

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

TÜRK CEZA HUKUKUNDA MÜSADERE

DOKTORA TEZİ

Mualla Buket SOYGÜT ARSLAN

Tez Danışmanı: Doç.Dr.Ümit KOCASAKAL

Haziran 2014

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR	viii
RÉSUMÉ	x
ABSTRACT	xv
ÖZET	xx
GİRİŞ	1
1. Sunuş	1
2. Çalışmanın Amacı	3
3. İnceleme Planı ve Konunun Sınırlandırılması	4

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAMSAL ÖZELLİKLER VE TARİHÇE – MÜSADERENİN AMACI VE HUKUKSAL NİTELİĞİ – ULUSALÜSTÜ HUKUK VE BAZI ÜLKELERDEKİ DURUM – İNSAN HAKLARI YÖNÜNDEN MÜSADERE – BENZER KAVRAMLAR

§ 1. Kavramsal Özellikler ve Tarihçe	7
A. Müsadere Kavramı	7
I. Tanım	7
II. Terim Sorunu	10
B. Tarihçe	14
I. Genel Bakış	14
II. Yunan Hukuku	15
III. Roma Hukuku	16
IV. İslam Hukuku	17
V. Türk Hukuku	19
1. Osmanlı İmparatorluğu Dönemi	19
2. Türkiye Cumhuriyeti Dönemi	22
a. Anayasalar	22
b. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu	24
c. Ara Dönemdeki Kanun Tasarıları	25
d. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu	27
e. Özel Kanunlar	29
§ 2. Müsaderenin Amacı ve Hukuksal Niteliği	33
A. Müsaderenin Amacı	33
I. Genel Olarak	33
II. Ekonomik Suçlarla Mücadele	37
1. Organize Suçlulukla ve Özellikle Suçtan Elde Edilen Malvarlığı Değerlerinin Aklanması ile Mücadele	38

2. Terörizmin Finansmanının Önlenmesi.....	41
3. Çevre Suçlarıyla Mücadelede Müsadere.....	44
III. Mağdurun Zararının Giderilmesi	46
IV. Suçla Mücadele Masraflarının Karşlanması: ABD Örneği	48
B. Müsaderenin Hukuksal Niteliği.....	50
I. Hukuksal Nitelik Sorunu	50
II. Hukuksal Niteliğin Tespitinin Önemi	52
III. Müsaderenin Ceza Olduğunu Kabul Eden Görüş	57
1. Ceza Kavramı ve Cezanın Özellikleri.....	57
2. Görüşlerin Açıklanması	61
a. Kanunun Sistematiğine Dayanan Görüş.....	61
b. İhlale Tepki Görüşü.....	62
c. Müsaderenin Faile Yönelik Uygulanmasına Dayanan Görüş	64
d. Müsaderenin Geçici Nitelikte Olmamasına Dayanan Görüş	64
e. Müsaderenin İhtiyarlık Niteliğine Dayanan Görüş	65
f. Müsaderenin Mahkumiyetin Sonucu Olduğu Görüşü	66
g. Diğer Görüşler.....	68
IV. Müsaderenin Güvenlik Tedbiri Olduğunu Kabul Eden Görüş	69
1. Güvenlik Tedbiri Kavramı ve Güvenlik Tedbirinin Özellikleri	69
2. Tehlikelilik Esasına Dayanan Görüş.....	74
a. Failin Tehlikeliliği Görüşü	75
b. Suçla İlgili Eşyanın Tehlikeliliği Görüşü.....	76
aa. Objektif - Mutlak Tehlikelilik	79
bb. Subjektif - Nisbi Tehlikelilik	80
3. Diğer Görüşler.....	82
a. Müsaderenin Tasfiye Edici Nitelikte Bir Güvenlik Tedbiri Olduğu Görüşü	82
b. Kanunun Sistematiğine Dayanan Görüş	83
c. Müsaderenin Kusurun Olmadığı Hallerde Uygulanabilmesine Dayanan Görüş	83
d. Müsaderenin Cezanın Özelliklerini Taşımadığına Dayanan Görüş.....	84
e. Üçüncü Kişiye Ait Eşyanın Müsadere Edilebilmesine Dayanan Görüş	85
f. Müsaderenin Failin Ölümü Halinde Uygulanabilmesine Dayanan Görüş	86
g. Müsaderenin Tüzel Kişiler Hakkında Uygulanabilmesine Dayanan Görüş.....	86
IV. Müsaderenin Sui Generis (Kendine Özgü) Bir Kurum Olduğu Görüşü.....	87
VI. Müsaderenin Kolluk Tedbiri Olduğunu Kabul Eden Görüş.....	88
VII. Değerlendirme	90
§ 3. Ulusalüstü Hukuk ve Bazı Ülkelerdeki Durum	100
A. Ulusalüstü Hukuk.....	100
I. Birleşmiş Milletler	101
II. Avrupa Birliği.....	103
III. Avrupa Konseyi	108
IV. Mali Eylem Görev Gücü (FAFT)	111
B. Bazı Ülkelerdeki Durum	112
I. Genel Olarak	112
II. Fransa	116
III. İsviçre.....	122
IV. İngiltere.....	126
V. Amerika Birleşik Devletleri	130

VI. Almanya	133
VII. Avusturya	137
VIII. Belçika.....	139
IX. Hollanda.....	141
X. İtalya.....	143
XI. İspanya	145
§ 4. İnsan Hakları Yönünden Müsadere.....	147
A. Genel Olarak	147
B. Mülkiyet Hakkı Bağlamında Müsadere.....	148
1. Genel Olarak	148
2. Genel Müsadere Yasağı	156
a. Genel Olarak.....	156
b. Genel Müsaderenin Yeniden Doğuşu	159
c. Hukukumuzda Durum	161
d. Değerlendirme.....	165
3. Üçüncü Kişinin Malvarlığının Müsaderesi Sorunu.....	170
a. Genel Olarak.....	170
b. Karşılaştırmalı Hukuk	172
c. Hukukumuzda Durum	176
d. İHAM'ın Yaklaşımı	179
e. Değerlendirme	181
4. Suç Gelirinin Brüt Olarak Hesaplanması Sorunu	183
C. Suçsuzluk Karinesi Bağlamında Müsadere	188
1. Genel Olarak	188
2. Malvarlığının Suçtan Elde Edildiği Konusunda İspat Yükünün Tersine Çevrilmesi Sorunu.....	192
a. Genel Olarak.....	192
b. Hukukumuzda Durum.....	198
c. İHAM'ın Yaklaşımı	199
d. Değerlendirme.....	202
3. Suçun İşlenmesinde Kullanılmak Üzere Hazırlanan Tehlikeli Eşyanın Müsaderesinin Suçsuzluk Karinesi Bakımından Durumu	205
4. Müsaderenin Failin Ölümü Halinde Uygulanması Sorunu.....	206
§ 5. Benzer Kavramlar	207
A. Elkoyma	207
1. Hukuki Nitelik ve Amaç Bakımından Karşılaştırma	209
2. Temel Haklara Etkileri Bakımından Karşılaştırma.....	210
a. Genel olarak	210
b. Üçüncü Kişilerin Mülkiyet Hakkına Olan Etkileri Bakımından Karşılaştırma	211
aa. Genel Olarak.....	211
bb. Üçüncü Kişiye Ait Eşyaya Elkonulamayacak Haller.....	212
cc. İyiniyetli Üçüncü Kişiye Ait Malvarlığına Müsadere Amaçlı Elkoyma Sorunu	214
3. Konuları Bakımından Karşılaştırma	214
4. Usul Bakımından Karşılaştırma	217
5. Sonuçları Bakımından Karşılaştırma	219
B. Muhafaza Altına Alma	220
C. Adli Para Cezası	222
D. Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi.....	226
1. Suç-Kabahat Ayrımı Hakkındaki Görüşler.....	229

2. Değerlendirme.....	232
3. Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi ile Müsaderenin Karşılaştırılması	235
a. Konuya Genel Bakış ve Benzer Yönler	235
b. Karşılaştırma	237
aa. Amaç Bakımından	237
bb. Nicelik Bakımından	238
cc. Konu Bakımından.....	239
dd. Yetkili Mercî Bakımından.....	240
ee. Üçüncü Kişinin Mülkiyet Hakkı Bakımından	241
ff. Usul Bakımından	242

İKİNCİ BÖLÜM

CEZA HUKUKUNUN BAZI TEMEL İLKELERİ BAĞLAMINDA MÜSADERE - MÜSADERENİN TÜRLERİ - MÜSADERENİN KOŞULLARI VE SONUÇLARI - CEZA İLİŞKİSİNİ KALDIRAN HALLERDE MÜSADERE

§ 1. Ceza Hukukunun Bazı Temel İlkeleri Bağlamında Müsadere.....	243
A. Genel Olarak	243
B. Kanunilik İlkesi	244
I. Genel Olarak	244
II. Belirlilik İlkesi ve Kıyas Yasağı.....	246
III. Geçmişe Uygulama Yasağı	248
IV. İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Yaratılmaması.....	252
C. Kusur İlkesi	253
I. Genel Olarak	253
1. Fail Bakımından	253
2. Üçüncü Kişi Bakımından	256
II. Taksirli Suçlarda Müsadere.....	257
D. Orantılılık İlkesi	261
1. Genel Olarak	261
2. Orantılılığın Çeşitli Görünümleri	262
a. Müsaderenin Belirli Ağırlıktaki Suçlar Bakımından Uygulanması	262
b. Müsadereye Seçenek Yaptırımlara Hükmedilebilmesi	264
c. Genel Müsadere Yasağı	265
d. Usul Ekonomisi Gereğince Müsadereden Vazgeçilmesi	266
3. Uygulamada Orantılılık İlkesi ve Değerlendirme	266
E. Yargısalılık İlkesi.....	269
§ 2. Müsaderenin Türleri.....	270
A. Hâkimin Takdir Yetkisine Göre.....	270
I. Zorunlu Müsadere.....	270
II. İhtiyari Müsadere	273
B. Kapsamına Göre	278
I. Genel Müsadere	278
II. Özel Müsadere.....	279
1. Tam Müsadere.....	279

2. Kısmi Müsadere	280
C. Konusuna Göre	283
I. Genel Olarak	283
II. Eşya Müsaderesi	284
III. Kazanç Müsaderesi	291
IV. Eşya Müsaderesi - Kazanç Müsaderesi Ayrımı Hakkında Değerlendirme	297
§ 3. Müsaderenin Koşulları ve Sonuçları	299
A. Müsaderenin Koşulları	299
I. Genel Olarak	299
II. Elkoymanın Ön Koşul Olup Olmadığı Sorunu	302
III. Eşya Müsaderesinin Koşulları	306
1. Suçla Bağlantılı (Suçta Kullanılan, Suça Tahsis Edilen ve Suçtan Meydana Gelen) Eşyanın Müsaderesinin Koşulları	307
a. Kasıtlı Bir Suçun İcrasına Başlanmış Olması	307
aa. Genel Olarak	307
bb. Suçun Kasıtlı Olması	309
cc. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Varlığı Halinde Müsadere	309
aaa. Genel Olarak	309
bbb. Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Sınırın Aşılması	310
dd. Suça Teşebbüs Halinde Müsadere	312
aaa. Genel Olarak	312
bbb. Gönüllü Vazgeçme	315
ccc. Etkin Pişmanlık	316
ddd. İşlenemez Suç	319
ee. İhmali Suçlarda Müsadere	320
ff. Suçların İçtimaı Halinde Müsadere	321
aaa. Genel Olarak	321
bbb. Fikri İçtima	322
b. Eşya ile Suç Arasında Bağlantı Bulunması	324
aa. Genel Olarak	324
bb. Eşyanın Suçun İşlenmesinde Kullanılması	328
aaa. Yaşamsal Bağ-Doğrudan İlişki Ölçütü	329
bbb. Kolaylaştırma Ölçütü	330
ccc. Suçun İcrası Sırasında (Tipik Hareketlerin Gerçekleştirilmesinde) Kullanma Ölçütü	331
ddd. Taşıma Aracının Müsaderesi Bakımından “Kullanma”	332
eee. Değerlendirme	335
cc. Eşyanın Suça Tahsis Edilmesi	338
aaa. Süreklilik Ölçütü	340
bbb. Suçun İcra Hareketlerinin Öncesinde veya Sonrasında Kullanma (Tipik Olmayan Hareketleri Gerçekleştirme) Ölçütü	341
ccc. “Tahsis”in “Suçun İşlenmesinde Kullanılmak Üzere Hazırlanma” Olarak Kabul Edilmesi	342
ddd. Değerlendirme	342
dd. Eşyanın Suçtan Meydana Gelmesi	346
aaa. Kavram	346
bbb. Kazanç Müsaderesine Tabi Eşyadan Farkı	347
c. Aidiyet Koşulu	349
aa. Konuya Genel Bakış	349
bb. 765 Sayılı TCK Dönemi	351

aaa. Kural: Eşyanın Fiilde Methaldar Olmayan Kimselere Ait Olmaması	351
bbb. İstisna: Eşyanın Kime Ait Olduğunun Dikkate Alınmadığı Haller	352
cc. 5237 Sayılı Kanun' a Göre	354
aaa. Eşyanın İyiniyetli Üçüncü Kişiyeye Ait Olmaması	354
i. Genel Olarak	354
ii. Eşyanın Faile veya Yardım Edene Ait Olması	355
iii. Üçüncü Kişi Kavramı - Mağdur ve Suçtan Zarar Görenin Durumu	357
bbb. "İyiniyet"i Açıklamaya Yönelik Görüşler	358
i. İştirak Yönünden Değerlendiren Görüş	358
ii. Medeni Hukuk Bağlamında İyiniyet Görüşü	362
iii. Taksir görüşü	363
iv. "İyiniyet" in Hukuki Bir Kavram Olmadığı Görüşü	366
v. Değerlendirme	368
ccc. Eşyanın Kısmen Üçüncü Kişiyeye Ait Olması: Ortak Mülkiyet Durumu	372
dd. Aidiyetin Kapsamı	375
ee. Aidiyetin Aranacağı Zaman	377
ff. Aidiyetin İspatı	380
2. Suçun İşlenmesinde Kullanılmak Üzere Hazırlanan Tehlikeli Eşyanın Müsaderesi ve Koşulları	382
a. Genel Olarak	382
b. Eşyanın Suçun İşlenmesinde Kullanılmak Üzere Hazırlanmış Olması	385
c. Eşyanın Kamu Güvenliği, Kamu Sağlığı veya Genel Ahlak Bakımından Tehlikeli Olması	387
aa. Genel Olarak	387
bb. Kamu Güvenliği Bakımından Tehlikelilik	388
cc. Kamu Sağlığı Bakımından Tehlikelilik	390
dd. Genel Ahlak Bakımından Tehlikelilik	391
d. Değerlendirme	392
3. Üretimi, Bulundurulması, Kullanılması, Taşınması, Alım ve Satımı Suç Oluşturan Eşyanın Müsaderesi	396
a. Kavram	396
b. Koşullar	402
IV. Kazanç Müsaderesinin Koşulları	404
1. Genel Olarak	404
2. Suçun İcrasına Başlanmış Olması	406
3. Suç ile Kazanç Arasında Bağlantı Bulunması	408
a. Genel Olarak	408
b. Doğrudan Kazanç	410
aa. Suçun İşlenmesi için Sağlanan Maddi Menfaat	410
bb. Suçun Konusunu Oluşturan Maddi Menfaat	412
cc. Suçun İşlenmesi ile Elde Edilen Maddi Menfaat	415
c. Dolaylı Kazanç: Maddi Menfaatin Değerlendirilmesi ve Dönüştürülmesi Sonucu Ortaya Çıkan "Ekonomik Kazanç"	416
4. Kazancın Mağdur veya Suçtan Zarar Görene Geri Verilememesi	420
a. Genel Olarak	420
b. Suçun Mağdurunun veya Suçtan Zarar Göreninin Bulunması	421
aa. Genel Olarak	421

bb. Mağdur ve Suçtan Zarar Gören Kavramları.....	422
cc. Mağdur veya Suçtan Zarar Görenin Belirli Olması	423
c. Maddi Menfaatin Geri Verilememesi.....	424
5. Kazancı Sonradan Devralan Kişinin Türk Medeni Kanunu'nun İyiniyetin Korunmasına İlişkin Hükümlerinden Yararlanamıyor Olması	429
a. Genel Olarak.....	429
b. Türk Medeni Kanunu'na Göre "İyiniyet" Kavramı	431
c. Türk Medeni Kanunu'na göre İyiniyetin Korunduğu Haller Bakımından Kazanç Müsaderesi	433
d. Değerlendirme.....	439
e. İyiniyet Kuralının Elkoyma Bakımından Uygulanıp Uygulanmayacağı Sorunu	440
6. Kazancın Belirlenmesi	443
V. Eşdeğer Müsaderenin Koşulları	445
1. Kavram ve Terim Sorunu.....	445
2. Koşulları.....	450
a. 54. Maddenin 2. Fıkrasına Göre Eşdeğer Müsaderenin Koşulları	450
b. 55. Maddenin 2. Fıkrasına Göre Eşdeğer Müsaderenin Koşulları	454
3. Değerlendirme.....	459
VI. Tüzel Kişi Bakımından Müsaderenin Koşulları	461
1. Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu Sorunu	461
a. Genel Olarak.....	461
b. Hukukumuzda Durum.....	463
c. Tüzel Kişi Bakımından Müsadere Uygulanması Hakkında Değerlendirme.....	465
2. Müsaderenin Koşulları	467
a. Genel Olarak.....	467
b. Suçun Özel Hukuk Tüzelkişisi Yararına İşlenmesi	470
c. Müsaderenin Kanunda Ayrıca Düzenlenmiş Olması	473
d. Müsaderenin Orantılı Olması	475
B. Müsaderenin Sonuçları.....	476
§ 5. Ceza İlişisini Ortadan Kaldıran Hallerde Müsadere	478
A. Genel Olarak	478
B. Ölüm.....	479
I. Sanığın Ölümü	479
II. Hükümlünün Ölümü.....	481
C. Af.....	482
I. Genel Af.....	482
II. Özel Af	483
D. Zamanaşımı	484
I. Dava Zamanaşımı	484
II. Ceza Zamanaşımı	487
E. Şikayetten Vazgeçme.....	488
F. Önödeme	490
SONUÇ	492
KAYNAKÇA.....	505

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
age	: adı geçen eser
AIDP	: Association Internationale de Droit Pénal
AK	: Avrupa Konseyi
AROs	: Asset Recovery Offices
ATF	: Arret de Tribunal Fédéral Suisse
AYMK	: Anayasa Mahkemesi Kararı
AYM	: Anayasa Mahkemesi
AYMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
Ask.CK	: Askeri Ceza Kanunu
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
Bkz	: bakınız
CD	: Ceza Dairesi
Derl.	: derleyen
dn	: dipnot
ed	: editör
ECHR	: European Court of Human Rights
ETCK	: Eski Türk Ceza Kanunu
FAFT	: Financial Action Task Force
FMR	: Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi
Frs.	: Fransızca
Frs.CK	: Fransız Ceza Kanunu
GRECO	: The Council of Europe anti-Corruption Group
İHAM	: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi
İHAS	: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi
İÜHFD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İng.	: İngilizce
İsv.CK	: İsviçre Ceza Kanunu
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
MONEYVAL	: The Council of Europe Select Committee of Experts on the Evaluation of Anti Money Laundering Measures

No	: numara
par.	: Paragraf
POCA	: Proceeds of Crime Act
Rev.Soc	: Revue sociale
RG	: Resmi Gazete
RIDC	: Revue internationale de droit comparé
RPS	: Revue Pénale Suisse
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
SEY	: Suç Eşyası Yönetmeliği
Sy.	: Sayı
SPK	: Siyasi Partiler Kanunu
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBF	: Tribunal Pénal Fédéral
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TF	: Tribunal Fédéral Suisse
v.	: versus
vb	: ve benzeri
vd	: ve devamı
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
YÜHF	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YTCK	: Yeni Türk Ceza Kanunu

RÉSUMÉ

La confiscation est une institution dont l'origine remonte à des temps anciens et qui fut utilisée durant l'histoire tant dans un but politique que juridique. Le mot « müsadere » - confiscation – qui est d'origine arabe, est issu du mot « sudûr » et signifie révéler ou ressortir. Certains dictionnaires font référence à sa mission historique et la définissent comme l'édiction d'un édit « ferman » ou la confiscation des biens de quelqu'un sur l'ordre du sultan. Même si le mot confiscation fut également utilisée pour désigner « l'extorsion » qui signifie soustraire de force les biens de quelqu'un sans son accord, il est évident que la confiscation est souvent fondée sur des bases juridiques.

Le terme confiscation fut également utilisé dans l'histoire, pour la saisie par l'Etat des biens de certains hauts responsables de l'Etat ou de riches décédés naturellement ou condamnés à la mort et exécutés ou pour la saisie de leurs biens de leur vivant. On a parfois abusé de la méthode de confiscation, en la transformant en outil de torture ou d'oppression et même en temps de crise financière de l'Etat en source de revenus. En l'occident, la confiscation, fut utilisée de façon générale, pour la saisie des biens des personnes condamnées à des peines lourdes, pour la saisie des biens des personnes riches lorsque les souverains se lançaient dans des travaux ou partaient en guerre, pour la saisie des biens des personnes condamnées à la mort ou des personnes décédées sans héritiers et se perpétue sous forme de règles de droit modernes.

Si on devait proposer une définition moderne du point de vue de notre droit, on pourrait définir la confiscation comme, *“une sanction du droit pénal qui se concrétise par la saisie entre les mains des auteurs ou parfois des tiers et la remise à l'Etat des choses constitutifs du délit ou crime par leur substance ou des choses ou biens en relation avec un délit ou crime suivant les dispositions de la loi ou leur contrepartie en valeur et leurs fruits, s'ils existent”* .

La confiscation qui met fin à la propriété, fut une institution qui a souvent variée du point de vue de ses conditions et de ses caractéristiques juridiques. Elle fut réformée et rendue efficace en particulier pour la lutte contre le crime organisé. On est parvenu à ce résultat en élargissant le champ d'action et en assouplissant les conditions de mise en œuvre de la « confiscation dite classique » qui consiste en

« confiscation de l'objet utilisé pour la réalisation d'un crime ». Des progrès ont été accomplis à partir des années 1970, par de nombreuses modifications dans le droit comparé et dans le droit international. Parmi ces modifications qui élargissent le domaine d'application, nous pouvons énumérer la confiscation du revenu retiré du délit, des biens supplémentaires acquis avec les gains issus de ce revenu et si la confiscation de ces biens n'était pas possible la confiscation d'une somme équivalente en valeur des biens (confiscation par équivalence). En parallèle, les conditions d'application de la confiscation furent assouplies par des pratiques telles que l'organisation de la confiscation sous forme de mesure de protection par la suppression de la condition de culpabilité, la confiscation des biens issus du crime même entre les mains des tiers et la prise en compte de la valeur brute des gains. De la même manière de nombreuses dispositions juridiques ont créé des présomptions légales et ainsi renversé la charge de la preuve pour des cas où il était difficile de prouver qu'un bien se trouvant dans le patrimoine de l'auteur était issu du crime alors que c'était l'évidence même. Nous rencontrons même des pratiques qui organisent la confiscation par des procédés du droit civil, dans le but d'échapper aux règles strictes de la justice pénale. Dans l'équation liberté-sécurité, toutes ces pratiques qui apparaissent comme anti liberté. Ainsi, si l'accusé n'était pas en mesure de faire la preuve de l'origine du bien en question, il serait supposé que le bien est issu du crime, même si cela n'était pas formellement prouvé et ainsi la confiscation se transformerait en une confiscation générale. Dans notre thèse nous, nous sommes efforcés de faire la lumière de manière détaillée sur les problèmes que ces développements peuvent provoquer au vu des droits de l'homme fondamentaux. Mais, si nous devons résumer, la confiscation générale étant une interdiction pour l'essentiel, il faut comprendre par la confiscation, la confiscation spéciale. En doctrine il est souhaité de nous contenter de définir une condition de « de lien avec un délit ou crime », parmi les conditions de la confiscation en renonçant à la distinction confiscation générale –confiscation spéciale. Pourtant, les développements à travers le monde nous annoncent indirectement une tendance vers la confiscation générale. De nombreuses évolutions dans les droits étrangers ont été également reprises par notre droit interne. Mais, si nous devons procéder à une comparaison générale du point de vue des droits, nous pouvons affirmer que l'évolution dans notre droit est plus prudente et en faveur des droits fondamentaux.

Dans les modifications apportées aux dispositions de notre droit pénal en 2005, la confiscation, est organisée sous deux titres différents aux articles 54 et 55 du premier livre contenant les dispositions générales du Code Pénal Turc (CPT).

Selon l'article 54 qui organise "la confiscation des choses"; "(1) *Sous condition qu'ils n'appartiennent pas à une personne tiers de bonne foi, il sera procédé à la confiscation des choses utilisés pour la réalisation d'un délit ou crime intentionnel, ou destiné à commettre le délit ou crime ou bien des choses issus du délit ou crime. La chose préparé en vu de commettre le délit ou crime, sera confisquée s'il devait représenter un danger pour l'ordre public, la santé publique ou les mœurs. (2) Si les choses entrant dans le cadre du premier paragraphe devait disparaître, être vendus, consommés ou leur confiscation devait être rendue impossible par une autre modalité ; il sera procédé à la confiscation d'une somme équivalente à la valeur de ces choses. (3) Si la confiscation de la chose utilisée pour la commission du délit ou crime devait provoquer des conséquences plus grave que le délit lui-même et ainsi porter atteinte à l'équité, la confiscation pourrait ne pas être ordonnée. (4) La chose dont la production, la conservation, l'utilisation, le transport, l'achat et la vente est un délit ou crime sera confisquée. (5) Si la confiscation de certains parties seulement d'une chose était nécessaire, seule la confiscation de cette ou ces parties sera décidé si seulement la mise à part de cette ou ces parties ne porte pas atteinte à l'ensemble. (6) S'agissant de la chose codétenue par plusieurs personnes, seuls les parts de la personne qui aura participé au délit ou crime seront confisqués.*"

Selon l'article 55 dont le titre est "la confiscation des gains" ; "(1) *Il sera procédé à la confiscation des gains obtenus par la commission du délit ou du crime, ou qui constituent l'objet même du délit ou crime ou les gains économiques obtenues en contre parti de la commission du délit ou du crime et leurs fruits ainsi que leur contrepartie en valeur si transformation. Pour qu'une décision de confiscation soit rendue selon les termes de cet article, les gains en question ne doivent pas revenir à la victime du délit ou du crime. (2) Dans les cas où les choses ou les droits pécuniaires objet de la confiscation ne sont pas saisis ni remis à leurs interlocuteurs, il sera procédé à la confiscation de leur contre partie en valeur. (3) (Annexe: 26/6/2009-5918/2 art.)Pour que les choses qui entre dans le cadre de cette article puissent être confisqués, la personne qui les a acquis par la suite doit pouvoir*

bénéficiaire des dispositions sur la bonne foi du Code Civile Turc numéro 4721 daté du 22/11/2001.”

Du point de vue des personnes morales, le CPT numéro 5237 prévoient une mesure conservatoire et la confiscation est prévue à l'article 60 du dit code pour les personnes morales. Les autres dispositions concernant la confiscation parmi les dispositions générales sont, l'article 64 en cas du décès de l'accusé ou du condamné, l'article 65 sur la confiscation en cas d'amnistie, l'article 70 sur l'expiration dans la confiscation, l'article 74 qui prévoit les effets de la caducité des poursuites ou de la peine sur la confiscation et l'article 75 qui dispose que le paiement anticipé ne fait pas obstacle à la confiscation. Concernant les dispositions sur la confiscation dans les autres lois, il en est fait référence aux articles 54 et 55 du CPT par la loi numéro 5728. Ainsi l'unification visée dans la partie des dispositions générale est également assurée pour la confiscation.

Le législateur a considéré la confiscation comme une mesure sureté ; ainsi pour décider de la confiscation, il n'est pas nécessaire qu'une peine soit prononcée car la confiscation est une mesure conservatoire. Pourtant dans la doctrine le sujet est discuté. Lorsque nous examinons les dispositions en questions nous constatons qu'une approche unilatérale de ce genre n'est pas appropriée et que la loi contient des dispositions dont la nature juridique est variable. Ainsi, la confiscation « de la chose utilisée pour le délit ou crime ou celle qui en est destinée ou en est issue » qui sont dans le champ de la confiscation (art. 54/1 CPT, paragraphe 1) est pour l'essentielle une réaction à la norme et a le caractère d'une peine. En effet, la loi ne fait aucune référence à la dangerosité de la chose et dans la pratique des choses même non dangereuse mais qui ont été utilisé pour la commission du délit ou crime sont confisquées. De même, la dangerosité n'est pas plus prise en compte du point de vue de la proportionnalité (art. 54/3 CPT) et les conditions de la confiscation des choses ne sont que l'appartenance de choses à l'auteur ou ses complice et pour les délits et crimes intentionnels. C'est pourquoi nous sommes de l'avis que la confiscation de ce genre de choses ne devrait être disposée que comme conséquence de la condamnation. La confiscation des « choses dont l'objet même est le délit ou le crime » prévue dans le cadre de la confiscation des choses (art. 54/4 CPT), est comme dans le passé prévue sous forme de mesure conservatoire. La confiscation est mise en œuvre sans la vérification des conditions d'appartenance et de condamnation. Par ailleurs, ainsi qu'il sera précisé ci-après, la confiscation de « la

chose dangereuse confectionnée pour la commission du délit ou du crime » se trouve parmi les mesures à décider par « force de l'ordre ». En effet, selon le cas, la confiscation est possible même si le passage à l'acte de commission du délit et crime n'a pas débuté. La confiscation des gains est pour l'essentielle mixte. Dans la confiscation des gains, nous pouvons dire qu'elle joue une fonction de prévention, puisque on donne le message que l'auteur sera poursuivi coude que coude même si les gains issus de la commission du délit ou crime ont été transformés en des intérêts divers et variables. L'auteur en commettant le délit ou crime porte atteinte à son profit à l'égalité sociale. Il a augmenté sa fortune en engrangeant des gains déloyalement. La confiscation de ce gain indu, prive la société de l'espoir d'engranger des gains de cette façon et ainsi la prévention est assurée de façon générale. Du fait de cette particularité la confiscation des gains, s'assimile à une peine. Mais, il est évident qu'on ne devrait pas recourir à une sanction qui a les caractéristiques d'une peine sans une condamnation. On empêche ainsi l'auteur d'utiliser les gains illégaux ainsi obtenus pour financer la commission d'autres délits ou crimes. De cette façon l'auteur étant privé de la disposition des gains illégaux et ce danger étant ainsi écarté, nous pouvons dire que la prévention spéciale est assurée également. La confiscation de la valeur équivalente lorsque la confiscation de la chose ou des biens en question n'est pas possible a les caractères d'une peine.

Ainsi, que nous le constatons, le législateur sans prendre en compte le caractère pénal de certaines mesures de confiscation et donc la variété de celles-ci, les a disposés sous le titre de « mesures de sureté ». Cette approche unificatrice est inappropriée que ce soit du point de vu de la technique des lois ou que ce soit du point de vue du but à atteindre. En effet, une telle classification peut donner lieu à des lectures uniformes au sujet des conséquences de la confiscation et de ses relations avec les autres règles juridiques.

En conséquence, nous pouvons affirmer que l'institution de confiscation dans notre droit est conforme aux standards contemporains. Mieux encore, par rapport aux droits étrangers nous disposons d'une politique pénale plus protectrice du point de vue des droits fondamentaux. Mais nous observons des problèmes sans issus de la législation que de la pratique. Nous proposons des solutions à ces problèmes dans ces travaux.

ABSTRACT

Confiscation is an institution whose origin dates back to ancient times and was used throughout history as a political and legal order. The word "müsadere" - confiscation - which is of Arab origin, is derived from the word "Sudur" and means to reveal or highlight. Some dictionaries refer to its historic mission and define it as the enactment of a decree "ferman" or the confiscation of property from someone on the order of the Sultan. Although the word confiscation was also used to denote "extortion" means forcibly remove someone's property without his consent, it is clear that the confiscation is often based on legal grounds.

The term was also used confiscation in history to capture the state of the property of certain senior manager of state or died naturally rich or sentenced to death and executed or the seizure of their property during their lifetime. It has sometimes been abused method of confiscation, transforming it into a tool of torture or oppression and even in times of financial crisis the state revenue source. In the west, the confiscation was used generally for the seizure of assets of persons serving sentences for the seizure of assets of wealthy individuals when the rulers launched into work or went to war for the seizure of assets of persons sentenced to death or died without heirs and continues as rules of modern right people.

If one were to propose a modern definition of perspective to our right, we could define the confiscation as "a sanction of criminal law will result in the entry in the hands of authors or sometimes third parties and delivered to the State constituting the offense or crime things by their substance or thing or goods in connection with a misdemeanor or felony under the provisions of the law or return value and their fruits, if they exist."

Confiscation terminating the property was an institution that has often varied from the point of view of its conditions and its legal characteristics. It was reformed and rendered effective especially for the fight against organized crime. We achieved this by expanding the scope and easing the conditions of implementation of the "confiscation called classical" which consists of "confiscation of the object used for the commission of a crime." Progress has been made from 1970 through many changes in comparative law and international law. Among the changes that expand the scope, we can enumerate the confiscation of income removed the offense,

additional assets acquired with the gains from the income and if the forfeiture of the property was not possible to confiscate an equivalent amount in value of the property. In parallel, the conditions of application of confiscation were relaxed by practices such as the organization of confiscation as a security measure by the deletion of the condition of guilt, confiscation of assets derived from crime even in the hands of third parties and consideration of the gross value of earnings. Similarly many legal provisions have created legal presumptions and thus reversed the burden of proof in cases where it was difficult to prove that a property situated in the asset of the author came from crime, while it was obvious. We even encounter practices that organize the confiscation processes of civil law, in order to escape the strict rules of criminal justice. In dilemma of freedom and safety, all these practices that appear as anti freedom. Thus, if the accused was not able to prove the origin of the property in question, it would be assumed that the property is derived from the crime, even though it was not formally proven, and confiscation transformed into a general confiscation. In our thesis, we have tried to clarify in detail the problems that these developments may cause the light of fundamental human rights . But if we were to summarize, the general confiscation is essentially a ban should be understood by confiscation, confiscation special. It is desired doctrine to satisfy a condition " connection with an offense" among the conditions for confiscation by abandoning the distinction general confiscation and special confiscation. However, the developments worldwide announce indirectly a trend toward general confiscation. Many changes in foreign laws have also been taken up by our domestic law . But if we were to make a general comparison of the views of rights, we can say that changes in our law is more conservative and in favor of human rights.

Changes in the provisions of our criminal law in 2005, confiscation, is organized under two different titles to Articles 54 and 55 of the first book containing the general provisions of the Turkish Penal Code (TPC) .

According to Article 54, which organizes " the confiscation of goods" ; " (1) *provided that they do not belong to a person bona fide third parties, there will be the forfeiture of goods used for the commission of a crime or intended to commit the crime or derive from the crime. The properties prepared to commit the crime will be confiscated if it were seen a danger to public order, public health or morals. (2) If things within the scope of the first paragraph should disappear, be sold, consumed or forfeiture may be made impossible by other means; there will be the confiscation of a*

sum equivalent to the value of these things. (3) If the forfeiture of the thing used in the commission of the crime would cause more severe than the crime itself and consequences and undermine the fairness, forfeiture may not be ordered. (4) The property of which the production, storage, use, transportation, purchase or sale constitutes an offense is subject confiscation. (5) Where partial seizure is in question, the court may decide confiscation of only that portion without giving damage to other parts of the property. (6) With regard to the property owned by more than one person, the court may adjudicate confiscation of the part corresponding to the share of the person participating the offense ".

According to Article 55, the title is " confiscation of income" (1)" *The court may adjudicate confiscation of pecuniary benefits provided through commission of offense, or constituting the object of the offense, or secured for commission of offense, as well as the economic gains recorded as a result of assessment or conversion of these benefits. In order to take decision for confiscation pursuant to the provisions of this subsection, reimbursement of pecuniary benefits to the aggrieved part should be out of question. (2) In cases where the confiscation of the property or pecuniary benefits subject to confiscation is not likely, or it is not possible to deliver the same to the concerned authorities, the court may adjudicate confiscation of the values considered as the counterpart of this property. (3) (Appendix. 26/6/2009-5918/2 art) For things that comes under this section may be confiscated, the person who has subsequently acquired must be entitled to the provisions on good faith of the Turkish Civil Code No. 4721 dated 22/11/2001."*

From the perspective of legal persons, the CPT number 5237 provide a security measure responsibility and confiscation provided for in Article 60 of the said Code. Other provisions concerning confiscation among the general provisions, Article 64 case of death of the accused or convicted, Article 65 of the amnesty cases, Article 70 of the prescription in the confiscation, Article 74 provides that the effects of laches or sentence on confiscation and Article 75 which provides that the prepayment does not preclude forfeiture. Concerning the forfeiture provisions in other laws, it is referred to in Articles 54 and 55 of the CPT by law number 5728. Thus unification referred to in the section of general provisions is also provided for the confiscation.

The legislature considered the confiscation as a security measure; and to decide on confiscation, it is not necessary that sentence be pronounced. Yet the legal

qualification of confiscation is discussed in the doctrine. When we examine the provisions in question we find that a unilateral approach of this kind is not appropriate and that the law contains provisions whose legal nature is variable. Thus, the confiscation " of the thing used for offense or crime or which is intended or is the result " that are in the field of confiscation (art. 54/1 CPT, paragraph 1) is essential for a response to the violation and the nature of a penalty. Indeed, the law makes no reference to the danger of the thing and in practice things even non-hazardous but which were used to commit the offense or crime are confiscated. Similarly, the danger is not longer taken into account from the point of view of proportionality (Article 54/3 CPT) and the conditions of forfeiture of things are the things belonging to the author or his accomplice to the crimes and intentional crimes. That is why we are of the opinion that the confiscation of these things should be arranged as a consequence of the conviction. Confiscation of "things whose object is the crime " in the context of the confiscation of things (art. 54/4 CPT), as in the past is provided as a security measure. Confiscation is implemented without verification of the conditions of belonging and condemnation. Moreover, as will be explained below, the confiscation of "dangerous thing crafted for the commission of the crime " is an "quasi police measures". Indeed, as appropriate, confiscation is possible even if the passage to the act of committing the crime and crime has not started. Confiscation of income is mixed essential. In the confiscation of income, we can say it plays a preventive role, since it gives the message that the author will not benefit the gains from the commission of the offense or crime have been transformed into interest and various variables. The author committing the crime affect its profit social equality. He increased his fortune unfairly reaping gains . Forfeiture of such undue gain, deprives society of hope to reap gains in this way and so prevention is ensured in general. Because of this characteristic, the confiscation of earnings, is assimilated to a penalty. But it is clear that we should not use a sanction that has the characteristics of a sentence without a conviction. This prevents the author using illegal gains obtained to finance the commission of other offenses or crimes. In this way the author was deprived of the provision of illegal gains and the danger being thus removed, we can say that the special prevention is also provided. The confiscation of equivalent value when the confiscation of the property is not possible have the character of a penalty.

Thus, we see that the legislature without taking into account the criminal nature of certain measures of confiscation and therefore the variety of them, has arranged under the title of " security measures". This unifying approach is inappropriate whether the point of view of the law-making methods or whatever the point of view of the goal. Indeed, such a classification can lead to consistent readings about the consequences of forfeiture and its relationship with other legal rules.

Therefore, we can say that the institution of forfeiture in our law is consistent with contemporary standards. Better yet, with respect to foreign rights we have a more protective penal policy from the point of view of fundamental rights. But we observe problems tans from legislation and practice. We offer solutions to these problems in this work.

ÖZET

Müsadere, kökeni çok eskilere dayanan bir kurum olup tarihte siyasi ve hukuki amaçlarla kullanılmıştır. Arapça kökenli bir kelime olan “müsadere”, sudûr kelimesinden türetilmiş olup, sadır olma, çıkma anlamına gelmektedir. Çeşitli sözlüklerde tarihi misyonu gözönünde bulundurularak ferman çıkarma, padişah emriyle birinin malına elkoyma olarak da açıklanmaktadır. Müsadere, zaman zaman sahibinin rızası olmadan bir malı zorla almak anlamına gelen “gasp” terimi ile aynı anlamda algılanmışsa da, müsaderenin çoğu zaman hukuki bir temele dayandığı görülmüştür.

Müsadere terimi tarihte, bazı devlet büyüklerinin veya zenginlerin ecelleriyle ölmeleri veya suçlu bulunup idam edilmeleri sonucunda geride bıraktıkları mallarına, kimi zaman da sağlıklarında mevcut servetlerine devlet tarafından el konulması uygulamaları için kullanılmıştır. Müsadere usulü zaman zaman kötüye kullanılan, zulüm ve işkence aracı yapılan, hatta devletin malî kriz geçirdiği dönemlerde başvurulan bir gelir kaynağı olarak da tarihe geçmiştir. Batıda müsadere, genel olarak, ağır suçların cezalandırılmasında suçlunun mallarının zapt edilmesi, hükümdarların herhangi bir işe ve savaşa girişmesi halinde, zenginlerin malına el konması, ölüme mahkum olanların malları ile mirasçısı olmayanların mallarının alınması şeklinde modern hukuk kurallarının gelişimine kadar devam etmiştir.

Hukukumuz bakımından güncel bir tanım yapmak gerekirse, müsaderenin, *“bizatihi suç oluşturan eşya ile kanunda belirtildiği şekilde bir suçla ilgili olan eşya ve malvarlığının veya bunların karşılık değerlerinin ve varsa semerelerinin mahkeme kararı ile fail veya bazı hallerde üçüncü kişilerden alınarak devletin mülkiyetine geçirilmesini sonuçlayan bir ceza hukuku yaptırımı”* olduğunu söyleyebiliriz.

Mülkiyetin sonlandırılmasını sonuçlayan müsadere, koşulları ve hukuki niteliği bakımından sürekli değişiklik gösteren bir kurum olmuştur. Özellikle örgütlü suçlulukla mücadele amacıyla yenilenecek etkin bir araç haline getirilmiştir. Bu sonuca, “klasik müsadere” denilen “bir suçun işlenmesinde kullanılan eşyanın müsaderesi”nin, gerek kapsam olarak genişletilmesi gerekse uygulama kurallarının esnetilmesi suretiyle ulaşılmıştır. 1970’lerden itibaren karşılaştırmalı hukuk ve uluslararası mevzuatta bu konuda fazlaca değişiklik yapılmış ve ilerleme kaydedilmiştir. Bu değişiklikler arasında, suçtan elde edilen kazancın müsaderesi,

sözkonusu kazancın değerlendirilmesi suretiyle elde edilen ek malvarlığının müsadere ve bunların ele geçirilememesi halinde değeri kadar bir para tutarının müsadere (eşdeğer müsadere), kapsamı genişleten uygulamaların başında gelmektedir. Bunların yanı sıra, mahkumiyet koşulunun kaldırılarak müsadere için güvenlik tedbiri olarak düzenlenmesi, suç kökenli malvarlığının üçüncü kişide bulunması halinde dahi müsadere edilebilmesi, kazancın brüt olarak hesaplanması şeklindeki uygulamalar ile müsadere için uygulanma koşulları esnetilmektedir. Yine, failin malvarlığında bulunan bir kazancın suçtan elde edildiği anlaşılınca birlikte, kaynağının ispatlanmasındaki güçlük nedeniyle pek çok hukuk düzeni birtakım kanuni karineler yaratarak ispat yükünü tersine çevirmektedir. Hatta ceza yargılamasının sıkı kurallarından kurtulmak için suçla bağlantılı malvarlığının özel hukuk yoluyla alınması uygulamalarına rastlanmaktadır. Tüm bu uygulamaların özgürlük - güvenlik ikileminde, özgürlük aleyhine gelişmeler olduğu görülmektedir. Şöyle ki, sanığın ispat yükünü yerine getirememesi halinde suç kökenli olduğu tam olarak ortaya konulamayan malvarlığının suçtan elde edildiği varsayımı ile müsadere genel müsadereye varabilecek sonuçlara yol açabilmektedir. Bu gelişmelerin temel insan hakları bakımından yaratabileceği sorunlar tezimizde etraflıca ortaya konulmaya çalışılmıştır. Ancak kısaca söylemek gerekirse, genel müsadere için esas itibarıyla bir yasağı ifade etmesi nedeniyle, müsadere dendiği zaman anlaşılması gereken özel müsadere olmalıdır. Öğretide artık genel müsadere - özel müsadere ayırımından vazgeçilip müsadere için koşulları arasında “bir suçla bağlantılı olma” koşulunun açıklanması ile yetinilmesi temenni edilmektedir. Ne var ki, dünyadaki gelişmeler üstü kapalı olarak genel müsadere uygulamalarının habercisi niteliğindedir. Yabancı hukuklardaki pek çok gelişme aşağıda açıklanacağı gibi hukukumuzca da takip edilmiştir. Bununla birlikte haklar bakımından genel bir karşılaştırma yaptığımızda, mevzuatımızdaki gelişmenin daha temkinli ve temel haklar lehine olduğunu söyleyebiliriz.

Ceza hukuku mevzuatında 2005 yılında yapılan değişiklikler kapsamında müsadere, TCK'nın genel hükümlerinin yer aldığı birinci kitabında 54 ve 55. maddelerinde iki ayrı başlık altında düzenlenmiştir.

“Eşya müsadere” ni düzenleyen 54. maddeye göre; *“(1) İyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsadere hükmüyle, Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği,*

kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsaderede edilir. (2) Birinci fıkra kapsamına giren eşyanın, ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsaderesinin başka bir surette imkansız kılınması halinde; bu eşyanın değeri kadar para tutarının müsaderesine karar verilir. (3) Suçta kullanılan eşyanın müsaderede edilmesinin işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında, müsaderesine hükmedilmeyebilir. (4) retimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya, müsaderede edilir. (5) Bir Şeyin sadece bazı kısımlarının müsaderesi gerektiğinde, tümüne zarar verilmeksizin bu kısmı ayırmak olanaklı ise, sadece bu kısmın müsaderesine karar verilir. (6) Birden fazla kişinin paydaş olduğu eşya ile ilgili olarak, sadece suça iştirak eden kişinin payının müsaderesine hükmolunur.”

“Kazanç müsaderesi” başlığıyla düzenlenen 55. maddeye göre ise, “(1) Suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsaderesine karar verilir. Bu fıkra hükmüne göre müsaderede kararı verilebilmesi için maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi gerekir. (2) Müsaderede konu su eşya veya maddi menfaatlere elkonulamadığı veya bunların merciine teslim edilmediği hallerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsaderesine hükmedilir. (3) (Ek: 26/6/2009-5918/2 md.) Bu madde kapsamına giren eşyanın müsaderede edilebilmesi için, eşyayı sonradan iktisap eden kişinin 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun iyiniyetin korunmasına ilişkin hükümlerinden yararlanamıyor olması gerekir.”

5237 sayılı TCK’da tüzel kişiler bakımından güvenlik tedbiri sorumluluğu ngrlmş ve tüzel kişiler bakımından müsaderede 60. maddede düzenlenmiştir. Genel hükümler içinde müsaderede ilişkin diğer düzenlemeler, sanığın ve hükümlünün ölümü halinde müsaderede düzenleyen 64. madde, af halinde müsaderede ilişkin 65. madde, müsaderede zamanaşımına ilişkin 70. madde, davanın veya cezanın düşmesinin müsaderede etkisini öngören 74. madde ile n ödeme halinde müsaderenin uygulanmasına engel bulunmadığını öngören 75. maddelerdir. Diğer yasalarda yer alan müsaderede ilişkin hükümlerle ilgili olarak 5728 sayılı yasa ile TCK’nın 54. ve 55. maddesine yollama yapılmıştır. Böylelikle, genel hükümler kısmında sağlanmaya çalışılan birliğe, müsaderede alanında da uyulmuştur.

Kanunkoyucu müsadereyi suçun işlenmesini engelleyen bir araç olarak görmüş olup; müsadereye hükmetmek için bir ceza yaptırımını uygulamanın zorunlu olmadığı gerekçesiyle güvenlik tedbiri olarak düzenlemiştir. Bununla birlikte, konu öğretide tartışmalıdır. Sözkonusu hükümler incelendiğinde böylesi tekçi bir yaklaşımın yerinde olmadığı, kanunda hukuki nitelikleri birbirinden farklı hükümler bulunduğu anlaşılmaktadır. Şöyle ki, eşya müsadereyi kapsamındaki “suçta kullanılan, suça tahsis edilen ve suçtan meydana gelen eşya”nın müsadereyi (TCK m.54/1, 1.cümle) esas itibariyle norma tepki olup ceza niteliğindedir. Zira, kanunda eşyanın tehlikeliliğine dair bir açıklık bulunmamakta olup uygulamada suçta kullanılmasına karşın tehlikeli olmayan eşya da müsadere edilmektedir. Nitekim, orantılılık ilkesi bakımından da tehlikelilik esas alınmamış olup (TCK m. 54/3), eşya müsadereyi sadece faile veya yardım edene ait eşya bakımından ve ancak kasıtlı suçlarda mümkün kılınmıştır. Bu nedenle de kanaatimizce bu tür eşyanın müsadereyi tıpkı eskiden olduğu gibi mahkumiyetin bir sonucu olarak düzenlenmelidir. Eşya müsadereyi kapsamında düzenlenen “konusu suç oluşturan eşya”nın müsadereyi (TCK m.54/4) ise, eskiden olduğu gibi bir güvenlik tedbiri niteliğinde düzenlenmiştir. Aidiyet ve mahkumiyet koşulları aranmaksızın müsadere uygulanır. Aşağıda ayrıca açıklanacağı gibi “suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlan tehlikeli eşya”nın müsadereyi ise “kolluk tedbiri benzeri” bir niteliktedir. Zira, gerekçeye göre suçun icrasına başlanmasa dahi uygulanması öngörülmektedir. Kazanç müsadereyi ise; esasında karma nitelikli bir yapıdadır. Kazanç müsadereyi suç işleyen failin suçun işlenmesinden elde ettiği kazancın, maddi menfaatlerin, suçun konusunun farklı menfaatlere dönüştürülse dahi bunlara el konulacağı, failin yanına kar kalmayacağı mesajı verilerek kazanç müsadereyi önleme fonksiyonu gördüğü söylenebilecektir. Fail suç işleyerek toplumsal eşitliği kendi yararına bozmuştur. Malvarlığını haksız kazanç sağlayarak artırmıştır. Bu haksız kazancın alınması toplumda haksız kazanç sağlayabilme arzusunun önüne geçecek ve genel önleme sağlanmış olacaktır. Bu özelliğinden dolayı kazanç müsadereyi cezaya yaklaşmaktadır. Ancak ceza niteliğindeki bir yaptırıma, bir kimsenin mahkûmiyeti olmadan başvurulamayacağı da açıktır. Kaldı ki, kazanç müsadereyi ile failin elde ettiği gayri meşru kazancı başka suçların finansmanı için kullanması da engellenmek istenmektedir. Bu itibarla gayrimeşru kazancın failin elinde kalması tehlikesi de giderilmiş olduğundan bu yönüyle özel önlemeye de hizmet ettiği söylenmelidir.

Eşyanın veya malvarlığının bizzat kendisinin müsadere edilememesi halinde eşdeğerinde bir meblağın müsaderesi ise cezai nitelikte bir müsadere dir.

Görüldüğü gibi kanunkoyucu, esasında farklı nitelikte olan müsadere hükümlerini, bunların içinde ceza niteliği olanların da olduğunu gözardı ederek “güvenlik tedbiri” başlığı altında düzenlemiştir. Söz konusu tekçi yaklaşım, hem kanun yapma tekniği hem de kurumun amacı ve özü itibariyle isabetli olmamıştır. Zira böylesi bir sınıflandırma uygulamada, müsaderenin yaratacağı hukuki sonuçlar ile diğer hukuk kuralları ile ilişkisi bakımından tekdüze yorumlara neden olabilecektir.

Sonuç olarak, hukukumuzdaki müsadere düzenlemesinin çağdaş standartlara uygun olduğunu belirtmeliyiz. Hatta yabancı hukuklara göre temel haklar bakımından daha koruyucu bir ceza politikası izlenmiştir. Bununla birlikte, gerek mevzuattan gerekse uygulamadan kaynaklanan problemler bulunmaktadır. Çalışmamızda bunlara yönelik çözüm önerilerine yer verilmektedir.

GİRİŞ

1. Sunuş

Devletin, suç nedeniyle mülkiyet hakkına müdahalesi yeni değildir. Kavram olarak da yeni sayılamayacak olan müsaderenin kökleri Eski Roma'ya dayanmaktadır. Hainlik, büyücülük ve benzeri ağır suçlardan mahkum olan hükümlülerin bütün malları alınmıştır (laesio majestatis). Ortaçağda ve mutlakiyet yönetiminin hakim olduğu erken sanayileşme döneminde de müsadere, aynı biçimde kullanılmıştır. Bu tür müsadere, aydınlanma çağında ilk insan hakları bildirgeleri ile tıpkı ölüm cezası gibi Amerika ve Avrupa'nın ilk anayasa yapıcılarının hedefi haline gelmiştir. 17. ve 18. Yüzyıllarda anayasal olmadığı gerekçeleriyle reddedilen müsadere, 1970'lerde yeniden keşfedilmeye başlanmıştır. 1970'lerin başında ceza hukukunda mağdurun zararını giderme eğilimi kuvvetlendiğinden suç geliri ile yeterince ilgilenilmemiştir. Ancak daha sonraları, özellikle uyuşturucu ticareti gibi "mağdursuz suç"ların çoğalması ile konunun önemi anlaşılmıştır. 20. yüzyılın sonlarına doğru ise müsadere, hem suçlunun bütün mallarını etkileyecek biçimde hem de malın sahibine kaynağının meşruiyetini ispatlamakla yükümlü hale getirecek derecede genişleyerek uygulanmaya başlanmıştır. "Klasik müsadere" diyebileceğimiz, bulundurulması suç teşkil eden eşya ile suçta kullanılan eşyanın failden alınması eskilerden beri uygulanmakla birlikte, yeniden keşfedilmesi ve etkin bir biçimde uygulanır hale gelmesi de 20.yüzyılın son çeyreğine rastlamaktadır. Öğretide Vettori, bu gelişme için "müsaderenin yeniden doğuşu" anlamına gelen "revival of confiscation" ifadesini kullanmıştır.¹

Bu gelişmenin önemli sebebi suçtan elde edilen gelirin artmasıdır. Suçtan elde edilen malvarlığının mülkiyetinin suçludan alınması "suçtan nemalanma" yasağına dayanmaktadır. Bu yasağın, bir kimseyi öldüren failin mağdurun terekesinden veya sigortasından faydalanamaması ile aynı düşünceye dayanır.² 1980'lerde

¹ Barbara Vettori, **Tough on Criminal Wealth: Exploring the Practice of Proceeds from Crime Confiscation in the EU**, Springer, 2006, s.1

² A.Ali Shazeeda, **Money Laundering Control in the Caribbean**, Kluwer, 2003, s. 81

uyuşturucunun yasadışı üretimi ve ticaretinin süratle büyümesi, suçluların ve özellikle suç örgütlerinin finansal güçleri ciddi biçimde yükselmiş ve böylelikle kirli parayı yasal sisteme sokma imkanları genişlemiştir. Öyle ki, yasadışı uyuşturucunun ve örgütlü suçluluğun yayılması Gallant'ın ifade ettiği gibi “suçtan kaynaklanan gelirler çağını” (age of the proceeds) başlatmıştır. Buna karşılık, Amerika Birleşik Devletleri eyalet ve federal düzeyde tanıdığı yetkilerle uyuşturucuyla savaş başlatmış; bu savaş hızlıca tüm dünyaya yayılmıştır. Hürriyeti bağlayıcı cezaların, suçtan gelir elde etme motivasyonu ile mücadelede yetersiz olduğu anlaşılmaya başlanmıştır. Maddi kazancın kişiyi suça teşvik etmesi ve sonraki suçları işlemek için gerekli olan sermayeyi sağlaması olgusu, bu dönemde gelişen farkındalığın sebebidir. Sonuç olarak, haksız elde edilen kazancın müsadereyi örgütlü suçla mücadelede anahtar unsur olarak kabul edilmiştir. Ulaşılan bu aşama, sadece fiili bir gereklilik değil, toplumda zenginliğin meşru dağılımını sağlamak bakımından cezalandırma ilkelerinin de gereği olarak ortaya çıkmıştır. Müsaderenin caydırıcı etkisi, Viyana Sözleşmesi'nin giriş bölümünde, “*yasadışı faaliyetin temel motivasyonu olan ödül (kazanç) ortadan kaldırıldığında suç işlemenin çekiciliğinin de azalacağı*” şeklinde vurgulanmıştır.

Son yıllarda müsadere örgütlü suçla mücadele bakımından çok önemli bir araç haline gelmiş; klasik anlamda “suç eşyasının müsadereyi” dönüşmeye ve çeşitlenmeye başlamıştır. Pradel örgütlü suçlulukla mücadelede müsadereye ilişkin dört tür yöntem ve aşamadan söz etmektedir. Bunlardan birincisi, müsadereyi hakim takdirine bırakmayarak zorunlu hale getirmektir. Fransa’da sadece belirli suçlar bakımından müsadere zorunlu iken, Belçika ve İsviçre’de iyiniyetli kişilerin hakkı saklı kalmak üzere suç örgütlerinin malvarlığının müsadereyi (Belç. CK 43quarter 4, İsv. CK m. 72) bakımından durum böyledir. İkinci bir gelişme ise müsaderenin suç kaynaklı olmayan malvarlığını da kapsayacak biçimde genişletilmesidir. Örneğin, İsviçre Ceza Kanunu’na göre bir suç örgütünün malları ile örgüte üye olan veya yardım eden kişinin malları aksini ispatlanmadıkça suçtan elde edilmiş sayılır ve müsadere edilir. Üçüncü yöntem, suçta kullanılan veya suçtan elde edilen şeylerin ele geçirilemediği hallerde bunlara karşılık gelen değerini yani paranın müsadere edilebilmesidir ki, günümüzde Türkiye dahil olma üzere hemen her ülkede uygulanmaktadır. Sonuncu ve istisnai bir yöntem ise İtalya’da 1965 tarihli kanunla mafya tipi örgütlerle mücadele amacıyla yapılan kanunda öngörülen önleyici nitelikteki müsadereyi *Praeter Delictum* müsadere adı verilen ve genellikle ceza

soruşturması yapılamayan hallerde devreye sokulan bu usule göre malvarlığı geliriyle orantılı olmayan kimse, bunun kaynağını da açıklayamadığında sözkonusu malvarlığı müsadere edilir.³

Özetle uyuşturucu savaşları döneminden itibaren müsadere öncekinden çok daha sıkı bir biçimde uygulanmaya başlanmıştır. İlk başlarda dar kapsamlı olarak, örneğin uyuşturucu satıcısının son satışından elde ettiği gelir için uygulanan müsadere daha sonra aklama ve terörizm gibi diğer ağır suçlar bakımından da uygulanmaya başlamıştır. Günümüzde ise özellikle mülkiyet hakkı ve suçsuzluk karinesi bakımından sakıncalı olacak biçimde ispat yükünün tersine çevrilmesi suretiyle pek çok ülkede daha esnek kurullarla müsaderenin kapsamının genişletildiği gözlenmektedir. Tüm bu gelişme ve yöntemler müsaderenin ayrıntılı biçimde incelenmesini gerekli kılmıştır.

2. Çalışmanın Amacı

Sunuş bölümünde açıklandığı gibi müsadere uygulamaları, günümüzde başlangıcından oldukça farklı bir aşamaya ulaşmıştır. Karşılaştırmalı hukuk ve uluslararası alandaki bu değişimi izleyen kanunkoyucu, 2005 yılında ceza hukuku mevzuatında yapmış olduğu değişiklikler kapsamında müsadere hükümlerini de yeniden kaleme almıştır. Türk Ceza Kanunu'nun 54. ve 55.maddelerinde düzenlenen müsaderenin, dünyadaki gelişmeler karşısındaki durumunun ortaya konulması çalışmanın temel amaçlarından biridir. Bu itibarla, çalışmamızda yeni haliyle müsaderenin suçlulukla mücadelede ne kadar etkin olduğu ve olabileceği sorusuna cevap aranmaktadır. Bunun yanı sıra, suçla mücadele amacıyla yapılan değişikliklerin başta mülkiyet hakkı olmak üzere temel haklara olan etkisinin ortaya konulması da çalışmanın diğer amacıdır. Nitekim, hukuk alanında belli bir hakkın korunması amacıyla yapılan bir değişikliğin başka bir menfaat üzerinde etkisi bulunmakta ve bunlar çatışabilmektedir.

Yeni olması sebebiyle, müsaderenin uygulamasına yol göstermek de çalışmanın temel amaçlarından biridir. Zira, eskiden beri yaygın biçimde uygulanan

³ Jean Pradel, *Les règles de fond sur la lutte contre le crime organisé*, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11.3 (December 2007)

bir kurum olması nedeniyle oldukça fazla içtihat bulunmasına rağmen, içtihatların konuya açıklık getirmekten ve ilke haline gelmekten uzak olduğu görülmektedir. Nitekim, kanuni düzenlemelerin kurumun amacı ve mahiyetini tam olarak ortaya koymak bakımından yeterli olmadığı söylenmelidir. Yeni hükümlerin nasıl uygulanacağı ve yorumlanacağına ilişkin olarak mahkeme kararlarında yeterli gerekçe ve açıklamaya yer verilmemesi, bu ihtiyacı ortaya koymaktadır.

3. İnceleme Planı ve Konunun Sınırlandırılması

Çalışmamız iki ana bölüm ile sonuç kısmından oluşmaktadır. Çalışmamızın ilk bölümünde öncelikli olarak müsadere kavramsal özellikleri ve tarihsel süreçteki gelişimi ele alınmıştır. Müsadereye ilişkin mevzuatın geçirdiği ve bugün ulaştığı son hali de bu kısımda açıklanmaktadır. Yine müsadere ile ulaşılmaya istenen amaçlar özellikle belirli suç kategorileri bakımından ele alınmaktadır. Yabancı hukuklarda müsadere kavramının farklı amaçlarla kullanımı da bu bölümde yer verilen diğer başlıklardandır. Bu bölümde, eskiden beri tartışmalı olan müsadere kavramının hukuki niteliği konusuna da ayrıntılı olarak yer verilmiştir. Müsadere kavramının ulusalüstü hukuktaki durumu ve bazı ülkelerde nasıl uygulandığı da ilk bölümün konularındandır. Hukukumuzdaki düzenleme ve uygulamanın dünya standartları ile karşılaştırılması bakımından önem arz eden bu konu da detaylı olarak ele alınmaktadır. İnsan hakları yönünden müsadere uygulamalarının incelenmesini içeren diğer bir başlık, çalışmamızın en önemli olduğunu düşündüğümüz konularından biridir. Konunun önemi, yabancı hukuklarda özellikle örgütlü suçla mücadele amacıyla müsadere kavramının genişletilmesi ve eskisine oranla daha esnek koşullarla düzenlenmesi sonucunda, temas ettiği haklar alanının da genişlemesinden kaynaklanmaktadır. Söz konusu başlığın ele alınması hukukumuzdaki uygulamaların haklar boyutuyla da değerlendirilmesine yardımcı olmuştur. Birinci bölümün son başlığı müsadereye benzer kavramların incelenmesidir. Bu başlık da, müsadere kavramının ceza hukukunun ve hatta idare hukukunun diğer kurumlarıyla olan ilişkisi ve farklarını ortaya koymak bakımından önem arz etmektedir.

Çalışmamızın ikinci bölümü, birinci bölümden farklı olarak sadece türk ceza hukukunda müsadere kavramına ilişkindir. İkinci bölümün birinci başlığı “ceza hukukunun bazı temel ilkeleri bağlamında müsadere” olup, özellikle müsadere kavramının

belirlenmesi bakımından önemlidir. Müsaderenin türleri ve özellikle eşya müsaderesi-kazanç müsaderesi ayrımı bu bölümde açıklanmaktadır. Müsaderenin koşulları ve sonuçlarını içeren başlık ise, ikinci bölümün ana gövdesini oluşturmaktadır. Zira, bu kısımda eşya ve kazanç müsaderesi temel ayrımından müsaderenin hangi koşullarda uygulanacağı, eşya veya kazancın failden bir başkasına ait olması halinde nasıl bir yol izleneceği, tüzelkişi malvarlığının hangi koşullarda müsadere edilebileceği gibi pek çok kritik soruna yanıt aranmaktadır. Son olarak, ceza ilişkisinin düşüren hallerde müsaderenin uygulanıp uygulanmayacağı meselesi de bu bölüm içinde incelenmektedir.

Sonuç bölümünde ise, çalışma sayesinde ulaşılan başlıca sonuçlar ve konuya ilişkin değerlendirmelere yer verilmiştir.

Çalışmanın sınırları çizilirken, özellikle örgütlü suçlulukla mücadele amacıyla dünyada ve Türkiye’de müsadere hükümlerinde meydana gelen değişimin ortaya konulması amaçlanmıştır. Nitekim, özgürlük-güvenlik ikileminde güvenlik lehine süregitmekte olan genel eğilim ve uygulamalar müsadere alanında da kendini göstermektedir. Kazanç müsaderesi, suçtan elde edilen semerelerin müsaderesi, eşdeğer müsadere gibi uygulamalar bunun örneklerindedir. Bu itibarla müsaderenin gerek hukuksal niteliği gerekse uygulanma koşullarında meydana gelen değişimin hem bireyin mülkiyet hakkına olan hem de suçla mücadele alanındaki etkisinin ortaya konulması amaçlanmaktadır.

Müsaderenin usul ve infazına ilişkin konular ise, kapsamlı ve ayrıntılı olması nedeniyle ayrı bir çalışmayı gerektirmekte olup, kapsam dışında bırakılmıştır. Nitekim, infaza ilişkin uygulamalar müsaderenin konusu olan eşyanın niteliğine göre çok çeşitlilik göstermektedir. Mevzuatta bankaya yatırılmış para, uyuşturucu madde, silahlar ve taşınmazlar gibi eşya bakımından ayrı ayrı hükümler yer almaktadır. Yine adli emanet dairesi, kıymetli eşyalar hakkında yapılması gereken işlemler, iadeye karar verilmesi halinde eşyanın sahipleri tarafından alınmaması hali, malikin gaip veya ölmüş olması hali, değeri olmayan eşyanın imhası gibi konular uygulamaya ilişkin ayrıntılar içermektedir. Ne var ki, uygulamaya ilişkin bu konular bakımından akademik tez süresi ve kapsamı böyle bir çalışmaya müsaade etmemektedir. Bu alanda yayın sayısının yetersizliği de konunun daha çok sahada araştırılmasını gerektirmektedir. Ayrıca günümüzde sınıraşan örgütlü suçluluğun yaygın olduğu ve müsaderenin bu tür suçlulukla önemli bir mücadele aracı haline geldiği gerçektir. Bu

nedenle usul ve infaz konularının işin uluslararası boyutu ve adli yardımlaşma konusu anlatılmadan eksik kalacaktır. Ne var ki, bahsedilen hususlar tez çalışmamızın kapsamını bir hayli aşacağından tezin kapsamı dışında bırakılması tercih edilmiştir. Bununla birlikte konunun bütünlüğünü sağlamak açısından “müsaderenin sonuçları” başlıklı bölümde kısaca infaza ilişkin bilgi verilmekle yetinilmiştir.

Tüzelkişilerin malvarlığının müsaderesi, müsaderenin koşulları başlığı altında ve ilgili diğer bölümlerin içinde incelenmiştir. Tüzelkişiler hakkında uygulanabilecek yaptırımlar esasında ceza sorumluluğu sorununu ilgilendirmekte olup kapsamı itibariyle ayrı bir çalışmayı gerektirmektedir. Bu nedenle özellikle ticaret hukuku ve bankacılık hukukunu ilgilendiren hususlara sadece çalışmayı ilgilendirdiği ölçüde yer verilmiştir.

Yine, kazanç müsaderesi bakımından Türk Medeni Kanunu'nun “iyiniyet”e ilişkin hükümlerine yapılan gönderme nedeniyle konu, çalışmamızı ilgilendirdiği ölçüde ele alınmıştır. Uzmanlık alanımız olmayan özel hukuk alanında daha fazla ayrıntıya girmekten kaçınılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAMSAL ÖZELLİKLER VE TARİHÇE – MÜSADERENİN AMACI VE HUKUKSAL NİTELİĞİ – ULUSALÜSTÜ HUKUK VE BAZI ÜLKELERDEKİ DURUM – İNSAN HAKLARI YÖNÜYLE MÜSADERE – BENZER KAVRAMLAR

§ 1. Kavramsal Özellikler ve Tarihçe

A. Müsadere Kavramı

I. Tanım

Müsadere hukuk sözlüklerinde, “işlenilen bir suç sebebiyle kişi veya kurumların mallarının bir kısmına veya tamamına el konulması, zorlama tabi tutulması ve bunların mülkiyetinin ya da bedelinin hazineye geçirilmesi”⁴; “bir kimsenin taşınır veya taşınmaz bir malının rızası olmaksızın devlet güçleri tarafından elinden alınması”⁵ şeklinde, sebep-sonuç ilişkisini esas alan biçimde tanımlanmaktadır.

Antolisei ise müsadereyi, “yeni suçların işlenmesini önlemek amacıyla, cezaî nitelikteki hukuka aykırı fiillerden kaynaklandığı veya bunların işlenmesiyle ilgili olduğu için suç düşüncesini ve suçun çekiciliğini canlı tutan eşyaya, Devlet lehine el konulması”⁶ şeklinde, amacını ve işlevini vurgulayarak tanımlamıştır. Kanaatimizce, bu yönüyle öğretideki önemli tanımlardan biridir.

Müsadere tanımı için hukukumuzda bakıldığında, öğretide 765 sayılı Kanun döneminde geniş tanımlar yapıldığı, 5237 sayılı yeni kanun döneminde ise koşulların daha belirgin olduğu tanımlara doğru bir yönelim olduğu görülmektedir.

⁴ Ali Şafak, **Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü**, 4.Baskı, Ankara, Selim Kitabevi Yayınları, 2009, s. 380.

⁵ Esat Şener, **Hukuk Sözlüğü**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2001, s. 568.

⁶ Nevzat Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Savaş Yayınevi, 2005, s. 289.

Taner müsadereyi, “*kanunda belirtilen hallerde belirli malların mülkiyet hakkının sahiplerinden alınarak devlete devredilmesi*” olarak tanımlarken Yüce, bu tanıma “mahkeme kararı”nı da ekleyerek, “*bir şeyin kanunda yazılı hallerde mahkeme kararı ile zilyedinden veya malikinden alınarak devletin mülkiyetine geçirilmesi*” olduğunu söylemiştir. Her iki tanımda da “suç”a ilişkin bir ifade bulunmazken, kanuniliğe dikkat çekilmektedir. Dönmezer ve Erman müsadereyi, “*işlenen bir suç karşılığı olarak suçlunun malvarlığının tamamını veya bir kısmı üzerindeki mülkiyetin ortadan kaldırılması ve bu mülkiyetin kamusal karakter gösteren bir kuruluşa devredilmesi*”⁷; İçel, “*kanunda yazılı durumlarda belirli malların mülkiyet hakkının sahiplerinden alınarak devlete geçmesini sağlayan ve bazen ceza bazen de tedbir olarak uygulanan bir yaptırım*”⁸; Centel, Zafer ve Çakmut da, “*mahkumiyetin sonucu olarak bir eşyanın veya kazancın mülkiyetinin devlete geçmesi*”⁹ şeklinde tanımlayarak müsadereyi suçla bağlantısını ortaya koymuşlardır.

5237 sayılı kanunun gerekçesinde müsadere çok genel bir biçimde “bir şeyin mülkiyetinin devlete geçmesini sonuçlayan bir yaptırım” olarak tanımlanmıştır. Öğretide ise, eskisine göre daha detaylı tanımların yapılmaya başlandığı ve tanım yaparken de, kanunda düzenlenen unsurların hemen hepsini kapsayıcı nitelikte olmasına özen gösterildiği görülmektedir. Öztürk ve Erdem, “*kasıtlı bir suçtan mahkumiyet halinde suçun işlenmesine özgülümlenmiş veya suçtan meydana gelmiş veya kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olmak koşuluyla suçta kullanılmak üzere hazırlanmış bir eşyanın veya suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların mülkiyetinin devlete geçirilmesi işlemi*”¹⁰; Demirbaş, “*kanunda yazılı olan hallerde belirli malların mülkiyetinin veya kazancın mahkeme kararıyla maliklerinden alınarak kamusal bir kuruma verilmesini sonuçlayan ve*

⁷ Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, cilt 3, İstanbul, Beta Yayımevi 1997, s. 709, no. 1554.

⁸ Kayıhan İçel, “Kaçakçılıkta Kullanılan Üçüncü Kişilere Ait Taşınmazların Zoralımı”, **İHFİM** 1978, C.44, sy. 1-4, s. 301. YCGK’nun, 2.10.1989, 522/62 sayılı kararında İçel’in tanımı benimsenmiştir.

⁹ Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 3. Baskı, İstanbul, Beta Yayımevi, 2005.

¹⁰ Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı **Ceza Muhakemesi Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 2006

TCK'ya göre güvenlik tedbiri niteliği taşıyan bir kurum"¹¹; Özbek ve diğer yazarlar, "kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın veya kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın, bunların ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsaderenin başka türlü imkansız hale gelmesi durumunda sözkonusu eşyanın değeri kadar paranın yahut üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşyanın mülkiyetinin devlete geçmesi"¹²; Gedik, "kanunda yazılı olan durumlarda belirli eşyanın, mülkiyetin veya kazancın, mahkeme kararıyla sahiplerinden alınarak kamusal bir teşekküle verilmesini sağlayan ve bazen ceza bazen de tedbir olarak uygulanan, yeni Türk Ceza Kanunu'nda ise hukuki niteliği güvenlik tedbiri olarak kabul edilen bir yaptırım"¹³ olarak tanımlamaktadır.

Yeni kanun dönemindeki bu genel eğilimin aksine Dülger, kanunda yazılı unsurların değişebilme ihtimalini göz önünde bulundurarak daha genel bir tanım yapılması gerektiğini savunmaktadır. Dülger'e göre müsadere, "kanunda belirtilen hallerde ve belirtilen nitelikteki eşyanın mülkiyetinin veya kazanç ya da değerlerin, tamamının ya da bir kısmının, kişi ya da kişilerin aidiyetinden çıkartılarak devlete devrini sonuçlayan bir yaptırım türü"dür.¹⁴

Tanımın genel olması yönündeki düşüncede haklılık payı olmakla birlikte, tanımda ihmal edilmemesi gereken önemli bir husus bulunmaktadır. Yapılacak tanım müsadereyle ilgili her unsuru barındırmak zorunda olmamakla birlikte, temel haklara olan etkisi göz önünde bulundurulduğunda bazı hususların vurgulanması gerekmektedir. Örneğin, tanımda yargısallık ilkesine yer verilmesi, müsadereyi idari bir yaptırım olan "mülkiyetin kamuya geçirilmesi"nden ayırt etmeye yarayacaktır. Yine, müsadereye bir suçla bağlantılı olarak hükmedilmesi, onu kolluk tedbirlerinden ayıracağı gibi, ortada icra hareketleri başlamamış bir eylemin varlığı halinde müsaderenin uygulanamaması gereğini ortaya koyması bakımından da önemlidir. "Suçla bağlantılı olma" unsuruna yer verilmesi ile tanım, -kimi ülkelerde yeniden uygulamaya konulsa da, esasında insan haklarına aykırı olan- genel müsaderenin bir

¹¹ Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Seçkin Yayınları, 2011.

¹² Veli Özer Özbek/M. Nihat Kanbur/Pınar Bacaksız/Koray Doğan/İlker Tepe, **Ceza Hukuku Bilgisi Genel Hükümler**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2010. s. 578.

¹³ Doğan Gedik, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Müsadere**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007, s. 7.

¹⁴ İbrahim Dülger, **Türk Ceza Hukukunda Müsadere**, Konya, 2009, s. 24-25.

yasak olarak kabulünü ve orantılılık ilkesini de içermiş olacaktır. Nitekim Manzini, yargı kararı unsurunu eksik bıraktığı müsadere tanımında suçla bağlantılı olma koşulunu vurgulamaktadır.¹⁵ Buna karşın, müsaderenin suçla ve ceza hukukuyla ilgisine işaret etmeyen tanımlara da rastlanmaktadır.¹⁶

Hukukumuz bakımından güncel bir tanım yapmak gerekirse, müsaderenin, *“bizatihi suç oluşturan eşya ile kanunda belirtildiği şekilde bir suçla ilgili olan eşya ve malvarlığının veya bunların karşılık değerlerinin ve varsa semerelerinin mahkeme kararı ile fail veya bazı hallerde üçüncü kişilerden alınarak devletin mülkiyetine geçirilmesini sonuçlayan bir ceza hukuku yaptırımı”* olduğunu söyleyebiliriz.¹⁷

II. Terim Sorunu

Arapça kökenli bir kelime olan “müsadere” sudûr kelimesinden türetilmiş olup, sadır olma, çıkma anlamına gelmektedir.¹⁸ Çeşitli sözlüklerde tarihi misyonu göz önünde bulundurularak ferman çıkarma, padişah emriyle birinin malına el koyma olarak da açıklanmaktadır.¹⁹ Müsadere, zaman zaman sahibinin rızası olmadan bir

¹⁵ Manzini’ye göre müsadere “devlet tarafından bir suçla ilgili ya da bizatihi suç teşkil eden eşyaya el konulmasıdır”. Manzini, III, s. 385 (Nakleden, Öykü Didem Aydın, Emniyet Tedbirleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 1993, s.191.); Öykü Didem Aydın, “Ceza Hukuku’nun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu”, **TBB Dergisi**, Sayı 53, 2004, s. 63-140.

¹⁶ Fransız doktrininde verilen ve suçla ilintili olma durumuna vurgu yapmayan bir tanıma göre “müsadere, hükümlüye ait bir veya birden çok mal ya da parasal karşılığının devletin lehine cebri nitelikte devridir.” Bkz. Jacques-Henri Robert, *Droit pénal général*, PUF, 3. Baskı., Paris, 1998, s.392. Bu tanımda yer alan “hükümlüye ait olma” koşulu suçla ilgili olma anlamına gelmemekte ve eksik kalmaktadır. Benzer bir tanım “kanunda yazılı hallerde belirli malların mülkiyetinin mahkeme kararıyla, maliklerinden alınarak kamusal bir kuruma verilmesini sonuçlayan bir kurum” şeklindedir (bkz. Koray Doğan, **Göçmen Kaçakçılığı Suçu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 162).

¹⁷ Eşyanın mağdura ait olması durumunda müsadere değil iade kararı verilir. Örneğin; Belçika Ceza Kanunu’na 1990 yılında eklenen 43bis maddesinin 3.ve 4.fıkralarına göre müsadere edilen şeyler, bir hak sahibi kişiye ait ise, bunlar kendisine iade edilir. Hak sahibi kişiye ait şeylerin mahkûm tarafından başka değerlere dönüştürülmüş olduğu veya bunların bu maddenin 2. fıkrası anlamında eşdeğer şeyler olduğu gerekçesiyle müsadere edildiği hallerde de hak sahibine iade edilir (43bis/3).

¹⁸ **İslam Ansiklopedisi**, Cilt 8, İstanbul, 1971, s. 669; Mehmet Emin Artuk/Ahmet Caner Yenidünya, “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Müsadereye İlişkin Düzenlemeleri Üzerine Bir İnceleme”, **Uğur Alacakaptan’a Armağan**, Derl. Mehmet Murat İnceoğlu, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008.

¹⁹ <http://www.nisanyansozluk.com/?k=m%C3%BCsaderede>. (Erişim tarihi: 02.07.2011.)

malı zorla almak anlamına gelen “gasp” terimi ile aynı anlamda algılanmışsa da, müsaderenin çoğu zaman hukuki bir temele dayandığı görülmüştür.²⁰

Müsadere terimi tarihte, bazı devlet büyüklerinin veya zenginlerin ecelleriyle ölmeleri veya suçlu bulunup idam edilmeleri sonucunda geride bıraktıkları mallarına, kimi zaman da sağlıklarında mevcut servetlerine devlet tarafından el konulması uygulamaları için kullanılmıştır.²¹ Müsadere usulü zaman zaman kötüye kullanılan, zulüm ve işkence aracı yapılan, hatta devletin malî kriz geçirdiği dönemlerde başvurulan bir gelir kaynağı olarak da tarihe geçmiştir.²² Batıda müsadere, genel olarak, ağır suçların cezalandırılmasında suçlunun mallarının zapt edilmesi, hükümdarların herhangi bir işe ve savaşa girişmesi halinde, zenginlerin malına el konması, ölüme mahkum olanların malları ile mirasçısı olmayanların mallarının alınması şeklinde modern hukuk kurallarının gelişimine kadar devam etmiştir.²³ Uluslararası hukukta da halen kullanılan bir kavramdır.²⁴

Hukuk dilini Türkçeleştirme çabasında olan Yılmaz, müsadere için zorallım sözcüğüne gönderme yapmakta, tanımını ise, “*bir kimsenin taşınır veya taşınmaz bir malının kendi isteği olmaksızın devlet tarafından elinden alınması*” olarak vermektedir.²⁵ Aynı eğilim, 1924 Anayasası’nda 1945 yılında yapılan değişiklikte de

²⁰ M. Ali Ünal, “Osmanlı İmparatorluğunda Müsadere”, **Türk Dünyası Araştırmaları Dergisi**, 1987, sayı 49, s. 95-112.

²¹ “Esasen müsadere Abbasiler devrine ait bir teknik terim olup, devlet gelirlerini artırmak için gayri meşru servet yaptığı iddia edilen memurların mallarını zapt etmek için bulunan bir usul olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak kavramın ilk kullanımı arazi ve toprak gelirleri ile ilgili olup, divan al-haraç kayıtlarında kullanılan bir tabirdir. Daha sonra zaman içinde devletçe herhangi birinin malına el konulması anlamına bürünerek bir hukuk kurumu haline gelmiş, halifeler tarafından kullanılan bir baskı yöntemine dönüşmüştür.” Sevgi Gül Akyılmaz, “Osmanlı Devletinde Yönetici Sınıf Açısından Müsadere Uygulaması”, **GÜHFD**, C. XII, Y. 2008, sa. 1-2, s. 389-420, s. 39.

²² Mehmet Karataş, “18. ve 19. yüzyıllarda Osmanlı Devleti’nde Bazı Müsadere Uygulamaları”, **Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi**, sayı 19, 2006, s. 219-237.

²³ Karataş, age, s. 221.

²⁴ Müsadere kavramının İngilizce ve Fransızca karşılığı olan “confiscation” kavramının uluslararası hukuktaki kullanımı için bkz. *Sandrine Giroud, État de droit et confiscation internationale: Quels enjeux pour l’État helvétique?* Derl. S. Giroud/A. Borghi, **État de droit et confiscation internationale**, 2010, s. 1-17; Roma statüsündeki dört tip suçtan ikinci grubu oluşturan “Uluslararası teamülde kabul gören diğer savaş kural ve geleneklerinin ciddi ihlalleri” ile 4.grup savaş suçları olan “Uluslararası teamüle uygun olarak, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan kural ve geleneklerin diğer ciddi ihlalleri”nden biri de, savaş gerekliliği zorunlu kılmadıkça, düşman mallarının müsadere veya imhasıdır. Bkz. Yasin M. Aslan, “Uluslararası Ceza Divanı ve Türkiye’deki Etkileri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 56, Sayı: 4, 2007, s.56-79, s. 69 ve 71.

²⁵ Ejder Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, 5.Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996, s. 902.

görülmektedir.²⁶ Bundan sonra öğretide de, müsadere yerine “zoralm” sözcüğü kullanılmaya başlanmıştır.²⁷ Ancak, zoralm sözcüğü öztürkçe olmadığı, “müsadere”den çok, bir koruma tedbiri olan “elkoyma”yı çağrıştırdığı ve bu iki kavramın karıştırılmasına sebep olabilecek bir türetme olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir.²⁸ Anayasa Mahkemesi müsadereyi bir kararında “zorla el koyma” olarak da ifade etmiştir.²⁹ Yeni ceza kanununda bu kavramlar ayrıştırılsa da eski tarihli bazı özel kanunlarda hala hatalı olarak “elkoyma” yerine “müsadere”nin kullanıldığına rastlanmaktadır.³⁰

765 sayılı kanun döneminde müsadereyi ifade etmek üzere kimi yerlerde zapt kelimesinin kullanılması (ETCK m.100); kimi yerlerde zapt ve müsadere bir arada kullanılması (ETCK m.36, 92); bazen de müsadere tek başına kullanılması (ETCK m. 408, 427) kavram karmaşasına yol açmakta idi.³¹ Belirtmeliyiz ki, müsadere terimine bugünkü anlamından farklı olarak idare hukuku alanında da rastlanmaktaydı. İdari mevzuatta “müsadere” kavramı yargısal değil idari kararlarla uygulanabilen idari yaptırımlar için kullanılmıştır. Örneğin; 4458 sayılı Gümrük Kanunu’nun 237/3. maddesi, 1918 Sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun’un 12. ve 14. maddelerinin 1.fıkraları, 3078 sayılı Tuz Kanunu’nun 26.

²⁶ Server Tanilli, **Türk Anayasaları ve İlgili Mevzuat**, İstanbul, İstanbul Üni. Hukuk Fak. Yayınları, 1980, s. 35-50; Suna Kili/Şeref Gözübüyük, **Türk Anayasa Metinleri**, Ankara, Türkiye İş Bankası Yayınları, 1985, s. 109-135.

²⁷ Bkz. Yüce, **Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, Ankara, Turhan Kitabevi, 1985, s.125 vd; İçel, Kaçakçılık, s.297; Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, cilt 2, 9. Basım, İstanbul 1986, s.709; Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, cilt 3, İstanbul, Beta Yayınevi, 1989, s. 86 ve Zekeriya Yılmaz, **Teori ve Uygulamada Müsadere**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003 eserlerinde "zoralm" kelimesini "müsadere" yanında parantez içinde vermektedirler. Yargıtay ise son yıllarda baskın olarak "zoralm" terimini kullanmaktadır. Anayasa Mahkemesinin de bazı kararlarında "zoralm" terimini benimsediğini görüyoruz: örneğin bkz. 14. 12. 1968, 32/62; 30. 9. 1969, 17/49, bkz. M. Muhtar Çağlayan, **Gerekçeli, Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu**, cilt 1, 3. Basım, Ankara 1984, s.302 vd.

“Zoralm” halen Yargıtay’ca kullanılmaktadır. Bu konuda bir örnek için bkz. Y5CD, 14.12.2007, 113-503

²⁸ Gedik, Müsadere, s. 7; Ahmet Gökçen, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma**, Ankara 1994, s.6. Gökçen'e göre, "zoralm"ın ilk hecesi olan "zor" Farsça asıllıdır ve "alma" işinin sıfatıdır. Zoralm denince "almadaki zorluk" vurgulanmış olur. Bu yüzden "zoralm" yerine "zorla alım" ya da "güçle alım" densesydi, o zaman Türkçe gramer kurallarına daha uygun hareket edilmiş olurdu. Ayrıca, "zor"un Türkçe karşılığı, "güç" veya "çetin" olup, bu kelimeler "kolay"ın zıddıdır. O halde "zoralm", kolay alımın tersini, yani almadaki zorluğu ifade etmektedir. Oysa ki, devlet açısından almada bir zorluk yoktur. Olsa bile bu zorluk, müsadere safhasında değil, elkoyma safhasındadır. Bkz. Gökçen, Elkoyma, s.7.

²⁹ AYMK, 31.03.1993, 1991/18 E., 1992/20 K- AYMKD, Sayı: 28, C:I, Ankara, 1993, s. 232.

³⁰ Örneğin bkz. Orman Kanunu’nun 41.maddesi

³¹ Gökçen, Elkoyma, s. 17.

maddesi ile Gümrük Komisyonlarınca müsadereye karar verilebileceği düzenlenmişti.³² Günümüzde ise idari nitelikte bir yaptırım olarak “mülkiyetin kamuya geçirilmesi” kurumu getirilmiştir. Böylelikle idare hukuku alanında müsadere teriminin kullanılmasından vazgeçilmiştir.

TCK’da müsadere terimi kullanılmasına karşın, diğer bazı kanunlarda halen “zapt” veya “zoralm” terimlerinin kullanıldığı da görülmektedir. Örneğin; Askeri Ceza Kanunu’nun 78. maddesinde “zaptına karar verilir” denilmektedir. Bazı yazarlar hala “zoralm” terimini kullanmaktadırlar.^{33 34} Gerek kavram karmaşasını önlemek gerekse belirlilik ilkesi açısından bu gibi farklı kullanımlardan vazgeçilmesi yerinde olacaktır. “Müsadere”nin öztürkçe olmadığı yönündeki eleştiri, dillerin dinamik ve organik yapısı karşısında anlamlı görünmemektedir. Hukuk çevrelerince yaygın olarak kabul edilen ve kurumu tam olarak karşılayan bir kelimenin bu gerekçeyle değiştirilmek istenmesi yersiz bir çabadır. Kaldı ki, kelimeler kökenlerindeki anlamlarıyla değil, kullanılarak büründükleri ve yerleşik hale geldikleri anlamlarıyla var olmaya devam etmelidir. Özetlemek gerekirse, yerleşik hale gelmiş olan hukuk kurumları bakımından temelde değişiklik olmadığı sürece kavram değişikliği ihtiyacı bulunmamaktadır. Bu nedenle anlatılmak istenen hukuki kurumu tam olarak karşılayan “müsadere” sözcüğünün yeni ceza kanununda olduğu gibi korunmuş olmasını yerinde buluyoruz.³⁵

³² Yılmaz Z, Müsadere, s. 35; Fatih Selami Mahmutoğlu, Ekonomik Suçlar ve Ekonomi Ceza Hukuku, **Güncel Hukuk Dergisi**, 2005, Sy. 23, s 18-21.

³³ İlhami Güneş, **Uygulamada Sınai Mülkiyet Ceza Hukuku**, Adalet Yayınevi Hukuk Uygulama Kitapları, Ankara 2009, s. 345 vd.

³⁴ Yürürlükten kaldırılan 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu’nun 1. maddesinin 4. fıkrasında müsadere yerine “devlete intikal” ifadesi kullanılmıştır. Öğretide haklı olarak ifade edildiği üzere, mevzuatta ve uygulamada yerleşmiş bir kavramdan farklı bir kavram kullanılması yersiz olmuştur. Müsadere, her halükarda eşyanın mülkiyetinin devlete geçmesini sonuçlar. Vesile Sonay Evik, **Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004, s. 341.

³⁵ Özellikle organize suçlulukla mücadele politikaları kapsamında müsadere yaptırımının çeşitlilik gösterdiği görülmektedir. Bu gelişime paralel olarak farklı müsadere tür ve usullerinin kabulü, kavram çeşitliliğini de beraberinde getirmektedir. Eşya ve kazanç müsadere kavramları bunlardan en temel ve önemlileri olup, anlamları ve aralarındaki farklar ilgili bölümlerde açıklanmaktadır.

B. Tarihçe

I. Genel Bakış

Müsadere, kökeni çok eskilere dayanan bir kurum olup tarihte siyasi ve hukuki amaçlarla kullanılmıştır. Günümüze kadar da temeli “mülkiyetin sonlandırılması” olarak kalmakla birlikte, koşulları ve hukuki niteliği bakımından sürekli değişiklik gösteren bir kurum olmuştur.

Doğu toplumlarında müsadereye ilişkin yeteri kadar bilgi bulunmamakla birlikte, uygulandığına dair çeşitli kaynaklarda verilere rastlanmaktadır. Müsaderenin ilk izlerine Babil devletinde rastlanmaktadır. Bu dönemde müsadere cezaların düzenlendiği Hammurabi mecellesine göre ölüm cezası yanında ferî bir ceza olarak uygulanmıştır.³⁶ Askerlik hizmetinden kaçmak veya başkasını haksız yere suçlamak fiillerinde, suçlu hakkında ölüm cezası verilir ve ferî ceza olarak da mallarının müsaderesine hükmedilirdi. Hintlilerde de, fail ve mağdurun mensup olduğu kastlara göre uygulanan cezalardan birinin müsadere olduğu bilinmektedir.³⁷ Örneğin, kendi sınıfından bir kimseyi öldüren Varsilyalı'nın malları müsadere edilerek mağdurun ölümünden zarar görenlere verilirdi.³⁸

Batıda müsadere, genel olarak büyük suçların cezalandırılmasında suçlunun mallarına el konulması, hükümdarların herhangi bir iş veya savaşa girmesi halinde zenginlerin malına el konulması, ölüme mahkum olanların malları ile mirasçısı olmayan malların devlet hazinesine alınması şeklinde modern hukuk kurallarının gelişimine kadar devam etmiştir.³⁹ Suçun karşılığı olmasının yanı sıra müsadere, siyasi amaçlarla da sıkça kullanılmıştır.⁴⁰ Ne var ki, bu konuda artan mağduriyetler, müsadere yetkisinin sınırlandırılması ile sonuçlanmıştır. İnsan haklarının korunması ve sanıklara ceza kovuşturması sırasında bazı hak ve güvencelerin tanınması ile ilgili

³⁶ Recai G. Okandan, **Umumi Hukuk Tarihi Dersleri**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1951, s.308 vd., s. 149.

³⁷ Okandan, age, s. 67.

³⁸ Sadri Maksudi Arsal, **Hukuk Tarihi Dersleri**, Ankara, 1941, s. 49.

³⁹ **Encyclopedia Americana**, VII, 536-537.

⁴⁰ İngiltere'ye yerleştirmiş olan feodalite rejiminin yerleşmesi amacıyla da, istilâcılara karşı çarpışmış olan bütün anglo-saksonların arazileri müsadere edilerek Giyom'un silâh arkadaşlarına malikâneler olarak dağıtılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gaetano Mosca, “Magna Carta'dan 20 inci asra kadar İngiliz Anayasa Hareketleri”, çev. Mukbil Özyörük, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt 5, sayı 1, 1948, s. 33-58.

ilk hükümlerin sınırlı da olsa yer aldığı ilk belgelerden olan 1215 tarihli Manga Carta Libertatum (Büyük Özgürlük Fermanı) ile mahkeme kararı dışında tutuklama, hapis, sürgün cezalarının verilemeyeceği, cezaların suçun ağırlığı ile orantılı olacağı ve mal müsaderesinin yapılamayacağı düzenlenmiştir.⁴¹

Müşterek hukuk döneminde müsadere, özellikle ayaklanma, kasten öldürme gibi suçlar bakımından ikincil nitelikte bir yaptırım olarak uygulanmıştır. O dönemde sıkça meydana gelen, at arabası ile bir kimsenin ölümüne sebebiyet verme halinde at ve araba failden alınarak krala verilir, kral da bunları hayır amaçlı olarak dağıtırdı.⁴² İntihar eden veya intihara teşebbüs edenler cezalandırılır ve malları müsadere edilirdi.⁴³

Eski Türklerde cezalar hakkında çok fazla bilgi olmamakla birlikte malvarlığına yönelik olarak müsadere uygulaması yapıldığı bilinmektedir.⁴⁴

II. Yunan Hukuku

Eski Yunan'da suç oluşturan fiiller ile bunlara uygulanacak olan cezalar sitelere göre farklılık göstermekte idi. Örneğin, Atina sitesinde kutsal sayılan şeyleri aşağılamak ve vatana ihanet suçlarında fail hakkında ölüm cezası ile birlikte müsadereye de hükmedilmekteydi. Daha sonra bu suçlara yalnızca ölüm cezası uygulanmaya başlanmıştır. Vatandaş olmayan kişiler tarafından işlenen öldürme suçlarında da sürgünün yanı sıra müsadere uygulanmakta olduğu bilinmektedir.⁴⁵

⁴¹ Mehmet Akad, **Genel Kamu Hukuku**, 2.baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1997, s. 148.

⁴² Dülger, İ., age., s. 60.

⁴³ Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s. 116.

⁴⁴ Müsaderenin İslam öncesi Hun, Göktürk ve diğer türk devletlerinde uygulandığı yönünde bkz. Arsal, age, s. 286. Eski Türkler'de törenin cezai hükümleri, suçlar ve cezalar konusunda elimizde doyurucu, yeterli bilgiler bulunmamaktadır. Bununla birlikte, çağdaş ve muahhar yabancı ve yerli kaynaklarda dağınık olarak yer alan birtakım kayıt ve bilgiler, bu hususta az çok bir fikir vermektedir. Buna göre cezaların başlıcaları dayak, işkence, organ kesimi, sakatlama, ölüm vb. gibi bedeni, hapis gibi özgürlüğü bağlayıcı, sürgün gibi özgürlüğü kısıtlayıcı, tazminat ve müsadere gibi mali ve malvarlığına yönelik, ihtar, tektir, tahkir-teşhir gibi onur vehaysiyet kınacı manevi cezalardır. F. Şamil Arık, "Eski Türk Ceza Hukukuna Dair Notlar", **Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Tarih Bölümü Tarih Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 17, Sayı: 28, s. 1-50, s. 13.

⁴⁵ Okandan, age, s. 292.

Müsaderenin failin yakınlarını etkilememesi için Atina hukukunda failin eşine, çeyizini ve çocuklarının nafakasını talep etme hakkı tanımıştır.⁴⁶

Hemen her dönemde olduğu gibi Yunan hukukunda da, müsaderenin siyasi amaçlarla kullanıldığı görülmüştür. Özellikle, M.Ö. 7 nci ve 6 ncı yüzyılların sonunda Yunan sitelerinin çoğunda bazen muhafazakâr aristokrasi partisinin, bazen demokrasi partisinin iktidarı ele geçirmesiyle, iktidarı eline geçiren tarafın karşı tarafın ailelerini memleketten kovduğu, mallarını müsadere ettiği ve kendi taraftarları arasında dağıttığı bilinmektedir.⁴⁷

III. Roma Hukuku

Roma ceza hukukunda müsadere, failin mallarının tamamı veya bir kısmı bakımından, asli veya fer'i bir ceza olarak uygulanmakta idi.⁴⁸ Müsaderenin, failin ailesi bakımından yarattığı zorlukları önlemek için, zamanla müsadere edilen mallardan bir kısmının failin ailesine verildiği görülmüştür. Bu tür uygulamalardan biri de, müsadere edilen malların yarısının failin çocuklarına verilmesidir. Justinianus döneminde ise, failin tüm mallarının müsaderesi, sadece devlete karşı suçlar bakımından mümkün kılınmıştır.⁴⁹

Roma'da da müsaderenin siyasi amaçlarla kullanıldığı örneklere rastlanmaktadır. İç savaşlar sonucunda, özellikle birinci ve ikinci sürgün sırasında zenginlerin birçok arazisi müsadere edilerek askerlere, yani silâhlı proleterlere dağıtılmıştır.⁵⁰

⁴⁶ Arsal, age, s. 133; Okandan, age, s. 294.

⁴⁷ Gaetauo Mosca, "Eski Yunanistan'da Siyasi Müessese ve Doktrinler", çev. Mukbil Özyörük, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 2, Sayı: 4, 1945, s. 235-256, s. 236.

⁴⁸ Jules Salva, Faculté de droit de Paris. Droit romain: la Confiscation. Droit français: les Délits fiscaux., 1895; Tolga Ersoy, "Justinianus Dönemi Müsadere Uygulamaları", **Prof. Dr. Belgin Erdoğmuş'a Armağan**, Derl. M.Murat İnceoğlu, İstanbul, 2011, s. 93-104.

⁴⁹ Batuhan Baytaz, Türk Ceza Hukukunda Müsadere, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul 2009, s.10.

⁵⁰ Gaetano Mosca, "Roma ve Ortaçağ-Siyasi Müessese ve Doktrinler", çev. Mukbil Özyörük, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt 3, sayı 2, 1946, s. 532-564, s.534.

döneminde başladığı söylenmektedir.⁵⁴ Abbasilerin gerileme döneminde ise, zimmet suçunu işleyerek devleti zarara uğratan memurlar hakkında uygulanan müsadere, işkence cezası ile birlikte uygulanmıştır.⁵⁵

Selçuklular döneminde müsadereye daha çok siyasi amaçlarla (evlilik, iktidarı koruma gibi) başvurulmuştur. Bununla birlikte emir ve yasaklara uymayan ve isyan olaylarına karışarak asayişi bozanların malları da müsadere edilmiştir. Büyük Selçuklular’ da “Divan-ı Müsadere” adını taşıyan özel divanlar kurulmuştur.⁵⁶

Selçuklu sultanları ceza olarak müsadereyi daha çok devlet erkanına, nadir olarak da halktan suçlu görülenlere, azil, sürgün, hapis gibi cezalara ek olarak uygulamışlardır. Ceza olarak uygulanan müsadere genel müsadere niteliğinde olduğu, bunun da mirasçılarının ve suçlunun ailesine zarar verdiği bilinmektedir. Özellikle II. Keyhüsrev döneminden itibaren müsadere uygulamalarında yozlaşma ve keyfiyet başlamıştır.⁵⁷

Anadolu Selçuklu Devleti’nde müsadere cezası suçlunun bütün menkul ve gayri menkullerini içine almıştır. Servetine el konulmasına karar verilen bir kimsenin malvarlığının müsaderesi, ancak, sultanın bu hususta verdiği emir üzerine yapılabilmektedir. Merkezde yapılan müsaderelerde bunun yürütülmesi Emir-i Dad’lara veya bu iş için özel olarak görevlendirilen kimselere havale edilmiş, bunların emirlerine verilen büyük divan memur veya kâtipleri vasıtasıyla da bu husustaki işlemler yerine getirilmiştir.⁵⁸

Sonuç olarak müsadere, İslam hukukunda hemen her dönemde uygulanmakla birlikte bazı din adamlarının karşıt görüşlerine rağmen genel olarak hoş görülen bir ceza olmamıştır.⁵⁹

⁵⁴ Kaya, age, s. 54.

⁵⁵ Ahmet Mumcu, **Osmanlı Devletinde Siyaseten Katl**, Ankara, Birey ve Toplum Yayınları, 1985, s. 148.

⁵⁶ Akyılmaz, age, s. 392.

⁵⁷ Arık, age, s. 14.

⁵⁸ Arık, age, s. 14.

⁵⁹ Coşkun Üçok, “Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler- III”, **AÜHF**, cilt IV, 1947, sayı 1-2, s. 48-73, s. 50.

V. Türk Hukuku

1. Osmanlı İmparatorluğu Dönemi

Osmanlı İmparatorluğunun ilk dönemlerinde bazı istisnai haller dışında müsadere yalnız devlet malını zimmetine geçirenler ile isyancılar hakkında uygulanan bir ceza olmuştur. Fatih Sultan Mehmet dönemine kadar sadece Musa Çelebi'nin keyfi müsadere uygulamalarına rastlanmıştır. Kul sisteminin kurulmasına kadar da, müsadere bir ceza hukuku müessesesi olarak çok büyük bir kabul görmemiştir.⁶⁰ Bu nedenle, Şeyh Bedrettin gibi önemli bir isyancının dahi malı haram sayılarak dokunulmamış, Osmanlı Devleti açısından dönüm noktası olan ve kul sisteminin ilk adımını teşkil eden vezir-i azam Çandarlı Halil Paşa'nın katliyle birlikte müsadere edilen mal varlığı mirasçılara iade edilmiştir.⁶¹

Fatih dönemi ve bu dönemde kurulan kul sistemi, müsadere kurumu açısından bir dönüm noktası teşkil etmiştir. Her ne kadar zaman zaman reayaya mensup kişilerin malları müsadere edilse de, bu kurum daha çok yönetici sınıf mensuplarına yönelik olarak karşımıza çıkmaktadır. Üstelik, reayadan farklı olarak yönetici sınıf için müsadere sadece bir ceza olarak uygulanmamış, bu sınıfa mensup kişiler öldüklerinde devlet, mal varlıklarına el koyarak İslam Miras Hukuku kurallarının işlenmesini engellemiştir.⁶² Yönetici sınıf için bir ceza olarak uygulandığında ise genellikle yargı süreci işlemeden, kişi dokunulmazlığı ilkesine aykırı olarak padişah tarafından keyfi olarak verilmiştir.⁶³ Başlangıçta sadece devşirme kökenli yönetici sınıf için geçerli olan bu kurallar, Kanuni'den itibaren ulema dışında kökeni ne olursa olsun bütün devlet adamlarını içine alacak şekilde genişletilmiştir.⁶⁴

Yönetici sınıf açısından müsadere, siyasi amaçlarla uygulanmıştır. Önemli rütbelere yükselen kişilerin, ölümlerinden sonra varislerine bir şey

⁶⁰ Belkıs Konan, "İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Açısından Osmanlı Devletine Bakış", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt XV, 2011, sayı 4, s. 267.

⁶¹ Mumcu, age, s. 148. Zira İslam Hukukunda mülkiyet ve miras hakkı büyük bir öneme sahip olup, bunların özüne dokunacak uygulamalar şeriata aykırı işlemler olarak halkın büyük tepkisini çekmiştir. Akyılmaz, age, s. 392.

⁶² Akyılmaz, age, s. 393, Konan, age, s. 267.

⁶³ Konan, age, s. 267.

⁶⁴ Konan, age, s. 267.

bırakamayacaklarını düşünerek dürüst davranmalarını sağlamak, merkezî otoriteyi tesis etmek ve bu otoriteye rakip olabilecek güçlerin ortaya çıkmasını engellemenin yanı sıra, mali kriz zamanlarında devlete gelir temin etmek ve nihayet haksız elde edilen kazançları tekrar devlet hazinesine kazandırmak bu amaçların başında gelmektedir.⁶⁵

16. yüzyılda ise malvarlığının tamamı değil bir kısmının müsadere gündeme gelmiştir. Ölen ya da idam edilen vezir ve beylerbeylerinin nakit servetleri, değerli eşyaları, silahları, hayvanları ve askeri araç gereçleri kamu adına müsadere edilirken, emlak ve akar niteliğindeki mirasın büyük bir bölümü varislerine bırakılmıştır. 17. yüzyılda ise, müsadere hem yaygınlaşmış, hem de başka amaçlarla, örneğin; taşra yöneticileri tarafından giderleri karşılamak, sadrazama ve padişaha değerli hediyeler sunabilmek ve kazanç sağlamak için uygulanmaya başlanmıştır.⁶⁶ Bu dönemlerde müsadere iltizam usulü çerçevesinde ekonomik araç olarak da kullanılmıştır.

Osmanlı'da zimmet ve usulsüz para cezası almak gibi fiiller suç olarak kabul edilmiş ve haksız kazancın müsadere öngörülmüştür.⁶⁷ Devletin mali darlık içine düştüğü sonraki dönemlerde sadece servetlerinin kaynağı şüpheli olan devlet adamlarının değil, zengin olan birçok devlet adamının malvarlıklarına muhtelif bahanelerle el konulduğu, bu durumun da rahatsızlık yarattığı bilinmektedir.⁶⁸ İbret olması açısından diğer bazı cezaların yanında suçlunun malını da müsadere edilmesi suretiyle ceza verme yolunu tercih etmiştir. Aynı zamanda, gerek devletin gerekse vatandaşlarının güvenliğini sağlamak için üretilmesi ve kullanılması yasak olan mallar, örneğin kaçak tütün, müsadere edilmiştir. Kaçakçılık yapan kimseler suçlu bulunmasa da bu çeşit mallar müsadere edilmiştir.

19. yüzyılda basına yönelik olarak da müsadere uygulanmıştır. 1880 tarihli bir belgede vatan ve millet aleyhinde zararlı yayın yaptığı ileri sürülen başta İttihad

⁶⁵ Karataş, age, s. 231; Mustafa Avcı, **Osmanlı Hukûkunda Suçlar ve Cezalar**, Gökkuşbu Yayınları, İstanbul, 2004; Cavit Baysun, "Müsâdere", **İA, MEB**, İstanbul 1993, IX, s.669-673; Tuncay Öğün, "Osmanlı Devletinde Müsâdere Uygulamaları", **Osmanlı Ansiklopedisi**, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara 1999, V. s.371-383; Ünal, age, s.95-111; Konan, age., s. 267; Akyılmaz, age, s. 389-420; Murat Belge, **Osmanlı'da Kurumlar ve Kültür**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, s. 331.

⁶⁶ Karataş, age, s. 228.

⁶⁷ Mustafa Avcı, **Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Mimoza Yayınevi, Konya 2010, s. 274

⁶⁸ Akif, Osmanlı, s. 182

ve İstikbâl gibi gazetelerinin yayımına engel olunması ve basılı olanların müsadere edilmesi emredilmiştir.⁶⁹

Görüldüğü üzere Osmanlı'da müsadere, ya ceza olarak ya da ölüm halinde uygulanmıştır. Müsadere ceza olarak uygulandığı takdirde bir tür tazir cezası olarak karşımıza çıkmaktadır. Tanzimat dönemine kadar öldürülen kimsenin kural olarak bütün malları müsadere edilmiştir. Ancak bu durum şahsi mallarla sınırlı tutulmuş, öldürülenin eşine, çocuklarına ve şartları varsa diğer mirasçılara ait mallar müsadere dışında bırakılmıştır.⁷⁰ Suiistimallere neden olan müsadere önce II.Mahmut döneminde kaldırılmaya çalışılmıştır. Vaka-i Hayriye'den sonra aynı yıl çıkartılan Fermana, *“kim olursa olsun vefat edenlerin terekelerinin artık müsadere edilmeyeceği, mirasçılar arasında bölüştürüleceği, devletin mirastan kuruşta bir para alacağı”* düzenlenmiş, böylelikle ölüm halinde müsadere yasaklanmıştır.⁷¹ II. Mahmut döneminde müsadere konusunda atılan ikinci önemli adım, 1838 (1254) tarihli memurlar için çıkarılan Ceza Kanunnamesidir. 1838 yılında memurlar için çıkarılan ceza kanunnamesiyle, *“memurinin keyfi surette katl ve müsadere gibi şekillerle cezalandırılması tamamen kaldırılarak, her suça şeriat ve kanun çerçevesinde ceza verileceği”* belirtilmiştir.⁷² Ardından 1839 tarihli Tanzimat Fermanı'nda, müsadere bir ceza olarak uygulanması açıkça yasaklanmıştır.⁷³ Fermana göre, bir kimsenin suç işlemesi halinde malının müsadere edilmesi, o kişinin mirasçılarını miras hakkından mahrum edeceği; buna karşılık suçlunun mirasçılarının bu suçla bir alâkaları bulunmadığı için yasaklanmıştır.⁷⁴ Ancak, yasağa rağmen uygulama devam etmiştir.

1840 tarihli ilk Ceza Kanunnamesinin dördüncü bölümünün birinci maddesiyle devletin, keyfi olarak kimsenin malına müdahale edemeyeceği ve bunun

⁶⁹ Karataş, age, s.230.

⁷⁰ Mumcu, age, s. 155.

⁷¹ Mumcu, age, s.212.

⁷² Konan, age, s. 268.

⁷³ Mumcu, her türlü eziyet, işkence, müsadere ve angaryanın yasaklandığı 24. ve 26.maddeleri, modern insan hakları doktrinine tam olarak uyan maddeler şeklinde değerlendirmiştir. Ahmet Mumcu/Elif Küzeci, **İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri**, Ankara, Savaş Yayınları, 2003, s. 167.

⁷⁴ Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2000, s.3-12; Kili/Şeref Gözübüyük, age, s.11-13; Server Tanilli, **Anayasalar ve Siyasal Belgeler**, İstanbul, Cem Yayınevi, 1976, s.8-11.

cezalandırılacağı düzenlenmiştir.⁷⁵ Buna karşılık rüşvet (5.bölüm, 2. madde), hırsızlık (6.bölüm, 3. madde) gibi suçlardan elde edilen eşyanın ve hatta bunların bulunmaması halinde karşılık değerinin müsadere öngörülmüştür.⁷⁶

1851 tarihli Kanun-u Cedid'de de, keyfi müsadere suç olarak düzenlenmesinin yanısıra rüşvet ve irtikap (3. bölüm, 2. ve 8. maddeler), ayarı oynanmış tartıyla ya da fahiş fiyatla mal satma (19. madde) gibi eylemler bakımından müsadere açıkça düzenlenmiştir.

Osmanlı'nın son ceza kanunu olan ve 1856 Islahat Fermanı'ndan sonra çıkartılan 1858 tarihli Kanunun 12. maddesi ise önceki kanunlardan farklı olarak genel bir müsadere hükmü getirmiştir. Buna göre, cinayet ve cünha işleyerek elde edilen mallar, cinayet ve cünhanın işlenmesinde vasıta olarak kullanılan veya kullanılmak üzere bulundurulmuş eşyalar müsadere edilmiştir.⁷⁷ 12. maddenin yanısıra kumar (242. m), piyango (243. m.) gibi bazı suçlar bakımından özel müsadere hükümleri düzenlenmiştir. 1876 Anayasası da savaş hali dışında müsadere yasağını düzenlemiştir.⁷⁸

2. Türkiye Cumhuriyeti Dönemi

a. Anayasalar

Müsadere anayasal boyutunu ortaya koymak yasakoyucunun sahip olduğu düzenleme alanının sınırını görebilmek açısından son derece önemlidir. Ancak bu bölümde sadece anayasal hükümlerin tarihsel gelişimine yer verilecek olup, esasa ilişkin açıklamalar ilgili bölümlerde yapılacaktır.⁷⁹

⁷⁵ Ahmet Gökçen, **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri**, İstanbul 1989, s. 98.

⁷⁶ Kanun metinleri için bkz. Gökçen, Osmanlı, s. 99.

⁷⁷ Gökçen, Osmanlı, s. 53.

⁷⁸ Nevin Ünal Özkorkut, "1876 Anayasasının Hukuk Devleti Unsurları Açısından Osmanlı Devlet Anlayışına Getirdiği Yenilikler", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 53 Sayı: 1, 2004, s.173-184, s. 177.

⁷⁹ Bkz. aşağıda "insan hakları yönünden müsadere"; "ceza hukukunun bazı temel ilkeleri bağlamında müsadere".

Müsadereye ilişkin ilk anayasal düzenlemeye 1924 Anayasası'nda rastlanmaktadır. Bundan önceki 1921 Anayasası çerçeve nitelikte ve kısa bir anayasa olup müsadereyle ilgili bir hüküm içermemiştir. 1924 Anayasası'nın 73. maddesi “*İşkence, eziyet, zoralık ve angarya yasaktır*” hükmü ile müsadereyi yasaklamıştır.⁸⁰ Buradaki düzenlemenin açık olmasa da genel müsadere yasağına ilişkin olduğu görüşü öğretide hakimdir.

1961 Anayasası'nın “Cezaların Kanuni ve Şahsi Olması; Zorlama Yasağı” başlıklı 33. maddesinde “genel müsadere cezası konulamayacağı” açıkça düzenlenmiştir.⁸¹ Anayasa'da ayrıca basın özgürlüğünü sağlamak amacıyla “*Basımevi ve eklentileri ve basın araçları, suç vasıtası olduğu gerekçesiyle de olsa, zapt veya müsadere edilemez veya işletilmekten alıkonulamaz*” hükmü getirilmiştir (m. 25).

1982 Anayasası da benzer hükümler içermektedir. Suç ve cezalara ilişkin 38. maddeye göre tıpkı 1961 Anayasası'nda olduğu gibi “...*genel müsadere cezası verilemez*”. Basın araçlarının korunmasına ilişkin 30. maddeye göre de “(Değişik: 7.5.2004-5170/4 md.) *Kanuna uygun şekilde basın işletmesi olarak kurulan basımevi ve eklentileri ile basın araçları, suç aleti olduğu gerekçesiyle zapt ve müsadere edilemez veya işletilmekten alıkonulamaz.*” şeklindeki düzenlemeler ile mülkiyet hakkı ve basın özgürlüğü anayasal güvenceye alınmıştır.⁸² Anayasa'nın “basın hürriyeti”ni düzenleyen 28. maddesinin 7.fıkrası ve devamında ise süreli ve süresiz yayınların toplatılması, zapt ve müsadereye ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.⁸³

⁸⁰ <http://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa24.htm>. (Erişim tarihi: 08.02.2012).

⁸¹ <http://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa61.htm>. (Erişim tarihi: 08.09.2012).

⁸² 2004'ten önce 30. madde önemli istisnalar içermekte idi. Buna göre kanuna uygun şekilde basın işletmesi olarak kurulan basımevi ve eklentileri “*devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü Cumhuriyetin temel ilkeleri ve milli güvenlik aleyhinde işlenmiş bir suçtan mahkum olma*” halinde zapt, ve müsadereye tabi olabilir ve işletilmekten alıkonabilir idi. Kayıhan İçel/Yener Ünver, **Kitle Haberleşme Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınları, 2013, s.83.

⁸³ 1982 Anayasası'nın 27.maddesinin 7, 8 ve 9. fıkraları “.../Süreli veya süresiz yayınlar, kanunun gösterdiği suçların soruşturma veya kovuşturmasına geçilmiş olması hallerinde hâkim kararıyla; Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli güvenliğinin, kamu düzeninin, genel ahlakın korunması ve suçların önlenmesi bakımından gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunun açıkça yetkili kıldığı merciin emriyle toplatılabilir. Toplatma kararı veren yetkili merci, bu kararı en geç yirmidört saat içinde yetkili hakime bildirir; hakim bu kararı en geç kırksekiz saat içinde onaylamazsa, toplatma kararı hükümsüz sayılır. / Süreli veya süresiz yayınların suç soruşturma veya kovuşturması sebebiyle zapt ve müsadereinde genel hükümler uygulanır. /Türkiye'de yayımlanan süreli yayınlar, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Cumhuriyetin temel ilkelerine, milli güvenliğe ve genel ahlaka aykırı yayımlardan mahkûm olma halinde, mahkeme kararıyla geçici olarak kapatılabilir. Kapatılan süreli yayının açıkça devamı niteliğini taşıyan her türlü yayın yasaktır; bunlar hakim kararıyla toplatılır.”

b. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu

1926 yılında İtalyan Ceza Kanunu'ndan alınarak yürürlüğe konulan ve 2005 yılına kadar uygulanan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda müsadere 36. maddede düzenlenmişti. Mülga düzenleme "*Mahkumiyet halinde cürüm veya kabahatte kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan veya fiilin irtikabından husule gelen eşya fiilde methali olmıyan kimselere ait olmamak şartıyla mahkemece zabıt ve müsadere olunur. / Kullanılması, yapılması, taşınması, bulundurulması ve satılması cürüm veya kabahat teşkil eden eşya bir ceza mahkumiyeti olmasa ve faile ait bulunmasa bile mutlaka zabıt ve müsadere olunur.*" şeklinde idi.

36. maddeye - 1933 yılında 2275 sayılı kanunla⁸⁴ yapılan değişiklikle- 3. fıkra olarak "*Taşınması memnu olmıyan silahların ruhsatsız taşınması halinde de zabıt ve müsaderesine hükmolunur*" ibaresi eklenmiş; hüküm, 2005 yılında 5237 sayılı yeni TCK'nın yürürlüğe girmesine kadar aynen kalmıştır. 765 sayılı TCK'da 36. maddedeki genel hüküm dışında özel hükümlerde de müsadereye ilişkin hükümler bulunmakta idi.⁸⁵

Müsadere usulü, mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun Özel muhakeme usullerini düzenleyen 7. kitabının ikinci faslında üç madde ile düzenlenmişti. 392. maddede müsadere talebinin hangi merci tarafından inceleneceği ve karara bağlanacağı, 393. maddede müsadere duruşması ve karar hakkında hükümler, 394. maddede ise müsadere kararlarına karşı kanun yollarına müracaat hakkı olanların kimler olduğu düzenlenmiştir.⁸⁶ Bu temel hükümler dışında 225.

⁸⁴ Değişik madde: 08/06/1933 - 2275/1 md.

⁸⁵ 765 sayılı TCK'nın 96/2, 119/8, 201/a, 217, 291/1, 354/6, 395, 401, 408, 409, 427/2, 487/1, 567/2 ve 578/2 maddeleri.

⁸⁶ Madde 392 - (Değişik madde: 08/06/1936 - 3006/1 md.)

(Değişik fıkra: 21/05/1985 - 3206/73 md.) *Ceza Kanununun 36 ncı maddesi ile diğer maddelerine ve hususi kanunlar hükmüne göre belirli eşyanın müsaderesi veya imhası yahut kullanımdan kaldırılması gerekli olan hallerde, kamu davası açılmamış veya kamu davası açılmış olup da esasla beraber bu hususta bir karar verilmemişse bu tedbirlerin her türlü takiplerden ayrı olarak alınması için Cumhuriyet savcısı veya davacı tarafından yapılacak talep esas davayı görmekle yetkili mahkemeye verilir.*

Suç mevzuu olmayıp munhasıran müsadereye tabi bulunan eşyanın müsaderesine sulh hakimi tarafınan duruşma yapılmaksızın, karar verilir. Bu karar aleyhine alakadarlar acele itiraz yoluna müracaat edebilirler.

Madde 393 - *Duruşma ve karar hakkında duruşmaya müteallik hükümler tatbik olunur.*

maddede müsadereye sanığın yokluğunda dahi duruşma yapılarak karar verilebileceğine, 270. maddede gaip hakkındaki soruşturma kapsamında müsadere kararı verilecek olduğunda duruşma açılabilmesine, 386. maddesinde sulh mahkemelerinin görevi içinde bulunan suçlara sulh hakimi, duruşma yapmaksızın bir ceza kararnamesi ile müsadereye hükmedebileceğine ilişkin hükümler bulunmakta idi. Yeni 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile bütün bu hükümler değiştirilmiş ancak; yeni kanun bazı benzer hükümler içermektedir.

c. Ara Dönemdeki Kanun Tasarıları

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 1926 yılında yürürlüğe girmesinden sonra ceza hukuku mevzuatında çok sayıda tasarı gündeme gelmiş ve değişiklikler yapılmıştır. 1940 ve 1958 tarihli öntasarılarda müsadere için "emniyet tedbirleri" başlığı altında düzenlenmesi öngörülmüşken, 1987 tasarısından itibaren 5237 sayılı Ceza Kanunu'nun yürürlüğü girmesine kadar yapılan tüm tasarılar "fer'i ceza" olarak düzenlendiği dikkati çekmektedir. 1940 tarihli tasarıdaki müsadere hükmü neredeyse 765 sayılı Kanun'un 36. maddesi ile aynıdır. Tek önemli fark, müsadere için güvenlik tedbirleri başlığı altında yer almasıdır.⁸⁷

1958 tarihli tasarı ile 765 sayılı Kanun'dan farkı, dilin sadeleştirilmesi ve son fıkra hükmünün metne alınmamış olmasıdır.⁸⁸ Bunun dışında müsadere için

Müsadere veya imha olunacak yahut istimalden kaldırılacak eşya üzerinde hakkı olan kişiler de mümkünse duruşmaya davet olunur. Bunlar maznunun haiz olduğu hakları kullanabilirler ve vekaletnameyi haiz bir müdafî ile kendilerini temsil ettirebilirler.

Davete icabet etmemeleri muameleleri tehir etmez ve hükmün verilmesine mani olmaz.

Madde 394 - (Değişik madde: 08/06/1936 - 3006/1 md.)

Müsadere hükümlerine karşı Cumhuriyet Müddeiumumisi, davacı ve 393 üncü maddede muayyen olan kişiler için kanun yolları açıktır.

⁸⁷ 1948 tarihli Tasarının 78.maddesi: "Mahkumiyet halinde suçta kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan veya fiilin işlenmesinden husule gelen eşya fiilde methali olmayan kimselere ait olmamak şartile Mahkemece müsadere olunur.

Kullanılması, yapılması, taşınması, bulundurulması ve satılması suç teşkil eden eşya, bir ceza mahkumiyeti olmasa ve faile ait olmasa dahi mutlaka müsadere olunur.

Taşınması memnu olmayan silahların ruhsatsız taşınması halinde de müsadere hükmü uygulanır."
Bkz. Adliye Ceridesi, 1941, sene 32, Sayı: 9, s. 633 vd. (Bkz. Madde 1-183, Adliye Ceridesi, 1941, Sene 32, Sayı: 9, s.647)

⁸⁸ 1958 tarihli Tasarının 35.maddesi: "Mahkumiyet halinde suçta kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan veya fiilin işlenmesinden husule gelen eşya suçun neticelerinden hukuken mes'ul olmayan veya suça iştiraki bulunmayan kimselere ait olmamak şartıyla Mahkemece müsadere olunur.

koşullarında “fiilde methali bulunmayan kimselere ait olmamak şartıyla” ibaresi yerine “suçun neticelerinden hukuken mes’ul olmayan veya suça iştiraki bulunmayan kimselere ait olmamak şartıyla” ibaresi konulmuştur.

Müsaderenin feri ceza olarak düzenlendiği 1987 tarihli öntasarının 76. maddesi⁸⁹ de 765 sayılı Kanunun 36. maddesine esasa ilişkin önemli farklılık getirmemiştir. Tasarı ile, 36. maddeden farklı olarak “fiilde methali olmayan kimselere ait olmamak” şartı yerine “fiilde iştiraki olan kimselere ait bulunmak” ifadesi getirilmiştir. Ayrıca, anayasal bir ilke olan genel müsadere yasağı, hükme işlerlik kazandırmak amacıyla madde metnine eklenmiştir.⁹⁰

1989 tarihli öntasarıda müsadere yine genel hükümler içinde 75. maddede “Fer’i cezalar” başlıklı bölümde, bu sefer oldukça detaylı biçimde düzenlenmiştir.⁹¹ Tasarıda mahkumiyet koşulunun aranmaması; hakkaniyet nedeniyle müsadere

Kullanılması, yapılması, taşınması, bulundurulması ve satılması suç teşkil eden eşya, bir ceza mahkumiyeti olmasa ve faile ait olmasa bile müsadere olunur.” (Bkz. Türk Ceza Kanunu (Layihası), s. 84-85

⁸⁹ 1987 tarihli Tasarının 76.maddesi: “Mahkumiyet halinde suçta kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan veya fiilin işlenmesinden husule gelen eşya fiilde iştiraki olan kimselere ait olmak şartıyla Mahkemeye müsadere olunur.

Kullanılması, yapılması, taşınması, bulundurulması ve satılması suç teşkil eden eşya, bir ceza mahkumiyeti olmasa ve faile ait olmasa bile müsadere olunur. Genel müsadere cezası verilemez” (Bkz. Türk Ceza Kanunu Öntasarısı, Ankara, 1987, s. 62)

⁹⁰ Türk Ceza Kanunu Öntasarısının Gerekçesi, Ankara, 1987, s. 67; Süleyman Bumin, “Türk Ceza Kanunu İle Bazı Özel Yasalarımızda Müsadere Üzerine Bir İnceleme”, **Adalet Dergisi**, cilt 5-6, sayı 5, 1983, s. 908-914.

⁹¹ “Suç dolayısıyla hiç kimse mahkum edilmese de, suçta kullanıldığı veya kullanılmak üzere hazırlandığı veya suçun işlenmesine tahsis olunduğu veya suçtan meydana geldiği sabit olan şeylerin müsadereğine hükmolunur.

Suçta iştiraki olmayan kimselere ait eşya müsadere edilmez. Suçta kullanılan ya da kullanılmak üzere hazırlanan veya suçun işlenmesine tahsis olunan eşyanın, suç failinin veya ailesi mensuplarının hayatlarını sürdürebilmeleri için zaruri araç ve gereçlerden olduğu ve mülkiyetinin devlete geçmesinin hakkaniyete aykırı bulunacağı anlaşıldığında müsadere karar verilmaz.

Kanunun tehlikeli veya zararlı olarak nitelendirdiği veya kullanılması, yapılması, taşınması, bulundurulması suç oluşturan eşyanın müsadere hükmolunur.

Bir şeyin sadece bazı kısımlarının müsadere gerektiği hallerde, tümüne zarar verilmeksizin bu kısmı ayırmak mümkün ve bu bakımdan orantısız giderlere katlanmak mecburiyeti de yok ise, sadece bu kısmın müsadere karar verilir.

İmhasını veya belirli bir maksade tahsisini öngören kanun hükümleri saklı kalmak şartıyla müsadere olunan şeylerin veya hükümlünün suçunu işlemesi için teşviki veya ödüllendirilmesi maksadı ile verilmiş her türlü şey veya sağlanan yararların mülkiyeti devlete geçer.

Müsadere edilecek şeye el konulmadığı veya bu şey merciine teslim edilemediği veya hükümlünün teşviki veya ödüllendirilmesi maksadıyla verilmiş olan şey veya yararların elde edilemediği hallerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin devlete ödenmesine karar verilir. Bunların tahsili bakımından 69 uncu maddenin dokuzuncu fıkrası hükmü uygulanır.” (Bkz. Türk Ceza Kanun Ön Tasarısı, ikinci komisyon tarafından yapılan değerlendirme sonunda hazırlanan metin, Ankara, 1989, s. 31-32).

vazgeçilebilmesi, sadece “konusu suç teşkil eden” değil “kanunun zararlı ve tehlikeli saydığı şeylerin” de müsadere edilebilmesi, kısmi müsadere, kazanç müsaderesi, karşılık değerlerin müsaderesi ilk defa düzenlenmiştir.

1997 tarihli öntasarıda da müsadere, 1989 tarihli olanla aynı şekilde kaleme alınmış, sadece madde numarası değişmiştir.⁹²

2001 ve 2003 tarihli son tasarılar da müsadere büyük ölçüde 1989 ve 1997 tasarılarıyla örtüşmektedir. Sadece maddenin son fıkrası farklı olarak kaleme alınmıştır.⁹³

d. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu

Ceza hukuku mevzuatında 2005 yılında yapılan değişiklikler kapsamında müsadere, TCK'nın genel hükümlerinin yer aldığı birinci kitabında 54 ve 55. maddelerinde iki ayrı başlık altında düzenlenmiştir.

“Eşya müsaderesi” ni düzenleyen 54. maddeye göre; *“(1) İyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesine hükmolunur. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir. (2) Birinci fıkra kapsamına giren eşyanın, ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsaderesinin başka bir surette imkansız kılınması halinde; bu eşyanın değeri kadar para tutarının müsaderesine karar verilir. (3) Suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suçta nazaranda daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında, müsaderesine hükmedilmeyebilir. (4) Üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya, müsadere edilir. (5) Bir şeyin sadece*

⁹² Müsaderenin düzenlendiği madde için bkz. T.C. Adalet Bakanlığı Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı (1997), s. 44.

⁹³ “Müsadere edilecek şeye el konulamadığı veya bu şey merciine teslim edilemediği veya suçtan meydana gelen yararların elde olunamadığı hallerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin suçlunun veya niteliğini bilerek bu değerleri ele geçirmiş bulunan kişilerin mal varlığının alınarak devletin mülkiyetine geçmesine karar verilir. Bunların tahsili bakımından 71 inci maddenin sekizinci fıkrası hükmü uygulanır.” (T.C. Adalet Bakanlığı Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Türk Ceza Kanununun Yürürlüğe Konulmasına ve Mevzuata Uyumuna Dair Kanun Tasarısı, Ankara 2000, s. 46).

bazı kısımlarının müsadere edildiğinde, tümüne zarar verilmeksizin bu kısmı ayırmak olanaklı ise, sadece bu kısmın müsadere edilmesine karar verilir. (6) Birden fazla kişinin paydaş olduğu eşya ile ilgili olarak, sadece suça iştirak eden kişinin payının müsadere edilmesine hükümlenir.”

“Kazanç müsadere” başlığıyla düzenlenen 55. maddeye göre ise, “(1) Suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsadere edilmesine karar verilir. Bu fıkra hükmüne göre müsadere kararı verilebilmesi için maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi gerekir. (2) Müsadere konusu eşya veya maddi menfaatlere elkonulmadığı veya bunların merciine teslim edilmediği hallerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsadere edilmesine hükmedilir. (3) (Ek: 26/6/2009-5918/2 md.) Bu madde kapsamına giren eşyanın müsadere edilebilmesi için, eşyayı sonradan iktisap eden kişinin 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun iyiniyetin korunmasına ilişkin hükümlerinden yararlanamıyor olması gerekir.”

5237 sayılı TCK’da tüzel kişiler bakımından güvenlik tedbiri sorumluluğu öngörülmüş ve tüzel kişiler bakımından da müsadere 60. maddede düzenlenmiştir. Genel hükümler içinde müsadereye ilişkin diğer düzenlemeler, sanığın ve hükümlünün ölümü halinde müsadereyi düzenleyen 64. madde, af halinde müsadereye ilişkin 65. madde, müsadere zamanlaşımına ilişkin 70. madde, davanın veya cezanın düşmesinin müsadereye etkisini öngören 74. madde ile ön ödeme halinde müsadereye uygulanmasına engel bulunmadığını öngören 75. maddelerdir.

Yeni Türk Ceza Kanunu, müsadereyi suçun işlenmesini engelleyen bir araç olarak gördüğü ve müsadereye hükmetmek için bir ceza yaptırımını uygulamanın zorunlu olmadığı gerekçesiyle güvenlik tedbiri olarak düzenlemiştir.⁹⁴ Adalet Komisyonu raporunda da “Hükümet Tasarısından farklı olarak, bir güvenlik tedbiri niteliğinde kabul edilen müsadere, eşya müsadere ve kazanç müsadere şeklinde bir ayırımı tabi tutularak düzenlenmiştir. Komisyonumuzda kabul edilen bu düzenlemede, hukuk toplumunda suçun bir kazanç elde etme yolu olarak görülmemesi ve suç işlemek suretiyle kazanç elde edilmesinin önüne geçilmesi

⁹⁴ Soyaslan, Ceza, s. 575.

gerektiği yönündeki düşünce hâkim olmuştur” denilmektedir. Kanunda, müsadereenin güvenlik tedbiri başlığı altında düzenlenmesine rağmen konu öğretide tartışmalıdır.

Diğer yasalarda yer alan müsadareye ilişkin hükümlerle ilgili olarak 5728 sayılı yasa ile TCK’nın 54. ve 55. maddesine yollama yapılmıştır. Böylelikle, genel hükümler kısmında sağlanmaya çalışılan birliğe, müsadere alanında da uyulmuştur. Ancak bazı ayrıık hükümler bulunmaktadır (Örn: Kaçakçılık Kanunu m.13).

e. Özel Kanunlar

Yürürlükten kaldırılan 765 sayılı TCK’nın 10. maddesi gereğince genel hükümler ile özel hükümler arasındaki ilişkide, ceza içeren özel bir hükümle ayrı bir düzenleme getirildiğinde “özel hükmün önceliği” ilkesi gereğince, bu hükümlerin uygulanması sözkonusu olmakta idi. Müsadere bakımından da özel hüküm bulunması halinde TCK’nın 36. maddesi değil, özel hüküm uygulanmakta idi.⁹⁵

Mülga 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu (ÇASÖMK) bu özel kanunların başında gelmekte idi. Kanununun 1. maddesinin 4.fıkrası “*suçun işlenmesine ayrılan veya suçun işlenmesinde kullanılan veya suçtan doğan değer veya ürünlerin veya bunlar yerine geçen şeylerin ve müsadereyi gereken her türlü eşyanın gelirlerinin veya suçtan doğan her türlü yararın Devlete intikaline*” hükmolunacağı düzenlenmekte idi.⁹⁶ Daha önce, aynı kanunun 6. maddesine göre elkonulan mal ve değerler kişinin çıkar amaçlı örgütlenme suçundan mahkum olması halinde olduğu gibi devlete intikal ettirilmekteydi. Kanununun gerekçesinde de belirtildiği üzere burada genişletilmiş müsadere düzenlenmişti.⁹⁷

⁹⁵ Dönmezer/Erman, Cilt II, s.714; İçel, Kaçakçılık, s. 302; İsmail Malkoç/Mahmut Güler, **Uygulamada Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler**, cilt 1, Ankara, Adil Yayınevi, 1999, s. 162; Gedik, Müsadere, s. 50. Ayrıca Yargıtay’ın bu yöndeki kararları için bkz. YCGK. 12.12.1960, 89/91; Y5CD, 19.09.1979, 2571/2424. ETKK’nın 10.maddesi gereğince özel kanun niteliğindeki 4208 sayılı Kanun, 1918 sayılı Kanun ve 6831 sayılı Kanunlardaki farklı müsadere hükümleri uygulanması ve TCK’nın 36.maddesindeki koşulların aranmamasının gerektiği yönünde bkz. Ümit Kocasakal, Karapara Aklama Suçu, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü, yayınlanmamış Doktora Tezi, 2000, İstanbul, s. 447.

⁹⁶ Bu hüküm, İtalyan Ceza Kanunu’nun 416bis maddesinin 7.fıkrasından neredeyse olduğu gibi alındığı ancak buna “ ve müsadereyi gereken her türlü eşyanın gelirlerinin” de eklendiği yönünde bkz. Evik, Çıkar, s. 339.

⁹⁷ Evik, Çıkar, s. 340. Sulhi Dönmezer, “Çetelerle Mücadele Amacıyla 4422 Sayılı Yasayla Kabul Edilen Koruma Tedbirleri”, İzmir Barosu tarafından düzenlenen Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, **Konuşmalar-Bildiriler-Tartışmalar-Belgeler**, İzmir, 5-8 Nisan 2000, s. 559.

Benzer şekilde, 4208 sayılı Karaparanın Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun,⁹⁸ 6831 sayılı Orman Kanunu,⁹⁹ 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanunu,¹⁰⁰ 1918 sayılı Kaçakçılık Kanunu'nda müsadere bakımından özel hüküm bulunması nedeniyle sözkonusu maddeler öncelikli olarak uygulanmakta idi.¹⁰¹ Böylelikle sözkonusu özel kanunlarda düzenlenen suçlarla mücadelenin, daha etkin bir biçimde yürütülmesinin amaçlandığı belirtilmiştir.¹⁰² Ayrıca 765 sayılı TCK m.36'daki müsadere hükmünün yetersiz kaldığı hususlarda, özel ceza kanunlarında müsadere genel kurallarından farklı olan hükümler koyma yoluna gidildiği görülmüştür. Mülga 4926 sayılı Kaçakçılık Kanunu m.20'deki uygulamada suçta kullanılan araçta "zula yeri" olarak tabir edilen eşyanın araçta gizlendiği yer¹⁰³, Orman Kanunu m.108'deki "suçta kullanılan araç kime ait olursa olsun" müsadere, 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'nun 14. maddesi¹⁰⁴, 6136 sayılı Kanun'un 12. maddesinin son fıkrası, 4422 sayılı Kanun'un 6. maddesinin son fıkrası¹⁰⁵ ve 2521 sayılı Kanun'un 13. maddesi bu durumun örneklerindedir. Bazı suç tipleri bakımından ise değişik müsadere hükümleri ve şartları getirilmiştir. Örneğin;

⁹⁸ 1996 yılında yürürlüğe giren 4208 sayılı Karaparanın Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanundaki hüküm bunlardan biridir. Kanunun 7.maddesinin 1.fıkrası karapara aklama suçunun temel cezaları olan hapis ve para cezalarının yanı sıra "*nemaları da dahil olmak üzere karapara kapsamındaki mal ve değerleri ve bunların ele geçirilememesi halinde bunlara tekabül eden mal varlığının müsadere sine de*" hükmolunacağını düzenlemekte idi. Bu madde 18.10.2006 tarihli, 26323 sayılı R.G. – 5549 s. kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır. 4208 sayılı kanun döneminde öncül suç bakımından ayrıca müsadere öngörülmediği takdirde bu suçtan elde edilen malvarlığı aklamaya tabi tutulmadıkça müsadere edilemiyordu.

⁹⁹ 6831 sayı ve 31/08/1956 tarihli Kanun için bkz. 9402 sayı ve 08/09/1956 tarihli RG.

¹⁰⁰ 2313 sayı ve 12/6/1933 tarihli Kanun için bkz. 2435 sayı ve 24/6/1933 tarihli RG.

¹⁰¹ YİBK, 05.04.1950, 21/7, bkz. Vural Savaş/Sadık Mollamahmutoğlu, **Türk Ceza Kanununun Yorumu**, cilt 1, Seçkin Yayınları, 1999, s.443.

¹⁰² Kocasakal, Karapara, s. 448.

¹⁰³ Benzer düzenleme 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda da vardır. Kanun'un 13.maddesine göre, kaçak eşya taşımada bilerek kullanılan veya kullanılmaya teşebbüs edilen her türlü taşıma aracının müsadere edilebilmesi aranan koşullardan biri "Kaçak eşyanın, suçun işlenmesini kolaylaştıracak veya fiilin ortaya çıkmasını engelleyecek şekilde özel olarak hazırlanmış gizli tertibat içerisinde saklanmış veya taşınmış olması"dır.

¹⁰⁴ Kanunun 14.maddesine göre haksız edinilen malın müsadere imkanı kalmamışsa haksız edinilen şeyin bedelinin hazineye ödenmesi öngörülmüştür.

¹⁰⁵ 1999 tarih ve 4422 sayılı Mülga Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunun (ÇASÖMK) 6.maddesi kazanç müsadereğini ilk kez düzenlemiştir.

göçmen kaçakçılığı m. 201a/2¹⁰⁶, rüşvet m. 217¹⁰⁷, yalan tanıklık m. 291/1¹⁰⁸, müstehcenlik m. 427, kumar m. 567/2¹⁰⁹ gibi.

Bu kanunlardan bazıları 23.01.2008 tarihli 5728 sayılı “Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile yürürlükten kaldırılmış, yerine yeni kanunlar yapılmıştır. Bazı kanunlarda 54 ve 55. maddelere atıf yapılmıştır.¹¹⁰

Müsadere, TCK’nın genel hükümleri kısmında düzenlenmiş olduğundan - kanunun özel kanunlarla ilişkisini düzenleyen ve öğretide oldukça tartışmalı olan - 5. maddesinin, 31 Aralık 2008 tarihiyle yürürlüğe girmesiyle özel kanunlar bakımından da uygulanmaya başlanmıştır.¹¹¹ Buna göre Orman Kanunu, Karaparanın Aklanmasının Önlenmesine Dair Kanun ve diğer kanunlarda yer alan suç tipleri bakımından da TCK’daki genel hüküm niteliğindeki 54 ve 55. maddeler

¹⁰⁶ “Göçmen kaçakçılığı suçunun faillerine veya böyle bir suçta iştirak etmeksizin, daha önce ülkeye sokulmuş veya girmiş kaçak göçmenleri, maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollarla ülkeden çıkarılmalara, yasal koşullara uymaksızın ülkede kalmalarını olanaklı kılanlara, bu maksatla sahte kimlik veya seyahat belgelerini hazırlayanlara veya temin edenlere ya da bu suçlara teşebbüs edenlere, fiilleri başka bir suç oluştursa bile ayrıca iki yıldan beş yıla kadar ağır hapis ve bir milyar liradan az olmamak üzere ağır para cezası verilir; suçun işlenmesinde kullanılan taşıtlar ve bu fiil nedeniyle elde edilen maddi menfaatler müsadere edilir.” Yeni yasada böyle bir hükme yer verilmemiştir. Burada genel müsadere hükümleri olan 54 ve 55. maddeler uygulanacağı yönünde bkz. Koray Doğan, age, s. 162.

¹⁰⁷ Madde 217 - (Değişik madde: 21/11/1990 - 3679/16 md.): *Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, rüşvet olarak verilen para, eşya ve diğer şeylerin veya bunlarla edinilen mal ve değerlerin müsadere edilirdir.*

¹⁰⁸ Madde 291 - *Bir kimse 286 ncı maddede yazılı olan cürmü işletmek için para vermek veya sair menfaat göstermek veya vait ve teşvik veya tehdit veya hile ve desise ile veya nüfuz kullanmak suretiyle şahit veya ehli hibre yahut tercüman tedarik ederek yalan şahadeti işletmiş ve hilafı vaki rey beyan ve tercümanlık ifa ettirmiş ise 286 ncı maddenin birinci fıkrasında muayyen olan hallerde bir aydan bir seneye kadar, ikinci fıkrasındaki hallerde üç seneden beş seneye kadar hapis, üçüncü fıkrasında yazılı hususatta on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezasıyla cezalandırılır. Yalancı şahit ve o makuleden ehli hibre ve tercüman tedarik eden kimsenin onlara mükaafaten verdiği şeyler müsadere olunur.*

¹⁰⁹ “Kumar oynanan yerde bulunup kumar oynamaya yarıyan veya kumar oynamaya tahsis olunan mevat ve alat ile ortada bulunan eşya ve para zapt ve müsadere olunur.”

¹¹⁰ Örneğin, 29/4/1959 tarihli ve 7258 sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanununun 5 inci maddesinin 5.fıkrasına göre “Bu maddede tanımlanan suçlarla bağlantılı olarak, her türlü bahis veya şans oyunlarının oynanmasına tahsis edilen veya oynanmasında kullanılan ya da suçun konusunu oluşturan eşya ile bu oyunların oynanması için ortaya konulan veya oynanması suretiyle elde edilen her türlü mal varlığı değeri, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun eşya ve kazanç müsadereğine ilişkin hükümlerine göre müsadere edilir.” 2821 sayılı Sendikalar Kanunu’nun (Değişik: 23/1/2008-5728/386 md.) 59.maddesi de kanuna aykırı olarak bağış kabul edilmesi halinde suçun konusunun Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre müsadere edileceğini düzenlemiştir.

¹¹¹ Müsaderenin özel kanunlar bakımından da uygulanması gerektiğini ileri süren yazarlar Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2008, s. 482. Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, Ceza Hukuku, s. 577; Baytaç, age, s. 65.

uygulanacaktır. Adalet Komisyonu raporunda da amaçlananın bu olduğu “Müsadereye ilişkin genel ve kuşatıcı bir düzenleme yapıldıktan sonra; gerek ceza kanununda gerek diğer kanunlarda, çeşitli suç tanımlarıyla bağlantılı olarak özel müsadere hükümlerine yer verilmemelidir. Bu düşüncelerle, Hükümet Tasarısının rüşvet gibi çeşitli suç tanımlarıyla bağlantılı olarak müsadereyi özel olarak düzenleyen hükümleri metinden çıkarılmıştır.” şeklinde açıklanmıştır. Ne var ki, 5. maddeye aykırı yeni bir düzenleme yapılması halinde sonraki kanunun uygulanması sözkonusu olacaktır.

Hukukumuzda müsadere hükümleri içeren özel kanunlar bulunmaktadır. Ancak bu kanunlarda TCK'nın müsadereye ilişkin genel hükümlerine atıf yapılmıştır.¹¹² 5237 sayılı TCK'nın 5. maddesinin yürürlüğe girdiği 01.01.2009 tarihinden sonra çıkarılan kanunlar bakımından ise, müsadere öngören bir hüküm TCK 54 ve 55. maddelerden farklılık içermekteyse, sonraki kanun ilkesi gereğince bu hükmün uygulanması gerekir. Başka bir ifade ile TCK'nın 5. maddesi gereğince 54 ve 55. maddeler sadece 1.1.2009 tarihinden önceki özel ceza kanunları ile ceza içeren kanunlardaki müsadere hükümlerini değiştirmiştir; ancak, bundan sonra çıkartılan kanunları etkilemeyecektir.¹¹³ Nitekim, ceza kanunundaki müsadereye ilişkin hükümler kanunlar hiyerarşisinde diğer özel kanunların üzerinde olmadığından 5. madde öğretide bir temenni hükmü olarak değerlendirilmektedir.¹¹⁴ Kanunkoyucunun TCK'nın genel hükümlerini tüm özel ceza kanunları bakımından geçerli hale getirmek gibi bir amacı ve düşüncesi olsaydı, TCK'nın 5. maddesine

¹¹² 927 Sayılı Sıcak vae Soğuk Maden Sularının İstismarı ile Kaplıcalar Tesisatı Hakkında Kanun m. Ek-2; 1380 sayılı Su Ürünleri Kanunu m.25; 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu m. 78, 2813 sayılı Telsiz Kanunu m.32, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu m.51, 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu m.14, 3780 sayılı Milli Korunma Kanunu m. 53, 4250 sayılı İspirto ve İspirtole İçkilerin İnhisarı Kanunu m. 25, 37,40; 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu m. 13; 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu m. EK- 5; 5553 Sayılı Tohumculuk Kanunu m.12

¹¹³ Benzer yönde görüş ve özel kanunların gerekliliği konusunda bkz. Ali Karagülmez, “5237 sayılı kanunda özel kanunlarla ilişki konusundaki düzenlemenin (5.madde) İncelenmesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2004-4, s. 89-102, s. 98.

¹¹⁴ Ümit Kocasakal, Ceza Hukukundaki Son Gelişmelerin 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununa Etkisi, **Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı Cilt II**, s.1008, edi. Köksal Bayraktar, Zuhul Dönmezer-Çakıroğlu, Hakan Kızıllarslan, 2008; Öztürk/Erdem, age, s. 56; Koca/Üzülmez, age, s. 52; Ersan Şen, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, : Cilt I (Madde 1-Madde 140)**, İstanbul, 2006, s. 19.

İçel'in ilgili çalışmasındaki tespit önemlidir. Buna göre “... bütün özel yasaların 5237 sayılı yasaya uydurulması çabası, genel ceza yasasına “anayasal ceza yasası” gibi gereksiz ve garip bir derece verilmesi açısından anlamsız ve son derecede sakıncalıdır. Özel ceza yasalarının düzenledikleri alanların özelliklerinden doğan farklı hükümlerine dokunulmamalıdır”. Kayıhan İçel, “Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, 7(14), 2008, s. 35-49.

paralel bir düzenlemeyi Anayasa'ya eklemesi gerekirdi.¹¹⁵ Ayrıca, 5. maddenin varlığına karşın bazı özel kanunlarda ayrıca değişiklik yapma ihtiyacı duyulmuştur. Örneğin, temel ceza kanunlarında uyumlaştırma yapan 5728 sayılı Kanun uyarınca¹¹⁶ Orman Kanunu'nda düzenlenen müsadere hükümleri değiştirilerek genel kanun olan Yeni Türk Ceza Kanunu'na bırakılmıştır.¹¹⁷ Böylece, Orman Kanunu'na muhalefette kullanılan suç aletlerinin müsadere hükümünden ayırarak Orman Kanunu'ndaki özel müsadere hükmü içine dahil eden ve orman suçlarının işlenmesinin önüne geçilmesini amaçlayan uygulama,¹¹⁸ yerini genel uygulamaya bırakmıştır.

§ 2. Müsaderenin Amacı ve Hukuksal Niteliği

A. Müsaderenin Amacı

I. Genel Olarak

Müsadere ile amaçlananın ne olduğu sorusunun cevabı, esas itibariyle hukuki niteliğinin tespiti konusuyla çakışmaktadır. Buna karşın tezimizde ayrı bir başlık altında ele alınmasının sebebi, bu bölümde hukukumuzun yanısıra değişik hukuk düzenleri de dikkate alınarak suçla ilgili bir eşya veya malvarlığı değerinin failden alınmasının hangi amaçlarla gerçekleştirildiğini ve müsaderenin toplumsal işlevini ortaya koyma çabasıdır. Bu bölümde ayrıca, belirli suçluluk tipleri veya suç kategorileri bakımından müsaderenin rolü kriminolojik açıdan ele alınmaktadır. Zira,

¹¹⁵ Şen, TCK Yorumu, s. 19; Fahri Gökçen Taner, "TCK'nın 5.maddesi Yürürlüğe Girmesi Karşısında TCK Dışındaki Kanunlarda Yeralan Dava ve Zamaşımını Durduran Nedenlerin Yürürlük Durumu", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2009, Sayı 83, s. 137-154.

¹¹⁶ 23.01.2008 tarih ve 5278 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun İçin Bkz. 8 Şubat 2008 Tarih ve 26781 Sayılı RG.

¹¹⁷ Orman suçlarında müsadere edilen eşyanın hangi uygulamaya tabi tutulacağı ile ilgili 84. madde, 5728 Sayılı Kanununun 195 ve 200. maddeleri ile değiştirilerek müsadere uygulamasının Yeni Türk Ceza Kanunu göre yapılacağını hüküm altına almıştır. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Osman Devrim Elvan, "5728 Sayılı Kanun İle 6831 Sayılı Orman Kanunu'nun Ceza Hükümlerinde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi", 19-21 Şubat 2009, **SDÜ**, Isparta, s. 237-248.

¹¹⁸ 17.06.2004 tarihinde Orman Kanunu'nda Bazı Değişiklikler Yapılması Hakkında 5192 Sayılı Kanun'un 3. maddesinin gerekçesi için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/2/2-0284.pdf> (Erişim tarihi: 19.05.2012)

Pradel'in isabetle belirttiği gibi, müsadere çeşitli amaçlara hizmet edebilmektedir. Müsadere bastırıcı amacı olan gerçek bir ceza olabilirken, tehlikeli ve zararlı eşyanın dolaşımını engellemeye yönelik bir güvenlik tedbiri veya zaman zaman bir çeşit tazmin aracı da olabilmektedir.¹¹⁹

Müsaderenin hukuki niteliği konusunda ikili bir ayrıma giden Erman'a göre, ceza olarak müsadere, belirli bir eşyanın mülkiyetinden suç failini yoksun bırakmak suretiyle, cezanın korkutucu etkisini arttırmak amacını güder. Kazanç getiren suçlarda (ticari suç) ise amaç, haksız kazancın failden alınmasıdır. Böylelikle, bu gibi suçları işleyen kimseler haksız kazancın elinden alınacağını bilir ve bu düşünce onun bu saikle suç işlemesini engeller. Cezanın önleme işlevi de yerine gelmiş olur.¹²⁰

Müsaderenin önleyiciliği suçun işlenmesinde kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın suçlunun elinden alınarak devletin mülkiyetine geçirilmesi, sözkonusu araçla aynı veya benzer bir suçun tekrar işlenmesinin fiilen imkansız hale getirilmesidir.¹²¹ Bir suçun işlenmesi ile elde edilen kazancın müsaderesinde de, suç işleyen kişinin elde ettiği menfaatin elinden alınarak kazanç saiki ile suç işleme arzusunun önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Bununla birlikte müsaderenin tek amacının geleceğe yönelik "önleme amacı" olduğu söylenemez. Suç işleyen suçundan nemalanmasının engellenmesinin ahlaki bir amaca hizmet ettiği de belirtilmektedir. Bir görüşe göre, müsaderenin öncelikli işlevi ahlakidir. Erem, Danışman ve Artuk'a göre suçta kullanılan, kullanılmak üzere hazırlanan veya suçtan elde edilen eşyanın, failin mahkumiyetine karşın elinden alınmaması ahlaka aykırı bir davranış olur.¹²² Dülger'e göre *"suçla ilgili kazanç ve karşılık değerlerin müsaderesi ile kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda dahi müsadere edilmesinde amaç, tehlikeliliği ortadan kaldırmak ve iyileştirmek olamaz. Buradaki amaç, toplumsal*

¹¹⁹ Jean Pradel, **Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Usulü: ISISC Kollukyumlarının Sentez Raporu**, çev. Sulhi Dönmezer, İstanbul, Beta Yayınları, 2000, s. 647. Yazar bunları ayırt etmedeki kriterlerin net olmadığını ve tereddüte yol açabildiğini belirtmektedir. Jean Pradel, **Droit Penal General**, Cujas, 2002-2003.

¹²⁰ Sahir Erman, **Ticari Ceza Hukuku**, İstanbul 1984, s. 284.

¹²¹ New York Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi Rehberinde bu kavram "o eşyanın toplumun zararına olarak yeniden kullanılması" şeklinde ifade edilmektedir. Bkz. Guide Technique De La Convention Des Nations Unies Contre La Corruption, (BM Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi Rehberi, NewYork), s. 106.

¹²² Faruk Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, cilt 2, 12. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1985, s. 385.

savunma ve korumadan önce faile işlediği kötülüğün karşılığını ödetme, genel ve özel önleme fonksiyonunu yerine getirmekdir."¹²³ Karşı görüşteki yazarlara göre ise müsadere ahlaki değerleri gerçekleştirmek gibi bir amacı yoktur.¹²⁴

Gerçekten kanun koyucunun suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyadan farklı olarak suçta kullanılan eşya bakımından ayrıca tehlikelilik unsurunu aramaması, bu tür eşyanın sırf suçta kullanılmış olması sebebiyle kanunen tehlikeli sayıldığı şeklinde kabul edilebileceği gibi, bunların failin elinden onu cezalandırmak amacıyla alındığı şeklinde yorumlanması da mümkündür. Birinci yorum kabul edildiğinde, kanunen tehlikeli sayılan eşyanın ele geçirilmemesi halinde karşılık değerinin müsadere edilecek olması açıklanamayacaktır. Zira, eşya ele geçmediğinden tehlike hali de ortadan kaldırılmamış olacaktır; buna karşın devlet ısrarla eşdeğerini talep etmektedir. Bu nedenle suçta kullanılan, suçta tahsis edilen eşya ile bunların karşılık değerlerinin müsaderesinde, ödetme amacının baskın olduğunu düşünmekteyiz. Öte yandan, bunun aynı zamanda ahlaki bir amaç olduğunu da kabul etmek gerekir. Hiçbir toplumda suçtan haksız kazanç elde etmenin ahlaken kabul edilebilir bir davranış olmadığı aşikardır. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre de, bu tür müsadere "suç kimseye yaramaz" şeklinde belirtilen sosyal ahlakın gereğidir.¹²⁵ Benzer biçimde suçtan elde edilen gelir veya eşdeğerinin müsadere ile de haksız kazancın ortadan kaldırılması, bu suretle faile eylemini ödetme ve haksız kazancın yeni suçlara kaynaklık etmesinin önlenmesi amaçlanmaktadır. Örneğin Avusturya Ceza Kanunu'na 1987 yılında eklenen 20a maddesi ile müsadere "zenginleşmenin ortadan kaldırılması" başlığı altında ayrı bir yaptırım olarak düzenlenmiştir.¹²⁶ Alman Hukukunda da "verfall" denilen kazanç müsadere uygulamasının haksız zenginleşmeyi giderme amacı taşıdığı bilinmektedir.¹²⁷ Yargıtay da kararlarında özellikle kazanç müsadere bakımından

¹²³ Dülger İ., age, s. 58.

¹²⁴ Gökçen, Elkoyma, s. 91.

¹²⁵ ATF 105 IV 169 (171) – JT 1981 IV 14 ss. Isabelle Augsburger-Bucheli/Bertrand Perrin, "Les règles de fond sur la lutte contre le crime Organisé", **Publications de l'Institut suisse de droit comparé**, Schulthess, 2006, 245-267.

¹²⁶ Barış Erman, "Almanya ve Avusturya'da Organize Suçlulukla Mücadele Kapsamında Kabul Edilen Malvarlığıyla İlgili Cezai Yaptırımlar", **Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan**, Alfa, İstanbul, 1999, s. 263-286. s. 277.

¹²⁷ Adem Sözüer, "Alman Hukukunda Müsadere Yaptırımı", **İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü Polis Dergisi**, Cumhuriyetin 80.Yılına Armağan, 2003, s. 36, ss. 397-406.

“suçtan elde edilen menfaatin failde kalmasını önleme” amacını vurgulamaktadır.¹²⁸ Rüşvet suçu bakımından da kamu görevlisinin rüşvet olarak elde ettiği maddi menfaatin müsadere edilmesiyle suçun işlenmesi suretiyle haksız bir kazancın elde edilmesinin önüne geçilmektedir. Bu hallerde müsadere hukuka aykırı bir şekilde elde edilmiş olan bir maddi menfaatin, kazancın adil bir şekilde giderimi amacıyla yapılmaktadır.¹²⁹ Bu itibarla suçtan elde edilen eşya veya kazancın müsaderesinin karma bir amaca hizmet ettiği söylenebilir.¹³⁰

“Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan tehlikeli eşya” ile “üretimi, bulundurulması, alımı-satımı suç teşkil eden eşyanın” müsaderesi bakımından ise toplumsal savunma amacı önplandadır. Zira suç oluşturan eşyanın failde bırakılması, bunların fail veya başkaları tarafından başka suçların işlenmesinde kullanılması riskini oluşturmaktadır.¹³¹ Söz konusu eşyanın sahibi bulunmasa da müsadere edilebilecek olmasının sebebi de budur. Öte yandan hukuki nitelik kısmında ayrıca tartışılacak olmakla birlikte burada kısaca belirtmeliyiz ki, suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın tehlike oluşturması nedeniyle müsaderesi esasında idari nitelikli önleme amacı taşımaktadır.

Müsaderenin ceza hukukundaki yeri ve önemini toplumsal işlevi belirler. Nitekim suçta kullanılan eşyanın suçludan alınması ister ceza ister güvenlik tedbiri olarak uygulansın nihayetinde toplumu suçtan korumaya hizmet etmektedir. Kazanç müsaderesi bakımından bu etki daha yoğundur. Zira, kazanç kişiyi suç işlemeye ittiğine göre, müsadere ile kar saikinin ortadan kaldırılması caydırıcı etki yaratacaktır. Suçluları gayrimeşru kazançtan uzak tutmak toplumdaki olumsuz rol modellerinin de ortadan kaldırılmasını sağlayacaktır. Ekonomik kazancın meşru olmayan bir alana dökülmesini engellemek demokratik bir devletin görevidir.¹³² Suç örgütlerinin faaliyetlerini durdurucu veya bu eylemlerden caydırıcı etki yapabilecek olan bir yaptırım olarak müsadere suçluların meşru ekonomiye sızmalarını ve onu

¹²⁸ Bkz. Y5CD, 2006/17-2006/587765.

¹²⁹ Kayıhan İçel/Fusun Sokullu Akıncı/İzzet Özgenç/Adem Sözüer/Fatih S. Mahmutoglu/Yener Ünver, **Yaptırım Teorisi**, 2. Baskı, İstanbul, 2002, s. 125.

¹³⁰ Dülger ise “suçla ilgili” eşyanın ve “bizzat suç teşkil eden eşyanın” failin elinde bırakılmasının, bunların fail ya da bir başkası tarafından yeni bir suçta kullanılması imkan ve ihtimalini doğuracağı için sürekli bir tehlike oluşturacağını belirtmektedir. Dülger İ., age.

¹³¹ Erem, Ümanist, s. 385.

¹³² Sahir Erman, **Ekonomik Suçların Tesbitinde Suç Siyaseti**, İstanbul 1984, s. 14.

yozaştırmalarını engeller.¹³³ Toplumda bir grubun yasadışı yollarla kazanç sağlamanın, yasalara uyan çoğunluğun gözünde yarattığı haksızlık algısı böylelikle giderilmiş olur. Bu da demokratik yapıyı zedeleyici bir unsuru ortadan kaldırır.

II. Ekonomik Suçlarla Mücadele

Günümüzde “suçun kendine yararı yoktur” şeklindeki atasözü tersine dönmüş; suç önemli bir yarar sağlama aracı haline gelmiştir. Bu yarar, modern toplumların eylemlerini çeşitlendirdiği, kazanç kaynaklarını artırdığı, ancak ahlak, disiplin, din, eğitim gibi kendi sosyal denetim sistemini zayıflattığı oranda da artmaktadır.¹³⁴ Bu artış karşısında diğer hukuk yaptırımlarının yanısıra ceza hukuku da gerekli enstrümanları oluşturmak ve suçla mücadele alanındaki ihtiyaca cevap vermek durumundadır. İşte müsadere, bu araçlardan önemli bir tanesidir.

Müsadere özellikle ticari evrakta sahtecilik, dolandırıcılık, ticarete hile karıştırma, hileli iflas suçları, döviz suçları, kaçakçılık, vergi suçları, bankacılık suçları, sigorta, marka ve unvan ticareti, haksız rekabet, tefecilik gibi ticari ceza hukuku alanında geniş uygulama bulmaktadır.¹³⁵ Erman, özellikle kaçakçılık suçları bakımından “*garanti belgeli, müsadere endişesinden uzak bir mal piyasada bulundukça, ne idüğü belirsiz bir malı kaçakçıdan satın almağa rağbet edilmeyeceği ve kaçakçılığın kaynağının kendiliğinden kuruyacağı*” belirtmiştir.¹³⁶

Müsadere ekonomik suçlarla mücadele amacı İHAM kararlarında hakka müdalenin meşru amaçla yapıp yapılmadığı incelenirken açıklanmaktadır. Buna göre müsadere özellikle uyuşturucu ticaretini ve bunun uluslararası bağlantılarını engellemeyi amaçlamaktadır. Müsadere, şüpheli sermayenin hareketlerini engellemek için tasarlanmış olup, bu kansere karşı mücadelede etkili ve gerekli bir

¹³³ Sulhi Dönmezer, “Organize Suçlulukla Mücadele”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Kemal Oğuzman' a Armağan, 2002, s. 8

¹³⁴ Türkan Sancar, Ekonomik Suç Gerçekliği Karşısında “Ekonomik Suça Ekonomik Ceza” Söylemi, Çekler Hakkındaki 3167 sayılı Kanunla ilgili Adalet Bakanlığı Taslağı ve Karşı Görüşler Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuk Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2002, s. 12.

¹³⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Sahir Erman, **Sosyal ve Ticari Ceza Tatbikatı**, İstanbul, 1967, s.111-236; Pierre-Henri Bolle, **La lutte contre la criminalite economique en Suisse**, Berne, 1981.

¹³⁶ Erman S., Ticari, s. 47

silah olarak görülmektedir.¹³⁷ Suç örgütlerinin elde ettikleri büyük ekonomik gücün kırılması özellikle müsadere ile mümkün olabilecektir.¹³⁸ Öyle ki, suç gelirlerinden mahrum bırakıldıkları takdirde organize suçun önlenilebileceği gerçeğinin daha iyi anlaşıldığı gözlenmektedir. Bu etkinin derecesini göstermek bakımından öğretilde “canavarı kalbinden vurmak” ifadesi kullanılmıştır.¹³⁹

1. Organize Suçlulukla ve Özellikle Suçtan Elde Edilen Malvarlığı Değerlerinin Aklanması ile Mücadele

Organize suç örgütleri, uyuşturucu madde ticareti, silah kaçakçılığı, mali suçlar, yolsuzluk, terörizm gibi suçlar yoluyla büyük miktarlarda yasadışı gelir elde etmektedirler. Organize suçlulukla mücadelede gizli soruşturma tekniklerinin yetersiz kaldığı da bilindiğinden, örgütler mali açıdan çökertilmeden bu tür suçlulukla mücadele mümkün görünmemektedir.¹⁴⁰ Suç örgütlerinin kazanç sağlayıcı faaliyetlerinin engellenmesi ve ekonomik gücünün kırılması bakımından, klasik ceza hukuku yaptırımları olan para cezası, malvarlığı cezası¹⁴¹ ve müsadere önemli araçlardır. Öte yandan ceza niteliğindeki müsadereye klasik uygulanma koşulları, bu yaptırımın organize suçluluğun ekonomik yönüne etkili biçimde darbe vurulmasına imkan tanımamaktadır. Özellikle, müsadereye hükmedilebilmesi için mahkumiyet kararı aranması, bunun için de kusurun ispatlanmasındaki zorluklar ile malvarlığının el değiştirmesi halinde müsadereye mümkün olmaması gibi sorunlar son yıllarda birçok ülkenin yeni düzenlemelere gitmesine sebep olmuştur.¹⁴² Nitekim 5237 sayılı TCK ile müsadereye kapsamı genişletilmiştir.¹⁴³ Adalet Bakanlığı'nca yayımlanan “Müsadere ve Elkoyma Alanında Kılavuz İlkeler”de de “temel işleme

¹³⁷ Raimondo/İtalya, Başvuru no: 12954/87, Tarih: 22.02.1994, par. 30.

¹³⁸ Arcuri ve diğerleri/İtalya, Başvuru no: 52024/00, Tarih: 05.07.2001; Raimondo/İtalya, Başvuru no: 12954/87, Tarih: 22.02.1994, par. 17, § 30, M/Italy, Komisyon Kararı, Başvuru no:12386/86, Tarih: 15.04.1991, par. 101

¹³⁹ R. E. Bell, “An Evolving Series of Proceeds of Crime Models”, **Journal of Financial Crime**, 2000, 8(1), s.21-31.

¹⁴⁰ Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, Ceza Hukuku, s. 579.

¹⁴¹ Avusturya Ceza Hukuku'nda uygulanan bir yaptırım türü olan malvarlığı cezası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erman B., Almanya, s. 286

¹⁴² Sözüer, Organize, s. 177; Özgenç, Örgüt, s. 11.

¹⁴³ Bu durum organize suçlulukla mücadelede gizli soruşturma tedbirlerinin yetersiz kaldığı dikkate alındığında öğretilde olumlu bir gelişme olarak kabul edilmektedir. Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, Ceza Hukuku, s. 591-592.

amacı haksız ekonomik menfaat elde etmek olan bu suçlarla mücadelede tam başarının, ancak söz konusu suçların işlenmesinin temel saiki olan suç gelirlerinin müsaderesi ile sağlanabileceği” ifade edilmektedir.¹⁴⁴

Örgütlü suçlarla mücadelede, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanmasının ayrı bir suç sayılması en önemli araçlardan biridir. Bunun yanı sıra öncül suçtan elde edilen malvarlığı ve gelirin müsadere edilmesi örgütün finansmanını engelleyeceğinden oldukça önemlidir.¹⁴⁵ Aklama ve müsadere, esasında birbirinin doğal sonucu olan iki kavramdır.¹⁴⁶ Müsaderenin aklama suçuyla bağlantısı o kadar sıkıdır ki, örneğin İsviçre Ceza Kanunu’nun 305 ter maddesinde “müsadereyi engellemeye yönelik fiiller” aklama suçunun hareket unsuru içinde doğrudan düzenlenmektedir.¹⁴⁷ Uluslararası Ceza Hukuku Derneği’nin (AIDP) 1999’da Budapeşte’de yapılan 16. Kongresi’nde de özellikle tüzel kişinin malvarlığının müsaderesinin organize suçlulukla mücadelede etkili bir araç olduğu vurgulanmıştır.¹⁴⁸ Mukayeseli hukuka bakıldığında hemen her ülke mevzuatında aklamanın ayrı bir suç olarak düzenlendiği görülmektedir.¹⁴⁹ Ancak bu, suçun işlenmesinden sonrası için bir mücadele yöntemi olup, müsadere aklama suçunun

¹⁴⁴ Kılavuz, Avrupa Konseyi Yolsuzluğa Karşı Devletler Grubu’nun (GRECO) Türkiye hakkında hazırladığı I. ve II. Aşama Ortak Değerlendirme Raporu’nda “Müsadere ve el koymaya ilişkin yeni kuralları uygulayacak olan kamu görevlilerine (kolluk, savcı ve hâkim) sıkı eğitim verilmesi ve kılavuz ilkeler belirlenmesi...” şeklindeki tavsiyesi doğrultusunda uygulayıcılara yol göstermek” amacıyla yayımlanmıştır. “Bilindiği üzere, uyuşturucu ve uyarıcı madde kaçakçılığı, yolsuzluk fiilleri dahil mali suçlar, mafya tipi örgütlü suçlar ile bilişim sistemlerinin kullanımıyla işlenen çıkar amaçlı suçlar başta olmak üzere yasadışı faaliyetlerden elde edilen haksız gelirlerin yüksekliği, bir taraftan bu suçların işlenmesini cazip kılarak yeni oluşumlar için finansman sağlamakta, öte yandan da toplumsal düzeni ve asayiş tehdit altına alarak sosyal ve ekonomik alanlarda onarılamaz yaralara neden olabilmektedir.” TCK’nın 2003 tarihli tasarının gerekçesinde (78.maddesinde) müsaderenin karapara aklama suçları bakımından önemli olduğu belirtilmiştir. Bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0593.pdf>

¹⁴⁵ Kocasakal, Karapara, s. 129, Ayrıca bkz. Olgun Değirmenci, **Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerinin Aklanması Suçu (TCK M.282)**, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s.306; Sedat Yetim, Kara Paranın Aklanması Uygulaması ve Sonuçları, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü yayınlanmamış doktora tezi, Ankara 2000, s.71; Ergin Ergül, **Karapara Endüstrisi ve Aklama Suçu**, Yargı Yayınevi, 2001, s. 177 vd.; Sözüer Adem, Organize Suçluluk Kavramı Ve Batı Ülkelerinde Bu Suçlulukla Mücadele İle İlgili Gelişmeler, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 1995, 9(1-3), s. 251-275.

¹⁴⁶ Kocasakal, Karapara, s. 130

¹⁴⁷ Ancak aklamanın amacı müsaderenin önlenmesinden önce, temel suçun failinin kimliğinin ve bu suçtan elde edilen yararların gayrimeşru niteliğinin öğrenilmesini engellemektir. Bkz. Kocasakal, Karapara, s. 282.

¹⁴⁸ José Luis De La Cuesta, Resolutions of the Congresses of the International Association of Penal Law (1926 – 2004), The Sixth International Congress of Penal Law, Toulouse, Fransa, 2009, s. 177.

¹⁴⁹ Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanması suçunun farklı düzenlemeleri için bkz. Değirmenci, age, s. 309.

oluşmasını önleyici bir tedbir niteliğindedir. Zira, aklama doktrinde her ne kadar öncül suçtan bağımsız bir suç olarak kabul edilse de, kendisinden önce gerçekleştirilen öncül suça ve ondan elde edilecek gelirin varlığına ihtiyaç duymaktadır.¹⁵⁰ Bu nedenle suç gelirlerinin kontrolü ve suçluların bu gelirlerden mahrum edilmesi caydırıcı etki yaratacaktır. Müsadere, suçluların yasal ekonomiyi sızmak suretiyle ekonomiyi yozlaştırmalarını ve daha sonraki suçları işlemek imkânlarını ortadan kaldıracaktır.¹⁵¹ Bu etkinin somut kanıtı uygulamanın ulusal mevzuatlarda ve uluslararası alanda yaygınlaştırılmasıdır. Önceleri sadece uyuşturucu madde suçları ile bağlantılı mahkûmiyetlerde müsadere kararı verilirken, zamanla hem öncül suçların kapsamı geliştirilmiş hem de mahkûmiyet hükmüne gerek kalmadan müsadere kararı verilmesine imkân tanınmaya başlanmıştır. Mali Eylem Görev Gücü'nün (FAFT) Kırk Tavsiye Kararı'ndan üçüncüsü bu konuyu düzenlemektedir.¹⁵²

Aklama fiillerinin cezalandırılması ve suç gelirlerinin müsaderesi, özel önleme amacının yanı sıra, haksız gelir elde etmek için suç işlemeyi düşünen diğer kişiler için de caydırıcı etki yapmakta ve bu sayede genel önlemeyi de sağlamaktadır. Özetle müsadere diğer tedbirlerle birlikte, aklama suçları ile korunan hukuki menfaatlerin korunmasını yani yasadışı faaliyetlerin finansmanının önlenmesi, suç örgütlerinin ekonomik gücünün çökertilmesi, böylelikle ekonominin denge ve istikrarının korunması, rüşvet¹⁵³, yolsuzluk ve kirlenmenin yaygınlaşmasının ve temel demokratik değerlerin tahribinin önlenmesi¹⁵⁴ gibi birbirine bağlı pek çok amaca hizmet etmektedir.

Öte yandan örgütlü suçlarla ve karapara aklamayla mücadelede müsaderenin tek etkili araç olduğunu söylemek doğru olmayacaktır. Öğretide Naylor¹⁵⁵, suç gelirlerinin müsaderesi ihtiyacı için gösterilen gerekçelere karşılık farklı görüşleri sürmektedir: Öncelikle, profesyonel suçlulardan suç gelirlerinin alınmasının, suç

¹⁵⁰ Kocasakal, Karapara, s.161; Değirmenci, age, s.302.

¹⁵¹ Değirmenci, age, s. 307. Müsadere, öncül suçtan elde edilen gelirin ele geçirilmesi suretiyle önleyici etkisinin yanı sıra, doğrudan aklama suçunun cezası olarak da düzenlendiğinden bastırıcı etkisi de bulunmaktadır.

¹⁵² FATF'ın Kırk Tavsiye Kararı: Tavsiye 3

¹⁵³ Durmuş Tezcan, "Rüşvetin cezalandırılması: Cezalar ve önleyici tedbirler", **Prof.Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan**, 2001, İzmir, s. 643- 686.

¹⁵⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kocasakal, Karapara, s. 25-36.

¹⁵⁵ R. Thomas Naylor, "Wash-out: A critique of follow-the-money methods in crime control policy", **Crime, Law & Social Change**, 1999, 32: s. 1-57.

işlemenin heyecanı gibi farklı motivasyonların varlığından dolayı, bu kişiler üzerinde caydırıcı bir etki yaratmayacağı belirtilmektedir. Gerçekten, suçu meslek edinen kişilerin genellikle sosyo-ekonomik durumunun iyi olmaması ve yaşamlarını kazanacakları başka mesleklerinin bulunmamasından dolayı, ele geçirilen malvarlıkları suçluları gelir sağlayan başka suçları işlemeye itecektir. İkinci olarak suç gelirlerinin ele geçirilmesinin suçluların yasal ekonomiye sızmasının önüne geçeceği, bu suretle yasal ekonomide yolsuzluğun engelleneceğini kabul etmenin de gerçekçi olmayacağı söylenmektedir. Zira, suçluların geleceklerini garanti altına almak için yasal işlere yatırım yapmaları, ölümlerinden, yakalanmalarından veya suç dünyasından ayrılmalarından önce malvarlıklarını aile üyelerine nakledebilmeleri kuvvetle muhtemeldir ve örnekleri de yaşanmaktadır. Yazara göre böylesi tasarruflar ahlaken doğru olmasa da, yasal ekonomiyi yozlaştırdıkları da ileri sürülemeyecektir. Son olarak Naylor, suç gelirlerinin geri alınmasının suçluları diğer suçları işlemekten alıkoyacağı yönündeki düşüncüyü de eleştirmektedir. Suç gelirlerinin müsaderesi, bir suç örgütünün etkisiz hale getirilmesi için başarılı bir çözüm yolu olabilirse de, sözkonusu örgütün ortadan kaldırılması ile doğan boşluk başka bir organize suç örgütü tarafından doldurulacaktır. Böylelikle sadece suçtan gelir elde edenlerin kimliği değişecektir, fakat örgütlü suçluluk azalmayacaktır.¹⁵⁶ Erdem'e göre de "yalnızca suçtan elde ettikleri kazancın yasal piyasada değerlendirilmesine engel olduğu takdirde", suç örgütlerinin faaliyetlerine bir dereceye kadar engel olunabilir. Çünkü piyasada değerlendirilmesi engellenen yasa dışı kazançlar, bu tür suç örgütlerine herhangi bir yarar sağlamaz.¹⁵⁷

2. Terörizmin Finansmanının Önlenmesi

Tarihi daha eskilere dayanmakla birlikte özellikle soğuk savaş döneminde siyasi nedenlerle körüklenen terörizm, aynı yıllarda "çete/mafya" denilen suç örgütleriyle de bağlantıya geçmeye başlamıştır. Artan silah, mühimmat vb.

¹⁵⁶ Değirmenci, age, s. 308.

¹⁵⁷ Mustafa Ruhan Erdem, **Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2001, s, 217. Yazara göre "Kara paraların aklanması ve suçtan elde edilen kazançta elkonulması durumunda, gizli soruşturma tedbirlerine göre şüpheli olmayan kişilerin temel hak ve özgürlüklerine daha az müdahale edildiği doğrudur. Bununla birlikte bunun engellemeye yönelik düzenlemeler organize suçlulukla mücadelenin değişik bir boyutunu oluşturur, fakat asla gizli soruşturma tedbirlerine alternatif olamaz."

gereksinimlerin örgütlerin sponsorluğunu yapan devletlerce karşılanmasının yarattığı riskler nedeniyle önce silah kaçakçılığı şebekeleriyle başlayan ilişki, giderek uyuşturucu, insan kaçakçılığı, ihale organizasyonu, para aklama, az gelişmiş ülkelere yapılan yardımların ele geçirilmesi alanlarına yayılarak genişlemiştir.¹⁵⁸ Özellikle son yıllarda terörizmle organize suç arasında önemli yakınlaşmalar ortaya çıkmıştır.¹⁵⁹

Terörizmin asıl gayesi para kazanmak olmamakla birlikte terör örgütleri faaliyetlerini sürdürmek, üyelerinin hayatlarını idame ettirmek, silah temin etmek, güvenle kalabilecekleri yerler bulabilmek, sahte belge sağlamak, seyahat etmek, eğitim ve propaganda yapmak gibi nedenlerle paraya ihtiyaç duyarlar. Bu ihtiyaç nedeniyle terör örgütleri eskiden beri banka soygunu, adam kaçırmaya ve haraç toplama gibi gelir getirici suç faaliyetlerinde bulunmaktadırlar.¹⁶⁰

Terörizmin finansmanı ile mücadele, terör örgütlerinin fon toplama ve sağlama imkânlarının ortadan kaldırılması veya en düşük düzeye indirilmesini, terör örgütlerinin yasadışı yollardan elde ettikleri suç gelirlerini aklamalarının önlenmesini ve terör örgütünün ve/veya teröristlerin fon gönderme araç ve yollarının tespit, takip ve/veya engellenmesinin yanısıra terör örgütlerine ait veya terör eylemleri için kullanılacak fonların tespit edilmesini, el konulmasını ve müsaderesini de kapsamaktadır¹⁶¹ Nitekim terör örgütlerinin milyon dolarlarla ifade edilen kaynaklarla güç kazandıkları bilinmektedir.¹⁶²

Terör örgütünün yapısına bağlı olarak finans kaynaklarında azalma veya bunlara erişiminin engellenmesi terörist grupların zaman içinde operasyonel

¹⁵⁸ Terör örgütlerinin diğer suç örgütleri ile aralarında karşılıklı bir bağ vardır. Terör örgütleri mali gereksinimlerini diğer grupların işbirliği sayesinde sağlamaktadır. Organize suç örgütlerinin en çok kazanç sağladığı uyuşturucu ve insan kaçakçılığı gibi suçların işlenebilmesi devlet kontrolünden uzak bölgelerin ve güvenli sınır geçişlerinin varlığını gerektirmektedir. Bkz. Türkiye ve Terörizm / Rapor, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2006, s.398-400.

¹⁵⁹ Ömer Ersoy, “Terör ve Organize Suçlarda Yakınlaşma ve İşbirliğinin İncelenmesi”, **Polis Dergisi**, 2004, Sayı: 40.

¹⁶⁰ Walter Laqueur, **The New Terrorism**, Oxford, Oxford University Press, 1999, s. 211; Hasan Aykın, **Aklama ve Terörizmin Finansmanının Küresel Boyutu**, TC Maliye Bakanlığı Stratejik Geliştirme Başkanlığı Yayınları, 2010/ 406, Ankara, 2010, s. 147

¹⁶¹ Hasan Aykın, age, s. 144.

¹⁶² Hasan Aykın/Kevser Sözen, **Terörün Finansmanı**, 2. Baskı, Ankara, MASAK Yayınları, 2009, s. 15, 17; Ali Karaosmanoğlu, “Küresel Terörizmin Ulaştığı Boyutlar Çerçevesinde Edinilen Tecrübeler”, Küresel Terörizm ve Uluslararası İşbirliği Sempozyumu, Ankara, Genelkurmay Başkanlığı Terörizme Mücadele Mükemmeliyet Merkezi Yayını, Genelkurmay Basımevi, 23-24 Mart, 2006, s. 87.

kapasitesini azaltır, eylem yapma kabiliyetlerini sınırlar ve terörist fonların tespit edilme imkanını artırır. Terör eylemleri için gerekli kaynakların, zamanında ve istenildiği ölçüde ulaştırılmasını engeller. Bu ise terör eylemlerinin gerçekleştirilmesinde belirsizliğe ve eylemlerin tespit edilme olasılığının artmasına yol açacağından, örgüt üyelerinin moral gücünün zayıflamasına ve örgüt içinde liderlik ve meşruluk tartışmalarına neden olacaktır. Örgütü, daha görünür ve tespiti mümkün alanlarda faaliyet gösterme ile karşı karşıya bırakması müsaderecinin doğrudan ve dolaylı etkileridir.¹⁶³ Bu etki uluslararası alana da yansımıştır. FAFT'ın (Mali Eylem Görev Gücü- MEGG) 40 Tavsiye Kararında aklama ve terörün finansmanını suç haline getirilmesi, suç gelirlerine ve teröre ilişkin fonlara el konulması ve bunların müsaderecinin kanun düzeyinde düzenlenmesi önerilmektedir. FAFT konunun önemine binaen 40 Tavsiye Kararına ek olarak 2001 yılının Ekim ayında Terörizmin Finansmanı Hakkında 9 Özel Tavsiye Kararını yayınlamıştır. Bunlardan 3. tavsiye kararına göre “...Her ülke, terörizmin, terörist eylemlerin veya terörist örgütlerin finansmanına ait veya bunların finansmanında kullanılan ya da kullanılması tasarlanan malvarlığına el konulması ve bu malvarlığının müsadereci için yetkili otoritelere imkan sağlayan yasal önlemleri de içeren önlemler benimsemeli ve yürürlüğe koymalıdır.”¹⁶⁴

Özetle belirtmeliyiz ki, müsadere terörizmin finanse edilmesini önleyici nitelikte önemli ve etkili bir yaptırımdır. Hukumuzda 7.2.2013 tarihinde 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun kabul edilerek yürürlüğe konulmuştur.¹⁶⁵ Kanunda müsadereye ilişkin bir hüküm bulunmamasıyla birlikte ileride kazanç müsaderecinin konusu olabilecek malvarlığının dondurulmasına ilişkin hükümler düzenlenmektedir.

¹⁶³ FATF, Terrorist Financing, Paris, FATF/OECD, 2008, s.27.

¹⁶⁴ FAFT'ın tavsiye kararı adli usulün yanısıra idari usulü de kapsamaktadır. Bkz. 3.tavsiyeye ilişkin açıklamalar http://www.masak.gov.tr/media/portals/masak2/files/mevzuat/terorun_finansmani/uluslararasi_mevzuat/FATF/EK-13.pdf (Erişim tarihi: 15.03.2013)

¹⁶⁵ Kanun metni için bkz. 16 Şubat 2013 tarih ve 28561 sayılı Resmi Gazete

3. Çevre Suçlarıyla Mücadelede Müsadere

Çevre suçlarıyla mücadelenin önemi, uzun vadeli zararlı sonuçları konusundaki farkındalığın yükselmesine paralel olarak günümüzde artmıştır. Tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun kabul edilmemesi uzun yıllar bu mücadelede önemli bir ayağı eksik bırakmışsa da,¹⁶⁶ günümüzde birçok ülke mevzuatında tüzel kişiler bakımından para cezaları veya güvenlik tedbirleri yaygın hale gelmiştir.

Bazı şirketlerin arıtma maliyetlerini düşük tutarak daha fazla kazanç sağlamak istedikleri bilinmektedir. Bu şekilde gerçekleşen çevre suçlarını önlemek bakımından, suçtan kaynaklanan gelirin veya yararın müsaderesi, ekonomik yapısı nedeniyle etkili bir yaptırım niteliği taşımaktadır.¹⁶⁷ Bu olumlu etkiye karşın öğretide Ringelmann, çevre suçları bakımından elde edilen menfaatin belirlenmesinin diğer ekonomik suçlara oranla daha zor olduğunu ve bu durumun müsaderenin çevre suçlarıyla mücadeledeki etkinliğini kırmakta olduğunu belirtmiştir.¹⁶⁸ Söz konusu sakıncayı ortadan kaldırmak amacıyla Almanya, İngiltere, Avusturya, Belçika, Hollanda ve Portekiz gibi birçok ülke yasadışı gelirin müsaderesi için gerekli olan ispat yükünü hafifletmekte veya tersine çevirmektedir. Japonya Hukukunda olduğu gibi belirli bir faaliyet ile çevreye verilen zarar arasındaki illiyet bağının kurulması bakımından da ispat yükünün hafifletilmesi bir mücadele yöntemi olarak benimsenmektedir.¹⁶⁹

Ringelmann'ın belirttiğinin aksine kanaatimizce çevre suçları bakımından tespiti zor olan menfaat değil, zarardır.¹⁷⁰ Kaldı ki, bazı hukuk düzenlerinde farklı amaçlar öngörülse de müsaderenin esas amacı tazmin değildir. Çevre suçlarının

¹⁶⁶ Fabian Jenny, La Confiscation dans le droit pénal de l'environnement, Université de Lausanne, Mémoire de Licence: droit pénal de l'environnement Année 2000-2001.

¹⁶⁷ Onur Özcan, Çevre Suçlarında Şirketlerin Cezai Sorumluluğu, Galatasaray Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2007, s. 172.

¹⁶⁸ Christoph Ringelmann, "European Trends in Environmental Criminal Legislation", **European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice**, Vol 5/4, s. 393-404, 1997, s. 402.

¹⁶⁹ Katrina Oswald, "Money-Laundering Legislation in Germany: Selected Results From Recent Project", **European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice**, Vol. 5/3, 196-202, 1997, p.201. Bu durum çevre suçlarına münhasır olmayıp örgütlü suçlar bakımından pek çok ülkede yeni sayılabilecek bir eğilim olarak gözlemlenmektedir. Belirtmeliyiz ki ispat yükünün tersine çevrilmesi yönündeki eğilim, haklı olarak mülkiyet hakkı ve özellikle suçsuzluk karinesi bağlamında anayasal itirazlara neden olmuştur. Bu konudaki tartışmalar için bkz. aşağıda "insan hakları yönünden müsadere".

¹⁷⁰ Çevre suçlarında netice unsuru olan zararın tespitinin zorluğu hakkında bkz. Özcan, Şirketler, s. 21.

sonucu çevrenin kirlenmesidir. Kirlenmenin yıllar içinde alacağı boyutun bilinmemesi zararın da tam olarak hesaplanamamasına neden olur. Yine de öngörülebildiği ölçüde bu zararın karşılığı müsadere değil para cezaları olmalıdır. Oysa çevre suçlarından elde edilen menfaat şirketlerin çevre mevzuatları çerçevesinde alması gereken tedbirlerin maliyeti şeklinde belirlenebilecektir. Hal böyle olunca çevre suçlarında menfaatin belirlenmesinin zor olduğu gerekçesiyle müsadereenin etkin olmadığı görüşü dayanaksız kalmaktadır.

Çevre suçlarının cezalandırılmasını engelleyen esas sorun, büyük şirketler bünyesinde işlenen suçlardan dolayı kimin sorumlu olduğunun tespitindeki güçlüktür. Örneğin gizli oyla alınan bir yönetim kurulu kararının varlığı sonucu ortaya çıkan kirlenmenin sorumlusunu bulmak mümkün olmayabilir.¹⁷¹ Ancak hukukumuzda müsadereye hükmedebilmek için bir suçun varlığının tespiti yeterli kabul edildiğinden ve bu bağlamda mahkumiyet hükmü aranmadığından, beraat, failin yurtdışına kaçması veya ölmesi gibi haller müsadere hükmünün uygulanmasını engellemeyecektir. Müsadereenin ertelenememesi ve ön ödemenin müsadereye engel olmaması da onu çevre suçları bakımından etkili bir yaptırım haline getirmektedir.¹⁷²

Yine çevre suçlarını işleyen tüzel kişiler bakımından bir sorun, iznin iptali yaptırımının etkin olarak uygulanamamasıdır. Zira, çevreyi kirletebilecek faaliyette bulunan bütün özel hukuk tüzel kişileri, bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunmamaktadırlar. Bu durumda, çevreyle ilgili bir izin ve ruhsat bulunmayan ama çevreyi kirleten özel hukuk tüzel kişilerine uygulanacak olan tek yaptırım müsadere olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁷³ Örneğin bir banka, elektronik atıklarını bir arsaya bıraktığında sahip olduğu ruhsat veya iznin çevreyle bir ilgisi olmadığı için bu ruhsat veya iznin iptali söz konusu olmayacak, fakat müsadere hükümleri uygulanabilecektir.¹⁷⁴

¹⁷¹ Ersan Şen' e göre, müsadere güvenlik tedbirinin uygulanması için suçun, tüzel kişi yararına işlenmesi yeterli olup, kasten veya taksirle işlenmesinin bir önemi bulunmamaktadır. Şen, TCK Yorumu, s. 192. Benzer yönde Özcan, Şirketler, s. 179.

¹⁷² Özcan, Şirketler, s.179

¹⁷³ Şen, TCK Yorumu, s. 193.

¹⁷⁴ Onur Özcan, Şirketler, s.178-179

III. Mağdurun Zararının Giderilmesi

Müsaderenin, suçu ödetme, suç nedeniyle zenginleşmeyi ve müstakbel suçları önleme amaçlarının yanısıra kimi ülkelerde mağdurun zararının giderilmesi amacıyla yapıldığı ve bazı uluslararası belgelerde de bu eğilimin desteklendiği görülmektedir. Örneğin, BM Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi'nin (NewYork Sözleşmesi) 8. maddesinin 4.fikrasına göre, “*Her Taraf Devlet, işbu maddede öngörülen müsadere sonucunda elde edilen fonların, 2. madde 1. Paragraf (a) ve (b) bentlerinde zikredilen suçların mağdurları veya ailelerinin tazmini için kullanılması amacıyla düzenlemeler oluşturur*”.¹⁷⁵ AIDP'nin 16. Kongresi'nde alınan kararlarda belirtildiği üzere müsadere kararı, mağdurun zararının giderilmesini önlememeli, gerekli ise bu amaç için kullanılmalıdır.¹⁷⁶

Çeşitli ülke mevzuatlarında da benzer yönde düzenlemeler mevcuttur. Örneğin Belçika hukukunda fikri mülkiyet haklarına karşı işlenen suçlardan elde edilen gelir, mağdurun mesleki faaliyetlerinde kullanılmak üzere tazmin amacıyla müsadere edilebilmektedir.¹⁷⁷ Hollanda, Norveç, İsveç, İngiltere, Danimarka gibi ülkelerde para cezaları ve müsadere edilen eşyalarla kaynağı sağlanacak tazminat ve para kasası sistemi; İsviçre ve İskandinav ülkelerinde uygulanan ağır cezalı suçlarda, suçlunun zararı karşılayamayacağı anlaşıldığında para cezasının, müsadere edilen eşya ve değerlerin mağdura tahsis edilmesi bu yöndeki dikkat çeken uygulamalardır.¹⁷⁸ Tarihte de, müsaderenin bazı durumlarda suçun işlenmesinden zarar gören mağdurun zararını gidermek için kendisine verilen bir bedel/tazminat şeklinde uygulandığı bilinmektedir. İslam hukukunda da bu amaçla kullanıldığı görülmüştür.¹⁷⁹

Alman hukukunda kazanç müsaderesine ilişkin 73. maddenin 1.fikrasının 2. cümlesi mağdurun menfaatlerinin öncelikli olduğunu düzenlemektedir. Buna göre suçtan zarar gören kişinin, fiil dolayısıyla bir talep hakkı doğmuş olup da bunun ifası,

¹⁷⁵ Ayrıca bkz. Guy Stessens, **Money Laundering, An International Law Enforcement Model**, Cambridge University Press, 2010. s. 28.

¹⁷⁶ AIDP kararlarının 10.maddesi için bkz. Cuesta, Resolutions, s.177

¹⁷⁷30 Haziran 1994 tarihli Kanun'un 82. maddesi, bkz. Françoise Roggen/Franklin Kutu/Juliette Moreau/Franck Discepoli, **Actualités de droit pénal**, Bruylant, 2007, s. 6.

¹⁷⁸ Faruk Erem/Ahmet Danişman/Mehmet Emin Artuk, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Basım, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1997, s. 880.

¹⁷⁹ Karataş, age, s. 223.

failin veya şeriğin fiilden elde ettiği değeri ortadan kaldıracaksa kazanç müsadere kararı verilemeyecektir.

Hukukumuz bakımından ise “suçun konusu”nu oluşturan eşya veya maddi menfaat genellikle mağdura ait olup, müsadere 55. maddede düzenlenmiştir. Ancak suçun konusunu oluşturan eşyanın müsadere edilebilmesi için mağdura iade edilememesi gerekmektedir. Dolayısıyla eşya mağdura iade edilebiliyorsa kazanç müsadere kararı verilmeyecektir. Eşya müsadere hükmüne edilebilmesi için de, “iyiniyetli üçüncü kişiye ait olmama” koşulu aranmakta olup, mağdur veya suçtan zarar gören de bu kapsamdadır. Bu itibarla, 54. maddede “iyiniyetli üçüncü kişiye ait olmama” koşulu ve 55. maddede “ mağdura iade edilememe” halinde müsadere düzenlenmesi ile mağdurun ve suçtan zarar görenin haklarının güvenceye alındığını söyleyebiliriz.¹⁸⁰ Ancak her ne kadar mağdurun zararı giderilmiş olsa da, bu sonuç müsadere kararı ile değil, iade ile gerçekleşmektedir. Bu nedenle hukukumuz bakımından müsadere ile mağdurun zararının giderilmesinin hedeflendiği teknik olarak söylenemeyecektir. Öte yandan müsadere hükümlerinin mağdurun hakkına kavuşmasına engel olmaması gerekir.¹⁸¹ Bu nedenle de TCK’nın 55. maddesinde “mağdura iade edilememe” koşulu aranmaktadır.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu’nda yer alan bir hüküm de müsadere başka ayrıca tazmini düzenlemekle, görüşümüzü destekler nitelikte bir örnektir. Buna göre Sendikalar Kanunu’na aykırı olarak “*malî yardım veya bağışı kabul eden sendika veya konfederasyonların yetkili sorumlularına da altı aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Suçun konusunu oluşturan malî yardım veya bağış Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre müsadere olunur. Ayrıca, yapılan malî yardım veya bağış,*

¹⁸⁰ Yargıtay 6. Ceza Dairesinin 13.10.2009 tarihli, 2008/9505-2009/13227 sayılı kararına göre, “TCK.nun 55. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesinde “... Bu fıkra hükmüne göre müsadere kararı verilebilmesi için maddî menfaatin suçun mağduruna iade edilmemesi gerekir” hükmüne yer verildiği, bu nedenle, el konulmuş olunan maddî menfaatlerin suçun mağduruna iade edilebildiği veya iade edilmeme olanağının bulunduğu ya da suçun mağdurun belli olduğu durumlarda kazanç müsadere hükmüne olanağının bulunmadığı, bu durumda suçun mağdurunun, “kazanç müsadere konusunu oluşturan değeri”, sanıktan talep etme hak ve olanağına sahip olduğu, yakını belli olan ve yağma suçunun konusunu oluşturan paranın toplam tutarının özel hukuk davası yoluyla talep edilebileceğinin gözetilmeden, anılan Yasa maddesine yanlış anlam verilerek, kazanç müsadere karar verilmesi, Bozmayı gerektirmiş, ... bozma nedeni yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden ... hüküm fıkrasından " Sanığın yağma eylemi nedeniyle sağlamış olduğu 3280 TL haksız ekonomik kazancın 5237 sayılı Kanunun 55. maddesi uyarınca müsadere ile ilişkin bölümün çıkartılması suretiyle, diğer yönleri usul ve yasaya uygun bulunan hükmün düzeltilerek onanmasına, 13.10.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.” (adalet.org); Füsun Sokullu-Akıncı, “Adalet Reformu ve Alternatif Ceza Yaptırımları”, **Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**, İstanbul, 1998, s.327-341, s.339.

¹⁸¹ “Gasp edilen paranın mağdur tarafından hukuk davası yoluyla sanıktan alınması olanaklı olduğundan ...müsadereye karar verilmesi” (6CD, 10.10.2006, 9486)

suçun faillerinden genel hükümlere göre tazmin olunur.”(Send.K. m.59/7) Yine Orman Kanunu’nun 113. maddesinde yer alan “Bu Kanunla yasaklanan fiilin dikiliden ağaç kesilmesine taalluku halinde ağaç müsadere edilmiş olsa dahi talep halinde hükümlenilecek tazminat mahalli rayice göre hesaplanır” şeklindeki düzenlemelerden müsaderenin haricinde ayrıca tazminata hükmedilebileceği anlaşılmaktadır.

Müsaderenin mağdurun zararını giderme gibi temel bir amacı olmamakla birlikte müsadere düzenlemelerinde mağdurun haklarının korunması gerektiğini ve bu yönde düzenlemeler yapıldığını belirttik. Bununla birlikte özellikle failin kazancının müsadere edilmesi, faile karşı dava açarak zararını tazmin etmek isteyen mağdur ve suçtan zarar görenin menfaatleriyle çelişebilir. Zira kazanç müsaderesinin geniş kapsamı karşısında mağdurların taleplerinin fail tarafından karşılanma imkanı kalmayabilmektedir.¹⁸² Bu itibarla, kazanç müsaderesinin haksız zenginleşmeyi giderme amacına uygun olarak sadece suçtan elde edilen karın müsaderesinin sağlanması ile diğer hak taleplerinin de gerçekleşmesine imkan verilmiş olur.

IV. Suçla Mücadele Masraflarının Karşılanması: ABD Örneği

Amerika Birleşik Devletlerinde müsadere, ister cezai ister hukuki bir yaptırım olarak uygulansın, yargılama masraflarının karşılanması bakımından ekonomik bir kaynak olarak görülmektedir. Yüksek maliyetli hapis cezalarıyla karşılaştırıldığında müsadere devlet için çok daha çekici gelebilmektedir.¹⁸³

1984 tarihli Suçu Önleme Yasası’na göre (Comprehensive Crime Control Act), federal kolluk yetkilileri müsadere edilen malvarlığını Hazine’ye bırakmak yerine alıkoyma ve kullanma yetkisine sahiptir. Müsadere edilen malvarlığı, operasyon masrafları düşüldükten sonra Özel Müsadere Fonu’na aktarılmaktadır. Ayrıca federal ve yerel kolluk yetkililerinin bir suçla ilgili yürüttükleri operasyonda elde edilen değerlerin % 80’inin yine görevleri kapsamında kullanılmak kaydıyla paylaşıldığı ödül niteliğinde bir uygulama da mevcuttur. Bu uygulama önemli

¹⁸² “Suçun mağduru olan ve zararın re’sen tazminine karar verilen bankanın sanıktan alacağı tahsilini engelleyecek şekilde sanığın suç konusu para ile satın aldığı arabanın zorunlu olarak tahsil edilmesine” (7CD, 31.01.2008, 643)

¹⁸³ Stessens, bu durumu “müsaderenin tehlikeli çekiciliği” olarak ifade etmektedir. Stessens, age, s.57

biçimde eleştirilmektedir.¹⁸⁴ Bu kar amaçlı yaklaşım ceza adaleti bakımından sakıncalıdır.¹⁸⁵ Öncelikle ifade edilmelidir ki, suç oluşturan eylemlerin bunlardan elde edilecek ekonomik karın devlete kazandırılması amacıyla soruşturulması ve kovuşturulması temelde yanlıştır. Kolluğun önleyici ve caydırıcı birçok amacı ve müsadere tazmin veya cezalandırma gibi değişik fonksiyonları bulunsa da, müsadere polisin operasyonlarını finanse etmek amacıyla gerçekleştirilmesi düşüncesi kabul edilemez.¹⁸⁶ Bu itibarla Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin "*devletin müsadere yapmakta suçluyu suç gelirinden mahrum etmenin ötesinde, bu tür eylemlerin önlenmesini sağlayıcı operasyonlara fon yaratmak açısından da parasal bir menfaati bulunduğu*" hükmettiği kararı hatalıdır.¹⁸⁷ Kolluğun, savcının ve hatta hakimin görevlerini yerine getirirken, böyle bir amaçla hareket edebilme olasılığı ceza adaleti bakımından sakıncalıdır. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin de belirttiği gibi adil yargılanma hakkı bakımından mahkemenin sadece tarafsız olması yeterli olmayıp, tarafsız görünmesi ve algılanması da gerekmektedir.¹⁸⁸

Haklar konusundaki sakıncaların yanı sıra, kar amaçlı anlayışın ABD'nde yoğun bir biçimde gözlemlendiği gibi kolluğun bütçe ihtiyaçlarını karşılamak için müsadere yoluyla elde edilecek olan gelire bağımlı hale gelmesine yol açabileceği de belirtilmektedir. Amerika'da birçok eyalette polisin bu amaçla yasadışı eylemlerde bulunduğu kayıtlara geçmiştir.¹⁸⁹ Bir başka sorun, kolluğun müsadere edilen gelirin en fazla olduğu uyuşturucu suçlarına yoğunlaşması ve diğer ağır suçların araştırılmasında ihmal göstermesi olarak gözlenmiştir. Böyle bir sakınca da suçla mücadeleyi genel olarak olumsuz etkilemektedir.

¹⁸⁴ Eric Blumenson/Eva S. Nilsen, "Policing for Profit: The Drug War's Hidden Economic Agenda", **University of Chicago Law Review**, 65, 1998, s. 35-114; David J. Fried, "Rationalizing Criminal Forfeiture", **Journal of Criminal Law & Criminology**, 79, 1988, s. 328.

¹⁸⁵ Stessens, age, s. 56

¹⁸⁶ Stessens, age, s. 57

¹⁸⁷ Caplin & Drysdale v. United States, 491 US 617 (1989).

¹⁸⁸ Tumey v. Ohio, 273 US 510, 523, 532 (1927)

¹⁸⁹ Blumenson/Nilsen, age, s. 67-72.

B. Müsaderenin Hukuksal Niteliği

I. Hukuksal Nitelik Sorunu

Müsaderenin hukuki niteliği konusu, hem yabancı hukuklarda hem de hukukumuzda eskiden beri tartışmalıdır.¹⁹⁰ Tartışmalar, özellikle organize suçlulukla mücadelenin güçlendirilmesi ihtiyacıyla müsadere kurallarının değişime uğraması sonucu daha da alevlenmiştir. Keza, klasik bir ceza olarak uygulanan müsaderenin katı koşullarının bu tür suçlulukla mücadeleyi zayıf bırakması nedeniyle müsaderenin kapsamı genişletilmiş, daha kolay uygulanabilir sistemler ve esnek kurallar gündeme gelmeye başlamıştır. Müsaderenin hukuki niteliği konusundaki tartışmalar temelde, iki ceza hukuku yaptırımı olan ceza veya güvenlik tedbiri arasında gidip gelmekte iken, bugün özellikle Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde suçtan elde edilen gelirin hukuk yargılaması ile failden alınması şeklinde uygulamalara da rastlanmaktadır. Türk hukuk sisteminde böyle bir uygulama ve tartışma bulunmadığından çalışmamızda konu sadece ceza hukuku bakımından ele alınmaktadır.

Belirtmeliyiz ki, müsaderenin hukuki niteliği çeşitli etkenlere göre farklılık göstermektedir. Hukuki nitelik, müsaderenin konusuna, yani müsadere edilecek olan eşya veya malvarlığı değerinin suçla olan ilişkisine göre değişebilmektedir. Örneğin, İsviçre hukukunda tehlikeli eşyanın müsaderesinin güvenlik amacıyla alınan bir tedbir niteliğinde olduğu, buna karşılık suçtan elde edilen gelirin müsaderesinin müstakbel suçlara kaynak oluşturmasının engellenmesinin yanı sıra, ahlaki amaçlarla da yapıldığı ve bastırıcı niteliğinin ağırlıklı olduğu ifade edilmektedir. Yine, suçun niteliğine göre de müsaderenin işlevi ve niteliği farklılık gösterebilmektedir. Örneğin karapara aklanmasında müsaderenin, öncül suçtan elde edilen gelirin ele geçirilmesi suretiyle önleyici etkisinin yanı sıra, - hukukumuzda ve mukayeseli hukukta doğrudan aklama suçunun cezası olarak da düzenlendiğinden - bastırıcı etkisi de

¹⁹⁰ Fransız hukukunda ne yargı ne de doktrin müsadereye tek bir karakter hasretmek istememiş, bazen ceza bazen güvenlik tedbiri, bazen polis tedbiri bazen ise tazmin aracı olarak uygulanmıştır. Pradel, *Droit pénal*, s. 554, n. 611; Jacques-Henri Robert, "L'instabilité des qualifications jurisprudentielles et doctrinales des peines secondaires", *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Larguier. Droit pénal et procédure pénale*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1993, s. 241. Alman hukukunda da müsaderenin niteliği konusunda kanunda bir belirleme bulunmamaktadır.

bulunmaktadır.¹⁹¹ Eşyanın kime ait olduğu da zaman zaman müsaderenin hukuki niteliğini etkilemektedir. Özellikle suç örgütlerinin malvarlığının müsaderesinde, cezalandırmadan ziyade müstakbel suçları ve özellikle karapara aklanmasını önleme amacının baskın olduğu kabul edilmektedir. İsviçre hukukunda ve diğer birçok hukuk düzeninde gelirin örgütün faaliyetinden elde edildiği yönünde kanuni karineler öngörülmesi, örgüt malvarlığının müsaderesinde hakime takdir yetkisi tanınmamasının yanısıra, suç kaynaklı malvarlığının suçun işlenmesinden sonra suça katılmayan kişilerce devralınması halinde dahi müsadere edilebilmesi¹⁹² müsaderenin bu suçlar bakımından önleyici etkisini ortaya koymaktadır. Bu etki hem genel önleme hem de özel önleme niteliğindedir. Görüldüğü gibi, müsaderenin hukuki niteliğinin tespiti karmaşık bir meseledir.

765 sayılı Ceza Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, doktrinde müsaderenin bir ceza olduğunu ileri süren görüşler kadar, bu kurumun bir emniyet tedbiri niteliğinde bulunduğunu kabul eden yaklaşımlara da rastlanmaktaydı. Bununla beraber, 765 sayılı TCK'nın "ceza mahkûmiyetinin neticeleri ve tarzı icraları" başlığında yer alan 36. maddesinin müsadere bakımından farklı varsayımlar öngörmesine bağlı olarak göreceli bir yaklaşımın benimsenmesi gerektiği yönünde de yaygın bir görüş bulunmakta idi. Maddenin birinci fıkrası, mahkûmiyete bağlı olarak suçta araç veya suç mahsulü niteliğinde bulunan eşyanın fiilde methaldar olanlara (suça katılanlara) ait olması koşuluyla, ikinci fıkrası ise bir ceza mahkûmiyeti aranmaksızın ve "kullanılması, yapılması, taşınması, bulundurulması ve satılması" suç oluşturan eşyanın aidiyetine bakılmaksızın müsadere edileceğini öngörmekteydi. Bu hallerden ilkinde müsaderenin ceza, ikincisinde ise emniyet tedbiri niteliği taşıdığı belirtilmekteydi.¹⁹³

5237 sayılı TCK'da öğretideki göreceli yaklaşımın benimsenmediği, iki farklı başlık ve madde altında düzenlenen müsaderenin kategorik olarak bir güvenlik tedbiri olarak nitelendirildiği görülmektedir. TCK'nın eşya müsaderesine ilişkin 54. maddesi müsaderenin konusu bakımından ETCK'nın 36. maddesi ile paralellikler arz etmekle beraber, müsaderenin şartları bakımından önemli farklılıklar taşımaktadır.

¹⁹¹ Değirmenci, age, s. 352.

¹⁹² Madeleine Hirsig-Vouilloz, Le Nouveau Droit Suisse De La Confiscation Pénale Et De La Créance Compensatrice (Art. 69 À 73 Cp) Pja, *Aktuelle Juristische Praxis*, 2007, s. 1376 – 1400, s. 1378. (Le Nouveau Droit)

¹⁹³ Dönmezer/Erman, Cilt II, s. 712.

Müsaderenin hukuki niteliği bakımından önem arz eden farklılık, TCK m. 54/1 hükmünün, ETCK m. 36/1 hükmünün aksine eşya müsaderesi bakımından “ceza mahkûmiyeti” şartı aranmasıdır. Bu temel değişiklik, 54. maddenin gerekçesinde, 5237 sayılı TCK’nda müsaderenin bir güvenlik tedbiri olarak kabul edilmesinin dayanağı olarak özellikle vurgulanmıştır. Bu yaklaşım doğrultusunda TCK’nın “kazanç müsaderesi”ne ilişkin 55. maddesinde de müsadere bakımından mahkûmiyet şartı aranmamaktadır.

5237 sayılı TCK’da, müsaderenin hukuki niteliğinin güvenlik tedbiri olarak düzenlenmesine karşılık, kurumun doğası ve düzenlenme koşulları nedeniyle konuya ilişkin tartışmalar devam etmektedir.¹⁹⁴ Aşağıda, sözkonusu tartışmaların açıklanmasından önce hukuki niteliğin tespitinin neden önemli olduğu sorusu yanıtlanmaya çalışılacaktır.

II. Hukuksal Niteliğin Tespitinin Önemi

Müsaderenin hukuki niteliğinin belirlenmesi öncelikle teorik bir sorundur. Müsadereye hakim olması gereken genel ilkeler hukuki niteliğe göre değişecektir. Zira, cezalar ve güvenlik tedbirleri ceza hukuku yaptırımları olmalarından kaynaklanan bazı ortak özellikler taşısalar da, ceza hukukunun diğer kurumları ile, bazı ilkeleri bakımından, ayrıldıkları önemli noktalar bulunmaktadır. Öte yandan şunu da belirtmeliyiz ki, modern kriminolojik veriler cezaların bireyselleştirilmesini gündem güne artan biçimde zorunlu kılmakta; böylelikle ceza ile güvenlik tedbirleri arasındaki ayrılıklar azalmaktadır.¹⁹⁵

Cezalar ile güvenlik tedbirlerinin ortak özelliklerini şöyle sıralayabiliriz: Gerek güvenlik tedbirleri gerekse cezaların uygulanabilmesi için bir suçun işlenmesi gerekmektedir.¹⁹⁶ Zira, suçun olmadığı yerde güvenlik tedbiri de yoktur.¹⁹⁷ Her iki yaptırıma, temel haklara bir güvence olması bakımından mahkemelerce

¹⁹⁴ 1940 ve 1958 tarihli öntasarılarda müsaderenin “emniyet tedbirleri” başlığı altında düzenlenmesi öngörülmüşken, 1987 tasarısından itibaren 5237 sayılı Ceza Kanunu’nun yürürlüğü girmesine kadar yapılan tüm tasarımlarda “Fer’i ceza” olarak düzenlenmiştir. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere Tasarının son şeklinde bu düzenlemenin tam aksi yönde bir yaklaşım benimsenmiştir

¹⁹⁵ Dönmezer/Erman, Cilt II, s. 618; Aydın Ö., Emniyet, s. 80.

¹⁹⁶ Faruk Erem, “Türk Ceza Kanununda Emniyet Tedbirleri”, **AÜHFD**, 1(3), 1944, 351-378, s. 352.

¹⁹⁷ Zeki Hafizoğulları/Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, USA Yayıncılık, 2011, s. 500.

hükmedilir.¹⁹⁸ Koruma amaçlı da olsa, güvenlik tedbirleri cezalar gibi zorla uygulandılarından, usul kurallarının güvencesi burada da kendini gösterir. Tehlike halinin geçip geçmediğine mahkeme karar vermelidir.¹⁹⁹ Yine hukuk devleti ilkesi gereğince cezalar gibi güvenlik tedbirlerinin de kanunla düzenlenmeleri gerekmektedir. Ceza ve güvenlik tedbirleri kıyas yoluyla genişletilemez. Bununla birlikte kanunilik ilkesinin bir alt ilkesi olan geçmişe yürüme yasağının (ancak failin lehine olması halinde geçmişe yürüyebileceği kuralının) güvenlik tedbirleri bakımından uygulanıp uygulanmayacağı meselesi öğretide tartışmalıdır.²⁰⁰ Çeşitli ülke kanunlarında farklı yollar benimsenmektedir.

Bu ortak özelliklere karşın ceza ve güvenlik tedbirleri arasında temel farklılıklar bulunmaktadır:

Cezaların klasik amacı olan ödetme, güvenlik tedbirleri bakımından sözkonusu değildir. Cezaların da güvenlik tedbirleri gibi müstakbel suçları önleme etkisi ve amacı bulunmakla birlikte cezaların ödetme amacı, önleme amacına oranla daha baskın ve öndedir. Güvenlik tedbirlerinin yegane amacı ise suçluyu ıslah ve terbiye etmek suretiyle toplum hayatına yeniden kazandırılmasını sağlamak ve böylelikle yeniden suç işlemesini önlemektir.²⁰¹

Ceza ve güvenlik tedbirlerinin yoğunluğu veya şiddeti de farklı kriterlere göre belirlenmektedir. Cezanın ağırlığı, ödetme amacı baskın olduğundan suçun vehameti ve failin kusuru ile orantılı olacaktır. Güvenlik tedbirleri bakımından ise ölçü failin toplum için oluşturduğu tehlike halinin derecesidir.²⁰² Tehlike hali yoğun olduğunda tedbirin niteliği bununla doğru orantılı olacaktır.

Cezalar mahiyeti itibariyle azap ve ıstırap vericidir. Güvenlik tedbirleri uygulandıkları kişiyi birtakım yoksunluklara maruz bıraktığından acı verici olabilirse de, bunun tedbirlerin ancak yan sonucu olabileceği kabul edilmektedir.²⁰³

¹⁹⁸ Bu kuralın istisnalarının önemsiz derecede olduğu yönünde bkz. Erem, Türk Ceza, s. 352.

¹⁹⁹ Nurullah Kunter, “Bugünün Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirlerinin Yeri”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.XIII, İstanbul, s.1327-1345, s. 10.

²⁰⁰ Erem’e göre kural aynen güvenlik tedbirleri için de uygulanmalıdır. Erem, Türk Ceza, s. 352. Bkz. Aşağıda “geçmişe uygulama yasağı”.

²⁰¹ Erem, Türk Ceza, s. 353. Alman öğretisinde hem ceza hem de güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını savunana ikici teori taraftarları cezalar için tat-prinzip (fiil prensipi), güvenlik tedbirleri için ise tater-prinzip (fail prensibi) ile açıklamaktadır. Kunter, Emniyet Tedbiri, s. 9.

²⁰² Erem, Türk Ceza, s. 353

²⁰³ Erem, Türk Ceza, s. 353

Ceza ve güvenlik tedbirleri, uygulanacakları kişi bakımından da farklılık oluşturabilmektedirler. Cezanın ibret olma, korkutma suretiyle suçu önleme etkisi, ancak işlediği eylemin anlam ve önemini algılayabilecek olan kimseler bakımından geçerli olacaktır. Başka bir ifadeyle, ceza ancak ceza ehliyeti olan kimselere uygulanabilecekken, güvenlik tedbirleri için böyle bir şart bulunmamaktadır. Bilakis, güvenlik tedbirleri ceza ehliyetine sahip olmayan kimseler bakımından uygulanır.²⁰⁴

Cezalar ve güvenlik tedbirleri arasında süre bakımından da farklılık söz konusudur. Hakim, cezaya hükmederken süreyi kesin olarak tespit eder. Güvenlik tedbirlerinde ise böyle bir tespit önceden mümkün değildir. Erem'in belirttiği gibi bir hastanın ne kadar sürede iyileşeceği nasıl söylenemezse, suçludaki toplum bakımından tehlike halinin ne zaman tamamıyla ortadan kalkacağını da önceden belirlemek mümkün görünmemektedir. Yazarın "hudutsuz hüküm" olarak adlandırdığı bu duruma göre güvenlik tedbirlerinde "nisbi bir hudutsuzluk" sözkonusudur.²⁰⁵

Hukuki niteliğin tespiti sadece teorik bir sorun olmayıp, aynı zamanda müsaderenin nasıl uygulanacağına dair pratik bir sorundur. Cezalar ve güvenlik tedbirleri arasındaki yukarıda belirtilen bu önemli farklar, mantıksal olarak müsaderenin ceza veya emniyet tedbiri olarak uygulanması arasındaki şu temel sonuç ve sorunlara neden olacaktır.²⁰⁶

a. Ceza olarak uygulanan müsâdere, esasen mülk edinilmesinde hukuken bir engel olmadığı halde bir suçla ilgisi bulunan mallar için söz konusu olup, bunda suçluya acı çektirme ve onu korkutma ve bastırma amacı vardır. Güvenlik tedbiri olarak uygulanan müsâdere ise, daha çok mülk edinilmesi ve dolaşımı meşru olmayan mallar içindir. Burada bir malın ileride bir suçta kullanılmasını önleme ve bundan meydana gelebilecek tehlikelerden korunma gayesi esastır.

b. Ceza olarak uygulanan müsâdere, ancak mahkemenin fail hakkında mahkumiyet hükmü vermesi durumunda uygulanır. Ceza zamanaşımına tabi olur. Müsaderenin ceza olarak kabul edilmesi halinde fail beraat etmiş veya dava

²⁰⁴ Erem, Türk Ceza, s. 353

²⁰⁵ Erem, Türk Ceza, s. 353

²⁰⁶ Öte yandan ifade ettiğimiz gibi bu sonuçlar ceza ve güvenlik tedbirleri arasındaki farktan çıkan mantıksal sonuçlardır. Ancak bunlar üzerinde öğretilerde ve kanunlarda tam bir uzlaşma bulunmamaktadır. Bu da güvenlik tedbirlerinin yeni bir kavram olmasından kaynaklanmaktadır. Erem, Türk Ceza, s. 354.

zamanaşımına uğramışsa müsadere mümkün olmamalıdır.²⁰⁷ Müsadere bir tedbir olarak kabul edilmişse, fail bilinmese veya suç eşyası faile ait olmasa bile müsadere mümkündür. Failin beraat etmesi, ölmesi veya cezasının affa uğramış olması müsadereye engel olmaz. Bu tür müsadere zamanaşımına tabi olmaz.²⁰⁸

c. Kusur ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağı müsaderenin ceza veya tedbir olmasına göre değişecektir.²⁰⁹ Cezaların hukuki esası manevi sorumluluk iken, güvenlik tedbirlerinin esası tehlike halidir. Birincisi suçu, ikincisi faili dikkate alır.²¹⁰ Müsadere bir ceza olarak kabul edildiğinde, buna uygun olarak suçun bütün unsurları ile gerçekleşmesi ve ayrıca varsa objektif cezalandırılabilme koşullarının sağlanması gerekir.²¹¹ Örneğin, failin hukuka aykırı tipik hareketi gerçekleştirdiği sabit olsa dahi kusurunun bulunmaması halinde müsadere uygulanmamalıdır. Müsadere ceza olarak kabul edildiğinde, eşyanın başkasına ait olması halinde müsadere mümkün olmamalıdır. Ceza olarak uygulanan müsadere suçlunun veya suçla ilişkisi olanların mal varlığına yönelik olup ilgisi bulunmayan üçüncü şahısların hakkı ihlal edilemez. Güvenlik tedbiri olan müsadere eşyanın üçüncü kişiye devredilmesi halinde dahi uygulanabilir. Zira burada amaç bu tür malların arz ettiği tehlikeyi ortadan kaldırmaktır.²¹²

d. Güvenlik tedbiri olarak uygulanan müsaderenin uygulanması zorunlu olmalıdır. Nitekim, ortada bir tehlikelilik halinin varlığı kabul edildiğine göre, bu konuda hakime takdir yetkisi verilmesi amaca uygun olmayacaktır. Tehlikelilik mevcut bir hali ifade ettiğinden tedbirlerin ertelenmemesi gerekir. Ceza olarak uygulanan müsadere ise ihtiyarî nitelikte olabilir, uygulanıp uygulanmaması ve uygulama şekli takdire bağlıdır.

e. Müsaderenin hukuki niteliğinin belirlenmesi tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun kabul edilmemesi halinde de önem kazanmaktadır.²¹³ Nitekim

²⁰⁷ Roggen/Kuty/Moreau/Discepoli, age, s. 7.

²⁰⁸ Roggen/Kuty/Moreau/Discepoli, age, s. 8.

²⁰⁹ Sözüer, Organize, s. 399.

²¹⁰ Tahir Taner, **Ceza Hukuku ve Türk Ceza Kanunu Şerhi**, 1937, s. 582; Erem, Türk Ceza, s. 351; Charles-Jules Lavanchy, **Les mesures de Sûreté en Droit pénal**, Geneve, Château-d'Oex: Impr. Burri-Roch, 1931, s. 67; Dönmezer/Erman, Cilt II, s. 571, no:1346

²¹¹ Sözüer, Alman, s. 400.

²¹² Karataş, age, s. 222-223.

²¹³ Ersan Şen, **Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ceza Hukuku - Ceza Özel Hukuku - Ceza Yargılaması Hukuku - Ceza İnfaz Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 1998, s.179.

hukukumuzda tüzel kişilerin ceza sorumluluğu kabul edilmemiştir. Öğretide hakim görüşe göre de, tüzel kişiler hakkında sadece güvenlik tedbirleri uygulanabilir.²¹⁴ Bununla birlikte tüzel kişiler bakımından kanunda güvenlik tedbirleri olarak düzenlenen iznin iptali ve müsaderenin esas itibarıyla birer ceza oldukları yönünde önemli tespit ve gerekçeler bulunmaktadır.²¹⁵

f. Hukuki nitelik, müsaderenin uygulanma koşullarının yanı sıra, doğuracağı hukuki sonuçlar ve ceza hukukunun diğer kurumları bakımından yaratacağı etki açısından da önem oluşturmaktadır. Geçmişe uygulama yasağı,²¹⁶ zamanaşımı,²¹⁷ af,²¹⁸ cezayı kaldıran şahsi sebepler²¹⁹, aleyhe bozma yasağı²²⁰ gibi konular müsaderenin hukuki niteliğine göre değişecektir.

Yukarıda belirttiğimiz gibi ulaşılan bu mantıksal sonuçların bazıları günümüz müsadere uygulamaları ile örtüşmeyecek, ortaya konan olası sorunlar doğmayabilecektir. Durumun böyle olup olmadığı tezin ilgili bölümlerinde tartışılmaktadır. Belirtelim ki, günümüzdeki uygulamaları, tam olarak ceza veya tedbir diye ayırt etmek mümkün görünmemektedir. Bunların daha çok karma yapıda olduklarını söylemek yanlış olmayacaktır.

²¹⁴ Dönmezer/Erman, Cilt II, s. 570, no:1345

²¹⁵ Duygun Yarsuvat/Köksal Bayraktar/Necmi Yüzbaşıoğlu/Erdoğan Bülbül/Ümit Kocasakal /Özge Aksoy/Pınar Memiş/Gülşah Kurt/Çağla Tansuğ/Didem Yılmaz, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi’nin Görüşü”, **Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar**, der. Teoman Ergül, Ankara, TBB Yayını, 2004.

²¹⁶ Kanunların zaman bakımından uygulanması konusunda ceza ile güvenlik tedbirlerinin farklı rejimlere tabi olduğu sistemlere ve görüşlere rastlanmaktadır. Hukukumuzda cezalar bakımından geçmişe yürüme yasağı anayasal bir kuraldır (m. 38). Güvenlik tedbirleri bakımından ise anayasada açık bir hüküm bulunmamakla birlikte güvenlik tedbirleri bakımından da kanunilik ilkesi öngörülmüştür. Müsaderenin zaman bakımından uygulanması hakkındaki tartışmalar için bkz. Aşağıda “Geçmişe Uygulama Yasağı”, s. 247

²¹⁷ Dava zamanaşımı bakımından cezalarla güvenlik tedbirleri arasında fark bulunmamaktadır. Zira, güvenlik tedbirleri de tıpkı cezalar gibi, ancak hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılmış olan bir suçta istinat edilerek uygulanabilecektir. Erem, Türk Ceza, s. 354.

²¹⁸ Sözüer, Organize, s. 178; Dönmezer/Erman, Cilt II, s. 472, no:1345. Müsaderenin güvenlik tedbiri niteliğinde olması amaçlanıyorsa özel af ve ceza zamanaşımı hallerinde de uygulanabilmesi gerekir. Genel af ise güvenlik tedbirlerinin de uygulanmasına engel olmaktadır. Zira, güvenlik tedbirlerinin uygulanabilmesi için bir suçun işlenmesinin şart olması ve genel af ile işlenen fiilin bizzat suç vasfı kaldırıldığına göre güvenlik tedbirlerinin uygulanması mümkün değildir. Erem, Türk Ceza, s. 354.

²¹⁹ Bkz. Aşağıda “Kusur ilkesi”, s. 252

²²⁰ “5237 sayılı yasada zorlamanın güvenlik tedbiri olarak düzenlendiği de dikkate alındığında, 5271 sayılı CMK’nın 309.maddesinde yasa yararına bozma hallerinde aleyhe değiştirmeme yasağının “ceza” ile sınırlı tutuluşu karşısında artık aleyhe sonuç doğurup doğurmaması da herhangi bir önem taşımayacaktır.” YCGK, 19.09.2006- 199/188, Yargıtay Ceza Genel Kurul Kararları Kapsamında Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu- Kasım 2008, s. 206; Serap Keskin, Ceza Muhakemesi Hukukunda Reformatio İn Peius Kuralı, Tufan Yüce’ye Armağan, s. 409-421

Bu genel açıklamalardan sonra müsaderenin hukuki niteliği konusundaki görüşleri açıklamaya geçelim.

III. Müsaderenin Ceza Olduğunu Kabul Eden Görüş

1. Ceza Kavramı ve Cezanın Özellikleri

Ceza hukukunun sistematik olarak ortaya çıkmasından önce, sosyal bir kurum olarak karşımıza çıkan ceza, tarihin her döneminde suça karşı tepki olarak var olmuştur.²²¹ Cezanın esasını suç siyasetinde aramak gerekmele birlikte teknik hukuk bakımından cezanın tanımını yapmak, onu özellikle diğer yaptırım türlerinden ayırmak bakımından zorunluluk arz eder.²²²

Öğretide cezanın çeşitli tanımları bulunmaktadır. Bunlardan hem ceza hukukunun kurucularından olması hem de sosyolojik içeriği nedeniyle Beccaria'nın tanımı ilk olarak söylenmelidir. Beccaria'ya göre ceza; *“toplumun dirlik ve düzen adına, gözden çıkardığı özgürlüklerin toplamının ürettiği ve yasaları çiğneyecek zorba ruha ve kişilere karşı kullanılacak silahlara”* denir.²²³ Dönmezer ve Erman cezayı *“topluma büyük ölçüde zarar veren fiiller karşılığı devletin son çare olarak kanun ile yarattığı ve izlediği diğer yapıcı amaçlar yanında, özellikle suç işleyeni bazı yoksunluklara tabi kılmak ve toplumun işlenen fiili onamama tutumunu belirtmek üzere ilke olarak bir yargı kararı ve suçlunun sorumluluk derecesi ile orantılı biçimde uygulanan korkutucu, caydırıcı bir müeyyide”* olarak tanımlamaktadırlar.²²⁴ İçel ve diğer yazarlara göre de, ceza yasalarda suç olarak belirlenmiş eylemlere karşı yine yasalarda öngörülen, kişiyi bazı yoksunluklara sokan, suçluyu ıslah etme, topluma yeniden kazandırma ve korkutuculuk özelliğinden dolayı suç işlenmesini önleme amaçlarına yönelik bir yaptırımdır.²²⁵

²²¹ Dönmezer/Erman, Cilt III, s. 541, no, 1307

²²² Dönmezer/Erman, Cilt III, s. 543, no. 1309

²²³ Cesare Beccaria, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, çev. Sami Selçuk, Ankara, İmge Yayınları, 2004.

²²⁴ Dönmezer/Erman, Cilt III, s. 543, no. 1309

²²⁵ İçel/Akıncı-Sokullu/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, Yaptırım, s. 4. Fransız doktrininde De Vabres'e göre cezanın en önemli özelliğini suç failine ızdırap vermesi olduğu ve bunun cezayı diğer zorlayıcı tedbirlerden ayırdığına işaret etmiştir. Donnedieu De Vabres, **Traité de droit criminel et de législation pénale comparée**, 3. Baskı, Paris, 1947, n. 464, s. 274. Bouzat ve Pinatel'e göre ise ceza

Cezanın amacı konusunda öğretilerdeki görüşler mutlak, nispi teoriler ve uzlaştırıcı teoriler olarak üç grupta toplanmaktadır. Öncülüğünü Kant ve Hegel'in yaptığı mutlak teoriye göre, cezanın meşruluğu kendisindedir. Kant'a göre "*bir adada yaşayan topluluk dağılmaya karar verirse öncelikle son idam mahkûmunun cezası infaz edilmelidir*". Hegel de, diyalektik bir söylemle cezanın esasını "hukukun yadsınmasının yadsınması" olarak ifade etmiştir. Yani hiçbir yararı olmasa da, adalet gereği kötülük yapanın karşılığını bulması gerekir.²²⁶ Mutlak teoriye göre failin kusuru ancak cezanın uygulanmasıyla telafi edilebilir. Bu teori, suçluyu değil, suçu esas alır. Ödetici nitelikteki ceza, geçmişe yöneliktir. Suçlu cezasını çektiğinde günahından temizlenmiş olur ve toplumla olan hesabı da görülmüş olur.²²⁷ Bu düşünce, ceza hukukunun görevinin sadece adaleti gerçekleştirmek değil, aksine insanların barış içinde bir arada yaşamaları için hukuki değerleri korumak olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir.²²⁸

Nisbi veya önleyici teoriye²²⁹ göre ise, cezanın amacı suça değil, suçluya yöneliktir. Suç zaten işlenmiş olduğundan önemli olan bunun gelecekte tekrarlanmamasıdır. Bu nedenle, cezanın geleceğe dönük ve önleyici nitelikte olması gerekir. Ceza, suçlu üzerindeki önleme etkisi ile suçluyu (özel önleme), toplumu oluşturan bireyler üzerindeki etkisiyle de toplumu (genel önleme) suç işlemekten alıkoyacaktır. Alman öğretisinde teorinin öncüsü Feuerbach'a göre suçların önlenmesi için devletin fiziki baskısı tek başına yeterli olmayıp bununla birlikte ceza tehdidinin neden olduğu psikolojik baskı da olmalıdır. Aynı görüşün 19.yüzyıldaki temsilcisi olan von Liszt cezanın amacının suçların sebeplerinin ortadan kaldırılması olduğunu belirterek, bu amacın iyileştirme, korkutma ve zararsızlaştırma araçlarıyla gerçekleştirilmesi gerektiği görüşünü savunmuştur.²³⁰

failin şahsına, malına ve şerefine etkili zorlayıcı bir önlemdir. Pierre Bouzat/Jean Pinatel, **Traité de droit pénal et de criminologie**, Tome: I, 2. Baskı, Paris, 1970, n. 315, s. 385.

²²⁶ Nurullah Kunter, "Cezalardan Neler Bekliyoruz, Neler Beklemeliyiz?", **Siyasi İlimler Mecmuası**, Sayı: 145, 1943, S. 17; Nur Centel, "Cezanın Amacı ve Belirlenmesi", **Prof.Dr.Turhan Tufan Yüce'ye Armağan**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2001, S. 337- 372; Zeki Hafizoğulları, **Ceza Normu, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni**, Ankara, 1987, s. 198; Ahmet Gökçen, "Cezanın Amacı ve Hürriyeti Bağlayıcı Cezanın İnfaz Sistemleri", **Ceza Hukuku Makaleleri**, İstanbul, 2002, s. 45-69.

²²⁷ Dönmezer/Erman, Cilt II, no. 1335

²²⁸ Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Seçkin Yayınları, 2011, s 475; Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/A. Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku, Genel Hükümler**, 4. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2009, s. 10; Yenidünya, Şartla Salıverme, s. 82

²²⁹ Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, Ceza Hukuku, s. 536.

²³⁰ Ayşe Nuhoglu, **Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri**, Ankara, Adil Yayınevi, 1997, s. 27

Her iki teoriyi birleştiren ve günümüzde kabul edilen uzlaştırıcı veya karma teoriye göre, cezanın amacı sadece ödetme değil aynı zamanda önlemedir. Cezanın kefaret amacı bir kenara bırakılmayacağı gibi²³¹, geleceğe yönelik önleme işlevini de sürdürmelidir. Ceza miktarı failin kusuruna göre belirleneceğinden ve ceza işlenen suçun kefareti olacağından cezalandırmada aşırılığa gidilemeyeceği gibi korkutucu olan cezanın eğitici bir etki de göstereceği ileri sürülmektedir.²³² Bu itibarla ceza, bir tür sosyal kontrol aracıdır.²³³ Çağdaş ceza hukukunda cezanın şu özelliklere sahip olması gerektiği kabul edilmektedir.²³⁴

- Ceza insan onuruyla bağdaşır olmalıdır. Hümanizm ilkesi olarak da adlandırılan bu ilkeye göre ceza, insanın şeref ve onuru ile bağdaşır yani insancıl olmalı; cezanın infazı, suçluyu yeniden topluma kazandırmayı amaçlamalıdır. Ceza, faili hak yoksunluklarına tabi tutar ancak bedensel eziyet ve ızdırap kabul edilemez.²³⁵ Sadece suç oluşturan davranış normlarının saptanmasında değil fakat ceza yaptırımının belirlenmesinde, ceza yargılamasında ve cezanın infazı aşamasında da dikkate alınmalıdır. İnsan onuru ilkesi, bireyleri siyasal güce ve diğer bireylere karşı koruyucu bir işleve sahiptir.²³⁶ Hapis cezasının infazında, hükümlünün cezaevi sonrası yaşantısında sosyal sorumluluğa sahip bir birey haline getirilmesi amaçlanmalı, eğitim ve iyileştirme programları ile cezanın kefaret amacı ikinci plana atılmalıdır. Ölüm cezası, hücre hapsi, hadım etmek, vatandaşlık haklarından yoksun bırakmak gibi suçlunun yeniden topluma dönmesini olanaksız kılan veya geri dönüşü mümkün olmayan izler bırakan cezalandırma biçimleri bu ilke ile bağdaşmaz.²³⁷

²³¹ Yarsuvat'a göre suçun cezalandırılmasında intikam fikri tamamen terk edilmiştir. Cezanın amacı toplumu korumak ve aynı zamanda suçluyu himaye ve ıslah etmektir. Duygun Yarsuvat, "Ceza ve Yeni İçtimai Müdafaa Doktrini", **İHF**M, XXXII, 1, 1966, 79-99.

²³² Nuhoglu, Emniyet, s. 28.

²³³ Sulhi Dönmezer, "Türk Toplumunda Sosyal Kontrol Aracı Olarak Ceza ve Ödüllendirme" **İÜHF**M, XL VIII-XLIX, 1-4, 1983, s. 297 vd.

²³⁴ Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, Ceza Hukuku, s. 538.

²³⁵ Erem/Danışman/Artuk, age; Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler II-III**, İstanbul, 1992, 34;

Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, 18;

²³⁶ Yener Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, 591-592.

²³⁷ Kayıhan İçel/Süheyl Donay, **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku**, 1. Basım, Beta Yayınları, 2005, s. 72-73.

Uluslararası insan hakları belgelerinde ve iç hukukta bu ilke doğrultusunda, insan onuru ile bağdaşmayan bedensel cezalar yasaklanmıştır.²³⁸

- Ceza kanunla belirlenmiş olmalıdır. Beccaria'nın isabetle belirttiği gibi yasalar toplum adına yapıldıklarına göre herkes neyin yasak olduğunu ve olmadığını bilmelidir. Bunun için de yasaların herkesin anlayacağı dille ve açık biçimde kaleme alınmaları gerekir. Bugün, bu ilke daha da pekiştirilmiş hak ve özgürlüklerin güvence altına alınabilmesi için suçların yazılı, kesin, sonuçları önceden kolayca öngörülebilir biçimde yasayla belirlenmesi ilkesi benimsenmiştir.²³⁹

- Cezalar, kamu esenliğine verdiği zararlar ve insanları suça iten nedenlerle orantılı ve bu suretle çok daha etkili olmalıdır. Cezaların amacı, suçlunun kendi yurttaşlarına karşı zarar vermesini engellemekten ve başkalarının benzer eylemlerde bulunmalarını önlemekten ibaret olduğuna göre, sözkonusu cezaların oranları ve onların uygulanma yöntemleri öyle seçilmelidir ki, bunlar insanların ruhları, zihinleri üzerinde pek çok kalıcı ama suçlunun bedeni üzerinde en az üzücü iz bırakacak biçimde olsunlar.²⁴⁰

- Ceza kişisel olmalıdır, suç işlememiş olan kişileri etkilememeli veya kişiler üzerinde doğuracağı yan etkiler en aza indirilmiş olmalıdır.²⁴¹

- Kanun önünde eşitlik ilkesinin uzantısı olarak cezaların uygulanması bakımından da eşitlik ilkesine uyulmalıdır. Cezanın bireyselleştirilmesi sonucunda aynı suçu işleyenlere farklı ceza verilmesi, eşitlik ilkesinin ihlali olarak kabul edilemez. Ayrıca kanunkoyucu bazen hakimi fiilin işlenme şekli veya bazı görevlerin icrası sırasında işlenen fiiller karşısında daha katı davranmaya mecbur etmiştir.²⁴²

- Ceza bölünebilir olmalıdır.²⁴³ Yaptırımın, işlenen suçun ağırlığına, suçlunun kişiliğine veya kusuruna uydurulmak suretiyle bireyselleştirilebilmesi için

²³⁸ Detaylı bilgi için bkz. Fatma Karakaş Doğan, **Cezanın Amacı ve Hapis Cezası**, Legal Yayıncılık, 2010, s. 55 vd.

²³⁹ Beccaria, age, s. 35.

²⁴⁰ Beccaria, age, s. 56

²⁴⁰ Beccaria, age, s. 45. varlığı, zorunlu olarak cezaların salt kişisel olmalarını istemektedir. Zira ceza kişisel değilse, özgürlük de yoktur” gerekçesiyle kişisel olmalarını, cezaların çabuk ve aynı suçlara aynı, ayrı suçlara ayrı yaptırımlar olarak verilmelerini, ceza ölçütlerinde yanılığa düşülmemesini, ancak ağırlık ve basamaklandırmanın iyi yapılmasını önermektedir.”

²⁴¹ Beccaria, age, s. 45.

²⁴² Artuk/Gökçen/Yenidünya, Uygulamalı 2006, s. 19.

²⁴³ Dönmezer/Erman, Cilt II, n. 1342; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Uygulamalı 2006, s. 19

bölünebilir olması gerekir. Ayrıca, bu sayede adli hata olasılığına karşın tamir edilebilme imkanı olmuş olur.

- Cezaya yargısal bir karar ile adil bir yargılanma sonucunda hükmedilmelidir. Bu kural hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez bir sonucudur.

- Ceza faili birtakım yoksunluklara maruz bırakır. Bu nedenle ızdırıp verici, acı çektirici, bastırıcı nitelik gösterir.²⁴⁴ Ancak sadece ödetme ve acı verme amaçlı değil, aynı zamanda faili ıslah edici nitelikte de olmalıdır. Beccaria'ya göre, ceza diğer özelliklerinin yanısıra ılımlı olmalı ve suçu önleme amacı taşımalıdır.²⁴⁵

- Ceza, temel hak ve özgürlüklere olan etkisi nedeniyle en son başvurulması gereken bir araçtır. Buna cezanın ultima ratio (son çare) olması denilir. Hukuka aykırı ve düzeni bozan fiiller, ceza hukuku alanı dışındaki diğer yaptırımlarla baskılanabildiği sürece cezaya başvurulmamalıdır.²⁴⁶

2. Görüşlerin Açıklanması

a. Kanunun Sistematiğine Dayanan Görüş

Müsaderenin ceza olduğunu savunanlar farklı gerekçeler ileri sürmüşlerdir. Özellikle Alman doktrininde savunulan birinci gerekçe, müsaderenin genel ceza kanunlarının cezalar bölümünde düzenlenmiş olduğu hususudur. Bu görüşte olan yazarlardan bazıları, müsaderenin bazen ceza bazen tedbir olarak kabul edilmesine

²⁴⁴ Dönmezer/Erman, Cilt II, no: 1310

²⁴⁵ Sami Selçuk, **Beccaria'nın İnsanlığa Bildirisi**, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 1. Basım, 2004, s. 52-56.

²⁴⁶ Ali Rıza Çınar, **Türk Ceza Hukukunda Cezalar**, Ankara, Turhan Yayınevi, 2005, s. 10 vd.; Hamide Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75**, İstanbul, Beta Yayınları, 2011, s. 444.

Öğretide ayrıca iyi bir cezada bulunması gereken özelliklerden birisi de, devlete mümkün olduğu kadar az masraf yüklemesi olduğu söylenmektedir. Buna göre, cezanın amacına ceza türlerinden herhangi birisi ile ulaşılabilecek ceza türü belirlenmeli ve tercih edilmelidir. Örneğin, para cezasının amaca uygun olduğu hallerde hapis cezasının tercih edilmesi, iyi bir cezada bulunması gereken bu özellik ile bağdaşmaz. Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, 486; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel, s. 836; Doğan F., age, s. 58. Kanaatimize göre, cezaların temel haklar üzerindeki etkileri düşünüldüğünde öncelik, insan onuruyla bağdaşma, kanuni olma ve orantılı olma gibi özelliklerindedir. Ancak bu nitelikler sağlandıktan sonra, yargılama ekonomisi ilkesi dikkate alınabilir.

karşıdırlar. Böylesi bir görüşün tesadüflere bağlı olduğunu ve tesadüflerin bir kurumu belirlemede etkili olmaması gerektiğini savunurlar.²⁴⁷

Öğretide Şen, anayasada “genel müsadere cezası” kavramının kullanılmış olmasını müsadere ceza olduğu yönündeki görüşünü desteklemek amacıyla ileri sürmektedir.²⁴⁸ Anayasa Mahkemesi de bir kararında Anayasa’daki genel müsadere yasağını dikkate alarak müsadere ceza niteliğinde olduğunu ifade etmiştir.²⁴⁹

765 sayılı TCK döneminde de müsadere cezaların kanuni sonucu olarak düzenlenmiştir. Sistematik açıdan ileri sürülen bu görüş, öncelikle genel ceza kanunlarından bağımsız olarak düzenlenen müsadere hükümlerini açıklamaktan aciz kaldığı için eleştirilmiştir.²⁵⁰

b. İhlale Tepki Görüşü

Kanunun sistematiğine dayanan görüşün haklı olarak eleştirilmesi üzerine ihlale tepki görüşü ortaya konmuştur. Müsadereyi ceza olarak kabul edenlerin bir başka argümanı müsadere ceza normunun ihlaline tepki olduğu yönündedir. Müsadereye bütün unsurlarıyla gerçekleşmiş bir suç nedeniyle hükmedilebilmesi ve yaptırımın fail bakımından kötülük niteliğinde olması onu ceza haline getirmektedir.²⁵¹

Kanunun sistematiğinden yola çıkanlara göre çok daha sağlam bir temele dayanan bu görüşe göre, müsadere tehlikelilik olgusundan ziyade bir çeşit ihlale tepkidir. Müsadere sonucunda, failin uğrayacağı malvarlığı kaybı dolayısıyla, faile asıl cezaya ilaveten ferî bir kötülük yükletilmiş olmakta, böylelikle kefarete gerçekleşmektedir. Özgenç’e göre de, “*suçun işlenişinde kullanılan eşyanın müsadere cihetine gidilmesi ile fail üzerinde repressif, zecri bir etki bırakılması*

²⁴⁷ Önder, Cilt III, s.89

²⁴⁸ Şen, Anayasa, s. 180

²⁴⁹ “Kimi hukukçulara göre müsadere dahî bir emniyet tedbiri niteliğindedir. Ancak genel zorahlım yasağı Anayasa'nın 33. maddesinde yer aldığına ve bu arada müsadere için ceza deyimi kullanıldığına göre, müsadereyi, tedbirden ziyade mameleke yönelmiş bir ceza niteliğinde saymak gerekir.” AYM, 09.03.1971-42/30, 23.11.1971 sayılı kararı için bkz.

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=342&content=

²⁵⁰ Sözüer, Organize, s. 179

²⁵¹ Sözüer, Organize, s. 179

amaçlanmaktadır. Suçun işlenişinde kullanılan eşyanın müsadere ile, araç sağlamak suretiyle suçun işlenişine katılan kimseye bu davranışının özellikle suçluluk gösterdiği uyarısında bulunmaktadır.”²⁵²

Bu görüş de, önemli olanın yaptırımın etkisinin muhatap bakımından ne şekilde anlaşıldığının değil, yaptırımın amacının ne olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Zira, güvenlik tedbirleri de, muhatapları bakımından kötülük olarak algılanabilir. Esas amacı ıslah ve topluma yeniden kazandırma olsa da, güvenlik tedbirlerinin de böyle bir yan etkisi bulunmaktadır.

Bu görüşün ayrıca müsadere, fiil ve failden bağımsız olarak, bir başka deyişle, eşyanın bizzat müsadereye tabi olması halini açıklayamadığı belirtilmektedir. Müsaderenin ceza olduğunu savunanlar, bu son eleştiri karşısında, bu tür müsadere kararının da bir ceza yargılaması sonucunda veriliyor olmasını görüşlerini desteklemesi bakımından ileri sürmüşlerse de, bir suçtan dolayı ceza mahkemesince karar verilen her yaptırımın ceza olmaması ve cezanın amacının da failin iradesinin üzerinde bir etkide bulunmak olduğu cevabıyla karşılaşmışlardır.²⁵³ Üçüncü kişilerin mallarının da müsadere edilebilmesi²⁵⁴, müsaderenin ceza olduğu görüşünü çürütmek üzere ileri sürülmüştür. Zira, üçüncü kişinin suçla ilgisi veya kusuru bulunmamaktadır. Buna karşılık ceza görüşünü savunanlar, üçüncü kişiye ait malların müsadere edilmesi durumunda failin bunu tazminle yükümlü olduğu gerekçesiyle yaptırımın muhatabının esas olarak fail olduğunu ileri sürmüşlerse de, bu düşünce de kamusal nitelikli ceza kavramını özel hukuktaki tazminatla aynileştirdiği için haklı olarak eleştirilmiştir.²⁵⁵ Nitekim, günümüzde üçüncü kişiye

²⁵² İzzet Özgenç, **Uygulamalı Ceza Hukuku, Çözümlü Örnek Olaylar ve Karar Tahlilleri**, 2. Basım, İstanbul, 1998, s. 309.

²⁵³ Sözüer, Organize s. 180-181

²⁵⁴ Hukukumuzda, 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesinden önce kusuru aranmaksızın üçüncü kişinin malının müsadere edilmesini öngören hükümler bulunmaktaydı. 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 108.maddesinin son fıkrasına göre “Kaçak orman mallarının taşınmasında kullanılan canlı ve cansız bütün nakil vasıtaları kime ait olursa olsun idarece zapt ve mahkemelerce müsaderesine hükmolunur” şeklinde idi. Bu hüküm 23.1.2008 tarih ve 5728 sayılı kanunun 215.maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Benzer biçimde, 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkındaki Kanunu'un 12 ve 14.maddelerinin son fıkralarına göre de “kanun kapsamındaki silah ve aletlerin yapımından ve taşınmasında bilerek kullanılan her türlü araç ve gereçlerin başkasına ait olsa ve başka amaçla kullanılmak üzere verilmiş bulunsa bile zoralmına hükmolunur” şeklinde idi. 6136 sayılı kanunun 12 ve 14.maddelerinin son fıkraları 23.1.2008 tarih ve 5728 sayılı kanunun 157.maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Günümüzde ise, TCK'nın 54 ve 55.maddeleri uyarınca iyiniyetli üçüncü kişilerin malları müsadere edilmez.

²⁵⁵ Sözüer, Organize, s. 182

ait bir malın müsadere edilebilmesi için onun da kusurlu olması veya iyiniyetli olmaması gibi kriterler benimsenmektedir.

c. Müsaderenin Faile Yönelik Uygulanmasına Dayanan Görüş

İhlale tepki görüşünü tamamlayıcı nitelikte olduğunu düşündüğümüz bu görüşe göre, müsaderenin ceza olması faile yönelik olarak uygulanabilmesinden kaynaklanmaktadır. Alman Ceza Kanunu'nun 74. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen müsaderenin ceza niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. Bu görüşte olan yazarlara göre, müsaderenin fail veya faillere yönelik olması, ihtiyari olması ve asıl cezanın yanında bir misilleme olarak hükmedilmesi müsadereyi ceza olarak nitelendirmeye yetmektedir.²⁵⁶ Nitekim, cezaların şahsiliği ilkesi gereğince müsadere, ancak bir eşyayı suçta kullanan veya bir suçtan malvarlığı elde eden kişi bakımından, onun malvarlığında bulunan değerler için uygulanmalıdır.²⁵⁷ Müsadereye, mahkumiyete bağlı ek bir ceza olarak karar verilirken failin tehlikeliliği herhangi bir rol oynamamaktadır.

Bu görüş de yukarıda belirtildiği gibi üçüncü kişilerin malvarlığına yönelik müsadere uygulamalarını açıklayamamaktadır.

d. Müsaderenin Geçici Nitelikte Olmamasına Dayanan Görüş

Müsaderenin eşyanın mülkiyetinin sürekli olarak devlete geçmesi sonucunu doğurması da, ceza görüşünü benimseyenlerce bir gerekçe olarak ileri sürülmüştür. Şen'e göre, güvenlik tedbiri geçici nitelikte, cezalar ise kalıcıdır.²⁵⁸ Bu sebeple, eşyanın mülkiyetinin kişiden alınıp kalıcı şekilde devlete geçirilmesi olan müsadere, güvenlik tedbiri olarak kabul edilmemelidir. ETCK'nın 36. maddesinin 2. fıkrasında

²⁵⁶ Sözüer, Organize, s. 181

²⁵⁷ Öztürk ve Erdem'in müsaderenin faile yönelik olduğu ve bu nedenle ceza niteliğinde olduğu görüşü kendi içinde çelişkili görünmektedir. Zira, ceza ile güvenlik tedbirleri arasındaki fark açıklanırken cezanın faile değil fiile, güvenlik tedbirlerinin ise faile yönelik olduğu söylenir. Kanaatimizce yazarların burada "faile yönelik" ibaresi ile işaret etmek istedikleri husus cezaya hükmedebilmek için kusurun aranmasıyla ilgilidir. Öztürk/Erdem, age, s. 410.

²⁵⁸ Şen, Anayasa, s. 180.

düzenlenen müsadere uygulamasının tedbir niteliğinde olduğu yönündeki hakim görüşe karşılık Şen, bu tür müsaderenin ceza olduğu görüşündedir. Yazara göre “failin bulunup bulunmaması, faillerin suç işlediklerinin ispat edilip edilmemesinin, eşya üzerinde failin sadece zilyet olmasının ve fakat eşyanın sahibi olmamasının bir önemi yoktur ve bu sebepler müsaderenin tedbir sayılmasını da sağlamaz”.

765 sayılı kanun döneminde müsaderenin ceza niteliğinde olduğunu savunan Şen, 5237 sayılı TCK’da müsaderenin güvenlik tedbiri olarak düzenlenmesine karşın aynı niteliği koruduğu görüşündedir. TCK m. 54/1 de düzenlenen haller ve hükmün gerekçesinden bu sonuç çıkmaktadır. Gerekçede üçüncü kişinin iyiniyetinin suça iştirak etmemesi halinde korunacağı düzenlenmektedir. Yazara göre müsadere ister fer’i ister asli nitelik taşıyın veya ister faili bulunsun ister bulunmasın cezai niteliği ön planda olan bir ceza hukuku kurumudur.²⁵⁹ Şen’e göre müsaderenin “tedbir” niteliğinde olduğu görüşüne karşı ileri sürülebilecek en önemli eleştiri müsaderenin tedbirler gibi geçici değil, kalıcı olmasıdır.

e. Müsaderenin İhtiyarilik Niteliğine Dayanan Görüş

Müsadereyi ceza olarak kabul edenlerin bir başka gerekçesi de müsaderenin ihtiyari olmasıdır. Alman Ceza Kanunu’nun 74. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen eşya müsaderesi buna örnek olarak gösterilmektedir.²⁶⁰ Buna karşılık Lavanchy, güvenlik tedbirlerinin ilişkin olduğu pozitif hakkın niteliğine göre zorunlu veya ihtiyari olarak uygulanabileceğini, akıl hastaları ve küçük suçlular hakkındaki tedbirler bakımından olduğu gibi, tedbirin niteliğine göre zorunluluk sisteminin tercih edilebileceğini belirtmektedir.²⁶¹ Bir başka deyişle ihtiyariliğin tek başına hukuki niteliği belirleyici bir kriter olamayacağını söyleyebiliriz.

²⁵⁹ Şen, TCK Yorum, s. 176 vd.

²⁶⁰ Buna göre “kasten işlenen suçlarda, bu suçtan doğan veya suçun işlenmesinde veya hazırlanmasında kullanılmış olan veya suçta kullanılmak üzere hazırlanmış bulunan eşya müsadere edilebilir.”

²⁶¹ Lavancy, age, s.66, 73

f. Müsaderenin Mahkumiyetin Sonucu Olduğu Görüşü

“İhlale tepki” görüşünün bir benzer nitelikte bir başka görüş müsaderenin mahkumiyetin sonucu olduğu yönündedir. Alman öğretisinde, müsadereye asıl cezanın yanında bir misilleme olarak hükmedilmesinin, müsadereyi ceza olarak nitelendirmeye yettiği savunulmuştur.²⁶² Bauman ve Schmiedhuser de müsadereyi ceza mahkumiyetinin kanuni sonucu olarak nitelendirenlerdendir.²⁶³ Müsadereyi ceza olarak kabul edenler müsaderenin genellikle fer’i ceza²⁶⁴ veya ceza mahkumiyetinin kanuni sonucu olarak uygulandığını belirtmektedir.²⁶⁵ İtalya’da öğretinin dikkate değer bölümü müsaderenin fer’i cezalar kategorisine sokulması gerektiğini savunmaktadır.²⁶⁶ Majno’ya göre ise müsadere ceza değil, fakat ceza mahkumiyetinin sonucudur. Yazar, mülkiyeti mahkuma ait olmayan eşyanın müsadere edilebilmesi ve mahkumun ölümüne karşın müsaderenin mümkün olmasını düşüncesine dayanak olarak göstermektedir.²⁶⁷ Hukukumuzda da, Askeri Ceza Kanunu’nun 78. maddesinde yer alan “düşman tarafına kaçma” suçunun cezası olarak düzenlenen ve genel müsadere yasağına aykırı olan müsadere düzenlemesi,

²⁶² Sözüer, Organize, s. 181

²⁶³ Nuhoglu, Emniyet, s. 87.

²⁶⁴ İkincil veya tali veya fer’i ceza asli cezanın etkisini artırmak, uslandırıcılık niteliğini güçlendirmek için asıl cezaya ek olarak mahkum olunan ceza türüdür. Şükrü Alpaslan, “Türk Ceza Kanununda Fer’i ve Mütemmim Cezalar”, **TCK’nın 50. Yılı ve Geleceği**, İstanbul 1977, s. 225. Kamu hizmetlerinden yasaklılık, belirli bir meslek veya sanatın tatili, hükmün ilanı gibi. Bunların bir kısmı hakimın takdir yetkisinde olup, öğretide, hakimın hükmedip hükmetmemekte serbest olduğu ikincil cezalara mütemmim-tamamlayıcı ceza denilmektedir. (Dönmezer/Erman, Cilt II, s. 640; Süheyl Donay, **Para Cezaları**, İstanbul, 1972, s. 170) Hakimın hükmetmek zorunda olduğu ikincil cezalar dışında bir de kendiliğinden hüküm ifade eden cezalar vardır ki, bunlar da öğretide mahkumiyetin kanuni sonucu olarak adlandırılmaktadır (Alpaslan, kendiliğinden hüküm ifade eden veya hakimın hükmetmek zorunda olduğu ve öğretide genellikle fer’i ceza olarak kabul edilen yaptırımlar “mahkumiyetin kanuni sonucu”, hakimın hükmedip hükmetmemekte serbest olduğu ve öğretide genellikle mütemmim ceza olarak gösterilen yaptırımlar ise “ek ceza” olarak kabul edildiğinde bu kavram kargaşasının son bulacağı görüşündedir. Alpaslan, age, s. 245). Erem, Ümanist, s. 170. Buna karşılık, asıl ceza veya daha eski tabirle asli ceza, kanunkoyucunun suça mahsus ve doğrudan doğruya o suçun karşılığı olarak koyduğu ve tek başına uygulanabilen cezadır. Abdullah Pulat Gözübüyük, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Cilt I (Madde 1-124), 5.Basım, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1989, s. 66; Dönmezer/Erman, Cilt II, 589; Önder, Dersler, 488; Centel/Zafer/Çakmut, age, s. 568; Çınar, age, s. 20; Doğan Soyaslan, **Kriminoloji: Suç ve Ceza Bilimleri**, İstanbul, Yekin Yayınları, 2003. s. 182; Yüce, age, 120; Erem, Ümanist, s. 170.

²⁶⁵ Cengiz Ergan, **Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu Madde Suçları**, Ankara, 1988, s. 123. Soyaslan’a göre müsadere genel olarak fer’i bir yaptırım olmasına karşın bir ceza yaptırımına bağlı olması şart değildir. Buna örnek olarak sokakta bulunan sahipsiz silahın müsaderesi gösterilmektedir. Soyaslan, Kriminoloji, s. 575.

²⁶⁶ Caraccioli, s. 610, (nakleden Aydın Ö, Emniyet, s. 144).

²⁶⁷ Majno, **Ceza Kanununun Şerhi, Türk ve İtalyan Ceza Kanunları**, Cilt I, Yargıtay Yayınları, No. 3, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977, s. 133.

suçun asıl cezası olan ölüm cezasına ek bir ceza olarak öngörülmişti.²⁶⁸ Türk Ceza Kanunu'nun 2003 tarihli tasarısının gerekçesinde de müsadereenin “feri ceza” olarak düzenlendiği belirtilmiş, ancak bu görüş yasalaşma sürecinde benimsenmemiştir.

Öğretide müsadereyi ceza olarak kabul edenlerin bir kısmı, kurumun esasında mahkumiyetin bir sonucu olduğunu söylemişlerdir. Yurtcan, 765 sayılı TCK'nın 36. maddesinin 1. fıkrasındaki düzenlemeyi mahkumiyetin bir sonucu olarak değerlendirmiştir.²⁶⁹ Yargıtay'ın da bu yönde vermiş olduğu az sayıda kararı mevcuttur.²⁷⁰ Erman ise müsadereyi genel olarak ceza mahkumiyetinin kanuni sonuçlarından en önemlisi olarak nitelmiştir.²⁷¹ Yeni kanun döneminde müsadereye hükmedilebilmesi için mahkumiyet koşulu aranmamasına karşın doktrinde müsadereyi halen “mahkumiyetin bir sonucu olarak” nitelendiren yazarlara rastlanmaktadır.²⁷²

Öğretide, müsadereenin tıpkı ehliyetin alınması veya meslekten men gibi cezai bir fonksiyon gördüğü gerekçesiyle (hukukumuzda güvenlik tedbiri olarak düzenlenmesine karşın ferî ceza niteliğinde olduğunu düşündüğümüz) hak yoksunluklarına benzediği de ifade edilmiştir.²⁷³

AIDP kararlarına baktığımızda, özel müsadereenin suçla mücadelede hapis ve para cezalarına ek olarak veya onların yerine uygulanabileceği belirtilmiştir.²⁷⁴ AIDP'nin 1999'da Budapeşte'de yapılan 16. Kongresinde müsadereenin ceza yargılamasının güvencelerini temin etmek bakımından önleyici bir tedbir olarak değil, cezai bir yaptırım olarak kabul edilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Ayrıca kararda, müsadereenin kapsamının failin suçtan elde ettiği net geliri aşp aşmadığına göre, özellikle faile uygulanacak olan cezanın orantılılığı ilkesini sağlamak

²⁶⁸ Sahir Erman, **Askeri Ceza Hukuku, Umumi Kısım ve Usul**, İstanbul, 1983, s. 155, par. 156.

²⁶⁹ Erdener Yurtcan, **Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi İlgili Mevzuat**, c.III, İstanbul, 1988, s. 332.

²⁷⁰ YİBK, 5.11.1944, 33/1

²⁷¹ Sahir Erman, **Sosyal ve Ticari Ceza Tatbikatı**, İstanbul, 1967, 87, par. 166.

²⁷² Zafer, age, s. 426; Vahit Bıçak, **Suç Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2010, s. 539.

²⁷³ Gaston Stefani/Georges Levasseur/Bernard Bouloc, **Droit Pénal Général**, 20 Édition, Paris, Dalloz, 2007, No: 142, s. 409.

²⁷⁴ Cuesta, Resolutions, s. 44. Kararda ayrıca, müsadereenin faile ait olduğuna bakılmaksızın, ancak 3. kişinin haklarını koruyarak suçla amaçlanan bütün malları kapsaması gerektiği ifade edilmiştir.

bakımından cezanın bir parçası olarak kabul edilmesi gerektiğine işaret edilmektedir.²⁷⁵

g. Diğer Görüşler

Bazı yazarlar, müsadereyi genel olarak ceza niteliğinde kabul etmeyip sözkonusu eşyanın suçtaki rolüne göre ceza niteliğinde olduğunu savunmaktadırlar. Özgenç, suçun işlenmesinde kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan eşya bakımından müsadereyi ceza olarak kabul etmektedir.²⁷⁶ Gedik'e göre ise "suç teşkil eden" eşyanın müsaderesi güvenlik tedbiri niteliğindeki, suçla ilgili eşyanın müsaderesi, kaim değer müsaderesi ve kazanç müsaderesi ceza niteliğindedir.

Müsaderenin hukuki niteliği konusunda ikili bir ayrıma giden Erman'a göre, ceza olarak müsadere, belirli bir eşyanın mülkiyetinden suç failini yoksun bırakmak suretiyle, cezanın korkutucu etkisini arttırmak amacını güder. Kazanç getiren suçlarda (ticari suç) ise amaç haksız kazancın failden alınmasıdır. Böylelikle, bu gibi suçları işleyen kimseler haksız kazancın elinden alınacağını bilir ve bu düşünce onun bu saikle suç işlemesini engeller. Böylelikle cezanın önleme işlevi de yerine gelmiş olacaktır.²⁷⁷

Dülger'e göre de, "suçla ilgili kazanç ve karşılık değerlerin müsaderesi ile kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda dahi müsadere edilmesinde amaç, tehlikeliliği ortadan kaldırmak ve iyileştirmek olamaz. Buradaki amaç, toplumsal savunma ve korumadan önce faile işlediği kötülüğün karşılığını ödetme, genel ve özel önleme fonksiyonunu yerine getirmektir."²⁷⁸

²⁷⁵ AIDP kararları için bkz. Cuesta, Resolutions.

²⁷⁶ İzzet Özgenç, "Tüzelkişinin Sorumluluk Ehliyeti, Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Düşünceler" **Reha Poroy Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1995, s. 319-341

²⁷⁷ Erman S., Ticari, s. 284

²⁷⁸ Dülger İ., age, s. 58.

IV. Müsaderenin Güvenlik Tedbiri Olduğunu Kabul Eden Görüş

1. Güvenlik Tedbiri Kavramı ve Güvenlik Tedbirinin Özellikleri

Güvenlik tedbiri kavramı cezaya göre yeni sayılabilecek bir kavramdır.²⁷⁹ İlk zamanlarda gerçekleşmesine şüpheyle bakılan kurum zamanla suçla mücadelede önemli bir araç haline gelmiştir.²⁸⁰ Kökeni bazı yazarlarca Platon'a kadar dayandırılmaktaysa da güvenlik tedbiri kavramı, bilimsel pozitivizmin kurucusu Sosyolog Comte'un etkisiyle "toplumsal savunma" akımını ceza hukukuna uyarlayan Lombroso, Ferri ve Garafalo'nun ardından Gramatica ve Ancel tarafından geliştirilmiştir.²⁸¹

Güvenlik tedbirleri ile ilgili olarak mevzuatta herhangi bir tanıma yer verilmemiş olup, öğretilerde yapılan çeşitli tanımların ortak noktaları dikkate alındığında güvenlik tedbirleri, suçla yaratılan tehlikeli durumu, faili iyileştirme ve topluma yeniden kazandırmak suretiyle ortadan kaldırmayı sağlayarak toplumsal savunmayı gerçekleştirmesi amaçlanan ceza hukuku tedbirleri olarak tanımlanabilir.²⁸² Anayasa Mahkemesi de güvenlik tedbirlerini "*suç karşılığı olarak ve suçludaki tehlikelilik haliyle orantılı bir biçimde hükmedilen ve esas itibarıyla suça ve suçluya karşı toplumun savunmasına yönelmiş bulunan yaptırımlar*" olarak

²⁷⁹ Hukukumuzda 765 sayılı TCK'da "emniyet tedbirleri" veya aynı anlama gelebilecek herhangi bir kavram bulunmamakta idi. 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun 4.maddesinde "kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar yerine uygulanabilecek tedbirler" kavramı, 1962 Anayasası'nın 33. Maddesinde "...ceza tedbirleri..."; 1982 Anayasa'sında "ceza yerine geçen güvenlik önlemleri" kavramı kullanılmış olup, öğretilerde daha çok "emniyet tedbirleri" kavramı yerleşmiştir. 5327 sayılı Kanun'da ise "güvenlik tedbirleri" kavramı kullanıldığından biz de çalışmamızda bu kavramı kullanmayı tercih ettik. 5395 sayılı Çocuk Koruma kanununda düzenlenen koruyucu ve destekleyici tedbirlerin suça sürüklenen ve ceza sorumluluğu olmayan çocuklar bakımından çocuklara özgü güvenlik tedbiri olarak anlaşılacağı belirtilmiştir (11.m).

²⁸⁰ Erem, Türk Ceza, s. 351.

²⁸¹ Filippo Gramatica, **Toplumsal Savunma İlkeleri**, çev. Sami Selçuk, 2. baskı, Ankara, İmge Yayınları, 2005; ANCEL M., *La défense sociale nouvelle*, s. 277-280; Ancel müsadereyi güvenlik tedbirlerinden biri olarak nitelendirmiştir. Marc Ancel, Les mesures de sûreté en matière criminelle, **Revue internationale de droit comparé**, 3(1), 1951, s. 185; "Toplumsal Savunma Nedir?", çev. Köksal Bayraktar, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 37(1-4), 1971; Constantin Vouyoucas, Le Droit Pénal Entre L'abolitionnisme Et La Tolérance Zéro, **Cahiers de défense sociale: bulletin de la Société International de Défense Sociale pour une Politique Criminelle Humaniste**, 2003, 264-273.

²⁸² Fransız ve Alman doktrininden Stooß, Exner, Thormann, Von Liszt, Schmidt ve Birkmeyer'in tanımları için bkz. Lavanchy, age, s. 62-63.

tanımlamıştır.²⁸³ Güvenlik tedbirleri, ceza ile elde edilmesi mümkün olmayan ıslahı elde etmek veya ceza ile elde edilmiş ıslahın kalıcılığını sağlamak için kişi, eşya ya da çevreden gelen kriminojen ortamı gidermek amacıyla.²⁸⁴ Güvenlik tedbirleri toplumsal savunmayı sağlarken cezalardan farklı olarak ödetme ve genel önlemeyi değil, özel önlemeyi, yani suç işlemiş olan failin ıslahını hedef alır. Güvenlik tedbirleri suçla ortaya çıkan tehlikeliliği gidermeye ve dolayısıyla geleceğe yöneliktir.

İlk başlarda güvenlik tedbirlerinin ceza hukuku yaptırımını olmadıkları, idari nitelikte birer yaptırım olduğu yönünde görüşler ileri sürülmüşse de,²⁸⁵ günümüzde bunlar cezalarla birlikte veya ceza yerine uygulanabilen birer ceza hukuku yaptırım olarak açıklanmaktadır.²⁸⁶ Güvenlik tedbirlerine, her ne kadar bir suçun işlenmesinden sonra başvurulsa da, bunlar esas itibariyle suçun işlenmesine tepki değildir. Suç burada semptomatik bir olaydır. Güvenlik tedbirlerinin cebri nitelik taşımasının da onu tek başına müeyyide haline getirmeyeceği belirtilmektedir.²⁸⁷ Bununla birlikte güvenlik tedbirlerinin ceza kanunlarında düzenlenmesi, birey

²⁸³ AYM, 19710/42 E, 1971/30K, RG. 23.11.1971/14021. Diğer Tanımlar İçin bkz. Nuhoğlu, Emniyet, s. 7 vd.

²⁸⁴ Aydın Ö, Emniyet, s. 81; Zeki Hafızoğulları, “Emniyet Tedbirleri”, **AÜSBFD**, 46(3-4), 1991, s. 56; Hamide Zafer, “Emniyet Tedbiri Muhakemesinin Özellikleri”, **İÜHFİM**, LXII, 1-2, 2004, s. 264-314.

²⁸⁵ Güvenlik tedbirlerinin önleyici idari tedbir niteliğinde olduğunu savunan Rocco’ya göre bunlar adalet gereği değil, sosyal fayda ve sosyal siyaset gereği uygulanmaktadırlar. Rocco görüşünü şu üç temel gerekçe ile açıklamaktadır: a) Güvenlik tedbirleri şahısların ve şeylerin sorumlundan doğan hukuki sonuçlardır. Yaptırımlar gibi insani hareketlerin sonucu değildir. b) insani hareketin sonucu olmadığı için işlenen suçla güvenlik tedbiri arasında sebebiyet ilişkisi yoktur. c) güvenlik tedbirleri hukukten meşru bir harekettir, suça karşı tepki değildir. Hukuki yaptırım olmadıkları için Rocco, tedbirlerin kanunla belirlense, hakim tarafından uygulansa dahi daima idari nitelikte olduklarını söylemiştir. Bkz. Kunter, Emniyet Tedbiri, s. 11. Ayrıca, güvenlik tedbirlerinin ceza hukuku yaptırım olmayıp “önleyici idari tedbir” veya bağımsız önleme vasıtaları” olduğu yönündeki görüşlerin ayrıntıları için bkz. Nuhoğlu, Emniyet, s. 18 vd; Aydın Ö., Emniyet, s. 27 vd. (1930 tarihli İtalyan Ceza Kanununda güvenlik tedbirleri ile ilgili faslın başlığının “idari güvenlik tedbirleri” olarak düzenlemiştir. Dönmezer/Erman, cilt II, s. 571, no: 1345).

Güvenlik tedbirlerinin idari birer yaptırım olduğu veya yaptırım olmadığı, ancak ceza teorisinin özellikli bir bölümüyle ilgili olduğu yönünde bkz. Aydın Ö, Emniyet, s. 62-69, 89 vd. Buna karşılık İtalyan öğretisinden yola çıkan Aydın Ö., güvenlik tedbirlerinin maddi olarak idari, şekli bakımdan ise hükmedilmeleri yargısal garantilerle ve usullerle desteklenmiş kazai tedbirler olduğunu savunmaktadır. Benzer tartışmalar için bkz. Kunter, Emniyet Tedbiri, s. 3 vd.

²⁸⁶ Güvenlik tedbirlerinin cezalarla birlikte mi, yoksa ceza yerine mi uygulanacağı sorunu 1926 yılında Brüksel’de yapılan Ceza Hukuku Milletlerarası Birinci Kongresi’nde tartışılmış ancak bir sonuca varılmadığından mesele ileriye bırakılmıştır. Kunter, Emniyet Tedbiri, s. 3. Tartışmalar için bkz. Nurullah Kunter, Ceza Yerine Geçen Tedbirler, **Adliye Ceridesi**, 1943, IV, 225.

²⁸⁷ Aydın Ö., Emniyet, s. 64. “Anayasa’nın 19.maddesi gereği toplum için tehlike oluşturan akıl hastalarının bir önleme aracı olarak tedaviye tabi tutulmaları cebri nitelik taşısa da müeyyide değildir.”

özgürlüğünü kısıtlaması ve yargı eliyle uygulanması nedeniyle, en azından şekli bakımdan yaptırım olduğunun kabulü gerekmektedir.

Güvenlik tedbirleri, cezaların uygulanamadığı veya uygulanırsa bile yetersiz kaldığı hallerde uygulanmakla esas itibariyle cezaları tamamlayıcı niteliktedir.²⁸⁸ Güvenlik tedbirleri, farklı hukuki nitelikte olduklarından cezalarla birlikte uygulanabilirler ve bu durum çifte ceza yasağına sebep olmaz.²⁸⁹ Bununla birlikte, güvenlik tedbirleri suç karşılığında doğrudan uygulanabileceği gibi, fail önce cezaya mahkum edilip, bu ceza güvenlik tedbirine çevrilerek de uygulanabilir.²⁹⁰ Yine cezanın tamamlanmasından sonra failin hala tehlikeli görülmesi halinde tedbir uygulanması mümkündür.²⁹¹

Güvenlik tedbirleri bakımından suçludaki tehlike hali esas alındığından ve bu hal de kişiden kişiye değişiklik gösterdiğinden dolayı bunlar tek tip değil, çeşitlidir.²⁹² Bu itibarla güvenlik tedbirlerinin öğretisi ve uygulamada çeşitli tasniflere tabi tutulduğu görülmektedir. Nuhoglu, güvenlik tedbirlerinin, amaçları göz önünde bulundurulduğunda üç gruba ayrılabilirliğini belirtmiştir. Bunlar: *“iyileştirme amacına yönelenler, failleri topluma zarar veremeyecek hale getirme amacına yönelmiş olanlar, hem iyileştirme hem de zararsızlaştırma amacına yönelmiş olanlar”* dır. Bir başka tasnif güvenlik tedbirlerinin etkileri dikkate alınarak yapılmaktadır.²⁹³ Buna göre üç gruba ayrılan güvenlik tedbirlerinden bir kısmı

²⁸⁸ Hafizoğulları/Özen, age, s. 492. 5237 sayılı TCK’da yer alan güvenlik tedbirlerinin koşulları ve türleri itibariyle fer’i ceza veya ceza mahkumiyetinin sonucu olan yaptırımlar olarak kabul edildiği, kanun koyucunun güvenlik tedbirlerini klasik ve mukayeseli hukukta kabul edilen anlamından daha geniş bir anlam verdiği görüşü için bkz. Nuhoglu, Emniyet, s. 194.

²⁸⁹ Nuhoglu, durumu tersinden ifade ederek, *“cezalarla birlikte uygulandığında çifte ceza uygulamasına sebebiyet vermemesi gerektiği için güvenlik tedbirleri farklı hukuki nitelikte”* olduğunu belirtmiştir. Bkz. Nuhoglu, Emniyet, s. 194.

²⁹⁰ Zafer, Ceza Hukuku, s. 525

²⁹¹ Oslo’da 2011 yılında 77 kişiyi katletmekten 21 yıl hapse mahkum edilen Breivik hakkında hapis cezasının tamamlanmasından sonra uygulanması sözkonusu olabilecek olan “forvaring” kurumu bu durumun güncel bir örneğidir. Norveç Ceza Kanunu’nun 39.maddesinin C fıkrasında düzenlenen hükme göre, fail için verilen cezanın toplum güvenliği için yeterli görülmemesi durumunda, fail hapis cezası yerine ıslah edici hizmetlerin yürütüldüğü bir kurumda gözetim altında tutulabilecektir.

²⁹² Dönmezer/Erman, Cilt II, s. 572, No: 1347

²⁹³ Nuhoglu Ayşe, **Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri**, Ankara, Adil Yayınevi, 1997 (Emniyet). 1928 yılında Roma’da yapılan Ceza Hukukunu Birleştirme Konferansında güvenlik tedbirleri bakımından 1. hürriyeti kaldıran (akıl hastalarının şifa evlerine konulması, mükerrir ve itiyadi suçluların özel bir müessesede tutulması gibi) 2. hürriyeti azaltan (nezaret altında serbesti, ikamet yasağı, yabancıların sınırdışı edilmesi, içki satılan yerlere devam yasağı gibi) 3. Diğer tedbirler (özel müsadere, iyi hal kefaleti, müessesenin kapatılması gibi) şeklindeki ayırım kabul edilmiştir. (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Dönmezer/Erman, Cilt II, s. 572, No: 1347; Kunter, Emniyet Tedbiri, s. 22.) 1930 Prag Ceza ve Ceza İnfazı Kongresinde de Roma’dakine benzer bir tasnif yapılmıştır. Buna

“*hürriyeti sınırlayıcı tedbirler*” (küçükler ve akıl hastaları bakımından uygulanan tedbirler gibi), bir kısmı “*haklardan yoksun kılan güvenlik tedbirleri*” (siyasi haklar, velayet hakkı, bir meslek veya sanatı yapmaktan yasaklama gibi) ve “*diğer tedbirler*” (hükmün ilanı gibi) olarak ayrılabilir. 765 sayılı mülga Ceza Kanunu’na kaynaklık eden İtalyan Ceza Kanunu’ndaki güvenlik tedbirleri de konuları bakımından ikiye ayrılmıştı. Birincisi, “*şahsı ilgilendiren emniyet tedbirleri*”, ikincisi ise, *suçlunun varını yoğunu ilgilendiren tedbirlerdir* ve müsadere de bunlardan biri olarak sayılmıştır.²⁹⁴

Ceza hukukunda farklı türde güvenlik tedbirleri bulunmakla birlikte, bunların ortak özellikleri şöyle sıralanabilir:

- Güvenlik tedbirlerine ancak bir suç karşılığında hükmedilebilir. Bu nedenle suç işlenmediği halde, yaşam biçimleri dolayısıyla toplum için tehlike oluşturan kişilere uygulanan tedbirler ceza hukuku anlamında güvenlik tedbiri sayılmaz, bunlar kolluk tedbiri niteliği taşır.²⁹⁵ Aynı şekilde herhangi bir suçla ilgisi olmamakla birlikte kamusal açıdan tehlike oluşturan bir eşyanın mülkiyetine son verilmesi de teknik açıdan güvenlik tedbiri niteliğinde kabul edilemez.

- Güvenlik tedbirlerinin muhatabı, tehlike oluşturan kişi veya şeydir.²⁹⁶

- Güvenlik tedbirlerinin esası tehlikeliliğe dayandığından tedbire hükmedilebilmesi için suçun niteliği veya ağırlığı önemli olmamalıdır.²⁹⁷ Ancak, uygulanacak tedbir ile failin taşıdığı tehlikelilik arasında orantı olması gerekmektedir.

göre güvenlik tedbirleri, 1. Hürriyeti kaldıran, 2. Hürriyeti kaldırmayan, 3. Mali Tedbirler (Tehlikeli şeylerin müsadere veya zararsız hale getirilmesi)

²⁹⁴ Suçlunun varını yoğunu ilgilendiren diğer güvenlik tedbiri ise “iyi hareket kefaleti”dir. İyi hal kefaleti İtalyan Ceza Kanununun 236.maddesine göre belirli sınırlar içindeki bir meblağın, başka suçların işlenmesinin önlenmesi şeklinde psikolojik bir etki yaratması amacıyla yatırılması, ipoteğe dayalı veya şahsi bir teminat gösterilmesi şeklinde uygulanır. Kefaletin yatırıldığı (1 ile 5 yıl arasında belirlenen) süre içinde yeniden suç işlenmediği takdirde para iade edilir, ipotek silinir veya şahsi kefalet sona erer. Aksi halde sözkonusu meblağ devlete intikal eder. Erem, Türk Ceza, s. 369.

²⁹⁵ Zafer, Ceza Hukuku, s. 526. Bkz. AYM, 09.03.1971-42/30, 23.11.1971

²⁹⁶ Güvenlik tedbirlerinin muhatabının, en başta suç işleyerek tehlikeli olduklarını gösteren kişiler olduğu; eşya ve kazanç müsadere bakımından ise (üçüncü kişilere ait olmama koşulu arandığından) eşya veya kazancın sahibi olduğu yönünde mutlakmış izlenimi veren bir değerlendirme için bkz. Hafızoğulları/Özen, age, s. 492-493. Yazarlar kanundaki “iyiniyetli” üçüncü kişi ifadesini dikkate almamış veya iyiniyeti suça katılmama şeklinde algılamışlardır. Belirtmeliyiz ki, iyiniyet kavramı konusundaki tartışmalar bir kenara bırakılacak olursa, iyiniyetli olmadıkları halde üçüncü kişilere ait eşya veya kazanç da müsadere konusunu oluşturabilmektedir.

²⁹⁷ Lavanchy, age, s. 69

- Güvenlik tedbirleri, cezalar gibi temel hakları kısıtlayıcı nitelikleri nedeniyle kanunla belirlenmiş olmalıdır. Kıyas yapılamaz. Ancak geçmişe uygulama yaşınının güvenlik tedbirleri bakımından uygulanması tartışmalıdır.

- Tedbirlerin amacı, suçlunun yeniden sosyalleşmesi ve iyileştirilmesi yoluyla toplumun korunmasıdır. Güvenlik tedbirleri ıslah etme amacıyla geleceğe yönelik olarak uygulanırlar. Her ne kadar cezalar gibi acı ve ızdırap verici nitelikte olabilirse de, bu durum güvenlik tedbirlerinin amacını oluşturmaz, olsa olsa yan etkisidir.²⁹⁸

- Güvenlik tedbirleri, ızdırap verici ve temel hakları sınırlandıran etkileri nedeniyle ancak adil bir yargılama sonucunda verilecek olan hakim kararıyla uygulanabilir. Güvenlik tedbirleri *“hükmedilişleri bakımından yargısal bir nitelik gösterirler. Çünkü, bunlar, ancak faillerin bir suçu işledikleri yargısal yollarla saptandıktan sonra hüküm altına alınabilir”*.²⁹⁹ Güvenlik tedbirlerinin esası, ne tür ve hangi ağırlıkta uygulanacağı hususları faildeki tehlikelilik haline göre değişecektir. Yine bu sebeple, güvenlik tedbirlerinin süresi önceden belirli değildir. Amaç *“tedavi olduğuna göre, her tedavi, gibi tedbirin de hastalık boyunca sürmesi düşünülmektedir”*.³⁰⁰ Öte yandan güvenlik tedbirlerinin de özgürlüğü kısıtlayıcı etkisi gözönünde bulundurulduğunda süresiz bir tedbirin yaratacağı sakıncayı gidermek bakımından çeşitli sınırlamalar öngörülmektedir.³⁰¹ Yunan Ceza Kanunu’nda sadece belirli güvenlik tedbirleri bakımından sürenin belirsiz olması kabul edilmiştir.³⁰² Fransız hukuku bakımından da sözkonusu sakıncayı önlemek için, süresizlik sadece akıl hastaları ile bazı ehliyetsizlik ve mesleki hak yoksunluklarında izin

²⁹⁸ Hafizoğulları/Özen, age, s. 454.

²⁹⁹ AYMK, 1970-42/30, 23.11.1971

³⁰⁰ Dönmezer/Erman, Cilt II, s.570, no:1345. Suçlu hakkında uygulanacak müeyyidenin süresinin, suçlunun uslanacağı veya tehlike halinin sona ereceği ana kadar devam etmesi, bir başka deyişle sürenin önceden merciince değişmeyecek bir hükümle gösterilmemesine öğretide *“süresi önceden belirli olmayan hüküm usulü”* denilmektedir.

³⁰¹ Süresiz tedbir uygulaması, özellikle cezalar bakımından kişi özgürlüğünü süresiz olarak kısıtlamasına sebebiyet verebileceğinden zamanla sınırlandırılmıştır. Bazı ülkelerde kabahatler ve çok ağır bazı suçlar bakımından uygulanamayacağı öngörülürken, bazı yerlerde ise hakim takdir yetkisi aşağı ve yukarı sınırları gösterilmek suretiyle kısıtlanmıştır. Dönmezer/Erman, Cilt II, s.583, no:1361 Aşağı sınır ile süreyi tespit edecek olanların yetkilerini kötüye kullanarak suçluların zamanından önce salıverilmelerini önlemek, yukarı sınır ile de idari organların yanılarak, suçluyu, gerek kalmadığı halde ceza evinde (veya akıl hastanesinde) tutmakta devam etmelerine engel olmak düşüncelerine dayanır. Dönmezer/Erman, Cilt II, s.583, no:1361, 1365

³⁰² Dönmezer/Erman, Cilt II, s. 585.

verilmektedir.³⁰³ Bizde müsadere ile tüzel kişiler hakkında uygulanan güvenlik tedbirleri süreklidir. Akıl hastaları bakımından kesin bir süre öngörülmemekle birlikte, sözkonusu tedbir kişinin yerleştirildiği kurumun sağlık kurulunca düzenlenen raporda toplum açısından tehlikeliliğinin ortadan kalktığı veya önemli ölçüde azaldığının belirtilmesi üzerine mahkeme veya hakim kararıyla sona erdirilebilir (TCK m. 57/2).³⁰⁴

2. Tehlikelilik Esasına Dayanan Görüş

Tehlike, genel olarak büyük zarar verecek veya yok olmaya yol açabilecek durumu, gelecekte zararlı bir olayın gerçekleşeceğine dair bir ihtimali ifade eder. Ceza hukuku açısından tehlikelilik, sosyal tehlikelilik (içtimai tehlikelilik) veya suç tehlikeliliği (cürmi tehlikelilik) şeklinde olabilir. Sosyal tehlikelilik, paranoyak veya uyuşturucu bağımlısı bir kişinin durumunda olduğu gibi, önceden suç işlememiş ancak toplum için tehlikeli olabilecek kişilerin durumudur.³⁰⁵ Sosyal tehlikelilik yalnız polis tedbirlerini ilgilendirir ve bunların hukuki esasını oluşturur.³⁰⁶ Dönmezer ve Erman tehlikeliliği, genel-sosyal tehlikeliliği de içine alacak biçimde “ceza hukukuna aykırı fiiller işleme konusundaki eğilim” olarak tanımlamışlardır.³⁰⁷ Oysa cürmi tehlikelilik veya suç tehlikeliliği, genel- sosyal tehlikeliliğe göre daha dar bir kavram olup ceza adaletini ilgilendirir. Bu tür tehlikelilik, sadece ceza kanunlarını ihlal eden bir fiili işleyenler veya işlemeye teşebbüs edenler hakkında alınan tedbirlerin yani güvenlik tedbirlerinin suçluya uydurulması için esas alınan bir kriterdir.³⁰⁸ Bu nedenle ceza hukukunun kapsamına giren tehlikelilik ceza normlarının tekrar ihlal edilmesi olasılığını belirtir.^{309 310}

³⁰³ Pradel, Droit pénal, s. 534.

³⁰⁴ Kanunumuzda güvenlik tedbiri olarak düzenlenen belirli hakları kullanmaktan yoksunluk ise kanunda belirtildiği üzere kural olarak hapis cezasının süresi ile sınırlıdır (TCK m. 53/2). Bazı hallerde ise hapis cezasından sonra da belirli bir süre için devam edebilmektedir (TCK m. 53/5 ve 6).

³⁰⁵ Nuhoğlu, Emniyet, s. 90.

³⁰⁶ Feridun Yenisey, **Kolluk Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2009, s. 10.

³⁰⁷ Dönmezer/Erman, Cilt III No: 1804, s.121

³⁰⁸ Kunter, Emniyet Tedbiri, s. 18.

³⁰⁹ Nuhoğlu, Emniyet, s. 89. Güvenlik tedbirlerinin suçtan evvel de uygulanabileceğini savunanlar tehlike halini daha geniş algılamaktadırlar. 1910 Brüksel Ceza Hukuku Milletlerarası Kongresi, hangi hallerde suç yerine tehlike halinin alınabileceği sorusuna “kanuni tekerrür hali veya kanunun tarif ettiği yaşayış tarzı veyahut kanunun tayin ettiği ve bir suçun meydana çıkardığı şahsi ve irsi masebakı

Güvenlik tedbirlerinin uygulanabilmesi için tehlikenin somut olması gerekir.³¹¹ Bu bağlamda, tehlikelilik halinin varlığı için önceden gerçekleşmiş bir sebep olması gerekir. Güvenlik tedbirleri bakımından “önceden gerçekleşmiş sebep” bir suçun işlenmesidir. Bu özellik güvenlik tedbirlerini polis tedbirlerinden ayırmak bakımından en önemli ölçüttür. Öğretide, tehlikeliliğin derecesine ilişkin olarak “kuvvetli” olması gerektiği belirtilmektedir.³¹²

a. Failin Tehlikeliliği Görüşü

Tehlikelilik esas itibariyle, suçlunun kişiliği üzerinde durulması fikriyle ortaya çıkmıştır.³¹³ Öğretide tehlikelilik kavramı açıklanmaya çalışılırken kullanılan kavramlar dikkate alındığında, kişiyle özdeşleştirildiği görülmektedir.³¹⁴ Lavancy ile Dönmezer ve Erman “suçludaki tehlike hali”³¹⁵; Birkmeyer “tehlkeli kişi”, Schmiedhauser “tehlkeli kişi” kavramının yanısıra ayrıca “failin tedavisi veya muhafazası”; Victor “hükümlünün zararsızlaştırılması veya tedavi suretiyle rehabilitasyonu”, Nuhoğlu “tehlkeli fail” kavramlarını kullanmaktadırlar.³¹⁶

Yargı kararlarında da aynı durum göze çarpmaktadır. Anayasa Mahkemesi güvenlik tedbirlerini tanımlarken “suçludaki tehlikelilik haline” işaret etmiştir.³¹⁷ Alman Anayasa Mahkemesi devletin iyileştirme amacıyla hürriyeti kısıtlayabilmesinin koşulu olarak kişinin kendine veya diğer insanlara karşı tehlike oluşturmasını aramaktadır.³¹⁸

dolayısıyla tehlikeli olan suçlulara karşı kanun hususi içtimai müdafaa tedbirleri ittihaz etmelidir” şeklinde cevap verilmiştir. Kunter, Emniyet Tedbiri, s. 6.

³¹⁰ Bununla birlikte kanunkoyucunun istisnai olarak zarar tehlikesi doğuran bazı fiilleri suç saydığı haller de “tehlike suçu” kavramıyla ceza hukukunun alanına girer.

³¹¹ Faruk Erem, **Adalet Psikolojisi**, Ankara, Adil Yayınevi, 1997, s.26

³¹² Tosun Öztekin, **Suçluların Gözlemi**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1966, s. 183; Stefani/Levasseur/Bouloc, age, s. 143.

³¹³ Erem, Adalet, s.26; Nurullah Kunter, “Türkiye’de Mükerrirliğin Amilleri”, **Muammer Raşit Seviğ’e Armağan**, İstanbul, 1956, 149.

³¹⁴ Sinan Altunç, Ceza Hukukunda Tekerrür, Galatasaray Üniversitesi, yayınlanmamış doktora tezi, 2010; Nuhoğlu, Emniyet, s. 90 vd.

³¹⁵ Lavancy, s. 68; Dönmezer/Erman, Cilt II, s. 568.

³¹⁶ Görüşler için bkz. Nuhoğlu, Emniyet, s. 90 vd.

³¹⁷ AYMK, 09.03.1971, 1971/30, 1970/42

³¹⁸ Alman Anayasa Mahkemesi’nin 18.07.1967 tarihli kararı için bkz. Nuhoğlu, Emniyet, s. 21.

Güvenlik tedbirlerinin esası, ne tür ve hangi ağırlıkta uygulanacağı hususları faildeki tehlikelilik haline göre değişecektir. Seçilecek olan tedbir, tehlikeliliği ortadan kaldıracak nitelikte ve failin tehlikeliliği ile orantılı olmalıdır. Örneğin, alkol ve uyuşturucu bağımlıları için tehlikeliliği ortadan kaldıracak olan tedavi tedbirinin, hakkında tedbir uygulananın iyileşmesine kadar sürmesi gerekir. Tedavinin sürekli olması veya süresinin önceden belirlenmesi amaca hizmet etmeyeceği gibi kişi özgürlüğünün gereğinden fazla kısıtlanmasına yol açabilecektir.

b. Suçla İlgili Eşyanın Tehlikeliliği Görüşü

Konu hakkındaki görüşleri açıklamaya geçmeden önce bölüm başlığına ilişkin bir açıklama yapmak gerekmektedir. Aşağıda görüleceği gibi öğretide “şeyin tehlikeliliği” veya “eşyanın tehlikeliliği” kavramları kullanılmaktadır. Belirtmeliyiz ki, kavramsal olarak “şeyin veya eşyanın tehlikeliliği” ibaresi güvenlik tedbirlerinin bir suçun işlenmesinden sonra uygulanması esasını tek başına ifade edememektedir. Bu haliyle kavram, kolluk tedbirleri için aranan “genel- toplumsal tehlikelilik” ile karıştırılmaya müsaittir.³¹⁹ Buna karşılık güvenlik tedbirlerinin esası açıklanırken kullanılan “faildeki tehlikelilik”, “failin tehlikeliliği” ibarelerinde “fail” kelimesi kendi içinde önceden bir fiilin işlenmiş olması halini barındırmaktadır. Diğer bazı yazarlarca kullanılan “suçlunun tehlikeliliği veya cürmi tehlikelilik”³²⁰ kavramları da suça ilişkin bir ön koşula işaret etmektedir. Bu nedenle bu görüşün “suçta kullanılan eşyanın tehlikeliliği” veya “suçtan elde edilen eşyanın tehlikeliliği” veya “konusu suç oluşturan eşyanın tehlikeliliği” olarak ifade edilmesi daha doğru olur. Biz, üçünü de kapsamak üzere “suçla ilgili şeyin tehlikeliliği” kavramını kullanmayı tercih etmekteyiz.

Klasik güvenlik tedbiri öğretisinin “faildeki tehlikelilik” esasına dayandığını söylemiştik. Bu eğilime karşılık öğretide “şeyin tehlikeliliği”nden de sözedilmeye başlandığı görülmektedir. Böylelikle öğretide, güvenlik tedbirleri kavramı tanımlanırken sadece kişi değil, eşya ve araç kavramlarına da yer verildiğini

³¹⁹ Güvenlik tedbirlerinin idari nitelikte tedbirler olduğu görüşünü savunanlar bakımından da şöyle bir açıklamak yapmak ihtiyacı duyulmaktadır: Güvenlik tedbirlerinin esas itibarıyla idari nitelikte olduğu kabul edilse bile şekli bakımdan ceza hukuku yaptırımlarına özgü usullerle uygulandığından, herhalükarda bu ayrımı yapmak gerekir.

³²⁰ Kunter, Emniyet Tedbiri, s. 18-19.

görüyoruz. Artuk'a göre güvenlik tedbiri, *“işlediği suçtan dolayı kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, suç işleyen kişi hakkında ya da suçun konusu ile veya suçun işlenmesinde kullanılan araçla ilgili olarak uygulanan, koruma veya iyileştirme amacına yönelik ceza hukuku yaptırımıdır.”*³²¹ Hafizoğulları ve Aydın da güvenlik tedbirlerinin, ceza ile elde edilmesi mümkün olmayan ıslahı elde etmek veya ceza ile elde edilmiş ıslahın kalıcılığını sağlamak için kişi, eşya ya da çevreden gelen kriminojen ortamı gidermek amacıyla uyguladıklarını belirtmişlerdir.³²² Özgenç de güvenlik tedbirlerini *“işlediği suçtan dolayı kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, suç işleyen kişi hakkında ya da suçun konusu ile veya suçun işlenmesinde kullanılan araçla ilgili olarak uygulanan, koruma veya iyileştirme amacına yönelik ceza hukuku yaptırımlarıdır”* şeklinde tanımlayarak müsaderenin eşya hakkında da uygulanmasını kabul etmektedir.³²³

İçel ve diğer yazarlar, 36. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen (cürüm veya kabahatte kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan veya fiilin irtikabından husule gelen) eşyanın müsaderesinin ceza niteliğinde olduğunu kabul etmekle birlikte, olması gereken hukuk açısından, suçta kullanılan aracın mahiyet veya içinde bulunduğu konum itibariyle tehlikelilik oluşturmadıkça, sadece suçta kullanılmış olması nedeniyle müsaderesinin haklı olmayacağı görüşündedirler. Yazarlara göre, *“suçun işlenmesinde kullanılan eşyanın ceza olarak müsadere edilmesi halinde, bu yaptırımla eylemin taşıdığı hukuka aykırılık veya failin bu eylem dolayısıyla kusurlu sayılması arasında kabul ve haklı bir oran kurulması güçlüğü ile karşılaşmaktadır. Hatta bazı durumlarda, hukuka aykırılık ve kusurluluk ile eşyanın zorunlu arasında açık bir oransızlık ortaya çıkabilir.”*³²⁴ Yazarların bu görüşlerinden yola çıkarak müsaderenin ancak eşyanın tehlike yarattığı halde güvenlik tedbiri olarak uygulanmasının meşru olacağı söylenebilir.

Alman öğretisinde de, müsaderenin güvenlik tedbiri olduğunu savunanlar değişik gerekçelere dayanmaktadırlar. Bazı yazarlara göre, müsaderenin amacı gelecekte işlenmesi muhtemel olan suçları engellemeye yöneliktir. Özellikle failin, suçta kullanılan eşyadan yoksun bırakılmasının caydırıcı bir etki yapacağı

³²¹ Mehmet Emin Artuk, **Emniyet Tedbirleri**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 355.

³²² Aydın Ö., Emniyet, s. 81; Hafizoğulları, Emniyet, s. 56; Hamide Zafer, “Emniyet Tedbiri Muhakemesinin Özellikleri”, **İÜHFİM**, LXII, 1-2, 2004, s. 264-314.

³²³ Özgenç, age, s. 663

³²⁴ İçel/Akıncı-Sokullu/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, Yaptırım, s. 129.

söylenmiştir. Köbner'e göre, suçun işlenmesinde kullanılan eşyanın failin elinde kalması onların gelecekte tekrar suç işlemelerini kolaylaştıran ve suça teşvik eden bir unsur olacağından bu tür eşyanın müsadere tedbir niteliğindedir. Bu görüş de olasılıklara itibar ettiği ve her olay bakımından geçerli olmayabileceği noktasında eleştirilmiştir.³²⁵ Sadece belirli ve bir defalık prosedür için hazırlanmış olan sahte belgenin suçun işlenmesinden sonra tekrar kullanılabilme ihtimali olmadığı gibi, öldürme fiilinden müebbet hapse mahkum olan birinin suçta kullandığı bıçağın onu yeniden suça teşvik etme ihtimali de yok denecek kadar azdır. Ayrıca, böyle bir tehlikeliliğin her tür eşya bakımından var olduğu da söylenemeyecektir. Örneğin, gümrük vergisi ödenmeden ülkeye sokulan kaçak süs eşyasının varlığı tehlikeli değilken,³²⁶ kanserojen içerikli giysiler ise tehlikelidir.

Görüldüğü gibi, bir eşya *mahiyeti* veya *içinde bulunduğu konum* itibariyle tehlikelilik oluşturabilir. Nitekim, Alman hukukunda eşyanın tehlikeliliği konusundaki ayırım şöyle yapılmaktadır (Alm. CK, m. 74/2- 2) : *eşyanın bizihi yapısından veya niteliğinden kaynaklanan tehlikelilik veya belirli koşulların gerçekleşmesiyle ortaya çıkan tehlikelilik*.³²⁷ Erman da tehlikeli eşyayı iki kategoride açıklamaktadır. Bunlardan birincisi, “*bir suçun işlenmesine vasıta olmak bakımından bulundurulması, taşınması, satılması, satın alınması, imal edilmesi tehlikeli olan eşya*”dır. Bu tür eşya üzerinde özel mülkiyetin tesis edilmesi bir suçun işlenmesi bakımından her zaman tehlikeli görülür. Yazar bunun dışında, “*bir suçun cismini teşkil eden eşya*”nın da sadece bu sebeple, yani suça konu olması sebebiyle tehlikeli sayılacağını belirtmektedir.³²⁸ Erman'a göre her iki halde de tehlikeli eşya güvenlik tedbiri olarak müsadere edilir.³²⁹ Bunun için herhangi bir kimsenin bir suçtan mahkum edilmesi ve eşyanın bu mahkum edilen kişiye ait olması gerekmez. İçel ve diğer yazarlara göre, yarattığı tehlikelilik dolayısıyla müsadere edilmesi gereken eşyanın suçtan elde edilmesiyle, suçun işlenişinde araç olarak kullanılması arasında bir fark yoktur.³³⁰

³²⁵ Sözüer, Organize, s. 186

³²⁶ Sözüer, Organize, s. 187.

³²⁷ İçel/Akıncı-Sokullu/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, Yaptırım.

³²⁸ Erman S., Ticari, s. 286.

³²⁹ Aynı yönde Dönmezer/Erman, Cilt II, s. 1348.

³³⁰ İçel/Akıncı-Sokullu/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, Yaptırım, s. 127.

Bu itibarla biz de eşyanın tehlikeliliğine ilişkin görüşleri aşağıda iki başlık halinde incelemeyi tercih ettik.

aa. Objektif - Mutlak Tehlikelilik

Bir kısım eşya doğası itibariyle veya bünyesine sonradan eklenen bir nitelik sebebiyle veya tüketilmesi gereken sürede tüketilmemesi sebebiyle toplum için genel olarak tehlike oluşturabilir. Bu şekilde soyut genel tehlikelilik taşıyan eşyaya, patlayıcı madde, radyoaktif maddeler, bozulmuş yiyecekler örnek olarak verilebilir. Bunlar “objektif olarak tehlikeli olan eşya” olarak nitelendirilebilir. Zira, bu eşyanın tehlikeliliği kişiden bağımsızdır, bir başka deyişle kime ait olursa olsun müsadere edilebilir. Bu nedenle bu tür eşyanın aynı zamanda mutlak olarak tehlikeli olduğunu söyleyebiliriz. Burada eşyadaki tehlikeliliğin giderilmesi müsadere zorunlu olmasını ve müsadere edilen şeyin de kural olarak imhasını gerektirir.

Uygulamada objektif olarak “tehlikeli eşya” örneklerini daha çok bulundurulması, satılması suç olan eşyalar bakımından görmekteyiz. Asit oranı fazla olan yoğurt,³³¹ hastalık ve gıda zehirlenmesi yapan bakterileri ihtiva eden sucuk³³² gibi tehlikeli madde satmak şeklinde ceza kanununda suç oluşturan eylemlere konu olan şeyler bu duruma örnektir. Hafizoğulları’na göre müsadere sadece bulundurulması, taşınması, alımı-satımı suç oluşturan eşya bakımından güvenlik tedbiridir. Güvenlik tedbirlerinin esası olan tehlikelilik burada “eşyanın kendiliğinden tehlikeliliği” biçiminde görünmektedir. Bu itibarla müsadere kişiye bağlı değil, “şeye bağlı bir emniyet tedbiridir”.³³³ Bu da yabancı hukuklarda “*in rem* usul” veya “*in rem* müsadere” olarak ifade edilmektedir.

İşte bu tür eşya, yarattığı zarar ihtimalinin giderilmesi amacıyla müsadere edilir. Bu nedenle, mahiyeti veya niteliği itibariyle tehlike arzeden eşyanın müsadere için işlenen eylemin hukuka aykırı olması yeterlidir. Eylemin kasten veya taksirle işlenmesinin, failin kusurlu bulunmasının veya eşyanın faile ait olmamasının önemi yoktur. Niteliği yönünden tehlikelilik oluşturan eşya, failin işlenişine hiçbir

³³¹ Y4CD, 04.12.1987, 1987/8739, 1987/10646

³³² Y4CD, 15.02.1978, 1978/696, 1978/692.

³³³ Hafizoğulları, Emniyet, s. 53.

surette iştirak etmemiş olan gerçek kişilere ve hatta tüzel kişilere ait olsa bile müsadere edilir.³³⁴

bb. Subjektif - Nisbi Tehlikelilik

Eşyanın, yapısı nedeniyle tehlikelilik oluşturmayıp, belirli bir duruma veya konuma sokulması veya belirli kişilerce kullanılması sonucu tehlikeli hale gelmesi de sözkonusu olabilir. İşte bu şekilde somut duruma göre tehlikeli hale gelmesi nedeniyle de eşyanın müsadere edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Buradaki tehlikelilik eşyanın doğasından değil de, belirli kimselerce belirli biçimlerde kullanılmasından kaynaklandığından “subjektif tehlikelilik” olarak adlandırılmaktadır.³³⁵

Bu tür tehlikelilik hali eşyanın belirli biçimde kullanılması veya suçta kullanılan diğer eşyayla bağlantılı olması şeklinde olabileceği gibi, sahibinin suçta eğilimli veya tedbirsiz olmasından da kaynaklanabilir. Buna örnek olarak da, alkolik bir kişinin sahip olduğu otomobil gösterilmektedir.³³⁶ *“Ceza Kanununda zorulumna meşru kılan başlıca sebep; zor alınacak maddenin bizzat memnu olmasa bile suçta kullanılmış olması delaletiyle suçlunun başka suçlarda da veçhile kullanılabilmesi karşısında, fail elinde zararlı ve tehlikeli bir mahiyet almış olmasıdır.”*³³⁷ Başka bir deyişle subjektif tehlikeliliğin dayanağı eşyanın önceden suçun işlenmesine katkı sağlamış olmasıdır.

Eser’e göre bizatihi tehlikeli mahiyet taşımayan eşya, somut olayın koşullarına göre tehlikelilik oluşturmakta ise müsadere edilecek eşya kapsamındadır. Bu nedenle “nisbi olarak tehlikeli” olduğunu söyleyebileceğimiz ve içinde bulunduğu konum açısından da tehlike oluşturan eşyaya örnek olarak, suç işlemek için kurulmuş bir örgüte tahsis edilmiş her türlü maddi menfaatler veya içeriği suç oluşturan basılmış eserlerin (imha amacıyla) müsadere edilmesi gösterilmektedirler.³³⁸ 765 sayılı eski TCK’nın 487. maddesi uyarınca hakaret içeren basılı eserin müsadere edilmesinin bu amaçla kabul edildiği söylenmektedir. Buradaki tehlike genel bir

³³⁴ İçel/Akıncı-Sokullu/Özgenç/Sözüer/Mahmutoglu/Ünver, Yaptırım.

³³⁵ Aydın Ö., Emniyet, s. 146.

³³⁶ Sözüer, Alman, s.399

³³⁷ Hakkı Yaşar, “Zoralm”, **Adalet Dergisi**, 1975/3-4, s. 274

³³⁸ İçel/Akıncı-Sokullu/Özgenç/Sözüer/Mahmutoglu/Ünver, Yaptırım, s. 126.

şekilde toplum açısından tehlikelilik değil, hukuken koruma altına alınan değerlere yönelik tehlikedir. Bu itibarla kolluk tedbirlerini gerektiren sosyal tehlikelilikten farklıdır.

İtalyan öğretisinden yola çıkan Aydın, “şeyin tehlikeliliği” kavramını kullanmakla birlikte, bunun faille bağlantılı bir tehlikelilik olduğuna işaret etmektedir. Yazara göre "şeyin tehlikeliliği" kavramından anlaşılması gereken kendiliğinden "şey"in tehlikeliliği değildir. *“Burada şeyin failde bulunmasının onda yaratacağı suç işleme isteği göz önüne alınarak şeyin potansiyel tehlikeliliğinin faile geçmesinin önlenmesi söz konusudur”*³³⁹ Objektif bir tehlikelilik olarak değerlendirilen şeyin tehlikeliliği, şeyin failin elinde bulunmasının onda yaratabileceği subjektif tehlikeliliktir. Burada söz konusu olan, şeyin failde suç fikrini ve suç işleme isteğini canlı tutacağı gerçeğidir.³⁴⁰ Tehlikelilik halini, *“böyle bir durumda bulunan şahsın yeni suçlar işlemesi olasılığının bulunması”* olarak tanımlayan Artuk, güvenlik tedbirlerinin amacının suçta tekerrürün önlenmesi olduğunu hatırlatarak bu tedbirlerin mallar hakkında da uygulanabilir olduğunu kabul etmekte ve tehlikeliliğin kişi ile bağımlı ortaya koymaktadır.³⁴¹ Yargıtay da, 1944 tarihli bir kararında müsadereyi meşruluğunu, *“bizatihi müsadereye tabi olmasa bile suçta kullanılmış olması sebebiyle, failin bunu başka suçlarda da aynı şekilde kullanabilmesi ihtimali karşısında, suçlu elinde zararlı ve tehlikeli bir hal alması”* olarak açıklarken, “şeyin tehlikeliliği”ne suçlu ile bağlantılı olarak işaret etmiştir.³⁴²

Köbner’e göre de suçtan elde edilen eşya, hukuk düzeninin ihlali ile ortaya çıktığından ve bu tür eşyanın bundan sonraki her kullanımı da hukuk düzeninin yeniden ihlali anlamına geleceğinden, bu sonucu önleyecek olan müsadere güvenlik tedbiri niteliğindedir. Gerek suçun işlenmesinde kullanılan gerekse suçtan doğan eşyanın öncelikli olarak önleme amacıyla müsadere ve bu yaptırımın kişiye değil

³³⁹ Irò Caraccioli, **I problemi generali delle misure di sicurezza**, Milano Giuffrè, 1970, s. 148; Giuseppe Bettiol/Luciano Pettoello Mantovani, **Diritto penale**, Decam, 1986, s. 990 (Her iki çalışmayı da nakleden, Öykü Didem Aydın, “Malvarlığına İlişkin Bir Emniyet Tedbiri Olarak Türk Ceza Yasasında Müsadere”, **AHFD**, 1993, 43(1-4), s. 144 ve 146).

³⁴⁰ Massa, "Confisca (dir. e proc. pen.)," Ene. D., s. 983 (Nakleden Aydın D., Emniyet).

³⁴¹ Artuk, age, s. 287.

³⁴² 05.01.1944 tarihli YİBK için bkz. Yargıtay içtihadı birleştirme kararları, ceza 2, 1941-1946, Ankara, 1984, s. 284.

eşyaya yönelik olarak uygulanması, bunların gelecek için bir güvenlik tedbiri olduğunu göstermektedir³⁴³

Görüldüğü gibi subjektif tehlikeliliğin esası eşyanın önceden suçta kullanılmış olması veya suçtan elde edilmiş olması nedeniyle başka suçların işlenmesine sebep olabilme olasılığıdır. Bu tür tehlikelilik oluşturan eşya veya menfaatlerin müsadere güvenlik tedbiri niteliğindedir.

3. Diğer Görüşler

Müsaderenin güvenlik tedbiri olduğunu savunanlar, suçta kullanılan eşyanın veya suçtan elde edilen eşyanın yeni bir suçta kullanılması tehlikesinin bulunması sebebiyle müsadere edilmesi gerektiği şeklinde özetleyebileceğimiz temel gerekçeye ek olarak, başka argümanlar da ileri sürmüşlerdir:

a. Müsaderenin Tasfiye Edici Nitelikte Bir Güvenlik Tedbiri Olduğu Görüşü

Bu argümanlardan biri, güvenlik tedbirlerinin önleme amacının *tasfiye edici* tedbirlerle de gerçekleştirilebileceği, gayrimeşru eşyanın müsaderesinin de tasfiye edici nitelikte bir güvenlik tedbiri olduğu yönündedir.³⁴⁴ Bouloc, müsadereyi tasfiye edici güvenlik tedbiri (*measure de sureté éliminatrice*) olarak tanımlamış, tasfiye etme ve iyileştirme kelimelerinin karşıt anlamlı olmalarına karşın güvenlik tedbirleri ile güdülen amacın tasfiye edici tedbirlerle de gerçekleşebileceğini belirtmiştir. Yok etmek amacıyla yasadışı nesnelere müsaderesini yabancıların sınırdışı edilmesi ile aynı kategoriye koyan Bouloc buna örnek olarak yasak avlanma gereçlerini, yanlış tartan ağırlıkları, ahlaka aykırı bulunan kitapları ve hasarlı malları vermektedir.³⁴⁵

³⁴³ Sözüer, Organize, s. 185

³⁴⁴ Fransa'da bir zamanlar uygulanan, müstemlikelere sürgün etme, hadım etme, yabancıları sınır dışına çıkarma, gayri meşru eşyanın müsadere gibi. Ancak günümüzde artık pozitivistlerin öngördüğü bir kısım güvenlik tedbirleri itibar görmemektedir. Dönmezer, Cilt II, s. 570, no 1347

³⁴⁵ Bernard Bouloc, *Pénologie*, Dalloz, 1998, s. 41.

b. Kanunun Sistematiğine Dayanan Görüş

Bir başka görüş, kanunun sistematiğinden yola çıkmaktadır. Sistematik görüşe göre, müsadereyi TCK'nın cezaları düzenleyen 45. maddesinde cezalar arasında sayılmamış olması ve ayrıca bu yasa da fer'i cezanın da kabul edilmemiş olması, müsadereyi ceza değil de güvenlik tedbiri olarak kabul etmek için yeterlidir.³⁴⁶ 5237 sayılı kanun bakımından da birçok yazar kanunun sistematiğini esas almakta ve müsadereyi güvenlik tedbirleri bölümünde düzenlenmesini esas almaktadır. Özbek ve diğer yazarlarne göre, kanundaki düzenleme nedeniyle müsadereyi artık sadece bir güvenlik tedbiri olduğu söylenmelidir.³⁴⁷ Yargıtay'ın da sadece kanunun sistematiğine dayandığı görüşleri mevcuttur.³⁴⁸

c. Müsaderenin Kusurun Olmadığı Hallerde Uygulanabilmesine Dayanan Görüş

Müsaderenin güvenlik tedbiri olduğu görüşünde olanların bir kısmı failin kusurlu olmadığı hallerde de uygulanabilmesini gerekçe olarak göstermektedirler.³⁴⁹ Erman, müsadereyi hukuki niteliğini ayırt etmek bakımından şöyle bir ölçüt getiriyor: Bir kimse cezalandırıldığı için eşya müsadere ediliyorsa müsadere cezanın kanuni sonucu niteliğindedir. Cezalandırma yoksa veya failin kim olduğu belli olmamasına karşın müsadere mümkün ise o zaman tedbir niteliğindedir.³⁵⁰ Tedbir niteliğindeki müsadereye örnek olarak da 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetinin Korunması Hakkındaki Kanunun 3/b maddesi, 1918 sayılı Kaçakçılık Kanunu'nun 12/1, 13, 1/1-2, 14/3, 15, 16, 17, 18 ve 58. maddelerindeki düzenlemeler örnek olarak verilmektedir.

³⁴⁶ Sedat Bakıcı, **5237 Sayılı Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri**, Adalet Yayınevi, 2007, s. 1303.

³⁴⁷ Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, *Ceza Hukuku*, s. 578.

³⁴⁸ Bir kararında ise sistematik açıdan yola çıkan Yargıtay, 765 sayılı TCK'nın 11.maddesinde sayılan cezalar arasında yer almaması sebebiyle de tedbir olduğunu açıkladığı kararları mevcuttur. İBK, 16.02.1944 bkz. Erem, Ümanist, s. 385; YCGK, 14.06.1982, 129/279 (Savaş/Mollamahmutoğlu, age., s. 433); YCGK, 02.10.1989, 8-200/274 (Savaş/Mollamahmutoğlu, age., s. 431).

³⁴⁹ Murat Volkan Dülger, **Suç Gelirlerinin Aklanmasına İlişkin Suçlar ve Yaptırımlar**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011, s. 635; Sözüer, *Organize*, s. 185

³⁵⁰ Erman S., *Sosyal*, s.89, par. 168.

Gerçekten de güvenlik tedbirleri, failin kusurlu olmadığı hallerde cezalandırılmaması veya cezanın yetersiz kalması nedeniyle uygulanmaktadır.

d. Müsaderenin Cezanın Özelliklerini Taşımadığına Dayanan Görüş

Müsadereyi güvenlik tedbiri olarak kabul edenlerin bir başka gerekçesi müsaderenin, cezanın temel niteliklerinden bölünememe, başka bir yaptırıma çevrilememe gibi nitelikleri taşıyor olmasıdır.³⁵¹ Nissen'e göre müsadere ceza gibi bölünebilir olmadığı, başka cezalara çevrilemediği ve buna ek olarak failin kusuruyla orantılı biçimde uygulanamadığından³⁵² dolayı doğası gereği cezanın niteliklerini taşımamaktadır. Ancak bu görüş anılan özelliklerin bütün cezalar bakımından geçerli olmaması noktasında eleştirilmiştir. Ceza kanunlarında başka bir cezaya çevrilemeyen para cezaları ile adli tevbih gibi niteliği gereği bölünemeyen cezalar bulunmaktadır. Ayrıca günümüzde, müsadere edilecek eşyanın bulunmaması halinde zorunluluktan da olsa değeri karşılığı bir meblağın müsaderesi mümkündür. Bu da, zorunluluk unsuru dışında çevrilme niteliğinde kabul edilebilir mi, sorusunu akla getirmektedir. Kanaatimize göre, bu cezanın çevrilmesi olarak kabul edilemez. Zira, cezaların çevrilmesi zorunlu olmayıp, genellikle failin lehine olarak yapılmaktadır. Müsadere edilecek eşyanın bulunmaması halinde karşılık değeri kadar meblağın müsaderesi, fiili ve hukuki bir zorunluluktan kaynaklanmakta olup, her ne suretle olursa olsun sözkonusu malvarlığı değerini failden almak amacıyla yapılmaktadır.

Müsaderenin, cezanın temel özelliklerini taşımadığı görüşüne karşılık Sözüer, müsaderenin ihtiyariliğine dikkat çekmektedir. Yazara göre, failin kusuru ile müsadere yaptırımı arasında açık bir dengesizliğin olması durumunda hakimın takdir yetkisini kullanarak müsadereye hükmetmeme imkanı bulunmaktadır.³⁵³

³⁵¹ Erem de aynı görüştedir. Bkz. Sözüer, Organize, s. 185. Aybay'a göre de müsadere "teknik anlamda ceza değildir, emniyet tedbiridir". Zannediyoruz yazar, bu cümlesiyle müsaderenin cezanın yukarıda sayılan özelliklerini taşımasını kastetmektedir. Aydın Aybay/Rona Aybay, **Hukuka Giriş**, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2003, s. 44.

³⁵² Bu gerekçenin müsaderenin ihtiyari olarak düzenlendiği kanunlar bakımından geçerli olmadığı söylenmiştir. Hakim, müsadere yaptırımının failin kusurunun yoğunluğuna nazaran açık bir dengesizlik teşkil ettiği kanaatine varırsa müsadereye hükmetmeyebilir. Bu görüşteki yazarlar için bkz. Sözüer, Organize, s. 185.

³⁵³ Sözüer, Organize, s. 185.

765 sayılı TCK döneminde suçun failine ait olmayan eşyanın da bazı hallerde müsadere edilebilmesi (m. 36/2), hükümlünün ölümüne rağmen müsaderenin infazı (m. 96/2) ve ön ödemenin müsadereye engel olmaması (119/8) nedeniyle de cezalarda aranan niteliklere sahip olmadığı belirtilmiştir.³⁵⁴

Müsaderenin güvenlik tedbiri olduğu görüşü müsaderenin sürekli olması noktasında eleştirilmiştir. Şen'e göre müsadere güvenlik tedbirlerinin aksine geçici nitelikte olmadığı için tedbir değildir.³⁵⁵ Bu görüşe karşılık Aydın, müsaderenin niteliği gereği sürekli bir tedbir olduğunu ifade etmiştir.³⁵⁶ Bu nedenle mahkeme hükmü bir defada gerçekleştirilir.³⁵⁷

e. Üçüncü Kişiyeye Ait Eşyanın Müsadere Edilebilmesine Dayanan Görüş

Müsaderenin güvenlik tedbiri olduğunu savunanların bir kısmı suç failine ait olmayan eşyanın da müsadere edilebilmesini gerekçe olarak göstermişlerdir. 765 sayılı kanun döneminde “Kullanılması, yapılması, taşınması, bulundurulması ve satılması cürüm veya kabahat teşkil eden eşya”nın kime ait olduğuna bakılmaksızın müsaderesi sözkonusu olmakta idi.³⁵⁸ 765 sayılı TCK'nın 36/2. maddesinde öngörülen düzenlemenin tedbir niteliği konusunda öğretide hemen hemen görüş birliği mevcuttu.³⁵⁹ Bugün de aynı görüş çoğunlukla korunmaktadır. 5237 sayılı TCK'nın 54/4 maddesinde düzenlenen “suç oluşturan” eşyanın müsaderesi, failin esas suçtan mahkum olmasının, eşyanın faile ait olmasının ve hatta bir failin varlığının aranmaması nedenleriyle güvenlik tedbiri niteliğindedir. Güvenlik

³⁵⁴ Yılmaz Z., Müsadere, s. 37; Gedik, Müsadere, s. 14.

³⁵⁵ Şen, TCK Yorumu, s. 177. Yazar, müsaderenin bir tedbir olmadığını özellikle kalıcı nitelikte olması ile açıklamaktadır.

³⁵⁶ Aydın Ö., Emniyet, s. 145.

³⁵⁷ Haluk Toroslu, **Ceza Müeyyidesi**, Ankara, Savaş Yayınları 2010, s. 58.

³⁵⁸ Benzer bir mantıkla Alpaslan da Askeri Ceza Kanunu'nun 78. maddesinde müsadereye ilişkin hükmün tedbir niteliğinde olduğunu ileri sürmüştür. Alpaslan, age, s. 242-243. Zira, 78. maddenin B bendinin 7. fıkrasına göre “suçlu beraat ederse... mallarının zaptedilmesi yüzünden kendisine ve ailesine vaki olan zarar ve ziyanın tazminini devletten talep ve iddia edebileceğine” göre müsadere burada mahkumiyetten önce uygulanmaktadır ve sanık beraat ettiği takdirde devletten müsadere nedeniyle uğradığı zararın tazminini talep edilmektedir. Kanaatimizce yazar buradaki “tedbir” ibaresi ile güvenlik tedbirlerini kastetmemektedir, zira güvenlik tedbirlerine de ancak bir yargılama sonucunda hükmedilebilir.

³⁵⁹ Önder, Cilt III, s. 543; Dönmezer/Erman, Cilt II, no: 1343 vd., Hafizoğulları, Ceza Normu, s. 241.

tedbirlerinin dayanağını oluşturan tehlikelilik, burada eşyanın tehlikeliliği şeklinde yansımaktır.³⁶⁰

f. Müsaderenin Failin Ölümü Halinde Uygulanabilmesine Dayanan Görüş

765 sayılı eski TCK döneminde, hükümlünün ölümüne rağmen infaz edilebilmesi (m. 96/2) müsaderenin ceza olmadığına kanıt olarak ileri sürülmüştür.³⁶¹ Yargıtay'ın kararları da bu yöndedir.³⁶² Nitekim, tehlikelinin kaynağı eşya olduğuna göre eşyanın maliki ölse de, tehlike giderilmiş olmayacaktır. Ancak bu çıkarım, içinde bulunduğu konum nedeniyle veya failin elinde olması nedeniyle değil de, mahiyeti veya doğası gereği yani objektif olarak tehlikeli olan eşya bakımından geçerli olacaktır.

Gözübüyük, müsadere için güvenlik tedbiri kavramını kullanmasa da yukarıda açıklanan iki gerekçeyle müsaderenin tedbir olduğu görüşünde olanlar arasında sayılabilir. Gözübüyük'e göre, "*müsadere bir ceza değil ve fakat cezai mahkumiyetin neticesi bulunan bir tedbirdir*". Mülkiyeti mahkuma ait bulunmayan eşyanın müsaderesi veya suçlunun ölümüne rağmen uygulanabilmesi bunu teyit eder.³⁶³

g. Müsaderenin Tüzel Kişiler Hakkında Uygulanabilmesine Dayanan Görüş

Özellikle tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun kabul edilmediği hukuk sistemlerinde tüzel kişilere ait dahi olsa suçla ilgili eşyanın müsadere edilebilmesi

³⁶⁰ Gedik, Müsadere, s. 19. Buna karşılık, yazarın suçla ilgili eşyanın müsaderesi, kaim değerinin müsaderesi ile kazanç müsaderesinin ceza niteliğinde olduğu görüşü için bkz. s. 19 vd.

³⁶¹ Aydın Ö., Emniyet, s. 143.

³⁶² "Suç failine ait olmayan eşyanın da zoralmı (O.Y.nın 108. maddesi) hükümlünün ölümüne rağmen zoralmı kararının yerine getirilmesi (TCK. M.96/2) de, müsaderenin bir ceza olmadığını göstermektedir." CGK, 4.12.1989, 3-330/386, Bu kararın eleştirisi için bkz. Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem/Veli Özer Özbek, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 11. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2007, s.328; Ayrıca bkz. 3CD, 8.12.1989, 5796/13265 (Yılmaz Z., Müsadere, s. 54).

³⁶³ Gözübüyük, age, s. 334.

müsaderenin güvenlik tedbiri olarak kabul edilmesine başka bir gerekçe olarak gösterilmektedir.³⁶⁴

Bu düşüncede haklılık payı olmakla birlikte, bir yaptırımın tek başına güvenlik tedbiri olarak nitelendirilebilmesine yetmez. Nitekim hukukumuzda “iznin iptali” tüzel kişiler bakımından güvenlik tedbiri kategorisinde düzenlenmiş olsa da, esasında tüzel kişiliğin sonra ermesine neden olan bir tür cezadır.

IV. Müsaderenin Sui Generis (Kendine Özgü) Bir Kurum Olduğu Görüşü

Müsaderenin birbirinden farklı durum ve koşullarda uygulanabilmesi hukuki niteliği konusunda dualist ve karma görüşlerin ön plana çıkmasına neden olmuştur. Gerçekten, müsaderenin özellikle mahkûmiyete bağlı hükmedildiği hallerde ödetici niteliğinin bulunmasının yanısıra, mahkûmiyetin söz konusu olmadığı hallerde önleyici niteliğinin de bulunması onun "*sui generis*"(kendine özgü) bir müessese olarak görülmesine yol açmıştır.³⁶⁵

Bu düşüncenin savunucularından İçel ve diğer yazarlara göre, suç işlemek suretiyle veya suç işlemek dolayısıyla elde edilen maddi menfaatin müsaderesi hukuka aykırı bir şekilde elde edilmiş olan maddi bir menfaatin adil bir biçimde giderilmesini sağlamak ve suç işlemek suretiyle haksız bir kazanç elde edilmesini önlemek amacıyla yapılır. Bu itibarla bir önlem niteliğindedir. Bu tür müsadere için işlenen fiilin hukuka aykırı olması zorunlu olmakla birlikte suçun kasıtlı veya taksirli olmasının bir önemi olmamalıdır. Hatta failin bu fiilden dolayı kusurlu bulunması da zorunlu değildir. Yine suça iştirak edenler veya üçüncü kişiler lehine haksız kazanç sağlanmasının da, önemi bulunmamaktadır. Görüldüğü gibi bu tür eşyanın müsaderesi tedbir niteliğindedir; ancak, örneğin tehlikeli eşyaya uygulanacak olan müsadere gibi koruyucu bir önlem olmayıp kendine özgü bir önlemdir.³⁶⁶

Müsadereyi güvenlik önlemi olarak kabul eden Yüce ise, ikili bir ayırım yaparak, suçta kullanılan ve suçtan elde edilen eşyanın müsaderesini ceza

³⁶⁴ Özgenç, Tüzelkişinin, s. 320 vd.

³⁶⁵ Crespi/Stella/Zuccala, **Gonunentario breve al codice penale**, Milano, Giuffrè, 1992. s. 549. (nakleden Aydın Ö., Malvarlığı, s. 145)

³⁶⁶ İçel/Akıncı-Sokullu/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, Yaptırım, s. 125.

mahkûmiyetine bağı önlem olarak kabul ederken; yasak şeylerin müsaderesini ise ceza mahkûmiyetine bağı olmayan önlem olarak nitelendirmiştir.³⁶⁷

Avusturya Ceza Kanunu'nda, organize suç örgütleri bakımından düzenlenen kazanç müsaderesinin işlevinin tamamen değiştirilerek zenginleşmenin ortadan kaldırılması niteliğine dönüştürüldüğü ve bu haliyle kendine özgü bir kurum olduğu savunulmaktadır.³⁶⁸

Müsaderenin açıkça güvenlik tedbiri olarak düzenlendiği İtalyan hukukunda müsadere ile ilgili olarak hakimın "sosyal tehlikelik saptaması" yapmasının mümkün olmaması ve güvenlik tedbirlerine egemen bazı ilkelerin müsadereye uygulanmaması, mahkumiyete bağı hallerde ödeticici diğer hallerde ise önleyici niteliğinin bulunması nedeniyle müessesenin tam bir güvenlik tedbiri olmadığı, kendine özgü bir tedbir olduğu ifade edilmiştir.³⁶⁹

VI. Müsaderenin Kolluk Tedbiri Olduğunu Kabul Eden Görüş

Kolluk veya polis tedbirleri, genel tehlikeliliğın önlenmesi amacıyla uygulanan idari nitelikli eylem veya işlemlerdir. Herhangi bir suç işlenmemesine karşın sadece tehlike oluşturan eşya kolluk tarafından sahibinden veya bulunduğu yerden tedbiren alınır. Bu tür tedbirler bir koruma tedbiri olan elkoymadan farklı olarak herhangi bir soruşturma olmasa dahi uygulanabilir. Elkoyma, kural olarak mahkeme kararı ile yerine getirilebilirken, kolluk tedbiri doğrudan kanunun verdiği yetkilerle uygulanır, mahkeme kararını gerektirmez. Kolluk tedbirlerinin bir suç işlenmeden önce hakim kararı olmaksızın uygulanan tedbirler olduğunu söylemeliyiz. Kolluk tedbirleri idarenin tek yanlı olarak yerine getirdiği eylemlerdendir ve hukuka uygunluk karinesine dayanır. Kolluk tedbirleri, kamu düzeninin bozulmasından önce devreye girerler ve bir hukuk kuralının ihlaline tepki olarak değil; kamu düzeninin korunması amacıyla uygulanırlar ve bu itibarla önleyici niteliktedirler. Yaptırımlar ise bir hukuk kuralının ihlalden sonra devreye girer ve

³⁶⁷ Yüce, age, s. 125 -129.

³⁶⁸ Erman B., s. 283

³⁶⁹ Aydın Ö., Malvarlığı, s. 145.

bastırıcı niteliktedir.³⁷⁰ Güvenlik tedbirine belirli bir failin yeni suçlar işlememesi için hükmedilirken, polis tedbirlerinde genel olarak "suçların işlenmemesi" aranmaktadır.

İtalyan yazar Boscarelli'ye göre müsadereyi polis tedbiri niteliği de bulunmaktadır. Aydın, Boscarelli'nin bu görüşünün 765 sayılı eski TCK'nın 36. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen "üretimi, kullanımı, taşınması, bulundurulması, satılması cürüm veya kabahat oluşturan eşya bakımından" değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.³⁷¹ 5237 sayılı TCK'nın 54. maddesinin 4. fıkrasında da benzer şekilde "üretimi, kullanımı, taşınması, bulundurulması, satılması suç olan eşyanın" müsadereyi öngörülmekte olduğuna göre bu görüşün bugün de geçerli olduğunu söyleyebiliriz. Yazarı, konusu suç olan eşya (suç teşkil eden) bakımından müsadereyi polis tedbiri olarak nitelendirmeye sevkeden neden, öncelikle müsadereyi uygulanabilmesi için bir mahkûmiyet kararına gerek olmamasıdır. Ayrıca, konusu suç teşkil eden eşya faile ait olmasa bile müsadere uygulanmaktadır. Buna karşılık, güvenlik tedbirleri bir mahkûmiyet kararı dolayısı ile hükmedilen tedbirler iken, suç teşkil eden eşya bakımından müsadereye her halde mahkûmiyet kararından önce hükmedilmektedir. Yazar'a göre, burada eşyanın müsadere edilmesi, *"o şeyle ilişkili failin bir suç işlemiş olması nedeniyle ve gelecekte de suç işleyebileceği güçlü varsayımıyla yapılmamakta, aksine o şey kiminle ilişkili olursa olsun, şeyin kendisinin çevreye saçtığı tehlikelilik nedeniyle yapılmaktadır."* Bu da güvenlik tedbirlerinin mahiyeti ile bağdaşmamaktadır. Dönmezer ve Erman da bir Yargıtay kararına atıfla, kullanılması, bulundurulması, taşınması, suç teşkil eden eşya bakımından hakim kararına gerek bulunmadığını dahi söylemişlerdir.³⁷² Bu da, bulundurulması, alım, satımı, taşınması, üretimi suç teşkil eden eşyaya her nerede bulunursa, hakim kararı olmaksızın kolluk tarafından elkonulması sonucunu doğurur ve böylesi bir kurumu müsadere olarak nitelendirmek mümkün değildir.³⁷³

Örneğin, çantasında ruhsatsız bir silah bulunan kişi daha sonradan ruhsatsız silah taşımak suçunun yargılamasında silahı çantasına başkasının koyduğunu kanıtlayıp beraat etse bile silahın müsadereye hükmedilecektir. Burada

³⁷⁰ Metin Günday, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınevi, 2013. Kemal Gözler/Gürsel Kaplan, **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin yayınevi, 2011, s. 596.

³⁷¹ Aydın Ö., Malvarlığı, s. 146.

³⁷² Dönmezer/Erman, Cilt II, no: 1641, s. 759. Bkz. Y3CD, 09.07.1953, 4851/3659

³⁷³ Zaten hukukumuzda seri usulle de olsa hakim kararı gerekmektedir.

müsadereye, şeyin sanıkta yaratacağı tehlike nedeniyle değil, şeyin herkeste yaratacağı tehlike nedeniyle, yani polis tedbirlerine özgü bir tehlikelilik anlayışıyla hükmedilecektir.³⁷⁴ Suç oluşturan eşya bakımından beraat kararı verilse bile müsadere uygulanır.³⁷⁵

Mülga CMUK'nun 392. maddesinin 2. fıkrasına göre de suç konusu olmayıp münhasıran müsadereye tabi bulunan eşyanın müsaderesine sulh yargıcı tarafından duruşma yapılmaksızın karar verilirdi (m. 392/2). Aydın, duruşma yapılmamasının kuruma güvenlik tedbirinden çok önleme -polis tedbiri- niteliği kazandıran bir durum olduğunu belirtmiştir.³⁷⁶ Benzer şekilde TCK m. 54/4'ün müsadere usulünü düzenleyen CMK'nın 259. maddesine göre de, bu tür eşyanın müsaderesine sulh ceza hakimi tarafından duruşma yapılmadan dosya üzerinden karar verilmektedir.

VII. Değerlendirme

Son yıllarda gerek dünyadaki gerekse hukukumuzdaki eğilimin müsadereyi güvenlik tedbiri olarak düzenlemek yönünde olduğu açıktır. Kanunun sistematığıne baktığımızda müsaderenin bir ceza olduğunu iddia etme imkanı neredeyse yoktur. Zira, kanunkoyucu cezaları düzenlediği 45. maddede müsadereye yer vermemiş olup, müsadereyi kategorik olarak güvenlik tedbirleri bölümünde düzenlemiştir. Ayrıca mahkumiyet koşulunun kalkması nedeniyle de, eskiden olduğunun aksine müsaderenin fer'i bir ceza veya mahkumiyetin sonucu olduğu da söylenemeyecektir. Yine, ön ödemenin gerçekleşmesi nedeniyle kamu davasının açılmaması veya ortadan kalkmasının, müsadere hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil etmeyeceği yönündeki düzenleme (TCK m.75/5) müsaderenin güvenlik tedbiri olarak kabul edildiğinin göstergesidir. Zira, müsadere bir ceza olarak kabul edilse idi, davanın ortadan kalkması halinde ceza uygulanması gibi bir sonuç çıkardı. Kanunkoyucunun müsadereyi bir güvenlik tedbiri olarak düzenleme niyeti gerek 54 ve 55. maddeler

³⁷⁴ Aydın Ö., Malvarlığı, s. 147.

³⁷⁵ TCY'nın 36. maddesi 2. fıkrası uygulaması yönünden Yargıtay'ın "Satmak için sahte altın bulundurmaya suçuyla yargılanan sanığın beraatine karar verilmesinin yasaya aykırı olduğunu ileri sürmeyen yerel C. Savcısı, temyiz isteminde TCY'nın 36/2. maddesi hükmünün gözönünde tutularak tedbir niteliğinde altınların zorulmasına karar verilmemesinin yasaya aykırı olduğunu vurgulamaktadır. Bu nedenle, ceza uygulaması yönünden sanık aleyhine bir temyiz varlığından söz edilemez. Sahte milli ziynet altınlarının zorulmasına karar verilmesi gerekir." Kararı da bir örnek olabilir. YCGK. E. 1988/8-522; K. 1989/62 t. 20.2.1989: YKD, c. 15, s. 7 (Temmuz, 1989) s. 1018.

³⁷⁶ Aydın Ö., Malvarlığı, s. 147

gerekse (müsaderede zamanaşımını düzenleyen) 70. maddenin gerekçesinde açıkça ortaya konmaktadır. Bununla birlikte, 54. madde veya 55. madde metinlerinde “suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya” haricinde tehlikeliliğe ilişkin de bir belirleme bulunmamaktadır. Sadece 54. maddenin gerekçesinde yer alan “*Yapılan yeni düzenleme ile getirilen temel değişiklik, müsadereyi hukukî niteliğinin bir güvenlik tedbiri olduğunun kabul edilmesidir. İşte bu nedendir ki, müsadereye hükmedilmesi için bir suçun işlenmesi zorunlu olmakla birlikte, bu suçtan dolayı bir kimsenin cezaya mahkûm edilmesi gerekmemektedir. Örneğin suç işlenmesinde kullanılan tehlikeli eşya, bunu kullanan fail çocuk veya akıl hastası olması nedeniyle cezalandırılmasa dahi, müsadereye hükmedilebilecektir*” şeklindeki açıklamada “tehlikeli eşya” kavramı kullanılmıştır. Ancak uygulamada böyle anlaşılmadığı bilinmektedir. Oysa, öğretilerde belirtildiği gibi müsadereyi meşru kılan ve önemli olan kriter eşyanın tehlikeliliğidir.

Kaldı ki, daha önce de belirttiğimiz gibi kanunun sistematigi ya da gerekçedeki açıklamalar bir hukuk kurumunun nitelendirilmesi için yeterli birer ölçüt değildir. Kanunun sistematiginden önce, kurumun doğası ve sonuçlarına da bakılması gerekir. Nitekim, Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun bir kararında çoğunluk görüşüne katılmayan bir genel kurul üyesi; “*yasada müsadere her ne kadar bir güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiş ise de özünde bir ceza olması nedeniyle aleyhe bozma yasağı kapsamında değerlendirilmelidir*” görüşüyle kurumun özüne bakılması gerektiğini belirtmiştir.³⁷⁷ Ayrıca, hukukumuzdaki müsadere düzenlemesi monist bir yaklaşımla açıklanamaz. Zira tek yönlü bir müsadere uygulaması sözkonusu değildir; 54. ve 55. maddelerde ve hatta maddelerdeki fıkralar arasında farklı nitelikli düzenlemeler göze çarpmaktadır. Müsadereyi değiştiren ve çeşitlenen koşulları ile kapsamı nedeniyle de tam olarak güvenlik tedbiri niteliğinde olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir.

Müsadereyi kişi hak ve özgürlükleri üzerindeki etkisi de hukuki niteliği belirlerken gözönünde bulundurulmalıdır. Önder’in müsadere için “*ceza teorilerinin en ızdırıp veren çocuğu*” deyimini kullanması boşa değildir.³⁷⁸ Öğretilerde müsadereyi hala cezaların tabii olduğu esaslarla açıklanmasına da rastlanmaktadır.³⁷⁹

³⁷⁷ YCGK, 20.12.2011, 2011/6-219, 2011/280.

³⁷⁸ Önder, Cilt III, s. 593.

³⁷⁹ “*Müsadere edilemeyecek eşyanın belirlenmesinde iyiniyetli kavramının kullanılması yerinde olmamıştır. Bu ifade hukuksal olmadığı gibi, ceza hukuku ile özel hukuk ayrımını da ortadan kaldıran,*

İHAM'a göre müsadere hukuki niteliği **zikredilen amacının ötesinde gerçek etkilerine** bakarak belirlenir. Sözleşmenin amacı bakımından da değerlendirildiğinde ağırlığı ve kapsamı itibariyle ceza niteliğindedir.³⁸⁰ Welch/İngiltere kararında İHAM, her ne kadar önleyici karakterde görünse de müsadere (olayda kazanç müsaderesinin) şu unsurları itibariyle de İHAS'ın 7. maddesi anlamında bir ceza olduğunu kabul etmiştir: Mahkumun son altı yıl içinde elde etmiş olduğu tüm malvarlığının aksini kanıtlayamadığı takdirde uyuşturucu suçundan elde edilmiş olduğu kanuni karinesinin varlığı, müsadere kararının suçtan elde edilen kazancın hesabında brüt ilkesinin uygulanması sonucu gerçek zenginleşme veya elde edilen kardan daha fazlasını kapsamaması, hakimin müsadere edilecek meblağı belirlerken failin kusurunun derecesini dikkate alma konusunda takdir yetkisinin bulunması, müsadere edilen gelirin ödenmemesi halinde hapis cezasına hükmedebilme olasılığının varlığı. İHAM kararında, “tedbirin” amacı ve doğasını tespit etmenin bunu nasıl karakterize ettiğinin önemli olduğuna, bu itibarla “müstakbel uyuşturucu suçlarında kullanılma olasılığı olan suç gelirlerinin müsaderesinin önleyici niteliği kadar, kanunun yasalaşma sürecinde hükümetin “suçun kimseye yararı yoktur” şeklindeki düşüncesinin de niteliğine ilişkin delil olduğuna işaret etmiştir.³⁸¹ Bununla birlikte mahkemelere müsadere konusunda bu kadar geniş yetkiler veren yasamanın aynı zamanda faili cezalandırma amacı da güttüğünün göz ardı edilemeyeceği de kararda vurgulanmaktadır. Aslında önleme ve tamir etme amaçları cezalandırma amacıyla içiçedir ve bunlar cezanın bileşenleri olarak kabul edilebilir³⁸². Mahkeme tedbirin ağırlığının ise hukuki nitelik bakımından tek başına belirleyici olamayacağına, cezai olmayan pekçok tedbirin muhatabı olan kişi üzerinde derin etkiler bıraktığına işaret etmiştir.

cezalarda kıyasa olanak veren bir ifade biçimidir. Gerçekten burada önemli olan üçüncü kişinin kasten hareket edip etmediği, yani bir suçun işleneceğini bilerek ve isteyerek eşyayı verip vermediği olması gerekirken, bunun yerine iyiniyetli olup olmadığına ilişkin bir kriter konulması yanlıştır”. Prof.Dr. Kayıhan İnel başkanlığında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı mensuplarınca hazırlanan “TBMM Adalet Alt Komisyonu Başkanlığınca İstanbul Üniversitesi Dekanlığı’na intikal ettirilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı hakkında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı’nın görüşü (24.06.2004) bkz. Ali Kemal Yıldız, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu-Değerlendirmeler-Öğretiden Görüşler ve Yargıtay Kararları**, İstanbul, 2007, s. 145.

³⁸⁰ Welch/İngiltere, Başvuru no: 17440/90, Tarih: 09.02.1995, par.33. Ayrıca bkz. Stessens, age, s. 56

³⁸¹ 1986 Tarihli Kanun’un Avam Kamarasında tartışılan gerekçesi için bkz. Welch/İngiltere, Başvuru no: 17440/90, Tarih: 09.02.1995, par. 11

³⁸² Welch/İngiltere, Başvuru no: 17440/90, Tarih: 09.02.1995, par.30

Bu genel açıklamadan sonra, TCK'nın 54 ve 55.maddelerinde “güvenlik tedbiri” olarak öngörülen ancak niteliklerinin birbirinden farklı olduğunu düşündüğümüz düzenlemeleri ayrı ayrı ele alarak, esas, koşullar ve kapsam itibarıyla değerlendirmekte fayda bulunmaktadır:

(i) **Eşya müsaderesini** de kendi içinde üçe ayırarak incelemek gerekir :

Birinci grup eşya 54. maddenin 1. fıkrasının 1.cümlesinde sayılan ***Suçta kullanılan, suçta tahsis edilen ve suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesidir.*** 765 sayılı Kanun döneminde öğretide “suçta kullanılan, kullanılmak üzere hazırlanan, suçtan meydana gelen eşyanın mahkumiyete rağmen suçlunun elinde bırakılmasına izin verilmemesinin “ahlaki”³⁸³ olduğu belirtilmiştir. Bir başka ifadeyle suçta kullanılan, tahsis edilen veya suçtan meydana gelen eşya normun ihlaline bir tepki olarak ve faile suçunu ödetme amacıyla müsadere edilmektedir.³⁸⁴

Eski kanun döneminde bunun en önemli dayanağı, müsaderenin “mahkumiyete” bağlı olması olarak gösterilmekteyken, kanaatimizce 5237 sayılı Kanun döneminde mahkumiyet koşulunun kaldırılması müsadereyi tek başına güvenlik tedbiri olarak nitelemeye yetmemektedir. Nitekim bu tür eşyanın müsaderesi tedbir amaçlı olsaydı eylemin kastla veya taksirle işlenmesi de önemli olmamalıydı. Ancak kanunun eşya müsaderesine karşı öngördüğü temel koşul “kastlı bir suçun işlenmesi”dir. Dönmezer ve Erman’ın isabetle belirttiği gibi suçta kullanmak, kullanmak üzere hazırlamak, tahsis etmek gibi ifadelerden anlaşılacağı üzere fail veya failler eşyayı suçta bilerek kullanmaktadırlar.³⁸⁵ Taksirli suçlarda ise failin önceden böyle bir suç işleme amacından veya bir eşyayı suç için hazırlamasından sözedilemeyecektir. *Özetle*, TCK’da eşya müsaderesine ilişkin 54/1 maddesinin ilk cümlesindeki suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesinde bu suçun kasıtlı olarak işlenmiş olmasının aranmasının da bu tür müsaderenin cezaya yaklaşmış olması görüşünü desteklemektedir. Zira güvenlik tedbiri taksirli olarak işlenen

³⁸³ Erem/Danışman/Artuk, age, s. 906-907; Önder, Cilt III, s. 594.

³⁸⁴ Suçun işlenmesinde kullanılan eşyanın müsaderesi ile araç sağlamak suretiyle suçun işlenişine iştirak eden kimseye bu davranışının özellikle kınanabilir olduğu uyarısında bulunmaktadır. Özgenç, tüzelkişi, s. 343

³⁸⁵ Dönmezer/Erman, Cilt II, s. 714, no: 1562. Burada geçen “suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya” 765 sayılı Kanun’un 36.maddesi uygulamasında bir suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanmış olmakla birlikte fiilen kullanılmamış olan eşyadır. Yeni TCK’nın 54.maddesinin 1. fıkrasının son cümlesinde düzenlenen “suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın kamu sağlığı, kamu güvenliği veya genel ahlak bakımından tehlikeli olması” halinden farklıdır.

suçlarda da uygulanabilmeliydi. Bu yönden suçta kullanılan, suça tahsis edilen veya suçtan meydana gelen eşya failin iradesiyle suç yoluna dahil edildiği için failin kasıtlı iradesine yönelik bir baskı kurulmuştur.

Ayrıca, “suçta kullanılan veya tahsis edilen veya suçtan meydana gelen eşya”nın müsadere için, “suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya”dan farklı olarak tehlikelilik koşulu aranmamaktadır. Örneğin, hırsızlık suçunda eve girmek için kullanılan merdiven tehlikeli olmasa dahi müsadere ediliyorsa, böylesi durumlarda müsadere eşyanın salt suçta kullanılmış olması nedeniyle uygulanan bir yaptırım, bir başka deyişle, ihlale yardımcı olmuş olmasına verilen bir tepki olarak algılanmalıdır. Bir an için suçta kullanılan eşyanın müsaderesinde, eşyanın failin elinde tehlikeli hale gelmesi nedeniyle müstakbel suçlarda kullanılma riskini ortadan kaldırmanın, yani sübjektif tehlikeliliğin önlenmesinin amaçlandığı düşünülebilirse de, verdiğimiz örnekte faildeki suç işleme eğilimi ortadan kaldırılmadıkça hemen her yerden bulunabilecek olan bir merdivenin müsaderesinin tedbir yönünün ağır bastığı söylenemeyecektir. Müsaderenin gerçek anlamda bir tedbir olarak düzenlenmesi isteniyorsa İsviçre hukukunda olduğu gibi tehlikeliliğin en belirleyici unsur olarak vurgulanması gerekir. Böylelikle, verilen örnekte merdivenin müsadere gibi güvenlik tedbirlerinin amacıyla bağdaşmayan uygulamalar da yaşanmayacaktır.

Özetle, eşya müsaderesinin esas itibariyle ihlale tepki olarak uygulanması nedeniyle ceza niteliğinin ağır bastığını düşünmekteyiz. Nitekim, 5237 sayılı Kanun’a kaynaklık eden Alman Ceza Kanunu’nun 74. maddesindeki düzenlemenin “ceza” niteliğinde olduğu bizzat kanun yapım sürecinde bulunan Sözüer tarafından da teslim edilmektedir.³⁸⁶ İçel ve diğer yazarlara göre de suçta kullanılan ve kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın müsadere ile baskı kurucu, cezalandırıcı etki bırakılmak istenmiştir.³⁸⁷ TCK’nın 54. maddesi bakımından da kanunkoyucu müsadere de orantılılık prensibini düzenlerken nedense hiç tehlikelilikten söz etmemiş, tıpkı cezalar bakımından olduğu gibi suç ile yaptırım arasında hakkaniyeti sağlayacak bir orantı olmasını aramıştır.³⁸⁸

³⁸⁶ Sözüer, Alman, s. 398, 399.

³⁸⁷ İçel/Akıncı-Sokullu/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, Yaptırım, s. 137.

³⁸⁸ Alman Ceza Kanunu’nun, eşya müsadere bakımından orantılılık ilkesi de tıpkı cezaların orantılılığı ilkesi gibi “işlenen fiilin önemi ve suçlamayla orantılı” olması gerektiği öngörülmektedir (Alm CK. M. 74b) Madde metninin Türkçe çevirisi için bkz. Feridun Yenisey/Gottfried Plagemann, **Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)**, İstanbul, Beta Yayınları, 2009, s. 112.

TCK'nın 54. maddesinde suçla bağlantılı eşyanın "iyiniyetli üçüncü kişiye ait olmaması"nın, bir başka deyişle fail ve yardım edenlere ait olmasının aranması da bu tür müsaderece ceza niteliğinde olduğu yönündeki görüşümüzü desteklemektedir. Zira, güvenlik tedbirinde amaç suçun işlenmesinde kullanılan, suça tahsis edilen veya suçtan meydana gelen eşyanın tehlikeliliğinin giderilmesi ise, eşyanın kime ait olduğunun önemli olmaması gerekir. Nitekim patlayıcı madde gibi objektif olarak tehlikelilik oluşturan ve suç teşkil eden eşya bakımından eşyanın kime ait olduğu önem taşımamaktadır.

Kanunda eşya müsaderece başlığı altında düzenlenen ikinci grup eşya ise **suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan tehlikeli eşyadır**. 54. maddenin 1.fıkrasının son cümlesine göre, "*Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir.*" Gerekçeye göre ise, "*Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanmış olan eşya ise, suçun icra hareketlerine henüz başlanmamış ise, sadece bu nedenle müsadere edilemeyecektir. Ancak bu eşyanın niteliği itibarıyla kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsaderece hükmedilecektir.*" Görüldüğü gibi, kanunkoyucunun madde gerekçesinden anlaşılan iradesine göre "suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya"nın müsaderece, eşya müsaderece genel koşulları belirleyen 1. cümleden farklı olarak, suçun icrasına başlanmamış olmasına rağmen mümkündür. Zaten, suçun işlenmesine başlanmış olması halinde ve koşulları oluştuğu takdirde bu tür eşya, suçta kullanılan veya tahsis edilen eşya olarak müsadere edilecektir. Başka bir deyişle bu tür müsadere, henüz ortada işlenmiş bir suç olmadığı takdirde uygulanabilecektir.³⁸⁹ Oysa ki, güvenlik tedbirlerinin "*amacı ilk suçun önlenmesi değil, suçta tekrürün önlenmesidir.*"³⁹⁰ Bir eşyanın suçun işlenmesinde kullanılıp kullanılmayacağına tespiti güç olup,³⁹¹ henüz ortada bir suç olmamasına karşın "güvenlik tedbirine" başvurulması sonucunu doğuracaktır.³⁹² Bu da bir çeşit niyet

³⁸⁹ "Hazırlanma" kastı gerektireceğinden yine suçun kasıtlı bir suç olması gerekmektedir. Buna karşılık, "tehlikelilik" koşulu nedeniyle üçüncü kişiye ait olmama koşulunun burada aranmayacağı kanaatindeyiz.

³⁹⁰ Hafizoğulları, Ceza Normu, s. 233.

³⁹¹ Süheyl Donay, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, İstanbul, Beta Yayınları, 2007, s. 89.

³⁹² Hafizoğulları/Özen, age, s. 288. Bir örnekle izah etmek gerekirse: A'yı öldürmek isteyen B, hazırladığı kimyasal karışımı bir şırınga içine çekerek A'nın evine doğru yola koyulur. Yol üzerinde yapılan polis kontrolü sırasında şırıngaya el konulur. B, bu şırıngayı A'yı öldürmek üzere hazırladığını itiraf etse de, eylemi hazırlık hareketi aşamasında kaldığından teşebbüsten dahi sorumlu tutulamayacaktır. Ancak suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan ve ele geçirilen şırınga

okuma olarak değerlendirilmektedir.³⁹³ Güvenlik tedbirleri ancak “post delictum” yani suç sonrası hükmedilebilen tedbirlerdir. Nitekim bu durum TCK’nın 2. maddesinin 1. fıkrasında da “*kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz*” şeklinde ifade edilmiştir. Toplum bakımından tehlikelilik oluşturmakla birlikte henüz suç işledikleri saptanmayan kişiler hakkında, niteliği itibariyle süresiz olan güvenlik tedbirine başvurulması kişi dokunulmazlığını ve özgürlüğünü tehlikeye düşürecektir. Aynı şekilde suçta kullanılacağı varsayımı ile bir kimseye ait tehlikeli eşyanın müsaderesi mülkiyet hakkının sürekli olarak ihlaline neden olacaktır.³⁹⁴

Kanaatimizce, ortada henüz işlenmiş bir suçun bulunmaması sebebiyle buradaki tedbir güvenlik tedbiri değil, “esas itibariyle” kolluk tedbiri niteliğinde olduğu düşünülebilir. Nitekim burada eşyadan kaynaklanan tehlikelilik, önceden bir suçun işlenmesinden kaynaklanan “suç tehlikeliliği” değil ve fakat kolluk tedbirlerine özgü “sosyal tehlikelilik”tir. Bir kimse hakkında güvenlik tedbirine hükmedilebilmesi için “*suçun toplum için tehlikelilik halinin belirtisi olması ve tedbire suçun işlenmesinden sonra*” hükmedilmesi gerekirken,³⁹⁵ burada eşyanın suçla tek bağlantısı, bir suçun işlenmesinde kullanılacak olması varsayımıdır. Bu da olsa olsa, kolluğun suçu önleme görevinin gereğidir.³⁹⁶ Öte yandan, bu tür eşyanın müsaderesi de ancak hakim kararı ile yapılabileceğinden biçimsel olarak kolluk tedbiri niteliğinde değildir. Bu sebeple, “suçta kullanılmak üzere hazırlanan tehlikeli eşya”nın müsaderesinin “kolluk tedbiri benzeri” bir niteliğe sahip olduğu söylenebilir.

Eşya müsaderesi kapsamındaki üçüncü ve son grup eşya ise **üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşyadır** (kısaca “konusu suç oluşturan eşya”). 765 sayılı Kanun döneminden beri, suç

kamu sağlığı açısından tehlikeli olduğundan müsaderesine karar verilecektir. Ancak bu durum suçun olmadığı yerde güvenlik tedbiri olmaz kuralı ile de çalışmaktadır. TCK’nın 2/1, 3/1, 7/1 maddelerinde de tekrarlandığı üzere güvenlik tedbiri suça karşı öngörülen bir yaptırımdır.

³⁹³ Gökhan Albayrak, “Ceza Hukuku Niyet Okuyabilir mi?”, **Güncel Hukuk**, Mayıs, 2010, s. 5-77; Zafer, Ceza Hukuku, s. 535. Yazar bu durumu eleştirmemekle birlikte müsaderenin koşullarını sayarken, “bir suçun işlenmiş olması veya bir suçun işlenmesinin planlanması” alt başlığını kullanması dikkat çekicidir.

³⁹⁴ Artuk, Güvenlik Tedbirleri, s. 281

³⁹⁵ Artuk, age, s. 350

³⁹⁶ 1989 tarihli TCK öntasarısının müsadereyi düzenleyen 75. maddesinde yer alan “kanunun tehlikeli veya zararı olarak nitelendirdiği ...eşyanın müsaderesi” de işlenmiş bir suçun varlığı şart koşmadığından kolluk tedbiri niteliğinde idi.

oluşturan eşyanın suçlunun elinde bırakılmamasının “önleyici amaç” taşıdığı ifade edilmektedir.³⁹⁷ Gerçekten ETCK’nın 36. maddesinin ikinci fıkrasının tedbir olduğu konusunda ne öğretide ne de içtihatlarda önemli bir tartışma bulunmamaktadır. Zira, bu tür müsadere için uygulanabilmesi için ayrıca bir suçun işlenmesi ve mahkumiyet koşulu aranmadığı gibi eşya kime ait olursa olsun müsadere edilmektedir. Ayrık bir görüş olarak Aydın ve Boscarelli, bunların idari bir tedbir yani kolluk tedbiri olduğu görüşündedir.³⁹⁸ Bu görüşe karşılık belirtmeliyiz ki, bu tür eşyanın müsadere edilebilmesi için bir kimsenin suçtan dolayı mahkum olması veya eşyayı suçta kullanması gerekmemekle birlikte, eşyanın üretimi, bulundurulması, taşınması veya alınıp satılmasının suç olması yeterlidir. Böylelikle eşya ile suç arasındaki bağlantı kurulmuş olur. Bu bağlantı ise, “konusu suç teşkil eden eşya”nın müsaderesini konusu “sosyal tehlikelilik” olan kolluk tedbirlerinden ayırır. Bir eşyanın üretimi, bulundurulması, taşınması veya alınıp satılmasının suç olarak düzenlenmesi de, o eşyanın tehlikeli veya zararlı olması nedeniyledir. Ancak bu tehlikelilik artık suç haline getirildiğinden güvenlik tedbirlerine özgü “suç tehlikeliliği”dir.

36. maddenin 2. fıkrasındaki hüküm, aynı ifadelerle yeni TCK’nın 54. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenmiş olduğundan, suç oluşturan eşyanın müsaderesini güvenlik tedbiri olarak nitelendirme yönündeki eğilimin devam ettiğini söyleyebiliriz.

(ii) **Kazanç müsaderesinin** temel amacının önleme olduğu söylenebilir. Nitekim, failin cezalandırılmasına karşın suç kaynaklı malvarlığının elinde bırakılması, hem fail hem de toplum açısından başka suçların önlenmesini teşvik anlamına gelecektir. Kazanç müsadere, böyle bir sonucu engellemeye yönelik olup hem özel hem de genel önleme işlevini yerine getirir.³⁹⁹ Kazanç müsadere ile, suçun sonucu olan haksız zenginleşmenin de önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Haksız kazancın suçun işlenişine iştirak edenler veya üçüncü şahıslar lehine tedarik edilmesi müsadere kararı açısından önemsizdir.⁴⁰⁰ Suçun işlenmesi ile bu kazanç elde edilmiş olsa bile müsadere önleme amacı, gayri meşru kazancın başka suçların işlenmesinin finanse edilmesi bakımından devam etmektedir.

³⁹⁷ Erem/Danışman/Artuk, age, s. 906-907; Önder, Cilt III, s. 594,

³⁹⁸ Aydın Ö., Malvarlığı, s. 146

³⁹⁹ Helmut Satzger, “Maddi ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku açısından kazanç müsadere kararının verilmesinde mağdurun menfaatlerinin gözetilmesi”, çev. Barış Erman/Osman İsfen, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, sayı 9, 2006, s. 34-45, s. 36.

⁴⁰⁰ İçel/Akıncı-Sokullu/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, Yaptırım; Özgenç, Tüzelkişi, s. 340.

Bununla birlikte kazanç müsaderesinin bastırma amacı olmadığı da söylenemez. Nitekim, “suçun kimseye faydası yoktur” düşüncesi bir yandan ödetmeyi de gerektirmektedir. Failin işlediği suçtan elde ettiği kazancın yanına bırakılmaması aynı zamanda ahlaki bir gerekliliktir. Zira, fail suç işleyerek toplumsal eşitliği kendi yararına bozmuştur. Malvarlığını haksız kazanç sağlayarak artırmıştır.

Kaldı ki, kazanç müsaderesinin kapsamının failin suçtan elde ettiği net miktarı geçecek biçimde düzenlenmesi de onu tedbir olmaktan çıkarıp cezaya dönüştürecektir.⁴⁰¹ Hukukumuzda kazancın hesabına ilişkin bir hüküm bulunmamakla birlikte, uygulamada ele geçirilen ve suçtan elde edildiği sabit olan tüm malvarlığının müsadere edildiği bilinmektedir. Kaynak Alman hukukunda da 1992 yılından itibaren kazancın hesaplanmasında net ilkesinden brüt ilkesine geçilmiştir. Bu nedenle, kazanç müsaderesinin artık bir tedbir olmadığı yönünde itirazlar başlamıştır. Gerçekten de brüt ilkesine dayalı olan kazanç müsaderesinin failin malvarlığından, fiili olarak elde ettiğinden daha fazlasının alınmasını mümkün kıldığı düşünüldüğünde bu tedbirin haksız zenginleşmeyi aşar bir şekilde ceza niteliğine dönüştüğü fikri kuvvet kazanmaktadır.⁴⁰² Nitekim, cezanın önleme amacına ulaşılabilmesinde orantılılık önemlidir. Önlemenin gerçekleşebilmesi için cezalandırmanın yeterli olması, suçu avantaj sağladığı için işlemeyi düşünenlerin, suça bağlanan biraz daha büyük bir dezavantaj nedeni ile suç işlemekten vazgeçmesi gerekir. Cezanın, beklenen sonucu doğurması için, yol açtığı zararın, suçlunun suçtan elde edeceği yararı aşması yeterlidir.⁴⁰³ Bir başka deyişle, failin eylemine karşılık uygulanan yaptırım onun suçtan elde edeceği yararı aşarsa ceza niteliği baskındır.

Yine, 55. maddenin 1. fıkrasının tamamlayıcısı niteliğindeki 2.fıkrası (eşdeğer müsadere) ceza niteliğinde bir düzenlemedir. 2. fıkraya göre kazanç müsaderesinin konusu ortadan kalksa bile karşılık değeri müsadere edilecektir. 55. maddenin 2. fıkrasının uygulanabilmesi için, maddi menfaatlere elkonulamamasında veya bunların merciiine teslim edilememesinde, failin kasten veya taksirle hareket

⁴⁰¹ Bkz. Aşağıda “Brüt ilkesi”, s. 183

⁴⁰² Aslında bunun doğrudan neticesi olarak kanunkoyucunun brüt ilkesine sadık kalmayı istemesi halinde kazanç müsaderesini –kusur ilkesiyle olan ihtilafı gidermek için bu zamana kadar olduğu gibi, sadece hukuk aykırı bir fiille değil, mutlak olarak kusurlu bir fiille bağlantılı hale getirmesi gerektiği belirtilmektedir. Ancak Alman Federal Yüksek Mahkemesi, ilgili maddelerin yeniden düzenlenmesinden sonra da kazanç müsaderesinin ceza değil, kendine özgü bir tedbir olduğunu belirtmektedir. Satzger, age, s. 36.

⁴⁰³ Michel Foucault, **Hapishanenin Doğuşu**, çev. Mehmet Ali Kılıçbay, Ankara, 2013, s.153.

etmesinin bir önemi bulunmamaktadır.⁴⁰⁴ Gerçekten kanunun lafzı her iki durumu da kapsayacak biçimde genişdir. Suçtan elde edilen menfaat veya malvarlığı failin dikkatsizliği veya özensizliği ile ortadan kalkmış olabilir. Örneğin, uyuşturucu ticaretinden elde ettiği lüks yat failin sebebiyet verdiği kaza sonucunda batmış olabilir. Hatta aynı sonuç, failin kusuru olmaksızın fırtınadan da kaynaklanmış olabilir. Zira, 2. fıkrada failin kusurlu olması şartı aranmamaktadır. Sonuç olarak, eşyanın taksirle veya kusur dışında elden çıkması halinde kişi zenginleşmiş olmamakta, failin malvarlığına bir süreliğine girmiş olan eşya malvarlığından çıktığından bunların başka suçların işlenmesinde kullanılması tehlikesi de bulunmamaktadır. Buna rağmen devletin kaybolan malların değerini failden talep etmesi müsadereyi adeta para cezasına dönüştürmektedir. Bu tür müsadereye kusur ile müeyyide arasında bulunması gereken orantılılık koşulu sağlanmadığından dolayı da itirazlar bulunmaktadır.⁴⁰⁵ Nitekim 1994 tarihli yeni Fransız Ceza Kanunu'nda özellikle eşdeğer müsaderenin de uygulamaya konulmasıyla birlikte müsaderenin cezai karakterinin ağır bastığı ifade edilmektedir.⁴⁰⁶ İsviçre Ceza Hukuku'ndaki "créance compensatrice" (İsv.CK m.71) denilen usul de orijinal malvarlığının ortadan kalkması, üçüncü bir kişiye devredilmiş olması veya tekrar ayıredilemeyecek biçimde karışmış olması halinde gündeme gelir. Öğretide bu hükmün cezai nitelikte olduğu ve fail veya şerikler suçtan kar elde edememiş olsalar da uygulanabileceği söylenmektedir.⁴⁰⁷

Özetle, güvenlik tedbirleri suçun sonuç ve etkilerini gidermeye yönelmemektedirler. Bunlar, suçun doğrudan veya dolaylı, vasitalı ya da vasitasız nedenlerinin kendileriyle giderildiği koruma önlemleridirler.⁴⁰⁸ Bu itibarla, kazanç müsaderesinin –suçun sonucu olan- haksız zenginleşmeyi ortadan kaldırma amacı göz önünde bulundurulduğunda tedbir niteliğinde sayılamayacağı düşünülebilir. Bununla birlikte güvenlik tedbirleri bakımından "*aslolan bir suç işlemiş failin bir daha suç işlememesini sağlamanın ya ceza ile mümkün olmaması ya da cezanın buna*

⁴⁰⁴ Çetin Arslan/Bahattin Azizoğlu, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Ankara, Asil Yayınları 2004, s. 224.

⁴⁰⁵ Dönmezer/Erman, Cilt II, no: 1564bis, s. 715

⁴⁰⁶ Anne Kletzen/Thierry Godefroy, "Confiscation and Anti-Money-Laundering Regulations under French law", **European Journal Of Crime, Criminal Law Criminal Justice**, 5(3), 273-280, 1997, s. 274.

⁴⁰⁷ Madeleine Hirsig-Vouilloz, Confiscation pénale et créance compensatrice (art. 69 à 72 CP): évolutions récentes, **Jusletter** [Média électronique], 2007. (Confiscation)

⁴⁰⁸ Hafizoğulları, Ceza Normu, s. 247.

yetmemesidir".⁴⁰⁹ İHAM, Geering/Hollanda kararında, müsaderenin cezai nitelikte olmadığını, amacının suçun saptanması değil, suçun işlenmesinden sonra "status qua ante" yani eski halin yeniden tesisi olduğunu söylemektedir.⁴¹⁰ Bu noktada ise suçtan menfaat elde etmiş olan kişinin bu menfaati başka suçların işlenmesinde kullanması tehlikesi sözkonusu olup, failin hapis veya para cezasına mahkum edilmesi, bu menfaat kendisinden alınmadığı sürece mümkün olmayacaktır. Bu yanıyla kazanç müsaderesinin tedbir niteliği de bulunmaktadır. Sonuç olarak, kazanç müsaderesi karma nitelikli bir yapıya sahiptir. Ancak, kanaatimizce önleyici yönü baskındır.

§ 3. Ulusalüstü Hukuk ve Bazı Ülkelerdeki Durum

A. Ulusalüstü Hukuk

Müsadereye ilişkin uluslararası düzeydeki belgelerle ilgili açıklamalarımızdan önce belirtmeliyiz ki, müsaderenin terörün finansmanı, yolsuzluk, aklama gibi pek çok boyutu bulunduğundan sözkonusu belgeler oldukça fazladır. Bu nedenle konunun sınırını çizmek bakımından müsadereyi düzenleyen uluslararası sözleşmelerden yalnızca Türkiye'nin taraf oldukları aşağıda açıklanacak olup, Türkiye'nin taraf olmadığı sözleşmeler ismen zikredilecek ve ilgili konu başlıklarında yer verilecektir.

Türkiye'nin taraf olduğu ve müsadereye ilişkin düzenlemeler içeren uluslararası sözleşmeler, 1977 tarihli "Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi", Viyana'da 1988 yılında kabul edilen "Uyuşturucu ve Psicotrop Maddeler Kaçakçılığına Karşı BM Sözleşmesi" (Viyana Sözleşmesi), Avrupa Konseyi'nin (AK) himayesinde 8 Kasım 1990'da Strazburg'da kabul edilen "Suçtan Kaynaklanan Gelirlerin Aklanması, Araştırılması, Ele Geçirilmesi ve El Konulmasına İlişkin Sözleşme" (Strazburg Sözleşmesi),⁴¹¹ 1999 tarihli "Avrupa

⁴⁰⁹ Aydın Ö., Emniyet, s. 34.

⁴¹⁰ Geering/Hollanda, Başvuru no: 30810/03, Tarih: 01.03.2007, par. 35. Bu nedenle uygulanma koşullarının ceza yargılamasının katı kurallarına göre daha az katı olduğunu belirtmiştir.

⁴¹¹ 16.6.2004 tarih ve 5191 sayılı kanun ile onaylanmıştır. Sözleşme başlığının doğru tercümesi, Suçtan Kaynaklanan Gelirlerin Aklanması, Araştırılması, Elkonulması ve Müsaderesine İlişkin Sözleşme olmalıdır. Adalet Bakanlığı bu hususu sözleşmenin TBMM'ne sevk aşamasından önce de Dışişleri Bakanlığına ilettiği görüşünde bildirmişti.

Konseyi Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi”, 2000 tarihli “BM Sınıraşan Suçlarla Mücadele Sözleşmesi” (Palermo Sözleşmesi), 2001 tarihli “BM Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Sözleşmesi” (New York), 2003 tarihli “OECD Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesi” (m.3/3) ve “Yolsuzluğa Karşı BM Sözleşmesi” (Merida Sözleşmesi), ve son olarak da 2004 tarihli “Suçtan Kaynaklanan Gelirlerin Aklanması, Araştırılması, Ele Geçirilmesi ve El Konulmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi”, suç gelirlerine uluslararası elkoyma ve müsadere alanında çerçeve sözleşmeler olarak ortaya çıkmaktadır.

Ayrıca mevzuatımızda uluslararası alanda adli yardımlaşmaya ilişkin protokol ve genelgeler vardır.⁴¹²

I. Birleşmiş Milletler

11 Kasım 1990 tarihinde yürürlüğe konulan ve 1988 Viyana Sözleşmesi olarak bilinen Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi⁴¹³ küresel finansal istikrara yönelik büyük tehde karşı verilen ilk uluslararası cevap olarak nitelendirilmektedir.⁴¹⁴

Giriş bölümünde “*kişilerin yasadışı uyuşturucu ticaretinden elde ettikleri gelirlerin müsaderesinin onları bu suçları işlemeye yönelten en güçlü motivasyonu bertaraf edeceği*”nin belirtildiği sözleşmenin 3. maddesi suçları⁴¹⁵ ve genel olarak yaptırımları düzenlerken, 5. madde özel olarak taraf devletlerin müsadere konusundaki yükümlülüklerini düzenlemektedir. 5. madde ile, devletlere suçun işlenmesinde kullanılan şeylerin ve malların yanısıra, başka malvarlığına dönüştürülmüş veya meşru olarak elde edilmiş olanlarla karışmış olsalar dahi suç gelirlerinin ve bu gelirlere daha sonradan elde edilen yararların da müsadere

⁴¹² Bunlardan en önemlisi Adalet Bakanlığının 01.03.2008 Tarihli Elkoyma Ve Müsadere Kararlarının İnfazı ve Varlıkların Geri Alınmasına İlişkin Karşılıklı Adli Yardımlaşma Genelgesidir. Bkz. www.uhdig.m.adalet.gov.tr/genelgeler (Erişim Tarihi: 10.03.2011).

⁴¹³ “UN Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances” Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. http://www.unodc.org/pdf/convention_1988_en.pdf.

⁴¹⁴ Vettori, age, s. 4.

⁴¹⁵ 3. maddeye göre sözleşmenin kapsamı, uyuşturucu ve uyarıcı maddelerin yasadışı imal edilmesi, imalatta kullanılan ara maddelerin yasa dışı üretimi ve ticareti, uyuşturucu ve uyarıcı maddelerin bulundurulması, bunların ticareti ve uyuşturucudan elde edilen gelirin aklanması suçlarıdır.

edilmesini sağlama yükümlülüğü getirilmiştir. Ayrıca “*Her bir Taraf, müsadereye tabi olabileceği ileri sürülen kazançların veya diğer malvarlıklarının yasal kaynağına ilişkin olarak, iç hukukunun ilkelerine ve adli yargılama ve diğer usullerine uygun ölçüler içinde, ispat yükümlülüğünün (onus of prof) değiştirilmesini kararlaştırabilecektir*” (m. 3/7). Yine 5. maddesi devletlerin müsadere konusunda birbirlerinden talepte bulunabilmelerini ve bunun yöntemlerini düzenlemektedir.

2000 tarihli Sınır Aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’ne (Palermo Sözleşmesi) göre de “*Taraf devletler, iç hukuklarının imkân verdiği ölçüde sözleşmede belirtilen suçlardan elde edilen gelirleri veya bunlara tekabül eden malvarlığını ve bu suçlarda kullanılmış veya kullanılması amaçlanan malvarlığı, malzeme, teçhizat veya diğer araç gereçlerin müsaderesi için gerekli önlemleri alacaklardır*” (m.12). Sözleşmede ayrıca, müsadere amacıyla uluslararası işbirliği (m. 13) ve yargı yetkisi (m.15) de düzenlenmiştir.⁴¹⁶

2001 tarihli Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşmeye (New York Sözleşmesi) göre de taraf devletler 2. maddede belirtilen suçların işlenmesi için kullanılan veya kullanılması için oluşturulan fonların veya bu suçlardan temin edilen kazançların tespiti, bulunması, dondurulması el konulması (8/1.m) ve müsaderesi (8/2.m) için iç hukukları uyarınca gerekli tedbirleri alır.

2003 tarihli BM Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi’ne göre⁴¹⁷ "müsadere", uygulanabildiği hallerde belirli bir hakkın kaybını da kapsayan, malvarlığının bir mahkeme ya da diğer yetkili makamın emriyle sürekli olarak yitirilmesi anlamına gelir (m. 2/g). Müsaderenin konusu, a) Bu Sözleşmeye uygun olarak ihdas edilen suçlardan elde edilen suç geliri veya değeri bunlara tekabül eden malvarlığı; b) Bu Sözleşmeye uygun olarak ihdas edilen suçlarda kullanılmış veya kullanılması amaçlanan malvarlığı, teçhizat veya diğer araç-gereçlerdir (31/1.m).⁴¹⁸ Sözleşmenin

⁴¹⁶ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun, 10 Haziran 1998’de New York’ta düzenlenen 20 nci Özel Oturumu, “Kara Paranın Aklanmasına Karşı Politik Bildirge ve Eylem Planı” (Political Declaration and Action Plan against Money Laundering)

⁴¹⁷ (CAC/COSP/2008/11 Conference of the States Parties to the United Nations Convention against Corruption), 9-11 Kasım 2003 tarihleri arasında Meksika’nın Merida kentinde imzaya açılan “Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi” de Türkiye tarafından imzalanmıştır. 26307 sayılı ve 02.10.2006 tarihli resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe konmuştur.

⁴¹⁸ Eğer suç geliri kısmen veya tamamen başka bir malvarlığına dönüştürülmüş veya çevrilmiş ise, söz konusu gelirin yerine bu malvarlığı, bu maddede belirtilen önlemlere tâbi tutulacaktır. (31/4) Eğer suç geliri meşru kaynaklardan kazanılan bir malvarlığı ile karıştırılmış ise, bu tür malvarlığı, dondurma veya el koymaya ilişkin yetkilere hâlel gelmeksizin, karıştırılmış suç gelirinin takdir edilen değerine kadar müsadereye tâbi olacaktır. (31/5) Suç gelirinden veya suç gelirinin dönüştürüldüğü veya

53. maddesi malvarlığının doğrudan geri alınmasına yönelik önlemleri düzenlemektedir. 54. madde ise müsadere hususunda uluslararası işbirliği yoluyla malvarlığının geri alınması için gerekli mekanizmaları, 55. madde müsadere amacıyla uluslararası işbirliğini, 57. madde malvarlığının iadesi ve tasarrufunu düzenlemektedir.

Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Ofisi (United Nations Office on Drugs and Crime) ile Uluslararası Para Fonu (International Monetary Fund) tarafından 2003 ve 2005 yıllarında common-law ülkeleri için kara para aklama, suç gelirleri ve terörizmin finansmanına ilişkin iki tane “Kanun Modeli” hazırlanmıştır.⁴¹⁹ Bu kanun modelleri ulusal müsadere kanunlarının düzenlenmesi bakımından yol gösterici olmak üzere örnek birer mevzuat olarak düşünülmüştür. Ayrıca bu modellerde hükümetlerarası adli yardımlaşmaya yönelik de hükümler bulunmaktadır.

II. Avrupa Birliği

Avrupa Birliği'nin mali çıkarlarının korunmasına yönelik her düzenlemenin kaynağı AB Anlaşması'nın 280. maddesidir. Bunun dışında 2988/95 sayılı AB Mali Menfaatlerinin Korunması Sözleşmesi'nin 2.Ek Protokolü'nün 5. maddesine göre *“her üye devlet dolandırıcılık, yolsuzluk, aklama suçlarının gelirleri veya bu gelirlere karşılık gelen eşyaya elkonulması ve bunların müsaderesi için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür”*.⁴²⁰

Cezalar arasında suçta kullanılan vasıtaların, suçtan elde edilen ürünlerin ve gelirlerin müsaderesi sayılmıştır.⁴²¹ Suçun vasıtaları, ürünleri ve gelirleri, Avrupa

çevrildiği malvarlığından veya suç gelirinin içine karışmış olduğu malvarlığından elde edilen kazanç veya diğer menfaatler de, suç gelirleri ile aynı biçim ve ölçüde, bu maddede belirtilen önlemlere tâbi tutulacaktır. (31/6)

⁴¹⁹ Model Money- Laundering, Proceeds of Crime and Terrorist Financing Bill 2003. Ayrıca, 2009 yılında yine common-law ülkeleri için “United Nations/Commonwealth Secretariat/International Monetary Fund - Model Provisions on Money Laundering, Terrorist Financing, Preventive Measures and Proceeds of Crime” yayınlanmıştır. <http://www.imolin.org/imolin/model.html> (Erişim tarihi: 12 Nisan 2013).

⁴²⁰ Max Vermeij, “Seizure, Confiscation and Asset Recovery to Protect the Financial Interests of the European Union. EU Legislation and its Implementation in the Netherlands”, in: Camaldo, L. & A. Bana (eds.), **Sequestro, confisca e recupero a tutela degli interessi finanziari dell’Unione Europea. La legislazione comunitaria e l’attuazione nei paesi membri**, Brussel, 2010, s. 37-58, s. 37.

⁴²¹ Serap Keskin/Hamide Zafer/Ümit Kocasakal, **Avrupa Birliğinin Mali Çıkarlarının Korunmasına İlişkin Ceza Hukuku Kuralları (Corpus Juris)**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2001.

Topluluğu yararına müsadere edilebilir. Bu karar, yalnızca sanığın yargılandığı durumlarda değil ama, suçu oluşturan hareketi (actus reus) gerçekleştirdiğinin kanıtlandığı ve fakat gerek manevi unsurun yokluğu gerekse akli sıhhati ile ilgili nedenlerden dolayı yargılanmadığı hallerde de alınabilir (madde 14/4). Maddenin yürürlük hükmüne göre, “müsadereden, 1 ila 8. maddeler arasındaki bir suç sebebiyle yapılan koğuşturma sonucunda mahkemece karar verilen, Avrupa Topluluğu yararına olarak suçun vasıtaları, ürünleri ve gelirleri üzerindeki mülkiyetin daimi olarak kaybedilmesini ifade eden tedbir anlaşılır”.⁴²²

AB hukukunda özellikle organize suçlulukla mücadele bakımından suçtan elde edilen gelirin izlenmesi, el konulması ve müsadere için işbirliği öngörülmektedir. Bu bağlamda üye devletlerin her birinin dondurma, elkoyma veya müsadereye tabi olabilecek olan eşyanın belirlenmesini ve takibini kolaylaştırmak amacıyla en az bir adet Malvarlığını Geri Kazanma Ulusal Bürosu (National Asset Recovery Office) kurma yükümlülüğü vardır. Bu bürolar arasında suçtan elde edilen gelirin ulusötesi takibi, belirlenmesi ve müsadere edilebilme yöntem ve teknikleri hakkında bilgi alışverişinin sağlanması için 2004 yılında Avusturya, Belçika, Almanya, İrlanda, Hollanda ve İngiltere'nin öncülüğünde Türkiye'nin de üye olduğu, uygulamacılar ve uzmanlar için küresel bir iletişim ağı kurulmuştur (CARIN- The Camden Assets Recovery Inter-Agency Network).

AB uygulaması için müsadere için geniş tanımlandığı görülmektedir. Vettori'nin uluslararası sözleşmelerdeki tanımlardan yola çıkarak yapmış olduğu tanıma göre müsadere “*bir suçun işlenmesi ile doğrudan veya dolaylı olarak kaynaklanan her türlü eşyadan mahkeme kararı veya yetkili başka bir makam tarafından sürekli olarak yoksunluğu*” ifade eder.⁴²³ Kimi ülkelerde müsadere hukukumuzdan farklı olarak bu amaçla kurulmuş idari makamlar tarafından da gerçekleştirilebilmesi nedeniyle, tanımda özellikle “yetkili başka bir makam” ifadesinin kullanıldığı ve müsadere için daha geniş bir kavram olarak değerlendirildiği görülmektedir.

AB müktesabı çerçevesinde müsadereye ilişkin düzenleme içeren 2001, 2007 tarihleri arasında peşpeşe alınan çerçeve kararlar dikkati çekmektedir. 2001/500/JHA sayılı Karapara Aklama, Kimlik Tespiti, İzleme, Dondurma,

⁴²² Keskin/Zafer/Kocasakal, age, s. 66. Ayrıca tüzel kişilerin cezai sorumluluğu olduğu kabul ediliyor.

⁴²³ Vettori, age, s. 1.

Araçların ve Suç Gelirlerine Elkoyma ve bunların Müsaderesine İlişkin 26 Haziran 2001 tarihli Konsey Çerçeve Kararı ile Avrupa Birliği üyesi ülkelerin mevzuatlarının uyumlaştırılması amaçlanmaktadır. Doğrudan suç gelirin ulaşamadığı ve bu sebeple el konulamadığı hallerde müsaderenin eşyanın değeri üzerinde (Value Confiscation) yapılması istenmektedir. Böylelikle, failin malvarlığından suç geliri tutarında bir varlığın müsadere edilmesi öngörülmektedir.⁴²⁴

2003/577/JHA sayılı Delil veya Malvarlığının Dondurulması Kararlarının Yerine Getirilmesi Hakkında 2 Temmuz 2003 Tarihli Konsey Çerçeve Kararı ile Avrupa Birliği üyesi ülkelerin müsadereye tabi veya ceza yargılamasında delil niteliğinde olan her türlü şeyin dondurulmasına ilişkin ülke taleplerinin en etkin şekilde yerine getirilmesi amaçlanmaktadır.⁴²⁵

2005/212/JHA sayılı Suç Gelirlerinin ve Malvarlıklarının Müsaderesine İlişkin 24 Şubat 2005 tarihli Konsey Çerçeve Kararı'nın⁴²⁶ 2. maddesine göre ise üye devletler bir yıldan fazla hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülen suçlarda kullanılan araçlar ile bunlardan elde edilen gelirlerin veya bunların karşılık değerlerinin kısmen veya tamamen müsaderesi için gerekli tedbirleri alırlar. Burada suç bakımından bir sınırlama görmekteyiz. Karar, bir yıldan az hürriyeti bağlayıcı ceza gerektiren fiiler bakımından müsadereyi gerekli görmemektedir. Vergi suçları bakımından ise, suçtan elde edilen gelirin ceza yargılaması dışındaki usullerle de failden alınabilmesini sağlayan usuller öngörebileceği düzenlenmektedir. 2005 tarihli çerçeve kararın 5. maddesine göre, çerçeve karar üye devletlerin başta 6. maddede öngörülen suçsuzluk karinesi olmak üzere temel hak ve ilkelere uyma yükümlüğünü değiştiremez. Bununla birlikte, suç örgütleri tarafından işlenen bazı belirlenmiş katalog suçlar için genişletilmiş müsaderenin uygulanması tavsiye edilmektedir. Genişletilmiş müsadere bakımından işlenen suç ile suç geliri arasında doğrudan bir bağlantı kurulmasına gerek olmadan malvarlığının suç geliri olduğundan şüphelenilmesi yeterlidir.

⁴²⁴ Council Framework Decision, 2001/500/JHA of 26 June 2001 on money laundering, the identification, tracing, freezing, seizing and confiscation of instrumentalities and the proceeds of crime. <http://eur-lex.europa.eu/> (Erişim Tarihi: 30.11.2012)

⁴²⁵ Council Framework Decision, 2003/577/JHA of 22 July 2003 on the execution in the European Union of orders freezing property or evidence. <http://eur-lex.europa.eu/> (Erişim Tarihi: 30.11.2012)

⁴²⁶ Council Framework Decision, 2005/212/JHA of 24 February 2005 on Confiscation of Crime-Related Proceeds, Instrumentalities and Property. <http://eur-lex.europa.eu/> (Erişim Tarihi: 30.11.2012)

2006/783 JHA sayılı Müsadere Kararlarının Karşılıklı Tanınmasının Uygulamasına İlişkin 6 Ekim 2006 tarihli Konsey Çerçeve Kararı tamamen örgütlü suçlarla mücadelede müsadereye ilişkindir. Karara göre, 10.000 Euro tutarının altındaki malvarlığı, müsadere kararını uygulayan ülkeye kalmaktadır. 10.000 Euro üzerindeki mal varlıkları ise kararı veren ve kararı uygulayan ülke arasında paylaşılmaktadır.⁴²⁷

Bundan sonra 6 Aralık 2007 Tarihli ve 2007/845/JHA sayılı “*Suç Gelirlerinin İzinin Sürülmesi ve Tespitine Yönelik Üye Ülkelerin Malvarlıklarının Geri Alınması Birimleri-Müsadere Ofisleri (Asset Recovery Offices-AROs) Arasında İşbirliğinin Geliştirilmesi Hakkında Konsey Kararı*” alınmıştır. Karar ile Avrupa Birliği üyesi ülkelerin 18 Aralık 2008 tarihi itibarıyla işbirliği yapmak amacıyla müsadere ofislerini kurmaları ve merkez haline getirmeleri sağlanmıştır. Suç Gelirleri Hakkında 20 Kasım 2008 tarih ve COM(2008)766 numaralı Avrupa Komisyonu Bildirisi” ile mal varlıklarının geri alınması birimleri ile ilgili olarak “Malvarlıklarının Geri Alınması Ulusal Birimlerinin (AROs) Kurulması, ARO’ların Yapısı, Görev ve Yetkileri, Müsadere Konusunda Avrupa Birliği Üyesi Olmayan Ülkeler ile İşbirliği ve ARO’ların Etkin Bir Şekilde Çalışması İçin Alınması Gereken Tedbirler” gibi konularda detaylı açıklamalarda bulunulmuştur. Bildiride yer alan temel öneriler; suça ilişkin mahkûmiyet kararına gerek olmaksızın müsadereye imkân veren kanuni bir düzenleme yapılması (Civil Confiscation-Özel Hukuk Müsaderesi), FATF’ın şüpheli işlem bildirimlerine ilişkin 13. tavsiyesinin Avrupa Birliği müktesebatı içerisine alınması, haksız mal edinimine (Unjustified Asset) ilişkin yeni bir suç ihdas edilmesi ile kolluğun bir kişinin beyan edilmiş geliri ile orantısız malvarlığına sahip olduğu gerekçesiyle bu malvarlığına el koyabilmelerinin sağlanması⁴²⁸, bazı ciddi suç kategorilerinden mahkûmiyet halinde mecburi müsadere (mandatory confiscation) sisteminin geliştirilmesi, olarak sayılabilir.⁴²⁹

Çerçeve kararlar Avrupa Birliği’nin üçüncü sütununu oluşturan adalet ve içişleri alanında işbirliğinde kullanılmak üzere, Amsterdam Antlaşması’yla

⁴²⁷ Council Framework Decision 2006/783/JHA of 6 October 2006 on the application of the principle of mutual recognition to confiscation orders, Official Journal L 328, 24/11/2006 P. 0059 – 0078.

⁴²⁸ Haksız mal edinme suçunun ihdas edilmesiyle; beyan edilen malvarlığı ile orantısız gelirin bulunması ve kişinin bazı bilinen suçlarla ilişkisinin olduğu durumlarda konu, kanıt yükümlülüğü suçluya ait olacak şekilde mahkemeye intikal ettirilebilecektir. Fransa’da bu doğrultuda haksız mal edinme suçu getirilmiştir.

⁴²⁹ Hatice Topkaya/Ahmet Topkaya, “Avrupa Birliği’nin Yolsuzlukla Mücadelesinde Suçtan Kaynaklanan Malvarlıklarının Geri Alınması”, **Sayıştay Dergisi**, Sayı:85, 2012, s. 69-93.

oluşturulan birer araçlardır. Üye ülkelerin kanunları ile yasal düzenlemelerini uyumlaştırma amacıyla kullanılmakta ve sonuçları itibariyle üye ülkeler üzerinde bağlayıcı olmaktadır. Ancak ulusal makamlar, bu sonuçlara ulaşabilmek için uygulayacakları formül ve yöntemleri seçmekte serbesttir. Ancak Lizbon Antlaşması sonrasında Çerçeve Karar uygulaması kaldırılmış olup adli ve kolluk işbirliği konularında yasama faaliyetinin çerçeve kararlar yerine bağlayıcı nitelikte direktifler veya tüzükler ile yapılması kararlaştırılmıştır.⁴³⁰

Birliğin adalet, güvenlik ve özgürlük alanlarına ilişkin olarak 2010-2014 yılları için önceliklerini öngören Stokholm Programı'nın 4.4.5. maddesinde ekonomik suçlarla ilgili olarak suç gelirlerinin müsaderesinin daha etkili hale getirilmesi ve ulusal malvarlığı dönüştürme büroları arasındaki işbirliğinin güçlendirilmesi ihtiyacı vurgulanmıştır.⁴³¹ Akabinde Avrupa Birliği ülkelerinde özellikle sınır ötesi ve örgütlü suçlardan elde edilen kazancın dondurulması ve müsaderesinin kolaylaştırılması amacıyla 12 Mart 2012 tarihli Suç Gelirlerinin Dondurulması ve Müsaderesi Konulu Avrupa Konseyi ve Parlamentosu Direktifi Önerisi sunulmuştur.⁴³² Direktif ile suçtan elde edilen malvarlıklarının geri kazanılması hedeflenmektedir.

Direktif tasarısının 3. maddesinde mahkumiyete dayalı müsadere, 4. maddesinde genişletilmiş müsadere, 5. maddesinde mahkumiyete dayalı olmayan müsadere, 6. maddesinde üçüncü kişi malvarlığının müsaderesi, 7 ve 10. maddelerde de dondurma düzenlenmiştir. Genişletilmiş müsadere ile ispat yükünün hafifletilmesi; mahkumiyete dayalı olmayan müsadere ile mahkeme kararı olmaksızın şüphelinin ölmesi, hastalanması ya da kaçak olması gibi durumlarda müsadere yapılabilmesi; üçüncü kişi malvarlığının müsaderesi ile suçlunun başkaları adına kayıtlayarak kaçırdığı mal varlıklarının müsadere edilebilmesi; dondurma ile müsadere edilecek malvarlıklarının şüpheli tarafından elden çıkarılmaması ve varlık yönetimi ile de el konulan, müsadere edilen malvarlıklarının değerlerinin kaybolmaması için ulusal merkezi birimler kurulması hedeflenmektedir.

⁴³⁰ Topkaya/Topkaya, age, s. 80

⁴³¹ The Stockholm Programme-An open and secure Europe serving and protecting citizens 2010/C 115/01). <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:115:0001:01:EN:HTML>

⁴³² Brussels, 12.3.2012, COM(2012) 85 Final, 2012/0036 (COD), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0085:FIN:EN:PDF>

III. Avrupa Konseyi

Avrupa Konseyi'nin konuya ilişkin ilk belgesinin 1980 yılında kabul edilen Suç Kaynaklı Fonların Transferine İlişkin R(80)10 sayılı Tavsiye Kararı olduğu söylenebilir. Ancak bu belgede müsadereye ilişkin bir karar alınmamıştır.⁴³³ Bu nedenle BM'nin kabul ettiği Viyana Sözleşmesi'ni izleyen ve 1993'te yürürlüğe giren Strazburg Sözleşmesi olarak bilinen Suçtan Kaynaklanan Gelirlerin Aklanması, Araştırılması, Elkonulması ve Müsaderesine Dair Sözleşme (1990 Strazburg Sözleşmesi) Avrupa Konseyi bünyesinde müsadereye ilişkin ilk belgedir.

Strazburg Sözleşmesi'nin Viyana Sözleşmesinden farkı müsadereyi sadece uyuşturucu suçları bakımından değil tüm suçlarla mücadelede modern ve etkili bir yöntem olarak ele almasıdır.⁴³⁴ Sözleşmenin 2.bölümünün 2. ve 3. maddeleri taraf devletlerin dondurma ve müsadereyle ilgili olarak yükümlülüklerini düzenlemiştir. 2. maddeye göre taraf devletler suç gelirlerini veya buna eşdeğer gelirleri ve suç araçlarını müsadere edebilmek için gerekli düzenlemeleri yapmakla yükümlüdürler. Sözleşmenin 13-16. maddeleri arasında da devletlerin birbirlerinden müsadere talebinde bulunabileceklerini ve şartlarını düzenlemiştir.⁴³⁵

Avrupa Konseyi yolsuzlukla mücadelede etkinliğin, ceza hukuku alanındaki yoğun, hızlı ve uyumlu bir uluslararası işbirliğinden geçtiğinin bilincinde olarak (Türkiye'nin de 14.01.2004 tarihinde kabul ettiği) Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi'ni kabul etmiştir. Sözleşme'nin 19. maddesinin 3.fıkrasına göre, *“Taraflar, bu Sözleşme ile düzenlenen suçlarla ilgili olarak elde edilen vasıta ve*

⁴³³ Karar için bkz.

<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1358419&SecMode=1&DocId=668574&Usage=2> (Erişim Tarihi: 10.06.2013)

⁴³⁴ Cuesta, Resolutions, s. 188. Müsadere alanında uluslararası işbirliğinin sağlanması amacıyla Strazburg sözleşmesinin imzalanması ve çekincelerin olabildiğince sınırlı tutulması tavsiye edilmiştir.

⁴³⁵ Strazburg sözleşmesi müsadereyi, malvarlığından kesin olarak yoksunluğu sonuçlayan bir suç veya suçlar nedeniyle yürütülen usulü takiben mahkemece hükmedilen bir tedbir veya ceza olarak tanımlamaktadır. Viyana sözleşmesi'nde de benzer bir tanım yapılmakla beraber önemli bir fark, ikincisinde müsadere mahkeme veya başka bir yetkili makam kararıyla yapılabileceğinin belirtilmesidir. Böylelikle Viyana Sözleşmesi'nde, müsadere idari makamlarca yapılan elkoyma, dondurma gibi işlemleri de içine alacak biçimde ve teknik anlamından daha geniş olarak kullanılmıştır. Daha yeni tarihli olması itibarıyla Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan Kanun Modelida müsadere "yetkili başka bir makam" ifadesinin yer almayıp sadece "mahkeme kararı" ile olabileceğinin benimsendiği dikkati çekmektedir (United Nations/International Monetary Fund Model Legislation on Money Laundering and Financing of Terrorism, 2005).

gelirleri, ya da bu gelirlere eşdeğer malvarlığını müsadere etmek ve onlardan yoksun bırakmak amacıyla gerekli gördükleri yasal ve diğer önlemleri alırlar.”

Sözleşmenin delillerin toplanmasını ve suçtan kaynaklanan gelirlerin müsaderesini kolaylaştırmaya yönelik önlemleri düzenleyen 23. maddesine göre ise, *“Taraflar, 2 ila 14 üncü maddelerde düzenlenen suçlara ilişkin delillerin toplanmasını kolaylaştırmak amacıyla ve bu Sözleşme'nin 19 uncu maddesinin 3 üncü fıkrasında zikredilen tedbirlere maruz olan yolsuzluk vasıta ve gelirlerini, yahut bu gelirlere eşdeğer malvarlıklarını belirlemek, aramak, dondurmak ve el koymak için ulusal hukuka uygun olarak, hususi soruşturma tekniklerinin kullanımını gerektirecekler de dahil olmak üzere, yasal ve diğer önlemleri alırlar.”*

1990 tarihli Suç Gelirlerinin Aklanması, Aranması, Zapt Edilmesi ve Müsadere Edilmesi Hakkında Avrupa Konseyi Sözleşmesi (Strazburg Konvansiyonu), uluslararası gelişmeler doğrultusunda yeniden gözden geçirilerek güncellenmiş ve bu kapsamda hazırlanan Terörizmin Finansmanı ve Suçtan Elde Edilen Gelirlerin Aklanması, Aranması, Elkonması ve Müsaderesi Hakkındaki Avrupa Konseyi Sözleşmesi 16/05/2005 tarihinde imzaya açılmıştır. Türkiye, Sözleşmeyi 28/03/2007 tarihinde imzalamıştır. 2005 tarihli Varşova Sözleşmesi'nin⁴³⁶ 3. maddesine göre:

1. Her taraf devlet, suç aracı, geliri veya gelirin değerine tekabül eden mal ve aklanan malın müsadere edilmesini kolaylaştırmak için gerekli olabilecek olan böyle bir mevzuatı ve diğer tedbirleri kabul eder.

2. Bu maddenin 1. fıkrasının para aklama ve sözleşmenin ekindeki suç kategorilerine uygulanması koşuluyla her taraf devlet, bu maddenin 1. fıkrasının imzalama sırasında veya onay, kabul, tasvip ya da katılma belgelerini tevdi ederken, Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine hitaben yapacakları bir beyan ile;

a. sadece, suçun hürriyeti bağlayıcı cezayı veya azami bir yıldan fazla tutuklamayı gerektirmesi halinde uygulanacağını beyan edebilir. Yine de, her bir taraf devlet bu hüküm hakkında, vergi suçlarından elde edilen gelirin müsaderesiyle ilgili olarak

⁴³⁶ “Müsadere mahkeme tarafından bir suç veya suçlara ilişkin olarak emredilen ve malvarlığından yoksun kalmayı sonuçlayan bir ceza veya tedbiri ifade eder” (m.1/d). Sözleşmenin çevirisi için bkz. Mualla Buket Soygüt, “Suçtan Elde Edilen Gelirin Aklanması, Araştırılması, El Konulması, Müsaderesi ve Terörizmin Finansmanı Hakkında Avrupa Konseyi Sözleşmesi, 16.V.2005”, **Terörizm ve Düşman Ceza Hukuku** (Proje Yöneticisi: Kayıhan İçel, Yayına Hazırlayan: Yener Ünver), Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi No: 8, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 399-428.

hem ulusal olarak hem de uluslararası işbirliği aracılığıyla, ulusal ve uluslararası vergi borcu tahsili mevzuatı uyarınca beyanda bulunabilir

b. sadece liste ile belirtilen suçlarda uygulanacağını beyan edebilir.

c. Taraflar, müsadere rejimine konu olan suçlarla ilgili olarak zorunlu müsadereyi sağlayabilirler. Taraflar özellikle para aklama, uyuşturucu ticareti, insan ticareti ve diğer ağır suçları, bu hükme dahil edebilirler.

d. Her taraf devlet, ulusal mevzuatta tanımlanan ağır bir suç veya suçlara ilişkin olarak, bir failin müsadereye tabi olduğu ileri sürülen gelir veya malın kaynağını göstermesini sağlamak için, gerekli olabilecek olan mevzuatı ve diğer tedbirleri, böyle bir gerekliliğin iç hukukunun temel ilkelerinin kapsamında olduğu ölçüde, kabul eder.

GRECO (Avrupa Konseyi Yolsuzluğa Karşı Devletler Grubu) bir AK kuruluşudur ve yolsuzlukla mücadele alanında üye ülkelerdeki uygulamaların geliştirilmesini amaçlar.⁴³⁷ GRECO'nun Türkiye hakkında hazırladığı I. ve II. Aşama Ortak Değerlendirme Raporu'nda "Müsadere ve el koymaya ilişkin yeni kuralları uygulayacak olan kamu görevlilerine (kolluk, savcı ve hâkim) sıkı eğitim verilmesi ve kılavuz ilkeler belirlenmesi..." şeklindeki tavsiyesi doğrultusunda uygulayıcılara yol göstermek amacıyla ülkemizde *Müsadere ve Elkoyma Alanında Kılavuz İlkeler* belirlenmiş ve eğitim seminerleri düzenlenmiştir.

MONEYVAL (The Council of Europe Select Committee of Experts on the Evaluation of Anti Money Laundering Measures) da Avrupa Konseyi'nin bir organıdır. Aklama konusundaki tedbirleri değerlendirir. FAFT üyesi olmayıp AK üyesi devletlerde organ üye devletlerin uygulamalarına uluslararası standartlara özellikle FAFT'ın tavsiye kararlarına uyumlu olup olmadığını denetler.

⁴³⁷ Bu grup 1999 yılında taraf devletlerin Avrupa Konseyi'nin yolsuzlukla mücadele konusundaki standartlarına uyup uymadıklarını takip eden ve 48 ülkeden oluşan bir örgüttür. Türkiye GRECO'ya 2004 yılında katılmıştır. Türkiye, Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi'ni (ETS 173) 29 Mart 2004'te imzalamış ve Sözleşme Türkiye açısından 1 Temmuz 2004'te hiçbir çekince olmaksızın yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi Ek Protokolünü (ETS 191) imzalamamıştır.

IV. Mali Eylem Görev Gücü (FAFT)

Mali Eylem Görev Gücü (Financial Action Task Force - FAFT) aklama ve terörizmin finansmanı ile mücadelede ulusal ve uluslararası politikalar geliştirmek amacıyla G7 ülkeleri devlet ve hükümet başkanları tarafından 1989 yılında Paris'te gerçekleştirilen 15. yıllık ekonomik toplantıda kurulmuş hükümetlerarası bir örgüttür. FAFT 1990 yılında aklama ile mücadele amacıyla 40 Tavsiye Kararı'nı bildiren bir rapor yayımlamıştır. FAFT 40 Tavsiye'yi oluştururken BM Viyana Sözleşmesi'ni esas almış; ancak, aklamaların suç haline getirilmesine ek olarak önleyici tedbirlere yoğunlaşmıştır. Bundan sonra da yeni raporlarla çalışmalarını güncelleştirmektedir. Türkiye'nin de üyesi bulunduğu FAFT'nin 40 Tavsiye Kararından 3. cüsü müsadereye ilişkindir. Buna göre:

“Ülkeler, müsadere konusunda Viyana ve Palermo Konvansiyonları ile getirilen tedbirlerin benzerlerini uygulamadılar. Bu tedbirler; iyi niyetli üçüncü kişilerin haklarını ihlal etmeksizin; aklanan mal varlığının, suç gelirlerinin, karapara aklamadan elde edilen gelirlerin, öncül suçların işlenmesinde kullanılan araçların veya bu mal varlığına tekabül eden değerlerin yetkili makamlarca müsaderesini mümkün kılacak mevzuat düzenlemelerini içermelidir.

Bu tedbirleri almak için uygulama birimlerine verilmesi gereken yetki;

- a. Müsadereye tabi varlıkların belirlenmesini, izlenmesini ve değerlendirilmesini,*
- b. Mal varlığının transferini, satışını veya üzerinde yapılabilecek başka tasarrufları engellemek için el koyma ve dondurma gibi geçici tedbirlerin alınmasını,*
- c. Müsadereye konu olan varlıkların Devlete intikalinin engellenmesi durumunu ortadan kaldıracak veya hükümsüz kılacak tedbirleri ve*
- d. Uygun soruşturma usullerini içermelidir.*

Ülkelerin, kendi iç hukukuna uygun olarak, müsadereye tabi mal varlığının bir mahkumiyet şartı olmaksızın müsadere edilmesini veya sanık tarafından söz konusu malvarlığının meşru kaynağını göstermesini gerektirecek tedbirleri alabilirler.”

FAFT ayrıca, terörizmin finansmanı ile mücadele amacıyla 9 özel tavsiye kararı yayımlamıştır. Bunun da 3. kararı “Terörist Malvarlıklarının Dondurulması ve

Müsadere”ne ilişkindir. Karara göre “*Terörist eylemlerin finansmanının önlenmesi ve durdurulmasına ilişkin Birleşmiş Milletler Kararları uyarınca, her ülke terörizmin ve terörist örgütlerin finanse edilmesinde kullanılan paraların veya diğer malvarlıklarının gecikmeksizin dondurulması için gerekli önlemleri uygulamalıdır. Her ülke, terörizmin, terörist eylemlerin veya terörist örgütlerin finansmanına ait veya bunların finansmanında kullanılan ya da kullanılması tasarlanan malvarlığına el konulması ve bu malvarlığının müsadere için yetkili otoritelere imkan sağlayan yasal önlemleri de içeren önlemler benimsemeli ve yürürlüğe koymalıdır.*”

Suç gelirlerinin aklanması ve terörizmin finansmanı ile mücadele konusunda tavsiyelerini yayımlayan FAFT, üye ülkelerde bunlara uyulup uyulmadığını belirli aralıklarla değerlendirerek raporlar yayımlamaktadır. Türkiye de 1994, 1998, 2006 yılında olmak üzere üç kez değerlendirmeye tabi tutulmuştur. Üçüncü tur Karşılıklı Değerlendirme Raporu’nda FAFT Türkiye’nin sözkonusu suçlarla mücadele konusunda mevzuat ve uygulamalardan kaynaklanan önemli eksikliklerine işaret etmiştir. Müsadere konusunda ise mevzuat ve uygulamanın tavsiye kararları ile büyük ölçüde uyumlu olduğu açıklanmıştır.⁴³⁸ Türkiye’deki gelişmeler FAFT tarafından düzenli olarak izlenmekte olup en son Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı’nın Şubat 2013’te yasalaşarak Mayıs ayında yürürlüğe konulması olumlu bir gelişme olarak kaydedilmiştir.⁴³⁹

B. Bazı Ülkelerdeki Durum

I. Genel Olarak

1990’lı yıllardan önce dünyada ve özellikle Avrupa’da müsadereye ilişkin düzenlemelerin ihtiyaca cevap vermekte yetersiz kaldığı görülmüştür. Mağdurların suça karışan eşyalarını geri almaları veya uğradıkları zararlarının karşılanması için özel hukuk yollarına göre dava açmak zorunda kalmaları, ikinci bir mağduriyet yaşanmasına sebep olmuştur. Ayrıca, ticari, mali suçlar ile çevre suçları gibi

⁴³⁸MASAK Faaliyet Raporu, 2008, s. 17 vd. Bkz.

http://www.masak.gov.tr/media/portals/masak2/files/faalrap_2008.pdf (Erişim Tarihi: 30.11.2013)

⁴³⁹ Haziran 2013 tarihinde yayımlanan değerlendirme için bkz. <http://www.fatf-gafi.org/countries/s-t/turkey/documents/public-statement-june-2013.html>

mağduru belli olmayan suçlarda bu süreçler de işletilmemesi, failerin suçtan elde ettikleri menfaatler yanlarına bırakılmasına neden olmuştur.⁴⁴⁰ Söz konusu hukuki boşluklar, özellikle uyuşturucu madde ticaretine ilişkin olarak ortaya çıkmakta idi. Örneğin; İngiltere’de *Cuthberston* (1981) davasında, mahkeme 1971 tarihli Uyuşturucu Kanunu’nun 27. bölümünün sadece suç araçları bakımından müsadereyi düzenledikleri gerekçesiyle suçtan kaynaklanan malvarlığının müsaderesinin mevcut mevzuata göre mümkün olmadığına karar vermek zorunda kalmıştır.⁴⁴¹ Belçika örneğinde olduğu gibi bazı ülkeler ise, suç gelirlerinin müsaderesini sadece uyuşturucu madde suçları için öngörmüştü; bu da diğer suçlar bakımından müsadereye imkan vermemekteydi.⁴⁴²

Müsadereye ilişkin ülke mevzuatları ilk başta çeşitlilik göstermekle birlikte, 1990 Strasburg Sözleşmesi’nin kabulü ile bunlar arasında uyumlaştırma çalışmaları başlamıştır. Özellikle karapara aklama suçu bakımından birbirine benzer hükümler öngörülmeğe başlanmıştır.⁴⁴³ Sözleşme ile, suçta kullanılan araçlar ve suçun konusu olan eşyaların yanı sıra suçtan elden edilen gelirlerin de müsaderesine ilişkin hükümler ceza kanunlarında yer almaya başlamıştır. Ülkeleri mevzuatlarını değiştirmeye yönelten diğer belgelerin en önemlileri, 1988 tarihli Birleşmiş Milletler Viyana Sözleşmesi, Bankacılık Sisteminin Para Aklama Amacı İle Kullanılmasının Önlenmesi amacıyla yayımlanan Basel Komitesi İlkeler Bildirisi⁴⁴⁴, 1990 tarihli Avrupa Konseyi Sözleşmesi, FAFT’ın Kırk Tavsiye Kararı, Karapara Aklanmasının Önlenmesine Dair Avrupa Topluluğu Konseyi Direktifi (91/308) sayılabilir. Bu belgelerin kabul edilmesinde zaman zaman bir ülkenin diğeri üzerinde doğrudan etkide bulunduğu da gözlenmiştir. Güney Afrika’nın özel hukuk müsadere rejiminin Amerika Birleşik Devletleri ve Birleşik Krallık tarafından yapılan baskı sonucu değiştirilmesi bu durumun bilinen örneklerindendir.⁴⁴⁵

Müsadere alanındaki çalışmalar kimi ülkelerde ceza hukukuyla sınırlı kalmayıp, suç gelirlerinin failerin elinden alınmasının ceza muhakemesine özgü

⁴⁴⁰ Stessens, age, s. 3.

⁴⁴¹ R.v. Cuthberston, [1981] AC (Court of Appeal) 470. <http://www.justice.gov.uk/courts/rcj-rolls-building/court-of-appeal/criminal-division>

⁴⁴² Stessens, age, s. 4.

⁴⁴³ Değirmenci, age, s. 356.

⁴⁴⁴ Basel Bankacılık Denetim Komitesi tarafından yayımlanan bildiri için bkz. <http://www.bis.org/>

⁴⁴⁵ Bell, age, s.24, 25.

olmaması gerektiği görüşü savunulmaktadır. Fail veya suç gelirleri ile herhangi bir şekilde temasta bulunmuş kişi hakkında yürütülen özel hukuk davaları ile de mahkûmiyet kararına gerek kalmadan suç gelirlerinin alınabilmesi gerekliliği ifade edilmiştir.⁴⁴⁶ Özellikle ceza hukuku anlamında kusurun tespit edilemediği hallerde ve mahkumiyet kararına gerek olmaksızın böyle bir yola gidilmektedir. Öğretide **özel hukuk müsadere**si olarak adlandırılan uygulama ilk olarak İrlanda mevzuatına dâhil edilmiştir. 1994 tarihli Ceza Adaleti Yasası, 1996 tarihli Suç Gelirleri Yasası ve Suç Gelirleri Bürosu Yasası başta olmak üzere özel hukuk müsadereğine imkân tanıyan bir mevzuat değişikliğine gidilmiştir. Söz konusu düzenlemeler, suç gelirlerine karşı alınması gereken tedbirler konusunda önemli bir adım olmuş ve diğer ülkeler bakımından örnek alınan bir model olarak görülmüştür.⁴⁴⁷ Özel hukuk müsadere si ceza hukukundaki gelişime paralel olarak öncelikle uyuşturucu madde suçları için uygulanmış, sonra diğer suçları da kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Bu alandaki ilk örneklerden biri de Avustralya'nın bir eyaleti olan New South Wales mevzuatıdır.

AB ülkelerinden Yunanistan, İrlanda, İtalya ve Birleşik Krallık özel hukuk müsadere si ni uygulayanların başında gelmektedir. Bu sistem ceza yargılamasına göre daha az güvenceli bir yapıdadır. Özellikle ispat eşiği ceza muhakemesine göre düşüktür. Daha çok Anglo-Sakson hukukunda görülen bu usul *in rem*, yani eşyaya karşı yürütülen bir usuldür.⁴⁴⁸ Müsadere nin uygulanabilmesi için mahkumiyet kararı gerekmemektedir. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin özel hukuk müsadere si ni ve *in rem* usulü ilk defa ele aldığı *Calero-Toledo v. Pearson Yacht Leasing Co.* Davasında masum kişilere ait eşyanın⁴⁴⁹ müsadere si nin önemi ve işlevini, kişilerin eşyalarını başkalarına devrederken onları dikkatli davranmaya sevk etmesi olarak ifade etmiştir.⁴⁵⁰ İsviçre hukukunda her iki usul de uygulanmaktadır. Belçika ve Hollanda

⁴⁴⁶ Değirmenci, age, s. 360.

⁴⁴⁷ Değirmenci, age, s. 360.

⁴⁴⁸ Vettori, age, s. 9. Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Bürosunun 2004 tarihli Kanun Modeli taslağına göre *in rem usul* ölmüş kişi veya kaçakların malları bakımından uygulanır. Avrupa Konseyi Yolsuzlukla Mücadele Grubunun 2009'un Şubat ayında Strasburg'ta yapılan toplantısında alınan kararlara göre de *in rem usul* mahkumiyetin mümkün olmadığı durumlarda uygulanır. Ölüm ve kaçaklığın yanı sıra failin belirli olmaması da bu duruma girmektedir. Grup hem *in rem* usul hem de müsadere konusu eşyanın 3. kişiye ait olması hallerinde müsadere olasılığını arttırmak için ispat külfeti konusunun gözden geçirilmesini tavsiye etmektedir. Özetle *in personam* müsadere kişiye yönelik bir süreci ifade ederken *in rem* usulü bir şeye karşı yürütülmektedir. Stessens, age, s. 39

⁴⁴⁹ Olayda yatı kiralayanlar uyuşturucu kullanırken yakalanmış ve yat müsadere edilmiştir.

⁴⁵⁰ *Calero-Toledo v. Pearson Yacht Leasing Co.* 416 US 663, 688(1974) ve aynı yönde *Bennis v. Michigan* (116 S.Ct.994 (1996)) Kararlar için bkz.

<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/416/663/>, ayrıca bkz. Stessens, age, s. 39.

hukukları da, ancak 3. kişinin haklarının korunması koşuluyla in rem usulü uygulamaktadır. Slovakya Ceza Kanunu'nun 83.bölümüne göre de failin soruşturulup, kovuşturulmadığı durumlarda müsadereye koruyucu bir tedbir olarak başvurulabilmektedir.⁴⁵¹ Bunlardan en ilgi çekici olanı ise aşağıda ayrıntılı olarak açıklanan İtalya'daki karma usuldür.⁴⁵²

Müsadere birçok ülkenin ceza kanunlarında genel olarak düzenlenmektedir. Buna karşılık İngiltere ve ABD'nin başını çektiği diğer ülkelerde ise ayrı müsadere kanunları bulunmaktadır. Müsadere teriminin İngilizce'deki karşılığı sözlüklerde "confiscation" veya "forfeiture" olarak verilmektedir.⁴⁵³ Anglo-Sakson kullanımında bu iki kelime arasında şöyle bir fark bulunmaktadır: "Forfeiture", çok eski bir kavram olup; bulundurulması suç teşkil eden eşya ile suçun işlenmesini kolaylaştıran veya suçta kullanılan eşya veya gelirden yoksun kılmayı, "confiscation" ise suçtan elde edilen eşya veya gelirden yoksun kılmayı ifade etmektedir.⁴⁵⁴ Ancak uluslararası sözleşmelerde daha çok "confiscation" kelimesinin "forfeiture"ı da kapsayacak biçimde bir üst kavram olarak kullanıldığı görülmektedir. Örneğin; Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi'nin 2. maddesine göre "confiscation", "forfeiture" uygulamasını da kapsayacak biçimde, mahkeme veya yetkili bir organ kararı ile eşyadan sürekli olarak yoksun kılmadır.⁴⁵⁵ Bu kuralın bir istisnası Uluslararası Ceza Divanı'nın kurucu anlaşması olan Roma Statüsü'nde görülmektedir. Statü'de her iki anlamı da kapsayacak biçimde forfeiture terimi kullanılmıştır. Yine Anglo-Sakson hukukunun uygulandığı Avustralya Ceza Hukuku'nda "confiscation"ın üst terim olarak kullanıldığı görülmektedir.⁴⁵⁶

⁴⁵¹ GRECO 3. Değerlendirme turu- Slovakya Değerlendirme raporu için bkz. Third Evaluation Round Evaluation Report on the Slovak Republic on Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2) (Theme I) adopted by GRECO at its 36th Plenary Meeting (Strasbourg, 11-15 February 2008).

⁴⁵² Theodore S. Greenburg/Linda M. Samuel/Wingate Grant/Larissa Gray, **Stolen Asset Recovery: A Good Practices Guide for Non-Conviction Based Asset Forfeiture**, World Bank Publications, Herndon, USA, 2009.

⁴⁵³ Müsaderenin Fransızca'daki karşılığı da "la confiscation"dur.

⁴⁵⁴ Vettori, age, s.1; Scottish Law Commission, Report on Confiscation and Forfeiture, Report on a reference under section 3(1)(e) of the Law Commissions Act 1965.

⁴⁵⁵ United Nations Convention against Corruption.

http://www.unodc.org/pdf/crime/convention_corruption/signing/Convention-e.pdf (Erişim tarihi: 25.02.2013)

⁴⁵⁶ 2002 tarihli Suç Gelirleri Kanunu'nda müsadere, klasik müsaderenin yanısıra parasal cezaları ile kaynağı açıklanmayan bazı gelirlerin geri alınması usulleri için de kullanılmaktadır. Bkz. Proceeds of Crime Act 2002, part 6-2 Dictionary, <http://www.aic.gov.au/publications/current%20series/tcb/1-20/tcb001.aspx>

II. Fransa

Fransız ceza hukuku, özellikle 1994 yılında yürürlüğe konulan Fransız Ceza Kanunu⁴⁵⁷ ile önemli değişikliklere uğramıştır. Avrupa Konseyi'nin 2005/212/JAI sayılı Tavsiye Kararı doğrultusunda 2007 yılında müsadere alanında önemli reformlar yapılmıştır.⁴⁵⁸ Haziran 2010'da yürürlüğe konulan ve Warsmann Yasası olarak bilinen yasa ile de, müsadere amaçlı elkoymayı ve müsadereyi kolaylaştırmayı esas alan, ceza kanunu ve ceza muhakemesi kanununda değişiklikler yapan ve ayrıca uluslararası alanda işbirliğini düzenleyen bir dizi hüküm getirilmiştir.⁴⁵⁹ Elkoyma ve müsadereyi yürütecek olan bir ajans da bu kanunla kurulmuştur.

Fransa, Anglo-Sakson hukuk sistemlerinden farklı olarak müsadereyi sadece ceza hukuku bakımından düzenlemektedir. Özel hukuk müsadereyi bulunmamaktadır. 1994 tarihli yeni Fransız Ceza Kanunu'nda özellikle eşdeğer müsadereyi de uygulamaya konulmasıyla birlikte müsadereyi cezai karakterinin ağır bastığı ifade edilmektedir.⁴⁶⁰ Müsadere cürümler (Frs. CK m. 131-16) bakımından tamamlayıcı bir ceza olarak düzenlenmişken, bazı cünhalar (Frs. CK m. 131-6) bakımından hapis cezasına alternatif ceza olarak uygulanmaktadır. Yine bazı kabahatler bakımından da müsadereyi tamamlayıcı veya alternatif ceza olarak uygulanması mümkündür.⁴⁶¹ Frs. CK. m.131-21§1 hükmü müsadereyi bir "tamamlayıcı ceza" (*peine complementaire*) olduğunu açıkça belirtmektedir.⁴⁶² Bir de suçta kullanılan hayvan veya hayvanların müsadereyi düzenleyen 131-21§1

⁴⁵⁷ 1994 yılında yapılan temel değişiklikler için bkz. Ümit Kocasakal, "Yeni Fransız Ceza Kanununda Genel Hatları ile Cezalar Sistemi", **Yiğit Okur'a Armağan**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, No: 3, 1998, s. 249 vd.

⁴⁵⁸ Tavsiye Kararı doğrultusunda 2007-297 sayılı ve 5 Mart 2007 tarihli Kanun ile Ceza Kanununun ilgili maddelerinde değişiklik yapılarak müsadereyi kapsamı genişletilmiştir. Kanun metni için bkz. http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000615568&categorieLien=i_d (Erişim Tarihi: 30.11.2012)

⁴⁵⁹ Elkoyma ve müsadereyi kolaylaştırılması hakkında 2010-768 sayılı ve 9 Temmuz 2010 tarihli kanun için bkz.

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000022453925&dateTexte=> (Erişim Tarihi: 30.11.2012)

⁴⁶⁰ Kletzen/Godefroy, Confiscation, s. 274.

⁴⁶¹ Fransız Ceza Hukuku'nda 1994 yılında yapılan değişikliklerle cürüm-cünha-kabahat ayrımı korunmakla birlikte kabahatler bakımından hapis cezası kaldırılmıştır. Bkz. Kocasakal, Fransız, s. 247; Frédéric Desportes/Francis Le Guehec, **Le nouveau droit pénal**, Tome 1, Droit pénal général, 3. Bası, Paris 1996, s. 620, § 834.

⁴⁶² 131-21 maddede en son 27 Mart 2012 tarihinde 2012-409 sayılı kanunla değişiklik yapılmış, kanun şimdiki halini almıştır.

hükmü bulunmaktadır. Buna göre suçun işlenmesinde kullanılan veya kullanılmaya teşebbüs edilen hayvan, müsadere edilerek kamu yararına çalışan hayvanları koruma örgütlerine verilebilir. Hayvanın tehlike oluşturması halinde ise öldürülmesine karar verilebilir.

Bu genel hükümler dışında Frs.CK'nun 324-7. maddesinde aklama suçu nedeniyle gerçek kişiler bakımından tamamlayıcı cezalar düzenlenmektedir.⁴⁶³ Bunların arasında mahkuma ait bir veya birden fazla aracın müsaderesi, mahkumun sahibi olduğu veya serbestçe kullanabildiği bir veya daha fazla silahın müsaderesi, sahibine iade edilebilecek olanlar hariç olmak üzere, suçta kullanılan veya suça tahsis edilen veya suçtan elde edilen şeyin müsaderesi bulunmaktadır. Frs.CK'nun 324-8. maddesinin 131-39. maddeye yaptığı atıfla da tüzel kişiler bakımından kara para aklama suçu nedeniyle uygulanabilecek cezalar arasında “suçta kullanılan veya suça tahsis edilen yahut suç mahsülü şeyin müsaderesi” düzenlenmiştir.

Fransız Ceza Kanunu'nun müsadereyi düzenleyen 131-21. maddesi genel müsadereye yer vermez iken, insanlığa karşı suçları düzenleyen 213-1§3, 213-3 madde ve nitelikli uyuşturucu kaçakçılığı suçlarını düzenleyen 222-49⁴⁶⁴, terör suçları bakımından (422-6), karapara aklama suçunu düzenleyen 324-7. maddesinin 12. fıkrasında “kişinin mülkiyetinde veya iyiniyetli malikin haklarının korunması kaydıyla serbest tasarrufunda bulunan eşyanın kısmen veya tamamen müsaderesi” düzenlenmektedir.⁴⁶⁵ Böylelikle Fransız hukukunda genel müsadereenin bazı suçlar bakımından geri geldiği belirtilmektedir.⁴⁶⁶

⁴⁶³ Fransa'da 13 Mart 1996 tarih ve 96-392 sayılı Karapara Aklama ve Uyuşturucu Madde Kaçakçılığı ile Mücadele ve Suç gelirlerinin Zapt ve Müsaderesi Konusunda Uluslararası İşbirliği Hakkında Kanun ile uyuşturucu madde kaçakçılığı dışında ceza kanununun 324-1 ve 324-9 maddeleri arasında genel bir aklama suçu düzenlenmiştir. 324-1. maddesinde düzenlenen basit aklama suçunun tamamlayıcı cezaları 324-7 de gösterilmiştir.

⁴⁶⁴ Frs. CK'nın 222-49. maddesinin ilk fıkrasına göre, suçun işlenmesinden kaynaklanan her türlü gelir, suçun işlenmesinde doğrudan veya dolaylı olarak kullanılan araç, gereç ve tertibat, sahipleri yasadışı kökenini veya kullanımını bildiklerini inkar edemeyecekleri hallerde kime ait olursa olsun ve nerede bulunursa bulunsun müsadere olunur. İkinci fıkraya göre ise, aralarında uyuşturucu madde gelirinin aklanması suçu da olmak üzere belirli suçlardan mahkumiyet halinde, taşınır veya taşınmaz, paylı veya paylaşılmamış, niteliği ne olursa olsun, mahkumun malvarlığının tamamı veya bir bölümü müsadere edilebilir. Bkz. Kocasakal, Karapara, s. 235

⁴⁶⁵ Pradel, Droit pénal, s. 551- 552; Ayrıca, Thierry Godefroy/Anne Kletzlen, **Blanchiment et Confiscation: La situation française vue à travers l'analyse de dossiers**, Guyancourt, 2000, s. 21.

⁴⁶⁶ Kletzlen/Godefroy, Confiscation. Belirtmeliyiz ki, 1994 değişikliklerine kadar Fransız Ceza Kanunu'nun 37 ve devamı maddelerinde devletin güvenliğine karşı suçlar bakımından genel müsadere düzenlenmekte idi.

Müsadere basın suçları hariç olmak üzere cürümler ile en az 1 yıl hapis cezasını gerektiren cünhalar bakımından uygulanabilir (Frs.CK m. 131-21§1). Suçun işlenmesinde kullanılan veya tahsis edilen ve niteliği ne olursa olsun (taşınır-taşınmaz, paylaşılmış-paylaşılmamış)⁴⁶⁷, her türlü eşya bakımından mümkündür.⁴⁶⁸ Sözkonusu eşyanın faile ait olan veya iyiniyetli malikin hakları saklı kalmak üzere failin üzerinde serbestçe tasarruf edebildiği bir eşya olması gerekmektedir (Frs.CK m. 131-21§2).

Fransız Ceza Kanunu'nun 131–21 maddesi hükmüne göre, müsadere üç tür konuyu vardır: 1. Suçun işlenmesinde kullanılan veya işlenmesine tahsis edilen eşya (§2) *Örn.* Bilgisayar suçlarında kullanılan elektronik aletler; 2. Suçun konusunu oluşturan eşya (*objet de l'infraction*) (§3) *Örn.* Sahte para veya yasak balıkçılık aletleri 3. Suçun ürünü olan eşya (*produit de l'infraction*) (§3) *Örn.* Uyuşturucu tacirlerinin elde ettiği para. Bunlar dışında ilgili suçu cezalandıran kanun veya yönetmeliğin⁴⁶⁹ belirleyeceği her türlü taşınır veya taşınmaz mallara ilişkin de uygulanabilir (§4) *Örn.* Kişilerin fiziksel ve ruhsal bütünlüğüne karşı işlenen suçların faillerinin araçlarının ve silahlarının müsadereesine karar verilecektir (Frs.CK. m. 222–44, 5 ve 6).⁴⁷⁰

Kanunda suçtan elde edilen gelir veya eşyanın müsadere bizde olduğunun aksine ayrı bir madde ile düzenlenmiş değildir. Suçun dolaylı ve doğrudan ürünlerinin müsadere edilmesini öngören 131-21§3 maddesi kapsamında suç kaynaklı kazançların müsadere edilebileceği kabul edilmektedir. Buna göre mağdura iade edilebilenler hariç olmak üzere suçun konusunu oluşturan eşya⁴⁷¹ ile doğrudan veya dolaylı olarak suçtan elde edilen gelir de müsadere konusudur. Fransız

⁴⁶⁷ Fransız Ceza Kanunu'nda “divis-indivis” olarak ifade edilen bu durum, hukukumuzda da yer alan bir mal üzerindeki payların belli olduğu paylı mülkiyet (müşterek mülkiyet) ve payların belirlenmemiş olduğu ve birden fazla kişinin eşyanın tamamı üzerinde mülkiyet hakkına sahip olduğu elbirliğiyle mülkiyeti (iştirak halinde mülkiyet) ifade etmektedir.

⁴⁶⁸ 2012 değişikliğinden önce “niteliği ne olursa olsun (taşınır-taşınmaz, paylaşılmış-paylaşılmamış), her türlü eşya” kavramı yerine “şey” ibaresi bulunmaktaydı.

⁴⁶⁹ Fransız Ceza Hukuku'nda geçerli olan cürüm-cünha-kabahat ayrımında cürüm ve cünhaların kanunla konulması öngörülmüşken, kabahatlerin kanunun gösterdiği sınırlar dahilinde yönetmelikle düzenlenmesi öngörülmektedir. bkz. Frs.CK 111/2§2

⁴⁷⁰ Robert, Droit pénal, s. 394.

⁴⁷¹ 1810 tarihli ceza kanununda müsadereye tabi eşyalar arasında sayılan “suçun konusu olan şey” yeni kanunda yer almamıştır. Ancak, yanlış uygulamaya sebep olmamak için 16 Aralık 1993 tarihli uyum kanunu ile 131-21 maddeye 3. bir bent eklenerek suçun konusunu oluşturan şeyin suçun işlenmesinde kullanılan veya suçtan elde edilen eşya kapsamında olduğu açıklanmıştır. Godefroy/Kletzen, Balanchiment.

doktrininde suç ürünü teşkil eden mallara ilişkin olarak, uyuşturucu tacirlerinin elde ettiği para, hatta bu para ile alınan eşya veya taşıtlar; sahte tanığın aldığı para örnek olarak gösterilmektedir. Suç gelirin meşru kaynaklı malvarlığından ayırt edilemediği hallerde, gelirin tahmini değeri üzerinden müsadere karar verilir (Frs.CK m. 131-21§3). Bunlar dışında suçu düzenleyen kanun ve yönetmeliklerde tanımlanan taşınır ve taşınmaz bütün mallar bakımından müsadere mümkündür (Frs.CK m. 131-21§4).

Fransız sisteminde müsadereye bazen zorunlu bazen ise ihtiyari olarak hükmedilebilmektedir. Ceza Kanunu'nun 131-21§1 maddesine göre basın suçları hariç olmak üzere, kanunlar veya yönetmeliklerde tehlikeli veya zararlı olarak nitelendirilen nesnelere ve bulundurulması yasadışı olan nesnelere müsadere zorunludur. Örneğin, kanunun kanunun 369-4. maddesine göre uyuşturucu maddelerin müsadere sağlığına zararlı madde olması nedeniyle zorunludur.⁴⁷² Fransız Temyiz Mahkemesi bir kararında, failin uyuşturucunun elkonulmayan kısmı için belirli bir miktar para ödemesine karşın, müsadere ihtiyari olamayacağı gerekçesiyle bozma kararı vermiştir.⁴⁷³

Fransız hukukunda müsadere genellikle tali ceza olarak düzenlendiğini söylemiştik. Bununla birlikte, kanunda asıl ceza olarak uygulandığı durumlar da öngörülmüştür. Frs.C.K'nun 131-6 maddesine göre hapis cezası öngörülen bir cünha nedeniyle hakim hapis cezası yerine aralarında müsadere de bulunduğu diğer cezalara hükmedebilmektedir.⁴⁷⁴ Örneğin mahkuma ait bir veya birden fazla aracın veya silahın müsadere gibi (Frs. C.K. m. 131-6§ 4 ve 7). Burada dikkat edilmesi gereken nokta, müsadereye seçenek ceza olarak başvurulduğu bu halde, müsadereye tabi eşyanın suçun işlenmesinde kullanılmış olmasının gerekmemesidir.⁴⁷⁵ Bu tür müsadere teknik anlamından uzaklaştığını ve para cezasına benzer bir ekonomik-alternatif yaptırım olduğunu söyleyebiliriz.

Fransa'da 1994 tarihli yeni ceza kanunu ile tüzel kişiler bakımından da müsadere yaptırımı getirilmiştir (Frs.C.K m. 131-39, m. 131-42). Tüzel kişilere

⁴⁷² Cour de Cassation du 5 juin 1997, 96-83.086, Publication: Bulletin criminel 1997 N° 227 p. 759, Décision attaquée: Cour d'appel de Pau (chambre correctionnelle), 10 Avril 1996.

⁴⁷³ Cour de Cassation Chambre criminelle du 22 mai 1997 96-83.014 Publication: Bulletin criminel 1997 N° 199 p. 651 Décision attaquée: Cour d'appel de Colmar (chambre correctionnelle), 30 Avril 1996.

⁴⁷⁴ Pradel, Droit pénal, s. 552.

⁴⁷⁵ Pradel, Droit pénal, s. 553; Godefroy/Kletzlen, Balanchiment, s. 20.

uygulanacak olan müsadere hükümleri gerçek kişilere uygulanacak olan hükümlerle kural olarak aynıdır. Ayrıca, bazı özel hükümler bulunmaktadır: Aklama suçları (327-7 ve 327-9 §2); uyuşturucu ticareti ve uyuşturucu gelirlerini aklama (222-49 §1, 222-42 ve 222-44, 433-25 §3 ve 432-17), çevre suçları (Çevre Kanunu'nun L 173-7 maddesi⁴⁷⁶) bakımından tüzel kişilere ait suçta kullanılan, suça tahsis edilen veya suçtan elde edilen eşyanın müsadereyi ayrıca düzenlenmektedir.⁴⁷⁷ Ancak, 25 Şubat 2011 tarihli FAFT değerlendirme raporunda tüzel kişiler bakımından müsadereyi yeterli biçimde uygulanamadığı, düzenlemelerin karmaşık ve tutarsız olduğu yönünde eleştiriler bulunmaktadır.⁴⁷⁸

Fransız Ceza Hukuku'nda da üçüncü kişilerin malvarlığının müsadereyi mümkündür. Üçüncü kişinin iyiniyeti korunur; ancak müsadereyle ilgili genel hükümde iyiniyetten ne anlaşılması gerektiği açıklanmamıştır. Sadece “*müsadere kural olarak hükümlünün malik olduğu mallar üzerinde gerçekleşebilir; ancak serbest tasarrufunda bulunan malların müsadereye karşı iyiniyetli malikin hakları korunur*” (Frs. CK. m. 131-21§ 2) hükmü yer almaktadır. Uyuşturucu suçlarına ilişkin 222-49. maddesinin ilk fıkrasına göre ise, suçun işlenmesinden kaynaklanan her türlü gelir, suçun işlenmesinde doğrudan veya dolaylı olarak kullanılan araç, gereç ve tertibat, **sahipleri yasadışı kökenini veya kullanımını bildiklerini inkar edemeyecekleri hallerde** kime ait olursa olsun ve nerede bulunursa bulunsun müsadere olunur. İkinci fıkraya göre ise, aralarında uyuşturucu madde gelirinin aklanması suçu da olmak üzere belirli suçlardan mahkumiyet halinde, taşınır veya taşınmaz, paylı veya paylaşılmamış, niteliği ne olursa olsun, mahkumun malvarlığının tamamı veya bir bölümü müsadere edilebilir.⁴⁷⁹ Gümrük Kanunu'nun 415. maddesi'ne göre cezaya ve müsadereye hükmedilebilmesi için failin aklamaya konu zenginliklerin, uyuşturucu maddeler ile ilgili bir suçtan veya Gümrük Kanunu'nda düzenlenen bir suçtan kaynaklandığını bilmesi gerekmektedir.⁴⁸⁰ Suçun

⁴⁷⁶ Ceza Kanunu'nun 131-21 maddesine atıf yapmaktadır.

⁴⁷⁷ Godefroy/Kletzen, Balanchiment, s. 28.

⁴⁷⁸ <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer/MER%20France%20ES%20ENG.pdf> (Erişim tarihi: 10 Mart 2013).

⁴⁷⁹ Bkz. Kocasakal, Karapara, s. 235

⁴⁸⁰ Kocasakal, Karapara, s. 235. 13 Mayıs 1996 tarih ve 96-392 sayılı kanun ile değişik 415.maddeye göre “*Her kim, ihracat, ithalat, transfer veya takas yoluyla doğrudan veya dolaylı olarak bu kanunda veya uyuşturucu olarak sayılan zehirli bitkiler veya maddeler ile ilgili mevzuatta düzenlenen bir suçtan kaynaklandığını bildiği zenginlikler üzerinde Fransa ile yabancı ülkeler arasında bir finansal işlem gerçekleştirir veya gerçekleştirmeye teşebbüs ederse, fail hakkında 2 yıldan 10 yıla kadar hapis*

hukuki niteliğini bilmesi gerekmez. Ancak uygulamada yine iyiniyet kavramı esas alınmaktadır.⁴⁸¹

2006 yılında çıkartılan Terörizmle Mücadele Kanunu'na⁴⁸² paralel olarak ceza kanununda yapılan değişiklikle, kazanç elde edilen suçun 5 yıldan fazla hapis cezasını gerektirmesi halinde ispat yükü tersine çevrilmiştir (Frs.CK m. 131-21§ 5). Buna göre, en az 5 yıl hapis cezasını gerektiren suçlardan doğrudan veya dolaylı olarak elde edilen gelir ve faile ait olan veya iyiniyetli malikin hakları saklı kalmak üzere failin üzerinde serbestçe tasarruf edebildiği her türlü eşyanın (taşınır-taşınmaz, paylı-paylaşılmamış) meşru kaynağı fail veya eşya sahibi tarafından ispatlanmadıkça müsadere edilir.

Müsadere edilen şeyler, imhasını veya (bir yere) tahsisini öngören özel hükümler olmadığı takdirde, değerini geçmemek kaydıyla, yasal olarak üçüncü kişiler lehine tesis edilmiş olan aynı haklarla yüklü olarak devlete geçer (Frs. CK. m. 131-21§10). 17 Mart 1995 tarihli bir kararnameye göre müsadere edilen gelirler Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın bütçesi ile ilişkilendirilmiştir. Müsadereye tabi eşyaya elkonulamamış veya usulüne göre yediemin deposuna konulamamış bir araç olması halinde, mahkum olan kişi Adalet Bakanının emri üzerine, aracı imha veya devriyle yetkili servis veya kuruma teslim etmekle yükümlüdür (Frs. CK m. 131-21§11).

Müsadere aynen uygulanabileceği gibi eşyanın değeri üzerinden de uygulanabilir. Müsadere edilen şeyin değerine karşılık gelen meblağın elde edilmesi için gerektiğinde adli tazyike ilişkin hükümlere başvurulabilir (Frs. CK m. 131-21§ 9).

ve suça konu meblağın 1 ile 5 katı arasında para cezasına, suça konu meblağın veya bu ele geçirilememişse değerinin müsaderesine hükmolunur” Fransızca metin için bkz.

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000558559>

⁴⁸¹ Fransız Temyiz Mahkemesi, bir kamyonun kasasında ele geçirilen uyuşturucu ve kaçak malları kamufle etmek amacıyla kullanılan oyuncak dolu kutuların iyiniyetli kimselere ait olsalar bile müsadere edileceğine dair ilk derece mahkemesi kararını onaylamıştır. Fransız Temyiz Mahkemesi Ceza Dairesi'nin 7 Temmuz 2005 tarih ve 03-85359 sayılı kararı için bkz. <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007069470&dateTexte=> (Erişim Tarihi: 30.11.2009)

⁴⁸² 23 Ocak 2006 tarih ve 2006-64 sayılı Kanun için Bkz. <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006053177> (Erişim Tarihi: 06.06.2012)

III. İsviçre

1937 tarihli İsviçre Ceza Kanunu'nun genel hükümlerinde 2007 yılında önemli değişiklikler yapılmıştır.⁴⁸³ Müsadere hükümleri de, değiştirilen maddeler arasında olmakla birlikte sözkonusu hükümlerdeki köklü değişiklik 1994 revizyonu ile gerçekleşmiştir.⁴⁸⁴ 1994 değişiklikleri esas itibariyle soruşturma ve kovuşturma makamlarının aklama suçu ve suç örgütleriyle mücadelesini güçlendirmek amacıyla yapılmış, suç örgütleri bakımından suç kaynaklı olmayan malvarlığı dahi ispat yükü tersine çevrilmek suretiyle müsadere kapsamına almıştır.⁴⁸⁵ Müsadere, eski kanunun 58 ve 59. maddelerinde yer almakta iken, yeni İsviçre Ceza Kanunu'nda 69 ve devamı maddelerinde daha detaylı olarak düzenlenmiştir.⁴⁸⁶

Eski 58. madde tehlikeli eşyanın müsaderesini, 59. madde ise suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin müsaderesini düzenlemekte idi. Tehlikeli eşya müsaderesi tedbir iken, 59. maddede düzenlenen malvarlığı değerlerinin müsaderesi İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre hem önleyici hem de cezalandırıcı nitelikte kabul edilmekte idi.⁴⁸⁷ Bu tür müsadere “suç kimseye yaramaz” şeklinde belirtilen sosyal ahlakın gereği olarak kabul edilmiştir.⁴⁸⁸ Müsadere yoluyla geri alma sayesinde, bozulan hukuk düzeni yeniden kurulmuş olur.

Üçüncü kişiye ait olsa dahi suçtan kaynaklanan malvarlığının müsaderesi mümkündür. Bunun meşruiyeti, sadece failin suç teşkil eden eyleminden

⁴⁸³ Sözkonusu değişiklik 13 Aralık 2002 tarihinde Parlamento'da kabul edilmekle birlikte uyum süreci gözetilerek 1 Ocak 2007'de yürürlüğe konulması öngörülmüştür. Bkz. Nadelhofer do Canto, Simone, *Quelques aspects de la confiscation selon l'art. 70 al. 2 CP*, *Revue pénale suisse* 126(2008), no 3, p. 302-319. Eski İsviçre Ceza Kanunu'nun Türkçe çevirisi için bkz. UMA, Hakkı, İsviçre Ceza Kanunu, AD 1948, Sy. 6, s. 1326-1366; Faruk Erem, *Yeni İsviçre Ceza Kanunu Hakkında Bir Tetkik*, AD, 1941, Sy. 2, s. 123-135, s. 133.

⁴⁸⁴ Dominique Poncet, Alain Macaluso, “Confiscation, restitution et allocation de valeurs patrimoniales: quelques considérations de procédure pénale”, *Semaine judiciaire*. 2, *Doctrine* 123 (2001), no 9, p. 221-237; Denis Piotet, “Le tiers protégé face à la confiscation pénale et la punissabilité de la personne morale”, *Wirtschaft und Strafrecht: Festschrift für Niklaus Schmid* zum 65. Geburtstag Zürich, 2001. - S. 209-221.

⁴⁸⁵ Augsburger-Bucheli/ Perrin, age, s. 245

⁴⁸⁶ Eski İsviçre Ceza Kanunu'nun 58. ve 59. maddeleri hakkında bkz. Ünver Yener, “Çeşitli Ülkelerdeki Güncel Ceza Hukuku Gelişimleri”, **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2004, s. 915.

⁴⁸⁷ Mahkemeye göre fail belirlenmese veya hakkında soruşturma açılmasa bile bu tür müsadere mümkündür (ATF du 4 mai 1999, in SJ 1999 417 ss, sp. 419, cons. 2a). Bkz. Antenen, Jacques/ Burnand Yves/Moreillon/Treccani/ Jean Laurent, *La Rémunération Du Défenseur Pénal Par Le Produit De L'infraction*, **Revue Pénale Suisse**, Rps 119/2001, s. 90.

⁴⁸⁸ ATF 105 IV 169 (171) – JT 1981 IV 14 ss. Bkz. Augsburger-Bucheli/Perrin, age, s. 248

nemalanmasının ahlaken kabul edilemezliği değil ve fakat diğer kişilerin de böyle bir gelir elde etme olasılığı olarak ifade edilmiştir.⁴⁸⁹ Kaldı ki, müsaderenin sadece failin malvarlığı ile sınırlandırılması halinde bunu bir başkasına veya bir şirkete kolaylıkla devrederek müsadereden kaçınması mümkündür.

1994 revizyonundan önce üçüncü kişilere ait olan eşyanın müsaderesi bakımından sadece kötüniyetli olma şartı aranırken (Eski İsv.CK m.58bis), yeni kanunda üçüncü kişilerin sorumluluğu daha da genişletilmiştir.⁴⁹⁰ Yeni kanuna göre iyiniyet veya kötüniyetten bağımsız olarak üçüncü kişinin edindiği malvarlığı değeri için yeterli bir karşı edimde bulunup bulunmadığına bakılmaktadır.⁴⁹¹ Eğer ki, üçüncü kişiye ödenen meblağ bir sözleşmenin gereği olup işin gereği olan karşı edimin ifasından ibaretse, üçüncü kişi iyiniyetlidir ve müsadere mümkün değildir.⁴⁹² Üçüncü kişinin durumu 70. maddenin 2.fikrasında düzenlenmiştir. İsviçre Ceza Kanununda müsadere hükümlerinde “iyiniyet” ibaresi geçmemektedir. Öğreti bu kavramı kullanmakla birlikte, kavramın medeni hukuktaki “iyiniyet”ten farklı olduğuna işaret etmektedir. Piotet’in belirttiği gibi buradaki iyiniyet müsadereyi haklı kılan sebepleri yani suçtan elde edildiğini bilmemek şeklinde anlaşılmalıdır.⁴⁹³ İsv.CK’nın 70.maddesinin 2.fikrasına göre üçüncü kişi, müsadereye konu olacak malvarlığı değerlerini müsadereyi gerektiren olaylardan habersiz bir şekilde kazanmış ise müsadereye karar verilemez. Ancak bunun için üçüncü kişinin elde etmiş olduğu değerler karşısında uygun bir karşı edimde bulunmuş olması veya müsadere nedeniyle aşırı bir menfaat kaybına uğrayamayacak olması gerekir. Bir başka deyişle, üçüncü kişinin sahip olduğu malvarlığı değerinin müsadere

⁴⁸⁹ Nadelhofer do Canto age, s. 307

⁴⁹⁰ Piotet’ye göre 70/2’de öngörülen iyiniyet kavramı medeni hukuktaki iyiniyet değildir, ancak “suçtan elde edildiğini bilmemek” olarak anlaşılmalıdır. Piotet Denis, *Les Effets Civil De la Confiscation Penale*, Berne, 1995, s.74. Poncet ve Macaluso’ya göre ise teoride de olsa bundan medeni hukuktaki iyiniyet anlaşılır, Poncet/Macaluso, age, s 222; Simone Nadelhofer do Canto, *Quelques aspects de la confiscation selon l’art. 70 al. 2 CP, Revue pénale suisse*, RPS 126/2008 p. 302

⁴⁹¹ İsviçre Federal Mahkemesi’nin bir kararına göre “Gayrimenkulün üçüncü bir kişiye devri halinde (somut olayda sanık, gayrimenkulünü eşine bağışlamıştır), tasarruf yetkisi sona erer, meğerki alıcı üçüncü kişinin suç örgütüne üye olduğundan şüphe edilmiş olsun. Alıcı üçüncü kişinin, ferağ verenin fiilen etkisi altında olduğu, örneğin bu kişinin denetimindeki bir perde-şirketin kullanıldığı hallerde de aynı durum söz konusudur. Her halde, üçüncü kişi, iyi niyetle ve uygun bir karşılıkla geçerli bir alım yapmışsa, müsadere uygulanamaz”. TPF BB.2005.86 du 4 octobre 2005, c. 4.3 et 4.4 JdT 2008 IV p. 66; Nadelhofer do Canto, age, s. 303

⁴⁹² Antenen/Burnand/Moreillon/Treccani/Laurent, age, s. 71

⁴⁹³ Piotet, age, s. 74. Öğretideki hakim görüş böyle olmakla birlikte azınlık da olsa bir kısım yazarlara göre 70/2.madde bağlamındaki iyiniyet medeni hukuktaki iyiniyet kavramı ile aynı anlamdadır. Jean Pradel, “Les règles de fond sur la lutte contre le crime organisé”, **Electronic Journal of Comparative Law**, vol. 11, 2007.

edilmemesi için durumu bilmiyor olması tek başına yeterli değildir. Üçüncü kişi uygun bir karşı edimde bulunmuş ise müsadere uygulanmayacağı gibi eğer somut olayda müsadere çok ağır sonuçlar doğuruyorsa, yani orantısız ise yine uygulanmaz.

İsviçre hukukunda müsadere tedbir olarak düzenlenmiştir. İsviçre Ceza Kanunu'nun "diğer tedbirler" başlıklı ikinci bölümünün 5. kısmında yer alan 69. maddesine göre, bir kimsenin ceza sorumluluğu olup olmadığından bağımsız olarak bir suçta kullanılan, kullanılmak istenen veya bir suçun işlenmesinden elde edilen şeyler, kamu güvenliği, kamu ahlakı veya kamu düzeni bakımından tehlike oluşturması halinde mahkemece müsadere olunur (m. 69/1). Dikkat edilirse burada hukukumuzdan farklı olarak bir eşya sadece suçta kullanıldığı, için değil buna ek olarak gelecek için tehlike oluşturması nedeniyle müsadere edilmektedir. Müsadere edilen şeyler kullanılamaz hale getirilir veya imha edilir (m. 69/2). İsviçre'de 69. ve 70. maddeler genel hüküm niteliğindedir. Bunlar dışında ceza kanununda da müsadereye ilişkin özel hükümler vardır (İsv.CK m. 135§2; 197-3§2; 235/3; 236 §3; 249; 274-2; 301-2; 328-2). Bu hükümler bakımından usul 69. maddeye benzemekle birlikte, farkı kamu güvenliği ve ahlakı bakımından değil sadece kamu düzeninin tehlikeye konulmasının aranmasıdır.⁴⁹⁴ Özel hüküm bulunmaması halinde 69 ve 70. maddeler uygulanır (İsv.CK m. 333§1). İsviçre ceza hukukunda müsadere ağırlığı ne olursa olsun her türlü suç bakımından yani cürüm-cünha ve kabahatler için mümkündür. İhmali suçlar ile tehlike suçları da buna dahildir. Sadece malvarlığına karşı suçlarda veya zenginleşme amacıyla işlenen suçlarda değil, genel yarara karşı işlenen tüm suçlarda müsadere hükümleri uygulanabilir.⁴⁹⁵ Malvarlığı 69. madde bakımından güvenlik gerekçesiyle, 70. madde bakımından ise toplumsal ahlak gerekçesiyle failden veya üçüncü kişiden alınmaktadır. Ancak İsviçre hukukunda her ikisi de zorunludur.⁴⁹⁶

Malvarlığı değerlerinin müsaderesini düzenleyen 70. maddeye göre, bir suçun sonucu olan veya bir suç failini teşvik etmek veya ödüllendirmek için hazırlanan malvarlığı değerleri müsadere edilir.⁴⁹⁷ Bunun için sözkonusu malvarlığı değerinin hakkın yeniden tesisi amacıyla suçtan zarar görene iade edilememesi gerekir.

⁴⁹⁴ Hirsig-Vouilloz, Le Nouveau Droit, s. 1376.

⁴⁹⁵ Nadelhofer do Canto, age, s. 306

⁴⁹⁶ Hirsig-Vouilloz, Le Nouveau Droit, s. 1376.

⁴⁹⁷ İsviçre Ceza Kanunu'nun eski 58bis maddesinde "nesne ve değerler" ibaresi kullanılırken, yeni kanunda "malvarlığı değerleri" ibaresi kullanılmaktadır.

Müsadere sadece para, kıymetli evrak, taşınır mal gibi maddi cisimlerle değil parayla ölçülebilen her türlü ekonomik fayda bakımından mümkündür. Örneğin, soyut değerleri olan (bir çeşit aktifte artma pasifte azalma yaratan veya pasifte artmama aktifte azalmama teşkil eden) haklar, alacaklar, edimler, kullanım hakları, birikimler de malvarlığı değerleri kapsamındadır.⁴⁹⁸ Müsadere edilecek malvarlığı değerinin miktarının tam olarak belirlenememesi veya belirlenmesinin orantısız araçları gerektirmesi halinde mahkeme tahmini bir değer takdir eder (İsv.CK m. 70/5).

Müsaderenin mümkün olmaması halinde mahkeme eşdeğerinin müsaderesine hükmeder (İsv.CK m.71). “Créance compensatrice” denilen bu usul ikincil nitelikte bir uygulamadır. Bu uygulama, orijinal malvarlığının ortadan kalkması, üçüncü bir kişiye devredilmiş olması veya tekrar ayırdilemeyecek biçimde karışmış olması halinde gündeme gelir. Öğretide bu hükmün cezai nitelikte olduğu ve fail veya şerikler suçtan kar elde edememiş olsalar da uygulanabileceği söylenmektedir.⁴⁹⁹

İsviçre Ceza Kanunu’nda suç örgütlerinin malvarlığının müsaderesi ayrı bir madde ile düzenlenmiştir. Buna göre bir suç örgütünün tasarruf yetkisinde bulunan tüm malvarlığı müsadereye tabidir. Kanun’un 260ter maddesine göre suç örgütüne katılan veya destekleyen kişilerin malvarlığı da, aksi ispatlanıncaya kadar örgütün tasarruf yetkisindeki malvarlığı olarak kabul edilir (İsv.CK m. 72). Öğretide bu tür müsaderenin önleme amaçlı olduğu ifade edilmektedir.⁵⁰⁰

Müsadere için zamanaşımı süresi kural olarak 7 yıldır. Ancak soruşturma konusu suç için daha uzun bir zamanaşımı süresi söz konusuysa müsadere için de aynı süre geçerlidir (İsv.CK m. 70/3). Suçtan zarar gören veya üçüncü kişiler haklarını kendilerine yapılan resmi tebligattan itibaren 5 yıl içinde ileri sürebilirler (İsv.CK m. 70/4)

Mahkeme, meblağın tahsil edilememe olasılığı veya eşdeğer müsaderenin ilgili kişinin rehabilitasyonunu ciddi biçimde engelleyecek olması halinde müsadereden kısmen veya tamamen vazgeçebilir (İsv.CK m.71/2).

⁴⁹⁸ Nadelhofer do Canto, age, s. 303

⁴⁹⁹ Hirsig-Vouilloz, Confiscation, s. 200

⁵⁰⁰ Hirsig-Vouilloz, Le Nouveau Droit, s. 1378

IV. İngiltere

İngiltere hukukunda suçta kullanılan, suçu işlemeyi kolaylaştıran eşyanın müsaderesi bakımından “deprivation”, suçtan elde edilen malvarlığının müsaderesi için ise “confiscation” kavramı kullanılmaktadır. Bunlar farklı kanunlarda düzenlenmiştir. Bizdeki eşya müsaderesine karşılık gelen “deprivation” 2000 tarihli Ceza Mahkemelerinin Yetkileri Hakkında Kanun (Powers of Criminal Court Sentencing Act- PCCSA)’un 143 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir.⁵⁰¹ Bu genel düzenlemenin yanı sıra çok sayıda özel kanunda buna ilişkin hüküm bulunmaktadır.⁵⁰²

Eşya müsaderesi (deprivation) İngiltere’de mahkumiyetin bir sonucu olarak düzenlenmiştir. İngiliz Temyiz Mahmesi bir kararında, suçun oluşmaması nedeniyle beraat kararıyla birlikte müsadereye hükmedilmesini, müsaderenin ancak kişinin cezalandırılması halinde mümkün olduğu gerekçesiyle bozma nedeni saymıştır.⁵⁰³ PCCSA’nın 143. maddesine göre herhangi bir suçun işlenmesini kolaylaştıran veya kullanılan veya bu amaçla kullanılmak istenen eşyanın mahkumiyet kararıyla birlikte müsaderesine karar verilir.⁵⁰⁴

“Confiscation” olarak adlandırılan suç gelirlerinin müsaderesi ise temelde 2002 tarihli Suç Gelirleri Kanunu’nda (Proceeds of Crime Act-POCA) düzenlenmiştir.⁵⁰⁵ 2002 tarihli POCA ile suçtan elde edilen malvarlığı bakımından temelde iki tür müsadere öngörülmektedir. Birincisi ceza mahkumiyetine bağlı müsadere, ikincisi ise özel hukuk yoluyla geri kazanma anlamına gelen “civil recovery” usulüdür. Bunlardan sadece birincisi ceza hukuku kapsamında

⁵⁰¹ Kanun metni için bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/6/contents>

⁵⁰² 1988 tarihli Trafik Kanunu, 1997 tarihli Bıçaklar Kanunu, 1971 tarihli Göçmenler Kanunu, 1978 tarihli Çocuk Koruma Kanunu bunlardan yalnızca birkaçıdır. 1986 yılında Uyuşturucu Madde Ticareti Suçları Kanunu ile müsadere düzenlenmiştir. Bu kanun sadece uyuşturucu suçlarına ilişkin olup, müsadereye ancak mahkûmiyet halinde hükmedilmesini öngörmekte idi. Ayrıca, mahkum olan kişinin kaynağının meşruluğunu ispat edemediği gelirini suç geliri olarak varsaymakta ve müsadereye konu etmekteydi. Değirmenci, age, s.358. İngiliz hukukunda müsadere hakkında geniş bilgi için bkz. Baytaç, age, s. 28 vd.

⁵⁰³ Bkz. Lidster 1976 Crim L 80; Baytaç, age, s. 29.

⁵⁰⁴ Maddenin İngilizce metni için bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/6/section/143>

⁵⁰⁵ <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/29/>, 10. madde için açıklayıcı not, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/29/notes/division/5/2/1/5>

müsaderedir, diğerleri bakımından ise mahkumiyet gerekmemektedir.⁵⁰⁶ Bu kanunda suçtan elde edilen paraya elkonulması ve müsaderesi de ayrıca düzenlenmiştir.

Ceza mahkemesi müsadere kararı verirken sanığın suçu yaşam tarzı haline getirip getirmediğini araştırmak durumundadır. Bunun için öncelikli koşul, suçtan elde edilen gelirin toplamda en az 5000 sterlin tutarında olmasıdır (POCA 75(2)). Buna ek olarak kanunda düzenlenen üç durumdan birinin varlığı aranır: birincisi, dava konusu suçun POCA'nın 2. tablosunda yer alan uyuşturucu ticareti, kalpazanlık, insan ticareti gibi suçlardan biri olması, ikincisi sanığın işlediği suçun sürmekte olan cezai faaliyetlerinin bir parçası olduğunun anlaşılması, üçüncüsü ise suçun en az altı aydır işlenmekte olan ve failin menfaat elde ettiği bir suç olmasıdır.

Mevzuata göre suçtan elde edilen yarar iki yöntemle hesaplamaktadır. Birincisi; **genel cezai eylem** kuralıdır. Yukarıda bahsedilen koşulların gerçekleşmesi ile sanığın “suçu yaşam tarzı haline” getirdiği kabul edildiğinde, müsadere son 6 yıl içindeki bütün cezai davranışları kapsamaktadır. POCA'nın 2. bölümünün 10.maddesine göre bu yöntemin uygulanabilmesi için,

- ceza soruşturmasının başlatılmasından önceki 6 yıl içinde sanığa devredilen herhangi bir eşyanın suçtan elde edildiği,
- mahkumiyet tarihinden sonra herhangi bir zamanda mahkumun elinde bulunan eşyanın suçtan elde edildiği (burada, malın ne zaman kazanıldığına önemi yoktur),
- suç sonucu elde edilen eşya için yukarıda bahsedilen 6 yıllık süre içinde yapılan harcamaların genel cezai davranışlardan elde edilen malvarlığı tarafından karşılandığı,
- sanık tarafından değerlendirmek amacıyla edinilen eşyanın, üçüncü kişilerin menfaatlerinden bağımsız olarak edinildiği (sanığın elde ettiği kanıtlanmış veya varsayılmış her türlü mal üzerinde payı olan tek kişi olduğu) varsayılmaktadır⁵⁰⁷.

Bu koşulların gerçekleşmesi ile sanığın “suçu yaşam tarzı haline” getirdiği kabul edildiğinde, müsadere son 6 yıl içindeki bütün cezai davranışları ve bunlardan

⁵⁰⁶ Ursula Cassani, La “proceeds of Crime act 2002” du Royaume-Uni, **Revue pénale suisse** 122(2004), no 3, p. 280-309 ; no 4, p. 313-345

⁵⁰⁷ Madde metni için bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/29/section/10> (Erişim Tarihi: 30.11.2011)

elde edilen kazancı kapsamaktadır. Failin suçu yaşam tarzı haline getirdiğinin kabul edildiği hallerde artık ispat yükü tersine çevrilmiş olmaktadır. Sanığın, belli bir malvarlığının meşru yollardan elde ettiğini ispatlaması beklenir, ispat edemediği halde ise sözkonusu malvarlığı müsadere edilir.⁵⁰⁸

Hesap yöntemlerinden ikincisi, “criminal conduct confiscation” denilen belirli bir malvarlığının müsaderesidir. Bu yöntem sanığın suçu yaşam tarzı haline getirmemiş olduğunun kabulü halinde uygulanır. İddia makamı, sanığın belirli bir suçtan eşya veya menfaat elde ettiğini kanıtlamak zorundadır.⁵⁰⁹

POCA haricinde diğer bazı temel kanunlarda müsadereye ilişkin özel hükümler bulunmaktadır. Bunlardan, 2000 tarihli Terörizm Kanunu’nun (Terrorism Act-TACT) 15-18. bölümlerinde yer alan terörizmin finansmanı ve aklama suçlarından mahkum olan sanığın bu suçlarla ilişkili malvarlığının müsaderesi düzenlenmiştir.⁵¹⁰ Müsadere, failin suçun işlendiği zaman kişinin zilyetliğinde veya tasarruf yetkisinde bulunan para veya eşyanın terör amacıyla kullanılacağını bildiği veya terör amacıyla kullanılacağından şüphelenmesi için makul gerekçelerin bulunması halinde mümkündür.⁵¹¹

2001 tarihli Anti-Terör, Suç ve Güvenlik Kanunu (Anti-terrorism, Crime and Security Act -ACTS), terör amacıyla kullanılan veya terör yoluyla elde edilen malvarlığına elkonulmasını ve hukuk yargılaması ile müsaderesini düzenlemektedir. Bunun için yukarıdaki gibi bir meblağ eşiği konulmamış olmakla birlikte, paranın doğrudan terörden elde edildiğinin ispatlanması gerekmektedir.

⁵⁰⁸ Ancak düzenlemenin gerekçesinde bu tür bir karinenin zorunlu olmadığı ifade edilmektedir. Buna göre hakim, koşulları gerçekleştiği takdirde bu karineye başvurabilecekken, karinenin yanlış olduğu veya ciddi biçimde adaletsiz bir sonuca yol açacağı kanıtlandığında karineler uygulanamayacaktır. Mahkemenin herhangi bir nedenle karineye başvurmadığı durumda karinelerin yardımı olmaksızın failin suçtan nemalandığının ve bunun miktarının saptanması gerekir. Bir başka deyişle karinenin uygulanmasının takdiri olduğu söylenebilir. Zira maddenin açıklayıcı notunda eski mevzuatta öngörülen benzer karinelerin uyuşturucu suçları bakımından zorunlu diğer suçlar bakımından ise ihtiyari olduğu vurgulanmıştır. 10. Maddenin “açıklayıcı notu” için (madde 28) bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/29/notes/division/5/2/1/5> (Erişim Tarihi: 19.05.2009)

⁵⁰⁹ Neil Saunders/Ben Watson, “Confiscation Orders Under the New Proceeds of Crime Act”, **The New Law Journal**, 2003, s. 153. Ayrıca bkz. FAFT, Third Mutual Evaluation Report Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism, The United Kingdom of Great Britain and Nord Ireland, 29 June 2007, (FAFT UK Report), no:175. <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer/MER%20UK%20FULL.pdf> (Erişim Tarihi: 08.02.2013)

⁵¹⁰ Kanun metni için bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/11/contents> (Erişim Tarihi: 19.05.2009)

⁵¹¹ FAFT UK Report, no: 177

İngiliz hukukunda suçtan elde edilen gelirin müsaderesi bu kazanca denk bir paranın ödenmesi şeklinde olur. Müsadere kararı eşyanın değeri üzerinden yapılır, eşyanın mülkiyeti değişmez. İyiniyetli üçüncü kişilerin hakkı korunur (POCA 9. ve 308, 283, 301, 302; TACT 23). Müsadere sonucunda hakkının ihlal edildiğini ileri süren üçüncü kişiler, iade veya tazmin için mahkemeye başvurabilirler. Bu iddia öncelikli ve müsadere davasından bağımsız olarak ele alınır. (Powers of Criminal Courts Act 2000). Eşya sahibi, kendisinin iyiniyetli olduğunu, yani, failin eşyayı buldurmasına rıza göstermediğini veya eşyanın bir suçta kullanıldığını bilmediğini veya eşyanın bu şekilde kullanılacağı hakkında makul bir şüphesinin dahi olmadığını ispatla yükümlüdür.⁵¹² Müsadere edilecek meblağ failin suçtan elde ettiği tüm malvarlığına denktir. Burada malın enflasyona göre ayarlanmış piyasa değeri esas alınır. Örneğin, malın değeri sonradan düşmüşse bu yeni değeri esas alınır.⁵¹³ Bu nedenle sadece doğrudan değil, dolaylı olarak elde edilen malvarlığı da müsadereye tabidir. Hatta fail tarafından üçüncü kişilere verilen hediyeler de müsadere edilmektedir (POCA 77 ve 78. bölümler).⁵¹⁴

Tüzel kişilerin malvarlığının müsaderesi POCA'nın 2, 3 ve 4. bölümlerinde düzenlenmiştir. Buna göre şirketler ve ortaklıkların malları bakımından da müsadere mümkündür. Söz konusu şirketin düzmece olduğunun anlaşılması halinde, mahkeme bunların mallarını gerçek kişilerin malları gibi müsadere etmektedir.⁵¹⁵

POCA'nın 5. bölümünde düzenlenen "civil recovery" yöntemi ise Malvarlığını Geri Alma Örgütü (Assets Recovery Agency)⁵¹⁶ tarafından suçtan elde edilen gelirin bir ceza yargılaması yapıp yapılmadığına bakılmaksızın hukuk usulü ile geri kazanılmasını düzenlemektedir (POCA bölüm 240 (2)). Bu yöntemin uygulanabilmesi için öncelikle suçtan elde edilen malvarlığının para ve kıymetli evrak dışında bir eşya olması ve değerinin 10.000 sterlinin üzerinde olması gerekmektedir. Bu yöntem ikincil niteliktedir, ceza yargılamasının sonuca

⁵¹² David Ormerod/Justice Hooper, **Blackstone's criminal practice 2008**, Oxford, s. 185.

⁵¹³ Foxley (1995) 16 Cr App R (s) 879, Bkz. Ormerod/Hooper, age, s. 206.

⁵¹⁴ *Civil recovery* denilen özel hukuk müsaderesi bakımından müsadereye tabi eşya üçüncü kişinin malvarlığı ile karışmış olsa bile üçüncü kişi iyiniyetli olmadıkça (yani bilgisi olmadıkça) müsadereye engel değildir. (POCA 308. bölüm). Bkz FAFT UK Report, no: 192.

⁵¹⁵ FAFT UK Report, no: 227, ayrıca bkz. David Dickson, Towards more effective asset recovery in Member States-the UK example, **ERA Forum**, 2009, 10, 435-451; MASAK, (2000), *İngiltere Karapara Aklamayla Mücadele 2*, Ankara: Masak Yayınları No: 6; Michael Levi/Lisa Ososfsky, Investigating, Seizing and Confiscating the Proceeds of Crime, Police Research Group Crime Detection and Prevention Series: Paper No 61, London: Home Office Police Department, 1995.

⁵¹⁶ ARA, üyeleri doğrudan parlamento tarafından seçilen idareden bağımsız bir kuruluştur.

ulaşmayacağı veya ulaşıya bile müsaderenin mümkün olmayacağı hallerde uygulanmaktadır.⁵¹⁷

V. Amerika Birleşik Devletleri

Amerika Birleşik Devletleri'nde müsadere 1970'lerden önce sadece gümrük ve vergi mevzuatı çerçevesinde uygulanabilen bir yaptırım iken; daha sonra uyusturucu madde suçlarını da kapsayacak şekilde genişletilmiştir.⁵¹⁸ 1970'te RICO Kanunu (Rackeeter Influenced and Corrupt Organisations Act- Haraççı, Etki altında kalmış ve Yozlaşmış Şirketler Kanunu) ile karapara aklama suçunun düzenlenmesinin hemen ardından 1984 tarihli Denetime Tabi Maddeler Kanunu (Controlled Substances Act) ve 1986 tarihli Uyuşturucu ile Mücadele Kanunu (Anti-Drug Abuse Act) ile müsadere düzenlenmiştir.⁵¹⁹

Amerika'da suçla ilgili malvarlığının devlete geri kazandırılması, %60 oranla idari müsadere denilen usulle yürütülmektedir. İdari müsadere önce şüpheli malvarlığına elkonulur. Elkonulan malvarlığı bakımından menfaati olabilecek kişilere 60 gün içinde tebligat veya gerektiğinde gazete ve internet yoluyla ilan yapılmaktadır.⁵²⁰ Menfaati ihlal edilen kişi durumu öğrenmesinden itibaren 30 gün içinde mahkemede müsadereye karşı dava açabileceği gibi, indirim de talep edebilir. Son süreler geçtikten sonra kimsenin itiraz etmemiş olması halinde elkonulan eşya kesin olarak devlete geçmektedir. ABD'de özellikle aklama suçunun kanıtlanmasındaki güçlüğü yenebilmek için, mahkumiyet koşulunun gerekli olmadığı bu müsadere usulü uyusturucu kaçakçılığı, örgütlü suçlarda etkili biçimde uygulanmaktadır.⁵²¹ 1990'dan beri kanun dışı olarak ithal edilmiş para veya para yerine geçen araçlar ile 500.000 doların üstündeki malvarlığı değerleri veya

⁵¹⁷ FAFT UK Report , no:181.

⁵¹⁸ Ronald George Ketter, Law Enforcement and Asset Forfeiture: A Study of Bureaucratic Incentives In the Provision of Public Goods, yayımlanmamış doktora tezi, the State University of New York, Binghamton 1996, s.6. zikreden Değirmenci, age, s. 365.

⁵¹⁹ Michael Tonry, Forfeiture Law, Practices and Controversies in US, **European Journal of Crime, Criminal Law Criminal Justice**, 5/3, 1997, 294-307, s. 294.

⁵²⁰ Müsadere ilanları için ABD'de ayrı bir web sitesi de bulunmaktadır. Bkz. <http://www.forfeiture.gov/pdf/USAO/OfficialNotification.pdf> (Erişim tarihi: 05.01.2013)

⁵²¹ Kocasakal, Karapara, s. 132.

uyuşturucu naklinde kullanılan araçlara idari müsadere yoluyla el konulabilmektedir.⁵²²

İdari usul dışında elkonulan eşya bakımından ceza davası açılabilceği gibi özel hukuk müsadere davası da açılabilir. Ceza davası sonucunda failin beraat etmesi halinde müsadere mümkün olmayacağından, genellikle sonuncusu tercih edilir. Özellikle uyuşturucu ve aklama suçları mevzuatları çerçevesinde özel hukuk müsaderesi yaygın biçimde uygulanmaktadır. “Civil Forfeiture” veya “Non-Conviction Based (NCB) Forfeiture” denilen özel hukuk müsaderesi ABD’de en yaygın olarak uygulanan ikinci usuldür. Yargısal müsadere kapsamında yer alan, özel hukuk müsaderesi ile suçta kullanılan araçlar, sanık mahkûm olmasa bile müsadere edilebilmektedir.⁵²³ Özel hukuk müsaderesi ceza yargılamasından önce veya sonra uygulanabileceği gibi, tek başına yani ceza davası hiç açılmasa da uygulanabilir. Bu tür müsadere kişiye karşı değil malvarlığına karşı açılır, başka deyişle özel hukuk müsaderesi *in rem* usulle yürütülür.⁵²⁴ Bu nedenle müsaderenin para veya eşdeğere ilişkin olduğu “value-based forfeiture” (değer esasına dayanan müsadere veya değer müsaderesi) *in rem* usulün uygulanmasına elverişli değildir. Bu tür malvarlığının müsaderesinin sanıkla bağlantı olduğundan *in personam* usulle yapılır. Değer müsaderesi ancak fail tarafından elde edilen gelir veya failin sahibi olduğu eşya bakımından mümkündür.⁵²⁵ Kural olarak, suçun işlenmesinden sonra iyiniyetli üçüncü kişilerin kazandıkları haklar bundan etkilenmez.⁵²⁶ Viyana Sözleşmesi, Aklama Sözleşmesi ve FAFT her iki modeli de tavsiye etmektedir.

In rem usulde, hukuk yargılaması bakımından geçerli olan “preponderance of evidence” kuralı uyarınca hükümetin müsaderesi istenen eşyanın suçla bağlantısını ispatlaması gerekir. Buna karşılık, sahibi malvarlığının suçla bağlantısı bulunmadığını veya kendisinin “innocent owner” (hukukumuzdaki “iyiniyetli üçüncü

⁵²² Jean B. Weld, Forfeiture Laws And Procedures in The United States of America, **146th International Training Course Visiting Experts’ Papers**, Resource Materail Series No: 83, s. 18-27.

⁵²³ Ergül E., age, s. 137.

⁵²⁴ Bu nedenle davalar, United States v. One Sixth Share, 326 F3d 36 (1 st Ci,r. 2003); United States v. All Funds is Account Nos. 747.034/278, 295F3d 23 (D.C.Cir.2002) örneklerinde olduğu gibi adlandırılır.Weld, J.B., age, s. 20.

⁵²⁵ Değirmenci, age, s.529

⁵²⁶ Stessens, age, s. 37.

kişi”ye karşılık gelen “masum malik”) olduğunu ispatlamakla yükümlüdür.⁵²⁷ Amerikan hukukunda “innocent owner” kavramı ile suçun işlendiği sırada eşya üzerinde herhangi bir menfaati olan kişi kastedilmektedir. Bunun için kişinin suç teşkil eden eylemi bilmediğini veya öğrendikten sonra eşyanın bu şekilde kullanılmasına son verecek, somut koşullarda yapılması gereken herşeyi yapmış olduğunu ispatlaması gerekmektedir. Kolluğa haber vermek de buna dahildir (18 USC 983 (d)(2)(B)). Görüldüğü gibi burada kişiye özen yükümlülüğünün ötesinde ihbar yükümlülüğü de getirilmektedir. Suçun işlenmesinden sonra edinilen malvarlığı bakımından ise üçüncü kişi (i) iyiniyetli alıcı olduğunu veya (ii) eşyanın müsadereye tabi olduğunu bilmediğini veya böyle bir izlenim edinmesi için bir neden bulunmadığını ispatlamalıdır (18USC 983 (d)(A)).

Ceza yargılaması açılması halinde taraflar hukuk müsaderesini erteleme yoluna da gidebilirler. Zira, her ne kadar temyiz süreci olsa da ceza yargılamasında mahkumiyet kararı çıkması halinde müsadere daha kolay olduğu söylenmektedir. Özel hukuk müsadere kararına karşı Bölge Mahkemesi veya Temyiz Mahkemesi’ne başvurulabilmektedir.

Cezai müsadere, özel hukuk müsaderesinden farklı olarak *in personam* yani kişiye karşı yürütülür. Bu nedenle failin eşine, ailesine veya iş ortaklarına ait malvarlığı hukuka uygun yollarla elde edilmiş olmak kaydıyla müsadere edilemez. İspat yükü savcılık makamına aittir ve malvarlığının müsadere edilebilmesi için her türlü şüpheden uzak olarak failin suçluluğunun ispatlanması veya sanığın suçunu kabul etmesi gerekir. Ancak, istisna olarak uyuşturucu suçu söz konusu ise, ispat yükü sanığın üzerine yükletilebilmektedir (21 USC 853 (d)). Cezai müsadere özel hukuk müsaderesinden farklı, sanığın suçtan elde ettiği değerleri elden çıkarmış olması halinde bunlara karşılık gelen malvarlığının müsadere imkân vermesidir.⁵²⁸

Özel hukuk müsadere ilişkili hükümler uyuşturucu madde ticareti suçları ve diğer önemli suçlar için farklı maddelerde düzenlenmiştir. Özel hukuk müsadere uyuşturucu madde suçları için 18 inci başlık 881 inci maddede düzenlenirken, diğer öncül suçlar için 18 inci başlık 981 inci madde (a) (1) fıkrasında (b) ile (f) bendi arasındaki kısımda yer almaktadır. Ceza hukuku müsadere ilişkili hükümler de

⁵²⁷ Weld, age, s. 21.

⁵²⁸ Ergül E., age, s. 137

tıpkı özel hukuk müsadereğine ilişkin hükümler gibi düzenlenmiştir. Buna göre; uyusturucu madde suçları için ceza hukuku müsadere hükümleri 21 inci başlık 853 üncü maddede, diğer öncül suçlar için ise aynı başlık 982 inci maddede yer almaktadır.⁵²⁹

Özel hukuk müsadereği cezai müsadere ile karşılaştırıldığında ispat yükünün düşük olması nedeniyle müsadereyi kolaylaştıran bir usuldür. Nitekim ceza yargılamasında failin mahkum olabilmesi için on iki kişilik jürinin oybirliği gerekirken, hukuk davasında dokuz kişilik jürinin çoğunluğunu ikna etmek yeterlidir. Yine failin ölümü, kusur yeteneği bulunmaması veya temyiz aşamasında mahkumiyet kararının bozulması gibi haller nedeniyle mahkumiyetine hükmetme imkanı bulunmadığında da hukuk davası yolu ile müsadere mümkün olabilmektedir. Bununla birlikte özel hukuk yolundaki sıkı süre koşullarının uygulamayı güçleştirdiği ifade edilmektedir.⁵³⁰

Amerikan sisteminde, aklamada kullanılan malvarlığı, suçun konusu olarak kabul edilmekte ve kimin elinde olursa olsun müsadere edilmektedir.⁵³¹ Bununla birlikte küçük suçlar bakımından müsadere mümkün değilken, bir kimsenin terör suçuyla bağlantısı bulunan tüm malvarlığı müsadereye tabidir (18USC 981 (a)(1)(G)).

Uygulamada özel hukuk davası başlatıldıktan sonra ceza davasının da açılması halinde sıklıkla bekleme kararı verilmektedir. Ceza yargılama sürecinde de failin suçu kabul etme eğilimi ortaya çıktığında anlaşma genellikle malvarlığının müsadereği karşılığında sağlanmaktadır.⁵³²

VI. Almanya

Alman hukukunda müsadere kurumu için iki farklı terim kullanılmaktadır. Türk hukukuna da Alman mevzuatından tercüme yoluyla alınan eşya müsadereği

⁵²⁹ MASAK.

⁵³⁰ Weld, age, s. 23.

⁵³¹ Kocasakal, Karapara, s. 311.

⁵³² Weld, age, s. 23

karşılığında *Einziehung*, kazanç müsadere için ise *Verfall* kavramları kullanılmaktadır.⁵³³

Almanya, diğer uluslararası belgelerin yanı sıra özellikle Avrupa Konseyi'nin 1991 tarihli Finansal Sistemin Para Aklama Amacıyla Kullanılmasını Önleme Hakkındaki Direktifi'ni iç hukukuna alarak öncelikle para aklamayı ayrı bir suç haline getirmiş (Alman Ceza Kanunu 261. madde), suç gelirlerine elkoymayı öngören ayrı bir kanunu 1993 yılında yürürlüğe koymuştur.⁵³⁴

Müsadere, Alman Ceza Kanunu'nun 7. bölümünde 73 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir.⁵³⁵ Söz konusu hükümler incelendiğinde hukuki nitelikleri birbirinden farklı müsadere uygulamalarının düzenlendiği, buna karşılık kanunda hukuki nitelik ile ilgili bir belirlemede bulunulmamış olduğu görülmektedir. Konu öğretisi ve uygulamaya bırakılmıştır.

Alman Ceza Kanunu'nun "kazanç müsadere"nin koşulları" başlıklı 73. maddesine göre fail veya şerikin hukuka aykırı fiilden elde ettikleri malvarlığına ilişkin kazanç mahkemece müsadere edilir. Suçtan zarar gören kişinin, fiil dolayısıyla bir talep hakkı doğmuş olup da, bunun ifası, failin veya şerikin fiilden elde ettiği değeri ortadan kaldırıyorsa müsadere kararı verilmez.⁵³⁶ Bir başka ifade ile iade mümkünse malvarlığı hak sahibine iade edilir. Kanunun 73a maddesinde kaim değer müsadere, 73b maddesinde takdiren değer tayin edilmesi, 73d ise kazanç müsadere"nin hakkaniyet gereği uygulanamayacağı haller düzenlenmektedir.

22 Eylül 1992'de yürürlüğe konulan Organize Suçlarla Mücadele Kanunu kapsamında ceza kanununa eklenen 73d maddesi, müsadere"nin genişletilmiş

⁵³³ "Verfall" kelimesi ilk olarak İçel ve Yenisey tarafından "mülkiyetin devlete geçirilmesi olarak Türkçe'ye çevrilmiştir, bkz. Kayıhan İçel/Feridun Yenisey, **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları**, 4. Basım, İstanbul, 1994. Buna karşılık Sözüer aynı kavramı "kazanç müsadere" olarak çevirmiş, Yenisey/Plagemann da daha sonra kazanç müsadere kavramını kullanmışlardır. (Yenisey/Plagemann, age). Almanya'da müsadere"nin yanı sıra malvarlığı cezası denilen bir yaptırım vardır. Malvarlığı cezası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yener Ünver, "Federal Almanya'da Terör ve Organize Suçluluk İle İlgili Düzenlemeler" **Prof.Dr. Nurullah Kunter'a Armağan**, İstanbul, 1998, s. 396.

⁵³⁴ *Gledwaschegezet* hakkında bkz. Oswald, age; Justus Benseler, "Forfeiture Legislation in Germany: Legal Basis and Prosecution Practice", **European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice**, 5(3), 1997, 203-209; Ünver, Federal, s. 367 vd.

⁵³⁵ Alman Ceza Kanunu'nun müsadere ile ilgili metinlerinin Türkçe çevirileri için bkz. İçel/Yenisey, age, s. 950-953.

⁵³⁶ Maddenin Almanca'dan çevirisi için bkz. Yenisey-Plagemann, age, s. 107. Bu yaptırımın hükümlüye ek bir yükümlülük getirmediği ve tedbir niteliğinin ağır bastığı kabul edilmekte, fer'i ceza olarak nitelendirilmektedir. Erman B., s. 268.

koşullarını düzenlemektedir. Alman doktrinde “genişletilmiş müsadere”⁵³⁷ veya “genişletilmiş kazanç müsadere”⁵³⁸ olarak adlandırılan kurum için Sözüer, “ceza benzeri müsadere” kavramını kullanmaktadır. Genişletilmiş müsadere ile asıl müsadere yaptırımına göre, daha geniş malvarlığı değerlerinin daha kolay bir yoldan müsadere edilmesini sağlayarak yaptırma etkinlik kazandırmak amaçlanmıştır.⁵³⁹ Nitekim 1992 yılından önce müsadere, gerek müsadere edilecek malvarlığı değerlerinin gayrimeşru kökeninin ispatındaki zorluklar, gerekse sadece net kazançların hesaplanması nedeniyle yeterli uygulama alanı bulamamıştır.⁵⁴⁰ Genişletilmiş müsadere, suçtan elde edilen malvarlığı değerlerinin hesaplanmasında net kazanç yerine brüt kazancın hesaplanması sözkonusudur. Bir başka deyişle, müsadere edilecek meblağ hesaplanırken, failin yasadışı faaliyetlerden elde etmiş olduğu gelir, bu kazancı elde etmek için yapılan masraflar toplamından düşürülmeksizin müsadere edilir. Ayrıca genişletilmiş müsadere, klasik müsadere farklı olarak ispat yükü de tersine çevrilmektedir.⁵⁴¹ Bu maddeye göre hukuka aykırı bir fiilin işlenmesinden dolayı faile veya şerike ait nesnelere müsadere edilmesi, sözkonusu fiille irtibatın bulunmamasına karşın “bu nesnelere hukuka aykırı (başka) fiiller için veya bu fiillerin işlenmesi neticesinde elde edildiğinin kabulünü haklı kılacak durumların mevcudiyeti halinde de mümkündür.”⁵⁴² Bu uygulama suçtan zarar görenlerin tazminat haklarının dahi dikkate alınmasını engelleyici derecede geniştir.⁵⁴³

“Einziehung” başlıklı eşya müsadere Alm. CK’nun 74. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre “kasten işlenen suçlarda, bu suçtan doğan veya suçun

⁵³⁷ Yenisey/Plagemann, age, s. 109; Erman B., Almanya, s. 268.

⁵³⁸ Satzger, age, s. 37.

⁵³⁹ Erman B., Almanya, s. 268

⁵⁴⁰ Kathoolnigg, s. 354 (zikreden Erman B., Almanya, s. 268).

⁵⁴¹ Bochum Eyalet Mahkemesi’nin verdiği bir kararda uyuşturucu ticaretinden yargılanan bir sanığın, yargılamanın konusunu oluşturan eylemden bir kazancının olmadığını, ancak uyuşturucu ticaretinin bu kişinin meşgalesi olduğunu saptamıştır. Hayli düşük görünen ortalama gelirini gözönüne alan mahkeme sanığın banka hesabında bulunan 42.520,18 DM’lik meblağın uyuşturucu ticaretinden kazanıldığına kanaat getirmiş, bu meblağ genişletilmiş müsadere uygulamasıyla failden alınmasına karar vermiştir. Bkz. Erman B., Almanya, s. 270.

⁵⁴² Satzger, age, s. 37.

⁵⁴³ Maddenin gerekçesinin açıklandığı hükümet tasarısında “yeni düzenleme, kovuşturulan kaynak fiil ile müsadere konusu olan nesne arasındaki doğrudan bağlantının kaldırılmış olmasından dolayı ister istemez bazı kısmi alanlarda yürürlükteki kazanç müsadere sisteminden ayrılmaktadır. Zira hukuka aykırı fiillerden elde edildiklerinin kabul edilmesinin haklı görülmesi gereken müsadere nesnelere arasında, üzerlerinde suçtan zarar gören üçüncü kişilerin tazminat haklarının bulunduğu nesnelere de yer alabilir.” Satzger, age, s. 37.

işlenmesinde veya hazırlanmasında kullanılmış olan veya suçta kullanılmak üzere hazırlanmış bulunan eşya müsadere edilebilir.” Müsaderenin konusu yalnızca maddi varlığı olan şeyler değil, aynı zamanda ipotek, müşterek mülkiyet gibi maddi varlığı olmayan haklardır. Eşyanın müsadere edilebilmesi için kararın verildiği sırada fail veya şerike ait olması veya bunların eşya üzerinde bir hakka sahip olmaları gerekir. Hakimin müsadereye hükmetmesinin zorunlu olmaması, bunun yanında faile işlediği suç nedeniyle asıl cezanın yanı sıra misillemeye bulunulması nedeniyle 74. maddedeki düzenlemenin ceza niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. Ceza niteliğinin sonucu olarak hukuka uygunluk nedeninin bulunması, eylemin zamanaşımına veya affa uğraması durumlarında müsadere uygulanmaz.⁵⁴⁴

Alman hukukunda üçüncü kişinin eşyasının suçta kullanılması veya suçtan elde edildiğini bilme konularında ağır kusurunun bulunması halinde müsaderesi mümkündür. Üçüncü kişinin suça iştirak etmemiş olmasına karşın mülkiyet hakkının sınırlandırılmasının kusurluluk ilkesine ve anayasada düzenlenen mülkiyet hakkına aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Bu itirazlara karşın, üçüncü kişinin, sahip olduğu hakkı toplumsal refah ve iyiliğe aykırı olarak kullandığı, bunun da müsadereyi meşru hale getirdiği ileri sürülmektedir.⁵⁴⁵

Basılı eserlerin müsaderesi 74d maddesi ile ayrıca düzenlenmiştir. Jescheck bu durumu “fıkrî eserler alanında yapılan müdahalelerde, geleneksel müsadere müessesesinde hiç bir rol oynamayan bazı bakış açılarının gözönünde tutulmasının zorunlu” olduğu şeklinde açıklamaktadır.⁵⁴⁶ Gerçekten (anasayal organları tahkir, orduya hakaret, kürtaj için reklam verme gibi) belirli bazı suçlar bakımından müsadereye hükmedilebilmesi için basılı eserin somut bir tehlike oluşturduğunun ortaya konması gerekir. Ayrıca bu suçlarda müsadere ancak fail, şerik veya bunlar adına hareket edenlerin elinde bulunması halinde mümkündür.

⁵⁴⁴ Sözüer, Alman, s. 397 vd.

⁵⁴⁵ Sözüer, Alman, s. 400.

⁵⁴⁶ Hans-Heinrich Jescheck/Sieber Ulrich, **Alman Ceza Hukukuna Giriş: Kusur İlkesi, Ceza Hukukunun Sınırları**, çev. Feridun Yenisey, İstanbul, 2007, s. 74.

VII. Avusturya

Müsadere Avusturya Ceza Kanunu'nun çeşitli maddelerinde düzenlenmiştir. Aklama suçuna ilişkin olarak, 20. maddede “Abschöpfung der Bereicherung” ve 20b maddesinde *Verfall* terimleriyle suç gelirinün müsadere düzenlenmiştir. Suçta kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın müsadere (*Einziehung*) ise 26. madde çerçevesinde yapılmaktadır.

Avusturya Ceza Kanunu'nun 20. maddesinde düzenlenen kazanç müsadere için, failin suçtan gelir elde etmesi yeterli olup cezalandırılabilmesi şart değildir. Kazanç müsadere değer üzerinden yapılır. Kazancın belli bir suçla ilişkilendirilememesi halinde, sürekli veya mükerrer olarak suç işleyen kişiler bakımından ispat yükü kısmen tersine çevrilmek suretiyle kazancın suçtan elde edildiği kabul edilerek müsadere edilmektedir (Avs.CK m. 20/2). Bir suç örgütüne veya terör örgütüne mensup kişilerin elde ettikleri kazanç da, bu kazancın meşruiyetinin inandırıcı olmaması ve suçtan elde edildiğinin açıkça varsayılabileceği hallerde müsadere edilir (Avs.CK m.20/3). Kazanç müsadere, üçüncü kişiler (tüzel kişiler de dahil olmak üzere) bakımından da geçerlidir (Avs. CK m. 20/4). Üçüncü kişinin ölmesi veya ortadan kalkması halinde, hakkın devredildiği anda varolmaları koşuluyla varislerinden alınabilir (Avs.CK m. 20/5).

Kazanç müsadere istisnaları bulunmaktadır. Avs.CK'nun 20a maddesine göre birinci istisna, suçtan gelir elde eden kişinin suçtan kaynaklanan hukuki talepleri yerine getirmiş olması veya sözleşmesel olarak veya mahkeme kararıyla bununla yükümlü kılınmış olması veya suçtan kaynaklanan kazancın başka bir hukuki yolla alınmış olmasıdır. Bu halde failin elindeki kazancın iki defa alınması önlenmek istenmiştir. İkinci durum, müsadere edilecek meblağın veya müsadere kararının uygulanması olasılığının, müsadere kararının infazı için yapılacak masraflar karşısında orantısız olmasıdır. Son olarak ise, özellikle suçtan elde edilen gelirin artık varolmaması veya mahkumiyetin diğer sonuçları dikkate alındığında, müsadere edilecek meblağın kişinin geçimini tehlikeye atması veya onun için yersiz bir zorluğa sebep olacak olması hallerinde müsadere kararı verilmez.

1996 yılında yapılan reform kapsamında organize suç örgütleri bakımından müsadere Avusturya Ceza Kanunu'nun 20b ve 20c maddelerinde sadece

düzenlenmiştir.⁵⁴⁷ Kanuna göre bir organize suç örgütünün tasarruf yetkisinde bulunan malvarlığı değerleri müsadere edilir. Suç teşkil eden bir eylemden kaynaklanan malvarlığı değerleri, kaynaklandıkları bu eylemin 62 - 65. maddelere göre Avusturya Ceza Kanunları'na tabi olmadığı halde dahi, işlendiği yer kanunlarına göre suç sayıldığı hallerde de müsadere edilir (m. 20b). Eşya üzerinde eyleme iştirak etmeyen veya suç örgütüne üye olmayan kimselerin haklarının bulunması halinde müsadere mümkün değildir (m. 20c/1). Orantılılık ilkesi gereğince amaca başka hukuki tedbirlerle ulaşıbiliyorsa veya usul ekonomisi gereğince müsadere beklenen yarar usuli masraflarla veya olayın önemiyle karşılaştırıldığında orantısız ise müsadere uygulanmaz (m. 20c/1, 2 ve m. 20c/2).⁵⁴⁸

Avusturya ceza hukukunda da üçüncü kişilerin hakları korunmaktadır (m. 20c/1 ve m. 26/2). Kazanç müsadere bakımından suça iştirak etmeyen, örgütlü suçlarda ise örgüte üye olmayan veya suça katılmamış kişilere ait gelir müsadere edilemez. Suçta kullanılan eşyanın müsadere bakımından ise üçüncü kişinin hakkının korunması için suça katılmama yeterli olmamakta, kişiye ayrıca eşyasının suçta kullanılmamasını temin etme yükümlülüğü getirilmektedir. Buna göre, ilgili kişinin eşyasını suçta kullanılmaya elverişli hale getiren koşulları, özellikle suçun işlenmesini kolaylaştıran aletleri veya belirtileri ortadan kaldırmaması veya etkisiz hale getirmemesi halinde suça katılmış olmasa da müsadere edilebilecektir.⁵⁴⁹

Müsadere yargılaması ceza yargılamasının bir parçası olarak yapılabileceği gibi, ayrı da gerçekleştirilebilir (Avus.CMK m. 443, 445 ve 445). Mahkumiyet kararının bulunmamasına karşın suçun işlendiğine dair yeterli delil bulunması halinde savcılık müsadere talebinde bulunabilir.⁵⁵⁰

⁵⁴⁷ Avusturya Ceza Kanunu'nun 20b ve 20c maddelerinin Almanca'dan çevirisi için bkz. Erman B., Almanya, s. 282. Ayrıca müsadere ile ilgili hükümlerin İngilizce metni için bkz. FAFT Raporu, s. 283 vd. Bu maddenin Kanun'un 278a maddesindeki "suç örgütü" nün tanımındaki güçlük nedeniyle unsurlarının ispatlanmasındaki güçlük karşısında çok nadir uygulama alanı bulduğu yönünde bkz. FAFT raporu, s. 54.

⁵⁴⁸ İHAM kararlarına göre de 1. protokolün 1. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkının müsadere nedeniyle kısıtlanması halinde "kullanılan araç ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi bulunması gerekmektedir." (Phillips/İngiltere kararı, Başvuru No: 41087/98, Tarih: 12.12.2001, par. 50-51)

⁵⁴⁹ FAFT, Mutual Evaluation Report of Austria, 26 June 2009 (Karşılıklı Değerlendirme Raporu), s. 54.

⁵⁵⁰ FAFT, s. 55.

VIII. Belçika

Belçika Ceza Kanununun 42, 43, 43bis, 43ter ve 43quarter maddelerinde müsadere ek ceza olarak düzenlenmiştir. Buna karşılık müsadere özel kanunlarda güvenlik tedbiri veya tazminat olarak uygulandığı haller de mevcuttur.⁵⁵¹ Belçika’da 1990’dan itibaren müsadere özellikle örgütlü suçla mücadelenin araçlarından biri haline gelmiştir.⁵⁵²

Müsadere konusu 42. maddede düzenlenmiştir. Buna göre, suçun konusunu oluşturan eşya ile suçun işlenmesinde kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan/tahsis edilen eşya (m. 42/1) ile suçtan elde edilen şeyler (m. 42/2) müsadere edilir. Cürüm ve cünhalarda 42. maddenin 1. ve 2. fıkralarındaki şeyler her zaman müsadere edilebilecekken, kabahatler bakımından müsadere kanunda ayrıca düzenlenmiş olması aranmaktadır.⁵⁵³

Hükümlüye ait olmak koşuluyla suçun konusunu oluşturan eşya (sahte para, yabancı madde karıştırılmış yiyecek, edebe aykırı video kasetler), suçun işlenmesinde kullanılan veya kullanılmak için hazırlanan/tahsis edilen eşya (silah, zehir gibi) ve ayrıca suçtan elde edilen şeyler⁵⁵⁴ (sahte banknotlar, taklit sanat eserleri) müsadereye tabidir. Ayrıca kara para aklama suçunun da konusunu oluşturan “suçtan doğrudan elde edilen mameleki yararlar ile bunların yerine ikame olunan mal ve değerler ile bu yararların yatırımından ileri gelen gelirler de müsadereye tabidir (m.42/3).⁵⁵⁵ Kanunun 42. maddesinde geçen “suçta kullanma veya suça tahsis etme” ifadelerinin ancak kasıtlı suçlarda mümkün olabileceği gerekçesiyle uygulamada taksirli suçlarda müsadere mümkün olmadığı kabul edilmektedir.⁵⁵⁶

⁵⁵¹ Roggen/Kuty/Moreau/Discepoli, age.

⁵⁵² Frank Verbruggen, Proceeds-Oriented Criminal Justice in Belgium: Backbone or Wishbone of a Modern Approach to Organised Crime, **European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice**, 5(3), 314-341, 1997.

⁵⁵³ Christiane Hennau/Jacques Verhaegen, **Droit pénal général**, Bruxelles, Bruylant, 2003, s.380. Kabahatler bakımından Ceza Kanunu’nun 553, 1° ; 552, 2°; 557, 3° ; 563 maddelerinde müsadere özel olarak öngörülmüşken bunlar (17 Haziran 2004 tarihli kanunla) 1 Nisan 2005 yılında yürürlükten kaldırılmıştır. Roggen/Kuty/Moreau/ Discepoli, age, s. 5.

⁵⁵⁴ Belçika, 17 Temmuz 1990 tarihinde Ceza Kanununun 42, 43 ve 505nci maddelerinde yaptığı değişiklikler ile suç gelirlerinin müsaderesine imkân tanımıştır.

⁵⁵⁵ 42.maddenin 3.fıkrası 25.08.1990 da L 1990-07-17/30 sayılı kanunla yürürlüğe konulmuştur.

⁵⁵⁶ Karar için bkz. Cass. 18 décembre 1984, Pas., 1985, p.489.

Eşdeğer müsadere 17 Temmuz 1990 tarihli kanundan önce istisnai bir uygulama iken, günümüzde ceza kanununun 43bis maddesi, eşdeğer müsadereyi genelleştirmiştir. Buna göre, kanunun 42/3 maddesi uyarınca müsadere edilecek şeyin (suçtan elde edilen mameleki yararların, bunların yerine ikame olunan mal ve değerler ile, bu değerlerin yatırımından kaynaklanan gelirlerin) hükümlünün malvarlığında bulunmaması halinde hakim bunların parasal karşılığı olarak bir değer biçer ve müsadere bu şekilde bunlara eşdeğer bir para tutarı üzerinden gerçekleşir.

Kanunun 43bis maddesinin 3. ve 4. fıkraları hak sahibi (partie civile)⁵⁵⁷ kişiler lehine müsadereyi düzenlemektedir. Mağdurun zararını hızlı ve kesin biçimde tazmini amaçlayan bu düzenleme aslında Belçika’da yargılamanın işlevsizliğinin bir çeşit itirafı olarak algılanmaktadır.⁵⁵⁸ Buna göre müsadere edilen şeyler, bir hak sahibi kişiye ait ise, bunlar kendisine iade edilir. Hak sahibi kişiye ait şeylerin mahkum tarafından başka değerlere dönüştürülmüş olduğu veya bunların bu maddenin 2. fıkrası anlamında eşdeğer şeyler olduğu gerekçesiyle müsadere edildiği hallerde de hak sahibine iade edilir (Blç.CK m.43bis/3). Müsadere edilen eşya üzerinde hak iddia eden diğer bütün üçüncü kişiler haklarını hakim tarafından belirlenen biçimde ve süre içinde kullanabilirler (Blç.CK m.43bis/4).

Kanunun 43 quarter maddesi, belirli suçlardan dolayı mahkum olan fail ve şeriklerde bulunan şeylerin kişilerin suçlanmalarından geriye giderek son 5 yıl içinde edinmiş oldukları malvarlığı değerlerinin de müsadere edilebilmesine olanak tanımaktadır.⁵⁵⁹ Buna göre (43bis maddesinin 3. ve 4. maddesi uyarınca hak sahiplerinin hakkı saklı kalmak kaydıyla), 2.fıkroda belirtilen malvarlığı değerleri veya bunların yerine ikame olunan mal ve değerler ile bu değerlerin yatırımından kaynaklanan gelirleri malvarlığında veya zilyetliğinde bulunduran kişinin maddede sayılan belirli suçlardan mahkum olması halinde, savcılığın talebi üzerine bu mallar müsadere edebileceği gibi, hakim bunların değerine karşılık geldiğini tahmin ettiği belirli bir meblağın ödemesine de hükmedebilir.

⁵⁵⁷ Partie civile ile kastedilen “Öncül suçun mağduru” olan kişidir. Verbruggen, age, s. 320.

⁵⁵⁸ Zira, mağdur tarafı, zararının tazmini için hukuk yargılamasına yönlendirmenin, yargıdaki gecikme, mahkum olan kişinin iflası ve malvarlığının değer kaybetmesi gibi nedenlerle adilane bir yol olmadığı bilinmektedir.

Söz konusu hüküm, suç örgütlerinin kolaylıkla sahte “partie civile” yaratabilecekleri olgusu nedeniyle eleştirilmektedir. Verbruggen, age, s. 336.

⁵⁵⁹ 43quarter maddesi L 2002-12-19/86 sayılı kanunun 4.maddesi uyarınca 24.02.2003 tarihinde yürürlüğe konulmuştur. Bkz. Roggen/Kuty/Moreau/ Discepoli, age, s. 4.

Kanunda suçun işlenmesinde kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan şeyler (Blç.CK m.42/1) ile suçtan elde edilen şeylerin (Blç.CK m.42/2) müsaderesinin zorunlu olduğu belirtilmektedir (Blç.CK m.43.m).⁵⁶⁰ Karapara aklama suçunun konusunu oluşturan ve müsadereye tabi olan “doğrudan elde edilen mameleki yararların, bunların yerine ikame olunan mal ve değerler ile bu değerlerin yatırımından kaynaklanan gelirlerin müsadere” (Blç.CK m.42/3) ile 43 quarter maddesi bakımından ise müsadere ihtiyaridir. Öte yandan kanunun gerekçesinde “niteliği gereği gelirin önemli olması halinde müsaderesinin gerekeceği” belirtilmiştir. Söz konusu kıstas öğretide öncelikle objektif bir kavram olmaması nedeniyle eleştirilmiştir. Ayrıca cezanın kişileştirilmesinin failin kişiliği veya fiilin ağırlığına göre yapılması gerekirken, bunlar dışında başka bir ölçütün esas alınarak yapılmaya çalışılması da Belçika doktrininde eleştirilmektedir.⁵⁶¹ Suçtan elde edilen gelir Belçika’da da brüt miktar üzerinden müsadere edilmektedir.⁵⁶²

Kanuna 1997 yılında eklenen 43ter maddesine göre 42, 43bis ve 43quarter maddeleri uyarınca müsadereye tabi olan şeyler Belçika toprakları dışında bulursa da müsadere edilir.⁵⁶³

Belçika Anayasası’nın 17. maddesine göre genel müsadere yasaktır. Ancak bunun tek istisnasını, iyiniyetli üçüncü kişilerin hakkı saklı kalmak kaydıyla suç örgütlerinin bütün malvarlıklarının zorunlu olarak müsaderesini öngören 43quarter §4 maddesi oluşturmaktadır.⁵⁶⁴

IX. Hollanda

Hollanda Ceza Kanunu’nun 33a maddesinde suçta kullanılan, kullanılmak üzere hazırlanan veya suçtan elde edilen eşya bakımından düzenlenen müsadere,

⁵⁶⁰ Bunun için bu eşyaların suçun işlenmesi anında mahkuma ait olması gerekmektedir. Ancak Ceza kanunundan başka özel kanunlarda da müsadereye ilişkin hüküm bulunmaktadır. Örneğin 11 Nisan 1936 sayılı kanunun 3. maddesine göre faili belli olmasa da müstehcen yayınların müsadere zorunludur.

⁵⁶¹ Kocasakal, Karapara, s. 274.

⁵⁶² Cass. 18 février 1997 et Cass., 27 septembre 2006 publiés en extrait dans le rapport annuel 2006 de la CTIF, p.84; Roggen/Kuty/Moreau/ Discepoli, age, s. 4; Kocasakal, Karapara, s. 274.

⁵⁶³ Uygulama Belçika Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 376/2 maddesinde düzenlenmiştir.

⁵⁶⁴ Kanunkoyucu anayasaya aykırılık iddiasıyla karşılaşmamak için 10 Mayıs 2007 tarihli kanunla, çelişkili bir sistem ortaya koyduğu yönünde bkz. Roggen/Kuty/Moreau/ Discepoli, age, s. 20.

mahkumiyet koşuluna bağlı olup ceza niteliğindedir. Eşya kavramına her türlü para, taşınmaz, banka hesapları ile suçtan doğrudan veya dolaylı olarak elde edilen menfaatler girmektedir.⁵⁶⁵ 10 Aralık 1992’de Ceza Kanununa eklenen 36e maddesinde de suç gelirlerinin müsadereyi düzenlenmektedir. “Özel müsadere” adıyla düzenlenen bu hüküm tedbir niteliğindedir.

Hollanda Ceza Kanunu’nun 36e maddesine göre, bir suçtan mahkumiyet halinde, savcının talebi ile o kimsenin yasadışı yollardan elde ettiği menfaatten yoksun kılınması amacıyla, belirli bir meblağı ödemesine ayrı bir karar ile hükmedilir. Madde, üç farklı durumu düzenlemektedir. Birincisi, mahkumiyet sonucu suçtan elde edilen menfaatten yoksun kılma. Hırsızlık suçundan mahkum olan kişiden çaldığı paranın geri alınması buna örnek olarak gösterilebilir.

İkinci durum, failin mahkum olduğu suçlara benzer suçları işlediğine dair yeterli delil olması halinde bunlardan elde edilen menfaatin müsaderesidir.⁵⁶⁶ Kanunda “benzer suç” açıklanmamakla birlikte öğretinin “benzer suç”un failin mahkum olduğu suç ile aynı kategorideki bir suç olarak anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. Örneğin, bir kimse uyuşturucu ticareti suçundan mahkum olduğunda, diğer uyuşturucu suçlarını örneğin, yasadışı bitki yetiştirme suçunun işlediğine dair yeterli delil bulunduğu bu suçtan ayrıca mahkumiyet bulunmasa bile elde edilen menfaatin müsadereyi mümkündür. Afyon Kanunu’nda (Opiumwet) düzenlenen bir suçtan mahkumiyet, bu kanunda düzenlenen diğer suçlarla aynı kategori sayılmaktadır. Uygulamada “yeterli delil” kriteri de fail hakkında benzer suçtan iddianame düzenlenmesi olarak algılanmaktadır.⁵⁶⁷

Üçüncü hal, ceza kanununda 5.dereceden para cezası öngörülen suçlar bakımından kişinin suçu işlediğine dair yeterli delil olması halinde diğer suçlardan elde edilen menfaatin müsaderesidir. Bu sonuncu halde müsadereyi söz konusu olabilmesi için 76.000 Euro veya üzeri para cezasını gerektiren bir suçtan mahkum olan kişi hakkında sonradan açılan mali soruşturma sonucunda savcının bu suçlardan

⁵⁶⁵ Hof Amsterdam 3 July 2009, LJN: BJ1646, zaak Holleeder. Bkz., **Mutual Evaluation Report, Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism, The Netherland**, FAFT, 21 Şubat 2011, s. 67.

⁵⁶⁶ Claire Daams/ Ingrid Van de Reyt, “ ‘Strip-them’ Legislation in the Netherlands: Measures concerning Confiscation of Illegally Obtained Profit in the Dutch Law”, **European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice**, 5/3, 308-313, 1997, s. 308; Vermeij, age, s. 54.

⁵⁶⁷ FAFT, Mutual Evaluation Report, 25 February 2011, no: 314, s. 67. <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer/MER%20Netherlands%20full.pdf> (Erişim Tarihi: 18.02.2010)

da menfaat elde ettiği yönünde karineye dayanmasıdır. Bu durumun aksinin ispatı faile düşmektedir. Başka deyişle fail sözkonusu malvarlığının yasal yollardan elde edildiğini ispatlayamadığı takdirde diğer suçlardan mahkumiyet bulunmasa da malvarlığı müsadere edilir.⁵⁶⁸

Hollanda’da, eşdeğer müsadere 1993 reformu ile uygulamaya konulmuştur. Ödenecek meblağın belirlenmesi bakımından mahkeme net geliri değerlendirmek zorundadır. (Hollanda Ceza Kanunu madde 36e (4)). Ödeme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde 6 yıla kadar hapis cezasına hükmedilebilmektedir (Hol.CK m.24d). Kısmi ödeme kabul edilmemektedir.⁵⁶⁹

Hollanda müsadere mevzuatında İngiliz mevzuatından iktibas yapılmak istenmekte ve değişiklik tasarısı hazırlanmaktadır. Özellikle İngiliz hukukundaki “criminal lifestyle” uygulamasına ilişkin karinenin (bir suçu işlediği sabit olan failde bulunan malvarlığının diğer suçlardan da elde edildiği karinesi) kabul edilmesi bakanlık tarafından savunulmaktadır.⁵⁷⁰ Halihazırda, kaynağının meşruluğunun ispatlanamaması halinde suçtan elde edildiği yönündeki karine Hollanda’da uygulanmaktadır.⁵⁷¹

X. İtalya

İtalya’da üç farklı müsadere usulü vardır. Birincisi mahkumiyete bağlı müsadere, diğeri mahkum olan kişinin malvarlığının kaynağını açıklayamaması halinde ispat yükünün hafifletilmesine dayanan sistem, üçüncüsü ise mafya tipi örgüte mensup kişilere ait eşyaların önleme amaçlı müsaderesidir ve bu sonuncusu 1960’lardan beri uygulanmaktadır.⁵⁷²

⁵⁶⁸ Vermeij, age, s. 54.

⁵⁶⁹ Peter J. P. Tak, **The Dutch Criminal Justice System**, 2. Baskı, Den Haag, WLP, 2003.

⁵⁷⁰ Tijs Kooijmans, “The Burden of Proof in Confiscation Cases: A Comparison between the Netherlands and the United Kingdom in the Light of the European Convention of Human Rights”, **European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice**, 18, 2010, s. 225-236, s. 235.

⁵⁷¹ Mevcut karinenin yeterli olduğu, tasarıdaki değişikliğe gerek bulunmadığı yönündeki görüş için bkz. Kooijmans, age, s. 236.

⁵⁷² Letizia Paoli, “Seizure and Confiscation Measures in Italy: An Evaluation of Their Effectiveness and Constitutionality”, **European Journal Of Crime, Criminal Law Criminal Justice**, 5/3, 256-272, 1997. Ayrıca Bkz. FAFT Raporu, s. 15-16

Birinci usul, 240. maddeye göre suçun işlenmesinde kullanılan, kullanılmak istenen veya suçtan elde edilen gelir veya karın müsaderesidir. Müsadereyi düzenleyen 240. madde şu şekildedir: *“Yargıç, mahkûmiyet halinde suçun işlenmesinde kullanılan ya da kullanılmak üzere hazırlanan ve/veya suç dolayısıyla meydana gelen ya da kazanılan şeyin müsaderesine hükmedebilir. 1)Suçun geliri olan 2)Üretimi / kullanılması, taşınması, bulundurulması, el değiştirmesi suç oluşturan şeyler, mahkûmiyet söz konusu olmasa bile müsadere edilirler. Birinci fıkranın birinci paragrafı ve 1 no'lu cümlesindeki hükümler, şey, suçla ilişkisi olmayan kimselere aitse uygulanmazlar. İki no'lu cümlede yazılı hüküm, şeyin suçla ilişkisi olmayan kimseye ait olması ve üretime, kullanıma, taşınmaya, bulundurulmaya, el değiştirmeye, izin yetkili otoritece verilebilmesi halinde uygulanmaz.”*

Müsadere kural olarak ihtiyaridir. Ancak bulundurulması, üretimi, kullanılması, taşınması veya devri suç oluşturan eşya ile bir suçun işlenmesi karşılığında üçüncü bir kişi tarafından ödül olarak verilen malvarlığının müsaderesi zorunludur. Bu son halde mahkumiyet olmasa dahi müsadere kararı verilir. 240. maddeye göre sadece suçun doğrudan geliri olan şeyler müsadere edilebilir. Ancak öğretide kanunun lafzına rağmen suçun dolaylı ürünlerinin de müsadere edilebileceği söylenmektedir. Malvarlığının suçun işlenmesine katılmamış olan kişilere ait olması halinde müsadere kararı verilemez.

İkinci tür müsadere, 7 Ağustos 1992 tarihli 356/92 sayılı Kanun'un 12quinqüies maddesinde, uyuşturucu madde suçları, örgütlü suç ve aklama suçları bakımından ispat yükünün hafifletildiği müsadere uygulamasıdır.⁵⁷³ Buna göre, bir kimse sözkonusu suçlardan birinden mahkum olduğunda, elinde bulunan para, mal ve değerlerin kaynağını açıklayamadığı ve malvarlığının kişinin geliri veya ekonomik faaliyeti ile orantılı bulunmadığı takdirde müsadere zorunludur. Bu halde, malvarlığının suçtan doğrudan veya dolaylı olarak kaynaklandığını ispatlamak gerekli değildir. Üçüncü kişilere ait olanlar hariç olmak üzere mahkum olan kişi malvarlığının kaynağını ispatlayamadığı halde müsadere edilir.

Üçüncü tür müsadere ise ceza yargılamasının dışında düzenlenmiştir. 27 Aralık 1956 tarih ve 1423/56 sayılı Kanun ile 31 Mayıs 1965 tarih ve 575/65 sayılı Kanun, mafya tipi bir suç örgütüne üye olduğundan şüphelenilen kimsenin

⁵⁷³ Paoli, age., s. 269.

malvarlığına elkonulmasını ve müsaderesini öngörmektedir. Önleyici nitelikteki bu uygulama savcının veya DIA (*Direzione Investigativa Antimafia*) olarak kısaltılan Mafya Karşıtı Soruşturma Müdürlüğü'nün talebi üzerine hakim kararı ile gerçekleştirilir.⁵⁷⁴ Böyle bir tedbirin esası herhangi bir mahkumiyet veya soruşturma değil, kişinin gelirine uygun olmayan böylesi bir malvarlığının kamu güvenliği açısından bir tehdit oluşturmasıdır. Burada kişinin ekonomik faaliyeti ile malvarlığı arasında orantısızlık bulunduğu malvarlığının organize suçtan kaynaklandığı yönünde kanuni bir karene bulunmaktadır. Sözkonusu malvarlığının meşru bir kaynaktan edinildiği ispatlandığında tedbir geri alınır.⁵⁷⁵

Bu genel hükümlerin dışında İtalyan Ceza Kanunu'nun 615-ter, 615-quater, 615-quinquies, 617-bis, 617-ter, 617-quater, 617-quinquies, 617-sexies, 635-bis, 635-ter, 635-quater, 635-quinquies, 640-ter ve 640-quinquies maddelerinde düzenlenen suçların işlenmesinde kısmen veya tamamen kullanılan malvarlığı, bilgisayar ve elektronik araçlar da müsadere edilir (İtl.CK m.240/2). Müsadere ceza yasasında mali bir güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiştir. Öğretide müsaderenin güvenlik tedbiri olduğunu savunarak kanundaki bu düzenlemeyi yerinde bulan yazarlar oldukça fazladır. Ancak kurumun fer'i cezalar kısmına sokulması gerektiği veya kendine has ayrı bir bölümde düzenlenmesi gerektiği de savunulmaktadır.

İtalya'da 2004 yılı itibariyle 130 milyon Euro'dan fazla suç gelirinin müsadere edilmiş olmasına karşın müsadere düzenlemesi ve uygulaması FAFT'ın 2006 tarihli değerlendirme raporunda, malvarlığı tanımının geniş olmaması, eşdeğer müsaderenin mevcut olmaması, üçüncü kişilerin mallarının müsadere imkanının bulunmaması sebebiyle eleştirilmiştir.⁵⁷⁶

XI. İspanya

İspanyol Ceza Kanunu'nun müsadereye ilişkin genel hükümlerinin düzenlendiği 127. maddesinin yanı sıra 301 ve 302. maddeler para aklamayla ilintili

⁵⁷⁴ Müdürlüğün hakime başvurmadan önce beş günlük süre için geçici olarak elkoyma yetkisi bulunmaktadır.

⁵⁷⁵ Pradel, Les règles, s. 19.

⁵⁷⁶ FAFT Mutual Evaluation Report on Anti-Money Laundering and Combating fo Financing Terrorism, Italy, 28 February, no:5, s.1, <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer/MER%20Italy%20full.pdf> (Erişim Tarihi: 30.11.2007)

olarak özel müsadere hükümleri içermektedir. Yine Ceza Kanununun 381/3. maddesinde trafik güvenliğine karşı suçlar bakımından müsadere özel olarak düzenlenmiştir. Rüşvet ve nüfuzu kötüye kullanmayı düzenleyen 431. maddede de bağış ve hediyelerin müsadere edileceği öngörülmüştür. Ayrıca uyuşturucu suçlarını düzenleyen 374. madde atfıyla 12 Aralık 1995 tarihli (OL 12/1995) Kaçakçılık Kanunu'nda düzenlemeler bulunmaktadır.⁵⁷⁷

İspanya'da müsadere hukuki niteliği 1995 yılına kadar tartışmalı olup; ceza, güvenlik tedbiri veya idari bir tedbir olduğu yönündeki görüşler yarışmakta idi. 1995 tarihinde yürürlüğe konulan ve halen uygulanmakta olan İspanyol Ceza Kanunu'nun bu tartışmalara son vermeye çalıştığı görülmekle birlikte, öğretilerde tartışmalar sürmektedir.⁵⁷⁸ Müsadereyi düzenleyen 127. maddenin başlığı "Suçun Tamamlayıcı Sonuçları" olup yasadışı eylemi bulunmasına karşın kusurun bulunmaması nedeniyle ceza sorumluluğu olmayan kişi hakkında, ayrıca beraat etmiş veya cezadan muaf olan (örneğin işlenen suç bakımından ceza sorumluluğu olmayan 3. kişi) kimseler bakımından da uygulanmasına müsaittir. 127. maddenin ilk halinde müsadere "tamamlayıcı ceza" olarak öngörülmüştü ve kusurluluğu olmayan 3. kişiler bakımından uygulanması mümkün değildi. 2003 yılında yapılan değişiklikle maddeye 3.fıkra eklenmiş düzenleme bahsettiğimiz son halini almıştır. Sonuç itibariyle, İspanyol Ceza Kanunu'na göre müsadere için mahkumiyet şartı bulunmamaktadır. Bir cezasızlık nedeni bulunması veya ceza sorumluluğunun -örneğin sanığın yargılama bitmeden ölmesi halinde- sona ermesi veya davanın zamanaşımına uğraması durumlarında da müsadere mümkündür.⁵⁷⁹

İspanyol doktrinindeki yaygın görüşe ve mahkeme kararlarına göre müsadere zorunlu değil, ihtiyari olarak uygulanan bir tedbirdir. Ancak öğretilerde bunun tehlikeli eşyanın bertaraf edilememesi bakımından sakıncalı olduğu yönünde görüşler de mevcuttur.⁵⁸⁰

⁵⁷⁷ Patricia Faraldo Cabana, "General confiscation regulation in Spain", **Journal of Money Laundering Control**, 13(2), 2010, s. 109-124.

⁵⁷⁸ José Luis De La Cuesta, La politique criminelle de l'Espagne en matière de crime organisé, P.Zen-Ruffinen (ed.), **Du Monde Pénal. Droit pénal, criminologie et Politique criminelle, police et exécution des sanctions, procédure pénale**. Mélanges en l'honneur de Pierre-Henri Bolle, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2006, pp. 381-396, s. 388.

⁵⁷⁹ İspanya Ceza Kanunu'nun İngilizce resmi çevirisi için bkz. www.mjusticia.gob.es (Erişim Tarihi: 12.04.2013)

⁵⁸⁰ Cabana, age, s. 111.

§ 4. İnsan Hakları Yönünden Müsadere

A. Genel Olarak

Müsadere bir suçta kullanılan, kullanılmak istenen eşyalar veya bir suçun işlenmesi suretiyle elde edilen eşya veya gelir ile bulundurulması, kullanılması, imalatı suç oluşturan eşyalar bakımından uygulanan bir yaptırımdır. Müsadere kararı verildiğinde kişinin suçla herhangi bir bağlantısı olmasaydı üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir eşyası üzerindeki mülkiyet hakkı ve ona bağlı olan bütün hakları sürekli olarak elinden alınmaktadır. Başka bir deyişle müsadere kişinin mülkiyet hakkına önemli bir müdahale oluşturur. Bu itibarla müsaderenin insan hakları yönünden incelenmesini gerektiren ilk başlık mülkiyet hakkı olarak karşımıza çıkmaktadır. Konu, örgütlü suçluluğun yoğun olduğu günümüzde bir çok hukuk sisteminin sadece failin değil, bazı hallerde üçüncü kişinin malvarlığının da müsadere edilebilmesine imkan tanınması nedeniyle üçüncü kişilerin mülkiyet hakkı bakımından da inceleme ve tartışmayı gerektirmektedir. Müsaderenin mülkiyet hakkı bakımından incelenmesini gerektiren başka bir boyutu evrensel insan hakları belgeleri ile yasaklanan “genel müsadere”nin bazı suçlar bakımından yeniden doğuşudur. Son olarak, kazanç müsaderesi bakımından suçtan elde edilen gelirin hesaplanmasında failin yapmış olduğu masrafların kazancından düşülüp düşülmeyeceği özellikle karşılaştırmalı hukukta tartışılmaktadır.

Müsaderenin insan hakları boyutu sadece mülkiyet hakkı ile sınırlı kalmamaktadır. Örgütlü suçlulukla mücadele amacıyla klasik müsaderenin kapsamının genişletilmesi temas ettiği haklar alanını da aynı doğrultuda genişletmiştir. Örneğin, müsadere uygulamasında yeni sayılabilecek ve insan hakları bakımından incelenmesi gereken bir sorun, kanunlarda çeşitli karineler öngörülerek belirli koşullar altında ispat yükünü soruşturma makamlarından fail veya üçüncü kişilere devredilmesi suretiyle ispat yükünün tersine çevrilmesidir. İspat yükünün bu şekilde tersine çevrilmesinin suçla mücadeledeki kamu yararı karşısındaki durumu, suçsuzluk karinesini ihlal edip etmediği de aşağıda tartışılmaktadır. Suçsuzluk karinesi bakımından sorun teşkil edebileceğini düşündüğümüz “suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya”nın müsaderesi ile failin ölümü halinde müsadere uygulaması da bu bölümde ele alınmaktadır.

Ceza hukukunun kusur ilkesi, kanunilik ilkesi gibi temel ilkeleri de güvence fonksiyonu görmeleri nedeniyle temel haklar konusu ile örtüşmekle birlikte, çalışmamızın alanı ve ilkelerin önemi göz önünde bulundurularak ikinci bölümde ayrıca ele alındığından burada tekrardan kaçınmak amacıyla bunlara yer verilmemiştir.

B. Mülkiyet Hakkı Bağlamında Müsadere

1. Genel Olarak

Müsadere ile mülkiyet hakkının ilişkisi hakkın sınırlandırılması bakımından ortaya çıkar. Mahkemenin bir eşya veya malvarlığı değeri bakımından müsadereye karar vermesi halinde o şey üzerindeki mülkiyet hakkı sürekli olarak sona erecektir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) kararlarında müsadere, kişinin sahip olduğu malvarlığı üzerinde serbestçe tasarruf etme hakkına açıkça bir müdahale oluşturduğu belirtilmektedir.⁵⁸¹ Çağdaş hukuk devletlerinde bu sınırlandırma ancak belirli koşullarla ve üstün menfaatlerin korunması amacıyla yapılabilir. İşte bu noktada mülkiyet hakkının hangi hallerde sınırlandırılabilirliğini açıklamak, gerek müsadereye tabi olması gereken ilkelerin gerekse müsadere koşullarının belirlenmesi bakımından şarttır.

Anayasamıza göre mülkiyet hakkı ancak kanunla ve kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilir. Anayasa Mahkemesince -AY m.90/5 gereğince kanun hükmünde olan uluslararası anlaşma niteliğindeki- İHAS hükümlerine ve İHAM kararlarına dayanıldığından bunları ayrıntılı olarak incelemekte yarar vardır.⁵⁸² İHAS çerçevesinde mülkiyet hakkı “İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme’ye Ek 1 numaralı Protokol”⁵⁸³ 1. maddesi (EK P1 m.1) ile koruma

⁵⁸¹ Arcuri ve diğerleri/İtalya, Başvuru no: 52024/00, Tarih: 05.07.2001, par. 1; M./İtalya, 12386/86, 15 Nisan 1991 tarihli Komisyon Raporu, Kararlar ve Raporlar (DR) 70, p. 59, at p. 99).

⁵⁸² Örneğin; AYMK, 11.04.2012, 2011/18, 2012/53.

⁵⁸³ 1 Numaralı Protokol, 20 Mart 1952 tarihinde Paris’te imzalanmış ve 6. madde uygun olarak 18 Mayıs 1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Ek Protokol’ü 20 Mart 1952 tarihinde imzalamış ve 10 Mart 1954 tarihinde onaylamıştır. 6366 Sayılı Onay Kanunu 19 Mart 1954 gün ve 8662 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

altına alınmıştır.⁵⁸⁴ Protokol'ün 1. maddesinin 1.fıkrasının 2.cümlesine (EK P1 m.1, c.2) göre “*Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.*”⁵⁸⁵ Müdahalenin varlığının tespiti halinde üç aşamalı bir incelemeye geçilir. Birinci aşama müdahalenin kanunla öngörülmüş olup olmadığı; ikinci aşama sözkonusu müdahalenin meşru bir amaç taşıyıp taşımadığı; üçüncü ve son aşama ise müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığının incelenmesidir.

Birinci aşamada müdahalenin kanunla öngörülmüş olup olmadığının inceleneceğini belirttik (EK P1 m.1, c.2). Hukukumuzda “kanunilik” ilkesinin karşılığı olan bu kural, Anglo-Sakson hukuk düzenleri de dahil olmak üzere pek çok farklı hukuk düzenine de uygulanacağından müdahaleyi öngören kuralın yazılı olması gerekmemektedir.⁵⁸⁶ Kanunla veya hukuken öngörülmüş olma, müdahalenin iç hukukta yasal veya içtihadî bir temeli olması anlamına gelir. Ayrıca yasal temelin kanun derecesinde olması şart değildir.⁵⁸⁷ Ancak düzenlemenin ulaşılabilir ve sonuçları öngörülebilir olması gerekir. Kanun tarafından belirlenmiş olma kriteri

⁵⁸⁴ Bu sınırlandırma nedenleriyle ilgili geniş bilgi için bkz. Mehmet Arif Eteği, **Kamu Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Mülkiyet Hakkına Bakışı**, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.

⁵⁸⁵ Ek P1 m.1'de düzenlenen mülkiyet hakkı normatif yapısı gereği AİHS'in 8-11 maddelerine benzemektedir. Tüm maddelerde düzenlenen haklar bakımından olduğu gibi mülkiyet hakkı bakımından da mahkeme öncelikle, bu hakka devlet tarafından bir müdahale olup olmadığını inceler. Mahkeme mülkiyet hakkına yapılan müdahaleleri “üç kural analizi” denilen ve ilk kez Sporong-Lönnroth/İsveç davasında (1982) ortaya koyduğu yöntemle tasnif etmektedir. Buna göre mülkiyet hakkına; mal ve mülk dokunulmazlığı ilkesinin ihlali (birinci kural), mal ve mülkten yoksun bırakma (ikinci kural), mal ve mülkün kullanımının kontrol edilmesi (üçüncü kural) şeklinde müdahale edilebilmektedir. Bunlar birbirlerinden bağımsız kurallar olmayıp, ikinci ve üçüncü kuralın birincisinin ışığında yorumlanması gerekmektedir. Müsadere ile malikin mülkü üzerindeki haklarından kalıcı olarak mahrum bırakılması sözkonusu olduğundan müsadere kural olarak ikinci kategoriye giren bir müdahaledir. Öte yandan Mülkiyet hakkına yapılan müdahaleler bu şekilde bir sınıflandırmaya tabi tutulsa da İHAM bu müdahaleleri her zaman için keskin çizgilerle bir birinden ayırmanın mümkün olmadığını belirtmektedir (James ve Diğerleri/İngiltere, Başvuru no: 31107/96, Tarih: 21.02.1986, Silickienė/Litvanya, Başvuru no: 20496/02, Tarih:10.04.2010, par. 60; Sun/Rusya, Başvuru no. 31004/02, Tarih: 05.02.2009; Yıldırım/Rusya, Kabul Edilemezlik Kararı, Agosi/İngiltere, Başvuru no: 9118/80, Tarih: 24.10.1986, par. 51, Handyside/İngiltere, par. 62) Hatta bazı kararlarında İHAM, müsadere her ne kadar haktan yoksunluğa sebep olsa dahi P1-1'in 2. fıkrasında yer alan “kullanımın denetlenmesi” niteliğinde olduğunu da kabul etmektedir. (Bkz. Sur fondi ve diğerleri/İtalya, par. 126, James ve Diğerleri/İngiltere, Başvuru no: 31107/96, Tarih: 21.02.1986, par. 55).

⁵⁸⁶ Bkz. Baklanov/Rusya, 2005, par.46; Carbonara ve Ventura/İtalya, 2000-VI par.91-107, Belvedere Alberghiera srl/İtalya 2000-VI

⁵⁸⁷ İHAM'a göre temel hak ve özgürlüklerin ne gibi normlarla düzenleneceği ulusal makamların takdirindedir. Mülkiyet hakkına yapılacak müdahaleler kanun ile öngörülebileceği gibi tüzük, yönetmelik, meslek kuruluşları tarafından çıkarılan mesleki davranış kuralları, hatta yargı içtihatları ile bile öngörülebilir. Bkz. Barthold/Almanya kararı, Karar Tarihi: 25.03.1985; Carbonara ve Ventura/İtalya kararı, Sunday Times/Birleşik Krallık kararı, Karar Tarihi: 26.04.1979, Malone/Birleşik Krallık kararı, Karar Tarihi: 02.08.1984

sadece iç hukukla kısıtlı değildir. EK P1 m.1, c.2'ye göre mülkiyet hakkına yapılacak müdahalelerin *uluslararası hukukun genel ilkelerine de uygun olması* gerekmektedir.⁵⁸⁸ Mahkeme'ye göre uluslararası hukukun genel ilkeleri ifadesi, uluslararası insan hakları hukukunun vazgeçilmez ve genel kabul görmüş kurallarını belirtmektedir.

İHAM, Sun/Rusya kararına konu olayda, gümrük mevzuatına göre yanında bulundurduğu dolar ve yenleri beyan etmeden ülkeye giriş yaparken tespit edilen kişinin parasına “suç delili” olduğu gerekçesiyle elkonulmuştur. Yerel mahkeme başvuru konusunu parayı beyan etmeksizin sınırdan geçiş yapılması nedeniyle paranın “suçtan elde edilmiş” olarak kabul edip müsadere etmiştir. Mahkeme müsadere kararı verirken herhangi bir somut bulguya dayanmadığı gibi içtihadında da atıf yapmamıştır. İHAM müdahalenin öngörülebilir olup olmadığını incelediği davada, başvuranın olaydan önce herhangi bir sabıka kaydının olmaması ve herhangi bir suçtan şüpheli veya sanık konumunda bulunmuyor olmasının, söz konusu parayı ticari faaliyetlerinden elde etmiş olduğu yönündeki iddiasını destekler nitelikte olduğuna ve paranın suçtan elde edilmiş olduğunun kabul edilemeyeceğine kanaat getirmiştir. Buna göre, başvuranın ticari faaliyetlerinden elde etmiş olduğu (meşru kaynaklı) paranın sadece sınırdan geçerken beyan edilmemiş olması nedeniyle (gayrimeşru kaynaklı) kaçakçılıktan elde edilmiş paraya dönüştüğünün kabul edilmesi mümkün değildir. Rusya Yüksek Mahkemesi'nin pek çok kararında belirttiği gibi gümrüklerden kaçırılan malların kaçakçılık suçunun “aracı” veya “konusu” olması gerekmektedir. Tüm bu nedenlerle İHAM, müsadere ile gerçekleştirilen müdahalenin hukuken öngörülebilir olmadığına ve bu nedenle EK P1 m.1'i ihlal ettiğine karar vermiştir.⁵⁸⁹

İkinci olarak, doktrinde “sınırlamanın ölçütü”⁵⁹⁰ olarak ifade edilen aşamada mülkiyet hakkının sınırlandırılmasının meşru bir amaç taşıyıp taşımadığı araştırılır. Sözleşmenin 8-11 maddelerinde düzenlenen haklardan farklı olarak mülkiyet hakkı

⁵⁸⁸ Monica Carss-Frisk, **Mülkiyet hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 No'lu Protokolünün 1. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, İnsan hakları el kitapları, No. 4, 2001, s. 11.

⁵⁸⁹ Sun-Rusya, para, 26-31; Benzer kararlar için bkz. Lelas/Hırvatistan, Başvuru no: 55555/08, Tarih: 20.05.2010; Adzhigovich/Rusya, Başvuru no: 23202/05, Tarih: 08.10.2009.

⁵⁹⁰ Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, İstanbul, Beta, 2009.s. 447.

sadece kamu yararı gerekçesiyle sınırlandırılabilir.⁵⁹¹ ⁵⁹² Belirtmeliyiz ki, “kamu yararı” kavramı oldukça geniş bir kavramdır. Mahkeme “kamu yararı” veya “genel yarar” kavramlarını tanımlamaktan kaçınmakta ve neyin genel yarara uygun olduğu konusunu belirlemeyi devletlere bırakmaktadır.⁵⁹³ Mahkeme; dar gelirli ailelerin barınma problemlerinin çözülmesi, ormanların korunması, tarımda verimliliğin artırılması, çevrenin korunması, ülkenin ekonomik çıkarlarının korunması, ana yolların geliştirilmesi, ülkenin sanatsal ve kültürel mirasının korunması gibi amaçları kamu yararına uygun olarak görmektedir. Mülkiyet hakkına müdahale eden kanunların çıkartılması kararının genellikle siyasi, ekonomik ve sosyal konuların dikkate alınmasını gerektirmesi ve bu konulardaki fikirlerin de demokratik bir toplum içinde epeyce farklılık göstermesi devletlerin takdir hakkının oldukça geniş olarak yorumlanmasına sebep olmaktadır. Örneğin, Mahkeme İtalya’ya ilişkin kararlarında organize suçluluğun ciddi bir sorun haline gelmesine işaret ederek, suçla mücadele bakımından devletlerin bu konuda geniş bir takdir marjına sahip olduklarını vurgulamaktadır. Yıldırım/İtalya kararında, insan ticareti ve göçmen kaçakçılığında kullanılan aracın müsaderesinin, suçla mücadele meşru amacına dayandığı ve devletlerin bu alanda başvurabilecekleri yaptırımlar ve yaptırımların sonuçlarının genel yarar açısından haklı kılınabilir olup olmadığının tayininde geniş bir takdir yetkisi olduğu belirtilmiştir.⁵⁹⁴ Handyside/İngiltere kararında müstehcen

⁵⁹¹ James ve Diğerleri/İngiltere, Başvuru no: 31107/96, Tarih: 21.02.1986, par. 46., Agosi/İngiltere, Başvuru no: 9118/80, Tarih: 24.10.1986, par. 51, Handyside/İngiltere, 7.12.1976, para. 62-63); Arcuri ve diğerleri/İtalya, Başvuru no: 52024/00, Tarih: 05.07.2001 ; Raimondo/İtalya, Başvuru no: 12954/87, Tarih: 22.02.1994, para 30

⁵⁹² İHAS çerçevesinde mülkiyet hakkından başka sadece “kamu yararı” gerekçesiyle sınırlandırılabilen diğer hak, 16.06.1963 tarihli 4.Ek Protokol’le düzenlenen “serbest dolaşım özgürlüğü”dür.

⁵⁹³ “Bunda ikinci fıkranın yapısı oldukça önem taşımaktadır. Bu fıkra, müdahalenin gerekliliği konusunda Sözleşmeciler devletleri tek karar makamı haline getirmektedir. Bu nedenle mahkeme kendini, söz konusu yasaklamanın amaç ve hukukiliğinin denetlenmesiyle sınırlamaktadır.” Suat Şimşek, “Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri ve Şartları Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz-II”, **TBB Dergisi**, 92, 2011, s. 314; Suat Şimşek, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Kamu Yararı Kavramı ve Devletlerin Takdir Hakkı, **Adalet Dergisi**, 42, 2012, s. 177-201, s. 186.

Ayrıca kamu yararı gerekçesi, sadece EK P1 m.1 kapsamındaki mülkiyet hakkından yoksun bırakma sonucunu doğuran tedbirler açısından değil, aynı zamanda maddenin 2. fıkranın kapsamında mülkiyetin kullanımının kontrol edilmesi amacını taşıyan tedbirler açısından da geçerlidir.

⁵⁹⁴ Yıldırım/İtalya (dec.), Başvuru no: 38602/02, Tarih: 10.04.2003.

olduğu iddia edilen “Küçük Kırmızı Ders Kitabı” adlı, çocuklara yönelik cinsel bilgiler içeren kitabın müsaderesi ahlakın korunması amacına uygun bulunmuştur.⁵⁹⁵

Raimondo/İtalya kararında ise İHAM hükümetin ileri sürdüğü “yasadışı faaliyetlerden elde edilen mülkün, toplumun aleyhine olacak biçimde başvurucuya veya suç örgütüne avantaj sağlamamasının güvenceye alınmasındaki genel yarara hizmet ettiğini kabul etmiştir.⁵⁹⁶ İtalya’da yaşayan ve inşaat alanında girişimcilik yapan başvuru Giuseppe Raimondo’nun hakkında mafya tipi örgüte üyelik suçundan 8 Ekim 1985 tarihinde başlatılan dava sırasında 16 gayrimenkulü ile 6 aracına tedbiren elkonulmuş (13 Mayıs 1985), 16 Ekim 1985 tarihli kararla başvuru ve eşine ait bazı binalar ile 4 aracın “bunların hukuka uygun bir biçimde elde edildiğinin ispatlanamamış olduğu” gerekçesi ile müsaderesine karar verilmiştir. Karar 9 Kasım 1985 itibariyle ilgili sicile kaydedilmiştir. Catanzaro İstinaf Mahkemesi önleyici tedbirlerin şaşırtıcı bir biçimde rasgele uygulanmasının başvuru medeni ve ekonomik ölümüne sebep olacağı gerekçesiyle müsadere ve diğer tedbirlerin iptaline karar vermiştir (4 Temmuz 1986). Karar 9 Ağustos 1991 tarihinde sicile kaydedilmiştir. Yargılama 30 Ocak 1986’da delil yetersizliğinden beraatle sonuçlanmış, istinaf yargılaması sonucunda 16 Ocak 1987’de karar onaylanmıştır. Başvuru her ne kadar temyiz başvurusu sonuçlanmadan uygulamaya konulmasa da müsadere kararının resmi kayıtlara geçmiş olmasının aslında kararın bir çeşit uygulaması olduğunu ve 1.Ek Protokol’ün 1. maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Başvuru, müsadere kararının kesinleşmeden önce mülkiyetin devrinin yapılamayacağı yönündeki İtalyan içtihatlarını da ortaya koymuştur. Mahkeme İtalyan Hükümetinin mafya ile mücadelesinin zorluğuna dikkat çektikten sonra, sözkonusu örgütün özellikle uyuşturucu ticareti neticesinde gayrimenkul sektöründe geniş bir iş hacmine sahip olduğuna dikkat çekmiştir. Müsadere, şüpheli sermayenin hareketlerini engellemek için tasarlanmış olup, bu

⁵⁹⁵ AIHM, kitabın toplatılıp yayıncının cezalandırılması biçiminde ortaya çıkan müdahalenin “... iç hukuktaki müstehcenlik konusundaki yasaya dayandırılması nedeniyle hukuken öngörülebilir olduğunu, genel ahlakın korunmasına yöneldiğinden meşru bir amacı bulunduğunu ve demokratik bir toplumun gereklerine aykırı düşmediğini benimseyerek, olayda, düşünceyi açıklama özgürlüğünün, mülkiyet hakkının ve ayrımcılık yasağının çiğnenmediğine karar vermiştir (Handyside, par.63). Kararda mahkeme “İngiltere’de ahlak ve eğitim konusundaki görüşlerin çeşitliliğine ve bu görüşlerin sürekli gelişmesine rağmen, İngiliz hakimleri takdir yetkilerini kullanırken kitabın o sırada onu okuyacak çocukların ve büyüme çağındaki gençlerin birçoğunun ahlaki değerleri üzerinde zararlı etkileri olacağını düşünme hakkına sahip olduğuna” dayanmıştır (par.52). Başvuru no. 5493/72) 7 Aralık 1976). Ayrıca bkz. Gürbüz Sarı, **AIHS Ek 1. Protokole Göre Malvarlığı Haklarının Korunması**, Beta, İstanbul, 2006, s. 101 vd.

⁵⁹⁶ Raimondo/İtalya, Başvuru no: 12954/87, Tarih: 22.02.1994, par.30

kansere karşı mücadelede etkili ve gerekli bir silahtır ve güdülen amaca ulaşmak bakımından orantılıdır.⁵⁹⁷ Mahkemeye göre temyiz başvurusu yapılmış olmasına rağmen derhal uygulanması müsadereyi önleme amacı bakımından meşrudur.

Aynı davada başvuru sahibinin elkonulan eşyanın tahrip edildiği yönündeki itirazına karşın, mahkeme elkoyma ve müsadereyi kaçınılmaz olarak zarara yol açacağını belirtmiştir. Mahkeme, mevcut davada bu kaçınılmaz zararı aşan somut bir zarara ilişkin yeterli delil olmadığı gerekçesiyle ihlal olmadığına karar vermiştir. Başvuru istinaf mahkemesinin müsadereyi iptal kararını geç uygulanmasını da mülkiyet hakkının ihlali olarak ileri sürmüştür. Mahkeme, sicillerdeki kayıtların kamyon için yaklaşık 7 ay sonra, gayrimenkuller için ise 4 yıl 8 ay sonra yapılmış olmasını kanunla öngörülmemiş olması ve mülkün kamu yararı amacıyla kullanımını denetlemek bakımından da gerekli olmadığı noktalarında protokolün ihlali olarak değerlendirmiştir.⁵⁹⁸

Raimondo davasından farklı olarak başvuran hakkında müsadere yargılaması dışında ayrı bir ceza davasının açılmadığı ancak başvuranın suç geçmişi bulunduğu Arcuri/İtalya kararında ise İHAM, devletin takdir marjını biraz daha genişleterek “müsadere kararının, hukuka aykırı yollardan elde edildiği ispatlanamamış olan malvarlığının toplum için tehlikeli olabilecek biçimde yasadışı kullanımını önlemeye dönük bir işlevi olduğu” sonucuna varmıştır.⁵⁹⁹

İHAM’ın “ölçülülük” veya “sınırlamanın sınırı” veya “hakkın özüne dokunmama” olarak da ifade edilen üçüncü ölçütüne göre hakka müdahale demokratik bir toplumda gerekli olduğu sürece Sözleşmeyi ihlal etmeyecektir.⁶⁰⁰ Ölçülülük ilkesi EK P1 m.1 için açıkça düzenlenmemesine karşın mahkeme kararlarında mülkiyet hakkı bakımından da toplumun genel çıkarlarının gerekleri ile bireyin temel haklarının korunması gereği arasında **adil bir dengenin** korunup korunmadığını belirlemek zorunluluğuna işaret edilmektedir. Bu denge arayışı AİHS’nin tamamında esastır ve aynı zamanda (EK P1) 1. maddesinin yapısında da görülmektedir.⁶⁰¹ Müsadere ile kamunun genel çıkarlarının gerekleri ile bireyin temel haklarının korunması gereği arasında adil bir denge kurulup kurulmadığı

⁵⁹⁷ Raimondo/İtalya, par. 12-14; 28-29, 30.

⁵⁹⁸ Raimondo/İtalya, par. 31-33, 36.

⁵⁹⁹ Arcuri ve diğerleri/İtalya, Başvuru no: 52024/00, Tarih: 05.07.2001

⁶⁰⁰ Gemalmaz, age, s. 448.

⁶⁰¹ Sporrang ve Lönnroth/İsveç davası, par. 69.

denetlenerek devletlerin takdir marjı sınırlandırılmaktadır.⁶⁰² Devletlere bırakılan takdir marjı bundan başka, kısıtlanan hakkın önemi, hakkı sınırlandırılan başvuruçunun eylemi, sınırlandırmanın amacı ve şikayet edilen devletin içinde bulunduğu hukuki ve siyasi koşullara göre belirlenmektedir.⁶⁰³ Mahkemeye göre müdahalenin amacı ile müsadere nedeniyle ihlal edildiği ileri sürülen hak arasında denge bulunup bulunmadığı sahibinin davranışı da dahil olmak üzere pek çok etkene bağlıdır. Bu nedenle yerel mahkemeler başvuruçunun (üçüncü kişi) kusuru veya özensizliğinin derecesi veya en azından başvuruçunun davranışı ile işlenen suç arasında bir bağlantı olup olmadığını belirlemelidir.⁶⁰⁴

Mülkiyet hakkının sınırlandırılmasında Gemalmaz'a göre hakkın niteliği gereği özüne dokunulması sözkonusu olacaktır. Diğer haklarda örneğin, özel hayatın gizliliğini ihlal eden iletişimin dinlenmesi nedeniyle kişi haberleşme hakkını kullanmaya devam etmekte iken mülkiyetten yoksun bırakma hakkın niteliği gereği kaçınılmaz bir müdahaledir. Bu durum Sözleşme sistemine aykırı olmakla birlikte, hak sahibinin kişiliğine değil kişi dışında bir objeye ilişkin olması nedeniyle tazminat yoluyla tamir edilebilir niteliktedir.⁶⁰⁵ Anayasa Mahkemesi de bir kararında mülkiyet hakkının kanunla ve kamu yararıyla sınırlandırılabilceğini, ancak özüne dokunulamayacağını belirttikten sonra, orman sayılmayan sahipli yerlerden kesilen ağaç ve ağaççıklar üzerindeki mülkiyet hakkını sınırlamanın, bunların pazar yerlerine götürülüp satılabilmelerinin yalnızca damga ve nakliye işlemine bağlı tutulmasından ibaret olup bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde malların zorla alınabilmesini düzenleyen hükmün (6831 sayılı Orman Kanunu'nun 116. maddesinin C bendi), zarar halinde kanun yollarına başvurulabilmesi imkanı bulunması

⁶⁰² Carss-Frisk, age, s. 12. İHAM'e göre, "mülkün, gerçek değeri ile uyumlu bir bedel ödenmeksizin alınması, olağan koşullarda 1.madde kapsamında haklı görülmeyen orantısız bir müdahale oluşturacaktır. Ancak 1.madde, her koşulda tam bir tazminat hakkını güvence altına almamaktadır. Ekonomik reform önlemlerinde veya daha fazla sosyal adalet sağlamayı amaçlayan etkinliklerde geçerli olan "kamu yararı" ile ilgili meşru hedefler söz konusu olduğunda, gerçek piyasa değerinin altında kalan bir tazminat da geçerli olabilir." (Lithgow ve diğ., İngiltere, Başvuru no: 9006/80, 08.07.1986)

⁶⁰³ Gemalmaz, age, s. 449.

⁶⁰⁴ AİHM bir başka kararında müdahalenin orantılı olup olmadığını değerlendirirken, "Devlet, hem uygulanacak yöntemi seçmek, hem de belirlenen hukuksal amaca ulaşmak için kullanılan yöntemlerin genel çıkarlar açısından haklı olup olmadığını değerlendirmek konusunda geniş bir takdir hakkına sahiptir. Adil dengenin kurulması, mülk sahibinin davranışlarında gösterdiği kusur veya özenin derecesi de dahil olmak üzere, bir çok etkene dayanmaktadır" şeklinde karar vermiştir. (Agosi/İngiltere, Başvuru no: 9118/80, Tarih: 24.10.1986, par. 54, Ayrıca bkz. Silickee/Litvanya, par. 66.

⁶⁰⁵ Gemalmaz, age, s. 452.

nedeniyle hakkın özüne dokunan bir nitelik taşımadığı sonucuna varmıştır.⁶⁰⁶ AYM 1968 tarihli bir kararında yine benzer şekilde (failden) başkasına ait olsa bile kaçakçılıkta kullanılan taşıtın müsaderesinde kamu yararı bulunduğuna, taşıtın zorasını nedeniyle taşıt sahibinin esas sorumludan tazminat isteme hakkı bulunduğuna ve bu nedenlerle sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığına hükmetmiştir.⁶⁰⁷

Bowler Int/Fransa kararında İHAM, İspanya'dan İngiltere'ye bir kamyonla taşınmakta olduğu sırada Fransız Gümrük İdaresi'nce elkonulan 17 kutu (500 kilo) uyuşturucuyu gizlemek üzere kullanılan ve başvuran şirkete ait (276 kutu) oyuncak bebeğin de uyuşturucu ile birlikte müsadere edilmesini EK P1 m.1'in ihlali olarak değerlendirmiştir.⁶⁰⁸ Burada mahkeme, genel olarak kamu yararı ile bireyin hakkı arasında adil bir dengenin kurulması gerekirken, dava konusu olayda tehlikeli veya yasak olmayan oyuncakların müsaderesinin her ne kadar uyuşturucunun gizlenmesi için kullanılmış olsa da çok sert bir ceza olduğuna kanaat getirmiştir. Mahkeme ayrıca iyiniyetinin kabul edilmesine ve mahkum olan şöfor tarafından zararının karşılanmasına rağmen, başvurunun müsadereye karşı doğrudan başvurabileceği bir hukuk yolu olmamasını da orantısız müdahalenin varlığını açıklarken gerekçe olarak göstermiştir.⁶⁰⁹

İsmayilov/Rusya kararına konu olan olayda ise gümrükten geçerken kendisine miras kaldığını iddia ettiği dairenin satışından elde ettiği ve üzerinde bulunan 21300 Amerikan Dolarını beyan etmeyen başvurunun bu parasına elkonulmuş ve yapılan yargılama sonucu başvuran kaçakçılık suçundan mahkum edilerek paranın tamamı müsadere edilmiştir. İHAM, gümrüklerden geçiş sırasında belirli bir meblağın üzerindeki paranın beyan edilmesi yükümlülüğünün ve beyan edilmeyen paranın müsaderesinin, (BM Sınırşan Örgütlü Suçlarla Mücadele Sözleşmesinde düzenlenen) aklama, uyuşturucu ticareti, terörizmin finansmanı gibi suçlarla mücadele bakımından meşru bir amaç taşıdığını belirtmiştir. Bununla birlikte başvuranın kaçakçılık suçundan mahkumiyetine ek olarak suçla doğrudan

⁶⁰⁶ AYMK, 28.11.1967 -17/42, (Yılmaz, Z., Müsadere, s. 279)

⁶⁰⁷ AYM, 14.12.1968, 32/62 bkz. Gözübüyük, age, s. 341.

⁶⁰⁸ Bowler International Unit/Fransa Kararı, Başvuru no: 1946/06, Tarih: 23.07.2009, par. 40 vd.

⁶⁰⁹ Bowler International Unit/Fransa Kararı, par. 43-46.

bağlantısı saptanmayan beyan dışı gelirinın müsaderesi, orantısız bir müdahale olarak nitelendirilmiş olup mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.⁶¹⁰

Görüldüğü gibi İHAM'ın müsadere konusundaki kararları devletlere geniş takdir yetkisi bırakma yönündedir. Örgütlü suçla mücadele amacı, zaten hali hazırda dar olan ölçülülük testini iyice zayıflatmakta ve kullanılan sınırlama araçlarının seçiminde kamu makamlarına çok kuvvetli bir takdir marjı bırakmaktadır.⁶¹¹ Yine de müsaderenin Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkına dokunulmaksızın düzenlenmesi ve infaz edilmesi zorunludur. Bu hak ancak kamu yararı gerekçesiyle ve kanunla sınırlandırılabilir. Gerek 35. maddede gerekse İHAS'da geçen kamu yararı nedeniyle sınırlandırmanın müsadere bakımından gerekçesi, müsadere edilecek eşya veya değerlerin bir suçla bağlantılı olması⁶¹² ve toplumun suçtan korunmasıdır. Suçla bağlantılı bir eşyanın var olmaması halinde müsadere hukuka aykırı olacak ve mülkiyet hakkının (ve miras hakkının) da ihlaline neden olabilecektir. Bu durum genel müsadere anlamına gelip aşağıda incelenecektir. Müsadere konusu eşyanın suçla bağlantısı yeterli olmayıp aynı zamanda bir suçlu ile de bağlantılı olması gerekmektedir. Bu konuda problem olarak görülen bir mesele de aşağıda "Üçüncü Kişinin Mülkiyet Hakkının Korunması" alt başlığı altında irdelenecektir.

2. Genel Müsadere Yasağı

a. Genel Olarak

Genel müsadere, öğretide suçlunun taşınabilir ve taşınmaz bütün malvarlığı üzerindeki mülkiyetini ortadan kaldıran ve bunu devlete geçiren bir ceza olarak ifade edilmektedir.⁶¹³ Özellikle sürgüne mahkum edilen kişinin toplumla tüm bağlantısını

⁶¹⁰ İsmayilov/Rusya, par.32. Phillips/İngiltere kararında ise uyuşturucu kaçakçısı olduğu ulusal yargı kararlarıyla sabit olan bir kişinin yapılan mali inceleme sonucu bu suçu işlemesiyle elde ettiği tespit edilen meblağ oranında fer'i cezaya çarptırılması meşru amaç kapsamında ölçülü bulunmuştur. Phillips/İngiltere kararı, Başvuru No: 41087/98, Tarih: 12.12.2001

⁶¹¹ Gemalmaz, age, s. 499.

⁶¹² Aynı yönde Dülger İ., age, s. 14.

⁶¹³ Dönmez/Erman, C.II, s. 710, par. 1555; Taner T., age, s. 649; Erem, Ümanist, s. 385; Erem/Danışman/Artuk, age, s. 907; Gökçen, Elkoyma; Dülger İ., age, s. 26.

koparmak amacıyla tüm mallarının müsadere edilmesi gerektiği eski bir ceza politikası olarak karşımıza çıkmaktadır.⁶¹⁴

Fransız İhtilâli ile yükselen düşünceler *genel müsadere*nin cezanın kişiselliği ilkesine aykırı olduğu fikrini uyandırmıştır.⁶¹⁵ XX. yüzyılda artık tamamiyle tarihe karıştığı sanıldığı bir sırada, 1918 yılında Fransa'da bu ceza yeniden ortaya çıkmıştır.⁶¹⁶ İkinci Dünya Savaşı sırası ve sonrasında ise birtakım tedbirlerle daraltıldığı görülmektedir. Genel müsadere'nin sakıncalarını gidermek amacıyla failin hayatını idame ettirebilmesi için kullandığı araç ve aletler müsadere dışında bırakılmıştır. Ayrıca, çocukların haklarının korunması bakımından suç işleyen babanın malları üzerindeki yararlanma hakkının devamı sağlanmıştır.⁶¹⁷ Karşılaştırmalı hukukta da genel müsadere'nin korkutuculuğundan yararlanırken zararlı etkilerini azaltmak amacıyla failin hayatını sürdürebilmesi için çalışmasında kullandığı araç gereçler gibi birtakım şeylerin müsadere'den muaf tutulması uygulaması benimsenmiştir.⁶¹⁸ AIDP'nin 16. Kongresi'nde de gerçek kişilerin tüm mallarının müsadere'sinin mümkün olmaması gerektiği vurgulanmıştır.⁶¹⁹

Bu ayrık düzenlemelerin varlığına karşın genel müsadere, muhataplarının yalnızca mevcut malvarlığını değil ileride edinecekleri malvarlığını da etkilemesi sebebiyle eleştirilmeye devam edilmiştir.⁶²⁰ Günümüzde ise birçok ülke anayasası genel müsadereyi yasaklamıştır. Hukuk devleti ilkesini temel haklar bakımından somutlaştıran, kişi dokunulmazlığının norm alanını güçlendiren kurallardan biri de genel müsadere yasağıdır.⁶²¹ Genel müsadere ceza hukukunun temel ilkelerine

⁶¹⁴ Bumin, age, s. 908.

⁶¹⁵ Öte yandan 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu şiddetli itirazlara rağmen, genel müsadere cezasını korumuştur. 1810 tarihli ceza kanununda müsadere cezası sadece devletin emniyetini ihlal ve kalpazanlık suçlarıyla sınırlı tutulmuş, 1814 yılında ise tamamen ortadan kaldırılmıştır.

⁶¹⁶ Pradel, Droit penal, s. 551.

⁶¹⁷ 1918 sayılı Fransız Ceza Kanunu vatana ihanet suçlarında, 1928 tarihli Askeri Ceza Kanunu ise asker kaçağı ve savaş zamanında düşman veya yabancı ülkelere sığınmış kişiler bakımından genel müsadere öngörmekteydi. Bununla birlikte eşlerin evlenme sözleşmesiyle belli olan hakları ile usul ve fûrun kanunda öngörülen saklı paylarının kendilerine verilmesi düzenlenmekte idi. Dönmezer/Erman, Cilt II, s. 710, par. 1554.

⁶¹⁸ Marcel Rousselet, **La confiscation générale**, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1946, no 2-3, p. 172-178, no 4, p. 361-367, s. 361; Dönmezer/Erman, Cilt II, s.711, 1557.

⁶¹⁹ Cuesta, Resolutions, s. 177.

⁶²⁰ Taner T., age, s. 650.

⁶²¹ Fazıl Sağlam, **Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü**, Ankara, AÜSBF Yayınları, 1982, s. 174.

aykırıdır.⁶²² Bunların başında cezanın kişiselliği ilkesi gelir. Genel müsadere suçlu ile birlikte ailesine de acı vermektedir.⁶²³ Treilhard genel müsadereyi “babaları tarafından işlenen suçlar nedeniyle çocukların cezalandırılması” olarak nitelendirmiştir. Beccaria, genel müsadereyle ilgili olarak şu tespiti yapmaktadır: *“Eğer yasayla konulan korkutucu ceza, toplumla suçlu yurttaş arasındaki bütün bağları ortadan kaldırmayı öngörüyorsa bütün malların zoraltımı gerekecektir. O takdirde yurttaş ölür, geriye insan kalır. Siyasal yapı, yani sivil toplum açısından yurttaşın bu ölümü, doğal ölümle aynı sonuçları doğurur.”*⁶²⁴

Genel müsadere eşitlik ilkesi bakımından da eleştirilmektedir. Aynı suçu işlemiş olmakla birlikte malvarlığı bakımından zengin bir kimsenin tüm malları müsadere edilirken, hiç malvarlığı bulunmayan kimseye fiilen müsadere uygulanamayacaktır.⁶²⁵ Benzer yönde eleştiriler para cezası bakımından da daha önce haklı olarak yapılmıştır. Belirtmeliyiz ki söz konusu sakınca sadece genel müsadere bakımından değil, özel müsadere bakımından da meydana gelebilecek bir durumdur ve diğer risklerin yanında tali nitelikte kalmaktadır. Genel müsadereye yapılması gereken temel itiraz cezaların şahsiliği noktasında olmalıdır.

Genel müsadereyle uygulanması halinde üçüncü kişilerin hakları da ayrı bir sorun teşkil edecektir. Gerçekten failin müsadere edilen malvarlığı üzerinde üçüncü kişinin intifa, rehin hakkı gibi hakları sözkonusu olabilir. Bu konu müsadere edilen eşya üzerinde devletin sahip bulunduğu hakkın niteliği ile ilgilidir. Müsadereye konu malvarlığı mahkûmiyetten önce buldukları durumda ve üzerindeki haklar ve yükümlülüklerle devlete geçmiş olur. Ancak devlet bir *küllî halef* olmayıp, geçen malvarlığı oranında sorumludur.⁶²⁶ Dönmezer ve Erman’a göre bu durum özel hukuk problemlerine sebep olacağından genel müsadere halinde özel bir usul benimsemek gerekir.⁶²⁷ Bize göre ise genel müsadere başlı başına insan hakları problemi

⁶²² Şen, Anayasa, s. 178; Alpaslan, age, s. 240; Dülger, age, s. 27.

⁶²³ Dönmezer/Erman, C.II, s. 710, no: 1556

⁶²⁴ Beccaria, age, s. 121.

⁶²⁵ Dülger, age, s. 2.

⁶²⁶ Dönmezer/Erman, C.II, s. 710 no: 1558

⁶²⁷ Dönmezer/Erman, C.II, s. 710 no: 1558

olduğundan tamamen yasaklandığında üçüncü kişilerin hakları bakımından da sorun teşkil etmeyecektir.⁶²⁸

b. Genel Müsaderenin Yeniden Doğuşu

Genel müsaderenin gerek kişi gerekse ailesi üzerindeki sarsıcı etkileri onun tarihsel süreçte temel bir yasak haline gelmesine neden olmuşsa da, özellikle örgütlü suçlulukla mücadele yolundaki eksiklikler bazı ülkeleri genel müsadereye varacak genişlikte düzenlemeler yapmaya sevketmektedir. Kişinin kendisinden başka ailesine de ızdırap verdiği düşüncesiyle cezanın kişiselliği ilkesine aykırı olan genel müsadere aydınlanma döneminden beri yasaklanmış olmasına karşın, müsaderenin son yıllarda uğradığı değişim bir çeşit eskiye dönüş, yani genel müsaderenin yeniden ortaya çıkması olarak nitelendirilebilir.

Aşağıda ayrı bir başlıkta açıklanacağı gibi suçtan elde edilen malvarlığından fazlasının müsaderesine yol açan “brüt hesap ilkesi” ve karineler yoluyla ispat yükünün tersine çevrilmesi gibi müsaderenin genişletilmiş koşullarının dolaylı olarak genel müsadereye neden olduğu veya olabileceği gözlenmektedir. Yine üçüncü kişilerin malvarlığının müsaderesine imkan tanınması ve bu açıdan “iyiniyet” kavramının geniş yorumlanması suçla ilgili olmayan kişilerin malvarlığının müsaderesine neden olabileceğinden genel müsadereye benzer uygulamalara sebep olabilecektir.

Bundan da öte bazı suç tipleri veya suçluluk kategorileri bakımından belirli suçların işlenmesi halinde failin tüm malvarlığının müsadere edilebileceğine ilişkin hükümlere de rastlanmaktadır. Fransız Ceza Kanunu’nda insanlığa karşı suçlar (m. 213-1), nitelikli uyuşturucu kaçakçılığı suçları (m. 222-49 § 2) karapara aklama suçu (m. 324-7 § 12), insan ticareti ve fuhuşa aracılık (m. 225-25), suç örgütüne katılma (m. 450-5) gibi bazı suçlardan “mahkum olan kişilerin mülkiyetinde veya üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla serbest tasarrufunda bulunan –niteliği ne olursa olsun, taşınır-taşınmaz, paylı-paysız- malvarlığının bir kısmının veya tümünün müsaderesi” öngörülmektedir. Frs.CK’nın m.131-21§6 hükmünde de kanun

⁶²⁸ Aynı çözüm tarzı yazarların ifade ettiği “hakkında genel müsadereye hükmedilmek üzere iken kendisine bir miras düşen mahkûmun bunu red etmek imkânına malik olup olmadığı meselesinin” çözümü bakımından da geçerlidir. Kaldı ki, bir mirasçının mirası red etmek hususundaki yetkisi sınırlandırılmamalıdır. Dönmezer/Erman, Cilt II, no: 1558

tarafından öngörülmesi halinde ilgili cürüm veya cünha bakımından müsadereenin hükümlünün mallarının tamamı veya bir kısmına ilişkin olabileceği belirtilmiştir.⁶²⁹ Fransız Ceza Kanunu'nda açıkça genel müsadere söz edilmemekle birlikte, bu hükümler öğretide genel müsadere niteliğinde değerlendirilmektedir.⁶³⁰ Bununla birlikte Fransız Temyiz Mahkemesi bir kararında uyuşturucu ticaretinden 8 yıl hapis cezasına mahkum olan failin ailesinin oturduğu evi de kapsayacak biçimde bütün malvarlığının müsadereğini İnsan Hakları Avrupa sözleşmesi ile Uluslararası Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne aykırı görmemiştir.⁶³¹

Belçika Ceza Kanunu'nun 43 quarter/4 maddesi de suç örgütleri bakımından genel müsadere niteliğinde bir düzenlemedir. Buna göre bir suç örgütünün tasarrufunda bulunan tüm malvarlığı iyiniyetli üçüncü kişilerin hakkı saklı kalmak kaydıyla müsadereye tabidir. Benzer biçimde, Avusturya Ceza Kanunu'nun 20b maddesinde düzenlenen müsadere, organize suç örgütlerine yönelik bir genel müsadere niteliğinde olup, mülkiyet hakkına ve ceza sorumluluğunun şahsiliğine aykırılık oluşturmaktadır.⁶³² Zira 20b maddesi ile bir organize suç örgütünün tasarrufuna açık bulunan ve Avusturya yargısının yetki alanına dahil olmayan yurt dışındaki eylemlerden elde edilmiş bulunan mal varlıklarının da mülkiyetinin devlete geçmesi olanağı tanınmıştır.⁶³³ Fildişi Sahili Cumhuriyeti Ceza Kanunu'nun 57 ve devamı maddelerinde ise açıkça bir mahkumun bütün mallarının müsadere edilebileceği düzenlenmiştir.⁶³⁴

⁶²⁹ Pradel, Droit pénal, s. 551- 552.

⁶³⁰ Pradel, Droit pénal, s. 551-552; Godefroy/Kletzen, Blanchiment, s. 21; Kletzen/Godefroy, Confiscation.

⁶³¹ Cass. Crim. 03/11/2011 aff. 10-87811 karar için bkz. <http://www.juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-20111103-1087811> (erişim tarihi: 06.01.2012)

⁶³² Erman B., Almanya, s. 285. Yazar bu tür müsadereyi suç nedeniyle zenginleşmeyi ortadan kaldırmayı amaçladığı için nev'i şahsına münhasır bir kurum olarak değerlendirmektedir.

⁶³³ Hakan Hakeri, Avusturya Ceza Hukuku'nun 25 yılı, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, 23(1-2), 2003, 423-448.

⁶³⁴ <http://www.legis.ci/codepenalpeinescomplementaire.php> (erişim tarihi: 06.01.2012)

c. Hukukumuzda Durum

Genel müsadere Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkına aykırıdır.⁶³⁵ Anayasa'nın 38. maddesine göre "Genel müsadere cezası verilemez". 38. maddenin değişiklik gerekçesine göre " ...müsadere genel ve özel olmakla birlikte günümüzde modern ceza hukukunda sadece suç veya suçluya inhisar ettirmek suretiyle ceza hukuku yönünden uygun bir tedbir haline getirilmiştir. Böylelikle genel müsadere yasaklanmış ve ayrıca ceza hukuku dışında müsadere uygulaması imkanı ortadan kaldırılmıştır". Olağanüstü koşulların ürünü olan ve temel haklara ilişkin hüküm içermeyen 1921 Anayasası dışında bütün anayasalarda genel müsadere yasağına ilişkin hüküm bulunmaktadır. 1924 Anayasası "müsadere yasağını" düzenlemiş, bu yasağın öğretisi ve uygulamada genel müsadere yasağı olarak kabul edilmiştir.⁶³⁶ 1961 Anayasası'nın 30. maddesi de genel müsadere yasağını açıkça düzenlemiştir.

Hukumumuzda Anayasa'nın 38. maddesiyle yasaklanmış olmasına karşın zaman zaman genel müsadere niteliğindeki çeşitli hükümler yürürlüğe konulmuş; kimisi değiştirilmiş; kimisi Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir. Ayrıca, hemen belirtmeliyiz ki, genel müsadere yasağının Anayasa'da bir istisnası bulunmakta idi. 38. maddenin son fıkrası "*silahlı kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir*" şeklinde idi.⁶³⁷ Neyse ki, sözkonusu hüküm 2004 yılında 5170 sayılı Kanun'un 5. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

⁶³⁵ AYM'nin 3.6.1988 tarihli, 1987/35 K.1988/17 sayılı kararına göre "Gerçekten Anayasa'nın herkesin, mülkiyet ve miras haklarına sahip olduğunu ve bu hakların ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceğini öngören sözü edilen kuralı karşısında kişinin tüm taşınır ve taşınmaz mallarına el konulması sonucunu doğuran düzenlemenin Anayasa ile uyum içinde bulunduğu söylenemez. Zira burada bir hakkın sınırlandırılması değil tümüyle ortadan kaldırılması söz konusudur. Amacı suçları önlemek olan cezanın kamu yararı düşüncesine dayandığı bir gerçektir. Ancak bu düşünceyle de olsa Anayasa'yla güvence altına alınmış bir temel hakkın ortadan kaldırılamayacağı duraksamaya yer vermeyecek kadar açıktır. Şu halde, temel hak ve özgürlüklerin kaldırılmasından değil, sadece sınırlandırılmasından söz edilebilir ki, bu da ancak Anayasa'nın 13. maddesindeki koşulların gerçekleşmesi ile olanaklıdır. Bu maddede, "Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz" denilerek sınırlandırmanın ölçüsü de konulmuştur. İtiraz konusu genel müsadere cezası, sınırlandırmayı aşan, hakkı ortadan kaldıran niteliği ile bu ölçünün dışına taşıdığı gibi, modern ceza hukukundaki gelişmeyle de çelişki yaratmaktadır. Bu durumun demokratik toplum düzeninin gerekleri ile bağdaşamayacağı kuşkusuzdur."

⁶³⁶ Dülger, age, s. 28.

⁶³⁷ Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, İstanbul, Cogito, Yapı Kredi Yayınları, 2001.

Hukukumuzda genel müsadere niteliğindeki düzenlemelerden biri, 765 sayılı mülga Ceza Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilen 403. maddesinin 7. bendidir. Belirli uyuşturucu suçlarına mahkum olanlar bakımından menkûl ve gayrimenkul mallarının tümünün müsaderesini öngören *"Birinci, ikinci bentlerle beşinci, altıncı ve yedinci bentlerin idam cezası tertip veya bu cezalar yerine başka bir ceza tayin olunduğu hallerde failin bilcümle menkûl ve gayrimenkul mallarının müsaderesine dahi hükmolunur"* şeklindeki hüküm mahkemenin 1988 tarihli kararına konu olmuştur.⁶³⁸ Anayasa Mahkemesi mülga TCK'nın uyuşturucu suçlarını düzenleyen 403. maddesinin son fıkrasında düzenlenen yaptırımın genel müsadere niteliğinde olduğunu ve cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olduğunu, genel müsadere cezasının Anayasa'nın 13. maddesindeki sınırlandırmayı aşan ve hakkı ortadan kaldıran niteliği ile modern ceza hukukundaki gelişmeyle de çelişkili olduğunu demokratik toplum düzeninin gerekleri ile bağdaşamayacağını ifade etmiş, hüküm 03.06.1988 günlü karar ile iptal edilmiştir.⁶³⁹ Yine eski TCK'nın 403. maddesine atıf yapan 408. maddesinde yer alan *"403 üncü maddede yazılı şeylerin kullanılmasını kolaylaştırmak için açılan mahallerde mevcut bütün eşya müsadere olunur..."* şeklindeki düzenleme ile mahalde bulunan ancak suç ile ilgisi olmayan değerlerin de müsaderesine imkan tanındığından genel müsadere niteliğinde idi. Bu hüküm de günümüzde yürürlükte değildir.⁶⁴⁰

Yakın zamana kadar yürürlükte bulunan ve genel müsadere yasağına aykırı olan bir başka hüküm 12.4.1991 tarih ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun (TMK) 7. maddesinin 4. fıkrasında geçen *"...dernek, vakıf, sendika ve benzeri kurumların teröre destek oldukları tesbit edildiğinde faaliyetleri durdurulur ve mahkemece kapatılır. Kapatılan bu kuruluşların malvarlıklarının müsaderesine karar verilir"* şeklindeki hüküm idi. Müsadereye neden olan suçun terör suçu olması, terörün tanımındaki tartışmalar bir yana bırakılacak olsa bile, suçla doğrudan

⁶³⁸ Teşekkül oluşturarak yurt dışına eroin ihraç etmek suçundan sanık hakkında uygulanan hüküm 1988 tarihli bir Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararına konu olmuş ve Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülmüşse de; Kurul, Anayasa'nın 177. Maddesinin (e) Bendinin verdiği yetkiye dayanarak, "genel müsadere cezası verilemeyeceğine" ilişkin Anayasamızın 38. maddesi hükmü TCK'nun 403/son maddesi hükmünü üstü örtülü şekilde ortadan kaldırdığından, anılan yasa hükmünün iptali konusunda Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmaksızın doğrudan Anayasa hükmünün uygulanması suretiyle bu konudaki "menkul ve gayrimenkul mallarının müsaderesine" ilişkin bölüm çıkartılarak hükmün düzeltilerek onanmasına karar vermiştir. Bkz. YCGK, 28.3.1988, 1988/5-76, 1988/135

⁶³⁹ AYM, 03.06.1988, 1987/28 E., 1988/16 K. –AYMKD, Sayı: 24, Ankara, 1989, s. 217

⁶⁴⁰ Faruk Erem, **Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler**, cilt 2, Ankara, 1993, s. 1840; Önder, Cilt II-III, s. 591; Naim Karakaya, *Ceza Hukukunda Müsadere*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2001, s. 14.

bağlantı kurulmaksızın bütün malvarlığının müsadereyi tüzel kişinin hukuka uygun yollardan elde ettiği malvarlığını da kapsadığından genel müsadereye varacak genişlikte idi.⁶⁴¹ Söz konusu hüküm 2006 yılında 5532 sayılı kanunla değiştirilmiştir.⁶⁴² Ne var ki buna benzer bir hüküm, Siyasi Partiler Kanunu'nun 107.maddesinde yer almaktadır. Maddeye göre, “*Anayasa Mahkemesi kararıyla kapatılan siyasi partinin bütün malları Hazineye geçer*”. Bu hüküm de, her ne kadar içinde müsadere terimi geçmese de, kapatmaya neden olan eylemlerle bağlantı kurulmaksızın tüm malvarlığının hazineye devrini sonuçladığından genel müsadere niteliğinde ve mülkiyet hakkına aykırı bir düzenlemedir.

Ancak halen yürürlükte bulunan 1930 tarih ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 78-A/1 maddesinde yer alan “*Düşman tarafına kaçan veya seferberlikte mükellef olduğu hizmetten uzak kalmak kastiyle yabancı bir memlekete sığınanların veya yabancı memlekette kalanların mevcut ve ileride vücut bulacak menkul ve gayrimenkul bütün mal ve mülklerinin millet namına zaptına karar verilir.*” hükmü failin mevcut ve müstakbel bütün malvarlığına ilişkindir. Öğretide hakim görüş, bu düzenlemenin, her ne kadar mirasçılarının saklı payları ayrı tutulsa da (m. 78-B), genel müsadere niteliğinde olup cezaların şahsiliği ilkesine ve Anayasanın 38. maddesine aykırı olduğu yönündedir.⁶⁴³ Bir görüşe göre ise, 78. maddenin B bendinin 7 fıkrasında, “*suçlu beraat ederse...mallarının zaptedilmesi yüzünden kendisine ve ailesine vaki olan zarar ve ziyanın tazminini devletten talep ve iddia edebilir*” şeklindeki hüküm nedeniyle burada müsadere mahkumiyetten önce uygulanabilen bir tedbir niteliğindedir.⁶⁴⁴ Yazarın tedbir ile koruma tedbiri mi, yoksa güvenlik tedbirini mi kastettiği anlaşılmamakla birlikte kanımızca yazar buradaki “zapt” kelimesini elkoyma olarak değerlendirmiştir. Gerçekten 78-A/1 maddesinin devamındaki fıkralar okunduğunda, ilk bakışta 1.fıkradaki “zapt”ın mahkumiyet değil yargılamadan önce uygulanan bir tedbir olduğu ve 5271 sayılı Kanun'daki

⁶⁴¹ Söz konusu hükmün ilk bakışta genel müsadere yasağına aykırı olduğu, ancak terörün toplum düzenini tehdit ettiği, hoş karşılanamayacağı ve bu nedenle teröre destek veren örgütlerin malvarlıklarının müsaderesinin doğru olduğu iddia edilse de, örgütün kapatılmasının yeteceği ve hukuka uygun (tüzel kişiliğin kapatılmasına neden olan suçla ilgili malvarlığı dışında kalan malvarlığının) malvarlığının kurucularına ve ortaklarına bırakılması gerektiği yönünde bkz. Şen, Anayasa, s. 185.

⁶⁴² 29/6/2006 tarih ve 5532 sayılı Kanun'un 6 maddesi için bkz. kazanci.com.tr

⁶⁴³ Erman S., Askeri, s. 249; Centel/Zafer/Çakmut, age, s. 761.; Artuk/Yenidünya, Müsadere, s. 91. Ask. CK m. 78/B'deki istisna yeterli değildir; madde metninin tümüyle değiştirilerek, eğer mutlaka yer verilecekse, yalnızca özel müsadereye yer verilmesi gerekir. Ünver, Ceza Hukukunda, s. 181; Şahinkaya, age, s. 148; Gözübüyük, age, s. 335.

⁶⁴⁴ Alpaslan, age, s. 242

kaçakların mallarına elkoymaya ilişkin düzenlemeyi anımsattığını söylemeliyiz. Zira maddenin 2. fıkrasında kararın ilgiliye tebliğ edileceği, son tebliğ tarihinden itibaren bir yılın sonunda “zapt”ın kesinleşeceği ve malların satılacağı (m. 78-B/2), 4.fıkrasında zaptedilen malların satılana kadar “mahcuz” yani hacizli kalacağı ve sanık geldiği veya yakalandığı takdirde haczin kaldırılacağı düzenlenmektedir. Sanık veya yakınları sanığın gelememesinin maddi bir imkansızlığa dayandığını ispat ettikleri takdirde yine satış işlemi yapılmayacaktır (m. 78-B/2). Ancak bu nasıl bir tedbirdir ki, failin mevcut bütün ve hatta müstakbel malvarlığını dahi kapsamaktadır? Kaldı ki bir hukuk devletinde tedbir niteliğindeki işlemlerin de orantılı olması gerekir. Nitekim kaçakların yargılanmasını sağlamak üzere CMK’nın 248. maddesinde düzenlenen hükümde de “amaçla orantılı olma” koşulu aranmaktadır. Üstelik Ask.C.K’nun 78/B maddesinde beraat halinde iadede söz edilmemekte, zarar koşuluna bağlı olarak tazminat sözesi olabilmektedir. Sanık mahkum olduğunda ise yargılamadan önce ve sonra edindiği tüm malvarlığı satılacaktır. Bu nedenle sadece 78/A maddesinin 1.fıkrası değil ama hükmün tümü genel müsadereye sebep olacak genişliktedir. Kaldı ki, 78/A maddesinin “Düşman Tarafına, Yabancı Memlekete Kaçanlar Hakkında Mali ve Fer’i Cezalar” şeklindeki başlığı da düzenlemenin ceza niteliğinde olduğunun kanıtıdır. 78. madde faile ölüm cezası verilmesini öngören 69. madde ile hükmedilen fer’i bir cezadır. 69. maddede de kişinin tehlikeliliği ile orantılı olarak hükmedilmesi gereken bir tedbir sözkonusu değildir. Kişiyeye verilen ölüm cezasının yansıya tüm malları müsadere edilerek cezanın korkutucu yönünün artırılması amaçlanmıştır.⁶⁴⁵ Açıklanan nedenlerle genel müsadere niteliğindeki bu hüküm Anayasamızın 38. maddesinin 9.fıkrasına açıkça aykırı olup iptali gerekmektedir.

Bu düzenlemelerin yanında hukukumuzda olumlu bir gelişme olarak CMK’nın 128.maddesinde elkoymaya ilişkin olarak yapılan değişikliklere de dikkat çekmek gerekir. 6526 sayı ve 21.2.2014 tarihli Kanun⁶⁴⁶ ile yapılan değişikliklerden ilki suçtan elde edilen malvarlığına elkonulabilmesi için “suçun işlendiğine ve belirtilen değerlerin suçtan elde edildiğine dair somut delillere dayanan kuvvetli şüphe”nin aranması gerekmektedir. Böylelikle, şüpheli ve sanığın tüm malvarlığına değil

⁶⁴⁵ Karakaya, age, s. 13. Erman’ın belirttiği gibi kişinin ülkeye dönmesi de amaçlanmış değildir. Kişinin ülkeye dönmesinin ardından beraat etmesi durumunda medeni haklarının iade edilmesi ve malların müsadere edilmesi nedeniyle uğradığı zararın tazmini hukuk devleti olmanın gereğidir. Erman, Askeri.

⁶⁴⁶ Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (Kabul Tarihi: 21.02.2014 ve RG Tarihi: 06.03.2014)

sadece suçtan elde edildiği tespit edilen taşınmaz, hak ve alacaklara elkonulması sağlanmıştır. Maddenin gerekçesinde “uygulamada şüpheli ve sanıkların nakdi ya da aynı tüm hak ve alacakları ile malvarlığına elkonulduğu ve suçtan elde edilmediğinin hiçbir şekilde araştırılmadığı”nın eleştirilmesi, bu konuda anlayış değişikliği olduğunu ortaya koymaktadır.⁶⁴⁷ İkinci değişiklik 128.madde kapsamında elkoyma kararı alınabilmesi için ilgisine göre *Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Sermaye Piyasası Kurulu, Mali Suçları Araştırma Kurulu, Hazine Müsteşarlığı ve Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumundan, suçtan elde edilen değere ilişkin rapor alınması* usulünün getirilmesidir. Maddenin gerekçesine göre, sözkonusu rapor “*elkonulacak taşınmaz hak ve alacakların suçtan elde edildiğine ve elde edilen değere ilişkin*”dir. Bununla birlikte değer nasıl hesaplanacağına örneğin net kazancın mı yoksa brüt kazancın mı esas alınacağına ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır. Diğer önemli değişiklik - 128.maddenin ikinci fıkrasının (a) bendinin (10) numaralı alt bendinin yürürlükten kaldırılması suretiyle - örgüt kurma suçunun katalog suçlardan çıkarılmasıdır. Böylelikle, “*bazı soruşturmalarda sırf bu tedbirin uygulanabilmesi için soruşturmanın suç işlemek amacıyla örgüt kurma kapsamında başlatılması ve yürütülmesi uygulamasının önüne geçilmesinin*” amaçlandığı gerekçede belirtilmiştir. Son olarak; taşınmaz, hak ve alacaklara elkoyma kararı eskiden hakim kararı ile yapılmakta iken, getirilen yenilikle ağır ceza mahkemesinin oybirliği aranmaktadır. Tüm bu değişiklikler, 128.madde bağlamında elkoymayı daha güvenceli hale getirerek sanığın tüm malvarlığına elkonulmasını ve ileride de müsadere edilmesini engellemek bakımından önemlidir.

d. Değerlendirme

Öğretide hemen bütün yazarlar genel müsadereyi tanımlarken, müsadere **failin tüm malvarlığına ilişkin** olarak gerçekleştirilmesine vurgu yapmaktadırlar.⁶⁴⁸ Ancak kanaatimizce bu ölçüt genel müsadere **failin tüm malvarlığına ilişkin** olarak gerçekleştirilmesine vurgu yapmaktadırlar.⁶⁴⁸ Ancak kanaatimizce bu ölçüt genel müsadere **failin tüm malvarlığına ilişkin** olarak gerçekleştirilmesine vurgu yapmaktadırlar.⁶⁴⁸

⁶⁴⁷ Kanun’un gerekçesi için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/2/2-1981.pdf> (Erişim Tarihi: 10.03.2014)

⁶⁴⁸ Soyaslan, Kriminoloji, s. 575; Bıçak, age, s. 355. Ancak Bıçak, özel müsadere **failin tüm malvarlığına ilişkin** olarak gerçekleştirilmesine vurgu yapmaktadırlar.⁶⁴⁸

yeterli değildir. Zira, genel müsadereenin varlığından sözedebilmek için kişinin bir suç işlemesi yeterli olup, müsadere edilecek olan eşyanın suçla ilgisinin bulunması aranmaz. Fail, malvarlığının bir kısmını veya bir eşyasını suçta kullanmış, suça özgülemiş veya suçtan elde etmişse, sadece sözkonusu eşya veya malvarlığı değeri değil, bütün malvarlığı müsadere ediliyorsa genel müsadereinden sözedilebilir.⁶⁴⁹

Kanaatimizce Fransız Ceza Kanunu'nda olduğu gibi kanun metinlerinde geçen “*kişinin mülkiyetinde veya üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla serbest tasarrufunda bulunan malvarlığının bir kısmının veya tümünün müsadere*” veya öğretide belirtildiği gibi sadece “*malvarlığının bütünü veya bir kısmı*”⁶⁵⁰ ifadeleri de sözkonusu hükümler genel müsadere olarak nitelendirmek için yeterli bir ölçüt değildir. Öte yandan Fransız Ceza Hukuku'ndaki örnekler yakından incelendiğinde ayrı birer müsadere hükmü ile ilgili suç tiplerine gönderme yapılarak belirli suçlardan mahkum olan kişilerin malvarlığının müsadere edilmesinin düzenlendiği ancak ilgili suçla malvarlığı arasında kullanma, tahsis veya suçtan elde etme gibi herhangi bir biçimde bağ kurulmadığı görülmektedir. Örneğin, Frs.CK'nda uyuşturucu suçlarının düzenlendiği 222-49 maddesinin 2.fıkrasında, 222-34 ve 222-38 maddelerinde yazılı suçlardan mahkumiyet halinde niteliği ne olursa olsun (taşınır-taşınmaz, paylı-paysız) kişinin mülkiyetinde veya üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla serbest tasarrufunda bulunan malvarlığının tümünün veya bir kısmının müsadere edilmesi öngörülmektedir. Bu ve benzeri diğer hükümlerin genel müsadere olarak nitelendirilmesi “malvarlığının tümüne ilişkin” olabilmesinden kaynaklanmamaktadır. Örneğin, çocuk yaşta bir suç örgütüne dahil olan kişi suçu meslek edinerek tüm malvarlığını uyuşturucu ticaretinden elde etmiş ve yine bu malvarlığını sürekli olarak çeşitli diğer suçların işlenmesinde kullanmakta ise bunların tümünün müsadere edilmesi genel müsadere anlamına gelmeyecektir. Burada önemli olan suçla bağlantının kurulmamasıdır.

⁶⁴⁹ Tarihte, batıda ve Osmanlı da dahil olmak üzere pek çok ülkede hiçbir şekilde suçla ilgisi olmasa dahi kişinin bütün malvarlığının müsadere edildiği görülmüştür. Ancak bunları bugünkü teknik anlamıyla müsadere olarak nitelendirmek mümkün değildir, bunlar siyasi nedenlerle başvurulan birer metot olarak tarihe geçmiştir.

⁶⁵⁰ Genel müsadereenin varlığı bakımından “malvarlığının bütünü veya bir kısmı” ifadelerinin yeterli olmadığı yönünde bkz. Gedik, Müsadere, s. 12.

Bu nedenle müsadereyi tanımlarken “müsadereyi konusunun suçla bağlantılı olması” unsuru vurgulanarak genel müsadere dışlanmalıdır.⁶⁵¹ Başka bir deyişle genel müsadereyi, suç işleyen kimsenin suçla ilgili olmayan malvarlığını da kapsayacak biçimde tüm malvarlığının müsadereyi olarak tanımlamak gerekir. Anayasa Mahkemesi’ne göre de “*bir suçlunun suçu oluşturan eylemi ile hiçbir ilgisi olmayan tüm mamelekinin müsadereyi bugünkü ceza hukukunda haklı görülmemektedir.*”⁶⁵² Müsadere belirli bir olay veya konu ile sınırlı olarak sadece suçun işlenmesi ile ilgisi bulunan eşya bakımından uygulanabilir.⁶⁵³ Suçla ilgili olmaktan anlaşılması gereken sadece suçun işlenmesinde kullanma, özgülenme gibi fiillerle suçun kolaylaştırma değil, aynı zamanda suçun işlenmesinden kaynaklanmadır.⁶⁵⁴ Bu itibarla suçla ilgili olma aşağıda eşya müsadereyi tanımlayan koşulları sayılırken açıklanan suçla ilgili eşya kavramından daha geniştir. Kazanç müsadereyi bakımından genel müsadere yasağını vurgulayan bir tanıma göre “*genel müsadere bir kimsenin işlediği bir suçun sonucu olarak ancak suçla ilgili olan eşya dışında kalan ve suçtan elde edilen faydayı aşacak biçimde tüm malvarlığının devlete geçirilmesidir.*”⁶⁵⁵

Suçla ilginin hangi derecede ve nasıl kurulması gerektiği de genel müsadereyi tanımlarken ve kapsamının belirlenmesi bakımından önemlidir. Önder özel müsadereyi “*suç teşkil eden fiil ile doğrudan doğruya ilişki içinde olan suçta kullanılan, kullanılmak üzere hazırlanan veya suçtan meydana gelen eşyanın*

⁶⁵¹ Gökçen, özel müsadereyi “sadece işlenen suç ile ilgili belirli mallara veya malvarlığının belirli kısımlarına ilişkin” olduğunu vurgulamaktadır. Gökçen, Elkoyma.

⁶⁵² AYM, 03.06.1988, 1987/28 E., 1988/16 K. –AYMKD, Sayı: 24, Ankara, 1989, s. 217

⁶⁵³ “...zoralmı, suç işlenmesiyle ilişkisi olan eşyanın, malikin istencine bakılmaksızın, mahkeme kararıyla devlet hazinesine mal edilmesidir. Zoralmı, mahkeme kararıyla ve belirli bir olay ve konu ile sınırlı olarak yapılabilir.” Aybay/Aybay, age, s. 44

⁶⁵⁴ Müsadere ve Elkoyma Alanında Kılavuz İlkelerde “bir suç karşılığı olarak, suçlunun malvarlığının tamamı veya bir bölümü üzerindeki mülkiyete son verilmesi ve bu mülkiyetin kamusal bir teşekküle (Devlete) devredilmesi anlamına gelen bir yaptırım çeşididir” şeklindeki tanım da “suçla ilgili olma koşulu öngörülmediğinden hatalı olarak genel müsadereyi de kapsayıcı bir tanımdır. “Bir suç karşılığı olmak” tek başına genel müsadereyi karşıtı olarak özel müsadere anlamına gelmez. Zira, tarihte suç işleyen kimsenin o suçla ilgisi olmasa da bütün malvarlığının müsadere edildiği bilinen bir olgudur. Bu nedenle kullanılmalı gereken kavram veya ölçüt “suçla ilgili veya bağlantılı olma”dır. (6 Temmuz 2007 tarihinde Ankara Hâkimevi’nde, hâkim, Cumhuriyet savcısı ve ilgili uzmanların katılımıyla gerçekleştirilen eğitim seminerinde ortaya konulan görüş ve tartışmalar ışığında “Malvarlıklarının müsadereyi ve elkoymaya ilişkin kılavuz ilkeler” oluşturulmuştur. Bu ilkeler için bkz. <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/>)

⁶⁵⁵ Şen, “bir suç nedeniyle suçlunun tüm malvarlığına elkonulması” olarak tanımlamaktadır. Ersan Şen, *Türk Ceza Hukuku Suçun Genel Esasları ve Unsurları*, İstanbul, Der Yayınları, 2002, s. 44.

müsaderesi” olarak tanımlamaktadır.⁶⁵⁶ Burada dolaylı ilişkiden ne anlaşılması gerektiğini ortaya koymak gerekir. Zira “suçla doğrudan ilişkili bulunmayan değer mütadere edilmesi durumunda müsadereenin kişinin tüm malvarlığına yönelmiş olup olmadığı dikkate alınmaksızın genel müsadereenin sözkonusu olduğu söylenebilecektir.”⁶⁵⁷ Ne var ki günümüzde malvarlığı ile suç arasındaki ilişki, failer tarafından bilinçli olarak zayıflatılmaktadır. Özellikle aklamamanın mantığı ve doğası gereği suçtan elde edilen değerlerin başka değerlere dönüştürülmesi sonucu elde edilen malvarlığı dolaylı da olsa suçun işlenmesi sonucunda ortaya çıkmış bir değerdir. Başka bir ifadeyle suç işlenmemiş olsaydı ortaya çıkmayacaktı diyebildiğimiz ekonomik fayda veya eşyanın müsadere edilmesinin suçtan doğrudan elde edilen değer mütaderesinden bir farkı bulunmamaktadır. Bu nedenle suçla dolaylı ilişki içinde bulunan eşya veya malvarlığının müsadereesinin genel müsadereye yol açmayacağı düşüncesindeyiz. Genel müsadereye yol açacak durum, suç işleyen bir kimsenin o suçtan dolaylı da olsa elde edilmemiş olan, kökeni meşru olan gelirinin ayırt edilmeksizin müsadereesi halinde sözkonusu olur ki, bu insan haklarına aykırıdır.

Gerçekten, işlenen suçla ilgili olan veya üretimi, bulundurulması vb. suç teşkil eden eşya dışında, suçla ilgili olmayan veya suç teşkil etmeyen malvarlığının müsadere edilmesinin hukuken bir dayanağı bulunmamaktadır.⁶⁵⁸ Anayasa Mahkemesi de, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun 23. maddesiyle eylemleri suç olmaktan çıkarılmış ancak sendikaların taşınır ve taşınmaz malları ile bu mallardan elde edilen gelirleri ve tüm nakit mevcutlarının ilgili kurum veya hazineye devrini öngören geçici 9. maddesini⁶⁵⁹ incelediği kararında düzenlemenin mülkiyet hakkını sınırlandırmaktan öte ortadan kaldırııcı özellikler taşıdığını ve genel müsadere niteliğinde olduğunu, ilgili kuruluşların malvarlıkları açısından eylemin suç sayıldığı durumdan daha elverişsiz bir konuma getirilmiş olduğunu belirtmiştir. Ayrıca mahkeme kararı olmaksızın mallara elkonulmasının hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu, sınırlandırmanın kamu yararı gerekçesiyle değil siyasi bir nedenle

⁶⁵⁶ Önder, Cilt III, s. 591.

⁶⁵⁷ Karakaya, age, s. 16.

⁶⁵⁸ Aynı yönde bkz. Önder, Cilt II-III, s. 591-592; Şen, Genel, s. 44.

⁶⁵⁹ Bu Kanunun 23. maddesi ile yürürlükten kaldırılan hükümler çerçevesinde bu Kanun yürürlüğe girdiği tarihten önce mahkeme kararı ile idareleri kayyuma verilen Konfederasyon ve Konfederasyona bağlı işçi sendikalarının taşınır ve taşınmaz malları ile bu mallardan elde edilen gelirleri, tüm nakit mevcutları 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 46. maddesine göre tasarruf edilmek üzere ilgili kuruma devredilir, dernek ve vakıflara ait taşınır ve taşınmaz mallar ise hazineye devredilir.”

yapılması nedeniyle de mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Mahkeme olayda “malların suçta kullanılmış olması ya da bulundurulmasının suç olması gibi bir durum da söz konusu” olmadığını vurgulayarak müsadere suçla bağlantılı olma koşulunu ortaya koymuştur.^{660 661}

Öte yandan genel müsadere “tüm malvarlığının müsadere yasağı” değil de, “suçla ilgili malvarlığının müsadere yasağı” olarak benimsenmesi, özellikle organize suçluluk açısından karineler uygulanması yoluyla kişilerin veya örgütlerin tüm malvarlıklarının suçtan elde edildiklerinin kabul edilmesine yol açabilir. Belirli bir suçtan yargılama sırasında o suçla bağlantısı ispatlanamayan malvarlığı bakımından kanuni karineler öngörülmesi de genel müsadere uygulamasına yol açabilecektir. Davasız ceza olmaz ilkesine de aykırı olan bu duruma örnek olarak Almanya’daki genişletilmiş müsadere uygulamasını gösterebiliriz. Hukuk devleti ilkesine uygun olarak suçlulukla mücadele bakımından yapılması gereken, karineler yoluyla hukuk kurallarını esnetmek yerine gizli soruşturma yöntemleriyle suçların ispatlanmasını sağlamaktır.

Suçla bağlantılı olma kriteri, sadece eşyanın değil kişinin de suçla bağlantılı, suça karışmış olmasını gerektirir. Bu itibarla suçla ilgisi olmayan üçüncü kişinin malvarlığının müsadere de genel müsadereye yol açabilir. Bu nedenle kanunlarda ve uluslararası belgelerde üçüncü kişilerin mülkiyet hakkının korunması bakımından

⁶⁶⁰ AYM, 31.3.1992, 1991/18, 1992/20 (27.01.1993 tarih ve 21478 sayılı RG) “İnceleme konusu kuralla yapılan düzenleme bir kamulaştırma ya da devletleştirme işlemi olmadığı gibi, mülkiyet hakkının sınırlandırılması olarak da nitelendirilemez. Madde, bu kuruluşların mülkiyet hakkını tümüyle ortadan kaldırmaktadır. Yasakoyucuya, belli görüş ya da kuruluşlara karşı tavır aldığını gösterebilmek için böyle bir yetki tanınrsa, her siyasi iktidar değişikliğinde, iktidarın eğilimine göre karşı görüşte saydığı kişi, siyasi parti veya kuruluşun mallarına elkonulma yolu açılır. Anayasal korumanın, tek bir kişi için de olsa işletilmesi, ihlalin genelleşmesinin beklenilmemesi gerekir. İnceleme konusu kural, sonuçları itibariyle bir zorunlu niteliğindedir. Ancak, mahkumiyet sonucu verilen ve diğer zorunlularda uygulanan yöntemlerin uygulanmaması söz konusudur. Zira, Türk Ceza Yasası’na ve Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası’na göre, her iki durumda da, buna yargı organları karar verir. İnceleme konusu kural, malların İş ve İşçi Bulma Kurumu’na ya da Hazine’ye devrini öngörmektedir. Malların suçta kullanılmış olması ya da bulundurulmasının suç olması gibi bir durum da söz konusu değildir.”

⁶⁶¹ Bir kararında ise, Anayasa Mahkemesi kapatma kararlarının genel müsadere farkını ortaya koymuştur. AYM rüet, tilt, langırt gibi şans oyunu oynatılan yerlerin 1072 sayılı Yasası’nın iptali istenen 2. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca bir daha açılmamak üzere kapatılmasının genel müsadere niteliğinde olduğu gerekçesiyle iptalini incelediği olayda, “çalışma ruhsatında belirtilen işin görüldüğü işyerinin aynı işi sürdürmek için bir daha açılmamak üzere kapatılmasına yönelik olup, fail dışındaki kişilere ceza verilmesi veya suçla ilgisi bulunmayan bütün mal varlığına el konulması ya da kullanımının engellenmesi gibi bir sonuç doğurmayacağından ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırı bulunmadığı gibi genel müsadere cezası olarak da nitelendirilemeyeceğini” belirtmiştir. Bkz. AYM, 13.4.2000, 1999/2, 2000/8 (22.07.2000 tarih ve 24117 sayılı RG).

yaygın olarak yer verilen “iyiniyet” kriterinin ceza hukukunda iştirak olarak algılanması ve uygulanması gerekmektedir.

İşte, müsadere istenen malvarlığının ceza muhakemesindeki her türlü şüpheden uzak olarak suçtan elde edildiği kanıtlanmadıkça kanuni karinelerle veya özel hukuk yollarıyla failerin tüm malvarlığını kapsayacak biçimde müsadere genel müsadere anlamına gelebilecektir.⁶⁶²

3. Üçüncü Kişinin Malvarlığının Müsadere Sorunu

a. Genel Olarak

Müsadere sadece failin malvarlığı ile sınırlandırılması halinde failin sözkonusu malvarlığını bir başkasına veya bir şirkete devrederek müsadere kaçınması mümkündür. Suç kaynaklı malvarlığının özellikle bankacılık sektörü ve teknolojiye gelişmeler sayesinde el değiştirmesi kolaylaştığından suçla irtibatlı malvarlığının kime ait olduğunu tespit etmek de güçleşmiştir. Ayrıca suça katılmamış da olsa bazı kişilerin genellikle dikkatsiz ve özensiz davranışları ile dolaylı olarak suça katkıda buldukları veya suçun işlenmesini kolaylaştırdıkları kabul edilmektedir. Bir görüşe göre, üçüncü kişiye ait olsa dahi suçtan kaynaklanan malvarlığının müsadere edilebilmesinin meşruiyeti, sadece failin suç teşkil eden eyleminden nemalanmasının ahlaken kabul edilemezliği değil ve fakat diğer kişilerin de böyle bir gelir elde etme olasılığıdır.⁶⁶³ Bu durumda “üçüncü kişi” diye bahsettiğimiz ve suça iştirak etmemiş olan kişi, bir çeşit özen yükümlülüğü altına sokulup, buna aykırı davranması halinde kendisine ait olan malvarlığının müsadere edilip edilemeyeceği sorusu akla gelmektedir.

Müsadere amacını ve hukuki niteliğini gözönünde bulundurduğunda, bir suçun varlığı ve müsadere edilecek malvarlığının suçla bağlantısının bulunması gerekeceği açıktır. Nitekim, uluslararası hukukta ve karşılaştırmalı hukukta bu durum müsadere tanımında veya koşullarında açıkça yer almaktadır. Bu itibarla

⁶⁶² Nitekim Anayasa'nın 38.maddenin değişiklik gerekçesine göre “...müsadere genel ve özel olmakla birlikte günümüzde modern ceza hukukunda sadece suç veya suçluya inhisar ettirmek suretiyle ceza hukuku yönünden uygun bir tedbir haline getirilmiştir. Böylelikle genel müsadere yasaklanmış ve ayrıca ceza hukuku dışında müsadere uygulanması imkanı ortadan kaldırılmıştır.

⁶⁶³ Nadelhofer do Canto, age, s. 5.

müsaderenin ancak suç failleri bakımından ve suçla ilgili olan eşya veya malvarlığı bakımından uygulanması gerekir.⁶⁶⁴ Suçla ilgisi olmayan kişilere ait malvarlığının müsadere (müsadere konusunun bizatihi üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturmayan eşya olması haricinde) genel müsadereye ve mülkiyet hakkının ihlaline neden olur. Ancak suçla bir şekilde bağlantılı olan bir eşya suçla ilgisi olmayan –ve bu nedenle üçüncü kişi olarak nitelendirdiğimiz- bir kimseye ait olabileceği gibi, bu tür eşya veya suçun işlenmesiyle elde edilen malvarlığı değeri suçun işlenmesinden sonra üçüncü bir kişiye devredilmiş de olabilir. Birinci duruma örnek olarak, failin şehir dışındaki bir depoda bulunan ve çalmayı planladığı değerli tabloları taşımak amacıyla arkadaşına ait arabayı ödünç aldığını düşünelim. Bu durumda otomobil müsadere edilecek mi? Yine başka bir örnek failin fuhuş suçuna tahsis ettiği otobüsün suçun işlenmesinden sonra bundan habersiz bir kimseye devredilmesi olabilir. Daha yaygın olarak ve değişik biçimlerde karşımıza çıkabilecek olan ikinci durumun örnekleri ise şöyle sıralanabilir: bir kimse uyuşturucu ticaretinden elde ettiği kazancı ile boşandığı eşinin ve bakmakla yükümlü olduğu çocukların nafakasını ödüyor veya belirli bir meblağı eşine boşanma tazminatı olarak vermiş olabilir. Veya hakkında ceza soruşturması açılan bir kimsenin suçtan elde ettiği para ile bir avukata vekalet ücreti ödemesi mümkündür. Tüm bu hallerde üçüncü kişiye devredilen eşya veya yapılan ödemeler müsadere edilecek midir?⁶⁶⁵

Yukarıdaki örneklerde eşyanın sahibi olan veya suçtan elde edilen şeyi devralan kişinin suça iştirak etmiş olması halinde kusur sorumluluğu ilkesi gereğince zaten herhangi bir hakkının ihlali sözkonusu olmayacaktır. Hukukun genel prensibi gereğince de kimse hakkını kötüye kullanamaz. Ancak “üçüncü kişi” diye bahsettiğimiz ve suça iştirak etmemiş kişilere ait malvarlığı değerleri, sırf suçla bağlantılı olmaları nedeniyle yine de müsadere edilecek midir? Örneğin, çocukların ödenmiş nafakaları veya kadına ödenen tazminatın karşılığı olan değerler bu kişilerden geri istenecek midir?

⁶⁶⁴ Dülger İ., age, s. 14.

⁶⁶⁵ Bu son durumun sanıkların müdafaalarını yapacak avukat dahi bulamamalarına yol açabileceği, böylesi bir müsadere uygulamasının savunma hakkına olan etkisi için bkz. Antenen/Burnand/Moreillon/Treccani/Laurent, age, s. 90

b. Karşılaştırmalı Hukuk

Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda üçüncü kişinin haklarının kural olarak korunduğu görülmektedir. Başta ABD, Almanya, Avusturya, Fransa, İsviçre gibi ülkeler olmak üzere koruma ancak üçüncü kişinin “iyiniyetli” olması halinde mümkündür.⁶⁶⁶

Amerikan hukukunda malvarlığının sahibi malvarlığının suçla bağlantısı bulunmadığını veya kendisinin “innocent owner” (hukukumuzdaki “iyiniyetli üçüncü kişi”ye karşılık gelen “masum malik”) olduğunu ispatlamakla yükümlüdür.⁶⁶⁷ *Innocent owner* kavramı ile suçun işlendiği sırada eşya üzerinde herhangi bir menfaati olan kişi kastedilmektedir. Bunun için kişinin suç teşkil eden eylemi bilmediğini veya öğrendikten sonra eşyanın bu şekilde kullanılmasına son verecek, somut koşullarda yapılması gereken herşeyi yapmış olduğunu ispatlaması gerekmektedir. Kolluğa haber vermek de yapılması gerekenler arasındadır (18 USC 983 (d)(2)(B)) Görüldüğü gibi burada kişiye özen yükümlülüğünün ötesinde ihbar yükümlülüğü de getirilmektedir. Suçun işlenmesinden sonra edinilen malvarlığı bakımından da üçüncü kişinin (i) iyiniyetli alıcı olduğunu veya (ii) eşyanın müsadereye tabi olduğunu bilmediğini veya böyle bir izlenim edinmesi için bir neden bulunmadığını ispatlaması beklenmektedir. (18USC 983 (d)(A)).

Alman hukukunda ise üçüncü kişilere bir çeşit özen yükümlülüğü getirilmiştir. Üçüncü kişinin hakkı kural olarak korunmakla birlikte, b durumun iki istisnası bulunmaktadır. Birincisi, FAFT raporunda kişinin iyiniyetli olması hali olarak ifade edilen durumdur. Üçüncü kişi, eşya veya hakkın suçun aracı veya konusu olmasına veya hazırlanmasına en azından dikkatsizlikle katkıda bulunmuş ise veya eşyanın müsadere edileceğini bilmesi gerekmesine karşın kınanabilecek biçimde bu eşyayı edinmiş (m. 74a-1 ve 2) ise iyiniyetli olarak kabul edilmeyecek ve müsadere uygulanacaktır. “Yardımda bulunma” olarak adlandırılan birinci durumda

⁶⁶⁶ Michael F. Zeldin/Roger G. Weiner, Innocent Third Parties And Their Rights In Forfeiture Proceedings, 28 **American Criminal Law Review** 843 (1990-1991); H., Dalir Confiscation Law And Third Parties Rights In Iran And England, **Revue De Recherche Juridique** Spring-Summer 2009 (Supplement 1):185-121; Georgios Antonopoulos, Marc Groenhuijsen, Jackie Harvey, Tijs Kooijmans, Almir Maljevic, Klaus Von Lampe(Eds), **Usual And Unusual Organising Criminals In Europe And Beyond: Profitable Crimes, From Underworld To Upperworld**, 2011, s. 277. Rees, K. "Confiscating The Proceeds Of Crime: The Effect On Legitimate Creditors And Bona Fide Third Parties." **Journal Of International Banking Law** 11 (1996): 351-358.

⁶⁶⁷ Weld, age, s. 21.

sahip olduğu hak veya eşyası suçta kullanılan, kullanılmak üzere hazırlanan veya suçun konusunu oluşturan kişi ağır derecedeki taksirli davranışı ile (leichtfertigkeit) suçun işlenmesine bir biçimde katkıda bulunmuş olmalıdır. Örneğin basit bir denetimle hırsızlıktan elde edilmiş olduğunu bilebileceği bir eşyayı kamyonuyla taşıyan kişi iyiniyetli sayılmamaktadır.⁶⁶⁸ Üçüncü kişinin iyiniyetli kabul edilmediği ikinci durum, kişinin suçun işlenmesinden sonra suçta kullanılan veya suçun konusu oluşturan şeyi bu niteliğini bilerek edinmesidir. Bunun için kanun “kınanabilir biçimde” ibaresi ile yine ağır bir kusurun varlığını aramaktadır. SÖZÜER’e göre de eşyayı taksirli bir davranışla kazanma bu tür müsadere için yeterli değildir.⁶⁶⁹

İyiniyetli olsa dahi üçüncü kişinin hakkının dikkate alınmadığı bir diğer durum, müsadereye tabi eşyanın tehlike oluşturması veya 74.maddenin 2.fikrası uyarınca başka bir suçta kullanılma olasılığının bulunması halleridir. Bu durumların varlığı halinde tehlikeliliği ortadan kaldırmak amacıyla uygulanan müsadere tedbir niteliğindedir ve mülkiyetin kime ait olduğu, üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmadığı önem taşımaz. Buna öğretide “ayırimsız müsadere” (unterschiedlose einzihung) denilmektedir. Mahkemenin birinci hal (müsadereye tabi eşyanın tehlike oluşturması veya 74.maddenin 2.fikrası uyarınca başka bir suçta kullanılma olasılığının bulunması) nedeniyle üçüncü kişinin hakkını ortadan kaldırdığı halde, Ceza Kanunu’nun 74 f maddesi uyarınca eşyanın rayiç bedeli üzerinden belirlenen tazminat ödenir. Alman hukukunda üçüncü kişinin suça iştirak etmemiş olmasına karşın mülkiyet hakkının sınırlandırılmasının kusurluluk ilkesine ve anayasada düzenlenen mülkiyet hakkına aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Bu itirazlara karşın, üçüncü kişinin sahip olduğu hakkı toplumsal refah ve iyiliğe aykırı olarak kullandığı, bunun da müsadereyi meşru hale getirdiği ileri sürülmektedir.⁶⁷⁰

İsviçre hukukunda da iyiniyetin korunması için öncelikle kişinin fail veya yardım eden konumunda olmaması gerekir. Buna göre yukarıda bahsedilen avukatın vekalet ücreti örneği dört farklı hipotezde incelenmelidir. Birincisi, avukatın paranın suçtan elde edildiğini hiç bilmiyor olması, ikincisi vekaleti aldıktan sonra görevi sırasında öğrenmesi, üçüncüsü müvekkilin beyanları ve davanın niteliği gereği avukatın paranın suçtan elde edilmiş olma ihtimalini dışlayamayacağı hipotezi, son varsayım ise avukatın kabul ettiği paranın suç ürünü olduğunu bilmesi halleri. İsviçre

⁶⁶⁸ Sözüer, Alman, s. 400

⁶⁶⁹ Sözüer, Alman, s. 400

⁶⁷⁰ Sözüer, Alman, s. 400

Ceza Kanunu'nun eski 58 ve 59. maddeleri bakımından bu dört varsayım için aşağıdaki cevaplar verilmektedir: 1.varsayımda avukatın herhangi bir kusuru veya suça katılımı olmadığından iyiniyetlidir ve müsadere mümkün değildir. 2.varsayımda da aynı sonuca varmak gerek, zira parayı aklamadıkça veya suça yataklık etmedikçe müsadere mümkün değildir (Eski 59/1, 1ve 2). Avukatın paranın suç kaynaklı olduğunu bilemediği veya suçtan kaynaklandığını bildiği durumlarda ise sorunun cevabı değişecektir. Her iki halde de, müsadere, aşırı zorluğa yol açmamak koşuluyla vekalet ücreti bakımından da uygulanır. Başka bir deyişle avukatlık ücreti de suçtan elde edilmiş varsayılır. Avukatlık ücretinin müsadere edilmemesi için avukatın suç örgütüne üye olmadığını veya desteklemediğini ispatlaması beklenir. İçtihadı göre sözkonusu destek örgütün eylemlerine aracılık etme, eylemlerini cesaretlendirme veya hoşgörme veya örgütün kriminal amaçlarına hizmet eden bir yardım sağlama şeklinde olabilmektedir.⁶⁷¹ Eşdeğer müsadere kurtulmak için de “üçüncü kişi” olarak kabul edilen avukatın durumu bilmiyor olması ve avukata ödenmesi gereken meblağın işin karşılığı olan bir miktar olmasının yanı sıra müsadere aşırı bir zorluğa, yani orantısızlığa sebep olmaması gerekir.⁶⁷² Yeni 70. madde kapsamında üçüncü kişinin hakkı yukarıdakine benzer biçimde üç koşulun sağlanması ile korunur: 1. Sözkonusu para veya malvarlığının üçüncü kimseye geçmiş olması (banka hesaplarında tutulan elektronik fonlar bakımından mülkiyet benzeri bir haklarının olması) 2. Kişinin, para veya malvarlığının suçtan elde edildiğini bilmemesi veya buna bir katkısının olmaması, 3. Devredilen malvarlığı için rayiç bir değer ödenmiş olması veya müsadere üçüncü kişiyi orantısız biçimde güç duruma sokacak olması.⁶⁷³ Örneğin bir evin satıcısının hesabına yatan para suç kaynaklı olduğu gerekçesiyle müsadere edilebilecek mi sorusuna İsviçre hukuku şöyle yanıt vermektedir: Satıcı, ev için ödenen paranın suç kaynaklı olduğunu bilmiyor veya bilemeyecek durumda olsun. Kararlaştırılan satış fiyatı da emsallerine uygun olduğu takdirde, kişinin iyiniyetli olduğu kabul edilerek satış bedeli üçüncü kişide bırakılacaktır. Ancak failin suç kaynaklı kazanç ile satın almış olduğu ev ikame değer olarak müsadereye konu olacaktır.

⁶⁷¹ FF 1993 III 300-301

⁶⁷² Antenen/Burnand/Moreillon/Treccani/Laurent, age, s. 90

⁶⁷³ Mark Livschitz, **Switzerland's Approach to Confiscation and Corruption-related Money Laundering, Criminalisation Of Corruption: Liability of Legal Persons for Corruption Confiscation of the Tools and Proceeds of Corruption Mutual Legal Assistance in Corruption-Related Cases**, Expert Seminar for Eastern Europe and Central Asia 26-28 March 2007, Almaty, Kazakhstan; s. 43-62, s. 50; <http://www.oecd.org/dataoecd/56/29/38873929.pdf>

Avusturya Ceza Hukukunda da üçüncü kişinin hakkı belirli koşullarla korunmaktadır (m. 20c/1 ve m. 26/2). Kazanç müsadere bakımından suça iştirak etmeyen, örgütlü suçlarda ise örgüte üye olmayan veya suça katılmamış kişilere ait gelir müsadere edilemez. Suçta kullanılan eşyanın müsadere bakımından ise üçüncü kişinin hakkının korunması için suça katılmama yeterli olmamaktadır. Alman hukukuna benzer biçimde, kişiye ayrıca eşyasının suçta kullanılmamasını temin etme yükümlülüğü getirilmektedir. Buna göre, ilgili kişinin eşyasını suçta kullanılmaya elverişli hale getiren koşulları, özellikle suçun işlenmesini kolaylaştıran aletleri veya belirtileri ortadan kaldırmaması veya etkisiz hale getirmemesi halinde suça katılmış olmasa da müsadere edilebilmektedir.

Tüm bu kurallara karşın özellikle hukuk müsadere sinin uygulandığı ülkelerde üçüncü kişinin hakkını ileri sürmesinin oldukça zahmetli olduğu görülmektedir. ABD örneğinde üçüncü kişinin müsadere kararına yirmi gün içinde itiraz hakkı vardır. Birçok ülkede ise bu süre on gündür. Ayrıca “iyinietli” olarak nitelendirilebilmenin koşulları da oldukça sıkıdır.⁶⁷⁴ İtalya’da anti-mafya mevzuatı çerçevesinde üçüncü kişilerin mallarının müsadere si mümkündür. Fransa’da kural faile ait malların müsadere edilebilmesi iken, önleyici alanda istisnalar mevcuttur ve üçüncü kişinin haklarını ileri sürmesi gerekir. Belçika’da ise durum, bazen üçüncü kişiyi faile göre daha avantajlı hale getirebilmektedir.⁶⁷⁵

Bazı uluslararası sözleşmelerde de “iyiniet” kavramının kullanıldığı görülmektedir.⁶⁷⁶ FAFT’ın Terörizmin Finansmanı Hakkındaki 9 Tavsiye Kararından 3.sünün açıklayıcı notunda üçüncü kişi veya kurumların belirli fonlarda veya diğer malvarlığı üzerinde sahip oldukları haklarını kural olarak kaybedecekleri ifade edilmiştir.⁶⁷⁷ Buna karşılık diğer bazı sözleşmeler 1990 Sözleşmesi (5. madde), 2005 Sözleşmesi (8. madde) üçüncü kişilerin korunması için yasal çarelerin sağlanmasının devletlerin görevi olduğuna işaret edilmektedir.

⁶⁷⁴ Kilchling, age, s. 264.

⁶⁷⁵ Verbruggen, age, s. 261.

⁶⁷⁶ New York Sözleşmesi’nin 8.maddesinin 5.fıkrasına göre “Bu maddenin hükümleri, (müsadere hükümleri) iyi niyetli üçüncü tarafların haklarına hanel getirmeksizin uygulanır” BM Yolsuzlukla mücadele sözleşmesinin 31/9.maddesine göre “31/9. Bu madde hükümleri, iyi niyetli üçüncü kişilerin haklarına zarar verecek biçimde yorumlanamaz.”

⁶⁷⁷Kararın açıklayıcı notu için bkz.

Avrupa Birliği ülkeleri bakımından 12/03/2012 tarihinde Parlamento'ya sunulan direktif önergesinde üçüncü kişilerin de malvarlığının müsaderesinin önemli bir ihtiyaç olduğu vurgulanmıştır. Zira, şüpheli kişilerin malvarlıklarını müsadereden kaçırmak amacıyla tanıdıkları üçüncü kişilere devretmeleri giderek yaygınlaşan bir uygulama haline gelmiştir. Önergede birlik mevzuatının da bunu sağlamak bakımından yeterli olmadığı belirtilerek iyiniyetli üçüncü kişinin hakkının ancak şu koşullarla korunması gerektiği belirtilmektedir.⁶⁷⁸ Kazanç veya eşyanın üçüncü kişiye bedelsiz olarak veya piyasa değeri altında devredilmiş olması halinde, a) kazanç bakımından koşul, üçüncü kişinin kazancın kaynağının gayrimeşru olduğunu bilmesi veya somut olay ve koşulların onun durumundaki makul bir insanın bundan şüphelenmesini gerektirmesi, b) (suç geliri dışındaki) diğer eşya bakımından ise üçüncü kişinin eşyanın devrinin müsadereden kaçınmak amacıyla yapıldığını biliyor olması veya somut olay ve koşulların onun durumundaki makul bir insanın bundan şüphelenmesini gerektirmesi halleridir.

c. Hukukumuzda Durum

Hukukumuzda 765 sayılı TCK döneminde üçüncü kişilerle ilgili genel nitelikli bir hüküm bulunmamakla birlikte uygulamada mahkemelerin, eşyası suçta kullanılan kişinin kusurunun bulunup bulunmadığını araştırdığını görmekteyiz. Nitekim 1988 tarihli bir CGK kararında Anayasa Mahkemesinin kararına atıfta bulunularak polis memuruna duyduğu güven nedeniyle kamyonunu iradi olarak teslim eden kişinin kusurunun bulunmadığı, herhangi bir özen veya önlem eksikliğinin olmadığı karara varılmıştır.⁶⁷⁹ Bu dönemde özel kanunlarda üçüncü kişinin sorumluluğuna ilişkin çeşitli hükümlere rastlanmaktadır.

765 sayılı Kanun döneminde orman mevzuatı kapsamında üçüncü kişi bakımından Alman Hukuku'ndaki özen yükümlülüğüne benzer bir sorumluluk türünün kabul edildiği görülmektedir. Orman Kanunu'nun 108. maddesinin 4.fıkrası "*kaçak orman mallarının taşınmasında kullanılan canlı, cansız bütün nakil vasıtaları*

⁶⁷⁸ Önergenin İngilizce metni için bkz.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0085:FIN:EN:PDF>

⁶⁷⁹ YCGK 05.12.1988, 327/505

kime ait olursa olsun idarece zapt ve mahkemelerce müsaderesine hükmolunur” şeklinde idi. Esasında bu hüküm kusursuz bir sorumluluk getirmekte olup, uygulama taşıma aracı sahibinin sorumluluğunu daraltmıştır.⁶⁸⁰ Anayasa Mahkemesi sözkonusu hükmün ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırılığı iddiasını incelediği iki kararında da getirilen sorumluluğun Anayasa’ya aykırı olmadığına karar vermiştir. Mahkeme, 1966 tarihli ilk kararında, özetle *bu madde ile bir kimsenin eyleminden dolayı başka bir kimseye ceza sorumluluğu yükletiliyor gibi görülmekte ise de, gerçekte sorumluluğun kişinin kendi kusurundan kaynaklandığını, bu kusurun yükümlü olduğu dikkat ve özeni göstererek yasak eylemin işlenmesine engel olmamaktan doğduğunu ve böylece sorumlu tutulan kimsenin davranışı ile meydana gelen sonuç arasında nedensellik bağının bulunduğunu, kanunu bilen veya “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” kuralı uyarınca bildiği kabul edilen kimsenin, aracının kaçak orman mallarının taşınmasında kullanılmaması için gereken dikkat ve özeni göstermekle yükümlü olduğunu, bu yükümü yerine getirmeyen araç sahibinin yasak eylem işlendiği takdirde kusurlu sayılması gerekeceğini, aracın hizmette kullanılan adam eliyle çalıştırılmasının yükümü ortadan kaldırmayacağı için kusurlu davranışın bir sonucu olan zoralım cezasının uygulanması gerektiğini* belirtmiştir. Kararda ayrıca, *“ceza sorumluluğu, anılan hukuki esas uyarınca kaçak malların bilerek taşınması halinde sözkonusu olabileceğinden, aracın çalınması, zor kullanılarak ele geçirilmesi, taşıyanın gerçek bir yanılmaya düşürülmesi gibi kusurun gerçekleşmediği hallerde zoralım cezasının uygulanmayacağı açık olduğu”* belirtilmiştir.⁶⁸¹ İçel’e göre karar, en azından taksir şeklinde sorumluluğu araması nedeniyle yerinde bir karardır.⁶⁸² Mahkeme, aynı hükümlerle ilgili 1969 tarihli kararında da, *“doğrudan doğruya suçluluğu veya suçta ortaklığı olmadığı halde taşıtı üzerinde zoralım hükmü uygulanan kimse gerçekte kusursuz ve olayla büsbütün ilişkisiz olmadığı”*nı belirttikten sonra yukarıdaki karara benzer şekilde kişinin kusurunun dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık olduğuna işaret etmiştir. Kararda ayrıca *“devletin ormanları koruma ödevine vurgu yapılarak, itiraz konusu hükmün orman kaçakçılığını önleme amacıyla konulmuş olduğunu, bu amacın da*

⁶⁸⁰ Bu hüküm, suça iştirak iradesi olmayan ancak aracı suçun işlenmesinde kullanılan araç sahibi için yasadaki kaynaklanan, ceza davasında tartışılmasına gerek görülmemeyen bir kusur varsayımı bulunmadığı ve suçsuzluk karinesine aykırı olduğu gerekçesiyle de eleştirilmekte idi. Şahinkaya, age, s. 145

⁶⁸¹ AYM, 21.09.1966, 14/36 (Yılmaz Z, Müsadere, s. 278)

⁶⁸² İçel, Kaçakçılık, s. 304-305

temel hakların sınırlandırılması nedenlerinden kamu yararına dayandığı ve sınırlamanın bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunduğunun da düşünülemediği belirtilmiştir.⁶⁸³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu da, nakil aracı sahibinin, aracının kaçak orman mallarının taşınmasında kullanılmaması için gereken dikkat ve özeni göstermekle yükümlü olduğu halde, bunu yerine getirmediği takdirde, müsadere cezasının uygulanabileceğini; buradaki kusurun en azından taksir derecesinde olması gerektiğini kabul etmiştir.⁶⁸⁴ Böylelikle kusursuz sorumluluğun önüne geçilmekle birlikte, kanaatimizce iştiraki genişleten bir sorumluluk türü yaratılmıştır. Anayasa Mahkemesi, burada mülkiyet hakkı lehine bir yorum yapmışsa da, kanunun açık ifadesinin kusuru olmayan kişilere ait eşyanın da müsaderesine yol açabileceği ve bu nedenle cezaların kişiselliği ilkesine aykırı olduğu noktasını gözden kaçırmıştır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda suç eşyasının müsaderesi, iyiniyetli kişilere ait olmama koşuluna bağlanarak üçüncü kişilerin mülkiyet hakları koruma altına alınmıştır. Ancak, yasanın ilk halinde kazanç müsaderesi bakımından aynı korumanın getirilmemiş olması haklı olarak eleştirilmiş, 26/6/2009 tarih ve 5918 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle yapılan değişiklikle 55. maddeye yeni bir fıkra eklenerek *"Bu madde kapsamına giren eşyanın müsadere edilebilmesi için, eşyayı sonradan iktisap eden kişinin 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun iyiniyetin korunmasına ilişkin hükümlerinden yararlanamıyor olması gerekir"* hükmü ile kazanç müsaderesi bakımından medeni kanunun iyiniyet hükümlerine atıf yapılmıştır. Böylelikle kazanç müsaderesi bakımından "iyiniyet" kavramının özel hukuka göre yorumlanması amaçlanmıştır. Buna karşılık eşya müsaderesi bakımından kavramın anlam ve içeriği, öğretisi ve uygulamada tartışmalıdır. Hakim görüş "iyiniyet" in eskiden olduğu gibi iştirak olarak değerlendirilmesi ve uygulanması yönündedir. Eşya müsaderesi bakımından "iyiniyet", gerekçede açıklandığı üzere bilme, haberdar olmama olarak kabul

⁶⁸³ AYM, 30.09.1969, 17/49.

⁶⁸⁴ YCGK, 05.12.1988, 327/505. Karar için bkz. Erhan Günay, **Orman Ceza Davaları Usul ve Esasları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001, s. 209. Bununla birlikte, müsadere bakımından araç sahibinin kusuru konusunda uygulamada farklı kararlar da görülmektedir. Konu hakkında Yargıtay'ın farklı kararları için bkz. age, 202-216.

Bu konudaki farklı yorum ve uygulamaları sona erdirmek için Orman Kanunu 108/4.maddesinin, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi ve suçsuzluk karinesine uygun olarak, Türk Ceza Kanunu 54.maddesine paralel şekilde ayrıntılı düzenlenmesi gerektiği belirtilmekte idi (Şahinkaya, age, s. 145). 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanun'un 215.maddesi ile Türk Ceza Kanunu'nun müsadere hükümlerine gönderme yapılarak yeknesak bir uygulama sağlanmıştır. Bkz. 08.02.2008 tarih ve 26781 sayılı RG.

edilmektedir. Kazanç müsaderesi bakımından ise doğrudan Türk Medeni Kanunu'nun iyiniyete ilişkin hükümlerine gönderme yapıldığından üçüncü kişinin malvarlığının suçtan elde edildiğini bilmemesi iyiniyetli kabul edilmesi için yeterli sayılmayacaktır. Üçüncü kişi, örneğin bir malın çalıntı olduğunu durumun gereklerine göre bilebilecek durumda ise iyiniyeti korunmayacak, satın almış olduğu eşya üzerindeki mülkiyet hakkını kaybedecektir. Yine kanundan doğan bir bilme yükümlülüğünün bulunmasına karşın üçüncü kişinin özensiz davranması da benzer sonuç doğurabilir. Yargıtay ise bir kararında ceza sorumluluğu için en azından taksir arandığından üçüncü kişi için de aynı ölçüyü kullanmıştır.⁶⁸⁵

d. İHAM'ın Yaklaşımı

İHAM'ın konuyla ilgili iki önemli kararı bulunmaktadır. Bowler Int/Fransa davasında Fransız Yerel Mahkemesi müsadere kararında üçüncü kişiye ait oyuncak kutularının açıkça uyuşturucuyu gizlemek amacıyla kullanılmış olmasına dayanarak müsaderesine karar vermiştir. Fransız Temyiz Mahkemesi de, bir kamyonun kasasında ele geçirilen uyuşturucu ve kaçak malları kamufletmek amacıyla kullanılan oyuncak dolu kutuların iyiniyetli kimselere ait olsalar bile müsadere edileceğine dair ilk derece mahkemesi kararını onaylamıştır. Karar da mahkeme Gümrük Kanunu'nun 376/1. maddesinde öngörülen müsaderenin gerçek karakterinin ceza olmadığını, düzenlemenin amacının işlenen suç nedeniyle doğan zarar karşılığında hazineye dönmesi gereken meblağın garanti altına alınması olduğunu, bu nedenle katı uygulanması gereken ve iyiniyetli dahi olsa üçüncü kişiler bakımından istisna içermeyen bir hüküm olduğunu belirtmiştir.⁶⁸⁶ İHAM, uluslararası uyuşturucu ticaretiyle mücadeledeki genel yararı meşru bir amaç olarak görmekle birlikte, hükümetin ileri sürdüğünün aksine müsaderenin hazinedeki açığı kapatmak gibi bir amaca hizmet ettiği iddiasını yersiz bulmuştur.⁶⁸⁷ İHAM oyuncakların uyuşturucuyu gizlemek için kullanılmaları nedeniyle müsaderesinin meşru bir amaçla yapıldığını

⁶⁸⁵ YCGK; E. 2004/8-175, K. 2004/198, T. 12.10.2004. Bu kararda mahkemenin müsadereyi üstü kapalı olarak ceza niteliğinde algıladığı anlaşılmaktadır.

⁶⁸⁶ Gümrük Kanunu'nun 376/1 maddesine göre "elkonulan ve müsadere edilen maddeler üzerinde, kayıtlı olsun veya olmasın, alacaklının önceliği olsa dahi üzerlerinde hak iddia edilemez, meğer ki kaçakçılık failine karşı rücu edilmiş olsun"

⁶⁸⁷ Zira, olayda sözkonusu açık para cezası ile kapatılmıştır. Bowler International Unit/Fransa Kararı, Başvuru no: 1946/06, Tarih: 23.07.2009, par., 43

kabul etmekle birlikte tehlikeli veya yasaklı ürünler olmadığından çok ağır bir yaptırım olarak değerlendirmiştir. Sonuç olarak, orantılılık ilkesi bakımından müdahalenin mülkiyet hakkını ihlal ettiğine karar verilmiş, ancak kararda oyuncakların başkasına ait olmasının mülkiyet hakkının ihlali olduğuna ilişkin bir değerlendirmede bulunulmamıştır.

Agosi/İngiltere davasında başvuran AGOSİ şirketinin üçüncü kişilere mülkiyeti muhafaza kaydıyla satmış olduğu altın sikkeler, alıcılar tarafından İngiltere'ye kaçak olarak sokulmak istenirken ele geçirilmiştir.⁶⁸⁸ Buarada alıcıların AGOSİ şirketine vermiş olduğu çekin karşılıksız çıkması nedeniyle sikkelerin mülkiyeti şirkette kalmıştır. Mahkeme, öncelikle altın sikkelerin ithal yasağının mülkiyet hakkının kullanımının denetlenmesi amacını taşıdığını belirtmiştir. Bunların müsaderesi bir yoksunluğa sebep olsa da, sözkonusu yoksunluğun Kruegerrand gibi altın sikkelerin kullanımının denetlenmesi usulü açısından zorunlu bir unsur olduğunu ifade ederek mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁶⁸⁹ Orantılılık değerlendirmesinde ise mahkeme “*Devlet, hem uygulanacak yöntemi seçmek, hem de belirlenen hukuksal amaca ulaşmak için kullanılan yöntemlerin genel çıkarlar açısından haklı olup olmadığını değerlendirmek konusunda geniş bir takdir hakkına sahiptir... Adil dengenin kurulması, mülk sahibinin davranışlarında gösterdiği kusur veya özenin derecesi de dahil olmak üzere, bir çok etkene dayanmaktadır*” şeklindeki değerlendirmesinden sonra, İngiliz yargı düzeninin davacı şirkete kendi kusurlarının da yetkili organlar tartışma olanağını verip vermediğini değerlendirmiştir. Davada İHAM 1. maddede açıkça ifade edilmese de, uygulanacak prosedürler arasında başvuruçunun sergilediği kusur ya da özenin derecesinin makul ölçüde dikkate alınması gibi hususların olup olmadığını ve uygulanacak prosedürlerin şirketin davasını yetkili mercilere sunma fırsatını sağlayıp sağlamayacağını irdemiştir. İHAM İngiliz yargı incelemesi usulünü dikkate almış ve bunun, 1 No’lu Protokol’ün 1. maddesi açısından yeterli

⁶⁸⁸ Alıcılar madeni paraları otomobildeki bir yedek lastiğe saklayarak İngiltere’ye getirmeye çalışmışlardır. Ancak madeni paralar ele geçirilmiş ve Birleşik gümrük yetkilileri tarafından bunlara el konulmuştur. Bu tarihten birkaç ay önce, Ticaret ve Sanayiden sorumlu Devlet Bakanı tarafından altın paraların ithali yasaklanmıştır. Paraların alıcıları Bay X ve Y hakkında, altın madeni paraların ithali yasağına karşı gelmek suçundan (kaçakçılıktan) dava açılmıştır. Kararın özelliği suç konusu eşyanın (*objectum sceleris*) müsaderesi ve mahkumiyetin ardından gerçekleştirilmesidir. Metin için bkz. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=agosi&sessionid=60218128&skin=hudoc-en>, Ayrıca bkz. Etgü, age, s. 232; Dinç, s. 186, Carss-Frisk, age, s. 33.

⁶⁸⁹ Agosi/İngiltere, Başvuru no: 9118/80, Tarih: 24.10.1986, par. 51

olacağına karar vermiştir. Buna göre, AGOSİ'nin mülkiyet hakkına herhangi bir müdahale söz konusu değildir.

Agosi kararında Komisyon ise önemli bir noktaya değinerek, kaçakçılık konusu şeylerin müsadere edilebileceğini ancak bunun için kaçak eşyanın malikinin davranışı ile kural ihlali arasında bir bağın bulunması gerektiğini başka bir deyişle malikin "suçsuz" olması halinde müsadere edilen eşyasını geri isteme hakkına sahip olduğunu ortaya koymuştur.⁶⁹⁰

Görüldüğü gibi İHAM'ın üçüncü kişiye ait eşyanın müsaderesi konusunda yargı pratiği çok fazla olmadığı gibi, kararlarında konuya derinlemesine temas etmemektedir. Agosi Kararında ise Komisyon'un yaklaşımı önemlidir. Komisyon, üçüncü kişinin kusurunun aranması gerektiğine işaret etmiş ve üçüncü kişinin suçlu olup olmadığına bakılması gerektiğini belirtmiştir. Buna karşılık Mahkeme üçüncü kişinin kusuru bulunup bulunmadığını incelememiş, ancak yerel mahkemede bunun tartışılıp tartışılmadığına dair usule ilişkin bir değerlendirme ile yetinmiştir.

e. Değerlendirme

Üçüncü kişinin malvarlığının müsaderesi öncelikle cezaların şahsiliği ve kusur ilkesi bakımından önem arz etmektedir. Müsaderenin hukuki niteliği konusundaki tartışmalar günümüzde devam etse de, kişinin mülkiyet hakkı üzerindeki etkisi nedeniyle bu temel ilkelerden ayrılmaması gerekmektedir. Bunun tek istisnası eşyanın toplum için zararlı veya tehlikeli olması halidir. Suç teşkil eden eşyanın müsaderesi ise gerçek anlamda tedbir niteliğinde olduğundan eşyanın kime ait olduğu önem taşımaz. Yargılama genellikle in rem usulle duruşmasız olarak yapılır.

O halde "iyiniyet" in iştirak kuralları çerçevesinde anlaşılması ve uygulanması gerekir. *"Gerçekten burada önemli olan üçüncü kişinin kasten hareket edip etmediği, yani bir suçun işleneceğini bilerek ve isteyerek eşyayı verip vermediği olması gerekirken, bunun yerine iyiniyetli olup olmadığına ilişkin bir kriter konulması*

⁶⁹⁰ Agosi/İngiltere, Başvuru no: 9118/80, Tarih: 24.10.1986, par. 53

yanlıştır".⁶⁹¹ İştirakten sözedilebilmesi için iştirak iradesinin varlığı ve üçüncü kişinin eyleminin nedensel bir değer taşıması gerekir. İştirak iradesi belli bir suçun gerçekleştirilmesinin bilinmesi ve istenmesinin yanı sıra kendi davranışı ile diğerlerinin davranışlarına katkıda bulunup suça katkıda bulunma bilinç ve iradesini gerektirir.⁶⁹² Bunun için de üçüncü kişinin eşyasının suçta kullanılacağını bilmesi ve istemesi gereklidir. Zaten, kasıtlı suça taksirle iştirakin mümkün olmaması da bunu gerektirir. Üçüncü kişi eşyasının suçta kullanılacağını öngörmesine rağmen sonucun gerçekleşmeyeceği inancıyla hareket etmiş olabilir. Ancak bilinçli taksir olarak adlandırılan bu durumda da üçüncü kişide sonucu gerçekleştirme iradesi bulunmadığından kasıtlı bir suça iştirakten yine sözedilemeyecektir.

Kazanç müsaderesi bakımından ise üçüncü kişinin durumu özellik arz etmektedir. Zira, burada üçüncü kişi suçun işlenmesinden sonra malvarlığını kazandığından sorumluluğunun farklı değerlendirilmesi gerekir. Üçüncü kişi, suçtan sonra katkı sağlamak üzere iştirak iradesiyle hareket etmiş ve malvarlığını aklamak veya diğer bir nedenle devralmışsa, zaten iştirak kuralları çerçevesinde sorumlu olacaktır. Bunun dışında hemen her ülke kanununa göre suç eşyasını satın almak veya kabul etmek ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. İlk suça iştirak etmeyen fail, eşyanın suçtan elde edildiğini bilerek almışsa bu suçun faili konumunda olacağından yine sorumlu olacaktır. Geriye kalan son ihtimal ise, üçüncü kişinin malvarlığının suçtan elde edildiğini bilmemesine karşın gerekli dikkat ve özeni gösterseydi bilebilecek olmasına rağmen devralmasıdır. Gerçekten toplumsal ve ticari hayatın karmaşıklığı böylesi sonuçlara yaygın olarak neden olabilmektedir. Ancak sözkonusu riski ortadan kaldırmak amacıyla karşılaştırmalı hukuk düzenlerinde olduğu gibi üçüncü kişiye özel hukuk sorumluluğuna benzer bir yükümlülüğün yüklenmesi ve Amerikan Hukukunda olduğu gibi ihbar sorumluluğu getirilmesi üçüncü kişinin sorumluluğunu genişleterek mülkiyet hakkının ihlaline neden olabilecektir. Kusuru olmayan üçüncü kişinin malvarlığının müsaderesi ceza hukukunun temel ilkelerine ve hukuk devleti ilkesine aykırı olmanın yanı sıra, toplumsal ve ekonomik alanda da olumsuz etkileri olacaktır.⁶⁹³ Ne var ki, hukukumuzda Medeni Kanun hükümlerine

⁶⁹¹ Yıldız, Yargıtay Kararları, s. 145.

⁶⁹² Devrim Aydın, **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, Yetkin, Ankara, 2009, s. 112

⁶⁹³ Hiçbir şekilde suçla ilişkisi olmayan kişinin sahip olduğu eşyanın bir şekilde suçla bağlantılı olması nedeniyle müsaderesi hukuksal sorunların yanı sıra toplumsal ve ekonomik alanda pek çok sorunu beraberinde getirir. Örneğin, kaçak eşyayı bilmeden satın alan kişinin eşyası devlet tarafından müsadere edildiğinde öncelikle elkoyma açısından sıkıntılar doğmaktadır. Elkonulan eşya gümrüğün

gönderme yapılarak, ceza yaptırımını uygulanmasını sonuçlayan bir çeşit özel hukuk sorumluluğu yaratıldığı görülmektedir. Kanaatimizce, sonuncu olasılık bakımından bir ceza hukuku sorumluluğu getirilmek isteniyorsa bunun ancak taksir sorumluluğu şeklinde olabileceğini düşünüyoruz. Nasıl ki, aldığı eşyanın başkasına ait olduğunu bilmeyen kimsenin hırsızlık kastı bulunmamasından sorumlu tutmak mümkün değilse, aldığı eşyanın suç ürünü olduğunu bilmeyen kimseyi de açıkça suç olarak düzenlenmedikçe suç nedeniyle malvarlığı ile sorumlu tutmak da mümkün olmamalıdır.

Üçüncü kişinin mülkiyet hakkının korunmasına yönelik düzenlemelere karşın üçüncü kişinin suça iştirak etmediğinin veya “iyiniyetli olduğunun” sonradan anlaşılması gibi hallerde ise “iade” veya iadenin mümkün olmaması hali için tazminat hükümleri konulmalıdır. Hemen bütün hukuk düzenlerinde bu tür tazminatlar uygulanmaktadır. Örneğin, Alman hukukunda müsadereyi düzenleyen hükümlerden hemen sonra müsadere veya eşyanın *“imhası nedeniyle suça iştirak etmemiş veya ceza benzeri müsadere bakımından kusuru bulunmayan üçüncü kişinin hakkının ortadan kalkması veya eşyanın değerinde bir azalma meydana gelmesi halinde devletin bu zararı tazminle yükümlü olduğu”* açıkça düzenlenmektedir. (Alm.CK, m. 74f)

4. Suç Gelirinin Brüt Olarak Hesaplanması Sorunu

Suçta kullanıldığı veya suça tahsis edildiği için müsaderesine karar verilen eşyanın kendisi niteliğine uygun olarak teslim, sicile kayıt gibi bir işlemle devredilir. Eşyanın müsaderesinin mümkün olmaması halinde ise eşdeğer müsadere eşyanın bedeli üzerinden hesaplanır. Burada temel haklar bakımından bir sorun doğmaz. Kazanç müsaderesi veya imkansızlık halinde karşılık değerinin müsaderesi

gözetiminde atıl hale geldiğinde kayıtlı ekonominin içinde bir veri olan eşyanın ekonomik değeri dışarıya çekilmiş olur, buna kişinin eşya üzerinde yaratmış olduğu artideğerler (örneğin, ticari kullanım nedeniyle ortaya çıkan kar) de dahildir. Ekonomik açıdan diğer bir sorun eşyanın atıl hale gelmesi nedeniyle bakım ve korumasının yapılamaması veya modelinin eskimesi gibi nedenlerle değer kaybına uğraması, hırsızlığa maruz kalması, aracın kaçakçılıkla ilişkilendirilmesi nedeniyle tasfiye sürecinde değerinin düşük olması gibi sonuçlar doğabilmektedir. Bunların hepsi genel ekonomi açısından birer kayıptır. Toplumsal boyuta bakıldığında ise devletin bilgisi dahilinde resmi işlemlerle tesis edilen mülkiyet hakkının yine devlet eliyle alınması ve sonrasında kişinin tazminat amacıyla kaçakçıyı takip etmek durumunda bırakılması adalet duygusunu zedeleyeceği gibi hukuk güvenliğini de ortadan kaldırır. Bkz. Yusuf Yılmaz, *Üçüncü Şahıslarda Bulunup Kaçak Zannıyla Zaptolunan Ve Müsaderesi İstenilen Eşyalara İlişkin Bir Değerlendirme*, Gümrük Dünyası, Temmuz 2002, s.33

bakımından ise müsadere edilecek meblağın hesaplanmasında fail veya failerin gelir elde ettikleri suç nedeniyle yapmış oldukları masrafların kazançlarından düşürülüp düşürülmeyeceği sorunu ortaya çıkar. Örneğin bir uyuşturucu satıcısı 1000 TL'ye sattığı uyuşturucuyu bir başkasından 300 TL'ye almış ve uyuşturucuyu pazarlayabilmek için paketleme ve dağıtım masrafı olarak da 200TL de harcamış olsun. Böyle bir durumda satıcının elde ettiği net 500TL kar mı yoksa satış sonucu eline geçen 1000 TL mi müsadere edilecektir?

Net ilkesi adı verilen ilk seçeneğe göre müsadere edilecek meblağın tesbitinde masraflar kazançtan düşürülürken; brüt ilkesine göre dikkate alınmaz. Almanya'da 1992 yılında -Alm. CK.'nın 73. maddesinin yeniden formüle edilmesiyle- brüt ilkesine geçilerek failin eline geçen tüm malvarlığının müsaderesi yoluna gidilmeye başlanmıştır.⁶⁹⁴ Bir başka deyişle, müsadere edilecek meblağ hesaplanırken, failin yasadışı faaliyetlerden elde etmiş olduğu gelir, bu kazancı elde etmek için yapılan masraflar toplamından düşürülmeksizin müsadere edilir. Müsadere yaptırımına etkinlik kazandırmak amacıyla ortaya konulan brüt ilkesi Almanya, Belçika gibi pek çok ülkede özellikle karapara aklama suçları bakımından yaygın biçimde uygulanmaktadır. Bununla birlikte Avrupa'da suç gelirinin nasıl hesaplanacağı bir başka deyişle net karın mı yoksa tüm gelirin mi müsadereye tabi olacağı konusunda tam bir uyum bulunmamaktadır. İrlanda ve Birleşik Krallık'ta failin masraflarının gelirinden düşmesine izin verilmezken,⁶⁹⁵ Hollanda ve 1997 reformundan beri Avusturya'da net ilkesi uygulanmaktadır.⁶⁹⁶

Uluslararası sözleşmelerde hangi ilkenin benimsenmesi gerektiğiyle ilgili açık düzenleme bir düzenlemeye rastlanmamıştır. Ancak kazanç karşılığı kullanılan proceed veya product kavramlarının içeriğine bakılarak bir yorum yapmak mümkün olabilir. Örneğin, 17 Aralık 1997 tarihli "Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesi"ne göre "ürün" yolsuzluk yapan kişinin işlemde elde ettiği kar, diğer menfaatler ve avantajları,⁶⁹⁷

⁶⁹⁴ Satzger, age, s. 36. Başlarda sadece uyuşturucu suçları bakımından uygulanan genişletilmiş müsaderenin Alman Ceza Kanunu'nun 73.maddesinde genel olarak düzenlenmesi ile itirazlar artmıştır.

⁶⁹⁵ Levi, Reversal, s. 10

⁶⁹⁶ Micheal Kilchling, Tracing, Seizing and Confiscating Proceeds from Corruption (and Other Illegal Conduct) Within or Outside the Criminal Justice System. **European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice**, 2001/9, s. 263-279, s. 353

⁶⁹⁷ 17 Aralık 1997 tarihinde Paris'te imzalanmıştır. Türkiye'nin de aralarında bulunduğu 30 ülke tarafından imzalanan Sözleşme, 15 Şubat 1999 tarihinde yürürlüğe girmiş ve imza atan ülkelerin

27 Aralık 1999 tarihli Yolsuzluğun Önlenmesi Hakkında Avrupa Konseyi Sözleşmesi'ne göre “ürün” suçun işlenmesinden elde edilen bütün ekonomik menfaatleri” ifade etmektedir.⁶⁹⁸ Bu ifadelerden kazancın her türlü geliri kapsayacak biçimde geniş yorumlanmasından sadece net karın müsaderesinin amaçlanmadığı sonucuna varmak mümkündür.

Karşılaştırmalı hukukta da “proceed” kavramı geniş olarak algılanmaktadır. Amerikan hukukunda RICCO yasalaşırken proceed kavramı geniş olarak tanımlanmakla birlikte hangi ilkenin tercih edildiğine yönelik bir belirleme yapılmamıştır. Mahkeme kararları da hala bu konuda muğlaktır, her iki uygulamaya da rastlanmaktadır.⁶⁹⁹ Ancak yargı tarafından geliştirilen kolaylaştırma teorisine göre, suçtan elde edilen gelirin aklanmasını kolaylaştıran malvarlığı “gerçek gelir” olarak müsadere edilir. Örneğin suç gelirinin aklanması amacıyla kullanılan bir banka hesabında bulunan tüm para bu şekilde müsadere edilebilmektedir.⁷⁰⁰ Bu da, kazanç müsaderesine cezai bir karakter kazandırmaktadır.⁷⁰¹

İngiltere Mahkemeleri açıkça brüt hasılatın hesaplanması ve suç ile yapılan masrafların müsadere edilecek gelirden düşürülemeyeceğine karar vermektedir.⁷⁰² İngiltere Mahkemeleri brüt ilkesinin uygulanmasının müsadereyi bir ceza haline dönüştürmemesi gerektiğine işaret etse de, müsaderenin bu geniş niteliği İHAM'ın müsadereyi ceza olarak nitelendirmesinin gerekçesini oluşturmuştur.⁷⁰³

çoğunluğu tarafından onaylanmış bulunmaktadır. Sözleşmenin açıklaması için bkz. Commentaires relatifs à la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, art.3-21, <http://www.oecd.org/fr/investissement/corruptiondanslesmarchesinternationaux/conventioncontrelacorruption/38028103.pdf>

⁶⁹⁸ Sözleşmenin Açıklayıcı Notu, Madde 19/93 için bkz <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/173.htm>, Sözleşme metni için bkz. <http://conventions.coe.int/treaty/fr/Treaties/Html/173.htm>

⁶⁹⁹ Freid, Rationalizing Criminal Forfeiture, s. 386; Stessens, age, s. 52

⁷⁰⁰ Gordon, Prosecutors, Who seizes too much, 744-766

⁷⁰¹ Stessens, age, 55

⁷⁰² Bkz. İngiltere Temyiz Mahkemesinin *R v Smith (Ian)* (1989) 1 WLR 765, 769, *R v May* [2008] UKHL 28 kararı, par 48/1, <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2008/28.html>. *R v Simons* (1993) 98 Cr App R 100, kararında müsadere edilecek tutarın “satıştan elde edilen kar değil, satış fiyatı” olduğu belirtilmiştir. *R v Osei* (1988) 10 Cr App R (S) 289 kararında ise her türlü gelirin hesaba dahil edileceği karar bağlanmıştır. Ayrıca bkz. *R v J* [2001] 1 Cr App R (S) 273; *R v Johannes* [2001] EWCA Crim 2825, [2002] 2 Cr App R (S) 109. In *R v Banks* [1997] 2 Cr App R (S) 110, BAILII: [1996] EWCA Crim 1799, *Regina v Sale* [2013] EWCA Crim 1306; [2013] WLR (D) 304 (<http://cases.iclr.co.uk/Subscr/search.aspx?path=WLR+Dailies%2FWLRD+2011%2FWlrd2013-304>)

⁷⁰³ Welch/UK, par, 33. İngiltere mahkeme, birden fazla uyuşturucu suçunun işlendiği bir olayda ise satıştan elde edilen kazancın, malların alım maliyetini ile toplanmasını, sanığın sadece tek bir kazancı

Diğer pek çok Avrupa ülkesinde de brüt ilkesini uygulanmaktadır. Belçika Parlamentosu ve mahkemeleri⁷⁰⁴ açıkça brüt ilkesini tercih etmektedirler. İsviçre Yüksek Mahkemesi'nin⁷⁰⁵ açıkça brüt ilkesinin uygulanması gerektiği yönündeki kararlarına karşın ilk derece mahkemelerinin zaman zaman suçlulara masraflarını gelirlerinden düşürme imkanı verdiği rastlanmaktadır.⁷⁰⁶ İtalya da brüt ilkesini uygulayan ülkelerdendir.⁷⁰⁷ Hollanda'da ise müsadere edilecek gerçek meblağı belirlemek amacıyla masrafların suç gelirinden düşürülmesi kabul edilmektedir.⁷⁰⁸

Hukukumuzda kazancın hesabına yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konunun ne öğretisi ne de Yargıtay kararlarında tartışma konusu olarak görülmediğini de belirtmeliyiz. Uygulamada ise herhangi bir ayırım yapılmaksızın ele geçirilen ve suçla bağlantısı bulunan maddi menfaatin tümünün müsadere edildiği bilinmektedir. Yargıtay'ın, fazla fiyatla gazyacağı satılması halinde, sadece elde edilen karın değil, fazla fiyatla satılan gazyacağı bedeli ile mevcut gazyacağının birlikte müsadere edilmesi gerektiği yönündeki bir kararı brüt ilkesi uygulamasına örnek olarak gösterilebilir.⁷⁰⁹

Suçluların gelir elde etmek amacıyla suç işledikleri düşünüldüğünde gelirin geniş tanımlanması veya brüt gelir ilkesi ilk bakışta adilane gözükmemektedir. Brüt ilkesinin özellikle çevre suçlarıyla mücadelede etkinliği artırdığı da bilinmektedir. Örneğin Alman hukukunda bir kuruluşun belirli bir lisansla çalışma zorunluluğu bulunmasına karşın lisanssız olarak üretim sonuçlandığında herhangi bir ayırım yapılmaksızın bütün satış geliri müsadere edilmektedir. Örneğin bir çimento fabrikasının lisans dışı generatörler kullanarak yapmış olduğu yasal üretimi sonucunda elde ettiği gelir, masraflar düşürülmeksizin müsadere edilebilmektedir. "Kimse kendi kusurlu ve hukuka aykırı davranışı sonucunda bir hak iddia edemez" anlayışı gereğince de müsadereye tabi kazancın brüt kazanç olması gerektiği iddia

varken iki farklı tahsilatı varmış gibi muamele edilmesini haksız bulmuştur. Bkz. Gren (2007) EWCA Crim 1248, Ormerod/Hooper, age, s. 204.

⁷⁰⁴ Doc.Parl., Chambre, 1989– 90, 987/1, 5; Belgian Supreme Court, judgment of 18 February, Proce & Bewijs (1998), 75

⁷⁰⁵ Swiss Supreme Court: ATF 97 IV 252; ATF 100 IV 264; ATF 101 IV 363 and ATF 103 IV 143.

⁷⁰⁶ Swiss Supreme Court: ATF 97 IV 252; ATF 100 IV 264; ATF 101 IV 363 and ATF 103 IV 143. Bkz. J. Gauthier, "Quelques aspects de la confiscation selon l'article 58 du Code pénal suisse", in *Lebendiges Strafrecht. Festgabe zum 65. Geburtstag Hans Schultz*, H. Walder and S. Trechsel, (Berne: Revue Pénal Suisse/Verlag Stämpfli, 1977), p. 375

⁷⁰⁷ Kilchling, age, s. 263-279

⁷⁰⁸ Stessens, age, s. 53

⁷⁰⁹ Y4CD, 11.11.1980, 6244/6258 (Çağlayan, age, s. 323).

edilebilir. Failin suç işlemek için yapmış olduğu masrafların geri verilmesi kabul edilemez.⁷¹⁰ Brüt ilkesini savunanlara göre, müsadere bir ceza olarak, yasal ve vergiye tabi ekonomik faaliyetlere uygulanan finansal tedbirlerden farklı niteliktedir. Bu nedenle yasadışı işler için değil ancak kayıtdışı olmayan faaliyetler bakımından masrafların düşürülmesi mantıklı ve makbuldür. Üstelik, gelir elde edilen suçların yurtdışında işlenmesi halinde, masrafların düşürülmesine olanak tanınmasının ispata ilişkin başa çıkılmaz sorunlar doğuracağı da ileri sürülmektedir.

Ne var ki, bu görüş iki nedenle ikna edici bulunmamaktadır. Birincisi, bazı yerlerde yasadışı faaliyetler de vergilendirilmektedir. Zira, beyaz yaka suçları olarak adlandırılan suçlar genellikle yasal görünüm altında yürütülmektedir. İkinci olarak çevre vergisi gibi bazı vergiler kısmen de olsa eski hale getirmeyi amaçlamaktadır. Bu durumlarda, yasal faaliyetlerle, suç teşkil eden eylemler arasındaki fark topluma verilen zararın derecesi bakımından ortaya çıkmaktadır. Yasal ekonomik faaliyetlerin zararlı sonuçları getirilerini aşmazken; elbette ki suçlar bakımından tersi doğrudur.⁷¹¹

İspat zorluğuna yönelik düşünceler de haklılık payı bulunmakla birlikte, böyle bir durumda malvarlığı müsadere edilme riski altında olan kişi yapmış olduğu masrafları ispatlamak durumunda kalacağından, çok gerçekçi itiraz nedenleri olmayacaktır. Stessens'a göre brüt ilkesinin uygulanmaması gereğinin asıl nedeni müsaderenin doğası ve amacıyla bağdaşmamasıdır. Gerçekten, kazanç müsaderesinin amacı suçluların ekonomik yarar elde etmesini önlemektir. Bu amaç göz önünde bulundurulduğunda, net gelirin müsaderesi yeterli olmalıdır. Bu, suçluların ekonomik yaptırımlara tabi olmaması anlamına gelmemektedir. Ancak müsaderenin işlevi ekonomik cezalardan farklıdır, faile net gelirden daha fazla bir yük getirilmek isteniyorsa bu, para cezaları ile yapılmalıdır.

Brüt ilkesinin olumsuz etkisi için şöyle bir örnek düşünülebilir:⁷¹² Beyaz yaka suçları genellikle yasal ekonomik faaliyetlerin yürütülmesi sırasında yasadışı araçların kullanılması suretiyle işlenmektedir. Brüt ilkesi uygulandığında, beyaz yaka suçunu işleyen failin elde etmiş olduğu gelirden daha önce ödemiş olduğu vergilerin indirilmemesi halinde bu kişilere uygulanacak müsadere yaptırımını, suçu meslek

⁷¹⁰ Onur Özcan, *Şirketler*, s. 175-176. "Bu gerekçe, her ne kadar hukukun genel ilkelerine uygun gibi de gözükse, müsadereye tabi kazancın bir emniyet tedbiri olarak müsadere edildiği göz önünde tutulursa, kişiden suç işlemek için yapmış olduğu masrafları istemek bir ceza niteliğinde olacağından, kanaatimizce kazanç müsaderesinde, sadece net kazanç müsadere edilebilecektir."

⁷¹¹ Stessens, *age*, s. 53

⁷¹² Stessens, *age*, s. 54.

haline getirmiş ve hiç vergi vs. ödememiş kişilere uygulanacak müsadere den çok daha ağır bir sonuç doğurmuş olur.⁷¹³ Nitekim çıkar amaçlı suç örgütleri genellikle yasal bir pazarda faaliyet göstermektedirler.⁷¹⁴

Özetle, konu insan hakları bakımından ele alındığında, brüt ilkesinin doğuracağı sonuçların mülkiyet hakkını ihlal edeceğini düşünmekteyiz. Zira, brüt ilkesi gereğince hesaptan düşülmeyen harcamaları oluşturan malvarlığı, somut olayda hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş dahi olsa müsadere edilebilecektir. Alman Ceza Kanunu'nda yer alan genişletilmiş müsadere örneğinde olduğu gibi brüt ilkesinin uygulanması, hükümlüye elde ettiği kazançtan öte ek bir yükümlülük getirmektedir.⁷¹⁵ Burada ispat gücü bulunsa da hukuka uygun yollardan elde edilmiş olan malvarlığının müsadere için haklı bir gerekçe oluşturmayacaktır. Bu durum mülkiyet hakkının ihlaline neden olduğu kadar bir kimsenin hukuka aykırı olmayan faaliyetlerinden elde etmiş olduğu malvarlığının müsadere sine neden olacağından kusur sorumluluğuna da aykırı düşmektedir.

C. Suçsuzluk Karinesi Bağlamında Müsadere

1. Genel Olarak

Ceza muhakemesinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacı ve resen araştırma ilkesi gereğince ispat yükü iddia makamına aittir. İspat yükünün aidiyetine ilişkin farklı görüşler bulunsa da bizim de katıldığımız görüşe göre ceza muhakemesinde sanığın üzerinde bir ispat yükü olmamakla birlikte, iddia makamının sanığa atılı suçu ispat yükü vardır.⁷¹⁶ Ceza mahkemesinin re'sen araştırma

⁷¹³ Böyle bir durum United States v. Lizza Industries, davasında gerçekleşmiştir. ((USCA, No. 985, 1067, (1986)). http://www.leagle.com/decision/19851267775F2d492_11195 (Erişim Tarihi: 20.09.2011)

⁷¹⁴ Verbruggen, age, s. 337.

⁷¹⁵ Erman, konuyu Alman Anayasası'nın 14. maddesi bakımından anayasal malvarlığı güvencesine aykırılık başlığı altında incelemektedir. Bunun ayrıca müsadere nin tedbir niteliği ile çeliştiği ve onu fer'i cezaya dönüştürdüğü konusunda bkz. Erman B., Almanya, s. 271.

⁷¹⁶ Süheyl Donay, "İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku", **İÜHF Yayınları**, No:647, 1982, s. 114; Ali Kemal Yıldız, **Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi**, İstanbul Üniversitesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2002 s. 237. Bazı yazarlara göre ceza muhakemesi maddi gerçeğin araştırılmasını amaçladığından ispat yükünün dağılımı söz konusu değildir. (Erdener Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, İstanbul, Beta, 2007, s. 270) Benzer bir görüşe göre de, sanığa susma hakkı tanıyan bir hukuk düzeninde ispat yükünden sözedilmesi

yükümlülüğünün bulunması, isnad edilen suçun ispatlanması gereğini ve ispat yükünün iddia makamına ve mahkemeye ait olduğu sonucunu değiştirmez.^{717 718} Bir suçtan dolayı kovuşturulan kişinin suçluluğu ispatlanıp mahkeme kararıyla sabit olmadıkça suçlu sayılamaz. Buna suçsuzluk karinesi denilmektedir.⁷¹⁹ İlk olarak 1789 tarihli Fransız Yurttaş Hakları Bildirgesinde yer alan ilke bugün anayasalarda ve temel haklara ilişkin bütün belgelerde insan haklarından biri olmak üzere yer almaktadır. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin de belirttiği gibi bir kimsenin suçunun her türlü makul şüphenin ötesinde ispatlanması anayasal bir gerekliliktir.⁷²⁰ 1982 Anayasası'nın 38. maddesinin 4. fıkrasına göre de "Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz".

Suçsuzluk karinesi, kendisine suç isnat edilen bir kişinin hakkında adil bir yargılama sonucu hüküm verilinceye kadar suçlu sayılmaması gerektiğini kabul eden bir sanık hakkıdır.⁷²¹ Karine, sanığın kendisine yapılan isnadı ispat ile yükümlü tutulmamasını gerektirir, dolayısıyla "susma hakkı"nın da dayanağını oluşturur.

olanaksızdır. (Öztürk/Erdem/Özbek, Ceza Muhakemesi, s. 346; Veli Özer Özbek/M. Nihat Kambur/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011, s. 585.)

⁷¹⁷ Yıldız, Ceza Muhakemesi, s. 238. Öğretide, ispat yükü sorununun olduğunu kabul eden bazı yazarlara göre ise ispat yükü sadece savcılığa aittir. Bu görüşler için bkz. Metin Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat**, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s. 160. Öztürk Tosun, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, İstanbul 1984, c. 1, s. 303 vd.; Doğan Soyaslan, **Ceza Muhakemeleri Usulü Hukuku**, 3. Basım, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007. Soyaslan'a göre davanın müdahil tarafı varsa ispat yükü savcıyla müdahile aittir. Yazar, -bugün yürürlükte olmayan- şahsi davanın sözkonusu olması halinde de ispat yükünün şahsi davacıya ait olduğunu belirtmiştir.

⁷¹⁸ Bu kuralın istisnaları vardır: bazı durumlarda bir olayın doğruluğu önceden soyut olarak kabul edilmiş olabilir. Örneğin, bazı hallerde aksi ispatlanıncaya kadar geçerli olan belgelerin sahte olduğunu iddia eden ispatla yükümlü olmaktadır. Hakaret suçunda da isnat olunan maddenin doğruluğunu isbatı bunu iddia edene aittir. Yıldız, Ceza Muhakemesi, s. 236; Ayşe Nuhoğlu/Feridun Yenisey/Nurullah Kunter, **Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınları, 2010, s. 1342.

⁷¹⁹ Sulhi Dönmezer, Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler, **Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan**, İstanbul 1998, s. 67; Nuhoğlu/Yenisey/Kunter ve Feyzioğlu'nun belirttiği gibi "masumiyet" yerine "suçsuzluk" karinesi kavramının kullanılması ile henüz mahkum olmamış kişi suçlu sayılmadığından cezalandırılmayacağı belirtilmiş, hem de sanık iken hakkında bazı yargılama tedbirlerinin alınmasının nedeni açıklanmış olmaktadır. Nuhoğlu/Yenisey/Kunter, Muhakeme, s. 27; Metin Feyzioğlu, "Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 48, Sayı 1-4, Yıl 1999, s. 138.

⁷²⁰ In re Winship, 397 U.S. 357, 362 (1970). United States v. Salerno, 481 U.S. 739, 763 (1987) (Marshall, J., dissenting); Addington v. Texas, 441 U.S. 418, 423-24 (1979). Kararlar için bkz. Marc B. Stahl, Asset Forfeiture, Burdens Of Proof And The War On Drugs, **The Journal Of Criminal Law And Criminology**, Vol. 83, No. 2 (Summer, 1992), s. 274-337

⁷²¹ Pınar Memiş, **Adil Yargılanma Hakkının unsuru Olarak Masumiyet Karinesi**, Galatasaray Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ocak 2003, s. 4

Ayrıca isnadın yeterli deliller ile kanıtlanmaması halinde “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi, suçsuzluk karinesinin bir parçasıdır.⁷²²

Bununla birlikte günümüzde ceza muhakemesi hukuku alanında yaşanan ispat güçlükleri nedeniyle suçsuzluk karinesinin esnetilmeye başlandığı görülmektedir. Özellikle suç örgütlerinin malvarlıklarını gizlemek amacıyla başka formlara kolaylıkla dönüştürmeleri, bankacılık sistemi ile başka ülkelerdeki başka isimler adına hesaplara göndermeleri veya aklama yoluyla yasal sisteme dahil edip izini kaybettirmeleri çok kolay hale gelmiştir. Aklama fiillerinin, esasında yasal işlemler olması ve suçu diğer yasal işlemlerden ayırt edici unsurun, işleme tabi tutulan malvarlığının suç oluşturan kökenini gizleme amacı olması nedeniyle ispatı büyük güçlük arz etmektedir. Bu zorluk, aklamaya konu gelirin elde edildiği öncü suçların çoğunlukla aklama suçunun işlendiği ülkeden farklı ülkelerde işlenmesinden kaynaklanmaktadır. Özetle aklama suçunun karmaşık yapısı, bizzat kendisinin bir önsuçun üzerine kurulu olmasının ispat sorunlarına neden olduğu bilinmektedir.⁷²³ İşte bu güçlükleri ortadan kaldırarak suçlulukla mücadele amacıyla belirli koşullarla, ispat yükü iddia makamından alınarak sanığa yükletilmeye çalışılmaktadır. İspat yükünün sanığa yükletilmesi kanunda karineler düzenlemek yoluyla yapılmaktadır. Böylelikle ispat yükü tersine çevrilmekte, sanık veya sanıklar aklama suçunun konusu olan malvarlığı değerinin kökeninin meşru olmadığını bilmediklerini ispatlayamamaları halinde mahkum dahi olabilmektedirler.⁷²⁴

Hukukumuzda, 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu, daha sonra 5020 sayılı Bankacılık Kanununu Değiştiren Kanun ve nihayet yeni Bankacılık Kanunu ispat yükünü tersine çevirmiştir.⁷²⁵ 3628 sayılı Kanun’un 13. maddesi haksız mal edinme suçunu düzenlemekte olup 4. maddeye göre “*Kanuna veya genel ahlaka uygun olarak sağlandığı ispat edilmeyen mallar veya ilgilinin sosyal yaşantısı bakımından geliriyle uygun olduğu kabul edilemeyecek harcamalar şeklinde ortaya çıkan artışlar, bu Kanunun uygulanmasında haksız mal edinme sayılır*”. 4. ve 13. maddeler bu suç bakımından ispat külfeti getirmesi ve sanığın susma hakkını elinden alması nedeni ile

⁷²² Dönmezer, Suçsuzluk, s. 67, Memiş, age, s. 2

⁷²³ Kocasakal, Karapara, s. 221.

⁷²⁴ Kocasakal, Karapara, s. 221 vd.

⁷²⁵ Öztürk/Erdem, age, s. 346.

suçsuzluk karinesine aykırıdır.⁷²⁶ Söz konusu hükmün gerekçesi “kamu görevlileri tarafından gerçekleştirilen yolsuzluklarla mücadele” olarak açıklanmıştır. Ne var ki, gerek genel olarak suçla gerekse yolsuzlukla mücadele etmek, sanığa ispat yükü getirilmesini haklı kılmaz. Bunun yerine önleyici tedbirlere ve ispat bakımından hukuka uygun delil elde etme yöntemlerine başvurmak gerekir. Yine, 4389 sayılı mülga Bankalar Kanunu’na 2003 yılında eklenen 9 uncu maddenin 1.fikrasının (b) bendindeki “*Mal bildiriminde bulunması gerekenlerin, bildirimde belirtmedikleri veya gerçeğe aykırı olarak bildirdikleri her türlü taşınır ve taşınmaz mal, hak ve alacak, gelir ve harcamalar da haksız mal edinme hükümlerine tâbidir. Haksız mal edinmediğini ispat edene bu hüküm uygulanmaz.*” şeklindeki düzenleme benzer niteliktedir. Nihayet 5411 sayılı yeni Bankacılık Kanunu’nun geçici 11. maddesi aynı hükmü barındırmaktadır. Bunlar dışında öğretide “durum suçları”, “şüphe suçları” veya “hareketsiz suç”⁷²⁷ olarak adlandırılan 765 sayılı TCK’nın 135/2 ve 578. maddelerinde yazılı belirli suçlardan daha önce mahkumiyeti olan bir kimsenin üzerinde durumuyla bağdaşmayan para veya eşya bulunması halinde bunların meşruiyetini ispatlaması aranmakta, aksi halde cezalandırılmakta idi. Ceza hukukunun temel ilkesi olan kusur ilkesi ile suçsuzluk karinesine açıkça aykırı olan bu hükümlerin karşılığı yeni ceza kanununda bulunmamaktadır.⁷²⁸

Bütün bu ve benzeri hükümler, sanığın suçu işleyip işlemediğinin ispatı konusundaki zorlukları ortadan kaldırmak için ispat yükünü tersine çeviren ve suçsuzluk karinesine aykırılık oluşturan hükümlerdir. Aynı eğilimin müsadere alanına yansımaları aşağıda ayrıca açıklanacaktır.

Ayrıca suçsuzluk karinesi bakımından sorun olarak tespit ettiğimiz, suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın müsadere ile failin ölümü halinde müsadere uygulamalarına da aşağıda kısaca yer verilecektir.

⁷²⁶ Dönmezer, Suçsuzluk, s. 67.

⁷²⁷ Bu suçlar hakkında geniş bilgi için bkz. Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, cilt 1, 14. Basım, İstanbul, 1997, s378 vd; Dönmezer, Suçsuzluk, s. 72; Ünver, Ceza Hukukunda, s. 148 vd.

⁷²⁸ Benzer bir hüküm 1918 sayılı mülga Kaçakçılığın Men ve Takibine dair kanunun Ek 2. Maddesinin 2. bendinde yer almakta idi. “*Emniyet bölgelerinde istihsal, imal veya sair surtlerle tedarik edilmiş olan yahut gerekli izin verilmiş bulunan mallar elden çıkarılmış olsa dahi, bunların istihlak, istimal ve satış gibi suretlerle sarf mahallerini, talepte bildirilecek müddet içerisinde izah ve ispat edemeyenler için bir seneden beş seneye kadar hapis ve kaçağa sarf edilmiş sayılan şeylerin rayic değeri miktarınca, değer tesbiti mümkün olmayan hallerde onbin liradan aşağı olmamak üzere ağır para cezası ile cezalandırılırlar*”.

2. Malvarlığının Suçtan Elde Edildiği Konusunda İspat Yükünün Tersine Çevrilmesi Sorunu

a. Genel Olarak

Örgütlü suçluluğun ispatındaki zorluklara paralel biçimde malvarlığının suçtan elde edildiğinin ispatındaki güçlükler de kanunlarda belirli koşullarla karineler yaratılması eğilimine neden olmuştur. Bu eğilimin uluslararası alanda kuvvetli biçimde kendini göstermektedir. Birleşmiş Milletler Viyana Sözleşmesi'nin 5. maddesinin 7.fikrası açıkça ispat yükünün tersine çevrilmesi imkanını devletlere tanımaktadır.⁷²⁹ *“Her bir Taraf, müsadereye tabi olabileceği ileri sürülen kazançların veya diğer malvarlıklarının yasal kaynağına ilişkin olarak, iç hukukunun ilkelerine ve adil yargılama ve diğer usullerine uygun ölçüler içinde, ispat yükümlülüğünün değiştirilmesini kararlaştırabilecektir”*. Benzer şekilde BM Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi'nin 31/8 maddesine göre *“Taraf Devletler, iç hukukunun temel ilkeleriyle ve yargılama ve diğer işlemlerin özünü uyumlu olduğu ölçüde, bir sanığın, iddia edilen suç gelirinin veya müsadereye tâbi diğer malvarlığının meşru kaynağını göstermeye zorunlu kılınması olasılığını değerlendirebilirler.”* Uluslararası Uyuşturucu Maddelerin Denetim Örgütü 1995 tarihli raporunda ve diğer benzer belgelerde de müsaderenin konusunu oluşturan malvarlığının kökeninin meşruluğu konusunda ispat yükünün tersine çevrilmesine ilişkin hükümler bulunmaktadır. Görüldüğü gibi ispat yükünün tersine çevrilebilmesine imkan tanıyan uluslararası belgeler, adil yargılanma hakkının gözetilmesini şart koşturmaktadırlar.

AIDP'nin 16.Kongresi'nde ise ispat yükü ile ilgili olarak, kural olarak malvarlıklarının müsaderesi için failin sabit olan suçundan elde edildiğinin tam olarak ispatlanması gerekeceği; ancak bir kuruluşun mahkemece suç örgütü olduğuna karar verilmesi halinde, malvarlığının sahibi onları meşru yollardan elde ettiğini kanıtlayabilirse bunların müsadere edilebilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.⁷³⁰ Tüzel kişinin malları, temsilcilerinin bunların suçtan elde edildiklerinin veya uygun

⁷²⁹<http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/yedek/b2-sozlesmeler/sozlesmeler/01birlesmismilletlersozlesmeleri/10uyus1988.doc>

⁷³⁰ Cuesta, Resolutions, s. 178.

bir ödeme yapılmaksızın kazanıldıklarının bilincinde olmaları halinde de müsadere edilir (8. madde). AIDP'ye göre suçtan kaynaklandığı mahkeme kararıyla sabit olan varlıkların kime ait oldukları belirlenemese de müsaderesi mümkün olmalıdır. Meşru sahibinin hakkını ispatlaması durumunda ise iade edilmelidir (9. madde).

Birçok ülke mevzuatında da suçla gelir arasındaki bağlantıyı kurmak bakımından karinelere başvurulduğu görülmektedir. Örn; 2000 tarihli Bahamalar Suç Gelirleri Kanunu'nun 43(3)(b) maddesine göre sanığın hâkimiyetinde veya kontrolünde olan malvarlığının suçtan elde edildiğine dair karine öngörülmüştür. Mahkeme, sanığın suçun işlenmesinden sonraki malvarlığının öncekinden fazla olması halinde karine olarak aradaki farkın suç geliri olduğu sonucuna ulaşabilmektedir.⁷³¹ Keyman Adalarında, uyuşturucu suçları bakımından düzenlenen bir karineye göre mahkeme, mahkumiyete karar verildiği sırada veya uyuşturucu ticareti nedeniyle soruşturmanın başlatılmasından geriye dönük olarak altı yıl içinde edinilmiş olan malvarlığının bu suçtan elde edildiğini varsayabilecektir (2000 tarihli Uyuşturucu Kanun m. 33(2)(a)). Kanun, benzer şekilde son altı yıl içinde yapılan harcamaların da bu amaçla yapıldığı karinesini öngörmektedir(33(2)(b)). Bu karinelere sayesinde mahkeme, müsaderenin kapsamını belirlerken, sanığın hüküm giydiği suçlardan hasıl olan gelirlerle sınırlı kalmaksızın, benzer hukuka aykırı eylemlerini de göz önünde bulunduracaktır. Oysa böyle düzenlemeler bulunmasa, sanık suçu meslek haline getirmiş dahi olsa, hakkında ayrıca hüküm verilmeyen eylemler bakımından mahkeme müsadere kararı veremeyecektir.

Karşılaştırmalı hukukta en göze çarpıcı örnek İngiltere hukukundaki "criminal lifestyle" adı verilen sanığın suçu yaşam tarzı haline getirdiğinin kabulü ile malvarlığını da bundan sağladığı yönündeki kanuni karinedir. Ceza mahkemesi müsadere kararı verirken sanığın suçu yaşam tarzı haline getirip getirmediğini araştırmak durumundadır. Bunun için öncelikli koşul suçtan elde edilen gelirin toplamda en az 5000 sterlin tutarında olmasıdır (POCA 75(2)). Buna ek olarak kanunda düzenlenen üç durumdan birinin varlığı aranır: birincisi, dava konusu suçun POCA'nın 2. tablosunda yer alan suçlardan biri olması (örneğin, uyuşturucu ticareti, kalpazanlık, insan ticareti), ikincisi sanığın işlediği suçun sürmekte olan cezai faaliyetlerin bir parçası olduğunun anlaşılması, üçüncüsü ise suçun en az altı aydır işlenmekte olan ve failin menfaat elde ettiği bir suç olmasıdır. Bu koşulların

⁷³¹ Shazeeda, age, s. 83

gerçekleşmesi ile sanığın “suçu yaşam tarzı haline” getirdiği kabul edildiğinde, müsadere son 6 yıl içindeki bütün cezai davranışları kapsamaktadır. Ancak düzenlemenin gerekçesinde bu tür bir karinenin zorunlu olmadığı ifade edilmektedir. Buna göre hakim koşulları gerçekleştiği takdirde bu karineye başvurabilecekken, karinenin yanlış olduğu veya ciddi biçimde adaletsiz bir sonuca yol açacağı kanıtlandığında karineler uygulanamayacaktır. Mahkemenin herhangi bir nedenle karineye başvurmadığı durumda karinelerin yardımı olmaksızın failin suçtan nemalandığının ve bunun miktarının saptanması gerekir. Bir başka deyişle karinenin uygulanmasının takdiri olduğu söylenebilir.⁷³²

İngiltere’de ispat yükünün tersine çevrildiği başka bir durum üçüncü kişi bakımındandır. Eşya sahibi, kendisinin iyiniyetli olduğunu, yani, failin eşyayı bulundurmasına rıza göstermediğini veya eşyanın bir suçta kullanıldığını bilmediğini veya eşyanın bu şekilde kullanılacağı hakkında makul bir şüphesinin dahi olmadığını ispatla yükümlüdür.⁷³³ Müsadere sonucunda hakkının ihlal edildiğini ileri süren üçüncü kişiler iade veya tazmin için mahkemeye başvurabilirler. Bu iddia öncelikli ve müsadere davasından bağımsız olarak ele alınır.

Almanya’da 22 Eylül 1992’de yürürlüğe konulan Organize Suçlarla Mücadele Kanunu kapsamında ceza kanununa eklenen 73d maddesi genişletilmiş müsadere uygulamasını öngörmektedir. Genişletilmiş müsadere ile asıl müsadere yaptırımına göre, daha geniş malvarlığı değerlerinin daha kolay bir yoldan müsadere edilmesini sağlayarak yaptırıma etkinlik kazandırmak amaçlanmıştır. Nitekim 1992 yılından önce müsadere, gerek müsadere edilecek malvarlığı değerlerinin gayrimeşru kökeninin ispatındaki zorluklar gerekse sadece net kazançların hesaplanması nedeniyle yeterli uygulama alanı bulamamıştır.⁷³⁴ Genişletilmiş müsadere, suçtan elde edilen malvarlığı değerlerinin hesaplanmasında net kazanç yerine brüt kazancın hesaplanması sözkonusudur. Bir başka deyişle, müsadere edilecek meblağ hesaplanırken, failin yasadışı faaliyetlerden elde etmiş olduğu gelir, bu kazancı elde etmek için yapılan masraflar toplamından düşürülmeksizin müsadere edilir. Ayrıca genişletilmiş müsadere, klasik müsadereye farklı olarak ispat yükünü de tersine

⁷³²Maddenin açıklayıcı notunda eski mevzuatta öngörülen benzer karinelerin uyuşturucu suçları bakımından zorunlu diğer suçlar bakımından ise ihtiyari olduğu vurgulanmıştır. 10. Maddenin “açıklayıcı notu” için (madde 28)bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/29/notes/division/5/2/1/5>

⁷³³ Ormerod/Hooper, age, s. 185.

⁷³⁴ Kathoolnigg, s. 354 (nakleden Erman B., Almanya, s. 268)

çevirmektedir. Bochum Eyalet Mahkemesi'nin verdiği bir kararda uyuşturucu ticaretinden yargılanan bir sanığın, yargılamanın konusunu oluşturan eylemden bir kazancının olmadığını, ancak uyuşturucu ticaretinin bu kişinin meşgalesi olduğunu saptamıştır. Hayli düşük görünen ortalama gelirini gözönüne alan mahkeme sanığın banka hesabında bulunan 42.520,18 DM'lik meblağın uyuşturucu ticaretinden kazanıldığına kanaat getirmiş, bu meblağın genişletilmiş müsadere uygulamasıyla failden alınmasına karar vermiştir.⁷³⁵ Bu maddeye göre hukuka aykırı bir fiilin işlenmesinden dolayı faile veya şerike ait nesnelere müsadere edilmesi, sözkonusu fiille irtibatın bulunmamasına karşın “bu nesnelere hukuka aykırı (başka) fiiller için veya bu fiillerin işlenmesi neticesinde elde edildiğinin kabulünü haklı kılacak durumların mevcudiyeti halinde de mümkündür.”⁷³⁶ Bir başka deyişle mahkemede müsaderesi talep edilen malvarlığının yargılama konusu suçtan elde edildiği kanıtlanamamakla birlikte yargılama konusu dışında herhangi bir suçtan elde edildiği kanaatini haklı kılacak bir neden varsa, genişletilmiş kazanç müsaderesi uygulanmaktadır. Bu da genişletilmiş müsadereyi tedbirden ziyade bir cezaya dönüştürmektedir.⁷³⁷ Bu uygulama suçtan zarar görenlerin tazminat haklarının dahi dikkate alınmasını engelleyecek derecede geniştir.⁷³⁸

Suç örgütleri bakımından karinelerin varlığı daha da dikkat çekicidir. İsviçre Ceza Kanunu'nda suç örgütlerinin malvarlığının müsaderesini düzenleyen hükme göre bir suç örgütünün tasarruf yetkisinde bulunan tüm malvarlığı müsadereye tabidir. 260ter maddesine göre suç örgütüne katılan veya destekleyen kişilerin malvarlığı da, aksi ispatlanıncaya kadar örgütün tasarruf yetkisindeki malvarlığı olarak kabul edilir (İsv. C.K. 72. madde).⁷³⁹ Avusturya Ceza Kanunu'na göre de kazancın belli bir suçla ilişkilendirilememesi halinde, sürekli veya mükerrer olarak suç işleyen kişiler bakımından ispat yükü kısmen tersine çevrilerek kazancın suçtan

⁷³⁵ Erman B., Almanya, s. 270.

⁷³⁶ Satzger, age, s. 37.

⁷³⁷ Nitekim Sözüer genişletilmiş müsadere için “ceza benzeri müsadere” kavramını kullanmaktadır. Bkz. Sözüer, Organize, s.222

⁷³⁸ Maddenin gerekçesinin açıklandığı hükümet tasarısında “yeni düzenleme, kovuşturulan kaynak fiil ile müsadere konusu olan nesne arasındaki doğrudan bağlantının kaldırılmış olmasından dolayı ister istemez bazı kısmi alanlarda yürürlükteki kazanç müsaderesi sisteminden ayrılmaktadır. Zira hukuka aykırı fiillerden elde edildiklerinin kabul edilmesinin haklı görülmesi gereken müsadere nesnelere arasında, üzerlerinde suçtan zarar gören üçüncü kişilerin tazminat haklarının bulunduğu nesnelere de yer alabilir.” Satzger, age, s. 37.

⁷³⁹ Öğretide bu tür müsaderenin önleme amaçlı olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Madeleine Hirsig-Vouilloz, Le Nouveau Droit, s. 1378.

elde edildiği kabul edilmekte ve kazanç müsadere edilmektedir (Avus. C.K m. 20/2). Bir suç örgütüne veya terör örgütüne mensup kişilerin elde ettikleri kazanç da, bu kazancın meşruiyetinin inandırıcı olmaması ve suçtan elde edildiğinin açıkça varsayılabileceği hallerde müsadere edilir (Avus. C.K. m.20/3).

İtalya’da 7 Ağustos 1992 tarih ve 356/92 sayılı Kanunun 12quinquies maddesinde, uyuşturucu madde suçları, örgütlü suç ve aklama suçları bakımından ispat yükünün tersine çevrildiği görülmektedir.⁷⁴⁰ Buna göre bir kimse sözkonusu suçlardan birinden mahkum olduğunda, elinde bulunan para, mal ve değerlerin kaynağını açıklayamadığı ve malvarlığının kişinin geliri veya ekonomik faaliyeti ile orantılı bulunmadığı takdirde müsadere zorunludur. Bu halde, malvarlığının suçtan doğrudan veya dolaylı olarak kaynaklandığını ispatlamak gerekli değildir. Üçüncü kişilere ait olanlar hariç olmak üzere mahkum olan kişi malvarlığının kaynağını ispatlayamadığı halde müsadere edilir.⁷⁴¹

Belçika Ceza Kanunu’nun 43 quarter maddesi,⁷⁴² belirli suçlardan dolayı mahkum olan fail ve şeriklerin suçlanmalarından geriye doğru son 5 yıl içinde edinmiş oldukları malvarlığı değerlerinin de müsadere edilebilmesine olanak tanımaktadır.⁷⁴³ Buna göre müsadereye tabi malvarlığı değerleri veya bunların yerine ikame olunan mal ve değerler ile bu değerlerin yatırımından kaynaklanan gelirleri, malvarlığında veya zilyetliğinde bulunduran kişinin maddede sayılan belirli suçlardan mahkum olması halinde, savcılığın talebi üzerine müsadere edebileceği gibi, hakim bunların değerine karşılık geldiğini tahmin ettiği belirli bir meblağı ödemesine de hükmedebilir.

Sözkonusu karineler, öncelikle iddia makamını her bir eşya veya malvarlığı ile suç arasında bağlantı kurma zorunluluğundan kurtaracağı için savunulmaktadır. Bu görüşte olanlara göre sanığın tüm malvarlığının gayrimeşru yollardan elde edildiği varsayımının kabulü, sanığın bunların gayrimeşru kaynağını gizleyerek kazançlarını aklamasını engellemek için girişeceği çabaları önleme imkanı

⁷⁴⁰ İtalya’da öğreti mafya ile mücadele eden hakimler Giovanni Falcone ve Paolo Borsellino’nun 1992 yılında öldürülmesine karşı bu hükmün anayasaya aykırılığı konusunda hem fikirdiler. Paoli Letizia, s. 269

⁷⁴¹ İtalya’da ceza yargılaması dışındaki müsadere usulünde kanuni karine için bkz. Yukarıda “İtalya”

⁷⁴² 43quarter maddesi L 2002-12-19/86 sayılı kanunun 4.maddesi uyarınca 24.02.2003 tarihinde yürürlüğe konulmuştur.

⁷⁴³ Roggen/Kuty/Moreau/ Discepoli, age, s. 4. Belçika Yüksek Mahkemesi bu yöndeki bir kararı Belgian Supreme Court, Judgement of 18 February 1998, *Proces & Bewijs* (1998).

verecektir. Değirmenci ve Dülger aklama suçu bakımından ispat yükünün tersine çevrilmesini savunmaktadırlar. Dülger'e göre "aklama suçunun işlendiğinin tespit edilmesi halinde, failin malvarlığında bulunan değerlerin kaynağını makul ve gerçekçi bir biçimde açıklayamadığı takdirde, suçun konusunu oluşturan miktarın müsadereye tabi tutulması" gerekir. Bu durum malvarlığını hukuka uygun yollardan elde eden kişiler açısından hiçbir sorun oluşturmayacakken gelirlerini yasadışı faaliyetlerden ve suçtan elde edenler içinse oldukça sıkıntı veren bir düzenleme olacaktır. Yazara göre bu sayede kayıtdışı ekonomi de belli bir düzeye geriletilmiş olacaktır.⁷⁴⁴

Buna karşılık, belirtmeliyiz ki karineler ispat yükünün yer değiştirmesi sonucunu doğurmaktadır.⁷⁴⁵ Oysa ki, suçsuzluk karinesi suçun hukuksal delili olmadan ceza veya ceza benzeri yaptırımlar uygulanmasını yasaklamaktadır. Oysa ister tedbir isterse ceza niteliğinde düzenlenmiş olsun karineler yaratarak bir suç işleyen kimsenin diğer bazı mallarının da suç ürünü olduğunun kabul edilmesi hukuk devletinde kabul edilmemelidir. Bu itibarla Alman Ceza Kanunu'nun 73d maddesindeki *genişletilmiş müsadere* örneğinde olduğu gibi nedensellik bağının ispatına gerek duyulmadığı ve alışılmış ispat ölçütlerinden vazgeçildiği yöntemler ceza hukukunun temel ilkelerine aykırılık oluşturmaktadır.⁷⁴⁶ Genişletilmiş müsadere sadece fiilden elde edilen mal, para vs. değil, "brüt ilkesi" uygulanarak kazancın götürü biçimde hesaplanmakta ve kesin bir ispat gerekmemektedir. Kanunun gerekçesinde de, "*malvarlığının kökeni konusundaki varsayımın en ağırlıklı olasılık olarak gözükmesinin ve bu olasılığın pek muhtemel görülmesinin gerekli ve yeterli olacağı görüşü yer almaktadır.*" Gereğede ayrıca "*hakimin hukuka aykırı kökeni saptarken hukuka uygun kaynakların bulunamaması ve hukuka aykırı eylemlerden kaynaklanmanın, failin durumu ve önceki yaşamına bakıldığında objektif bir gözlemci açısından özellikle göze çarpması*" kriterine de yer vermiştir.⁷⁴⁷ Genişletilmiş müsadere fail ceza hukuku anlayışını çağrıştıran sakıncaları, yargı tarafından giderilmek istenmiştir. Alman Federal Yüksek Mahkemesi bir kararıyla

⁷⁴⁴ Dülger V., age. s. 634; Değirmenci, age, s. 500.

⁷⁴⁵ Erman B., Almanya, s. 270

⁷⁴⁶ Ünver, Hukuksal Değer, s. 907. Alman Ceza Kanununda ispat yükünün tersine çevrildiği diğer hallere örnek Alman Ceza Kanunu'nun 326/IV-4'de düzenlenen atık maddelerin çevreyi tehlikeye sokacak şekilde imhası, yine aynı kanununun 264. maddesinde düzenlenen sübvansiyon dolandırıcılığı hükümleri olarak gösterilmektedir.

⁷⁴⁷ Erman B., Almanya, s. 271

müsadereye tabi malların suç ürünü olduklarının “tüketici ve kesin delillerle” gösterilmesi gerektiğini, bu konuda hakimde “sınırsız bir kanaat oluşması gerektiğini” belirtmiş ve “belirsizliğin yalnızca eşyanın hangi suçlara bağlanacağı yönünde doğabileceği” şeklinde yeni bir ölçüt getirmiştir.⁷⁴⁸

b. Hukukumuzda Durum

Hukukumuzda müsadere bakımından ispat yükünün tersine çevrilmesini öngören açık bir hüküm bulunmasa da, öğretide iyiniyet karinesinin üçüncü kişilere fiilen ispat yükü getirdiği ileri sürülmektedir. Özbek ve diğer yazarlara göre, burada kişi “*deyim yerindeyse suçsuzluğunu ispatlamak zorunda kalacak böylece iddiada bulunan kişi için ispat yükü getirilmiş olacaktır.*”⁷⁴⁹ Örneğin kaçakçılıkta kullanılan aracı trafik kayıtlarına güvenerek satın alan şahıslar, kaçakçılık fiilinin faili veya yardım edeni olmadıklarını, kaçakçılık fiilinin maddi unsurlarının işlenmesinde herhangi bir iştiraklerinin olmadıklarını ispatlamak durumundadırlar.⁷⁵⁰ İyiniyetin Türk Medeni Kanunu’nun 3. maddesi anlamında anlaşılması gerektiği görüşünde olanlara göre ise asıl olan iyiniyetin varlığı olduğundan malikin iyiniyetli olmadığını “yargılama makamları veya katılan taraf” ispat edecektir.⁷⁵¹ Gerçekten TCK’nın Türk Medeni Kanunu’nun iyiniyet hükümlerine doğrudan yollama yapan 55. maddesi bakımından asıl olanın iyiniyet olması gerektiği sonucu çıkmaktadır. Eşya müsaderesinin düzenlendiği 54. madde bakımından da kanaatimizce ispat yükünün tersine çevrildiği söylenemez. Zira, maddeden açıkça anlaşıldığı üzere müsaderenin koşulu olarak eşyanın “iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmaması” aranacaktır. Bu da müsadere kararını vermeye yetkili organ olarak mahkemenin görevidir. Ne var ki buarada “olumsuz” formatta bir koşul düzenlenmesi ile mahkemede eşyanın iyiniyetli üçüncü bir kimseye ait olmadığını ortaya konulması yeterlidir, ayrıca faile ait olduğunun ispatlanması şart değildir. Böylelikle burada da ispat yükünün tersine çevrildiğini değil ve fakat hafifletildiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

⁷⁴⁸ Karar için bkz. Erman B., Almanya, 271.

⁷⁴⁹ Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, Ceza Hukuku, s. 598.

⁷⁵⁰ Muammer Tanrıvermiş, Zamanlaşımına Uğrayan Kaçakçılık Davasına Konu Araçlar Müsadere Edilebilir mi?, **Yaklaşım**, Yıl 16, Sayı 190, Ekim 2008, s. 261

⁷⁵¹ Osman Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, **Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, c. 2, Adalet Yayınevi, 2010, s. 1769

c. İHAM'ın Yaklaşımı

İHAS, ispat yükünün iddia ve savunma makamı arasındaki paylaşımı bakımından bir düzenleme öngörmemekle birlikte, devletlerin fiili veya kanuni karine getirmelerini ilke olarak yasaklamamaktadır. Ancak, Mahkeme akit devletlere, bu tür karineleri davanın konusunun önemine göre makul sınırlar içinde düzenlemelerini ve savunma hakkını koruma yükümlülüğü getirmektedir.⁷⁵² Mahkeme ayrıca, etkin hukuki başvuru imkanının bulunması halinde karinelerin varlığını insan haklarına aykırı bulmamaktadır.⁷⁵³ Arcuri/İtalya davasında İHAM, İtalyan mevzuatında yer alan düzenlenen bir suç örgütüne üye olduğundan şüphelenilen kimseye ait olan eşyanın yasadışı faaliyetlerden elde edildiği veya suç gelirleri ile kazanıldığı şeklindeki varsayımı, karineye etkin başvuru imkanının bulunması bir başka deyişle aksinin ispatlanabilme olasılığının bulunması nedeniyle suçsuzluk karinesine aykırı bulmamıştır. Olayda mahkeme, müsadere kararının her iki tarafın huzurunda verilmesi, başvuruçunun kendi seçtiği avukat aracılığıyla gerekli itirazları yapabileceği, kararın Bölge Mahkemesi, İstinaf ve Temyiz Mahkemeleri olmak üzere üç ayrı mahkemece onaylanmış olması ve kararın esaslı şüpheyeye dayanılarak verilmiş olmasına dayanmıştır. Kararda ayrıca delillerin keyfi olarak değerlendirdiklerine dair dosyada herhangi bir bulguya rastlanmadığı belirtilmiştir.

Kanuni karinelerin suçsuzluk karinesine aykırılığı karşısında “aksinin ispat edilebilir olması” en önemli güvence olarak gösterilmektedir. Örneğin sanığın, belirli bir malının satın alınması için kullandığı fonun kaynağını göstermesi ile karine çürütülmüş olur.⁷⁵⁴ Böylelikle, meşru kaynağı ispat edilen mal müsadereye tabi olmaz. Aksi durumda, yani kaynağının meşruluğunun ispatlanamadığı durumda mahkemenin varsaydığı vakalar doğru kabul edilir. İHAM da aynı ölçütü konuyla

⁷⁵² Levi, Reversal, s. 10

⁷⁵³ Arcuri ve diğerleri/İtalya, Başvuru no: 52024/00, Tarih: 05.07.2001 ve Agosi/İngiltere, Başvuru no: 9118/80, Tarih: 24.10.1986, 18, § 55

⁷⁵⁴ İngiltere Temyiz Mahkemesi'nin kararı R v. Johnson (1990) 91 Criminal Appeal Report, 332

ilgili her kararında uygulamaktadır.⁷⁵⁵ Salabiaku/Fransa kararı müsadere ile olmasa da, mahkeme doğrudan suç karinesi yaratılmasını 6. maddeye aykırı bulmamıştır. Sürücülüğünü yaptığı kamyonun içinde uyuşturucu madde olduğundan habersiz olduğunu iddia etmesine rağmen Fransız hukukunun yasak maddelerle yakalanan kişinin böyle bir durumda kaçakçılık yaptığına dair karine öngörmesi nedeniyle sanık gümrük suçundan mahkum olmuştur. Uyuşturucu maddenin bulundurulması yasak madde kaçakçılığı suçu bakımından karine olarak kabul edilmiş, sanığın aksini ispatlayamaması da davanın mahkumiyetle sonuçlanmasına neden olmuştur. İHAM burada aksinin ispatlanabilme olasılığı bulunmasını, davanın konusuna yani suçun hapis cezası ve önemli miktarda para cezasını gerektirmesine üstün tutmuştur.⁷⁵⁶

Yine benzer bir olayda bir fahişeyle yaşayan kişinin geçimini buradan elde edilen kazançla sağladığına dair karineyi, hukuka aykırı bulmamıştır.⁷⁵⁷ Her iki davada da mahkeme, itiraz imkânının kişileri savunma durumunda bırakmasını önemsememiştir.

İspat yükünün tersine çevrildiği başka bir olay, Philips/İngiltere kararına konu olmuştur. Kararda, uyuşturucu suçundan mahkum olan başvurucunun son 6 yıl içinde edindiği malvarlığının tamamının suçtan elde edilmiş olduğuna dair karine öngörerek ispat yükünü sanığa devreden 1994 tarihli Kanun'un ilgili hükümleri incelenmiştir.⁷⁵⁸ Mahkeme, suçsuzluk karinesinin mutlak olmadığını yine vurgulamıştır. Buna göre devletler makul sınırlar içinde kalmak, davanın konusunun önemini gözetmek ve savunma hakkını devam ettirmek kaydıyla fiili veya hukuki karineler yaratabilirler.⁷⁵⁹ İHAM bu noktada kendi görevinin, sözkonusu karinenin başvurucuya uygulanma biçiminin adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediğini

⁷⁵⁵ İHAM'ın aksi ispatlanabilen karineleri 6. maddeye aykırı bulmadığı diğer bazı kararları X/İngiltere, Başvuru no: 5124/72, Tarih: 01.01.1972; A.G/Malta, Başvuru no: 16641/90, Tarih: 10.12.1991), Bullock/İngiltere, Başvuru no: 29102/95 Tarih: 16.01.1996)

⁷⁵⁶ Salabiaku/Fransa, Başvuru no: 10519/83, Tarih: 07.10.1988, par. 28-30.

⁷⁵⁷ X/İngiltere, Başvuru no: 5124/72, Tarih: 01.01.1972.

⁷⁵⁸ Mahkeme öncelikle 6. maddenin olayda uygulanabilirliğini tartışmış, bu noktada müsaderenin ceza niteliğinde olduğunu ve 6. maddenin cezanın belirlenmesi de dahil yargılamanın tümünü kapsamı nedeniyle olayda irdelenmesi gerektiğini belirtmiştir. İHAM, Welch/İngiltere kararına atıfla müsaderenin 1.maddenin 2.paragrafı anlamında ceza olduğunu yeniden vurgulamıştır. Welch/İngiltere, Başvuru no: 17440/90, Tarih: 09.02.1995; Phillips/İngiltere kararı, Başvuru No: 41087/98, Tarih: 12.12.2001, par. 51

⁷⁵⁹ Salabiaku/Fransa, Başvuru no: 10519/83, Tarih: 07.10.1988, par.28

belirlemek olduğunu ifade etmiştir.⁷⁶⁰ Mahkemeye göre, sözkonusu karine, sanığın suçluluğunun tespitinde esas alınmamakta, yalnızca müsadere edilecek meblağı değerlendirmede uygulanmaktadır. Bu nedenle en önemli güvence karinenin aksinin ispatının mümkün olmasıdır. Buna ek olarak **hakimin karinenin uygulanmasının adaletsiz bir sonuca yol açacağı kanaatinde olması halinde karineyi uygulamama konusunda takdir yetkisine sahip olması** olduğunu belirtmiştir.⁷⁶¹ İHAM'ın bu saptaması İngiltere hukukunda karinelerin uygulanması konusunda hakime yol gösterici bir ilke olarak dikkate alınmaktadır. İngiltere Temyiz Mahkemesi de, hakimin bu tür karineleri uygulamakta zorunlu olmamasına işaret etmektedirler. Hakim karineyi uygulamadan önce failin suçtan menfaat elde ettiğine dair şüphelerini gerekçelendirmek zorundadır. *R v. Redbourne* davasında Temyiz Mahkemesi, uyuşturucunun değeri ve miktarı, farklı bankalarda sanığa ait bulunan hesapların sayısı, sanığın evleri dahil olmak üzere müsrif yaşam tarzı ile tutuklanmasından itibaren hesaplarında -fonların gizlenmesi veya yok edilmesi amacıyla- gerçekleştirilen dikkat çekici hareketliliğin, failin uyuşturucudan gelir elde ettiği yönündeki karineyi haklı kıldığına işaret etmiştir.⁷⁶² *Redbourne* davasında sadece “şüphe”ye dayanan mahkeme eleştirilere maruz kalmış; daha sonraki *R v. Rose* kararında karinelerin *prima facie delil* (aksi ispatlanmadıkça doğru kabul edilen delil- kesin olmayan delil) olması gerektiğine dikkat çekmiştir.^{763 764}

İngiltere’ye karşı Phillips kararında olduğu gibi İHAM, Hollanda’ya karşı Van Offeren kararında da, belli bir uyuşturucu suçundan mahkum olan sanığın, şüpheli durumunda olduğu ancak henüz mahkum olmadığı başka uyuşturucu suçları nedeniyle kaynağını açıklayamadığı malvarlığının soruşturulan suçlardan elde edildiği yönündeki karinelerin makul sınırlar içinde kalması kaydıyla 6. maddeye aykırı olmadığını kabul etmiştir.⁷⁶⁵

⁷⁶⁰ Phillips/İngiltere Kararı, Başvuru No: 41087/98, Tarih: 12.12.2001, par. 39-41.; Yoksa mahkemenin görevi yerel mahkemelerin yerine geçip delillerin değerlendirilmesi değildir. Bkz. Grayson & Barnham/ İngiltere Kararı, Başvuru no: 19955/05, 15085/06, Tarih: 23.12.2008, par. 42; Edwards/İngiltere Kararı, Başvuru no: 13071/87, 16.12.1992, par. 34

⁷⁶¹ Phillips/İngiltere Kararı, Başvuru No: 41087/98, Tarih: 12.12.2001, par. 42-43

⁷⁶² R/Redbourne Kararı, (1993) 96 Criminal Appeal Report 201 (Bkz. Shazeeda, age, s.90)

⁷⁶³ R/Rose Kararı, (1993) 1 Weekly Law Reports 844 (Bkz. Shazeeda, age, s.90)

⁷⁶⁴ İspat yükünün tersine çevrilmesi başlı başına bir hak ihlali iken, bir başka sorun ispat yükünün sanığa geçmesi halinde malvarlığının kaynağının meşruluğunu ispatlamaya çalışırken hangi standardı kullanacağı hususundadır. İngiliz hukukunda sanık, böyle bir durumda özel hukuk hükümlerine göre ispat yükünü kullanacaktır. (R/Redbourne Kararı, (1993) 96 Criminal Appeal Report 201).

⁷⁶⁵ Van Offeren/Hollanda, Başvuru no. 19581/04, Tarih: 05.06.2005.

İHAM ise, , yerel mahkemenin uyuşturucu ticareti yaptığı sabit olan sanığın yargılamasına başlanmasından önceki altı yıl boyunca elde etmiş olduğu tüm gelirin aksi ispatlanmadıkça suçtan elde edilmiş sayılarak müsaderesine karar verdiği Grayson ve Barnham/Birleşik Krallık davasında, ne 1.Protokol'ün 1. maddesi ne de 6. madde bakımından ihlal bulmamıştır. İspat yükünün terine çevrilmesinin ne ilkesel ne de fiili olarak adil yargılanma hakkını ihlal etmeyeceğini yinelediği kararında yerel mahkemelerin sanıkların malvarlıklarının suçtan elde edilmiş olduklarını varsaymak için haklı gerekçeleri bulunduğunu belirtmiştir. Başvuruculardan Grayson 28 kilo saf eroin satışı da dahil olmak üzere uyuşturucu ticaretinden mahkum olmuştur. Başvurucu yargılamada son 6 yıl içinde elde etmiş olduğu 1.2 milyon GBP'nin (İngiliz Sterlini) meşru kaynağını açıklayamamıştır. Yerel mahkeme müsadere edilecek meblağı belirlerken, “sanığın mahkum olduğu uyuşturucu satışı anlaşmasında asli rol oynamış olması ve sevkiyatın böylesi büyük meblağlı olması nedeniyle ilk defa satış yapmış olamayacağı” kanaatine ulaşmıştır. İkinci başvuran Barnham hakkında da yerel mahkeme “uluslararası uyuşturucu ticareti yapan bir örgütün lideri pozisyonunda olup, gizli polisce para akladığına inanıldığı, 6 yıldan uzun bir süredir çeşitli ve sayısız hint keneviri ticaretlerinde büyük meblağlı alımlar yaptığı ve bu paranın da önceki uyuşturucu satışlarından elde ettiğinin tespit edildiğini” belirterek malvarlığının müsaderesine karar vermiştir. İHAM, yerel mahkemenin delillerin takdirini değerlendirmeyeceğini belirtmekle birlikte kendi kararında bunlara geniş biçimde yer vermiştir.

Özetle, İHAM kişinin bir kez büyük bir uyuşturucu ticaretinden mahkum olduktan sonra, suçtan önce elde etmiş olduğu malvarlığının meşru kökenli olduğu konusunda ispat yükünün kendisine yükletilmesinin 6. madde ilke ve uygulamasına aykırı olmadığını belirtmektedir.⁷⁶⁶ Bunun için karinenin aksinin ispatlanabilir olması ve takdirilik esasına dayanması yeterlidir.

d. Değerlendirme

İHAM'ın bugüne kadar vermiş olduğu kararlar dikkate alındığında, mahkemenin aksi kanıtlanabilmesi imkanının varlığı halinde ve hakimin takdirine bırakılmak suretiyle ispat yükünün tersine çevrilmesini 6. maddeye aykırı görmediği

⁷⁶⁶ Grayson & Barnham/ İngiltere Kararı, Başvuru no: 19955/05, 15085/06, Tarih: 23.12.2008, par. 46

söylenbilir. Başka bir deyişle İHAM karinenin (i) aksi ispatlanabilen bir karine olmasını (ii) karinenin uygulanmasının hakimın takdirine bırakılmasını dikkate almaktadır. Birinci kritere karşılık belirtmeliyiz ki, bir hukuk devletinde ve özellikle ceza yaptırımını uygulanması sonucunu doğuracak bir kuralın aksi ispatlanamaz bir karine biçiminde düzenlenmesi zaten düşünülemez. Bu itibarla birinci ölçüt malumun ilanı olup ancak asgari bir standart olarak değerlendirilebilir. İkinci olarak karinenin zorunlu olmamasının bir güvence olduğu düşünülebilirse de hukuk devleti ilkesinin yerleşmediği hukuk düzenlerinde her zaman keyfi uygulamalara rastlamak mümkündür.

İHAM'ın gözden kaçırdığı nokta karinenin sadece müsadere edilecek meblağın hesabında kullanılacak olmasının da suçsuzluk karinesine aykırılık oluşturabileceği hususudur. Şöyle ki, failin hukuka uygun kazancı da suçtan elde ettiği kazancına karıştığında iddia ve yargılama makamları meblağın ne kadarının suçtan elde edildiğini esasen kanıtlamadıklarından yükü sanığa atmaktadırlar. Mahkemenin “sözkonusu karinenin, sanığın suçluluğunun tespitinde esas alınmamakta olduğu, yalnızca müsadere edilecek meblağı değerlendirmede uygulandığı” şeklindeki görüşü esasında kendi kararlarında belirtildiği üzere müsaderenin ceza niteliğinde olması nedeniyle geçerli bir gerekçe olmaktan uzaklaşmaktadır. Ayrıca suçsuzluk karinesi, sanığa mahkemelerin tarafsızlığı garantisini veren, onun kusuru ispat edilmezden önce suçlu gibi muamele görmesini önleyen dokunulmaz bir haktır.⁷⁶⁷ Bu nedenle suçsuzluk karinesinin sonucu olarak “susma hakkı” ve “şüpheden sanık yararlanır” ilkeleri de göz önünde bulundurulmalıdır. Ancak İHAM kararlarında bu alt ilkelere ilişkin değerlendirmede bulunmamıştır. İHAM'ın bu konuda devletlere bıraktığı takdir marjı oldukça geniştir.

Yabancı mahkemeler de belirli kriterlerle suçsuzluk karinesini koruma çabasıdadırlar. İngiltere Temyiz Mahkemesi'nin getirmiş olduğu karinenin takdiri olması ve ciddi biçimde adaletsiz sonuçlara yol açacağıın anlaşılması halinde uygulanmaması gerektiği yönündeki güvence önemli olmakla birlikte yeterli koruma sağlaamaktan uzaktır. Yine, Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin müsadereye tabi malların suç ürünü olduklarının “tüketici ve kesin delillerle” gösterilmesi gerektiği, bu konuda hakimde “sınırsız bir kanaat oluşması gerektiği” ancak “belirsizliğin yalnızca eşyanın hangi suçlara bağlanacağı yönünde doğabileceği” şeklindeki ölçütü

⁷⁶⁷ Friedrich-Christian Schroeder/Feridun Yenisey/Wolfgang Peukert, **Ceza Muhakemesinde "Fair Trial" İlkesi**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 1999, s. 30.

de genişletilmiş müsadere suçsuzluk karinesi bakımından sakıncasını gidermemektedir.⁷⁶⁸ Erman'ın ifade ettiği gibi, kaynağının gayri meşru olduğu hususunda hakimde sınırsız bir kanaat oluşmasına karşın hangi suçtan elde edildiği belirlenemeyen malvarlığı değerleri bakımından mahkeme, resen araştırma ilkesi gereğince eylemini kanıtlayamayacağı ve dolayısıyla mahkum edemeyeceği bir kimseye, sonraki suçu bakımından da müsadere yaptırımını uygulamaktadır.⁷⁶⁹ Bu durum ayrıca yargılamasız ceza olmaz ilkesine de aykırı olup, nihayetinde mülkiyet hakkını ihlal etmektedir.⁷⁷⁰

Sadece suçun ispatı bakımından değil müsadere edilecek malvarlığının belirlenmesinde ispat yükünü sanığa yüklemenin suçsuzluk karinesi bakımından bir farkı yoktur.⁷⁷¹ Hatta teknik olarak suç isnadı altında olmasa (şüpheli veya sanık sıfatı olmasa) dahi üçüncü kişinin eşyasının suçta kullanıldığını veya suçtan elde edildiğini bilmiyor olduğunu ispatla yükümlü olması dahi ceza yargılamasını hukuk yargılamasına yaklaştıran bir uygulamadır. Kaldı ki, iddia makamı uygulamada eşyası bir şekilde suça karışmış olan kişi hakkında da iddianame düzenleyerek varsa şüphenin yargılama sırasında giderilmesini sağlayacağından artık üçüncü kişiden değil sanıktan sözedileceğinden suçsuzluk karinesi yine gündeme gelecektir.

Konuyu her ne kadar suçsuzluk karinesi başlığı altında ele almış olsak da, ispat yükünün tersine çevrilmesi suretiyle bir kimsenin malvarlığının müsadere edilmesi, sonucu itibariyle eşyasının suçla ilgili olduğu ispat edilemeyen veya hangi suçtan elde edildiği kesin olarak ortaya konulamayan bir kimsenin mülkiyet hakkını da ihlal etmiş olur.^{772 773} İngiltere'deki "criminal lifestyle" örneğinde olduğu gibi

⁷⁶⁸ Karar için bkz. Erman B., Almanya, s. 271.

⁷⁶⁹ Erman B., Almanya, s. 284

⁷⁷⁰ Genişletilmiş müsadere eleştirisi ve suçsuzluk karinesi bakımından ayrıntılı değerlendirme için bkz. Erman B., Almanya, s. 270-272 ve Yalçın Şahinkaya, "Karapara Aklamayla Mücadelede Müsadere Yaptırımı", **Adalet Dergisi**, 12, 2002, 110-127.

⁷⁷¹ Benzer yönde bkz. Genç Osman Yaraşlı, Kara Para İspat Yükümlülüğü; El Koyma ve Müsadere, **Active Bankacılık ve Finans Dergisi**, 2000, Sayı: 14, 88-93

⁷⁷² Michael Levi, Reversal of the burden of proof in confiscation of the proceeds of crime: a Council of Europe Best Practice Survey (Best Practice Survey No. 2) PC-S-CO (2000) 8 Rev., Strasbourg, 25 May 2000, European Committee Of Crime Problems (CDPC), Group of Specialists on Criminal Law and Criminological Aspects of Organised crime (PC-S-CO); http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/moneyval/web_ressources/CoE_BP_burdenproof.pdf (Erişim Tarihi: 19.05.2010). İspat yükünün tersine çevrilmesinin mülkiyet hakkını ihlali noktasında Agosi/İngiltere, Başvuru no: 9118/80, Tarih: 24.10.1986, par. 65

⁷⁷³ "Ceza muhakemesi hukuku alanında ortaya çıkan ispat güçlüklerini ortadan kaldırmak için, maddi ceza hukuku alanının genişletilmesi yerinde değildir. Zaman zaman kanun koyucuların tercih ettikleri bu yol hem sakıncalı hem de ceza hukukunun özellik ve ilkelerine aykırıdır." Ünver, Hukuksal Değer,

belirli verilerle bir kimsenin suçu yaşam tarzı haline getirdiği ve tüm gelirini buradan elde etmiş olduğunun kabulü, esasında kolluğun ve iddia makamının suçun delillerini ortaya çıkarmadaki çaresizliğinin bir sonucudur. Ancak özgürlük-güvenlik ikileminin bir yansıması olan böylesi durumlarda özgürlüklerden ve temel haklardan vazgeçilmemesi esas olmalıdır. İspat yükünün tersine çevrilmesi nihayetinde susma hakkını ve şüpheden sanık yararlanır ilkelerini de işlemez hale getirmektedir.

İspat yükünün tersine çevrilmesinin suçsuzluk karinesi karşısındaki sakıncalarının in rem usulle yani yargılamanın kişiden bağımsız olarak eşyaya yönelik olarak yürütülmesi ile giderilebileceği düşünülebilir. Nitekim *in rem* müsadere sürecinde yargılama güvenceleri *in personam* müsadere sürecinde olduğu gibi değildir. Bununla birlikte *in rem* müsadere her ne kadar eşyanın sahibinin suçluluğuna ilişkin olmasa da, müsaderenin doğasındaki ceza niteliği bir ceza yargılamasıyla karşı karşıya olan herkesin yargılama güvencelerine sahip olmasını gerektirir.⁷⁷⁴

3. Suçun İşlenmesinde Kullanılmak Üzere Hazırlanan Tehlikeli Eşyanın Müsaderesinin Suçsuzluk Karinesi Bakımından Durumu

Suçsuzluk karinesini ihlal edebileceğini düşündüğümüz bir başka müsadere düzenlemesi 5237 sayılı TCK'nın 54. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesinde düzenlenen "suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya"nın müsaderesidir. Ceza hukukunun temel ilkelerine aykırı olan bu düzenleme, örneğin, kişinin taşınması yasak olmayan bir çakı bıçağı nedeniyle verilen müsadere kararında "suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan" ibaresinin bulunması bile kişinin suçsuzluk karinesini ve adil yargılanma hakkını ihlal edici niteliktedir. Erem'in isabetle belirttiği üzere, suç işlememiş olan bir kimse hakkında emniyet tedbirleri uygulanmasına imkan olmadığına göre, bazı dış göstergelere dayanarak, suç işlemeyen kimse hakkında kesin tedbirlere müracaat edilmesini sağlayan

s. 907. Karşı görüşte olan TIEDEMANN'ın bu ispat güçlüklerine toplumsal ilişkilerin gelişip değişmesinin ortaya çıkardığı koruma ihtiyaçları olarak kabul edipi bu yönde yapılan düzenlemeleri haklı bularak hukuk gelişimi olarak nitelendirmesi doktrinde şiddetle eleştirilmektedir. Ünver, Hukuksal Değer, s. 908.

⁷⁷⁴ Stessens, age, s. 60.

Lombroso'nun düşüncesinin pozitif hukukta dayanak bulmaması gerekir.⁷⁷⁵ Bu tür eşyanın müsadere için dava açıldığında, eşya sahibinin, bir suç işlemeyeceğini ve eşyayı suçun işlenmesinde kullanmak üzere hazırlamadığını ispatlaması gibi mümkün olmayan bir durum söz konusu olacaktır. Taşınması yasak olmayan bir çakı bıçağı nedeniyle verilen müsadere kararında “suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan” ibaresinin bulunması bile kişinin suçsuzluk karinesini ihlal edici niteliktedir.

4. Müsaderenin Failin Ölümü Halinde Uygulanması Sorunu

Suçsuzluk karinesiyle ilgili bir başka husus, yargılama sırasında ölen kişiye ait malların müsadere edilip edilemeyeceğidir. İHAS'ın 6. maddesinin 2.fıkrası karşısında bu mümkün değildir. İHAM bu kuralı İsviçre'nin davalı olduğu bir olayda “*hukuk devleti ilkesinin geçerli olduğu bir toplumda, ölünün suçunu miras bırakması ceza adaleti standartları ile bağdaşmaz*”⁷⁷⁶ şeklinde vurgulamıştır. Buna karşın birçok uluslararası sözleşmenin açıkça ölmüş suçluların mallarının müsaderesini düzenlediği görülmektedir. 15.08.1997 tarihli Organize Suçlarla Mücadele Eylem Planı'nın 26(c) maddesi⁷⁷⁷, BM Para Aklama Kanun Modeli'nun 30. Maddesi⁷⁷⁸ buna örnek olarak gösterilebilir. Oysa ki, bu konuda eşyanın niteliği bakımından bir ayırım yapmak gerekir. Tehlikelilik nedeniyle suç teşkil eden eşyanın müsaderesi tedbir niteliğinde olup her zaman mümkün olacağından eşyanın sahibinin ölümü halinde de mümkün olmalıdır. Buna karşın bir suçta kullanılan eşya ve suçtan meydana gelen gelirin müsaderesi için suç ile eşya veya gelir arasındaki bağın ceza yargılamasında ispatlanması gerektiğinden yargılama kesin bir hükümle sona ermeden önce failin ölümü halinde müsadere mümkün olmamalıdır.

⁷⁷⁵ Erem, Türk Ceza, s. 352.

⁷⁷⁶ A.P., M.P. ve T.P./İsviçre, Başvuru no: 19958/92, Tarih: 29.08.1997 , par.48.

⁷⁷⁷ Action plan to combat organized crime (Adopted by the Council on 28 April 1997), Official Journal C 251, 15/08/1997 P. 0001-0016, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:51997XG0815:EN:HTML> (Erişim Tarihi: 10.08.2004)

⁷⁷⁸ UN Model Law on Money Laundering. Draft Report of the informal Money Laundering Experts Group, 12706/98, CRIMORG 173, Brussels, 6 November 1998, p. 37

§ 5. Benzer Kavramlar

A. Elkoyma

Ceza muhakemesi sırasında, müsadereye tabi olduğu yönünde kuvvetli şüphe bulunan ve derhal ele geçirilmediği takdirde müsadereye uygulanmasının imkânsızlaşacağı hallerde malvarlığına yargı kararı ile el konulabilir. Uluslararası sözleşmelerdeki tanımlardan yola çıkarak yapılmış olan bir tanıma göre “*elkoyma, mahkeme kararı veya yetkili başka bir makamın kararı ile eşyanın geçici olarak koruma ve denetim altına alınması veya eşya üzerinde tasarruf, devir veya dönüştürmenin geçici olarak yasaklanmasıdır*”.⁷⁷⁹ Ceza muhakemesinde delil olabilecek ya da ileride müsadere edilebilecek hak ve alacaklar üzerinde uluslararası belgelerde geçen ve Fransızcası “geler” olan “dondurma” veya tasarruf yasağı da hukukumuzda elkoyma kapsamındadır.⁷⁸⁰ Yine, basın hukuku alanında basılı eserler için kullanılan “toplatma” da elkoymadan başka bir şey değildir.

Elkoyma, mevzuatımızda önce 1412 sayılı mülga CMUK’nın 86 ve devamı maddeleri ile 1999 tarihli 4422 sayılı mülga Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu’nun (ÇASÖMK) 6. maddesinde düzenlenmişti. CMUK’nın 86. maddesine göre delil olmak üzere faydalı görülen veya müsadereye tabi olan eşya koruma altına alınmakta, yanında bulunduğu şahsın rızasıyla vermemesi halinde ise zapt olunmakta idi. ÇASÖMK’nın 6. maddesine göre ise yine bu kanunda sayılan belirli suçları işlediğine dair kuvvetli şüpheler bulunan kişilerin, bu kanun kapsamındaki fiillerinden elde ettikleri hususunda kuvvetli şüphe bulunan her türlü menkul ve gayrimenkullerine soruşturma sırasında el konulmasına karar verilebilmekteydi.⁷⁸¹

⁷⁷⁹ Vettori, age, s. 5

⁷⁸⁰ Soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine ve bu suçlardan elde edildiğine dair kuvvetli şüphe sebebi bulunan hallerde, şüpheli veya sanığa ait banka veya diğer mali kurumlardaki her türlü hesaba elkonulması da CMK’nın 128.maddesinde düzenlenen ve bir koruma tedbiri olan elkoyma işlemidir. Ancak 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nda buna ilişkin özel hükümler mevcuttur.

⁷⁸¹ 13.11.1996 tarihli ve 4208 sayılı Kanun hükümleri saklı kalmak üzere; bu Kanununun 1 inci maddesinde yazılı suçları işlediğine dair kuvvetli şüpheler bulunan kişilerin bu Kanun kapsamındaki fiillerinden elde ettikleri hususunda kuvvetli şüphe bulunan her türlü menkul ve gayrimenkullerine soruşturma sırasında el konulmasına; bankalar ve banka dışı mali kurumlar ile diğer gerçek ve tüzel kişiler nezdindeki, kiralık kasa mevcutları da dahil olmak üzere hak ve alacakları üzerindeki tasarruf yetkisinin tamamen veya kısmen kaldırılmasına, bir tevdi mahalline yatırılmasına, hak ve alacaklar ile mal, kıymetli evrak, nakit ve sair değerlerin idaresi için diğer tedbirlerin alınmasına karar verilebilir.

2005 yılında yürürlüğe konulan 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 123. maddesine göre, “*ispat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri, muhafaza altına alınır. Yanında bulunduran kişinin rızasıyla teslim etmediği bu tür eşyaya elkonulabilir.*” Öğretide de elkoyma, ispat aracı olarak yararlı görülen ya da müsadereye tabi eşya üzerindeki tasarruf yetkisinin zilyedinin rızası olmaksızın geçici olarak kaldırılarak, bu yetkinin adli makamlara devredilmesi şeklinde tanımlanmaktadır.⁷⁸² İspat aracı olarak yararlı görünen ifadesinden maksat, eşyanın delil olması veya ileride delil olarak kullanılabilir olmasıdır.⁷⁸³ Elkoymanın bir başka amacı da şüpheli veya sanığı ele geçirmektir.⁷⁸⁴ CMK'nın 248. maddesine göre, kaçak sanığın duruşmaya gelmesini sağlamak amacıyla Türkiye'de bulunan mallarına, hak ve alacaklarına amaçla orantılı olarak, mahkeme kararıyla elkonulabilir.

Gerek delil araçlarını veya müsadereye konu eşyayı güvence altına almak gerekse şüpheli veya sanığı ele geçirmek amacıyla başvurulmuş elkoyma, kesin hükümden önce temel hak ve özgürlüklere müdahale oluşturmaktadır ve bir koruma tedbiridir.⁷⁸⁵ Elkoymanın türüne ve konusuna göre kişinin mülkiyet hakkı, özel hayatın gizliliği, düşünce özgürlüğü, bilim ve sanat özgürlüğü ve basın özgürlüğü kısıtlanmaktadır.⁷⁸⁶

Yukarıdaki fıkrada belirtilen mal varlığının yurt içinde ve yurt dışında araştırılması, incelenmesi, tespiti ve değerlerinin takdiri, ilgili Cumhuriyet savcılığınca istendiğinde, Maliye Bakanlığı Malî Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı tarafından yerine getirilir.

Birinci fıkrada belirtilen mal varlığının meşruluğu anlaşıldığında el koyma tedbirine karar verilmez veya verilmiş olan karar kaldırılır.

Sanık mahkûm edildiğinde söz konusu mal varlığı Devlete intikal eder

⁷⁸² Öğretideki elkoyma tanımları için bkz. Ahmet Gökçen, “Ceza muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi)”, **DEÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları**, Ankara, 1994, s. 12; Nevzat Toroslu/Metin Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayınları, 2013, s. 242; Öztürk/Erdem/Sırma/Saygılar, s. 421; Nur Centel/Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2005, s. 344; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi, s. 366; Öztürk/Erdem, age, s. 592; Hakan Hakeri, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Elkoyma Koruma Tedbiri, **TBBB**, Y. 2005, Sayı: 60, s. 97; Doğan Soyaslan, Muhafaza Altına Alma ve Elkoyma, TCK-CMK-Kabahatler Kanun ile Yönetmeliklerin Değerlendirilmesi Semineri, 10-11 Şubat 2006, EGM Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2006, s. 231; Yurtcan, Ceza Yargılaması, s. 355; Cuesta, Resolutions, s. 178.

⁷⁸³ Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Özge Sırma/Yasemin F. Saygılar/Esra Alan, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 445.

⁷⁸⁴ “Zorlama amaçlı elkoyma” hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yener Ünver/Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, 2012, s. 419.

⁷⁸⁵ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, age, s. 445.

⁷⁸⁶ Gökçen, Elkoyma, s. 19

Gerek kavram gerekse uygulanmaları bakımından müsadereenin en çok benzerlik gösterdiği ve hatta karıştırıldığı⁷⁸⁷ kavram elkoymadır. Karışıklığın nedeni çeşitli kanunlarda “zapt”, “müsadere”, “zapt ve müsadere” gibi farklı kullanımlardan kaynaklanmaktayken, bu sorun günümüzde kanunlarda uyumlaştırma çabaları sonucu azalmakla birlikte devam etmektedir.⁷⁸⁸ Öte yandan aşağıda açıklanacağı üzere elkoyma ve müsadere başta amaç ve hukuki nitelik olmak üzere, konu, sonuç usul gibi hususlar açısından önemli farklılıklar arz etmektedir.

1. Hukuki Nitelik ve Amaç Bakımından Karşılaştırma

Elkoyma, ceza muhakemesinin gerek sağlıklı bir biçimde yapılabilmesi gerekse de yapılan muhakeme sonucunda verilen kararların uygulanabilmesinin sağlanması amacıyla henüz muhakeme devam etmekte iken alınan bir koruma tedbiridir. Bu itibarla elkoymanın özellikleri, hükümden önce temel bir hakkı sınırlama, vasıta olma, geçicilik ve orantılılık, görünüşte haklılık ve uygulanmamasında tehlike bulunma şeklinde sıralanabilir.

Müsadereenin hukuki niteliği, kanunda güvenlik tedbiri olarak düzenlenmesine karşın tartışmalıdır. İster ceza isterse güvenlik tedbiri olarak kabul edilsin, nihayetinde bir yaptırımdır.⁷⁸⁹ Bu farkın sonucu olarak, elkoyma ile yargılama başlamadan veya sona ermeden önce temel bir hak sınırlarken; müsadere ancak hüküm kesinleştikten sonra uygulanabilir. Tehlikeli eşyaların müsadereesi ise seri usulle, dosya üzerinden yapılır. Elkoyma geçici iken, elkoymadan farklı olarak müsadere halinde mülkiyet kesin olarak devlete geçer.⁷⁹⁰

⁷⁸⁷ Günlük bir gazetenin, sonradan iptal edilen 5953 sayılı Kanuna muhalefet ederek “bayramda gazete çıkarma suçu” nedeniyle yapılan yargılama sonucunda müsadere ve elkoyma kavramları karıştırıldığı yönünde bkz. Öztürk Bahri/Erdem Mustafa Ruhan/Veli Özer Özbek, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku**, Seçkin, Ankara 1998, s. 362 vd.; Gökçen, Elkoyma, s. 2. Kimi yazarlarca elkoyma için mesure provisoire (geçici tedbir), müsadere için ise mesure définitive (kesin tedbir) kavramları kullanılmaktadır. Bkz. Antoine Dulin/Jean Merckaert, **Bien Mal Acquis, A Qui Profite Le Crime?**, CCFD Tere Solidaire, Juin 2009

⁷⁸⁸ 5271 sayılı CMK'nın gerekçesinde de “Elkoyma terimi Tasarıda zapt yerine kullanılmakta ve rıza bulunmayan hâllerde zorla şeyi alma yetkisini ifade etmektedir.” 91.MADDE, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss698m.htm>

⁷⁸⁹ Gökçen, Elkoyma, s. 160

⁷⁹⁰ Kayıhan İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler II, Suçun Yapısal Unsurları- Özel Görünüş Biçimleri ve Yaptırımları**, 5. Basım, İstanbul, Beta, 2013, s. 405; Yılmaz Z., Müsadere, s. 39; Gedik, Müsadere, s. 20-31, Gökçen, Elkoyma, s. 91-92; Öztürk/Erdem/Özbek, Uygulamalı 1998, s. 98

Elkoyma ve müsadere arasında amaçları bakımından da farklılık bulunmakla birlikte, kendi aralarında araç-amaç ilişkisi şeklinde bir bağ da bulunmaktadır. Elkoymanın birinci amacı delillerin koruma altına alınması suretiyle yargılamanın sıhhatli yapılmasını sağlamakken, ikinci amacı yargılama sonunda verilebilecek olan müsadere kararının yerine getirilebilmesidir. İşte burada elkoyma, müsadere için gerçekleştirilebilmesi için araç konumundadır. Müsadereye tâbi eşyalara elkonulmak suretiyle muhakeme sonucu verilecek müsadere kararının uygulanması kolaylaşacak, kararın kâğıt üzerinde kalma tehlikesi önlenmiş olacaktır.⁷⁹¹ Müsadere ise, ceza olarak kabul edildiğinde kefarete, genel ve özel önleme; tedbir olarak kabul edildiğinde Gökçen'e göre tedavi amaçlıdır.⁷⁹²

2. Temel Haklara Etkileri Bakımından Karşılaştırma

a. Genel olarak

Kavramsal benzerlikten başka elkoyma ve müsadere temel haklara olan etkileri bakımından da benzerlik göstermektedir. Elkoyma, müsadere gibi bireyin mülkiyet hakkına müdahale oluşturan hukuki bir araçtır. Mülkiyet hakkına müdahale elkoymada geçici iken, müsadere halinde kalıcıdır. Hemen belirtmeliyiz ki, elkoyma sadece mülkiyet hakkına değil, özel hayatın gizliliği hakkına da ciddi bir müdahaledir. Elkoymanın konusunun bir kitap veya gazete olması halinde ise ifade özgürlüğünün yanı sıra, bilim ve sanat özgürlüğü ile basın özgürlüğüne de kaçınılmaz olarak müdahalede bulunulmuş olur.⁷⁹³

Gerek elkoyma gerekse müsadere, temel hakları kısıtladığından hukuk devletinin gereği olarak orantılılık ilkesine tabidir. Müsadere, ceza olması halinde kusurla, güvenlik tedbiri olması halinde ise tehlikelilikle orantılı olarak uygulanmalıdır. Elkoyma da, koruma tedbirlerinin temel ilkelerinden olan “tedbirin gerektirdiği müdahale ile işin önemi ve beklenen yarar arasında orantı bulunması” kuralına tabidir. Bir başka ifadeyle, araçla amacın, yöntemle hedefin dengeli olması

⁷⁹¹ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Özge/Saygılar/Alan, s. 422.

⁷⁹² Gökçen, Elkoyma, s. 93.

⁷⁹³ Tosun, age, s. 912; Gökçen, Elkoyma, s. 44.

gerekir. Eğer daha hafif bir tedbir ile elde edilmek istenen amaca ulaşılıyorsa daha ağır olan tedbire başvurulmamalıdır.⁷⁹⁴

Elkoyma, temel haklara bir mahkumiyet kararı olmaksızın etki etmektedir. Bunun için kuvvetli şüphe aranır. Hatta CMK'nın 128.maddesinde düzenlenen müsadere amaçlı elkoyma için kuvvetli şüphenin somut delillere dayanması gerekmektedir. Müsadere için de, kural olarak bir mahkumiyet kararına gerek bulunmamakla birlikte bir suçun işlendiğinin ispatlanması şarttır. Ayrıca elkoymadan farklı olarak müsadere mutlaka yargı kararı ile gerçekleştirilir. Elkoyma istisnaen de olsa savcı kararıyla yapılabilir.

b. Üçüncü Kişilerin Mülkiyet Hakkına Olan Etkileri Bakımından Karşılaştırma

aa. Genel Olarak

Müsadere kural olarak faile ait olan eşyaya ilişkin olmakla birlikte üçüncü kişinin “iyiniyetli” olmadığı durumlarda bu kişilere ait eşya bakımından da uygulanabilir. Bu istisnai bir uygulamadır.

Üçüncü kişilere ait olan eşyalara elkonulması ise müsadere den farklı olarak mümkün ve sık rastlanılan bir durumdur. Zira, elkoymada amaç soruşturmanın sıhhatini sağlamak olduğundan özellikle delil niteliğindeki eşyanın kime ait olduğu önem taşımaz. Nitekim, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, ispat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerlerine “yanında bulunduran kişinin” rızasıyla teslim etmediği halde elkonulabileceği düzenlenmiştir.⁷⁹⁵ Böylelikle elkoymanın tedbir niteliğinin gereği olarak eşyanın sanığa ait olması gibi bir şartın aranmadığı görülmektedir. Elkonulan eşyanın iadesini düzenleyen CMK'nın 131. maddesinde geçen “şüpheliye, sanığa veya üçüncü kişilere ait elkonulmuş eşya” ibaresinden şüpheli ve sanığın yanısıra

⁷⁹⁴ Centel/Zafer, age, s. 328; Yurtcan, Ceza Yargılaması, s. 313; Toroslu/Feyzioğlu, age, s. 212.

⁷⁹⁵ CMK 127/4'te de “ zilyetliğinde bulunan eşya veya diğer malvarlığı değerlerine elkonulan kimse” ibaresi kullanılmıştır.

üçüncü kişilere ait eşyaya da elkonulabileceği anlaşılmaktadır.⁷⁹⁶ Öğretide de, elkoymaya şüpheli veya sanık hakkında başvurulabileceği gibi, eşyayı elinde bulunduran bunun dışındaki başka kişiler hakkında da başvurulabileceği belirtilmektedir.⁷⁹⁷ Hatta elkonulan eşyanın tesliminin sağlanması için, şüpheli, sanık veya tanıklıktan çekinebilecek olanlardan başka kimseler hakkında eşya teslim edilene kadar disiplin hapsi uygulanır (CMK 123/2). İHAM da Ali Esen/Türkiye kararında bir ceza davasına müdahil olan başvurucunun (üçüncü kişi) aracına tedbiren elkonulmasını, bir ceza yaptırımını olmadığından mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendirmemiştir.⁷⁹⁸ Gökçen'e göre bu durum hukuk devleti ilkesinin gereğidir. Üçüncü kişiler, ceza muhakemesinin sağlıklı bir biçimde yapılıp maddi gerçeğe ulaşılması suretiyle toplumsal barışın yeniden sağlanması amacıyla sözkonusu tedbire katlanmak durumundadırlar.⁷⁹⁹

bb. Üçüncü Kişiye Ait Eşyaya Elkonulamayacak Haller

Üçüncü kişilere ait eşyaya elkonulabilmesi kuralının bazı istisnaları vardır. CMK'nın 126. maddesine göre şüpheli veya sanık ile CMK'nın 45. ve 46. maddelerine göre tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasındaki mektuplara ve belgelere, bu kimselerin nezdinde buldukça elkonulamayacaktır.⁸⁰⁰ Dikkat edilmelidir ki, sözkonusu istisna müsadere olarak farklı olarak üçüncü kişinin mülkiyet

⁷⁹⁶ Öte yandan belirtmeliyiz ki, elkonulan eşyanın delil olarak saklanması gerek kalmadığı halde mağdura ait olması durumunda, müsadere olduğu gibi iade edilmesi gerekir. CMK'nın 131/1. maddesine göre; şüpheliye, sanığa veya üçüncü kişilere ait elkonulmuş eşya, soruşturma ve kovuşturma bakımından muhafazasına gerek kalmaması veya müsadereye tâbi tutulmayacağına anlaşıldığı takdirde, re'sen veya istem üzerine geri verilebilir.

CMK'nın 131.maddesinin 2. fıkrasına göre ise taşınmaz, hak ve alacaklara elkoymayı düzenleyen 128.madde bakımından "128' inci madde hükümlerine göre elkonulan eşya veya diğer malvarlığı değerleri, suçtan zarar gören mağdura ait olması ve bunlara delil olarak artık ihtiyaç bulunmaması halinde, sahibine iade edilir." hükmü yer almaktadır. Ancak, bu hükmün varlığı öğretide eleştirilmektedir. Gerçekten, gönderme yapılan CMK'nın 128. maddesi, suçtan elde edildiğinden şüphe edilen malvarlığı değerlerine elkonulmasını düzenlemektedir. 128. maddedeki elkoymanın konusunu teşkil eden malvarlığı değerleri delil olmadığı gibi, kural olarak, suçtan zarar görene de ait olamaz. Zira, 128. madde suçtan zarar görenin değil, şüpheli ve sanığın taşınmaz, hak ve alacaklarına elkoymayı düzenlemektedir. Zaten, suçtan zarar görene ait malvarlığı değerlerinin CMK'nın 133/1. maddesine göre iade edilebilmesi mümkündür. Eleştiri için bkz. Toroslu/Feyzioğlu, age, s. 247.

⁷⁹⁷ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, s. 446

⁷⁹⁸ Ali Esen/Türkiye Kararı, Başvuru no: 74522/01, Tarih: 24.07.2007, par. 22

⁷⁹⁹ Gökçen, Elkoyma, s. 245, 246.

⁸⁰⁰ Sadece kişinin yanında bulunan şeyler değil, konutunda ve eşyerinde bulunan şeyler de yasak kapsamındadır. Bıçak, age, s. 623.

hakkından ziyade özel hayatın ve haberleşmenin gizliliğini korumayı amaçlamaktadır. Bundan başka, savunma hakkının dokunulmazlığı ilkesi gereğince müdafî ile şüpheli veya sanık arasında gönderilen mektup ve belgelere hem müdafîin tanıklıktan çekinmeye hakkı olan kişilerden olması hem de CMK m. 154'deki özel hüküm dolayısıyla elkonulamaz.⁸⁰¹ Ayrıca Anayasa gereği basın işletmesi olarak kurulan basımevi, eklentileri ile basın araçlarına, suç aleti olduğu gerekçesiyle elkonulamaz, bunlar müsadere edilemez veya işletmekten alıkonulamaz. Bu hükümler dışında, elkoymanın istisnası sayılamayan ancak elkonulan belgelerin incelenmesini kısıtlayan hükümler de mevcuttur.⁸⁰²

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 68/5. maddesinde de elkoymaya ilişkin istisnai bir düzenleme öngörülmektedir. Buna göre; *“Hak sahiplerinden biri, ikinci ve üçüncü fıkralar uyarınca talepte bulduklarında Ceza Muhakemesi Kanununun el koymaya ilişkin hükümleri delil elde etmek amacı dışında uygulanmaz.”* Örneğin, eseri izin almadan çoğaltılan kimsenin çoğaltılmış kopyaların, çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların imhasını veya üretim maliyet fiyatını geçmeyecek uygun bir bedel karşılığında kendisine verilmesini ya da sözleşme olması durumunda isteyebileceği miktarın üç kat fazlasını talep etmesi halinde müsadere amaçlı elkoyma yapılamayacaktır. Bu hüküm, aynı zamanda müsadere yapılamaz anlamına gelmemekle birlikte, ceza kanununda müsadere bakımından gerekli olan “mağdura iade edilememe koşulu” burada müsadereye engel olacaktır. Benzer şekilde çeşitli KHK'larda patent, marka ve benzeri hakları ihlal edilenler, elkonulan eşya ile bunları üretmeye yarayan araç, cihaz, makine gibi eşyanın, bedelini ödemek veya tazminattan düşürülmek kaydıyla üzerinde kendilerine mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilmektedir (PatKHK 137(d), EndTasKHK 49 (e), MarkKHK 62(d)).

⁸⁰¹ Centel/Zafer, age, s. 405.

⁸⁰² CMK'nın 125.maddesine göre devlet sırrı niteliğindeki bilgileri içeren belgeler ancak mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından incelenebilir. Bu belgelerde yer alan ve sadece yüklenen suçu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgiler, hâkim veya mahkeme başkanı tarafından tutanağa kaydedilir. Bir başka düzenleme avukat bürolarında elkonulan belgelere ilişkindir. CMK 130. maddesi elkoymaya engel değilse de, avukat ile müvekkil arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğu ileri sürülen belgelerin sadece yetkili hakim tarafından ileri sürülen nitelikte olup olmadığının incelenmesi ve bu nitelikte olduğuna karar verilmesi halinde, derhal iadesini sağlayan bir hükümdür.

cc. İyiniyetli Üçüncü Kişiyeye Ait Malvarlığına Müsadere Amaçlı Elkoyma Sorunu

Elkoymanın amacı soruşturmanın sıhhatini sağlamak olduğundan özellikle delil niteliğindeki eşyanın kime ait olduğunun önem taşımadığını yukarıda belirtmiştik. Bu itibarla üçüncü kişilere ait olan eşyalara elkonulması müsadere olarak farklı olarak mümkündür. Bununla birlikte konu, suçtan elde edilen taşınmaz, hak ve alacaklara elkoymayı düzenleyen 128. madde bakımından tartışmalıdır. CMK'nın 128. maddesi, belirli suçlardan elde edilen malvarlığı değerlerine elkoymayı düzenlemektedir. 128. madde dışında kalan suçlardan elde edilen malvarlığı değerlerine elkoyma, genel hüküm niteliğindeki 123. maddeye göre yapılacaktır. 123. maddeye göre elkoymanın konusu ispat aracı olarak yararlı görülen malvarlığının yanısıra “eşya ve kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı”dır. Bu halde, TCK 54 ve 55. maddelere yapılan dolaylı yollama nedeniyle iyiniyetli üçüncü kişilere ait malvarlığına müsadere amaçlı elkoyma yapılamayacak mıdır? Hemen belirtelim ki, aynı malvarlığının soruşturma bakımından delil niteliğinde olması halinde elkoyma elbette mümkündür. Sorun, sadece müsadere amaçlı elkoyma yapılıp yapılamayacağı sorundur. Sorunu burada tespit etmekle yetinip, konunun esasını oluşturması nedeniyle tartışma ve çözüm için ikinci bölüme gönderme yapmaktayız.⁸⁰³

3. Konuları Bakımından Karşılaştırma

Elkoymanın konusu CMK'nın 123. maddesi uyarınca “ispat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri”dir. Müsadereye tabi eşya ise, TCK'nın 54. maddesine göre *kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen veya suçtan meydana gelen eşya ile kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması halinde suçta kullanılmak üzere hazırlanan eşya ve üretimi,*

⁸⁰³ Bkz. Aşağıda, “İyiniyet Kuralının Elkoyma Bakımından Uygulanıp Uygulanmayacağı Sorunu”.

bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç teşkil eden eşya; 55. maddesine göre ise suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançlardır. Görüldüğü gibi elkoyma, müsadereye tabi olan bütün bu eşyalar bakımından mümkün olduğu gibi, bunlarla sınırlı değildir. Müsadereye tabi olmasa dahi, delil olan veya ileride delil niteliğinde olabilecek eşya ile kaçaklar bakımından delil niteliğinde olmasa ve hatta suçla ilintili olmasa dahi diğer eşyaya (Türkiye’de bulunan malları, hak ve alacakları) elkoyma mümkündür.⁸⁰⁴ Başka bir deyişle elkoymanın konusu genel olarak müsadereye göre daha geniştir.

Elkoymanın konusu olan “eşya” ve “malvarlığı değerleri” kavramları, müsadereyle aynıdır. Ancak kanunda kavram birliği bulunmamaktadır. Elkoymaya tabi eşya tıpkı müsadere bakımından olduğu gibi taşınır (suçun işlendiği silah, hakaret içeren mektup gibi) veya taşınmaz (uyuşturucu geliriyle alınan bir apartman dairesi gibi) olabilir. Tekrardan kaçınmak amacıyla bu kavramlara ilişkin ikinci bölümdeki açıklamalarımıza atıf yapmakla yetineceğiz.

5271 sayılı CMK’ da, maddi varlığa sahip olan eşyaların yanında maddi varlığa sahip olmayan ancak ekonomik değeri olan eşyalar da (örn. hak, alacak, bilgisayar programları, veriler vb.) elkoymanın kapsamına dahil edilmiştir.⁸⁰⁵ Kazanç müsaderesine paralel olarak getirilen CMK’nın 128. maddesine göre taşınmazlara, hak ve alacaklara elkonulabilir. Bu düzenleme ile kazanç müsaderesi kararının infaz edilebilir hale getirilmesi istenmiştir. Öğretide bu düzenlemenin “genişletilmiş elkoyma” kavramı ile ifade edildiği görülmektedir.⁸⁰⁶ Bununla birlikte müsadereden farklı olarak, taşınmaz hak ve alacaklara elkoyma ancak CMK’nın 128. maddesinin

⁸⁰⁴ Zira kaçaklar bakımından elkoymanın amacı sanığın duruşmaya gelmesini sağlamaktır. Kaçak yakalandığında veya kendiliğinden gelerek teslim olduğunda elkoymanın kaldırılmasına karar verilir. (CMK 248/4). Ünver/Hakeri, age, s. 419. Zorlama amaçlı elkoyma bütün suçlar bakımından değil ve fakat CMK’nın 248. maddesinin 2. fıkrasında sayılan suçlar bakımından mümkündür.

⁸⁰⁵ Mülga 1412 sayılı CMUK döneminde, elkoymaya sadece maddi varlığa sahip olan eşyalar konu olabilmekteydi. 1999’da yürürlüğe konulan 4422 sayılı ÇASÖMK kapsamında ise hak ve alacaklar üzerindeki tasarrufun kısıtlanması mümkün hale getirildi.

⁸⁰⁶ Özbek ve diğer yazarlara göre, elkoyma sadece maddi varlığı olan eşya için uygulanabileceken, müsadere maddi varlığı olmayan eşya için de uygulanabilir. Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, Ceza Hukuku, s. 589.

2.fikrasında sayılan suçlar bakımından mümkündür.⁸⁰⁷ Bir de yukarıda saydığımız gibi bazı eşyalara özel hayatın ve haberleşmenin gizliliği ve savunma hakkının dokunulmazlığı gerekçeleriyle elkonulamaz.

CMK'nın 132. maddesinin 6. fıkrasına göre “Elkonulan eşya, delil olarak saklanmasına gerek kalmaması halinde, rayiç değerinin derhâl ödenmesi karşılığında, ilgiliye teslim edilebilir”.⁸⁰⁸ Bu durumda müsadere kararının konusunu, ödenen rayiç değer oluşturur.⁸⁰⁹ Burada, delil olarak saklanmasına ihtiyaç bulunmayan ve ilgisine teslim edilen eşyanın ekonomik değeri olmaması halinde akıbetinin ne olacağı sorusu akla gelmektedir. Herhalde eşya bedelsiz olarak ilgiliye teslim edilecektir. Bu durumda, ileride müsadere kararı verilmesi halinde uygulamanın, rayiç değer değil, bizatihi eşyanın kendisi üzerinden gerçekleşeceği kuvvetle muhtemeldir. Böyle bir durumda, her ne kadar emredici bir hüküm olmasa ve hakimin takdirine bağlı olsa da, müsadere edilen eşyası ekonomik değer taşımayan kişi bakımından eşyasının müsaderesi yerine rayiç bedelinin ödenmesi olasılığı bulunmamaktadır. Bu kişi, eşyası ekonomik değere sahip olan bir başka kişiye göre dezavantajlı durumda olabilecektir. Burada bir eşitsizliğe sebep olmamak için hakimin takdir hakkını bu hususa özen göstererek kullanması gerektiği kanaatindeyiz.

Elkoyma ve müsaderenin konuları bakımından ortak bir husus, basın özgürlüğü nedeniyle basın araçlarının Anayasa tarafından koruma altında olmasıdır. Anayasanın basın araçlarının korunmasına ilişkin 30. maddesine göre kanuna uygun şekilde basın işletmesi olarak kurulan basımevi ve eklentileri ile basın araçları, suç aleti olduğu gerekçesiyle zapt ve müsadere edilemez veya işletilmekten alıkonulamaz.

Konu bakımından karşılaştırmada değinilmesi gereken son husus, suçun manevi unsuruna ilişkindir. Elkoyma bakımından suçun taksirli veya kasıtlı

⁸⁰⁷ Bu suçlar bakımından hakimin takdir yetkisinin ağırlıklı olarak elkoyma yönünde olacağı ve ayrıca buradaki elkoymanın daha çok müsadere amaçlı yapılacağı yönünde bkz. Öztürk/Erdem, Uygulamalı 2006, s. 560

⁸⁰⁸ Burada yalnızca “ilgili”ye teslimden söz edilmektedir; şüpheli veya sanığa teslimden değil. Halbuki 132.maddenin diğer fıkralarında “şüpheli, sanık veya ilgili diğer kişi” ve “ şüpheliye, sanığa veya diğer bir kişiye” ibareleri kullanılmıştır. Bu durumda 132/6 sadece ilgiliye teslim imkanı tanımakta ve rayiç bedel üzerinden müsadere kararı verilebilmesini düzenlemektedir.

⁸⁰⁹ Yasada elkonulan eşyanın korunması ve elden çıkarılmasına ilişkin 132.maddede düzenlenen diğer tedbirlere karar verecek olan mercilerin belirlenmiş olmasına karşılık, bu tedbire karar verecek merciin belirlenmemiş olduğu hakkında bkz. Centel/Zafer, age, s. 406.

olmasının önemi bulunmamaktadır.⁸¹⁰ Bir başka deyişle, herhangi bir suç bakımından delil teşkil edebilecek eşya veya kazanca elkonulabilecekken, müsadere bakımından konu tartışmalıdır. Eşya müsadere bakımından kanunda açıkça kasıtlı bir suçun işlenmesinin aranmasına karşılık, kazanç müsadereinde sadece “bir suçun” işlenmesinden sözedilmesi nedeniyle konu tartışma yaratmıştır. Öğretide hakim görüş, müsadere kasten işlenen suçlarda uygulanabileceği yönündedir.

4. Usul Bakımından Karşılaştırma

Müsadere kesin ve mutlak olarak yargı kararı ile gerçekleştirilirken, elkoyma kararı kural olarak hakim tarafından verilir. Ancak, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcının, savcıya ulaşılamayan hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile de elkoyma işlemi yapılabilir (CMK m.127/1). Hakim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işlemi, yirmidört saat içinde görevli hakim onayına sunulur. Hakim, kararını elkoymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar, aksi halde elkoyma kendiliğinden kalkar (CMK m.127/3). Böyle bir durumda, ileride müsadere edilebilecek olan eşyayı güvence altına almak bakımından yeniden usulüne uygun olarak elkoyma kararı verilmesi ve uygulanması gerekir.

Genel elkoymadan farklı olarak CMK'nın 128. maddesi gereğince suçtan elde edildiği yönünde somut delillere dayanan kuvvetli şüphe bulunan taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığına ancak hakim kararı ile el konulabilir. Bununla birlikte 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun'un 17. maddesi istisnai bir usul öngörmektedir.⁸¹¹ Buna göre aklama ve terörün finansmanı suçundan elde edildiği yönünde kuvvetli şüphe bulunan malvarlığı değerlerine gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının kararı ile elkonulabilir. Hakim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işlemi yirmidört saat içinde görevli hakim onayına sunulur. Hakim, elkoymadan itibaren kırksekiz saat içinde onay kararı vermediği takdirde elkoyma kendiliğinden kalkar.

Benzer biçimde 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 166/f maddesinde, soruşturmanın sonuçlanmasına kadar, ilgili kanunun 160/3. maddesinin kapsamına

⁸¹⁰ Gedik, Müsadere, s. 55.

⁸¹¹ 11.10.2006 gün ve 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun m. 17/1. R.G. 18.10.2006 no: 26323

giren suçların faillerinin her türlü mal, alacak, para ve sair eşyalarına hâkim kararı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile elkonulabileceği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca, bu suçlara iştirak edenler ile suç faillerinin bu suçlar nedeniyle elde ettiği her türlü haksız kazanımın transferi sonucu elde edilen, kan ve kayın hısımlar ile üçüncü şahıslar nezdindeki mal, alacak veya sair her türlü şeylere de Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile elkonulabilecektir (Ban.K. m. 166/3).⁸¹²

Usule ilişkin ayrık bir diğer hüküm 6415 sayılı Terörizmin Finansmanı'nın Önlenmesi Hakkında Kanun'un 5. maddesinde öngörülen "Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin 1267 (1999), 1988 (2011) ve 1989 (2011) sayılı kararlarıyla listelenen kişi, kuruluş veya organizasyonların tasarrufunda bulunan malvarlığının dondurulması kararları, Bakanlar Kurulunun Resmî Gazete'de yayımlanan kararıyla gecikmeksizin uygulanır." hükmüdür. Bu madde CMK'nın 128. maddesinden farklı olarak Türkiye'deki malvarlığına hakim kararı olmaksızın idari bir işlemle elkonulmasını öngörmektedir.

Müsadereye, "suç konusu olmayıp sadece müsadereye tabi bulunan eşya"⁸¹³ haricinde, kural olarak duruşma yapılarak karar verilir (CMK 257.m). Elkoyma kararı, kural olarak hakim tarafından verilirse de, duruşma yapılmaz.

Usul bakımından belirtilmesi gereken son husus hakimin takdir yetkisine ilişkindir. Öğretide müsadere ile elkoyma arasındaki bir diğer farkın müsadere zorunlu, elkoymanın ise ihtiyari olması olduğu belirtilmiştir⁸¹⁴ Günümüzde müsadere zorunluluğu ilkesinin yumuşatılması nedeniyle, bunun ilk bakışta elkoyma ile arasında bir fark olarak nitelendirilmesinin önemini yitirdiği düşünülebilir. Ne var ki, müsadere zorunluluk kuralının istisnası kanunda sadece suçta kullanılan eşya bakımından öngörülmüş olup, ancak hakkaniyet sebebiyle müsadere işlenen suçla orana daha ağır sonuçlar doğurması ihtimalinde

⁸¹² Söz konusu düzenleme ile Bankacılık Kanunundaki belirli suçlar bakımından, CMK'nın 128. maddesinde yer alan taşınmazlara, hak ve alacaklara elkonulabilmesine ilişkin güvence ortadan kaldırılmıştır. Taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma için aranan hâkim kararı mutlak olmaktan çıkarılmasının yanısıra sayılan malvarlığı değerlerine elkonulabilmesi için soruşturma konusu suçun işlendiğine ve söz konusu malvarlığı değerlerinin bu suçtan elde edildiğine dair kuvvetli şüphenin bulunması şartı da aranmamıştır. Öztürk Bahri/Erdem Mustafa Ruhan/Sırma Özge/Saygılar Yasemin F., **Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler**, Turhan Kitabevi, 4. Baskı, Ankara, 2006, s.438 vd.

⁸¹³ CMK'nın 259.maddesinin 1. fıkrasına göre bu tür eşyanın müsadere sulh ceza hakimi tarafından duruşma yapılmaksızın yapılır.

⁸¹⁴ Gökçen, Elkoyma, s. 159.

mümkündür. Bu nedenle müsadere bakımından hala zorunlu müsadere sistemi esastır. Elkoymanın bir koruma tedbiri olarak ihtiyari olmasından vazgeçilemeyeceğine göre, müsadere ile elkoyma arasındaki sözkonusu fark önemini korumaktadır.

5. Sonuçları Bakımından Karşılaştırma

Müsadere kararı verilmesi halinde eşya veya malvarlığı değerinin mülkiyeti devlete kesin olarak geçer. Elkoyma halinde ise mülkiyet hakkının devri sözkonusu olmayıp, eşyanın zilyetliği el değiştirir veya kişinin hak ve alacaklarda tasarruf yetkisi belirli bir süre için sınırlandırılmış olur. Elkoyma ile mülkiyetin devri sözkonusu olmaz, eşya sadece adliyenin elinde tutulur. Bir eşyaya müsadere amacıyla elkonulmuşsa mülkiyeti elkoyma anında değil, daha sonra verilen müsadere kararı ile devlete geçer.⁸¹⁵

Elkonulan eşyanın soruşturma ve kovuşturma bakımından muhafazasına gerek kalmaması veya müsadereye tabi tutulmayacağına anlaşılması halinde re'sen veya istem üzerine sözkonusu eşya iade edilir (CMK 131). Ancak, *“elkonulan eşyanın zarara uğraması veya değerinde esaslı ölçüde kayıp meydana gelme tehlikesinin varlığı halinde, hüküm kesinleşmeden önce elden çıkarılabilir”* (CMK 132. madde). Böylelikle elkoyma istisnai olarak, müsadereye benzer biçimde sözkonusu eşyanın sürekli olarak sahibinden alınması sonucunu doğurur.

Bir görüşe göre, eşyanın elden çıkarılması durumunda elde edilen değer eşyanın yerine geçer. Dolayısıyla, muhakeme sonunda müsadere kararı verilecek olduğunda, bu değer mütaderesine hükmedilmesi gerekir.⁸¹⁶ Müsadere kararı verilmemesi halinde ise bedelin iadesi gerçekleştirilmelidir. Ancak bu konuda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda, elkonulan eşyanın sahibi, bedeli kendisine ödenmediği takdirde CMK'nın koruma tedbirleri nedeniyle tazminata hükmedilmesinin koşullarının düzenleyen 141/1(j) maddesinden faydalanabilir. Bu maddeye göre ise elkoyma nedeniyle tazminat, ancak *“elkoymanın koşulları oluşmadan gerçekleştirilmesi, elkonulan eşya veya malvarlığı değerlerinin korunması için gerekli tedbirlerin alınmaması, bunların amaç dışında kullanılması*

⁸¹⁵ Öztürk/Erdem, Uygulamalı 2006, s. 554

⁸¹⁶ Ünver/Hakeri, age, s. 422

veya zamanında geri verilmemesi” hallerinde mümkündür. Bu durumda zarara uğraması veya değerinde esaslı ölçüde kayıp meydana gelme tehlikesi sebebiyle eşyasına elkonulan kişi, tazminata hak kazanabilmek için *eşya veya malvarlığı değerlerinin korunması için gerekli tedbirlerin alınmadığını ispatlamak durumunda kalacaktır*. Bu nedenle, 132. maddeye konuyla ilgili olarak “elden çıkartılan eşya hakkında müsadere kararı verilmemesi halinde bedelinin hak sahibine ödenmesine karar verilir” şeklinde bir hüküm konulması gerektiği kanaatindeyiz.

Elkonulan eşyanın yargılama sonucunda müsaderesine karar verilecek olursa bu kararın ne zaman infaz edileceği de açıklığa kavuşturulmalıdır. Müsadere kararı yargılama sonunda mı, yoksa kararın kesinleşmesinden sonra mı uygulanır? Bu konu İHAM’ın Raimondo/İtalya davasında tartışma konusu olmuştur. Mahkeme, müsadere kararı kesinleşmeden önce müsadereye tabi araçların devrinin yapılmasını müsaderenin önleyicilik vasfı nedeniyle mülkiyet hakkının ihlali olarak görmemiştir.⁸¹⁷ Ancak kanaatimizce karar hatalıdır. Bir yargılama hükmü sonuçlandığı halde, ortada halen tedbir niteliğindeki bir kararın (elkoymanın) varlığı ilk bakışta hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz gibi görünmektedir. Ancak, bir hukuk devletinde yargı kararlarına karşı kanun yollarına başvuru hakkının ve bunun için gerekli bir zamanın tanınması şart olduğuna göre, tam tersine henüz kesinleşmemiş bir kararın infaz edilmesi hukuka aykırı olacaktır. Müsaderenin hukuki niteliği ister ceza ister güvenlik tedbiri olarak kabul edilsin, herhalde bir yaptırım olduğundan, kesinleşmeden infaz edilememesi gerekir. Ancak belirtmeliyiz ki, derhal imhası gereken uyuşturucu gibi tehlikeli şeyler bundan hariçtir. Ayrıca İHAM’ın gerekçesi de eleştirilmeye muhtaçtır, zira elkoymanın amacı suç işlenmesinin önlenmesi olmasa da önleyici etkisi vardır.⁸¹⁸

B. Muhafaza Altına Alma

Muhafaza altına alma, koruma anlamına gelmekte olup Ceza Muhakemesi Kanunu’nda elkoymanın muhatabın rızası ile yapılması halini ifade etmek üzere

⁸¹⁷ Raimondo/İtalya, Başvuru no: 12954/87, Tarih: 22.02.1994, par.30.

⁸¹⁸ Mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararının infazı için kanunda açıkça kesinleşmesi aranmaktadır. Bkz. KK m.18/3: Mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin karar kesinleşinceye kadar ilgili kamu kurum ve kuruluşu tarafından eşyaya elkonulabileceği gibi; eşya, kişilerin muhafazasına da bırakılabilir.

kullanılmıştır. CMK'nın 138. maddesinin 2.fikrasında özellikle tesadüfî delillerle ilgili olarak düzenlenmiştir. Müsadere ile benzerliği mülkiyet hakkının suç nedeniyle sınırlandırılması bakımındandır. Ancak tıpkı elkoymada olduğu gibi muhafaza altına alma da bir koruma tedbiridir ve geçicidir. Oysa müsadere kararı verildiğinde mülkiyet hakkı temelli olarak son bulmaktadır. Öte yandan muhafaza altına alma işleminin hem müsadereye hem de elkoymadan farkı, hâkim kararını gerektirmeksizin kolluk tarafından uygulanabilmesidir.⁸¹⁹

İspat aracı olarak yararlı görülen yani delil vasfı bulunan eşya ile eşya veya kazanç müsadereye konu olabilecek eşyanın alınmasına zilyet rıza gösteriyorsa bu işlem muhafaza altına almadır ve bunun için hakim kararına ihtiyaç yoktur. Eğer eşyanın zilyedi bu eşyanın alınmasına rıza göstermiyor ise el koyma konusunda hakim kararına ihtiyaç bulunmaktadır. *“Zor kullanılmadan kişinin istenen eşyayı vermesi veya eşyanın herhangi bir kimsenin zilyetliğinde bulunmaması halinde, elkoymadan değil, muhafaza veya emniyet altına almadan sözedilir”*⁸²⁰ Örneğin, zilyedi orman emvaline, nakil vasıtasına ve balta gibi eşyanın alınmasına rıza gösterir ise bu işlem muhafaza altına almadır ve hakim kararı gerekmez.

CMK'nın 123/2. maddesi, muhafaza altına almanın, “zilyedin rızası” kriterine bağlanmasının sahipsiz ya da sahibi bilinmeyen eşyalar ile fren izi, kan lekesi ya da olayda kullanılan taş, sopa gibi ekonomik değeri bulunmayan şeylerin mahkemede delil olarak kullanılmak üzere korunması ve muhafaza edilmesi hâlini ifade etmekten uzak olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁸²¹ Bu eleştiriler doğrultusunda Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin⁸²² tanımlar başlıklı 4. maddesinde “koruma altına alma” tarif edilmiştir. Buna göre, koruma altına alma, *“Suçun veya tehlikelerin önlenmesi ya da delil olabilecek veya müsadereye tabi olan yahut güvenliğin sağlanması amacıyla eşyayı, zilyedinin kendiliğinden vermesi veya ilgili eşyanın elkonulana kadar geçici olarak alıkonulması”* olarak tanımlanmıştır. Böylece ceza muhakemesinde delil olarak kullanılmak üzere haklarında elkoyma kararı verilene kadar koruma altına almak suretiyle geçici olarak alıkonulmalarına imkân sağlanmıştır.

⁸¹⁹ “Kişi serbest iradesiyle eşyayı teslim ederse hiçbir kurala bağlı olmadan eşya muhafaza altına alınır”. Centel/Zafer, age, s. 392.

⁸²⁰ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, age, s. 445; Benzer tanımlamalar için bkz. Gedik, Müsadere, s. 22.

⁸²¹ Hüseyin Serkan Yılmaz, age, s. 12

⁸²² Resmi Gazete Tarihi: 01.06.2005 Resmi Gazete Sayısı: 25832

C. Adli Para Cezası

Para cezası, işlenen suç karşılığında failin malvarlığına ilişkin olarak uygulanan bir ceza hukuku yaptırımıdır.⁸²³ İdare hukuku alanında da para cezalarının uygulanması nedeniyle karışıklığa yol açmamak için ceza hukuku alanındaki para cezaları “adli para cezası” olarak adlandırılmıştır. Adli para cezaları failin kusuru ve ekonomik durumuyla orantılı olarak hakim tarafından belirlenen bir miktar paranın devlet hazinesine ödenmesi ile infaz edilir.⁸²⁴

Para cezasının, insanların toplu halde yaşamaya başlamaları kadar eskilere dayandığı söylenmektedir.⁸²⁵ Para cezaları öldürme gibi en ağır suçların karşılığı olarak dahi uygulanmış, kefaret anlayışının etkisi ile yerini bedensel cezalara bırakmıştır.⁸²⁶ XVI. Yüzyıldan itibaren bedensel cezaların yerini alan hapis cezasının, gelecekte yerini para cezasına bırakacağı savunulmaktadır.⁸²⁷ Nitekim ölüm cezasının çağdaş sistemlerden kaldırılması, kısa süreli hapis cezalarının sakıncalarını giderme ihtiyacı ile kapitalizmin gelişimine paralel olarak paranın insan yaşamında ve toplumdaki değerinin artması gibi nedenler, para cezasının 20.yüzyılda daha etkin bir yaptırım olarak uygulanmasına neden olmuştur.⁸²⁸ Özellikle “ekonomik suça ekonomik yaptırım” uygulanması gerektiği görüşünü savunanlara göre ekonomik nitelikli suçlarda hürriyeti bağlayıcı ceza yerine para cezası uygulanması daha rasyonel olur.⁸²⁹

⁸²³ Donay, Para Cezaları, s. 14; Nurullah Kunter, Tehlike Tedbiri Genel Teorisi ve Para Cezaları İçin İcrai ve İhtiyati Haciz, **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt XXXIV, Sayı 1-4, Ayrı Bası, İstanbul, 1969.

⁸²⁴ Zafer, Ceza Hukuku, s. 452; Para cezasının değişik tanımları için bkz. İçel/Sokullu/Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, Yaptırım, s. 95.

⁸²⁵ Donay, Para cezaları, s. 16

⁸²⁶ Dönmezer/Erman, Cilt II, s. 674; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel, 946-948.

⁸²⁷ İçel/Sokullu/Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, Yaptırım, s. 108-109.

⁸²⁸ Dönmezer/Erman, Cilt II, s. 674; İçel/Sokullu/Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, Yaptırım, s. 96; Önder, Dersler, s. 511; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel, s. 945; Haluk Çolak/Uğurtan Altun, “Bir Yaptırım Türü Olarak Para Cezalarının Teori ve Uygulamadaki Yeri”, **TBB**, C:29, S:69, Mart – Nisan 2007, 241-242.

⁸²⁹ İçel/Donay, age, s. 11; Fatih Şelami Mahmutoğlu, **Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2003.

Para cezaları temelde hapis cezasının sakıncalarına cevap olabilmektedir.⁸³⁰ Bölünebilir olması itibariyle suçun tam karşılığına tekabül etmesi ve bunun sonucu olarak da cezanın bireyselleştirilmesine elverişlidir. Hapis cezasının yüksek maliyetine karşılık, temel etkilerinin yanısıra para cezaları devlete gelir sağlar.⁸³¹ Para cezasının, adli hata olasılığına karşı tamir edilebilir niteliği ile oldukça önemlidir. İdam cezasında bu hiç mümkün değilken, hapis cezaları bakımından mahkumun zararının maddi anlamda tazmini sağlansa da, tamir edilebilir bir sonuç doğurmaz. Yukarıda açıklanan faydalarına karşın para cezasının cezanın bireyselliği ilkesine aykırı olduğunu, failin malvarlığının eksilmesinin ailesini etkilediği belirtilmektedir. Paranın, suçlu dışındaki kişiler tarafından ödenebilmesinin cezanın etkisini azalttığı, eşitlik ilkesini ihlal ettiği, zengin ile fakir üzerinde farklı etki yarattığı belirtilmektedir. Genel önlemeyi sağlamada zayıf kalması ve infazının gerçekleşmesinin suçluya bağlı olması da eleştirilmektedir.⁸³²

Para cezaları, müsadere gibi malvarlığına ilişkin olduğundan müsadere ile benzerlik göstermektedir. Hatta İngiliz hukukunda olduğu gibi bazı sistemlerde müsadere, suçtan elde edilen menfaat tutarındaki bir meblağın devlete ödenmesinden ibarettir. Bizde de, müsadereye tabi eşyanın veya kazancın ele geçirilememesi halinde uygulanan eşdeğer müsadere veya kaim değer müsadere para cezasıyla benzer bir sonuç doğurmaktadır. Hatta öğretilerde, suçtan elde edilen gelirin miktarı belirlenememişse, hapis cezasının yanında hükmolunacak adli para cezasının belirlenmesinde YTCK' nın 61. maddesinin 1. fıkrasındaki ölçütlerin yanı sıra, suç işlemek suretiyle kişinin elde ettiği takdir edilen gelirin miktarının göz önünde bulundurulacağı da ifade edilmektedir.⁸³³ Bu bağlamda kazanç müsaderesinin mümkün gözüktüğü durumlarda, yani kazancın belirlenebilir olduğu durumlarda, adli

⁸³⁰ Kısa süreli hapis cezalarının sakıncaları için bkz. Kayıhan İçel, "Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Olan Müesseselerdeki Gelişmeler ve Türk Ceza Sisteminin Bu Yönden Değerlendirilmesi", **Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanunu'nun 50 Yılı ve Geleceği**, İÜHF, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Enstitüsü, 1976, s. 334-335.

⁸³¹ Donay, Para Cezaları, s. 45; Dönmezer/Erman, Cilt II, s. 675; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, Yaptırım, s. 111; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel, s. 951; Demirbaş, Ceza, s. 530.

⁸³² Donay, Para Cezaları, s. 38-46; Dönmezer/Erman, Cilt II, s. 676; Erem/Danışman/Artuk, age, s. 738; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, Yaptırım, s. 112; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel, s. 951-952; Çolak/Altun, 248-249; Demirbaş, Ceza, s. 531; Önder, Dersler, 513; Para cezasına yöneltilen eleştirilerin alınacak ek tedbirler ile giderilebileceği yönünde bkz. İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, Yaptırım, s. 113; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel, s. 951.

⁸³³ Özgenç, Gazi Şerhi, 648.

para cezası geri planda kalacak ve para cezası alt sınırdan belirlenecektir. Buna karşılık kazancın belirlenemediği durumlarda adli para cezası ön plana geçecek ve hakim para cezasını üst sınırdan hesaplayacaktır.⁸³⁴ 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesinden önce, karşılık değerlerin müsaderesinin sözkonusu olmadığı dönemlerde müsadere edilemeyen malvarlığı yerine para cezasının öngörölmüş olması da, eşdeğer müsaderenin cezaya yakın olduğu fikrini destekler niteliktedir. Örneğin; 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun'un 3521 sayılı Yasa ile değişik 3. maddesinin "a" bendine göre "*...Yakalanan eşya ve kıymetler, fiil teşebbüs derecesinde kalsa dahi, müsadere olunur. Yakalanamadığı için müsadere edilemeyen eşya ve kıymetlerin rayiç bedeli kadar ağır para cezasına hükmolunur.*" idi. Yine mülga 1918 sayılı Kaçakçılık Men ve Takibi Hakkında Kanun'un 25. maddesinin son fıkrasına göre, eşyanın ele geçirilememesi nedeniyle müsadere edilememesi halinde, para cezasına "eşyanın gümrüklenmiş değerine eşit meblağ" eklenmekte idi.

Müsadereye benzer bir başka uygulama, klasik para cezası sistemlerinden nisbi sistem denilen ve ceza miktarının suçtan elde edilen yarar ya da suç ile meydana getirilen zarar veya katları olarak uygulandığı hallerde ortaya çıkmaktadır. Nitekim, 765 sayılı TCK'da böyle uygulamalar söz konusu idi.⁸³⁵ Ne var ki, kazanç müsaderesinin getirilmesine paralel olarak 5237 sayılı TCK'da nispî para cezası öngörölmediği belirtilmektedir.⁸³⁶ Buna göre artık suçtan sağlanan kazancın belli bir katı kadar para cezası verilemeyecektir. İstisnai bir düzenleme olarak dolandırıcılık suçu bakımından TCK'nın 158. maddesinin (e), (f) ve (j) bentlerinde öngörülen ve suçun nitelikli hallerinde uygulanacak olan adli para cezası miktarının suçtan elde edilen menfaatin iki katından az olamayacağı yönündeki kanun hükmünü belirtmeliyiz. Yine 5237 Sayılı TCK'dan sonra kabul edilmiş olmasına rağmen, 5411

⁸³⁴ Özcan, Şirketler, s. 155.

⁸³⁵ Centel/Zafer/Çakmut, age, 575; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel, s. 955; Çolak/Altun, 261. Klasik Para Cezası Sistemi Yasada belirlenen sınırlar içinde para cezasının miktarının yargıç tarafından saptandığı sistemdir. Bazı durumlarda, sabit bir miktar kabul edilmekte, bazı durumlarda ise, gösterilen alt ve üst sınırlar arasında, yargıç tarafından, para cezası miktarının saptanması istenmektedir. Üçüncü durumda ise, suçtan elde edilen yarar ya da suç ile meydana getirilen zarar veya katları, para cezası miktarı olarak belirlenmektedir. Nisbi para cezası adı verilen bu sistem 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda mevcuttu. Yargıç ancak belirlenen alt ve üst sınırlar içinde bir miktar ceza tayin edebilmekteydi. Doğan F., age, s. 65.

⁸³⁶ Yaşar/Gökcan/Artuç, age, s. 1753; Karagülmez, age, s. 29; Özgenç, Gazi Şerhi, s. 664, 668. "Nispî para cezası, ceza kanunlarında müsaderenin yaptırım teorisindeki düşüncelere paralel olarak ve ihtiyaca cevap verebilecek şekilde düzenlenmemiş ve özellikle kazanç müsaderesine yer verilmemiş olmasının ortaya çıkardığı eksikliği gidermek amacıyla kabul edilmiştir." Çolak/Altun, Para Cezaları, s. 338.

sayılı Bankacılık Kanunu da nisbi para cezası sistemini benimsemiştir (Bank. K. M. 160/2-3)⁸³⁷ Nisbi para cezaları özellikle kazanç müsaderesinin kabul edilmediği dönemdeki eksikliği gidermeye yönelik uygulandığı bilinmektedir.

Öte yandan belirtmeliyiz ki, müsadere ve para cezaları konuları bakımından ayrılabilir. Müsaderenin konusu para olabileceği gibi paradan başka malvarlığı değerleri de olabilir. Buna karşılık para cezası sadece belirli bir meblağın devlet hazinesine yatırılmasıyla gerçekleşir. Eşdeğer müsaderenin konusu ise müsadere edilemeyen eşya veya kazancın karşılığını oluşturan paradır.

Müsadereye karar verilebilmesi için eşya veya kazancın suçla ilgili olması gerekmektedir. Oysa para cezasına hükmedilebilmesi için, belirli bir suç karşılığında para cezası öngörülmüş olması yeterli olup, o suçtan bir gelir elde edilmiş olması aranmaz.⁸³⁸ Öte yandan karşılığında para cezası öngörülen suçların genellikle ekonomik suç niteliğindeki suçlar olduğu söylenebilir. Bazı suçlar bakımından ise hem müsadere hem de para cezası öngörülmüş olması bu iki yaptırımın farklı amaçlara hizmet ettiğini göstermektedir.⁸³⁹ Gerçekten müsadere ile para cezasının işlevleri de birbirinden farklıdır. Para cezaları, özellikle hapis cezasının sakıncalarını gidermek üzere ortaya çıkmış olup, hapis cezaları gibi ödetme amacıyla uygulanmaktadır. Para cezasının ödenmemesi halinde hapis cezasına çevrilmesi, devletin bir zararı olmasa dahi para cezasına hükmedilmesi, bunun göstergeleridir.⁸⁴⁰ Sanığın ölümü hâlinde terekeden tahsil edilmesinin mümkün bulunmaması sebebiyle, para cezası gerçek anlamda bir ceza hukuku yaptırımıdır. Müsadere ise tedbir yönü de olan karma nitelikli bir kurumdur. Devlet açısından önemli olan, verilen para cezası ile suçlunun malvarlığında bir azalmanın gerçekleştirilmesinin sağlanmasıdır. Para cezasının tahsili devlet için bir kazancın doğması sonucunu doğursa bile, bu netice bir araç değildir.⁸⁴¹ Öğretide para cezalarının suçtan elde edilen menfaati gideremeyeceği, bunun ancak müsadere veya eşdeğer müsadere ile

⁸³⁷ Koca/Üzülmez, age, s. 467.

⁸³⁸ Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, Ceza Hukuku, s. 590.

⁸³⁹ Örneğin, 560 sayılı KHK'ye 4128 sayılı Yasa'yla eklenen 18/A maddenin (g) bendinde; *"Bu Kanunun 12 nci maddesinde belirtilen yasakları ihlal eden gerçek veya tüzelkişilere on milyon liradan beşyüz milyon liraya kadar ağır para cezası verilir ve mahkemece malların müsaderesine hükmolunur."*

⁸⁴⁰ Benzer yönde Doğan F., age, s. 24.

⁸⁴¹ Çolak/Altun, Para Cezaları, s. 245

gerçekleştirilebileceği vurgulanmaktadır.⁸⁴² Müsadere ise ödetmenin yanısıra suçtan elde edilen zenginleşmenin önlenmesi, başka suçların önlenmesi gibi amaçlarla da uygulanabilmektedir.⁸⁴³ Uygulamada da, müsadere edilecek meblağın ele geçirilememesi halinde bu değer para cezasına eklenerek hesaplanması bozma gerekçesi yapılmaktadır. Para cezaları ile müsadere farklı fonksiyonları İHAM kararlarına da yansımıştır. Bowler Int/Fransa davasında Fransız hükümetinin kaçakçılık suçu ile hazineye ortaya çıkan açığın müsadere ile kapatıldığını ileri sürmesine karşılık mahkeme, bu iddiayı konuyla ilgili görmemiş ve sözkonusu açığın para cezası ile giderilmiş olduğuna işaret etmiştir.⁸⁴⁴

İsviçre doktrininde de para cezalarının hapis cezaları gibi kişisel nitelikte olduğu, müsadere ise aynı karakter taşıdığı belirtilmektedir. Bu nedenle para cezalarına kişinin ekonomik durumu gözönünde bulundurularak hükmedilir.⁸⁴⁵ Ancak belirtmeliyiz ki, hukukumuzda olduğu gibi diğer pek çok hukuk düzeninde orantılılık ilkesi gereğince müsadere de kişinin ekonomik anlamda mahfına yol açmaması gerektiği, tarihte de kişinin ve yakınlarının geçimini sağlayacak kadar malvarlığının müsadereye müstesna tutulduğu görülmektedir.

D. Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi

Mülkiyetin kamuya geçirilmesi 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda düzenlenen ve kabahatler karşılığında uygulanabilen idari yaptırım türlerinden biridir. KK'na göre kabahat deyiminden, kanunun karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlaşılır.⁸⁴⁶

⁸⁴² Hirsig-Voillouz, Le Nouveau Droit, s. 1382

⁸⁴³ Nitekim şu an yürürlükte olmayan 765 sayılı Türk Ceza Kanununun mülga 220 nci maddesi "Bu Fasılda yer alan rüşvet verme suçları, tüzel kişilerin yetkili temsilcileri tarafından" işlendiğinde, bunlar cezalandırılmakla beraber tüzel kişi hakkında da suçla elde edilen menfaatin iki katından üç katına kadar ağır para cezasına hükmolunur.

⁸⁴⁴ Bowler International Unit/Fransa Kararı, Başvuru no: 1946/06, Tarih:23.07.2009, par., 43

⁸⁴⁵ Hirsig-Voillouz, Le Nouveau Droit, s. 1382

⁸⁴⁶ Öğretide kabahat için farklı tanımlar yapılmaktadır. "Kabahat fiilleri çok defa fena niyet bulunmadığı ve başkasına zarar vermediği halde mücerret fert veya sosyete için muhtemel zararların önüne geçmek düşüncesi ile intizamı ve inzibatı temine yarıyacak ihtiyat tedbirlerinden olmak üzere cezalandırılmış olan haddizatında ehemmiyetsiz hareketlerdir." Tahir Taner, **Ceza hukuku: Umumi Kısım**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1953, s. 86. Şen'e göre kabahat "cürümler dışında kalan, toplum düzenini ciddi olarak sarsmayan, henüz ağır sonuçlara ulaşmayan ve bundan dolayı tehlike hareketlerini önlemeyi amaçlayan, günümüzde takip ve yaptırımları Kabahatler Kanunu kapsamına

2005 yılından önce, kabahat adı verilen ve daha çok ceza hukukçularınca eski tabirle “cürüm”lere oranla daha hafif hukuka aykırılıklar olarak değerlendirilen kabahat fiilleri ceza kanununda düzenlenmekte idi.⁸⁴⁷ Daha önceleri ceza hukukunun içinde yer alan bu tür hukuka aykırılıklara konu olan eşyanın müsadere de TCK hükümlerine göre yapılmakta idi. Bunlar dışında, idari mevzuatta yine “müsadere” kavramı kullanılarak ancak yargısal kararlar değil idari kararlarla uygulanabilen idari yaptırımlara ilişkin özel düzenlemeler bulunmakta idi. Örneğin; 4458 sayılı Gümrük Kanunu’nun 237/3. maddesi, 1918 Sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun’un 12. ve 14. maddelerinin 1.fıkralarında; 3078 sayılı Tuz Kanunu’nun 26. maddesi Gümrük Komisyonlarınca gerçekleştirilen müsadere; 859 sayılı İpek Böceği ve Tohumu Yetiştirilmesi ve Muayene ve Satılması Hakkında Kanunun 20. maddesi uyarınca ipek böceği tohumlarının müsadere gibi.⁸⁴⁸

Zamanla, önemsiz sayılabilecek toplumsal ihlallerin ceza kanunlarında yer almasının çeşitli sakıncalar doğurduğu gözlemlenmiştir⁸⁴⁹. Öncelikle bu tür ihlaller mahkemelerin iş yüklerini aşırı derecede artırıp zaman kaybına neden olmakta ve ceza hukukunun sahip olduğu caydırıcılık gücünü ciddi olarak zayıflatmıştır. Ayrıca yargılama faaliyetine ilişkin maliyetleri de olumsuz bir şekilde etkilemiştir. Daha da önemlisi, bu eylemlerin ceza kanunlarında yer alması, kişisel özgürlüklerin ancak zorunlu hallerde kısıtlanabileceği ve ceza hukukunun toplumsal düzeni korumak için

alınarak, idari ceza hukuku çerçevesinde değerlendirilen suçlar” olarak tanımlanmaktadır. Şen, TCK Yorumu, s. 183. Yazarın bu tanımdan kabahatleri hafif nitelikte birer tehlike suçu olarak gördüğü söylenebilir. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira, sadece kabahatler kanunu kapsamında düzenlenen kabahatler dikkate alındığında dahi çevreyi kirlenme, gürültü yapma gibi zarar doğuran hukuka aykırılıkların da kabahat olarak kabul edildiği görülmektedir.

⁸⁴⁷ 765 sayılı TCK’nın 1.maddesinin 2.fıkrasında suçların cürüm ve kabahatlerden oluştuğu belirtilmiş, m.11/2’de kabahat karşılığında hafif hapis, hafif para cezası ve belli bir meslek veya sanatın icrasının tatili cezaları öngörülmüştü. TCK’nın 3.kitabında 526 vd. maddelerinde de kabahat türünden suçlar düzenlenmişti.

⁸⁴⁸ Yerdelen Erdal, Müsadere ve Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010; Doğan Gedik, Ersoy Yüce **Bir İdari Yaptırım Türü Olarak Kabahatler Hukukunda Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi**, Legal, 2011; Yılmaz Z., Müsadere, s. 35; Mahmutoğlu, age, s. 153.

⁸⁴⁹ Soyaslan’a göre, “çağdaş batılı kanunlar insan ve toplum vicdanında fazla derin yankı uyandırmayan, daha ziyade genel idareyi, zabıta tedbirlerini, devlet maliyesini ve vatandaşın devlete karşı borçlarını, genel sağlık, kamu düzeni, sulh ve sükun, günlük hayatın seyrini, meslek teşekkül ve devlet idarelerinin disiplinini ilgilendiren kabahat türünden hafif fiillerin cezalandırılmasını yürütme, belirtilen özellikleri içeren ancak daha ağır fiillerden dolayı suç tesbit ve ceza takdir yetkisini yargı organına bırakmıştır.” Doğan Soyaslan, **Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi**, Ankara, Kazancı Hukuk Yayınları, No:77, 1990, s.106. Bayraktar’a göre ise suç olmaktan çıkarma akımının başlıca nedenleri şunlardır: 1) Ceza sistemi, suç ve suçlu hakkındaki inanış değişmektedir, 2) Suçlu, damgalama ile birlikte değerlendirilmemektedir, 3) Ceza sistemi iyi işleyen bir mekanizma içinde bulunmamaktadır, 4) Ceza sistemi, sosyal kontrol açısından değerlendirildiğinde farklı durumlar görülmektedir, 5) Mevcut ceza sistemi ile kamuoyu çatışmaktadır, 6) Ceza sistemi ile bunu yürürlüğe koyan kanun koyucunun ilişkileri yeniden değerlendirilmektedir. Köksal Bayraktar, “Ceza Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma Akımı”, **İÜHFİM**, c. 50, sayı:1-4, 1984, s.201-205.

son araç olabileceği yönündeki çağdaş düşünce ile de çelişmektedir. İşte suçlulukla mücadelede sözü edilen bu gerekçeler suç olmaktan çıkarma eğilimlerine büyük ölçüde hız kazandırmıştır.⁸⁵⁰ Özellikle Alman hukukundaki gelişmeler doğrultusunda⁸⁵¹ kabahatlerin suç olmaktan çıkarılması eğilimini takip eden kanunkoyucu 2005 yılında yapılan ceza mevzuatı değişiklikleri kapsamında kabahatleri ceza kanunu dışında ayrı bir kanun (5326 sayılı Kabahatler Kanunu) ile düzenlemiş, kabahatlere karşı idari yaptırımlar öngörmüştür.⁸⁵² Böylelikle, ceza hukukunun son çare olma özelliği de pekiştirilmiş olmaktadır.⁸⁵³

Öte yandan suç ile kabahat arasındaki farklılığın niteliği hep tartışmalı olmuştur. Mülkiyetin kamuya geçirilmesi ile müsadere arasındaki benzerlik ve farklılığın ortaya konulması bakımından öncelikle suç ile kabahat arasındaki ilişkinin ortaya konulmasında yarar bulunmaktadır. Bu nedenle aşağıda öncelikle suç ve kabahat ayrımını açıklamaya çalışan teorilere yer verilerek daha sonra bu bilgiler ışığında konu yaptırım bakımından irdelenecektir.

⁸⁵⁰ Fatih Selami Mahmutoglu, “**Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi**”, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul, 1995, s. 13.

⁸⁵¹ Suç durumundan çıkarmanın ilk izlerine İngiltere’de rastlanmaktadır. Bu ülkede 1736 yılında büyüklük ve dince küfür sayılan sözler suç olmaktan çıkarılmıştı. (Bayraktar, age, s. 201) Almanya’da kabahatleri suç olmaktan çıkaran “Düzene Aykırılık Kanunu” konuyla ilgili ilk önemli yazılı metindir. Kayıhan İçel, “İdari Ceza Hukuku ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi”, **İÜHF**, c. 50, 1984, sayı: 1-4, s.117. Almanya’da 1952 yılında yürürlüğe giren Düzene aykırılıklar Hakkında Kanunun Türkçe metni için bkz. Kayıhan İçel/Erdener Yurtcan, Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu, **İHF**, C:XXXVI, sy: 1-4, 1971.

⁸⁵² Bunun temel gerekçeleri de, ceza mahkemelerinin iş yükünü hafifleterek daha ağır suçlarla meşgul olmasını sağlamak; önemsiz suçlarda dava açılması ile oluşan zaman kayıplarını önlemek; ceza hukukunun caydırıcılık gücünün zayıflamasına engel olmaktır. Almanya’da motorlu taşıt trafiğindeki artışa paralel olarak çok sayıda gerçekleştirilen ihlaller karşısında, Ceza Hukukunun somut bir şekilde ifade etmek istediği, takbih edilebilir bir fiil olma özelliğini ortadan kaldırır nitelikte olduğu, çok sayıda kişi cezalandırıldığı için, halk trafik hukukuna aykırılıkları artık bir kriminal suç olarak değerlendirmemekte, aksine, bu gibi aykırılıkları karayollarındaki trafiğe katılmanın kaçındamayan bir riski olarak göze almakta olduğu vurgulanmıştır. Bkz. AlbinEser/Feridun Yenisey, Son Yüzyıl İçinde Almanya’daki Ceza Düzenlemeleri, Geçmişe Bir Bakış Ve Gelecekteki Eğilimler, **Yargıtay Dergisi** 15 (1989), S. (12), s. 28

⁸⁵³ Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, Ceza Hukuku, s. 47. Yazarlara göre suç ile idari yaptırım gerektiren eylemler arasındaki fark özellikle yaptırım bakımından kendini göstermektedir. İdarenin uyguladığı yaptırım teknik anlamda ceza değil, göreve aykırı hareket eden kişiye görevinin hatırlatılması için verilen bir uyarı niteliğindedir. Suç tekrere konu olabilirken, idari yaptırımlar adli sicile işlenmez ve tekrere de esas teşkil etmezler. Bununla birlikte, idari yaptırım gerektiren fiillerin tehlike suçlarına benzediği de söylenmiştir.

1. Suç-Kabahat Ayrımı Hakkındaki Görüşler

Toplumsal düzeni bozan bir eylemin suç mu yoksa kabahat mi oluşturduğunun tespiti bu tür eylemlere uygulanacak hukuk kurallarının belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır.⁸⁵⁴ Nitekim, kabahatlere ve suçlara uygulanacak usul kuralları ve yaptırımlar hemen bütün yabancı hukuk düzenlerinde olduğu gibi hukukumuzda da birbirlerinden farklıdır. Suç ile kabahat arasındaki farklılık esas itibariyle bir ceza politikası meselesi olup kanunkoyucunun tercihi ile pozitif hukuka yansımaktadır. Elbetteki kanunkoyucu bu konudaki tercihini öğretide ve uygulamada gelişen kriterleri dikkate alarak yapmaktadır.

Suç ve kabahatler arasındaki ayrımı açıklamak bakımından öğretide çeşitli kriterler ve görüşler ileri sürülmüştür. Bunlardan bazıları pozitif hukuktaki yaptırım ve usul farklarını temel alan şekli kriterlerdir. Buna göre karşılığında ceza hakimi tarafından hükmedilen ceza yaptırımı uygulanan eylemler suç; idare tarafından tek taraflı işlemle uygulanan idari yaptırımlara tabi olan eylemler ise kabahati oluşturur.

Suç ile kabahat arasındaki esasa ilişkin farkı açıklamak için ise değişik ölçütler ortaya atılmıştır. Bunları da üç grupta toplayabiliriz: Nitelik ölçütü, nicelik ölçütü ve karma ölçüt.

Her iki eylem arasında **nitelik farkı** olduğunu savunanlardan Beccaria, Carmignani, Carrara'nın başını çektiği tabii hukuk kökenli yazarlar, suçların (cürümlerin) kişinin veya toplumun güvenliğini ihlal ettiğini, dolayısıyla bunların özünde kınanır fiiller olduğunu, buna karşılık kabahatlerin sadece kamusal iyiliği geliştirmeyi amaçlayan kanunların ihlalini oluşturduğunu, bunların sonradan edinilmiş hakların ihlaliyle ibaret olduğunu ileri sürmüşlerdir. İmpallomeni, Zerboglio'ya göre de suçlar uygarca yaşamın asli, kalıcı ve temel şartlarını, kabahatlerin sadece arizî, talî şartlarını ihlal etmektedir.⁸⁵⁵

Goldschmidt, Wolf ve Eb.Schmid'e göre de ceza hukuku bireyin eskiden beri var olan temel haklarının ihlaliyle ilgilenir. Buna karşılık kabahatler kamu düzenini sağlamak amacıyla devlet tarafından çıkartılan yasaklardır ve bunlar hukuksal değer olarak nitelendirilemez. Bu görüşe göre vücut dokunulmazlığının ihlali doğası

⁸⁵⁴ Kangal, Kabahatler Hukuku, s. 28

⁸⁵⁵ Hafizoğulları, Türk Ceza Hukuku Ders Notları, s. 246, <http://www.zekihafizogullari.com/CezaHukuku%20Ders%20Notlari.pdf> (Erişim Tarihi: 10.03.2010)

itibariyle suç iken, otomobilin park yasağı olan yere park edilmesi kabahattir.⁸⁵⁶ Özetle suç, hukuksal değer ihlalini ifade ederken, kabahatler “idari haksızlık veya “emre itaatsizlik” ten ibarettir. Sözkonusu ölçüt, hem muğlak olduğu hem de hukuki gerçeklikle örtüşmediği için eleştirilmiştir.⁸⁵⁷ Nitekim suçlar gibi kabahatler de, toplumsal hayatın temel şartlarını ihlal edebilirler. Gürültü yapmanın veya park yasağı olan bir yere park etmenin yaptırıma bağlanması ile de toplumun birarada yaşamasını sağlayan bir hukuksal değer korunması sözkonusudur.⁸⁵⁸ Bunların ortak hayatın temel şartlarını ihlal etme dereceleri farklı olabilir.

Nitelik farkı görüşünde olan Rocco ise, kabahatleri idari faaliyette ifadesini bulan Devletin idari menfaatine aykırı icra veya ihmal fiili olarak algılamaktadır. Grisipigni’ye göre de devletin idari menfaatlerinin ağır ihlali cürüm oluştururken, aynı menfaatlerin daha hafif biçimde ihlali kabahattir. Ancak bu görüş de esasında niteliksel değil niceliksel bir ayrıma işaret etmekte olduğundan kavramsal düzeyde bir farklılık getirmemiştir.⁸⁵⁹

Suç ile kabahat arasında niteliksel fark olduğunu savunanlardan Zanardelli Kanunu’nun gerekçesine yansıyan görüşe göre hukuki bir zarar doğuran fiiller suç iken, özünde zararsız olmalarına rağmen başkalarının hakları veya kamunun huzuru bakımından bir tehlike doğuran fiiller kabahattir.⁸⁶⁰ Tıpkı suçlar gibi ferdi veya kamusal zarar doğuran fiillerin bulunması ve sadece tehlike yaratan bazı eylemlerin suç olarak düzenlenmesi nedeniyle bu görüş de farkı ortaya koymak bakımından katkıda bulunmamıştır.⁸⁶¹

Bir başka görüş suç ile kabahat arasında manevi unsur bakımından fark olduğu yönündedir. Buna göre suçlar kast veya taksirle işlenebilirken, kabahatin oluşması için iradi bir davranışın varlığı yeterlidir. Objektif sorumluluğun kabul edilmediği günümüzde, kabahatler bakımından da en azından taksir düzeyinde sorumluluğun aranması nedeniyle bu görüş de hukukçulara yardımcı olmamaktadır.

⁸⁵⁶ Kangal, Kabahatler, s. 30

⁸⁵⁷ Hafizoğulları, Türk Ceza Hukuku Ders Notları, s. 246.

⁸⁵⁸ Kangal, Kabahatler, s. 31, Akbulut B., age, s. 13.

⁸⁵⁹ Ali Pehlivan, Kabahatler Hukukunun Genel Esasları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2011, s. 26

⁸⁶⁰ Hafizoğulları, Türk Ceza Hukuku Ders Notları, s. 246.

⁸⁶¹ Dönmezer/Erman, Cilt I, no.493, s. 356

Kaldı ki, sadece kasten işlenebilen kabahatlerin varlığı da gözden uzak tutulmamalıdır.⁸⁶²

Suçlarla kabahatler arasındaki nitelik farkını açıklamaya yönelik bir başka yaklaşım kamu hizmeti kriteridir. Buna göre kabahatler, idarenin yerine getirmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin sağlıklı bir biçimde yerine getirilmesi maksadıyla kabul edilmişlerdir. İdare, kabahat fiilinin karşılığında öngörülen idari yaptırım yetkisini kullanmak suretiyle üstlendiği kamu hizmetlerini daha iyi bir biçimde yerine getirebilir. Ne var ki, bu ölçüt de göreceli olması itibarıyla yetersiz kalmıştır.⁸⁶³ Gerçekten, kanunkoyucu kamu hizmeti işlevini gören bir kuralı örneğin sigara yasağını suç haline getirebileceği gibi, tersi de mümkündür.

Nitelik görüşüne yöneltelen eleştiriler sonucunda suç ile kabahat arasında yalnızca **niceliksel fark** olduğu görüşü ortaya konmuştur. Bu görüşte olan yazarlara göre kabahatler de suçlar gibi belirli bir hukuksal değeri ihlal etmektedirler. Bu itibarla hukuksal değer veya yarar kavramları sorunun çözümünde tek başına yeterli değildir.⁸⁶⁴ Bununla birlikte kabahatlerin toplumsal düzeni bozucu etkisi⁸⁶⁵, kusurun yoğunluğu suçlara oranla daha düşüktür ve dolayısıyla kabahatlerle korunan toplumsal menfaat suçlara göre daha az önemlidir. Yine, kabahatlerin işleme biçimleri itibarıyla kınanabilirlik derecesi de düşüktür.⁸⁶⁶ Hafizoğulları'na göre tüm çabalara rağmen, "suçları cürüm ve kabahat olarak ayırmada işe yarar maddi veya niteliksel bir ölçüt bulunabilmiş değildir. Böyle olunca, suçların cürüm ve kabahat olarak ayrılması, ancak niceliksel bir ölçüte dayanılarak açıklanabilir."⁸⁶⁷ Dönmezer ve Erman'ın belirttiği gibi kabahat-suç arasındaki fark mahiyetinde değil, ceza ve nicelik (kemiye) bakımındandır.⁸⁶⁸ Ferri de kabahatleri cüce suçlar olarak kabul etmektedir.

⁸⁶² Dönmezer/Erman, Cilt I, no.493, s. 356. Örneğin 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda hükme bağlanan kabahatlerin kural olarak kasten işlenebilecekleri m. 3/17'de hükme bağlanmıştır. Pehlivan, s. 26

⁸⁶³ Pehlivan, age, s. 29

⁸⁶⁴ Mahmutoğlu, Kabahat, s. 89.

⁸⁶⁵ Kangal, bu durumu " haksızlık ve kusur içerikleri" olarak ifade etmektedir. Bkz. Kabahatler, s.31

⁸⁶⁶ Kangal, Kabahatler, s. 32

⁸⁶⁷ Hafizoğulları arada nitelik farkı olmaması nedeniyle kabahatlerin, aynı kanunda, ama cürümlerden ayrı olarak düzenlenmesi gerektiğini savunmuştur. Hafizoğulları, Türk Ceza Hukuku Ders Notları, s. 246.

⁸⁶⁸ Dönmezer/Erman, Cilt I, 1959, s. 331.

Üçüncü bir kategori, **karma görüş** olarak adlandırılabilir.⁸⁶⁹ Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin kararlarıyla oluşan bu kritere göre suç ile kabahat arasında hem nitelik hem de nicelik farkı bulunmaktadır. Buna göre, “*bazı eylemler var ki onların temelinde suç olarak düzenlenmesi, bazı suçlar var ki onların kabahat olarak hükme bağlanması gerekiyor. Ağır bir kabahat hafif bir suçtan daha ağır olabilmektedir. Yine de kabahat ve suç olarak uygulanmaya devam eder*”.⁸⁷⁰ Nitelik-Nicelik görüşü olarak da adlandırılan bu görüşün savunucularından Kangal'a göre, “*anayasal düzlemde korunması öngörülen bazı hukuksal değerler (örneğin, AY md. 17) ceza hukukunun tekelindedirler ve ancak suç aracılığıyla koruma altına alınabilirler*”.⁸⁷¹ Ancak suç ile kabahat arasında sadece niceliksel fark bulunmamaktadır. Örneğin, Almanya'da Düzene Aykırılıklar Kanunu'nun 120/1. maddesine göre bir kez fuhuş yapmak kabahatken, birden fazla işlenmesi hali Alm. CK'nun 184d maddesince suç oluşturmaktadır.

2. Değerlendirme

Kabahatlerin hukuksal değer ihlali olmadığı yönündeki görüşün kabahatler alanında yaşanan gelişim karşısında bugün savunulur bir yanı kalmadığı ortadadır. Suç ile kabahat arasında niteliksel fark bulunduğunu savunanlar bu farkı açıklamak için kabahatlerin idari yapıdan kaynaklandığı, korunan hukuksal yararın sadece idari çıkarlar olduğu, uzak tehlike ve refahın engellenmesine yönelik olduğu, idarenin nihai amacı olan refah değerine karşı olan eylemler olduğu gibi gerekçeler ileri sürmüşlerdir. Görüldüğü gibi bu görüşlerdeki ağırlıklı eğilim, idarenin amacı ve idari çıkar etrafında toplanmaktadır. Ne var ki, idarenin amacı veya idarenin menfaati esas itibarıyla toplumun huzuru, barışı ve refahından bağımsız ve ondan bağımsız bir şey değildir.⁸⁷² Nitekim, niteliksel ayrımı kabul eden yazarlardan Carrara da,

⁸⁶⁹ Akbulut, bu görüşü Alman doktrininden “karma nitelik-nicelik görüşü” olarak çevirmektedir. Bkz. Age, s. 75

⁸⁷⁰ Akbulut B., age, s. 76

⁸⁷¹ Kangal, Kabahatler, s. 34

⁸⁷² Bununla birlikte, Kabahatler kanununu 1. maddesinde Ceza Kanunu'ndan farklı olarak önlemeye yer vermeyerek yalnızca toplumsal düzen ve bireylerüstü nitelikteki hukuki değerleri esas alan bir belirleme yapmıştır. Bkz. Akbulut B., age, s. 13

kabahatlerin ferdin huzuru ve güvenine ilişkin ihlaller olduğunu ifade etmiştir.⁸⁷³ Ne var ki, korunan hukuksal değerler farklılık göstermektedir. Bazıları geneli bazıları ise bireysel değerleri korumaktadır. Hukuki değerın önemi bazı yazarlarca belirtildiğinin aksine her zaman için suç ve kabahati ayırmada kriter olamaz. Zira aynı hukuki değerın belirli şekilleri suç olarak düzenlenirken bazı şekillerinin kabahat olarak düzenlendiği görülmektedir.⁸⁷⁴ Örn: çevreyle ilgili 765 sayılı TCK'daki bazı kabahatler suça dönüştürülmüşken, diğer bazıları da Kabahatler Kanunu'na aktarılmıştır.⁸⁷⁵ Müsadereye benzer biçimde kabahatler hukukunda mülkiyetin kamuya geçirilmesi ile elde edilen hukuka aykırı ekonomik kazancın alınması amaçlanmaktadır.⁸⁷⁶

TCK ve KK arasındaki kavram farklılığı bir görüşe göre müeyyidenin içeriğinden değil, müeyyideye karar veren merciin farklılığından kaynaklanmaktadır.⁸⁷⁷ Şekli kriteri esas alan bu görüş ilk bakışta haklılık payı taşımaktadır. Zira, önceleri ceza kanunlarında yer alan ancak önemsiz sayılabilecek ihlallerin suç olmaktan çıkarılması yönündeki eğilimin temel amacı yine suçlulukla mücadeledir.⁸⁷⁸ Bu önemsiz ihlallere sarfedilecek maliyet ve zamanın daha ciddi suçlara özgülenmesi düşünülmüştür. Ancak, cezaların son çare olduğu günümüz ceza hukuku anlayışında suç ve kabahat arasında toplumsal düzeni bozucu etkileri bakımından oluşan fark, bir başka deyişle “ihlalin ağırlığı” gözardı edilemeyecek bir farktır. Kabahatler kanununda idari yaptırımlara karşı sulh ceza mahkemelerine başvurulması şeklindeki düzenleme de, iki kurum arasında nitelik farkı olmadığını desteklemektedir. Kanunkoyucu da, Kabahatler Kanunu'nun gerekçesinde, suç ile kabahat arasında ayırım yapılmasının nitelik farkı oluşturmadığını, sözkonusu tasnifin haksızlıklar arasında nicelik farkına dayandığını, sadece bir işlem farklılığı doğurduğunu belirtmiştir.⁸⁷⁹ Anayasa Mahkemesi de, gerek Kabahatler Kanunu'nun

⁸⁷³ Akbulut'a göre de “kabahatlerin yalnızca idari çıkarları koruduğu düşüncesi Kabahatler Kanunu düzenlemesi karşısında geçerliliğini yitirmiştir.” Berrin Akbulut, Türk Ceza Kanunu İle Kabahatler Kanununun Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi, Adalet, 2010, s. 13.

⁸⁷⁴ Mahmutoğlu, Kabahat, s. 91 vd.

⁸⁷⁵ Akbulut B., age, s. 83-84

⁸⁷⁶ Akbulut B., age, s. 12

⁸⁷⁷ Dülger İ., age, s. 22.

⁸⁷⁸ Mahmutoğlu, Ekonomik, s. 30.

⁸⁷⁹ Gerekçe için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr>

yürürlüğünden önce gerekse sonraki yıllarda vermiş olduğu kararlarda suçlar ve kabahatler arasındaki farkın niceliksel olduğunu ortaya koymuştur.⁸⁸⁰

Sonuç itibariyle suç ile kabahatin ayırılmasında yardımcı olacak esas ölçüt yaptırım farkı olarak karşımıza çıkmaktadır. Günümüzde öğretideki hakim görüş de bu yöndedir.⁸⁸¹ Ünver ve Hakeri'ye göre suç ve kabahat arasında yapılan ayırım esasında suni bir ayırımdır. Bir eğilimin suç veya kabahat olarak sınıflandırılması kanunkoyucunun iradesine bağlıdır. Önemli olan bu ayrıma bağlanan sonuçlardır.⁸⁸² 765 sayılı kanun döneminde Yargıtay, bir fiilin cürüm veya kabahat niteliğinde olduğunun belirlenmesinde yaptırımın türüne bakarak karar vermiştir.⁸⁸³ 5237 sayılı kanun bakımından da aynı eğilim devam etmektedir.⁸⁸⁴ TCK'nın 45. maddesinde suç karşılığında uygulanan yaptırımlar olarak cezalar (hapis ve adli cezaları) belirtilmişken, Kabahatler Kanunu'nun 2. maddesine göre kabahat deyiminden, kanunun karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlaşılır. Alman hukukunda da hakim görüş yaptırım farkı olduğu yönündedir.⁸⁸⁵ Ayrıca Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'unun 7. maddesinde yer alan "kanunlarda hafif hapis veya hafif para cezası olarak öngörülen yaptırımların idari para cezasına dönüştürüldüğü" şeklindeki geçiş hükmü ile de suç ile kabahatlerin ayrılmasında yaptırım farkının esas alınması gerektiğine işaret edilmektedir.⁸⁸⁶

Kabahatler Kanunu'nun sistematik olarak ceza kanununa benzer biçimde düzenlenmesi, kabahatlere karşı adli yargı yoluna başvurulması, kabahatlere hakim genel esasların yine ceza kanununa benzer şekilde düzenlenmesi ve hüküm bulunmayan hallerde ceza kanununa atıf yapılmış olması da görüşümüzü destekler niteliktedir.

⁸⁸⁰ "Ceza hukukundaki gelişmelere koşut olarak, kimi yasal düzenlemelerde basit nitelikte görülen suçlar hakkında idari yaptırımlara yer verildiği görülmektedir." (AYM, 01.03.2006, 2005/108 E., 2006/35 K., 22 Temmuz 2006 tarihli RG'de yayınlanmış, 22 Ocak 2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir.)

⁸⁸¹ Dönmezer/Erman, Cilt I, no. 494, s.358; Kayıhan İçel/Alı Hakan Evik, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Kitap, İstanbul 2007, s. 11; Hafizoğulları, Ceza Normu, s. 214; Hafizoğulları/Özen, age, 182; Alacakaptan, Suçun Unsurları, s. 12; Pehlivan, s. 30

⁸⁸² Ünver/Hakeri, age, s. 48

⁸⁸³ Y3CD, 22.09.1947-7219/8383 bkz. Önder, Dersler, s. 48

⁸⁸⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun benzer yöndeki bir kararı için bkz. YCGK, 25.04.2006, 2006/16 E., 2006/127.

⁸⁸⁵ Pehlivan, s. 29

⁸⁸⁶ Pehlivan, s. 35

3. Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi ile Müsaderenin Karşılaştırılması

a. Konuya Genel Bakış ve Benzer Yönler

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte, kabahat fiillerinin konusunu oluşturan veya işlenmesi ile elde edilen eşyalar bakımından mülkiyetin kamuya geçirilmesi olarak adlandırılan yeni bir yaptırım getirilmiştir.⁸⁸⁷ Mülkiyetin kamuya geçirilmesi öğretide ve uygulamada kimi yazarlarca idari (yönetmel) müsadere olarak da adlandırılmaktadır.⁸⁸⁸ Bu yazarlardan Dülger, kavramın karşıtı için de “yargısal müsadere” kavramını kullanmaktadır. Bize göre ise yargısallık müsaderenin ayrılmaz bir özelliği olup ayrıca yargısallığın vurgulanmasına gerek bulunmamaktadır. Üstelik idarenin kamulaştırma gibi başka usullerle de kişilerin mallarına el atması ve mülkiyetini devlete geçirmesi mümkündür. İdari müsadere kavramı bunları da kapsayacak bir anlama gelebileceği için karışıklığa da yol açabilir. Bu nedenle kabahatler bakımından kanunda kullanılan “mülkiyetin kamuya geçirilmesi” kavramının daha yerinde olduğunu düşünüyoruz.

KK'nın 18. maddesine göre kabahatin konusunu oluşturan veya işlenmesi suretiyle elde edilen eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesine, ancak kanunda açık hüküm bulunan hallerde karar verilebilir. Mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin karar, eşyanın kullanılmaz hale getirilmesi, niteliğinin değiştirilmesi veya ancak belli bir surette kullanılması koşullarından birinin yerine getirilmesine bağlı olarak belli bir süre geciktirilebilir.

Müsadere ile mülkiyetin kamuya geçirilmesi arasındaki en büyük benzerlik kuşkusuz kişinin mülkiyet hakkına olan etkileri bakımındandır. KK'nın m. 18.maddesinin 4.fıkrasına göre, eşyanın mülkiyeti, kanunda açık hüküm bulunan

⁸⁸⁷ “Müsadere yanında “suç nedeniyle mülkiyetin devlete geçmesi” adıyla ayrı bir yaptırım düzenlenmesi bilimsel açıdan doğru olmadığı gibi kavram karışıklığına neden olacağı ileri sürülerek öğretide eleştirilmiştir”. Selda Binboğa Kurtuluş, “Yargıtay’ın Suçtan Kaynaklanan Mal Varlıklarının Müsaderesi ve El Koyma Hükümlerine İlişkin Uygulamaları”, Malvarlıklarının Müsaderesi ve Elkoyma Hakkında Eğitim Semineri, 2007, Ankara. Müsadere kavramının dar yorumlanmasının sonucu olarak, özellikle Alman Ceza Kanunu’ndan etkilenecek ortaya atılmış olan bu kavrama ihtiyaç olmadığı görüşü için bkz. İçel/Evik, age, s. 123.

⁸⁸⁸ Mahmutoğlu, Kabahat, s. 2005 Kanun değişikliklerinden önceki dönem için “idari nitelikteki müsadere” kavramını kullanmıştır. Dülger ve Yılmaz ise kabahatler kanununda mülkiyetin kamuya geçirilmesi kavramına karşın uygulamayı idari müsadere olarak adlandırmaktadırlar. Bkz. Dülger İ., age, s.37; Yılmaz Z., Müsadere, s. 34.

hallerde ilgili kamu kurum ve kuruluşuna, aksi takdirde Devlete geçer. Suçla ilgili olan malvarlığı değerinin müsadere edilmesi halinde mülkiyet doğrudan hazineye geçerek genel bütçeye dahil olurken, kabahatin konusu olan veya kabahatin işlenmesi suretiyle elde edilen eşya devlete veya yasada öngörülen bir kamu tüzel kişisine geçmektedir.⁸⁸⁹

Mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını, müsadere bakımından olduğu gibi kanunilik ilkesine tabi kılınmıştır. Ancak, hangi eylemlerin kabahat oluşturduğunun belirlenmesi bakımından kanunilik ilkesi suçlara göre daha esnek biçimde düzenlenmiştir. KK'nın 4. maddesinin 1.fikrasına göre kabahatler *“kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçevede hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir”*. İdare genel düzenleyici işlemlerle kabahatleri düzenleyebilecektir. Bu yetki toplum düzenini, genel ahlakı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak amacı ile sınırlıdır.⁸⁹⁰ Buna karşın kabahat karşılığında uygulanacak olan yaptırımların türü, süresi ve miktarının ancak kanunla belirlenebileceği hükme bağlanmıştır (KK. 4.m). Hatta, müsadere farklı olarak, bu yaptırıma hükmedilebilmesi için KK'nın 18. maddesi gereğince açık hüküm bulunması aranmaktadır. TCK'nın müsadereyi düzenleyen 54 ve 55. maddeleri genel hüküm niteliğinde olup, açık hüküm bulunmasa da diğer kanunlar bakımından uygulanabilmektedir. Sonuç itibarıyla, “kabahat”e göre daha ağır nitelikte olan “suç” nedeniyle müsadere için açık hüküm gerekmezken, mülkiyetin kamuya geçirilebilmesi için açık hüküm aranacaktır.⁸⁹¹ Bir eylemin suç değil de kabahat olduğu anlaşıldığında kabahatlerde müsadere söz konusu olmadığı gözetilmeli ve dava konusu eşyaların mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilmelidir.⁸⁹² Ancak bunun için kanunda açık hüküm bulunması gerektiği unutulmamalıdır.

⁸⁸⁹ Yılmaz Z., Müsadere, s. 35; Mahmutoğlu, Kabahat, s. 152; Oğurlu, 95

⁸⁹⁰ İbrahim Çiçek, Yeni 5560 sayılı Kanunla Değişik Kabahatler Kanunu, Kazancı, 2007, s. 37; Erdener Yurtcan, **Kabahatler Kanunu ve Yorumu**, İstanbul, Beta Yayınları, 2005.

⁸⁹¹ Genel güvenliği kasten tehlikeye sokmak suçundan sanığın, 5237 sayılı Yasa'nın 170/1-c, 52 ve 54. maddeleri uyarınca 100 YTL adli para cezasıyla cezalandırılmasına, kurusıkı tabanca, şarjör, fişek ve boş kovanın müsaderesine, sanık hakkında 53. maddenin uygulanmasına ilişkin (Ankara 17. Asliye Ceza Mahkemesi)'nce verilen 04.12.2006 gün ve 630-977 sayılı hükmün yasa yararına bozulması istemi üzerine, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, sabit kabul edilen eylemin hukuki nitelendirilmesinin 5237 sayılı TCY'nin 170. maddesindeki genel güvenliği kasten tehlikeye sokma suçu değil, fakat KK'nın 36/1 maddesi kapsamında “başkalarının huzur ve sukununu bozma” olarak değerlendirilmesi gerektiği ve bu nedenle kabahate konu kurusıkı tabanca ve eklerinin kabahatliye iadesine karar verilmesi gerektiğine karar vermiştir.

⁸⁹² Y7CD, 07.12.2010, 9063/16594

Müsaderede olduğu gibi mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırım bakımından da “kaim değer”in akıbeti belirlenmiştir. KK’nın 18. maddesinin 6.fıkrasına göre kaim değer mülkiyetinin kamuya geçirilmesine de karar verilebilir. Kaim değer ne olduğu kanun metninde açıklanmamakla birlikte madde gerekçesinde “*kaim değer kavramından ne anlaşılması gerektiği hususuyla ilgili olarak Türk Ceza Kanunu’nun eşya veya kazanç müsaderesine ilişkin madde metinleri ve gerekçelerine bakılmalıdır*” şeklindeki açıklama ile atıf yapılmıştır. TCK’nın 54 ve 55. madde metinlerine bakıldığında “kaim değer” kavramına rastlanmamaktadır. Bununla birlikte 55. maddenin gerekçesinden kaim değer “*müsadere konusu ekonomik değer in harcama, imha, tüketme gibi hareketlerle müsaderesinin imkansız kılınması hâlinde, karşılığı para tutarını*” oluşturduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla mülkiyetin kamuya geçirilmesine konu ekonomik değer in harcama, imha, tüketme gibi hareketlerle mülkiyetinin kamuya geçirilmesinin imkansız kılınması hâlinde, karşılığı para tutarı kaim değer olarak anlaşılmalıdır. Peki kabahatin işlenmesinde kullanılan eşyanın ele geçirilememesi halinde bunun eşdeğerinin mülkiyetinin kamuya geçirilmesi sözkonusu olmayacak mıdır? Kanaatimizce kanunda bu konuda eksiklik vardır ve kanunilik ilkesi gereğince kendisi bulunmayan eşyanın eşdeğeri bir meblağın kamuya geçirilmesi mümkün görünmemektedir. Kanuna yapılacak bir ekleme ile bu eksikliğin giderilmesi gerekir.

b. Karşılaştırma

aa. Amaç Bakımından

İki kurum arasında amaç bakımından farklılık olduğunu savunanlara göre, mülkiyetin kamuya geçirilmesinin amacı toplumsal düzeni bozucu davranışlar karşısında bireyin uyarılması⁸⁹³, düzene davet edilmesi⁸⁹⁴ iken müsaderenin amacı failin suçtan elde ettiği zenginleşmeyi önlemek, onu cezalandırmak, “suç failini

⁸⁹³ Yılmaz’a göre idari müsaderenin amacı bireyin idari düzene aykırılık nedeniyle uyarılmasıdır. Yılmaz Z., Müsadere, s. 34. “*DAH’in öngördüğü müsadere, toplum düzeninin, güvenliğinin ve sağlığının korunması konusunda ve kural olarak düzene aykırılık teşkil eden bir eylem sebebiyle idarece herhangi bir yargı kararı olmaksızın doğrudan doğruya uygulanan ve bireye toplumsal yükümlülüklerinin hatırlatılmasında ilave bir katkıda bulunan engelleyici ve tali nitelikte olan bir yaptırımdır*” bkz. Mahmutoglu, Kabahat, s. 152.

⁸⁹⁴ Mahmutoglu, Ekonomik, s. 30.

belirli bir eşyanın mülkiyetinden yoksun bırakarak cezanın korkutucu etkisini artırmak⁸⁹⁵ ve özellikle kazanç müsadere bakımından müstakbel suçları önlemektir.

Hemen belirtmeliyiz ki, kabahatten elde edilen zenginleşme de (örneğin dilencilik) mülkiyetin kamuya geçirilmesiyle giderilmek istenmektedir.⁸⁹⁶ Yukarıda belirttiğimiz gibi suç ile kabahat arasında nitelik farkı olmayıp nicelik farkını kabul ettiğimizde de, amaç bakımından yapılan bu ayırım dayanaksız kalmaktadır.

bb. Nicelik Bakımından

Suç ile kabahat arasında nicelik farkı olduğunu kabul etmenin mantıki sonucu müsadere ile mülkiyetin kamuya geçirilmesi arasında da aynı türden bir fark olduğudur.

Mahmutoğlu'ya göre, mahkumiyet şartının ve hatta eşyanın faile ait olmasının aranmadığı hallerde uygulanan müsadere, düzene aykırılıklar hukukundaki yaptırımdan farkı sadece kararı veren organ bakımından değil ve fakat eşyanın gösterdiği tehlikeliliğin derecesinde ortaya çıkmaktadır.⁸⁹⁷ Yargıtay da kurusıkı tabancayı açık alanda kullanmayı, TCK'daki genel güvenliği tehlikeye atmak suçu olarak değil, Kabahatler Kanunu'nun 36. maddesinde başkasının huzur ve sükununu bozacak biçimde gürültüye neden olma olarak nitelendirmektedir.⁸⁹⁸ Eşyanın toplum bakımından tehlikeliliği daha yoğun olduğunda suç sayılan eylem karşılığında müsadere yaptırımı uygulanmaktadır. Hatta tehlikeliliği nedeniyle bu tür eşyanın bulundurulması dahi ayrı bir suç sayılmakta ve müsadere ancak mahkeme kararı ile uygulanabilmektedir. Buna karşın, toplumsal tehlikeliliğinin suçlara göre daha az olduğu kabul edilen eylemler kabahat olarak düzenlenmekte ve karşılığında mülkiyetin kamuya gerilmesi öngörülmektedir. Çevreye karşı işlenen hukuka aykırı

⁸⁹⁵ Yılmaz, Müsadere, s. 35.

⁸⁹⁶ Bkz. Benzer yönde Akbulut B., age, s. 13.

⁸⁹⁷ Mahmutoğlu, Kabahat, s. 153.

⁸⁹⁸ YCGK, 07.04.2009, 2009/2-24, 2009/ 91, YCGK, 03.07.2007, 2007/8-153, 2007/160. Kabahatler Kanunu'nun 36.maddesi bakımından mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımı ayrıca öngörülmediğinden kuru sıkı tabancanın sahibine iadesine karar verilmektedir.

eylemlerin yarattıkları tehlike veya zarara göre bir kısmının Kabahatler Kanunu'nda bir kısmının ceza kanunlarında düzenlenmesi bu duruma örnektir.

cc. Konu Bakımından

Mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve müsadere, konuları bakımından kanunlarda farklı düzenlenmiştir. Şöyle ki; mülkiyetin kamuya geçirilmesi “*kabahatin konusunu oluşturan veya işlenmesi suretiyle elde edilen eşya*” hakkında uygulanır (KK m.18/1). Müsadere ise *suçta kullanılan, suçun işlenmesine tahsis edilen, suçtan meydana gelen, suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan, üretim, bulundurulması, taşınması, alım-satımı suç oluşturan eşya* (TCK m. 54) ile *suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddî menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançlar* (TCK m.55) hakkında uygulanır. Bu itibarla kabahatin işlenmesinde kullanılan, işlenmesine tahsis edilen veya kullanılmak üzere hazırlanan eşya ile üretimi, bulundurulması, alım-satımı kabahat oluşturan eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilemeyecek midir? Zira, hatırlatmalıyız ki, kabahatlere uygulanacak olan idari yaptırımlar da kanunilik ilkesine tabidir. Kanunda sayılan eşya dışındaki eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesi mümkün değildir.

Kabahatin konusunu oluşturan eşya, kanaatimizce konusu suç oluşturan eşyaya (TCK m. 54/4) karşılık gelmektedir. Bu itibarla kanuna göre yasak olmamakla birlikte yetkili makamlardan ruhsat almaksızın park, meydan, cadde veya sokaklarda görünür bir şekilde taşınan silahlar (KK m. 43), meydanlara veya parklara, cadde veya sokak kenarlarındaki kamuya ait duvar veya alanlara, rızası olmaksızın özel kişilere ait alanlara asılan bez, kâğıt ve benzeri afiş ve ilânlar (KK m. 42) veya diğer kanunlar uyarınca ithali suç teşkil etmemekle birlikte yasaklanan şeyler de kabahatin konusunu oluşturan eşya olarak mülkiyetin kamuya geçirilmesine tabidir. Kabahatin işlenmesinde kullanılan eşya ise kanunilik ilkesi gereğince bu kapsamda değildir. Örneğin, kumar kabahatinin işlenmesinde kullanılan aletler hakkında KK m. 34 kapsamında mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilemez. Bunlar hakkında ancak özel bir hüküm bulunduğu takdirde mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilebilir.

Yine Kabahatler Kanunu'nun 18. maddesi sadece “eşya” bakımından düzenlenmiş olup kabahatin konusu olan veya kabahatten elde edilen “kazanç”a ilişkin bir hüküm öngörmemektedir. Bu durumda örneğin, dilencilikten elde edilen paranın kamuya geçirilip geçirilmeyeceği sorusu akla gelecektir. Kanunun 18. maddesinde konuyla ilgili bir açıklama bulunmaması da 33. maddede dilencilik, 34. maddede ise kumardan elde edilen “gelir”lerin müsadere edileceği açıkça öngörülmüştür. Bu madde olmasaydı da “para” gelir sayılacağı gibi üzerinde hakimiyet kurulabilen, sınırlanabilen, cismani bir varlığı olan, kişisiz bir nesne olduğuna göre eşya sayılabileceğinden⁸⁹⁹ kabahatin işlenmesi ile elde edilen eşya olarak da mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararı verilebilecektir. Böylelikle genel hüküm niteliğindeki 18. maddede düzenlenmeyen bir husus kanunun özel hükümler kısmında yalnızca dilencilik ve kumar bakımından düzenlenmiştir. Zaten KK'ya göre yaptırım uygulanması için açık hüküm bulunmalıdır. İdari yaptırım öngören diğer kanunlar bakımından da açık hüküm bulunması gerekir. Kabahatler Kanunu dışında da mülkiyetin kamuya geçirilmesini düzenleyen kanunlar mevcuttur.⁹⁰⁰

dd. Yetkili Mercî Bakımından

⁸⁹⁹ Hafizoğulları'na göre ise para eşya değildir. Zeki Hafizoğulları, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2007, 65(1), s. 78-109.

⁹⁰⁰ 23/01/2008 tarih ve 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile hemen hemen bütün kanunlarda yer alan idari yaptırımlar yeniden düzenlenmiştir. Bu çerçevede; 14/5/1928 tarihli ve 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanununun Ek 6 ncı maddesinde, 10/6/1930 tarihli ve 1705 sayılı Ticarete Tağşişin Men'i ve İhracatın Murakabesi ve Korunması Hakkında Kanunun 6 ıncı maddesinde, 12/6/1933 tarihli ve 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanunun Ek 1 inci maddesinde, 21/6/1934 tarihli ve 2527 sayılı Basma Yazı ve Resimleri Derleme Kanununun 10 uncu maddesinde, 17/12/1937 tarihli ve 3284 sayılı Bazı Maden Hurdalarının Dışarı Çıkarılmasının Yasak Edilmesi ve Satın Alınması Hakkında Kanunun 7 ncı maddesinde, 18/12/1953 tarihli ve 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanunun 169 uncu maddesinde, 15/5/1957 tarihli ve 6968 sayılı Zirai Mücadele ve Zirai Karantina Kanununun 48, 52, 53, 58 ve 59 uncu maddelerinde, 20/6/1977 tarihli ve 2090 sayılı Tabii Afetlerden Zarar Gören Çiftçilere Yapılacak Yardımlar Hakkında Kanunun 9 uncu maddesinde, 11/9/1981 tarihli ve 2521 sayılı Avda ve Sporda Kullanılan Tüfekler, Nişan Tabancaları ve Av Bıçaklarının Yapımı, Alımı, Satımı ve Bulundurulmasına Dair Kanunun 13 üncü maddesinde, 23/6/1983 tarihli ve 2860 sayılı Yardım Toplama Kanununun 29 uncu maddesinde, 11/1/1989 tarihli ve 3516 sayılı Ölçüler ve Ayar Kanununun 15 inci maddesinde, 1/7/2003 tarihli ve 4915 sayılı Kara Avcılığı Kanununun 28 inci maddesinde, 27/5/2004 tarihli ve 5179 sayılı Gıdaların Üretimi, Tüketimi ve Denetlenmesine Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanunun 29 uncu maddesinde yer alan kabahatlerin karşılığında mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımı öngörülmüştür.

Müsadere, bir ceza hukuku yaptırımı olması nedeniyle yargısal ilkesine tabi olup, kural olarak suçla ilgili yargılamayı yapan ceza mahkemesince veya sulh ceza hakimi tarafından verilir.

Kabahatler Kanunu ile getirilen mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımına karar verecek merciler genellikle kanunla yetkili kılınmış idari mercilerdir. Cumhuriyet savcılarını veya mahkemeler tarafından da mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilmesi mümkün ise de bu karar yargısal değil idari nitelikte bir karardır. Belirtmeliyiz ki, her iki yaptırımın nihayetinde kişinin mülkiyet hakkına son vermesi ve aralarındaki farkın nicelik farkı olması nedeniyle, mülkiyetin kamuya geçirilmesinin de – müsadere farklı olarak- yargısal bir kararla yapılmaması bazı eylemlerin “ceza hukukunun koruyucu şemsiyesi”⁹⁰¹nden çıkartılması olarak nitelendirilebilir.

ee. Üçüncü Kişinin Mülkiyet Hakkı Bakımından

Kabahatler Kanunu’nda, müsadere farklı olarak, mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilen eşyanın “iyiniyetli 3.kişiye ait olmaması” gibi bir şart öngörülmemiştir. Bu nedenle ilk bakışta, kanunilik ve şahsılık ilkeleri gereğince üçüncü kişiye ait eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesinin sözkonusu olmayacağı düşünülebilir. Bu durumda, nicelik olarak daha ağır olan suçlar karşılığında üçüncü kişinin mülkiyet hakkının korunması iyiniyet koşuluna bağlanmışken, daha hafif hukuka aykırılıklar olarak nitelendirilen kabahatler karşılığında üçüncü kişinin mülkiyet hakkının mutlak olarak korunması gibi çelişkili bir sonuç çıktığını belirtmeliyiz. Bununla birlikte KK’nun 18.maddesinde “fail” ibaresi sadece 5.fıkıradaki geçmekte olup, mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımının konusu olan eşyanın faile ait olması da aranmamaktadır. Bu açıdan bakıldığında, mülkiyetin kamuya geçirilmesi bakımından üçüncü kişinin hakkının korunmadığı sonucuna da ulaşmak mümkündür. Ancak bu da adaletsiz sonuçlara yol açabilir. Bu iki farklı yorumu engellemek bakımından kanaatimizce kanuna üçüncü kişinin hangi hallerde korunacağına ilişkin açık bir hüküm konulması gerekmektedir.

⁹⁰¹ Benzetmenin farklı bir örnekte kullanımı için bkz. İçel, Ceza Hukuku, s. 407.

ff. Usul Bakımından

Usul bakımından mülkiyetin kamuya geçirilmesi dahil kabahatler karşılığında öngürülen idari yaptırımlara ilişkin kararların yerine getirilmesi bakımından derhal uygulama kuralı geçerlidir. KK m. 21/3' e göre mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin zamanaşımı süresi on yıldır. Soruşturma zamanaşımı ise mülkiyetin kamuya geçirilmesi bakımından düzenlenmemiş ancak ilgili düzenlemede sadece “kabahati oluşturan fiilin aynı zamanda suç oluşturması halinde suça ilişkin dava zamanaşımı hükümleri uygulanır” (KK m.20/5) hükmü yer almaktadır.

Müsadereden farklı olarak mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararı bazı hallerde ertelenebilir. KK'nın 18. maddesinin 2. fıkrasına göre eşyanın; a) kullanılmaz hale getirilmesi, b) Niteliğinin değiştirilmesi, c) Ancak belli bir surette kullanılması, koşullarından birinin yerine getirilmesine bağlı olarak belli bir süre geciktirilebilir. Belirlenen süre zarfında koşulun yerine getirilmemesi halinde eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilir.⁹⁰²

⁹⁰² Örneğin, 2521 sayılı Avda ve Sporda Kullanılan Tüfekler, Nişan Tabancaları ve Av Bıçaklarının Yapımı, Alımı, Satımı Ve Bulundurulmasına Dair Kanun'un 13.maddesine göre “Mülkiyeti kendisine ait olup olmadığına bakılmaksızın; yivsiz tüfek ruhsatnamesi olmadan yivsiz av tüfeği bulduran kişiye elli Türk Lirası idarî para cezası verilir. Ayrıca ruhsatname işlemleri tamamlanıncaya kadar tüfek muhafaza altına alınır. Muhafaza altına alındıktan itibaren bir ay içinde ruhsatname işlemlerinin tamamlanmaması veya menşeyini ispata yarar belge ibraz edilmemesi hâlinde, tüfeğin mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilir.”

İKİNCİ BÖLÜM

CEZA HUKUKUNUN BAZI TEMEL İLKELERİ BAĞLAMINDA MÜSADERE - MÜSADERENİN TÜRLERİ - MÜSADERENİN KOŞULLARI VE SONUÇLARI - CEZA İLİŞKİSİNİ KALDIRAN HALLERDE MÜSADERE

§ 1. Ceza Hukukunun Bazı Temel İlkeleri Bağlamında Müsadere

A. Genel Olarak

Müsaderenin hukuki niteliği ister ceza ister tedbir olarak kabul edilsin, nihayetinde bir yaptırım olduğundan ceza hukukunun temel ilkelerine tabi olacağı kesindir. Yabancı yüksek mahkemeler ile İHAM'ın da, müsadere her ne kadar güvenlik tedbiri olarak öngörülmüşse de cezai yönü baskın olduğundan cezanın genel ilkelerine tabi olduğunu vurguladığı kararları bulunmaktadır.⁹⁰³ Nitekim hukuk devleti ilkesi, mülkiyet hakkına son veren böylesi bir ceza hukuku kurumunun öncelikle kanunla düzenlenmesini, kusur ilkesine uygun ve orantılı olmasını, yargı kararıyla uygulanmasını gerektirir. Bu ilkeler müsadere bakımından aşağıda ayrıntılı olarak ele alınmaktadır.

Yine hukuk devleti ilkesinin gereği olarak genel müsadere yasağı, kusuru olmayan üçüncü kişinin mülkiyet hakkının korunması ve ispat yükünün tersine çevrilmesi konuları da ceza hukukunun temel ilkelerine ilişkindir. Bununla birlikte sözkonusu hususlar tezin birinci bölümünün “İnsan Hakları Yönünden Müsadere” konulu kısmında incelendiğinden tekrardan kaçınmak adına burada ele alınmayacaktır.

⁹⁰³ Belçika Temyiz Mahkemesi'nin bu yöndeki kararları için bkz. Roggen/Kuty/Moreau/Discepoli, age, s. 10 (C.A., 24 février 1999, arrêt 22/99, J.T. 1999, p.445; C.A., 17 mars 1999, JLMB 1999, p. 537, C.A., 7 juin 2001, arrêt n°77/2001 et C.A., 13 juin 2001, arrêt n°80/2001). Ayrıca bkz. İHAM'ın Welch/İngiltere Kararı, Başvuru no: 17440/90, Tarih: 09.02.1995, ve Philips/İngiltere Kararı, Başvuru no: 41087/98, Tarih: 05.07.2001.

B. Kanunilik İlkesi

I. Genel Olarak

Müsaderenin, kişinin mülkiyet hakkına devlet tarafından bir müdahale oluşturması nedeniyle güvenceli bir usulle gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu güvencelerin başında da, kanunilik ilkesi gelmektedir.

Kanunilik ilkesi, müsadere yaptırımının uygulanabileceği hallerin sadece kanunla düzenlenmesini gerektirir.⁹⁰⁴ İlkenin esası “suçta ve cezada kanunilik” ilkesi olmakla birlikte müsadere güvenlik tedbiri olarak kabul edildiğinde de kanunilik ilkesinden uzaklaşamaz. Zira güvenlik tedbirleri “*cezalar gibi kişi özgürlüğünü sınırlayan hatta bazen cezaların üstüne ikinci kez sınırlama getiren tedbirler olduğuna göre bu en temel ilkenin tedbirler için geçerli olmaması düşünülemez.*”⁹⁰⁵ Müsaderenin kanunla düzenlenmesi gereğinin Anayasal dayanağı, hukuk devleti ilkesinin yer aldığı 2. madde, temel hakların sınırlandırılmasına ilişkin 13.madde, mülkiyet hakkının sınırlandırılmasına ilişkin 35.madde ile suç ve cezalara ilişkin esasların düzenlendiği 38.maddedir. Anayasa’nın 38.maddesine göre “*ceza ve ceza yerine geçen emniyet tedbirleri kanunla konulur.*”⁹⁰⁶ Anayasa’nın 91.maddesinin 1.fıkrası gereğince de temel haklardan mülkiyet hakkını sınırlandıran müsadere kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez. İlke, TCK’nın 2.maddesinin 1. fıkrasında da “*Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz*” şeklinde düzenlenmiştir.

Kanunilik ilkesinin bir takım güvenceleri vardır. Ceza kanunlarının belirli ve açık olması, kıyasın yasak olması, ceza kanunlarının geçmişe yürümemesi ve

⁹⁰⁴ Bouloc/Stefani/ Levasseur, age, s. 136. Hatta adı farklı da olsa mülkiyet hakkına olan etkisi müsadereden farksız olan mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımı bakımından da kanunilik ilkesinin öngörülmesi tesadüfi değildir. Bkz. KK. m.4

⁹⁰⁵ Aydın Ö, Emniyet, s. 35

⁹⁰⁶ Ne var ki, Anayasa’nın yapıldığı dönemde güvenlik tedbirlerinin öğretisi ve uygulamada yerleşmemiş olması Anayasa’da güvenlik tedbirlerinin “ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri” olarak ifadesine yol açmıştır. Oysa, güvenlik tedbirleri ceza yerine geçmezler ve cezanın uygulanmadığı uygulanırsa bile tekrürü önleyemeyecek durumda oldukları halde uygulanırlar. Hafizoğulları, Ceza Normu, s. 51

idarenin düzenleyici işlemleriyle suç yaratılmaması kanunilik ilkesinden doğan birer zorunluluktur. Bunlar, kanunilik ilkesinin tamamlayıcı unsurlarıdır.⁹⁰⁷

Bir eylemin Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ile suç olmaktan çıkarıldığı hallerde, suçla bağlantılı eşyanın kanunlarda ayrıca suç olarak düzenlenen bir eşya olmadığı halde iadesi gerekmektedir.⁹⁰⁸ Yargıtay'ın 556 sayılı KHK'nın suç yaratan 61.maddesini iptal ettiği bir kararında belirtilen karşı görüşe göre ise, her ne kadar AYM'nin iptal kararı ile üretimi, bulundurulması, alım-satımı suç olmaktan çıkarılsa da, taklit ürünlerin toplumu mutlak tehlike ile karşı karşıya bıraktığı, fail yönünden ise taklit malın kendisine iadesiyle güvenlik tedbirinin asıl amacı olan ileride suç işlenmesini önlemek gayesinin gözardı edilerek adeta yeniden suç işlemeye teşvik edileceği belirtilmektedir. Davaya konu olayın işlenmesinden sonra 28.1.2009 tarihinde yürürlüğe konulan 5833 sayılı Kanunda taklit eşyaların suç sayılması da düşünceyi desteklemek bakımından ortaya konmuştur.⁹⁰⁹ Bize göre Yargıtay üyesinin düşüncesinde haklılık payı bulunmaktadır. Zira, taklit olarak üretilmiş olan ürünlerin üretiminin suç sayılmasının iptal edilmesi sonucu kanunda boşluk kalması nedeniyle faile iade edilmesi, adalet duygusunu zedelemenin yanısıra sözkonusu

⁹⁰⁷ İçel/Donay, age, s. 84; Erol Cihan, **Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza-Ceza Usul Anabilim Dalı Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu. İstanbul, 26-27 Mart 1997, s. 5

⁹⁰⁸ “El konulan dava konusu eşyanın müsadere ya da iadesi konusunun değerlendirilmesine gelince; yukarıda açıklandığı şekilde atılı eylem 01.01.2009 tarihinden itibaren suç olmaktan, aynı tarih itibariyle bu tür eylemler nedeniyle el konulan eşyalar da suç konusu eşya olmaktan çıkmıştır. İnceleme tarihi itibariyle söz konusu eşyaların bulundurulmasını bizatihi suç sayan herhangi bir yasa hükmü de bulunmamaktadır. Bu nedenle dava konusu eşyanın da iadesine karar verilmesi gerekmektedir”. Y7CD, 07.06.2010, 2008/14024, 2010/7963; Y7CD, 20.9.2011, 2009/8832, 2011/16278

⁹⁰⁹ Y7CD, 17.3.2009, 2006/4142, 2009/3312. Kararın karşı oy yazısında, “Bir güvenlik tedbiri olan müsadere ile eşyanın kişinin elinde bulunmasının yaratacağı tehlikeliliği bertaraf etmek, onda yaratacağı suç işleme potansiyelini yok etmek, yeni hukuka aykırılıkların önüne geçmek olduğu kabul edilmiştir. Ceza Hukuku araçlarından olan cezanın uygulanabilmesi için mutlak surette tanımlanan bir suçun işlenmesi gerektiği halde, güvenlik tedbiri için bir hukuka aykırılığın yeterli olduğu, TCK.nun 54. maddesinde suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir” hükmüyle açıklığa kavuşturulduğu, Uzun çalışma, araştırma ve emek ile meydana getirilen markanın, hiçbir hak ve yetkisi bulunmayan kişilerce kullanılmasının haksız maddi, manevi menfaat elde etmeye yönelik olduğu, marka sahibinin ise bu eylemler sebebiyle müşteri, itibar, maddi kazanç gibi zarara uğradığı veya bu tehlikelerle karşı karşıya olduğu, tam bir hukuka aykırılığın oluştuğu, Taklit ürünlerin sınıfına göre toplumun mutlak tehlike ile karşı karşıya bırakıldığı, örneğin taklit ilaç nedeniyle kamu sağlığının, yedek parçalar sebebiyle trafik güvenliğinin tehlikeye düşürüldüğü, bireylerin aldatıldığı, kalitesiz malların yüksek fiyatla satılmasıyla maddi kayba uğratıldığı, Fail yönünden ise; taklit malın kendisine iadesiyle güvenlik tedbirinin esas amacı olan ileride suç işlenmesini önlemek gayesinin gözardı edilerek adeta yeniden suç işlemeye teşvik edileceği, keza 28.2.2009 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 5833 sayılı Yasa ile iadeye konu eşyanın üretimi, satışı, satışa arzının suç olarak kabul edildiği, dolayısıyla kamu güvenliği, kamu sağlığı ve genel ahlak açısından tehlike yaratan bu tür eşyanın müsaderesinin gerektiği” belirtilmektedir.

ürünlerin piyasada yeniden dolaşmasına da neden olabilecektir. Ne var ki, Alman hukukundan farklı olarak hukukumuzda müsadere dahil olmak üzere TCK'nın 53 ve 60.maddelerinde düzenlenen güvenlik tedbirleri bakımından açıkça bir "suç"un varlığı aranmaktadır. Bu nedenle söz konusu taklit ürünler, üretimi, bulundurulması suç teşkil eden eşya olarak müsadere edilemez. Bunlar, TCK m. 54/1 son cümlesi uyarınca "suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan" ve kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak bakımından tehlikeli olan eşya olarak müsadere edilebilecektir.⁹¹⁰ Ayrıca, koşulları oluştuğunda bu tür eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesi de söz konusu olabilmektedir.⁹¹¹

II. Belirlilik İlkesi ve Kıyas Yasağı

Kanunla düzenlenmenin temel nedeni hukukta belirliliğin sağlanmasıdır. Birey, özgürlüğünün sınırlarını önceden bilmelidir ki, toplum içi davranışlarını buna göre düzenleyebilsin. Bu itibarla kanunilik ilkesi bireysel özgürlüğün en esaslı güvencesidir.⁹¹² İHAM'da böyle bir müdahalenin öngörülebilir olmasını aramaktadır. Bir kararında başvuranın ticari faaliyetlerinden elde etmiş olduğu (meşru kaynaklı) paranın sınırdan geçerken bunları beyan etmemiş olması sonucunda kaçakçılıktan elde edilmiş (gayrimeşru kaynaklı) paraya dönüştüğünün kabul edilmesinin mümkün olmadığını, gümrüklerden kaçırılan malların kaçakçılık suçunun "aracı" veya "konusu" olması gerekmediğini belirterek bu nedenlerle müsadere ile gerçekleştirilen müdahalenin hukuken öngörülebilir olmadığına ve 1 numaralı Protokol'ün 1.maddesini (P1-1) ihlal ettiğine karar vermiştir.⁹¹³ Fransız Temyiz Mahkemesi bir

⁹¹⁰ "... elkonulan ... sahte rakının kamu sağlığı açısından tehlikeli olması nedeniyle TCK 54/1 uyarınca müsadere" gerekir. (Y7CD 12.05.2010, 5336/6707).

⁹¹¹ "... elkonulan ve taklit olduğu anlaşılan ilaçların 6197 sayılı Kanun'un 41 ve devamı maddeleri gereğince imha edilmek üzere mülkiyetinin kamuya geçirilmesine" karar verilir. (Y7CD 27.05.2010, 2008/5555, 2010/7333)

⁹¹² İçel/Donay, age, s. 81.

⁹¹³ Sun/Rusya Kararı, Başvuru no: 31004/02, Tarih: 05/02/2009, par., 26-31. Karara konu olayda, gümrük mevzuatına göre yanında bulundurduğu dolar ve yenleri beyan etmeden ülkeye giriş yaparken ele geçirilen paralara "suç delili" olduğu gerekçesiyle elkonulduktan sonra yerel mahkeme bunların beyan edilmeksizin sınırdan geçiş yapılmasıyla söz konusu parayı "suçtan elde edilmiş" olarak kabul edip müsadere etmiştir. Yerel mahkeme müsadere kararı verirken herhangi bir somut bulguya dayanmadığı gibi içtihadı da atıf yapmamıştır. İHAM bu nedenle müdahalenin öngörülebilir olup olmadığını incelediği davada, başvuranın olaydan önce herhangi bir sabıka kaydının olmaması, herhangi bir suçtan şüpheli veya sanık konumunda bulunmuyor olmasının, söz konusu parayı ticari

kararında uyuşturucu ve gümrük mevzuatına aykırılıktan yapılan yargılamada sanığın sekiz yıl mahkumiyetine, elkonulan ve “mühürlenmiş eşya”nın devlet yararına müsadere karar verilmiştir. Ayrıca idari dava sonucu suçta kullanılan araç ve uyuşturucunun Gümrük İdaresi menfaatine müsadere karar verilmiştir. Temyiz mahkemesi, “mühürlenmişler” ifadesinin içeriğinin belirsiz olması ve aynı kaçak malın iki farklı mevzuat çerçevesinde birden fazla kez müsadere edilemeyeceği gerekçesiyle burada çifte müsadere olduğuna karar vermiştir.⁹¹⁴

Kanunilik ilkesi, müsadere kapsamının belirlenmesi bakımından muhataplarının da belirli olmasını gerektirir. 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun (5532 sayılı kanunla değiştirilmeden önceki) 7.maddesinin 4. fıkrasında, teröre destek olan dernek, vakıf, sendika ve benzer kurumlara uygulanacak yaptırımlar arasında yer alan müsadere bakımından “ benzer kurumlar” ifadesi *“kapsamı belirsiz bir ceza kuralının Anayasa'nın 38.maddesindeki yasanın suç saymadığı bir eylem yüzünden kimsenin cezalandırılmayacağı kuralına aykırı”* bulunarak Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.⁹¹⁵

765 sayılı Kanun döneminde suçtan elde edilen menfaatlerin müsadere ilişkine (1999 tarih ve 4422 sayılı ÇASÖMK dışında) bir düzenleme bulunmamasına karşın, bunların “suçtan husule gelen eşya” niteliğinde kabul edilerek müsadere edilmesi kanunilik ilkesi bakımından tartışma yaratmıştır. “Suçun işlenmesi için sağlanan menfaat”in müsadere ilişkine ilişkin Yargıtay 1987 tarihli bir Ceza Genel Kurulu kararında suça iştirak etmesi için sanığa verilen paranın kanundaki tanımlardan birine girmediği gerekçesiyle müsadere edilemeyeceğine hükmetmiştir.⁹¹⁶ Ancak aksi yönde uygulamalar da olmuştur.⁹¹⁷ Uygulama adalet duygusuna uygun bir karar verebilmek için de olsa zorlama ve genişletici bir yorum

faaliyetlerinden elde etmiş olduğu yönündeki iddiasını destekler nitelikte olduğunu ve paranın suçtan elde edilmiş olduğunun kabul edilemeyeceğine işaret etmiştir.

⁹¹⁴ Du 5 juin 1997, 96-83.086, Publication: Bulletin criminel 1997 N° 227 p. 759, Décision attaquée: Cour d'appel de Pau (chambre correctionnelle), 10 Avril 1996. Karar için bkz. <http://www.easydroit.fr/jurisprudence/Cour-de-Cassation-Chambre-criminelle-du-5-juin-1997-96-83-086-Public-au-bulletin/C85835/>

⁹¹⁵ AYMK, 31.03.1993, 1991/18, 1992/20- AYMKD, Sayı: 28, C:I, Ankara, 1993, s. 232

⁹¹⁶ YGCK, 02.03.1987, 5-464/84 Bkz. Savaş/Mollamahmutoğlu, 1999; Şen, TCK Yorumu, s. 435

⁹¹⁷ YCGK, 22.02.1988, 9-526/57; Y9CD, 21.03.1994, 605/1396; Y10CD, 11.07.1996, 5256/8403. Kararlar için bkz. Yılmaz Z., Müsadere, s. 50-51

yoluyla yapılmıştır.⁹¹⁸ Kazanç müsaderesinin 2005 yılında uygulamaya konulması ile suçtan elde edilen ve bunların dönüştürülmesi sonucu elde edilen gelirleri de kapsayacak şekilde müsadere edileceğini öngörerek 765 sayılı Kanun'un 36.maddesindeki "suçtan husule gelen eşya"nın kazancı kapsayıp kapsamayacağı konusundaki tartışmalara son vermiştir. Bununla birlikte, 5237 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce açılan davalar bakımından kazanç müsaderesinin uygulanıp uygulanmayacağı sorunu açıklığa kavuşturulması gereken bir sorun olup, aşağıda geçmişe uygulama yasağı kapsamında ele alınmaktadır.

III. Geçmişe Uygulama Yasağı

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, yalnız suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan yasa hükümlerinin uygulanmasını gerektirmektedir. Müsaderenin kategorik olarak güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiş olması nedeniyle zaman bakımından uygulama sorununa açıklık getirmek gerekmektedir. Zira, Anayasa'da, güvenlik tedbirleri bakımından sadece kanunilik ilkesi düzenlenmiş olup "geçmişe yürüme yasağı" açıkça düzenlenmemiştir. 765 sayılı yasada da açık bir hüküm olmaması nedeniyle konu tereddüde neden olmuştur. Öğretide bu durumun iki şekilde açıklanabileceği belirtilmektedir. Güvenlik tedbirleri ya mahkumiyetin sonucu sayılmıştır, ya da suçla mücadelede hep ikinci planda kaldıkları için dikkate alınmamıştır.⁹¹⁹ Gerçekten güvenlik tedbirleri 5237 sayılı kanuna kadar sistemli ve kategorik biçimde kanunda yer almamış, öğretide de kimi zaman tedbir kimi zaman ceza kimi zaman da mahkumiyetin sonucu olarak nitelendirilmiştir. Yeni TCK'nın 7/1.maddesi ise güvenlik tedbirleri bakımından geçmişe yürüme yasağına yer vermiştir. Günümüzde güvenlik tedbirleri cezalardan ve sonuçlarından belirgin biçimde ayrıştığına ve ceza kanununda bu sistemleştirme yapıldığına göre

⁹¹⁸ Kanunda bulunmayan "kazanç" veya "menfaat" kavramının cismani bir varlığı olması gereken "eşya" kavramına benzetilmesi esasında kıyasa varan hatalı bir uygulamaya sebebiyet verdiği yönünde bkz. Dülger, İ., age, s. 163.

⁹¹⁹ Hafizoğulları, Emniyet Tedbirleri, AÜSBFD, c.46, s.3-4 (Haziran-Aralık 1991), s. 51. Aydın Ö, Emniyet, s.37, Bu durum öğretide Anayasanın yapıldığı dönemde kavramın anlamı ve içeriğinin öğretisi ve içtihatlarla belirlenmemiş olmasıyla açıklanmıştır. Önder ise, bu durumu Anayasa Komisyonunun güvenlik tedbirlerinin ceza yerine geçtiği İsviçre Ceza Kanunu'nun etkisi altında kılmasıyla açıklamıştır. Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.1**, İstanbul, Beta, 1991, s. 105. Hukukumuzda suç ve mahkumiyet sebebiyle uygulanmayan güvenlik tedbirlerinin bulunmadığı, Önder'in İsviçre Ceza Kanunu bağlamında suç ve mahkumiyet nedeni dışında uygulanan güvenlik tedbirlerinden kastettiğinin polis tedbiri olduğu yönünden bkz. Aydın Ö, Emniyet, s. 40

Anayasa'nın 38.maddesinin de bunu kapsayacak biçimde değiştirilmesi gerekmektedir. Nitekim TCK'nın zaman bakımından uygulamayı düzenleyen ve güvenlik tedbirlerini de kapsayan 7.maddesi anayasal nitelikte olmadığından buna aykırı düzenleme yapılması, diğer anayasal güvencelere karşın olasıdır.

Öğretide, kimi yazarlarca müsadere'nin güvenlik tedbiri olarak düzenlenmesi nedeniyle, derhal uygulama ilkesine tabi olması gerektiği de savunulmaktadır. Buna göre güvenlik tedbirleri tedavi amaçlı olduğundan yeni getirilen her tedbirin tedaviye yönelik daha iyi bir tedbir olduğu ve derhal uygulanması gerektiği belirtilmektedir. Aydın'a göre emniyet tedbirleri, cezalardan farklı olarak suçlunun tehlikelilik halini bertaraf ederek onu topluma yeniden kazandırmayı hedeflediğinden geriye yönelik olarak uygulanabilmelidirler.⁹²⁰ Zira, tedbirler sürekli bir hal olan tehlikeliliği en iyi biçimde giderebilmek için değişmeli ve ilerlemelidir. Güvenlik tedbirlerinin niteliği ve gayesi dikkate alındığında, lehe veya aleyhe olup olmadığına bakılmamalı, bu tedbirlere ilişkin kanunların derhal uygulanmaları gerekir.⁹²¹

Bize göre ise müsadere'nin kanunda güvenlik tedbiri olarak düzenlenmesi onun geçmişe uygulanması için yeterli olamaz. Zira, ceza yönü de bulunan karma nitelikli bir yaptırımdır.⁹²² Getirilen tedbirin failin daha lehine olduğu varsayımı da her zaman doğru olmayabilmektedir. Zira, her ne kadar tedbir niteliği olan bir kurum olsa da, mülkiyet hakkına olan sürekli ve kısıtlayıcı etkisi nedeniyle hukuk devletinin gereği olarak geçmişe yürüme yasağının müsadere bakımından da geçerli olduğu düşüncesindeyiz. Ayrıca Anayasa'da böyle bir düzenleme bulunmaması kanunkoyucunun güvenlik tedbiri adı altında ceza içeren düzenleme yapmak suretiyle geçmişe yürüme yasağını dolanması riskinin⁹²³ yanısıra bizatihi tedbir niteliğindeki yaptırımlar bakımından da sakıncalıdır. Zira tedbirler, tehlikeliliği bertaraf etme veya ıslah amacıyla da olsa kişi hak ve özgürlüklerinin kısıtlanması

⁹²⁰ Aydın Ö, Emniyet, s. 38

⁹²¹ Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, Ceza Hukuku, s. 122

⁹²² İHAM Welch/Birleşik Krallık Kararında müsadere kararının İHAS'in cezaların geçmişe yürüme yasağını düzenleyen 7.maddesine aykırılığı iddiasını incelemiştir. İngiltere'de 1986 tarihli Uyuşturucu Ticareti Hakkındaki Kanunun yürürlüğe girmesinden önce işlenen uyuşturucu suçu bakımından sözkonusu kanundaki müsadere hükümlerinin başvuran hakkında uygulanması konuyu İHAM'a taşımıştır. Mahkeme müsadere'nin ceza olup olmadığı, amacı ve doğasına, iç hukuktaki nitelendirmesine, ağırlığına ve ayrıca kararın verilme ve uygulanma usulüne göre değerlendirilmesi gerektiğini ve somut olayda müsadere'nin iç hukukta tedbir olarak düzenlenmiş olmasına karşın ceza niteliğinde olması nedeniyle geçmişe yürüme yasağına tabi olduğuna ve 7.maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir (Welch/İngiltere Kararı, Başvuru no: 17440/90, Tarih: 09.02.1995).

⁹²³ Aydın Ö, Emniyet, s. 44

sonucunu doğurmakta ve kişiye ızdırap verebilmektedir. Kanunun geçmişe yürümesinin yasak olmasını failin zararına sonuç doğurmasının engellenmesi olduğuna göre doğrudan failin zararının dikkate alınmasını gerektirir, bu da failin sınırlandırılan haklarıdır. Yargıtay da lehe kanun uygulamasında güvenlik tedbirlerinin de dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir.⁹²⁴ Bu itibarla ancak 2005'ten sonra işlenen suçlar bakımından kazanç müsaderesini öngören 55.madde hükümleri uygulanabilir.⁹²⁵

Müsadereye hükmedilebilmesi için de bir suçun işlenmesi arandığına göre eylemin sonradan suç olmaktan çıkarılması veya suç tarihinde yürürlükte olan kanunun müsadere öngörülmemesi halinde failin malvarlığı müsadere edilemez. Yine bir şeyin üretimi, bulundurulması, taşınması vs. suç olmaktan çıkarılmışsa artık kanunen tehlikeli sayılmadığı anlamına da geldiğinden aynı sonuca varmak gerekir. Eylem suç olmaktan çıkartılıp kabahate dönüştürülmüş ise artık müsadere kararı değil, mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilmesi gerekir.⁹²⁶

⁹²⁴ “Lehe yasanın tespiti bakımından değerlendirme yapılırken, fer'i cezalar ve güvenlik tedbirlerine ilişkin olanlar da dahil olmak üzere 765 sayılı TCY'nin bir bütün halinde olaya uygulanarak sonuca varılması, daha sonra da 5237 sayılı TCY'nin ceza ve güvenlik tedbirleri de dahil ilgili bütün hükümleri tatbik edilerek bu Yasaya göre ayrı bir sonuç belirlenmesi, yapılacak karşılaştırma üzerine daha lehe sonuç verdiği saptanan yasanın hükümleri diğerleriyle karıştırılmadan bir bütün halinde uygulanmak suretiyle, ceza, fer'i ceza ve güvenlik tedbirine hükmedilmesi gerekmektedir”. (YCGK, 26.12.2006, 2006/9-295-2006/322).

⁹²⁵ Federal Almanya Ceza Kanunu'nda aksine hüküm olmayan hallerde güvenlik tedbirleri bakımından karar zamanında yürürlükte bulunan hükümlerin uygulanması kabul edilmekle birlikte, ceza yaptırımına yakın nitelik gösteren tedbirler istisnai olarak geçmişe uygulama yasağına sokulmuştur. (İçel/Donay, age, s. 99) Öğretide İsviçre Ceza Kanunu'nun itiyadi suçlular bakımından öngörülen “özel bir kuruma koyma” (maison d'internement) tedbiri (İsv.CK) 42.maddesi gibi adeta ceza işlevi gören tedbirler bakımından lehe yasanın uygulanması gerektiği belirtilmektedir. Avusturya Ceza Kanunu'na göre de güvenlik tedbirleri geçmişe uygulama yasağı kapsamındadır. Anayasasında konuyla ilgili hüküm bulunmayıp ceza kanununda (200.madde) ise açıkça geriye yürürlük ilkesinin öngörüldüğü İtalya'da ise öğretideki yazarlar özellikle birey hak ve özgürlüklerini kısıtlayıcı niteliği itibarıyla geçmişe yürüme kuralından rahatsızlıklarını dile getirmişlerdir. Diğer bir grup yazar da bu sorunun ancak anayasaya geçmişe yürümezlik ilkesinin yer almasıyla çözülebileceğini savunmuşlardır (Bu yazarlar için bkz. Aydın Ö, Emniyet, s. 43).

⁹²⁶ “Suç tarihi itibarıyla eylem, toplu konut fonu ödememek amacıyla eski ve kullanılmış makineleri, yeni ve kullanılmamış olarak beyan edip yurda ithal etmek şeklinde gerçekleşmesine karşın, ithalde ödenecek mali mükellefiyetlere ilave olarak ayrıca CİF bedelinin yüzde 50'si oranında Toplu Konut Fonu ödeneceğine ilişkin düzenlemenin yürürlükten kaldırılması nedeniyle ek vergi kaybı ortadan kalkmış ve sanığın fiili, ithali izne tabi eşyayı izin almaksızın yurda ithal etme fiiline dönüşmüştür. Hükümden sonra 31.03.2007 gün ve 26479 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren ve 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nu yürürlükten kaldıran 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 3/11 madde fıkrası ile "ithali, lisansa, şarta, izne, kısıntıya veya belli kuruluşların vereceği uygunluk veya yeterlilik belgesine tabi olan eşyayı, aldatıcı işlem ve davranışlarla ithal eden kişiye, eşyanın gümrüklenmiş değerinin iki katı idari para cezası verilir. Eşyanın değersiz, artık veya atık madde olması durumunda, idari para cezası; dökme halinde gelen eşya için ton başına beşbin Türk Lirası, ambalajlı gelmesi halinde kap başına yüz Türk Lirası olarak hesaplanır." hükmü getirilmiştir. Belirtilen nedenlerle; 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 3/11 madde fıkrası uyarınca, sanığa atılı ve sübut bulan eylemin kabahate dönüştüğü ve kabahatlerde

Özetle, müsadere her ne kadar güvenlik tedbiri olarak düzenlense de, ceza niteliği ağır bastığından hukuk devleti ve kanunilik ilkesinin bir görünümü olarak geçmişe uygulanma yasağından vazgeçilmemesi gerekir.⁹²⁷ Örneğin, suçun işlendiği zamanki yasaya göre sadece hapis cezası öngörülmüşken, yeni yasanın hapis cezasının yanısıra bir de güvenlik tedbiri öngörmesi halinde aleyhe olan bu yasa geriye yürümeyecektir. Aynı şekilde, suçun işlendiği zaman yürürlükte olan yasanın güvenlik tedbiri öngörmesine karşılık yeni yasanın bu tedbiri öngörmemesi halinde eski yasaya göre hükmolunmuş olan tedbirin infazı ve yasal sonuçları ortadan kalkacaktır (TCK m. 7/1). Buna karşılık, güvenlik tedbirlerinde infaz rejimini belirleyen bir yasa sözkonusu olduğunda infaz anında yürürlükte olan yasa (lehe veya aleyhe olmasına bakılmaksızın) derhal uygulanır.⁹²⁸ Örneğin; taşınmaz malının müsadere kararının mevcut durumda olduğu gibi tapu iptali ve tescil davasıyla değil de, doğrudan ve sadece müsadere kararının tapuya kaydedilmesiyle yapılmasını öngören sonraki yasa derhal uygulanacaktır.

TCK'nın 7.maddesinde düzenlenen geçmişe uygulama yasağının bir sonucu da Anayasa Mahkemesi'nin ceza kanunlarına ilişkin iptal kararlarının geçmişe yürümemesidir. Zaten Anayasa'nın 153.maddesinin 5.fikrası bütün kanunlar bakımından iptal kararlarının geçmişe uygulanmasına engeldir. Bu nedenle, müsadereye ilişkin bir iptal kararı lehe olsa bile geçmişe uygulanamayacaktır. Yargıtay'ın yerleşik içtihadı, Anayasa Mahkemesi'nin ceza kanunlarına ilişkin iptal kararlarının geçmişe yürümeyeceği yönündedir.⁹²⁹ Ne var ki Yargıtay'ın bu yöndeki eğilimi eleştirilmektedir. Bizim de katıldığımız görüşe göre iptal kararlarının lehe

müsadere söz konusu olmadığı gözetilerek, 5607 sayılı Kanun'un 14. maddesi ile 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 3 ve 18. maddeleri de dikkate alınıp, dava konusu eşyaların mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilmesinde zorunluluk bulunması" Y7CD, 04.02.2008, 23631-695. Benzer yönde Y7CD, 04.02.2008, 23631-695; Y7CD, 2007/17606, 2010/5851.

⁹²⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, age, s. 202

⁹²⁸ Centel/Zafer/Çakmut, age, s. 740. 5237 sayılı TCK zaman bakımından uygulamayı düzenleyen 7.maddesinin ilk halinde güvenlik tedbirleri hakkında, infaz usul ve uygulamaları yönünden hüküm zamanında yürürlükte olan hükümlerin geçerli olacağı belirtilmiş, bu durum maddenin gerekçesinde tedbirlerin "iyileştirme" işlevinin vurgulanmasıyla açıklanmıştır. Yani, derhal uygulanma ilkesi benimsenmişken, 5377 sayılı 29.06.2005 tarihli Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 2.maddesiyle Türk Ceza Kanununun 7 nci maddesinin üçüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir. Buna göre "Hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç; infaz rejimine ilişkin hükümler, derhal uygulanır."

⁹²⁹ Anayasanın 153.maddesinin 5.fikrasına maddesine göre, iptal kararlarının geriye yürümeyeceği, uygulandığı zaman yürürlükte olan bir yasa hükmü gereğince zoralımına karar verilen ve hükmün infazı ile de mülkiyeti Hazineye geçmiş bulunan malların Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı dayanak yapılarak sanığa iadesinin mümkün olmadığı gözetilmeden yazılı biçimde karar verilmesi bozma sebebidir. Y10CD 20.10.1993, 1993/9608, 1993/10940. Ayrıca bkz. YCGK 24.06.1965 tarih ve 8/213 sayılı, 09.09.1968 tarih, 3-485 sayılı, 11.10.1971 tarih ve 3-572/325 sayılı kararları.

olması halinde uygulanması gerekmektedir.⁹³⁰ Örneğin, Askeri CK'nun genel müsadere niteliğinde kabul ettiğimiz 78.maddesi iptal edildiğinde düşman tarafına sığınanların hakkındaki karar kesinleşmiş, malları müsadere edilip satılmışsa maddenin iptali ile oluşan lehe durum dikkate alınamayacaktır.

IV. İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Yaratılmaması

Kanunilik ilkesinin bir sonucu olan “İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamayacağı” ilkesi de Anayasa’da ve TCK’nın kanunilik ilkesini düzenleyen 2. maddesinde düzenlenmekle birlikte, güvenlik tedbirlerini kapsamamaktadır. Esasında, Anayasa’nın 38.maddesinin 3.fıkrası uyarınca “Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur” ilkesinin, güvenlik tedbirleri bakımından doğal sonucu güvenlik tedbirlerinin de düzenleyici işlemlerle düzenlenmemesidir. Zaten hukuk devleti ilkesi gereğince bir suç karşılığında uygulanan ve kişinin temel haklarından olan mülkiyet hakkını kısıtlayan müsadere de idarenin düzenleyici işlemleriyle getirilememesi gerekir. Ancak bunun adeta anayasal bir hüküm gibi TCK’da düzenlenmesi eleştirilmeye muhtaçtır. Böyle bir düzenlemenin Anayasada yer alması ve güvenlik tedbirlerini de kapsayacak biçimde düzenlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

⁹³⁰ İçel/Donay, age s.96; Centel/Zafer/Çakmut, age, s. 108; Artuk/Gökçen/Yenidünya, age, s. 210; , Demirbaş, Ceza, s. 140. Karşı görüşe göre İptal kararı ile tıpkı yeni bir kanun yürürlüğe konulmasına benzer biçimde iptal edilen hüküm hukuk düzeninin parçası olmaktan çıkarılmaktadır. Bu nedenle bir hukuk düzeni içinde bir ceza kanunu yenisiyle değiştirildiğinde veya yürürlükten kaldırıldığında lehe uygulama sözkonusu olabilirken, Anayasa Mahkemesinin benzer bir hükmü iptal etmesi halinde derhal uygulama ile yetinilmesi çelişkili olacaktır. Bkz. Katoğlu, age, s. 265. Öztürk ve Erdem ise Yargıtay’ın bu tutumuna karşılık iptal kararlarının muhakemenin yenilenmesi nedenlerinden “yeni delil” kavramı içinde değerlendirilebileceğini ileri sürmüşlerdir. (Öztürk/Erdem, age, s. 83) Ne var ki Yargıtay kanun değişikliklerini dahi yeni delil veya olay olarak kabul etmemiştir. (Y8CD, 11.06.2002, 2002/6260, 2002/6846)

C. Kusur İlkesi

I. Genel Olarak

1. Fail Bakımından

Müsaderenin uygulanabilmesi için failin kusurunun aranıp aranmayacağı, hukuki nitelik konusundaki tartışmalarla örtüşmektedir. Cezaya, kusur yeteneği olan herkes hakkında hükmedilebilir. Kusur yeteneği bulunmayan kişiler hakkında ise ceza uygulanmasında yarar yoktur. Buna karşılık güvenlik tedbirlerinin uygulanmasında failin tehlikeliliği göz önünde bulundurulduğundan, failin kusur yeteneğinin bulunup bulunmaması önemli değildir. Zaten güvenlik tedbirleri bu nedenle getirilmiştir.⁹³¹

Müsaderenin ceza olarak uygulandığı sistemlerde kusur ilkesine tabi olduğu ve ancak kusurlu olan kişinin suçla bağlantılı olan malları bakımından uygulanacağı konusunda tartışma yoktur. Cezanın, failin sorumluluk derecesi ile orantılı olarak uygulanan bir yaptırım olması, diğer hukuk yaptırımlarından farklı olarak, sadece ve münhasıran suçun faili hakkında uygulanmasını gerektirir. Bu esas, cezaların *kişiselliği* veya *bireyselliği ilkesi* ile ifade olunur. Bir suçtan dolayı tek başına veya şerik sıfatıyla sorumlu bulunmayan kimsenin cezalandırılmaması bugün artık tartışma kabul etmeyen bir kamu hukuku ilkesi olarak yerleşmiştir.⁹³² Bu itibarla eşyanın müsaderesinin imkansız hale gelmesi halinde bunların değeri kadar bir paranın ödenmesini öngören hükmün (TCK m. 54/2 ve 55/2) uygulanabilmesi için de failin, eşyanın müsaderesini kusurlu olarak imkansız hale getirmesi aranmalıdır. Nitekim 54.maddenin 2. fıkrasının kaynağı olan Alman Ceza Kanunu'nun 74c maddesi bakımından “eşyanın müsadere kararından önce kusurlu biçimde imhası, harcanması, devri” düzenlenerek failin kusuru aranmaktadır.⁹³³

⁹³¹ Nuhoğlu, Emniyet, s. 65, Centel/Zafer/Çakmut, age, s. 737

⁹³² Dönmezer/Erman, C. II, s. 552. Eski dönemlerde söz konusu ilkenin bulunmadığını söylemek gerekir. Gerçekten Batı hukukunda Krala karşı işlenen suçlarda fail için ölüm ve ailesi üyeleri hakkında da sürgün ve müsadere cezaları uygulanmıştır

⁹³³ Bkz. Sözüer, Alman, s.399.

Müsaderenin güvenlik tedbiri olarak kabul edildiği hallerde ise kusurun aranmasına gerek bulunmamaktadır.⁹³⁴ Zira, güvenlik tedbirinin amacı toplumun suçun tekrarlanması tehlikesinden korunmasıdır. Kusur ehliyetine sahip olan veya olmayan failin tehlikeli halini, uygun bir tedaviyle yok etme amacı güder.⁹³⁵ Müsaderenin bir güvenlik tedbiri olarak düzenlendiği Alman Ceza Kanunu'nun 73.maddesine göre de müsadereye hükmedilebilmesi için "hukuka aykırı bir eylemin" varlığı yeterlidir. Başka bir deyişle, kusuru kaldıran veya şahsi cezasızlık nedenlerinin varlığı bu yaptırıma hükmedilmesine engel değildir.⁹³⁶ Müsaderenin tüzelkişiler bakımından da uygulanabilmesi, tüzelkişilerin ceza sorumluluğunun kabul edilmediği sistemlerde kusur ilkesi ile açıklanamayacaktır. Buna karşılık, hukukumuzda olduğu gibi pek çok hukuk düzeninde tüzelkişiler bakımından güvenlik tedbiri sorumluluğu kapsamında müsadere bir yaptırım olarak düzenlenmektedir.

Sonuç itibarıyla müsadere kanunda güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiştir. Tıpkı cezalar gibi güvenlik tedbirlerinin uygulanması için bir suçun varlığı gerekmektedir.⁹³⁷ 54.maddenin gerekçesine göre de "Yapılan yeni düzenleme ile getirilen temel değişiklik, müsaderenin hukukî niteliğinin bir güvenlik tedbiri olduğunun kabul edilmesidir. İşte bu nedendir ki, müsadereye hükmedilmesi için bir suçun işlenmesi zorunlu olmakla birlikte, bu suçtan dolayı bir kimsenin cezaya mahkûm edilmesi gerekmemektedir. Örneğin suç işlenmesinde kullanılan tehlikeli eşya, bunu kullanan fail çocuk veya akıl hastası olması nedeniyle cezalandırılmaya dahi, müsaderesine hükmedilebilecektir." Böylelikle kusur yeteneğini etkileyen hallerin müsaderenin uygulanmasına engel olmayacağı kabul edilmiştir.

Ne var ki, kanunun kabul ettiği sistemi hukuki nitelik konusundaki görüşümüz doğrultusunda değerlendirecek olursak, konuyu ayrı ayrı ele almakta fayda vardır. Eşya müsaderesinin esas itibarıyla ceza yönünün baskın olduğu

⁹³⁴ İzzet Özgenç, Tüzelkişinin Sorumluluk Ehliyeti, Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Düşünceler" **Reha Poroy'a Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1995, s. 319-341

⁹³⁵ Nuhoglu, Emniyet, s. 115; Önder, age, 1992, s. 505; Dönmezer/Erman, C.II, s. 569; Erem, TCK Şerhi C.2, s. 352; Özgenç, age, s. 663; Artuk, Güvenlik Tedbirleri, s. 288.

⁹³⁶ Sözüer, Alman, s. 403

⁹³⁷ Nitekim "güvenlik tedbirleri, suç failine, suç oluşturan eylemlerini tekrarlama olasılığı ile ortaya çıkan tehlikelilik durumu nedeniyle onu ve toplumu korumak için uygulanan ceza hukuku yaptırımlarıdır". Nuhoglu, Emniyet, s.7; İçel/Akinci-Sokullu/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, Yaptırım, s. 116.

yukarıda belirtilmiştir. Öğretide, Alman Ceza Kanunu'nda ceza niteliğindeki eşya müsadereesine (m.74) kusur yeteneğinin olmaması, esaslı hukuki hata gibi kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerin veya şahsi cezasızlık nedeni gibi cezayı kaldıran sebeplerin varlığı halinde başvurulamayacağı belirtilmektedir.⁹³⁸ Gerçekten, kusurluluğu tamamen kaldıran esaslı hata halinde eşya müsadereesi yapılamaz.⁹³⁹ Örneğin, failin hata sonucu kendisinin zannıyla başkasına ait bisikleti alması veya cebir ve tehdit altında arkadaşına sopa ile vurması eylemlerinde bisiklet ve sopa müsadere edilemez. Buna karşılık, kusur yeteneğini kaldırmamakla birlikte cezada indirim yapılmasını gerektiren sebeplerin varlığı halinde müsadereenin uygulanması önünde bir engel bulunmamaktadır. Örneğin, kanunda hafifletici neden olarak düzenlenen “haksız tahrik” altında bir başkasının arabasının camını baltayla kıran kişiye ait balta suçta kullanılan araç olarak müsadereye tabi olur. Akıl hastalığı, yaş küçüklüğü gibi kusur yeteneğini etkileyen haller veya kişisel cezasızlık nedenlerinin varlığı nedeniyle sanığın cezalandırılmaması ise müsadereye engel olmaz.⁹⁴⁰ Yargıtay'a göre de *“niteliği itibariyle zoraltıma tabi olmayan bir eşyanın müsadere edilebilmesi için kasten işlenen bir suçun varlığı gerekli olmakla birlikte, bu suçtan dolayı failin cezalandırılması şart değildir. Suçun işlenmesinde kullanılan eşya failin yaş küçüklüğü veya akıl hastalığı nedeniyle cezalandırılmadığı hallerde müsadere edilebilecektir.”*⁹⁴¹

Buna karşılık eşya müsadereesi kapsamında yer alan “konusu suç oluşturan eşya” ile “suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın” niteliği ceza olmadığından burada kusur yeteneğini etkileyen haller dikkate alınmayacak ve müsadere herhalde uygulanacaktır.

Kazanç müsadereesi, bakımından da “bir suçun varlığı” aranmakla birlikte kusura ilişkin bir belirleme yapılmamaktadır. Ancak hukukumuzda Alman Ceza Kanunu'ndan farklı olarak “hukuka aykırı fiil” değil suçun varlığı aranmaktadır. Kazancın müsadereesinin amacı kazancın failin elinde olmasından kaynaklanan tehlikeli halinin ve suçtan kaynaklanan haksız zenginleşmenin önlenmesi olduğundan burada kusur yeteneğini etkileyen hallerin dikkate alınmaması gerekir. Nitekim, kanunda da güvenlik tedbirleri arasında düzenlenmesi itibariyle kusur

⁹³⁸ Sözüer, Alman, s. 400

⁹³⁹ İçel, Ceza Hukuku, s. 406

⁹⁴⁰ İçel, Ceza Hukuku, s. 406.

⁹⁴¹ YCGK, 20.12.20111, 6-219/280

yeteneğini etkileyen hallerde müsadereyi uygulanmasına bir engel bulunmamaktadır. Bu nedenle kusur yeteneğini kaldıran hallerde, örneğin faile yaş küçüklüğü, akıl hastalığı gibi nedenlerle ceza verilemese bile, elde edilen kazancın müsadere edilmesi gerekmektedir.

2. Üçüncü Kişi Bakımından

Müsadereye hakim olan kusur ilkesi gereğince eşyası suçla bağlantılı olan üçüncü kişi bakımından da kusurun aranması gerekmektedir. Kusur ilkesinin gereği olan ceza sorumluluğunun kişiselliği ilkesi, kimsenin başkasının eyleminden sorumlu tutulamamasını sonuçlar. Bu nedenle eşyası suçta karışmış olan kişi bakımından da kusurun varlığı aranmalıdır.

Kanunda, üçüncü kişinin kusuru, eşya müsadereyi bakımından “iyiniyetli olmama”, kazanç müsadereyi bakımından ise “Medeni Kanun’un iyiniyete ilişkin hükümlerinden yararlanamıyor olma” biçiminde düzenlenmiştir. Ne var ki, ceza hukukunda kusur sorumluluğu ilkesi gereğince eylemin iki temel sorumluluk türünden biriyle yani kast veya taksirle işlenmesi gerektiği malumdur. Bu itibarla “iyiniyet” kavramı ceza hukukundaki kusur türlerinden herhangi birine girmemektedir. Bu kavramın içeriği ise öğretide ve uygulamada tartışmalıdır.

Kanaatimizce kusur ilkesi gereğince, ceza niteliğindeki müsadereyi uygulanabilmesi için üçüncü kişinin suçta iştirak etmemiş olması gerekir.⁹⁴² Bununla birlikte pek çok ülkede, üçüncü kişinin suçta iştirak etmemiş olsa da, kusurlu hareketi ile eşyasının suçta kullanılmasına sebebiyet verdiği haller ile bir eşyayı devralırken iyiniyetli kabul edilemeyeceği hallerde müsadereyi mümkün kılınmaktadır. Böylelikle üçüncü kişi bakımından sorumluluk genişletilmektedir.⁹⁴³

⁹⁴² Bu konudaki tartışma ve görüşümüz için bkz. Aşağıda “iyiniyet” bahsi s.357 vd.

⁹⁴³ Örneğin, Alman hukuku üçüncü kişi eşyasının suçta kullanılmasına ağır taksiri ile sebebiyet vermiş eşyası müsadere edilmektedir. Örneğin, basit bir denetim ile bilmesinin mümkün olmasına rağmen hırsızlıktan elde edilen eşyanın taşınmasında kamyonunu kullandırması gibi. Alman Ceza Kanunu’nun 74a maddesinde “müsadereyi genişletilmiş koşulları” başlığı ile yer alan ve öğretide “ceza benzeri müsadere” olarak adlandırılan müsadere uygulaması bakımından üçüncü kişinin suçta iştirak etmemiş olmasının aranmaması, kusur ilkesine ve mülkiyet hakkına aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir. Erman B., Almanya, s. 263; Sözüer, Alman, s. 400

II. Taksirli Suçlarda Müsadere

Kusur ilkesi başlığı altında ele alınması gereken bir diğer konu taksirli suçlarda müsadereenin mümkün olup olmadığı meselesidir. Konu, özellikle 765 sayılı Kanun döneminde tartışılmıştır. Kazanç müsadereesinin henüz düzenlenmediği dönemde taksirli suçlarda müsadereenin mümkün olması gerektiğini ileri süren Erem'e göre, kanun müsadereenin uygulanabilmesi için eşyanın fail tarafından iradi olarak kullanılmış olmasını şart koşmadığına göre taksirli suçlarda da müsadere mümkün olabilecekti. Yazar, bu durumun müsadereenin amacına da uygun olduğunu belirtmiştir.⁹⁴⁴ Gözübüyük'e göre de *"fıkıradaki cürüm veya kabahat tabirleri mutlak olarak ve genel anlamda kullanıldığına göre kasdi suçlarla taksirli suçları birbirinden ayırmamaktadır"*.⁹⁴⁵ Karşı görüşteki Dönmezer ve Erman'a göre ise *"suçu işlemekte kullanılan, suçu işlemek için hazırlanan, suçta kullanmak"* ifadeleri failin amacına işaret etmektedir. Taksirli suçlarda ise failin önceden böyle bir suç işleme amacının varlığından bahsedilemeyeceğinden, 36.maddenin 1.fıkrası bakımından müsadereenin yalnızca kasıtlı suçlarda mümkün olduğu ileri sürülmüştür.⁹⁴⁶

Pozitif hukuka baktığımızda, 5237 sayılı Kanun'da eşya müsadereesi bakımından "kasıtlı bir suçun işlenmesi"nin arandığını görmekteyiz. Bu açık hüküm karşısında taksirli suçlarda müsadereeye hükmedilmesi sözkonusu değildir.⁹⁴⁷ Bu itibarla, örneğin taksirle yaralama veya öldürme suçunun işlenmesine neden olan otomobilin ya da ruhsatlı silahın müsadereesi mümkün değildir. Taksirli suçlarda müsadereenin kabulü, zorunlu müsadere sisteminin geçerli olduğu hukukumuzda, trafik kazalarından dolayı kaza yapan aracın müsadereesi gibi kabul edilemez bir duruma yol açabilecektir.⁹⁴⁸ Kanunda açıkça öngörülmeseydi dahi, Dönmezer ve Erman'ın belirttikleri gibi bir eşyanın suçun işlenmesinde kullanılmak üzere

⁹⁴⁴ Erem, TCK Şerhi C.2, s. 386

⁹⁴⁵ Gözübüyük, age, s. 335

⁹⁴⁶ Dönmezer/Erman, C.II, s. 714, no: 1562

⁹⁴⁷ Özgenç, TCK Genel Hükümler, 2013, s. 661, Artuk/Gökçen/Yenidünya, age, s. 1024; Koca/Üzülmez, age, s. 483; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, Ceza Hukuku, s. 580 Baytaz, age, s. 68,

⁹⁴⁸ Soyaslan'a göre taksirle işlenen suçlarla ilgili eşyanın müsadere edilmesinin mantığı yoktur. Soyaslan, age, s. 575. Benzer yönde görüşler için bkz. Dülger V., age, s. 636; Değirmenci, age, s. 493; Özgenç, Genel, s. 692; Koca/Üzülmez, age, s. 531.

hazırlanması, kullanılması veya tahsis edilmesinin kastın irade unsurunu ortaya koyması sebebiyle aynı sonuca ulaşılabilirdi.⁹⁴⁹

Bir görüşe göre, bilinçli taksir gibi kusurun taksire göre daha yoğun olduğu hallerde eşya müsaderesinin uygulanması gerekmektedir. Bakıcı, plajda binilen jetski, sürat motoru gibi araçların bilinçli taksir halinde suçta kullanılan eşyanın müsaderesi gerektiği doğrultusunda yasal değişiklik yapılmasını önermektedir.⁹⁵⁰ Gedik de, bilinçli taksir halinde müsaderenin ihtiyari olarak uygulanmasının caydırıcılık bakımından yerinde olacağı kanaatindedir.⁹⁵¹ Ne var ki, öncelikle burada olası kast ve bilinçli taksir ayrımını doğru yapmak gerekir. Zira, olası kast hali “kast” a dahil olduğundan müsaderenin uygulanmasına imkan vardır. Verilen örnekte eylemin sahile yakın yerde ve çoğunluğun yüzme alanı içinde işlenmesi halinde bilinçli taksir değil olası kastla işlenen bir suç sözkonusu olduğundan müsadere zaten mümkün olacaktır.⁹⁵² Bunun dışında, bilinçli taksirle işlenen suçlarda müsadere, gerçekte suç işleme düşünce ve iradesine sahip olmayan, kasıtlı suç failine göre toplumsal düzen açısından çok daha az tehlikelilik taşıyan bir kişiye gereğinden fazla yaptırım uygulanmasına neden olabilecektir.⁹⁵³ Alman doktrininde müsaderenin güvenlik tedbiri olduğunu savunanlardan Rocholl, müsadereye hükmedebilmek için fiilin kasten işlenmesi koşulunun öngörülmesinin nedenini, kanunkoyucunun önleme amaçlarının gereksiz aşırılıklara sebebiyet vermesini engellemek isteği olarak açıklamaktadır.⁹⁵⁴ Yargıtay’a göre de “bizatihi suç teşkil etmeyen” eşyalar taksirli suçlarda müsadere edilemez.⁹⁵⁵ Yargıtay konuyla ilgili 1971 tarihli bir kararında, *“sanığın eylemi, tedbirsizlik sonucu ölüme sebebiyet vermekten ibaret olup, bu gibi kasdi olmayan suçlarda kullanılan silahın ihtiyariyle kullanıldığı düşünülemeyeceğine göre, av tüfeğinin TCK m. 36’ya göre müsaderesi isabetsizdir”*

⁹⁴⁹ Ne var ki, aynı şeyi suçtan meydana gelen eşya bakımından söylemek mümkün olmazdı. Zira taksirli bir suçtan da bir eşyanın meydana gelmesi pratikte çok mümkün olmasa da, kastın varlığına işaret değildir.

⁹⁵⁰ Bakıcı, Genel, s. 1236

⁹⁵¹ Gedik, age, s. 99

⁹⁵² Taksirli suçlarda müsaderenin mümkün olmasını savunan bazı yazarların gerekçe için verdikleri örneklerin aslında olası kastla işlenen suçlar olarak değerlendirilip bu suçla ilişkili eşyanın müsaderesinin zaten mümkün olduğu yönünde bkz. Dülger İ., age, s. 192

⁹⁵³ Dülger İ., age, s. 103. Yazar, düşüncesini taksirli suç mağduru veya yakınlarının tazminat davasıyla uğradıkları zararı failden tahsil edebilecekleri olgusuyla da desteklemektedir. Buna karşılık, müsaderenin hukukumuzda teknik olarak tazmin amacıyla yapılmadığını hatırlatmak isteriz.

⁹⁵⁴ Sözüer, Organize, s. 188

⁹⁵⁵ Y9CD, 6.10.2003, 2003/1624, 2003/1664; Y2CD 08.04.1993, 3376/4345; Y2CD,14.01.1992, 12804/222; Y2CD, 12.06.1991, 6289/7200. Kararlar için bkz. Bakıcı, Genel, s. 1237

şeklindeki kararıyla taksirli suçlarda müsadereenin mümkün olmayacağını belirtmiştir.⁹⁵⁶ Bundan sonra da uygulama bu yönde devam etmiştir.⁹⁵⁷ Yargıtay, 1996 tarihli bir kararında ise taksirle müessir fiil bakımından müsadereenin uygulanacağına karar vererek önceki görüşünden farklı bir karar vermiştir.⁹⁵⁸ Bu ayrık karar tek bir fiille kanunun birden fazla hükmünün ihlal edildiği fikri içtima nedeniyle ortaya çıkmıştır. Somut olayda meskun mahalde nedensiz yere ateş açan sanığın eylemine uyan eski TCK'nın 459.maddesinin 551.maddesine göre daha ağır ceza öngörmesi ancak taksirli bir suçu düzenliyor olması hukuki sorunu meydana getirmiştir. Yargıtay kararında, fikri içtima nedeniyle sanığa sadece 459.maddenin uygulanmasının, olayda kullanılan ruhsatlı tabancasının 551. madde uyarınca müsadereesine engel olmayacağına karar vermiş ve bu durumu da suçların çokluğunun devam etmesi ile açıklamıştır. Ancak bundan sonraki kararlarında taksirli suçlarda müsadereenin uygulanmayacağı yönündeki içtihadını devam ettirmiştir.⁹⁵⁹

Bizim de katıldığımız görüşe göre ise, niteliği veya içinde bulunduğu konum itibariyle tehlike oluşturan eşya bakımından suçun kasten veya taksirle işlenmiş olmasının önemi yoktur.⁹⁶⁰ Konuyu, “suç oluşturan eşya” bakımından ayrıca değerlendirmek gerekir. Nitekim, TCK'nın 54.maddesinin 4.fikrasında düzenlenen bu tür eşyanın müsadereesi için 1.fikradan farklı olarak kasıtlı bir suçun işlenmesi koşulu aranmamaktadır. Bu itibarla bir şeyin üretimi, bulundurulması, alınıp satılması veya taşınmasının herhangi bir kanunda suç olarak düzenlenmesi yeterlidir. Her ne kadar kanunda suç sayılan eylemler genellikle kastı gerektiren hareketler olsa

⁹⁵⁶ YCGK, 31.05.1971, 108/194. Bkz. Mollamahmutoğlu/Savaş, C.I, s. 558; Aynı yöndeki kararlar Y2CD, 08.04.1993, 3376/4345; Y2CD, 14.05.2001, 11642/8808.

⁹⁵⁷ Y2CD, 14.12.1989, 11736/12209; Y2CD, 5.12.1989, 11063/11715.

⁹⁵⁸ “Sanığın fiili, T.C. Yasasının iki ayrı hükmünün, 551 ve 459. maddelerini ihlal etmiş, ancak TCY.nın 79. maddesinde düzenlenen fikri içtima kuralı gereğince sanığın en ağır cezayı gerektiren TCY.nın 459/8. maddesi uyarınca sorumlu tutulması gerekmiştir. Ancak, bu uygulama suçların çokluğunu ortadan kaldırmaz. Esasen, TCY.nın 551. maddesindeki suç oluşmakla beraber, TCY.nın 79. maddesi hükmü karşısında sanığa ceza verilmemektedir. Ancak, bu hal meskun mahalde nedensiz yere ateş eden sanığın ruhsatlı tabancasının, TCY.nın 551. maddesine dayalı olarak; CYUY.nın 392. maddesi uyarınca yapılan bağımsız zoraltım davası sonucunda, zoraltımına engel oluşturmaz.” YCGK, 12.11.1996, 2/195-206

⁹⁵⁹ Yılmaz, Z, Müsadere, s. 46, Gedik, age, s.100. “Taksirli suçta kullanılan av tüfeğinin TCK.nun 54.maddesi uyarınca müsadereesine karar verilemeyeceğinden, 2521 sayılı avda ve Sporda Kullanılan Tüfekler, Nişan Tabancaları ve Av Bıçaklarının Yapımı, Alımı, Satımı ve Bulundurulmasına Dair Kanun'un 13.maddesi uyarınca işlem yapılmak üzere yönetime teslim edilmesi yerine TCK'nın 54.maddesine göre müsadere edilmesi kanuna aykırıdır” Y9CD, 28.03.2011, 18352/1968.

⁹⁶⁰ İçel/Akıncı-Sokullu/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, Yaptırım, s. 126

da, özel ceza kanunlarıyla örneğin taksirle zehirli madde üretilmesi suç haline getirilmişse madde müsadere edilecektir. Bu itibarla “suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya” ile “suç oluşturan eşya”nın müsaderesi tehlikelilik esasına dayandığından taksirli suçlarda uygulanmaya elverişlidir.

Kazanç müsaderesi bakımından da, önemli olan kazancın failden geri alınması olup, kazancın herhangi bir suçtan elde edilmiş olması yeterlidir. Örneğin, TCK'nın 185.maddesinin 2. fıkrası uyarınca içilecek sulara veya yenilecek veya içilecek veya kullanılacak veya tüketilecek her çeşit besin veya şeylere -dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak -zehir katarak veya başka suretlerle bunları bozarak kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye düşüren kimsenin bu fiilinden bir kazanç elde etmiş olması halinde, bu kazancın failde bırakılması düşünülemez. 5237 sayılı TCK'nın eşya müsaderesini düzenleyen 54.maddesinde kasıtlı bir suçun işlenmesinden söz edilirken, kazanç müsaderesini düzenleyen 55.maddede “bir suçun işlenmesi” ifadesi kullanılmıştır. Bu nedenle kanunkoyucunun kazanç müsaderesini manevi unsur bakımından eşya müsaderesinden daha geniş düzenlemek istediği düşünülmektedir. Gerekçede suçun manevi unsuruna ilişkin bir açıklama bulunmamakla birlikte hükmün amacı “suç işlemek yoluyla kazanç elde edilmesinin önüne geçilmesi” olarak ifade edildiğine göre de önemli olan suçun sonucu olan maddi kazancın önüne geçilmesidir. Mevzuat Alman hukukunda da kazanç müsaderesine hükmedilebilmesi için “hukuka aykırı bir fiilin varlığı” yeterli olup, öğretide kasıtlı ve taksirli suçlarda da müsaderenin mümkün olduğu belirtilmektedir.⁹⁶¹ Ekonomik kazanç getiren suçların günümüzde planlı ve sistematik biçimde kasıtlı suçlar olarak işlendiği bilinmektedir. Yine de, bir fabrika yöneticisinin meslekte acemilik nedeniyle kullanması gereken filtreleri kullanmayarak çevreyi kirlettiğini düşünelim. Bu halde kullanılmayan filtrelerin maliyetinin, nihai üretim maliyetine yansımaması nedeniyle fabrikanın haksız yere elde ettiği karın fazlasının müsadere edilmesi gerekir. Bu itibarla, kazanç müsaderesinin konusu olan “suçun işlenmesi suretiyle veya suçun işlenmesi dolayısıyla elde edilen maddi menfaatlerin müsaderesi” için hukuka aykırı eyleminin kasden veya taksirle işlenmesinin bir öneminin olmaması gerekir.⁹⁶²

⁹⁶¹ Sözüer, Alman, s. 403

⁹⁶² Benzer yönde İçel/Akıncı-Sokullu/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, Yaptırım, s. 127

Bazen, ceza niteliği ağır basan eşya müsadere bakımından da taksirli suçun dikkate alınması gerekebilir. Nitekim Reiter'in belirttiği gibi, bazı durumlarda taksirli suçlarda kullanılan eşyanın daha tehlikeli olabilmesi mümkündür. Örneğin, tedbirsiz bir hekimin ölüm ya da yaralanmalara neden olduğu ameliyatlarında kullandığı elverişsiz araçlar, kavgacı bir kişinin elindeki plastik cop kadar tehlikeli olabilecektir.⁹⁶³ Alman hukukunda bazı özel düzenlemelerde taksirle işlenen suçlar için de istisnai olarak eşya müsadere öngörülmüştür. Alman Ceza Kanunu'nun iyonlaştırıcı radyasyon yayma suçunu düzenleyen 311.maddesi, nükleer tesislerin hatalı inşasını cezalandıran 312.maddesi ile Yiyecek Maddeleri Kanunu 55.maddesi,⁹⁶⁴ Dış Ticaret Kanunu 39.maddeleri bu duruma örnektir.⁹⁶⁵

D. Orantılılık İlkesi

1. Genel Olarak

Müsadere de orantılılık ilkesini açıklamaya geçmeden önce hemen belirtmeliyiz ki, orantılılık ilkesi başlığında açıklamak istediğimiz husus TCK'nın m. 54/3 ve 60/3 maddesi hükümlerinden farklı ve daha geniştir. 5237 sayılı TCK'nın 54/3. maddesine göre *"suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında, müsadere sine hükmedilmeyebilir."* TCK'nın tüzelkişilerin sorumluluğuna ilişkin 60.maddesine göre de *"yukarıdaki fıkralar hükümlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda hakim bu tedbirlere hükmetmeyebilir"*. Özellikle uygulamadaki yazarlar bu hükümleri müsadere de orantılılık ilkesi olarak değerlendirmektedir. Oysa sözkonusu hükümler aşağıda açıklanacağı gibi esasında zorunlu müsadere sisteminin birer istisnası olup, ancak dar anlamda orantılılık ilkesi olarak ifade edilebilir.⁹⁶⁶

⁹⁶³ Sözüer, Organize, s. 188

⁹⁶⁴ Kanun'un 61.maddesi 55.maddeye aykırılık halinde müsadereyi Ceza kanunu (md. 74a) ve düzene Aykırılıklar Kanunu (md. 23) na atıf yapmak suretiyle düzenlemiştir. Müsadere nin uygulanması için, ceza kanununun 58 veya 59. maddeleri veya Kabahatler Kanunu'nun 60. maddesine aykırı eşyaların bulunması gerekliliğini öngörmektedir.

⁹⁶⁵ Sözüer, Alman, s. 399, dn.3

⁹⁶⁶ Bkz. Yukarıda, "Zorunlu Müsadere".

Şöyle ki, orantılılık genel olarak araçla amacın birbirine uyumlu olmasını gerektirir. Failin hukuken korunan menfaatlerine yapılan müdahale ile bu müdahaleden beklenen yarar arasında bir ölçü bulunmalıdır, aksi halde hem fail hem de toplum zarar görür.⁹⁶⁷ Bu itibarla orantılılık, hakkın gereğinden fazla kısıtlanmasını engellemek amacıyla hukuk devleti ilkesinin gereği olan objektif bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. Oysa, kısaca hakkaniyet ilkesi olarak adlandırabileceğimiz istisnalar failin subjektif durumunun dikkate alındığı daha insancıl nedenlerin bir gereğidir. TCK'nın m.54/3 ve m.60/3 hükümleri belirli hallerde müsadereye vazgeçilebileceği durumları düzenlemektedir. Bu itibarla hakim hakkaniyete aykırı olacağı kanaatine vardığı hallerde müsadere uygulanmayacağından böyle bir istisnanın müsadereye orantılılığı olarak ifadesi yanlış olacaktır. Bir görüşe göre de “işlenen suça nazaran” ifadesinden sadece orantılılığı anlamamak gerekmektedir, çünkü orantılı olan her şey hakkaniyete uygun olmayabilir.⁹⁶⁸ Bu nedenle ancak “dar anlamda orantılılık” olarak ifade edebileceğimiz 54.maddenin 3. fıkrasının, 54.maddeden sonra gelmek üzere “müsadereye hükmedilmeyecek hal” veya “müsadereye takdir yetkisi” başlığı ile ayrıca düzenlenmesi daha uygun olurdu. Hatta Alman hukukunda olduğu gibi “müsadereye seçenek tedbirler” öngörülerek bunlar arasında da düzenlenmesi mümkün olabilir.⁹⁶⁹

2. Orantılılığın Çeşitli Görünümleri

a. Müsaderenin Belirli Ağırlıktaki Suçlar Bakımından Uygulanması

Bu genel açıklamadan sonra müsadereye orantılılık ilkesini açıklamaya geçelim. Ceza hukukunda orantılılık ilkesi öncelikle cezaların orantılı olmasını gerektirir. Geniş anlamıyla orantılılık hem suç ile verilen ceza arasındaki hem de benzer hukuki değerleri ihlal eden suçlar için öngörülen cezalar arasındaki dengeyi

⁹⁶⁷ Nuhuğlu, Emniyet, s. 118

⁹⁶⁸ Hafizoğulları/Özen, age, s. 503.

⁹⁶⁹ Kaldı ki, somut olay adaletini gerçekleştirmeyi amaçlayan böylesi bir hükmün sadece suçta kullanılan eşya bakımından değil, müsaderenin geneli bakımından uygulanması gerekir. Bkz. aşağıda “İhtiyari Müsadere”.

ifade eder.⁹⁷⁰ Müsaderenin ceza olarak öngörüldüğü sistemlerde bu iki açıdan orantı olması gerektiği kuşkusuzdur. Bir başka deyişle, karşılığında müsadere öngörülen suçlar benzer hukuki değerleri ihlal eden ve aynı ağırlıktaki suçlar olmalıdır. Örneğin, Avrupa Konseyi'nin 2005 tarihli Suça İlişkin Gelir, Araç ve Eşyanın Müsaderesi Hakkında Çerçeve Kararı'nın 2. maddesi üye devletlere bir yıldan fazla hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülen suçlarda kullanılan araçlar ile bunlardan elde edilen gelirlerin veya bunların karşılık değerlerinin kısmen veya tamamen müsaderesi için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü öngörmektedir.⁹⁷¹ Fransa'da ise müsaderenin basın suçları hariç olmak üzere cürümler ile en az bir yıl hapis cezasını gerektiren cünhalar bakımından uygulanabileceği düzenlenmiştir (Frs.CK m. 131-21§ 1). Cünhalar cürümlere göre daha hafif suçlar olduklarından Fransız sistemi bunlar bakımından asgari bir yıl hapis cezası öngörülen suçları müsadere uygulaması bakımından eşik olarak belirlemiştir.⁹⁷² Hukukumuzda müsaderenin güvenlik tedbiri olarak düzenlendiği bir yana bırakılacak olursa, belirli suçlar bakımından tek tek değil ve fakat TCK'nın genel hükümleri içinde düzenlendiği görülmektedir. Bu itibarla karşılığında müsadere uygulanabilecek suçlar bakımından kanunen bir eşik öngörülmediği söylenebilir.

Kanaatimizce, böylesi bir sınırlandırma müsaderenin ceza olarak düzenlendiği hallerde kanunkoyucunun takdirine bağlı olarak mümkün olmalıdır. Ancak müsaderenin tedbir olarak düzenlendiği hallerde önemli olan suçun ağırlığı değil tehlikenin derecesi olmalıdır. Jakobs'un belirttiği gibi, orantılılık değerlendirmesi güvenlik tedbirlerinin niteliği gereği cezalardan farklıdır. Suçun ağırlığından ziyade failin tehlikeliliği esas alınmalıdır.⁹⁷³ Müsadere bakımından ise eşyanın kendi başına yarattığı veya failin elinde olmasından kaynaklanan tehlikeliliğin derecesi esas alınır.

Hukukumuzda müsaderenin uygulanacağı suçların ağırlığı konusunda herhangi bir sınırlandırma söz konusu değildir. Bununla birlikte kazanç

⁹⁷⁰ İçel/Akıncı-Sokullu/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, Yaptırım, s. 25

⁹⁷¹ Çerçeve kararda vergi suçlarına ilişkin olarak suçtan elde edilen menfaatin cezai müsadere dışındaki araçlarla da failden alınabileceği belirtilmektedir. Bkz. "Council Framework Decision 2005/212/JHA of 24 February 2005 on Confiscation of Crime-Related Proceeds, Instrumentalities and Property", <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:068:0049:0051:EN:PDF> (Erişim Tarihi: 18.11.2009)

⁹⁷² Basın suçlarının hariç tutulması ise ifade özgürlüğünün bir gereğidir.

⁹⁷³ Nuhoglu, Emniyet, s. 118, dn.444

müsaderesinin, suçtan kazanç elde edilmesini gerektirmesi ve genellikle örgütlü suç halinde işlenmesi nedeniyle, fiilen uyuşturucu ticareti, kaçakçılık gibi belirli ağırlıktaki suçlarda uygulandığı söylenebilir. Ayrıca maddi menfaat elde edilen suçların geneline baktığımızda sadece adli para cezası ile yetinilmediği ve çoğunlukla hapis cezasını gerektirdiği, bu itibarla belirli bir ağırlıkta olduğu söylenebilir. Bununla birlikte malvarlığına karşı bir suç olan karşılıksız yararlanma suçu iki aydan altı aya kadar hapis ve adli para cezasını gerektiren diğer malvarlığına karşı suçlara oranla daha hafif bir suç olarak istisnai durumlara örnektir.

b. Müsadereye Seçenek Yaptırımlara Hükmedilebilmesi

Ayrıca daha hafif tedbirlerle amaca ulaşılabiliyorsa kademeli bir uygulama ile hafif olan tedbirin uygulanması yoluna gidilmelidir. Örneğin kısmi müsadere uygulaması orantılılığın bir görünümü olarak kabul edilebilir. Bir şeyin sadece bir kısmının müsadere ile eşyanın toplum bakımından tehlikeliliği giderilebilecekse tamamının müsadere orantısız bir müdahale olur. Amaca ulaşmak bakımından daha hafif bir tedbirin işlevsel olacağı halde hakları kısıtlayıcı ağır tedbire başvurulması gereksizdir. Bu itibarla Alman Ceza Kanunu'nun 74b maddesi, müsadere bakımından orantılılık ilkesinin nasıl uygulanacağına ilişkin kademeli bir uygulama öngörmesi nedeniyle örnek olarak alınabilir. Buna göre, mahkeme işlenen suçun önemi, suça iştirak edenlerin veya ceza benzeri müsadere üçüncü kişinin kusurlarının ağırlığı ya da müsadere konusunun tehlikeliliği karşısında açık bir orantısızlık olup olmadığını araştırmakla yükümlü olup, orantısızlığın saptanması halinde iki şekilde karar verebilir. Mahkeme müsadere kararı vermektan tamamen vazgeçebilir. Örneğin, Alman Federal Mahkemesi 600 paket sigaranın kaçakçılığında kullanılan otomobilin müsadere orantısız olacağına karar vererek müsadere vazgeçmiştir.⁹⁷⁴ Diğer seçenek ise müsadere ile varılmak istenen amaca başka yaptırımlar ile ulaşılabilmemesinin mümkün olması durumunda mahkemenin müsadere yerine bu yaptırımlara hükmedebilmesidir. Alm. CK'nun 74b/2 maddesine göre bu yaptırımlar, müsadere konusu eşyanın mevcut tehlikelilik niteliğini ortadan kaldıracak biçimde değişikliğe uğratılması (örn; sahte madeni paraların eritilmesi), eşya üzerindeki belirli yazı ya da işaretlerin kaldırılması (örn; ürün paketleri üzerinde

⁹⁷⁴ Karar için bkz. Sözüer, Alman, s. 400, dn. 48

kişiyi hataya düşüren açıklamaların silinmesi veya bir filmin pornografik bölümlerinin kaldırılması) veya kişinin elinde bulunması nedeniyle tehlikelilik halinin devam edeceği eşyanın mülkiyetinin devredilmesi şeklinde olabilmektedir. Bu son duruma örnek olarak, sıkça trafik suçu işleyen failin otomobilini üçüncü kişiye satmasına karar verilmesi gösterilmektedir ki, kanaatimizce amacın tehlikeliliği ortadan kaldırmak olması nedeniyle güvenlik tedbirlerinin orantılılığı ilkesini hayata geçiren en doğru çözüm yolu budur. Failin bu yaptırımların gereğini yerine getirmemesi halinde müsadere kararı verilir. Hukukumuzda da benzer uygulamalar vardır.⁹⁷⁵ Ancak bunlar genel ve sistematik değildir.

c. Genel Müsadere Yasağı

Genel müsadere yasağı da müsadere orantılılık ilkesinin bir görünümüdür. Bu itibarla, failin suçla bağlantılı olmayan eşyasını da kapsayacak biçimde bütün malvarlığının müsadere mülkiyet hakkına orantısız bir müdahale oluşturur. Genel müsadere, failden başka ailesini de ciddi biçimde etkileyeceğinden dolayı olarak kusuru olmayan kimselere uygulanacak olması itibariyle de orantılılık ilkesine aykırıdır.⁹⁷⁶ Bu itibarla müsadere orantılılık ilkesinin bir gereği kusuru bulunmayan üçüncü kişilere ait eşya ve malvarlığı değerlerinin müsadere edilmemesidir. TCK'nın 54/6 maddesi ile getirilen birden fazla kişinin paydaş olduğu eşya ile ilgili olarak, sadece suça iştirak eden kişinin payının müsadere de bu itibarla orantılılığın gereği olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Özel müsadere olarak adlandırılan “bir suçla ilgili eşyanın müsadere” sözkonusu olduğunda ise, orantılılık ilkesi gereğince eylemin toplumda yarattığı zarar ve tehlikenin derecesi dikkate alınmalıdır.

⁹⁷⁵ Veriliş sebebinin ortadan kaldırılması nedeniyle ruhsatsız hale gelen silahın altı ay içinde üçüncü kişilere devrinin sağlanması, aksi takdirde müsadere edilmesi orantılılık ilkesine uygundur. Bkz. Y8CD, 02.10.2007, 8593/6511.

⁹⁷⁶ Genel müsadere hakkında ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. yukarıda “Genel Müsadere Yasağı”.

d. Usul Ekonomisi Gereğince Müsadereden Vazgeçilmesi

Orantılılık ilkesinin bir diğer sonucu Alman ve Avusturya hukuklarında olduğu gibi, *muhakeme ekonomisi bakımından müsadereden vazgeçilebilmesi* olarak karşımıza çıkmaktadır.⁹⁷⁷ Avusturya hukukunda, orantılılık ilkesi gereğince amacına başka hukuki tedbirlerle ulaşılabiliyorsa veya usul ekonomisi gereğince müsadereden beklenen yararın usuli masraflarla veya olayın önemiyle karşılaştırıldığında orantısız olması hallerinde müsadere uygulanmaz (20c-1, 2 ve 20c-2).⁹⁷⁸ Görüldüğü gibi usul ekonomisi de müsaderede orantılılığı belirleyen bir husus olarak belirlenebilmektedir. Kanaatimize göre, usul ekonomisi orantılılığın tespitinde belirleyici bir unsur olmamalıdır. Hukukumuz bakımından da böyle bir uygulama sözkonusu değildir. Zaten genellikle müsadereden önce eşyaya elkonulduğundan esas masraf elkonulan eşyanın muhafazası sırasında oluşacaktır. Bu masrafın da yüksek olması olasılığına karşın kanunda gerekli tedbirler alınmıştır. Müsadere sonucunda eşya ya imha edilecek ya da devletin malı haline gelecek ve bir yere özgülenecektir.

3. Uygulamada Orantılılık İlkesi ve Değerlendirme

Uygulamada orantılılığın daha çok nicelik değerlendirmesi şeklinde yapıldığı görülmektedir. Bu da çoğunlukla müsadereye tabi eşyanın değeri ile suçtan elde edilen şeyin değerinin karşılaştırılması suretiyle yapılmaktadır. Örneğin, ormandan birkaç dal odunu eşeğe yükleyerek götürme halinde eşeğin müsadere edilmesi,⁹⁷⁹ kullanmak için çok az miktarda uyuşturucu veya uyarıcı maddenin eve götürülmesinde kullanılan otobüsün müsaderesinin ailesini güç duruma sokacak olması, çocukların topunu patlatmak için kullanılan kepçenin veya 5TL değerindeki odunun taşınmasında kullanılan 50.000TL lik kamyonun müsaderesi orantısızlığa örnek olarak gösterilmekte ve hakkaniyete aykırı olacağı söylenmektedir.⁹⁸⁰ Yargıtay

⁹⁷⁷ Alman hukukunda orantılılık ilkesinin muhakeme ekonomisi gereğince de uygulanabileceği yönünde bkz. Sözüer, Alman, s. 400, dn. 58

⁹⁷⁸ Erman, B., s. 282-283

⁹⁷⁹ Malkoç, age, s. 356.

⁹⁸⁰ Bakıcı, Genel, s. 1243; Yaşar/Gökcan/Artuç, age, s. 1770

bir olayda kaçak eşyanın gümrüklenmiş değeri ile nakil aracının değerini dikkate alarak hakkaniyetin varlığını aramış ancak orantılılıktan söz etmemiştir.⁹⁸¹

Bazı durumlarda ise Yargıtay, müsadere edilecek şeyin miktarını esas alarak ona göre bir tehlikelilik değerlendirmesi yapmaktadır. Örneğin, sürekli olarak uyuşturucu madde ticaretinde kullanıldığı tespit edilmeyen, özel olarak hazırlanmış gizli bölmesi bulunmayan, ele geçen uyuşturucu miktarına göre de oransal değeri çok fazla olan aracın müsadereesine karar verilmesinin mümkün olmadığı görüşündedir. Öte yandan uyuşturucu miktarının fazla olması halinde zarar ve tehlikenin ağırlığı dikkate alınarak aracın müsadereesine karar verilebilmektedir.⁹⁸² Hakeri'ye göre içinde çok az miktarda bir eşyanın kaçak olarak ülkeye sokulduğu bir uçak sırf bu nedenle müsadereye konu edilmemelidir. Bu örneklerde müsadere edilmemesinin sebebi Kaçakçılık Kanunu'nda da öngörülen ek koşulların bulunmadığı bu itibarla eşya ile suçun arasındaki bağın müsadereyi gerektirecek yoğunlukta olmamasından kaynaklanmaktadır.⁹⁸³ Yeni bir kararında ise Yargıtay, şüphelinin araba ile şikayetçiyi basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek şekilde yaralaması eylemi bakımından arabanın müsadereyesinin işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğurup hakkaniyete aykırı olduğundan TCK'nın 54/3. maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir.⁹⁸⁴ Burada da orantılılıktan ziyade hakkaniyet bakımından bir değerlendirme yapan Yargıtay, suçun ağırlığı ve zararın niteliğini dikkate almıştır.

Yargıtay maddede geçen "suça nazaran daha ağır sonuçlar doğurma" kriterini suçun konusu olan şeyin miktarına bakarak tespit ederken miktarın yarattığı tehlikeyi göze alması daha doğrudur. Nitekim "uyuşturucu madde taşınarak suçun işlenmesinde kullanıldığı sabit olan kamyonetin suç konusu uyuşturucu maddenin miktarı ile oluşturduğu tehlikenin ağırlığını" dikkate alarak müsadereenin hukuka

⁹⁸¹ "Dava konusu ele geçen eşyanın miktarına göre nakil aracının kaçakçılık fiiline tahsis edilmediği, 5607 sayılı Yasanın 13/1- (a) maddesinde ifadesini bulan "özel olarak hazırlanmış bir gizli tertibatın da" nakil aracında bulunmadığı ayrıca 5237 sayılı TCK'nın 54/3 maddesi gereğince eşyanın gümrüklenmiş değeri ile nakil aracının değeri göz önüne alındığında müsadereenin hakkaniyete uygun düşmeyeceği gözetilmeden nakil aracının iadesi yerine müsadereesine hükmolunması" Y7CD, 15.11.2012, 2011/10013, 2012/29473

⁹⁸² Y10CD, 30.06.2009, 2009/1153, 2009/12866. Aracın "zula" tabir edilen gizli bölmesi olması halinde her halükarda uyuşturucu nakline tahsis edildiğinin kabulü gerekeceğinden yakalanan uyuşturucunun miktarına ve aracın değerine bakılmaksızın müsadere kararı verilmesi gerekeceği yönünde bkz. Akkaya s. 219

⁹⁸³ Hakeri, Genel, s. 599

⁹⁸⁴ Y3CD, 22.03.2012, 2011/14292, 2012/11341.

uygun olduğu yönündeki kararı isabetlidir.⁹⁸⁵ Ancak belirttiğimiz gibi müsadere orantılılık hakkaniyet arayışından farklı olup mülkiyet hakkının gereksiz yer kısıtlanmasını engellemeye yönelik olduğundan somut olayda tehlikeliliğe göre bir değerlendirme yapılması gerekir.⁹⁸⁶ Hakeri'ye göre TCK'nın 179/2 maddesinde düzenlenen “kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşım araçlarını kişilerin hayat, sağlık veya malvarlığı açısından tehlikeli olabilecek şekilde sevk etme” eylemi nedeniyle failin kullandığı aracın müsadere oranısız olacaktır.⁹⁸⁷ Ancak kanaatimizce bu örnek bakımından da orantılılığı somut olaya göre değerlendirmek gerekir. Örneğin böyle bir araç sahibinden başka üçüncü kişi tarafından tehlikeli biçimde kullanılmışsa müsadere edilmesi oranısız olabilecektir. Buna karşılık aracın sahibinin hız tutkunu olması ve aracını tehlikeli bir şekilde kullanmayı adet haline getirmesi halinde müsadere amaçla uygun ve ölçülü kabul edilmelidir.⁹⁸⁸ Bu halde müsadereye değilse de seçenek tedbirler olarak failin belirli bir süre içerisinde aracını üçüncü bir şahsa devretmesine karar verilebilmelidir. Ancak bunun için yasal düzenleme yapılması gerekmektedir.

Sonuç olarak, müsadere ceza da olsa güvenlik tedbiri de olsa orantılılık ilkesine tabidir. Almanya Anayasası'nda sadece ceza niteliğindeki müsadere bakımından işlenen eylem ile failin kusurunun ağırlığı arasında orantılılık düzenlenmiştir. Buna karşın, öğretide ve mahkeme kararlarında tedbir niteliğindeki müsadere bakımından orantılılık ilkesinin uygulanacağı kabul edilmektedir.⁹⁸⁹ TCK'nın 3. maddesine göre “suç işleyen kişi hakkında işlenen failin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur”. Ancak sözkonusu düzenleme güvenlik tedbirlerinin esasını oluşturan tehlikelilik halini öngörmediği için eksiktir.⁹⁹⁰ Başka bir deyişle, orantılılık ilkesi kanunda sadece müsadere bakımından

⁹⁸⁵ Y10CD, 03.10.2006, 10958 (Hakeri, Genel, s. 600)

⁹⁸⁶ İHAM'ın kriterlerine göre mülkiyet hakkına müsadere ile müdahalenin orantılılığından bahsedilebilmesi için suçta kullanılan eşyanın ekonomik değeri, suçun hukuki konusu, failin suçtan elde ettiği menfaat ve mağdura verilen zararları somut olayda değerlendirecektir. (Bkz. James ve Diğerleri/İngiltere Kararı, Başvuru no: 31107/96, Tarih: 21.02.1986)

⁹⁸⁷ Hakeri, Genel, s. 599

⁹⁸⁸ Örneğin, İsviçre Ceza Kanunu'nun 58.maddesinde (mülga) düzenlenen müsadere, toplumsal yarar amacını taşıdığından, eşyanın failine ait olup olmaması önem taşımaz. Ancak eşya üçüncü kişiye ait bir eşya sadece failin kullanması nedeniyle tehlike oluşturmuşsa orantılılık ilkesi nedeniyle müsadere edilmez. Madeleine Vouilloz, Le Nouveau Droit, s.1390

⁹⁸⁹ Sözüer, Alman, s. 400, dn. 46

⁹⁹⁰ Bu eksikliğin akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine son verilmesi, tehlikenin ortadan kalkmasına veya önemli derecede azalmasına bağlanarak bir ölçüde giderildiği görüşü için bkz Zafer, Ceza Hukuku, s. 529, Bkz. Nuhoğlu, Türk Ceza, s. 193

değil genel olarak güvenlik tedbirleri bakımından yanlış ifade edilmiştir. Güvenlik tedbirleri suçla değil suçlunun tehlikelilik haliyle orantılıdır. Bu nedenle tedbirin türü, süresi ve infaz biçimi de tehlikeliliğin derecesine göre belirlenir.⁹⁹¹

E. Yargısallık İlkesi

Müsadere, kişinin mülkiyet hakkını sonlandıran bir yaptırım olduğundan mutlaka mahkeme kararı ile gerçekleştirilmelidir. Kanuni düzenlemeye bakıldığında 54. maddenin 1.fikrasının son cümlesi ile 4.fikrası hariç olmak üzere “müsadere”ne hükümlenir”, “müsadere”ne karar verilir” ifadeleri kullanılarak müsadere”nin bir kararla olacağı belirtilmiştir. CMK’nın müsadere muhakemesinin düzenlendiği 256-258.maddelerinde ise asıl ceza davası ile birlikte veya bağımsız bir dava üzerine mahkemece verileceği açıkça düzenlenmektedir. Tedbir niteliği yönü ağır basan müsadere de yine hakim kararı ile olur.⁹⁹² Hukuki nitelik konusundaki tartışmaların da burada önemi bulunmamaktadır. Nitekim, “*ister ceza ister emniyet tedbiri olarak kabul edilsin, kanun koyucu keyfi bir uygulamaya yer bırakmamak için müsadere hususunda ceza davası yoluyla karar verilmesini istemiştir.*”⁹⁹³

Yargısallık ilkesi müsadereyi bir koruma tedbiri olan elkoymadan ayıran önemli özelliklerden biridir.⁹⁹⁴ Elkoyma, hakim kararı üzerine ancak çoğunlukla gecikmesinde sakınca bulunan hallerde dayanılarak cumhuriyet savcısının, cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile gerçekleştirilmektedir. Müsadere bakımından ise böyle bir istisnai durum söz konusu değildir. Sadece suç oluşturan eşya bakımından, sulh ceza hakiminin dosya üzerinden karar verdiği hızlandırılmış yargılama usulü uygulanır (CMK m. 259).

⁹⁹¹ Aydın Ö, Emniyet, s. 3

⁹⁹² Suç konusu olmayıp sadece müsadereye tâbi bulunan eşyanın müsadere”ne sulh ceza hâkimi tarafından duruşma yapılmaksızın karar verilir (CMK m. 259/1). Bu itibarla, Dönmezer ve Erman’ın, “zorunlu müsadere” olarak adlandırdıkları kullanılması, yapılması, taşınması, bulundurulması ve satılması cürüm veya kabahat oluşturan eşyanın müsadere” için hakim kararına ihtiyaç olmadığı yönündeki görüşlerine katılmak mümkün değildir. Bu konuda bir de Yargıtay kararı bulunmaktadır. Y3CD, 09.07.1953, 4851/3659.

⁹⁹³ Erem Faruk, **Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler**, C.I Ankara 1993, S. 259; Ayrıca Bkz. Kantar Baha, Ceza Muhakemeleri Usulü, 4. Baskı, Ankara 1957, S. 474; Zekeriyâ Yılmaz, Müsadere Muhakemesi, Türk Hukuk Dergisi, Aralık 2009, Sayı: 40, s.49- 70 (Muhakeme)

⁹⁹⁴ Roggen Françoise/Kuty Franklin/Moreau Juliette/Discepoli Franck, **Actualités de droit pénal**, Bruylant, 2007

Müsadere kararı ceza mahkemelerince verilir. Hukukumuzda, hukuk mahkemesince müsadere kararı verilmesi mümkün değildir. Buna karşılık dilimize “özel hukuk müsaderesi” olarak çevirebileceğimiz “civil forfeiture” uygulamaları yabancı hukuklarda oldukça yaygın haldedir. Yargıtay’a göre müsadereye tabi eşyanın kime ait olduğu ihtilaf konusu olsa bile müsadere yargılamasını yapan ceza hakimi görevlidir.⁹⁹⁵

§ 2. Müsaderenin Türleri

A. Hâkimin Takdir Yetkisine Göre

I. Zorunlu Müsadere

Kanunda öngörülen koşullar gerçekleştiği takdirde müsadere kararı vermek konusunda hâkimin takdir yetkisi bulunmamakta ise zorunlu müsadereden söz edilir.⁹⁹⁶ 765 sayılı Türk Ceza Kanununda mehz İtalyan Kanunu’ndan farklı olarak zorunlu müsadere sistemi kabul edilmişti. Bu sistem uygulamada taş, sopa gibi nesnelere hakkında da müsadere kararı verilmesine yol açarak ilginç durumlara sebebiyet verdiği gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁹⁹⁷ Öğretide özellikle suçta kullanılan, kullanılmak üzere hazırlanan veya suçtan elde edilen eşya bakımından müsaderenin gerekli olup olmadığına yargıcın karar vermesi gerektiği, böylelikle hiçbir ekonomik değeri olmayan ve tesadüfen suç aleti olarak kullanılmış olan (taş, sopa, süpürge gibi) eşyanın gerekmediği halde müsaderesinin önlenmiş olacağı ifade edilmiştir.⁹⁹⁸

Bu eleştirilere karşın 5237 sayılı Kanun’da da eskisine benzer biçimde zorunlu müsadere sistemi benimsenmiştir. Nitekim TCK’nın 54.maddesinde “müsadere edilir”, “müsaderesine hükümlenir”, 55. maddesinde ise “müsaderesine

⁹⁹⁵ “Sanığın suçta kullandığı öne sürülen el konulan aracın zor alınmasının gerekli olup olmadığına karar vermek ceza mahkemesinin görevidir. Aracın kime ait olduğunun tespiti konusunda hukuk mahkemesinde açılan davada görevsizlik verilmesi gerekir (Y4HD, 20.11.1986, 7263-7880, Yaşar, s. 1774 dn. 309)

⁹⁹⁶ Artuk/Yenidünya, Müsadere, s. 91

⁹⁹⁷ Aydın Ö, Malvarlığı, s. 155-156, Gökçen, Elkoyma, s. 86, dn. 46; Erem/Danışman/Artuk, s. 911; Önder, age, s. 536; Yılmaz Z, Müsadere, s. 44

⁹⁹⁸ Müsaderenin tedbir olduğu görüşündeki Aydın yine de bazı durumlarda müsaderenin zorunlu olmaması gerektiğine işaret etmektedir. Aydın Ö, Emniyet, s. 205; Önder, Genel hükümler, s. 88

karar verilir”, “müsaderesine hükmedilir” biçiminde ifadeler kullanılmasından, takdiriliğe yer verilmediği anlaşılmaktadır. Hakim, koşulların gerçekleşmesi halinde müsadereye karar vermek zorundadır.

Bununla birlikte yeni kanunda, 765 sayılı Kanun’dan farklı olarak, zorunlu müsadere sisteminin yumuşatıldığı görülmektedir. Sadece suçta kullanılan eşya bakımından zorunluluk sistemine bir istisna getirilmiştir. TCK’nın 54.maddesinin 3. fıkrasına göre suçta kullanılan eşyanın müsaderesinin işlenen suça göre daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağının anlaşılması durumunda, eşya müsadere edilmeyebilecektir. Bir görüşe göre, 3.fıkra hükmü ihtiyari müsadere sistemine girmektedir.⁹⁹⁹ Başka bir görüşe göre ise, bu düzenleme orantılılık ilkesi içerisinde değerlendirilmelidir; dolayısıyla 5237 sayılı Ceza Kanunu’nda zorunlu müsadere sistemi benimsenmiştir.¹⁰⁰⁰ Kanaatimize göre de, TCK m.54/3 hükmü suçta kullanılan eşyanın müsaderesini doğrudan ihtiyari hale getirmemektedir. Bunun için hakkaniyete aykırı bir durumun oluşma olasılığı gereklidir. Böyle bir durumun koşulları oluştuğunda ancak müsadereye hükmedilmeyebilecektir. Ne var ki, bu istisnanın müsadere sistemini ihtiyari hale getirdiği söylenemez.

Müsaderenin zorunluluğuna getirilen bir başka istisna, tüzelkişiler bakımındandır. Tüzelkişilerin sorumluluğuna ilişkin TCK’nın 60.maddesinin 3.fıkrasına göre tüzelkişiler bakımından iznin iptali ve müsadere tedbirlerinin uygulanmasının “işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hakim bu tedbirlere hükmetmeyebilir”. Kanunkoyucu burada 54.maddenin 3.fıkrasından farklı olarak “hakkaniyete aykırılığı” aramamıştır. Kanaatimizce burada da hakim işlenen suç ile doğurduğu sonuçları değerlendirirken hakkaniyete göre bir inceleme yapacaktır. Örneğin, az miktarda sigara kaçakçılığı nedeniyle bir şirketin tek malvarlığı olan aracın müsaderesi çalışanlarının hak kaybına neden olacaksa hakkaniyet gereği müsaderesinden vazgeçilebilecektir.

Müsaderenin zorunlu veya ihtiyari olması hukuki niteliği bakımından da önem arz etmektedir. Müsaderenin bir güvenlik tedbiri olarak kabul edilmesi halinde zorunlu olarak uygulanması gerekeceği düşünülmektedir. Nitekim, eşyanın tehlike

⁹⁹⁹ Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 3. baskı, 2007, Turhan Kitabevi, s. 1017.

¹⁰⁰⁰ Sinan Genç, Kazanç Müsaderesi ve Medeni Kanun Anlamında İyiniyetin Rolü, Adalet Dergisi, Ocak 2010, Sayı 39, s. 165-184

oluşturduğu kabul edildiğine göre, bu tehlikeliliğin ortadan kaldırılması konusunda hakime takdir yetkisi bırakılması anlamlı olmayacaktır. İtalyan öğretisinde de müsaderede ihtiyariliğin, tehlikeli eşyanın bertaraf edilmemesi bakımından sakıncalı olduğu belirtilmektedir.¹⁰⁰¹ Fransız Ceza Kanunu'nun 131-21§ 1 maddesine göre de basın suçları hariç olmak üzere, kanunlar veya yönetmeliklerde tehlikeli veya zararlı olarak nitelendirilen nesnelere ve bulundurulması yasadışı olan nesnelere müsaderesi zorunludur. Örneğin, Kanun'un 369-4. maddesine göre uyuşturucu maddeler sağlığa zararlı madde olması nedeniyle zorunlu olarak müsadere edilir.¹⁰⁰² Fransız Temyiz Mahkemesi bir kararında, failin uyuşturucunun elkonulmayan kısmı için belirli bir miktar para ödemesine karşın, müsaderenin ihtiyari olamayacağı gerekçesiyle bozma kararı vermiştir.¹⁰⁰³ Kanunun bulundurulması, üretimi, taşınması veya alınıp atılmasını suç saydığı eşya veya malvarlığı değeri bakımından artık hakime takdir yetkisi bırakılması anlamlı olmayacak ve amaca hizmet etmeyecektir. Bu konuda Yargıtay uygulaması da aynı yöndedir.¹⁰⁰⁴ Aynı mantıkla müsaderenin tedbir niteliğinin ağır bastığını düşündüğümüz, suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın müsaderesi de zorunlu olmalıdır. Zaten hukukumuzda, hakkaniyet ilkesi haricinde bir ayırım yapılmadığından durum böyledir.

Öte yandan, müsadere cezai yönü de bulunan karma niteliği nedeniyle kanaatimizce cezaların bireyselleştirilmesi ilkesine tabidir. Bu nedenle mutlak bir uygulama yerine hakimin takdiri esas olmalıdır.¹⁰⁰⁵ Kaldı ki, mecburi sistem, hakkı sınırlayıcı etkisi nedeniyle müsaderede orantılılık ilkesiyle de bağdaşmayacaktır. Müsaderenin orantısız olacağı hallerde hakim müsadereden vazgeçme veya farklı tedbirlere başvurma imkanına sahip olmalıdır.¹⁰⁰⁶

¹⁰⁰¹ Cabana, age, s. 111.

¹⁰⁰² Cour de Cassation du 5 juin 1997, 96-83.086, Publication: Bulletin criminel 1997 N° 227 p. 759, Décision attaquée: Cour d'appel de Pau (chambre correctionnelle), 10 Avril 1996

¹⁰⁰³ Cour de Cassation Chambre criminelle du 22 mai 1997 96-83.014 Publication: Bulletin criminel 1997 N° 199 p. 651 Décision attaquée: Cour d'appel de Colmar (chambre correctionnelle), 30 Avril 1996

¹⁰⁰⁴ "Taşınması ve bulundurulması başlı başına suç oluşturan eşyanın 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 36 ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 54. maddelerine göre müsaderesi zorunlu" Y8CD, 15.09.2005, 2005/2461, 2005/8384

¹⁰⁰⁵ Gedik, suçta kullanılan, kullanılmak üzere hazırlanan veya suça tahsis edilen eşyanın müsaderesinin ihtiyari; suçtan elde edilen eşya ile suç teşkil eden eşyanın müsaderesinin zorunlu olması gerektiğini ileri sürmüştür. Gedik, age, s. 53-54

¹⁰⁰⁶ Bu konuda Alman Hukukundakine benzer kademeli bir sistemin getirilmesi gerektiği yönünde bkz. Yukarıda "Orantılılık" ilkesi.

II. İhtiyari Müsadere

Yasadaki koşulların gerçekleşmesine rağmen müsadere kararı verip vermemek hakimın takdirinde ise ihtiyari müsadere sözkonusudur. *“Yargıca takdir hakkı tanınması, kanunun koyacağı ana ve genel esasların zamanın koşullarına, yeni durumlara göre gelişen ve oluşan ilişkilere kuralları uygulamak imkânının sağlanması demektir. Bu da, hayatın gidişine ve akışına hukukun ayak uydurmasına ve adaletin gereği gibi tecelli etmesine yarar.”*¹⁰⁰⁷

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda, yalnızca “suçta kullanılan eşya” ile tüzelkişi malvarlığının müsadere bakımından hakime takdir yetkisi bırakıldığı ancak bunun ihtiyari müsadere olarak kabul edilemeyeceği yukarıda açıklanmıştır. 54.maddenin 3. fıkrasına göre suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında, müsadere hükmü verilmeyebilir. 60.maddenin 3. fıkrası da benzer bir şekilde, tüzelkişiler için öngörülen güvenlik tedbirlerinin işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hakim bu tedbirlere hükmetmeyebileceğini öngörmektedir. Görüldüğü üzere, burada zorunlu müsadere sisteminin yumuşatan ölçüt hakkaniyet ve gerekçede belirtildiği üzere orantılılık ilkesi olmuştur.¹⁰⁰⁸ Bu nedenle, 765 sayılı TCK döneminde eleştirildiği gibi, suçun işlenmesi bakımından tehlikeli olup, mutlak olarak tehlikeli olmayan, genellikle misli mal niteliğinde olup herhangi bir şekilde temin edilebilecek olan ve ekonomik bir değeri de bulunmayan taş, sopa gibi eşyanın müsadere şeklindeki ilginç uygulamaları engelleyecek bir değişiklik olmamıştır.

Kanaatimizce, hakime burada tanınan takdir yetkisi ihtiyari müsadere sistemi olarak kabul edilemez. Burada müsadereye tabi eşyalardan sadece suçta kullanılan eşya için somut olay adaletini gerçekleştirmek üzere bir istisna getirilmiştir. Bununla birlikte hakimın bu kuralı neden uyguladığı veya uygulamadığı konusunda gerekçeli olarak karar vermesi anayasal bir gerekliliktir.

TCK’nın 54.maddesinin 3. fıkrası hakkaniyete göre bir değerlendirme yapılmasını aramaktadır. “Hakkaniyet” kavramı Latince’de “aequitas” sözcüğünden

¹⁰⁰⁷ Seyfullah Edis, Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi, AÜHFD, Yıl 1973, Cilt 30, Sayı. 1-4, s.169-196; s.170,

¹⁰⁰⁸ Bize göre burada ancak “dar anlamda orantılılık”tan sözedilebilir. Bkz. Yukarıda, s.

gelmekte olup, somut olay adaleti biçiminde ifade edilmektedir. Hakkaniyet, bazı şartların ve çözümlerin önceden kesin olarak belirlenememesinin doğuracağı düşünülen sakıncaları ortadan kaldırmak için hukuk kurallarının esnek ve eksik bıraktığı durumlarda etkisini gösteren ve belli somut olayın özelliklerine uygun olarak karar verilmesini gerektiren en yüksek ahlaki ilkedir.¹⁰⁰⁹

Müsaderenin hakkaniyete aykırı sonuç doğurmamasından anlaşılan müsaderenin kişinin yıkımına sebep olmamasıdır.¹⁰¹⁰ Başka bir deyişle, müsadere kişinin hayatını idame ettirmesini imkansız kılmamalı ya da çok önemli ölçüde zorlaştırmamalıdır. Hakkaniyete ilişkin olarak 1989 tarihli TCK Öntasarısında “...suç failinin veya ailesi mensuplarının hayatlarını sürdürebilmeleri için zaruri araç ve gereçlerden olduğu ve mülkiyetinin devlete geçmesinin hakkaniyete aykırı bulunacağı anlaşıldığında” müsadereden vazgeçilebileceği öngörülmüştür. Örneğin, tek geçim kaynağı taşımacılıkta kullandığı hayvanı olan kişinin elinden bu hayvanın alınması hakkaniyete aykırı olacaktır.¹⁰¹¹ Yine, özel hukuk tüzel kişinin istihdam edici fonksiyonu göz önüne alınarak, tüzel kişiliği iflasın eşiğine getirecek ya da ekonomik anlamda mahvına neden olacak orantısızlık halinde fayda ve yarar dengesinin göz önünde tutulması gerekecektir.¹⁰¹²

Hakkaniyet ilkesi, Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun bir kararının karşı oyunda etraflıca incelenmiş olup “150 TL karşılığında kaçak sigara taşıyan sanığın 13000TL adli para cezasına mahkum edilmesi, aracın değerinin 25000-30000TL civarında olması, aracın müsadere edilmesi halinde elde ettiği kazancın miktarı (150TL) ve işlediği suç karşılığı mahkum olduğu para cezası miktarına göre aracının değeri gözetildiğinde işlenen suça nazaran daha ağır bir sonuç doğacak ve hakkaniyete aykırı olacaktır” şeklinde bir değer karşılaştırılması suretiyle açıklanmıştır.¹⁰¹³ Bu örneklerden yola çıkarak kaçak orman emvali taşırken yakalanan traktörün taşıdığı emvalin değeri ile traktörün değeri karşılaştırıldığında müsadere edilmeyeceği sonucu çıkmaktadır. Ne var ki, sadece suça konu emvalin kişiye sağladığı fayda ile traktörün müsaderesinin o kişiye getireceği külfetin

¹⁰⁰⁹ Tekinay, s. 67; Edis, 219. Hakkaniyet gereği müsadere edilemeyecek şeylere Rusya’dan örnekler için Statutes & Decisions: The Laws of the USSR & Its Successor States, Jan 2003, Vol. 39 Issue 1/2, p. 154-155

¹⁰¹⁰ Hafizoğulları, Cezalar, s. 98

¹⁰¹¹ Özbek/Kanbur/Bacaksız /Doğan/Tepe, Ceza Hukuku, s. 581

¹⁰¹² Certel, age, s.35

¹⁰¹³ Y7CD, 19.03.20082009/5137, 2011/15783

karşılaştırılması suretiyle orantılılık ilkesi ortaya konamaz. Bu itibarla sadece traktörün bedeli emvalden çok yüksek diye müsadereye vazgeçilmesi amaçla da bağdaşmayacaktır. Burada, hem suçun sonucu olan zararın hem de suçun ihlal ettiği hukuki değerın göz önünde bulundurulması gerekmektedir.¹⁰¹⁴ Aksi durumda, hakkaniyet değerlendirmesi bir çeşit kar-zarar hesabına dönüşmesi sakıncası sözkonusu olabilir. Bu nedenle hakkaniyet değerlendirmesinde yapılması gereken, müsadere ile ulaşılmak istenen amacın gerçekleşmesinde araç olan mülkiyetin sona erdirilmesinin kişinin ve ailesinin insani koşullarda yaşamasına engel olup olmayacağını araştırılması olmalıdır.

Hakkaniyet ilkesi, TCK'da sadece suçta kullanılan eşya bakımından düzenlenmiştir. Kanunkoyucunun bu tercihiine ilişkin gerekçede bir açıklama bulunmamaktadır. Bu halde iki olasılık sözkonusudur. Kanunkoyucu diğerleri bakımından orantılılığı düzenlemeyi unutmış olabilir veya bilinçli olarak bıraktığı boşlukla müsadereye tabi diğer eşya bakımından hakkaniyet kuralının uygulanmasını istememektedir. Kanunkoyucunun açık düzenlemesi ve maddenin 2009 yılında gözden geçirilmiş olması nedeniyle unutulmuş olma ihtimalinin bulunmadığını düşünmekteyiz. Sadece suçta kullanılan eşya bakımından istisna düzenlenip, örneğin suça tahsis edilen eşya bakımından düzenlenmemesi, suça tahsisin kullanmaya göre süreklilik arz etmesi gerektiği görüşünden hareketle "tahsis" in daha ağır nitelikte değerlendirilmesi olabilir. "Suça tahsis edilen eşyanın" suçta doğrudan değil de dolaylı olarak kullanılan diğer bütün eşya olarak kabul edilmesi halinde ise hakkaniyet kuralının bu tür eşya bakımından uygulanmamasının bir açıklaması kalmamaktadır. "Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya" ve "konusu suç teşkil eden eşya" bakımından ise istisna öngörülmemesinin, bu tür eşyanın müsaderesinin tehlikeliliği ortadan kaldırmak amacıyla yapılması nedeniyle yerinde olduğunu düşünmekteyiz.

Hakime bu şekilde takdir yetkisi tanınmasını eleştiren Şen'e göre, bir malın 54.maddenin 1.fikrası kapsamında müsadere edilmesi gerekli ise, artık bu konuda yargı makamına takdir yetkisi tanımamak gerekir. Ayrıca sözkonusu hüküm kesin ölçütler içermeyen fazla geniş bir uygulamaya sebep olabilecek niteliktedir. Yazara göre, 765 sayılı Kanun'un uygulandığı dönemde, özellikle kabahatler ile sonuçları ciddi tehlike veya zarar içermeyen cürümlerde müsadereye başvurulması

¹⁰¹⁴ Yerdelen, age, s. 8-9

zorunluluğundan dolayı getirilen bu hüküm, her suçun neticesinde mutlak şekilde müsadere uygulamasının önüne geçmeyi amaçlamaktadır, ancak kabahatlerin suç olmaktan çıkarılması nedeniyle böyle bir sakınca kalmamıştır.¹⁰¹⁵ Gerçekten müsaderenin tedbir olarak öngörüldüğü bir sistemde sökonusu eşya veya kazancın tehlikeli olduğu hükmen kabul edildiğinden zorunlu olarak uygulanması da kendi içinde tutarlıdır. Ne var ki, zorunlu müsadere sistemi, müsaderenin yaratacağı sonuçların somut olay adaletini gerçekleştirmesine de engel olmamalıdır. Zira bu ilke, Şen'in belirttiği gibi sadece kabahatler gibi toplum düzenini bozucu etkisi suça nazaran daha hafif olan eylemler bakımından değil, ancak suç teşkil eden eylemler için de getirilmiştir. Bu itibarla hakkaniyet nedeniyle istisna öngörülmesi yerinde olmakla birlikte esas eleştirilmesi gereken bunun “suçta kullanılan eşya” ile sınırlı olarak düzenlenmesidir.

Kanundaki bu sınırlı düzenleme karşısında, diğer eşya ve kazanç bakımından fail lehine kıyas yapılıp yapılmayacağı tartışma konusudur.¹⁰¹⁶ Öğretide, tipikliğin haricinde suç ve cezalara ilişkin genel hükümler açısından da kıyas yasağının kural olduğu, failin lehine olarak yapılacak bir kıyasın ise mümkün olduğu ifade edilmektedir.¹⁰¹⁷ Bir görüşe göre ise, hakkaniyet sadece suçta kullanılan eşya bakımından düzenlendiğinden diğer eşya bakımından uygulanamaz.¹⁰¹⁸ Aksinin kabulü kanunilik ilkesine açıkça aykırı olacaktır.¹⁰¹⁹ Hakime bırakılan takdir yetkisine kanunla bir sınır çizildiğinde hakim bu çerçevenin dışına çıkamaz.¹⁰²⁰ Karşı görüşteki İçel ve Donay tarafından belirtildiği gibi, 5237 sayılı TCK'nın 2.maddesinin 3. fıkrasında her ne kadar hiçbir ayırım yapmaksızın örneksemenin yapılamayacağı öngörülse de, hükmün amacı, gerekçede de belirtildiği üzere bireye

¹⁰¹⁵ Şen, TCK Yorumu, s. 179

¹⁰¹⁶ TCK'nın 3.maddesi güvenlik tedbirleri bakımından da fiille orantılı olma kuralını aramakta ve müsadere de sistematik olarak güvenlik tedbiri olarak düzenlendiğine göre müsaderenin sadece suçta kullanılan araç bakımından değil, genel olarak fiille orantılı olması gerekeceği kuşkusuzdur. Ancak hakkaniyet gereği öngörülen istisnanın bundan farkını yukarıda açıklamıştık. Bkz. “orantılılık ilkesi”.

¹⁰¹⁷ Faruk Erem, Ahmet Danişman, Mehmet Emin Artuk, (1997), Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Seçkin, s. 92 - 93; İçel/Donay; s. 85 vd; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, (2004), Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Dokuz Eylül Üniversitesinin Görüşü, Türk Ceza Hukuku Derneği Toplantısı, İstanbul, s. 156; Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 116.

¹⁰¹⁸ Toroslu, age, s.411; Hafizoğulları, Cezalar, s.98, Gedik, age, s. 121

¹⁰¹⁹ Bir görüşe göre 765 sayılı kanun döneminde tartışmalı olan ceza hukukunda fail lehine yorum yapılıp yapılmayacağı meselesi, 5237 sayılı TCK'nın açık düzenlemesi ile sona ermiştir. Bkz. Özbek/Bacaksız, C. 1, s. 159; aynı yönde Koray Doğan, age, s. 164

¹⁰²⁰ Kanunun görünüşte bir sınır koymamış olması halinde ise kuralın oluş nedenine (ratio legis) bakılarak karar verilir. Edis, age, s. 185

güvence sağlamak olduğundan, failin yararına örneksemenin yine de mümkün olduğu kanaatindeyiz.¹⁰²¹ Somut olay adaleti de failin lehine olduğuna göre hakkaniyet diğer eşya bakımından geçerli olacaktır. Ancak hakimin burada takdir yetkisini kullanırken bunu gerekçelendirmesi gerektiği unutulmamalıdır. TCK'nın 3. maddesindeki "işlenen fiilin ağırlığı ile orantılı ceza ve güvenlik tedbirlerine hükümlenir" düzenlemesi ile birarada değerlendirilmeli ve geniş yorumlanmalıdır. Hakkaniyet nedeniyle hakime tanınan takdir yetkisinin sebebi müsadere, kanunkoyucunun öngördüğü zorunlu müsadere sisteminin somut olayda adaletsiz bir sonuca ulaşması riskini engellemek olduğuna göre, suçta kullanılan eşya ile bir kimsenin mülkiyet hakkını aynı derecede etkileyecek olan diğer eşyanın ve kazancın müsadere bakımından uygulamamak hakkaniyet kuralının ruhuyla da çelişecektir. Zaten hakimin, müsadere tedbir olduğu hallerde müsadere vazgeçmemesi asıldır. Örneğe yasağının nedenlerine bakıldığında, sınırsız ve mutlak bir uygulama alanı bulması yasağın doğasıyla bağdaşmayacaktır. Amacı, bireye özgürlüğünün sınırlarını önceden göstererek toplum içi davranışlarını düzenleme olanağı sunmak olan bu yasağın, failin durumunu ağırlaştırmaması gerekir.¹⁰²² Kaldı ki, hakkaniyete ilişkin herhangi bir düzenlemenin bulunmadığı 765 sayılı kanun döneminde de Yargıtay'ın, hakkaniyetin hukukun temel bir ilkesi olduğunu gösteren kararları bulunmaktadır.¹⁰²³ Yargıtay traktörün değeri ve verilen zararın miktarı karşısında, çok basit bir ayak darbesi ile de yıkılması mümkün olan duvarın, traktör ile zarar verildiği ileri sürülerek müsadere karar verilmesinin, "adalet ve nesafet

¹⁰²¹ İÇEL/Donay, age, s. 94, dn 79.

¹⁰²² TCK'nın 7.maddesinin 2. fıkrasında ceza kanunlarının geçmişe yürürlük yasağına failin lehine olarak öngörülen istisna da aynı mantığın bir sonucudur. Nitekim, eski TCK'da gönüllü vazgeçmenin failin cezalandırılmayacağı bir hal olarak düzenlenmiş olmasına karşılık faal nedamet (etkin pişmanlığın) düzenlenmemiş olması sorununda öğretilde gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükmün örneğe yoluyla uygulanacağı görüşü hakimdi. Bkz. İÇEL, s. 95; Aynı görüş için bkz. Önder, C I, s. 129

¹⁰²³ Hakkaniyete ilişkin olarak 1989 tarihli TCK Öntasarısında detaylı bir düzenleme kaleme alınmıştır. Buna göre "...suçta kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan veya suçun işlenmesine tahsis olunan eşyanın, suç failinin veya ailesi mensuplarının hayatlarını sürdürebilmeleri için zaruri araç ve gereçlerden olduğu ve mülkiyetinin devlete geçmesinin hakkaniyete aykırı bulunacağı anlaşıldığında müsadere karar verilmez". Burada hakkaniyetin uygulanabileceği durumlar mevcut durumdan daha geniş olarak suçta kullanılmak üzere hazırlanan veya suçun işlenmesine tahsis olunan eşyayı kapsamakta ancak suçtan meydana gelen eşya ile kazanç müsadere kapsamamaktadır. Bkz. Türk Ceza Kanun Öntasarısı, ikinci komisyon tarafından yapılan değerlendirme sonunda hazırlanan metin, Ankara, 1989, s. 31-32).

kurallarına” uymadığı gibi, TCK’nın 36. maddesinin ruhuna da aykırı olduğuna hükmetmiştir.¹⁰²⁴

B. Kapsamına Göre

I. Genel Müsadere

Hukuk devleti ilkesinin geçerli olduğu ülkelerde mülkiyet hakkının korunması esas olduğundan, hakkın sınırlandırılması ancak kanunla ve kamu yararı gerekçesiyle mümkündür. Ceza hukuku bakımından “kamu yararı” kavramı, malvarlığının “suçla bağlantılı” olmasını gerektirir. Genel müsadere ise failin suçla bağlantısı olmasa da bütün malvarlığı üzerindeki mülkiyet hakkını ortadan kaldıran, ceza hukukunun temel ilkeleri ile insan haklarına aykırı nitelikte bir yaptırımdır. Bu itibarla müsaderenin dünyada ve hukukumuzda güvenlik tedbiri olarak düzenlenmesi eğilimiyle de bağdaşmamaktadır. Bu nedenle günümüzde genel müsadere-özel müsadere ayırımına müsaderenin türleri arasında yer vermek çağdaş ceza hukuku bakımından uygun bir yöntem değildir. Zira, böyle bir tutum genel müsaderenin, müsaderenin bir çeşidi olarak uygulanabilir olduğu izlenimini yaratabilecektir. Ne var ki, günümüzde güvenlik-özgürlük ikileminde özgürlük aleyhindeki gelişim burada da kendini göstermekte, genel müsadereye varacak genişlikteki hükümler yeniden gündeme gelmektedir. Hukukumuzda da halen, genel müsadere niteliğinde hükümler bulunmaktadır (Ask.CK, m.78; SPK m. 107). O nedenle de bu ayrımı öğretide eskiden olduğu gibi müsaderenin türleri arasında ismen de olsa ortaya koymak ihtiyacı duyulmuştur. Genel müsaderenin tamamen ortadan kalktığı “olması gereken hukuk düzeni” bakımından konunun anayasal bir ilke olarak “genel müsadere yasağı” kapsamında ele alınması gerekir. Biz de bu nedenle çalışmanın “genel müsadere yasağı” başlıklı ilgili bölümüne atıf yapmakla yetineceğiz.

¹⁰²⁴ “Müsaderesine karar verilen 50 ... 886 plakalı traktörün trafik kaydı sanığın ölü babası Ali'nin üzerinde olduğu, mülkiyet intikali olmadığı gibi diğer murislerin davaya konu traktörün sanık tarafından kullanılması için açık rızaları bulunmadığı, failin el konulup suçla kullanılmış olması, bizzatili suç teşkil etmeyen eşyanın müsaderesini gerektirmeyeceği, ayrıca...adalet ve nesafet kurallarına uymadığı...” yönünde bkz. Y10CD, 17.03.2003, 2002/30413, 2003/1645

II. Özel Müsadere

Özel müsadere, genel müsadere den farklı olarak suçlunun tüm malvarlığının değil; ancak işlenen suçla doğrudan veya dolaylı olarak bağlantısı olan eşya, malvarlığı veya gelirin müsadere edildiğini ifade etmektedir.¹⁰²⁵ Bu bağlantı eşya ve diğer malvarlığı değerlerinin suçta doğrudan veya dolaylı olarak kullanılması, kullanılmak üzere hazırlanması¹⁰²⁶ veya suçun işlenmesi suretiyle elde edilmesi ile sağlanmış olur. Günümüzde suçtan elde edilen gelirin harcanması veya eşyanın dönüştürülmesi halinde dolaylı olarak elde edilen eşya bakımından da bu bağlantının var olduğu kabul edilmektedir.

Yukarıda açıklandığı üzere genel müsadere esas itibarıyla bir yasağı ifade etmesi nedeniyle, müsadere edildiği zaman anlaşılması gereken özel müsadere dir. Halihazırda az da olsa genel müsadere niteliğinde hükümler bulunsa da, öğretide artık genel müsadere - özel müsadere ayırımından vazgeçilip müsadere nin koşulları arasında “bir suçla bağlantılı olma” koşulunun açıklanması ile yetinilmesi temenni edilmektedir.

1. Tam Müsadere

TCK'nın 54 ve 55.maddeleri gereği suçla bağlantılı olup müsadere ye tabi olan eşyanın tamamının müsadere si gerekir. Buna “tam müsadere” diyebiliriz. Asıl olan suçta kullanılan, suçta tahsis edilen, suçtan meydana gelen, suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan veya suç oluşturan eşyanın tamamının müsadere sidir. Yine suçtan elde edilen malvarlığının da tamamının müsadere si gerekir. Ancak, burada tam müsadere den anlaşılması gereken, sadece suçtan elde edilen net karın tamamının müsadere si olmalıdır.¹⁰²⁷

¹⁰²⁵ Dönmezer ve Erman'a göre özel müsadere ancak malvarlığının işlenen suçla doğrudan doğruya bağlantısı olması halinde sözkonusu olur. Dönmezer/Erman, C.II, n. 1555

¹⁰²⁶ Artuk/Yenidünya, Müsadere, s. 91

¹⁰²⁷ Kazancın brüt olarak hesaplanmasının yaratacağı temel haklar sorunu için bkz. Yukarıda “Brüt İlkesi”

2. Kısmi Müsadere

Kural tam müsadere olmakla birlikte, müsaderenin güvenlik tedbiri olarak öngörülmesi nedeniyle bir şeyin sadece bir kısmının müsaderesi eşyanın yarattığı tehlikeyi gidermeye yetmekte ise o kısmın müsaderesi yeterli kabul edilmektedir. TCK'nın 54.maddesinin 5.fıkrasına göre *“bir şeyin sadece bazı kısımlarının müsaderesi gerektiğinde, tümüne zarar verilmeksizin bu kısmı ayırmak olanaklı ise, sadece bu kısmın müsaderesine karar verilir.”* Buna *“kısmi müsadere”* denilmektedir. Görüldüğü gibi kısmi müsadereye hükmedilebilmesi için, kısmın eşyanın tamamından ayrılabilmesi gerekir. Bunun da eşyanın tamamına zarar verilmeksizin, bir başka deyişle niteliği bozulmaksızın yapılması gerekir. Örneğin yasal olarak yurda sokulan cep telefonunun taklit olan aksesuarları veya bataryası eşyaya zarar verilmeksizin ayrılabilceğinden sadece bunların müsaderesi ile yetinilmelidir. Batarya her ne kadar cep telefonunun tamamlayıcı parçası olsa da kanunda tümüne zarar verilmeksizin çıkarılabilmesi arandığından, o eşyanın çıkartılan parça olmadan işlev görüp görmeyeceği önemli değildir. Arabanın kaçak motoru bakımından da aynı sonuca ulaşmak gerekir.

Görüldüğü gibi kısmi müsaderenin esası müsadere orantılılık prensibine dayanmaktadır. Müsaderenin kısmi olarak uygulanması ile kişinin mülkiyet hakkına olan müdahalenin en aza indirilmesi amaçlanmaktadır. Belirtmeliyiz ki, kısmi müsadere sadece eşya müsaderesi bakımından öngörülmüş olup, kazanç müsaderesinin önleme fonksiyonu gözetilerek kazancın (net karın) tamamının müsaderesi gerekmektedir.

Kısmi müsadere eşya müsaderesi başlığıyla 54.maddede düzenlenen suçta kullanılan, suça tahsis edilen, suça kullanılmak üzere hazırlanan, suçtan meydana gelen eşya ile konusu suç oluşturan eşya bakımından geçerlidir. 54.maddenin 5.fıkrasına göre *“bir şeyin bazı kısımlarının müsaderesi gerektiğinde, eşyanın tümüne zarar verilmeksizin bu kısmı ayırmak olanaklı ise sadece bu kısmın müsaderesine karar verilir”*.¹⁰²⁸ 765 sayılı ETCK döneminde kanunda düzenleme olmamasına rağmen, kısmi müsadereye uygulamada rastlanmıştır.¹⁰²⁹

¹⁰²⁸ “...olay tutanağında sanık yönetimindeki tir çekicisine monteli halde çift çeker komple dingili ile birlikte iki adet Volvo marka diferansiyel zapt edildiğinin yazılı bulunduğu Günü yapılan keşifte ise bilirkişini tek diferansiyelden sözederek aracın kendi orijinal diferansiyelinin sökülüp yerine dava konusu yabancı menşeli diferansiyelin monte edildiğini belirttiği gözetilerek, iki diferansiyelden

Kanuna göre kısmi müsadere için eşyanın tümüne zarar verilmemesi gerekir. Örneğin, uygulama ve öğretide filmin müstehcen kabul edilen sahneleri çıkarıldıktan sonra film bütünlüğünü kaybetmemişse, sadece müstehcen sahnelerin müsadere karar verilmesi gerektiği belirtilmektedir.¹⁰³⁰ “Eşyanın tümüne zarar verilmemesi” koşulu eşyanın bütünleyici parçalarının müsadere edilemeyeceğini düşündürülebilir. Ancak, TCK m. 54/5 ile kastedilen kanaatimizce sadece eşyanın eklentileri değildir. Kimi zaman eşyanın bütünleyici parçalarının da müsadere sözkonusu olabilmelidir. Zira, müsadere orantılılık ilkesi bunu gerektirir. Yargıtay’ın, arabanın motoru ve şasisi için verdiği kararlar bu duruma örnektir. Bir otomobilin sadece motoru¹⁰³¹ veya şasisi kaçak ise bunlar söküldükten sonra müsadere kararı yerine getirilir.¹⁰³² Örneğin otomobilin şasisinin orijinal olmadığı anlaşıldığında sadece şasinin müsadere gerekir, motorun müsadere için ayrıca kaçak olup olmadığının bilirkişi incelemesi yoluyla tespit edilmesi gerekir.¹⁰³³

Buna karşılık eklentilerin asıl eşyadan kolayca ayrılması mümkün olduğundan kısmen müsadere mümkündür. Örneğin, sırf huzur ve sükûnu bozmak için yüksek sesle müzik dinleyerek TCK’nın 123. maddesinin ihlali halinde, araba değil sadece teybi müsadere edilmelidir. Önemli olan suça katkı yapan şeyin müsaderesidir.

kastın çift çeker tek diferansiyel olup olmadığı ve araçta monteli halde kaç diferansiyel bulunduğu, dava konusu hareket ile ilgisi bulunmayıp boşta duran diferansiyel olup olmadığı tespit edilip, aracın hareketini sağlayan zorunlu parçalardan olduğunu anlaşılması halinde bu diferansiyelin naklinde sözedilemeyeceği gözetilip, dava konusu kaçak parçaların müsadere ile yetinilerek tır çekicisi ve dorsenin sahibine iadesi yerine yazılı şekilde müsadere karar verilmesi” 7CD, 20.03.1998, 1509/2421

¹⁰²⁹ “İkili oyun isimli filme sonradan ilave edildiği anlaşılan porno nitelikteki bölümlerin müsadere yerine filmin tamamının zorunlu parçaların müsadere karar verilmesi ve uygulamanın TCK’nın 427/2.maddesi ile yapılması gerekirken TCK’nın 36.maddesi uyarınca, yapılması yasaya aykırıdır” Y5CD, 23.6.1993, 2269/2585. (Yılmaz Z, Müsadere, s. 131). “Dava konusu Mercedes marka otomobilin sadece motor ve şasesinin yasal olmayan yollardan temin edilerek değiştirildiği kabul edildiğine göre, motor ve şasesinin gümrüklenmiş değeri üzerinden ceza tayini ve zorunlu karar verilmesi yerine, otomobilin tamamının hükme esas alınması bozmayı gerektirmiştir.” Y7CD, 09.02.1999, 295/492

¹⁰³⁰ Y5CD, 09.12.1981, 3700; Y5CD, 23.06.1993, 2585 (Bkz. Hakeri, Genel, s. 600). Bununla birlikte bir sanat eserinin “müstehcen” de kabul edilsebir parçası çıkarıldığında eserin bütünlüğüne zarar vermemenin mümkün olmayacağı kanaatindeyiz.

¹⁰³¹ Y7CD, 04.04.2007, 16754-2290

¹⁰³² “Dava konusu trafikte tescilli olan yabancı menşeli aracın şasi numarasının bulunduğu parçanın sonradan kaynakla monte edildiği ve orijinal olmadığı, motor numarasının ise orijinal olduğu tespit edildiğine göre kaçak olan şasinin zorunlu yerine, aracın zorunlu hükmedilmesi” Y 7CD, 22.11.2005, 7601-20462 (Çıldır/Denizhan, age, s. 482)

¹⁰³³ Y7CD, 24.12.2003, 2003/12877

Benzer durum, taksi veya dolmuş plakasına sahip araçların suçta kullanılması durumunda ortaya çıkmaktadır. Ekonomik değeri oldukça yüksek olan bu plakaların araçla birlikte müsadere edip edilmeyeceği de aracın ticari niteliğinin kötüye kullanılmış olmasına bağlıdır. Başka bir deyişle, somut olayda müsadere talep edilen plakanın suça bir katkı sağlayıp sağlamadığı incelenmelidir. Örneğin, taksiye binen kişinin kaçırılması durumunda plaka müsadere edilmeliyken, taksi sahibinin sevdiği kızı kaçırma kullanması halinde sadece araç müsadere edilmelidir.¹⁰³⁴ Birinci durumda aracın ticari plakası kişinin o araca binmesini sağlayarak suçta kullanılmışken, ikinci olay açısından plakanın bir fonksiyonu yoktur, suçun herhangi bir araçla işlenmesi veya taksiiyle işlenmesi arasında fark yoktur.

Kısmi müsadere düzenlemesinin doğal sonucu olarak, eşyanın müsadereye tabi olmayan kısmının müsadere edilecek kısımdan ayırt edilmesi gerekir. Örneğin, yurda geçici olarak sokulan aracın müsadere karar verilen parçaları dışında, değiştirilmemiş olan parçalarının gümrük mevzuatı dairesinde işlemleri gümrük idaresince yapıldıktan sonra yurtdışı edilmek üzere sahibine iade edilmektedir.¹⁰³⁵

Yargıtay, tır aracının kaçak eşyanın miktarı, hacmi ve kat olunan mesafeye göre kaçak eşya nakline tahsis edilmiş olması nedeniyle müsadere karar verilen bir olayda, *“kaçak eşyaların, dorsenin çekici ile bağlantı yeri olan göbek kapağından konularak bu bölgede gizlenmiş vaziyette yakalandığı; bu bulgulara göre yapılan incelemede, eşyanın ele geçirildiği yer itibariyle yalnız çekicinin müsadere gerekirken dorsenin de çekici ile birlikte müsadere kanuna aykırı bulmuştur.*¹⁰³⁶ 54.maddenin 4. fıkrasının emredici biçimdeki ifadesi, benzer bir olayda sadece dorsenin veya kamyonun deposunun müsadere ile yetinilmesine neden olacak, bu ise müsadere amacıyla bağdaşmayacaktır. Çekici ve dorsenin farklı kişilere ait olması ve bunlardan birinin iyiniyetli olması halinde kısmi müsadere de zorunlu hale gelebilmektedir. Bu nedenle kısmi müsadere bakımından hakime takdir yetkisi tanınması daha doğru olacaktır.

¹⁰³⁴ Yaşar/Gökcan/Artuç, age s. 1759. Bunun için “kullanma” şeklindeki bağın kurulmuş olması şarttır.

¹⁰³⁵ Y7CD, 23.01.2008, 21701-137; Y7CD, 08.10.2007, 11115-6891; Y7CD, 26.09.2007, 21713-6493, Kararlar için bkz. Çıldır/Denizhan, age, s. 467, 473, 474

¹⁰³⁶ Y7CD, 22.11.1995, 8352/9540. Aynı yönde bkz. Y7CD, 30.04.2001, 2001/2674-7573. Yargıtayın 765 sayılı kanun döneminde verdiği bir karara göre ise tek başına kabiliyeti olmadığı için sadece dorsenin müsadere hukuka aykırı olduğu yönünde bkz. Y10CD, 30.04.1998 gün ve 1190/4216 sayılı karar (Akkay, s. 221)

C. Konusuna Göre

I. Genel Olarak

Müsaderenin konusu “şey”dir. Canlı cansız, taşınır taşınmaz her şey müsadereye tabi olabilir. Ancak, mülkiyet hakkına müdahale teşkil eden bir yaptırım olarak müsadereye uygulanabilmesi için “şey”in suçla ilgisinin olması gerekir. Sözkonusu ilgiyi kanunkoyucu kurar ve koyar. Zira, kanunda müsadereye tabi olan eşyanın tek tek sayılması veya önceden tam anlamıyla ortaya konulması mümkün değildir. Müsadereye tabi eşyanın kapsamı, kanundaki ölçüt esas alınarak somut olayın özelliklerine göre belirlenir.¹⁰³⁷ Genel olarak belirtmek gerekirse, eşyanın suçun işlenmesine bir şekilde katkısı olması, suçu kolaylaştırması veya suçtan meydana gelmesi veya suç teşkil etmesi gerekir.

Türk Ceza Kanunu’nda müsadere konusuna göre temelde ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur. 54.maddede “eşya müsadere”, 55.maddede ise “kazanç müsadere” düzenlenmiştir. Müsadere konusunun bulunmaması halinde ikincil nitelikte uygulanan (m. 54/2 ve m. 55/2) ve öğretide “eşdeğer müsadere” ve “kaim değer müsadere” olarak adlandırılan müsadere konusuna ise para ya da suçtan elde edilen malvarlığına denk olan bir karşılık değerdir.

Özetle, müsadere konusuna göre kanunda belirtildiği biçimde suçla bağlantılı olan **eşya, para, kazanç, mal veya malvarlığıdır**. Bu kavramların kimisi birbiriyle aynı anlama gelmekte veya birbiri yerine kullanılmaktadır. Eşya kavramı aşağıda detaylı olarak açıklanacağından sondan başlayacak olursak **malvarlığı**, hukuk sözlüğünde “*bir kişinin hukuki bütünlük oluşturmak üzere sahip ve yükümlü tutulacağı, para ile ölçülen hak ve borçlarının tamamı olarak tanımlanmaktadır*.”¹⁰³⁸ Malvarlığının içinde geçen **mal** kavramı hukukta “*mülkiyet konusu olabilen bütün maddi eşya ile malvarlığına girebilen bütün haklara hukuken verilen ad*” şeklinde ifade edilmektedir.¹⁰³⁹ “**Mal**” kelimesinin çoğulu olan “mallar” da “şey”in çoğulu

¹⁰³⁷ Önder, C.III, s. 95; Gökçen, Elkoyma, s. 164

¹⁰³⁸ Ejder Yılmaz, 1996, s. 516

¹⁰³⁹ Viyana Sözleşmesi’nde ise “mal” maddi veya maddi olmayan, taşınır veya taşınmaz, maddi veya gayri maddi her türlü mal ile bunlar üzerinde mülkiyet ve yararlanma hakkını gösteren hukuki belgeler

olan eşyadan farklı bir anlama gelmemektedir.¹⁰⁴⁰ Malvarlığı kavramı malların bütününe ifade etmek için kullanılmaktadır. Bir kimse hayatta sadece bir saate sahipse, saat o kişinin malvarlığıdır. O halde eşya ve malvarlığı kavramları aynı anlama gelmektedir.¹⁰⁴¹

Kazanç, “satılan bir mal, yapılan bir iş veya harcanan bir emek karşılığında elde edilen para, getiri, temettü” şeklinde tanımlanmaktadır. Kazancın, müsadereenin konusunu oluşturabilmesi için tanımındaki iş ve emeğin suç teşkil etmesi gerekmektedir.

Para ise Kanun’un 55.maddesi ile ayrı bir düzenleme yapılması nedeniyle eşya kavramı içinde değerlendirilmemektedir.¹⁰⁴² Şen’e göre para ve benzeri değerler kazanç müsadereesine, diğer eşyalar ise eşya müsadereesine konu olmalıdır.¹⁰⁴³ Ancak kanunkoyucunun 54.maddede eşya müsadereesi başlığı altında eşyanın kendisinin müsadere edilemediği halde “eşyanın değeri kadar para tutarının” müsadereesini düzenlediği de gözden kaçırılmamalıdır. Sonuç olarak eşya para değildir, ancak hukukumuzda eşya müsadereesi, tali nitelikte de olsa eşyanın değeri karşılığı para tutarının müsadereesini de kapsamaktadır.

II. Eşya Müsadereesi

Eşya, “şey” kelimesinin çoğulu olup, “Türlü amaçlarla kullanılan, insan yapısı, taşınabilir cansız nesnelere”; şey ise, “madde, eşya, söz, olay, iş, durum vb.nin yerine kullanılan, belirsiz anlamda bir söz” olarak tanımlanmaktadır.¹⁰⁴⁴ Hukuki anlamda eşya kavramı günlük dildekinden daha farklıdır. Hukuki anlamda eşya, maddi bir varlığı olan, üzerinde hakimiyet kurulabilen, insan dışı olan ve ekonomik

veya senetlerdir.(Viyana Sözleşmesi 1q, Strazburg Sözleşmesi, 1b). Strazburg Sözleşmesi’ndeki malvarlığı tanımında Viyana sözleşmesi’nden farklı olarak “maddi veya gayri maddi” niteliği yer almamıştır. Bunun gerekçesi ise bu niteliklerin kavramın içinde örtülü olarak bulunması olarak açıklanmıştır. Bkz. Rapport Explicatif (Sözleşmenin Gerekçesi), no.14, <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/141.htm>

¹⁰⁴⁰ Bkz. Ejder Yılmaz, s. 243

¹⁰⁴¹ Aynı yönde Değirmenci, age, s. 9

¹⁰⁴² Hafizoğulları, Cezalar ve Güvenlik tedbirleri, s. 97

¹⁰⁴³ Şen, TCK Yorumu, s. 180. Gerçekten para aynı değil itibari bir değer ifade etmektedir. Bir ödeme yapılması gerektiğinde seri numaraları farklı paralar borca karşılık gelmek üzere kullanılabilir. Dülger İ., age, s. 162. Bunlar 765 sayılı kanun döneminde zorlama ve genişletici bir yorumla müsadere edilmiştir.

¹⁰⁴⁴ Yılmaz E., age, s. 116

değer taşıyan her türlü nesnedir.¹⁰⁴⁵ Ceza hukuku bakımından ise eşya kavramı, özel hukuktaki anlamından daha geniş olarak kabul edilmektedir. Ekonomik değeri, değişim değeri olmayıp sadece manevi değeri olan şeyler örneğin; sevgiliye yazılan mektup, çocuğun ilk dişi veya kesilen saç da eşya olarak kabul edilir. Bu nedenle hukuki anlamda eşya olarak tanımlanan “üzerinde ferdi hakimiyet sağlanabilecek, ekonomik değeri bulunan kişi dışı cismani varlığı bulunan her şeyin” eşya müsaderesinin konusu olabileceği görüşüne katılmak mümkün değildir.¹⁰⁴⁶ Kazanç müsaderesi dışında, eşya müsaderesi için eşyanın ekonomik değere sahip olması gerekli değildir.

Eşya'nın sözlüklerde “taşınır” niteliğine işaret edilmekle birlikte suçun işlenmesini sağlayan veya kolaylaştıran taşınmazların da “eşya müsaderesi” kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Örneğin, ruhsat olmadan yapılan taşınmaz bir yapı suçtan meydana gelen bir eşya olarak veya fuhuş amacıyla suça tahsis edilen bir ev suça tahsis edilen bir eşya olarak müsadere edilebilir. İsviçre hukukunda da kullanılan “objet” kavramının her ne kadar taşınırları çağırırsa da taşınmazları da kapsayacağı konusunda tereddüt olmaması gerektiği belirtilmektedir.¹⁰⁴⁷ Bununla birlikte taşınmazların suçla bağlantısı uygulamada daha çok suçtan elde edilme sonucu doğacağından bunların 55.madde kapsamında kazanç müsaderesine tabi olması daha olasıdır. Taşınmazdan ayrılan parçalar örneğin evin sökülen kapısı, tarladan kesilen ağaçlar ise artık taşınır niteliği kazanır ve müsadereye tabi olabilir. Yine tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar taşınmaz eşya gibi aynî hak konusu olabilir (TMK m.704/2). Taşınır ve taşınmaz eşyanın yanı sıra haklar ve diğer malvarlığı değerleri üzerinde de intifa hakkının tesisi mümkündür (TMK m. 794). Böylece, haklar da maddi olmayan eşyanın kapsamına sokulmuş olmaktadır.

Eşyanın bütünleyici parçaları (mütemmim cüz'ü) Medeni Kanun'un 684. maddesine göre “*yemel adetlere göre asıl şeyin temel unsuru olan ve o şey yok*

¹⁰⁴⁵ Oğuzman Keman/ Seliçi Özer/Özdemir-Oktay Saibe, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006, s. 6; Öztan Bilge, Medenî Hukukun Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, 10. Bası, Ankara, 2002, s. 590.

¹⁰⁴⁶ Yaşar/Gökcan/Artuç, age, s. 1756

¹⁰⁴⁷ Müsaderenin konusunun belirlenmesi bakımından “eşya”, “şey” kavramlarının yanısıra yabancı hukuklarda “nesne” (objet) kavramının da kullanıldığı görülmektedir. Nesne, TDK sözlüğünde “Belli bir ağırlığı ve hacmi, rengi olan her türlü cansız varlık, şey, obje” olarak tanımlanmaktadır. Bu tanıma hayvan girmez. Yani, nesne kelimesi de eşya gibi maddi varlığı olan cisimler için kullanılmaktadır. Erman'a göre Alman hukukundaki genişletilmiş müsaderenin konusu “nesne” olduğundan kullanım hakları gibi maddesi olmayan kazanımlar bu tür müsadereye tabi olmaz (Erman B., Almanya, s. 269).

edilmedikçe, zarara uğratılmadıkça veya yapısı değiştirilmedikçe ondan ayrılmasına olanak bulunmayan parça”larıdır ve bu nedenle asıl eşya ile birlikte müsadere edilirler. Bir arabanın motoru, aküsü, benzin deposu asıl eşyadan ayrılamaz ve birlikte müsadere edilir. Koşulları varsa, sadece eşyanın tamamlayıcı parçası da müsadere edilebilir. Buna karşılık MK anlamında eklenti (teferruat) olarak adlandırılan *“asıl şey malikinin arzusuna veya yerel adetlere göre işletilmesi, korunması veya yarar sağlaması için asıl şeye sürekli olarak özgülünen ve kullanılmasında birleştirme, takma veya başka bir biçimde asıl şeye tabi kılınan taşınır mal*”lar da müsadere edilecek midir? Burada eklentinin suçun işlenmesine bir katkısı olup olmadığına bakmak gerekir. Eklentiler suçun işlenmesinde asıl eşya ile birlikte bir görev ifa etmişse, bir başka deyişle suçun işlenmesinde kullanılmış veya suça tahsis edilmişse veya suçtan meydana gelmişse müsadere edilmelidir.¹⁰⁴⁸ Örneğin suçta kullanılan tabancanın kılıfı suçun işlenmesinde özel bir görev ifa etmezken,¹⁰⁴⁹ tabancanın şarjörü her ne kadar tabancadan ayrılabilir nitelikte de olsa ateş edebilmek için mutlaka kullanılmalıdır. Suç eşyasının üzerinde taşındığı semer eşek ile birlikte, kaçak eşyaların taşındığı traktör römorku da traktörle birlikte müsadere edilir.¹⁰⁵⁰ Buna karşılık eşyanın eklentisi örneğin cep telefonunda takılı olan sim kartı somut olayda delil niteliği haiz ise dosyada saklanması gerekir.

Yaşayan kişiler eşya olarak kabul edilemez.¹⁰⁵¹ Aynı biçimde kişiyle ayrılmayacak derecede bütünleşmiş olan takma göz, takma diş gibi organlar da artık kişiliğin bir parçası olduğundan eşya sayılmayacağı gibi müsadereye de konu olamaz. Ancak, çekilen diş, kesilen saç gibi yaşayan kişilerden ayrılan parçaların eşya niteliğinde olduğu ve kural olarak ayrıldıkları şahsın mülkiyetine tabi olacakları kabul edilmektedir. Öğretide, insandan ayrılamayacak şekilde kaynaşmış olan takma göz, takma kol, takma bacak, kalp pili, başkasından alınan böbrek veya karaciğer gibi birleşmiş organların eşya sayılmayacağı görüşü hakimdir. Buna karşılık vücutla kaynaşmayan ve çıkarılması kolay olan takma diş, maske, peruk gibi eşyaların müsadere edilebileceği söylenmektedir.¹⁰⁵² Kanaatimizce bu tür varlıkların müsadere edilebilirliği açısından kriter, bunların vücuttan ayrılabilirliği olmamalıdır. Takma

¹⁰⁴⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, age, s. 1022, gedik, s. 112, Yaşar/Gökcan/Artuç, age, s. 1756

¹⁰⁴⁹ Y8CD, 22.09.1987, 6346/7605

¹⁰⁵⁰ Y3CD 09.02.1999, 1999/15024-2000/1124

¹⁰⁵¹ Öztürk, Emniyet Tedbirleri s. 278-279; Öztürk/Erdem, Ceza Hukuku, s. 305

¹⁰⁵² Bakıcı, Genel, s. 1237

kol veya takma bacak da kanaatimize göre sözleşmeye konu olabildiği veya bir suçun maddi konusu (örneğin hırsızlık bakımından “taşınır bir mal”) olabileceğinden eşya sayılabilecektir. Ne var ki, Anayasa’nın 17.maddesinde düzenlenen “kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir ceza veya muameleye tabi tutulamaz” kuralı gereğince bunlar bakımından müsadere mümkün olmamalıdır. Zaten bunların suçta kullanılması, suça tahsis edilmesi pek olası değildir. Bacağı olmayan bir kimsenin başkasına ait takma bir bacağı çalması halinde ise takma bacağına iadesi gerekir. Örneğin, yüzü kezzapla yanma sonucu büyük ölçüde harap olmuş bir kimsenin sosyal hayatta rahat edebilmek için kullandığı maske ile suç işlemesi halinde, her ne kadar bu maske suçu işlemesini kolaylaştırmış veya yakalanmasını geciktirmiş olsa bile, insan haysiyetinin dokunulmazlığı ilkesi gereğince bunların müsaderesi mümkün olmamalıdır. Buna karşılık, eli olmayan bir kimsenin “Kaptan Hook” karakteri gibi takma el yerine taktığı kanca ile tehdit veya yaralama suçunu işlediğinde tehlikelilik nedeniyle organ yerine kullanılan kancanın müsadere edilebilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.¹⁰⁵³

Cesetin veya ceset parçalarının eşya sayılıp sayılmayacağı çok tartışılan konulardan biridir. Türk hukukunda çoğunluk görüşü insan haysiyetinin dokunulmazlığı ilkesi gereğince cesedin eşya olarak kabul edilemeyeceği yönündedir.¹⁰⁵⁴ Karşı görüşe göre ise teknolojik ve bilimsel gelişmeler sonucunda ceset, cesedin parçaları, ölenin iç ve dış organları, düşük veya ölü doğan çocuk da ekonomik değer ifade edebileceğinden günümüzde eşya olarak kabulü gerektiği ve müsadereye konu olabileceği savunulmaktadır.¹⁰⁵⁵ Pozitif hukuka baktığımızda hakaret suçlarında korunan hukuki değer ölenin haysiyeti olarak değil, ölünün hatırası nedeniyle yakınlarının haysiyeti olarak kabul edildiği görülmektedir (TCK 125 vd.). Yine de biz de, cesedin müsaderesinde devletin veya toplumun bir menfaatinin olamayacağı, burada insan haysiyetinin üstün tutulması gerektiği kanaatindeyiz. Cesedin bir suça konu olması halinde örneğin çalınması halinde suçtan zarar görene iadesi veya sahipsiz ise buna uygun bir işlemle defnedilmesi gerekir.

¹⁰⁵³ Ancak bu örnekte sosyal devlet ilkesi ve insan haysiyeti gereği kişiye takma uzuv verilmesi de devletin görevidir.

¹⁰⁵⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özemir, Kişiler Hukuku, s. 24.

¹⁰⁵⁵ Özbek, İzmir Şerhi, s. 595, Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 1021, Yaşar/Gökçen/Artuç, age, s. 1755; Gökçen, Elkoyma, s. 82

Buna karşılık hayvan türünde bir canlının suç aleti olması halinde, müsadere edilebileceği kabul edilmektedir.¹⁰⁵⁶ Nitekim Medeni Kanun bakımından da eşya, insandıışı varlık olarak tanımlandığından, hayvanlar eşya sayılmaktadır. 6831 sayılı Orman Kanunu'nda da kaçakçılıkta kullanılan canlı nakil araçlarının müsadereesi 108.maddede ayrıca ve açıkça düzenlenmişti. Maddede 2008'de yapılan değişiklik sonrası getirilen "her türlü...nakil vasıtaları" ibaresi de taşımada kullanılan hayvanları kapsamaktadır.¹⁰⁵⁷ Öte yandan belirtmeliyiz ki hayvanların eşya statüsünde değerlendirilmesi, hayvan hakları kavramının geliştii günümüzde kabul edilebilir bir yaklaşım değildir. Nitekim, Fransız Ceza Kanunu'nda hayvanların müsadereesi ayrı bir madde ile düzenlenmiştir. Yine de bir hayvanın suçta kullanılması veya suçtan elde edilmesi mümkün olabileceğinden öncelikle varsa sahibine iade veya niteliğine uygun diğer işlemlerin yapılması gerekir.

Kural olarak, sadece maddi varlığı olan şeyler eşya olarak kabul edilmektedir. Aklama işlemi sırasında kullanılan arabalar, bilgisayarlar veya öncül suçtan elde edilen ve aklamaya tabi tutulan değerli taş, maden, ev araba, mücevher, elbise, gibi şeyler duyu organlarıyla algılanılabilen maddi varlığı olan eşyaya örnektir.¹⁰⁵⁸ Eşya müsadereesinin konusu kural olarak maddi varlığı olan şeylerdir. Hak ve talepler, cismani varlıkları olmadığından eşya sayılmazlar.¹⁰⁵⁹ Diğer bir görüşe göre ise maddi varlığı olmayan ekonomik değerler örneğın alacak hakkı bir belgeye bağlanmadıkça eşya müsadereesinin konusunu oluşturmaz.¹⁰⁶⁰ Ancak bunların suçla olan bağlantısı genellikle suçtan elde edilme şeklinde olacağından ve 55.madde uyarınca da eşyanın müsadereesi mümkün olduğundan koşulları oluştuğunda kazanç veya kaim değerlerin müsadereesine konu olabilirler.¹⁰⁶¹

Öte yandan maddi varlığın ortadan kalkması halinde artık bir eşyanın varlığından sözedilemeyecektir. Elkonulan suç aracının kaybolması örneğın patlayıcı bir maddenin patlaması, toksik gazın dağılması gibi hallerde müsadere mümkün

¹⁰⁵⁶ Tulio Delogu, (Çev. Soyaslan), Suç Genel Teorisinde "Alet", s. 74

¹⁰⁵⁷ 23.1.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanun'un 215.maddesi için bkz. 26781 sayı ve 08.02.2008 tarihli RG

¹⁰⁵⁸ Dülger V., age,s. 600

¹⁰⁵⁹ Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s. 539

¹⁰⁶⁰ Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan /Tepe, Ceza Hukuku, s. 592

¹⁰⁶¹ Bakıcı, Genel, s. 1237

değildir.¹⁰⁶² Bununla birlikte teknolojik ve toplumsal gelişmeler sonucunda maddi varlığı olmayan şeylerin de “eşya” olarak hukukun konusu haline geldiğini görüyoruz. Türk Medeni Kanunu’nun 762. maddesine göre nitelikleri itibariyle taşınabilen maddi şeylerin yanında, edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçler de taşınır mülkiyetinin konusunu oluşturur. Böylelikle elektrik ve atom enerjisi gibi maddi olmayan şeyler de taşınır eşya kapsamına alınmıştır. Ceza Kanunu’nda da buna paralel olarak enerji hırsızlığı öngörülmektedir. Ancak bu tür enerjinin suçta kullanılması zordur veya kullanıldıktan sonra örneğin atom enerjisi ile kasten bir patlama gerçekleştirildiğinde artık bunun üzerinde hakimiyet kurmak mümkün olmaz. Elektrik hırsızlığında suçun konusunu oluşturan elektrik müsadere edilemez. Ancak lisans almadan elektrik enerjisi üreten bir şirketin tesisi eylemin suç sayılması halinde müsadere edilebilir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’unun 3/c maddesinde, elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü vb. maddi olmayan şeyler de eşya olarak kabul edilmiştir.¹⁰⁶³ Ancak bunların müsadere edilebilmesi için üzerinde hakimiyet kurulabilir bir hale gelmesi için örneğin CD, USB ve benzeri bir digital aygıtta kayıt edilmiş olması gerekir.

Müsadere ile eşyanın mülkiyeti devlete geçeceğinden, zaten devlete ait olan eşya hakkında müsadere kararı verilemez.¹⁰⁶⁴ Bu tür eşya ait olduğu kuruma geri verilecektir.¹⁰⁶⁵ Örneğin, köy demirbaşına kayıtlı tabancanın köy tüzelkişiliğine geri verilmesi,¹⁰⁶⁶ hırsızlık olayında kullanılan keserin suçun işlendiği ortaokula iadesi¹⁰⁶⁷, astsubay olan sanığın, suçta kullandığı tabancanın ordu malı olduğunun tespiti halinde birliğine iadesi gerekmektedir.¹⁰⁶⁸ Benzer şekilde, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu’nun 5. maddesi uyarınca devlet malı sayıldığından ilgili yönetmelik uyarınca müzeye tevdiine karar verilmesi gerekirken,

¹⁰⁶² Tulio Delogu, (Çev. Soyaslan), Suç Genel Teorisinde “Alet”, s. 74. TMK’da da ayırım yapılmıyor. Ertaş, s. 7

¹⁰⁶³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 6; Esener/ Güven, s. 37; Gökçen, Elkoyma, s. 77

¹⁰⁶⁴ Y7CD, 31.12.1979, 8106

¹⁰⁶⁵ “Suça konu silahın devlete ait zimmetle verilen silahlardan olmayıp, sanığın şahsi silahı olduğu ve ruhsatı bulunmadığı anlaşılınca; TCK’nın 36.maddesi uyarınca zoralımı yerine, yazılı biçimde idareye teslimine karar verilmesi”(Y8CD, 29.3.2001 2000/18187–2001/8331).

¹⁰⁶⁶ Y4CD, 26.11.1991, 6306/7263

¹⁰⁶⁷ Y6CD, 01.04.1992, 2240/2770

¹⁰⁶⁸ YCGK, 11.02.1980, 17/62

müsaderesine karar verilmesi bozma nedeni olmaktadır.¹⁰⁶⁹ Emniyet hizmetleri sınıfına verilen zati demirbaş tabancalar ise 1999 tarihli değişiklikten önce devlet malı sayılmakta ve müsadere edilmemekteydi.¹⁰⁷⁰ 1999 yılında Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Sair Aletler Hakkında Yönetmelik'te yapılan değişiklikle bu tür tabancaların görevlerinde kullanılmadıkça personelin memuriyeti süresince devlet malı silah sayılmalarına son verilmiştir.¹⁰⁷¹ Böylelikle bu tür tabancalar suçta kullanılması halinde müsadereye tabi kılınmıştır.¹⁰⁷²

Ceza yargılaması ile ilişkilendirilen ve failin suçunun kanıtlanmasına hizmet edebilen delillerin müsadereesine izin verilmemektedir. Suçun konusunu oluşturan şeyler genellikle suçun delili olan şeylerdir. Bunlardan mağdura ait olanlar, delil olarak saklanmalarına gerek kalmadığı takdirde sahibine iade edilirler. Diğer delillerin ise yargılamanın devamı ve kanunyolları aşamasında delil olarak saklanması gerekir. Suç delili olan mektup, sahte bilet, sahte piyango bileti, sahte nüfus cüzdanı, suça konu kredi kartları ve slip sahte çek veya bono dosyada saklanır. Suça konu sahte kredi kartlarının (Y11CD, 02.07.2007, 4580), suç delili olan sahte ilaç küpürlerinin (Y11CD, 02.07.2007, 4551), C.Başsavcılığı emanetinde bulunan kanıt niteliğindeki kaset, yayın ve dokümanların (Y9.CD, 08.05.2007, 3890); CD'ler, kredi kartları, pasaportlar, makbuz ve muhtelif belgelerin (Y11CD, 17.09.2008, 2008/4190, 2008/8890), suça konu nüfus cüzdanı ile esnaf muafılığı belgesinin (Y6CD, 10.02.2005, 2003/79210, 2005/1229), sahte plakaların (Y11CD, 3.6.2013E. 2012/1944, 2013/920) dosyada saklanması yerine müsadereesine karar verilmesi yasaya aykırıdır.¹⁰⁷³ Bir kararında Yargıtay daha ayrıntılı olarak *“suçun işlenmesinde kullanılan, bu amaçla tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşya vasfında olmadığı gibi yüklenen eyleme ilişkin görüntülerin yer alması sebebiyle suçun önemli delili olan emanette kayıtlı CD'lerin dosyada saklanması yerine müsadereesine karar*

¹⁰⁶⁹ Y11CD, 10.02.2000, 55/367; Y11CD, 26.06.2002, 5741/6259 (Gedik, age, s. 150, dn. 477)

¹⁰⁷⁰ “Emniyet hizmetleri sınıfı personeline görevlerinde kullanılmak üzere bedeli mukabili zati demirbaş tabanca satışına dair yönetmelik” (17.03.1989 gün ve 20111 sayılı Resmi gazete) uyarınca sanığı suçta kullandığı tabancanın gereği yapılmak üzere emniyet genel müdürlüğüne iadesi yerine, müsadere bozmayı gerektirmiştir.” (Y6CD, 09.10.2000, 6735/6795; Y8CD, 25.05.1995, 7772/7569 Yılmaz, Müsadere, s. 384- 385).

¹⁰⁷¹ Bkz. 29.12.1999 tarih ve 23921 sayılı RG

¹⁰⁷² YCGK; 07.05.2002, 116/245, Yılmaz Z, Müsadere, s. 385; YCGK, 22.06.2004, 117/148 (Bakıcı, Genel, s. 1100); Y2CD, 26.01.2006, 2005/1248- 2006/339 (Gedik, age, s. 151)

¹⁰⁷³ Hakeri, Genel, s. 601

verilmesi” nin bozma nedeni olduğuna hükmetmiştir.¹⁰⁷⁴ Belirtmeliyiz ki, bir eşya delil olma görevini yerine getirmiş ise, duruma göre müsadere edilebilir. Örneğin, uyuşturucu ticaretinden yargılama sırasında elkonulan uyuşturucudan örnek alınarak saklanır, geri kalan uyuşturucu ise müsadere ve imha edilir. Buna karşılık mağdura ait bir eşya delil niteliği sona erdikten sonra iade edilir.

Bazı yazarların belirttiğinin aksine ölenin üzerindeki elbise, üzerinde sahtecilik yapılan senet, hakaret etmekte kullanılan eşyalar bu kavramların dışında kalmamaktadır.¹⁰⁷⁵ Aslında bu tür eşya suçta kullanıldığından veya konusunu oluşturduğunda müsadereye tabidir. Ancak burada daha üstün bir menfaat olarak gerçeğin ortaya çıkartılması ve ileride de yargı yolu denetiminin işlerlik kazanması için aslında müsadereye tabi olan bu tür eşyaların delil niteliğine üstünlük verilmektedir.

III. Kazanç Müsaderesi

Hukuk literatürümüze 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile getirilen “kazanç müsaderesi”nin konusu suçtan elde edilen “maddi menfaat” ve bu maddi menfaatin değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu oluşan “ekonomik kazanç”tır. TCK’nın 55. maddesine göre müsadere edilebilecek kazanç, suçun konusunu oluşturan, suçun işlenmesi ile elde edilen ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik değerlerdir.¹⁰⁷⁶ CMK’nın 128.maddesi uyarınca da taşınmazlar, kara, deniz veya hava ulaşım araçları, banka veya diğer malî kurumlardaki her türlü hesap,

¹⁰⁷⁴ Y5CD, 9.6.2008, 2008/3957, 2008/6094

¹⁰⁷⁵ Aydın Ö, Malvarlığı, s. 147; Yaşar/Gökcan/Artuç, age, s. 1761

¹⁰⁷⁶ Kazanç müsaderesi kavramı yeni olmakla birlikte uygulama ve öğretide 765 sayılı TCK’nın “filin irtikâbından husule gelen eşya”nın müsaderesini öngören ETCK’nın 36.maddesinin 1. fıkrası hükmüne dayanılarak suçun işlenmesine bağlı olarak elde edilen maddi menfaatlerin müsadere edilebileceği kabul edilmekteydi (Yargıtay bir kararında esrar satışından elde edilen paranın müsaderesine karar vermiştir. Y5CD, 25.11.1981, 3018/3455 Aydın Ö, Malvarlığı s.149; İçel/Akıncı-Sokullu/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, Yaptırım, s.123). Ne var ki, 36.maddenin sadece eşya müsaderesine düzenlediği, hızla gelişen suç işleme teknikleri karşısında düzenlemenin yetersiz kaldığı da ileri sürülmüştür (Genç, agm, s. 165). Ayrıca Yargıtay’ın bu konuda farklı kararlar verdiği de görülebilmekteydi. Yargıtay bir olayda, azmettiren tarafından kaçırma suçunun işlenmesi için sağlanan paranın müsadere edilemeyeceğine karar vermiştir (YCGK.2.3.1987, 5–464/85). Öte yandan 765 sayılı TCK’nın 217.maddesinde rüşvet olarak verilen para, eşya ve diğer şeylerin veya bunlarla edinilen mal ve değerlerin müsaderesi öngörülerek bugün kazanç müsaderesi olarak düzenlenen kurumun temelleri atılmıştır.

gerçek veya tüzel kişiler nezdindeki her türlü hak ve alacaklar, kıymetli evrak, ortağı bulunduğu şirketteki ortaklık payları, kiralık kasa mevcutlarına, diğer malvarlığı değerleri kazanç müsaderesinin konusunu oluşturabilir.

Kazanç kavramı çeşitli hukuk dallarında teknik olarak “gelir” veya “irat” kavramlarından ayrılmaktadır. Kazanç müsaderesinin suçtan kaynaklı zenginleşmeyi ve suçtan elde edilen malvarlığının başka suçların işlenmesinde kullanılmasını engelleme amacı gözönünde bulundurulduğunda teknik anlamından daha geniş kapsamlı olarak kabul edilmesi gerekir. Nitekim vergi hukuku alanında “gelir” kavramı kazancı da kapsayan daha geniş bir kavramdır. Ekonomi biliminde de kazançtan sözedilebilmesi için bunun bir çaba veya çalışma sonucu elde edilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Gelir ise miras gibi kazanılmamış girdileri de kapsadığından daha geniştir. Oysa, suç yoluyla elde edilen kazanç, meşru bir alanda gerçekleşmediğinden ekonomi alanında olduğu gibi bir çaba veya çalışma sonucu elde edilmiş kabul edilemeyecektir. Yine suç yoluyla elde edilen malvarlığının failin ölümü sonrası ailesine geçmiş olması mümkün olabilir. “Kazanç” kavramı teknik anlamda bu tür eşyanın müsaderesini engelleyeceğinden müsaderenin doğası ve amacıyla bağdaşmayacaktır. Yargıtay’ın bazı kararlarında “suç semeresi” kavramının kullanıldığı görülmektedir.¹⁰⁷⁷

Öte yandan kazancın, gelirden daha dar bir kavram olup kira gelirlerini kapsamadığı, aksi yorumun failin aleyhine genişletici yorum olacağı eleştirisi ile karşılaşılması mümkündür. Dülger, “olası eleştirilerin önüne geçilmesi bakımından 55.maddenin başlık ve içeriğinde yer alan kazanç kavramının “gelir” ile değiştirilmesi veya maddenin gerekçesinde yapılacak değişikliklerle kazanç kavramı ile her türlü gelirin kastedildiğinin açıklanmasını” önermektedir.¹⁰⁷⁸ Gerçekten 55.maddede bir kavram karmaşası yaratılmış olduğu açıktır.¹⁰⁷⁹ Başlıkta “kazanç” kavramı kullanılmışken içerikte doğrudan elde edilenler için “maddi menfaat”, dolaylı olarak edinilen malvarlığı için ise “ekonomik kazanç” terimleri kullanılmaktadır. Ancak, suçtan elde edilen eşyanın kiraya verilmesi de 55.maddede geçen “suçtan elde edilen maddi menfaatlerin değerlendirilmesi” kavramı içinde sayılabileceğinden, burada genişletici bir yorum yapmaya gerek bulunmamaktadır. Yine de kavram karmaşası nedeniyle yazarın ikinci önerisinin dikkate alınması,

¹⁰⁷⁷ YCGK, 12.05.2009, 2009/8-60, 2009/127

¹⁰⁷⁸ Dülger İ., age, s. 169 vd .

¹⁰⁷⁹ Kanundaki kazançla ilgili kavram karışıklığı hakkında Hafizoğulları/Özen, age, s. 504

ancak gerekçenin kanun metnine dahil olmaması göz önünde bulundurularak kanunilik ilkesi gereğince sözkonusu değişikliğin mutlaka kanunda yapılması, gerekçenin de yine buna uyarlanması gerektiği görüşündeyiz.

Bu kavram karmaşasına rağmen tüm kavramların “kazanç müsadere”nin ekonomik yönüne işaret ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Kazanç müsadere”ni eşya müsadere”sinden ayıran ve ayrı bir madde ile düzenlenmesine neden olan en önemli özellik de budur. Karşılaştırmalı hukukta veya bazı uluslararası metinlerde çoğunlukla kullanılan “produit du crime”(Fr.), veya “product of crime”(İng.) tamlamaları “suç ürünü” olarak tercüme edilmekle, içeriğinde doğrudan parasal bir menfaati ifade etmese de, kazanç müsadere”sinin haksız zenginleşmeyi gidermek amacıyla getirilmiş olması, ekonomik bir değer taşımamasını gerektirmektedir. Nitekim, 17 Aralık 1997 tarihli "Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesi"nde “ürün” yolsuzluk yapan kişinin işleminden elde ettiği kar, diğer menfaatler ve avantajları¹⁰⁸⁰ ekonomik boyut açık biçimde ifade edilmiştir. 27 Aralık 1999 tarihli Yolsuzluğun Önlenmesi Hakkında Avrupa Konseyi Sözleşmesi’ne göre de “ürün” suçun işlenmesinden elde edilen bütün ekonomik menfaatleri” ifade etmektedir.¹⁰⁸¹ Zaten, kazanç müsadere”sinin getirilmesinin sebebi, eşya müsadere”sinin kazancı kapsamamasından kaynaklanmaktadır. Böylelikle, ceza hukuku vasıtasıyla el uzatılabilecek malvarlığının kapsamı genişletilmek istenmiştir.¹⁰⁸² Bu sebeple, öğretide kazanç müsadere”si için “genişletilmiş müsadere” kavramı kullanılmaktadır.¹⁰⁸³

İsviçre hukukunda kazanç müsadere”sinin konusu için “valeur patrimoniale” yani “malvarlığı değeri” kavramı kullanılmaktadır (İsv.CK. m.70/1). Federal Konsey’in aklama suçuna ilişkin açıklamasına göre de sözkonusu kavram olabildiğince geniş yorumlanmalıdır. Öğretis de, bütün taşınır-taşınmaz eşya, para,

¹⁰⁸⁰ 17 Aralık 1997 tarihinde Paris’te imzalanmıştır. Türkiye’nin de aralarında bulunduğu 30 ülke tarafından imzalanan Sözleşme, 15 Şubat 1999 tarihinde yürürlüğe girmiş ve imza atan ülkelerin çoğunluğu tarafından onaylanmış bulunmaktadır. Sözleşmenin açıklaması için bkz. Commentaires relatifs à la Convention sur la lutte contre la corruption d’agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, art.3-21, <http://www.oecd.org/fr/investissement/corruptiondanslesmarchesinternationaux/conventioncontrelacorruption/38028103.pdf> (Erişim Tarihi: 02.02.2012)

¹⁰⁸¹ Sözleşmenin Açıklayıcı Notu, Madde 19/93 için bkz <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/173.htm>, Sözleşme metni için bkz. <http://conventions.coe.int/treaty/fr/Treaties/Html/173.htm> (Erişim Tarihi: 16.08.2011)

¹⁰⁸² Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan /Tepe, Ceza Hukuku, s. 582

¹⁰⁸³ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, age, s. 1123

alacak ve diğer hakları bu kavram içinde değerlendirmektedirler.¹⁰⁸⁴ Mahkemeler de her defasında “malvarlığı değeri” kavramının “ekonomik değer” ile sınırlı olduğunu açıklamaktadır.¹⁰⁸⁵ Kanun’da kazancı açıklamak üzere kullanılan “ekonomik menfaat” veya “maddi menfaat” de kazançtan farklı bir anlam taşımamaktadır. Bunlar malvarlığının aktifinde artma veya azalmama, pasifin azalması veya artmaması şeklindeki her türlü menfaat olabilir.¹⁰⁸⁶ Aklama, uyuşturucu madde ticareti, kumar, kaçakçılık ve benzeri yollarla elde edilen maddi çıkarlar, sağlığa zararlı madde satılması, yasaya aykırı kürtaj yapılması hallerinde elde edilen menfaatler, kamu görevlisinin rüşvet olarak temin ettiği para, hırsızlık suçunda çalınan eşya suçun işlenmesi sonucu elde edilen maddi menfaatlere örnek oluşturmaktadır.¹⁰⁸⁷ Bu itibarla maddi değeri olmayan menfaatler, kazanç müsadereesine konu olamazlar. Örneğin, bir kimseyi öldürmesi karşılığında ünlü bir operanın –parayla satılmayan- davetiyesinin temin edilmesi gibi. Sadece onursal veya manevi olan menfaatler de müsadereye konu olamaz.¹⁰⁸⁸ Örneğin, üçüncü bir kimsenin arabasına zarar vermesi karşılığında faile vaat edilen dua, hem maddi varlığı olmayıp üzerinde hakimiyet kurulamayan hem de ekonomik değeri olmayan bir şey olduğundan müsadere mümkün değildir.

Bir görüşe göre, hizmet şeklindeki kazançlar da müsadereye konu olmaz.¹⁰⁸⁹ Ancak hasmını öldürmesi için bir örgüt mensubuna ömür boyu korumalık ve şöforlük yapmayı vaadeden kişinin fail yakalanana kadar bu işi devam ettirdiğini düşünelim. Kanaatimizce burada da failin pasifinin artmaması şeklinde bir maddi menfaat gerçekleşmiştir. Fail, işi başkasına yaptırmak isteseydi bunu para karşılığında hizmet alımı şeklinde gerçekleştirecekti. Uygulamada örneğine sık rastlanmasa da hizmet alımlarının da ekonomik bir değere sahip olduğu ve bunların

¹⁰⁸⁴ Ursula Cassani, Commentaire du droit pénal suisse, vol. 9 (éd. par Martin Schubarth); Bernard Bertossa, Confiscation Et Corruption, Quelques réflexions sur la confiscation des avantages obtenus par le corrupteur actif, La Semaine judiciaire – doctrine, SJ 2009 II p. 371, s. 375

¹⁰⁸⁵ Arrêt du TF 6S.426/2006 du 28 décembre 2006, SJ 2007 I 271 c. 2.2 et auteurs cités; ATF 119 IV 10 c. 4c/bb ou encore ATF 119 IV 17 c. 2c au sujet de la fixation d’une créance compensatrice. Kararlar için bkz. <http://www.juricaf.org/arrêt/SUISSE-TRIBUNALFEDERALSUISSE> (Erişim Tarihi: 16.08.2011)

¹⁰⁸⁶ Nadelhofer Do Canto, s. 306; Hirsig-Voillouz, Le Nouveau Droit, s. 1382

¹⁰⁸⁷ İçel/Akıncı-Sokullu/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, Yaptırım, s. 138; Özgenç; Ceza Hukuku, s. 684; Bakıcı, Genel, s. 1304

¹⁰⁸⁸ Arrêt du TF 6S.426/2006 du 28 décembre 2006, SJ 2007 I 271.

¹⁰⁸⁹ Dülger İ., age, s. 153. Örneğin suçu işlediği takdirde genç ve güzel bir hayat kadınıyla birlikte olmasının temin edilmesi ekonomik bir kazanç değildir.

bedelinin müsadere edilebileceği kanaatindeyiz. Kazanç müsaderesinin konusunun maddi bir varlığı olması gerekmemektedir. Önemli olan ekonomik bir değer ifade etmesidir. Hak ve alacaklara elkonulabildiği ve müsaderesi mümkün olduğuna göre suç işlenmemiş olsaydı ödenmesi gereken hizmet bedelinin de müsaderesi mümkündür. Bu itibarla, kiralık aracı ücretini ödemediği kullanma, haksız yoldan kredi alma, karşılıksız olarak çeşitli hizmetlerden yararlanma şeklindeki menfaatler hesaplanabildiği takdirde müsadere edilebilir.¹⁰⁹⁰

Kazanç müsaderesinin konusu bakımından özel olarak belirtilmesi gereken kavram, aklama suçunun konusunu oluşturan **“karapara”**dır. **“Karapara”**, içinde her ne kadar “para” kelimesini barındırır da, suç sayılan bir fiilin işlenmesinden elde edilen paranın yanı sıra diğer mal, gelir veya değeri de kapsayan daha geniş bir kavramdır.¹⁰⁹¹ Taşınmazlar, mücevherler, bir hakkı gösteren hukuki belgeler, para dışındaki değerler suçtan elde edildiğinde karapara kapsamındadır. Karapara terimi dar kapsamlı olduğundan olsa gerek kanunlarda ve uluslararası belgelerde gerekse öğretide bu terimin kullanılmasından vazgeçilmeye başlandığı görülmektedir. Nitekim uluslararası belgelerde aklama suçunun konusu, karaparayı da kapsayacak biçimde “malvarlığı” olarak ifade edilmektedir.¹⁰⁹² Yabancı ülke mevzuatlarına bakıldığında ise aklama suçunun konusunu ifade etmek üzere *şey, gelir, gelir veya malvarlığı, mameleki değerler, para ve değerler, kazanç, gelir veya kazanç, mal, para veya mal, mal veya gelir, parasal değerler* gibi birbirine yakın veya aynı anlamdaki çeşitli terimlerin kullanıldığı görülmektedir.¹⁰⁹³ Karapara öncül suç bakımından “suçtan elde edilen malvarlığı” iken; aklama suçu bakımından da “suçun konusunu oluşturan maddi menfaat”tir.¹⁰⁹⁴

Kazanç müsaderesinin konusu bakımından dikkati çeken bir durum da 55.maddede “eşya” kavramının da geçmesidir. 55.maddenin başlığı kazanç müsaderesi olmasına karşın 2.fıkarda *“Müsadere konusu eşya veya maddi menfaatlere elkonulmadığı veya bunların merciine teslim edilmediği hallerde,*

¹⁰⁹⁰ İçel, Ceza Hukuku, s. 410. Buna karşılık Alman Hukukunda, “seks ve arkadaşlık ilişkileri” şeklindeki maddi nitelik göstermeyen çıkarların kazanç müsaderesine konu olamayacağı kabul edilmektedir. (dn. 142)

¹⁰⁹¹ Kocasakal, Karapara, age, s. 13

¹⁰⁹² Bkz. Viyana Sözleşmesi m. 3, Strazburg Sözleşmesi m. 6

¹⁰⁹³ Rapport explicatif, no.14

¹⁰⁹⁴ 765 sayılı Kanun döneminde karaparanın “suçtan husule gelen eşya” olarak kabul edildiği yönünde bkz. Kocasakal, Karapara, s. 446

bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsadere edilmediği” düzenlemesinde eşya kavramı da kullanılmıştır.¹⁰⁹⁵ Yine maddeye 2009’da eklenen iyiniyete ilişkin 3.fıkırdaki “Bu madde kapsamına giren eşyanın müsadere edilebilmesi için, eşyayı sonradan iktisap eden kişinin 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun iyiniyetin korunmasına ilişkin hükümlerinden yararlanamıyor olması gerekir.” düzenlemesinde eşya kavramı iki kez kullanılmıştır. Bununla birlikte, 54.maddenin başlığının “eşya müsadere”, 55.maddeninki “kazanç müsadere” olması, ilk bakışta 55.madde kapsamında eşyanın müsadere edilmediği izlenimini uyandırır da durum böyle değildir. Örneğin, yasadışı kürtaj yapması karşılığında bir doktora verilen otomobil 54.madde kapsamında müsadere edilemez. Nitekim, otomobil suçta kullanılmış, kullanılmak üzere hazırlanmış veya suça tahsis edilmiş eşya olmadığı gibi üretimi, kullanımı, alım satımı da suç değildir. Yine otomobil suçtan meydana gelen eşya kavramı içinde de değerlendirilemez; zira, suçtan meydana gelen eşyanın suçtan önce varolmayıp suç ile ortaya çıkması gerekir.¹⁰⁹⁶ 55.maddede “eşya” kavramı kullanılmıyorsa bile, kazanç müsadere edilmesinin suç nedeniyle zenginleşmeyi önleme amacı göz önünde bulundurulduğunda eşyanın da bu kapsamda olduğu kabul edilmelidir. Zenginleşmenin nakdi veya aynı nitelikte olması önemli değildir; önemli olan maddi değerinin olmasıdır.¹⁰⁹⁷ Eşyanın anında paraya çevrilebilmesi de gerekli ve önemli değildir. Kaldı ki, 55.maddede maddi menfaatin dönüştürülmesi sonucu elde edilen ekonomik kazançların da müsadereye tabi olacağı düzenlenmiştir. Bu halde, suçtan doğrudan elde edilen parayla bir ev alınması ile suç işlenmesi yoluyla bir eşya kazanılması, örneğin yasadışı kürtaj yapması için bir doktora araba verilmesi arasında fark yoktur. Doktorun bu arabayı satın paraya çevirmemesi ve işe gitmek için kullanması da sonucu değiştirmez. Önemli olan aracın parayla ölçülebilen bir değerinin olmasıdır.¹⁰⁹⁸

¹⁰⁹⁵ Gerekeceği ise eşya kavramına rastlanmamaktadır. “Düzenleme ile getirilen diğer bir yenilik, kaim değer müsadere edilmesidir. Buna göre, müsadere konusu ekonomik değer harcama, imha, tüketim gibi hareketlerle müsadere edilmesinin imkansız kılınması hâlinde, karşılığı para tutarının müsadere edilmesine karar verilecektir.”

¹⁰⁹⁶ Benzer örnek için bkz. Dülger İ., age, s. 154

¹⁰⁹⁷ Madde başlıkları farklı olsa kanaatimizce 54 ile 55.maddeler arasında temel fark budur.

¹⁰⁹⁸ Karşı görüşteki Hafizoğullarına göre ise, 54.maddenin başlığı ve içeriğinin uyumlu olması karşısında, 55.maddenin başlığında “kazanç” ve içeriğinde “maddi menfaat” “ekonomik kazanç” şeklinde farklı kavramların kullanılması maddenin özensizliğini göstermektedir ve 55/2’de geçen “eşya” tabiri de aynı özensizlik içinde kullanılmış olup, eşya kazanca dahil olamaz. Hafizoğulları, Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri s. 99

Burada, ekonomik değeri olan bir şeyin müsadere edilebilmesi için ticari değerinin de olması aranacak mı sorusu akla gelebilir. Örneğin, sahte para veya tahrif edilmiş (bozulmuş ve sahtesi yapılmış) diğer şeyler müsadere edilecek midir? İsviçre Federal Mahkemesi aklamayla ilgili bir kararında sahte paranın, malvarlığı değeri kavramına dahil edilemeyeceğine hükmetmiştir.¹⁰⁹⁹ Bu tür eşya, hukukumuzda da suçtan meydana gelen eşya veya (suç olarak düzenlenmişse) üretimi, bulundurulması, alım-satımı suç teşkil eden eşya olarak eşya müsadereesine tabidir.

IV. Eşya Müsaderesi - Kazanç Müsaderesi Ayırımı Hakkında Değerlendirme

Müsaderenin konusu bakımından yaptığımız inceleme sonucu belirtmeliyiz ki, eşya ve kazanç müsaderesi arasında salt konu bakımından önemli bir farklılık bulunmamaktadır. Başka bir ifadeyle kanunkoyucunun tercih ettiği bu ayrım iki kurum arasındaki farkı ortaya koymak bakımından uygun değildir. “Kazanç müsaderesi” içindeki “kazanç” kavramı kurumun “maddi menfaat”e ilişkin esasını ortaya koymakla birlikte, aynı şey “eşya müsaderesi” kavramı için söylenemeyecektir. Nitekim, kazanç müsaderesinin düzenlendiği 55.madde suçtan elde edilen “eşya”yı da kapsamaktadır. Başka bir ifadeyle, kazanç müsaderesinin konusu da tıpkı eşya müsaderesinin olduğu gibi bir eşya olabilir. Ancak, kazanç müsaderesinin temel özelliğinin, konusu olan mal veya malvarlığının “ekonomik” nitelik taşıması olduğu açıktır. Başka bir deyişle kazanç müsaderesinin konusunun mutlaka ekonomik değer taşıması gerekirken, eşya müsaderesine tabi eşyanın ekonomik değer taşıması gerekmez. Bununla birlikte suçta kullanılan, suçta tahsis edilen veya suçun işlenmesi için hazırlanan eşyanın da ekonomik bir değer taşıması mümkün ve olağandır. O halde burada müsaderenin nedenine bakmak gerekir. Örneğin, bir otomobil suçtan elde edildiği için (örn; uyuşturucu ticareti) müsadere ediliyorsa 55.madde uygulanacakken, sözkonusu araba kasten öldürme suçunun işlenmesinde kullanılmışsa 54.maddeye göre eşya müsaderesine tabi olacaktır. Aynı şekilde, bir banka kasasının açılması için kullanılan bir matkap pahalı olsa bile suçta kullanıldığı için eşya müsaderesine tabi iken, hırdavat satan bir mağazadan çalınan bir matkap veya bunların satılması sonucu elde edilen para kazanç müsaderesine tabi

¹⁰⁹⁹ Arrêt du TF 6S.426/2006 du 28 décembre 2006, SJ 2007 I 271

olacaktır.¹¹⁰⁰ Tabi ki, müsadere den önce mağdura iade imkanı olup olmadığı araştırılmalıdır.

Bu itibarla “suçtan meydana gelen eşya” ile “suçun işlenmesi suretiyle elde edilen eşya” arasındaki temel fark ekonomik değer taşımadır. Ancak her zaman böyle olmayabilir. Örneğin üretilen hint keneviri suçtan meydana gelen eşyadır, ama aynı zamanda ekonomik bir değeri de vardır. Bu halde suçtan meydana gelen eşya, suçun işlenmesinden önce var olmayan ancak suç nedeniyle ortaya çıkan bir eşya olup ekonomik değeri olması şart değildir, ancak buna engel de yoktur.¹¹⁰¹ Buna karşılık suçun işlenmesi sebebiyle failin elde ettiği eşya veya para suçtan önce var olabilmekle birlikte suç nedeniyle failin mülkiyetine geçmiştir. Bu itibarla, verilen örnekte hint kenevirinin satışından elde edilen para kazanç müsaderesine konu olur.

Eşya müsaderesinin konusunun kural olarak cismani bir varlığa sahip olması gerekirken, kazanç müsadere si bakımından önemli olan ekonomik değer taşıma olduğuna göre maddi varlığı olmayan alacak hakkı gibi bir hak veya talep de belgeye bağlanabildiği sürece müsadere ye tabi olacaktır. Ayrıca, eşya müsaderesinin konusu olan eşya genellikle faile ait bir eşyadır; ancak üçüncü bir kimseye de ait olabilir. Buna karşılık kazanç müsadere sini gerektiren malvarlığı, suçun işlenmesinden sonra veya hemen öncesinde suçun işlenmesi sonucu failin malvarlığına geçmiştir.

Ancak bu iki kavramın ayrı maddelerde düzenlenip bazı kurallar bakımından da ayrılmasının nedeni, müsadere nin hangi neden ve amaçla yapıldığı sorusuna verilecek cevapta aranmalıdır. Eşya müsadere sinin uygulanma nedeni esas itibariyle eşyanın suçun işlenmesine bir katkıda bulunması, başka bir deyişle suçun işlenmesi için o eşyadan faydalanılmasıdır. Burada müsadere hukuk düzeninin, failin eşyasının suça katkı sağlamış olmasına verdiği tepkidir. Örneğin, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’na aykırı olarak çoğaltılan bir kitabın orijinal nüshası, faile ait olması halinde, suçun işlenmesini doğrudan sağladığı için suçta kullanılan eşya olarak

¹¹⁰⁰ Şen’e göre ise para ve benzeri değerler kazanç müsadere sine diğer eşyalar eşya müsadere sine konu olmalıdır. Bkz. Şen, TCK Yorumu, s. 180. Dülger kanunda yapılacak bir değişiklikle 54. maddenin sadece eşya müsadere sine, 55. maddenin ise eşya niteliği taşımayan maddi menfaat ve kazançlara münhasır hale getirilmesini savunmaktadır (Dülger, İ., age, s. 202). Oysa bize göre eşyanın suçla olan bağlantısı ve suçun işlenmesindeki rolü önemlidir. Eşya müsadere si kapsamında düzenlenen eşyanın müsadere si esas itibariyle ekonomik değer olsun olmasın suçun işlenmesine maddi olarak katkıda bulunması, suça yardımcı olması veya kolaylaştırması nedeniyledir. Ve bu tür eşyanın müsadere si esasında ihlale tepkidir. Nitekim kanunda tehlikelilik koşulu da genel olarak aranmamaktadır.

¹¹⁰¹ Ayrıca hint keneviri üretimi de suç oluşturan bir eşya olarak 54.maddenin 4.fıkrası kapsamına da girmektedir.

54.madde gereğince müsadere edilir. Kitabın kütüphaneden ödünç alınmış olması halinde ise iadesi gerekecektir. Burada orijinal olan kitabın sırf suçta kullanıldığı için tehlikeli hale geldiğinin kabulü de kanaatimizce yersizdir. Faile ait olan kitabın müsaderesi normun ihlaline bir tepki olarak kabul edilmelidir. Aksi halde kütüphaneye ait olsa dahi müsaderesi gerekirdi.

Buna karşılık kazancın müsadere edilmesinin nedeni suçtan zenginleşme sağlanmasıdır. Başka bir ifadeyle, eşya veya malvarlığının suçtan kaynaklanmış olması bunların failden alınmasını gerektirir. Bu itibarla kazanç müsaderesinin konusu olan eşya, eşya müsaderesinin konusu olan eşyadan farklı olarak suçun aracı değil, suçun ürünüdür. Bu ayrım kabul edildiğinde 54.maddede düzenlenen “suçtan meydana gelen eşya”nın da eşya müsaderesi kapsamında düzenlenmesi kanaatimizce gereksizdir. Nitekim bu tür eşyanın zaten “konusu suç oluşturan eşya” olarak müsadere edilebileceği aşağıda açıklanmıştır. Suçtan meydana gelen eşya ekonomik bir değer taşıdığına ise kazanç müsaderesine konu olacaktır.

Sonuç olarak kanaatimizce, müsaderenin konusu bakımından yapılacak olan bir ayrım ancak müsaderenin amacının da göz önünde bulundurulması ile anlamlı olacaktır. Bu itibarla, bize göre olması gereken temel ayrım eşya müsaderesi yerine “suç aracının müsaderesi”, kazanç müsaderesi yerine de “suç gelirin müsaderesi”nin düzenlenmesidir. Bunlardan başka, üçüncü bir kategori olarak “konusu suç oluşturan eşyanın müsaderesi”nin ayrıca düzenlenmesi düşünülebilir.

§ 3. Müsaderenin Koşulları ve Sonuçları

A. Müsaderenin Koşulları

I. Genel Olarak

Müsaderenin koşulları aşağıda eşya, kazanç müsaderesi ile her iki madde için esasında aynı nitelikte olduğunu düşündüğümüz “eşdeğer müsadere” bakımından ayrı birer başlıkta ele alınmaktadır. Tüzelkişiler hakkında uygulanacak bir tedbir olarak müsaderenin koşulları da ayrıca açıklanmaktadır. Yine, uygulamada tereddüte neden olan bir sorun olarak elkoymanın müsadere bakımından bir ön koşul

niteliğinde olup olmadığı, müsadere koşullarından önce aşağıda ele alınmaktadır. Fakat bundan da önce, 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesi ile artık müsadere bakımından bir uygulanma koşulu olmayan ve bu sebeple ayrı bir başlık altında incelemediğimiz, “**ceza mahkumiyetine gerek bulunmaması**”na ilişkin genel bir açıklama yapmakta fayda vardır.

765 sayılı TCK'nın 36.maddesinin 1. fıkrasına göre suçta kullanılan, kullanılmak üzere hazırlanan ve suçtan husule gelen eşyanın müsadere bakımından mahkumiyet halinde hükmedilebilmekte, bu itibarla müsadere mahkumiyetin bir sonucu olarak kabul edilmekteydi. Bununla birlikte, mevzuatta müsadere bakımından mahkumiyet koşulunun aranmadığı - ETCK'nın 10.maddesi gereğince öncelikli olarak uygulanması gereken- hallerde rastlanmıştır. Örneğin, 556 sayılı KHK ile yürürlükten kaldırılan 551 sayılı Markalar Kanunu “*Başkası adına tescil edilmiş bir markanın aynı veya benzerlerini kullananlar veya hak sahibinden gayri kimse tarafından haksız olarak kullanılan markaları taşıyan emtiayı bilerek satışa arzedenler, satanlar, dağıtanlar, memlekete sokaclar veya memlekette çıkarılanlar ve bu fiillere iştirak edenler*” bakımından beraat halinde dahi müsadere mümkün olacağını açıkça düzenlemekte idi.¹¹⁰² 556 sayılı KHK ise 765 sayılı TCK'nın müsadere ile ilgili hükümlerine atıf yapmış olduğundan beraatin nedenine göre karar veriliyordu. Beraat kararı, ürünlerin markaların korunması hakkındaki kararnameye göre taklit olmadıkları gerekçesiyle verilmişse sanığa iadesi gerekirken;¹¹⁰³ malların taklit olduğunun sabit olmasına karşın suçun sanık tarafından işlenmediğinin anlaşılması veya delil yetersizliği nedeniyle verilmesi halinde müsadere kararı verilmesi gerekmekte idi.

Mahkumiyet koşulunun aranması nedeniyle beraat,¹¹⁰⁴ red, durma, düşme kararlarının verildiği hallerde sözkonusu eşyanın müsadere edilmesi imkanı bulunmamakta idi.¹¹⁰⁵ Akıl hastalığı, yaş küçüklüğü nedeniyle ceza verilmeyen hallerde müsadere konusu tartışmalı idi. Öğretide hakim görüş, bu gibi hallerde müsadere kararı verilmemesi yönündeydi. Yargıtay da, müsadereyi ceza olarak kabul

¹¹⁰² 3 Mart 1965 tarih ve 551 sayılı Markalar Kanunu (12.03.1965 tarih ve 11951 sayılı RG)

¹¹⁰³ “Zorallm eyleme bağıdır, eylem suç oluşturmuyorsa, kullanılması, yapılması, taşınması, bulundurulması ve satılması cürüm veya kabahat oluşturmeyen eşyanın zorallmına karar verilemez” YCGK 24.10.2000-8/202/204

¹¹⁰⁴ Beraat sebepleri arasında ayırım yapılmaksızın müsadere kararı verilemeyeceği yönünde Gözübüyük, age, s. 335

¹¹⁰⁵ Y4CD, 12.09.1991, 3319/4745; Y2CD, 22.11.1976, 9095/9947; Y2CD, 18.06.1991, 6642/7544; Y6CD, 26.10.1989, 6619/82885

ettiği eski tarihli kararlarında bu görüşü benimsemişken,¹¹⁰⁶ sonraki kararlarında müsadere tedbir olduğu ve bu tür ceza verilemeyen durumlarda uygulanmasının önünde bir engel bulunmadığı gerekçesiyle görüş değiştirmiştir.¹¹⁰⁷

Müsadere ancak failin mahkumiyeti halinde uygulanabilmesi biçimindeki sistem, özellikle aklama suçlarıyla mücadelede etkinliği azalttığı gerekçesiyle eleştirilmiştir.¹¹⁰⁸ Nitekim, aklama suçunun unsurlarından birinin - örneğin, failin paranın yasadışı kökenini bildiği hususunun - kanıtlanamaması durumunda bunların suç kökenli olduğu kanıtlanmış olsa da müsadere mümkün olmuyordu. Bu sebeple 5237 sayılı TCK'nın 54 ve 55. maddelerinde "mahkumiyet koşulu"na yer verilmemiştir. Gerekçede de müsadere kararı verilebilmesi için bir kimsenin cezaya mahkum edilmesinin gerekmediği belirtilmiş, örnek olarak da 765 sayılı Kanun döneminde tartışmalı olan failin çocuk ya da akıl hastası olması nedeniyle cezalandırılmaması halinde de artık, müsadereye hükmedilebileceği ifade edilmiştir.

Artık mahkumiyet şartı aranmadığından failin beraat etmesi veya olayda cezasızlık nedenlerinin bulunması halinde müsadereye karar verilip verilmeyeceği açıklanmalıdır. CMK'nın 223.maddesinin 2. maddesine göre beş farklı halde beraat kararı verilebilir. Buna göre beraat kararı, a) yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması, b) yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması, c) yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması, d) yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması, e) yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması, hallerinde verilir. Beraat kararı, yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması, sanığın kast veya taksirinin bulunmaması veya olayda hukuka uygunluk nedenlerinden birinin varlığı nedeniyle verildiğinde müsadere uygulanması sözkonusu değildir. Zira, bütün bu hallerde ortada tipik ve hukuka aykırı bir suçun varlığından söz edilemeyecektir. Beraat kararının, yüklenen suçun fail tarafından işlenmediği veya işlendiğinin sabit olmadığı gerekçesiyle verildiği hallerde faile ait eşyanın müsadere konusunu oluşturduğu da ispatlanmamış

¹¹⁰⁶ YCGK, 09.12.1968, 245/194

¹¹⁰⁷ Sanıklara yaş küçüklüğü, farik ve mümeyyiz olmamaları nedeniyle ceza verilemediği hallerde yasak olmayan eşyanın müsaderesinin yasaya aykırı olduğu yönünde bkz. Y3CD, 20.02.1973, 1994/3407; Y3CD, 24.02.1980, 904/1979; Y2CD, 22.11.1976, 9095/9947; Y2CD, 15.09.1981, 5124/5886

¹¹⁰⁸ Kocasakal, Karapara, s. 447

olduğundan yine müsadere kararı verilemeyecektir.¹¹⁰⁹ Ancak TCK'nın 54.maddesinin 3. fıkrası uyarınca “konusu suç oluşturan eşya” bu durumlardan müstesnadır.¹¹¹⁰ Bununla birlikte müsadereye hükmedilebilmesi için failin cezalandırılması gerekmediğinden objektif cezalandırılabilirlik koşulları gerçekleşmese de müsadere yapılabilir.¹¹¹¹ Aynı sonuç kovuşturma koşulları bakımından da geçerlidir.¹¹¹² Yine akıl hastalığı, yaş küçüklüğü sağır-dilsizlik gibi kusur yeteneğini etkileyen haller müsaderenin uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir. Zira, bu hallerde eylemin suç niteliği devam etmektedir, ancak failde kusur yeteneğinin bulunmaması cezalandırılmasını önlemektedir. Zaten güvenlik tedbirleri de burada failin ıslahı amacıyla devreye girmektedir. Ancak belirtmeliyiz ki, fail cezalandırılmasa da suç teşkil eden fiilin ispatlanması gerekir.¹¹¹³

Sonuç itibariyle müsadereye hükmedilebilmesi için ceza mahkumiyetine gerek bulunmamakla birlikte, eşya müsaderesine hükmedilebilmesi için eşyanın suçta kullanıldığı, suça tahsis edildiği, suçtan meydana geldiği, suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanıp tehlikeli olduğunun ispatlanması gerekir. Kazanç müsaderesi bakımından da, maddi menfaatin suçtan elde edildiğinin yargılama sonucu tespit edilmiş olması gerekir. Bu da, asıl ceza davasıyla olabileceği gibi, asıl ceza davasının açılmadığı hallerde müsadere davası yoluyla olur.

II. Elkoymanın Ön Koşul Olup Olmadığı Sorunu

Elkoymanın amaçlarından birinin müsadereyi gerçekleştirmek olması nedeniyle müsadere bakımından elkoymanın zorunlu olup olmadığı, bir başka

¹¹⁰⁹ “...suçu işlediğine veya katıldığına dair delil bulunmadığı gerekçesiyle beraat eden sanığa ait traktör ve romörkun müsaderesine karar verilmesi” (Y11CD, 29.04.1997, 1380/1565); “suçta kullanılan bıçağın hakkında beraat kararı verilen sanığa ait olduğu gözetilmeyerek müsaderesine karar verilmesi” (Y6CD, 13.04.2000, 2194/2350)

¹¹¹⁰ “Sanığın suça konu kasayı, kaçak olduğunu bilerek satın aldığı anlaşılmadığından beraatine karar verilmiş ise de, kaçak orman emvalinden imal edildiği, tutanak bilirkişi beyanı ile anlaşılan kamyon kasasının müsaderesi” gerektiği yönünde bkz. Y3CD, 08.11.1968, 19811/667

¹¹¹¹ 765 sayılı TCK'da müsadere için mahkumiyet koşulu aranması nedeniyle objektif cezalandırılabilirlik koşulunun gerçekleşmesi gerektiği yönünde bkz. İçel/Akıncı-Sokullu/Özgenç/Sözüer/Mahmutoglu/Ünver, Yaptırım, s. 128

¹¹¹² Yargıtay 765 sayılı Kanun döneminde mahkumiyet koşulunun varlığına rağmen, suçun işlenişinde kullanılan kamyonun sahibinin dava sonuçlanmadan önce ölmesi üzerine kendisi açısından kamu davasının ortadan kaldırılmasına rağmen, kamyonun müsadere edilmesi gerektiğine karar vermiştir. YCGK, 13.03.1978, 3-33/80 (Çağlayan, age, s. 313-314)

¹¹¹³ Gedik, age, s. 175 vd; Centel/Zafer/Çakmut, age, s. 764

deyişle elkoymanın müsadere bakımından bir ön koşul olup olmadığı sorusu akla gelmektedir. Nitekim 765 sayılı TCK'nın 36. maddesinde "...zabit ve müsadere olunur" şeklindeki ifade nedeniyle konu tartışma yaratmış;¹¹¹⁴ Yargıtay ise vermiş olduğu kararlarda müsadere için elkoymanın şart olduğuna hükmetmiştir.¹¹¹⁵ 765 sayılı TCK döneminde eşdeğer müsadere (TCK m. 54/2 ve 55/2) öngörülmediğinden müsadereye tabi eşyaya elkonulamaması halinde müsadere de mümkün olmamıştır.

5237 sayılı Kanunda bu konuda açık bir hüküm bulunmamakla birlikte iki kavramın birlikte kullanılmasından vazgeçilerek sadece "müsadere" terimi kullanılmıştır. CMK'nun 123.maddesi ise "...eşya veya kazanç müsadere konusunu oluşturan malvarlığı değerleri, muhafaza altına alınır" ifadesi ile zorunluluğu çağrıştırmaktadır. Buna karşılık, maddenin 2. fıkrası "yanında bulunduran kişinin rızasıyla teslim etmediği bu tür eşyaya elkonulabilir" düzenlemesiyle de hakimin takdir hakkına işaret etmektedir. Konu öğretisi ve uygulamada tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, müsadere için ön koşulu, eşyaya elkonulması olup eşyanın Adli Emanet Deposuna veya yedieminliğe verilmesi gereklidir.¹¹¹⁶ Benzer bir görüşe göre de elkonulmamış veya muhafaza altına alınmamış bir eşyanın müsadere edilmesi mümkün değildir.¹¹¹⁷ TCK'nın 55. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "müsadere konusu eşya veya maddi menfaatlere elkonulmadığı ... hallerde" ibaresi de elkoymanın, müsadere için bir ön şartı olduğu izlenimini yaratmaktadır.

Oysa ki elkoyma, kesin hükümden önce kişinin temel haklarını kısıtlayan bir koruma tedbiri olduğundan diğer bütün koruma tedbirleri bakımından olduğu gibi ihtiyari olmalıdır. Nitekim, elkoyma ile ilgili hükümlere baktığımızda CMK'nın 123.

¹¹¹⁴ Tartışmalar için bkz. Gedik, Müsadere, s. 21. Gözübüyük'e göre "zapt ile müsadere birbirinden ayrı şeylerdir. Zapt, zilyetliği geçici olarak kaldıran usuli bir muameledir. Müsadere ise, bir malı hazine mülkiyetine geçiren bir kesin tedbirdir. Ancak zapt çok defa müsadere öncesi yapılan bir muameledir. Bundan dolayı kanunlarımızda bazen "zapt ve müsadere olunur" diye ikisi birden kullanılmıştır." Gözübüyük, age, s.335

¹¹¹⁵ "Zoralıma karar verilebilmesi için araçların idarece zapt edilmiş ve muhafaza altına alınmış olması gerekir" (YGCK, 05.06.1967, 103/149); "suçta kullanıldığı anlaşılacakla beraber usulen elkonulamayan aracın zoralıma karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir." (Y5CD, 10.12.1992, 3597/3971); "TCK'nın 36. maddesinin uygulanabilmesi için, eşyanın bizatihi müsadereye tabi olmadığı hallerde, zapt edilmiş (...) olması gerekmektedir." (Y5CD, 04.07.1978,2372/2336); "kaçak emvalin naklinde kullanılan araçların mahkemece zoralıma karar verilebilmesi için, bu araçların idarece zapy ve muhafaza altına alınması gerekir."(YCGK, 19.04.1993, 73/106)

¹¹¹⁶ İlhami Güneş, age, s. 346.

¹¹¹⁷ Esra Hondu, Sermaye Piyasası Kanunu Bakımından Kazanç Müsadere, Sermaye Piyasası Kurulu Hukuk İşleri Dairesi, Yeterlik Etüdü, 2005, Ankara, s. 4

maddesine göre ispat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığına “elkonulabilir” denmektedir. Görüldüğü gibi elkoymanın amaçlarından biri de müsadere kararlarının yerine getirilmesini güvenceye almaktır. Ancak elkoyma ihtiyari olduğundan müsadereye tabi olan her eşyaya öncelikle elkonulması gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır. Tedbir niteliğindeki elkoymaya ihtiyaç olup olmadığını CMK’nın 127. maddesi uyarınca kural olarak hakim, istisnai olarak savcı veya kolluk amiri takdir edecektir.

Sonuç olarak, elkoyma müsadere kararı verilebilmesi için yasal bir ön koşul değildir.¹¹¹⁸ Öte yandan, elkoymanın fiili bir zorunluluk olduğu haller de yok değildir. Konunun önemi, delil değeri olmadığından yargılama sırasında elkonulması gerekli olmayıp, sadece müsadereye tabi olan eşya bakımındandır. Örneğin, para karşılığı insan öldüren sanığın suçu işlemek için para aldığı, paranın kendisinden başka araçlarla (fotoğraf, video ile kayıt veya suçüstü halinde yakalama sayesinde) ispatlanmış olabilir. Yine de, suçun işlenmesi ile elde edilen maddi menfaat olarak müsadere edilecek olan paranın gizlenmesi veya bir başkasına verilmesi riskini ortadan kaldırmak için yargılamanın sonu beklenmeksizin paraya elkonulması gerekir. Benzer biçimde bulundurulması, taşınması, alınıp satılması suç teşkil ettiği için müsadereye tabi eşyaya da, müsadere kararı verilene kadar derhal elkonulması gerekir. Zira, uyuşturucu, silah gibi bu tür eşyanın elden çıkartılması olasılığı yüksektir.

Diğer eşya bakımından ise yargılamanın sonucunun beklenmesi gerektiğinden bu süreçte sözkonusu eşyanın zarar görmesi veya kaçırılması ihtimali varsa elkoyma fiilen gereklidir. Örneğin, suçta kullanılan bıçak, silah gibi eşyaların genellikle kaybolma değiştirilme, karıştırılma olasılığı vardır.¹¹¹⁹ Gedik’e göre müsadereye tabi eşyanın elde edilememesi tehlikesi bulunmasa bile, somut olayın özelliklerine göre şüpheye yer vermeyecek şekilde nitelikleri belirlenmiş ise müsadere mümkün olmalıdır.¹¹²⁰ Bakıcı’ya göre de suçta kullanılan aracın plakası ve diğer ayırt edici özellikleri saptanmış, trafik kaydı getirilmiş ve fakat elkonulamamışsa,

¹¹¹⁸ CMK’nın 128.maddesi gereğince elkoyma sadece maddede sayılan belirli suçlar bakımından mümkündür. Elkoyma bir önkoşul olmuş olsaydı bütün suçlar bakımından istisnasız olarak düzenlenmiş olması gerekirdi.

¹¹¹⁹ Gedik, Müsadere, s. 56

¹¹²⁰ Gedik, Müsadere, s. 57

elkonulmadığından bahisle müsadere kararı verilememesi yerinde olmayacaktır.¹¹²¹ Yargılama sona ermiş olsa dahi, tehlike arz eden bu tür eşya için gıyabi tutuklamaya benzer bir müsadere kararı verilebilir.

Ancak bu tür eşya öncelikle ispat aracı olacağından bunlara zaten delil olarak elkonulmuş olması gerekir. Yine de elkoyma mümkün olmamışsa, 5237 sayılı TCK'nın 54/2 ve 55/2 maddelerine göre eşdeğerin müsadere sözkonusu olur. Bizatihi suç teşkil eden ve doğrudan müsadereye tabi olan eşya bakımından ise karşılık değerlerin müsadere anlamlı olmayacaktır. Bu tür eşyanın müsadere tedbir amaçlı olduğundan, eşyaya elkonulmadığı sürece bu amaca ulaşamayacaktır. Bu sakıncayı bertaraf etmek için, müsadere bakımından elkoymanın zorunlu olduğu şeklinde bir kuralın kanuna konulması düşünülebilir. Ne var ki, müsadere farklı olarak elkoyma ile kişinin mülkiyet hakkı mahkumiyetten önce kısıtlandığından, koruma tedbirlerinin tabi olduğu "ihtiyarilik" unsurundan vazgeçilmemesi gerekir. Böyle bir kural yargılamanın gecikmesi ihtimaline binaen sadece, üretimi, bulundurulması, taşınması, alım-satımı suç teşkil eden eşya bakımından konulabilir. Ancak bu tür eşya bakımından en doğru çözüm, elkoyma yerine daha güvenceli olması nedeniyle hızlı bir karar ile müsadereye hükmedilmesi olacaktır.¹¹²² Nitekim, CMK'da bu tür eşyanın müsadere bakımından duruşma yapılması aranmamaktadır.

Ayrıca, Yargıtay'ın bazı eski tarihli kararlarında olduğu gibi, sadece elkonulmadığı için müsadereye hükmedilmemesi hukuk mantığıyla bağdaşır değildir. Zaten böylesi durumlar için artık eşdeğer müsadere kurumu bulunmaktadır. Örneğin, suçta kullanılan ancak elde edilemeyen ekmek bıçağının değeri belirlenerek TCK'nın 54. Maddesinin 2. fıkrası uyarınca tutarı kadar paranın müsadere karar verilir.¹¹²³ Ancak yeni tarihli bazı kararlarda da halen hatalı olarak zorunluluk ilişkisi

¹¹²¹ Bakıcı, Genel, s. 1116

¹¹²² Müsadere edilecek eşyaya elkonulması gerektiğini düşünen yazarlar: Mustafa Albayrak, Markaların Korunması Hakkında KHK'ya göre Müsadere, FMR, 2003/2 (s.13-24), Aksi görüş için bkz. Sedat Bakıcı, Ceza Yargılaması ve Ceza Kanunu Genel Hükümler, Ankara, 2000, s. 1052.

¹¹²³ Y6CD, 13.11. 2007, 2006/3967- 2007/13574. 765 sayılı Kanun döneminde taş, sopa gibi eşyanın müsadere edilmesi eleştirilirken, mevcut düzenleme ile bunlara değer biçilmesi gibi yine eleştirilebilecek bir sonuç çıkacaktır.

arandığı ve elkonulmadığından dolayı eşyanın müsadere edilmesinin bozma nedeni yapıldığı görülmektedir.¹¹²⁴

Öte yandan kazanç müsadere bakımından konu özellik arz etmektedir. Zira suçtan elde edilen maddi menfaate elkonulamamış olması halinde, 55.maddenin 2. fıkrası uygulanabilirse de, meblağın nasıl belirleneceği sorunu ortaya çıkabilecektir. Yargıtay bir kararında *“kazanç müsadere sinin, ancak suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların suçun mağduruna iade edilememesi halinde mümkün olduğu gözetilerek; suça konu el konulmayan para ile ne gibi maddi menfaatler ve ekonomik kazançlar elde edildiği de tespit edilmeden yazılı şekilde müsadere sine hükmolunması”*nı bozma gerekçesi yapmıştır.¹¹²⁵ Uygulamada suçtan elde edilen menfaatin ele geçirilemediği hallerde para cezasına katılması şeklinde hatalı yerel mahkeme kararları da bulunmaktadır.¹¹²⁶

III. Eşya Müsadere sinin Koşulları

Eşya müsadere sinin koşulları bakımından aşağıda incelenen ilk kısım tarafımızdan “suçla bağlantılı eşyanın müsadere si” olarak adlandırılmakta olup, “suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya” ile “konusu suç oluşturan eşya”nın müsadere sinin koşulları ayrı başlıklar altında incelenmektedir. Bu itibarla suçla bağlantılı eşyadan anlaşılması gereken, suçun işlenmesinde kullanılan, suça tahsis edilen ve suçtan meydana gelen eşyanın müsadere si ve ona ilişkin koşullardır.

¹¹²⁴ Y1CD, 26.02.2007, 3941/749: “Suçta kullanılan tabancanın ele geçmediği gözetilmeden, müsadere sine karar verilmesi...” Yaşar/Gökcan/Artuç, age, s. 1755; Y7CD, 13.11.2007, 23182-8547 Çıldır/Denizhan, s. 468

¹¹²⁵ Y10CD, 11.6.2007/2007/2157, 2007/3988.

¹¹²⁶ “Zoralmı öngörülen eşyanın zoralmının yapılamaması halinde ayrıca eşyanın gümrüklenmiş değeri kadar daha para cezasının ilgili maddesindeki para cezasını içeren ödeme önerisine ekleneceğine ilişkin yasal bir düzenleme de bulunmadığı halde ele geçyene eşyanın piyasa değerinin cezaya ilave suretiyle fazla miktar üzerinde tebliğ edilen ödeme önerisinin usulüne uygun bulunmadığı” yasaya aykırıdır. Y7CD, 9.4.2007, 20753/2424

1. Suçla Bağlantılı (Suçta Kullanılan, Suça Tahsis Edilen ve Suçtan Meydana Gelen) Eşyanın Müsaderesinin Koşulları

a. Kasıtlı Bir Suçun İcrasına Başlanmış Olması

aa. Genel Olarak

Eşya müsaderesine hükmedilebilmesi için failin bir suçtan mahkum olması gerekli olmamakla birlikte, bir suçun işlenmesi şarttır. Yoksa, herhangi bir eşya sadece suç işleneceği düşüncesiyle müsadere edilemez.¹¹²⁷ Bunun nedeni, niteliği ister ceza ister güvenlik tedbiri olsun nihayetinde bir ceza hukuku yaptırımı olmasındandır. Güvenlik tedbirinin uygulanması ancak suçun varlığına bağlıdır. Burada şüphesiz objektif olarak suç teşkil eden bir fiilin işlenmesi sözkonusu olacaktır.¹¹²⁸ Failin cezalandırılmaz oluşu önemli değildir, aksine failin cezalandırılmaması isnad yeteneği olmayanlara uygulanabilecek güvenlik tedbirleri için bir önşarttır.¹¹²⁹

Hukuka aykırı tipik hareket tamamlanmış olabileceği gibi teşebbüs aşamasında da kalmış olabilir. Önemli olan kanundaki tanıma uygun bir eylemin icra hareketlerine başlanmış olması ve eşyanın suçun işlenmesinde kullanılmış, suça tahsis edilmiş veya suçtan meydana gelmiş olmasıdır. Hazırlık hareketlerinde kullanılan eşya kural olarak müsadere edilemez.¹¹³⁰

¹¹²⁷ Ancak kanunun gerekçesinde “suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya”nın icra hareketleri başlamasa bile müsadere edileceği söylenmektedir.

¹¹²⁸ Centel/Zafer/Çakmut, age, s. 753; Nuhoğlu, Emniyet, s. 110. “Kişi işlediği hukuka aykırı fiil dolayısıyla kusurlu bulunmasa bile bu fiil haksızlık özelliğini korumaktadır. Bu nedenle gerçekleştirdiği hukuka aykırılıktan dolayı kusurunun olmadığı durumlarda kişi cezalandırılmayacaktır. Çünkü ceza hukukunun temel prensiplerinden birisi “kusursuz ceza olmaz” ilkesidir. “kusur ilkesi” olarak nitelendirilen bu evrensel hukuk kuralı kusurlu olmayan kişiye ceza verilmeyeceğini ifade etmektedir. Ancak fiil haksızlık ve dolayısıyla suç olma özelliğini devam ettirdiği için; bu durumda her ne kadar kişi hakkında cezaya hükmedilmeyecek ise de, şayet bir tehlikelilik hali sözkonusuysa güvenlik tedbiri uygulanabilecektir.” Özgenç, Gazi Şerhi, s. 631

¹¹²⁹ Aydın Ö, Emniyet, s. 32. Fiil ise, güvenlik tedbirlerinin uygulanma nedeni olmayıp zorunlu önşarttır. Hafizoğulları, Ceza Normu, s. 246, Hamide Zafer, “Emniyet Tedbiri Muhakemesinin Özellikleri”, İÜHFMLXII, 1-2, İstanbul 2004, 263-314, s. 268

¹¹³⁰ TCK’nın 54.maddesinin 1. fıkrasının son cümlesine göre ise bir suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya kamu güvenliği, kamu sağlığı ve genel ahlak açısından tehlikeli olduğunda müsadere edilebilecektir.

Failin eşyasının bir suçta kullanmadığının anlaşılması nedeniyle beraatine karar verilmesine karşın diğer bir suçta kullanıldığı anlaşıldığında, müsadere gündeme gelecektir. Örneğin, kavgada korkutmak maksadıyla silah boşaltmak suçundan beraat etse dahi, sarhoşluk suçunda saldırı aracı olarak kullanıldığı anlaşılan av tüfeğinin müsaderesine karar verilmesi gerekir.¹¹³¹

Suç oluşturan eylemin gerçekleşmesine karşın bazı durumların varlığı kişiye ceza verilmesini engeller. Bir başka deyişle eylem kanuni tipe uygun, hukuka aykırı ve kusurlu olmasına rağmen kanunda öngörülen bazı şahsi nedenler faile ceza verilmemesine neden olur. Örneğin, yağma ve nitelikli hali hariç TCK'nın 141 ve devamı maddelerinde düzenlenen malvarlığına karşı suçların ve 245.maddede düzenlenen banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması suçlarının, haklarında ayrılık kararı verilmiş eşlerden birinin, üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın, aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin zararına olarak işlenmesi halinde ilgili akraba hakkında cezaya hükümlenmez. Yine TCK'nın yalan tanıklık (m. 273/1), suçluyu kayırma (m. 283/3), tutuklu, hükümlü veya suç delillerini bildirmeme suçu (m. 284/4) bakımından da şahsi cezasızlık nedenleri sözkonusudur.

Şahsi cezasızlık halleri suçun varlığını değil cezayı ortadan kaldıran sebeplerdir. Bu hallerde CMK'nın 223/4-b maddesi uyarınca, işlenen fiilin suç olma özelliği devam etmesine karşın şahsi cezasızlık sebebinin varlığı dolayısıyla faile “ceza verilmesine yer olmadığı” kararı verilir. Müsadere de bir güvenlik tedbiri olarak düzenlendiğinden, bir olayda yukarıda verdiğimiz örneklerdeki gibi bir şahsi cezasızlık sebebinin bulunması müsadereye engel olmamalıdır. Gerekçede de belirtildiği üzere müsadereye hükmedilebilmesi için bir suçun işlenmesi zorunlu olmakla birlikte, kişinin cezaya mahkum edilmiş olması gerekmemektedir.¹¹³² Örneğin, bir babanın kendi otomobilini suç işleyen oğluna, yakalanmasını engellemek için vermesi halinde 283.madde gereğince suçluyu kayırma suçu oluşacak ancak aynı maddenin 3.fikrası gereğince babaya ceza verilmeyecektir. Buna karşın, yapılan yargılamada eylem ve otomobilin suçta kullanıldığı sabit olduğundan müsadere gerekecektir. C.Savcısının şahsi cezasızlık hallerinde takdir yetkisini kullanarak kamu davasını açmaması da sözkonusu olabilir. Bu halde dahi eylemin

¹¹³¹ YCGK, 23.06.1980, 200-225

¹¹³² Aynı yönde bkz. Gedik, Müsadere, s. 184 vd.

suç olma niteliği ortadan kalkmadığından CMK'nın 256 maddesinin 1. fıkrası uyarınca savcı veya katılan müsadereye karar verilmesi için yetkili mahkemeye başvurabilirler.

bb. Suçun Kasıtlı Olması

54. maddeye göre eşya müsaderesine karar verilebilmesi için suçun kasten işlenebilen bir suç olması gerekmektedir. Buna göre müsadere, failin sonucunu bilerek ve isteyerek ceza normunu ihlal eden eylemi gerçekleştirmesi halinde mümkündür. Kasttan sorumluluk için öngörme veya bilme yeterli değildir, neticenin istenmesi de gerekir. Sonucun istenmesindeki yoğunluğa göre öğretide “doğrudan kast”, “ikinci derece doğrudan kast” ve “olası kast” ayrımları yapılmaktadır. Bunlardan olası kast kavramına 5237 sayılı Kanunda yer verilmiş olup, eşya müsaderesi bütün bu kast türlerinin varlığı halinde diğer koşulların da gerçekleşmesiyle uygulanabilir. Taksirli suçlarda ise eşya müsaderesi mümkün değildir. 5237 sayılı Kanun'da açıkça “kastın” aranması nedeniyle ETCK dönemindeki tartışmaların en azından eşya müsaderesi bakımından sona ermesine neden olmuştur.

cc. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Varlığı Halinde Müsadere

aaa. Genel Olarak

Müsadereye hükmedilebilmesi için eylemin suç teşkil etmesi gerektiği yukarıda belirtilmiştir. Bu itibarla soyut kanuni tipe uygun bir fiilin gerçekleştirilmesi ve somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması aranacaktır. Başka bir deyişle, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması halinde suçun varlığından sözedilemeyeceğinden müsadere mümkün değildir. Zira, eylem her ne kadar kanundaki tipe uygun olsa da başından beri hukuka uygundur. Bu etki objektif nitelikte olup bütün hukuk dalları bakımından geçerlidir. Hukuk düzeninin bir eylemi hem hukuka uygun kabul etmesi hem de o eylemin gerçekleştirilmesini sağlayan aracı müsadere etmesi düşünülemez. Örneğin, failin

evine giren hırsız meşru müdafaa sınırları içinde evindeki silahıyla yaralaması eyleminde, silah ruhsatsız olmadıkça müsadere edilemez. CMK'nın 223/2-d maddesi gereğince eylemin hukuka uygun olması halinde beraat kararı verilir. Eski TCK'da müsadere bakımından mahkumiyet koşulu aranması ve hukuka uygunluk nedeninin varlığı halinde, bu koşulun sağlanmaması nedeniyle müsadere uygulanması yine mümkün değildi.¹¹³³

Üretimi, bulundurulması, alınıp satılması suç teşkil eden eşyanın müsadere için ise ayrıca bir suçun işlenmesi gerekmemektedir. Bu nedenle, ruhsatsız bir tabancanın meşru müdafaa koşulları içinde kullanılması halinde suç oluşmasa bile tabanca müsadere edilir. Öte yandan, üretimi suç olan bir eşyanın örneğin uyuşturucu maddenin ilaç sanayiinde kullanılmak üzere üretilmesini öngören kanun hükmü somut olay bakımından hukuka aykırılığı ortadan kaldıracığından, ortada suç teşkil eden bir eşyanın varlığından sözedilemeyecektir. Bu durumda müsadere de söz konusu olmaz.

54.maddenin 1. fıkrasının son cümlesinde düzenlenen “suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya”nın müsadere gerekçeye göre, suçun icra hareketlerinin başlamadığı aşamada olsa bile müsadereyi mümkün kılmaktadır. Sözkonusu eşyanın kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak bakımından tehlike oluşturması halinde, olayda bir hukuka uygunluk nedeni olsa bile müsadere edilmesi sözkonusu olabilecektir.

bbb. Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Sınırın Aşılması

Hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde müsadere hükümlerinin (TCK m. 54/4 hariç olmak üzere) uygulanmayacağı konusunda tartışma bulunmamaktadır. Peki hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması halinde durum ne olacaktır? Hukuka uygunluk nedenlerinde sınır kasten veya taksirle aşılabileceği gibi mücbir sebeple de aşılmış olabilir. Sınırın kasten aşılması halinde ortada hukuka uygun bir eylemin varlığından sözedilemeyecektir. Bu durumda kasten işlenen bir suçun varlığı nedeniyle diğer koşullar da gerçekleştiğinde müsadere gündeme gelecektir.

TCK'nın 27.maddesi her ne kadar “Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde

¹¹³³ “Kabule göre 36'ncı madde sarahatine aykırı olarak meşru müdafaa halinde kullanılan çiftinin müsadere karar verilmesi yolsuzdur.”(Y5CD, 05.04.1949, 2541/1497)

sınırın kast olmaksızın aşılması” şeklinde hatalı olarak ifade edilse de, esasında hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın taksirle aşılması halini düzenlemektedir. Kanunda “kast olmaksızın” ifadesi kullanıldığından bilinçli taksir halinin de sınırın taksirle aşılması içinde kabul edileceği anlaşılmaktadır. Bu halde “*fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altında birinden üçte birine kadarı indirilerek hükmolunur.*” Gerekli dikkat ve özeni göstermemesi nedeniyle hukuka uygunluk nedeninde sınırı aşan kişiye eylemi ancak taksirle cezalandırıldığında ceza verilebilecek ve bu cezada 27.maddede öngörüldüğü biçimde indirim uygulanacaktır. Ancak taksirli suçlarda müsadere mümkün olmadığından, sınırın taksirle aşılması halinde de suçun taksirle cezalandırılan şekline (öldürme ve yaralama suçları gibi) gönderme yapıldığından eşya (TCK m. 54/4 kapsamında) suç oluşturan eşyadan olmadıkça müsaderesi mümkün değildir. Suçun mala zarar verme gibi sadece kastla işlenebilen bir suç olması halinde sınırın taksirle aşılması ise eylemin taksirli hali cezalandırılmadığından fail hukuka uygunluk sebebinden yararlanmaya devam edecektir.

Sınırın mücbir sebeple aşılması ise kanunda sadece “meşru savunma” bakımından öngörülmüştür. TCK’nın 27.maddenin 2. fıkrasına göre “*meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilemez*”. Öğretide hakim görüşe göre, burada cezalandırmamanın sebebi eylemin hukuka uygun hale gelmesi değil, failin içinde bulunduğu psişik karışıklık nedeniyle kusur isnadının mümkün olmamasıdır.¹¹³⁴ Nitekim mücbir sebep halinde fail, kendisini kanuna uygun hareket etmek imkânsızlığı içinde bulur ve bu da kusurluluğu ortadan kaldıran bir sebep teşkil eder.¹¹³⁵ Bu nedendir ki, kanunkoyucu meşru müdafaada sınırın zorlayıcı sebeple aşılması halinde “kusurun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı” kararı verilmesi gerektiğini düzenlemektedir (CMK 223/3-c). Sonuç olarak eylemin hukuka aykırılığı ve suç niteliği devam etmektedir. Kanunda güvenlik tedbiri olarak düzenlenen müsaderenin failin cezalandırılmadığı hallerde de uygulanabilmesi

¹¹³⁴ İçel, Ceza Hukuku, s. 167; Öztürk/Erdem, 2005, s. 165; Özbek, İzmir Şerhi, s. 374, Özgenç, age, s. 407; Gedik, age, s. 181

¹¹³⁵ Nevzat Toroslu, Ceza hukukunda Zaruret Hali, s. 90. Yargıtay’a göre de “Yeni sistemde, ... sınırın asılması bir hukuka uygunluk nedeni değil, 27. maddenin 1. fıkrasındaki durum itibarıyla kusurluluğu azaltan, 27. maddenin 2. fıkrasındaki durum itibarıyla de kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerden bir tanesidir. Başka bir deyişle, hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde beraat hükmü değil, Yasanın 27/1. maddesine göre indirimli ceza veya Yasanın 27/2. maddesine göre ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmelidir. Bu husus, 5271 sayılı Yasanın 223. maddesinden de açıkça anlaşılmaktadır.” YCGK, 26.2.2008, 2007/1-281, 2008/37.

mümkündür.¹¹³⁶ Bununla birlikte meşru savunma halinde müsadere konusu suçun işlenmesinde kullanılan eşya olup, bu tür eşyanın müsadere esas itibariyle cezai nitelikte olduğundan, faile ceza verilemeyen bu halde müsadere de uygulanamaması gerektiği kanaatindeyiz.

dd. Suça Teşebbüs Halinde Müsadere

aaa. Genel Olarak

Kanunda “kasıtlı bir suçun işlenmesi” arandığından suçun teşebbüs aşamasında kalması halinde müsadere mümkün olup olmadığı konusunda tereddüte düşülebilir. Ancak bilindiği üzere bir eylemin ceza hukuku alanına girmesi ve suç sayılabilmesi için (hazırlık hareketlerinin suç olarak düzenlendiği istisnai haller dışında) hazırlık hareketlerinin tamamlanmış olması ve suçun icra hareketlerinin de başlamış olması gerekli ve yeterlidir. Bir başka deyişle bir suçun varlığı, eylemin teşebbüs aşamasına gelmiş olması yani cezalandırılabilir bir eylemin var olması anlamına gelir.

Güvenlik tedbirlerinin uygulanması için bir suçun varlığı şart olmakla birlikte tamamlanmış olması şart değildir. Suçun icra hareketlerine başlanması failin tehlikeli halini tespiti yeterlidir.¹¹³⁷ Müsadere için de, eşyanın suçta kullanılmasının mümkün olması yeterli değildir, icra hareketlerine başlanmış olması gerekir.¹¹³⁸ Örneğin, hırsızlık yapmak amacıyla bir araç kiralanarak evin sokağına kadar gidilmesi ve bir levye temin edilmesi hazırlık hareketi iken, levye ile kapının açılmaya çalışılması icra hareketidir. İşte bu halde icra hareketlerinde kullanılan levyenin müsadere edilmesi gerekir. Yargıtay, 765 sayılı Kanun döneminde vermiş olduğu kararlarda

¹¹³⁶ Gedik, age, s. 182. Bakıcı ile Parlar ve Hatipoğlu ise, sınırın mücbir sebeple aşılması halinde failin cezalandırılmayacağı için müsadere de uygulanamayacağı görüşündedirler. Bkz. Bakıcı, Ceza Hukuku, s. 1065 ve Parlar-Hatipoğlu, s. 497.

¹¹³⁷ Mehmet Emin Artuk, Güvenlik Tedbirleri, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XII, Y. 2008, Sa. 1-2, s. 282

¹¹³⁸ Erem, TCK Şerhi C.2, s. 387; Gökçen, Elkoyma, s. 95; Önder, Ceza, C.II-III, s. 598-599; Aydın Ö, Malvarlığı s. 148; Çağlayan, age, s. 290; Yılmaz Z, Müsadere, s. 47. Kanunda geçen “suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya” ile özellikle teşebbüs halinde kalmış olan eylemler bakımından müsadere düzenlendiği görüşü için bkz. Çağlayan, age, s. 290

sonucun tamamlanamaması yani suça teşebbüs halinde de müsaderenin mümkün olduğuna hükmetmiştir.¹¹³⁹

Müsaderenin ceza olarak uygulandığı sistemlerde teşebbüsün cezalandırılma nedeni, teşebbüs halinde müsaderenin uygulanabilmesini de açıklamaktadır. Bu konuda farklı görüşler olmakla birlikte suça teşebbüsün cezalandırılmasının esası tamamlanmış bir suçun cezalandırılmasından farklı değildir. Her iki halde de, sosyal barış ve düzen olumsuz yönde etkilenmektedir. Birincisinde korunan hak veya menfaat zarara uğratılmakta iken diğesinde tehlikeye düşürülmektedir.¹¹⁴⁰ Suça teşebbüs, tamamlanmış suçtan farklı olarak hareketin menfaat üzerinde yarattığı somut tehlike nedeniyle cezalandırılmaktadır.

Müsaderenin güvenlik tedbiri olarak uygulandığı sistemlerde ise, teşebbüs halinde dahi uygulamada yine eşyadan doğan “tehlikelilik hali” bize yol gösterici olacaktır. Zira, levye ile kapıyı açmaya çalıştığı sırada yakalanan hırsızın evsahibinin konut dokunulmazlığı veya mülkiyet hakkı üzerinde yarattığı tehlikenin kaynağı olarak levyenin müsaderesi meşrudur. Alman öğretisinde de, teşebbüs hukuka aykırı fiil kapsamında kabul edildiğinden fiile teşebbüs halinde güvenlik tedbirlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir.¹¹⁴¹

Yargıtay, bir kararında ETCK’nın 526. maddesi uyarınca otomobilde bulunan av tüfekleri ve fişeklerle henüz atış yapılmadığı, avlanma ve suçta kullanma sözkonusu olmadığı, ava çıkıldığı ve domuz görüldüğünde tüfeklerin kullanılacağı gerekçesiyle müsaderesinin mümkün olmadığına, sanığın avdan vazgeçmesi mümkün olduğu gibi önlerine domuz çıkmamasının da mümkün olduğuna işaret etmiştir.¹¹⁴² Yine bir kararda Yargıtay, “sınırdan 10 km içeride yakalanan ve sınırdan geçtiklerine dair iz takip tutanağı veya termal kamera görüntüleri bulunmayan, bilirkşi heyetince de yerli ırktan oldukları beyan edilen hayvanların” müsaderesi yerine iadesi gerektiğini karara bağlamıştır.¹¹⁴³ Başka bir karara göre de “...bedelsiz ithalat için zorunlu başvuruyu yapan ve TC Merkez Bankası’na sahte

¹¹³⁹ “Sanığın ruhsatlı silahını ihkakı hakka eksik kalkışma suçu esnasında kullandığı sabit olduğuna göre silahın müsaderesine karar vermek zorunludur”. (YCGK, 16.12.1997, 218/303) “...teşebbüs hükümleri de uygulanamayacağından buna bağlı olarak zoralım kararı da verilemez”. (YCGK, 18.11.1997, 219/242)

¹¹⁴⁰ Pervin Aksoy, Suça teşebbüs, s. 51 vd.

¹¹⁴¹ Nuhoğlu, Emniyet, s. 116

¹¹⁴² YCGK, 18.11.1997, 219/242 (Bakıcı, Genel, s. 1239)

¹¹⁴³ Y7CD, 25.12.2008, 2006/560, 2008/22610

belgeler sunan sanığın eylemi, kaçakçılık suçunun hazırlık hareketlerini oluşturduğu, bedelsiz ithalat için gümrük idaresine henüz başvuruda bulunmadığı için kaçakçılık suçunun icrai hareketleri başlamadığından bu suça teşebbüsün de söz konusu olmayacağı anlaşıldığından dava konusu otomobil hakkında gümrük mevzuatı çerçevesinde işlem yapılması yerine müsadere karar verilmesi yasaya aykırıdır."¹¹⁴⁴

TCK'nın 35.maddesine göre "Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur." Böylelikle kanunda hazırlık hareketleri ile icra hareketlerini ayırmak bakımından "doğrudan doğruya icraya başlama" kriterinin kabul edildiği söylenebilir. Suçun doğrudan doğruya icrasına ne zaman başlanılmış olduğunun belirlenmesi konusunda öğretilerde ileri sürülen birden çok kriterden¹¹⁴⁵ ve Yargıtay uygulamalarından faydalanarak belirtmeliyiz ki, öncelikle fail tarafından gerçekleştirilen hareketin suçun kanuni tanımında yer alıp almadığına bakılmalıdır. Buna göre hareket tanımında yer almakta ise icra hareketleri başlamış demektir. Bu hareketlerin gerçekleştirilmesinde kullanılan veya gerçekleştirilmesi amacıyla tahsis edilen veya bu aşamaya kadar suçtan meydana gelmiş olan eşya müsadere edilecektir. Ancak hareket her zaman kanuni tanımında yer almıyor olabilir. Bu durumda eylemin kesildiği aşamaya kadar failin suç işlemeye yönelik iradesinin belirgin biçimde ortaya çıkıp çıkmadığı araştırılmalıdır.¹¹⁴⁶ Burada da yapılan hareketin genel yaşam deneyimine ve olayların alışılmış akışına göre suç tanımında yazılı neticeyi meydana getirmeye elverişli olup olmadığına bakılmalıdır.¹¹⁴⁷ İradenin araştırılmasında failin hareketinin sonuç alt unsuruna kronolojik olarak yakın olması da, yardımcı bir ölçüt olarak kullanılabilir. Tüm bu ölçütler göz önünde bulundurularak failin iradesi hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde saptanabiliyorsa doğrudan doğruya icraya başladığı söylenebilecektir.

¹¹⁴⁴ Bkz. Y7CD, 04.06.2009, 2009/7161, 2009/7061. Karşı oya göre ise "sanık pasaportta tahrifat yaparak bedelsiz ithalat hakkı olmadığı halde bedelsiz ithalat için merkez bankasına müracaat ettiği, yapılan tahrifatın anlaşılması üzerine tahkikata geçilmesi nedeniyle suç kaçakçılığa teşebbüs aşamasında kaldığından zorarım kararı doğrudur.

¹¹⁴⁵ Kanunda maddi objektif teorinin benimsendiği yönünde bkz. Centel/Çakmut/Zafer, age, s. 465; Maddi objektif teorinin subjektif teori ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. Veli Özer Özbek, "5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Teşebbüs ve Kusurluluğa İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, 5, Ocak 2005 (Teşebbüs), s. 21

¹¹⁴⁶ İçel, Ceza Hukuku, s. 251

¹¹⁴⁷ Centel/Zafer/Çakmut, age, s. 465

Teşebbüs halinde müsadere mümkün olmakla birlikte, icra hareketleri tamamlanmadığından veya sonuç gerçekleşmediğinden dolayı eşya ile eylem arasındaki bağ zayıf kalmaktadır. Eşyanın eylemin gerçekleşmesindeki etkisi zayıftır. Bir eşya failin yakalanmasına kadar kullanılmış ise suçta kullanılan eşya olarak müsadere edilmesi hususunda tereddüt yoktur.¹¹⁴⁸ Ne var ki, eylemin yarıda kaldığı aşamaya kadar henüz kullanılmamış olan eşyanın suçta kullanıldığından bahsedilemeyecektir. Yargıtay'a göre de "sanıkların kamyonette bulunan bidonlara mazot doldururken yakalanmış olmalarına ve henüz kamyonetin kullanılmayıp neticenin elde edilmesine bir katkıda bulunmamış olması nedeniyle" müsadere edilemeyecektir.¹¹⁴⁹ 765 sayılı Kanun döneminde verdiği bir başka kararında da mağdurenin, içinde ırzına geçilmesine kalkışılan otomobilin sadece suçta kullanılan değil kullanılmak üzere hazırlanan eşya niteliğinde de bulunmadığı kabul edilmiştir.¹¹⁵⁰ Kanaatimizce, somut olayda otomobilin suçun işlenmesine bir katkısı bulunmuş ise, 54.madde gereğince suça tahsis edildiği gerekçesiyle müsadere edilebilmelidir. Zira, kanunkoyucunun tahsisi ayrıca düzenlemekteki amacı verdiğimiz örnekteki gibi eşyanın suçta kullanılmak üzere tasarlandığı, genellikle suç mahalline getirildiği ancak dışsal sebeplerle kullanılmadığı haller içindir.

bbb. Gönüllü Vazgeçme

TCK'nın 36. maddesine göre fail suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır. Örneğin, bir kimseyi silahla tehdit ederek arabasını vermesini isteyen fail, mağdurun çok korkmasından etkilenerek veya o sırada bir baykuşun ötmesini uğursuzluk sayarak eyleminden vazgeçtiği halde yağma suçundan değil de, tamamlanmış olan tehdit suçundan sorumlu tutulacaktır.¹¹⁵¹

¹¹⁴⁸ Yargıtay 1.Ceza Dairesi'nin kasten öldürmeye teşebbüste kullanılan bıçağın müsaderesinin gerektiği yönündeki kararı için. Bkz. Y1CD, 27.04.2006, 2005-3477, 2006-1640

¹¹⁴⁹ Y11CD, 04.10.2001 – 7795/9025.

¹¹⁵⁰ Y5CD, 31.3.1978, 117/1085.

¹¹⁵¹ Önder Tozman, Suça Teşebbüs, **Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku**, C.III, Köksal Bayrakta'a Armağan, Ed, Eric Hilgendorf- Yener Ünver, İstanbul 2010, s. 177- 203

Bir görüşe göre gönüllü vazgeçme halinde işlenen fiilin suç niteliğinde ve haksızlık muhtevasında herhangi bir değişiklik veya azalma meydana gelmemektedir. Başka bir deyimle fiil hukuka aykırı ve kusurlu olmaya devam etmektedir. Hukuki niteliği güvenlik tedbiri olarak kabul edilen müsadereye hükmedilebilmesi için varlığı ispatlanmış yasal tanıma uygun bir fiil yeterli olduğuna göre gönüllü vazgeçme halinde de müsadere mümkün olmalıdır.¹¹⁵² Gerçekten TCK'nın 36.maddesinde gönüllü vazgeçme bir tür kişisel cezasızlık nedeni olarak düzenlenmiştir.¹¹⁵³ Gönüllü vazgeçme halinde, vazgeçme anına kadar yapılan hareketler bir suç oluşturuyorsa, failin o suçu işlediğinin sabit olması ve eşyanın suçla ilişkisinin saptanması halinde zaten müsadereye karar verilecektir.¹¹⁵⁴ Yukarıdaki gönüllü vazgeçme örneğinde fail, yağma suçunu işlemekten vazgeçse de tehdit suçunu işlemiş ve silahı da bu suçta kullanmıştır.

Gönüllü vazgeçme failin cezalandırılmasını önlediğine göre tedbir niteliğindeki bir kurumun uygulanmasının önünde bir engel olmadığı düşünülebilir. Gönüllü vazgeçmenin, failin suç yolundan döndürülmesini sağlamak amacıyla getirilmiş bir çeşit ödül olduğu da göz önünde bulundurulduğunda, amacı toplumun tehlikeli eşyadan korunması olan müsadereye engel olmaması gerekeceği açıktır. Kaldı ki müsadereye hükmedilebilmesi için bir suçun icrasına başlanması da yeterli kabul edilmektedir.

ccc. Etkin Pişmanlık

Suç tamamlandıktan sonra failin suçun sonucunu ortadan kaldırmaya yönelik bazı hareket ve çabalarının cezayı etkilediği haller sözkonusudur. Suç işlendikten sonra kanunda öngörülen bazı şartların sağlanması sonucu faile ya hiç ceza verilmemekte ya da cezası indirilmektedir. Ceza kanunumuzda “etkin pişmanlık” başlığı altında özel hükümlerle düzenlenen haller, öğretide cezayı kaldıran sebeplerin başında sayılmaktadır.¹¹⁵⁵ Örneğin rüşvet suçunda rüşvet veren, alan veya bu konuda

¹¹⁵² Gedik, age, s. 191

¹¹⁵³ İçel, Ceza Hukuku, s. 264

¹¹⁵⁴ Bakıcı, Genel, s. 1245

¹¹⁵⁵ Özbek, TCK İzmir Şerhi, s. 103; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku, 2006, s. 722, Özgenç, Gazi Şerhi, s. 273. Önder, etkin pişmanlık hükümlerini “cezayı kaldıran şahsi sebepler” olarak adlandırmaktadır. Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s. 379

kamu görevlisiyle anlaşılan kişilerden birinin durumu yetkili makamlarca öğrenilmeden önce yetkililere haber vermeleri veya rüşvet konusu şeyi yetkili makamlara teslim etmeleri halinde haklarında cezaya hükmolunmayacaktır (TCK m. 254/1, 2, 3). 6352 sayılı Kanun'un 88. maddesiyle değiştirilmeden önce¹¹⁵⁶ rüşvet suçuna ilişkin düzenlemeye göre “(2) *Rüşvet veren veya bu konuda kamu görevlisiyle anlaşmaya varan kişinin, soruşturma başlamadan önce, pişmanlık duyarak durumdan soruşturma makamlarını haberdar etmesi hâlinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz; verdiği rüşvet de kamu görevlisinden alınarak kendisine iade edilir.*” hükmüyle rüşvet müsadereye ayırık tutulmuştu. Ne var ki, yapılan değişiklikle 2. fıkranın son cümlesi kanundan çıkartılarak rüşvetin müsadereye ayırık tutulması yolu açılmıştır. Rüşvet veren etkin pişmanlık hükmünden yararlansa bile rüşvet olarak verilen maddi menfaat müsadere edilecektir.

Cezada indirim yapılmasını sonuçlayan etkin pişmanlık hükümleri bakımından müsadereye ayırık tutulmasının önünde bir engel olmadığı açıktır. Örneğin, tutuklu veya hükümlünün, hapis hâlinde kaçmak için kullandığı cep telefonu, merdiven, keser gibi aletler, fail altı ayı geçmeden teslim olduğu için hakkında ceza indirimi uygulanırsa da (TCK m. 293) müsadereye engel olmaz. Aksi durum, ne etkin pişmanlığın ne de müsadereye ayırık tutulmanın mantığıyla bağdaşmaz.

Etkin pişmanlık halinde hiç ceza verilmeyen hallerde de tıpkı, şahsi cezasızlık sebepleri gibi fiilin suç olma özelliği devam edecektir. Ancak, şart gerçekleştiğinden dolayı ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir (CMK 223/4-a). Müsadere bakımından mahkumiyet koşulu aranmadığına göre etkin pişmanlık hükümleri müsadereye ayırık tutulmasına engel olmayacaktır. Nitekim verilen etkin pişmanlık örneklerine bakıldığında, etkin pişmanlık hükümleri ile ya suçun yarattığı etkileri gidererek eski hale getirmenin ya da failerin ele geçirilmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla ceza verilmemesi veya cezada indirim yapılması bir araç niteliğindedir. Örneğin, TCK'nın 281.maddesi bakımından etkin pişmanlık öngörülmesinin amacı suç delilini gizleyen kimsenin hükmün verilmesinden önce delili mahkemeye teslim etmesini sağlamaktır. Bu halde, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklayan kişinin aklanan malvarlığının adliyece ele geçmesini sağlaması halinde ceza almayacak olması müsadereye ayırık tutulmasına engel olmaz.

¹¹⁵⁶ 02. 07.2012 tarih ve 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava Ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun için bkz. 5/7/2012 tarihli ve 28344 sayılı Resmi Gazete

Özellikle kazanç müsaderesinin amacı göz önünde bulundurulduğunda aksi bir sonuca ulaşmak mümkün değildir. Ceza verilmemesini gerektiren etkin pişmanlık halinde suçun işlendiğini ortaya koyan yeterli delil bulunmasına rağmen, Cumhuriyet savcısı takdir hakkını kullanarak ceza davası açmayabilir (CMK m.171). Bu halde, C.Savcısının ayrı bir müsadere davası açması mümkündür.

Öğretide de etkin pişmanlık halinde ayırım yapılmaksızın müsadere hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir. Zafer'e göre "*Cumhuriyet savcısının takdir hakkını kullanmayarak iddianame düzenlediği hallerde, mahkeme, etkin pişmanlık nedeniyle "ceza verilmesine yer olmadığı" kararıyla davayı sona erdirir. Bu karar türü, fiilin sabit olduğunu ancak ceza siyaseti gereğince faile ceza verilmesinin uygun olmayacağını ifade eder. Bu nedenle bu karar, suçtan elde edilen ya da suçta kullanılan araçların müsadere sine engel olmaz.*"¹¹⁵⁷ Gedik de, hukuki niteliği güvenlik tedbiri olarak kabul edilen müsadereye hükmedilebilmesi için, varlığı ispatlanmış yasal tanıma uygun bir fiilin varlığı yeterli olduğuna göre, suçun haksızlık içeriğine etkisi olmayan etkin pişmanlık hallerinde fail cezalandırılmasa bile müsadere nin mümkün olduğunu belirtmektedir.¹¹⁵⁸ Ancak bazı hallerde etkin pişmanlık öngörülen şartın gerçekleşmesi sonucu müsadere fiilen mümkün olmayabilir. Örneğin, TCK'nın 289.maddesinin 2. fıkrası gereğince hacizli bir malı tasarruf amacı dışında kullanan kişi kovuşturma başlamadan önce eşyayı geri vermiş veya bedelini ödemişse –mağdura iade edilebilme imkanı bulunduğu- artık müsadere fiilen mümkün olmayacaktır.

Kaçakçılık Kanunu'nda konuya ilişkin bir düzenleme vardır. 13.maddenin 2.fıkrasına göre "*Etkin pişmanlık nedeniyle fail hakkında cezaya hükmolunmaması veya kamu davasının düşmesine karar verilmesi, sadece suç konusu eşya ile ilgili olarak müsadere hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil etmez*". Örneğin, etkin pişmanlık neticesi verilen bilgi ile failer yakalandığında kaçak eşya müsadere edilecekken hükümden yararlanan faile ait nakil aracı müsadere edilmeyecektir.¹¹⁵⁹

¹¹⁵⁷ Hamide Zafer, "Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçu (TCK m.188)", **İlaç Hukuku ve Etik Anlayışı**, Sempozyum No.2, 1.6.2007, 94-125, s. 29

¹¹⁵⁸ Gedik, age, s. 187

¹¹⁵⁹ ". "4926 sayılı Yasa'nın 31/son maddesinde ölüm, af, 34. maddeye göre ödeme veya zamanaşımı sebebiyle ceza soruşturma veya kovuşturmasının devamına olanak kalmayan hallerde, suç konusu olduğu belirlenen eşyanın zoralarına, suç konusu olmayan eşyanın iadesine karar verileceği öngörülmüş olup, nakil vasıtası aracın bizatihi kaçak olmadığı ve 4926 sayılı Yasa'da ödeme nedeniyle kamu davasının açılmaması halinde nakil vasıtası aracın müsadere sine olanak verecek bir

ddd. İşlenemez Suç

Failin işlemeyi istediği ve kanunda suç teşkil eden eylemi, kullandığı araçların elverişsizliği veya suçun maddi konusunun bulunmaması nedeniyle işleyemediği haller, öğretide işlenemez suç olarak ifade edilmektedir.¹¹⁶⁰ 5237 sayılı TCK bakımından ise aracın değil hareketin elverişsizliği halinde işlenemez suç sözkonusu olacaktır. Öldürülmek istenen kişinin zaten ölmüş olması, failin kendine ait eşyayı başkasının zannederek alması veya hamile olmayan kadın üzerinde çocuk düşürmek amacıyla operasyon yapılması hallerinde teşebbüsten farklı olarak tipik harekete uygun ve tehlikeli bir eylem bulunmamaktadır.¹¹⁶¹

765 sayılı Kanunda olduğu gibi 5237 sayılı Kanunda da işlenemez suça ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, uygulamada teşebbüsün koşullarının gerçekleşmediği kabul edilmektedir. Bizim de katıldığımız görüşe göre, bu halde failin cezalandırılması mümkün olmadığı gibi güvenlik tedbiri de uygulanamaz.¹¹⁶² Ayrıca aracın mutlak olarak elverişsizliği nedeniyle işlenemez suçun kabulü halinde, elverişli olmayan bir aracın suçun işlenmesine bir katkısının da bulunamayacağı düşünüldüğünde, müsaderenin “eşya ile suç arasındaki bağ” koşulu da gerçekleşmemektedir. Nispi olarak elverişsiz olan bir araç, örneğin faili öldürmeye yetersiz miktardaki zehir bulundurulması halinde ise Yargıtay teşebbüsün varlığına işaret etmiştir.¹¹⁶³ Eski kanundan farklı olarak yeni TCK’da teşebbüsün varlığı için ise aracın elverişliliği yeterli olmadığından hareketin elverişli olup olmadığına bakılarak karar verilecektir. Bu nedenle öldürmeye yetersiz kalan bir zehrin elverişli araç olmasına değil, hareketin bütünü itibarıyla öldürmeye elverişli

yasal düzenlemenin de yer almadığı gözetilmeden, nakil vasıtası aracın iadesi yerine yazılı şekilde müsaderesine karar verilmesi” (Yargıtay 7.CD 17.07.2006 7444E -14502K) Çağatay, s. 150

¹¹⁶⁰ Alacakaptan, İşlenemez Suç, s. 11 vd. “ Jan. Gen. Kom. Bölge Kriminal Lab. Şube Müdürlüğünün raporunda suç konusu maddenin 2313 sk. kapsamına giren uyuşturucu maddelerden olmadığına, Adli Tıp Kurumu Beşinci İhtisas Kurulunun raporunda ise sanıkta ele geçirilen 1.885 gram maddenin içindeki uyuşturucunun, eser miktarda olduğunun belirtilmesi karşısında, suçun maddi konusu olan uyuşturucu maddenin kullanmaya veya buna bağlı olarak uyuşturucu madde temin etme suçuna elverişli olmadığından, olayda işlenemez suç söz konusu olduğu gözetilmelidir.” Y10CD, 3.7.2007, 2006/9234, 2007/8332

¹¹⁶¹ İçel, Ceza Hukuku, s. 260

¹¹⁶² Bununla birlikte bazı sistemlerde suç benzeri hallerde de güvenlik tedbirleri uygulanabilmektedir. Yeni İtalyan Ceza Kanunu’nun 49.maddesi işlenemez suç halinde, güvenlik tedbiri uygulanmasını öngörmektedir. Burada kanuni tipe tam olarak uyan fiilin gerçekleştirilmiş olmamasına karşın, suça kesin bir tehlikelilik işaretinin var olduğu düşüncesini haklı kılacak biçimde yaklaşmış bir maddi fiilin var olduğu ifade edilmektedir. Aydın Ö, Emniyet , s. 29

¹¹⁶³ Y1CD, 16.05.1963-320/1134, Savaş/Mollamahmutoğlu, C.I., s 1199

olup olmadığına bakılması ve sonuca göre karar verilmesi gerekir. Aynı örnekte, hareket elverişsiz kabul edilse dahi, zehir suç oluşturan eşya ise müsadere edilir.

ee. İhmali Suçlarda Müsadere

Kanun müsadere için kasıtlı bir suçun işlenmesini aramaktadır. Bu suç, icrai bir hareketle olabileceği gibi ihmali bir hareketle de olabilir.¹¹⁶⁴ Yargıtay ise 765 sayılı TCK'nın 550.maddesine ilişkin olarak kararına konu olan bir olayda, ruhsatlı silahının küçüğün eline geçmemesi için gerekli tedbirleri almayan kişinin işlemiş olduğu suç bakımından, suçun ihmali suç olması nedeniyle müsaderenin mümkün olmadığına karar vermiştir.¹¹⁶⁵ Oysa ki, Yargıtay'ın diğer bazı kararlarında belirtildiğinin aksine burada sözkonusu silah bakımından müsaderenin uygulanmaması sırf suçun ihmali olması nedeniyle değil, müsaderenin koşullarının gerçekleşmemesi nedeniyledir.¹¹⁶⁶ Kanunilik ilkesi gereği silahın suçta kullanılmamış, kullanılmak üzere hazırlanmamış, suça tahsis edilmemiş veya suçtan elde edilmemiş olması, müsaderenin uygulanmasına engeldir. Aynı örnekte failin ihmali hareketi sonucu ölüm veya yaralanma sonucunun meydana gelmesi halinde failin kastı var ise suçun niteliği değişecek silah suçta kullanılan eşya olarak müsadere edilebilecektir.¹¹⁶⁷ Sonuç olarak sırf ihmali suçlarda herhangi bir aracın kullanılması sözkonusu olmadığından eşya müsaderesi de gündeme gelmeyebilecektir.¹¹⁶⁸

¹¹⁶⁴ İhmali suçlar, kanunda yer alan hareket yükümlülüğüne rağmen kanunun öngördüğü hareketi yapmamak suretiyle işlenen suçlar veya hukuksal olarak bir neticeyi önlemekle yükümlü kılınan bir kimsenin neticeyi önlemesi mümkün olduğu ve neticeyi önlemesi ondan beklenebilir olduğu halde, neticeyi önlememesi suretiyle işlenen suçlar olarak tanımlanabilir. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Seçkin Ankara, 2003, s. 33.

¹¹⁶⁵ “TCK'nın 36.madde sarahatı gözetilmeksizin ihmali bir hareketten (silahın temyiz kudreti bulunmayan çocuğun eline geçmesini önlemek için gerekli tedbirleri almamak) doğan fiilinden dolayı tabancanın müsaderesine karar verilmesi yolsuzdur. Y5CD, 10.3.1993, 172/1024. Yılmaz Z, Müsadere, s. 66

¹¹⁶⁶ Y2CD, 13.1.1987, 10153/105; Y2CD 23.05.2001- 13051/9478

¹¹⁶⁷ Yılmaz, meydana gelen olay bakımından sadece tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu yaralamaya sebep verme suçunun oluşabileceğini örnek göstermiş ve bu halde de taksirli suçlarda müsaderenin mümkün olmayacağını belirtmiştir. Oysa ki, ihmali bir eylem kasten de işlenebilir.

¹¹⁶⁸ Ancak ihmali de olsa kasten işlenen bir suçtan bir kazancın meydana gelmesi mümkündür. Örneğin TCK'nın 257.maddesinin 2.fikrasında düzenlenen görevi ihmal suçu bakımından, kamu görevlisinin belirli yönde icrai bir harekette bulunması gerektiğini bilmesine rağmen hareketi yapmayarak üçüncü kişilere haksız bir kazanç sağlamış olması mümkündür. Bu durumda haksız

İhmali suçların bir diğer biçimi olan ve icrai bir suçun ihmali davranışla işlenmesi anlamına gelen ihmal suretiyle icra suçlarında, eşya müsadere mümkündür. Yukarıda verdiğimiz örnekte, baba silahını açıkta bıraktığı bir odada öldürmek istediği kişi ile küçük çocuğunu bilerek ve isteyerek yalnız bırakmış ve çocuk da silahla oynarken babasının arkadaşının yaralanmasına veya ölümüne sebep olmuşsa silah suçta kullanılan araç olarak müsadere edilecektir.

ff. Suçların İçtimaı Halinde Müsadere

aaa. Genel Olarak

Ceza hukukunun ana kurallarından biri “ne kadar suç varsa o kadar ceza uygulanması” prensibidir. Bu itibarla, işlenen suçlardan biri hakkında müsadere öngörülmüşken diğeri bakımından müsadere mümkün olmaması önem taşımaz. Müsadere diğer suçun cezası ile birlikte veya ayrı olarak faile uygulanır. Ne var ki, kanunkoyucu bazı hallerde ceza siyaseti gereği birden fazla suçun işlenmesine karşın faile tek ceza verilmesini öngörmektedir. Bunlar TCK’nın 42 ve devamı maddelerinde düzenlenen bileşik suç (m. 42), zincirleme suç (m. 43) ve fikri içtima halleridir (m. 44). Biri diğerinin unsuru veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan bileşik suçun varlığı halinde faile sadece suçun birleşmiş halinden dolayı ceza verileceğinden unsur veya ağırlaştırıcı neden olan suç bakımından müsadere uygulanıp uygulanmadığı önem taşımaz. Örneğin yağma suçunu işleyen kimseye ayrıca cebir ve hırsızlık suçlarından değil sadece TCK’nın 148.maddesi uyarınca ceza verilecektir. Yağmanın kasıtlı bir suç olması nedeniyle suçta kullanılan silah vb. eşyanın müsadere mümkündür.¹¹⁶⁹ Kanunun aynı hükmünün birden fazla ihlali anlamına gelen zincirleme suç halinde de konu özellik arz etmez. Zincirleme suç halinde ihlal edilen kanun hükmü aynı hüküm olduğundan koşulları oluşmuşsa müsadere uygulanır. Suçun değişik zamanlarda her işlenişinde ayrı ayrı eşyalar kullanılmış veya tahsis edilmişse bunların hepsi müsadereye tabi

kazancın müsadere edilmemesi düşünülmemeyeceği gibi, TCK’nın 55.maddesi bakımından da müsadereye engel bir durum sözkonusu değildir.

¹¹⁶⁹ Benzer biçimde 15 yaşını bitirmiş bir kimseye cinsel saldırı (YTCK md 102) veya kaçırma ve alıkoyma (YTCK md 109) suçlarında da cebir veya tehdit (YTCK md 106, 108) unsur durumunda olup, bağımsızlıklarını yitirmiştir.

olur. Buna karşılık “fikri içtima” bakımından konu özellik arz etmekte olup aşağıda daha ayrıntılı inceleme ihtiyacı duyulmuştur. Bunların dışında özel norm-genel norm, tüketen norm-tüketilen norm, asal norm-yardımcı norm gibi görünüşte içtima hallerinde esasında eyleme uygulanacak tek bir hüküm olduğundan müsadereenin konusu da o hükme göre belirlenecektir.

bbb. Fikri İçtima

Ceza Kanunu’nun “fikri içtima” başlıklı 44. maddesine göre “*işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır*”.¹¹⁷⁰ Böylece, bir eylemin kanundaki birden fazla hükmü ihlal etmesi halinde faile cezaların toplanarak verilmesi kuralına istisna getirilmiş; bir fiilden dolayı failin birden fazla cezalandırılmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Ancak belirtmeliyiz ki, bu suçlar kanunda sadece cezanın belirlenmesi bakımından tek suç sayılmakta olup, bunun dışında her suç bağımsızlığını korumaktadır.¹¹⁷¹

Müsadereyle ilgili olarak fikri içtima bakımından ortaya çıkabilecek olan sorun, faile ağır olan suçun cezasının uygulanacak olması sebebiyle, ceza verilmeyen daha hafif olan suç karşılığı olarak müsadereenin öngörölmüş olması halinde bunun uygulanıp uygulanamayacağı sorunudur. Ağır olan suç nedeniyle de müsadere mümkün ise uygulamada herhangi bir sorun çıkmayacaktır. Ancak ceza verilecek olan ağır suç her zaman müsadereenin uygulanmasına elverişli olmayabilir. Örneğin, yeni aldığı arabanın maksimum hızını ve manevra kabiliyetini denemek için şehir içinde hız yaparak genel güvenliği kasten tehlikeye atan ralliçi, bir kimseye çarparak yaralanmasına sebebiyet verdiği ikinci suçun taksirli bir suç olması nedeniyle araç müsadere edilemeyecektir. Başka bir deyişle hız yapma eyleminin ikinci sonucu gerçekleşmeseydi otomobil genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulmasında kullanıldığından müsadere edilebilecekken, doğan daha ağır sonucun müsadereye engel olması gibi bir durum kabul edilebilecek midir?

¹¹⁷⁰ “Fikri İçtima” veya İÇEL’in deyimiyle “Düşünsel Birleşme”de, “eylemle ilgili birden çok norm bulunmakla birlikte, bu normlar çeşitli yönlerden eylemi kapsamlarına alarak çeşitli suçları sonuçladıkları halde, kanun koyucu suçların birden çok oluşuna önem vermeyerek failin sadece en ağır suçtan cezalandırılması ile yetinmektedir.” İçel, Görünüşte Birleşme, s. 36

¹¹⁷¹ İçel, Görünüşte Birleşme s. 36; İçel, Suçların İçtimalı, s. 251; Centel/Zafer/Çakmut, age, s. 497

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, bu konuyla ilgili önüne gelen bir olayda fikri içtima halinde her ne kadar hafif olan suçtan dolayı ceza verilmesi de, bu durumun suçların çokluğunu ortadan kaldırmayacağını, hafif olan suçun gerçekleşmiş olması sebebiyle bu suç nedeniyle müsadere uygulaması gerektiğini belirtmiştir.¹¹⁷² Kanaatimizce Yargıtay'ın ulaştığı sonuç doğru olmakla birlikte, burada “suçların çokluğu” tek başına hafif olan suçun karşılığı olarak müsadere hükümlerinin uygulanmasını açıklamamaktadır. Zira, fikri içtima halinde ağır olan suçun cezasının uygulanacağı, kararın verildiği 765 sayılı Kanun döneminde ve halihazırda açıktır. Kanaatimizce kanunkoyucunun, bir yandan failin lehine uygulama ile sanığa iki ayrı suçtan değil, ağır olan tek bir suçtan ceza vermeyi tercih etmesi, diğer yandan hafif olan suç karşılığı öngörülen müsadereyi de uygulaması, ancak müsadere tedbir niteliği ile açıklanabilir. Bir başka deyişle, müsadere tedbir olarak düzenlendiği hallerde tehlikeliliği ortadan kaldırmak amacı ve mahkumiyet şartının dahi aranmaması nedeniyle -fikri içtimaya rağmen- müsadere hükümleri uygulanabilmelidir. Zira, eylemin gerçekleşmesi ile ceza verilmesi dahi suçla korunan hukuki menfaat ihlal edilmiş ve eşyanın failin elinde bulunmasından kaynaklanan tehlike durumu ortaya çıkmıştır. Müsadere tedbir olarak düzenlendiği Zanardelli Kanunu döneminde de suçların içtima ile ilgili kuralların uygulanmasının, müsadereye engel olmadığı kabul edilmiştir.¹¹⁷³

Müsadere tedbirinin hukukumuzda güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiş olması sonucu faile o suçtan dolayı ceza verilmesi de şart değildir. Kaldı ki, fikri içtima kapsamındaki suçlar cezanın tayini dışında bağımsızlıklarını korumaktadırlar.¹¹⁷⁴ Bu nedenle fikri içtima kapsamında cezası az olan suçta kullanılan, tahsis edilen veya suçtan meydana gelen eşya koşulları oluştuğunda müsadere edilir. Buna karşılık -her ne kadar güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiş olsa da- müsadere tedbirinin ceza yönünün ve ihlale tepki olma özelliğinin ağır bastığı hallerde fikri içtimanın mantığı gereği müsadere tedbirinin uygulanmaması gerektiği kanaatindeyiz.

¹¹⁷² “Sanığın fiili, T.C. Yasasının iki ayrı hükmünün, 551 ve 459. maddelerini ihlal etmiş, ancak TCY.nın 79. maddesinde düzenlenen fikri içtima kuralı gereğince sanığın en ağır cezayı gerektiren TCY.nın 459/8. maddesi uyarınca sorumlu tutulması gerekmiştir. Ancak, bu uygulama suçların çokluğunu ortadan kaldırmaz. Esasen, TCY.nın 551. maddesindeki suç oluşmakla beraber, TCY.nın 79. maddesi hükmü karşısında sanığa ceza verilmemektedir. Ancak, bu hal meskun mahalde nedensiz yere ateş eden sanığın ruhsatlı tabancasının, TCY.nın 551. maddesine dayalı olarak; CYUY. nın 392. maddesi uyarınca yapılan bağımsız zoraltım davası sonucunda, zoraltımına engel oluşturmaz” YCGK, 12.11.1996, 2/195-206

¹¹⁷³ Aydın Ö, Malvarlığı, s. 145

¹¹⁷⁴ Gedik, age, s. 192,

Nitekim suçun işlenmesinde kullanılan eşyanın¹¹⁷⁷ suçla bağlantısı olmayan eşyadan ayırılması gerekir. Anayasa Mahkemesi, suçla ilgili olsa dahi “sadece taklit markayı taşıyan malların, etiketlerin, iş evrakının üretimi için özel olarak kurulmuş makine ve cihazların müsadere edilmesi taklit olunan marka yanında başka eşyayı da üreten cihaz ve makinaların ise müsadere edilmemesi gerektiğini hükme bağlamıştır.¹¹⁷⁸ Yargıtay da, 1984 tarihli bir kararında diş teknisyeni olan ve yetkisi olmadığı halde diş tedavisi ve çekimi yapan kişinin protez yapmada kullandığı malzemeler de dahil olmak üzere tüm malzemenin değil; fakat sadece diş tedavisi ve çekiminde kullanıldığı anlaşılan şeylerin müsaderesinin gerektiğine karar vermiştir.¹¹⁷⁹ Yine, “suçta kullanıldığı kabul edilen anahtar dışında sanıkta ele geçirilen bütün anahtarların müsaderesi”¹¹⁸⁰ “sanığın üzerinde yakalanan bıçaklardan hangisinin olayda kullanıldığı tespit edilmeden her iki bıçağın da müsaderesi”¹¹⁸¹ hukuka aykırı bulunmuştur.

Suçla, kanunda belirtildiği biçimlerde bağlantısı bulunmadıkça, suç işlendiği sırada failin üzerinde bulunan giysiler, ayakkabılar, saat, failin cebinde bulunan okuma gözlüğü vb. eşya müsadere edilmeyecektir. Yine, toplumsal karışıklık içinde kişilerin üzerinde bulunan baret ve gaz maskeleri tek başlarına herhangi bir suçun işlendiğine dair delil olmayacakları gibi suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlandığından da bahsedilemeyecektir. Kaldı ki, bunlar kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak bakımından tehlikeli de olmadıklarından müsadere edilemezler. Buna karşılık belirli bir suçun işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla failin kamufle olmak için taktığı kar maskesinin suçla bağlantılı olduğu kabul edilmelidir. Elbette bunun için bir suçun veya en azından teşebbüs aşamasına varması halinde mümkün olur.

Fail, sahip olduğu veya yanında bulundurduğu eşyalardan hangisi ile suçu işlemişse sadece onun müsaderesi gerekir. Örneğin, iki adet ruhsatlı av tüfeğine sahip olan kişi bir keklik avladığına göre sadece bir av tüfeğinin müsaderesi ile

¹¹⁷⁷ Suçun işlenmesinde kullanılan aracın ve suçun konusunun cezanın belirlenmesindeki etkisi hakkında bkz. Centel, 361 vd.

¹¹⁷⁸ AYM, 08.12.1983, 1981/10, 1983/16

¹¹⁷⁹ YCGK, 11.06.1984, 410/210 (Mollamahmutoğlu/Savaş s. 550)

¹¹⁸⁰ Y6CD, 25.3.1986, 73/3165

¹¹⁸¹ Y2CD 07.05.2007, 2619/6360

yetinilmelidir.¹¹⁸² Nitekim Yargıtay bir olayda, göçmenlerin tekneye bindirilmek üzere bekledikleri kamyonda ele geçirilmesi ve sanıkların da yakalanması nedeniyle teşebbüs aşamasında kalmış olan göçmen kaçakçılığı suçunda fiilen kullanılmamış olan Paradise adlı teknenin “suçta kullanılmamış olduğu” gerekçesiyle iadesi gerektiğine karar vermiştir. Kararın karşılığında ise “*bütün bu oluş içinde anlaşmaya bağlı olarak bu suç için hazırlanan teknenin de zorunluluğunun doğru olduğu*” savunulmuştur.¹¹⁸³ Gerçekten 5237 sayılı TCK bağlantıyı genişleterek suçun için hazırlanan eşya ile tahsis edilen eşyayı da müsadere kapsamında düzenlemiştir. Bu açıdan bakıldığında sözkonusu tekne suçta fiilen kullanılmamış olsa da suça tahsis edildiği kabul edilebileceğinden müsadere mümkündür.

Suçun işlenmesi veya sonucun gerçekleşmesi bakımından hiçbir etkisi olmayan eşyanın sırf failin yanında veya suç mahallinde bulunması nedeniyle suçta kullanıldığı veya suça tahsis edildiğinden bahisle müsadere mümkün değildir. Nitekim Yargıtay bir kararında izinsiz kazı yapılacak olan yere gitmek için kullanılan otomobilin “*olayda kullanılma zorunluluğu olmayıp neticenin elde edilmesine de bir katkıda bulunmayan, yalnızca kazı yapılan yere gelmek için kullanılan ve olay yerine 2 kilometre uzaklıkta bulunan aracın*” müsadere edilemeyeceğine karar vermiştir.¹¹⁸⁴ Görüldüğü gibi otomobil izinsiz kazı yapmak suçunun işlenmesini kolaylaştıran ya da bu suçun işlenmesini sağlayan bir araç olmadığından müsadere edilemeyecektir. Buna karşılık Yargıtay’ın kaçak emvalin kesilmesi ve nakli gibi orman suçlarında içinde gözcülük yapmakta kullanılan araçların müsadere edilmesi gerektiğini belirttiği çeşitli kararları bulunmaktadır.¹¹⁸⁵

Suçla doğrudan veya dolaylı olarak bağlantı, “suç yolu”nun (*iter criminis*) herhangi bir aşamasında olabilir. Sözkonusu eşya, suçun icrası sırasında veya icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra veya neticenin gerçekleşmesi aşamasında kullanılabilirdiği gibi suçun sadece hazırlık aşamasında da kullanılmış olabilir. Ancak hazırlık aşamasında kullanılan eşyanın müsadere edilebilmesi için eylemin teşebbüs aşamasına varmış olması, bir başka deyişle suçun icra hareketlerinin

¹¹⁸² Y7CD, 16.09.2002, 12086-11715. Buna karşılık diğer silahın suça tahsis edildiği anlaşılmakta ise onun da müsadere gerekir.

¹¹⁸³ Y8.CD, 05.04.2005, 2005/341, 2005/2011.

¹¹⁸⁴ Y11CD, 19.11.2003, 10364/8377 (Tan, age, s. 2082)

¹¹⁸⁵ Y3CD, 29.11.1999, 9100/15410; Y3CD, 06.07.1998, 6832/7907

başlamış olması gerekir.¹¹⁸⁶ Alman hukukunda hırsızlıkta kullanılan maymancuğun yapımında kullanılan eğe, yangın çıkarmak amacıyla eve girilmek için kullanılan anahtar, hırsızlık aletlerinin taşındığı çanta, suç yeri hakkında bilgi toplamak için faydalanılan motosiklet, suç mağdurunu suç işlenen yere götürülmesinde kullanılan otomobil gibi araçlar suçun işlenmesinde dolaylı da olsa kullanılmamış olmalarına karşın, eylemler en azından teşebbüs derecesinde kaldığında suçun hazırlığında kullanıldıklarından müsadere edilmektedir.¹¹⁸⁷ Ancak görüldüğü gibi bu durum suç ile eşya arasındaki bağı ve dolayısıyla müsaderenin kapsamını oldukça genişletmektedir. Buna karşılık Amerikan hukukunda kullanılan **kolaylaştırma ölçütü** suçla önemsiz veya rastlantısal bağlantısı olan eşyanın müsaderesini engellemektedir. Örneğin, bir telefon görüşmesinin yapılmış olduğu ev veya suç planının yapılacağı buluşmaya failin taşındığı araç bu şekilde müsadere edilmeyecektir.¹¹⁸⁸ Yargıtay'ın 1944 tarihli İBK kararında, suçta kullanılmak üzere hazırlanan eşyayı da içine katarak, suçta kullanılan eşyayı belirlemenin ölçütünü **suçun işlenmesini kolaylaştırma ve suçtan beklenen sonucun elde edilmesine yardım etme**" olarak belirtmiştir.^{1189 1190}

Yargıtay'ın bu konuda vermiş olduğu kararlardaki istikrarsızlıktan hareketle belirtmeliyiz ki, suçun işlenmesinde kullanılan eşya kavramının alanının belirlenmesi güçtür.¹¹⁹¹ Ancak müsaderenin bir yaptırım olması ve hukuk devletinin gereği olarak belirlilik ilkesine tabi olması, kanundaki ifadelerin yeknesak bir uygulamayı sağlayacak biçimde yorumlanmasını gerektirir. Failin üzerinde, yanında, evinde veya işyerinde bulunan herhangi bir eşyanın suçla bağlantısı kurulmadan müsaderesi hukuka aykırı olur. Bu bağlantının da somut dayanakları bulunmalı ve müsadere

¹¹⁸⁶ Sözüer, Alman s. 398

¹¹⁸⁷ Sözüer, Alman, s. 398

¹¹⁸⁸ Weld, age, s. 21

¹¹⁸⁹ "Suçta kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan şey'den maksat, suçun işlenmesini kolaylaştıran harici bir vasıta ki o vasıtanın cürümden maksut olan gaye ile münasebeti mücerret suçun işlenmesinden beklenen neticenin elde edilmesine yardım etmiş olmaktan ibarettir. Bu sebeple mal üzerinde işlenen suçlarda bir binaya girmeğe hizmet eden merdiven, sandık kıran veya çivi söken alet, kilit açan maymuncuk veya anahtar, kaçak maddeyi tartan ölçü, memnu maddelerin imal veya istihsalinde kullanılan alat ve edevat gibi şeyler suçta kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan şeylerdir. Fakat suça mevzu olan yani üzerinde suç işlenen şey değildir." YCGK, 5.1.1944, 1943/33, 1944/1.

¹¹⁹⁰ Yargıtay aynı kararda, suçun maddi konusunun yani üzerinde işlendiği şeyin, yasak eşyadan olmadığı sürece müsadereye tabi olmayacağını açıklamıştır. Buna göre suçun üzerinde işlendiği şey, ancak esasen yasak olması veya nicelik ve durumunda hile yapılarak yasak eşya haline gelmesi halinde mümkündür.

¹¹⁹¹ İçel/Akıncı-Sokullu/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, Yaptırım, s. 129

kararında da bu dayanaklara yer verilmelidir. Bu nedenle kanunda öngörülen bağlantı biçimlerinin içeriği objektif biçimde doldurulmalıdır. Ne yazık ki, Yargıtay uygulamasının bu konuda oldukça yüzeysel olduğu söylenmelidir. Uygulamada kanundaki kavramlara dahi dayanılmaksızın sadece “aracın müsadereesine” gibi genelgeçer ifadeler kullanıldığı görülmektedir.

bb. Eşyanın Suçun İşlenmesinde Kullanılması

Eşya ile suç arasındaki bağlantının kanundaki ilk görünümü “kullanma”dır. TCK’nın 54. maddesinin 1. fıkrasına göre “suçun işlenmesinde kullanılan eşya” müsadereye tabidir.

“Kullanma” sözlükte “bir şeyden belli bir amaçla yararlanmak” olarak tanımlanmaktadır. Fail, kural olarak kendine ait olan eşyadan, suçun işlenmesi amacıyla yararlandığında müsadere gündeme gelecektir. “Suçun işlenmesi”nden suçun maddi unsuru olan tipik hareketin yapılması mı, yoksa suçun öncesinde veya sonrasında gerek suçun işlenmesini kolaylaştırmak gerekse yakalanmamak için yapılan bütün hazırlıklar ve hareketlerin mi anlaşılması gerektiği tartışmalıdır. Örneğin, bir eve giren hırsızın ev sahibinin evde bulunması ihtimaline karşın üzerinde bulundurduğu ancak suçta kullanmadığı bıçak veya suçu işledikten sonra kaçmak için kullandığı otomobil suçta kullanıldığı gerekçesiyle müsadere edilecek midir? Yoksa bunlar suça tahsis edilen şeyler midir? Bu konuda ileri sürülen kriterler aşağıda ele alınmaktadır. Ancak öncelikle belirtmeliyiz ki, suçun işlenmesinde kullanılan eşyanın müsadere, işlenen suça nazaran ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında müsadereye hükmedilmeyebilecektir (TCK m. 54/3). Yukarıda orantılılık ilkesi başlığında bahsettiğimiz bu duruma örnek olarak traktörle tavşan avına çıkmış bir kişinin tüfeğinin müsadere ile yetinilmesi gerektiği, traktörün müsadere sinin ise hakkaniyete aykırı olacağı söylenmelidir.¹¹⁹²

¹¹⁹² Tan, age, s. 2079. Bu konuda ayrıntı için bkz. Yukarıda “Orantılılık İlkesi”.

aaa. Yaşamsal Bağ-Doğrudan İlişki Ölçütü

İtalyan öğretisi ve uygulamasına göre, suç ile eşya arasında **doğrudan, yaşamsal, acil ve etkili bir bağ** bulunması gerekmektedir. Bu ölçüte göre, o eşya olmasaydı suçun işlenemeyeceği kabul edilmedikçe müsadere sözkonusu olmamalıdır. İtalyan Yargıtay'ı fahişelik yapmakta kullanılan veya hırsızlık suçunu işledikten sonra kaçmakta kullanılan otomobilin müsadere edilemeyeceğine karar vermiştir.¹¹⁹³ Yargıtay'ımızın da bu yönde vermiş olduğu bir karara göre, Federal Almanya'dan gelen otobüste yapılan aramada, ele geçen kaçak eşyaların fazla miktarda olması ve yurda insan gücüyle taşınmasının mümkün olmaması gözönünde tutulduğunda, otobüsün müsaderesine karar verilmesi gerekir.¹¹⁹⁴ Bir başka kararda da, köyün içme suyu deposunda kullanılan bakır kablo ve paratoneri, hırsızlık suretiyle alıp satmak amacıyla işlenen suçta kullanılan aracın –üçüncü bir kimseye ait olmasının yanısıra- “suça konu eşyanın taşınması için kullanılmasının da zorunlu bulunmadığı gözetilmeden müsaderesine karar verilmesi”ni kanuna aykırı bulmuştur.¹¹⁹⁵ Bakıcı'ya göre de cinsel saldırı suçunun içinde işlendiği otomobil veya ev bu suçun işlenmesinde vasıta olmadığı için müsadere edilemez.¹¹⁹⁶ Buna karşılık, Yargıtay, zorla kadın kaçırılması suçunda kullanılan vasıtanın müsadere

¹¹⁹³ Aydın Ö, Emniyet, 192-193

¹¹⁹⁴ YCGK, 18.4.1983,1983/83, 1983/180. 2001 tarihli bir kararında ise Yargıtay, “nakil aracı olmaksızın bu miktar mazotun çalınamayacağından bahisle müsaderesine” hükmeden yerel mahkemenin kararını “sanıkların kamyonette bulunan bidonlara mazot doldururken yakalanmış olmalarına ve henüz kamyonetin kullanılmayıp neticenin elde edilmesine bir katkıda bulunmamış olması” nedeniyle bozmuştur (Y11CD, 04.10.2001, 7795/9025 bkz. Yılmaz Z., Müsadere, s. 47). Benzer biçimde “mağdurenin, içinde ırzına geçilmesine kalkışılan otomobilin suçta kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan eşya niteliğinde bulunmadığı” kabul edilmiştir (Y5CD, 31.3.1978, 117/1085 bkz. Yılmaz Z., Müsadere, s. 47). Görüldüğü üzere, eylemin teşebbüs aşamasında kalması halinde müsadere mümkün olmakla birlikte eşya ile suç arasındaki bağ kurulamayabilmektedir. Ancak 5237 sayılı TCK'nın 54.maddesinin 1. fıkrası kapsamında bunlar “tahsis” edilen eşya olarak müsadere edilebilir.

¹¹⁹⁵ Y15CD, 20.12.2012, 2012/18874, 2012/46072. “Suçta kullanıldığı iddia edilen 33 plakalı aracın trafikte ruhsat sahibi İbrahim adına kayıtlı olduğu anlaşılınca, bu kişinin usulüne uygun şekilde duruşmaya davet edilerek dinlenilmesi, var ise katılma talebi karara bağlandıktan sonra aracın müsaderesi yönünden sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik araştırma ile aracın 5237 sayılı TCK'nın 54. maddesi uyarınca müsaderesine karar verilerek 5271 sayılı CMK'nın 234 vd., 257/2. maddelerine aykırı davranılması,

Kabule göre de; Trafik tescil kaydına göre mülkiyeti İbrahim'e ait olan, noter tarafından yapılmış satış ve devri bulunmayan 33 plakalı aracın 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 5942 sayılı Kanunla değişik 20/d fıkrasının "noterce" yapılmayan her çeşit satış ve devirler geçersizdir, hükmü karşısında suça iştirak etmeyen ve suça konu eşyanın taşınması için kullanılmasının da zorunlu bulunmadığı gözetilmeden müsaderesine karar verilmesi”

¹¹⁹⁶ Bakıcı, Genel, s. 1239

edilmesi gerektiği görüşündedir.¹¹⁹⁷ O halde, aracın suça olan katkısı somut olayda suçun niteliğine göre değerlendirilecektir.

Alman hukukunda da kullanma bakımından eşya ve suç arasında doğrudan bir ilişkinin varlığı aranmaktadır. Hakaret içeriği olan bir mektubun yazılmasında kullanılan bilgisayarın müsadere konusunda Düsseldorf Eyalet Mahkemesi'nin 31.08.1992 tarihli kararı bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Mahkeme, hakaret suçunun işlenmesinde bilgisayarın sadece mektubun yazılmasında kullanıldığını belirterek Alm. CK'nun 74. maddesinde belirtilen koşulların oluşmadığına hükmetmiştir. Mahkeme, müsadere edilecek eşyanın, işlediği fiil açısından **asil araç olması** ve fiille **doğrudan bir ilişkisi olması** gerektiğini belirtmektedir. Olayda ise bilgisayar fail tarafından asil araç olarak kullanılmamıştır.¹¹⁹⁸ Bilgisayar olmasaydı da mektubun elle yazılması mümkün olduğundan suç ile eşya arasında doğrudan ve yaşamsal bir bağ sözkonusu değildir.

İtalyan Yargıtayı'nın bir dönem aramakta olduğu yaşamsal nedensellik ilişkisinin, suçun işlenmesini kolaylaştıran eşyayı kapsamaması nedeniyle sağlam bir ölçü olmadığı ileri sürülmüştür. Yargıtay sonraki bir kararında buna işaret etmiştir. Aydın'a göre de suçun işlenmesinde anormal biçimde ve yalnızca tesadüfi olarak kullanılan araçların da müsadere edilmesi gerekir.¹¹⁹⁹

bbb. Kolaylaştırma Ölçütü

Yargıtay'ın eski tarihli bir İçtihadı Birleştirme Kararı'na göre "suçun işlenmesinde kullanılan eşya" suçun işlenmesini **kolaylaştıran ve suçtan beklenen sonucu elde etmeye yardımcı olan dışsal araçlardır**.¹²⁰⁰ Bu tür eşya suçun işlenmesi bakımından zorunlu olmamakla birlikte faile yardımcı olan eşyadır. Örneğin, üçüncü kattaki bir daireye girmek için kullanılan merdiven hırsızlık suçunun işlenmesi bakımından zorunlu bir araç iken, zemin kattaki dairenin penceresine tırmanmak için suçu kolaylaştıran bir araç olarak kabul edilebilir.

¹¹⁹⁷ Y5CD, 13.12.1983, 3319/4274 (Çağlayan, age, s. 319)

¹¹⁹⁸ OLG Düsseldorf, 31-08-1992 tarihli kararı - 1 Ws 790/92, NJW 1992, Sh. 3050

¹¹⁹⁹ Aydın Ö, Emniyet, s. 193

¹²⁰⁰ Aydın Ö, Emniyet, s. 191; Önder, C.III, s. 95; Erem, TCK Şerhi, C.II, s. 387; Majno, C.I, s. 134. Gökçen'e göre ise suçun işlenmesinde kullanılan eşyadan anlaşılması gereken, suçun işlenmesini kolaylaştıran, suçun işlenmesi ile doğrudan ilişkisi olan şeydir. Gökçen, Elkoyma, s. 94

Öğreti ve uygulamada, öldürme suçunda kullanılan silah, örgüt toplantılarının yapıldığı veya fidye almak için kaçırılan kişilerin saklandığı daireler, suçun işlenmesinde kullanılan otomobiller, kaçak malların taşınması için kullanılan gemiler,¹²⁰¹ müessir fiil suçunun işlenmesinde kullanılan bıçak, hırsızlık suçunun işlenmesinde kullanılan otomobil,¹²⁰² bir binaya girmeye yarayan merdiven, sandık kıran veya çivi söken alet, kilit açan maymuncuk veya alet, kaçak maddeyi tartan terazi,¹²⁰³ sarhoşluk suçunda saldırı aracı olarak av tüfeği¹²⁰⁴ veya tabanca,¹²⁰⁵ çevre ve insan sağlığı için zararlı nitelikte olan atıkların nehre dökülmesi için bu atıkların taşınmasında kullanılan kamyon, yasadışı atık ticaretinde kullanılan gemi, fabrikadan çıkan zehirli atıkların toprağa gömülmesinde toprağı kazmak için kullanılan kepçe, kazma, kürek ve benzeri araçlar¹²⁰⁶ suçta kullanılan eşya kapsamına girmektedir. Görüldüğü üzere bu kritere göre, suçu kolaylaştıran ve yardımcı olan herhangi bir aracın, sınırlandırma olmaksızın suçta kullanıldığı kabul edilebilecektir.

ccc. Suçun İcrası Sırasında (Tipik Hareketlerin Gerçekleştirilmesinde) Kullanma Ölçütü

Suçun işlenmesine katkıda bulunan eşya, “suç yolu”nda (iter criminis) farklı aşamalarda kullanılmış olabilir. Bir görüşe göre, TCK’nın 54.maddesinin 1. fıkrası kapsamında “suça tahsis edilen eşya” suçun icra hareketlerinin gerçekleştirilmesinden önce veya sonra kullanılan araçlardır. Buna göre, suçun icrası sırasında katkı sağlayan araçlar ise “suçta kullanılan eşya” olarak müsadere edilmelidir.¹²⁰⁷ Yargıtay’da zaman zaman bu ölçüte başvurmaktadır.

¹²⁰¹ Evik, Çıkar, s. 341

¹²⁰² Sözüer, Alman, s. 399

¹²⁰³ YİBK, 5.1.19441943/33, 1944/1

¹²⁰⁴ YCGK, 23.06.2980, 200/255

¹²⁰⁵ Y2CD, 09.02.1996, 966/1255

¹²⁰⁶ Özcan, Şirketler, s. 170. Failin atıklardan yasadışı bir biçimde kurtulması için kullandığı araçların müsaderesinin etkin bir önlem olduğu hususunda. Bkz. Sadeleer, de Nicolas: “La répression des infractions en matière de gestion des déchets”, Environmental Crime in Europe, s. 69.

¹²⁰⁷ Bakıcı, Genel, s. 1240; Tan, age, s. 2081; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan /Tepe, Ceza Hukuku, s. 593; Centel/Zafer/Çakmut, age, s.457

Bu görüşe göre, suçun işlenmesinde kullanılan eşya, suçun **kendileriyle işlendiği, suçun gerçekleşmesinde fiilen kullanılan şeylerdir.**¹²⁰⁸ “Suçun işlenmesinde kullanma”dan, sonucun gerçekleştirilmesine yönelik **tipik hareketin gerçekleştirilmesi** anlaşılmaktadır.¹²⁰⁹ Kasten öldürme suçunda maktülün yaşam hakkını sona erdiren bıçak buna örnek olarak gösterilebilir. Yine failin yolda yürüyen bir kadına arkadan yaklaşip çantasının sapını kopardığı bıçağın -tipik olan “faydalanma amacıyla alma”yı sağlamaya yönelik olduğu ve- suçta kullanılmış sayılacağına tereddüt yoktur. Hırsızlık amacıyla kasanın açılmasında kullanılan matkap veya çalınanların evden çıkartılması için kullanılan çuvallar tipik hareketlerin gerçekleştirilmesini sağlamaktadır. Buna karşılık, öldürmek amacıyla maktülün evine girmek için kullanılan maymuncuk, tipik hareket düşünüldüğünde suçta kullanılan eşya sayılmayacaktır.

Göçmen kaçakçılığı suçuna ilişkin bir kararda Yargıtay, “*suçun icra hareketlerinde doğrudan kullanılmayan 2 adet cep telefonu ve 1 adet sim kartın iadesi yerine müsaderesine karar verilmesi*” bozma nedeni sayılmıştır.¹²¹⁰

ddd. Taşıma Aracının Müsaderesi Bakımından “Kullanma”

Kaçakçılık suçlarında taşıma aracının müsaderesi bakımından “kullanma”nın ölçütü 5607 Sayılı Kaçakçılık Kanunu’nda belirlenmiştir. Zira, kaçak eşya zaten 54.maddenin 4.fıkrası gereğince müsadere edilecektir. Bu eşyanın taşınmasında kullanılan araç ise, genellikle kaçak eşyadan daha değerlidir. Bunların üçüncü kişiye ait olma olasılığı da yüksektir. Bu nedenle, taşıma aracının müsaderesi, aracın kaçak eşyanın taşınması bakımından mutlaka gerekli olması esasına dayanmaktadır.

Kaçakçılık Kanunu’nda suçun işlenmesinde kullanılan veya kullanılmaya teşebbüs edilen taşıma araçlarının müsadere edilebilmesi için bazı koşullar öngörülmüştür.¹²¹¹ Buna göre; a) Kaçak eşyanın, suçun işlenmesini kolaylaştıracak

¹²⁰⁸ Sözüer, Organize, s. 204, 259

¹²⁰⁹ Hafizoğulları, s. 97; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan /Tepe, Ceza Hukuku, s. 593; Tan, age, s. 2078

¹²¹⁰ Y9CD, 10.02.2010, 2012/3702, 2013/1785.

¹²¹¹ Benzer koşulları mülga 4926 sayılı Kanun’un 20.maddesinde de düzenlenmiş idi. Bu nedenle bu konuda yeteri kadar içtihat bulunmaktadır. Belirtmeliyiz ki, gerek mülga 4926 gerekse 5607 sayılı

veya fiilin ortaya çıkmasını engelleyecek şekilde özel olarak hazırlanmış gizli tertibat içerisinde saklanmış veya taşınmış olması b) Kaçak eşyanın, taşıma aracı yüküne göre miktar veya hacim bakımından tamamını veya ağırlıklı bölümünü oluşturması veya naklinin, bu aracın kullanılmasını gerekli kılması, c) Taşıma aracındaki kaçak eşyanın, Türkiye'ye girmesi veya Türkiye'den çıkması yasak veya toplum veya çevre sağlığı açısından zararlı maddelerden olması, koşullarından birinin bulunması gerekir. Madde metninde anlaşıldığı üzere bu koşullardan birinin varlığı nakil aracının müsaderesi için yeterlidir, hepsinin bir arada bulunması gerekmez.¹²¹²

TCK'nın 5.maddesinin 2009 yılında yürürlüğe girmesi ile 2007 tarihli olan Kaçakçılık Kanunu'nun özel hüküm niteliğinde olan 13.maddesinin uygulanma imkanı kalmadığı söylenebilir. Bununla birlikte kanaatimizce, 13.maddede “aşağıdaki koşullardan birinin gerçekleşmesi gerekir” şeklindeki ifadeye rağmen, 1. fıkranın (a), (b) ve (c) bentlerindeki düzenlemeler “kullanma”ya ek koşullar olmayıp, taşıma aracının suçta kullanılmış olup olmadığını tayin etme bakımından getirilen kriterlerdir ve TCK'nın genel hükümlerine de aykırılık oluşturmamaktadırlar. Yargıtay da, 5.maddenin yürürlüğe girmesine karşın aynı 13.madde kriterlerini uygulamaya devam etmektedir.

13.maddenin 1. fıkrasının (a) bendine göre eşyanın suçta kullanılmış veya kullanılmaya teşebbüs edilmiş sayılması için birinci olasılık, “Kaçak eşyanın, suçun işlenmesini kolaylaştıracak veya fiilin ortaya çıkmasını engelleyecek şekilde özel olarak hazırlanmış gizli tertibat içerisinde saklanmış veya taşınmış olması”dır. Gizli tertibat, ancak yoğun ve dikkatli bir aramayla bulunabilecek tertibattır. Öğreti ve uygulamada eskiden beri “zula yeri”, 5607 sayılı kanunda ise “gizli tertibat” olarak tabir edilen yerde saklanmış ve taşınmış olma koşulu, eşyanın kolayca bulunmasına yönelik tertibatları kapsamaz. Örneğin, sigaralardan iki kartonun taşıma aracının torpido kısmında, kalan 203 kartonun ise bagajda ele geçmiş olması nedeniyle taşıma aracının müsaderesi hukuka aykırıdır.¹²¹³ Taşıma aracının far boşluğu gibi doğal

Kanunlarda “kullanma” ibaresi yer almasına karşın, öğretisi ve içtihatlarda taşıma aracının müsaderesi bakımından “tahsis” kavramı kullanılmaktadır.

¹²¹² Ne var ki Yargıtay, bir kararında gizli bölmede bulunsa bile 9 kilo incirin, ağırlığında yolcu taşımaya mahsus otobüsle naklinde, müsaderesini yasaya aykırı bulmuştur. Böylelikle Yargıtay, Kanun'un açık lafzına karşın 13. maddenin 1. fıkrasının (a) bendindeki kaçak eşyanın gizli bölmeden bulunmasını yeterli saymamış, ayrıca (b) bendindeki eşyanın hacim ve miktar koşulunu da aramıştır. (Y7CD, 25.04.1973-4614/4840) Yargıtayın ulaştığı sonuç adalet duygusuna ve orantılılık ilkesine uygun olmakla birlikte yeni yasaya aykırıdır.

¹²¹³ Y7CD, 07.03.2007, 11969/1367. karşı oyda ise “taşıma aracı yükünün miktar ve hacim olarak tamamı kaçak sigara olduğundan...zoralarının doğru olduğu” şerh düşülmüştür.

boşlukları da, gizli tertibat olarak kabul edilmemektedir. Bunun için özel bölmelerin oluşturulması aranmaktadır. Ayrıca aracın tek başına zulalı olması da müsadere için yeterli değildir. Zulalı aracın fiilen kullanılması gerekir.

Kaçakçılık Kanunu'nun 13.maddesinin (b) bendine göre kaçak eşya taşınmasında kullanılan aracın müsadere için ikinci olasılık, *“kaçak eşyanın, taşıma aracı yüküne göre miktar veya hacim bakımından tamamını veya ağırlıklı bölümünü oluşturması veya naklinin, bu aracın kullanılmasını gerekli kılması”*dır. Yargıtay'ın eski tarihli bir kararına göre kaçak eşyanın miktarına göre treylerin bu iş için gerekli olamayacağı gözetilmeden müsadere hukuka aykırıdır.¹²¹⁴ Benzer biçimde, *“Suça konu silahların (27 adet tabanca ve eklerinin) bu işe özgülenmiş bir araçla naklinde zorunluluk olmadığı ve zula yeri olarak kabul edilemeyecek araç stepne lastiği içinde ele geçirilmiş olması karşısında aracın sahibine iadesi”*¹²¹⁵ gerektiği belirtilmektedir. Başka bir olayda da Yargıtay *“mazotun toplum ve çevre sağlığı açısından zararlı bir madde olmadığı gibi Türkiye'ye girmesinin de yasak bulunmadığı ve 18000kg taşıma kapasitesine sahip olan nakil aracında 850 litre kaçak mazot taşındığı cihetle aracın taşıma kapasitesi ve taşınan eşya miktarına nazaran suç konusu eşyanın araçtaki yükün hacim bakımından tamamını veya ağırlıklı bölümünü oluşturmasının da sözkonusu olamayacağı”*na karar vermiştir.¹²¹⁶ Kaçak eşyanın (mazotun) bir kısmının satılmış olması nedeniyle elkonulamamış olması ve taşıma aracında başka bir eşyanın da bulunmaması halinde ise Yargıtay, taşıma aracına yüklenen toplam yükün (mazotun) taşıma aracının yüküne göre miktar ve hacim bakımından tamamını oluşturduğunu kabul etmektedir.¹²¹⁷ Nakil aracının

Bazen gizli bölmenin gizlenmiş eşya miktarı azlığından araçta bulunsa bile aracın esasen kaçakçılık nakline tahsis edilmediğinden müsadere edilmeyeceğini öngören Yargıtay kararları bulunmaktadır.Y7CD, 25.04.1973-4614/4840

¹²¹⁴ YCGK, 08.11.1971, 290/373 (Gözübüyük, age, s. 358)

¹²¹⁵ Y8CD, 22.06.2009 gün ve 4080-9471 sayılı bozma kararı için bkz. YCGK, 9.11.2010, 2010-134, 2010-217

¹²¹⁶ Y7CD, 18.06. 2007, 7529-4856. Karşı oy kullanan üyeye göre ise “zoralımına karar verilen tankerde 1250 litre mazot yakalanmış bunun 850 litresinin kaçak olduğu tespit edilmiş olup miktarlar oranlandığında miktar ve hacim olarak aracın yükünün ağırlıklı bölümünü teşkil ettiği açıktır”. Kanaatimize göre KK'nın 13.maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi oranlamanın “taşıma aracı yüküne göre” yapılmasını aradığından Yargıtay'ın hesabı hatalıdır.

¹²¹⁷ Y7CD, 12.03.2007, 37074-1559. “Sanık ifadesinde kamyon kasasında ve evinde ele geçirilen mazotu Başkale ilçesine muhtelif tarihlerde giderek kaçakçılardan altı ayrı seferde satın alıp Van ili merkezine getirerek burada biriktirip sattığını açıklamış olup, sanığın mahalle arasında kaçak mazot satımında kullandığı kamyonun kasasında 4 jelikan içinde 240 litre mazotun yanısıra boş jelikanlar ile tenekelerinde ele geçirildiği cihetle, nakil aracına yüklenen mazotun bir kısmının sanıkça yakalanmadan önce satılmış bulunması nedeniyle zaptedilemediği ve araca yüklenen mazotun miktarının ele geçenden çok daha fazla olduğu gibi, araçta kaçak mazotun dışında başka herhangi bir

müsaderesine karar verildiği bir Ceza Genel Kurulu kararında karşı oy kullanan üyelerin görüşleri dikkat çekicidir. Karşı oyda ayrıntılı olarak KK m. 13/1-b hükmünden ne anlaşılması gerektiği açıklanmaktadır: Somut olayda, 699 karton yabancı menşeli sigara nakil aracında ele geçirilmiş olsa da, karşı görüşteki üyeler, yüklendiği Suriye sınırına kadar araçsız olarak insan gücüyle taşınıp sonradan araçla nakledilmesi halinde bu aracın kaçak eşya nakline tahsis edildiğinin (kullanıldığı) kabul edilemeyeceğini belirtmişlerdir.¹²¹⁸ Nitekim, Yargıtay'ın yerleşik içtihadına göre nakil aracının müsaderesi için aracın eşyanın taşınması bakımından gerekli olması aranmaktadır. Yine karşı oyda belirtildiği üzere *“taşımada kat edilen mesafenin aracın kaçak eşyayı taşımada tahsis edilmesinde bir önemi yoktur. Önemli olantaşınan eşyanın miktar ve hacminin aracın taşıma kapasitesine oranıdır.”* Bu itibarla, dava konusu araç 1605 kilogram ağırlığında olup hacmi 4 metreküp civarındadır, açık kasalı olan aracın hacmi gerektiğinde artırılabilir. Taşınan sigaralar ise 140 kilo ağırlığında ve 1.3 metreküp hacminde olup taşıma aracının taşıma kapasitesi gözönünde bulundurulduğunda ağırlıklı bölümünü de oluşturmamaktadır.¹²¹⁹

Nakil aracının müsaderesini gerektiren bir diğer olasılık, taşıma aracındaki kaçak eşyanın, Türkiye'ye girmesi veya Türkiye'den çıkması yasak veya toplum veya çevre sağlığı açısından zararlı maddelerden olmasıdır. Uyuşturucu maddeleri veya ülkeye sokulması yasak olan kimyasal silahları taşıyan nakil aracı, somut olayda gerekli olmasa ve gizli tertibat içermese bile suçun işlenmesinde kullanılmış sayılarak müsadere edilir.

eee. Değerlendirme

Genel müsadere yasağı ilkesi gereğince, suç ile eşya arasında bir bağlantı olması gerektiği daha önce belirtilmiştir. Mesele bu bağlantının ne şekilde kurulduğuna ve yoğunluğuna ilişkindir. Kanaatimize göre, müsaderede orantılılık ilkesi gereğince suçta kullanılan her şey müsadere edilmemelidir. Eşyanın **suçun**

eşyada bulunmadığından, sanığın kamyonu yüklediği toplam mazotun taşıma aracının yüküne göre miktar ve hacmi bakımından tamamını oluşturduğu kabul edildiğinden tebliğnamedeki düşünceye iştirak edilmemiştir”

¹²¹⁸ YCGK, 27.03.2012, 2011-7-346

¹²¹⁹ Çilesiz, age, s. 506

maddi unsurunu gerçekleştirmek bakımından yararlı olması şarttır. Suçun işlenmesine maddi ya da manevi bir katkı sağlamamış olup tehlikeli de olmayan bir şeyin müsadere, meşru bir amaç taşımamaktadır. Örneğin, failin sürekli kullandığı numaralı gözlüğü suç sırasında üzerinde olsa da, müsadere edilemez. Buna karşılık banka kasasını kesici bir aletle açarken gözlerini korumak için kullandığı kaynak gözlüğünün suçun işlenmesine katkıda bulunduğu tartışmasızdır. Suçu kolaylaştıran her türlü aracın müsadere kapsamı fazla genişleteceği gibi, yaşamsal bağ ölçütü de fazla daraltabilir. Kanaatimizce hakim, somut olayın özelliklerine göre her iki ölçütten de yararlanarak eşyanın suça katkısını değerlendirmelidir.

Şeyin suçta kullanılabilmesi yeterli olmayıp, **fiilen kullanılmış olması** gerekir.¹²²⁰ Örneğin, kavgada ihtiyaç duyabileceği düşüncesiyle yanına aldığı ruhsatlı silahı hiç cebinden çıkarmayan sadece yumruklarını kullanan kişinin silahı veya kapıyı açmak için yanına aldığı maymuncuğu kapı açık olduğu için kullanmayan hırsızın yanında bulunan maymuncuk suçta kullanılan eşya olarak müsadere edilemeyecektir.¹²²¹ Yargıtay'ın önemli bir kararına göre, yakalandığında sanığın üzerinde ele geçen ve emanete alınan bıçağın, yağma suçunun işlenmesinde kullanılmadığı halde müsadere hatalıdır.¹²²² Bununla birlikte Yargıtay bazen fiilen kullanmayı geniş yorumlamaktadır. Mahkemenin, *“sanık tarafından kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun işlenmesi sırasında pompalı av tüfeği ile birlikte av tüfeğinin içinde bulunan av fişekleri de kullanılmıştır. Nitekim sanık, av tüfeğinin ateş etme özelliğine dayalı olarak insanlar üzerinde öldürücü ve yaralayıcı özelliğinin oluşturduğu tehdidi kullanarak eylemini gerçekleştirmiştir. Başka bir anlatımla, suçun işlenmesinde sadece pompalı av tüfeği değil av tüfeğinin içindeki av fişekleri de kullanılmıştır. Bu nedenle, yerel mahkemece suçun işlenmesi sırasında av tüfeğinin içinde bulunan ve suçun işlenmesinde kullanılan av fişeklerinin 5237 Sayılı T.C.K.nun 54/1. maddesi uyarınca zoraltımına karar verilmesi yerindedir”*¹²²³ şeklindeki yorumu önemlidir.

¹²²⁰ Aydın Ö, Emniyet, s 191; Önder, C.III, s. 95; Erem, TCK Şerhi C.2, C.II, s. 387; Majno, age, s. 134

¹²²¹ Yaşar/Gökcan/Artuç, age, s. 1763. Ancak bu tür eşya suçun işlenmesine “tahsis edilen” eşya olarak müsadere edilebilir. Alman hukukunda fiilen kullanma gerekli olmayıp, eşyanın fail tarafından suçun işlenmesi için hazırlanmış olması yeterlidir. Örneğin, hırsızlık için evin kapısını açmak üzere hazırlanan maymuncuğun suçun işlenmesi anında kullanılmaması durumunda dahi müsadere mümkündür. Sözüer, Alman, s. 398

¹²²² Y6CD,10.5.2007, 2006/20895

¹²²³ YCGK, 2.10.2012, 2011/8-778, 2012/1795

Müsadereye karar verilebilmesi için eşyanın **suçta fiilen kullanıldığıının ispatlanması** gerekir.¹²²⁴ Gereğede belirtildiği üzere müsadereye hükmedilebilmesi için bir suçun işlenmesi yeterli olup, mahkumiyet kararına gerek bulunmasa da, eşya ile suç arasındaki “kullanma” şeklindeki bağın yargılamanın sonucunda her türlü şüpheden uzak bir biçimde kurulması şarttır. Yargıtay’ın, “*sanık tarafından teslim edilen silahın olayda kullanılıp kullanılmadığı araştırılarak sonucuna göre suçta kullanıldığı saptandığı takdirde müsadere edilmesi*” gerektiği¹²²⁵; “*uyuşturucu madde naklinde kullanıldığı saptanamayan aracın*” müsadere edilemeyeceği,¹²²⁶ “*zoralmına karar verilen bıçağın olayda kullanılan bıçak olmadığı anlaşıldığında iadesi*”¹²²⁷ gerektiği yönündeki kararları bu koşula işaret etmektedir. Fiilen kullanmanın somut dayanakları olması gerekir. Aksi halde müsadere hukuka aykırı olur. Bu duruma “*...Polis Kriminal Laboratuvarı'nın ... günlük raporunda üzerinde esrar kalıntıları olduğu belirtilen, bu şekilde suçta kullanıldığı anlaşılan 2 adet hassas terazinin TCK'nın 54. maddesi gereğince müsaderesi yerine iadesine karar verilmesi*”¹²²⁸ yönündeki kararı örnek olarak gösterilebilir. Yine, eşyanın önceden bir suçta kullanılmış olması yeterli değildir. “*Daha önceden kaçak eşya naklinde kullanılmış olan bir araçla sonradan da kaçak eşya nakledilmesi halinde, bu aracın kaçak eşya nakline tahsis edilmiş bir araç olarak kabulü hukuki değildir...farklı karar ve kasıtlı işlenen her kaçakçılık olayının her birini diğerinden bağımsız olarak değerlendirmek gerekir.*”¹²²⁹

Eşyanın faydalı olup olmadığı somut olaydaki suç tipine göre değişiklik gösterecektir. Bu açıdan tipik hareketlerin işlenmesinde kullanma ölçütü yardımcı olacaktır. Örneğin, öldürme suçu bakımından silah işlevsel bir araç iken, ruhsatsız silah bulundurma bakımından otomobil aynı fonksiyona sahip değildir.¹²³⁰ Bununla birlikte otomobille bir bavul dolusu ruhsatsız silahın alıcısına götürülmek üzere

¹²²⁴ YCGK, 08.02.1988, 547/16; Y9CD, 08.09.2011, 2012/9834, 2013/3542.

¹²²⁵ Y4CD, 07.04.1993, 1275/2754 (Bakıcı, Genel, s.1239)

¹²²⁶ Y10CD, 16.11.2006, 2006/11480-2006 /12712.

¹²²⁷ Y1CD, 14.03.2007, 4040/1489. Benzer şekilde rüşvet ve edimin ifasına fesat karıştırma suçları bakımından “Mahkumiyete konu suçların işlenmesinde kullanıldıklarına, suçların işlenmesine tahsis edildiklerine veya suçtan meydana geldiklerine dair delil bulunmayan sanıklara ait cep telefonlarının ve sim kartların TCK'nın 54. maddesi uyarınca müsaderesine karar verilemeyeceğinin gözetilmemesi” yasaya aykırıdır. Y5CD, 5.6.2012, 2012/2125, 2012/6263.

¹²²⁸ Y10CD, 22.11.2011, 2008-17466, 2011-57348.

¹²²⁹ Y7CD, 19.03.2008, 2009/5137, 2011/15783.

¹²³⁰ Tan, age, s. 2078

yakalanması halinde artık otomobil doğrudan suçta kullanılan eşya olarak müsadere edilecektir. Bu itibarla **eylemin tipik unsurunu gerçekleştirmeyi sağlayan eşyanın** suçta kullanıldığında tereddüt etmemek gerekir. Bununla birlikte, suçun işlenmesinde kullanılan eşyanın fiilen kullanılması yeterli olup önceden hazırlanmış veya tasarlanmış olması gerekmez, tesadüfi olarak suçta kullanılan şeyler de müsadere edilebilir. Örneğin, hırsızın çalmak istediği eşyayı çalıp dışarı çıktığı sırada, polisi aramak üzere olan bekçiyi engellemek amacıyla ve ani bir kastla bekçiyi çakı bıçağıyla yaralaması eyleminde, hırsızın evde bekçi olduğunu bilmemesi veya bekçiyi etkisiz hale getirmeyi planlamamış olması önemli değildir. Kullanmak üzere hazırlamadığı ancak her zaman cebinde duran çakı bıçağını tesadüfi olarak kullanmasının bir önemi yoktur. **Bu itibarla suçun icrası sırasında kullanılan şeyler müsadere edilmelidir.** Önemli olan eşyanın fiilen suçun işlenmesinde kullanılmış olmasıdır. Yine hırsızlık için silahsız olarak girdiği evde evsahibinin uyanması üzerine paniğe kapılan failin oradaki bir vazo ile evsahibinin başına vurarak öldürmesi olayında, vazo suçun işlenmesinde kullanılmıştır; ancak müsadere edilemez. Bunun nedeni vazanın suçta tesadüfi olarak kullanılması değil, mağdura ait olmamasıdır.

cc. Eşyanın Suça Tahsis Edilmesi

Kanunkoyucu 54.maddede eşyanın suçun işlenmesinde kullanılmasını yeterli görmemiş, suçun işlenmesine “tahsis edilen eşya”yı da eşya müsadere kapsamında düzenlemiştir. Ancak tahsisten ne anlaşılması gerektiği ne kanunda ne de gerekçede açıklanmamıştır. Bu nedenle tahsis edilen eşyanın gerek “suçun işlenmesinde kullanılan eşya”dan gerekse bir sonraki başlıkta inceleyeceğimiz ve yine 54.madde kapsamında düzenlenen “suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya”dan farkını ortaya koyacak biçimde açıklamak gerekir.

Mehaz Alman Ceza Kanunu'nun 74.maddesine göre, kasıtlı bir suçun hazırlanmasında veya işlenmesinde kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanmış olan eşya müsadere edilir.¹²³¹ Kanunda tahsis kavramı kullanılmamakla beraber, “işlenmiş bir suçun hazırlığında kullanılan” veya “o suçta fiilen kullanılmasa da

¹²³¹ Maddenin Almanca'dan çevirisi için bkz. Yenisey/Plagemann, s. 111; İngilizce metin için bkz. http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p0622

kullanılmak üzere hazırlanan eşya”, eşya müsaderesi kapsamında değerlendirilmektedir. Öğreti ve içtihadın bu konuda kullandığı ölçüt “*eşyanın suçun işlenmesine herhangi bir biçimde yarayışlı olması, bir nedensellik değeri taşıması*”dır. Failin suç işleme kararını psikolojik olarak destekleyen şeylerin dahi suçta kullanılan eşya olarak müsaderesi gerektiği belirtilmektedir. Failin olası bir trafik kontrolünden sıyrılmak amacıyla geçerliliğini yitirmiş bir sürücü belgesi ile otomobil kullanması olayında, mahkeme geçersiz sürücü belgesinin failde yakalanma riskini azaltacağı düşüncesini doğurduğu, bunun ise suç kararını güçlendirdiği gerekçesiyle müsaderesine karar vermiştir.¹²³² Görüldüğü üzere, Alman Ceza Kanunu’nda müsadere oldukça geniş bir kapsamda uygulanmaktadır.

Hemen belirtelim ki, 765 sayılı TCK’nın 36.maddesinde sadece suçta kullanılan, kullanılmak üzere hazırlanan veya suçtan elde edilen eşyanın müsaderesi öngörülmüştü. Bununla birlikte, uygulamada özellikle kaçak eşyanın taşınmasında faydalanılan aracın “suça tahsis edildiği” gerekçesiyle müsaderesine karar verildiği görülmüştür. Tahsis kavramı bakımından aranan temel ölçüt, müsaderesi talep edilen aracın suçun gerçekleşmesi bakımından **gerekli veya zorunlu bir ihtiyaç oluşturması** olarak belirlenmiştir. Yargıtay nakil aracının müsaderesi için miktar, hacim, ağırlık, mesafe kriterlerini gözönünde bulundurarak aracın kaçak malları taşımada gerekli olup olmadığını araştırmıştır.¹²³³ Bununla birlikte Yargıtay, kaçak malların taşınmasında kullanılan aracın zorunlu bir ihtiyaç niteliğinde olmamakla birlikte kaçak eşyayı gizlemek amacıyla kullanıldığı hallerde de eşyanın suça tahsis edilmiş olduğunu belirtmektedir.¹²³⁴

¹²³² Sözüer, Alman, s. 398. Suçun konusunu oluşturan eşya ise (sürücü belgesi olmayan kişinin kullandığı otomobil, ruhsatsız taşınan silah, yurda kaçak sokulan eşya gibi) Alm. CK’nun 74.maddesi kapsamında değil, özel hükümlerce müsadere edilmektedir.

¹²³³ “Tahsis keyfiyeti hiçbir zaman vasıtanın sadece kaçak eşyanın nakli için kullanılması anlamını taşımayacağı, miktar, hacim, ağırlık, mesafe bakımından eşyanın nakli için gerekli, aracın kaçak eşyanın nakline tahsis edilmiş sayılacağı” yönündeki karar için bkz. YCGK, 09.11.1981, 205/369

¹²³⁴ “Mahkemeye miktar ve ağırlıkları itibariyle oyun kağıtları ve ham afyonların taşınması için bir vasıtaya ve hele bir kamyonu ihtiyaç bulunmadığı, sözü geçen kaçak kağıtlarla ham afyonların nakline tahsis edilmiş sayılmayacağı gerekçesiyle bunların taşınmasında kullanılan kamyonun zorunlu yoluna gidilemeyeceği belirtilerek ceza genel kurulunun 04.04.1982 gün ve beşinci ceza dairesinin 28/27 sayılı kararına dayanılmakta ise de, yukarıda açıklandığı üzere *oyun kağıtları ile ham afyon bu kamyonu gelişigüzel ve kolaylıkla görülüp elde edilebilecek şekilde konup taşınmamış, bilhassa oyun kağıtları kamyonun şoför mahalli kanepesi altına konup gizlenmek suretiyle kamyon bu eşyanın taşınmasına tahsis edilmiş sayılacağından zorunlu karar verilmesi icap eder.*” YCGK, 01.07.1968, 137/224

Fransız Temyiz Mahkemesi, bir kamyonun kasasında ele geçirilen uyuşturucu ve kaçak malları kamufle etmek amacıyla kullanılan oyuncak dolu kutuların müsaderesini onaylamıştır. Fransız Temyiz Mahkemesi Ceza Dairesi’nin 7 Temmuz 2005 tarih ve 03-85359 sayılı kararı için bkz.

Yargıtay'ın kararlarından “tahsis” kavramının, nakil aracının kullanılmasını veya kullanılmaya teşebbüs edilmesini ifade ettiği anlaşılmaktadır. Bu itibarla “kullanma” ile “tahsis” arasında esaslı bir farkın ortaya konduğu söylenemez. Nitekim, “suçun işlenmesine tahsis edilen eşya” kavramı, “suçun işlenmesinde kullanılan eşya” kavramları çoğu zaman iç içe olup ayrılması güçlük arz etmektedir.¹²³⁵ Bu nedenle aşağıda görüşümüzü açıklamadan önce “tahsis edilme”den ne anlaşılması gerektiğine yönelik düşünce ve eğilimler açıklanacaktır.

aaa. Süreklilik Ölçütü

Öğretide, “tahsis” edilmenin kelime anlamı gereği, eşyanın bir suç veya suçlar için ayrılması veya özgülenmesi gerektiği belirtilmektedir. Suçun işlenmesine tahsis edilmiş olan eşyanın müsadere edilebilmesi için suçun işlenmesinde kullanılması gerekmemektedir.¹²³⁶ Ancak, tahsis için sürekliliğin aranması, hatta eşyanın başka bir amaçla kullanılmaması gerekmektedir.¹²³⁷ Özgenç'e göre, suça tahsis edilen eşyayı belirlemek için **devamlılık** aramak gerekir. Örneğin, suç işlemek için kurulmuş bir örgütün işlerinin gördürülmesine tahsis edilmiş olan eşya, müsadere edilebilecektir.¹²³⁸ Öztürk ve Erdem'e göre de kanunun lafzından yola çıkarak tahsis edilmeyi “**suça özgüleme**” olarak anlamak gerekir. Bunun için eşyanın doğrudan suça kullanılması gerekmemekle birlikte **suçun işlenmesi amacıyla sürekli olarak hazır bulundurulmaları** gerekir.¹²³⁹ Malkoç'a göre ise tahsis etme **bir süreç içinde kullanmayı** gerektirmektedir.¹²⁴⁰

Bu görüş, suçun işlenmesine tahsis edilen eşyanın müsaderesine sadece örgütlü suçlarda imkan vereceği ve uygulama alanını daralttığı gerekçesiyle

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007069470&dateTexte=>
(Erişim Tarihi: 30.11.2009)

¹²³⁵ Bakıcı, Genel, s. 1240

¹²³⁶ Özgenç, Gazi Şerhi, s. 695

¹²³⁷ YCGK, 27.03.2012, 2011/346, 2012/124, “...sanığın kendisine ait olan ve daha önce de kaçakçılıkta kullandığı araçta, suça konu kaçak sigaraların dışında başka bir yük bulunmaması ve sanığın da kaçak olduğunu bildiği sigaraları para karşılığı taşıdığını kabul etmesi karşısında aracın kaçak eşyanın taşınmasına özgülendiğinin kabulünde de zorunluluk bulunmaktadır.”

¹²³⁸ Özgenç, Genel, s. 662. aynı yönde Artuk/Gökçen/Yenidünya, age, s. 1023, Koca/Üzülmez, genel, 2008, s. 483; Yaşar/Gökcan/Artuç, age, s. 1764

¹²³⁹ Öztürk/Erdem, Ceza Hukuku 2005, s. 306

¹²⁴⁰ İsmail Malkoç, Açıklamalı, İçtihatlı 5237 sayılı Yeni Türk Ceza kanunu Madde (1-187), 1.cilt, Malkoç Kitabevi, s. 356

eleştirilmiştir. Buna göre, tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalmış bir suçta, suçun işlenmesinde kullanılan eşya dışında kalan ve fakat suçun işlenmesini kolaylaştıran veya suçun işlenmesine yararı olan eşya suçun işlenmesine tahsis edilen eşya olup bunun için sürekliliğin aranmaması gerekir.¹²⁴¹ Suçun işlenmesinden sonra kaçmak için kullanılan araç veya öldürülmek istenen kişinin pusu mahalline getirilmesinde kullanılan otomobil, suçun işlenmesine tahsis edilen eşya sayılarak müsadere edilmelidir. Gerçekten tahsis için süreklilik arandığı takdirde, bu hüküm sadece devamlılık gösteren suç örgütleri bakımından uygulanabilecektir.¹²⁴² Eşya bir suç için veya sürekli işlenen bir dizi suç için tahsis edilmiş olabileceğinden süreklilik şartını aramamak gerekir.¹²⁴³

bbb. Suçun İcra Hareketlerinin Öncesinde veya Sonrasında Kullanma (Tipik Olmayan Hareketleri Gerçekleştirme) Ölçütü

Bu görüşe göre, suçun işlenmesine tahsis edilen eşya da suçta kullanılan eşyadır. Ancak suçun işlenmesinde kullanılan eşyaya göre kullanıldığı zaman farklıdır; bu tür eşya tipik olmayan hareketlerin yapılmasını sağlar.

Bakıcı'ya göre yasadışı bir örgütün işlerinde gördürülmek üzere tahsis edilen eşya suçta kullanılan eşya olarak, suçun icra hareketlerinde kullanılmayıp **suçun işlenmesinden önce veya sonrası için kullanılmak üzere tahsis edilen** örgüte ait eşyaların da bu hüküm gereğince müsaderesine hükmolunacaktır.¹²⁴⁴ Benzer bir görüşe göre tahsis edilen eşyanın, “suçta kullanılan eşya”dan farkı, -olay yerinden kaçmak için kullanılan araç gibi- **tipte yazılı hareketin yapılmasından sonra veya önce** kullanılmasıdır.¹²⁴⁵

Tan'a göre de sonucu ortaya çıkartan bir başka ifadeyle sonuçla arasında doğrudan illiyet bağı bulunan eşya suçun işlenmesinde kullanılan eşya olarak müsadere edilecekken, sonucun ortaya çıkmasını **kolaylaştıran**, sonuçla arasında

¹²⁴¹ Bakıcı, Genel, s. 1240; Gedik, age, s. 122

¹²⁴² Bakıcı, Genel, s. 1240

¹²⁴³ Aynı yönde Tan, age, s. 2082

¹²⁴⁴ Bakıcı, Genel, s. 1240, dn. 1

¹²⁴⁵ Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan /Tepe, Ceza Hukuku, s. 593

dolaylı illiyet bağı olan eşya ise suça tahsis edilen eşyadır.¹²⁴⁶ Centel, Zafer ve Çakmut'a göre de suça tahsis edilen eşya, olay mahalline gidilirken kullanılan araç gibi suçun işlenmesi aşamasında kullanılmamakla birlikte suçun işlenmesini kolaylaştıran eşyadır.¹²⁴⁷ Örneğin hırsızlıkta kullanılan merdiven suça tahsis edilen eşya iken, öldürme suçunda kullanılan tabanca suçta kullanılan eşyadır.

ccc. “Tahsis”in “Suçun İşlenmesinde Kullanılmak Üzere Hazırlanma” Olarak Kabul Edilmesi

Bir görüşe göre bu kavram ETCK'daki “suçta kullanılmak üzere hazırlanma” ile aynı biçimde anlaşılmalıdır.¹²⁴⁸ Hafizoğulları'ya göre tahsis etme, *ayırma* anlamına geldiğinden suçun işlenmesine ayrılan eşya olarak anlaşılması gereken kavram 765 sayılı kanundaki “...cürümde...kullanılmak üzere hazırlanan eşya “ifadesinden başka bir şey değildir. Bu nedenle eski öğreti ve içtihada bakılmalıdır.¹²⁴⁹ Failce kullanılmak istenmiş olmasına karşın etkili olarak kullanılmamış veya yetersiz kalmış veya suçta kullanılan diğer araçlara göre ikinci planda, yardımcı nitelikte kalmış olan eşyadır.¹²⁵⁰ O dönemde, 4422 Sayılı ÇASÖMK'nun 1.maddesinde geçen “suçun işlenmesine ayrılan eşya” da “failin suçun gerçekleştirilmesinde kullanmak düşüncesiyle hazırladığı şeyler” olarak kabul edilmekteydi. Öğretide bu kavram, suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya olarak da anlaşılmakta, örgütün hazır bulundurduğu silahlar, toplantılarını yapmak üzere satın aldığı daire gibi örnekler verilmektedir.¹²⁵¹

ddd. Değerlendirme

Öncelikle, 765 sayılı Kanun'da bulunmayan “tahsis” kavramı ile, eşya ile suç arasındaki bağlantının genişletildiğini söylemeliyiz. Kavramın içeriği de belirsizdir

¹²⁴⁶ Tan, age, s. 2081

¹²⁴⁷ Centel/Zafer/Çakmut, age, 4. bası, s. 757

¹²⁴⁸ Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan /Tepe, Ceza Hukuku, s. 593

¹²⁴⁹ Hafizoğulları/Özen, age, s. 501

¹²⁵⁰ Erem/Artuk/Danışman, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1997, s. 909

¹²⁵¹ Evik, Çıkar, s. 341

ancak “suça tahsis edilen eşya” “suçun işlenmesinde kullanılan eşya”dan farklı bir şey olsa gerek ki, kanunkoyucu ayrıca düzenleme ihtiyacı duymuştur. Bu halde fiilen kullanılmamakla birlikte suça katkı sağlayan bir eşyanın suça tahsis edildiği kabul edilebilir. Bu itibarla kanaatimizce “suça tahsis edilen eşya” ETCK’nın 36.maddesinde yer alan suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya olarak anlaşılmalıdır. TCK’nın 54.maddesinin 1. fıkrasının son cümlesine ilişkin olarak gerekçede yer alan “*suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanmış olan eşya ise, suçun icra hareketlerine henüz başlanmamış ise, sadece bu nedenle müsadere edilemeyecektir. Ancak bu eşyanın niteliği itibarıyla kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsaderesine hükmedilecektir*” şeklindeki açıklamadan da yola çıkarak icrasına başlanan fiilde kullanılmamış olan eşyanın da tahsis kavramı içinde olduğu söylenebilir. Alman hukukunda da “*bir objenin suçun işlenmesi için belirlenmiş sayılması için failin o objeyi suçun gerçekleştirilmesinde kullanmak düşüncesiyle hazırlamış olması gerekli ve yeterlidir. Örneğin hırsızlık için evin kapısını açmak üzere hazırlanan maymuncuğun suçun işlenmesi anında kullanılmaması durumunda dahi müsaderesi mümkündür.*”¹²⁵² “Tahsis etme”, kavram olarak da “kullanma”dan ziyade “hazırlanma”ya daha yakındır.¹²⁵³

Eşya bizzat suçun işlenmesinde kullanılmasa bile suçun işlenmesine tahsis edildiği anlaşılıyor ise, bu durumda müsadere edilir.¹²⁵⁴ Örneğin, kasten öldürme suçunda kullanılan tabanca müsadere edilecekken, suçta kullanılmayan ancak failin yanında bulundurduğu yedek şarjörün müsadere edilip edilmeyeceği konusunda, eşya ile suç arasında bağlantı kurulup kurulmadığına bakmak gerekir. Yedek şarjörün, bulundurulması suç teşkil etmedikçe müsadere edilmemesi gerektiği düşünülebilir. Ne var ki, fail yedek şarjörü gerektiğinde kullanmak üzere yanında bulundurduğundan suça tahsis ettiği kabul edilerek bu nedenle müsadere edilmelidir.¹²⁵⁵ Buna karşılık, failin evinde bulunan yedek şarjörün suçta kullanıldığı

¹²⁵² Sözüer, Alman, s. 398

¹²⁵³ Ancak 5237 sayılı kanunda “suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanma” kavramı (ETCK’daki anlamından farklı olarak) henüz icra hareketlerinin başlamadığı aşama için öngörülmüş olup bu tür eşyanın ancak tehlikelilik halinde müsadere edilebileceği düzenlenmiştir.

¹²⁵⁴ Koca/Üzülmez, s. 483; Yaşar/Gökcan/Artuç, age, s. 1763

¹²⁵⁵ Bunun gibi suçta kullanılmayan ve bulundurulması, taşınması suç teşkil etmeyen av fişegi, şarjör, kütüklük, kılıf, kurusıkı tabanca, niteliksiz bıçak gibi eşyaların suça tahsis edilmiş olmaları nedeniyle müsadere edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Tan, age, s. 2078

veya suça tahsis edildiği söylenemeyecektir. Burada eşya ile suç arasında bağlantı kurulamamaktadır.

Bazı şeylerin sadece bir kısmı suçta kullanılmış olsa da, kalan kısmı suçta tahsis edilmiş sayılacaktır. Örneğin, bir evi yakmak için satın aldığı benzinin yarısının kullanılması halinde kalan benzinin suçta kullanılmamış olması nedeniyle müsadere edilmemesi akla uygun değildir.¹²⁵⁶

Tahsis için sürekliliğin aranması gerektiği yönündeki görüş de önemlidir. Nitekim tahsis, sözlükte bir şeyi bir kimseye veya bir yere ayırma,¹²⁵⁷ özgüleme, emrine verme¹²⁵⁸ anlamına gelmektedir. Buradan yola çıkarak bir kimseye bir yere veya bir işe özgülenen bir şeyin başka bir kişi, yer ya da iş için kullanılmaması gerekir. Kanaatimizce tahsis, özgülemeyi yapan kimsenin iradesine göre sürekli olabileceği gibi belirli süreli de olabilir. Özgenç'in belirttiği gibi mutlak olarak sürekliliği değil ancak tahsisi yapan kimsenin belirlediği belirli bir süreyi ifade eder. Bu tür eşyadan anlaşılması gereken, suçun işlenmesi için belirli bir süre için hazır bulundurulan, suçun işlenmesinde kullanılan eşyanın dışında kalan, suçun işlenmesine yardımcı olmak üzere ayrılan eşyadır. Eşya gerektiğinde kullanılmak üzere hazır bulundurularak, suça en azından manevi bir katkı sağlamış olması aranır.

Bir görüşe göre, suça tahsis edilen eşya ile suç arasındaki illiyet bağı maddi olarak kurulamamıştır, bu muhtemel bir bağıdır. Örneğin, failin üzerinde taşıdığı ikinci tabancayı, icra hareketlerini tamamlayamamış olsaydı kullanacağı varsayılarak müsadere gerekir, denilmektedir.¹²⁵⁹ Ancak müsadere bir yaptırım olduğuna göre varsayımsal bir durumda uygulanması sözkonusu olmamalıdır. Bu hukuk güvenliği ilkesine aykırıdır. Eşyanın suça tahsis edilmiş olmasından, suçun işlenmesinde kullanılmak veya işlenmesine yardımcı olması amacıyla hazırlanmış ve ayrılmış olup kullanılmamış olmasını anlamak gerekir. Bunun somut dayanaklarının ortaya konması gerekir. Somut olayın özellik ve koşullarından, eşyanın o suçta kullanılmak üzere ayrıldığı muhakkak olmalıdır. Sadece basit bir olasılık müsadereye neden olmamalıdır. Zira, eşya ile suç arasındaki bağlantının kurulamaması genel müsadereye varacak biçimde kişinin mülkiyet hakkının ihlaline neden olabilir. Bu

¹²⁵⁶ Tan, age, s. 2081

¹²⁵⁷ Sözlük anlamı için bkz. <http://tdkterim.gov.tr/bts/> (Erişim Tarihi: 10.05.2012)

¹²⁵⁸ Yılmaz Ejder, age, s. 1173

¹²⁵⁹ Tan, age, s. 2082

itibarla Yargıtay'ın 765 sayılı kanun döneminde (kanunda yazılı olmayan) tahsis için zorunluluğu aradığı kararı önemlidir. Buna göre doğrudan suç ögesi olmayan ve hükmün konusu suç için kullanım zorunluluğu bulunmayan ve bu amaçla eyleme tahsis edildiği saptanamayan motorlu aracın zorunluluğuna karar verilemez.¹²⁶⁰ Örneğin, hırsızın çalacağı cep telefonunun bulunduğu eve gitmek için kullandığı araba somut olay bakımından zorunlu olmadığından, yani o araba olmasaydı da hırsızlık suçunu işleyebileceğinden arabanın müsadere edilmemesi gerekir. Buna karşılık failin evdeki bütün eşyaları çalıp taşımak amacıyla kullandığı araç olmazsa fail suçu işleyemeyeceğinden suç ile eşya arasında zorunluluk ilişkisi bulunmaktadır ve aracın müsadere edilmesi gerekir.¹²⁶¹

Suçun işlenmesine tahsis edilmiş olan eşyanın müsadere edilebilmesi için, suçun işlenmesinde kullanılmasının gerekli olmamasından yola çıkılarak,¹²⁶² bir şirketin zehirli atıklarını toprağa gömmek için arsa satın alması halinde, henüz bu arsaya herhangi bir atık atılmadan dahi arsanın müsadere edilmesinin mümkün olabileceği söylenmektedir.¹²⁶³ Ne var ki, suça tahsis edilen eşyanın müsadere edilebilmesi için eylemin en azından teşebbüs aşamasına gelmesi şarttır. Verilen örnekte müsadere ancak tehlikelilik koşulu varsa suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya olarak müsadereye konu olabilir ki, bu da tarafımızca eleştirilmektedir.

Sonuç itibariyle “suça tahsis edilen eşya” kavramı geniş ve belirsiz bir kavramdır. Genel müsadereye sebep olmaması için müsadere kararında eşyanın suça ne şekilde katkı sağladığının mutlaka açıklanması gerekmektedir. Kanımızca, suça tahsis edilme, kullanmadan farklı olarak suçun işlenmesi için hazırlanan ancak kullanılmayan eşya olarak anlaşılmalıdır.

¹²⁶⁰ Y8CD, 29.12. 1994, 12678-15

¹²⁶¹ Yaşar/Gökcan/Artuç, age, s. 1763.

¹²⁶² Özgenç İ, age, s. 622

¹²⁶³ Özcan, age, s. 171

dd. Eşyanın Suçtan Meydana Gelmesi

aaa. Kavram

Eşya ile suç arasındaki bağlantının üçüncü biçimi eşyanın suçtan meydana gelmesi şeklinde olabilir. Kanunda “suçtan meydana gelen eşya” olarak adlandırılan bu tür eşya, daha önce mevcut olmayıp suç nedeniyle, diğer bir deyişle suçun işlenmesiyle oluşan eşyadır.¹²⁶⁴ Gözübüyük ise suçtan meydana gelen eşyayı “kendisinde suçun yer aldığı eşya” olarak tanımlamaktadır.¹²⁶⁵ Sahte veya tahrif edilen kağıtlar, tehlikeli ve bozuk maddeler, basılan sahte para veya belgeler, tereyağına patates nişasta, margarin karıştırılarak elde edilen yağ, pamuk yağı katılarak hazırlanan zeytinyağı, suçtan oluşan boş kovanlar,¹²⁶⁶ 6831 sayılı Kanuna aykırı olarak açılan tarladan sağlanan mahsul,¹²⁶⁷ sakatat katılarak yapılan salam, sucuk gibi değiştirilmiş veya bozulmuş yiyecek maddeleri,¹²⁶⁸ yabancı madde katılan un,¹²⁶⁹ izinsiz haşhaş üretimi sonucu elde edilen bitkiler,¹²⁷⁰ kalp (sahte) para, eroin, izinsiz hint keneveri ekiminden elde edilen kenevir suçtan elde edilen eşyadır. Bu örneklerden yola çıkılarak “üretimi izne bağlı olan zehirli maddeyi izinsiz olarak üretme” (TCK.m.193) veya “ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak uyuşturucu veya uyarıcı madde imalatı” (TCK.m.188) suçlarının işlenmesi sonucu meydana gelen “ilaç ve uyuşturucu”nun da bu kapsamda olduğu söylenebilir. Hemen belirtelim ki, suçtan meydana gelen eşya çoğunlukla aynı zamanda üretimi, bulundurulması, alım-satımı suç oluşturan eşyadır. Bu halde, eşya 54.maddenin 1. fıkrasına göre değil, bir suçun işlenmesi veya eşyanın tehlikeli olması aranmaksızın ve kime ait olduğuna da bakılmaksızın TCK’nın 54/4.maddesi uyarınca müsadere edilir.

¹²⁶⁴ Erem/Danişman/Artuk, Genel, s. 909, Gökçen, Elkoyma, s. 96, Aydın Ö, Malvarlığı, s. 149,

¹²⁶⁵ Gözübüyük, age, s. 335

¹²⁶⁶ Y8CD, 16.04.1985, 1549/1926.

¹²⁶⁷ YCGK, 09.02.1976, 11/44.

¹²⁶⁸ YCGK 02.03.1987, 5-464/85

¹²⁶⁹ Tan, age, s. 2082

¹²⁷⁰ Aydın Ö, Emniyet, s. 194

Buna karşın suçtan meydana gelen bir eşya, aynı zamanda suçun konusu yani üzerinde işlendiği şey olup¹²⁷¹ delil olarak saklanması da gerekebilir. Böyle durumlarda sözkonusu eşya müsadere edilmeyip dosyada saklanmalıdır. Örneğin sahte belge, sahte nüfus cüzdanı gibi delil değeri olan şeyler dosyada saklanarak bunların Yargıtay tarafından da denetlenmesi sağlanmalıdır. Karar kesinleştikten sonra yargılamanın yenilenmesi istendiğinde deliller yeniden değerlendirilebilmelidir.¹²⁷² Gıda maddeleri gibi bazıları zaten bozuk olan veya bozulacak olan maddelerin ise derhal imhası gerekir. Bunların delil niteliği, imhadan önce alınacak olan numunelerle sağlanır.

bbb. Kazanç Müsaderesine Tabi Eşyadan Farkı

“Suçtan meydana gelen eşya”nın müsaderesi, TCK’nın 55.maddesinde düzenlenen kazanç müsaderesi ile karıştırılmaya müsaittir. Zira, 55.maddede de “eşya” kavramı kullanılmakta olup, eşyanın “suçtan meydana gelmesi” ile “suçtan elde edilmesi” de benzer bir bağlantıyı ifade etmektedir. Ayrıca öğretilerde “suçtan meydana gelen eşya”nın sadece cisim yönünden eşya sayılabilecek olanların değil, gerçekte cismi olmayan fakat sahibine hak sağlayan değerleri de kapsadığı belirtilmektedir.¹²⁷³ Hatta öğretilerde bir görüşe göre, 54.maddede düzenlenen suçtan meydana gelen eşya ile 55. maddede geçen “suçun işlenmesi ile elde edilen kazanç” aynı anlama gelmektedir.¹²⁷⁴ Gerçekten 54.maddede, “suçtan meydana gelen eşya” kavramı karşılığında kazanç müsaderesinin esasını ortaya koyan 55.maddenin 1.fikrasında “suç işlenmesi ile elde edilen, suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaat” ile bunların dönüştürülmesi ve değerlendirilmesi sonucu ortaya çıkan “ekonomik kazanç” kavramları kullanılmışken, 2. ve 3. fıkralarda maddi menfaat kavramının yanı sıra “eşya”nın da kullanılmış olması suçtan meydana gelen eşyanın hem 54.madde hem de 55.maddeye göre müsadere edilebileceği izlenimini yaratmaktadır. Bu durumda her iki maddenin de uygulanabilmesi gibi bir karmaşaya sebebiyet verebilecektir.

¹²⁷¹ Tan, age, s. 2082

¹²⁷² Bakıcı, Genel, s. 1241

¹²⁷³ İçel, Ceza Hukuku, s. 408

¹²⁷⁴ Şen, TCK Yorumu, s.180

Mehaz Alman hukukuna baktığımızda, bir şeyin suçtan doğduğunun kabul edilebilmesi için onun *doğrudan doğruya suçun işlenmesi nedeniyle meydana gelmiş olması* gerektiği kabul edilmektedir. Diğer bir deyişle, bu tür eşyalar suçun işlenmesiyle varolmaktadırlar. Sahte para veya belgenin yapılması ya da yiyecek maddelerinin taşıyıcı, taşıyıcı veya taklit edilmesi olaylarında durum böyledir. Buna karşılık doğrudan doğruya suçun işlenmesinden kaynaklanmayan ancak, suçun işlenmesi dolayısıyla elde edilen şeylerin ceza niteliğindeki müsadereye tabi olmadığı kabul edilmektedir. Örneğin, çalınan para, yasak avcılık yoluyla avlanan hayvanlar, uyuşturucu madde satışı ile elde edilen para, yasak talih oyunları sonucu ulaşılan kazançlar, suç işlenmesi karşılığı alınan para, eşya müsaderesine değil, Alm.CK'nun 73 maddesinde öngörülen kazanç müsaderesine konu teşkil eder. 765 sayılı Kanun döneminde de Alman hukukuna benzer biçimde öğretilde, bir eşyanın suçtan meydana geldiğinin kabul edilebilmesi için, suç tipinde belirtilmiş olan unsurların gerçekleştirilmesi ve bunun doğrudan doğruya ortaya çıkardığı bir eşyanın varolması gerektiği ifade edilmiştir. Bu nedenle, kazanç müsaderesinin açıkça öngörülmediği dönemde suçtan doğrudan elde edilen eşya, örneğin çalınan para veya sahte para ile alınan eşyanın veya taklit veya taşıyıcı edilmiş eşyanın satışından elde edilen paranın müsaderesinin mümkün olmadığı ileri sürülmüştür.¹²⁷⁵

Kanaatimize göre, suçtan meydana gelen eşyayı, kazanç müsaderesine tabi eşyadan ayırtetmek bakımından doğrudan-dolaylı kaynaklanma ölçütü yeterli bir ölçüt olmayıp ancak yardımcı nitelikte bir kriter olabilir. Zira, kazanç da suçtan doğrudan elde edilen bir varlığa işaret etmektedir. O halde, 54.maddede düzenlenen

¹²⁷⁵ Önder, Ceza, C.II-III, 1992s. 599-600. Buna karşılık, suçun işlenmesi dolayısıyla elde edilen maddi menfaatin "suçtan husule gelen eşya" olarak müsadere edilebileceği de savunulmuştur. YGCK bir kararında kanunilik ilkesi gereği, suçta katılmasını sağlamak için sanığa verilen paranın suçta kullanılan, kullanılmak üzere hazırlanan veya suçtan husule gelen eşya sayılmayacağından müsadere edilemeyeceğine hükmetmiştir (YGCK, 02.03.1987, 5-464/84 Bkz. Savaş/Mollamahmutoğlu, s.1999; Şen, TCK Yorumu, s. 435). Karşı görüşe göre ise "fiilin irtikabından husule gelen eşya"yı amaçsal yorum yöntemiyle "suçun işlenmesi suretiyle veya suçun işlenmesi dolayısıyla elde edilen maddi menfaatler" olarak geniş kapsamlı değerlendirmek gerekmekte idi. (İçel/Akıncı-Sokullu/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, Yaptırım, s. 123, dn. 332; Kocasakal, Karapara, s. 447) Yargıtay da bazı kararlarında bu tür maddi menfaatlerin 36/1.maddesi kapsamında müsadere edileceğini belirtmiştir. (Y5CD, 14.09.1983, 1521/289; Y5CD, 25.05.1982, 1665/1934); 1980 tarihli bir kararında ise Yargıtay kapsamı biraz daha genişleterek fazla fiyatla gazyağı satılması halinde, sadece elde edilen karın değil, fazla fiyatla satılan gazyağı bedeli ile mevcut gazyağının birlikte müsadere edilmesi gerektiğine karar vermiştir (Y4CD, 11.11.1980, 6244/6258) Tüm bu tartışmalardan anlaşılacağı üzere öğretilde 54. maddedeki "suçtan meydana gelen eşya" ile suçun işlenmesi suretiyle elde edilen eşyanın kastedildiği, suçun işlenmesi dolayısıyla elde edilen eşyanın kazanç müsaderesi olarak 55. maddede düzenlendiği belirtilmektedir. Bir başka deyişle suçun doğrudan ürünleri 54.madde, dolaylı ürünleri ise 55.maddeye göre müsadere edilecektir. Ne var ki, "suçun işlenmesi suretiyle" ve "suçun işlenmesi dolayısıyla" kavramları 55.maddenin gerekçesinde sadece kazanç müsaderesi bakımından kullanılmıştır.

“suçtan meydana gelen eşya”nın 55.madde kapsamında suçtan elde edilen eşya”dan en önemli farkı, ikincisinin mutlaka ekonomik bir değer taşıması gerekmesidir. Suçtan meydana gelen eşya da ekonomik bir değer taşıyabilir; ancak bu onun müsadere edilme nedeni değildir. Zira, kanaatimizce suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesinin asıl nedeni suç sonucunda ortaya çıkan ve genellikle tehlike oluşturan eşyanın toplumdan uzaklaştırılması ve aynı zamanda ihlale tepki verilmesi ihtiyacıdır. Suçtan meydana gelen eşyanın maddi değeri bulunmakta ve failin bu haksız zenginleşmesini gidermek amaçlanmakta ise o zaman 55.maddeye göre müsadere kararı vermek gerekir.

İki madde uygulamasını ayırmada yardımcı bir başka husus, suçtan meydana gelen eşyanın genellikle suç öncesinde mevcut olmayıp, suçun işlenmesi sonucu ortaya çıkması olarak ifade edilebilir. Örneğin, yetiştirilen hint kenevirleri suçtan meydana gelen eşyadır. Kazanç müsaderesine tabi olan eşya ise, genellikle suçtan önce başkasına ait olup, suçun işlenmesi ile failin malvarlığına giren eşyadır. Örneğin, yağma sonucu ele geçirilen cep telefonları veya bilgisayarlar gibi.

Tüm bu çabaya rağmen belirtmeliyiz ki, “suçtan meydana gelen” eşya esas itibariyle üretimi, bulundurulması, taşınması, alınıp-satılması suç teşkil eden eşya olup bunların müsaderesi TCK’nın 54.maddesinin 4.fıkrasınca zaten mümkündür. Bunun dışında kanaatimizce bir şeyin suçtan meydana gelmesi halinde müsaderesi ancak o şeyin ekonomik bir değer taşıması halinde mümkün olmalıdır ki, bu da kazanç müsaderesi ile gerçekleştirilebilir. Bu itibarla, ekonomik bir değer taşımayan, bulundurulması suç teşkil etmeyen ve tehlikeli de olmayan bir şeyin müsaderesinde kamu yararı da bulunmamaktadır.

c. Aidiyet Koşulu

aa. Konuya Genel Bakış

5237 sayılı TCK’nın 54.maddesinin 1.fıkrasına göre, müsadere edilecek eşyanın “iyiniyetli üçüncü kişiye ait olmaması” gerekmektedir. Nitekim, kusur ilkesi kusuru olmayan bir kimsenin eşyasının müsadere edilmemesini gerektirir. Eğer eşya üçüncü bir kimseye ait ise bu kişinin haklarının korunması bakımından duruşmaya

davet edilerek, iyiniyetli olup olmadığı araştırılmalı ve ona göre karar verilmelidir.¹²⁷⁶

Kanun'da aidiyetin “olumsuz önerme” kullanılarak düzenlenmesi nedeniyle iyiniyetli üçüncü kişi dışında kalan herhangi bir kişiye ait eşyanın müsadere edilebileceği sonucu çıkmaktadır. Ancak hemen belirtelim ki, müsadere edilecek şeyin kural olarak faile ait olması esastır. Ayrıca, iştirakin her şekli müsadereye hükmedilebilmesi bakımından yeterli olduğundan suç ortaklarına ait olan eşya da müsadere edilir.¹²⁷⁷ Müsaderenin tarihte “ceza” olarak ortaya çıkması ve ardından genel müsaderenin bir yasak haline gelmesi cezanın bireyselliği ilkesinin bir yansımasıdır. Müsadere ceza olarak kabul edildiğinde, sadece cezaların şahsiliği değil, kusur ilkesi de faile ait olmayan eşyanın müsadere edilmemesini gerektirir. Bununla birlikte müsaderenin dünyada ve Türkiye’de bir tedbir olarak kabul edilmesi yönündeki eğilim de üçüncü kişinin malvarlığının müsaderesini haklı kılmaz.¹²⁷⁸ Müsadereyi tedbir olarak kabul edenlere göre de eşyanın üçüncü kişiye ait olması halinde müsadere edilememesi amaca uygundur.¹²⁷⁹ Nitekim tedbir niteliğindeki müsaderenin uygulanması ile “failin” elinde kalması halinde kriminojen hale gelebilecek olan eşyayı failden uzak tutmak ve bu yolla toplumsal korunmayı sağlamak amaçlanmaktadır.¹²⁸⁰ Başka bir deyişle, müsadere ile faildeki subjektif tehlikeliliği ortadan kaldırmak amaçlandığına göre eşyanın kendisiyle suç işleyen failde bırakılması önlenmelidir.

Buna karşılık objektif olarak tehlikeli olan eşyanın müsaderesi bakımından kime ait olduğu önem taşımaz. Eşyanın bizzat varlığının suça sebebiyet vermesi veya toplum bakımından tehlike oluşturması halinde aidiyet koşulu aranmaz. Bu nedenle TCK'nın 54/4 maddesi uyarınca üretimi, bulundurulması vs. suç teşkil eden eşyanın

¹²⁷⁶ Nitekim Yargıtay yeni tarihli bir kararında “Suçta kullanıldığı iddia edilen 33 plakalı aracın trafikte ruhsat sahibi İbrahim adına kayıtlı olduğu anlaşılmalı, bu kişinin usulüne uygun şekilde duruşmaya davet edilerek dinlenilmesi, var ise katılma talebi karara bağlandıktan sonra aracın müsaderesi yönünden sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik araştırma ile aracın 5237 sayılı TCK'nın 54. maddesi uyarınca müsaderesine karar verilerek 5271 sayılı CMK'nın 234 vd., 257/2. maddelerine aykırı davranılması”ni bozma nedeni saymıştır. Y15CD, 20.12.2012, 2012/18874, 2012/46072

¹²⁷⁷ Sözüer, Alman, s. 398

¹²⁷⁸ “Müsadere ister ceza isterse güvenlik tedbiri olarak nitelendirilsin her iki durumda da iyiniyetli üçüncü bir kimseye ait eşyanın müsaderesini haklı kılacak bir gerekçe ortaya konulamaz.” Dülger İ., age, s. 113

¹²⁷⁹ Aydın Ö., Emniyet, s. 199; Erem, TCK Şerhi C.2, s. 389

¹²⁸⁰ Hafizoğulları/Özen, age, s. 500.

müsaderesi bakımından 1. fıkradan farklı olarak aidiyet koşulu öngörülmemiştir. Yine 54/1, c.2 uyarınca “suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya”nın müsaderesi için kamu sağlığı, kamu güvenliği veya genel ahlak açısından tehlikeli olması yeterli olup “iyiniyetli üçüncü kişiye ait olmama” gibi yasal bir koşul aranmamaktadır.

Özetle, suçu kasten işleyen, işlenmesine yardım eden ve eşyasını bu suçta kullanan veya suça özgüleyen kişi eşyasının müsadere edilmesine katlanmak zorundadır. Zaten 54.maddede de “iyiniyetli üçüncü kişi” dışında kalan kişiler öncelikle “fail veya failler” ile “yardım eden” kişilerdir. Ayrıca kanundaki ibareden, “iyiniyetli olmayan” veya karşıt kavramıyla ifade edersek “kötüniyetli olan” üçüncü kişilere ait eşyanın da müsadere edilebileceği anlaşılmaktadır. İyiniyetten ne anlaşılması gerektiği ise başlı başına bir sorun olup fail ve yardım edene ilişkin açıklamalardan sonra aşağıda incelenecektir.

bb. 765 Sayılı TCK Dönemi

aaa. Kural: Eşyanın Fiilde Methaldar Olmayan Kimselere Ait Olmaması

765 sayılı mülga TCK'nın 36. maddesine göre suçla bağlantısı olan eşyanın “fiilde methali olmıyan kimselere ait olmaması” şart olarak öngörülmişti. “Fiilde methaldar olmak” öğretide hakim görüşe göre iştirak olarak kabul edilmiştir.¹²⁸¹ Kimilerine göre ise TCK m. 36/1 deki müsadere “suçun işlenmesine katkısı olan kimseler veya bu eşyalarla suç işleneceğini bilen kimselere ait olma”yı ifade etmekteydi.¹²⁸² Yargıtayımız fiilde methali olmamayı kimi zaman “bilgisi olmama”¹²⁸³ veya “haberi olmama”¹²⁸⁴ olarak açıklamışken; diğer çoğu kararında “rızası olmama”¹²⁸⁵ olarak anlamıştır. Bazı kararlarında ise her iki kavramı bir arada

¹²⁸¹ Yarsuvat/Bayraktar/Yüzbaşıoğlu/Bülbül/Kocasakal/Aksoy/Memiş/Kurt/Tansuğ/Yılmaz, age, s. 303

¹²⁸² Soyaslan, Muhakeme, s. 386

¹²⁸³ Y8CD, 03.12.1987, 9053/10745 (Yılmaz Z, Müsadere, s. 56); Y2CD, 25.02.1993, 1743/2458 (Bakıcı, Genel, s. 1241)

¹²⁸⁴ Y6CD, 29.12.1999, 7995/8361

¹²⁸⁵ Y2CD, 13.09.1991, 8200/9262; Y8CD, 27.09.2001, 21269/13949; Y1CD, 20.05.1999, 709/1845 (Bakıcı, Genel, s. 1242)

kullanarak üçüncü kişinin “bilgi ve rızası”nın araştırılması gerektiğine hükmetmiştir.¹²⁸⁶

765 sayılı TCK’ya kaynaklık eden İtalyan Kanunu’nun uygulamasında ise methaldar olma, “fiile psikolojik veya fiziksel olarak onay gösterme, fiili sonuca götürme, işlenen fiille bağlı olarak başka bir suç teşkil eden fiili işleme” gibi iştiraki aşan ve sorumluluğu olmasa da suçla bir şekilde bağlantısı olan kişinin eşyasının müsaderesine izin verecek genişlikte uygulanmıştır. Ne var ki, bu durum ceza sorumluluğunun şahsiliği bakımından eleştirilmiştir.¹²⁸⁷

bbb. İstisna: Eşyanın Kime Ait Olduğunun Dikkate Alınmadığı Haller

765 sayılı TCK’da eşyanın “fiilde methaldar olmayan” kişilere ait olmasının aranmasına karşın ETCK’nın 10.maddesi gereğince özel kanun niteliğinde olan 6831 sayılı Orman Kanunu, 1918 sayılı Kaçakçılık Kanunu ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkındaki Kanun’un uygulaması bakımından konu özellik arz etmekteydi.

6831 sayılı Orman Yasası’nın 108.maddesinin son fıkrasında, 2008 tarihinde 5278 sayılı kanunla değiştirilmeden önce “*kaçak orman emvalin taşınmasında kullanılan canlı ve cansız bütün nakil vasıtalarının kime ait olursa olsun idarece el konularak ve mahkemelerce müsaderesine*” karar verileceği öngörülmekte idi.¹²⁸⁸ Yargıtay bu kuralı daraltarak çalınma, yağmalanma gibi nakil aracının irade dışında elden çıkması halinde aracın müsadere edilemeyeceğine karar vermiştir.¹²⁸⁹ Orman Kanunu’nun 108/son maddesi 1966 yılında Anayasa Mahkemesi’ne götürülmüşse de mahkeme, üçüncü kişiye ait taşıma aracının ancak kişinin kusurlu olması halinde

¹²⁸⁶ Y2CD, 16.03.1993, 2560/3507. “ Sanığın müessir fiil suçunda kullandığı tüfeğin babasına ait olduğu savunma ve dosyada mevcut av tezkeresi fotokopisinden anlaşılma, söz konusu tüfeğin sanıkta, babasının bilgi ve rızası dahilinde bulunup bulunmadığının araştırılmadan eksik soruşturma ile av tüfeğinin müsaderesine karar verilmesini yasaya aykırı bulmuştur. Bakıcı age, s. 1242

¹²⁸⁷ Aydın Ö, Emniyet, s. 201

¹²⁸⁸ Bu hükmün Anayasaya aykırılığı ileri sürülse de iptal edilmemiş, ancak 2008 yılında 5278 sayılı kanunun 215.maddesi ile değiştirilmiştir. Kanunun yeni haline göre (m. 108/4) “Bu Kanunda yazılı suça konu olan her türlü orman emvali, nakil vasıtaları ve suç aletleri Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre müsadere edilir”

¹²⁸⁹ “Dava konusu olayda araç sahibi sanığın dedesi olup, aynı binada ikamet ettikleri anlaşıldığından sanığın bu eyleminin TCK’nın tanımlandığı anlamda hırsızlık suçunun özelliklerini taşımamasına göre söz konusu nakil vasıtası olan kamyonun zorunlu yerine sahibine iadesine karar verilmesi kanuna aykırıdır. Y3CD, 8.10.2001 2001/9052-2001/9442. (İçel, Kaçakçılık, s. 301)

müsadere edilebileceğini, hırsızlık ve zorla alınmış olmanın yanısıra yanıltılmış olma hallerinde ise kusur bulunmadığından müsaderenin mümkün olamayacağını vurgulamıştır.¹²⁹⁰ Burada aranan kusur, en azından taksir şeklindeki kusurdur. Araç sahibi, aracının kaçak orman mallarının taşınmasında kullanılmaması için gereken dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdür. Gösterilen dikkat ve özene karşın, aracın nakilde kullanılması önlenememişse müsadereye karar verilemeyecektir.¹²⁹¹

Mülga 1918 sayılı Kaçakçılık Kanunu'nun 47.maddesinde de Orman Yasası'na benzer bir hüküm yer almaktaydı. 47.maddede, kaçak eşya ve madde naklinde kullanılan veya buna teşebbüs edilen her türlü nakil vasıtalarının müsadere edileceğini düzenlemiştir. Yargıtay, kaçakçılıkta kullanılan nakil aracının faile başka bir amaçla verilmiş olmasını önemsememekte, ancak irade dışı olarak elden çıkması halinde müsadere edilmesine izin vermemekteydi.¹²⁹² Hatta, nakil aracının bilerek kullanılması yeterli bulunup kime ait olduğunun araştırılmasına dahi gerek görülmemiştir.¹²⁹³ Oysaki, araç sahibinin yanıltılmış olması esaslı hata olup kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olduğundan bu gibi hallerde müsadere cezaların kişiselliği ilkesine aykırıdır.¹²⁹⁴

Yargıtay, mal sahibinin otomobili ile kaçak eşya nakletmesi hususunda emir vermemiş olmasına rağmen, aracın sahibinin haberi ve bilgisi dışında alınmış

¹²⁹⁰ "...damgasız ve nakliyesiz orman ürünleri kaçak sayılır. 108. maddenin dördüncü fıkrasında ise kaçak orman mallarının taşınmasında kullanılan canlı ve cansız bütün taşıtların kimin olursa olsun, zorunlu öngörülmüştür. Kanunu bilen veya "kanunu bilmemek mazeret sayılmaz" kuralı uyarınca bildiği varsayılan kimse taşıtının kaçak orman mallarının taşınmasında kullanılmaması için gereken dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdür. Bu yükümü yerine getirmeyen taşıt sahibinin, yasak eylem işlendiğinde, kusurlu sayılması ve kusurlu davranışının sonucu olan zorunlu cezasını görmesi gerekir. Ceza sorumluluğu, anılan hukuki esas uyarınca kaçak malların bilerek taşınması halinde sözkonusu olabileceğinden, aracın çalınması, zor kullanılarak ele geçirilmesi, taşıyanın gerçek bir yanılmaya düşürülmesi gibi kusurun gerçekleşmediği hallerde zorunlu cezasının uygulanmayacağı tabiidir. İtiraz konusu hüküm bu nedenlerle Anayasanın 33.maddesinde belirtilen cezaların şahsiliği kuralına aykırı değildir."AYM, 21.09.1966, 14/36

¹²⁹¹ İçel, Kaçakçılık, s. 304

¹²⁹² Yargıtay nakil aracının zorunlu için "aracın kaçakçılığı doğrudan doğruya tahsis edilmiş olmasını ve araç sahibinin nakil işine onayını aramamış, sorumluluk için araç sahibinin aracı iradesiyle sanığa vermesini yeterli görmüştür" YCGK, 25.06.1984, 421/237 (Gözübüyük, age, s. 346).

¹²⁹³ 05.04.1950 gün ve 21/7 sayılı İBK'na göre de "kaçak eşya naklinde kullanılmak üzere vermediği takdirde dahi kaçakçının o vasıtayı kaçakçılık işine tahsis ederek kaçak malı bilerek nakletmesi, o vasitanın mezkur 47. Maddenin sarahatı dairesinde müsadere için kafi olup mal sahibinin bu hususta rıza ve muvafakatının inzımmatı icap etmeyeceği" kabul edilmiştir. "Bu dönemde kişinin soruşturma dışında kalması bir lütf gibi algılandığı ve tazmin amacıyla Borçlar Kanununun rücuyla ilişkin hükümlerini esas alarak malı kendisine satan kaçakçıya karşı dava açması şeklinde yol gösterildiği bilinmektedir." Bkz. Yusuf Yılmaz, Üçüncü Şahıslarda Bulunup Kaçak Zannıyla Zaptolunan Ve Müsaderesi İstenilen Eşyalara İlişkin Bir Değerlendirme, **Gümrük Dünyası**, Temmuz 2002, s. 30

¹²⁹⁴ İçel, Kaçakçılık, s. 305

olmasını müsadereye engel görmemiştir.¹²⁹⁵ Uygulamada, kişinin “aracın kaçakçılıkta kullanılmasını önleyici tedbirleri almaması” yeterli görülmüştür. Bu durumun meşruiyetinin kaynağı “milletlerin yaşamında vazgeçilemeyen ve sağlığın ve ziraatin ve ekonominin kaynağı olan ormanların korunması ve bunlara karşı yapılan tecavüzlerin önlenmesi” olarak açıklanmıştır. Yargıtay, araç sahibinin yanıltılarak ve aracın bir hizmet için emaneten alındığı halde dahi, uğranılacak ağır zararları önlemek gibi bir gerekçeyle nakilde kullanılan aracın sahibine iadesini haklı bulmamıştır.¹²⁹⁶ Yasayı kaldırarak 2003 yılında yürürlüğe giren 4926 sayılı Kanun, üçüncü kişiler bakımından bir düzenleme öngörmemekle birlikte uygulama benzer yönde devam etmiştir. 5607 sayılı Kanun’da ise TCK hükümlerine gönderme yapılarak farklı uygulamaya son verilmiştir.

ETCK döneminde üçüncü kişilerin malının müsadere edilmesiyle ilgili bir başka ayırık düzenleme 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkındaki Kanun’a ilişkindi. Kanun’un 12 ve 14.maddelerinin son fıkralarına göre de “*kanun kapsamındaki silah ve aletlerin yapımında ve taşınmasında bilerek kullanılan her türlü araç ve gereçlerin başkasına ait olsa ve başka amaçla kullanılmak üzere verilmiş bulunsa bile zorunluluğuna*” hükmedilmesi öngörülmüştü. Üçüncü kişiye ait olan ve kaçak eşya ve kaçak orman emvalinin naklinde kullanılan aracın müsadereesine göre çok daha geniş bir düzenleme getiren bu hükümler, 23.1.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır.¹²⁹⁷

cc. 5237 Sayılı Kanun’ a Göre

aaa. Eşyanın İyiniyetli Üçüncü Kişiye Ait Olmaması

i. Genel Olarak

TCK’nın 54.maddesine göre suçta kullanılan, suça tahsis edilen ve suçtan meydana gelen eşyanın müsadere edilebilmesi için iyiniyetli üçüncü kişiye ait

¹²⁹⁵ Y5CD, 12.05.1959, 2181/2618, Y5DC, 21.04.1969, 865/1930 (İçel, Kaçakçılık, s. 302)

¹²⁹⁶ YCGK, 19.03.1979, 1979/3-69, 1979-132

¹²⁹⁷ Bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2008/02/20080208-1.htm>

olmaması gerekir. Böylelikle 765 sayılı Kanun'da "fiilde methaldar olma" kriteri "iyiniet"li olma kriterine dönüştürülmüştür. "İyiniet" kavramına bu tarihten önce de Yargıtay kararlarında rastlanmaktadır.¹²⁹⁸ Ancak özel hukuka ait olan bu kavram ilk defa ceza hukuku bakımından TCK'nın 54. maddesinde kullanılmıştır.¹²⁹⁹

Kanundaki "iyinietli üçüncü kişiye ait olmama" şeklindeki koşulu tersinden okuduğumuzda, eşyanın faile veya yardım edene ait olması halinde müsadere edileceği anlaşılmaktadır. Eşyanın fail veya yardım edene ait olması ile mağdur ve suçtan zarar görenin durumu aşağıda açıklanmaktadır.

ii. Eşyanın Faile veya Yardım Edene Ait Olması

Fail veya yardım edene ait olup da TCK'nın 54.maddesi uyarınca suçla bağlantılı olan eşya müsadereye tabidir.¹³⁰⁰ Bunun için fail veya yardım edenin ayrıca iyinietli olup olmadığı araştırılmaz. Failin kendine ait olan eşyayı suçta kullanması gerektiğine göre bunu bilmemesinden sözedilemeyecektir. Suça yardım edenlerin faile ait eşyayı failin bilgisi dışında kullanmış olmaları da sonucu değiştirmeyecektir.¹³⁰¹ Önemli olan failin o suçu işlemiş olmasıdır.¹³⁰² Kanunkoyucu "aidiet" şartını olumsuz önerme şeklinde düzenlemekle eşyanın faile ait olduğunun ispatını dahi aramamaktadır. Eşyanın iyinietli üçüncü kişiye ait olmadığına ispat edilmesi yeterlidir. Öğretide ileri sürülen "*bu madde anlamında iyiniet, failin eşyanın suçta kullanılacağını veya suçun işlenmesi suretiyle elde edildiğini bilmemesidir*" şeklindeki açıklama da durumu doğru ifade etmemektedir.¹³⁰³ Zira kanunkoyucu iyiniet koşulunu üçüncü kişi bakımından aramaktadır. Fail veya yardım eden ise üçüncü kişi olarak nitelendirilemez.

Türk Ceza Kanunu'nun iştirake ilişkin hükümlerinden 39.maddenin 2. fıkrasının b bendi uyarınca "fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak" yardım

¹²⁹⁸ Y3CD, 11.02.2002, 806/1132 (Yılmaz Z., Müsadere, s. 48)

¹²⁹⁹ Gedik, age, s. 140.

¹³⁰⁰ Kaynak Alman Ceza Kanunu'nun 74.maddesinin 2. fıkrasına göre de, eşya müsaderesinin uygulanabilmesi için eşyanın kararın verildiği tarihte fail veya şerike ait olması gerekir.

¹³⁰¹ Dülger İ., age, s. 115

¹³⁰² Eşyanın suçta iştirak eden birine ait olmasına karşın bilgisi dışında kullanılması halinde müsadere edilemeyeceği yönünde bkz. Tan, age, s. 2088

¹³⁰³ Öztürk/Erdem, Uygulamalı 2006, s. 305. Aynı yönde bkz. Dülger İ., age, s. 115

etmek sayılır. Böylesi araçları sağlayan kişi de yardım eden konumundadır. Yardım eden de tıpkı fail gibi iyiniyetli sayılamayacağından suçla bağlantılı olan eşyası müsadereye tabi olur.¹³⁰⁴ Maddede sadece “kullanılan” araçları sağlamaktan bahsedilmesi nedeniyle eşyayı fiilin işlenmesine tahsis eden veya suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlayan kimsenin yardım eden kişi olup olmadığı sorusu akla gelmektedir. Öğretide araç sağlamak şeklindeki iştirak türü “fiilin işlenmesinde kullanılacak, menkul veya gayrimenkul nitelikte herhangi bir aracın tedariki, verilmesi” olarak ifade edilmektedir. Buna örnek olarak ise, öldürme suçu bakımından silah, zehir, bomba; hırsızlık suçunda anahtar, merdiven, eldiven, hürriyeti tahdit suçunda mağdurun saklı tutulacağı ev, uyuşturucu madde ticaretinde uyuşturucunun depolanması için tahsis edilen işyeri, yağma suçunda faillerin kaçabilmeleri için bulundurdıkları motosiklet gibi şeyler gösterilmektedir.¹³⁰⁵ Buradan da anlaşılacağı gibi iştirak biçimlerinden “fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak” bakımından “kullanma” tahsis etmeyi de içine alacak biçimde yorumlanmaktadır. Bir başka deyişle eşyasını iştirak iradesi ile suça tahsis eden kişi de suça iştirak eden kişi olduğundan üçüncü kişi kapsamına girmez. Bununla birlikte eşyasını suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlayan kişi, eşyası suça kullanılmamış ise – eylemi başka bir iştirak türüne girmediği - yardım eden sıfatıyla sorumlu olmayacaktır. Örneğin; evin hizmetçisinin hırsızlara, eve kolayca girmelerini sağlamak amacıyla vermiş olduğu anahtarın bozuk olması nedeniyle kapıyı açmaması durumunda hizmetçi - sağlanan aracın, faillerin suç işleme kararını kuvvetlendirmemesi halinde- yardım eden sayılamaz.¹³⁰⁶

Eşyası suça kullanılan veya suça tahsis edilen kimse icra hareketleri başladıktan sonra vazgeçerse, TCK'nın 41.maddesi uyarınca gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanır. Fakat bunun için yardım edenin suçun işlenmesini önlemek için tüm gayreti göstermesi gerekir. Önleme çabalarına rağmen suç gerçekleşmiş veya çabalarının yetersiz kalmasına karşın başka bir sebeple de olsa suç işlenmemiş ise şerik gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır. Bu durumda eşyasını suça

¹³⁰⁴ Tan, age, s. 2088. Ayrıca bkz. “Suçta kullanılması nedeniyle zorunlu koşulları doğan aracın, olay tarihinden önce düzenlenmiş noter satım sözleşmesiyle fer'i faile satılıp satılmadığı araştırılarak, satılmış ise TCK'nın 36/1. maddesince zorunlu hukmedilmelidir”. (Y1CD, 19.2.2004, 2003/2060, 2004/390).

¹³⁰⁵ Evik, İştirak, s. 217.

¹³⁰⁶ Evik, İştirak, s. 218. Ancak aşağıda açıklanacağı üzere bu örnekte hizmetçi her ne kadar iştiraktan sorumlu olmasa da, maddenin gerekçesinde olduğu gibi “bilme” nin yeterli sayılması halinde, eşyasının suça kullanılacağını bildiğinden dolayı iyiniyetli de kabul edilemeyeceğinden anahtarlar müsadere edilebilecektir.

özüleyen kişi örneğın durumu yetkili mercilere ihbar edip yeterli çabayı göstermesine karşın suçu önleyememişse teşebbüsten sorumlu olmayacaktır. Ancak suç yine de gerçekleştiğinden eşyası da suçta kullanılmış olabilir. Bu durumda üçüncü kişi konumunda kabul edilebilecek olan kişi, eşyası suçta kullanıldığında iyiniyetli kabul edilebilecek mi? Bu sorunun cevabı iyiniyetin ne zaman aranacağı sorusunu da beraberinde getirmektedir. Kanaatimize göre üçüncü kişinin, eşyasını faile verdiği ana kadar iyiniyetli olması gerekli ve yeterlidir. Ancak, üçüncü kişi eşyasını verdikten sonra bir suçun işleneceğini öğrenmiş ve bu aşamadan sonra iştirak iradesiyle sessiz kalmışsa (sonradan oluşan kastla veya olası kastı sözkonusu ise) yardım eden sayılarak eşya müsadere edilebilecektir. Buna karşın üçüncü kişi eşyasının suçta kullanılacağını öğrendikten sonra ve fiil işlenmeye başlanmadan önce suç işleneceğini öğrenirse yine iyiniyetli sayılmalıdır.^{1307 1308}

iii. Üçüncü Kişi Kavramı - Mağdur ve Suçtan Zarar Görenin Durumu

Üçüncü kişi kavramı da, “iyiniyet” gibi esas itibariyle özel hukuk alanına özgü olup, hukuk sözlüklerinde “*bir sözleşmede, davada veya icra takibinde, taraflardan olmayan (taraflar dışındaki) kişi*” olarak tanımlanmaktadır.¹³⁰⁹

Ceza hukukuna baktığımızda “üçüncü kişi” kavramı TCK m. 54 dışında CMK’nın 131.maddesinde şüpheli veya sanık dışında eşyasına elkonulan diğer kişileri ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Müsadere bakımından da üçüncü kişinin öncelikle fail ve yardım edenden bir başkasını ifade ettiği açıktır.¹³¹⁰

Kanunkoyucu 55.maddede “mağdura iade edilememe” koşulu öngörmüşken, eşya müsadere bakımından böyle bir ibareye yer vermemiştir. Ne var ki, iyiniyetli üçüncü kişi kapsamına suçun mağduru veya suçtan zarar görenin girdiği de

¹³⁰⁷ Mehmet Emin ARTUK/Ahmet Caner YENİDÜNYA, “Cürüm Eşyasını Satın Almak ve Saklamak (Yataklık Cürümü) Üzerine Bir İnceleme (TCK m.512)” 7, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları 2004, s. 79-90

¹³⁰⁸ Buna karşın kanunkoyucu bazı hallderde ihbar yükümlülüğünü yerine getirmemeyi ayrı bir suç olarak düzenlemiştir. Örneğın, TCK’nın 333.maddesinde düzenlenen “Devlet sırlarından yararlanma, Devlet hizmetlerinde sadakatsizlik” suçlarının işleneceğini haber alıp da bunları zamanında yetkililere ihbar etmeyenlere, suç teşebbüs derecesinde kalmış olsa bile altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir (m. 333/son)

¹³⁰⁹ Ejder Yılmaz, age, s. 849

¹³¹⁰ Bu durum, kanunkoyucunun iyiniyet kavramının iştiraktan daha geniş olarak anlaşılması gerektiği yönündeki niyetini ortaya koyan verilerden biridir.

tartışmasızdır.¹³¹¹ Mağdurun veya suçtan zarar görenin kasıtlı suça katkısı olması düşünülemeyeceğinden, bunlar doğal olarak iyiniyetli üçüncü kişi kavramına dahildir. Bir suçu ortaya çıkarmak için kendi eşyasını tahsis eden kimsenin eşyasının ise iadesi gerekir.¹³¹²

Fail ya da fiilden fayda sağlayanlar eşyada değişiklik yapmış olsalar da mağdura ait eşya müsadere edilemez. Burada değiştirilmeden kastedilen katılma, birleşme, işleme vs. durumlarla mağdurun eşyasının değişikliğe uğratılmasıdır.¹³¹³ Bununla birlikte, üçüncü kişiye ait eşya birtakım aksesuarlarla daha değerli hale getirilmişse, örneğin çalınan araca çelik jant, spoiler vb. takılsa mağdur, bunun eski hale getirilmesini isteyebilir. Eşyada zarar sözkonusu ise medeni kanun hükümlerine tazmin edilir.

bbb. “İyiniyet”i Açıklamaya Yönelik Görüşler

i. İştirak Yönünden Değerlendiren Görüş

Birinci görüşe göre, “iyiniyet”ten anlaşılması gereken, tıpkı 765 sayılı Kanun döneminde olduğu gibi “suça iştirak etmeme” olmalıdır. Suçun işlenmesinde kullanılan eşya ile bu suçu işleyen kişiler arasında sıkı bir bağlantı bulunması nedeniyle müsaderenin sadece suçun işlenmesine iştirak eden kişilerin mülkiyetindeki eşyaya ilişkin olması gerekmektedir.¹³¹⁴ İçel’e göre TCK “*iyiniyetli kişiler ifadesini kullanmışsa da, bunun suça iştirakin dışında kalan kişiler şeklinde anlaşılması gerekir. Örneğin, malikinin iradesi ve bilgisi dışında suçta kullanılan araç müsadere edilemez.*”¹³¹⁵ Burada üçüncü kişilerin iyiniyeti değil, ancak suça katılma kastının bulunup bulunmadığı ölçüt olarak alınabilir.¹³¹⁶

¹³¹¹ Aynı yönde Tan, age, s. 2088

¹³¹² “Şikayetçinin operasyon yaptırmak için numaralarını tespit ettirdiği kendisine ait 5.000.000 lira paranın müsaderesine karar verilmesi yasaya aykırı olup şikayetçiye geri verilmelidir.” (Y5CD, 26.05.1999, 1409/2756 (Bakıcı, s. 1242)

¹³¹³ Aydın Ö, Emniyet, age, s. 202, 203; Yaşar/Gökcan/Artuç, age, s. 1767.

¹³¹⁴ Özgenç, Gazi Şerhi, s. 687

¹³¹⁵ İçel, Ceza Hukuku, s. 406. “Müsadere edilemeyecek eşyanın belirlenmesinde iyiniyetli kavramının kullanılması yerinde olmamıştır. Bu ifade hukuksal olmadığı gibi, ceza hukuku ile özel hukuk ayrımını da ortadan kaldıran, cezalarda kıyasa olanak veren bir ifade biçimidir. Gerçekten burada önemli olan üçüncü kişinin kasten hareket edip etmediği, yani bir suçun işleneceğini bilerek ve

Bu görüştekilere göre buradaki “iyiniyet” Medeni Kanun anlamındaki iyiniyet olamaz. Öğretide özel hukuka ait olan bu kavram yerine, eskiden olduğu gibi iştirak anlamına gelen “methal” kavramının kullanılması gerektiği belirtilmiştir.¹³¹⁷ Ayrıca, Medeni Kanun’daki iyiniyete 54.madde değil sadece 55.madde bakımından gönderme yapılmıştır.¹³¹⁸ Dolayısıyla suça iştirak etmeyen, eşyanın suça kullanıldığını bilmeyen kişi iyiniyetlidir. Bu düşünceye göre, örneğin, aracını meşru bir amaç zannıyla arkadaşına veren kişinin - arkadaşının bu araçla kasıtlı bir suç işlemesi halinde- gerekli dikkat ve özeni gösterseydi suç işleyeceğini anlayabilirdi, gibi bir yaklaşımla aracın müsadereğine karar verilemez.

Ünver ve Hakeri’ye göre de üçüncü şahıs suç işleneceğini bilmeden eşyasını başkasına vermiş veya kendisinin haberi veya rızası olmaksızın eşyası alınarak suçun işlenmesinde araç olarak kullanılmışsa müsadere mümkün değildir.¹³¹⁹ Hasta götürmek için emaneten alınan otomobille, öldürülmek istenen şahsın pusu mahalline götürülmesinde veya sahibi kandırılarak bir başkasına satışında, piknikte karpuz kesmek için alınan bıçağın çıkan kavgada yaralama suçunda kullanılmasında, sokakta kavga ederken aniden dükkana, fırına girerek tezgah veya masanın üzerinde bulunan bıçağın alınıp adam öldürmede kullanılmasında sahibinin haberi ve rızası olmadığı için eşyanın müsadere edilmeyip sahibine geri verilmesi gerekir.¹³²⁰

5237 sayılı Kanundan önce de, Yargıtay üçüncü kişilerin mallarının müsadere sözkonusu olduğunda onların iradesini, suçun işlenmesinde rızası olup olmadığını aramıştır.¹³²¹ Bu kimi kararlarda “rıza”, “haberi olma”, kimi kararlarda

isteyerek eşyayı verip vermediği olması gerekirken, bunun yerine iyiniyetli olup olmadığına ilişkin bir kriter konulması yanlıştır” bkz. Yıldız, **Yargıtay Kararları**, s. 145

¹³¹⁶ Centel/Zafer/Çakmut, 3. bası, s. 764. “Müsadere edilemeyecek eşyanın belirlenmesinde iyiniyetli kavramının kullanılması yerinde olmamıştır. Bu ifade hukuksal olmadığı gibi, ceza hukuku ile özel hukuk ayrımını da ortadan kaldıran, cezalarda kıyasa olanak veren bir ifade biçimidir. Gerçekten burada önemli olan üçüncü kişinin kasten hareket edip etmediği, yani bir suçun işleneceğini bilerek ve isteyerek eşyayı verip vermediği olması gerekirken, bunun yerine iyiniyetli olup olmadığına ilişkin bir kriter konulması yanlıştır” bkz. Yıldız, **Yargıtay Kararları**, s. 145

¹³¹⁷ Yarsuvat/Bayraktar/Yüzbaşıoğlu/Bülbül/Kocasakal/Aksoy/Memiş/Kurt/Tansuğ/Yılmaz, age, s. 303.

¹³¹⁸ Yerdelen, age, s. 50.

¹³¹⁹ Ünver/Hakeri, age, 2011, s. 774

¹³²⁰ Bakıcı, Genel, s. 1241

¹³²¹ “Sanıkların babası olan M...yöntemince çağrılıp tanık olarak dinlenerek, sanıkların olayda kullandıkları kendisine ait av tüfeğini rızası dahilinde alıp almadıkları hususu sorulup, sonucuna göre av tüfeğinin müsadere sine gerekip gerekmediğine karar verilmesi gerekirken, bu hususu araştırılmadan, 765 sayılı TCY.nın 35.maddesi uyarınca müsadereye hükmolunması” yasaya aykırıdır. Y4CD, 1.12.2010, 2008 / 20458, 2010 / 19865

ise “onay” olarak belirlemiştir. Yargıtay, 765 sayılı Kanun döneminde verdiği kararlarda suça iştirak kastının bulunup bulunmadığı incelemiştir. Önüne gelen olaylarda da “bilgisi olup olmadığı” ölçütüne göre eşyanın maliki olan üçüncü kişilerin o eşyanın suçta kullanılacağına dair bilgilerinin (haberlerinin) olmadığı hallerde müsadereye hükmedilmeyeceğini belirtmiştir.¹³²² Bazen de genel bir ifadeyle “suça katılımı” olup olmadığına bakmaktadır.¹³²³ Bir kararında ise hem eski kanuna hem de yeni kanundaki kavramlara gönderme yaparak aslında herhangi bir belirleme yapmamış olup, karmaşık bir yapı ortaya koymuştur.¹³²⁴

Yeni kararları da benzer yöndedir.¹³²⁵ Nitekim, Yargıtay iyiniyet kavramını eskiden olduğu gibi “fiilde methali olmama” olarak anlamaktadır.¹³²⁶ Hatta bazı kararlarında da doğrudan iştirak kavramını kullanmıştır.¹³²⁷ Son kararlarında da iyiniyetli üçüncü kişiyi, bilgisi ve rızası olmama olarak kabul etmektedir.¹³²⁸ Bir

¹³²² “...adam öldürmeye teşebbüs suçunda kullanılan ve av tezkeresinden anlaşıldığı üzere sanığın eniştesi ait olan, iki ay önce avda kullanılmak üzere verilen tüfeğin, sahibinden habersiz olarak olayda kullanılması nedeniyle” (YCGK, 24. 02.1992- 18/40); “hırsızlık suçunda kullanılan aracın trafikte Abuzer adına kayıtlı olması ve adı geçenin bilgisi dışında suçta kullanılması nedeniyle” (Y6CD, 06.05.1993-3229/4297), “tehdit suçunda kullanılan av tüfeğinin katılan Ali’ye ait ve sanık tarafından bilgisi dışında alınıp kullanılmış olması nedeniyle” (Y4CD, 01.07.1992-4017/5049) müsadere kanuna aykırıdır. Kararlar için bkz. Bakıcı, Genel, s.1050-1051

¹³²³ “Sanığın şoförü olarak çalıştığı müdahil şirketin normal ticari faaliyeti sırasında ve bu şirketin herhangi bir katılımı sabit olmaksızın sanık tarafından suç konusu silahların içerisinde taşındığı anlaşılan müdahil şirkete ait plakalı çekici ile plakalı dorsenin sahibine iadesi yerine, müsadere karar verilmesi” kanuna aykırıdır. Y8CD, 22.02.2007, 2006 / 11009, 2007 / 1435

¹³²⁴ “Suçta kullanılan 42 plakalı aracın trafik kaydı araştırılarak sanığa ait değilse araç sahibinin fiilde methali olup olmadığı ya da bu konuda iyi niyetinin bulunup bulunmadığı saptanıp sonucuna göre müsadere veya iade kararı verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi” kanuna aykırıdır. Y10CD, 28.12.2005, 2004/6134, 2005-19746

¹³²⁵ “Suçta kullanılan ve yedieminde bulunan 057 plakalı minibüsün müdahil F. K. adına ruhsatlı olup, sanık T. A.’ın bu araçta şoför olarak çalıştığı ve müdahilin bilgisi olmaksızın göçmenleri taşıdığı anlaşılınca, 5237 sayılı TCK’nın 54. maddesi uyarınca aracın ruhsat sahibine iadesi yerine yazılı şekilde zorunlu karar verilmesi” kanuna aykırıdır. Y8CD, 05.04.2007, 2006-5415, 2007-2861.

¹³²⁶ “Alanya İlçe Emniyet Müdürlüğünün 9.2.2005 günlü yazısına göre, suçta kullanıldığı iddia olunan 07 D 8885 plaka sayılı aracın H.A.adına kayıtlı olduğu bildirilmiş, sanık A.T. ise otonun kendisine ait olduğunu ifade etmiş olup haricen satın alındığı anlaşılınca, 765 sayılı TCK’nın 36. maddesi ve 5237 sayılı Yasanın 54. maddesi hükümleri uyarınca, suçta kullanılan eşya fiilde methali olmayan kimselere ait olmamak şartıyla müsadere edilebileceği cihetle 07 D 8885 plakalı aracın suç tarihi itibarıyla kime ait olduğu H.A.’ da dinlenerek oluşacak sonuca göre müsadere konusunda bir karar verilmesi gerekirken eksik soruşturma ile yazılı şekilde hükme varılması” kanuna aykırıdır. Y5CD, 2006/1497-2006/4092

¹³²⁷ “Trafik tescil kaydına göre mülkiyeti İbrahim’e ait olan, noter tarafından yapılmış satış ve devri bulunmayan 33 plakalı aracın 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 5942 sayılı Kanunla değişik 20/d fıkrasının "noterce" yapılmayan her çeşit satış ve devirler geçersizdir, hükmü karşısında suça iştirak etmeyen ve suça konu eşyanın taşınması için kullanılmasının da zorunlu bulunmadığı gözetilmeden müsadere karar verilmesi”. Y15CD, 20.12.2012, 2012/18874, 2012/46072.

¹³²⁸ “Suçta kullanılan ruhsatlı tüfeğin, sahibinin bilgisi ve rızası dışında kullanıldığına dair ruhsat sahibinin beyanının aksine delil bulunmadığından, iyiniyetli üçüncü kişi olan ruhsat sahibine iadesi yerine yazılı şekilde müsadere karar verilmesi,” Y8CD, 8.10.2012/2011/4586, 2012/29854.

kararında “*üçüncü kişinin aracın kullanılmasına izin verip vermediği, suçta kullanıldığından haberi olup olmadığının duraksamaya yer bırakmayacak biçimde saptanması*” ölçütüne yer vermiştir.¹³²⁹ Aynı doğrultuda Yargıtay, uyuşturucu ticaretinde kullanılan aracın sanığın kardeşi adına tescil edilmiş olmasını üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığının kabulü için yeterli görmüştür.¹³³⁰ Yine, üçüncü kişilerin müsadereye tabi tabancaları rızaları ile sanığa bırakmış olmalarını¹³³¹ yeterli gören Yargıtay 8.Dairesi; çalışanı olan sanığın göçmen kaçakçılığında kullandığı minibüsün maliki bakımından “bilgisi olmaması”nı aramıştır.¹³³² Bir kararında ise zaten muğlak olan kavramı “suçla ilgili olmama” şeklinde yine muğlak bir ifadeyle açıklamaya çalışmıştır.¹³³³

Hükmün gerekçesinden yola çıkan Şen’e göre de, iyiniyet kavramı sadece iştiraki ifade etmektedir. Bunun dışında kişinin suçta kullanılan bir malını korumakta gerekli dikkat ve özeni göstermediği hallerde bile müsadere mümkün olmayacaktır. Öte yandan yazara göre “*örneğin, daha önce kaçakçılık suçundan mahkumiyet aldığını bilen bir kişiye gerekli dikkat ve özeni göstermeden vasıtasını veren, tanımadığı bir kişiye hakkında araştırma yapmaksızın arabasını kullanması için*

¹³²⁹ “Kahramanmaraş Trafik Tescil ve Denetleme Müdürlüğünün 13.10.2003 günlü yazı içeriğine göre, suça konu 34 TV 795 plakalı aracın, trafikte A.A. adına kayıtlı olduğunun bildirilmesi, sanık E.A.’nın ise aracın kendisine ait olduğunu belirtmesi karşısında; kayıt sahibi olan şahsın tanık olarak bilgisine başvurulup, aracı sanığa satıp satmadığı, satış işlemi gerçekleşmemiş ise, aracın hangi amaçla sanıkta bulunduğu, kullanılmasına izin verip vermediği, suçta kullanıldığından haberi olup olmadığı hususları duraksamaya yer bırakmayacak biçimde saptandıktan sonra, sonucuna göre araç hakkında bir karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, eksik inceleme ile yetinilip, yazılı biçimde aracın zorulmasına karar verilmesi” kanuna aykırıdır. Y6CD 18.4.2007

¹³³⁰ “Zorulmasına karar verilen 72 DL 357 plaka sayılı aracın sanık tarafından kullanıldığı ve suça konu uyuşturucu maddenin bulunduğu gizli bölmenin sonradan yapıldığı, aracın gerçekte sanığa ait olduğu ve kredi alabilmek için kardeşi olan Y. adına tescil edildiği, böylece Y.’nin iyiniyetli olmadığı, başka bir ifade ile bu suçta kullanılmasında kusuru bulunduğu” yönünde bkz. Y10CD.2006, 12429-13820

Ne var ki, ulaştığı sonuç doğru olmakla birlikte Yargıtay’ın gerekçesi yanlıştır. Zira, aracın sadece görünüşte ancak yasal olarak başkasına ait olması üçüncü kişinin kusurlu olduğu veya iyiniyetli olmadığı anlamına gelmez. Burada muvazaalı bir işlem sözkonusu ise mahkeme nisbi muhakeme yoluyla işlemin iptaline ve ardından eşyanın asıl sahibi fail olduğundan müsaderesine karar vermeliydi.

¹³³¹ “Sanıkta ele geçen ve sahipleri A.A. ve H.H.G. tarafından sanığa rızaları dahilinde bırakıldığı dosya içeriğiyle sabit olan emanette kayıtlı tabancaların zorulması” gerektiği yönünde bkz. Y8CD 31.5.2007, 2007/1780-4309

¹³³² ‘Suçta kullanılan ve yedieminde bulunan 73 ... plakalı minibüsün müdahil F.K adına ruhsatlı olup, sanık T.A’ın bu araçta şoför olarak çalıştığı ve müdahilin bilgisi olmaksızın göçmenleri taşıdığı anlaşılınca, 5237 sayılı TCK’nın 54.maddesi uyarınca aracın ruhsat sahibine iadesi yerine yazılı şekilde zorulma kararı verilmesi’ (Y8CD, 5.4.2007 2006/5415-2007/2861)

¹³³³ “Kasıtlı bir suçun islenmesinde kullanılan veya suçun islenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesine karar verilebilmesi için 5237sayılı TCK.nun 54 maddesine göre; müsadereye konu eşyanın iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmama ön koşulu arandığından, suçla ilgisi olmadığı anlaşılan müdahil A... Nakliyat A.S. ait 34 ... plaka sayılı trın müsadere yerine sahibine iadesi” gerektiği yönünde Y8CD, 09.10.2006, 2092/7386 karar için bkz. Parlar/Hatipoglu, s. 500.

*teslim eden, vasıtası çalındığı halde bu durumu uzun bir süre yetkili makamlara haber vermeyen veya vermekte ihmal gösteren ya da vasıtasıyla sürekli olarak kaçak eşya taşındığını duyan veya öğrenen vasıta sahibinin, suça iştirak etmediği halde bu duruma özgür iradesiyle duyarsız kalması halinde, yine de üçüncü kişinin iyiniyetli olduğunun kabulü tartışılabilir.” Üçüncü kişinin başlangıçta vasıtayı verirken suç işleneceğini bilmemesi, fakat suçun işlenmesi sırasında haberdar olması ve bu duruma ses çıkartmaması Şen’e göre zımni iştiraktır.*¹³³⁴

ii. Medeni Hukuk Bağlamında İyiniyet Görüşü

İkinci görüşe göre, 54.maddedeki “iyiniyet”, Medeni Kanun’un 3. maddesi hükmü çerçevesinde teknik anlamda kullanılmaktadır. Türk Medeni Kanunu’nun 3. maddesine göre “*Kanunun iyiniyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır. Ancak durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz.*” Bu nedenle aksi ispatlanıncaya kadar eşya kendisine ait olan şahsın iyiniyeti korunurken, kendisinden beklenen özeni göstermeyen kişi iyiniyet iddiasında bulunamayacaktır.¹³³⁵

TMK’nın 3.maddesini müsadere bakımından uyarlayan yazarlara göre, iyiniyet “*suça iştirak etmemiş üçüncü kişinin, bu eşya ile suç işleneceğini bu eşyanın suçta kullanılacağını bilmemesi veya bilmek zorunda olmamasıdır.*”¹³³⁶ Malik, kendisinden beklenen tüm özeni göstermesine karşın, mülkiyetinde bulunan eşyanın suçta kullanılacağını bilmemekte ise iyiniyetlidir. Ancak malik, kendisine ait olup, rızası ile faile veya ortaklarına verdiği eşyanın suçta kullanılacağını biliyor veya bilmesi gerekiyor ise, bu durumdaki bir kimsenin iyiniyetinden sözedilemez. Örneğin, arabasının yolda kaldığını söyleyen faile arabası olmadığını bildiği halde kendi arabasını ödünç veren veya failin sürekli hırsızlık yaptığını bilmesine karşın kendisinden istediği kazmayı veren kişi; daha önce oğluna istediği kızı

¹³³⁴ Şen, TCK Yorumu, s. 125

¹³³⁵ Parlar/Hatipoğlu, 2007, s. 496

¹³³⁶ Yaşar/Gökcan/Artuç, age, s. 1768; Öztürk/Erdem, Uygulamalı 2006, s. 392. 2007’de Adalet Bakanlığı’na yayımlanan “Müsadere ve Elkoyma Alanında Kılavuz İlkeler”de “üçüncü şahsa ait olmakla beraber suç işlenmesine sürekli tahsis edilmiş bir eşya söz konusu ise ve üçüncü kişi bunu bilebilecek bir durumda ise, bu husus iyiniyetin varlığı veya yokluğu açısından göz önünde tutulmalıdır.” şeklindeki görüş kabul görülmüştür. Bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0593.pdf> (Erişim Tarihi: 16.08.2009)

vermediklerini bilmesine karşın gece yarısı arabanın anahtarını isteyen oğluna anahtarı ne yapacağını sormadan veren baba, o arabayla suç işlenmesi halinde iyiniyetli kabul edilemez.¹³³⁷ İştirakin, üçüncü kişi sorumluluğu bakımından yeterli sayılmaması gerektiğini düşünen Dülger'e göre de hırsızlıktan sabıkalı komşusunun yine hırsızlıkta kullanabileceğini öngörmesine rağmen kendisinden istediği demir kesme makasını ona vermesi ve komşusunun bu makasla kepengini kestiği markette hırsızlık yaparken yakalanması halinde makasın müsadere gerekir. Çünkü makas sahibi, bu durumu öngörmesine rağmen herhangi bir zorlama olmaksızın rızasıyla vermiştir.¹³³⁸ Özetle bu görüşe göre iyiniyet iştirakten daha geniş bir kapsama sahiptir.¹³³⁹

iii. Taksir görüşü

Alman Ceza Kanunu, eşyanın müsadere bakımından iştirakten daha geniş olarak (Alm. CK. 74/a) fiilin işlenişine objektif özen yükümlülüğüne aykırı olarak, yani taksirle katılması halini de esas almaktadır.¹³⁴⁰ ¹³⁴¹ Üçüncü kişi, eşya veya hakkın suçun aracı veya konusu olmasına veya hazırlanmasına en azından dikkatsizlikle katkıda bulunmuş veya eşyanın müsadere edileceğini bilmesi gerektiği halde kınanabilecek biçimde bu eşyayı edinmiş (m. 74a-1 ve 2) ise iyiniyetli olarak kabul edilmeyecektir. “Yardımda bulunma” olarak adlandırılan durumda, sahip olduğu hak veya eşyası suçta kullanılan, kullanılmak üzere hazırlanan veya suçun

¹³³⁷ Yaşar/Gökcan/Artuç, age, s. 1768

¹³³⁸ Dülger İ., s. 116

¹³³⁹ Fransız hukukunda “iyiniyet”in medeni hukuktaki iyiniyet şeklinde anlaşılması gerektiği görüşü için bkz. Dominique Poncet, Alain Macaluso, “Confiscation, restitution et allocation de valeurs patrimoniales: quelques considérations de procédure pénale”, Semaine judiciaire. 2, Doctrine 123 (2001), no 9, p. 221-237; Nadelhofer do Canto, age, s. 304

¹³⁴⁰ İçel/Akıncı-Sokullu/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, Yaptırım, s. 127, dn. 350

¹³⁴¹ Üçüncü kişinin malının müsadere edilmesini “fail garantörlüğü” görüşüyle açıklayan Alman İmparatorluk Mahkemesi'ne göre “file hiçbir biçimde iştirak etmeyen üçüncü kişinin mülkiyetindeki eşya o fiil ile bir biçimde ilişkili olduğundan dolayı ayıplıklıkla malul olmakta ve bu nedenle malik başkasının fiilinden aynı cezai sorumluluk çerçevesinde müsadere yaptırımına maruz kalmaktadır.” Bu görüş daha sonra değişikliğe uğrayarak, eşyası müsadere edilen üçüncü kişinin, başkasının fiilinin garantörü olmadığı ve fakat “kendi mülkiyetinin garantörü” olduğu ileri sürülerek, malikin sahip olduğu tasarruf yetkisine bağlı olarak ortaya çıkan yükümlülüğü nedeniyle malvarlığının kötüye kullanılmasından sorumlu olması gerektiği savunulmuştur. Nihayetinde, bir kimseyi başkasının fiilinden sorumlu tutmaya yani kusursuz ceza sorumluluğuna varan bu düşünce, haklı olarak eleştirilmiştir. Eleştirinin bir başka boyutu da, başkasının kusurlu fiili nedeniyle malikin mülkiyet hakkının anayasal mülkiyet hakkına aykırı olduğu noktasındadır. (Sözüer, Organize, s. 183).

konusunu oluşturan kişi ağır derecedeki dikkatsiz davranışı (leichtfertigkeit) ile suçun işlenmesine bir biçimde katkıda bulunmuş olmalıdır. Örneğin basit bir denetimle hırsızlıktan elde edilmiş olduğunu bilebileceği bir eşyayı kamyonuyla taşıyan kişi iyiniyetli sayılmamaktadır.^{1342 1343}

Ceza Genel Kurulu, ETCK döneminde vermiş olduğu bir kararda üçüncü kişinin malvarlığının müsadere edilmesinin meşruiyetini, dikkat ve özen göstermeyerek eşyasının suçta kullanılmaması için gerekli tedbirleri almamasına dayandırmıştır. Mahkeme *“Nakil aracı sahibi veya sürücüsü, aracın kaçak orman mahsullerinin taşınmasında kullanılmaması için gereken dikkat ve itinayı göstermesi lazımdır. Bu dikkat ve itinayı göstermeyen araç sahibi veya sürücüsü kusurlu sayılır. Ceza sorumluluğu denilen hukuki esas uyarınca kaçak malların bilerek taşınması halinde zoralımı hükmünün uygulanabileceği, kusurun gerçekleşmediği hallerde illiyet rabtası bulunmadığı cihetle zoralımı cihetine gidilemeyeceği tabiidir.”* şeklindeki kararı ile taksir sorumluluğunu aramıştır.¹³⁴⁴ Anayasa Mahkemesi de, 1968 tarihli bir kararında *“...buradaki sorum, taşıt sahibinin kendi kusuruna dayanmaktadır. Bu kusur, herhangi bir nedenle taşıtını verdiği kişiyi seçerken gereken dikkat ve itinayı göstermemiş olmasından doğmakta ve böylece kendi ihmali ile meydana gelen sonuç arasında bir illiyet bağı kurulmuş bulunmaktadır. Buna karşılık, mal sahibinin iradesi dışında kalan (taşıtın zorla elinden alınması veya çalınması gibi) durumlarda taşıtının, kaçak eşya nakline tahsis edilmiş olması yüzünden kendisine bir sorum yükletilemeyeceği ve bu takdirde zor alıma gidilemeyeceği de meydandadır”* görüşü ile özen yükümlülüğüne işaret etmiştir.¹³⁴⁵

1979 tarihli bir kararında da AYM, araç sahibi aracını emaneten vermiş olsa dahi

¹³⁴² Sözüer, Alman, s. 400.

¹³⁴³ Alman Ceza Kanunu'nun diğer bazı maddelerinde de ifadesi geçen “dikkatsiz davranış” biçimindeki sorumluluk kıstasına dair Alman Ceza Hukuku'nda hakim bir görüş mevcut değildir. Kavram hukuk devleti ve belirlilik ilkesi ışığında yorumlanmak üzere öğreti ve uygulamaya bırakılmıştır. Öncelikle taksirli davranışın belirli bir ağırlıkta olması aranmaktadır (17.11.1960 OLG Karlsruhe § 402 RabgO (Karlsruhe, Yerel Yüksek Mahkeme, İmparatorluk Vergi Ceza Kanunu, madde 402). Kişinin suçla ilgisini bilmesi gerektiği hallerde ağır taksir unsurunun varlığının kabul edilebileceği sonucuna varılabilir olduğunu ifade etmiştir (10.12.1965 BGH § 21 WStG (Almanya Federal Mahkeme/Savunma Ceza Kanunu madde 21)

¹³⁴⁴ YCGK, 26.06.1967, 85/168 (Gözübüyük, s. 359)

¹³⁴⁵ AYM, 14.12.1968, 32/62. 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 108/4. maddesi ile ilgili bkz. AYM, 30.09.1969, 17/49; 1918 sayılı Kaçakçılık Kanunu'nun 47. maddesiyle ilgili AYM, 14.12.1968, 32/62. (Bkz. İçel/Akıncı-Sokullu/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, Yaptırım, s. 127 dn. 350). Buna karşılık Yargıtay 1982 tarihli bir kararında 6 yıldan beri ormanda açılıp işletilen tarlayı sürmek için bir başka şahsa talimat verilmesi halinde, bu şahsın tarlanın sözkonusu durumunun bilincinde olup olmadığını araştırmaksızın, tarlayı sürmek için kullandığı traktör ve pulluğun müsaderesini isabetli bulmuştur. (CGK, 05.07.1982, 3-260/331) Çağlayan, age, s. 310

üçüncü kişinin aracının kaçakçılıkta kullanılmasını önleyici tedbirleri almamasını yeterli saymıştır. Mahkeme'ye göre, sorumluluğun tek istisnası aracın irade dışında elden çıkması halidir.¹³⁴⁶

Kanımızca üçüncü kişinin taksirinin aranması gerektiği yönündeki düşünceye de katılmak mümkün değildir. Eşyasının suçta kullanılacağını öngörmesine karşın gerekli dikkat ve özeni göstermeyerek faile veren üçüncü kişinin iyiniyetli sayılamayacağı görüşü,¹³⁴⁷ ceza hukukunda başkasının işlediği fiile iştirak iradesi olmaksızın katkı sağlamış olan kimse bakımından özen yükümlüğünün yaratılması anlamına gelip ceza sorumluluğunu genişletmektedir. Bu durum, iştirak kurumunun mahiyetine de aykırıdır. Şöyle ki, iştirak kurallarının uygulanabilmesi için her bir suç ortağının başkalarının suç oluşturan hareketlerini bilmesi ve kendi hareketleriyle katkıda bulunması ve ayrıca katkıda bulunmayı istemesi gerekir. Başkalarının suç oluşturan hareketlerini bilmeden bir suçun işlenişine katkı sağlanmış olsa da, suça iştirak iradesi bulunmadığından burada iştirakin varlığından sözedilemez.¹³⁴⁸ Taksir sorumluluğu istisnai olup kanunda ayrıca öngörülen hallerde uygulanabilir. Bu nedenle bir kimsenin dikkat ve özensizliği sonucu eşyasının suça katkı yapmış olması (nedensel değer taşıyan bir hareketinin bulunması) iştirak kurallarının uygulanmasına sebebiyet vermez.¹³⁴⁹ Örneğin, aracı kaçakçılık suçunda kullanılan üçüncü kişi bu durumu bilmesede tahmin etmişse, sonucu göze alarak aracı vermek suretiyle suçta kullanılan aracı sağlamış olur ve burada iştirak iradesi vardır. Buna karşılık araç sahibinin aracın suçta kullanılacağını bilmeden başka bir amaç için istendiğini sanması halinde fiili hata sözkonusu olacaktır. Böyle bir durumda, araç sahibinin gereken dikkat ve özeni göstermediğinden sözedilerek aracın müsaderesi, olayda kusuru bulunmayan kişinin malının müsaderesi anlamına geleceğinden

¹³⁴⁶ “Araç sahibi aracını emaneten dahi verse, araç kaçak orman emvalinin naklinde kullanılması halinde bunu yasal sonucuna katlanmaması gerekir. Aracın kaçakçılıkta kullanılmasını önleyici tedbirleri almaması, sorumluluğun nedenini oluşturmaya yeterlidir. ...bunun istisnasını ancak aracın sahibinin hür iradesi dışında alınması hali teşkil edebilir.” AYM, 19.03.1979 3-69/132

¹³⁴⁷ Bir görüşe göre, malın sahibi gerekli dikkat ve özeni gösterseydi malının gayrimeşru olarak kullanılacağını anlayacaktı denilebiliyorsa, iştiraktan sorumlu tutulabilir ve müsadere de olanaklıdır. Malkoç, s. 356

¹³⁴⁸ Evik, İştirak, s. 167

¹³⁴⁹ Böyle bir sorumluluk türünün kabulü, kendi arabasını örneğin birden çok kez dikkatsizlikle ölüme sebebiyet veren servis şoförüne, suç işleneceğini bilmeden ödünç veren kişinin, şoförün bu kez kasten işlediği öldürme fiili neticesinde suçta kullanılan araç olarak müsaderesini sonuçlayacaktır. Bu tür bir uygulamanın sosyal hayattaki etkisi ise insani ilişkilerin zedelenmesine ve aşırı şüphecilğe sebep olacaktır. Örneğin, birden fazla kez kaçak eşya taşımaktan hükümlülüğü bulunan kimsenin yaşadığı köydeki tek araç sahibi olan komşusunun, o kişinin eşinin doğum yapacak olmasına karşın hastaneye gitmek için arabasını vermemesi gibi bir duruma yol açabilir.

yanlıştır.¹³⁵⁰ 54.madde bağlamında müsadere sadece kasten işlenen suçlarda mümkün olup kasıtlı suça taksirle katılma da sözkonusu olamayacaktır. Zira, taksirle hareket eden kişinin iradi olan hareketi, kasıtlı suçun neticesine yönelik değildir.”¹³⁵¹ Üçüncü kişinin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak eşyasının suçta kullanılmasına sebep olması sonucu müsadere edilmesi ancak ayrı bir suç tipi öngörülmesi halinde sözkonusu olabilir. Aksi durum, başkasının fiili sonucu ceza hukuku yaptırımına maruz kalma anlamına gelir ki, bu da kusur sorumluluğu ilkesine aykırı olur.

iv. “İyiniyet”in Hukuki Bir Kavram Olmadığı Görüşü

İyiniyet kavramı öğretide şiddetle eleştirilmiştir. Hakim görüşe göre bir özel hukuku kavramı olan “iyiniyet”, Ünver’e göre hukuksal bir kavram değildir; belirsiz olduğu için kullanılması hatalı ve tehlikelidir. İyiniyet kavramı, hem müsadere kurumunun kendisiyle hem de TCK’nın kusura ilişkin düzenlemeleriyle de bağdaşmamaktadır. Ayrıca ispatı da oldukça güçtür. Üçüncü kişinin iyi veya kötünüyetli olması ceza hukuku açısından önemli olmayıp, önemli olan eşyanın sahibinin suç işleneceği bilgisiyle ve özgür iradesiyle o eşyayı faile verip vermemesidir.¹³⁵² Öğretide ayrıca bu ifadenin hukuksal olmadığı, ceza hukuku ile özel hukuk ayırımını da ortadan kaldıran, cezalarda kıyasa olanak veren bir ifade biçimi olduğu da söylenmiştir.¹³⁵³

Hakim görüşe göre muğlak olan “iyiniyet” kavramı sorumluluğu genişletecekken, bir başka açıdan bakıldığında sorumluluğu daraltması da mümkün olabilecektir. Ünver ve Hakeri’ye göre bir ceza hukuku kavramı olmayan iyiniyet, subjektif olması nedeniyle ispat güçlüğüne neden olmasının yanı sıra “*iyiniyetli dahi olsa suç işlenmesinde araç olarak kullanılacağını bilerek eşyasını başkasına veren kişinin bu eşyasını (hükümdeki ifade dolayısıyla) müsadere etmemek gerekecektir ki,*

¹³⁵⁰ Centel/Zafer/Çakmut, age, 770

¹³⁵¹ Evik, İştirak, s. 171. Kasten işlenen suçlara taksirle iştirakin mümkün olduğunu kabul eden yazarlar için bkz. Önder, Ceza Hukuku Genel hükümleri II, s. 444

¹³⁵² Yener Ünver, YTCK’da Kusurluluk, CHD, Yıl:1, Sayı:1, Ekim 2006, 37-75, s. 71. “Üçüncü kişi “ya suça iştirak etmiştir veya iştirak etmemekle birlikte suçta kullanılacağını bilerek vermiştir veya bu iki olasılığın dışında bir olasılıkla kendisinin zorlanmış veya yanıltılmış iradesiyle veya kendisinden habersizce alınmıştır.” Ünver’e göre bu terim metinden çıkartılmalıdır

¹³⁵³ İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalının görüşü için bkz. Yıldız, **Yargıtay Kararları**, s. 145

bu dahi müsadere kurumunun anlam, amaç ve koşullarıyla çelişmektedir".¹³⁵⁴ Öğretide çoğunluğun iyiniyet kavramının iştirakten geniş biçimde uygulanacağı yönündeki kaygılarına ek olarak, bu muğlak kavramın iştirakten daha dar biçimde yorumlanması ve uygulanması da mümkün olabilecektir. Örneğin, bir fakire yardım etmek veya organ nakli bekleyen kızına organ bulmak niyetiyle, suçta kullanılacağını bildiği eşyasını faile veren kimsenin malı "iyiniyetli" olduğu gerekçesiyle müsadere edilmeyebilecektir. Bu, ise müsadere anlamı ve amacı ile bağdaşmayacaktır.¹³⁵⁵

İyiniyetin hukuki bir kavram olmadığı yönündeki eleştirilere karşı belirtmek gerekir ki, her hukuk dalının kendine ait kavram ve ilkeleri olmakla birlikte, hukuk düzeninin bir bütün olarak doğru ve tutarlı bir biçimde uygulanması gereği bu kavram ve ilkelerin zaman zaman diğer hukuk disiplinlerinde uygulanması veya bunlara atıf yapılması ihtiyacı doğabilir. Örneğin, hırsızlık suçunun konusu olan taşınabilir eşya kavramı özel hukukun yardımıyla yorumlanır. Aynı biçimde TCK'da düzenlenen iflas suçları bakımından alacak borç ilişkisi veya iflasın gerçekleşip gerçekleşmediği borçlar hukuku ve ticaret hukuku kurallarına göre belirlenir.¹³⁵⁶ Kaldı ki, Fransa, İsviçre, İngiltere gibi ülkeler başta olmak üzere, ceza hukuku alanında müsadere alanında kanunlarda ve mahkeme kararlarında "iyiniyet" kavramı ve hatta zıt kavram olarak "kötüniyet" oldukça yaygın olarak kullanılmaktadır.¹³⁵⁷ Uluslararası belgelerde, özellikle FAFT kararları ve raporlarında da iyiniyet kavramı sıklıkla kullanılmaktadır.¹³⁵⁸ Birçok ulusüstü belgede de kavramın Latince karşılığı olarak "bona fide" teriminin kullanıldığı görülmektedir. Bununla birlikte hukukumuzda esas itibarıyla özel hukuka ait bir kavram olan "iyiniyet"e temkinli yaklaşılması da anlaşılmalıdır. Zira, hukuki reformlara karşın ülkemizde hala keyfi uygulamaların devam ettiği bilinen bir gerçektir. Nitekim, 55.maddenin 3. fıkrasıyla Medeni Kanun'un iyiniyete ilişkin hükümlerine gönderme yapılmasına karşın,

¹³⁵⁴ Hakeri/Ünver, age., s. 450

¹³⁵⁵ Karşı görüşe göre ise YTCK'da kullanılan terim eski kanuna göre daha anlaşılır ve maslahata uygun bir terimdir. Yaşar, s. 1766

¹³⁵⁶ Dülger İ., s. 119

¹³⁵⁷ Fransız Temyiz Mahkemesi kararlarından "la mauvaise foi" örnekler için bkz. France, Cour de cassation, Chambre criminelle, 30 janvier 2013, 12-82769, **C1300648**, <http://www.juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-20130130-1282769>. Yargıtay'ın anlamını açıklamamakla birlikte iyiniyet kavramını kullandığı bir karar için bkz. CGK, 19.04.1993-73/106, 29.03.1995-19793853

¹³⁵⁸ Örneğin, FAFT 40 tavsiye kararlarından 3. karara göre Viyana ve Palermo Sözleşmelerinde düzenlenen ve içinde müsadere de bulunduğu tedbirlerin iyiniyetli üçüncü kişilerin haklarına engel olmaması gerekmektedir.

54.maddedeki “iyiniyet” kavramı bakımından böyle bir belirleme söz konusu değildir; sadece gerekçede iştiraktan sözedilmektedir. Öğretide, iyiniyet kavramına farklı anlamlar yüklenmesi de kavramın ceza hukuku kavramı olmamasından kaynaklanmaktadır.

v. Değerlendirme

TCK'nın 54.maddesinde, “iştirak” yerine “iyiniyet” kavramı kullanılmıştır. Maddenin gerekçesinde ise “iyiniyetli üçüncü kişiye ait olmama” koşulundan “*kişinin suçun işlenmesine iştirak etmemesi, suçun işlenişinden haberdar olmaması durumu*” nun anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Buradan anlaşılana, iştirak koşulları oluşmasa dahi üçüncü kişi suçun işlenmesinden haberdar olursa iyiniyetli değildir ve eşyasının müsadere edilmesi gerekir. 1997 tarihli öntasarıda “*suça iştiraki olmayan kişilere ait eşya müsadere edilemez*” ifadesinin yer almasına karşılık, maddedeki ifadenin sonradan “iyiniyet” olarak değiştirilmesi ve yasalaşması da, iştiraktan farklı bir sorumluluk türünün yaratılmasının amaçlandığını göstermektedir. Ayrıca kanunkoyucunun, ortak mülkiyet halinde müsadereyi düzenlediği 6.fıkra “*iştirak eden kişinin payının müsadere sine hükmolunacağını*” belirtmesine karşın, burada iştirak yerine iyiniyet kavramını tercih etmesi, kanunkoyucunun niyetini ortaya koymaktadır. Öte yandan, kazanç müsadere sine düzenleyen 55. maddeye sonradan yapılan değişiklikle doğrudan Türk Medeni Kanunu'nun iyiniyet hükümlerine atıf yapılmış olmasına karşın, 54.maddede sadece “iyiniyet” kavramının kullanılmış olması, bunun medeni hukuk anlamında iyiniyet olarak yorumlanmasının istenmediğini ortaya çıkarmaktadır. 55.maddenin iyiniyet hükümlerine gönderme yapan 3.fikrasının 2009 yılında getirildiği de gözönünde bulundurulduğunda kanunkoyucunun bu farkı bilinçli olarak ortaya çıkardığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle 54.maddedeki iyiniyetin, Medeni Kanun bağlamında değerlendirilmesi yönündeki görüşe katılmak mümkün değildir.

O halde gerekçeye göre, suça iştirak edenin yanı sıra suça iştirak etmese bile eşyasının suçta kullanıldığını, tahsis edildiğini veya suçtan meydana geldiğini bilen kişi de iyiniyetli sayılamayacaktır. Böylelikle, üçüncü kişi suçun işlenişinden haberdar olduğunda, suça katılma kastı (iştirak iradesi) bulunmasa dahi müsadere sözkonusu olacaktır. Örneğin, göçmen kaçakçılığı suçu bakımından araç temin eden

kişi dolaylı veya doğrudan maddi menfaat temini kastıyla hareket etmemişse, bağlılık kuralı gereğince suça iştirak etmiş olmayacaktır.¹³⁵⁹ Ancak gerekçeye itibar edilecek olursa, üçüncü kişinin sadece suçun işlenişinden haberdar olması nedeniyle iyiniyetli olmadığı kabul edilip müsadere söz konusu olabilecektir. Sadece “bilme”nin yeterli sayılması, bu kişinin aracını verdikten sonra durumu öğrenmesi halinde dahi iyiniyetli sayılmamasına neden olabilecektir. Zira, TCK’nın 287.maddesine göre suçu bildirmemek de suç olduğundan bu kişilerin ihbar yükümlülüğü olduğu düşünülebilir. İşte “bilme”nin yeterli sayılması halinde, üçüncü kişi suçu bildirmemişse hem başka bir suçun faili haline gelecek hem de iyiniyetli sayılamayacaktır.

Ne var ki, kanunkoyucunun gerek kanunda kullandığı iyiniyet ifadesinden gerekse gerekçedeki açıklamalarından ortaya çıkan niyeti, kanunun ceza hukukunun temel kurallarına aykırı biçimde yorumlanmasına neden olmamalıdır. Nitekim ceza hukukunda *“Bir şeyin bilinmiş olması, o şeyin aynı zamanda istenmiş olduğunu göstermez. Yani, öngörme, aynı zamanda isteme anlamına gelmez.”*¹³⁶⁰ Bu nedenle eşyasının suçta kullanılacağını bilerek veren kişi iştirak iradesi varsa sorumlu olacaktır. İştirak (suça katılma) iradesi, *“bir suçun işleneceğini veya işlenmekte olduğunu bilerek ve sonucun gerçekleşmesini isteyerek suçun işlenişine katılmak amacıyla failin iradesini diğerlerinin iradeleriyle birleştirmeleridir”*.¹³⁶¹ İştirak iradesinin varlığı açısından suça katılan failerin suç işlemek amacıyla önceden anlaşmış olmaları zorunlu değildir. Hatta suç ortakları arasında tanışıklık dahi söz konusu olmayabilir. Önemli olan, kişinin bir başkasının suç oluşturan eylemine katılma kastı ile hareket etmiş olmasıdır.¹³⁶² Suç ortağının, asli failin gerçekleştirmek istediği eylemin bütün ayrıntılarını bilmesine gerek bulunmamaktadır.¹³⁶³ Eşyasını üçüncü kişiye verdikten sonra suçta kullanılacağını öğrenen kişinin suça iştirak iradesinin varlığı ispatlanamadığı takdirde, iyiniyetli

¹³⁵⁹ Doğan, s. 164.

¹³⁶⁰ İçel, Ceza Hukuku, s. 195

¹³⁶¹ Aydın D., age, s. 110

¹³⁶² Bu konuda hukuka aykırı olduğunu düşündüğümüz bir CGK kararı dikkat çekicidir. Olayda *“...sanıklardan N.’nin zilyetliğinde bulunan otonun evinin önünden alınmasına rağmen karakola başvurmaması, otonun alınışından haberi olduğunu göstermektedir”* diyerek onu şerik saymış ve otomobilin müsadere” hukuka uygun bulunmuştur. YCGK, 25.06.1984, 421-237.

¹³⁶³ İzzet Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Failik, İstanbul, 1996, s. 276; Önder, Genel Hükümler II, s. 483; İçel, Ceza Hukuku, s. 277; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel, s. 795; Devrim Aydın, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Yetkin, Ankara, 2009.

olmadığı söylenemeyecektir. Bu itibarla, “bilme”yi yeterli sayan görüş kabul edilemez. Nitekim suça iştirak için suça katılma kastı bulunmalıdır. Bu nedenle suça rastlantısal biçimde katkıda bulunan kişi suça katılmış sayılamaz.¹³⁶⁴

Sonuç olarak, üçüncü kişi eşyasının suçta kullanılacağını bilmiyorsa suça iştirak ettiği kabul edilemeyeceğinden iyiniyetli sayılacaktır.¹³⁶⁵ Başka bir deyişle, öncelikle “*kişinin suça bulaşmamış olması, kendisine ait şeyin suçla ilişkilendirilmiş olduğundan hiçbir biçimde haberi olmaması*” gerekir.¹³⁶⁶ Eşyayı meşru bir amaç için başkasına veren kişi herhalükarda iyiniyetli sayılır.¹³⁶⁷ Örneğin, sanığın eniştesine ait olan ve suçta kullanılan av tüfeğinin sahibinden habersiz olarak olayda kullanılması nedeniyle sahibine iadesi gerekir.¹³⁶⁸ Fransız Temyiz Mahkemesi, Fransa’ya yasadışı giriş yapmaktan suçlu bulunan sanığın suçta kullandığı ve bir başkasına ait olan otomobilin 2 Kasım 1945 tarihli kararnameye göre müsaderesine karar veren ilk derece mahkemesinin kararını, üçüncü kişinin otomobilin suçta kullanılacağını bilmediği gerekçesiyle bozmuştur. Mahkeme, kararnamede üçüncü kişilerin haklarına ilişkin bir hüküm bulunmasa da ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine dikkat çekmiş; ayrıca Ceza Kanunu’nun 131-21/2 maddesine dayanmıştır. Mahkeme suça tamamen yabancı olan bir kimsenin hakkının korunması gerektiğine dikkat çekmiştir.¹³⁶⁹ Fransız Temyiz Mahkemesi’nin gümrük mevzuatına dayanarak, iyiniyetli olsa dahi üçüncü kişiye ait eşyanın müsaderesini hukuka uygun bulduğu kararı ise İHAM tarafından mülkiyet hakkının ihlali olarak nitelendirilmiştir.¹³⁷⁰

¹³⁶⁴ Örneğin, bir dükkândan kumaş çalacaklarını ve kamyonet kiralayarak taşıyacaklarını söyleyen arkadaşlarına anahtar destesini veren kişi, arkadaşları ayrıca kamyonet çalmaya da karar verip bu anahtarlardan birisini kullanarak yağma suçunu işlediklerinde, bu suça iştirak etmiş sayılamaz. Zira, anahtarları verenin anahtarların kamyonetin yağmasında kullanılacağı konusunda bir bilgisi ve isteği yoktur. YCGK, 09.05.1988-6-123/210

¹³⁶⁵ Öztürk/Erdem, Uygulamalı 2008, s. 305; Arslan/Azizağaoğlu, age, s. 211

¹³⁶⁶ Hafızoğulları/Özen, age, s. 501. Özbek ve diğer yazarlar da, çok açıklayıcı olmamakla birlikte iyiniyeti “suçla bir ilişkisinin bulunması, suça bulaşmamış olması” olarak anlamaktadırlar. Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan /Tepe, Ceza Hukuku, s. 580

¹³⁶⁷ Dülger V., age, s. 637. Koca/Üzülmez, age, s. 483

¹³⁶⁸ YCGK, 24.02.1992, 18/40. (Bakıcı, Genel, s. 1241)

¹³⁶⁹ Mahkeme ayrıca, failin yapılan yargılamasında tanık olarak dahi çağrılmayan ve dinlenmeyen üçüncü kişinin otomobilinin iadesinin reddedilmesini adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini de belirtmiştir. Cour de Cassation Chambre criminelle du 13 avril 1999, 97-85.443, Bulletin criminel 1999 N° 74 p. 206, Décision attaquée: Cour d'appel de Chambéry (chambre correctionnelle), 9 Juillet 1997

¹³⁷⁰ Cour de Cassation Chambre criminelle du 7 juillet 2005, 03-85.359, Bulletin criminel 2005 N° 205 p. 713, Cour d'appel d'Amiens, 22 Mai 2003. Fransız Mahkemesi’nin bu kararına karşı İHAM’a

Peki, eşyası suça katkıda bulunan kişi bunu suç bitmeden öğrenmiş ve sessiz kalmışsa artık yardım eden sayılarak eşyası müsadere edilebilecek midir? Bunu bir örnekle açıklamak gerekirse, motorlu testeresini marangozhanesinde kullanması için arkadaşına ödünç olarak veren kişi, arkadaşının testereyi ormanlık alanda ağaç kesmek için kullanacağını testereyi verdikten sonra öğrenmiş olabilir. Bu durum tek başına iştirak sayılmaz. Kasıtlı bir suça ihmali bir hareketle iştirak etmek mümkünse de, sessiz kalma şeklindeki hareket iştirak iradesinin varlığı ispatlanmadıkça tek başına suça katılmaya sebebiyet vermez. Ancak fail, koşulları varsa TCK'nın 278. maddesi uyarınca suçu bildirmeme suçundan sorumlu tutulabilir ki, bu da öğretide varlığı haklı olarak eleştirilen bir suç tipidir.¹³⁷¹ Üçüncü kişinin sessiz kalması iradesinin baskı altında kalmasından kaynaklanmış ve bu nedenle yetkili makamlara haber verememekteyse, bu koşullar altında bu kişiyi iyi niyetli olarak kabul etmek gerekecektir.¹³⁷²

Elbette ki, suçla ilgili eşya üçüncü kişinin elinden rızası dışında bir nedenle çıkmışsa müsadere mümkün değildir.¹³⁷³ Bir kimseye ait eşya, sahibinin eşyasının kasıtlı bir suçta kullanılacağını bilmesine karşın, rızası ve onayı olmaksızın kullanılmış olabilir. Örneğin, ruhsatlı silahı elinden tehdit veya cebirle alınan kişiye bu silahla suç işleneceği söylenmiş ancak kişi, güvenlik güçlerini haber vermesini önlemek için hapsedildiği sırada o silahla öldürme suçu işlendiğinde, silah sahibinin sırf suçtan haberdar olduğu gerekçesiyle silahın müsaderesi adalet ve hakkaniyetle bağdaşmayacaktır. Bu itibarla eşyanın tesliminde açık veya örtülü bir rızanın aranması gerekir.¹³⁷⁴ Nitekim AYM ve Yargıtay, yerleşik hale gelen içtihatlarında üçüncü kişinin eşyasının elinden rızası dışında çıktığı hallerde kusuru ve sorumluluğu bulunmadığı gibi müsaderenin de mümkün olmadığını kabul etmektedir.

Özetle, üçüncü kişi eşyasının suçta kullanılacağını başından beri bilmiyorsa iyiniyetlidir. Eşyasının suçta kullanılacağını eşyasını faile teslim etmeden önce öğrenmiş buna rağmen vermişse, iştirak iradesinin bulunduğu ispatlandığı takdirde

başvurulmuş. İHAM P1-1'in ihlali edildiğine karar vermiştir. Bkz. 1. Bölüm, Bowler International Unit/Fransa Kararı, Başvuru no: 1946/06, Tarih:23.07.2009, par., 43

¹³⁷¹ Bu suç tipinin tüm vatandaşları muhbirlik yapmamaları halinde suçlu konumuna getirmesi mümkündür. Eleştirileri için bkz. Yener Ünver, Adliye Karşı Suçlar, Seçkin, Ankara, 2010, s.226

¹³⁷² Şen, TCK Yorumu, s. 175

¹³⁷³ Y8CD, 15.11.20007 tarih ve 2006/8355-2007/7812 (Yaşar, age, 1767).

¹³⁷⁴ Benzer yönde Dülger İ., age, s. 114

iyiniyetli kabul edilemeyecektir. Üçüncü kişi, eşyasının suçta kullanılacağını faile teslim ettikten sonra öğrenmiş ise, suçu önleme yükümlülüğü bulunmadığından sadece sessiz kalması iştirak iradesinin varlığına sebebiyet vermeyeceğinden iyiniyetli olarak kabul edilmesi gerekir.¹³⁷⁵ Suç işlendikten sonra ise, iştirak zaten mümkün olmadığından üçüncü kişinin de iyiniyetli sayılacağı muhakkaktır.¹³⁷⁶

ccc. Eşyanın Kısmen Üçüncü Kişiyeye Ait Olması: Ortak Mülkiyet Durumu

Eşya veya kazanç müsadereesine tabi malvarlığının birden fazla kişinin ortak mülkiyetinde olması söz konusu olabilir. Ortak mülkiyet halinde pay sahiplerinin hepsi suça katılmışlarsa müsadereenin genel koşulları dikkate alındığında sözkonusu eşyanın müsadere edilmesi bakımından sorun bulunmamaktadır. TCK'nın 54.maddesinin son fıkrasına göre *“birden fazla kişinin paydaş olduğu eşya ile ilgili olarak, sadece suça iştirak eden kişinin payının müsadereesine hükmolunur”*. Hemen belirtmeliyiz ki, kanunda her ne kadar *“iştirak eden”* ifadesi kullanılmış olsa da, failin ortak mülkiyete tabi bir eşya üzerinde tekbaşına da suçu işlemesi mümkündür. Bu nedenle *“iştirak eden”* ifadesinin *“suçu işleyen veya suça katılan”* ibaresi ile değiştirilmesinin daha doğru olacağını düşünmekteyiz.

765 sayılı Kanun döneminde mevzuatta bir düzenleme bulunmaması nedeniyle konu tartışmalı idi. Öğretide, bir grup yazar maliklerden birisinin suça katılmış olmasını yeterli görmekte iken, diğer bir grup yazara göre ortak mülkiyete konu olan eşyanın müsadereesi ancak bütün maliklerin suça katılmaları halinde mümkün olabilirdi.¹³⁷⁷ Uygulamada ortak mülkiyet halinde suça iştiraki olmayan kimsenin payının müsadere edilemeyeceği ancak hissenin müsadereesinin mümkün ve gerekli olduğuna işaret edilmekteydi. Yargıtay 765 sayılı Kanun döneminde yasaklayıcı bir hüküm bulunmamasına dayanarak *“zorla kaçırma suçunda*

¹³⁷⁵ Bilmeyi yeterli kabul eden bir görüşe göre, bu halde eşyasını veren kişi suçun işlenişinden haberdar olmuş olması nedeniyle iyiniyetli de sayılamayacağından otomobili müsadere edilecektir. Gedik, age, s. 145

¹³⁷⁶ İştirak iradesinin varlığından failin fiilini icra etmeye başlamadan önce veya en geç fiilin icrası sırasında (suçun işlenmesi bitene kadar) bulunması anlaşılır. Önder, age, s. 448, Zafer, age, s. 315, Hakeri, age, s. 317, Evik, İştirak, s. 171. Aydın D, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Ankara, Yetkin, 2009, s. 118. Ayrıca bkz. YCGK, 200-1-232, 2009/2

¹³⁷⁷ Görüşler için bkz. Önder, C. III, S. 94; Aydın Ö, Emniyet, s. 153; Öztürk/Erdem/Özbek, Ceza Hukuku 1999, s. 364; Malkoç/Güler, TCK, s. 165

*kullanılan ve “müşterek mülkiyete konu olan bir taşınır malın suçta kullanılması halinde, ...sanığın traktördeki ½ hissesinin zorlumuna karar verilmesi suça katılmamış diğer hissedarın bu traktördeki hakkını ihlal etmeyeceği gibi, aksi hal yani sanığın hissesinin zorlumuna karar verilmemesi, sanığın bu traktörü başka suçlarda da kullanabilmesine zemin hazırlamış olacağından, zorlumuna ilişkin hükümlerin Ceza Kanunumuza konuluş amacına aykırı düşecektir”¹³⁷⁸ görüşüyle müşterek mülkiyet halinde sanığın payının müsadere edilebileceğine ve hatta bunun gerekli olduğuna işaret etmiştir.¹³⁷⁹ Gerçekten, 54.maddenin son fıkrası hükmünün uygulanabilmesi için eşyanın bütünlüğüne veya en azından ekonomik değerine diğer paydaşlar açısından zarar verilmemesi gerekir. Aksi takdirde birinci fıkradaki *iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak* koşulu ihlal edilmiş olacaktır.*

Ne var ki, öğretilerde “paydaşlık”tan müşterek mülkiyetin mi yoksa iştirak halinde mülkiyetin mi anlaşılması gerektiği tartışmalıdır. Zira, kanunun gerekçesinde her iki halinde düzenlendiğinin belirtilmesine karşılık, iştirak halinde mülkiyet durumunda payın belirlenmesi sorunu bulunmaktadır. Ayrıca gerekçenin bağlayıcı olmaması ve ceza kanunlarının belirliliği ilkesi gereğince gerekçedeki düzenlemenin kanunda bulunmaması önemli bir eksikliktir.¹³⁸⁰

Bir grup yazara göre, burada düzenlenen, şey üzerinde payın belli olduğu ve ayrıca işleme gerek olmadan pay sahipleri arasında payları oranında bölünebilmeyi mümkün kılan müşterek mülkiyettir. Maddede geçen “kişinin payı” ifadesinden hareketle müşterek mülkiyetin düzenlendiği anlaşılmalıdır.¹³⁸¹ Karşı görüşe göre ise, amaçsal yorum yapılarak kanunun her iki ortak mülkiyet biçimini de kapsadığı anlaşılmaktadır.¹³⁸² Kanaatimizce de, maddede sadece müşterek mülkiyetin düzenlenmesi normun amacıyla çelişmektedir. Payın belirli olmaması, yargılama sırasında giderilebilecek bir mesele olup tek başına müsadereye engel olmamalıdır.

¹³⁷⁸ YCGK, 25.04.1983, 92/191

¹³⁷⁹ Benzer yönde bkz. Y6CD, 19.01.2004, 19680/223; Y5CD, 10.03.1993, 172/1024 (Gedik, Müsadere, s. 155). Aksi yönde bir karara göre “suçun işlenmesinde kullanılan kamyonetin yarısına suça katılmayan bir başkasının sahip olması nedeniyle kamyonetin müsadere edilemeyecektir”. (Y6CD, 29.02.1988, 303/2399)

¹³⁸⁰ Dülger, kanunda yer alan “birden fazla kişinin paydaş olduğu eşya” yerine “birlikte mülkiyete konu eşya” ifadesinin kullanılmasını önermektedir. Dülger İ., age, s. 114

¹³⁸¹ Özbek, age, s. 580; Centel/Zafer/Çakmut; age, s. 766; Hafizoğulları/Özen, age, s. 288

¹³⁸² Arslan/Azizağaoğlu, age, s. 222; Gedik, Müsadere, s. 156

Öte yandan iştirak halinde mülkiyette paylar, belirli olmadığı için ayrı bir işlem yapılmadıkça payın belirlenmesi mümkün değildir.¹³⁸³ Bu konuda kanuni düzenleme yapıldıktan sonra payın belirli olmaması konusundaki güçlüğü gidermek amacıyla İcra İflas Kanunu'nun iştirak halinde tasarruf edilen malların (94.m) haczine ilişkin hükümlere atıf yapılması savunulmaktadır. Bu hükümlere göre haciz ancak iştirak halindeki mülkiyet ilişkisinin son bulması halinde o hisseye düşecek payın haczi şeklinde olur.¹³⁸⁴ İkinci bir görüşe göre ise bu durumda eşyanın tamamı müsadere edilir ancak iyiniyetli üçüncü kişilerin paylarının değeri kendilerine para olarak ödenecektir. Burada üçüncü kişinin mülkiyet hakkının sınırlanması MK'nın 24/2 maddesi uyarınca daha üstün bir menfaat sebebine dayanmaktadır.¹³⁸⁵ Örneğin iki kişinin ortak olduğu bir otomobili paydaşlardan sadece birisi uyuşturucu madde naklinde kullandı ise, aracın sadece yarısı müsadere edilecek, araç yasaya uygun olarak satılacak bedelin yarısı devlete yarısı iyi niyetli paydaşa ödenecektir.¹³⁸⁶

Bizim de katıldığımız üçüncü görüşe göre ise, iştirak halinde mülkiyetin, yargılama sırasında ortakların rızalarıyla giderilmesi gerekir. Ortakların iştirak halinde mülkiyeti sona erdirmeyi kabul etmemeleri veya kısa sürede sonlandıramayacaklarını bildirmeleri halinde ise TCK'nın 54/2. maddesinden hareketle müsaderenin imkansızlığı kabul edilerek, bu eşyanın değeri üzerinden fail veya şerikin payı hesaplanarak müsadere edilmelidir. Zira, suçla ilgili bulunmayan ortakların iradesine öncelik ve üstünlük tanımak hukuk güvenliğinin gereğidir.¹³⁸⁷

¹³⁸³ Nuhoglu, Türk Ceza, s. 198; Hafizoğulları, agm, s. 7; Öztürk/Erdem/Özbek, age, s. 364

¹³⁸⁴ Gedik de aynı sonucu önermekle birlikte yazar bu konuda ayrı bir düzenleme yapılması gerektiği hususuna değinmemektedir. Gedik, age, s. 156

¹³⁸⁵ Özbek, age, s. 580; Hafizoğulları/Özen, age, s. 504

¹³⁸⁶ Selda Binboğa Kurtuluş, "Yargıtay'ın Suçtan Kaynaklanan Mal Varlıklarının Müsaderesi ve Elkoyma Hükümlerine İlişkin Uygulamaları", Yeni Türk Ceza Adaleti Sistemi Tanıtım Sitesi, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale1-3.htm> (Erişim tarihi: 19.05.2012).

¹³⁸⁷ Alman hukukunda bütün hak sahiplerinin suça iştirak etmedikleri durumlarda, eğer müşterek mülkiyet söz konusu ise sadece fail ya da şerike ait kısım müsadere edilebilir; buna karşılık, iştirak halinde mülkiyet gibi, tek bir malikin bağımsız olarak tasarruf yetkisine sahip olmadığı bir mülkiyet durumu veya bölünemez nitelikte bir eşya söz konusuysa, bu durumlarda müsadere cezasına hükmedilemeyecektir. Bu gibi hallerde eğer koşulları varsa üçüncü kişiye ait eşyanın müsaderesine (Alm.CK m. 74a) ilişkin kuralların uygulanması yoluyla müsadere mümkün olabilir. Başka bir deyişle paydaşın ancak ağır kusuru varsa payı müsadere edilebilir. Sözüer, Alman, s. 400

dd. Aidiyetin Kapsamı

Kanunda, iyiniyetli olduğu kabul edilen üçüncü kişilerin müsadereye muaf olacak eşyası bakımından “ait olma” ifadesi kullanılmaktadır. Müsaderenin kapsamının belirlenmesi bakımından bu aidiyetin hangi hak veya hakları içerdiğinin, belirlenmesi gerekir. “Aidiyet”ten sadece mülkiyet hakkı mı yoksa mülkiyetten daha geniş olarak diğer aynı haklar veya sadece zilyetlik mi anlaşılmalıdır? Örneğin, sanığın banka kredisi ile aldığı ve kredi ödemeleri henüz tamamlanmamış olan ev suç örgütünün merkezi olarak kullanıldığında, bankanın ev üzerinde sahip olduğu ipotek hakkı “aidiyet” kapsamında sayılıp müsadereye engel olacak mıdır? Veya bir kimse kiralık otomobil ile hasmını kasten çarparak öldürdüğünde failin zilyet olması müsadere için yeterli olacak mıdır?

Aidiyetin kapsamı konusunda İtalyan öğretisinde iki görüş mevcuttur. Birincisi aidiyetin sadece mülkiyet hakkı olarak anlaşılması, diğeri ise en geniş anlamıyla mülkiyetten başka diğer aynı hakları da kapsayacak biçimde kabul edilmesi gerektiği yönündedir.¹³⁸⁸

Bizim de katıldığımız hakim görüşe göre “aidiyet” sadece mülkiyet hakkını kapsayacak biçimde anlaşılmalıdır. Eşya, üçüncü kişiye ait değil ancak bu kişinin eşya üzerinde intifa, ipotek, rehin ve benzeri herhangi bir hakkı bulursa da, koşulları gerçekleştiğinde müsadere kararı verilir. Bu durumda sadece mülkiyet hakkı sahibinin hakkı korunacaktır. Diğer aynı hakka sahip kişilerin ise haklarını devlete karşı ileri sürebilmeleri gerekir.¹³⁸⁹ Müsadere, münhasıran suçun işlenişine iştirak eden kişilerin mülkiyetindeki eşyaya ilişkindir.¹³⁹⁰ Aidiyet kavramının kapsamı mülkiyet hakkı ile sınırlanmalı ve mülkiyet hakkı özel hukuka göre belirlenmelidir.¹³⁹¹ Fail, yardım eden veya iyiniyetli olmayan üçüncü kişi, suç eşyasının zilyedi veya aynı hak lehdarı olsa bile, malik olmadığı sürece bu eşya müsadere edilemeyecektir.¹³⁹² Yargıtay da, çeşitli kararlarında mülkiyete işaret etmektedir ve sanığın eşya üzerinde “tasarruf yetkisi” olup olmadığını

¹³⁸⁸ Bu konuda görüş bildiren İtalyan yazarlar için bkz. Aydın Ö, Emniyet, s. 200

¹³⁸⁹ Bkz. Aydın Ö, Emniyet, s. 200

¹³⁹⁰ Özgenç, Gazi Şerhi, s. 695

¹³⁹¹ Gedik, Müsadere, s. 148

¹³⁹² Yaşar/Gökcan/Artuç, age, s. 1769

incelemiştir.¹³⁹³ Hatta bir kararında mülkiyet ve aidiyeti aynı anlama gelmek üzere birlikte kullanmıştır.¹³⁹⁴ Sonuç olarak aidiyetten anlaşılması gerekenin, doktrin ve Yargıtay'ın da çoğu kere belirttiği üzere, "mülkiyet" olması gerektiği kanaatindeyiz. Failin suçta kullandığı eşya üzerinde sınırlı bir ayni hakkı olması halinde eşya üçüncü bir kimseye ait olacağına göre, üçüncü kişinin iyiniyeti araştırılıp müsadereye de ona göre karar verilmesi gerekir.

Mülkiyeti muhafaza kaydıyla satış sözleşmesinin sözkonusu olduğu durumlarda mülkiyet satış bedeli ödenene kadar satıcıda kalacağından,¹³⁹⁵ sözkonusu malın suçta kullanılması veya kullanılmak üzere hazırlanması durumlarında satıcının iyiniyetli olması şartıyla müsadere sözkonusu değildir.¹³⁹⁶ Gerçekten, satış bedelinin henüz tamamen ödenmediği, diğer bir ifadeyle şartın gerçekleşmediği dönemde, malın mülkiyeti satıcıdadır. Şart gerçekleşince alıcı mülkiyeti kazanır.

¹³⁹³ YCGK, 28.05.1996, 2-97/08 (bkz. Yılmaz Z, Müsadere, s. 791); YCGK, 23.02.1976, 70/46, Y5CD, 04.07.1978, 2372/2336 (bkz. Savaş/Mollamahmutoğlu, TCK, C. 1, s 453)

"Milgaz bayii olan sanığın dükkânda satışa sunulan 19 adet markasız tüp ile değişik firmalara ait 5 adet L.P.G. tüpü elde edilmiştir. Bu tüplerin suçta kullanıldıkları açık olmakla beraber 5 adet değişik firmalara ait L.P.G. tüplerinin sanığa ait oldukları söylenemez. Bu 5 adet tüp değişik firmalara aittir. Sanık tarafından güvence parası yatırılması, bu tüplerin mülkiyetinin sanığa geçtiğini ve tüplerin mülkiyeti üzerinde sanığın tasarruf yetkisinin bulunduğunu göstermez. Buna karşılık 19 adet markasız tüpün mülkiyeti sanığa aittir ve bunlar suçta kullanılmışlardır. O halde, suçta kullanılan 19 adet markasız tüpün zoralmına, değişik firmalara ait 5 adet tüpün ise iadesine karar verilmelidir." (YCGK, 28.5.1996, 2-97/08, bkz. Yılmaz Z, Müsadere, s. 791).

"TCK nun 36. maddesine göre, hırsızlığa tam teşebbüs suçunda kullanılan traktörle römorkun müsadere için, mülkiyetinin sanıklara ait olması gerekir." (YCGK, 23.2.1976, 70/46, Savaş/Mollamahmutoğlu, TCK, C. 1, s. 446).

"Suçta kullanılan aracın mülkiyetinin kime ait olduğunun ve bu yöndeki savunmanın araştırılarak sonucuna göre müsadere konusunda bir karar verilmesi gerekirken, noksan soruşturma ile yazılı şekilde müsadere kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir."(Y5.CD.4.7.1978, 2372/2336, bkz. Savaş/Mollamahmutoğlu, TCK, C. 1, s. 453).

"Trafik tescil kaydına göre mülkiyeti Mustafa'ya ait olan ve noter tarafından yapılmayan satış ve devri bulunmayan 15 EP 763 plaka sayılı aracın 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 20/f-son fıkrasının "noterce" yapılmayan her çeşit satış ve devirler geçersizdir, hükmü karşısında suça istihak etmeyen Mustafa'nın aracın suçta kullanılacağını bildiği saptanmadan ve somut olayda aracın suçta konu eserlerin taşınmasında kullanılmasının da zorunlu bulunmadığı gözetilmeden zoralmına karar verilmesi..." (Y11CD, 24.3.2004, 2018/2266, karar için bkz. Erol, age, s. 764)

¹³⁹⁴ "Kaçırma suçunda kullanıldığı anlaşılan 28...156 plaka sayılı otomobilin mülkiyeti araştırılarak, sanıklara aidiyeti saptandığı takdirde zoralmına karar verilmesi gerektiğinin düşünülmemesi..." (Y5CD, 6.4.1993, 997/1433).

¹³⁹⁵ Bu konu İHAM'ın Agosi/Birleşik Krallık kararına konu olmuştur. Agosi/İngiltere, Başvuru no: 9118/80, Tarih: 24.10.1986

¹³⁹⁶ Bu konuda Alman hukukundaki bir görüş, biçimsel hukuki durumun yani Alman Medeni Kanununun =BGB § 903 maddesinin esas alınması gerektiğini savunurken; diğer bir görüş bu gibi hallerde eşyanın ekonomik yönden aidiyetin belirleyici olduğunu savunmaktadır. Bu nedenle birinci görüşe göre mülkiyetin muhafazası ile bir malı satın alan bunu bir suçta kullanırsa mülkiyet şeklen satıcıda olduğu için müsadere edilemeyecek, ikinci görüşe göre ise edilebilecektir. Bkz. Sözüer, age, s. 401

Şart, geciktirici şarttır ve satış sözleşmesi için değil, mülkiyetin geçmesi içindir. Şart gerçekleşinceye kadar, satıcı emin sıfatıyla zilyed durumundadır. Satıcıdan malı iyiniyetli olarak kazanan kişilerin iyiniyeti korunur.¹³⁹⁷

Aidiyetin kapsamına ilişkin bir diğer mesele, zilyetliğin de bu kapsamda sayılıp sayılmayacağıdır. Zira, öğretide üçüncü kişiye aidiyetten üçüncü kişinin o şeye malik veya zilyet olmasının anlaşılması gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır.¹³⁹⁸ Üçüncü kişiye ait eşyanın iyiniyet halinde müsadere edilemeyeceğinde sorun olmamakla birlikte, üçüncü kişinin sadece zilyet olması halinde de iyiniyetinin korunacağı görüşü hatalıdır. Konuyu olasılıklara göre değerlendirirsek, birinci olasılık üçüncü kişinin hem malik hem de zilyet olmasıdır ki, malik sıfatı nedeniyle müsadere sözkonusu olmaz. İkinci olasılık, üçüncü kişinin kiracı olması durumunda olduğu gibi zilyet olup malik olmamasıdır ki, bu durumda da eşya faile ait ise müsadere edilecektir. Örneğin, bir arabayı çalan hırsız, çalıntı arabanın zilyedi olur. Hırsızın çaldığı araçla başka bir suç işlediğini düşünelim. Aidiyetin zilyetliği de kapsadığı kabul edilirse, başkasına ait otomobil adalete ve müsadere amacına da aykırı olarak haksız yere müsadere edilmiş olur.¹³⁹⁹ Yukarıda verdiğimiz banka örneğinde de, aidiyeti diğer aynı hakları da kapsayacak biçimde kabul ettiğimizde, faile ait olan ve suçta kullanılan evin üzerinde banka lehine ipotek tesis edilmiş olması nedeniyle müsadere edilememesi sözkonusu olur ki, bu da hak ve adalet duygusunu zedeler. O halde üçüncü kişinin zilyet olması şart olmayıp malik olması yeterlidir.

ee. Aidiyetin Aranacağı Zaman

Üçüncü kişiye ait bir eşya fail tarafından sahibinin bilgisi ve rızası olmaksızın suçta kullanılmışsa müsadere edilemeyeceği açıktır. Peki faile ait olup suçta kullanılan veya suça tahsis edilen veya suçtan meydana gelen eşya sonradan, elkoyma yapılamadan üçüncü bir kimseye devredilmişse ne olacaktır? Başka bir ifadeyle “iyiniyetli üçüncü kişiye ait olmama” veya aidiyet koşulu ne zaman aranacaktır?

¹³⁹⁷ Turgut Akıntürk/Jale Akipek, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 589-590.

¹³⁹⁸ Hafızoğulları/Özen, age, s. 501.

¹³⁹⁹ Dülger İ., age, s. 111

Bir görüşe göre, eşyanın mülkiyetinin suçun işlendiği sırada kime ait olduğu önem taşımaktadır.¹⁴⁰⁰ 765 sayılı Kanun döneminde de uygulama aidiyetin suç tarihine göre belirlenmesi yönünde idi. Ceza Genel Kurulu da bir kararında, suçta kullanılan kamyonun suç tarihinde sanığın adına kayıtlı olması halinde müsadere edileceğini belirtmiştir.¹⁴⁰¹ Yakın tarihli bir karara göre de, suçta kullanılan eşya fiilde methali olmayan kimselere ait olmamak şartıyla müsadere edilebileceğinden aracın suç tarihi itibarıyla kime ait olduğunun tespit edilmesi gerekir.¹⁴⁰²

Bizim de katıldığımız karşı görüşe göre ise, şeyin kime ait olduğunun tespiti suçun işlenme anına göre değil, müsadere kararının verildiği zamana göre yapılmalıdır. Böylelikle tehlikelilik yargısı geleceğe ilişkin olarak değerlendirileceği gibi; suçun işlenmesinden sonraki süreçte iyiniyetli alıcı korunmuş olur.¹⁴⁰³ Kanunkoyucu, açıkça iyiniyetli kişilere ait olmama koşulunu aradığından, suçun işlenmesinden sonra ve fakat elkoyma işleminden önce iyiniyetle eşyanın mülkiyetini elde eden üçüncü kişilerin mülkiyet hakkının korunması ve bu nedenle aidiyetin suç anı ile sınırlandırılmaması gerekir.¹⁴⁰⁴

Nitekim, aidiyeti suçun işlendiği zaman göre belirlediğimizde, o tarihte eşyanın faile ait olması yeterli olacaktır. Bu durum da, 54.maddenin 1.fikrasında geçen iyiniyet koşulu sonraki alıcılar bakımından işlevsiz kalacaktır. Zira suça iştirak etmemiş olan ve suçta kullanıldığından habersiz olarak eşyayı devralan kişi, iyiniyetli olmasına rağmen eşyasını müsadere kurtaramayacaktır. Kanaatimizce burada müsadere cezaî yönü baskın olduğundan –eşya tehlikeli eşyadan olmadıkça- bizzat kendisinin müsadereindeki kamu menfaati, üçüncü kişinin mülkiyet hakkının korunmasından daha üstün değildir. Bu seçeneğin, eşyanın bizzat kendisinin müsadere edilememesine yol açması riskine karşılık, kanunkoyucu

¹⁴⁰⁰ Gedik, Müsadere, s. 149; Önder, C. III, s. 94; Bakıcı, Genel, s. 1241; Baytaç, age, s. 78

¹⁴⁰¹ YCGK, 01.02.1990, 9495/521, İçel/Yenisey, s. 344. Benzer yönde bir karara göre “Suçta kullanılan ...plakalı kamyonetin, suç tarihi itibarıyla kayden maliki araştırılıp saptanmadan TCK'nın 36.maddesine göre zorunlu karar verilmesi” yasaya aykırıdır. (Y6CD, 21.05.2002, 6799/6699)

¹⁴⁰² YCGK, 01.02.1990 tarih, 1989 E., 1990/521 K. (İçel/Yenisey, age, s. 344); “Alanya İlçe Emniyet Müdürlüğünün 9.2.2005 günlü yazısına göre, suçta kullanıldığı iddia olunan 07 plaka sayılı aracın H. A. adına kayıtlı olduğu bildirilmiş, sanık Ahmet Taş ise otonun kendisine ait olduğunu ifade etmiş olup haricen satın alındığı anlaşılmakla, 765 sayılı TCK.nun 36. maddesi ve 5237 sayılı Yasanın 54. maddesi hükümleri uyarınca, suçta kullanılan eşya fiilde methali olmayan kimselere ait olmamak şartıyla müsadere edilebileceği cihetle 07 plakalı aracın suç tarihi itibarıyla kime ait olduğu H. A.'da dinlenerek oluşacak sonuca göre müsadere konusunda bir hükmedilmesi gerekirken eksik soruşturma ile yazılı şekilde hükme varılması” yasaya aykırıdır. (Y5CD, 11.05.2006, 1497/4092)

¹⁴⁰³ Aydın Ö, Malvarlığı, s. 153

¹⁴⁰⁴ Parlar/Hatipoğlu, age, s. 495

54.maddenin 2.fıkrasını getirerek eşyanın bedelinin failden istenebilmesini sağlamıştır. Müsadere konusu eşyanın “elden çıkarılması” halinde eşya üçüncü kişide kalacak ancak fail değeri kadar bir para tutarını hazineye ödemekle yükümlü olacaktır. Hukuk güvenliği ilkesi de bunu gerektirir.¹⁴⁰⁵ Alman hukukuna göre de, ceza niteliğindeki müsadere bakımından (Alm.CK. 74.maddesi) eşyanın kararın verildiği sırada fail veya şerike ait olması veya onun tasarrufu altında bulunması gerekir.¹⁴⁰⁶

İyiniyet kavramını (sadece “bilme”yi yeterli görmek suretiyle) iştiraktan daha geniş olarak kabul edenlere göre de, aidiyetin her zaman ve mutlak olarak suçun işlendiği ana göre belirlenmesi adaletli bir yaklaşım olmayacaktır. Eşyanın suçun işlenmesinden sonra iyiniyetli üçüncü kişiye geçmesi durumunda somut olaya bakmak gerekir. Eşyaya elkonulmuşsa üçüncü kişi iyiniyetli değildir.¹⁴⁰⁷ Müsadereye konu eşyanın taşınır olması halinde yetkili makamlarca elkonulmuş olması, taşınmaz olması halinde ise ilgili sicile şerh düşülecek olması nedeniyle, bu işlemlerden sonra mülkiyetin el değiştirmesi halinde üçüncü kişinin iyiniyetinden bahsedilemeyecektir.¹⁴⁰⁸ Özel hukuk da burada kötüniyeti korumaz. Suçta kullanılmış bir otomobilin mahkûm tarafından noterde satın alınmış ancak trafik siciline kaydının yapılmamış olması halinde otomobilin trafik sicilinde başkasının adına kayıtlı bulunması, -trafik siciline yapılan kaydın bildirici mahiyette olması nedeniyle- müsadereye engel olmayacaktır.¹⁴⁰⁹ Elkoyma yoksa aidiyet müsadere kararının verildiği ana göre belirlenmelidir. Bize göre ise, “iyiniyet”ten anlaşılması gereken suçta iştirak etmemek olup, suçun tamamlanmasından sonra iştirak mümkün olmayacağından bu halde ancak eşdeğer müsadere hükmü uygulanabilir.

¹⁴⁰⁵ Benzer yönde bkz. Özcan, Şirketler, s. 169

¹⁴⁰⁶ Sözüer’in belirttiği gibi “bir eşyanın veya hakkın ceza niteliğindeki müsadereye konu edilebilmesi için diğer bir koşul da, mahkemenin bu konuda bir karar verdiği anda eşyanın veya hakkın fail ya da şerike ait olmasıdır.” Sözüer, Alman, s. 399

¹⁴⁰⁷ Dülger İ., age, s. 112

¹⁴⁰⁸ Yaşar/Gökcan/Artuç, age, s. 1770.

¹⁴⁰⁹ Aydın Ö, Emniyet, s. 153

ff. Aidiyetin İspatı

Eşyanın mülkiyetinin kime ait olduğu konusunda ihtilaf bulunması halinde öncelikle bunun giderilmesi gerekir.¹⁴¹⁰ Müsadereye tabi malvarlığı suçun işlenmesinden önce bir başka kimseye ait olabileceği gibi, suçun işlenmesinden sonra da üçüncü bir kimseye devredilmiş olabilir. Özellikle ülkemizde araçların trafik tescil işlemleri yapılmadan devri sıklıkla sözkonusu olduğundan konunun önemi artmaktadır.¹⁴¹¹ Örneğin, harici satımın sıklıkla rastlanan bir durum olması nedeniyle, içinde uyuşturucu ele geçirilen araçlar genellikle failden başka şahıslar üzerine kayıtlı olmaktadır.¹⁴¹² Aracın trafiğe sahte belgelerle tescil edilerek resmi kayıtlarda yasal olarak gözükmemesi nedeniyle üçüncü kişiler tarafından satın alınması da yüksek olasılıktır.¹⁴¹³ Kaçakçılık suçlarında müsadere edilen eşyalar tır, gemi gibi maddi değeri de yüksek olan eşyalar olunca mülkiyetin kime ait olduğu daha da önemli hale gelmektedir.¹⁴¹⁴ Örneğin mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışlarda ödemenin tamamlanmadığı aşamada suçta kullanılan aracın mülkiyeti henüz sanığa geçmediğinden –satıcı iyiniyetli (suça iştirak iradesi yoksa) ise- müsadere mümkün olmaz.¹⁴¹⁵

¹⁴¹⁰ “Sanık N. müdafinin temyizine yönelik olarak yapılan incelemede, bu sanık vekilince sadece zorulmasına karar verilen araç yönüyle temyize gelindiği anlaşılmakla; sanıklar M. S. ve A. hakkında Ankara 10. Ağır Ceza Mahkemesine açılan 2006-106 Esas sayılı sahtecilik davasının akıbeti araştırılarak mülkiyet belgesinin sahte olup olmadığı kuşkuya yer vermeyecek şekilde açıklığa kavuşturulduktan sonra araç hakkında bir karar verilmesi gerektiği halde bu hususlar yerine getirilmeyerek eksik incelemeye dayalı olarak zorulma kararı verilmesi” yasaya aykırıdır (Y7CD, 05.04.2011, 2008-18005, 2011-3391). “Sanığın, ...turizm şirketine ait otobüste şoför muavini olarak çalıştığı anlaşıldığına göre suçta kullandığı tornavidanın sanığa mı, yoksa şirkete mi ait olduğu araştırılarak neticesine göre karar verilmesi” gerektiğine dair bkz. Y2CD, 01.12.19817540/7758

¹⁴¹¹ Doğan, age, s. 163

¹⁴¹² Akkaya, age, s. 219

¹⁴¹³ Tanrıvermiş, age, s. 260

¹⁴¹⁴ Doğan, age, s. 163

¹⁴¹⁵ “Sanıkların orman içi istif yerlerinden çaldıkları orman emvalini taşımakta kullandıkları “16 797 plakalı kamyonun ise, trafikte O. adına kayıtlı olduğu 14.3.1990 günü adi senetle sanıklar İsmail ve A. 'e satıldığı, ancak on milyon lira tutarındaki iki senet bedeli ödenmediği için mülkiyetin devredilmediği saptandığından, satış sözleşmesi noter tarafından yapılmadığı için mülkiyetin sanıklara geçtiği söylenemez. O halde aidiyet hususundaki araştırma yeterli olmakla beraber, 16 797 plakalı kamyonun O. 'a ait olduğu belirlendiğinden zorulmasına karar verilmesi isabetli değildir” (YCGK, 04.02.1991, 1990/6-364, 1991/6)

Öğretide bir görüş eşyanın ekonomik yönden aidiyetinin belirleyici olduğunu bu itibarla mülkiyetin alıcıya ait olduğunu ve müsadere edilebileceğini savunsa da, hakim görüş biçimsel hukuki durumun esas alınması gerektiği yönündedir. Sözüer, Alman, s. 399

Kanun, müsadereenin “iyiniyetli üçüncü kişiye ait olmama” koşuluyla gerçekleştirilebileceğini olumsuz bir önerme ile düzenlemiştir. Öğretide Erem, 765 sayılı kanunda “eşyanın fiilde methali olmayan kimselere ait olmaması” şeklinde olumsuz bir ifadenin tercih edilmiş olmasının nedenini, eşyanın kime ait olduğunun kanıtlanması zorunluluğunun sınırını daraltmak olarak açıklamıştır.¹⁴¹⁶ Bir başka deyişle, eşyanın fiilde methali olmayan kimselere ait olmadığının belirli olması yeterlidir, ayrıca eşyanın suçluya ait olduğunun kanıtlanması şart değildir.¹⁴¹⁷ Gözübüyük’e göre de “*müsadereye karar verilebilmesi için eşyanın mahkuma aidiyetinin ispatına lüzum olmayıp fiile yabancı kimselere ait olduğunun sabit olmaması kafidir.*”¹⁴¹⁸ Aynı gerekçe bugünkü durum açısından da geçerlidir. Üçüncü kişiye ait olmayan bir eşyanın müsadere edilebilmesi için faile ait olduğunun ispatı aranmamaktadır.¹⁴¹⁹

Ceza yargılamasında resen kovuşturma ilkesi gereğince müsadereye tabi eşyanın üçüncü bir kimseye ait olmadığını ispatlamak iddia makamının görevidir. Bunun için iddia makamı üçüncü kişileri dinlemeli ve gerekli araştırmayı yapmalıdır.¹⁴²⁰ Bir kimse, eşyanın faile değil de kendisine ait olduğunu ileri sürerek davaya katılabilir. Bu halde iddia makamı eşyanın iyiniyetli üçüncü kişiye ait olmadığını ispat ettiğinde müsadere kararı verilir.

¹⁴¹⁶ Erem, TCK Şerhi C.2, s. 199; Aydın Ö, Emniyet, s. 152; Majno, age, s. 135; Gökçen, Elkoyma, s. 100, Gözübüyük, s. 127

¹⁴¹⁷ Aydın Ö, Emniyet, s. 199; Parlar/Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2.baskı, Cilt 1, 2008, s. 918; Yaşar/Gökcan/Artuç, age, s. 1770

¹⁴¹⁸ Gözübüyük, age, s. 336, Majno, I, n. 146

¹⁴¹⁹ Baytaz, age, s. 77

¹⁴²⁰ “Suçta kullanılan aracın iyi niyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla müsaderesine karar verilebileceği nazara alınarak kayıt malikinin bu konuda dinlenmesi gerektiğinin düşünülmemesi” (Y5CD, 2007/2463- 2007/3583); “üzerine satılamaz şerhi de konulan Büyükçekmece 1.Bölge Gürpınar mah.14.pafta 4881 parsel olarak bildirilen sanık Y.’nin üvey annesi H.K adına kayıtlı taşınmazın kayıtlı maliki olan H.K dinlenerek iyi niyetli olup olmadığı saptanmadan eksik soruşturmaya dayalı olarak müsadere kararı verilmesi”(Y10CD,22.6.2006 tarih 2006/5364-84979) Yargıtay’ın bozma gerekçelerindedir.

2. Suçun İşlenmesinde Kullanılmak Üzere Hazırlanan Tehlikeli Eşyanın Müsaderesi ve Koşulları

a. Genel Olarak

Alman hukukunda rastladığımız ve hukukumuzda da yansıyan bir eğilim, suç hazırlığı aşamasında kullanılan eşyanın müsaderesidir. TCK'nın 54.maddesinin 1. fıkrasının son cümlesine göre *“Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir.”*

Hemen belirtmeliyiz ki, suç teşebbüs aşamasında kaldığı takdirde fiilen kullanılmamış olsa da, eşyanın suçta kullanılmak üzere hazırlandığı gerekçesiyle müsaderesi eskiden beri kabul edilen bir uygulamadır. 765 sayılı Kanun'un 36. maddesi gereğince, mahkumiyet koşulu arandığından suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın müsadere edilebilmesi için icra hareketlerine başlanması gerektiği kabul edilmekteydi. Bunlar, suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanmış ancak tamamen veya kısmen kullanılmamış olan, yetersiz ya da elverişsiz yahut suçta kullanılan diğer araçlara göre yardımcı ya da ikinci planda kalan eşya olarak kabul edilmekteydi.¹⁴²¹ Örneğin, taklit anahtarın kapıyı açmama ihtimaline karşılık failin yanında bulundurduğu matkap, öldürmede kullanılmak üzere hazırlanmış olan zehir, hırsızlıkta kapıyı açmak için kullanılmak üzere hazır bulundurulmuş olan maymuncuk, özel evrakta sahtecilik yapmak üzere hazırlanmış olan sahte evrak,¹⁴²² gıdaların içine başka maddeler katılarak veya taklit edilerek hazırlanmış olan bozuk gıda,¹⁴²³ jelatin ve sigara kağıtları¹⁴²⁴ gibi.

Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan bir eşya, aynı zamanda üretimi, bulundurulması, taşınması, alınıp satılması suç olarak düzenlenmiş bir eşya olabilir. Bombalı bir eylem yapmak üzere bir evde ele geçirilmiş bulunan bomba

¹⁴²¹ Önder, C. III, s. 95; Erem, TCK Şerhi C.2, s. 387; Gözübüyük, age, s.334, Gökçen, Elkoyma, s. 167; Erem/Danışman/Artu, Genel, s. 909, Aydın Ö, Malvarlığı, s 149, Sözüer, Organize, s. 260, Evik, Çıkar, s. 340

¹⁴²² Resmi evrakta sahtecilik belgenin hazırlanmasıyla oluştuğundan bu suç bakımından icra hareketleri tamamlanmış olur, müsadere bakımından sorun olmaz.

¹⁴²³ Gökçen, Elkoyma s. 167

¹⁴²⁴ Y5CD, 30.04.1980, 876/1476.

yapımında kullanılan teçhizat örneğinde, bu tür teçhizat genellikle üretimi, bulundurulması, taşınması, alım-satımı suç oluşturan eşyalardandır. Bunların da müsadere TCK m. 54/4 (ETCK m. 36/2) kapsamında eskiden beri mümkündür. Hatta bunun için mahkumiyet koşulu aranmadığı gibi eşyanın kime ait olduğu da önem taşımaz. O halde yeni eğilim ile bundan da farklı bir durum düzenlenmek istenmektedir.

Hükme ilişkin gerekçeye bakıldığında da, TCK'nın 54.maddesinin 1.fikrasında geçen "suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya"nın, "suçun gerçekleşmesine karşın fiilen kullanılmamış olan eşya" ile "konusu suç oluşturan eşya"dan başka bir durumu ifade ettiği anlaşılmaktadır. Gerekçeye göre "*Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanmış olan eşya ise, suçun icra hareketlerine henüz başlanmamış ise, sadece bu nedenle müsadere edilemeyecektir. Ancak bu eşyanın niteliği itibarıyla kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere hukmedilecektir*". Görüldüğü gibi düzenleme ile, eylemin henüz teşebbüs aşamasına ulaşmadığı, icra hareketlerinin başlamadığı -dolayısıyla ayrıca suç olarak düzenlenmedikçe cezalandırılmadığı- halde suçta kullanılmak üzere hazırlanmış olan eşyanın ele geçirilerek müsadere edilmesi amaçlanmaktadır.¹⁴²⁵ Bir başka deyişle hazırlanmış eşyanın müsadere, hazırlık hareketi aşamasında kalan eylemler bakımından düzenlenmiştir. Böylece kanunkoyucu, "*suçun icra hareketlerine başlanmadığından dolayı faillerin cezai sorumluluklarının doğmamasına rağmen*" müsadereyi mümkün kılmıştır.¹⁴²⁶ Zira, suçun cezalandırılabilmesi için en azından eksik teşebbüs aşamasında kalmış olması şarttır.¹⁴²⁷ Bunun dışında, hazırlık aşaması cezalandırılabilir nitelik taşıyorsa müsadere kararı verilebilir.¹⁴²⁸

Düzenlemenin kökeni olması itibarıyla Alman hukukuna baktığımızda bu tür eşyanın "*hukuka aykırı eylemlerin işlenmesine yararıyla olma tehlikesi taşıyan eşya*"

¹⁴²⁵ Centel, Zafer ve Çakmut'a göre suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanmış eşya, suçun icra hareketlerinin yapılmasını kolaylaştırmak için hazırlanmış olan eşyadır. Suçun icra hareketlerine başlanmışsa, bu eşya doğal olarak suçun işlenmesinde kullanılan eşya olarak müsadere edilecektir. Bkz. age, s. 767

¹⁴²⁶ Şen, TCK Yorumu, s. 176

¹⁴²⁷ Önder, C. III, s. 95; Erem, TCK Şerhi C.2, s. 387; Gözübüyük, age, s.334, Gökçen, s. 167; Evik, Çıkar, s. 340. MAJNO'ya göre suçun teşebbüs aşamasında kalmış olması nedeniyle kullanılmamış olan eşya da suçta kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan eşya kapsamında müsadere edilir. Majno, age, s. 133

¹⁴²⁸ İçel, Ceza Hukuku, s. 406

olarak müsadereye tabi olduğu görülmektedir. Alman Ceza Kanunu'nun 74.maddesinin 2. fıkrasının 2. bendine göre, gelecekte hukuka aykırı eylemlerin işlenmesine hizmet edebileceği tehlikesi bulunan bazı eşyalar da müsadere edilebilir. Düzenlemenin amacının “*ileride işlenecek suçlarda kullanılma tehlikesi gösteren eşyanın müsaderesi yoluyla suç işlenmesinin önlenmesi*” olduğu ifade edilmektedir. Bu tür eşya kapsamına öncelikle sahte para veya sahte belge gibi suçun işlenmesinden doğan eşyanın girdiği söylenmektedir. Diğer örnekler ise, özel olarak kriminal amaçla meydana getirilmiş, gizli bölmeli bavul, bir terör örgütünde elkonulan para, müstehcen yayınlar olarak gösterilmektedir.¹⁴²⁹

Alman Ceza Kanunu'nun 74. maddesi ile TCK'nın 54. maddesini karşılaştırdığımızda, (i) Her iki madde de öngörülen ilke, iyi niyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşulu ile bir suçta fiilen kullanılan veya suçtan elde edilen eşyanın müsadere edilmesidir. (ii) Bu temel ilke dışında eşya müsaderesi ancak bir tehlike halinin mevcudiyeti halinde mümkündür. Her iki yasa bu tehlike halini farklı şekilde açıklamıştır. Alman Ceza Kanunu'na göre, eşyanın cins veya durumu itibariyle kamusal bir tehlike doğurabilecek veya hukuka aykırı fiillerin (yalnız dar anlamda suçlar değil) icrasına hizmet etme tehlikesini yaratabilecek nitelikte olması halinde müsadere yoluna gidilir. TCK'ya göre ise, suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlâk açısından tehlikeli olması durumunda müsaderesi öngörülmüştür. Böylece, TCK'nın lafzına göre, bir suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlandığı tespit edilen eşyanın kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli bir durumu yoksa müsaderesi yoluna gidilemeyecektir. Buna karşılık, Alman Kanunu'na göre eşyanın niteliği ne olursa olsun bir suçta kullanılma tehlikesi bulunuyorsa müsadere edilmesi gerekecektir. Tabii ki, her iki yasa bakımından da, bu ikinci durumda suçun icra hareketlerine başlanılmasına ihtiyaç yoktur. İçel'e göre Alman Ceza Kanunu'ndaki bu düzenleme tüm hukuka aykırı eylemlerle bağlantılı bir müsadere şekli olup, yasa bu tür müsadere işlemlerini de ceza hukukunun koruyucu şemsiyesi altına alarak müsaderenin güvenlik tedbiri olma özelliğini ön plana çekmiştir.¹⁴³⁰

¹⁴²⁹ Sözüer, Alman, s. 400

¹⁴³⁰ İçel, Ceza Hukuku, s. 407

b. Eşyanın Suçun İşlenmesinde Kullanılmak Üzere Hazırlanmış Olması

Eşyanın suçta kullanılmak üzere hazırlanması, suç öncesine ilişkin bir zaman diliminde mümkündür. TCK'nın 54.maddesinin gerekçesinde de, icra hareketlerine başlanmasına gerek bulunmadığı belirtildiğine göre bu hareketlerden anlaşılması gereken suçun hazırlık hareketleridir.

Hazırlık hareketleri, bir suçu işlemek amacıyla yapılması gerekli olan hazırlıkları ifade eder.¹⁴³¹ Suç işleme kararının dış dünyada somutlaşmaya başlaması ile hazırlık hareketleri oluşur. Böylelikle suça hazırlık yapma iradesi ortaya konmuş olur. Düşünce, tasarlama ve suç işlemeye karar vermek ile henüz ortaya konmuş bir suç iradesi bulunmamaktadır. Fail, bu aşamada çoğu zaman suçu işlemek için gerekli araçları sağlar, mağdur hakkında gerekli bilgileri toplar veya suçu işlemek için en uygun zamanı ve yeri belirler.¹⁴³² Örneğin, yağma suçunda kullanılmak üzere silah veya hırsızlık için kapıyı açmayı sağlayan aletler olabilir. Ne var ki, bunların hepsi hazırlık hareketi olup işlenmek istenen suçu kesin olarak ortaya koyamamaktadır.¹⁴³³

Öğreti ve uygulamaya göre dolandırıcılık suçunda kullanılmak üzere hazırlanan ünlü ressamalara ait resimler, kültür varlıklarının kopyaları, gıda maddelerinde kullanılmak üzere hazırlanıp kullanılmadan önce ele geçirilen kiremit veya ağaç kabuğu tozları, atılması gereken sakatat parçaları, şehir şebeke suyuna karıştırmak için hazırlanan zehirli karışımlar, ele geçen resmi binalara ait krokiler, ölüm listeleri, suç isnat etmek için hazırlanan belgeler, nehre atılmak üzere varillerde bekletilen zehirli atıklar ve kimyasallar henüz suçun işlenmesine başlanmamış olsa bile suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya olarak müsadere edilecektir.¹⁴³⁴ Almanya'da da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımı için hazır bulundurulan "nargile"nin olayda fiilen kullanılmamış olsa da müsadere edilebileceğine karar verilmiştir.¹⁴³⁵

¹⁴³¹ Dönmezer/Erman, C. I, s. 421.

¹⁴³² Toroslu N, Genel Kısım, s. 256., Aksoy, age, s. 60, Tozman, age, s. 177; Adem Sözüer, **Suçta Teşebbüs**; Kazancı Yayınları, İstanbul, 1994, s. 114

¹⁴³³ Aksoy, age, s. 60

¹⁴³⁴ Bakıcı, Genel, s 1241; Özcan, age, s. 172, Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, Ceza Hukuku, s. 581

¹⁴³⁵ İçel, Ceza Hukuku, s. 407

Öte yandan, icra hareketleri başlamadıkça eşyanın bir suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlandığının ispatı güçtür. Hazırlık hareketlerinin cezalandırılmamasının nedeni de, failin iradesinin suç işlemeye yönelip yönelmediğinin tespit edilmesindeki zorluktur. Bazen kanunkoyucu hazırlık hareketini suç saymış olabilir. Bazen de, suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyayı, aynı zamanda suçun konusu saydığından ispat ve suçsuzluk karinesi bakımından sakınca doğmaz. Örneğin, kasten öldürme suçunun hazırlık hareketi olarak hazırlanmış olan ruhsatsız silahın bulundurulması suç oluşturduğundan (öldürme suçunun icra hareketlerine başlanmadığından suçta teşebbüs söz konusu olmasa da) 54.maddenin 4. fıkrasına göre müsadere edilecektir. Buna karşılık, 1. fıkranın son cümlesi, bir köylünün bulundurduğu gübrenin bomba yapımında kullanılmak üzere hazırlandığı ve bu sebeple de kamu güvenliği bakımından tehlikeli olduğu gerekçesiyle müsaderesine neden olabilecektir. Uygulamada bazı yazarlar da konunun yaratacağı sakıncayı açıkça belirtmemekle birlikte, bu tür eşyanın müsaderesi konusunda çok hassas davranılması gerektiği ve bu eşyanın suç işlemek üzere hazırlandığının muhakkak olması gerekeceğini vurgulamakla yetinmişlerdir.¹⁴³⁶ Alman hukukunda da hukuka aykırı eylemlerde kullanılacağına dair inancın, basit şüphe derecesinde olmasının yeterli olmayacağı ve somut dayanak noktalarının aranması gerektiği belirtilmektedir.¹⁴³⁷

Erem'e göre "*hareketin icrası sırasında ayrılabilen, tek tek ya da sırayla kullanılabilen eşyada bunlardan biri, birkaçı kullanılmış, suç oluşmuş, ancak diğerleri de aynı amaç için hazır bulunduruluyorsa, diğerlerinin kullanılmaması müsadere edilmelerine engel değildir. Örneğin, bir köyü basan teröristlerin baskın sonrası hücre evinde yakalanıp yargılama sonunda mahkum edilmeleri halinde yalnızca baskında kullanılan silahlar değil, hücre evinde kullanılmak üzere hazırlanmış diğer silahlar da müsadere edilecektir.*"¹⁴³⁸ Mülga ÇASÖMK'ün 1. maddesinin 4. fıkrasında yer alan "suçun işlenmesine ayrılan şey" kavramı da öğretilde, suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya kapsamında değerlendirilmiş, örnek olarak da suç örgütünün bulundurduğu silahlar, toplantılarını yapmak üzere satın aldıkları daireler gösterilmiştir.¹⁴³⁹ Ancak burada örgüt kurma

¹⁴³⁶ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 1761

¹⁴³⁷ Sözüer, Alman, s. 401, dn. 34.

¹⁴³⁸ Erem, TCK Şerhi C.2, s. 387 - 388

¹⁴³⁹ Evik, Çıkar, 341

suçu işlenmiş olup sözkonusu eşyalar, “suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan” değil örgüte “tahsis edilen eşya” kavramı içinde değerlendirilerek müsadere edilebilir. Aksi takdirde ortada herhangi bir suç olmadan niyet okuma ile müsaderenin uygulanması sözkonusu olacaktır. Örneğin, ruhsatlı av tüfekleri ile birlikte yasal olarak avlanmak için bir araya gelen avcılık federasyonuna üye 100 avcının, aslında kendilerine avcı süsü vermiş olan gerillalar olup, devlete karşı ayaklanma başlatacakları da ileri sürülebilir. Böylece ruhsatlı av tüfekleri “suçta kullanılmak üzere hazırlanmış eşya” olarak, henüz herhangi bir fiilin icrasına başlanmamış olmasına karşın müsadere edilebilir. Biraz daha çarpıcı bir örnek olması bakımından, sözkonusu hüküm bir ev kadının evde gereğinden fazla şeker depolaması halinde, boşanmaya çalıştığı ve şeker hastası olan kocasını öldüreceği düşüncesiyle şekerin müsaderesi gibi sakıncalı bir duruma da yolaçabilir.

c. Eşyanın Kamu Güvenliği, Kamu Sağlığı veya Genel Ahlak Bakımından Tehlikeli Olması

aa. Genel Olarak

54. maddenin 1. fıkrasının son cümlesi gereğince müsadereye hükmedilebilmesi için “eşyanın suçta kullanılmak üzere hazırlanması” yeterli olmayıp aynı zamanda “kamu güvenliği, kamu sağlığı ve genel ahlak bakımından tehlikeli olması” da aranmaktadır. 1989 tarihli Ceza Kanunu Ön Tasarısında da buna benzer biçimde “kanunun tehlikeli veya zararlı olarak nitelendirdiği” eşyanın müsaderesine hükmolunacağı düzenlenmişti.¹⁴⁴⁰ Ancak yasalaşma sürecinde metin yukarıda belirttiğimiz son halini almıştır.

Burada 54.maddenin genel koşullarından farklı olarak suç hazırlığına ilişkin tehlikelilik önplandadır.¹⁴⁴¹ Örneğin, göçmen kaçakçılığında kullanılmak üzere hazırlanmış olmasına rağmen henüz göçmenler bu gemiye getirilmeden yakalanmışsa, suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan bu gemi kamu

¹⁴⁴⁰ Tasarının 75.maddesinin 3. fıkrası için bkz. Türk Ceza Kanun Ön Tasarısı, İkinci Komisyon Tarafından Yapılan Değerlendirme Sonunda Hazırlanan Metin, Ankara, 1989, s. 31-32.

¹⁴⁴¹ Bu itibarla “suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya”nın müsaderesinin kolluk tedbirine benzer nitelikte olduğu yönündeki değerlendirme için bkz. Yukarıda s. 96

güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olmadıkça müsadere edilemeyecektir.¹⁴⁴²

Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlike taşımakta ise, eşyanın üçüncü bir kişiye ait olması ve üçüncü kişinin iyiniyetli olmasına bir önem atfedilmemiştir. Tehlikeliliğin giderilmesi önplanda tutulmuştur. Bu durumda diğer şartlar oluştuğunda sahibinin iyiniyetli olup olmadığına bakılmaksızın eşyanın müsadere karar verilebilecektir.¹⁴⁴³

Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya bakımından tehlike, zarar tehlikesi olarak anlaşılmalıdır. Örneğin, çocuk pornosu çekmek üzere kamera ve diğer eşyalar hazırlanıp da bu film için çocuk oyuncu aranmaya başladığında, genel ahlak açısından tehlikelilik ortaya çıkmaktadır.¹⁴⁴⁴ Dişçi olmayan bir kimsenin, ruhsatsız olarak dişçilik yapmak üzere kiraladığı işyerine yığıldığı dişçilik malzemeleri veya sanığın kavgada kullanmadığı ancak olay sırasında cebinde bulunan delici ve kesici alet kamu güvenliği açısından zarar tehlikesi taşıdığından müsadere edilecektir.

Belirtmeliyiz ki, 54.maddenin 1. fıkrasının son maddesinin uygulamasına rastlanmamıştır. Bu nedenle aşağıda daha çok kavramsal boyutta tehlikeliliğin açıklanmasına çalışılacaktır. Yeri geldiğinde, sözkonusu kavramların –müsadereyle ilgili olmasa da - mahkemelerce genel olarak nasıl yorumlandığı da el alınacaktır.

bb. Kamu Güvenliği Bakımından Tehlikelilik

Kamu güvenliği, bireylerin can ve mallarına zarar verebilecek tehdit ve tehlikelerin yokluğu anlamına gelir.¹⁴⁴⁵ Başka bir deyişle güvenlik (asayiş, emniyet), kişilerin kamusal ya da kamuya açık yerlerde, saldırıya, zorlamaya, itilip kakılmaya, kazaya ve engellemeye (durdurulma, bekletilme, alıkonma) uğramadan dolaşmaları veya bulunmaları, can ve malları için hiçbir zaman endişe duymamaları ve bu yönde

¹⁴⁴² Doğan, s. 163

¹⁴⁴³ Özgenç, Ceza Hukuku, s. 682; Şen, TCK Yorumu, s. 174.

¹⁴⁴⁴ Hafizoğulları/Özen, age, s. 501-502

¹⁴⁴⁵ Metin Günday, age, s. 248

inanç ve kanaat sahibi olmalarıdır.¹⁴⁴⁶ Öğretide, devletin güvenliğini de kamu güvenliği kapsamında değerlendiren yazarlar bulunmakla birlikte, kanaatimize göre bu iki kavram çoğu zaman birbiriyle çatışabilmektedir. Hatta, kamu güvenliğinin zaman zaman devlet güvenliği lehine sınırlandırılması veya tehlikeye atılması da sözkonusu olduğundan devlet güvenliğinin kamu güvenliği kapsamında değerlendirilmemesi gerekir.¹⁴⁴⁷ Öte yandan terör gibi bazı hususlar hem kamu güvenliği hem de devletin güvenliği bakımından ortak bir tehlike faktörüdür.

Kamu güvenliğinden ne anlaşılması gerektiği konusunda TCK'nın 216.maddesi uygulaması yol gösterici olacaktır. Kamu güvenliği, (ETCK'nın 312.maddesinde kamu güvenliği yerine kullanılan) "kamu düzeni" kavramı içinde değerlendirilmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun kamuoyunda Oran-Kaboğlu Kararı olarak bilinen kararında "*Kamu düzeni, içeriği itibari ile değişken ve nispi olmasına karşın, yine de değişmeyen bir öz'ü içinde taşır. Bu da toplum hayatında maddi bir karışıklığın olmaması, belli bir düzenliliğin, barışın bulunması ve bu haliyle de kamu huzuru-kamu güvenliği ve kamu sağlığını içermesidir. Toplumda düzensizlik ve karışıklığın bulunmaması ve yaşamın normal, doğal akışı içinde geçtiğini belirtmek için, "kamu düzeni", kavramı kullanılır. Kamu düzenini bozan eylemlerin ülke yönünden bütünsellik ve devamlılık göstermesi durumunda kamu güvenliği ile karşı karşıya geliriz. Kamu düzeni "toplum hayatının huzur ve güvenlik içinde yürümesini sağlayan düzenin bir bütünüdür."* Başka bir deyişle "kamu düzenine karşı işlenen cürümler kamu huzur ve güvenliğini tehlikeye koyabilen suçlardandır."¹⁴⁴⁸ Bu, itibarla belirli bir etnik gruba mensup kişileri aşağılamak üzere hazırlanan pankartlar, henüz kimse bunları görmeden ele geçirildiğinde suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlandığı gerekçesiyle müsadere edilebilecektir.

Ceza Kanunu'nda "kamu güvenliği"yle aynı anlama gelen "genel güvenlik" kavramı da bulunmaktadır. Genel güvenliğin tehlikeye sokulması suçunu düzenleyen 170 ve devamı maddeleri kapsamında "kişilerin...sağlığı" veya "başkalarının ...sağlığı'nın (m.179) da genel güvenlik kapsamında değerlendirildiği

¹⁴⁴⁶ Lütfi DURAN, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul 1982, s. 254.

¹⁴⁴⁷ Devlet güvenliğinin kamu güvenliği ile dolaylı bir ilgisinin bulunduğu, devlet güvenliğini doğrudan ifade eden kavramın "milli güvenlik" olduğu yönünde bkz. Özge Okay Tekinsoy, **İdare Hukukunda Kamu düzeni Kavramı**, s. 55

¹⁴⁴⁸ YCGK, 29.4.2008, 2007/8-244, 2008/92

anlaşılmaktadır.¹⁴⁴⁹ Ancak, önemi nedeniyle 54.maddede kamu sağlığı bakımından tehlikeliliğin müsadere bakımından ayrıca düzenlendiği görülmektedir.

Görüldüğü gibi, kamu güvenliği kapsamı oldukça geniş bir kavramdır. Bu itibarla tehlikenin kaynağı, insan, hayvan, mesleki veya sportif faaliyetler olabileceği gibi tehlikeli yapılar veya taşınırlar da olabilir.¹⁴⁵⁰ Tehlikenin kaynağı eşya olduğunda müsadere gündeme gelebilecektir. Terör örgütlerinin müstakbel eylemleri için hazırladığı zehirleyici gaz veya bilinen bir marka içeceğin taklidini üretmek üzere bir depoda ele geçirilen kanserojen maddeler,¹⁴⁵¹ buna örnek olarak gösterilmektedir.

Bir eşyanın suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlandığının ispatının güç olmasının yanı sıra “kamu güvenliği” kavramının geniş içeriği, bireylerin demokratik taleplerini yerine getirmek üzere hazırladığı eşyanın müsaderesini de sonuçlayabilir. Örneğin, bir bürokratin üniversite ziyareti öncesi, öğrenci yurdunda bulunan bütün yumurtalar suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlandığı ve bir kimseyi yaralayabilecek nitelikte olup tehlikeli de olduğu gerekçesiyle müsadere edilebilir.

cc. Kamu Sağlığı Bakımından Tehlikelilik

Kamu sağlığı toplumun bulaşıcı hastalıktan uzak tutulmasını, toplumun sağlık koşulları içinde yaşamını sürdürmesini ifade eder. Kamu sağlığı veya “genel sağlık”, Anayasa’da düzenlenen özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı, haberleşme özgürlüğü gibi pek çok hak ve özgürlüğün sınırlandırma nedenlerinden biridir. Bu itibarla, başta gıda güvenliği, tıbbi ürünler ve ilaç güvenliği, çevre sağlığı ve hastalıklarla mücadele bu alandaki sınırlandırmaların nedenleri olarak sayılabilir.¹⁴⁵² Kamu yararına dayanan tüm bu gerekçeler mülkiyet hakkının sınırlandırılmasına da dayanak teşkil edebilir.

Türk Ceza Kanunu’nun amacını düzenleyen 1.maddesine göre, amaçlardan biri de kamu sağlığının korunmasıdır. Maddenin 2. cümlesinde “*bu amacın*

¹⁴⁴⁹ TCK’da “kamu güvenliği” kavramı 1. ve 216. maddelerde geçmektedir.

¹⁴⁵⁰ Tekinsoy, age, s. 55

¹⁴⁵¹ Dülger, age, s. 101

¹⁴⁵² Tekinsoy, age, s. 55 ve 88.

gerçekleştirilmesi için ceza sorumluluğunun temel esasları ile suçlar, ceza ve güvenlik tedbirlerinin türleri”nin düzenlendiği belirtilmektedir. Müsadere de bu tedbirlerden biri olarak 54 ve 55.maddelerde düzenlenmiştir.¹⁴⁵³

Kanun’un 1.kitabının 3.bölümünde düzenlenen “Kamunun sağlığına karşı suçlar” ile “kişilerin hayatını” tehlikeye sokacak davranışlar cezalandırılmaktadır. Bunlardan bir kısmı bulundurulması, satışı, üretimi suç oluşturan şeyler olarak TCK’nın 54. maddesinin 4. fıkrası anlamında iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmama koşuluna bakılmaksızın “suç teşkil eden eşya” olarak müsadere edilir. Örneğin, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti, bozulmuş veya değiştirilmiş gıda veya ilaç ticareti, kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçları bakımından şeylerin kamu sağlığı bakımından tehlike yaratması suçun oluşması bakımından aranacaktır. Zehirli madde katma suçunu düzenleyen 185.madde bakımından ise durum özellik arz etmektedir. Zehirli madde bulundurma 185.madde bağlamında suç değildir. Zehirli madde insanlar tarafından tüketilecek bir besine katıldığında veya bu besinler başka bir suretle bozulduğunda (örneğin bakkaldaki buzdolabı çalıştırılmayarak kasten bozuk yoğurt satıldığında) suç oluşur. Bir bidon zehirin yarısı besine katılmışsa zaten besin zararlı hale geldiğinden 54.maddenin 1.fıkrasının 1.cümlesi kapsamında “suçtan meydana gelen eşya” olarak müsadere edilecekken, zehirin kalan kısmı da son cümle bağlamında suçta kullanılmak üzere hazırlanan ve kamu sağlığı bakımından tehlikeli olan eşya olarak müsadere edilecektir.

dd. Genel Ahlak Bakımından Tehlikelilik

Genel ahlak, belli bir anda belli bir toplumda benimsenen etik düşüncelerin asgarisidir.¹⁴⁵⁴ Anayasa Mahkemesi’ne göre de belli bir zamanda, belli bir toplumun büyük çoğunluğunca benimsenmiş bulunan ahlak kurallarıyla ilgili hareketleri gösteren ve kolayca anlaşılabilir kurallar bütünü genel ahlakı oluşturur.¹⁴⁵⁵ TCK’nın

¹⁴⁵³ Kamu sağlığı kavramı TCK’nın 1. maddesi haricinde 287.maddede geçmektedir. Genital muayene suçunun düzenlendiği 287.maddeye göre “bulaşıcı hastalıklar dolayısıyla kamu sağlığını korumak amacıyla kanun ve tüzüklerde öngörülen hükümlere uygun olarak yapılan muayeneler açısından yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmaz”. Yani bu halde genital muayene suç sayılmayacaktır.

¹⁴⁵⁴ İbrahim Kaboğlu, **Kolektif Özgürlükler**, Diyarbakır 1989, s.137

¹⁴⁵⁵ AYM, 28.01.1964, 1963/128, 1964/8, AYMKD, C.1, s.2. syf.38

225 ve devamı maddelerinde “genel ahlaka karşı suçlar” düzenlenmiştir. Ne var ki çağdaş bir ceza hukuku anlayışında genel ahlak kavramının suçla korunan hukuki değer olarak esas alınması eleştirilmeye muhtaçtır. Nitekim ahlak kuralları ve anlayışı toplumdan topluma değişebileceği gibi, toplum içinde farklı kesimler arasında da değişik biçimde algılanabilmektedir. Demokratik bir devlet belli bir ahlak felsefesinin bekçisi değildir.¹⁴⁵⁶ Bu nedenle tıpkı, genel ahlaka karşı işlenen suçlar bakımından olduğu gibi genel ahlak bakımından tehlikeli olan eşyanın belirlenmesinde sadece toplum tarafından korunması hedeflenen yerel değerler değil ve fakat demokratik hukuk devleti kavramı içinde bir değerlendirme yapmak gerekir.¹⁴⁵⁷ Zira kavramın esnek yapısı devletin mülkiyet hakkına müdahale alanını genişletebilecek niteliktedir.

Genel ahlak bakımından tehlikeli olan eşyaya daha çok müstehcen yayınlar örnek olarak gösterilmektedir.¹⁴⁵⁸ Bunun dışında, fuhuş yapılması amacıyla özel olarak hazırlanan bir otobüs, veya kumar oynanması için masa, sandalye ve oyun ekipleri konarak hazır hale getirilmiş olan bir depo genel ahlak bakımından tehlikeli olarak kabul edilebilir.

d. Değerlendirme

Öncelikle belirtmeliyiz ki, Alman hukuku dışında bizdeki gibi bir örneğe karşılaştırmalı hukukta rastlanmamaktadır. Fransız Ceza Kanunu'nun 131-21 maddesinin 7.fikrasına göre de, bulundurulması yasadışı olan nesnelere yanısıra, “kanunlar veya yönetmeliklerde tehlikeli veya zararlı olarak nitelendirilen nesnelere” de müsaderesi mümkündür. Ancak sözkonusu maddede müsadere, tamamlayıcı ceza (peine complémentaire) olarak düzenlenmiştir ve mahkumun mallarına ilişkindir. O halde, Fransız Ceza Kanunu'nda düzenlenen hüküm, mahkuma ait tehlikeli ve zararlı eşyanın müsaderesinin zorunlu olduğunu

¹⁴⁵⁶ Bülent Tanör, **Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası**, Öncü Kitabevi, İstanbul, 1969, s. 144; Oktay Uygun, **1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992, s. 132

¹⁴⁵⁷ Özbek, **Müstehcenlik**, s. 42-43

¹⁴⁵⁸ Ancak İHAM'ın Handside/İngiltere kararı örneğinde olduğu gibi müstehcenlik konusundaki değerlendirme farklılık gösterebilmektedir. Karar, çocuklara yönelik cinsel bilgiler içeren kitabın müsaderesi ahlakın korunması amacıyla uygun bulunmuşsa da, oldukça eleştirilmiştir. (Başvuru no: 5493/72, Tarih, 7 Aralık 1976)

düzenlemekle, bizdeki hükümden önemli derecede farklıdır. İsviçre Ceza Kanunu'nda da TCK'ya benzer biçimde “kamu güvenliği, kamu sağlığı ve genel ahlak bakımından tehlikelik” aranmaktadır. İsv.CK'nun 69.maddesinin 1.fikrasına göre, bir kimsenin ceza sorumluluğu olup olmadığından bağımsız olarak bir suçta kullanılan, kullanılmak istenen veya bir suçun işlenmesinden elde edilen şeyler, kamu güvenliği, kamu ahlakı veya kamu düzeni bakımından tehlike oluşturması halinde mahkemece müsadere olunur. Dikkat edilirse, burada hukukumuzdan farklı olarak bir eşya sadece gelecek için tehlike oluşturması nedeniyle değil, buna ek olarak suçta kullanıldığı için müsadere edilmektedir. Bu nedenle sözkonusu düzenleme de TCK m.54/1, son cümlesinden farklıdır.

Nitekim müsadere bir ceza hukuku yaptırımı olduğundan teşebbüs derecesinde dahi olsa, bir suçun varlığı gerektirir. Bu nedenle kanaatimizce, suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyadan, herhalde fail tarafından eylemin gerçekleştirilmesinde kullanılmak istenmiş olan ancak, örneğin başka bir aracın kullanılması nedeniyle, suçun işlenmesinde bir şekilde kullanılmamış olan eşya anlaşılmalıdır. Kanunilik ilkesi gereğince, gerekçede bundan farklı bir şeyin düzenlenmek istenmiş olması durumu değiştirmez. Bu bağlamda öldürme suçunda kullanılmak üzere hazırlanan, ancak suçun başka bir surette gerçekleştirilmesi nedeniyle kullanılmayan bir silah tehlikeli de sayılacağından bu kapsamda değerlendirilebilir. Zira, bir suçun sadece hazırlık aşamasında kullanılan eşyanın müsadere edilebilmesi için, daha sonra en azından teşebbüs derecesine ulaşılmış ya da söz konusu hazırlık hareketlerinin bağımsız biçimde cezalandırılabilir nitelikte olması gerekir. Örneğin, hırsızlık yapacağı evin karşısında bulunan sokakta evde kimsenin bulunmadığından emin olmak için dürbünle evin içini izleyen kimse bu aşamada yakalandığı takdirde, eylemi hırsızlık suçu bakımından hazırlık hareketi olarak kabul edilemez. Ancak edilse bile dürbün tehlikeli de sayılmayacağından müsadere edilmeyecekken, koşulları varsa özel hayatın gizliliğini ihlal suçu bakımından suçta kullanılan eşya olarak müsadere edilebilecektir.

Kaldı ki, bir eşyanın suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlandığının ispatı da güçtür. Nitekim, Alman hukukunda basit bir şüphenin yeterli olmadığı kabul edilmektedir. Bu tür eşyaların gelecekte suç işlenmesinde kullanılacağına dair bir

tehlikenin varlığının kabulü için öğretide somut dayanakların bulunması gerektiği savunulmaktadır.¹⁴⁵⁹

Bu konuda içtihat oluşturulsa ve eşyanın suçun işlenmesi için hazırlandığı kabul edilse bile 54.maddenin cezai yönünün de bulunduğu dikkate alındığında “hazırlık hareketleri ayrıca suç olarak düzenlenmedikçe cezalandırılmaz ilkesi”ne de aykırı bir durum ortaya çıkmaktadır.¹⁴⁶⁰ Burada henüz bir suç işlenmeden, yani teşebbüs aşamasına varmamış bir eylem nedeniyle müsadere yaptırımına başvurulabilecektir. Müsaderenin hukuki niteliği konusundaki tartışmalar da burada önemini yitirmektedir. Ceza da olsa, güvenlik tedbiri de olsa, kimseye bir suç işlenmeden mülkiyet hakkını kısıtlayan bir ceza hukuku yaptırımını uygulanamaz. Nitekim güvenlik tedbirlerinin esası tekerrürü önlemek olduğundan, önceden işlenmiş olan bir suç olmadan uygulanan bir yaptırım güvenlik tedbiri olarak nitelendirilemez. Tehlike, ister “tehlike” isterse “zarar tehlikesi” olarak anlaşılın henüz işlenmemiş ama ileride işlenmesi düşünülen bir suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın müsaderesi yoluna gidilmesi, demokratik bir ceza hukuku düzeninde kabulü mümkün olmayan bir sonuçtur.¹⁴⁶¹

Belirtmeliyiz ki, suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya sadece bu nedenle müsadere edilemeyecektir. Bu eşyanın niteliği itibariyle kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması da aranacaktır. Ancak eşyanın tehlikeliliği de, kullanılan kavramların esnek ve göreceli olabilen kapsamı düşünüldüğünde belirli bir kriter değildir. Özellikle kamu güvenliği ve genel ahlak bakımından sakıncalar doğması olasıdır. Kişinin evinde dolu ruhsatlı bir silah bulunması halinde bir ay önce kavga etmiş olduğu komşusunu öldürmek için hazırlandığı iddia edilip ruhsatlı silahı müsadere edilecek midir? Ya da arkadaşına sinirlenen kişinin kağıda o arkadaşısı hakkında küfürlü şiirler yazması veya müstehcen bir şekilde gösteren resimler yapması durumunda bu şiirlerin veya resimlerin o arkadaşısı gönderilerek sövme suçunun işleneceği varsayımıyla “genel ahlaka” da

¹⁴⁵⁹ Sözüer, Alman, s. 401

¹⁴⁶⁰ Hazırlık hareketlerinin cezalandırılması özgürlük – güvenlik ikileminde güvenlik alanına doğru artış göstermekle birlikte, ceza hukuku ve insan hakları bakımından önemli sorunlar doğurmaktadır.

¹⁴⁶¹ “Polis tedbirleri bile kişilerin salt düşünceleri ile ilgili değildir. Madde gerekçesinde yer alan düşünce tehlikeden korunma görüntüsü altında faşizan bir düzenlemenin açık kanıtı olmaktadır”. Hafizoğulları/Özen, age, s. 502

“Suç işlenmeden önce onu cezalandırmak, insanların eylemlerini değil, iradelerini cezalandırmak demektir; insanlara özgü yasalardan bağımsız ve onların etkisi dışında kalan insanın en özgür parçasını, yani amacı, niyeti, düşünceyi zorbaca buyruk altına almak demektir”. Cesare Beccaria

aykırı olduğu için müsadere yoluna mı gidilecektir? Veya ünlü ressamalara ait tabloları kendini geliştirmek için taklit eden ressamın reproduksiyonları sadece basit bir şüphyle dolandırıcılık suçunda kullanılacağı varsayılarak tehlike oluşturduğundan bahisle müsadere edilebilecek midir? Tüm bunlar uygulamada sorun yaratabilecek örneklerdir.

Öte yandan bu konuda bir içtihada rastlanmamıştır. 765 sayılı Kanun'da şimdikine benzer bir hüküm bulunmamakla birlikte Yargıtay o dönemde vermiş olduğu bir kararında, *“sadece bir şahsa fazla fiyatla 5 kiloluk margarin sattığı tespit edilen sanığın dükkanındaki tüm yağların satış bedelinin değil, fazla sattığı yağ bedelinin müsadere sine karar verilmesi gerektiğine*¹⁴⁶² kanaat getirmiştir. Burada önceden işlenmiş bir suç olmasına rağmen Yargıtay, niyet okuma ile dükkandaki bütün yağların fazla fiyatla satılacağını varsaymamıştır. Failin emre itaatsizlikten cezalandırıldığı bir olayda ise arabasında bulunan av tüfeği ve fişeklerin müsadere sine de, *“tüfeklerle henüz bir atış yapılmadığı, ava çıkıldığı ve domuz görüldüğünde tüfeklerin kullanılacağı ve bu yüzden müsadere sine gerekeceğinin ileri sürülemeyeceği, çünkü sanığın avdan vazgeçmesi mümkün olduğu gibi, önlerine domuz çıkmamasının da mümkün olduğu”* belirtilerek hukuka aykırı bulunmuştur.¹⁴⁶³

Bu kararlardan da anlaşılacağı üzere hazırlık hareketleri aşamasında müsadere mümkün olmamalıdır. Zaten “suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya” çoğunlukla ve aynı zamanda TCK'nın 54.maddesinin 4.fıkrası anlamında suç oluşturan eşya olabilir. Dolandırıcılık suçunda kullanılmak üzere hazırlanan sahte çek, zaten üretimi suç olan eşya olarak müsadere ye tabidir. Yani kanun sahte çek düzenlenmesini suç saydığından dolayı artık bunun suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanıp hazırlanmadığı ve kamu güvenliği açısından tehlike oluşturup oluşturmadığı ayrıca incelenmeyecektir. Bir görüşe göre kanunkoyucunun 54. maddenin 4. fıkrasını ayrıca düzenlemesi gereksiz bir tekrardır. Zira, bir eşyanın üretimi, bulundurulması, kullanılması, alım satımı suç oluşturuyorsa, fail bu eşya ile ya suç işlemiştir ya da işleyecektir. Suç işlemişse, bu tür eşya suçta kullanılan, suçun işlenmesine tahsis edilen veya suçtan meydana gelen eşya olarak; suç işleyecek ise suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya olarak müsadere edilecektir.¹⁴⁶⁴ Ancak bu düşünceye mutlak olarak katılmak mümkün değildir. Zira,

¹⁴⁶² YCGK , 11.5.1981, 1981/109, 1981/183; YCGK, 16.12.1997, 218/303

¹⁴⁶³ YCGK, 18.11.1997, 219/242

¹⁴⁶⁴ Centel/Zafer/Çakmut, age, s. 763

suçta kullanılmak üzere hazırlanmış olan bir eşya her zaman üretimi, bulundurulması, kullanılması, alım satımı suç olan bir eşya olmayabilir. Örneğin, 6681 sayılı Kanun'a göre silah sayılmayan bir çakı, kamu güvenliği açısından tehlikeli sayılacağından taşınması suç teşkil etmese de, suçta kullanılmak üzere hazırlanan eşya olarak müsadere edilebilecektir. Bu tür tehlikelerin bertaraf edilmesi kolluğun önleme faaliyetleri arasında düzenlenebilir. Ancak, kişinin taşınması yasak olmayan bir çakı bıçağı nedeniyle verilen müsadere kararında “suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan” ibaresinin bulunması bile kişinin suçsuzluk karinesini ihlal edici niteliktedir. Yukarıda belirttiğimiz gibi suçta kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın müsadere bir niyet okumadan ibaretken, üretimi, bulundurulması vb. suç teşkil etmek kanunilik ilkesine de uygun ve objektif bir kriterdir. Bu nedenle kanaatimizce kanundan çıkartılması gereken 54.maddenin 4.fıkrası değil, 1.fıkranın son cümlesidir.

3. Üretimi, Bulundurulması, Kullanılması, Taşınması, Alım ve Satımı Suç Oluşturan Eşyanın Müsadere

a. Kavram

Bazı eşyaların üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı kanunlarda suç olarak düzenlenmiş olabilir. Bu tür eşyanın müsadere sinin nedeni “eşyanın bizatihi kendisinin konu itibariyle suç teşkil etmesi”¹⁴⁶⁵ başka bir ifadeyle eşyanın mutlak ve objektif bir suçluluk teşkil etmesidir. Bu halde eşyanın varlığının bir yandan suç olarak düzenlenmesi, diğer yandan ise failde veya bir başkasında bırakılması düşünülemez. 5237 sayılı TCK'nın 54.maddesinin 4. fıkrasına göre “*Üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya, müsadere edilir.*” Hükümün amacı, suç oluşturan ve faili belli olan eylemlerle bağlantısı kanıtlanamasa dahi, yasaların kullanılmasını, taşınmasını, alım ve satımını suç olarak tanımladığı eşyanın da müsadere edilebilmesini sağlamaktır.¹⁴⁶⁶

¹⁴⁶⁵ Koca/Üzülmez, s. 484. Aynı yönde Baytaç, age, s. 78

¹⁴⁶⁶ Erem, TCK Şerhi, C.I, s. 260; Aydın Ö, Emniyet, s. 155; Yılmaz Z, Müsadere, s. 58; İçel, Ceza Hukuku, s. 408

765 sayılı mülga TCK'nın 36.maddesinin 2. fıkrasında ise “kullanılması, yapılması, taşınması, bulundurulması ve satılması cürüm veya kabahat teşkil eden eşya” kavramı kullanılmaktaydı.¹⁴⁶⁷ 2005 yılında kabahatların suç olmaktan çıkarılması ile uyumlu olarak yeni TCK'nın 54 ve 55. maddelerinde kabahat oluşturan eşyanın müsadereyi de yer almamış, kabahat oluşturan eşya bakımından Kabahatler Kanunu'nda mülkiyetin kamuya geçirilmesi öngörülmüştür.

“Üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya” kavramı, öğretisi ve uygulamada hem kısaltmak ihtiyacı hem de eşyayı müsadereye tabi diğer eşyadan ayırmak amacıyla “*kendisi suç teşkil eden eşya*”,¹⁴⁶⁸ “*konusu suç teşkil eden eşya*”, “*bizatihi suç teşkil eden eşya*” veya “*münhasıran müsadereye tabi eşya*”¹⁴⁶⁹ gibi kavramlarla ifade edilmektedir. Anayasa Mahkemesi bir kararında “*varlığı suç oluşturan eşya*” tabirini kullanmıştır.¹⁴⁷⁰ Yargıtay'ın da bazı kararlarında “*suç konusu olduğu belirlenen eşya*” tabirinin kullanıldığı görülmektedir.¹⁴⁷¹ Biz de bu kavramlardan diğerlerine göre daha kapsamlı olduğunu düşündüğümüz “*konusu suç oluşturan eşya*” kavramını kullanmayı tercih etmekteyiz.

TCK'nın 54.maddesinin 4.fıkrası kapsamındaki eşya genellikle toplum için tehlikeli olduğundan, sadece üretimi değil, her türlü dolaşımı suç olarak düzenlenmektedir. Uyuşturucu ve uyarıcı maddeler bunların başında gelmektedir. Bu kapsamda örneğin “kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak nitelikteki ilaçlar”ın üretimi ve satımı suç oluşturduğundan (TCK.m.187) üretilen ilaçlar müsadere ve imha edilir.

Bir eşyanın üretimi, taşınması, bulundurulması, alınıp satılması Türk Ceza Kanunu'nda veya diğer kanunlarda suç olarak öngörülmüş olabilir. Kanunilik ilkesi gereğince açıkça suç olarak düzenlenmediği takdirde bu fıkra uyarınca müsadere mümkün değildir.¹⁴⁷² Ayrıca bir eşyanın varlığı veya dolaşımı ceza kanunlarına göre

¹⁴⁶⁷ Mehaz İtalyan ceza kanununda müsadere sadece cürümlere özgülenmiştir Gözübüyük, age, s. 335

¹⁴⁶⁸ Hafizoğulları/Özen, age, s. 503

¹⁴⁶⁹ Yaşar/Gökcan/Artuç, age, s.1766

¹⁴⁷⁰ AYM, 03.06.1988, 1987/28 E., 1988/16 K. –AYMKD, Sayı: 24, Ankara, 1989, s. 217

¹⁴⁷¹ Y7CD, 09.04.2007, 20753/2424; Y7CD, 03.02.2010, 6264/1040; Y7CD, 19.09.2007, 14350-6242, Çıldır/Denizhan, age, s. 476

¹⁴⁷² Bu nedenle TCK'nın 297.maddesinin “*Birinci fıkroda sayılanların dışında kalıp da yetkili makamlar tarafından infaz kurumuna veya tutukevine sokulması yasaklanmış bulunan eşyayı, bu yasağı bilerek, infaz kurumuna veya tutukevine sokan veya bulunduran ya da kullanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” şeklindeki 2. fıkrası Anayasa Mahkemesinin 7/7/2011

suç teşkil edebileceği gibi Anayasanın 90.maddesi nedeniyle kanuna eşdeğer olan uluslararası sözleşmelerce de suç olarak öngörülmüş olabilir. Nitekim Yargıtay bir kararında, arızalı olması nedeniyle 6136 sayılı Yasa kapsamında olmayan yabancı menşeli 10 milimetre çaplı silahın, 5095 sayılı Yasa ile onaylanan ve Bakanlar Kurulu'nun 30 Mart 2004 gün ve 709 sayılı kararı ile 26.04.2004 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek Ateşli Silahlar, Parçaları ve Aksamları ile Mühimmatının Yasadışı Üretimine ve Kaçakçılığına Karşı Protokol"ün 6. ve 9. maddeleri karşısında müsadere gerektiğine karar vermiştir.¹⁴⁷³ Buna karşılık KHK'larla ve diğer düzenleyici işlemlerle suç yaratılması mümkün olmadığından üretimi, bulundurulması, alınıp satılması suç teşkil etmeyip kabahat teşkil eden eşya da müsadere edilmez, koşulları varsa mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilir.¹⁴⁷⁴ Yivsiz avtüfeği bulundurmamak artık kabahat haline geldiğinden bulundurulması müsadere değil Kabahatler Kanunu'nu gereğince mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararı verilmesini gerektirmektedir.¹⁴⁷⁵ Yine suç olmaktan çıkarılma halinde müsadere mümkün değildir. 556 sayılı KHK'nın 61. maddesinde suç teşkil eden eylemlerin düzenlenmesi kanunilik ilkesine aykırı olup iptal edilmiştir. Yargıtay da iptal edilen hükme dayanılarak verilmiş olan müsadere kararlarını bozmaktadır. Bu halde taklit olarak üretilen Fenerbahçe armalı eşofman takımı, forma, barbi marka çocuk kol saati,¹⁴⁷⁶ Beşiktaş logosu, forması, logolu çorap ve bayrak¹⁴⁷⁷ gibi ürünlerin üretimi veya bulundurulmasını suç olarak düzenleyen bir hüküm bulunmadığından iadesine karar verilmektedir.

tarihli ve E.:2010/69, K.:2011/116 sayılı Kararı ile iptal edilmiştir. Bkz. 21.10.2011 Tarih ve 28091 sayılı RG

¹⁴⁷³ Y8CD, 15.06.2011, 2009/7271, 2011/5021

¹⁴⁷⁴ Bazı yazarlar "yasak eşya" tabirini de kullanmaktadırlar. (Örn. Dülger İ., s. 104) Ne var ki, "yasak"lar sadece ceza kanunlarıyla değil idari mevzuatla da getirilebilir. Oysa müsadere suçla ilgili olduğundan, mülkiyetin kamuya geçirilmesiyle de karıştırılmaması için "suç" kavramı yerine "yasak" ifadesinin kullanımı hatalıdır.

¹⁴⁷⁵ Yani, ruhsatsız av tüfeği bulundurma eylemi ceza hukuku alanından çıkartılıp kabahatler hukukuna bırakılmış, ayrıca ilgiliye gerekli işlemleri yaptırması için 1 aylık da süre tanımıştır. Bkz. 2521 sayılı Kanun'un 13.maddesi

¹⁴⁷⁶ Y7CD, 2009/2257, 2011/20208, 21.11.2011, benzer yönde, Y7CD, 2008/10654, 2011/4485, 20.04.2011

¹⁴⁷⁷ Y7CD, 21.11.2011, 2009/2018; 7.Ceza Dairesi'nin benzer yönde kararlarına göre iadesi gereken ürünler, Diesel kot pantolon ve şort (2009/2330, 2011, 20199, 21.11.2011), Elbise askısı, kürklü deri ceket (2009/2252, 2011/20212, 21.11.2011), taklit Çocuk çantası (2011/11560, 2011/20792, 23.11.2011)

Suçta kullanılmayan veya bizatihi suç teşkil etmeyen dolu av fişekleri, tabanca kılıfı, tabanca temizleme fırçası, boş fişek ve fişek kütüğü, bir silahla beraber bulunmadıkları sürece şarjörler, barut, saçma, arma ve tüfek kılıfı, avcı yelegeği gibi malzemeler müsadere edilemez.¹⁴⁷⁸

Bir eşyanın üretimi, bulundurulması, taşınması, imal ve ticareti belirli bir süre için yasaklanıp suç haline getirilebilmesi de mümkündür. Örneğin, ruhsatlı olarak silah taşımak yasal olsa da 298 sayılı Seçim Kanunu'nun 79.maddesine göre seçimler sırasında silah taşımak yasaktır ve bu yasağa uymayanlara Kanun'un 171.maddesi uyarınca adli para cezası uygulanır. Bu itibarla TCK'nın 54.maddesi 4.fıkrası gereğince seçim günü taşınması suç oluşturan ruhsatlı silah müsadere edilir.¹⁴⁷⁹

Üretimi suç teşkil eden eşya, üretimi yasak olan veya belli ruhsat ile üretilmesi gerekirken gerekli izinler alınmadan imal edilen şeylerdir.¹⁴⁸⁰ Üretim, "belirli faaliyet ve işlemler sonucu yeni bir mal veya hizmet meydana getirme" anlamına gelmekte olup, uyuşturucu ve uyarı maddeler, sahte belgeler ve taklit ürünler örneğin sahte paralar, pornografik yayınlar; taklit altın sikkeler en yaygın örneklerdir.¹⁴⁸¹ Uygulamada yayımı da kapsayacak şekilde geniş yorumlanmaktadır. Örneğin, TCK'nın 226.maddesinin 2.fıkrası gereğince müstehcen görüntü, yazı veya sözleri basın ve yayın yolu ile yayınlama veya yayınlanmasına aracılık etme halinde sözkonusu materyaller önce toplatılır ardından m. 54/4 uyarınca müsadere edilir.¹⁴⁸²

Bulundurulması yasak olan eşya, kişinin yanında veya hakimiyet alanında eli altında bulundurulması suç olan eşyadır.¹⁴⁸³ Ruhsatlı tabanca bulundurma suç teşkil etmez. Ancak süresi içinde ruhsat işlemleri tamamlanmazsa tabanca

¹⁴⁷⁸ Bu yöndeki kararlar için bkz. Yılmaz Z, Müsadere, s. 58-59

¹⁴⁷⁹ YCGK, 18.10.1993, 8/244-261

¹⁴⁸⁰ Koca/Üzülmez, age, s. 484

¹⁴⁸¹ Y8CD, 21.02.1989, 9878/1398. Taklit üretiminde kullanılan araç ve gereçlerin ise kendi başına suç oluşturan nitelikleri bulunmamaktadır. Bu bakımdan bu türden eşya ancak suçta kullanıldıysa müsadere edilebilir. Güneş, age, s. 347.

¹⁴⁸² YCGK, 27.01.2009, 2008-278, 2009-7

¹⁴⁸³ Koca/Üzülmez, age, s. 484. "2935 sayılı Kanun'a göre bölge valisi veya il valisi tarafından bu kanun veya diğer kanunlarla verilen yetkilere dayanılarak alınan tedbirlere aykırı hareket edenlerin, emirleri dinlemeyenlerin aynı Kanun'un 25/B-1. maddesi uyarınca cezalandırılacağı hükme bağlanmış ise de, çakı bıçağının bulundurulması, taşınması bizatihi suç teşkil etmediği, 2935 sayılı Kanun'da da müsadereye dair bir hükümde bulunmadığı tedbir niteliğindeki taşıma bulundurma yasağı ile TCK'nın 36. maddesindeki (bulundurulması) tabirini aynı nitelikte saymanın mümkün olmayacağı bu maddeye göre müsadereye tabi tutulan eşyanın kendisi bizatihi cürüm veya kabahat nev'inde bir suçun konusu olması gerekeceği cihetle, bıçağın TCK'nın 36.maddesi uyarınca müsadereesine karar verilmesi yasaya aykırıdır." (Y7CD 11.10.1990, 6799/10558)

bulundurulması suç teşkil eden bir eşya haline gelir.¹⁴⁸⁴ Örneğin Valilikten silah alma yetki belgesi ile Makine Kimya Endüstrisi Kurumu'ndan alınan silah süresi içinde ruhsat işlemleri tamamlanmadığında ruhsatsız silah olarak müsadereye tabidir.¹⁴⁸⁵ Yine, ruhsatın verilmiş sebebinin ortadan kalkması nedeniyle geçersiz hale gelmesi durumunda da eşyanın iade edilmemesi (bulundurulması) suç teşkil ettiği takdirde müsadere edilecektir.¹⁴⁸⁶ Öte yandan, yasal biçimde bulundurma belgesine bağlanarak el değiştiren silahların sanığın katkısının bulunduğu anlaşılmamakla beraber numara ve markasında değişiklik meydana gelmesi doğrudan doğruya tabancanın müsadereyesini gerektirmemektedir.¹⁴⁸⁷ Bir eşyanın sadece belirli yerde bulundurulması da suç olarak düzenlenmiş olabilir. Örneğin TCK'nın 297.maddesinin 1. fıkrasına göre, infaz kurumuna veya tutukevine silah, uyuşturucu veya uyarıcı madde veya elektronik haberleşme aracı bulundurma suç olarak düzenlendiğinden bu tür eşya tespit edildiğinde müsadere edilir.

Taşınması yasak olan eşya, bir yerden başka bir yere götürülmesi suç teşkil eden eşyadır. Örneğin, TCK'nın 193.maddesine göre, "İçeriğinde zehir bulunan ve üretilmesi, bulundurulması veya satılması izne bağlı olan maddeyi izinsiz olarak üreten, bulunduran, satan veya nakleden kişi"nin eylemi suç oluşturduğundan, zehir

¹⁴⁸⁴ "Sanığın süresinde ruhsatını yenilemeyip, ruhsatı iptal edildikten sonra da yapılan tebligata rağmen Yönetmelikte öngörülen sürede silahını devretmemesi üzerine kolluk makamlarınca el konulan silah taşınması ve bulundurulması yasak hale gelmiş olduğundan, zorlmasına karar verilmelidir." CGK, 19.09.2006- 199/188, Yargıtay Ceza Genel Kurul Kararları Kapsamında Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu- Kasım 2008, s. 1128

¹⁴⁸⁵ Y8CD, 6.6.2011, 2009-11067, 2011-8464

¹⁴⁸⁶ "Kırklareli Valiliği tarafından 14.11.2000 tarihinde muhtarlık görevinden dolayı sanık adına tabanca taşıma ruhsatı düzenlediği ve ruhsatın verilmiş sebebinin 28.3.2004 tarihinde ortadan kalktığı anlaşılmakla; 26.6.1997 tarih ve 23031 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Yönetmelikte değişiklik yapılmasına dair yönetmeliğin "Silah taşımalarına izin verilen kamu görevlileri" başlıklı 8. maddenin 1. fıkrasının (b) bendinin (1) numaralı alt bendinde köy ve mahalle muhtarlarına kayıtlı veya aldırılacak zati silahlarını taşıyabilecekleri 16. maddesinin 1. fıkrasının (i) bendinde ruhsatlarının verilmiş nedenleri ortadan kalktığı halde, durumu ruhsat veren makama altı ay içinde bildirmeyenlerin ruhsatları iptal edileceği ve kendilerine hiçbir surette ateşli silahlarla mermilerin taşıma yada bulundurma izni verilmeyeceği, 17. maddesinde ise, 16. madde uyarınca ruhsat şartlarını kaybedenlerin ruhsatları iptal edilerek silahlarının zapt edileceği ve zapt etme tarihinden itibaren altı ay içinde silah sahibinin isteği dikkate alınarak silah almaya hak kazanmış kişilere devrinin sağlanacağı, bu süre içinde devri sağlanmayan silahların ilgili kanunlara göre işlem yapılmak üzere adli makamlara intikal ettirileceği öngörülmesi olmasına göre; köy muhtarlığı görevinden dolayı sanığa verilen ruhsatın verilmiş sebebi ortadan kalktığı halde bu durumu süresinde ruhsat veren makama bildirmedeği gibi yenilenmesi için herhangi bir başvuruda bulunmaması karşısında. 25.3.2005 tarihinde ruhsatı iptal edilerek zapt edilen ve altı ay içinde üçüncü kişilere devrini sağlamadığı takdirde silahın müsadere edileceğine ilişkin 16.5.2005 günlü tebligata rağmen silahın devri sağlamadığından anılan yönetmeliğin 3. ve 17. maddeleri uyarınca taşıma ruhsatının iptal edilmiş ve ruhsatsız hale gelmiş davaya konu silahın zorlmasına karar verilmesi gerekirken, ruhsat işlemlerinin tamamlanabilmesi için silahın Kırklareli İl Jandarma Komutanlığına tevdi edilmesine karar verilmesi" Y8CD, 02.10.2007, 2007 / 8593, 2007 / 6511

¹⁴⁸⁷ YCGK, 11.04.1983, 74/171; YCGK, 27.12.1982, 463/517

müsadere edilecektir. Taşınması yasak olan eşya aynı zamanda bulundurulması da yasak olan eşyadır. Ancak kanunkoyucu özellikle silah ruhsatlarının çeşitlerini göz önünde bulundurarak taşımayı ayrıca düzenlemiştir.¹⁴⁸⁸ Zira 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar İle Diğer Aletler Hakkında Kanunu'na göre üzerinde silah taşıma ile mesken veya işyerinde bulundurabilmenin koşulları farklıdır.

Alım satımı yasak olan eşya ise ticareti yasak olan eşyadır.¹⁴⁸⁹ Bunların başında kaçak eşya gelir. “Kaçak eşya”, kanunda müsaderesi ve elkonulması öngörülen her türlü madde, ürün ve değer olarak tanımlanmaktadır.¹⁴⁹⁰ Uygulamada “kaçağa kalan eşya” tabiri de kullanılmaktadır. Yargıtay'ın bir kararında yolcu beraberinde gümrük vergisinden muafien getirilebilen eşya niteliğinde olmayan, miktar ve mahiyet itibariyle ticari nitelikte olan eşyanın fail tarafından, gümrüğe tabi eşyası olmayanların kullandığı hattan geçerek ve eşyaları gümrük işlemine tabi tutmadan ithale teşebbüs ettiği halde eşya kaçak sayılarak müsadere edilmektedir.¹⁴⁹¹ Yine gümrük vergisi muafiyetinden yararlanmak amacıyla sakat bir kimseye aitmiş gibi gösterilerek yurda sokulan araç,¹⁴⁹² dumping vergisinden kaçınmak amacıyla farklı GTİP (Gümrük Tarife İstatistik Pozisyonu)'te gösterilen duvar saatleri,¹⁴⁹³ evcil hayvan ticareti ile ilgilenen bir firmanın Türkiye'ye getirmiş olduğu nesli tükenmekte olan hayvanlar,¹⁴⁹⁴ buna örnek olarak gösterilebilir. Bu konuyla ilgili eski tarihli bir karar göre ise, bayilerin ticari amaçla kendi aralarında yivsiz av tüfeği alım satım ve nakliyesinin izne bağlı olmadığı ve bu nedenle suç teşkil etmediği halde emanette bulunan av tüfeklerinin müsaderesine hükmolunması yasaya aykırıdır.¹⁴⁹⁵

¹⁴⁸⁸ ETCK'nın 36.maddesinin 3. fıkrası da “Taşınması memnu olmıyan silahların ruhsatsız taşınması halinde de zabıt ve müsaderesine hükmolunur.” şeklinde ayrı bir düzenleme bulunmaktaydı.

¹⁴⁸⁹ Koca/Üzülmez, age, s. 484

¹⁴⁹⁰ 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununa Göre Kaçak Eşya Yakalanması Halinde Muhbir Ve El Koyanlara İkramiye Ödenmesine İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik

¹⁴⁹¹ Y7CD, 28.01.2008, 17761-386. Benzer yönde, Y7CD, 28.01.2008, 18820-385

¹⁴⁹² Y7CD, 29.11.2010, 2008/1331, 2010/16303. Benzer yönde bkz. Y7CD, 25.12.2008, 2006/530, 2008/22546; 09.11.2006, 2004/13640, 2006/17209

¹⁴⁹³ Y7CD, 25.12.2008, 2005/6218, 2008/22574

¹⁴⁹⁴ Özcan, age, s. 172

¹⁴⁹⁵ YCGK, 14.04.1980,101/160

b. Koşullar

Kanunkoyucu, 765 sayılı kanun döneminde olduğu gibi, 5237 sayılı TCK'da da bu tür eşya bakımından mahkumiyet ve faile ait olma koşullarını aramamaktadır. Bu durumda eşyanın kime ait olduğu, suçta kullanılıp kullanılmadığı, müsadere oranlı olup olmayacağı hususları da önemsizdir. Eşya bizzat suç oluşturduğundan müsadere edilecektir. Bu tür eşyaların müsadere sine sulh ceza hakimi duruşma yapmaksızın karar verecektir (CMK m.259).

Suç teşkil eden eşyanın müsadere edilebilmesi için ayrıca bir suçun işlenmesine gerek olmadığı gibi, işlenmiş bir suç olsa dahi mahkumiyet koşulu aranmamaktadır.¹⁴⁹⁶ Bununla birlikte müsadere kararının infaz edilebilmesi için kesinleşmesi gerekir.¹⁴⁹⁷ Suç oluşturan eşyanın müsadere sine *in rem* yani eşyaya yönelik bir uygulamadır. 54.maddenin 4.fikrasının uygulanabilmesi için bir kimseye yönelmiş bir iddianame düzenlenmesi gerekmediği gibi, takipsizlik kararı verilmesi halinde düzenlenecek olan müsadere talep yazısı da iddianame niteliğinde değildir. Bu nedenle talep yazısında sanık isim ve adresinin bulunmaması iddianamenin iadesi gibi iade nedeni olamaz.¹⁴⁹⁸ Ancak bu eşyanın sahibi belli ise onun hakkında dava açılıp mahkumiyet kararı ile birlikte müsadere kararı verileceği açıktır. Bununla

¹⁴⁹⁶ “Sanık Mehmet’in arabayı açık pazarda Zafer isimli kişiden satın aldığı, kaçak olduğunu bilmediğine dair savunmasının aksi tesbit edilemediğinden, müsnet suçtan beraatine; gümrük kaçağı olarak yurda sokulduğu anlaşılan komple aracın müsadere sine” karar verilmelidir. (Y7CD, 22.12.1992, 1992/6467, 1992/7552)

¹⁴⁹⁷ İHAM Arcuri/İtalya kararında müsadere sine önleme amacı taşımasını, temyiz başvurusunun sonuçlanması beklenmeden acilen uygulanmasını haklı kıldığını belirtmiştir. Arcuri ve diğerleri/İtalya, Başvuru no: 52024/00, Tarih: 05.07.2001

¹⁴⁹⁸ “Burada çözümlenmesi gereken öncelikli sorun açılmış bir kamu davası bulunmayan hallerde zorallım kararı verilmesine yönelik isteğin iddianame olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğidir. 5237 sayılı TCY.nun zorallımı bir fer'i ceza değil güvenlik tedbiri olarak öngörmüştür. 5237 sayılı TCK.nun 54/4 maddesi uyarınca zorallıma karar verilebilmesi için bir mahkumiyet kararının varlığı veya bir suç işlenmesi zorunlu değildir. İncelenen dosyada sahte paranın, hakkında takipsizlik kararı verilen şüpheliye ait olduğu ve bu kişi tarafından suçta kullanıldığı da kesin biçimde belirlenememiştir. Bu nedenle sahte paranın TCK.nun 54/4.maddesi gereğince zorallımına karar verilmesi istenmiştir. 5271 sayılı CMK.nun 259.maddesine göre bu istek yetkili sulh ceza hakimince duruşma açılmaksızın karara bağlanabilecektir. Suçun işlenmesine bağlı olarak düzenlenen ve yapılacak yargılamanın çerçevesini ve dayanağını oluşturan belge ile güvenlik tedbiri uygulamasına ilişkin isteği aynı nitelikte ve önemde değerlendirilmeyen yasa koyucu iade kurumunu yalnızca iddianame için öngörmüştür. Yargılamanın sağlıklı ve kısa sürede yapılıp sonuçlandırmasına yönelik bu düzenlemenin soruşturma evresindeki tüm istekler için geçerli olduğunu kabul etmek olanaksızdır. Bu hükmün uygulamasını genişletmek yasal olmayacağı gibi soruşturma işlemlerinin en kısa sürede ve en az harcamayla yerine getirilmesi ilkesine de ters düşecektir. Kaldı ki (kovuşturmasızlık kararı verilmesi nedeniyle, artık "şüpheli" bulunmadığından açık kimliği ve adresinin belirtilmesine de gerek yoktur.” (Y4CD, 19.04.2006, 2005-12894, 2006-9686). Benzer yönde bkz. Y8CD, 08.06.2006, 2006-4657, 2006-5120; Y8CD, 15.09.2005, 2005-2461, 2005-8384

birlikte örneğin, bahçesinde bulunan yasak silahın o kişiye ait olmadığı gerekçesiyle beraat kararı verilse bile silahın müsadereesine karar verilir. Sahibi belli olmasa da, çöp kutusunda herkesin gezdiği açık arazide, yolda bulunan uyuşturucu madde, sahte para, taklit sikke veya taşınması yasak olan bir silah yine de müsadere edilir.¹⁴⁹⁹ Sınırdan çıkan çatışmada kaçakçıların kaçması halinde dahi kaçak eşya duruşma açılmaksızın evrak üzerinden müsadere edilir.¹⁵⁰⁰

Konusu suç teşkil eden eşyanın iyiniyetli de olsa üçüncü bir kimseye ait olması da önemli değildir. Failden başkası da olsa kimsenin suç teşkil eden bir şey üzerinde hakkı olduğu iddia edilemez.¹⁵⁰¹ Yine bir eşyayı suç teşkil eder hale getiren kimsenin belirlenememesi de önemli değildir. Örneğin, Yargıtay bir kararında dava konusu motor değişikliğinin hangi sanık tarafından gerçekleştirildiğinin anlaşılabilmesi nedeniyle sanıklar hakkında beraat kararı verilmesini yerinde bulmakla birlikte, orijinal olmayan motorun yabancı menşeli ve belgesiz olduğunun anlaşılması halinde müsadere kararının gerekeceğini belirtmiştir.¹⁵⁰²

Bu tür eşyanın müsadere edilebilmesi için kanunilik ilkesi gereğince iyi ayırt edilmesi gerekir. Eşyanın üretim, bulundurulması, taşınması veya alınıp satılmasının suç olduğu tespit edilmelidir. Yargıtay'a göre de "*dava konusu eşyanın kaçak olarak kabul edilmesinde yeterli gerekçe gösterilmeden soyut olarak olayın oluş biçimi ve sevki maddelerine dayanarak müsadere kararının verilmesi*" hukuka aykırıdır.¹⁵⁰³ Bir olayda hangi eşyanın kaçak sayılacağına belirlenebilmesi için, gerektiğinde ithale kadar inilmek suretiyle zincirleme menşe araştırma yapılması ve sonucuna göre müsadereye veya iadeye karar verilmesi gerekir.¹⁵⁰⁴ Örneğin hint kenevirini üretmek ve bulundurmak suç olmasına rağmen sadece tohumlarının bulundurulması suç teşkil

¹⁴⁹⁹ "...müsadereye tabi olan kaçak eşya zaptolunup da sanığın kim olduğu tespit edilememiş ise, müsadere kararına karar verileceği kuralı olup, hükümden sonra 19.07.2003 tarihinde yürürlüğe giren ve 1918 sayılı kanunun yürürlükten kaldıran 4926 sayılı kanunun 30.maddesinde de aynı yönde hüküm bulunması nedeniyle, sanığa ait olduğu ileri sürülerek dava açılan 12 kg. çayın sahipsiz eşya niteliğiyle müsadere yerine gümrük idaresine bırakılması..." yasaya aykırı bulunmuştur. Y7CD, 19.04.2005, 2004/8925, 2005/3221

¹⁵⁰⁰ Bakıcı, Genel, s. 1243

¹⁵⁰¹ Aydın Ö, Emniyet, s. 204

¹⁵⁰² Y7CD, 30.12.2003, 2003/5393-13098

¹⁵⁰³ Y7CD, 30.3.2011, 2008/13192, 2011/3445

¹⁵⁰⁴ Y7CD, 05.02.2008, 20193-702, Y7CD, 30.01.2008,35269-495, Y7CD, 28.01.2008, 17703-389; Y7CD. 22.10.2007, 14359-7069 (Çıldır/Denizhan, age, s. 463- 471)

etmemektedir.¹⁵⁰⁵ Ancak bunların, suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlandığı kabul edilirse 54.maddenin 1.fikrasının son cümlesi gereğince kamu sağlığı bakımından tehlikeli görülerek müsaderesi sözkonusu olabilir.

Suç oluşturan eşya, aynı zamanda suçtan meydana gelen eşya olabilir.¹⁵⁰⁶ Uygulamada içmek için esrar bulunduran kişinin evinde bulunan kenevir ve kalıntılarının TCK'nın 54.maddesinin 4.fikrası değil de 1. fikrası uyarınca müsadere edildiği görülmektedir.¹⁵⁰⁷ Evde üretilen esrar bir yanıyla suçtan meydana gelen eşya sayılabilirse de, kanaatimizce suç teşkil eden eşya olarak müsaderesi daha doğru olur. Zira, bunun için başkaca bir suçun işlenmesine gerek yoktur ve seri usulle müsadere edilir.

IV. Kazanç Müsaderesinin Koşulları

1. Genel Olarak

Suç işlenmesi yoluyla kazanç elde edilmesinin önüne geçilmesi yolunda müsaderenin önemli bir araç haline geldiğini çalışmamızın birinci bölümünde açıklamıştık. Bu nedendir ki, “klasik müsadere” dediğimiz eşya müsaderesinin yanı sıra suçtan elde edilen malvarlığı ve diğer maddi menfaatlerin de müsaderesi TCK'nın 55.maddesi ile mümkün hale gelmiştir. Böylelikle, suçtan elde edilen kazancın da faillerden alınması suç nedeniyle sorumluluğun sınırını malvarlığı

¹⁵⁰⁵ “Kova içinde yaprakları kopmuş hint kenevirine ‘el konulduğunun anlaşılması karşısında söz konusu kenevir yapraklarının uyuşturucu madde içerip içermediği konusunda uzman bir kuruluştan rapor aldırılarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerektiğinin gözetilmemesi, bulundurulması suç teşkil etmeyen hint keneviri bitkisi tohumlarının müsaderesine karar verilmesi” Y10CD, 28.11.2006 2006/3886-13393

¹⁵⁰⁶ “Üzerinde suç işlenen şey ise zatı cürmü vücuda getiren amildir ki Ceza Kanunu bakımından bunlar mesela kaçak mal gibi esasen memnu olan veya kemiyet ve keyfiyetinde hile yapılmak suretiyle memnuiyet iktisap etmiş bulunan mahiyette olmadıkça müsadereye tabi değildir. Böyle bir malın müsadereye tabi bulunması nefsel'emirde memnu olmasına veya üzerinde işlenmiş bir fiil dolayısıyla memnu hale gelmiş bulunmasına bağlıdır.” YCGK, 5.1.1944, 1943/33, 1944/1.

¹⁵⁰⁷ “İçmek amacıyla esrar bulundurmamak suçundan sanığın, 765 sayılı TCY'nın 404/2, 55/3, 59 ve 647 Sayılı Yasanın 4. maddesi uyarınca 1200.- YTL adli para cezasıyla cezalandırılmasına, verilen para cezasının 647 Sayılı Yasanın 5. maddesi uyarınca birer ay ara ile 10 eşit taksitte ödenmek üzere taksidendirilmesine, taksitlerden birinin süresinde ödenmemesi halinde bakiyesinin tamamının tahsiline, emanete kayıtlı kenevir ve kalıntılarının 5237 sayılı TCY'nın 54/1. maddesi uyarınca müsaderesine” şeklindeki hüküm lehe kanun gereği karma uygulamanın yasak olması gereğince bozulmuştur. Bkz. YCGK, 18.04.2006, 2006-10-113, 2006-121

açısından genişletmiştir.¹⁵⁰⁸ Öğretide, kazanç müsadere için “genişletilmiş müsadere” kavramı kullanılmaktadır.¹⁵⁰⁹

TCK'nın 55.maddesinde 54.maddesinden farklı olarak kazanç müsadere tabi malvarlığının faile ait olması aranmamaktadır.¹⁵¹⁰ Zira, müsadere sadece failin malvarlığı ile sınırlandırılması halinde bunu bir başkasına veya bir şirkete devrederek müsadere kaçınması mümkündür. Suç kaynaklı malvarlığının özellikle bankacılık sektörü ve teknolojiye gelişmeler sayesinde el değiştirmesi kolaylaştığından suçla bağlantılı malvarlığının kime ait olduğunu tespit etmek de güçleşmiştir. 5237 sayılı TCK düzenlemesinden önce yürürlükte olan 4208 sayılı Karaparanın Önlenmesi Hakkında Kanun bakımından da faile ait olma koşulu aranmamıştır.¹⁵¹¹ Zira, *“aklama fiili, karaparanın kökenini, gerçek malikini, gizlemeyi hedeflediğinden çoğunlukla bu değer, asıl malikinden bir başka kişinin görünüşte mülkiyetine veya zilyetliğine aktarılmaktadır. Bu durumda, karapara kapsamındaki malvarlığının müsadere edilebilmesini bunların faile ait olması şartına bağlamak, suç ile ulaşılmak istenen asıl gaye olan müsadere çoğu durumda gerçekleştirilememesini sonuçlayacaktır ki bu da kanunkoyucunun amacına uygun olmayacaktır.”*¹⁵¹² Üçüncü kişiye ait olsa dahi suçtan kaynaklanan malvarlığının müsadere edilebilmesinin meşruiyeti, sadece failin suç teşkil eden eyleminden nemalanmasının ahlaken kabul edilemezliği değil ve fakat diğer kişilerin de böyle bir gelir elde etmeleri tehlikesidir.¹⁵¹³ Bir başka ifadeyle, suç kaynaklı kazancın kimin malvarlığında olduğu önem taşımamaktadır, önemli olan suçtan menfaat sağlanmasının önlenmesidir. “Suç kimseye yaramaz” ifadesiyle açıklanan önleyici etki, kazancın kim lehine kazanıldığı hususunun önemsenmemesini gerektirir. Fail ve şerik kazancı kendi isim ve hesaplarına geçirmiş olabilecekleri gibi başkası lehine elde etmiş veya başkası adına geçirmiş de olabilirler. Ancak kazanç

¹⁵⁰⁸ Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, Ceza Hukuku, s. 545; Dülger İ., age, s. 148.

¹⁵⁰⁹ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, age, s. 1123.

¹⁵¹⁰ Bununla birlikte, kazanç müsadere amacını suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin failden alınması ve bu malvarlığının başka suçların finansmanı amacıyla kullanılmasının engellenmesi olduğuna göre esas olan faile ait malvarlığının müsaderesidir. Dülger İ., age, s. 14

¹⁵¹¹ Zira, kanunun Eski TCK'nın 36.maddesine göre özel hüküm niteliğindeki 7.maddesinde müsadere kapsamındaki malvarlığı “nemaları da dahil olmak üzere karapara kapsamındaki mal ve değerler ile bunların ele geçirilememesi halinde bunlara tekabül eden mal varlığı” olarak belirlenmiştir.

¹⁵¹² Kocasakal, Karapara, s. 450

¹⁵¹³ Nadelhofer do Canto, age, s. 5

elde edildikten sonra Medeni Kanun'un iyiniyet hükümlerinden yararlanabilecek durumda olan kişilerin sonraki kazanımları korunur.

Kazanç müsadereğine hükmedilebilmesi için öncelikle bir suçun işlenmiş olması gerekir. Bununla birlikte failin suçtan dolayı mahkum olması koşulu aranmamaktadır. Suç teşebbüs aşamasında kalmış olsa da, menfaat gerçekleşmiş ise müsadere sözkonusu olur. Örneğin, bir kimseyi öldürmek için para almış olmasına rağmen, ölümcül bölgeye ateş edemeyerek yaralaması halinde, kasten öldürmeye teşebbüs suçunun işlenmesi için sağlanan maddi menfaat kazanç müsadereğine tabi olur. Buna karşılık kazanç müsadereği hükümlerinin uygulanabilmesi için suç ile kazanç arasında bir bağın varlığı aranır. Başka bir ifadeyle suçtan maddi bir menfaatin elde edilmiş olması ve suç ile kazanç arasındaki bu bağlantının her türlü şüpheden uzak biçimde ispatlanması gerekir.¹⁵¹⁴ Suçtan kaynaklanan bir maddi menfaatin varlığı ispatlandığında maddi menfaatin sahibine geri verilebilme imkanı da araştırılmalıdır. Zira, kazanç müsadereği ancak maddi menfaatin mağduruna geri verilememesi halinde gündeme gelecektir.

2. Suçun İcrasına Başlanmış Olması

Kazanç müsadereği de, eşya müsadereği gibi ancak bir suçun işlenmesi halinde sözkonusu olabilir. Bu itibarla bir suçun icrasına başlanmasına ilişkin eşya müsadereği başlığı altındaki açıklamalarımız burada da geçerlidir. Tekrar yapmamak adına ilgili bölüme atıfla yetinmekteyiz. Kazanç müsadereği bakımından da, suçun icra hareketlerine başlanması yeterli olup tamamlanması şart değildir. Bununla birlikte, bazı suçlar bakımından icra hareketlerinin tamamlanamaması o suçtan bir menfaat de elde edilememesi anlamına gelebilir. Örneğin, dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için aldatıcı hareketler sonucu fail veya bir başkası yararına maddi menfaat elde edilmiş olması gerekir. Bir kimse imar izni olmayan parselleri broşür, ilan vs. yollarla satışa çıkardığında bu parsellerden alan kişilerin henüz ödeme yapmadığı aşamada kişinin yakalanması halinde, müsadere edilebilecek bir kazanç sözkonusu olmayacaktır.

¹⁵¹⁴ Bu itibarla, menfaatin suçtan elde edildiğine dair kanuni karineler yaratılması suçsuzluk karinesine aykırıdır. Bkz. "Suçsuzluk Karinesi Bağlamında Müsadere", s. 191 vd.

Kazanç müsaderesini düzenleyen 55. maddede, eşya müsaderesini düzenleyen 54. maddeden farklı olarak “kasıtlı bir suçun işlenmesinde” ifadesi yerine “suçun işlenmesi ile” ifadesi kullanılmaktadır. Hakim görüşe göre müsaderenin amacı dikkate alındığında bu ifade açık olmasa da maddenin niteliği gereği kasıtlı suç olarak anlaşılması gerekir. Zira ekonomik suçların hemen hemen tamamı kasıtlı suçlardır. Bir görüşe göre de taksirli suçlarda müsadere hiçbir biçimde kabul edilmemiştir.¹⁵¹⁵ Dülger’e göre kavramın nitelendirilmesinde sorun olmasa da, ceza kanunlarının açıklığı ve belirliliği ilkesi gereğince suçun kasıtlı olması kanunda bir koşul olarak düzenlenmelidir.¹⁵¹⁶ Bizim de katıldığımız bir başka görüşe göre ise, bir suçun kasten veya taksirle işlenebileceği göz önünde tutulduğunda ve bir önceki maddede eşya müsaderesi için suçun kasten işlenmesi açıkça aranırken hemen bir sonraki maddede düzenlenen kazanç müsaderesi için herhangi bir nitelendirme yapılmamış olması nedeniyle, kazanç müsaderesinin taksirle işlenen suçlarda da uygulanması mümkündür.¹⁵¹⁷ Mehaz Alman hukukuna baktığımızda kazanç müsaderesi bakımından hukuka aykırı bir fiilin bulunması gerekli ve yeterlidir.¹⁵¹⁸ Karşılaştırmalı hukukta da, işlenen suçun manevi unsuruna ilişkin bir belirleme bulunmadığı dikkati çekmektedir. TCK’nın 55. maddesinin konuluş amacı, hiç kimsenin suçtan fayda sağlamamasıdır. Bu nedenle devletin kasten işlenen suçlardan elde edilen kazancı gayri meşru ve tehlikeli görmesine karşılık taksirle işlenen suçlardan elde edilen kazancı meşru ve tehlikesiz addetmesi mümkün olmayacağına göre, kazanç müsaderesi taksirli suçlarda da uygulanmalıdır.

Sonuç olarak, kanunkoyucunun 54.maddede açıkça kastı aramasına karşın, 55.madde de aramamasının nedeninin - kazanç müsaderesinin amacı gözönünde bulundurulduğunda failine bir şekilde kazanç sağlayan hiçbir eylemi kapsam dışında bırakmama isteği olduğu düşünülmektedir. Kanundaki ifadenin her iki durumu kapsadığı izlenimi edinilse de, ceza yönü de bulunan kazanç müsaderesinin uygulanma koşullarının belirlilik ilkesi gereğince açık bir biçimde düzenlenmesi gerekmektedir.

¹⁵¹⁵ Bakıcı, Genel, s. 1303

¹⁵¹⁶ Dülger İ., age, s. 201; Şen, TCK Yorumu, s. 181

¹⁵¹⁷ Özcan, age, s. 173

¹⁵¹⁸ Alm. Ceza Kanunu’nun 73.maddesi için bkz. Yenisey/Plagmann, age, s. 107; Sözüer, age, s. 403; Satzger, age, s. 36

3. Suç ile Kazanç Arasında Bağlantı Bulunması

a. Genel Olarak

TCK'nın 55.maddesine göre kazanç müsadereisinin konusu, “suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazanç”lardır. Bunun doğal sonucu olarak işlenen suç ile failin elde etmiş olduğu “maddi menfaat” ve “ekonomik kazanç” arasında bir bağ bulunması aranmaktadır. Re’sen araştırma ilkesi gereğince bu bağın somut delillerle ortaya konması gerekir.¹⁵¹⁹ Failin suçtan elde edilen malvarlığını meşru malvarlığından ayırt etmeden ve ne kadarının suçtan elde edildiğini ispat etmeden, toplu olarak müsadereyi genel müsadereye varacak genişlikte bir uygulamaya sebep olabilir.

Kanunkoyucu 55.maddede suçtan elde edilen menfaatin kapsamını oldukça geniş biçimde düzenlemiştir. Gerekçede belirtildiği üzere “suçun işlenmesi suretiyle” ve suçun işlenmesi dolayısıyla” elde edilen bütün kazançlar müsadere edilebilir. Buna göre, *suçun işlenmesi ile elde edilen, suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler* “suçun işlenmesi suretiyle” elde edilen “**doğrudan kazanç**”lar olarak kabul edilebilir. Ancak kazancın tamamıyla geri alınması amaçlandığından kanunkoyucu bunlarla sınırlı kalmamış 55.maddede sayılan *menfaatlerin değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu elde edilen menfaatleri* de müsadere kapsamına almıştır. Bunlar da “suçun işlenmesi dolayısıyla” elde edilen, bir başka deyişle suçtan sağlanan “**dolaylı kazançlar**”dır. Hayat sigortasının bedelini alabilmek için karısını öldüren kişi yönünden hayat sigortası suçtan doğrudan elde edilen yarar iken, sigorta tazminatının bir yatırımda kullanılmak suretiyle doğuracağı gelirler değerlendirme sonucu elde edilen maddi menfaat olarak kabul edilmektedir.¹⁵²⁰

Öte yandan, suçtan elde edilen menfaatin nitelendirmesi duruma göre farklılık gösterebilir. Örneğin, aklama suçu bakımından öncül suçlardan elde edilmiş gelirler

¹⁵¹⁹ “Sanığın üzerinde ve evinde ele geçirilen paranın uyuşturucu ticareti yapmaktan elde edildiğine ilişkin yeterli delil bulunmadığı gözetilmeden, TCK'nın 55.maddesi uyarınca müsadereisine karar verilmesi” yasaya aykırıdır. (Y10.CD, 30.01.2007, 2006/13606-2007/693)

¹⁵²⁰ Belçika Parlamentosu'nun kanun çalışmalarından Doc.Parl., no: 987/1-89/90 sénat, s. 21 (nakleden Kocasakal, Karapara, s. 264)

“suçun işlenmesi suretiyle elde edilen menfaat” olarak; aklama suçunun işlenmesi ile elde edilen “aklanmış gelir” ise hem suçun işlenmesi suretiyle işlenen hem de “suçun maddi konusunu oluşturan menfaat” olarak müsadereye tabidir.¹⁵²¹

55.maddede suçun doğrudan kazancı için “maddi menfaat”, dolaylı kazancı için ise “ekonomik kazanç” ifadeleri kullanılmıştır. Ancak bunlar arasında nitelik bakımından bir fark bulunmamaktadır. Kazanç müsaderesinin konusu “ekonomik değer taşıyan her türlü menfaattir.”¹⁵²² Maddi menfaat veya ekonomik kazanç, öncelikle para, çek, bono, tahvil, senet, alacak hakları, ortaklık payları, kullanım hakları, telif ve patent hakları gibi malvarlığı değerleridir.¹⁵²³ Ancak, 55.maddede “eşya” da bu kapsamda ele alındığından sadece hak ve alacaklar değil, suçun işlenmesi yoluyla elde edilen ve maddi varlığı olan ev, araba vs. gibi eşya da kazanç müsaderesinin konusudur.¹⁵²⁴ Suçtan elde edilen maddi menfaat kavramı örgütlü suçluluk alanında oldukça geniş kapsamlı olarak değerlendirilmektedir.¹⁵²⁵ Birçok yabancı mevzuatta konu ayrı bir hüküm ile düzenlenmektedir. Örneğin Avusturya Ceza Kanunu’nda bir organize suç örgütünün tasarruf yetkisinde bulunan bütün malvarlığı değerlerinin müsadere edileceği düzenlenmiştir. Buradaki “tasarruf yetkisi” ifadesinin hukuki çerçeveden daha geniş bir kavram olarak algılanması gerektiği, muvazaalı yetki ve mal devirleri ile gölge kişi ve kuruluşlar kullanma gibi metotlarla gizlenen malvarlığının da müsadere kapsamında olduğu belirtilmiştir.¹⁵²⁶

Belirtmeliyiz ki, kazancın somut olayda meydana gelmiş olması şarttır. Örneğin çevre kirliliği suçunu tespit eden memurun görevini yapmaması için verilmesi vaat edilen rüşvet, kazanç müsaderesinin konusunu oluşturmaz. Rüşvetin

¹⁵²¹ Bir görüşe göre de “aklanmış gelir” suçun işlenmesiyle oluşan maddi yararadır. Dülger V, age, s. 636

¹⁵²² Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, Ceza Hukuku, s. 595

¹⁵²³ Brugges Asliye Ceza Mahkemesi bir kararında, banka kasasında muhafaza edilen kıymetli evrak ve tahvilleri Belçika Ceza Kanunu’nun 42/3. maddesi kapsamında bir suçtan doğrudan kaynaklanan mameleki değer olarak kabul etmiştir (Belçika Parlamentosu’nun kanun çalışmalarından Doc.Parl., no: 987/1-89/90 sénat s. 21) Bkz. Kocasakal, Kapara, s. 264

¹⁵²⁴ Bu konuda ayrıntı ve tartışma için bkz. Yukarıda (konusuna göre) “Kazanç Müsaderesi”, s. 290

¹⁵²⁵ Yürürlükten kaldırılan 4208 sayılı ÇASÖMK 1. maddesinin 4. fıkrasında “suçtan doğan değer veya ürünlerin veya bunların yerine geçen şeylerin” müsaderesinin yanı sıra, “müsaderesi gereken her türlü eşyanın gelirlerinin veya suçtan doğan her türlü yararın devlete intikal edeceğini” de öngörmekte idi. Öğretide bu ifade hangi anlamda kullanıldığının belirsiz olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Evik, Çıkar, s. 341 “devlete intikal” şeklinde müsadereden farklı bir kavram kullanılması da eleştirilmiştir.

¹⁵²⁶ Erman B, Almanya, s. 283

somut olayda fiilen verilmiş olması gerekir.¹⁵²⁷ Yine yukarıda verdiğimiz dolandırıcılık suçu örneğinde, kazanç müsadereyi ancak bir menfaatin gerçekleşmiş olmasına bağlıdır.

Fail, suçu kendi yararına işleyebileceği gibi başkasına maddi bir menfaat sağlamak amacıyla da işlemiş olabilir.¹⁵²⁸ Başka bir ifadeyle maddi menfaat, fail veya şeriklerin bizzat kendilerine sağlanmış olabileceği gibi, suça iştirak etmemiş üçüncü kişiler yararına da sağlanmış olabilir. Müsadere açısından suçtan elde edilen haksız kazancın suçun işlenişine iştirak edenler veya üçüncü şahıslar lehine fayda sağlaması önemli değildir. Önemli olan kazancın oluşmasıdır. Örneğin, babasının işlediği suça iştirak etmeyen oğula babasının işlediği dolandırıcılık suçu karşılığında sağlanan şirket hisseleri de müsadereye tabidir.¹⁵²⁹ Lehine maddi menfaat sağlanan üçüncü kişi, bir gerçek kişi olabileceği gibi bir tüzel kişi de olabilir.¹⁵³⁰ Örneğin bir şirket işçisi, şirket yöneticisinin emri ve haberi olmaksızın arıtma tesislerine götürülmek üzere bekletilen atıkları depodan alıp nehre atarsa, tüzel kişiliği haiz şirketin bu atıkları arıtmak için yapacağı maliyet kazanç olarak şirket muhasebesine yansıtacağından, şirketin bu haksız kazancı müsadereye tabi olabilecektir.¹⁵³¹

b. Doğrudan Kazanç

aa. Suçun İşlenmesi için Sağlanan Maddi Menfaat

Maddi menfaat temini suçun işlenmesinden önce ve işlenmesi amacıyla yapılabileceği gibi suçun işlenmesinden sonra ve suçun işlenmiş olması dolayısıyla da yapılmış olabilir. Suç kaynaklı zenginleşmenin kronolojik olarak ilk gerçekleşme biçimi, faile bir suçu işlemesi için önceden maddi bir menfaat temin edilmesidir. Kanaatimizce “suçun işlenmesi için” tabiri, menfaatin suçun henüz işlenmesinden önceki aşamada veya en geç işlenmesi sırasında menfaatin sağlanması gerektiğine

¹⁵²⁷ Özcan, age, s. 174

¹⁵²⁸ İçel/Akıncı-Sokullu/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, Yaptırım, s. 124- 126

¹⁵²⁹ Burada yargıca belirsiz bir takdir yetkisi bırakmamak için “ani maddi sonuç” ölçütü veya “suçtan ani elde edilen ekonomik yarar” ölçütünün kullanılabilmesi yönünde bkz. Aydın Ö, Emniyet Tebirleri, s. 195

¹⁵³⁰ Özgenç İ, Genel, s. 626.

¹⁵³¹ Özcan, age, s. 176-177

işaret etmektedir. Bu itibarla, suçun işlenmesinden önce sağlanan menfaatler “suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaat” kavramı kapsamında; faile suç işlendikten sonra sağlanan menfaat ise “suçun işlenmesi ile elde edilen maddi menfaat” kapsamında değerlendirilmelidir. Örneğin, kiralık katile suçu işlemeyen önce verilen para teşvik niteliğindedir. Maddi menfaat suçun icrası sırasında da verilebilir. Para vaat edilmiş ancak suçu işledikten sonra verilmişse ödül niteliğinde olup, suçtan elde edilen malvarlığı olarak müsadere edilir.

Menfaatin kural olarak, suçu işleyen veya işleyecek olan kişiye verilmesi gerekir. Bir başka deyişle fail veya şeriklere verilen menfaat müsadere edilecektir. Ne var ki, menfaatin fail veya şerike doğrudan ulaştırılması gerekmez, bir aracı ile de iletilmiş olabilir. Kanaatimizce, bir kimsenin suç işlemesi karşılığında oğlunun hesabına yatırılan para veya adına alınan arsa bu kapsamdadır. Elbette müsadere için icra hareketlerine başlanmış olması gerekir.

Öte yandan iki kavram arasında, menfaati elde eden kişi bakımından da fark bulunabilir. Şöyle ki, oğulun babasını öldürmesi için kiralık katile verdiği para “suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaat” iken, oğula düşen miras payı “suçun işlenmesi ile elde edilen maddi menfaat” olarak nitelendirilebilir. Ancak bu son örnekte, mirasbırakanı kasten öldüren oğulun miras hakkı söz konusu olmayacağından (TMK m.578/1) müsadere hükümleri uygulanamaz.

Maddi menfaat herhangi bir suçun işlenmesi için temin edilmiş olabilir. Özgürlüğün kısıtlanması, tehdit, yaralama, öldürme, konut dokunulmazlığının ihlali, cinsel saldırı, şantaj, kişisel verilerin kaydedilmesi, yargı görevi yapma etkileme, belgede sahtecilik gibi pek çok suç ekonomik menfaat elde etmek saikiyle işlenebileceğinden faile menfaat temin edilmesine müsaittir. Şirket yöneticisi, bir işçisinden artıma tabi tutulması gereken bir atığı toprağa gömmesini isteyip, bunun sonucunda da işçiye ücreti dışında fazladan prim öderse, bu ekstradan ödenen prim veya şirketin çevre normlarına uyup uymadığını kontrole gelen memurlara kontrolden kaçmak için verilmiş olan rüşvet de yine suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaat olarak kazanç müsaderesinin konusunu oluşturabilecektir.¹⁵³² Yalan tanıklık için tanığa veya sahte rapor vermesi için doktora veya diğer sağlık

¹⁵³² Özcan, age, s. 174

personeline verilen menfaatler de, eskiden beri müsadere edilebilmektedir.¹⁵³³ Bununla birlikte CMK'nın 128.maddesi gereğince elkoyma sadece maddede sayılan belirli suçlar bakımından mümkündür.

Burada akla, suçun işlenmesi için bir kimseye menfaat temin edilmiş olmasına rağmen suçun işlenememiş olması halinde sağlanan bu menfaatin akıbetinin ne olacağı sorusu gelmektedir. Eylem teşebbüs aşamasına bile gelmemişse ayrıca suç olarak düzenlenmedikçe ceza hukukunu ilgilendirmez. Örneğin, imar planında usulsüz değişiklik yapması için anlaştığı belediye memurunun parayı almasına karşın suç işlemekten vazgeçmesi halinde memurun kabul ettiği menfaat, suçun icrasına başlanmamış ise müsadere edilemeyecektir.¹⁵³⁴ Müsadere için suça teşebbüs yeterli olduğundan, icra hareketlerine başlandıktan sonra vazgeçmenin müsadereye bir etkisi olmaz.

bb. Suçun Konusunu Oluşturan Maddi Menfaat

Suçun konusu, ceza hukuku öğretisinde “maddi konu” ve “hukuki konu” olarak ayrılmaktadır. Suçun hukuki konusu bir ceza normu ile korunan hak veya menfaattir.¹⁵³⁵ Suçun maddi konusu ise suçun cismini yani yöneldiği kişi veya üzerinde işlendiği şeyi ifade eder.¹⁵³⁶ Evrakta sahtecilik suçlarında üzerinde sahtecilik yapılan varaka, öldürme suçlarında hayatına son verilen insan, konut dokunulmazlığı suçunda konut suçun maddi konusunu oluşturur. TCK'nın ilgili maddesinde geçen “suçun konusunu oluşturan maddi menfaat” ile suçun maddi konusunun kastedildiği açıktır. Müsadere malvarlığına ilişkin bir kurum olduğundan burada suçun konusundan “suçun üzerinde işlendiği kişi” değil yalnızca “suçun

¹⁵³³ ETCK döneminde kazanç müsadere sözkonusu olmadığından suçun işlenmesi ile oluşmayan, suçun işlenmesi nedeniyle elde edilen şeylerin müsadere ancak özel hükümlerle mümkündür. Eski TCK'nın 286.maddesinde düzenlenen yalan tanıklık için menfaat sağlanması halinde bunların 291.maddeye göre; 354.maddesinde düzenlenen hekim, eczacı, sağlık memuru veya diğer bir sağlık mesleği mensubunun sahte rapor verme suçunu para veya başka bir menfaat karşılığında yapması örneğinde, müsadere yine aynı maddenin 3.fıkrasındaki özel hükme göre yapılabilmekte idi. Sözkonusu suçun para ve sair menfaat karşılığında işlenmesi ayrıca ağırlaştırıcı neden sayılmıştır. (765 sayılı TCK m.354/3)

¹⁵³⁴ Borçlar Hukuku kurallarına göre de böyle bir anlaşma hukuka aykırı olduğundan “eksik borç” niteliğinde olup, talep ve dava edilemez.

¹⁵³⁵ Suçun hukuki konusunu açıklamaya çalışan görüşler için bkz. Dönmezer/Erman, C.I, no: 471, s. 333 vd.

¹⁵³⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, age, s. 441, Erem/Danışman/Artuk, Ümanist, s. 236. Özgenç'e göre suçun konusu, eşya veya şahsın fizik, maddi yapısıdır. Özgenç, Genel, s. 205

üzerinde işlendiği şey” anlaşılmalıdır. Dikkat edilmelidir ki, burada düzenlenen suçun konusunu oluşturan herhangi bir eşya olmayıp sadece “maddi menfaat” yani ekonomik bir değeri ve yararı olan şeylerdir.

Suçun konusu olan eşya, 54. madde kapsamında değil, kazanç müsaderesini düzenleyen 55.maddede düzenlenmiştir.¹⁵³⁷ Ancak üretimi, bulundurulması, taşınması, alınıp satılması suç oluşturan eşya da genellikle suçun maddi konusunu oluşturur. Yargıtay’ın 1944 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı’na göre maddenin uygulanması suçun konusu olan eşyanın esasen yasak olmasına veya üzerinde işlenmiş bir fiil dolayısıyla yasak hale gelmiş bulunmasına bağlıdır.¹⁵³⁸ Müsadereye tabi olan eşya kanunda sınırlı olarak sayıldığından, bunlar dışında kalan ve suç konusu olan - örneğin çalınan ve maddi değeri olmayan - eşyanın müsadereyi mümkün değildir.¹⁵³⁹ Örneğin, hırsızlık konusu bir mektup kazanç müsaderesinin konusu olamaz. Sahte belge düzenlemek veya belgede sahtekarlık suçlarında suçun konusu, düzenlenen veya üzerinde değişiklik yapılan belgelerdir, ancak sahtelik nedeniyle bunların maddi değeri bulunmadığından kazanç müsaderesinin konusu olmaz. Zaten bu tür belgelerin delil değeri bulunduğu dosyada saklanması gerekir.¹⁵⁴⁰ Dolayısıyla 55.maddede düzenlenen bu kavram, suçun konusunu oluşturan ve fakat maddi bir değer taşımayan eşyayı kapsamamaktadır.¹⁵⁴¹ Suçtan elde edildiği bilinerek satın alınan veya kabul edilen eşya veya aklanan para ise maddi menfaat oluşturduğundan suçun konusunu oluşturur.¹⁵⁴²

¹⁵³⁷ Yeni TCK’dan önce suçta kullanılan ya da suçtan hasıl olan eşya kavramı dışında kalan ve suçun konusunu oluşturan eşyanın müsaderesini düzenleyen özel kanunlar bulunmakta idi. Örneğin, kaçakçılık kanununun 22, 25, 27 ve 58.maddeleri suçun konusunu oluşturan kaçak eşya ve maddelerin müsaderesini öngörmekteydi. Yeni kanunda ise suçun konusunu oluşturan eşya, kazanç müsaderesini düzenleyen 55.madde kapsamında müsadereye tabi kılınmıştır. Sözüer, Organize, s. 187

¹⁵³⁸ İBK 05.01.1944 tarih ve 33/1 sayılı kararı. Bkz Bakıcı, Genel, s.1238, Yaşar/Gökcan/Artuç, age, s.1762.

¹⁵³⁹ Yaşar/Gökcan/Artuç, age, s.1762.

¹⁵⁴⁰ Tan, age, s. 2077. Suça konu kredi kartları ile slipler delil olarak saklanması gerektiği için müsadere edilemez (Y11CD, 20.09. 2006, 3685/7376). Yargıtay’a göre de üzerinde sahte vize bulunan pasaportun müsadere edilmeyeceğini, vizenin iptali ile pasaportun sahibine iadesine karar verilmesi gerekmektedir (Y6CD, 07.05.1992, 3018/3770, Tan, age, s. 2087).

¹⁵⁴¹ Alman hukukunda da suçun konusunu oluşturan şey suçun icrasında kullanılmamış ya da suçun işlenmesi için hazırlanmamışsa eşya müsadereyi (Alm CK, m. 74/1) kapsamında müsadere edilmez. Örneğin sürücü belgesi olmayan kişinin kullandığı otomobil, ruhsatsız taşınan silah, yurda kaçak sokulan eşya gibi. Belirli bir suç tipinin gerçekleşmesi, bakımından zorunlu olan bu tür eşyaların müsadereyi Alm. C.K’nun 74.maddesi kapsamında değil, özel hükümlerce müsadere edilmektedir. Bkz. Sözüer, Alman, s. 398. Silah Kanunu m. 40/1 (2), İlaç Kanunu m. 19, Uyuşturucu Maddeler Kanunu m. 98, Ekonomik Ceza Kanunu m. 49 buna örnek olarak gösterilmektedir.

¹⁵⁴² Artuk/Yenidünya, Müsadere, s. 99

Suçun konusunu oluşturan maddi menfaat genellikle suçun mağduruna aittir. Örneğin, hırsızlık konusu otomobil, yağma konusu ziynet eşyaları, dolandırıcılık yoluyla toplanan paralar veya işverenin çalışanına şirketin borçlarını ödemesi için verdiği ancak işçinin kendi borcunu ödemedede kullandığı çek suçun üzerinde işlendiği şeydir ve suçun mağduruna aittir. Bunlar mağdura veya suçtan zarar görene iade edilebiliyorsa müsadere yerine iadesi gerekir. Suçun konusunu oluşturan ve mağduru belli olmayan maddi menfaatler ise müsadere edilir.

Bir görüşe göre uyuşturucu elde etmek amacıyla tarımı izinsiz olarak yapılan bitkiler suçun konusunu oluşturan maddi menfaattir.¹⁵⁴³ Gerçekten bu tür bitkiler gerek uyuşturucu gerekse ilaç sektöründe maddi bir değer taşımaktalarsa da bunların müsadere edilmesinin asıl sebebi maddi değerinin bulunması değil, toplum için tehlikeli sayılmasıdır. Bu tür bitkilerin –üretimi suç sayılmış olmak şartıyla- tıpkı kullanılabilir hale gelmiş olan uyuşturucu maddeler gibi 54.maddenin 4.fıkrası uyarınca müsadere edilmesi gerekir. Böylelikle toplum için tehlike arz eden bitkiler iyiniyet koşulu aranmadan seri yargılama usulü ile derhal müsadere edilip imha edilecektir.

Suçun konusunu oluşturan eşya çoğu suçlarda aynı zamanda suçun işlenmesi ile elde edilen menfaattir. Hırsızlık konusu ziynet eşyası veya yağmalanan çantadaki paralar, hem suçun konusunu oluşturan hem de suçtan elde edilen menfaate örnek olarak gösterilebilir. Öte yandan Özgenç'in “suçun işlenmesiyle elde edilen malvarlığı değerleri aynı zamanda suçun konusunu oluşturmaktadır” şeklindeki mutlak ifadesi yerinde değildir.¹⁵⁴⁴ Zira, bazı suçlarda suçun konusu ile suçtan elde edilen maddi menfaat farklı olabilir. Örneğin, özel belgede sahtecilik suçlarında hazırlanan sahte belge suçun konusunu oluştururken, bu belgenin kullanılması yoluyla elde edilen kazançlar ise suçun işlenmesi yoluyla elde edilen menfaattir. Sahte çek ya da bono ile mal alınması, sahte diploma ile bir işe girip maaş almak, sahte müteahhitlik belgesiyle ihale alarak kazanç elde etmek de buna benzerdir.

¹⁵⁴³ Baytaç, age, s. 91

¹⁵⁴⁴ Özgenç, Gazi Şerhi, s. 684

cc. Suçun İşlenmesi ile Elde Edilen Maddi Menfaat

Suçun işlenmesi ile elde edilen maddi menfaat kasti ve taksirli bir suçun icrası sonucu meydana gelen her türlü maddi değerdir.¹⁵⁴⁵ Yukarıda belirttiğimiz gibi “suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaat”ten farklı olarak “suçun işlenmesi ile elde edilen maddi menfaat”, kişinin suçun işlenmesinden sonra ve suçun sonucu olarak elde ettiği maddi menfaatlerdir.

Maddi menfaatin suç nedeniyle ve bu suça bağlı olarak elde edilmiş olması gerekir. Uyuşturucu ticareti, göçmen kaçakçılığı, silah kaçakçılığı, fuhuşa aracılık, rüşvet gibi suçlar maddi menfaat getiren suçların başında gelmektedir. Özellikle örgütlü biçimde işlenen bu tür suçlardan elde edilen menfaatlerin gizlenmesi gerektiğinden örgütler aklama yoluna gitmektedirler. İşte bu nedenle karapara aklama suçu bakımından öncül suçlardan elde edilmiş gelirler ve aklama suçunun işlenmesi ile elde edilen “aklanmış gelir” de suçun işlenmesiyle oluşan maddi yararadır.¹⁵⁴⁶

Maddi yararın sadece kişinin malvarlığının aktifinin artması şeklinde değil, pasifinin artmaması şeklinde olabileceği yukarıda belirtilmiştir. Örneğin, artırılmadığı halde sağlık açısından tehlikeli olup ancak artıldıktan sonra doğaya bırakılabilecek olan atıkların nehre dökülmesi durumunda, bu atığın arıtılması için harcanması gereken tutar, suçun işlenmesi ile elde edilen menfaat olarak kazanç müsadereesine tabi olacaktır.¹⁵⁴⁷

Maddi yararın üçüncü kişi lehine edinilmesi de mümkündür. Örneğin, bir kimsenin eşinin borçlarını ödemesi için dolandırıcılık yoluyla para temin etmesi ve eşine vermesi halinde müsadere gündeme gelebilir. Ancak menfaatin lehine temin edildiği üçüncü kişiden istenebilmesi için Medeni Kanun’un 3.maddesi anlamında iyiniyet hükümlerinden yararlanamıyor olması şarttır.

Hemen belirtelim ki, suçtan elde edilen maddi menfaat ile suçun konusunu oluşturan maddi menfaat kavramları zaman zaman çakışabilmektedir. Hırsızlık

¹⁵⁴⁵ Sadece kasti suçları esas alan bir tanım için bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, age, s. 1028

¹⁵⁴⁶ Dülger İ., age, s. 160; Dülger V., age, s. 636

¹⁵⁴⁷ Özcan, age, s. 174

sonucu elde edilen ziynet eşyaları veya rüşvet suçunda temin edilen maddi menfaat hem suçtan elde edilmiştir hem de aynı zamanda suçun konusudur.¹⁵⁴⁸

Suçun işlenmesi ile elde edilen menfaatin kaynağı bazen üretimi, bulundurulması, alınması, satılması suç teşkil eden eşya olabilir. Sahte paralar veya uyuşturucu maddeler bu duruma örnektir. Bunlar 54.maddenin 3.fikrası gereğince kime ait olursa olsun seri yargılama usulü ile müsadereye tabi olurlar. Bunların piyasaya sürülmesi ve dolaşımından kaynaklanan kazanç ise 55.maddenin 1.fikrası gereğince “suçtan elde edilen maddi menfaat” olarak müsadere edilir.

c. Dolaylı Kazanç: Maddi Menfaatin Değerlendirilmesi ve Dönüştürülmesi Sonucu Ortaya Çıkan “Ekonomik Kazanç”

Müsaderenin kapsamını genişleten ve örgütlü suçla mücadele bakımından müsadere uygulamalarında meydana gelen bir değişiklik, sadece suçtan elde edilen malvarlığının değil, bu malvarlığının değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi suretiyle elde edilen ek malvarlığının da müsadere edilmesi yönündeki eğilimdir.¹⁵⁴⁹ Bu menfaatler, suçun doğrudan sonucu olan menfaatlerin meyvesi olduğundan bunlar da haksız kazanç niteliğinde olup müsadere edilirler. TCK’nın 55.maddenin 1.fikrası suçtan doğrudan doğruya elde edilen kazancın müsaderesinin yanı sıra bu kazancın değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi suretiyle elde edilen kazancın da müsaderesini düzenlemektedir. Gerekçede yer alan “suç işlemek suretiyle” ifadesinden sonra gelen “suç işlemek dolayısıyla” elde edilen ekonomik kazançların müsaderesini bu nedenle “dolaylı kazanç” olarak nitelendirebiliriz. Böylelikle bir suçtan dolaylı da olsa elde edilebilecek her türlü mali sonucun önlenmesi amaçlanmaktadır.

Hemen her hukuk sisteminde malvarlığı bu şekilde geniş olarak algılanmaktadır. 5237 sayılı TCK’dan önce ise suçun dolaylı kazancının müsaderesine ilişkin genel bir hüküm bulunmadığını, ancak çeşitli yasalarda istisnai düzenlemelere yer verildiğini görmekteyiz. 19.11.1996 tarihli 4208 sayılı

¹⁵⁴⁸İçel/Akıncı-Sokullu/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, Yaptırım, s.138; Artuk/Gökçen/Yenidünya, age, s. 1028; Özgenç, Gazi Şerhi, s. 684; Gedik, age, s. 205; Dülger İ., age, s. 161

¹⁵⁴⁹ Pradel Jean, “Les règles de fond sur la lutte contre le crime organisé”, **Electronic Journal of Comparative Law**, vol. 11, 2007

Kararın Aklanmasının Önlenmesine Dair Kanun'un 7. maddesi bunların başında gelmektedir. Hükümde aklama suçu bakımından “...**nemaları da dahil olmak üzere karapara kapsamındaki mal ve değerler ile bunların ele geçirilememesi halinde bunlara tekabül eden mal varlığının müsadere**” öngörülmüştü. Kanun'un 2/a maddesi ise karaparayı kanunda sayılan belirli “**fillerin işlenmesi suretiyle elde edilen para veya para yerine geçen her türlü kıymetli evrakla, mal veya gelirleri veya bir para biriminden diğer bir para birimine çevrilmesi de dahil, sözü edilen para, evrak, mal veya gelirlerin birbirine dönüştürülmesinden elde edilen her türlü maddi menfaat ve değeri**” şeklinde tanımlayarak suçun dolaylı kazanımlarını da müsadereye tabi kılmıştır. Yargıtay 4208 sayılı yasa döneminde suç konusu paranın nemasının müsadere edilmemesini bozma nedeni saymıştır.¹⁵⁵⁰ 30.07.1999 tarihli ve 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nun 1.maddesinin 4.fıkrası da örgütlü suç bakımından “...**suçun işlenmesine ayrılan veya suçun işlenmesinde kullanılan veya suçtan doğan değer veya ürünlerin veya bunlar yerine geçen şeylerin ve müsadere** gereken her türlü eşyanın gelirlerinin veya suçtan doğan her türlü yararın” müsadere düzenlemekteydi.¹⁵⁵¹ YTCK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte artık sadece aklama suçu ile örgütlü suçlar bakımından değil, bütün suçlar bakımından suçtan elde edilen şeylerin değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi yoluyla elde edilen ek malvarlığı 55.maddeye göre müsadere edilmektedir.

“**Değerlendirme**” bir şeyi yerinde ve yararlı bir yolda kullanma, değer kazandırma, kıymetlendirme anlamına gelir.¹⁵⁵² Failin elde ettiği malvarlığını değerlendirmesi şekil olarak meşru kazancın değerlendirilmesinden farklı değildir. Genellikle bir yatırım yapılması suretiyle gayrimeşru kazançtan ek kar sağlanması amaçlanır. Çalınan paralarla tahvil, hisse senedi, döviz alınması, paraların vadeli hesaba yatırılması, ticari faaliyet yapılması gibi.¹⁵⁵³ Uyuşturucu satışına aracılık eden kişiye temin edilen arabanın ticari taksi olarak işletilmesi veya bir kimseyi öldürmesi karşılığında kendisine verilen para ile bir iş kurması sonucu elde edilen kazanç da bu kapsamda müsadere edilir. Değerlendirme ile anlaşılması gereken, suçtan doğrudan

¹⁵⁵⁰ Y7CD, 05.07.2002, 9401-10802 (Hatipoğlu/Parlar, age, s. 894)

¹⁵⁵¹ Söz konusu hüküm İtalyan Ceza Kanunu'nun 416bis maddesinin 7.fıkrasından nerdeyse olduğu gibi alındığı ve buna “müsadere gereken her türlü eşyanın gelirlerini” ibaresinin eklendiği yönünde bkz. Evik, Çıkar, s. 339

¹⁵⁵² <http://tdkterim.gov.tr/bts/> (Erişim Tarihi: 03.10.2010)

¹⁵⁵³ Dülger İ., age, s. 168

elde edilen malvarlığının kıymetlendirilmesi sonucu ek bir malvarlığının dolaylı olarak elde edilmesidir.

“**Dönüştürme**” bir şeyi başka bir şeye dönüştürmek, başkalaştırmak anlamına gelmektedir. 4208 Sayılı Kanun’da bu kavram, suçtan elde edilen para, evrak, mal veya gelirlerin birbirine dönüştürülmesinden kaynaklanan her türlü menfaat için kullanılmıştır. Para biriminin çevrilmesinin buna dahil olduğu da kanunda belirtilmiştir. Öğreti ve uygulamada dönüştürme için, aklamaya tabi tutulan gelirlerin bankada faizlendirilmesi halinde elde edilen faiz veya bu gelirler ile alınan taşınmazın değerlendirilmesi sonucu arada oluşan bedel farkı, suçtan elde edilen para ile araba alınması veya paranın dövize çevrilmesi,¹⁵⁵⁴ birden çok kişiyi dolandırarak toplanan paralarla ortak olunan bir inşaattan satılan dairelerin bedeli, suça konu altınların bozdurulmasından elde edilen para ile satın alınan cep telefonları¹⁵⁵⁵ örnek olarak gösterilebilir. Buradan da anlaşılacağı üzere, dönüştürme külçe altının işlenerek mücevhere dönüştürülmesi şeklinde cismani olabileceği gibi; malvarlığı ile başka malların satın alınması veya takas edilmesi şeklinde itibari bir dönüştürme de olabilir. Önemli olan dönüştürme sonucu suçtan doğrudan elde edilen malvarlığının yerine başka bir malvarlığının geçmesidir.

Özetle, kanundaki “değerlendirme” ve “dönüştürme” kavramlarının suçun uzantısı olan her türlü kazancı müsadere kapsamına almak amacıyla kullanıldığı anlaşılmaktadır. Öğretide verilen örneklerde de, bunların bazen iç içe bazen de birbirlerinin yerine geçmek üzere kullanıldığı görülmektedir. Örneğin suçtan elde edilen para ile bir ev alma durumunda dönüştürme sözkonusu iken, bu evin kiraya verilmesi veya daha yüksek bir fiyatla satılması halinde “değerlendirme” sözkonusu olacaktır.¹⁵⁵⁶ Örneğin banka hesabına veya repoya yatırılan paranın faizi, sermaye piyasasında alınan hisselerin getirdiği gelir ile failin suçtan elde ettiği malvarlığı değerlerini çeşitli yatırımlarda kullanması sonucu elde edebileceği kar payı gibi her türlü nakdi veya aynı değer ve getiri bu kapsamda değerlendirilecektir.¹⁵⁵⁷ Yine de öğretide verilen örneklerde “dönüştürme”yi de kapsayacak biçimde her türlü “değerlendirme”den elde edilen menfaatin bu kapsamda kabul edildiği

¹⁵⁵⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, age, s. 1029

¹⁵⁵⁵ Y6CD, 01.04.2010, 2009/5489, 2010/3584

¹⁵⁵⁶ Dülger ise çalınmış olan paralarla alınan ve ve kira gelirinden elde edilen kazancı “dönüştürme” olarak nitelendirmektedir. Dülger İ., age, s. 168

¹⁵⁵⁷ Kocasakal, Karapara, s. 449; Hafizoğulları, Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri, s. 100

anlaşılmaktadır. Kanunkoyucunun değerlendirme ve dönüştürme sonucu elde edilen kazancı ayrıca düzenleyerek, suç işleyen kişilerin elde ettikleri kazancı her ne suretle olursa olsun artırmalarını engellemeyi amaçladığı düşünülmektedir. Özellikle, aklama faaliyetinin mantığı ve amacı gereği genellikle suçtan doğrudan elde edilen mal ve gelir kaynağını gizlemek amacıyla derhal başka değerlere dönüştürülmektedir. Bu ikame değerleri karapara kapsamında saymak, hem suçun cezalandırılabilmesi ve hem de müsadereyi sağlanabilmesi için zorunludur.¹⁵⁵⁸ Aksi durum, sanıkların suçtan elde edilen menfaati sırf dönüştürmek veya değiştirmek suretiyle müsadereye kurtarmaları anlamına gelir ki hukuk düzeninin buna izin vermesi düşünülemez. Öte yandan, uzun mücadeleler sonucu kazanılmış olan sanık hakları da bu gerekçeyle ihlal edilmemelidir. Bu nedenle gerek kolluğun gerekse mahkemelerin delil toplama ve resen araştırma görevleri devam etmektedir. Suç ile dönüştürülmüş veya değiştirilmiş de olsa malvarlığı arasındaki bağlantının ispatlanması şarttır.

Sonuç olarak, “nema” veya “semere” olarak ifade edebileceğimiz suçun dolaylı ürünleri, malvarlığı değerlerinin başka şeylere dönüştürülmesi de dahil olmak üzere çeşitli şekillerle değerlendirilmesi sonucu elde edilen geliri kapsamaktadır. Buna karşılık, suçtan elde edilen malvarlığı değerinin elden çıkmasına rağmen karşılık olarak malvarlığına başka herhangi bir değer girmemişse örneğin imha edilmiş veya bağışlanmışsa artık burada YTCK'nın 55.maddesinin 1. fıkrası değil ve fakat 2. fıkrası hükmü uygulanma alanı bulacaktır.¹⁵⁵⁹ Nitekim gerekçede *“Düzenleme ile getirilen diğer bir yenilik, kaim değerın müsaderesidir. Buna göre, müsadere konusu ekonomik değerın harcama, imha, tüketme gibi hareketlerle müsaderesinin imkansız kılınması hâlinde, karşılığı para tutarının müsaderesine karar verilecektir”* denilmektedir. Gerekçede belirtildiği üzere karşılık değerlerin para olarak anlaşılması gerekmektedir. Zira, suçtan elde edilen menfaat başka bir değere dönüştürülmüşse 1.fıkra uyarınca müsadere edilecektir.¹⁵⁶⁰

¹⁵⁵⁸ Kocasakal, Karapara, s. 380

¹⁵⁵⁹ Aynı yönde bkz Gedik, age, s. 214-215. Karşı görüş için bkz. Özbek, TCK İzmir Şerhi, s. 600, Bakıcı, Genel, s. 1115. Karşıt görüşteki yazarlara göre, müsadereye tabi kazanç tüketilmiş, yok olmuş, bağışlanmış ve onun yerine malvarlığına yeni bir değer eklenmemişse artık burada TCK madde 55/2'ye göre müsadere mümkün değildir; ancak koşulları oluşmuşsa TCK madde 54/2'ye göre eşdeğer müsadere uygulanabilir.

¹⁵⁶⁰ Yargıtay'ın bir kararına göre ise, “sanığın 7761 TL'yi ödemediği anlaşıldığından bunun karşılığı olan değerın TCK 55 uyarınca müsaderesine karar verilmesi gerekirken, 5237 sayılı yasada yer almadığı halde “ödenmeyen zimmet miktarının sanıktan tahsiline” karar verilmesi yasaya aykırıdır. Y5CD, 06.07.2006, 6310 (Hakeri, age, s. 603), Benzer yönde YCGK, 16.12.2008, 146/235; Y11CD,

4. Kazancın Mağdur veya Suçtan Zarar Görene Geri Verilememesi

a. Genel Olarak

Suç kaynaklı malvarlığının müsadere edilebilmesinin bir diğer koşulu malvarlığının “mağdura iade edilememesi”dir (TCK m. 55/1). Bu hükmün konulması, iki temel sebebe dayanmaktadır. Birincisi, orantılılık ilkesi gereğince failin iki defa ödeme yapmasını önlemektedir. Yargıtay’ın bir kararında belirtildiği gibi “*ceza mahkemesinde mağdura iadesi mümkün olan zararlar ilgili müsadere kararı verildiğinde, zararın mükerrer tahsili*” söz konusu olacaktır.¹⁵⁶¹ Mükerrer ödeme müsaderenin tedbir olarak tasarlandığı bir sistemde kabul edilemez. Aksi durum müsaderenin cezaya dönüşmesine neden olacağından Alman Hukuku bakımından da kabul edilmemektedir (Alman CK’nun 73/1-2).¹⁵⁶² Bu nedenle Yargıtay’da isabetli olarak maddi menfaatin mağdura iade edilebildiği hallerde suçun konusunu oluşturan değerlerin müsadere edilemeyeceğine hükmetmektedir.¹⁵⁶³

Mağdura iade edilmenin öncelikli olmasının daha önemli ikinci sebebi ise mağdur haklarının korunmasının, meşru olmayan yollarla elde edilen malvarlığının hazineye geçirilmesi hedefinden üstün olmasıdır.¹⁵⁶⁴ Suçun mağduru olan bir kimseye ait eşyanın müsaderesi kabul edilemez. Örneğin, dolandırıcılık suçu nedeniyle bu suçtan zarar gören kişinin uğradığı zararın giderilmesi veya tehdit sonucu faile para vermek zorunda kalan mağdurun parasını geri alabilmesinin sağlanmasındaki bireysel menfaat müsadereye göre önceliklidir.¹⁵⁶⁵ Müsadere

05.03.2008, 7660/1296. Centel/Zafer/Çakmut ise herhangi bir ayırım yapmaksızın müsadereye tabi eşyanın veya suçtan elde edilen müsadere konusu ekonomik menfaatin harcama, imha, tüketme dolayısıyla müsaderesinin mümkün olmadığı hallerde, bu menfaate eş değerde para tutarının müsaderesini mümkün görmüştür.

¹⁵⁶¹ Y5CD, 14.12.2007, 113-503.

¹⁵⁶² Satzger, age, s. 38

¹⁵⁶³ YCGK 16.12.2008, 2008/146-235 sayılı kararına göre mağdurun belli olması ve maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilebileceği durumlarda, 5237 sayılı TCK’nın 55/2. maddesi uyarınca zimmetin maddi konusunu oluşturan değerlerin karşılığının müsaderesine karar verilemeyeceğinin gözetilmemesi bozma nedenidir. Aynı yönde bkz. Y5CD, 29.11.2011, 2007/9276, 2011/24622.

¹⁵⁶⁴ Satzger, age, s. 38

¹⁵⁶⁵ Sözüer, Alman, s. 405; Dülger İ., age, s. 171

hükümlerinin mağdurun hakkına kavuşmasına engel olmaması gerekir.¹⁵⁶⁶ Nitekim meşru ekonomi içinde edinilmiş bir malvarlığı veya kazancın suç nedeniyle el değiştirmesi halinde bunun devletin mülkiyetine geçirilmesinde kamusal menfaat bulunmamaktadır. Bilakis, devletin suçu önleyemediği de gözönünde bulundurulduğunda, mağdur olan kişinin eşyasının devlet eliyle kendisine geri verilmesi gerekir. Müsadere davasında mağdura iade imkanının araştırılması dahi yeterli olup böylelikle faile yöneltilebilecek tazminat taleplerinin yerine getirilebilmesi engellenmemiş olur.¹⁵⁶⁷

Ne var ki uygulamada - özellikle 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girdiği ilk yıllarda - mağdura iade imkanı olup olmadığının yeterince araştırılmadığı Yargıtay'ın bu konuda çok sayıda bozma kararı vermiş olmasından anlaşılmaktadır.¹⁵⁶⁸ “Mağdura iade edilememe”den ne anlaşılması gerektiğini açıklamadan önce kısaca mağdur kavramı üzerinde durmak ve suçtan zarar görenin bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususunu ele almakta fayda vardır.

b. Suçun Mağdurunun veya Suçtan Zarar Göreninin Bulunması

aa. Genel Olarak

Maddi menfaatin mağdura iade edilebilmesi için öncelikle suçun bir mağdurunun bulunması gerekir. Mağdursuz suçlar, mağduru belli olmayan geniş yığnlara karşı işlenen suçlardır.¹⁵⁶⁹ Bunlar, kumar, uyuşturucu, tefecilik, vergi ve çevre suçları veya vatana ihanet suçu örneğinde olduğu gibi, mağduru belirli bir

¹⁵⁶⁶ “Suçun mağduru olan ve zararın re’sen tazminine karar verilen bankanın sanıktan alacağı tahsilini engelleyecek şekilde sanığın suç konusu para ile satın aldığı arabanın zorralımına karar verilmesi” Y7CD, 31.01.2008, 643, “Gasp edilen paranın mağdur tarafından hukuk davası yoluyla sanıktan alınması olanaklı olduğundan .müsadereye karar verilmesi” Y6CD, 10.10.2006, 9486 (Hakeri, age, s. 603).

¹⁵⁶⁷ Satzger, age, s. 38

¹⁵⁶⁸ “5237 Sayılı TCK'nın 55. maddesi gereğince kazanç müsaderesinin, maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi halinde mümkün olduğu gözetilmeden yazılı şekilde kazanç müsaderesine hükmolunması” Y11CD, 15.8.2006, 2006/4017, 2006/6694; Y11CD, 8.8.2006, 2006/4652, 2006/6690. “Aynı kanunun 55. maddesi gereğince kazanç müsaderesinin, maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi halinde mümkün olduğu ve suça konu paraya el konulmadığı da gözetilmeden yazılı şekilde kazanç müsaderesine hükmolunması”

¹⁵⁶⁹ Çetin Özek, “Suç Mağdurunun Korunması İle İlgili Bazı Sorunlar”, İHFM, 1984, No.50, s. 13-67

gerçek kişi olmayan suçlardır.¹⁵⁷⁰ Bu tür suçlarda, suçtan elde edilen maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilebilmesi söz konusu olmayacaktır.¹⁵⁷¹ Örneğin çevre suçlarında mağdurun “herkes” olduğu ve böylece çevre suçlarının mağdurunun belirsiz olduğu göz önünde bulundurulunca, elde edilen kazancın her zaman için müsadereyi mümkün gözükmektedir.¹⁵⁷² Aklama suçunun da belirli bir mağduru bulunmadığından mağdura iade edilememe koşulu aranmayacaktır, diğer koşullar gerçekleştiğinde müsadereye hükmedilir.¹⁵⁷³

bb. Mağdur ve Suçtan Zarar Gören Kavramları

Mağdur, aleyhinde suç işlenen kimseyi yani suçun kurbanını ifade etmektedir.¹⁵⁷⁴ Suçtan zarar gören ise mağduru da içine alan daha geniş bir kavramdır. Somut olayda kimlerin suçtan zarar gören kişi olarak kabul edileceği konusu kavramın içeriğinde birlik sağlanamaması nedeniyle sorunludur.¹⁵⁷⁵ Bununla birlikte esas itibarıyla bir suçun işlenmesiyle hukuken korunan menfaatleri doğrudan veya dolaylı olarak ihlal edilen kimse “suçtan zarar gören” kişi olup bu kavramın “mağduru”da kapsadığı kabul edilmektedir.¹⁵⁷⁶ Dolayısıyla daha dar olan “mağdur” kavramının, amaçsal yorumla suçtan zarar gören”i de kapsayacak şekilde anlaşılması gerekir.¹⁵⁷⁷ ¹⁵⁷⁸ Zira, geri verme ile amaçlanan, gerekmediği halde müsadereyi

¹⁵⁷⁰ Bunlardan ekonomik suçlar ile uyuşturucu suçları ispatı güç ve çok kapsamlı araştırma gerektiren suçlardır. Bu tür suçlar çoğunlukla tek bir ülkede işlenmezler. Bu tür suçlarda pek çok kişi ve aracı kurumu içeren karmaşık bir uluslararası işletme sistemi kurulur. Dolayısıyla günümüz ekonomik yaşamının karmaşıklığı, sürekli olarak yer değiştirebilme imkanlarının artması, suçluların sempatanları arasında rahatlıkla saklanabilmeleri gibi hususlar, suçluluğun ispatını zorlaştırmaktadır

¹⁵⁷¹ Gedik, Müsadere, s. 209.

¹⁵⁷² Özcan, age, s. 177

¹⁵⁷³ Dülger V., age, s. 641

¹⁵⁷⁴ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, age, s.462.

¹⁵⁷⁵ Sorunlar için bkz. Veli Kafes, Ceza hukukunda Mağdurun Zararının Giderilmesi, AÜHFD, 60 (1) 201, 83-156

¹⁵⁷⁶ Demirbaş, Ceza, s. 507; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, age, s. 223; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 308; Yıldız, s. 28. Bir başka deyişle suçtan zarar gören, suçun mağduru olabileceği gibi doğrudan mağdur olmayıp suçla hakları ihlal edilen diğer kişiler örneğin mağdurun yakınları olabilir. Mağdurun ölümü halinde mirasçıları suçtan zarar görendir. Suçtan zarar gören ve mağdur kavramları suçun niteliğine ve mağdurun yaşına göre farklılık gösterebilmektedir. Bu nedenle mevzuatta da mağdur ve suçtan zarar gören kavramları tanımlanmamıştır. Suçtan zarar gören ve mağdur kavramlarının tanımlanmamasının yarattığı sorunlar için bkz. Kafes, age, s. 86 vd

¹⁵⁷⁷ Y5CD, 14.12.2007, 113-503. Aynı yönde Doğan, age, s. 166

engellemektir. Kazanç müsaderesinin amacı da haksız zenginleşmeyi gidermek olduğuna göre, zenginleşme “iade” ile giderildiğinde müsadere kamusal bir menfaate dayanmayacaktır. Bu itibarla maddi menfaatin suçun mağdurundan başka bir kimseden temin edilmiş olması halinde onun da iadesi gerekir. Örneğin, göçmen kaçakçılığı suçu bakımından menfaatin mağdurdan başka üçüncü bir kişiden de elde edilmiş olması ihtimali vardır. Bir suçun mağduru dışında suçtan zarar göreni de varsa, menfaat hangisinden hangi oranda temin edilmişse aynı biçimde paylaştırılarak geri verilmesi gerekir.¹⁵⁷⁹

Ne var ki, hem mağdurun suçtan zarar görenden daha dar bir kavram olması, hem de ceza kanunlarının belirliliği ilkesi gereğince kanuni düzenlemeye “suçtan zarar gören” ibaresinin de eklenmesi gerekmektedir. Bu nedenle çalışmamızda her iki kavramı birlikte kullanmayı tercih ettik. Bununla birlikte zaman zaman kısaltmak amacıyla (kanundaki gibi) sadece mağdur kavramını kullanmış olsak da, aynı zamanda suçtan zarar göreni de kastettiğimizi belirtmeliyiz.

cc. Mağdur veya Suçtan Zarar Görenin Belirli Olması

Müsadereye hükmedilebilmesi için maddi menfaatin mağdura iade edilememesi gerektiği yukarıda açıklanmıştır. Ancak bunun için eşyanın mağdur veya suçtan zarar görene fiilen iade edilmiş olması şart değildir. Mağdur veya suçtan zarar görenin belirli olması yeterli olup suçun mağduru olan kimsenin yargılama bitmeden ölmüş olması hali, tek başına müsadere nedeni değildir. Bu durumda mağdurun veya suçtan zarar görenin yasal mirasçılarının araştırılması ve buna göre iade imkanı bulunup bulunmadığının araştırılması gerekir. Ölen kişinin yasal mirasçılarının bulunmaması halinde ise “mağdura iade edilememe” koşulu gerçekleştiğinden bu durumda müsadere kararı verilecektir.¹⁵⁸⁰ Suçun bir mağduru

¹⁵⁷⁸ Suçtan zarar gören, her zaman suçun doğrudan doğruya mağduru olmayabilir. Mağdur, dar anlamda suçtan zarar gören olup, icra hareketinin üzerinde gerçekleştiği kişiyi ifade etmekten, suçtan zarar gören, suçla haklı bir yararı ihlal edilen kimsedir. Örneğin hakaret suçunda (TCK m. 125) mağdurun şikâyet etmeden önce ölmesi veya suçun ölmüş olan kişinin hatırasına karşı işlenmiş olması halinde; ölenin ikinci dereceye kadar üstsoy ve altsoyu, eş veya kardeşlerinin de şikâyet hakkı olduğu düzenlenmiştir (TCK m. 131/2).

¹⁵⁷⁹ Doğan, age, s. 166

¹⁵⁸⁰ Dülger İ., s. 172

bulunmakla birlikte mağdurun belirlenebilir olmadığı durumlarda ise kazanç müsadereğine karar verilmesi gerekecektir.¹⁵⁸¹

c. Maddi Menfaatin Geri Verilememesi

Maddi menfaatin geri verilebilmesinden sözedebilmek için, suçun mağduru veya suçtan zarar görene ait bir malvarlığının suç nedeniyle faile geçmiş olması gerekir. Failde bulunan malvarlığına genellikle soruşturma sırasında veya yargılama sona ermeden önce elkonulmuş olacağından iade kararı esas itibarıyla adliye elinde bulunan malvarlığının sahibine geri verilmesi durumunu ifade etmektedir. Bunların delil niteliği sona erdikten sonra iadesi gerekir.¹⁵⁸² Bundan başka, elkoyma bir tedbir olup uygulanması zorunlu olmadığından failde bulunup elkonulmamış olan malvarlığı bakımından da “iade” gündeme gelecektir.

Yargıtay uygulamasına göre 55.maddenin 1.fikrasının 2.cümlesi bir “*maddi menfaatlerin suçun mağduruna iade edilebildiği veya iade edilebilme olanağının bulunduğu ya da suçun mağdurunun belli olduğu durumlarda kazanç müsadereğine hükmetme olanağının bulunmadığı*” durumları ifade etmektedir. Yargıtay’a göre üç halde “kazancın iade edilememesi” koşulu sağlanmış olacağından kazanç müsadereğine hükmedilecektir:

(i) Birinci durum, *maddi menfaatlerin suçun mağduruna iade edilebildiği* durumdur. Mağdurun zararının re’sen tazminine karar verildiği hallerde müsadereye hükmedilmez. Örneğin, “*suçun mağduru olan ve zararının re’sen tazminine karar verilen bankanın sanıktan alacağını tahsilini engelleyecek şekilde sanığın suç konusu para ile satın aldığı arabasının zorunlu karar verilmesi*” yasaya aykırı bulunmuştur.¹⁵⁸³ Malvarlığına karşı suçlarda bir cezasızlık veya indirim nedeni olarak etkin pişmanlığın bazı hallerde zararın iadesi koşuluna bağlandığı bilinmektedir. Bu kapsamda da iade gerçekleştiğinde, artık kazanç müsadereğine

¹⁵⁸¹ Özgenç, Gazi Şerhi, s. 699-700.

¹⁵⁸² CMK’nın 131.maddesinin 2.fikrası uyarınca “128 inci madde hükümlerine göre elkonulan eşya veya diğer malvarlığı değerleri, suçtan zarar gören mağdura ait olması ve bunlara delil olarak artık ihtiyaç bulunmaması halinde, sahibine iade edilir.”

¹⁵⁸³ Y7CD, 31.01.2008, 2007/14823, 2008/643

hükmedilmemesi gerekmektedir. İade gerçekleşmediğinde ise müsadere kararı verilmektedir.¹⁵⁸⁴

Örneğin, Vergi Usul Kanunu'nun 344.maddesinde düzenlenen vergi ziyai suçunun işlenmesi halinde “verginin sonradan tahakkuk ettirilmesi veya tamamlanması veyahut haksız iadenin geri alınması” halinde ziyaa uğratılan vergi devletin mülkiyetine geçirilmiş olacağından müsadereye imkan kalmayacaktır. Nitekim, verginin ödenmesi halinde suçun mağduru olan devlete iade gerçekleşmiş olur. Aksi bir uygulama müsadereyi amaçıyla bağdaşmayacak olup, çifte cezalandırma anlamına gelecektir.

(ii) İkinci durum, *maddi menfaatlerin iade edilebilme olanağının bulunduğu* durumdur. Fiilen iade gerçekleşmese bile uygulamada suçtan elde edilen maddi menfaatin suçun mağduru tarafından hukuk davası yoluyla tazmin imkanının olması halinde “mağdura iade edilebilme” imkanı olduğu kabul edilmektedir.¹⁵⁸⁵ Örneğin, kopyalanan kredi kartları ile hesaptan para çekme olayında paranın mağdurlara veya mağdurların zararını karşılayan bankaya iadesinin mümkün olması hallerinde de müsadereye karar verilmemesi gerekir.¹⁵⁸⁶

Müsadere konusu olan şey bir senet ise, mağdura iadesinin mümkün olup olmadığı senedin geçerliliğine bağlıdır. Geçerli olan bir senet taraflar arasında her zaman hukuki sonuç doğurabileceğinden iadesi mümkündür ve müsadere yerine iade kararı verilmesi gerekir.¹⁵⁸⁷ Buna karşılık, tahrif edilmiş bir senetin geçersizliği halinde senet hüküm doğurmasa da, alacak hukuk davasında iddia edilebilir

¹⁵⁸⁴ “Suçun işlenmesinde elde edilen menfaatin suçun mağduruna iade edilmemesine rağmen hakkında 53/5. ve 55. maddelerinin uygulanmaması” Y5CD, 09.07.2007, 4965/5944

¹⁵⁸⁵ “Sanık S. tarafından suçta kullanılan bıçak bulunup yöntemine uygun olarak el konulmadığı ve sanıkların yağmaladığı 154 YTL'nin, yakınan tarafından hukuk davası yoluyla sanıklardan alınmasının olanaklı olduğu gözetilmeden, suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi yararların yakınanı iade edilememesi durumunda uygulanabilecek olan ve bu kapsamda yasal koşulları gerçekleşmeyen 5237 sayılı TCY'nin 55. maddesi uyarınca, suçta kullanılan bıçağın değeri olan 1 YTL ile yakınanın yağmalanan 154 YTL'nin zorunlu karar verilmesi” (Y6CD 14.2.2007); “Sanığın zimmetine geçirdiği kabul edilen paranın kooperatife ait bir para olup, kooperatifçe hukuk mahkemesinde dava açılarak tazmini yoluna gidilmesi mümkün bulunduğu halde müsadere kararı verilmesi” hukuka aykırıdır (Y5CD, 13.7.2009, 2008/11198, 2009/9660).

¹⁵⁸⁶ “Kopyalanan suçta konu sahte kredi kartları ile hesaplardan çekilen paraların, yurt dışındaki bankalarca kart sahiplerinden tahsil edilip edilmediği araştırılarak, sonucuna göre mağdur olduğu anlaşılan kart sahiplerine ya da mağdurların zararını karşılayan bankalara iadesinin mümkün olduğu gözetilmeden yazılı şekilde müsadere kararı verilmesi,” Y11CD, 05.03.2008, 2007/7660, 2008/1296

¹⁵⁸⁷ “Taraflar arasında her zaman hukuki sonuç doğurması mümkün olan iki adet senedin alacaklıya iade edilmesi gerekirken, müsadere ve imha edilmesine karar verilmesi yasaya aykırıdır” (Y6CD, 13.03.1979, 1485/1580 (Tan, age, s. 2084).

niteliktedir veya genel haciz yoluyla adi yazılı senet olarak icraya da konulabilir. Bu sebeple iade imkanı bulunmakta olup müsadereye karar verilmemelidir. Ancak bu tür bir senedin delil niteliği de bulunduğundan bir süre dosyada saklanması gerekecektir.¹⁵⁸⁸ Saklanmasına gerek kalmadığı zaman derhal mağdura verilmesi gerekir.

(iii) Üçüncü durum ise, *suçun mağdurunun belli olduğu durum olarak ifade edilmektedir*. Örneğin, zimmet suçunda maddi menfaat kamu idaresine ya da özel kişilere, yani iyiniyetli üçüncü kişilere ait olup kamu idaresine iadesi mümkündür. Bu nedenle zimmet suçu bakımından müsadere hükümleri uygulanamaz.¹⁵⁸⁹ Ancak iade fiilen gerçekleşmese bile, mağdurun belli olduğu hallerde Yargıtay, kazanç müsaderesine karar verilemeyeceğini belirtmektedir. Çoğu kararda gözlemlenen, mahkemelerin sadece iade edilebilme imkanı olup olmadığını araştırdıklarıdır. Tezin birinci bölümünde de açıklandığı gibi müsadere, hukukumuzda mağdurun zararını gidermek gibi bir amaç için uygulanmamaktadır. TCK'nın 55.maddesi malvarlığının mağdura fiilen iade edilip edilmediğinin araştırılmasını şart koşmamaktadır. İade imkanı bulunması halinde eşyaya elkonulmuşsa iade kararı verilir.

Bu yorum, 2005 yılında yapılan suçtan kaynaklı tazminat davalarının artık ceza mahkemelerince çözüme kavuşturulamayacağı, hukuk mahkemelerinde dava açılması gerektiği yönündeki değişikliklerle uyumludur. Bu nedenle ceza mahkemesi sadece iade imkanının bulunup bulunmadığını, örneğin mağdurun belirli olup olmadığı, hayatta olmasa bile kanuni mirasçılarının bulunup bulunmadığı gibi hususları incelemektedir. Mehaz Alman hukuku uygulamasında da mahkemeler mağdurun hakkının hukuken mevcut olmasını yeterli görmekte, mağdurun ismen bilinmesine gerek bulunmadığı yönünde kararlar vermektedirler.¹⁵⁹⁰ Bu yaklaşım kazanç müsaderesinin önleyici niteliğine de uygundur ve aynı zamanda mağdur

¹⁵⁸⁸ Yargıtay'ın bir kararına göre ise "Tahrif edilen bononun gerçek bedelinin ödendiği anlaşılmasına göre suç konusu bononun geçersizliğine karar verilmesi gerekirken müsaderesine karar verilmesi yasaya aykırı" (Y6CD, 22/03.1979, 579/1909) Yılmaz Z, Müsadere 1997, s. 42

¹⁵⁸⁹ Ergün, age, s. 143. Yargıtay da kararlarında zimmet suçunun mağdurunun belirli olması sebebiyle iadenin mümkün olduğu hallerde müsadere kararı verilemeyeceğini belirtmektedir. Örneğin; "yargılamaya konu zimmet suçunun mağdurunun Sümerbank tüzelkişiliği olduğu açıkça anlaşıldığından olayda kazanç müsaderesinin uygulanma koşulları bulunmamaktadır. (Y5CD, 14.12.2007, 113-503) benzer yönde bkz. (Y5CD, 23.03.2009, 3975/3552; Y5CD, 29.01.2009, 10804/487, Y5CD 22.12.2008, 808-1793, Y5CD, 10.05.2010, 7858/3457) Yargıtay, bu kurala aykırı olarak müsadereye hükmeden yerel mahkeme kararlarını CMUK'nın 322/1 maddesi gereğince düzeltmektedir. (Y5CD, 08.05.2008, 5708/4183; Y5CD, 16.10.2008, 10566/8500)

¹⁵⁹⁰ Satzger, age, s. 40. Belçika hukukunda ise mağdurun zararını tazmin amacını güden müsadere hükümleri de vardır. (30 Haziran 1994 tarihli kanunun 82. maddesi)

lehine bir uygulamadır. Ancak bir takım sakıncaları da bulunmaktadır. Şöyle ki, mağdurun zararının çok olmaması veya diğer bir nedenle zararını talep etmemesi halinde kazancın failin elinde kalması gibi bir sakınca ortaya çıkabilecektir. Bu nedenle, eşyanın mağdurun mülkiyetinde olduğu konusunda uyuşmazlık bulunmaması ve eşyanın adliyenin elinde olması halinde ceza mahkemesinin iade edilebilme imkanını araştırması yerine, doğrudan iadeye hükmetmesi gerekir. Hem usul ekonomisi hem de mağdurun bir an önce hakkına kavuşması bakımından böyle bir yolun adalet duygusuna daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Eşya veya malvarlığı değerinin mülkiyeti konusunda uyuşmazlık bulunması halinde ise ceza mahkemesi iadeye değil, hukuk mahkemesinde dava açmada özerkliğe karar verebilir.¹⁵⁹¹

Yine mağdurun belirli olmasına karşın, failin müsadereye tabi malvarlığını harcaması veya başka bir şekilde ortadan kaldırması halinde 55.maddenin 2. fıkrası gereğince eşdeğer müsadere sözkonusu olacaktır. Bu halde, mağdur zararının tazmini için hukuk mahkemesinde dava açacaktır. Ancak eşdeğerin müsadere edilmesi nedeniyle devlet hazinesine ödemedede bulunan failin ayrıca zararı karşılama imkanı kalmayabilecektir. Bu da, eşyanın mağdura iadesinin devlet tarafından engellenmesi anlamına gelebilecektir. Bu nedenle kanaatimizce mağdurun sadece belirli olması hali mağdur lehine bir uygulama gibi görünmekle birlikte, tam tersi bir sonuca da yol açabilir. Bu nedenle, mağdurun belirli olduğu hallerde mahkemelerin fiilen iade imkanı bulunup bulunmadığını da araştırmaları gerekmektedir.

İade kararı, bir tazminat kararı olmadığı gibi mağdurun zararının tamamının iade ile giderilmesi de çoğu zaman mümkün değildir. Örneğin nakliyede kullanılan ticari aracı çalınan kimsenin, aracını işletemediği günlerde mahrum kaldığı hasılatı ve hatta çalışmamaktan kaynaklı manevi zararı da bulunabilir. Bu nedenle mağdur aracını geri alsa bile, diğer zararları için hukuk mahkemesinde dava açabilir.

Suçtan elde edilen ve mağdura ait olan malvarlığı değeri başka bir değere veya eşyaya dönüştürülmüşse nasıl bir yol izleneceği sorusu akla gelmektedir. 55.maddenin 1.fıkrasının son cümlesindeki “iade edilememe” koşulu kendisinden önce gelen 1. cümleyi kapsadığına göre dönüştürme ve değerlendirme sonucu oluşan ekonomik kazançlar da mağdura iade edilebiliyorsa müsadere kararı verilemeyeceği sonucu çıkmaktadır. Başka bir deyişle, mağdura ait malvarlığı dönüştürüldüğü

¹⁵⁹¹ Benzer yönde Bakıcı, Genel, s. 1248. Yargıtay’ın bu yönde kararları bulunmaktadır. (Y6CD, 14.05.1993, 3582/4699; CGK, 12.11.1990, 244/271)

haliyle de iade edilebiliyorsa kazanç müsadereesine karar verilemeyecektir. Yargıtay uygulamalarında da, çalınan ziynet eşyalarının bozdurulması ile alınan cep telefonlarının veya hırsızlığa konu para ile alınan elbiselerin mağdura iade imkanı bulunduğundan müsadere edilmemesi gerektiği belirtilmektedir.¹⁵⁹² Ne var ki burada bir ayırım yapmak gerekmektedir. Mağdura ait malvarlığı değerinin başka bir şeye dönüştürülmesi halinde hem iadenin aynen olmaması hem de suça konu maddi menfaatin dönüştürme sırasında değer kaybına uğraması olasılığı nedeniyle öncelikle mağdurun bu konuda rızası aranmalıdır. Yukarıdaki örnekte, işçiliği yüksek olan ziynet eşyalarının rayicinin yarı fiyatına bozdurulduğunu düşünelim. Bu durumda mağdura verilen cep telefonları ile bunların benzerlerinin geri alınması mümkün olmayacaktır. Ayrıca mağdurun cep telefonlarını satmakla uğraşması, bunların ikinci el haline gelmesi nedeniyle oluşan değer kaybı gibi nedenler mağdurun ikinci kez mağduriyetine sebebiyet vereceğinden adalet duygusunun zedelenmesine neden olur. Nitekim, böyle bir iade olsa olsa kısmen geri verme veya tazmin olarak kabul edilebilir. Bu durumda, failin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmesi için mağdurun rızası arandığı gibi (TCK m. 168/4) aynen iadenin mümkün olmaması halinde müsadere bakımından da mağdurun rızasının aranması gerektiği kanaatindeyiz. Buna karşılık mağdurun verilen örnekte kaybettiği mücevherler yerine cep telefonlarının iadesini kabul etmemesi, doğrudan kazanç müsadereisini (veya müsadereinin imkansızlığı olarak kabul edilip eşdeğerin müsadereisini) sonuçlamamalıdır. Failin mağdura nakdi bir iade yapması ve mağdurun da kabul etmesi halinde yine kazanç müsadereesine karar verilmemesi gerekir.

Öte yandan fail, mağdura karşı işlediği suçtan elde ettiği malvarlığını değerlendirme ve dönüştürme sonucu kıymetlendirmiş de olabilir. Bu halde, suç failinin mağdurdan elde ettiği menfaati değerlendirerek elde ettiği karın mağdura verilmesi ayrı bir sorun teşkil eder. Örneğin, dolandırıcılık sonucu elde edilen para ile ortak olunan şirketin hisse senetlerinden elde edilen kar payı iade kapsamında

¹⁵⁹² “Suçun mağdurunun, "kazanç müsadereisinin konusunu oluşturan değeri", sanıktan talep etme hak ve olanağına sahip olduğu, yakını belli olan ve yağma suçunun konusunu oluşturan ziynet eşyalarının toplam tutarının özel hukuk davası yoluyla talep edilebileceği, sanık ve annesinden elde edilen cep telefonlarının yağma suçunun konusunu oluşturan ziynet eşyalarının bozdurulmasından elde edilen para ile alındığı gözetilmeden, 5237 sayılı TCK'nın 55. maddesine yanlış anlam verilerek, telefonların yakına iadesi yerine müsadereesine karar verilmesi,” Y6CD,01.04.2010, 2009/5489, 2010/3584; YKD, Ekim, 2010, s. 1954; “suçun mağdurunun, "kazanç müsadereisinin konusunu oluşturan değeri", sanıktan talep etme hak ve olanağına sahip olduğu, özel hukuk davası yoluyla talep edebileceği, sanıktan elde edilen elbise ve cep telefonlarının hırsızlığa konu para ile alındığı gözetilmeden, elbise ve telefonların yakına iadesi yerine müsadereesine karar verilmesi” kanuna aykırıdır. (Y6CD, 06.04.2010, 2006/ 17507, 2010/3770)

değerlendirilecek midir? Kanaatimizce, kazanç müsadere kapsamında suç kaynaklı bir menfaatin kendisi mağdura iade edilebiliyorsa müsadere kararı verilememesine karşılık, bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu elde edilen karın müsadere edilmesi gerekir. Zira, mağdura suç kaynaklı karın iadesi hukuk ve adaletle bağdaşmayacaktır. Kazanç müsadere bakımından da önemli olan suçun herhangi bir biçimde menfaat sağlamasının engellenmesidir. Suç nedeniyle haksız zenginleşme mağdur lehine olsa bile kabul edilemez. Suçtan elde edilen maddi menfaatlerin değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançlar bir çeşit nema olup, bunların müsadereye tabi olması gerekir. Örneğin; zimmete geçirilen paranın yatırım araçlarında değerlendirilmesi, bunlarla başka mal veya değerler satın alınarak ortaya değer fazlalıklarının çıkması durumunda, zimmet suçunun maddi konusu veya eşdeğeri sahibine geri verilebilecekken, nemaları müsadere edilmelidir.¹⁵⁹³

5. Kazancı Sonradan Devralan Kişinin Türk Medeni Kanunu'nun İyiniyetin Korunmasına İlişkin Hükümlerinden Yararlanamıyor Olması

a. Genel Olarak

Kazanç müsadere konusunu oluşturan malvarlığı değerinin faile ait olmasının şart olmadığı yukarıda açıklanmıştır. Ne var ki, bu durum suç kaynaklı malvarlığını bir hukuki ilişkiye dayanarak devralan kişinin mülkiyet hakkının ihlaline neden olmamalıdır. Fail bakımından kazanç oluşturan ancak iyiniyetli üçüncü kişilere ait bulunan şey müsadere edilemez.¹⁵⁹⁴

55. madde metninin ilk halinde sadece mağdura iade edilememe koşulu düzenlenmiş olup, iyiniyetli üçüncü kişi bakımından bu kurala yer verilmemiştir. Bununla birlikte, 55. maddenin gerekçesinde ise *“bu hükmün uygulanmasında mağdurun ve iyiniyetli üçüncü kişilerin haklarının korunacağı, bunlara ait maddi değerlerin kazanç müsadereye tabi tutulmayacağı”* belirtilmiştir. Bu durum öğreti

¹⁵⁹³ İsmail Malkoç, Zimmet Suçları ve Müsadere, Türkiye Noterler Birliği, Ağustos 2009, Sayı: 143. Kanunkoyucu bazı suçlar bakımından suç konusu eşyanın iadesini ayrıca indirim nedeni de saymıştır. Örneğin; TCK'nın 248.maddesine göre zimmete geçirilen mal veya paranın aynen iade edilmesi veya zararın karşılanması hallerinde cezada indirim yapılır.

¹⁵⁹⁴ Centel/Zafer/Çakmut, age, 5.bası, s. 756

ve uygulamada eleştirilmiş ve kanuna iyiniyetli üçüncü kişilerle ilgili hüküm konulması savunulmuştur.¹⁵⁹⁵ 26.06.2009 tarih ve 5918 sayılı Kanun'un 2.maddesiyle yapılan değişiklikle 55.maddeye yeni bir fıkra eklenmiştir. Buna göre *"Bu madde kapsamına giren eşyanın müsadere edilebilmesi için, eşyayı sonradan iktisap eden kişinin 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun iyiniyetin korunmasına ilişkin hükümlerinden yararlanamıyor olması gerekir."*¹⁵⁹⁶

55.maddeye 26.06.2009 tarih ve 5918 sayılı Kanunla eklenen üçüncü fıkraya göre, suç kaynaklı malvarlığının üçüncü bir kimseye devredilmesi halinde müsadere edilebilmesi için, devralan kişinin 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun iyiniyete ilişkin hükümlerinden yararlanamıyor olması gerekmektedir. Bu itibarla 54.madde kapsamında "iyiniyet" in ne anlama geleceği konusundaki tartışmalar kazanç müsadere bakımından geride bırakılmış; FAFT'ın 2003 yılında yayımladığı 40 Tavsiye kararı ile de uyum sağlanmıştır.

Öncelikle belirtmeliyiz ki, yararına suç işlenen kişinin iştirak iradesi varsa iştiraktan sorumlu olur ve çalınan şeyler suçtan elde edilen maddi menfaat olarak müsadere edilir. Suç eşyasını bilerek kabul etmişse TCK'nın 165.maddesi gereğince suç eşyasını kabul etme suçunu¹⁵⁹⁷ veya 282.maddenin 2. fıkrası gereğince aklanmış

¹⁵⁹⁵ Dülger, İ., age, s. 172 vd. Artuk, Gökçen ve Yenidünya'ya göre ise 55.maddede açıkça belirtilmiş olmasa da suç ile bağlantısı olmayan üçüncü kişilerin de haklarının korunması gerekmektedir. Bkz. Age, s. 932

¹⁵⁹⁶ Maddenin gerekçesine göre *"Suçun işlenmesi suretiyle elde edilen ya da suçun konusunu oluşturan eşya bilahare yani suç tamamlandıktan sonra bir başkasının mülkiyetine geçebilir. Eşyayı bu özelliğini bilerek iktisap eden kişinin fiili esasen suç oluşturduğu için, bu durumda kazanç müsadere ilişkine ilişkin hükümlerin işletilmesi bakımından bir sorun söz konusu değildir. Ancak, suçun işlenmesi suretiyle elde edildiğini veya suçun konusunu oluşturduğunu bilmeden Türk Medeni Kanununun koruduğu iyiniyet kuralları (md. 3) çerçevesinde eşyayı iktisap eden kişi bakımından hukuk uygulamamızda bir sorun varlığını halen devam ettirmektedir. 55 inci maddede, kazanç müsadere ilişkisiyle bağlantılı olarak da kaim değer müsadere ilişkine ilişkin hükme yer verilmesine rağmen, suçtan elde edilen veya suçun konusunu oluşturan eşyayı suç tamamlandıktan sonra iktisap eden kişinin iyiniyetli olup olmadığına bakılmaksızın elindeki eşyaya elkonulmakta ve hatta eşya müsadere edilmektedir. Büyük bir haksızlığa sebebiyet veren bu uygulamanın önüne geçebilmek amacıyla 55 inci maddesinin ikinci fıkrasına bir cümle eklenmiştir."* bkz. Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ile Avrupa Birliği Uyum ve Adalet Komisyonları Raporları (1/670); <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss353.pdf>

¹⁵⁹⁷ "Suçun manevi unsuru bakımından, suç doğrudan kastla işlenebileceği gibi olası kastla da işlenebilir. 765 sayılı kanunda suçun oluşabilmesi için failin eşyanın suçtan elde edilmiş olduğunu 'bilerek' alması aranıyordu. Oysa yeni TCK'da 'bilerek' ifadesine yer verilmemiştir. 5237 sayılı TCK'nın 21.maddesinin 2.fıkrasında olası kastın tanımı yapılmıştır. Buna göre failin suçun kanunî tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi hâlinde olası kastın varlığı kabul edilmektedir. Böylece yeni hükme göre suçun oluşması için failin eşyanın suçtan elde edilmiş bulunduğunu bilmesi gerekmeyecektir. Fail bir eşyayı satın alırken veya kabul ederken, bu eşyanın olayın özelliğine göre bir suçtan elde edilmiş olabileceğini öngörmüş olmasına rağmen satın alması veya kabul etmesi halinde suç oluşacaktır." Muhammet Murat Ülkü, 5237 Sayılı TCK154-156 ve 160-166 Maddelerinde Yeralan, Malvarlığına Karşı Suçlar, S. 22

malvarlığı değerlerinin satın alınması veya kabul edilmesi suçunu¹⁵⁹⁸ işlemiş olur. Bu bakımdan da eşya suçun konusunu oluşturan maddi menfaat olduğundan her halükarda müsadereye tabidir. Kişi eşyayı müsadereye kaçırmak için iktisap etmişse, eşya bu kişideyken de müsadere edilebilir. Buna karşın durumdan habersiz olarak eşyayı iyiniyetle kazananlar bakımından müsadere kararı verilemez.¹⁵⁹⁹ O halde Medeni Kanun hükümlerine göre iyiniyetten ne anlaşılması gerektiği belirlenmelidir.

b. Türk Medeni Kanunu'na Göre “İyiniyet” Kavramı

Bir hukuki sonucun doğması için kural, kanundaki şartların gerçekleşmiş bulunmasıdır. Bununla birlikte, günlük hayatın ihtiyaçları bazen hukuk düzeninin kişilerin belirli bir durumda iyiniyetli olmasına da bir sonuç bağlamasını zorunlu kılar. Bu ihtiyaçların başında işlem güvenliği gelmektedir. Örneğin, bir kimsenin bir başkasının elindeki bir paranın hayatın olağan akışına göre o kimseye ait olduğuna inanması haklıdır. Kişinin iyiniyetle aldığı paranın çalıntı olduğu iddiası ile karşılaşmasına imkan verilmesinin, alışveriş hayatında yaratacağı karışıklığın önlenmesinde kamu yararı vardır.¹⁶⁰⁰ Bazen de bir kimsenin yarattığı haklı görünüş, örneğin sahip olduğu eşya üzerindeki hakkını uzun süre korumaması bir başkasının iyiniyetinin korunmasına (örneğin, eşyanın zamanaşımı nedeniyle kazanılmasına) neden olabilir.¹⁶⁰¹

İyiniyet, bir kimsenin iyiniyetli olmaması halinde karşılaşılabilecek bazı hukuki sonuçlardan korunmasını ve normalde o kişi için sözkonusu olması gereken hukuki sonucun değişmesine neden olur. Örneğin bir hakkın kazanılması için gerekli unsurlardan birinin eksik olması hakkın kazanılmasını engellediği halde, bazen hakkı kazanacak olanın bu eksikliği bilmemesi ve bilebilecek durumda da olmaması hakkın kazanılmasını sağlar. Böylelikle iyiniyetli kimse, eksikliğin etkisine karşı korunmuş

¹⁵⁹⁸ Bu iki suç tipi arasında özel-genel norm ilişkisi bulunmaktadır. TCK m. 282/2’de düzenlenen suç 165.maddeye göre özel norm niteliğindedir. Bu suçun işlenebilmesi için 165.maddeden farklı olarak doğrudan kastla hareket edilmesi gerekir. 165.madde ise olası kastla da işlenebilen bir suçtur. Ayrıca suçun konusunun mutlaka maddi bir menfaat olmalıdır, buna karşılık 165.madde bakımından suç eşyasının maddi değer taşıması gerekmez. Bkz. Dülger V.,age, s. 686; Özgenç, Suç Örgütleri, s. 174

¹⁵⁹⁹ Hakeri, age, s. 603

¹⁶⁰⁰ Oğuzman/Barlas, age, s. 235

¹⁶⁰¹ Dural/Sarı, age, s. 220

olur.¹⁶⁰² Ancak bu koruma sınırsız değildir. Öncelikle korumanın kanunla öngörülmesi gerekir. Türk Medeni Kanunu'nun (TMK)'nın 3.maddesine göre “*Kanunun iyiniyete hukukî bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır. Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz*”. Eğer kanunda iyiniyete kısmen veya tamamen koruyucu etki tanıyan özel bir hüküm yoksa, iyiniyet korunmaz; başka bir deyişle kişinin iyiniyetli olup olmaması sonucu değiştirmez.¹⁶⁰³

Türk Medeni Kanunu'nda “iyiniyet”in tanımı yapılmamakla birlikte, 3. ve 1024.maddeden hareketle iyiniyet, “*bir hakkın kazanılması veya bir hukuki sonucun doğması yönünden mevcut bir engeli, bir eksikliği veya benzeri bir olguyu bilmemek ve halin gerektirdiği özen gösterilse dahi bilecek durumda olmamak*” şeklinde tanımlanmaktadır.¹⁶⁰⁴ Roma hukukunda iyiniyetin temelinde namuslu, doğru dürüst davranma fikri yer alır.¹⁶⁰⁵ Bu itibarla iyiniyet kişiye özel olup subjektif bir nitelik taşır. Türk Medeni Kanunu ve kaynak İsviçre Medeni Kanunu'nun kabul ettiği bu kurala göre sadece engeli bilen değil, bilmesi gereken de iyiniyet iddiasında bulunamayacaktır. Nitekim TMK'nın 3. maddesinin 2. fıkrasına göre durumu bilmesi gereken kimse “ancak durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse” olarak ifade edilmektedir. Yine TMK'nın aynı hakkın yolsuz tescili ile ilgili 1024.maddesi hukuki aksaklığı “bilen veya bilmesi gereken” kişilerden bahsetmektedir.

İyiniyet sadece gerçek kişiler bakımından değil; tüzelkişiler ile tüzelkişiliği bulunmayan kişi toplulukları bakımından da korunmaktadır. Tüzelkişilerde iyiniyet, tüzelkişiyi temsil eden yetkili organı oluşturan kişide aranır.¹⁶⁰⁶ Bu kişilerden

¹⁶⁰² Oğuzman/Barlas, age, s. 234

¹⁶⁰³ Oğuzman/Barlas, age, s. 237

¹⁶⁰⁴ Mustafa Dural, Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, Filiz Kitabevi, 6.baskı, İstanbul, 2011, s. 218.

TMK'nın 1024.maddesine göre “Bir aynı hak yolsuz olarak tescil edilmiş ise, bunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi bu tescile dayanamaz. /Bağlayıcı olmayan bir hukukî işleme dayanan veya hukukî sebepten yoksun bulunan tescil yolsuzdur./ Böyle bir tescil yüzünden aynı hakkı zedelenen kimse, tescilin yolsuz olduğunu iyiniyetli olmayan üçüncü kişilere karşı doğrudan doğruya ileri sürebilir.”

¹⁶⁰⁵ “Bir kimse bir hakkın iktisabına ait engeli bile bile hareket etmişse, doğruluk içinde ve dürüstçe davranmamıştır; iyiniyetli değildir; bildiği hukuki engelin etkisine karşı korunması beklenemez. Hukuki engel teşkil eden olguyu bilmesine rağmen, bu engelin hakkın iktisabı noktasında hukuki bir etkisi olmadığına inanarak hareket eden kimsenin de iyiniyetli sayılması mümkündür, fakat bunun için mevcut şartların bu inancı haklı göstermesi gerekir.” Oğuzman/Barlas, Medeni Hukuk, Vedat, 17.bası, 2011, s. 232.

¹⁶⁰⁶ Oğuzman/Barlas, age, s. 239

birisinin iyiniyetli olmaması halinde, tüzeltişi de iyiniyetli sayılamayacaktır. Tüzeltişinin yetkili organını oluşturmayan kişilerin kötünietli ise tüzeltişinin kötünietli sayılmasına neden olmaz.¹⁶⁰⁷ Örneğin, bir dernek üyesinin dernek adına satın alınan demirbaş eşyanın suçtan elde edilmiş olduğunu biliyor olması halinde dernek tüzeltişi kötünietli sayılmayacaktır.

Miras ortaklığı veya adi ortaklık gibi tüzeltişiliği bulunmayan kişi toplulukları bakımından ise iyiniyet, topluluğu oluşturan şahısların hepsinin iyiniyetli olmasına bağlıdır. Örneğin, bir piyango biletine ortak olan iki kişiden biri, biletin piyango gişesinden alınmadığını ve fakat bir kimseden cebir ve şiddet kullanılarak alındığını biliyorsa, diğer ortağın durumu bilmemesi veya bilebilecek durumda olmaması ortaklığın iyiniyetli sayılmasını sağlamaz.

Medeni Kanun'un 3.maddesine göre, "asıl olan iyiniyetin varlığı" dır. Üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığını ispat etmek, bu kişinin iyiniyetli olmadığı için korunmayacağına anlaşılması halinde bundan yarar sağlayacak olan karşı tarafa düşmektedir. Aksi bir durum, yani belirli bir halde iyiniyeti kanunen korunacak olan bir kimsenin bu korumadan yararlanabilmesi için iyiniyetini ispatla yükümlü tutulması iyiniyetin fiilen korunmasına engel olurdu. Oysa ki, bir kimsenin bir engeli bilmediğini ispat etmesi genellikle mümkün değildir.¹⁶⁰⁸

c. Türk Medeni Kanunu'na göre İyiniyetin Korunduğu Haller Bakımından Kazanç Müsaderesi

Konuyu kazanç müsaderesine uyarladığımızda, iyiniyetin korunmasını gerektiren halin, malvarlığının suçtan elde edilmiş olduğunun bilinmemesi ve durumun özelliklerine göre bilinebilecek olmaması şeklinde ifade edebiliriz. Başka bir deyişle hukuki işlem güvenliği gereğince kaynağının meşru olduğu konusunda haklı bir görünüş olması halinde eşyayı devralan kişinin iyiniyetinin korunması gerekir. Bunun dışında üçüncü kişinin, eşyayı devreden kişinin yetkisiz olduğunu bilmemesi veya bilebilecek durumda olmaması da sözkonusu olabilir.¹⁶⁰⁹

¹⁶⁰⁷ Oğuzman/Barlas, age, s. 239

¹⁶⁰⁸ Oğuzman/Barlas, age, s. 241

¹⁶⁰⁹ Fransız hukukunda da iyiniyet kavramı kullanılmaktadır. İyiniyetten ne anlaşılması gerektiği ise Frs.CK'nun uyuşturucu suçlarını düzenleyen 222-49. maddesinin ilk fıkrasından çıkarılabilir. Buna göre, suçun işlenmesinden kaynaklanan her türlü gelir, suçun işlenmesinde doğrudan veya dolaylı olarak kullanılan araç, gereç ve tertibat, **sahipleri yasadışı kökenini veya kullanımını bildiklerini**

Ancak, özel hukukta iyiniyetin hangi kapsamda ve hangi şartlarda korunacağı konusunda genel bir kural sözkonusu değildir. Kanunkoyucu, hukuki ilişkinin özellikleri ve korunan hukuki menfaatleri dikkate alarak ayrı ayrı düzenlemeler yapmıştır.¹⁶¹⁰ Bazı konularda koruma tam iken, bazı hallerde kısmi olup belirli şartlara bağlanmıştır. Örneğin, **emin sıfatıyla zilyet olan kimseden yapılan kazanımlar** (TMK m. 988) ile emin sıfatıyla zilyet olmasa bile halihazır zilyetten yapılan ve **konusu para ve hamiline yazılı senetlerin kazanımlarında** (TMK m. 990) işlem anındaki iyiniyet başka bir koşul aranmaksızın korunur. Örneğin, bir tamirci kendisine tamir amacıyla bırakılan saatin emin sıfatıyla zilyedi olup, bunu üçüncü bir kişiye satıp devrettiği zaman güveni kötüye kullanma suçunu işlemiş olur. Bu durumda, saati devralan kişi iyiniyetli ise müsadere sözkonusu olmaz. Örneğimizde tamirci aynı zamanda satış acentesi ise ve saat de katalogunda bulunan yeni görünümlü bir saat ise alıcının saatin başkasına ait olduğunu bilebilecek durumda olmadığı söylenebilir.

Buna karşılık, iyiniyet bazı hallerde ani olarak değil, belirli bir sürenin geçmesi koşuluna bağlı olarak korunmaktadır.¹⁶¹¹ **Çalınma, kaybolma veya malikin (suçun mağdurunun) rızası dışında elinden çıkmış olan**¹⁶¹² para veya hamiline yazılı senet dışındaki taşınır bir malı, malik sıfatıyla davasız ve aralıksız bir biçimde beş yıl boyunca iyiniyetle zilyetliği altında tutan kişi (İyiniyetli üçüncü kişi) sürenin dolmasıyla o eşyanın mülkiyetini kazanır (TMK m.777). Bu koşulların gerçekleşmesi durumunda suçtan elde edilen taşınır eşya müsadere edilemeyecektir. Örneğin, çalınan bir mücevheri, bunu bilmeden veya bilebilecek durumda olmadan

inkar edemeyecekleri hallerde kime ait olursa olsun ve nerede bulunursa bulunsun müsadere olunur. Kocasakal, Karapara, s. 235

¹⁶¹⁰ Dural/Sarı, age, s. 220

¹⁶¹¹ Oğuzman/Barlas, age, s. 235

¹⁶¹² MK'nın 989/1 hükmüne göre "*Taşınır çalınan, kaybolan ya da iradesi dışında başka herhangi bir şekilde elinden çıkan zilyet (suçun mağduru) o şeyi elinde bulunduran herkese karşı beş yıl içinde taşınır davası açabilir*". Bu halde örneğin çalınan bir malvarlığı değeri bakımından kazanç müsadere sine hükmedilebilmesi için maddi menfaatin mağdura iade edilememesi gerekmekte olup (TCK m. 55/1 son), mağdurun Medeni Kanun'un 989/1 hükmü uyarınca fail veya üçüncü kişiye karşı taşınır davası açma imkanı bulunmaktadır. Failin eşyayı üçüncü kişiye devretmiş olması halinde, taşınır davası üçüncü kişiye karşı açılacaktır. Bu dava, eşyanın elden çıkmasından itibaren beş yıllık hak düşürücü süre içinde açıldığında artık üçüncü kişinin iyiniyeti korunmayacaktır. Bu halde, TCK 55/1 maddesinin son cümlesi gereğince müsadere de sözkonusu olamayacaktır. Buna karşılık, eşyanın rıza dışında elden çıkmasından itibaren beş yıldan daha fazla bir süre geçmişse suçun mağduru, taşınır davası açamayacağından "mağdura iade edilebilme" koşulu gerçekleşmemiş olur. Ancak bu halde üçüncü kişi iyiniyetli sayılacağından TCK'nın 55/3. maddesi gereğince yine malvarlığının kendisi bakımından müsadere mümkün olmayacaktır. Buna karşılık, TCK m. 55/2 gereğince eşdeğer müsadereye karar verilmelidir.

satın alan kişi, beş yıl boyunca durumu öğrenmeksizin, zilyetliğinde bulundurursa artık mülkiyet hakkı korunacaktır. Bu halde kazancı sonradan devralan kişi TMK'nın iyiniyetin korunmasına ilişkin hükmünden yararlanabileceği için taşınır malın kendisinin müsadereyi mümkün değildir. Müsaderenin imkansızlığı nedeniyle TCK'nın 55/2 maddesi uyarınca ancak müsadereyi istenen eşyanın eşdeğerinin (failin iyiniyetli üçüncü kişiye malı satması karşılığında elde ettiği değer) müsaderesine hükmedilecektir.

Buna karşın, üçüncü kişi, mücevheri kayıtlı bir kuyumcu dükkanından değil de, sürekli olarak suç eşyası alım-satımı yaptığı bilinen birinden almışsa veya kayıtlı bir mağazadan almakla birlikte beş yıl dolmadan önce C.Savcısı bunun suç kaynaklı olduğu gerekçesiyle müsadere davası açmışsa artık bu kişinin iyiniyetle hak kazanımı söz konusu olmayacaktır.

İyiniyetin kısmen korunduğu bir diğer durum ise, MK'nın 989.maddesinin 2.fıkrası uyarınca malikinin rızası dışında elinden çıkan **taşınır eşyanın üçüncü kişi tarafından “açık arttırmadan veya pazardan ya da benzeri eşya satanlardan iyiniyetle edinilmiş” olması** halidir. Bu halde iyiniyetli birinci ve sonraki edinenlere karşı taşınır davası, ancak ödenen bedelin geri verilmesi koşuluyla açılabilir. Fail, suçtan elde ettiği bir taşınır eşyayı örneğin antika bir vazoyu, bir antikacıya satmış olabilir. Müsadere kararı verileceği anda, sözkonusu vazoyu antika dükkanından almış olan kişinin iyiniyeti korunacaktır. Zira, bu durumda üçüncü kişinin vazonun, malikinin rızası dışında elinden çıktığını anlayabilmesi çok zordur, hatta neredeyse imkansızdır. Bu halde, eşyanın bu kişiden geri istenebilmesi ancak onun antikacıya ödemiş olduğu bedelin malik tarafından kendisine ödenmesi koşuluna bağlanmıştır. Bu halde kanaatimizce, üçüncü kişi (iyiniyetli alıcı) eşyanın suç kaynaklı olduğunu sonradan öğrense bile, eşyanın bedeli malik tarafından (suçun mağduru) kendisine geri verilmedikçe kazanç müsadereyi mümkün olmayacaktır. Ancak, malikin (mağdurun) dava açmaması veya iyiniyetli alıcının faile ödemiş olduğu bedeli ödemeyi reddetmesi durumunda alıcının iyiniyetine üstünlük tanınması ve suçtan elde edilen bu eşyanın müsadere edilememesi gerekir. Burada da TCK'nın 55/2 hükmü uyarınca eşdeğerin müsaderesine hükmedilmesi gerekecektir.

Taşınmazlar üzerinde mülkiyet ve diğer aynı hakların kazanılmasında iyiniyet belirli şartlarla tam koruma altındadır. TMK'nın 1023.maddesine göre “*tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya başka bir aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur.*” Görüldüğü gibi tapu sicilindeki kayıtlar gerçek

hak sahipliğini göstermese bile, bu kayıtlara güvenerek hak iktisap edenlerin iyiniyeti korunur. Bu itibarla tapuda bir taşınmazın maliki görünen kişinin gerçek hak sahibi olmadığını bilmeyen veya gerekli özeni gösterse bile, bilebilecek durumda olmayan kişi mülkiyeti kazanacaktır. Örneğin, bir dolandırıcılık çetesinin hazırladığı sahte vekaletname ile tapuda malik görünen kişinin taşınmazını devralan üçüncü kişi kendisinden beklenen özeni göstermesine karşın vekaletnamenin sahte olduğunu anlayabilecek durumda değilse iyiniyeti korunacaktır. Şöyle ki, tapuda malik görünen (A) adına (B) tarafından düzenlenmiş sahte bir vekaletname ile (C)'ye satış yapıldığında, satış işleminin tarafı olan (C) iyiniyetli olsa bile, iyiniyeti o an itibariyle korunmaz. Tapudaki tescil yolsuz olduğundan (C) ancak, taşınmaz üzerindeki zilyetliğini davasız ve aralıksız olarak on yıl süreyle iyiniyetle sürdürürse mülkiyet hakkını kazanabilir (TMK m. 712). Buna karşılık, tapuda yolsuz olarak hak sahibi görünen (C)'den taşınmazı devralan (D)'nin iyiniyeti o an itibariyle korunur ve (D) mülkiyet hakkını kazanır.

Alacak haklarının da kazanç müsaderesi kapsamında olduğu yukarıda belirtilmiştir. Bir kimseye, olmayan bir borcu kabul etmesini sağlamak amacıyla zorla senet imzalatırılması halinde, Borçlar Kanunu'nun 19.maddesinin 2. fıkrası gereğince *“Borçlu, yazılı bir borç tanımaya güvenerek alacağı kazanmış olan üçüncü kişiye karşı, bu işlemin muvazaalı olduğu savunmasında bulunamaz”*. Bu nedenle yazılı olan bu alacağı devralan kişinin de iyiniyetli olduğunu karine olarak kabul etmek gerekir. Zira, üçüncü kişi, alacağın varlığını gösteren metne güvenerek iyiniyetle devralmışsa hakkı korunacaktır.¹⁶¹³ Buna karşılık, üçüncü kişi senedi devraldığı kişinin bir mafya lideri olduğunu ve senedin yağması niteliğindeki bu eylemleri sıklıkla işlediğini biliyor veya durumun gereklerine göre bilebilecek durumda ise iyiniyetli olduğu söylenemeyecektir.

Karşılıksız kazandırmalar bakımından ise durum özellik arz etmektedir. Rıza dışında elden çıkan (suçtan elde edilen) eşyanın üçüncü kişi tarafından karşılıksız olarak kazanılmış olması halinde üçüncü kişinin iyiniyetli olduğu kabul edilebilecek midir? Örneğin failin, hırsızlık yaparak çalmış olduğu mücevherleri, ekonomik bakımdan zor durumda olan birine yardım amacıyla bağışlaması halinde müsadere mümkün olacak mıdır? Esasında medeni hukuk alanında iyiniyet ile hak kazanımı aynı hak ve sınırlı aynı hak kazanımı bakımından söz konusu olup, mülkiyet hakkının devrini sağlayacak olan bir satış sözleşmesi ile tek tarafa borç yükleyen bir

¹⁶¹³ Burada mutlak bir koruma ancak senedin hamiline yazılı olması halinde mümkündür.

bağış sözleşmesi açısından fark bulunmamaktadır. Failin, bir suçun işlenmesiyle elde edilen maddi menfaati bir başkasına bağış olarak devrettiği halde, lehine bağış yapılanın eşyanın zilyetliğini kazanmasından itibaren beş yıl boyunca iyiniyetli olması durumunda ortaya çıkan iktisadi değer üzerindeki mülkiyet hakkı korunacaktır. Bununla birlikte karma bağışlama türü işlemlerde somut olayın koşullarına göre iyiniyetin kalktığı iddiası ileri sürülebilir. Örneğin, gerçek değeri 100TL olan eşya üçüncü bir kimseye 20 TL'ye satıldığında geriye kalan 80 TL bakımından bağışlama iradesi bulunmaktadır. Bu şekilde rayiç değerinin altında satılan eşyanın suç kaynaklı olması halinde devralan kişinin bunu bilip bilmediği veya bilmesi gerekip gerekmediği araştırılır.

İsviçre Ceza Kanunu'na göre ise bağışlama halinde iyiniyetten söz edilememektedir. Nitekim kanunda, kazanılan değer rayiç bedelinin ödenip ödenmediğinin araştırılması gerekmektedir. Bu nedenle sadece karşılıksız kazandırmalar değil, malvarlığının rayicinin altında bedelle yapılan hukuki işlemler (karma bağışlar) de kanunkoyucu tarafından kötünüyetin göstergesi olarak kabul edilmektedir.¹⁶¹⁴ İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararına göre "*Gayrimenkulün üçüncü bir kişiye devri halinde (somut olayda sanık, gayrimenkulünü eşine bağışlamıştır), üçüncü kişinin suç örgütüne üye olduğundan şüphe edilmedikçe, tasarruf yetkisi sona erer. Üçüncü kişinin, devreden fiilen etkisi altında olduğu, örneğin bu kişinin denetimindeki bir perde-şirketin kullanıldığı hallerde de aynı durum söz konusudur. Her halde, üçüncü kişi, iyiniyetle ve uygun bir karşılıkla geçerli bir alım yapmışsa, müsadere uygulanamaz*".¹⁶¹⁵ İngiliz hukukunda da devrin şaibeli olması halinde kazanç müsadere edilmektedir (POCA 2002, 9. madde) Karşılıksız kazandırmanın şaibeli olarak nitelendirilebilmesi için kanuni karine öngörülmüştür. Buna göre sanığın, suçu yaşam tarzı haline getirdiğinin kabul edildiği hallerde soruşturmanın başlatılmasından geriye doğru altı yıl içinde yapılmış olan bütün bağışlar ile sanığın genel cezai eylemleri sonucu olarak veya onunla bağlantılı olarak elde ettiği veya elindeki bu tür bir malı doğrudan veya dolaylı olarak kısmen veya tamamen temsil eden bir mal olduğunun kanıtlanması halinde şaibeli

¹⁶¹⁴ Başka bir ifadeyle, İsviçre Kanunkoyucusu suç eşyasının bağışlanması halini iyiniyetin dışında bırakarak hayatın olağan akışında verdiğimiz örnekte olduğu gibi durumun olmayacağını kabul etmiştir. Bu anlayışa göre modern zamanlarda Robin Hood'ların varlığı sözkonusu değildir.

¹⁶¹⁵ TPF BB.2005.86 du 4 octobre 2005, c. 4.3 et 4.4 JdT 2008 IV p. 66; Bkz. Nadelhofer do Canto, age, s. 303

sayılmaktadır.¹⁶¹⁶ Öğretide bir görüşe göre, bağış yapılanın failin eşi, nişanlısı, çocuğu veya bir yakını olması halinde üçüncü kişinin iyiniyetli olduğu söylenemeyecektir.¹⁶¹⁷

Kanaatimize göre, suçtan elde edildiği anlaşılan bir eşya veya maddi menfaatin bağışlanmış olması veya bağışlananın failin yakın akraba veya tanıdığı olması veya hukuki işlemin karma bağış niteliğinde olması üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığı konusunda şüphe uyandırır da, tek başına üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığı anlamına gelmemelidir. Zira, tanıdık veya akraba olan üçüncü kişi fail tarafından aldatılmış olabilir. Örneğin, yurtdışından kaçak olarak getirdiği ve Türkiye’de kilidini kırdırılmadan kullanamayacağı cep telefonlarından birini akrabasına Türkiye’den aldığını söyleyerek ikinci el fiyatına satmışsa üçüncü kişi dolandırıcılık suçunun mağduru olup, kötünietinden bahsedilemez. Buna karşılık kayınbiraderinin sürekli kaçak mal getirip sattığını bilen bir kimsenin gerekli dikkat ve özeni gösterseydi telefonun kaçak olduğunu anlayabilecek olması nedeniyle iyiniyetli olmadığı söylenebilecektir. Üçüncü kişinin iyiniyetli sayılması halinde ise, bağışlanan maddi menfaat kendisinden istenemeyecekse de, bağışlama bir çeşit harcama sayılacağından 55.maddenin 2.fıkrası gereğince bunun değerinin failden alınması gerekir.¹⁶¹⁸

Medeni hukuka göre iyiniyetin mutlak korunduğu hallerde işlem anındaki iyiniyet yeterlidir, sonradan gelen kötüniet iyiniyeti ortadan kaldırmaz ve hak kazanımını engellemez.¹⁶¹⁹ Bu halde, kanunun kişiye ihbar yükümlülüğü getirdiği hallerde bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinin iyiniyetli olmama anlamına gelip gelmeyeceği sorusu akla gelmektedir. TCK’nın 166. maddesi gereğince “*Bir hukuki ilişkiye dayalı olarak elde ettiği eşyanın, esasında suç işlemek suretiyle veya suç işlemek dolayısıyla elde edildiğini öğrenmesine rağmen, suçu takibe yetkili makamlara vakit geçirmeksizin bildirimde bulunmayan kişi, altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.*” Bu itibarla, iyiniyetin mutlak olarak korunduğu hallerde üçüncü kişi hukuki ilişkiye dayalı olarak elde ettiği eşyanın suç ürünü olduğunu eşyanın mülkiyetini kazandığı anda bilmiyor ise iyiniyetli kabul edilecektir. Durumu öğrendikten sonraki kötüniet ise hak kazanımını

¹⁶¹⁶ Blackstone, s. 209

¹⁶¹⁷ Şen, TCK Yorumu, s. 181

¹⁶¹⁸ Bir görüşe göre yoksul ve suçla ilgisi olmayan üçüncü kişiye fail tarafından temin edilen maddi menfaat harcanmadan ele geçirilmişse müsadere edilecektir. Dülger İ., age, s. 159

¹⁶¹⁹ Dural/Sarı, age, s. 240

etkilemeyecektir. Öte yandan üçüncü kişi, durumu öğrenmesinden itibaren vakit geçirmeksizin yetkili makamlara haber vermediği takdirde başka bir suçun faili konumuna gelecektir.

d. Değerlendirme

Kazanç müsaderesi bakımından, “iyiniyet” kavramının eşya müsaderesinden farklı olarak Medeni Kanun’a göre gönderme yapılarak açıklanmasını çeşili açılardan eleştirsek de, bunun bir ihtiyacın sonucu olduğu da görülmektedir. Zira, iştirak ancak suçun tamamlanmasına kadar olan süreçte mümkün olduğundan burada suçun tamamlanmasından sonraya ilişkin bir değerlendirme yapılması gerekir. Bu itibarla, kazanç müsaderesi bakımından üçüncü kişinin sorumluluğun iştiraktan daha geniş olarak düzenlenmiştir. Örneğin, TCK’nın 282.maddesinin 2.fıkrasına göre suçun işlenmesine iştirak etmeksizin aklama suçunun konusunu oluşturan malvarlığı değerini, bu özelliğini bilerek satın alan, kabul eden, bulunduran veya kullanan kişi iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır. Bu halde üçüncü kişinin iyiniyet hükümlerinden yararlanması düşünülemez. Bunun dışında eşyanın suç kaynaklı olduğunu bilmemekle birlikte devreden yetkisiz olduğunu bilen kişi ile eşyanın suç kaynaklı olduğunu bilebilecek durumda olan kişi de iyiniyetli kabul edilemeyecektir.

İyiniyetin varlığı asıl olduğundan, eşyayı sonradan kazanan kişinin Medeni Kanun’un iyiniyete ilişkin hükümlerinden yararlanamıyor olduğunu ispat, iddia makamının görevidir. Bunun için hakim durumun gereklerini gözönünde bulundurarak üçüncü kişinin iyiniyetine ilişkin subjektif bir değerlendirme yapması gerekir. Üçüncü kişinin “kendisinden beklenen özeni gösterip göstermediği”, kişinin yaşı, eğitimi, yetenekleri gibi subjektif özellikleriyle durumun gerekleri karşılaştırılmak suretiyle belirlenebilir.

Yine durumun gereklerinin belirlenmesinde, yukarıda belirtilen kriterler, örneğin, üçüncü kişinin failin etkisinde bir kişi, bir tanıdık, akraba veya bir paravan şirket olup olmadığı, kişinin yasadışı faaliyetlerle meşgul olduğunun bilinmesi, devredilen şey karşısında rayicine uygun bir bedelin ödenip ödenmediği gibi hususlar somut olay bakımından iyiniyetin varlığına ilişkin değerlendirmede gözönünde bulundurulacaktır.

e. İyiniyet Kuralının Elkoyma Bakımından Uygulanıp Uygulanmayacağı Sorunu

Kazanç müsadere sine hükmedilebilmesi için “kazancı sonradan devralan kişinin Türk Medeni Kanunu’nun iyiniyete ilişkin hükümlerinden yararlanamıyor olması” (TCK m.55/3 hükmü) kuralının elkoyma bakımından da aranıp aranmayacağı, başka bir deyişle, üçüncü kişiye ait malvarlığına CMK’nın 128.maddesi uyarınca müsadere amaçlı elkoymanın mümkün olup olmadığı konusu öğretide tartışmalıdır. Tezin birinci bölümünde belirttiğimiz gibi, CMK’nın 123.maddesi gereğince delil niteliğindeki eşya ve malvarlığı şüpheli veya sanıktan başka birine ait olsa da elkoymanın konusu olabilir. Buna karşılık CMK’nın 128.maddesinin sadece belirli suçlar bakımından düzenlenmiş ve delil niteliğinden ziyade “müsadere amaçlı” özel bir elkoyma hükmü olması, konunun açıklığa kavuşturulmasını gerektirmektedir.¹⁶²⁰

Soruşturma konusu suçlardan elde edildiğine dair somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebebi bulunan hallerde taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoymayı düzenleyen CMK’nın 128. maddesinin 1. fıkrasında önce, bunların “*şüpheli ve sanığa ait*” olması aranmaktadır. Fıkranın 2. cümlesinde ise “*bu taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerinin şüpheli veya sanıktan başka bir kişinin zilyetliğinde bulunması halinde dahi elkoyma işlemi*” yapılabileceği düzenlenmiştir. Buna göre, şüpheli veya sanığa ait bir taşınmaz, hak veya alacağın üçüncü bir kişinin fiili hakimiyetinde olması elkoymaya engel teşkil etmez. Örneğin, uyuşturucu madde ticaretinden elde edilen gayrimenkulde kiracı oturduğu halde elkoyma yapılabilir. Buna karşılık, gayrimenkul bir başkasına kiralanmış değil de, tapuda devredilmiş olursa aynı sonuca varmak mümkün olur mu? Başka bir deyişle, bir soruşturma sırasında suç şüphesi altında olmayan kişiye ait malvarlığına elkonulabilir mi? Zira, Adalet Komisyonu raporunda ve maddenin gerekçesinde “*bu taşınmaz, hak, alacak*

¹⁶²⁰ Nitekim, yasakoyucu, müsadere edilecek malvarlığı değerlerine elkonulması koşullarını CMK’nın 128.maddesinde düzenlemiştir. Yasa’da gösterilen bu değerlere elkonulması, ancak yine yasada sayılan suçlar açısından mümkündür. 128.maddede sayılanlar dışındaki suçların soruşturma ve kovuşturulmasında elkoyma tedbiri, genel elkoyma hükümlerine göre yerine getirilir. Centel/Zafer, Genel, s. 401

ve diğer malvarlığı değerlerinin mutlaka şüpheli veya sanığa ait olması gerekmektedir”¹⁶²¹ şeklinde açıklama yapılması tartışma yaratmıştır.

Öğretide bir grup yazar kanunun gerekçesine itibar etmiş olsalar gerek ki, kanunun suçtan elde edilen ancak üçüncü kişiye ait olan malvarlığına elkonulmasını sınırlamadığı görüşündedirler. Yazarlara göre, CMK’nın 128. maddesinde sayılan *“suçlardan elde edilen hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerinin mutlaka şüpheli veya sanığa ait olması gerekmektedir. Bu kişilere ait olmayan malvarlığı değerlerine de elkonulabilir.”*¹⁶²² Başka bir deyişle, malvarlığı kime ait olursa olsun 128.madde uyarınca elkoyma mümkündür.

Öğretide, diğer bir grup yazara göre ise, kazanç müsadere bakımından düzenlenen iyiniyet karinesi, evleviyet ilkesi gereğince artık CMK’nın 128. maddesinde düzenlenen *“genişletilmiş elkoyma”* bakımından da geçerli olacaktır.¹⁶²³ Centel ve Zafer’e göre de *“iyiniyetli üçüncü kişilere ait olan eşyalara sadece delil olarak elkonulabilir”*.¹⁶²⁴ Buna göre müsadere bakımından iyiniyetli üçüncü kişiler korunduğuna göre elkoyma bakımından da iyiniyetin esas kabul edilmesi gerekir. Delil elde etme amacı dışında iyiniyetli üçüncü kişinin malvarlığına elkonulamamalıdır. Bu görüş, birinci görüşe göre üçüncü kişi bakımından korumayı genişleten bir düşüncedir. Buna göre, üçüncü kişi ancak kötüniyetli ise malvarlığına müsadere amaçlı elkonulabilecektir.

Ünver ve Hakeri’ye göre ise gerekçe hatalı olup, sözkonusu değerler başkasının zilyetliğinde olsa bile ancak şüpheli veya sanığa ait olması koşuluyla elkoymaya konu olabilecektir.¹⁶²⁵ Toroslu ve Feyzioğlu’ya göre de 128. maddede, suçtan elde edildiğinden şüphe edilen malvarlığı değerlerine elkonulması düzenlendiğine göre sadece şüpheli ve sanığın taşınmaz, hak ve alacaklarına

¹⁶²¹ CMK 128.maddesinin gerekçesinin açıklandığı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılması ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/535, 1/292), (Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu, 1.12.2004 Esas No: 1/535, 1/292, Karar no: 65) için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss698m.htm>

¹⁶²² Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, age, s. 450

¹⁶²³ Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, age, s. 584

¹⁶²⁴ Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2011, s. 389

¹⁶²⁵ Hakeri/Ünver, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 450.

elkonulabilir.¹⁶²⁶ Bu görüş de üçüncü kişinin malvarlığı bakımından mutlak bir koruma getirmektedir.

Kanaatimizce, iyiniyet kuralının elkoyma bakımından evleviyetle uygulanacağı düşüncesi, TCK'nın 55.maddesi ile de uyumludur. Kaldı ki, mülkiyetin sürekli olarak sona ermesine neden olan müsadere bakımından üçüncü kişinin hakkının korunması için iyiniyet aranırken, mülkiyeti geçici olarak ve tedbiren kısıtlayan elkoyma bakımından üçüncü kişinin hakkının mutlak olarak korunması çelişik bir durum gibi gözükebilir. Bununla birlikte, 128. maddenin özel bir elkoyma halini düzenlediği gözden kaçırılmamalıdır. Bir koruma tedbiri olarak 128. madde kanunilik ilkesine tabidir ve dar yorumlanması gerekir. Şöyle ki, 128. maddenin 1.fıkrasında suçtan elde edildiğine dair kuvvetli şüphe sebebi bulunması halinde taşınmaz, hak ve alacaklara elkoymanın ana kuralı olarak şüpheli veya sanığa ait olması belirtilmişken, ikinci fıkrada, istinai olarak “şüpheli veya sanıktan başka bir kişinin zilyetliğinde” bulunan eşya bakımından elkoyma düzenlendiğinden, “zilyetlik” ile malik dışında kalan fiili hakimiyet sahibi kişilerin kastedildiği şeklinde yorum yapılabilir. Kanımızca, Ünver ve Hakeri de, gerekçesini açıklamamakla birlikte ulaştıkları sonuç itibarıyla kanunilik ilkesinden hareket etmişlerdir. Nitekim, temel haklara olan etkisi nedeniyle, hangi hallerde ve kapsamda elkoyma yapılabileceğinin kanunda açıkça düzenlenmiş olması gerekir. 128. maddenin 1.fıkrasının son cümlesinde geçen “zilyetlik” ibaresinin bir an için üçüncü kişi maliki de kapsadığı düşünülebilirse de, maddenin ana kuralı koyan 1. cümle ile birlikte okunması gerektiğini düşünmekteyiz. Buna göre, müsadere amaçlı elkoyma için malvarlığının şüpheli veya sanığa ait olması gerekir. 2. cümledeki zilyetliğin ne anlama geldiği ise “şüpheli veya sanıktan başka bir kişinin zilyetliği” tamlaması içinde değerlendirilmelidir. Bu itibarla Medeni Kanun'a göre zilyetlik kavramı içinde malik sıfatıyla zilyet bulunsa da, burada “şüpheli veya sanıktan başka” nitelemesi ile malik dışındaki üçüncü kişilerin zilyetliği anlaşılmalıdır. Zira malik bir malını üçüncü kişiye kiraladığında asli zilyet olarak zilyetliği devam ederse de, devrettiği halde artık şüpheli veya sanığın asli zilyetliğinden sözedilemez. Bu durumda 2. cümledeki “zilyetlik” ibaresi ile sadece kiracı vs. gibi fiili hakimiyet durumu kastedilmektedir. Kanaatimizce hükmün gerekçesi de aksi yönde geniş bir uygulama için yeterli değildir.

¹⁶²⁶ Bkz. Toroslu/Feyzioğlu, age, s. 247

Sonuç itibariyle, 128. madde özel bir elkoyma hükmü olup kanunilik ilkesi gereğince dar yorumlandığında üçüncü kişinin malvarlığına delil elde etme amacı dışında elkonulamayacaktır. Böyle bir sonuç, özellikle aklamamanın mantığı gereği malvarlığının el değiştirmesi yoluyla müsadere den kaçırılmasına neden olabileceği gerekçesiyle eleştirilebilir. Aklama suçları malvarlığının kaynağını gizlemek amacıyla devir vs. işlemleri gerektirdiğinden aksi yöndeki kabul, suçla mücadele ve suçtan kaynaklanan zenginleşmenin giderilmesindeki kamusal menfaate aykırı düşecektir. Ne var ki, suçla mücadele amacıyla temel haklara müdahale niteliğindeki koruma tedbirleri bakımından kanunilik ilkesinden vazgeçilemez. Malın kaçırılması sakıncası bakımından ise müsadere edilecek malvarlığının bulunmaması halinde karşılık değerlerinin müsadere si öngörülmüştür. Yine de, bu sakıncanın giderilmesi için kanaatimizce CMK'nın 128.maddesinde yapılacak bir değişiklik ile, iyiniyetli olmayan üçüncü kişiye ait malvarlığına müsadere amaçlı elkonulması düzenlenmelidir.

6. Kazancın Belirlenmesi

Kazanç müsaderesinin uygulanabilmesi için suç yoluyla elde edilen kazancın belirlenebilir, hesaplanabilir bir kazanç olması gerekir.¹⁶²⁷ Ancak kanunda kazancın nasıl hesaplanacağı konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. 2014 yılında CMK'nın taşınmaz, hak ve alacaklara elkoymayı düzenleyen 128.maddesinde yapılan değişiklik ile “*Bu madde kapsamında elkoyma kararı alınabilmesi için ilgisine göre Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Sermaye Piyasası Kurulu, Mali Suçları Araştırma Kurulu, Hazine Müsteşarlığı ve Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumundan, suçtan elde edilen değere ilişkin rapor alınır. Bu rapor en geç üç ay içinde hazırlanır. Özel sebepler zorunlu kıldığında bu süre talep üzerine iki ay daha uzatılabilir.*” şeklinde bir hüküm getirilmiştir. Buna göre suçtan elde edilen değeri ilgili kurul hesaplayacaktır. Ancak, hesabın nasıl yapılacağına ilişkin bir belirleme henüz bulunmamaktadır. Bu nedenle kazanç müsaderesinin net olarak suçtan elde edilen yarar tutarında olup olmayacağı konusu tartışmalıdır.

¹⁶²⁷ Çevre suçlarında suçtan elde edilen bu kazanç genellikle bellidir. Şirketin yasadışı yoldan kurtulduğu atık miktarı, atığın niteliğine göre değişen arıtım ücreti ile çarpılıp elde edilen kazanç müsadereye tabi tutulabilecektir. Şirketin fabrikasının bacasından çıkan zehirli gazların arıtımı için şirketçe yapılması gereken fakat yapılmayan tesislerden geçen her gün için şirketin elde ettiği kar iktisadi anlamda hesaplanabilir niteliktedir. Bkz. Özcan, age, s. 174

Bir görüşe göre, bu konudaki boşluk yasakoyucunun bilinçli olarak yapmış olduğu bir tercihtir ve yerindedir. Amacı, özellikle suçtan elde edilen gelirin bir kazanç olarak görülmesinin engellenmeye çalışıldığı, sözkonusu gelirlerin diğer suçların finansmanını sağladığı, toplum ve kamu düzeni açısından büyük sorunlar oluşturan suçlarla mücadeledir. Aklama suçu da bunlardan bir tanesidir. Buna göre kazanç müsadereesine ilişkin hükmün uygulaması dikkatli ve adaletli olarak yapıldığında son derece olumlu ve amaca hizmet eden bir düzenlemedir.¹⁶²⁸

Bize göre ise müsadere istenen kazancın belirlenebilir bir kazanç olması gerekir. Bir suçtan kazanç elde edildiği sabit olmakla birlikte, bunun kişinin malvarlığının ne kadarını oluşturduğu hesaplanamıyorsa, tahmini bir değer hesabı yapılması orantılılık ilkesine ve genel müsadere yasağına aykırılık oluşturur. Bu nedenle kısmi bir tespit yapılmış ise o kısmın müsadereesine karar verilmelidir. Nitekim yasakoyucu bu ihtimali göz önünde bulundurarak ekonomik çıkar elde etmeye yönelik bazı suçlarda yüksek adli para cezaları getirmiştir.¹⁶²⁹ Bununla birlikte bu suçlarda gün para cezası biriminin yüksek olarak belirlenmesi, kazanç müsadereesine yer veren bir sistemde genel müsadereye varacak genişlikte bir uygulamaya neden olabilir.¹⁶³⁰ Bu nedenle para cezalarının da orantılı olması gerekir. Sonuç olarak, kazanç müsadereesinin haksız zenginleşmeyi giderme amacı göz önünde bulundurulduğunda kazancın net ilkesi uyarınca hesaplanması gerektiğini düşünmekteyiz.¹⁶³¹ Fail, malvarlığını müsadereeden kaçırmak amacıyla kasten ortadan kaldırmış ve kazanç bu nedenle belirlenebilir değilse, 55.maddenin 2.fıkrası uyarınca kazancın karşılığı bir para tutarı müsadere edilebilir.

Kazancın belirlenmesi bakımından diğer önemli tartışma konusu, suçun işlendiği tarihte elde edilmiş olan kazancın mı yoksa kararın verildiği tarihteki kazancın mı göz önüne alınacağıdır? Müsadereenin konusunun suçtan elde edilen gelir olduğu göz önünde bulundurulduğunda, suçun işlendiği anın esas alınmasının adalet duygusuna uygun olacağı düşünülebilir. Ancak böyle bir uygulama hayli karmaşık ve sorunlarla dolu olacak olup ticari hayatta önemli olan hukuki güvenlik

¹⁶²⁸ Dülger V., age, s. 644 vd.

¹⁶²⁹ Özgenç, Genel, s. 624, dn. 206; Dülger V., age, s. 646

¹⁶³⁰ Kocasakal, Karapara, s. 447; Mehmet Emin Artuk/Alı Rıza Çınar, "Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler", Türk Ceza Kanunu Reformu: İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar, Der: Teoman Ergül, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2004, s.75,76 s. 78); Kocasakal, Karapara, s. 447

¹⁶³¹ Bu konuda tartışma ve ayrım için bkz. Yukarıda "suç gelirinin brüt olarak hesaplanması sorunu".

ilkesiyle bağdaşmayacaktır.¹⁶³² Ayrıca böyle bir yorum hem müsaderenin amacına hem de yasaya aykırı olacaktır. Kazancın müsaderesinin öncelikli amacı suçtan elde edilen zenginleşmenin giderilmesi ve kazanç motivasyonunun da ortadan kaldırılmasıdır. Kazancı hesaplarken kazancı artırmak motivasyonu ile yapılan yatırımlar sonucu elde edilen karların hesaba katılmaması amaca ulaşmada yetersiz kalacaktır. Zira, ekonomik suçlarda kazancın kaynağını gizleme amacı çoğu zaman suçun işlenmesinden sonra kazancın değerlendirilmesi ve dönüştürülmesini gerektirmektedir. Kaldı ki, yasakoyucu 55.maddenin 1.fikrasının devamında değerlendirme ve dönüştürme sonucu elde edilen menfaatleri de kapsayan bir düzenleme getirmiştir. Sonuç olarak, kararın verildiği tarihteki kazanç esas alınmaktadır.

V. Eşdeğer Müsaderenin Koşulları

1. Kavram ve Terim Sorunu

Müsadere konusu eşyanın karar anında faile ait olması gerektiği yukarıda açıklanmıştır. Buna karşın, mahkeme kararı verilene kadar eşyanın müsaderesi çeşitli biçimlerdeki kullanımı veya üçüncü kişiye devri nedeniyle mümkün olmayabilir.¹⁶³³ İmkansızlık, eşyanın satılması, kaybedilmesi, imha edilmesi veya başka bir şeyle değiştirilmesi şeklinde olabilir. Örneğin yüksek gümrük vergisi oranı ile ithali mümkün olan siyah çayı, bu vergiyi ödemekten kaçınmak amacıyla, başka bir ürün adı altında ithal eden bir kişinin işlediği bu kaçakçılık suçu daha sonra anlaşıldığında eşya satılmışsa müsadere konusuz kalmış olacaktır.¹⁶³⁴ Böylelikle eşyanın bizzat kendisinin müsaderesi imkansız hale gelmiş olur.

Eşyanın müsaderesinin bu şekilde imkansız kılınmasına engel olmak amacıyla hukuk düzenlerinde önlem alma ihtiyacı duyulmuştur.¹⁶³⁵ Örneğin, İsviçre

¹⁶³² Özcan, age, s. 176

¹⁶³³ Sözüer, Alman, s. 400

¹⁶³⁴ Mustafa AKÇIL/Gümrük Başkontrolörü 5237 sayılı Türk Ceza kanununun müsadereye ilişkin hükümleri Gümrük Dünyası Dergisi sayı 46

¹⁶³⁵ Hukukumuzda bu yöndeki ilk düzenlemeye Osmanlı Kanunlarında rastlanmaktadır. Örneğin, 1840 tarihli Ceza Kanunnamesi'nin rüşvet (5.bölüm, 2.madde), hırsızlık (6.bölüm, 3.madde) gibi suçlardan elde edilen eşyanın ve hatta bunların bulunmaması halinde karşılık değerinin müsaderesi

Ceza Hukuku'ndaki "créance compensatrice" denilen usul orijinal malvarlığının ortadan kalkması, üçüncü bir kişiye devredilmiş olması veya tekrar ayıredilemeyecek biçimde karışmış olması halinde gündeme gelir (İsv.CK m.71). Alman Ceza Kanunu'nun 74c maddesine göre de suçun işlendiği anda fail ya da suç ortağına ait bir eşya veya hakkın bu kişiler tarafından müsadere kararından önce kusurlu bir biçimde yok edilmesi, değiştirilmesi, harcanması veya devri gibi hareketlerle elden çıkarılması halinde mahkeme, kusurun ağırlığını da dikkate alarak eşyanın değerini tespit eder ve failin bu meblağı ödemesine hükmedilir.¹⁶³⁶ Fransız hukukunda da müsadere aynen uygulanabileceği gibi eşyanın değeri üzerinden de uygulanabilir. Müsadere edilen şeyin değerine karşılık gelen meblağın elde edilmesi için gerektiğinde adli taziyeye ilişkin hükümlere başvurulabilir (Frs. CK m. 131-21§ 9).

765 sayılı Kanun'da konuya ilişkin bir düzenleme bulunmamakta olup, öğretide suçta kullanılan eşyanın satılması, satışından elde edilen değer bir yerde bloke edilmesi veya kaybedilmesi gibi, bulunamaması veya elkonulamaması hallerinde müsadereye hükmedilemeyeceği kabul edilmiştir.¹⁶³⁷ Uygulama da bu yönde gelişmiştir. Örneğin *"suçtan hasıl olan mahsulün müsadere için zaptedilmiş olması veyahut yediemine teslim edilmek suretiyle elaltında bulundurulması gerekir. Oysa sanığın suç sayılan (tarla) açma fiilinden dolayı sağladığı ürün hüküm tarihinden bir sene evvel kaldırılmış bulunmakla müsadere mümkün değildir"*¹⁶³⁸

öngörülmüştür. Benzer hükümler 1851 tarihli Kanun-u Cedid'in ilgili bölümlerinde (3.bölüm, 2. ve 8.maddeler) bulunmaktaydı. Kanun metinleri için bkz. Gökçen, Osmanlı ceza s. 99

¹⁶³⁶ Yenise/Plagemann, age, s. 109

Belçika Ceza Kanunu'nun 43bis maddesi, eşdeğer müsadereyi genelleştirmiştir. Buna göre, kanunun 42/3 maddesi uyarınca müsadere edilecek şeyin (suçtan elde edilen mameleki yararların, bunların yerine ikame olunan mal ve değerler ile, bu değerlerin yatırımından kaynaklanan gelirlerin) hükümlünün malvarlığında bulunmaması halinde hakim bunların parasal karşılığı olarak bir değer biçer ve müsadere bu şekilde bunlara eşdeğer bir para tutarı üzerinden gerçekleşir.

¹⁶³⁷ Erem, TCK Şerhi C.2, s. 387; Önder, s. 599; Gözübüyük, age s. 335; Turhan, age, s. 127; Öztürk, s.87; Çağlayan, age, s. 290

Ancak özel kanunlarda ayrı düzenlemeler örneğin 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet Ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'nun 14. maddesine göre "Haksız edinilmiş olan malların zoralarına hükmolunur. Bu malların elde edilememesi veya bir malın tümünün haksız mal edinme konusu teşkil etmemesi sebepleri ile zoralarının mümkün olmadığı hallerde haksız edinilen değere eşit bedelinin hazineye ödenmesine karar verilir. Bu bedel, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Hükümlerine göre tahsil olunur"

¹⁶³⁸ YCGK, 09.02.1976, 11/44. Benzer biçimde Y3CD, 31.11.1968, 203446/1855: "Orman Kanunu'nun 84.maddesi gereğince zaptolunan nakil aracı duruşma sonuna kadar geçici olarak sahiplerine iade edilmesi halinde de nakil araçlarının müsadere karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde kefalet parasının orman idaresi lehine gelir kaydı cihetine gidilmesi bozmayı gerektirmiştir." Orman Suçlarına bakan 3.Ceza Dairesi'nin kararının dayanağının eski TCK değil, 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 84.maddesi olduğuna dikkat çekmeliyiz. Bu madde elkonulduktan sonra teminat karşılığı iade edilen eşyanın müsadere edilmemesi halinde bu eşyanın bedelinin hazineye irat kaydına karar verilmesine imkan vermektedir. Gedik, s 131

şeklinde karar verilmiştir. Bununla birlikte, az da olsa aksi yönde kararlara da rastlanmıştır.¹⁶³⁹ 19.11.1996 yılında yayımlanarak yürürlüğe giren 4208 sayılı Kanun'un 7.maddesinde ise aklama suçu bakımından *“karapara kapsamındaki değerler ile bunların ele geçirilememesi halinde bunlara tekabül eden malvarlığının müsadereesi”* düzenlenmiştir. 2000’li yıllardan itibaren ise, kanunda genel bir hüküm bulunmamasına karşın müsadereye tabi eşyanın satılması halinde bunların değerlerinin müsadere edilebileceği yönünde kararlar verilmeye başlanmıştır.¹⁶⁴⁰ 2005 yılında 5237 sayılı TCK’nın yeni müsadere düzenlemesi kapsamında, müsadereenin imkânsızlaştırılmasını önlemek amacıyla 54.maddenin 2. fıkrası ve 55.maddenin 2.fıkrası kaleme alınmıştır. Böylelikle eşdeğer müsadere sadece aklama suçları bakımından değil, tüm suçlar bakımından uygulanır hale getirilmiştir.

54.maddenin 2. fıkrasına göre *“Birinci fıkra kapsamına giren eşyanın, ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsaderesinin başka bir surette imkansız kılınması halinde; bu eşyanın değeri kadar para tutarının müsaderesine karar verilir”*. 55.maddenin ikinci fıkrası ise, *“Müsadere konusu eşya veya maddi menfaatlere elkonulmadığı veya bunların merciine teslim edilmediği hallerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsaderesine hükmedilir.”* şeklinde daha farklı ifade edilmiştir. Bununla birlikte fıkranın gerekçesinde *“Düzenleme ile getirilen diğer bir yenilik, kaim değer in müsaderesidir. Buna göre,*

¹⁶³⁹ “...artık idarenin zapt ve tasarrufu altında bulunmayan ve satılarak üçüncü şahsa yasal olarak geçmiş bulunan, suçta kullanılan at hakkında zorarlma karar verilmesi yasaya aykırıdır. Ancak, atın emanete alınan satış bedelinin hazineye gelir kaydı ile yetinilmesi gerekir” (YCGK,19.04.1993, 73-106)

¹⁶⁴⁰ “Mahkemece kabul edilen suç vasfına ve sanıkların cezalandırılmış bulunmalarına göre nakil suçunda kullanılan ve plakası belirlenen traktörlerin suç tarihinde ve halen kimin adına kayıtlı olduğu ve trafik kaydına suçta kullandıklarına dair şerh verilip verilmediği Trafik Tescil ve Denetleme Şube Müdürlüğü’nden sorularak suç tarihinde sanıklar adına kayıtlı oldukları ve trafik kaydına satılmaz şerhi verildiğinin belirlenmesi halinde müsaderelelerine karar verilmesi gerektiği ve suç tarihinden sonra satış yolu ile usulüne uygun olarak mülkiyetlerinin devredilmiş olduğunun tespit halinde ise alıcı kişilerin iyi niyetli olduklarının belirlenmesi halinde ise traktörlerin suç tarihindeki rayiç değerlerinin sanıklardan tahsiline karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi” bozmayı gerektirmiştir (Y3CD, 11.02.2002, 806/1132).

“Olay tarihinde sanık ile kardeşleri adına kayıtlı olup orman arazisinin sürülmesinde kullanılan 23.7.1996 tarihli suç tutanağı ve 1.8.1996 tarihli mukavemet tutanağına göre teslim edilmemesi nedeniyle zapt edilmediği kötü niyetli sanık tarafından suç tarihinden sonra 20.8.1996 tarihinde noter senediyle sanıkla akrabalık bağı bulunmayan üçüncü bir şahsa satıldığı dosya kapsamından anlaşılan 18 849 plakalı ve teknik özellikleri belirlenen traktörün suçta kullanıldığı trafik siciline şerh edilmemesi sebebiyle 3. şahıslara satışından dolayı müsadereesi Ceza Genel Kurulunun 19.4.1993 tarih, 93/3-73 E ve 93/106 K. sayılı içtihadıyla mümkün olmamakla beraber 20 Ağustos 1996 tarihli Noter senedinde belirtilen satış bedelinin sanıktan tahsiline karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması, Bozmayı, gerektirmiş müdahil idarenin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülüş olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı (BOZULMASINA) kararı verilmiştir (Y3CD, 03.10.2000, 9706/12082).

müsadere konusu ekonomik değerin harcama, imha, tüketme gibi hareketlerle müsaderesinin imkansız kılınması hâlinde, karşılığı para tutarının müsaderesine karar verilecektir” ifadesi ile aslında iki hükmün benzer olduğu ve amacın, eşya veya malvarlığı değerinin kendisinin müsaderesinin herhangi bir biçimde imkansızlığının önlenmesi olduğu açıklanmıştır.

Buna karşılık öğretide ve uygulamadaki bazı yazarların, müsaderesi istenen eşya veya kazancın ortadan kalkması halinde eşdeğerinin müsaderesi için farklı kavramlar kullandıkları görülmektedir. Dönmezer ve Erman, müsaderesine karar verilen şeyin sanık tarafından yok edildiği hallerde, değerine muadil bir değer müsaderesini “*muadil şeyin müsaderesi*” olarak adlandırmaktadırlar. Özellikle kaçakçılık suçları bakımından sözkonusu olabilecek bu uygulamanın adeta “*farazi bir müsadere*” olduğu da belirtilmektedir.¹⁶⁴¹ Bu tür müsadere Fransız öğretisinde de “*confiscation fictive*” (farazi müsadere)¹⁶⁴² ve “*sorte d’amende supplémentaire*” (bir çeşit para cezası)¹⁶⁴³ olarak adlandırılmaktadır. Uygulamada da “*itibari değer müsaderesi*”,¹⁶⁴⁴ “*eşya bedeli müsaderesi*” veya “*ikame değer müsaderesi*”¹⁶⁴⁵ kavramları kullanılmaktadır.

5237 sayılı TCK’dan sonra ise, öğretide 54.maddenin 2. fıkrasının “eşdeğer müsadere” ve 55.maddenin 2. fıkrasının ise “kaim değer” müsaderesi biçiminde farklı adlandırılması biçiminde genel bir eğilim görülmektedir. “Kaim değer”, ortadan kalkan şeyin yerine geçen ve onun yerini alan parasal kıymet anlamına gelmekte iken¹⁶⁴⁶ “eşdeğer” değer yönünden birbirine eşit olan anlamına gelmektedir.¹⁶⁴⁷ Bu şekilde farklı kavram kullanan yazarların gerekçesi, 54.maddenin 2. fıkrasının uygulanabilmesi için müsaderesi imkansız hale gelen eşya yerine failin malvarlığına başka bir değer dahil olmasının gerekli olmamasına karşılık; 55.maddenin 2. fıkrası bakımından karşılık değer varlığının aranması olarak ifade

¹⁶⁴¹ Dönmezer/Erman, C.II, no: 1564bis, s. 715

¹⁶⁴² M.Danti-Juan, Les Infractions De Peche Et Leur Répression, Revue De Droit Rural, 1988, no: 165, p.344, no:6

¹⁶⁴³ Bernard Bouloc, Pénologie, s. 41.

¹⁶⁴⁴ Yaşar/Gökcan/Artuç, age, s. 1752

¹⁶⁴⁵ Tan, age, s. 2052

¹⁶⁴⁶ Yılmaz E., s. 430

¹⁶⁴⁷

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5260cf62775c27.24011204. Dülger’e göre “eşdeğer müsadere” daha doğru bir kavramdır. Dülger V., age, s. 639

edilmektedir.¹⁶⁴⁸ Gereğe bakıldığında ise m. 54/2 bakımından bir adlandırma yapılmamışken, m. 55/2 bakımından “kaim değerin müsadere” ifadesinin kullanıldığı görülmektedir. Ancak, 55.maddenin 2. fıkrasının gerekçesinde kaim değer ifadesi kullanılmış olmasına karşın, her iki fıkranın kanunda düzenleniş biçimi ele alındığında, bu iki kavramın gerek anlam gerekse nitelik olarak birbirinden farklı olmadığı anlaşılmaktadır.¹⁶⁴⁹ Her iki fıkra bakımından da müsadere imkanı bulunmayan eşya veya kazancın yerine ikame bir değerin edinilmiş olmasının aranmadığı görülmektedir. Zaten, suç nedeniyle failin malvarlığına girmiş olan değerin yine failin iradi hareketi ile elinden çıkması halinde ortada edinilmiş bir malvarlığı yok gibi görünse de, esasında failin bir süreliğine de olsa fayda sağladığı bir menfaat sözkonusudur. Örneğin, bankadan çalmış olduğu tüm para ile dünya turu yapan failin müsadere kararı verildiği andaki malvarlığı suç öncesindeki ile aynı olmuş olsa da, yapmış olduğu tur maddi değeri olan ve suçu işlemiş olmasaydı faydalanamayacak olduğu bir menfaattir. Bu nedenle failin malvarlığında artık bulunmayan malvarlığı değeri yerine ek bir malvarlığı değerinin ortaya çıkmasının aranmasına gerek bulunmamaktadır. Harcanmış, tüketilmiş veya imha edilmiş olsa da suçtan failin ekonomik anlamda faydalandığı bir menfaat ortaya çıkmıştır. Eşya müsadere bakımından da durum benzerdir. Cezai yönü ağır bastığından eşyanın kusurlu olarak elden çıkarılması şartıyla malvarlığına karşılık bir değerin girmesine gerek bulunmamaktadır. 54.maddenin 2.fıkrasının uygulanabilmesi için müsadereye tabi eşyanın müsadere sinin herhangi bir sebeple mümkün olmaması yeterlidir. Suçta kullanılan arabanın yanması da bu kapsamdadır. Bu örnekte kişinin malvarlığına yanan aracına karşılık herhangi bir değer girmemektedir. Buna rağmen kişi arabanın karşılığı olan para tutarını ödemek zorundadır.¹⁶⁵⁰

Sonuç olarak, gerek m. 54/2 gerekse m. 55/2 esasında müsadere si gereken malvarlığının bulunmaması halinde uygulanacak ikincil nitelikte birer hükümdür. Her iki maddenin uygulanabilmesi için eşya veya kazancın bizzat kendisinin müsadere imkanı kalmaması yeterli olup, kaybolan malvarlığı yerine failin malvarlığına başka bir değerin girmiş olması gerekli değildir. Bu nedenle öğretisi ve

¹⁶⁴⁸ Özellikle bkz. Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, age, 594

¹⁶⁴⁹ Benzer yönde Dülger İ., age, s. 36

¹⁶⁵⁰ Bu nedenle arabayla işlenen bir suç bakımından arabanın müsadere edilememesi halinde, ederi kadar parasının müsadere edilmesinin kusur ile yaptırım arasında orantılılık ilkesini kısmen zedelediği belirtilmektedir. Pradel Jean, **Droit Penal General**, Cujas, 2002-2003 (Droit pénal), s. 646; Dönmezer ve Erman'a göre de bu tür müsadereye kusur ile müeyyide arasında bulunması gereken orantılılık koşulu sağlanmamaktadır. Bkz. Dönmezer/Erman., C.II, no: 1564bis, s. 715

uygulamada iki madde için farklı kavramlar kullanılması yönündeki eğilime karşılık, bu çalışmada, ortadan kalkan eşya veya malvarlığının değerinin ödenmesinden ibaret sözkonusu hükümler için, “eşdeğer müsadere” kavramının kullanılması tercih edilmiştir.

2. Koşulları

a. 54. Maddenin 2. Fıkrasına Göre Eşdeğer Müsaderenin Koşulları

(i) 1. Fıkra Kapsamında Bir Eşyanın Bulunması: TCK'nın 54.maddesinin 2.fıkrasının uygulanabilmesi için öncelikle 54.maddenin 1. fıkrasındaki koşulların oluşması gerekir. Bir başka deyişle, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan, tahsis edilen veya suçtan meydana gelen bir eşya veya suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan tehlikeli bir eşyanın varlığı aranmaktadır. Orman yakma suçunda yakılan ağaçların ortadan kalktığından bahisle müsaderesi sözkonusu olamaz.¹⁶⁵¹ Zira, ağaçlar suçta kullanılan, suça tahsis edilen, suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan veya suçtan meydana gelen eşya değildir.

Böyle bir eşya sözkonusu değilse, TCK m. 54/2'nin uygulanması da sözkonusu olmayacaktır. Şöyle ki; 1.fıkranın düzenleniş biçiminden, eşyanın elden çıkması, ortadan kaldırılması veya müsaderesinin başka bir surette imkansız kılınması halleri ile eşyanın fail tarafından ortadan kaldırılmasından kaynaklı fiilli imkansızlıkların kastedildiği anlaşılmaktadır. Bu tür müsadere bakımından, ortadan kalkan eşya yerine kişinin malvarlığına herhangi bir başka eşyanın dahil olup olmadığına bakılmaz. Kanunda böyle bir koşul aranmamaktadır.¹⁶⁵² Ancak elden çıkarma halleri satış şeklinde de olabileceğinden bu halde failin malvarlığına bir değer girmiş olması da mümkündür.

Birinci fıkra kapsamında olmayan “konusu suç oluşturan eşya” (TCK m. 54/4) nın müsaderesinin imkansız olması halinde değeri kadar bir para tutarının

¹⁶⁵¹ Bir olayda ilk derece mahkemesi 54/2.maddesi uyarınca eşdeğer müsadereye karar vermiş, ancak karar başka bir gerekçeyle bozulmuş, fail şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince beraat etmiştir. YCGK, 04.04.2006, 2006-3-35, 2006-97

¹⁶⁵² Öğretide birçok yazar, TCK 54/2 gereğince suç eşyanının bulunamaması halinde bunun yerine geçen değerlerin müsadere edileceğini ifade etmektedirler. Bkz. Dülger V., age, s. 636. Ne var ki, kanunda böyle bir ifade bulunmamaktadır.

müsaderesi sözkonusu değildir. Örneğin, bir kimse ürettiği sahte rakıyı içmiş veya yetiştirdiği keneviri kullanmış ise eşdeğer müsadere sözkonusu olmayacaktır. Kanımızca bunun nedeni, bu tür eşyanın ortadan kalkması halinde eşyanın tehlikeliliğinin de ortadan kalkmasıdır.

54.maddenin 2. fıkrasının doğrudan 1. fıkradaki eşyaya yapmış olduğu yollama nedeniyle “suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan tehlikeli eşya”nın müsaderesinin mümkün olmaması halinde de para olarak karşılığının müsadere edileceği düşünülebilir. Ancak, suçun icra hareketlerinin dahi başlamadığı bu aşamada ortadan kalkmış olan eşyanın tehlikeli olmasından söz edilemeyeceğinden değeri kadar paranın müsadere edilmesi tedbir amacı ve görüşüyle bağdaşmaz. Öğretide de 1.fıkraya yapılan yollamanın “suçla ilgili eşya” bakımından yapıldığı ve eşdeğer müsaderenin “suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya” bakımından uygulanmayacağı ifade edilmektedir.¹⁶⁵³

Yine 2. fıkranın (“birinci fıkra kapsamına giren eşya” ibaresiyle), 1. fıkraya yaptığı gönderme nedeniyle eşdeğer müsaderenin, suçla bağlantılı olan eşyanın iyiniyetli üçüncü kişiye ait olması halinde uygulanamayacağı sonucu çıkmaktadır. Zira, “birinci fıkra kapsamına giren eşya” iyiniyetli üçüncü kişiye ait olmayan eşyadır. Bu halde failin suçta kullandığı eşyanın iyiniyetli üçüncü bir kişiye ait olması nedeniyle müsadere imkansız hale gelmesine karşın, failden bu eşyanın karşılığı para tutarı istenemeyecektir. Oysa 54.maddenin 2. fıkrası imkansızlık hallerini “eşyanın ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi” olarak saydıktan sonra “veya müsaderesinin başka bir suretle imkansız kılınması” ifadesiyle devam ederek sınırsız biçimde düzenlemiştir. Kaldı ki, failin eşyayı müsadereden kaçırmasını engellemek için getirilmiş olan ceza niteliğindeki bu düzenlemenin eşyanın suçta kullanıldıktan sonra üçüncü kişiye devredilmesi halinde de uygulanabilmesi gerekir. Burada 1.fıkra ile 2.fıkranın çeliştiği görülmektedir. Kanundaki çelişkinin giderilmesi bakımından, suçta kullanılan ve başkasına ait olduğu için müsadere edilemeyen eşyanın değeri kadar para tutarının da müsaderesine karar verileceği açıkça düzenlenmelidir.¹⁶⁵⁴ Üçüncü kişinin iyiniyetli olmaması halinde ise müsadere hukuken mümkün olduğundan TCK m. 54/2 değil, m. 54/1 uyarınca müsadere gerçekleştirilecektir.

¹⁶⁵³ Hafizoğulları/Özen, s. 502; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, age, s. 594

¹⁶⁵⁴ Değişiklik yapılması gerektiği yönünde Bakıcı, Genel, s. 1242

(ii) *Eşyanın Müsaderesinin Fail Tarafından İmkansız Kılınması*: Eşdeğer müsaderenin uygulanabilmesi için 54.maddenin 1. fıkrası kapsamındaki eşyanın “ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsaderesinin başka bir suretle imkansız kılınması” gerekir. Kanunkoyucu imkansızlık hallerini önce örneğe yoluyla saymış, devamında ise “veya müsaderesinin başka bir suretle imkansız kılınması” ifadesini kullanarak sınırsız biçimde düzenlemiştir.

Bu nedenle eşyanın yanması, zarar görmesi gibi failin iradesi dışındaki hallerde de eşdeğer müsaderenin uygulanabileceği düşünülebilir. Ancak, böyle bir yorum kusur ilkesine aykırı olacaktır. Mevzuatın Ceza Kanunu’na göre de eşyanın failin kusuru ile ortadan kaldırılması gerekmektedir.¹⁶⁵⁵ Alm. CK’nın 74c maddesine göre buradaki kusur müsadereyi engellemek şeklindeki özel bir kasttır. Hukukumuzda ise failin kusuruna işaret edilmediği gibi özel bir amacının bulunması da aranmamaktadır. Sanık, suçta kullandığı başkasına ait bir eşyayı yargılamada delil olmaması amacıyla yok etmişse yine karşılığı para tutarı 54.maddenin 2.fıkrası uyarınca kendisinden alınabilir. Ancak kusur unsuru mutlaka aranmalıdır.

Müsaderenin imkansızlığı eşyanın ortadan kaldırılması, tüketilmesi, elden çıkarılması veya başka bir şekilde olabilecektir. Yargıtay bir kararında imkansızlığa örnek olarak, eşyanın satılamaz şerhi konulmasına dair kararın yerine getirilmediğinden dolayı üçüncü kişiye satılmış olmasını imkansızlık olarak değerlendirmiştir.¹⁶⁵⁶ Eşya mevcut olmakla birlikte belirlenebilir değilse, yine müsaderenin imkansızlığı nedeniyle 2. fıkra uygulanabilir. Bu nedenle örneğin, plakası sökülüp teşhis edilemez hale getirilen araçla bir kimseye çarparak kaçmak suretiyle ölümüne neden olma halinde, araç ele geçirilememişse aracın değeri bilirkişi marifetiyle tespit edilip bu değer tutarında bir meblağ müsadere

¹⁶⁵⁵ Alman Ceza Kanunu’nun 74c maddesine göre “fail veya şerik, fiilin işlendiği sırada kendisine ait olup veya üzerinde hak sahibi olduğu için müsaderesine karar verilebilecek olan eşyayı, eşya müsaderesi kararı verilmezden önce değerlendirir, özellikle satar veya tüketir veya eşyanın müsadere edilmesini başka bir şekilde engellerse, bu takdirde mahkeme fail veya şerik hakkında, eşyanın değeri kadar bir para tutarının eşya müsaderesine tabi olmasına karar verebilir.” Maddenin çevirisi için bkz. Yenisey/Plagemann, age, s. 114

¹⁶⁵⁶ “29.5.2002 tarihli ara karar ile sanık A.E. adına kayıtlı taşınmaz üzerine satılamaz şerhi konulduğundan bahisle 54.madde gereğince müsadere kararı verilmiş ise de: dosya içerisinde mevcut, ...da yer alan ...taşınmazın 20.7.1999 tarihinde malik olan sanık A. tarafından üçüncü şahsa satıldığı belirtilerek satılamaz şerhi konulmasına ilişkin kararın yerine getirilmemiş olmasına göre: bu taşınmazın müsaderesi konusunda 5237 sayılı TCK’nın 54.maddesinin ikinci fıkrası uyarınca taşınmazın değeri kadar para tutarının müsaderesine karar verileceğinin gözetilmemesi yasaya aykırıdır” (Y10CD, 22.6.2006, 2006/5364-84979).

edilebilecektir.¹⁶⁵⁷ Ancak bu durum, gerek kolluğu gerekse yargılama makamlarının kolayca kaçıp müsadereye tabi eşyanın bizzat kendisinin araştırılmasından vazgeçirmeye sebep olmamalıdır. Eşdeğer müsadereenin tali niteliği unutulmamalıdır. Aksi yöndeki uygulama, bir şekilde suçla bağlantılı olan eşyanın (verilen örnekte arabanın) başka suçların işlenmesinde kullanılmasına neden olabilecektir. Verilen örnekte plakası sökülen araç, bu işlerle uğraşan birine satılıp parçalara ayrılacak, bu parçalar da yine hukuka aykırı biçimde piyasada dolaşmaya devam edecektir. Özellikle tehlikeli eşyanın ele geçirilmesi için kollukça yeterli araştırma yapılmalıdır.

Eşdeğer müsadere, suçla ilgili eşyanın bir şekilde ele geçirilememesi hali için düzenlenmiş olup, eşyanın emanete alındığı veya yediemin sıfatıyla birine teslim edildiği durumlarda müsadere edilmesi gerekir.¹⁶⁵⁸ Burada da imkansızlık sözkonusu değildir.

Bu koşullar oluştuğu takdirde failin yükümlülüğü mahkemece belirlenen belli bir para tutarını devlete ödemek biçiminde olacaktır.¹⁶⁵⁹ Örneğin; olayda kullanılan ateşli silahın bulunmaması halinde bedeli kadar bir meblağ ödenecektir. Bu sadece para olabilir, parası olmayan bir fail silah değerinde başka bir eşyanın müsadere edilmesini kural olarak sağlayamaz. Ancak bu halde müsadereenin infazı tamamen imkansız hale gelmemektedir.¹⁶⁶⁰ Suç Eşyası Yönetmeliği'nin 16/f maddesine göre paranın tahsili 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkındaki Kanun'a göre yapılır.¹⁶⁶¹ Bu kapsamda müsadere edilemeyen eşya ve malvarlığı değerlerinin karşılığının haciz yoluyla tahsili mümkündür.

¹⁶⁵⁷ Yaşar, age, s. 1771

¹⁶⁵⁸ “Yedieminde mevcut nakil aracının teminat karşılığı ve muhafaza kaydıyla samığa teslim edildiği nazara alınarak müsadereesine hükmedilmesi yerine araç değerinin katılan lehine gelir kaydına karar verilmesi, (Y3CD, 16.04.2007, 8477-3433)

¹⁶⁵⁹ Kaim değerinin hesaplanması konusunda 5607 sayılı Kaçakçılık Kanunu'nda bir hüküm bulunmaktadır. 14. maddeye göre Bu Kanunda tanımlanan suçlar ve kabahatler dolayısıyla müsadere veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımlarının konusunu oluşturan eşyanın kaim değerinden, bu eşyanın gümrüklenmiş değeri anlaşılır. Kanununun 2. maddesine göre ise Gümrüklenmiş değer: Uluslararası kıymet sözleşmesine göre belirlenecek; ithal eşyası için eşyanın CIF kıymeti ile gümrük vergileri toplamını, ihraç eşyası için FOB kıymeti ile gümrük vergileri toplamını ifade eder.

¹⁶⁶⁰ Bu halde müsadereenin infazının mümkün olmayabileceği yönünde bkz. Şen, Yeni TCK, s. 179

¹⁶⁶¹ “Müsadere konusu eşya veya maddî menfaatlere el konulmadığı veya merciine teslim edilmediği hâllerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsadereesine ilişkin verilen kesinleşmiş karar örneği mahkemesince doğrudan bulunduğu yerin en büyük malmemurluğuna gönderilir. Bu kararların infazı, 21/07/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre yapılır.”

b. 55. Maddenin 2. Fıkrasına Göre Eşdeğer Müsaderenin Koşulları

(i) Kazanç Müsaderesinin Koşullarının Oluşması

55.maddenin 2. fıkrasında (m. 54/2'den farklı olarak) 1. fıkra yollama yapılmamaktadır. Bununla birlikte 2. fıkra göre “*müsadere konusu eşya ve maddi menfaatlere elkonulmadığı veya bunların merciine teslim edilmediği hallerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsaderesine hükmedilir*” şeklindeki düzenlemede yer alan “müsadere konusu eşya ve maddi menfaatler” ibaresi ile 1.fikra kapsamına işaret edildiği anlaşılmaktadır. Nitekim, eşdeğer müsadere ile kazancın eksiksiz olarak failden alınması amaçlanmaktadır. Ancak bunun için öncelikle kazanç müsaderesinin koşullarının gerçekleşmesi, buna rağmen kazancın bizzat müsaderesinin mümkün olmaması gerekir. Örneğin üçüncü kişinin öncelikli hakları korunmalıdır.¹⁶⁶²

O halde, öncelikle suçtan belli bir menfaat elde edilmiş olması gerekir. Failin suçtan elde ettiği maddi menfaati değerlendirmesi ve dönüştürmesi sonucu elde ettiği dolaylı kazancın da müsaderesi imkansız kılınmış ise, karşılık değeri kendisinden alınmalıdır. Örneğin, çaldığı parayla aldığı evi yakan veya bir başkasına bağışlayan kişi eşdeğer müsadereden kaçınamayacaktır. Eşdeğer müsaderenin amacı gözönünde bulundurulduğunda, kazancın doğrudan veya dolaylı olması arasında kanaatimizce bir fark bulunmamaktadır.

Yine kazanç müsaderesine hükmedilebilmesinin öncelikli koşulu, maddi menfaatin mağdura veya suçtan zarar görene iade edilemiyor olmasıdır. Suçtan mağdur olanın belirlenebildiği durumlarda 55.maddenin 2. fıkrası uygulanamaz.¹⁶⁶³ İade mümkün olduğu takdirde kazanç müsaderesine hükmedilememesi, mağdurun hakkının öncelikle korunması amacına dayanmakta olup kanuni bir koşuldur. Bu durumun failin kusuruna dayanan bir imkansızlık olmayacağı açıktır. Bununla birlikte örneğin mağdur belli olmadığından iade imkanı bulunmuyorsa, ancak fail gayri meşru kazancı harcamışsa bu halde 2.fıkra göre eşdeğeri kendisinden alınacaktır.

(ii) Kazancın Müsaderesinin İmkansız Kılınması

¹⁶⁶² Satzger, age, s. 37

¹⁶⁶³ Y5CD, 14.12.2007, 113-503

55.maddenin 2. fıkrası uyarınca eşdeğer müsadere “*müsadere konusu eşya veya maddi menfaatlere elkonulamadığı veya bunların merciine teslim edilmediği hallerde*” uygulanabilir. Kanunun ifadesi imkansızlık hallerinin sınırsız olduğu izlenimini verse de, aşağıda açıklanacağı gibi imkansızlık ancak eşyanın failin kusuruyla ortadan kalktığı hallere ilişkin olarak kabul edilmelidir. Nitekim, gerekçede imkansızlık “*müsadere konusu ekonomik değer in harcama, imha, tüketme gibi hareketlerle müsaderesinin imkansız kılınması hâli*” olarak 54.maddenin 2. fıkrasına benzer biçimde açıklanmıştır.¹⁶⁶⁴

Eşya veya maddi menfaatin “merciine teslim edilmediği haller”, CMK’nın 123.maddesi uyarınca “müsadereye tabi olması nedeniyle muhafaza altına alınması gerekmesine rağmen yanında bulunduran kişinin rızasıyla teslim etmediği” haller olarak anlaşılabilir. Ancak bu halde eşyaya elkonulması gerekmektedir. Yine de gerekçede belirtildiği üzere maddi menfaatin harcanması, imhası, tüketilmesi gibi herhangi bir nedenle elkonulamamış olması halinde 55.maddenin 2. fıkrası hükmü devreye girecektir.¹⁶⁶⁵ Belirtmeliyiz ki, 54.maddenin 2.fıkrasının ifade biçimi, 55.maddenin 2. fıkrasına göre daha anlaşılır biçimde ele alınmıştır. Esasında iki hüküm aynı nitelikte olduğundan aynı ifadelerle veya ortak bir hükümle düzenlenmesinin daha doğru olacağını düşünmekteyiz.

TCK’nın 55.maddesinin 2. fıkrasının uygulanabilmesi bakımından mutlaka malvarlığına bir karşılık değer in girmesi aranmamaktadır. Öğretide bir görüşe göre, 55.maddede (madde gerekçesinin aksine ve 54.maddenin 2. fıkrasından farklı olarak) “tüketme”nin sayılmaması nedeniyle eşdeğer müsadere için elden çıkan malvarlığı yerine bir karşılık değer in girmesi gerektiği de savunulmaktadır. Buna göre, malvarlığına başka bir değer girmemişse 55.maddenin 2. fıkrası değil, ancak koşulları varsa 54.maddenin 2. fıkrası uygulanabilir.¹⁶⁶⁶

¹⁶⁶⁴ 54.maddenin 1. fıkrasına göre imkansızlık “eşyanın ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsaderesinin başka surette imkansız kılınması” hallerinde uygulanır.

¹⁶⁶⁵ 54.maddenin 2.fıkrasına paralel bir hüküm CMK’nın 136.maddesinin 2. fıkrasında mevcuttur. Buna göre “Elkonulan eşya, delil olarak saklanmasına gerek kalmaması halinde, rayiç değerinin derhal ödenmesi karşılığında, ilgiliye teslim edilebilir. Bu durumda müsadere kararının konusunu, ödenen rayiç değer oluşturur”

¹⁶⁶⁶ Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, age, s. 585. Benzer yönde Artuk/Gökçen/Yenidünya, age, s. 931 vd. Değirmenci, age, s. 498. Bu nedenle malvarlığına herhangi bir değer girmediği halde de müsaderenin mümkün kılınması amacıyla kanunda değişiklik yapılması gerektiği görüşü için bkz. Dülger, V., age, s. 642

Bizim de katıldığımız karşı görüşe göre ise, 55.maddenin 4208 sayılı Kanun'dan farklılıkları bulunmasına rağmen, eşdeğer müsaderenin 7.madde anlamında, failin malvarlığına herhangi bir değer dahil olmamış olsa da, eskiden olduğu gibi uygulanmasına devam edilmesi gerekmektedir.¹⁶⁶⁷ Maddi menfaat oluşturan bir eşya veya malvarlığı değerinin müsaderesinde amaç özellikle aklama suçları gibi sonraki suçların önlenmesi olduğu için, bu tür ekonomik değerlerin ortadan kalkması ilk bakışta müsaderenin uygulanmasının amaçsız olacağı şeklinde yorumlanabilir. Ancak burada söz konusu ekonomik değerlerin nasıl ortadan kalktığı da önemlidir. Müsaderesi konusu ekonomik değer harcama ve tüketme şeklinde ortadan kalkmışsa, bu harcama ve tüketmenin karşılığında failin suç sonrası malvarlığı, önceki ile aynı olmuş olsa bile yeme içme ve eğlenceye harcama gibi tasarruflarla esasında başka bir yarar sağlanmış olur. Bunlar da failin malvarlığını artırmaya da ekonomik nitelikli menfaatlerdir.¹⁶⁶⁸

Ancak bu halde 4208 sayılı yasa döneminde olduğu gibi “*tespit edilen suç gelirinin failin malvarlığında bulunmaması halinde dahi buna eşdeğer olan miktarın failin mevcut malvarlığından nemalarıyla birlikte müsadere edilebilmesi*”,¹⁶⁶⁹ 55. maddenin 1. ve 2. fıkralarının birlikte uygulanması ile mümkün olabilir. Zira, 55. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen değerlendirme ve özellikle dönüştürme sonucu elde edilen menfaatlerin müsaderesi malvarlığına dahil olan değerlere ilişkindir.¹⁶⁷⁰ TCK'nın 55. maddesinin 2. fıkrasının gerekçesi dahi, 54. maddesinin 2.fıkrası ile aynı biçimde yazılmış olup, kanunda sadece “karşılık değer” ifadesinin kullanılması karışıklığa neden olmaktadır. Bu hüküm esasında kendisi doğrudan müsadere edilemeyen eşyanın bedeli kadar bir paranın ödenmesine hükmedilmesidir.

Bir başka deyişle, burada karşılıksız olarak ve kusurlu biçimde elden çıkan değer yerine bir para tutarı müsadere edilecektir. Ancak hüküm, eşyanın failin kusuru dışında veya ondan henüz hiç faydalanmadan ortadan kalkması halinde (örneğin çalıntı arabanın polisten kaçarken kaza yaparak yanması halinde) bile

¹⁶⁶⁷ Ümit Kocasakal, Karapara Aklama İle Mücadele ve Yeni Türk Ceza Kanununun 282. Maddesinde Düzenlenen Suç Gelirlerinin Aklanması Suçu”, Karapara Aklama ve Terörizmin Finansmanı, Ed: Süleyman Aydın, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008, s. 55-102, 69 vd

¹⁶⁶⁸ Buna karşılık söz konusu ekonomik değer fail henüz ondan hiç faydalanmadan imha suretiyle ortadan kalkmışsa artık failin suçtan elde ettiği bir ekonomik değerden yararlanması mümkün olmayacaktır. Bu nedenle eşdeğer müsadere için failin malvarlığına bir karşılık değer girmesi aranmasa da, malvarlığının mutlaka failin kusuru ile ortadan kalkması aranmalıdır.

¹⁶⁶⁹ Kocasakal, Suç Geliri, s. 69

¹⁶⁷⁰ Nitekim dönüştürme altın külçenin bileziğe dönüştürülmesi şeklinde cismani olabileceği gibi, külçenin satılarak paraya dönüştürülmesi şeklinde itibari de olabilir. Alman Ceza Kanunu'nun 73.maddesinin 2. fıkrasına göre de suçun “semereleleri”, elden çıkan değerlerin yerine geçen başka değerleri ifade etmektedir. Kanun maddeleri için bkz. Yenisey/Plagemann, age, s. 107 vd.

uygulanabilecek genişliktedir. Bu durum ise, kazanç müsadereisinin tedbir niteliği ile bağdaşmamaktadır. Zira bu halde kazanç müsadereisinin amacı, haksız zenginleşmeyi gidererek başka suçların finansmanını önleme amacını aşarak faili cezalandırmaya dönüşmektedir.¹⁶⁷¹ İsviçre hukukunda da bu hükmün fail veya şerikler suçtan kar elde edememiş olsalar da uygulanabileceği ve cezai nitelikte olduğu söylenmektedir.¹⁶⁷² Alman hukukunda ise bu halde hakime takdir hakkı tanınması suretiyle somut olay adaletinin sağlanması amaçlanmaktadır. Şöyle ki, elde edilen değer artık kişinin malvarlığında değilse (veya değeri düşük ise) kazanç müsadere kararı verilmeyebilir (Alm. CK. m. 73c). Mehz Alman hukukunda eşdeğer müsadere söz konusu olabilmesi için eşyanın kusurlu biçimde elden çıkmış olması gerekmektedir.¹⁶⁷³ Eşyanın bilerek başkasına devri, imha edilmesi, harcanması veya niteliğinin değiştirilmesi bu duruma örnektir. Bunun dışında failin taksirli hareketi imkansızlığa neden olmuşsa bu halde de eşdeğer müsadere mümkündür. Önemli olan eşyanın kusurlu biçimde ortadan kaldırılması olup, müsadereye tabi cep telefonunun kırılıp atılması ile kaybedilmesi arasında bir fark bulunmamaktadır.¹⁶⁷⁴ Örneğin suçtan elde edilen ev, failin kusuru olmaksızın yangında kullanılamaz hale gelmişse evin değerinin müsadere söz konusu olmamalıdır.¹⁶⁷⁵

Özetle belirtmek gerekirse, 55.maddenin 2. fıkrasındaki “merciine teslim edilmediği hallerde” ifadesi, failin bunu kasti olarak yapması gerektiğini çağırırsa da, açık değildir. Ayrıca bu ibareden önce gelen “eşya veya maddi menfaatlere elkonulmadığı” şeklindeki ifade elkoyma yapılamayan, fiili veya hukuki her türlü hali içerir genişliktedir. Uygulamada, bunun failin kusurunun bulunmadığı kaza ve benzeri halleri de kapsayacak biçimde anlaşılması olasılığı bulunduğu kanunda “failin kusurlu hareketi ile elden çıkarma” koşulunun açıkça düzenlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Failin eşyadan bir an için bile olsa yarar sağlayamaması

¹⁶⁷¹ Failin kusurunun bulunmaması veya herhangi bir maddi menfaat elde etmemesine karşın böyle bir müsadere uygulaması güvenlik tedbirinin amacıyla bağdaşmamaktadır. Burada amaç, kazanç müsadereisinin amacı doğrultusunda suçtan zenginleşmenin önlenmesi ve suçtan elde edilen malvarlığının başka suçlarda kullanılmasının engellenmesidir.

¹⁶⁷² Hirsig-Vouilloz Madeleine, Confiscation pénale et créance compensatrice (art. 69 à 72 CP) : évolutions récentes, Jusletter (Média électronique) 8 Janvier 2007 ISSN 1424-7410 (Confiscation).

¹⁶⁷³ Sözüer, Alman, s. 399.

¹⁶⁷⁴ Arslan/Azizağaoğlu, age, s. 214; Gedik, Müsadere, age, s. 214

¹⁶⁷⁵ Peki, evin yangın sigortası olması halinde faile ödenecek olan sigorta tazminatı ne olacaktır? Kanaatimizce burada ev yerine geçen değer yani ev sahibinin sigortadan olan alacağı müsadere edilebilmelidir. Ancak bu 55.maddenin 2. fıkrası değil, 1. fıkrası kapsamında “dönüştürme” sonucu elde edilen menfaat olarak nitelendirilebilir.

veya bu yararın değerinin çok düşük olması halleri bakımından da tıpkı Alman hukukunda olduğu gibi hakime takdir yetkisi verilmesi hem kazanç müsaderesinin amacına hem de hakkaniyet ilkesine daha uygun olacaktır.

Kanaatimizce, kanunun lafzı açık olmasa da, malvarlığının üçüncü kişiye devredilmesi ve üçüncü kişinin iyiniyetli olması halinde de, müsadere imkansız hale geleceğinden maddi menfaatin karşılık değeri failden istenebilmelidir. İsviçre’de hukukunda eşdeğer müsadere bakımından (İsv.CK m.71) “imkansızlık”, orijinal malvarlığının ortadan kalkması, tekrar ayıredilemeyecek biçimde karışmış olmasının yanı sıra, üçüncü bir kişiye devredilmiş olması halinde gündeme gelir.¹⁶⁷⁶ Karşılıksız kazandırmalar hariç olmak üzere, bu halde artık malvarlığına bir karşılık değer girmiş olacaktır. Bu nedenle satış ve benzeri hallerde 55.maddenin 1.fikrası uyarınca “değerlendirme veya dönüştürme” kapsamında müsadere sözkonusu olacaktır. Buna karşılık bağışlama gibi karşılıksız kazandırmanın sözkonusu olması halinde 55. maddenin 2. fıkrası gereğince karşılık değer müsadere edilir.

55. maddenin 2. fıkrasındaki koşulların varlığı halinde eşya veya maddi menfaatlerin kendilerinin değil ve fakat “karşılığı oluşturan değerler”in müsaderesine karar verilecektir. Gerekçeye göre karşılık değerden, bunların “karşılığı para tutarı” anlaşılmalıdır. Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda da, eşdeğer müsadere esasında belirli bir paranın hazineye ödenmesinden ibaret olduğu görülmektedir. Bu değer belirlenmesi hakimin takdirindedir. Hakim elde edilen ancak failin malvarlığında bulunamayan yararların parasal karşılığını belirlerken tüm bilgileri değerlendirecek ve gerektiğinde bilirkişiye başvurabilecektir.¹⁶⁷⁷ Bu amaçla, eşyanın değerinin saptanmasına yetecek asgari özelliklerinin bilinmesi” gerekmektedir.¹⁶⁷⁸ Örneğin suçu oluşturan işlemin özelliği, temel suçun işleniş biçimi (uyuşturucu madde kaçakçılığında teslim edilen uyuşturucu madde miktarı gibi hususlar) hakime yardımcı olacaktır.¹⁶⁷⁹

¹⁶⁷⁶ Confiscation pénale et créance compensatrice (art. 69 à 72 CP) : évolutions récentes / Madeleine Hirsig-Vouilloz, Hirsig-Vouilloz, Madeleine, Jusletter [Média électronique] 8 Janvier 2007 ISSN 1424-7410

¹⁶⁷⁷ Sace, age, s. 434

¹⁶⁷⁸ Tan, age, s. 2053

¹⁶⁷⁹ Kocasakal, Karapara, s. 275. Bazı AB ülkelerinin kanunlarında buna ilişkin hükümler bulunmaktadır. Bkz. Karapara Aklama, Terörizmin Finansmanı ve Suç Gelirleri İle Mücadelede AB ve Türkiye Yaklaşımı, Emniyet Genel Müdürlüğü KOM Daire Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2008, s. 238

3. Değerlendirme

Eşdeğer müsadere düzenlemeleri gereğince, eşya veya kazanç müsaderesinin fiili nedenlerle mümkün olmadığı hallerde, eşyanın sahibi bunun parasal değerini devlete vermekle yükümlü hale gelmektedir. Tehlikeli olduğu için müsadere istenen eşyanın ortadan kalkmasına rağmen devletin bunun karşılığı bir parayı failden talep etmesi halinde müsadere artık cezaya dönüşmektedir. Burada kanunkoyucu aslında müsadereyi engellemeye yönelik bir fiili üstü kapalı olarak suç sayarak karşılığında da para cezası benzeri bir yaptırım getirmiş olmaktadır.¹⁶⁸⁰ Şen'e göre de *"kanunkoyucu, müsadereye konu eşyanın belirlenip de, bazı sebeplerden dolayı ele geçirilememesi durumunda, para üzerinde uygulanacak farazi bir müsadere müessesesi"*ni kabul etmiştir.¹⁶⁸¹

Bu tür müsadere için para cezasına benzer olduğu yönündeki düşüncemizi desteklemek bakımından 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetinin Korunması Hakkındaki Kanun'un eski 3/a maddesinin 2.fikrasındaki *"Yakalanamadığı için müsadere edilemeyen eşya ve kıymetlerin rayiç bedeli kadar ağır para cezasına hükümlenir"* düzenlemesi örnek olarak verilebilir. Yürürlükten kaldırılan 1918 sayılı Kaçakçılık Kanunu'nun 20. maddesinde de kaçak mal ve eşyanın yakalanamamış olması nedeniyle müsadere edilememesi halinde eşyanın gümrüklenmiş piyasa değerinin ağır para cezasına ekleneceği öngörülmüştür. Kanun'un ek 2. maddesinde de benzer nitelikli bir hüküm bulunmakta idi.¹⁶⁸² Özetle, müsadere edilemeyen

¹⁶⁸⁰ Alman hukukunda da, burada failce yerine getirilmesi gereken bir para ödeme yükümlülüğü olması nedeniyle müsadere ziyade para cezası benzeri bir yaptırımın sözkonusu olduğu söylenmektedir. Nitekim müsadere konusu eşya yerine ödenmesi gereken meblağ, para cezasında olduğu gibi, ödeme kolaylıklarına bağlanabilmektedir. Buna karşılık para cezasının ödenmemesi durumunda hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilmesi, kaim değer müsadere bakımından geçerli değildir. (Sözür, Alman, s. 400)

¹⁶⁸¹ Şen, TCK Yorumu, s. 175. Bakıcı'ya göre de, eşyanın bulunamaması halinde ederi kadar paranın müsadere edilmesi müsadereyi tedbir olmaktan çıkarmakta bir cezaya dönüştürmektedir. Yazara göre, müsadere için amacı mahiyeti ve yasadaki düzenleniş biçim ve yeri ile çelişkilidir. Bakıcı, Genel, s. 1242

¹⁶⁸² 1918 sayılı Kanun (Ek-2/III): "İthal veya ihracı lisansa, şarta, izne, kısıntıya, standardizasyon kontrolüne veya belli kuruluşların vereceği uygunluk veya yeterlilik belgesine tabi olan eşyayı, her ne şekilde olursa olsun gerçeğe aykırı her türlü beyanname veya belge ibrazı ile gümrüğü yanılarak işlemini yaptırmak suretiyle ithal veya ihrac edenler veya bunlara teşebbüs edenler, bir yıldan beş yıla kadar hapis ve çıkış eşyasında FOB kıymeti, giriş eşyasında ise gümrüklenmiş değeri kadar ağır para cezası ile cezalandırılır. Hükümlenilecek ağır para cezası beş milyar liradan az olamaz. Ayrıca suç konusu eşya veya madde müsadere edilir. Bunların müsadere edilememesi halinde tayin edilecek para cezasına; eşya veya maddenin rayiç değeri miktarınca, rayiç değer tespit edilemezse beş milyar liradan az olmayan bir meblağ ilave olunur." Mustafa AKÇİL, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Müsadereye İlişkin Hükümleri, Gümrük Dünyası Dergisi sayı 46

eşyanın parası kadar bir tutarın ödenmesi eskiden para cezaları ile yapılmakta iken, artık müsadere ile sağlanmaktadır.

Eşdeğer müsadere esasında, bir kişinin suçtan bir yarar elde ettiğinin belirlendiği, ancak bu yararların neye dönüştüğünün veya nerede olduğunun belirlenemediği hallerde uygulanabilecek ikincil nitelikte bir kural getirmektedir.¹⁶⁸³ Bir başka deyişle, eşdeğer müsadere 55. maddenin 1.fıkrası gereğince suçtan elde edilen, suçun işlenmesi için sağlanan ve suçun konusunu oluşturan maddi menfaatler ile bunların dönüştürülmesi ve değerlendirilmesi sonucu elde edilen kazancın kişinin malvarlığında bulunmaması halinde gündeme gelecektir.¹⁶⁸⁴ Ancak bu durumda, müsadereye tabi eşyanın veya suçtan elde edilen müsadere konusu ekonomik menfaatin harcama, imha, tüketme gibi nedenlerle müsaderesinin mümkün olmaması halinde kazancın suçtan elde edildiğinin yanısıra miktarının da tam olarak belirlenmesinin zorluğu dikkati çekmektedir. Böylelikle suçla bağlantısı kurulamayan tüm malvarlığının müsadere edilme riski bulunmaktadır.¹⁶⁸⁵ 4208 sayılı Kanundaki benzer nitelikli düzenlemenin (7.madde) genel müsadere niteliğinde olduğu öğretilde ileri sürülmüş,¹⁶⁸⁶ yasama faaliyetlerinde de konu tartışılmıştır.¹⁶⁸⁷ Kocasakal'ın haklı olarak ifade ettiği gibi burada kademeli bir sistem öngörüldüğünden, genel müsadere sözkonusu değildir. Müsadereye konu malvarlığı bulunabildiğinde ayrıca buna karşılık değerlerinin müsaderesi sözkonusu olmayacaktır.¹⁶⁸⁸ Ancak bunun için 55.madde bakımından, suç ile kazanç arasındaki bağın mutlaka ortaya konması gerekmektedir. Kazancın nerede olduğu ve miktarının belirlenmesinin güçlüğü nedeniyle, uygulamada failin suçtan elde ettiği meblağı

¹⁶⁸³ Jean Sace, chronique de la legislation, RDPV, 1991, No:5, (s. 430-437), s. 433

¹⁶⁸⁴ Bu hükmün, hâkimi aklama suçundan mahkumiyet kararı vermeye teşvik ettiği görüşünde olan Jackhain'e göre eşdeğer müsaderenin kanunlarda düzenlenmesinin temel nedeni, suçtan kaynaklandığı iddia olunan mal veya menfaatlerin sanığın malvarlığında bulunmaması halinde, suçun işlendiğinin ispatının güçlüğünü ortadan kaldırmaktadır. Gerçekten yasal olmayan eşya veya menfaatlerin sanığın malvarlığında bulunmaması halinde hakimin mahkumiyete ve müsadereye hükmetmesi için daha özenle davranması gerekmekte idi. Eşdeğer müsadere ile ise, sanık suçu inkar etse bile savunmasını yasadışı menfaatlerin malvarlığında bulunmadığına dayandırması mümkün olmayacağından savunma hakkı kısıtlanmaktadır. Kaldı ki, sadece sanığın malvarlığında kuşkulu bazı menfaatlerin bulunmasının hakimde sanığın suçluluğu yönünde bir kanaat oluşturacağı da önemli bir sakınca olarak belirtilmektedir. Jakhian grégorie, "L'infraction de blanchiment et la peine de confiscation en droit Belge", RDPC, 1991, Aout-septembre-octobre, s. 765-788, (nakleden Kocasakal, Karapara, s. 276)

¹⁶⁸⁵ Centel/Zafer/Çakmut, age, s. 768

¹⁶⁸⁶ Donay'a göre bu düzenleme ile failin karapara aklama fiili sonucu elde etmediği değerlerin de müsaderesi sözkonusu olmaktadır. Süheyl Donay, 4208 Sayılı Karapara Yasası Hakkındaki Düşünceler 3, Radikal Gazetesi, 18 Ocak 1997, s.8

¹⁶⁸⁷ Meclis Görüşmeleri, TBMM, B:17, 13.11.1996, O:1, Düstur S Sayısı 124, s. 544

¹⁶⁸⁸ Kocasakal, Karapara, s. 448

aşacak biçimde uygulanması riski de sözkonusudur. Karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi bu bağın kanuni karinelerle kurulmuş sayılarak müsaderesi, hem suçsuzluk karinesini hem de mülkiyet hakkını ihlal edebilecek sonuçları doğurabilir. Bu nedenle elde edilemese de, eşya veya kazanç ile suç arasındaki bağlantının kanunda öngörüldüğü biçimde her türlü şüpheden uzak olarak ispatlanmış olması gerekir.

VI. Tüzel Kişi Bakımından Müsaderenin Koşulları

1. Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu Sorunu

a. Genel Olarak

19.yüzyıl sonlarına kadar tüzelkişilerin ceza sorumluluğu olmadığı görüşü hakimken, 20.yüzyılın başlarından itibaren ekonomik yaşamın gelişmesi, ancak tüzelkişilerin varlığı ile işlenebilecek suçların ortaya çıkması ile gerçek kişilerin cezalandırılmasının yetersizliği ileri sürülmüş ve çeşitli ülkelerde tüzelkişilerin suç faili olabilecekleri kabul edilmeye başlanmıştır.¹⁶⁸⁹ Hukukumuzda da tüzelkişilerin ceza sorumluluğu olup olmadığı 765 sayılı TCK'da hüküm olmaması sebebiyle uzun yıllar tartışılmış, bazı özel kanunlarda düzenleme yapılması tartışmayı şiddetlendirmiştir.¹⁶⁹⁰ Tüzelkişiler bakımından müsaderenin özelliklerini açıklamadan önce bu tartışmalara kısaca değinmekte yarar vardır.

Tüzelkişilerin ceza sorumluluğunun olamayacağı görüşünde olan yazarlar öncelikle cezaların şahsiliği ve kusur ilkelerine dayanırlar. Ceza hukukunun suç failinde aradığı kusur, sadece belirli hareketleri iradi olarak yapma yeteneği değil, aynı zamanda bu hareketleri anlama ve isteme yeteneğidir. Özel hukuk ve idare hukukundan farklı olarak ceza hukuku bakımından kusurun varlığının tespiti

¹⁶⁸⁹ AIDP'nin 1923 Bükreş, 1953 Roma, 1978 Budapeşte Kongrelerinde tüzelkişilerin ceza sorumluluğu kabul edilmiştir.

¹⁶⁹⁰ Örneğin, 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun ile 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetinin Korunması Hakkında Kanun. Tartışmalar için bkz. Ünver, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, s. 132 vd; Türk Ceza Kanunu Tasarısının Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış, ÖZEN, Muharrem, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 52 Sayı: 1 Yayın Tarihi: 2003, s.63-88, ÖZEN Muharrem: Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, Ankara 1998; Engin AKIN, Türk Ceza Kanunu Ve Kabahatler Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi: Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2010, s.67-68, Mart-Nisan; İzzet Özgenç, Tüzelkişinin Sorumluluk Ehliyeti, Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Düşünceler" Reha Poroy' Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1995, s. 319-341

psikolojik bir araştırmayı gerektirir.¹⁶⁹¹ Tüzelkişinin ise herhangi bir hareketi ve sonucunu öngörmesi veya istemesi, ceza hukuku anlamında nedensel değer taşıyan bir eylemde bulunması mümkün değildir.¹⁶⁹² Dönmezer'in deyişiyile suç faili devletin koyduğu normlara isyan eden, böyle bir isyan istek ve iradesini açığa vurabilen bir varlıktır ve bu yetenekler ancak gerçek kişilerde bulunur.¹⁶⁹³ Ayrıca, tüzelkişilerin suç faili olabileceklerini kabul etmenin onu üçüncü kişinin fiilinden sorumlu tutmak anlamına geleceği ve dolayısıyla cezaların şahsiliği ile kusursuz ceza olmayacağı ilkelerine aykırı olacağı da ileri sürülmüştür.¹⁶⁹⁴ Yine bu görüştekilere göre tüzel kişiliğin cezai sorumluluğunun kabul edilecek olması halinde, konusu suç teşkil eden kararı alan üyeler ile kusurlu davranarak bu kararı uygulayan temsilciler yanında, söz konusu uygulamalardan hiç haberi olmayan veya söz konusu uygulamalara muhalif olan üye ve ortakların, hatta tüzel kişiyle hiç ilgisi olmayan kimselerin cezalandırılması sonucu ortaya çıkar. Örneğin, bir fabrikanın izninin iptal edilmesi, işçileri, alacaklıları, tüketicileri ve vergiden yoksun kalacak olan devleti dahi etkileyecektir.¹⁶⁹⁵ Bunun yanısıra, cezanın amaçları gözönünde bulundurulduğunda canlı olmayan, anlama, isteme, sorumluluğu yüklenme yeteneği bulunmayan bir varlığa ceza uygulanmasının bir etkisi de olmayacağı savunulmuştur. Cezanın temel amacının iyileştirme olarak kabul edildiği ve her suçlunun kendi kişiliğine uygun bir tretmana tabi tutulması gerektiğinin kabul edildiği çağdaş ceza hukuku anlayışında tüzelkişileri cezalandırmanın bir anlamı olmayacaktır.¹⁶⁹⁶

Tüzelkişinin ceza sorumluluğunun olduğunu kabul edenlere göre ise tüzelkişilerin kendilerini oluşturan gerçek kişilerin tartışmaları sonucu oluşan ancak onların iradelerinin üstünde ve dışında kendilerine özgü, bağımsız ve kolektif bir iradeleri vardır.¹⁶⁹⁷ Tüzelkişinin gizli amaç güderek veya tesadüfi olarak faaliyetleri sırasında suç işlemesi mümkündür. Tüzelkişilerin iradeleri, organları aracılığıyla açıklandığına ve yöneticilerin fiil ve hareketleri kolektif bir iradenin sonucu

¹⁶⁹¹ Yarsuvat D., age, s. 903.

¹⁶⁹² Dönmezer /Erman, C.2, s. 407; Kangal, Tüzel Kişilerin, s. 146.

¹⁶⁹³ Dönmezer/Erman, C. 2, s. 411, p.1157

¹⁶⁹⁴ Yener Ünver, Ceza hukuku Günleri, s. 120-121; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel, s. 462

¹⁶⁹⁵ Sahir Erman, Ekonomik Suçların Tespitinde Suç Siyaseti, İstanbul, 1984, s. 33-34; Duygun Yarsuvat, "Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu", Çetin Özek'e Armağan, s. 914.

¹⁶⁹⁶ Ünver, Ceza Hukuku Günleri, s. 134-135. Aynı görüş için bkz. Yarsuvat, age, s. 915- 916; Kangal, Tüzel Kişilerin, s. 146; Dönmezer/Erman, C.II, s. 411.

¹⁶⁹⁷ Dönmezer/Erman, C.II, s. 405- 415, Artuk/Gökçen/Yenidünya, age, s. 459; Kangal, Tüzel Kişilerin, s. 147..

olduğuna göre, bundan tüzel kişinin sorumlu tutulmasıyla başkasının cezalandırıldığı anlamını çıkarmak doğru olmaz. Tüzelkişinin kolektif iradesiyle almış olduğu karara dayanarak tüzelkişi yerine tzelkişiyi temsil eden gerçek kişinin cezalandırılmasının başkasının fiilinden sorumlu tutulması anlamına geleceğini ileri sürenlere karşılık; özel hukukta tüzelkişilerin borçlu ve alacaklı olabildiği veya haksız fiilinden sorumlu tutulabildiği, ceza hukuku alanında da suçun mağduru sayılabildiği, ceza muhakemesine müdahil olarak katılabildiği ve tazminat isteyebildiği hatırlatılmaktadır. Tüzel kişi belli haklara ve bir malvarlığına sahip olduğu ölçüde, haklarını kısıtlayan veya ortadan kaldıran ya da malvarlığına yönelik yaptırımlara tabi olabilecektir.¹⁶⁹⁸ Cezanın temel gayesinin iyileştirme olduğu böyle bir cezayı ise ancak gerçek kişilerin hissedebileceği, bu sebeple ceza sorumluluğunun kabul edilemeyeceği hususundaki görüşe karşı da, cezanın bir işlevinin de nleme ve caydırma olduğu şeklinde cevap verilmektedir.¹⁶⁹⁹ Gerçekten tüzelkişilerin yapıları gereği bazı suçları işlemelerinin mümkün olmaması sorumluluğunun kllyen reddine neden olmamalıdır. Ekonomik suçların artışı ve bu suçlarda tüzelkişilerin kullanılma ihtimali karşısında günümüzde özellikle para cezaları bakımından tüzelkişilerin sorumluluğunun kabul edilmesi zorunludur. Avrupa’da ağdaş yaklaşımının para cezaları olması tesadüfi değildir.

b. Hukukumuzda Durum

Yürürlükte olan 5237 sayılı Kanundan önce hazırlanan tasarıda tüzelkişiler bakımından “para ve müsadere cezaları” öngörülmekte idi.¹⁷⁰⁰ Ancak yeni kanunda tüzel kişiler bakımından cezai sorumluluk düzenlenmemiş olup yalnızca güvenlik tedbirleri öngörülmüştür. Bu tedbirler, iznin iptali ile msaderedir. Bu durum, tüzelkişiler hakkında para cezası uygulanması eğilimi baskın olan ağdaş Avrupa

¹⁶⁹⁸ Artuk/Gökcen/Yenidünya, age, s. 466; Kangal, Tüzel Kişilerin, s. 147.

¹⁶⁹⁹ Dönmezer/Erman, C.II, s. 415

¹⁷⁰⁰ TCK ntasarısının 26.maddesi için bkz. Dönmezer/Erman, C.II, S.413, dn. 63a.

“Tüzel kişilerle ilgili, eski Tasarı’nın 25. ve 26. maddeleri, henüz pek fazla gelişmemiş olan Fransız sistemini temel almıştı (1994 yılı Fransız Ceza Kanunu’nun 121-122. maddeleri). 26. maddeye göre, tüzel kişilere uygulanan para cezalarının miktarı, suçu işleyen kişilere uygulanan para cezalarının miktarına bağlı idi. Böyle bir hüküm, (iktisadi bir ağırlığı olan tüzel kişiler söz konusu olduğunda) bir gerçek kişi için çok ağır olabilecek bir cezanın, tüzel kişi üzerinde caydırıcı bir etki yaratmayacağı savı ile eleştiriye tabi tutulabilecek nitelikte idi.” yk Didem Aydın, Ceza Hukuku’nun ağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu, TBB Dergisi, Sayı 53, 2004, s. 63-140,

mevzuatı ile uyumlu değildir.¹⁷⁰¹ Ayrıca Anayasa Mahkemesi, 1980'lerden itibaren tüzelkişilerin ceza sorumluluğunun kabulünün Anayasa'ya aykırı olmadığı yönünde kararlar vermiştir.¹⁷⁰² Kaldı ki, kanunkoyucu bir yandan güvenlik tedbirlerinin tüzel kişilere uygulanabileceğini söylemekle, tüzel kişilerin suç işleyebileceklerini ve böylece fail olabileceklerini kabul etmiş olmaktadır.¹⁷⁰³ Ayrıca, tüzelkişiliğin sona ermesine neden olabilecek olan iznin iptali gibi bir yaptırımın sadece güvenlik tedbiri adıyla düzenlenmiş olması da, o yaptırımı tedbir haline getirmez. Hukukumuzda üstü kapalı olarak tüzelkişilerin ceza sorumluluğunun kabul edildiği düşünülmektedir. Bu itibarla tüzelkişilerin yapısına en uygun olan ve orantılılık ilkesini sağlamak bakımından da iznin iptalinden daha hafif olması nedeniyle öncelikli uygulanabilir olan adli para cezalarının tüzelkişiler bakımından uygulanmaması önemli bir eksikliklerdir.

Türk Ceza Kanunu'nun tüzelkişiler hakkında güvenlik tedbirlerinin düzenlendiği 60.maddesine göre *“(1)Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişininin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet halinde, iznin iptaline karar verilir. (2)Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır.*

¹⁷⁰¹ Aydın Ö, Çağdaş, s. 82; Bernard Bouloc, La responsabilité pénale des entreprises en droit français, Revue internationale de droit comparé , Année 1994, Volume 46 , Numéro 2, pp. 669-681; Bernard Bouloc, “Le domaine de la responsabilité pénale des personnes morales”, Rev. soc. 1993, pp. 291 et s., spéc. p. 295; Fabrice Belghoul, L'extension de la responsabilité pénale des personnes morales, Mémoire du DEA de droit économique et des affaires d'Orléans, <http://www.village-justice.com/journal/articles/ftp/responsabilitepenale.pdf>

¹⁷⁰² Anayasa Mahkemesi, "tüzel kişinin ceza sorumluluğu ve isnat yeteneğinin olmayacağını savunan klasik görüş bugün etkisini kaybetmiş ve yerini tüzel kişinin ceza sorumluluğu olduğu ve isnat kabiliyeti de bulunduğu görüşüne terketmeye başlamıştır...Tüzel kişinin cezalandırılmasıyla, suçun işlenmesinde hiçbir kusuru olmayan diğer üyelerin dolaylı biçimde cezalandırılmış sayılacağı görüşüne karşı, gerçek kişilerin cezalandırılmasının da aile bireylerine dolaylı yoldan zarar verdiği söylenebilir. Aynı biçimde, tüzel kişinin üyeleri de dolaylı zarar görebilir. Ancak tüzel kişinin organlarını seçen kendileridir. Tüzel kişiye nitelikli yöneticiler seçmemelerinden ve onları gereği gibi denetlemediklerinden dolayı uğradıkları zarara katlanmaları gerekir" demektedir. Karar için bkz. AYM, 14.2.1989, 1988-15/9 (RG., 4.2.1991, Sayı: 20776) AMKD., s. 26, Ankara 1992, s. 3vd.

1991 tarihli başka bir kararında mahkeme, "... Öğretide ve uygulamada cezaların, tüzel kişilerin temsilcileri olan gerçek kişilere verilebileceği yolundaki yerleşik görüşün gelişmeler karşısında çağdaş anlayışa uymadığı ve tüzel kişilere yapılarına uygun olmayan hürriyeti bağlayıcı cezalar türünde değil, ancak kapatma, geçici süreyle çalışma yasağı, ya da para cezası gibi yapılarına uygun cezaların verileceği kabul edilmektedir. AYM'nin, 16.06.1964 günlü, 1963/104, 1964/49; ve 14.02.1989 günlü 1985/15, 1989/9 sayılı kararlarında da tüzel kişilere yapılarına uygun ceza verilmesinin Anayasaya aykırılık oluşturmayacağı..."nı belirtmiş bulunmaktadır. Bkz. AYM 19.09.1991,1991/2, 1991/30, AMKD., S.: 28, C: 1, Ankara 1993, s.103 vd.

¹⁷⁰³ Özbek V, TCK İzmir Şerhi, Yeni Ceza Kanununun Anlamı, Cilt 1, Genel Hükümler, s. 270; Özcan, age, s. 86. TCK madde 20/2' nin gerekçesinde "...Suç ve ceza politikası gereği olarak ancak gerçek kişiler suç faili olabilir ve sadece gerçek kişiler hakkında ceza yaptırımına hükmedilebilir..."ifadesi ile tüzelkişilerin fail olamayacakları sonucu çıkmaktadır.

(3) Yukarıdaki fıkralar hükümlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hakim bu tedbirlere hükmetmeyebilir.

(4) Bu madde hükümleri kanunun ayrıca belirttiği hallerde uygulanır.” Maddeden anlaşılacağı üzere, tüzelkişiler hakkında uygulanabilecek iki tedbirden biri iznin iptali, diğeri ise müsadere¹⁷⁰⁴

c. Tüzel Kişi Bakımından Müsadere Uygulanması Hakkında Değerlendirme

Tüzelkişiliğin hukuki esası hakkında hangi teori kabul edilirse edilsin tüzelkişilerin “bir suçlu kişiliği” taşıdıklarını iddia etmek mümkün olmadığına göre,¹⁷⁰⁵ failin tehlikeliliği de ileri sürülemeyecektir. Bu görüş kabul edildiğinde güvenlik tedbiri sorumluluğu da olmaması gerekir. Ancak bir eşyanın mahiyeti veya içinde bulunduğu konum itibarıyla tehlikeliliğinin sözkonusu olması halinde onun bir gerçek kişiye veya tüzelkişiye ait olup olmaması arasında fark bulunmamaktadır. Güvenlik tedbirinin amacı, bizatihi suç teşkil eden eşyanın veya yeniden bir suçun işlenmesinde kullanılabilir bir eşya veya kazancın, toplum bakımından yarattığı tehlikeliliği ortadan kaldırmak olduğuna göre, eşya tüzelkişiye ait olması halinde de müsadere edilebilmelidir.¹⁷⁰⁶ Örneğin suç işlemek için kurulan bir paravan şirketin bir dizi dolandırıcılık suçu işlemesi için tahsis edilmiş her türlü maddi menfaat konum itibarıyla tehlikelilik oluşturmaktadır. Bir yayınevine ait olup içeriği suç

¹⁷⁰⁴ Maddenin müsadereye ilişkin kısmının gerekçesine göre “Özel hukuk tüzel kişileri bakımından öngörülen ikinci güvenlik tedbiri ise müsadere¹⁷⁰⁵dir. Buna göre, tüzel kişi yararına işlendiği belirlenen suç bakımından, müsadere hükümlerindeki koşullar da gerçekleşmiş ise, o suçla bağlantılı olan eşya ve maddi çıkarların müsadere¹⁷⁰⁶sine hükmedilecektir. Bu hâlde iyi niyetli üçüncü kişilerin hakları korunacaktır.”

Özel hukuk tüzel kişileri ile ilgili güvenlik tedbirlerinin uygulanmasında, işlenen suç dikkate alındığında, çok ağır sonuçlar doğabilir. Örneğin çok sayıda kişi işsiz kalabilir veya iyi niyetli üçüncü kişiler bakımından telafisi güç kayıplar meydana gelebilir. İşte bu gibi hâllerde mahkeme maddedeki orantılılık ilkesine dayanarak bu güvenlik tedbirlerine hükmetmeyebilecektir.

Özel hukuk tüzel kişileri hakkında uygulanacak güvenlik tedbirlerine, her suç bakımından değil, kanunda özel olarak belirtilen hâllerde hükmedilebilecektir.”

¹⁷⁰⁵ Dönmezer/Erman, s. 411, p. 1157

¹⁷⁰⁶ Dülger’e göre güvenlik tedbiri niteliğindeki müsadere¹⁷⁰⁷nin tüzelkişiler bakımından da uygulanması olağandır. “Nasıl ki, bulundurulması yasak olan uyuşturucu ya da ateşli silah gibi bir eşya herhangi bir suçta kullanılmaları dahi toplumun bundan zarar görmemesi için müsadere ediliyor ve bu bir ceza değil, toplumu korumak adına bir güvenlik tedbiri olarak uygulanıyorsa, tüzelkişi tarafından elde edilen suç geliri de bir güvenlik tedbiri olarak bununla yeni suçların işlenmesinden toplumu korumak adına müsadere edilebilmelidir” Dülger V., age, s. 650

oluşturan basılmış eser ise, niteliği itibariyle tehlikeli olup müsadereye tabi olacaktır.¹⁷⁰⁷ Aynı şekilde, suçtan elde edilen gelirin, tüzelkişi malvarlığına dahil edilse bile yöneticileri tarafından başka suçların işlenmesinde kullanılması tehlikesi bulunmaktadır.

Öte yandan, suçun işlenmesinde kullanılan ve müsadereye tabi tutulan eşya ile fail ve şerikler arasında sıkı bir bağlantı mevcuttur. Bu nedenle bir tüzel kişiye ait eşyayı bu tüzelkişinin organ veya temsilcilerinin bir suçun işlenmesinde araç olarak kullanmaları halinde eşyanın müsadere edilmemesi gerekir.¹⁷⁰⁸ Nitekim, hukukumuzda tüzelkişinin fiil ehliyeti ve ceza sorumluluğu kabul edilmemektedir. Yargıtay da, 765 sayılı Kanun döneminde vermiş olduğu bir kararında suçun işlenmesinde kullanılan eşyanın sanığın nezdinde çalıştığı şirketin mülkiyetine dahil olması halinde müsadere edilemeyeceğine karar vermiştir.¹⁷⁰⁹ Zira, bu durumda eşyanın maliki olan tüzelkişinin ceza sorumluluğu bulunmadığı gibi, fail konumunda da değildir.¹⁷¹⁰ Kanaatimizce bu görüş, her ne kadar güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiş olsa da eşya müsaderesinin ceza yönünün de bulunması nedeniyle bugün de geçerliliğini korumaktadır.

Buna karşılık yeni TCK'da "*Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır*" (m. 20/2) düzenlemesi ile tüzelkişiler bakımından sadece güvenlik tedbiri sorumluluğu kabul edilmiştir. Müsadere de bu tedbirlerden biri olarak tüzelkişi malvarlığı hakkında uygulanacaktır.

¹⁷⁰⁷ Özgenç, Tüzelkişi, s. 343

¹⁷⁰⁸ İçel/Akıncı-Sokullu/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, Yaptırım, s. 129

¹⁷⁰⁹ Y2CD, 01.02.1981, 7540/7758 (Çağlayan M. Muhtar, **Gereğçeli, Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu**, cilt 1, 3. Basım, Ankara 1984, 481 vd.)

¹⁷¹⁰ "Tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun bulunmadığı ileri sürülmekle birlikte, tüzel kişilik kavramı ile bağdaşmayan bir kavram olarak güvenlik tedbirinden sözedilmektedir. Güvenlik tedbiri, ıslah edici, düzeltici bir niteliği bulunmasına karşın, izin kaldırılması, ruhsatın iptal edilmesi biçimindeki güvenlik tedbiri ile tüzel kişinin ne şekilde ıslah edilebileceğini anlamak mümkün değildir." Yarsuvat/Bayraktar/Yüzbaşıoğlu/Bülbül/Kocasakal/Aksoy/Memiş/Kurt/Tansuğ/Yılmaz, age, s. 286.

"Aslında fer'i bir ceza olan müsadere için güvenlik tedbiri olarak ortaya konulması ve gene aslında güvenlik tedbiri niteliği ile bağdaşmayan izin iptali kavramının güvenlik tedbiri olarak ortaya konulması, bizce hatalıdır. Bu düzenleme tüzelkişiler hakkında ceza yaptırımının uygulanamayacağını değil, uygulanabileceğini göstermektedir." Köksal Bayraktar, "Türk Ceza Kanunu Tasarısına İlişkin Genel Bir Değerlendirme ve Genel Hükümler Üzerine Birkaç Eleştiri" **Türk Ceza Kanunu Reformu- Makaleler Görüşler Raporlar**, İkinci Kitap (Ed: Teoman Ergül), Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2004, s. 21-35

2. Müsaderenin Koşulları

a. Genel Olarak

TCK'nın 60. maddesinde, “iznin iptali” ve “müsadere” tedbirleri iki ayrı fıkra düzenlenmiş olup koşullarının farklı olduğu dikkati çekmektedir.

Bir kısım yazarlar “iznin iptali”nin düzenlendiği 1. fıkra yer alan bütün koşulların müsadere bakımından da aranacağı görüşünde iken,¹⁷¹¹ diğer bir kısım yazarlar 2. fıkra uyarınca sadece suçun tüzelkişi yararına işlenmiş olmasının aranacağını savunmaktadır.¹⁷¹²

Birinci görüşteki yazarlardan Dülger, gerekçesini açıklamamakla birlikte 1.fıkradaki koşulları müsadere için de sıralamaktadır. Bu durumda 54 ve 55.maddelerdeki müsadere hükümlerinden farklı olarak mahkumiyet koşulu da aranacaktır. Buna göre koşullar (i) kasten işlenmiş bir suçun varlığı, (ii) suçun tüzelkişinin organ veya temsilcilerinin katılımıyla oluşması, (iii) Bu suçtan tüzelkişi lehine bir yararın elde edilmiş olması, (iv) bu suçtan dolayı tüzelkişi organ ya da temsilcisi olan gerçek kişinin mahkum edilmiş olması, (v) ilgili suç tipinde “tüzelkişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanır” şeklinde açık bir düzenlemenin (örneğin TCK m. 282/5) olmasıdır.¹⁷¹³

İkinci görüşe göre, suçun kasten işlenip işlenmediğinin önemi olmadığı gibi, o suçun tüzelkişinin faaliyetiyle ilgisinin bulunması da gerekli değildir. Hatta müsadereye konu suçun, o tüzelkişi organı veya temsilcilerinin iştirakiyle işlenmesine de gerek bulunmamaktadır.¹⁷¹⁴ Söz konusu suçun tüzelkişi yararına işlenmesi yeterlidir.¹⁷¹⁵

¹⁷¹¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel, s. 941; Centel/Zafer/Çakmut, age, s. 750; Arslan/Azizağaoğlu, age, s. 237; Gedik, Müsadere, s. 153.

¹⁷¹² Şen, TCK Yorumu, s. 191-192. Özgenç, Gazi Şerhi, s. 720 vd.; Özbek, İzmir Şerhi, s. 620 vd., Kangal, Türk Ceza, s. 220

¹⁷¹³ Bkz. Dülger V., age, s. 649.

¹⁷¹⁴ Tüzelkişilerin ceza sorumluluğunun kabul edildiği Fransız Hukukunda, suçun tüzelkişinin organı veya temsilcisi tarafından işlenmesi aranmaktadır (Frs. CK. m. 121-2). Tüzelkişilerin sorumluluğunun istisnai olarak kabul edildiği Alman Hukukunda da, esasen ceza niteliğindeki eşya müsaderesi hükümlerinin (Alm. CK. 74, 74c, 74f) uygulanabilmesi için suçun tüzel kişinin organ ve temsilcileri tarafından işlenmesi gerektiği kuralı detaylı bir biçimde düzenlenmiştir (Alm. CK. M. 75) . Bkz. Yenisey/Plagemann, age, s. 119

¹⁷¹⁵ Şen, TCK Yorumu, s. 191-192

Öncelikle belirtmeliyiz ki, TCK'nın tüzelkişiler hakkında müsadereyi düzenleyen 60.maddesinin 2. fıkrası, iznin iptalinin düzenlediği 1. fıkradan bağımsızdır. Zira, kanunkoyucu 1. fıkraya herhangi bir gönderme yapmadan sadece “*müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzelkişileri hakkında da uygulanır*” şeklindeki ifade ile doğrudan müsadere hükümlerine gönderme yapmıştır.

Bunun dışında iznin iptali için aranan koşulları müsadere bakımından değerlendirirsek, suçun “tüzelkişi yararına işlenmesi”nin her iki tedbir bakımından ortak koşul olduğu görülmektedir. İzin iptalinin koşullarından “suçun kasıtlı olması” ve “mahkumiyet” koşulları zaten müsadere genel koşullarıyla uyumlu değildir. Şöyle ki, eşya müsadere bakımından 54.madde suçun kasıtlı olması aransa da, kazanç müsadere bakımından 55.maddede böyle bir koşulun aranmadığını ve taksirli suçlarda da müsadere mümkün olabileceğini açıklamıştık.¹⁷¹⁶ İzin iptali için aranan “mahkumiyet koşulu” ise hem müsadere genel koşullarına aykırı olup hem de güvenlik tedbiri olarak kabul edilmesi dolayısıyla hukuki niteliğiyle de bağdaşmamaktadır.¹⁷¹⁷

İzin iptalinin muhatabı müsadere farklı olarak sadece “*bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisi*”dir. Bu kişiler, banka, döviz bürosu, finansal kiralama gibi anonim şirketlerdir.¹⁷¹⁸ Suçun da “*bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle*” işlenmesi gerekmektedir. Bu iki koşulun müsadere bakımından öngörülmesi kanaatimizce uygulama alanını oldukça daraltıp müsadere etkisiz hale getirirdi. Örneğin, kuruluşu sağlık

¹⁷¹⁶ Bkz. Yukarıda “Taksirli Suçlarda Müsadere”, s. 256

¹⁷¹⁷ Esasında aynı yorum, kanunda güvenlik tedbiri olarak düzenlenen “izin iptal”i bakımından da sözkonusudur. Gerçekten her ne kadar “izin iptali” kanunda bir güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiş olsa dahi, sözkonusu tüzelkişinin sadece izin kapsamında faaliyet göstermesi halinde bir nevi ölümüne neden olduğundan ceza benzeri bir yaptırımdır.

¹⁷¹⁸ Örneğin, TTK'nın 333.maddesinin 1. fıkrasına göre “Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca yayımlanacak tebliğle, faaliyet alanları belirlenip, ilan edilecek anonim şirketler Gümrük ve Ticaret Bakanlığının izni ile kurulur. Bu şirketlerin esas sözleşme değişiklikleri de aynı Bakanlığın iznine bağlıdır. Bakanlık incelemesi sadece kanunun emredici hükümlerine aykırılık bulunup bulunmadığı yönünden yapılabilir. Bunun dışında hukuki konumu, niteliği ve işletme konusu ne olursa olsun anonim şirketin kuruluşu ve esas sözleşme değişiklikleri herhangi bir makamın iznine bağlanamaz.” Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından yayınlanan ASKİT.5'e göre bankalar, finansal kiralama şirketleri, faktoring şirketleri, tüketici finansmanı ve kart hizmetleri şirketleri, varlık yönetim şirketleri, sigorta şirketleri, anonim şirket şeklinde kurulan holdingler, döviz büfesi işleten şirketler, umumi mağazacılıkla uğraşan şirketler, tarım ürünleri lisanslı depoculuk şirketleri, ürün ihtisas borsası şirketleri, bağımsız denetim şirketleri, gözetim şirketleri, teknoloji geliştirme bölgesi, yönetici şirketleri, SerPK'ya tabi şirketler, serbest bölge kurucusu ve işleticisi olan şirketlerin kuruluş ve esas sözleşme değişikliklerinde bakanlıktan izin almaları gerekmektedir. Bankalar bunun yaygın örneklerindedir. (TTK'dan sonra yürürlüğe giren 6362 sayılı SerPK'da SPK'dan izin alınmasına ilişkin hükümler TK ile uyumlu olacak şekilde değiştirilmiştir. Türkiye'de bir banka kurulmak istendiğinde, bu bankanın anonim şirket şeklinde kurulması şart olup, BBDK'nın en az beş üyesinin olumlu yönde verecekleri oy ile kuruluşu izin verilmesi kararı alınması gerekmektedir (Bank.6/I).)

bakanlığının iznine tabi olan bir ilaç fabrikasının yararına işlenen suç kaçak ilaç üretmek değil de, sahte para basmak olsa elde edilen menfaatin müsadere edilmemesi düşünülemez. Bir başka deyişle, işlenen suçla verilen iznin kullanılması arasında nedensellik bağı bulunmasa da müsadere mümkündür. Koşulları oluştuğunda, kuruluşu izne tabi olmayan bir nakliye veya turizm veya tekstil şirketinin yararına işlenen suçlar bakımından eşya ve kazanç müsadere uygulanabilir.

Suçta karışan tüzelkişi bakımından iznin iptali yaptırımının müsadereye göre daha fazla koşula bağlanması, bir başka deyişle “tüzelkişinin ölümü” anlamına gelen iznin iptaline daha zor karar verilebilmesi de hukuk mantığıyla ve orantılılık ilkesiyle bağdaşmaktadır. Nitekim müsadere, iznin iptaline göre daha hafif bir yaptırımdır.

Buna karşılık, müsadere –güvenlik tedbiri olarak düzenlenmesine karşın– ceza niteliğinin de bulunması nedeniyle, tıpkı iznin iptali bakımından olduğu gibi suçun tüzelkişinin *organ veya temsilcilerinin iştirakiyle işlenmesinin* aranmaması kanaatimizce eksikliklerdir. Fransız ve Alman hukukları bakımından da suçun tüzelkişinin organ veya temsilcisi tarafından işlenmesi aranmaktadır. Esasında suçun “tüzelkişinin yararına işlenebilmesi” için genellikle tüzelkişilerin ad ve hesabına davranılarak hareket edilmesi gerekir. Bu tür hareket ve işlemler de kural olarak tüzelkişinin yetkililerince yapılacağından, kanunen aranmayan bu koşulun uygulamada aranacağını düşünmekteyiz. Önerdiğimiz bu sonuç, 54.maddenin 1. fıkrası gereğince eşyanın “iyiniyetli üçüncü kişiye ait olmaması” kuralıyla da uyumludur. Şöyle ki, 54.madde bakımından “iyiniyet”in iştirak olarak kabul edilmesi gerektiği yukarıda açıklanmıştır. Tüzelkişinin suç faili olamayacağı kabul edildiğinden iştirak eden de olması mümkün değildir. Tüzelkişilerin suç işlemekte araç olarak kullanılmaları halinde haklarında güvenlik tedbiri uygulanması bunu değiştirmez.¹⁷¹⁹ 54.maddenin uygulanması için ise eşyanın iyiniyetli (suça iştirak etmeyen) üçüncü kişiye ait olmaması gerektiğinden, tüzelkişiye ait olup da suçta kullanılan eşyanın müsadere edilememesi için tüzelkişi organ veya temsilcisinin suçta iştirak etmemiş olması aranacaktır. Başka bir ifadeyle tüzelkişiye olup suçta kullanılan, suçta tahsis edilen veya suçtan meydana gelen eşyanın müsadere edilebilmesi tüzelkişi temsilcisi veya organının suçta iştirak etmiş olması gerekmektedir.

Sonuç olarak, TCK’nın 60. maddesinin gerekçesine bakıldığında “*tüzel kişi yararına işlendiği belirlenen suç bakımından, müsadere hükümlerindeki koşullar da*

¹⁷¹⁹ Aydın D., s.83

gerçekleşmiş ise, o suçla bağlantılı olan eşya ve maddî çıkarların müsaderesine hükmedilecektir” şeklindeki ifadede de, müsadere koşullarına ek olarak suçun tüzelkişi yararına işlenen bir suç olmasının yeterli olacağı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, aşağıda açıklanacağı gibi özel hukuk tüzelkişileri hakkında müsadere uygulanabilmesi için 54 ve 55.maddelere ek olarak 60.maddenin 4. fıkrası gereğince kanunda açık hüküm bulunması gerekmektedir. Bununla birlikte, müsadere hükümlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hakim bu tedbirlere hükmetmeyebilir (TCK m.60/3).¹⁷²⁰

b. Suçun Özel Hukuk Tüzelkişisi Yararına İşlenmesi

TCK'nın 60.maddesi uyarınca müsadere hükümleri sadece “yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzelkişileri” bakımından uygulanabilir. Böylece “iznin iptali” yaptırımından daha geniş kapsamlı olarak, dernekler, vakıflar, ticaret şirketleri, sendikalar ile konfederasyonlar, siyasi partiler ve avukatlık ortaklıkları gibi topluluklar özel hukuk tüzel kişileri olduklarından güvenlik tedbiri olarak müsadere bunlar hakkında uygulanabilecektir.

Kamu hukuku tüzelkişilerinin suçla bağlantılı eşya veya malvarlığı bakımından ise müsadere uygulanması öngörülmemiştir. Nitekim bu tür fiiller genelde rüşvet, irtikap gibi bireysel menfaate yönelik olup tüzelkişinin maddi menfaat elde etmesi sözkonusu olmaz. Ayrıca müsadere, suçla ilgili bir eşyanın mülkiyetinin devlete geçmesi sonucunu doğurduğundan, zaten devlete ait olan bir eşya, suçta kullanılmış olsa dahi müsadere edilmesi mümkün değildir. 54.maddede aranan iyiniyetli üçüncü kişiye ait olmama koşulu da devlet malının müsaderesine engeldir.

Ne var ki, sadece özel hukuk tüzel kişileri hakkında güvenlik tedbirine başvurulabileceğinin kabul edilmesi öğretilde eleştirilmektedir. Kangal'ın belirttiği gibi özel hukuk alanında da faaliyetlerde bulunan kamu hukuku tüzel kişilerinin varlığı gözönünde bulundurulduğunda bunların güvenlik tedbirlerinden muaf olması eşitlik ilkesine aykırı sonuçlara yol açabilecektir. Ayrıca hem kamu hukuku hem de özel hukuk kurallarının uygulandığı kamu iktisadî teşebbüsleri hakkında bu

¹⁷²⁰ Bu son iki fıkra (TCK m. 60/3 ve 60/4) iznin iptali ve müsadere bakımından ortak hükümlerdir.

düzenleme karşısında güvenlik tedbirine başvurulup başvurulamayacağı tartışma konusu oluşturmaktadır.¹⁷²¹

Suçun “tüzelkişinin yararına işlenmesi”nden ilk bakışta, suçtan tüzelkişi yararına **maddi bir menfaat** elde edilmiş olmasının arandığı düşünülebilir. Bu durum ise bizi, tüzelkişiler bakımından sadece kazanç müsadere hükümlerinin uygulanabileceği sonucuna götürebilir. Zira, tüzelkişilerin yapısı gereği kural olarak manevi bir yarardan sözedilemez. Ancak TCK’nın 60.maddesi, eşya-kazanç müsadere ayırımı yapmaksızın “müsadere hükümleri”ne gönderme yapmaktadır. Gerekçeye göre de “... tüzel kişi yararına işlendiği belirlenen suç bakımından, müsadere hükümlerindeki koşullar da gerçekleşmiş ise, **o suçla bağlantılı olan eşya ve maddi çıkarların müsadere hükmüne hükmedilecektir**” düzenlemesi ile eşya müsadere hükümlerinin de tüzelkişiler bakımından uygulanmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Nitekim, kaynak Alman Hukukunda da 75.maddenin gönderme yaptığı 74.madde gerek suçta kullanılan, suça tahsis edilen gerekse bir suçun işlenmesine hizmet etmesi tehlikesi bulunan eşyanın müsadere düzenlenmektedir.

Ayrıca, “tüzelkişi yararına işlenme” koşulunun arandığı Fransız ve Alman hukuklarında bu kavramın yorumu ve uygulamasını bulmaktayız. Fransız Ceza Kanunu’nun tüzelkişilerin sorumluluğunu düzenleyen 121-2 maddesinde tüzelkişilerin ceza sorumluluğu bakımından aranan koşullardan biri, suçun organ veya temsilci tarafından işlenmesi iken, ikincisi tüzelkişi yararına (“*par leur compte*”) işlenmesidir. Fransız Temyiz Mahkemesi’nin bir kararına göre, suçun tüzelkişinin organ veya temsilcisi bakımından işlenmiş olması tüzelkişinin sorumluluğu bakımından yeterli değildir; sözkonusu suçun tüzelkişi yararına işlenmiş olması da gerekir.¹⁷²² Buna göre, tüzelkişinin organ veya temsilcisinin suçun kendi yararına, üçüncü bir kimse yararına, tüzelkişi üyelerinin bir kısmı yararına, işçisinin yararına veya toplum yararına işlemesi halinde tüzelkişi bakımından değil şahsi sorumluluk gündeme gelmektedir. “Yararına işlenme” kavramı öğreti ve uygulamada geniş biçimde algılanmaktadır.¹⁷²³ Suçun tüzelkişiye maddi bir menfaat

¹⁷²¹ Kangal, Türk Ceza, s. 213 vd.

¹⁷²² Cour de cassation Chambre criminelle, 7 juillet 1998 n° 97-81.273, Publication: Bulletin criminel 1998 N° 216 p. 626

¹⁷²³ Öğretide Kangal ise izin iptali yaptırımı bakımından da aranan koşul için şu açıklamayı yapmaktadır: “Tüzel kişinin yararı ifadesi çok geniş yorumlanabileceği için, organ veya temsilci tüzel kişiyi yalnızca zenginleştirmek için değil, onun temel fonksiyonlarını veya amaçlarını gerçekleştirmek için hareket ettiğinde de tüzel kişiye güvenlik tedbiri uygulanabilecektir. Kısacası bu yarar, tüzel kişiyi

sağlamak amacıyla işlenmesi bu kapsamdadır. Ancak kavram bununla sınırlı olmayıp, “yarar”ın tüzelkişinin temel amacını ve işlevini gerçekleştirme biçiminde maddi olmayan bir yarar olabileceği de kabul edilmektedir.¹⁷²⁴ Fransız hukukunda kavramın bu şekilde geniş algılanması, sadece işe almada ayrımcılık (Frs.CK m. 225-1 ve 2) gibi ekonomik amaçlı olmayan kasıtlı suçlarda değil ve fakat taksirle ve ihmalle işlenen suçlarda da uygulanmasını sağlamaktadır.¹⁷²⁵ Kaynak Alman hukukunda da tüzelkişilerin “*organ veya temsilcilerinin kuruluş ad ve yararına davranarak bir suç işlemeleri gerektiği, diğer bir deyişle kişisel yarara dayanan eylemler nedeniyle 75.madede sözüedilen gerçek olmayan kişilerin malvarlığının müsadere edilemeyeceği*” kabul edilmiştir.¹⁷²⁶

Kaldı ki, kanunkoyucu tüzelkişiler bakımından suç bazında düzenleme yaparken **maddi çıkar** amacıyla işlenen belirli suçlar (örn,169.maddede olduğu gibi hırsızlık, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık) bakımından müsadere uygulanabilmesi için “yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişi” ifadesini ayrıca kullanmıştır. Bu itibarla bu tip düzenlemeler sadece kazanç müsaderesinin uygulanmasına elverişli görünmektedir.¹⁷²⁷ Buna karşılık, 60.madde aranan “tüzelkişi yararına işlenme” koşulu sadece ekonomik yarara özgü olmuş olsaydı, tüzelkişiler bakımından güvenlik tedbirlerinin öngörüldüğü özel hükümlerde bunun ayrıca belirtilmesine gerek olmazdı.

Sonuç olarak, eşya müsaderesi hükümleri de tüzelkişi hakkında uygulanabilir.¹⁷²⁸ Ancak bunun için, 60.maddenin 2. fıkrası gereğince ön koşul,

ilerletmeye yönelik maddî veya manevî, mevcut veya olası, doğrudan doğruya veya dolaylı bir yarar olabilir.”Kangal, Türk Ceza, s. 219

¹⁷²⁴ Francis Hamon/Alain Levy, “La responsabilité pénale des personnes morales et ses incidences sur la situation des organismes représentatifs du personel”, Droit Ouvrier, 1994, s. 262-270; Kangal, Tüzel kişilerin, s. 95

¹⁷²⁵ Maron/Robert, 1998

¹⁷²⁶ Sözüer, Alman, s. 400. “*Organ ve temsilci niteliğinin varlığı mutlaka özel veya kamu hukuku düzenlemelerine göre belirlenmesi gerekmekte, bu bakımdan sözleşme gibi hukuki işlemlerden de organ veya temsilcilik niteliği ortaya çıkabileceği kabul edilmektedir. Tüzel kişiler, kişi birlikleri ve ticari şirketlerin mallarının müsadere edilebilmesi için ayrıca, diğer müsadere türleri için öngörülen fiile ve müsadere konusu eşyaya ilişkin koşulların da aynen gerçekleşmesi gerekir*”

¹⁷²⁷ Çıkar amaçlı suçlarda tüzelkişi suçtan bir menfaat elde etmemiş ise müsadere konusuz kalmış olur. Örneğin, bir şirket yöneticisinin şirketi lehine işlemek istediği dolandırıcılık suçu bakımından menfaat koşulu gerçekleşmemiş ve eylem teşebbüs aşamasında kalmışsa ortada müsadere edilecek bir malvarlığı bulunmayacaktır.

¹⁷²⁸ Müsaderenin tamamlayıcı bir ceza olarak kabul edildiği Fransız Ceza Kanunu’nun 131-39.maddesinin 8. fıkrası tüzelkişiler bakımından müsaderenin genel hükmü niteliğindeki 131-21 maddesine atıf yapmakla suçta kullanılan, kullanılmak üzere hazırlanan veya suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesini mümkün kılmaktadır.

suçun tüzelkişi yararına işlenmiş olmasıdır. Örneğin, bir şirkete ait kamyonetin şirketin yöneticisi tarafından kaçakçılıkta kullanılması halinde, elde edilen paranın şirket hesabına değil de, yöneticinin şahsi hesabına aktarılması halinde kaçakçılıkta kullanılan araç (KK'nın 13.maddesindeki koşullardan biri sağlanmış olsa bile, örneğin kaçak eşya ülkeye sokulması yasak bir eşya olsa bile) müsadere edilemeyecektir.¹⁷²⁹

Bunun dışında, ayrıca bir suçun işlenmesinden bağımsız olarak müsadereyi gerektiren “konusu suç oluşturan eşya” tüzelkişiye ait olsa bile –başka hiçbir koşul aranmaksızın- müsadere edilecektir. Örneğin, izne bağlı olarak üretilmesi gereken ateşli silahlar izin olmaksızın bir şirket tarafından üretildiğinde bunların müsadere edileceği muhakkaktır. Yine, bir suçun işlenmesinin dahi aranmadığı ve sadece tehlikelilik esasına dayanan eşyanın müsadereesi bakımından da eşyanın gerçek bir kişi veya tüzelkişiye ait olması arasında fark bulunmamaktadır.

c. Müsaderenin Kanunda Ayrıca Düzenlenmiş Olması

Tüzelkişi malvarlığının müsaderesinin TCK'nın 54 ve 55.maddelerinden ayrılan diğer bir yanı, bunun kanunda ayrıca düzenlenmiş olmasının aranmasıdır. TCK'nın 60. maddesinin 4. fıkrası gereğince tüzelkişi hakkında müsadere hükümleri “*kanunun ayrıca belirttiği hallerde uygulanır.*” Bununla kastedilen, yararına suç işlenen tüzelkişinin malvarlığının müsadere edilebilmesinin her suç bakımından değil, ancak kanunda özel olarak belirtilen suçlar bakımından uygulanabilecek olmasıdır. TCK'da belirli suç tipleri bakımından tüzelkişilerle ilgili ayrı hükümler getirildiği görülmektedir. İnsanlığa karşı suçlar (m.77) soykırım (m.76) , örgüt (m. 78), göçmen kaçakçılığı (m.79), insan ticareti (m. 80), insan üzerinde deney (m 90), organ ve doku ticareti (m. 91), tehdit (m. 106), şantaj (m. 107), cebir (m. 108) ve uyuşturucu suçları (m. 188) buna örnek olarak gösterilebilir. Bunların bazıları bakımından eylemin “tüzelkişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi” aranmakta iken, bazıları bakımından da tüzelkişinin “haksız bir menfaat elde etmesi” aranmaktadır.

Ne var ki, müsadere hükümlerinin uygulanabileceği suçların kanunkoyucu tarafından tek tek belirlenmesi usulü, bazı suçlar bakımından gereksiz tedbir uygulamasına yol açabilecekken, bazen de gerektiği halde müsaderenin

¹⁷²⁹ Buna karşılık, failin kaçakçılıktan elde ettiği kazancın müsadereye tabi olacağı açıktır.

uygulanamamasına sebep olabilecektir. Nitekim Fransız hukukunda benimsenen “özellik ilkesi” (*principe de spécialité*) 2005 yılında terkedilmiştir.¹⁷³⁰ Örneğin, insanlığa karşı suçlar kapsamında yer alan işkence, eziyet ve köleleştirme (TCK m.77/1-c) suçları halinde tüzelkişiler bakımından müsadere hükümleri uygulanabilecekken, TCK’nın 94, 95 ve 96.maddelerinde düzenlenen işkence ve eziyet suçları bakımından özel hüküm bulunmaması nedeniyle müsadere sözkonusu olamayacaktır. Her iki suçtan kazanç elde edilmesine rağmen insanlığa karşı suçlardan olmayan işkence suçu bakımından müsadere sözkonusu olmayacaktır. Yine eşya müsaderesi bakımından da kanunda müsaderenin ayrıca düzenlenmiş olmasının aranması adaletsiz sonuçlara yol açabilir. Örneğin, bir ilaç firmasına ait olup insan üzerinde deney suçunun işlenmesinde kullanılan kimyasallar suçta kullanılan eşya olarak müsadere edilebilecekken, failin ilaç şirketine ait olup kasten öldürme suçunu işlediği aynı kimyasal müsadere edilemeyecektir. Bu nedenle, özel düzenleme aranması koşulunun kaldırılması gerektiğini düşünülmektedir. Tüzelkişiler hakkında müsadere hakimnin takdirine bırakılıp konunun bütün suçları kapsayacak biçimde genel olarak düzenlenmesi gerekmektedir.

Bununla birlikte belirtmeliyiz ki, üretimi, bulundurulması, alım satımı suç oluşturan eşya tüzelkişiyeye ait olsa dahi müsadere edilecektir. Bunun için açık hüküm bulunması gerekmez. Örneğin, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu bakımından tüzelkişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanmasını öngören 189.madde bulunmaktadır. Buna karşın, yine kamu sağlığına karşı suçlardan zehirli madde imal ve ticaretini düzenleyen 193.madde bakımından tüzelkişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanmasını öngören ayrı bir düzenleme bulunmamaktadır. Yine de, 54.maddenin 4. fıkrası gereği içeriğinde zehir bulunan maddenin izinsiz olarak üretilmesi, bulundurulması veya satılması halinde suça konu madde tüzelkişinin mülkiyetinde olsa dahi müsadere edilecektir.

¹⁷³⁰ Özellik prensibi 9 Mart 2004 tarihli Perben II kanunu ile kaldırılmıştır. Bkz. Philippe Raimbault, “La responsabilité pénale des décideurs et des personnes morales”, *Champ pénal/Penal field* [Online], XXXIVe Congrès français de criminologie, Responsabilité/Irresponsabilité Pénale, Online since 14 September 2005, connection on 01 November 2013. URL : <http://champpenal.revues.org/385>. STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, *Droit pénal général*, No: 313-1. “Özellik prensibi”nin sakıncaları için bkz. Kangal, Türk Ceza, s. 220

d. Müsaderenin Orantılı Olması

Tüzelkişi malvarlığının müsadere orantılılık ilkesi bakımından 54.maddeden farklılaşmaktadır. Eşya müsadere bakımından aşağıda açıklanacağı gibi sadece 54.maddenin 3. fıkrasında bir istisna öngörülmüştür. Buna göre *“suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında, müsadere hükmüne hükmedilmeyebilir.”* Tüzelkişiler bakımından ise 60.maddenin 3. fıkrasına göre müsadere hükümlerinin uygulanmasının *“işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hakim bu tedbirlere hükmetmeyebilir.”* Burada tüzelkişiler bakımından, 54.maddeden farklı olarak sadece suçta kullanılan eşya bakımından değil, genel olarak orantılılık ilkesi benimsenmiştir. Bu durumda tüzelkişi yararına işlenen bir suç bakımından eşya veya kazancın müsadere edilmesinin, işlenen suça nazaran daha ağır sonuç doğuracağı durumda hakim müsadere kararı vermeyebilecektir.

Dikkat edilmelidir ki, orantılılığa ilişkin madde metinleri de farklı biçimde kaleme alınmıştır. 60.madde bakımından müsaderenin orantılı olmadığı *“işlenen suça nazaran daha ağır sonuç doğuracak olması”* olarak anlaşılmakta iken, 54.maddenin 3. fıkrası gereğince müsaderenin *“işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracak olması”* yeterli görülmemekte buna ek olarak *“bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı”*nın anlaşılması da aranmaktadır. Ne var ki, burada bilinçli olarak bir fark yaratıldığı düşüncesinde değiliz. Zira, hakim müsaderenin işlenen suça nazaran daha ağır bir sonuç yaratıp yaratmayacağını zaten hakkaniyete bir başka deyişle somut olay adaletine uygun olup olmadığına göre değerlendirecektir.

Öğretide Yıldız'ın belirttiği gibi *“aslında tamamen 3. kişinin eyleminden dolayı uygulanacak bu önlemlerle suçsuz kimselerin de cezalandırılacağını ve mağdur olabileceğini de öngören kanunkoyucu böyle bir istisna hükme de yer vermek zorunda kalmıştır. Maddenin gerekçesinde de açıkça “iyiniyetli üçüncü kişiler bakımından telafisi güç kayıplar meydana gelebilir” ifadesi de bunu göstermektedir. Bununla birlikte, bu tür önlemlerin uygulanması halinde tüzelkişiliğin suça katılan temsilci ya da organları dışındaki ortaklarının telafisi güç*

*kayba uğramayacağı bir örneğe rastlamak oldukça zor olsa gerektir.*¹⁷³¹ Gerçekten faaliyet izni iptal edilen veya malvarlığı müsadere edilen bir tüzelkişinin özellikle çalışanlarının bu tedbirlerden etkilenmemesi mümkün olmadığı gibi tedbirlerin işlenen suça göre daha ağır sonuç doğurması kuvvetle muhtemel ve yaygındır. Orantılılık ilkesinin tüzelkişiler bakımından 54.maddeye göre daha genel olarak düzenlenmesi de bundandır.

B. Müsaderenin Sonuçları

Müsadere mahkeme kararı ile olur. CMK'nın 256 ve 257.maddelerince yapılan yargılama sonucunda müsaderesi talep edilen eşyanın koşulları oluşmuşsa müsaderesine, aksi halde sanık veya mağdura iadesine karar verilir.¹⁷³²

Müsadere kararı ertelenemez. 5237 sayılı TCK'da erteleme sadece hapis cezaları bakımından kabul edilmiştir (TCK m. 51). Belirtmeliyiz ki, müsaderenin ertelenmemesi güvenlik tedbiri olarak düzenlenmesi ile uyumludur.¹⁷³³

Elkonularak adli emanete kaydı yapılan eşyanın müsaderesi veya iadesine ilişkin kararların infaz edilebilmesi için müsadere kararının kesinleşmesi gerekir. Zira müsadere kararına karşı kanunyollarına başvurma imkanı bulunmaktadır. CMK'nın 258. maddesi uyarınca müsadere hükümlerine karşı Cumhuriyet Savcısı, katılan ve müsadere olunacak eşya veya malvarlığı değerleri üzerinde hakkı olan üçüncü kişiler istinaf yoluna başvurabilir. Bölge Adliye Mahkemelerinin kurulmasına kadar ise istinaf yerine temyiz ve itiraz yolları açıktır.¹⁷³⁴

¹⁷³¹ Ali Kemal Yıldız, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Seminer Notları**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayını, 2007

¹⁷³² CMK m.256/2 "kamu davası açılmış olup da iade edilmesi gereken eşya veya malvarlığı değerleri ile ilgili olarak esasla birlikte bir karar verilmemiş olması durumunda, mahkemece re'sen veya ilgililerin istemi üzerine bunların iadesine karar verilir."

¹⁷³³ 765 sayılı Kanun'un 92.maddesi "zapt ve müsaderesi kanunen mecburi olan" eşyanın müsadere edilemeyeceğini düzenlemiştir. Öğreti ve uygulamada, kuralın kapsamı tartışma yaratmış, bir görüşe göre sadece "suç teşkil eden eşya"nın müsaderesi diğer bir görüşe göre ise müsaderenin genel olarak ertelenmeyeceği savunulmuştur. Baskın görüş ve uygulama ise müsaderenin genel olarak ertelenmeyeceği yönünde gelişmiştir. Bkz. Doğan Gedik, **Müsaderenin Ertelenmesi Sorunu**, İzmir Barsou Dergisi, Ocak 2001, Sayı:1

¹⁷³⁴ 23.3.2005 tarih ve 5230 sayılı Kanun'un 8.maddesine göre "(1) Bölge adliye mahkemelerinin, 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun geçici 2 nci maddesi uyarınca Resmî Gazetede ilân edilecek göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 322 nci maddesinin dördüncü, beşinci ve altıncı fıkraları hariç olmak üzere, 305 ilâ 326 ncı maddeleri uygulanır. (2) (3) Ceza

Müsadere kararı ile eşya veya kazancın mülkiyeti sürekli olarak devlete geçer. Kararın kesinleşmesinden itibaren müsaderecinin yirmi yıl içinde infaz edilmesi gerekir (TCK m. 70). Bir görüşe göre, müsadere bakımından ayrı bir zamanaşımı öngörülmesinin nedeni, gerek failden gerekse kamu görevlilerinin ihmalinden kaynaklanabilecek gecikmeleri engellemektir.¹⁷³⁵ Buna karşılık müsaderecinin hem güvenlik tedbiri olarak düzenlenmesi hem de müsadere kararının belli bir süre geçtikten sonra uygulanması çelişkilidir. Nitekim en azından 54.maddenin 4. fıkrasında düzenlenen “suç oluşturan eşya” bakımından sürenin önemli olmaması gerekir.¹⁷³⁶

Devlet, müsadere kararının kesinleşmesiyle mülkiyetine geçen eşya üzerinde tasarruf yetkisine sahiptir. Bunları devlet hizmetinde kullanabileceği gibi, tehlikeli eşya olması halinde imha edebilir veya kullanımdan kaldırabilir.¹⁷³⁷ Müsaderecinin infazına ilişkin hükümler Suç Eşyası Yönetmeliği’nde (SEY) düzenlenmektedir.¹⁷³⁸ Bunun dışında Adalet Bakanlığı’nın genelgesi de uygulamayı düzenlemektedir.

Müsadere kararlarının infazı eşyanın niteliğine göre değişebilmektedir. Uyuşturucu maddeler ile yeniden kullanımı mümkün olmayan eşyalar imha edilecekken, yeniden kullanılması mümkün olan şeyler ilgili idari kuruluşlara teslim edilir. Örneğin, külçe altın Darphane Müdürlüğüne, taşınır kültür ve tabiat varlıkları en yakın il müze müdürlüğüne teslim edilir.¹⁷³⁹ Müsadere konusu eşya veya maddi menfaatlere el konulmadığı veya merciiine teslim edilmediği hâllerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsaderecinin ilişkili verilen kesinleşmiş karar örneği mahkemesince doğrudan bulunduğu yerin en büyük malmemurluğuna gönderilir. Bu

Muhakemesi Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önce Yargı-tay’ca incelenip kesinleşen hükümler hakkında, başvuru süresi dolmamış olması kaydıyla karar düzeltme yoluna gidilebilir.” (Bu maddenin ikinci fıkrası Anayasa Mahkemesi’nin 05.04.2007 gün ve 2005-127/2007-42 sayılı kararıyla iptal edilmiştir (RG 07.11.2007, No.26693))

¹⁷³⁵ Arslan/Azizağaoğlu, s. 259

¹⁷³⁶ Hafizoğulları, Dava ve Cezanın Düşürülmesi, s. 28

¹⁷³⁷ Gökce, Elkoyma, s. 163

¹⁷³⁸ Yönetmelik 25832 Sayılı 01.06.2005 tarihli RG ile yürürlüğe girmiştir.

¹⁷³⁹ Kamer, age, s. 34

“Sahte Banknotların İncelenmesi ve Değerlendirilmesinde Uyulacak Usul ve Esaslar hakkında yönetmeliğin 16. maddeleri uyarınca sahte paraların kararın kesinleşmesinden sonra imha edilmek üzere Merkez Bankası veya taşra birimlerine gönderilmesi yerine zorunluluğuna karar verilmesi” yasaya aykırıdır. (Y4CD, 31.10.2007, 2006-3545, 2007-8506). Benzer yönde Y4CD, 19/09/2006, 2005 - 7501, 2006 / 14103. Başka bir kararda ise “Suça konu sahte paraların 5237 sayılı TCK’nın 54/1. maddesi uyarınca müsaderecinin karar verildikten sonra Merkez Bankasına gönderilmesine karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi” Y8CD, 28.03.2007, 2006-4850, 2007-2836

kararların infazı, 21/07/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre yapılır (SEY, m. 16f).

Müsadere kararlarının infazı konusunda eşyaya ilişkin mevzuat da uygulamaya yol göstermektedir. Örneğin, silahlar 6136 sayılı Kanun ve Yönetmelik¹⁷⁴⁰ uyarınca en yakın birlik ve kurumlara teslim edilir. Müsaderesine karar verilen uyuşturucu maddelerle ilgili işlemler, 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkındaki Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik¹⁷⁴¹ ve Haşhaşın Ekimi, Kontrolü, Toplanması, Değerlendirilmesi, İmhası, Satın alınması, Satılması, İhracı ve İthali Hakkında Yönetmelik¹⁷⁴² hükümlerine göre imha edilir. (SEY, m.16f).

§ 5. Ceza İlişisini Ortadan Kaldıran Hallerde Müsadere

A. Genel Olarak

Failin suç oluşturan eylemi sonucu devlet ile birey arasında oluşan ceza ilişkisi, yargılama sonucu mahkumiyetle sonuçlanıp hükmün kesinleşmesinin ardından infaz ile tamamlanır. Buna karşılık devlet, bazı hallerde ceza ilişkisini suç politikası gerekleriyle infaz gerçekleşmeden ve hatta dava açılmadan kaldırabilmektedir.¹⁷⁴³ Ceza ilişkisini ortadan kaldıran bu haller, sanığın veya hükümlünün ölümü, af, zamanaşımı, önödeme ve şikayetten vazgeçmedir.¹⁷⁴⁴

Müsaderenin 765 sayılı Kanun döneminde mahkumiyet koşuluna bağlı olması, ceza ilişkisini kaldıran hallerde uygulanmamasına neden olmuştur. 5237 sayılı TCK'da ise mahkumiyet koşulu kalkmış olup, müsadere güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiştir. Yine de kanunda yer yer birbirinden farklı nitelikli olduğunu

¹⁷⁴⁰ “Mahkemelerce Zoralımına Karar Verilen Veya Güvenlik Kuvvetlerince Herhangi Bir Şekilde Ele Geçirilen Ateşli Silah, Mermi, Her Türlü Patlayıcı Madde, Bıçak, Kesici Ve Öldürücü Alet İle Benzerlerinin Milli Savunma Bakanlığına Telimi İşlemlerine Ait Yönetmelik” bkz. 15/2/1984 tarihli ve 18313 sayılı RG

¹⁷⁴¹ 21.11.1982 tarihli ve 17875 sayılı RG

¹⁷⁴² 4.5.1988 tarihli ve 19804 sayılı RG

¹⁷⁴³ İçel, Ceza Hukuku, s. 441.

¹⁷⁴⁴ Bunlar dışında uzlaşma, kamu davasının açılmasının ertelenmesi ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi davayı ortadan kaldıran haller de bulunmakla birlikte bunlar ceza muhakemesine ilişkin olduğundan çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır.

düşündüğümüz müsadere hükümlerinin ceza ilişkisini kaldıran hallerde uygulanıp uygulanmayacağı aşağıda incelenmektedir.

B. Ölüm

I. Sanığın Ölümü

Sanığın ölümü halinde davanın akıbetini düzenleyen ETCK m. 96/1'e göre, sanığın ölümü halinde kamu davası ortadan kalkmakta idi. Bu halde, ölen sanığın asli veya fer'i bir cezaya mahkum edilmesine imkan yoktu. Mahkumiyet olmadıkça suçta kullanılan, kullanılmak üzere hazırlanan suçtan husule gelen eşyanın müsaderesi mümkün değildi. Sanığın ölümü halinde, kesinleşmiş bir hüküm söz konusu olmadığından suçla ilgili eşyanın müsaderesini öngören TCK m. 36/1 uygulanamaz; eşya müsadere edilmişse mirasçılara iade edilmesi gerekirdi. "Suç teşkil eden eşya" (TCK m. 36/2) bakımından ise ceza mahkûmiyeti olmasa ve faile ait bulunmasa bile müsadere mümkün idi.

5237 sayılı Kanun'ın 64.maddesinin 1. fıkrası sanığın ölümü halinde davanın akıbetini ve müsadere uygulamasını düzenlemektedir. Buna göre, *"sanığın ölümü halinde kamu davasının düşürülmesine karar verilir. Ancak, niteliği itibarıyla müsadereye tabi eşya ve maddi menfaatler hakkında davaya devam olunarak bunların müsaderesine hükmolunabilir."*¹⁷⁴⁵ Görüldüğü gibi kanunkoyucu 1. fıkroda "hükmolunabilir" ifadesini kullanmıştır. Kanımızca bu ifade müsadere ihtiyarilik anlamına gelmemektedir. Zira, müsadere bakımından genel ilke zorunluluktur. Bu itibarla, "hükmolunabilir" ifadesi ile somut olayda müsadere imkanının var olup olmamasının araştırılması gerekliliğine işaret edildiği kanaatindeyiz. Örneğin, sanığın ölmeden önce suçtan elde ettiği maddi menfaati mağduruna iade etmiş olması halinde artık kazanç müsaderesinin "mağdura iade edilememe" koşulu gerçekleşmemiş olduğundan müsadere mümkün olmayacaktır.

64.maddede geçen *"niteliği itibarıyla müsadereye tabi eşya ve maddi menfaatler"* kavramından ne anlaşılması gerektiğini açıklamak gerekir. Hemen

¹⁷⁴⁵ "Hükümlünün ölümü, hapis ve henüz infaz edilmemiş adli para cezalarını ortadan kaldırır. Ancak, müsadereye ve yargılamaya giderlerine ilişkin olup ölümden önce kesinleşmiş bulunan hüküm, infaz olunur." (TCK m. 64/2)

belirtmeliyiz ki, TCK'nın 54.maddesinin 4. fıkrası uyarınca üretimi, bulundurulması, taşınması, alınıp-satılması suç oluşturan eşya ölüm halinde dahi müsadere edilebilecek eşyanın başında gelmektedir.¹⁷⁴⁶ Nitekim 765 sayılı Kanun döneminde olduğu gibi yeni kanunda da ayrıca bir suçun işlenmesi, failin mahkum olması gibi bir koşul aranmadığından fail tespit edilemese veya ölse bile güvenlik tedbiri niteliğindeki bu hüküm uygulanacaktır.

Bundan başka, “suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan ve kamu sağlığı, kamu güvenliği ve genel ahlak bakımından tehlikeli olan eşya” dan gerekçede belirtildiği üzere suçun icrasına dahi başlanmadan müsadereye hükmedileceği kabul edilirse, bu aşamada sanık sıfatı dahi olmayan (eşyayı suçun işlenmesinde kullanmak üzere hazırlayan) kişinin ölümünün müsadereye engel olmayacağı kanaatindeyiz.¹⁷⁴⁷

Bir görüşe göre müsadere güvenlik tedbiri olduğundan sanığın ölümü mahkumiyet hükmünü engelleyecekse de müsadereyi engellemez.¹⁷⁴⁸ Ancak TCK'nın 54.maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen bir suçun işlenmesinde kullanılan, suça tahsis edilen veya suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesine hükmedilebilmesi için her ne kadar mahkumiyet koşulu bulunmasa da bir suçun işlendiğinin ve eşyanın bu suçta kullanıldığının veya suçtan meydana geldiğinin sabit olması gerekir. Örneğin, sanık öldürme suçundan yapılan yargılaması sona ermeden önce ölmüş ve suçta kullanıldığı iddia olunan bıçağın bu aşamaya kadar suçta kullanıldığı ispatlanamamış olduğundan bıçak müsadere edilemeyecektir. Bu halde bıçağın doğrudan mirasçılara iadesi gerekir.¹⁷⁴⁹ İçel'in belirttiği gibi, ölüm nedeniyle dar anlamda ceza davası düşürüldüğü halde güvenlik tedbiri muhakemesine devam edilerek fiilin hukuka aykırı olup olmadığı saptanmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir.¹⁷⁵⁰

Suçun iştirak halinde işlenmesi durumunda ise, sanıklardan birinin ölümü müsadere uygulamasına engel teşkil etmeyecektir. Zira, bu halde yaşayan sanıklar

¹⁷⁴⁶ Gedik, age, s.218; Arslan/Azizağaoğlu, age, s. 245

¹⁷⁴⁷ Bununla birlikte bu tür eşyanın müsaderesi hakkındaki eleştirilerimiz için bkz. Yukarıda, s. 90 ve 391

¹⁷⁴⁸ Centel/Zafer/Çakmut, age, s. 627

¹⁷⁴⁹ Certel, age, s. 70

¹⁷⁵⁰ İçel, Ceza Hukuku, s. 442

bakımından davaya devam olunur.¹⁷⁵¹ Koşulları oluştuğunda hem eşya müsaderesi hem de kazanç müsaderesi hükümleri uygulanabilir.

II. Hükümlünün Ölümü

Hükümlü, hakkındaki mahkumiyet kararı kesinleşen kimseyi ifade eder. Sanığın ölümünden farklı olarak, hükümlünün ölümü, sadece infaz ilişkisini düşürür.¹⁷⁵² ETCK m. 96/2'ye göre; *“Mahkûmun vefatı ceza mahkûmiyetini ve hatta icra edilmemiş olan ağır ve hafif cezayı nakdî hükümlerini bütün neticesiyle beraber ortadan kaldırır. Ancak eşyanın zapt ve müsaderesi ve mahkeme masrafları için sadır olup mahkûmun ölümünden evvel katiyet kesbeden hükümler tenfiz olunur.”* Böylelikle, hükümlünün ölümünün ceza mahkumiyetini ve mahkumiyetin bütün cezai sonuçlarını ortadan kaldırdığı ancak cezai olmayan sonuçları etkilemediği kabul edilmiştir. Ancak müsadere ile ilgili olarak verilir de hükümlünün ölümünden önce kesinleşen kararlar infaz olunmakta idi (ETCK m. 96/2).

5237 sayılı TCK'da da benzer bir hüküm öngörülmüştür. 64.maddenin 2. fıkrasına göre *“Hükümlünün ölümü, hapis ve henüz infaz edilmemiş adli para cezalarını ortadan kaldırır. Ancak, müsadereye ve yargılama giderlerine ilişkin olup ölümden önce kesinleşmiş bulunan hüküm, infaz olunur.”* Buna göre hükümlünün ölümünden önce kesinleşmiş bulunan eşya ve kazanç müsaderesine ilişkin kararlar infaz edilir. Müsadere kararı, kişinin ölümünden önce kesinleşmemiş ise artık infaz edilemeyecektir.

Ne var ki sözkonusu hüküm müsaderenin tedbir olarak düzenlenmesiyle uyumsuzdur. Zira, müsadere güvenlik tedbiri olarak kabul edildiğine göre, yargılama sırasında ölen sanığın müsaderesi talep edilen eşyası için tedbir muhakemesine devam edilmesi gerekir. Bu nedenle öğretilde belirtildiği gibi, kararın infaz edilebilmesi için 64.maddenin 1. fıkrasından ayrılarak kararın kesinleşmiş olmasını aramanın yersizdir.¹⁷⁵³ Bununla birlikte 54.maddenin 4. fıkrası uyarınca suç oluşturan eşya bakımından müsadere kararı kesinleşmemiş olsa da infaz edilir.

¹⁷⁵¹ İçel/Akıncı-Sokullu/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, Yaptırım, s. 302; Centel/Zafer/Çakmut, age, s. 626

¹⁷⁵² Dönmezer/Erman, C.III, s. 204

¹⁷⁵³ Centel/Zafer/Çakmut, age, s. 628; İçel, Ceza Hukuku, s. 442

C. Af

I. Genel Af

Genel af, kamu davasının düşmesine ve ceza mahkumiyetinin bütün sonuçlarıyla ortadan kalkmasına neden olur. Bu halde her ne kadar eylemin suç olma niteliği ortadan kalkmasa da, devletin ceza verme hakkı sona erer.¹⁷⁵⁴ Genel af yargılama sırasında veya hüküm verildikten sonra çıkarılmış olabilir. Bu itibarla konusu suç oluşturan (TCK m. 54/4) eşya dışında affın müsadereye etkisini ikiye ayırarak incelemek gerekir.

Affin mahkumiyetten önce çıkarılması halinde kişi hakkında henüz kamu davası açılmamışsa artık dava açılmayacak; açılmış olan dava ise düşürülecektir. TCK'nın 74.maddesinin 1. fıkrasına göre “*genel af (...) müsadere olunan şeylerin (...) geri alınmasını gerektirmez*”.¹⁷⁵⁵ Bu itibarla, aftan önce müsadere kararı verilmiş olmasına karşın, henüz infaz edilmemiş ise, genel af müsadereye infazına engel olacaktır. Bu durumda eşya veya kazanca elkonulmuş ise iadesi gerekir. Ne var ki böyle bir sonuç müsadereye güvenlik tedbiri olarak nitelendirilmesi ile bağdaşmamaktadır. Zira, güvenlik tedbiriygulanabilmesi için hukuka aykırı bir fiilin işlenmesi yeterlidir.¹⁷⁵⁶

Genel af hükmün verilip kesinleşmesinden sonra çıkarılmışsa, hüküm yerine getirilmeyecek; ceza çektiriliyorsa kişi derhal salıverilecek; ceza mahkumiyetine bağlanmış olan tüm yoksunluklar ortadan kaldırılacaktır.¹⁷⁵⁷ Bununla birlikte, kanunun açık hükmü karşısında infaz edilmiş olan müsadere kararı aftan etkilenmeyecektir.

¹⁷⁵⁴ Sözüer, Türk Hukukunda Af, s. 22; İçel, Ceza Hukuku, s. 445; Centel/Zafer/Çakmut, age, s. 632

¹⁷⁵⁵ ETCK'nın 97.maddesine göre de, genel af kamu davasını düşürmekte olup, suçla ilgili eşyanın müsadere (m. 36/1) için aranan mahkumiyet koşulu gerçekleşmediğinden müsadere de mümkün değildir. Bu yöndeki kararlar, Y2CD, 02.06.1965, 5187/4670; Y8CD, 07.11.1975, 7394/6807

¹⁷⁵⁶ Centel/Zafer/Çakmut, age, s. 632; Nuhoğlu, Emniyet, s. 74

¹⁷⁵⁷ Hafizoğulları, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Davanın ve Cezanın Düşürülmesi, s.27

54.maddenin 4. fıkrası gereğince suç oluşturan eşyanın müsadere bakımından ise affın muhakemenin hangi aşamasında çıkarılmış olduğu önemli değildir. Affa rağmen suç teşkil eden bu tür eşyanın müsadere mümkündür.¹⁷⁵⁸

II. Özel Af

Özel af, cezanın infazına son veren veya infaz süresini kısaltan ya da cezanın türünü değiştirerek hafifleten af türüdür. Özel af, genel aftan farklı olarak mahkumiyetin sonuçlarını etkilemez. Özel affın güvenlik tedbirlerine etkisi konusunda TCK'da bir açıklık bulunmamaktadır. Bununla birlikte öğretilerde, özel affın tehlikeliliğin esas alındığı güvenlik tedbirlerini etkilememesi gerektiği, ancak af yasasında aksinin öngörülebileceği kabul edilmektedir.¹⁷⁵⁹

Müsadere bakımından ise özel affın etkisi, genel affa aynı biçimde düzenlenmiştir. TCK'nın 74.maddesinin 1. fıkrasına göre “ (...)özel af, müsadere olunan şeylerin (...) geri alınmasını gerektirmez”. Özel affa rağmen, infaz edilmiş olan müsadere kararı sonucu devletin mülkiyetine geçen eşya veya kazanç yine devlette kalır.

Müsadere kararı infaz edilmemiş olsa da, özel af kamu davasını ortadan kaldırmayacağından muhakemeye devam edilerek suçun varlığı tespit edilecektir. Bu halde koşulları oluşmuşsa 54. ve 55.maddeler kapsamında müsadere mümkündür. ETCK'nın 100.maddesi gereğince de uygulamanın bu yönde olduğu görülmektedir.¹⁷⁶⁰

¹⁷⁵⁸ “Zoralmına karar verilmiş kaçak eşyanın, olayın af yasasının kapsamına girdiğinden bahisle geri verilmesine imkan yoktur” Y7CD, 12.02.1969, 1417/1409

¹⁷⁵⁹ Artuk, Emniyet Tedbirleri, s. 353; Centel/Zafer/Çakmut, age, s. 635; Nuhoğlu, Emniyet, s. 73; Erem/Danışman/Artuk, s. 940

¹⁷⁶⁰ “1803 sayılı Af Kanununun 13. maddesi cezası kısmen affa tabi adam öldürme eyleminde kullanıldığı saptanan faile ait silahın av tüfeği dahi olsa müsadereye engel bir hüküm getirmemiş ve sanığın TCK'nın 449/1, 59, 449/1, 62, 59 ve 1803 sayılı Af Kanununun uygulanmaları sonucu neticeten 21 sene ağır hapse hükümlendirilmiş bulunmasına göre, suçta kullanılan av tüfeğinin TCK'nın 36.maddesi gereğince müsadereye ilişkin mahkemece verilen karar ile müsadereye yasaya aykırılığına dair olan itirazların reddi yolundaki özel daire kararı usule ve yasaya uygun görülmüştür.” YCGK, 21.04.1975, 82/92

D. Zamanaşımı

I. Dava Zamanaşımı

Dava zamaşıımı, suçun işlenmesinden itibaren işlemeye başlayan belirli sürelerin geçmesiyle, kamu davası açılmayacağını, açılmış olan kamu davasının ise sürdürülememesini ifade eder.¹⁷⁶¹ Özellikle kaçakçılık suçlarında fiilin gerçekleştirildiği tarihten çok sonraları ihbar ve denetimler sonucu soruşturmaya başlanması, bu tür fiillerin örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi, uluslararası boyutunun olması nedeniyle bilgi ve belge toplamanın zaman alması, olayın teknik incelemeler gerektirmesi, farklı kamu kuruluşlarını ilgilendiren yönlerinin bulunması gibi nedenlerle soruşturma süreci uzun sürmekte ve zamaşıımı sorunu ile karşılaşmaktadır.¹⁷⁶²

ETCK döneminde, mahkumiyet şartı gerçekleşmediğinden davanın zamaşıımına uğraması halinde suçla ilgili eşyanın müsaderesine (TCK m. 36/1) karar verilmemekte, fakat, suç teşkil eden eşyanın (TCK m. 36/2) müsaderesine imkan bulunmakta idi. Mülga 4926 sayılı Kaçakçılık Kanunu'nda zamaşıımı ile ilgili açık hüküm bulunmakta idi. Buna göre, davanın zamaşıımına uğraması nedeniyle soruşturma ve kovuşturmanın devam ettirilmesine olanak kalmayan hallerde suç konusu olan eşya müsadere edilecekken, suç konusu olmayan eşyanın iadesine karar verilmekteydi.¹⁷⁶³ 31.03.2007 tarihinde yürürlüğe giren 5607 sayılı yeni Kaçakçılık Kanunu'nda ise, TCK'nın 5.maddesiyle paralel olarak TCK'nın müsadere hükümlerine atıf yapılmaktadır.

5237 sayılı TCK'da konuya ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte, müsadere eskiden olduğu gibi asıl fiil için öngörülen zamaşıımı süresine tabidir. Davanın zamaşıımına uğraması halinde artık yargılamaya devam

¹⁷⁶¹ İçel, Ceza Hukuku, s. 448;

¹⁷⁶² Tanrıvermiş, age, s. 263

¹⁷⁶³ “zamaşıımı gerçekleşmiş bulunduğundan...sanıklar hakkında kamu davasının ortadan kaldırılmasına, dava konusu yabancı menşeli ve kaçak eşyaların 4926 sayılı kanunun 31/son maddesi uyarınca zorralımına,...nakil aracının veya satılarak tasfiye edilmişse satış bedelinin mal sorumlusu ...'e iadesine” (Y7CD, 2005/16792, 2007/2011). Zamaşıımı tahakkuk etmiş ise de; suç tarihinde yürürlükte bulunan 1918 sayılı yasanın 2867 sayılı yasa ile değişik 22/son maddesi uyarınca, dava konusu gümrük kaçağı eşyaların müsaderesine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden eşyaların yasak veya tekele tabi olmadığından bahisle iadesine hükmolunması, (Y7CD, 15.10.2003, 2002/10197, 2003/8531) yönündeki kararlar örnektir.

edilemeyeceğinden ispatlanmış bir suçun varlığından da sözedilemez. Dava zamanaşımı süresinin dolması halinde davanın düşmesine ve eşyanın iadesine karar verilir.¹⁷⁶⁴ Ancak tehlikeli eşya bakımından durum özellik arz eder. Nitekim İsviçre öğretisi ve uygulamasında tehlikeli eşyanın müsadereyi önleyici tedbiri bakımından (İsv.CK. nın 69.maddesi) zamanaşımının söz konusu olmayacağı, insanlar, ahlak ve kamu düzeni bakımından tehlike arz etmeye devam ettiği sürece müsadereyi uygulanabileceği, tehlike ortadan kalktıktan sonra ise müsadere için bir gerekçe kalmayacağı kabul edilmektedir.¹⁷⁶⁵

54.maddenin 4. fıkrası gereğince “konusu suç oluşturan eşya”nın müsadereyi zamanaşımına rağmen mümkün olacağı açıktır. Dava zamanaşımı gerçekleşse dahi düşme kararı ile birlikte bu tür eşya için de müsadere kararı verilecektir. Bu tür eşyalar için iade ya da hukuk mahkemesinde dava açmakta serbestliğe karar verilemez.¹⁷⁶⁶ Zira, bunun için ayrı bir suçun işlenmesine gerek bulunmamaktadır. Yargıtay uygulamasına göre de, taklit sigara, taklit rakı gibi üretimi, bulundurulması 4733 sayılı Kanun’un 8.maddesi gereğince suç oluşturan şeylerin TCK’nın 54/4 maddesi gereğince müsadereye karar verilmektedir.¹⁷⁶⁷ Yine ruhsatsız tabanca taşıma suçu dava zamanaşımına uğrasa bile, tabanca her zaman müsadere edilebilir.¹⁷⁶⁸ Benzer şekilde, kaçakçılık davası zamanaşımına uğrasa bile kaçak eşya müsadere edilir.¹⁷⁶⁹ Örneğin, kaçak olduğundan şüphelenilen atların menşeleri araştırılıp, tanık ifadeleri vs. doğrultusunda eylemin suç teşkil edip etmediğine göre müsadereye veya iadeye karar verilmesi gerekir.¹⁷⁷⁰ Suç

¹⁷⁶⁴ Centel/Zafer/Çakmut, age, s. 772; Gedik, age, s. 228

¹⁷⁶⁵ Hirsig-Voillouz, Le Nouveau Droit, s. 1376.

¹⁷⁶⁶ Kubilay Taşdemir, **Ceza Hukukunda Zamanaşımı**, Ankara, 2011, s. 327

¹⁷⁶⁷ Y7CD, 2009/2246, 2011/20203, 21.11.2011; 2009/4044, 2011/23048, 01.12.2011; 2009/17797, 2011/ 21255, 23.11.2011

Kamu davasının zamanaşımı nedeniyle ortadan kalkması halinde dahi taklit markalı ürünlerin 54/4 gereğince müsadereye (Y7CD, 28.02.2008, 2007/957-2008/2667); Y7CD, 28.02.2008, 2007/2818-2008/15248) zamanaşımı nedeniyle yurda yasal yollardan girdiği kanıtlanamayan cep telefonlarının kaçığa kaldığı gözetilerek müsadereyi gerekir (Y7CD, 28.01.2008, 17692-387) dava konusu yabancı menşeli ve kaçık sigaraların veya diğer ürünlerin (Y7CD, 04.11.2003, 2003/014837, 2003/009592; 7CD, 12.02.2008, 2005/279, 2008/943)

¹⁷⁶⁸ Erhan Günay, **Uygulamalı Örnekli Dava Ve Ceza Zamanaşımı**, Seçkin, Ankara 2010, s. 79

¹⁷⁶⁹ Y7CD, 08.06.2009, 11560/6841. Zamanaşımı dolmuş olsa da yurda yasal olmayan yollardan sokulduğu anlaşılan eşyaların müsadereyi gerekir. Y7CD, 08.11.2007, 30736-8378; Y7CD, 09.10.2007,12584-6955

¹⁷⁷⁰ “Zamanaşımı dolmuş ise de, dava konusu atlar yönünden yapılan incelemede, sanığın ne iş yaptığı, 37 adet ata sahip olmasının sebebi, atları nereden ve kimden aldığı, atların sanığa ne şekilde ait olduklarının sanıktan, gerekirse köy muhtarından sorulmak suretiyle belirlenmesi, ilçe tarım

zamanaşımına uğramış olsa bile, bir eşyanın sadece bir kısmı suç teşkil eden eşya niteliğinde ise ve ayrılabiliriyorsa, kısmi müsadere uygulaması gereği sadece o parçanın müsaderesi gerekir. Örneğin dava konusu aracın yasal olan motorunun iadesi gerekirken, kalan kısmının kaçak olduğu anlaşıldığından müsaderesine karar verilmesi gerekir.¹⁷⁷¹

Suç teşkil eden eşya dışındaki diğer eşya ve kazanç bakımından ise aynı sonuca varmak mümkün olmaz. Her ne kadar yeni kanunda eskisinden farklı olarak mahkumiyet koşulu aranmasa da, zamanaşımı nedeniyle dava düşürüldüğünden eşyanın suçla olan bağlantısı kanıtlanabilmiş değildir. Örneğin, bir eşyanın suçta kullanılması nedeniyle müsaderesi isteniyorsa dava zamanaşımının gerçekleşmesi halinde düşme kararı verileceğinden, sanığın yüklenen suçu işleyip işlemediği henüz sabit olmamış olacağından bu tür eşyanın müsaderesine karar verilmesi mümkün değildir. Nitekim, orman suçlarıyla ilgili bir davada Yargıtay, “*dava zamanaşımı nedeniyle düşürüldüğünde suç konusu orman emvalinin istirdatı kabil olmak üzere orman idaresine bırakılmasına, nakilde kullanılan ve satıldığı anlaşılan aracın satış bedelinin sahibine iadesine karar verilmesi gerektiğine*” hükmetmiştir.¹⁷⁷² Yine, kamu davasının zamanaşımının dolması nedeniyle “ortadan kaldırılmasına” karar verildiği hallerde nakil aracı müsadere edilemez.¹⁷⁷³ Bununla birlikte nakil aracı satılarak tasfiye edilmiş ise satış bedeli sahibine iade edilir.¹⁷⁷⁴

Zamanaşımını dolmuş olduğu hallerde müsadere edilmesi istenen birden fazla eşya bulunmakta ise bunların niteliği ortaya konulmalı ve ona göre karar verilmelidir. Örneğin kaçak olmadığı anlaşılan kilimlerin ve bu kilimler için yatırılan teminat bedelinin sahiplerine iadesi gerekirken, yabancı meşeli ve kaçak ilaçlar

müdürlüğünün bilgisine da başvurularak atlarla ilgili küpeleme yapıp yapılmadığı, aidiyet ve menşei konusunda hangi yöntemlerin uygulandığı araştırılarak menşelerinin tespit edilmesi, yine tutanak mümzii tanıklar dinlenerek atların sınırda ne şekilde yakalandıkları, hayvanları sınırı geçerken görüp görmedikleri saptanarak sonucuna göre müsadere ya da iade kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden eksik soruşturma sonucu yazılı şekilde hüküm tesisi yasaya aykırı”dır. (Y7CD, 2007/1783, 2010/6074)

¹⁷⁷¹ Y7CD, 15.12.2009, 2009/14190-15121

¹⁷⁷² Y3CD, 22.03.2007-7187/2597. Erhan Günay, Uygulamalı-Örnekli Dava Ve Ceza Zamanaşımı, Seçkin Ankara, 2010, S. 79

¹⁷⁷³ Y7CD, 31.10.2007, 15269/7568 bkz. Çıldır/Denizhan, s. 469

¹⁷⁷⁴ Y7CD, 27.03.2007, 2005/16792, 2007/2011

müsadere edilir.¹⁷⁷⁵ Zamanaşımı halinde kaçak olmadığı anlaşılan hayvanların¹⁷⁷⁶ iadesi gerekmektedir.

Buna karşılık suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan tehlikeli eşya bakımından zamanaşımının öneminin bulunmadığı söylenebilir.¹⁷⁷⁷ Zira, dava zamanaşımına uğrasa bile bu tür eşyanın müsadere için bir suçun varlığı dahi gerekli değildir.

II. Ceza Zamanaşımı

Ceza zamanaşımı, kesin hükme bağlanmış bir cezanın infazına, hüküm tarihinden itibaren yasada belirlenmiş olan sürenin geçmesiyle engel olur. Süre dolduğunda zamanaşımı kendiliğinden gözönüne alınır ve hükümlünün bundan vazgeçmesi mümkün değildir.¹⁷⁷⁸ ETCK döneminde konuya ilişkin açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, müsadere kararlarının ceza zamanaşımına tabi olduğu, müsadereye konu fiil için zamanaşımı dolduğunda müsadere kararlarının da infaz edilemeyeceği kabul edilmiştir.¹⁷⁷⁹

YTCK'da da güvenlik tedbirlerinin zamanaşımına uğramasını öngören bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğretideki hakim görüşe göre ise, ceza dışındaki yaptırımlar yani güvenlik tedbirleri bakımından zamanaşımı sözkonusu değildir.¹⁷⁸⁰ Tehlikelilik devam ettiği sürece tedbirin uygulanabilmesi gerekir. Aksi görüşte olan Yüce, zamanaşımının dolmasıyla güvenlik gözetiminin de ortadan kalkacağını belirtmiştir.¹⁷⁸¹ Alman ve Fransız hukuklarında da tedbir niteliğindeki yaptırımlar bakımından zamanaşımı sözkonusu değildir. Örneğin Alman hukukunda hükümlünün bir kurumda gözetim altına alınması yaptırımını zamanaşımına

¹⁷⁷⁵ Y7CD, 30.10.2007, 30735/7394. Müsadere gerçekleştiğinde de yatırılan teminat iade edilir, karara rağmen müsadere infazı mümkün olmazsa teminat irat kaydedilir. Karar için Bkz. Çıldır/Denizhan s. 470, "Kaçak olmadığı anlaşılan mazot ve taşıma aracı ile bu araç için yatırılan teminatın iadesine" benzer karar Y7CD, 09.10.2007, 12575/6954

¹⁷⁷⁶ Y7CD, 23.10.2007, 12650/7137

¹⁷⁷⁷ Aynı yönde, Centel/Zafer/Çakmut, age, s. 772; Gedik, age, s. 228

¹⁷⁷⁸ Dönmezer/Erman, C.III, s. 278; İçel/Akıncı-Sokullu/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, Yaptırım, s. 371; Artuk/Gökçen/Yenidünya, age, s. 391

¹⁷⁷⁹ Y3CD, 14.05.2001, 4163/4732

¹⁷⁸⁰ Dönmezer/Erman, C. 3, s. 292, Gökçen, Elkoyma, s. 47, Demirbaş, Ceza, s. 640; Taner F., age, s. 210,

¹⁷⁸¹ Yüce, age, s. 197

uğramamaktadır.¹⁷⁸² Fransız Hukukunda ise durum biraz daha farklıdır. Kişi ya da mallar üzerinde cebren icrası mümkün olan yaptırımlar dışındaki tedbirlerin zamanaşımına uğramayacağı kabul edilmektedir. Müsadere, para cezaları ve bir yerde oturmaktan men cezası, ceza zamanaşımı kapsamı dışındadır.”¹⁷⁸³ İsviçre öğretisi ve uygulamasında da, tehlikeli eşyanın müsadereyi önleyici tedbiri bakımından (İsv. CK.nın 69.maddesi) zamanaşımının söz konusu olmayacağı; eşyanın insanlar, ahlak ve kamu düzeni bakımından tehlike arz etmeye devam ettiği sürece müsadereyi uygulanabileceği, tehlike ortadan kalktıktan sonra ise müsadere için bir gerekçe kalmayacağı kabul edilmektedir.¹⁷⁸⁴

Bu genel eğilime karşın TCK'nın 70.maddesi, müsadereyi yirmi yıllık zamanaşımı süresinde infaz edilmesi gerektiğini düzenlemiştir.¹⁷⁸⁵ Müsadere kararının kesinleşmeden itibaren yirmi yıllık zamanaşımı süresi içinde yerine getirilmiş olması gerekir. Müsadereye konu fiil için yasa da öngörülen zamanaşımı dolmuş ise, asıl ceza infaz edilmiş olsa bile artık müsadereyi infazı söz konusu olmayacaktır.¹⁷⁸⁶ Madde müsadere edilecek eşya bakımından bir ayırım yapmamış olsa da kanaatimizce, 54.maddenin 4. maddesi gereğince suç oluşturan eşya, kararın üzerinden ne kadar süre geçerse geçsin müsadere edilebilir.¹⁷⁸⁷

E. Şikayetten Vazgeçme

Şikayet, kanunun şikayete bağlı kıldığı bir suç nedeniyle suçtan zarar gören kişinin, belirli bir süre içinde yetkili makamlara başvurarak o suçun soruşturulması ve kovuşturulmasını istemesidir. Bir dava koşulu olan şikayet gerçekleşmediği halde, kovuşturma yapılamayacağından faile ceza da verilemez (TCK m. 73/1). Bu süre, zamanaşımı süresini geçmemek koşuluyla fiil ve failin kim olduğunu öğrenmeden itibaren altı aydır. Bununla birlikte suçtan zarar gören kişi, bu hakkını

¹⁷⁸² Fahri Gökçen Taner, **Ceza Hukukunda Zamanaşımı**, Ankara Seçkin, 2008, s. 210, dn, 649

¹⁷⁸³ Pradel, Droit Pénal, s. 711

¹⁷⁸⁴ Hirsig-Vouilloz, Le nouveau droit, s. 1376

¹⁷⁸⁵ Bu durumda müsadere, güvenlik tedbirlerinde zamanaşımı olmaması gerektiği yönündeki düşüncenin bir istisnasını oluşturmaktadır. Ancak bu durum öğretilerde haklı olarak eleştirilmektedir. Bak. Soyaslan, Genel, s. 591, Taner F., s. 158.

¹⁷⁸⁶ Özbek, TCK İzmir Şerhi, s. 692.

¹⁷⁸⁷ Hafizoğulları, Dava ve Cezanın Düşürülmesi, s. 28; Gedik, age, s. 229

kullanmayacağını beyan edebileceği gibi, yapmış olduğu şikayetini geri de alabilir. Buna şikayetten vazgeçme denilmektedir.¹⁷⁸⁸

TCK'nın 73.maddesinin 4. fıkrasına göre şikayetten vazgeçmenin muhakemeye etkisi yapıldığı aşamaya göre değişmektedir. “*Kovuşturma yapılabilmesi şikayete bağlı suçlarda kanunda aksi yazılı olmadıkça suçtan zarar gören kişinin vazgeçmesi davayı düşürür ve hükmün kesinleşmesinden sonraki vazgeçme cezanın infazına engel olmaz*”.¹⁷⁸⁹ Kanunkoyucu şikayetten vazgeçmenin sadece kovuşturma evresiyle ilgili sonucunu düzenlemiş, buna karşı soruşturma evresine ilişkin açık bir hüküm koymamıştır. Bununla birlikte soruşturma evresinde de şikayetten vazgeçmenin mümkün olacağı şüphesizdir. Soruşturma aşamasında şikayetten vazgeçilmesi halinde “kovuşturmayaya yer olmadığı kararı” (CMK m. 172) verilecekken; kovuşturma aşamasında ise “davanın düşmesi” (CMK m. 223/8) kararı verilir. Derhal beraat kararı verilebilecek hallerde düşme kararı verilemeyecektir (CMK m. 223/9).

Şikayetten vazgeçmenin müsadereye etkisi konusunda ETCK'da açık bir hüküm bulunmamakta idi. Bununla birlikte ETCK'nın 99.maddesi gereğince kamu davası düşürüldüğünden mahkumiyet koşuluna dayanan müsadereye uygulanmayacağı,¹⁷⁹⁰ mahkumiyete bağlı olmayan suç oluşturan eşyanın müsaderesinin ise bundan etkilenmeyeceği kabul edilmiştir.¹⁷⁹¹

Yeni TCK'da ise 74.maddenin 1. fıkrasında, aynı genel ve özel af bakımından olduğu gibi, şikayetten vazgeçmenin müsadere olunan şeylerin veya ödenen adli para cezalarının geri alınmasını gerektirmeyeceği düzenlenmiştir. Buna göre, hükmün kesinleşmesinden önce şikayetten vazgeçilmesi halinde, henüz infaz edilmemiş olan müsadere kararının infazına olanak kalmayacaktır. Henüz karar verilmeden vazgeçme halinde ise düşme kararı verileceğinden, yargılamaya devam edip eşyanın suçta kullanıldığının, suça tahsis edildiğinin veya suçtan elde

¹⁷⁸⁸ Öğretide bu durum için şikayetten feragat kavramı kullanılmaktadır. Şikayetten feragat tek taraflı bir işlem iken, şikayetten vazgeçme karşı tarafın kabulüne bağlıdır. Diğer bir görüşe göre şikayet hakkının kullanılmayacağını açıklanması şeklindeki irade beyanı vazgeçme, kullandıktan sonra soruşturma veya kovuşturmayaya devam edilmemesinin istenmesi ise geri alma olarak adlandırılmalıdır. Bkz. Dönmezer/Erman, C.III, s. 291; İçel/Akıncı-Sokullu/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, Yaptırım, s. 331.

¹⁷⁸⁹ Yasada ayrı hüküm bulunması halinde vazgeçmenin etkisi genişletilebilecektir. Buna göre kanunda şikayetten vazgeçmenin hükümden sonra da cezayı düşürebileceği düzenlenebilecektir. Örnekler için bkz. İçel, Ceza Hukuku, s. 461, dn. 235

¹⁷⁹⁰ Y4CD, 18.10.2006, 10557/15366; Y4CD, 08.02.1973, 10920/893

¹⁷⁹¹ Gedik, age, s. 233

edildiğinin tespiti olanağı zaten kalmamaktadır. Buna karşılık, ayrıık hüküm bulunmayan hallerde, hükmün kesinleşmesinden sonraki vazgeçme müsadere edilen şeyin geri verilmesine neden olmaz.

Her iki aşamada 54.maddenin 4. fıkrası gereğince suç oluşturan eşyanın müsadereesi mümkündür.¹⁷⁹² Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın müsadereesi için de esasen bir suçun varlığının tespiti gerekmediğinden vazgeçmeye rağmen müsadereesi mümkün olabilecektir.

F. Önödeme

Önödeme, kanunda öngörülen belirli suçlar bakımından belirli bir miktar paranın ödenmesi halinde kişi hakkında kamu davasının açılmasını önleyerek ceza ilişkisini sonlandıran bir kurumdur.¹⁷⁹³ Yasaların önödeme düzenleme nedeni, cezası hafif olan suçlarda zamandan ve emekten tasarruf ederek yargı organlarının iş yükünü azaltmak, böylelikle daha ağır suçlarla meşgul olmalarını sağlamaktır.¹⁷⁹⁴ Zaten bu nedendir ki, önödeme halinde kamu davasının açılmaması veya ortadan kaldırılmasının müsadereye ilişkin hükümleri etkilemeyeceği TCK'nın 75. maddesinin 5. fıkrasında açıkça düzenlenmiştir. Bu sonuç müsadereenin bir güvenlik tedbiri olarak düzenlenmesi ile de uyumludur. 765 sayılı TCK'nın 119.maddesinde de, mahkumiyete bağlı müsadere düzenlemesi bulunmasına rağmen, kamu davasının açılmaması veya ortadan kaldırılmasının müsadereye ilişkin hükümleri etkilemeyeceği kabul edilmiştir.¹⁷⁹⁵

¹⁷⁹² Eşyanın taklit olması durumunda, şikayet olmadığı sürece resen müdahaleyi gerektirmediğinden vazgeçme iradesinin davanın düşmesini sağladığı gibi eşyanın da iadesini sağlaacağı bellidir (İlhami Güneş, age, s. 350). Albayrak'a göre şikayetten vazgeçme halinde yargılamaya devam edilip müştekinin şikayet hakkı olup olmadığı ve sonra malların taklit olduğu tespit edilmelidir. Müştekiye ürünler üzerinde mülkiyet hakkı tanınmasını isteyip istemediği sorulmalı istemediği takdirde müsadereesine karar verilmelidir. Albayrak, age, s. 20

¹⁷⁹³ TCK'nın 75.maddesinin 1. fıkrasına göre "Uzlaşma kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere, yalnız adli para cezasını gerektiren veya kanun maddesinde öngörülen hapis cezasının yukarı sınırı üç ayı aşmayan suçların faili; a) Adli para cezası maktu ise bu miktarı, değilse aşağı sınırını, b) Hapis cezasının aşağı sınırının karşılığı olarak her gün için yirmi Türk Lirası üzerinden bulunacak miktarı, c) Hapis cezası ile birlikte adli para cezası da öngörülmüş ise, hapis cezası için bu fıkranın (b) bendine göre belirlenecek miktar ile adli para cezasının aşağı sınırını, Soruşturma giderleri ile birlikte, Cumhuriyet savcılığınca yapılacak tebliğ üzerine on gün içinde ödediği takdirde hakkında kamu davası açılmaz."

¹⁷⁹⁴ İçel, Ceza Hukuku, s. 466

¹⁷⁹⁵ Y2CD, 21.01.1992, 13265/510, Bakıcı, Genel, s.1239.

Önödeme halinde bağımsız müsadere yargılaması yapılarak müsadere kararı verilmektedir.¹⁷⁹⁶ Bu halde kamu davası açılmadığından, suç teşkil eden eşya dışındaki eşya bakımından müsadere muhakemesinin mutlaka duruşmalı olarak yapılması gerekir.¹⁷⁹⁷

Müsadereye tabi eşyanın ele geçirilememesi halinde koşulları varsa 54. ve 55. maddelerin 2. fıkraları uyarınca bunların karşılığı bir paranın müsaderesi sözkonusu olacağından önödeme kararına bunların değeri kadar bir meblağın eklenmesi hatalıdır. Ne var ki, sözkonusu düzenlemelerin bulunmadığı 765 sayılı kanun döneminde böylesi uygulamalara rastlanmıştır.¹⁷⁹⁸

Ceza Genel Kurulunun 8.2.1988 tarihli bir kararına göre; TCK m. 36/1' de öngörülen eşyanın müsaderesi mahkûmiyet halinde mümkündür. Ölüm, genel af, şikâyetten vazgeçme, zaman aşımı, ön ödeme ve benzer davayı düşüren hâllerin varlığı halinde TCK m. 36/1 uygulanmaz ise de; TCK'nın 119/8'inci maddesinde (...) denilerek ön ödeme halinde suçta kullanılan eşyanın müsaderesine ilişkin istisnaî hüküm getirilmiş olup bu hususta bir karar verilmesi için CMUK'un 392 ve müteakip maddeleri gereğince Cumhuriyet savcısı veya davacının esas davayı görmekle yetkili mahkemeye başvurması gerekmektedir.

Mülga 4926 sayılı Kaçakçılık Kanunu'nun 31/4 son maddesi bu konuda ayrı bir düzenleme içermekteydi. Bu itibarla ayrıca "4926 sayılı Yasanın 31/4 maddesinde, ölüm, af, zamanaşımı ve ön ödeme hallerinde yalnızca suç konusu kaçak eşyanın müsaderesinin öngörüldüğü cihetle, anılan yasanın 34. maddesi uyarınca ön ödeme nedeniyle sanıklar hakkındaki kamu davasının ortadan kaldırılmasına karar verildiğine göre, bizatihi kaçak olmayan nakil aracının iadesine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde müsadereye hükmolunması," gerektiği belirtilmiştir. Y7CD, 13.03.2006, 2005 / 17789, 2006 / 1563. Benzer yönde Y7CD, 19.09.2007, 14350-6242, Benzer bir karar Y7CD, 25.04.2005, 2004/025247, 2005/003589 Bkz. Çıldır/Denizhan, age, , s. 476.

¹⁷⁹⁶ YCGK, 12.11.1996, 2/195-206

¹⁷⁹⁷ "TCK'nın 119.maddesiyle önödeme halinde suçta kullanılan eşyanın zorralımına dair istisnai bir hüküm getirilmiş olduğundan, sanığın suçta kullandığı iddia olunan av tüfeğinin müsaderesine ilişkin kararın CMUK'nun 392 ve 393.maddeleri uyarınca duruşma açılarak verilmesi gerekirken, evrak üzerinden verilmesi yasaya aykırıdır". (YCGK, 08.02.1993, 2-4/9)

¹⁷⁹⁸ "Kanunda zorralımı öngörülen eşyanın zorralımının yapılamaması halinde, ayrıca eşyanın gümrüklenmiş değeri kadar daha para cezasının ilgili maddesindeki para cezasını içeren ödeme önerisine ekleneceğine ilişkin yasal bir düzenleme de bulunmadığı halde, Cumhuriyet Savcılığı'nca ele geçmeyen eşyanın gümrüklenmiş değerinin cezaya ilavesi suretiyle fazla miktar üzerinden tebliğ edilen ödeme önerisinin usulüne uygun bulunmadığı gözetilerek, 4926 sayılı Yasa'nın 34. maddesindeki açıklık karşısında, hazırlıkta gümrük idaresince belirlenen gümrüklenmiş değer üzerinden sanığa yeniden usulüne uygun olarak ödeme önerisi tebliğ edilip, sonucuna göre hukuki durumunun değerlendirilerek bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması" yasaya aykırıdır. (Y7CD, 19.9.2007, 2006/13419, 2007/6246)

SONUÇ

1. Kökleri oldukça eskiye uzanan müsadere kurumu günümüzde özellikle örgütlü suçlulukla mücadele amacıyla yenilenecek etkin bir araç haline getirilmiştir. Bu sonuca, “klasik müsadere” denilen “bir suçun işlenmesinde kullanılan eşyanın müsaderesi”nin, gerek kapsam olarak genişletilmesi gerekse uygulama kurallarının esnetilmesi suretiyle ulaşılmıştır. 1970’lerden itibaren karşılaştırmalı hukuk ve uluslararası mevzuatta bu konuda fazlaca değişiklik yapılmış ve ilerleme kaydedilmiştir. Bu değişiklikler arasında suçtan elde edilen kazancın müsaderesi, sözkonusu kazancın değerlendirilmesi suretiyle elde edilen ek malvarlığının müsaderesi ve bunların ele geçirilememesi halinde değeri kadar bir para tutarının müsaderesi (eşdeğer müsadere), kapsamı genişleten uygulamaların başında gelmektedir. Bunların yanı sıra, mahkumiyet koşulunun kaldırılarak müsaderenin güvenlik tedbiri olarak düzenlenmesi, suç kökenli malvarlığının üçüncü kişide bulunması halinde dahi müsadere edilebilmesi, kazancın brüt olarak hesaplanması şeklindeki uygulamalar ile müsaderenin uygulanma koşulları esnetilmektedir. Yine, failin malvarlığında bulunan bir kazancın suçtan elde edildiği anlaşılacakla birlikte, kaynağının ispatlanmasındaki güçlük nedeniyle pek çok hukuk düzeni birtakım kanuni karineler yaratarak ispat yükünü tersine çevirmektedir. Hatta ceza yargılamasının sıkı kurallarından kurtulmak için suçla bağlantılı malvarlığının özel hukuk yoluyla alınması uygulamalarına rastlanmaktadır. Tüm bu uygulamaların özgürlük-güvenlik ikileminde, özgürlük aleyhine gelişmeler olduğu görülmektedir. Şöyle ki, sanığın ispat yükünü yerine getirememesi halinde suç kökenli olduğu tam olarak ortaya konulamayan malvarlığının suçtan elde edildiği varsayımı ile müsaderesi genel müsadereye varabilecek sonuçlara yol açabilmektedir. Bu gelişmelerin temel insan hakları bakımından yaratabileceği sorunlar tezimizde etraflıca ortaya konulmaya çalışılmıştır. Ancak kısaca söylemek gerekirse, genel müsaderenin esas itibarıyla bir yasağı ifade etmesi nedeniyle, müsadere dendiği zaman anlaşılması gereken özel müsadere olmalıdır. Öğretide artık genel müsadere - özel müsadere ayırımından vazgeçilip müsaderenin koşulları arasında “bir suçla bağlantılı olma” koşulunun açıklanması ile yetinilmesi temenni edilmektedir. Ne var ki, dünyadaki gelişmeler üstü kapalı olarak genel müsadere uygulamalarının habercisi niteliğindedir. Dünyada müsadere alanındaki pek çok gelişme aşağıda açıklanacağı gibi hukukumuzca da takip edilmiştir. Bununla birlikte haklar

bakımından genel bir karşılaştırma yaptığımızda, mevzuatımızdaki gelişmenin daha temkinli ve temel haklar lehine olduğunu söyleyebiliriz. Örneğin, malvarlığının suçtan elde edilmiş olduğuna dair kanuni karineler getirilerek ispat yükünün tersine çevrilmesi ve özel hukuk usulü ile müsadere gibi uygulamalar hukukumuzda sözkonusu değildir. Bununla birlikte, halen genel müsadere niteliğinde olan hükümlere rastlanmaktadır (Ask.CK 78/a, SPK m. 100 gibi). Bunların bir an önce yürürlükten kaldırılması gerekmektedir. Kazancın brüt hesabı ise mevzuatta yer verilen bir husus olmayıp uygulamada ele geçirilen her türlü menfaatin müsadere edildiği bilinmektedir. Bu da genel müsadereye yaklaşabilecek bir sonuca neden olabileceğinden sakıncalıdır. Kanaatimizce bu konuda net hesabın esas alınacağına dair açık bir düzenleme getirilmelidir.

2. Hukukumuzda 2005 yılında ceza mevzuatında yapılan değişikliklerle, yukarıda bahsedilen gelişime paralel bir değişim gözlenmiştir. Öncelikle, kazanç müsaderesine ilişkin ayrı bir düzenleme getirilerek, ETCK dönemindeki tartışmalara son verilmiştir. Bunun yanı sıra müsadereye tabi malvarlığının dönüştürülmesi ve değerlendirilmesi sonucu elde edilen ek malvarlığı da müsadere kapsamına alınmıştır. Bu menfaatler, suçun doğrudan sonucu olan menfaatlerin meyvesi olduğundan bunlar da haksız kazanç niteliğinde olup müsadere edilirler. TCK'nın 55.maddesinin 1.fıkrası suçtan doğrudan doğruya elde edilen kazancın müsaderesinin yanı sıra bu kazancın değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi suretiyle elde edilen kazancın da müsaderesini düzenlemektedir. Gerekçede yer alan “suç işlemek suretiyle” ifadesinden sonra gelen “suç işlemek dolayısıyla” elde edilen ekonomik kazançların müsaderesini bu nedenle “dolaylı kazanç” olarak nitelendirebiliriz. Bu suretle, bir suçtan dolaylı da olsa elde edilebilecek her türlü mali sonucun önlenmesi amaçlanmaktadır. Böylelikle eskiden sadece aklama suçları bakımından geçerli olan uygulama genel hale getirilmiştir ki, aksi bir uygulamanın “yasak ağacın meyvesi”nin failde bırakılması anlamına gelip teşvik niteliğinde olacağı açıktır.

3. Yine dünyadaki gelişimle kısmen uyumlu olarak, müsaderenin kanunda güvenlik tedbiri olarak düzenlendiği görülmektedir. Ne var ki, sözkonusu hükümler incelendiğinde böylesi tekçi bir yaklaşımın yerinde olmadığı, kanunda hukuki nitelikleri birbirinden farklı hükümler bulunduğu anlaşılmaktadır. Şöyle ki, eşya müsaderesi kapsamındaki “suçta kullanılan, suça tahsis edilen ve suçtan meydana

gelen eşya'nın müsadere (TCK m.54/1, 1.cümle) esas itibariyle norma tepki olup ceza niteliğindedir. Zira, kanunda eşyanın tehlikeliliğine dair bir açıklık bulunmamakta olup uygulamada suçta kullanılmasına karşın tehlikeli olmayan eşya da müsadere edilmektedir. Nitekim, orantılılık ilkesi bakımından da tehlikelilik esas alınmamış olup (TCK m. 54/3), eşya müsadere sadece faile veya yardım edene ait eşya bakımından ve ancak kasıtlı suçlarda mümkün kılınmıştır. Bu nedenle de kanaatimizce bu tür eşyanın müsadere tıpkı eskiden olduğu gibi mahkumiyetin bir sonucu olarak düzenlenmelidir.

Eşya müsadere kapsamında düzenlenen "konusu suç oluşturan eşya'nın müsadere (TCK m.54/4) ise, eskiden olduğu gibi bir güvenlik tedbiri niteliğinde düzenlenmiştir. Aidiyet ve mahkumiyet koşulları aranmaksızın müsadere uygulanır.

Aşağıda ayrıca açıklanacağı gibi "suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlan tehlikeli eşya'nın müsadere ise "kolluk tedbiri benzeri" bir niteliktedir. Zira, gerekçeye göre suçun icrasına başlanmasa dahi uygulanması öngörülmektedir.

Kazanç müsadere ise esasında karma nitelikli bir yapıdadır. Kazanç müsaderesinde suç işleyen failin suçun işlenmesinden elde ettiği kazancın, maddi menfaatlerin, suçun konusunun farklı menfaatlere dönüştürülse dahi bunlara el konulacağı, failin yanına kar kalmayacağı mesajı verilerek kazanç müsaderesinin önleme fonksiyonu gördüğü söylenebilecektir. Fail suç işleyerek toplumsal eşitliği kendi yararına bozmuştur. Malvarlığını haksız kazanç sağlayarak artırmıştır. Bu haksız kazancın alınması toplumda haksız kazanç sağlayabilme arzusunun önüne geçecek ve genel önleme sağlanmış olacaktır. Bu özelliğinden dolayı kazanç müsadere cezaya yaklaşmaktadır. Ancak ceza niteliğindeki bir yaptırıma, bir kimsenin mahkûmiyeti olmadan başvurulamayacağı da açıktır. Kaldı ki, kazanç müsadere ile failin elde ettiği gayri meşru kazancı başka suçların finansmanı için kullanması da engellenmek istenmektedir. Bu itibarla gayrimeşru kazancın failin elinde kalması tehlikesi de giderilmiş olduğundan bu yönüyle özel önlemeye de hizmet ettiği söylenmelidir.

Eşyanın veya malvarlığının bizzat kendisinin müsadere edilememesi halinde eşdeğerinde bir meblağın müsadere ise cezai nitelikte bir müsadere.

Görüldüğü gibi kanunkoyucu, esasında farklı nitelikte olan müsadere hükümlerini, bunların içinde ceza niteliği olanların da olduğunu gözardı ederek "güvenlik tedbiri" başlığı altında düzenlemiştir. Söz konusu tekçi yaklaşım, hem kanun yapma tekniği hem de kurumun amacı ve özü itibariyle isabetli olmamıştır.

Zira böylesi bir sınıflandırma uygulamada, müsaderenin yaratacağı hukuki sonuçlar ile diğer hukuk kuralları ile ilişkisi bakımından tekdüze yorumlara neden olabilecektir. Örneğin, ceza kanunlarının zaman bakımından uygulanması konusunda sonradan yürürlüğe giren güvenlik tedbirlerinin failin ıslahı amacıyla daha iyi tedbirler olduğu gerekçesiyle derhal uygulanması yönünde eğilimler sözkonusudur. Oysa, müsaderenin gerek temel haklara olan etkisi gerekse ceza yönünün de bulunması nedeniyle bu konuda cezalara hakim olan geçmişe uygulama yasağından vazgeçilmemelidir. Özetle belirtmek gerekirse, müsaderenin karma niteliği göz önünde bulundurularak, kanunda cezalar ve güvenlik tedbirlerinden bağımsız olarak düzenlenmesi, hukuki nitelendirmesinin ise öğretisi ve uygulamaya bırakılması gerektiğini düşünmekteyiz.

4. Alman hukukunda rastlanan ve hukukumuzda yansıyan bir yenilik, suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın kamu güvenliği, kamu sağlığı ve genel ahlak bakımından tehlike oluşturması halinde de müsadere edilmesidir (TCK 54/1, son cümle). Maddenin gerekçesine göre suçun icrasına başlanmış olmasa dahi bu tür eşya müsadere edilebilecektir. Ne var ki, müsaderenin esas eşyanın bir “suçla bağlantılı” olmasıdır. Sözkonusu bağlantı, klasik müsadere dediğimiz eşya müsaderesi bakımından kabaca ifade edersek “suçta kullanma”, kazanç müsaderesi bakımından ise “suçtan elde edilme”dir. Bunun dışında, sadece hazırlık hareketlerinin varlığı –bunlar ayrıca suç olarak düzenlenmedikçe- güvenlik tedbiri niteliğinde dahi olsa bir ceza yaptırımını uygulamasını sonuçlamamalıdır. Aksi durum “niyet okuma” anlamına gelmekte olup güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını gerektiren “suç tehlikeliliği” ile değil, olsa olsa kolluk tedbirlerinin dayandığı “sosyal tehlikelilik” esasıyla açıklanabilir. Ne var ki, sadece kanunun gerekçesi ile, bir suçun varlığı sözkonusu olmaksızın ceza yaptırımının uygulanması mümkün değildir. Bu haliyle maddenin icra hareketleri başlamadan dahi uygulanması, TCK’nın 2. maddesinin 1. fıkrasında da “kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz” şeklinde ifade edilen kanunilik ilkesine aykırılık oluşturur. Nasıl ki, toplum bakımından tehlikelilik oluşturmakla birlikte henüz suç işledikleri saptanmayan kişiler hakkında, niteliği itibarıyla süresiz olan güvenlik tedbirine başvurulması kişi dokunulmazlığını ve özgürlüğünü tehlikeye düşürecek ise, suçta kullanılacağı varsayımı ile bir kimseye ait olan tehlikeli eşyanın müsaderesi de aynı şekilde mülkiyet hakkının sürekli olarak ihlaline neden olacaktır.

Müsaderenin cezai yönü gözönünde bulundurulduğunda hazırlık hareketlerinin cezalandırılmaması ilkesi de dolanılmış olmaktadır.

Henüz suçun icra hareketlerine başlamaksızın suçun işleneceği varsayımıyla tehlikeli eşyayı müsadere etmek suçsuzluk karinesine de aykırıdır. Örneğin, 6681 sayılı Kanun'a göre silah sayılmayan bir çakı, kamu güvenliği açısından tehlikeli sayılacağından taşınması suç teşkil etmese de, suçta kullanılmak üzere hazırlanan eşya olarak müsadere edilebilecektir. Taşınması suç olmayan bir çakı bıçağı nedeniyle verilen müsadere kararında “suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan” ibaresinin bulunması bile kişinin suçsuzluk karinesini ilkesini ihlal edici niteliktedir.

Öte yandan bir eşyanın gerçekten suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanmış olup tehlikeli olması da mümkündür. Örneğin, bilinen bir terör örgütü bomba yapmak amacıyla fazla miktarda gübre bulduruyor olabilir. Bunların örgütte bırakılmasının, mülkiyet hakkının sınırlama nedenlerinden olan suçun önlenmesi meşru amacına aykırı olduğu düşünülebilir. Ancak bu örnekte “örgüt kurma” şeklinde bir suç bulunmakta olup, gübrenin örgüte tahsis edilen eşya olarak müsaderesi zaten mümkündür. Buna karşılık, suçun icrasına başlanmadığı aşamada müsaderenin kabulü, aynı miktarda gübre bulduran bir köylünün mülkiyet hakkının ihlaline neden olabilecektir. Bu noktada, uygulamanın Alman Hukukunda olduğu gibi, eşyanın suçun işlenmesinde kullanılacağına dair somut dayanakların bulunması yönünde olması gerekmektedir birlikte farklı uygulamaların olması riski de yüksektir. Bu nedenlerle sözkonusu düzenlemenin ancak suçun icra hareketlerinin başlaması koşuluyla uygulanabileceğini düşünmekteyiz. Öte yandan -aşağıda açıklanacağı gibi- 54.maddenin 1. fıkrasında geçen “suça tahsis edilen eşya”dan da “suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya”nın anlaşılması gerektiğini düşündüğümüzden, tekrar niteliğinde kalacak olan son cümlenin kanundan çıkartılması gerekmektedir. Esasında, “tahsis” kavramının öğretide oluşturduğu farklı yorumları önleyerek belirliliğin sağlanması bakımından en isabetli çözüm yolu, “suçun işlenmesinde kullanılan eşya”dan sonra gelmek üzere “suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya” kavramının getirilmesidir.

5. Ayrıca eşya müsaderesi kapsamındaki kullanma-tahsis ayrımı da net değildir. Özellikle “tahsis” in ne anlama geleceği öğretide tartışmalıdır. Kanaatimizce, “tahsis etme” kullanma niteliğinde olmayan bir eyleme işaret etmektedir. Bu itibarla, kimi

yazarlarca ileri sürüldüğü gibi suçun icra hareketlerini sağlayan eşya dışında, işlenmesinde dolaylı olarak kullanılan şeylerin “tahsis” kavramı içinde değerlendirilmesi yerinde değildir. Dolaylı kullanmalar da suça katkı sağlamış ise “kullanma” kavramı içinde değerlendirilmelidir. Öte yandan suçta fiilen kullanılmamakla birlikte olay yerinde veya failin üzerinde bulunan her türlü şeyin tahsis kavramı içinde değerlendirilmesi de belirlilik ilkesi ile bağdaşmaz; ayrıca müsadere kapsamını orantısız biçimde genişletebilir. Bu nedenle tahsis edilmeyi özgüleme ayrılma olarak anlamak ve dar yorumlamak gerekir.

Kanaatimizce suça tahsis edilen eşya, ETCK dönemindeki “suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya”ya karşılık gelmektedir. Bu itibarla, icrasına başlanan bir suçta fiilen kullanılmamış olan eşyanın suça manevi düzeyde de olsa bir katkısı bulunduğu müsadere gerekir. Bunun dışında “tahsis” için eşyanın sürekli olarak bir suça özgülenmesinin aranması gerektiği yönündeki görüşe katılmak mümkün değildir. Böyle bir uygulama örgütlü olmayan suçların işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanmakla birlikte çeşitli nedenlerle kullanılmamış olan eşyanın müsadere edilememesini sonuçlayabilir ki, bu durum eşya müsaderesinin amacına aykırı olacaktır. Yukarıda önerdiğimiz gibi, suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan tehlikeli eşyanın icra hareketlerine başlanmasa dahi müsaderesini öngören cümlenin (TCK m. 54/1-son) kanundan çıkartılması karışıklığın giderilmesini sağlayacaktır.

Öğreti ve uygulamada “kullanma” ve “tahsis”in kapsamı ve bunları ayırmadki ölçütler belirgin olmadığından eşya müsadere ihtiyari olarak uygulanmalı, somut olayda müsadere talep edilen eşyanın suçun işlenmesine doğrudan veya dolaylı olarak bir katkı yapıp yapmadığı, bu katkının müsadereyi gerektirip gerektirmediğine karar verilmelidir. Failin üzerinde, yanında, evinde veya işyerinde bulunan herhangi bir eşyanın suçla bağlantısı kurulmadan müsadere hukuka aykırı olur. Bu bağlantının da somut dayanakları bulunmalı ve müsadere kararında da bu dayanaklara yer verilmelidir. Bu nedenle kanunda öngörülen bağlantı biçimlerinin içeriği objektif biçimde doldurulmalıdır. Ne yazık ki, Yargıtay uygulamasının bu konuda oldukça yüzeysel olduğu söylenmelidir. Uygulamada kanundaki kavramlara dahi dayanılmaksızın sadece “aracın müsadere” gibi genelgeçer ifadeler kullanıldığı görülmektedir.

Eşya suça katkı yapmış olsa bile 54.maddenin 3. fıkrası gereği müsaderenin hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında müsadereden vazgeçilebilmelidir. Yine ayırımın belirgin olmaması ve hakkaniyet ilkesinin genel bir hukuk prensibi olması dolayısıyla sadece suçta kullanılan eşya değil, suça tahsis edilen eşya bakımından da uygulanması gerekmektedir. Ceza niteliğinin baskın olduğunu düşündüğümüz eşya müsaderesinde hakime takdir yetkisi verilmesi, cezaların kişiselleştirilmesi ilkesi bakımından da gereklidir.

6. Belirtmeliyiz ki, kanunkoyucunun kabul ettiği eşya müsaderesi - kazanç müsaderesi şeklindeki kavramsal ayırım, konunun esasını ortaya koymak bakımından işlevsel ve yerinde değildir. Müsaderenin konusu bakımından yaptığımız inceleme sonucunda, eşya ve kazanç müsaderesi arasında salt konu bakımından önemli bir farklılık bulunmadığı anlaşılmaktadır. Şöyle ki, “kazanç müsaderesi” içindeki “kazanç” kavramı kurumun “maddi menfaat”e ilişkin esasını ortaya koymakla birlikte, aynı şey “eşya müsaderesi” kavramı için söylenemeyecektir. Nitekim, kazanç müsaderesinin düzenlendiği 55.madde, suçtan elde edilen “eşya”yı da kapsamaktadır. Bu itibarla, kazanç müsaderesinin konusu da tıpkı eşya müsaderesinin olduğu gibi bir eşya olabilir. Ancak, kazanç müsaderesinin temel özelliğinin, konusu olan mal veya malvarlığı değerinin “ekonomik” nitelik taşıması olduğu açıktır. Başka bir deyişle, kazanç müsaderesinin konusunun mutlaka ekonomik değer taşıması gerekirken, eşya müsaderesine tabi eşyanın ekonomik değer taşıması gerekmez. Bununla birlikte suçta kullanılan, suça tahsis edilen veya suçun işlenmesi için hazırlanan eşyanın da ekonomik bir değer taşıması mümkün ve olağandır. O halde burada müsaderenin nedenine bakmak gerekir. Örneğin, bir otomobil uyuşturucu ticareti suçundan elde edildiği için müsadere ediliyorsa 55.madde uygulanacakken, sözkonusu araç kasten işlenen bir öldürme suçunun işlenmesinde kullanılmışsa 54.maddeye göre eşya müsaderesine tabi olacaktır. Aynı şekilde, bir banka kasasının açılması için kullanılan bir matkap pahalı olsa bile suçta kullanıldığı için eşya müsaderesine tabi iken, hırdavat satan bir mağazadan çalınan bir matkap veya bunların satılması sonucu elde edilen para kazanç müsaderesine tabi olacaktır.

Verdiğimiz örneklerden de anlaşılacağı üzere, müsaderenin konusu bakımından yapılacak olan bir ayırım ancak müsaderenin amacının da gözönünde bulundurulması ile anlamlı olacaktır. Bu itibarla, bize göre olması gereken temel

ayrım eşya müsadereyi yerine “suç aracının müsadereyi”, kazanç müsadereyi yerine de “suç gelirinin müsadereyi”nin düzenlenmesidir. Bunlardan başka üçüncü bir kategori olarak “konusu suç oluşturan eşyanın müsadereyi” düzenlenebilir.

7. Yine eşya ve kazanç müsadereyi hükümleri bakımından aynı nitelikte olduğunu düşündüğümüz “eşdeğer müsadere”nin ortak bir hüküm olarak ayrı bir maddede düzenlenmesi sistematik açıdan daha doğru olacaktır. Bununla birlikte eşdeğer müsadereyi uygulanma koşulları kanunda yeterince açık değildir. 54. maddenin 2. fıkrası ile 55.maddenin 2. fıkrası farklı biçimde kaleme alınmıştır. Oysa ki, her iki düzenleme de, müsadereyi gereken eşya veya malvarlığı değerinin bizzat kendisinin müsadere edilemediği haller bakımından ikincil ve tamamlayıcı nitelikte birer düzenlemedir. Ancak, gerek orantılılık gerekse kusur ilkesi gereğince eşyanın bizzat kendisinin müsadere edilememesinin failin kusurundan kaynaklanmış olması koşulunun kanunda açıkça düzenlenmesi gerekmektedir.

Ayrıca, eşdeğer müsadereye hükmedilebilmesi bakımından, ortadan kalkan eşya veya malvarlığı değeri yerine, failin malvarlığına başka bir malvarlığının girip girmemesi gerektiği konusu da kanunda açık olmayıp öğretide tartışmalıdır. Oysa ki, eşdeğer müsadereye hükmedilebilmesi için kanunda böyle bir koşul aranmadığı gibi, kanaatimizce aranmasına da gerek bulunmamaktadır. Zira, fail sözkonusu malvarlığını satma, iş kurma, tahvil veya senet alma gibi yöntemlerle değerlendirmiş veya dönüştürmüştü zaten elde ettiği ek malvarlığı 55.maddenin 1. fıkrası kapsamında müsadere edilecektir. 55.maddenin 2. fıkrasında düzenlenmek istenen ise, esasında failin suçtan elde ettiği malvarlığının kaynağını gizlemek ve müsadereyi kaçırarak amacıyla gerçekleştirdiği hareketleri üstü kapalı olarak cezalandırmaktır. 54.maddenin 2.fıkrası da eşya müsadereyi tabi eşyanın bilinçli olarak elden çıkarılması haline ilişkindir. Bu nedenle, gerek 54.maddenin 2. fıkrası gerekse 55.maddenin 2. fıkrası bakımından mutlaka kusur ilkesinin aranması gerekmektedir. Aksi hal, genel müsadereye varacak bir uygulamaya neden olur. Kaldı ki, fail her ne kadar sonradan ortadan kalksa bile suçtan meydana gelen kazançla bir takım tasarruflarda bulunup ekonomik nitelikli fayda sağlamış olabilir. Sözkonusu kazancın harcanması nedeniyle failin önceki ve sonraki malvarlığı arasında bir artış bulunmasa dahi kazanç müsadereyi temelde nedeni ve koşulu olan “kazanç” böylelikle gerçekleşmiş olur. Öte yandan, failin suçtan elde ettiği eşya veya çıkardan hiç faydalanmadan bunların ortadan kalkması sözkonusu olabilir. Sanığın

çaldığı araçla polisten kaçarken kaza sonucu aracın hurdaya çıkması buna örnek olarak gösterilebilir. Burada da kusurun aranmasının yanı sıra, eşdeğer müsadereenin orantısız ve hakkaniyete aykırı sonuçlar yaratabilmesini önlemek bakımından (müsadere bakımından genel bir öneri olarak belirttiğimiz gibi) hakime takdir yetkisi verilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

TCK m.54/2’de müsadereenin konusu “eşyanın değeri kadar para tutarı” olarak belirtilmişken, m. 55/2’de “karşılığını oluşturan değerler” olarak öngörülmesi, öğretide iki maddenin farklı kavramlarla ifade edilmesine ve 55.maddenin 2. fıkrası bakımından failin malvarlığından eksilen değer yerine bir karşılık değerinin dahil olması gerektiği şeklinde yorumlara neden olmuştur. Ancak 55.maddenin 2. fıkrasının gerekçesinde de karşılık değerden “para tutarı”nın anlaşılması gerektiği açıklanmıştır. Kaldı ki, yukarıda belirttiğimiz gibi failin malvarlığına dahil olan ek malvarlığı zaten 55.maddenin 1. fıkrasındaki “değerlendirme” ve özellikle “dönüştürme” sonucu elde edilen ekonomik kazanç olarak müsadere edilmektedir. Aksi durumu savunmak kanunun aynı şeyi iki defa düzenlediği şeklinde abesle iştigali anlamına gelecektir. Bu itibarla öğretide TCK m. 54/2 için “eşdeğer müsadere” ve TCK m. 55/2 için de “kaim değerinin müsadere” şeklindeki farklı kullanımlar gereksizdir. Öte yandan TCK m. 54/2 ve m. 55/2’de düzenlenen uygulamanın klasik müsadereeden farklı bir temeli olduğu ve bu nedenle 54 ve 55.maddelerden sonra gelmek üzere ayrı bir madde ile düzenlenmesi gerektiğini de düşünmekteyiz.

Eşdeğer müsadere bakımından önemli bir başka husus, artık ortada bulunmayan eşya veya malvarlığının suçla olan bağlantısının ispatındaki güçlük ile özellikle kazanç müsadereesi bakımından kazancın hesabına ilişkin zorluklardır. Nitekim, bu tür zorluklar, karşılaştırmalı hukukta kanuni karineler yaratılarak, kökeni ve tutarı tam olarak ortaya konulamayan malvarlığı bakımından ispat yükünün sanığa yükletilmesi şeklindeki uygulamalara neden olmaktadır. Bu tür karineler her ne kadar aksi ispatlanabilir karineler şeklinde düzenlense de, ceza muhakemesinin ispat kurallarına aykırı olup, suçsuzluk karinesi bakımından da sakıncalıdır. Hukukumuzda, bu tür bir karine bulunmama ile birlikte benzer zorlukların yaşandığı bilinmektedir. Müsadereenin hukuki niteliği ne olursa olsun kişinin bir eşya üzerindeki mülkiyet hakkını sürekli olarak sona erdiren bir yaptırım olduğu açıktır. Bu nedenle ceza hukukunun temel ilkelerinden vazgeçilmemesi gerekir. Sonuç olarak, müsadereenin esasını oluşturan “suçla bağlantı” koşulunun tüm zorluklara

karşın yargulamada somut olarak ortaya konması gerekmektedir. Kazancın hesabı konusunda da, ancak ispatlanabilen kısmı bakımından müsadereye hükmedilmesi hukuk güvenliği ilkesinin gereğidir.

Uygulamada eşdeğer müsadere bakımından tereddüte neden olabilecek bir sorun, 55.maddenin 2. fıkrasının (“birinci fıkra kapsamına giren eşya” ibaresiyle), 1. fıkraya yaptığı gönderme nedeniyle eşdeğer müsaderenin, suçla bağlantılı olan eşyanın iyiniyetli üçüncü kişiye ait olması halinde uygulanamayacağı sonucuna ulaşılmasıdır. Zira, “birinci fıkra kapsamına giren eşya” iyiniyetli üçüncü kişiye ait olmayan eşyadır. Bu halde failin suçta kullandığı eşyanın iyiniyetli üçüncü bir kişiye ait olması nedeniyle müsadere imkansız hale gelmesine karşın, failden bu eşyanın karşılığı para tutarı istenemeyecektir. Oysa 54.maddenin 2. fıkrası imkansızlık hallerini “eşyanın ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi” olarak saydıktan sonra “veya müsaderesinin başka bir suretle imkansız kılınması” ifadesiyle devam ederek sınırsız biçimde düzenlemiştir. Kaldı ki, failin eşyayı müsadereden kaçırmasını engellemek için getirilmiş olan ceza niteliğindeki bu düzenlemenin eşyanın suçta kullanıldıktan sonra üçüncü kişiye devredilmesi halinde de uygulanabilmesi gerekir. Yine de, kanuna açıklık getirilmesi bakımından, suçta kullanılan ve başkasına ait olduğu için müsadere edilemeyen eşyanın değeri kadar para tutarının da müsaderesine karar verileceğinin açıkça düzenlenmesi faydalı olacaktır. Üçüncü kişinin iyiniyetli olmaması halinde ise müsadere hukuken mümkün olduğundan TCK m.54/2 değil m. 54/1 uyarınca müsadere gerçekleştirilecektir.

8. Eşya müsaderesi bakımından kanunda “iyiniyet” kavramı kullanılması eleştirilmesi gereken düzenlemelerden biridir. Nitekim, esas itibariyle özel hukuka ait olan bu kurumun ceza hukukunda bir karşılığı bulunmadığı gibi; eşya müsaderesinin güvenlik tedbirinden ziyade içerik itibariyle ceza niteliğinde olması, ancak fail ve suça iştirak eden kişiler bakımından uygulanabilmesini gerektirir. Bu nedenle da kanunda bulunan “iyiniyetli üçüncü kişiye ait olmama” şeklindeki koşul yerine “suça iştirak etmeyen kişiye ait olmama” koşulunun getirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Buna karşılık, suçtan elde edilen kazancın suç tamamlandıktan sonra üçüncü bir kimseye devredilmesi halinde artık üçüncü kişinin suça iştiraki sözkonusu olamayacağından 55.madde bakımından iyiniyet kavramının kullanılması bir ihtiyacın sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim kazanç müsaderesinin önleyici niteliğinin baskın olması, üçüncü kişiye devredilmiş olsa da belirli koşullarda suç

kökenli malvarlığı değerinin müsaderesini gerektirebilmektedir. Bununla birlikte kanaatimizce nihayetinde bir ceza hukuku yaptırımının uygulanmasını sonuçlayan bir tür özel hukuk sorumluluğu yaratılması doğru değildir. Söz konusu ihtiyaç, ancak kanunda taksirli bir suçun düzenlenmesi ile giderilebilir. Kaldı ki, iyiniyet konusunda medeni kanuna gönderme yapılması sonucu ceza hakiminin nasıl uygulama yapacağı da bir sorundur. Bu konuda neredeyse hiç içtihat bulunmaması ve söz konusu hükümleri uygulayacak olanın ceza hakimi olması nedeniyle uygulamaya yol gösterecek nitelikli bir çalışmaya ihtiyacın aciliyeti ortadadır.

9. Hukukumuzda koşulları oluştuğunda hakim kural olarak müsadereye karar vermek zorundadır. Bu konuda hakime takdir yetkisi tanınmamıştır. Bunun tek istisnası, suçta kullanılan eşyanın müsaderesinin işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğurması ve bu sebeple hakkaniyete aykırı olması ihtimalidir. Görüldüğü üzere, burada zorunlu müsadere sistemini yumuşatan ölçüt hakkaniyet ve gerekçede belirtildiği üzere orantılılık ilkesi olmuştur. Bu nedenle, 765 sayılı TCK döneminde eleştirildiği gibi, suçun işlenmesi bakımından tehlikeli olup, mutlak olarak tehlikeli olmayan, genellikle misli mal niteliğinde olup herhangi bir şekilde temin edilebilecek olan ve ekonomik bir değeri de bulunmayan taş, sopa gibi eşyanın müsaderesi şeklindeki ilginç uygulamaları engelleyecek bir değişiklik olmamıştır.

Kanaatimizce, müsadere objektif olarak tehlikeli eşya ile failin elinde tehlikeli hale gelen eşya bakımından zorunlu olmalıdır. Elbetteki burada eşyanın tehlikeliliği konusundaki değerlendirmeyi objektif kriterlerle hakim yapacaktır. Müsaderenin cezai yönünün ağır bastığı hallerde (eşya müsaderesi) ise cezanın kişiselleştirilmesi ilkesi gereğince yine müsaderenin ihtiyari olması gerektiğini düşünmekteyiz. Ayrıca, işlenen suçtan elde edilen yararın önemsiz olduğu hallerde hakim müsadereden vazgeçebilmesi gerekir. Ancak, Belçika hukukunda uygulanan “yararın önemsizliği” şeklindeki kriterin muğlak olduğu gerekçesiyle eleştirilmesi haklıdır. Kanaatimizce burada, elde edilen menfaatin değeri ile müsadere kararının yerine getirilmesi için yapılması gereken masraf karşılaştırılarak bir sonuca varılabilir. Bunun yanı sıra, müsadere kararının yerine getirilmesinde harcanması gereken emek ve zaman da dikkate alınmalıdır. Hakkaniyet ilkesi gereğince, sadece suçta kullanılan eşya bakımından değil ve fakat müsadereye tabi olan ve tehlikeli olmayan bütün diğer eşya bakımından müsadereden vazgeçilebilmeli veya kısmi uygulama kabul edilmelidir. Zira, hakkaniyet adaletin temel ilkelerinden biridir ve

tehlike hali dışında eşya bakımından bir ayırım yapmak gereksizdir. Eşdeğer müsadere de hukukumuzda zorunlu olarak kabul edilmiştir. Kanaatimize göre, bundan da vazgeçilerek hakime takdir hakkı bırakılması yerinde olur. Zira, imkansızlık halinde müsadere de, tedbirden ziyade ceza niteliğindedir. Ayrıca, ihtiyarılık sayesinde, aynı suç için yüksek para cezaları öngörülmesi halinde failin mülkiyet hakkının gereğinden fazla kısıtlanması önlenmiş olur.

Esasında, müsaderesi istenen eşya veya malvarlığı ile, ulaşılmak istenen amaç arasında orantı bulunması şeklindeki genel kural gereğince bütün müsadere düzenlemeleri bakımından Alman hukukunda olduğu gibi “müsadereye seçenek tedbirler” öngörülmesi gerekmektedir. Böylelikle, kademeli bir uygulama sağlanarak müsadereden önce başvurulabilecek olan daha hafif tedbirler genel bir düzenlemeye kavuşturulmuş olur. Kanunda düzenlenen kısmi müsadere bunun bir uygulaması olsa da yeterli değildir. Mevzuatta müsadereye seçenek niteliğinde hükümler bulunsa da bunlar genel nitelikli değildir. Bunlar arasında seçim yapmak konusunda da hakime takdir yetkisi verilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

10. Tüzelkişiler bakımından müsaderenin düzenlendiği 60.madde uygulamada tereddütlere neden olabilecek nitelikte bir düzenlemedir. Öğretide tartışılan ilk sorun, maddenin 1. fıkrasında düzenlenen “iznin iptali” için aranan koşulların “müsadere” bakımından da aranıp aranmayacağıdır. Ancak her iki fıkra birbirinden bağımsız nitelikte olup, iznin iptaline göre daha hafif bir yaptırım olan müsaderenin kanuni koşulları, suçun tüzelkişi yararına işlenmesi, kanunda tüzelkişi hakkında güvenlik tedbirine hükmedileceğine dair ayrıca düzenleme olmasıdır. Bunun dışında orantılılık ilkesi tüzelkişiler bakımından genel olarak düzenlenmiştir.

Bu koşullardan, “kanunla ayrıca düzenlenmiş olma” hali amaca uygun değildir. Müsadere hükümlerinin uygulanabileceği suçların kanunkoyucu tarafından tek tek belirlenmesi usulü, bazı suçlar bakımından gereksiz tedbir uygulamasına yol açabilecekken, bazen de gerektiği halde müsaderenin uygulanamamasına sebep olabilecektir. Örneğin, insanlığa karşı suçlar kapsamında yer alan işkence, eziyet ve köleleştirme (TCK m.77/1-c) suçları halinde tüzelkişiler bakımından müsadere hükümleri uygulanabilecekken, TCK’nın 94, 95 ve 96.maddelerinde düzenlenen işkence ve eziyet suçları bakımından özel hüküm bulunmaması nedeniyle müsadere sözkonusu olamayacaktır. Her iki suçtan kazanç elde edilmesine rağmen insanlığa karşı suçlardan olmayan işkence suçu bakımından müsadere sözkonusu

olmayacaktır. Yine eşya müsaderesi bakımından da kanunda müsaderenin ayrıca düzenlenmiş olmasının aranması adaletsiz sonuçlara yol açabilir. Örneğin, bir ilaç firmasına ait olup insan üzerinde deney suçunun işlenmesinde kullanılan kimyasallar suçta kullanılan eşya olarak müsadere edilebilecekken, failin ilaç şirketine ait olup kasten öldürme suçunu işlediği aynı kimyasal müsadere edilemeyecektir. Bu nedenle, özel düzenleme aranması koşulunun kaldırılması gerektiği düşünülmektedir. Tüzelkişiler hakkında müsadere hakim takdirine bırakılıp konunun bütün suçları kapsayacak biçimde genel olarak düzenlenmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

A. Kitaplar

- Akad Mehmet, **Genel Kamu Hukuku**, 2.baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1997.
- Akbulut Berrin, **Türk Ceza Kanunu İle Kabahatler Kanununun Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi**, Adalet, 2010
- Altunç Sinan, **Ceza Hukukunda Tekerrür**, Galatasaray Üniversitesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2010.
- Amerika Birleşik Devletleri'nde Karapara Aklamayla Mücadele** (Eğitim Semineri Notları, İngilizce), Masak Yayın No: 4, Ankara-2000
- Arsal Sadri Maksudi, **Hukuk Tarihi Dersleri**, Ankara, 1941.
- Arslan Çetin/Azizoğlu Bahattin, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Ankara, Asil Yayınları, 2004.
- Artuk Mehmet Emin, **Emniyet Tedbirleri**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003.
- Artuk Mehmet Emin, Güvenlik Tedbirleri, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XII, Y. 2008, Sayı: 1-2.
- Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya Ahmet Caner, **Ceza Hukuku, Genel Hükümler**, 4. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2009 (Genel).
- Avcı Mustafa, **Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Mimoza Yayınevi, Konya 2010.
- Avcı Mustafa, **Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar**, Gökkuşbu Yayınları, İstanbul 2004.
- Aybay Aydın/Aybay Rona, **Hukuka Giriş**, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2003.
- Aydın Devrim, **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, Yetkin, Ankara, 2009.
- Aydın Mehmed Akif, **Türk Hukuk Tarihi**, 7. baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2009 (Türk).
- Aydın Mehmed Akif, **Osmanlı'da Hukûk, Osmanlı Devleti Tarihi**, Zaman Yayınları, İstanbul 1999 (Osmanlı).
- Aydın, Murat **5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Çerçevesinde Kaçakçılık Fiilleri Ve Yaptırımları**, Adalet Yayınevi, 2012
- Aydın Öykü Didem, **Emniyet Tedbirleri**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 1993 (Emniyet).
- Aykın Hasan/Kevser Sözmen, **Terörün Finansmanı**, Masak Yayın No: 12, 2008.
- Aykın Hasan, **Aklama ve Terörizmin Finansmanının Küresel Boyutu**, TC Maliye Bakanlığı Stratejik Geliştirme Başkanlığı Yayınları, 2010/ 406, Ankara, 2010.
- Bakıcı Sedat, **Ceza Yargılaması ve Ceza Kanunu Genel Hükümler**, Ankara, 2000, s. 1052.

- Bakıcı Sedat, **5237 Sayılı Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri**, Adalet Yayınevi, 2007 (Genel).
- Baysun Cavit, “Müsâdere”, **İA, MEB**, İstanbul 1993, IX.
- Baytaz Batuhan, **Türk Ceza Hukukunda Müsadere**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009.
- Beccaria Cesare, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, çev. Sami Selçuk, Ankara, İmge Yayınları, 2004.
- Belge Murat, **Osmanlı’da Kurumlar ve Kültür**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008.
- Bertossa Bernard, Confiscation Et Corruption, Quelques Réflexions Sur La Confiscation Des Avantages Obtenus Par Le Corrupteur Actif, La Semaine Judiciaire – Doctrine, Sj 2009 II P. 371, s. 375.
- Bıçak Vahit, **Suç Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2010.
- Blumenson Eric/Nilsen Eva S., “Policing for Profit: The Drug War’s Hidden Economic Agenda”, **University of Chicago Law Review**, 65, 1998, s. 35-114.
- Bolle Pierre-Henri, **La lutte contre la criminalite economique en Suisse**, Berne, 1981.
- Bouloc Bernard (Çev: Köksal Bayraktar) Şirketler Hukukunda Ceza Hukukunun Yeri, Reha Poroy Armağan: s.721.
- Bouloc Bernard, **Pénologie**, Dalloz, 1998.
- Bouzat Pierre/Pinatel Jean, **Traité de droit pénal et de criminologie**, Tome: I, 2. Baskı, Paris, 1970, n. 315.
- Monica Carss-Frisk, **Mülkiyet hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 No’lu Protokolünün 1. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, İnsan hakları el kitapları, No. 4, 2001.
- Cassani Ursula, **Commentaire du droit pénal suisse**, vol. 9 (éd. par Martin Schubarth).
- Centel Nur/Zafer Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2005.
- Centel Nur/Zafer Hamide/Çakmut Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 3. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2005.
- Certel Abdulkadir, **Müsâdere**, Seçkin, 2008
- Çilesiz Seyfettin, **İçtihatlı 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu**, Adelet, Ankara, 2011
- Corstens G. J. M., Pradel Jean, **European Criminal Law**, Kluwer, 2002
- Cuesta José Luis De La, La politique criminelle de l’Espagne en matière de crime organisé, P.Zen-Ruffinen (ed.), **Du Monde Pénal. Droit pénal, criminologie et Politique criminelle, police et exécution des sanctions, procédure pénale**. Mélanges en l’honneur de Pierre-Henri Bolle, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2006, pp. 381-396.

- Cuesta José Luis De La, Resolutions of the Congresses of the International Association of Penal Law (1926 – 2004), The Sixth International Congress of Penal Law, Toulouse, Fransa, 2009 (Resolutions).
- Çağlayan M. Muhtar, **Gerekçeli, Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu**, cilt 1, 3. Basım, Ankara 1984.
- Çınar Ali Rıza, **Türk Ceza Hukukunda Cezalar**, Ankara, Turhan Yayınevi, 2005.
- Çiçek İbrahim, Yeni 5560 sayılı Kanunla Değişik Kabahatler Kanunu, Kazancı, 2007
- Çolak Haluk, **Güncel Ceza Hukuku**, Bilgi, Temmuz 2005
- De Vabres Donnedieu, **Traité de droit criminel et de législation pénale comparée**, 3. Baskı, Paris, 1947.
- Delmaz-Marty Mireille P/. Vervaele J.A.E.(eds.), **Avrupa Birliğinin Mali Çıkarlarının Korunmasına İlişkin Ceza Hukuku Kuralları** (Corpus Juris), Çev: Serap Keskin, Hamide Zafer, Ümit Kocasakal, Seçkin, Ankara 2001, (Avrupa Birliği).
- Değirmenci Olgun, **Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Degerlerinin Aklanması Suçu (TCK m.282)**, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.
- Demirbaş Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Seçkin Yayınları, 2011.
- Frédéris Desportes/Francis Le Gunehec, **Le nouveau droit pénal**, Time 1, Droit pénal général, 3. Bası, Paris 1996
- Dickson David, Towards More Effective Asset Recovery in Member States-The Uk Example, **Era Forum**, 2009, 10, 435–451.
- Dinç Güney, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Malvarlığı Hakkı**, TBB Yayın No: 124, Mayıs 2007, Ankara
- Dinçol Belkıs, **Eski Önyasya Toplumlarında Suç Kavramı ve Ceza**, Türk Eskiçağ Enstitüsü Yayını, İstanbul, 2003
- Doğan Koray, **Göçmen Kaçakçılığı Suçu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 162.
- Doğan Fatma Karakaş, **Cezanın Amacı ve Hapis Cezası**, Legal Yayıncılık, 2010.
- Donay Süheyl, **Para Cezaları**, İstanbul, 1972 (Para Cezaları).
- Donay Süheyl, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, İstanbul, Beta Yayınları, 2007
- Dönmezer Sulhi/Erman Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Cilt 1, 14. Basım, İstanbul, 1997 (Cilt I).
- Dönmezer Sulhi/Erman Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Cilt 2, 9. Basım, İstanbul, 1986 (Cilt II).
- Dönmezer Sulhi/Erman Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku** Cilt 3, İstanbul, Beta Yayımevi, 1997 (Cilt III).
- Dülger İbrahim, **Türk Ceza Hukukunda Müsadere**, Konya, 2009.
- Dülger Murat Volkan, **Suç Gelirlerinin Aklanmasına İlişkin Suçlar ve Yaptırımlar**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011.
- Erdem Mustafa Ruhan, **Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2001 (Organize).

- Erdem Mustafa Ruhan, **Avrupa Birliği Hukuku'nun Üye Devletlerin Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukuna Etkisi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004.
- Erem Faruk, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 2, 12. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1985 (Ümanist).
- Erem Faruk, **Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler**, Cilt 1, Ankara 1993 (TCK Şerhi C.1)
- Erem Faruk, **Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler**, Cilt 2, Ankara, 1993 (TCK Şerhi C.2).
- Erem Faruk, **Adalet Psikolojisi**, Ankara, Adil Yayınevi, 1997 (Adalet).
- Erem Faruk/Danışman Ahmet/Artuk Mehmet Emin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Basım, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1997.
- Ergen Cengiz, **Türk Ceza Hukukunda Uyuşturuucu Madde Suçları**, Ankara, 1988.
- Ergül Ergin, **Karapara Endüstrisi ve Aklama Suçu**, Yargı Yayınevi, 2001.
- Erman Sahir, **Sosyal ve Ticari Ceza Tatbikati**, İstanbul, 1967 (Sosyal).
- Erman Sahir, **Kaçakçılık Suçları**, Akgün Vakfı Matbaası, İstanbul, 1981.
- Erman Sahir, **Askeri Ceza Hukuku, Umumi Kısım ve Usul**, İstanbul, 1983 (Askeri).
- Erman Sahir, **Ekonomik Suçların Tesbitinde Suç Siyaseti**, İstanbul 1984,
- Erman Sahir, **Ticari Ceza Hukuku**, İstanbul 1984 (Ticari).
- Etgü Mehmet Arif, **Kamu Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Mülkiyet Hakkına Bakışı**, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- Evik Vesile Sonay, **Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004 (Çıkar)
- Evik Vesile Sonay, **Suçta İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, İstanbul, Ekim, 2011 (İştirak)
- Financial Action Task Force On Money Laundering, Annual Report, 1998-1999, Fatf Secretariat, (Published In Tokyo, Japan) 2 July, 1999. The International Fights Against Money Laundering, Trends In Organized Crimes, Summer 1999, P.8-14.
- Foucault Michel, **Hapishanenin Doğuşu**, çev. Mehmet Ali Kılıçbay, Ankara, 2013.
- Gedik Doğan, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Müsadere**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007. (Müsadere)
- Gemalmaz Burak, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, İstanbul, Beta, 2009.
- Georgios Antonopoulos, Marc Groenhuijsen, Jackie Harvey, Tijs Kooijmans, Almir Maljevic, Klaus Von Lampe(Eds), **Usual And Unusual Organising Criminals In Europe And Beyond: Profitable Crimes, From Underworld To Upperworld**, 2011
- Godefroy Thierry/Kletzlen Anne, **Blanchiment et Confiscation: La situation française vue à travers l'analyse de dossiers**, Guyancourt, 2000.

- Gökçen Ahmet, **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri**, İstanbul 1989 (Osmanlı).
- Gözler Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2000.
- Gözler Kemal/Kaplan Gürsel, **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin yayınevi, 2011.
- Gözübüyük Abdullah Pulat, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Cilt I (Madde 1-124), 5.Basım, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1989
- Gramatica Filippo, **Toplumsal Savunma İlkeleri**, çev. Sami Selçuk, 2. baskı, Ankara, İmge Yayınları, 2005.
- Greenburg Theodore S./ Samuel Linda M./Grant Wingate/Gray Larissa, **Stolen Asset Recovery: A Good Practices Guide for Non-Conviction Based Asset Forfeiture**, World Bank Publications, Herndon, USA, 2009.
- Groppe Walter, Confiscation: From Sanction To Punishment? **Juridica VIII/2008**.
- Günday Metin, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınevi, 2013.
- Güneş İlhami, **Uygulamada Sınai Mülkiyet Ceza Hukuku**, Adalet Yayınevi Hukuk Uygulama Kitapları, Ankara, 2009.
- Hafizoğulları Zeki, **Ceza Normu, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni**, Ankara, 1987 (Ceza Normu).
- Hafizoğulları Zeki, **Türk Ceza Hukuku Ders Notları** (Ders Notları) <http://www.zekihafizogullari.com/CezaHukuku%20Ders%20Notlari.pdf> (Erişim Tarihi: 10.03.2010)
- Hafizoğulları Zeki/Özen Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, USA Yayıncılık, 2011.
- Hakeri Hakan, **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, Seçkin Ankara, 2003.
- Hakeri Hakan, **Ceza Hukuku Temel Bilgiler**, Adalet, 2012 Eylül.
- Hakeri Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet, 14.baskı, Eylül 2012 (Genel).
- Hennau Christiane/Verhaegen Jacques, **Droit pénal général**, Bruxelles, Bruylant, 2003.
- Hollanda'da Karapara Aklamayla Mücadele** (Eğitim Semineri Notları, Türkçe), **Masak** Yayın No : 3, Ankara-2000.
- Hon. David. F. Ballantyne-Samuel Bulguin- Vaughan Carter, Constitutionality Of Confiscation Order: The Constitutionality Of Confiscation Provisions, Paper In Three Sections Fort He Cayman Islands Human Riights Conference, 10-14 September, 2001.
- Hondu Esra, **Sermaye Piyasası Kanunu Bakımından Kazanç Müsaderesi**, Sermaye Piyasası Kurulu Hukuk İşleri Dairesi, Yeterlik Etüdü, 2005, Ankara.
- İçel Kayıhan, **Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk**, İstanbul, 1967.
- İçel Kayıhan (ed.), **Ceza Hukuku Günleri: 70. Yılında Türk Ceza Kanunu-Genel Hükümler**, İstanbul, 1997.

- İçel Kayıhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler II, Suçun Yapısal Unsurları- Özel Görünüş Biçimleri ve Yaptırımları**, 5. Basım, İstanbul, Beta, 2013 (Ceza Hukuku).
- İçel Kayıhan/Akıncı Sokullu Fusun/Özgenç İzzet/Sözüer Adem/S. Mahmutoğlu Fatih/Ünver Yener, **Suç Teorisi**, 2. Baskı, İstanbul, 2000 (Suç Teorisi).
- İçel Kayıhan/Akıncı Sokullu Fusun/Özgenç İzzet/Sözüer Adem/S. Mahmutoğlu Fatih/Ünver Yener, **Yaptırım Teorisi**, 2. Baskı, İstanbul, 2002 (Yaptırım).
- İçel Kayıhan/Evik Ali Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Kitap, İstanbul 2007.
- İçel Kayıhan/Donay Süheyl, **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku**, 1. Basım, Beta Yayınları, 2005.
- İçel Kayıhan/Ünver Yener, **Kitle Haberleşme Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınları, 2013.
- İçel Kayıhan/Yenisey Feridun, **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları**, 4. Basım, İstanbul, 1994.
- İngiltere’de Karapara Aklamayla Mücadele Eğitim Semineri, 22-24 Kasım 1999
- İngiltere’de Karapara Aklamayla Mücadele**
Masak Yayın No: 2, Ankara-2000
- İslam Ansiklopedisi**, cilt 8, İstanbul, 1971.
- Jakhian, G., L’infraction De Blanchiment Et La Peine De Confiscation En Droit Belge, **Revue Droit Pénal**, 1991, 765-788.
- Fabian Jenny, La Confiscation dans le droit pénal de l’environnement, Université de Lausanne, Mémoire de Licence: droit pénal de l’environnement Année 2000-2001.
- Jescheck Hans-Heinrich/Ulrich Sieber, **Alman Ceza Hukukuna Giriş: Kusur İlkesi, Ceza Hukukunun Sınırları**, çev.Feridun Yenisey, İstanbul, 2007 (Alman Ceza Hukuku).
- Karaal Hasan, Suç Gelirlerinin Aklanması Ve Terörün Finansmanı İle Mücadelede Bildirimler, **Masak Yayın No: 15**, Mayıs, 20.
- Karakaya Naim, **Ceza Hukukunda Müsadere**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2001.
- Katoğlu Tuğrul, **Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması**, Seçkin, Ocaak, 2008
- Kili Suna/Gözübüyük Şeref, **Türk Anayasa Metinleri**, Ankara, Türkiye İş Bankası Yayınları, 1985.
- Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2008.
- Kocasakal Ümit, **Karapara Aklama Suçu**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü, yayınlanmamış Doktora Tezi, 2000, İstanbul (Karapara).
- Kocasakal Ümit, “Karapara Aklama ile Mücadele ve Yeni Türk Ceza Kanununun 282. Maddesinde Düzenlenen Suç Gelirlerinin Aklanması Suçu”, **Karapara Aklama ve Terörizmin Finansmanı**, ed. Süleyman Aydın, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008, s. 55-102, (Suç Geliri).

- Laqueur Walter, **The New Terrorism**, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- Lavanchy Charles-Jules, **Les mesures de Sureté en Droit pénal**, Geneve, Château-d'Oex: Impr. Burri-Roch, 1931
- Mahmutoğlu Fatih Selami, **Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi**, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul, 1995 (Kabahat).
- Mahmutoğlu Fatih Selami, **Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2003.
- Majno, **Ceza Kanununun Şerhi, Türk ve İtalyan Ceza Kanunları**, Cilt I, Yargıtay Yayınları, No. 3, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977.
- Malkoç İsmail/Güler Mahmut, **Uygulamada Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler**, cilt 1, Ankara, Adil Yayınevi, 1999.
- Memiş Pınar, **Adil Yargılanma Hakkının Unsuru Olarak Masumiyet Karinesi**, Galatasaray Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ocak 2003
- Mumcu Ahmet, **Osmanlı Devleti'nde Siyâseten Katl**, Birey ve Toplum Yayınları, Ankara 1985.
- Nuhoğlu Ayşe, **Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri**, Ankara, Adil Yayınevi, 1997 (Emniyet).
- Nuhoğlu Ayşe, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri Sistemi, **Türk Ceza Kanununun 2 Yılı**, İstanbul, Nisan, 2008, s. 192-207, (Türk Ceza).
- Nuhoğlu Ayşe/Yenisey Feridun/Kunter Nurullah, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınları, 2010 (Muhakeme).
- Okandan Recai G., **Umumi Hukuk Tarihi Dersleri**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1951.
- Ormerod David/Hooper Justice, **Blackstone's criminal practice 2008**, Oxford.
- Önder Ayhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler II-III**, İstanbul 1992 (Cilt II-III).
- Önder Ayhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, cilt 3, İstanbul, Beta Yayınevi, 1989 (Cilt III).
- Önder Ayhan, **Ceza Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992 (Dersler).
- Özbek Veli Özer, **Türk Ceza Kanununun Anlamı, TCK İzmir Şerhi, C.I Genel Hükümler**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2005 (İzmir Şerhi).
- Özbek Veli Özer/Kanbur M. Nihat/Bacaksız Pınar/Doğan Koray/Tepe İlker, **Ceza Hukuku Bilgisi Genel Hükümler**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2010 (Ceza Hukuku).
- Özbek Veli Özer/Kanbur M. Nihat/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011, s. 585 (Ceza Muhakemesi).
- Özbek Veli Özer, **Müstehcenlik Suçu: (TCK, m. 226)**, Seçkin, Ankara, 2009
- Özcan Onur, **Çevre Suçlarında Şirketlerin Cezai Sorumluluğu**, Galatasaray Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2007 (Şirketler).

- Özgenç İzzet, **Uygulamalı Ceza Hukuku, Çözümlü Örnek Olaylar ve Karar Tahlilleri**, 2. Basım, İstanbul, 1998.
- Özgenç İzzet, **Suç Örgütleri**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2013 (Örgüt).
- Özgenç İzzet, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2005 (Gazi Şerhi).
- Özgenç İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2013 (Genel)
- Öztekin Tosun, **Suçluların Gözlemi**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1966.
- Öztürk Bahri/Erdem Mustafa Ruhan/Veli Özer Özbek, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku**, Seçkin, Ankara 1998 (Uygulamalı 1998)
- Öztürk Bahri/Erdem Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 2006 (Uygulamalı 2006)
- Öztürk Bahri/Erdem Mustafa Ruhan/Sırma Özge/Saygılar Yasemin F., **Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler**, Turhan Kitabevi, 4. Baskı, Ankara, 2006
- Öztürk Bahri/Erdem Mustafa Ruhan/Özbek Veli Özer, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 11. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2007.(Ceza Muhakemesi)
- Öztürk Bahri/Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Sırma Özge/Saygılar Yasemin F./Alan Esra, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009
- Piotet Denis, **Les Effets Civil De la Confiscation Penale**, Berne, 1995
- Pradel Jean, **Droit Penal General**, Cujas, 2002-2003 (Droit pénal).
- Pradel Jean, **Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Usulü: İsisic Kollukyumlarının Sentez Raporu**, çev. Sulhi Dönmezer, İstanbul, Beta Yayınları, 2000.
- Robert Jacques-Henri, **Droit pénal général**, PUF, 3. Baskı, Paris, 1998 (Droit pénal).
- Roggen Françoise/Kuty Franklin/Moreau Juliette/Discepoli Franck, **Actualités de droit pénal**, Bruylant, 2007.
- Sağlam Fazıl, **Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü**, Ankara, AÜSBF Yayınları, 1982, s. 114.
- Salva Jules, **Droit romain: la Confiscation. Droit français: les Délits fiscaux**, Faculté de droit de Paris, 1895.
- Sarı Gürbüz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1.Protokole Göre Malvarlığı Haklarının Korunması**, Beta, İstanbul, Nisan, 2006.
- Savaş Vural/Mollamahmutoğlu Sadık, **Türk Ceza Kanununun Yorumu**, Cilt 1, Seçkin Yayınları, 1999.
- Selçuk Sami, **Beccaria'nın İnsanlığa Bildirisi**, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 1. Basım, 2004, s. 52-56.
- Soyaslan Doğan, Muhafaza Altına Alma ve Elkoyma, TCK - CMK - Kabahatler Kanun ile Yönetmeliklerin Değerlendirilmesi Semineri, 10-11 Şubat 2006, **EGM Eğitim Dairesi Başkanlığı**, Ankara, 2006.

- Soyaslan Doğan, **Ceza Muhakemeleri Usulü Hukuku**, 3. Basım, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007.
- Soyaslan Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012. (Ceza)
- Soyaslan Doğan, **Kriminoloji: Suç ve Ceza Bilimleri**, İstanbul, Yetkin Yayınları, 2003. (Kriminoloji)
- Sözüer Adem, **Organize Suçlulukla Mücadelede Ceza Hukuku Tedbirleri**, İstanbul Üniversitesi, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, İstanbul 2000 (Organize).
- Sözüer Adem, **Suçta Teşebbüs** Kazancı Yayınları, İstanbul, 1994 (Teşebbüs)
- Stefani Gaston/Levasseur Georges/Bouloc Bernard, **Droit Pénal Général**, 20 Édition, Paris, Dalloz, 2007, No: 142.
- Stessens Guy, **Money Laundering, An International Law Enforcement Model**, Cambridge University Press, 2010.
- Şafak Ali, **Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü**, 4.Baskı, Ankara, Selim Kitabevi Yayınları, 2009.
- Şen Ersan, **Çevre Ceza Hukuku (Ceza Hukuku Açısından Sağlıklı ve Düzenli Bir Çevrede Yaşama Hakkı)**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1994.
- Şen Ersan, **Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ceza Hukuku- Ceza Özel Hukuku- Ceza Yargılaması Hukuku- Ceza İnfaz Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 1998 (Anayasa).
- Şen Ersan, **Türk Ceza Hukuku Suçun Genel Esasları ve Unsurları**, İstanbul, Der Yayınları, 2002 (Genel).
- Şen Ersan, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu: Cilt I (Madde 1-Madde 140)**, İstanbul, 2006 (TCK Yorumu).
- Şener Esat, **Hukuk Sözlüğü**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2001.
- Peter J. P. Tak, **The Dutch Criminal Justice System**, 2. Baskı, Den Haag, WLP, 2003.
- Tan Mehmet, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler**, Seçkin, Ankara, 2011
- Taner Tahir, **Ceza Hukuku ve Türk Ceza Kanunu Şerhi**, 1937.
- Taner Tahir, **Ceza hukuku: Umumi Kısım**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1953.
- Tanilli Server, **Anayasalar ve Siyasal Belgeler**, İstanbul, Cem Yayınevi, 1976.
- Tanilli Server, **Türk Anayasaları ve İlgili Mevzuat**, İstanbul, İstanbul Üni. Hukuk Fak. Yayınları, 1980.
- Tanör Bülent **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, İstanbul: Der, 1992, s. 25.
- Tanör Bülent/Yüzbaşıoğlu Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, İstanbul, Cogito, Yapı Kredi Yayınları, 2001.
- TOBB, **Ekonomik Suç Ve Ceza**, Ekonomik Suç Ve Ceza Sempozyumu Bildirileri, 30 Nisan-1 Mayıs 2005 Kızılcahamam, Ankara: Egm Eğitim Daire Başkanlığı, s.35-45.
- Toroslu Haluk, **Ceza Müeyyidesi**, Ankara, Savaş Yayınları 2010.

- Toroslu Nevzat, **Ceza Hukukunda Okullar**, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan.
- Toroslu Nevzat, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Savaş Yayınevi, 2005.
- Toroslu Nevzat /Feyzioğlu Metin, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayınları, 2013
- Turhan Ali, "Kanunlarımızda Müsadere", **Adalet Dergisi**, 1986, Cilt: 4-6, Sayı: 6, 125-139.
- Türk Ceza Kanunu Reformu: Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu Paneli, 21-22 Mayıs 2004, Ankara
- Türk Hukuk Mevzuatında Müsadere Ve Tedbirin Kapsamı Ve 4208 Sayılı Kanun Açısından Değerlendirilmesi** (Fatf Ülkelerinde Müsadere Uygulamaları İle Birlikte) Masak Yayın No: 5, Ankara-2000.
- Udeh Abdulkadir, **Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukayeseli İslam Ceza Hukuku-Genel ve Özel Hükümler**, çev. Ali Şafak, 2.baskı, İstanbul, Kayıhan Yayınevi, 2012.
- Ünver Yener, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, Ceza Hukuku Günleri: **70. Yılında Türk Ceza Kanunu-Genel Hükümler (26-27 Mart 1997-İstanbul)**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1998 (Ceza Hukukunda).
- Ünver Yener, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, 591-592 (Hukuksak Değer).
- Ünver Yener/Hakeri Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, 2012, s. 419.
- Vettori Barbara, **Tough on Criminal Wealth: Exploring the Practice of Proceeds from Crime Confiscation in the EU**, Springer, 2006.
- Vouyoucas Constantin, Le Droit Pénal Entre L'abolitionnisme Et La Tolérance Zéro, **Cahiers de défense sociale: bulletin de la Société International de Défense Sociale pour une Politique Criminelle Humaniste**, 2003, 264-273.
- Weld Jean B., Forfeiture Laws And Procedures in The United States of America, **146th International Training Course Visiting Experts' Papers**, Resource Materail Series No: 83, s. 18-27.
- Yaşar Osman/Gökcan Hasan Tahsin/Artuç Mustafa, **Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, c. 2, Adalet Yayınevi, 2010.
- Yenisey Feridun, **Kolluk Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2009
- Yenisey Feridun/Plagemann Gottfried, **Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)**, İstanbul, Beta Yayınları, 2009.
- Yerdelen Erdal, **Müsadere Ve Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- Yıldız Ali Kemal, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu-Değerlendirmeler-Öğretiden Görüşler ve Yargıtay Kararları**, İstanbul, 2007 (Yargıtay Kararları).
- Yıldız Ali Kemal, **Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi**, İstanbul Üniversitesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2002 (İspat).
- Yıldız Ali Kemal, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Seminer Notları**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayını, 2007 (Seminer)
- Yılmaz Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, 5.Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996.

- Yılmaz Zekeriya, **Teori ve Uygulamada Müsadere**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003 (Müsadere).
- Yurtcan Erdener, **Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi İlgili Mevzuat**, c.III, İstanbul, 1988.
- Yurtcan Erdener, **Kabahatler Kanunu ve Yorumu**, İstanbul, Beta Yayınları, 2005.
- Yurtcan Erdener, **Ceza Yargılaması Hukuku**, İstanbul, Beta, 2007 (Ceza Yargılaması).
- Yurtcan, Erdener, **Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu**, İstanbul Barosu, Şubat, 2006 (Yeni)
- Yüce Turhan Tufan, **Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, Ankara, Turhan Kitabevi, 1985.
- Zafer Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75**, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2011 (Ceza Hukuku).
- Zedner Lucia, **Criminal Justice**, OUP, 2004

B. Makaleler

- Akbulut İlhan, “Ülkemizde Uyuşturucu Maddeler Sorunu”, **İÜHF**, 1997, C.55, S.3
- Akın Engin, “Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, 2010, s. 67-68.
- Akın Engin, Uluslararası Hukuk Ve Türk Hukukunda Terörün Finansmanı, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi: **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**: 2009, S.61-62, Eylül-Ekim
- Akyılmaz Sevgi Gül, “Osmanlı Devletinde Yönetici Sınıf Açısından Müsadere Uygulaması”, **GÜHFD**, C. XII, Y. 2008, sa. 1-2, s. 389-420, s. 39.
- Albayrak Mustafa, “Markaların Korunması Hakkında KHK'ye Göre Müsadere 13”, **Ankara Barosu Fikri Mülkiyet Ve Rekabet Hukuku Dergisi**: 2003, C.3, S.2
- Albayrak Gökhan, “Ceza Hukuku Niyet Okuyabilir mi?”, **Güncel Hukuk**, Mayıs, 2010, s. 5-77.
- Alpaslan Şükrü, “Türk Ceza Kanununda Fer'i ve Mütemmim Cezalar”, **TCK'nın 50. Yılı ve Geleceği**, İstanbul 1977.
- Ancel Marc, “Les mesures de sûreté en matière criminelle”, **Revue internationale de droit comparé**, 3(1), 1951, s. 185.
- Ancel Marc, “Toplumsal Savunma Nedir?”, çev. Köksal Bayraktar, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 37(1-4), 1971.
- Antenen, Jacques/ Burnand Yves/Moreillon/Treccani/ Jean Laurent, “La Rémunération Du Défenseur Pénal Par Le Produit De L'infraction”, **Revue Pénale Suisse**, Rps 119/2001 P. 71

- Arık F. Şamil, “Eski Türk Ceza Hukukuna Dair Notlar”, **Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Tarih Bölümü Tarih Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 17, Sayı: 28, s. 1-50.
- Artuk Mehmet Emin/Yenidünya Ahmet Caner, “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Müsadereye İlişkin Düzenlemeleri Üzerine Bir İnceleme”, **Uğur Alacakaptan’a Armağan**, Derl. Mehmet Murat İnceoğlu, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, s.89-103 (Müsadere)
- Artuk Mehmet Emin/Yenidünya, Ahmet Caner; "Cürüm Eşyasını Satın Almak ve Saklamak (Yataklık Cürümü) Üzerine Bir İnceleme (TCK m.512)", **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2004, s.79-90 (Cürüm Eşyası)
- Augsburger-Bucheli Isabelle/Perrin Bertrand, “Les règles de fond sur la lutte contre le crime Organisé”, **Publications de l’Institut suisse de droit comparé**, Schulthess, 2006, 245-267.
- Avcı Mustafa, “Para Cezalarının Dünü-Bugünü”, Prof. Dr. Süleyman Arslan’a Armağan, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1998, C.6, S.1-2, s. 377.
- Aydın Öykü Didem, “Malvarlığına İlişkin Bir Emniyet Tedbiri Olarak Türk Ceza Yasasında Müsadere”, **AHFD**, 1993, 43(1-4) (Malvarlığı).
- Aydın Öykü Didem, Ceza Hukuku’nun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu, **TBB Dergisi**, Sayı 53, 2004, s.63-140 (Çağdaş).
- Baysun Cavit, “Müsâdere”, **İA, MEB**, İstanbul 1993, IX.
- Bell R. E. “An Evolving Series of Proceeds of Crime Models”, **Journal of Financial Crime**, 2000, 8(1), s.21-31.
- Benseler Justus, “Forfeiture Legislation in Germany: Legal Basis and Prosecution Practice”, **European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice**, 5(3), 1997, 203-209.
- Bumin Süleyman Adil, “Türk Ceza Kanunu İle Bazı Özel Yasalarımızda Müsadere Üzerine Bir İnceleme”, **Adalet Dergisi**, cilt 5-6, sayı 5, 1983, s. 908-914.
- Cabana Patricia Faraldo, “General confiscation regulation in Spain”, **Journal of Money Laundering Control**, 13(2), 2010.
- Canacankatan Emin Kaçakçılıkla Mücadelede Yeni Kanundaki Yaklaşımlar, Suç ve Ceza Dergisi, 2008, Sayı: 2 , s. 184-192.
- Cassani Ursula, La “proceeds of Crime act 2002” du Royaume-Uni, **Revue pénale suisse** 122(2004), no 3, p. 280-309; no 4, p. 313-345
- Centel Nur, “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi”, **Prof.Dr.Turhan Tufan Yüce’ye Armağan**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2001.
- Cuesta José Luis De La, La politique criminelle de l’Espagne en matière de crime organisé, P.Zen-Ruffinen (ed.), **Du Monde Pénal. Droit pénal, criminologie et Politique criminelle, police et exécution des sanctions, procédure pénale**. Mélanges en l’honneur de Pierre-Henri Bolle, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2006, pp. 381-396.

- Çolak Haluk, Altun, Uğurtan, Bir Yaptırım Türü Olarak Para Cezalarının Teori Ve Uygulamadaki Analizi, **TBB Dergisi**, Sayı 69, 2007, S. 241, 338
- Çolak Haluk / Altun, Uğurtan Güvenlik Tedbirleri ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Yaptırım Teorisindeki Yeri 1, **Adalet Dergisi** : 2005 Mayıs, C.96, S.22.
- Dalir H., Confiscation Law And Third Parties Rights In Iran And England, **Revue De Recherche Juridique** Spring-Summer 2009 (Supplement 1):185-121
- Daams Claire/Van de Reyt Ingrid, “ ‘Strip-them’ Legislation in the Netherlands: Measures concerning Confiscation of Illegally Obtained Profit in the Dutch Law”, **European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice**, 5/3, 308-313, 1997.
- Değirmenci Olgun/Yenidünya Caner, Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukunda Terörün Finansmanı Suçu, **Dönmezer Armağanı**, C. 2, İstanbul, 2008, s. 1263-1295.
- Donay Süheyl, “İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku”, **İÜHF Yayınları**, No:647, 1982.
- Dönmezer Sulhi, “Türk Toplumunda Sosyal Kontrol Aracı Olarak Ceza ve Ödüllendirme” **İÜHF XL VIII-XLIX**, 1-4, 1983, s. 297 vd.
- Dönmezer Sulhi, Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler, **Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**, İstanbul 1998 (Suçsuzluk).
- Dönmezer Sulhi, “Çetelerle Mücadele Amacıyla 4422 Sayılı Yasayla Kabul Edilen Koruma Tedbirleri”, İzmir Barosu tarafından düzenlenen Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, **Konuşmalar-Bildiriler-Tartışmalar-Belgeler**, İzmir, 5-8 Nisan 2000.
- Dönmezer Sulhi, “Organize Suçlulukla Mücadele”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Kemal Oğuzman' a Armağan, 2002.
- EGM, (Emniyet Genel Müdürlüğü), (1999), “Karaparanın Aklanmasının Önlenmesine İlişkin Yasal Düzenlemeler”, **Bankacılık Dergisi**, C. 1, S. 30, s.3-4.
- Elvan Osman Devrim, “5728 Sayılı Kanun İle 6831 Sayılı Orman Kanunu’nun Ceza Hükümlerinde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, 19-21 Şubat 2009, **SDÜ**, Isparta, s. 237-248.
- Erem Faruk, Yeni İsviçre Ceza Kanunu Hakkında Bir Tetkik, **AD**, 1941, Sy. 2, s. 123-135.
- Erem Faruk, “Türk Ceza Kanununda Emniyet Tedbirleri”, **AÜHFD**, 1(3), 1944, 351-378 (Türk Ceza).
- Erman Barış; "Latest Developments Concerning The European Standards On Fight Against Crime" 301, **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2004.
- Erman Banş, “Almanya ve Avusturya’da Organize Suçlulukla Mücadele Kapsamında Kabul Edilen Malvarlığıyla İlgili Cezai Yaptırımlar”, **Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan**, Alfa, İstanbul, 1999, s. 263-286 (Almanya).
- Ersoy Ömer, “Terör ve Organize Suçlarda Yakınlaşma ve İşbirliğinin İncelenmesi”, **Polis Dergisi**, 2004, Sayı: 40.

- Ersoy Tolga, “Justinianus Dönemi Müsadere Uygulamaları”, **Prof. Dr. Belgin Erdoğan'a Armağan**, Derl. M.Murat İnceoğlu, İstanbul, 2011, s. 93-104.
- Faruk Özgüneş, “L'organe Central Pour La Saisie Et La Confiscation”, **Lettre Du Parquet**, Juillet 2003, 19-20.
- Fried David J., “Rationalizing Criminal Forfeiture”, **Journal of Criminal Law & Criminology**, 79, 1988, s. 328-436.
- Gedik Doğan, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununda Müsadere Usulü, **Adalet Dergisi**: 2006, C.97, s. 26.
- Genç Osman Yaraşlı, Kara Para İspat Yükümlülüğü; El Koyma ve Müsadere, **Active Bankacılık ve Finans Dergisi**, 2000, Sayı: 14, 88-93
- Giroud Sandrine, État de droit et confiscation internationale: Quels enjeux pour l'État helvétique? Derl. S. Giroud/A. Borghi, **État de droit et confiscation internationale**, 2010, s. 1-17.
- Gökçen Ahmet/Yenidünya A. Caner, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesine İlişkin Kurallar (TCK M.61-63)”, **Uğur Alacakaptan'a Armağan**, derl. Mehmet Murat İnceoğlu, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1998.
- Gökçen Ahmet, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi)”, **DEÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları**, Ankara, 1994.
- Gökçen Ahmet, “Cezanın Amacı ve Hürriyeti Bağlayıcı Cezanın İnfaz Sistemleri”, **Ceza Hukuku Makaleleri**, İstanbul, 2002, s. 45-69.
- Hafizoğulları Zeki “Emniyet Tedbirleri”, **AÜSBFD**, 46(3-4), 1991 (Emniyet).
- Hafizoğulları Zeki, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2007, 65(1), s. 78-109.
- Hafizoğulları Zeki, “Türk Ceza Hukukunda Cezalandırma Hukukî İlişkisi Ve İlişkinin Sona Ermesi Nedenleri”, **Uğur Alacakaptan'a Armağan cilt I**, derl. Mehmet Murat İnceoğlu, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008.
- Hakeri Hakan, Avusturya Ceza Hukuku'nun 25 yılı, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, 23(1-2), 2003, 423-448.
- Heiner Prasse, “Almanya'da Çevre Alanında Görevli Olan Kimselerin Cezalandırılması-Çevrenin Korunmasının Aracı Olarak Ceza Hukuku”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, çev: Yener Ünver, C.55, S.3, 1997, s. 407 vd.
- Hirsig-Vouilloz Madeleine, “Le Nouveau Droit Suisse De La Confiscation Pénale Et De La Créance Compensatrice (Art. 69 À 73 Cp)”, **Aktuelle Juristische Praxis**, 2007, s. 1376 – 1400 (Le Nouveau Droit).
- Hirsig-Vouilloz Madeleine, Confiscation pénale et créance compensatrice (art. 69 à 72 CP): évolutions récentes, **Jusletter** (Média électronique), 2007 (Confiscation).
- İçel Kayıhan/Yurtcan Erdener, Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu, **İHF**, C:XXXVI, sy: 1-4, 1971.

- İçel Kayıhan, “Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Olan Müesseselerdeki Gelişmeler ve Türk Ceza Sisteminin Bu Yönden Değerlendirilmesi”, **Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanunu’nun 50 Yılı ve Geleceği**, İÜHF, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Enstitüsü, 1976.
- İçel Kayıhan, “Kaçakçılıkta Kullanılan Üçüncü Kişilere Ait Taşınmazların Zoralımı”, **İHFM** 1978, C.44, sy.1-4 (Kaçakçılık).
- İçel Kayıhan, “İdari Ceza Hukuku ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi”, **İÜHF**, c. 50, sayı: 1-4, 1984.
- İçel Kayıhan, “Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, 7(14), 2008, s. 35-49 (Görünüşte Birleşme).
- İçel Kayıhan/Akıncı-Sokullu Fusun/Ünver Yener/Erman R. Barış, “Ceza ve Tedbirlerin İnfazı Kanunu Tasarısı Hakkında Rapor”, **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2004.
- Kaboğlu İbrahim, “Düşünce Özgürlüğü: Avrupa Ölçütleri ve Türkiye,” **İnsan Hakları Yıllığı**, C.XV, 1993, s. 50.
- Kamer Vehbi Kadri, 5275 Sayılı Ceza Ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun Yüzbeşinci Maddesinde Yer Alan Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırılma 32, **Adalet Dergisi**: 2009, C.100, S.33, Ocak.
- Kangal Zeynel, **Türk Ceza ve Kabahatler Hukuku Açısından Tüzel Kişilerin Sorumluluğu**, Avrupa’da Tüzelkişilerin Hukuki sorumluluğu (ed: Ayşe Nuhoğlu, Ulrich Sieber), Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Klaus Tiedemann Onuruna, 21 Mayıs 2011 Tarihlerinde İstanbul’da Düzenlenen Uluslararası Kolokyumun Kitabı, s. 213-229.
- Karagülmez Ali, “5237 sayılı Kanunda Özel Kanunlarla İlişki Konusundaki Düzenlemenin (5.madde) İncelenmesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2004-4, s. 89-102.
- Karataş Mehmet, “18. ve 19. yüzyıllarda Osmanlı Devleti’nde Bazı Müsadere Uygulamaları”, **Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi**, sayı 19, 2006, s. 219-237.
- Kaya Selim, “Selçuklu Devletlerinde Müsadere Uygulamaları”, **KSÜ Sosyal Bilimler Dergisi**, 2(2)-2005, s. 53-59.
- Kaye Nicholas, “Freezing And Confiscation Of Criminal Proceeds”, **Revue International De Droit Penal**, P. 323-333
- Keskin İbrahim, “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun Getirdiği Yenilikler”, **Adalet Dergisi**: 2005, C.96, S.22, Mayıs.
- Kılıç Abbas, “Ümit Kocasakal İle TCK Sistematiği Ve Uygulama Sorunları Üzerine”; **Hukuk Gündemi**: 2006, S.4, Mart-Nisan-Mayıs
- Kletzen Anne/Godefroy Thierry, “Confiscation and Anti-Money-Laundering Regulations under French law”, **European Journal Of Crime, Criminal Law Criminal Justice**, 5(3), 273-280, 1997 (Confiscation).
- Kocasakal Ümit, “Yeni Fransız Ceza Kanununda Genel Hatları ile Cezalar Sistemi”, **Yiğit Okur’a Armağan**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, No: 3, 1998, (Fransız).

- Kocasakal Ümit, “Çek Kanunu'nda Yenilikler”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2003, 1(1), s. 79.
- Kocasakal Ümit, “İnsan Ticareti Suçu”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2(2), 2003.
- Kocasakal Ümit, “Yeni Çin Ceza Kanunu”, **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, 2004, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, s. 585.
- Kocasakal Ümit, “Yolsuzlukla Mücadele”, **Güncel Hukuk**, 2004.
- Kocasakal Ümit, Ekonomik Suçluluk, **Güncel Hukuk**, 2005.
- Kocasakal Ümit, “AB Üyeliğinin Türk Ceza Hukukuna Etkileri”, **Güncel Hukuk**, 2005.
- Kocasakal Ümit, Ceza Hukukundaki Son Gelişmelerin 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununa Etkisi, **Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı Cilt II**, s.1008, ed. Köksal Bayraktar, Zuhâl Dönmezer-Çakıroğlu, Hakan Kızıllarslan, 2008, s. 1003-1022.
- Kocasakal Ümit, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Yorum, **Güncel Hukuk**, 2008, Sayı 3.
- Kocasakal Ümit, “Terörün Finansmanı - Genel Rapor Terör Pahalı Bir Faaliyettir”, **Güncel Hukuk**, 2009, s.9-69.
- Konan Belkıs, “İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Açısından Osmanlı Devletine Bakış”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt XV, 2011, Sayı 4.
- Nurullah Kunter, “Cezalardan Neler Bekliyoruz, Neler Beklemeliyiz?”, **Siyasi İlimler Mecmuası**, Sayı: 145, 1943.
- Kunter Nurullah, Ceza Yerine Geçen Tedbirler, **Adliye Ceridesi**, 1943, IV, 225.
- Kunter Nurullah, “Bugünün Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirlerinin Yeri”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.XIII, İstanbul, s.1327-1345, 1947 (Emniyet Tedbiri).
- Kunter Nurullah, Le Repression Des Infractions Economiques En Turquie Et Les Problems Y Relatifs, Chronique Turque, **Revue International De Droit Penal**, 18 Annee, 1947, 3-4, P.262- 282.
- Kunter Nurullah, “Türkiye’de Mükerrirliğin Amilleri”, **Muammer Raşit Seviğ’e Armağan**, İstanbul, 1956.
- Kunter Nurullah, Tehlike Tedbiri Genel Teorisi ve Para Cezaları İçin İcrai ve İhtiyati Haciz, **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt XXXIV, Sayı 1-4, Ayrı Bası, İstanbul, 1969.
- Kurtuluş Selda Binboğa, “Yargıtay’ın Suçtan Kaynaklanan Mal Varlıklarının Müsaderesi ve Elkoyma Hükümlerine İlişkin Uygulamaları”, Yeni Türk Ceza Adaleti Sistemi Tanıtım Sitesi, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale1-3.htm> (Erişim tarihi: 19.05.2012).
- Levi Michael, Taking The Profit Out Of Crime: The Uk Experience, **European Journal Of Crime, Criminal Law Criminal Justice**, Vol. 5/3, 228-239, 1997.
- Levi Michael/Ososfsky Lisa, Investigating, Seizing and Confiscating the Proceeds of Crime, **Police Research Group Crime Detection and Prevention Series: Paper No 61**, London: Home Office Police Department, 1995.

- Lıgeti Katalin, Mutual Recognition Of Financial Penalties In The European Union, **Revue International De Droit Penal**, P. 145- 155 F
- Lösching-Gspand Marianne, Fight Against Organized Crime Recent Changes To The Catalogue Of Statutory Offencesand Confiscation System In Austurian Criminal Law, **European Journal Of Crime, Criminal Law Criminal Justice**, Vol. 5/3, 210-219, 1997
- Mahmutoğlu Fatih Selami, Ekonomik Suçlar ve Ekonomi Ceza Hukuku, **Güncel Hukuk Dergisi**, 2005, Sy. 23, s 18-21 (Ekonomik).
- Mireille Delmas-Marty (Ed.), “Criminalité Économique Et Atteintes À La Dignité De La Personne Les Processus D'internationalisation”, Volume N° 7, **Maison Des Sciences De L'homme - M.S.H.**
- Monville P/Klees, O., “L'intervention Devant La Jurisdiction Répressive D'un Tiers Préjudicié Par Une Mesure De Confiscation Spéciale”, **J.L.M.B.** 1996, 580-581.
- Mosca Gaetano, “Magna Carta'dan 20 inci asra kadar İngiliz Anayasa Hareketleri”, çev. Mukbil Özyörük, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt 5, sayı 1, 1948, s. 33-58.
- Mosca Gaetauo “Eski Yunanistan'da Siyasi Müessese ve Doktrinler”, çev Mukbil Özyörük, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt 2, sayı 4, 1945, s. 235-256.
- Mosca Gaetano “Roma ve Ortaçağ-Siyasî Müessese ve Doktrinler”, çev. Mukbil Özyörük, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt 3, sayı 2, 1946, s. 532-564.
- Nadelhofer do Canto Simone, “Quelques aspects de la confiscation selon l'art. 70 al. 2 CP”, **Revue pénale suisse**, RPS 126/2008 p. 302-319
- Naylor R. Thomas, “Wash-out: A critique of follow-the-money methods in crime control policy”, **Crime, Law & Social Change**, 1999, 32: 1–57.
- Oswald Katrina, “Money-Laundering Legislation in Germany: Selected Results From Recent Project”, **European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice**, Vol. 5/3, 196-202, 1997.
- Öğün Tuncay, “Osmanlı Devletinde Müsâdere Uygulamaları”, **Osmanlı Ansiklopedisi**, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara 1999.
- Özbek Veli Özer, “5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Teşebbüs ve Kusurluluğa İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, 5, Ocak 2005 (Teşebbüs)
- Özbek Veli Özer, Banka ve Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu (TCK m. 245), **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 9, Özel Sayı, 2007, s. 1019-1063.
- Özcan Onur, “Türk Hukukunda Çevre Suçları”, **Uğur Alacakaptan'a Armağan**, Cilt 1, (Derl. Mehmet Murat İnceoğlu), İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, s.565-589.
- Çetin Özek, “Suç Mağdurunun Korunması İle İlgili Bazı Sorunlar”, **İHFİM**, 1984, No.50, s. 13-67

- Özgenç İzzet, “Tüzelkişinin Sorumluluk Ehliyeti, Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Düşünceler”, **Reha Poroy Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1995 (Tüzelkişinin).
- Özkorkut Nevin Ünal, “1876 Anayasasının Hukuk Devleti Unsurları Açısından Osmanlı Devlet Anlayışına Getirdiği Yenilikler”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 53(1), 2004.
- Paoli Letizia, “Seizure and Confiscation Measures in Italy: An Evaluation of Their Effectiveness and Constitutionality”, **European Journal Of Crime, Criminal Law Criminal Justice**, 5/3, 256-272, 1997..
- Piotet Denis, “Le tiers protégé face à la confiscation pénale et la punissabilité de la personne morale”, **Wirtschaft und Strafrecht: Festschrift für Niklaus Schmid** zum 65. Geburtstag Zürich, 2001. - S. 209-221.
- Poncet Dominique/Macaluso, Alain “Confiscation, restitution et allocation de valeurs patrimoniales: quelques considérations de procédure pénale”, *Semaine judiciaire* 2, Doctrine 123 (2001), no 9, p. 221-237
- Pradel Jean, “Les règles de fond sur la lutte contre le crime organisé”, **Electronic Journal of Comparative Law**, vol. 11, 2007 (Les règles).
- Rees K., "Confiscating The Proceeds Of Crime: The Effect On Legitimate Creditors And Bona Fide Third Parties." **Journal Of International Banking Law** 11 (1996): 351-358.
- Ringelmann Christoph, “European Trends in Enviromental Criminal Legislation”, **European Journal of Crime, Crimianl Law and Criminal Justice**, Vol 5/4, s. 393-404, 1997, s. 402.
- Robert Jacques-Henri, “L’instabilité des qualifications jurisprudentielles et doctrinales des peines secondaires”, *Mélanges en l’honneur du Professeur Jean Larguier*. **Droit pénal et procédure pénale**, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1993.
- Rousselet Marcel, “La confiscation générale”, **Revue de science criminelle et de droit pénal comparé**, 1946, no 2-3, p. 172-178, no 4, p. 361-367.
- Sancar Türkan, Ekonomik Suç Gerçekliği Karşısında “Ekonomik Suça Ekonomik Ceza” Söylemi, Çekler Hakkındaki 3167 sayılı Kanunla ilgili Adalet Bakanlığı Taslağı ve Karşı Görüşler Sempozyumu, **Banka ve Ticaret Hukuk Araştırma Enstitüsü**, Ankara, 2002.
- Satzger Helmut, “Maddi ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku açısından kazanç müsaderesi kararının verilmesinde mağdurun menfaatlerinin gözetilmesi”, çev. Barış Erman/Osman İsfen, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, sayı 9, 2006, s. 34-45.
- Saunders Neil / Watson Ben, “Confiscation Orders Under the New Proceeds of Crime Act”, **The New Law Journal**, 2003, s. 153
- Schroeder Friedrich-Christian/Yenisey Feridun/Peukert Wolfgang, **Ceza Muhakemesinde "Fair Trial" İlkesi**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 1999.
- Sokullu-Akıncı, Füsün, “Adalet Reformu ve Alternatif Ceza Yaptırımları”, **Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**, İstanbul, 1998, s.327-341.

- Soyaslan Doğan, **Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi**, Ankara, Kazancı Hukuk Yayınları, No:77, 1990.
- Soygüt Mualla Buket, “Suçtan Elde Edilen Gelirin Aklanması, Araştırılması, El Konulması, Müsaderesi ve Terörizmin Finansmanı Hakkında Avrupa Konseyi Sözleşmesi, 16.V.2005”, **Terörizm Ve Düşman Ceza Hukuku** (Proje Yöneticisi: Kayıhan İçel, Yayına Hazırlayan: Yener Ünver), Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi No: 8, Seckin Yayınları, Ankara, 2008.
- Sözüer Adem, “Alman Hukukunda Müsadere Yaptırımı”, **İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü Polis Dergisi**, Cumhuriyetin 80.Yılına Armağan, 2003, s. 36, ss. 397-406. (Alman)
- Sözüer Adem, Organize Suçluluk Kavramı Ve Batı Ülkelerinde Bu Suçlulukla Mücadele İle İlgili Gelişmeler, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 1995, 9(1-3), s. 251-275 (Organize, agm)
- Şimşek Suat, “Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri ve Şartları Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz-II”, **TBB Dergisi**, 92, 2011.
- Şimşek Suat, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Kamu Yararı Kavramı ve Devletlerin Takdir Hakkı”, **Adalet Dergisi**, 42, 2012, s. 177-201.
- Tandoğan Haluk, “Kaçak Otomobilin Müsaderesi Üzerine Görüşler”, **Batider**, 1982, cilt XI, sayı 4
- Taner Fahri Gökçen, “TCK’nın 5.maddesi Yürürlüğe Girmesi Karşısında TCK Dışındaki Kanunlarda Yeralan Dava ve Zamanaşımını Durduran Nedenlerin Yürürlük Durumu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2009, Sayı 83, s. 137-154.
- Tezcan Baki/Karl K. Barbir (Der.) (Çev. Zeynep Nevin Yelçe), “Bir Osmanlılık Emaresi: Osmanlı Görevlilerinin Mülklerinin Müsadere Edilmesi, Osmanlı dünyasında kimlik ve kimlik oluşumu”: **Norman Itzkowitz Armağanı** İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2012, s. 163-175
- Tezcan Durmuş, “Rüşvetin cezalandırılması: Cezalar ve önleyici tedbirler”, **Prof.Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan**, 2001, İzmir, s. 643- 686.
- Thony J.F. "Criminalité Organisée Et Blanchiment", **Revue International de Droit Pénal** 1997, s. 411-432.
- Tijs Kooijmans, “The Burden of Proof in Confiscation Cases: A Comparison between the Netherlands and the United Kingdom in the Light of the European Convention of Human Rights”, **European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice**, 18, 2010, s. 225-236.
- Tokmakkaya Murat, “Karapara, Karaparanın Aklanması Suçu ve Bu Konuda Yürütülen İncelemeler”, **Adalet Dergisi**, Ankara, 2000, Sayı 3, s.108-111.
- Tonry Michael, Forfeiture Law, Practices and Controversies in US, **European Journal of Crime, Criminal Law Criminal Justice**, 5/3, 1997, 294-307.
- Topkaya Hatice/Topkaya Ahmet, “Avrupa Birliği’nin Yolsuzlukla Mücadelesinde Suçtan Kaynaklanan Malvarlıklarının Geri Alınması”, **Sayıştay Dergisi**, Sayı:85, 2012, s. 69-93.

- Tozman Önder, Suça Teşebbüs, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, C.III, **Köksal Bayrakta'a Armağan**, ed. Eric Hilgendorf-Yener Ünver, İstanbul 2010, s. 177- 203.
- Uğur Hüsametdin, "5237 sayılı TCK'ya Göre Kazanç Ve Kaim Değer Müsaderesi", **Terazi**, yıl 3, sayı 28, 2008 ss 31-44.
- Üçok Coşkun, "Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler- III", **AÜHF**, cilt IV, 1947, sayı 1-2, s. 48-73.
- Ünal M. Ali, "Osmanlı İmparatorluğunda Müsadere", **Türk Dünyası Araştırmaları Dergisi**, 1987, sayı 49, s. 95-112.
- Ünver Yener, "Federal Almanya'da Terör ve Organize Suçluluk İle İlgili Düzenlemeler" **Prof.Dr. Nurullah Kunter'a Armağan**, İstanbul, 1998 (Federal).
- Ünver Yener, "Çeşitli Ülkelerdeki Güncel Ceza Hukuku Gelişimleri", **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2004, s. 1907.
- Vandermeersch, D. "La Loi Du 20 Mai 1997 Sur La Coopération Internationale En Ce Qui Concerne L'exécution De Saisies Et De Confiscations - L'introduction En Droit Belge De La Saisie Immobilière Pénale", **Rev. Dr. Pén.** 1997, s. 691-704.
- Vandermeersch, D., "La Légalité De La Saisie De Choses En Vue De Leur Confiscation " Par Équivalent , **J.T.** 1999, s. 579-580.
- Verbruggen Frank, Proceeds-Oriented Criminal Justice in Belgium: Backbone or Wishbone of a Modern Approach to Organised Crime, **European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice**, 5(3), 314-341, 1997.
- Vermeij Max, "Seizure, Confiscation and Asset Recovery to Protect the Financial Interests of the European Union. EU Legislation and its Implementation in the Netherlands", in: Camaldo, L. & A. Bana (eds.), **Sequestro, confisca e recuperi a tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea. La legislazione comunitaria e l'attuazione nei paesi membri**, Brussel, 2010, s. 37-58.
- Vervaele, J., Les Sanctions De Confiscation En Droit Pénal, Un Intrus Issu Du Droit Civil? Une Analyse De Jurisprudence Et De La Signification Qu'elle Revet Pour Le Droit (Prodédural) Pénal Néerlandais", **Revue Science Criminelle**, 1 (1998) 41
- Véron Michel, Le Légalité Criminelle, La Legalite Des Peines, **Droit Penal**, No: 1 Janvier 2008, P. 21-28
- Werdefroy, F. "Confiscation Immobilière et Saisie Immobilière Conservatoire En Matière Pénale", **Notarius**, 1998, s. 94-101
- Yarsuvat Duygun, "Ceza ve Yeni İçtimai Müdafaa Doktrini", **İHF**, XXXII, 1, 1966.
- Yarsuvat Duygun, "Turquie", **Revue International De Droit Penal**, 73, 3-4, 2002, s. 1139-1149.
- Yarsuvat Duygun, "Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu", **Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan**, İstanbul, Armağan, Alfa, 1999, s.889

- Yarsuvat Duygun/Bayraktar Koksal/Yüzbaşıoğlu Necmi/Bülbül Erdoğan/Kocasakal Ümit/Aksoy Özge/Memiş Pınar/Kurt Gülşah/Tansuğ Çağla/Yılmaz Didem, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi’nin Görüşü”, **Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar**, der. Teoman Ergül, Ankara, TBB Yayını, 2004.
- Yaşar Hakkı, “Zoralım”, **Adalet Dergisi**, 1975/3-4
- Yılmaz Funda, “Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçunun 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, **MASAK**, 2010.
- Yılmaz Yusuf, “Üçüncü Şahıslarda Bulunup Kaçak Zannıyla Zaptolunan Ve Müsaderesi İstenilen Eşyalara İlişkin Bir Değerlendirme”, **Gümrük Dünyası**, Temmuz 2002, S. 29-33
- Yılmaz Zekeriya, “Müsadere Muhakemesi”, **Türk Hukuk Dergisi**, Aralık 2009, Sayı: 40, s.49- 70 (Muhakeme)
- Yılmaz Zekeriya, “Eşyanın Müsaderesi Yerine Dosyada Delil Olarak Saklanması, Belgenin Geçersizliğine, İşlemin İptaline Karar Verilmesi Gereken Haller”, **Terazi Ocak** 2011 (Eşya)
- Yurtcan Erdener, Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun Yarattığı Bir Sorun: İade, Dönmezer’e Armağan, C. 2, s. 1547-1553
- Zafer Hamide, “Emniyet Tedbiri Muhakemesinin Özellikleri”, **İÜHFİM**, LXII, 1-2, 2004, s. 264-314.
- Zafer Hamide, “Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçu (TCK m.188)”, İlaç Hukuku ve Etik Anlayışı Sempozyumu No.2, 1.6.2007, 94-125.
- Zeldin Michael F./Weiner, Roger G., “Innocent Third Parties And Their Rights In Forfeiture Proceedings”, 28 **American Criminal Law Review** 843 (1990-1991)

C. İnternet Kaynakları

- Adalet Bakanlığı Genelgeleri : www.uhdigm.adalet.gov.tr/
- Amerikan Mahkeme Kararları: <http://www.leagle.com/>
- Avrupa Birliği Belgeleri : <http://eur-lex.europa.eu/>
- Avrupa Konseyi Belgeleri : <https://wcd.coe.int/com>
<http://www.coe.int/>
<http://conventions.coe.int/>
- Birleşik Krallık Ceza Kanunu : <http://www.legislation.gov.uk/>
- BM Belgeleri : <http://www.unodc.org/>
- BM ve Uluslararası Para Fonu Tarafından Hazırlanan Kanun Taslakları:
<http://www.imolin.org/imolin/model.html>
- FAFT Belgeleri : <http://www.fatf-gafi.org/>

Fildişi Sahili Cumhuriyeti Ceza Kanunu:

<http://www.legis.ci/>

Fransa Ceza Kanunu : <http://www.legifrance.gouv.fr/>

Fransa Yargıtay Kararları : <http://www.legifrance.gouv.fr/>

<http://www.juricaf.org/>

İngiltere Ceza Mevzuatı : <http://www.legislation.gov.uk/>

İspanya Ceza Kanunu : <http://www.mjusticia.gob.es>

İsviçre Ceza Kanunu : <http://www.admin.ch/ch/e/rs/rs.html>

İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi Kararları

: <http://www.bger.ch>

İHAM Kararları : www.hudoc.edchr.coe.int

MASAK Belgeleri : <http://www.masak.gov.tr/>

OECD Belgeleri : <http://www.oecd.org/>

Türk Hukuk Mevzuatı ve Gerekçeleri:

<http://www2.tbmm.gov.tr/>

Türkçe Sözlük : <http://tdkterim.gov.tr/>

Diğer : <http://www.zekihafizogullari.com/>

<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr>

<http://www.nisanyansozluk.com/>



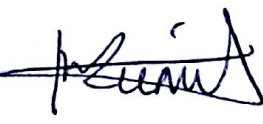


TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Adı Soyadı MUALLA BUKET SOYGÜT ARSLAN
Tez Başlığı TÜRK CEZA HUKUKUNDA MÜSADERE
Savunma Tarihi 04.06.2014
Danışmanı DOÇ.DR.ÜMİT KOCASAKAL

JÜRİ ÜYELERİ

Ünvanı, Adı, Soyadı
PROF.DR.KAYIHAN İÇEL
PROF.DR.NECMİ YÜZBAŞIOĞLU
DOÇ.DR. ÜMİT KOCASAKAL
DOÇ.DR.ALİ KEMAL YILDIZ
DOÇ.DR.VESİLE SONAY EVİK

İmza

Enstitü Müdürü

Prof. Dr. Sibel YAMAK

Doç. Dr. Ali Faik DEMİR
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
MÜDÜR YARDIMCISI

Vekili