

# İzinsiz Giriş, Geçiş ve İkametin Kolaylaştırılmasını Önlemek İçin Cezai Çerçevenin Güçlendirilmesine İlişkin 2002 tarihli Avrupa Birliği Direktifi ve Çerçeve Kararı Bağlamında İnsani Yardımın Cezalandırılabilirliği Sorunu

The Problem of the Criminalisation of Humanitarian Aid in the Context of the 2002 European Union Directive and Framework Decision on Strengthening the Criminal Framework to Prevent the Facilitation of Unauthorised Entry, Transit and Residence

Meral BALCI<sup>1</sup> , Ceren KARAGÖZOĞLU<sup>2</sup> 

<sup>1</sup>Dr. Öğr. Üyesi, Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Bursa Türkiye

<sup>2</sup>Araş.Gör. Dr., Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Sakarya, Türkiye

## ÖZ

Yasa dışı göçü önlemek amacıyla Avrupa Birliği tarafından kabul edilen hukuki düzenlemeler, gittikçe daha sert hale gelmekte ve düzenlemeler çerçevesinde gelişen uygulama alınan tedbirlerin hukuki meşruiyetini zayıflatmaktadır. Özellikle yabancıların ülkeye yasa dışı girişi veya ülkede yasa dışı kalışı meselesinin ceza hukuku araçlarıyla kontrol altında tutulmaya çalışılması birçok açıdan sorun ortaya çıkmasına neden olmaktadır. 2002 tarihli Kolaylaştırıcılar Direktifi bunun en önemli örneklerindedir. Çalışmada söz konusu Direktif kapsamında suç teşkil eden fiiller, Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol çerçevesinde özellikle insani yardımın cezalandırılabilirliği konusu üzerinden ele alınacaktır. Göçmen kaçakçılığının ceza hukuku bakımından çerçevesinin belirlenmesinde ceza hukuku esasları ve insan hakları hukuku temelli bir yaklaşım ortaya konulmaya çalışılacaktır. Zira yasa dışı göçe yönelik uygulanan yaptırımların yoğunluğunun, salt devlet sınırlarının korunması perspektifiyle ele alınması, insan hakları hukuku, mülteci hukuku ve deniz hukuku başta olmak üzere devletin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerden doğan yükümlülüklerinin ihlali ile sonuçlanmaktadır. Dolayısıyla idari düzenlemelerin etkin olduğu bir alan olan göç hukukunda ceza hukuku müdahalesinin sınırlarının genişletilmemesi önem arz etmektedir.

## ABSTRACT

The legal regulations the European Union (EU) has adopted to prevent illegal migration are becoming increasingly harsh. The practice that has developed within the framework of the regulations weakens the legal legitimacy of the measures taken. In particular, trying to control the illegal entry or illegal stay of foreigners in a country through the tools of criminal law causes problems in many respects. The EU Council Directive 2002/90/EC, referred to here as the Facilitators Directive, is one of the most important examples of this. This study will examine the acts that constitute a criminal offense under the Facilitators Directive within the framework of the Protocol against the Smuggling of Migrants, especially regarding the ability to punish humanitarian assistance. In determining the framework of the smuggling of migrants in terms of criminal law, this article will attempt to put forth an approach based on the principles of criminal law and human rights. The intensity of the sanctions imposed on illegal migration from the perspective of the protection of state borders results in the violation of state obligations arising from international conventions to which states are a party. Therefore, not expanding the limits of criminal law's ability to intervene in immigration law is important, being an area where administrative regulations are effective.

**Anahtar Kelimeler:** Yasa dışı göç, direktif, insani yardım

**Keywords:** Illegal migration, directive, humanitarian aid

Corresponding Author: Meral BALCI E-mail: balcimeral@gmail.com

Submitted: 09.06.2023 • Revision Requested: 10.11.2023 • Last Revision Received: 13.11.2023 • Accepted: 04.12.2023



This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)

## EXTENDED ABSTRACT

The problem of illegal migration is seen as an area that needs to be fought against hard, especially in Europe. In relation to this, the EU adopted the Council Directive 2002/90/EC (the Facilitators Directive) and framework Decision 2002/946/JHA in 2002. This Directive is important as it significantly expands the scope of the offense of smuggling migrants. The Directive regulates different acts facilitating illegal entry or transit across the territory of a Member State, as well as illegal residency in the territory of a Member State. Each Member State is to adopt appropriate sanctions against any person who intentionally assists someone who is not a national of a Member State in entering or transiting across the territory of a Member State in breach of the laws of the State concerned regarding the entry or transit of aliens. According to the Directive, the purpose for which the person who commits the acts of facilitating illegal entry or transit does not matter. On the other hand, the Directive adopted the criterion of financial gain for the act of facilitating illegal residence in a Member State. The Directive also gives Member States discretion to not penalize acts of facilitating illegal entry and transit when humanitarian aid is involved. These regulations pose problems both in terms of criminal law principles and human rights.

The study will first determine the scope of criminal acts in terms of migrant smuggling by taking into consideration the Protocol to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime on the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air (United Nations General Assembly, 2000), which is an important international convention, as a guide in determining the scope of the crime of migrant smuggling. Article 6-1(a) of the Protocol states that each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences, when committed intentionally and in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit for the smuggling of migrants. Thus, the Protocol regulates punishable smuggling of migrants more narrowly than the Facilitators Directive. The criterion of financial or other material benefit constitutes an important limit in the crime of smuggling of migrants. Article 5 of the Protocol also states that migrants should not be penalized in the context of migrant smuggling. Migration law is a field shaped mainly by administrative regulations. Therefore, the scope of criminal regulations in this field should be narrow. These regulations are also a consequence of the principle of proportionality and the principle of last resort. The criterion to be taken as a basis in determining the offense within the scope of migrant smuggling is that the criminal acts constitute an injustice worthy of criminal law sanctions, taking into account the principle that punishment is a last resort. The fact that the Directive leaves it to the discretion of EU Member States not to criminalize humanitarian aid is problematic in this respect. Moreover, the Directive does not define humanitarian aid, which has led Member States to apply different definitions. This is incompatible with the principle of certainty, which is more important in criminal law.

The provisions of the Directive should also be noted to be incompatible with Member States' obligations under international law. The need to protect the fundamental rights and freedoms of migrants carries the regulations on migrant smuggling beyond the criminal policy and constitutes the limits of the criminal policy as adopted by the states. The components of the limits are the international conventions that set the general framework for the definition of migrant smuggling and the obligations of Member States in this regard, the principle of *non-refoulement*, refugee law, and the maritime law conventions that envisage the rescue of persons in danger at sea, as well as human rights conventions that envisage meeting common minimum standards for the protection of fundamental rights and freedoms of the individual in universal and regional contexts. For this reason, legal regulations on migrant smuggling should be regulated in line with the obligations of Member States arising from international law. Taking into account the obligations undertaken by Member States under international conventions also strengthens the legal legitimacy of legal regulations on migrant smuggling.

## GİRİŞ

İnsanların kendi ülkelerindeki zulüm, yoksulluk ve işsizliğe tepki olarak başka ülkelere göç etmek istemesi veya zorunda kalması ve bunu yasal göç yollarına getirilen kısıtlamalar nedeniyle çoğunlukla örgütlü suç gruplarının yardımıyla gerçekleştirebilmeleri, göçmen kaçakçılığını<sup>1</sup> hem ulusal hem de uluslararası alanda gündeme getirmektedir. Göç rotasının çoğunlukla Avrupa'ya yönelmesi sonucu Avrupa Birliği'ne üye devletlere<sup>2</sup> yasa dışı göçlerin artması ve bu yasa dışı göçün devletler bakımından sosyal, ekonomik<sup>3</sup> vb. alanlarda olumsuz sonuçlar<sup>4</sup> doğurması, düzensiz göç<sup>5</sup> şeklinde adlandırılan eylemlerin engellenmesi adına siyasi ve hukuki çözümler geliştirilmesine sebep olmaktadır.

Göçmen kaçakçılığıyla mücadele ederek yasa dışı göçü azaltmak, özellikle 2015-2020 arasındaki dönem bakımından Avrupa sınır kontrol politikalarının ana hedeflerinden biri olarak kabul edilmiştir<sup>6</sup>. Bu kabul Birlik hukukunda ise sert önlem ve yaptırımların uygulanması şeklinde karşılık bulmuştur<sup>7</sup>. Düzensiz göçün ceza hukuku yaptırımlarına tâbi biçimde genişletilmesi bu noktada önemli bir rol üstlenmiştir. Göç hukukunun idari yaptırımlar ile düzenlenen alan olmaktan ziyade cezaî yaptırımların ve ceza hukuku kurumlarının ağırlık kazanmaya başladığı alan olarak anılması 2002 tarihli İzinsiz Giriş, Geçiş ve İkametin Kolaylaştırılmasını Önlemek İçin Cezai Çerçevenin Güçlendirilmesine İlişkin Avrupa Birliği Direktifi<sup>8</sup> ile daha da güçlenmiştir. Direktif, göçmen kaçakçılığında ceza hukuku yaptırımlarının uygulanabilirlik alanını insani yardım dâhil olmak üzere mümkün kılmıştır. Bu durum ise göçmenlerle dayanışma içinde hareket eden, insani yardım getiren ve güvenli geçişler için malzeme temin eden kişilere müsamaha gösterilmesi ile bu kişilerin davranışlarının suç sayılması arasındaki çatışma ekseninde<sup>9</sup> birçok tartışmayı beraberinde getirmiştir. Göçmenlere yardımın suç sayılması sorunu doğaldır ki göçmen kaçakçılığı temelinde incelemeye ihtiyaç duymaktadır. Göçmen kaçakçılığının çok geniş uygulama alanına sahip olması ve bu kapsamda karmaşık durumları bünyesinde barındırması, çalışma bağlamında ele alınan konunun göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturup oluşturmadığını ve bu amaçla gerçekleştirilen hareketlerin cezaî yaptırıma tâbi tutulup tutulamayacağını değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır.

Çalışmada söz konusu Direktif ile öngörülen düzenleme ve bu düzenleme çerçevesinde Birliğe üye devletler tarafından benimsenen uygulamanın hukuki boyutu incelenecektir. Bu kapsamda ilk olarak genel çerçeveyi çizmek adına, Birlik hukuku göç düzenlemelerine ve uluslararası sözleşmelerin ve Birlik hukuki tasarruflarının hukuk düzeni içerisindeki konumunu verebilmek amacıyla norm hiyerarşisine değinilecektir. Ardından Sınraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol<sup>10</sup> gözetilerek göçmen kaçakçılığının suç teşkil ettiği durumlara ilişkin çerçeve, genel olarak belirlenecektir.

Bununla birlikte görülmektedir ki düzensiz göçün artmaya devam etmesi ve edecek olması, bu alanda ceza hukuku müdahalesinin sınırının çizilmesine yönelik zorunluluğu ortaya koymaktadır. Bu sınırın belirlenmesinde ise insani yardımın ceza tehdidi altına alınması durumunun hem ceza hukuku esasları hem de insan hakları hukuku bakımından ortaya çıkardığı sonuçlar dikkate alınmalıdır. Zira sözü edilen durum, ceza hukukunun temel ilkeleri kadar insan hakları hukuku çerçevesinde de değerlendirmeyi gerektirmektedir. Düzensiz göçmenlerin hakları, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı<sup>11</sup> ve göçmen kaçakçılığı kapsamında devletin yükümlülüklerine ilişkin genel çerçeveyi çizen uluslararası sözleşmeler, özellikle mülteci hukuku ile öngörülen korumaların temel

<sup>1</sup> Söz konusu terim, gerek ulusal ve uluslararası düzenlemelere gerekse doktrine "göçmen kaçakçılığı" şeklinde yerleşmiş olmakla birlikte, göçmen ifadesinin uygun olmadığı belirtilmektedir. İnsan kaçakçılığı şeklinde ifade edilmesinin daha yerinde olduğu yönünde değerlendirme için bkz. Koray Doğan, *Göçmen Kaçakçılığı*, (3. Bası, Seçkin 2021), 26.

<sup>2</sup> Söz konusu husus sadece Avrupa Birliği'ne üye devletlerle sınırlandırılmayacak şekilde farklı devlet uygulamalarına da konu olmaktadır. Nitekim Amerika Birleşik Devletleri-Meksika sınırında gerçekleşen düzensiz göçler bakımından da benzer sorunlar ortaya çıkmaktadır (Delphine Rodrik, 'Solidarity at The Border: How The Eu and Us Criminalize Aid to Migrants' (2021) 39(1) Berkeley Journal of International Law 81, 92 vd). Bununla birlikte çalışmanın kapsamı itibarıyla sadece Avrupa Birliği hukuku ile sınırlı bir inceleme yapılacaktır.

<sup>3</sup> Yasa dışı yollarla ülkeye sokulan göçmenler ülkede ucuz işgücüne, dolayısıyla da ülke vatandaşlarının iş kayıplarına yol açmakla birlikte, kayıt dışı çalışmaları nedeniyle vergi kayıpları da meydana gelmektedir. Bu durum kamu hizmetinin finansman kaynağının zarar görmesi nedeniyle kamu ekonomisi üzerinde olumsuz etki oluşmasına sebep olmaktadır. Zeynel T. Kangal, 'Göçmen Kaçakçılığı Suçu' (2019) 21 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 221, 230.

<sup>4</sup> Sınır güvenliği ihlal edilen devletlerin kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin tehlikeye düşmesi nedeniyle suçtan zarar gören olarak kabul edilmesi hakkında bkz. Asuman Aytekin İnceoğlu, 'Göçmen Kaçakçılığı Suçu' (2019) 14(175-176) 14 Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 387, 392.

<sup>5</sup> Düzensiz göç (*irregular migration*) kavramı, yasal şekilde ülkeye giren ancak ülkede bulunma süresini dolmasını takiben ülkeden ayrılması sebebiyle düzensiz hale gelen göçmenler ile yasal olmayan şekilde ülkeye giren ancak daha sonra kalışı yasal hale gelen (örneğin, sığınma hakkı verilen kişilerin uluslararası koruma başvurularının incelenmesine kadar ülkede buldukları süreçteki durumları) göçmenler ve son olarak ne girişi ne de kalışı yasal olan göçmenlerin durumlarını yansıtmaktadır. Mark Provera, 'The criminalization of irregular migration in the European Union' CEPS Policy Brief No 80 (Centre for European Policy Studies 2015), 4. Düzensiz göç kavramı hakkında ayrıca bkz. Vincenzo Militello/Alessandro Spena, 'Between Criminalization and Protection The Italian Way of Dealing with Migrant Smuggling and Trafficking within the European and International Context', *Transnational Crime*, Ed. Valsamis Mitsilegas (2018) 6. Çalışmada düzensiz göç ve yasa dışı göç terimleri birbirine eş kavramlar olarak kullanılmaktadır.

<sup>6</sup> EU Commission, Communication From The Commission to The European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and The Committee of The Regions, 27.5.2015.

<sup>7</sup> Avrupa Birliği'nin düzensiz göçle ilgili araçları; olguyu önleme, bunu kolaylaştıranları tespit etme ve cezalandırma ve düzensiz göçmenlerin geri dönüşü için ortak standartlar oluşturma şeklinde ifade edilmektedir. Maria Giovanna Manieri, 'Current Trends, Numbers and Routes in EU Migrations: Is Existing Legislation Creating More Irregularity?' *Controlling Immigration Through Criminal Law: European and Comparative Perspectives on 'Crimmigration'* (eds.) Gian Luigi Gatta, Valsamis Mitsilegas, Stefano Zirulia (Oxford: Hart Publishing 2020), 106.

<sup>8</sup> İzinsiz Giriş, Geçiş ve İkametin Kolaylaştırılmasını Önlemek İçin Cezai Çerçevenin Güçlendirilmesine İlişkin Direktif, Council Directive 2002/90/EC of 28 November 2002 defining the facilitation of unauthorised entry, transit and residence, 05.12.2002, Official Journal of the European Communities (L 328/17).

<sup>9</sup> Martina Tazzioli/William Walters, 'Migration, solidarity and the limits of Europe' (2019) 9(1) Global Discourse 175, 176.

<sup>10</sup> Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, United Nations, *Treaty Series*, vol. 2241, p. 507. 28 Ocak 2008'de uluslararası alanda yürürlük kazanan Protokol'ü 12 Aralık 2000 tarihinde imzalayan Avrupa Birliği'nin onay belgesi 6 Eylül 2006 tarihinde depo mercine tevdi edilmiştir. Protokol metin içerisinde "Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol" şeklinde kısaltılmaktadır.

<sup>11</sup> Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFREU) (2012) OJ C326.

taşını teşkil eden *non-refoulement* ilkesi (geri gönderme yasağı), denizde tehlike altında bulunan kişilerin kurtarılmasını öngören deniz hukuku sözleşmeleri ve gerek evrensel gerekse bölgesel düzeyde bireyin temel hak ve özgürlüklerinin korunması hususunda ortak asgari standartlarda buluşmayı öngören insan hakları sözleşmelerinin konusunu teşkil etmesi nedeniyle Birlik hukuku kapsamında göz ardı edilemez niteliktedir. Bu durum Direktif çerçevesinde öngörülen düzenlemeler ve devlet uygulamalarının devletin uluslararası yükümlülükleri bağlamında incelenmesini zorunlu kılmaktadır. Bu sebeple söz konusu durum, çalışmanın son bölümünde ele alınacaktır.

## I. Avrupa Birliği Hukuku Göç Düzenlemeleri

Avrupa Birliği Andlaşması'nın dış sınırların kontrolünü, iltica, göç ve suçun önlenmesini, suçla mücadele konularında uygun tedbirler vasıtasıyla kişilerin serbest dolaşımının sağlanmasını; iç sınırların olmadığı bir özgürlük, güvenlik ve adalet alanı sunulmasını öngören 3. maddesinin 2. fıkrası<sup>12</sup>, Birlik Hukuku'nun göç sorunundaki rolünü belirlemede esas alınmaktadır<sup>13</sup>. Birliğin sınır kontrolleri, iltica ve göç konusundaki yetkileri ise Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Andlaşma'nın 77-79. maddeleri arasında düzenlenmekte; "*paylaşılan yetki alanı*" olarak sınıflandırılan bu konularda Birlik ve üye devletlerin yasama yetkisi kullanabileceği ancak Birlik yetki kullandığı ölçüde üye devletlerin artık o alanda yetki kullanmasının mümkün olmadığı kabul edilmektedir<sup>14</sup>.

Andlaşma'nın 77. maddesinde sınır kontrollerine ilişkin hususlara yer verilirken, 78. maddesinde *non-refoulement* ilkesine yapılan vurguyla uluslararası koruma statülerine değinilerek 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne Dair Sözleşme<sup>15</sup> ve 1967 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Protokol<sup>16</sup> çerçevesinde uluslararası korumaya ihtiyacı olan kişiler bakımından hukuki statüler öngörülmektedir. Andlaşma'nın 79. maddesinde mülteci akınının etkin yönlendirilmesi, hukuka uygun olarak üye devletlerde ikamet eden üçüncü devlet vatandaşlarına adil muamele edilmesi ve yasa dışı göç ve insan ticaretinin önlenmesi amacıyla ortak göç politikası öngörülmektedir. Birlik Kurumları söz konusu alanlara ilişkin yetkilerini bu amaç ve serbest dolaşım hakkına, iltica ve sınır kontrolünde işbirliğine ilişkin birtakım düzenlemelere yer veren 1985 tarihli Schengen Andlaşması<sup>17</sup> çerçevesinde ikincil hukuk düzenlemeleri (tüzük, direktif, karar) aracılığıyla kullanmaktadır<sup>18</sup>. Bu çerçevede yasa dışı giriş, insan ticareti ve göçmen kaçakçılığına karşı ve sınır dışı etme ve geri gönderme işlemlerine yönelik ikincil düzenlemelerin, kural olarak doğrudan uygulanma kabiliyetine sahip olmayan, üye devletler tarafından iç hukuk tasarruflarıyla ulusal hukuk düzenine aktarılacak olan direktiflerle kabul edildiği görülmektedir.

Direktifler, Birlik kurumları tarafından gerçekleştirilen ve ikincil düzenlemeler/hukuk olarak adlandırılan tasarruflardan birini teşkil etmektedir. Bu düzenlemelerin birincil düzenlemelere uygun bir biçimde yorumlanacağı öngörülmekte<sup>19</sup>; birincil düzenlemeler, ikincil düzenlemelerin hukuka uygunluk denetimi bakımından ölçüt norm olarak kabul edilmektedir<sup>20</sup>. Birlik hukuk sisteminde birincil düzenlemeleri/hukuku ise Birlik kurucu andlaşmaları, Birlik hukukunun yazılı olmayan kaynakları; Birlik hukukunun genel ilkeleri ve uluslararası teamül hukuku teşkil etmektedir<sup>21</sup>.

Birliğin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ise norm hiyerarşisinde birincil nitelikli düzenlemeler ile ikincil nitelikli düzenlemeler arasında yer almaktadır<sup>22</sup>. Bu doğrultuda Birlik kurumlarının, hukuki tasarrufları bağlamında sözleşmelerle bağlı olduğu öngörülmekte; söz konusu tasarrufların Birliğin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ışığında ve mümkün olduğunca bu sözleşmelerle uyum içinde yorumlanması gerektiği kabul edilmektedir<sup>23</sup>. Hatta "*doğrudan etkilil*" addedilen uluslararası sözleşmelerin, Birlik kurum tasarruflarının hukuka uygunluk denetiminde ölçüt olarak kullanılabilmesi kabul görmektedir<sup>24</sup>.

<sup>12</sup> ABA md. 3/2, "*Birlik, vatandaşlarına, dış sınırların kontrolü, iltica, göç, suçun önlenmesi ve suçla mücadele konularında uygun tedbirler vasıtasıyla kişilerin serbest dolaşımının sağlandığı, iç sınırların olmadığı bir özgürlük, güvenlik ve adalet alanı sunar.*" şeklindedir.

<sup>13</sup> Ayşe Füsün Arsava 'AB Hukukunda Mülteci ve Göç Sorunu' (2021) 155 Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 462.

<sup>14</sup> Arsava, (n 13) 464.

<sup>15</sup> Convention Relating to the Status of Refugees, United Nations, *Treaty Series*, vol. 189, p 137. Sözleşme çalışmada "*1951 Cenevre Sözleşmesi*" olarak kısaltılacaktır.

<sup>16</sup> Protocol relating to the Status of Refugees, United Nations, *Treaty Series*, vol. 606, p 267. Protokol çalışmada "*1967 tarihli Protokol*" olarak kısaltılacaktır.

<sup>17</sup> The Schengen acquis- Convention implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985 between the Governments of the States of the Benelux Economic Union, the Federal Republic of Germany and the French Republic on the gradual abolition of checks at their common borders, Official Journal of the European Communities, 22/09/2000.

<sup>18</sup> Arsava, (n 13) 471.

<sup>19</sup> Sanem Baykal/İlke Göçmen, 'Avrupa Birliği Hukukunun Kaynakları Bakımından Normlar Hiyerarşisi', Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan (Ankara Üniversitesi Basımevi 2013), 346.

<sup>20</sup> ABIHA md. 263.

<sup>21</sup> Baykal/Göçmen, (n 19) 345.

<sup>22</sup> Mehmet Hanifi Bayram, *Avrupa Birliği Hukuku Dersleri* (7. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022), 162.

<sup>23</sup> Uygun yorum ilkesinin Birlik kurucu andlaşmaları bağlamında uygulanmasına ilişkin öğretideki görüşlere ilişkin analiz için bkz. Baykal/Göçmen, (n 19) 352-3. Ayrıca Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Birlik kurum tasarruflarının hukuka uygunluğunu denetlerken, bu tür uluslararası andlaşmaların ölçüt olabileceğini belirttiği görülmektedir. Case T-115/94, 22.01.1997, *Opel Austria GmbH v Council of the European Union*, para 95 <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61994TJ0115:EN:PDF>> 22 Mart 2023.

<sup>24</sup> Bir uluslararası anlaşma hükmü ise, o "*anlaşmanın lâfzı, amacı ve niteliği göz önünde tutularak, o hüküm, uygulanması veya etkisi ile ilgili olarak herhangi bir müteakip önlemin alınmasına konu olmaksızın açık ve kesin bir yükümlülük içeriyorsa doğrudan etkilil*" kabul edilecektir. Doğrudan etkili olmayan uluslararası andlaşmaların ise Birlik tasarrufundaki hükmün, bu tip bir uluslararası anlaşmanın kurallarına atıf yapması veya Birlik tasarrufunun bu tip bir uluslararası anlaşma kaynaklı bir yükümlülüğü uygulamak için çıkarılması halinde ilgili Birlik tasarruflarının hukuka uygunluk denetiminde ölçüt olarak kullanılabilmesi kabul görmektedir. Ayrıntılı analiz için bkz. Baykal/Göçmen, (n 19) 353.

## II. Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol Bağlamında Suç Teşkil Eden Hareketler

Sınıraşan<sup>25</sup> niteliğe sahip olan göçmen kaçakçılığının cezalandırılabilir kapsam sorunu, göçmen kaçakçılığı bağlamında gerçekleştirilen hareketlerin çeşitliliğine dayanmaktadır. Farklı göçmen kaçakçılığı suçları, hareketlerinin gerçekleşme biçimine göre normatif düzeyde de ayırt edilmektedir<sup>26</sup>. Göçmen kaçakçılığının göçmenlerden menfaat elde etme amacıyla hareket eden örgüt kapsamında gerçekleştirilmesi en fazla görünür şekli olmakla birlikte bununla sınırlı değildir<sup>27</sup>. Bunun dışında bu çalışma bakımından da asıl önem arz eden göç kolaylaştırıcıları bulunmakta olup, bu kişiler genellikle küçük ölçekli olarak kabul edilen az sayıda göçmenin yasa dışı geçişini veya kalışını sağlamakta<sup>28</sup> ve bazı durumlarda bunu maddi kazanç elde etmeksizin gerçekleştirmektedirler.

Göçmen kaçakçılığı suçunun kapsamının belirlenmesinde yol gösterici olarak uluslararası alanda önem taşıyan sözleşme<sup>29</sup> olan Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol göz önünde bulundurulacaktır. Protokol, göçmen kaçakçılığının suç sayılmasına yönelik evrensel bir yaklaşım sağlama umuduyla geliştirilmiş olup<sup>30</sup>, taraf devletlere iç hukuk düzenlemeleri bakımından yükümlü kıldığı göçmen kaçakçılığı kapsamında cezalandırılması gereken hareketlere ilişkin asgari gerekliliği içermesi<sup>31</sup> nedeniyle önemlidir. Böylece taraf devletlerin göçmen kaçakçılığına yönelik iç hukuk düzenlemeleri bakımından çerçeveyi ortaya koymaktadır<sup>32</sup>. Bu nedenle göçmen kaçakçılığı suçuna ilişkin iç hukuk düzenlemelerinin asgari gerekliliği karşılamak şartıyla, farklı kapsam belirlemelerinin olması mümkündür. Ancak kapsam belirlemelerinin, ceza hukuku bakımından temel teşkil eden ilkelerin ihlal edilmesi sonucunu ortaya çıkarabilecek ya da göçmenlerin haklarının korunmasını işlevsiz hale getirecek şekilde olmaması önem taşımaktadır.

Protokol'ün göçmen kaçakçılığı suçu bakımından belirleyici kıldığı ilk husus, kaçakçılığın örgüt (*organized criminal group*) kapsamında gerçekleştirilmesidir<sup>33</sup>. Bir örgütün göçmenlerin yasa dışı girişini veya yasa dışı ikametini sağlaması, ağır bir sınıraşan örgütlü suç biçimi olarak kabul edilmiştir ve bu nedenle Protokol'ün birincil odak noktası olarak değerlendirilmektedir. Cezalandırılması gereken fiil olarak göçmen kaçakçılığının kapsamı Protokol'ün 6. maddesinde belirlenmiş iken; göçmen kaçakçılığının ne anlaşılması gerektiği 3. maddenin 'a' fıkrasında<sup>34</sup> ifade edilmiştir. İlgili düzenlemelere göre, bir kişinin vatandaşlığını taşımadığı<sup>35</sup> bir devlete yasa dışı girişinin sağlanması<sup>36</sup>, doğrudan veya dolaylı olarak mali veya diğer bir maddi menfaat elde

<sup>25</sup> Göçmen kaçakçılığının hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar için bkz. Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Seçkin, 2022), 61 vd.; Doğan (n 1) 96 vd.; AYTEKİN İNCEOĞLU, (n 4) 388 vd.; AYHAN ÖNDER/MEHMET SAYDAM, 'TCK'nın 79. Maddesinde Düzenlenen Göçmen Kaçakçılığı Suçunun Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi' ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi' (2015) XIX (1-2) EÜHFD 1, 4.

<sup>26</sup> Militello/Spena, (n 5) 24.

<sup>27</sup> Alberto Aziani, 'The heterogeneity of human smugglers: A Reflection on The Use of Concepts in Studies on The Smuggling of Migrants', (2021) Trends in Organized Crime <<https://doi.org/10.1007/s12117-021-09435-w>> 13 Mart 2022, 7 vd. Deniz yoluyla gerçekleştirilen göçmen kaçakçılığı ile kara yolu üzerinden gerçekleştirilen göçmen kaçakçılığı arasında kaçakçılığı gerçekleştirenler bakımından bulunan ayrıma yönelik değerlendirme için bkz. Militello/Spena, (n 5) 12.

<sup>28</sup> Aziani, (n 27) 18.

<sup>29</sup> 15 Kasım 2000'den önce, uluslararası hukukta göçmen kaçakçılığının üzerinde anlaşmaya varılmış bir yasal tanımı bulunmamaktaydı. 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, 122. Toplumsal ve tarihsel bir olgu olarak göç ve göçmen kaçakçılığı yeni konular olmamakla birlikte, göçmen kaçakçılığını hedef alan bir anlaşmanın hazırlanmasına yönelik müzakereler, genel olarak sınıraşan örgütlü suçlarla ilgili artan küresel kaygılar nedeniyle 1990'larda başlamıştır. Andreas Schloenhardt/Jessica E. Dale, 'Twelve years on: revisiting the UN Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air' (2012) 61(1) Zeitschrift für öffentliches Recht 129, 132.

<sup>30</sup> Schloenhardt/Dale, (n 29) 131.

<sup>31</sup> Gülşah Bostancı Bozbaşyındır, 'Türk Ceza Kanunu'nda göçmen kaçakçılığı suçu' (2015) Disiplinlerarası Göç ve Göç Politikaları Sempozyumu 377, 379. Göçmen kaçakçılığının Birleşmiş Milletler ve Avrupa Birliği nezdinde mücadele edilmesi ve cezalandırılması gereken bir fiil olarak kabul edildiğini vurgulayan Doğan, aradaki ayrıma da dikkat çekmiştir. Yazar, Birleşmiş Milletler'in daha çok göçmen kaçakçılığının insani boyutuna ağırlık verdiğini, buna karşılık Avrupa Birliği'nin kontrolsüz göç akımının önlenmesinde bulunduğu maddi çıkarlarını korumayı amaçladığını belirtmiştir. Doğan (n 1) 229.

<sup>32</sup> Rodrik (n 2) 102.

<sup>33</sup> Anne Gallagher, 'Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis' (2001) 23(4) Human Rights Quarterly 975, 978; Rachel Landry, 'The "humanitarian smuggling" of refugees Criminal offence or moral obligation?', Refugee Studies Centre Working Papers Series No. 119 (2016), 8. Örgüt kapsamında işlenen göçmen kaçakçılığı suçu bakımından örgütlü suç grubu, doğrudan veya dolaylı olarak, mali veya başka bir maddi menfaat elde etmek amacıyla, belirli bir süreden beri var olan ve bu Sözleşmede belirtilen bir veya daha fazla ağır suç veya yasa dışı fiili gerçekleştirmek amacıyla birlikte hareket eden, üç veya daha fazla kişiden oluşan yapılanmış bir grup anlamına gelmektedir (Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, md. 2-a). Konu göçmenlere insani yardımda bulunanların sivil toplum kuruluşu bünyesinde yer almaları nedeniyle de önem taşımaktadır. Gönüllülük esasına dayalı olarak çalışan ve maddi bir menfaat amacı gütmeyen devlet dışı sosyal yapılar olarak sivil toplum kuruluşları birden fazla kişinin belli bir amaç çerçevesinde bir araya gelmeleri esasında örgüt teşkil etmekle birlikte, bunların klasik anlamda göçmen kaçakçılığı bakımından suç işlemek amacıyla örgütlenme kapsamında dikkate alınmayacağı göz ardı edilmemelidir.

<sup>34</sup> Protokol'de tanımlanan göçmen kaçakçılığı, ülkeye yasa dışı girişi sağlanan tüm düzensiz göçmenleri, örneğin insan ticareti suçunun mağduru olan göçmenleri de içerecek şekilde geniş kapsamlıdır. İnsan ticareti suçunun gerçekleşme şekline göre bazı durumlarda insan ticaretini göçmen kaçakçılığından ayırmaya yönelik unsurlarının varlığı açık olmayıp, söz konusu durum soruşturma sürecinde tespit edilebilmektedir. İnsan ticareti suçunun mağdurlarına yönelik devletin idari yükümlülüklerinin daha fazla olması nedeniyle düzensiz göçmenleri tespit edip kategorize etmekten sorumlu olan sınır makamları ve göçmenlik yetkilileri tarafından, insan ticareti suçu kapsamında ülkeye yasa dışı girişi sağlanan göçmenlerin insan ticareti mağduru olmaktan ziyade kaçak göçmen olarak tanımlanmasına yönelik eğilim, göçmenlerin korunmasının geri planda tutulduğunu göstermektedir. Gallagher, (n 33) 1000.

<sup>35</sup> Protokol bağlamında yasa dışı şekilde ülkeye giren veya ülkede kalan kişilerin hukuksal statüsü bakımından bir ayrıma gidilmemiş ve sadece "vatandaşlığını taşımadığı devlet" ifadesine yer verilmiştir. Konu bakımından dikkate alınması gereken ayrım, vatandaş ve yabancı ayrımı olarak ön plana çıkmaktadır (Doğan (n 1) 230). Böylece farklı gerekçelere dayalı olarak, ülkeye girişin yasa dışı gerçekleşmiş olmasının göçmen kaçakçılığı bakımından göçmen tespitinde fark yaratmadığı kabulü önemlidir. Diğer bir ifadeyle, yasa dışı göç eden kişi hangi hukuksal statüye tâbi olduğundan bağımsız olarak göçmen üst kavramı içinde değerlendirilecektir.

<sup>36</sup> Yasa dışı girişin sağlanması ifadesinin sorunlu olduğuna yönelik değerlendirmeler için bkz. Aljehani, (n 29) 123. Yasa dışı girişin sağlanması ifadesinin yasa dışı giriş için koşulları yaratan kolaylaştırma hareketini de kapsayıp kapsamadığının belirsiz olduğuna yönelik görüş için bkz. Aljehani, (n 29) 124. Yazar, Protokol'de verilen göçmen kaçakçılığı tanımı hareket unsurunu, yalnızca yasa dışı girişe yol açan hareketlerle sınırlı olarak anlaşılmasının doğru olabileceği sonucuna Protokol kapsamında yapılacak bağlamsal yorumla ulaşılabileceğini ileri sürmektedir. Yazar konuyu Protokol md. 6/1-b üzerinden örneklemiştir. İlgili düzenlemede, sahte bir seyahat veya kimlik belgesinin üretilmesi, tedarik edilmesi veya sağlanması gibi göçmen kaçakçılığını kolaylaştırmak için işlenebilecek bir dizi hareket belirtilmiştir. Kolaylaştırıcı hareketler göçmen kaçakçılığının tanımına dâhil edilmiş olsaydı, md. 6/1-a tarafından zaten kapsanacağı için muhtemelen md. 6/1-b'ye gerek kalmayacaktı. Aljehani, (n 29) 125.

etmek amacıyla gerçekleştirilmedikçe, kaçakçılık kapsamında kabul edilmeyecektir. Protokol'de yasa dışı girişin tanımına da yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemeye (md. 3-b) göre, yasa dışı giriş, giriş yapılan devletin yasal giriş için gerekli şartlarına uymaksızın, sınırı geçmek anlamına gelmektedir.

Ayrıca ilgili devletin vatandaşı olmayan veya o devlette daimi ikametgâhı bulunmayan bir kişinin, anılan devlette, yasal olarak kalmak için gerekli şartlara uymaksızın orada kalmasına yasa dışı yollarla imkân sağlanması da Protokol'ün 6. maddesinin ilk fıkrasının 'c' bendine göre taraf devletlerin iç hukuklarında suç sayma yükümlülüğü kapsamında yer almaktadır. Böylece Protokol göçmen kaçakçılığını sınırın geçilmesi veya başka bir ülkeye yasa dışı giriş yapılması ile sınırlı şekilde dikkate almamıştır. Bunun yanı sıra Protokol dâhilinde suç olarak sayılan fiillerin iştirak kapsamında işlenmesi haline ayrıca yer verilmiş olup; taraf devletler göçmenlerin ülkeye yasa dışı girişini veya ülkede yasa dışı kalışını sağlayanların fiiline azmettiren veya yardım eden olarak iştirak eden kişilerin cezalandırılması hususunda yükümlü kılınmıştır.

Protokol'de suç teşkil eden fiil bakımından ülkeye yasa dışı giriş için göçmenlere *yardım edilmesi* veya *destek verilmesi* yerine göçmenlerin yasa dışı girişinin *sağlanması* (*procurement*) ifadesine yer verilmiştir. Bunu bilinçli bir tercih olarak değerlendirmek ve Protokol'ün yasa dışı girişi, göçmenlerin de dâhil olduğu bir suç ortaklığı şeklinde dikkate almadığı sonucuna varmak mümkündür<sup>37</sup>. Dolayısıyla Protokol kapsamında göçmen kaçakçılığını gerçekleştiren kişinin fiilinin haksızlığı göç olgusunun kendisinden değil, aksine doğrudan doğruya göçmenden maddi anlamda yararlanılmasından ve çoğu durumda göçmenin savunmasız durumunun kullanılmasından kaynaklanmaktadır<sup>38</sup>. Bununla birlikte devletlerin iç hukuklarında sadece göçmenlerin yasa dışı girişinin suç olarak düzenlenmesi Protokol'ün kapsamı dışında kalmaktadır<sup>39</sup>.

Örgütlü suç alanındaki Birleşmiş Milletler standartlarını ortaya koyan Protokol kapsamında belirleyici olan diğer bir husus, göçmenlerin yasa dışı olarak ülkeye girişinin ve ülkede kalmalarının "*mali veya diğer maddi menfaat*"<sup>40</sup> elde etmek amacıyla yapılıyor olmasıdır. Bu nedenle suç tipini oluşturan hareketler farklılaşsa dahi göçmen kaçakçılığının karakteristik özelliği ülkeye yasa dışı giriş veya ülkede kalmaya olanak sağlamanın belli bir maddi menfaat karşılığı olmasıdır<sup>41</sup>. Burada suçun manevi unsuru bakımından kastın yeterli olmadığına ve ayrıca bir amacın gerekli olduğuna dikkat edilmelidir.

Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol'ün "*Tanımlar*" başlıklı 3. maddesinde "*mali veya diğer maddi menfaat*" ifadesi tanımlanmamıştır. Kavram, Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin (UNCTOC) 2. maddesinin 'a' fıkrasında ise örgütlü suç grubunun bir unsuru olarak kullanılmış ve kavramın Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarından hareketle, baskın motivasyonun cinsel tatmin olabileceği suçlar kapsamında elde edilen maddi menfaati de kapsayacak şekilde geniş anlaşılması gerektiği belirtilmiştir<sup>42</sup>.

*Menfaat, kişinin maddi veya manevi her türlü ihtiyacına cevap veren şeyler* olsa da, Protokol kapsamında maddi menfaat ile sınırlamaya gidilmiştir<sup>43</sup>. Bir şeyi yapmakla ilgili olarak maddi bir menfaat elde etmek, o şeyi yapmak için doğrudan veya dolaylı olarak herhangi bir mal, para, maddi avantaj, ayrıcalık, mülk veya herhangi bir değerli karşılığı elde etmek anlamına gelmektedir<sup>44</sup>. Bu kapsamda göçmen kaçakçılığından kaynaklanan ödemenin, ücretsiz tren veya uçak bileti gibi mali olmayan teşvikleri veya araba gibi malvarlığı değerlerini kapsayabileceği belirtilmektedir<sup>45</sup>. Özetle, mali veya diğer maddi menfaat, her türlü mali veya mali olmayan ödemeyi, haksız çıkarı, avantajı, ayrıcalığı veya hizmeti içerecektir<sup>46</sup>. Bu kapsamda maddi menfaat doğrudan olabileceği gibi dolaylı da olabilecektir<sup>47</sup>. Cinsel arzuları tatmin gibi manevi menfaatler ise bu kapsamın dışında kalmaktadır<sup>48</sup>. Benzer

<sup>37</sup> Alessandro Spena, 'Human Smuggling and Irregular Immigration in the EU: From Complicity to Exploitation?' Eds. Sergio Carrera/Elspeth Guild, *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings Policy Dilemmas in the EU* (2016), 37.

<sup>38</sup> ibid.

<sup>39</sup> Valsamis Mitsilegas, 'The Normative Foundations of the Criminalisation of Human Smuggling Exploring the Fault Lines between European and International Law' (2018) 294 Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper 1, 4.

<sup>40</sup> Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol'e yönelik müzakere aşamalarında göçmen kaçakçılığının tanımında kâr (*profit*) terimi mali veya diğer maddi menfaat terimi ile değiştirilmiştir. Bu değişiklik, mali veya diğer maddi menfaat kavramının kaçakçılığı gerçekleştiren kişi ile göçmen arasındaki ticari ilişki ile insani yönü (*human dimension*) bulandırtarak bir gri alan oluşturması nedeniyle eleştirilmiştir. Metnin suç sayılan davranışı doğru bir şekilde sınırlandırmadığı yönündeki eleştirilere engel olmak adına, Protokol'e ilişkin Yorum Notu'nda, tanımın "*mali veya diğer maddi menfaat*" unsurunun, kâr amaçlı hareket eden örgütlü suç gruplarının faaliyetlerini kapsadığı ve insani nedenlerle veya yakın aile bağları temelinde göçmenlere destek sağlayanların faaliyetleri hariç bıraktığı açıklanmıştır. Schloenhardt/Dale, (n 29) 136.

<sup>41</sup> Göçmen kaçakçılığı için mali veya diğer maddi menfaat elde etme amacının aranması durumunda dahi göçmen kaçakçılığı tanımının hâlâ esnek olması ve eleştirilmesine ilişkin bkz. Rodrik (n 2) 102. Oxford Mülteci Çalışmaları Merkezi, Protokol'deki menfaat kriteri karşısında insani yardımın sınırlanmasının sorunlu olduğunu, zira menfaat için hareket etmenin insancıl olamayacağı öncülüne dayandığını, insani yardım kuruluşları tarafından istihdam edilen kişiler gibi, insani gerekçelerle faaliyet gösteren kişilere çalışmaları için ödeme yapılabileceğini belirtmiştir. Rodrik (n 2) 102.

<sup>42</sup> United Nations General Assembly, Fifty-fifth session (Agenda item 105), Report of the Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime on the work of its first to eleventh sessions, Interpretative notes for the official records (travaux préparatoires) of the negotiation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto (A/55/383/Add.1) 3 November 2000, para 3.

<sup>43</sup> Doğan (n 1) 160.

<sup>44</sup> UNODC, Model Law against the Smuggling of Migrants (United Nations: New York, 2010), 14. Kabul edilmesinden bu yana Protokol, onaylanmasını teşvik etmek ve devletlerin düzenlemeleri iç hukuka aktarmalarını kolaylaştırmak için bağlayıcı olmayan uluslararası uygulama kılavuzları ile tamamlanmıştır. Bunlardan biri olan Model Kanun, Protokol'de belirtilen temel yasal gereklilikleri açıklayarak taraf devletlere yardımcı olmak için geliştirilmiştir. Schloenhardt/Dale, (n 29) 136.

<sup>45</sup> UNODC, Model Law, 13.

<sup>46</sup> ibid.

<sup>47</sup> Örnek için bkz. Aytekin İnceoğlu, (n 4) 409-410.

<sup>48</sup> Doğan (n 1) 160.

şekilde sevgi, dayanışma, destek olma, acıma gibi nedenler ya da sosyal ya da siyasî sebepler de maddi menfaat bakımından dikkate alınmaz<sup>49</sup>.

Menfaatin haksız olması gerekmemektedir. Bu nedenle ev sahibinin evini rayiç bedelden kaçak olduğunu bildiği göçmenlere kiralaması örneğinde, bu suçun oluştuğu kabul edilmelidir<sup>50</sup>. Benzer şekilde seyahat acentesi sahibinin bedeli karşılığında göçmenin yasa dışı yollarla ülkeye girmesini sağlaması halinde suç oluşur<sup>51</sup>. Bununla birlikte *kâr amacı gütmeksizin, yardım ettiği göçmenlerden, katlandığı masrafları çıkarmak için ve bunu aşmayacak şekilde maddi menfaat elde eden kişinin ise* suçun manevi unsuru oluşmadığından sorumluluğu söz konusu olmayacaktır<sup>52</sup>. Sözü edilen durum bu şekildeki göçmenlere insani yardım amacıyla hareket eden ve kâr amacı gütmeyen sivil toplum kuruluşları bakımından da geçerlidir. İlgili kuruluşlar insani gerekçelere dayalı olarak hareket edebilirler, ancak bu kapsamda masrafların karşılanmasını isteyebilirler. Mültecilere yardım amacıyla kurulan Team Humanity üzerinden örnek veren *Landry*, maddi menfaat ölçütünün kâr odaklı olacak şekilde<sup>53</sup> ifade edilmemesinin bu tür durumlar bakımından gri alan oluşturduğuna dikkat çekmiştir<sup>54</sup>. Maddi menfaat temin etme ölçütünün aşkın kazanç ile sınırlandırılması gerekliliği, belli hizmet sağlayıcılarının bu hizmetin standart bedelini göçmenlerden temin etmesi şeklinde gerçekleşen durumlar bakımından da önem taşımaktadır. Konuya ilişkin Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin önüne gelen bir davada, mültecilerin Macaristan'dan Avusturya'ya sınırı geçmesine yardım eden bir taksî şoförünün, sağlanan hizmet için standart ücretler uygulamasından dolayı göçmen kaçakçılığı kapsamında yargılanamayacağı sonucuna varılmıştır. Dolayısıyla hizmet karşılığı elde edilen bedel, katlanılan masrafa ilişkin olup sebepsiz zenginleşme anlamında kişisel çıkar teşkil etmemektedir. Maddi menfaat kapsamındaki bu sınırlamanın varlığı özellikle barınma veya yemek için standart ücretler uygulayan Birlik genelindeki sivil toplum kuruluşları bakımından daha güvenceli görülmektedir<sup>55</sup>.

Söz konusu kriterle birlikte Protokol'ün hazırlık çalışmalarında da belirtildiği üzere, Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol'ün 3. maddesinin aile üyelerini veya dini ya da sivil toplum kuruluşları gibi destek gruplarını cezadan muaf tutmayı amaçladığı<sup>56</sup> şeklindeki çıkarım tutarlıdır ve bu çalışma bağlamında önemli bir dayanak noktasını oluşturmaktadır. Kâr amacı güden yardımın insani nitelikte olamayacağı esas teşkil etmektedir. Hazırlık çalışmalarında bireysel nitelikteki insani yardımlar konusunda ayrıca bir açıklamaya yer verilmemiş<sup>57</sup> olsa da, hükmün amacı ve hazırlık çalışmalarında ileri sürülen yaklaşım çerçevesinde bu nitelikteki yardımların da cezasızlık kapsamında değerlendirilmesi çelişki ortaya çıkarmayacaktır. Kaldı ki Protokol örgütlü suç grupları tarafından gerçekleştirilen göçmen kaçakçılığını merkeze almıştır. Kişinin yakın aile bağları veya insani sebeplerle göçmen kaçakçılığına olanak sağlaması veya kişinin yasa dışı girişini ya da kalışını sağlaması, Protokol bağlamında göçmen kaçakçılığı tanımına uymamaktadır<sup>58</sup>.

<sup>49</sup> Kangel, 'Göçmen Kaçakçılığı' (n 3) 251. Göçmen kaçakçılığının terör veya terör örgütlerine destek sağlamak amacıyla gerçekleştirilmesine ilişkin değerlendirme için bkz. ibid, 252; Önder/Saydam, (n 25) 5.

<sup>50</sup> Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (20. Bası, Seçkin 2022) 105. Aynı yönde Kangel, 'Göçmen Kaçakçılığı' (n 3) 253; Doğan (n 1) 161. Bununla birlikte *Erel* farklı yönde bir değerlendirmede bulunmuştur. Yazara göre, ülkede yasa dışı kalan yabancıyı bu durumunu bilerek, normal ücretini vererek, evinde, işyerinde çalıştırma halinde doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek amacıyla hareket edilmediği için bu suç oluşmayacaktır. "*Fail yabancının bu durumundan yararlanarak normal koşullarda ödemesi gerekenden çok düşük bir ücrete çalıştırmak, bunun karşılığında da ülkede kalmasını bu yolla sağlamak suretiyle maddi menfaat temin ediyorsa yani kazanç sağlama amacıyla hareket ediyorsa (diğer koşulların da varlığı halinde) bu suçun oluşabileceği düşünülebilir.*" Kemalettin Erel, 'Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı Suçu' (2007) 71, TBB Dergisi, 264, 276.

<sup>51</sup> Doğan (n 1) 161. Konu hakkında ayrıca bkz. Aytekin İnceoğlu, (n 4) 401.

<sup>52</sup> Tezcan/Erdem/Önok, (n 50) 107; Kangel, 'Göçmen Kaçakçılığı' (n 3) 255-256.

<sup>53</sup> İtalyan göç mevzuatında ilgili suç düzenlemesine yönelik menfaat ölçütü bakımından haksız kazanç (*unfair profit*) ifadesine yer verilmiş olup, yakın tarihli kararlarda, haksız kazancın yabancıya verilen bir zarardan kaynaklanması gerektiği fikrinin hâkim olma eğiliminde olduğu dikkat çekilmiştir (Militello/Spena, (n 5) 34). Yazar bu unsurdan hareketle, ilgili düzenlemenin Protokol'ün öngördüğü düzenleme karşısında daha çok göçmen lehine bir düzenleme olduğunu belirtmiştir. Haksız kazanç elde edilmesi ile amaçlanan, yabancı bu durumda olmasaydı, elde edilemeyecek olan ekonomik yararlarıdır ve yabancının yasa dışı konumda bulunmasından kaynaklı olarak mali anlamda yarar sağlama şeklinde kabul edilmelidir (ibid, 35). Yabancının hukuka aykırı durumda bulunması kazanç elde etmenin sebebinin teşkil etmektedir. Konu ile ilgili olarak İtalyan Yüksek Mahkemesi (*Italian Supreme Court*) tarafından kârın, haksız kazanç şeklinde anlaşılmasına yönelik verilen bir kararda kaçak göçmenlere barınmaları için yer teklif eden veya mülk kiralayan kişilerin cezai sorumluluğa sahip olabilmesi için, göçmenlere bilinçli olarak özellikle külfetli ve fahiş koşullar dayatması gerektiği belirtilmiştir. Italian Criminal Court of Cassation (Cassazione Penale, Sez. I) (2013) No 26457, 18 June 2013 (24 April 2013)'den aktaran Sergio Carrera/Valsamis Mitsilegas/Jennifer Allsopp/Lina Vosyliute, *Policing Humanitarianism: EU Policies Against Human Smuggling and Their Impact on Civil Society* (Oxford, London 2019), 61.

<sup>54</sup> Landry, (n 33) 8.

<sup>55</sup> Crackdown on NGOs assisting refugees and other migrants, Policy Option Brief (2019), 19.

<sup>56</sup> Carrera/Mitsilegas/Allsopp/Vosyliute, (n 53) 16. Protokol'de göçmen kaçakçılığı suçu bakımından mali veya diğer maddi menfaat unsurunun dâhil edilmesinin insani yardımın suç teşkil etmediği anlamına gelmeyeceğine ve bu duruma ilişkin ilgili mevzuata açık bir insani yardıma ilişkin muafiyet hükmünün eklenmesi gerekliliğine ilişkin bkz. Rodrik (n 2) 102, dp 114.

<sup>57</sup> Landry, (n 33) 8.

<sup>58</sup> Pablo Rodriguez Ocotrinillo, *Non-criminalization of smuggled migrants* (Notes on the interpretation of article 5 of the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air), UNCHR (2014), 11.

Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol'ün 5. maddesine göre göçmenlerin suçun konusunu<sup>59</sup> <sup>60</sup> oluşturmaları nedeniyle cezalandırılmayacakları hususu da bu çalışmada ele alınan konu bakımından önemli bir dayanak noktası teşkil etmektedir. Suçun gerçekleşmesi bağlamında birden fazla kişinin varlığının gerekli olması, suçun çok failli suç olduğunu göstermemektedir. Asgari iki kişinin varlığının gerekliliğinde bir kişi fail olmakla birlikte, diğer kişi suçun konusuna karşılık gelen göçmendir<sup>61</sup>. Göçmen kaçakçılığı suçunda kaçırılan kişi olarak göçmenin cezalandırılmayacağı esasını ilgili suç tipi ile sınırlı şekilde değerlendirmek gerekeceğinden, göçmenin belgede sahtecilik suçu gibi farklı suçlar işlemesi durumu cezasızlık kapsamında ele alınamayacaktır<sup>62</sup>. Protokol'ün 6. maddesinin 4. fıkrasında, taraf devletlere tanınan takdir yetkisi çerçevesinde Protokol'deki hiçbir hükmün, bir taraf devleti, kendi iç hukukuna göre eylemleri suç teşkil eden bir kişiye karşı önlem almaktan alıkoymayacağı düzenlemesini de 5. madde ile birlikte değerlendirerek bu takdir yetkisinin sınırlı olduğu kabul edilmelidir<sup>63</sup>. Böyle bir durumda 6. maddesinin 4. fıkrasının, 5. maddeyi işlevsiz hale getirecek şekilde ele alınmamasına dikkat edilmelidir. Göçmenlerin yasa dışı olarak ülkeye girmeleri veya ülkede kalmaları bakımından cezalandırılmayacak olmaları, göçmenlerin göçmen kaçakçılığı suçundan dolayı fail olarak kabul edilemeyeceklerini ifade etmenin yanı sıra, göçmenlere maddi bir menfaat elde etme amacı olmaksızın yardım eden kişilerin de fail olarak cezalandırılmayacakları sonucunu ortaya çıkarmaktadır.

### III. İzinsiz Giriş, Geçiş ve İkametin Kolaylaştırılmasını Önlemek İçin Cezai Çerçevenin Güçlendirilmesine İlişkin 2002 tarihli Avrupa Birliği Direktifi ve Çerçeve Kararına İlişkin Değerlendirme

#### A. Genel Bakış

Avrupa Birliği kapsamında düzensiz göçün kolaylaştırılmasına yönelik uygulanacak yaptırımlar bakımından önemli bir adım atılmıştır. 2002 tarihli *"İzinsiz Giriş, Geçiş Ve İkametin Kolaylaştırılmasını Önlemek İçin Cezai Çerçevenin Güçlendirilmesi"* konulu Direktif ve Çerçeve Kararı<sup>64</sup>, Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol'ü uygulamayı, üye devletlerin mevzuatını koordine etmeyi ve düzensiz göçle mücadele etmeyi amaçlamakla<sup>65</sup> birlikte üye devletlerin, Birlik vatandaşı olmayan kişilerin izinsiz girişine

<sup>59</sup> Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol'de, 12-13 Aralık 2000 tarihinde Palermo'da düzenlenen konferansta kabul edilen Sınırşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İnsan Ticaretinin Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına Dair Ek Protokol'den farklı olarak göçmenlerin suçun mağduru olduklarına ilişkin açık bir ifadeye yer verilmemiştir. Konu hakkında ayrıca bkz. Ocotrinillo (n 58) 2. Protokol'ü hazırlayanlar, İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol'ün ilgili amaç beyanında kullanılmış olmasına rağmen, Protokol'ün 2. maddesinde yer alan amaç beyanında mağdur teriminin kullanılmasının uygun olmadığına karar vermişlerdir (UNODC, Model Law, 20). Göçmen kaçakçılığı ile insan ticareti suçu arasındaki önemli bir ayrım noktası olarak öne çıkan rıza unsurunun bunda etkisi olduğu belirtilmektedir. Protokol md. 3-a'daki göçmen kaçakçılığının tanımı açıkça bir rıza unsuru içermese de tanım içinde rıza zımni bir unsur olarak kabul edilebilir (Aljehani, (n 29) 131). Nitekim Sınırşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin (UNCTOC) uygulanmasına ilişkin yasama kılavuzunda da, bu unsurun göçmen kaçakçılığı ile insan ticareti arasındaki temel ayrımı oluşturduğu belirtilmektedir (Legislative Guide for the Implementation of the United Nations Convention against Transnational Organised Crime and the Protocols Thereto (United Nations: New York, 2004) para 30). Ülkeye yasa dışı girişin temini veya ülkede kalmanın sağlanmasına ilişkin kaçakçılığı gerçekleştiren kişi ile göçmen arasındaki rızaya dayalı anlaşma göçmen kaçakçılığı bakımından önemi arz etmekte iken, rızayı ortadan kaldıran tehdit, zorlama, baskı gibi nedenlere dayalı olan anlaşma insan ticaretinin unsuru olarak dikkate alınmaktadır. Bununla birlikte rıza unsuru her durumda göçmen kaçakçılığı ile insan ticareti arasında ayrımı ortaya koymak bakımından yeterli olmayabilir. Zira göçmen kaçakçılığı kapsamında rızanın, insan ticareti kapsamında değerlendirilebilecek bir zorlamadan etkilenip etkilenmediğine yönelik değerlendirme olayın şartlarına göre muğlak kalabilir (Aljehani, (n 29) 132). Olayın gerçekleşme koşullarına göre, göçmen kaçakçılığı şeklinde başlayan sürecin insan ticaretine dönüşmesi söz konusu olabileceği gibi, göçmen kaçakçılığının gerçekleşmesinden sonra ayrıca insan ticareti suçunun da işlenebilmesi mümkündür (Carrera/Mitsilegas/Allsopp/Vosyliute, (n 53) 17). Göçmen kaçakçılığında göçmenlerin gönüllülüğüne ilişkin değerlendirme için bkz. Militello/Spena, (n 5) 16. İnsan ticareti insanın zorla çalıştırılması, fuhsa sürüklenmesi, organlarının verilmesine zorlanması gibi kişinin sömürülmesine dayalı olduğundan, insan ticaretinin insani nedenlere dayalı olarak gerçekleştirilmesi gibi bir durumdaki söz edilmesi de mümkün olmaz. Liz Fekete/Frances Webber/Any Edmond-Pettitt, *Humanitarianism: The Unacceptable Face of Solidarity*, Institute of Race Relations (London 2017) 7.

<sup>60</sup> Göçmen kaçakçılığı karmaşık bir yapıya sahip olması nedeniyle suçun mağdurunun kim olduğu sorunu, üzerinde görüş birliğine varılmayan bir husustur. Göçmen kaçakçılığı suçunun mağduruna ilişkin değerlendirmeler için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, (n 50) 93 vd.; Kangal, "Göçmen Kaçakçılığı" (n 3) 234 vd.; Önder/Saydam, (n 25) 8. Doktrinde bir görüş, Protokol'ün md. 5 hükmünden hareketle konuya ilişkin şu şekilde bir değerlendirmede bulunmuştur: "... uluslararası sözleşmede göçmenlerin bu suçun hukuksal anlamda mağduru olduğu düşünülmeydi, bu suçtan cezai kovuşturmaya tâbi tutulmalarına ilişkin düzenlemeyi öngörmezdi. Sözleşmedeki bu düzenleme ile suçun sosyal bakımından mağduru konumundaki göçmenlerin ayrıca göçmen kaçakçılığı suçundan da cezai kovuşturmaya tâbi tutularak daha da mağdur edilmelerini önlemeyi amaçlandığı söylenebilir. Bu, göçmenlere yönelik bir suç ve ceza siyasetinin bir sonucudur." Erel, (n 50) 270. Benzer yönde bir değerlendirmeye Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol kapsamında 2010 yılında hazırlanan Model Kanun'da yer verilmiştir. "Kaçak göçmen tanımı, bu suçun konusu olan kişiyi ifade etmektedir. Bu Kanun tarafından suç sayılan davranışlar için 'mağdur' yerine 'konu' teriminin kullanılması Protokol ile uyumludur. Kaçırılan bir göçmen 'göçmen kaçakçılığı mağduru' olarak kabul edilmez, çünkü genellikle kişi bu fiil için rıza gösterir. Ancak, kaçak göçmenler kaçakçılık sırasında başka suçların da mağduru olabilirler. Örneğin, kaçakçılar tarafından göçmene karşı şiddet uygulanabilir veya hayatları tehlikeye atılabilir. Kaçak göçmenler, örneğin taşıma koşullarının çok tehlikeli olduğunu düşündükleri halde kaçakçılık sürecine devam etmeye zorlandıkları takdirde, kaçakçılık yapılmasına ilişkin rızalarını geri çekebilirler." UNODC, Model Law, 20.

<sup>61</sup> Doğan (n 1) 231.

<sup>62</sup> Ocotrinillo (n 58) 4. Göçmenlerin sahte bir belge temin etmek veya bulundurmaktan sorumlu tutulabileceğini Protokol kapsamında yer alan 6. madde üzerinden gerekçelendiren Pacurar, 5. maddenin, göçmenlerin 6. maddede belirtilen suç sayılacak fiillerden kovuşturmaya tâbi tutulamayacağını ifade etse de, 6. maddede sahte belge temin etmenin veya bulundurmanın "kaçakçılığa olanak sağlamak amacıyla işlendiğinde" suç sayılacağına belirtildiğine dikkat çekmiştir. Andi Pacurar, 'Smuggling, Detention and Expulsion of Irregular Migrants A Study on International Legal Norms, Standards and Practices' (2003) 5 European Journal of Migration and Law 259, 265.

<sup>63</sup> Farklı yönde değerlendirme için bkz. Mitsilegas, (n 39) 3.

<sup>64</sup> Avrupa Birliği üye devletlerinin düzensiz göçün kolaylaştırılmasını cezai yaptırımlarla ortadan kaldırma yükümlülüğü, 2002/90/EC Direktifi ve 2002/946/JHA Çerçeve Kararı kapsamındaki hükümlerden kaynaklanmaktadır. Bir bütün olarak Kolaylaştırıcılar Paketi'ni (*Facilitators Package*) özetleyen bu hükümler, Schengen Andlaşmasına katılan tüm üye devletler ve üye olmayan devletler (İzlanda, Norveç, İsviçre ve Lihtenştayn) için geçerlidir. Yasa dışı göçün kolaylaştırılmasını cezalandırma yükümlülüğü, başlangıçta, dış sınır kontrollerini sıkılaştırarak Avrupa bölgesindeki serbest dolaşımı dengelemek için getirilmiş olup, bu amaçla Schengen Andlaşması'nın 27. maddesinde yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre, taraf devletler, bir yabancıyı taraf devletlerden birinin topraklarına girişine ve ikametine ilişkin yasalarını ihlal ederek, taraf devletlerden birinin topraklarına girmesine veya bu topraklarda ikamet etmesine mali kazanç sağlamak amacıyla yardım eden veya yardım etmeye çalışan herhangi bir kişiye uygun cezaları vermeyi taahhüt etmektedir. Stefano Zirulia, 'Is that a Smuggler?: The Blurring Line between Facilitating Illegal Immigration and Providing Humanitarian Assistance at the European Borders' *Controlling Immigration Through Criminal Law: European and Comparative Perspectives on 'Crimmigration'*, Eds Gian Luigi Gatta, Valsamis Mitsilegas, Stefano Zirulia (Oxford: Hart Publishing 2020), 237. Böylece 1990 yılında Schengen Andlaşması çerçevesinde Avrupa Birliği'ne üye devletler, insan kaçakçılarını ve sınırlarına yasa dışı giriş, geçiş veya ülkede kalışa yardımcı olanlara karşı suç saymayı, kazanç elde etmek için hareket etmekle sınırlamıştır. Fekete/Webber/Edmond-Pettitt, (n 59) 8.

<sup>65</sup> Rodrik (n 2) 107.



veya diğer bir ülkeye transit geçişine ya da ikametine<sup>66</sup> doğrudan veya dolaylı olarak yardım etme suçları düzenleyebilmesini<sup>67</sup> mümkün kılmaktadır. Bu yönüyle Direktif, davranışın suç sayılmasının doğrudan ulusal kanun yapma sürecinin bir sonucu olmadığını, bunun yanı sıra sınıraşan düzeydeki düzenlemelerin giderek daha fazla etkili olmaya başladığının<sup>68</sup> örneğini teşkil etmektedir. Direktif'te *göçmen* kavramına yer verilmemiş ve *üye devlet vatandaşı olmayan kişi* kavramı benimsenerek Direktif kapsamında suç teşkil eden fiillerin belirlenmesinde vatandaş-yabancı ayrımı esas alınmıştır.

İlgili fiillere geçmeden önce belirtilmelidir ki, Direktif, devletlerin, ilgili göçmenlik mevzuatını ihlal ederek yabancıların bir üye devletin topraklarına girişini veya diğer bir üye devlete geçişini<sup>69</sup> kolaylaştıran herkese karşı uygun yaptırımları öngörmesini gerektirirken; Çerçeve Kararı, Direktif çerçevesinde yer alan hukuka aykırı fiiller bakımından ceza hukuku yaptırımlarının kabul edilmesi gerekliliğini açıklığa kavuşturmuştur<sup>70</sup>. İlgili Konsey Çerçeve Kararı kolaylaştırma suçları için cezaların yanı sıra suçun işlendiği sırada mesleki faaliyetten yararlanılması halinde bu faaliyetin uygulanması yasağı, suçla bağlantılı ulaşım araçlarına el koyma, göçmenin sınır dışı edilmesi, suçun tüzel kişinin faaliyetleri çerçevesinde işlenmesi halinde tüzel kişiye özgü yaptırımların uygulanması<sup>71</sup> gibi diğer yaptırımların da söz konusu olabileceğini içermektedir.

Direktif çerçevesinde yaptırıma tâbi kılınması gereken fiiller bakımından konuyu 3 ayrı kapsamda ele almak gerekir. Öncelikle maddi kazanç veya diğer maddi menfaat elde edilmediği durumlar da dâhil olmak üzere bir üye devletin vatandaşı olmayan bir kişiye, ilgili devletin yabancıların girişine veya transit geçişine ilişkin yasalarını ihlal ederek ülkesine girmesine veya ülkesinden transit geçmesine kasten yardım eden kişiye cezai yaptırım uygulanması şart koşulmaktadır. Ülkeye yasa dışı girişin kolaylaştırılması (*facilitation of entry*) şeklinde ifade edilen bu durumda söz konusu fiillerin hangi amaçla gerçekleştirildiği hususu, Birliğin haksızlığın belirlenmesine ilişkin yaklaşımında talî nitelik arz etmektedir<sup>72</sup>. Maddi bir menfaat amacı bulunmaksızın yasa dışı girişi kolaylaştırma suçuna ilişkin uygulanacak yaptırımın türü ve miktarı bakımından belirleme, devletlerin takdirine bırakılmakla birlikte<sup>73</sup>, yasa dışı girişin kolaylaştırılmasında maddi menfaat amacının varlığı ve ayrıca fiilin suç örgütü çerçevesinde gerçekleştirilmesi veya göçmenlerin hayatının tehlikeye atılması<sup>74</sup> halinde, hapis cezasının öngörülmesi gerekecektir<sup>75</sup>.

İkinci olarak, Direktif üye devletlere, maddi kazanç (*financial gain*) için, üye devletin vatandaşı olmayan bir kişinin, yasaları ihlal ederek bir üye devletin topraklarında ikamet etmesine kasten yardım eden kişiye de cezai yaptırım öngörülmesini gerektirmektedir<sup>76</sup>. Ülkede yasa dışı kalmaya imkân sağlamak, devlet mevzuatına aykırı şekilde ülkeye girmiş olanların herhangi bir şekilde himaye edilmesi anlamına geldiği gibi, ülkeye mevzuata uygun şekilde girmiş olmakla birlikte, ülkede kalmak bakımından gerekli izni bulunmayan kişilere sınır dışı edilmemeleri için kalacak yer sağlanması, görevlilerce takibini zorlaştırmak için bu kişilerin ülke içinde değişik yerlere götürülmesi veya saklanması<sup>77</sup> ya da kişilere iş verilmesi şeklinde yardım edilmesini de kapsamaktadır<sup>78</sup>. Yasa dışı göçü kolaylaştırma suçu kapsamındaki bu fiil kesintisiz suç özelliği gösterdiğinden kişinin ülkede yaşamını idame ettirebilmesi bakımından etkili olabilecek şekildeki kolaylaştırma önem arz etmekte olup, kişiye menfaat karşılığında bir kez yiyecek verilmesi veya bir gecelik kalacak yer temini suçun gerçekleşmesi bakımından yeterli değildir<sup>79</sup>. Ülkede yasa dışı kalmanın kolaylaştırılması bakımından maddi kazanç ölçütünün kabul edilmiş olması, özellikle göçmenlerin sorunlarıyla ilgilenmek için

<sup>66</sup> Kişilerin ülkeye yasa dışı girişinin veya ülkede yasa dışı kalışının tespitinde her bir üye devletin iç mevzuatı belirleyici olacaktır. Üye devletlerin konuya ilişkin mevzuatlarının açık olmadığı yönünde değerlendirme için bkz. Provera, (n 5) 4.

<sup>67</sup> Nitekim Fransa'da 2004 yılında ülkeye yasa dışı girişi ve ikameti kolaylaştırma Yabancıların Girişi ve İkameti ve Sığınma Hakkı Kanunu'nun Teşri Kısım ile ilgili 2004 tarihli Kanun Hükmünde Kararname'de düzenlenmiştir. İlgili düzenleme uyarınca (md. L. 622-1) *bir yabancıyı Fransa'ya yasal olmayan yollardan girmesini, Fransa'da dolaşmasını veya ikamet etmesini doğrudan ya da dolaylı yardımlarıyla kolaylaştıran veya kolaylaştırmaya teşebbüs eden herkesin beş yıl hapis ve 30.000 Euro adli para cezası ile cezalandırılması* öngörülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kangal, 'Göçmen Kaçakçılığı' (n 3) 227.

<sup>68</sup> Jannemieke W. Ouwkerk, 'Criminalisation as a Last Resort: A National Principle Under the Pressure of Europeanisation?' (2012) 3 (3-4) New Journal of European Criminal Law, 229.

<sup>69</sup> Birliğe üye devletler arasında yasa dışı geçişin sağlanmasının Direktif'te kalıcı geçiş ve geçici geçiş arasında ayrım yapılmadığından hareketle, ne şekilde gerçekleştiğinin öneminin olmadığı belirtilmektedir. Ancak bazı yargı kararlarında geçişi kolaylaştırmanın yalnızca diğer üye devletlerden geçerek yasa dışı göçmeni ülkesine geri göndermeyi amaçladığında, göçle mücadeleyle ilişkin bir zarara neden olmayacağına dikkat çekilerek cezalandırılmaması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Militello/Spena, (n 5) 21.

<sup>70</sup> Zirulia, (n 64) 238.

<sup>71</sup> Çerçeve Karar, kapsamını gerçek kişilerin ötesine geçerek tüzel kişilere yönelik yaptırımları da içerecek şekilde genişletmiştir (Provera, (n 5) 12). Nitekim konuya ilişkin Hırvatistan'da yaşanan bir olayda mülteci haklarına odaklanan bir sivil toplum grubunun bir gönüllüsü, Afgan bir ailenin yetkili merciden sığınma talebinde bulunduğu sırada gözlemci olarak bulunduğu için yasa dışı göçü kolaylaştırmakla suçlanmıştır. Hırvat makamları, kişiye ilgili mevzuat çerçevesinde hapis cezasının üst sınırdan verilmesini, örgütün çalışmalarının yasaklanmasını ve 43.000 Euro'luk para cezasını talep etmiştir. Rodrik (n 2) 97.

<sup>72</sup> Spena, 'Human Smuggling' (n 37) 5. Spena düzenlemenin, kaçak göçmenlerin kaçakçılığı gerçekleştiren kişilerin tarafından herhangi bir şekilde zarar görmesine veya sömürülmesine yönelik hareketlerden bağımsız olarak kaleme alındığına dikkat çekerek bunun, göçmenlerin korunmasından ziyade devlet çıkarlarının korunmasının ön planda tutulduğunun göstergesi olduğunu ileri sürmüştür. Militello/Spena, (n 5) 49.

<sup>73</sup> Nitekim Hollanda Ceza Kanunu md. 197'de insan kaçakçılığı suçu düzenlenmiş olup, herhangi bir menfaat unsuruna yer verilmemiştir.

<sup>74</sup> Söz konusu düzenlemenin göçmenlerin hayatını tehlikeye atma durumu ile sınırlandırılmasının göçmen haklarına yeterli önemin verilmeyeceği anlamını ortaya çıkardığına yönelik eleştiriler için bkz. Spena, 'Human Smuggling' (n 37) 36.

<sup>75</sup> Direktif kapsamında maddi menfaat elde etme amacıyla hareket etsin veya etmesin, bir göçmenin yasa dışı yollarla Birlik üyesi devletin ülkesine girmesine veya bir diğer Birlik üyesi devletin ülkesine transit geçmesine kasten yardım etme şeklindeki bu hükme Yunanistan, İngiltere, Macaristan ve İtalya'nın iç hukuk düzenlemelerinde yer verilmiş olup, maddi menfaat temin edilmesi amacı suçun daha fazla cezayı gerektiren şekli olarak düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Carrera/Mitsilegas/Allsopp/Vosyliute, (n 53) 16.

<sup>76</sup> Ülkede yasa dışı kalışın kolaylaştırılması noktasında Birliğe üye devletler arasında bir tutarlılıktan söz edilememektedir. Bazı üye devletler maddi menfaat temininin bulunması yönünde düzenlemeye yer vermişken, bazı üye devletler böyle bir amacın bulunmasına sonuç bağlamamıştır. Örneğin, Yunan mevzuatında kalışın kolaylaştırılmasının suç teşkil etmesi için maddi menfaat unsuruna gerek yokken; İtalyan, Macar mevzuatlarında mali veya diğer maddi menfaat amacı gereklidir. Carrera/Mitsilegas/Allsopp/Vosyliute, (n 53) 16.

<sup>77</sup> Kangal, 'Göçmen Kaçakçılığı' (n 3) 242.

<sup>78</sup> Tezcan/Erdem/Önok, (n 50) 99.

<sup>79</sup> Kangal, 'Göçmen Kaçakçılığı' (n 3) 233.

kurulmuş olan ulusal veya uluslararası kuruluşlar bakımından önem taşımaktadır. Zira bu amaçla hareket eden ilgili kuruluşlar bağlamında tipe uygun hareketin gerçekleştiğinden söz edilemeyecektir<sup>80</sup>. Direktif'teki düzenlemeler çerçevesinde ülkede yasa dışı kalışı kolaylaştırmanın, ülkeye yasa dışı girişi kolaylaştırmaya nazaran haksızlık içeriği daha az fiil olarak dikkate alındığı sonucuna ulaşılmaktadır<sup>81</sup>.

Direktif'te yer alan her iki kolaylaştırma hareketi bakımından dikkat edilmesi gereken husus, göçmenlerin ülkeye yasa dışı girişini sağlayanlara yardım edilmesinin yaptırım altına alınması değil, ülkeye yasa dışı giren göçmenlere yardım edilmesinin cezaî yaptırımı tâbi tutulmasıdır. Bu yönüyle Direktif, göçmen kaçakçılığı suçu bakımından suçun konusu ve bazı durumlarda suçun mağduru konumundaki göçmeni adeta suçun faili konumunda kabul etmiş olmaktadır<sup>82</sup>. Bu şekildeki kolaylaştırma hareketleri özü itibarıyla yardım etme teşkil edebilecekken, bunları bağımsız olarak cezalandırılması gereken suç tipi olarak değerlendirmek gerekecektir. Belirtilmelidir ki, ne Direktif ne de Çerçeve Kararı, düzensiz göçün cezalandırılmasına, diğer bir ifadeyle ülkeye yasa dışı giren veya ülkede yasa dışı kalan kişilerin cezalandırılmasına yönelik açık bir düzenleme içermektedir. Bununla birlikte devletlere göçmenin cezalandırılmayacağına ilişkin düzenleme yapma yükümlülüğü de öngörülmüş değildir<sup>83</sup>.

Son olarak, ülkeye yasa dışı girmeyi kolaylaştırma hareketinin amacının ilgili kişiye insani yardım sağlamak olduğu durumlarda, yani insani yardıma erişimi kolaylaştıran kişi ve kuruluşlara karşı cezaî yaptırımların uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin asıl karar, her bir üye devletin takdirine bırakılmıştır<sup>84</sup>. Böylece Birlik kapsamında devletler, durumla ilişkili olarak iç mevzuatı yürürlüğe koyarken, insani yardımın cezalandırılmaması hükmüne yer vermeyi tercih edebilecekleri gibi, tanımı istedikleri gibi yorumlayıp geliştirme işini mahkemelere de bırakabilirler. Birliğe üye devletlere cezalandırma alanı olarak takdir yetkisi bırakılan bu durum, ceza hukuku yaptırımına tâbi tutulabilir göçmen kaçakçılığını oldukça genişletmektedir. Bu anlamda devletlere çok geniş bir takdir yetkisi tanınarak<sup>85</sup> özellikle sivil toplum alanlarının sınırlandırılmasında istenmeyen sonuçların ortaya çıkmasına zemin hazırlanmıştır<sup>86</sup>. Bu aynı zamanda devletler arasında sadece yaptırım türlerinde farklılaşmayı ortaya çıkarmayacak olup, aynı duruma ilişkin cezalandırma-cezasızlık şeklinde birbirinin zıddı sonuçları mümkün kılabilir.

Direktif cezalandırılabilirlik alanının insani yardım ile sınırlanabileceğine yer vererek, hem insani yardım kavramını ön plana çıkarmış hem de insani yardımın cezalandırılmasını kesin olarak engellemeyerek, doktrinde dayanışma suçları (*crimes of solidarity*)<sup>87</sup> şeklinde ifade edilen konuyu gündeme getirmiştir. Bu şekilde adlandırılmasının nedeni, göçmenlere resmî veya gayri resmî olarak gıda, eğitim, barınak, yasal tavsiye veya daha güvenli bir yere ya da varış güzergâhına ulaşım gibi yardım ve hizmetler sağlama veya göçmenlerin bu yardım ve hizmetlere ulaşmalarına yardımcı olma<sup>88</sup> ile karakterize olan göçmenlerle dayanışma esasına dayanmasıdır. Böylece sadece tehlikede olanları kurtarma ya da yoksulluğu giderme şeklindeki yardımlar ile sınırlı olmayıp, bu tür yardımlar da insani yardım kapsamında yer almaktadır. Diğer bir ifadeyle, insani yardım düzensiz göçmenlerin ülkeye yasa dışı girişini veya ülkede yasa dışı kalışını kolaylaştıran hareketlerin göçmenlere yardım sağlama amacıyla gerçekleştirilmesidir.

Avrupa'ya göç etmek isteyenlerin büyük bir kısmının, zorlayıcı yaşam koşullarından kaçmaya çalışan yoksul devlet vatandaşları olduğu dikkate alındığında, göç bu kişiler için asgari düzeyde de olsa destek elde etme yolu olarak önem taşımaktadır<sup>89</sup>. Düzensiz göç kapsamında kişiler ülkeye girmeleri, ülkede barınmaları veya hayatlarını sürdürebilmeleri konusunda yardıma ihtiyaç duymaktadır<sup>90</sup>. Bu noktada göçmenlerin ülkede kalmasını sağlamaya yönelik yardımlar maddî menfaat karşılığında olabildiği gibi, herhangi bir menfaat gözetmeksizin desteğin sağlanması şeklinde de gerçekleştirilebilir. Göçmenin ülkede kalmasına imkân

<sup>80</sup> Kangal, 'Göçmen Kaçakçılığı' (n 3) 244.

<sup>81</sup> Militello/Spena, (n 5) 23. Yazarlar, yasa dışı göçü kolaylaştırmanın her iki şekli bakımından amaçlananın aynı olmasına rağmen, böyle bir ayrımın öngörülmesinin izahının güç olduğunu belirtmişlerdir. Buna yönelik olarak yasa dışı göçü kolaylaştırmada birincil amacın bu yasa dışı müdahalenin doğurabileceği sonuçların önlenmesi yani devletlerin kamu düzeninin korunmasından ziyade sınırlarını korumak şeklinde biçimsel bir yaklaşıma ilişkin değerlendirme için bkz. ibid 24. Uygulamada ülkeye yasa dışı girişi kolaylaştırma ile ülkede yasa dışı kalışı kolaylaştırma arasında yapılan ayrımın bulanık olduğu ve yasal belirsizliği artırdığı ileri sürülmektedir. Carmine Conte/Lina Vosyliute, Crackdown on NGOs assisting refugees and other migrants, Policy Option Brief (2019), 21.

<sup>82</sup> Militello ve Spena, Direktif'te yer alan düzenlemeler bağlamında Birliğin konuya bakiş açısının suç ortaklığı yaklaşımı (*complicity approach*) şeklinde ifade edilebileceğini belirterek, göçmen kaçakçılığına yönelik suç ortaklığı yaklaşımının, Birliğin son yıllardaki göçe yönelik genel yaklaşımının mantıksal sonucu olduğuna ifade etmişlerdir. Bu yaklaşımın ise temelde üye devletler arasındaki iç sınırları açmaya karşı bir önlem olarak Birliğin dış sınırlarını güvence altına alma ihtiyacından kaynaklandığına dikkat çekmişlerdir. Militello/Spena, (n 5) 44-5.

<sup>83</sup> Spena, 'Human Smuggling' (n 37) 35. Bununla birlikte yazar, ülkeye yasa dışı girişin veya ülkede kalışın kolaylaştırılmasının haksızlık teşkil etmesinin temelinde yer alan hususun yasa dışı giriş veya kalış olduğuna dikkat edilmesi gerektiğine vurgu yapmıştır (ibid).

<sup>84</sup> Carrera/Mitsilegas/Allsopp/Vosyliute, (n 53) 15.

<sup>85</sup> Nitekim doktrinde bir görüş bu durumu şu şekilde ifade etmiştir: "Bu hükümlerin kapsamı, aynı zamanda üye devletlere, göçmenin ülkeye yasa dışı girişini veya ülkede kalışını kolaylaştıran kişi tarafından izlenen amacın dikkate alınmasını gerektirmeden, esasen göçmenlik mevzuatının idari hükümlerinin ihlali olan herhangi bir yardım biçimini kovuşturma yükümlülüğü getirdiğinden çok geniş kalmaktadır." Görüş için bkz. Zirulia, (n 64) 239. Diğer bir görüş ise konuya ilişkin, bu durumda bile üye devletin takdir yetkisinin tamamen sınırsız olmadığına, devletin hem düzensiz göçmenlerle dayanışma içinde olanlara hem de düzensiz göçmenlerin kendilerine yönelik temel insan hakları yükümlülükleriyle uyumlu hareket etmesi gerektiğine dikkat çekmiştir. Provera, (n 5) 9.

<sup>86</sup> Carrera/Mitsilegas/Allsopp/Vosyliute, (n 53) 20. Benzer şekilde doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, düzenleme ile, ilgili devletin muafiyet öngörmesi halinde yasa dışı göçü insani amaçlarla kolaylaştıran kişilerin gerçekleştirdikleri hareket nedeniyle cezalandırılmaları mümkün kılınmakla birlikte, söz konusu durum potansiyel yardımcıların yardımını riskli hale getirerek insani yardım kapsamında göçmenlerin kendilerine ihtiyacı bulunması halinde bundan yoksun kalmalarına neden olacaktır. Spena, 'Human Smuggling' (n 37) 36.

<sup>87</sup> Tazzioli/Walters, (n 9) 175 vd.

<sup>88</sup> Rodrik (n 2) 87.

<sup>89</sup> Alessandro Spena, 'Iniuria Migrandi: Criminalization of Immigrants and the Basic Principles of the Criminal Law' (2014) 8 Criminal Law and Philosophy, 635, 637.

<sup>90</sup> ABİA md. 214'e göre, doğal veya insan kaynaklı felaketlerden kaynaklanan durumlar nedeniyle mağdur olan üçüncü ülkelerdeki kişilere yönelik insani ihtiyaçların karşılanması amacıyla ad hoc yardımların yapılması ve bu kişilerin korunmalarının sağlanması gerekir. Birlik kapsamında insani yardım operasyonlarının uluslararası hukuk ilkelerine ve tarafsızlık,

sağlanması, sadece kişiye barınacak yer temini ile sınırlı olmayıp, kişinin ülkede karşılaşabileceği sorunların giderilmesini de kapsamaktadır. Direktif ülkede yasa dışı kalışı kolaylaştırmayı maddi kazanç ölçütü ile sınırlamışsa da yasa dışı girişi kolaylaştırma bakımından sınırlama getirmemesi nedeniyle, insani nedenlerle göçmenin sınırı geçmesine yardım edilmesi Birlik bakımından önem taşımaktadır. Birlik kapsamında yer alan ülkeler arasında geçiş konusunda göçmenlere yardım sağlanmasının ne şekilde konumlandırılması gerektiği sorunu tartışılmaktadır. Birliğin iç sınırları bakımından, özellikle İtalya ile Fransa arasında veya Macaristan ve Avusturya, Almanya arasında ya da Danimarka ve İsveç arasında yahut Yunanistan ve diğer ülkeler arasındaki geçişlerde aile ilişkileri veya salt dayanışma temelinde yardımların verildiği bu tür durumlar meydana gelmiştir<sup>91</sup>. Nitekim Birlik sınırları içinde geçiş halindeki göçmenleri desteklemek için dayanışma uygulamalarının yoğun bir şekilde gerçekleştiği Fransa-İtalya sınırındaki bir olayda, bir Fransız'ın mültecileri barındırmasının ve sınırı geçmelerinde yardımcı olmasının ceza davasına konu edilmesi gündem olmuştur<sup>92</sup>. Benzer şekilde 2007'de yaşanan diğer bir olayda, iki Tunuslu balıkçı teknesinin yedi kişilik mürettebatı, botları batmak üzere olan kırk dört kişilik bir göçmen grubunu kurtardıktan sonra Sicilya'da gözaltına alınarak yasa dışı göçü kolaylaştırmak suçundan yargılanmışlar ve bu süreçte geçim kaynakları olan teknelerine de el konulmuştur<sup>93</sup>. Özellikle 2015 yılından itibaren göçmenlerin yasa dışı girişini veya geçişini kolaylaştırma yasağı kapsamındaki suçlar bakımından başlatılan kovuşturmalarda sivil toplum kuruluşlarının üyeleri, gönüllüler, aktivistler, göçmen aileleri, gazeteciler, din görevlileri (*religious*) para cezalarından birkaç yıl hapis cezasına kadar olacak şekilde türü ve ağırlığı değişen yaptırım istemleriyle yargılanmışlardır<sup>94</sup>.

İnsani yardıma ilişkin ulusal mevzuatta hüküm bulunması veya bulunmama da mahkeme kararlarında dikkate alınması sorunun çözümü bakımından yeterli değildir. Hangi aşamadan itibaren fiilin insani yardım çerçevesinde cezasızlık alanından çıkıp suç teşkil eden yasa dışı girişi veya kalışı kolaylaştırma teşkil ettiğinin belirlenmesi gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, ülkeye yasa dışı giren veya ülkede yasa dışı kalan göçmenle dayanışma içinde hareket eden kişi veya kuruluş ve dayanışma eyleminin kendisi bakımından yapılacak değerlendirme<sup>95</sup> dayanışmanın kapsamı açısından önem arz etmektedir. Söz konusu Direktif, insani yardımın nasıl tanımlanması gerektiğine dair herhangi bir açıklama içermemesi nedeni ile de sorun teşkil etmektedir. Nitekim bu Direktif uyarınca belgesiz, belgeleri tam olmayan veya henüz sığınma talebinde bulunduğunu kanıtlayamayan göçmene yönelik herhangi bir kasıtlı yardımın suç teşkil eden hareket olarak kabulüne izin verilmektedir<sup>96</sup>.

Bu noktada insani yardımın kapsamının belirlenmesi konusunda farklı ihtimaller<sup>97</sup> ileri sürülmektedir. İnsani yardımın çerçevesinin belirlenmesi konusunda ileri sürülen ölçütler insani yardımın cezalandırılmamasını öngören devlet uygulamalarında farklılık göstermektedir. İnsani yardımın<sup>98</sup> cezasızlık kapsamında ele alınması konusunda yaklaşım benimseyen bazı devletler, uygulamada insani yardımın kapsamını daraltmak suretiyle cezalandırılabilirlik alanını genişletme yoluna gitmektedirler. Nitekim İtalya'da insani yardım ancak zorunluluk durumunun (*state of necessity*) varlığı halinde göçmenlerin yasa dışı giriş veya kalışına yardım etme olarak cezalandırılmayacaktır. Böylece örneğin, insanların aç kalmasına, donmasına veya önlenebilir ölümlere maruz kalmasına izin vermemek şeklinde denizde kurtarma ve insan onurunun ve fiziksel bütünlüğün korunması<sup>99</sup> gibi durumlar ile

yansızlık ve ayrımcılık yapmama ilkelerine uygun olarak yürütüleceği kabul edilmiştir. Bu bağlamda insani yardım ceza tehdidi altında bırakan Direktif'in ilgili düzenlemesi ile paralellikten söz edilememektedir. Rodrik (n 2) 108.

<sup>91</sup> Zirulia, (n 64) 250.

<sup>92</sup> Tazzioli/Walters, (n 9) 175-90. Nitekim 2017'deki benzer bir olayda da Fransa-İtalya sınırındaki göçmenlerin tespit edilmeden Fransa'ya daha fazla ilerlemelerine yardımcı olan bir grup gönüllüye başkanlık eden Fransız çiftçi Cedric Herrou, Fransız Yabancı Kişilerin Girişi ve İkameti Yasası'nın L622-1 maddesi ve Birliğin 2002 tarihli Direktifi uyarınca göçmenlerin yasa dışı düzensiz girişini ve ikametini kolaylaştırmak kapsamında "bir yabancı uyruklu kişinin Fransa'ya yasa dışı girişini veya ikametini" doğrudan veya dolaylı olarak kolaylaştırmak veya kolaylaştırmaya çalışmaktan dolayı beş yıla kadar hapis ve 30.000 Euro para cezası istemi ile yargılanmıştır. Hakkında verilen 3000 Euro para cezası ve ertelenen 4 aylık hapis cezası üzerine yapılan üç derece yargılamasında sanığın fiili, göçmenleri, göçmenlikle ilgili yasal düzenlemeleri uygulamak için kullanılan kamu yetkililerinin kontrollerinden korumayı amaçlayan bir çabanın parçası olarak kabul edilmiştir. İlgili yasal mevzuata ilişkin hükümler ihlal edilmek suretiyle gerçekleştirilen fiilin, kabul edilebilir insani gerekçe olarak nitelendirilemeyeceği tespit edilmiştir. Herrou, yasa dışı göçü kolaylaştırma olarak nitelendirilen fiilin Fransız anayasal ilkelerine aykırılık teşkil ettiği iddiasıyla Fransız Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Mahkeme, Temmuz 2018 tarihli kararında "kardeşlik ilkesiyle, yardım edilen kişinin yasal olarak Fransız topraklarında ikamet edip etmediği dikkate alınmaksızın insani nedenlerle birbirine yardım etme özgürlüğünün" anlaşılması gerektiğini vurgulamıştır. Bir (düzensiz) göçmenin serbest dolaşımına yönelik, insani nedenlerle olduğu durumlar da dâhil olmak üzere, her türlü yardımın, suç teşkil eden izinsiz ikamete yardımın tamamlayıcısı olarak suç sayılmasının, kardeşlik ilkesi ve kamu düzenini koruma amacıyla dengeli bir uzlaşma sağlayamadığı belirtilmiştir. Yargıtay, Anayasa Mahkemesi'nin kararının ardından cezanın kaldırılmasına karar vermiş olsa da Lyon Üst Derece Mahkemesi'ndeki yeniden yargılanmasında Başsavcı insani yardım muafiyetinin hala yasa dışı girişin kolaylaştırılması için geçerli olmadığını ileri sürerek cezanın kaldırılmasına itiraz etmiştir ancak Mahkeme beraatine karar vermiştir (Rodrik (n 2) 113 vd.) Söz konusu olay Fransa'da insani yardım muafiyetinin başlangıçta yasa dışı kalışı kolaylaştırmak için tanınmış olmasına karşın, *Cédric Herrou* davasında verilen kararın ardından, geçiş sürecini kolaylaştıracak şekilde genişletilmesine sebep olması nedeniyle oldukça önemlidir (Zirulia, (n 64) 241).

<sup>93</sup> Fekete/Webber/Edmond-Pettitt, (n 59) 3. Karar, çalışmanın son bölümünde daha detaylı bir biçimde ele alınacaktır.

<sup>94</sup> Zirulia, (n 64) 242. Konuyla ilgili yapılan araştırmada, gelen mülteci ve göçmenlerin sayısının 2015'ten önce tahmin edilen seviyelere göre önemli ölçüde düşmesine rağmen, insani yardım gerçekleştiren kişilere yönelik kovuşturmanın artmaya devam ettiği tespit edilmiştir. Conte/Vosyliute, (n 81) 9.

<sup>95</sup> Provera, (n 5) 5.

<sup>96</sup> Carrera/Mitsilegas/Allsopp/Vosyliute, (n 53) 16.

<sup>97</sup> Nitekim Kanada Yüksek Mahkemesi'nin göçmen kaçakçılığı suçu teşkil etmeyecek hareketler bakımından karara vardığı 'R/Appulonappa' davasında ortaya koyduğu ölçütler bu hususta örnek teşkil edebilir. Mahkeme, belgesiz giriş yapanlara insani yardım gerçekleştirenlere, sığınmacılar arasında karşılıklı yardıma ve gerekli belgeler olmadan giriş yapan aileye yardıma bulunanların cezalandırılmaması gerektiğini belirtmiştir (R. v. Appulonappa (2015 SCC 59)'dan aktaran Conte/Vosyliute, (n 81) 21). Kanada Göçmenlik ve Mülteci Koruma Kanunu, insani nedenlerle düzensiz giriş kolaylaştırma kişileri cezalandırma imkânı içerdiğinden, Avrupa Birliği Kolaylaştırma Direktifi'ne benzetilmektedir. Mahkeme'nin kararı sadece insani yardımın cezalandırılmaması bakımından değil, ayrıca Göçmenlik ve Mülteci Koruma Kanunu çerçevesinde kanun koyucunun suç örgütlerinin kovuşturulmasına yönelik amacı aştığı tespiti bakımından da önem taşımaktadır. Mahkeme söz konusu hususu, "örgütlü suçlarla bağlantısı olmayan kişileri kovuşturmaya yönelik geniş ceza hedefi, kanun koyucunun amacı ile tutarlı değildir" şeklinde ifade etmiştir. Karar hakkında ayrıntılı değerlendirme için bkz. Conte/Vosyliute, (n 81) 21.

<sup>98</sup> İnsani yardım yerine insani kaçakçılık (*humanitarian smuggling*) şeklindeki ifade için bkz. Joanna Parkin, 'The Criminalisation of Migration in Europe', CEPS Policy Brief No. 61 (Centre for European Policy Studies 2013) 8; Landry, (n 33) 4.

<sup>99</sup> Fekete/Webber/Edmond-Pettitt, (n 59) 2.

sınırlı olarak dikkate alınabilecektir. Dolayısıyla acil ve zorunlu durumun gerekliliği, genel ihtiyaç durumu gibi acil olmayan ya da mutlak şekilde gerekli olmayan ihtimalleri insani yardımın dışında bırakmaktadır<sup>100</sup>. İnsani yardımın ancak göçmenlerin hayatına yönelik bir riskin veya tehlikenin varlığı halinde cezalandırılmayacağı şeklinde çok dar bir kapsam belirlenmesi söz konusu olmakla birlikte, insani yardımın göçmenlerin onurlu şekilde hayatlarını sürdürebilmelerine olanak sağlanması şeklinde kapsamın biraz daha genişletilmesi de söz konusu olabilmektedir. İnsani yardımın cezalandırılmamasının sadece ailevi sebepler ile sınırlı kalması ya da mültecilere yönelik yardım faaliyetlerinde bulunan gönüllü kuruluşlar çerçevesinde mümkün kılınması da gündeme getirilmiştir<sup>101</sup>. Bu şekilde uygulamada insani yardımın belirlenmesi noktasındaki farklılıklar, insani yardımın cezadan muaf tutulmasının önündeki yasal boşluklar ve engellerden kaynaklanmaktadır<sup>102</sup>. Böylece açıkça insani yardımın cezalandırılmayacağına yer verilmeyerek, devletlerin bu Direktif'i ulusal mevzuata nasıl aktardıkları konusunda farklılık göstermelerinin önu açılmıştır<sup>103</sup>.

Düzensiz göçmenlerin ülkeye girişi ve transit geçişlerine her türlü yardım edilmesinin suç teşkil etmesi ve bu bağlamda herhangi bir menfaat temini amacı ile sınırlandırmanın yapılmamış olması<sup>104</sup>, diğer bir ifadeyle menfaat temini amacıyla gerçekleştirilmeyen yardım hareketinin suç kapsamının dışında bırakılmaması, düzensiz göçe yönelik katı yaklaşımın önemli göstergelerinden biridir. Özellikle insani yardımın cezalandırılabilirliği imkânından hareketle caydırıcılık merkezli<sup>105</sup> bir göç rejiminin benimsendiğini gösteren bu yaklaşım uyarınca, Birlik üye devleti yasa dışı girişi kolaylaştıranları, buna yönelik amacının menfaat temini veya insani nedenlerle olup olmadığına bakmaksızın yargılayabilecek ve cezalandırabilecektir<sup>106</sup>. Menfaat temini olmaksızın insani amaçlarla yardımın cezalandırılması gerekliliğini öngören düzenleme yerine buna olanak sağlayan bir düzenlemeye yer verilmiş olması, bu yaklaşımın esnetilmesi anlamına gelmemektedir. Böyle bir düzenleme (insani yardımın cezalandırılmamasına ilişkin istisna hükmü) çoğu Avrupa devletinin iç hukuk düzenlemelerinde<sup>107</sup> karşılık bulmamış<sup>108</sup> olup, konuya ilişkin raporlarda birçok Birliğe üye devlette insani yardım kapsamında kalabilecek bazı hareketlerin yargılama konusu yapılmasına yönelik tespitin<sup>109</sup>

<sup>100</sup> Militello/Spena, (n 5) 37.

<sup>101</sup> Landry, (n 33) 11.

<sup>102</sup> Conte/Vosyliute, (n 81) 6.

<sup>103</sup> Jennifer Allsopp, 'The European Facilitation Directive and the Criminalisation of Humanitarian Assistance to Irregular Migrants: Measuring the Impact on the Whole Community' Eds. Sergio Carrera/Elspeth Guild, *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings Policy Dilemmas in the EU* (2016) 48. Direktif'e ilişkin taslak metin müzakereleri sırasında dahi insani yardım muafiyetine yer verilip verilmemesi noktasında devletler arasında uzlaşma sağlanamamıştır. Landry, (n 33) 10.

<sup>104</sup> Avrupa Parlamentosu'nun (2018a), 5 Temmuz 2018'de ülkeye yasa dışı giren veya ülkede yasa dışı kalan göçmenlere insani yardım gerçekleştiren kişilerin hareketlerinin suç sayılmaması ve bu kişilerin bu sebeplerle cezalandırılmaması gerektiğine ilişkin karar almasıyla birlikte bu soruna yönelik önemli bir gelişme sağlanmıştır. Avrupa Parlamentosu, Direktif'in insani yardımın cezalandırılmasını mümkün kılan düzenlemesine atıfta bulunarak, bu düzenlemenin uygulanmasının ortaya çıkardığı istenmeyen sonuçlardan duyduğu endişeyi dile getirmek suretiyle, insani yardım teşkil eden fillerin, Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol'ün uluslararası standartların gerektirdiği şekilde suç sayılmaması gereğini ortaya koymuştur. Parlamento ayrıca insani yardıma ilişkin muafiyet hükmünün az sayıda devlet tarafından iç hukuka aktarıldığına da dikkat çekerek, üye devletlere "göçmenlere insani nedenlerle yardım eden bireylere ve sivil toplum kuruluşlarına karşı kovuşturma yapılmamasını sağlamaya" yönelik çağrıda bulunmuştur. Bununla birlikte, Avrupa Komisyonu'nun Göç ve İçişleri Genel Müdürlüğü bünyesindeki sorumlu birim, Kolaylaştırma Paketinde reform yapmak için yeterli kanıt olmadığını veya bildirilen vakaların Direktif'in iç hukuka aktarılması ile ilgili olmadığını, daha ziyade siyasi bağlamla ilgili olduğunu iddia etmeye devam etmiştir. Avrupa Komisyonu 2014-2016 yılları arasında yürüttüğü Düzenleyici Uygunluk ve Performans Programı (the Commission's Regulatory Fitness and Performance Programme - REFIT) kapsamında ele aldığı Kolaylaştırıcı Paketinin değerlendirmesinde mevcut yasal çerçeveyi değiştirmek için yeterli kanıt olmadığı sonucuna varmıştır. Sorunun mevcut düzenlemelerden değil, düzenlemelerin uygulanması noktasındaki işbirliği eksikliğinden kaynaklandığı ifade edilmiştir (Conte/Vosyliute, (n 81) 14-5, 18). Bunun yanı sıra ilgili değerlendirmede insani yardım kavramının tanımlanmasının zor olduğuna ve Birlik genelinde farklılık gösterilebilmesi nedeniyle insani yardımın muaf tutulmasının güçlüğünü dikkat çekilmiştir (Avrupa Komisyonu 2017). Bununla birlikte Avrupa Parlamentosu Başvuru Komisyonu (*European Parliament Committee on Petitions*) tarafından Avrupa Konseyi, Avrupa Komisyonu ve Avrupa Parlamentosu tarafından 2007'de imzalanan İnsani Yardım Konusunda Üst Düzey Avrupa Mutabakatının (*High-Level European Consensus on Humanitarian Aid*) sonuçlarında sağlanan "insani yardım" tanımından Avrupa Komisyonu'nun yararlanması yönünde öneride bulunulmuştur. İlgili Mutabakat insani yardımın anlamını açıklığa kavuşturmakla birlikte, insani yardımın insanlar arasındaki dayanışmanın evrensel değerinin ve ahlaki bir zorunluluğun temel bir ifadesi olduğunu vurgulamıştır. Mutabakat'ta insani yardımın amacı, ihtiyaç ortaya çıkan ve yerel yöneticilerin yetiemediği veya yardımı gerçekleştirmek konusunda isteksiz kaldığı yerlerde yaşamı korumaya, insanların acı çekmesini önlemeye ve hafifletmeye ve insan onurunu korumaya yönelik acil durum müdahalesi olarak belirtilmiştir. Bu çerçevede insani yardım, "insani krizlerde (humanitarian crises) veya hemen sonrasında hayat kurtarmak ve korumak için yapılan yardım, yardım ve koruma operasyonlarının yanı sıra ihtiyacı olan insanlara erişimi ve serbest yardım akışını kolaylaştırmayı amaçlayan faaliyetleri" kapsamaktadır (Conte/Vosyliute, (n 81) 21).

<sup>105</sup> "Başkalarına zarar vermenin önlenmesi, devletin ve dolayısıyla ceza hukukunun mesuru bir amaç olsa da, tek başına caydırıcılık, insanların yaşamlarına yönelik zorlayıcı müdahalelerin zayıf bir gerekçesidir." Ana Aliverti, 'Making people criminal: The role of the criminal law in immigration enforcement' (2012) 16(4) *Theoretical Criminology* 417, 426.

<sup>106</sup> Aljehani, (n 29) 130.

<sup>107</sup> Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kungal, 'Göçmen Kaçakçılığı' (n 3) 226 vd.; Yusuf Yaşar/Umut Güneş, 'Uluslararası Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Göçmen Kaçakçılığı Suçunda 'Maddi Menfaat Elde Etme Amacı' Kavramı' (2022) 28 (1) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 240, 244 vd. Bununla birlikte Birliğe üye devletlerin ulusal mevzuatlarının Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol ile uyumlu olup olmadığına yönelik 2018 yılında yapılan çalışmada, kaçakçılığın tanımlarını mali veya diğer bir maddi menfaatin varlığına bağlayan yalnızca dört üye devlet olarak Almanya, İrlanda, Lüksemburg ve Portekiz'in ulusal mevzuatının Protokol'ün kaçakçılık standartlarını içerdiği ortaya konulmuştur. Rodrik (n 2) 108.

<sup>108</sup> Allsopp, (n 103) 48. Bununla birlikte bazı devletler, Direktif'in ilgili maddesinde tanınan takdir yetkisini, insani amaç veya saiklerle yasa dışı giriş veya geçişi kolaylaştıranlar için cezai sorumluluğu hariç tutan hükümlerin kabulü yoluyla kullanmıştır. Bu anlamda en geniş formülasyon Belçika ve İspanyol hukukunda yer alırken, farklı uygulama kapsamına sahip muafiyetlerle karakterize edilen çözümleri benimseyen devletler de bulunmaktadır. Bu bağlamda Finlandiya, göçmenin menşe ülkesindeki güvenlik koşullarını da dikkate alarak insani veya aile dayanışması amacıyla gerçekleştirilen davranışları cezalandırılabilir hareketin dışında tutmuştur. Konuya yönelik diğer bir örneği teşkil eden Yunanistan ise ilgili düzenlemede, uluslararası deniz hukukunun öngördüğü şekilde denizde kişilerden korumaya ve uluslararası korumaya muhtaç kişilerin taşınması hallerinde bu fiili gerçekleştiren, yani göçmenlere yardım eden kişilerin cezalandırılmayacağı öngörülmüştür. Zirulia, (n 64) 240 vd.

<sup>109</sup> Rapor, Belçika, Yunanistan, İspanya, Finlandiya, İtalya, Malta ve Birleşik Krallık'ta insani yardım için "bazı açık muafiyet biçimlerine" dikkat çekilmesine rağmen, bu muafiyetlere sahip yargı bölgelerinde bile insani yardım gerçekleştiren kişilerin kovuşturmayla tâbi tutulduğunu ortaya koymuştur (Rodrik (n 2) 108). Konuyla ilgili uygulamada sorun, sadece gerçekleştirilen hareketin insani yardım kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda olmayıp; insani yardım muafiyet kapsamında kabul edilse dahi yargılanan kişiye bunu ispat yükümlüğüdür. Dolayısıyla ispat yükü, kaçakçılık eyleminin insani nedenlerle yapıldığı iddia etmek isteyenlere düşmektedir. Nitekim 2018 yılında Fransa'da yaşanan bir olaya dayanan yargılamada sanıktan göçmenlere yapmış olduğu yardımın cezai nitelikte değil de insani muafiyet teşkil ettiğini ispatlaması istenmiştir. Göçmenlerle dayanışmanın aksi gösterilmedikçe yasal olmadığı varsayımı üzerine sanığın masumiyetini kanıtlayana kadar suçlu kabul edilmesi ceza muhakemesinin temel ilkelerinden masumiyet karinesine açık aykırılık teşkil etmektedir (Rodrik (n 2) 116 vd.). Evrensel bir ilke olarak masumiyet karinesi Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda (*Charter of Fundamental Rights of the European Union*) "Masumiyet Karinesi ve Savunma Hakkı" kenar başlığı ile 48. maddede düzenlenmiştir. Hükme göre, "1- Suçlanan herkes, kanuna göre suçluluğu ispatlanana kadar masum sayılır. 2- Suçlanan herkesin savunma haklarına saygı gösterilmesi garanti edilecektir." Konu bağlamında masumiyet karinesine yönelik değerlendirme için bkz. Robin Antony Duff, 'A Criminal Law for Citizens' (2010) 14(3) *Theoretical Criminology* 1, 2.

varlığı, caydırıcılığın yoğunluğunun ulaştığı boyut itibarıyla göçmenlerin korunması noktasında oluşan tehdidin devam ettiğini göstermektedir. Bu bağlamda ülkeye yasa dışı girişin kolaylaştırılmasının suç teşkil etmesi noktasında unsur olarak maddi menfaat ölçütünün kabul edilmesinden kaçınılmasının nedeninin açıklanmasında kaçakçılıkla bağlantılı ödeme yöntemlerinin yoğun nakit niteliğinin yasa dışı mali akışların izini sürmeyi zorlaştırması ve buna bağlı olarak bu suçun soruşturulmasını ve kovuşturulmasını orantısız bir şekilde engellemesi gerekçesi<sup>110</sup> yeterli ve ikna edici değildir. Belirtilen husus, ispata ilişkin olup, temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesi konusunda meşruluk sağlamamaktadır.

Tüm belirtilenler ışığında, Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol ile Kolaylaştırma Direktifi'nin birçok açıdan farklılık arz ettiği görülmektedir.<sup>111</sup> İnsani yardım konusunda mali veya maddi menfaat temini ölçütünün kabul edilmesi hem objektif niteliği haiz olması hem de uygulamada yeknesaklığı sağlama bakımından makul ve Protokol ile uyumlu bir çözüm sunmaktadır.

## B. İnsani Yardımın Ceza Hukuku Kapsamında Yaptırıma Tâbi Tutulamayacağına Yönelik Argümanlar

Hukuksal açıdan korunacak değerlerin belirlenmesi ve kapsamı ceza siyasetinin konusunu teşkil etmekle birlikte, kanun koyucunun sınırsız özgürlükle hareket edemeyeceğinin<sup>112</sup> dikkate alınması gerekmektedir.<sup>113</sup> Devletlerin benimsedikleri göç politikalarının geçerliliğini göstermek adına göçmenlere verilen desteğin meşru destek eylemleri olarak değil, caydırılması ve cezalandırılması gereken ulusal güvenliğe yönelik tehditler olarak tasvir edebilmelerinde<sup>114</sup> en etkili araç olarak ceza hukuku kuralları ön plana çıkmaktadır. Bununla birlikte göç bağlamında ceza hukukuna ilişkin caydırıcılık ve cezalandırma pratiği üzerinden sürecin şekillendirilmesi çabaları<sup>115</sup>, makul ve adil olmayan durumları ortaya çıkarmaktadır.<sup>116</sup> Göç akışlarını bir güvenlik tehdidi olarak ele alma ihtiyacına yönelik bir acil durum ürünü olarak kabul edilebilecek Direktif kapsamında göçmen kaçakçılığının suç sayılmasının ardındaki normatif temellerin belirsizliği ceza hukukunun da tutarlı bir şekilde uygulanamamasını sonuçlamaktadır.<sup>117</sup> Söz konusu durumu, ceza hukukunun birçok esasına aykırılığın bir yansıması olarak dikkate almak mümkündür.

Ceza hukukunun, toplumda kabul edilebilir davranış alanını sınırlama ve dolayısıyla belirli hakların kullanılmasına müdahale etme potansiyeline sahip olması, bunun sınırsız olduğu anlamına gelmemektedir. Toplumsal düzenin iyi bir şekilde sürdürülmesi noktasında ceza hukuku araç teşkil etmekle birlikte, ceza hukuku aynı zamanda bireyi keyfi hükümet eylemlerine, orantısız yaptırımlara, yasal belirsizliğe ve adalet eşitsizliğine karşı korumak için gereklidir.<sup>118</sup> Belirli bir davranışın suç sayılması için meşru bir amaç bulunabiliyorsa, bunun demokratik bir toplumdaki gerekliliği noktasında haklara müdahaleyi haklı çıkarabilecek acil bir sosyal ihtiyaca karşılık gelen ikna edici ve zorlayıcı nedenlerin varlığına ihtiyaçtan söz edilmesi gerekir ki, orantılılık ilkesine aykırılık teşkil etmesin.<sup>119</sup> Ayrıca zorunluluk yanında, davranışın güçlü şekilde kınanması istendiğinde cezalandırma yoluna başvurulabilir olması korunan hukuki değer, toplumsal düzeyde teyidine hizmet eden bir husus olarak belirtilmektedir.<sup>120</sup> Konuyla ilişkili olarak Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 48. maddesinin 3. fıkrasında açık bir düzenlemeye yer verilerek, cezaların ağırlığının suç teşkil eden fiille orantısız olmaması gerektiği belirtilmiştir.

Ceza hukukunda orantılılık ilkesinin bir sonucu olarak ifade edilmesi mümkün olan cezanın son çare olması ilkesi, insan hak ve özgürlüklerine ağır müdahaleyi içeren ceza hukuku yaptırımlarının son araç olarak uygulanması gerekliliğini ortaya koymaktadır. Dolayısıyla yasama organının amacına ulaşmada cezalandırıcı olmayan alternatiflerin daha iyi olduğu durumlarda ceza uygulanmamalı ve ceza kanunları aşırı kapsayıcı olmamalıdır.<sup>121</sup> Hukuka aykırı hareketin gerçekleşme sıklığı ve önemi de dikkate alınarak, bu harekete yönelik diğer önlemlerin etkinliğinden söz edilemediği aşamada ceza hukuku müdahalesinin gerekliliği

<sup>110</sup> Nitekim *Carrera* konuya yönelik olarak soruşturma ve kovuşturmanın etkinliğini artırmak amacıyla göçmen kaçakçılığında suç teşkil eden hareketlerin kapsamının genişletilmesinin, maddi ceza hukukunun, suç işlemeye yönelik normatif veya toplumsal tercihleri yansıtmak yerine, kovuşturma etkinliği için yalnızca bir araç haline gelmesi anlamını ortaya çıkaracağı ifade etmiştir (*Carrera/Mitsilegas/Allsopp/Vosyliute*, (n 53) 20-1). Konuyla ilişkili olarak Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol kapsamında yer alan mali veya diğer maddi menfaat ölçütü bakımından değerlendirmede bulunan *Aljehani* ise menfaat ölçütünün göçmen kaçakçılığında unsur olarak kabul edilmemesinin, ceza sorumluluktan kaçmak için bu unsuru kötüye kullanan kaçakçılar aleyhine bir sonucu ortaya çıkaracağından, gerekli olduğunu ileri sürmüştür. *Aljehani*, (n 29) 136.

<sup>111</sup> *Militello/Spena*, (n 5) 8.

<sup>112</sup> "Kanun koyucu, ceza alanını dar tutmak bakımından pozitif ve negatif sınırlara tâbidir. Bir davranışın suç olarak tanımlanması için o davranışın önemli tehlike veya zarara yol açmış olması pozitif sınıra işaret ederken, kanun koyucunun cezanın tayini sırasında temel haklara saygı göstermek zorunda olması negatif sınırı oluşturur. Söz konusu iki sınır arasındaysa, kanun koyucu takdir hakkını kullanabilir." Ozan Ercan Taşkın, 'Son Çare (Ultima Ratio) Olarak Ceza Hukuku' 2016 (59-91) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 59, s. 80.

<sup>113</sup> Taşkın, (n 112) 80.

<sup>114</sup> *Rodrik* (n 2) 98.

<sup>115</sup> *Rodrik* (n 2) 86.

<sup>116</sup> Benzer yönde değerlendirme için bkz. *Fekete/Webber/Edmond-Pettitt*, (n 59) 7.

<sup>117</sup> *Mitsilegas*, (n 39) 2.

<sup>118</sup> *Ouwerkerk*, (n 68) 230. Temel hak ve özgürlüklerin anayasal düzeyde korunması bağlamında ilgili mevzuatın anayasallık denetiminde dikkate alınan ölçütlere ilişkin değerlendirme için bkz. *Douglas Husak*, 'The Criminal Law as Last Resort' (2004) 24(2) *Oxford Journal of Legal Studies* 207, 210.

<sup>119</sup> CoE, *Using Criminal Law To Restrict The Work Of Ngos Supporting Refugees And Other Migrants In Council Of Europe Member States*, Thematic Study prepared by Dr Carla Ferstman on behalf of the Expert Council on NGO Law of the Conference of INGOs of the Council of Europe, CONF/EXP (2019)1, December 2019, 11.

<sup>120</sup> *Demuro*, 1661'den aktaran Taşkın, (n 112) 75.

<sup>121</sup> *Husak*, (n 118) 211. En genel tanımıyla 'suç saymanın aşınlaşması (*overcriminalization*)' kavramını, ceza hukukunu ilgilendirmemesi gereken davranış türlerini suç kabul etme şeklinde ifade eden *Duff*'a göre, bu durum cezalandırmanın şiddetli ve baskıcı şekilde yürütülmesine neden olmaktadır. *Duff*, (n 109) 2. Suç saymanın aşınlaşması kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *David Alan Sklansky*, 'Crime, Immigration, And Ad Hoc Instrumentalism' (2012) 15(2) *New Criminal Law Review* 157, 194. Ceza hukukunun alanının suçların artırılması yoluyla genişlemesinde, düzenleyici suçlar (*regulatory offences*) şeklinde adlandırılan ve gerçek suç olarak nitelendirilemeyecek "suç benzeri fillerin (*quasi-criminal offences*)" etkili olduğu yönünde bkz. *Aliverti*, (n 105) 420.

kabul edilmelidir<sup>122</sup>. Ceza hukuku ilgili fiil bakımından toplum tarafından kınamanın en güçlü şeklini ifade etmektedir<sup>123</sup>. Ceza hukukunun ikincilliği şeklinde de belirtilen bu durumda özel hukuk veya kamu hukukunun hukuksal değerlerin korunmasında yeterli olacağı noktada ceza hukukunun geri çekilmesi gerekecektir<sup>124</sup>. Bu husus, göç yönetimi ve kontrolü gibi yasaklayıcı ya da bastırıcı kurallardan ziyade düzenleyici kuralların varlığını gerektiren alanlar<sup>125</sup> bakımından daha önemli hale gelmektedir.

Orantılılık ve cezanın son çare olması ilkelerinin sonucu, gerçekleştirilen fiilin ceza hukuku yaptırımına layık<sup>126</sup> olmasıdır<sup>127</sup>. Ceza hukuku yaptırımına layık olma, fiilin haksızlık içeriğinin belli bir yoğunluğa ulaşmış olması demektir. İlgili fiil, haksızlık itibarıyla belli bir yoğunluğa ulaşmamışsa, ki yasa dışı göç ve yasa dışı göçe insani yardım bu niteliktedir, diğer hukukî önlemler ile engel olunamaması ilgili fiillerin suç teşkil etmesini meşru kılmaya yetmez.

Birçok Avrupa ülkesinde, son çare ilkesi uzun süredir maddi ceza hukukunun kapsamını<sup>128</sup> belirlemek için kullanılan temel bir kılavuz olarak kabul edilmektedir<sup>129</sup>. Avrupa Birliği'ne üye devletlere ilgili fiili suç olarak ihdas etme yükümlülüğü getiren düzenlemelerin iç hukukta karşılığı olacak hükümler bakımından cezai yaptırımların son çare olarak dikkate alınması ve öncelikle medeni hukuk veya idare hukuku gibi diğer hukuk alanları çerçevesinde uygulanacak yaptırım ile hukuka aykırı fiilin karşılık bulması gereklidir. Bununla birlikte Birlik kapsamında bu ilkenin dikkate alınabilirliği konusuna da değinilmelidir.

Lizbon Andlaşması'nın yürürlüğe girmesi, Avrupa Birliği'ne maddi ceza hukuku alanında düzenleme yapabilme yetkisi vermiştir<sup>130</sup>. Davranışı suç saymanın mevcut yasal dayanağı, Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Andlaşma'nın 83. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre, Avrupa Parlamentosu ve Konsey, olağan yasama usulüne uygun olarak kabul edilen direktifler aracılığıyla, özellikle ağır suç alanlarında bu tür suçların doğasından veya etkisinden ya da bunlarla ortak temelde belirli bir düzeyde mücadele etme ihtiyacından kaynaklanan sınıraşan boyutu olan suçların ve yaptırımların tanımlanmasına ilişkin asgari kurallar belirleyebilir. Yasal dayanağı ilgili hükümle sağlanmış olmakla birlikte, hüküm her bir davranışın suç olarak kabul edilebileceği sonucunu ortaya çıkarmamaktadır<sup>131</sup>.

Bu anlamda ceza hukuku hükümleri bakımından yol gösterici olması amacıyla hazırlanan 2009 tarihli kılavuz<sup>132</sup> önem arz etmektedir. Zira bu kılavuzda ceza hukuku hükümlerinin, menfaatlerin korunması için gerekli görüldüğünde getirilmesi ve kural olarak ancak son çare olarak kullanılması ifade edilerek son çare ilkesinin ceza hukuku düzenlemeleri bakımından dikkate alınması gerekliliği açıkça belirtilmiştir. Ayrıca orantılılık ve ikincillik ilkeleri dikkate alınarak cezai hükümlerin, daha hafif önlemlerle

<sup>122</sup> Bu noktada yazar, cezanın son çare olması ilkesini işlevsiz kılacak değerlendirmelerden kaçınılması gerektiğini de ifade etmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ouwerkerk, (n 68) 234-9.

<sup>123</sup> Aliverti, (n 105) 426.

<sup>124</sup> Yener Ünver, *Ceza Hukukunda Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer* (Seçkin Yayınevi 2003) 698. Yazar, ceza hukukunun ikincilliği ile cezanın son çare olmasının birbirinden farklı olduğunu belirtmektedir.

<sup>125</sup> Göç mevzuatının ihlali nedeniyle açılan ceza soruşturma ve kovuşturmalarının az olması ve çoğu yargılamaların sonucunda mahkûmiyet kararının verilmemesi tespiti üzerine yapılan değerlendirmede, ceza hukukunun göç alanında politik anlamda sembolik etkisinin bulunduğunu belirten görüş, aslında bu şekilde, gelecek düzensiz göçmenlere yönelik bir tehdit algısının oluşumunun ve toplumda yasa dışı yabancılara yönelik suçlu potansiyelini güçlendirmenin gerçekleştirilmeye çalışıldığını ileri sürmüştür. Aliverti, (n 105) 427. Göçmenlerin potansiyel suçlu olarak görülmesinin nedenlerine ilişkin ayrıca bkz. Sklansky, (n 121) 195-196.

<sup>126</sup> "İhlal, hak veya menfaate yönelik ortaya çıkardığı zarar veya tehlikeye bağlı olarak ele alınmalı; devlete karşı 'itaatsizlik' olarak değerlendirilmemelidir. Aksi haldeyse cezayı gerektiren her ihlal, aynı zamanda siyasal toplumsal düzenin tehdidi olarak algılanmaya başlanır." Dimatteo, 2'den aktaran Taşkın, (n 112) 64.

<sup>127</sup> Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (15. Bası, Seçkin 2022) 45. Cezaya liyakat ve cezaya ihtiyaç kavramları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ünver, (n 124) 694 vd.

<sup>128</sup> Ceza tehdidi aşamasından başlayarak, ceza muhakeme süreçleri dâhil olmak üzere, cezai sorumluluğun tayin edilmesi sürecinde ve nihayetinde infaz aşamasında, ceza enstrümanının kullanılmasının sosyal ve ekonomik maliyeti olduğuna dikkat çekilerek ilkenin sosyo/ekonomik boyutuna vurgu yapılmaktadır. Taşkın, (n 112) 68.

<sup>129</sup> Ouwerkerk, (n 68) 229. Bununla birlikte yazar, Hollanda uygulamasında cezai yaptırma tâbi kılınan fiillerin kapsamının genişleme eğiliminde olduğu yönündeki değerlendirmesinde ele aldığı örneklerde, yasa dışı kalış (*illegal residence*) fiiline ilişkin getirilen öneriye de yer vermiştir. Söz konusu fiile ilişkin tartışmalar sonucunda suç olarak kabul edilmemesi kabul edilmiştir. Yazar ayrıca ceza hukukunda suç kapsamının genişleme eğiliminin sadece Hollanda bakımından geçerli olmadığını, diğer Avrupa devletlerinde de böyle bir eğilimin bulunduğunu belirtmiştir (Ouwerkerk, (n 68) 231).

<sup>130</sup> Lizbon öncesi dönemde, Birlik yasa koyucusunun maddi ceza hukuku alanında mevzuat çıkarma yetkisinin olup olmadığı tartışmalı bir konuydu. Belirli ve açık bir hüküm bulunmamasına rağmen, belirli davranış türlerini yasaklayan ve suç sayan çok sayıda yasal önlem kabul edilmiştir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Merve İnan Orman, *Avrupa Birliği'nde Organize Suçluluk Mevzuatlarının Uyumlaştırılması ve Yaklaştırılması* (Oniki Levha Yayıncılık 2018), 7 vd.

<sup>131</sup> Ouwerkerk, (n 68) 234.

<sup>132</sup> Council Conclusions on Model Provisions, Guiding The Council's Criminal Law Deliberations, Brussels, 30 November 2009. Kılavuz'un kabul edilmesinden kısa bir süre sonra 10 Birlik üyesi devletten katılan ceza hukuku akademisyenleri, Avrupa yasa koyucusunu bir dizi temel ilkeye dayalı ceza hukuku konusunda yaklaşım geliştirmeye teşvik ettikleri 'Avrupa Suç Politikası Bildirisi' yayınlamıştır. Bildiri'nin kaleme alınmasının gereği şu şekilde ifade edilmiştir: "Bu bildiri, maddi ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukunun giderek Avrupa mevzuatının odak noktası haline geldiği gerçeğine dikkat çekerek Avrupa bütünlüğünün dinamiklerini yansıtmaktadır. Şu anda, ceza mevzuatının uyumlaştırılması için kullanılan Avrupa hukuku tasarımları, hâlihazırda maddi ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukunun mevcut ulusal yasal çerçeveleri üzerinde etkili olmaktadır. Lizbon Andlaşması'nın getirdiği değişikliklerle bu eğilim gelecekte daha da güçlenecektir. Büyük ölçekte ceza politikası kararları alan Avrupa kurumları, ceza politikasını özerk bir Avrupa politikası olarak kabul etmekte başarısız olmuşlardır. Sonuç olarak, tutarlı bir suç politikası kavramını takip edememişlerdir. Bildiri Grubu, Avrupa'nın bir dizi temel ilkeye dayanan dengeli ve tutarlı bir suç politikası kavramına ihtiyacı olduğuna inanmaktadır. Bu ilkeler, ceza hukukunu ilgilendiren veya etkileyebilecek her bir hukuki belge için bir temel olarak kabul edilmelidir." 'A Manifesto on European Criminal Policy' (European Criminal Policy Initiative), Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (2009-12), 707. Avrupa Birliği kapsamında ceza hukuku alanında düzenleme yapabilme yetkisinin kabulünde meşru amacın gerekliliğine dikkat çekilen Bildiri'de, meşru bir amacın gerekliliğinin, orantılılık ilkesinden türetililebileceği belirtilerek ceza hukukunun ancak Birlik kapsamında vatandaşların temel çıkarlarının korunması için kullanılmalı meşru ve orantılı olarak kabul edilebileceği ifade edilmiştir. Ayrıca Bildiri'de Avrupa Birliği'nin amaç ve politikalarının uygulanmasının, tek başına, bir fiilin suç sayılmasını meşrulaştıramayacağına yer verilmiştir. Bunun yanı sıra 2011 yılında Avrupa Komisyonu'nun Lizbon Andlaşması kapsamında birlik suç politikasının daha da geliştirilmesi için bir çerçeve sunmayı amaçladığı bildiriminde Birlik suç politikasının çerçevesini şu ifadelerle belirtmiştir: "Birlik suç politikasının genel hedefi, vatandaşların özgürlük, güvenlik ve adaletin olduğu bir Avrupa'da yaşamaları, çıkarlarını koruyan Avrupa Birliği hukukunun tam olarak uygulanması ve aynı zamanda Birliğin yetki ikamesi ve orantılılık ile diğer temel Andlaşma ilkelerine saygı duyarak hareket etmesidir. Ceza hukukunun son çare olma işlevine ise "Cezai soruşturmalar ve yaptırımlar, vatandaşların hakları üzerinde önemli bir etkiye sahip olabilir ve damgalayıcı bir etki içerebilir. Bu nedenle, ceza hukuku her zaman son çare olarak kalmalıdır." şeklinde yer verilmiştir. European Commission Communication, 'Towards a EU Criminal Policy: Ensuring the effective implementation of EU policies through criminal law', Brussels, 20 September 2011, COM (2011) 573 final, para 2.2.1.

etkili bir şekilde ele alınamayan açıkça tanımlanmış ve sınırlandırılmış davranışlar bakımından söz konusu olabileceği kabul edilmiştir. Sözü edilen husus, “Orantılılık ilkesine tâbi olarak, sınırlamalar yalnızca gerekli olmaları ve Birlik tarafından tanınan genel çıkar hedeflerini veya başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma ihtiyacını gerçekten karşılamaları halinde yapılabilir” düzenlemesinin yer aldığı Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nın 52. maddesini tamamlayıcı niteliktedir.

Böylece Birlik kapsamında yer alan kurumların son çare ilkesini de içeren yol gösterici ilkelere olan ihtiyacı açıkça kabul etmeleriyle birlikte, son çare ilkesine Avrupa Birliği düzeyinde yapılan vurgunun daha da ön plana çıktığı sonucuna ulaşmak mümkündür<sup>133</sup>. Cezanın son çare olması gerekliliğinin Birlik kapsamında hazırlanan andlaşma, bildiri veya raporlarda benimsenmiş olmasının, konuya yönelik kabul edilen direktiflere de yansımış olması beklenmekle birlikte, yasa dışı göçün kolaylaştırılmasına ilişkin direktif bakımından bu sonuca varılamamaktadır. Toplumun korunması, sosyal alarm gibi gerekçelerle yeni suç türlerinin oluşturulmasının<sup>134</sup> örneğini teşkil edebilecek insani yardımın cezalandırılabilirliği hususunun açık bırakılması, yasa dışı göçle mücadelede ceza hukukunun ilk çare<sup>135</sup> olarak uygulanması sonucunu daha makul kılmaktadır. Hukukî yaptırımlar arasındaki öncelik-sonralık ilişkisinin varlığını göz ardı ederek, bu yaptırımların “birbirinin yerine geçebilirliği (*interchangeability of laws*)”<sup>136</sup> üzerinden ortaya konan yaklaşım hukukî temelden yoksundur<sup>137</sup>. Bu süreçte göçmenlerin yaşadığı hak ihlalleri ve sivil toplum kuruluşlarına yönelik yaptırımlar dikkate alındığında, insani yardımın suç teşkil etmesinden daha fazla “kötülük”<sup>138</sup> ortaya çıktığı söylenebilecektir<sup>139</sup>. Cezalar, insanları faydalı faaliyetlerde bulunmaktan caydıracak kadar şiddetli olmamalıdır<sup>140</sup>.

Göçmen kaçakçılığı kapsamında suç belirlenmesinde esas alınması gereken ölçüt, cezanın son çare olması ilkesi göz önünde bulundurularak suç teşkil eden hareketlerin ceza hukuku yaptırımlarına layık bir haksızlığı teşkil etmesidir. Bu yönüyle göçmenin ülkeye yasa dışı girişinin veya ülkede kalışının kolaylaştırılmasının maddi menfaat elde etmek amacıyla gerçekleştirilmiş olması halinde cezalandırılabilir olması, bu amaçla hareket edilmeyen durumların ceza hukuku müdahalesinin dışına çıkarılması anlamına geleceğinden, makul bir cezalandırılabilirlik eşiği olarak kabul edilebilecektir<sup>141</sup>. Dolayısıyla düzensiz göçün önlenmesi veya azalmasına<sup>142</sup> yönelik göçmen kaçakçılığının suç alanının genişletilmesinde<sup>143</sup> sınır, yasa dışı göçe<sup>144</sup> ve insani yardıma indirilmemelidir. Göçmenlere insani yardımın göçmen kaçakçılığı suçunun daha az cezayı gerektirecek şeklini oluşturması argümanı dahi söz konusu davranışların suç olarak kabul edilebilmelerini meşru kılmamaktadır. Yasa dışı göçe insani yardımı gerçekleştiren kişiler, yapılan yargılamalar sonucunda beraat etse bile, yargılamaların uzun sürece yayılması, bu süreçte sanıkların maddi kayıplarının büyüklüğü<sup>145</sup> vs. gibi sebeplerden dolayı insani yardımı gerçekleştirenlere ilişkin caydırıcılık sağlansa<sup>146</sup> da,

<sup>133</sup> Ouwerkerk, (n 68) 241.

<sup>134</sup> Demuro, 1675’ten aktaran Taşkın, (n 112) 79.

<sup>135</sup> Taşkın, (n 112) 79.

<sup>136</sup> Provera, (n 5) 8.

<sup>137</sup> Nitekim bazı üye devletlerin göçmenlerin yasa dışı girişini ve onlara insani yardımda bulunanların fiilini cezaî yaptırma tâbi kılmalarının sonucunda gerçekleştirilen ceza yargılamalarına ilişkin yapılan araştırmada, cezaî hükümlerin yasa dışı göç bakımından caydırıcı etkisinin bulunmadığı görülmüş ve bu devletlerin ceza hukukunu normatif temelden kopuk ve araçsal şekilde kullandıkları tespitinde bulunulmuştur. Ceza hukukunun, idare hukukuyla ilgili engellerin üstesinden gelmek için pratik nedenlerle kullanıldığı belirtilmiştir. Provera, (n 5) 26.

<sup>138</sup> Husak, (n 118) 217. “Sosyal politika boyutundan da cezalar orantılı olmalıdır. Bu yüzden korunan hukuki değerini uğradığı zarardan, ceza daha ağır bir zarara yol açmamalıdır. O halde dar anlamda cezanın meşruluğundan söz edebilmek için, etkili şekilde sosyal fayda sağlaması, ikame edilebilir olmaması ve suç fiiliyle orantılı olması gerekir.” Taşkın, (n 112) 73.

<sup>139</sup> 2002 yılında Hollanda’da göçmenin ülkede yasa dışı kalışının ceza yaptırımına tâbi tutulmasına ilişkin hazırlanan tasarıyı dönemin Adalet Bakanı eleştirerek, buna yönelik bir düzenlemenin düzensiz göçmenleri caydırmayaacağına ve bu tür önlemlerin düzensiz göçmenlerin hayatta kalmak için suça itilmesine yol açacağına, buna bağlı olarak toplum için olumsuz sonuçlar doğuracağına dikkat çekmiştir (Provera, (n 5) 22). Benzer şekilde konuya ilişkin olarak yapılan araştırmalarda bizzat düzensiz göçün ve göçmenlere insani yardım faaliyetlerinin cezalandırılma tehdidi altında olmasının düzensiz göçmenlerin suç işleme eğilimlerinde artışa ve düzensiz göçmenlerin sömürüsüne karşı savunmasızlığın artmasına sebep olduğu belirtilmiştir (Provera, (n 5) 27). Konu hakkında ayrıca bkz. Lucia Zedner, ‘Is the Criminal Law Only for Citizens? A Problem at the Borders of Punishment’, Eds. Katja Franko Aas, Mary Bosworth The Borders of Punishment: Migration, Citizenship, and Social Exclusion (Oxford, 2013) 48 vd. Nitekim doktrinde bir görüş, ceza hukukunun göç alanına müdahalesinin yarardan çok zarar getirdiğini ileri sürmüştür. Bkz. Elspeth Guild, ‘Assessing Migration Management and the Role of Criminal Law’ *Controlling Immigration Through Criminal Law: European and Comparative Perspectives on ‘Crimmigration*’ Eds. Gian Luigi Gatta, Valsamis Mitsilegas and Stefano Zirulia (Oxford: Hart Publishing, 2020), 12.

<sup>140</sup> Husak, (n 118) 219. Başaran, denizde göçmenleri kurtarma faaliyeti gerçekleştirenler hakkında yapılan yargılamaların beraatle sonuçlanma bile, yargılama sürecinin cezaya dönüşmesine ilişkin değerlendirmesini dava örnekleri üzerinden şekillendirmiştir. Tuğba Başaran, ‘The Saved and The Drowned: Governing Indifference in The Name of security’ 2015 46(3) Security Dialogue 205, 212. Konu hakkında ayrıca bkz. Landry, (n 33) 20.

<sup>141</sup> Conte/Vosyliute, (n 81) 7.

<sup>142</sup> Doktrinde bir görüş son çare ilkesi bakımından ceza hukukunun kapsamının belirlenmesinde dikkate alınması gereken ölçütün, söz konusu hareketin gerçekleşme sıklığını kabul edilebilir bir orana indirmede başarılı olacak ama bir ceza kanunundan daha az müdahaleci ve daha az zorlayıcı olan bir sosyal kontrol aracının bulunup bulunmadığı şeklinde değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür (Jonathan Schonsheck, *On Criminalization, Dordrecht* (Kluwer Academic Publishers, 1994) 68’den aktaran Husak, (n 118) 218). Bununla birlikte Husak, bu yaklaşıma karşı çıkarak, kabul edilebilirlik belirlenmesinin neye dayanılarak yapılacağına ilişkin hususun belirsiz olduğunu belirtmiştir. Husak, (n 118) 218.

<sup>143</sup> Göç konusunun medeni hukuk ve idare hukuku kapsamında düzenlenebilir bir alan olması ile ceza hukuku kapsamında ele alınan bir alan olması arasındaki farklılıklara vurgu yapan bir görüş, öncelikle ceza hukuku yaptırımlarının, düzensiz göçmenler ve düzensiz göç ile suç faaliyetinin birleştirilmesi ile ilgili söylem ve kamu algısı üzerinde etkili olabileceği hususuna dikkat çekerek ceza hukukunun göçmenlere yönelik toplumsal bakış açısının farklılaşmasında kullanılan araç olma niteliğini vurgulamıştır (Provera, (n 5) 3). Göç alanındaki suç sayımının artmasıyla göç hukuku ile ceza hukuku arasındaki ayrımın belirsizleşmesine yönelik değerlendirme için bkz. Sklansky, (n 121) 195. Göç hukuku ile ceza hukuku arasında benzer yönlere bulunduğu yönünde değerlendirme için bkz. Juliet Stumpf, ‘The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, And Sovereign Power’ 2006 56 (2) American University Law Review, 380. Göç hukukunda cezalandırma alanının genişletilmesine ilişkin ayrıca bkz. Landry, (n 33) 5-6.

<sup>144</sup> Yasa dışı giriş ve çıkış ile ihlal edilen hukuksal değere ilişkin değerlendirme için bkz. Doğan (n 1) 32 vd. Nitekim Landry, göçmen kaçakçılığı kapsamında cezalandırılması gereken fiile ilişkin değerlendirmesinde yalnızca, kaçakçılığı gerçekleştiren kişinin, göçmenin sınırdışı düzensiz bir şekilde geçmesine yardım ettiği ve bunu yaparken bireye zarar verdiği veya zarar verme riski getirdiği durumların dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Landry, (n 33) 22.

<sup>145</sup> Başaran, dar anlamda ceza ve geniş anlamda ceza ayırımıya yönelik değerlendirmede bulunmuştur. Bkz. Başaran, ‘The Saved and The Drowned’ (n 140) 212.

<sup>146</sup> Başaran, insan davranışını belirleyen, sadece cezaî yaptırımların ve cezaların sıklığının ve büyüklüğünün değil, aynı zamanda usule ilişkin sürecin ortaya çıkardığı durumlar olduğunu belirtmiştir. Başaran, ‘The Saved and The Drowned’ (n 140) 212.

bu, devletlerin ceza hukuku esaslarını ihlal etmeleri pahasına olmaktadır ve asıl hedeflenen yasa dışı göçü engellemeye yönelik etkin bir yöntem ortaya koyamamaktadır.

Son çare ilkesinin asıl önemi, kanun koyuculara bir davranışın ilk etapta suç olarak kabul edilip edilmemesi konusunda rehberlik sunması olmakla birlikte<sup>147</sup>, davranışı suç teşkil eden kişinin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı konusunda da cezanın kapsamı ve türünün belirlenmesi bakımından yol gösterici kabul edilmelidir. Diğer bir ifadeyle, cezanın son çare olması ilkesi sadece kanun koyucuyu sınırlayan<sup>148</sup> bir ilke olma özelliğine sahip değildir. Ayrıca özellikle ceza verilmesi gerektiği yönünde hükme bağlanan bir ceza yargılamasında, yargılama makamının cezanın belirlenmesi noktasında ihtiyatlı davranmasını gerektirmektedir.<sup>149</sup>

Belirtilmelidir ki ilke, yalnızca insani yardımın cezalandırılmaması bağlamında önem taşıyor olmayıp ayrıca, ülkeye yasa dışı giren veya ülkede yasa dışı kalan kişilere uygulanacak yaptırımın türü bakımından da dikkate alınmalıdır<sup>150</sup>. Yabancıların ülkeye yasa dışı girişi veya kalışı bakımından idari yaptırımların öngörülmesi yeterli olabileceken, düzensiz göçmenleri caydırmak ve düzensiz göçmenlerin zorla sınır dışı edilmesini kolaylaştırmak için kişinin cezaî yaptırım tehdidinde muhatap kılınması ceza hukukunun son çare işlevi ile çelişmektedir.

Konu, göçmen kaçakçılığı kapsamındaki suç düzenlemeleri ile ilişkili olduğu için, ceza hukukunun temel ilkelerinden ve ceza kanununun garanti fonksiyonunu ifade eden kanunilik ilkesinin<sup>151</sup> sonuçlarından biri olan ve kanun koyucuya hitap eden belirlilik ilkesi (*lex certa*)<sup>152</sup> bakımından da önem taşımaktadır. Ceza hukukuna sadece barış ve güvenlik içinde bir yaşamın sürdürülmesine hizmet ettiği oranda başvurulması gerekliliği ile birlikte ceza hukukunun güvence fonksiyonunu tamamlayan ve toplumsal yaşamın temel koşullarının korunması ve bireysel özgürlüklere müdahalenin en az düzeyde tutulabilmesi için cezalandırma yetkisinin kullanılmasında sınırların çizilmiş olmasını ifade eden belirlilik ilkesidir<sup>153</sup>. Zira kanunilik ilkesiyle birlikte garanti fonksiyonunu yerine getiren ceza hukuku kişilerin toplumsal anlamda beklenen davranışlara yönlendirilmesine katkı sağlamakta ve yasak alanını belirtmek suretiyle kişilerin özgür hareket edebilecekleri sahayı göstermektedir<sup>154</sup>. Belirlilik ilkesi bağlamında bir davranışın tipik hareket olarak yasal zemine kavuşturulmuş olması gerekli olmakla birlikte yeterli değildir. Suç teşkil eden tipik hareket açık ve kesin şekilde belirlenmelidir. Kişi, belirli bir davranış biçiminin yasaklandığını bilme ve buna ilişkin devlet reaksiyonunu öngörme olanağına sahip olduğu sürece belirlilik ilkesine uygunluktan söz edilebilir<sup>155</sup>. Böylece kişilerin yükümlülüklerini öngörebilmesi ve buna göre davranışlarını ayarlayabilmesi mümkün olabilecek ve hukuki güvenliğin sağlanabilmesine hizmet edilebilecektir<sup>156</sup>. Nitekim açık olmayan bir hükmün, kişileri keyfi davranışlara karşı korumasından da söz edilemez<sup>157</sup>. Avrupa Birliği Adalet Divanı'na göre de bu ilke, hukuk kurallarının bilinmesini, açık, kesin, istikrarlı ve öngörülebilir olmasını gerektirmektedir.<sup>158</sup>

Ceza hukukunda belirlilik ilkesi devletlerin iç hukuk düzenlemelerinde dikkate almaları gereken bir ilke olmakla birlikte, hukuki belirlilik ilkesinin Birlik kurumları tarafından kabul edilen hukuki tasarruflar bakımından da dikkate alınması gerektiği göz ardı edilmemelidir<sup>159</sup>. Zira Birlik düzeyindeki uyumlaştırma çalışmasının tali niteliğinin zorunlu sonucu olarak Birlik kurum

<sup>147</sup> Husak, (n 118) 215.

<sup>148</sup> Son çare olma ilkesinin iktidarı sınırlayan bir ilke olduğu yönünde değerlendirme için bkz. Ercan Yaşar, 'Ceza Hukukunun İktidarı Sınırlama Fonksiyonu Üzerine Bir Değerlendirme' (2021) 156, TBB Dergisi, 41.

<sup>149</sup> Ouwerkerk, (n 68) 230.

<sup>150</sup> Orantılılık değerlendirmesini mültecilere güvenli ulaşım olanağı sağlayan kaçakçılara uygulanacak yaptırım üzerinden ele alan yaklaşım için bkz. Mollie Gerver, 'Decriminalizing People Smuggling' 2021 8(1) Moral Philosophy and Politics, 131, 141.

<sup>151</sup> Kanunilik ilkesinin dogmatik esası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Zeynel T. Kangal, 'Anayasal Bir Güvence Olarak Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi' (2011) 17, Ceza Hukuku Dergisi, 64 vd. Bazı devletler örneğin, Almanya (md. 103/2), İtalya (md. 25/2-3), Fransa (md. 34), Belçika (md. 14), İspanya (md. 8/3) anayasalarında kanunilik ilkesine doğrudan yer vermiştir (Düzenlemeler için bkz. ibid 62 vd). Kanunilik ilkesine birçok uluslararası düzenlemede de yer verilmiştir. 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisi md. 11/2'ye göre; "Hiç kimse işlendikleri sırada milli veya milletlerarası hukuka göre suç teşkil etmeyen fiillerden veya ihmallerden ötürü mahkum edilemez. Bunun gibi, suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha şiddetli bir ceza verilemez." Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md. 7/1'e göre; "Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez." 1966 tarihli Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme md. 15/1'e göre; "Hiç kimse, işlendiği zamanda ulusal ya da uluslararası hukuk bakımından suç sayılmayan bir fiil ya da ihmali yüzünden suçlu sayılamaz. Suç sayılan bir fiile, işlendiği zaman yürürlükte olan bir cezadan daha ağır ceza verilemez. Fiilin işlenmesinden sonra yasalarda bu fiile karşılık daha hafif bir ceza öngörülecek olursa, fiili işleyene bu ikinci ceza uygulanır." Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı md. 49/1'e göre; "Hiç kimse, işlendiği sırada ulusal hukuka veya uluslararası hukuka göre suç teşkil etmeyen herhangi bir fiil veya ihmalden dolayı suçlu tutulamaz. Ayrıca, suçun işlendiği sırada uygulanmakta olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. Suçun işlenmesinden sonra kanunda daha hafif bir ceza öngörülmüşse, o ceza uygulanır."

<sup>152</sup> Kangal, 'Anayasal Bir Güvence' (n 151) 63.

<sup>153</sup> Taşkın, (n 112) 62.

<sup>154</sup> Kangal, 'Anayasal Bir Güvence' (n 151) 65.

<sup>155</sup> Kangal, 'Anayasal Bir Güvence' (n 151) 77.

<sup>156</sup> Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (9. Baskı, Adalet Yayınevi 2022) 113. AİHM de belirlilik ilkesini erişilebilirlik ve öngörülebilirlik esasları üzerinden dikkate alarak, bir kuralın "kamu mercileri tarafından keyfi uygulamalarda bulunulmasına ve bir kısıtlamanın herhangi bir tarafın zararına olacak şekilde kapsamlı olarak uygulanmasına karşı bir koruma tedbiri sağladığında 'öngörülebilir' nitelikte olduğunu" vurgulamıştır. Konuyla ilgili takdir yetkisi de dikkate alınarak, temel hakları etkileyen durumlarda, sınırsız yetki biçimindeki bir hukuki takdir yetkisinin tahsis edilmesinin, demokratik bir toplumun temel ilkelerinden biri olan hukukun üstünlüğüne aykırılık teşkil edeceği ve buna bağlı olarak kanunların, takdir yetkisinin kapsamı ile bunun uygulanış biçimini gereken netlikle belirtmesi gerektiği ifade edilmiştir. ECtHR, 41226/09, 14.11. 2017, Işıkırık v. Turkey Kararı, para 56-8 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-178506>> 22 Mart 2023.

<sup>157</sup> Kangal, 'Anayasal Bir Güvence' (n 151) 72.

<sup>158</sup> Jeremie Van Meerbeeck, 'The Principle of Legal Certainty in the Case Law of the European Court of Justice: From Certainty to Trust' (2006) 41(41) European Law Review, 275, 275. Divan kanunilik ilkesi ve sonuçları, masumiyet karinesi gibi suç ve cezalara ilişkin ilkeleri de hukukun genel ilkeleri kapsamında Birlik hukuk düzenine kabul etmiş ve uygulamıştır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet Burak Bilgin, 'Avrupa Birliği Hukukunda Hukukun Genel İlkeleri' (2016) LXXIV (1) İÜHF 73, 86.

<sup>159</sup> Avrupa Suç Politikası Bildirisi'nde söz konusu ilkeye yer verilerek ilkenin, ceza hukuku düzenlemelerinin suçları katı ve açık bir şekilde tanımlanması anlamına geldiği ifade edilmiştir. European Criminal Policy Initiative, 708.



tasarruflarının belirli bir derecede muğlaklık içerip, üye devletlerin uygulamanın ayrıntılarının hazırlanmasında belirli bir dereceye kadar serbestliğe sahip olması gerekmektedir birlikte belirlilik ilkesi, Birlik hukuki düzenlemeleri için genel bir hukuk ilkesi ve hukukun üstünlüğüne<sup>160</sup> dayalı ceza hukuku sisteminin temel bir unsuru olarak önem taşımaktadır.<sup>161</sup> Birliğe üye devletler arasında uyumun sağlanması açısından bu düzenlemelerin açık, kesin olması gerekir<sup>162</sup>. Bu durum, ilgili normun suç düzenlemesine ilişkin olması halinde daha da önem taşımaktadır.

İlkenin suç teşkil eden hareketlerin belirlenmesinde olduğu gibi bunlara yönelik yaptırımların tespiti bakımından da gözetilmesi, devletler arasındaki uygulamalarda farklılığın sınırlı kalması noktasında önemlidir. Birliğe üye devletlerde aynı fiil bakımından bir devlette adli para cezası öngörülürken, diğer bir devlette hapis cezasının öngörülmesi bu niteliktedir. Nitekim Avrupa Komisyonu da 2011 tarihli Bildiriminde<sup>163</sup> ceza hukukunun, örneğin yaptırım türleri ve miktarları ile belirli bir davranışın idari yaptırımı veya cezaî yaptırımı gerektiren fiil olarak sınıflandırılması gibi ulusal sistemler arasındaki farklılıkların önemli düzeyde kaldığı alan olduğunu ifade etmiştir. Bununla birlikte Komisyon, sınıraşan nitelikteki suçlar göz önüne alındığında, ortak çerçevede Birlik düzenlemeleriyle ceza hukuku tedbirlerinin kabul edilmesinin, ulusal hukuk sistemleri arasındaki farklılıkların cezaî amaçlarla kötüye kullanılmamasını sağlamaya yardımcı olabileceğini belirtmiştir<sup>164</sup>.

Bu çerçevede Birliğe üye devletlerin göçmen kaçakçılığına ilişkin yaklaşımını birleştirmeyi amaçlayan Direktif'in, göçmen kaçakçılığının kapsamını belirlemede ortaya çıkardığı yasal belirsizliğin, göçmenlerin haklarının ihlal edilmesine yönelik tehlikeye sebep olabileceği tespiti dikkate değerdir<sup>165</sup>. Nitekim belgesiz kişilere barınma sağlayan veya ikamet durumları hakkında yetkililere bilgi vermeyi reddedenlerin, gözaltı merkezlerindeki koşulları ifşa edenlerin veya idari gözetim altındaki tutulanların haklarını savunanların<sup>166</sup> göçmenlerle kabul edilemez dayanışma içerisinde oldukları ileri sürülerek cezaî soruşturmaya konu edilmesi, mevzuatın meşru amacının dışında kalan kişi ve davranışlar üzerinde muğlak veya çok geniş bir ağ oluşturan cezalandırma durumunu ortaya çıkarmaktadır<sup>167</sup>. Avrupa Komisyonu tarafından yapılan değerlendirmede de Direktif'te yer alan düzenlemeler çerçevesinde hukuki kesinlik ve belirlilik noktasında etkililikten söz edilemeyeceği belirtilerek, söz konusu durumun özellikle sivil toplum aktörlerini cezalandırmaktan açıkça muaf tutan bir hükmün ve insani yardımın bir tanımının olmamasından kaynaklandığına vurgu yapılmıştır<sup>168</sup>. Konuya ilişkin hazırlanan raporlarda da Direktif'in, üye devletlerin "bir göçmenin bir üye devletin topraklarına girmesine veya bu topraklardan geçmesine kasten yardım eden" herhangi bir kişiyi suçlu saymasına izin verecek şekilde muğlak bir çerçeveye yerleştirildiği sonucuna varılmıştır<sup>169</sup>.

Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı (*European Union Agency for Fundamental Rights*) ve Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Ofisi (*United Nations Office on Drugs and Crime*) gibi kurumsal aktörlerin, Direktif'te yer alan göçmen kaçakçılığı suçlarının kapsamının, Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol kapsamındaki Birleşmiş Milletler standartlarına uygun olarak daraltılmasına ve belirliliğin sağlanmasına yönelik görüş açıklamaları da benzer yöndedir<sup>170</sup>. Direktif kapsamında suç teşkil eden hareketlere atıfta bulunularak insani yardımın cezalandırılması konusunda devletlere takdir yetkisi tanınmasında asıl sorun, insani yardımın ne olduğunun tanımlanmasından ziyade özellikle göçmenin ülkeye yasa dışı girişinin kolaylaştırılması hareketi bağlamında kesin bir ölçütün getirilmemesinden kaynaklanmaktadır. Bu hareketin suç teşkil etmesi, ülkede yasa dışı kalmaya imkân sağlanmasında olduğu gibi maddi menfaat ölçütüne bağlı kılınsaydı ve maddi menfaat kavramından ne anlaşılması gerektiği hükme bağlansaydı, bu tür amaç içermeyen yardımların insani yardım kapsamında değerlendirilmesi söz konusu olabilecekti. Böyle bir ölçüte yer verilmemesi nedeniyle Direktif çerçevesinde insani yardım ile ne kastedildiği anlaşılammakta ve devlet uygulamalarında farklılıkların ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

Ülkeye yasa dışı girişin ve insani yardımın suç teşkil etmesi fiil ceza hukuku (*Tatstrafrecht*) yaklaşımının değil, fail ceza hukuku (*Täterstrafrecht*) yaklaşımının<sup>171</sup> konuyla ilişkili olarak merkezi şekilde konumlandırılması anlamına gelebilecektir. Zira cezalandırılması gereken bir fiilin belirlenmesinde fiilin niteliğine ve haksızlık içeriğine yönelik esasların dikkate alınmasından ziyade fiili gerçekleştiren kişinin özelliklerine ve bu anlamda suçlu türlerine ağırlık verilmesi fail ceza hukukunun yansıması olarak ortaya

<sup>160</sup> Konu hakkında değerlendirme için ayrıca bkz. Sklansky, (n 121) 209 vd.

<sup>161</sup> European Criminal Policy Initiative, 708; Landry, (n 33) 6-7.

<sup>162</sup> Bu noktada gerekli olan açıklık bakımından Avrupa Suç Politikası Bildirisi'nde önemli bir ifadeye yer verilmiştir. Avrupa Birliği kapsamında belirli bir hukuki düzenleme ile üye devletlerdeki yasaklamalar tam olarak uyumlaştırmaya çalışılıyorsa, ilgili düzenleme belirlilik ilkesine ilişkin gerekliliği sanki bir ceza kanunuymuş gibi karşılamalıdır. European Criminal Policy Initiative, 708.

<sup>163</sup> European Commission Communication, 'Towards a EU Criminal Policy: Ensuring the effective implementation of EU policies through criminal law', Brussels, 20 September 2011, COM (2011) 573.

<sup>164</sup> European Commission Communication, 3. Benzer şekilde Avrupa Parlamentosu tarafından 2012 yılında yayınlanan Rapor'da ceza hukukunun son çare olarak uygulanması gerekliliğine vurgu yapılmıştır. European Parliament, 'Report on an EU approach on criminal law' (Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs), 24 April 2012.

<sup>165</sup> Rodrik (n 2) 108. Webber, Birlik kapsamında insan ticareti, göçmen kaçakçılığı ve insani yardım arasındaki sınırın belirsizliğinin insani yardımın cezalandırılmasına imkân sağladığı değerlendirmesinde bulunmuştur. Fekete/Webber/Edmond-Pettitt, (n 59) 7.

<sup>166</sup> Liz Fekete, Europe: Crimes of Solidarity, (2009) 50(4) Race & Class 83, 84.

<sup>167</sup> Using Criminal Law To Restrict The Work Of Ngos Supporting Refugees And Other Migrants In Council Of Europe Member States, 12.

<sup>168</sup> Carrera/Mitsilegas/Allsopp/Vosyliute, (n 53) 20.

<sup>169</sup> Conte/Vosyliute, (n 81) 6.

<sup>170</sup> Conte/Vosyliute, (n 81) 19.

<sup>171</sup> Kavramlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Anneke Petzsche, 'Die Kriminalisierung von Vorbereitungshandlungen – Abschied vom Tatstrafrecht?' (2019)131(3) ZSTW 576, 579 vd.

çıkılmaktadır<sup>172</sup>. Bu yaklaşımda fail, onu belirli bir imaja bağlayan bazı özelliklere sahip olması üzerinden tanımlanmaktadır<sup>173</sup>. Ceza sorumluluğunun sınırı olarak fiil ve tipikliği terk eden fail ceza hukukunda ceza, failin kişiliğine bağlıdır<sup>174</sup>. Göçmenlerin ve onlara insani yardımda bulunanların cezalandırılması, özünde kamu güvenliğine yönelik bir riskin varlığına<sup>175</sup> işaret etmekte olup, yasa dışı göçün önlenmesinin aciliyetinden kaynaklanan yasa dışı göçle mücadelede katı araçların kullanılmasının sonucunu ifade etmektedir<sup>176</sup>. Fail ceza hukuku kabulü, ceza hukukunun temel ilkelerinden kusur ilkesi (*nulla poena sine culpa*) ile çelişmektedir. Zira kusur ilkesi, “*kriminalize etmenin yalnızca topluma ciddi şekilde zarar veren davranışlara karşı kullanılması gerektiği gerçeğini değil, aynı zamanda ceza hukuku tarafından insan onuruna saygı gösterilmesinin bir garantisi olarak görülmesi gerektiğini*” de içermektedir<sup>177</sup>. Kişinin salt bir ülkeye yasa dışı şekilde girdiği veya ülkede bu şekilde kaldığı gerekçesiyle suçlu bulunması ve cezalandırılmasında<sup>178</sup>, ne topluma ciddi şekilde zarar veren fiilden ne de insan onuruna saygı gösterildiğinden söz edilebilir.

Ayrıca Birliğe üye bazı devletlerde olduğu gibi, göçmenin yasa dışı girişinin veya ülkede yasa dışı kalışının suç teşkil edebileceğinin kabul edilmesi<sup>179</sup>, bu kişilere yardım eden kişilerin suça iştirak kapsamında cezalandırılmasının önünü açacaktır. İnsani yardım teşkil eden hareketler bakımından cezasızlık öngören hükmün düzenlenmesinin takdirî nitelikte olmaması ve buna yönelik bir zorunluluk öngörülmesi, asıl bu noktada önem taşımaktadır. Öngörülen bu zorunluluk, insani yardımdan ne anlaşılması gerektiğine ilişkin belirlemeyi içermelidir. Böylece her bir üye devletin insani yardımın kapsam alanını kendi uygulamaları çerçevesinde dikkate almasına engel olmak mümkün olabilir. Konuya ilişkin yasal ölçütün getirilmesi, ulusal düzenlemelerde tutarlılığın sağlanması ve göçmenle dayanışmanın haksız yere suç sayılmasının önüne geçilmesi bakımından önemlidir<sup>180</sup>.

#### IV. 2002 tarihli Avrupa Birliği Direktifi ile Öngörülen Düzenlemelerin ve Gelişen Devlet Uygulamalarının Uluslararası Sözleşmeler Bağlamında Değerlendirilmesi

2002 tarihli Direktif ile yasa dışı göçü kolaylaştırmanın cezalandırılması ve herhangi bir şekilde tanımı öngörülmemeyen insani yardım açısından cezasızlık öngörülmesi hususunda takdir yetkisinin devletlere bırakılması, Birliğe üye devletler arasında uluslararası sözleşmelerle üstlenilen yükümlülükleri de ihlal edecek farklı birtakım uygulamaların ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Avrupa devletlerinin bir kısmı, kişilerin uluslararası koruma bağlamında sahip olduğu hukuki statü ve içinde bulunduğu koşullara ilişkin birtakım özel ölçütler getirerek insani yardımın cezalandırılmayacağını açık veya dolaylı bir biçimde ulusal düzenlemeleri çerçevesinde kabul etmiştir<sup>181</sup>. Ancak görülmektedir ki deniz alanlarında, özellikle arama kurtarma faaliyetleri kapsamında, “*gerçek tehlike veya risk*” gibi birtakım ölçütler geliştirilmiş olsa da devletin kara ülkesinde gerçekleşen eylemler bakımından benzer kıstaslar öngörülmesi oldukça güçtür<sup>182</sup>. Somut bir tehlikenin yokluğunda insani yardımı tanımlamak ve bu kapsamda hukuka uygun eylemlerin eşliğini belirlemek yasa koyucuların takdirine bırakılmaktadır<sup>183</sup>. Bu durum ise söz konusu sınırların belirlenmesinin, devletin düzensiz göçün önlenmesi bağlamında benimsemiş olduğu ceza adaleti/politikası ile ilişkilendirilmesine sebep olmaktadır. Ancak göçmenlerin temel ve hak ve özgürlüklerinin korunması gereği, göçmen kaçakçılığına ilişkin düzenlemeleri ceza adaletinin/politikasının ötesine taşımakta<sup>184</sup> ve devletlerin benimsedikleri ceza adaletinin/politikasının sınırını teşkil etmektedir.

<sup>172</sup> Spena, söz konusu durumu, “*Belirli bir insan tipine karşılık gelme gerçeği, doğrudan bir cezanın verilmesini tetikleyen bir haksızlığa dönüştürülür*” şeklinde ifade etmiştir. Spena, ‘*Iniuria Migrandi*’ (n 89) 641-2.

<sup>173</sup> Spena, ‘*Iniuria Migrandi*’ (n 89) 644. Yabancıların etnik kökenleri, görünüşleri vb. sebeplerle suçlu ilan edilme olasılığına sahip olduğu yönünde değerlendirme için bkz. Zedner (n 139) 48. Yazara, yasa dışı şekilde ülkede bulunan kişilerin potansiyel tehlikeli olarak kabul edilmesini, *Jakobs*’un görüşleri çerçevesinde ele aldığı düşman ceza hukuku (*Feindstrafrecht*) ile ilişkilendirerek değerlendirmiştir. Yazara göre, esası, kural tanımazlığı davranışlarıyla göstermiş kişilere karşı uygulanacak ceza hukuku kurallarının farklı şekilde ele alınmasını gerektiren düşman ceza hukuku, göç konusunda cezalandırma alanının aşırı genişlemeye başlaması nedeniyle düzensiz göçe kadar uzanmaktadır. Zira zarar meydana gelmeden önce önlemek için, önleyici olarak göçmenlerin cezalandırılmaya çalışılması, kamu güvenliği gerekçe gösterilerek göçmenlerin süresiz şekilde gözetim altında tutulması veya göçmen kaçakçılığı kapsamında cezalandırma alanının genişlemesi şeklinde orantısız uygulamaların artması buna örnek teşkil etmektedir. Özellikle göçmenlerin henüz daha ülke sınırlarına girmeden denizde yakalanmaları ihtimalinde cezaî sorumluluk değerlendirmesi, sınırın ne kadar genişletilebileceğini göstermektedir (Zedner, (n 139) 49-50).

<sup>174</sup> Petzsche, (n 171) 580.

<sup>175</sup> “*Güvenlik esaslı ceza hukuku, risklerle ve bunlara yol açan nedenlerle mücadele aracıdır. Ceza hukukunu bu şekilde tasnife tâbi tutulmasının sonucu olarak kusurluluk ve tehlikelilik arasındaki fark ve aynı zamanda maddî ceza hukuku ile ceza muhakemesi hukuku arasındaki ayrımlar belirsizleşir. Böylece genel olarak bütün bir ceza hukuku sistemi, siyasetin ve onun icra kuvvetinin elinde araçsallaşmış olur. Önleme, ceza hukukunun temel amacı haline geldikçe diğer taraftan suç ve cezada orantılılık ile eşitlik ilkelerinin gerçekleştirme imkânları azalır.*” Taşkın, (n 112) 83.

<sup>176</sup> “*Korunacak husus topluluğu olsa dahi, ceza hukukunun kesinlik ilkesinden uzaklaşmaması gerekir. Ceza hukukunda ‘güvenlik’ vurgusunun çoğaltılması, doğal olarak güvenliğin aşırı şekilde korunması gibi bir sonucu ortaya çıkarır. Bu hal ise, hak, menfaat ve hatta usule ilişkin koruma sahasının daralmasına yol açar.*” Demuro, 1681’den aktaran Taşkın, (n 112) 82. Toplumsal hedeflere ve rollere uyumu sağlamak için ceza hukukunun kullanılmasının ceza hukukunun genişlemesinin arkasındaki ana faktör olarak görüldüğü yönünde bkz. Aliverti, (n 105) 419.

<sup>177</sup> A Manifesto on European Criminal Policy’, 707.

<sup>178</sup> Bu yönüyle göç suçunun (*immigration offence*) yeterli bir kusurluluk koşulundan yoksun olduğu şeklindeki görüş için bkz. Zedner, (n 139) 51.

<sup>179</sup> Göç suçları (*immigration offences*) şeklinde ifade edilebilecek bu kapsamda yer alan fiillerin muğlaklık içerdiğine yönelik eleştiri için bkz. Parkin, 12.

<sup>180</sup> Conte/Vosyliute, (n 81) 22.

<sup>181</sup> İlgili örnekler için bkz. Human Rights Council, Human rights and international solidarity, para 19-20.

<sup>182</sup> Zirulia, (n 64) 242-8, 249.

<sup>183</sup> Zirulia, (n 64) 251.

<sup>184</sup> Roxane de Massol de Rebetz/Pınar Ölçer, ‘Aggravated Migrant Smuggling in a Transit Migration Context, Criminal Victimization under ECtHR Positive Obligations Case Law’ (2022) 71 *Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul*, 416.

Avrupa Birliği'ne üye devletlerin göçmenlerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması bağlamında benimsedikleri ceza politikasının sınırlarını ise Birliğin kurucu andlaşmalarının ilgili hükümleri, Avrupa Birliği Andlaşması'nın 6. maddesi<sup>185</sup> ile atıf yoluyla kurucu andlaşmalarla aynı hukuki değere sahip kılınan Temel Haklar Şartı ve Birliğin ve üye devletlerin taraf oldukları uluslararası sözleşmeler teşkil etmektedir.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi ve insan hakları sözleşmeleri ile kurulan denetim mekanizmaları, insan haklarının korunması noktasında devletin uluslararası sözleşmelerle üstlendiği yükümlülüklerin bütüncül bir şekilde ve ülkesel bir sınırlama olmaksızın<sup>186</sup> ele alınması gerektiğini göstermektedir. Göçmenlerin cezalandırılması<sup>187</sup>, göçmenlere yapılan insani yardımın suç teşkil etmesi ve cezalandırılması veya kişi ve/veya kuruluşlar hakkında başlatılan kovuşturmaların ve uygulanan yaptırımların, muhteviyatları itibarıyla arama-kurtarma faaliyetlerinde görevli sivil toplum kuruluşları üzerinde yarattığı baskı ve kuruluşların faaliyetlerine olan caydırıcı etkisi<sup>188</sup> hususunda, bu bütüncül yaklaşımın parçalarını; göçmen kaçakçılığı tanımını belirterek suç kapsamında devletin yükümlülüklerine ilişkin genel çerçeveyi çizen uluslararası sözleşmeler, özellikle mülteci hukuku ile öngörülen korumanın temel taşı teşkil eden *non-refoulement* ilkesi ve uluslararası korumaya ihtiyacı olan kimselerin korunmasını konu alan uluslararası belgeler, denizde tehlike altında bulunan kişilerin kurtarılmasını öngören deniz hukuku sözleşmeleri ve gerek evrensel gerekse bölgesel bağlamda bireyin temel hak ve özgürlüklerinin korunması hususunda ortak asgari standartlarda bulunmayı öngören insan hakları sözleşmeleri oluşturmaktadır.

### A. Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol

Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol sadece göçmen kaçakçılığı kapsamında cezalandırılabilir hareketlerin sınırını çizmekle kalmamakta, ayrıca göçmenlerin korunmasına yönelik düzenlemeler içermektedir. Protokol, kara, deniz ve hava yoluyla yapılan göçmen kaçakçılığını önlemek ve bununla mücadele etmek için atılacak etkin adımların, işbirliği, bilgi alışverişi ve ulusal, bölgesel ve uluslararası düzeylerdeki sosyo-ekonomik önlemleri de içeren diğer uygun önlemlerin alınmasının yanında göçmenlere insanca muamele yapılması ve göçmenlerin haklarının bütünüyle korunmasının sağlanmasını amaç edinmektedir<sup>189</sup>. Bu amaç doğrultusunda Protokol'ün 14. maddesinin 2. fıkrasının 'e' bendinde<sup>190</sup> göçmenlere insanca muamele yapılması ve göçmenlerin haklarının bu Protokol'de öngörüldüğü şekilde korunması vurgulanmaktadır. Protokol'ün 16. maddesinde<sup>191</sup> ise devletler bakımından öngörülen bu yüküme daha geniş biçimde yer verilmekte; göçmenlerin, yaşam hakkı, işkenceye veya başka zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı muameleye veya cezaya tâbi tutulmama gibi hakları saklı tutularak taraf devletlerin, söz konusu hakları korumak için uluslararası hukuktan doğan yükümlülükleriyle uyumlu olarak, gerekli yasal ve diğer bütün uygun önlemleri alacağı; hayatları veya güvenlikleri tehlikeye giren göçmenlere uygun yardım sağlayacağı; yetkisi altında bulunan bireyler veya gruplar tarafından göçmenlere yöneltilebilecek şiddete karşı koruma sağlamak için uygun önlemleri alacağı hükme bağlanmaktadır. Devletlerin göçmenler bakımından üstlendikleri koruma veya temel hak ve özgürlüklerini güvence altına alma yükümü, devletin pozitif yükümlülüklerini de içermekte; devlet dışı aktörler tarafından gerçekleştirilecek ihlal teşkil eden uygulamaların önlenmesi ve bunun için gerekli hukuki düzenlemelerin yapılması gereğini taşımaktadır<sup>192</sup>. Ayrıca bu yüküm, yalnızca düzensiz göçmenlerin

<sup>185</sup> ABA md. 6/1, "Birlik 12 Aralık 2007 tarihinde Strazburg'da uyarlandığı haliyle Andlaşmalarla aynı hukuki değere sahip olan 7 Aralık 2000 tarihli Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda yer alan hakları, özgürlükleri ve ilkeleri tanıır." şeklindedir. Aynı maddenin ikinci fıkrasıyla ise Birliğin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olması öngörülmüştür. Söz konusu gelişmelerle birlikte temel hak ve özgürlükler tartışmasız bir biçimde Birlik hukukunun bir parçası haline gelmiştir (Bayram, (n 22) 90).

<sup>186</sup> Devletin ülke dışında gerçekleştirdiği sınır kontrollerinin yürütülmesinde rehber ölçütleri insan haklarına, mülteci hukukuna ve devletin sorumluluğuna ilişkin uluslararası hukuk kuralları belirlemek; dolayısıyla Avrupa devletlerinin faaliyetlerini ülkesi dışında gerçekleştirmesi, bu faaliyetlerden uluslararası sorumluluğunun doğmasına engel teşkil etmemektedir. Maarten den Heijer, 'Europe beyond its Borders: Refugee and Human Rights Protection in Extraterritorial Immigration Control', *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, Eds Bernard Ryan and Valsamis Mitsilegas (Martinus Nijhoff 2010), 197.

<sup>187</sup> 2015 yılında Birliğin Göçmen Kaçakçılığına Karşı Eylem Planı çerçevesinde göçmen kaçakçılığı ile mücadelenin gerekçesi olarak göçmen kaçakçıları tarafından göçmenlere yönelik kötü muamelelerin engellenmesi gerekliliği ile göçmenlerin korunması ön plana çıkarılmıştır (Rodrik (n 2) 99). Konunun göçmen kaçakçılığı çerçevesinde düzensiz göçün önlenmesi ve kontrol edilmesi yönünde şekillendirilmek istenildiğine işaret eden düzenlemeler, suçun önlenmesine etki edecek ceza hukuku yaptırımlarının uygulama alanının dar tutulması sonucunu ortaya koymaktadır. Diğer bir ifadeyle, asıl önem arz eden konu suçun değil, düzensiz göçün önlenmesi ve buna yönelik tedbirlerin alınması ve düzensiz göçün kontrol altında tutulabilmesidir. Nitekim Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı (FRA) tarafından yapılan bir araştırmada, ülkeye düzensiz girişi suç sayarak göçü yönetmeye çalışan bazı Birliğe üye devletlerin bu çabalarının, göçmenleri suçlu konumuna getirme ve onları bu amaçla hareket eden örgütler için kolay hedef haline getirerek insan kaçakçılığına itme sonucuna yol açma tehlikesine sebep olabileceğine dikkat çekilmiştir. Carrera/Mitsilegas/Allsopp/Vosyliute, (n 53) 19.

<sup>188</sup> Criminalization of humanitarian and other support and assistance to migrants and the defence of their human rights in the EU (International Commission of Jurists, 22April 2022), 4.

<sup>189</sup> Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol, Başlangıç Hükümleri.

<sup>190</sup> Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol, md. 16/2-e, "Göçmenlere insanca muamele yapılması ve haklarının bu Protokol'de öngörüldüğü şekilde korunması. . ." şeklindedir.

<sup>191</sup> Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol, md. 16, "1- Bu Protokol'ün uygulanmasında, her Taraf Devlet, bu Protokol'ün 6 ncı maddesinde belirtilen eylemlere konu olmuş kişilerin, uluslararası hukukun ilgili hükümlerinin sağladığı, özellikle yaşama hakkı, işkenceye veya başka zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı muameleye veya cezaya tâbi tutulmama hakkı gibi haklarını saklı tutmak ve korumak için uluslararası hukuktan doğan yükümlülükleriyle uyumlu olarak, gerekli yasal ve diğer bütün uygun önlemleri alacaktır. 2- Her Taraf Devlet göçmenlere, bu Protokol'ün 6 ncı maddesinde belirtilen eylemlere konu olmaları nedeniyle, bireyler veya gruplar tarafından yöneltilebilecek şiddete karşı koruma sağlamak için uygun önlemleri alacaktır. 3- Her Taraf Devlet, bu Protokol'ün 6 ncı maddesinde öngörülen eylemlere konu olmaları nedeniyle, hayatları veya güvenlikleri tehlikeye giren göçmenlere uygun yardım sağlayacaktır. 4- Taraf Devletler bu madde hükümlerini uygularken, kadınların ve çocukların özel ihtiyaçlarını dikkate alacaklardır. 5- Bu Protokol'ün 6 ncı maddesinde belirtilen eylemlere konu olmuş bir kişinin alıkonulması halinde, her Taraf Devlet, uygulanabildiği hallerde konsolosluk görevlilerine bildirim yapılması ve onlarla iletişime ilişkin hükümler hakkında ilgili kişilerin gecikmeksizin bilgilendirilmesi dahil, Konsolosluk İlişkilerine İlişkin Viyana Sözleşmesi kapsamındaki yükümlülüklerine uyacaktır." şeklindedir.

<sup>192</sup> Bu noktada Protokol'ün 11. maddesine değinmek gerekmektedir. Madde ile taraf devletlerin uluslararası sözleşmeler saklı kalmak kaydıyla, herhangi bir ulaşım aracının sahibi veya yöneticisi dahil, ticari nakliyecilere, bütün yolcularının girişi yapılan devlete giriş için gerekli seyahat belgelerine sahip olup olmadıklarını araştırma zorunluluğunu getirme yükümlülüğü altında olduğunu düzenlemiştir. Söz konusu hüküm, özellikle denizde tehlikede altında bulunan göçmenler bakımından gemi kaptanının sorumluluğu hususunda önem arz edebilecektir. Ancak Protokol bağlamında bu yükümin doğrudan taşıyıcı kimselere ilişkin olmadığı, devletler bakımından öngörüldüğüne dikkat çekmek gerekmektedir.

tehlikede olduğu durumlarda harekete geçilmesi anlamına gelmemekte söz konusu tehlikeden bağımsız olarak kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli güvencenin sunulmasını da gerektirmektedir<sup>193</sup>.

16. maddenin son fıkrasında ise Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi'ne atıfla, göçmenlerin alıkonulması halinde konsolosluk görevlilerine bildirim yapılması ve onlarla iletişime geçilmesi hakkında ilgili kişilerin gecikmeksizin bilgilendirilmesinin öngörüldüğü görülmektedir. Kişilerin “vatandaş”tan “göçmen”e dönen statüleri, onları temel hak ve özgürlüklerine ilişkin ihlallere açık hale getirebildiği için<sup>194</sup> ilgili hüküm, göçmen kaçakçılığının konusunu oluşturan kişilerin vatandaşlık bağı olan devletle ilişkisinin vurgulanması ve uyuşunda bulunduğu devletin Sözleşme bağlamında oluşan pozitif yükümlülüklerine dolaylı da olsa vurgu yapması bakımından önemlidir<sup>195</sup>.

Protokol'ün 18. maddesinde ise taraf devletin, göçmen kaçakçılığı eylemlerine konu olmuş, kendi vatandaşı veya geri dönüş zamanında kendi ülkesinde daimi ikamet hakkı bulunan kişinin geri dönüşünü, sebepsiz veya makul olmayan bir gecikmeye yol açmadan kolaylaştırma ve kabul etme yükümü düzenlenmektedir. Madde hükmünde geri gönderme bakımından “gönüllülük” esası aranmamış olsa da 19. maddede<sup>196</sup> devletlerin diğer uluslararası sözleşmelerle üstlendikleri yükümlülüklere dikkat çekilerek Protokol'de yer alan hiçbir hükmün, devletlerin ve bireylerin insancıl hukuk, insan hakları ve uygulanabildiği ölçüde 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi ve 1967 tarihli Protokol hükümleri dahil uluslararası hukuktan doğan hak ve yükümlülükleri etkilemeyeceğinin düzenleme altına alınmış olması, göçmenin sınır dışı edilmesi, iadesi vb. işlemlerin *non-refoulement* ilkesi çerçevesinde uygulanmasını gerekli kılmaktadır. Ayrıca söz konusu maddede ülkesel bir sınırlama öngörülmediği için ilgili hükmün, devleti ülkesi bağlamında bir sınırlamaya tâbi tutulmaksızın açık deniz alanında bulunan göçmenler bakımından da uygulanacağı öngörülmektedir<sup>197</sup>. Öte yandan söz konusu maddede Sözleşmelere yapılan atıf, göçmen kaçakçılığı kapsamında insani yardımın cezalandırılmamasını destekleyen bir husus olarak da görülmektedir<sup>198</sup>.

Protokol'ün göçmenlerin temel hak ve özgürlüklerine ve taraf devletlerin diğer uluslararası sözleşmelerle üstlendiği yükümlülüklere atıf yapan söz konusu hükümleri, göçmen kaçakçılığı suçunun uygulanması hususunda sınırların temel hak ve özgürlüklere saygı çerçevesinde çizilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Bu durumda söz konusu hükümler, göçmenlere yapılan mali veya diğer maddi menfaat temini dışında kalan insani yardımın cezalandırılmasının, Protokol hükümleri bakımından doğrudan ihlal teşkil etmese dahi devletin uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerine aykırılık taşıyabileceğinden<sup>199</sup> Protokol'ün ilgili maddeleri bağlamında hukuka uygun kabul edilmeyeceğini ortaya koymaktadır. Ki Protokol'ün hazırlık çalışmalarında göçmen kaçakçılığı suçunun tanımında kullanılan ölçütler bağlamında düzensiz göçmenlere insani yardım yapılmasının suç teşkil eden eylem olarak nitelendirilmesinin amaçlanmadığı görülmektedir<sup>200</sup>. Protokol'ün hazırlık çalışmalarında göçmen kaçakçılığı tanımının bir unsurunu teşkil eden mali veya diğer bir maddi menfaat elde edilmesi gereğine ilişkin kaydın, bu amaçla hareket eden örgütlü suç gruplarının faaliyetlerinin kapsamını vurgulamak için dahil edildiği; insani nedenlerle veya aile bağları temelinde gerçekleştirilen faaliyetlerin hariç bırakılmasının amaçlandığı belirtilerek aile üyeleri ve dini veya sivil toplum kuruluşları tarafından gerçekleştirilen faaliyetlerin suç sayılmasının Protokol'ün amacı dahilinde olmadığı kabul edilmektedir<sup>201</sup>. Bu kapsamda sadece kendilerinin yasa dışı girişini sağlayanlar veya kazanç amacı dışında başkalarının yasa dışı girişini sağlayanların cezalandırılmasının Protokol'ün amacı olmadığı vurgulanmaktadır<sup>202</sup>.

<sup>193</sup> Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 'Fit for purpose? The Facilitation Directive and the criminalisation of humanitarian assistance to irregular migrants' (2016), 35.

<sup>194</sup> Tom Obokata, 'Smuggling of Human Beings from a Human Rights Perspective: Obligations of Non-State and State Actors under International Human Rights Law' (2005) 17 (2) International Journal of Refugee Law, 401-2.

<sup>195</sup> Guild, (n 139) 12.

<sup>196</sup> Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol md. 19, “1- Bu Protokol'deki hiçbir hüküm, Devletlerin ve bireylerin, uluslararası insancıl hukuk ve uluslararası insan hakları hukuku ve özellikle, uygulandığı durumlarda, 1951 tarihli Sözleşme ve 1967 tarihli Mültecilerin Statüsü'ne ilişkin Protokol'ün ilgili hükümlerinde yer alan, kaçtığı ülkeye iade edilmeme ilkesi dahil, uluslararası hukuk kapsamındaki diğer haklarını, yükümlülüklerini ve sorumluluklarını etkilemeyecektir. 2- Bu Protokol'de öngörülen önlemler, kişilere bu Protokol'ün 6ncı maddesinde belirtilen eylemlere hedef oldukları gerekçesiyle, ayırım yapmayacak bir biçimde yorumlanacak ve uygulanacaktır. Bu önlemlerin yorumu ve uygulanışı uluslararası düzeyde kabul görmüş ayrımcılık yapmama ilkesine uygun olacaktır.” şeklindedir.

<sup>197</sup> Tom Obokata, 'The Legal Framework Concerning the Smuggling of Migrants at Sea under the UN Protocol on the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air', *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, Eds Bernard Ryan and Valsamis Mitsilegas, (Martinus Nijhoff 2010), 159, 161.

<sup>198</sup> Carrera/Mitsilegas/Allsopp/Vosyliute, (n 53) 18. Konuya ilişkin değerlendirme için ayrıca bkz. Ocotrinillo (n 58) 9.

<sup>199</sup> Provera (n 5) 27-30; Human Rights Council, Human rights and international solidarity, para 34.

<sup>200</sup> Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin andlaşmaların genel yorum kuralını düzenleyen 31. maddesinin ilk fıkrasına göre andlaşma hükümleri, andlaşmanın bütünü bağlamında, konu ve amacının ışığında verilecek olağan anlama uygun şekilde, iyi niyetle yorumlanmalıdır. Sözleşmesi'nin 32. maddesinde ise 31. maddenin uygulanması ile ortaya çıkan anlamı teyit etmek veya 31. madde ile yapılan yorumun muğlak, anlaşılmaz veya makul olmayan sonuca götürmesi halinde anlamı tespit etmek için hazırlık çalışmalarına ve yapıma şartları dahil, tamamlayıcı yorum araçlarına başvurulabileceği kabul edilmektedir. Bkz. Vienna Convention on the Law of Treaties, United Nations, *Treaty Series*, Vol. 1155, p. 331. Sözleşme'nin Türkçe metninde, “İbrahim Kaya, *Uluslararası Hukukta Temel Belgeler (4. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020) 66-119*”dan yararlanılmıştır.

<sup>201</sup> United Nations General Assembly, Fifty-fifth session (Agenda item 105), Report of the Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime on the work of its first to eleventh sessions, Interpretative notes for the official records (travaux préparatoires) of the negotiation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto (A/55/383/Add.1) 3 November 2000, para 88.

<sup>202</sup> UNODC, Legislative Guide For The Implementation Of The Protocol Against The Smuggling Of Migrants By Land, Sea And Air, Supplementing The United Nations Convention Against Transnational Organized Crime (Part Three), para 32.

## B. 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Statülerine Dair Cenevre Sözleşmesi

Devlet, yabancıların ülkesine girmesi ve ülkesinde kalması veya yabancılara ülkesinde sığınma hakkı tanıyıp tanınmaması hususunda münhasıran yetkili kılınmıştır<sup>203</sup>. Devletin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerden doğan yükümlülükleri ise bu münhasır yetkisinin sınırlarını teşkil etmektedir. Şüphesiz bu sözleşmelerin en önemli örneği, 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Statülerine Dair Cenevre Sözleşmesi'dir<sup>204</sup>. Sözleşme ile mülteci statüsü tanımlanmakta ve bu kişilerin hak ve özgürlüklerinin korunması bağlamında taraf devletler bakımından birtakım yükümlülükler öngörülmektedir. Bu yükümlülüklerden en önemlisi ise Sözleşme'nin 33. maddesinde yer verilen *non-refoulement* ilkesidir<sup>205</sup>. *Non-refoulement* ilkesi temel olarak mülteci hukuku ile ilişkili olsa da bununla sağlanan koruma, "mülteci" statüsü elde edilmesi şeklinde bir sınırlamaya tâbi tutulmamaktadır<sup>206</sup>. İlke ile sağlanan güvencenin, iltica talebinin kabulünden ya da iltica hakkının tanınmasından bağımsız, temel ve özel bir koruma olduğu kabul edilmektedir<sup>207</sup>. İlkenin yer bakımından uygulanmasında ise ülkesel bir sınırlamaya gidilmemekte; ilkenin ister ülke sınırları içerisinde, ister sınırda, isterse ülke sınırları dışında devletin yetkilileri/görevlileri aracılığıyla gerçekleştirdiği devlet tasarruflarını kapsayacağı kabul edilmektedir<sup>208</sup>.

İlkenin Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı kapsamında ise 19. maddenin<sup>209</sup> ikinci fıkrasında karşılık bulduğu; madde ile kimsenin, ölüm cezası, işkence veya başka insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezaya tâbi tutulması hususunda ciddi bir tehlikenin bulunduğu bir devlete geri gönderilemeyeceğinin, sınır dışı veya iade edilemeyeceğinin düzenleme altına alındığı görülmektedir. Şart'ın sığınma hakkını düzenleyen 18. maddesinde ise hakkın, 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi ve 1967 tarihli Protokol gereğince Avrupa Birliği Andlaşması'nın hükümlerine uygun şekilde güvence altına alınacağı kabul edilerek<sup>210</sup> sığınma prosedürlerinin uygulanmasında söz konusu Sözleşme ve Protokol hükümlerine başvurunun meşruiyeti güçlendirilmektedir.

Ülkeye yasa dışı giriş halinde kişinin ülkesine geri gönderilmesine ilişkin genel çerçeve ise Birlik hukukunda 2008 tarihli Geri Gönderme Direktifi<sup>211</sup> ile çizilmektedir. Direktif ile üye devletlerin, topraklarında yasa dışı olarak kalan herhangi bir üçüncü ülke vatandaşına geri gönderme kararı vereceği öngörülmekte ve yasa dışı ülkeye giren veya ülkede kalan kişi hakkında alınan geri gönderme kararı üzerine bu kararın uygulanması sürecinde de önlem almaları konusunda üye devletler yetkili kabul edilmektedir<sup>212</sup>. Bununla birlikte Direktif'in çocuğun yüksek yararı, aile hayatı ve ilgili üçüncü devlet vatandaşının sağlık durumu dikkate alınarak *non-refoulement* ilkesine saygı çerçevesinde uygulanacağı belirtilmekte ve ilkenin ihlal edilmesi sonucunu doğuracak işlemlerin ertelenmesi gereği öngörülmektedir<sup>213</sup>. Direktif, yasa dışı girişin veya ikamet devletler tarafından suç sayılmasını gerektirmemekle birlikte, bu olasılığı da yasaklamamaktadır<sup>214</sup>.

2008 tarihli Geri Gönderme Direktifi'nin ülkeye yasa dışı girişin cezalandırılması ve insani yardım bağlamında sessiz kalması ve 2002 tarihli Direktif ile devletler bakımından öngörülen takdir yetkisine dayanılarak insani yardımın veya daha kapsayıcı deyimi ile dayanışmanın suç sayılması ve dolayısıyla sığınma arayan kişinin, bireysel durumuna göre yapılan uluslararası koruma incelemesinden mahrum bırakılması ise sığınma talebinde bulunan kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesini kolaylaştırmakta, sığınma prosedürlerine erişim eksikliklerini belirginleştirmekte ve dolayısıyla 1951 Cenevre Sözleşmesi ile öngörülen sığınma talebinde bulunan kişilerin uluslararası koruma ihtiyacına sahip olup olmadığının uygun araçlarla bağımsız şekilde değerlendirilmesi yükümlünün ve Sözleşme'nin 33. maddesinde yer verilen *non-refoulement* ilkesinin ihlaline neden olmaktadır. Avrupa

<sup>203</sup> Sevin Toluner, *Milletlerarası Hukuk Dersleri: Devletin Yetkisi* (5.Bası, Beta Yayınları 1996) 356-7.

<sup>204</sup> Convention Relating to the Status of Refugees, United Nations, Treaty Series, vol. 189, p 137. Sözleşme çalışmada "1951 Cenevre Sözleşmesi" olarak kısaltılacaktır.

<sup>205</sup> Geri gönderme ilkesi (*non-refoulement*), gönderileceği ülkede işkence, insanlık dışı veya haysiyet ve onur kırıcı muameleyle maruz kalma riski olan yabancıların ülkeden gönderilmesi yasasını ifade etmektedir. Nuray Ekşi, *Mahkeme Kararları Işığında Suçluların İltica Sistemi Dışında Bırakılması* (Beta 2017) 2. İlke bu yönüyle, devlete tanınan söz konusu münhasır yetkiyi sınırlandıran bir uluslararası hukuk ilkesi olarak kabul görmektedir. Ahmet Hamdi Topal, *Mülteci Hukuku ve Silahlı Çatışma Kaynaklı Sığınmacılar* (On İki Levha 2019) 133-4.

<sup>206</sup> Ceren Karagözoğlu, 'Non-Refoulement İlkesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Uygulanması' (2023) 43 (2) Public and Private International Law Bulletin, 319-322.

<sup>207</sup> Guy S. Goodwin-Gill, 'The Haitian Refoulement Case: A Comment' (1994) 6(1) International Journal of Refugee Law, 109.

<sup>208</sup> Goodwin-Gill, (n 207) 105.

<sup>209</sup> AB Temel Hakları Şartı md. 19, "1- Toplu sınır dışı etmeler yasaktır. 2- Hiç kimse, ölüm cezası, işkence veya başka insanlık dışı veya alçaltıcı muamele veya cezaya tâbi tutulması konusunda ciddi bir tehlikenin bulunduğu bir devlete geri gönderilemez, sınır dışı edilemez veya iade edilemez." şeklindedir.

<sup>210</sup> AB Temel Hakları Şartı md. 18, "Sığınma hakkı, 28 Temmuz 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi ve sığınmacıların statüsüne ilişkin 31 Ocak 1967 tarihli Protokol kuralları dikkate alınarak ve Avrupa Topuluğunu kuran Andlaşma'ya uygun olarak teminat altına alınmalıdır." şeklindedir.

<sup>211</sup> Avrupa Birliği Geri Gönderme Direktifi, Directive 2008/115/EC, Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals, OJEU, 24.12.2008.

<sup>212</sup> Geri Gönderme Direktifi, md. 6, 8, 15.

<sup>213</sup> Geri Gönderme Direktifi, md. 5, 9. Direktif'in ilkeye yapılan atıflar, geri gönderme işlemlerinin sınırını ilkeye çizmesi bakımından önem arz etmektedir.

<sup>214</sup> Spena, 'Iniuria Migrandi' (n 89) 639. Nitekim Avrupa Birliği Adalet Divanı vermiş olduğu bir kararda üye devletlerde yasa dışı olarak kalan yabancıların geri gönderilmesine ilişkin ortak standartlar ve prosedürlere ilişkin 2008/115 sayılı Direktif'in, yalnızca bir üye devlette yasa dışı olarak kalan yabancıların dönüşü ve özellikle geri dönüş kararlarının alınması ve bunların uygulanması ile ilgili olduğunu belirtmiştir. Ayrıca yabancıların kalışına ilişkin ulusal kuralları bütünüyle uyumlu hale getirmeyi amaçlamadığına dikkat çekerek bu Direktif'in, bir üye devletin yasalarının yasa dışı kalışı bir suç olarak sınıflandırmasını ve ikamete ilişkin ulusal kuralları bu şekilde ihlal edilmesini caydırmak ve önlemek için cezai yaptırımlar koymasına engel olmadığını vurgulamıştır (Case C-329/11, 06.12.2011, *Alexandre Achughbaban*, para 28-30 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62011CJ0329>> 28 Mart 2023). Spena tarafından konuya ilişkin yapılan değerlendirmede "yasa dışı göçmenlerin derhal sınır dışı edilmesini olumsuz etkilemediği sürece yasa dışı göçün suç sayılması, Birlik hukuku açısından ilke olarak meşru" olduğunun altı çizilmiştir (Spena, 'Iniuria Migrandi' (n 89) 639). Geri Gönderme Direktifi, yasa dışı göçmenlerin geri dönüşünü öngörmekle birlikte, kapsama girenler için cezai yaptırımlar öngörmemektedir. Alman hukukunda ülkeye yasa dışı giren ve burada yasa dışı ikamet eden kişilerin cezalandırılmasına yönelik düzenlemeye Yabancıların Federal Ülkede İkamet Etmesi, Çalışması ve Entegrasyonu Hakkında Kanun'da (md. 95) yer verilmiştir. Benzer şekilde İsviçre'de 16 Aralık 2005 tarihli Yabancılar ve Entegrasyon Hakkında Federal Kanun (md. 115), İsviçre'ye yasa dışı giren ve ikamet eden kişilerin cezalandırılmasını öngörmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kanga, 'Göçmen Kaçakçılığı' (n 3) 228. İtalyan uygulamasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Spena, 'Iniuria Migrandi' (n 89) 637. Konu hakkında ayrıca bkz. Provera (n 5) 16.

İnsan Hakları Mahkemesi de *non-refoulement* ilkesinin Sözleşme sistemi dahilinde en güçlü biçimde tezahür ettiği 3. maddesi çerçevesinde değerlendirme yaptığı birçok kararında, sığınma talebinde bulunan kimselerin sığınma prosedürüne erişimi ve bu kişilerin gönderileceği devlette karşılaşılabileceği muameleye ilişkin değerlendirme yapılması gereğini, madde kapsamında ayrı bir yüküm olarak tanımaktadır<sup>215</sup>. Ki Mahkeme *non-refoulement* ilkesi bağlamında öngördüğü bu yükümü kişinin ülke sınırında bulunması ile sınırlamamakta; kişinin gönderilmesi halinde maruz kalacağı koşullara ilişkin değerlendirme yapılmamasını, başvuru sahibinin gönderen devlet ülkesinde bulunması hali bakımından da öngörmektedir<sup>216</sup>.

Ayrıca belirtmek gerekir ki uluslararası korumaya ihtiyaç duyan kişilerin sığınma prosedürüne erişememesi Avrupa Birliği hukuki düzenlemelerine de aykırılık teşkil edebilecektir. Zira sığınma talebinde bulunan kişilerin sığınma prosedürüne erişimini kolaylaştırmayı amaçlayan 2013 tarihli Sığınma Prosedürleri Direktifi'nin<sup>217</sup> 8. maddesinde, gözaltı merkezlerinde tutulan veya transit bölgeler dahil dış sınırdaki, geçiş noktalarında bulunan üçüncü devlet vatandaşları ve vatansız kişilerin uluslararası koruma için başvuruda bulunmasına imkan verilmesi, sığınma prosedürüne erişimi kolaylaştırmak için gerekli olduğu ölçüde tercümanlık sağlanması için düzenleme yapması öngörülmüş; ayrıca üye devletlerin danışmanlık yapan kişi ve kuruluşlarının başvuru sahiplerine etkin bir biçimde erişimin sağlanması gerektiği belirtilmiştir. Direktif'in 22. maddesinde ise başvuru yapanlara hukuki danışmanlık alma imkanının sunulması, bu doğrultuda sivil toplum kuruluşlarının hukuki yardım sağlamasına izin verilmesi gereği öngörülmüştür. Schengen Sınır Kanunu'nun 14. maddesinin ilk fıkrasında da girişin reddedilmesi hususunda öngörülen düzenlemelerin sığınma hakkı ve uluslararası korumaya ilişkin özel hükümlerin uygulanmasına hâlâ getiremeyeceği düzenleme altına alınmıştır<sup>218</sup>.

Bununla birlikte belirtmek gerekir ki ilkenin, insan hakları sözleşmeleri çerçevesinde uygulanmasını öngören başvurular temel olarak yaşam hakkı, işkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezayı yasaklayan hükümler çerçevesinde toplansa da kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, adil yargılanma hakkı, özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı, düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü konu alan maddelerle ilişkilendiren başvuruların da ilke bağlamında değerlendirilebileceğinin kabul edildiği ancak geri gönderilmeyi yasaklayacak nitelikteki ihlallerin istisnai olarak nitelendirilen koşullara bağlandığı görülmektedir<sup>219</sup>. Yaşam hakkı, işkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezayı yasaklayan hükümler bakımından ihlale ilişkin gerçek riskin varlığı aranırken; bunlar dışında kalan hükümler bakımından açık ihlale/redde (*a flagrant denial of a fair trial*) ilişkin gerçek riskin varlığı aranmaktadır. Sözleşmelerle kurulan denetim mekanizmaları riske ilişkin değerlendirmenin ise her somut olay çerçevesinde, bilinen ya da bilinmesi gereken durumlar üzerinden kümülatif ve kişisel bir değerlendirme gerektirdiğinin altını çizmektedir<sup>220</sup>. Denetim mekanizmalarının *non-refoulement* ilkesi temelinde gelişen bu uygulaması şüphesiz göçmenler bakımından da önem arz etmektedir. Düzensiz göçmenlerin homojen bir kategori oluşturmadığı göz önüne alındığında her somut olay ve kişi bağlamında kişisel değerlendirme yapılmasının öngörülmesi denetim mekanizmalarının takdir marjını etkilediğinden önemli bir anahtar teşkil etmektedir<sup>221</sup>.

Direktif ile öngörülen düzenlemelerin *non-refoulement* ilkesiyle ilişkili olarak değerlendirildiği bir husus ise denizde gerçekleştirilen arama ve kurtarma operasyonlarıdır. Deniz alanlarında gerçekleştirilen arama ve kurtarma operasyonlarının veya insanları güvenli bir yere götüren kaptanların, görevlilerin ve mürettebat üyelerinin eylemlerinin suç sayılması *non-refoulement* ilkesinin ihlaline yol açabilecektir<sup>222</sup>. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi Yüksek Komiseri *Michelle Bachelet*, 2019 tarihli İnsan Hakları Konseyi 42. Oturumunda, deniz alanlarında gerçekleşen geri itmeler bağlamında Avrupa devletlerinin kurtarma gemileri ve arama uçaklarının insani yardım çalışmalarını suç olarak düzenlemesi, engellemesi veya durdurmasının kişiler bakımından

<sup>215</sup> İlgili kararlar için bkz. ECtHR, 59793/17, 11.12.2018, M.A. and Others v Lithuania, para 105-115 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-188267>> 26 Eylül 2022; ECtHR, 51246/17, 08.07.2021, D.A. and Others v Poland, para 71-2 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-210855>> 3 Kasım 2022; ECtHR, 40503/17; 42902/17; 43643/17, 23.07.2020, M.K. and Others v Poland, para 177-9 <<https://hudoc.echr.coe.int/fre/?i=001-203840>> 10 Eylül 2022; ECtHR, 41326/17, 8098/18, 8147/18, 8384/18, 10.03.2022, Shenturk and Others v Azerbaijan, para 116 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-216016>> 11 Eylül 2022. Mahkeme'nin geri göndermeye ilişkin davalarda Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında benimsediği yaklaşıma ilişkin geniş analiz için bkz. Saadet Yüksel, 'Procedural aspects of the European Court of Human Rights' Assessment under Article 3 of the European Convention on Human Rights in Removal Cases' (2022) 42 (2) Public and Private International Law Bulletin, 779-788; Karagözoğlu, 'Non-Refoulement İlkesi' (n 206) 336-7.

<sup>216</sup> ECtHR, 55660/19, 15.04.2021, K.I. v France, para 145-6 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-209520>> 14 Aralık 2022.

<sup>217</sup> Avrupa Birliği Sığınma Prosedürleri Direktifi, Directive 2013/32/EU Of The European Parliament And Of The Council Of 26 June 2013 On Common Procedures For Granting And Withdrawing International Protection (Recast), Official Journal of the European Union (29.06.2013).

<sup>218</sup> Schengen Sınır Kanunu sınır kontrollerinin, Avrupa Birliği sığınma mevzuatında belirtilen sığınma hakkını veya üye devletlerin uluslararası yükümlülüklerinden kaynaklanan uluslararası korumayı tehlikeye atmayacağına açıkça güvence altın alan bir dizi hüküm içermektedir. Schengen Sınır Kanunu md. 3-b, md. 4, md. 6/5-c, md. 14/1. Regulation (EU) 2016/399 of the European Parliament and of the Council of 9 March 2016 on a Union Code on the rules governing the movement of persons across borders (Schengen Borders Code) (codification), Official Journal of the European Union (23.03.2016) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32016R0399>> 23 Mayıs 2023.

<sup>219</sup> Konuya ilişkin ayrıntılı analiz için bkz. Karagözoğlu, 'Non-Refoulement İlkesi' (n 206) 340-5.

<sup>220</sup> Kişinin sağlık durumu, yaşı, etnik kökeni, sosyoekonomik durumu, dini, siyasi görüşleri, cinsiyeti, belirli bir toplumsal gruba mensubiyeti, geçmişte maruz kaldığı muamele ve özellikle iltica talep etmesi halinde sahip olduğu uluslararası statü vb. unsurlar söz konusu değerlendirmenin bir parçasını oluşturmaktadır. ECtHR, 59166/12, 23.08.2016, J.K. and Others v Sweden, para 121 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-165442>> 2 Mayıs 2022 Benzer yönde bkz. Inter-Am.Ct.H.R., 19.08.2014, Advisory Opinion OC- 21/14, Requested By The Argentine Republic, The Federative Republic Of Brazil, The Republic Of Paraguay And The Oriental Republic Of Uruguay (Rights And Guarantees Of Children In The Context Of Migration And/Or In Need Of International Protection) para 221 <[https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen\\_seriea\\_21\\_eng.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen_seriea_21_eng.pdf)> 22 Ocak 2023; HRC, Communication No. 2343/2014, 23.07.2015, H.E.A.K. v. Denmark, CCPR/C/114/D/2343/2014, para 8.2 <<https://www.refworld.org/cases,HRC,59315c5f4.html>> 12 Mayıs 2022.

<sup>221</sup> De Massol de Rebetz/Ölçer, (n 184) 433.

<sup>222</sup> International Commission of Jurists (22April 2022), 9.

ölümcül sonuçlara yol açtığına dikkat çekmiştir<sup>223</sup>. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de birçok kararında açık denizde yapılan müdahaleler bağlamında *non-refoulement* ilkesi çerçevesinde Sözleşme'nin ilgili hükümlerinin ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>224</sup>.

İnsan Hakları Komitesi ise 2019 tarihli 36 Numaralı Genel Yorumunda herhangi bir ülkesel sınırlama getirmeksizin taraf devletin, kendisine tescil ettirilmiş veya bayrağını taşıyan gemi veya hava araçlarında bulunan ve denizde tehlike altında olan tüm bireylerin yaşam haklarına -uluslararası hukuk kuralları ile belirlenen kurtarma yükümlülüklerine uygun olarak- saygı gösterme ve onları koruma altına almakla yükümlü olduğunu belirtmiştir<sup>225</sup>. Bu doğrultuda Komite, Akdeniz'de, İtalya'nın Lampedusa adasınının 113 km; Malta'nın ise 218 km güneyinde gerçekleşen ve 200'den fazla göçmenin hayatını kaybettiği gemi kazasında İtalya ve Malta'nın, gemide bulunan kimselerin hayatlarını kurtarmak için uygun önlemi almadıkları ve söz konusu olayla ilgili olarak etkili soruşturma yürütmedikleri iddialarını konu alan 2020 tarihli A.S. ve Diğerleri/Malta<sup>226</sup> ve A.S. ve Diğerleri/İtalya<sup>227</sup> kararlarında, davalı devletlerin taraf olduğu 1974 tarihli Denizde Can Emniyeti Uluslararası Sözleşmesi<sup>228</sup> ve 1979 tarihli Denizde Arama ve Kurtarma Uluslararası Sözleşmesi'nden<sup>229</sup> doğan yükümlülüklerini, Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi bağlamında davalı devletlerin yetkisinin varlığı, yükümlülüklerinin doğumuna bir dayanak noktası olarak kabul etmiştir<sup>230</sup>.

Deniz alanlarında gerçekleşen kurtarma faaliyetlerini konu alan ulusal mahkeme kararlarında da Komite'nin yaklaşımına paralel bir tutum benimsenmiş; kaptan veya gemi mürettebatına ilişkin değerlendirmelerde göçmenlerin götürüldüğü yer bakımından "güvenli yer" vurgusu yapılarak *non-refoulement* ilkesi ile devletin deniz hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerin tamamlayıcı nitelik arz ettiği ortaya konulmuştur<sup>231</sup>.

### C. Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme

Göçmen kaçakçılığına ilişkin Direktif ile öngörülen düzenlemenin muhtemel çatışma alanlarından bir diğerini ise Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme<sup>232</sup> oluşturmaktadır. Sözleşme'nin denetim mekanizması olarak kurulan Komite 2021 tarihli Genel Yorumu'nda, düzensiz giriş, kalış veya çıkışların idari yaptırıma tâbi tutulabileceğini ancak ceza gerektiren suç olarak düzenlenmemesi gerektiğini; göçmenlerin, düzensiz statüsü temelinde suçlu olarak sınıflandırılmaması veya suçlu muamelesi görmemesi gerektiğini ifade etmiştir<sup>233</sup>. Komite bir ülkeye düzensiz girişin suç sayılmasının, devletlerin düzensiz göçü kontrol etme ve düzenleme konusundaki meşru amaçlarının sınırlarını aşacağına ve hukuka aykırı gözaltılara/tutuklamalara yol açacağına dikkat çekmiş, devletin elindeki kolluk kuvvetinin göç politikasının uygulanmasında bir araç haline getirilmemesi gerektiğini belirtmiştir<sup>234</sup>.

### D. Deniz Hukuku Sözleşmeleri

Göçmenlere deniz alanlarında gerçekleştirilen müdahaleleri *non-refoulement* ilkesi temelinde ele alan yaklaşımlar, devletin eylem ve ihmallerinin deniz hukuku sözleşmelerinden doğan yükümlülükler ile birlikte ele alınması gerektiğini; göçmenlere insani yardımın suç olarak düzenlenmesi ve bunun caydırıcı etkisinin özellikle denizde tehlike altında bulunan kişilerin kurtarılması öngören sözleşmeler bağlamında ihlallerin ortaya çıkmasına sebep olabileceğini göstermektedir.

Zira 1974 Denizde Can Emniyeti Sözleşmesi<sup>235</sup>, 1979 Denizde Arama Kurtarma Uluslararası Sözleşmesi, 1958 Açık Deniz Sözleşmesi<sup>236</sup>, 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi<sup>237</sup>, 1989 Uluslararası Kurtarma Sözleşmesi<sup>238</sup> ile -en genel

<sup>223</sup> Opening statement by UN High Commissioner for Human Rights Michelle Bachelet to the 42nd session of the Human Rights Council, 9 September 2019 <<https://www.ohchr.org/en/statements/2019/09/global-update-42nd-session-human-rights-council>> 2 Mayıs 2023.

<sup>224</sup> ECtHR, 27765/09, 23.02.2012, Hirsi Jamaa and Others v Italy, para 64-8 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109231>> 20 Haziran 2020; ECtHR, 16643/09, 21.10.2014, Sharifi and Others v Italy and Greece, para 212 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-147702>> 22 Eylül 2022. Benzer yönde bkz. Committee Against Torture, J.H.A. v Spain (Marine I), CAT/C/41/D/323/2007, 21.11.2008, para 8.2 <<https://www.refworld.org/cases,CAT,4a939d542.html>> 12 Nisan 2022.

<sup>225</sup> CCPR, General Comment No. 36, Article 6 Right of life (CCPR/C/GC/36) 3 September 2019, para 63.

<sup>226</sup> HRC, 13.03.2020, Communication No. 3043/2017, A.S., D.I., O.I. and G.D. v. Malta <[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f128%2fd%2f3043%2f2017&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f128%2fd%2f3043%2f2017&Lang=en)> 30 Ağustos 2021.

<sup>227</sup> HRC, 04.11.2020, Communication No. 3042/2017, A.S., D.I., O.I. and G.D. v. Italy <<https://undocs.org/en/CCPR/C/130/D/3042/2017>> 30 Ağustos 2021.

<sup>228</sup> International Convention for the Safety of Life at Sea (1974), United Nations, *Treaty Series*, 1184, 1185 (p.2).

<sup>229</sup> International Convention on Maritime Search and Rescue (1979), United Nations, *Treaty Series*, v1405.pdf.

<sup>230</sup> HRC, 13.03.2020, A.S., D.I., O.I. and G.D. v. Malta, para. 6.7; HRC, 04.11.2020, A.S., D.I., O.I. and G.D. v. Italy, para. 7.8.

<sup>231</sup> Avvenire, Caso Rackete Archiviata l'inchiesta su Carola "Aveva il dovere di sbarcare" (23 December 2021)'den aktaran International Commission of Jurists (22April 2022), 5.

<sup>232</sup> International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families, *Treaty Series*, vol. 2220, p. 3.

<sup>233</sup> Komite bu tür uygulamaların göçmenlerin savunmasızlığını ve ayrımcılık, yabancı düşmanlığı, şiddet, insan ticareti ve diğer insan hakları ihlallerinin kurbanı olma olasılıklarını artırdığına dikkat çekmiştir. Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, General comment No. 5 (2021) on migrants' rights to liberty and freedom from arbitrary detention and their connection with other human rights, (CMW/C/GC/5) 21 July 2022, para 35.

<sup>234</sup> General Comment No. 5 (2021) on migrants' rights to liberty and freedom from arbitrary detention and their connection with other human rights, 21 July 2022 (CMW/C/GC/5) para 36.

<sup>235</sup> International Convention for the Safety of Life at Sea, Chapter V, Regulation 15.

<sup>236</sup> Convention on the High Seas, United Nations, *Treaty Series*, vol. 450, p. 11.

<sup>237</sup> United Nations Convention on the Law of the Sea (1982), United Nations, *Treaty Series*, vol.1833, Art 98.

<sup>238</sup> International Convention on Salvage (1989), United Nations, *Treaty Series*, v1953.pdf., Art 10.

ifadeyle- devletlerin ve gemi kaptanlarının denizde tehlikede olan<sup>239</sup> kişileri uyruğuna, statüsüne veya içinde bulunduğu koşullara bakmaksızın, kurtarmak ve yardım etmek yükümü<sup>240</sup> altında olduğu kabul edilmektedir.<sup>241</sup> Bu kabul çerçevesinde göçmen kaçakçılığı kapsamında gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın denizde tehlike altında olan tüm göçmenlerin söz konusu yükümün bir parçasını oluşturduğu söylenebilecektir.<sup>242</sup>

Sözleşmeler kurtarma yükümü çerçevesinde devletlere, kurtarılan kişilerin ülkesine kabulü hususunda özel yükümlülükler içermemektedir.<sup>243</sup> “Kurtarma” ve “ülkeye kabul” arasındaki ayrımın yarattığı boşluk, özellikle 1951 Cenevre Sözleşmesi ile mülteciler bakımından öngörülen koruma, *non-refoulement* ilkesi bağlamında önem kazanmaktadır.<sup>244</sup> Ancak belirtmek gerekir ki Sözleşmelerde özel bir düzenlemeye gidilmemiş olsa da söz konusu yükümün, kurtarılan kişilerin mümkün olan yakın limana tahliyesine ilişkin zımnî bir gerekliliği içerdiği kabul edilmektedir.<sup>245</sup> Nitekim 1979 Denizde Arama Kurtarma Uluslararası Sözleşmesi de “kurtarma” kavramını, tehlikenin bertaraf edilmesinin yanında tehlike altında bulunan kişilerin ilk yardım ve diğer ihtiyaçlarının karşılanması ve güvenli bir yere (*a place of safety*)<sup>246</sup> tahliyesi olarak tanımlayarak bu hususu teyit etmektedir.<sup>247</sup> Dolayısıyla söylenebilir ki söz konusu kişilerin güvenli bir yere tahliyesi, bir sonuç yükümlüdür; kurtarma yükümünden ayrı/bağımsız nitelikte değildir. Bu sebeple denizde hayatlarını kaybetme riski ile karşı karşıya olan kişilere yardım sağlanmasını suç olarak kabul eden hukuki düzenlemeler ve uygulamalar denizde yardım sağlamayı genel bir yüküm olarak tanıyan uluslararası rejimi zayıflatmaktadır.<sup>248</sup>

Ayrıca belirtmek gerekir ki Sözleşmelerde denizde tehlike altında olan kişiye yardım sağlaması temel olarak taraf devletler bakımından öngörülen bir yükümlülüktür.<sup>249</sup> Kurtarmayı üstlenen kurum, gemi kaptanı veya sivil toplum kuruluşları nihayetinde devletin sözleşmelerle üstlendiği yükümlülüklerin yerine getirilmesine hizmet etmektedir.<sup>250</sup> Bu sebeple söz konusu kurtarma faaliyetleri çerçevesinde gerçekleşen eylemlerin cezalandırılması veya engellenmesi devletin kurtarma temel yükümünün yanında kurtarma operasyonunu koordine etmek, bildirimde bulunmak ve devletlerarası işbirliğini sağlamak gibi diğer birtakım yükümlülüklerine de aykırılık oluşturabilecektir.<sup>251</sup> Bu sebeplerle devletin kurtarma yükümü bağlamında faaliyetlerini, uluslararası deniz hukuku, mülteci hukuku ve insan hakları hukuku da dahil olmak üzere uluslararası hukuk çerçevesinde iyi niyetle, tutarlı bir şekilde gerçekleştirmesi gerektiği ve bu gerekliliğin zamanında ve etkili biçimde en iyi şekilde yanıt verebilen kurumların seferber edilmesini içerdiği kabul edilmektedir.<sup>252</sup> Bu kabul çerçevesinde devletlerin, işbirliğini öngören mekanizmalar yapılandırma, kurumsallaştırma ve söz konusu müdahale mekanizmalarının sorumluluklarının tamamını hesaba katacak kadar geniş olmasını sağlama<sup>253</sup> yükümü altında olduğu öngörülmektedir.<sup>254</sup>

<sup>239</sup> Tehlike hali, bir geminin veya bir kişinin ciddi ve yakın bir tehlike tehdidi altında olduğu ve acil yardıma ihtiyaç duyduğuna dair düşünceyi haklı kılan durum olarak tanımlanmıştır. International Convention on Maritime Search and Rescue, (Annex) Chapter 1, 1.3.13.

<sup>240</sup> International Convention on Maritime Search and Rescue, (Annex) Chapter 2, 2.1.10.

<sup>241</sup> 1982 Sözleşmesi denizde kurtarma yükümlülüğüne ilişkin genel nitelikli hükümler içerirken 1974 ve 1979 Sözleşmelerinde özellikle 2004 tarihli değişikliklerle birlikte kurtarma faaliyetlerine ilişkin düzenlemeler detaylandırılmıştır. Bununla birlikte Uluslararası Denizcilik Örgütü tarafından 2001 tarihinde kabul edilen 920(22) sayılı Karar ve 2004 tarihli Deniz Kurtarılan Kişilere Muameleyle İlişkin Kılavuz İlkeler, bağlayıcı nitelik taşımazlar da Sözleşmelerin ilgili hükümlerinin uygulanması ve yorumlanması hususlarında rehber niteliğindedir. İlgili düzenlemeler hakkında ayrıntılı analiz için bkz. Richard Barnes, ‘The International Law of The Sea And Migration Control’, *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, Eds. Bernard Ryan and Valsamis Mitsilegas (Martinus Nijhoff 2010), 136-144.

<sup>242</sup> UNHCR, General legal considerations: search-and-rescue operations involving refugees and migrants at sea, para 10; Barnes, (n 241) 141.

<sup>243</sup> Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol’ün “Deniz Yoluyla Göçmen Kaçakçılığı” başlıklı ikinci bölümünde, göçmenler bakımından ikamet izni, eğitim ve öğretim gibi haklara yer verilmemesinin, Protokol ile üye devletler bakımından göçmenleri ülkelerine kabulü hususunda yükümlülük öngörülmemesi anlamına gelebileceği ifade edilmiştir. Obokata, ‘The Legal Framework’ (n 197) 161. Ancak bu noktada, denizde insanlara yardım eden geminin, kıyı devleti tarafından aşırı gecikmeye, mali yüke veya diğer ilgili zorluklara maruz bırakılmaması gerektiğine dikkat çekildiğini belirtmek gerekmektedir. IMO, Maritime Safety Committee, Guidelines on the Treatment of Persons Rescued At Sea, Resolution MSC.167(78), 20 May 2004, para 6.3.

<sup>244</sup> Sözleşmelerde kurtarılan kişilerin ülkesine kabulü hususunda yükümün açık bir biçimde yer almamasından hareketle “kurtarma” ve “ülkeye kabul” arasındaki ayrımın bir boşluk yarattığına dikkat çekilmekte ve mülteci hukuku, özellikle 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi’nin 31. ve 33. maddeleri ile öngörülen yükümlülükler bağlamında önem kazanabilecek bu boşluğun devletlerin işbirliği ve koordinasyon yükümlülüğü ile kısmen giderilebileceği ifade edilmektedir. Konu hakkında ayrıntılı analiz için bkz. Barnes, (n 241) 144.

<sup>245</sup> Human Rights Council, Human rights and international solidarity, para 29. Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol’de deniz yoluyla göçmen kaçakçılığına karşı alınabilecek önlemler yer verilirken devletin, bir gemiye karşı önlemler aldığı gemideki kişilerin güvenliklerini ve onlara insancıl muamele yapılmasını sağlayacağı da düzenlenmiştir. Bkz. Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol md. 9/1-a.

<sup>246</sup> Uluslararası Denizcilik Örgütü “güvenli yer (*a place of safety*)” kavramını, kurtarma operasyonlarının sona erdiği; hayatta kalanların can güvenliğinin artık tehdit altında olmadığı ve temel insani ihtiyaçlarının (gıda, barınma ve tıbbi ihtiyaçlar gibi) karşılanabildiği bir yer olarak tanımlamaktadır. IMO, Maritime Safety Committee, Guidelines on the Treatment of Persons Rescued At Sea, para 6.12.

<sup>247</sup> International Convention on Maritime Search and Rescue, (Annex) Chapter 1, 1.3.2. Kurtarılan kişilerin, yiyecek, su, barınma gibi insani gereksinimlerinin yeterli olarak karşılanması söz konusu tanım çerçevesinde, kıyı devletlerinin kurtarma yükümlülüklerinin bir parçası olarak kabul edilmektedir. Deniz Kızılsümer Özer, ‘Denizden Gelen Sığınmacılar ve Uluslararası Hukuk’, Uluslararası Hukuk ve Politika (2007) 3(10), 80.

<sup>248</sup> Tuğba Başaran, ‘Saving Lives At Sea: Security, Law And Adverse Effects’ (2014) 16, European Journal of Migration and Law, 367; Human Rights Council, Human rights and international solidarity, para 31.

<sup>249</sup> Sözleşmelerde öngörülen kurtarma yükümü gemi kaptanı, bayrak devleti ve kıyı devleti bağlamında ayrıca öngörülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kızılsümer Özer, (n 247) 78-80.

<sup>250</sup> International Commission of Jurists (22April 2022), 12. Uluslararası Denizcilik Örgütü arama-kurtarma faaliyetleri kapsamında, hayatta kalanlara insanca davranmak ve acil ihtiyaçlarını karşılamak için geminin imkanları ve sınırları dahilinde mümkün olan her şeyi yapmanın gemi kaptanlarının görevlerinden biri olduğunu belirtmiştir. Bkz. IMO, Maritime Safety Committee, Guidelines on the Treatment of Persons Rescued At Sea, para 5.1.2.

<sup>251</sup> Bununla birlikte devletlerin, ulusal düzenlemeleri çerçevesinde gemi kaptanlarının kurtarma yükümlülüğünü yerine getirmemesini suç olarak düzenlediği de görülmektedir. UNHCR, Background Note on the Protection of Asylum-Seekers and Refugees Rescued at Sea, 11 April 2002, para 6, dp 3.

<sup>252</sup> UNHCR, General legal considerations: search-and-rescue operations involving refugees and migrants at sea, November 2017, para 19, <https://www.refworld.org/docid/5a2e9efd4.html>, 2 Mayıs 2023.

<sup>253</sup> IMO, Maritime Safety Committee, Guidelines on the Treatment of Persons Rescued At Sea, Resolution MSC.167(78), 20 May 2004, para 6.21.

<sup>254</sup> Barnes, (n 241) 147.



### E. İnsan Hakları Sözleşmeleri

İnsan hakları sözleşmeleri bireyin hak ve özgürlüklerinin korunmasını konu ve amaç edindiğinden karşılıklılık ilkesine dayanmamakta; taraf devletlerin çıkarlarından ziyade kamunun/uluslararası toplumun çıkarlarının korunmasına hizmet etmekte, vatandaşlığına bakılmaksızın tüm bireylerin haklarını korumayı amaçlamaktadır<sup>255</sup>. Sözleşmeler, bölgesel veya evrensel düzeyde, kamu düzeninin sağlanmasında bir araç olarak görülmektedir. Bu bağlamda kişinin sözleşmelerle öngörülen korumadan yararlanabilmesi için vatandaşlık bağı, ikametgahı veya oturma izninin bulunması veya uluslararası koruma statülerinden birine sahip olması aranmamakta; devletin, -ülke sınırında ve açık denizde gerçekleştirilen eylem ve ihmaller dahil olmak üzere- ülkesel bir sınırlama öngörülmezsiz yetkisi<sup>256</sup> altında bulunan herkes bakımından sözleşmelerle koruma altına alınan hak ve özgürlüklere saygı duyma ve bunları güvence altına alma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülük ise söz konusu hak ve özgürlüklere hukuka aykırı müdahaleden kaçınılması, özel kişiler tarafından gerçekleştirilen eylemler de dahil olmak üzere sözleşmelerde yer alan hak ve özgürlüklerin ihlallerinin önlenmesi ve bunların uygulanması için gerekli tedbirlerin alınmasını gerektirmektedir. Bu sebeple Avrupa Birliği hukukunda göçmen kaçakçılığına ilişkin kabul edilen hukuki tasarruflar da bu gereklilik çerçevesinde şekillenmelidir. Direktifle öngörülen düzenlemeler kişilerin göçmen kaçakçılığı suçunun konusunu oluşturan göçmenlerin, sözleşmelerle koruma altına alınan temel hak ve özgürlüklerine aykırı hareket edilmemesini ve özel kişilerden kaynaklanan ihlaller bakımından bunun önlenmesini içermelidir<sup>257</sup>. Ulusüstü bu düzenlemeler her şeyden önce en genel tabiriyle devletin üstlenmiş olduğu uluslararası yükümlülükler doğrultusunda keyfilikten uzak, kanunilik ve belirlilik ilkeleri temelinde bir ceza politikası izlenmesi dolayısıyla bir hukuki düzenleme yapılmasını gerektirmektedir. Bu bağlamda insan hakları sözleşmelerinin “yaşayan belge” olarak kabulü ve konu ve amaç çerçevesinde etkili yorumun benimsenmiş olması devletlerin ceza politikasını belirlemede ulusal takdir yetkilerini sınırlayan güçlü araçları teşkil etmektedir<sup>258</sup>. Ancak Direktif’te göçmen kaçakçılığının uluslararası sözleşmelerle öngörülen kural ve ilkelerle uyumlu olmayan biçimde kaleme alınmış olması, suç teşkil eden eylemler bağlamında mevcut olan belirsizlik, göçmenlere yapılacak insani yardım bakımından öngörülecek cezasızlık hükmünün devletlerin takdirine bırakılması, takip eden devlet uygulamaları ve Direktif’te göçmenlerin korunmasına ilişkin hüküm bulunmaması temel hakların uygulanmasında tutarsızlığa sebep olarak hukuki belirsizliği körüklemekte<sup>259</sup> ve kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması hususunda önemli ihlallerin ortaya çıkmasına sebep olmaktadır.

Direktifle öngörülen düzenleme çerçevesinde meşru yardım alanının aşındırılarak insani yardımın kaçakçılık karşıtı düzenlemeler ile suç sayılması<sup>260</sup> demek bir yönüyle göçmen ve mültecilerle sınırlı olan temel hukuki korumalara erişiminin suç haline getirilmesi demektir<sup>261</sup>. Çünkü göçmenlere yardım etmek isteyenlerin davranışlarının suç sayılması, göçmenlere tavsiye, destek veya insani yardım sağlamak veya göçmen haklarının ihlal edilmesini protesto etmek için hareket eden bireyler ve sivil toplum kuruluşları üzerinde caydırıcı bir etki doğurmakta ve göçmenlerin adalete erişiminin sekteye uğraması ve sömürülmesi risklerini ortaya çıkarmaktadır<sup>262</sup>. Bu yönde gelişen uygulamanın söz konusu yardımı yapan kişi ve kurumlar üzerinde yarattığı caydırıcı etki ise göçmen ve/veya iltica talep eden kişilerin de temel hak ve özgürlükleri bakımından gerekli ve yeterli korunmanın sunulmaması ile sonuçlanmaktadır. Göçmenlerin ülkeye girişi ve ülke içindeki ulaşımı konusunda yardım eden, tıbbi yardım da dahil birtakım yaşamsal ihtiyaçları karşılayan, barınma imkanı sağlayan, kalacak yer kiralayan, hukuki danışmanlık hizmeti sunan kişiler, sivil toplum kuruluşları hakkında başlatılan soruşturma ve kovuşturmalar, uygulanan idari tedbirler bu kişiler üzerinde baskı aracı olarak kullanılmaktadır<sup>263</sup>.

Göçmenlere yönelik insani yardım ve destek; denizde kurtarma, adli yardım, gıda, giyecek, barınak, acil sağlık hizmetleri gibi temel ihtiyaçların sağlanması şeklinde gerçekleştiğinden<sup>264</sup> Direktif çerçevesinde insani yardım ve destek faaliyetlerinin yasaklanması ya da cezalandırılması veya söz konusu faaliyetlerin belirli bir soruşturma ve kovuşturmanın konusunu teşkil etmesinin kişiler ve kurumlar üzerinde yarattığı baskı, insan hakları sözleşmeleri ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı ile güvence altına alınan başta yaşam hakkının (AHİS md. 2, MSHS md. 6, AB Şartı md. 35), işkence, insanlık dışı muamele ve aşağılayıcı

<sup>255</sup> Alexander Orakhelashvili, ‘Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights’ (2003) 14(3) The European Journal of International Law, 533.

<sup>256</sup> İnsan hakları sözleşmeleri çerçevesinde “yetki”, uluslararası hukuktaki karşılığında farklı olarak kullanılmakta; devletin sözleşme hükümlerinden doğan yükümlülüklerinin ve sözleşmenin uygulama alanının belirlenmesi bağlamında yorumlanmaktadır. İnsan hakları sözleşmeleri çerçevesinde devletin yetkisi, devletin belirli bir bölge veya hak sahibi birey üzerinde, belirli konularla sınırlı olarak ise ihlal teşkil eden eylem üzerinde otorite/kontrol/güç uygulamasından hareketle tespit edilmektedir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ceren Karagözoğlu, *İnsan Hakları Sözleşmelerinin Ülke Dışına Uygulanabilirliği Çerçevesinde Devletin Yetkisi ve Sorumluluğu* (Oniki Levha 2023) 24-8.

<sup>257</sup> ‘Fit for purpose? The Facilitation Directive and the criminalisation of humanitarian assistance to irregular migrants’, 33-5.

<sup>258</sup> De Massol de Rebetz/Ölçer, (n 184) 430.

<sup>259</sup> ‘Fit for purpose? The Facilitation Directive and the criminalisation of humanitarian assistance to irregular migrants’, 39.

<sup>260</sup> Nitekim Macaristan Ceza Kanunu’nda kamu düzenine karşı suçlarla ilgili bölümde değişiklik yapılarak, göçmenleri desteklemek için “örgütsel faaliyetler” yürütenler yasa dışı girişi kolaylaştırıcılar olarak nitelendirilmiştir. Söz konusu düzenleme bağlamında göçmenlere yardım edenlerin mülteci tanımı kapsamında korunmaya uygun olmayan birine yardım sağladıklarını veya ülkede bulunmalarının hukuka aykırı olacağını bildikleri takdirde cezai sorumluluğunun gündeme geleceği öngörülmüştür. Bu değişikliği içeren ve kolaylaştırma karşıtı bir çerçeveye bürünen yasa, Anayasa (*Hungary’s Fundamental Law*) ile uyumlu olduğu gerekçesiyle Macaristan Anayasa Mahkemesi tarafından onaylanmıştır. Rodrik (n 2) 94.

<sup>261</sup> Rodrik (n 2) 88.

<sup>262</sup> Criminalization of humanitarian and other support and assistance to migrants and the defence of their human rights in the EU, <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2022/04/Criminalization-paper-22-04-2022.pdf>, s. 2.

<sup>263</sup> Human Rights Council, Human rights and international solidarity, para 8-18.

<sup>264</sup> CoE, ‘Using Criminal Law To Restrict The Work Of Ngos Supporting Refugees And Other Migrants In Council Of Europe Member States, Thematic Study prepared by Dr Carla Ferstman on behalf of the Expert Council on NGO Law of the Conference of INGOs of the Council of Europe’, CONF/EXP(2019)1, December 2019, para 18.

muameleye maruz bırakılma yasağının (AİHS md. 3, MSHS md. 7, İşkenceyi Önleme Sözleşmesi md. 3, AB Şartı md. 4), ifade özgürlüğünün (AİHS md. 10, MSHS md. 19, AB Şartı md. 11), ayrımcılık yasağının (AİHS md. 14, MSHS md. 2, Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, AB Şartı md. 21), sağlık hakkının (ESHS md. 12, AB Şartı md. 35), yeterli beslenme, giyim dahil olmak üzere yeterli yaşam standardına sahip olma hakkının (ESHS md. 11, AB Şartı md. 34), serbest dolaşım özgürlüğünün (AİHS 4 Numaralı Ek Protokol md. 2, MSHS md. 12, AB Şartı md. 45) ihlal edilmesine neden olmaktadır. Bununla birlikte söz konusu temel hak ve özgürlüklerin kullanımı hususunda araç görevi gören etkili başvuru, adli yardım sağlanması gibi hakların (AİHS md. 6, md. 13, MSHS md. 14, AB Şartı md. 47, md. 51, md. 53) tanınmaması da söz konusu hakların ihlaline sebep olabilecektir<sup>265</sup>. Hukuki yardımda bulunan kişilerin cezalandırılması ya da haklarında kovuşturulma başlatılmasının caydırıcı etkisi dolaylı biçimde de olsa göçmenlerin adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi ile sonuçlanabilecek, kişinin bu hakka erişimini önemli ölçüde kısıtlayabilecektir<sup>266</sup>. Ayrıca Direktif'in ilgili düzenlemesinin bünyesinde barındığı belirsizlik Temel Haklar Şartı'nın 41. maddesi ile düzenleme altına alınan "iyi idare hakkı"na da aykırılık teşkil edebilecektir<sup>267</sup>.

Öte yandan belirtmek gerekir ki göçmen kaçakçılığının cezalandırılmasına ilişkin hukuki düzenlemelerde insani yardım ve destek bakımından tanınan muafiyet, doğrudan kişi hakkında soruşturma başlatılmasını engellemediği için uygulamada baskı aracı işlevini ve dolayısıyla caydırıcı etkisini devam ettirmektedir<sup>268</sup>. Bu noktada yardımda bulunan kimseler hakkında uygulanan tedbirlerin, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ve toplanma ve dernek kurma özgürlüğü bağlamında tartışılacak uygulamaları ortaya çıkardığına da ayrıca dikkat çekmek gerekmektedir<sup>269</sup>. Özellikle Kuzey Afrika'dan Avrupa'ya, Akdeniz üzerinden gerçekleştirilen kitlesel göç kapsamında denizde tehlike altında olan düzensiz göçmenleri kurtarma faaliyetinde bulunan sivil toplum kuruluşlarının; gemi kaptanı ve mürettebatı hakkında düzensiz göçe yardım etme gerekçesiyle başlatılan yargılamalar, gemi kaptanları ve ilgili sivil toplum kuruluşları yetkilileri hakkında koruma tedbirlerine başvurulması ve bu kuruluşlara ait gemilere el konulması suretiyle hedef alındığı görülmektedir<sup>270</sup>. Sivil toplum kuruluşlarının üyelerinin göçmen veya iltica talebinde bulunan kişilere yardım ettiği için maruz kaldıkları gerek idari soruşturma gerekse cezai kovuşturmaların ve uygulanan yaptırımların caydırıcı etkisi "insani yardım" kavramının tanımlanmasında bir daralmaya sebep olmaktadır. Benzer etki, sınır bölgelerindeki denetim noktalarında kolluk kuvvetlerinin göçmenlere yönelik hakaret, taciz, tehdit boyutuna varan kötü uygulamalarına engel olmak hususunda etkin rol oynayan sivil toplum kuruluşları faaliyetleri üzerinde de doğmaktadır. Bu durum göçmenlerin temel hak ve özgürlüklerinin etkin şekilde korunmasını etkilediği gibi ulusal düzenlemeler çerçevesinde hukuka uygun biçimde kurulmuş olan sivil toplum kuruluşlarının faaliyetlerini de engelleyerek insan hakları sözleşmeleri ile kabul edilen toplanma ve dernek kurma özgürlüğünü hukuki olmasa da fiili olarak zayıflatmaktadır. Yargılamanın uzun sürmesi; kişiler ve gemiler hakkında uygulanan koruma tedbirleri ve bunların sonucunda ortaya çıkan mali yükümler, yargılama sürecinin adeta bir cezalandırma aracı dönüşerek kurtarma faaliyetleri bakımından kişilerin ve sivil toplum kuruluşlarının davranışlarını etkilemektedir<sup>271</sup>.

Denizde kurtarma faaliyetleri çerçevesinde etkinlik gösteren sivil toplum kuruluşları ve kişilerin yargılanmasını konu alan *Cap Anamur*<sup>272</sup> ve *Morthada/El-Hadi*<sup>273</sup> kararları, yargılama sürecinin taşıdığı bu olumsuzlukları ortaya koyması bakımından önemli iki örneği teşkil etmektedir. İtalyan ulusal düzenlemelerinde denizde yardım yükümlülüğü öngörülmesine<sup>274</sup> hatta insani yardım bakımından cezasızlık öngörülmesi<sup>275</sup> olmasına ve zaruret hali bakımından özel düzenlemeye<sup>276</sup> yer verilmesine rağmen söz konusu mevzuat, kurtarma faaliyetlerini gerçekleştiren kişiler bakımından kovuşturma başlatılmasına engel olmadığından yargılama sürecinin getirdiği caydırıcı etkinin doğmasına mani olmamıştır<sup>277</sup>.

20 Haziran 2004 tarihinde Libya ve İtalya arasında tehlikede bulunan 37 göçmeni kurtaran *Cap Anamur* sivil toplum kuruluşuna ait Almanya bayraklı aynı isimli kurtarma gemisinin yanaşma isteği, Sicilya'nın Empedolce Limanı (İtalya) yetkilileri tarafından 30 Haziran'da reddedilmiş, gemi 12 gün denizde bekledikten sonra zorunlu sebepler ileri sürülerek tahliye edilmiştir. Tahliyeyi

<sup>265</sup> Adli yardım hakkı tanınması ya da bunun suç teşkil eden eylemlerden biri olarak düzenlenmemesi kişinin sağlık, gıda, eğitim, barınma vb. haklara erişimini önemli ölçüde kısıtlamaktadır.

<sup>266</sup> Human Rights Council, Human rights and international solidarity, para 39.

<sup>267</sup> Conte/Vosyliute, (n 81) 41.

<sup>268</sup> Ulusal düzenlemesinde göçmen kaçakçılığı suçu bağlamında insani yardım bakımından cezasızlık öngörülen Belçika'da, göçmenleri misafir etmek ve yiyecek, giyecek vb. sağlamak suretiyle yardımda bulunan üçü Belçika vatandaşı dört kişi hakkında yapılan yargılama sonucunda beraat verilse de bu kişiler arasında bulunan sanıklardan biri 8 ay tutuklu kalmıştır. İlgili karar ve yargılama süreci için bkz. Les hébergeurs de migrants sont acquittés par la cour d'appel de Bruxelles, Rtbf (26.1.2021, <https://www.rtbf.be/article/les-hebergeurs-de-migrants-sont-acquittés-par-la-cour-d-appel-de-bruxelles-10769611?id=10769611>)'den aktaran International Commission of Jurists (22April 2022), 6. Söz konusu dava ve yargılama süreci göstermektedir ki devletin ulusal düzenlemesi ile tanınan muafiyet, yardım eden kişinin soruşturma ve kovuşturmayla tâbi tutulmasını engellemiş; kişinin tutuklu kaldığı süre göz önünde bulundurulduğunda kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı bakımından da tartışmalı uygulamaların ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir.

<sup>269</sup> Human Rights Council, Human rights and international solidarity, para 39.

<sup>270</sup> İlgili yargılamalar hakkında bilgi için bkz. Human Rights Council, Human rights and international solidarity, Report of the Independent Expert on human rights and international solidarity (Forty-first session 24 June- 12 July 2019) (A/HRC/41/44), 16 April 2019, para 6-7.

<sup>271</sup> Başaran, 'Saving Lives At Sea' (n 248) 376-7.

<sup>272</sup> *Cap Anamur*, Tribunale di Agrigento, I Sezione Penale, I Collegio, 954/2009'den aktaran Başaran, 'Saving Lives At Sea' (n 248) 374-6.

<sup>273</sup> *Bayouh and Zenzeri*, Tribunale di Agrigento, Sezione Penale Feriale, 1107/2009 and Court of Appeal of Palermo, iii Sezione Penale, 2932/2011'dan aktaran Başaran, 'Saving Lives At Sea' (n 248) 376.

<sup>274</sup> İtalyan Navigasyon Kanunu (Codice della Navigazione), md. 1158.

<sup>275</sup> Legislative Decree 25.7.1998, No. 286 on "Consolidated Act of Provisions concerning immigration and the condition of third country nationals, md. 12/2.

<sup>276</sup> İtalyan Ceza Kanunu (Italian Penal Code), md. 54.

<sup>277</sup> Başaran, 'Saving Lives At Sea' (n 248) 377-8.

takiben örgütlü suçlar kapsamında yasa dışı girişin kolaylaştırılması suçlaması ile gemiye el konulmuş; gemi kaptanı, ikinci kaptanı ve sivil toplum kuruluşunun yetkilisi hakkında tutuklama tedbirine başvurulmuştur. Kasım 2006'da başlayan ve üç sene süren yargılamaya sanıkların beraatiyle sonuçlanmıştır.

Benzer bir yargılama Tunuslu iki balıkçı gemisi Fakhreddine Morthada, Mohamed el-Hedi ve yedi mürettebatına karşı yöneltilmiştir. 8 Ağustos 2007'de Lampedusa (İtalya) yakınlarında tehlikede olan 44 kişiyi kurtaran gemilerin limana yanaşmasıyla birlikte tüm mürettebat hakkında tutuklama kararı verilmiştir. Cap Anamur davasına benzer şekilde örgütlü suçlar kapsamında yasa dışı girişin kolaylaştırılması çerçevesinde 22 Ağustos 2007'de başlayan ve iki yıl süren yargılama Kasım 2009 tarihinde sona ermiş, mürettebat yasa dışı göçe yardım etmek suçundan beraat ettirilirken; gemi kaptanları Abdelkarim Bayoudh ve Abdelbas-set Zenzeri, Lampedusa'ya doğru ilerlerken kendilerine yapılan “*gemiden indirmeme*” emirlerine uymamaları sebebiyle “*kamu görevlisine direnme ve bir savaş gemisine şiddet uygulama*” suçlarından mahkum edilmiştir. Ancak bu karar 22 Eylül 2011'de üst mahkeme tarafından bozulmuş, sanıklar hakkında beraat kararı verilmiştir.

Her iki karar da nihayetinde sanıkların beraatiyle sonuçlansa da kurtarma faaliyetlerini konu alan eylemlere ilişkin yargılama süresinin uzunluğunu, uygulanan koruma tedbirlerini göstermesi ve yargılama sürecinin beraberinde getirdiği zorlukları ortaya koyması bakımından önemlidir.

Bu noktada temel hak ve özgürlükler bakımından oluşan müdahalenin, hakkın sınırlandırılması hususunda benimsenmiş ilke ve kurallar çerçevesinde gerçekleştirilebileceğinin hem Temel Haklar Şartı<sup>278</sup> hem de insan hakları sözleşmelerinde öngörüldüğünün; söz konusu hak ve özgürlüklerin kamu yararı amacıyla kanunilik ilkesi temelinde, hakkın özü korunarak, orantılılık ilkesine uygun bir biçimde sınırlandırılabilirliğinin kabul edildiğinin de belirtilmesi gerekmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Mal-lah/Fransa kararında<sup>279</sup> izinsiz ikametın kolaylaştırılması suçu sebebiyle yapılan yargılamanın Sözleşme bağlamında ihlal niteliği taşıyıp taşımadığına ilişkin değerlendirmede bulunmuştur. Karar, Fransa'da yasal olarak ikamet eden Fas vatandaşı başvuruçunun kızının Fas vatandaşı B.A. ile evlenmesi ve bunu takiben aile birleşimi kuralları uyarınca Fransa'ya gelmesi ancak vize süresi dolmasına rağmen başvuruçunun Fransa'da bulunan evinde ikamet etmeye devam etmesi üzerine başvuru hakkında yabancıların izinsiz ikameti kolaylaştırmak suçuyla kovuşturma başlatılması, yapılan yargılamada suçlu bulunması (başvuruçunun, aynı Mahkeme kararıyla suçun etkilerinin ortadan kalktığına tespitiyle tahliye edilmiştir) üzerine Sözleşme'nin 8. maddesiyle koruma altına alınan özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiasını konu almaktadır. Mahkeme ilgili başvuruya ilişkin değerlendirmesinde devletin ulusal düzenlemeler gereğince aile bağları başlığında kovuşturmadan muaf tutulmanın öngörüldüğü ancak başvuruçunun B.A. arasındaki ilişkinin söz konusu düzenleme kapsamında yer almadığını vurgulayarak kamu yararı ile aile ve özel hayatına saygı hakkı arasında adil bir denge kurulduğunu belirtmiş ve devletin ulusal düzenlemesi gereğince yürütülen kovuşturma ve varılan yargı çerçevesinde Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir<sup>280</sup>.

Ayrıca göç olaylarının ve özellikle de kitlesel göçün uluslararası nitelikli olmayan veya uluslararası nitelikli silahlı çatışmalar sebebiyle ortaya çıktığı veya tetiklendiği göz önünde bulundurulduğunda insani yardım faaliyetleri kapsamındaki eylemlerin cezalandırılmasının insancıl hukuk kurallarına da aykırılık teşkil edebileceğinin belirtilmesi gerekmektedir.

1949 Tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Uluslararası Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına İlişkin Protokol'ün “*Sivil Nüfus Lehine Yardım*” başlıklı II. Bölümünün 69., 70. ve 71. maddelerinde<sup>281</sup> silahlı çatışmalardan etkilenen sivil halka yardım yükümlülüğü öngörülmüştür. Maddelerde öngörülen yardım faaliyetlerinin içeriği ve silahlı çatışmalardan etkilenen sivil halkın uluslararası korumaya ihtiyaç duyan muhtemel statüsü, bu kişilere yapılması öngörülen yardım ile göçmenlere yapılan insani yardım tanımlarının örtüşmesi ile sonuçlanmaktadır<sup>282</sup>. Ayrıca belirtmek gerekir ki Protokol'ün 71. maddesinde devletlerin, yardım faaliyetlerini gerçekleştiren/katılan kimseleri koruma ve bu kişilere yardım yükümü de öngörülmüştür. Protokollerde yer alan bu hükümler insani yardım eylemlerinin uluslararası hukuk temelindeki meşruiyetini güçlendirmektedir<sup>283</sup>. Bu sebeplerle Avrupa Birliği'ne üye devletlerin 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokollerine taraf olduğu ve söz konusu kuralların büyük bir kısmının teamül kuralı niteliğine sahip olduğu göz önünde bulundurulduğunda, Birlik hukuki düzeni çerçevesinde kabul edilen insani yardım faaliyetlerine ilişkin düzenlemelerde insancıl hukuk kural ve ilkelerinin dikkate alınması gerekliliği doğmaktadır.

<sup>278</sup> AB Temel Haklar Şartı'nın 52. maddesinde Şart ile koruma altına alınan hak ve özgürlüklerin kamu yararı amacıyla kanunilik ilkesi temelinde, hakkın özü korunarak, orantılılık ilkesine uygun bir biçimde sınırlandırılabilirliği düzenleme altına alınmıştır. Maddenin son fıkrasında ise Şart'ta yer alan hak ve özgürlüklerin tanımı ve kapsamı hususunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne atıf yapılmıştır. Sözleşme'ye yapılan bu atıf, Şart ile öngörülen güvenceleri katmerleştirirken Sözleşme'nin de Birlik hukuku içerisindeki yerini güçlendirmiştir.

<sup>279</sup> Conviction with absolute discharge for facilitating unauthorised residence did not breach the Convention, (ECHR 238 (2011) 10.11.2011) (Press Release) <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-3739606-4267555>> 12 Mayıs 2023. Karar için bkz. ECtHR, 29681/08, 10.11.2011, Affaire Mallah v. France <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-107415>> 12 Mayıs 2023.

<sup>280</sup> Conviction with absolute discharge for facilitating unauthorised residence did not breach the Convention, (ECHR 238 (2011)) (Press Release), 2-3.

<sup>281</sup> 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Uluslararası Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına İlişkin Protokol md. 70-1. Sözleşme hükümlerinin Türkçe metninde “12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri”, Ed. Melike Batur Yamaner vd., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 42” eserinden yararlanılmıştır.

<sup>282</sup> Ryan Devereaux, *Scott Warren Not Guilty in Trial for Border Humanitarian Work*, INTERCEPT (Nov. 23, 2019) <<https://theintercept.com/2019/11/23/scott-warren-verdict-immigration-border/>> 30 Mayıs 2023.

<sup>283</sup> Rodrik (n 2) 106.

## SONUÇ

Düzensiz göçle mücadele çerçevesinde Direktif kapsamında klasik anlamda kabul edilebilecek göçmen kaçakçılığı suçunun yanı sıra menfaat teminine yönelik amacın varlığına dayanmayan yasa dışı göçü kolaylaştırma suçu ve cezalandırılabilir nitelikte dayanışma suçu ortaya konularak aslında göçmen kaçakçılığı kapsamında bu sürece bir şekilde katkı sağlayan herkesin ceza tehdidi ile karşı karşıya kalabilmesinin önü açılmıştır. Yasa dışı göçü kolaylaştırma suçları özellikle bu kapsamda yaşanan olaylar ile birlikte dikkate alındığında, göçmen kaçakçılığında ceza adaleti ile göçmenlerin korunması arasındaki dengenin bozulduğu görülmektedir. Söz konusu düzenlemeler, Direktif ile amaçlanan yasa dışı göçün mutlak bir şekilde önlenmesi olduğu ve bu kapsamda göçmen haklarının korunmasının göz ardı edildiği şeklindeki değerlendirmeyi mümkün kılmaktadır.

Her hukuka aykırılık cezai yaptırım gerektirmediğinden ve bu konuda ceza hukukunun son çare olması esas teşkil ettiğinden dolayı, devletin “*baş edemediği her durum*” bakımından ceza kovuşturması tehdidini kullanması kabul edilemez. Düzensiz göçü kontrol etme ve düzensiz göçe engel olma konusundaki meşru çıkarlar dahi göçmenlere yönelik insani yardımın ceza tehdidi ile muhatap kılınmasını hukuka uygun kılmaya yetmez. Zulüm, yoksulluk, işsizlik nedeniyle veya bunlara ek başka sebeplere dayalı olarak göçün ve göçmen kaçakçılığının bundan sonraki süreçte de artarak devam edeceği ihtimalini de göz önünde bulundurarak yasa dışı göçün önlenmesine yönelik düzenlemelerde suç saymada ve/veya cezalandırma aşırılığın uygulanmasının çözüm oluşturmayacağına, aksine ciddi hak ihlallerine yol açabileceğine dikkat edilmelidir.

Direktif’te göçmenlerin yasa dışı girişini kolaylaştırma ifadesinin benimsenmesinden hareketle, üye devletlerin yasa dışı girişi de cezalandırılabilir fiil olarak kabul etmeleri halinde bunun Direktif’e aykırılık teşkil etmeyeceği sonucunun da olası görüldüğü çıkarımında bulunmak mümkündür. Zira Direktif’te cezalandırılabilir fiil belirlenmesinde esas alınan kavram yasa dışı göçün kendisidir. Bu nedenle Protokol’de yer alan ve göçmenlerin, göçmen kaçakçılığı suçunun konusunu teşkil etmeleri nedeniyle cezalandırılmayacağına ilişkin 5. madde hükmüne paralel bir düzenlemenin Direktif’te yer alması, cezalandırma alanının göçmen aleyhine esnetilmesinin önüne geçmiş olacaktır. Göçmenin bir başka ülkeye yasa dışı girmesi sebebiyle gerçekleştirdiği hukuka aykırılığa yönelik ceza hukuku dışında bir yaptırım öngörülmesi veya buna yönelik tedbir uygulanması, orantılılık ilkesi ile bağlantılı olarak ceza hukuku yaptırımlarının son çare olması kabulüne de uygundur. Avrupa Birliği kapsamında hukuki düzenlemelerle cezalandırılabilir göçmen kaçakçılığı kapsamının genişletilmesine yönelik çabalara ceza hukukunun ikincil niteliğini dikkate alarak engel olmak mümkündür. Düzensiz göç kapsamında cezalandırılabilirlik alanı mali veya diğer maddi menfaat temini amacıyla kişinin ülkeye girişini veya ülkede kalışını sağlama ya da buna teşebbüs etme sınırından itibaren kabul edilmeli ve bu kapsamda yer almayan fiiller ancak diğer hukukî yaptırımlara konu edilmelidir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki göçmenlerin cezalandırılması, göçmenlere yapılan insani yardımın suç teşkil etmesi veya insani yardım sebebiyle kişi ve/veya kuruluşlar hakkında başlatılan kovuşturmaların ve uygulanan yaptırımların, göçmenlerin temel ihtiyaçlarını karşılayan, uluslararası koruma statülerine başvuru imkanı tanıyan, hukuki yardım sağlayan, denizde tehlike altında bulunmaları halinde arama-kurtarma faaliyetlerinde bulunan kişi ve sivil toplum kuruluşları üzerinde yarattığı baskı ve caydırıcı etki ve insani yardım kavramının bünyesinde barındırdığı belirsizlik, devletlerin uluslararası sözleşmelerle üstlendiği yükümlülüklerin ihlaline sebep olacak niteliktedir. Direktif ile öngörülen düzenleme çerçevesinde ortaya çıkan devlet uygulamaları, temelde evrensel veya bölgesel bağlamda kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasını öngören sözleşmelere aykırılık teşkil etmekle birlikte denizde tehlike altında bulunan kimselerin kurtarılmasını öngören deniz hukuku sözleşmeleri, özellikle *non-refoulement* ilkesi temelinde mülteci hukukuna ilişkin sözleşmelerle öngörülen yükümlülüklerin ihlali ile sonuçlanmaktadır.

2002 tarihli Direktif ile devletler bakımından öngörülen takdir yetkisine dayanılarak insani yardımın suç sayılması ve dolayısıyla sığınma arayan kişinin, bireysel durumuna göre yapılan uluslararası koruma incelemesinden mahrum bırakılması, sığınma talebinde bulunan kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesini kolaylaştırmakta, sığınma prosedürlerine erişimini engellemekte ve dolayısıyla 1951 Cenevre Sözleşmesi ile öngörülen iltica talebinde bulunan kişilerin uluslararası koruma ihtiyacına sahip olup olmadığının uygun araçlarla bağımsız şekilde değerlendirilmesi yükümlününün ve *non-refoulement* ilkesinin ve dolayısıyla kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlaline sebep olmaktadır. Ayrıca *non-refoulement* ilkesinin en fazla gündeme geldiği alanlardan birini denizde tehlikede bulunan göçmenlerin kurtarılmasını konu alan faaliyetler oluşturmaktadır.

Denizde tehlike altında bulunan kimseler bakımından kurtarma çalışmalarının yapılmaması, kişilerin her şeyden önce yaşam hakkının ihlal edilmesi ile sonuçlanırken deniz hukuku sözleşmeleriyle üstlenilen yükümlülüklerle aykırı uygulamaların ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Bu sebeple Avrupa Birliği düzenlemesine mali veya diğer maddi menfaat şartı getirilmesi ve insani yardımın suç sayılmamasına yer verilmesi, Direktif’in devletin özellikle deniz hukukuna ilişkin sözleşmelerden doğan yükümlülüklerine aykırı biçimde ortaya çıkan uygulamanın ortadan kalkması için gereklidir. Zira düzensiz göçmenlerin kurtarılması suç olmaktan çıkarılmadığı sürece kurtarma çabalarını artırmak yetersiz kalacaktır. Ayrıca ifade edilmelidir ki bu gerekliliğin bir parçasını da insani yardımın tanımlanması ihtiyacı oluşturmaktadır. Farklı ve ihtiyari uygulamaların önüne geçilmesi için, bireyleri ve sivil toplum kuruluşlarını kapsayacak biçimde göçmenin temel hak ve özgürlükleri gözetilerek uluslararası hukukça kabul gören kriterler temelinde insani yardım tanımı yapılmalı ve devletlerin ulusal düzenlemeleri, uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülükleri doğrultusunda kaleme alınmalıdır. Öte yandan insani yardım teşkil eden eylemler bağlamında kovuşturma yapı-

masının caydırıcı etkisi göz önünde bulundurularak uygulamaya dönük gerekli tedbirler alınmalı, sivil toplum kuruluşlarına gereken destek sağlanmalıdır.

**Etik Komite Onayı:** N/A.

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız

**Yazar Katkıları:** Çalışmanın Konsepti/Tasarımı- M.B., C.K.; Veri Toplama- M.B., C.K.; Veri Analizi/Yorumlanması- M.B., C.K.; Makaleyi Hazırlayan- M.B., C.K.; Makalenin Eleştirel Revizyonu- M.B., C.K.; Nihai Onay ve Sorumluluk - M.B., C.K.

**Çıkar Çatışması:** Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadıklarını beyan etmişlerdir.

**Ethics Committee Approval:** N/A.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed

**Author Contributions:** Conception/Design of Study- M.B., C.K.; Data Acquisition- M.B., C.K.; Data Analysis/Interpretation- M.B., C.K.; Drafting Manuscript- M.B., C.K.; Critical Revision of Manuscript- M.B., C.K.; Final Approval and Accountability- M.B., C.K.

**Conflict of Interest:** The authors have no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The authors declared that this study has received no financial support.

## KAYNAKLAR / REFERENCES

- Akbulut B, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (9. Baskı Adalet, 2022).
- David Alan Sklansky, 'Crime, Immigration, And Ad Hoc Instrumentalism' (2012) 15(2) *New Criminal Law Review* 157-223.
- Aliverti A, 'Making people criminal: The role of the criminal law in immigration enforcement' (2012) 16(4) *Theoretical Criminology*, 417-434.
- 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' Eds. Sergio Carrera/Elspeth Guild, *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings Policy Dilemmas in the EU* (2016).
- A Manifesto on European Criminal Policy' (European Criminal Policy Initiative), *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2009 (12) 707-716.
- Arsava AF, 'AB Hukukunda Mülteci ve Göç Sorunu', (2021) 155 *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 461-477.
- Aytekin İnceoğlu A, 'Göçmen Kaçakçılığı Suçu' (2019) 14(175-176) *14 Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 387-432.
- Aziani A, 'The heterogeneity of human smugglers: A Reflection on The Use of Concepts in Studies on The Smuggling of Migrants', (2021) *Trends in Organized Crime* <<https://doi.org/10.1007/s12117-021-09435-w>> 13 Mart 2022.
- Barnes R, 'The International Law Of The Sea And Migration Control' *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, Eds. Bernard Ryan and Valsamis Mitsilegas, (Martinus Nijhoff 2010).
- Başaran T, 'Saving Lives At Sea: Security, Law And Adverse Effects' (2014) 16 *European Journal of Migration and Law*, 365-387.
- Başaran T, 'The Saved and The Drowned: Governing Indifference in The Name of Security' 2015 46(3) *Security Dialogue*, 205-220.
- Baykal S/ Göçmen İ 'Avrupa Birliği Hukukunun Kaynakları Bakımından Normlar Hiyerarşisi', *Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan* (Ankara Üniversitesi Basımevi 2013).
- Bayram MH, *Avrupa Birliği Hukuku Dersleri*, 7. Baskı (Seçkin Yayıncılık 2022).
- Bilgin AB, 'Avrupa Birliği Hukukunda Hukukun Genel İlkeleri' (2016) LXXIV (1) *İÜHF*, 73-94.
- Bostancı Bozbayındır G, 'Türk Ceza Kanunu'nda göçmen kaçakçılığı suçu', (2015) *Disiplinlerarası Göç ve Göç Politikaları Sempozyumu*, 377-405.
- Carrera S/ Mitsilegas V/ Allsopp J/ Vosyliute L, *Policing Humanitarianism: EU Policies Against Human Smuggling and Their Impact on Civil Society* (Oxford, London 2019).
- Conte C/ Vosyliute L, *Crackdown on NGOs assisting refugees and other migrants, Policy Option Brief* (2019).
- De Massol de Rebetz R/ Ölçer P, 'Aggravated Migrant Smuggling in a Transit Migration Context, Criminal Victimization under ECtHR Positive Obligations Case Law' (2022) 71 *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, 413-480.
- Den Heijer M, 'Europe beyond its Borders: Refugee and Human Rights Protection in Extraterritorial Immigration Control' *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, Eds. Bernard Ryan and Valsamis Mitsilegas, (Leiden, Netherlands, Martinus Nijhoff, 2010).
- Doğan K, *Göçmen Kaçakçılığı*, (3. Bası, Seçkin 2021).
- Duff RA, 'A Criminal Law for Citizens' (2010) 14(3) *Theoretical Criminology*, 1-13.
- Ekşi N, *Mahkeme Kararları Işığında Suçluların İtica Sistemi Dışında Bırakılması* (Beta 2017).
- Erel K, 'Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı Suçu' (2007) 71, *TBB Dergisi*, 264- 299.

- Fekete L, Europe: Crimes of Solidarity, (2009) 50(4) Race & Class, 83-97.
- Fekete L /Webber F/ Edmond-Pettitt A, Humanitarianism: the unacceptable face of solidarity, Institute of Race Relations (London 2017).
- Gallagher A, 'Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis' (2001) 23(4) Human Rights Quarterly, 975-1004.
- Gerver M, 'Decriminalizing People Smuggling' 2021 8 (1) Moral Philosophy and Politics, 131-153.
- Goodwin-Gill GS, 'The Haitian Refoulement Case: A Comment' (1994) 6(1) International Journal of Refugee Law, 103-9.
- Guild E, 'Assessing Migration Management and the Role of Criminal Law' *Controlling Immigration Through Criminal Law: European and Comparative Perspectives on 'Crimmigration'* Eds. Gian Luigi Gatta, Valsamis Mitsilegas and Stefano Zirulia (Oxford: Hart Publishing, 2020).
- Husak D, 'The Criminal Law as Last Resort' (2004) 24(2) Oxford Journal of Legal Studies, 207-235.
- Kangal ZT, 'Göçmen Kaçakçılığı Suçu' (2019) 21 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 221-277.
- Kangal ZT, 'Anayasal Bir Güvence Olarak Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi' (2011) 17, Ceza Hukuku Dergisi, 61-106.
- Karagözoğlu C, *İnsan Hakları Sözleşmelerinin Ülke Dışına Uygulanabilirliği Çerçevesinde Devletin Yetkisi ve Sorumluluğu* (Oniki Levha 2023).
- Karagözoğlu C, 'Non-Refoulement İlkesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Uygulanması' (2023) 43 (2) Public and Private International Law Bulletin, ()
- Kaya İ, *Uluslararası Hukukta Temel Belgeler*, (4. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020).
- Kızılsümer Özer D, 'Denizden Gelen Sığınmacılar ve Uluslararası Hukuk' (2007) 10(3) Uluslararası Hukuk ve Politika, 75-95.
- Koca M/ Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (15. Bs, Seçkin 2022).
- Landry Rachel, 'The 'humanitarian smuggling' of refugees Criminal offence or moral obligation?', Refugee Studies Centre Working Papers Series No. 119 (2016).
- Militello V/ Spena A, 'Between Criminalization and Protection The Italian Way of Dealing with Migrant Smuggling and Trafficking within the European and International Context', *Transnational Crime*, Ed. Valsamis Mitsilegas, (2018).
- Mitsilegas V, 'The Normative Foundations of the Criminalisation of Human Smuggling. Exploring the Fault Lines between European and International Law' (2018) 294 Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper, 1-19.
- Obokata T, 'Smuggling of Human Beings from a Human Rights Perspective: Obligations of Non-State and State Actors under International Human Rights Law' (2005) 17 (2) International Journal of Refugee Law, 394-415.
- Obokata T, 'The Legal Framework Concerning the Smuggling of Migrants at Sea under the UN Protocol on the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air', *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, Eds. Bernard Ryan and Valsamis Mitsilegas, (Leiden, Netherlands, Martinus Nijhoff, 2010).
- Ocotrinillo PR, Non-criminalization of smuggled migrants (Notes on the interpretation of article 5 of the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air), UNCHR (2014).
- Orakhelashvili A, 'Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights' (2003) 14(3)The European Journal of International Law, 529-568.
- Ouwerkerk JW, 'Criminalisation as a Last Resort: A National Principle Under the Pressure of Europeanisation?' (2012) 3 (3-4) New Journal of European Criminal Law, 228-241.
- Önder A/ Saydam M, 'TCK'nın 79. Maddesinde Düzenlenen Göçmen Kaçakçılığı Suçunun Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi' (2015) XIX (1-2) EÜHFD, 1-15.
- Özbek VÖ/ Doğan K/ Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Seçkin, 2022).
- Pacurar A, 'Smuggling, Detention and Expulsion of Irregular Migrants A Study on International Legal Norms, Standards and Practices' (2003) 5 European Journal of Migration and Law, 259-283.
- Parkin J, 'The Criminalisation of Migration in Europe', CEPS Policy Brief No. 61 (Centre for European Policy Studies 2013).
- Petzsche A, 'Die Kriminalisierung von Vorbereitungshandlungen – Abschied vom Tatstrafrecht?' (2019)131(3) ZSTW, 576-594.
- Provera M, 'The criminalization of irregular migration in the European Union' CEPS Policy Brief No 80 (Centre for European Policy Studies 2015).
- Rodrik D, 'Solidarity at The Border: How The Eu and Us Criminalize Aid to Migrants' (2021) 39(1) Berkeley Journal of International Law, 81-126.
- Schloenhardt A/Jessica ED, 'Twelve years on: revisiting the UN Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air' (2012) 61(1) Zeitschrift für öffentliches Recht, 129-156.
- Spena A, 'Human Smuggling and Irregular Immigration in the EU: From Complicity to Exploitation?' Eds. Sergio Carrera/Elsbeth Guild, *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings Policy Dilemmas in the EU* (2016).
- Spena A, 'Iniuria Migrandi: Criminalization of Immigrants and the Basic Principles of the Criminal Law' (2014) 8 Criminal Law and Philosophy, 635-657.
- Stumpf J, 'The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, And Sovereign Power' 2006 56 (2) American University Law Review, 365-419.
- Taşkın OE, 'Son Çare (Ultima Ratio) Olarak Ceza Hukuku' 2016 (59-91) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 59-91.
- Tazzioli M/Walters W, 'Migration, solidarity and the limits of Europe' (2019) 9(1) Global Discourse, 175-190.

- Tezcan D/Erdem MR/Önok M, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (20. Bası, Seçkin 2022).
- Toluner S, *Milletlerarası Hukuk Dersleri: Devletin Yetkisi* (5. Bası, Beta Yayınları 1996).
- Topal AH, *Mülteci Hukuku ve Silahlı Çatışma Kaynaklı Sığınmacılar* (On İki Levha 2019).
- Ünver Y, *Ceza Hukukunda Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer* (Seçkin Yayınevi 2003).
- Van Meerbeeck J, 'The Principle of Legal Certainty in the Case Law of the European Court of Justice: From Certainty to Trust' (2006) 41(41) *European Law Review*, 275-288.
- Yaşar E, 'Ceza Hukukunun İktidarı Sınırlama Fonksiyonu Üzerine Bir Değerlendirme' (2021) 156, *TBB Dergisi*, 33-61.
- Yaşar Y/Güneş U, 'Uluslararası Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Göçmen Kaçakçılığı Suçunda 'Maddi Menfaat Elde Etme Amacı' Kavramı' (2022) 28 (1) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 240-255.
- Yüksel S, 'Procedural aspects of the European Court of Human Right's Assessment under Article 3 of the European Convention on Human Rights in Removal Cases' (2022) 42 (2) *Public and Private International Law Bulletin*, 777-790.
- Zedner L, 'Is the Criminal Law Only for Citizens? A Problem at the Borders of Punishment', Eds. Katja Franko Aas, Mary Bosworth *The Borders of Punishment: Migration, Citizenship, and Social Exclusion* (Oxford, 2013).
- Zurilia S, 'Is that a Smuggler?: The Blurring Line between Facilitating Illegal Immigration and Providing Humanitarian Assistance at the European Borders' *Controlling Immigration Through Criminal Law: European and Comparative Perspectives on 'Crimmigration'*, Eds. Gian Luigi Gatta, Valsamis Mitsilegas, Stefano Zirulia (Oxford: Hart Publishing 2020).
- Ryan Devereaux, *Scott Warren Not Guilty in Trial for Border Humanitarian Work*, INTERCEPT (Nov. 23, 2019) <<https://theintercept.com/2019/11/23/scott-warren-verdict-immigration-border/>> 30 Mayıs 2023.

### **Mahkeme Kararları**

- Case T-115/94, 22.01.1997, *Opel Austria GmbH v Council of the European Union* <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61994TJ0115:EN:PDF>> 22 Mart 2023.
- Case C-329/11, 06.12.2011, *Alexandre Achughbadian* <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62011CJ0329>> 28 Mart 2023
- Committee Against Torture, J.H.A. v Spain (Marine I), CAT/C/41/D/323/2007, 21.11.2008 <<https://www.refworld.org/cases,CAT,4a939d542.html>> 12 Nisan 2022.
- ECtHR, 59793/17, 11.12.2018, M.A. and Others v Lithuania <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-188267>> 26 Eylül 2022.
- ECtHR, 51246/17, 08.07.2021, D.A. and Others v Poland <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-210855>> 3 Kasım 2022.
- ECtHR, 40503/17; 42902/17; 43643/17, 23.07.2020, M.K. and Others v Polan <<https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-203840>> 10 Eylül 2022.
- ECtHR, 41326/17, 8098/18, 8147/18, 8384/18, 10.03.2022, Shenturk and Others v Azerbaijan <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-216016>> 11 Eylül 2022.
- ECtHR, 5560/19, 15.04.2021, K.I. v France <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-209520>> 14 Aralık 2022.
- ECtHR, 59166/12, 23.08.2016, J.K. and Others v Sweden <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165442>> 2 Mayıs 2022.
- ECtHR, 27765/09, 23.02.2012, Hirsi Jamaa and Others v Italy <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109231>> 20 Haziran 2020.
- ECtHR, 16643/09, 21.10.2014, Sharifi and Others v Italy and Greece <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-147702>> 22 Eylül 2022.
- ECtHR, 29681/08, 10.11.2011, *Affaire Mallah v. France* <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-107415>> 12 Mayıs 2023.
- ECtHR, 41226/09, 14.11. 2017, *Işıkırık v. Turkey Kararı*, para 56-58 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-178506>> 22 Mart 2023.
- HRC, 13.03.2020, Communication No. 3043/2017, A.S., D.I., O.I. and G.D. v. Malta <[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f128%2fd%2f3043%2f2017&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f128%2fd%2f3043%2f2017&Lang=en)> 30 Ağustos 2021.
- HRC, 04.11.2020, Communication No. 3042/2017, A.S., D.I., O.I. and G.D. v. Italy <<https://undocs.org/en/CCPR/C/130/D/3042/2017>> 30 Ağustos 2021.
- HRC, Communication No. 2343/2014, 23.07.2015, H.E.A.K. v. Denmark, CCPR/C/114/D/2343/2014 <<https://www.refworld.org/cases,HRC,59315c5f4.html>> 12 Mayıs 2022.
- Inter-Am.Ct.H.R, 19.08.2014, Advisory Opinion OC- 21/14, Requested By The Argentine Republic, The Federative Republic Of Brazil, The Republic Of Paraguay And The Oriental Republic Of Uruguay (Rights And Guarantees Of Children In The Context Of Migration And/Or In Need Of International Protection) para 219, [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen\\_seriea\\_21\\_eng.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen_seriea_21_eng.pdf), 22 Ocak 2023.
- Conviction with absolute discharge for facilitating unauthorised residence did not breach the Convention, (ECHR 238 (2011) 10.11.2011) (Press Release) <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-3739606-4267555>> 12 Mayıs 2023.
- Conviction with absolute discharge for facilitating unauthorised residence did not breach the Convention, (ECHR 238 (2011)) (Press Release).

### **Uluslararası Belgeler**

- Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFREU) (2012) OJ C326.
- Convention Relating to the Status of Refugees, United Nations, Treaty Series, vol. 189, p 137.
- Convention on the High Seas, United Nations, *Treaty Series*, vol. 450, p. 11.
- International Convention on Salvage (1989), United Nations, *Treaty Series*, v1953.pdf., Art 10.

- International Convention for the Safety of Life at Sea (1974), United Nations, *Treaty Series*, 1184, 1185 (p.2).
- International Convention on Maritime Search and Rescue (1979), United Nations, *Treaty Series*, v1405.pdf.
- International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families, *Treaty Series*, vol. 2220, p. 3.
- Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, United Nations, *Treaty Series*, vol. 2241, p. 507.
- Protocol relating to the Status of Refugees, United Nations, *Treaty Series*, vol. 606, p 267.
- United Nations Convention on the Law of the Sea (1982), United Nations, *Treaty Series*, vol.1833.
- Vienna Convention on the Law of Treaties, United Nations, *Treaty Series*, Vol. 1155, p. 331.
- CCPR, General Comment No. 36, Article 6 Right of life (CCPR/C/GC/36) 3 September 2019.
- Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, General comment No. 5 (2021) on migrants' rights to liberty and freedom from arbitrary detention and their connection with other human rights, (CMW/C/GC/5) 21 July 2022.
- Criminalization of humanitarian and other support and assistance to migrants and the defence of their human rights in the EU (International Commission of Jurists, 22April 2022).
- CoE, 'Using Criminal Law To Restrict The Work Of Ngos Supporting Refugees And Other Migrants In Council Of Europe Member States, Thematic Study prepared by Dr Carla Ferstman on behalf of the Expert Council on NGO Law of the Conference of INGOs of the Council of Europe', CONF/EXP(2019)1, December 2019.
- Directive 2008/115/EC, Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals, OJEU, 24.12.2008
- Directive 2013/32/EU, Of The European Parliament And Of The Council Of 26 June 2013 On Common Procedures For Granting And Withdrawing International Protection (Recast), Official Journal of the European Union (29.06.2013).
- General comment No. 5 (2021) on migrants' rights to liberty and freedom from arbitrary detention and their connection with other human rights, 21 July 2022 (CMW/C/GC/5).
- Human Rights Council, Human rights and international solidarity, Report of the Independent Expert on human rights and international solidarity (Forty-first session 24 June- 12 July 2019) (A/HRC/41/44), 16 April 2019.
- IMO, Maritime Safety Committee, Guidelines on the Treatment of Persons Rescued At Sea, Resolution MSC.167(78), 20 May 2004.
- Legislative Guide for the Implementation of the United Nations Convention against Transnational Organised Crime and the Protocols Thereto (United Nations: New York, 2004).
- Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, "Fit for purpose? The Facilitation Directive and the criminalisation of humanitarian assistance to irregular migrants", 2016.
- Regulation (EU) 2016/399 of the European Parliament and of the Council of 9 March 2016 on a Union Code on the rules governing the movement of persons across borders (Schengen Borders Code) (codification), Official Journal of the European Union (23.03.2016) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32016R0399>, 23 Mayıs 2023.
- Opening statement by UN High Commissioner for Human Rights Michelle Bachelet to the 42nd session of the Human Rights Council, 9 September 2019 <<https://www.ohchr.org/en/statements/2019/09/global-update-42nd-session-human-rights-council>> 2 Mayıs 2023.
- The Schengen acquis - Convention implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985 between the Governments of the States of the Benelux Economic Union, the Federal Republic of Germany and the French Republic on the gradual abolition of checks at their common borders, Official Journal of the European Communities, 22/09/2000.
- United Nations General Assembly, Fifty-fifth session (Agenda item 105), Report of the Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime on the work of its first to eleventh sessions, Interpretative notes for the official records (travaux préparatoires) of the negotiation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto (A/55/383/Add.1) 3 November 2000.
- UNODC, Legislative Guide For The Implementation Of The Protocol Against The Smuggling Of Migrants By Land, Sea And Air, Supplementing The United Nations Convention Against Transnational Organized Crime (Part Three).
- UNHCR, Background Note on the Protection of Asylum-Seekers and Refugees Rescued at Sea, 11 April 2002.
- UNHCR, General legal considerations: search-and-rescue operations involving refugees and migrants at sea, November 2017 <<https://www.refworld.org/docid/5a2e9efd4.html>> 2 Mayıs 2023.

#### ATIF BİÇİMİ / HOW CITE THIS ARTICLE

Balcı M, Karagözoğlu C, 'The Problem of the Criminalisation of Humanitarian Aid in the Context of the 2002 European Union Directive and Framework Decision on Strengthening the Criminal Framework to Prevent the Facilitation of Unauthorised Entry, Transit and Residence' (2023) 11(2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology, 198.