

Uluslararası Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Göçmen Kaçakçılığı Suçunda “Maddi Menfaat Elde Etme Amacı” Kavramı*

The Concept of “The Purpose of Obtaining Material Benefits” in the Crime of Migrant Smuggling from the Point of View of International Law and Turkish Law

Yusuf Yaşar** , Umut Güneş*** 

ÖZ

Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol, taraf olan her ülkeye göçmen kaçakçılığını suç haline getirme yükümlülüğünü getirmiştir.

Protokole göre göçmen kaçakçılığı ancak “*dolaylı ya doğrudan mali ya da diğer maddi menfaat elde etme amacıyla*” yapıldığında oluşmaktadır. Bu tanıma karşın bazı ülkeler göçmenlere maddi menfaat beklentisi olmadan yapılan yardımları dahi suç haline getirmişlerdir.

Çalışmamızın amacı Göçmen Kaçakçılığı Protokolünün göçmen kaçakçılığını nasıl tanımladığını açıklamak ve bazı Avrupa ülkeleri ile Türkiye’nin “*dolaylı ya doğrudan mali ya da diğer maddi menfaat elde etme amacı*”nı yasalarına nasıl yansıtıklarını incelemektir.

Anahtar Kelimeler: Göçmen Kaçakçılığı Suçu, Mali Ya da Diğer Maddi Menfaat Elde Etme Amacı, Yasadışı Göç, Düzensiz Göç

ABSTRACT

Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, obliges each state party to criminalize the smuggling of migrants.

According to the Protocol, migrant smuggling only occurs when it is carried out “in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit”. Despite this definition, some countries have made it a crime even to provide assistance to migrants without the expectation of financial benefits.

The aim of our study is to explain how the Migrant Smuggling Protocol defines the migrant smuggling and to examine how some European countries and Turkey reflect the “*purpose of obtaining indirectly or directly financial or other financial benefit*” into their laws.

Keywords: Crime of Migrant Smuggling, Purpose of Financial and Other Material Benefit, Illegal Migration, Irregular Migration

* Bu makale “Uluslararası Hukukta ve Türk Hukukunda Göçmen Kaçakçılığı Suçu” adlı doktora tezi çalışmasından üretilmiştir.

** Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı , ORCID: 0000-0001-9010-1371.

*** Doktora Öğrencisi Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı , ORCID: 0000-0003-1869-9617.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Yusuf Yaşar

E-posta/E-mail: yusuf.yasar@marmara.edu.tr , gunes.umut@yahoo.com

Geliş Tarihi/Received: 22.02.2022

Kabul Tarihi/Accepted: 12.05.2022

GİRİŞ

Hayatı tehlike altında olan ya da ciddi zarar görme tehlikesi altında bulunan bir kişiye yardım edilmesi insani bir eylemdir. Bir yabancıyı muhakkak ya da olası bir tehlikeden kurtarmak bir seçim olmanın ötesinde ahlaki bir ödevdir. Bu nedenle doğrudan ya da dolaylı olarak maddi menfaat elde etme amacı olmadan zor durumda kalmış bir göçmenin ülke sınırından geçmesine yardım edilmesi ya da ülkede kalmasına imkân sağlanması Türk Hukukuna göre suç değildir. Buna karşın bazı ülkelerde insani nedenlerle göçmenin sınırdan geçmesine ya da ülkede kalmasına yardım edilmesi de suç olarak düzenlenmiştir.

Gerçekten de bazı Avrupa ülkeleri, düzensiz göçle daha etkin mücadele etmek amacıyla, göçmen kaçakçılığına imkân sağlamayı düzenlerken insani nedenlerle göçmenlere yardım etmeyi bilinçli olarak kapsam dışında bırakmamışlardır. Bu düzenlemelerle insani saikle kaçak göçmenlere yemek temin edenler, araçlarına alanlar, kalacak yer temin edenler de fail olarak hedefe konulmuşlardır.

Bu durum sadece Avrupa ülkeleriyle sınırlı değildir. Avustralya hukukunda da Göçmen Kaçakçılığı Protokolüne aykırı olarak, göçmen kaçakçılığı suçunun oluşabilmesi için failin mali ya da diğer maddi menfaat temin etme amacıyla hareket etmesi suçun unsuru olarak düzenlenmemiştir. Bu nedenle bazı durumlarda göçmenin bizzat kendisi dahi fail olabilmektedir. Örneğin Sri Lanka vatandaşı olan ve Avustralya'ya sığınmak isteyen bir göçmen, Ağustos 2001 tarihinde Sri Lanka'dan Dulcot isimli tekneye binerek Avustralya'ya doğru diğer 71 göçmenle birlikte yola çıkmıştır. Yolculuğun yedinci gününde teknenin motoru arızalanmıştır. Sri Lanka vatandaşı olan göçmen tamirci olması nedeniyle teknenin motorunu tamir etmiş ve yolculuğa bu sayede devam edebilmişlerdir. Avustralya'da yakalanan, kendi hayatından ve diğer göçmenlerin hayatından endişe ettiği için motoru tamir ettiğini söyleyen ve olaydan önce gemi mürettebatıyla bir bağlantısı da tespit edilemeyen Sri Lankalı sığınmacıya göçmen kaçakçılığı suçunu kolaylaştırdığı gerekçesiyle 3,5 yıl hapis cezası verilmesine karar verilmiştir¹.

Bunun gibi örnekler, Protokolün amacına aykırı olarak, göçmen kaçakçılığı suçunun kapsamının bazı ülkeler tarafından kasıtlı olarak genişletilmiş olduğunu göstermektedir.

Çalışmamızda ilk önce Göçmen Kaçakçılığı Protokolü'nün göçmen kaçakçılığını düzenleme biçimi ele alınacak, bu düzenlemenin Avrupa Birliği tarafından nasıl düzenlendiği incelendikten sonra Almanya, İtalya, Fransa ve Yunanistan'ın *"dolaylı ya da doğrudan maddi ya da diğer menfaat temin etme amacı"*na ulusal yasalarında nasıl yer verdiği açıklanacak ve nihayetinde Türk Hukukunun bu kavramı nasıl ele aldığı hususu ayrıntılı olarak incelenecektir.

1 Andreas Schloenhardt and Hadley Hickson, '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' (2020) 25(1) International Journal of Refugee Law 39, 56.

I. ULUSLARARASI HUKUKTA DURUM

A. GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI PROTOKOLÜNÜN “MENFAAT ELDE ETME AMACI” KAVRAMINI ELE ALIŞ BIÇİMİ

Göçmen kaçakçılığının suç olarak düzenlenmesine vesile olan uluslararası belge Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol (Protokol)dür.

Daha önce bazı ülkelerde yasadışı göçe imkan sağlama suç olarak düzenlenmiş ise de göçmen kaçakçılığının kabul edilen yasal çerçevesi Protokol ile sağlanmıştır².

Protokolün 6. maddesinde “...doğrudan veya dolaylı olarak mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek için...” şeklinde manevi unsur belirlenmiştir³ ancak “mali veya diğer bir maddi menfaat” kavramı Protokolde tanımlanmamıştır⁴. Protokolde düzenlenen “menfaat” kavramı insani nedenlerle göçmenlere yardım edenleri kapsam dışında bırakmıştır⁵. Göçmen kaçakçılığının tanımını oluşturma çalışmaları sırasında en fazla çekişmeye neden olan husus tanıma “mali veya diğer bir maddi menfaat elde etme” amacının eklenmesi olmuştur. Tanımın ilk halinde bu unsur bulunmamaktayken bir kısım uluslararası organizasyonların lobicilik faaliyetleri sonucunda eklenmiştir. Bu hükmün getirilmesinde amaç ailevi ya da insani nedenlerle göçmen kaçakçılığını gerçekleştirenlerin Protokol kapsamı dışında bırakılmak istenilmesidir⁶.

Protokol tarafından göçmen kaçakçılığı suçu tanımlanırken, göçmen kaçakçıları, zor durumda olan savunmasız kişileri finansal olarak sömürmeye çalışan suçlular olarak nitelendirilmiş, göçmen kaçakçılığı ile organize suç arasındaki bağ faillerin mali ya da başka şekilde menfaat elde etme amacı olarak ön plana çıkarılmıştır⁷.

Göçmen Kaçakçılığı Protokolü temelde iki ihtiyaca cevap vermek üzere oluşturulmuştur. Bunlardan ilki devletlerin sınır güvenliğini tehdit eden organize kaçakçılık faaliyetlerinin önlenmesiyle ikincisi ise göçmenlerin hayatının ve sağlığının korunmasıdır⁸.

2 UNODC, *The Concept of “Financial or Other Material Benefit” in the Smuggling of Migrants Protocol Issue Paper*, (United Nations 2017) 1.

3 Natalia Ollus, ‘Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Air and Sea, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime: A Tool for Criminal Justice Personnel’ (2002) 122nd International Training Course, ‘The Effective Administration of Criminal Justice to Tackle Trafficking in Human Beings and Smuggling of Migrants 31, 35; Anne T. Gallagher, *The International Law of Human Trafficking* (Cambridge University Press 2010) 91.

4 UNODC (n 2) 9; Aynı yönde bkz. Abdelnaser Aljehani, ‘The Legal Definition of the Smuggling of Migrants in Light of the Provisions of the Migrant Smuggling Protocol’ (2015) 79(2) *The Journal of Criminal Law* 122,127.

5 Andreas Schloenhardt and Jessica E. Dale, ‘Twelve years on: revisiting the UN Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air’ (2012) 61(6) *Zeitschrift für öffentliches Recht* 129, 136.

6 Gallagher (n 4) 25-26.

7 Andreas Schloenhardt, ‘Migrant Smuggling And Organized Crime In Australia’ (The University of Queensland School of Law September 2011) < <https://law.uq.edu.au/files/6705/Schloenhardt-Migrant-Smuggling-and-Organised-Crime-in-Australia-Sep-2011.pdf>> accessed 01 February 2022.

8 Rachel Landry, ‘The ‘Humanitarian Smuggling’ of refugees Criminal Offence or Moral Obligation?’ (2016) Oxford

Göçmen Kaçakçılığı Protokolünün “*Suç haline getirme*” başlıklı 3. maddesinde suçun oluşabilmesi için “*financial and other material gain*” ifadesi kullanılarak failin mali ya da maddi başka bir menfaat sağlama amacıyla hareket etmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Göçmen Kaçakçılığı Protokolünün 3. maddesinde göçmen kaçakçılığı, dolaylı ya da doğrudan maddi ya da diğer menfaat elde etme amacıyla bir kişinin vatandaşı olmadığı ya da oturma hakkı bulunmadığı ülkeye yasaya aykırı olarak girişinin sağlanması olarak tarif edilmiştir.

Buradan hareketle içerisinde menfaat temin etme amacı bulunmayan yasadışı sınır geçişinin Protokole göre göçmen kaçakçılığı olarak kabul edilmesi mümkün değildir⁹.

B. AVRUPA BİRLİĞİNDE DURUM

Avrupa Birliği içerisinde kaçak göçmenlere yardım edilmesini düzenleyen ana metin “Kolaylaştırma Direktifi”dir¹⁰.

AB Konseyinin 2002 tarihli 2002/90/EC direktifi yasadışı göçe ortak bir yasal tanımlama yapmış, AB üyesi ülkelere vatandaş olmayanların girişini ve transit geçişi kasıtlı olarak yardım etmeyi ve AB içerisinde oturma hakkı olmayan kişilerin ikamet etmesine maddi menfaat amacıyla yardım etmeyi bu kapsamda değerlendirmiştir¹¹.

İlgili Direktifin 1. maddesinin a fıkrasında AB vatandaşı olmayan kişilerin AB üyesi ülkelere girişi ve transit geçişine o ülke yasalarına aykırı olarak imkan sağlayanların cezalandırılması gerektiğinden bahsedilmiş ancak imkan sağlayan kişilerin maddi menfaat temin etme saikiyle hareket etmeleri şart koşulmamıştır¹².

Direktifin 2. maddesinde, 1. maddenin a bendindeki eylemin insani amaçlarla gerçekleştirilmesinin cezalandırılıp cezalandırılmaması durumunu ise üye ülkelerin takdirine bırakmıştır¹³. Direktif’in bu düzenlemesi göçmen kaçakçılığını insani nedenlerle yapan kişilerin üye ülkelerin takdirinde olacak şekilde kapsam dışında bırakılmasına olanak sağlamaktadır¹⁴.

University Refugee Studies Centre, Working Papers Series No. 119 1, 7.

9 Landry (n 9) 8.

10 Jennifer Allsopp, ‘The European Facilitation Directive and the Criminalisation of Humanitarian Assistance to Irregular Migrants: Measuring the Impact on the Whole Community’ in Sergio Carrera and Elspeth Guild (eds), *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings Policy Dilemmas in the EU* (47-57), (Centre for European Policy Studies (CEPS) 2016) 48.

11 ibid 48.

12 UNODC (n 2) 11.

13 Mark Provera, ‘The Criminalisation of Irregular Migration in the European Union’ (2015) CEPS (Centre for European Policy Studies) Papers on Liberty and Security in Europe 1, 17.

14 Landry (n 9) 3; Aynı yönde bkz. Melina Duarte, ‘The Ethical Consequences of Criminalizing Solidarity in the EU’ (2020) 86(1) *Theoria* 28, 34.

Ülkeye kaçak göçmenlerin girişine imkân sağlanması AB üye ülkeleri tarafından suç olarak düzenlenmiş olmasına karşın sadece İngiltere ve Almanya, suçu düzenlerken maddi menfaat unsuruna yer vermişlerdir¹⁵.

Direktifin 1. fıkrasının b bendinde ise AB vatandaşı olmayan kişilerin AB içerisinde kalmasına o ülke yasalarına aykırı olarak imkan sağlayan kişilerin maddi menfaat saikiyle hareket etmeleri gerektiği düzenlenmiştir. Yani ev sahipleri tarafından düzensiz göçmenlere bu özelliklerini bilerek ev temin edilmiş olması durumunda maddi menfaat elde etme amacı aranmaktadır¹⁶.

AB Konseyinin 2002 tarihli 2002/90/EC direktifi¹⁷ göçmen kaçakçılığı ve insani yardımı aynı statüde değerlendirdiği gerekçesiyle eleştirilmekte¹⁸ ve Protokol ile AB uygulaması arasındaki farklılığın da kaynağı olarak gösterilmektedir¹⁹.

Gerçekten de Direktif, Göçmen Kaçakçılığı Protokolünün düzenlenmesini istediği şekilde “dolaylı ya da doğrudan maddi ya da diğer menfaat temin etme amacını” AB sınırları içerisine göçmenin girişinin sağlanması ya da transit hareket edilmesi açısından zorunlu olarak düzenlememiştir. Direktif, üye ülkeler açısından, göçmenlere menfaat amacı taşımayan insani yardımların da suç olarak düzenlenebilmesine zemin hazırlamıştır.

I. ALMAN HUKUKUNDA DURUM

Alman hukukunda göçmen kaçakçılığı, “Federal Almanya’da Bulunan Yabancıların İkametleri, Çalışmaları ve Uyumlarına İlişkin Kanun (Aufenthaltsgesetz)” ile düzenlenmiştir.

Alman hukukunda İkamet Kanununun 95. maddesindeki fiilleri gerçekleştiren kişilerin eylemleri göçe yardım olarak nitelendirilerek iştirak hükümleri kapsamında değerlendirilmektedir²⁰. Kişinin eyleminin nitelendirilmesi yapılan yardımın kapsamına, tekrarına ve birden fazla kişiyi kapsayıp kapsamamasına göre belirlenmektedir²¹. Örneğin herhangi bir kişinin Almanya’ya yasadışı olarak

15 Provera (n 14) 17.

16 ibid 13.

17 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32002L0090>> accessed 21 December 2021.

18 Michele Levoy and Sean Binder, ‘Sea Watch: Lack of EU action is criminalising solidarity’, *Euobserver* (Brussels/Cork 3 July 2019), <<https://euobserver.com/opinion/145334>> accessed 21 December 2021.

19 Jennifer Allsopp and Maria Giovanna Manieri, ‘The EU Anti-Smuggling Framework: Direct and Indirect Effects on the Provision of Humanitarian Assistance to Irregular Migrants’ in Sergio Carrera and Elspeth Guild (eds), *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings Policy Dilemmas in the EU* (Centre for European Policy Studies (CEPS) 2016) 83-84.

20 Gülşah Bostancı Bozbayındır, ‘Türk Ceza Kanunu’nda Göçmen Kaçakçılığı Suçu’, *Disiplinlerarası Göç ve Göç Politikaları Sempozyumu* (2015) 377, 396.

21 Katja S. Ziegler, ‘The Legal Framework of Trafficking and Smuggling in Germany: Victim Protection Emerging from Witness Protection?’ in Elspeth Guild and Paul Minderhoud (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) 81.

giriş yapması ya da Almanya'da ikamet etmesi konusunda göçmenin ikametini kolaylaştıran, kararını teşvik eden veya kuvvetlendiren kişilerin filleri göçe yardım olarak değerlendirilmektedir²².

İkamet Kanununun 96. maddesinde ülkeye kaçak göçmenin girmesine ya da ülkede kalmasına yardım etme karşılığında faile adli para cezası ya da 5 yıl hapis cezası öngörülmüştür. Alman hukukuna göre ülkeye yasadışı yollardan kaçak göçmenin girişinin sağlanması suçunun oluşumu açısından maddi menfaat unsuru bulunmaktadır²³. Ancak failin eylemini mükerrer olarak gerçekleştirmesi halinde ya da göçmen sayısının birden çok olduğu durumlarda maddi menfaat unsurunun suçun oluşumu için mutlaka bulunmasına gerek yoktur²⁴. Alman Mahkemeleri de eyleme konu göçmen sayısının birden fazla olması ve failin eylemi tekraren işlemiş olduğu hallerde “menfaat elde etme amacı”nın suçun oluşabilmesi için gerekli olmadığı görüşündedir²⁵.

Ülkede kalmaya imkân sağlama açısından ise, Alman Hukukunda, Direktif'e uygun olarak maddi menfaat temin amacı suçun unsuru olarak düzenlenmiştir²⁶. Ülkede kalmaya imkân sağlama eylemi açısından aynı zamanda Kanunun 95. maddesinin 1. fıkrasının 4. bendinde ise eylemin doktor, hemşire, ebe, avukat gibi meslek gruplarından birine mensup kişi tarafından gerçekleştirme halinde ise ceza verilmeyeceği düzenlenmiştir²⁷.

Bu düzenlemeye karşın 2018 yılında Sudanlı göçmenlerin kırsaldaki kilise binalarında uyumasına izin veren rahip Christian Hartung ve diğer dört meslektaşı hakkında Alman polisi tarafından soruşturma başlatılmış, 2019 yılında konutları aranmış, cep telefonlarına ve kilise tutanaklarına ise el konulmuştur²⁸.

2. İTALYAN HUKUKUNDA DURUM

İtalyan hukukunda göçmen kaçakçılığı 286 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 12. maddesiyle suç haline getirilmiştir.

12. maddenin 1. fıkrasına göre kaçak göçmenlerin İtalyan topraklarına girişinin teşvik edilmesi, yönlendirilmesi, organizasyonu, finansmanı veya bizzat gerçekleştirilmesi durumunda faile 1 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası ve 15.000 Euro ila 25.000 Euro adli para cezası öngörülmektedir.

22 Bozbayındır (n 21) 396.

23 Allsopp ve Manieri (n 20) 85.

24 Provera (n 14) 17; UNODC (n 2) 32.

25 BGH, 1999 NJW 2829. Karar için bkz. Ziegler, s. 84, dn. 101.

26 Provera (n 14) 18.

27 ibid 40-41.

28 Nandini Archer et al, 'Hundreds of Europeans 'Criminalised' for Helping Migrants – as Far Right Aims to Win Big in European Elections' (OpenDemocracy, 18 May 2019) <<https://www.opendemocracy.net/en/5050/hundreds-of-europeans-criminalised-for-helping-migrants-new-data-shows-as-far-right-aims-to-win-big-in-european-elections/>> accessed 24 December 2021.

Buradan anlaşılacağı üzere İtalyan hukukunda yasadışı göçmenin ülkeye girişine imkan sağlayan kişilerin maddi menfaat elde etme saikiyle hareket etmeleri suçun unsuru olarak aranmamaktadır²⁹.

Menfaat unsuru ise 12. maddenin 3. fıkrasında failin kar elde etme amacıyla hareket etmesi şeklinde ağırlatıcı neden olarak düzenlenmiş olup faile verilecek olan 1 yıldan 15 yıla kadar hapis cezası 1/3 oranında artırılacak ve 25.000 Euro da adli para cezasına hükmedilecektir. İtalyan Yargı kararlarında da failin maddi menfaat elde etme amacıyla hareket etmesi hali suçun unsuru olarak değil suçun nitelikli hali olarak kabul edilmektedir³⁰.

12. maddenin 5. fıkrası ise oturma izni olmayan bir yabancıya yasadışı kazanç sağlama amacıyla evini kiraya veren, barınak sağlayan, nakleden faile 6 aydan 3 yıla kadar hapis cezası verilmesini öngörmektedir.

Görüleceği üzere maddi menfaat temin etme amacı failin göçmenin ülkede kalmasına imkan sağlama hareketi açısından suçun unsuru olarak düzenlenmiştir³¹.

Bahsedilmesi gereken diğer bir husus ise 12. maddenin 2. fıkrasında ülke içerisinde hali hazırda bulunan ihtiyaç sahibi yabancılara insani saiklerle yardım edilmesinin cezasızlık sebebi olarak belirlenmiş olmasıdır³². Yani düzenleme acil durum halinde insani nedenlerle hareket eden kişilerin eylemlerini cezalandırmama yoluna gitmiştir³³.

Belirtmek gerekir ki İtalyan hukukundaki bu durum yabancıların ülkeye sokulmasını kapsamamaktadır. Örneğin, 2019 yılında Sea-Watch 3 gemisinin Alman kaptanı Carola Rackete, Akdeniz'de 53 göçmeni gemisine alarak kurtardıktan sonra yaklaşık 2 hafta boyunca kendisine herhangi bir limana yanaşma izni verilmemesi üzerine İtalyan karasularına izinsiz girerek Lampedusa limanına yanaşmıştır. Bunun üzerine Rackete İtalyan yetkililer tarafından gözaltına alınmıştır³⁴. 3 gün sonra Sicilya mahkemesi Rackete hakkında İtalyan savaş gemilerine direnme suçlamalarını düşürmüş ve serbest bırakmıştır ancak hakkındaki "yasa dışı göçe yardım etme" soruşturması ise devam etmektedir³⁵.

Kanaatimizce yukarıda zikredilen olayın benzerlerinin oluşmasını engellemek amacıyla İtalya mevzuatında değişikliğe gitmiştir. 5 Ağustos 2019 tarihinde İtalyan Parlamentosu tarafından

29 UNODC (n 2) 38; Provera (n 14) 17.

30 La Corte di Assise di Catania N. 12336/13 Reg. Gen. N.R. N. 9573/13 Reg. Gen. G.I.P. N. 13/13 Reg. Gen. C. Ass. 27/01/2015. Karar için bkz. <<https://sherloc.unodc.org/cld/en/st/home.html>> accessed 07 May 2022.

31 UNODC (n 2) 38.

32 Koray Doğan, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu* (2. Bası Seçkin 2008) 82.

33 Sergio Carrera, Jennifer Allsopp and Lina Vosyliūtė, 'Policing the Mobility Society: The Effects of EU Anti-Migrant Smuggling Policies on Humanitarianism' (2018) 4(3) *International Journal of Migration and Border Studies* 236, 242; Provera (n 14) 40-41.

34 <<https://www.aljazeera.com/news/2019/6/29/sea-watch-enters-lampedusa-captain-carola-rackete-arrested>> accessed 21 December 2021.

35 Övgü Pınar, 'Göçmenleri kurtaran gemi Sea Watch: İtalya'da ev hapsine alınan kaptan Carola Rackete serbest bırakıldı'(BBC, 3 Temmuz 2019) <<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-48849402>> Erişim Tarihi 21 Aralık 2021.

onaylanan yasal değişikliğe göre, göçmenleri kurtaran gemilerin İtalyan karasularını ihlal etmesi durumunda 1.000.000 Euro'ya kadar adli para cezasına hükmedilecek ve gemiye de otomatik olarak el koyulacaktır³⁶.

3. FRANSIZ HUKUKUNDA DURUM

Fransız hukukunda kaçak göçmenlerin yasadışı olarak ülkeye girişlerine ve ülkede kalmalarına yasadışı olarak yardım etme L.622 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin (Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile) 1. maddesiyle düzenlenmiştir. Kanuna göre faile eylemi karşılığında 30.000 Euro ve 5 yıl hapis cezası verilmektedir³⁷.

Fransız hukukunda düzensiz göçmenin ülkeye girişine imkân sağlayan kişilerin mutlaka maddi menfaat saikiyle hareket etmeleri suçun unsuru olarak düzenlenmemiştir³⁸. Bu nedenle örneğin Fransa'nın İtalya sınırında yaşayan ve çiftçilikle uğraşan Cédric Herrou, göçmenlerin Fransa sınırından geçmesine insani nedenlerle yardımcı olduğu gerekçesiyle 2017 yılında yargılanarak 3.000 Euro adli para cezasına çarptırılmıştır³⁹. Fransız Mahkemeleri göçmenin ülkeye yasadışı sokulması durumunda failin işi meslek haline getirmiş olmasının ya da maddi menfaat temin etme amacı taşımasının zorunlu olmadığını görüşmektedirler⁴⁰.

KHK'nın 4. maddesine göre eylemin aile bireyleri tarafından gerçekleştirilmesi, uluslararası kuruluşların yardım amaçlı faaliyetleri kapsamında işlenmesi, tıbbi yardım ya da insan hayatının ya da onurunun korunması amacıyla gerçekleştirilmesi durumunda kişi cezalandırılmayacaktır⁴¹. Ancak bu düzenlemeye karşın 72 yaşındaki Claire Marsol, 2015 yılında Fransa'nın Nice şehrinde Antibes şehrine giderken aracına 15 yaşında bir göçmen çocuğu ve bir kadını aldığı gerekçesiyle gözaltına alınmaktan kurtulamamıştır⁴².

Fransız Hukukunda yasadışı göçmenin ülkede kalmasına imkan sağlanması açısından ise suçun oluşumu için failin mutlaka maddi menfaat elde etmek amacı taşıması gerekmektedir⁴³. Evinde 7

36 <<https://reliefweb.int/report/italy/italy-now-formally-criminalizing-solidarity>> accessed 05 January 2022.

37 Provera (n 14) 40-41.

38 İbid 17.

39 Angelique Chrisafis, 'Farmer given suspended €3,000 fine for helping migrants enter France' (*The Guardian*, 10 February 2017) <<https://www.theguardian.com/world/2017/feb/10/cedric-herrou-farmer-given-suspended-3000-fine-for-helping-migrants-enter-france>> accessed 5 Ocak 2022.

40 Tribunal De Grande Instance De Lille N° 97/02175 17/12/1997. Karar için bkz. <<https://sherloc.unodc.org/cld/en/st/home.html>> accessed 07 May 2022.

41 Provera (n 14) 40-41.

42 Nandini Archer et al, 'Hundreds of Europeans 'Criminalised' for Helping Migrants – as Far Right Aims to Win Big in European Elections' (OpenDemocracy, 18 May 2019) <<https://www.opendemocracy.net/en/5050/hundreds-of-europeans-criminalised-for-helping-migrants-new-data-shows-as-far-right-aims-to-win-big-in-european-elections/>> accessed 24 December 2021.

43 Cour De Cassation – Chambre Criminelle Pourvoi N. 13-87185 – ECLI:FR:CCASS:2015:CR00597 04/03/2015. Karar için bkz. <<https://sherloc.unodc.org/cld/en/st/home.html>> accessed 07 May 2022.

düzensiz göçmen bulunan M.Y'nin cezalandırılmasına dair kararı Fransız Yargıtay'ı kişinin maddi menfaat temin ettiği hususunda delil bulunmadığı gerekçesiyle bozmuştur⁴⁴.

4. YUNAN HUKUKUNDA DURUM

Yunan hukukunda göçmen kaçaklığı 4251 sayılı Göç ve Sosyal Uyum Kanununun 29 ve 30. maddeleriyle düzenlenmiştir.

Göç ve Sosyal Uyum Kanununun 29 ve 30. maddelerinde “mali ya da diğer maddi menfaat” göçmen kaçaklığı suçunu oluşturan bir unsur olarak düzenlenmemiştir⁴⁵. Ancak 29. maddenin 5. fıkrasında kaçak göçmenlerin ülke sınırından içeri girmesine ya da ülkeden dışarı çıkmasına imkân sağlayan failin maddi menfaat sağlama amacıyla hareket etmesi durumu ağırlatıcı neden olarak düzenlenmiştir. Suçun temel şeklinde müeyyide 10 yıla kadar hapis ve 20.000 Euro adli para cezası olarak belirlenmişken maddi menfaat amacıyla hareket eden faile en az 10 yıl hapis ve 50.000 Euro adli para cezası öngörülmüştür.

Yine 29. maddenin 6. fıkrasında üçüncü ülke vatandaşlarının ülke içerisinde ikamet etmesine yardım eden ya da bu kişileri saklayarak polis soruşturmalarını engelleyen kişiler 1 yıla kadar hapis cezasının yanı sıra en az 5.000 Euro adli para cezasıyla cezalandırılmaktayken eylemin maddi menfaat temin etme amacıyla yapılmış olması durumunda ise ceza en az 2 yıl hapis cezası ve en az 10.000 Euro adli para cezası olarak belirlenmiştir.

30. madde ise failin gemi kaptanı, pilot ya da kara taşıtı sürücüsü olması durumunu düzenlemektedir. Bu maddede de failin menfaat temin etme amacıyla hareket etmesi durumu ağırlatıcı neden olarak düzenlenmiş ve ceza en az on yıl hapis ve 30.000 Euro ile 60.000 Euro adli para cezası olarak öngörülmüştür.

Yunan hukukunda menfaat kavramı sadece maddi menfaat olarak dar bir şekilde yorumlanmaktadır⁴⁶.

İlgili Kanunda yardım kuruluşları açısından herhangi bir istisna bulunmadığından göçmenlerin Yunanistan sınırına güvenle gelmelerine yardım eden kişiler de fail olarak sorumlu tutulabilmektedir. Örneğin, kendisi de bir mülteci olan profesyonel yüzücü Sara Mardini, 2015 yılında hasarlı bir mülteci teknesinin güvenli bir şekilde Midilli Adasına ulaşabilmesi için 3,5 saat boyunca kızkardeşiyle birlikte yüzererek rehberlik etmeleri sonucu ünlenmiştir. 2018 yılında ise Yunan yetkililer tarafından mültecilerin güvenli bir şekilde seyahat edebilmeleri amacı taşıyan ERCI isimli bir sivil toplum kuruluşuna üye olduğu gerekçesiyle Sarah Mardini gözaltına alınmış ve 106 gün tutuklu kaldıktan sonra 5.000 Euro kefalet karşılığında serbest kalmıştır⁴⁷. Yunan Yargı kararlarında da suçun oluşumu

44 Cour De Cassation – Chambre Criminelle Arrêt n° 597 – ECLI:FR:CCASS:2015:CR00597 04/03/2015. Karar için bkz. <<https://sherloc.unodc.org/cld/en/st/home.html>> accessed 07 May 2022.

45 UNODC (n 2) 35.

46 ibid 35.

47 Fahrinisa Campana, ‘Syrian refugee ‘hero swimmer’ Sara Mardini is out of prison. She plans to keep helping refugees’ (The World, 14 December 2018) <<https://theworld.org/stories/2018-12-14/syrian-refugee-hero-swimmer-sara-mardini>>

için failin maddi menfaat temin etme amacı taşımasının suçun oluşumu için elzem olmadığı ancak suçun nitelikli hali olarak değerlendirilebileceği belirtilmektedir⁴⁸.

II. TÜRK HUKUKUNDA DURUM

Türk Hukukunda ise ufak farklılıklar bulunsa da incelenen ülkelere nazaran Göçmen Kaçakçılığı Protokolüne daha uygun olarak yapılmış bir düzenleme bulunmaktadır.

Türk hukukunda göçmen kaçakçılığı suçu 5237 sayılı TCK'nın 79. maddesinde düzenlenmiştir. Suçun temel şeklinin karşılığı 3 yıldan 8 yıla kadar hapis ve bin günden on bin güne kadar adli para cezası olarak belirlenmiştir. Suçun göçmenlerin hayatı bakımından tehlike oluşturması ya da göçmenler onur kırıcı davranışlara tabi tutularak işlenmesi durumunda ceza yarısından üçte ikisine kadar artırılmaktadır. Suçun örgüt faaliyeti kapsamında ya da birden fazla müşterek fail tarafından işlenmesi halinde ceza yarısından bir katına kadar artırılmaktadır.

Türk hukuku açısından göçmen kaçakçılığı suçunun oluşabilmesi yani eylemin kanuni tipe uygun olabilmesi için *“doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla”* gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Göçmen kaçakçılığı suçu ancak bahsedilen özel kast ile işlenebilir⁴⁹. *“Doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat⁵⁰ elde etmek”* saiki suçun manevi unsurunun parçasıdır⁵¹. Buradan göçmen kaçakçılığının maddi kazanç sağlamak gayesiyle yapıldığı anlaşılmaktadır⁵². Örneğin yurtdışına

out-prison-she-plans-keep-helping> accessed 25 December 2021.

48 Areios Pagos 583/2019, Trapeza Nomikon Pliroforion DSA, 01/03/2019. Karar için bkz. <<https://sherloc.unodc.org/cld/en/st/home.html>> accessed 07 May 2022.

49 Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (16. Bası, Seçkin 2021) 81; Aynı yönde bkz. Ahmet Caner Yenidünya ve Mehmet Emin Alşahin, ‘Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK. m.79)’ (2009) 82 TBB Dergisi 1, 35; Zeynel T. Kangal, ‘Göçmen Kaçakçılığı Suçu’ (2019) 21(Özel) D.E.Ü.H.F.D., Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan 221, 251; Türk Hukukunda özel kast – genel kast ayrımının bulunmadığı, bazı suçlar açısından Kanun Koyucunun failin özel bir saikle hareket etmesini aradığı görüşü için bkz. İzzet Özgenc, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Bası, Seçkin 2020) 310 – 311.

50 Yargıtay 12 CD, E 2017/7105 K 2021/1715, 17.02.2021; *“...elde edilen defterlerdeki bilgilere göre yaklaşık 3.500.000,00 Avro'nun kaçak göçmenlerden alınıp kaçakçılara ödenmesine aracılık ettikleri, defter kayıtlarına göre ...nün 15/04/2014 tarihinde ölen ... ile sağ kurtulan mağdur Yazan Al Seyyid'in babaları, olayda ölen ...nin akrabası olan ...ten üçü için 5.550 Avro, olayda ölenler ...dan 2.550 ABD Doları, ...dan 1.850 Avro, ...dan 1.850 Avro, sağ kurtulan ...dan 1.850 Avro, ...den 1.850 Avro para kabul ettiği, bu paraların defter kayıtlarının yanında paranın ödeneceği kişi olarak Kerim isminin kayıtlı olduğu...”*

51 Yenidünya ve Alşahin (n 44) 35; Kangal (n 44) 251; Yargıtay 12 CD, E 2021/2356 K 2021/5660, 07.07.2021; *“Suçun manevi unsuru, failin ‘doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi bir yarar elde etmek maksadıyla’ işlenmesidir. Suçun oluşması için, bu maksadın varlığı gerekli ve yeterlidir; ancak menfaatin elde edilmiş olması gerekmez”*.

52 Yargıtay 18 CD, E 2018/3573 K 2019/15581, 06.11.2019; *“Sanığın, ‘havanın yağışlı olması ve yaşlı olması nedeniyle yol kenarında bekleyen kişiyi yardım amacıyla aracına aldığı’ yönündeki savunması, bu savunmasının aracına aldığı göçmen tarafından doğrulanması karşısında, göçmen kaçakçılığı suçunun manevi unsuru olan ‘failin doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi bir yarar elde etme’ saikinin somut olayda gerçekleştiğine ve sanığın göçmen kaçakçılığı suçunu işlediğine dair her türlü şüpheden uzak, kesin ve cezalandırmaya yeterli delillerin neler olduğu açıklanmadan”*.

giden bir nakliye kamyonunun şoförünün insani duygularla bir kişiyi ülke dışına çıkarması durumunda maddi menfaat elde etmek amacı olmadığından suç oluşmayacaktır⁵³.

Failin maddi menfaat elde etme amacı dışında bir göçmeni aracına alması bu suçu oluşturmaz⁵⁴. Failin manevi menfaat temin etmesi durumunda suç oluşmaz⁵⁵. Başka bir deyişle failin manevi tatmin amacıyla ya da acıma duygusuyla veyahut akrabalık ilişkileri nedeniyle göçmenleri ülkeye sokması, ülkede barındırması ya da ülkeden çıkarması göçmen kaçakçılığı suçuna vücut vermeyecektir⁵⁶.

Para, alacak hakkı, taşınır ya da taşınmaz malın bedelsiz ya da düşük bir bedelle devri, alacak hakkı maddi menfaat kapsamında değerlendirilebilir⁵⁷.

Suçun oluşabilmesi için menfaatin elde edilmiş olması zaruri olmadığı gibi⁵⁸ maddi menfaatin mutlaka fail tarafından elde edilmesi gerekli değildir, üçüncü kişinin maddi menfaat elde ettiği durumda da suç oluşmaktadır⁵⁹. Aynı zamanda menfaat göçmen tarafından sağlanabileceği gibi üçüncü bir kişi tarafından da temin edilebilir⁶⁰. Alman Hukukunda da kaçakçılık ücretinin göçmenin

53 Mehmet Saydam, 'Türk Ceza Hukukunda Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK m.79)' (Doktora Tezi, Erzincan Üniversitesi 2015) 129.

54 Yargıtay 18 CD, E 2017/1180 K 2019/2921, 13.02.2019; "Sanığın, "havanın yağışlı olması nedeniyle yol kenarında bekleyen kişiyi yardım amacıyla aracına aldığı" yönündeki savunması, bu savunmasının aracına aldığı Filistinli göçmen tarafından doğrulanması..."; Yargıtay 18 CD, E 2016/13652 K 2019/1604, 17.01.2019; "Sanığın aşamalarda alınan beyanlarında amacının maddi bir menfaat karşılığı olmaksızın Almanya'da evinde kaldığı...in ricası üzerine köylüsü olan...yi Almanya'ya götürerek orada bulunan nişanlısına teslim etmek olduğunu beyan etmiş olması karşısında, göçmen kaçakçılığı suçunun manevi unsuru olan "failin doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi bir yarar elde etme maksadının" somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde belirlenmesi"; Yargıtay 9 CD, E 2014/2101 K 2014/4908, 21.04.2014; "... sanığın, kayınbiraderi V. ve arkadaşının kardeşi olan M. isimli şahısları aracı ile yurt dışına götürmek isterken İpsala Gümrük Müdürlüğünde yapılan kontrolde yakalanması şeklindeki eyleminde 'sanığın doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde ettiğine veya bu maksatla atılı eylemi işlediğine' dair mahkumiyetine yeterli her türlü şüpheden uzak kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı gözetilmeden yüklenen suçtan beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi ..."karar için bkz. Kangal (n 44) 251, dn. 91.

55 Erdener Yurtcan, *Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti* (TBB 2016) 23.

56 Saydam (n 48) 135.

57 Doğan (n 31) 140.

58 Yenidünya ve Alşahin (n 44) 35; Doğan (n 31)140; Kemalettin Erel, 'Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı Suçu' (2007) 71 TBB 264, 281; Kangal (n 44) 253; Yargıtay CGK, E 2016/1174 K 2019/378, 07.05.2019. "Suçun oluşması için, bu maksadın varlığı gerekli ve yeterlidir; ancak menfaatin elde edilmiş olması gerekmez"; Yargıtay 18 CD, E 2017/5261 K 2019/13965, 08/10/2019; "Sanık aşamalarda üzerine atılı suçlamayı reddederek temizlik işine gittiğini belirtmiş ise de; temizlik dışı sanık...in kolluk aşamasındaki "arkadaşım olan...ya durumu anlattım ve savcılık aşamasındaki "daha sonra...a iş olduğumu söyledim ve kiraladığım... plakalı araçla... ile söz konusu malzemeleri... mevkiinde bıraktığımız sırada jandarma ekipleri bizi yakaladılar. Ben...tan henüz para almamıştım. Bu işi yapmam karşılığında 1.000 TL alacaktım. Bir kısmını da...ya verecektim." şeklindeki ifadeleri, sanığın temizlik işi için uygun kabul edilemeyecek bir saatte yakalanması, yakalananın mevkinin ormanlık alan olması ve sanığın yakalandığı yere yakın mesafede göçmenlerin ele geçirilmesi karşısında üzerine atılı göçmen kaçakçılığı suçundan mahkumiyeti yerine hayatın olağan akışına aykırı savunmasına itibar edilerek beraatine karar verilmesi".

59 Köksal Bayraktar, 'Göçmen Kaçakçılığı Suçu' (2012) 9(2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Duygun Yarsuvat'a Armağan, 57, 71; Ali Hakan Evik, 'Göçmen Kaçakçılığı Suçu' (2005) 9(3-4) 125, 167; Yargıtay CGK, E 2016/1174 K 2019/378, 07.05.2019; "Suçun tamamlanması için maddi menfaatin temin edilmesi gerekli değildir, anlaşmanın bulunması yeterlidir. Ayrıca maddi menfaatin bizzat faile yapılmış olması da zorunlu değildir, bir başkasına maddi menfaat temin edilmesi durumunda da bu suç oluşur".

60 Kangal (n 44) 253; Doğan (n 31) 141; Saydam (n 48) 135.

eşi tarafından ödenmesi durumunda kaçakçının maddi menfaati temin ettiği kabul edilmektedir⁶¹. Maddi menfaat sonradan faile ödenmek üzere üçüncü kişiye de teslim edilebilir⁶².

Her ne kadar madde metninde açıkça belirtilmemiş olsa da elde edilen maddi menfaatin haksız olması gerekmemektedir⁶³. Örneğin ülkede yasadışı olarak kaldığı kişilere otel odasını rayiç fiyattan kiralayan otel sahibi, elde ettiği maddi menfaat haklı olmasına karşın, temadi unsuru da gerçekleşmiş ise göçmen kaçakçılığı suçunu işlemiş olacaktır⁶⁴. Ticari taksi şoförünün de sınırı yasal olarak geçmeye hakkı olmayan kişileri bu niteliklerini bilerek sınırdan geçirdikten sonra yasal tarifeye uygun olarak ücret alması durumunda dahi göçmen kaçakçılığı suçunu işlediği kabul edilmelidir⁶⁵.

Maddi bir karşılık beklemeden göçmenlerin yardım etmek amacıyla ülkeye sokulması, ülkede barındırılması ya da ülkeden çıkarılması durumunda suç oluşmaz⁶⁶. Ancak madde metninde doğrudan doğruya maddi menfaat temin etme saiki arandığından, menfaatin haklı bir sebebe dayanıp dayanmamasının bir önemi bulunmamaktadır. Kaçak göçmenlere, bu durumu bilerek, evini kiralayan kişinin eylemi ülkede kalmaya imkân sağlama olarak nitelendirilmeli ve suçun olduğu kabul edilmelidir⁶⁷.

Suçun manevi unsurunu oluşturan maddi menfaat elde etme saiki ve göçmenlerin rızası göçmen kaçakçılığı suçunu başka amaçla ülkeye insanların sokulduğu suçlardan ayırmaktadır⁶⁸.

Protokole nazaran Türk hukukunda menfaat daha dar anlaşılmakta ve maddi menfaate indirgenmektedir. Bir başka anlatımla maddi menfaat parayla ölçülebilir olmalıdır⁶⁹. Eğer failin amacı mağdurdan cinsel olarak istifade etmek gibi maddi olmayan bir amaç ise göçmen kaçakçılığı

61 Ziegler (n 22) 84.

62 Yargıtay 12 CD, E 2017/7105 K 2021/1715, 17.02.2021;“.. alınan beyanlarına göre, yurt dışına kaçak olarak gidecek göçmenlerin kaçakçıya ödeyeceği paraları emanete alıp kaçak göçmenlere bir şifre verdiği, göçmenlerin yurt dışına çıkması yada şifre yazılı kağıdı getirmeleri halinde parayı kaçakçılara ödediği...”.

63 Evik (n 54) 167; Erel (n 53) 281; Kangal (n 44) 253; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (19. Bası, Seçkin 2021) 105; Ersan Şen ve Erkam Malbeleş, *Türk Ceza Kanunu'nda Uluslararası Suçlar* (Seçkin 2011) 120; Özbek,Doğan ve Bacaksız (n 44) 81.

64 Tezcan, Erdem ve Önok (n 58) 136.

65 Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 44) 82.

66 Hakan Hakeri, ‘Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti Suçları (TCK 201/a ve 201/b)’ (2004) 4(1) Khuka 1, 5; Yargıtay 4 CD, E 2020/17063 K 2020/21762, 25.12.2020; “Sanığın, köylüsü olan ...â yardım ettiği yönündeki savunması ile ...ın, Fransa’da yaşayan kuzeni ... â yurt dışına çıkışını sağlaması için para gönderdiği, sanığın da üvey oğlu için sahte pasaport temin ettiği, her iki pasaportu sanığın getirip kendilerine teslim ettiği ve sanığa bu iş için para vermediği 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 sanığın göçmen kaçakçılığı suçunu işlediğine dair her türlü şüpheden uzak, kesin ve cezalandırmaya yeterli delillerin neler olduğu açıklanmadan CMK’nın 23/1-b maddesine aykırı davranılması”.

67 Yenidünya ve Alşahin (n 44) 35.

68 Yenidünya ve Alşahin (n 44) 35-36; Yurtcan (n 50) 11; Jasmin Kalach, ‘Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti Suçları’ (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi 2020) 28; Yargıtay CGK, E 2016/1174 K 2019/378, 07.05.2019; “Bu unsur, suçun örneğin terör maksadıyla bazı kişileri ülkeye sokmak fiillerinden ayırmak olanağını vermektedir”.

69 Yurtcan (n 50) 15.

suçu oluşmayacaktır⁷⁰. Yargıtay da kişinin göçmenle cinsel olarak birlikte olmasını maddi menfaat olarak kabul etmemektedir⁷¹.

Schloenhardt ve Hickson'a göre ise Protokol'de bulunan “diğer maddi menfaat” tabirinden failin göçmendenden parasal olarak değil de cinsel olarak faydalanmasının anlaşılması gerekir⁷². Aljehani de Protokol'deki düzenlenmiş bulunan manevi unsurun olabildiğince geniş yorumlanması gerektiğini düşünmektedir⁷³. Ancak fail tarafından kaçak göçmenin para karşılığında cinsel ilişkiye aracılık ettiğini bilerek ev kiralanması durumunda Yargıtay göçmen kaçakçılığı suçunun oluşacağı görüşündedir⁷⁴. Alman hukukunda ise maddi menfaat geniş yorumlanmakta⁷⁵ cinsel tacizi kabullenme ya da cinsel ilişkiye girme gibi fiiller menfaat kapsamında değerlendirilmektedir⁷⁶.

Kişilerin ülke sınırından geçirilmeleri eylemi terör örgütüne eleman kazandırmak amacıyla yapılırsa göçmen kaçakçılığı suçu oluşmaz⁷⁷. Çünkü suçun maddi menfaat elde etmek amacıyla işlenmiş olması şartı aranmaktadır⁷⁸. Göçmen kaçakçılığı terör örgütünün finansmanı amacıyla⁷⁹ yapılırsa bu durumda göçmen kaçakçılığı suçu oluşur ancak 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun “Terör amacı ile işlenen suçlar” başlıklı 4. maddesinde göçmen kaçakçılığı suçu da sayıldığından suç terör suçu haline dönüşecek aynı Kanunun “Cezaların artırılması” başlıklı 5. maddesi uyarınca uyarınca faile TCK'nın 79. maddesi uyarınca verilecek cezalar 3713 sayılı Kanun uyarınca artırılarak verilecektir.

70 Faruk Turhan, ‘Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Uluslararası Suçlar’ <<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale.htm>> Erişim Tarihi 04 Mayıs 2020; Yenidünya ve Alşahin (n 44) 35; Erel (n 53) 281; Kangal (n 44) 251; Doğan (n 31) 140; Mustafa Artuç, ‘Göçmen Kaçakçılığı Suçu’ (2007) 2(16) Terazi Hukuk Dergisi 53,59; Saydam (n 48) 135; Tezcan, Erdem ve Önok (n 58) 105; Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 2. Cilt* (2. Bası, Adalet 2014) 2431; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökcan, Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (19. Bası, Adalet 2021) 88; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 44) 81.

71 Yargıtay 18 CD, E 2016/18827 K 2018/13223, 17.10.2018; “*Sanığın, kaçak göçmen ile birlikte yaşadığı, onu eş olarak gördüğü yönündeki savunmasının, kaçak göçmen tarafından da doğrulanması karşısında, göçmen kaçakçılığı suçunun manevi unsuru olan “filin doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi bir yarar elde etme maksadının” somut olayda gerçekleşmediği anlaşılmalı, “...sanığın kaçak yolla yurda giren göçmenle tanışıp, ona ev tutması, ihtiyaçlarını karşılaması ve bu süre zarfında onunla cinsel ilişkiye girmesi biçiminde gerçekleşen olayda, dolaylı olarak maddi menfaat elde ettiği...” yönündeki yerinde olmayan gerekçeyle mahkumiyet kararı verilmesi”*.”

72 Schloenhardt and Hickson (n 1) 54-55; Aynı yönde bkz. Bozbayındır (n 21) 392.

73 Aljehani (n 5) 127.

74 Yargıtay 8 CD, E 2010/7282 K 2010/709, 26.01.2010; “*Sanığın yasadışı yollardan ülkeye girmiş olan Lila Usein’in fuhuş teşvik ve fuhuş için aracılıktan elde ettiği gelirden yararlanmak amacıyla 3 yıla yakın bir süre evinde barındırmak suretiyle dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla bir yabancıнын ülkede kalmasına imkan sağladığı”*, Karar için bkz. Bülent Yenigün, ‘Göçmen Kaçakçılığı Suçu’ (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 2010) 62, dn. 134.

75 Ziegler (n 22) 84.

76 Bozbayındır (n 21) 393.

77 Tezcan, Erdem ve Önok (n 58) 105; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 44) 81; Yargıtay 16 CD E 2018/3143 K 2019/4108, 28.05.2019; “*Örgütün hiyerarşik yapısı içinde yer aldığı belirlenemeyen sanığın kullandığı araç ile öncülük ederek silahlı terör örgütü İŞİD/DEAŞ’a katılmak üzere gelen şahısları Gaziantep’e, oradan da terör örgütünün kontrolü altındaki Suriye topraklarının sınır komşusu olan Kilis Elbeyli ilçesine getirmek üzere öncülük ettiği esnada güvenlik güçlerince yakalanmış olduğu olayda, sanığın eyleminin süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk içermediğinin anlaşılması karşısında sübutu kabul edilen eyleminin silahlı terör örgütüne yardım etmeye teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması”*.”

78 Kangal (n 44) 252.

79 Meral Balcı ve Bilgin Birlikseven, ‘Göçmen Kaçakçılığının Terör Boyutu’ (2019) III. Uluslararası Stratejik ve Sosyal Araştırmalar Sempozyumu, 138, 138.

Failde maddi menfaat temin etme amacı değil de “zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tâbi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak” amacı bulunmaktaysa göçmen kaçakçılığından değil insan ticareti suçundan bahsetmek gerekmektedir⁸⁰.

III. SONUÇ

Göçmen Kaçakçılığı Protokolü, göçmen kaçakçılığını tanımlarken mutlaka “dolaylı ya da doğrudan maddi ya da diğer menfaat temin etme amacını”nın bulunması gerektiğini vurgulamıştır. Buna karşın Avrupa Birliği tarafından uygulanan Direktif’te bu zorunluluk ülkelere getirilmemiş ve menfaat temin etme amacını suçun unsuru olarak belirlemek ülkelerin takdirine bırakılmıştır.

Üye ülkelerden Almanya menfaat unsurunu göçmenin sınırı geçirilmesine yardım etme açısından suçun unsuru haline getirmiş ancak failin bu suçu mükerreren işlemiş olması ya da göçmen sayısının fazla olması durumunda suçun oluşması için menfaat unsuruna gerek görülmemiştir. İtalya ise suçun oluşumu için menfaat unsurunu kabul etmemiş ancak menfaat unsurunu suçun ağırlatıcı nedeni olarak kabul etmiştir. Buna karşın Fransa menfaat unsurunu suçun oluşumu için elzem olarak görmemiştir. Yunanistan ise suçun oluşumu için menfaat unsurunu gerekli görmemiş ancak bu unsur ağırlatıcı neden olarak sayılmıştır.

Ülkede kalmaya imkân sağlama açısından ise, Almanya, Direktif’e uygun olarak maddi menfaat temin amacını suçun unsuru olarak düzenlemiştir. Fransa herhangi bir farklı düzenleme yapmamış, İtalya ise insani nedenlerle ülke içerisindeki göçmene yardım edilmesini suç olarak düzenlememiştir. Yunanistan ise bu seçimlik hareket açısından menfaat temin amacını ağırlatıcı neden olarak düzenlemiştir.

Türkiye ise 2021 yılında 162.371 düzensiz göçmen yakalamış olmasına⁸¹ ve 3.7 milyon göçmenle dünyanın en fazla göçmen ağırlayan ülkesi⁸² olmasına rağmen göçmen kaçakçılığına ilişkin düzenlemelerde AB ülkelerine kıyasla Göçmen Kaçakçılığı Protokolünün amacına daha uygun düzenlemeler barındırmaktadır. Türk hukukunda göçmenin sınırdan içine girmesine ya da sınırdan dışarı çıkmasına imkan sağlayan kişinin doğrudan ya da dolaylı olarak maddi menfaat temin etme amacının bulunmaması durumunda suç oluşmamaktadır.

Maddi menfaat temin etme amacı unsurunun göçmen kaçakçılığı suçunun oluşumu açısından aranmaması durumu bir nevi “insanlar arasındaki dayanışmanın cezalandırılması” sonucuna yol açmaktadır⁸³. Hâlbuki bu tür davranışlar insan dayanışmasını ortaya koyan insani ve destekleyici hareketlerdir⁸⁴.

80 Şen ve Malbeği (n 58) 91.

81 <<https://www.goc.gov.tr/duzensiz-goc-istatistikler>> Erişim Tarihi 5 Ocak2022.

82 <<https://www.unhcr.org/refugee-statistics/>> accessed 5 January 2022.

83 Duarte (n 15) 30.

84 ibid 33.

Göçmenlere maddi menfaat beklentisi olmadan yardım eden insanları da göçmen kaçakçısı olarak nitelendiren yasaların Göçmen Kaçakçılığı Protokolünün amacına uygun şekilde yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR VE MAKALELER

- Aljehani A, 'The Legal Definition of the Smuggling of Migrants in Light of the Provisions of the Migrant Smuggling Protocol' (2015) 79(2) The Journal of Criminal Law 122-137.
- Allsopp J, 'The European Facilitation Directive and the Criminalisation of Humanitarian Assistance to Irregular Migrants: Measuring the Impact on the Whole Community', in Sergio Carrera and Elspeth Guild (eds), *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings Policy Dilemmas in the EU*, (Centre for European Policy Studies (CEPS) 2016) 47-57.
- Allsopp J and Manieri M G, 'The EU Anti-Smuggling Framework: Direct and Indirect Effects on the Provision of Humanitarian Assistance to Irregular Migrants', in Sergio Carrera and Elspeth Guild (eds), *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings Policy Dilemmas in the EU*, (Centre for European Policy Studies (CEPS) 2016) 81-93.
- Artuç M, 'Göçmen Kaçakçılığı, Suçu' (2007) 2(16) Terazı Hukuk Dergisi 53-68.
- Artuk, ME, Gökçen A, Alşahin ME ve Çakır K, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (19. Bası, Adalet 2021).
- Bayraktar K, 'Göçmen Kaçakçılığı Suçu' (2012) 9(2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Duygun Yarsuvat'a Armağan) 57-73.
- Carrera S, Allsopp J and Vosyliūtė L, 'Policing the Mobility Society: The Effects of EU Anti-Migrant Smuggling Policies on Humanitarianism' (2018) 4(3) International Journal of Migration and Border Studies 236-276.
- Doğan K, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu* (Seçkin 2008).
- Duarte M, 'The Ethical Consequences of Criminalizing Solidarity in the EU', (2020) 86(1) Theoria 28-53.
- Erel K, 'Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı Suçu' (2007) 71 TBBD 264-299.
- Evik A H, 'Göçmen Kaçakçılığı Suçu' (2005) 9(3-4) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 125-179.
- Gallagher A T, *The International Law of Human Trafficking* (Cambridge University Press 2010).
- Hakeri H, 'Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti Suçları (TCK 201/a ve 201/b)' (2004) 4(1) Khuka 1-17.
- Kangal ZT, 'Göçmen Kaçakçılığı Suçu' (2019) 21 (Özel Sayı) DEÜHFD (Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan) 221-277.
- Özbek, V Ö, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (16. Bası, Seçkin 2021).
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Bası, Seçkin 2020).
- Schloenhardt A, *Migrant Smuggling: Illegal Migration and Organised Crime in Australia and the Pacific Region* (Martinus Nijhoff 2003).
- Schloenhardt A and Dale J E, 'Twelve years on: revisiting the UN Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air', *Zeitschrift für öffentliches Recht* (2012) 61(1) 129-156.
- Şen E ve Malbeleş E, *Türk Ceza Kanunu'nda Uluslararası Suçlar* (Seçkin 2011).
- Tezcan D, Erdem M R ve R. Önok R M, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (19. Bası, Seçkin 2021).
- Yaşar O, Gökcan H T ve Artuç M, *Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 2. Cilt* (2. Bası, Adalet 2014).
- Yenidünya A C ve Alşahin M E, 'Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK. m.79)', (2009) 82 TBBD 1-50.
- Yurtcan E, *Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti* (Türkiye Barolar Birliği 2016).

Ziegler K S, 'The Legal Framework of Trafficking and Smuggling in Germany: Victim Protection Emerging from Witness Protection?', in Elspeth Guild and Paul Minderhoud (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) 69-113.

DİĞER KAYNAKLAR

Archer Nandini et al, 'Hundreds of Europeans 'Criminalised' for Helping Migrants – as Far Right Aims to Win Big in European Elections', (OpenDemocracy, 18 May 2019) <<https://www.opendemocracy.net/en/5050/hundreds-of-europeans-criminalised-for-helping-migrants-new-data-shows-as-far-right-aims-to-win-big-in-european-elections/>> accessed 24 December 2021.

Balcı M ve Birlikseven B, 'Göçmen Kaçakçılığının Terör Boyutu', (2019) III. Uluslararası Stratejik ve Sosyal Araştırmalar Sempozyumu 138-150.

Bozbayındır GB, 'Türk Ceza Kanunu'nda Göçmen Kaçakçılığı Suçu'. Disiplinlerarası Göç ve Göç Politikaları Sempozyumu' (2015) 377-405.

Campana F, 'Syrian refugee 'hero swimmer' Sara Mardini is out of prison. She plans to keep helping refugees,' (The World, 14 December 2018) <<https://theworld.org/stories/2018-12-14/syrian-refugee-hero-swimmer-sara-mardini-out-prison-she-plans-keep-helping>> accessed 25 December 2021.

Chrisafis A, 'Farmer given suspended €3,000 fine for helping migrants enter France', (The Guardian, 10 February 2017) <<https://www.theguardian.com/world/2017/feb/10/cedric-herrou-farmer-given-suspended-3000-fine-for-helping-migrants-enter-france>> accessed 5 Ocak 2022.

Kalach J, 'Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti Suçları' (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi 2020).

Landry R, 'The 'Humanitarian Smuggling' of Refugees Criminal Offence or Moral Obligation?' (2016) Oxford University Refugee Studies Centre, Working Papers Series No. 119.

Levoy M and Binder S, 'Sea Watch: Lack of EU action is criminalising solidarity', *Euobserver* (Brussels/Cork 3 July 2019), <<https://euobserver.com/opinion/145334>> accessed 21 December 2021.

Ollus N, 'Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Air and Sea, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime: A Tool for Criminal Justice Personnel', (2002) 122nd International Training Course, "The Effective Administration of Criminal Justice to Tackle Trafficking in Human Beings and Smuggling of Migrants 31, 35; Anne T. Gallagher, *The International Law of Human Trafficking* (Cambridge University Press 2010) 31-43.

Pınar Ö, 'Göçmenleri kurtaran gemi Sea Watch: İtalya'da ev hapsine alınan kaptan Carola Rackete serbest bırakıldı', (BBC, 3 Temmuz 2019) <<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-48849402>> Erişim Tarihi 21 Aralık 2021.

Provera M, 'The Criminalisation of Irregular Migration in the European Union', (2015) CEPS (Centre for European Policy Studies) Papers on Liberty and Security in Europe.

Saydam M, 'Türk Ceza Hukukunda Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK m.79)' (Doktora Tezi, Erzincan Üniversitesi 2015).

Turhan F, 'Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Uluslararası Suçlar', <<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale.htm>> Erişim Tarihi 04 Mayıs 2020

UNODC, *The Concept of "Financial or Other Material Benefit" in the Smuggling of Migrants Protocol Issue Paper*, (United Nations 2017).

<<https://reliefweb.int/report/italy/italy-now-formally-criminalizing-solidarity>> accessed 05 January 2022.

<<https://www.goc.gov.tr/duzensiz-goc-istatistikler>> Erişim Tarihi 5 Ocak 2022. <<https://www.unhcr.org/refugee-statistics/>> accessed 5 January 2022.

< <https://sherloc.unodc.org/> > accessed 5 May 2022.