İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

İstanbul Hukuk Mecmuası, 81 (3), 773-815

DOI: 10.26650/mecmua.2023.81.3.0002
https://dergipark.org.tr/pub/ihm
http://mecmua.istanbul.edu.tr/tr/_

İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 06.07.2022
Revizyon Talebi: 28.07.2022
Son Revizyon Tarihi: 11.10.2023
Kabul: 15.10.2023
Online Yayın: 19.12.2023

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Göçmen Kaçakçılığı Suçu Bağlamında Göçmenlerin Cezasızlığı İlkesi Çerçevesinde İdari Gözetim Tedbirinin Değerlendirilmesi*

Meral Balcı**

Öz

Göçmen kaçakçılığı sınıraşan niteliği ile çok yönlü bir konudur. Devletlerin yasa dışı göçle mücadeleyi hukuksal düzlemde ele almaya yönelik girişimleri kapsamında 2000 tarihli Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol de bulunmaktadır. Bu Protokol ile üye devletlere yasal düzenlemeler ile göçmen kaçakçılığını suç olarak kabul etme yükümlülüğü öngörülmüş ve ayrıca bazı durumlarda göçmenlerin haklarının korunmasının önemine dikkat çekilmiştir. Bu yönüyle Protokol hem devlet hem göçmen odaklı bir yaklaşım göstermektedir. Çalışma bağlamında özellik arz eden husus, göçmenlerin cezalandırılmaması ilkesidir. Protokol md. 5 düzenlemesi buna yönelik olup, göçmenlerin göçmen kaçakçılığı suçunun konusu olmaları nedeniyle cezai kovuşturmaya tabi tutulamayacağı belirtilmiştir. Göçmenlerin suçun konusunu teşkil ettiği vurgusu, göçmenlerin göçmen kaçakçılığı suçu kapsamında hukuki niteliğinin ayrıca ele alınmasını gerektirmektedir. Sözü edilen ilke bağlamında göçmenlerin cezalandırılmamasının esası ve kapsamı incelenecektir. İnceleme, idari gözetim tedbiri ekseninde yapılacaktır. İdari gözetim tedbiri, yabancıların ülkeye kabul veya ülkeden sınır dışı edilmelerine ilişkin süreçte belirli koşulların varlığı halinde uygulanmaktadır. Tedbir, önceleri istisnai niteliği ile anılmakta iken; son zamanlarda yasa dışı göç olaylarının artışı ile tartışma konusu olmaya başlamıştır. Özellikle son yıllarda göçmenlere yönelik uygulanan idari gözetim tedbirinde yaşanan artış, tedbire yönelik ceza hukuku perspektifinden bir yaklaşımı gerekli kılmıştır. İdari gözetimi konu bakımından önemli kılan husus, bu tedbirin kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma esasına dayanmasıdır. Bu nedenle ceza hukuku kurumları olarak gözaltı, tutuklama ve hapis cezası ile benzer yönleri ön plana çıkarılmaktadır. İdari gözetimin, kaçak göçmenlere yönelik bir cezalandırma aracı olarak kullanılıp kullanılmadığı ve buna bağlı olarak Protokol md. 5'in ihlaline sebep olup olmadığı çalışmanın temel sorusunu teşkil etmektedir.

Anahtar Kelimeler

Göçmen Kaçakçılığı, Yabancı, Protokol, İdari Gözetim, Cezasızlık

Evaluation of Administrative Detention Within the Framework of Immigrants' Impunity in the Context of Migrant Smuggling Crime

Abstract

Migrant smuggling is a multifaceted problem with a transnational nature. The United Nations Convention against Transnational Organized Crime also includes the Protocol against Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, established in 2000, as part of the legal efforts of the States to combat illegal immigration. With this Protocol, the State parties are obligated to criminalize migrant smuggling. Furthermore, the importance of protecting the rights of immigrants has been pointed out in some cases. In this respect, the Protocol presents both State and immigrant-oriented approach.

The peculiarity of this paper is the principle of not punishing immigrants. Protocol art 5 is for this purpose, which states that immigrants are immune from criminal prosecution because they are the subject of the migrant smuggling crime. Emphasizing the fact that immigrants are the subject of the crime necessitates a distinct treatment of the legal status of

* Bu makale 26-29 Mayıs 2022 tarihlerinde Ankara'da gerçekleştirilen XII. Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı'nda sunulan bildirinin genişletilmiş halidir.

** **Sorumlu Yazar:** Meral Balcı (Dr. Öğr. Üyesi), Bursa Uludağ Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Bursa, Türkiye. E-posta: balcmeral@gmail.com; Orcid: 0000-0002-6089-0952

Atıf: Balcı M, "Göçmen Kaçakçılığı Suçu Bağlamında Göçmenlerin Cezasızlığı İlkesi Çerçevesinde İdari Gözetim Tedbirinin Değerlendirilmesi" (2023) 81(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 773. https://doi.org/10.26650/mecmua.2023.81.3.0002

This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License

immigrants within the context of the migrant smuggling crime. The basis and scope of not punishing immigrants will be examined in the context of the mentioned principle. The examination will be carried out on the axis of administrative detention measure. Administrative detention measures are applied in the presence of certain conditions in the admission or deportation process of aliens from the country. The increased administrative detention measures against immigrants necessitated an approach from the perspective of criminal law, particularly in recent years. Administrative detention is important concerning the subject matter because it is founded on the principle of liberty deprivation.

Keywords
Migrant Smuggling, Foreigner, Protocol, Administrative detention, Non-punishment

Extended Summary

The Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air supplemented the United Nations Convention against Transnational Organized Crime. This Protocol aims to prevent and combat the smuggling of migrants, and promote cooperation among State parties to that end, while protecting the rights of smuggled migrants (Protocol Art. 2). Article 3 of the Protocol defines the offense of migrant smuggling. Smuggling of migrants shall refer to the procurement of the unauthorized entry of a person into a State party, of which the individual is neither a national nor a permanent resident, with the intent of obtaining a financial or other material benefit, either directly or indirectly.

Article 5 of the Protocol regards non-criminalization. Migrants shall not be liable for criminal prosecution under this Protocol because they have been the object of the conduct set forth in article 6 of this Protocol. This regulation of the Protocol covers all foreigners. In this context, there is no distinction between stateless, asylum seekers or refugees.

The legal status of the immigrant in the immigrant smuggling crime is important. Although certain perspectives on this matter solely consider immigrants as the object of the crime, others consider the immigrant to be both the object and the victim of the crime. Unlike human trafficking, migrant smuggling does not invariably involve the victimization of the immigrant. Conditions that pose a threat to the lives or safety of the migrants in question, or are likely to do so, or involve inhuman, degrading, or exploitative treatment of such migrants, constitute aggravating circumstances. Such are the conditions under which the migrant ought to be classified as a victim of the crime.

As a rule, the fact that immigrants are the object of the immigrant smuggling crime is crucial in terms of evaluating the measures and sanctions applied to immigrants. In the context of this paper, administrative detention is the significant measure. This paper will undertake a more comprehensive examination of administrative detention.

Administrative detention is defined as a non-punitive, bureaucratic measure that is meant to enable the enactment of border control. Immigration detention formally

does not constitute a punishment. However, as criminal law institutions, similar aspects of detention, custody, and imprisonment are highlighted. The study's main question is whether administrative detention is used as a means of punishment for undocumented immigrants and, accordingly, whether it causes a violation of article 5 in the Protocol.

The instrumental function of punishment includes notions of deterrence, rehabilitation, and incapacitation. The prevailing inclination toward penalizing immigrants is a result of the unlawful implementation of administrative detention. Because of the imposition of harsh conditions and the deprivation of fundamental freedom, the detention of immigrants is punitive in nature, not because of the justification. The mentioned functions of punishment as a whole can only be accepted in such a case, except that this administrative detention constitutes a tool in managing illegal migration, not the fight against illegal migration.

Regulations under criminal law provide both the source and the limit of the authority to imprison a person. The justification for detaining immigrants is entirely different. The characteristic feature of immigration detention is that it is based on administrative rather than punitive reasons. The assurance provided pursuant to Article 5 of the Protocol pertains to the immigrant's immunity from criminal prosecution. In other words, this regulation prevents penal and criminal procedure institutions from applying to immigrants. Hence, the detention of immigrants cannot be deemed a form of punishment unless it satisfies the requirements of punishment. Administrative detention should be accepted as a necessary measure to maintain public order, within the framework of exceptional conditions, and in accordance with legal provisions.

Giriş

Yerleşme ve seyahat hürriyeti, hem vatandaş hem de yabancı bakımından gerek ulusal gerek uluslararası düzenlemelerde belirlenen şartlar çerçevesinde tanınan bir haktır. Bu hak bağlamında getirilen sınırlama ve yasaklamaların amacı ise, göçmenlerin ilgili düzenlemelere aykırı şekilde ülkeye giriş ve çıkışının ya da ülkede kalışının engellenmek istenmesi sebebine dayanmaktadır[1].

Sınıraşan[2] özelliği ile ön plana çıkan göçmen kaçakçılığı suçunun TCK'da karşılığını bulması yakın zamana denk gelmektedir. Bu suça ilişkin düzenlendiği yerden[3], TCK sistematiğinde yer verildiği bölüme[4], suçla korunan hukuksal değerden[5] suçun mağdurunun kim olduğuna kadar çok sayıda tartışma bulunmaktadır. Konu yalnızca iç hukukla sınırlı kalmayıp, ilgili fiilin özelliği gereği uluslararası hukuk

[1] Ali Hakan Evik, 'Göçmen Kaçakçılığı Suçu', (2005) IX (3-4) Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 125, 165.

[2] Sınıraşan suç, Birleşmiş Milletler Suçu Önleme ve Ceza Adaleti Birimi (*United Nations Crime Prevention and Criminal Justice Branch*) tarafından "*ülke sınırlarını aşan, birden fazla ülkenin kanunlarını ihlal eden veya başka ülkeler üzerinde de etki eden cezai nitelikteki fiiller*" şeklinde ifade edilmiştir (Asuman Aytekin İnceoğlu, 'Göçmen Kaçakçılığı Suçu', (2019) 14 (175-176) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 387, 389). Sınıraşan organize suç şekli olarak göçmen kaçakçılığının gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aryani Sri Hartati, 'Criminalization Of The Smuggling Of Migrants In Accordance With The United Nations Convention Against Transnational Organized Crime And Protocol Against The Smuggling Of Migrants By Land, Sea And Air', (2013) 11 (1) Indonesian Journal of International Law 19, 21 vd. Sınıraşan suç tanımı için bkz. ibid 24.

[3] Türk hukuku kapsamında göçmen kaçakçılığı suçu diğer ülke düzenlemeleri ile karşılaştırıldığında bazı farklılıklar dikkat çekmektedir. Nitekim Almanya, Fransa, İsviçre'de suç, ceza kanunu dışında bir kanunda düzenlenmişken; Türk hukukunda TCK'da karşılık bulmaktadır. Çeşitli devletlerdeki göçmen kaçakçılığı suçuna ilişkin düzenlemeler için bkz. Zeynel Temel Kangal, 'Göçmen Kaçakçılığı Suçu', (2019) 21 (Özel Sayı) D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan 221, 226-229.

[4] Göçmen kaçakçılığı suçu 765 sayılı TCK döneminde "*İş ve Çalışma Hürriyeti Aleyhine Cürümler*" faslına dâhil edilmiştir. Daha sonra 2001 TCK Öntasarısında ise "*Kişilere Karşı Suçlar*" başlıklı birinci kısmının ikinci bölümünde göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti alt başlığı ile düzenlenmiştir. Suçun iş ve çalışma hürriyeti kapsamında düzenlenmesine yönelik eleştiriler için bkz. Çetin Arslan, 'Göçmen Kaçakçılığı Suçları', (2003) 52 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 113, 116 vd. TCK kapsamında uluslararası suçlar başlığı altında düzenlenen göçmen kaçakçılığı suçunun diğer uluslararası suçlar ile karşılaştırıldığında, bu sonuca ulaşmanın güç olduğu yönünde değerlendirme için bkz. Aytekin İnceoğlu (n 2) 389. Benzer yönde değerlendirme için bkz. Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, (19. bası, Seçkin 2021) 90; Özlem Yenerer Çakmut, 'Türk Ceza Yasası'nda Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK m.79)', (2010) 9 (2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 115, 118; Kangal (n 3) 226. Göçmen kaçakçılığı suçunun mutlaka TCK'da yer alması isteniyorsa, devletin güvenliğine karşı suçlar kapsamında düzenlenmesinin daha yerinde olacağı yönünde görüş için bkz. Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (16. bası, Seçkin 2021) 62. Aynı yönde değerlendirme için bkz. Koray Doğan, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, (3. bası, Seçkin 2021) 99; A. Caner Yenidünya ve M. Emin Alşahin, 'Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK. m.79)', (2009) 82 TBB Dergisi 1, 4. *Göçmen kaçakçılığı suçunun, yasaklanmış bir ekonomik faaliyeti cezalandırdığından, ekonomik bir suç niteliğinde olduğu* yönünde değerlendirme için bkz. Kangal (n 3) 231. Göçmen kaçakçılığı suçunun Türk Ceza Kanunu'nun, uluslararası suçlar kısmında düzenlenmiş olmasının, diğer ülkelerin yasal düzenlemelerine de örnek oluşturacak şekilde "uluslararası hukuk suçu" olarak kabul edilmesi bakımından önemli bir adım teşkil ettiği yönünde değerlendirme için bkz. Ayhan Döner ve 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. Benzer yönde görüş için bkz. Kemalettin Erel, 'Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı Suçu', (2007) 71 TBB Dergisi 264, 267.

[5] Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (8. baskı, Adalet 2022) 81 vd. Doktrinde yer alan görüşler bağlamında suçla korunan hukuksal değere yönelik genel ayrımın, toplumu oluşturan herkes bakımından kamu güveni, kamu ekonomisi ve kamu düzeninin korunması ile bireysel olarak göçmenlerin maddi ve manevi varlığı ile genel ve objektif malvarlığı üzerinden şekillendiğini söylemek mümkündür. Diğer bir ifadeyle göçmen kaçakçılığı suçu korunan hukuksal değer bakımından karma nitelik arz etmektedir. Arslan (n 4) 118 vd.; Tezcan, Erdem ve Önok (n 4) 92; Aytekin İnceoğlu (n 2) 390-391; Yenerer Çakmut (n 4) 121; Kangal (n 3) 230-231; Saniye Kılınçarslan, 'Göçmen Kaçakçılığı Sırasında Meydana Gelen Ölüm Olayları', (2016) 15 (1) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 853, 855-856; Gökçe Tunç, 'Göçmen Kaçakçılığı Suçuna İlişkin Yargıtay Karar Tahlili', (2016) 2 (3) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 199, 202. Göçmenlerin malvarlığı değerlerinin bu suçun konusuna dâhil olmadığı yönünde bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 4) 64.

alanında da güncelliğini korumaktadır. Sınır güvenliğinin sağlanmasına yönelik gerekliliğin bir sonucu olarak devletlerin, sınırları ötesindeki göçü kontrol etmek için aldıkları önlemler ile birlikte, bu kontrolü bölge dışında ve diğer devletler tarafından uygulanan girişimlerle bütünleştirme süreci önem kazanmaktadır[6].

Artan yasa dışı göçmen akışına ilişkin endişeler, akışı kolaylaştıranları bastırma çabalarını koordine etmeyi amaçlayan bir aracın geliştirilmesi gerekliliğini ön plana çıkarmıştır[7]. Devletlerin terörizm, göçmen kaçakçılığı, insan ticareti gibi güçlü bir uluslararası öğeye sahip meselelerle ilgili olarak yetki alanlarını genişletmek için anlaşmalar aracını giderek daha fazla kullanmak suretiyle işbirliğini kolaylaştırmak ve sınıraşan suçlar için cezasızlığın 'güvenli limanlarını' azaltmak için kendi aralarında yargı yetkisini etkin bir şekilde tahsis etmelerine izin verdikleri görülmektedir[8]. Bu bağlamda devletler için ekonomi, güvenlik alanında ya da toprak bütünlüğü vb. konusunda risk oluşturan[9] göçmen kaçakçılığına ilişkin, Türkiye dâhil olmak üzere birçok devletin gerek bunu içeren özel bir kanunda[10] gerekse de temel ceza kanunlarında yer alan düzenlemelerinin[11] meşru temelini 2000 tarihli Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol[12] teşkil etmektedir.

Özellikle örgütlü suç ve uluslararası suç ağları ile ilişkisi düşünüldüğünde, göçmen kaçakçılığının uluslararası toplum için sürekli bir sorun olduğunu[13] ifade etmek yanlış olmayacaktır. Nitekim Protokol'ün hazırlanma amacının, Protokol

---

6 Alberto Aziani, 'The heterogeneity of human smugglers: a refection 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> Erişim tarihi 13 Mart 2022, 2.

7 Neil Boister, *An Introduction to Transnational Criminal Law* (2. Bası, Oxford University Press 2018) 76.

8 Anne T. Gallagher ve Fiona David 'Acting against Migrant Smuggling: Capacities and Limitations', *The International Law of Migrant Smuggling*, (Cambridge University Press 2014) 202-275, 223. Nitekim Aralık 2018'de BM Genel Kurulu'nda, hiçbir devletin göçü tek başına ele alamayacağına ve devletlerin egemenliğini ve uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerini korurken, göçle ilgili tüm ilgili aktörler arasında uluslararası işbirliğinin gerekli olduğuna dikkat çekilmiştir (Elspeth Guild 'Assessing Migration Management and the Role of Criminal Law', *Controlling Immigration Through Criminal Law: European and Comparative Perspectives on 'Crimmigration'* (Oxford 2020) 9–24, 9). Yazar bu açıklamanın, göç politikasının özellikle yirminci yüzyılın sonlarında ve yirmi birinci yüzyılda devletler arasında komşularına danışmadan sınır kontrolleri ve göç bakımından harekete geçme hakkı konusunda önemli bir uyuşmazlık kaynağı olması sebebiyle dikkate değer olduğunu belirtmiştir. ibid 9.

9 Yusuf Başlar, 'The Crime of Migrant Smuggling in Turkish Legal System in the Light of Recent Developments', (2018) 8 (2) Hacettepe HFD 337, 341. Egemenliğe yönelik tehditlerin, göçmen kaçakçılığı uygulaması da dâhil olmak üzere, sınıraşan organize suçlara karşı yasal bir rejimin geliştirilmesi için birincil itici gücü ve gerekçeyi teşkil ettiği yönünde bkz. Gallagher ve David (n 8) 205.

10 Türk hukukunda da suçun özel bir kanunda düzenlenmesinin daha uygun olacağı yönünde bkz. Yenidünya ve Alşahin (n 4) 6.

11 Ceza hukuku ve göç hukukunun bir arada ele alınmasını gerektiren göçmen kaçakçılığı için iki hukuk dalının sentezini ifade edecek şekilde "*crimmigration*" ifadesi dikkat çekicidir. Boister (n 7) 76.

12 Çalışmada bundan sonra "Protokol" olarak anılacaktır. Protokol, BM Genel Kurulu'nda 15.11.2000 tarih ve A/RES/55/25 sayılı Kararı ile kabul edilmiştir. 28.01.2004'te yürürlüğe giren Sözleşme'yi 112 devlet imzalamış olup; 06 Şubat 2018 tarihi itibarıyla 146 devlet buna taraftır. Tezcan, Erdem ve Önok (n 4) 91.

13 Javier Escobar Veas, 'Smuggling of Migrants is and Should be Established as an Autonomous Offence', (2019) 27 European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 226, 227; Bregje Pieters, 'Dutch Criminal And Administrative Law Concerning Trafficking in And Smuggling Of Human Beings The Blurred Legal Position Of Smuggled And Trafficked Persons: Victims, Instigators Or Illegals?', *Immigration and Criminal Law in the European Union: The Legal Measures and Social Consequences of Criminal Law in Member States on Trafficking and Smuggling in Human Beings*, (Brill 2006) 201-239, 207.

uyarınca oluşturulan yaptırımların göçün kendisine değil, suç örgütleri tarafından göçmen kaçakçılığına uygulanacak olması[14] bunu desteklemektedir. Bununla birlikte bu kabul, Protokol'ün, kaçak göçmenlerle ilgili insan hakları sorunlarından ziyade ağırlıklı olarak, kabul eden devletlerin güvenlik ve egemenlik endişelerini gidermek amacını taşıdığı sonucunu[15] da beraberinde getirmektedir.

Protokol kapsamında devletlerin kamu düzeninin korunması ve göçmen hakları arasındaki dengeyi ne şekilde sağlaması gerektiği önem taşımaktadır. Çalışmada göçmen kaçakçılığı bağlamında öncelikle göçmenin, göçmen kaçakçılığındaki konumu özellikle insan ticareti suçu ile karşılaştırılarak açıklanacaktır. Bu noktada göçmen kaçakçılığı suçuna ilişkin suçun mağduru ve konusu arasındaki ayrımın netleştirilmesi amaçlanmaktadır. Hem bu konu bağlamında hem de çalışmanın ana eksenini teşkil etmesi nedeniyle Protokol md. 5 düzenlemesi önemlidir. Göçmenlerin cezalandırılmaması ilkesini konu edinen bu düzenleme çerçevesinde göçmenin suçun konusunu teşkil ettiği kabulü ile birlikte, günümüzde artan göç dalgalarının etkisiyle göçmenlere yönelik daha kısıtlayıcı ve cezalandırıcı nitelikteki uygulamaların çoğalması nedeniyle bu düzenlemenin kapsamının tam olarak belirlenmesi gereklidir. Düzenlemenin kapsamının belirlenmesinde sadece ilgili düzenlemeye yönelik inceleme yeterli değildir. Göçmenlerin cezalandırılmaması ilkesinin Protokol'ün bütününden ayrı olarak açıklanmaya çalışılması yetersiz sonuçlara ulaşılmasına sebep olabilecektir. Bu nedenle Protokol'ün ilgili düzenlemeleri de irdelenecek, Protokol'ün genel değerlendirmesi ilgili yerlerde ele alınacaktır.

Göçmenin göçmen kaçakçılığı suçundaki hukuki niteliğine ilişkin tespit ve Protokol kapsamında göçmenlerin ne şekilde ele alındığına yönelik değerlendirme, göçmenin bu suç kapsamında gerçekleştirdiği fiil (ülkeye yasa dışı giriş ve ülkede kalış) nedeniyle sorumlu tutulacağı yaptırımlar ve tedbirlere ilişkin inceleme bakımından yol gösterici olacaktır. Konuyla ilişkili olarak ön plana çıkan idari gözetim tedbirine yönelik iddialar dikkate alınmak suretiyle, çalışmada Protokol ile sınırlı kalınarak idari gözetimin göçmenlerin cezalandırılmaması ilkesine aykırılık teşkil edip etmediği konusu çok yönlü şekilde ele alınacaktır. Belirtilen hususlar çerçevesinde idari gözetimin yasa dışı göçe karşı mücadelede mi yoksa yasa dışı göçün yönetiminde mi bir araç teşkil ettiğinin[16] incelenmesi gerekmektedir.

---

[14] Pablo Rodríguez Oconitrillo, '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)', (2014) <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9791.pdf?view=1> Erişim tarihi 2 Nisan 2022, 4.

[15] Nitekim doktrinde bir görüş, Protokol'ün mağdur olarak belirledikleri kişilere sağladığı güvencenin insan hakları açısından zayıf kaldığını, temel hizmetlere, sığınma talep etme haklarına, ikamet koşullarına veya sınır dışı edilmekten korunmalarına ilişkin yükümlülüklere yeterince yer verilmediğini ileri sürmüştür. Guild (n 8) 18.

[16] Galina Cornelisse, 'Immigration Detention: An Instrument in the Fight Against Illegal Immigration or a Tool for Its Management?', *Immigration Detention, Risk and Human Rights: Studies on Immigration and Crime* (Springer 2016) 73-90, 73 vd.

I. Protokol Bağlamında Göçmen Kaçakçılığının Kapsamı

A. Fiil Bakımından

Devletlerin göçmen kaçakçılığına karşı koymaya istekli olmalarının ana nedeni göçmen kaçakçılığının düzensiz göçle bağlantılı olmasıyla ilgili olup, bu neden devlet merkezli yaklaşımın bir ifadesi olarak kabul edilmektedir. Devlet merkezli bir yaklaşımda, göçmen kaçakçılığının haksızlığı, düzensiz göçün haksızlığına, ilk faaliyetin ikincisini gerçekleştirmenin bir aracı olmasına ve dolayısıyla devletlerin sınırlarını kapatma ve topraklarına kimleri kabul edeceklerini seçme hakkına sahip olduğu varsayımına bağlı kılınmaktadır. Bu perspektifte kaçakçılığın bir sorun olarak görülmesinin nedeni, göçmen kaçakçılığını gerçekleştiren ile kaçak göçmen arasındaki ilişkiden çok, kaçak göçmen ile yabancı devlet arasındaki ilişkide yatmakta olup, kaçakçılığı gerçekleştirenler sadece tali taraf teşkil etmektedir[17]. Bu bağlamda göçmen kaçakçılığı ile mücadele, devletlerin düzensiz göçle bizzat mücadele etmesinin bir yolu olarak görülmektedir[18].

Protokol göçmen kaçakçılığı konusuna, kaçakçılığın gerçekleştirilmesinden kazanç sağlayan uluslararası suç örgütlerinin faaliyetlerini bozmaya odaklanarak, ceza adaleti perspektifinden yaklaşmaktadır. Göçmen kaçakçılığının tanımına md. 3'te yer verilmiştir[19]. Protokol kapsamında göçmen kaçakçılığı, "*Doğrudan doğruya veya dolaylı olarak mali ve diğer bir maddi çıkar elde etmek için, bir kişinin vatandaşlığını taşımadığı veya daimi ikametgâh sahibi olmadığı bir taraf devlete yasa dışı girişinin temini*[20]" şeklinde ifade edilmiştir[21]. Yasa dışı giriş, giriş yapılan devletin yasal giriş için gerekli şartlarına[22] uymaksızın sınırı geçmek (Protokol md. 3/b) anlamına gelmektedir. Söz konusu düzenlemeyi aynı zamanda hem göç politikaları hem de sınır savunması açısından, devletlerin önceliğinin yabancıların yasa dışı olarak çıkışlarını değil, topraklarına girişlerini kontrol etmek olduğunun[23] ifadesi şeklinde değerlendirmek mümkündür.

---

17 Alessandro Spena, 'Smuggled Migrants as Victims? Reflecting on the UN Protocol against Migrant Smuggling and on Its Implementation', (2019) 3 (4) Transnational Crime 43, 45.

18 ibid 43-44.

19 Tanımın yetersiz olduğu yönünde görüş için bkz. Hartati (n 2) 22. Buna karşılık tanımın, Protokol'ün Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ni tamamlayıcı nitelikte olmasının da altını çizdiği, kaçakçılığın suç dinamiklerine vurgu yapılması ve kaçakçılığı kavramsallaştıran ve tanımlayan geniş bir tanımın benimsenmesinin işlevsel olduğu yönünde görüş için bkz. Aziani (n 6) 4. Yazar, tanım ne kadar genel olursa, devletler ve diğer kurumların bu konuda o kadar çok anlaşmaya varabileceklerini ve acil olarak algılanan bir sorunu çözmek için işbirliği yapabileceklerini belirtmiştir. ibid 4.

20 TCK'da göçmen kaçakçılığı suçunda "yasa dışı girişin temini" yerine "ülkeye sokmak" ifadesinin kullanılmasının hatalı bir kullanım olduğu yönünde değerlendirme için bkz. Doğan (n 4) 133.

21 Belirtilmelidir ki, TCK kapsamında göçmen kaçakçılığı, Türkiye'den yasa dışı yollarla çıkışı da (TCK md. 79/1-b) kapsamaktadır.

22 Yabancıların, Türkiye'ye giriş şartları, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda düzenlenmiştir.

23 Vincenzo Militello ve Alessandro Spena, 'Between Criminalization and Protection The Italian Way of Dealing with Migrant Smuggling and Trafficking within the European and International Context', *Transnational Crime* (Brill 2019) 18.

Protokol md. 3 düzenlemesi ifadesel olarak dikkate alındığında, kaçakçılığı gerçekleştirenin suç teşkil eden fiilini "nedensel" terimlerle yabancının düzensiz girişi şeklinde bir sonucun "sağlanması" olarak tanımlaması kaçak göçmenleri kavramsal olarak fiilin pasif tarafına yerleştirmekte ve sürece aktif bir katkı gerçekleştirenler olarak değil, kaçakçılığı gerçekleştirenin fiilinin bir parçası olarak dikkate alınmalarını gerektirmektedir[24]. Bu, kaçak göçmenlerin konumunun fiillerle (örneğin, yabancıya düzensiz bir şekilde girmesine veya kalmasına yardımcı olmak) değil, isimlerle (giriş, kalış) ifade edilmesi gerçeğiyle de doğrulanmaktadır[25]. Protokol kapsamında göçmen kaçakçılığının bu şekilde sınırlandırılması önemlidir. Çünkü Protokol göçmenlerin yasa dışı olarak başka ülkelere girişini değil, göçmenlere buna yönelik imkân sağlanmasını suç olarak dikkate almaktadır. Bu ise göçmenlerin bu suç kapsamında statülerinin belirlenmesi bakımından fayda sağlamakta ve göçmenin suçun faili olarak değerlendirilemeyeceği sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Bu bağlamda, bir devletin topraklarına izinsiz olarak girmek veya orada kalmak gibi temel hukuka aykırı fiilleri suç olarak cezalandırma tercihi söz konusu değildir.

Bu bağlamda Protokol taraf devletlere konuya ilişkin yükümlülükler[26] öngörmektedir. Protokol 6. madde ile taraf devletlere göçmen kaçakçılığı kapsamında 3 ayrı fiili suç sayması yükümlülüğü getirmekle birlikte[27], bu yükümlülüğün asgari düzeyde olduğu ve Protokol ile belirlenen asgari standartları göçmenler lehine ya da örgütlü suçluluk aleyhine aşan düzenlemelere de cevaz verildiği[28] göz önünde bulundurulmalıdır. Devletlerin Protokol ile birlikte getirilen hükümleri amacına uygun şekilde iç hukuka dâhil edip edemedikleri konusu, özellikle göçmen kaçakçılığı suçunda kimlerin cezalandırılıp cezalandırılamayacağı meselesi ile birlikte ayrıca önem taşımaktadır. Protokol kapsamında ön plana çıkarılan iki husus, göçmen kaçakçılığı suçu kapsamında cezalandırılabilirlik alanını önemli ölçüde daraltmaktadır.

---

[24] Spena (n 17) 47.

[25] ibid 47. Yazar, Protokol'ün hazırlık çalışmaları sırasında "yasa dışı girişin sağlanması" kavramının sorunlu olarak görüldüğüne dikkat çekmiştir. Bu sorunu ileri süren görüşe göre, ulusal göç kanunlarının ihlaline ve bu ihlallere yardım etme şeklinde suç ortaklığına atıfta bulunmak daha yerinde olacaktır. ibid 47.

[26] Sözleşmenin gerektirdiği yükümlülükler hakkında bkz. Hartati (n 2) 25.

[27] Ancak suçun kapsamının her taraf devlette aynı şekilde yer almadığı hakkında bkz. Escobar Veas (n 13) 227-228. Yazar, konuya ilişkin olarak Avrupa ülkelerine dikkat çekmiştir (Escobar Veas, s. 228). Bu bağlamda AB'nin, 2006 yılında Göçmen Kaçakçılığı Protokolü'nü onaylamakla birlikte; günümüz itibariyle, bu konudaki AB mevzuatının, tamamen farklı bir görüşten esinlenen ve böylece Göçmen Kaçakçılığı Protokolü'nden farklılaşan 2002/90/EC Direktifi ve 2002/946/JHA sayılı Çerçeve Kararı olarak adlandırılan 2002 Kolaylaştırma Direktifi'ne dayandığı göz önünde bulundurulmalıdır (Spena (n 17) 55). Kolaylaştırma Direktifi'nin 1. maddesinin 1(a) paragrafı, göçmen kaçakçılığını gerçekleştiren kişiyi (bu sembolik olarak "*düzensiz göçün kolaylaştırılması*" olarak adlandırılmaktadır) "*bir Üye Devletin vatandaşı olmayan bir kişiye, ilgili Devletin yabancıların girişine veya transit geçişine ilişkin yasalarını ihlal ederek bir Üye Devletin topraklarına girmesi veya bu topraklardan transit geçmesi için kasten yardım eden herhangi bir kişi*" şeklinde tanımlamaktadır. Söz konusu tanım, kaçak göçmenlerin rolü bağlamında göçmenlerin kendilerinin suçun işlenmesine aktif olarak dâhil olduğu görüşünü akla getirmektedir. (ibid 56).

[28] Gülşah Bostancı Bozbayındır, 'Türk Ceza Kanunu'nda göçmen kaçakçılığı suçu', (2015) Disiplinlerarası Göç ve Göç Politikaları Sempozyumu, 377–405, 379.

1. Göçmen Kaçakçılığında Maddi Menfaat Ölçütü

Bunlardan ilki göçmen kaçakçılığı suçunda fail olarak kabulün ancak kaçakçılığın maddi menfaat karşılığında[29] yapılmasına bağlı olmasıdır. Protokol kapsamında göçmen kaçakçılığı bakımından aranan maddi menfaat ölçütü önem arz etmekle birlikte, doğrudan çalışmanın konusunu teşkil etmemesi sebebiyle konu bütünlüğünün sağlanması için sınırlı şekilde ve genel hatları ile ele alınması gerekmektedir. Göçmen kaçakçılığı kapsamında sözü edilen ölçüt, hem göçmen kaçakçılığında göçmenlerin hem de göçmenlere yönelik gerçekleştirilen insani yardım çerçevesindeki katkıların cezasız kalmasını destekleyici bir işlev gerçekleştirmektedir. Bu çerçevede maddi menfaat ölçütü göçmen kaçakçılığı faaliyetleri kapsamında dikkate alınan "*göç kolaylaştırıcısı* (*migration facilitator*)" ve "*profesyonel kaçakçılık* (*professional smuggler*)" şeklinde ifade edilen kaçakçılığın gerçekleştiriliş şekillerine ilişkin skalanın iki uç kutbuna yönelik ayrımı[30] ortaya koymak bakımından da önem taşımaktadır.

Profesyonel kaçakçılık şeklinde ifade edilen, örgüt kapsamındaki kaçakçılık daha geniş bir coğrafi alanda daha büyük operasyonları yöneten, süreklilik arz eden, tek amacı ekonomik kazanç olan ve kârlarını artırmak için göçmenleri mağdur edebilecek yapılanmadır[31]. Kaçakçılığı örgüt kapsamında gerçekleştiren kişiler, hukuk düzeni için ciddi bir tehdit oluşturmanın yanı sıra tek amaçları mümkün olduğunca çok para kazanmak olduğu için kaçak göçmenler için de aslında tehdit teşkil etmektedirler[32]. Göç kolaylaştırıcısı ise, genellikle küçük ölçekli olarak kabul edilen az sayıda göçmenin geçişini sağlayan[33] ve bazı durumlarda bunu maddi kazanç elde etmeksizin gerçekleştiren kişi olarak dikkate alınmaktadır. Protokol'ün göçmen kaçakçılığını mali veya diğer maddi menfaat elde etme amacı ile sıkı şekilde ilişkilendirmesi göçmen kaçakçılığının kavramsallaşmasına ilişkin sınırlama teşkil etmekle birlikte[34], aksi halde ortaya çıkabilecek cezalandırma alanının genişletilmesi ihtimalini ortadan kaldırması nedeniyle dikkate değerdir.

2. Göçmenlerin Cezalandırılmaması İlkesi

Protokol kapsamında göçmen kaçakçılığı suçunun kapsamını sınırlayan diğer bir durum, md. 5 ile getirilen suça konu göçmenlerin cezasızlığı esasıdır. Bu, aynı

[29] Özellikle kaçakçıların sınırda yakalanmasının kanıtlanmasının zor olmakla birlikte, maddi menfaatin suçun unsuru olarak aranmaması gerekliliğine yönelik görüş için bkz. Pieters (n 13) 208. Doktrinde bir görüş, AB kapsamında üye devletlerin, göçmen kaçakçılığı suçunu düzensiz göçü kolaylaştırma suçuyla karıştırdığını ve bu durumun çok sayıda ve karmaşık sorun ortaya çıkardığını ileri sürmüştür. Yazara göre, göçmen kaçakçılığı ve düzensiz göçün kolaylaştırılması aslında iki farklı suçtur ve bu karışıklık, esas olarak, kâr amacının suçun bir unsuru olarak değil, basit bir ağırlaştırıcı nedeni olarak kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır (Escobar, Veas (n 13) 228 vd.).

[30] Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aziani (n 6) 7 vd.

[31] ibid 3.

[32] Pieters (n 13) 207.

[33] Aziani (n 6) 18.

[34] ibid 4.

zamanda göçmen kaçakçılığı suçunun konusunu oluşturan göçmenler bakımından devletlere yükümlülük olarak öngörülmüştür. Göçmenlerin cezai sorumluluğu kenar başlıklı 5. madde düzenlemesi uyarınca "*Göçmenler, bu Protokol'un 6. maddesinde öngörülen eylemlerin konusu olmaktan dolayı bu Protokol'e göre, cezai kovuşturmaya (criminal prosecution) tabi tutulmayacaklardır*". Düzenleme cezalandırmama ilkesi (*the non-criminalization principle*) şeklinde anılmakta olup, düzenleme ile devletlerin göçmenlere yönelik cezai yaptırım uygulamaları engellenmiş olmaktadır. Doktrinde bu düzenleme (md. 5) kaçak göçmenlerin Protokol'deki pasif rolüne ilişkin ibare şeklinde değerlendirilmektedir[35]. Bu, söz konusu göçmenlerin fiillerinin diğer göçmenler bakımından suç teşkil etmesi halinde veya başka herhangi bir suç işledikleri için yargılanamayacakları anlamına gelmemektedir. Birçok ülkede, sahte seyahat belgelerine sahip olma veya yasa dışı giriş gibi fiilleri suç olarak düzenleyen kanunların bulunması buna örnektir[36]. Protokol'ün amacı, Protokol'ün hem 5. maddesinde hem de 6. maddesinde yansıtıldığı üzere, genel olarak, sınıraşan organize suçun bir biçimi olarak göçmen kaçakçılığını önlemek ve bununla mücadele etmek, aynı zamanda ulusal hukukun diğer unsurlarına göre yasa dışı olsa bile salt göçü suç saymamaktır[37].

Söz konusu cezasızlığın kapsamının ne olduğu ve göçmenlerin hukuki anlamda tam bir dokunulmazlıktan yararlanıp yararlanamayacağı özellikle göçmenlere yönelik uygulanan idari yaptırımlar ile birlikte değerlendirilmelidir. Bunun yanı sıra özellikle devletlerin düzensiz göçle mücadele hakkının katı ve sınırsız kullanımından kaynaklanan göçmen mağduriyetlerine dikkat edilmesi gerekmektedir[38]. Protokol kapsamında, özellikle denizde gerçekleştirilen tehlikeli tutuklama koşullarına ve kötü gözaltı koşullarına karşı savunmasız olan kaçak göçmenlerin haklarının korunması önem arz etmektedir. Zira Protokol'ün 2. maddesinde, Protokol'ün amacı göçmen kaçakçılığının önlenmesi[39] ve bu amacın gerçekleştirilmesi yönünde devletler arası işbirliğinin sağlanmasının yanı sıra göçmenlerin haklarının korunması[40] şeklinde ifade edilerek, hem devlet merkezli hem de göçmen merkezli bakış açısına farklı ölçüde de olsa yer verilen karma bir yaklaşımın temeli oluşturulmuştur[41] . Diğer bir ifadeyle, Protokol'ün kapsamı salt göçmen kaçakçılığı ile mücadele ile sınırlı tutulmamış, göçmenlerin haklarına yapılan vurgu ile birlikte dengeli bir yaklaşımı sonuçlayan amaç ortaya koyulmuştur[42]. Bu, aynı zamanda Protokol'ün 2. maddesiyle

35 Spena (n 17) 48.

36 Oconitrillo (n 14) 4.

37 ibid 14.

38 Spena (n 17) 50.

39 Protokol'ün 4. maddesi, suçların önlenmesini, soruşturulmasını ve kovuşturulmasını, doğası gereği uluslararası olan ve organize bir suç grubunu içeren suçlarla sınırlandırmaktadır.

40 Hartati (n 2) 25.

41 Spena (n 17) 45.

42 Oconitrillo (n 14) 8.

tutarlılığı sağlamak için Protokol'ün 5. maddesinin kabul edilmiş olduğu[43] argümanı ile de desteklenmektedir. Yine göçmenlere yönelik uygulanan tedbirler, Protokol md. 16 kapsamında taraf devletlere öngörülen, kaçak göçmenlerin haklarını korumak için "*özellikle işkenceye veya diğer zalimce insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye maruz bırakılmama*" yükümlülüğü ile birlikte değerlendirilmelidir.

Protokol ile sadece göçmenlerin göçmen kaçakçılarının tehlikeli veya zarar veren hareketlerinden korunmaları esasına önem verilmemiş, ayrıca ilgili devlet tarafından göçmenlere yönelik gerçekleşen tehlike veya zarar karşısında göçmenlerin haklarının korunması dikkate alınmıştır. Göçmenlere sağlanan hakların bu çift yönlülüğü[44], göçmenlerin mağduriyeti bakımından yapılacak değerlendirmeyi[45] de etkilemektedir. Bunlar genel olarak güvenlik ve insanca muamele görme hakkı, ayrımcılığa uğramama hakkı ve uluslararası insan hakları hukuku ve özellikle uygulanabilir olduğu durumlarda, Mültecilerin Statüsüne ilişkin 1951 Sözleşmesi ve 1967 Protokolü ve burada yer alan geri göndermeme ilkesine göre muamele görme hakkıdır. Göçmenlerin haklarını koruma ihtiyacı, devletlerin göçmen kaçakçılığına karşı toprak egemenliğinin korunması nedenine başka nedenler eklemektedir. Bu nedenle devletlerin toprak egemenliğinin değerinin, bireylerin haklarıyla ilgili farklı türden bir değer sistemiyle tamamlandığı ifade edilmektedir[46]. Böyle bir bakış açısı ise kaçak göçmenlerin göçmen kaçakçılığı yoluyla düzensiz göçle mücadele etmeyi amaçlayan devletlerin kendi çıkarlarını sürdürmek için yapabileceklerini sınırlayan haklara sahip olduğunu belirleyerek onu dengelemeye hizmet etmektedir[47].

Protokol'ün 5. maddesi, taraf devletlerin göçü kontrol etme ve düzenleme ve bu amaçla kaçak göçmenlere ilişkin süreci sonlandırma yetkilerini sınırlamamaktadır[48]. İlgili düzenleme, ulusal mevzuatın uluslararası hukukun dinamik etkisinden yalıtılamayacağı esası[49] ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Türk Ceza Kanunu kapsamında da bu esasa tam olarak riayet edilmiş ve göçmenlerin kanuna aykırı olarak ülkeye girmesi veya ülkede ikamet etmesi cezayı gerektiren suç olarak

---

43 İbid 13.

44 Spena (n 17) 50.

45 Doktrinde bir görüş tarafından ileri sürülen bu yaklaşımın dayanağını mağdur kavramının ikili ayrıma tabi tutularak incelenmesi hususu oluşturmaktadır. Bu görüşe göre, birincil mağduriyet, bir suçun mağduru olmaktan kaynaklanan mağduriyettir. Suçun birincil mağduru, o suçun tanımında belirtilen zarara/haksızlığa uğrayan kişidir. İkincil mağduriyet, mağdur için suçu önlemeyi veya bastırmayı amaçlayan sosyal kontrol sürecinden (tipik olarak mağduru suçlama veya duyarsızlık şeklinde) kaynaklanan olumsuz sonuçlara atıfta bulunmaktadır (ibid 50). Yazara göre, kaçak göçmenlerin ikincil mağduriyet olasılığı, kaçakçılığı gerçekleştirenlere karşı haklara sahip olmanın yanı sıra, kaçakçılığı gerçekleştirenlere karşı mücadele ederken, devletlerin ihlal edebileceği haklara da sahip olduklarının kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır. ibid 51.

46 Spena (n 17) 50.

47 ibid 51.

48 Andreas Schloenhardt ve Hadley Hickson, 'Non-Criminalization of Smuggled Migrants: Rights, Obligations, and Australian Practice under Article 5 of the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea, and Airs', (2013) 25 (1) International Journal of Refugee Law 39, 50.

49 Michael Head, 'Detention without Trial - A Threat to Democratic Rights', (2005) 9 University of Western Sydney Law Review 33, 46.

düzenlenmemiştir. Bu hem örgüt kapsamında gerçekleşen göçmen kaçakçılığı bakımından hem de münferit göçmen kaçakçılığı bakımından geçerlidir. Buna karşılık, göçmenleri göçmen kaçakçılığı kapsamında göçmen kaçakçılarına nazaran daha az cezaya karşılık gelecek şekilde fail olarak kabul eden ülke düzenlemeleri de bulunmaktadır[50]. ABD ve İtalya başta olmak üzere pek çok hedef ülkede göçmenlik yasalarının ihlallerini suç haline getirme konusunda dikkate değer bir eğilim vardır[51]. Nitekim Fransız hukukunda göçmenin yasa dışı yollarla ülkeye girmesi ya da ülkeden transit geçiş yapması suç olarak kabul edilmiştir[52]. Avrupa Birliği'ne üye ülkeler, organize suç örgütü bünyesinde işlenen göçmen kaçakçılığı suçunda Protokol'e uygun olarak göçmenleri fail olarak kabul etmese dahi, suç örgütü kapsamında gerçekleşmeyen yasa dışı göç suçunda göç edenleri fail olarak nitelendirmektedir[53].

Protokol kapsamında göçmenlerin cezalandırılmaması düzenlemesi, göçmenlerin kaçakçılık bağlamında gerçekleşen hukuka aykırı fiillerden dolayı yaptırıma tabi tutulamayacakları anlamına gelmemektedir. Protokol'ün 5. maddesinde belirlenen kural, kaçak göçmenlerin göçmen kaçakçılığı suçundan dolayı cezai kovuşturmaya tabi tutulamaması gerektiğini açıklığa kavuşturmakta olup; bu, tam olarak, "suçun konusu" olmalarının bir sonucudur[54]. Nitekim Türk hukukunda da göçmenlerin, ilgili kanunda yer alan resmi gerekliliklere aykırı olarak ülkeye girmeye çalışmaları "yasa dışı yabancı" statüsü kapsamında kanuna aykırılık teşkil etmekle birlikte, göçmenler cezai bir yaptırıma tabi tutulamazlar. Göçmenler suçun faili olarak kabul edilmemekle birlikte; bu kişilerin, 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'na aykırılıktan dolayı kabahate ilişkin sorumluluklarının devam edeceği[55] göz ardı edilmemelidir[56]. Nitekim ilgili kanunun 102/2. maddesi uyarınca, "*Diğer kanunlara göre daha ağır bir ceza gerektirmediği takdirde; 5 inci maddeye aykırı şekilde, Türkiye'ye yasa dışı giren veya Türkiye'yi yasa dışı terk eden ya da buna teşebbüs eden yabancılar hakkında iki bin Türk Lirası idari para cezasının*" uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Söz konusu fiiller, idare hukuku kapsamında değerlendirilmektedir. Bu düzenleme doktrinde göçmen kaçakçılığı benzeri kabahat şeklinde nitelendirilmektedir[57]. Belirtilmelidir ki, göçmen bakımından somut olayda

[50] Michael Flynn, 'Immigration Detention and Proportionality', Global Detention Project Working Paper No. 4 (Switzerland 2011) 10. Nitekim Federal Ülkede Yabancıların İkamet, Çalışma ve Entegrasyonuna İlişkin Kanun (Alman Göç Kanunu) kapsamında bir kişinin kanuna aykırı olarak Federal Almanya'ya girmesi, Federal Almanya'da ikamet etmesi 1 yıla kadar hapis veya para cezasını gerektirmektedir (md. 95). Ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan (n 4) 78 vd.

[51] Flynn (n 50) 7.

[52] Bostancı Bozbayındır (n 28) 385.

[53] ibid 386.

[54] Spena (n 17) 48.

[55] Bununla birlikte bu kişiler bakımından kabahat kapsamında yaptırıma tabi olmalarına engel olacak düzenleme 2014 tarihli Geçici Koruma Yönetmeliği md. 5 ve 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair BM Sözleşmesi'nde (md. 31/1) yer almaktadır. Konu hakkında bkz. Doğan (n 4) 112.

[56] Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 4) 64.

[57] Doğan (n 4) 36. İdari para cezasının uygulanmasının, suçtan zarar gören ve sosyal anlamda suçun mağduru olan, çoğu zaman hayatlarını tehlikeye atan ve büyük zorluklarla boğuşan yabancılar bakımından haksızlık teşkil edebileceği yönünde değerlendirme için bkz. Döner ve Saydam (n 4) 9.

zorunluluk hali mevcutsa, göçmenin Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'na aykırılıktan dolayı da yaptırıma tabi tutulmasından söz edilemeyecektir[58]. Böylece mülga Pasaport Kanunu'nun cezai hükümlerinden farklı olarak, yürürlükteki kanuna göre göçmenlerin yasa dışı yollardan Türkiye'ye giriş ya da çıkış yapmaları suç teşkil etmemektedir[59]. Bu düzenlemede göçmenler tarafından gerçekleştirilen hukuka aykırı fiilin suç teşkil etmemesi aynı zamanda TCK ile aralarındaki uyumun bir ifadesi olarak değerlendirilebilir.

B. Kişi Bakımından

Protokol'de göçmen kaçakçılığı suçunun konusu olarak göçmen bakımından ülkeye yasa dışı yollardan girmiş olma kriteri esas alınarak, yasa dışı giren kişilerin hukuki statüsündeki farklılığa ilişkin alt ayrıma gidilmemiştir. Kişinin vatansız olması veya yabancı bir devlet vatandaşlığında olması veya bulunduğu ülkeyi hangi sebeple terk etmiş olduğu[60] göçmen kaçakçılığında ayrıma sebebiyet vermemektedir. Başka bir ülkenin hukuk kurallarını ihlal etmek suretiyle ilgili ülkeye giren kişi göçmen olabileceği gibi, ilgili statü devlet tarafından tanınıncaya kadar sığınmacı ya da mülteci[61] de olabilir. Bu bağlamda suçun insan kaçakçılığı şeklinde kabulü daha kapsayıcı bir yaklaşıma işaret etmektedir. Bu nedenle yer değiştirme hareketi bir bütün olarak göç kelimesi ile anılması sebebiyle, göçen kişileri ifade etmek üzere göçmen ifadesinin kullanıldığını söylemek mümkündür. Böylece göçmen kavramının vatansız veya uluslararası koruma statüsünde olanları da kapsayacak şekilde üst kavram olarak dikkate alınması gerekecektir[62]. Aslında bu kabulle göçmen ile kastedilen yabancıdan ibarettir. Yabancılığın tespiti noktasında bir devlete veya bir topluma aidiyeti belirleyen vatandaşlığın dikkate alınması, devletin ancak kendi vatandaşlarını tayin etme yetkisinin bulunduğu esası ile ilişkilidir. Dolayısıyla vatandaşlık, yabancıdan ayrım bağlamında ön plana çıkmaktadır[63].

Protokol kapsamında tüm göçmenlere yönelik genel düzenlemelere yer verilmesi, çalışmanın devamında ele alınacak idari gözetim tedbiri bakımından da önem taşımaktadır. Çünkü Protokol'de yer alan göçmenlerin cezasızlık güvencesinin idari gözetim ile zedelendiği iddiası özellikle uluslararası koruma statüsü kapsamındaki

58 Tezcan, Erdem ve Önok (n 4) 95.

59 Bostancı Bozbayındır (n 28) 385.

60 Bu bağlamda özellikle göçmen ile uluslararası koruma statüleri arasındaki ayrıma dikkat edilmesi gerekmektedir.

61 Mülteci statüsüne yönelik değerlendirme için bkz. Boister (n 7) 76. Mültecilerin Statüsüne İlişkin 1951 Sözleşmesi ve 1967 Protokolü, geniş ölçüde mülteci korumasının uluslararası temeli olarak kabul edilmektedir. Bu kapsamda *Pickering*, Sözleşme temelinde kişinin güvenlik bakımından gerçek bir risk altında olması, ırk, milliyet, dini inançlar, siyasi görüş vb. sebeplerle zulme uğramış veya uğrayacak olması, yabancılaşması (mutat meskenin bulunduğu ülke dışında) ve korunma gereksinimi şeklindeki mülteci kavramının temel unsurlarını ön plana çıkararak mültecilerin gerçekleştirilen göçler sonucu vardıkları ülkelerde kriminalize edilmeye çalışılmasına yönelik eleştirilerine zemin hazırlamıştır. Sharon Pickering, 'Crimes of the State: The Persecution And Protection Of Refugees', (2005) 13 Critical Criminology 141 vd.

62 Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 4) 63; Evik (n 1) 128.

63 ibid 141.

kişiler üzerinden güçlendirilmeye çalışılmaktadır[64]. Protokol sadece uluslararası koruma statüsü kapsamındaki kişiler bakımından değil, ülke sınırlarını ihlal ederek göç yasalarına aykırılık teşkil eden tüm göçmenlere yöneliktir. Bu tespit ile birlikte idari gözetim kapsamında incelemeye geçmeden önce, konunun çerçevesini teşkil etmesi sebebiyle göçmen kaçakçılığı suçu bağlamında mağdur kavramının ele alınması gerekmektedir.

II. Göçmen Kaçakçılığı Suçunda Göçmenin Hukuki Niteliğinin Belirlenmesi

Göçmen kaçakçılığında genel olarak birden fazla kişinin iştirakinin gerekli olmasından[65], bu süreçte ülkeye kaçak giriş veya çıkışın sağlanması konusunda kişilerin kompleks katkı zincirinden söz edilmesi gerekmektedir. Ceza hukuku karşılığında göçmen kaçakçılığı suçuyla ihlal edilen hukuki değerlerin çeşitliliği, etkisini suçun mağdurunun tespiti noktasında da göstermektedir. Göçmen kaçakçılığı suçunun karakteristik özelliği olarak ön plana çıkarılan göçmenin rızasının varlığı, suçun insan ticareti suçundan ayrımını ortaya koyan önemli bir unsur olmakla birlikte[66]; göçmen kaçakçılığı suçunun mağdurunun tespitine ilişkin tartışmaların ana eksenini teşkil etmektedir[67]. Belirtilmelidir ki, göçmen kaçakçılığının göçmenin rızası ile işlenebilmesinde hukuken geçerli bir rızadan söz edilemediği için, rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olarak dikkate alınması mümkün değildir. Bir ülkeye giriş ve çıkış düzeni kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hak alanı teşkil etmemektedir[68].

İnsan ticareti ve göçmen kaçakçılığı, her ikisi de düzensiz göçün biçimleri olarak, ulusal sınırlar içinde, sınırların ötesinde veya aşamalı bir süreçte mümkün olabilmesi[69] nedeniyle benzerlik[70] göstermektedir. Ancak göç eden kişilerin istismar edilmesi suretiyle kazanç veya menfaat temin edilmesi temeline dayanan insan ticareti suçundan farklı olarak göçmen kaçakçılığı suçunda göçmenlerden kazanç

64 Schloenhardt ve Hickson (n 48) 51.

65 Bununla birlikte göçmen kaçakçılığı suçu çok failli suç olarak kabul edilemez. Zira bu suç kapsamında en az iki kişinin varlığı zorunlu olsa da göçmen ancak suçun konusu olarak dikkate alınabilir. Bu nedenle çok failli suç yapısına elverişli değildir. Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 4) 65.

66 Arslan (n 4) 123. Göçmen kaçakçılığının ekonomik zorluklar, fırsat yokluğu ve düzenli göç sürecine getirilen kısıtlamalar sonucunda gerçekleşmesi durumunda özgür rızanın varlığının tartışmalı hale geldiği yönünde bkz. Tom Ellis ve James Akpala, 'Making Sense Of The Relationship Between Trafficking in Persons, Human Smuggling, and Organised Crime: The Case Of Nigeria', (2011) 84 The Police Journal 13, 17 vd.

67 Göçmen kaçakçılığı kapsamında mağdur kavramına ilişkin değerlendirme için bkz. Gallagher ve David (n 8) 216.

68 Erel (n 4) 282.

69 Ellis ve Akpala (n 66) 15.

70 İnsan ticareti ile göçmen kaçakçılığı arasındaki benzerliklere ilişkin değerlendirme için bkz. Doğan (n 4) 29.

veya menfaat temin edilmesi karşılıklılık esasına dayanmakta olup[71], kural olarak fail veya faillerin bu yönde göçmenleri istismar etmesinden söz edilememektedir[72].

Göçmen kaçakçılığını gerçekleştiren kişi ile kaçak göçmenlerin arasındaki ilişki, kasıtlı bir sömürü durumuna sokmadan genellikle varış ülkesine girdikten kısa bir süre sonra sona ermesi sebebiyle[73], suçun süreci açısından da insan ticareti suçundan farklılaşmaktadır. Bu husus aynı zamanda kaçak göçmenin bu geçişin sonrasında ilgili ülkenin kamu düzenini ihlal etmesi nedeniyle önemlidir. Bireye zarar veren insan ticaretinden farklı olarak, göçmen kaçakçılığında zarar ağırlıklı olarak hedef devlet tarafında söz konusu olmaktadır[74]. Kaçakçılığı yapılan kişinin rızasıyla ulusal sınırların yasa dışı geçişini kolaylaştıran faaliyetlerin karşılığı olarak göçmen kaçakçılığı, göçmenin de geçişi yapılan ülkenin kamu düzenini bozması nedeniyle mağdur olarak kabul edilip edilemeyeceğine yönelik belirsizliği ortaya çıkarmaktadır.

Nitekim İnsan Ticaretine İlişkin Protokol'de insan ticaretine konu olan kişilerin cezalandırılamayacaklarına yönelik açık bir düzenleme ile vurgu yapılmasına gerek olmayacak şekilde bu kişilerin suçun mağduru oldukları net olmakla birlikte, Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol'de göçmenlerin suçun konusu olmaları itibariyle cezalandırılamayacak olmalarına ilişkin açık düzenlemenin gerekliliği bunun bir ifadesi olarak değerlendirilebilir. Diğer bir ifadeyle, İnsan Ticaretine İlişkin Protokol tartışmasız bir şekilde insan ticaretine maruz kalmış kişileri suçun mağduru olarak ele alırken; Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol, kaçak göçmenlerin suçun mağduru olarak kabul edilip edilmeyeceği konusunda açıklık içermemektedir[75]. Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol kapsamında, kaçak göçmenler, bahsedildikleri hemen hemen her hükümde, "suçun konusu" olarak belirtilmekte ve böylece temelde pasif bir rol üstlenmektedirler[76]. Bununla birlikte her iki Protokol'ün ortaya koyduğu amaç beyanları çerçevesinde insan ticareti suçundaki mağdur kavramının göçmen kaçakçılığında göçmenler bakımından uygun olmadığının belirtilmesi gereklidir[77].

---

71 Guild (n 8) 13.

72 Hartati (n 2) 23. Doktrinde bir görüş, herhangi bir noktada rıza geri alınırsa, taşıma sürecinin bir parçası olarak ortaya çıkan zorlama ve istismarın kaçakçılık olarak başlayan fiili insan ticaretine dönüştüreceğini belirtmiştir (Ellis ve Akpala (n 66) 17). Burada taşıma sürecinin parçası olarak her türlü zorlamanın fiili doğrudan insan ticaretine dönüştürmeyeceğine dikkat edilmesi gerekir. İnsan ticareti suçunun esasını oluşturan ve kişinin sömürülmesine yol açan belli amaçlarla hareket edilmesi unsurunun gerçekleşmesi önemlidir. Yoksa sadece taşıma sürecinde mağdurların hareket ettirilmesine yönelik zorlamalar bu kapsamda değerlendirilemeyecektir. Boister (n 7) 77.

73 Ellis ve Akpala (n 66) 17. Bununla birlikte insan ticareti suçu zorlama, sömürü ve aldatma unsurlarını içermesi sebebiyle insan ticaretine maruz kalan kişilerin varış noktalarına ulaştıktan sonra zorunlu olarak insan ticaretini gerçekleştiren kişiler ile ilişkisinin devamlılığı gereklidir.

74 Boister (n 7) 77. Göçmenlerin, bedeli fahiş olsa bile, bir hizmet için ödeme yaptıkları için mağdur olarak ifade edilmelerinin uygun olmadığı yönünde bkz. Guild (n 8) 17.

75 Spena (n 17) 46. Benzer bir yaklaşım ileri süren *Erel* görüşünü şu şekilde ifade etmiştir: "*…uluslararası sözleşmede göçmenlerin bu suçun hukuksal anlamda mağduru olduğu düşünülseydi, bu suçtan cezai kovuşturmaya tabi tutulmamalarına ilişkin düzenlemeyi öngörmezdi. Sözleşmedeki bu düzenleme ile suçun sosyal bakımından mağduru konumundaki göçmenlerin ayrıca göçmen kaçakçılığı suçundan da cezai kovuşturmaya tabi tutularak daha da mağdur edilmelerini önlemeyi amaçlandığı söylenebilir. Bu, göçmenlere yönelik bir suç ve ceza siyasetinin bir sonucudur*." Erel (n 4) 270.

76 Spena (n 17) 46.

77 Oconitrillo (n 14) 2.

Kaçak göçmenlerin genellikle kaçakçılığı gerçekleştiren kişilerle belli bir bedel karşılığı anlaşması ve bunun göçmenlerin kaçakçılara olan borçlarını ödemek için çalışmaya zorlanması şeklinde emeğin sömürülmesinde artışa neden olması[78] insan ticareti suçunun da göz önünde bulundurulmasına etki etmektedir. Suç örgütü olarak insan ticaretini gerçekleştirenlerin bu temsili, göçmenlerin savunmasız mağdurlar olduğu sonucunu ortaya çıkarmakta ve ilkinin ikincisinin zayıflıklarından yararlandığı bir dinamik olarak görünmektedir. Nitekim TCK'nın gerekçesinde söz konusu durum "*bu suçta asıl mağdurlar, çaresizlik ve yoksullukları nedeniyle kendilerine bir ekmek kapısı açmak için çırpınan insanlardır*" şeklinde ifade edilmiştir. Ancak göçmen kaçakçılığı bu tasvirden daha çok yönlüdür ve bunun karmaşıklığı göz ardı edilmemelidir[79].

Bu bağlamda düşünüldüğünde, göçmen kaçakçılığı göçmenin yasa dışı geçişini sağlaması için faili azmettirdiği durumdan, genellikle suçun örgüt kapsamında işlendiği durumlarda göçmenin hayatı veya sağlığı ya da malvarlığı bakımından ciddi tehlikelerin oluştuğu[80] durumlara kadar geniş bir alanı kapsamakta; son belirtilen husus dâhilinde insan ticaretine dönüşme ihtimalini barındırmaktadır. Belirtilmelidir ki, insan ticareti bakımından bu fiili gerçekleştirenin suç için aranan belirli amaçlarla hareket etmesi durumu söz konusu olmadığı sürece, göçmenin hangi saikle ülkeye yasa dışı girmek istediğinin önemi bulunmamaktadır. Bu nedenle bazı durumlarda göçmenin tercihi olarak, çoğu durumda ise yoksulluk, insani krizler ve zulüm nedeniyle göçmen kaçakçılığı gerçekleşmektedir.

Çoğu durumda kaçakçılık faaliyetlerinin göçmenlerin hayatlarını tehlikeye atacak veya onlara zarar verecek şekilde gerçekleşmesinin ve göçmenlerin kaçakçılığı gerçekleştiren kişiler karşısındaki savunmasızlığını göstermesinin de etkisi ile göçmenler suçun mağduru[81] olarak kabul edilmektedir[82]. Zira göçmenlerin içinde

[78] Aziani (n 6) 2.

[79] ibid 2. Ülke sınırlarının korunması ile göçmenlerin korunması arasındaki dengenin, buna yönelik uygulama ve politikalarla değiştiği hakkında bkz. Pickering (n 61) 156.

[80] Ellis ve Akpala (n 66) 15-16. Göçmen kaçakçılığı kapsamında göçmenler bakımından çok yüksek ücretler karşılığı seyahat koşullarının çok düşük olması ve çoğu zaman tehlikeli sonuçlara yol açmasına yönelik eleştiri için bkz. Guild (n 8) 15.

[81] Ülkeye yasa dışı girme ve ülkede yasa dışı bulunma hareketleri kapsamında göçmen kaçakçılığı suçunun mağduru açısından özel suç olduğu yönünde bkz. Arslan (n 4) 122.

[82] Tezcan, Erdem ve Önok (n 4) 93; Arslan (n 4) 122; Kangal (n 3) 236; Evik (n 1) 140 vd.; Kılınçarslan (n 5) 856; Başlar (n 9) 347. Aksi yönde değerlendirme için bkz. Döner ve Saydam (n 4) 8-9. Türk ceza hukukunda göçmen kaçakçılığı suçunun mağdurunun kim olduğu sorunu özellikle 2010 tarihinde 6008 sayılı Kanun ile TCK md. 79/2'de yapılan değişiklikle yasal düzlemde netlik kazanmıştır. Kanun koyucu bu düzenleme ile göçmen yerine mağdur ifadesini kullanarak, bir anlamda bu belirsizliği ortadan kaldırmıştır. Bununla birlikte Yargıtay "*sosyal olarak suçtan zarar gören durumunda bulunan göçmenlerin göçmen kaçakçılığı suçunun yasal mağduru konumunda bulunmayıp, suçun konusu oldukları, suçun yasal mağdurunun uluslararası toplum olduğunu*" kabul etmektedir. "*Göçmen kaçakçılığı suçunda korunan hukuki yarar uluslararası toplum düzeni olup, menfaat karşılığı ülkeye sokulan, ülkede kalmasına veya yurt dışına çıkmasına imkan sağlanan kişilerin suçun yasal mağduru durumunda bulunmayıp suçun konusunu oluşturdukları gözetilmeden…*", Yarg 18 CD, 31.3.2015, E 2015/54, K 2015/28, <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 10 Nisan 2022. Ancak yakın zamanda vermiş olduğu kararla göçmenlerin de bu suçun mağduru olarak değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin vurgusu önemlidir. Yargı 12 CD, 21.10.2016, E 2016/7328, K 2016/12072. Doktrinde aksi yönde görüş, göçmenin suçun mağduru olarak kabul edilmesi kabulüne şu gerekçe ile katılmamaktadır: "*Zira bu halde konu ve mağdur kavramları iç içe gireceği gibi bu suçun düzenlendiği yer dikkate alındığında bu suçun birey olarak mağdurunun bulunmadığını ancak devletin sınırları üzerindeki egemenliğinin, uluslararası saygınlığının ihlali nedeniyle devletin suçtan zarar gören olarak kabul edilmesi gerektiğini düşünüyoruz*." Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 4) 66.

bulundukları koşulların, genellikle onların vücut dokunulmazlıklarının ihlal edilmesini ya da insan onuruna aykırı davranışlara maruz kalmasını kolaylaştırmasına, onları böyle tehlikelere karşı açık hale getirmesine yönelik vurgu[83] buna işaret etmektedir. Genellikle kendilerine daha iyi bir yaşam standardı elde etmek temeline dayalı olarak[84] bir ülkeye yasa dışı girmek isteyen göçmenlerin suçun mağduru olarak adlandırılmalarına yönelik girişimde, salt sınır güvenliğinin korunması odaklı bir bakış açısının terk edilmesine yönelik gereklilik açıktır.

Göçmen kaçakçılığı kapsamında gerçekleştirilen her durum bakımından göçmenlerin suçun konusunu oluşturdukları açık olmakla birlikte; her durumda göçmenlerin suçun mağduru olduğu tespiti ceza hukuku kapsamındaki mağdur kavramı ile uyumlu değildir. Çünkü mağdur genel olarak hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilen fiilden maddi veya manevi olarak zarar gören, haksızlığa uğrayan kişi[85] şeklinde tanımlanmaktadır. Oysa göçmen kaçakçılığında, ülke sınırlarını aşarak, hedef ülkeye yasa dışı giriş yapan kişi olan göçmen, suçtan fayda sağlayacak kişilerden birisidir[86]. Bu nedenle suçun konusunu oluşturmaları sebebiyle fail olarak kabul edilmediklerinin sonucu, göçmenlerin otomatik olarak mağdur kabul edilmeleri değildir.

Konunun ikili bir ayrım yapılarak değerlendirilmesi gerekir. Öncelikle bu suçun mağduru olarak, toplumu oluşturan ve hukuk toplumunda barış içinde yaşama hakkına sahip olan herkes[87] kabul edilmelidir. Bunun dışında göçmenlerin hayatlarına veya vücut bütünlüklerine ya da malvarlıklarına yönelik bir zarar veya tehdit oluşması durumunda bu suçlar bakımından göçmeni mağdur olarak kabul etmek gerekir[88]. Nitekim devletlerin göçmen kaçakçılığına yönelik girişimlerinin bir nedeninin de, göçmenleri kaçakçılık durumunda karşılaşabilecekleri birçok riskten (ekonomik sömürü, aldatma, fiziksel yaralanmalar ve ölüm, yol boyunca aşağılayıcı muamele vb.) koruma ihtiyacından kaynaklanan göçmen merkezli bir yaklaşıma dayandığı ifade edilmektedir[89]. Böylece göçmenlerin mağdur olarak kabul edilebileceği durumların varlığına işaret edilmektedir. Göçmenlerin kaçakçılığın değil de ya fiilin gerçekleştirildiği somut yolların ya da hedeflenen somut amaçların mağduru olarak muamele görmesi, göçmenin mağdur olarak kabulünün, kaçakçılığın temel haksızlığına bağlı olan daha fazla zararlı boyutlara atfedilmesi anlamına gelmektedir[90]. Bunun

---

83 Bostancı Bozbayındır (n 28) 382.

84 Arslan (n 4) 131; Kılınçarslan (n 5) 854; Başlar (n 9) 343.

85 Asiye Merve Turanlı, *Ceza Hukukunda Mağdur ve Mağdurun Korunması* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2012) 4.

86 Yenidünya ve Alşahin (n 4) 8. Göçmen kaçakçılığı suçunun zorunlu şerikliğin söz konusu olduğu suçlardan olduğu yönünde değerlendirme için bkz. Koca ve Üzülmez (n 5) 83.

87 Doğan (n 4) 126. *Kangal*, göçmen kaçakçılığı suçunda hem toplumu oluşturan herkesin hem de göçmenlerin mağdur olduğunu kabul etmektedir. Kangal (n 3) 235.

88 Koca ve Üzülmez (n 5) 86.

89 Spena (n 17) 44.

90 Militello ve Spena (n 23) 49.

ortaya çıkardığı sonuç ise, göçmenlerin mağdur olarak kabul edilmelerinin tamamen dışlandığı ihtimalin hukuka uygun olarak değerlendirilemeyeceği hususudur.

Genellikle göçmenlerin hayatlarına ve vücut bütünlüklerine yönelik tehlike içeren durumlar kapsamında göçmen kaçakçılığının gerçekleştiriliyor olması, göçmen bakımından bu zarar veya tehlikenin suçun unsuru olarak kabul edilmesini meşru kılmaz. Suçun oluşması bakımından göçmenlerin zarar görmesi[91] veya zarar ortaya çıkarmaya elverişli bir tehlikelilik durumunun bulunması gerekli değildir. Göçmen kaçakçılığı suçu bu yönüyle soyut tehlike suçu olarak kanunda yer almaktadır. Suç tipinde belirtilen hareketlerin yapılması yeterli olduğundan, suçun konusu üzerinde bir tehlikenin ortaya çıkıp çıkmadığının ayrıca araştırılmasına gerek bulunmamaktadır[92]. Göçmen kaçakçılığının göçmenlerin hayatı bakımından tehlike arz ettiği durumlar, suçun daha fazla cezayı gerektiren nitelikli şekli olarak kanunda düzenlenmiştir[93]. Burada salt kaçakçılığın sonucu olmayan ancak kaçakçılığı gerçekleştirenlerin göçmenlerin yabancı ülkeye düzensiz girişlerini veya yabancı bir ülkede kalmalarını sağlamak amacıyla yürütebilecekleri bazı faaliyetlerden ortaya çıkan mağduriyetten söz edilmektedir[94].

Bu yaklaşım Protokol'ün kabul ediliş amacı ve md. 5 kapsamındaki göçmenlerin cezalandırılmaması esası ile de uyumludur[95]. Zira Protokol'ün temel düzenleniş sebebi Protokol'ün önsözünde de belirtildiği üzere uluslararası toplum düzeninin bu suçtan zarar görmesidir[96]. Bu kapsamda örgütlü suç gruplarının faaliyetlerindeki önemli artıştan duyulan endişeye vurgu yapıldığı görülmektedir. Ayrıca Protokol kapsamında göçmen kaçakçılığına ilişkin hiçbir hüküm (md. 6/1-a, md. 3-a), göçmenlerin suçun işlenmesinde ihlal edilebilecek haklarını özel olarak dikkate almamış; bu haklar, yalnızca 6. maddenin 3. paragrafında suçun daha fazla cezayı gerektiren hali olarak ilişkilendirilmiştir[97]. Böylece devletlerin toprak egemenliğini ihlal etmenin yanı sıra, göçmenin mağdur olması suretiyle hukuki değerlerini de ihlal edeceğinden insan haklarını ihlal etme boyutuyla ön plana çıkan göçmen kaçakçılığının, suçun haksızlığını artırma etkisinden söz edilmesi gerekecektir[98].

---

91 Doğan (n 4) 127.

92 ibid 147.

93 Doktrinde bir görüş, suçun, mağdurların hayatı bakımından bir tehlike oluşturması durumunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç teşkil ettiğini ileri sürmüştür (ibid 155). Aksi yönde görüş için bkz. Kangal (n 3) 246.

94 Spena (n 17) 51.

95 Benzer yönde değerlendirme için Doğan (n 4) 127.

96 ibid 128. Benzer yönde yapılan bir değerlendirmede, Protokol'ün amaçları kapsamında göçmen kaçakçılığı ile mücadele ve göçmenlerin haklarının korunmasının pratikte bağlantılı olsalar da, kavramsal olarak ayrı oldukları belirtilmiştir. Bu ise, göçmen kaçakçılığının önlenmesinin ve buna yönelik mücadelenin, başlı başına kaçak göçmenlerin korunmasını içermediği esasına dayanmaktadır. Diğer bir ifadeyle, göçmenlerin korunması, göçmen kaçakçılığı ile mücadeleye içkin değildir (Spena (n 17) 45-46). Bunun ortaya çıkardığı önemli sonuç, devlet merkezli yaklaşımın öncelikli olduğu ve göçmen kaçakçılığına karşı mücadelenin her şeyden önce düzensiz göçe karşı devletlerin toprak egemenliğini savunmanın bir yolu olduğudur. ibid 46.

97 ibid 46.

98 ibid 50.

Göçmen kaçakçılığı suçu bağlamında göçmenlerin hak sahibi olarak bu kadar geniş bir yelpazede tanınması, aslında göçmen kaçakçılığının mağduru olarak kabul edildikleri anlamına gelmemektedir. Protokol kapsamında kaçak göçmenler göçmen kaçakçılığı suçunun ortak failleri olarak görülmese de, suçun temel biçimi, göçmenlerin değil, devletlerin göçmen akışlarının kontrolüne ilişkin bir menfaat ihlali olarak devlet merkezli bir yaklaşım esasında hazırlanmış görünmektedir[99].

İncelenen hususlar bağlamında göçmenlerin suçun konusunu oluşturması ve göçmenlere yönelik kabahat veya idari yaptırımların uygulanabilir olması yönündeki tespit, bir sonraki adım bakımından önem taşımaktadır.

III. İdari Gözetim Tedbiri

A. İdari Gözetimin Hukuki Niteliği ve İşlevi

Devletlerin göçmen kaçakçılığını gerçekleştirenleri cezalandırarak caydırmayı amaçlayan politikalar geliştirerek yanıt vermesi, göçmen kaçakçılığında göçmenlere yönelik uygulama ve tedbirlerin de bu amaca yönelik olup olmadığı meselesini[100] gündeme getirmektedir. Farklı ülkelerde göçe karşı uygulanan politikalar, kamu hukuku kapsamında idare hukuku tarafından yönetilen alt sistemlerin kurulmasına yol açmıştır[101]. Devletin ülkesel egemenlik ilkesi bağlamında hâkimiyet hakkının kapsamına, haklarında işlem tesis edebilme gücüne sahip olduğu yabancılar[102] da girmektedir. Potansiyel güvenlik risklerini araştırmak amacıyla göçmenlere geçici kısıtlamalar getirmek için devletlerin zorunlu olarak bazı yürütme yetkilerine sahip olması gerekmektedir[103]. Kural olarak devletlerin egemenlik yetkisi kapsamında yabancıları ülkeye kabul etmeye ilişkin yükümlülükleri bulunmamaktadır[104]. Ülkesine yapılan giriş çıkışı kontrol etme ve buna bağlı olarak belli koşullar çerçevesinde yabancıyı sınır dışı etme konusunda devlet takdir yetkisine sahiptir[105].

---

99 ibid 49.

100 Doktrinde bir görüş, gelecekteki kaçak göçmenleri caydırmak amacıyla hâlihazırdaki kaçak göçmenlerin hapishane benzeri tesislerde alıkonulmasının, ceza yaptırımından kolayca ayırt edilemeyeceğine dikkat çekmiştir. Yazara göre, Protokol'ün 5. madde kapsamındaki yükümlülüklerine uyulması, göçmenlerin gözetim altına alınmasının etkilerinin en aza indirecek şekilde hareket edilmesini gerektirmektedir. Schloenhardt ve Hickson (n 48) 63.

101 Gian Luigi Gatta 'Global Trends in 'Crimmigration' Policies: From the EU to the USA', Controlling Immigration Through Criminal Law: European and Comparative Perspectives on 'Crimmigration', (Oxford 2020) 47-80, 70.

102 Yabancı kavramına ilişkin açıklamalar için bkz. Başak Güzel, *Türkiye'de İdari Gözetim* (Seçkin 2020) 19.

103 Schloenhardt ve Hickson (n 48) 50.

104 Evik (n 1) 147.

105 Güzel (n 102) 17.

Bu bağlamda özellikle idari gözetim tedbiri[106] gerek yapısı gerekse uygulama koşulları nedeniyle[107] ön plana çıkmaktadır. Bir devletin, vatandaş olmayan bir kişinin sınır dışı edilip edilmeyeceğini veya kabul edilmeyeceğini belirlemek için bir tür idari ve/veya adli prosedüre sahip olması gerekmektedir. Bu belirleme kapsamında çoğu devlet, yürütmeye, vatandaş olmayanların gözetim altına alınmasına izin vermek için yetki vermektedir[108].

Göçmenlerin gözetim altına alınması uygulamasının artması, çağdaş toplumlarda riskin en aza indirilmesine ve toplumsal kontrole yönelik genel bir eğilimin parçası olarak görülmektedir[109]. Gözetim merkezleri iç göç kontrolünde merkezi bir rol oynamakta ve idari gözetim sadece girişi engellemek için değil, aynı zamanda ülke içinde yakalanan düzensiz göçmenlerin sınır dışı edilmesini kolaylaştırmak için de giderek daha fazla kullanılmaktadır[110]. Göçmenlerin özgürlüklerinden yoksun kılınması[111] sonucunu ortaya çıkaran[112] bu tedbirin kapsamı ve amacının tespiti önemlidir. Bu bağlamda göç kanunlarının uygulamasının çerçevesi birey, ulus-devlet ve toprak arasındaki ilişki tarafından belirlendiğinden[113], bu özellikli yapı da dikkate alınmalıdır.

İdari gözetim, yabancıların ülkeye kabul veya ülkeden sınır dışı edilmelerine ilişkin süreçte belirli koşulların varlığı halinde uygulanabilen ve devletler arasında

---

[106] İdari gözetimin genel esaslarını içeren uluslararası bir düzenleme bulunmadığı ve bu nedenle kavramın adlandırılması noktasında farklılıkların ortaya çıktığı yönünde bkz. Merve Akbulut, *Türk Yabancılar Hukukunda İdari Gözetim* (On İki Levha 2020) 7. İdari gözetimin güvenlik ve terörizm sebebiyle önleyici alıkoyma ve düzensiz göçü sınırlamak için alıkoyma şeklinde de ifade edildiği yönünde bkz. Nimet Özbek, 'AİHM Kararları Işığında YUKK'nda İdari Gözetimin Uygulandığı Mekânlar Hakkında Ortak Sorunlar', (2015) 118 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 15, 19. Göçmenlerin gözetim altına alınmasında dikkate alınan ilkelerin karşılaştırılabilir hukuk alanlarından göreceli olarak yalıtılarak geliştirildiği yönünde bkz. Matthew Groves, 'Immigration Detention vs Imprisonment Differences explored', (2004) 29 (5) Alternative Law Journal 228, 228.

[107] Nitekim Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin, 2004 yılında konuyla ilişkili olarak verilen üç dizi kararda, Federal Hükümet'in, reddedilen sığınmacıların, başka bir ülkeye sınır dışı edilememeleri ve idari gözetim merkezlerinin koşullarına bakılmaksızın süresiz olarak gözetim altında tutulabileceklerine ilişkin açıklaması kabul görmemiştir. Mahkeme, *Al-Kateb* ve *Al Khafaji* davalarında ilgili kişilerin sınır dışı edilmeleri mümkün olmasa dahi, idari gözetim merkezlerinde bulunmalarının yargılanmaksızın tutukluluk anlamına gelmeyeceğini, yabancıların idari gözetim altında bulundurulmalarının anayasal nitelikte bir yürütme yetkisi olduğunu belirtmiştir. Diğer bir dava ise gözetim merkezlerinde barındırılma koşulları ile de ilişkili olup, bu davada Mahkeme ülkenin uzak kamplarındaki tutulma koşullarının ne kadar katı olursa olsun göçmenlerin gözetim altından kaçmalarına karşı bir savunma sağlayamayacağını belirtmiştir. İlgili davalar ve Mahkeme kararları için bkz. Head (n 49) 34.

[108] Daniel Wilsher, 'The Administrative Detention Of Non-Nationals Pursuant To Immigration Control: International And Constitutional Law Perspectives', (2004) 53 (4) International and Comparative Law Quarterly (ICLQ) 897, 900. Bir yargılama ya da mahkeme kararı olmaksızın kişiyi özgürlüğünden yoksun kılmayı sonuçlayan gözetim altına almanın, yargı yetkisinin bağımsızlığını ortadan kaldırmadığı ve bu nedenle anayasal nitelikteki kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık teşkil etmediği, tutukluluğun amacının cezalandırıcı olmadığı sürece, vatandaş olmayanların gözetim altına alınmasına ilişkin bir kanunun kuvvetler ayrılığı ilkesini ihlal etmediği yönünde bkz. Groves (n 106) 231.

[109] Cornelisse (n 16) 74.

[110] Dennis Broeders, 'Return to sender? Administrative detention of irregular migrants in Germany and the Netherlands', (2010) 12 (2) Punishment & Society, 169, 170.

[111] Birleşmiş Milletler (BM) İşkence, İnsanlık Dışı, Küçük Düşürücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşmenin Ek İhtiyari Protokolü'nde özgürlüğünden yoksun kılma kavramına yer verilmiştir. "*Bu Protokolün amacı itibarıyla, özgürlüğünden yoksun olmanın anlamı, her türlü gözaltı ya da hapsetme ya da kişinin kendi rızasıyla ayrılmasına herhangi bir adli, idari ya da diğer yetkilinin emriyle izin verilmediği kamusal ya da özel bir yerde tutmadır*."

[112] Head (n 49) 39.

[113] Cornelisse (n 16) 77.

kabul gören bir uygulama[114] olarak ifade edilmektedir[115]. Göçmenlerin zorunlu olarak gözetim altına alınmasının en yaygın gerekçesi, böyle bir tedbirle cezalandırmanın amaçlanmadığı, daha ziyade sığınma taleplerinin değerlendirilmesini kolaylaştıran ve yasa dışı göçmenlerin sınır dışı edilmesini hızlandıran idari bir işlev olduğudur[116].

Göçmenlerin idari gözetim altına alınması[117], genellikle güvenlik nedenleriyle ev sahibi ülkenin düzensiz göçü kontrol etmek amacıyla bir yabancıyı sınır dışı edilmeden[118] kaçmasını önlemek için yargılamadan özgürlüğünden alıkonulmasına izin veren bir prosedür olarak değerlendirilmektedir[119]. Hatta Almanya'da düzensiz ikamet (*irregular residence*) suç olmasına rağmen, düzensiz göçmenler genellikle ceza hukuku kapsamında gözaltına alınmamakta ve çoğu ülkede olduğu gibi, göçmenlerin gözetim altında tutulması idari gözetim olarak dikkate alınmaktadır. Böylece söz konusu tedbir cezai bir önlem olarak değil, başta sınır dışı etme olmak üzere diğer amaçları güvence altına almak için bir önlem olarak kabul edilmektedir[120].

Birçok ülkede göçle ilgili gözetim altına alma uygulaması konusundaki insan haklarına ilişkin bilimsel söylemler de, göçmenlik ihlallerinin cezai meselelerden ziyade statüyle ilgili nedenlerle[121] kabul edildiğinden, gözetim altında tutulmanın genellikle idari yönüne odaklanma eğilimindedir[122]. İdari gözetimin, ceza hukuku

---

[114] Nitekim AB kapsamında üye devletlerde yasa dışı olarak kalan üçüncü ülke vatandaşlarının geri gönderilmesine ilişkin ortak standartlar ve prosedürler hakkında 16 Aralık 2008 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi md. 15/1'e göre; "*Belirli bir durumda diğer yeterli ancak daha az zorlayıcı önlemler etkili bir şekilde uygulanamadığı sürece, Üye Devletler, geri dönüşü hazırlamak ve/veya sınır dışı sürecini yürütmek için yalnızca iade prosedürlerine tabi olan bir üçüncü ülke vatandaşını gözetim altında tutabilir.*" Direktif kapsamında özellikle ilgili üçüncü ülke vatandaşının kaçma riski varsa veya geri dönüş hazırlıklarını veya sınır dışı etme sürecini engellemesi söz konusuysa gözetim altına alma tedbirine başvurulacaktır. Yine Direktif'te bu kapsamda bir alıkoymanın, mümkün olduğu kadar kısa bir süre için olacağı ve yalnızca sınır dışı etme düzenlemeleri devam ettiği ve gereken özenle yürütüldüğü sürece sürdürüleceği açıkça düzenlenmiştir (md. 15/1 son cümle).

[115] Nuray Ekşi, *6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda İdari Gözetim* (Beta 2014) 3; Broeders (n 110) 169; Arjen Leerkes ve Dennis Broeders, 'A CASE OF MIXED MOTIVES? Formal and Informal Functions of Administrative Immigration Detention', (2010) 50 British Journal of Criminology 830, 831. Avrupa ülkelerine ilişkin değerlendirme için bkz. Asher Colombo, 'Foreigners and immigrants in Italy's penal and administrative detention systems', (2013) 10 (6) European Journal of Criminology 746, 749.

[116] Schloenhardt ve Hickson (n 48) 59.

[117] Göçmenlerin gözetim altında tutulmasının türlerine ilişkin değerlendirme için bkz. Leerkes ve Broeders (n 115) 830.

[118] "*Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 125. maddesi gereği idari işlemler yargı denetimine tabidir; bununla birlikte, uygulamada adli makam, yabancıların sınır dışı edilmesi bağlamını çok büyük bir idari takdir yetkisine bırakmaktadır.*" Ulaş Sunata ve Selenay Erduran, 'Practicing Law in Administrative Detention for Syrian Refugees in Turkey', (2021) Journal of Immigrant & Refugee Studies, 4.

[119] ibid 3. Nitekim Avustralya Yüksek Mahkemesi, göçmenlerin gözetim altına alınmasının meşruiyetine karşı anayasal bir itirazla ilgili olarak cezai nitelikte olmayan gözaltı kavramını kabul etmiştir ve göçmenlerin gözetim altına alınmasının "*sınır dışı etme veya sınır dışı etme amaçları için gerekli görüldüğünde veya bir giriş başvurusunun yapılması ve değerlendirilmesi için makul ölçüde yeterli olduğu durumlarda cezalandırıcı olmadığını*" belirtmiştir. Schloenhardt ve Hickson (n 48) 59.

[120] Dünkel ve diğerleri, 2007: 377'den aktaran Broaders (n 110) 175.

[121] Bununla birlikte, bazı ülkeler yabancıların (*non-citizens*) gözetim altına alınmasını statüyle ilgili sorulardan kaçınacak şekilde "barışı bozmak" gerekçesiyle meşrulaştırmakta ve göçmen kişilere statüleriyle ilgili gerekçelere dayandırılmayan bir önleyici gözaltı uygulamaktadır. Flynn (n 50) 9.

[122] ibid 7. Nitekim Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin uzun yıllardır istikrar kazanan içtihadı, sınır dışı etme kararlarının ve ilgili göçmenlerin gözetim altına alınmasının, cezai yaptırımlarla karşılaştırılabilir bir ceza olarak değil, sivil çözüm yolları olarak görülmesi gerektiğine ilişkindir. Gatta (n 101) 74.

kapsamı dışında kalan güvenlik, terörizm ve düzensiz göçü sınırlamak gibi amaçlarla başvurulan bir tedbir olarak ele alınması[123], bunu desteklemektedir.

Ceza yaptırımı olmayan, suçtan mahkûmiyet gerektirmeyen ve bir gözetim altına alma yöntemi olan idari gözetim, *sınırdan geri çevirme ve sınır dışı etme kararlarının uygulanabilmesi ve uluslararası koruma başvurusunda bulunanların başvurularının değerlendirilmesi sırasında belli şartların varlığı halinde uygulanan* idari bir tedbir[124] olarak karşımıza çıkmaktadır. BMMYK, gözetim altına almayı "*Başta hapishane, kapalı kamp, gözetim tesisi ya da havaalanı transit bölgesi olmak üzere hareket serbestisinin önemli ölçüde sınırlandırıldığı ve bu sınırlı alanı terk etmenin tek yolunun ülkeyi terk etmek olduğu dar bir şekilde sınırlandırılmış ya da kısıtlanmış bir alana kapatılma*" şeklinde tanımlamıştır[125]. İlgili tanımlar dikkate alındığında, idari gözetimin, göçmenlerin hareket serbestisini engelleyen veya duruma göre kısıtlayan bir nitelik arz ettiği görülmektedir.

Bu bağlamda söz konusu tedbirin uygulanacağı kişiler bakımından yabancı veya vatandaş olmayan ifadelerinin kullanılmasıyla sığınmacılar, düzensiz göçmenler, vatansız kişiler veya mülteciler arasında ayrıma önem atfedilmediğine dikkat edilmesi gerekmektedir[126]. Tedbirin kişi bakımından kapsamında temel ölçüt, yabancı olma iken; hangi yabancılara yönelik bu tedbirin uygulanması gerektiği noktasında kendi hukuk düzenleri çerçevesinde farklılık gösterebilmektedir. Bu bağlamda Hollanda'nın, gözetim tedbirine yalnızca cezai hükümlü göçmenler veya başka bir şekilde kamu düzenini bozan göçmenler bakımından başvurulacağı bir politika üzerinde çalışılması gerektiği yönündeki talebi[127] göçmen haklarına ilişkin ileri bir adım olarak değerlendirilebilir.

Türk hukukunda idari gözetime idari makamlar tarafından karar verilmekteyken; bazı ülkelerde mahkeme tarafından karar verilmektedir[128]. İster idari makamlar tarafından, ister mahkeme tarafından verilmiş olsun idari gözetim, AİHS md. 5/1-f bendiyle de kabul edilmiştir. Bu düzenleme uyarınca "*Kişinin, usulüne aykırı*

123 Özbek (n 106) 19.

124 Ekşi (n 115) 3.

125 Bu tanımla sığınmacılar özelinde gözetim altına alınmanın "*doğal olarak istenmeyen (inherently undesirable)*" şeklinde ifade edildiğine yönelik ve konu bağlamında geliştirilen Sığınmacıların Gözaltına Alınmasına İlişkin Uygulanabilir Kriterler ve Standartlara İlişkin Kılavuz İlkeler hakkında bilgi için bkz. Sunata ve Erduran (n 118) 3.

126 Flynn (n 50) 7. Yazar böyle bir kabulün, devletlerin ve uluslararası kuruluşların sığınmayı diğer göç biçimlerinden analitik olarak ayırma çabalarına aykırı olduğuna dikkat çekerek, özellikle Avrupa Birliği'nde sığınmacıların gözetim altına alındıkları yerler bakımından diğer göçmenlerden ayrı tutulduklarını belirtmiştir (ibid 7). Nitekim BMMYK Sığınmacıların Gözaltına Alınmasına ve Gözaltı Alternatiflerine İlişkin Geçerli Kriterler ve Standartlar Hakkında Kılavuz İlkeleri (BMMYK Gözaltı Kılavuz İlkeleri)'nde (s. 19, prg. 32) "*…kişinin yalnızca sığınma talebinde bulunması nedeniyle gözaltına alınması uluslararası hukuka göre yasal değildir. Sığınmacıların yasa dışı girişi veya kalması, Devlete otomatik olarak alıkoyma veya hareket özgürlüğünü başka bir şekilde kısıtlama yetkisi vermez. Gelecekteki sığınmacıları caydırmak veya başvuruda bulunanları onları takip etmekten caydırmak için uygulanan gözaltı, uluslararası normlara aykırıdır."* düzenlemesine yer verilmiştir. <https://www.unhcr.org/publications/legal/505b10ee9/unhcr-detention-guidelines.html> Erişim tarihi 01 Mayıs 2022.

127 Cornelisse (n 16) 84.

128 Ekşi (n 115) 2.

surette ülke topraklarına girmekten alıkonması veya hakkında derdest bir sınır dışı ya da iade işleminin olması nedeniyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması" kişiyi özgürlüğünden yoksun kılmanın ihlali anlamına gelmeyecektir[129]. Kişinin özgürlüğünden alıkonulmasının meşru zeminini öngörülen usul ve esaslar ile uluslararası kriterlere uygunluk oluşturduğundan, usul ve esasları hukuka uygun olarak önceden belirlenmiş bir idari gözetim uygulaması AİHS'in ihlaline sebep olmayacaktır[130].

Böylece kişinin vatandaşı olmadığı ülkede belli şartların gerçekleşmesi halinde alıkonulması[131] esasına dayanan idari gözetim tedbirinin[132] yasal bir süreç çerçevesinde uygulandığı takdirde kamu güvenliği amacına hizmet ettiği[133] sonucuna varılması mümkündür[134]. Bu noktada göçmenlerin özgürlüklerinden yoksun kılınması sonucunu ortaya çıkaran bu tedbirin kapsamının ve şartlarının tespiti önemlidir.

B. İdari Gözetim Tedbirinin Türk Hukuku Özelinde Kapsamı ve Şartları

Göçmenlerin gözetim altına alınması, egemenlik imtiyazları ile vatandaş olmayanların hakları arasındaki bir gerilim ile karakterize edilmektedir. Tedbir, devletin kendi toprakları üzerindeki egemenliğinin doğasında var olan, vatandaş olmayanların giriş ve kalışlarını kontrol etme hakkının bir tezahürü olarak ön plana çıkmaktadır[135]. Devletlerin, sınırlarından kimlerin geçip geçemeyeceği konusunda geniş takdir yetkisi olsa da, alıkoyma ve sınır dışı etme kararları, yaygın olarak kabul edilen bir dizi norm ve ilke tarafından sınırlandırılmıştır[136]. Zira uluslararası

---

[129] Devletlerin göç bağlamında, yabancıların özgürlüğünü kontrol etmelerine imkân vermektedir (Khlaifia ve Diğerleri/İtalya [BD], § 89).

[130] Mehmet Aktaş, 'Geri Gönderme Merkezlerinde Uygulanan İdari Gözetimin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Özgürlük Ve Güvenlik Hakkı" Başlıklı 5 inci Madde Perspektifinden Değerlendirilmesi', (2019) 2 Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu 61, 71.

[131] BM Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK) Sığınmacıların Gözaltına Alınmasına ve Gözaltı Alternatiflerine İlişkin Geçerli Kriterler ve Standartlar Hakkında Kılavuz İlke md. 5'te alıkonulma "*özgürlükten mahrumiyet veya sığınmacının istediği zaman çıkmasına izin verilmeyen kapalı bir alanda (hapishane veya bu amaçla inşa edilmiş gözaltı, kapalı kabul veya tutma merkezleri veya tesisleri) kısıtlı tutma*" şeklinde ifade edilmiştir.

[132] Türk hukukunda idari gözetim Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda yasal dayanak bulmuştur. Kanunun genel gerekçesinde Avrupa Birliği (AB) ile devam eden müzakere süreci çerçevesinde insan haklarını esas alan ve AB normları ile uyumlu bir göç mevzuat sisteminin oluşturulmasına, idari gözetim dâhil ikincil mevzuat düzenlemeleri ile sürdürülen uygulamaların kanuni dayanağa kavuşturulmasına ve Türkiye'yi de yoğun olarak etkileyen uluslararası düzensiz göçle etkin mücadele edilmesine yer verilmiştir. Türkiye'de idari gözetim uygulamasının daha eskiye dayandığı yönünde bkz. Aktaş (n 132) 64.

[133] Göçmenlerin gözetim altına alınmasının, öncelikle sözde riskler ve güvenliğe yönelik potansiyel tehlikeler ile ilgili kamu korkularını yatıştırmak için bir araç haline geldiği şeklindeki görüş için bkz. Cornelisse (n 16) 75.

[134] Blake Sharpton, 'Detention of Non-Citizens: The Supreme Court's Muddling of an Already Complex Issue' (2005-2006) 57 (4) Mercer Law Review 1221, 1225.

[135] Cornelisse (n 16) 79. Yazar, devletin dışlama hakkının toprak egemenliği ve ulusal sınırların bütünlüğü kavramlarına dayandırılmasının büyük ölçüde, yalnızca devletlerin birbirlerine karşı hak ve ödevleri hakkında bir söylem olan ve bu haliyle bireyin çıkarlarının bu kapsamda özellik arz etmediği klasik uluslararası hukuktaki bölgesel sınırların dokunulmazlığı kavramından türediğini iddia etmiştir (ibid 79). Devletlerin genellikle yabancılar üzerinden egemenlik haklarına vurgu yapmasının, göçün cezalandırılması düşüncesini beslediği yönünde bkz. Flynn (n 50) 10.

[136] ibid 3.

belgelerde[137] yer alan kişilerin özgürlük ve güvenlik hakkının hangi gerekçe ile ve hangi hukuki dayanakla sınırlanabileceği meselesi önem teşkil etmektedir. Kişi özgürlüğü hakkının temel önemi göz önüne alındığında, kişinin özgürlüğünden alıkonulmasına yönelik açık bir yasal yetki olmadıkça böyle bir kısıtlamanın yasa dışı olduğuna dair katı bir ortak hukuk kabulü vardır[138].

İdari gözetim tedbiri bakımından tüm devletler için geçerli standart bir uygulamadan söz edilememektedir. Örneğin, AB üye ülkeleri, düzensiz bir göçmenin özellikle ne kadar süreyle gözetim altında tutulabileceği konusunda önemli ölçüde farklılık göstermektedir[139]. Bu bağlamda idari gözetimi konuyla sınırlı olarak somutlaştırmak adına Türk hukukuna değinilecektir.

İdari bir önlem teşkil etmekle birlikte, göçmenlerin keyfi olarak özgürlüklerinden alıkonulmaması için yasal olarak düzenlenmesi gereken idari gözetim tedbirine, Türk hukukunda Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda yer verilmiştir[140]. Bu husus yabancılara yönelik getirilen anayasal güvence olan md. 16'nın bir gereği olarak da yerindedir. Yabancıların temel hak ve hürriyetlerinin uluslararası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabileceği hükmü çerçevesinde idari gözetim kapsamında yabancının özgürlüğünden alıkonulmasının anayasal çerçevesi çizilmiştir. Bunun yanı sıra AY md. 19 kapsamında kişinin özgürlüğünden yoksun kılınması "*usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması*" halinde hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir. Burada yakalama ve tutuklamanın ceza hukuku kurumu şeklinde yanlış anlaşılabilecek olmaları nedeniyle uygun kavramlar olmadığının da belirtilmesi gerekmektedir[141].

Böylece idari gözetimin yasal güvenceye kavuştuğu açık olmakla birlikte, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun, idari gözetimle ilgili düzenlemelerindeki en önemli eksikliği olarak, hürriyeti sınırlama gibi önemli bir sonuç doğuran bu kavramın tanımının yapılmamış olmasına dikkat çekilmektedir. İdari gözetim kavramının ancak ilgili hükümlerden hareketle tespiti mümkündür[142].

---

137 AİHS md. 5'e göre: "*Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz*". 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi md. 9'a göre: "*Hiç kimse keyfi olarak yakalanamaz, tutuklanamaz ve sürgün edilemez*". Benzer şekilde Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi md. 9/1'e göre: "*Herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı vardır. Hiç kimse keyfi olarak tutuklanamaz veya gözaltına alınamaz. Hiç kimse, bu tür gerekçeler ve kanunla belirlenen usuller dışında özgürlüğünden yoksun bırakılamaz*."

138 Head (n 49) 45.

139 Broaders (n 110) 175.

140 Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sunata ve Erduran (n 118) 2 vd. Bu Kanun yürürlüğe girmeden önce yabancıların özgürlüklerinden alıkonulması sonucunu ortaya çıkaran idari gözetimin keyfi uygulamalar çerçevesinde gerçekleştirildiği ve bu bağlamda yabancıların temel usuli güvencelerden mahrum bırakıldıkları yönünde bkz. ibid 4. Ayrıca bkz. Ekşi (n 115) 3 vd. YUKK'un idari gözetime ilişkin düzenlemesinin büyük oranda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) içtihadı ve Türkiye'ye yöneltmiş olduğu eleştiriler çerçevesinde şekillendiğine yönelik bilgi için bkz. Döndü Kuşcu, 'Yabancılar Ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Sınır Dışı Edilmelerine Karar Verilen Yabancıların İdari Gözetim Altına Alınmaları', (2017) 22 (37) DÜHFD 241, 245.

141 Aynı yönde değerlendirme için bkz. Ekşi (n 115) 8.

142 Rifat Erten, 'Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme' (2015) XIX (1) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3, 37.

Kural olarak geri göndermeme ilkesi[143] kapsamında gönderilemeyen göçmenler ve kendisine insani ikamet izni verilmiş olan kişiler[144] [145] dışında Türkiye'ye yasal giriş veya Türkiye'den yasal çıkış hükümlerini ihlal edenler ve Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu kapsamında Türkiye'de kalma hakkı bulunmayanlar hakkında sınır dışı etme kararı[146] alınır (YUKK md. 54).

Yine aynı Kanunun 57/2. maddesi uyarınca, "*Hakkında sınır dışı etme kararı alınanlardan; kaçma ve kaybolma riski bulunan, Türkiye'ye giriş veya çıkış kurallarını ihlal eden, sahte ya da asılsız belge kullanan, kabul edilebilir bir mazereti olmaksızın Türkiye'den çıkmaları için tanınan sürede çıkmayan, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar hakkında valilik tarafından*[147] *idari gözetim kararı alınır ya da 57/A maddesi uyarınca idari gözetime alternatif yükümlülükler getirilir. Hakkında idari gözetim kararı alınan yabancılar, yakalamayı yapan kolluk birimince geri gönderme merkezlerine kırk sekiz saat içinde*[148] *götürülür*." İlgili düzenlemede yer alan ifadeden, söz konusu nedenlerin gerçekleşmesi hâlinde valiliğin yetkisinin bağlı olduğu anlaşılmakta ve idarenin, nedenlerden hangisine dayandığını somut bir şekilde ortaya koyması gerekmektedir[149]. Bu husus, düzenlemede yer alan nedenlerin fazlalığı dikkate alındığında, tedbirin kural haline gelmemesi ve istisnai şekilde uygulanabilmesi bakımından önem arz eden bir gerekliliktir[150].

---

143 Geri göndermeme ilkesine (*Non-Refoulement*) ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ceren Karagözoğlu, Non-Refoulement İlkesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Uygulanması, (2023) 43 (1) Public and Private International Law Bulletin 313, 317-319.

144 YUKK md. 46'ya göre: "*(1) Aşağıda belirtilen hâllerde, diğer ikamet izinlerinin verilmesindeki şartlar aranmadan, Bakanlıkça belirlenen sürelerle sınırlı olmak kaydıyla ve Genel Müdürlüğün onayı alınarak valiliklerce insani ikamet izni verilebilir ve bu izinler uzatılabilir: a) Çocuğun yüksek yararı söz konusu olduğunda,*
b) Haklarında sınır dışı etme veya Türkiye'ye giriş yasağı kararı alındığı hâlde, yabancıların Türkiye'den çıkışları yaptırılamadığında ya da Türkiye'den ayrılmaları makul veya mümkün görülmediğinde,
c) 55 inci madde uyarınca yabancı hakkında sınır dışı etme kararı alınmadığında,
ç) 53 üncü, 72 nci ve 77 nci maddelere göre yapılan işlemlere karşı yargı yoluna başvurulduğunda,
d) Başvuru sahibinin ilk iltica ülkesi veya güvenli üçüncü ülkeye geri gönderilmesi işlemlerinin devamı süresince
e) Acil nedenlerden dolayı veya ülke menfaatlerinin korunması ile kamu düzeni ve kamu güvenliği açısından Türkiye'ye girişine ve Türkiye'de kalmasına izin verilmesi gereken yabancıların, ikamet izni verilmesine engel teşkil eden durumları sebebiyle diğer ikamet izinlerinden birini alma imkânı bulunmadığında,
f) Olağanüstü durumlarda.
(2) İnsani ikamet izni alan yabancılar, iznin veriliş tarihinden itibaren en geç yirmi iş günü içinde adres kayıt sistemine kayıt yaptırmak zorundadır."

145 Bazı devletlerin, sığınmacıları, mülteci statüsü talepleri gözden geçirilinceye kadar sistematik olarak alıkoydukları yönünde bilgi için bkz. Flynn (n 50) 9. Uluslararası koruma talep eden yabancılar bakımından uygulanabilecek idari gözetime yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. Ekşi (n 115) 10 vd.

146 Sınır dışı etmenin, çeşitli kamu menfaatlerini (ekonomi, sağlık, düzen ve güvenlik) karşılamayı amaçlayan ilgili idari düzenlemenin nihai hedefi olduğu, idare hukukunun bu menfaatleri korumak ve böylece uygulanmasını haklı kılmayı amaçladığı yönünde değerlendirme için bkz. Gatta (n 101) 50.

147 Ancak uygulamada bu karar Valilik onayı ile İl Göç İdaresi Müdürlüğü kararına göre uygulanmaktadır. Sunata ve Erduran (n 118) 5.

148 Bu sürenin idari gözetim süresine dâhil olup olmadığı konusunda Kanun'da bir açıklığın olmadığı yönünde bkz. Sunata ve Erduran (n 118) 5. Yazarlar, bu sürenin göçmenin özgürlüğünden alıkonulmasını içermesi nedeniyle idari gözetim süresine dâhil olması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. ibid 5.

149 Erten (n 144) 38.

150 ibid 39.

Geri gönderme merkezlerindeki idari gözetim süresi altı ayı geçemez[151]. Ancak bu süre, sınır dışı etme işlemlerinin yabancının iş birliği yapmaması veya ülkesiyle ilgili doğru bilgi ya da belgeleri vermemesi nedeniyle tamamlanamaması hâlinde, en fazla altı ay daha uzatılabilir (YUKK md. 57/3). Zira göçmenlik makamlarının, menşe ülkeye gönderilmek istemeyen, yasal kimliklerini gizleyen ve evraklarını imha eden yasa dışı göçmenlerin tespitinde büyük zorluklar yaşadığı ve yine menşe ülkelerin de geri dönüş konusunda işbirliği yapma konusunda isteksiz olabileceği, bu süreçte karşılaşılabilen durumlar olarak ön plana çıkmaktadır[152]. Bu bağlamda sınır dışı etme oranlarının düşmesine yol açan bu engellerle karşı karşıya kalan devletlerin hem göçmenler hem de menşe ülkelerin yetkilileri üzerindeki baskıyı artırmak için 'karşı önlemler' arayışı[153] dikkat çekmektedir. Nitekim yetkililerin bunu yapmak için kullandıkları en önemli aracın yasa dışı göçmenler üzerinde ciddi bir baskı kaynağı teşkil etmesi nedeniyle gözetim tedbirinin kendisi olduğu ileri sürülmektedir[154].

İlgili düzenleme gereği, hakkında sınır dışı etme kararı verilen göçmenin bu idari işleme kadar idari gözetim kapsamında[155] özgürlüğünden yoksun bırakılabileceği süre en fazla 12 ay olabilecektir. Bu bağlamda göçmenin gözetim altındaki azami süresinin uzatılmasına hiçbir koşulda izin verilmeyecektir. Bunun ortaya çıkardığı sonuç ise, süre sona erdiğinde ilgili kişinin derhal serbest bırakılması gerektiğidir. Nitekim AİHS çerçevesinde Mahkeme'nin yaptığı değerlendirmede konu keyfilik yasağı üzerinden ele alınmış ve sürenin uzunluğu konusuna vurgu yapılmıştır: "*Madde 5 § 1 (f)'nin birinci kısmı bağlamında "keyfilik yasağı" böylelikle, söz konusu tutmanın iyi niyetle yapılması gerektiği anlamına gelir; izinli olmayan kişinin ülkeye girmesini engelleme amacıyla bağlantılı olmalıdır; tutmanın yeri ve koşulları uygun olmalı, tedbirin, suç işlemiş olan kişiler için değil, çoğu zaman ölümden korkuları nedeniyle kendi ülkelerinden kaçmış olan yabancılar için geçerli olduğu göz önünde bulundurulmalıdır ve tutma süresinin uzunluğu, burada güdülen amaç için makul ölçüde gereken süreyi aşmamalıdır*.[156]

---

[151] Benzer şekilde AB'nin 2008 tarihli Direktifi'nde gözetim altına alma tedbirinin, Direktif'in 1. paragrafında belirtilen koşullar yerine getirildiği ve başarılı bir şekilde geri göndermenin sağlanması için gerekli olduğu sürece devam ettirileceğine ve her üye devletin, altı ayı geçemeyen sınırlı bir gözetim altına alma süresi belirleyeceğine yer verilmiştir (md.15/5). Bunun dışında süre uzatımına ilişkin istisnai durumlara atıfta bulunularak, üye devletlerin keyfi şekilde süre uzatımının önüne geçilmiştir. Direktif md. 15/6'da üye devletlerin tüm makul çabalarına rağmen, sınır dışı etme işleminin üçüncü ülke vatandaşının işbirliği eksikliği veya üçüncü ülkelerden gerekli belgelerin alınmasında yaşanan gecikmelerden dolayı daha uzun sürmesinin muhtemel olduğu durumlarda, ulusal hukuka göre on iki ayı geçmeyen sınırlı bir süre dışında, 5. paragrafta atıfta bulunulan süreyi uzatamayacakları düzenlenmiştir.

[152] Leerkes ve Broeders (n 115) 831.

[153] Broeders (n 110) 179.

[154] ibid 179.

[155] İçişleri Bakanlığı tarafından "Kabul ve Barınma Merkezleri ile Geri Gönderme Merkezlerinin Kurulması, Yönetimi, İşletilmesi, İşlettirilmesi ve Denetimi Hakkında Yönetmelik" hazırlanmış ve geri gönderme merkezleri, bu merkezlerin koşulları, merkezde tutulan yabancıların faydalanacağı hizmetler vs. ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. RG. 22.04.2014, S. 28980.

[156] Saadi/Birleşik Krallık [BD], § 73'den aktaran Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 5. Madde Rehberi-Özgürlük ve Güvenlik Hakkı (2021) 29. Konuya ilişkin değerlendirme için ayrıca bkz. Gatta (n 101) 73.

Zamansal bir kısıtlama olmaksızın göçmenin özgürlüğünden alıkonulması durumunun, objektif olarak sınır dışı etme amacıyla gözetim altına alma olarak değerlendirilemeyeceği için, yürütme yetkisinin sınırlarının aşılması[157] anlamına geleceğine dikkat edilmesi gerekmektedir. Yabancıların idari olarak gözetim altına alınmasına izin veren yasaların, ancak "*ihtiyaç duydukları ve izin verdikleri gözaltının sınır dışı edilme amaçları için makul olarak gerekli görülenle sınırlı olması halinde geçerli olması*"[158] gerektiği dikkate alınmalıdır. Bu nedenle yasal veya diğer gerekçelerle makul bir sınır dışı etme olasılığının artık mevcut olmadığı anlaşıldığında, gözetim tedbiri çerçevesinde tutukluluk hali haklı olmaktan çıkacağından, ilgili kişi derhal serbest bırakılmalıdır[159]. Böylece vatandaş olmayanların ülkeye izinsiz gelmesinden veya ülkede kalmasından kaynaklanan idari gözetim uygulamasının belli sınırlar dâhilinde meşru bir zemine yerleştirilmesi mümkün olabilecektir.

IV. İdari Gözetim Tedbirinin Ceza Hukuku Kurumları ile Karşılaştırılması

Ceza muhakemesinde yer alan koruma tedbirlerinden gözaltına alma ya da tutuklama veya kişiyi özgürlüğünden yoksun kılmayı sonuçlayan hapis cezası ile kıyaslanmak suretiyle cezalandırıcı niteliğinin bulunduğu iddiası[160] ile birlikte gözetim altına alma tedbirine ilişkin bir değerlendirme yapılması gereklidir. Öncelikle belirtilmelidir ki, ceza yaptırımının temel özelliği, yasal düzenlemeler çerçevesinde yargılama sonucuna dayanan bir yargı kararı şeklinde ve mahkeme tarafından verilmesidir. Nitekim bir ceza yaptırımı olan hapis cezasının hangi ölçüde medeni hakların ve kişisel özerkliğin kaybıyla sonuçlanması gerektiği konusunda bir uzlaşı bulunmasa da hapis cezasının ve olumsuz sonuçlarının yalnızca bağımsız bir hâkim tarafından dinlenerek adil bir şekilde yargılanmış ve hüküm giymiş birine uygulanabileceği konusunda görüş birliği vardır[161]. Ceza hukuku kapsamındaki düzenlemeler, bir kişiyi özgürlüğünden alıkoyma yetkisinin hem kaynağını hem de sınırını sağlamaktadır. Göçmen gözetimi tamamen farklı bir temelde işlemektedir. Göçmenlerin gözetim

---

157 Head (n 49) 41.

158 ibid 41. Avustralya'ya yasa dışı yollardan giren Kamboçyalı bir sığınmacının gözetim altına alınmasıyla ilgili olan göçmenlik davasına konu olayda, sığınmacı 4 yılı aşkın bir süre göçmen gözaltısında tutulduktan sonra serbest bırakılmıştır. Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi kapsamında İnsan Hakları Komitesi, sığınma talebinde bulunan kişileri gözaltına almanın kendiliğinden keyfi olmadığına karar vermekle birlikte olayın tüm koşullarını göz önünde bulundurarak, gözetim altına almanın, örneğin kaçmanın veya kanıtlara müdahalenin önlenmesi için gerekli değilse, keyfi olarak değerlendirilebileceğini belirtmiştir. Böylece orantılılık unsuru bu bağlamda önem kazanmaktadır. A v. Australia, Communication No. 560/1993, U.N. Doc. CCPR/C/59/D/560/1993 (30 April 1997)'den aktaran Wilsher (n 108) 901.

159 AB'nin 2008 tarihli Direktifi md. 15/4.

160 Nitekim doktrinde bir görüş bu durumu her iki hapsetme biçiminin de özgürlükten zorla mahrum bırakma, zorlayıcı muamele ve temel kişisel özerkliğin reddi gibi temel ortak unsurları paylaştığı şeklinde ifade etmiştir. Schloenhardt ve Hickson (n 48) 62.

161 Groves (n 106) 230.

altına alınması, bir jüri veya mahkeme tarafından verilen bir karara bağlı değildir[162]. Kişinin yasal olarak "yasa dışı yabancı" (*unlawful non-citizen*) tanımına girmesi yeterlidir[163]. İdari gözetim ile ilgili hükümler, bir kişinin yer değiştirmesi veya sınır dışı edilmesi ya da vize verilmesi şeklinde ortaya çıkan durumdan biri gerçekleşene kadar gözetim altına alınmasını gerektirmekte[164] olup, göçmenlerin gözetim altında tutulması ile hedeflenen, kişinin kimliğini tespit etmek, sınır dışı etme emrini yerine getirmek ve/veya göçmenin ikamet veya sığınma taleplerini değerlendirmekten[165] ibarettir.

Hapis cezasının da dâhil olduğu ceza hukuku kapsamında yaptırımdan söz edebilmek için öncelikle bütün unsurları teşekkül etmiş suçun varlığı ve cezalar bakımından failin kusurlu addedilebilirliği gereklidir[166]. Söz konusu kişiye yaptırım uygulanması ile amaçlanan ise, kişi üzerinde belli fiilî veya hukuki sonuçların doğması ve böylelikle kişiye yönelik belli bir etkinin meydana gelmesidir[167]. *Ceza, suç teşkil eden fiilleri kusurlu bir iradeyle işleyenler hakkında devlet eliyle uygulanan ve onları bazı yoksunluklara tabi kılan, sosyalleştirme amacına yönelik olan ıstırap verici, korkutucu ve caydırıcı bir yaptırım türüdür*[168]. Belirtilen tanımdan da anlaşılacağı üzere ceza sadece geçmişe dönük anlamda suçun kefareti olarak değil, genel ve özel önlemeyi sağlamak üzere geleceğe yönelik etki etmektedir[169]. Bu nedenle ceza ile sadece suç işleyen kişinin topluma kazandırılması ve toplum bakımından güvenilir hale getirilmesi[170] yeterli değildir. Cezanın suç teşkil eden davranışların azaltılmasına yönelik araçsal veya faydacı işlevi, caydırıcılık, rehabilitasyon ve tehlikeli bireylerin toplumdan uzaklaştırılarak suç seviyelerinin kontrol edilebilmesi kavramlarını içermektedir[171]. Belirtilen unsurların, idari gözetim tedbiri kapsamında

[162] Bununla birlikte AB kapsamında farklı bir yönde düzenlemeye yer verildiğine de değinmek gerekir. Üye devletlerde yasa dışı olarak kalan üçüncü ülke vatandaşlarının geri gönderilmesine ilişkin ortak standartlar ve prosedürler hakkında 16 Aralık 2008 Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi md. 15'e göre; gözetim altına alma tedbirine ya idari ya da yargısal makamlar tarafından karar verilmesi gerekir. Eğer idari makamlar tarafından gözetim altına alma emri verilirse üye devletler, ya gözetim altına alınmanın yasallığının hızlı bir yargı denetimine tabi tutulmasını sağlamak ve özgürlüğünden alıkonulmanın başlangıcından itibaren mümkün olduğu kadar çabuk karara bağlamak veya ilgili üçüncü ülke vatandaşına, gözetim altına alınmasının kanuna uygunluğunun, ilgili işlemlerin başlatılmasından sonra mümkün olan en kısa sürede karara bağlanacak hızlı bir adli incelemeye tabi tutulacağı işlemlere başlama hakkını vermek yükümlülüğü altındadır. Böyle bir durumda üye devletlerin ilgili üçüncü ülke vatandaşını bu tür işlemlere başlama olasılığı hakkında derhal bilgilendirmesi gerekmektedir.

[163] Groves (n 106) 230. Yazar, ceza mahkemesi tarafından verilen hapis cezası kararından farklı olarak, bir kişinin yasa dışı yabancı olarak nitelendirilmesinin herhangi bir süre sınırlamasına tabi olmadığı durumda daha güvencesiz bir uygulamadan söz edilmesi gerektiğine dikkat çekmiştir (ibid 231). Benzer şekilde yazar, bir kişiyi gözetim altına almadan önce bireysel koşulları dikkate alma zorunluluğunun olmamasının, bu gözaltı biçiminin keyfi niteliğini ortaya koyacağını belirtmiştir. Buna karşılık, mahkeme, hapis cezası verirken, kişinin hapsedilmesinin gerekip gerekmediğine ve eğer öyleyse, ne kadar süreyle hapsedileceğine karar vermeden önce bireyin kişisel koşullarını ayrıntılı olarak incelemektedir. ibid 231.

[164] ibid 231.

[165] Flynn (n 50) 10.

[166] Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. bası, Seçkin 2021) 560.

[167] İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (17. bası, Seçkin 2021) 769.

[168] Koca ve Üzülmez (n 167) 561.

[169] ibid, s. 562.

[170] Özgenç (n 168) 772.

[171] Leerkes ve Broaders (n 115) 832.

da benzerlik teşkil ettiği ileri sürülmüştür. Bu bağlamda söz konusu husus, kısa süreli dahi olsa göçmenlerin toplumdan hariç tutulması, ceza hukukuna özgü bir unsur olma eğiliminin daha baskın olması ile birlikte istenmeyen yabancılarla ilgili değerlerle bağlantılı olarak kınamanın varlığı ve gelecekteki yasa dışı göçmenlerin engellenmesine yönelik caydırıcılık şeklinde ifade edilmiştir[172].

Böylece belirli bir sosyal düzen için tehlike arz ettiği görülen davranışların bir tepkisi olan ceza hukukunda ifade edilen cezai yaptırımlar ile belirli bir siyasi düzene yönelik tehditlerle başa çıkmak anlamına gelen kontrolden kaynaklanan zorlama şekli arasındaki farkı, algılanan tehdidin doğasında bulmak mümkündür[173]. Göçmenin idari gözetim tedbirine tabi kılınması, ceza hukuku bakımından bir sonuç doğurmamaktadır. Bu bağlamda göçmenlerin gözetim altına alınmasının sadece cezai bir tedbire indirgenemeyeceğinin farkındalığı çerçevesinde, göçmenlerin gözetim altına alındığı bağlamın, klasik ceza hukuku kapsamındaki cezalandırmadan temelden farklı olan ayırt ediciliğine dikkat edilmesi gerekmektedir[174]. Ne idari gözetim kararı verme yetkisinin bazı devlet uygulamalarında olduğu gibi hâkimlere verilmiş olması[175] ne de idari gözetim altındaki göçmenlerin hapishane[176] benzeri yerlerde tutuluyor olması[177] göçmenlerin suçlu statüsünde[178] değerlendirilmesine gerekçe teşkil etmez[179]. Ceza hukuku ile göçmenlik politikaları arasındaki çizginin belirsiz bir şekilde bulanıklaştığı iddia edilse bile, göçmenlerin gözetim altına alındığı bağlamın, ceza hukuku kapsamında hapis cezasına tabi olmaktan farklı olan ayırt ediciliği göz ardı edilmemelidir[180].

---

172 ibid 845.

173 Cornelisse (n 16) 77.

174 ibid 77.

175 Belirtilmelidir ki, Avustralya uygulamasında söz konusu gözetim merkezlerinin özelleştirilmiş şirketler tarafından yönetilmesinin önemli bir sorun olduğuna dikkat çekilmiştir. Bu durumun bu merkezlerde bulunan kişilere yapılan muamelenin rutin olarak devletin sözleşmeli eylemlerinden ziyade özelleştirilmiş şirketlerin operasyonel meseleleri olarak görülmesine sebep olduğu belirtilmiştir. Zorunlu gözetim sürecinde devlet ve devlet dışı aktörün iç içe geçmesinin buradaki kişilere yönelik muamelelerde devlet otoritelerinin sorumluluğu bakımından tampon oluşturduğu yönünde değerlendirme için bkz. Pickering (n 61) 157.

176 Özellikle Amerika Birleşik Devletleri, Kanada ve ayrıca çoğu gelişmekte olan ülkede, cezaevlerinin, göçle ilgili ihlaller nedeniyle tutulan idari tutuklular için kısa veya uzun süreli gözaltı yerleri olarak kullanıldığına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Flynn (n 50) 16. Yazar ayrıca göçmenleri idari gözetim altında tutmak için cezai tesislerin kullanılmasının, yetkililerin göçmenleri hapsetmeye çalışıp çalışmadığına ilişkin ciddi soruları ortaya çıkardığına dikkat çekmiştir. ibid 17.

177 Groves (n 106) 228. Bu bağlamda AB'nin 2008 tarihli Direktifi md. 16/1'e göre: "*Gözaltı, kural olarak, özel gözaltı merkezlerinde gerçekleşir. Bir Üye Devletin özel bir gözaltı tesisinde barınma sağlayamadığı ve cezaevi konaklamasına başvurmak zorunda kaldığı durumlarda, tutuklu üçüncü ülke vatandaşları sıradan mahkûmlardan ayrı tutulacaktır.*" Örneğin, AB Adalet Divanı, Almanya ile ilgili davada, belgesiz göçmenlerin geri gönderilmeden önce cezaevinde mahkumlarla birlikte tutulmasının yasak olduğunu ve bu kişilerin gözetim merkezlerinde tutulması gerektiğini belirtmiştir (Case C-474/13 Thi Ly Pham v Stadt Schweinfurt, Amt für Meldewesen und Statistik [2014] ECLI:EU:C:2014:2096'dan aktaran Gatta (n 101) 73). Doktrinde bir görüş, sistematik bir gözetim merkezi tipolojisi olmadan, göçmenlerin gözetim altında tutulmasının hapsetmeye ne ölçüde benzeyip benzemediğine karar verilmesini sağlayacak ayrımlar yapmak için gerekli araçların bulunmadığını belirtmiştir. Flynn (n 50) 6.

178 Belirtilmelidir ki, idari gözetim merkezlerinde bulunan göçmenlerin cezaevlerine gönderilmeleri konusu bundan farklıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Groves (n 106) 229. Göçmen tutukluların suç teşkil eden fiilleri gerçekleştirdiği durumlar dışında, cezaevlerinin göçmenlerin gözetim altında tutulması için kullanılmaması ve aksi takdirde bir cezaevine nakledilecek insanları barındırabilecek ayrı bir tesisin geliştirilmesi gerektiği yönündeki tavsiyelerin karşılık bulamayacağı yönünde bkz. ibid 229.

179 Cezaevleri ve göçmen gözetim merkezleri arasında net bir yasal veya fiziksel ayrımın bulunmaması haline ilişkin eleştiri için bkz. Schloenhardt ve Hickson (n 48) 62.

180 Cornelisse (n 16) 77.

Cezai olmayan nedenlerle yabancının hürriyetinden yoksun bırakılması olarak idari gözetim, Türk Ceza Muhakemesi Kanunu kapsamında koruma tedbirleri olan gözaltı veya tutuklama olarak da değerlendirilememektedir. Koruma tedbirlerinin genel özelliği, bir ceza uyuşmazlığına ilişkin muhakeme sürecinde delil elde edilmesini veya şüpheli/sanığın bu süreçte hazır bulunmasını sağlamaya yönelik olarak şüpheli/sanığın hak ve hürriyetlerini sınırlandıran geçici nitelikteki tedbirler olmalarıdır[181]. Söz konusu koruma tedbirlerinin hangi durumlarda ve hangi şartlar çerçevesinde uygulanabileceği yasal olarak düzenlenmiştir. Koruma tedbirleri bakımından gerekli şartlar, ilgili tedbirin kişinin temel hak ve özgürlüğüne yönelttiği müdahalenin yoğunluğuna göre farklılaşmaktadır[182]. Koruma tedbirlerinin temel hak ve özgürlüklere müdahale içermesinin bir yansıması olarak orantılılık, ilgili tedbiri düzenleyen kanun hükmünde belirtilmiş olmasa dahi tedbirin uygulanmasında uyulması gereken bir ilke olarak önem taşımaktadır[183].

İdari gözetim tedbirine benzerliği ile ön plana çıkan koruma tedbirleri olarak gözaltına alma ve tutuklamanın uygulanmasındaki amaç, şüpheli veya sanığın soruşturma veya kovuşturma sürecinde hazır bulunmasını sağlamak iken; idari gözetim tedbirine başvurulmasındaki amaç, sınır dışı işleminin uygulanabilmesini ve kamu düzeninin korunmasını sağlamak[184] şeklinde ifade edilmektedir. Gözetim altına almanın niteliğini, bu tedbirin dayatılmasının görünürdeki nedenlerinden -yani yasa dışı göçmenleri toplumdan ayırmaktan- türetmek, ceza hukuku kapsamındaki tutuklamanın bu kapsamda olmayan tutuklamadan ayırt edilmesi gereken özelliklerini ve etkilerini dikkate almamak[185] anlamına gelecektir. İdari gözetime ilişkin düzenlemelerin esas olarak özgürlükten yoksun bırakma ile ilgili olduğu ve bu yoksunluğun cezai bir amaç için olup olmadığıyla ilgili olmadığı kabulü[186] bu kapsamda değerlendirilmelidir.

İdari gözetim tedbiri usul açısından da sözü edilen ceza hukuku kurumlarından farklılaşmaktadır. İdari makamlar tarafından karar verilen ve yine bu makamlar tarafından uygulanan idari gözetim tedbirine ilişkin itirazın sulh ceza hâkimine yapılacak olması (YUKK md. 57/6) da tedbirin idari niteliğini zedeleyici nitelik arz etmemektedir. Ayrıca kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma sonucunu ortaya çıkaran idari gözetime ilişkin sadece sulh ceza hâkimine itiraz yolunun varlığı ve bunun ötesinde üst mahkemelerin yargısal denetimine tabi olmaması hususu[187], bu tedbirin

[181] Koruma tedbirleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (9. bası, Seçkin 2021) 322 vd.

[182] Bahri Öztürk, Behiye Eker Kazancı ve Sesim Soyer Güleç, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri* (5. bası, Seçkin 2022) 32.

[183] ibid 39.

[184] Akbulut (n 106) 10.

[185] Schloenhardt ve Hickson (n 48) 61.

[186] ibid 61.

[187] Gatta (n 101) 74.

idari işlem olarak kabul edilen sınır dışı etme yaptırımına[188] ön gelen bir önlem teşkil etmesi durumu ile birlikte ele alındığında, göçmenlerin yasal haklarını sınırlandıran bir sonuca yol açmamaktadır.

Böylece idari gözetimin, gözetim kararını veren makam, amacı ve sebepleri bakımından ceza hukuku kurumlarından farklılık arz etiği[189] sonucuna varılması mümkündür. Nitekim AİHM, göçmenlerin gözetim altına alınmasını "*inkar edilemez bir egemenlik hakkı* (*undeniably sovereign right*)"na "*gerekli bir tamamlayan* (*necessary adjunct*)" olarak nitelendirerek AİHS kapsamında kişiyi özgürlüğünden yoksun kılmayı sonuçlayan (gözaltı, tutukluluk gibi) diğer kategorilerden daha az koruma derecesine sahip olduğu konusundaki farklılığın nedenini vurgulamıştır[190].

Bununla birlikte yabancının suç işlemesi halinde, bunun sonuçlarının ceza hukuku kapsamında kalacağına ve bu bağlamda işlediği suçun sınır dışı edilme sebebi oluşturup oluşturmadığına ayrıca dikkat edilmesi gerekmektedir[191]. TCK md. 59'a göre: "*İşlediği suç nedeniyle hapis cezasına mahkûm edilen yabancı, denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezasının infazına veya koşullu salıverilmesine karar verildikten ve her halde cezasının infazı tamamlandıktan sonra, durumu, sınır dışı işlemleriyle ilgili olarak değerlendirilmek üzere derhal İçişleri Bakanlığına bildirilir.*" İçişleri Bakanlığı'nın sınır dışı kararı vermesi halinde bu kararın icra edilmesine kadar geçecek süre için idari gözetim kararı verilebilecektir. Ancak bu durumda dahi verilecek kararın idare hukuku kapsamında yer aldığının göz ardı edilmemesi gereklidir[192].

Göçmenlere yönelik uygulanan idari gözetim çerçevesinde olağan ceza adaleti sistemi sürece dâhil değildir[193]. Konuyla ilişkili olarak, idari gözetimin ceza hukuku kurumu olarak kabul edilmemesi gerektiği şeklindeki yaklaşımın temelinde bulunan cezalandırmanın adil olması gerekliliğinin yanı sıra orantılılık vurgusu da önem arz etmektedir[194]. Bu nedenle göçmenlerin gözetim altına alınması bağlamında, orantılılık ilkesi çerçevesinde gözetim altına almanın yalnızca ilgili kanunda öngörülen idari hedefleri kolaylaştırmak için gerekli olan sınırlı ölçüde kullanılması gerektiğine de

---

188 Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin sınır dışı etme kararının suça karşılık gelen bir ceza olmadığı şeklindeki içtihadının, ceza adaleti sistemi kapsamında sağlanan güvencelerin göç kanunu ihlallerine uygulanmasını reddetmenin gerekçesini teşkil ettiği yönünde değerlendirme için bkz. ibid 75.

189 AİHM'nin sınır dışı işlemleri bağlamında düzensiz göçmenlerin gözetim altına alınmasını, diğer gözaltı biçimleri ve bu nedenle devletlerin temel haklara yönelik diğer müdahaleleri ile aynı incelemeye tabi tutmadığı yönünde bkz. Cornelisse (n 16) 78. Ayrıca AİHM, göçmenlerin gözetim altına alınması haricinde özgürlüğü kısıtlayan diğer tedbirler özellikle tutuklama tedbiri bakımından tedbirin ancak son çare olarak uygulanması gerekliliğine ayrıca vurgu yapmıştır. Witold Litwa v Poland, 4 April 2000'den aktaran Cornelisse (n 16) 78.

190 ibid 79.

191 Ekşi (n 115) 4.

192 ibid 4.

193 Colombo (n 115) 749.

194 Leerkes ve Broeders (n 115) 845.

dikkat edilmelidir[195]. Söz konusu hususu, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma şeklinde tezahür eden bedel ile risk arasındaki dengeyi, zorunluluğu ortaya çıkaran ihtiyaç ile tedbir arasındaki uygunluk[196] şeklinde ifade etmek mümkündür.

V. İdari Gözetim Tedbirine Yönelik Ceza Hukuku Perspektifinden Getirilen Eleştiriler ve Değerlendirme

Söz konusu tedbir birçok açıdan eleştirilere maruz kalmıştır. Bu uygulamanın "*farklılık ve varsayılan tehdit algıları*" tarafından yönlendirilen "*küreselleşen bir kontrol kültürünü*" yansıttığı[197] ve göçmenin gözetim altına alınması ve sınır dışı edilmesi uygulamalarının resmi olarak idari ancak somut olarak cezai oldukları iddia edilmiştir[198]. Nitekim önceleri akademik çalışmalarda göçmenlere yönelik uygulanan idari gözetimin istisnai niteliğine odaklanma söz konusu iken; günümüzdeki çalışmalar, devletlerin bu alanda insan hareketliliğini yönetmek için giderek artan bir şekilde cezalandırma mantığını esas alarak bu önlemi anlamlandırmaya yönelik çabalara ağırlık vermektedir[199]. Bu bağlamda Birleşmiş Milletler Göçmenlerin İnsan Hakları Özel Raportörü 2010 yılında BM Genel Kurulu'na kriminalizasyonla ilgili olarak sunduğu bir raporda, "*gözetim altına almanın, doğası gereği başvurulması gereken idare hukukunun aksine ceza hukukunu karakterize eden bir araç olduğunu*" öne sürmüştür[200].

Göç hukukunun, tehlikede olan kamu çıkarlarını korumak için ceza hukukundan uygulama ve prosedürleri ödünç alma eğiliminde olduğu ancak aynı zamanda, ceza adaleti sistemi kapsamında sağlanan garantileri kasıtlı olarak yerine getirmediği iddiası[201], idari gözetim tedbirinin uygulanış amacını şüpheye düşüren nitelik arz etmektedir. Hatta doktrinde, idari gözetimin artması, cezalandırma pratiği kapsamında sözde suç ve sapkın davranışları kontrol etmenin ve bunlara tepki vermenin yeni bir yolunu gerektiren bir kavram olan *Yeni Penoloji*'nin (*New Penology*) ortaya çıkışı şeklinde ifade edilmektedir[202]. *Feely* ve *Simon* tarafından 1992'de ileri sürülen bu sistem daha ziyade, tehlikeliliğe göre sıralanmış gruplandırmaları tanımlama, sınıflandırma ve yönetme teknikleriyle ilgilidir[203].

---

195 Flynn (n 50) 10.

196 Yenisey ve Nuhoğlu (n 183) 326.

197 Cornelisse (n 16) 75.

198 Leerkes ve Broeders (n 115) 845.

199 Cornelisse (n 16) 73.

200 Flynn (n 50) 10.

201 Gatta (n 101) 48. İdari gözetimin uygulanma sebepleri bakımından istenmeyen göçmenlerin "ceza ve hapishane" gibi ceza adalet sisteminde yer alan kavramlar kapsamında tanımlanması ve yönetilmesi gereken tehlikeli bir grup olarak dikkate alınması buna örnektir. Cornelisse (n 16) 74.

202 ibid 74. Bu kapsamda geleneksel penolojiden farklı olarak suçlunun rehabilitasyonundan ziyade yönetsel amaçların ön planda olduğuna dikkat çekilmiştir. Bu bağlamda zorlamanın, artık esas olarak bireye değil, risk potansiyeli farklı araçlar aracılığıyla değerlendirilen ve kontrol edilen belirli nüfus kategorilerine odaklandığı yönünde görüş için bkz. ibid 75. Yeni Penolojinin geleneksel ceza hukuku uygulama alanının dışında kalan sosyal kontrol biçimlerini kapsadığı ve göç kanunlarının uygulanması ile çağdaş ceza hukuku araçları arasında bir bağlantı kurulmuş olmasının şaşırtıcı olmadığı yönünde bkz. ibid 75.

203 Broeders (n 110) 171.

Bu kapsamda cezanın işlevleriyle ilgili ceza politikaları ve uygulamalarında yaşanan değişiklikler tartışılmaya başlanmıştır. Görece yakın süreçte konuyla ilişkili olarak ceza uygulamalarının merkezinde yer alan rehabilitasyon uygulamasının, yerini giderek daha katı ve daha sert politikalara bıraktığı belirtilmiştir[204]. Diğer bir ifadeyle, ceza sisteminde, rehabilitasyon fikri geride bırakılırken, sistem "tehlikeli" nüfusları yöneten bir kontrol sistemi haline gelmektedir[205]. Bu sistemde cezai nitelikteki sapkınlıkların rehabilite edilmesine yönelik geleneksel teknikler, riskin tanımlanmasını ve sınıflandırılmasını optimize eden daha uygun maliyetli gözetim ve kontrol biçimleriyle değiştirilmektedir. Bu yeni tekniklerin karakteristik özelliği, cezanın baskın modeli olarak caydırıcılığın yükselişi olarak ön plana çıkmaktadır[206]. Konu kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma temeline dayanan idari gözetim ile ilişkilendirilmektedir. İdari gözetimin konuyla ilişkilendirilmesine ilişkin diğer bir argüman ise, ortaya atılan bu yeni yaklaşımın ceza sisteminin ağının daha geniş olduğu ve bireysel suçlular dışında daha geniş bir yelpazedeki 'tehlikeli' sosyal grupları hedef almaya başladığı iddiasına dayanmaktadır[207]. Nitekim bu bağlamda göçmenlere yönelik düzenlemelerin uygulanmasının bir aracı olarak özgürlükten yoksun bırakmanın, günümüzde göçmenlerin bireyselliğinden ziyade neredeyse sadece kategorileri hedef alan araçsal bir düzene dayandığı iddia edilmektedir[208].

Göç kontrolünün, ceza adaleti sisteminin uygulamalarını ve önceliklerini giderek daha fazla benimsediğine dikkat çekilmiştir[209]. Yasa dışı göçle karşı karşıya kalan devletlerin bunu önlemeye yönelik olarak, idari gözetim gibi tedbirlerle ceza hukuku ile idare hukukunun özelliklerini taşıyan karma bir sistemin oluşturulduğu belirtilmektedir. Bu yaklaşımın diğer bir ifadesi de göçle mücadelede göçmenlerin sosyal kontrolünün etkinliğinin artırılmasına yönelik ceza hukuku araç ve tekniklerinin ceza sisteminin kapsamı dışında uygulanabilmesidir[210]. Bu açıdan bakıldığında, ceza hukuku kapsamındaki gözaltının şüpheliyi kanunlara uygun davranışa zorlamayı amaçlaması gibi, idari gözetim ülkeyi terk etmeleri ve sınır dışı etme prosedürüyle işbirliği yapmaları için yabancılar üzerindeki baskıyı artırmayı amaçlamaktadır[211]. Hatta bunun da ötesinde idari gözetime ilişkin hükümler ceza hukukunun geleneksel ilkelerini ve prosedürlerini aşındırmak veya ortadan kaldırmak için düzenlenmişlerdir. Bu, aynı zamanda düzensiz göçmen sorunuyla

[204] Leerkes ve Broeders (n 115) 833. Bu gelişmede Batı Avrupa ve Kuzey Amerika'da artan hapsedilme oranlarının etkili olduğuna yönelik değerlendirme için bkz. ibid 833.

[205] Broeders (n 110) 171.

[206] Teresa A. Miller, 'Citizenship and Severity: Recent Immigration Reforms and the New Penology', (2003) 17 Geo. Immigr. L.J. 611, 658.

[207] Leerkes ve Broeders (n 115) 833.

[208] Cornelisse (n 16) 76.

[209] Miller (n 208) 613.

[210] Gatta (n 101) 70-71. Yazar, görüşünü *Sklansky* tarafından ileri sürülen, göç kanununun kriminalize edilmesinin, nihai amaca, yani belgesiz göçmenlerin sınır dışı edilmesine ulaşmak için kullanılabilir, "birbiriyle değiştirilebilir araçlar" olarak tasarlanan kural ve prosedürleri gerektirdiği savıyla desteklemiştir. ibid 71.

[211] Leerkes ve Broeders (n 115) 836.

mücadelenin siyasi önceliğine uygun bir yasal çerçeveye yönelik ihtiyacın ürünü[212] olarak görülmektedir.

Konuya ilişkin ileri sürülen önemli bir argüman, önceleri idari gözetimin tehlikeli göçmenlerin sınır dışı edilme süreçlerinde uygulanabilir bir tedbir olarak dikkat çekerken, günümüzde sınır dışı edilebilir tüm yabancıları kapsamına almak suretiyle geniş bir şekilde uygulanmasıdır. Böylece tedbirin artık en tehlikeli kişileri etkisiz hale getirmeye değil, çoğu kişiyi cezalandırmaya hizmet ettiği üzerinde durulmaktadır[213]. Bununla birlikte devlet uygulamalarının toplumun sosyal anlamda kontrolüne yönelik olarak baskıcı bir şekilde göçmenlerin potansiyel suçlu olarak görülmesine ve bu kişilerin ceza yaptırımlarına tabi kılınamayacak olması sebebiyle klasik cezalandırma amacı olarak suçlunun rehabilitasyonundan ziyade sosyal kontrol biçimi olarak dışlama mekanizmalarına yönelmesi[214] Protokol ile yükümlü kılındıkları göçmen haklarının korunması amacının göz ardı edilmesine yol açabilecektir.

Göçmenlerin dolaylı olarak cezalandırılması sonucunun ortaya çıktığını benimseyen yaklaşımın ileri sürdüğü diğer bir husus, idari gözetimin idare hukuku kapsamında yer alması nedeniyle uygulanabilirliği noktasında idarenin sahip olduğu takdir yetkisine ilişkindir. Bu ise göçmenlik yasasına "*ceza adaleti normlarının asimetrik bir şekilde dâhil edilmesi*" şeklinde ifade edilerek, göçmenlerin ceza hukuku kapsamında yer alan güvenceler olmaksızın bu sürece maruz kalmaları vurgulanmıştır[215]. Yine bazı akademik çalışmalarda idari gözetim tedbiri eşdeğer nitelikte maddi ve usule ilişkin güvenceler uygulanmaksızın ceza hukuku sisteminden ödünç alınan koruma önlemi[216] şeklinde ifade edilmektedir. Ceza hukuku kapsamındaki cezaların şeffaflık ve yargı denetimi standardı gerektirdiği ve özellikle hükümlüler için belirli haklar tanınması söz konusu iken; idari olarak uygulanan bu tür önlem mümkün olduğunca az mahkeme müdahalesine izin verecek şekilde yapılandırılması sebebiyle kaçak göçmenlerin haklarına tehdit oluşturmaktadır. Bu anlamda idare hukuku, yetkililere ceza hukuku kapsamında elde edilmesi muhtemelen zor olacak esnek bir kontrol aracı sağlamaktadır[217]. Sınırsız idari yetkiler, kaçak göçmenlerin, ilgili uluslararası hukuk normlarına bakılmaksızın yönetilmesine izin verilmesi[218] olarak değerlendirilmesi gerekir. Bu bağlamda getirilen sert bir eleştiri, devletlerin ilgili göç kanunlarında somutlaşan idari gözetim tedbirinin, idari makamların iddia edilen "yasa dışı yabancıları"

212 Broeders (n 110) 173.

213 Miller (n 208) 614.

214 Sosyal dışlama amacının ceza hukuku ile göç hukukunun benzerliğinin daha iyi anlaşılmasına olanak sağladığını ileri süren bir görüş, ceza hukukunda hapis cezası yoluyla sosyal dışlanma amacı sürdürülürken; göç hukukunda bireyin toplumdan uzaklaştırılarak benzer, hatta belki daha da radikal bir amaç peşinde koşulduğunu belirtmiştir. Gatta (n 101) 48.

215 ibid 71.

216 İbid 70.

217 Leerkes ve Broeders (n 115) 846.

218 Schloenhardt ve Hickson (n 48) 47.

mahkeme önüne çıkarmalarını ve bir suç işlediklerini kanıtlamalarını gereksiz kılmak için tasarlandığı iddiasıdır[219]. Bununla ilişkili olarak öne çıkarılan husus ise, göçmenlerin gözetim altına alınmasının neden ceza hukukuna entegre edilmediği ve Almanya gibi yasa dışı ikametin suç olarak tanımlandığı ülkelerde bile neden idare hukuku kapsamında ele alınma eğiliminde olduğu sorusudur[220].

İdari gözetimin belli şartlar altında bulunan kişiler bakımından zorunlu olarak uygulanmasının geçerli olmakla birlikte, ne ölçüde gerekli olduğu meselesi üzerinden yapılabilecek tartışma, tedbirin uygulanma süreleri ile daha da genişlemektedir. İdari gözetimin en fazla sorun teşkil ettiği konu, gözetim altındaki sürenin belirsizliği[221] ve çoğu durumda bu sürelerin uzunluğudur[222]. Buna yönelik olarak gözetim sürelerine odaklanan bir görüş, tedbirin potansiyel etkisi dikkate alındığında, ceza hukuku kapsamındaki hapis cezası ile aralarındaki ayrımın yapay olduğu iddiasındadır[223]. Tüm bu hususlar göz önünde bulundurulduğunda, kamu düzeninin ve güvenliğinin sağlanması amacına[224] hizmet eden idari gözetim tedbirine ilişkin düzenlemelerin, uygulamada ortaya çıkan sorunlar ile birlikte örtülü olarak, bu tedbir ile karşı karşıya kalan kişileri suçlama amacına doğru odağını kaydırdığına yönelik söylem güçlenmektedir.

Devletlerin göçmenleri cezalandırma aracı olarak idari gözetimi kullandığı iddiası bağlamında ileri sürülen argüman sadece süre ile sınırlı olmayıp ayrıca bu gözetim merkezlerinde kişilere yönelik uygulamaların insan hakkı ihlali teşkil ettiğidir[225]. Göçmenlerin gözetim altına alınmasını doğası gereği cezalandırıcı kılan, gerekçeleri değil, zorlu koşulların dayatılması ve temel özgürlüklerden yoksun bırakılmasıdır[226]. Bu bağlamda idari gözetime yönelik getirilen eleştiriler idarenin bu konuya ilişkin takdir yetkisinin kapsamının geniş olması, idari gözetim merkezlerinde sağlanan olanakların yetersiz olması, gözetim altındaki kişilerin toplumdan adeta tecrit edilmiş şekilde yaşamaya tabi kılınmasına ilişkindir[227]. Nitekim Türkiye özelinde idari gözetim tedbirine yönelik getirilen eleştiriler, idari gözetim yerlerinin aşırı kalabalık

---

219 Head (n 49) 43.

220 Leerkes ve Broeders (n 115) 845.

221 Nitekim konuyla ilgili *Zadvydas v. Davis* davasında süresiz gözetim sorununa makul süre ölçütü ile çözüm bulmaya çalışan Amerikan Yüksek Mahkemesi, bir yabancının, sınır dışı etme kararından ve altı aylık süreden sonra, yabancının makul bir şekilde öngörülebilir bir gelecekte fiilen sınır dışı edilmesinin olasılığının bulunmaması halinde altı aydan fazla tutulamayacağı yönünde görüş bildirmiştir (Sharpton (n 136) 1229 vd.). Göçmenlerin süresiz olarak gözetim altında tutulmasının konu edildiği Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin önüne gelen davaya ilişkin bkz. Schloenhardt ve Hickson (n 48) 60.

222 Süresiz gözetim uygulamaları hakkında ayrıca bkz. Pieters (n 13) 156.

223 Schloenhardt ve Hickson (n 48) 47.

224 Kişileri yalnızca devletin toprak egemenliğini ihlal ettikleri iddiasıyla özgürlüklerinden mahrum bırakan gözetim altına alma uygulamasının anayasal demokrasilerin olağan yasal çerçevesinin dışında bir uygulama olduğu izlenimini verdiği yönünde değerlendirme için bkz. Cornelisse (n 16) 77.

225 Schloenhardt ve Hickson (n 48) 60.

226 ibid 60.

227 Leerkes ve Broeders (n 115) 836 vd.

olması, buralarda bulunan yabancıların hukuki yardıma erişiminin güçlük arz etmesi ve gözetim altında tutulan bazı yabancılara yapılan muamelelerin insanlık dışı olması hususlarında[228] yoğunlaşmıştır. Göçmenlerin hapsedilme gerçeğinin yanı sıra, tesisler aşırı kalabalık ve genellikle tıbbi ve adli yardım eksikliği şeklinde tezahür eden koşullar katı olduğu için rejimin "normal" cezaevlerinden daha sert olduğu kabulü ortaya çıkmaktadır[229].

Böylece idari gözetimin aslında bir cezalandırma aracı olduğu ve devletlerin Protokol'ün 5. maddesini ihlal ettikleri iddiasının argümanı, idari gözetim altında yer alan göçmenlere yönelik tedbirin uygulanmasından ortaya çıkan sorunlardan kaynaklanmaktadır. Buradaki mesele, ülkeye yasa dışı giren yabancıları kontrol etmek ve bunların iddialarını işleme koymak için kurulan bir idari gözetim sisteminin hangi noktada doğrudan veya dolaylı olarak kaçak göçmenleri fail kabul eden bir cezalandırma biçimine dönüştüğü ve böylece devletlerin doğrudan yapamadıklarını dolaylı olarak gerçekleştirmeye çalışmalarıdır[230]. Zira resmi işlevi hâlâ sıkı bir şekilde korunan idari gözetim tedbirinin, gözetim altındaki uygulamaları tam olarak açıklayamadığı iddiası[231] buna işaret etmektedir. Konu, tedbirin cezalandırıcı yönü ve insan haklarının korunması arasında belirli bir dengenin gerekli görülmesine ilişkindir[232].

Temel insan haklarına ilişkin güvencelerin yalnızca ceza hukuku kapsamındaki yaptırımlar ile sınırlanamayacağı ve göçmenlerin idari alıkonması ve tüm geri gönderme işlemleri için de geçerli olduğunun göz önünde bulundurulması gerekmektedir[233]. İdari gözetim altında bulunan göçmenlerin yasal belirsizlikle karşı karşıya kalmaması için özellikle gözetim merkezlerine ilişkin (dış dünya ile iletişimin sağlanması, gözetim tedbirine itiraz usulünün belirlenmesi vb.) ayrıntılı düzenlemelere yer verilmelidir. Söz konusu tedbir, göçmenlerin yasa dışı ülkeye giriş ve burada ikamet etmekten caydırılmasına yönelik genel bir tehdit aracına dönüştürülmemelidir. Bu bağlamda idari gözetimin bizatihi kendisinden ziyade uygulanma koşullarından ortaya çıkan caydırıcılık veya cezalandırma etkisine dikkat edilmelidir[234]. Zira belirtilen durumlar, idari gözetim tedbirinin özellikle sınır dışı etme başarısız olduğunda, göçmenlerle başa çıkmanın bir yolu olabileceği, idari gözetim tedbirinin göçmenler için caydırıcı ve yerel nüfus için bir güvence işlevi göreceği iddialarının[235] güçlenmesine yol açabilecek niteliktedir.

[228] Kuşcu (n 142) 245.

[229] Broeders (n 110) 179.

[230] Schloenhardt ve Hickson (n 48) 61.

[231] Leerkes ve Broeders (n 115) 844.

[232] Benzer yönde değerlendirme için bkz. ibid 845.

[233] AİHS md. 3 kapsamında değerlendirme için bkz. Gatta (n 101) 79.

[234] Böyle bir yaklaşımın ortaya çıkan sonuçtan ziyade, tutuklamaya izin veren hükümlere ilişkin dar bir yasal odaklanmayı teşvik ettiği yönünde değerlendirme için bkz. Groves (n 106) 234.

[235] Broeders (n 110) 182.

Ayrıca ilgili durumlar, Protokol md. 15 kapsamında göçmenlerin yaşam ve vücut dokunulmazlığına, işkenceye veya insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleye maruz kalmama haklarına aykırılık teşkil edebilecektir[236]. İdari gözetimin yasal gerekçeleri kapsamında süreye uyulması veya tedbir kararının yetkili merci tarafından verilmesi gibi usule ilişkin şartların yerine getirilmesi, tedbirin salt idari amaçlarla uygulandığı kabulü bakımından yeterli değildir. Tedbirin fiilî olarak ve hangi amaçla işlevini gerçekleştirdiği, tedbirin cezalandırıcı yönünün tespiti bakımından daha kayda değer bir ölçüt teşkil etmektedir.

Devletlerin idari gözetim ile birlikte Protokol md. 5 kapsamındaki göçmenlerin cezalandırılmamasına yönelik yükümlülüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkin ileri sürülen iyi niyet (*good faith*) ilkesine[237] dayanan argüman[238], idari gözetimin varlığı bakımından esas teşkil edecek nitelikte değildir. Devletlerin hakkı kötüye kullanmaması gereği çerçevesinde haklarını iyi niyetle ve sorumluluk bilinciyle kullanmaları ve hakkın kullanımında keyfi hareket etmemeleri temelinde[239] idari gözetimin bizatihi varlığı, iyi niyet esasına aykırılık arz etmemektedir[240]. İdari gözetimin esasen cezai yaptırımların etkisini yansıtan ağır idari tedbir şeklinde nitelendirilmesi ve buna bağlı olarak dolaylı şekilde Protokol'ün 5. maddesinin yasakladıklarını gerçekleştirme hedefine dikkat çekilmesi[241] yerinde değildir. Bununla birlikte devletlerin eylemleri veya ihmallerinin, Protokol tarafından yüklenen yükümlülükleri gereksiz kılma etkisine sahip olduğunda, Protokol yükümlülüklerini iyi niyetle yerine getirme görevinin ihlal edilmiş olacağının[242] göz önünde bulundurulması gerekmektedir. İdari gözetimin sivil tutukluluk (*civil detention*) veya göçmen hapishanesi[243] olarak ifade edilmesinin altında yatan sebep de budur. Ayrıca tedbirin istisnai niteliği dikkate alınarak, buna aykırılık teşkil edecek uygulamalardan vazgeçilmesi gerekmektedir. Hollanda örneği üzerinden ele alınan konu, idari gözetim merkezlerinin sayısının

[236] Spena (n 17) 45.

[237] Andlaşmalar hukukunun bu temel ilkesi, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 26. maddesinde yer almaktadır ve Sözleşme'de "*yürürlükteki her andlaşma, tarafları bağlar ve iyi niyetle yerine getirilmelidir*" şeklinde düzenlenmiştir. Bu yükümlülüğün yasal önemi, Uluslararası Adalet Divanı (UAD) tarafından uzun süredir kabul edilmektedir. Uluslararası hukukta iyi niyetin amacı, bir andlaşmaya taraf olan devletlerin beyan ettikleri hedeflere ters etki yaparak anlaşmalarının amacını bozmadan yükümlülüklerini yerine getirmeleridir. İlke, kabul edilen yükümlülüğün hedeflenen amacını ihlal eden, andlaşmanın açık kapsamı dışında kalan hükümet eylemlerini caydırarak uluslararası anlaşmaların bütünlüğünü korumaya çalışmaktadır. Schloenhardt ve Hickson (n 48) 48.

[238] ibid 48.

[239] Gerald Fitzmaurice, The Law and Procedure of the International Court of Justice: General Principles and Sources of Law (Grotius Publishers, vol 1, 1986), 12–13'den aktaran ibid 48.

[240] Bununla birlikte doktrinde bir görüş, bir devletin bir anlaşmanın tüm açık şartlarını usulüne uygun olarak uygulaması ve bunlara uyması halinde dahi iyi niyetten yoksun olabileceğini belirterek, iyi niyetin ihlalinin objektif esaslar çerçevesinde tespit edilebileceğine dikkat çekmiş ve önemli olanın, devletlerin eylemlerinin ardındaki neden veya amaçtan ziyade eylemlerin etkisi ve sonucu olduğunu ileri sürmüştür (Schloenhardt ve Hickson (n 48) 49. Yazarlar, görüşünü şu ifadeyle desteklemişlerdir: "*Uluslararası hukuk ve uluslararası yükümlülükler kapsamındaki sorumluluk meselesi olarak, örneğin devlet önleminin veya eyleminin iç hukukta nasıl nitelendirildiği değil, gerçekte ne olduğu önemlidir. Bu nedenle, göçmenlerin gözetim altında tutulmasının kaçak göçmenleri dolaylı olarak suçlu sayma derecesi, yalnızca gözaltı rejiminin belirtilen amacına göre değil, pratik işleyişine göre değerlendirilmelidir*." ibid 61.

[241] ibid 50.

[242] Schloenhardt ve Hickson (n 48) 48.

[243] Gatta (n 101) 68.

giderek artırılması ve ilgili makamların bu tedbiri adeta bir gözaltı uygulamasına dönüştürdüğü iddiası ile gündeme getirilmiştir[244].

Belirtilmelidir ki, normal cezaevlerine kıyasla idari gözetim altındaki yüksek yoksunluk düzeyinin resmi politika çerçevesinden kaynaklandığı ve göçmenlerin gözetim altında tutulmasının caydırıcı amaçlarla kullanıldığının bir göstergesi olarak alınamayacağı iddiası kabul edilebilir değildir[245]. Bu noktada idari gözetime tabi olan yabancıların hukuksal statüsünün de göz önünde bulundurulması ve örneğin uluslararası koruma kapsamında yer alan kişiler ile bu kapsamda bulunmayan göçmenler arasındaki ayrıma idari gözetimin uygulanması bağlamında önem atfedilmesi gerekmektedir. Belirtilen husus, idari gözetimin uluslararası korumadan yararlanan kişiler bakımından bir caydırma veya cezalandırma aracı olarak kullanılmasının önüne geçmek için de gereklidir. Ancak bu şekilde uluslararası düzenlemeler veya anayasal hükümler ile getirilen güvencelerin amaca uygun şekilde uygulanabilirliğinden söz etmek mümkün olabilecektir.

Bununla birlikte uzun tutukluluk süreleri, idari gözetim altında tutulanlara yönelik bu süreçteki muamelelerin denetim altına alınmaması[246], gözetim merkezlerinin uygun olmayan koşulları[247] ve buna bağlı olarak ortaya çıkan hak ihlallerinin göçmenlerin haklarının korunması bağlamında[248] Protokol yükümlülüklerini ihlal edici nitelik arz edeceği dikkate alınmalıdır. Nitekim AİHM göçmenlerin kontrolüne ilişkin uygulamaların ceza hukuku uygulamalarından temelde farklı olduğuna yönelik gözlemini belirtmekle birlikte, göçmenlerin idari gözetim süresince özgürlüklerinden alıkonuldukları yerin[249] ve koşullarının uygun olması gerekliliğine vurgu yapmıştır[250].

Protokol md. 5 kapsamında getirilen güvence göçmenin cezai kovuşturmaya tabi tutulamamasına ilişkindir. Diğer bir ifadeyle, bu düzenleme ile göçmenler

244 Leerkes ve Broeders (n 115) 834.

245 ibid 837.

246 Groves (n 106) 229. Konuya ilişkin AB kapsamında gözetim altına alma tedbirinin istisnai niteliğini vurgulayacak şekilde bir düzenlemeye yer verilmiştir. AB'nin 2008 tarihli Direktifi'nin 15/3. maddesine göre "*Her durumda, gözaltı, ya ilgili üçüncü ülke vatandaşının başvurusu üzerine ya da re'sen makul aralıklarla gözden geçirilecektir. Gözaltı süresinin uzatılması halinde, incelemeler bir yargı merciinin denetimine tabi olacaktır*."

247 Flynn (n 50) 5. İade veya geri dönüş sürecinin bir parçası olarak, idari gözetim merkezlerindeki göçmenlerin buradaki durumunun uluslararası hukukun öngördüğü insan haklarına uygun şekilde dikkate alınması gerekirken, bu merkezlerin bazen cezaevi koşullarından dahi daha güvencesiz olabildiği yönünde bkz. Gatta (n 101) 62.

248 Göçmen kontrolü kapsamında göçmeni gözetim altına almak isteyen devletin, bunu yaparken uluslararası anlaşma standartlarına uyması gerektiği yönünde bkz. Wilsher (n 108) 900.

249 *Groves*, idari gözetim altında tutulan göçmenlerin cezaevinde olmasa dahi, özgürlüğünden alıkonulmuş olmalarının taşıdığı önemin altını çizerek, görüşünü şu şekilde ifade etmiştir: "*Hapishanenin özü, hapishane binasının tarzı veya standardı değil, içindeki insanlara yapılan muameledir. Hapsedilmenin temel unsurları, zorla alıkoyma ve cebri muameledir. Mahkûmlar iradeleri dışında tutulmakta ve diğer tüm vatandaşların sahip olduğu temel medeni haklardan mahrum bırakılmaktadır.*" Groves (n 106) 229. Bunun yanı sıra yazar, gözetim merkezlerinin yasal tanımının yapılmasının ve bu kapsamda gözetim altına alınan kişilerin kanun uyarınca kurulmuş gözetim merkezlerinde tutulmasının belirsiz şekilde tanımlanmamasının gerekli olduğunu belirtmiştir. ibid 230.

250 Rashed v. Czech Republic, 27 November 2008'den aktaran Cornelisse (n 16) 80. Bazı ülkelerin göçmenlerle ilgili gözaltı amacıyla belirli tesisler kullanmasına ve standartlaştırılmış çalışma biçimlerine sahip olmasına karşılık, birçok devletin farklı türdeki tutuklular için veya göçmenlik sistemi yoluyla sürecin farklı aşamaları için çeşitli tesisler kullandığı yönünde bkz. Flynn (n 50) 4.

bakımından ceza ve ceza muhakemesi kurumlarının uygulanmasının önüne geçilmektedir. Bu nedenle göçmenlerin gözetim altında tutulmasını, cezalandırmanın gerekliliklerini içermediği sürece[251] bir cezalandırma türü olarak değerlendirmek söz konusu değildir[252]. Suç teşkil eden bir fiilin fail tarafından gerçekleştirilmesinden ve bu suçun kendisine karşı işlendiği hukuk sisteminin oluşturduğu bir merci tarafından yaptırıma tabi tutulmasından söz edilemediği sürece ceza hukuku anlamında bir cezalandırmadan da bahsedilemeyecektir[253]. Göçmenin gözetim altında tutulmasının karakteristik özelliği, cezalandırıcı değil[254], idari sebeplere dayanmasıdır[255]. Bununla birlikte gözetim altına alma uygulamalarının göç politikasının idari amaçlarıyla orantılı olması yönündeki gerekliliğe dikkat edilmelidir. İdari gözetim son çare olarak, bu tedbire alternatif önlemlerin yetersiz kalması durumunda uygulanabilmelidir[256].

Sonuç

Başka bir ülkeye yasa dışı giren kişilere yönelik uygulanan idari gözetim tedbirinin dolaylı olarak göçmenlerin cezalandırılması esasına dayandığı iddiasının yerindeliğini incelemek için ele alınan bu çalışma, öncelikle göçmen kaçakçılığı kapsamında suça konu kişiler olarak göçmenlerin konumunun belirlenmesini gerekli kıldığından, bu husus göçmen kaçakçılığına konu kişiler ile insan ticaretine konu kişiler üzerinden yapılan ayrım ekseninde değerlendirilmiştir. İnsan ticareti ile göçmen kaçakçılığı benzerlikler taşımakla birlikte, göçmen kaçakçılığının karakteristik özelliği olarak, rıza önemli bir ayrım noktası olarak kabul edilmektedir. Her iki suç tipine yönelik değerlendirme üzerinden suçun mağduru ve suçun konusuna ilişkin belirlemede, Protokol md. 5 düzenlemesi önemli bir dayanak noktası oluşturmaktadır. Zira ilgili düzenleme göçmenlerin hukuki statüsü bakımından önemli bir tespiti içermekte olup, göçmenlerin suçun konusunu teşkil etmeleri sebebiyle cezalandırılamayacağını belirtmiştir. Bu çerçevede göçmenin her durumda suçun mağduru olmadığı kabulü üzerinden, göçmenlere yönelik uygulanan yaptırım ve tedbirler kapsamında idari gözetime odaklanılmıştır.

---

[251] Gözetim altına alma tedbirinin koruyucu niteliğini ön plana çıkarmaya yönelik olarak bu tedbirin bazı caydırıcı yönlere de sahip olabileceği vurgusu, salt caydırıcılığın cezalandırma amacı kapsamında değerlendirilemeyeceğine işaret etmektedir. Bu bakış açısının üzerinde durduğu husus, caydırıcılığın hukukun temel amaçlarından biri olmadıkça ve gözetim altına alma başkalarını caydırmak için ceza olarak kabul edilmedikçe, söz konusu tedbirin doğası gereği cezalandırıcı olarak nitelendirilmeyecek olmasıdır. Bu bakış açısının, tutuklamanın "caydırıcı" bir yönü olsa bile, toplumu korumak için göçmenleri süresiz olarak gözaltına alma yetkisinin geçerliliğini belirten bir ifade olarak değerlendirilemeyeceğine dikkat edilmelidir. Head (n 49) 40.

[252] Kriminalizasyonun, düzensiz ikamet için cezai yaptırım sağlayan yeni düzenlemelerin kabul edilmesi veya mevcut kanunların giderek daha katı bir şekilde uygulanması dâhil olmak üzere, birçok biçimde ortaya çıkabileceği yönünde değerlendirme için bkz. Flynn (n 50) 10.

[253] Groves (n 106) 231.

[254] Mahkemeler veya idari makamlar tarafından uygulanan birçok önlemin cezalandırıcı ve cezalandırıcı olmayan özelliklerin bir karışımını içerebileceği, örneğin, ceza hukuku kapsamında verilen bir cezanın, cezalandırıcı özellik içermekle birlikte toplumun korunması gibi başka amaçlarla da verilebileceği ve bu nedenle, kişiye yönelik muameleyi 'cezalandırıcı' veya 'cezalandırıcı olmayan' olarak nitelendirmeye yönelik girişimin yardımcı olmadığı yönünde değerlendirme için bkz. ibid 232.

[255] ibid 232. İdari gözetimin caydırıcı bir tedbir teşkil ettiği yönünde bkz. Cornelisse (n 16) 79.

[256] Gatta (n 101) 73; Leerkes ve Broeders (n 115) 841.

İdari gözetim tedbirinin, yasa dışı göç yönetimine ilişkin bir araç olduğu dikkate alınarak, bu tedbirin bir yaptırım veya cezalandırma amacına hizmet etmediğinin vurgulanması gerekmektedir. İdari gözetimin, uygulanma koşullarının ve denetim yollarının yasal olarak düzenlenmesi, göçmenin keyfi olarak özgürlüğünden yoksun kılınmaması bakımından gerekli olmakla birlikte, yeterli bir güvence sağlamamaktadır. Bu nedenle göçmenlere yönelik idari tedbirin yasal çerçevede öngörülen şartlar bağlamında ele alınması önem arz etmekte olup, buna bağlı olarak insan haklarını ihlal edecek şekilde gözetim tedbirinin uygulanmasının hukuka aykırılığı sonuçlayacağı göz önünde bulundurulmalıdır.

İdari gözetimin ülkeye yasa dışı giren tüm yabancılar bakımından aynı uygulama şartlarına tabi kılınmaması, ortaya çıkabilecek adaletsiz sonuçların önüne geçilmesi bakımından önemlidir. Zira göçmen kaçakçılığında göçmenlerin rızası ile kaçakçılığın gerçekleşmesine rağmen, göçmenlerin mağdur olarak kabul edilmesine yönelik eğilim, çoğu durumda uluslararası koruma statüsü kapsamında yer alan yabancılar üzerinden argüman ileri sürmektedir. Bununla birlikte Protokol, göçmen kavramıyla genel olarak ülkeye yasa dışı giren yabancıları kapsamakta olup, üst kavram olarak göçmene yönelik belirlemelerle düzenlemeler öngörmüştür.

İdari gözetimin uygulanma şartlarından veya süreye riayet edilmeksizin kişinin özgürlüğünden alıkonulmasından kaynaklanan hukuka aykırılıklar[257], Protokol md. 5'in ihlali anlamına gelmemektedir. Bu bağlamda ilgili Protokol'de göçmen haklarına ilişkin ihlallere ilişkin düzenlemelerin ve bunun dışında insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşme hükümlerinin ihlalinden söz edilmesi mümkün olacaktır. Suçun konusu olmaları sebebiyle göçmenlerin cezai takibata tabi tutulamayacak olması, onların özgürlüğünden yoksun kılınmasını sonuçlayan idari gözetime de tabi tutulamayacak olmalarını ortaya çıkarmaz[258]. Protokol md. 5'in kapsamının lafzi anlamını dikkate alarak ceza hukuku ile sınırlı şeklinin yorum yoluyla bu şekilde genişletilmesine Protokol'ün kabul ediliş amacına uygunluk ile de meşruluk kazandırılamaz[259]. Ayrıca böyle bir kabul, ülkeye yasa dışı giren göçmenlere hiçbir idari yaptırımın uygulanamaması tehlikesini de beraberinde getirecektir.

Bizatihi tedbirin kendisinin cezalandırma amacı taşıdığından hareketle, tedbirin tümüyle reddedilmesi yerinde değildir. İstisnai şartlar çerçevesinde, yasal hükümlere uygun olmak ve gözetim süresinin mümkün olduğunca az olması şartıyla, idari gözetim kamu düzeninin sağlanması açısından gerekli bir tedbir olarak kabul edilmelidir.

---

[257] AB üye devletlerinde göçmenlerin gözetim altına alınmasının açık bir şekilde kişi kategorilerini hedef alan, her birinin bireysel koşullarının değerlendirilmesi için giderek daha az alan bırakan ve neredeyse cezalandırıcı nitelikte olan geniş ölçekli bir araç teşkil ettiği yönünde değerlendirme için bkz. Cornelisse (n 16) 75.

[258] Protokol md. 5 düzenlemesinin, taraf devletlerin, kaçak göçmenleri fiilî suçlulara dönüştürmek için egemenlik güçlerini kullanmalarını engellemeyi amaçladığı yönünde değerlendirme için bkz. Schloenhardt ve Hickson (n 48) 50.

[259] Böyle bir genişletmenin, Protokol'de ifade edilen "kaçak göçmenlerin haklarını koruma" hedefini daha da ileriye taşıyacağı ve 5. maddenin amaçlanan amacına daha uygun olduğu yönünde değerlendirme için bkz. Schloenhardt ve Hickson (n 48) 47.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.
Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.
Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.
Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.
Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

Akbulut M, *Türk Yabancılar Hukukunda İdari Gözetim* (On İki Levha 2020).

Aktaş M, 'Geri Gönderme Merkezlerinde Uygulanan İdari Gözetimin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Özgürlük Ve Güvenlik Hakkı" Başlıklı 5 inci Madde Perspektifinden Değerlendirilmesi', (2019) 2 Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu 61-78.

Arslan Ç, 'Göçmen Kaçakçılığı Suçları', (2003) 52 (1), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 113-145.

Aytekin A. İ, 'Göçmen Kaçakçılığı Suçu', (2019) 14 (175-176) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 387-432.

Aziani A, 'The heterogeneity of human smugglers: a refection 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> Erişim tarihi 13 Mart 2022.

Başlar Y, 'The Crime of Migrant Smuggling in Turkish Legal System in the Light of Recent Developments', (2018) 8 (2) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 337-366.

Boister N, *An Introduction to Transnational Criminal Law* (2. Bası, Oxford University Press 2018).

Bozbayındır, G. B., 'Türk Ceza Kanunu'nda göçmen kaçakçılığı suçu', (2015) Disiplinlerarası Göç ve Göç Politikaları Sempozyumu 377–405.

Broeders D, 'Return to sender? Administrative detention of irregular migrants in Germany and the Netherlands', (2010) 12 (2) Punishment & Society 169-186.

Colombo A, 'Foreigners and immigrants in Italy's penal and administrative detention systems', 2013 10 (6) European Journal of Criminology 746-759.

Cornelisse G, 'Immigration Detention: An Instrument in the Fight Against Illegal Immigration or a Tool for Its Management?', *Immigration Detention, Risk and Human Rights: Studies on Immigration and Crime* (Springer 2016) 73-90.

Doğan K, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, (3. bası, Seçkin 2021).

Döner A ve 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.

Ekşi N, *6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda İdari Gözetim* (Beta 2014).

Ellis T ve Akpala J, 'Making Sense Of The Relationship Between Trafficking in Persons, Human Smuggling, and Organised Crime: The Case Of Nigeria', (2011) 84 The Police Journal 13-34.

Erel K, 'Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı Suçu', (2007) 71 TBB Dergisi 264-299.

Erten R, 'Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme' (2015) XIX (1) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3-51.

Escobar V. J, 'Smuggling of Migrants is and Should be Established as an Autonomous Offence', (2019) 27 European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 226-241.

Evik A. H, 'Göçmen Kaçakçılığı Suçu', (2005) IX (3-4) Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 125-179.

Flynn M, 'Immigration Detention and Proportionality', (2011) Global Detention Project Working Paper No. 4, Switzerland.

Gallagher A. T ve Fiona D, 'Acting against Migrant Smuggling: Capacities and Limitations', *The International Law of Migrant Smuggling*, (Cambridge University Press 2014) 202-275.

Gatta G. L, 'Global Trends in 'Crimmigration' Policies: From the EU to the USA', *Controlling Immigration Through Criminal Law: European and Comparative Perspectives on 'Crimmigration'*, (Oxford: Hart Publishing 2020) 47-80.

Groves M, 'Immigration Detention vs Imprisonment Differences explored', (October 2004) 29 (5) Alternative Law Journal 228-234.

Guild E, 'Assessing Migration Management and the Role of Criminal Law' *Controlling Immigration Through Criminal Law: European and Comparative Perspectives on 'Crimmigration'*, (Oxford: Hart Publishing 2020) 9-24.

Güzel B, *Türkiye'de İdari Gözetim* (Seçkin 2020).

Hartati A. S, 'Criminalization Of The Smuggling Of Migrants In Accordance With The United Nations Convention Against Transnational Organized Crime And Protocol Against The Smuggling Of Migrants By Land, Sea And Air', (2013) 11 (1) Indonesian Journal of International Law.

Head M, 'Detention without Trial - A Threat to Democratic Rights' (2005) 9 University of Western Sydney Law Review 33-52.

Kangal Z. T, 'Göçmen Kaçakçılığı Suçu', (2019) 21 (Özel Sayı) D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan 221-277.

Karagözoğlu C, Non-Refoulement İlkesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Uygulanması, (2023) 43 (1) Public and Private International Law Bulletin 313-351.

Kılınçarslan S, 'Göçmen Kaçakçılığı Sırasında Meydana Gelen Ölüm Olayları', (2016) 15 (1) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 853-866.

Koca M ve Üzülmez İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. bs, Seçkin 2021).

Koca M ve Üzülmez İ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (8. baskı, Adalet 2022)

Kuşcu D, 'Yabancılar Ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Sınır Dışı Edilmelerine Karar Verilen Yabancıların İdari Gözetim Altına Alınmaları', (2017) 22 (37) DÜHFD 241-284.

Leerkes A ve Broeders D, 'A CASE OF MIXED MOTIVES? Formal and Informal Functions of Administrative Immigration Detention', (2010) 50 British Journal of Criminology 830-850.

Militello V ve Spena A, 'Between Criminalization and Protection The Italian Way of Dealing with Migrant Smuggling and Trafficking within the European and International Context', *Transnational Crime* (Brill 2019).

Miller T. A, 'Citizenship and Severity: Recent Immigration Reforms and the New Penology', (2003) 17 Geo. Immigr. L.J. 611 <https://digitalcommons.law.buffalo.edu/journal_articles/408> Erişim tarihi 10 Ocak 2022.

Özbek N, 'AİHM Kararları Işığında YUKK'nda İdari Gözetimin Uygulandığı Mekânlar Hakkında Ortak Sorunlar', (2015) 118 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 15-50.

Özbek V. Ö, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (16. bası, Seçkin 2021).

Özgenç İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (17. bası, Seçkin 2021).

Öztürk B, Kazancı B. E ve Soyer S. G, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, (5. bası, Seçkin 2022).

Pickering S, 'Crimes of the State: The Persecution And Protection Of Refugees', (2005) 13 Critical Criminology 141-163.

Pieters B, 'Dutch Criminal And Administrative Law Concerning Trafficking in And Smuggling Of Human Beings The Blurred Legal Position Of Smuggled And Trafficked Persons: Victims, Instigators Or Illegals?', *Immigration and Criminal Law in the European Union: The Legal Measures and Social Consequences of Criminal Law in Member States on Trafficking and Smuggling in Human Beings*, (Brill 2006) 201-239.

Rodríguez P. O, '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)', (2014) <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9791.pdf?view=1> Erişim tarihi 2 Nisan 2022.

Schloenhardt A ve Hickson H, 'Non-Criminalization of Smuggled Migrants: Rights, Obligations, and Australian Practice under Article 5 of the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea, and Airs', (2013) 25 (1), International Journal of Refugee Law 39-64.

Sharpton B, 'Detention of Non-Citizens: The Supreme Court's Muddling of an Already Complex Issue' (2005-2006) 57 (4) Mercer Law Review 1221-1260.

Spena A, 'Smuggled Migrants as Victims? Reflecting on the UN Protocol against Migrant Smuggling and on Its Implementation', (2019) 3 (4) Transnational Crime 43–57.

Sunata U ve Erduran S, 'Practicing Law in Administrative Detention for Syrian Refugees in Turkey', (2021) Journal of Immigrant & Refugee Studies 1-15.

Tezcan D, Erdem M. R ve Önok R. M, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (19. bası, Seçkin 2021).

Tunç G, 'Göçmen Kaçakçılığı Suçuna İlişkin Yargıtay Karar Tahlili', (2016) 3 Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 199-211.

Wilsher D, 'The Administrative Detention Of Non-Nationals Pursuant To Immigration Control: International And Constitutional Law Perspectives', (2004) 53 (04) International and Comparative Law Quarterly (ICLQ) 897-934.

Yenerer Çakmut Ö, 'Türk Ceza Yasası'nda Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK m.79)', (2010) 9 (2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 115-135.

Yenidünya A. C ve Alşahin M. E, 'Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK. m.79)', (2009) 82 TBB Dergisi 1-50.

Yenisey F ve Nuhoğlu A, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (9. bs, Seçkin 2021).