

GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇU (TCK m. 79)¹

THE CRIME OF MIGRANT SMUGGLING (TPC Art. 79)

Enver KAŞLI²

ÖZET

Dünya genelinde savaşlar, iç karışıklıklar, siyasi istikrarsızlıklar, ülkeler arasındaki refah seviyesi farklılıkları, salgın hastalıklar, iklim değişikliğinin yol açtığı kuraklık, sel felaketleri gibi doğal ve beşerî birçok nedenden dolayı son yıllarda göç hareketlerinin arttığı bilinmektedir. Sınır kontrollerinin ve bir ülkeye yasal giriş şartlarının artmasıyla birlikte yasal olarak gitmek istedikleri ülkelere giremeyen göçmenler, göçmen kaçakçıları aracılığıyla amaçlarına ulaşmaya çalışmaktadır. Ülkemiz göçmen kaçakçılığı suçu bakımından kaynak, transit ve hedef ülke olabildiğinden dolayı kamu düzeninin korunması için bu suçun faillerinin ağır bir şekilde cezalandırılması gerekir. Göçmen kaçakçılığı suçu Türk Ceza Kanunu m.79'da düzenlenmektedir. Bu çalışmada suçla korunan hukuki değer, suçun unsurları ve özel görünüş biçimleri incelenmektedir. Sonuç olarak bu suçla ilgili yapılacak kanun değişikliğiyle göçmen kaçakçılığı suçunda maddi çıkar elde etme amacı nitelikli hal olarak düzenlenmeli, suçun temel halinde özel kast aranmamalıdır. Faile verilecek cezanın kaçırılan göçmen sayısıyla orantısı da kanuna eklenmelidir.

Anahtar Kelimeler: göçmen kaçakçılığı, göç, yasadışı göç, göçmen kaçakçısı, suç örgütü.

1 Araştırma Makalesi
Makale gönderim tarihi: 21.10.2024
Makale kabul tarihi: 28.03.2025

2 Dr., Başkomiser, Ankara Emniyet Müdürlüğü
E-posta: kaslienver@gmail.com
ORCID: [0000-0001-7738-1233](https://orcid.org/0000-0001-7738-1233)

ABSTRACT

It is known that migration movements have increased in recent years due to many natural and human reasons such as wars, civil unrest, political instabilities, differences in welfare levels between countries, epidemics, droughts caused by climate change, and floods worldwide. With the increase in border controls and legal entry requirements to a country, migrants who cannot enter the countries they want to go to legally are trying to achieve their goals through migrant smugglers. Since our country can be a source, transit and target country for the crime of migrant smuggling, the perpetrators of this crime must be punished severely in order to protect public order. The crime of migrant smuggling is regulated in Article 79 of the Turkish Penal Code. This study examines the legal value protected by the crime and the elements of the crime. As a result, with the amendment to be made regarding this crime, the purpose of gaining material benefit in the crime of migrant smuggling should be regulated as a qualified case, and special intent should not be sought in the basic form of the crime. The proportion of the penalty to be given to the perpetrator to the number of migrants smuggled should also be added to the law.

Keywords: *migrant smuggling, migration, illegal migration, migrant smuggler, criminal organization.*

GİRİŞ

Göç,³ insanlık tarihi boyunca var olmuş sosyal bir olgudur. Geçmiş dönemlerde iletişim ve ulaşım imkanlarının sınırlılığından dolayı yakın mesafelere yapılan göçler, günümüzde teknolojinin ve iletişimin sağladığı yeni imkanlarıyla birlikte dünyanın tüm bölgelerine kolaylıkla gerçekleştirilebilmektedir. Özellikle son yıllarda ülkeler arasındaki refah seviyesi farklılıkları, savaşlar, iç karışıklıklar, siyasi istikrarsızlıklar, salgın hastalıklar, iklim değişikliğinin yol açtığı kuraklık, sel felaketleri gibi doğal ve beşerî birçok nedenden dolayı göç hareketlerinin coğrafi olarak avantajlı ekonomik olarak gelişmiş ülkeleri hedef aldığı bilinen bir gerçektir.

Göç hareketlerinin artması, göçmenlerin varmak istedikleri hedef ülkeleri ve güzergâh olarak kullandıkları transit ülke yönetimlerini; yasa dışı girişleri engellemek amacıyla göç faaliyetlerini yasal olarak düzenlemeye, bu düzenlemeleri ihlal edenlere idari cezalar vermeye, daha sıkı sınır kontrolleri yapmaya mecbur etmektedir. Bu düzenlemelerin ve sınır kontrollerinin artmasıyla birlikte yasal olarak gitmek istedikleri ülkelere giremeyen göçmenler, göçmen kaçakçıları aracılığıyla amaçlarına ulaşmaya çalışmaktadır. Göçmen kaçakçıları, gerek bireysel gerekse örgüt olarak maddi bir menfaat karşılığında kişileri gitmek istedikleri ülkeye ulaştırmayı taahhüt etmektedir. Bu sözler, her zaman beklendiği gibi sonuçlanmamaktadır, her yaş grubundan onlarca göçmen yaralanabilmekte veya ölebilmektedir. Başka bir ifadeyle göçmenler daha iyi bir hayat umuduyla ülkelerini ve kültürlerini terk etmeyi göze alsalar da bazen ölümle dahi sonuçlanabilecek tehlikeli bir maceraya atılmaktadırlar.

Türkiye, bulunduğu coğrafya itibarıyla Asya, Afrika ve Ortadoğu ülkeleri ile Avrupa ülkeleri arasında bulunmaktadır. Ülkemiz, gelişmemiş ülkelere gelen göçmenler için hedef ülke, gelişmiş ülkelere için kaynak ülke, komşu ülkelere yaşanan krizler, iç savaşlar ve siyasi istikrarsızlıklar nedeniyle Avrupa Birliği ülkelerine geçmek isteyen göçmenler için de transit ülke durumundadır.⁴ Bundan dolayı ülkemizde hem yasal hem yasa dışı göç bakımından yoğun bir hareketlilik olduğu bilinmekle beraber göçmen kaçakçılığının artma eğiliminde olduğu da ayrı bir gerçektir. Göç İdaresi Başkanlığı tarafından açıklanan verilere göre 2020 yılında 4.358 göçmen kaçakçılığı yapılmışken 2024 yılında 11.416 göçmen kaçakçılığı olmuştur.⁵ Gerek

3 Göç; insanların toplumsal, siyasi, ekonomik veya doğal şartlar gibi çeşitli nedenlerle geçici veya kalıcı olarak yer değiştirmesini ifade etmektedir. Göç, farklı ölçütlere göre sınıflandırılmaktadır. Gönüllülük durumuna göre göç; gönüllü göç, zorunlu göç olarak ayrılmaktadır. Mesafesine göre göç, iç göç ve dış göç olarak ayrılmaktadır. Hukuka uygunluk durumuna göre göç, yasal göç (düzenli göç) ve yasadışı göç (düzensiz göç) olarak ayrılmaktadır. Süresine göre göç, geçici göç ve kalıcı göç olarak ayrılmaktadır. Göç eden sayısına bağlı olarak bireysel göç ve kitlesel göç olarak ayrılmaktadır. Bkz. Türken Çağlar, "Göç Çalışmaları İçin Kavramsal Bir Çerçeve", *Toros Üniversitesi İİSBF Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 5, S. 8, 2018, s. 33-36.

4 Zeynel Kangel, "Göçmen Kaçakçılığı Suçu", *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C. 21, Özel Sayı, s. 222; Ali Hakan Evik, "Göçmen Kaçakçılığı Suçu", *AÜEHFD*, C. IX, S. 3-4, s. 127.

5 Göç İdaresi Başkanlığı tarafından hazırlanan sayısal verilere "<https://www.goc.gov.tr/duzensiz-goc-istatistikler>" linki üzerinden erişim sağlanmaktadır.

ülkemiz açısından gerekse diğer devletler açısından göçmen kaçakçılığı, sınırları aşan ve uluslararası boyutta etkiler yaratan bir suçtur. Göçmen kaçakçılığı sorunun çözümünde hem göçmenlerin haklarının korunmasını hem de sınır güvenliğinin sağlanmasını amaçlayan uluslararası iş birliği ve anlaşmalarının önemi büyüktür.

Göçmen kaçakçılığı yakın bir dönemde, uluslararası antlaşmalar yoluyla suç haline gelmiştir. Birleşmiş Milletlere üye devletler, “Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol”(Ek Protokol olarak kısaltılacaktır) imzalayarak göçmen kaçakçılığı tanımlamış,⁶ protokolü imzalayan ülkelerden bu fiilleri suç haline getirmesi istenmiştir.⁷ Türkiye’de göçmen kaçakçılığı suçuna yönelik ilk kanuni düzenleme, bu protokolün gerekliliklerini yerine getirmek amacıyla 03.08.2002 tarihinde 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu (bahse konu kanun “mülga TCK” olarak kısaltılacaktır) m.201/a’da yapılmıştır.⁸ Dolayısıyla Türk Hukukunda bu tarihe kadar göçmen kaçakçılığıyla mücadele konusunda doğrudan bir düzenleme mevcut değildi. Göçmen kaçakçılığı fiilleri, iki farklı kanun kapsamında cezalandırılmaktaydı. Eğer göçmen kaçakçılığı suçu, bir suç örgütü faaliyeti kapsamında işlenmişse mülga TCK m. 313’deki “cürüm işlemek için teşekkül oluşturmak” suçu kapsamında cezalandırılmıştır.⁹ Diğer durumlarda 5682 sayılı Pasaport Kanunu hükümleri uygulanmaktaydı.¹⁰ Göçmen kaçakçılığı suçu, mülga TCK’da “Hürriyet Aleyhine İşlenen Cürümler” başlıklı babında “İş ve Çalışma Hürriyeti Aleyhindeki Cürümler” faslında bulunmaktaydı. Daha sonra ise 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (bahse konu kanun “TCK” olarak kısaltılacaktır) m.79’da göçmen kaçakçılığı suçu, “Uluslararası Suçlar” başlığı altında daha ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır.

Göçmen kaçakçılığı suçuna “Uluslararası Suçlar” başlığı altında yer verilmesi, bu suçun ceza hukuku bağlamında uluslararası bir suç olup olmadığıyla ilgili olarak tartışılmaktadır.¹¹ Göçmen kaçakçılığı suçunda uluslararası düzeyde ihlaller gerçekleşse ve bu suçla uluslararası toplum mağdur edilse de bu suç, gerçek anlamda

6 Ek Protokol m. 3’e göre göçmen kaçakçılığı, “doğrudan ya da 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” anlamına gelmektedir.

7 Ek Protokol m. 6.

8 M. Emin Artuk vd., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 18. Baskı, Ankara 2019, s. 66.

9 Yargıtay 8. Ceza Dairesi E. 1998/757, K. 1998/3533, T. 12.03.1998 kararında “Sanıkların, Pasaport Yasasına aykırı olarak yurt dışına insan taşımak amacıyla süreklilik gösteren biçimde bir araya gelerek teşekkül oluşturdukları anlaşılması karşısında; eylemlerinin TCK.nun 313. maddesinde tanımı yapılan yasaların cürüm saydığı fiili işlemek için teşekkül meydana getirmek olarak kabulü ile haklarında mahkumiyet hükmü kurulması gerekirken ...” denilmektedir. Bkz. Kangal, “Göçmen Kaçakçılığı..., s. 223.

10 Artuk vd., *Ceza Hukuku...*, s. 67; Kangal, “Göçmen Kaçakçılığı..., s. 222-223; Hakkı Manav, *Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s.1.

11 Durmuş Tezcan vd., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 9. Baskı, Ankara, 2013, s.87.

bir “uluslararası suç”¹² olarak kabul edilmemektedir.¹³ Bununla birlikte göçmen kaçakçılığı suçu işlenirken birden fazla ülkeyi ilgilendiren ihlaller yaşanabildiği için suçun bu niteliğini ifade etmek için “uluslararası suç” yerine “sınıraşan suç” ifadesini kullanmak daha uygundur.¹⁴ Dolayısıyla göçmen kaçakçılığı suçu TCK’da “Uluslararası Suçlar” başlığı yerine Almanya’da, Fransa’da ve İsviçre’de olduğu gibi¹⁵ 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununda(YUKK olarak kısaltılacaktır) tanımlanmasının daha uygun olduğu değerlendirilmektedir.¹⁶

1.KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Suç, yasaklayıcı veya emredici bir normu ihlal ettiğinden dolayı suç oluşturan fiiller, bu normların korumayı hedeflediği hukuki değerleri ve menfaatleri ihlal etmektedir.¹⁷ Bir suçla hangi hukuki değer korunduğunun tespiti, suçla ilgili hükümlerinin doğru bir şekilde yorumlanmasında da büyük önem taşımaktadır.¹⁸ Göçmen kaçakçılığı suçu ile birçok hukuki değer korunduğu görülmektedir.¹⁹

Göçmen kaçakçılığı suçunda, göçmenler maddi menfaat karşılığında yasa dışı yollarla bir ülkeye sokulmakta, bu ülkede kalmaları sağlanmakta veya başka ülkelere götürülmektedir. Göç yolculuğu için suç örgütleriyle anlaşılan kişiler, bu süreçte çeşitli tehlike ve zararlarla açık hale gelmektedir. Göçmenlerin çaresizliğinden faydalanılarak hem malvarlıkları hem de maddi ve manevi bütünlükleri zarara uğratılmaktadır. Bu suç, göçmenlerin maddi veya manevi bütünlüklerine zarar verdiği gibi ülkelerin ekonomik ve sosyal yapılarında da ciddi sorunlara yol açarak kamu düzenini bozmaktadır.²⁰ Birden fazla devleti etkileyen göçmen kaçakçılığı suçu, özellikle yasadışı göçmenler ülkelerine iade edilirken de devletler arasında sorunlara yol açabilmektedir. Dolayısıyla göçmen kaçakçılığı suçuyla birden fazla hukuki değer korunduğundan dolayı suçla korunan hukuki değer karma bir nitelik taşımaktadır.²¹

12 Bkz. Devrim Aydın, “Uluslararası Ceza Hukukunun Gelişimi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 51, S. 4, 2002, s. 138.

13 Tezcan vd., *Teorik ve...*, s. 82.

14 Olgun Değirmenci, “Çeşitli Görünümleriyle Uluslararası Suç Kavramı: Dar ve Geniş Anlamda Uluslararası Suçlar ve Türk Hukuku”, *İÜHFM*, C. LXXI, S. 1, s. 242-245.

15 Karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelerle ilgili bkz. Kangal, “Göçmen Kaçakçılığı...”, s.226-231; Evik, “Göçmen Kaçakçılığı...”, s.129-134; Yusuf Yaşar ve Umut Güneş, “Uluslararası Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Göçmen Kaçakçılığı Suçunda ‘Maddi Menfaat Elde Etme Amacı’ Kavramı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 28, S. 1, s. 244-249.

16 Artuk vd., *Ceza Hukuku...*, s.67; Koray Doğan, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2008, s.93; Kangal, “Göçmen Kaçakçılığı...”, s. 227-228.

17 Nevzat Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970, s. 161.

18 Çetin Arslan, “Göçmen Kaçakçılığı Suçları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52, S. 1, s. 118.

19 Mahmut Koca-İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 9. Baskı, Ankara, 2023, s.75; Köksal Bayraktar, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, *YÜHFD*, C. IX, S. 2, s. 61.

20 Arslan, “Göçmen Kaçakçılığı...”, s. 117; Yargıtay 12. Ceza Dairesi E. 2013/15042, K. 2014/4779, T. 26.02.2014 kararında “...Göçmen kaçakçılığı suçunda korunan hukuki yarar uluslararası toplum düzeni olup...” denilmektedir.

21 Artuk vd., *Ceza Hukuku...*, s. 71; Tezcan vd., *Teorik ve...*, s. 83.

Göçmen kaçakçılığı suçuyla ilk olarak devletlerin egemenlik yetkisi korunmaktadır. Her devlet, ülkesine giriş ve çıkış kurallarını belirleme ve bunlara uyulmasını isteme hakkına sahiptir. Devletler, ülkelerine giriş ve çıkış kurallarını belirlemesine rağmen göçmen kaçakçılığı yoluyla bir ülkeye yasa dışı yollarla giren ya da kalmaya devam eden yabancılar tüm bu kuralları ihlal ederek devletin egemenlik yetkisini ihlal etmektedir.²²

Göçmen kaçakçılığı suçuyla göçmenlerin maddi ve manevi bütünlükleri ile malvarlıkları da korunmaktadır. Göçmenler daha iyi bir hayat umuduyla hareket etseler de göçmen kaçakçıları tarafından emniyetsiz botlarda, eşya veya hayvan dolu tır-kamyon kasalarında, minibüslerde üst üste yığılmış eşyalar gibi taşınarak hem insan onuruna aykırı hem tehlikeli yolculuklara maruz bırakılarak hayatlarını tehlikeye atmaktadırlar.²³ Göçmen kaçakçılığı suçunda göçmenlerden istenen maddi menfaatler de oldukça yüksek meblağlar olabildiğinden bu suç, göçmenlerin malvarlıklarını da korumaktadır.²⁴ Göçmen kaçakçıları tarafından elde edilen yasa dışı gelirler, ülkenin ekonomik düzeni içinde kara paranın aklanması, vergi kaybı gibi olumsuzluklara neden olmaktadır.

Yasadışı yollarla ülkeye giren ve kalan kişiler, bulunduğu ülkenin kamu düzeni için de önemli bir risk oluşturmaktadır.²⁵ Göçmen kaçakçıları tarafından maddi olarak sömürülen kişiler, içinde bulundukları zor koşullar nedeniyle istismara daha açıktır. Hatta göçmenlerin kayıt dışı olması durumunda bu kişiler tarafından işlenen suçların aydınlatılması da birçok zorluğa neden olmaktadır.

2. SUÇUN UNSURLARI

2.1. Maddi Unsurlar

2.1.1. Fiil

Göçmen kaçakçılığı, her durumda düzensiz göç kapsamındadır; ancak her düzensiz göç olayı göçmen kaçakçılığı değildir. Dolayısıyla göçmen kaçakçılığı, düzensiz göçün suç oluşturan halidir. Göçmen kaçakçılığı suçu, TCK m.79'da tanımlanmaktadır. Kanuna göre “Doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollardan; a) Bir yabancıyı ülkeye sokan veya ülkede kalmasına imkan sağlayan, b) Türk vatandaşı veya yabancıların yurt dışına çıkmasına imkan sağlayan, ...” ifadesi, suçun fiil unsurunu tanımlamaktadır.

22 Köksal Bayraktar vd., *Özel Ceza Hukuku Cilt I-Uluslararası Suçlar*, On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul, 2017, s.121; Özlem Yenerer Çakmut, “Türk Ceza Yasa’sında Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK m. 79)”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. IX, S. 2, s. 120-121.

23 Artuk vd., *Ceza Hukuku*..., s. 71.

24 Arslan, “Göçmen Kaçakçılığı...”, s. 117; Ersan Şen- Erkam Malbeği, *Türk Ceza Kanununda Uluslararası Suçlar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 72-74.

25 Kemalettin Erel, “Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, *TBB*, S. 71, s. 269.

Kanuna göre göçmen kaçakçılığı suçu, seçimlik hareketlerle işlenebilmektedir.²⁶ Bu seçimlik fiillerin birden fazlasının işlenmesi durumunda da tek bir suç oluşmaktadır. Göçmen kaçakçılığı fiilleri; gidilen ülkeye, kullanılacak güzergaha ve araca, ülkelerin teknik durumlarına göre farklı yöntemlerle gerçekleştirilmektedir. Özellikle sahte pasaportlarla giriş çıkış yapma, araçlar içerisine göçmenlerin gizlenmesi, emniyetsiz deniz taşıtlarına çok sayıda kişinin bindirilmesi, sınırlardaki nehirlerden yüzerek geçme, yasal olarak bir ülkeye girdikten sonra kalmaya devam etme göçmen kaçaklığı olaylarında sık karşılaşılan durumlardır. Seçimlik hareketler incelendiğinde, bir yabancının yasa dışı yollarla ülkeye sokulması, bir yabancı veya Türk vatandaşının ülkeden çıkarılması işlendiği anda tamamlanırken, bir yabancının yasal olmayan yollardan ülkede kalmasının sağlanması mütemadi suç niteliğindedir.²⁷

Suçun oluşması için göçmenlerin zarar görmeleri, yaralanmaları, ölmeleri veya insanlık dışı muameleye maruz kalmaları zorunlu olmadığından dolayı göçmen kaçakçılığı suçu, tehlike suçudur. Bu suç tipinde hareketin gerçekleştirilmesi yeterlidir. Hareketin yapılmasıyla tehlikenin gerçekleşeceği kabul edildiği için, sırf hareket suçu olup bu suç soyut tehlike suçu olarak tanımlanır.²⁸ Özellikle ülkeye sokma ve ülkede kalma durumlarında kayıt dışı göçmenler, toplum için tehlike arz etmektedir.

Göçmen kaçakçılığı suçunun ihmali hareketle işlenip işlenemeyeceği doktrinde tartışılmaktadır. Örneğin, kolluk görevlileri maddi bir menfaat karşılığında pasaportu olmayan kişilerin ülkeye girmesini engellemek yerine görevlerini ihmal ederek bu girişe göz yumarsa işlenen suçun hukuki niteliğinin ne olacağı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır.²⁹ Göçmen kaçakçılığı suçu ise yalnızca icrai hareketle işlenebileceği görüşünün³⁰ daha uygun olduğu değerlendirilmektedir. Çünkü kanundaki düzenlemeye göre suç, icrai hareketle işlenebilir. Kanunda göçmen kaçakçılığı suçunun ihmali hareketle işlenebileceği düzenlenmediğinden ihmali hareket, bu suç bakımından kanuni tipe uygun değildir.

2.1.1.1. Bir Yabancıyı Yasal Olmayan Yollardan Ülkeye Sokmak

Göçmen kaçakçılığı suçu kapsamında düzenlenen seçimlik hareketlerden ilki, yabancının yasal olmayan yollarla ülkeye sokulmasıdır. Bu seçimlik fiilin konusu

26 Kangal, “Göçmen Kaçakçılığı...”, s. 231.

27 Veli Özer Özбек vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 13. Baskı, Ankara, 2018, s.67; Evik, “Göçmen Kaçakçılığı...”, s.160; Artuk vd., *Ceza Hukuku...*, s. 67; Tezcan vd., *Teorik ve...*, s.94; Doğan, *Göçmen Kaçakçılığı...*, s.136; Arslan, “Göçmen Kaçakçılığı...”, s.128; Bayraktar vd., *Özel Ceza...*, s. 136.

28 Tezcan vd., *Teorik ve...*, s.88; Doğan, *Göçmen Kaçakçılığı...*, s.135; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 13. Baskı, Ankara, 2018, s. 250; Osman Yaşar vd., *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt 2, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 2429-2430.

29 Artuk vd., Kangal ve Hakeri’ye göre bu durumda suç ihmali davranışla işlenmektedir. Bkz. Artuk vd., *Ceza Hukuku...*, s.72; Kangal, “Göçmen Kaçakçılığı...”, s.232; Hakan Hakeri, “Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti Suçları”, *KHUKA*, S. 11, s.4.

Tezcan vd., ise bu durumda suça yardım nedeniyle cezalandırılması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Tezcan vd., *Teorik ve...*, s.87.

30 Koca-Üzülmez, *Türk Ceza...*, s.83.

yabancılarıdır. Dolayısıyla bir Türk vatandaşının kanunlara aykırı olarak ülkeye sokulması göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturmamaktadır. Dolayısıyla bir kişinin vatandaşı olduğu devlete yasadışı yollarla sokulması göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturmamaktadır.³¹

Bu seçimlik harekette, suçun oluşumunda “ülke” ve “ülkeye sokmak” kavramlarının açıklanması gerekir. Ülkemiz, Türkiye Cumhuriyeti’nin egemenliği altında olan yeryüzü parçasıdır. Ülkenin kara unsurunu (toprak kısmı ve bu kısımdaki nehir ve göller), deniz unsurunu (iç deniz, karasuları) ve hava unsurunu kapsamaktadır ve buna “gerçek anlamda ülke” denir (TCK m.8/2-a).³² Dolayısıyla yabancıların yasal olmayan yollardan gerçek anlamda ülkeye sokulması, göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturmaktadır.³³ Ülke kavramının coğrafi sınırların yanı sıra hudut kapılarını kapsadığını belirtmek gerekir. Farazi ülke olarak kabul edilen yerlerde (TCK m.8/2-b, c, d) bu suçun işlenmesi mümkün değildir.

“Ülkeye sokmak” ifadesi ise YUKK’a göre; belirlenen giriş kapılarının kullanılmaması, pasaport veya pasaport yerine geçen belgenin olmaması, vizenin bulunmaması veya ülkeye girişi yasaklı olan kişilerin giriş yapması durumlarında ülkeye girişler, yasal olmayan yollardan giriş anlamına gelmektedir.³⁴ Ek Protokolün Türkçe tercümesinden hareketle “ülkeye sokmak” ifadesi yerine, “yasadışı girişin temini” ifadesinin kullanımını daha doğru bulan bir değerlendirmeler bulunmaktadır.³⁵ “Yasadışı girişin temini” ifadesi protokolün Türkçe tercümesinde yer almaktadır, metnin orijinal halinde ise “*illegal entry of a person into a State Party*” ifadesi kullanılmakta olup bu ifadenin karşılığı olarak “yasal olmayan yollardan ülkeye sokma” doğru bir tercihtir.

31 Yargıtay 18. Ceza Dairesi, E. 2018/4682, K. 2019/3060, T. 14.02.2019 kararında “...Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek Dört Numaralı Protokolün 3. maddesinde ise hiç kimsenin, uyruğunda bulunduğu devletin ülkesine girme hakkından yoksun bırakılamayacağı düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler ile yabancı uyruklu göçmenlerin kendi vatandaşlığını taşıdığı ülkeye gidebilmek amacıyla sanık ile anlaşmış olmaları karşısında, söz konusu yabancıların TCK’nın 79. maddesindeki suçun konusunu oluşturmadığı ve göçmen kaçakçılığı suçunun yasal unsurlarının somut olayda gerçekleşmediği anlaşılmakla, dairesimizin istikrar kazanan “bir kimsenin uyruğu bulunduğu devlet ülkesine yasadışı yollarla sokulması” eyleminin göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturmayacağı biçimindeki kabulü de dikkate alındığında, sanığın beraatine karar verilmesi gerekirken yerinde olmayan gerekçeyle mahkumiyet kararı verilmesi, Kanuna aykırı...” denilmektedir.

32 Mustafa Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, 2018, s. 26.

33 Tezcan vd., *Teorik ve...*, s. 89; Artuk vd., *Ceza Hukuku...*, s. 74; Ahmet Caner Yenidünya-Mehmet Emin Alşahin, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK. m.79)”, *TBB Dergisi*, S. 82, 2009, s.19.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2012/1267, K. 2013/107, T. 26.03.2013 sayılı kararında “... Yunanistan’a gitmek amacıyla yasal olmayan yollardan Türkiye’ye giriş yapan göçmenlerin Türk kara sınırları içerisinde bulunan Tarsus ilçesinde, sınır dışına çıkmadan yakalandıkları anlaşılmakta olup, göçmen kaçakçılığı suçu teşebbüs aşamasında kalmıştır...” denilmektedir.

34 YUKK m.5-18; Protokol kapsamında yasal olmayan yollardan giriş, yasal yollardan giriş için gerekli şartlar olmadan ülkenin sınırlarını geçme olarak yorumlanmaktadır. Bkz. United Nations Office on Drugs and Crime, *Model Law against the Smuggling of Migrants*, United Nations, 2010, s. 17.

35 Artuk vd., *Ceza Hukuku...*, s. 73; Doğan, *Göçmen Kaçakçılığı...*, s. 123.

Yabancılar ülkeye sokulurken göçmen kaçakçılarıyla birlikte hareket etmesi zorunlu değildir. Yabancıların, göçmen kaçakçılarının gözetiminde hareket etmesi yeterli kabul edilmelidir.³⁶

2.1.1.2. Yabancıнын Yasal Olmayan Yollardan Ülkede Kalmasına İmkân Sağlamak

Göçmen kaçakçılığı suçu kapsamında düzenlenen seçimlik hareketlerden ikincisi, yabancıнын yasal olmayan yollardan ülkede kalmasına imkân sağlamaktır.³⁷ Bu seçimlik fiilin konusu yabancılardır.³⁸ Anayasa m. 23'e göre vatandaşlar yerleşme ve seyahat özgürlüğüne sahiptir. Yabancılar, ülkeye yasal olmayan yollardan girmiş olabileceği gibi yasal yollardan da giriş olabilirler. Yabancıların ülkede yasal olarak kalabilmesi için ülkeye yasal giriş yapmalarının yanı sıra ayrıca çalışma, oturma veya eğitim izni almaları gerekmektedir.³⁹ Dolayısıyla ülkeye yasal yollardan giren yabancılar doğrudan ülkede kalma hakkına sahip değildir.

“Ülkede kalmaya imkân tanımak”, süreklilik gerektiren bir unsurdur.⁴⁰ Öğretide, imkân sağlamak “bir işin gerçekleşmesine uygun bir ortam yaratmak” olarak tanımlanmaktadır. Bu seçimlik hareketin işlenmesi için fail, göçmenlere yönelik olarak kalacak yer ayarlama, gıda temin etme, para verme gibi belirli maddi imkânlar sağlamış olması gerekir.⁴¹ Dolayısıyla yabancıyı kalmaya teşvik etmek veya nasihat etmek gibi maddi olmayan fiiller suç sayılmaz.⁴² Bir anlamda bu seçimlik fiil, yabancıların kanuna göre alması zorunlu olan çalışma, oturma veya eğitim izni almadan bu faaliyetleri yapmasıdır. Göçmen kaçakçıları göçmenlere doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek amacıyla ülkede kalmalarını sağlamaktadır. Özellikle kaçak göçmenlerin çalıştırılması “imkân sağlama” olarak kabul edilip yaptırım uygulanmaktadır. Yargıtay 4. Ceza Dairesi E. 2021/33110 K. 2022/20540, T. 24.10.2022 kararında;

36 Özbek vd., *Türk Ceza...*, s. 63; Artuk vd., *Ceza Hukuku...*, s. 74; Tezcan vd., *Teorik ve...*, s.88; Kangal, “Göçmen Kaçakçılığı...”, s.240.

37 Yargıtay 9. Ceza Dairesi E. 2013/11784, K. 2014/2085, T. 24.02.2014 kararında “...TCK’nın 79/1-a maddesi kapsamında belirtilen bir yabancıнын ülkede kalmasına imkan sağlama seçimlik hareketiyle göçmen kaçakçılığı suçunun işlenebilmesi için, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek amacıyla, yasal olmayan yollardan Türkiye’ye giren yabancıнын bir süre içinde yeme, içme, barınma gibi temel ihtiyaçlarının da karşılanması suretiyle ülkede kalmasının sağlanmasının gerektiği, somut olayda; yasadışı yollardan ülkeye giriş yapan S. S.’yı İstanbul’dan Şebinkarahisar’a getirerek kendisine ait mermer atölyesinde ücreti karşılığında çalıştırıp burada yaklaşık bir ay süreyle kalmasına izin veren sanığın eyleminin TCK’nın 79/1-a maddesinde düzenlenen suçu oluşturduğu kabul edildiğinden tebliğnamedeki bozma öneren düşünceye iştirak edilmemiştir” denilmektedir.

38 Bayraktar vd., *Özel Ceza...*, s. 131

39 YUKK m.19-49, 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu.

40 Koca-Üzülmez, *Türk Ceza...*, s.92.

41 Artuk vd., *Ceza Hukuku...*, s. 75; Kangal, “Göçmen Kaçakçılığı...”, s.234.

42 Erdener Yurtcan, *Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2016, s. 21.

Dairemizce de benimsenen Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 09/06/2020 tarih, 2018/116 esas 2020/279 sayılı kararı uyarınca, yasal olmayan yollardan Türkiye’ye giren, ikamet ya da çalışma izni olmayan, başka bir ülkeye gitme amacı bulunmayan ve ülkemizde sürekli olarak kalmak istediği anlaşılan Afganistan uyruklu göçmeni, kaçak olduklarını bildiği hâlde istihdam etmek ve bu şahsın ülke içerisinde bir yerden başka bir yere gitmelerine aracı olmak suretiyle göçmenlerin yasal olmayan yollardan ülkede kalmalarına imkân sağlaması, kayıt dışı olarak çalıştırdığı göçmen yönüyle sigorta ve vergi masrafları yükümlülüğünün bulunmaması, haksız bir şekilde işlerine son vermesi hâlinde kaçak işçilerin sınır dışı edilme korkusuyla haklarını arayamayacak olmaları ve bu sayede tazminat ödeme gibi yükümlülüklerden kurtulması gibi avantajlar sayesinde doğrudan ve dolaylı olarak menfaat elde ettiğinden, TCK’nın 79. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki göçmen kaçakçılığı suçunun tüm unsurlarıyla oluştuğu, sanığın bu eylemi aynı zamanda çalışma izni bulunmayan yabancıyı çalıştırma kabahatine de uymakta ise de Kabahatler Kanunu’nun 15/3. maddesi uyarınca yalnızca TCK’nın 79/1-a maddesi uyarınca cezalandırılması gerektiği gözetilmeden, yetersiz gerekçeyle beraat kararı verilmesi, Kanuna aykırı...” denilmektedir.

Süreklilik ihtiva etmeyen kalma durumlarında, bu file teşebbüs söz konusu olmaktadır.⁴³ Örneğin ülkeye sokulan göçmenlerin asıl hedefi başka bir ülkeye gitmekse iki fiil arasındaki zaman dilimindeki kalma süreklilik niteliğine haiz değildir.⁴⁴

2.1.1.3. Türk Vatandaşı ya da Yabancı Yasal Olmayan Yollarla Yurt Dışına Çıkmasına İmkân Sağlama

Göçmen kaçakçılığı suçu kapsamında düzenlenen seçimlik hareketlerden üçüncüsü, Türk vatandaşı ya da yabancı yasal olmayan yollarla yurt dışına

43 Yargıtay 9. Ceza Dairesi E. 2013/10685, K. 2014/1313, T. 06.02.2014 kararında “...Sanığın yasa dışı yollardan yurda giriş yapan ve İzmir’e çalışmak amacıyla gitmek isteyen 29 yabancı uyruklu göçmenle birlikte yola çıktıktan yarım saat sonra yakalanmaları şeklinde gerçekleşen olayda, eyleminin göçmenlerin ülkede kalmasına imkân sağlamaya teşebbüs niteliğinde olduğu gözetilmeden...” denilmektedir.

44 Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 2012/1085, K. 2013/96, T. 19.03.2013 kararında “...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” denilmektedir.

çıkmasına imkân sağlamaktır.⁴⁵ Yurtdışına çıkmanın gerçekleşmiş olması şart olmayıp yurtdışına çıkmaya imkân sağlandığı anda suç tamamlanacaktır. Ülkemizden yasal yollarla çıkış, 5682 Sayılı Pasaport Kanunu'nda düzenlenmektedir. Bu seçimlik fiilin konusu, yabancılar veya Türk vatandaşlarıdır. Ancak kendi ülkesine giden yabancıların bu fiilin konusu olamayacakları kabul edilmektedir.⁴⁶ Yabancı ya da Türk vatandaşının yasal olmayan yollarla yurt dışına çıkarılması veya göçmenlerin başka bir ülkeye varmış olması⁴⁷ suçun gerçekleşmesi için gerekli olmayıp, yasal olmayan yollardan çıkışa imkân sağlanması fiilin tamamlanması için yeterlidir. Eğer fail yakalanmasaydı göçmenler yurt dışına çıkmış olacaktı şeklinde bir değerlendirme yapılabiliyorsa imkân sağlama unsurunun gerçekleştiğini kabul etmek gerekir. İmkân sağlama ifadesi geniş yorumlanabileceğinden dolayı bu imkânın yasal olmama ve yurt dışına çıkmaya yakın bir imkân olması gerekir.⁴⁸ Göçmenler, yurtdışı diye hileli davranışlarla yurt içinde bir yere götürülürse dolandırıcılık suçu işlenmektedir.⁴⁹ Kişinin, herhangi başka biri tarafından imkân sağlanmadan, kendi gayretiyle yasal olmayan yollardan yurt dışına çıkması durumunda da göçmen kaçakçılığı suçu oluşmamaktadır.

Esas olarak kişilerin serbestçe seyahat edebilme hakkı kapsamında kişilerin ülke dışına çıkmalarının engellenememesidir. Bununla birlikte idari olarak Pasaport Kanunu m. 22 ve 23'de, kişilere pasaport veya belge verilemeyecek durumları ve yurt dışına çıkışın yasaklanabileceği hallerin düzenlenmektedir. Aynı zamanda, adli açıdan 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK olarak kısaltılacaktır) m.109'da şüpheli veya sanığın yurt dışına çıkışı adli kontrol tedbiri olarak yasaklanabilmektedir. Adli veya idari olarak yurt dışına çıkmaları yasaklanan kişilerin yasal olmayan

45 Türkiye, göç olaylarında kaynak veya transit ülke olabildiği için yurtdışına çıkmaya imkân sağlama da göçmen kaçakçılığı suçu kapsamında cezalandırılmaktadır. Örneğin Almanya'da bu seçimlik fiil, suç olarak düzenlenmemiştir. Bkz. Kangal, "Göçmen Kaçakçılığı...", s. 226

46 Yargıtay 4. Ceza Dairesi E. 2021/16532, K. 2022/19522, T.12.10.2022 ve Yargıtay 18. Ceza Dairesi E. 2020/970, K. 2020/7492, T. 16.06.2020 kararlarında "...Bu düzenlemeler ile yabancı uyruklu göçmenlerin kendi vatandaşlığını taşıdığı ülkeye gidebilmek amacıyla sanık ile anlaşmış olması dikkate alındığında, söz konusu yabancıların TCK'nın 79. maddesindeki suçun konusunu oluşturmadığı ve göçmen kaçakçılığı suçunun yasal unsurlarının somut olayda gerçekleşmediği anlaşılmakla, dairemizin istikrar kazanan "bir kimsenin uyuğu bulunduğu devlet ülkesine yasa dışı yollarla sokulması" eyleminin göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturmayacağı biçimindeki kabulü de dikkate alındığında, CMK'nın 223/2-a maddesi uyarınca sanığın beraatine karar verilmesi gerekirken yerinde olmayan gerekçeyle mahkumiyet kararı verilmesi, Kanuna aykırı..." denilmektedir.

47 Tezcan vd., *Teorik ve...*, s.89.

48 Koca-Üzülmez, *Türk Ceza...*, s.96.

49 Tezcan vd., *Teorik ve...*, s.90; Özbek vd., *Türk Ceza...*, s.74; Doğan, *Göçmen Kaçakçılığı...*, s. 138; Şen-Malbeği, *Türk Ceza...*, s.120; Erel, "Yargıtay Kararları...", s. 282.

Yargıtay 6. Ceza Dairesi E. 2021/22357, K. 2022/1926, T. 21.02.2022 kararında "...Mağdur ...'in Suriye'deki iç savaş nedeniyle Türkiye'ye geldiği, sanık ... ile tanışarak 15 kişinin Avrupa ülkelerine kaçak yollardan gönderilmesi hususunda anlaştığı, ayrıca Suriye'li başka birinin de sanık ... ile göçmen kaçakçılığı konusunda anlaştığı ve bu anlaşmaya mağdur ...'in de kefil olduğu, anlaşma gereği belirlenen paranın büyük bir kısmının ödendiği, geriye 7.000,00 USD civarında bir paranın kaldığı, geriye kalan paranın ödemesi için 07/12/2015 tarihinde ... Senti'nde sanıklar ... ve ... ile mağdur ...'in buluştukları ve sanıkların mağduru bir depoya götürdükleri anlaşılmakla eylemlerinin 5237 sayılı TCK'nın 149/1-d maddesinde yazılı nitelikli hali oluşturduğunun gözetilmemesi,..." denilmektedir.

yollarla yurtdışına çıkmalarına yardımcı olan kişiler de göçmen kaçakçılığı suçunu işlemektedir.⁵⁰

2.1.2.Fail

Kanuna göre herkes bu suçun faili olabilir,⁵¹ hem Türk vatandaşları hem yabancılar bu suç işleyebilir.⁵² Göçmen kaçakçılığı suçunu düzenleyen maddede failin kamu görevlisi olması durumuna ilişkin özel bir hüküm bulunmadığından suç özgü suç niteliğinde değildir, ancak suç kamu görevlisi tarafından göreviyle ilgili araç ve gereçler kullanılarak işlenmişse, TCK m.266 uygulanabilmektedir.⁵³

Göçmen kaçakçılığı suçunun tüzel kişinin faaliyeti kapsamında işlenmesi de mümkündür. Tüzel kişilerin kendine özgü bir iradesi yoktur, aynı zamanda tüzel kişiler gerçek kişiler olmadan kendi başına bir fiil gerçekleştiremeyeceğinden dolayı fail olamaz.⁵⁴ Kanunda sayılan seçimlik fiillerin bir veya birkaçının tüzel kişi faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda, TCK m.20 gereğince TCK m.60'ta yer alan güvenlik tedbirlerine hükmedilmektedir.⁵⁵

2.1.3. Mağdur

Göçmen kaçakçılığı suçunun mağduru toplumdur.⁵⁶ Bununla birlikte göçmenler, suçun konusu mudur yoksa mağduru mudur sorusuna cevap olarak doktrinde farklı görüşler mevcuttur. TCK m.79/2'de 22.07.2010 tarihli değişiklikle "Suçun, mağdurların..." ifadesi geçtiğinden dolayı göçmenler, bu fıkra bakımından

50 Özbek vd., *Türk Ceza...*, s. 65; Kangal, "Göçmen Kaçakçılığı...", s. 244-245.

51 Tezcan vd., *Teorik ve...*, s. 84; Koca-Üzülmez, *Türk Ceza...*, s.76.

52 Evik, "Göçmen Kaçakçılığı...", s.139; Doğan, *Göçmen Kaçakçılığı...*, s.110; Özen, *Ceza Hukuku...*, s. 25.

53 Artuk vd., *Ceza Hukuku...*, s. 78; Mustafa Artuç, "Göçmen Kaçakçılığı Suçu", *Terazi Hukuk Dergisi* , S. 16, s. 56.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi E. 2021/21580, K. 2021/26159, T. 03.11.2021 kararında "...Sanıklar ... ile ...'in asker olmaları ve kendilerine teslim edilen askeri araçla göçmen kaçakçılığı suçunu işledikleri anlaşılmaya karşın, bu sanıklar hakkında TCK'nın 266/1. maddesi uygulanmayarak eksik ceza tayin edilmiş ise de, aleyhe temyiz olmadığından bozma yapılamayacağı,..." denilmektedir.

54 Zeynel Kangal, *Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s.208.

55 Kangal, "Göçmen Kaçakçılığı...", s.234

56 Koca-Üzülmez, *Türk Ceza...*, s.79.

Yargıtay 8. Ceza Dairesi E. 2014/15574, K. 2014/13856, T. 04.06.2014 kararında "... Göçmen kaçakçılığı suçunun mağduru uluslararası toplum olup, suçun konusu olan kaçak göçmenlerin atılı suçta mağdur sıfatı taşımadıkları gözetilmeden, bir seferde birden çok göçmeni yurt dışına çıkarmak üzere evinde barındıran sanık hakkında hükümlenen cezanın TCK'nın 43. maddesi uyarınca artırılması suretiyle ceza tayini, Yasaya aykırı,..." denilmektedir.

Yargıtay 12. Ceza Dairesi E. 2013/15042, K. 2014/4779, T. 26.02.2014 kararında "... Göçmen kaçakçılığı suçunda korunan hukuki yarar uluslararası toplum düzeni olup menfaat karşılığı ülkeye sokulan veya ülkeden çıkarılan kişilerin suçun yasal mağduru bulunmayıp suçun konusunu oluşturdukları gözetilmeden, birden fazla yabancıyı yurt dışına çıkışına imkan sağlandığı gerekçesiyle sanıklar hakkında TCK'nın 43. maddesi 1. fıkrasının uygulanması sureti ile fazla ceza tayini, Kanuna aykırı olup,..." denilmektedir.

suçun mağduru olarak da yorumlanabilmektedir.⁵⁷ Göçmenleri, suçu mağduru olarak kabul eden görüşler de vardır.⁵⁸ Her ne kadar Yargıtay göçmenleri suçun mağduru değil, doğrudan suçun konusu olarak kabul etmekteyse de göçmenler suçun hem konusu hem mağduru olarak değerlendirilmektedir.⁵⁹ Bununla birlikte göçmenler, bu suçta haksızlığa uğrayan değil haksızlık teşkil eden fiilin gerçekleşmesini isteyen kişiler olduğu için bu suçun basit hali için mağdur olarak kabul edilmelerinin doğru olmadığı, göçmenlerin zorunlu şerik olduğu ancak şahsi cezasızlık nedeniyle cezalandırılmadığı da ifade edilmektedir.⁶⁰

2.1.4. Konu

Göçmen kaçakçılığı suçu açısından “göçmen” kavramı üzerinde durulması gerekir. Suç bakımından göçmen olarak kabul edilebilecek kişiler; göçmen kaçakçılarıyla anlaşarak başka bir ülkeye gitmek isteyen yabancı ve bazı durumlarda vatandaşlardır.⁶¹ Dolayısıyla Türk Hukuku’nda göç ve göçmen kavramının yasal tanımı⁶² bu suçtaki anlamıyla örtüşmemektedir. Bir görüşe göre ise göçte kişilerin ya da toplulukların yerleşme amacıyla hareket etmesi önemlidir.⁶³ Göçmen kaçakçılığı suçu bakımından bu kişilerin ülkeye yerleşme amacıyla gelmeleri ya da ülkeyi terk edip başka bir ülkeye yerleşmek üzere gitmeleri zorunlu bir şart değildir.

Göçmen kaçakçılığı suçunun konusu göçmen olarak kabul edilen Türk vatandaşları veya yabancılardan oluşan gerçek kişiler⁶⁴ ile bu kişilerin

57 Artuk vd., *Ceza Hukuku...*, s. 78; Koca-Üzülmez, *Türk Ceza...*, s. 80; Başka bir görüşe göre göçmenlerle ilgili kavram karışıklıklarının giderilmesi ve göçmenlerin, suçun birincil mağduru olduğu anlayışının benimsenmesi gerektiği öne sürülmektedir. Bkz. Can Vodina, “Mağduru Tanımlamak: Birleşmiş Milletler Düzenlemeleri Çerçevesinde Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, *Ceza Hukuku Dergisi*, S. 3, s. 189.

58 Arslan, “Göçmen Kaçakçılığı...”, s. 122; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 118; Sibel Yılmaz, “Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti”, Avrupa Birliği’ne Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul Barosu Yayınları, 2008, s. 93-94; Kangal, “Göçmen Kaçakçılığı...”, s. 235; Yargıtay kararlarında göçmenler, suçun hem konusu hem mağduru olarak da nitelendirilmektedir. Bkz. Yargıtay 11. CD E. 2014/8657, K. 2016/6223, T. 29.06.2016 kararında “Protokolün 5. maddesindeki düzenlemeye göre ise göçmenlerin suçun konusu olmaları durumunda cezai kovuşturmayla tabi tutulamayacakları kabul edilmiştir. Göçmenlerin suçun konusu olmak dışında, bir bakıma bu suçun mağduru oldukları da öğretilde kabul görmektedir. Ceza hukukunda mağdur, “suç kurbanı” ile özdeş bir kavram olmakla birlikte, mağdur kavramı ile suçun konusu kavramları da yakın kavramlardır. Bu nedenle Sözleşmeye bağlı Ek Protokolde göçmenlerin suçun konusu olmalarının açıklanmış olması, aynı zamanda suçun mağduru olmalarına engel değildir...” denilmektedir.

59 Bayraktar vd., *Özel Ceza...*, s. 124; Hakeri, “Göçmen Kaçakçılığı...”, s. 4. Ek Protokol’de göçmenler suçun konusu olarak m. 5, 14, 16, 18 ve 19’da nitelendirilmekte ancak m. 15’te “potansiyel göçmenlerin organize gruplarının mağduru olmasının önlenmesi” ifade geçmektedir.

60 Koca-Üzülmez, *Türk Ceza...*, s. 79.

61 Terim ve kavram sorunuyla ilgili olarak bkz. Evik, “Göçmen Kaçakçılığı...”, s. 128-129.

62 5543 sayılı İskan Kanunu m. 3’e göre “Göçmen: Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olup, yerleşmek amacıyla tek başına veya toplu halde Türkiye’ye gelip bu Kanun gereğince kabul olunanlardır” olarak tanımlanmaktadır.

63 Vahit Doğan, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, Savaş Yayınevi, 15. Baskı, Ankara, 2018, s. 12; Doğan, *Göçmen Kaçakçılığı...*, s. 102.

64 Doğan, *Göçmen Kaçakçılığı...*, s. 101; Arslan, “Göçmen Kaçakçılığı...”, s. 119; Özbek vd., *Türk Ceza...*, s. 57.

malvarlıklarıdır.⁶⁵ Türk vatandaşı, “Türkiye Cumhuriyeti Devleti’ne vatandaşlık bağı ile bağlı olan kişidir”.⁶⁶ Göçmen kaçakçılığı suçunun Türk vatandaşları açısından durumu, yalnızca yasal olmayan yollardan yurt dışına çıkmasına imkân sağlanması bakımından önem taşımaktadır. Yabancı ise “Türkiye Cumhuriyeti Devleti’ne vatandaşlık bağı ile bağlı olmayan kişi” olarak tanımlanmaktadır.⁶⁷ Yabancılar tüm seçimlik hareketlerde konu olabilmektedir. Yabancılar hukukunda yabancıların hukuki statüleri düzenli göçmen, düzensiz göçmen, mülteci, şartlı mülteci, ikincil koruma kapsamındaki uluslararası koruma altında olanlar, geçici koruma altında olanlar, vatansızlar olarak sınıflandırılmaktadır. Yabancıların hukuki statüsü suçun değerlendirilmesinde dikkate alınmadığı gibi,⁶⁸ kişilerin bulundukları yerleri terk etme nedenleri, başka yerlere taşınıp taşınmadıkları veya yerleşme amaçlarının olup olmadığı bu noktada önemli değildir. Türk vatandaşları ise sadece yasal olmayan yollarla yurt dışına çıkma seçimlik fiilinin konusu olabilir.⁶⁹ Bununla birlikte suçun konusu kişileri canlı bir insan olması gerekir. Anne karnındaki ceninler veya cesetler bu suçun konusu olamaz. Yargıtay kararlarında da istikrarlı olarak göçmenlerin bu suçun konusu olduğu vurgulanmaktadır.

2.1.5. Suçun Nitelikli Halleri

TCK m. 79’da 6008 sayılı Kanun ile yapılan düzenlemeyle, “suçun mağdurların hayatı bakımından bir tehlike oluşturması veya onur kırıcı bir muameleye maruz bırakılarak işlenmesi halinde faile verilecek cezanın yarısından üçte ikisine kadar artırılacağı” hükmü eklenmiştir. Bu değişiklik, Ek Protokol m.6/3’ün getirdiği yükümlülüğün sağlanmasını temin etmiştir. Göçmen kaçakçılığı suçunun birden fazla kişi tarafından veya bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumu da suçun nitelikli hali olarak düzenlenmektedir.

Göçmen kaçakçılığı suçunun nitelikli hallerine ilişkin diğer ülkelerde farklı düzenlemeler bulunmaktadır. Avusturya’da göçmen sayısının 3 kişiden fazla olması, suçun örgüt faaliyeti olarak işlenmesi, özellikle yolculuk esnasında mağdurların hayatı bakımından tehlikeye neden olunması suçun nitelikli halidir. Belçika’da suçun çocuğa karşı işlenmesi, göçmenin hayatının tehlikeye atılması, göçmenin ölmesi suçun nitelikli halidir. Bulgaristan’da göçmenin 16 yaşından küçük olması, göçmen kaçakçılığı suçunda motor, hava veya diğer taşıtların kullanılması, göçmen sayısının 1 kişiden fazla olması, suçun örgütlü olarak işlenmesi suçun nitelikli halidir. Çek Cumhuriyetinde ise suçun tekraren işlenmesi, suçun başka bir suçu gizlemek veya imkân sağlamak için işlenmesi, göçmenlerin onur kırıcı muameleye maruz kalması ve suçun örgütlü olarak işlenmesi suçun nitelikli halidir. Fransa’da suçun nitelikli

65 Arslan, “Göçmen Kaçakçılığı...”, s. 119; Tezcan vd., *Teorik ve...*, s. 84; Çakmut, “Türk Ceza Yasa’sında...”, s. 122.

66 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu m.3.

67 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu m.3.

68 Doğan, *Göçmen Kaçakçılığı...*, s. 102.

69 Artuk vd., *Ceza Hukuku...*, s.79.

halleri Türkiye'dekiyle benzerdir. Macaristan'da maddi kazanç elde etme, 1 kişiden fazla göçmeni sınırdan geçirme, sınır güvenliği için kurulmuş tesis veya ekipmanı tahrip etme, göçmenleri zorla götürme, ölümcül silah taşıma suçun nitelikli halleri arasındadır.⁷⁰

2.1.5.1. Suçun Göçmenlerin Hayatı Bakımından Tehlike Oluşturması

Göçmen kaçakçılığı suçu işlenirken göçmenlerin hayatı bakımından bir tehlike oluşturması durumunda ceza verilecek ceza yarısından üçte ikisine kadar artırılmaktadır. Maddede “tehlike” ifadesinin kullanılması nedeniyle, mağdurların hayatlarının veya vücut bütünlüklerinin zarar görmesi şart olmayıp; faile objektif olarak isnat edilebilen⁷¹ yaşamı tehlikeye sokacak somut tehlike koşullarının oluşması yeterli olup hâkimin somut olayda bu tehlikenin meydana gelip gelmediğini, gerekiyorsa bilirkişi incelemesi de yaptırmak suretiyle tespit etmesi gerekmektedir.⁷²

2.1.5.2. Suçun Göçmenlerin Onur Kırıcı Muameleye Maruz Bırakılarak İşlenmesi

Göçmen kaçakçılığı suçu işlenirken göçmenlerin onur kırıcı bir muameleye maruz bırakılması durumunda ceza verilecek ceza yarısından üçte ikisine kadar artırılmaktadır. Onur kırıcı muamelelerin neler olduğu maddede belirtilmediğinden dolayı bu nitelikli hal, olayın koşullarına göre değerlendirilmektedir. Onur kırıcı muamele göçmeni aşağılayan, göçmenlerin insan onuruna yakışmayan küçük düşürücü durumlardır.⁷³ Göçmenlerin onur kırıcı muameleye maruz bırakılması, suçun işlenmesi sırasında gerçekleşmesi gerekir.

2.1.5.3. Suçun Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi

Göçmen kaçakçılığı suçu birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde verilecek ceza yarısına kadar artırılmaktadır. En az iki kişinin müşterek fail olarak suçu işlemesi gerekir.⁷⁴

70 Eurojust, *Legal definition of migrant smuggling and/or facilitation of irregular migration An overview of EU legislation*, 2024, “<https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/assets/legal-definition-of-migrant-smuggling-and-facilitation-of-irregular-migration.pdf>”, Erişim Tarihi: 01.09.2024, s. 1-22.

71 Artuk vd., *Ceza Hukuku*..., s. 81.

72 Yargıtay 18. Ceza Dairesi, E. 2016/17002, K. 2018/16803, T. 20.12.2018 kararında “...30/07/2010 tarihli saat 15:00’da tanzim edilen olay, yakalama ve geçici el koyma tutanağında 64 LC 336 plakalı kamyonetin içerisinde koltukların olmadığı, yük taşıma aracı olarak kullanılabileceğinin, insan taşımak için kullanılamayacağı, camsız ve kapalı kasa olmasından dolayı insan taşımaya elverişli olmadığı ve 30/07/2010 tarihli saat 17:30 da tanzim edilen olay yakalama geçici el koyma ve teslim tutanağında 22 LY 323 plakalı aracın kapalı kasa olduğunun, koltuk, cam ve havalandırma bulunmadığının, kapıların ise kilitli vaziyette havasız bir ortamda hava sıcaklığı da dikkate alındığında insan sağlığını tehdit edecek durumda olduğunun, yolcu taşımaya elverişli olmadığı halde küçük yaşta çocukların da bulunduğu tespit edilmiş olması karşısında; somut olaya göre araçların taşıma kapasiteleri ve elverişliliği, göçmenlerin yolculuk süreleri ve göçmen sayısı gibi hususlarda bilirkişi incelemesi yaptırılarak TCK’nın 79/2. maddesi kapsamında bir değerlendirme yapılması gerektiğinin gözetilmemesi,” denilmektedir.

73 Yaşar vd., *Yorumlu-Uygulamalı*..., s. 2433.

74 Koca-Üzülmez, *Türk Ceza*..., s. 101.

2.1.5.4. Suçun Bir Örgütün Faaliyeti Çerçevesinde İşlenmesi

Suçun niteliği itibarıyla göçmen kaçakçılığı örgüt faaliyeti kapsamında işlenmeye oldukça elverişlidir. Suçun işlenmesi için teknik araçların kullanımı (bot, tır, kamyon gibi), göçmenlerle iletişim kuracak yabancı dil bilen kişilerin temin edilmesi ve göçmenlerin konaklaması gibi hazırlıklara ihtiyaç duyulduğundan suçun örgütlü bir şekilde işlenmesi ihtimali yüksektir. Göçmen kaçakçılığı suçunun bu nitelikli hali, suçun bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda uygulanabilir. Bu nedenle, suç örgütünün varlığı tespit edilmeden göçmen kaçakçılığı suçunun bu nitelikli hali uygulanamamaktadır.

Suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesinin, suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinden farkı örgütün sürekliliği ve hiyerarşik bir yapıya sahip olmasıdır.⁷⁵ Suç örgütleri, temel motivasyon farklılıklarına göre siyasi amaçla kurulan terör örgütleri ile çıkar amaçlı kurulan suç örgütleri olarak ikiye ayrılmaktadır. Suç örgütüne üye olanlar, örgütün hiyerarşisi içinde belirli bir suçları işleyerek çıkar elde etmeyi hedeflemektedir. Bir kişinin örgüt üyesi sayılabilmesi için, örgüte bilerek ve isteyerek katılması, örgütün amaçlarını ve niteliğini bilmesi ve bu amaçlarla bir parçası olmayı istemesi gereklidir. Örgüt üyesi, örgütle organik bağ kurup örgütsel faaliyetlere katılmalıdır. Organik bağ; faili emir ve talimat almaya açık tutan ve hiyerarşik konumunu tespit eden bağ olup, üyeliğin en önemli unsurudur. Örgüt üyelerinin katılma iradesi devamlı olmalı, örgüte girerken suç işlemek amacıyla kurulduğunu bilerek hareket etmesi ve bu amacı benimsemesi gerekir.⁷⁶ Örgüte yardımda veya örgüt adına suç işlemekte de, örgüt yöneticileri veya diğer mensuplarının emir ya da talimatları vardır, ancak örgüt hiyerarşisine dâhil olma ve tamamen teslimiyet yoktur.

Örgüt faaliyeti kapsamında işlenen göçmen kaçakçılığı suçunda örgütün varlığı için aranan koşullar bakımından Anayasa m.90'da yer alan hükümden dolayı Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Sözleşme olarak kısaltılacaktır) mi TCK m. 220'deki hüküm mü uygulanacağı öğretide tartışılmaktadır. Suç örgütü, Ek Protokolün bağlı olduğu bahse konu Sözleşme'nin 2. maddesine göre "Örgütlü suç grubu" doğrudan veya dolaylı olarak mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek amacıyla belli bir süreden beri var olan ve 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 anlamına gelmektedir. TCK m. 220'ye göre ise bir örgütün varlığından bahsedebilmek için; örgütün belirsiz sayıda suç işlemek amacıyla kurulmuş olması, örgüte üye sayısının en az üç kişi olması, üyeler arasında hiyerarşik bir yapının bulunması, üye sayısının,

75 Yargıtay 18. Ceza Dairesi E. 2018/3331, K. 2018/14230, T. 01.11.2018 kararında "...Göçmen kaçakçılığı suçunu işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüt yapısına dahil olmayan sanıklar ..., ..., ... haklarında göçmen kaçakçılığı suçundan tayin olunan cezalarda TCK'nın 79. maddesinin 3. fıkrası uyarınca arttırım yapılması, Kanuna aykırı,..." denilmektedir.

76 Yargıtay 3. Ceza Dairesi E. 2021/18229, K. 2022/2821, T. 10.05.2022.

araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması gerekmektedir.⁷⁷ Her iki düzenlemede suç örgütü tanımı bakımından benzer olmakla birlikte Sözleşmede örgütün varlığı için “maddi bir menfaat elde etme” amacı (özel kast) koşulu aranmaktadır.⁷⁸ Bu özel koşula suçun tanımında açıkça yer verildiği için örgüt tanımı açısından herhangi bir çelişki veya çatışma olmadığı kanaatindeyim. Bununla birlikte Ek Protokol m. 6/2’de yer alan “...suçları işlemek üzere başkalarını örgütlemek veya yönetmek” ifadesi göçmen kaçakçılığı suçunu işlemek için kurulan suç örgütlerinin daha ağır cezalandırılmasını hedeflediğinden dolayı TCK m.78’dekine benzer şekilde özel bir düzenleme yapılması gerekmektedir.⁷⁹ Son olarak Göçmen kaçakçılığı suçu eğer terör örgütü faaliyeti kapsamında işlenmişse Terörle Mücadele Kanunu m. 4-5’e uygun olarak verilecek ceza artırılacaktır.⁸⁰

2.2. Manevi Unsur

Göçmen kaçakçılığı, kasten işlenen bir suç olup ayrıca “doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi çıkar temin etmek gayesi⁸¹ ile” (özel kastla) işlenmektedir.⁸² Maddi çıkar; mal, para gibi kişinin malvarlığında meydana gelen artışları ifade etmektedir.⁸³ Maddi çıkarın temin edilmiş olması şart değildir. Önemli olan, failin maddi çıkarı elde etmek amacıyla anlaşmayı kurmuş olmasıdır.⁸⁴ Maddi çıkarın

77 Yargıtay 18. Ceza Dairesi E. 2016/17002, K. 2018/16803, T. 20.12.2018 kararında “...TCK’nın 220. maddesinde tanımlanan “örgütün” varlığının kabul edilebilmesi için, hiyerarşik ilişki içinde olan en az üç kişiden teşekkül etmesi, örgütün yapısının sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaçlanan belirsiz sayıda suçları işlemeye elverişli bulunması, suç işlemek amacı etrafında fiili bir birleşme ile işbirliği, eylemli paylaşım anlayışı içinde hareket etmesi ve bu amaçlar doğrultusunda faaliyette bulunup, “devamlılık” göstermesi gerekir. Örgüt niteliği itibarıyla devamlılığı gerektirdiğinden, kişilerin belli bir suçu işlemek veya bir suç işlemek amacı için bir araya gelmesi halinde, örgütten değil iştirak iradesinden söz edilebilecektir. Ancak, amaçlanan suçları işlemeye kolaylık sağladığından, işlenmesi amaçlanan suçlar açısından hazırlık hareketi niteliğinde olan örgütün varlığı için, amaç suçları işleme zorunluluğu olmadığı da dikkate alındığında, devamlılığın belirlenmesi noktasında yalnız amaç suçların sürekli bir şekilde işlenmesi değil, öncelikli olarak, amaç suçları sürekli biçimde işleme kararlılığının mevcut olup olmadığının araştırılması zorunludur...” denilmektedir.

78 Artuk vd., *Ceza Hukuku...*, s.85’te öncelikle Sözleşme hükümlerinin dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir.

79 Tezcan vd., *Teorik ve...*, s.92.

80 Kangal, “Göçmen Kaçakçılığı...”, s. 268.

81 Ek Protokol m.3’de suçun kastına ilişkin olarak “mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek” (*a financial or other material benefit*) ifadesi kullanılmaktadır. Macaristan ceza hukukunda göçmen kaçakçılığı suçunun maddi çıkar için yapılması suçun nitelikli halini oluşturmaktadır. Suçun basit halinde böyle bir özel kast aranmamaktadır. Eurojust, *Legal definition...*, s. 22

82 Nur Centel vd., *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta Basım Yayın, 10. Baskı, İstanbul, 2017, s.376; Bayraktar, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, s.71.

83 Koca-Üzülmez, *Türk Ceza...*, s.97; Yurtcan, Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti, s. 23.

84 Yargıtay 4. Ceza Dairesi E. 2020/17063, K. 2020/21762, T. 25.12.2020 kararında “... Sanığın, köylüsü olan ...’a yardım ettiği yönündeki savunması ile ...’ın, Fransa’da yaşayan kuzeni ...’a 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 “fiilin doğrudan

göçmen tarafından temin edilmesi şart olmayıp üçüncü bir kişi tarafından da temin edilebilmektedir.⁸⁵ Dolayısıyla karşılıksız yapılan fiiller,⁸⁶ cinsel arzuları tatmin etme⁸⁷ veya manevi nedenlerle (akrabalık, insani veya vicdani düşünceler vb.)⁸⁸ fiillerin gerçekleştirilmesi durumunda göçmen kaçakçılığı suçu oluşmamaktadır.⁸⁹ Maddi çıkarın haksız ve fahiş olması da zorunlu değildir.⁹⁰ Göçmen kaçakçılığı suçunda caydırıcılığın sağlanabilmesi için özel kastın nitelikli bir hal olarak düzenlenmesi, suçun temel halinde genel kastın yeterli olması gerektiği değerlendirilmektedir. Örneğin bazı Avrupa ülkelerinde ve Avustralya’da düzensiz göçle mücadele etmek için maddi çıkar elde amacı aranmamaktadır.⁹¹

Failin kastının doğrudan veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etme amacını içermesi gerektiğinden, olası kastla, yani “olursa olsun” ya da “gerçekleşirse gerçekleşsin” anlayışıyla göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesi mümkün değildir.⁹²

Göçmen kaçakçılığı suçu işlenirken hata söz konusu olabilmektedir. Hata durumuna örnek olarak Türk vatandaşı diye yabancı birini ülkeye sokmak,⁹³

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, ... Kanuna aykırı...” denilmektedir.

85 Özen, *Ceza Hukuku...*, s.29.

86 Yargıtay 18. Ceza Dairesi E. 2016/11235, K. 2017/4442, T. 19.04.2017 kararında “...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, CMK’nın 230/1-b maddesine aykırı olarak sanıklar hakkında mahkûmiyet kararı verilmesi,...” denilmektedir.

87 Artuk vd., *Ceza Hukuku...*, s. 87; Tezcan vd., *Teorik ve...*, 91; Doğan, *Göçmen Kaçakçılığı...*, s.140; Şen- Malbeği, *Türk Ceza...*, s.119; Erel, “Yargıtay Kararları...”, s. 281.

88 Yargıtay 18. Ceza Dairesi E. 2017/1180, K. 2019/2921, T. 13.02.2019 kararında “... Sanığın, “havanın yağışlı olması nedeniyle yol kenarında bekleyen kişiyi yardım amacıyla aracına aldığı” yönündeki savunması, bu savunmasının aracına aldığı Filistinli göçmen tarafından doğrulanması, diğer araçta ele geçirilen göçmenlerin ise bu göçmeni tanımadıklarını ifade etmeleri 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 230/1-b maddesine aykırı olarak sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilmesi, ...” denilmektedir. Benzer karar için bkz. Yargıtay 18. Ceza Dairesi E. 2018/3573, K. 2019/15581, T. 06.11.2019.

89 Yargıtay 4. Ceza Dairesi E. 2020/13884, K. 2021/2058, T. 25.01.2021 kararında “...Sanığın üzerine atılı göçmen kaçakçılığı suçunun unsuru olan doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat temin edilmesinin, somut olayda ne şekilde gerçekleştiği tartışılmadan yetersiz gerekçe ile sanık hakkında mahkûmiyet hükmü kurulması, Kanuna aykırı...” denilmektedir.

90 Doğan, *Göçmen Kaçakçılığı...*, s.141; Bayraktar vd., *Özel Ceza...*, s. 144.

91 Yaşar ve Güneş, “Uluslararası Hukuk...”, s. 241.

92 Manav, s. 18; Artuk vd., *Ceza Hukuku...*, 78-79; Yenidünya-Alşahin, “Göçmen Kaçakçılığı...”, s. 36; Yaşar vd., *Yorumlu-Uygulamalı ...*, s. 2431.

93 Kangal, “Göçmen Kaçakçılığı...”, s.254.

yabancıнын ülkeye girmesinin, kalmasının veya ayrılmasının hukuka uygun olduğu zannedilmişse hata durumu mevcuttur.⁹⁴

2.3. Hukuka Aykırılık Unsuru

Göçmen kaçakçılığı suçunun konusu olan göçmenler, göçmen kaçakçılarıyla gönüllü olarak irtibat kurmakta, suç oluşturan seçimlik fiillerin gerçekleştirilmesi karşılığında belirli maddi çıkarları bu kişilere vermeyi kabul etmektedir. Bir anlamda göçmen kaçakçılığında rıza var olsa da bu rıza, suçu hukuka uygun hale getirmemektedir. Hatta göçmenin rızası yoksa seçimlik fiillerin gerçekleştirilmesi durumunda göçmen kaçakçılığı yerine farklı suçlar (özellikle insan ticareti ve dolandırıcılık gibi) söz konusu olmaktadır.

Üçüncü kişi lehine zorunluluk halinin⁹⁵ doğup doğmayacağı konusu, ülkesiyle ilgili yaşam hakkı ve vücut bütünlüğüne yönelik saldırı riski bulunan bir kişinin yasal olmayan yollardan çıkması veya başka bir ülkeye yasa dışı giriş yapması durumunda tartışılmaktadır.⁹⁶ Göçmen kaçakçısı, göçmenleri içinde bulundukları zor durumdan kurtarmak niyeti yerine maddi bir menfaat karşılığında gerçekleştiriyorsa ve göçmenler suç konusu oluyorsa, bu durumda üçüncü kişi lehine zorunluluk halinden faydalanamayacağı kabul edilmektedir.⁹⁷

94 Ceza Genel Kurulu E. 2018/408, K. 2021/531, T. 04.11.2021 kararında “Sanığın, mağdurların Suriye uyruklu olduklarını, yasa dışı yollardan ülkeye girdiklerini ve mağdurların çalıştırılmasının suç teşkil ettiğini bilebilecek durumda bulunduğu, ancak Suriye’deki iç savaş nedeniyle kitleler halinde binlerce Suriye vatandaşının sınırdan yasal olmayan şekilde geçmek suretiyle Türkiye’ye sığındıkları, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti tarafından ülkenin değişik yörelerinde mülteci kampları oluşturarak geçici olarak ikâmetlerine izin verildiği, ani gerçekleşen ve olağan dışı durumu geçici de olsa çözüme kavuşturmak amacıyla 04.04.2013 tarihinde Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunun kabul edilerek yürürlüğe konulduğu, yine aynı şekilde 30.03.2012 ve 22.10.2014 tarihli geçici koruma yönetmelikleri yürürlüğe konularak mülteci durumundaki Suriye vatandaşlarının ikâmetlerine izin verildiği ve bu kişilerin ülkenin muhtelif yerlerinde yasal ve yasal olmayan şekilde çalıştıklarının gerçeği karşısında; somut olayda yurt içine yasal olmayan şekilde giriş yapan Suriye uyruklu kişilerin ikâmet etmelerini kolaylaştırıp çalıştırılmasının, köyde tarım işleriyle uğraşan sanığın bildi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre şartları da göz önünde bulundurulduğunda, sanığın işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda kaçınılmaz bir hataya düştüğünün kabul edilmesi gerektiği, bu nedenle CMK’nın 223/3-d maddesi uyarınca sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekmektedir” denilmektedir.

95 Koca-Üzülmez, *Türk Ceza...*, s.101-102’de bu durumu kusurluluk başlığı altında incelemektedir.

96 Yargıtay 18. Ceza Dairesi E. 2016/11965, K. 2018/8818, T. 06.06.2018 kararında “...Yukarıda yapılan açıklamalar dikkate alındığında, sanıklar... ile ...’ın 06.04.2012 tarihli göçmen kaçakçılığı eyleminde, göçmenlerin Suriyeli olması, sanıkların atılı suçlamayı reddetmeleri, Suriyeli göçmenlerin “..Suriye hükümeti bizi askere almak isteyince Türkiye’ye kaçtık, amacımız Antakya’daki çadır kente gitmekti, kimseye para vermedik.” biçimindeki ifadeleri ile 30/03/2012 tarihli Yönerge” hükümlerine göre Suriyelilere geçici koruma sağlanmış olması ve sonrasında yürürlüğe giren 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu ile bu Kanunun 91. maddesine dayanılarak hazırlanan Geçici Koruma Yönetmeliğindeki “geçici koruma” statüsünün içeriğine dair düzenlemeler de dikkate alındığında, unsurları oluşmayan göçmen kaçakçılığı suçunda, sanıklar ... ile ... hakkında yerinde olmayan gerekçeyle mahkumiyet kararı verilmesi...” denilmektedir.

97 Bayraktar vd., *Özel Ceza...*, s. 144; Özbeke vd., *Türk Ceza...*, s. 77; Özen, *Ceza Hukuku...*, s. 31.

3. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

3.1. Teşebbüs

Göçmen kaçakçılığı suçunun tüm seçimlik hareketleri teşebbüse elverişlidir.⁹⁸ Bir yabancı yasa dışı yollarla ülkeye sokulması, bir yabancı veya Türk vatandaşının ülkeden çıkarılması ani nitelikli bir suç bir suç olup işlendiği anda tamamlanırken,⁹⁹ bir yabancının yasal olmayan yollardan ülkede kalmasının sağlanması mütemadi suç niteliğindedir. TCK'da yürürlüğe girdiği dönemde m.79'da göçmen kaçakçılığı suçuna teşebbüsün yaptırımını konusunda özel bir düzenleme bulunmadığından dolayı (Belçika'da halen bu suça teşebbüs mümkündür),¹⁰⁰ teşebbüs aşamasında kalan göçmen kaçakçılığı suçları için genel hüküm olan TCK m. 35 uygulanmaktaydı.¹⁰¹ Ancak, hem bu suçla mücadelede caydırıcılığı artırmak hem de Ek Protokol'ün m. 6/2-a'da yer alan düzenlemesine uyum amacıyla 6008 sayılı Kanun'la TCK m. 79/1-b'ye eklenen hükümle göçmen kaçakçılığı suçu teşebbüs aşamasında kalsa bile tamamlanmış gibi cezalandırılması öngörülmüştür.¹⁰² Dolayısıyla bu değişiklikten sonra belirlenmesi gereken husus, suçun icra hareketlerinin ne zaman başladığıdır.¹⁰³

Göçmen kaçakçılığı suçu işlenirken göçmenlerle anlaşma, göçmenlerin taşınması için gerekli araç ve gereçlerin temin edilmesi,¹⁰⁴ sahte belge düzenlenmesi, göç güzergahı ayarlanması, suça katılacak kişilerin belirlenmesi ve bu plana göre

98 Doğan, *Göçmen Kaçakçılığı...*, s. 144; Kangal, "Göçmen Kaçakçılığı...", s.257.

99 Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 2012/1267, K. 2013/107, T. 26.03.2013 kararında "...Yunanistan'a gitmek amacıyla yasal olmayan yollardan Türkiye'ye giriş yapan göçmenlerin Türk kara sınırları içerisinde bulunan Tarsus ilçesinde, sınır dışına çıkmadan yakalandıkları anlaşılmakta olup, göçmen kaçakçılığı suçu teşebbüs aşamasında kalmıştır..." denilmektedir.

100 Eurojust, *Legal definition...*, s. 4.

101 Yargıtay 8. Ceza Dairesi E. 2006/5096, K. 2007/4523, T. 07.06.2007 kararında "...765 sayılı TCK. nun 201/a. maddesinin 2. fıkrasında göçmen kaçakçılığına teşebbüs halinin tamamlanmış suç gibi cezalandırılacağı hükmünün yer alması ve 5237 sayılı TCK. nun 79. maddesinde ise, 765 sayılı TCK. nun 201/a-2. madde ve fıkrasındaki düzenlemeye yer verilmemesi nedeniyle göçmen kaçakçılığı suçunun bütün hallerine teşebbüsün olanaklı olması karşısında; Olayımızda, sanıkların yasadışı yollardan Türkiye'ye giriş yapmış olup Avrupa'ya gitmek isteyen yabancı uyruklu 15 göçmeni Tatvan'tan aldıkları ve Muş Korkut İlçesinde kolluk güçleri tarafından yakalandıkları anlaşılmakta; sanıkların kanıtlanan bu eyleminin göçmenlerin yurt dışına çıkmalarına imkan sağlamaya teşebbüs aşamasında kaldığı, 5237 sayılı TCK. nun 79. maddesinden verilecek cezadan teşebbüs nedeniyle anılan yasanın 35. maddesine göre dörtte birinden dörtte üçüne kadarının indirilmesi gerekmekte olup..." denilmektedir.

102 Yargıtay 18. Ceza Dairesi E. 2015/4, K. 2015/108, T. 09.04.2015 kararında "...Sanıklar ... ve ... hakkındaki göçmen kaçakçılığı suçlarının tarihi itibarıyla, 25.07.2010 tarih ve 27652 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak aynı gün yürürlüğe giren 6008 sayılı Kanunun 6. maddesiyle değişik TCK'nın 79/1. maddesine eklenen cümle gereği sanıkların teşebbüs aşamasında kalan eylemlerinin tamamlanmış suç gibi cezalandırılmasının gerektiği gözetilmeden tayin olunan temel cezadan TCK'nın 35. maddesi uyarınca indirim yapılmak suretiyle sanıklar ... ve ... hakkında eksik ceza tayini, Kanuna aykırı..." denilmektedir.

103 Tezcan vd., *Teorik ve...*, s. 95.

104 Yargıtay 4. Ceza Dairesi E. 2021/18439, K. 2022/18494, T. 29.09.2022 kararında "...Sanığın göçmenlerce teşhis edilmesi, aracında 12 adet can yeleği bulunması, göçmenlerin beyanları ile suçüstü yakalanması karşısında sanığın üzerine atılı göçmen kaçakçılığı suçundan mahkumiyeti yerine beraatine karar verilmesi, Kanuna aykırı, ..." denilmektedir.

harekete başlanması, göçmenlerin geçici olarak saklanması, konaklatılması¹⁰⁵ ve hedefe varıldığında göçmenlerden ayrılma süreçleri bulunmaktadır. Göçmen kaçakçılığı suçunda göçmenlerle anlaşmanın(rızalarını almanın) icrai hareket mi hazırlık hareketi mi olduğu tartışmalıdır. Bir görüşe göre göçmenlerin rızasının alınması icra hareketlerini başlatmaktadır.¹⁰⁶ Diğer görüş ise anlaşmayı da hazırlık hareketi olarak kabul etmektedir.¹⁰⁷ Göçmen kaçakçılığı suçunun göçmenlerle anlaşılması anından itibaren suçun icrasına başlandığını kabul etmek gerekir.

3.2. İştirak

Göçmen kaçakçılığı suçuna her türlü iştirak mümkündür.¹⁰⁸ Göçmen kaçakçılığı suçunda iştirak hükümlerinin uygulanabilmesi için suç ortaklarının sadece suçun maddi unsurunu gerçekleştirmesi gereklidir ancak yeterli değildir. Suç ortaklarının, aynı zamanda özel kastı oluşturan “doğrudan ya da dolaylı şekilde maddi çıkar temini saiki” ile hareket etmeleri gerekmektedir.¹⁰⁹ Eğer suç ortakları bu saik olmadan hareket ediyorsa, suçun manevi unsuru eksik olduğundan, iştirak hükümleri uygulanamayacaktır. Suçun birden fazla kişi tarafından veya örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesi durumunda ayrıca suçun nitelikli haline ilişkin hükümlere göre ceza artırılacaktır.

Göçmen kaçakçılığı suçuna iştirakle ilgili değinilmesi gereken bir nokta da şudur ki, göçmen konumundaki yabancı ya da Türk vatandaşlarının bu suçtan dolayı sorumlu olup olmayacaklarıdır. Ek Protokol m. 5’e göre göçmenlerin, adli soruşturmaya tabi tutulmaması gerekir. Ancak göçmenlerin idari sorumlulukları devam etmektedir.¹¹⁰

105 Transit geçişte geçici olarak saklanma süresi makul olmalıdır. Aksi halde makul sürenin aşılması ülkede kalmaya imkan sağlama olarak kabul edilecektir. Bkz. Artuk vd., *Ceza Hukuku...*, s. 81

106 Özbek vd., *Türk Ceza...*, s. 78; Doğan, *Göçmen Kaçakçılığı...*, s. 146.

107 Şen- Malbeği, *Türk Ceza...*, s.135.

108 Ceza Genel Kurulu E. 2016/1174, K. 2019/378, T. 07.05.2019 kararında “Sanığın, yasa dışı yollarla ülkeye sokulan göçmenlerin ülke içinde bir yerden başka bir yere nakledilmeleri hususunda inceleme dışı sanıklardan... ile irtibat halinde olması ve suçun işleniş sürecinde üstlendiği rol gereği göçmenlerin yol güzergahında önceden belirlenen noktalardan alınmasının teminine yönelik olarak kendi aralarındaki iş bölümü çerçevesinde koordineli bir şekilde hareket ederek göçmenlerin ülkede kalmalarına imkân sağlaması ve bu suretle inceleme dışı sanıklar ile birlikte, eylem üzerinde ortak hâkimiyet kurulmak suretiyle göçmen kaçakçılığı suçunun işlenişine katkıda bulunması karşısında atılı suçta TCK’nın 37. maddesi anlamından müşterek fail olarak iştirak ettiğinin kabulü gerekmektedir...” denilmektedir.

109 Kangal, “Göçmen Kaçakçılığı...”, s.261.

Yargıtay 9. Ceza Dairesi E. 2013/17274, K. 2014/1799, T. 18.02.2014 kararında “... Göçmen kaçakçılığı suçunu kimliği tespit edilemeyen 30 D 1031 plakalı araç sürücüsü ile birlikte işleyen sanık hakkında TCK’nın 37/1. maddesi yerine, anılan Kanunun 39/2-c maddesi ile uygulama yapılması suretiyle eksik ceza tayini aleyhe temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır...” denilmektedir.

110 Meral Balcı, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu Bağlamında Göçmenlerin Cezasızlığı İlkesi Çerçevesinde İdari Gözetim Tedbirinin Değerlendirilmesi”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, S. 81 (3), s. 781.

3.3. İçtima

Fail farklı zamanlarda birden fazla defa göçmen kaçakçılığı suçu işlerse bir görüşe göre zincirleme suç hükümleri uygulanması gerekir,¹¹¹ diğer görüşe ise bu suçlar ayrı suçlardır.¹¹² Yargıtay uygulaması da farklı göçmenlere karşı işlenen suçları ayrı suçlar olarak cezalandırmaktadır.¹¹³

Göçmen kaçakçılığı suçunda göçmenler, suçun mağduru değil, suçun konusu olarak kabul edildikleri için fail, birden fazla göçmeni suç konu ettiği durumlarda zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağı kabul edilmektedir.¹¹⁴ Zincirleme suç yerine, birden fazla göçmenin suçun konusu olduğu durumlarda TCK m.61 kapsamında ceza alt sınırından ayrılmak suretiyle belirlenmektedir.¹¹⁵ Bu yaklaşımın göçmen kaçakçılarına yönelik caydırıcılığı olumsuz etkilediği kanaatindeyim. Örneğin Avusturya’da göçmen sayısının 3 kişi veya daha fazla olması, suçun nitelikli hali olarak cezalandırılmaktadır.¹¹⁶ Belçika’da para cezası her bir göçmen için ayrı olarak uygulanmaktadır.¹¹⁷ Başka bir görüşe göre ise aynı suç işleme kararı çerçevesinde çok sayıda göçmen bulunuyorsa zincirleme suç koşullarının gerçekleştiği ifade edilmektedir.¹¹⁸

Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçları, çoğu zaman birbirini izleyen suçlar olsa da hukuki olarak farklı suçlar olarak düzenlenmiştir.¹¹⁹ Özellikle göçmenlerin kayıt dışı çalıştırılma olaylarında göçmenlerin rızasının varlığı veya yokluğu göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçunu birbirinden ayırmaktadır.¹²⁰ Göçmen kaçakçılığı tamamlandıktan sonra insan ticareti suçu da işlenirse her iki suçtan dolayı ceza verilmesi gerekir.

111 Artuk vd., *Ceza Hukuku*..., s.90.

112 Kangal, “Göçmen Kaçakçılığı...”, s.262.

113 Yargıtay 18. Ceza Dairesi E. 2017/3032, K. 2018/240, T. 17.01.2018 kararında “...Sanıklar ..., ... ile ... hakkında, farklı tarihlerde ve farklı göçmenlere yönelik gerçekleştirilen eylemleri nedeniyle ayrı ayrı hüküm kurulması gerekirken zincirleme suç hükümleri uygulanarak eksik ceza tayin edilmiş ise de, aleyhe temyiz olmadığından bozma yapılamayacağı...” denilmektedir.

114 Yargıtay 18. Ceza Dairesi E. 2015/30976, K. 2017/1435, T. 08.02.2017 kararında “... Göçmen kaçakçılığı suçunun niteliği ve korunan hukuki yararı dikkate alındığında, göçmenlerin suçun yasal mağduru olmaması, suçun konusunu oluşturmaları nedeniyle TCK’nın 43. maddesinin uygulanmasının mümkün olmaması...” denilmektedir.

115 Yargıtay 18. Ceza Dairesi E. 2019/15474, K. 2020/4513, T. 17.02.2020; Yargıtay 4. Ceza Dairesi E. 2021/29164, K. 2021/22191, T. 21.09.2021 kararlarında “...Temel cezanın belirlenmesinde, ... göçmen sayısı dikkate alınarak teşdidin uygulama yapılması gerekirken...” denilmektedir.

116 Eurojust, *Legal definition*..., s. 2.

117 a.k., s. 4.

118 Koca-Üzülmez, *Türk Ceza*..., s.108.

119 Bahse konu iki suç arasındaki benzerlikler ve farklar için bkz. Çetin Arslan, “İnsan Ticareti Suçu (TCK md.201/b)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 53, S. 4, s.25-26; Artuk vd., *Ceza Hukuku*..., s.69-71; Merve Birer Saçlı, *Türk Ceza Kanunu’nda Göçmen Kaçakçılığı*, Adalet Yayınevi, 2019, s.114-119.

120 Artuk vd., *Ceza Hukuku*..., s. 70.

Göçmen kaçakçılığı sırasında göçmenin yaralanması veya hayatını kaybetmesi durumunda, fail hem göçmen kaçakçılığı hem de haksızlığın gerçekleştirilme şekline göre kasten veya taksirle yaralama veya öldürme suçlarından sorumlu olacaktır.¹²¹ Mülga TCK'da göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesi sırasında göçmenin ölmesi, bu suçun ağırlaştırıcı nedeni olarak düzenlenmişken¹²² yürürlükteki TCK'ya göre maddi içtima kuralları uygulanmaktadır. Yine suç işlenirken kolluk görevlilerine direnme halinde de maddi içtima kuralları uygulanmaktadır.¹²³

Göçmenlerin yasal olmayan yollardan kalması veya çalıştırılması durumunda ortaya çıkabilecek kabahat sorumluluğu bakımından Kabahatler Kanunu m. 15/3 uygulanacaktır. Fail, sadece suçtan cezalandırılacaktır.

Göçmenlerin yasal olmayan yollarla ülkeye sokulduğu, ülkede kaldığı veya ülkeden ayrıldığını bilen suça katılmayan kişilerin suçu bildirme yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülüğe aykırı hareket edilmesi durumunda TCK m.278, 279 veya 280'e göre ceza sorumluluğu doğabilecektir.

Göçmen kaçakçılığı kapsamında sahte belge düzenlenmiş ya da evrakta tahrifat yapılabilmektedir. Bu durumda da TCK m. 212'ye göre fail hakkında hem göçmen kaçakçılığı suçundan ve hem de belgede sahtecilik suçundan ceza verilmektedir.¹²⁴

Göçmen kaçakçılığı suçunun bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, failer hakkında TCK m. 79/3'a göre hüküm kurulmaktadır. Bu bağlamda, örgüt, göçmen kaçakçılığı suçunun bir unsuru olduğundan, göçmen kaçakçılığı suçu ile suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu arasında bileşik suç ilişkisi bulunmaktadır. TCK m. 42 gereği ayrıca TCK m. 220'den ceza verilemeyeceği ifade edilmektedir.¹²⁵ Ancak TCK m. 220/4 delaletiyle bu durumda hem TCK m. 220/1 hem TCK m. 79/3'e göre yaptırım uygulanmaktadır.¹²⁶ TCK m. 220/4'deki düzenleme TCK m. 42'ye

121 Tezcan vd., *Teorik ve...*, s. 94; Osman Yaşar vd., *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt 2, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 2432.

122 Arslan, "Göçmen Kaçakçılığı...", s. 134.

123 Yargıtay 4. Ceza Dairesi E. 2020/13972, K. 2021/2095, T. 26.01.2021 kararında "...Sanığın, göçmen kaçakçılığı yapılacağına dair ihbar alan ve bu nedenle yol kontrolü yapan jandarmanın dur ihtiarına uymayarak, içerisinde göçmenlerin bulunduğu aracı jandarmanın üzerine sürdüğü ve katılanın basit tıbbi müdahale ile giderilebilir şekilde yaralanmasına sebep olduğu olayda, sanığın kasten yaralama niteliğindeki eyleminin katılanın görevini yapmasını engellemek amacını taşıdığı ve TCK'nın 265/1. ve 265/4. maddesinde düzenlenen silahla görevi yaptırmamak için direnme suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında yanlışlığı düşülerek kasten yaralama suçundan hüküm kurulması, Kanuna aykırı,..." denilmektedir.

124 Artuk vd., *Ceza Hukuku...*, s. 91.

125 Bayraktar, "Göçmen Kaçakçılığı Suçu", s.71; Kangal, "Göçmen Kaçakçılığı...", s. 250.

126 Yargıtay 18. Ceza Dairesi E. 2017/3280, K. 2017/6006, T. 17.05.2017 kararında "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 mahkumiyet hükmünün bulunması gerektiğinden, sanıklar ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ... ile hakkında, suç işlemek amacıyla örgüt kurmak suçundan açılmış bir davasının bulunmaması ve bu

göre özel hüküm niteliğinde olduğu için genel-özel hüküm çatışması durumunda özel hüküm uygulanmasının doğru olduğu değerlendirilmektedir.

Göçmen kaçakçılığı suçunu, suçluyu kayırma amacıyla (TCK m. 283'e göre suç işleyen bir kişiye araştırma, yakalanma, tutuklanma veya hükmün infazından kurtulması için imkân sağlamak amacıyla) yapılması durumunda da fail hakkında sadece göçmen kaçakçılığı suçundan ceza verilecektir.

4.MUHAKEME

Göçmen kaçakçılığı resen soruşturulmaktadır. Göçmenlerin şikâyeti muhakeme şartı değildir. TCK m. 13'e göre göçmen kaçakçılığı suçunun nerede işlendiği ve failin yabancı ya da Türk vatandaşı olup olmaması önemli olmaksızın, bu suçla ilgili olarak Türk kanunlarına göre yargılama yapılacaktır. Bu suç nedeniyle yabancı bir ülkede mahkûmiyet veya beraat kararı verilmiş olsa bile, Adalet Bakanının talebi üzerine Türkiye'de yargılama yapılmaktadır.¹²⁷ Ancak, yabancı ülke tarafından yapılan yargılama sonucunda mahkûmiyete karar verilmiş ve bu karar kısmen ya da tamamen infaz edilmişse, TCK m.16'ya uygun olarak Türkiye'de verilen mahkûmiyet kararından mahsup edilmesi gerekecektir.¹²⁸

suçtan hüküm kurulmamış olması karşısında sanıkların, suç örgütünün faaliyeti kapsamında göçmen kaçakçılığı yapmak suçundan TCK'nın 79/3. maddesi uyarınca cezalarında artırım yapılamayacağını gözetilmemesi, ..." denilmektedir.

127 Yargıtay 4. Ceza Dairesi E. 2021/33978, K. 2022/19364, T. 11.10.2022 kararında "...Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Savcısının temyizinin, TCK'nın 13. maddesi kapsamında göçmen kaçakçılığı suçunda yabancı bir ülkede mahkûmiyet veya beraat kararı verilmiş olsa bile Adalet Bakanının talebi üzerine Türkiye'de yargılama yapılacağına ilişkin anlaşıldığı, sanığın mahkûmiyetine ilişkin ilk derece mahkemesi kararının usul ve esas bakımından yerinde olduğu, TCK'nın 13. maddesindeki düzenleme ile kendi vatandaşının yabancı ülkede işlemiş olsa da bazı suçları bakımından ayrıca kendi yargı yetkisini kullanabileceğinin teminat altına alındığı, somut olayda sanığın yargılanan eylemi Yunanistan'da işlediği göçmen kaçakçılığı olduğu, suçun mağduru göçmenlerin Türkiye sınırlarından geçmiş ya da geçmemiş olmasının suçun oluşumuna etki etmediği, TCK'nın göçmen kaçakçılığını düzenleyen 79. maddesindeki suçun unsurlarının oluşmadığı yönündeki değerlendirmesinin yerinde olmadığına vicdani kanının olduğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar, belgeler ve gerekçe içeriğine göre yapılan incelemede; Sanığın üzerine atılı göçmen kaçakçılığı suçunun TCK'nın 13/1-a maddesinde belirtilen suçlardan olduğunun anlaşılması karşısında; aynı Kanun maddesinin 2. ve 3. fıkralarında belirtildiği üzere Adalet Bakanının talebi üzerine yargılama yapılması gerektiğinin gözetilmemesi, Bozmayı gerektirmiş..." denilmektedir.

128 Yargıtay 18. Ceza Dairesi E. 2015/41, K. 2015/46, T. 31.03.2015 kararında "...Sanığın, kaçak göçmenleri menfaat karşılığı yasadışı yollarla sınırdan geçirdikten sonra Yunanistan'da yakalandığı ve bu ülkede yargılanarak cezalandırılmasına karar verildiği anlaşılmakla; göçmen kaçakçılığı suçunun seçimsiz hareketlerinden biri olan yurt dışına göçmen çıkarma fiilinin suç tarihi itibarıyla icra hareketlerinin göçmenlerin yurt dışına çıkarılıp yabancı ülke sınırlarına girilmekle tamamlanmış, Yunanistan tarafından mükerrer infazın önlenmesi, adalet ve hakkaniyet esasları gözetilerek sanığın cezalandırılmasının fiilin her iki ülke yönünden suç olarak kabulü nedeniyle Türkiye'de işlenen göçmen kaçakçılığı suçuna engel teşkil etmeyeceğinden sanığın bu suçtan cezalandırılması gerektiği, ancak, TCK'nın 16. maddesi hükmü de gözetilerek mülkîlik, koruma, faile göre şahsîlik ile evrensellik ilkeleri yönünden mükerrer infazın önlenmesi, adalet ve hakkaniyet esasları gözetilerek yabancı ülke mahkemesince verilen karara ilişkin infaz evrakı araştırılıp yurt dışında gözaltında, gözlem altında, tutuklulukta veya hükümlülükte geçirdiği süreler saptanarak bu cezasından mahsubu gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi, Kanuna aykırı, ..." denilmektedir.

Göçmen kaçakçılığı suçunun yargılamasında, TCK m.79’da belirtilen üst sınırı 10 yıldan az olduğu için asliye ceza mahkemesi görevlidir.¹²⁹

TCK m. 66/1-d uyarınca, göçmen kaçakçılığı suçunun dava zamanaşımı süresi 15 yıldır.¹³⁰

CMK’ya göre göçmen kaçakçılığı soruşturmalarında tutuklama(m. 100/3), taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma (m. 128), şirket yönetimi için kayyım tayini(m. 133), iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması(m. 135), teknik araçlarla izleme(m. 140), zorlama amaçlı elkoyma ve teminat belgesi(m. 248) tedbirlerine başvurmak mümkündür. Göçmen kaçakçılığı suçunda müsadere önemli bir yer tutmaktadır. Müsadere uygulamaları, suçta kullanılan eşyaların ve suçtan elde edilen malvarlıklarının devlete geçirdiğinden¹³¹ dolayı özellikle suç örgütlerini ekonomik olarak zayıflatmakta, teknik kapasitelerini yok etmektedir. Bundan dolayı YUKK ek m.1’e özel bir elkoyma hükmü de eklenmiştir. Göçmenler suçun mağduru olmadığı için faillerden müsadere edilen paralar göçmenlere iade edilmemelidir.¹³²

Göçmen kaçakçılığı suçu tüzel kişi faaliyeti kapsamında işlenmişse, izin iptali güvenlik tedbirine başvurulabilmektedir.¹³³

Bir devletin egemenlik ilkesi gereği, toplum güvenliğini ve düzenini korumak amacıyla tehlike oluşturan yabancıları ülkesinden uzaklaştırma yetkisine sınır dışı etme denilmektedir. Bu tedbire yalnızca yabancılar için başvurulabilir. Sınır dışı edilecekler YUKK m.54’te sayılmaktadır.

SONUÇ

Son yıllarda dünyanın farklı coğrafyalarında yer alan ülkelerde birçok doğal ve toplumsal nedenden dolayı insanlar göç etmektedir. Göç hareketlerinin artması beraberinde birçok yeni soruna neden olmakta, ülkeler kendi kamu düzenlerini korumak için göçmen kaçakçıları cezalandırmakta, kaçak göçmenleri geri göndermektedir. Türkiye, bulunduğu coğrafya itibarıyla Asya, Afrika ve Ortadoğu ülkeleri ile Avrupa ülkeleri arasında bulunduğundan dolayı ve bölgede meydana iç

129 Artuk vd., *Ceza Hukuku...*, s. 93.

130 Yargıtay 18. Ceza Dairesi E. 2015/33492, K. 2016/18056, T. 23.11.2016 kararında “...Sanıklara isnad edilen göçmen kaçakçılığı suçunun düzenlendiği TCK’nın 79. maddesinde öngörülen ceza süreleri dikkate alındığında, bu suçun TCK’nın 66/1-d maddesi uyarınca 15 yıllık dava zamanaşımına tabi olmasına rağmen yerinde olmayan gerekçeyle düşme kararı verilmesi, Kanuna aykırı, ...” denilmektedir.

131 Yargıtay 18. Ceza Dairesi E. 2016/12098, K. 2018/8423, T. 30.05.2018 kararında “... Yerel Mahkeme tarafından, suçta kullanılan teknenin sahibi olan malen sorumlu hakkında göçmen kaçakçılığı suçuna iştirak ettiği gerekçesiyle suç duyurusunda bulunulmuş olması karşısında, soruşturma neticesi beklenerek, açılması halinde davaların birleştirilmesine karar verilip, tüm kanıtlar birlikte değerlendirildikten sonra teknenin müsaderesinin gerekip gerekmediği hususunda bir karar verilmemesi, Kanuna aykırı...” denilmektedir.

132 Koca-Üzülmez, *Türk Ceza...*, s.110.

133 Artuk vd., *Ceza Hukuku...*, s. 94.

karışıklıklar nedeniyle çok sayıda yabancı ülkemize düzenli veya düzensiz göçmen, geçici koruma ve uluslararası koruma statüsü kapsamında gelmektedir.

Göçmen kaçakçılığı, diğer suçlarla mukayese edildiğinde yeni sayılabilecek bir suçtur. Ancak geline nokta da ülkemizde işlenen göçmen kaçakçılığı suçunun artma eğiliminde olduğu da dikkate alındığında ülkemizde kamu düzeninin korunması için bu suçla etkin mücadele edilmesi gerekir. Göçmen kaçakçılığı suçu TCK m.79'da düzenlenmektedir. Göçmen kaçakçılığı suçu ile birçok hukuki değerin korunduğu görülmektedir. Mukayeseli hukuka bakıldığında göçmen kaçakçılığıyla mücadele amacıyla suçunda maddi çıkar elde etme amacı nitelikli hal olarak düzenlendiği görülmektedir, ülkemizde de yapılacak kanun değişikliğiyle suçun temel halinde bu özel kast aranmamalıdır. Göçmen kaçakçılığı suçunda göçmenlerin suçun mağduru olup olmadığı halen tartışılmaktadır. Göçmen kaçakçılığı suçunda göçmenleri, her durumda mağdur olarak kabul etmek mümkün olmasa da TCK m.79/2 kapsamında göçmenler mağdur olarak kabul edilmelidir. Ancak faile verilecek cezada, kaçırılan göçmen sayısının dikkate alınması gerekir. Göçmen kaçakçılığına ilişkin zincirleme suç uygulaması yeniden gözden geçirilmelidir.

KAYNAKÇA

Arslan, Çetin, “Göçmen Kaçakçılığı Suçları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52, S. 1.

Arslan, Çetin, “İnsan Ticareti Suçu (TCK md.201/b)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 53, S. 4.

Artuç, Mustafa, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, S. 16.

Artuk, M. Emin – Ahmet Gökçen – M. Emin Alşahin – Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 18. Baskı, Ankara 2019.

Aydın, Devrim, “Uluslararası Ceza Hukukunun Gelişimi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 51, S. 4, 2002.

Balcı, Meral, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu Bağlamında Göçmenlerin Cezasızlığı İlkesi Çerçevesinde İdari Gözetim Tedbirinin Değerlendirilmesi”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, S. 81 (3).

Bayraktar, Köksal - Vesile Sonay Evik – Gülşah Kurt, *Özel Ceza Hukuku Cilt I-Uluslararası Suçlar*, On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul, 2017.

Bayraktar, Köksal, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, *YÜHFD*, C. IX, S. 2.

Birer Saçlı, Merve, *Türk Ceza Kanunu’nda Göçmen Kaçakçılığı*, Adalet Yayınevi, 2019.

Centel, Nur-Zafer, Özlem Hamide-Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta Basım Yayın, 10. Baskı, İstanbul, 2017.

Çağlar, Türken, “Göç Çalışmaları İçin Kavramsal Bir Çerçeve”, *Toros Üniversitesi İİSBF Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 5, S. 8, 2018.

Değirmenci, Olgun, “Çeşitli Görünümleriyle Uluslararası Suç Kavramı: Dar ve Geniş Anlamda Uluslararası Suçlar ve Türk Hukuku”, *İÜHFM*, C. LXXI, S. 1, s. 229-266.

Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 13. Baskı, Ankara, 2018.

Doğan, Koray, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2008.

Doğan, Vahit, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, Savaş Yayınevi, 15. Baskı, Ankara, 2018.

Erel, Kemalettin, “Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, *TBBĐ*, S. 71.

Eurojust, Legal definition of migrant smuggling and/or facilitation of irregular migration An overview of EU legislation, 2024, “<https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/assets/legal-definition-of-migrant-smuggling-and-facilitation-of-irregular-migration.pdf>”. Erişim Tarihi: 01.09.2024.

Evik, Ali Hakan, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, *AÜEHFD*, C. IX, S. 3-4, s.125-179.

Hakeri, Hakan, “Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti Suçları”, *KHUKA*, S. 11.

Kangal, Zeynel, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C.21, Özel Sayı.

Kangal, Zeynel, *Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.

Koca, Mahmut – İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 9. Baskı, Ankara, 2023.

Manav, Hakkı, *Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.

Özbek, Veli Özer – Koray Doğan – Pınar Bacaksız – İlker Tepe, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 13. Baskı, Ankara, 2018.

Özen, Mustafa, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, 2018.

Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

Şen, Ersan – Erkam Malbeleş, *Türk Ceza Kanununda Uluslararası Suçlar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.

Tezcan, Durmuş - Mehmet Ruhan Erdem - R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 9. Baskı, Ankara, 2013.

Demirbaş, Timur *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 13. Baskı, Ankara, 2018.

Toroslu, Nevzat, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970

United Nations Office on Drugs and Crime, Model Law against the Smuggling of Migrants, United Nations, 2010.

Vodina, Can, “Mağduru Tanımlamak: Birleşmiş Milletler Düzenlemeleri Çerçevesinde Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, *Ceza Hukuku Dergisi*, S. 3.

Yaşar, Osman - Hasan Tahsin Gökcan – Mustafa Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. 2, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2014.

Yaşar, Yusuf - Umut Güneş, “Uluslararası Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Göçmen Kaçakçılığı Suçunda ‘Maddi Menfaat Elde Etme Amacı’ Kavramı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 28, S. 1.

Yenerer Çakmut, Özlem, “Türk Ceza Yasa’sında Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK m. 79)”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX, S. 2.

Yenidünya, Ahmet Caner – Mehmet Emin Alşahin, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK. m.79)”, TBB Dergisi, S. 82, 2009..

Yılmaz, Sibel, “Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti”, Avrupa Birliği’ne Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2008.

Yurtcan, Erdener, Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2016.