yapılacağı hükmünün bulunması, 5237 sayılı TCK'nın 79. maddesinde ise, 765 sayılı TCK'nın 201/3-2 madde ve fıkrasındaki düzenlemeye yer verilmemesi nedeniyle, göçmen kaçakçılığı suçunun bütün hallerine teşebbüsün olanaklı olması ve 765 sayılı TCK'nın 201/a-3 madde ve fıkrasındaki insanlık dışı ve onur kırıcı muamele halinde artırımı ilişkin bir düzenleme de bulunmaması karşısında...” Yargıtay 8. CD. E.2006/4301 K.2006/8928 T.6.12.2006 www.kazanci.com (18.03.2018)

2010 yılında 6008 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, “suçun mağdurların hayatı bakımından bir tehlike oluşturmaması veya onur kırıcı bir muameleye maruz bırakılarak işlenmesi halinde faile verilecek cezanın yarısından üçte ikisine kadar artırılır.” hükmü TCK m.79/2’ye eklenmiştir.⁴²⁶

6008 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle getirilen yeni düzenlemelerin 765 sayılı TCK’daki hükümlere geri dönüş gibi gözükmesine karşın, göçmen kaçakçılığı suçu faillerinin cezalandırılması ve suça konu olan göçmenlerin insanlık onurunun korunması bakımından önemli bir adım olduğu ve bu sayede mevzuatımızın taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerle uyumlu hale getirildiği ifade edilmektedir. Bir başka ifadeyle, yapılan bu değişiklikler, “mevzuat açısından geri ve fakat insan onurunun korunması açısından ileri bir adım” olarak nitelendirilmektedir. Suçun mağduru olarak göçmenlerin gösterilmesi ise, bu kanun değişikliğinin tek olumsuz yönü olarak gösterilmiştir.⁴²⁷ Dolayısıyla, belirtmek gerekir ki, madde metnindeki “suçun mağdurlarının...” ifadesinden kasıt suça konu kaçak göçmenlerdir.

b. Suçun Mağdurların Hayatı Bakımından Bir Tehlike Oluşturması

5237 sayılı TCK’nın ilk şeklinde “suçun mağdurların hayatı bakımından bir tehlike oluşturmaması veya onur kırıcı bir muameleye maruz bırakılarak işlenmesi” şeklindeki nitelikli unsura yer verilmediğini daha önce ifade etmiştik. Bunun nedenlerinden biri olarak, göçmenlerin yaşam veya vücut bütünlüğünün ihlali durumunda, ilgili suç tiplerine başvurularak faillerin cezalandırılabileceği gerekçesiyle ayrıca bu nitelikli hale yer verilmesine gerek duyulmamış olabileceği ileri sürülmüştür. Ancak, bu durumda ortaya bir zarar çıkmamışsa, bir başka ifadeyle, göçmenlerin vücut bütünlükleri yalnızca tehlike altına sokulmuşsa, failler göçmen

“...765 sayılı TCK’nın 201/a-3 madde ve fıkrasındaki insanlık dışı ve onur kırıcı muamele halinde artırılmasına ilişkin bir düzenlemenin de bulunmadığı anlaşılmaya göre...” Yargıtay 8. CD. E.2006/215 K.2006/2281 T.20.3.2006 www.kazanci.com (18.03.2018)

⁴²⁶ Bu düzenlemeyle birlikte, “kaçak göçmenlerin yaşamlarının veya vücut bütünlüklerinin tehlikeye sokulması” ve “insanlık dışı veya onur kırıcı muameleye tabi kılınmalarına neden olunması” durumlarının cezayı ağırlaştırıcı nedenler olarak kabul edilmesini öngören Protokol’ün m.6/3 hükmünün gereği yerine getirilmiştir.

⁴²⁷ BİRTEK, *Mevzuat İçin Geri, İnsan Onurunun Korunması Açısından İleri Bir Adım: Göçmen Kaçakçılığı Suçuna İlişkin Değişiklikler*, s.238.

kaçakçılığı suçuna ek olarak (koşulları oluşmuşsa) en fazla kasten yaralama suçuna teşebbüsten sorumlu tutulabilecek ve istenen koruma sağlanamamış olacaktır.⁴²⁸

Bu düzenlemeyle birlikte kaçak göçmenlerin kamyon ve tırların kasalarında havasız bir biçimde veya denize elverişsiz küçük tekne veya botlarla kalabalık şekilde taşınması esnasında “hayati tehlike oluşması” durumunda verilecek cezaların artırılması sağlanmıştır.⁴²⁹

Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için göçmenlerin bu şekilde taşınması sırasında yaralanmaları ya da ölmeleri şart değildir. Yalnızca göçmenlerin hayatı bakımından bir tehlikenin meydana gelmiş olması (örneğin, teknenin aşırı kalabalık olması nedeniyle batma tehlikesi geçirmiş olması) yeterlidir.⁴³⁰ Zaten göçmenlerin bu şekilde taşınmaları esnasında yaralanmaları ya da ölmeleri durumunda, artık bir tehlikeden ziyade “zarar” söz konusu olduğu için, failer bu ölüm veya yaralanmalardan ayrıca TCK’nın ilgili maddeleri uyarınca sorumlu olacaktır.⁴³¹ Eğer, göçmen kaçakçılığını gerçekleştiren failde, yaralama suçu bakımından doğrudan veya olası kast bulunuyorsa; hayati tehlike, aynı zamanda kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış halini oluşturduğundan, fail hem göçmen kaçakçılığı suçunun

⁴²⁸ ÖNOK, “5237 Sayılı Yeni TCK’ya Göre Uluslararası Suçlar”, s.205.

⁴²⁹ “...yasal olmayan yollardan ülkeye giren ve yasa dışı yollarla Türkiye’den çıkış yaparak Romanya’ya gitmek isteyen Afganistan vatandaşı toplam 42 göçmenin, sanık ...’ın sahibi olduğu, gövde boyu 8.60 metre, genişliği 3.00 metre ve derinliği 1.20 metre olan, ana makinesi 6 silindirli dizel makine olup, maksimum 6-8 kişi taşınabilen, yapısal gerekli ekipmanların özellikleri, makine gücü ve akaryakıt yeterliliği verilerine göre açık denize açılmaya elverişli olmadığı tespit edilen “Torun” isimli tekneye bindirilmelerinden kısa süre sonra gece vakti olumsuz hava şartlarının etkisiyle teknenin devrildiği ve suda boğularak hayatını kaybeden 13’ü çocuk 27 göçmen ile tekne kaptanı ...’in cesetlerine ulaşıldığı, 6 göçmenin ise sağ olarak kurtarıldığı olayda ...müsait olmayan mahal ve hava şartları, teknenin yapısal özellikleri, taşınan göçmen sayısı, yeterli güvenlik ekipmanlarının bulunmaması hususları bir bütün olarak değerlendirildiğinde, suçun mağduru olan göçmenlerin hayatı bakımından tehlike oluşması sebebiyle sanıklar hakkında TCK’nın 79/2-a-son maddesinin uygulanmasına dair yerel mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir...” Yargıtay 12. CD. E.2016/7328 K.2016/12072 T.21.10.2016 www.kazanci.com (10.03.2018)

“... getirilen 16 göçmeni bu tekneye bindirdikleri,...’in idaresindeki teknenin gece vakti kıydan ayrıldıktan 10-15 dakika sonra su alarak batması neticesi, 2 göçmenin suda boğularak öldüğü, geri kalan göçmenlerin ise belli süre yüzerek bir kısmının kıyıya yakın balık çiftliğine, bir kısmının da kıyıya ulaşarak sağ kurtuldukları, ve bu şekilde atılı suçu işleyen sanık ...’ın eylemi neticesi mağdurların hayatı bakımından tehlike oluştuğu...” Yargıtay 12. CD. E.2016/7331 K.2016/10949 T.28.6.2016 www.kazanci.com (10.03.2018)

⁴³⁰ “...suçta kullanıla lastik botun 8 kişilik olmasına rağmen sanıklarla birlikte botta 22 kişinin olması, 4-5 şiddetinde rüzgâra rağmen botta seyir farı, göçmenlerin bir kısmında ise can yeleğinin bulunmaması ile gidilen mesafe gibi hususlar dikkate alınarak, TCK’nın 79/2. maddesi kapsamında bir değerlendirme yapılmamış ise de, aleyhe temyiz olmadığından bozma yapılamayacağı...” Yargıtay 18. CD. E.2017/5791 K.2017/12571 T.8.11.2017 www.kazanci.com (10.03.108)

⁴³¹ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.84, TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.97.

nitelikli halinden hem de kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış şeklinden sorumlu tutulacaktır.⁴³²

Bu düzenleme şeklinin aslında bir nitelikli halden ziyade göçmen kaçakçılığı suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hali olduğu ifade edilmektedir. Bu nedenle, TCK m.23 gereği, failin bu neticenin ortaya çıkması bakımından en azından taksirle hareket etmesi ve bu neticelerin faile objektif olarak isnat edilebilir olması gerekmektedir.⁴³³

c. Suçun Mağdurları Onur Kırıcı Muameleye Maruz Bırakılarak İşlenmesi

İnsan onuru, bireyin sadece insan olmasından ötürü değerli ve saygıya layık bir varlık olmasını ifade eden bir kavramdır. Belirtmek gerekir ki, insan onuru, kişinin hem kendisine duyduğu saygıyı hem de kendisine karşı başkaları tarafından duyulan saygıyı kapsamaktadır. Bu bağlamda, bireyin kendine karşı duyduğu saygı, “özsaygı”, “haysiyet” kavramları ifade edilirken; kişiye başkaları tarafından gösterilen saygı ise, “şeref” ve “itibar” kavramları ile nitelendirilmektedir.⁴³⁴

Hangi davranışların “onur kırıcı muamele” sayılacağına ilişkin madde metninde bir açıklama yer almamaktadır. Bu nedenle, insan onurunu zedeleyen herhangi bir şekilde göçmenlerin ülkeye sokulması, ülke dışına çıkarılması ya da ülkede barındırılması durumunda bu nitelikli halin uygulanması gündeme gelebilecektir. Özellikle suçun işlenmesinde başvurulan yöntemlerin, suça konu olan göçmenlerin insan olmaktan kaynaklı ve doğuştan sahip oldukları onuru hiçe sayar nitelikteki belirli ağırlığa ulaşan eylemler olması durumunda, suçun onur kırıcı muameleye maruz bırakılarak işlenmesinden bahsedilir.⁴³⁵

Göçmen kaçakçılığı suçu açısından, onur kırıcı muamele genellikle, insan onuru ile bağdaşmayan şekilde göçmenlerin taşınması veya barındırılması anlamına gelmektedir. Örneğin, yeterince havalandırması olmayan bir kamyon kasasına

⁴³² TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.97.

⁴³³ ÖZBEK, Veli Özer, DOĞAN, Koray, BACAŞIZ, Pınar, TEPE, İlker, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yay., 10. B., 2016, s.75.

⁴³⁴ ÇAKAR, Aysen Seymen, “Hukuki Bir Kavram Olarak İnsan Onuru”, Umut Vakfı Araştırma Merkezi, 3. Hukukun Gençleri Sempozyumu, Antalya, 11-12 Ekim 2013, s.2-3

⁴³⁵ BAYRAKTAR, KURT, *Göçmen Kaçakçılığı*, s.146-147.

göçmenlerin bir eşya gibi dizilerek taşınması veya bir gecekonduda elli-yüz kişi barındırılmaları durumunda onur kırıcı bir muameleden söz edilebilir.⁴³⁶ Ayrıca, göçmenleri aç bırakmak, taşıma ya da barındırma sırasında göçmenlere aşağılayıcı davranışlarda bulunmak fiilleri de onur kırıcı muameleye örnek olarak gösterilmektedir.⁴³⁷

Göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesi esnasında, göçmenlerin suçun herhangi bir aşamasında onur kırıcı muameleye maruz kalmaları mümkün olmakla birlikte, onur kırıcı muamele teşkil eden eylemlerin suçun icrasına başladıktan sonra gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Örneğin, göçmenler ile göçmen kaçakçıları arasında henüz bir anlaşma yapılmadan önce, göçmenlerin maruz kalacağı herhangi bir onur kırıcı muamele bu kapsamda değerlendirilemeyecektir.⁴³⁸

d. Suçun Bir Örgütün Faaliyeti Çerçevesinde İşlenmesi

Kaçakçıların tecrübelerinden yararlanmak isteyen göçmenlerden gelen talepler gün geçtikçe arttığından göçmen kaçakçılığı suçunun ekonomik boyutu da yükselmektedir. Bu nedenle, kaçakçılık faaliyetleri, alanın daha uzman kişilerin koordine olmasıyla işlenir hale gelmiştir. Bir başka deyişle, kazancın bu şekilde artması göçmen kaçakçılığı sektörüne olan iştahı kabartmış ve suç, sınıraşan organize suç örgütlerince işlenir olmuştur. Dolayısıyla, göçmen kaçakçılığı suçu, sürekli ve planlı olarak, aralarında görev dağılımı ve emir-komuta zinciri olan organize suç örgütlerince işlenmektedir.⁴³⁹ Aynı zamanda, göçmen kaçakçılığı suçunun, maddi bir altyapı gerektirmesi, suçun işlenmesinde kullanılan ulaşım araçlarını kullanabilecek tecrübeli kişilere ihtiyaç duyulması, birtakım teknik bilgilere ve yabancı dil bilen kişilere ihtiyaç duyulması, genellikle suçun birden fazla göçmeni konu alması ve bir kontrol mekanizması gerektirmesi sebebiyle organize suç örgütlerince işlenmesinin neredeyse kaçınılmaz olduğu ifade edilmiştir.⁴⁴⁰

⁴³⁶ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.84.

⁴³⁷ BİRTEK, *Mevzuat İçin Geri, İnsan Onurunun Korunması Açısından İleri Bir Adım: Göçmen Kaçakçılığı Suçuna İlişkin Değişiklikler*, s.233.

⁴³⁸ BAYRAKTAR, KURT, *Göçmen Kaçakçılığı*, s.148.

⁴³⁹ KAHYA, SEVER, *Türkiye’de Göçmen Kaçakçıları*, s.143.

⁴⁴⁰ DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s.160.

5237 sayılı TCK'nın 79. maddesinin 3. fıkrasında, “göçmen kaçakçılığı suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi” hali, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK m.201/a'da da “*Yukarıdaki fıkralarda yazılı suçlar örgütlü olarak işlendiğinde faillere verilecek cezalar bir kat artırılarak hükmolunur.*” şeklinde benzer bir düzenleme yer almaktaydı. Ancak 5237 sayılı TCK'da, 765 sayılı TCK'dan farklı olarak, faile verilecek cezanın bir kat değil, yarı oranında artırılması öngörülmüştür.

Bu nitelikli hal, Protokol'ün m.6/2-c'deki “göçmen kaçakçılığı olarak tanımlanan suçları işlemek üzere başkalarını örgütlemek ve yönetmek” şeklindeki eylemlerin suç haline getirilmesini öngören hükmün gereği olarak hukuk sistemimize dahil edilmiştir.

“Örgütlü suç grubu” kavramının tanımlaması, Protokol'de değil Sözleşme'de yer almaktadır. Sözleşme'nin “tanımlar” başlıklı 2. maddesinde örgütlü suç grubu, “*doğrudan veya dolaylı olarak mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek amacıyla belli bir süreden beri var olan ve bu Sözleşmede belirtilen bir veya daha fazla ağır suç veya yasadışı eylemi gerçekleştirmek amacıyla birlikte hareket eden, üç veya daha fazla kişiden oluşan yapılanmış bir grup*” şeklinde tanımlanmaktadır.

Protokol'ün 4. maddesinden de anlaşılacağı üzere,⁴⁴¹ “örgütlü suç grubu” kavramı Protokol hükümleri bağlamında oldukça önemlidir. Bu kavram, Protokol hükümlerinin uygulanması açısından, özellikle de Protokol'e taraf devletler arasındaki işbirliği alanında⁴⁴² ön koşul niteliğine sahiptir.⁴⁴³ Örneğin, Protokol'ün 10 ve 14. maddeleri kapsamında diğer devletlerin işbirliğini talep etmek için örgütlü bir suç grubunun bulunması gerekmektedir. Yine benzer şekilde, göçmen kaçakçılığıyla uğraşan örgütlü bir suç grubunun varlığı kanıtlanmadığı sürece, Sözleşme kapsamında

⁴⁴¹ Protokol Madde 4- “*Bu Protokol, metinde başka türlü belirtilmedikçe, mahiyetleri itibariyle sınıraşan nitelikte olduğu ve örgütlü bir suç grubu suça karıştığı takdirde, bu Protokol'un 6. maddesi uyarınca tespit edilmiş suçların önlenmesi, soruşturulması ve kovuşturulması ve bu tür suçlara hedef olmuş kişilerin haklarının korunması için uygulanır.*”

⁴⁴² DAMME, Yasmin van, “Issue Paper on Organised Crime Involvement in Trafficking in Persons and Smuggling of Migrants”, UNDOC, Vienna, 2010, s. 17, https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/FINAL_REPORT_06052010_1.pdf (11.02.2018)

⁴⁴³ MCCLEAN, David, *Transnational Organised Crime: A Commentary the UN Convention and Its Protocols*, Oxford University Press, Oxford, 2007, s. 392.

bir hukuki yardım ya da suçluların iadesi, bir taraf devlet tarafından talep edilememektedir.

Örneğin, Endonezyalı göçmenlerin Avustralya'ya kaçakçılığı faaliyetleri kapsamında Avustralya hükümeti, sadece, Avustralya topraklarında bulunan ve göçmen kaçakçılığı yapan (ya da göçmen kaçakçılığına iştirak eden) Endonezyalı balıkçıları, çiftçileri veya işçileri yargılayabilmektedir. Göçmenlerin getirildiği kaynak devlette, transit devlette veya başka bir devlette bulunan asıl önde gelen organizatörler ise Avustralya'ya iade edilmedikçe yargılanamazlar. Bu iade, Avustralya ile organizatörlerin saklandığı devletler arasındaki işbirliği yoluyla gerçekleşir. Suçluların iadesine ilişkin işbirliği yapılması ise, Avustralya'nın Protokol'ün hükümlerine uyması ve daha sonra burada örgütlü bir suç grubunun varlığına ilişkin kriterleri ispat etmesini gerektirmektedir. Genel olarak söylenebilir ki, Protokol'ün uygulanmasını talep eden bir taraf devletin, ülke topraklarındaki göçmen kaçakçılığı faaliyetlerine katılan aktörler açısından “örgütlü suç grubu” kavramındaki kriterleri göstermesi zorunludur.⁴⁴⁴

Sözleşmedeki “örgütlü suç grubu” tanımına göre, bu kapsamda bir örgütün varlığından bahsedilebilmesi için; “*en az üç kişinin olması, doğrudan veya dolaylı olarak mali veya diğer bir maddi çıkar elde etme amacı, belli bir süreden beri var olma ve sözleşmede belirtilen suçu veya yasadışı eylemleri en az bir kez işlemek amacıyla birlikte hareket edilmesi*” gerekmektedir. Örgütlü bir suç grubu kavramındaki “üç kişilik ya da daha fazla yapılandırılmış bir grup” kriteri, bireyler ya da amatör kaçakçılar tarafından gerçekleştirilen göçmen kaçakçılığı faaliyetleri ile mücadelede bir engel teşkil etmektedir. Şöyle ki, göçmen kaçakçılığı veya göçmenlere sahte belge temin edilmesi, yasadışı ikamet izni sağlanması gibi Protokolde belirtilen suçlardan herhangi biri yalnızca iki aktörle de işlenebilmektedir. Bu nedenle, söz konusu kriter, (Protokolün 4. maddesine göre, bu kriterler, Protokol hükümlerinin uygulanmasının bir ön koşulu olduğundan) Protokol ve Sözleşme işbirliğinde alınacak

⁴⁴⁴ ALJAHANI, Abdelnaser “The Legal Features of Smuggling Organisations in Light of the Provisions of the Migrant Smuggling Protocol”, *The Journal of Criminal Law*, Vol. 79(3), 2015, s.171-172.

önlemlerin uygulanamaması nedeniyle kişilerin cezai sorumluluktan kaçabilmelerine olanak sağlayacaktır.⁴⁴⁵

Örgütlü bir suç grubu kavramındaki “amaç” ölçütü ise, doğrudan veya dolaylı olarak bir finansal veya diğer maddi fayda elde etmektir. Madde 4 gereğince, Göçmen Kaçakçılığı Protokolü sadece bu özel amaç veya niyetle çalışan kaçakçılar için geçerlidir. Diğer bir deyişle, göçmenlere insani, sosyal, politik veya ideolojik amaçlarla sınırları aşmaya yardım eden kaçakçılar Protokol'e tabi değildir. Ancak, göçmen kaçakçılığı bir maddi faydanın elde edilmesi amacıyla, bir terörist grup tarafından yapılırsa, bu terörist grup da Sözleşme kapsamında “örgütlü suç grubu” kavramına dahil edilecektir. Dolayısıyla, bu finansal veya maddi menfaatlerin nihayetinde politik ya da diğer amaçlara ulaşmak için kullanılıp kullanılmayacağı konusu, Sözleşme'nin 2(a) maddesi kapsamında önemsizdir. Bir başka ifadeyle, göçmen kaçakçılığı ile uğraşan bir terörist grubun eylemleriyle bağlantılı olarak, mali veya diğer maddi fayda elde etme ölçütü mevcut olduğu sürece, Protokol hükümleri uygulanabilir.⁴⁴⁶

TCK'nın 220. maddesinde ise suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu, *“Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması hâlinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir.”* şeklinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun E. 2011/10-577 K. 2012/1821 numaralı kararında, bu suçun oluşması için gerekli şartlar, *“...Bu madde anlamında bir örgütün varlığından söz edebilmek için; en az üç kişinin, suç işlemek amacıyla hiyerarşik bir ilişki içerisinde, devamlı olarak amaç suçları işlemeye elverişli araç ve gerece sahip bir şekilde bir araya gelmesi gerekmektedir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere suç işlemek için örgüt kurmak suçundan bahsedilebilmesi için,*

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

⁴⁴⁵ ALJAHANI, “The Legal Features of Smuggling Organisations in Light of the Provisions of the Migrant Smuggling Protocol”, s.177.

⁴⁴⁶ ALJAHANI, “The Legal Features of Smuggling Organisations in Light of the Provisions of the Migrant Smuggling Protocol”, s.177-179.

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

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

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

e) Amaçlanan suçları işlemeye elverişli, üye, araç ve gerece sahip olunması gerekmektedir...”⁴⁴⁷ şeklinde açıklanmıştır.⁴⁴⁸

Söz konusu iki düzenlemede yer alan koşullar karşılaştırıldığında, Sözleşme’ye göre TCK’nın 220. maddesinden farklı olarak, örgütün varlığı için, “doğrudan veya dolaylı olarak mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek amacıyla” hareket edilmesi gerekmektedir. TCK m. 220’de ise, Sözleşmede bulunmayan “sahip olduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olma” şartı yer almaktadır. Dolayısıyla, somut olayda, göçmen kaçakçılığı suçunun “örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi” nitelikli halinin uygulanabilmesi TCK m. 220’nin mi, yoksa Sözleşme’nin 2. maddesinin mi göz önünde bulundurulacağı önem arz etmektedir. Doktrinde çoğunluk tarafından kabul edilen görüşe göre, Anayasa’nın 90. maddesinde; “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.” hükmü yer aldığından, bu durumda ulusal hukukumuzun bir parçasını oluşturan Sözleşme

⁴⁴⁷ Yargıtay CGK E.2011/10-577 K.2012/1821 T.31.10.2012, www.kazanci.com (16.03.2018)

⁴⁴⁸ Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu hakkındaki detaylı bilgi ve çeşitli Yargıtay kararlarının analizi için bkz. GÜLTAS, Veysel, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu ve Etkin Pişmanlık, Ankara, Bilge Yay., 3. B., 2016.

hükümlerine öncelik tanınması gerekmektedir.⁴⁴⁹ Ancak KAYAALP'e göre, örgütlü yapının varlığı için TCK m. 220'de "sahip olduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olma" şartı arandığı için, Sözleşmedeki hükümlere göre failer açısından daha lehe bir düzenlemedir. Bu nedenle, örgütlü yapının varlığı noktasında TCK m. 220'deki düzenlemenin esas alınması gerekmektedir.⁴⁵⁰

Her ne kadar Yargıtay uygulamasında da örgütsel yapının varlığı konusunda Sözleşme hükümlerinin esas alındığı ifade edilmişse de,⁴⁵¹ son yıllarda verilmiş olan (güncel) Yargıtay kararlarında bu nitelikli halin uygulanabilmesi için fail hakkında TCK m. 220 uyarınca "suç işlemek amacıyla örgüt kurma" suçundan mahkûmiyet hükmünün bulunması veya işlenen göçmen kaçakçılığı suçu ile birlikte, fail hakkında bu yönde bir dava açılarak mahkûmiyet kararı verilmesi gerektiği ifade edilmektedir.⁴⁵² Dolayısıyla, örgütlü yapının varlığına ilişkin olarak, uygulamada TCK m. 220'deki düzenlemenin esas alındığı söylenebilir.

⁴⁴⁹ YENİDÜNYA, ALŞAHİN, "Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK. m.79)", s.34, DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s.161.

⁴⁵⁰ KAYAALP, *Türk Hukukunda Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s.79.

⁴⁵¹ DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s.160, BAYRAKTAR, KURT, *Göçmen Kaçakçılığı*, s.150.

⁴⁵² "...TCK'nın 79/3. maddesi uyarınca cezanın artırılabilmesinin ilk koşulu, TCK'nın 220. maddesinde belirtilen anlamda, bir örgütün varlığının kesin olarak tespit edilmiş olması, başka bir deyişle öncelikle TCK'nın 220. maddesi uyarınca sanıklar hakkında suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçundan kurulan bir mahkûmiyet hükmünün bulunması gerektiğinden, sanıklar ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ... ile ... hakkında, suç işlemek amacıyla örgüt kurmak suçundan açılmış bir davasının bulunmaması ve bu suçtan hüküm kurulmamış olması karşısında sanıkların, suç örgütünün faaliyeti kapsamında göçmen kaçakçılığı yapmak suçundan TCK'nın 79/3. maddesi uyarınca cezalarında artırım yapılamayacağını gözetilmemesi..." Yargıtay 18. CD. E.2017/3280 K.2017/6006 T.17.5.201, www.kazanci.com (16.03.2018)

"...suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçundan sanıklar hakkında kurulan mahkûmiyet hükümlerinin, suçun sabit olmadığı gerekçesiyle bozulmuş olması karşısında, yüklenen suçun örgüt faaliyeti kapsamında işlenmediği sonucuna varıldığından, sanıklar hakkında göçmen kaçakçılığı suçundan tayin olunan temel cezada, suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi sebebiyle hüküm tarihi itibarıyla TCK'nın 79/3. maddesi uyarınca artırım yapılmasının mümkün olmaması..." Yargıtay 18. CD. E.2015/31219 K.2017/1740 T.15.2.2017, www.kazanci.com (16.03.2018)

"...Somut olayda, örgüt oluşturmak için sanık sayısı yeterli ise de, sanıkların aralarında gevşek de olsa hiyerarşik bir ilişki ile işbölümü ve suç işleme iradesinde devamlılığın saptanamadığı anlaşılmakla, "suç işlemek amacıyla örgüt kurma" suçunun unsurları itibarıyla oluşmadığı gözetilmelidir. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçundan sanıklar hakkında kurulan mahkûmiyet hükümlerinin, suçun sabit olmadığı gerekçesiyle bozulmuş olması karşısında, yüklenen suçun örgüt faaliyeti kapsamında işlenmediği sonucuna varıldığından, sanıklar hakkında göçmen kaçakçılığı suçundan tayin olunan temel cezada, suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi sebebiyle TCK'nın 79/3. maddesi uyarınca artırım yapılmasının mümkün olmaması bozma nedenidir..." Yargıtay

18. CD. E.2016/14925 K.2017/2282 T. 1.3.2017, www.kazanci.com (16.03.2018)

7. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Haller

765 sayılı TCK'nın 201/a maddesinin 3. fıkrasında, suç sonucu ölüm meydana gelmesi, neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir hal olarak yer almaktaydı. Bu durumda, faile verilecek cezanın bir kat artırılması öngörülüyordu.⁴⁵³ İlerde "içtima" başlığı altında da değineceğimiz üzere, göçmen kaçakçılığı suçunun sonucu ölüm meydana geldiğinde, fail, TCK m.201/a-3'te yer alan açık düzenleme karşısında, yalnızca neticesi sebebiyle ağırlaşmış göçmen kaçakçılığı suçundan sorumlu tutulmakta, ayrıca kasten veya taksirle öldürme suçlarından sorumlu tutulamamaktaydı.⁴⁵⁴

765 sayılı TCK'dan farklı olarak, göçmen kaçakçılığı sonucu ölüm meydana gelmesi hali, 5237 sayılı TCK'da düzenlenmemiştir. Kanun koyucunun yeni kanunda bu şekilde bir düzenleme yapmamasının nedeni, göçmenlerin ülkeye sokulması veya çıkarılması sırasında ölmesi durumunda, gerçek içtima hükümleri uyarınca hem göçmen kaçakçılığından hem de gerçekleşen ölümden dolayı failleri cezalandırmak istemesinden kaynaklanmaktadır.⁴⁵⁵ Bu nedenle, bu suçlarla daha etkin şekilde mücadele edilebilmesi açısından yeni kanunda "göçmen kaçakçılığı sonucu ölüm meydana gelmesi" neticesi sebebiyle ağırlaşmış haline yer verilmemiş olmasının eski kanundaki düzenlemeye nazaran daha yerinde olduğu ifade edilmiştir.⁴⁵⁶

C. Suçun Manevi Unsuru

Suçun manevi unsuru, fiil ile fail arasındaki psikolojik bağıdır. Bu bağ kurulmadan gerçekleştirilen davranış, fiil niteliği taşımaz ve dolayısıyla böyle bir durumda bir suçun varlığından bahsedilemez.⁴⁵⁷ Ceza hukukunda "kast" ve "taksir" suçun manevi unsurunu oluşturur. Suçun oluşması için aranan temel manevi unsur ise kasttır. Kast, yasadaki tanıma uyan hareketin bilerek ve isteyerek yapılmasıdır. Taksir ise, failin iradi bir hareketle suç tanımına uyan hukuka aykırı neticeye sebebiyet

⁴⁵³ ARSLAN, "Göçmen Kaçakçılığı Suçları", s. 134.

⁴⁵⁴ DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s.151.

⁴⁵⁵ TURHAN, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Uluslararası Suçlar", s.10

⁴⁵⁶ EVİK, "Göçmen Kaçakçılığı Suçu", s.169, DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s.157.

⁴⁵⁷ ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümleri*, s.221.

vermesi, ancak ortaya çıkan neticeyi öngörmemiş ya da öngörse bile istememiş olmasıdır.⁴⁵⁸

Göçmen kaçakçılığı suçu, kasten işlenebilen bir suçtur. Dolayısıyla, göçmen kaçakçılığı suçunda fail, suçun tipiklik unsurunda belirtilen hareketleri bilerek ve isteyerek yapmalıdır. Ayrıca, bu suçta kanun koyucu failin kastı dışında, “doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etme”⁴⁵⁹ özel kastı⁴⁶⁰ ile hareket etmesini aramaktadır.⁴⁶¹ Bir başka ifadeyle, göçmen kaçakçılığı suçunda failin belirli bir saikle hareket etmesi gerekmektedir.⁴⁶² Belirli bir amaca ulaşmak, düşüncesiyle hareket eden failde, “olursa olsun” mantığı bulunmaz. Bu nedenle, göçmen kaçakçılığı suçu olası kastla⁴⁶³ işlenemez.⁴⁶⁴

Burada “maddi menfaat” kavramının neleri kapsadığının üzerinde durulması gerekir. Menfaat kelimesi sözlükte, “yarar, çıkar ve kâr” anlamına gelmektedir.⁴⁶⁵ Menfaat, kısaca kişinin maddi veya manevi her türlü ihtiyacına cevap veren şeydir.⁴⁶⁶ Ancak, göçmen kaçakçılığı suçundan temin edilmesi amaçlanan menfaatin mutlaka “maddi” menfaatler olması gerekmektedir. Bu nedenle, fail için her türlü menfaat, maddi menfaat olarak değerlendirilemez. Para, alacak hakkının devredilmesi, borcun üstlenilmesi, taşınır veya taşınmaz bir malın bağışlanması maddi menfaat kapsamında değerlendirilebilecek menfaatlerdir.⁴⁶⁷

⁴⁵⁸ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s.338-360.

⁴⁵⁹ “Burada maksadın maddi menfaat elde etme olması, bu suçu başka suçlardan ayıran bir özelliktir”, ARTUÇ, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, s.59.

⁴⁶⁰ Suçun kanuni tanımında bazen suçun temel şekli, bazen de nitelikli şekli açısından bir unsur olarak kabul edilmiş olan “suçun işleniş amacı”, özel kast olarak ifade edilmektedir, İÇEL, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.434.

⁴⁶¹ YURTCAN, *Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti*, s.23.

⁴⁶² “...Sanık ...'ın, ele geçen göçmenden haberdar olmadığı yönündeki savunması, sanık ...'ın, aracına aldığı göçmenden maddi bir menfaat temin etmediği yönündeki anlatımı ile yurda kaçak yollarla girmeye çalışan Nahçıvan uyruklu ...'un, kendisini araca alan sanık ...'a herhangi bir ücret ödenmediği yönündeki ifadesi karşısında, göçmen kaçakçılığı suçunun manevi unsuru olan “failin doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi bir yarar elde etme maksadının” somut olayda gerçekleştiğine ve sanık ...'ın, diğer sanıkla iştirak halinde göçmen kaçakçılığı eylemini işlediğine dair her türlü şüpheden uzak, kesin ve cezalandırmaya yeterli delillerin neler olduğu açıklanmadan...” Yargıtay 18. CD. E.2016/11235 K.2017/4442 T.19.4.2017, www.kazanci.com (15.03.2018)

⁴⁶³ Fiilinin “olası sonuçların gerçekleşebileceğini öngören failin, bunları önlemek için bir çaba göstermemiş, bunlara önem vermeyerek kayıtsız kalmışsa olası kast veya belirli olamayan kast (dolus eventualis) söz konusu olur”, İÇEL, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.430.

⁴⁶⁴ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.87.

⁴⁶⁵ YILMAZ, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara, Yetkin Yay., 10.B, 2011, s.886.

⁴⁶⁶ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.387.

⁴⁶⁷ DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s.140.

Fail, maddi menfaatler yerine, örneğin yalnızca insani ve vicdani duygularla yasal olmayan yollardan yabancıları ülkeye sokmuş veya onların ülkede kalmasını sağlamışsa, bu suç oluşmayacaktır.⁴⁶⁸ Bir başka deyişle, hatır veya yardım etme amacıyla, suçun tipiklik unsurunda belirtilen hareketlerin gerçekleştirilmesi durumunda göçmen kaçakçılığı suçu oluşmaz.⁴⁶⁹ Yine benzer şekilde, failin asıl maksadı, göçmenden cinsel yönden yararlanmak vb. gibi maddi menfaat elde etme dışında bir amaç ise, bu suçun oluşmayacağı Yargıtay kararlarında da ifade edilmektedir.⁴⁷⁰ 5237 sayılı TCK m.79'un gerekçesinde de “...Suçun manevî unsuru, fiilin doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddî bir yarar elde etmek maksadıyla işlenmesidir. Suçun oluşması için, bu maksadın varlığı gerekli ve yeterlidir; ancak menfaatin elde edilmiş olması gerekmez. Bu unsur, suçu örneğin terör maksadıyla bazı kişileri ülkeye sokmak fiillerinden ayırmak olanağını vermektedir...” şeklindeki ifadelerle yer verilerek bu husus vurgulanmıştır.

Failin amacı maddi menfaat elde etme değil de, “zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, esarete ve benzeri uygulamalara tabi kılmak veya vücut organlarının verilmesini sağlamak” ise, ileride göçmen kaçakçılığı ile karşılaştıracağımız insan ticareti suçu oluşacaktır. Eğer failin amacı, göçmeni “fuhuş için kullanmak veya fuhuş yapmasını sağlamak” ise, fuhuş suçu ile göçmen kaçakçılığı suçu arasında fikri içtima ilişkisinin söz konusu olacağı ifade edilmektedir.⁴⁷¹

Kanun metninde göçmenlerden sağlanan menfaatin haksız olup olmaması gerektiğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, fail tarafından elde edilmesi planlanan menfaatin haksız bir menfaat olması gerekmektedir.⁴⁷² Ancak bizimde katıldığımız diğer görüşe göre, sağlanmak istenen menfaatin haksız bir menfaat olmasına gerek yoktur. Örneğin, ev sahibi evini standart ücreti üzerinden kaçak olduğunu bildiği göçmenlere kiralayarak onların ülkede kalmasına imkân sağlaması halinde, sağlanan menfaat haksız olmamasına rağmen göçmen kaçakçılığı suçu oluşacaktır.⁴⁷³

⁴⁶⁸ ŞEN, MALBELEĞİ, *Türk Ceza Kanunu'nda Uluslararası Suçlar*, s.119.

⁴⁶⁹ ARTUÇ, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, s.59.

⁴⁷⁰ EREL, “Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, s. 281.

⁴⁷¹ ÖNOK, “5237 Sayılı Yeni TCK'ya Göre Uluslararası Suçlar”, s.201.

⁴⁷² EVİK, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, s.167.

⁴⁷³ DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s.141.

Maddi menfaatin bizzat failin kendisine sağlanmış olması zorunlu değildir, bir başkasına maddi menfaatin sağlanmış olması durumunda da suç oluşur.⁴⁷⁴ Ancak burada failin sorumlu tutulabilmesi için, söz konusu maddi menfaat karşılığında göçmenlere yönelik bir eylemde bulunması gerekir.⁴⁷⁵ Maddi menfaat elde etme amacı, menfaatin göçmenden temin edilmesi gibi doğrudan doğruya ya da üçüncü bir şahıstan temin edilmesi gibi dolaylı yoldan da olabilir. Ayrıca, göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesi sırasında söz konusu menfaatin elde edilmiş olması şart olmayıp, failde menfaat elde etme amacının bulunması yeterli görülmüştür.⁴⁷⁶ Bir başka ifadeyle, suçun tamamlanması için maddi menfaatin temin edilmiş olması şart değildir, bu yönde bir anlaşmanın bulunması yeterlidir.⁴⁷⁷ Ancak failin tutum ve davranışlarından faildeki maddi menfaat elde etme amacının şüpheye yer bırakmayacak şekilde ortaya konması gerekir. Çünkü yargılama aşamasında bu şüphe yenilmediği takdirde, bu durum failin lehine değerlendirilecek ve fail göçmen kaçakçılığı suçundan cezalandırılmayacaktır.⁴⁷⁸

TCK'nın 22/1 maddesine göre, suçlar kural olarak kasten işlenebilir. Taksirle işlenebilen fiiller ise kanunda açıkça tanımlanmalıdır. Başka bir ifadeyle, suçların kasten işlenebilmesi kural, taksirle işlenebilmesi ise istisnadır. Bu sebeple bir suçun kanuni tanımında kastın aranacağına ilişkin bir hüküm olmasına gerek yok iken, taksirle işlendikleri takdirde cezalandırabilen suçlar, kanunda açıkça düzenlenmelidir.⁴⁷⁹ Göçmen kaçakçılığı suçunun taksirle işlenebilmesi kanunda açıkça düzenlenmediğinden, bu suç taksirle işlenemez. Örneğin, ülkeye giriş için sınır kapısında sıra bekleyen tır şoförünün, vagon kısmının kapağını açık unutması nedeniyle tıra binen yabancı göçmenler, gümrükten geçerken görevliler tarafından tespit edilirse, taksirle hareket edildiği için tır şoförü göçmen kaçakçılığı suçundan sorumlu olmayacaktır.⁴⁸⁰

⁴⁷⁴ EREL, “Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, s. 281.

⁴⁷⁵ MANAV, *Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti*, s.17.

⁴⁷⁶ BAYRAKTAR, KURT, *Göçmen Kaçakçılığı*, s.121.

⁴⁷⁷ ARTUÇ, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, s.59.

⁴⁷⁸ ŞEN, MALBELEĞİ, *Türk Ceza Kanunu'nda Uluslararası Suçlar*, s.119.

⁴⁷⁹ TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s.193, ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümleri*, s.241, HAKERİ, *Ceza Hukuku Genel Hükümleri*, s.255.

⁴⁸⁰ ARTUÇ, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, s.59.

D. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

Genel bir ifadeyle, hukuka aykırılık, işlenen fiilin hukuk düzenince tasvip edilmemesidir. Suçun bir unsuru olarak hukuka aykırılık ise, maddi ve manevi unsur tam olan ve kanuni tanıma uygun olan bir fiilin, bütün hukuk düzeniyle çatışma hâlinde olmasıdır.⁴⁸¹ Bir eylemin tipikliği, o eylemin aynı zamanda hukuka aykırı olması açısından karine teşkil etmektedir.⁴⁸²

Suçun hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldırarak fiili, hukuk düzeninin bütünü bakımından hukuka uygun hâle getiren sebeplere ise, “hukuka uygunluk sebepleri” denir.⁴⁸³ Bu nedenle, hukuka uygunluk sebepleri için, “hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenler” veya “hukuka aykırılığın oluşumunu önleyen nedenler” adı da kullanılmaktadır.⁴⁸⁴

Göçmen kaçakçılığı suçu açısından herhangi bir hukuka uygunluk sebebinin oluşabilme ihtimali oldukça zordur. Özellikle burada, hukuka uygunluk sebeplerinden “ilgilinin rızası (TCK m.26)” kapsamında değerlendirmeler yapılabilir. Genellikle, rıza gösterme yönündeki iradenin göçmenin içinde bulunduğu kötü koşullar nedeniyle zorlandığı ileri sürülebilirse de buradaki rızanın geçersiz olduğu savunulamaz. Çünkü burada, insan ticareti suçunda olduğu gibi, göçmenin iradesinin tehdit, cebir, şiddet vb. gibi araçlarla ortadan kaldırılma durumu söz konusu değildir.⁴⁸⁵ Ancak göçmen kaçakçılığı suçunda ilgilinin rızası fiili hukuka uygun hale getirmemektedir. Çünkü bu suçta mağdurun⁴⁸⁶ (göçmenlerin) rızasının bulunması, suçun zorunlu bir unsurudur. Gerçekten, göçmen kaçakçılığı suçunda, göçmenin rızası vardır, hatta bu rızanın hile ve aldatma sonucu elde edilmiş olmasına gerek yoktur. Mağdur, kendi özgür iradesi ile rıza göstermiş olsa bile, failin cezalandırılmaktan kurtulması mümkün değildir. Mağdurun rızası, failin hileli davranışları neticesinde elde edilmişse, artık göçmen kaçakçılığı suçu değil, dolandırıcılık suçu oluşacaktır.⁴⁸⁷ DOĞAN’a göre ise,

⁴⁸¹ ALACAKAPTAN, *Suçun Unsurları*, s.81.

⁴⁸² İÇEL, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.298.

⁴⁸³ KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yay., 7. B., s.249.

⁴⁸⁴ İÇEL, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.298.

⁴⁸⁵ BAYRAKTAR, KURT, *Göçmen Kaçakçılığı*, s.144.

⁴⁸⁶ ÖNOK’a göre bu suçun mağdurunun göçmenler olduğunu daha önce “mağdur” başlığı altında ifade etmiştik.

⁴⁸⁷ ŞEN, MALBELEĞİ, *Türk Ceza Kanunu’nda Uluslararası Suçlar*, s.123, ÖNOK, “5237 Sayılı Yeni TCK’ya Göre Uluslararası Suçlar”, s.201.

göçmenler bu suçun mağduru olmayıp, yalnızca suçtan zarar gören durumunda oldukları için, onların rızası fiili hukuka uygun hale getirmemektedir.⁴⁸⁸

Burada kusurluluğu kaldıran sebeplerden biri olan “zorunluluk hali”ne de değinmek gerekir. Çünkü, göçmen kaçakçılığı suçunda bazı durumlarda, zorunluluk halinin uygulanma ihtimali gündeme gelebilmektedir. Zorunluluk hali (zorda kalış), bir kimsenin bilerek meydana getirmediği tehlikeden kendisini veya başkasını kurtarma zorunluluğu içinde, tehlikeyi uzaklaştırmaya yetecek ölçüde olan ve ceza normunca tanımlanmış eylemde bulunması durumudur.⁴⁸⁹

Göçmen kaçakçılığı suçunun ortaya çıkmasının, yani göçmenlerin ülkelerini terk etmek istemesinin en önemli nedenleri iç savaş, açlık ya da ölüm korkusu gibi zorlayıcı sebeplerdir. İç savaştan, açlıktan veya mahkûm olunan ölüm cezasından kurtarmak amacıyla bir kişiyi yasadışı yollardan maddi menfaat karşılığında ülke dışına çıkaran göçmen kaçakçısı, üçüncü kişi yerine zorunluluk halinden yararlanabilecek midir? Belirtmek gerekir ki, göçmen kaçakçılarının eylemi maddi menfaat karşılığında yapmaları, bir başka ifadeyle, bu işten para kazanmayı amaç edinmeleri, göçmenlerin suçun konusu olmaları ve tehlikeden başka türlü korunma olanağı bulunmaması koşulunun gerçekleşmesinin mümkün olmaması⁴⁹⁰ sebebiyle, kaçakçıların üçüncü kişi lehine zorunluluk halinden yararlanmalarının mümkün olmadığı ifade edilmektedir.⁴⁹¹ Ancak kar amacı gütmeyen, yardım ettiği göçmenlerden, katlanmış olduğu masraflara karşılık olarak ve bunu aşmayacak şekilde maddi menfaat temin eden kişinin ise, zorunluluk halinden yararlanabileceği veya manevi unsurun gerçekleşmemesi sebebiyle sorumluluktan kurtulabileceği belirtilmektedir.⁴⁹²

⁴⁸⁸ DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s.18.

⁴⁸⁹ İÇEL, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.348.

⁴⁹⁰ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s. 101-102.

⁴⁹¹ BAYRAKTAR, KURT, *Göçmen Kaçakçılığı*, s.144, DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s.142.

⁴⁹² TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.102.

IV. GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇUNUN BENZER SUÇ TİPLERİ VE KABAHAHLER İLE KARŞILAŞTIRILMASI

A. İnsan Ticareti Suçu ile Karşılaştırılması

Göçmen kaçakçılığı suçunda insan hakları ihlalleri, göçmenler nihai varış yerlerine ulaştıktan sonra da devam edebilir. Çünkü göçmenlerin çoğu, kaçakçılara borçlu oldukları için sömürüye ve istismara elverişlidirler. Bu nedenle, göçmenlerin birçoğu borç esaretinde tutulmakta ve borcunu ödemek için az ücretle mevcut olan herhangi bir işi kabul etmek zorunda kalmaktadırlar. Görüldüğü üzere, zorla çalıştırma (angarya) ve kölelik kavramları birbiriyle bağlantılıdır ve bu şartlar altında göçmen kaçakçılığı insan ticaretine dönüşebilmektedir.⁴⁹³ Yine benzer şekilde, göçmen kaçakçılığı suçu ile insan ticareti suçlarının iç içe geçebildiği, ülkelerinden yasadışı yollarla yabancı bir ülkeye getirilen kişilerin, burada insan ticaretinin konusu haline gelebildiği ifade edilmektedir.⁴⁹⁴ Bu nedenle, göçmen kaçaklığı ve insan ticareti suçları çoğu zaman birbiri ile karıştırılabilmektedir.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, göçmen kaçakçılığı suçu “Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler (Palermo) Sözleşmesi’ne ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol”ün gereği olarak hukuk sistemimize girmiştir. İnsan ticareti suçu da, yine aynı Sözleşme’nin bir başka ek protokolü olan “İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol”ün gereğinin yerine getirilmesi amacıyla göçmen kaçakçılığını da düzenleyen 4771 sayılı Kanun ile birlikte 765 sayılı TCK’nın 201. maddesine eklenmiştir. Böylece, 765 sayılı TCK’nın 201/a maddesinde göçmen kaçakçılığı suçuna, 201/b maddesinde ise insan ticareti suçuna yer verilmiştir.⁴⁹⁵ 5237 sayılı TCK’da da, insan ticareti suçu (m.80),⁴⁹⁶ göçmen

⁴⁹³ OBOKATA, “Smuggling of Human Beings from a Human Rights Perspective: Obligations of Non-State and State Actors under International Human Rights Law”, s.401.

⁴⁹⁴ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.97.

⁴⁹⁵ KOCA, Mahmut, “İnsan Yağması (Sömürüsü) Suçu (TCK m.201b)”, *AÜHF*, C.52, S.2, 2003, s. 141.

⁴⁹⁶ TCK.m.80: “(1)(Değişik fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K. 3.md) Zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhus yaptırmak veya esarete tâbi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kisiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle kisileri ülkeye sokan, ülke dışına çıkaran, tedarik eden, kaçırarak, bir yerden başka bir yere götüren veya sevk

kaçaklığı suçu (m.79) ile aynı kısım ve aynı bölümde,⁴⁹⁷ göçmen kaçaklığı suçundan sonra gelecek biçimde düzenlenmiştir.⁴⁹⁸

Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçları arasındaki farklara geçmeden önce her iki suç tipi arasındaki önem arz eden benzer yönler de değinmek gerekmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, her iki suça ilişkin olarak suçun ortaya çıkış nedenleri,⁴⁹⁹ suçla korunan hukuki yararlar⁵⁰⁰ ve suçun işleniş şekilleri⁵⁰¹ bakımından ortak özellikler söz konusudur. Bununla birlikte, her iki suç da ekonomik amaçlarla işlenmekte ve suçların maddi konusu genellikle yabancılardan oluşmaktadır. Ayrıca, her iki suç tipinde de insan haklarının ihlal edilmesi ve insan onurunun zedelenmesi⁵⁰² ve genellikle bu suçların organize suç örgütleri tarafından gerçekleştirilmesi diğer benzer yönler olarak ifade edilebilir.⁵⁰³

Gerek göçmen kaçakçılığı suçunda gerekse insan ticareti suçunda suça konu göçmenlerin veya mağdurların bir yerden bir yere nakli veya sevk edilmesi söz

eden ya da barındıran kimseye sekiz yıldan oniki yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası verilir.

(2) Birinci fıkrafta belirtilen amaçlarla girişilen ve suçu oluşturan fiiller var olduğu takdirde, mağdurun rızası geçersizdir.

(3) On sekiz yaşını doldurmamış olanların birinci fıkrafta belirtilen maksatlarla tedarik edilmeleri, kaçırılmaları, bir yerden diğer bir yere götürülmeleri veya sevk edilmeleri veya barındırılmaları hâllerinde suça ait araç fiillerden hiçbirine başvurulmuş olmasa da faile birinci fıkrafta belirtilen cezalar verilir.

(4) Bu suçlardan dolayı tüzel kişiler hakkında da güvenlik tedbirine hükmolunur.”

⁴⁹⁷ Söz konusu suçlar, 5237 sayılı TCK’nın “Uluslararası Suçlar” başlıklı birinci kısmının “Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti” başlıklı ikinci bölümünde düzenlenmiştir.

⁴⁹⁸ Her iki suçun da uluslararası suçlara ilişkin aynı bölümde düzenlenmiş olmasına rağmen, insan ticaretinde korunan esas menfaatin insan onuru ve özgürlüğü olduğu; göçmen kaçakçılığı suçunda ise suçun konusunu oluşturan kişilerin hak ve özgürlüklerinin yanında devletlerin göç, istihdam ve sınır güvenliği politikalarının korunduğu ifade edilmektedir, ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.96., DEĞİRMENCİ, Olgun, “Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda İnsan Ticareti Suçu”, *TBB Dergisi*, S.67, 2006, s.59.

⁴⁹⁹ İşsizlik, yoksulluk, siyasal baskılar, iç çatışma ve savaşlar her iki suçun ortaya çıkması bakımından ortak sebepler olarak sayılabilir.

⁵⁰⁰ Hem göçmen kaçakçılığı suçuna ilişkin hem de insan ticaretine suçuna ilişkin hareketlerin kamu düzenini bozduğu ifade edilmektedir, ARSLAN, Çetin, “İnsan Ticareti Suçu”, *AÜHFİD*, C.53, S.4, 2004, s.25. Dolayısıyla, kamu düzeninin, her iki suç tipiyle korunmak istenen ortak hukuksal yararlarından biri olduğu söylenebilir.

⁵⁰¹ Suçun işleniş şekline yönelik olan bu benzerliğin, uygulamada göçmen kaçakçılığı suçunun konusunu oluşturan hareketlerin kolluk tarafından hazırlanan belgelerde genellikle suçun, “insan ticareti” olarak nitelendirilmesine yol açtığı ifade edilmektedir, YENİGÜN, Bülent, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010, s.6.

⁵⁰² “Gerek göçmen kaçakçılığı, gerekse insan ticaretine ilişkin fiiller insan bedeni ve onurunu zedeler. Ancak, insan ticareti fiillerinde, suç mağdurunun onuru ve beden bütünlüğü, göçmen kaçakçılığı fiilinin mağduruna göre, çok daha ağır ve yoğun bir zarara uğrar.”, ARSLAN, “İnsan Ticareti Suçu”, s.25.

⁵⁰³ DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s.26-27.

konusudur. Ayrıca, her iki suç tipinde, “ülkeye sokmak” ve “ülke dışına çıkarmak” seçimlik fiillerinden söz edilmektedir. Bu nedenle, bu suçlar genellikle sınıraşan⁵⁰⁴ bir karaktere sahiptir.⁵⁰⁵

Öncelikle belirtmek gerekir ki, göçmen kaçakçılığı suçunun asıl mağduru suça konu göçmenler değil, uluslararası toplum ve onu oluşturan devletlerdir. Ancak, insan ticareti suçunun mağduru ise suça konu olan insanlardır. Bu nedenle, göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçlarını birbirinden ayırmak için kullanılacak temel kriterin suçun mağduruna ilişkin olduğu ifade edilmektedir.⁵⁰⁶

İnsan ticareti suçunda failler, en başından beri mağdurla aralarındaki ilişkinin devamlı olmasını istemekte ve mağdurla ilişkilerini bu yönde geliştirmektedirler. Söz konusu ilişki, zor kullanma, cinsel kölelik ya da işgücü köleliği, insan onurunun çiğnenmesi vb. gibi çeşitli şekillerde ortaya çıkmakta ve genellikle uzunca bir süre devam etmektedir. Göçmen kaçakçılığı suçunda ise, kaçakçı ile göçmen arasındaki ilişki, kişinin girmek istediği ülkeye yasadışı yollarla girdiği veya çıkmak istediği ülkeden yasadışı yollarla çıktığı anda sona ermektedir.⁵⁰⁷ Bir başka ifadeyle, göçmen kaçakçılığı suçu, göçmenin hedef ülkeye ulaştırılmasıyla ile tamamlanmakta iken, insan ticareti suçu hedef ülke veya bölgede istismar sürdüğü müddetçe devam etmektedir.⁵⁰⁸

Göçmen kaçakçılığı suçunda göçmenlere karşı maddi veya manevi herhangi bir zor kullanılmamaktadır. Aksine göçmenler, kaçakçılara bizzat ulaşarak dilediği ülkeye yasadışı şekilde girmeyi maddi menfaat karşılığında talep etmektedir. Dolayısıyla, göçmen kaçakçılığı suçunda göçmenlerin fiile rıza göstermeleri söz konudur. İnsan ticareti suçunda ise mağdurun rızası, “tehdit, baskı, cebir veya şiddet

⁵⁰⁴ Göçmen kaçakçılığı suçu “yabancıların ülkede kalmasına imkân sağlamak” seçimlik hareketi dışında sınıraşan bir nitelik arz etmektedir. Ancak insan ticareti suçunda, mağdurların mutlaka bir sınırdan geçirilmiş olması şart değildir. Bir başka ifadeyle, ülke içerisinde bir yerden bir yere götürülmesi veya sevk edilmesi halinde veya kanunda yer alan diğer seçimlik hareketlerin (tedarik etmek, kaçırmak, ya da barındırmak) gerçekleştirilmesi suretiyle de insan ticareti suçu oluşabilmektedir, ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.96-97. Aynı yönde bkz. DEĞİRMENCİ, “Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda İnsan Ticareti Suçu”, s.60.

⁵⁰⁵ ARSLAN, “İnsan Ticareti Suçu”, s.25-26, YENİDÜNYA, ALŞAHİN, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK. m.79)”, s.7.

⁵⁰⁶ DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s.27.

⁵⁰⁷ ARSLAN, “İnsan Ticareti Suçu”, s.26

⁵⁰⁸ KOCASAKAL, Ümit, “İnsan Ticareti Suçu (TCK 201/b)”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y.2, S.2, 2003, s.41.

uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından ya da kişilerin çaresizliklerinden yararlanmak” suretiyle elde edilmektedir. Bu nedenle, insan ticareti suçunda mağdurların iradesi hile, tehdit, cebir vb. yollarla fesada uğratıldığından, mağdurlar serbest iradesini kullanamamakta ve bu konuda bilinçli bir rıza göstermemektedirler.⁵⁰⁹

Her iki suç tipi açısından manevi unsur yönünden, bir başka ifadeyle, failin amacı bakımından da farklılıklar bulunmaktadır. İnsan ticareti suçunda failin amacı, “mağduru zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya vücut organlarının verilmesini sağlamak ya da esarete veya benzeri uygulamalara tabi kılmak” iken, göçmen kaçakçılığı suçunda ise failin asıl amacı, “doğrudan veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek”tir.⁵¹⁰

İnsan ticareti suçunda, “tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanmak” gibi belirli araç fiillerin varlığı gerekmektedir. Bu nedenle, insan ticareti suçu bağlı hareketli bir suçtur.⁵¹¹ Öte yandan göçmen kaçakçılığı suçunda bu gibi araç fiillerin varlığı aranmadığından, göçmen kaçakçılığı suçu, serbest hareketli bir suç olarak karşımıza çıkmaktadır.⁵¹²

Göçmen kaçakçılığı suçunda suça konu kişilerin “yaşına” ilişkin herhangi bir düzenleme yoktur. İnsan ticareti suçunda, mağdurun çocuk (18 yaşını doldurmamış) olması durumunda failin, suça ait araç fiillerden hiçbirine başvurmamış olsa da cezalandırılacağı açıkça belirtilmiştir.⁵¹³

Her iki suç tipi arasındaki bir başka ayrım da, suça konu kişilerin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı hususunda ortaya çıkmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, hem göçmen kaçakçılığı hem de insan ticareti suçlarına konu olan kişiler bu suçlardan dolayı cezalandırılmaz. Çünkü ek protokollerde, bu kişilerin söz konusu suçlardan dolayı cezalandırılmayacağına ilişkin açık düzenlemeler bulunmaktadır. Ancak göçmen kaçakçılığı suçunda göçmenler, her ne kadar göçmen kaçakçılığı suçundan

⁵⁰⁹ ARSLAN, “İnsan Ticareti Suçu”, s.26, DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s.27.

⁵¹⁰ DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s.27, ARTUÇ, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, s.54.

⁵¹¹ ARSLAN, “İnsan Ticareti Suçu”, s.49.

⁵¹² ARTUÇ, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, s.57, DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, 27.

⁵¹³ ÇAKMUT, “Türk Ceza Yasasında Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK m.79)”, s.117.

dolayı cezalandırılmazsa da, ülkeye yasadışı giriş ve çıkışlarından dolayı Pasaport Kanunu'nda yer alan hükümler uyarınca cezalandırılabilir. Ancak insan ticareti suçunda, suçun mağduru olarak yasadışı şekillerde ülkeye sokulan veya ülke dışına çıkarılan kişilerin, Pasaport Kanunu uyarınca cezalandırılması pek mümkün gözükmemektedir. Çünkü TCK. m.28'de "*Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç isleyen kimseye ceza verilmez.*" hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla, insan ticareti suçunda söz konusu olan "tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulanması, kişiler üzerindeki nüfuzun kötüye kullanılması veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanılarak"⁵¹⁴ yasadışı yollardan suça konu kişilerin ülkeye sokulması veya ülke dışına çıkarılması halinde, bu kişiler Pasaport Kanunu'na aykırılıktan dolayı cezalandırılmayacaktır.⁵¹⁵ Buna karşılık, tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulanması halleri dışındaki, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından yararlanmak seçimlik hareketleri söz konusu ise suça konu kişilerin Pasaport Kanunu'na aykırılıktan dolayı, cezai sorumluluklarının gündeme gelebileceği ifade edilmektedir.⁵¹⁶

Her iki suç tipi arasındaki bir başka fark ise, suçun nitelikli halleri açısından mevcuttur. Göçmen kaçakçılığı suçunun "bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi" cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. İnsan ticareti suçunda ise böyle bir nitelikli hale yer verilmemiştir.⁵¹⁷ Ayrıca, göçmen kaçakçılığı suçunda, "suçun mağdurların hayatı bakımından tehlike oluşturması veya onur kırıcı muameleye maruz bırakılarak işlenmesi" daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak öngörülmüşken, insan ticareti suçunda böyle bir ağırlaştırıcı sebep öngörülmemiştir.⁵¹⁸

Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçları arasındaki bir başka farklılık ise, bu suçlar için öngörülen cezalara ilişkindir. Göçmen kaçakçılığı suçunun temel

⁵¹⁴ çaresizlikten yararlanılarak rızanın elde edilmiş olması durumunda, ceza verilmemesinin nedeninin "zorunluluk hali" olabileceği ifade edilmektedir, ÖNOK, "5237 Sayılı Yeni TCK'ya Göre Uluslararası Suçlar", s.207.

⁵¹⁵ DOğAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, 27.

⁵¹⁶ ÖNOK, "5237 Sayılı Yeni TCK'ya Göre Uluslararası Suçlar", s.207.

⁵¹⁷ 765 sayılı TCK'da ise insan ticareti suçunun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi m.201/b-4'de ağırlatıcı neden olarak düzenlenmişti.

⁵¹⁸ ÖZBEK, DOğAN, BACAKSIZ, TEPE, *Türk Ceza Hukuku zel Hükümler*, s.102.

şeklinin cezası için “üç yıldan sekiz yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezası” öngörülmüşken, insan ticareti suçu için “sekiz yıldan on iki yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezası” olarak belirlenmiştir. Bu farklılığın nedeni ise, insan ticareti suçu ile ihlal edilen birçok insan hakkının göçmen kaçakçılığına göre daha ağır olmasıdır.⁵¹⁹

B. Dolandırıcılık Suçu ile Karşılaştırılması

Dolandırıcılık, failin birtakım hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına, bir yarar sağlaması olarak tanımlanmaktadır.⁵²⁰ Göçmen kaçakçılığı suçunda, mutlaka hileli bir davranışın varlığı şart değilse de, çoğu zaman kaçakçılar, göçmenlere daha iyi yaşam koşullarına sahip olacakları konusunda gerçek dışı ve abartılı vaatlerde bulunmaktadır.

Göçmen kaçakçılığı suçunda failin amacı doğrudan veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek olduğundan, bu suçla korunan hukuksal yararlar arasında göçmenlerin malvarlığı değerleri de bulunmaktadır. Dolandırıcılık suçunda da, korunan hukuksal yararın mağdurun malvarlığı ve irade özgürlüğü olduğu ifade edilmektedir.⁵²¹ Bu nedenle, göçmen kaçakçılığı suçu ile dolandırıcılık suçu da arasında korunan hukuksal yarar bakımından birtakım benzerlikler bulunmaktadır⁵²² ve bu iki suç tipi bazen karıştırılabilmektedir.⁵²³

⁵¹⁹ DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, 29.

⁵²⁰ TCK, m.157: “(1) Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlayan kişiye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası verilir.”

⁵²¹ KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yay., 7. B., Eylül 2014, s.646, TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.741.

⁵²² DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, 41.

⁵²³ “...Yurt dışına çıkış için gerekli olan pasaportu bulunan ancak gideceği ülkeye giriş iznini içeren vizesi bulunmayan oğlu için vize almak isteyen müdahilden vize işlemlerini yaptıracığı vaadiyle para temin eden ve bu para karşılığı sahte vize düzenlenmesini sağlayan hükümlünün, kendisine bir yarar sağlamak amacıyla müdahili hileli davranışlarla aldatmak biçiminde gerçekleşen bu eyleminin 1.6.2005 günü yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK.nun 157. maddesinde tanımlanan dolandırıcılık suçunu oluşturduğu; pasaportu bulunması nedeniyle yurt dışına çıkmasına bir engeli olmayan müdahilin oğluna sahte vize temin etmesinin, yasal olmayan yollardan... Türk Vatandaşının yurt dışına çıkmasına imkân sağlamak biçimde, anılan Yasanın 79. maddesinde tanımlanan göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturmayacağı gözetilmeden suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması...” Yargıtay 8. CD. E.2006/5015 K.2006/7663 T.18.10.2006, www.kazanci.com (16.03.2018)

Göçmen kaçakçılığı suçu ile dolandırıcılık suçu arasındaki temel fark, ilgililerin (mağdurların) rızalarına ilişkindir. Göçmen kaçakçılığı suçunda göçmenlerin rızasının bulunması, suçun zorunlu bir unsurudur. Gerçekten, bu suçta, göçmenin geçerli bir rızası vardır, hatta bu rıza, hile ve aldatma sonucu elde edilmiş bir rıza değildir. Aksine, göçmenler, kendi özgür iradeleri ile fiile rıza göstermektedirler. Ancak göçmenlerin (mağdurun) rızası, failin hileli davranışları neticesinde elde edilmişse, artık göçmen kaçakçılığı suçu değil, dolandırıcılık suçu oluşacaktır. Örneğin, yurt dışında bir ülkeye götürüleceği vaadiyle göçmenlerin paralarının alınması, ancak ülke içinde bir yere bırakılmaları halinde, mağdurlar sayısınca dolandırıcılık suçu oluşacaktır.⁵²⁴

Dolandırıcılık suçunda failin bir başkasını zarar uğratarak kendisine veya bir başkasına yarar sağlamış olması gerekmektedir. Göçmen kaçakçılığı suçunda ise, netice olarak bir zararın ortaya çıkmasına veya failin bir yarar sağlamış olmasına gerek yoktur. Bir başka ifadeyle, failin göçmenlerden menfaat elde etmiş olması şart değildir, bu amacı taşıması yeterlidir.⁵²⁵

765 sayılı TCK' m.504/1 4.bentte dolandırıcılık suçunun “*yurt dışında iş bulmak, ikamet izni veya vize almak bahanesiyle*” işlenmesi cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmişti. Ancak 5237 sayılı TCK'da dolandırıcılık suçuna ilişkin cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren bu nitelikli hale yer verilmemiştir. Kişilerin bu şekilde kandırılması, insan ticareti suçunu oluşturmaktadır. Dolayısıyla, insan ticareti ve göçmen kaçakçılığı suçları ile korunmak istenen hukuki yararların bu düzenleme ile korunmak istenen hukuki yararı da kapsadığı ve bu suçların kanuna dahil edilmesiyle artık böyle bir hükme ihtiyaç kalmamıştır.⁵²⁶

⁵²⁴ ÖNOK, “5237 Sayılı Yeni TCK’ya Göre Uluslararası Suçlar”, s.201, ARTUÇ, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, s.55.

⁵²⁵ DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, 42.

⁵²⁶ DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, 42-43.

C. Pasaport Kanunu'ndaki Düzenlemeler ile Karşılaştırılması

Pasaport Kanunu madde 34'te Türkiye Cumhuriyeti sınırlarından pasaportsuz olarak giren vatandaşların⁵²⁷ cezalandırılacağına ilişkin düzenleme yer almaktadır.⁵²⁸ Her ne kadar, uluslararası hukukta kabul edilen vatandaşın ülkeye girmekten yoksun bırakılamaması sebebiyle vatandaşların yasadışı şekilde ülkeye sokulması göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturmaya da pasaportsuz olarak ülkeye giren vatandaşlar bu madde hükmü uyarınca idari para cezası ile cezalandırılabilir. Türkiye'ye yasa dışı giren veya Türkiye'yi yasa dışı terk eden ya da buna teşebbüs eden yabancıların cezalandırılmasına ilişkin düzenlemeye ise Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda yer verilmiştir.⁵²⁹

Bu kabahatin maddi unsurunu oluşturan hareket yalnızca “pasaportsuz olarak ülkeye girmek”tir. Göçmen kaçakçılığı suçunda ise ülkeye yasadışı giriş, yasadışı çıkış ve ülkede yasadışı kalma gibi durumlar söz konusudur. Ayrıca “yasadışı” kavramı, “pasaportsuz” ifadesine göre daha geniş bir anlam ifade etmektedir. Pasaportsuz olarak ülkeye girmenin yanında, vize yükümlülüğü olmasına karşın vizesiz olarak ülkeye girmek veya belirlenen hudut kapıları dışında ülkeye girmek de yasadışı giriş kavramına içinde değerlendirilir.⁵³⁰

Pasaport Kanunu'nda yer alan ve daha önce benzer çalışmalarda ele alınan “Türkiye Cumhuriyeti Sınırlarını Pasaportsuz veya Pasaport Yerine Kaim Olacak Bir Vesikayı Hamil Olmaksızın Terk Etmek veya Buna Teşebbüs Etmek (m.33)”, “Bakanlar Kurulu'na Tayin Olunan Mahallerden Başka Yerlerden Türkiye'ye Girme veya Türkiye'den Çıkma (m.35)”, ve pasaport kanunda yer alan hükümler içinde göçmen kaçakçılığına en çok benzeyen düzenleme olarak nitelendirilen⁵³¹ “Yolcuları, Pasaport ve Diğer Vesikaların Yoklanması İçin Hükümetçe Tayin Olunan Mevkilerin Dışındaki Yerlere Kara, Deniz ve Hava Taşıtlarını Sevk ve İdare Etme Suretiyle

⁵²⁷ 4/4/2013 tarihli ve 6458 sayılı Kanunun 123 üncü maddesiyle, bu maddede yer alan “vatandaşlar ve yabancılar” ibaresi “vatandaşlara” şeklinde değiştirilmiştir.

⁵²⁸ Madde 34 –“(Değişik: 31/3/2011-6217/8 md.)- (1) Türkiye Cumhuriyeti sınırlarından her nasılsa pasaportsuz olarak girmiş olan vatandaşlara bin Türk Lirasından üçbin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. (Mülga ikinci cümle: 4/4/2013-6458/124 md.)”

⁵²⁹ Madde 102 –“(1) Diğer kanunlara göre daha ağır bir ceza gerektirmediği takdirde;

a) 5 inci maddeye aykırı şekilde, Türkiye'ye yasa dışı giren veya Türkiye'yi yasa dışı terk eden ya da buna teşebbüs eden yabancılar hakkında iki bin Türk Lirası...”

⁵³⁰ DOĞAN, Göçmen Kaçakçılığı Suçu, 34.

⁵³¹ KAYAALP, Türk Hukukunda Göçmen Kaçakçılığı Suçu, s.63.

Bilerek Nakletme veya Bu Hususta Kılavuzluk Yapma (m.36)” 2013 yılında 6458 sayılı Kanun ile mülga edildiği için inceleme konumuz dışında bırakılmıştır.

D. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’ndaki Düzenlemelerle Karşılaştırılması

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’ndaki göçmen kaçakçılığı suçu ile karşılaştırma yapabileceğimiz hükümlere kanunun “İdari para cezası” başlıklı 102.maddesinde yer verilmiştir. İlk olarak madde 102/1(a)’da “*diğer kanunlara göre daha ağır bir ceza gerektirmediği takdirde 5. maddeye⁵³² aykırı şekilde, Türkiye’ye yasa dışı giren veya Türkiye’yi yasa dışı terk eden ya da buna teşebbüs eden yabancılar hakkında iki bin Türk Lirası idari para cezası verileceği*” hükme bağlanmıştır. Benzer bir düzenleme, daha önce Pasaport Kanunu’nda yer almaktaydı. Ancak güncel mevzuatımızda vatandaşların pasaportsuz olarak ülkeye girmeleri Pasaport Kanunu’nda yaptırım altına alınmışken; yabancıların usulüne uygun olarak sınır kapılarından giriş-çıkış yapmamaları veya pasaportsuz olarak giriş-çıkış yapmaları YUKK’da yaptırım altına alınmıştır.

Burada ele alacağımız bir başka düzenleme ise, 15.08.2017 tarihinde kabul edilen 694 sayılı KHK ile 102. maddenin 2. fıkrasına eklenen “*Geçerli seyahat belgesi, Türkiye Cumhuriyeti yetkili makamlarından verilmiş yabancı kimlik kartı, ikamet izni veya geçerli yol izin belgesi olmayan yabancı şahısların ülkeye girmesine, ülkeden çıkarılmasına, ülke içinde herhangi bir araç veya binek hayvan vasıtasıyla veya yaya olarak seyahat etmesine imkân sağlayan kişilere, kanunlarda ayrıca suç olarak tanımlanmayan eylemler nedeniyle tespit edilen her bir yabancı sayısınca bin Türk Lirası idari para cezası verilir.*” hükmüdür.⁵³³ Görüldüğü üzere, bu kabahatin konusunu yalnızca “yabancılar” oluşturabilir. Bu düzenlemenin göçmen kaçakçılığı suçundan bir diğer farkı da zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağına açıkça öngörülmüş olmasıdır. Göçmen kaçakçılığı suçunda suça konu göçmenlerin sayıca çok olması durumunda, zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalı iken, burada “...tespit edilen her bir yabancı sayısınca bin Türk Lirası idari

⁵³² Madde 5- “(1) Türkiye’ye giriş ve Türkiye’den çıkış, sınır kapılarından, geçerli pasaport veya pasaport yerine geçen belgelerle yapılır.”

⁵³³ 694 Sayılı KHK m.171, R.G. 25.08.2017

para cezası verilir.” hükmü ile zincirleme suç hükümlerinin değil, gerçek içtima kuralının uygulanacağı açıkça vurgulanmıştır. Son olarak belirtmek gerekir ki, bu hüküm gerçekleştirilen eylemlerin suç oluşturmadığı durumlarda (özellikle göçmen kaçakçılığı suçunu) uygulama alanı bulabilecektir.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ, SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ, GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME, YAPTIRIM VE ZAMANAŞIMI

I. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. Teşebbüs

Teşebbüs, bir suçun icrasına elverişli araçlarla başlandıktan sonra failin elinde olmayan nedenlerden dolayı icra hareketlerinin veya neticenin tamamlanamamasıdır.⁵³⁴ Suça teşebbüsün cezalandırılabilmesi için dört koşulun bulunması gerekir. Bunlar, failde suç işleme kastı bulunması, elverişli hareketlerin yapılması, icra hareketlerine başlanması ve failin elinde olmayan nedenlerle suçun tamamlanamamasıdır.⁵³⁵

765 sayılı TCK’da göçmen kaçakçılığı suçuna teşebbüs edilmesinin dahi tamamlanmış suç gibi cezalandırılacağı düzenlenmişti. Gerçekten, 765 sayılı TCK’nın 201/a maddesinin ikinci fıkrasında, suçun teşebbüs aşamasında kalmış hali ile tamamlanmış halinin cezaları arasında herhangi bir fark bulunmuyordu.⁵³⁶ Böyle bir düzenleme yapılmasının sebebi ise Protokol’de yer alan “kendi hukuk sisteminin temel kavramlarına bağlı kalmak kaydıyla” göçmen kaçakçılığı suçunu işlemeye teşebbüs etmenin cezalandırılması gerektiğine ilişkin hükümdür. Ancak, TCK m.201/a’daki bu düzenleme şekli ile Protokol’deki hükmün ötesine geçilerek bir teşebbüs (kalkışma) suçu meydana getirilmiştir.⁵³⁷ Protokol hükmü dikkatle incelendiğinde, burada yalnızca göçmen kaçakçılığına teşebbüsü suç haline getirilmesine yönelik gerekli düzenlemelerin yapılması yükümlülüğü getirilmekte, göçmen kaçakçılığı suçuna

⁵³⁴ DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.450.

⁵³⁵ İÇEL, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.497-507.

⁵³⁶ BAYRAKTAR, KURT, *Göçmen Kaçakçılığı*, s.138.

⁵³⁷ ÖNOK, “5237 Sayılı Yeni TCK’ya Göre Uluslararası Suçlar”, s.202.

teşebbüs fiillerinin tamamlanmış suç gibi cezalandırılması, bir başka deyişle, suçun teşebbüs (kalkışma) suçu olarak düzenlenmesi gerektiğine ilişkin bir yükümlülük yer almamaktadır.⁵³⁸

5237 sayılı TCK'nın ilk şeklinde ise 765 sayılı TCK'dan farklı olarak, göçmen kaçakçılığı suçuna teşebbüsün tamamlanmış suç gibi cezalandırılacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktaydı. Suç teşebbüs aşamasında kaldığında, faillerin cezası TCK m. 35'de yer alan teşebbüse ilişkin genel hüküm gereği belli oranda indirilmekteydi.⁵³⁹ Dolayısıyla, 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğü girdiği ilk yıllardaki konuya ilişkin Yargıtay kararları incelendiğinde, ilk derece mahkemeleri tarafından 765 sayılı TCK'daki söz konusu hükmün yeni kanunda da korunduğu yanılıgına düşülerek suçun teşebbüs aşamasında kaldığı durumlarda failin cezasında teşebbüs nedeniyle indirim yapılmadığı ve bu kararların Yargıtay tarafından bozulduğu görülmektedir.⁵⁴⁰

2010 yılında 6008 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle TCK m.79'un 1.fıkrasına “*Suç teşebbüs aşamasında kalmış olsa dahi, tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.*” cümlesi eklenerek 765 sayılı TCK'da benimsenen sisteme dönülmüştür.⁵⁴¹ Bu sisteme geri dönüş yapılmasının nedeni ise, madde gerekçesinde yer alan “*göçmen kaçakçılığı suçunun ülkemiz içerisinde veya karasularımız kapsamında işlenmesi durumunda, mahkemelerce suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmekte ve ceza indirimi yapılmaktadır. Bu durumda, yakalanan şüpheliler*

⁵³⁸ HAKERİ, “Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti Suçları (TCK 201/a – TCK 201/b)”, s.9, YENİDÜNYA, ALŞAHİN, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK. m.79)”, s.37, DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, 143, ÖNOK, “5237 Sayılı Yeni TCK'ya Göre Uluslararası Suçlar”, s.201, BİRTEK, *Mevzuat İçin Geri, İnsan Onurunun Korunması Açısından İleri Bir Adım: Göçmen Kaçakçılığı Suçuna İlişkin Değişiklikler*, s.227.

⁵³⁹ ÇAKMUT, “Türk Ceza Yasasında Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK m.79)”, s.116, BAYRAKTAR, KURT, *Göçmen Kaçakçılığı*, s.138, YENİDÜNYA, ALŞAHİN, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK. m.79)”, s.37.

⁵⁴⁰ “...Olayımızda, sanıkların Van ilinden İstanbul'a getirmek üzere aldıkları 65 göçmeni kamyonetin içinde oluşturdukları iki bölmeye koyarak yola çıktıkları ve Tatvan ilçesinde kolluk tarafından yakalandıklarının anlaşılması karşısında; Teşebbüs aşamasında kalan suç nedeniyle 5237 sayılı TCK'nun 79. maddesinden verilecek cezadan teşebbüs nedeniyle dörtte birinden dörtte üçüne kadarının indirileceği...” Yargıtay 8. CD. E.2006/215 K.2006/2281 T.20.3.2006, www.kazanci.com (15.03.2018) “...Olayımızda, yasadışı yollardan Türkiye'ye gelmiş ve buradan başka ülkelere gitmek isteyen 41 göçmeni Van ilinden İstanbul'a getirmek üzere kamyonetin arka bölümünde, sebze kasalarının arkasına gizleyerek yola çıkan sanığın, Baykan ilçesi Şekerim yol kontrol noktası yakınlarında kolluk görevlilerince yakalandığının anlaşılması karşısında; suçun teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilerek 5237 sayılı TCK'nın 79. maddesinden verilecek cezadan 35. maddesi uyarınca indirim yapılması gerektiği düşünülmeden, yazılı şekilde uygulama yapılması...” Yargıtay 8. CD. E.2006/4301 K.2006/8928 T.6.12.2006, www.kazanci.com (15.03.2018)

⁵⁴¹ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s. 79.

çoğunlukla tutuksuz yargılanmakta ve kısa süre içinde yeniden aynı suçu işlemekten dolayı yakalanmaktadırlar. Maddeyle, Türk Ceza Kanunu'nun 79 uncu maddesinin birinci fıkrasına 'Suç, tesebbüs aşamasında kalmış olsa dahi, tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.' hükmünün eklenmesiyle, suçun tesebbüs aşamasında kalması hâlinde dahi, faillerin bundan dolayı tamamlanmış suç gibi cezalandırılması öngörülmekte ve böylelikle bu suçun islenmesi hâlinde faillere en az üç yıl hapis cezası verilmesi sağlanmaktadır." şeklindeki ifadelerle açıklanmaktadır.

Göçmen kaçakçılığı suçunun teşebbüs suçu olarak düzenlenmiş olması hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. DOĞAN'a göre, göçmen kaçakçılığı suçunun teşebbüs aşamasında kalmış olması halinde, suçla korunmak istenen hukuksal yararlar arasında yer alan "göçmenlerin malvarlıkları ve vücut bütünlükleri" yine ağır bir şekilde ihlal edilebileceğinden bu suça teşebbüsün de tamamlanmış suç gibi cezalandırılması gerekir.⁵⁴² KAYAALP'e göre ise, göçmen kaçakçılığı ile daha etkili bir şekilde mücadele etmek adına, suç tamamlanmasa bile, faillerin suç tamamlanmış gibi cezalandırılması yerine, suç için öngörülen ceza miktarının alt ve üst sınırının artırılmasının ceza adaletinin korunması açısından daha yerinde bir değişiklik olacaktır.⁵⁴³ Yine, suçun teşebbüs aşamasında kalması halinde cezanın bireyselleştirilmesini düzenleyen TCK m. 61 hükmünün uygulanarak cezanın alt sınırdan verilmesi; suçun tamamlanması halinde ise, faile cezasının üst haddenden verilmesi gerektiği de bu kapsamda bir görüş olarak ileri sürülmüştür.⁵⁴⁴

Göçmen kaçakçılığı suçu, göçmenlerin yasadışı yollarla ülkeye sokulması veya ülkeden çıkarılmasına imkân sağlanması hareketleri bakımından, ani suç (neticesi harekete bitişik) niteliğindedir. Suç, ülkeye sokmak hareketi bakımından ülkeler arasındaki sınırın geçilmesi ile tamamlanmakta iken, ülke dışına çıkarmak hareketi bakımından ise imkân sağlayıcı hareketin yapılmasıyla tamamlanmaktadır. Bir başka ifadeyle, bu seçimlik hareketler bakımından neticenin belli bir süre devam etmesine gerek yoktur. Her ne kadar neticesi harekete bitişik suçlara teşebbüsün mümkün olmadığı ifade edilmekte ise de, söz konusu seçimlik hareketler birbirinden ayrılabilir niteliğe sahip olduğundan suç teşebbüse elverişlidir. Şöyle ki, bir tırın kasasında

⁵⁴² DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, 143

⁵⁴³ KAYAALP, *Türk Hukukunda Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s.124.

⁵⁴⁴ ŞEN, MALBELEĞİ, *Türk Ceza Kanunu'nda Uluslararası Suçlar*, s.135.

ülkeye sokulmak istenen göçmenler, sınır kapısında farkedilip yakalandığında göçmen kaçakçılığı suçu teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır.⁵⁴⁵

Yabancınnn ülkede kalmasına imkân sağlamak fiili ise, temadi teşkil eden bir fiil olduğundan belli bir süre devam etmesi gerekir. Yargıtay da göçmenleri ülkeden çıkarmak amacıyla birtakım eylemlerde bulunmayı, ülkeden çıkarmaya teşebbüs olarak değerlendirmektedir. Ülkede kalmaya imkân sağlamak fiilinde ise, yapılan eylemlerin ülkeden çıkarma amacıyla değil, ülkede kalmayı sağlamaya yönelik olarak yapılmış olması ve bu eylemlerin belli bir süre devam etmesi gerektiğini belirtmektedir.⁵⁴⁶

Söz konusu değişiklikten önce, suç sonucu verilecek cezaya da etki ettiği için “suçun tamamlanmış olması” veya “teşebbüs aşamasında kalmış olması” arasındaki fark önem arz etmekteydi. Ancak, değişiklikten sonra suçun teşebbüs aşamasında kalmış olması ile tamamlanmış olması arasında herhangi bir fark yoktur. Bir başka ifadeyle, suçun teşebbüs aşamasında mı kalmış yoksa tamamlanmış mı olduğunun tespit edilmesinin uygulama açısından bir önemi bulunmamaktadır. Bu tespit, artık yalnızca akademik anlamda değer taşımaktadır.⁵⁴⁷ Bu nedenle, göçmen kaçakçılığı suçunda teşebbüs açısından asıl önem arz eden husus, “icra hareketlerinin ne zaman başlamış sayılacağı” meselesidir. Çünkü TCK m. 35’te teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için “elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlama” ölçütü kabul edilmiştir. Gerekçede de belirtildiği üzere suçun icrası, “işlenmek istenen suç

⁵⁴⁵ DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, 144.

⁵⁴⁶ “...Yerel mahkemece, 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...” Yargıtay CGK. E.2012/8-1085 K.2013/96 T.19.3.2013, www.kazanci.com (10.04.2018)

“...Yasadışı yollardan Türkiye’ye gelen ve buradan Yunanistan’a gitmek isteyen göçmenlerin sanık F.D.’e ait işyerinde barındırılarak, süre içerisinde ihtiyaçlarının sanıklar tarafından karşılandığı, sanıkların kanıtlanan bu eylemlerinin göçmenlerin yurt dışına çıkarmalarına imkân sağlamaya teşebbüs aşamasında kaldığı, TCK’nun 79. maddesi uyarınca verilen cezadan teşebbüs nedeniyle anılan Yasanın 35. maddesine göre indirim yapılması gerektiği gözetilmeyerek sanıklar hakkında fazla ceza tayini...” Yargıtay CGK. E.2012/8-1085 K.2013/96 T.19.3.2013, www.kazanci.com (10.04.2018)

⁵⁴⁷ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.104.

tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması durumunda” başlamış olacaktır. Hazırlık hareketleri ise, cezalandırılmamaktadır.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, göçmen kaçakçılığı suçuna vücut veren seçimlik hareketler açısından gerçekleştirilen hareketlerin hazırlık hareketi mi yoksa icra hareketi mi olduğunun belirlenmesi yeterli olacaktır. Bir görüşe göre, failin yasadışı yollardan ülke dışına çıkarma, ülkeye sokma veya ülkede kalmasına imkân sağlamayı düşündüğü göçmenlere bu planını açıklaması, bu iş karşılığında alınacak maddi menfaat hususunda anlaşmaya varılmış olmasıyla icra hareketleri başlamış kabul edilmelidir. Bunun öncesinde gerçekleştirilen bütün hareketler (örneğin göçmenlerin naklinde kullanılacak araçların hazırlanması, kullanılacak evin kiralanması, yol için erzak (yiyecek-içecek) temin edilmesi vb.) hazırlık hareketi olarak kabul edilecektir.⁵⁴⁸ Diğer bir görüşe göre ise, plan-program yapma, araç tedariki, kaçakçıların bir araya gelip fikir alışverişinde bulunmaları, hatta anlaşmanın sağlanması hazırlık hareketi olarak kabul edilmelidir.⁵⁴⁹ Bizim de katıldığımız bir fikre göre ise, icra hareketlerinin başlayıp başlamadığının her bir seçimlik hareket bakımından, somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin, sınır kapısına gelmiş bir kara taşıtı ya da yükünü alarak gerekli belgeleri liman yetkililerine teslim etmiş açılmaya hazır bir gemi söz konusuysa “doğrudan doğruya icraya başlama” şartı gerçekleşmiştir. Yine, yasal olmayan yollardan ülke dışına çıkarmak seçimlik hareketi bakımından, ülke dışına çıkarılacak göçmenlerin ülke içinde sınır noktasına doğru nakledilmesi de icra hareketi olarak kabul edilmelidir.⁵⁵⁰

B. İştirak

İştirak (suça katılma), kanunen tek kişi tarafından işlenebilmesi mümkün olan bir suçun, birden fazla failin önceden işbirliği yapmaları sonucunda gerçekleştirilmesidir. İştirak, faillik ve şeriklik (suç ortaklığı) şeklinde ikiye ayrılarak düzenlenmektedir. Fail, kanunda tanımlanan haksızlığı gerçekleştiren kişidir. Faillik,

⁵⁴⁸ DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, 146.

⁵⁴⁹ ŞEN, MALBELEĞİ, *Türk Ceza Kanunu'nda Uluslararası Suçlar*, s.135.

⁵⁵⁰ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.102-103.

müstakil, müşterek ve dolaylı faillik olarak üç çeşittir.⁵⁵¹ Suçun icrasına iştirak etmekle beraber, kanunda tanımlanan haksızlığı gerçekleştirmeyen diğer suç ortakları ise, “şerik” olarak nitelendirilmektedir. Şeriklik de azmettirme ve yardım etme olarak ikiye ayrılmaktadır.⁵⁵²

Göçmen kaçakçılığı suçu, iştirak açısından herhangi bir özellik göstermez, bir başka ifadeyle, bu suça iştirakin her türü mümkündür.⁵⁵³ Ancak, özellikle yabancının ülkede kalmasına imkân sağlama seçimlik hareketi bakımından gerçekleştirilen fiilin yardım etme kapsamında mı olduğunun yoksa müşterek faillik⁵⁵⁴ boyutuna mı vardığının belirlenmesi gerekmektedir. Yardım etme,⁵⁵⁵ fail tarafından kasten işlenen bir suçun icra hareketleri üzerinde hâkimiyet kurmadan suçun işlenmesine maddi veya manevi katkı sağlanması olarak tanımlanmaktadır.⁵⁵⁶ Fakat belirtmek gerekir ki, maddi menfaat karşılığında göçmenlerin ülkede yasadışı olarak kalmalarına yardım eden kişiler (örneğin, evinde oda vererek göçmenin ülkede kalmasına imkân sağlayan kişiler) göçmen kaçakçılığı suçuna “yardım etme” suretiyle iştirak etmiş olmaz. Gerçekten, göçmenlerin ülkede kalmasına imkân sağlamak, suçun seçimlik hareketlerinden birini oluşturduğundan bu kişiler “suçun faili” konumunda olmaktadır.⁵⁵⁷ Ancak göçmen kaçakçılığı suçunun faillerine diğer fiillere katılmadan maddi menfaat karşılığında yalnızca aracının veya teknesinin kullanılmasına izin veren ya da ülke dışına çıkarılmak istenen göçmenler için “geçici” olarak kalacak yer sağlayan kişinin eylemi “yardım etme” olarak kabul edilecektir.⁵⁵⁸

⁵⁵¹ DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.489-490.

⁵⁵² ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.653.

⁵⁵³ YENİDÜNYA, ALŞAHİN, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK. m.79)”, s.43, BAYRAKTAR, KURT, *Göçmen Kaçakçılığı*, s.155.

⁵⁵⁴ TCK m.37/1 gereği, suçun kanuni tanımında yer alan fiilleri birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri müşterek fail olarak sorumlu tutulur.

⁵⁵⁵ TCK madde 39- “(1) Suçun işlenmesine yardım eden kişiye, işlenen suçun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, onbeş yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde cezanın yarısı indirilir. Ancak, bu durumda verilecek ceza sekiz yılı geçemez.

(2) Aşağıdaki hallerde kişi işlenen suçtan dolayı yardım eden sıfatıyla sorumlu olur:

a) Suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek.

b) Suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak.

c) Suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak.”

⁵⁵⁶ DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.510.

⁵⁵⁷ ÖNOK, “5237 Sayılı Yeni TCK’ya Göre Uluslararası Suçlar”, s.204, ARTUÇ, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, s.61.

⁵⁵⁸ EREL, “Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, s. 290,

Yine faillere, göçmenleri kaçırabilecekleri yasadışı göç güzergâhları konusunda yol gösteren kişiler de göçmen kaçakçılığı suçundan “yardım eden” sıfatıyla sorumlu tutulur.⁵⁵⁹

Göçmen kaçakçılığı suçunda iştirak türlerinden biri olan azmettirme de söz konusu olabilir. Örneğin, kendisine kaçak işçi temin etmesi için, göçmen kaçakçısının yasal olmayan yollardan göçmenleri ülkeye sokmasını sağlayan bir iş adamı, göçmen kaçakçılığı suçuna azmettirmeden sorumlu olacağı ifade edilmektedir.⁵⁶⁰ Ancak belirtmek gerekir ki, göçmen kaçakçılığı suçuna azmettirmeden bahsedilebilmesi için kişinin daha önceden bu suçu işleme düşüncesine sahip olmaması gerekir. Aksi takdirde, suç işleme düşüncesi olan bir kimsenin suç işlemeye teşvik edilmesi veya suç işleme kararının kuvvetlendirilmesi halinde “yardım etme” (manevi yardım) söz konusu olur.

“Yabancıların ülkede kalmasına imkân sağlamak” seçimlik hareketiyle işlenen göçmen kaçakçılığı, mütemâdi (kesintisiz) suç niteliğine haiz olduğu için, temadi devam ettiği sürece azmettirme haricinde bu fiile iştirak edilebilir.⁵⁶¹

Göçmen kaçakçılığı faaliyetinde rol alan kişiler, icra hareketlerine yardım etmenin ötesine geçerek bu hareketler üzerinde birlikte hâkimiyet kurarlarsa “failliğin şerikliğe aslîliği” ilkesi uyarınca artık doğrudan fail olarak sorumlu tutulurlar.⁵⁶²

Son olarak, suça iştirakten bahsedilebilmesi için tüm suç ortakları açısından suçun maddi unsurlarının aynı olması yanında, suçun manevi unsurunun da aynı

⁵⁵⁹ KAYAALP, *Türk Hukukunda Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s.129.

⁵⁶⁰ DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, 150.

⁵⁶¹ YENİDÜNYA, ALŞAHİN, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK. m.79)”, s.43.

⁵⁶² “...Olaydan kısa süre önce “Torun” isimli teknenin satın alınıp, teknenin bulunduğu limandan Riva'daki çıkış bölgesine götürülerek, teknenin bakım ve yola hazırlanma işlerinin yapılması, göçmenlerin teknenin yanına getirildikleri ve sessizce tekneye bindirildikleri sırada onlara refakat edilmesi, örgüt faaliyeti çerçevesinde göçmen kaçakçılığı suçundan daha önce hakkında dava açılmış olan ve kaçak olması sebebiyle dosyası tefrik edilen Afgan uyruklu sanık Murtaza ve tekne kaptanı ile sanıklar arasındaki görüşmeler dikkate alındığında, aralarındaki işbölümü gereği farklı görevler üstlenmekle beraber olaydan önceki, olay esnasındaki ve olaydan sonraki tutum ve davranışlarına göre suçun icrasına etkin katkıda bulunup, birlikte hareket ettikleri ve maddi menfaat elde etmek amacıyla yabancı uyruklu 42 göçmenin yasal olmayan yollardan yurt dışına çıkmalarına imkân sağlama amacını taşıdıkları anlaşılan, aynı zamanda arkadaş olan sanıkların, TCK'nın 37/1. maddesi kapsamında doğrudan fail olarak aynı Kanun'un 79/1-b-son maddesinde tanımlanan göçmen kaçakçılığı suçunu işlediklerine...” Yargıtay 12. CD. E.2016/7328 K.2016/12072 T.21.10.2016, www.kazanci.com (15.02.2018)

olması gerektiğinden, göçmen kaçakçılığı suçuna iştirak eden tüm kişilerin, “doğrudan veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etme amacıyla” hareket etmesi şarttır.⁵⁶³

C. İctima

İlk olarak üzerinde durulması gereken mesele, “göçmen kaçakçılığı suçunun bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi” halinde nasıl bir uygulama yapılacağıdır. Göçmen kaçakçılığı suçu bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlendiği takdirde, sanık hakkında hem örgüt kurma suçundan (TCK m.20) ceza verilecek, hem de göçmen kaçakçılığı suçunun nitelikli halinden dolayı (TCK m.79/3) verilecek ceza artırılacaktır.⁵⁶⁴

Suçun TCK m.79/3’de, suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi cezayı ağırlaştıran nitelikli bir unsur olarak öngörülmüş olması nedeniyle, böyle bir durumda TCK m. 42 uyarınca bileşik suç⁵⁶⁵ hükümlerinin uygulanması düşünülebilir. Buna göre, örgüt faaliyeti çerçevesinde göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmiş olması halinde, failin ayrıca suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçundan (TCK m. 220) dolayı cezalandırılmaması gerekir. Ancak, TCK m. 220’nin 4. fıkrasında “*Örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı cezaya hükmolunur.*” şeklindeki düzenleme, örgüt kurma suçu ile bu örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından bileşik suç hükümlerinin uygulanmasının önüne geçmektedir. Bu durumda da failin, uygulamada fiilin karşılığı olarak çok ağır cezalarla karşı karşıya kalacağı için, TCK m. 220/4’deki açık düzenlemeye karşın TCK m. 42’deki bileşik suç hükümlerinin uygulanması ve failin TCK m. 220’den ayrıca cezalandırılmaması gerektiği ifade edilmektedir.⁵⁶⁶ DOĞAN’a göre de, göçmen kaçakçılığı suçunu bir örgüte üye olarak işleyen kişi, hem örgüte üye olmaktan hem de göçmen kaçakçılığı suçunun nitelikli halinden ceza alacaktır. Bir başka ifadeyle kişiye, bir kimseye bir fiilinden dolayı iki suçtan ayrı ayrı ceza verilmesi söz konusu olacaktır. Bu nedenle,

⁵⁶³ DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, 150.

⁵⁶⁴ ARTUÇ, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, s.63.

⁵⁶⁵ TCK madde 42- “(1) Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz.”

⁵⁶⁶ BAYRAKTAR, KURT, *Göçmen Kaçakçılığı*, s.151-152.

söz konusu düzenlemenin bir fiilden dolayı yalnızca bir kez ceza verilebilmesi anlamına gelen “non bis in idem” ilkesine aykırılık oluşturduğu ifade edilmektedir.⁵⁶⁷

Göçmen kaçakçılığı suçunda, suçun “mağdurları onur kırıcı muameleye maruz bırakılarak işlenmesi” cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Söz konusu ağırlaştırıcı nedenin uygulanabileceği durumlarda, aynı zamanda TCK m. 96’da düzenlenen eziyet suçunun da işlenmiş olabileceği ihtimaller gündeme gelebilir. Nitekim 96. maddenin gerekçesinde, eziyetin; “*bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlarda bulunulması*” şeklinde anlaşılması gerektiği belirtilmektedir. Bu nedenle, göçmen kaçakçılığı suçunun mağdurların onur kırıcı bir muameleye maruz bırakılarak işlenmesi halinde, eziyet suçunun da unsurları oluşmuşsa iki suç tipi arasında fikri içtima ilişkisi söz konusu olacaktır. Bu durumda failin cezası daha ağır olan göçmen kaçakçılığı suçunun nitelikli halinden (TCK m.79/2-b) sorumlu tutulması gerekmektedir.⁵⁶⁸

Göçmen kaçakçılığı faaliyeti sırasında göçmenlerin genellikle çok kötü şartlarda ve hayati tehlike oluşturacak şekilde yolculuk yapması veya barındırılması söz konusudur. Göçmenlerin bu şekilde ülkeye sokulması ya da ülke dışına çıkarılması esnasında göçmenlerin tedbirsizlik veya dikkatsizlik sonucu yaralanması ya da ölmesi halinde artık failin eyleminin “tek fiil” olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, bu gibi hallerde fikri içtima kuralı uygulanamaz.⁵⁶⁹ Failler, gerçek içtima hükümleri uyarınca, her suç bakımından ayrı ayrı (hem göçmen kaçakçılığı hem de taksirle öldürme veya yaralama) sorumlu olacaktır. Ancak elverişsiz hava şartlarında

⁵⁶⁷ DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, 156. Aynı yönde görüş için bkznz. ŞEN, MALBELEĞİ, *Türk Ceza Kanunu'nda Uluslararası Suçlar*, s.107.

⁵⁶⁸ BAYRAKTAR, KURT, *Göçmen Kaçakçılığı*, s.153-154.

⁵⁶⁹ “...Bu açıklamalar ışığında, sanık savunmaları, olay yeri tespiti, teşhis, ihbar ve yakalama tutanağı, mağdur beyanları ile tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde, sanıkların, temin ettikleri göçmenleri yurt dışına çıkartmak üzere Karaburun / Eğriliman mevkiine getirdikleri, daha önce temin ettikleri ve sevk ve idaresini, hakkında göçmen kaçaklığı ve taksirle öldürme suçlarından verilen mahkumiyet hükümleri dairemiz tarafından bağlantılı şekilde incelenerek onanan...” Yargıtay 12. CD. E.2016/7331 K.2016/10949, T.28.6.2016 www.kazanci.com (11.04.2018)

“...incelenen dosya kapsamına göre, sanık ...'in sübuta, sanık ...'in fikri içtima hükmünün gözetilmediğine, aynı kazada kaybolduğu iddia olunan dokuz kişi hakkındaki soruşturma dosyasının sonuçlanması beklenilmeden karar verilmesinin isabetsiz olduğuna, sanık ... müdafinin sübuta, suçun yasal unsurunun oluşmadığına, fazla ceza hükmedildiğine, sanık ... müdafilerinin sübuta, suçun yasal unsurunun oluşmadığına, fazla ceza hükmedildiğine, sanık ... müdafinin suçun yasal unsurunun oluşmadığına dair sair temyiz itirazlarının reddine...” Yargıtay 12. CD. E.2016/7328 K.2016/12072 T.21.10.2016, www.kazanci.com (11.04.2018)

ve elverişsiz araçlarla hayati tehlike oluşturacak şekilde taşıma eyleminin gerçekleştirilmesi durumunda, ortaya çıkan yaralanma veya ölümler bakımından olası kast söz konusu olacağından, failler taksirle yaralama/öldürme yerine kasten yaralama/öldürmeden sorumlu olurlar.⁵⁷⁰ Yargıtay da, kaçakçıların göçmenleri kaçırmak için gerçekleştirdikleri tehlikeli fiillerin muhtemel tüm sonuçları öngörmelerine rağmen öngördükleri sonucu kabullenerek, yani olursa olsun diyerek hareket etmeleri halinde, kaçakçıların meydana gelen ölüm veya yaralanma neticelerinden “olası kastla” sorumlu olacağına hükmetmektedir. Bu husus, Yargıtay 12. CD.’nin “...müsait olmayan mahal ve hava koşullarına rağmen açık denize açılmaya elverişli olmayan ve maksimum 6-8 kişi taşınabilen yeterli güvenlik ekipmanları bulunmayan tekneye 42 göçmenin binmesine olanak sağlayan, gece vakti tehlikeli olacağı kaçınılmaz deniz yolculuğu için gerekli güvenlik önlem ve ekipmanlarının alınmasını da kaçak göçmenlerin inisiyatif ve iradesine bırakan ve 13’ü çocuk olmak üzere 27 göçmenin ölümüne ve birden fazla göçmenin yaralanmasına neden olan sanıkların, muhtemel tüm sonuçları öngörmelerine rağmen öngördükleri sonucu kabullenerek yani olursa olsun diyerek fiillerini icra ettikleri anlaşıldığından, sanıklar hakkında olası kastla öldürme suçundan dolayı mahkumiyet kararı verilmesi gerekirken, suç vasfından yanılığa düşülerek, sanıkların bilinçli taksirle öldürme suçundan dolayı yazılı şekilde cezalandırılmalarına karar verilmesi...”⁵⁷¹ şeklindeki kararında açıkça vurgulanmıştır. Hemen belirtmek gerekir ki, böyle bir durumda suça konu göçmen sayısı birden fazla ise, ölen veya yaralanan göçmenler mağdur konumunda olacağından, zincirleme suç hükümlerinin uygulanma ihtimali doğabilecektir.⁵⁷²

⁵⁷⁰ ÖNOK, “5237 Sayılı Yeni TCK’ya Göre Uluslararası Suçlar”, s.203.

⁵⁷¹ Yargıtay 12. CD. E.2016/7328 K.2016/12072 T.21.10.2016, www.kazanci.com (20.03.2018)

⁵⁷² “...16 göçmeni gece vakti deniz yoluyla yurtdışına çıkartırken idaresindeki fiber botun kıyıdan hareketinden 10-15 dakika sonra su alarak aniden batması neticesi iki göçmenin boğularak ölümü, diğer göçmenlerin de uzun süre yüzerek sağ kurtulmaları şeklinde gerçekleşen olayda,, asli kusurlu eylemi neticesi 2 kişinin ölümüne 14 kişinin de hayati tehlike geçirmesine sebebiyet veren sanık hakkında temel ceza belirlenirken, asgari haddeden daha fazla uzaklaşmak suretiyle ceza tayini gerektiği halde teşdidin derecesinde yanılığa düşülmek suretiyle sanık hakkında az ceza tayini, ayrıca sanığın eyleminin göçmenlerin hayatı bakımından tehlike oluşturduğunun ve atılı suçun birden fazla mağdura (göçmene) karşı tek bir fiil ile gerçekleştirdiğinin sabit olması karşısında tayin olunan temel cezada TCK’nın 79/2-a ve 43/2. maddeleri gereğince artırım yapılması gerektiğinin gözetilmemesi...” Yargıtay 12. CD. E.2016/136 K.2016/10948 T.28.6.2016, www.kazanci.com (11.03.2018)

765 sayılı TCK'da ise, göçmen kaçakçılığı suçu neticesinde ölüm meydana gelmesi neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç (m.201/a-3) olarak düzenlenmişti.⁵⁷³ Eski kanundaki bu düzenleme nedeniyle, gerçek içtima hükümlerinin uygulanması mümkün değildi. Fail, yalnızca TCK m.201/a-3 gereği göçmen kaçakçılığı suçunun ağırlaştırılmış şeklinden sorumlu olmaktaydı.⁵⁷⁴

Göçmenlerin sınır kapılarından sahte pasaportla geçirilmeleri veya sahte olarak düzenlenen belgelerle ülkede yasadışı olarak kalmalarına imkân sağlanması halinde, göçmen kaçakçılığı suçunun yanında resmi belgede sahtecilik suçu da oluşacaktır. 765 sayılı TCK 201/a'nın 2. fıkrasında *“Göçmen kaçakçılığı suçunun faillerine veya böyle bir suça iştirak etmeksizin, daha önce ülkeye sokulmuş veya girmiş kaçak göçmenleri, maddî menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollarla ülkeden çıkaranlara, yasal koşullara uymaksızın ülkede kalmalarını olanaklı kılanlara, bu maksatla sahte kimlik veya seyahat belgelerini hazırlayanlara veya temin edenlere ya da bu suçlara teşebbüs edenlere, fiilleri başka bir suç oluştursa bile ayrıca iki yıldan beş yıla kadar ağır hapis ve bir milyar liradan az olmamak üzere ağır para cezası verilir...”* şeklinde hüküm yer almaktaydı. Bu durumda fail hem göçmen kaçakçılığı suçundan hem de fiilleri belgede sahtecilik, dolandırıcılık vb. gibi suçları oluştuyorsa ayrıca o suçlardan dolayı sorumlu tutulmaktaydı.⁵⁷⁵ 5237 sayılı TCK m.79'da ise bu hükme benzer bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak 5237 sayılı TCK m. 212'de belgede sahtecilik suçlarına ilişkin olarak *“Sahte resmî veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması hâlinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur.”* şeklinde düzenleme bulunmaktadır. Dolayısıyla bu açık düzenleme karşısında, göçmen kaçakçılığında söz konusu olan eylemleri gerçekleştirirken belgede sahtecilik suçunu da işleyen failler, 765 sayılı TCK sisteminde olduğu gibi, hem belgede sahtecilik hem de göçmen kaçakçılığı suçundan sorumlu tutulacaktır.⁵⁷⁶

⁵⁷³ ARSLAN, “Göçmen Kaçakçılığı Suçları”, s.134.

⁵⁷⁴ DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, 151.

⁵⁷⁵ ÖNOK, “5237 Sayılı Yeni TCK'ya Göre Uluslararası Suçlar”, s.203.

⁵⁷⁶ EVİK, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, s.169, DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, 154, EREL, “Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, s.293, YENİDÜNYA, ALŞAHİN, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK. m.79)”, s.46.

Burada üzerinde durulması gereken bir başka nokta ise, göçmen kaçakçılığı suçunun zincirleme suç şeklinde işlenip işlenemeyeceğidir. Zincirleme suç, TCK m.43/2 gereği, suçun tek bir fiil ile birden fazla kişiye karşı aynı suçun işlenmesi halinde söz konusu olur. Bu durumda faile işlemiş olduğu birden fazla suç nedeniyle tek ceza verilir, ancak bu ceza belli oranda artırılır. Dolayısıyla, burada tartışılması gereken mesele, birden fazla göçmenin söz konusu olduğu bir olayda nasıl bir uygulama yapılacağıdır. Göçmen kaçakçılığı suçunun mağdurunun göçmenler olduğu görüşünde olan yazarlar, bu suçun zincirleme suç şeklinde işlenebileceği ifade etmektedir.⁵⁷⁷ Örneğin, bir gemiyle birden çok göçmeni kaçıran fail, tek bir fiille birden fazla kişiye (göçmene) karşı aynı suçu işlemiş olacağından zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerekir.⁵⁷⁸

Göçmen kaçakçılığı suçunun mağdurunun, göçmenler değil de uluslararası toplum olduğunu savunan yazarlara göre ise, suçun tek bir fiil ile birden fazla kişiye karşı işlenmesi mümkün olmadığından zincirleme suç hükümleri uygulanamayacaktır.⁵⁷⁹ Yargıtay da “...Göçmen kaçakçılığı suçunda korunan hukuki yarar uluslararası toplum düzeni olup, menfaat karşılığı ülkeye sokulan, ülkede kalmasına veya yurt dışına çıkmasına imkân sağlanan kişilerin suçun yasal mağduru durumunda bulunmayıp suçun konusunu oluşturdıkları gözetilmeden, sanık hakkında birden fazla göçmenin yurt dışına çıkışı hususunda anlaşma sağladığı gerekçesiyle, 5237 Sayılı TCK’nın 43/2. maddesi delaletiyle aynı Kanun maddesinin 1. fıkrası uygulanarak fazla ceza tayini...” şeklindeki kararında birden fazla göçmenin söz konusu olduğu bir olayda zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığını ifade etmektedir.⁵⁸⁰

Göçmen kaçakçılığı suçu ile dolandırıcılık suçu, birbirine karıştırılabildiği gibi, her iki suçun aynı anda işlenmesi de söz konusu olabilmektedir. Örneğin, İtalya’ya götürüleceği vaadiyle maddi menfaat temin edilerek, gemiye bindirilen göçmenler bir Yunan adasına bırakılırsa hem göçmen kaçakçılığı suçu hem de dolandırıcılık suçu oluşacaktır. Bu durumda failin, gerçek ictima hükümleri uyarınca, hem dolandırıcılık

⁵⁷⁷ ARSLAN, “Göçmen Kaçakçılığı Suçları”, s.134, ÖNOK, “5237 Sayılı Yeni TCK’ya Göre Uluslararası Suçlar”, s.203, EVİK, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, s.171.

⁵⁷⁸ ÖNOK, “5237 Sayılı Yeni TCK’ya Göre Uluslararası Suçlar”, s.203.

⁵⁷⁹ DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, 152,

⁵⁸⁰ Yargıtay 18. CD. E.2015/54 K.2015/28 T.31.3.2015, www.kazanci.com (11.04.2018)

hem de göçmen kaçakçılığı suçundan cezalandırılması gerekir.⁵⁸¹ Bizimde katıldığımız başka bir görüşe göre ise, eylemin aynı zamanda dolandırıcılık suçunu da oluşturduğu durumlarda, failin fikri içtima hükümleri gereği daha ağır cezayı öngören suçtan dolayı cezalandırılması gerekir.⁵⁸²

Göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturan fiillerin yapılmasıyla, aynı zamanda Pasaport Kanunu,⁵⁸³ Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu⁵⁸⁴ ve 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun'da⁵⁸⁵ yer alan birtakım kabahatlerin⁵⁸⁶ de işlenmiş olabileceği çeşitli ihtimaller söz konusu olabilir. Bu ihtimallerde kişi, Kabahatler Kanunu'nun⁵⁸⁷ "İçtima" başlıklı 15. maddesinin 3. fıkrasında yer alan "*Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır.*" hükmü karşısında fail yalnızca göçmen kaçakçılığı suçundan cezalandırılacaktır.⁵⁸⁸ EVİK'e göre, bu durumda, faillerin yalnızca göçmen kaçakçılığı suçundan cezalandırılmasının sebebi ise, göçmen kaçakçılığı suçunun Pasaport Kanunu'nda yer alan düzenlemelere göre, özellikle de manevi unsur açısından, özel hüküm niteliğine sahip olmasıdır.⁵⁸⁹

Göçmen kaçakçılığı suçu daha sonradan insan ticareti suçuna dönüşebilmekte dolayısıyla her iki suç tipi arasında bazı geçişler söz konusu olabilmektedir. Genellikle, göçmenleri yasadışı yollarla ülkeye sokan kaçakçılar, daha sonra bu kişileri zorla çalıştırmaktadır. Böyle bir durumda bu suçlardan biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturmadığından, bileşik suç hükümleri uygulanamaz. Yine,

⁵⁸¹ DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, s.41.

⁵⁸² ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, TEPE, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.82.

⁵⁸³ Madde 34/1- "*Türkiye Cumhuriyeti sınırlarından her nasılsa pasaportsuz olarak girmiş olan vatandaşlara bin Türk Lirasından üçbin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir.*"

⁵⁸⁴ Madde 102/2- "*(Ek: 15/8/2017-KHK-694/171 md.) Geçerli seyahat belgesi, Türkiye Cumhuriyeti yetkili makamlarından verilmiş yabancı kimlik kartı, ikamet izni veya geçerli yol izin belgesi olmayan yabancı şahısların ülkeye girmesine, ülkeden çıkarılmasına, ülke içinde herhangi bir araç veya binek hayvan vasıtasıyla veya yaya olarak seyahat etmesine imkân sağlayan kişilere, kanunlarda ayrıca suç olarak tanımlanmayan eylemler nedeniyle tespit edilen her bir yabancı sayısınca bin Türk Lirası idarî para cezası verilir.*"

⁵⁸⁵ Kanun No:4817, Kabul Tarihi:27/2/2003, R.G.6/3/2003 S.25040

⁵⁸⁶ Madde 21/3 – "*Çalışma izni bulunmayan yabancıyı çalıştıran işveren veya işveren vekillerine her bir yabancı için beşbin Türk Lirası idarî para cezası verilir. Bu durumda, işveren veya işveren vekili yabancının ve varsa eş ve çocuklarının konaklama giderlerini, ülkelerine dönmeleri için gerekli masrafları ve gerektiğinde sağlık harcamalarını karşılamak zorundadır.*"

⁵⁸⁷ Kanun No:5326, Kabul Tarihi:30.3.2005

⁵⁸⁸ BAYRAKTAR, KURT, *Göçmen Kaçakçılığı*, s.155.

⁵⁸⁹ EVİK, "Göçmen Kaçakçılığı Suçu", s.169-170.

faillerin gerçekleştirdikleri fiiller (ülkeye sokma ve zorla çalıştırma) tek fiil olarak kabul edilemeyeceği için fikri içtima hükümleri de uygulanamayacaktır. Son olarak, bu durumda geçitli suçun varlığından bahsedilemeyeceği gibi, göçmen kaçakçılığının insan ticareti suçu açısından araç suç olduğunu da söylemek mümkün değildir. Açıklanan bu nedenlerle, göçmen kaçakçılığı olarak başlayan eylemlerin daha sonra insan ticareti suçuna dönüşmesi halinde, gerçek içtima hükümleri uyarınca fail her iki suçtan ayrı ayrı cezalandırılmalıdır.⁵⁹⁰

II. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ

Göçmen kaçakçılığı suçunun takibi şikâyetle bağlı değildir, bir başka ifadeyle, re'sen soruşturulan bir suçtur.⁵⁹¹

Göçmen kaçakçılığı suçunda, doğrudan doğruya zarar görmedikleri için, hazinenin ve gümrük idarelerinin kamu davasına katılmasının mümkün değildir.⁵⁹² Gerçekten, Yargıtay'ın, *“Katılan ... Müdürlüğünün göçmen kaçakçılığı suçundan verilen hükümlere yönelik temyiz isteminde; İşlenen suçun mağduru veya suçtan zarar göreni olmayan Van Gümrük Müdürlüğünün kanun yoluna başvurmak hak ve yetkisi bulunmadığı...”* şeklindeki kararında, uygulamada da gümrük idarelerine kamu davasına katılma imkânı verilmediği görülmektedir.⁵⁹³

TCK m. 13'e göre göçmen kaçakçılığı suçunun *“vatandaş veya yabancı tarafından, yabancı ülkede işlenmesi halinde, yabancı bir ülkede mahkûmiyet veya beraat kararı verilmiş olsa bile, Adalet Bakanının talebi üzerine Türkiye'de yeniden yargılama yapılacaktır.”* Ancak, TCK m. 16 gereği, *“yabancı ülkede gözaltında, gözlem altında, tutuklulukta veya hükümlülükte geçen süre, aynı suçtan dolayı Türkiye'de verilecek cezadan mahsup edilecektir.”*⁵⁹⁴

⁵⁹⁰ DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, 153, BAYRAKTAR, KURT, *Göçmen Kaçakçılığı*, s.154.

⁵⁹¹ BAYRAKTAR, KURT, *Göçmen Kaçakçılığı*, s.157, YENİDÜNYA, ALŞAHİN, *“Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK. m.79)”*, s.47.

⁵⁹² MANAV, *Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti*, s.8.

⁵⁹³ Yargıtay 18. C. D. E.2017/4611 K.2017/12569 T.8.11.2017, www.kazanci.com (15.04.2018)

⁵⁹⁴ *“...Sanığın, üç Afgan göçmeni menfaat karşılığı ve yasa dışı yollarla Kuşadası'ndan jet-ski ile sınırdan geçirdikten sonra, Yunanistan'da yakalanıp bu ülkede yargılanarak ceza aldığı olayda, göçmen kaçakçılığı suçunun seçimlik hareketlerinden biri olan yurt dışına göçmen çıkarma fiilinin, Yunanistan adaleti tarafından yurda kaçak göçmen sokmak şeklinde nitelendirilerek sanığın cezalandırılmasının, fiilin her iki ülke yönünden suç olarak kabulü sebebiyle Türkiye'de işlenen göçmen kaçakçılığı suçuna*

Göçmen kaçakçılığı suçuna ilişkin yapılan kovuşturmada, el koyma (CMK m.128) iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması (CMK m.135), teknik araçlarla izleme (CMK m.140) ve suçun örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesi durumunda gizli soruşturmacı görevlendirilmesi (CMK m.139) gibi tedbirlere başvurulabilir.

690 Sayılı KHK'nın⁵⁹⁵ 6. maddesi ile YUKK'ya "Göçmen kaçakçılığı suçunda kullanılan araca elkoyma" başlıklı ek madde eklenmiştir. Bu maddenin 1. fıkrasına göre, göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesinde kullanılan araçlara, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 128. maddesinin 4. fıkrası⁵⁹⁶ hükmüne göre elkonulur. Maddenin 2. Ve 3. fıkralarında ise, "(2) Birinci fıkraya göre elkonulan aracın;

a) Soruşturma ve kovuşturma devam ederken aynı suçun işlenmesinde tekrar kullanılması,

b) Türkiye'de sicile kayıtlı olmaması,

c) Toplam yolcu sayısına göre önemli sayıda göçmen taşınırken ele geçirilmesi,

ç) Suçun işlenmesini kolaylaştıracak özel tertibatının bulunması,

hallerinden birinin varlığı durumunda, elkonulan araç sahibine iade edilmez. Bu durumda sahibinin, aracın değeri kadar teminatı elkoyma tarihinden itibaren otuz gün içinde Maliye Bakanlığına teslim etmesi halinde, araç sahibine iade edilir. Aksi takdirde, Maliye Bakanlığı tarafından soruşturma ve kovuşturma sonucu beklenmeksizin derhal tasfiye olunur. Tasfiyenin satış suretiyle gerçekleşmesi halinde, satıştan elde edilen gelirden aracın muhafaza edilmesi ve satışı için gerekli olan bütün masraflar karşılandıktan sonra kalan miktar, kovuşturma sonucuna göre işlem yapılmak üzere emanet hesabına alınır.

dair yargılamaya engel teşkil etmeyeceği ve mülklik ilkesi gereğince sanığın bu suçtan cezalandırılarak, koruma, faile göre şahsile evrensellik ilkeleri yönünden mükerrer infazın önlenmesi, adalet ve hakkaniyet esasları gözetilerek 5237 Sayılı T.C.K'nın 16. maddesine göre, yurt dışında gözaltında, tutukluluk veya hükümlülükte geçirdiği süreler saptanarak bu cezasından mahsubunun gerektiği gözetilmeden, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 14/7. maddesine yanlış anlam yüklenerek davanın reddine karar verilmesi..." Yargıtay 18. CD. E.2015/128 K.2015/31 T.31.3.2015, www.kazanci.com.tr (11.04.2018)

⁵⁹⁵ 29.04. 2017 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁵⁹⁶ CMK m. 128/4: "Kara, deniz ve hava ulaşım araçları hakkında verilen elkoyma kararı, bu araçların kayıtlı bulunduğu sicile şerh verilmek suretiyle icra olunur."

(3) İkinci fıkra hükmünün uygulanmasındaki değerden, kara araçlarında kasko değeri; deniz araçlarında tekne ve makine sigortasına esas teşkil eden değer; sigortasız araçlar ile hava ve demiryolu araçlarında ise piyasa değeri anlaşılır.” şeklindeki düzenlemelere yer verilerek göçmen kaçakçılığı suçuna ilişkin özel bir el koyma usulü benimsenmiştir.

Göçmen kaçakçılığı suçundan dolayı kovuşturma yapan mahkeme, CMK m.248/7 uyarınca “kaçak” sanığın duruşmaya gelmesini sağlamak amacıyla, duruşmaya gelmesi halinde tutuklanmayacağına dair güvence belgesi verilebilir.

III. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

Göçmen kaçakçılığı suçu için kanunda cezanın üst sınırının 8 yıl hapis cezası olarak öngörülmüş olması nedeniyle Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun’un⁵⁹⁷ 10-12. maddeleri uyarınca, görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemesidir.

Göçmen kaçakçılığı suçu, haksız çıkar sağlamak amacıyla kurulan bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak veya 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun 4. maddesi kapsamında terör örgütü tarafından işlendiği takdirde, görevli mahkeme CMK m. 250 uyarınca özel yetkili ağır ceza mahkemesi olmaktadır.⁵⁹⁸ Ancak CMK’nın 250. maddesi 2/7/2012 tarihinde 6352 Sayılı Kanun ile mülga edildiğinden, artık özel yetkili mahkemelerin görevli olduğu bir durum söz konusu değildir.

Yetkili mahkeme ise, CMK m.12/1 gereği genel yetkili mahkeme olan suçun işlendiği yer mahkemesidir. Ancak, göçmen kaçakçılığı suçunun sınıraşan niteliği gereği CMK 13-15 maddelerinde yer alan özel yetki kurallarının uygulanması da söz konusu olabilecektir.⁵⁹⁹

CMK m.13’e göre, “(1) Suçun işlendiği yer belli değilse, şüpheli veya sanığın yakalandığı yer, yakalanmamışsa yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir. (2) Şüpheli veya

⁵⁹⁷ Kanun No:5235, Kabul Tarihi:26.09.2004, R.G. 07.10.2004, S.25606.

⁵⁹⁸ DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, 114, ŞEN, MALBELEĞİ, *Türk Ceza Kanunu’nda Uluslararası Suçlar*, s.159.

⁵⁹⁹ BAYRAKTAR, KURT, *Göçmen Kaçakçılığı*, s.157.

sanığın Türkiye'de yerleşim yeri yoksa Türkiye'de en son adresinin bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. (3) Mahkemenin bu suretle de belirlenmesi olanağı yoksa, ilk usul işleminin yapıldığı yer mahkemesi yetkilidir.”

Göçmen kaçakçılığı suçunda uygulanması gündeme gelebilecek bir başka düzenleme ise deniz, hava ve demiryolu taşıtlarında veya bu taşıtlarla işlenen suçlarda yetkinin düzenlendiği CMK m.15'te yer almaktadır. Bu maddenin birinci fıkrasına göre, *“Suç, Türk bayrağını taşıma yetkisine sahip olan bir gemide veya böyle bir taşıt Türkiye dışında iken işlenmişse, geminin ilk uğradığı Türk limanında veya bağlama limanında bulunan mahkeme yetkilidir.”* Maddenin ikinci fıkrasında ise, *“Türk bayrağını taşıma hakkına sahip olan hava taşıtları ile demiryolu taşıtları hakkında da yukarıdaki fıkra hükümlerinin uygulanacağı”* ifade edilmektedir. Üçüncü fıkrada ise, *“ülke içerisinde deniz, hava veya demiryolu taşıtlarında ya da bu taşıtlarla işlenen suçlarda, bunların ilk ulaştığı yer mahkemesinin de yetkili olduğu”* ifade edilmektedir. Bu madde hükmünün uygulanması özellikle deniz yolu ile işlenen göçmen kaçakçılığı suçunda söz konusu olabilir.

Göçmen kaçakçılığı suçu, suç işlemek için kurulmuş olan bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmiş ise, yetkili mahkemenin örgütün merkezi esas alınarak belirlenmesi gerekir.⁶⁰⁰

Göçmen kaçakçılığı suçu, yabancının ülkede kalmasına imkân sağlamak seçimlik hareketi bakımından mütemâdi suç niteliğine sahip olduğundan, bu seçimlik hareketle suçun işlenmesi durumunda yetkili mahkeme, CMK m. 12/2 gereği, temadinin kesildiği yer mahkemesi olacaktır. Suç teşebbüs aşamasında kalmış ise, yetkili mahkeme son icra hareketinin yapıldığı yer mahkemesidir.

⁶⁰⁰ YENİDÜNYA, ALŞAHİN, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK. m.79)”, s.47.

IV. YAPTIRIM

A. Genel Olarak

TCK m.79’da göçmen kaçakçılığı suçunun yaptırımını olarak üç yıldan sekiz yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para ceza cezası öngörülmüştür. Ayrıca suçun teşebbüs aşamasında kalması halinde tamamlanmış suç gibi cezaya hükmolunacaktır.

Görüldüğü gibi göçmen kaçakçılığı suçunda verilecek adli para cezasının üst sınırı on bin güne kadar artırılabilir. Adli para cezalarına ilişkin düzenlemenin yer aldığı TCK’nın 52. maddesinde ise, kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde adli para cezalarının alt sınırı 5 gün, üst sınırı ise 730 gün olarak öngörülmüştür.⁶⁰¹ Öncelikle belirtmek gerekir ki, göçmen kaçakçılığı suçunda bu şekilde yüksek miktarda adli para cezası (on bin güne kadar) öngörülmesi kanuna aykırı değildir. Çünkü madde metninde, kanunda aksine hüküm bulunan hallerde, 730 gün olarak öngörülmüş olan bu üst sınırın artırılabilirliği belirtilmektedir. Ancak, göçmen kaçakçılığı suçunda verilebilecek para cezası 5 gün-10 bin gün aralığında olacağı için, bu durumun suçta ve cezada kanunilik ilkesi bakımından sakıncalı olduğu ve uygulamada çok farklı cezalarla karşılaşılabilirliği ifade edilmektedir.⁶⁰² Ayrıca, gün biriminin belirlenmesinde TCK m.61/1 uyarınca, işlenen suçun ağırlığı (örneğin, suç konu göçmenlerin sayıca çok olması veya az olması) dikkate alınmalıdır.⁶⁰³

TCK m.79’un ikinci fıkrasında “suçun, mağdurların hayatı bakımından bir tehlike oluşturması veya onur kırıcı bir muameleye maruz bırakılarak işlenmesi halinde, verilecek cezaların yarısından üçte ikisine kadar artırılacağı” hükme bağlanmıştır.

TCK m.79/3’te ise, “suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, verilecek cezaların yarı oranında artırılması” öngörülmüştür. Yukarıda içtima başlığı altında ifade ettiğimiz üzere, böyle bir durumda ayrıca TCK m.220/de

⁶⁰¹ Madde 52/1- “Adli para cezası, beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yediyüzotuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir.”

⁶⁰² DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, 155.

⁶⁰³ YENİDÜNYA, ALŞAHİN, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK. m.79)”, s.48.

yer alan suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçundan da ceza verileceği unutulmamalıdır.

TCK m.79/4'te “*bu suçun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı*” ifade edilmektedir. Tüzel kişiler hakkında uygulanacak güvenlik tedbirleri ise TCK m. 60'da, “müsadere” ve “iznin iptali” olmak üzere iki çeşit olarak belirlenmiştir.⁶⁰⁴

B. Müsadere

Müsadere, genel bir tanımla, suçla bağlantılı olan eşyanın veya kazancın mülkiyetinin devlete geçmesi anlamına gelmektedir. Müsadere kurumu, 5237 sayılı TCK'da “Güvenlik Tedbirleri” bölümünde Eşya Müsaderesi (m.54) ve Kazanç Müsaderesi (m.55) olarak iki ayrı başlık altında düzenlenmiştir.⁶⁰⁵

Göçmen kaçakçılığı, dünyada en fazla kazanç getiren kaçakçılık türlerinden biridir. Gerçekten, göçmen kaçakçılığının dünya genelinde, uyuşturucu ve silah kaçakçılığının ardından kaçakçılık türleri arasında üçüncü sırada yer aldığı ve sermayesi insan olan bu faaliyetten çok fazla kazanç sağlandığı ifade edilmektedir.⁶⁰⁶ Ayrıca, göçmen kaçakçılığı, kaçakçılar için muazzam ölçüde kârlı bir iştir. Katı sınır kontrolleri, daha profesyonel suçluların ortaya çıkmasına, kaçakçılık organizasyonlarının gelişmesine neden olduğu gibi, aynı zamanda göçmen kaçakçılığında dönen para miktarının da artmasına yol açmaktadır. Örneğin, Çin'den ABD'ye göçmen kaçakçılığı için kişi başı 70 bin dolar ödenmektedir. Her yıl Çin'den ABD'ye yasadışı yollarla 1500 kişinin göç ettiği ve dünya çapındaki diğer yasadışı göç hareketleri düşünüldüğünde göçmen kaçakçılığının neden milyon-dolarlık bir iş olduğunu anlamak hiç de zor olmayacaktır.⁶⁰⁷ İşte göçmen kaçakçıların sağladığı

⁶⁰⁴ TCK Madde 60- “(1) Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet halinde, iznin iptaline karar verilir. (2) Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır. (3) Yukarıdaki fıkralar hükümlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hakim bu tedbirlere hükmetmeyebilir. (4) Bu madde hükümleri kanunun ayrıca belirttiği hallerde uygulanır.”

⁶⁰⁵ İÇEL, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.709.

⁶⁰⁶ KAHYA, SEVER, *Türkiye’de Göçmen Kaçakçıları*, s.235.

⁶⁰⁷ KOSER, Khalid, “Why Migrant Smuggling Pays”, *International Migration*, Vol. 46 (2) 2008, s.4.

oldukları bu büyük miktarlardaki haksız kazançların yanlarına kalmaması için devletler ceza kanunlarında, hapis ve adli para cezası gibi yaptırımlara ek olarak müsadere yaptırımı öngörmüştür. Örneğin, göçmen kaçakçılığı suçunu işlerken kullanılan veya bu suçun işlenmesine tahsis olunan bot, tekne, tır, kamyon vb. gibi ulaşım araçları ve kaçakçıların göçmenlerden elde etmiş oldukları maddi menfaatler bu kapsamda müsadere edilebilmektedir.

765 sayılı TCK'nın 201/a maddesi ikinci fıkrasında *“suçun işlenmesinde kullanılan taşıtlar ve bu fiil nedeniyle elde edilen maddi menfaatler müsadere edilir.”* şeklinde özel bir müsadere hükmü bulunmaktaydı. Ancak 5237 sayılı TCK'nın 79. maddesinde müsadereye ilişkin böyle özel bir hüküm yer almamaktadır. Bu nedenle, göçmen kaçakçılığı suçunda güvenlik tedbiri olarak TCK m. 54 (eşya müsaderesi) ve m. 55'te (kazanç müsaderesi) yer alan genel müsadere hükümleri uygulanacaktır. Göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesinde kullanılan araçlar eşya müsaderesi, suçtan elde edilen maddi menfaatler ise kazanç müsaderesi hükümlerine göre müsadere edilir.⁶⁰⁸

Palermo Sözleşmesi'nin 12. maddesinde; *“taraf devletlerin, iç hukuklarının elverdiği en geniş biçimde müsaderenin sağlanması için gerekli önlemleri almaları gerektiği”* belirtilmektedir. Sözleşmede ve ek protokolde müsadereye ilişkin özel bir düzenleme yapılması gerektiğine ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Dolayısıyla, 5237 TCK'da madde metninde müsadereye ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmeyerek, konunun ayrıntılı düzenlemelerin yer aldığı müsadereye ilişkin genel hükümler çerçevesinde çözülmesinde herhangi bir sakınca bulunmadığını belirtmek gerekir.

İlk olarak, TCK'nın 54. maddesinde “Eşya Müsaderesi” düzenlenmektedir. Bu hükme göre, *“iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesine karar verilir.”* Bu madde kapsamında suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyaların da müsadere edilebileceği ifade edilmektedir. Ancak bu durumda, söz konusu eşyanın kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlâk açısından tehlikeli olması gerekmektedir. 54. maddenin ikinci fıkrasında ise eşya

⁶⁰⁸ KESKİN, “Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti Suçları”, s. 92.

müsaderesinin bir çeşidi olan “Eş Değer Müsadere”ye ilişkin düzenleme yer almaktadır. Buna göre, “Birinci fıkra kapsamına giren eşyanın, ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsaderesinin başka bir surette imkânsız kılınması halinde; bu eşyanın değeri kadar para tutarının müsaderesine karar verilir.”

TCK m.55’te ise “Kazanç Müsaderesi” düzenlenmektedir. Bu maddenin birinci fıkrasına göre, “Suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsaderesine karar verilir. Bu fıkra hükmüne göre müsadere kararı verilebilmesi için maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi gerekir.” Dolayısıyla, bu hükme göre kazanç müsaderesi yapılabilmesi için elde edilen maddî menfaat, göçmen kaçakçılığı suçundan zarar görmüş olan göçmenlere iade edilememiş olmalıdır. Organize suç örgütleri, göçmen kaçakçılığı faaliyetlerini kazanç elde etmek amacıyla yapmakta ve bu iş için önemli bir sermaye kaynağına ihtiyaç duymaktadırlar. Bu suç örgütlerinin elde ettikleri bu kazançların müsadere edilmesi halinde, örgüt amacına ulaşamamış olacağı gibi, bir sonraki faaliyetleri için de sermayelerini kaybetmiş olacaktır. Bu nedenle, bu düzenlemenin özellikle örgütlü suçlarla mücadele açısından büyük bir öneme sahip olduğu ifade edilmektedir.⁶⁰⁹

55. maddenin ikinci fıkrasında ise “Kaim Değer Müsaderesi”, “Müsadere konusu eşya veya maddi menfaatlere elkonulamadığı veya bunların merciine teslim edilmediği hallerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsaderesine hükmedilir.” şeklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla, göçmen kaçakçıları, göçmenler üzerinden kazandıkları maddi menfaatleri ellerinden çıkarmaları halinde, (örneğin, lüks bir ev veya otomobil almaları halinde), bunların karşılığını oluşturan şeyler müsadere edilebilecektir.

Müsadere edilecek malın iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmaması, bir başka ifadeyle, müsadereye tabi olunacak eşyanın maliki konumundaki kişinin, eşyanın göçmen kaçakçılığı suçunda kullanılacağını bilmemesi veya bilebilecek durumda

⁶⁰⁹ DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, 165.

olmaması gerekmektedir.⁶¹⁰ Ayrıca, TCK m.54/3’de yer alan “*Suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında, müsadereesine hükmedilmeyebilir.*” düzenlemesi gereği orantılılık ilkesinin gözetilmiş olması gerekmektedir.⁶¹¹ Örneğin, değeri çok yüksek olan bir gemi ile iki göçmenin kaçırılması durumunda, kural olarak o gemi müsadere edilmemelidir. Çok sayıda göçmenin kaçırılması halinde ise kullanılan taşıtın değeri çok yüksek de olsa, müsadere kararı verilebilecektir. Ancak, her olay kendi içerisinde birtakım değişkenlikler gösterebileceğinden, her somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapmak daha doğru olacaktır. Dolayısıyla, birkaç göçmenin kaçırılmasında kullanılan değeri yüksek bir gemi hakkında, hakkaniyete aykırı olmayacaksa, müsadere kararı verilebilir.⁶¹² Yargıtay da “...*Sanığın, malen sorumlu şirkete ait araçta şoför olarak çalıştığı yönündeki savunması dikkate alındığında, malen sorumlu şirketin “iyiniyetli olmadığı” yönündeki kabule dayanak yapılan deliller karar yerinde tartışılmadan, TCK’nın 54/3. maddesindeki, “Suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu sebeple hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında, müsadereesine hükmedilmeyebilir.” biçimindeki düzenleme dikkate alınmadan ve malen sorumlunun iyiniyetli olmadığına kabulü halinde, suçun işlenmesinde kullanılan aracın, suç tarihi itibarıyla değeri ile suçtan elde edilecek maddi menfaat arasında TCK’nın 54/3. maddesinde belirtildiği şekilde, hakkaniyete aykırı bir sonucun gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirilmeden, yetersiz gerekçeyle hüküm kurulması...*” şeklindeki kararda müsadere kararı verilebilmesi için bu ilkelere (iyiniyet-orantılılık) uyulmuş olması gerektiğini vurgulamaktadır.⁶¹³

Son olarak belirtmek gerekir ki, TCK m.55/3’te yer alan düzenleme gereği, göçmen kaçakçılığı suçuna konu eşyayı sonradan bir başkası iktisap etmişse, müsadere kararı verilebilmesi için bu kişinin Türk Medenî Kanunu’ndaki iyiniyetin korunmasına ilişkin hükümlerden yararlanamıyor olması gerekmektedir.

⁶¹⁰ Ancak, üçüncü kişiye ait olan eşyanın müsadereesine karar verilebilmesi için bu kişinin mutlaka göçmen kaçakçılığına iştirak etmiş olması şart değildir. Zaten suça iştirak eden kişiyi, üçüncü kişi olarak nitelemek de yerinde değildir, DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, 164.

⁶¹¹ YENİDÜNYA, ALŞAHİN, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK. m.79)”, s.26.

⁶¹² EREL, “Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, s. 297.

⁶¹³ Yargıtay 18. CD. E.2015/33714 K.2017/1433 T.8.2.2017, www.kazanci.com (11.04.2018)

C. İznin İptali

Tüzel kişiler hakkında uygulanabilecek güvenlik tedbirlerinden biri de “İznin İptali”dir. İznin iptali güvenlik tedbirinin uygulanabilmesi için şu şartlar gereklidir:

- Kasıtlı bir suç işlenmiş olmalıdır.
- Bu suç, özel hukuk tüzel kişinin, organ veya temsilcisi tarafından veya bu kişilerin iştirakiyle işlenmiş olmalıdır.
- Suç, tüzel kişiye verilen faaliyet izninin sağladığı yetkinin kötüye kullanılması suretiyle gerçekleştirilmelidir. Yani işlenen suç ile verilen iznin kullanılması arasında illiyet bağı olmalıdır.
- Suçu işleyen ya da iştirak eden organ veya temsilci hakkında mahkûmiyet kararı verilmiş olmalıdır.
- İşlenen suç dolayısıyla tüzel kişi yararına bir menfaat elde edilmiş olmalıdır.
- Kanundaki ilgili suç tipinde, tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanacağına ilişkin açık hüküm bulunmalıdır.⁶¹⁴

Örneğin, bir denizcilik şirketi çalışanı, şirket yararına olarak şirkete ait gemilerle göçmen kaçakçılığı suçunu işlerse, bu şirket çalışanı TCK m.79’a göre göçmen kaçakçılığı suçunun faili olarak cezalandırılır. Bunun yanında, şirkete ait olan ve suçta kullanılan gemiler ve suçtan kaynaklanan gelir müsadere edilir ve denizcilik şirketi bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyet gösteriyorsa ve suç bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlenmişse bu izin de iptal edilir. Tekrar ifade etmek gerekir ki, iznin iptali güvenlik tedbirine başvurulabilmesi için, suçu işleyen veya suça iştirak eden kişinin şirket organı veya temsilcisi olması gerekmektedir.⁶¹⁵

⁶¹⁴ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.967.

⁶¹⁵ DOĞAN, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, 114.

V. ZAMANAŞIMI

Zamanaşımı, genel anlamda bir işin üzerinden belli bir zaman dilimi geçmesiyle o işin hükümsüz kalmasını ifade eder. Ceza hukuku bağlamında ise zamanaşımı, devletin cezalandırma hak ve yetkisini ortadan kaldıran bir sebeptir. Dava zamanaşımı ve ceza zamanaşımı olarak iki türü bulunmaktadır.⁶¹⁶

Dava zamanaşımı, suçun işlenmesinden itibaren işlemeye başlayan, kanunda öngörülmüş olan belirli sürelerin geçmesiyle, şüpheli hakkında kamu davası açılmayacağını, açılmışsa sanık hakkında kamu davasının devam ettirilemeyeceğini ifade eder.⁶¹⁷ Dava zamanaşımı süreleri TCK m. 66'da, cezanın ağırlığı sistemine göre düzenlenmiştir.⁶¹⁸ Göçmen kaçakçılığı suçunun yaptırımını olarak üç yıldan sekiz yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para ceza cezası öngörülmüştür. Dolayısıyla, göçmen kaçakçılığı suçu için öngörülen hapis cezası dikkate alındığında dava zamanaşımı 15 yıldır.

Ceza zamanaşımı, mahkûmiyet kararının kesinleşmesinden itibaren, kanunda öngörülen sürelerin cezanın infazına başlanılmadan geçirilmesi durumunda devletin cezaları infaz etme hak ve yetkisinin sona ermesidir.⁶¹⁹ Ceza zamanaşımı süreleri de TCK m. 68'de, dava zamanaşımı sürelerinde olduğu gibi cezanın ağırlığı sistemine göre düzenlenmiştir.⁶²⁰ Bu hükme göre, göçmen kaçakçılığı suçunda ceza zamanaşımı dava sonucunda verilecek cezanın miktarına göre değişkenlik gösterecektir. Faile verilecek cezanın, beş yıldan fazla hapis cezası olması halinde zamanaşımı yirmi yıl iken, verilecek cezanın beş yıl veya daha az süreli hapis ve adli para cezası olması durumunda ise zamanaşımı on yıl olacaktır.

⁶¹⁶ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.982.

⁶¹⁷ İÇEL, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.759.

⁶¹⁸ Madde 66- "(1) Kanunda başka türlü yazılmış olan haller dışında kamu davası; ... d) Beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda onbeş yıl ...geçmesiyle düşer..."

⁶¹⁹ İÇEL, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.769.

⁶²⁰ Madde 68- "(1) Bu maddede yazılı cezalar aşağıdaki sürelerin geçmesiyle infaz edilmez:

...d) Beş yıldan fazla hapis cezalarında yirmi yıl

e) Beş yıla kadar hapis ve adli para cezalarında on yıl..."

SONUÇ

Göçmen kaçakçılığı suçu açısından çözümlenmesi gereken ilk mesele “göçmen” ifadesi ile neyin kastedildiğidir. Yabancılar hukukuna göre kişinin göçmen olarak ifade edilebilmesi için “yerleşme amacıyla” hareket etmesi gerekir. Türk hukuku açısından ise İskân Kanunu 3. maddesine göre, göçmen olabilmek için Türkiye’ye yerleşmek amacıyla gelmiş olmanın yanında, Türk soyundan olmak ve Türk kültürüne bağlı olmak da gerekmektedir. Ancak, göçmen kaçakçılığı suçunda “göçmen” ifadesi bakımından, suça konu kişilerin yerleşme amacı taşıyıp taşımadığı veya Türk soyundan gelip gelmediğinin herhangi bir önemi yoktur. Dolayısıyla, göçmen kaçakçılığı suçu açısından “göçmen” kavramının, muhacir, mülteci, sığınmacı, vatansız, yabancı ve Türk vatandaşı kavramlarının tamamını kapsar şekilde kullanıldığı söylenebilir.

Göçmen kaçakçılığı suçunun cezalandırılmasının temeli doğrudan uluslararası hukuka dayanmadığından, bu suç, uluslararası hukuk doktrininde gerçek anlamda bir “uluslararası suç” olarak değerlendirilmemektedir. Ancak göçmen kaçakçılığı suçunun çoğu durumda sınıraşan bir özelliğe sahip olması ve suçun genellikle uluslararası organize suç örgütleri tarafından işlenmesi sebebiyle bu suçla mücadele edilebilmesi için uluslararası işbirliğine ihtiyaç duyulmaktadır. Ayrıca, göçmen kaçakçılığı yalnızca bu suçlarla muhatap olan kişilerin şahsi değerlerini değil, aynı zamanda uluslararası topluma ait değerleri de ihlâl etmektedir. Bu nedenle, suçun, TCK’da “uluslararası suçlar” başlığı altında düzenlenmesi yerinde olmuştur.

Göçmen kaçakçılığı suçu, “*birden çok hukuki menfaati koruyan/çok konulu*” bir suç tipidir. Bu suç ile korunmak istenen hukuki değerleri, ulusal ve uluslararası topluma ait değerler ve suça konu bireylere ait hukuki değerler olarak ikiye ayırmak mümkündür. Ulusal ve uluslararası topluma ait değerler; “kamu düzeni ve kamu güveni”, “ulusal ekonomi” ve “uluslararası toplum düzeni”dir. Suça konu bireylere ait hukuki değerler ise, “vücut bütünlüğü ve yaşama hakkı”, “insan onuru”, “mülkiyet hakkı” ve “kişi özgürlüğü”dür.

Göçmen kaçakçılığı suçu açısından en çok tartışmalı olan hususlardan birisi de, göçmenlerin bu suçun mağduru olup olmadığıdır. Göçmen kaçakçılığı suçunu düzenleyen 79. maddede ve bu maddenin gerekçesinde suçun mağdurunun göçmenler

olduğunu çağrıştıran ifadeler kullanılmışsa da, Yargıtay kararlarında da vurgulandığı üzere bu ifadeler, hukuksal anlamda bir mağduriyeti değil, sosyal anlamda mağduriyeti işaret etmektedir. Ayrıca, göçmenlerin rızasının fiili hukuka uygun hale getirmemesi, suçun uluslararası suçlar kısmında düzenlenmiş olması, suçun oluşumu bakımından göçmenlerin zarar görmüş veya zarar görme tehlikesi geçirmiş olması şartının aranmaması, hatta göçmenlerin bazı hallerde bu suçtan fayda görmesi vb. gibi nedenler göçmenlerin, bu suçun yasal mağduru olmadığı düşüncesini desteklemektedir. Göçmen kaçakçılığı suçunun asıl mağduru, bu suçtan büyük zararlar gören ilgili devletler ve uluslararası toplumdur. Kanun metnindeki, suçun mağdurunun göçmenler olduğunu çağrıştıran ifadelerin çıkarılması, bu konudaki görüş ayrılıklarına son vereceği gibi, yargılama sonucunda verilecek cezaların miktarı bakımından önemli etkileri olan zincirleme suç hükümlerinin uygulanması noktasındaki tereddütleri de ortadan kaldıracaktır.

Göçmenler, Protokol'ün 5. maddesinde de belirtildiği üzere bu suçun “konusunu” oluşturmaktadır. Buna göre, göçmenler suçun mağduru olmadığı için, birden fazla göçmenin söz konusu olduğu bir olayda, faile verilecek cezada zincirleme suç hükümleri çerçevesinde artırım yapılmamalıdır. Suça konu göçmenlerin sayıca çok olması, yargılama makamı tarafından TCK'nın 61. maddesi uyarınca alt sınırdan uzaklaşarak ceza verilmesini gerektiren bir durum olarak değerlendirilmelidir.

TCK m.79'da göçmen kaçakçılığı suçuna konu olabilecek kişiler, “Türk vatandaşı” ve “yabancı” olarak kategorize edilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, “yasadışı yollardan ülkeye sokmak” ve “yasadışı yollardan ülkede kalmasına imkân sağlamak” seçimlik hareketlerine yalnızca “yabancılar” konu olabilmektedir. “Türk vatandaşı” ise sadece “yasadışı yollardan ülkeden çıkmasına imkân sağlamak” seçimlik hareketinin konusunu teşkil edebilmektedir. Bu düzenleme, uluslararası hukukta ve anayasamızda kabul edilen “vatandaşın sınır dışı edilememesi ve yurda girme hakkından yoksun bırakılamaması” prensibinin gereğidir. Belirtmek gerekir ki, burada göçmen kaçakçılığını suçunu oluşturmayan hareketler, yalnızca “Türk vatandaşlarının” yasal olmayan yollardan Türkiye'ye sokulması veya Türkiye'de kalmasına imkân sağlanması olarak anlaşılabilmekte ve uygulamada bu yönde kararlar verildiği görülmektedir. Ancak, herhangi bir devletin vatandaşlığında olan bir kimsenin, kendi ülkesine yasadışı yollardan sokulması veya yasadışı yollarla ülkesinde

kalmasına imkân sağlanması da göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturmamaktadır. Yargıtay da, konuya ilişkin vermiş olduğu kararlarda bu düşüncüyü desteklemektedir. Dolayısıyla, TCK'daki bu düzenlemenin açığa kavuşturulması gerekmektedir. Madde metnindeki “Türk vatandaşı” ifadesi yerine “vatandaş” terimi kullanılarak sorunun çözülebilmesi mümkündür. Ya da “*Bir kimsenin yasadışı şekilde vatandaşlığında (uyruğunda) bulunduğu ülkeye sokulması veya bu ülkede kalmasına imkân sağlanması göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturmaz.*” şeklinde açık bir hüküm de öngörülebilir. Böylelikle, bu kavram sorunundan kaynaklanan teori ve uygulamadaki yanlış algının önüne geçilebilecektir.

Göçmen kaçakçılığı suçu, yalnızca “doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etme” özel kastı ile işlenebilir. Burada, maddi menfaatin mutlaka ekonomik bir değere sahip olması gerekmektedir. Dolayısıyla, failin, maddi menfaatler yerine insani ve vicdani duygularıyla, hatır veya yardım etme amacıyla hareket etmesi durumunda göçmen kaçakçılığı suçu oluşmaz. Failin asıl amacı, göçmenden cinsel yönden yararlanmak vb. gibi maddi menfaat elde etme dışında bir amaç ise yine göçmen kaçakçılığı suçunun varlığından bahsedilemez. Ayrıca, suçun oluşması için sağlanan maddi menfaatin haksız olması gerekmediği gibi, menfaatin bizzat failin kendisine sağlanmış olması da zorunlu değildir.

Göçmen kaçakçılığı suçunda aydınlatılması gereken önemli meselelerden biri de, bu suç neticesinde sıkça karşılaşılan ölüm ve yaralanma olaylarında nasıl bir değerlendirme yapıldığıdır. Yargıtay uygulamasında, yerinde olarak, faillerin göçmenleri kaçırmak için gerçekleştirdikleri tehlikeli fiillerin olası sonuçları öngörmelerine rağmen, öngördükleri sonucu kabullenerek, yani olursa olsun mantığıyla hareket etmeleri durumunda, meydana gelen ölüm veya yaralanma neticelerinden “olası kastla” sorumlu olacağı içtihat edilmektedir.

Göçmen kaçakçılığı suçunun bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi, cezayı ağırlaştıran nitelikli bir hal olarak öngörülmüştür. Ancak bu nitelikli halin uygulanabilmesi için bir örgütün varlığı ve bu örgütün faaliyeti çerçevesinde suçun işlenmiş olması tek başına yeterli olmamaktadır. Söz konusu nitelikli halden dolayı cezanın artırılabilmesi için fail hakkında TCK m. 220 uyarınca “suç işlemek amacıyla örgüt kurma” suçundan mahkûmiyet hükmünün bulunması veya işlenen göçmen

kaçakçılığı suçu ile birlikte, fail hakkında bu yönde bir dava açılarak mahkûmiyet kararı verilmesi gerekmektedir.

Göçmen kaçakçılığı suçu ile en çok karıştırılan suç, insan ticareti suçudur. Her iki suç tipinde suçun ortaya çıkış nedenleri, suçla korunan hukuksal yararlar, suçun işleniş şekilleri vb. bakımından ortak özellikler bulunmaktadır. Ancak göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçlarını birbirinden ayırmak için kullanılacak temel kriter, suça konu kişilerin rızalarına ve suçun mağduruna ilişkindir. İnsan ticareti suçunda, suça konu kişilerin rızaları tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından ya da kişilerin çaresizliklerinden yararlanmak suretiyle elde edilmektedir. Göçmen kaçakçılığı suçunda ise, göçmenler, kaçakçılarla bizzat irtibata geçerek, onlarla işbirliği yapmaktadır. Ayrıca, insan ticareti suçunun mağduru, suça konu olan kişiler iken, göçmen kaçakçılığı suçunun mağduru suça konu göçmenler değil, uluslararası toplum ve onu oluşturan devletlerdir.

Göçmen kaçakçılığı suçu, teşebbüs aşamasında kalmış olsa dahi, tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur. Dolayısıyla bu suç, bir teşebbüs (kalkışma) suçu olarak düzenlenmiştir. Göçmen kaçakçılığı suçunda, çoğu zaman kaçakçılar ve göçmenler icra hareketleri tamamlanmadan görevliler tarafından yakalanmakta veya ellerinde olmayan başka birtakım nedenlerde neticeyi gerçekleştirememektedir. Böyle durumlarda, suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilerek ceza indirimi yapılmaması ve suçla daha caydırıcı şekilde mücadele edilebilmesi amacıyla göçmen kaçakçılığı suçu teşebbüs suçu olarak öngörülmüştür.

Son olarak, göçmen kaçakçılığı suçu ile etkin bir biçimde mücadele edilebilmesi için yalnızca cezaların artırılması tek başına bir çözüm olarak düşünülmemelidir. Çünkü savaşlar, iç çatışmalar, işsizlik, yoksulluk, ekonomik ve siyasal istikrarsızlık vb. gibi göçmen kaçakçılığına neden olan faktörler ortadan kaldırılmadıkça yasadışı göç ve göçmen kaçakçılığı olgusu varlığını sürdürecektir. Ayrıca sınıraşan niteliğe sahip olan bu kaçakçılık türüyle mücadele etmekte olan devletlerin tek başlarına sergiledikleri çaba yalnızca ulusal ölçekli kalacağından yeterli olmayacaktır. Bu nedenle, ilgili devletlerin ve ulusal ve uluslararası kurumların koordineli bir biçimde ortak hareket etmesi gerekmektedir. Bu kapsamda, uluslararası işbirliğinin geliştirilmesi ve özellikle

kaynak ve hedef ülkeler arasında yapılan geri kabul anlaşmalarının yaygınlaştırılması gerekmektedir.





KAYNAKÇA

KİTAPLAR

ALACAKAPTAN, Uğur, *Suçun Unsurları*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1970.

ARTUK, M. Emin, **GÖKCEN**, Ahmet, **YENİDÜNYA**, A. Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Adalet Yay., 13. B., 2013.

ARTUK, M. Emin, **GÖKCEN**, Ahmet, **YENİDÜNYA**, A. Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Adalet Yay., 10. B., 2016.

AVCI, Mustafa, *Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Konya, Mimoza Yay., 2014.

AYBAY, Rona, **ÖZBEK**, Nimet, *Vatandaşlık Hukuku*, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., 4.B., 2015.

AYBAY, Rona, *Yabancılar Hukuku*, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., 3.B., 2010.

AYBAY, Rona, *Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi*, Türkiye Barolar Birliği Yay., Ankara, TBB İHAUM Dizisi:7, No:13, Aralık, 2006.

BAŞAK, Cengiz, *Mülteciler, Sığınmacılar ve Yasadışı Göçmenler*, Ankara, Sonsöz Gazetecilik Matbaacılık Reklamcılık, 2011.

BAYRAKTAR, Köksal, **KURT**, Gülşah, *Göçmen Kaçakçılığı*, (Özel Ceza Hukuku, C.1, Uluslararası Suçlar), İstanbul, On İki Levha Yay., 2016.

BİRTEK, Fatih, *Mevzuat İçin Geri, İnsan Onurunun Korunması Açısından İleri Bir Adım: Göçmen Kaçakçılığı Suçuna İlişkin Değişiklikler*, DEMİR, SEVER (Der.), *Örgütlü Suçlar ve Yeni Trendler*, Ankara, Polis Akademisi Yay., Terörizm ve Sınırşan Suçlar Serisi: 4, 2011.

BÜYÜKÇALIK, Merve Ece, *Mülteci Hukukunun Gelişimi ve Türkiye’de Mültecilerin Sosyal Hakları*, İstanbul, On İki Levha Yay., 1. B., 2015.

CASTLES, Stephen, **MILLER**, Mark J., *The Age of Migration: International Population Movements in the Modern World*, Palgrave Macmillan, Fifth Edition, 2014.

CENTEL, Nur, **ZAFER**, Hamide, **ÇAKMUT**, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul, Beta Yay., 8. B., Eylül 2014.

ÇELİKEL, Aysel, **GELGEL**, Günseli, *Yabancılar Hukuku*, İstanbul, Beta Yay., 13.B., 2007.

ÇİÇEKLİ, Bülent, **DEMİR**, Oğuzhan Ömer, *Türkiye Koridorunda Yasadışı Göçmenler*, Ankara, Karınca Yay., 2013.

ÇİÇEKLİ, Bülent, *Açıklamalı Göç ve İltica Hukuku Terimleri Sözlüğü*, Uluslararası Göç Örgütü (İOM) Yay., 2013.

DEMİRBAŞ, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yay., 11. B., 2016.

DOĞAN, Koray, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, Ankara, Seçkin Yay., 2. B., 2008.

DOĞAN, Vahit, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, Ankara, Seçkin Yay., 6. B., 2006.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, **ÖZEN**, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Tıpkı Basım, 4.B., Eylül 2011.

GALLAGHER, Anne T., **DAVID**, Fiona, *The International Law of Migrant Smuggling*, New York, Cambridge University Press, 2014.

GENÇ, Deniz, *Türkiye'nin Yabancı Hareketliliğine İlişkin Sınır Politikası*, SOYSÜREN, DANIŞ (Ed.), *Sınır ve Sınırdışı: Türkiye'de Yabancılar, Göç ve Devlete Disiplinlerarası Bakışlar*, Ankara, NotaBene Yay., 1.B., ss.41-66, 2014.

GUILD, Elspeth, *Security and Migration in the 21st Century*, Cambridge, Polity Press, 2009.

GÜLTAŞ, Veysel, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu ve Etkin Pişmanlık*, Ankara, Bilge Yay., 3. B., 2016.

HAKERİ, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Adalet Yay., 19. B., 2016.

İÇDUYGU, Ahmet, **BIEHL**, Kristen, *Türkiye'ye Yönelik Göçün Değişen Yönergesi*, İÇDUYGU, Ahmet (Der.), *Kentler ve Göç: Türkiye, İtalya, İspanya*, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., 1.B., Temmuz, 2012, s.15.

İÇEL, Kayıhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Beta Yay., Yenilenmiş B., 2016.

İPEK, Nedim, *İmparatorluktan Ulus Devlete Göçler*, Trabzon, Serander Yay., 1.B., 2006.

KAHYA, Yavuz, **SEVER**, Murat, *Türkiye'de Göçmen Kaçakçıları*, Ankara, Karınca Yay., 2013.

KEELEY, Brian, *International Migration: The human face of globalisation*, OECD Insight, 2009.

KOCA, Mahmut, **ÜZÜLMEZ**, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Adalet Yay., 3. B., 2016.

KOCA, Mahmut, **ÜZÜLMEZ**, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yay., 7. B., Eylül 2014.

KUNTER, Nurullah, *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1949.

KUNTER, Nurullah, *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi*, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1954.

MANAV, Hakkı, *Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010.

MARCONI, Giovanna, *İtalya, Göç Veren Bir Ülkeden Göç Alan Bir Ülkeye*, İÇDUYGU (Der.), *Kentler ve Göç: Türkiye, İtalya, İspanya*, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., 1.B., Temmuz, 2012, ss.115-165.

MASSARI, Monica, *At the Edge of Europe: The Phenomenon of Irregular Migration from Libya to Italy*, MASSEY, COLUCCELLO (Eds.), *Eurafrican Migration, Legal*,

Economic and Social Responses to Irregular Migration, Palgrave Macmillan, UK, 2015.

MCCLEAN, David, *Transnational Organised Crime: A Commentary the UN Convention and Its Protocols*, Oxford University Press, Oxford, 2007, s. 392.

NOMER, Ergin, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 18. B., 2010.

ODMAN, M. Tevfik, *Vatansızların Hukuki Durumu ve Türk Hukuku*, Adana, Çağ Üniversitesi Yay., 1.B., 2011.

ÖZBEK, Veli Özer, **DOĞAN**, Koray, **BACAKSIZ**, Pınar, **TEPE**, İlker, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yay., 10. B., 2016.

ÖZGENÇ, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yay., 12.B., 2016.

ÖZGENÇ, İzzet, *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, İstanbul, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yay., 1996.

PARK, Chris, *Dictionary of Environment and Conservation*, Oxford University Press, 1st Ed., 2007.

SOYASLAN, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Yetkin Yay., 4. B., 2012.

ŞEN, Ersan, **MALBELEĞİ**, Erkam, *Türk Ceza Kanunu'nda Uluslararası Suçlar*, Ankara, Seçkin Yay. 1. B., Ekim 2011.

ŞEN, Y. Furkan, *Dünya ve Türkiye Perspektifinden Göçmen Kaçakçılığı, İnsan Ticareti, Organ-Doku Ticareti*, Ankara, Art Ofset, 1. B., 2006.

TEKİNALP, Gülören, *Türk Yabancılar Hukuku*, İstanbul, Beta Yay., 7. B., 2002.

TEZCAN, Durmuş, **ERDEM**, Mustafa Ruhan, **ÖNOK**, Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara, Seçkin Yay., 14. B., 2017.

TOROSLU, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara, Savaş Yay., 10. B., Ekim 2007.

TOPUZKANAMIŞ EVRAN, Şafak, *Vatandaşlık Üstüne Bir Tez*, İstanbul, On İki Levha Yay., 1. B, 2013.

TRIANDAFYLLIDOU, Anna, **MAROUKİS**, Thanos, *Migrant Smuggling: Irregular Migration from Asia and Africa to Europe*, Palgrave Macmillan, 2012.

ÜNVER, Yener, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Seçkin Yay., 2003.

YALÇIN, Cemal, *Göç Sosyolojisi*, Ankara, Anı Yay., 2014.

YENİDÜNYA, A. Caner, *İnsan Ticareti Suçu (TCK m.80)*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007.

YILMAZ, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara, Yetkin Yay., 10.B, 2011.

YURTCAN, Erdener, *Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti*, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yay., 2016.

ZIEGLER, Katja S., *The Legal Framework of Trafficking and Smuggling in Germany: Victim Protection Emerging from Witness Protection?*, GUILD, Espelth and MINDERHOUD, Paul (Eds.), *Immigration and Criminal Law in the European Union The Legal Measures and Social Consequences of Criminal Law in Member States on Trafficking and Smuggling in Human Beings*’, Martinus Nijhoff Publishers, pp.69-112, 2006.

MAKALELER

ABEYRATNE, I.R. Ruwantissa, “Smuggling of Migrants by Air-Air Carrier Liability”, *AIR & Space Law*, Vol.15(4-5), 2000.

ADAMSON, Fiona B., “Crossing Borders: International Migration and National Security”, *International Security*, Vol. 31, No. 1, pp. 165-199, 2006.

ADRIADNO, Melda Kamil, “Indonesian Case on Illegal Migrant”, *Jurnal Hukum Internasional*, Vol.9(2), ss. 245-280, 2012.

AKINTÜRK, Esen, “Birleşmiş Milletlerin Göçmen İşçilere İlişkin Sözleşmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C.9, S.2, 2007.

AKSOY, Zeynep, “Uluslararası Göç ve Kültürlerarası İletişim”, *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, C.5, S.20, 2012.

ALJAHANI, Abdelnaser, “The Legal Definition of the Smuggling of Migrants in the Light of the Provisions of the Migrant Smuggling Protocol”, *The Journal of Criminal Law*, Vol. 79(2), pp. 122-137, 2015.

ALJAHANI, Abdelnaser “The Legal Features of Smuggling Organisations in Light of the Provisions of the Migrant Smuggling Protocol”, *The Journal of Criminal Law*, Vol. 79(3), pp. 170-180, 2015.

ANTONOPOULOS, Georgios A., **WINTERDYK**, John, “The Smuggling of Migrants in Greece”, *European Journal of Criminology*, Vol.3(4), pp. 439-461, 2006.

ARSLAN, Çetin, “Göçmen Kaçakçılığı Suçları”, *AÜHFD*, C.52, S.1, ss.113-145, 2003.

ARSLAN, Çetin, “İnsan Ticareti Suçu”, *AÜHFD*, C.53, S.4, ss.19-83, 2004.

ARTUÇ, Mustafa, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, S.16, s.53-68, 2007.

AYDIN, Devrim, “Uluslararası Ceza Hukukunun Gelişimi”, *AÜHFD*, C.51, S.4, 2002.

BATIR, Kerem, “Avrupa Birliği’nin Geri Kabul Anlaşmaları: Türkiye ile AB Arasında İmzalanan Geri Kabul Anlaşması Çerçevesinde Hukuki Bir Değerlendirme”, *Yönetim Bilimleri Dergisi*, C.15, S.30, ss.585-604, 2017.

BAYRAKTAR, Köksal, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, *Prof. Dr. Duygun Yarsuvat’a Armağan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.9, S.2, ss.57-73, 2012.

BOZDAĞ, Ahmet, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Hukuki Yardım Alma Hakkı”, *TBB Dergisi*, S.132, 2017.

BROLAN, Claire, “An Analysis of the Human Smuggling Trade and the Protocol Against the Smuggling of Migrants by the Land, Air and Sea (2000) from a Refugee Protection Perspective”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 14, No. 4, 2003.

BUZ, Sema, “Türkiye Sığınma Sisteminin Sosyal Boyutu”, *TBB Dergisi*, S.76, 2008.

CIOROBAL, Ervin, “Smuggling of Migrants Threat to National Security”, *Research and Science Today*, Vol. 13(1), pp. 54-67, 2017.

CORNELIUS, Wayne A “Death at the border: Efficacy and Unintended Consequences of US Immigration Control Policy”, New York: *Population and Development Review*, Vol.27, No.4, *Population Council*, 2001, p.668, pp. 661-685.

ÇAĞLAYAN, Savaş, “Göç Kuramları, Göç ve Göçmen İlişkisi”, *Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*. S.17, 2006.

ÇAKIR, Sabri, “Geleneksel Türk Kültüründe Göç ve Toplumsal Değişme”, *SDÜ Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S.24, 2011, s.129-144.

ÇAKMUT, Özlem, “Türk Ceza Yasasında Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK m.79)”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.9, S.2, Temmuz 2010, s.115-135.

ÇİÇEKLİ, Bülent, “Uluslararası Hukukta Yabancıların Hak ve Özgürlükleri”, *Uluslararası Hukuk ve Politika*, C.3, S.12, ss.1-14, 2007.

ÇİÇEKLİ, Bülent, “Yasadışı Göç, İnsan Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti İle Mücadele ve Türkiye”, *Polis Bilimleri Dergisi*, C.7, S.1, Ankara, 2005, s. 43-57.

DEĞİRMENCİ, Olgun, “Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda İnsan Ticareti Suçu”, *TBB Dergisi*, S.67, 2006.

DEMİR, Oğuzhan Ömer, **ERDAL**, Hakan, “Yasa Dışı Göç İle İlgili Kavramların Doğru Anlaşılmasında Sorunu ve Yazılı Basında Çıkan Haberler Üzerine Bir İnceleme”, *Polis Bilimleri Dergisi*, C.12, S.1, ss:29–54, 2012, s.40.

DENİZ, Taşkın, “Uluslararası Göç Sorunu Perspektifinde Türkiye”, *TSA*, YIL.18 S.1, Nisan 2014.

EREL, Kemalettin, “Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, *TBB Dergisi*, S.71, ss.264-299, 2007.

EVİK, Hakan Ali, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.9, S.3-4, s.125-179, 2005.

FAJNZYLBER, Pablo, **LEDERMAN**, Daniel, **LOAYZA**, Norman, “Crime and Victimization: An Economic Perspective”, *Economia*, 1(1), pp. 219-302, 2000.

FIGUEROA, Ana Magdalena, “Migration from Central America and Mexico to the US: Does the Movement of People Affect the Economies of the Sending Countries?”, *POLITIKON The IAPSS Academic Journal*, Vol.29, pp.38-54, March 2016.

GALLAGHER, Anne, “Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling A Preliminary Analysis”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 23, pp. 975-1004, 2001.

GALLAGHER, Anne, “Trafficking, Smuggling and Human Rights: Tricks and Treaties” www.fmreview.org/FMRpdfs/FMRI2/fmrl2.9.pdf (28.07.2017).

GUILD, Elspeth, “Does the EU Need a European Migration and Protection Agency?”, *International Journal of Refugee Law*, Vol.28, No.4, pp.585-600, 2016.

GÜDER, Mustafa, “Türkiye’deki Dış Göç Olgusuna Sosyoekonomik Bir Yaklaşım ve Avrupa Birliği ile Geri Kabul Anlaşması’nın Olası Etkileri”, *Sosyoekonomi*, Vol. 24(30), 2016, 129-137.

GÜLEÇ, Cansu, “Avrupa Birliği’nin Göç Politikaları ve Türkiye’ye Yansımaları”, *Tesam Akademi Dergisi*, 2(2), ss.81-100, Temmuz 2015.

HANSON, Gordon H., “The Economics and Policy of Illegal Immigration in the United States,” Washington, *Migration Policy Institute*, 2009.

HAKERİ, Hakan, “Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti Suçları”, *Kamu Hukuku Arşivi Dergisi*, 2004, s. 1-18

HAKERİ, Hakan, “İhmalî Suçlar”, *Ceza Hukuku Dergisi*, S.4, Ağustos 2007, ss.137-169.

HELTON, C. Arthur, **JACOBS** Elena, “Combating Human Smuggling by Enlisting the Victims”, *In Defense of the Alien*, Vol:23, pp.119-128, 2000.

HUGO, Graeme, “Environmental Concerns and International Migration”, *International Migration Review*, Vol.30, No.1, pp.105-131, 1996.

HUNTER, Lori M., “Migration and Environmental Hazards”, *Population and Environment*, Vol.26, No.4, pp. 273-302, 2005.

KAYA, Ahmet, “Türkiye-AB Üyelik Müzakerelerinde Yasadışı Göçün Önemi ve Yansımaları”, *Türk İdare Dergisi*, Y.79, S.455, 2007.

KESKİN, İbrahim, “Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti Suçları”, *Adalet Dergisi*, S.41, ss.69-105, 2011.

KINIK, Kerem, “Göç, Sürgün ve İltica”, *Hayat Sağlık Dergisi*, S.2, s.36-39, Temmuz 2010.

KILINÇARSLAN, Saniye, “Göçmen Kaçakçılığı Sırasında Meydana Gelen Ölüm Olayları”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.15, S. 1, ss. 853-866, 2016.

KOCA, Mahmut, “İnsan Yağması (Sömürüsü) Suçu (TCK m.201b)”, *AÜHFD*, C.52, S.2, ss.141–172, 2003.

KOCASAKAL, Ümit, “İnsan Ticareti Suçu (TCK 201/b)”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y.2, S.2, ss.39-80, 2003.

KOSER, Khalid, “Irregular Migration, State Security and Human Security”, A paper prepared for the Policy Analysis and Research Programme of the Global Commission on International Migration-GCIM, September 2005.

KOSER, Khalid, “Why Migrant Smuggling Pays”, *International Migration*, Vol. 46 (2) 2008.

MANDACI, Nazif, **ÖZERİM**, Gökay, “Uluslararası Göçlerin Bir Güvenlik Konusuna Dönüşümü: Avrupa’da Radikal Sağ Partiler ve Göçün Güvenlikleştirilmesi”, *Uluslararası İlişkiler*, C.10, S.39, ss.105-130, 2013.

OBOOKATA, Tom, “Smuggling of Human Beings from a Human Rights Perspective: Obligations of Non-State and State Actors under International Human Rights Law”, *International Journal of Refugee Law*, 17(2), Oxford University Press, pp.394-415, 2005.

ÖNOK, Murat, “5237 Sayılı TCK’ya Göre Uluslararası Suçlar”, *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, Yıl:2, S.5, ss.176-219, 2005.

PACURAR, Andi, “Smuggling, Detention and Expulsion of Irregular Migrants A Study on International Legal Norms, Standards and Practices”, *European Journal of Migration and Law*, No:5, pp.259–283, 2003.

PETERSEN, William, “A General Typology of Migration”, *American Sociological Review*, Vol: 23, No:3, 1958, pp. 256-266.

SAMUR, Hakan, “Avrupa Birliği’nde Göçe Yönelik Global Yaklaşım”, *Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi*, C.5, S.2, 2008.

SCHLOENHARDT, Andreas, **HICKSON**, Hadley, “Non-Criminalization of Smuggled Migrants: Rights, Obligations, and Australian Practice under Article 5 of the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea, and Air”, *International Journal of Refugee Law*, Vol.25 No.1, pp. 39-64, 2013.

SCHLOENHARDT, Andreas, **DALE**, Jessica E., “Twelve Years On: Revisiting the UN Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air”, *Journal of Public Law*, Vol.67, pp. 129-156, 2012.

SEVER, Hanifi, “Sosyal Öğrenme Teorileri Işığında Yasadışı Göç ve Etkileri”, *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S.32, C.1, 2012, s.51-66.

SUHRKE, Astri, “Environmental Degradation and Population Flows”, *Journal of International Affairs* Vol. 47, No. 2, pp. 473-496, 1994.

TOMESCU, Ina Raluca, “International Migration, Security and Implications”, *Research and Science Today*, No:2(6), 2013.

TURHAN, Faruk, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Uluslararası Suçlar”, <http://www.cezabb.adalet.gov.tr/makale/101.doc> (08.05.2017)

ÜMİT, Ceyda, “Mülteci Hukukuna Genel Bakış ve İltica-Sığınma Konularında Türkiye’de Uygulama”, *Adalet Dergisi*, S.8, 2001.

ÜNVER, Mustafa, **BAKIRTAŞ**, İbrahim. “Suçun Ekonomik Analizi: Genel Bir Değerlendirme”, *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S.20, Nisan 2008.

WARREN, Phillip Dane, “Forced Migration After Paris Cop21: Evaluating the Climate Change Displacement Coordination Facility”, *Columbia Law Review*, Vol.116, No.8, pp.2103-2144, 2016.

WILSON, Alis, “On the Margins of the Arab Spring”, *Social Analysis: The International Journal of Social and Cultural Practise*, Vol.57, No.2, pp.81-98, 2013.

YENİDÜNYA, Ahmet Caner, **ALŞAHİN**, Mehmet Emin, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK. m.79)”, *TBB Dergisi*, S.82, 2009.

YILMAZ, Abdurrahman, “Uluslararası Göç: Çeşitleri, Nedenleri ve Etkileri”, *International Periodical For the Languages, Literature and History of Turkish or Turkic*, Vol. 9(2), 2014.

TEZLER

AKGÜN, Erhan, *Yasadışı Göç Çerçevesinde Türkiye-Avrupa Birliği İlişkileri*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011.

BAYRAKLI, Cemile, *Dış Göçün Sosyo-Ekonomik Etkileri: Görece Göçmen Konutları’nda (İzmir) Yaşayan Bulgaristan Göçmenleri Örneği*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Adnan Menderes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Aydın, 2007.

EKER, Kemal, *Türkiye’de Yasadışı Göç Sorunu*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Atatürk İlkeleri ve İnkılap Tarihi Enstitüsü, İzmir, 2008.

İŞAŞIR, Emir, *Prevention of Illegal Migraiton*, (Master Thesis), Bilkent University Department of Political Science, Ankara, 2006.

KARANDAEVA, Ekaterina, *Irregular Migration: A Case Study of Italy*, (Master Thesis), International and European Relations Department of Management and Engineering, Spring, 2011, <http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:408967/FULLTEXT01.pdf> (15.12.2017)

KAYAALP, Mustafa, *Türk Hukukunda Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010.

SAYIN, Hüdai, *Uluslararası Hukuk ve Türk Hukuku Bakımından Göçmen Kaçakçılığı, İnsan Ticareti, Cinsel Sömürü Suçları ve Bunlarla Mücadelede Uluslararası İşbirliği*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010.

YENİGÜN, Bülent, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010.

DİĞER KAYNAKLAR

AKÇADAĞ, Emine, *Yasadışı Göç ve Türkiye*, Bilgesam Yay., Rapor No:42, 2012. <http://www.bilgesam.org/Images/Dokumanlar/0-96-2014032653yasadisigocveturkiye.pdf> (11.04.2017)

ALSCHER, Stefan, “Knocking at the Doors of ‘Fortress Europe’: Migration and Border Policy in Southern Spain and Eastern Poland”, The Center for Comparative Immigration Studies, Working Paper 126, 2005. <http://www.stefan-alscher.de/resources/wrkg126.pdf> (12.12.2017)

CIAPPI, Silvio, “Migrants in Italy: A Country Report”, 4. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali (Göç), İstanbul, 7-13 Kasım 2017.

CUQ, Emilie, **GLIMOIS**, Noémie, **SEGAL**, Chloé, “The fight against migrant smuggling: European criminal cooperation from a French perspective”, THEMIS Competition Semi Final A International Cooperation in Criminal Matters, <http://www.ejtn.eu/Documents/Team%20France%20semi%20final%20A.pdf> (10.12.2017)

CALLIA, Raffaele, **GIULIANI**, Marta, vd., *Practical responses to irregular migration: the Italian case*, Rome, European Migration Network, 2012, https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/networks/european_migration_network/_reports/docs/emn-studies/irregular-migration/it_20120105_practicalmeasuresoirregularmigration_en_version_final_en.pdf (18.10.2017).

ÇAKAR, Ayşen Seymen, “Hukuki Bir Kavram Olarak İnsan Onuru”, Umut Vakfı Araştırma Merkezi, 3. Hukukun Gençleri Sempozyumu, Antalya, 11-12 Ekim 2013.

ÇELEBİ, Füsun, **DURMAZ**, Atakan, “Orta Asya'da Göçün Emek Piyasası Üzerine Etkileri”, International Conference On Eurasian Economies, 2012.

DAMME, Yasmin van, “Issue Paper on Organised Crime Involvement in Trafficking in Persons and Smuggling of Migrants”, UNDOC, Vienna, 2010, https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/FINAL_REPORT_06052010_1.pdf (11.02.2018)

European Migration Network's Glossary on Migration and Asylum, European Commission Migration and Home Affairs, 2014, https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/networks/european_migration_network/docs/emn-glossary-en-version.pdf (12.08.2017)

Federation for American Immigration Reform, “The Law Against Hiring or Harboring Illegal Aliens”, FAIR, December 1999. <https://fairus.org/issue/illegal-immigration/law-against-hiring-or-harboring-illegal-aliens> (19.12.2017)

France & The Fight Against Trafficking In Human Beings, Global Economy and Development Strategies, https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/FR-TraiteEtresHumains__v_anglaise.pdf (28.11.2017)

Göç İdaresi Genel Müdürlüğü Stratejik Plan 2017-2021, TC. İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü Yay., Haziran 2017, http://www.goc.gov.tr/files/files/stratejik_plan_sitede_yay%C4%B1nlanan.pdf (10.12.2017)

HERMANIN, Costanza, “Immigraiton Policy in Italy: Problems and Perspectives”, *Law Working Paper*, Aralık 2017, <http://www.iai.it/sites/default/files/iaiw1735.pdf> (03.03.2018)

How Many İllegal Aliens Currently Live in the United States?, FAIR Fact Sheet, 2017, https://fairus.org/sites/default/files/201710/Factsheet_How_Many_Illegal_Aliens_Currently_Live_in_the_United_States.pdf (15.12.2017)

İÇDUYGU, Ahmet, **AKSEL**, Damla B., “Türkiye'de Düzensiz Göç”, Uluslararası Göç Örgütü Türkiye Yayını Ankara, 2012, http://www.turkey.iom.int/documents/IrregularMigration/irregular_migration_turkce.pdf (11.01.2018)

International Migration Law Glossary on Migration, International Organization for Migration (IOM), Geneva, Switzerland, 2004, http://www.iomvienna.at/sites/default/files/IML_1_EN.pdf (10.07.2017).

LONERGAN, Steve, “The Role of Environmental Degradation in Population Displacement”, of the GECHS Project, Research Report 1, 1998. <https://www.oceanfdn.org/sites/default/files/The%20Role%20of%20Environmental%20Degradation%20in%20Population%20Displacement.pdf> (14.12.2017)

Migrant Smuggling in the EU, *Europol Public Information (Report)*, February 2016, <https://www.europol.europa.eu/publications-documents/migrant-smuggling-in-eu> (20.05.2017)

ORTAYLI, İlber, “Genel Göç Olgusu”, Uluslararası Göç Sempozyumu Bildiriler, İstanbul, Zeytinburnu Belediyesi Yay, 1. B., 2006.

ÖZTAŞ, Cemal, **ZENGİN**, Eyüp, “Göç ve Azerbaycan”, Uluslararası Göç Sempozyumu Bildiriler, İstanbul, Zeytinburnu Belediyesi Yay., 1.B., 2006.

PASSEL, Jeffrey S., **COHN**, D’Vera, “A Portrait of Unauthorized Immigrants in the United States”, Pew Hispanic Center Project, 2009, s.1,

<http://www.pewhispanic.org/2009/04/14/a-portrait-of-unauthorized-immigrants-in-the-united-states/> (11.10.2017)

Plan of Action to Prevent Violent Extremism , *The United Nations Global Counter-Terrorism Strategy, Report of the Secretary-General*, New York, United Nations, 2015, <https://www.un.org/counterterrorism/ctitf/en/plan-action-prevent-violent-extremism> (03.11.2017)

ROBERTS, Bryan, **ALDEN**, Edward, **WHITLEY**, John, “Managing Illegal Immigration to the United States: How Effective is Enforcement?”, May 2013, http://knowyourvisa.com/pdf/managing_illegal_immigration_report.pdf (13.12.2017)

REÇBER, Sercan, “Hayatın Yok Yerindekiler: Mülteciler ve Sığınmacılar”, VI. Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu, Eskişehir, 2014.

SMITH, Anthony Oliver, “Disasters and Forced Migration in the 21st Century”, 11 June, 2006, <http://understandingkatrina.ssrc.org/Oliver-Smith/> (25.10.2017).

The American Legion, Policy On Illegal Migration, A Strategy to Adress Illegal Immigration In the United States, <https://www.legion.org/documents/legion/pdf/illegalimmigration.pdf> (18.12.2017)

Türkiye Göç Raporu (2016), TC. İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü Yay., Yayın No: 40, Nisan 2017. http://www.goc.gov.tr/files/files/2016_goc_raporu_.pdf (15.10.2017)

United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2016), International Migration Report 2015: Highlights http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/publications/migration_report/docs/MigrationReport2015_Highlights.pdf (11.09.2017)

World Migration Report 2018, <http://www.iom.int/wmr/world-migration-report-2018> (15.03.2018)

3RP Regional Refugee & Resilince Plan 2017-2018 In Response to the Syria Crisis, 2017 Progress Report, <http://www.3rpsyriacrisis.org/> (27.10.2017).