



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Yusuf PAKIR

KAZANÇ MÜSADERESİ

Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı
Doktora Tezi

Antalya, 2024



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Yusuf PAKIR

KAZANÇ MÜSADERESİ

Danışman

Dr. Öğr. Üyesi Ramazan Barış ATLADI

Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı

Doktora Tezi

Antalya, 2024

Akdeniz Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,

Yusuf PAKIR'ın bu çalışması jürimiz tarafından Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Doktora Programı tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan : Prof. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM (İmza)

Üye (Danışmanı) : Dr. Öğr. Üyesi Ramazan Barış ATLADI (İmza)

Üye : Doç. Dr. Murat AKSAN (İmza)

Üye : Dr. Öğr. Üyesi Mahmut KAPLAN (İmza)

Üye : Dr. Öğr. Üyesi Hale Akdağ YÜKSEL (İmza)

Tez Başlığı: Kazanç Müsaderesi

Onay : Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Tez Savunma Tarihi : 24/06/2024

Mezuniyet Tarihi : 11/07/2024

(İmza)
Prof. Dr. Seda BAYRAKTAR
Müdür

AKADEMİK BEYAN

Doktora Tezi olarak sunduğum “Kazanç Müsaderesi” adlı bu çalışmanın, akademik kural ve etik değerlere uygun bir biçimde tarafımdan yazıldığını, yararlandığım bütün eserlerin kaynakçada gösterildiğini ve çalışma içerisinde bu eserlere atıf yapıldığını belirtir; bunu şerefimle doğrularım.

Yusuf PAKIR





T.C.
AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU BEYAN BELGESİ

Öğrenci Bilgileri	
Adı-Soyadı	Yusuf PAKIR
Öğrenci Numarası	20185229002
Anabilim Dalı	Kamu Hukuku
Programı	Doktora
Danışman Öğretim Üyesi Bilgileri	
Unvanı, Adı-Soyadı	Dr. Öğr. Üyesi Ramazan Barış ATLADI
Doktora Tez Başlığı	Kazanç Müsaderesi
Turnitin Bilgileri	
Ödev Numarası	2413317651
Rapor Tarihi	07.07.2024
Benzerlik Oranı	Alıntılar hariç: % 02 Alıntılar dahil: % 13
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE, Yukarıda bilgileri bulunan öğrenciye ait tez çalışmasının a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana Bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 236 sayfalık kısmına ilişkin olarak Turnitin adlı intihal tespit programından Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esaslarında belirlenen filtrelemeler uygulanarak yukarıdaki detayları verilen ve ekte sunulan rapor alınmıştır. Danışman tarafından uygun olan seçenek işaretlenmelidir: (X) Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşmıyor ise: Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporunun doğruluğunu onaylarım. () Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşıyor, ancak tez/dönem projesi danışmanı intihal yapılmadığı kanısında ise: Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporunun doğruluğunu onaylar ve Uygulama Esaslarında öngörülen yüzdelerle sınırların aşılmasına karşın, aşağıda belirtilen gerekçe ile intihal yapılmadığı kanısında olduğumu beyan ederim.	
Gerekçe:	
Benzerlik taraması yukarıda verilen ölçütlere uygun olarak tarafımda yapılmıştır. İlgili tezin orijinallik raporunun uygun olduğunu beyan ederim.	
Danışman Öğretim Üyesi Unvanı, Adı-Soyadı Dr. Öğr. Üyesi Ramazan Barış ATLADI İmza	

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR LİSTESİ	vii
ÖZET	viii
ABSTRACT	x
TEŞEKKÜR.....	xii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAM VE TANIM, TARİHSEL GELİŞİMİ, HUKUKİ NİTELİK, BENZER KURUMLARLA İLİŞKİ, MÜSADERE ÇEŞİTLERİ, KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA KAZANÇ MÜSADERESİ

1.1. Kavram ve Tanım	3
1.1.1. Kazanç Kavramı	3
1.1.2. Müsadere Kavramı	4
1.2. Kazanç Müsaderesinin Tarihsel Gelişimi	6
1.2.1. Genel Olarak.....	6
1.2.2. Babil Hukuku.....	6
1.2.3. Asur Hukuku	7
1.2.4. Pers Hukuku	7
1.2.5. Roma Hukuku.....	8
1.2.6. Antik Yunan Hukuku	8
1.2.7. İslam Hukuku	9
1.2.8. Türk Tarihi Açısından Kazanç Müsaderesi	10
1.2.8.1. Osmanlı Devleti Öncesindeki Dönem.....	10
1.2.8.2. Osmanlı Devleti Dönemi.....	10
1.2.8.3. 765 sayılı TCK Dönemi	12
1.3. Kazanç Müsaderesinin Hukuki Niteliği.....	14
1.3.1. Hukuki Niteliğe İlişkin Görüşler	15
1.3.1.1. Müsadereyi Ceza Olarak Kabul Eden Görüş	15
1.3.1.2. Müsadereyi Güvenlik Tedbiri Olarak Kabul Eden Görüş.....	18
1.3.1.3. Müsaderenin Hukuki Niteliğini Tehlikelilik Kriterine Dayandıran Görüş ..	21
1.3.1.4. Müsaderenin Hukuki Niteliğini Kanunun Sistematiğine Dayandıran Görüş ..	22
1.3.1.5. Müsadereyi Kolluk Tedbiri Olarak Kabul Eden Görüş	22

1.3.1.6. Müsadereyi Sui Generis (Kendine Özgü) Bir Kurum Olarak Kabul Eden Görüş	24
1.3.2. Değerlendirme	26
1.4. Kazanç Müsaderesinin Diğer Kurumlarla İlişkisi.....	29
1.4.1. Kazanç Müsaderesinin El Koyma ile Karşılaştırılması	29
1.4.2. Kazanç Müsaderesinin Muhafaza Altına Alma ile Karşılaştırılması	33
1.4.3. Kazanç Müsaderesinin Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi ile Karşılaştırılması ..	34
1.4.4. Kazanç Müsaderesinin Adli Para Cezası ile Karşılaştırılması	37
1.4.5. Kazanç Müsaderesinin Dosyada Delil Olarak Saklama ile Karşılaştırılması	39
1.5. Müsadere Çeşitleri	41
1.5.1. Konusu Bakımından	41
1.5.1.1. Eşya Müsaderesi.....	41
1.5.1.1.1. Eşya Müsaderesinin Koşulları.....	42
1.5.1.1.1.1. Kasıtlı Bir Suçun Varlığı	42
1.5.1.1.1.2. Eşyanın Varlığı	42
1.5.1.1.1.3. Eşyanın Suçta Kullanılması	46
1.5.1.1.1.4. Eşyanın Suça Tahsis Edilmiş Olması.....	47
1.5.1.1.1.5. Eşyanın Suç Sonucu Meydana Gelmesi	49
1.5.1.1.1.6. Eşyanın Suç İşlemek İçin Hazırlanması.....	51
1.5.1.1.1.7. Eşyanın İyiniyetli Üçüncü Kişiye Ait Olmaması.....	54
1.5.1.1.1.7.1. Ait Olma Kavramı ve Kapsamı	58
1.5.1.1.1.7.2. Aidiyetin Dikkate Alınacağı Zaman	60
1.5.1.1.1.8. Eşyanın Bizatihi Suç Konusu Olması	61
1.5.1.1.2. Eşyanın Ortak Mülkiyete Konu Olması Halinde Müsadere.....	64
1.5.1.1.3. Müsadereye Konu Eşya Bakımından Kaim Değer Müsaderesi	66
1.5.1.2. Kazanç Müsaderesi	70
1.5.2. Hakimın Müsadere Kararı Verme Serbestliği Bakımından.....	71
1.5.2.1. Zorunlu Müsadere	71
1.5.2.2. İhtiyari Müsadere	71
1.5.3. Müsaderenin Kapsamı Bakımından.....	72
1.5.3.1. Genel Müsadere.....	72
1.5.3.2. Özel Müsadere.....	74
1.5.4. Müsadere Kararını Veren Makam Bakımından.....	75
1.5.4.1. Adli Müsadere	75

1.5.4.2.	İdari Müsadere.....	75
1.6.	Karşılaştırmalı Hukukta Kazanç Müsaderesi.....	75
1.6.1.	Avusturya	75
1.6.2.	Almanya	77
1.6.3.	İtalya	81
1.6.4.	Fransa	81
1.6.5.	İsviçre	82
1.6.6.	Anglo-Sakson Hukuku	83
1.6.6.1.	Amerika Birleşik Devletleri	83
1.6.6.2.	İngiltere	84

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK CEZA HUKUKUNDA KAZANÇ MÜSADERESİ

2.1.	Kazanç Müsaderesinin Amacı Ve Kazanç Müsaderesine Hakim Olan İlkeler	86
2.1.1.	Kazanç Müsaderesinin Amacı	86
2.1.2.	Kazanç Müsaderesine Hakim Olan İlkeler	87
2.1.2.1.	Kanunilik	87
2.1.2.2.	Kusur İlkesi	90
2.1.2.3.	Orantılılık	92
2.1.2.4.	Yargısalılık	95
2.2.	Kazanç Müsaderesinin Şartları	95
2.2.1.	Bir Suçun Varlığı.....	96
2.2.2.	Maddi Bir Menfaatin Varlığı	98
2.2.2.1.	Genel Açıklama	98
2.2.2.1.1.	Menfaatin Değerlendirilmesi Veya Dönüştürmesi	99
2.2.2.1.2.	Kripto Varlıklar	100
2.2.2.2.	Suçun İşlenmesi İle Elde Edilen Menfaat	103
2.2.2.3.	Suçun Konusunu Oluşturan Menfaat	104
2.2.2.4.	Suçun İşlenmesi İçin Sağlanan Menfaat	105
2.2.2.5.	Değerlendirme veya Dönüştürme Sonucu Elde Edilen Menfaat	106
2.2.3.	Menfaatin Mağdura İade Edilemiyor Olması	108
2.2.4.	Menfaati Sonradan İktisap Edenin İyiniyetli Üçüncü Kişi Olmaması	112
2.2.5.	Menfaatin Elde Olması	114
2.2.5.1.	Kaim Değer Müsaderesi	114

2.2.5.2.	Ortak Mülkiyet Durumunda Kazanç Müsaderesi.....	116
2.2.6.	Mahkeme veya Hakim Kararı.....	117
2.3.	Kazanç Müsaderesini Etkileyen Haller.....	118
2.3.1.	Tipik Fiilin Mevcudiyetini Etkileyen Haller	118
2.3.1.1.	Beraat Kararı Verilmesi	118
2.3.1.2.	Fiilin Suç Olmaktan Çıkarılması.....	120
2.3.1.3.	Kastı Ortadan Kaldıran Hata	121
2.3.1.4.	Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Sınırın Aşılması.....	122
2.3.2.	Kusurluluğu Etkileyen Haller.....	123
2.3.2.1.	Zorunluluk Hali	127
2.3.2.2.	Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Hata	129
2.3.2.3.	Yaş Küçüklüğü.....	131
2.3.3.	Muhakeme Şartının Eksik Olduğu Haller	133
2.3.3.1.	Sanığın Ölümü.....	133
2.3.3.2.	Af Çıkarılması.....	134
2.3.3.3.	Dava Zamanaşımı.....	136
2.3.3.4.	Şikayetten Vazgeçilmesi	138
2.3.3.5.	Önödeme	140
2.3.3.6.	Uzlaştırma	141
2.3.3.7.	İstem (Talep)	142
2.3.3.8.	Süre ve İzin.....	143
2.3.4.	Diğer Haller	144
2.3.4.1.	Hükümlünün Ölümü.....	145
2.3.4.2.	Ceza Zamanaşımı	146
2.3.4.3.	Şahsi Cezasızlık Sebeplerinin Bulunması	147
2.3.4.4.	Etkin Pişmanlık	149
2.3.4.5.	Gönüllü Vazgeçme	150
2.3.4.6.	Suçların İctimai	151
2.3.4.7.	Objektif Cezalandırılabilme Koşulu.....	153
2.3.4.8.	Karşılıklı Hakaret ve Fiilin Haksızlık İçeriğinin Azlığı.....	154

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YARGILAMA VE İNFAZ HUKUKU AÇISINDAN KAZANÇ MÜSADERESİ

3.1. Müsadere Usulü	156
3.1.1. Genel Açıklama	156
3.1.2. Kazanç Müsaderesine Tabi Menfaat Üzerinde Üçüncü Kişinin Hakkının Bulunması	156
3.1.3. Müsadere Davası	158
3.1.3.1. Suç Yargılaması İle Birlikte Görülen(Esas Dava ile Birlikte Görülen) Müsadere Davası	158
3.1.3.2. Suç Yargılaması İle Birlikte Görülmeyen (Ayrı Dava ile Görülen) Müsadere Davası	160
3.1.3.3. Yetkili ve Görevli Mahkeme.....	162
3.1.3.4. Kanun Yolu	163
3.1.4. İade Davası	168
3.1.4.1. Yetkili ve Görevli Mahkeme.....	171
3.1.4.2. Kanun Yolu	171
3.2. İspat.....	172
3.2.1. Mali Suçları Araştırma Kurulu (MASAK) Raporu ve Kazanç Müsaderesi	173
3.2.1.1. Genel Açıklama.....	173
3.2.1.2. MASAK Raporlarının Hukuki Niteliği ve Bağlayıcılığı.....	175
3.2.2. Suç Gelirleriyle Mücadele Şube Müdürlüğü ve Kazanç Müsaderesindeki Fonksiyonu.....	177
3.2.2.1. Genel Açıklama.....	177
3.2.2.2. Suç Gelirleriyle Mücadele Şube Müdürlüğü Raporlarının Hukuki Niteliği ve Bağlayıcılığı.....	178
3.3. Zamanaşımı.....	178
3.4. Müsadere Kararlarının İnfazı	180
3.4.1. Kazanç Müsaderesi Kararlarının İnfazı	180
3.4.1.1. Konusu Para Olan Kazanç Müsaderesi Kararının İnfazı	180
3.4.1.2. Konusu Taşınmaz Mal Olan Kazanç Müsaderesi Kararının İnfazı.....	181
3.4.1.3. Konusu Diğer Eşya Olan Kazanç Müsaderesi Kararının İnfazı.....	182
3.4.1.4. Kaim Değer Müsaderesi Kararının İnfazı	182
3.4.2. İade Kararlarının İnfazı	182

3.4.2.1. İadesine Karar Verilmiş Eşyanın Sahibinin Gaip veya Ölmüş Olması Halinde Yapılacak İşlem	183
3.4.2.2. İadesine Karar Verilmiş Eşyanın Sahibi Tarafından Alınmaması veya Sahibinin Belli Olmaması Halinde Yapılacak İşlem	184
3.4.2.3. İmha İşlemi.....	185
SONUÇ	186
KAYNAKÇA.....	201
ÖZGEÇMİŞ.....	219



KISALTMALAR LİSTESİ

AYM	: Anayasa Mahkemesi
BN	: Başvuru No
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
CD.	: Ceza Dairesi
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
Çev.	: Çeviren
DMK	: Devlet Memurları Kanunu
E.	: Esas
HAGB	: Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması
Haz.	: Hazırlayan
HD.	: Hukuk Dairesi
Hız.	: Hazreti
K.	: Karar
MASAK	: Mali Suçları Araştırma Kurulu
md.	: madde
RG.	: Resmi Gazete
s	: sayfa
S	: Sayı
sk.	: sayılı kanun
ss	: sayfa sayısı
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Yar.	: Yargıtay
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu

ÖZET

Kazanç Müsaderesi; 5237 sayılı yasanın kabulü ile Türk Ceza Kanunumuzun 55. maddesinde yeni hüküm olarak düzenlenen bir kurumdur. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde yasada ayrı bir kazanç müsaderesi düzenlemesi yer almamıştır. Ancak kazanç müsaderesi, 765 sayılı yasanın 36. maddesinde yer alan “*suçtan husule gelen eşya*” cümlesi içinde değerlendirilerek uygulanmıştır. Yeni Türk Ceza Kanunu ile kazanç müsaderesi, kanunda açık bir şekilde tanımlandığı gibi, niteliği de açıkça güvenlik tedbiri olarak ifade edilmiştir.

Kazanç müsaderesi 5237 sayılı yasada güvenlik tedbiri olarak ifade edilmesine rağmen, kurumun hukuki niteliği açısından öğretide halen daha tartışmalar devam etmektedir. Kimi yazarlar kazanç müsaderesinin hukuki niteliğini güvenlik tedbiri olarak görürken kimi yazarlar da kurumu bir ceza olarak nitelemektedir. Nihayet bazı yazarlar ise; kurumun hem ceza hem de güvenlik tedbirinin özelliklerini barındırmasından dolayı, kazanç müsaderesinin yasadaki konumuna rağmen karma (sui generis) bir hukuki nitelikte olduğunu ifade etmektedir.

1982 Anayasasının 35. maddesinde yer alan ve bir temel hak ve özgürlük olan mülkiyet hakkını sonlandıran kazanç müsaderesi, gerçekten de kişisel mülkiyeti sona erdirmesi bakımından etkili bir uygulamadır. Kazanç müsaderesinin tarihsel serüvenine bakıldığında daha çok genel müsadere veya bazı suçlar açısından özel uygulamalar göze çarpmaktadır. Kazanç müsaderesinin yasadaki genel hükümler kısmında yer alması ve tüm kasıtlı suçlar açısından uygulanabilirliği yakın bir zamanda ortaya çıkmıştır. Bu nedenle kurumun eşya müsaderesine göre nispeten daha yeni olduğu söylenebilir.

Kazanç müsaderesi; suçla bağlantılı olarak fail tarafından elde edilen menfaatlerin veya bu menfaatlerin değerlendirilmesi ile oluşturulan malvarlığının kesinleşmiş mahkeme kararı ile mülkiyetinin devlete geçmesini sağlayan hukuki bir kurumdur. Kazanç müsaderesi için hukuka aykırı fiilin varlığı aranırken; kural olarak failin suç nedeniyle mahkûm edilmesi gerekli değildir.

Kazanç müsaderesi; el koyma, muhafaza altına alma, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve adli para cezası gibi kurumlar ile benzerlik gösterse de; kurumsal yapısı farklılık arz etmektedir.

Kazanç müsaderesinin uygulanması için öncelikle fail tarafından gerçekleştirilen tipe uygun hukuka aykırı bir fiil ve bu fiil nedeniyle elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi ile sağlanan menfaatin varlığı gereklidir. Ayrıca bu menfaatlerin

değerlendirmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan değerler veya eşyalar da kazanç müsadereesine tabi olacaktır.

Kazanç müsadereesine etki eden bazı hallerin mevcudiyeti durumunda, kurumun nasıl uygulanacağı da önem arz etmektedir. Örneğin fail bakımından beraat kararı verilmesi halinde kazanç müsadereesi uygulaması mümkün değilken, yaş küçüklüğü nedeniyle hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilen fail bakımından ise kazanç müsadereesi uygulanabilecektir. Bu bakımdan kazanç müsadereesine etki edebilecek ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler, kazanç müsadereesi hukuki kurumu açısından önem arz etmektedir.

Kazanç müsadereesine ilişkin yargılama, suçla ilgili yapılan esas yargılama ile birlikte görülebileceği gibi ayrı olarak da görülebilir. Ayrıca kanun koyucu kazanç müsadereesinin infazı bakımından da ayrı bir infaz zamanaşımı süresi belirlemiştir.

Son olarak kazanç müsadereesinin infazının nasıl yapılacağı bakımından; 29662 sayı Resmi Gazete’de yayımlanan “*Suç Eşyası Yönetmeliği*” ayrıntılı düzenlemeler getirmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kazanç, Müsadere, Suç, Malvarlığı Değeri, Güvenlik Tedbiri, Mahkûmiyet, Müsadere Yargılaması

ABSTRACT

CONFISCATION OF EARNINGS

Confiscation of earnings is an institution regulated as a new provision in the fiftyfifth article of our Turkish penal code with the adoption of Law No. 5237. (During the period of the Turkish Penal Code No. 765, there was no separate regulation of confiscation of earnings in the code). However, the confiscation of earnings was implemented within the scope of the 'goods that are resulting from crime' sentence in the thirty-sixth article of code No. 765. With the new Turkish Penal Code, confiscation of earnings is clearly defined in the code and its nature is clearly expressed as a security measure.

Despite the nature of the Confiscation of earnings is clearly expressed as a security measure in law No. 5237, the legal quality of the institution is still disputable. Some authors consider the legal quality of Confiscation of earnings as a security measure; on the other hand some authors qualify the institution as a penalty. In addition to this, some other authors express the law as a mixed legal quality because the institution has the characteristics of both penalty and security measures (*sui generis*).

Confiscation of earnings is an effective practice in termination of the right to property, which is a fundamental right and liberty, which is regulated in article thirty fifth of the 1982 constitution. Viewing at the historical structure of Confiscation of earnings, we see more general confiscation or special practices in terms of certain crimes. The fact that confiscation of earnings is included in the general provisions of the law and its applicability for all intentional crimes has recently emerged. Therefore, it can be said that the institution is relatively newer than property confiscation.

Confiscation of earnings is an institution that transfers to the state by final court decision of the benefits obtained by the person in connection with the crime or the assessment of the evaluations of these benefits. While the existence of illegal act is asked for as a rule for the Confiscation of earnings, it is not required for the person to be convicted for a crime.

Confiscation of earnings; while it may be similar to institutions such as seizure, containment, transfer ownership of property to the state and punitive fine, its institutional structure is different.

In order to implement the Confiscation of earnings, an illegal action appropriate to the type permitted by the person and benefit obtained by or committed by the commitment of the offense is required. Also values or items arising from the evaluation or transformation of these benefits are also subject to Confiscation of earnings.

It is also important how the institution is applied in some circumstances affecting the Confiscation of earnings. For example, in case the decision of exoneration is decided, practice of Confiscation of earnings is not possible, when the person has been exonerated due to minor age, it can be applied. In this regard, the reason that removes or reduces the penalty responsibility that may affect the Confiscation of earnings is important for the legal institution on the Confiscation of earnings.

The trail regarding the Confiscation of earnings can be seen in connection with the primary proceedings relating to the crime, and it can also be seen separately. Also the law maker has a set a separate time limits period for the execution of the Confiscation of earnings. Finally, the regulation on criminal articles published in the Official Journal folio 29662 detailed how to execution of Confiscation of earnings.

Keywords: Profit, Confiscation, Crime, Asset Value, Safety Policy, Conviction, Confiscation Trial.

TEŞEKKÜR

Çıkılan yol meşakkatli, süreç uzun ve emek dolu... Bilgisayar ekranına, arşivlere, çeşitli kaynaklara bağlı, sosyal hayattan ve ailem ile geçirilecek özel zamanlardan çokça feragat edilerek ama çok da azimle ilim ve bilim tutkunluğu ile zafere ulaşılan doktora tez sürecimi, doktora ünvanına kavuşarak sonlanmasının haklı gururunu yaşamaktayım. Süreç boyunca değerli bilgilerinden her daim faydalandığım ve tezime katkıları nedeniyle Sayın hocam tez danışmanım Doktor Öğretim Üyesi Ramazan Barış Atladı ve Dr. Öğretim Üyesi Mahmut Kaplan hocalarıma, savunmamda yer alıp desteklerini üzerimde hissettiğim engin bilgileri ile katkı sunan kıymetli hocalarım Prof. Dr. Mustafa Ruhan Erdem, Doç.Dr Murat Aksan ve Doktor Öğretim Üyesi Hale Akdağ Yüksel'e saygı ve şükranlarımı sunuyorum.

Bu süreçte üzerimde sonsuz desteği olan değerli eşime, isteklerini zaman zaman ertelemek durumunda bıraktığım ama sabırla bana karşılığını veren evlatlarım Berk ve Berrak'a, her daim yanımda olan değerli üstadım Av. Özkan Mızrak'a teşekkürü borç bilirim.

Yusuf PAKIR
Antalya, 2024

GİRİŞ

Kazanç müsaderesi; Türk Ceza Hukuku bakımından her ne kadar 5237 sayılı yasa ile yapılan yeni bir düzenleme olsa da, aslında konu ceza hukukumuzda yeni bir alan değildir. 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu döneminde, yargı mercileri 36. maddeyi dayanak göstererek kazanç müsaderesini uygulasa da¹; kanunilik ilkesi gereği konunun kanunda açıkça düzenlenmesi, kanaatimizce daha yerinde olmuştur.

Kazanç müsaderesi ile failin suçla bağlantılı olarak elde ettiği tüm ekonomik değerler, mahkeme kararıyla devletin mülkiyetine geçmektedir. Böylece fail, suç bağlantılı tüm kazançlarını kaybetmesi ile bir bedel ödemektedir. Yani kurum fail üzerinde bir nevi ceza etkisi yaratmaktadır. Bundan dolayı da, insanların ekonomik kaygılarla suç işlemekten vazgeçeceği kanaatindeyiz. İşte tam da bu noktada, kazanç müsaderesinin uygulayıcılar tarafından tam ve etkili bir şekilde karara bağlanması ve infaz edilmesi, hem failin bir daha suç işlemesini baskılayacak hem de suçun işlenmemesi için topluma örnek olacaktır. Ayrıca kazanç müsaderesi uygulamasıyla; kazanç müsaderesi kararının fail üzerinde ceza etkisi yaratmasına ek olarak, bazı suçlar bakımından failin tehlikeliliği, bazı suçlar bakımından ise eşyanın tehlikeliliğinin önüne geçilmektedir.

Kazanç müsaderesinin uygulanması için aranan şartlar da ağır nitelikte değildir. Kurumun uygulanması için sadece hukuka aykırı fiilin varlığı yeterlidir. Failin suç bakımından kusurunun aranmaması, kurumun uygulanmasını kolaylaştırmaktadır. Doğal olarak uygulanma şartı az olduğu için; koşulları oluşmak kaydıyla kolaylıkla uygulanan kazanç müsaderesi, suçla mücadele için de etkin bir yöntem olacaktır düşüncesindeyiz.

Son dönemde ekonomik çıkar amacıyla işlenen suçların yaygınlığı ve bu suçlardan elde edilen gelirlerin hızlı bir şekilde dönüştürüldüğü veya aklandığı görüldüğünden tez çalışması kapsamında “kazanç müsaderesi” konusunu tercih ettik. Özellikle uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçu, sanal bahis suçları ve kaçakçılıkla mücadele kanununda yer alan suçların işlenmesinin yaygınlaşması ve suçtan elde edilen kazançların kripto varlıklar ile kolaylıkla ülkeler arası dolaşıma sokulması nedenleriyle, her ne kadar daha önceden çalışılmış olsa da, konunun tekrar ele alınması gerektiği düşünülmüştür. Dolayısıyla teknolojik ve uluslararası mecrada yaşanan gelişmeler ışığında, kazanç müsaderesinin çalışılması gerektiği düşüncesine dayalı olarak çalışma konumuzu belirlemiş olduk. Çalışma konumuzun içeriğine

¹“Sanık (N) ’nin evinde ele geçirilen 34.500 Dolar, 16.400 Mark ve 40.000.000 TL’nin uyuşturucu satışından elde edildiği, adı geçen sanığın hazırlık ifadesi ve dosya kapsamından anlaşıldığı halde zoraltı yerine, iadesine karar verilmesi, yasaya aykırıdır” Yar. 10. CD., 11/07/1996 T., 5256/8403 E. - K., Karar için bkz. Yılmaz, Zekeriya, **Teori Ve Uygulamada Müsadere (Müsadere)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 51.

geçmeden önce belirtmek isteriz ki; müsadere kapsamında değerlendirilmesi gereken eşya müsaderesi sadece konuyla bağlantısı olduğu sürece irdelenmiş olup, bu kapsamda detaylı bir açıklamaya yer verilmemiştir. Ancak müsadere çeşitleri başlığı altında, eşya müsaderesini koşullarına ilişkin genel bilgiler aktarılmıştır. Ayrıca tez çalışmamızda, kazanç müsaderesinin 5237 sayılı yasada genel hükümler kısmında 765 sayılı yasadaki farklı olarak ayrı bir madde ile düzenlenmesi, kurumun hukuki niteliği üzerinde halen daha tartışmaların devam ediyor olması ve özellikle eşya müsaderesinin düzenlendiği madde metni ile kazanç müsaderesinin yer aldığı madde metnindeki farklılıklar nedeniyle, bu tartışmaları yeniden ele alarak önerilerde bulunmaya çalıştık.

Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde kazanç müsaderesinin tarihsel gelişimi, genel olarak müsadere çeşitleri, kazanç müsaderesinin benzer kurumlarla ilişkisi, hukuki niteliği ve tanımı, karşılaştırılmalı hukukta kazanç müsaderesinin yeri üzerinde durulup, açıklamalar yapılmıştır. İlk bölümde özellikle konusu bakımından müsadere çeşitleri açısından, eşya müsaderesi detaylı şekilde açıklanmıştır. Fakat kazanç müsaderesi ikinci bölümde ayrıntılı inceleneceği için; kazanç müsaderesi bu bölümde ayrıca ayrıntılı irdeleme konusu yapılmamıştır.

İkinci bölümde kazanç müsaderesine hâkim olan ilkeler, kazanç müsaderesinin uygulanması için gereken şartlar ve kazanç müsaderesini etkileyen haller açıklanmıştır. Bazı hallerin varlığı halinde kazanç müsaderesinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Örneğin bu bölümde; failin ölümü, suç zamanaşımı süresinin dolması veya zorunluluk hali gibi durumlarda kazanç müsaderesinin ne şekilde uygulanacağı üzerinde durulmuştur.

Üçüncü ve son bölümde ise; muhakeme ve infaz hukuku bakımından kazanç müsaderesinin ve iade yargılamasının nasıl olacağı ayrıca kararların infazı açısından Suç Eşyası Yönetmeliğinin ilgili maddeleri incelenmiştir. Bu kısımda muhakeme hukuku bakımından çok önemli bir alan olan ispat hususuna kısaca değinilmiş, özellikle uygulamada ispat bakımından MASAK ve Emniyet Genel Müdürlüğü Suç Gelirleriyle Mücadele Şube Müdürlüğü'nün yapısı üzerinde durulmuş ve bu kurumlar tarafından oluşturulan belgelerin ispat gücü ve niteliği üzerinde bilgilere yer verilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAM VE TANIM, TARİHSEL GELİŞİMİ, HUKUKİ NİTELİK, BENZER KURUMLARLA İLİŞKİ, MÜSADERE ÇEŞİTLERİ, KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA KAZANÇ MÜSADERESİ

1.1. Kavram ve Tanım

Kazanç müsadere­sinin uygulanması bakımından ve özellikle kurumun düzenlendiği ceza normunda nelerin “kazanç” içinde mütalaa edileceğinin tespiti açısından, “kazanç” ve “müsadere” kavramlarının ayrı ayrı irdelenmesi yerinde olacaktır. Bu nedenle aşağıda kazanç ve müsadere kavramları ile kavramların tanımları üzerinde durulmuştur. Ayrıca bu başlık altında kazanç kavramının sadece hukuki bir kavram olmaması bakımından diğer disiplinler içindeki tanımlarına da yer verilmiştir.

1.1.1. Kazanç Kavramı

Kazanç kelimesi kavramsal olarak “*yarar, çıkar, kar, elde edilen gelir*” gibi anlamlara gelmektedir². Yine aynı kavram sözlükte “*satılan bir mal, yapılan bir iş veya harcanan bir emek karşılığında elde edilen para, getiri, temettü*” olarak tanımlanmıştır³. Ayrıca kazanç kelimesi hukuk sözlüğünde; “*çalışmakla elde edilen şey; kazanılan şey*” olarak tanımlanmıştır⁴. İktisat bilimi alanında ise; kazanç kavramı “*belirli bir zamanın başında ve sonunda aynı mali güçte kalmak şartıyla o zaman dilimi içinde tüketilebilecek mal ve hizmetlerin toplamı*”, “*belli bir zaman aralığında alım gücündeki artış*”, “*üretim faktörlerinin üretim sürecine sokulması sayesinde elde edilen değer*” olarak tanımlanmaktadır⁵.

Kazanç kavramının kullanılış şekli ve tanımı, kanunun yorumunda bize yol göstermektedir⁶. Ancak kanundaki kullanım, kavramın tanımı ile her zaman özdeş değildir. Örneğin vergi hukukunda kazanç; hukuka aykırı veya hukuka uygun şekilde elde edilen gelirlerin tümüdür⁷. Yine tazminat hukuku açısından kazanç; “*çalışılarak beyin ve beden gücü ile elde edilen parasal değerdir; yapılan bir işin, harcanan bir emeğin, üretilen bir malın,*

²Acar, Hüseyin, **Türk Ceza Hukukunda Müsadere Kurumu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 263.

³<https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 30/12/2020).

⁴Yılmaz, Ejder, **Hukuk Sözlüğü (Sözlük)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 661.

⁵Arıkan, Zeynep/İnneci, Ahmet, “Vergilendirilebilir Gelir ve Gelir Vergisinde Üniter Yapıyı Bozan Uygulamalar”, **Sosyoekonomi Dergisi**, C. 24, S 30, 2016, ss. 11-28, s. 13.

⁶Baytaz, Abdullah Batuhan, **Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum(Yorum)**, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2018, s. 168.

⁷**213 sayılı Vergi Usul Kanunu md. 9/2** “*Vergiye doğuran olayın kanunlarla yasak edilmiş bulunması mükellefiyeti ve vergi sorumluluğunu kaldırmaz*”; Durdu, Muhammet, “Kanunlarla Yasaklanmış İşlerin Vergilendirilmesi Ve Kazanç Müsaderesi”, **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, Yıl 5, S 2020/2, ss. 197-228, s. 211-212; Taşkan, Yusuf Ziya, **Vergi Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.107.

yaratılan bir değer karşılığıdır”⁸. Bir başka hukuk alanı olan memurların disiplin hukuku açısından kazanç; memurun tacir veya esnaf faaliyeti üzerinden elde ettiği gelir olarak ifade edilmektedir⁹. Ceza hukuku konusu olan kazanç müsadereindeki kazanç kavramı 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 değerlerdir¹⁰.

Kazanç kavramı; Suç Eşyası Yönetmeliğinin 3. maddesinde de “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 yahut bunların karşılığını oluşturan ekonomik malvarlığı değerleridir ” şeklinde tanımlanmıştır. Esasında yönetmelik TCK md. 55’de yer alan düzenleme ile aynı hususları ifade etmektedir. Bu bakımdan kanun metninde yer alan tanım ile yönetmelik metninde yer alan tanımın aynı olduğu görülmektedir.

1.1.2. Müsadere Kavramı

Müsadere kelimesi Arapça kökenli bir kelime olup; “sudur” sözcüğünden türemiştir. Kelimenin kökeni “meydana çıkma, olma” anlamına gelmektedir¹¹. Buna karşın müsadere kavramının sözlükteki anlamı; “İşlenen bir suç karşılığı olarak suçlunun malının bütünü veya bir bölümü üstündeki sahipliğine son verilmesi ve bu sahipliğin bir başka kuruluşa devredilmesi” olarak karşımıza çıkmaktadır¹². Ayrıca müsadere kavramının, yargı kararlarında “zoralm” olarak da ifade edildiği görülmektedir¹³.

⁸http://www.tazminathukuku.com/dosyalar/520_kazanc-kavrami.pdf (Erişim Tarihi: 03/01/2024).

⁹657 sayılı DMK md. 28/1 “Memurlar Türk Ticaret Kanununa göre (Tacir) veya (Esnaf) sayılmalarını gerektirecek bir faaliyette bulunamaz, ticaret ve sanayi müesseselerinde görev alamaz, ticari mümessil veya ticari vekil veya kollektif şirketlerde ortak veya komandit şirkette komandite ortak olamazlar.”; Yıldırım, Ramazan, **İdare Hukuku Dersleri I**, Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2009, s. 210.

¹⁰Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 584; Taneri, Gökhan, **Müsadere**, 1. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2013, s. 95; Artuk, Mehmet Emin/ Gökcen, Ahmet/ Alşahin, Mehmet Emin/ Çakır, Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 980.

¹¹Yılmaz(Müsadere), s. 31; Dülger, İbrahim, **Türk Ceza Hukukunda Müsadere (Müsadere)**, Sayram Yayınları, Konya, 2009, s. 17; Yerdelen, Erdal, **Müsadere ve Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 31.

¹²<https://www.seslisozluk.net/m%C3%BCsadere-nedir-ne-demek/> (Erişim Tarihi: 16/01/2021).

¹³Dalkılıç, Aysun, **Türk Ceza Hukukunda Müsadere**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 17; “Ele geçen kaçak bir eşya bulunmadığı halde yazılı şekilde dava ile ilgisi bulunmayan suça konu sigaraların TCK’nın 54/4. maddesi gereğince zoralmına karar verilmesi,” Yar. , 7. CD. , 2016/13048 E - 2020/12445 K, 15.09.2020 T, **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 16/01/2021); “...Bir cezai kovuşturma veya bir zoralm işlemi başlatan diğer bir Tarafın talebi ile bir Taraf Devlet, daha sonra bir zoralm talebine konu oluşturabilecek veya böyle bir talebi karşılayabilecek herhangi bir malla ilgili olarak, bu mal üzerinde herhangi bir işlemi, devir veya elden çıkarılmasını engellemek amacıyla bloke etmek ve el koymak gibi gerekli geçici önlemleri alacaktır...” AYM, 2014/14195 E, 20/9/2017 T, **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 16/01/2021).

Etimolojik açıdan kavramın Latince kökeni ise “*fiscus*” olup, “*confiscation*” şeklinde türetilmiştir. Bu kavram Batıda, eşyanın özel mülkiyetten alınarak genel hazineye devri olarak anlam kazanmıştır¹⁴.

Öğretide müsadere kavramının farklı şekillerde tanımlandığını görmekteyiz. Yazarların bir kısmı özellikle eşya ve kazanç müsaderesinin yer aldığı 5237 sayılı TCK’nın 54. ve 55. maddesindeki düzenleme şekline, yani madde metnine bağlı kalarak kurumu tanımlamıştır¹⁵. Buna karşın bazı yazarların ise; müsadereyi tanımlarken, kişisel mülkiyetin sonlandırılmasına ve yaptırım özelliğine vurgu yaptığı görülmektedir¹⁶. Son olarak öğretide bazı yazarlar; kanuni metnindeki anlatıma veya kurumun yaptırım özelliğine vurgu yapmaksızın tanımlamalarda bulunmuştur. Bu grupta yer alan yazarlardan Soyaslan müsadereyi; “*kişinin kısmen veya tamamen malvarlığından mahrum edilmesidir*” şeklinde ifade etmiştir¹⁷. Yine Hafizoğulları/Özen müsadereyi, “*suçla ortaya çıkan kriminojen ortamı gidermeye matuf ceza hukuku tedbiri*” olarak değerlendirmiştir¹⁸. Son olarak Özen ise; müsadereyi, “*genel ve özlü bir ifadeyle, bir eşya veya malvarlığının mülkiyetinin devlete geçirilmesi*” olarak tanımlamıştır¹⁹.

Kanaatimizce müsadere tanımı yapılırken, özellikle kanuni metnin ve madde gerekçenin esas alınması faydalı olacaktır. Bu nedenle bizim düşüncemize göre müsadere; iyiniyetli 3. kişiye ait olmamak şartıyla, kasıtlı bir suçla bağlantılı olarak eşya veya kazancın mahkeme kararı ile özel mülkiyetten çıkarılarak kamusal mülkiyete geçirilmesi olarak ifade edilebilir.

¹⁴Altuğ, Şahin, **Ceza Hukukunda Müsadere Kavramı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 3.

¹⁵Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 643; Öztürk/Erdem, s. 578; Aslan, Buğra Han, **Kazanç Müsaderesi(Kazanç Müsaderesi)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 28; Özden, Nurten Kübra, “Türk Ceza Hukukunda Müsadere”, **Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C 5, S 2, 2023, ss. 1058-1086, s. 1060.

¹⁶Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 657; Bakıcı, Sedat, **5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s.1235; Hakeri, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.677; İçel, Kayıhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler(Genel Hükümler)**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s.627; Özen, Mustafa, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 814; Akbulut, Berrin, **Türk Ceza Hukuku Temel Bilgiler**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 378; Demirbaş, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 662; Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Cilt II, 9. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1986, s. 749.

¹⁷Soyaslan, Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 615.

¹⁸Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, US-A Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 482.

¹⁹Özen, Mustafa, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 814.

1.2. Kazanç Müsaderesinin Tarihsel Gelişimi

1.2.1. Genel Olarak

Müsaderenin bir çeşidi olan kazancın müsaderesi de; mülkiyet hakkının özüne dokunan ve bu hakkı ortadan kaldıran bir hukuki kurum olarak, aslında hukuk sistemlerine yeni dahil olmaktadır. Örneğin; 765 sayılı Türk Ceza Kanununda kazanç müsaderesi kurumu olmadığından, suç nedeniyle elde edilen gelirlerin mülkiyetinin devlete nasıl geçeceği tartışmalı bir konuydu²⁰. Öğretide yazarların bir kısmı, 765 sayılı TCK'nın 36. maddesinde yer alan “*fiilin irtikabından husule gelen eşya*” ibaresinden yola çıkarak suç nedeniyle ele geçen maddi menfaatlerin de müsadere edilebileceğini ifade etmekteydi²¹. Bizim de katıldığımız diğer bir kısım yazarlar ise; suç nedeniyle elde edilen maddi menfaatlerin müsadere edileceğine dair 36. maddede hüküm olmaması nedeniyle, kazanç müsaderesinin mümkün olmadığını savunmuştur²².

Kazanç müsaderesi kurumu bizim hukuk sistemimizde yeni bir kurum olması yanında, geçmiş dönemlerin hukuk sistemlerinde ise, daha çok genel müsadere uygulamaları içinde değerlendirilmiştir. Fakat kurum, günümüz devletlerinin bazılarında ise; geçmişte de uygulama alanı bulmuştur. Diğer devletlerin bu kazanç müsaderesine yönelik uygulamaları ise, karşılaştırmalı hukukta kazanç müsaderesi bölümünde ele alınacaktır.

Geçmiş toplumlarda; bu konu o toplumun inanç, hukuk sistemi, örf-adet ve yaşayış biçimleri gibi hususlardan etkilenecek şekilde almıştır²³. Kurum, toplumlarda bazen hukuki bazen de siyasal nedenlerle ceza veya cezaya ek olarak ferî nitelikte bir ceza olarak uygulanagelmıştır²⁴. Aşağıda kazanç müsaderesinin tarihsel gelişimi ışığında, geçmiş toplumların kazanç müsaderesi uygulamaları irdelenecektir.

1.2.2. Babil Hukuku

Babil Devletinde hukuk sistemi Hamurabi Kanunları ile şekillenmiştir ve kazanç müsaderesi kurumuna yer verilmemiştir. Fakat suçlunun ölüm cezasına çarptırılması halinde malvarlığı da ferî bir ceza olarak müsadere edilmekteydi. Örneğin bir başkasını haksız yere

²⁰Gedik, Doğan, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Müsadere**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 214.

²¹Gedik, Doğan, **Türk Ceza Hukukunda Müsadere (Müsadere)**, 1. Baskı, Adil Yayınevi, Ankara, 2001, s. 74; Özgenç, İzzet, **Uygulamalı Ceza Hukuku (Uygulamalı Ceza Hukuku)**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Sebat Yayıncılık, İstanbul, 1998, s. 304; Gökçen, Ahmet, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit ElKoyma ve Postada Elkoyma(Basit Elkoyma)**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara, 1994, s. 96-97.

²²Önder, Ayhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Cilt II-III, 2. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1992, s. 600; Gözübüyük, Abdullah Pulat, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Cilt I-II (Madde 1-124-125-201), Genişletilmiş 3. Bası, Ankara, Kazancı Hukuk Yayınları, 1976, s. 130.

²³Acar, s. 43; Altuğ, s. 10; Topaç, Tahir Hami, “Eşya Müsaderesi”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Cilt 0, Sayı 2, 2013, ss. 47-70, s. 49.

²⁴Acar, s. 43.

suçlama durumunda, haksız suçlamada bulunan kişiye ölüm cezası verilmesi halinde; bu cezaya ek olarak davacının malvarlığı da davalıya verilmekteydi²⁵. Ayrıca Hamurabi Kanunlarında; kamu görevlilerinin devlet hizmetini terk veya suiistimal etmesi de, ağır cezaların tatbik edilmesi nedeni olarak düzenlenmiştir. Bu cezalardan Kanunnamenin 26. maddesinde yer alan “*Kralın hizmetini ifa etmiyen bir asker yahut balıkçı, yerine bir vekil gönderir ise, ölüm ile tecziye edilir ve vekil emvalini alır*” şeklindeki düzenleme, yine ferî bir ceza olarak genel müsadere uygulanmasını öngörmüştür²⁶.

1.2.3. Asur Hukuku

Asur hukukunda da müsadere kurumu, hukuki nitelik bakımından daha çok ceza olarak öngörülmüştür. Günümüz anlamında kazanç müsadereyi Asur hukuk sisteminde yer almamıştır. Bundan ziyade suça konu eşya anlamında, eşya müsadereyi örnekleri Asur hukuk sisteminde yer almıştır. Örneğin başkasının arazisine tuğla döken kişiye, arazinin üç misli kadar para cezası uygulanırken tuğlalar da müsadereye konu olmuştur²⁷. Asur hukuk sisteminde müsadereye konu olan eşyanın mülkiyeti kamusal bir kuruma değil kişilere verilmektedir. Örneğimizde ifade edilen tuğlalar da arazi sahibine verilmektedir. Bu şekildeki müsadere yöntemi, günümüz anlamındaki müsadere uygulamalarından farklıdır. Eşyanın mülkiyetinin kişiye verilmesi kanaatimizce ceza niteliğinde bir uygulamadır. Öğretide *Kalıpçı* da, bu hususu “...öğretide müsadere olarak adlandırılrsa da, yaygın algılarımızdan ve belki de müsadereye dair beklentilerimizden farklılık arz etmektedir. Biz bu örneklerin müsadere sayılıp sayılmayacağı hususunu sorgulamak yerine, kurumun gelişiminin seyri açısından önemli oldukları kanaatindeyiz” ifadeleri ile yerinde bir şekilde tahlil etmiştir²⁸.

1.2.4. Pers Hukuku

Pers Hukukunun temellerinde de kazanç müsadereyi yoktur. Hukuk sistemi özellikle Sasani Devleti (3. Pers İmparatorluğu) ile şekil almıştır. Sasaniler’de üç tür suç vardır. Bunlar; Allah’a karşı suç (küfür), hükümdara yönelik suçlar (isyan, vatana ihanet, askerlikten kaçma) ve insanlara karşı suçtur. İlk iki grup suçların cezası idamken, son grup suçların cezası ise sakatlama veya nakdi cezalardır. Ayrıca Persler’in hukuk sisteminde şahsi intikam hakkı da bulunmaktaydı. Son olarak Pers hukuk sistemi üzerinde zerdüştlük dininin de etkileri

²⁵Günler, Kemal, “Türk Ceza Hukukunda Müsadere”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVIII, S 3-4, 2014, ss. 849-876, s. 850; Okandan, Recai Galip, *Umumi Hukuk Tarihi Dersleri*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1951, s. 149.

²⁶Okandan, s. 147-148.

²⁷Kalıpçı, Mahmud Esad, *Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda Müsadere Kurumu*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2013, s. 17.

²⁸Kalıpçı, s. 17.

olmuş, özellikle toplumsal sınıfların oluşumunda yansımaları gözlemlenmiştir. Görüldüğü gibi Perslerin tarihinde de kazanç müsadereci olmadığı gibi nakdi cezalar, eyleme karşı verilen asli ceza niteliğinde kurumlardır²⁹.

1.2.5. Roma Hukuku

Roma ceza hukukunda cezalar; ölüm, hürriyetin kaybı, uzvun sakatlanması, dayak, vatandaşlık hakları ile medeni haklardan yoksunluk, madenlerde ve ağır işlerde çalıştırma, sürgün, hapis, para ve malların müsadereci³⁰.

Kazanç müsadereci Roma ceza hukukunda da genel müsadere kurumunun içinde yer almıştır³¹. Müsadere; bir suçtan elde edilen veya suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatlerle ilgili olarak değil, daha çok kişinin işlediği suça göre tüm mal varlığının mülkiyetinin sona erdirilmesi şeklinde, asli bir yaptırım olarak uygulanmıştır. Yine failin tüm malvarlığının, işlenen suça göre verilen cezanın yanında feri bir yaptırım olarak müsadere edildiği de gözlemlenmiştir. Örneğin; yasak olan dini ayin ve törenler yapan veya yapılmasına izin verenlere asli bir ceza olarak, vatana ihanet suçunda ise asli cezaya ek olarak feri bir ceza olarak suçlunun malvarlığı devlete devredilmiştir³².

İlk başta suç işleyen tüm malvarlığı müsadereye tabi iken, daha sonraları suçlunun çocukları da düşünülerek malvarlığının yarısının çocuklarına bırakılması suretiyle müsadere uygulaması kabul edilmiştir³³.

1.2.6. Antik Yunan Hukuku

Eski Yunan hukukunda da daha çok genel müsadere niteliğinde olan, kişinin tüm malvarlığı üzerindeki mülkiyetinin sonlandırılması esas kabul edilmişti. Genel müsadere niteliğindeki bu uygulamalar asli cezaya ek olarak feri bir ceza şeklinde öngörülmüştü³⁴. Fakat kazanç müsadereci örneği olan suçtan elde edilen menfaat nedeniyle müsadere Eski Yunan'ın hukuk sistemi içinde yer almıştır. Örneğin kamu görevlilerinin rüşvet alması nedeniyle ilgili kamu görevlisinin tüm malvarlığı müsadere edilmiştir. Tabi bu ceza; modern kazanç müsadereci anlayışından farklı olarak sadece rüşvet suçuna konu olan menfaat yerine, genel müsadere şeklindedir³⁵.

²⁹ Arsal, Sadri Maksudi, **Umumi Hukuk Tarihi**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1948, s. 73-75.

³⁰ Okandan, s. 493 – 502.

³¹ Kalıpcı, s. 24.

³² Altuğ, s. 13; Okandan, s. 501; Kalıpcı, s. 24.

³³ Acar, s. 28; Okandan, s. 501; Kalıpcı, s. 26.

³⁴ Kalıpcı, s. 18.

³⁵ Altuğ, s. 12; Okandan, s. 293.

Eski Yunan hukukunda bir hassasiyet durumu da göze çarpmaktadır. Bu hukuk sisteminde genel müsadere cezası verilen kişinin karısı ve çocukları için, müsadere edilen mallardan pay ayırma uygulaması bulunmaktadır. Bu hassasiyet, müsadere ile ceza verilen kişinin ailesini de dolaylı olarak cezalandırmayı önlemeye yönelik ve cezanın aile üzerindeki etkileri azaltan bir uygulamadır³⁶.

1.2.7. İslam Hukuku

Kazanç müsaderesinin bugünkü anlamda uygulandığı hukuk sistemlerinden biri İslam hukukudur. Kazanç müsaderesi İslam hukukunda ceza olarak uygulandığı gibi, tedbir olarak da uygulanmıştır³⁷.

Hz. Peygamber zekât vermeyenin malının yarısının ve verilmeyen zekâtın devlet görevlileri tarafından alınabileceğini ifade etmiştir. Burada zekât vermeme suçunu işleyen kimseden verilmeyen zekât, suçla elde edilen menfaat olarak kazanç müsaderesine tabi tutulmuştur. Ayrıca zekat verilmemesi suçu nedeniyle kazanç müsaderesine ek olarak suçlunun malının yarısının alınması şeklinde ceza uygulanmıştır. Suçlunun malının yarısının alınması ise; müsadereden çok ceza olarak ortaya çıkan bir uygulamadır³⁸.

Hz. Ömer halifeliği döneminde memur olarak atanıp da, zenginleşen kişilerin bu durumundan rahatsız olmuştur. Bu nedenle memurların, atanmadan önceki malvarlığı tespit edilmeye başlanmıştır. Hz. Ömer bu şekilde zenginleşen memurların mallarının yarısını görevleri nedeniyle zenginleştikleri gerekçesi ile müsadere etmiştir³⁹. Yine Hz. Ömer yanında yetecek miktarda yiyecek olmasına rağmen dilencilik yapan kişinin yiyeceklerini alıp zekât develerine yedirmişti⁴⁰.

Ayrıca İslam hukuku açısından kazanç müsaderesine bir diğer örnek ise; hırsızlık suçunda göze çarpmaktadır. Öncelikle hırsızlık suçunun işlenmesi durumunda, hırsızlık malının tespit edilebiliyorsa gerçek sahibine iade edilmesi kuralı benimsenmiştir. Fakat malın gerçek sahibi bulunamazsa, suçtan elde edilen bu menfaat devletin mülkiyetine geçirilmekteydi⁴¹.

Son olarak İslam hukuku açısından müsaderenin kaynaklarına değinmek faydalı olacaktır. İslam hukukunda müsaderenin kaynakları; kuran, sünnet, devlet başkanının kural

³⁶Kalıpçı, s. 18; Okandan, s. 294.

³⁷Esen, Hüseyin, “İslam Hukuku Açısından Müsadere”, *Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, S XV, 2002, ss. 191-225, s. 194.

³⁸Esen, s. 198-199.

³⁹Esen, s. 203; Kalıpçı, s. 48.

⁴⁰Esen, s. 204.

⁴¹Avcı, Mustafa, *Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Mimoza Yayınları, Konya, 2014, s. 350; “Rüşvet suçunda da suça konu olan menfaatin mülkiyeti kamuya geçirilmiştir” Esen, Hüseyin, *İslam Hukukunda Mali Cezalar*, Yeni Akademi Yayınları, İzmir, 2006, s.147.

koyma yetkisi olarak gösterilmiştir. Zekât vermeyenin malının yarısının alınmasına yönelik Hz. Peygamberin sünneti de, müsadere uygulamasının kaynağı olarak gösterilmiştir. Bu konudaki hadisin ilgili kısmı ise “..kim zekat vermekten kaçınırsa, şüphesiz biz onu ve malının yarısını Rabbimizin kesin emirlerinden biri olarak alırız” şeklindedir⁴². Hz. Ömer’in uygulamaları ise devlet başkanının tazir yetkisinden kaynaklıdır. İslam âlimlerinin bir kısmı müsadereyi devlet başkanının tazir yetkisi çerçevesinde caiz görmelerine rağmen, diğer bir kısmı ise İslam’ın ilk zamanlarında kabul edilen uygulamanın sonradan nesih yoluyla ortadan kaldırıldığını, bu nedenle caiz olmadığını ifade etmişlerdir⁴³. İslam alimleri müsadereyi de içine alan mali cezaları nesheden hadis olarak “malda zekattan başka hak yoktur” hadisine dayandırmıştır. Yine müsadereyi caiz görmeyen İslam âlimlerinin bir kısmı, görüşlerini, kişinin rızası veya bir hak olmadan malından almanın haram olduğunu ifade eden genel nitelikli ayet ve sünnetlere dayandırmıştır⁴⁴.

1.2.8. Türk Tarihi Açısından Kazanç Müsaderesi

1.2.8.1. Osmanlı Devleti Öncesindeki Dönem

Osmanlı Devletinden önceki Türk devletlerinde; İslam’ın kabulünden önce bozkır kültürüne hâkim olan göçebe hayat tarzı, devletlerin ceza hukuku uygulamalarına da yansımıştır. Bu nedenle Hun, Göktürk ve Uygurlar’ da göçebe yaşama uygun olan pratik cezalar öngörülmüş, uzun süreli hapis cezaları uygulanmamıştır. Bu sistem içinde kazanç müsaderesi yer almamış, daha çok ağır cezalara ek olarak failin malvarlığı üzerinde genel müsadere uygulaması yapılmıştır. Örneğin isyan, adam öldürme, vatana ihanet, evli kadınla zina gibi suçlarda, fail idam edilmiş ve kazanç müsaderesinden farklı olarak failin tüm malvarlığı devlet hazinesine geçirilmiştir⁴⁵.

1.2.8.2. Osmanlı Devleti Dönemi

Osmanlı Devletinde ilk başlarda günümüz anlamında uygulanan bir kazanç müsaderesi örneği yoktur. Müsadere ilk defa Fatih Sultan Mehmet döneminde 1451 yılında, vezir Çandarlı Halil İbrahim Paşa’nın mallarının tamamı hakkında uygulanmıştır⁴⁶.

Osmanlı’da Çandarlı Halil İbrahim Paşa’nın siyaseten katli ve mallarının müsadere edilmesi, yönetici sınıfa yönelik keyfi müsadere örneğidir. Keyfi müsaderenin temeli, Türklerin İslam’ı kabul etmesi sonrası kurulan ortaçağ Türk-İslam devletlerinden süregelen ve

⁴²Esen, s. 197 vd.

⁴³Esen, s. 197 vd.

⁴⁴Ayrıntılı bilgi için bkz. Esen, s. 197 vd.

⁴⁵Cin, Halil/Akyılmaz, Gül, **Türk Hukuk Tarihi**, Sayram Yayınları, Konya, 2020, s. 30; Avcı, Mustafa, **Türk Hukuk Tarihi**, 9. Baskı, Atlas Akademi Yayınevi, Konya, 2020, s. 24.

⁴⁶Dülger (Müsadere), s. 63.

Osmanlı Devletinde de görülen uygulamalardır. Devlet yönetiminde yer alan büyük devlet adamlarının hükümdarın gazabına uğramaları neticesinde idam edilmeleri ve mallarının tamamının keyfi olarak beytül mala geçirilmesi, keyfi müsadere olarak kabul edilmiştir⁴⁷.

Osmanlı devletinde müsadere uygulaması; bir cezaya ek olarak ferî ceza niteliğinde, failin malvarlığının tamamen veya kısmen mülkiyetinin devlete geçirilmesi şeklindedir⁴⁸.

Osmanlı’da müsadere, toplumun belli bir kesimi için (ilmiye ve reaya), yapılan yargılama sonucunda hâkim kararı ile uygulanmıştır. Ancak ilmiye sınıfı hariç, yönetici sınıf için ise; padişah, müsadereyi herhangi bir yargılama olmadan ve hâkim kararı olmaksızın kendisi karar vererek uygulamıştır⁴⁹. Fakat padişahın bazen yönetici sınıf hakkında verilen ölüm cezasına ek olarak verilen genel müsadere kararlarını uygulamadığı da görülmüştür. Yönetici kişinin ölümü ile uygulanacak olan genel müsadere, ölenin ailesini güç duruma düşüreceği hallerde, bazen ölenin terekası ölenin ailesine bırakılmıştır. Hatta yeterli tereke olmayan hallerde, ölenin ailesine maaş bağlandığı da olmuştur⁵⁰.

Keyfi müsadere uygulamalarına karşı oluşan tepkiler nedeniyle; bu konuda ilk düzenleme, 1826 tarihinde Sultan II. Mahmut’un çıkardığı fermanla yapılmıştır. Fermanla birlikte keyfi müsadere uygulamaları yasaklanmıştır. Fakat eceliyle ölmeyen yani siyasi nedenlerle ölen (siyaseten katli) devlet adamlarının mallarının müsadere edilmesi düzenlemeye göre yine mümkündür⁵¹.

Tanzimat Fermanının 1839 yılında ilan edilmesinden sonra; fermanla birlikte mal güvenliğinin sağlanması için, kanun yapılacağı vaadi 1840 tarihli Ceza Kanunnamesi ile yerine getirilmiştir. Kanunnamenin dördüncü bölüm birinci maddesinde “*Devlet-i Aliyye tarafından kimsenin mal ve emlakine el konulamayacağı, üstün vasıfların sahibi Padişah Hazretlerince de söz verilmiş olduğundan, büyük olsun, küçük olsun hiç kimse diğer bir kimsenin mal ve emlakine haksız bir şekilde taarruz, tasallut ve müdahale etmek veya onu cebren almak, zorla sattırmak için bizzat veya bilvasıta icbar etmek gibi şeylere kesinlikle izin*

⁴⁷Köprülü, Mehmet Fuat, **İslam Ve Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Ve Vakıf Müessesesi**, Ötüken Neşriyat, İstanbul, 1983, s.372 ve 399; “Devletin mali darlık içine düştüğü sonraki dönemlerde sadece servetlerinin kaynakları şüpheli olan devlet adamlarının değil, zengin olan birçok devlet adamının malvarlıklarına muhtelif bahanelerle el konulmuş, bu durum gittikçe artan rahatsızlıklara sebep olmuştur” Aydın, M. Akif, **Türk Hukuk Tarihi**, 17. Basım, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s.177.

⁴⁸“Sürgün cezası genellikle başka bazı cezalarla birlikte uygulanmaktadır. Cezaya çarptırılan bir kamu görevlisi ise mutlaka görevine son verilmekte (azledilmekte), mansıp ve unvanları geri alınmakta, memuriyet maaşı kesilmekte, suçun durumuna göre malları kısmen veya tamamen müsadere edilebilmektedir” Köksal, Osman, “Osmanlı Hukukunda Bir Ceza Olarak Sürgün Ve İki Osmanlı Sultanının Sürgünle İlgili Hattı-ı Hümayunları” **Osmanlı Tarihi Araştırma Ve Uygulama Merkezi Dergisi**, S 19, 2006, ss. 283- 341, s.288; “*Kalpazanlık, ihtikâr (karaborsacılık) gibi suçlarda, suçlunun mal varlığı veya muayyen bir kısmı müsadere edilirdi*” Ekinci, Ekrem Buğra, **Osmanlı Hukuku**, 1. Baskı, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul, 2008, s. 340; **Cin/Akyılmaz**, s. 276.

⁴⁹Akyılmaz, Gül, “Osmanlı Devleti’nde Yönetici Sınıf Açısından Müsadere Uygulaması”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XII, S 1-2, 2008, ss. 389-420, s. 403-404.

⁵⁰Akyılmaz, s. 411-412.

⁵¹Dülger (Müsadere), s. 64-65; Akyılmaz, s. 415-416.

verilmemelidir” şeklinde düzenleme yer almıştır⁵². Keyfi müsadereyi yasaklayan bu hükme uyulmaması halinde ikinci maddede cezalar öngörülmüştür. Düzenleme kesin bir müsadere yasağı içermemektedir. Örneğin; hırsızlık, rüşvet gibi konusu mali değer içeren suçlarda, günümüz anlamında kazanç veya kaim değer müsaderesi uygulamaları kanunda yer almıştır⁵³.

Yine 1851 tarihli Ceza Kanunda da keyfi müsadere yasaklanmıştır. Ayrıca kanunda kazanç müsaderesi örnekleri de mevcuttur. Örneğin; irtikap suçu işleyen kamu görevlilerinin eyleminin sabit kabul edilmesi halinde, suç nedeniyle ele geçirilen mal ve paraların veya bunların karşılığı kadar değerın müsadere edileceği hüküm altına alınmıştır⁵⁴.

Son olarak 1858 tarihli Ceza Kanunun genel hükümler kısmında (madde 12; suç sonucu elde edilen mallar - değerler kazanç müsaderesinin konusudur.) ve bu kanunun bazı özel hükümlerinde (madde 243; piyango için konulan para - mallar ekonomik değer olarak kazanç müsaderesine tabidir) kazanç müsaderesi düzenlemesi yer almıştır⁵⁵.

1.2.8.3. 765 sayılı TCK Dönemi

765 sayılı TCK’da müsadere 36. maddede yer almıştır. Madde metni “*Mahkumiyet halinde cürüm veya kabahatte kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan veya fiilin irtikabından husule gelen eşya fiilde methali olmayan 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.

Taşınması memnu olmayan silahların ruhsatsız taşınması halinde de zabıt ve müsaderesine hükmolunur” şeklinde düzenlenmiştir. Fakat 765 sayılı TCK döneminde kazanç müsaderesine yer verilmemiştir. Ancak kazanç müsaderesi her ne kadar 765 sayılı kanunda yer almasa da; suç nedeniyle elde edilen kazançlar “*suçtan husule gelen eşya*” kavramı içerisinde mütalaa edilerek 765 sayılı kanunun 36. maddesi kapsamında müsadere konusu olmuştur.

Yargıtay da 36. maddede yer alan “*suçtan husule gelen eşya*” anlatımdan yola çıkarak kazanç müsaderesi uygulaması yapmıştır⁵⁶. Örneğin; Yargıtay Ceza Genel Kurulunun bir

⁵² Dülger (Müsadere), s. 65; Gökçen, Ahmet, **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri(Osmanlı Ceza Kanunları)**, İstanbul, 1989, s. 21.

⁵³ Dülger (Müsadere), s. 66.

⁵⁴ Dülger (Müsadere), s. 68.

⁵⁵ Dülger (Müsadere), s. 69-70; Gökçen (Osmanlı Ceza Kanunları), s. 53.

⁵⁶ “Hiç mevcut değilken suçun vücut verdiği eşya (sahte şahadetname gibi) tağyir veya tahvil edilmek suretiyle meydana gelen eşya (yabancı maddelerle karıştırılmış un gibi) lar suçtan husule gelen eşyalara misaldir” Erem, Faruk, **Türk Ceza Hukuku**, 4. Baskı, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1958, s. 301.

kararında “Üç sanık ruhsatsız define araştırmayı takiben, bu suçun oluşmasından sonra bulmuş oldukları sikkeleri yeni bir kasıtlı değerlendirme yoluna gitmişler, bu meyanda değerlerini tespit ettirip, pazarlama imkanını araştırmışlar ve uzun çabaları müteakip satarak bu satıştan külliyetli miktarda para sağlamışlardır. İkinci suçun niteliğine göre, satıştan elde edilen paraları ve bu para ile alınıp saklanan altınların suçun irtikabından hasıl olan eşya sayılarak müsadereesine karar verilmesi TCK’nun 36. maddesine uygun bulunmuştur” denilerek kazanç müsadereesi yapılabileceği kabul edilmiştir⁵⁷.

Ayrıca bu dönemde, kazanç müsadereesinin yer aldığı özel ceza kanunu düzenlemesi örnekleri de bulunmaktaydı. Örneğin; 4208 sayılı Karaparanın Aklanmasının Önlenmesine Dair Kanunun 7/1. maddesinde “Karapara aklama suçu fiillerini işleyenler iki seneden beş seneye kadar hapis ve aklanan karaparanın bir katı ağır para cezasıyla cezalandırılır ve nemaları da dahil olmak üzere karapara kapsamındaki mal ve değerler ile bunların ele geçirilememesi halinde bunlara tekabül eden mal varlığının müsadereesine de hükmolunur” ve 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri İle Mücadele Kanununun 1/4. maddesinde “Suçun işlenmesine ayrılan veya suçun işlenmesinde kullanılan veya suçtan doğan değer veya ürünlerin veya bunların yerine geçen şeylerin ve müsadereesi gereken her türlü eşyanın gelirlerinin veya suçtan doğan her türlü yararın Devlete intikaline hükmolunur” şeklindeki düzenlemelerde kazanç müsadereesi yasal olarak öngörülmekteydi.

Son olarak 765 sayılı TCK ile 5237 sayılı TCK arasında geçen dönemde birçok defa hazırlanan Türk Ceza Kanunu Tasarısı veya Ön tasarısı olmuştur. Tasarılarda 5237 sayılı kanunda olduğu gibi, kazanç müsadereesinin ayrı bir madde ile açıkça düzenlenmesi söz konusu olmamıştır. Hatta 1989, 1997, 2001 ve 2003 tarihli tasarılar hariç diğer tasarıların hiçbirinde kazanç anlamında bir ibare de yer almamıştır. Fakat 1989 tarihli öntasarının 75. maddesinin 5. fıkrasında “imhasını veya belirli bir maksada 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” şeklinde bir hükümle kazanç müsadereesine yer verilmiştir⁵⁸. Maddede açıkça kazanç ibaresi geçmese de; kanaatimizce “suçun işlenmesi için sağlanan yarar” şeklindeki anlatım kazanç müsadereesine işaret etmektedir. 1989 tarihli tasarıdan sonra hazırlanan diğer tasarılar da “sağlanan yarar” kelimelerine yer vermiş ve 1989 tarihli tasarı ile paralellik arz etmiştir⁵⁹. Ayrıca 1987 tarihli ön tasarı ve sonrasında hazırlanan tasarılar da;

⁵⁷22.08.1988 T., 9-526/57 E.-K., Karar için bkz. **Gedik, (Müsadere)**, s. 71-72.

⁵⁸Ayrıntılı bilgi için bkz. **Dülger (Müsadere)**, s. 74 vd.; **Acar**, s. 70 vd.

⁵⁹Ayrıntılı bilgi için bkz. **Dülger (Müsadere)**, s. 74 vd.; **Acar**, s. 48-49.

müsadere “ceza” olarak düzenlenmiş ve işbu surette kurumun hukuki niteliğine dair bir kabulde bulunulmuştur⁶⁰.

1.3. Kazanç Müsaderesinin Hukuki Niteliği

Gerek kazanç müsaderesi gerekse eşya müsaderesi, kanun koyucu tarafından 5237 sayılı TCK’nın Genel Hükümler bölümünde “*güvenlik tedbirleri*” başlığı altında düzenlenmiştir. Böylelikle kanun koyucu kazanç müsaderesinin hukuki niteliğine ilişkin tartışmaları sona erdirmek istemiştir. Hatta kanun koyucu madde gerekçesinde kurumun açıkça güvenlik tedbiri olduğunu da ifade etmiştir⁶¹. Ancak öğretilerde tartışmalar, kazanç müsaderesinin hukuki niteliğinin ceza mı güvenlik tedbiri mi olduğu temelinde hala devam etmektedir. Çünkü kazanç müsaderesinin hukuki niteliği, normun uygulanma koşulları bakımından önem arz eden bir husustur. Eğer kazanç müsaderesi bir ceza olarak kabul edilirse; mahkemenin kazanç müsaderesine yönelik hüküm kurabilmesi için, suçun tüm unsurları ile birlikte işlenmesi ve failin kusurlu olması gerekir. Fakat güvenlik tedbiri olarak kabul edilmesi halinde ise; hukuka aykırı fiilin varlığı yeterlidir. Yani failin kusurunun mahkeme açısından bir önemi yoktur⁶².

Kazanç müsaderesinin hukuki niteliği bakımından bir başka önem arz eden husus; kazanç müsaderesinin ceza olarak kabul edilmesi durumunda, mahkûmiyet şartı aranacak ancak güvenlik tedbiri olarak kabul edilmesi durumunda, mahkûmiyet şartı arınmayıp hukuka aykırı fiilin tespiti yeterli olacaktır⁶³.

Kazanç müsaderesinin hukuki niteliğinin tespitine yönelik tartışmalar; kazanç müsaderesi uygulamasının, doğuracağı hukuki sonuçlar ve diğer ceza hukuku kurumları açısından yaratacağı etki bakımından da belirleyicidir. Cezayı kaldıran şahsi sebepler, af, zamanaşımı, aleyhe değiştirme yasağı gibi konular; kazanç müsaderesinin hukuki niteliğine dair kabule bağlı olarak değişebilmektedir⁶⁴. Örneğin; kazanç müsaderesi bir ceza olarak kabul edildiği takdirde, kazanç müsaderesi hükmünün kanun yolu denetiminde aleyhe değiştirme yasağı ilkesi uygulanacak; ancak güvenlik tedbiri olarak kabul edildiği takdirde,

⁶⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Dülger (Müsadere)**, s. 76 vd.

⁶¹ “Yapılan yeni düzenleme ile getirilen temel değişiklik, müsaderenin hukuki niteliğinin bir güvenlik tedbiri olduğunun kabul edilmesidir” Özgenç, İzzet, **Türk Ceza Kanunu (Gazi Şerhi)**, 3. Baskı, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2006, s. 685; Soygüt Arslan, Mualla Buket, **Türk Ceza Hukukunda Müsadere** (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2014, s. 52.

⁶² **Acar**, s. 123; **Soygüt Arslan**, s. 55.

⁶³ Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 11. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 739; **Demirbaş**, s. 662-663.

⁶⁴ **Soygüt Arslan**, s. 56.

kanun yolu denetiminde aleyhe değiştirme yasağı ilkesi uygulanmayacaktır⁶⁵. Nitekim Yargıtay da, müsaderenin hukuki niteliğinin güvenlik tedbiri olduğundan bahisle, aleyhe değiştirme yasağı ilkesinin müsadere için uygulanmayacağını içtihat etmiřtir⁶⁶.

Son olarak öğretideki hâkim görüşe göre; tüzel kişilerin ceza sorumluluğu olmadığı için, tüzel kişilere sadece güvenlik tedbiri uygulanacak ve kazanç müsaderesinin hukuki niteliği bu bakımdan da önem arz edecektir⁶⁷. Zira müsadere ceza olarak kabul edilecek olursa; hukuka aykırı şekilde tüzel kişilerin ceza sorumluluğu kabul edilmiş olacaktır.

Tüm bu nedenlerle çalışmamızın bu kısmında, önce kazanç müsaderesinin hukuki niteliği üzerine tartışmalar ortaya konulacak; bunu müteakip bu tartışmalar ışığında kendi değerlendirmemiz ifade edilecektir.

1.3.1. Hukuki Niteliğe İlişkin Görüşler

1.3.1.1. Müsadereyi Ceza Olarak Kabul Eden Görüş

Ceza, Türk Dil Kurumu Sözlüğünde; “*Uygunsuz davranışlarda bulunanlara uygulanan üzüntü, sıkıntı, acı verici işlem veya yaptırım*” olarak tanımlanmıřtır⁶⁸. Ceza kelimesi aslında Arapça kökenli bir sözcük olup; “*yasaklanan eylemin işlenmesini önlemeyi amaçlayan karşılık, iyilik veya fenalık karşılığında verilen ivaz ve mkfat, ecir*” anlamında kullanılmaktadır⁶⁹.

Ceza Hukuku bakımından ise; ceza kavramı ödüllendirme anlamında değil, kanuna karşı gelme niteliğindeki davranışa yönelik bir yaptırım olarak yer almaktadır. 5237 sayılı kanunun 45. maddesi de cezayı “*su karşılığı uygulanan yaptırım*” olarak tanımlamıştır.

⁶⁵Aleyhe değiştirme yasağı; hakkında mahkumiyet hükmü kurulan kişinin, verilen haksız kararı, kanun yolu incelemesinde aleyhinde daha da ağırlaşacağı düşüncesi ile kanun yoluna başvurmaktan ekinmesini önleyen bir ceza muhakemesi ilkesidir. Bu ilke ile sanığa rahatlıkla kanun yoluna başvurması güvencesi sağlanmışır. Fakat ilkenin geçerli olması için sanık aleyhine bir kanun yolu başvurusu olmamalıdır. Örneğin; Cumhuriyet Savcısı’nın sanık aleyhine kanun yolu başvurusu yapması halinde aleyhe değiştirme yasağı uygulanmayacaktır. Gökcen, Ahmet/Balcı, Murat/Aşahin, M. Eminakır, Kerim, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 683-684; zbek, Veli zer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar, **Ceza Muhakemesi Hukuku (Ceza Muhakemesi Hukuku)**, 16. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 749-750; Ersoy, Uğur, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme Yasağı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 206-207.

⁶⁶“Ceza Genel Kurulunun 25.09.2006 gün, 198/199 sayılı kararında belirtildiği üzere msaderede “aleyhe değiştirmeme” ilkesinden söz edilmeyeceği için 5271 sayılı Kanun’un 309 uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (d) bendi uyarınca; “Hükümden emanetteki eşyaların şüpheliye teslimine ilişkin (5) nolu bölümünün karılarak yerine “Adi emanetin 2020/1117 su eşyası defter sırasına kayıtlı Canik L120 marka, 9 mm çapında, T6472-13 AF 00351 seri nolu tabanca ve tabancaya ait boş şarjörün 5237 sayılı Kanun’un 54 nc maddesinin birinci fıkrası uyarınca müsaderesine, aynı emanette bulunan 13 adet boş kovan ve sanığa ait el svaplarının dosyada delil olarak saklanması” ibaresinin yazılmasına, hükmün diğer bölümlerinin aynen korunmasına,” Yar., 8. CD., 12.06.2023 T., 2021/15173 E., 2023/4532 K., **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 23/07/2023).

⁶⁷Acar, s. 123.

⁶⁸<https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 02/05/2021).

⁶⁹alıřkan, İbrahim, “İşlam Hukukunda Ceza Kavramı ve Hadd Cezaları”, **Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, Cilt 31, ss. 367-397, 1989, s. 367.

Öğretide de ceza kavramı yazarlar tarafından farklı şekillerde tanımlanmıştır. Öğretinin bir kısmı; cezayı tanımlarken cezanın bir suç nedeniyle faile verilen karşılık olması bakımından, cezanın “*bedel ödetme*” özelliğine vurgu yapmıştır⁷⁰. Öğretinin diğer bir kısmı ise; ceza kavramı üzerine tanımlamada bulunurken, failin haksız eylemine karşı kusuruyla orantılı şekilde, yargı mercilerince belirlenen, ıslah edici ve toplumun diğer kesimi için korkutucu nitelikteki yaptırım özelliğine, yani “*genel ve özel önleme karakterine*” vurgu yapmaktadır⁷¹. Diğer bir kısım yazarlar ise; ceza kavramını “*düzenin korunması*” adına bir yaptırım olarak görmektedir⁷².

Son olarak öğretide tüm bu tanımlardan çok farklı şekilde kavramı ifade eden yazarlarda bulunmaktadır. Bu yazarlardan Özgenç cezayı; “*yaptırım ile güdülen asıl amaç, suç teşkil eden bir haksızlığı gerçekleştiren kişinin, bu suçu işlemek dolayısıyla içinde bulunduğu kusurluluk durumundan ibra olmasını sağlamaktır. Biz buna teknik anlamda ceza demekteyiz*” şeklinde açıklamıştır⁷³. Toroslu ise, “ceza” kavramı yerine “*cezai sonuçlar*” kavramını kullanmıştır ve suç için öngörülen tek müeyyidenin ceza olmadığını kabul etmiştir. Yazar cezai sonuçlar kavramını ise; “*ceza hukuku anlamında hukuka aykırı fiile, yani suça özelliğini veren ve onu diğer hukuka aykırı fiillerden ayıran bir tür marka*” olarak açıklamıştır⁷⁴.

Öğretide, kavramının tanımlarına bakıldığında “*cezanın*” öne çıkan bir takım özellikleri mevcuttur. Bu bakımdan ceza, suçun düzenlendiği kanuna karşı gelen faile acı çektirmekte (bedel ödetme), diğer yandan ise toplumun diğer üyelerine karşı caydırıcı bir özellik taşımaktadır. İşte müsaderece ceza olduğunu savunan yazarlar; müsaderece, unsurları tam olan suçtan dolayı uygulandığını ve fail bakımından bir kötülük (acı çektirme/bedel ödetme) taşıdığını kabul ederek bu görüşlerini ortaya koymuşlardır. Bu yazarlara göre müsadere, aynı zamanda ceza kanunlarının genel cezalar kısmında yer

⁷⁰Yerdelen, ceza ile güvenlik tedbiri kavramlarını yaptırım başlığı altında toplayıp, yaptırım bakımından tanımlamada bulunmuştur. **Yerdelen**, s. 10; Jescheck, Hans-Heinrich, **Ceza Hukukuna Giriş (Alman Ceza Hukuku)**, Haz. Feridun Yenisey, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2007, s. 73; Jakobs, Günther, **Yurttaş Ceza Hukuku ve Düşman Ceza Hukuku (Çev. Mehmet Cemil Ozansü)**, Terör ve Düşman Ceza Hukuku (Editör. Yener Ünver), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 490.

⁷¹Öztürk/Erden, s. 482; Dönmezer/Erman, s. 585; Demirbaş, s. 601; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır da benzer tanımlamada bulunmakla birlikte; cezanın, suçlunun yeniden topluma kazandırılması özelliğine de vurgu yapmıştır. **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 824; Birtok, Fatih, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 453; Töngür, Ali Rıza/Çetintürk, Ekrem, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020; Zafer, Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 608.

⁷²“*Cemiyet adına, suçluya uygulanan kanuni müeyyide*”dir. **Erem**, s. 138; “*Bir normatif düzen olarak ceza hukuku düzeni söz konusu olduğunda, düzenin, hem ihlal imkanına, hem de ihlal ihtimaline karşı, kendi varlığını, kendisi ile korumaya çalıştığı müeyyide tedbiri, “ceza” denen yoksunluktur*” **Hafizoğulları/Özen**, s. 407

⁷³Özgenç, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 37.

⁷⁴Toroslu, Nevzat, **Ceza Hukuku**, 5. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2001, s. 4-5.

almaktadır⁷⁵. Bu görüş sahibi yazarlar müsadereyi; fiil ve faile bağlı olmaksızın, eşyanın bizzatı kendisinin müsadereye tabi olduğu halleri ise açıklayamamıştır. Ceza görüşünde olan yazarların bir temel dayanağı da, müsadereyi ceza davası sonucu verilmesi olup; bu gerekçe de ceza mahkemelerinin her kararının yaptırım (ceza) niteliğinde olmadığı tespiti ile eleştirilmiştir⁷⁶.

Müsadereyi ceza olduğunu savunan bir diğer yazar olan Şen; görüşünü 1982 Anayasasının 38/9. maddesinde yer alan “*genel müsadere cezası verilemez*” hükmüne dayandırmıştır. Ayrıca yazar müsadereyi tedbir olduğunu savunanları; tedbirin geçici olması, müsadereyi ise kalıcı olması bakımından eleştirmiştir. Yazar, CMK md. 116’da düzenlenen el koyma tedbirinin geçici, fakat müsadereyi ise; mülkiyetin devlete geçmesi bakımından kalıcı olduğunu belirterek örnek vermiştir. Yine müsadereyi uygulanabilmesi için yazara göre, cezalarda olduğu gibi mutlaka bir yargı makamının buna karar vermesi gerekmektedir⁷⁷.

Öztürk/Erdem’e göre ise; müsadere bir suçun karşılığı olarak faile yönelmiş olduğu için “ceza” niteliğindedir. Güvenlik tedbirlerinde önemli olan failin tehlikelilik durumudur. Müsadere ise, tıpkı hak yoksunluğu verilmesinde olduğu gibi mahkûmiyete bağlı olarak ortaya çıkan bir ek cezadır. Müsadere kararı bakımından failin tehlikelilik durumunun bir önemi yoktur. Anayasa madde 38’de de müsadere bakımından “ceza” terimi kullanılmıştır⁷⁸.

Dülger’e göre de, “*suçla ilgili kazanç ve karşılık değerlerin müsadere 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*”⁷⁹.

Majno’ya göre; müsadere ceza değil, ancak ceza mahkûmiyetinin sonucudur. Yazar, düşüncesine dayanak olarak; mülkiyeti mahkûma ait olmayan eşyanın müsadere

⁷⁵İçel, Kayıhan, “ Kaçakçılıkta Kullanılan Üçünü Kişilere Ait Taşıtların Zorallımı”, **İstanbul Üniveristesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 44, S 1-4, 1978, ss. 297-305, s. 301-302; Allfeld/Mayer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 9. Aufl. Leipzig 1934, s. 264’den ve M.E., Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, Heidelberg, 1923, s. 476’dan aktaran: **Önder**, s. 593; **Soyaslan**, s. 603; Çınar, Ali Rıza, “Aleyhe Değiştirme Yasağı Kuralı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**(Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan), C. 19, S 2, 2013, ss. 603-666, s. 653.

⁷⁶Adem Sözüer, Organize Suçlulukla Mücadelede Ceza Hukuku Tedbirleri, Yayımlanmamış Doçentlik Tezi, İstanbul, 2000, s. 179’dan Aktaran:**Acar**, s. 128 – 129; Baytaç, Abdullah Batuhan, **Türk Ceza Hukukunda Müsadere**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009, s. 14; **Dalkılıç**, s. 24-25.

⁷⁷Şen, Ersan, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**(Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 176-177; Karşı görüş için bkz. Genç, Sinan, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Müsadere**(Müsadere) (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya, 2009, s. 12.

⁷⁸Öztürk/Erdem, s. 578-579.

⁷⁹Dülger (Müsadere), s. 58-59.

edilebilmesini ve mahkûmun ölümüne karşın müsaderehin mümkün olmasını, esas almaktadır⁸⁰.

Öğretide bir kısım yazar ise; müsaderehin türüne bağlı olarak, hem ceza hem de güvenlik tedbiri niteliği taşıdığını ifade etmektedir. Bu görüşteki yazarlardan *Gedik*'e göre; suç teşkil eden eşyanın müsadereyi güvenlik tedbiri niteliğindeyken, suçla ilgili eşyanın müsadereyi, kaim değerın müsadereyi ve kazanç müsadereyi ceza niteliğindedir⁸¹.

Anayasa Mahkemesinin 09/03/1971 tarihli eski bir kararında da; *“Kimi hukukçulara göre müsadere dahî bir emniyet tedbiri niteliğindedir. Ancak genel zoralım 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”* demek suretiyle, müsaderehin bir ceza olduğu görüşü Anayasa Mahkemesi tarafından benimsenmiştir⁸². Fakat daha sonra Anayasa Mahkemesi 27/11/2019 tarih ve 2017/14768 başvuru numaralı bireysel başvuru üzerine verdiği yakın tarihli bir kararında; *“Anayasa Mahkemesi daha önce müsadere veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yönündeki tedbirlerin mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiğini kabul etmiş, mülkten yoksun bırakma sonucuna yol açsa dahi niteliğini ve amacını gözeterek müdahaleleri mülkiyetin kamu yararına kullanılmasının kontrolüne veya düzenlenmesine ilişkin üçüncü kural çerçevesinde incelemiştir”* diyerek artık müsaderehin bir güvenlik tedbiri olduğunu kabul etmiştir⁸³.

1.3.1.2. Müsadereyi Güvenlik Tedbiri Olarak Kabul Eden Görüş

Müsaderehin bir tür güvenlik tedbiri olduğunu savunan yazarlar, görüşlerini bazı kriterlere dayandırmıştır. Müsadereyi güvenlik tedbiri olarak kabul eden görüşleri açıklamadan önce yukarıda olduğu gibi güvenlik tedbiri kavramının hukuki niteliğini ortaya koymanın, konunun anlaşılması bakımından faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Güvenlik tedbiri kavramın açıklanması bakımından; öğretilde yazarların kurumun belli bir özelliğini ön plana çıkarmak suretiyle tanımlama yaptığını görmekteyiz. Bu yazarların bir kısmı yaptığı tanımlarda; güvenlik tedbirinin faildeki tehlikeyi bertaraf etmeye yönelik yaptırım olduğu düşüncesini ön planda tutmaktadır⁸⁴. Yazarların bir diğer kısmı; tanımlama yaparken, güvenlik tedbirlerinin cezayı tamamlama özelliğine vurgu yapmaktadır⁸⁵. Diğer bir

⁸⁰Majno, *Ceza Kanunu Şerhi, Türk ve İtalyan Ceza Kanunları*, Cilt I, Yargıtay Yayınları, No. 3, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977, s. 133.

⁸¹*Gedik*, s. 30-31; Aynı yönde görüş için bkz. *Demirbaş*, s. 662.

⁸²23.11.1971 T., 14021 sayılı RG., *Soygüt Arslan*, s. 62.

⁸³<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2017/14768>, (Erişim Tarihi: 23/06/2021).

⁸⁴*Özbek/Doğan/Bacaksız*, s. 626-627; *Dönmezer/Erman*, s. 608.

⁸⁵*Demirbaş*, s. 657; *Hafizoğulları/Özen*, s. 433; Okuyucu Ergün, Güneş, “Suçta Kullanılmak Üzere Hazırlanan Eşyanın Müsadereyi”, *TBB Dergisi*, Sayı 153, 2021, s. 170, Yazara göre güvenlik tedbirleri, kimi zaman cezanın

kısım yazarlar ise; tanımlarında, kurumun yaptırım özelliğine vurgu yapmaktadır⁸⁶. Son olarak yazarların bir kısmı da; güvenlik tedbirlerini açıklarken, kurumun failin tehlikeliliğine karşı toplumu koruma özelliğini ön plana çıkarmaktadır⁸⁷.

Ayrıca bazı yazarlar ise; tüm bu hususlardan farklı şekilde tanımlamada bulunmuştur. Bu yazarlardan Erem; güvenlik tedbirini açıklarken şu ifadeleri kullanmıştır; *“mahiyeti ne olursa olsun, ne şekilde tanzim edilirse edilsin ceza suçluluk meselesini tam surette halledemez. Suça karşı mücadelede ceza, suçu önleme tedbirlerinden yalnız biridir. Yargıcın emrine verilecek diğer bazı tedbirlerle de suçu önleme cemiyeti koruma gayesi elde edilebilir. Bu düşünce iledir ki yakın geçmişte ceza hukukuna yeni bir müessese daha girdi: emniyet tedbirleri”*. Yazar emniyet tedbirleri için *“küçüğün müesseseye konması”, “ana, baba, vasiye teslim” ve “müsadere”* kurumlarını eserinde açıklamıştır⁸⁸. Artuk ise; güvenlik tedbirlerini; *“kanunda öngörülen toplumsal savunma vasıtaları olup, toplum için tehlike oluşturan suçun işlenmesinden sonra hâkim tarafından hükmedilen yaptırımlardır”* şeklinde tanımlamıştır⁸⁹. Dilberoğlu güvenlik tedbirlerini; *“özellikle suç işlemeye ehil sayılmayan ancak toplum için tehlikeli olan ve ceza kanunlarında suç olarak tasnif edilen fiilleri işleyen kişilerin cezai müeyyidelere tabi tutulamaması nedeniyle uygulanan önleyici ve iyileştirici tedbirlerdir”* şeklinde tanımlamıştır⁹⁰. Yazar aynı çalışmasında, ceza ve idare hukukunda yer alan güvenlik tedbirlerinin farklarına da değinmiştir. Yazara göre: *“Kanımızca Nuhoğlu’nun da ifade ettiği gibi hem ceza hukuku hem de idare hukuku alanında güvenlik tedbirleri mevcuttur. Kanunlarla suç olarak düzenlenmemiş davranışlara ilişkin güvenlik tedbirleri idari tedbirlerdir ve yargısal nitelik taşımazlar. Bu tür güvenlik tedbirlerine idari makamlarca karar verilebilir ve uygulamaya konabilirler. Ancak kanunlarca suç olarak tanımlanan fiillere ilişkin olarak yine ceza kanununda belirlenen güvenlik tedbirleri ise 5237 sayılı TCK 3’üncü madde hükmü gereği yargısal nitelik taşırlar ve yetkili yargı mercii tarafından hükmolunurlar”*⁹¹.

yetersiz kaldığı veya uygulanamadığı dönemlerde gündeme gelir ve uygulanır.; Mahmutoglu, Fatih Selami/Karadeniz, Serra, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2021, s. 1288.

⁸⁶Özgenç, s. 881; Koca/Üzülmez, s. 641.

⁸⁷Soyaslan, s. 572; Gödekli, Mehmet, **Ceza Hukukunda Güvenlik Tedbirleri Ve Muhakeme Usulü** (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2020, s. 111; İçel(Genel Hükümler), s. 619.

⁸⁸Erem, s. 288 vd.

⁸⁹Artuk, Mehmet Emin, “Güvenlik Tedbirleri”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 12, Sayı 1, 2008, s. 461.

⁹⁰Dilberoğlu, Ahmet Vedat, “Cezalar Ve Güvenlik Tedbirlerinin Amacı Ve Niteliği”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 65, Sayı 4, 2016, s. 1526.

⁹¹Dilberoğlu, s. 1524.

Son olarak *Jescheck*, güvenlik tedbirleri bakımından iki izlilik sisteminin hala muhafaza edildiğini ve fakat geleneksel emniyet tedbirleri sisteminin esaslı bir şekilde ıslah edildiğini ifade etmektedir. Yazar güvenlik tedbirlerini ceza olarak görmemekte ve Alman Ceza Kanunun 46. maddesindeki kusur ilkesine tabi olmadığını ifade etmektedir. Bunun yerine tedbirler bakımından orantılılık ilkesinin geçerli olduğunu kabul etmektedir⁹².

Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında ise; güvenlik tedbirleri, “suç karşılığı olarak ve suçludaki tehlike haliyle orantılı bir biçimde hükmedilen ve esas itibarıyla suça ve suçluya karşı toplum savunması amacına yönelmiş bulunan yaptırımlar” şeklinde tanımlanmıştır⁹³.

Müsaderenin güvenlik tedbiri olduğunu kabul eden yazarların dayandıkları farklı esaslar bulunmaktadır.

Öğretide bir kısım yazar, güvenlik tedbirlerini hukuki niteliğini açıklarken ya suç işleyen failin tehlikeli olmasına ya da suçta kullanılan eşyanın tehlikeli olmasına veya her ikisine vurgu yapmaktadır⁹⁴. Yazarların bir kısmı da müsadere; tasfiye edici olması, kanunda güvenlik tedbiri olarak düzenlenmesi, müsadere uygulaması için failin kusurunun bulunmasının şart olmaması gibi gerekçeleriyle kurumu güvenlik tedbiri olarak nitelemektedir⁹⁵.

Öğretide diğer bir kısım yazar ise, müsadereyi; failin ölmesine rağmen uygulanması, üçüncü kişilere ait olsa bile uygulanabilir olması, cezanın özelliklerini taşıması (bölünemez olması ve başka yaptırıma dönüştürülemez olması), tüzel kişilere uygulanabilmesi ve ileride işlenebilecek suçun önlenmesi amacıyla uygulanması gibi gerekçelerle ceza değil güvenlik tedbiri olarak değerlendirmiştir⁹⁶.

Hâkimin müsadere konusunda takdir yetkisi olması (failin kusuru ile müsadere arasında açık bir ölçsüzlük olması halinde) yani müsadere zorunlu olmaması nedeniyle

⁹² *Jescheck*, s. 69.

⁹³ 09.03.1971 T., 1971/30 E., 1970/42 K., *Acar*, s. 131.

⁹⁴ *Dönmezer/Erman*, s. 568, Hafızogulları, Zeki, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Cezalar Ve Güvenlik Tedbirleri”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 1, 2007, s. 92, Aydın, Öykü Didem, “Malvarlığına İlişkin Bir Emniyet Tedbiri Olarak Türk Ceza Yasasında Müsadere”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 43, Sayı 1, 1993, (Aydın, *Malvarlığına İlişkin Emniyet Tedbiri*), s. 144, *Soygüt Arslan*; “şeyin tehlikeliliği” veya “eşyanın tehlikeliliği” kavramlarını; güvenlik tedbirinin suç işlenmesi nedeniyle uygulanması prensibine uygun olmadığı görüşündedir. Kavramlar bu şekilde kullanıldığı takdirde kendi içinde suç işlenmesi olgusunu barındırmadığı için yeterli değildir. Yazara göre “faildeki tehlikelilik” veya “failin tehlikeliliği” ifadelerinde yer alan fail kelimesi zaten suç işleyen kişiyi ifade ettiği için sorun yoktur. Yazar tüm bu nedenlerle “eşyanın tehlikeliliği” kavramı yerine “suçla ilgili şeyin tehlikeliliği” kavramını tercih etmektedir. *Soygüt Arslan*, s. 76.

⁹⁵ *Soygüt Arslan*, s. 82, *Bakıcı*, müsadere kanunun cezalar kısmında yer almaması ve feri ceza olarak kabul edilmemesi nedeniyle güvenlik tedbiri olarak görmektedir. *Bakıcı*, s. 1303, *Özbek/Doğan/Bacaksız*, s. 645, Dülger, Murat Volkan, *Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerinin Aklanmasına İlişkin Suçlar Ve Yaptırımlar*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010, s. 340.

⁹⁶ *Gözübüyük*, s. 129, Aybay, Aydın/Aybay, Rona/Pehlivan, Ali, *Hukuka Giriş*, 23. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2020, s. 45-47; *Soygüt Arslan*, s. 86-87; *Acar*, s. 133.

güvenlik tedbiri görüşü eleştirilmiştir⁹⁷. Bir diğer eleştiri ise; suça konu eşya veya kazancın ileride faili tekrar suça iteceği görüşünün sadece bir tahmin olmasıdır⁹⁸.

1.3.1.3. Müsaderenin Hukuki Niteliğini Tehlikelilik Kriterine Dayandıran Görüş

Müsaderenin çıkış noktasını, müsadere konusunun tehlikeli niteliğine dayandıran bu yaklaşım irdelenmeden önce, tehlike kavramına dair açıklamada bulunmanın anlamlı olacağı kanaatindeyiz. Tehlikenin sözlükteki anlamı; “*büyük bir büyük zarar veya yok olmaya yol açabilecek durum,*” veya “*gerçekleşme ihtimali bulunan fakat istenmeyen durum*” şeklindedir⁹⁹.

Ceza hukuku bakımından tehlikelilik; failin tehlikeli olması veya eşyanın tehlikeli olması bakımından önemlidir. Faildeki tehlikelilik, aslında kişinin potansiyel olarak suç işlemeye meyilli olması veya suç işleme ihtimalidir¹⁰⁰. Fakat konumuz bakımından değerlendirilmesi gereken eşyanın tehlikeli olmasıdır. Tabi burada bizim çalışmamız açısından önemli olan her tehlikeli eşya değil, ceza hukuku alanına giren veya girebilecek eşyalardır. *Soygüt Arslan*, isabetli bir yaklaşımla bu hususu “*suçla ilgili şeyin tehlikeliliği*” kavramı ile açıklamıştır¹⁰¹.

Bir eşyanın suçun işlenişi bakımından bizatihi kendisi tehlikeli olabileceği gibi kendisi tehlikeli olmasa da suçta kullanılması ile tehlikeli hale gelebilecek, suç işlenmesini kolaylaştıracak, suçun tekrar işlenmesine neden olabilecek veya suç işlenirken faile bir üstünlük sağlayabilecektir. Örneğin; patlayıcı maddeler veya silah, o eşyanın doğası gereği tek başına tehlikeliyken (objektif-mutlak tehlikelilik), motosiklet ise uyuşturucu madde kullanan bir kişinin hâkimiyeti altındayken tehlikeli (sübjektif-nisbi tehlikelilik) hale gelecektir¹⁰².

Müsaderenin hukuki niteliği bakımından, tehlikelilik kriterini esas alan yazarların görüşleri açısından; eşyanın mutlak tehlikeli olduğu durumlarda, müsadere bir güvenlik tedbidir. Eşyanın nisbi tehlikeli olduğu durumlarda ise; eşya bakımından müsadere uygulaması ile failin ileride suç işleme iradesi engellenmeye çalışıldığı için, bu durumda da müsadere bir ceza niteliğinde olacaktır¹⁰³.

⁹⁷ *Acar*, s. 115; *Baytaz(Müsadere)*, s. 15.

⁹⁸ *Acar*, s. 115; *Baytaz(Müsadere)*, s. 15-16.

⁹⁹ <https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 06.01.2024); *Soygüt Arslan*, s. 74.

¹⁰⁰ *Soygüt Arslan*, s. 74.

¹⁰¹ *Soygüt Arslan*, s. 74.

¹⁰² *Baytaz(Müsadere)*, s. 16, *Dalkılıç*, s. 25.

¹⁰³ Tünay, Mustafa, *Müsadere Ve Müsadere Muhakemesi*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2014, s. 12.

Anlatımlar ışığında; suç nedeniyle elde edilen veya suçta kullanılan maddi menfaatlerin tek başına tehlikeliliği söz konusu olmayacağından, yani nisbi bir tehlikelilik söz konusu olduğundan bu görüş bakımından kanaatimizce kazanç müsadere bir ceza niteliği taşıyacaktır.

1.3.1.4. Müsaderenin Hukuki Niteliğini Kanunun Sistematiğine Dayandıran Görüş

Müsaderenin hukuki niteliği bakımından öğretide bazı yazarlar, müsaderenin kanunun hangi kısmında düzenlendiğine bakmaktadır. Buna göre; müsadere ceza kanunun cezalar kısmında yer almış ise hukuki nitelik bakımından ceza, güvenlik tedbirleri kısmında yer alıyor ise bu durumda da güvenlik tedbiri olarak değerlendirilmelidir¹⁰⁴. 765 sayılı kanunun 36. maddesinde düzenlenen müsadere kanun sistematiğinde cezanın hukuki sonuçları arasında sayılmışken; 5237 sayılı yasanın 54 ve 55. maddelerinde yer alan müsadere ceza kanunumuzun güvenlik tedbirleri kısmında yer almıştır. Bu nedenle de müsadere bir güvenlik tedbiri olarak değerlendirilmelidir.

5237 sayılı kanunun yürürlüğe girmesi sonrasında Yargıtay da, müsaderenin bir güvenlik tedbiri olduğu görüşünü benimsemiştir¹⁰⁵.

1.3.1.5. Müsadereyi Kolluk Tedbiri Olarak Kabul Eden Görüş

İdarenin kamu düzenini korumak ve sağlamak için giriştiği tüm faaliyetlere kolluk faaliyeti adı verilmektedir¹⁰⁶.

Ülkemizde kolluk adli ve idari kolluk olarak ikiye ayrılmıştır. Müsaderenin bir kolluk tedbiri olduğunu savunan görüşte kastedilen husus, idari kolluğun aldığı tedbirlerdir¹⁰⁷. İdare henüz suç işlenmeden önce kamunun düzeni ve güvenliği için bir takım tedbirler alabilir. Bu tedbirler, idari işlemle olabileceği gibi idari eylemle de gerçekleşebilir. Örneğin 5326 sayılı

¹⁰⁴Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 645; Soygüt Arslan, s. 83; Günler, s. 853-854; Paksoy, Mustafa, **Yargı Kararları Işığında Türk Hukukunda Müsadere**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzincan, 2015, s. 14.

¹⁰⁵“Müsadere, bir şeyin mülkiyetinin devlete geçmesi sonucunu doğurmakta olup, 5237 sayılı TCK’nda müsadere bir güvenlik tedbiri olarak kabul edilmiştir. Anılan kanunun 54. maddesinin birinci fıkrasına göre, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşya, iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak şartıyla müsadere edilir. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanmış olan eşya ise, suçun icra hareketlerine henüz başlanmamış ise, sadece bu nedenle müsadere edilemeyecek, ancak niteliği itibarıyla kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda eşyanın müsaderesine hükmedilecektir..Müsadere kararı güvenlik tedbiri olmakla birlikte hükmün bir parçası olduğu için, hükmün tabi olduğu kanun yoluna tabi olması gerekmektedir. Dolayısıyla açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde yer alan müsadere kararına karşı da ancak itiraz kanun yoluna başvurulabilecektir” YCGK, 2014/6-66 E - 2014/365 K, 11.07.2014 T, **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 03/10/2021), Dölen, Abdullah, **Müsadere Hukuku Ve Mülkiyet Hakkı**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Çığ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Mersin, 2020, s. 13.

¹⁰⁶Günday, Metin, **İdare Hukuku**, Genişletilmiş 8. Baskı, Ankara, İmaj Yayıncılık, 2003, s. 259.

¹⁰⁷Soygüt Arslan, s. 88.

kanunda kabahat olarak düzenlenen dilencilik eyleminde; dilencilik sonucu elde edilen menfaate el konulup mülkiyetin kamuya geçirilmesi bir kolluk tedbiridir¹⁰⁸.

Kanaatimizce müsadere bir kolluk tedbiri değildir. Zira kolluk tedbirinin uygulanması için, bir suçun işlenmesine gerek olmadığı gibi hâkim kararına da gerek yoktur. Ayrıca bir tür idari işlem olan kolluk tedbiri, diğer idari işlemler gibi, hukuka uygunluk karinesinden yararlanır, tek yanlıdır ve hukuk düzeni içinde kendiliğinden sonuç doğururken¹⁰⁹; müsadere ise; güvenlik tedbiri veya ceza olarak kabul edilse bile, suç işlendikten sonra uygulanan, tekrar suç işlenmesini önleme amacı güden, eşyanın ve failin tehlikeliliğini ortadan kaldırmak için uygulanan, bastırıcı, caydırıcı ve ıslah amacı güden bir kurumdur¹¹⁰. Kaldı ki, müsadere bir kolluk tedbirinden farklı olarak, ancak bir hâkim kararının varlığı halinde uygulanabilir.

Öğretide müsaderenin hukuki niteliğinin kolluk tedbiri olduğunu savunan yazarlar; bizatihi “*üretimi, kullanımı, taşınması, bulundurulması, satılması*” suç olan eşyanın müsaderesinin kolluk tedbirine benzediği hususundan hareket etmektedir¹¹¹. Öğretide Aydın, Boscarelli' nin müsaderenin kolluk tedbiri olduğuna yönelik görüşünün, 765 sayılı eski TCK'nın 36. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen “*üretimi, kullanımı, taşınması, bulundurulması, satılması cürüm veya kabahat oluşturan eşya bakımından*” anlam ifade ettiğini değerlendirmektedir¹¹². Aydın'ı, konusu suç olan eşya (suç teşkil eden) bakımından müsadereyi polis tedbiri olarak nitelendirmesine iten; öncelikle müsaderenin uygulanabilmesi için bir mahkûmiyet kararına gerek olmamasıdır¹¹³. 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*”. Yazar bu durumu emniyet tedbirlerinin ruhuna da uygun görmemektedir¹¹⁴.

Soygüt Arslan da; 5237 sayılı TCK'nın 54. maddesinin 4. fıkrasında da benzer şekilde “*üretimi, kullanımı, taşınması, bulundurulması, satılması suç olan eşyanın*” müsaderesi öngörülmekte olduğuna göre, bu görüşün bugün de geçerli olduğunun söylenebileceğini ifade etmektedir¹¹⁵. Soygüt Arslan konu ile ilgili verdiği ve Aydın'ın eserinde de yer alan örnekten

¹⁰⁸5326 sk. madde 33 “(1) Dilencilik yapan kişiye, elli Türk Lirası idarî para cezası verilir. Ayrıca, dilencilikten elde edilen gelire elkonularak mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilir. (2) Bu kabahat dolayısıyla idarî para cezasına ve elkoymaya kolluk veya belediye zabıta görevlileri, mülkiyetin kamuya geçirilmesine mülkî amir veya belediye encümeni karar verir”.

¹⁰⁹Ayrıntılı bilgi için bkz. Günday, s. 112 vd. ve 280 vd.

¹¹⁰Dölen, s. 11; Dülger (Müsadere), s. 58-59.

¹¹¹Boscarelli, Compendio di diritto penale, parte generale, 7a ed., Milano, Giuffrè, 1991, s. 339'dan Aktaran: Aydın(Malvarlığına İlişkin Emniyet Tedbiri), s. 146.

¹¹²Aydın(Malvarlığına İlişkin Emniyet Tedbiri), s. 146.

¹¹³Soygüt Arslan, s. 89; Aydın(Malvarlığına İlişkin Emniyet Tedbiri), s. 146.

¹¹⁴Aydın(Malvarlığına İlişkin Emniyet Tedbiri), s. 146-147; Soygüt Arslan, s. 89.

¹¹⁵Soygüt Arslan, s. 89.

hareketle “*çantasında ruhsatsız bir silah bulunan kişi daha sonradan ruhsatsız silah taşımak suçunun yargılamasında silahı çantasına başkasının koyduğunu kanıtlayıp beraat etse bile silahın müsadereye hükmüyle cezalandırılacaktır. Burada müsadereye, şeyin sanıkta yaratacağı tehlike nedeniyle değil, şeyin herkeste yaratacağı tehlike nedeniyle, yani polis tedbirlerine özgü bir tehlikelilik anlayışıyla hükmüyle cezalandırılacaktır. Yazar suç oluşturan eşya bakımından beraat kararı verilse bile müsadere uygulanır*” görüşüyle, müsadere TCK 54/4. maddesinde yer alan haliyle kolluk tedbirine benzediğini ifade etmiştir¹¹⁶. Son olarak yazar, 1412 sayılı mülga CMUK’ nın 392/2. maddesinde ve 5271 sayılı CMK’ nın 259. maddesinde yer alan suç konusu olmayan ancak müsadereye tabi olan eşyanın sulh ceza hâkimi kararı ile duruşma yapılmaksızın müsadere edilmesini de kolluk tedbirine benzetmektedir¹¹⁷.

Yukarıda da izah ettiğimiz üzere kolluk tedbirleri için hâkim kararına gerek yoktur. Sulh ceza hâkiminin duruşma yapmadan da olsa verdiği karar, yargısal (adli) nitelikli bir karardır. Yani sulh ceza hâkimi duruşma yapmasa da verdiği karar yargısal nitelikten çıkmaz ve onu idari nitelikte olan kolluk tedbiri haline getirmez. Ayrıca 5326 sayılı Kabahatler Kanununda da istisnai olarak, kabahat nedeniyle mahkemeye idari yaptırım uygulama yetkisi verilmiştir¹¹⁸. Ancak bu karar idari yaptırımı yargısal bir işleme dönüştürmez. Yani idari yaptırım yine bir idari işlem niteliğinde olacaktır. Tüm bu nedenlerle yargısal bir karar ile mülkiyetin devlete geçtiği müsadere yaptırımı kanaatimizce kolluk tedbiri olamaz. Son olarak bizim düşüncemize göre, ruhsatsız bir silah çantasında çıkan kişiye ait olmasa bile, çantaya silahı koyan kişi ruhsatsız silahı taşıyarak suç işlemiştir. Yani dolaylı da olsa ruhsatsız silah bakımından bir suçun varlığı söz konusudur. Tüm bu hususlar gözetildiğinde suç konusu olmayan eşyanın müsadere edilmesi, kanaatimizce bir kolluk tedbiri olarak değerlendirilemez.

1.3.1.6. Müsadereyi Sui Generis (Kendine Özgü) Bir Kurum Olarak Kabul Eden Görüş

Müsadere birden fazla hukuki niteliği içinde barındırdığı yönündeki yaklaşımlar, kurumun hukuki yapısının aslında kendine özgü olduğu fikrinin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Gerçekten de; müsadere mahkûmiyetin neticesi olarak uygulandığında ödetici, mahkûmiyet kararı olmaksızın uygulandığında ise önleyici bir niteliğe sahiptir¹¹⁹.

İçel/Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver’ e göre, suç işlemek suretiyle veya suç işlenmesi dolayısıyla elde edilen maddi menfaatin müsadere için, hukuka aykırı bir fiilin bulunması zorunludur. Eylemin taksirli veya kasıtlı olmasının müsadere bakımından bir

¹¹⁶Soygüt Arslan, s. 89, Aydın(Malvarlığına İlişkin Emniyet Tedbiri), s. 146.

¹¹⁷Soygüt Arslan, s. 89-90, Aydın(Malvarlığına İlişkin Emniyet Tedbiri), s. 146-147.

¹¹⁸5326 sk. md. 24 “Kovuşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde mahkeme tarafından idarî yaptırım kararı verilir.”

¹¹⁹Soygüt Arslan, s. 87.

önemi olmadığı gibi, müsadere için failin kusurlu olması da aranmaz. Elde edilen haksız kazancın suça iştirak edenler veya üçüncü kişiler lehine olmasının da bir önemi yoktur. Bu nedenlerle maddi menfaatlerin müsadereyi bir önlem niteliğindedir. Ancak bu tedbir, tehlikeli eşyanın müsadereinde olduğu gibi, koruyucu bir tedbir olmayıp kendine özgü bir önlemdir¹²⁰.

Erman da, hukuki nitelik bakımından ikili bir görüş benimsemiştir. Yazara göre; kanuni netice sıfatıyla müsadereyi, tedbir sıfatını taşıyan müsadereinden ayırt etmek gerekir. Kişi cezalandırıldığı için müsadere kararı veriliyorsa bu bir kanuni neticedir. Ceza verilmeden veya failin kim olduğu bilinmeden bile müsadere kararı verilebiliyorsa, bu durumda karar tedbir niteliğindedir¹²¹.

Ayrıca karşılaştırmalı hukuk alanında da müsadereinin hukuki niteliğinin kendine özgü bir yapıya sahip olduğu yönünde yaklaşımlar karşılık bulmaktadır. Bu yöndeki bir düzenlemeyi ihtiva eden Avusturya Ceza Kanunu'nda, organize suç örgütleri bakımından düzenlenen kazanç müsadereisinin işlevi tamamen değiştirilmiştir. Kazanç müsadereisi ile zenginleşmenin tamamen ortadan kaldırılması amaçlanmıştır. Bu nedenle, yapılan düzenleme ile kazanç müsadereisinin kendine özgü bir kurum olduğu savunulmuştur¹²². Alman hukukunda da müsadereinin Türk hukukundan farklı olarak güvenlik tedbirleri başlığı altında düzenlenmemesi ve bilakis düzenlemenin bağımsız bir başlık altında yer alması kurumun kendine özgü bir yapıda olduğu görüşünü ortaya çıkarmıştır¹²³.

Yine müsadereinin açıkça emniyet tedbiri olarak düzenlendiği İtalyan hukukunda, müsadere ile ilgili olarak yargıcın 202. maddeye göre “sosyal tehlikelilik saptaması” yapmasının 236. maddeye göre mümkün olmaması ve güvenlik tedbirlerine egemen bazı ilkelerin müsadereye uygulanmaması nedeniyle kurumun tam bir emniyet tedbiri olmadığı savunulmuştur. Düzenlemeye göre müsadereinin; mahkûmiyete bağlı hallerde ödetici, mahkûmiyete bağlı olmayan hallerde ise önleyici ve tedbir niteliğinde olması, kurumun kendine özgü bir tedbir olarak görülmesine neden olmuştur¹²⁴.

¹²⁰İçel, Kayıhan/Akıncı, Füsün Sokullu/Özgenç, İzzet/Sözüer, Adem/Mahmutoğlu, Fatih Selami/Ünver, Yener, **Yaptırım Teorisi**, İkinci Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2002, s. 125.

¹²¹Erman, Sahir, **Sosyal ve Ticari Ceza Tatbikatı**, Özel İktisadi ve Ticari İlimler Yüksek Okulu Yayınları, İstanbul, 1967, s. 89.

¹²²Barış 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. 283'ten Aktaran: **Soygüt Arslan**, s. 88.

¹²³Ersoy, Uğur/Can, Sibel, “Eşyanın Dosyada Delil Olarak Saklanması Kararı Üzerine Bir İnceleme” **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl 14, S 53, 2023, ss. 285-310, s. 300.

¹²⁴Aydın(Malvarlığına İlişkin Emniyet Tedbiri), s. 145.

1.3.2. Değerlendirme

Müsaderenin hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar, gerek hukukumuzda ve gerekse karşılaştırmalı hukukta uzun süreden beridir yürütülmektedir. Ancak iç hukukumuz bakımından 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan açık ifadelerle müsaderenin hukuki niteliği bakımından tartışmaların sona erdirilmek istendiği ifade olunmalıdır. Gerçekten de kanunun 54 ve 55. maddelerinde düzenlenen müsadere kurumu için kanun koyucu açıkça hukuki nitelik olarak, “*güvenlik tedbiri*” ifadesini kullanmıştır.

Müsaderenin kanunun sistematigi içindeki yeri de esas alındığında, kurumun artık hukuki niteliğinin “*ceza*” olarak kabul edilmesi imkânı da kalmamıştır. Yine düzenlemeye göre müsadereye hükmedilmesi için kasıtlı bir suçun varlığı yeterli olup, ne bir ceza mahkûmiyetine ne de failin kusuruna ihtiyaç yoktur. 5237 sayılı kanunun 54 ve 70. maddelerinin gerekçesinde de açıkça kurumun bir güvenlik tedbiri olarak kabul edildiği izah edilmiştir¹²⁵.

Fakat bir kurumun hukuki niteliğinin tespitinde, kanaatimizce sırf kanunun lafzi anlatımına ve kanun koyucunun bu yöndeki açıklamalarına bakılarak karar verilmemelidir. Her ne kadar bu hususlar yol gösterici nitelikte olsa da, konuya dair isabetli bir değerlendirme bakımından kazanç müsaderesinin, ilgili hakkında uygulanması ve kurumun fail üzerinde yarattığı etki ile kanunun ruhu da hukuki nitelendirmede önemslenmelidir düşüncesindeyiz. Örneğin, uyuşturucu maddenin naklinde kullanılan tırın müsadere edilmesi, fail bakımından suç işlenmesinin önlenmesine yönelik bir tedbirden daha çok, failde yarattığı etki bakımından gerçekten bedel ödetici ve korkutucu nitelikte bir cezadır.

Özellikle çalışma konumuz olan kazanç müsaderesinde; suçtan elde edilen ekonomik menfaatlerin dönüştürülmesi veya değerlendirilmesi sonucu elde edilen menfaatlerin müsaderesi, suça konu olan ekonomik değerlerden daha fazlasının müsaderesi anlamına geldiği için fail bakımından tam anlamıyla bir cezadır. Örneğin tefecilik suçundan elde edilen gelirin harcanması ile alınan ve alındığı tarihteki bedele göre çok daha fazla değer kazanan bir aracın kazanç müsaderesine tabi tutulması, fail de ceza etkisi yaratacak bir olaydır. Çünkü örnekte belirtildiği üzere; kanaatimizce burada kazanç müsaderesi yaptırımının amacı eşyanın tehlikeliliğini ortadan kaldırmaktan çok bedel ödetmeye yöneliktir.

¹²⁵ **54. madde gerekçesi** “Yapılan yeni düzenleme ile getirilen temel değişiklik, müsaderenin hukuki niteliğinin bir güvenlik tedbiri olduğunun kabul edilmesidir. İşte bu nedenledir 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 cezalandırılamasa dahi, müsaderesine hükmedilebilecektir” **70. madde gerekçesi** “Bir güvenlik tedbiri olarak öngörülen müsadere açısından ayrı bir zamanaşımı süresi belirlenmiştir”

Buna karşın yukarıda da belirttiğimiz üzere, yargı uygulamasında müsadere güvenlik tedbiri olduğu yönündeki yaklaşım hakim yaklaşım olmuştur. Konuya dair verilmiş olan yakın tarihli bir Yargıtay kararında “...Ancak; Müsadere 5237 sayılı TCK'nın 54 ve 55. maddelerinde düzenlenmiş olup, bir güvenlik tedbiridir...” ifadeleriyle müsadere 5237 sayılı kanunda açıkça güvenlik tedbiri olarak kabul edilmesine vurgu yapılmıştır¹²⁶. Yine yüksek mahkemenin bir başka kararında müsadere güvenlik tedbiri olarak değerlendirilmiş ve hukuk sistemimizde sadece cezalar bakımından kabul edilen “aleyhe değiştirme yasağının” müsadere hukuki niteliği gereği, müsadere yargılaması için geçerli olmadığı vurgulanmıştır. Ancak bahis konusu kararda karşı oy kullanan bir üye de müsadere hukuki niteliğinin ceza olarak kabul edilmesi ve aleyhe değiştirme yasağı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde görüş belirtmiştir¹²⁷. Aleyhe değiştirme yasağı; sanığın hakkında verilen kararın,

¹²⁶Yar., 6. CD., 08.06.2021 T., 2020/11456 E., 2021/10752 K., **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 12/12/2021)

¹²⁷“...5237 sayılı TCY'nın 54. maddesinde düzenlenen eşya müsadere hukuksal niteliği itibarıyla bir ceza değil güvenlik tedbiri olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Gerek 1412 sayılı CYUY'nın 326/4, gerekse 5271 sayılı CYY'nın 307/4. maddesinde yer alan yalnızca hükmolunan ceza yönünden söz konusu olup, cezalar da 5237 sayılı TCY'nın 45. maddesinde; hapis ve adli para cezaları olarak sayıldığından, cezalar arasında gösterilmeyen güvenlik tedbirleri ile diğer kurumların ve bu arada zoralım kararlarının bu kapsamda değerlendirilmeyeceği ve hükümde yaptırım olarak güvenlik tedbiri uygulamasına yer verilmemesinin sanık açısından konu oluşturmayaacağı Ceza Genel Kurulunca duraksamasız olarak kabul edilegelmiştir. Nitekim zoralımı meşru kılan başlıca sebep, zor alınacak maddenin bizzatıhi memnu olmasa bile suçta kullanılmış olması delaletiyle, suçlu tarafından başka suçlarda da aynı veçhile kullanılabilmesi ihtimali karşısında, fail elinde zararlı ve tehlikeli bir mahiyet almış olmasıdır. Kanundaki kaydının tazammun edeceği maksat ve mana budur> şeklindeki Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 25.04.1983 gün ve 92-191 sayılı kararı ile bir konuda zoralım kararı verilmesinin sanık aleyhine etki yapması olanaksız olduğu gibi, 5237 sayılı TCY'nda müsadere ceza türlerinden olmayıp güvenlik tedbiri olarak düzenlendiği de dikkate alındığında, 5271 sayılı Ceza Yargılaması Yasasının 309. maddesinde yasa yararına bozma hallerinde, aleyhe değiştirmeme yasağının ile sınırlı tutuluşu karşısında, artık aleyhe sonuç doğurup doğurmaması herhangi bir önem taşımayacaktır> şeklindeki Ceza Genel Kurulunun 19.06.2006 gün ve 199-188 sayılı kararı ile bu karara atıf yapan 11.05.2010 gün, 87-112 ve 05.07.2011 gün, 119-162 sayılı kararları da bu doğrultudadır. Niteliği itibarıyla zoralıma tabi olmayan bir eşyanın müsadere edilebilmesi için, kasten işlenen bir suçun varlığı zorunlu olmakla birlikte, bu suçtan dolayı failin cezalandırılması şart değildir. Suçun işlenmesinde kullanılan eşya, failin yaş küçüklüğü veya akıl hastalığı nedeniyle cezalandırılmadığı hallerde de müsadere edilebilecektir. Bunun yanında, zoralım kararı verilmesi gereken durumlarda bir kamu davası açılmamış veya kamu davası açılmakla birlikte müsadere isteminde bulunulmamış ya da istemde bulunulmasına karşın bu konuda bir karar verilmemiş ise, ayrı bir müsadere yargılamasına ihtiyaç duyulacağı da açıktır. Bu nedenle yasa koyucu, 5271 sayılı Ceza Yargılaması Yasasında güvenlik tedbirlerinden yalnızca eşya müsadereğine ilişkin bir yargılama usulünü düzenlemiştir. Anılan Yasanın 256. maddesinde; <müsadere kararı verilmesi gereken hallerde, kamu davası açılmamış veya kamu davası açılmış olup da esasla beraber bir karar verilmemiş ise; karar verilmesi için, Cumhuriyet savcısı veya katılan, davayı görmeye yetkili mahkemeye başvurabilir> hükmüne yer verilmiştir. Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; Güvenlik tedbiri niteliğindeki zoralıma karar verilmemesi aleyhe bozma yasağına konu olamayacaktır. Ulaşılan bu sonuç nedeniyle yerel mahkemeye, getirilen trafik tescil kaydına göre sanık M... Ç... 'a ait bulunan, sanık savunmaları ve katılan beyanları doğrultusunda nitelikli yağma ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarında kullanıldığı anlaşılan, usulüne uygun olarak el konulan ve iddianame ile de zoralımına karar verilmesi talep edilen 34 . 45.. plaka sayılı aracın zoralımına karar verilmemesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu itibarla, Yargıtay 6. Ceza Dairesinin eleştirili onama kararı isabetli olmadığından, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulü ile Özel Daire onama kararının sanık M... Ç... yönünden kaldırılmasına ve yerel mahkeme hükmünün suçta kullanılan 34 J 45.. plakalı aracın zoralımına karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmelidir. Çoğunluk görüşüne katılmayan bir Genel Kurul Üyesi ise; müsadere her ne kadar bir güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiş ise de özünde bir ceza olması nedeniyle aleyhe bozma yasağı kapsamında değerlendirilmelidir> görüşüyle itirazın reddi yönünde karşı oy

ağırlaşaacağı yönünde herhangi bir endişe ve korku içinde olmadan, karara karşı kanun yoluna başvurabilmesini amaçlayan bir kuraldır¹²⁸. Aleyhe değiştirme yasağı kuralı; hukuk sistemimizde 5271 sayılı CMK’ nın 283. maddesinde “*İstinaf yoluna yalnız sanık lehine başvurulmuşsa, yeniden verilen hüküm, önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz*”, 307/5. maddede “*Hüküm yalnız sanık tarafından veya onun lehine Cumhuriyet savcısı veya 262 nci maddede gösterilen kimselerce temyiz edilmişse, yeniden verilen hüküm, önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz*” ve 323/2. maddede “*Yargılamanın yenilenmesi istemi hükümlünün lehine olarak yapılmışsa, yeniden verilecek hüküm önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır bir cezayı içeremez*” şeklinde düzenlenmiştir. Düzenlemede açıkça ceza kavramı kullanılmasına rağmen, aleyhe değiştirme yasağının kapsamı noktasında, öğretide tartışmalar halen daha devam etmektedir. Öğretide bizim de katıldığımız bir görüş; kanun metnine bağlı kalınması ve kuralın kapsamının “ceza” kavramının içinde kalınarak yorumlanmasını savunmaktadır¹²⁹. Öğretide diğer görüş ise; kanunda geçen ceza kavramının daha geniş yorumlanması ve “yaptırım” olarak kabul edilmesini, bu şekilde yapılacak yorumun kuralın amacına daha uygun olduğunu ifade etmektedir¹³⁰. Bu tartışmanın konumuz açısından önemi ise; aleyhe değiştirme kuralının kapsamının geniş yorumlanması halinde müsadere de, bu kural kapsamı içinde olacaktır. Fakat bizim de katıldığımız kuralın kanunda sadece “cezalar” için düzenlendiği görüşü ve müsadere TCK’ da görüşümüz aksine açıkça güvenlik tedbiri olarak düzenlenmesinden dolayı, aleyhe değiştirme yasağı kuralı müsadere bakımından uygulanmayacaktır.

Konu hakkında uluslararası hukukta da görüş birliği bulunmamaktadır. Ancak iç hukukumuz bakımından da bağlayıcı nitelikte bulunan AİHM içtihatlarında konuya dair yapılan değerlendirme kanaatimizce, yol gösterici nitelik taşımaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de; Welch/Birleşik Krallık davasında “*Yukarıda dile getirilen cezai nitelikteki unsurlar göz önüne alındığında [yani müsadere emrinin uyuşturucu ticaretinden elde edilen gelirler üzerine uygulanması ve gerçek zenginleşme veya kâr ile sınırlanmamış olması; dava yargıcının, emrin miktarını belirlemek konusunda davalının suçluluk derecesini göz önüne almakta kullandığı takdir yetkisi; ve suçu işleyen borcunu ödememesi durumunda*

kullanmıştır...” YCGK., 20.12.2011, 2011/6-219 E., 2011/280 K., **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 12/12/2021)

¹²⁸Karakehya, Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 5. Baskı, Nisan Kitabevi, Eskişehir, 2023, s. 488; Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Gezer, Özge Sırma/Kırıt, Yasemin F. Saygılar/Akcan, Esra Alan/Özaydın, Özdem/ Tütüncü, Efser Erden/Villemin, Derya Altınok/Tok, Mehmet Can, **Nazari Ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 681; Centel, Nur/Zafer, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 21. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 898.

¹²⁹Karakehya, s. 487-489; Dülger, Murat Volkan/Taşkın, Şaban Cankat, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 784; Centel/Zafer, s. 899; Ersoy, s. 202-203.

¹³⁰Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Akcan/Özaydın/Tütüncü/Villemin/Tok, s. 681; Çınar, s. 653; Özbek/Doğan/Bacaksız(Ceza Muhakemesi Hukuku), s. 753-754.

mahkûmiyet olasılığı bir arada ele alındığında, bütün bunlar, diğer hususların yanı sıra, bir cezalandırma rejiminin unsurlarını teşkil eder [...]], söz konusu davanın şartları içerisinde müsadere kararı bir ceza niteliğindedir. Dolayısıyla, 7. Madde 1. fıkranın ihlali söz konusudur (madde 7-1)” ifadelerini kullanarak, müsaderenin hukuki niteliği bakımından ceza görüşünü ortaya koymuştur¹³¹.

Kanaatimizce her ne kadar kazanç müsaderesi 5237 sayılı kanunda açıkça güvenlik tedbiri olarak düzenlenmek istenmişse de, kurum kendi içinde hem cezanın hem de güvenlik tedbirlerinin özelliğini taşımaktadır¹³². Örneğin tefecilik suçunda (TCK md. 241)¹³³; suç nedeniyle elde edilen paranın (faizin) yanında, suça konu edilen anaparanın da müsaderesi mümkündür¹³⁴. İşte anaparanın ve faizin müsadere edilmesi, fail bakımından hem bir güvenlik tedbiri, hem de bir cezadır. Çünkü suça konu kazancın müsaderesi ile fail tekrar suç işlemek istese bile; elindeki parayı kaybettiği için hem suçu tekrar işleyemeyecek hem de suça konu faiz ve anaparanın her ikisi birden kaybedildiği için, fail bakımından kazanç müsaderesi bir cezalandırma (bedel ödetici) aracı olacaktır. Tüm bu nedenlerle kazanç müsaderesinin kendine özgü bir kurum olduğunu düşünmekteyiz.

1.4. Kazanç Müsaderesinin Diğer Kurumlarla İlişkisi

Hukuk sistemimizde kazanç müsaderesinin benzerlik gösterdiği hukuki kurumlar bulunmakta olup; kazanç müsaderesi özellikle uygulamada bu kurumlarla karıştırılabilmektedir. Çalışma konumuzun daha iyi anlaşılması açısından, bu başlık altında müsadere kurumu ile çok karıştırılan diğer hukuki kurumlar irdelenecek ve kazanç müsaderesi ile bu kuramların benzer ve farklı olan yönleri üzerine açıklamalar yapılacaktır.

1.4.1. Kazanç Müsaderesinin El Koyma ile Karşılaştırılması

El koyma; ispat aracı olarak yararlı olan veya eşya ve kazanç müsaderesinin konusu olan şeylerin sahibinin rızasına aykırı şekilde geçici olarak soruşturma makamınca koruma

¹³¹Welch/Birleşik Krallık Davası, 9 Şubat 1995, BN: 17440/90, Dutertre, Gilles, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler**, Avrupa Konseyi Yayınları, Almanya, 2003, s. 191, <https://www.anayasa.gov.tr/media/3600/aihmkararlarindanornekler.pdf>, (Erişim Tarihi: 13/12/2021).

¹³²Baş, Eylem, **Ceza Hukukunda Fail Ve Mağdur(Fail ve Mağdur)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 463.

¹³³**TCK md. 241** “(1) Kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para veren kişi, iki yıldan altı yıla kadar hapis ve beşyüz günden beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. (2) (Ek:14/4/2020-7242/14 md.) Suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde verilecek ceza bir kat artırılır”

¹³⁴“Dairemizce de benimsenen Ceza Genel Kurulunun 16/12/2008 gün ve 2008/146-235 sayılı Kararı karşısında, tefecilik suçunda ancak el konulmuş olması halinde, bu suçun konusunu oluşturan değer niteliğindeki ana paranın TCK'nın 55/1. maddesi uyarınca müsadere edilebileceği, TCK'nın 55/2. maddesine göre de suçun konusunu oluşturan değerın sanık tarafından tahsil edilmiş olması halinde müsadere edileceği ancak dosya kapsamında bu konuda bir tespitin olmadığı gözetilmeden, koşulları oluşmadığı halde yazılı şekilde müsadere kararı verilmesi” Yar. 9. CD. 21.01.2021, 2020/3808 E., 2021/234 K. **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 12/12/2021)

altına alınmasıdır¹³⁵. Kavram olarak el koyma, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 4. maddesinde “*Suçun veya tehlikelerin önlenmesi amacıyla veya suçun delili olabileceği veya müsadereye tâbi olduğu için, bir eşya üzerinde, rızası olmamasına rağmen, zilyedin tasarruf yetkisinin kaldırılması işlemi*” olarak tanımlanmıştır¹³⁶. El koyma kurumu 5271 sayılı kanunun 123. maddesinde “*İspat 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 el konulabilir*” şeklinde düzenlenmiştir. Kanuna göre zilyedinin rızasıyla teslim ettiği şeyler muhafaza altına alınmakta, rıza göstermediği durumlarda ise, bu eşya ve kazançlara el konulabilmektedir¹³⁷. El koyma kurumu, 5237 sayılı CMK’ nın Birinci Kitap Dördüncü Kısımda yer alan Koruma Tedbirleri başlığı altında düzenlenmiştir. Bu durumda el koymanın hukuki niteliği bir koruma tedbiridir¹³⁸.

Koruma tedbirleri, ceza yargılamasında hükümden önce ve verilecek hükmün infazının garanti altına alınması amacıyla veya yargılamanın sağlıklı olarak ilerlemesi için kural olarak hâkim kararıyla verilen ve temel hak ve özgürlüklere müdahale içeren kurumlardır¹³⁹. Kazanç müsadere ise, daha önce belirttiğimiz üzere ceza ve güvenlik tedbirlerinin özelliğini taşıyan bir yaptırım olarak sui generis (kendine özgü) bir kurumdur.

El koyma ve kazanç müsaderesinin hukuki niteliğindeki bu fark, kurumların uygulanma zamanı bakımından da farklılık oluşturmaktadır. Müsadere hükmün kesinleşmesinden sonra uygulanacak iken, el koyma ise hükümden önce uygulanmaktadır¹⁴⁰. Aslında el koyma delillerin muhafazası ile sağlıklı bir yargılamanın yapılması sağlamaktayken, aynı zamanda eşya veya kazancın hükümden önce adli makamlarca ele

¹³⁵Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 481; Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 21. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 427; “*Elkoyma, ceza muhakemesinde delil olabilecek veya müsadere edilebilecek bir malvarlığı değeri üzerinde zilyedin sahip bulunduğu tasarruf yetkisinin kaldırılmasıdır*” Şahin, Cumhur/Göktürk, Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 13. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 350; Dülger/Taşkın, s. 438; Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, **Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 16. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2008, s. 1026; Yıldız, Hüseyin Serkan, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma**(Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010, s. 10; Çöpoğlu, Hakan Serdar, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 179-180.

¹³⁶RG, 01 Haziran 2005, Sayı 25832

¹³⁷Centel/Zafer, s. 467; Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Akcan/Özaydın/Tütüncü/Villemin/Tok, s. 516; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1027.

¹³⁸Genç, Sinan, **Suç Gelirlerinin Geri Alımı** (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli, 2014 s. 75; Özbek/Doğan/Bacaksız(Ceza Muhakemesi Hukuku), s. 347; Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 406.

¹³⁹Turinay, Faruk Yasin, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirlerinin Sınıflandırılması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı 70, Cilt 2, 2021, ss. 475 – 541, s. 478 – 479; Toroslu, Nevzat/Feyzioğlu, Metin, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 5. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2006, s. 210-211; Bıçak, Vahit, **Suç Muhakemesi Hukuku**, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 482-483; Karakehya, s. 213-214.

¹⁴⁰Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 484; Genç, s. 75; Çöpoğlu, s. 189.

geçirilmesini, bu sayede müsadere kararının infazını da sağlamaktadır. Yani el koyma müsadere bakımından ön gelen bir kurumdur. Nitekim koruma tedbirlerinin temel bir özelliği, bunların amaç değil, araç olmalarıdır¹⁴¹ ve bu yönüyle el koyma, aynı zamanda yargılama sonucu verilecek müsadere hükmünün gerçekleştirilebilmesi için bir araç sıfatı taşıyacaktır.

El koyma ve müsadere amaç bakımından da farklılık göstermektedir. El koyma delillerin güvenli şekilde soruşturma makamlarının elinde olmasını ve kararın infazının mümkün olmasını sağlar. Müsadere ise, gerek ceza gerek güvenlik tedbiri olarak ıslah ve tekrar suç işlenmesinin önlenmesini amaçlar¹⁴².

Her iki hukuki kurumun konu bakımından benzerlikleri bulunmaktadır. El koyma tedbirine konu şeyler müsaderenin konusu olan eşya veya kazançtan daha geniştir. Müsaderenin konusu olan eşya ve kazanç el koyma tedbirinin de konusudur. Fakat müsadere konusu olmayan ancak yargılama için delil niteliğinde olan eşyalarda, el koyma tedbirinin konusunu oluşturabilir¹⁴³.

İki kurum arasındaki diğer bir farklılık, bunlara dayanak suçların niteliği bakımından da karşımıza çıkmaktadır. El koyma tedbiri hem kasıtlı, hem de taksirli suçlar bakımından mümkünken; müsadere sadece kasıtlı suçlarda uygulanabilen bir kurumdur¹⁴⁴.

El koyma ve müsadere kararlarının ortaya çıkardığı hukuki sonuçlar bakımından da farklılıklar bulunmaktadır. Öncelikle müsadere kararının kesinleşmesiyle eşya veya kazancın mülkiyeti devlete geçer. Fakat el koyma tedbirinin uygulanması ile eşyanın zilyetliği geçici olarak adli makamlara geçmektedir. Yani eşyanın mülkiyetinde herhangi bir değişiklik olmamakta; sadece zilyedin yetkileri geçici olarak kısıtlanmaktadır¹⁴⁵. Tüm bu nedenlerden ötürü, el koyma geçici iken müsadere kalıcı nitelikte bir uygulamadır¹⁴⁶. El koymanın geçici olmasından dolayı mülkiyet el koyma anında değil müsadere kararının kesinleşmesi ile devlete geçmektedir¹⁴⁷. Son olarak el koyma ile müsaderenin kalıcılık noktasında benzer bir özelliği vardır. El konulan şeylerin delil olarak muhafazasına gerek olmaması veya müsadereye tabi olmayacağının anlaşılması halinde; şüpheli, sanık, üçüncü kişi veya suçtan

¹⁴¹Centel/Zafer, s. 376; Ünver/Hakeri, s. 331.

¹⁴²Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 484; Acar, s. 94; Ünver/Hakeri, s. 427; Genç, s. 76-77.

¹⁴³Soygüt Arslan, s. 215.

¹⁴⁴Acar, s. 94; Gedik, s. 73; “Eşya müsaderesi bakımından kanunda açıkça kasıtlı bir suçun işlenmesinin aranmasına karşılık, kazanç müsaderesinde sadece “bir suçun” işlenmesinden söz edilmesi nedeniyle konu tartışma yaratmıştır. Öğretide hakim görüş, müsaderenin kasten işlenen suçlarda uygulanabileceği yönündedir” Soygüt Arslan, s. 217.

¹⁴⁵Acar, s. 95; Günler, s. 857; Özbek/Doğan/Bacaksız(Ceza Muhakemesi Hukuku), s. 348.

¹⁴⁶Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 484; Özbek/Doğan/Bacaksız(Ceza Muhakemesi Hukuku), s. 348.

¹⁴⁷Dalkılıç, s. 77; Soygüt Arslan, s. 219.

zarar görene el konulan iade edilebilecektir¹⁴⁸. Fakat muhafaza esnasında bozulabilecek, değer kaybına uğrayacak veya zarar görebilecek eşyalar ise hüküm kesinleşmeden elden çıkarılabilecektir¹⁴⁹. İşte böyle bir durumda müsadere ile benzer şekilde eşyanın kalıcı olarak mülkiyetinin kaybedilmesi söz konusu olacaktır¹⁵⁰.

Müsadere 5237 sayılı TCK'nın 54. ve 55. maddelerinde düzenlenmiş, müsadere usulü de 5271 sayılı CMK'nın 256 ve devamı maddelerinde yer almıştır. El koyma ise CMK'nın 123 ve devamı maddelerinde düzenlemiştir¹⁵¹. Müsadere bakımından CMK'nın 259/1. maddesinde düzenlenen “Suç konusu olmayıp sadece müsadereye tâbi bulunan eşyanın müsadereye sulh ceza hâkimi tarafından duruşma yapılmaksızın karar verilir” şeklindeki istisnai düzenleme dışında mahkeme tarafından duruşma yapılarak hüküm verilir¹⁵².

El koyma kararı ise, kural olarak sulh ceza hâkimi tarafından verilebilir. Hâkim dosya üzerinden duruşma yapılmaksızın karar verir. Fakat gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı ve C. Savcısına ulaşılamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile el koyma kararı verilebilir¹⁵³. Ayrıca bazı hallerde el koyma hâkim kararı olmaksızın idari makamlar tarafından da verilebilmektedir¹⁵⁴.

¹⁴⁸**CMK md. 131** “(1) Şüpheliye, sanığa veya üçüncü kişilere ait elkonulmuş eşyanın, soruşturma ve kovuşturma bakımından muhafazasına gerek kalmaması veya müsadereye tabi tutulmayacağına anlaşıldığı halde, re'sen veya istem üzerine geri verilmesine Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından karar verilir. İstem reddi kararlarına itiraz edilebilir. (2) 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”

¹⁴⁹**CMK md. 132/1** “Elkonulan eşya, zarara uğraması veya değerinde esaslı ölçüde kayıp meydana gelme tehlikesinin varlığı halinde, hükmün kesinleşmesinden önce elden çıkarılabilir”

¹⁵⁰**Soygüt Arslan**, s. 219; “Bu durumda, müsadere kararının konusunu, eşyanın elden çıkarılmasından elde edilen değer oluşturur” **Centel/Zafer**, s. 477.

¹⁵¹**Gedik**, s. 73 – 74.

¹⁵²**Acar**, s. 96; **CMK md. 257/1** “256 ncı maddeye göre verilmesi gereken kararlar, duruşmalı olarak verilir”

¹⁵³**CMK md. 127** “(1) Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri, elkoyma işlemini gerçekleştirebilir. (2) Kolluk görevlisinin açık kimliği, elkoyma işlemine ilişkin tutanağa geçirilir. (3) Hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işlemi, yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde elkoyma kendiliğinden kalkar. (4) Zilyedliğinde bulunan eşya veya diğer malvarlığı değerlerine elkonulan kimse, hâkimden her zaman bu konuda bir karar verilmesini isteyebilir. (5) Elkoyma işlemi, suçtan zarar gören mağdura gecikmeksizin bildirilir. (6) Askeri mahallerde yapılacak elkoyma işlemi, Cumhuriyet savcısının nezaretinde askeri makamların katılımıyla adli kolluk görevlileri tarafından yerine getirilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle de askeri makamların katılımıyla adli kolluk görevlileri tarafından elkoyma işlemi yapılabilir”; **Çöpoğlu**, s. 189.

¹⁵⁴**6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanunun 5. Maddesi** “(1) Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin 1267 (1999), 1988 (2011), 1989 (2011) ve 2253 (2015) sayılı kararlarıyla listelenen kişi, kuruluş veya organizasyonların tasarrufunda bulunan malvarlığının dondurulması kararları ve bu listelerden çıkarılanlara ilişkin malvarlığının dondurulmasının kaldırılması kararlarının uygulanmasına yönelik Cumhurbaşkanlığı kararı, Resmî Gazete’de yayımlanır ve gecikmeksizin uygulanır. (2) Alınan kararlar, Dışişleri Bakanlığı tarafından Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyine bildirilir. (3) Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi kararlarına karşı yapılacak başvurular Başkanlık tarafından Dışişleri Bakanlığı aracılığıyla Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyine iletilir. (4) 3 üncü ve 4 üncü madde kapsamına giren fiillerin gerçekleştirildiği hususunda makul sebeplerin varlığına istinaden Değerlendirme Komisyonunun önerisi üzerine Cumhurbaşkanlığı tarafından kişi, kuruluş veya organizasyonların Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin 1267 (1999), 1988

El koyma ile müsadere arasında üzerinde duracağımız son fark; bu kurumların uygulanmasında, makamlara tanınan takdir yetkisidir. Bu perspektiften bakıldığında kanuni şartların tamamlandığı durumlarda, kural olarak müsadere kararı verilmesi mecburi iken; el koyma ise CMK madde 123/2'deki “yanında bulunduran kişinin rızasıyla teslim etmediği bu tür eşyaya elkonulabilir” şeklindeki düzenleme gereği ihtiyaridir¹⁵⁵.

1.4.2. Kazanç Müsaderesinin Muhafaza Altına Alma ile Karşılaştırılması

Yargılama açısından ispat aracı veya önemli kabul edilen delillerin veya eşya ve kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan şeylerin, elinde bulunduranın rızasıyla teslimine muhafaza altına alma denilmektedir¹⁵⁶. Muhafaza altına almada; delil veya müsadereye tabi eşya yetkili makamların zor kullanması ile zilyetten alınmamaktadır. Bilakis elinde bulunduran yani zilyet, kendi rızası ile eşyayı soruşturma veya kovuşturma makamlarına veya adli kolluk birimine teslim etmektedir.

CMK'da muhafaza altına almanın bir tanımı yoktur. Ancak muhafaza altına alma; CMK md. 123' de “İspat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri, muhafaza altına alınır. (2) Yanında bulunduran kişinin rızasıyla teslim etmediği bu tür eşyaya elkonulabilir” şeklindeki düzenlenmiştir. Buna göre, mahfaza altına almaya; müsadereye konu veya delil olarak elde bulundurulması yararlı görülen eşyayı elinde bulunduranın rızasıyla teslim etmesi halinde ortaya çıkan kurum diyebiliriz.

Muhafaza altına alma kurumuna dair bir tanım, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nde bulunmaktadır. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 4 maddesine göre muhafaza altına alma “suçun veya tehlikelerin önlenmesi ya da delil olabilecek veya müsadereye tâbi olan yahut güvenliğin sağlanması amacıyla, eşyayı zilyedinin kendiliğinden vermesini veya el konulana kadar geçici olarak alıkoymayı ifade eder “ şeklinde tanımlanmıştır.

Muhafaza altına alma aslında el koymanın farklı bir şeklidir. Yani delil veya müsadereye tabi eşyanın adli makamlar uhdesinde olması bakımından el koymadan tek farkı zilyedinden rızayla alınmasıdır¹⁵⁷. Bu bakımdan yukarıda açıkladığımız müsadere ve el koyma arasındaki farklar muhafaza altına alma ve müsadere arasındaki farklarla aynıdır.

(2011), 1989 (2011) ve 2253 (2015) sayılı kararları ile bu kararlara dayanılarak çıkarılan müteakip kararlar uyarınca malvarlığının dondurulmasına ilişkin oluşturulan listelere eklenmesi ve bu makul sebeplerin ortadan kalkması hâlinde listelerden çıkarılması Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyine teklif edilebilir. Cumhurbaşkanının teklifi Dışişleri Bakanlığı tarafından Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyine bildirilir”

¹⁵⁵ Gedik, s. 73; Genç(Müsadere), s. 34; Tünay, s. 21.

¹⁵⁶ Yıldız(Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma), s. 132.

¹⁵⁷ Çöpöğlu, s. 171.

Muhafaza altına alma da bir geçici nitelikte koruma tedbiri iken müsadere kalıcı nitelikte bir uygulamadır. Son olarak müsadere mahkeme kararı ile uygulanan ve mülkiyeti ortadan kaldıran bir yaptırım iken muhafaza altına alma kolluk tarafından uygulanan ve mülkiyeti değil daha çok zilyetliği kısıtlayan bir koruma tedbiridir¹⁵⁸.

1.4.3. Kazanç Müsaderesinin Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi ile Karşılaştırılması

5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunun kabulü ile kabahatler ceza kanunundan çıkarılmış ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ile ayrı bir düzenlemeye gidilmiştir¹⁵⁹. Kanun koyucunun bu tercihten sonra, kabahat nedeniyle bir eşya veya kazancın mülkiyetinin devlete geçirilmesi işlemine “*mülkiyetin kamuya geçirilmesi*” adı verilmiştir¹⁶⁰.

Mülkiyetin kamuya geçirilmesi kurumu 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 18. maddesinde düzenlenmiştir¹⁶¹. Esasen maddede sadece eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesi düzenlenmiş ise de; buradaki eşya kavramına kazanç veya gelir olgusu da dahildir. Örneğin kanunun 33. maddesinde yer alan “*dilencilik*” veya 34. maddesinde yer alan “*kumar*” kabahatlerinde elde edilen gelirin (kazanç) mülkiyetinin kamuya geçirileceği açık şekilde düzenlenmiştir¹⁶².

¹⁵⁸ Yıldız(Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma), s. 10; “Muhafaza altına almanın ayırıcı vasfı, zilyedinin eşyayı rızasıyla vermesinin yanında işlemin uygulanmasında, elkoyma için aranan şekil şartlarının aranmamasıdır” Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 482-483.

¹⁵⁹ Tünay, s. 22; Genç(Müsadere), s. 35.

¹⁶⁰ Alpsöy, Zeliha, “İdari Yaptırım Kavramı Ve Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26, S 45, 2021, ss. 261 – 303, s. 283 – 284, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu md. 16’nın gerekçesinden “Türk Ceza Kanununda müsadere, suç karşılığında bir güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiştir. Buna karşılık Tasanda, kavram kargaşasına neden olmamak için, kabahatlerle bağlantılı olarak müsadere kavramı yerine, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ifadesi kullanılmıştır. Bu yaptırımın konusunu oluşturan eşya ve sair malvarlığı değerinin mülkiyetinin Devlete veya sair bir kamu kurum ve kuruluşuna geçmesi söz konusu olabileceği için, mülkiyetin Devlete geçirilmesi ifadesi değil, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ifadesi benimsenmiştir” Sinerji Mevzuat Programı (Erişim Tarihi: 15.10.2023).

¹⁶¹ 5326 sayılı kanun md. 18 “(1) Kabahatin konusunu oluşturan veya işlenmesi suretiyle elde edilen eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesine, ancak kanunda açık hüküm bulunan hallerde karar verilebilir. (2) Mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin karar, 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. (3) Mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin karar kesinleşinceye kadar ilgili kamu kurum ve kuruluşu tarafından eşyaya elkonulabileceği gibi; eşya, kişilerin muhafazasına da bırakılabilir. (4) Eşyanın mülkiyeti, kanunda açık hüküm bulunan hallerde ilgili kamu kurum ve kuruluşuna, aksi takdirde Devlete geçer. (5) Eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilebilmesi için fail hakkında idarî para cezası veya başka bir idarî yaptırım kararı verilmiş olması şart değildir. (6) Kaim değer mülkiyetinin kamuya geçirilmesine de karar verilebilir. (7) Mülkiyeti kamuya geçirilen eşya, başka suretle değerlendirilmesi mümkün olmazsa imha edilir. (8) Mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin karar, kesinleşmesi halinde yerine getirilir”

¹⁶² 5326 sayılı kanun md. 33 “Dilencilik yapan kişiye, elli Türk Lirası idarî para cezası verilir. Ayrıca, dilencilikten elde edilen gelire elkonularak mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilir” md. 34 “Kumar oynayan kişiye, bin Türk Lirası idarî para cezası verilir. Ayrıca, kumardan elde edilen gelire elkonularak mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilir”.

Müşadere ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi, özünde mülkiyete devlet gücü ile el atma bakımından birbirlerine benzer kurumlar olsa da, esas ve usul bakımından birbirlerinden ayrılmaktadır¹⁶³.

Mülkiyetin kamuya geçirilmesi kurumunun uygulanması için kabahatin düzenlendiği ilgili maddede açık hüküm bulunması gerekirken¹⁶⁴, müşadere bakımından eşya veya kazancın işlenen suçla bağlantısının olması yeterlidir. Yani eşya veya kazanç müşaderesi için ayrıca suçun düzenlendiği maddede yeniden açık bir düzenleme olmasına gerek yoktur¹⁶⁵.

Mülkiyetin kamuya geçirilmesi kurumu bir idari tedbir olup, kanunda yer alan bir kabahatin işlenmesiyle uygulanmakta fakat müşadere yaptırım olarak ancak kasıtlı bir suçun işlenmesi ile mümkün hale gelmektedir¹⁶⁶. Ayrıca kabahatler hem kasıtlı hem taksirle işlenebildiği için, müşadere farklı olarak mülkiyetin kamuya geçirilmesi kanunda açık hüküm olmak şartıyla taksirli kabahat hallerinde de mümkündür¹⁶⁷.

5326 sayılı kanunun 18/5. maddesi gereği, mülkiyetin kamuya geçirilmesi idari tedbiri için idari para cezası veya başka bir idari yaptırım kararı verilmesi şart değildir. Benzer şekilde müşadere kararı bakımından da hapis veya adli para cezası şeklinde mahkûmiyet şartı aranmamaktadır¹⁶⁸.

Mülkiyetin kamuya geçirilmesi bakımından da kaim değer müşaderesi benzeri bir düzenleme, kanunun 18/6. maddesinde “*Kaim değer mülkiyetinin kamuya geçirilmesine de karar verilebilir*” şeklinde yer almıştır. Kanunun madde gerekçesinde kaim değer anlamlandırılması için 5237 sayılı TCK’ ya atıf yapılmıştır¹⁶⁹. Öğretide *Soygüt Arslan* tarafından, Kabahatler Kanununun 18/6. maddesinde yer alan ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımı için de kabul edilen, “*kaim değer mülkiyetinin kamuya geçirilmesi*” düzenlemesi eleştirilmiştir. Yazar madde metninde sadece ekonomik değerler bakımından kaim değer uygulaması olduğunu ve eşyalar bakımından kaim değer uygulaması olmadığını ifade etmiştir. Ayrıca yazar eleştirisinde; kabahate konu eşyanın yerine kaim değerinin mülkiyetinin kamuya geçirilmesi uygulamasının da, madde metninde değişiklik yapılmadan

¹⁶³ **Acar**, s. 103; **Günler**, s. 858; **Tünay**, s. 22; **Gedik**, s. 93.

¹⁶⁴ Mülkiyetin kamuya geçirilmesi her kabahatin işlenmesi halinde uygulama alanı bulmamaktadır. Bkz. **Kabahatler Kanunu md. 18/1**.

¹⁶⁵ **Yerdelen**, s. 41; **Dalkılıç**, s. 39; **Gedik**, s. 92.

¹⁶⁶ **Dalkılıç**, s. 39; **Yerdelen**, s. 42; **Gedik**, s. 92.

¹⁶⁷ **5326 sayılı yasa md. 9** “*Kabahatler, kanunda açıkça hüküm bulunmayan hallerde, hem kasten hem de taksirle işlenebilir*”, **Dalkılıç**, s. 39; **Tünay**, s. 23.

¹⁶⁸ **Taneri**, s. 29; **Gedik**, s. 92.

¹⁶⁹ **Acar**, s. 102; **Dalkılıç**, s. 39; **5326 sayılı Kabahatler Kanunu m. 18’ in gerekçesinden** “*Altıncı fıkrada kaim değer mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilebileceği kabul edilmiştir. Kaim değer kavramından ne anlaşılması gerektiği hususuyla ilgili olarak Türk Ceza Kanununun eşya ve kazanç müşaderesine ilişkin madde metinleri ve gerekçelerine bakılmalıdır*” **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 15.10.2023).

mümkün olmadığını, aksi uygulamanın ise kanunilik ilkesine aykırı olacağını ifade etmiştir¹⁷⁰. Kanaatimizce bu eleştiri doğru değildir. Madde metninde; mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımının uygulanamadığı durumlarda kabul edilen kaim değer uygulaması için, sadece ekonomik menfaatler yönünden bir sınırlama yoktur. Ayrıca metinde yer alan ifadenin bir sınırlama getirmemesi yanında; madde gerekçesinde eşya ve kazanç müsadereğine atıf yapılması nedeniyle, maddenin(Kabahatler Kanunu md. 18/6) hem eşyalar hem de ekonomik değer ifade eden menfaatleri kapsadığı kabul edilmelidir.

Her iki kurumu uygulamaya yetkili makamlar ve her iki kurumun uygulanma usulü açısından da farklar bulunmaktadır.

Müsadere kararı ancak kesinleşmiş mahkeme kararına dayalı olarak uygulanmaktadır. Yani müsadere kararı vermeye yetkili makamlar adli makamlardır¹⁷¹. Fakat mülkiyetin kamuya geçirilmesi tedbiri bakımından ise, idari makamlar yetkilidir¹⁷². Ayrıca Cumhuriyet Savcısı veya mahkeme bir suç nedeniyle yürütülen soruşturma veya kovuşturma esnasında fiilin suç olmayıp bir kabahat olduğunu tespit etmesi halinde mülkiyetin kamuya geçirilmesi tedbirini uygulayabilirler¹⁷³. Fakat Cumhuriyet Savcısı veya mahkemenin bu tarz kararı yargısal değil idari nitelikte kabul edilmektedir¹⁷⁴. Gerek Cumhuriyet Savcısının gerekse mahkemenin idari yaptırım kararları kural olarak itiraz kanun yoluna tabidir¹⁷⁵. Ancak mahkemenin eylemin suç olmadığı ve kabahat olduğu gerekçesi ile verdiği beraat kararları yönünden ise idari yaptırım yönünden denetim istinaf mahkemesi tarafından yapılacaktır¹⁷⁶.

¹⁷⁰Soygüt Arslan, s. 237.

¹⁷¹Müsadere kararını ancak suça konu yargılamayı yapan veya yapmaya yetkili olan mahkeme ile bazı hallerde sulh ceza hakimi verebilir. Bkz. **CMK md. 256 vd.**

¹⁷²Dalkılıç, s. 39; Acar, s. 104; Gedik, s. 93.

¹⁷³**5326 sayılı kanun md. 23** “(1) Cumhuriyet savcısı, kanunda açıkça hüküm bulunan hallerde bir kabahat dolayısıyla idarî yaptırım kararı vermeye yetkilidir. (2) Bir suç dolayısıyla başlatılan soruşturma kapsamında bir kabahatin işlendiğini öğrenmesi halinde Cumhuriyet savcısı durumu ilgili kamu kurum ve kuruluşuna bildirebileceği gibi, kendisi de idarî yaptırım kararı verebilir. (3) Soruşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde Cumhuriyet savcısı bu nedenle idarî yaptırım kararı verir. Ancak, bunun için ilgili kamu kurum ve kuruluşu tarafından idarî yaptırım kararı verilmemiş olması gerekir” **md. 24** “Kovuşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde mahkeme tarafından idarî yaptırım kararı verilir”

¹⁷⁴Soygüt Arslan, s. 241.

¹⁷⁵**5326 sayılı kanun md. 27/5-6** “(5) (Değişik: 6/12/2006-5560/34 md.) İdarî yaptırım kararının mahkeme tarafından verilmesi halinde, bu karara karşı ancak itiraz yoluna gidilebilir. (6) (Ek: 6/12/2006-5560/34 md.) Soruşturma konusu fiilin suç değil de kabahat oluşturduğu gerekçesiyle idarî yaptırım kararı verilmesi halinde; kovuşturmayla yer olmadığı kararına itiraz edildiği takdirde, idarî yaptırım kararına karşı başvuru da bu itiraz merciinde incelenir.”

¹⁷⁶**5326 sayılı kanun md. 27/7** “Kovuşturma konusu fiilin suç değil de kabahat oluşturduğu gerekçesiyle idarî yaptırım kararı verilmesi halinde; fiilin suç oluşturulmaması nedeniyle verilen beraat kararına karşı kanun yoluna gidildiği takdirde, idarî yaptırım kararına karşı itiraz da bu kanun yolu merciinde incelenir.”

1.4.4. Kazanç Müsaderesinin Adli Para Cezası ile Karşılaştırılması

Adli para cezası, suç nedeniyle failin bir miktar parasının kendisinden alınarak devlet hazinesine geçirilmesidir¹⁷⁷. Adli para cezası da tıpkı hapis cezası gibi failin ıslah olması, bedel ödemesi ve caydırıcılık gibi özellikleri taşıyan bir yaptırım türüdür¹⁷⁸.

Adli para cezası ile müsadere, özellikle kazanç müsaderesi, paranın mülkiyetinin devlete geçmesi bakımından yani devlete gelir olması bakımından benzer kurumlardır¹⁷⁹. Fakat her iki kurum arasında usul ve esas bakımından önemli farklar da bulunmaktadır.

Adli para cezası için failin ceza kanunları ile belirlenen suç tipine uygun kusurlu bir davranışı aranırken, müsadere bakımından suça konu veya bizatihi kendisi suçun konusu olan eşya veya kazancın bulunması yeterlidir. Yani müsadere bakımından belirli bir failin bulunması zorunlu değildir¹⁸⁰.

Adli para cezası bakımından suçu yargılamakla yetkili Asliye Ceza veya Ağır Ceza Mahkemeleri görevliken müsadere bakımından bu mahkemelerin yanı sıra bazı hallerde (bizatihi üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya bakımından) Sulh Ceza Hakimliği de yetkilidir.

Adli para cezasının uygulanması için ilgili suç tipinin ihlali yeterlidir. Failin ayrıca o suç nedeniyle gelir elde edip etmediği adli para cezasının uygulanmasına engel değildir. Hatta bazı hallerde failin eylemi için adli para cezası ve müsadere aynı anda uygulanabilmektedir¹⁸¹.

Her iki kurum arasındaki en temel farklardan birisi, yargılama konusu olayda suçun unsurlarının mevcudiyetine ilişkindir. Adli para cezasının uygulanabilmesi için failin kusur yeteneğinin olması şarttır. Örneğin cezayı engelleyen nitelikteki yaş küçüklüğü (TCK md. 31), akıl hastalığı (TCK md. 32) veya sağırlık ve dilsizlik (TCK md. 33) hallerinde failin kusur yeteneğinin olmadığı kabul edilir ve fail hukuka aykırı davranışı nedeniyle kınanamaz¹⁸². Bu hallerde fail adli para cezası ile mahkûm edilemese de, müsadere hükümleri uygulanabilir. Örneğin; Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede

¹⁷⁷Çolak, Haluk/Altun, Uğurhan, “Bir Yaptırım Türü Olarak Para Cezalarının Teori Ve Uygulamadaki Analizi”, **TBB Dergisi**, Sayı 69, 2007, ss. 241 – 338, s. 241; Dülger, Murat Volkan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler (Genel Hükümler)**, Hukuk Akademisi Eğitim ve Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 970; **Mahmutoğlu/Karadeniz**, s. 1233; **Soyaslan**, s. 604; **5237 sayılı kanun 52/1. madde** “Adli para cezası, beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yediyüzotuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir”.

¹⁷⁸Çolak/Altun, s. 246; Aksi yönde görüş için bkz. **Soyaslan**, s. 605.

¹⁷⁹**Soygüt Arslan**, s. 223.

¹⁸⁰**Soygüt Arslan**, s. 225.

¹⁸¹**Soygüt Arslan**, s. 225.

¹⁸²**Taneri**, s. 83-84; Certel, Abdulkadir, **Müsadere**, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 55; **Dalkılıç**, s. 92-93.

azalmış olan bir fail, ruhsatsız av tüfeği ile birini basit tıbbi müdahale ile giderilebilir şekilde yaralasa bile, fail hakkında adli para cezası yönünden mahkûmiyet hükmü sonucuna varılamazken; olayda kullanılan av tüfeği yargılama sonunda müsadere edilecektir.

Benzer bir durum suçun unsurları dışında kalan bazı haller bakımından da karşımıza çıkmaktadır. Bu minvalde örneğin; şüpheli/sanığın yargılama esnasında ölmesi halinde adli para cezasına hükmedilmeyecek iken; müsadere kararı yine de gündeme gelebilecektir¹⁸³.

Bu hususlardan farklı olarak adli para cezasının uygulanabilmesi için, suç tipinde adli para cezası tek başına, hapis cezası ile birlikte veya seçimlik ceza olarak öngörülmelidir¹⁸⁴. Ayrıca suç tipinde sadece hapis cezası öngörülmüş olsa dahi, mahkemenin sonuç olarak belirlediği hapis cezasının süresine göre¹⁸⁵, adli para cezası seçenek yaptırım olarak mahkeme tarafından faile uygulanabilecektir¹⁸⁶. Ancak gerek eşya, gerek kazanç müsaderesi TCK' nın genel hükümler kısmında düzenlenmiş olup; bu nedenle kasten işlenen bütün suç tipleri bakımından uygulanma kabiliyetine haizdir¹⁸⁷. Nihayet kanun koyucu adli para cezası için alt ve üst sınır belirlemişken müsadere için bu şekilde bir belirleme yoktur¹⁸⁸. Suçla bağlantılı olmak şartıyla kazanç müsaderesinin konusu olan değerlerin tamamı herhangi bir sınırlama olmaksızın müsadere edilebilecektir¹⁸⁹.

Son olarak bu kısımda, nispi para cezasına da değinmenin çalışmamız açısından faydalı olacağını düşünmekteyiz. Nispi para cezası; adli para cezasının miktarının tam olarak belli olmadığı, hâkimin takdir yetkisinin bulunmadığı ve failin suç nedeniyle elde ettiği menfaat veya suçtan kaynaklanan zarara bağlı olarak oransal şekilde belirlenen para cezası yöntemidir¹⁹⁰. Öğretide, nispi para cezasının, kazanç müsaderesinin uygulanmadığı hallerde failin elde ettiği yararının yanına kar kalmaması gerektiği düşüncesi ile tekrar kanuna girdiği ifade edilmektedir¹⁹¹. Örneğin; dolandırıcılık suçunda (TCK md. 158/1-son cümle), kanun koyucu tarafından nispi para cezası öngörülmüştür. Bu husus kanuna sonradan 6456 sayılı yasanın 40. maddesi ile girmiştir. Gerçekten nispi para cezası, kazanç müsaderesine benzer bir düzenleme gibi gözükse de, yukarıda adli para cezası için belirttiğimiz ayrımlar, nispi para

¹⁸³ Soygüt Arslan, s. 225.

¹⁸⁴ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 926-927; Koca/Üzülmez, s. 636-637; Öztürk/Erdem, s. 554.

¹⁸⁵ TCK md. 49/2 “Hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezasıdır”

¹⁸⁶ TCK md. 50/1 “Kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre; a) Adli para cezasına...”

¹⁸⁷ İçel(Genel Hükümler), s. 627-629; Koca/Üzülmez, s. 659.

¹⁸⁸ TCK md. 52/1 “Adli para cezası, beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yediyüzotuz günden fazla olmamak üzere...”; TCK md. 61/9 “Adli para cezasının seçimlik ceza olarak öngörüldüğü suçlarda bu cezaya ilişkin gün biriminin alt sınırı, o suç tanımındaki hapis cezasının alt sınırından az; üst sınırı da, hapis cezasının üst sınırından fazla olamaz”

¹⁸⁹ Gedik, s. 215; Taneri, s. 95.

¹⁹⁰ Asiltürk, Fatıma Zeynep, **Cezanın Amacı Ve Adli Para Cezası** (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2023, s. 117-118.

¹⁹¹ Çolak/Altun, s. 260; Asiltürk, s. 148.

cezası için de geçerli olup; kazanç müsaderesinden farklı bir kurumdur. Ancak failin bir fiili nedeniyle hem hapis cezasına çarptırılması, hem de nispi para cezası ile cezalandırılması durumunda; ek olarak kazanç müsaderesinin de uygulanması, kanaatimizce failin bir eylem nedeniyle birden fazla yaptırıma tabi tutulması anlamına gelecektir. Bu ise hem fail açısından orantısız bir cezalandırmaya hem de bir fiil nedeniyle birden fazla kez cezalandırmaya neden olacaktır.

1.4.5. Kazanç Müsaderesinin Dosyada Delil Olarak Saklama ile Karşılaştırılması

Eşyanın dosyada delil olarak saklanması; 01.06.2005 tarihli ve 25832 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Suç Eşyası Yönetmeliği’nin 18. maddesinin 1. fıkrasının d bendinde *“Emanete alınmakla birlikte mahiyetleri itibarıyla müsadereye konu edilemeyen eşya, yargılama sonunda verilen bu yöndeki karar doğrultusunda, ilgili dosyasında delil olarak muhafaza edilmek üzere mahkemesine gönderilir. Mahkemeden alınacak alındı yazısının gün ve sayısı suç eşyası kaydına işlenir. Alındı yazısı kartonda saklanır”* şeklinde düzenlenmiştir¹⁹².

Dosyada delil olarak saklama kurumu ile müsadere kurumu mülkiyet hakkını kısıtlama bakımından benzer kurumlar olsa da; her iki kurum arasında birçok farklılık bulunmaktadır. Delil olarak saklama kurumu; müsadere ile eşyanın mülkiyetinin devlete geçmesi, dosya ile eşyanın bağının kalmaması ve fakat ileride yargılama konusu olay bakımından farklı iddialar ortaya çıkarsa bu iddiaların denetimi yapılabilsin diye mevzuatımıza girmiştir. Kısacası delil olarak saklama kurumu eşyanın müsaderesinin sakıncalarını ortadan gidermek amacı gütmektedir¹⁹³.

¹⁹² Altuğ, s. 62.

¹⁹³ Altuğ, s. 63 – 64; “...Uygulamada sıkça karşımıza çıkan ancak kanunlarda yer almayan "dosyada delil olarak saklama kararı" ile ilgili olarak, suç eşyası ve suçla ilgili ekonomik kazancın, muhafaza altına alınması, elkonulması, gönderilmesi, elden çıkarılması, iadesi, müsaderesi ve imhası işlemlerine ilişkin usul ve esasları düzenleyen Suç Eşyası Yönetmeliğinin karar tarihi itibarıyla yürürlükte olan 16. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi ile aynı doğrultuda olan 18. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde; "Emanete alınmakla birlikte mahiyetleri itibarıyla müsadereye konu edilemeyen eşya, yargılama sonunda verilen bu yöndeki karar doğrultusunda, ilgili dosyasında delil olarak muhafaza edilmek üzere mahkemesine gönderilir. Mahkemeden alınacak alındı yazısının gün ve sayısı suç eşyası kaydına işlenir. Alındı yazısı kartonda saklanır" şeklinde doğrudan bir düzenleme yer almaktadır. Dosyada delil olarak saklama kararı, kanunda düzenlenmediği için "elkoyma" gibi bir koruma tedbiri kararı ya da "müsadere" gibi bir güvenlik tedbiri kararı olmayıp, ispat aracı olarak yararlı görülmesi ya da eşya ve kazanç müsaderesinin konusunu oluşturması nedeniyle muhafaza altına alınmak veya elkonulmak suretiyle adli emanete alınmış olup da niteliği itibarıyla müsadere edilemeyen ancak başlı başına delil niteliğinde olan veya suç konusunu oluşturan eşyanın ya da gerek soruşturma gerekse kovuşturma aşamasında suçla ilgili delil elde etmek amacıyla toplanan bir kısım materyalindosyasında delil olarak muhafaza edilmesini sağlamak amacıyla genellikle yargılama sonunda esas hükümle birlikte verilen bir karardır. İstisnaen de, faili meçhul suçlarda, failin yakalanması durumunda savunma hakkının kısıtlanmaması için suçta kullanılan veya başlı başına suç teşkil eden eşyanın zamanaşımı sonuna kadar dosyasında delil olarak saklanmasına karar verilmektedir..." YCGK, 2013/142 E., 2016/463 K., T. 29.11.2016, **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 18/09/2022).

Öncelikle her iki kurumun da süreklilik arz etmesi açısından benzerlik gösterdiğini ifade edebiliriz¹⁹⁴. Ancak kurumların düzenlendiği mevzuat, hukuki nitelik ve uygulanma koşulları açısından temel farklılıklar olduğu da bir gerçektir. Eşya ve kazanç müsadereyi TCK’ da düzenlenmişken, delil olarak saklama kurumu ise Suç Eşyası Yönetmeliğinde düzenlenmiştir. Müsadere, kanunda güvenlik tedbirleri başlığı altında bir yaptırım olarak yer almıştır. Ancak delil olarak saklama kurumu yönetmelikte düzenlendiği için hukuki niteliği hakkında bir yorumda bulunmakta güçleşmektedir¹⁹⁵. Ceza hukukumuzda; ceza ve güvenlik tedbirleri için de kanunilik ilkesi benimsendiği için, delil olarak saklama kurumunu güvenlik tedbiri kabul etmek de mümkün değildir¹⁹⁶. Ancak kurumun hukuki niteliğini belirlemedeki bu güçlüğü rağmen, kanaatimizce delil olarak saklama kurumu; faili meçhul suçlarda veya yargılama bakımından sonradan ortaya çıkabilecek ve şüpheli/sanık lehine olabilecek hususlarda, yargı makamlarının yeniden delile temas etmesi ve savunma hakkının kısıtlanmaması adına, hukuk sistemimizde yer alan bir muhakeme işlemidir. Bu özelliğinden dolayı da en çok koruma tedbirlerine benzemektedir. Fakat koruma tedbirlerinin geçici, delil olarak saklama kurumunun sürekli olması nedeniyle kuruma “*sui generis bir yapı*” demek daha yerinde olacaktır.

Müsadere ile delil olarak saklama kurumlarının uygulanma koşulları açısından da farklılıklar bulunmaktadır. Eşya ve kazanç müsadereyi bakımından hangi eşya veya kazancın müsadere edileceği konusunda sınırlar bulunmaktadır. Fakat delil olarak saklama kurumu bakımından böyle bir sınırlama söz konusu değildir. Örneğin müsadereyi uygulanması koşulları için; eşya müsadereyiinde “*iyiniyetli üçüncü kişiye ait olmayan eşya*” ve kazanç müsadereyiinde “*mağduru belirlenemeyen-mağdura iade edilemeyen kazanç*” sınırlamaları bulunmaktayken, delil olarak saklama kurumunda böyle bir kısıtlama söz konusu değildir¹⁹⁷.

¹⁹⁴ Ersoy/Can, s. 301.

¹⁹⁵ Ersoy/Can, s. 301.

¹⁹⁶ 1982 Anayasası md. 38/3 “Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur”; TCK md. 3/1 “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”; “..Dosyada delil olarak saklama kararı, kanunda düzenlenmediği için “elkoyma” gibi bir koruma tedbiri kararı ya da “müsadere” gibi bir güvenlik tedbiri kararı olmayıp, ispat aracı olarak yararlı görülmesi ya da eşya ve kazanç müsadereyiinin konusunu oluşturması nedeniyle muhafaza altına alınmak veya elkonulmak suretiyle adli emanete alınmış olup da niteliği itibarıyla müsadere edilemeyen ancak başlı başına delil niteliğinde olan veya suç konusunu oluşturan eşyanın ya da gerek soruşturma gerekse kovuşturma aşamasında suçla ilgili delil elde etmek amacıyla toplanan bir kısım materyalin dosyasında delil olarak muhafaza edilmesini sağlamak amacıyla genellikle yargılama sonunda esas hükümle birlikte verilen bir karardır. İstisnaen de, faili meçhul suçlarda, failin yakalanması durumunda savunma hakkının kısıtlanmaması için suçta kullanılan veya başlı başına suç teşkil eden eşyanın zamanaşımı sonuna kadar dosyasında delil olarak saklanmasına karar verilmektedir. Mevzuatta, dosyada delil olarak saklama kararına karşı başvurulacak kanun yoluna ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır...” YCGK, 2013/142 E., 2016/463 K., T. 29.11.2016, Sinerji Mevzuat Programı (Erişim Tarihi: 19/01/2024).

¹⁹⁷ Ersoy/Can, s. 301.

1.5. Müsadere Çeşitleri

Müsadere kurumu; konusu, zorunlu olup olmadığı, kararı veren mercii ve kapsamı bakımından ayrımlara tabi tutulmaktadır. Konusu bakımından müsadere eşya ve kazanç müsadere olarak ikiye ayrılmaktadır. Hâkimin karar vermesi bakımından kurum zorunlu ve ihtiyari olarak ayrılmakta iken; kapsam bakımından ise genel ve özel müsadere olarak iki tür müsadere bulunmaktadır¹⁹⁸. Son olarak kararı veren merciinin yargı makamı veya idari makam olması bakımından da ayrım söz konusudur¹⁹⁹.

1.5.1. Konusu Bakımından

1.5.1.1. Eşya Müsaderesi

Eşya müsaderesi 5237 sayılı kanunun birinci kitap üçüncü kısım ikinci bölümünde güvenlik tedbirleri başlığı altında düzenlenmiştir. Kanunun 54. maddesinde eşya müsaderesi “(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. (Ek cümle: 24/11/2016-6763/11 md.) Eşyanın üzerinde iyiniyetli üçüncü kişiler lehine tesis edilmiş sınırlı ayni hakkın bulunması hâlinde müsadere kararı, bu hak saklı kalmak şartıyla verilir. (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 nazaran 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 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” şeklinde bir düzenleme ile yer almaktadır.

Kanundaki bu düzenleme karşısında eşya müsaderesi “kasıtlı bir suçun işlenmesi için hazırlanan (genel ahlak ve sağlık ile kamu düzeni açısından tehlikeli olmak koşulu ile), iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla suçun işlenişinde kullanılan, suç sonucu oluşturulan eşyanın ve bu eşyanın ortadan kaldırılması, tüketilmesi veya elden çıkarılması halinde eşyanın değeri kadar paranın veyahut üretimi, bulundurulması, taşınması ve alımı-

¹⁹⁸ Altuğ, s. 39; Durdu, s. 200-202; Günler, s. 860-861; Mahmutoğlu/Karadeniz, s. 1334 vd.

¹⁹⁹ Dülger(Müsadere), s. 37.

satımı suç oluşturan eşyanın sahipliğinin (mülkiyetinin) devlete geçmesi” şeklinde tanımlanabilir²⁰⁰. Çalışma konumuz olan kazanç müsadereci ile net bir ayrımın yapılabilmesi ve uygulamada ortaya çıkan sorunlara vurgu yapılabilmesi adına, aşağıda eşya müsadereci ilişkili ayrıntılı bir inceleme yapılacaktır.

1.5.1.1.1. Eşya Müsaderecinin Koşulları

TCK’nın 54. maddesinde yer alan eşya müsaderecinin yargı makamları tarafından uygulanabilmesi için, kanuni tanımda belirtilen koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu koşullar;

- Kasıtlı suçun varlığı,
- Müsadereye tabi eşyanın varlığı,
- Eşyanın suçta kullanılması veya eşyanın suça tahsis edilmesi ya da eşyanın suç sonucu meydana gelmesi veyahut eşyanın suç işlemek için hazırlanması,
- Eşyanın iyiniyetli üçüncü kişiye ait olmaması,
- Eşyanın bizzatı suçun konusu olması halleridir²⁰¹.

1.5.1.1.1.1. Kasıtlı Bir Suçun Varlığı

5237 sayılı kanunun 54. maddesinde düzenlenen eşya müsadereci için bir diğer şart da, kasıtlı bir suçun işlenmiş olmasıdır. Suçun taksirli halinde eşyanın müsaderecinin mümkün olmayacağı, kanun koyucu tarafından açıkça maddede ifade edilmiştir²⁰². Kazanç müsaderecinin şartlarının birisinin de kasıtlı suç olması nedeniyle bu konunun ayrıntıları ikinci bölümde açıklanacaktır.

1.5.1.1.1.2. Eşyanın Varlığı

Eşya müsaderecinin konusu eşyadır. Eşya kavramına canlı, cansız, taşınır ve taşınmaz her türlü şey girmektedir²⁰³.

Eşya sözlükte “*türlü amaçlarla kullanılan, insan yapısı, taşınabilir cansız nesneler*” olarak ifade edilmektedir²⁰⁴.

Günlük dilde ifade edilen eşya kavramı ile hukuki anlamda eşya kavramı her zaman aynı olmayabilir. Hukuken eşya “*maddi bir varlığı olan, üzerinde hâkimiyet kurulabilen, insan dışı, ekonomik değer taşıyan her türlü nesne*” olarak tarif edilmiştir²⁰⁵.

²⁰⁰Özbek, Veli Özer, **Ekonomi Ceza Hukuku (Ekonomi)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 156; Taneri, s. 57-58; Demirbaş, s. 663; Acar, s. 191; Koca/Üzölmez, s. 660; Öztürk/Erdem, s. 578.

²⁰¹Certel, s. 37; Dölger(Müsadere), s. 86-87; Özbek(Ekonomi), s. 158-160.

²⁰²Okuyucu Ergün, s. 176;

²⁰³Taneri, s. 71; Dalkılıç, s. 66.

²⁰⁴<https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 30/01/2022)

İnsanın vücudu hukuken bir eşya değildir ve eşya müsadereğine konu olamaz. Fakat insan vücudundan ayrılan parçalar, ayrılmaya müteakip eşya konumuna geleceğinden teknik olarak eşya müsadereisinin de konusu olabilir. *Acar'a* göre; fail yaralama suçu esnasında vücuduna sabitlenmiş haldeki protez bacağını kullanmış ise bu protez bacak eşya müsadereisinin konusu olmayacak ve fakat protez bacak vücuttan ayrılıp mağdura vurulmuş ve mağdur bu suretle yaralanmış ise, suç esnasında vücuttan ayrılan ve bir eşya şeklinde kullanılan protez bacak suçta kullanılması nedeniyle eşya müsadereisinin konusu olabilecektir²⁰⁶. Ancak yazarın görüşünün aksine; Anayasamızın 17. maddesinde düzenlenen ve insan haysiyetinin dokunulmazlığı ilkesinin bir yansıması olan, “..kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz” şeklindeki yasak nedeniyle vücuttan ayrılabilir, protez bacağın müsadere edilemeyeceği düşüncesindeyiz²⁰⁷. Buna karşın cesedin eşya sayılıp sayılmayacağı öğretide tartışmalıdır. Çoğunluk, insan haysiyetinin dokunulmazlığı ilkesi gereği cesedin de eşya sayılamayacağı görüşündedir²⁰⁸. Bir kısım yazarlar ise ceset veya vücudun bazı parçalarının (örneğin nakil amaçlı hukuka aykırı yollarla alınan böbrek veya akciğer gibi) ekonomik değeri olduğunu bu nedenle de eşya müsadereğine konu olabileceğini savunmaktadır²⁰⁹. Kanaatimizce Anayasamızın yukarıda kendisine yer verilen amir hükmü, yaşayan insanlar bakımından geçerliliğe haiz olduğundan, başka bir suça (örneğin TCK mad. 130/2) vücut vermemek kaydıyla, ceset eşya sayılabilmelidir. Fakat çalışma konumuz olan müsadere, ceset üzerinde eşya müsadereşi şeklinde uygulanması kanaatimizce fiilen olanaksızdır. Ancak belirtilmelidir ki, ceset üzerinden gerçekleştirilen bir işlem sonucu kazanç elde edilmesi halinde, bu kazançlar pek ala kazanç müsadereğine konu teşkil edebileceklerdir.

Türk hukuku bakımından hayvanlar da bir eşyadır²¹⁰. Hayvanlar, suçta kullanılmış olması veya suçun konusu olması şartıyla; pek tabii eşya müsadereisinin konusunu oluşturabilecektir²¹¹. Failin sahip olduğu doberman cinsi köpeği, hasmını yaralaması amacıyla

²⁰⁵ *Acar*, s. 194; *Genç(Müsadere)*, s. 56; “*Hukuki anlamda eşya, üzerinde bireysel hakimiyet sağlanabilecek, ekonomik bir değer taşıyan, kişi ve hayvanlar dışındaki cismani varlıklardır*” Oğuzman, Kemal/ Seliçi, Özer/ Özdemir, Saibe Oktay, *Eşya Hukuku*, 16. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 8; Öztan, Bilge, *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 598; Kretschmer, Joachim, “Ceza Hukukunda Suçun Kanuni Unsuru Olarak “Eşya””, Çeviren: Kazım Furkan AĞKUŞ/ Can Eralp ELİBOL, *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S 2, 2021, ss. 157-170, s. 158.

²⁰⁶ *Acar*, s. 194 – 196 Aynı yönde bkz. *Taneri*, s. 71; *Gedik*, s. 121.

²⁰⁷ *Gökçen(Basit Elkoyma)*, s. 96.

²⁰⁸ *Altuğ*, s. 127; *Acar*, s. 197.

²⁰⁹ *Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır*, s. 977; *Acar*, s. 197; *Genç(Müsadere)*, s. 56.

²¹⁰ *Gedik*, s. 121; *Dülger(Müsadere)*, s. 93-94 Karşı görüş için bkz. Cumalıoğlu, Emre, “Medeni Hukukta Hayvan Hakları Ve Hayvanlar Üzerindeki Hak” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi(Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan)*, C. 19, Özel Sayı, 2017, ss. 573-610, s. 578.

²¹¹ “Suriye sınırından Türkiye’ye küçükbaş hayvan geçişinin olduğunun tespit edilmesi üzerine sınıra yaklaşık 2 km. uzaklıkta küpesiz koyun, kuzu ve keçi cinsi küçükbaş hayvan sürüsünün ele geçirildiği olayda sanıklar ..., ...,

üstüne saldırtması sonucu oluşan suçta; köpek suçun işlenmesinde araç olarak kullanıldığı için eşya müsadereesine konu olabilecektir²¹².

Acar, hayvanların eşya statüsünde değerlendirilmesinin hayvan haklarının konuşulduğu günümüz koşullarında doğru bir yaklaşım olmadığını düşünmektedir. Ayrıca yazar hayvanların eşya kabul edilmemesi görüşüne paralel olarak müsadereye tabi olmamasını, suçta kullanılması halinde sahibine iade edilmesini veya niteliğine göre başka bir işlem yapılması gerektiğini ifade etmektedir²¹³. Alman Medeni Kanununun 90a. maddesinde de hayvanların açıkça eşya olmadığı hüküm altına alınmıştır²¹⁴.

Kanaatimizce hayvanlar hakkın ancak süjesi olabilir, sahibi olamaz. Hakkın sahibi olmanın en temel kriterlerinden biri, o hakla ilgili tasarrufta bulunabilme durumudur²¹⁵. Hayvanların sahip olduğu bir şey üzerinde insan gibi düşünerek tasarruf etmesi mümkün olmadığına göre; hayvan hakları cümlesinin de hukuki bir tabir olmadığı kanaatindeyiz²¹⁶. Ayrıca hayvanların hukuk bakımından eşya olarak kabul edilmemesi, özellikle kendinden faydalanılan (yük, yiyecek vb.) hayvanlar bakımından mülkiyet dahil bir çok soruna yol açacaktır²¹⁷.

Maddi varlığı olmayan hak ve talepler eşya müsadereesine konu olamazlar. Ayrıca fikri haklar da eşya sayılmadığı için eşya müsadereenin konusunu teşkil etmezler²¹⁸.

..., ... ve ...'in yapılan araştırmada sanık ...'nin aracının durdurulduğu ve sorgulamasının yapıldığı esnada küçükbaş hayvanların bulunduğu yere 2,5 kilometre uzaklıkta bulunan inşaat şantiyesinde sekiz adet nakliye aracının bulunduğunu, anılan sanıkların beyanlarında; kendilerini ...'in arayarak nakliyat işi olduğunu, ne taşıyacaklarını bilmediklerini, hayvanları görmediklerini, hayvanlardan olay anında haberlerinin olduklarını beyan ettikleri, ...'in kendisini ...'in arayarak nakliyat işi olduğunu söylediğini beyan ettiği olayda sanıklar hakkında 5607 sayılı Yasanın 3/1-2. cümlesi gereği dava açılmışsa da; anılan sanıkların eylemlerinin 5607 sayılı Yasanın 3/5. maddesi kapsamında kaldığı gözetilerek yapılan incelemede; Zamanaşımını kesen son işlem tarihi olan anılan sanıklar hakkında mahkumiyet kararı verilen 29/11/2012 tarihinden temyiz inceleme tarihine kadar 5237 sayılı TCK'nun 66/1-e, TCK'nun 67/2-a maddelerine göre öngörülen asli zamanaşımı süresi olan 8 yıl tamamlanmış olduğundan, hükmün 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi gereğince yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK'nun 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 5237 sayılı TCK'nun 66/1-e ve TCK'nun 67/2-a ve 5271 sayılı CMK'nun 223/8. maddeleri uyarınca sanıklar hakkındaki kamu davasının zamanaşımı nedeniyle DÜŞÜRÜLMESİNE, ele geçen dava konu kaçak eşyanın 5607 sayılı Yasanın 13/1. maddesi delaleti ile 5237 sayılı TCK'nun 54/4. maddesi uyarınca MÜSADERESİNE, sanıkların kullandıklarını beyan ettikleri 63 B 4770, 27 YA 625, 63 NA 660, 37 PL 445, 63 DV 944 plakalı araçların sahiplerine İADESİNE," Yar. 7. CD. 22.11.2021, 2019/4196 E. - 2021/15513 K., **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 30/01/2022); Baş, Eylem, "Hayvanın Kötü Muamelelere Karşı Ceza Hukuku Vasıtasıyla Korunması Halinde Mağdurun Tespiti", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, S 1, 2021, ss. 1-16, s. 4.

²¹²**Gedik (Müsadere)**, s. 63, "Suçta nakil aracı olarak kullanılan 29 adet katırın ise 5607 sayılı Yasanın 13/1. maddesi yollamasıyla 5237 sayılı TCK'nun 54/1. maddesi gereğince müsadereesine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi" Yar. 7. CD. 11.04.2019, 2015/14419 E. - 2019/30052 K., **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 30/01/2022).

²¹³**Acar**, s. 195; **Soygüt Arslan**, s. 288.

²¹⁴**Kretschmer**, s. 160.

²¹⁵**Öztan**, s. 209; **Cumahoğlu**, s. 580-581; **Baş**, s. 3.

²¹⁶**Cumahoğlu**, s. 582.

²¹⁷**Baş**, s. 4.

²¹⁸Özbek, Veli Özer, **Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı**(Türk Ceza Kanununun Anlamı), 3. Baskı, Cilt 1, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 595; **Altuğ**, s. 127.

Son olarak eşyanın bütünleyici parçası ve eklentisinin ne şekilde müsadere edileceğine de değinmek yerinde olacaktır. Bütünleyici parça 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 684. maddesinde “*Bir şeye malik olan kimse, o şeyin bütünleyici parçalarına da malik olur. Bütünleyici parça, yerel âdetlere göre asıl şeyin temel unsuru olan ve o şey yok edilmedikçe, zarara uğratılmadıkça veya yapısı değiştirilmedikçe ondan ayrılmasına olanak bulunmayan parçadır*” şeklinde açıklanmıştır.

Eklenti ise TMK’nın 686. maddesinde “*Bir şeye ilişkin tasarruflar, aksi belirtilmedikçe onun eklentisini de kapsar. Eklenti, asıl şey malikinin anlaşılabilen arzusuna veya yerel âdetlere göre, işletilmesi, korunması veya yarar sağlaması için asıl şeye sürekli olarak özgülünen ve kullanılmasında birleştirme, takma veya başka bir biçimde asıl şeye bağlı kılınan taşınır maldır. Eklenti, asıl şeyden geçici olarak ayrılmakla bu niteliğini kaybetmez*” şeklinde hüküm altına alınmıştır.

Medeni kanunumuzdaki tanımlara bakıldığında bütünleyici parçanın asıl şeyle arasındaki bağ esas alındığında, asıl şey müsadere edildiğinde bütünleyici parça da müsadere edilmiş olacaktır. Fakat eklenti, bütünleyici parçaya göre asıl şeye daha az sıkı bağ içindedir. Bu nedenle eklentinin eşya müsaderesine konu olması için uyumsuzluk konusu suç ile bağlantısının olması şarttır. Aksi halde eklenti müsadere edilemez. Kanun koyucu bu husus düşünmüş olmalı ki; 5237 sayılı kanunun 54. maddesinde 5. fıkra ile “*Bir şeyin sadece bazı kısımlarının müsaderesi gerektiğinde, tümüne zarar verilmeksizin bu kısmı ayırmak olanaklı ise, sadece bu kısmın müsaderesine karar verilir*” şeklindeki düzenlemeyi kanuna kodlamıştır²¹⁹.

Eşyanın ekonomik değerinin olup olmaması, eşya müsaderesi bakımından bir önem arz etmez. Yaralama suçunda kullanılan ve ekonomik bir değeri olmayan tahta parçası da eşya müsaderesinin konusudur²²⁰. Yargıtay da ekonomik değeri olmayan eşyanın müsadere edilebileceği görüşündedir²²¹.

²¹⁹**Gedik**, s. 121-122; Bütünleyici parça ve eklenti hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Öztan**, s. 691 vd., **Oğuzman/Seliçi/Özdemir**, s. 290 vd.

²²⁰**Soygüt Arslan**, s. 285 Karşı görüş için bkz. **Gedik**, s. 119; **Taneri**, s. 71.

²²¹“*Adli emanette yer alan bir adet tahta parçası hakkında mahal mahkemesince zaman aşımı süresi içerisinde müsadere kararı verilmesi mümkün görülmüştür.*” Yar. 15. CD. 24.04.2014, 2013/17379 E, 2014/8051 K., **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 07/02/2024), “*22/07/2017 tarihinde sanığın evinde yapılan aramada el koyulan 14,5 cm uzunluğunda ahşap sap kısmı 12 cm toplam uzunluğu 26,5 cm uzunluğunda "... marka ibareli" ekmek bıçağı, 2 cm kalınlığında, 8 cm genişliğinde, kısa ucu 30 cm, uzun kısmı 38,5 cm uç kısmı sivri tahta parçası, ...marka 4,5 mm Cal. havalı tüfeğin ve olay mahallinden kaçarken sanık tarafından düşürülen ... imei numaralı cep telefonu'nun iddianameye konu görevi yaptırmamak için direnme suçunda kullanılmadığının anlaşılması karşısında, müsaderesine karar verilen eşyaların bulundurulmasının bizzahati suç teşkil etmediği takdirde müsadere edilemeyeceğinin gözetilmemesi,*” Yar. 18. CD. 27.12.2017, 2016/1575 E, 2017/1689 K., **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 07/02/2024).

Kanaatimizce; eşya kavramına yukarıda da izah edildiği üzere canlı, cansız, taşınır, taşınmaz, ekonomik değeri olan veya olmayan her şeyin girebileceği ifade edildiğine göre, eşya müsadereisinin konusunun kazanç hariç her şey olduğunu söylesek, doğru bir noktaya ulaşmış oluruz²²².

1.5.1.1.1.3. Eşyanın Suçta Kullanılması

TCK 54/4 hükmü hariç olmak üzere, eşyanın müsadereye konu olması için bir suçta kullanılması veya suçtan husule gelmesi şarttır. Aksi halde müsadere kararı verilemez. Kullanmak fiili sözlükte “*bir şeyden belirli amaçlarla faydalanmak*” olarak açıklanmıştır²²³.

Hukuki açıdan eşyanın suçta kullanılması da, o eşyadan suç işlenirken faydalanmayı ifade eder. Eşya, bir suçun işlenmesi sırasında kendisinden faydalanılması/kullanılması ile birlikte, suç ile ilgili hale gelir²²⁴.

“Eşyanın suçta kullanılması” ile “konusu suç teşkil eden eşya” farklı hususları ihtiva etmektedir. Çünkü konusu suç teşkil eden eşya, suçta kullanılsa bile “*üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alımı ve satımı*” zaten suç olduğu için yine de müsadere edilecektir²²⁵.

Yargıtay da 05.01.1944 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında “*suçta kullanılan eşya*” ile “*konusu suç teşkil eden eşya*” kavramları arasındaki farkı “*Bu bakımdan evvela Ceza Kanunundaki hükmün, tatbikatta çizilmiş olan hududuna göre: " Suçta kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan şey"den maksat, suçun işlenmesini kolaylaştıran harici bir vasıtaadır ki o vasıtanın cürümden massut 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 ve istihsalinde kullanılan alet ve edevat gibi şeyler suçta kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan şeylerdir. Fakat suçta mevzu olan, yani üzerinde suç işlenen şey değildir. Üzerinde suç işlenen şey ise zatı cürmü vücuda getiren amildir ki, Ceza Kanunu bakımından bunlar mesela kaçak mal gibi esasen memnu olan veya kemmiyet 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*

²²² **Acar**, s. 194-198.

²²³ <https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 31/01/2022).

²²⁴ **İçel (Genel Hükümler)**, s. 629; **Demirbaş**, s. 663-664; **Dalkılıç**, s. 67.

²²⁵ **Dülger (Müsadere)**, s. 105.

üzerine işlenmiş bir fiil dolayısıyla memnu hale gelmiş bulunmasına bağlıdır” şeklindeki kararı ile açıklık getirmiştir²²⁶.

İlgili eşya hakkında müsadere hükmü uygulanabilmesi için, eşyanın suçun işlenmesinde fiilen kullanılması gerekmektedir. Suçta kullanıldığı sabit olmayan veya suçun işlendiği alanda bulunan eşya, sırf suç mahallinde bulundu diye, suçla ilgisiz olmasına rağmen eşya müsaderesinin konusunu oluşturmaz²²⁷. Örneğin tarlasında orakla ekin biçen mağduru, av tüfeği ile arkasından gelerek ateş edip öldüren failin olay mahallinde bıraktığı av tüfeği suçta kullanıldığı için müsadere edilecekken, olay yerinde bulunan ve suçta kullanılmayan orak ise müsadere konusu olmayacaktır.

Yargıtay da 11.04.2017 tarihli “...Suçta kullanılmayan ve mağdura ait olduğu tespit edilen ve mağdur için Midyat Cumhuriyet Başsavcılığınca verilen ek kovuşturmaya yer olmadığı kararı ile mağdura iade edilen, adli emanetin 2012/103 sayısında kayıtlı bıçağın temyiz incelemesine konu hüküm ile müsaderesine karar verilmesi, bozmayı gerektirmiş...” ve 30.04.2003 tarihli “...2-Suçta kullanılmayan ve bulundurulması bizihi suç teşkil etmeyen emanette kayıtlı kenevir tohumunun sanığa iadesi yerine TCK'nun 36. maddesi uyarınca müsaderesine karar verilmesi, yasaya aykırı...” şeklindeki kararları ile suçta kullanılmayan eşyanın suç yerinde olsa bile veya eşyanın bir şekilde uyumsuzluk içinde yer alsa bile müsadere edilemeyeceğini hüküm altına almıştır²²⁸.

1.5.1.1.1.4. Eşyanın Suça Tahsis Edilmiş Olması

Tahsis kavramı 5237 sayılı kanun ile getirilmiş bir yeniliktir. Bu kavram 765 sayılı kanunun 36. maddesinde yer alan müsadere düzenlemesi içinde yer almamaktaydı²²⁹.

Kanun koyucunun suçta kullanılan eşya tabiri dışında böyle bir kavramı hükme koymasının bir nedeni olduğuna göre öncelikle tahsis sözcüğünün ne anlama geldiği açıklanmalıdır.

Tahsis sözlükte; “bir şeyi bir kimseye veya bir yere ayırma” olarak tanımlanmıştır²³⁰. Kanun koyucu bilinçli bir tercih ile “tahsis” sözcüğünü seçmiştir. Çünkü suçta kullanılan eşya geçici olarak suç için kullanılan eşyayı temsil ederken, suça tahsis edilen eşya ise daha çok

²²⁶ Yar. Büyük Genel Kurul, 05.01.1944, 1943/33 E. - 1944/1 K. , **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 27/03/2022).

²²⁷ **Bakıcı**, s. 1244.

²²⁸ Yar. 1. CD. 11.04.2017, 2016/4518 E. - 2017/1199 K. , Yar. 7. CD. 30.04.2003, 2002/20832 E. - 2003/2031 K. , **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 27/03/2022).

²²⁹ **Acar**, s. 204.

²³⁰ <https://sozluk.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 07.03.2022.

sürekli suçun işlenmesine özgülenen eşyayı temsil etmektedir²³¹. Örneğin bandrolsüz alkol üretiminde kullanılan makinalar suça tahsis edilmiş eşyadır.

Öğretide eşyanın suça tahsis edilmesi konusuna farklı açılardan bakılmıştır. Yazarların bir kısmı, eşyanın suça tahsis edilmesini yeterli görmekte ancak suç esnasında kullanılmasının zorunlu olmadığını ifade etmektedir²³².

Öğretide bir kısım yazarlar ise; eşyanın suça tahsis edilmesi için “sürekli” şekilde hazır bulundurulması gerektiğini ifade etmiştir²³³. Ancak eşyanın suça tahsis edilmesi için “süreklilik” kriterini aramak öğretide eleştirilere de konu olmuştur. Bu hususa eleştiri getiren yazarlar, “süreklilik” kriterinin daraltıcı bir yorum olduğunu, bu tarz bir daraltıcı yorumla suça tahsis edilen eşyanın sadece devamlılık gösteren örgütlü suçlarda uygulama alanı bulacağını fakat bunun doğru olmadığını ifade etmiştir²³⁴.

Yine öğretide suça tahsis edilmiş eşya ifadesinden, eşyanın “devamlı” suretle suça kullanılması gerektiğini ifade eden yazarlar da bulunmaktadır²³⁵. Yazarların diğer bir kısmı, suça tahsis edilen eşya kavramından tipik hareketin icrası sırasında kullanılmayan ancak suç işlemeyi kolaylaştıran eşya anlamaktadır. Örnek olarak da, olay yerine gidilen aracı göstermektedirler²³⁶.

²³¹ Tünay, s. 44.

²³² Koca/Üzülmez, s. 662; Yalçın/Köprülü'ye göre; suça tahsis edilen eşya doğrudan suç işlenmesi esnasında kullanılsa bile suç işlenmesine tahsis edilmiş ise müsadere edilecektir. Yazarlar suça tahsis edilen eşyanın, suça kullanılan eşya gibi suça kullanılabileceğini kabul etmektedirler. Yine yazarlar fuhuş için kullanılan minibüsü örnek vererek bu eşyanın tahsis nedeniyle müsadere edilebileceğini ifade etmektedirler. Yalçın, Türkan/Köprülü, Timuçin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları**, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2022, s. 622; Demirbaş, suça tahsis edilen eşyanın suça kullanılan eşya gibi, bir suça kullanılabileceğini veya kullanılsa bile müsadere edileceğini ifade etmektedir. Yazar bu açıklaması ile suça tahsis edilen eşya ile suça kullanılan eşyanın aynı olabileceğini dile getirmiştir. Demirbaş, s. 664.

²³³ Akbulut, Berrin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler (Genel Hükümler)**, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 1021-1022; Öztürk/Erdem ise, tahsis kavramından özgülemeyi anlamaktadır. Suça tahsis edilen eşyanın suça kullanımı gerekli olmayıp suç işlenmesi için sürekli olarak hazır bulundurulması yeterlidir. Öztürk/Erdem, s. 581.

²³⁴ Bakıcı, s. 1240 Yazar, suçun işlenmesinden önce veya sonra kullanılan eşyayı, suçun işlenmesine tahsis edilen eşya olarak görmektedir. Örneğin suçun işlenmesinden sonra kaçmak için kullanılan araç, adam öldürmek için eve girmede kullanılan merdiven, öldürülmek istenen kişinin pusu mahalline getirilen otomobil suça tahsis edilen eşya olarak müsadere edilmelidir.; Tan, Mehmet, **TCK Genel Hükümler**, 2. Cilt, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 2081-2082.

²³⁵ Özgenç(Gazi Şerhi), s. 688 Yazar konuyla ilgili suç örgütünün suça yönelik faaliyetleri esnasında kullandığı eşyayı örnek olarak göstermiştir.; Buna karşın öğretide; Malkoç'a göre; suça tahsis edilen eşya kavramı için, eşyanın suç işlenirken belli bir süreç boyunca veya belli bir veya birden fazla suçun işlenmesi için özgülenmesi gerekmektedir. Malkoç, İsmail, **Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu**, 1. Cilt, Malkoç Kitabevi Yayınları, Ankara, 2005, s. 191.

²³⁶ Centel/Zafer/Çakmut, s. 745; Özbek/Doğan/Bacaksız'a göre, suça kullanılan eşya tipiklik içinde tanımlanan hareketin gerçekleşmesi için kullanılan eşyayı ifade etmektedir. Suça tahsisli eşya ise tipik hareketin gerçekleştirilmesi öncesi veya sonrası kullanılan eşyayı ifade etmektedir. Yazar olay sonrası kaçış için kullanılan aracı suça tahsis edilen eşyaya örnek göstermektedir. Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 648; Soygüt Arslan, kanun koyucunun suça kullanılan eşya ve suça tahsis edilen eşya kavramlarını kullanmasını bilinçli bir tercih olarak görmektedir. Yazara göre suça fiilen kullanılmayan ancak suçun işlenmesine katkı sağlayan eşya suça tahsis edilen eşyadır. Bkz. Soygüt Arslan, s. 343.

Yargıtay da tahsis için, eşyanın kendi amacı dışında kullanımını ve suça özgülenmeyi aramaktadır. Yüksek mahkeme 15/06/2021 tarihli bir kararında “suçta kullanılan nakil aracının sanığın kayınvalidesi olan malen sorumlu ... adına kayıtlı olduğu, aracın sanığın fiilen kullanımında olup aracın sanık tarafından 03/06/2013 tarihinde de ikinci kez kaçakçılık suçunda kullandığı, bu şekilde suça özgülendiği kayıt maliki tarafından sanığa tahsis edildiği, bu nedenle iyi niyetten söz edilemeyeceği ve suça konu eşyanın miktarı itibariyle aracın ağırlıklı bölümü oluşturduğu gözetilmeksizin müsadereci yerine yazılı şekilde iadesine karar verilmesi” diyerek konuya açıklık getirmeye çalışmıştır²³⁷.

Kanaatimizce kanun koyucu, madde metnine “suçta kullanılan eşya” ve “suça tahsis edilmiş eşya” ibarelerini derc ederek bilinçli bir tercih sergilemiştir. O halde; suça tahsis edilen eşyanın, suçta kullanılan eşya dışında kaldığının kabulü gerekmektedir. Süreklilik veya devamlılık gibi unsurları suça tahsis edilen eşya için aramak tahsis kavramının alanını daraltacaktır. Suçun icrasında kullanılmayan fakat suçun işlenmesini kolaylaştıran eşyaların tahsis kavramı içinde mütalaa edilmesi uygun olacaktır.

1.5.1.1.1.5. Eşyanın Suç Sonucu Meydana Gelmesi

Suç sonucu meydana gelen eşya, doğrudan doğruya kanuni tipte yer alan hareketlerin gerçekleşmesi sonucu oluşan eşyadır. Burada dikkat edilmesi gereken husus; eşya suç işlenmeden önce henüz ortada değildir. Suçun işlenmesi ile ortaya çıkmaktadır²³⁸. Örneğin izinsiz haşhaş ekimi sonucu elde edilen bitki suçun işlenmesi sonucu ortaya çıkan eşyadır²³⁹.

Öğretide “eşyanın suç sonucu meydana gelmesi” bakımından farklı görüşler mevcuttur. Bir kısım yazarlar, suç tipinde yer alan hareket ile ve hareketin yapılmasıyla doğrudan doğruya ortaya çıkan eşyayı suç sonucu oluşan eşya olarak tarif etmektedir. Bu görüşte olan yazarlar, sahte oluşturulan para ile gıda mevzuatına aykırı meydana getirilen eşyaları tanımlamalarına örnek olarak göstermiştir²⁴⁰. Alman Ceza Kanunun 74. maddesinde de kurum “suçtan doğan” eşya olarak nitelenmektedir. Alman hukukuna göre suçtan doğan eşyanın müsadereci için; işlenen suç ile suçtan doğan eşya arasında doğrudan doğruya nedensel bir bağ bulunmalıdır²⁴¹.

²³⁷Yar. 19. CD. 2019/14312 E. - 2021/6695 K., **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi:08/03/2022).

²³⁸**Dalkılıç**, s. 69; **Taneri**, s. 75; **Tan(2.Cilt)**, s. 2082.

²³⁹**Uyuşturucu Maddelerle İlgili Kanun (3298 sayılı) md. 4/2** “İzinsiz olarak haşhaş ekimi yapan kişi bir yıldan beş yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır. Bu madde kapsamında ekim yapma ibaresinden, tohumun toprağa ekilmesinden ürünün hasadına kadarki süreç anlaşılır”.

²⁴⁰**Önder**, s. 599; **Tan(2.Cilt)**, s. 2082; **Yalçın/Köprülü**ye göre; kimyasal maddelerin birleşmesi ile ortaya çıkan uyuşturucu maddeler konunun birer örneğidir. **Yalçın/Köprülü**, s. 622; **Dülger**, tanımlamayı “suç sonucu oluşan eşyanın suçtan önce var olmayan ancak suç ile oluşturulan eşya” olarak ifade etmektedir. **Dülger(Genel Hükümler)**, s. 997.

²⁴¹**Acar**, s. 211.

Öğretide *Özgenç* ise; suç tipindeki yer alan hareketin yapılmasıyla doğrudan doğruya ortaya çıkan eşya tanımının konuyu daralttığını, suç sonucu oluşan eşyanın geniş yorumlanması gerektiğini ifade etmektedir. Yazara göre; suç işlenmesi ile oluşan eşyanın yanı sıra, suç ile dolaylı bağlantı ile oluşan eşya da bu kavram içinde mütalaa edilmelidir. Örneğin, rüşvet suçundan elde edilen yarar suç işlenmesi dolayısıyla elde edilen gelirdir. Fakat doğrudan suç sonucu oluşmasa da, geniş yorum gereği bu kuruma tabi olarak müsadere edilebilir²⁴². Kanaatimizce yazarın görüşünün aksine rüşvet suçundan elde edilen menfaat tipik bir “*suçla bağlantılı gelir*”dir. Bu nedenle rüşvet suçundan elde edilen gelirin TCK md. 54 gereği suç sonucu meydana gelen eşya olarak müsadere mümkün değildir. Burada ancak kazanç müsadereinden söz edilebilir²⁴³.

Öğretide konu ile ilgili dikkat çekici tanımlar da bulunmaktadır. *Demirbaş*, suç sonucu oluşan eşya için “*suçun doğurduğu eşya*” tabirini kullanmaktadır. Örnek olarak da sahte pasaportu göstermektedir²⁴⁴. Benzer şekilde *Tan*, “*suçun vücut verdiği eşya*” ifadesini kullanmaktadır. Ayrıca yazar, suçtan meydana gelen eşya bakımından; kimi hallerde eşya müsadere mi yoksa kazanç müsadere mi uygulanacağını fark edilemez duruma geldiğini ifade etmektedir. Müstehcen filmler suçtan meydana gelen eşya olarak eşya müsadere tabiyken, bu filmlerin satışı ile elde edilen gelirler ise kazanç müsadere tabi olacaktır²⁴⁵. *Şen* ise, konuya çok farklı bir açıdan bakmaktadır. Yazar, TCK md. 54 kapsamında olan suç sonucu oluşan eşya ile 55. madde kapsamında yer alan suç işlenmesi ile elde edilen kazançları aynı düzenleme olarak görmekte ve aralarında fark olmadığını ifade etmektedir. Bundan dolayı para ve benzeri şeylerin TCK md. 55 gereği, diğer eşyaların ise madde 54 gereği müsadere edileceği görüşündedir²⁴⁶. Yazarın görüşüne katılmak kanaatimizce gerekçeden yoksun ve kabul edilemez niteliktedir.

Suç sonucu oluşan eşyanın bazı durumlarda delil olarak dosyada saklanması gerekmektedir. Yargılamanın kesinleşmesi sonrası ortaya çıkacak yeni nedenlerden dolayı, suç sonucu oluşan eşyaya yargılama makamının tekrar temas etmesi maddi gerçeğin ortaya çıkması için önemlidir. Bu durumda eşya suç sonucu ortaya çıksa bile müsadere yerine dosyada delil olarak saklanmalıdır²⁴⁷. *Hakeri* de, delil olarak saklanması gereken eşyanın suç sonucu oluşan eşya olarak müsadere edilemeyeceği görüşündedir. Yazar sahte kredi kartının

²⁴² *Özgenç(Uygulamalı Ceza Hukuku)*, s. 384.

²⁴³ Aynı yönde bkz. Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 980-981.

²⁴⁴ *Demirbaş*, s. 664.

²⁴⁵ *Tan(2.Cilt)*, s. 2083.

²⁴⁶ *Şen(Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu)*, s. 180.

²⁴⁷ Ayrıntılı bilgi için yukarıda “*Dosyada Delil Olarak Saklama ile Karşılaştırma*” başlığı altında yaptığımız açıklamalara bkz.

müsaderesi yerine, dosyada delil olarak saklanması yönünde verilen Yargıtay kararının yerinde olduğunu düşünmektedir²⁴⁸. *Hakeri* gibi *Malkoç* da; sahtecilik suçlarında suçtan meydana geldiğini kabul ettiği suç konusu sahte belgenin aynı zamanda davanın en önemli kanıtı olması nedeniyle müsadere yerine, dosyada delil olarak saklanmasına karar verilmesi gerektiği görüşündedir²⁴⁹.

Kanaatimizce, suçtan meydana gelen veya suç sonucu oluşan eşya bakımından ayırıcı unsur eşyanın suç öncesi var olup olmadığıdır. Eğer eşya suç öncesi var ise; suçta kullanılan eşya veya suça tahsis edilen eşya kavramları içinde mütalaa edilecektir. Fakat eşya, suç sonrası, suç ile bağlantılı olarak yani suçun unsurlarının gerçekleşmesi ile ortaya çıkmış ise; bu durumda suç sonucu oluşan eşya kavramı içinde mütalaa olacaktır. Ayrıca suç sonucu oluşan eşyanın, kanuni tipte yer alan fiilin işlenmesi ile doğrudan doğruya bağlantısı olmalıdır²⁵⁰.

Ayrıca suç sonucu meydana gelen eşya ile kazanç müsadereesine tabi gelir birbirine karıştırılmamalıdır. Örneğin laboratuvarı kanuna aykırı şekilde meydana getirilen uyuşturucu madde, suç sonucu meydana gelen eşya olarak TCK md. 54 kapsamında eşya müsadereesine tabiyken, bu uyuşturucunun satılması ile elde edilen kazanç ise suç geliri olarak TCK md. 55 anlamında kazanç müsadereesine tabidir.

1.5.1.1.1.6. Eşyanın Suç İşlemek İçin Hazırlanması

Suç işlemek için hazırlanan eşya tabiri, suçun işlenmesi esnasında kullanılmayan ve fakat o suçu işlemek amacıyla hazırlanan eşya için kullanılan bir ifadedir²⁵¹. Burada dikkat edilmesi gereken husus öncelikle eşyanın suç işlemek için hazırlanmasıdır²⁵². Çünkü suçun icra hareketlerinin gerçekleşmemesi durumunda da; eşya, kamu sağlığı, kamu güvenliği veya

²⁴⁸**Hakeri**, s. 681; “Adli emanetin 2010/3689 sırasında kayıtlı suça konu faturaların dosyada delil olarak saklanılmasına karar verilmesi gerekirken sanığa iadesine karar verilmiş olması,” Yar. 11. CD. 09/07/2018 T., 2016/6998 E. - 2018/6372 K., **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 27/03/2022); “Delil niteliğinde bulunan belgelerin dosyada saklanması gerektiği gözetilmeden, adli emanette kayıtlı olan tüm eşyaların müsadereesine karar verilmesi,” Yar. 11. CD. 07/02/2007 T., 2007/3546 E. - 2007/612 K., Erol, Haydar, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu**, 1. Cilt, Yayın Matbaacılık, Ankara, s. 762.

²⁴⁹**Malkoç**, s. 192.

²⁵⁰**Acar**, s. 208; **Tan(2.Cilt)**, s. 2082-2083.

²⁵¹**Acar**, s. 212; **Tan(2.Cilt)**, s. 2100-2101; **Malkoç**, s. 191.

²⁵²“Hazırlık aşamasında sanıktan el konulan LG Marka cep telefonunun ve bilgisayar harddisklerinin, münhasıran suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyalar olmadığı anlaşılmakla, sanığa iadesi yerine, koşulları oluşmadığı halde TCK'nın 54. maddesi uyarınca müsadereesine karar verilmesi” Yar. 3. CD. 28/09/2022 T., 2022/11567 E. - 2022/5280 K., “Münhasıran suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyalar olmayan dijital materyaller hakkında, sanığa iadesi yerine, koşulları oluşmadığı halde içeriğinde suç unsur tespit edilenlerin TCK'nın 54. maddesi uyarınca müsadereesine karar verilmesi,” Yar. 3. CD. 26/12/2022 T., 2021/15739 E. - 2022/10013 K., **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 15/02/2024).

genel ahlak için tehlikeli ise müsadere edilecektir²⁵³. Aksi halde bu tarz bir eşya suçun icra hareketlerinde kullanıldığı takdirde, zaten suçta kullanılan eşya olarak müsadere yaptırımına tabi olacaktır²⁵⁴.

Suçun işlenmesi için hazırlanan ancak suçta kullanılmasa dahi kamu sağlığı, kamu güvenliği veya genel ahlak için tehlikeli olan eşyalara, sahte para yapmak için hazırlanan kalıplar, adam öldürme suçunda kullanılmak için hazırlanan zehir, suç örgütünden ele geçen ölüm listesi, kültür varlıklarının kopyaları ve dolandırıcılık suçunda kullanılmak için hazırlanan ünlü portrelerin sahteleri örnek gösterilebilir²⁵⁵. Öğretide, müsadere tedbirinin gayesinin sağlanması açısından suçta kullanmak için hazırlanmış eşya terimi için, genişletici yorum yapılması gerektiğine de vurgu yapılmaktadır. Bu görüşteki *Certel*, suçta kullanılmak üzere hazırlanmış fakat herhangi bir sebepten ötürü kullanılamayan yahut kullanıp da bir kısmı artan eşyayı terime örnek olarak göstermiştir²⁵⁶.

5237 sayılı kanunun 54. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinde suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın müsaderesi için iki şart öngörülmüştür. Fakat kanaatimizce suçun işlenmesinde eşyanın kullanılmaması doğal bir şart olduğu için, biz suç işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın müsaderesi için üç şart olduğunu kabul etmekteyiz. Bu şartlar;

- Eşyanın suç işlemek üzere hazırlanması,
- Eşyanın suçun işlenmesinde kullanılmaması,
- Eşyanın kamu sağlığı, kamu güvenliği veya genel ahlak için tehlikeli olmasıdır²⁵⁷.

Suçta kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın tehlikeli olmadığı durumlarda; eğer eşyanın aynı zamanda taşınması, bulundurulması, üretimi, alımı veya satımı suç oluşturuyorsa bu durumda TCK md. 54/4 göre müsaderesi söz konusu olacaktır²⁵⁸.

Öğretide suç işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın müsaderesi; suç işlenmese de, eşyanın müsadere edilmesi bakımından eleştirilere konu olmuştur. *Hafizoğulları/Özen* eşyanın kamu sağlığı, kamu güvenliği veya genel ahlak için tehlikeli

²⁵³ *Parlar/Hatipoğlu*, eşyanın sırf suçun işlenmesi için hazırlanmasının yeterli olmadığını, suçun icra hareketlerinin başlamaması koşuluyla eşyanın ayrıca “tehlikeli” olması koşulunun önemine vurgu yapmıştır. Yazar kasten öldürme suçu işlemek için hazırlanan av tüfeği, bıçak ve tabancanın sadece birinin suçta kullanılması halinde; kullanılmayan eşyalar bakımından “tehlikelilik” koşulunun varlığına bağlı olarak eşyaların müsadere edilmesi gerektiği yönünde örnekleme yapmıştır. Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu**, 1. Cilt, Yayın Matbaacılık, Ankara, 2007, s. 494; *Yurtcan/İrtiş* de, suçta kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın müsaderesi için; sadece gerekli olan “tehlikelilik” unsuruna vurgu yapmıştır. Yurtcan, Erdener/İrtiş, Begüm, **Ceza Hukuku Ders Kitabı Genel Hükümler**, 1. Bası, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2020, s. 139.

²⁵⁴ **Gedik**, s. 146; **Tan(2.Cilt)**, s. 2102.

²⁵⁵ **Acar**, s. 214; **Tan(2.Cilt)**, s. 2101.

²⁵⁶ **Certel**, s. 39-40.

²⁵⁷ **Dülger (Müsadere)**, s. 101.

²⁵⁸ **Öztürk/Erdem**, s. 581; **Özgenç**, s. 906.

olması hükmünde yer alan “tehlike” kavramının açık olmadığı ancak “zarar tehlikesi” olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Yazarlar bir eşyanın suç işlemek için hazırlanmasını ve fakat suç işlenmese bile tehlikeli olması gerekçesi ile mülkiyetinin devlete geçmesini *“Ancak tehlike, ister “tehlike” isterse “zarar tehlikesi” olarak algılsın, henüz işlenmemiş ama ileride işlenmesi düşünülen bir “suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın” tehlike yaratıyor gerekçesi ile müsadereyi yoluna gidilmesi, niteliği demokratiklik olmak zorunda olan bir ceza hukuku düzeninde kabulü mümkün olmayan bir sonuçtur. Gerçekten, tehlike davranışın tehlikeliliği olarak değil de “zarar tehlikesi” olarak algılsa bile, tarihî kanun koyucunun madde gerekçesinde yer alan müsadereye hükmedilmesi için “suçun işlenmesi zorunlu olmamakla birlikte” şeklindeki düşüncesine itibar edildiğinde, “suçsuz güvenlik tedbiri olmaz” ilkesi çiğnenmiş olacağından, artık demokratik bir ceza hukuku düzeninden değil, totaliter bir ceza hukuku düzeninden söz etmek gerekecektir. Çünkü değil güvenlik tedbirleri, “polis tedbirleri” bile, ne kadar tehlikeli olurlarsa olsunlar kişilerin salt tasavvurları ile ilgili değildirler. Madde gerekçesinde yer alan “Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanmış olan eşya” ise, suçun icra hareketleri henüz başlamamış ise, sadece bu nedenle müsadere edilmeyecektir. Ancak bu eşyanın niteliği itibarıyla kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadereye hükmedilecektir” düşüncesi, tehlikeden korunma görüntüsü altında, faşizan bir düzenlemenin açık kanıtı olmaktadır” ifadeleri ile eleştirmiştir²⁵⁹.*

Soygüt Arslan da, konuya ispat hukuku açısından eleştiri getirmektedir. Yazara göre; suçun icra hareketlerine geçilmeden yani henüz suç işlenmemişken, suç işlemek için hazırlanan eşyanın o suçta kullanılmak üzere hazırlandığını ispat etmek güçtür. Yazar eşyanın aynı zamanda suçun konusu olması halinde veya hazırlık hareketinin cezalandırılması durumunda ispat bakımından güçlük olmayacağını belirtmiştir. Fakat failin hareketlerinin hazırlık aşamasında cezalandırılmamasının nedeni, failin suç işleme iradesi bakımından kanuna karşı gelme fikrinin tespitinin güçlüğü nedeniyle suç işlemek üzere hazırlanan eşyanın müsadereyi ispatın güç olduğunu ifade etmiştir²⁶⁰.

Kanaatimizce suçta kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın müsadereyi bakımından; kamu sağlığı, kamu güvenliği veya genel ahlak için tehlikeli olduğu hususunun tespitinde çok hassas davranılmalıdır. Aksi halde henüz ortada işlenmiş bir suç yokken keyfi müsadere

²⁵⁹ **Hafizoğulları/Özen**, s. 484; Benzer bir eleştiride bulunan *Nuhoğlu*, eşyanın suç işlemek için hazırlandığının tespitine dikkat çekmiştir. Yazar henüz icra hareketlerine geçilmeyen bir suç için bu şekilde uygulanacak bir müsadereyi aslında hazırlık hareketlerini cezalandırmak olduğunu, suç işlenmeden önce uygulanacak yaptırımların ise ceza hukukunu değil polis hukukunu ilgilendirdiğini ifade ederek kanunun düzenlemesini eleştirmiştir. *Nuhoğlu*, Ayşe, **Türk Ceza Kanununun 2 Yılı**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Güvenlik Tedbirleri, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, İstanbul, 2008, s. 197- 198.

²⁶⁰ **Soygüt Arslan**, s. 386 Aynı yönde görüş için bkz. **Yerdelen**, s. 52.

uygulamaları ile 1982 anayasasında güvence altına alınan mülkiyet hakkı temelden zedeleneyecektir²⁶¹.

Son olarak suç işlenmek üzere hazırlanan eşya bakımından eşya sahibinin iyiniyetli olmasının herhangi bir önemi yoktur²⁶².

1.5.1.1.1.7. Eşyanın İyiniyetli Üçüncü Kişiye Ait Olmaması

Eşyanın müsadere edilip edilemeyeceği bakımından önemli olan bir diğer husus eşyanın iyiniyetli üçüncü kişiye ait olmamasıdır. Gerçekten de eşyanın sahipliğinin kimde olduğu ve bu kişinin iyiniyetli olup olmadığı müsadere öncesi tespit edilmesi gereken bir durumdur. Eşyanın suç failine ait olması halinde müsadere için bir engel yoktur. Fakat eşya üçüncü kişiye aitse, işte burada iyi niyet kavramı devreye girmektedir²⁶³.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde bu husus kanunun 36. maddesinde “*fiilde methali olmayan kimselere ait olmaması*” şeklinde düzenlenmişti. Methali olmak sözlükte “*bir işe karışmış bulunmak, bir işte parmağı olmak*” şeklinde tanımlanmıştır. 765 sayılı kanun döneminde kanun koyucu kullandığı kavram ile fiille bağlantısı olmayan kişilerin eşyasının müsadere edilemeyeceğini hüküm altına almıştır²⁶⁴.

5237 sayılı kanunun 54. maddesinin 1. fıkrasında ilk başta sadece eşyanın mülkiyeti bakımından bir düzenleme yer almaktaydı. Yani kanunun değişiklik öncesi hali olan “*İyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsadere*

²⁶¹ **1982 Anayasası md. 35** “Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.”.

²⁶² **Özgenç**, s. 906; **Certel**, s. 41.

²⁶³ **Altuğ**, s. 148.

²⁶⁴ **Önder**, s. 597; “Sanıktan zapt edilen 34 PZJ 85 plakalı otomobilin kayıt maliki veya temsilcisi dinlenerek suçta kullanılan otomobilin zilyetliğinin ne şekilde sanığa geçtiği ve malikin fiilde methali bulunup bulunmadığı araştırılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiği düşünülmeyen zapt edilmiş bulunan aracın iadesine karar verilmesi” Yar. 10. CD., 06/05/2004 T., 2003/7356 E. – 2004/5429 K., “TCK'nın 36/1. maddesinin "suçla ilgili eşya fiilde methali olmayan kimselere ait olmamak şartıyla zapt ve müsadere olunur" hükmüne araçta zula olmadığı anlaşılmasına ve sanığın sürücüsü olduğu X 79797 ve 5001451 plakalı çekici ve dorsenin maliki bulunan yabancı şirketin bilgisi dahilinde suça konu uyuşturucu maddenin taşınmasında kullanıldığı sübuta ermediği halde iadesi yerine zorunluluğuna karar verilmesi,” Yar. 10. CD., 23/12/2003 T., 2003/7268 E. – 2003/22794 K., “Dava konusu fuel-oil'in hacmi, ağırlığı ve taşındığı mesafeye göre tankerin nakle tahsis edildiği ve 1918 sayılı Yasanın 47. maddesinde hususi hüküm mevcut olup, nakil vasıtasının müsadere karar verilebilmesi için TCK. nun 36. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen fiilde methali olmayan kişilere ait olmamak şartının aranmayacağı gözetilmeden, nakilde kullanılan aracın müsadere yerine sahibinin haberi olmadığından bahisle iadesine karar verilmesi” Yar. 7. CD., 27/06/1995 T., 1995/4215 E. – 1995/5938 K., “Alanya İlçe Emniyet Müdürlüğü'nün 9.2.2005 tarihli yazısına göre, suçta kullanıldığı iddia edilen 07 plaka s. aracın Hacer Akkaya adına kayıtlı olduğu bildirilmiş, sanık Ahmet Taş ise otomobilin kendisine ilişkin olduğunu ifade etmiş olup haricen satın alındığı anlaşılmakla, 765 s. TCK.nun 36. maddesi ve 5237 s. Kanunun 54. maddesi hükümleri uyarınca, suçta kullanılan eşya fiilde methali olmayan kimselere ilişkin olmamak şartıyla müsadere edilebileceği cihetle 07 plakalı aracın suç tarihi itibarıyla kime ilişkin olduğu Hacer Akkaya'da dinlenerek oluşacak sonuca göre müsadere konusunda bir karar verilmesi gerekirken eksik soruşturma ile yazılı biçimde hükme varılması” Yar. 5. CD., 11/05/2006 T., 2006/1497 E. – 2006/4092 K., **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 04/04/2022).

hükmolunur. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir” şeklindeki düzenlemede, sadece suçla bağlantısı olmayan üçüncü kişilerin mülkiyet hakkı bakımından iyi niyetli olmak şartıyla bir koruma söz konusuydu. Fakat 24/11/2016 tarihli 6763 sayılı kanunun 11 maddesi ile 5237 sayılı kanunun 54. maddenin ilk fıkrasına “*Eşyanın üzerinde iyiniyetli üçüncü kişiler lehine tesis edilmiş sınırlı aynı hakkın bulunması halinde müsadere kararı, bu hak saklı kalmak şartıyla verilir*” hükmü eklenmiştir. Böylece müsadere kararı verilmesi öncesinde iyi niyetli sınırlı aynı hak sahibi de karardan etkilenmeden korunmuştur²⁶⁵.

Kanun koyucunun “*üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla*” şeklindeki olumsuz ifadeyi seçmesinin sebebi eşyanın aidiyetinin kimde olduğunun kanıtlanmasının sınırını daraltmak olduğu ifade edilebilir²⁶⁶. Burada eşyanın faile ait olduğunun ispatına gerek olmadığı aslında eşyanın üçüncü iyiniyetli kişiye ait olduğunun ispatının önem arz ettiği anlaşılmaktadır²⁶⁷. Örneğin rüşvet suçunda, kamu görevlisi faile bir başkasına ait pahalı bir saat, suçun diğer faili tarafından kendine aitmiş gibi verilmesi durumunda; saatin karine olarak rüşvet veren faile ait olduğu kabul edilmelidir. Saatin gerçek sahibi üçüncü kişi ise, suçla bağlantılı olmadığını ve bu suretle iyi niyetli olduğunu ispat etmelidir. Aksi halde saat üçüncü kişiye ait dahi olsa, müsadere kararı verilecektir²⁶⁸.

Suçta kullanılan, tahsis edilen, suç sonucu meydana gelen eşyalar bakımından üçüncü iyiniyetli kişilerin hakları korunurken, suç işlemek için hazırlanan eşya için ise; eşyanın kamu sağlığı, kamu güvenliği veya genel ahlak için tehlikeli olması halinde, eşya sahibinin iyi niyetli olup olmamasının kanun karşısında bir önemi yoktur²⁶⁹.

Kanun koyucu iyi niyet kavramını madde içinde tanımlamamıştır. Madde gerekçesinde “*Ancak, bunun için, eşyanın iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmaması gerekir. Başka bir deyişle, kişinin suç işlenmesine iştirak etmemesi, suçun işlenişinden haberdar olmaması durumunda, sahibi bulunduğu eşya bir suçun işlenmesinde kullanılmış olsa bile, müsadereye hükmedilemeyecektir*” şeklinde açıklama yapılarak konunun anlaşılması

²⁶⁵ **Acar**, s. 217.

²⁶⁶ **Önder**, s. 597; **Yerdelen**, s. 52.

²⁶⁷ **Taneri**, s. 65; **Dülger (Müsadere)**, s. 112.

²⁶⁸ **Dalkılıç**, bir malvarlığı değerinin hırsızlık veya dolandırıcılık sonucu elde edilmesi durumunda; hak sahibi malik veya zilyedin tespit edilemediği hallerde müsadere kararı verilmesini konuya örnek olarak göstermektedir. **Dalkılıç**, s. 74. Ancak yazarın verdiği örneğe kanaatimizce katılmak mümkün değildir. Çünkü yazarın belirttiği örnek TCK md. 55/1’de yer alan “*mağdura iade edilememe*” koşuludur. Suç nedeniyle ele geçen malvarlığı değerinin sahibinin (mağdurunun) tespit edilememesi ile hak sahibi üçüncü kişilerin eşyanın işlenen suçla bağlantılı olması bakımından, eşyanın iyi niyetle elinden çıktığını ispatı zorunluluğu farklı hususları ihtiva etmektedir.

²⁶⁹ **Dalkılıç**, s. 75.

sağlanmıştır²⁷⁰. Madde gerekçesine göre iyi niyetli üçüncü kişi, suçun işlenmesine iştirak etmeyen veya suç işlenmesinden haberdar olmayan kişidir²⁷¹.

İyi niyet kavramı aslında daha çok özel hukuk alanında kullanılan bir ifadedir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 3. maddesinde kavrama yer verilmiş ve kavramın çerçevesi çizilmiştir. Kanununun 3. maddesi “*Kanunun iyi niyete hukukî bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyi niyetin varlığıdır. Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyi niyet iddiasında bulunamaz*” şeklinde olup maddeye göre iyi niyetli kişi, kendinden beklenen özeni gösteren kişidir²⁷².

Öğretide, iyi niyet kavramının ceza hukuku alanında kullanımı, eleştirilere konu olmuştur. Yazarların bir kısmı, “iyi niyet” kavramının özel hukuka ait bir ifade ve kavramın ceza hukukuna yabancı olduğunu ifade etmişlerdir. Ayrıca bu düşüncedeki yazarlar; sorunun, iyi niyet kavramı ile değil, eşya sahibinin suça iştirak edip etmemesi veya suçun işleneceğinden haberdar olup olmamasına göre çözümlenmesinin, ceza hukuku açısından daha uygun olacağı görüşünü ortaya koymuşlardır²⁷³. Yazarların diğer kısmı ise; iyi niyet kavramından “*fiilde methali olmamak*” hususunu anlamaktadırlar²⁷⁴. Bu konuda Özden ise;

²⁷⁰Özgenç(Gazi Şerhi), s. 685.

²⁷¹Soygüt Arslan, s. 355; Acar, s. 200; “*Ele geçen kaçak eşyanın, nakil aracın taşıma kapasitesine göre miktar veya hacim bakımından ağırlıklı bölümünü oluşturmaması, aracın daha öncede sanığın abisi olan malen sorumlu tarafından kaçakçılık suçunda kullanılması dikkate alındığında malen sorumlunun iyi niyetli kabul edilemeyeceği, nakil vasıtasının müsaderesinin işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğurmayacağı ve bu nedenle TCK’nin 54/3. maddesi uyarınca hakkaniyete de aykırı bir yanın bulunmadığı anlaşıldığından dava konusu nakil vasıtasının müsaderesi yerine, yazılı şekilde iadesine karar verilmesi,*” Yar. 19. CD., 22/06/2021 T., 2019/31677 E., 2021/7023 K., **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 05/04/2022).

²⁷²Yılmaz(Sözlük), s. 607; “*İyi niyet kavramı, bir olayı bilmek veya bilmemek gibi sübjektif bir temele dayanır. Öğretide iyi niyet, bir hakkın doğumuna engel olan bir durum olayda varlığı veya hakkın doğumu için gerekli unsurlardan birinin, olayda yokluğu konusunda kişide mazur görülebilen bir bilgisizlik veya yanlış bilgi olarak tanımlanır. İyi niyet hakların kazanılmasına hizmet eder*” Öztan, s.173.

²⁷³Gedik, iyi niyet kavramının özel hukuka özgü bir ifade olduğunu ve ilk defa ceza kanununda yer aldığını, kavramın ceza hukukuna yabancı olduğunu ifade etmiştir. Yazar madde gerekçesinden hareketle iyi niyetin; suçun işlenişine iştirak edilmemesi, suçun işlenmesinden haberdar olunmaması olarak kabul edilmesi gerektiği görüşündedir. **Gedik**, s. 154-155; “*Bazı Kanunlar, eşyanın müsaderesi için fiilin işlenişine eşya ile medhaldar olmamanın, yani katkıda bulunmanın mutlaka iştirak şeklinde olmasını aramamaktadırlar. Buna göre, eşya sahibinin fiilin işlenişine objektif özen yükümlülüğüne aykırı olarak, yani taksirle medhaldar olması halinde dahi eşya müsadere edilecektir. Mesela Alman CK., md. 74a*” Özgenç(Gazi Şerhi), s. 687; Yerdelen, suça iştirak etmeyen veya eşyanın suçta kullanıldığını bilmeyen kişinin iyi niyetli kabul edilmesi gerektiği görüşündedir. Yazar verdiği örnekte “*aracını kendi rızasıyla arkadaşına veren birisinin, arkadaşının bu araçla kasıtlı suç işlenmesi halinde, araç sahibinin gerekli dikkat ve özeni gösterseydi araçla suç işleneceğini anlayabilirdi*” şeklindeki bir yaklaşımla müsadere edilemeyeceğini ifade etmiştir. **Yerdelen**, s. 53

²⁷⁴Yarsuvat/Bayraktar/Yüzbaşıoğlu/Bülbül/Kocasakal/Aksoy/Memiş/Kurt/Tansuğ/Yılmaz’a göre; iyi niyet kavramı yerine “methali” yani fiilde iştirak olup olmadığı ifadesinin kullanılması daha uygun olacaktır. Yarsuvat, Duygun/Bayraktar, Köksal/Yüzbaşıoğlu, Necmi/Bülbül, Erdoğan/Kocasakal, Ümit/Aksoy,Eylem E./Memiş, Pınar/Kurt, Gülşah/Tansuğ, Çağla/Yılmaz,Didem, **Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesinin Görüşü**, Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Editör: Teoman Ergül, Ankara, 2004, s. 303; Centel/Zafer/Çakmut, eşya sahibinin iyi niyetinin değil, suça katılma kastlarının olup olmadığının tespitinin gerekli olduğunu ifade etmişlerdir. **Centel/Zafer/Çakmut**, s. 741; İçel’e göre, kanunda iyi niyet kavramı kullanılsa bile; bundan suça iştirakin dışında kalma anlaşılmalıdır. **İçel(Genel Hükümler)**, s. 629; Koca/Üzülmmez, iyi niyet kavramını madde gerekçesi ile paralel olacak şekilde suçun işlenmesine iştirak etmemek olarak kabul etmektedirler.

önce eşya sahibinin suça iştiraki olup olmadığının tespit edilmesini, eşya sahibinin suça iştiraki tespit edilemezse, müsadere kararı verilebilmesi için eşya sahibinin iyiniyetli olup olmadığına bakılması gerektiğini ifade etmektedir²⁷⁵.

İyi niyet kavramından ne anlaşılması gerektiği de öğretide tartışmalıdır. *Parlar/Hatipoğlu*, 765 sayılı TCK döneminde “*filde methali olmayan kişilere ait olmamak şartı*” aranırken, 5237 sayılı kanun ile getirilen “*iyi niyetli üçüncü kişilere ait olmamak*” kavramının daha farklı anlaşılması gerektiğini savunmuştur. Yazarlar somut olayın özelliklerine göre kendinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyi niyetli kabul edilemez. Ayrıca yazarlara göre, iyi niyetin tespiti bakımından “*rıza ve bilgi*” ölçütü belirleyici olacaktır²⁷⁶.

Soyaslan’a göre; kendisine ait eşya ile suç işlendiğini bilmeyen kişi iyi niyetlidir²⁷⁷.

Şen ise; kanun koyucunun, eşya sahibinin göstermesi gereken dikkat ve özeni değil, eşya sahibinin suça iştirak edip etmemesi veya suça iştirak etmese bile suçtan haberdar olup olmasına göre iyi niyetinin varlığının belirleneceğini esas aldığını kabul etmiştir. Yazar üçüncü kişinin sahip olduğu eşyayı suç failine verilirken suçtan haberdar olmasa bile, suç işlenirken fiili öğrenmesi ve suça kayıtsız kalmasını zımni olarak suça katılım olarak görmektedir. Bu durumda müsadere yaptırımının uygulanması gerektiği görüşündedir²⁷⁸.

Yargıtay da “*TCK’nın 54/1. maddesine göre, kasıtlı bir suçun işlenilmesinde kullanılan eşyanın müsadere edilebilmesi için, söz konusu eşyanın iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamasının gerekmesi, suçta kullanılan tabancanın, dosyada yer alan ruhsat evrakına göre, ...’e ait olması ve dosya kapsamından, adı geçen bilgisi dahilinde tabancanın kullanıldığı hususunda iddia ve delil bulunmaması karşısında, bahsi geçen tabancanın sahibine iade edilmesi gerekirken, müsadere hıkmolunması*” şeklindeki kararından da anlaşılacağı üzere iyi niyetli olmayı, suça katılmama veya suçtan haberdar olmama şeklinde değerlendirmektedir²⁷⁹.

Koca/Üzülmmez, s. 662-663; **Özgenç**, iyi niyetli kavramı bakımından sadece suçun işlenişine iştirak edilmemesi yorumunu yapmaktadır. **Özgenç**, s. 904

²⁷⁵**Özden**, s. 1068-1069.

²⁷⁶**Parlar/Hatipoğlu**, s. 496; **Bakıcı**, iyi niyetli olmak kavramını “*fille ilgili bulunmama, bilgi veya rıza dışında kullanılma*” olarak ifade etmektedir. **Bakıcı**, s. 1241.

²⁷⁷**Soyaslan**, s. 615; **Öztürk/Erdem**’ e göre iyi niyet, kişinin eşyanın suçun işlenilmesinde kullanılacağını veya suçun işlenmesi suretiyle elde edileceğini bilmemesidir. **Öztürk/Erdem**, s. 581; **Hafizoğulları/Özen**, iyi niyetli olmak ifadesini “*suça bulaşmamış olmak, eşyanın suçla ilişkilendirilmiş olunmasından haberdar olmamak*” şeklinde anlamaktadırlar. **Hafizoğulları/Özen**, s. 483; **Özbek/Doğan/Bacaksız**’a göre de iyi niyet suç işlenmesinden haberdar olmamaktır. **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 647 Aynı yönde görüş için bkz. **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 978

²⁷⁸**Şen(Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu)**, s. 174-175.

²⁷⁹Yar. 4. CD., 17/02/2020 T., 2019/2258 E., 2020/3282 K., **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 10/04/2022).

Kanaatimizce “iyi niyetli olmak” kavramı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun 54. maddesinde, medeni hukuk alanında belirlenen anlamı ile kullanılmamıştır. Bu bakımdan madde gerekçesinde de açıklandığı üzere; eşya sahibinin göstermesi gereken özen ve dikkat yükümlülüğünden söz etmek yerine, eşya sahibinin suça katılıp katılmadığına veya suçtan bilgisi olup olmadığına bakarak somut olayda iyi niyetli olup olmadığını belirlemek gerekecektir²⁸⁰.

1.5.1.1.7.1. Ait Olma Kavramı ve Kapsamı

Müsaderenin, mülkiyet gibi Anayasal ve uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınan bir hakkın özüne dokunması ve doğru olarak uygulanması bakımından eşyanın aitliği, bu aidiyetin hangi hakları barındırdığı ve hangi zamanda dikkate alınacağını belirlemek çok büyük önem arz etmektedir. İşte bu nedenle çalışmamızın bu kısmında “aidiyet” kavramına dair açıklamalarda bulunulacaktır.

Öğretide aidiyet kavramından mülkiyet hakkı anlaşılması gerektiği konusunda genel bir anlayış vardır²⁸¹. Aidiyet kavramının mülkiyet hakkı olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunan yazarlar; mülkiyet hakkının da özel hukuk kurallarına göre belirlenmesi gerektiğini ifade etmişlerdir²⁸². *Bakıcı* ise; mülkiyetin tespitinde özel hukuk kurallarının esas alınmasının ötesinde, suça konu eşyanın şikâyet edene ait olması bakımından tereddüt yoksa eşyanın iade edilmesi gerektiğini, tereddüt olması halinde ise şikâyet edene veya üçüncü kişiye mülkiyetin tespiti için hukuk mahkemelerinde dava açma hakkı tanınması gerektiğini savunmuştur²⁸³.

Yargıtay da; müsadere uygulaması bakımından, yargılama aşamasında el konulan eşyalar üzerinde üçüncü kişilerin hak iddia etmesi halinde eşyaların iadesi yerine, üçüncü kişilerin istihkak davası açmaları gerektiği yönünde görüş belirtmektedir²⁸⁴.

Certel de, aidiyet kavramından mülkiyet hakkını anladığını ifade etmektedir. Fakat aidiyet kavramın zilyetliği de içine alarak geniş yorumlanmasının kanunilik ilkesine aykırı olduğunu ifade etmiştir²⁸⁵.

²⁸⁰ *Acar*, s. 224; *Okuyucu Ergün*, s. 177; *Özbek(Ekonomi)*, s. 166 Karşı görüş için bkz. *Mahmutoğlu/Karadeniz*, s. 1344

²⁸¹ *Dülger (Müsadere)*, s. 110 Yazara göre; bu konuda Türk doktrini konuyu yeterince tartışmamış ve üzerinde yeterince durmamıştır. ; *Bakıcı*, s. 1247-1248.

²⁸² *Gedik*, s. 165; *Dülger (Müsadere)*, s. 111; *Parlar/Hatipoğlu*, s. 495.

²⁸³ *Bakıcı*, s. 1248.

²⁸⁴ “Dava ile ilgili olarak suçtan zarar görmüş olana ait bazı eşyalara el konulmuş olsa bile, üçüncü kişilerin bu eşyalar hakkında hak ileri sürmeleri halinde hukuk mahkemesinde istihkak davası açmaları gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde altınların katılanlara iadesine karar verilmesi” Yar. 6. CD., 14/05/1993 T., 3582 E., 4699 K., *Bakıcı*, s. 1248.

²⁸⁵ *Certel*, s. 44 Yazar eserinde iyi niyetli üçüncü kişiye ait eşyanın başkası tarafından suçta kullanılması halinde iyi niyetli üçüncü kişinin eşyanın elden çıkışı konusunda taksir derecesinde kusuru olması halinde eşyanın müsadere edileceğini ifade etmiştir. Yazar konuyla ilgili de, bulundurma ruhsatlı tabancanın evin bahçesindeki

6831 sayılı Orman Kanunun 5728 sayılı kanunun 215. maddesi ile değişikliği öncesi 108/4 maddesi *“kaçak orman mallarının taşınmasında kullanılan canlı ve cansız bütün nakil vasıtaları kime ait olursa olsun idarece zapt ve mahkemelerce müsadere hükmolunur”* şeklindeydi. Kanundaki değişiklik sonrası bu hüküm yerine Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre müsadere ilkesi benimsendi.   zgen  , *“su  n işlenmesinde kullanılan eşya”* ile ilgili açıklamasında Orman Kanununun 108/4 maddesinin değişiklik öncesi halinin iptali için Anayasa Mahkemesinde açılan ve *“doğrudan doğruya suçluluğu veya suçla ortaklığı olmadığı halde taşıtı üzerinde zoralım hükmü uygulanan kimse gerçekte kusursuz ve olayla büsbütün ilişkisiz değildir. Aşağıda daha etraflıca açıklanacağı üzere böyle bir kimsenin kusuru, yükümlü olduğu dikkati ve özeni göstererek kendi ta  ıtıyla yasak eylemin işlenmesine engel olmamaktan doğmaktadır. ...kimse taşıtının kaçak orman mallarının taşınmasında kullanılmaması için gereken dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdür. Bu y  k  m   yerine getirmeyen taşıt sahibinin, yasak eylem işlendiğinde, kusurlu sayılması ve kusurlu davranışının sonucu olan zoralım cezasını görmesi gerekir”* şeklindeki gerekçe ile red edilen karara atıf yaparak zilyetliğin de aidiyet kavramı içinde mütalaa edilmesine vurgu yapmaktadır²⁸⁶.

Nitekim Yargıtay 765 sayılı ceza kanunu döneminde aidiyet kavramını sadece mülkiyet olarak kabul etmekteydi²⁸⁷. Ancak 5237 sayılı TCK döneminde Yargıtay 6. Ceza Dairesi 06.03.2006 tarih 2006/2018 sayılı kararında *“sanık savunmasında, suçta kullanılan 10 P... 752 plakalı kamyonetin su   tarihinden önce kardeşi A.   . tarafından araç sahibi tanık G. K.’dan kayıt dışı satın alındığını belirtmiş olması karşısında; A.   . tanık olarak dinlenip otunun yasal elmenliğinin kime ait olduğu saptanarak, sonuca göre uygulama yapılmasının”* ifadelerine yer vererek zilyetlik kavramının da aidiyet içinde mütalaa edilebileceğini ortaya

masa üzerinde unutulması ve   alınması; çalınan tabancanın öldürme olayında kullanılması halinde tabancanın sahibinin   zen yükümlülüğüne aykırı davrandığı için müsadere edilebileceği örneğini vermektedir.

²⁸⁶ AYM, 30.09.1969 T., 17 E. / 49 K.,   zgen  , s. 904-905.

²⁸⁷ “Milgaz bayii olan sanığın d  kk  nda satışa sunulan 19 adet markasız t  p ile değişik firmalara ait 5 adet L.P.G. t  p   elde edilmiştir. Bu tüplerin suçta kullanıldıktan açık olmakla beraber 5adet değişik firmalara ait L.P. G. tüplerin sanığa ait oldukları söylenemez. Bu 5 adet t  p değişik firmalara aittir. Sanık tarafından giivence parası yatırılması, bu tüplerin mülkiyetinin sanığa geçtiğini ve tüplerin mülkiyeti üzerinde sanığın tasarruf yetkisinin bulunduğunu göstermez. Buna kar  sılık 19 adet markasız tüpün mülkiyeti sanığa aittir ve bunlar suçta kullanılmışlardır. O halde, suçta kullanılan 19 adet markasız tüpün zoralımına, değişik firmalara ait 5 adet tüpün ise iadesine karar verilmelidir” YCGK, 28.5.1996, 2–97/08 sayılı kararı, “Suçta kullanılan, kullanmak üzere hazırlanan veya su  n işlenmesinden husule gelen eşyanın genel hüküm doğrultusunda zoralımına karar verilebilmesi için, eşyanın suçu işleyene ait olması, eşya başkasına ait bulunduğu takdirde ise, o ki  şinin eşyanın kullanılmasında rızasının olması gerekir. Sahibinin rızası ve haberi olmadan suçta kullanılan eşyanın zoralımına karar verilemez. Aidiyet şartı da denilen, fiile yabancı kimselere ait eşyanın zoralımına tabi tutulmaması kuralı, TCK’nın 10. Maddesi gereğince, özel kanunlarda zoralıma ilişkin ayrı bir düzenleme bulunmadığı takdirde, bu kanunlarda öngörülen suçlarla ilgili eşya yönünden de geçerlidir” YCGK, 12.10.2004 T. ve 2004/8- 175 E, 2004/ 198 K sayılı kararı **Dalkılıç**, s. 74.

koymuştur²⁸⁸. Bu durumun kabulü için, malikin de ilgili suçtan haberdar olması aranmalıdır. Aksi kabulün, suçta ve cezada şahsilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğini düşünmekteyiz.

Kanaatimizce aidiyet kavramı dar yorumlanmalıdır. Kavramın mülkiyet hakkı kapsamını aşar şekilde yorumlanması, uygulamada adaletsiz kararların ve olayla ilgisi olmayan üçüncü kişilerin mülkiyet hakkının zedelenmesine yol açabilecektir. Burada dikkat edilmesi gereken suçla bağlantılı eşyanın, suçla bağlantısız iyi niyetli üçünü kişiye ait olmasıdır. Eşyanın iyi niyetli kişi üçüncü kişi tarafından suçtan habersiz şekilde bir başkasına verilmesi yani zilyetliğin suçla bağlantılı kişiye devredilmesinin bir önemi yoktur. Kanun koyucu zilyetliğin devri öncesindeki mülkiyet hakkı sahibinin hakkını koruma anlamında mülkiyeti esas almaktadır.

1.5.1.1.1.7.2. Aidiyetin Dikkate Alınacağı Zaman

Aidiyet kavramının dikkate alınacağı zaman da müsadere hükmünün uygulanması için çok önemlidir. Müsadere uygulaması için eşyanın hangi andaki aidiyetinin önem arz ettiği hususunda öğretide iki farklı görüş bulunmaktadır.

Yazarlardan bir kısmı müsadere kararı verilirken yani hüküm tesisi esnasında eşyanın kime ait olduğunun önemini savunurken, diğer bir kısım yazarlar ise suç anında eşyanın kime ait olduğunun önemini savunmaktadır. İlk görüşü savunan *Aydın*, eşyanın aidiyetinin müsadere kararı esnasında değerlendirilmesi görüşünü “*hem tehlikelilik yargısının geleceğe ilişkin müsadere anında değerlendirilmesi, hem de suç işlenmesi sonrası iyi niyetli alıcının korunması için gerekli olduğu*” tezine dayandırmaktadır²⁸⁹.

Diğer görüş taraftarı *Bakıcı* ise; müsadere kararı verilirken suç tarihi itibarı ile aidiyete bakmak gerektiğini mütalaa etmiştir²⁹⁰.

Yargıtay da; “*suçta kullanılan kamyonun suç tarihinde kimin üzerinde kayıtlı olduğu merciinden araştırılarak sonucuna göre karar verilmesi gerektiği düşünülmeden zoraltımına hükmedilmesi*”²⁹¹, “*Suçta kullanılan nakil aracının kayden maliki ...'ın aracını sanığa kiraladığını beyan ederek buna ilişkin Büyükşehir Rent a car antetli ve ... tarafından imzalanan oto kiralama sözleşme örneğinin dosyaya sunulması karşısında, aracın mülkiyetinin kime ait olduğunun ve araç sahibinin iyi niyetli olup olmadığının belirlenmesi bakımından, Büyükşehir Rent a car oto kiralama şirketinin ticari defterleri, muhasebe*

²⁸⁸ Dalkılıç, s. 74.

²⁸⁹ Aydın, Malvarlığına İlişkin Emniyet Tedbiri, s. 153 Aynı yönde bkz Soygüt Arslan, s. 378, Parlar/Hatipoğlu, s. 496.

²⁹⁰ Bakıcı, s. 1241 Aynı yönde bkz Baytaz(Müsadere), s. 78.

²⁹¹ Yar. 6. CD., 01/02/1990 T., 1989/9495 E. , 1990/521 K. , Sinerji Mevzuat Programı (Erişim Tarihi: 19/06/2022).

kayıtları getirtilerek incelenip yetkili kişiler de dinlendikten sonra, suç tarihi itibari ile aracın kiralama şirketine kiraya verilip verilmediği, araç kayden maliki görünen ...'ın bu şirketin sahibi yöneticisi veya imzaya yetkili sorumlusu olup olmadığı hususu da araştırılarak, nakil aracı hakkında hüküm kurulması gerekirken eksik araştırmaya dayalı olarak yazılı şekilde karar verilmesi” şeklindeki verdiği kararlar ile müsadereye konu eşyanın aidiyetinin suç tarihi itibari ile önemli olduğuna vurgu yapmıştır²⁹².

Kanaatimizce eşyanın aidiyetinin ne zaman aranacağı hususunda suç tarihi esas alınmalıdır. Bu durumda, suçun faili ile eşya sahibi farklı kişilerse ve eşya sahibi iyi niyetliyse müsadere zaten uygulanmayacaktır. Fakat suç faili ile eşya sahibi aynı kişilerse ve eşyanın sonradan el değiştirmesi ve yeni malikin iyi niyetli olması halinde ise TCK madde 54/2 ‘de düzenlenen kaim değer müsaderesi gündeme gelecektir. Bu şekildi iyi niyetli üçüncü kişi yine korunmuş olacaktır.

1.5.1.1.1.8. Eşyanın Bizatihi Suç Konusu Olması

Kanun koyucu TCK’nın 54/4. maddesinde üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alımı ve satımı suç oluşturan eşyanın müsadere edileceğini hüküm altına almıştır. Kanun koyucunun maddede açıklamaya çalıştığı, eşyanın bizatihi kendisinin konu olarak suçu oluşturmaktadır²⁹³.

Bu hükümle birlikte eşya bir suçta kullanılmış olsun veya olmasın müsadereye tabi tutulacaktır. Yine suç faaliyeti tespit edilemese de, eşya müsadere edilecektir. Bu tür eşyalar konu olarak tek başına suçu oluşturduğundan; failde, bir başkasında veya kamu otoritesi dışında bir alanda bırakılamayacağından müsadereye tabi tutulacaktır²⁹⁴. Bu tür eşyaların müsaderesinde orantılılık ilkesinin uygulanması da söz konusu olmayacaktır²⁹⁵. Müsaderenin kanun koyucu tarafından kabul edilen hukuki niteliği gereği; bu tür eşyalar bakımından hükümle birlikte (müsadere kararıyla), yeniden suçun işlenmesinin önlenmesi ve eşyanın tehlikeliliğini ortadan kaldırmak amacıyla serbest dolaşımda kalması engellemektedir.

Üretimi suç oluşturan eşya, devletin iznine aykırı şekilde oluşturulan eşyalardır. İzin alınmaksızın üretilen uyuşturucu veya uyarıcı madde, sahte oluşturulan paralar ve sahte olarak

²⁹²Yar. 6. CD., 01/12/2021 T., 2021/6424 E. , 2021/16377 K. , **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 19/06/2022).

²⁹³**Koca/Üzülmez**, s. 664.

²⁹⁴**Soygüt Arslan**, s. 396; **Öztürk/Erdem**, s. 584.

²⁹⁵**Dalkılıç**, s. 79.

piyasa sürülen bandroller bu hususa örnektir²⁹⁶. Taklit ürünler de aynı kapsamda yer almaktadır²⁹⁷.

Bulundurulması suç oluşturan eşya, kişinin hâkimiyet alanında yer alan maddelerdir. 6136 sayılı kanun kapsamında ruhsatsız bir şekilde evde bulundurulan tabanca mermisi konuya örnek gösterilebilir²⁹⁸. Taşınması yasak olan eşya, bir yerden başka bir yere götürülmesi suç olarak düzenlenen eşyadır. Yine 6136 sayılı kanun kapsamında ruhsatsız bir şekilde sustalı çakı taşımak suç olup; taşıma fiiline konu sustalı çakı TCK 54/4 gereği müsadereye tabi olacaktır²⁹⁹.

Alımı ve satımı yasak olan eşya ise, ticareti yasak olan eşyadır. Bu eşyaların en başında “kaçak eşya” gelmektedir³⁰⁰. Kanunla alımı ve satımı yasaklanan eşyalar, başlı başına suçun konusunu oluşturmakta ve yasaklanan alım veya satım fiili ile suç oluşmaktadır. Bahse konu fiil, 5607 sayılı Kaçakçılık Kanununun 3/5. maddesinde suç olarak düzenlenmiştir³⁰¹. Yine Kaçakçılık Kanununda düzenlenen diğer kaçakçılık fiillerine konu eşyalar da; “kaçak eşya” olarak TCK md. 54/4 kapsamında müsadere edilmektedir³⁰².

²⁹⁶“Suça konu sahte paranın 5237 sayılı TCK’nın 54/4. madde ve fıkrası uyarınca müsadereyesine hükmolunduktan sonra Merkez Bankası’na gönderilmesine karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi” Yar. 8. CD., 23/12/2021 T., 2021/4900 E., 2021/23413 K., **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 19/06/2022), **Dalkılıç**, s. 78.

²⁹⁷“Dosyada mevcut tüm bilgi ve belgeler ile 02.12.2014 tarihli bilirkişi raporuna göre; sanığın iş yerinde ele geçirilen ürünlerin taklit markalı oldukları ve bu ürünlerin satışa arz edildiği hususunda şüphe yoktur. Satışa arz edilen taklit markalı ürünlerin bizzatı suçun konusunu oluşturmaları karşısında; 5237 sayılı Kanun’un 54 üncü maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca müsadere edilmesi gerekecektir.” Yar. 7. CD., 07/07/2023 T., 2023/6282 E., 2023/6804 K., **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 02/03/2024).

²⁹⁸**Acar**, s. 246; “Sanığın evinde bir adet mermi bulundurma şeklindeki eyleminin 6136 sayılı Yasanın 13/4. madde ve fıkrasına uygun bulunduğu gözetilmeden, yazılı şekilde 6136 sayılı Yasanın 13/1. madde ve fıkrası uyarınca hüküm kurulmak suretiyle fazla ceza tayini, Hükmün müsadereye ilişkin bölümünde emanet numarasının 2012/140 yerine 2012/112 olarak yanlış yazılması,” Yar. 8. CD., 29/06/2015 T., 2014/36619 E., 2015/20297 K., **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 19/06/2022).

²⁹⁹**Soygüt Arslan**, s. 400-401; “Taşınması bizzatı suç teşkil eden bıçağın, 5237 sayılı TCK’nın 54/4. maddesi yerine anılan Kanun’un 54/1. maddesi gereğince müsadereyesine karar verilmesi; yasaya aykırı ise de, yeniden yargılama yapılmasını gerektirmeyen bu hususun, 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi uyarınca uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK’nın 322. maddesi gereğince düzeltilmesi mümkün bulunduğundan, hükmün 4. bendinin çıkartılarak yerine “Sanığa verilen 20 gün karşılığı adli para cezasının 52/2 maddeleri gereğince bir günü takdiren 20,00-TL den paraya çevrilerek sanığın 400,00- TL adli para cezası ile cezalandırılmasına”; hükmün 9. bendinin çıkartılarak yerine “Adli Emanetin 2015/1896 sırasında kayıtlı bulunan bir adet 10.3 cm uzunluğunda ibaresiz sustalı tabir edilen bıçağın TCK’ın 54/4. maddesi gereğince müsadereyesine” ibarelerinin eklenmesi suretiyle sair yönleri usul ve yasaya uygun olan hükmün DÜZELTİLEREK ONANMASI” Yar. 8. CD., 27/04/2021 T., 2021/41 E., 2021/13369 K., **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 19/06/2022).

³⁰⁰**Acar**, s. 247; “Suça konu kaçak eşyanın 5607 Sayılı Kanun’un 13/1. maddesi yollamasıyla 5237 Sayılı TCK’nın 54/4. maddesi uyarınca müsadereyesine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi” Yar. 7. CD., 30/03/2022 T., 2021/10699 E., 2022/6298 K., **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 19/06/2022).

³⁰¹**5607 sayılı Kaçakçılık Kanunu md. 3/5** “Birinci ila dördüncü fıkralarda tanımlanan fiillerin işlenmesine iştirak etmeksizin, bunların konusunu oluşturan eşyayı, bu özelliğini bilerek ve ticarî amaçla satın alan, satışa arz eden, satan, taşıyan veya saklayan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”

³⁰²“...Olay tarihinde kolluk görevlileri tarafından icra edilen yol kontrolünde, sanıklardan ...’ın sevk ve idaresindeki, babası malen sorumlu ... adına kayıtlı 30 YD 588 plaka sayılı kamyonun durdurularak, kamyonunda önleme araması kararı ile yapılan aramada sevk irsaliyesi ve faturası ibraz edilemeyen üzerinde Arapça ve

Başlı başına bir suçun konusunu oluşturmeyen ve suçta kullanılmayan eşyalar ise sahibine iade edilecektir³⁰³. Bizatihi suçun konusunu oluşturan eşya için; müsadereenin temel prensibi olan, mahkûmiyet şartının aranmaması ilkesi ayırım olmaksızın geçerlidir. Hatta fail dava konusu eylem nedeniyle cezalandırılmasa dahi eşya müsadere edilecektir. Örneğin; valizinde kaçak sigara nakleden fail, bu valizi bindiği takside unutsa ve taksi şoförü faili bıraktıktan sonra kolluk tarafından başka bir yerde durdurulup kaçak sigaralarla yakalansa (usulüne uygun arama kararı ile aranmak şartıyla), taksi şoförünün sigaralarla ilgisi olmadığı yargılama neticesinde anlaşılıp, şoför hakkında beraat kararı verilse dahi; sigaralar TCK madde 54/4 gereği müsadere edilecektir. Ayrıca failin ölmesi, yaş küçüklüğü veya akıl hastalığı nedeniyle hakkında mahkûmiyet kararı verilemese dahi eşyanın müsadere zorunlu olarak yapılacaktır³⁰⁴.

Son olarak zamanaşımının dolması, genel ya da özel af ilanı veya şikâyetten vazgeçme gibi hususlar bu tür eşyaların müsadereesine engel değildir³⁰⁵.

Öğretide TCK madde 54/4'ün gereksiz bir tekrar olduğu, TCK madde 54/1 ve madde 55'in bu tür eşyalar bakımından da uygulanabileceği yönünde ciddi eleştiriler de bulunmaktadır. Bu yönde görüş ifade eden yazarlardan Centel/Zafer/Çakmut, bu eleştirisini “bir eşyanın üretimi, bulundurulması, taşınması, alınması ve satımı suç oluşturuyorsa, fail ya bu eşyalarla söz konusu suçu işlemiştir ya da işleyecektir. Fail suçu işlemiş ise bu eşyalar TCK md. 54/1 cümle 1 'e göre, suçta kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşya olarak müsadere edilecektir. Failin hareketi henüz suçun icra hareketi sayılmasına elverişli değilse, o zaman da bu eşya, bir suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanmış eşya sıfatı ile müsadere edilecektir. Kanun koyucu TCK md. 54/4'de gereksiz bir tekrar yapmıştır” şeklinde ifade etmiştir³⁰⁶. Benzer şekilde Öztürk/Erdem de; düzenlemenin anlamsız olduğunu, “TCK md. 55'te kazanç müsadereesine yer verilmiş olması karşısında, bu nitelikteki bir eşya aynı zamanda “suçun konusunu oluşturan”

İngilizce yazılar bulunan 15384 adet kaçak kozmetik ürününün ele geçirildiği anlaşılmıştır... Emtia bilirkişisi tarafından düzenlenen 17.04.2012 tarihli bilirkişi raporunda dava konusu eşyaların yabancı menşeli olup, kaçak olduğu belirtilmiştir... Dava konusu eşyanın 5237 sayılı Kanun'un 54 üncü maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca müsadereesine karar verilirken, hüküm fıkrasında müsadere hükmüne atıf yapan 5607 sayılı Kanun'un 13 üncü maddesinin birinci fıkrasının gösterilmemesi” Yar. 7. CD., 28.02.2024 T., 2023/3693 E., 2024/2191 K., Sinerji Mevzuat Programı (Erişim Tarihi: 25/04/2024).

³⁰³“Havsa Adli emanetinin 2011/69 sırasında kayıtlı eşyalardan maktüle ait olan tüfek kılıfı, fişeklik ve 4 adet dolu av fişeginin başlı başına suç teşkil etmediğinden mirasçılara iadesine” Yar. 1. CD., 24/11/2014 T., 2013/2321 E., 2014/5460 K., Sinerji Mevzuat Programı (Erişim Tarihi: 19/06/2022).

³⁰⁴Altuğ, s. 178-179; Öztürk/Erdem, s. 584.

³⁰⁵Taneri, s. 87.

³⁰⁶Centel/Zafer/Çakmut, s. 741.

eşya sayılacağı ve bu nedenle TCK md. 55'e göre de müsadere kararı verilebileceği için TCK md. 54/4 gereksiz bir düzenlemedir" şeklindeki görüşleri ile ifade etmektedir³⁰⁷.

Alman hukukunda benzer bir düzenleme de Alman Ceza Kanununun 74b maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Madde kapsamında yer alan müsadere, eşyanın tehlikeliliğine dayanmaktadır. Bu tarz müsadere için iki farklı güvenlik nedeni gerekmektedir. İlki eşyanın cinsi ve durumu bakımından toplumu tehdit etmesi halidir. Sahte para, bozulmuş yiyecekler veya uyuşturucu madde bu hale örnek niteliğindeki eşyalardandır. Diğeri ise eşyanın hukuka aykırı fiillere hizmet etme tehlikesidir. Bu tarz bir tehlike halinde; müsadere kurumuna başvurulmasında amaç, müsadere ile ileride işlenecek suçun önüne geçilmesidir. Müstehcen yayınlar, terör örgütüne ait paralar ve kriminal amaçlı gizli bölmeli hale getirilen bavul ikinci tür eşyaya örnek olarak gösterilebilir³⁰⁸.

1.5.1.1.2. Eşyanın Ortak Mülkiyete Konu Olması Halinde Müsadere

Müsadereye konu eşyada birden fazla kişinin mülkiyetinin bulunması, yani bu ortaklığın paylı mülkiyet veya elbirliği mülkiyeti şeklinde olması durumunda; müsaderenin nasıl yapılacağı 5327 sayılı TCK'nın 54/6. maddesinde açıklanmıştır. Maddeye göre sadece suça iştirak eden kişinin hissesi müsadere edilecektir.

Öncelikle müsadereye konu eşyanın maliklerinin atılı suça iştirak hallerinden herhangi biri ile katılmaları durumunda, eşya tamamen müsadere edilecektir. Burada önemli olan husus iyi niyetli üçüncü kişinin (işlenen suçla bağlantısı veya suça iştiraki olmayan kişinin) mülkiyet hakkının nasıl korunacağıdır³⁰⁹.

Medeni Hukukumuzda iki tür mülkiyet çeşidi bulunmaktadır. Bunlardan birisi olan paylı mülkiyet (müşterek mülkiyet) TMK'nın 688/1. fıkrasında "*birden çok kimsenin maddi olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla sahip olmaları*" şeklinde tanımlanmıştır.

El birliği mülkiyeti (iştirak halinde mülkiyet) ise; TMK madde 701'de tanımlandığı üzere "*kanun veya kanunda öngörülen sözleşmeler uyarınca oluşan topluluk dolayısıyla, mallara birlikte malik olanların mülkiyetidir*".

Paylı mülkiyet halinde, paydaşlar eşya üzerinde kendi payları oranında istedikleri tasarrufta bulunabilirler ve her paydaşın hissesi baştan itibaren bellidir. Fakat el birliği mülkiyetinde ise; ortakların belirlenmiş bir hissesi olmayıp her ortağın hakkı, bu ortaklığa tabi

³⁰⁷ Öztürk/Erdem, s. 583-584.

³⁰⁸ Acar, s. 249-250.

³⁰⁹ Gedik, s. 172.

malın tamamına yaygındır. Bu durumda el birliği mülkiyetinde ortakların önceden belirlenmiş hisselerinden bahsetmek mümkün değildir³¹⁰.

Kanunun 54/6. maddesinde birlikte mülkiyet halinde, her bir paydaşın kendi payının müsadere edileceği kuralı bakımından; kanun koyucunun el birliği mülkiyetini mi yoksa paylı mülkiyeti mi veya her iki mülkiyet çeşidini mi kastettiği noktasında bir açıklık yoktur. Kanunun gerekçesinde “*müşterek ve iştirak halinde mülkiyete konu olan eşyanın müsadere düzenlenmiştir*” denilmek suretiyle maddenin her iki mülkiyet halini de kapsadığı ifade edilmiştir³¹¹.

Gerekçe madde metnine dahil olmadığından, metin ile gerekçe arasında ortaya çıkan bu uyumsuzluk öğretide farklı düşünceler ile tartışma ve çözüm önerisine konu olmuştur. Öğretide yazarların bir kısmı, kanunda yer alan düzenlemenin hem iştirak halinde mülkiyeti hem de paylı mülkiyeti kapsadığını ifade etmektedir³¹². Öğretide diğer kısım yazarlar ise; kanunda sadece müşterek (paylı) mülkiyetin düzenlendiğini, gerekçenin ise madde metni ile çeliştiğini belirtmişlerdir³¹³.

³¹⁰ **Oğuzman/Seliçi/Özdemir**, s. 308 ve 346.

³¹¹ Şahin, Cumhuriyet/Özgenç, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Mevzuatı**, 1. Baskı, Adalet Bakanlığı Yayınları, 2007, s. 168.

³¹² **Yerdelen**, s. 59; **Bakıcı**, s. 1243; **Koca/Üzülmez**, s. 663; **Gedik**, her iki mülkiyet hali için de müsadere düzenlenmiş olduğunu madde metninin amaçsal yorumlanması sayesinde anlaşılabileceği kanaatindedir. **Gedik**, s. 174; **Sözüer**’e göre; “*iştirak halinde mülkiyet gibi, tek bir malikin bağımsız olarak tasarruf yetkisine sahip olmadığı bir mülkiyet durumu veya bölünemez nitelikte bir eşya söz konusuysa, bu gibi hallerde müsadere kararı verilemeyecektir. Bu durumda, eğer şartları varsa üçüncü kişiye ait eşyanın müsadere edilmesine ilişkin kuralların uygulanması yoluyla müsadere mümkün olabilecektir. Bu durumda, tüm ortakların fiile iştiraki olmadıkça, eşyanın müsadere edilmeyeceği düşünülebilir. Ancak, iştirak halindeki mülkiyet hissesinin İİK 94. maddesine göre haczi mümkündür. İştirak halinde mülkiyet hissesi halinde tasarruf mümkün olmadığından, ancak iştirak halinde mülkiyet ilişkisinin son bulması (tasfiye gibi) halinde, o hisseye düşecek pay haczettirilebilir*”. Yazar bundan yola çıkarak, suçta kullanılan ve fail veya şerike ait olan iştirak halinde mülkiyete konu eşyanın müsadere kararına dayanarak üzerine geçirebilecektir. **Sözüer**, Adem, “Alman Hukukunda Müsadere Yaptırımı”, **Polis Dergisi**, Yıl 9, S. 36, 2003, ss. 397-406, s. 399; **Acar**, s. 253-254.

³¹³ **Centel/Zafer/Çakmut**, s. 747; **Özbek/Doğan/Bacaksız**’a göre; kanun sadece eşya üzerinde payların oransal olarak belirli olduğu müşterek mülkiyet durumunu düzenlemiştir. Yazarlar, mevcut düzenlemenin iştirak halinde mülkiyet bakımından yetersiz olduğu görüşündedir. Yazarlar, iştirak halinde mülkiyet durumunda tüm eşyanın müsadere edilmesi iyiniyetli üçüncü kişiler bakımından ise paylarının değerinin para olarak ödenmesi gerektiği şeklinde bir çözüm önerisi getirmiştir. **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 646; **Soygüt Arslan**, kanunda sadece müşterek mülkiyet halinde müsadere düzenlendiğini ifade etmiş ve bu durumu farklı bir gerekçe ile eleştirmiştir. Yazara göre; gerekçenin bağlayıcı olmaması ve ceza kanunlarının belirliliği ilkesi gereği kanunda iştirak halinde mülkiyet bakımından düzenleme yapılmaması bir eksiklik. Yazar, normun güttüğü amaç bakımından bu eksikliğe rağmen iştirak halinde mülkiyete konu eşyanın da müsadere sorununun yargılama esnasında çözülebileceği kanaatindedir. **Soygüt Arslan**, s. 373; **Hafizoğulları/Özen**, madde metninde sadece müşterek mülkiyet halinde müsadere düzenlendiği ve fakat bu düzenlemenin madde gerekçesi ile çeliştiği görüşündedir. Yazar, Medeni Kanunun 24/2 maddesi gereği daha üstün menfaat halinde mülkiyet hakkının kısıtlanabileceği düzenlemesinden hareketle; iştirak halinde mülkiyetin söz konusu olduğu durumlarda da müsadere düzenlenmesi ve diğer paydaşların haklarının para olarak ödenebileceğini ifade etmiştir. **Hafizoğulları/Özen**, s. 486, Yazarların, madde metninde yer almasa dahi iştirak halinde mülkiyet durumunda olan eşyanın da müsadere edilip, iyiniyetli üçüncü kişinin (suçla bağlantısı olmayan) payının değerinin para olarak ödenmesi düşüncesine katılmak kanaatimizce mümkün değildir. Aksi halde 1982 Anayasasının 38/3.

Alman hukukunda ise, iştirak halinde mülkiyetin söz konusu olduğu durumlarda fiile tüm paydaşlar katılmadığı sürece eşyanın müsadereşi mümkün olmayacaktır. Eğer koşulları varsa üçüncü kişiye ait eşyanın müsadereşi hükümleri yoluyla iştirak halinde mülkiyete konu eşya müsadere edilebilecektir³¹⁴.

Kanaatimizce, “*birden fazla kişinin paydaş*” olması ifadesi paylı mülkiyeti ifade etmektedir. Çünkü paylı mülkiyette “*paydaşlık*” önemliyken el birliği mülkiyetinde ise eşya üzerindeki “*ortaklık veya hisse*” ön plandadır. Madde metni ile gerekçe arasındaki bu çelişki giderilmeden, kıyas veya genişletici yorumla el birliği mülkiyetine yönelik müsadere kararı verilmesi kanunilik ilkesine aykırı olacaktır. Bu nedenle tartışmaların son bulması adına el birliği mülkiyetini de kapsayan bir kanuni düzenlemenin gerekli olduğu düşüncesindeyiz. Konu kazanç müsadereşi bakımından da önem arz etmekte olup ileride kazanç müsadereşi kısmında ayrıyeten tartışılacaktır. Fakat gerek TCK madde 54’ün metnine “*el birliği mülkiyetinin veya iştirak halinde mülkiyetin*” işlenmesi, gerekse iştirak halinde mülkiyete konu eşyanın müsadereşinin nasıl yapılması gerektiği ve bu konuda düzenlemeye ihtiyaç olduğu aşıkardır. Aksi halde mevcut kanuni düzenlemeler ışığında; iştirak halinde mülkiyet kanunda yer almadığı için, sorun ancak TCK madde 54/2’de yer alan kaim değer müsadereşi ile ortadan kaldırılacaktır.

1.5.1.1.3. Müsadereye Konu Eşya Bakımından Kaim Değer Müsadereşi

Müsaderehinin hem cezanın hem de güvenlik tedbirlerinin özelliklerini barındırdığını daha önce açıklamıştık. İşte bazen suça konu eşyanın müsadereşi, fail bakımından verilecek hapis veya adli para cezasına göre daha ağır etki yaratmaktadır. Bu hallerde müsadereşine hükmedilecek eşyanın mülkiyetini korumak amaçlı failin, eşyanın mülkiyetini devrettiği, eşyayı başka bir değere dönüştürdüğü veya kullanılmasını imkânsız kıldığı durumlar söz konusu olabilir. Örneğin, 6831 sayılı Orman Kanununun 108. maddesinde düzenlenen nakliye tezkeresiz orman emvali nakletme suçunda; suça konu orman emvalinin nakil edildiği vasıtanın, çoğu zaman orman emvaline göre değeri çok yüksek olmakta ve müsadere halinde aslında fail alacağı mahkûmiyet kararına göre daha fazla cezalandırılmış olmaktadır³¹⁵. Bu

maddesinde yer alan “*Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur*” kuralına yani kanunilik ilkesine aykırı şekilde mülkiyet hakkının ortadan kaldırılması söz konusu olacaktır.

³¹⁴ Acar, s. 254.

³¹⁵ Orman Kanunu md. 108 “*Orman mallarının bu Kanun hükümlerine aykırı olarak kesildiğini, taşındığını veya toplandığını bildiği halde; taşıyanlar, biçenler, işleyenler, kabul edenler, kullananlar, satanlar, satın alanlar veya bulunduranlar bir seneye kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır. Birinci fıkrada yazılı fiillerin, ticarethane sahibi olsun olmasın, her türlü orman ürünü ticareti ile uğraşanlarla, kar maksadıyla aldıkları orman mallarını işleyerek her ne şekilde olursa olsun alet ve eşya haline dönüştürdükten sonra satanlar tarafından işlenmesi halinde, bir seneden yedi seneye kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Suçun konusunu oluşturan orman ürünlerinin değerinin azlığı göz önünde bulundurularak*

gibi hallerde nakil vasıtasının müsadere olacağını öngören failin, aracı başkasına devretmesi durumunda; müsadereyi imkânsız kılması söz konusu olabilir. Kanun koyucu bu durumları öngörerek 765 sayılı TCK döneminde bulunmayan kaim değer müsaderesini 5237 sayılı kanunun 54. maddesinin 2. fıkrasına derc etmiştir³¹⁶.

765 sayılı TCK döneminde kaim değer müsaderesi düzenlemesi olmadığı için, öğretide müsadere konusu eşyanın elden çıkması nedeniyle müsaderenin imkânsız hale gelmesi durumunda, eşyanın yerine geçen bir değer müsadere edilemeyeceği kabul edilmekteydi³¹⁷. Ayrıca kanunilik ilkesi gereği, ceza hukuku alanında bir düzenleme olmadan aksinin kabul edilmesi ilkeye açıkça aykırılık oluşturacaktır. Ayrıca 1982 Anayasasının 38. maddesinde yer alan “Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur” şeklindeki düzenleme de kanunilik ilkesinin temeli olup; düzenlemeye aykırı karar verilmesi Anayasaya aykırılık teşkil edecektir.

Yargıtay ise “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 satılamaz şerhi verildiğinin belirlenmesi halinde müsaderelerine 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,” şeklinde verdiği karar ile kanunilik ilkesine aykırı şekilde eşyanın değerinin sanıktan alınması gerektiği yönde hükümler kurmuştur³¹⁸.

Gedik, Yargıtay’ın bu kararlarının kanunilik ilkesine aykırı olmadığını, bilakis Orman Kanununun 84. maddesinin verilen kararlara cevaz verdiğini ifade etmiştir³¹⁹. Yazar; teminat

verilecek cezalar yarısına kadar indirilebilir. Bu Kanunda yazılı suçta konu olan her türlü orman emvali, nakil vasıtaları ve suç aletleri Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre müsadere edilir”.

³¹⁶ **TCK md. 54/2** “Birinci fıkra kapsamına giren eşyanın, ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsaderesinin başka bir surette imkânsız kılınması halinde; bu eşyanın değeri kadar para tutarının müsaderesine karar verilir”.

³¹⁷ **Önder**, s. 599.

³¹⁸ Yar. 3. CD., 11/02/2002 T., 2002/806 E. , 2002/1132 K., **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 13/07/2022).

³¹⁹ **Orman Kanunu md. 84** “Müsaderesine karar verilen nakil vasıtası hakkında verilmiş başka bir müsadere kararı sebebiyle satışın mümkün olamaması halinde alınmış teminat orman idaresince irat kaydedilir veya zabt sırasında tespit edilmiş değeri sahibinden veya kefilinden tahsil edilir” **RG, 27 Eylül 1983, Sayı 18174**, Kanaatimizce yasada rayiç değerin sanıklardan tahsiline yönelik bir hüküm olmadığı için yine de Yargıtay kararı kanunilik ilkesine aykırıdır.

karşılığı iade edilen eşyanın müsadere edilememesi nedeniyle, verilen teminatın hazineye irat kaydı yapılacağını ifade eden maddeyi, kaim değer müsadere olarak görmektedir³²⁰.

Öğretide TCK md. 54/2'deki düzenleme, kimi yazarlara göre kaim değer müsadere³²¹ kimi yazarlara göre ise eş değer müsadere³²² olarak tanımlanmıştır. Sözlükte ise eş değer kelimesi; “*değer yönünden birbirine eşit olan, muadil*” olarak açıklanmıştır³²³.

Dönmezer ve Erman, müsadereye konu eşyanın sanık tarafından yok edildiği hallerde, eşya yerine müsadereye konu olan değerın müsadereğini “*muadil şeyin müsadereği*” olarak tanımlamıştır³²⁴.

Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız; eşdeğer müsadere ile kaim değerın müsadereğinin farklı kavramlar olduğunu ifade etmişlerdir. Yazarlara göre, kaim değerın müsadereğinde; müsadereye tabi eşya yerine failin malvarlığına dahil olan değer müsadere edilmekte, eş değer müsadereinde ise failin malvarlığından çıkan değerın ederi kadar para müsadere edilmektedir³²⁵.

Kanaatimizce gerek TCK md. 54/2'deki gerekse md. 55/2'de yer alan düzenleme bakımından ortak olan husus suça konu eşya veya değerın bir nedenle müsadere edilememesidir. Kanun koyucu her iki düzenleme bakımından da müsadereye tabi eşya yerine bir para veya değerın konulacağını ve bunun müsadere edileceğini ifade etmiştir. O halde her iki hal bakımından da müsadereye konu eşya için “*yerine geçme*” şeklinde bir değerın varlığı söz konusudur. İşte yerine geçme anlamında biz gerek “*eş değer*” gerekse “*kaim değer*” kavramları arasında bir fark olmadığı ve her iki kavramında tercihe göre kullanılabileceğini düşünmekteyiz. Ayrıca TCK md. 55/2'nin gerekçesinde “*karşılığı para tutarı*” açıklamasının görüşümüzü desteklediği de ortadadır.

Kaim değer düzenlemesine benzer bir düzenleme de; Alman Ceza Kanununun 74c maddesinde yer almaktadır. Maddeye göre müsadereye konu eşya failin kusuru ile yok olmuş,

³²⁰Doğan Gedik, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Müsadere, Ankara, 2007, s. 131'den Aktaran; **Acar**, s. 255.

³²¹**Yerdelen**, s. 62 -63; **Dülger (Müsadere)**, s. 173 Ayrıca yazar kavram olarak “*kaim değer müsadereği*” terimini kabul ederken “*kaim*” kelimesi yerine Türkçe olan “*karşılık*” kelimesini kullanmış ve böylelikle “*karşılık değer müsadereği*” terimini tercih etmiştir.

³²²**Dalkılıç**, s. 80 – 81; “*Biz, kitabın bir önceki basısında gerek m.54/2 gerekse m. 55/2'de öngörülen müsadere hipotezi için “kaim değerın müsadereği” terimini kullanmışsak da, uygulamada ve öğretide giderek kabul görmesi ve kavramı daha iyi karşılaması itibariyle 54/2. Maddedeki müsadere hipotezi için “eş değer müsadereği” terimini kullanacağız*” **Gedik**, s. 149.

³²³<https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 13/07/2022),

³²⁴Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt 2**, 10. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1994, s. 715; **Koca ve Üzülmaz**, müsadereye tabi eşyanın ele geçirilemediği hallerde, bunun yerine konulan değeri kaim değer olarak ifade etmiştir. **Koca/Üzülmaz**, s. 665.

³²⁵**Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 650; **Özbek** de TCK md. 54/2'deki düzenlemeyi “*eşdeğer müsadere*”, md. 55/2'dekini ise “*kaim değerın müsadereği*” olarak adlandırmaktadır. **Özbek(Türk Ceza Kanununun Anlamı)**, s. 596 ve 600; Öğretide yine **Soygüt Arslan** ve **Altuğ** da çalışmalarında “*eşdeğer müsadere*” kavramının kullanımını tercih etmişlerdir. **Altuğ**, s. 182 – 183; **Soygüt Arslan**, s. 450.

tüketilmiş veya başkasına devredilmiş ise; hakim failin kusurunun ağırlığına göre eşyanın değerini tespit edip, bu bedelin fail tarafından ödenmesine karar verebilmektedir³²⁶.

Kaim değer müsadereyi için öncelikle maddenin birinci fıkrası kapsamında bir suçla konu eşyanın varlığını aramak gereklidir. Suçun işlenmesinde kullanılmayan, suçun işlenmesine tahsis edilmeyen, suçun işlenmesi nedeniyle meydana gelmeyen eşya kaim değer müsadereye de konu olamaz. Ayrıca kaim değer müsadereyi için TCK md. 54/2'nin açık ifadesi nedeniyle TCK 54/1-2. cümle kapsamında yer almayan eşya da(suçun işlenmesi için hazırlanan ve kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak bakımından tehlikeli olan eşya) kaim değer müsadereye konu olamaz³²⁷.

Kaim değer müsadereyi için aranan bir diğer şart; müsadereye konu eşya hukuki tasarruf veya fiili sebeplerle müsadere edilememelidir. Yani yargı makamının kaim değer müsadereyi kurumunu işletmesi için eşyanın müsadereyi imkânsız hale gelmelidir. Ayrıca müsadereyi imkânsız kılınan eşyanın değerinin failin malvarlığına girmesine gerek de yoktur³²⁸.

Yine kaim değer müsadereyi için eşya müsadereyi imkânsız hale gelmesi, failin bilerek gerçekleştirdiği eylem nedeniyle olmalıdır. Yani failin isteği dışında eşyanın müsadereyi imkânsız hale gelmesi halinde kaim değer müsadereyi kurumuna başvurulamaz. Örneğin uyuşturucu madde ticareti suçu nedeniyle el konulan ve yediemin otoparkına çekilen araçta kendiliğinden veya otopark görevlisinin hatasından dolayı çıkan yangın sebebiyle araç tamamen yanmış ise; bu aracın bedeli kadar paranın müsadereye yönelik karar verilemeyecektir³²⁹.

Kaim değer müsadereyi durumunda hakimnin takdir yetkisi bulunmamaktadır. Bu husus madde metninde yer alan ve kesinlik içeren “*karar verilir*” ifadesinden anlaşılmaktadır³³⁰. Ancak kanunun 54/3 maddesinde yer alan düzenlemenin birinci fıkrayı kapsayıp ikinci fıkrayı kapsamayacak şekilde yapılması kanaatimizce kanunun kendi içinde çelişki yaratmıştır. Hakimnin orantılılık (işlenen suçla nazaran daha ağır sonuçlara neden olma ve hakkaniyete aykırılık) ilkesi gereği eşya hakkında müsadere kararı veremediği halde, pek tabii ki kaim değer müsadereyi kararı vermeme noktasında da takdir hakkı bulunmalıdır.

³²⁶Yenisey, Feridun / Plagemann, Gottfried, **Alman Ceza Kanunu (Strafgesetzbuch-StGB)**, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, 125; **Acar**, s. 254.

³²⁷**Gedik**, s. 149 – 150; **Acar**, s. 257.

³²⁸**Soygüt Arslan**, s. 448 – 449; **Acar**, s. 256.

³²⁹**Acar**, s. 257; “*Müsadereye tabi eşyanın ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya başka bir surette müsadereyi imkansız kılınması halinde, bu eşyanın değeri kadar para tutarının kaim değer olarak müsadereyi mümkündür. Bu bağlamda, müsadereyi gereken eşya, müsadereyi ne şekilde imkansız kaldığı ve kaim değerin ne şekilde tespit edildiği denetime olanak verecek biçimde ortaya konulmalıdır*” Yar. 9. CD., 16/12/2014 T., 2014/4036 E. , 2014/12444 K., **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 26/10/2023).

³³⁰**Acar**, s. 257; **Yerdelen**, s. 63.

Kaim değer müsadereisinin, suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan ve kamu güvenliği, kamu sağlığı ve genel ahlak açısından tehlikeli eşya bakımından da uygulanılmasını düzenleyen madde metni öğretide eleştirilmiştir. Eleştiri de bulunan yazarlar, özellikle bu eşya bakımından kaim değer müsadereesine karşılık gelen bir miktar paranın “*kamu güvenliği, kamu sağlığı ve genel ahlak*” açısından tehlikeli kabul edilmesinin mümkün olmadığını belirtmişlerdir³³¹. Yine öğretide kaim değer müsadereesine, kişide olmayan bir eşyanın yerine, bedeli kadar para tutarının müsadere edilmesinin, müsadereyi tedbir olmaktan çıkarıp bir cezaya dönüştürdüğü eleştirileri de yöneltilmektedir³³².

1.5.1.2. Kazanç Müsadereesi

5237 sayılı kanunun 55. maddesinde yer alan kazanç müsadereesi, konu bakımından müsadere ayrımının içinde yer almaktadır. Kazanç müsadereesinin konusunu suçla bağlantılı elde edilen gelirler oluşturmaktadır. Fakat bu hususu sadece para, altın, çek gibi değerli şeyler olarak, dar yorumlamamak gerekir³³³. Aksine bir eşya da kazanç müsadereesinin konusunu oluşturabilir. Örneğin bir suçun işlenmesi sonucu azmettiren fail tarafından suç işlediği için asıl faile verilen bir otomobil de, suç işlenmesi sonucu elde edilen gelir olduğu için, TCK madde 55’de yer alan kazanç müsadereesinin konusu olacaktır.

Kazanç müsadereesi 765 sayılı kanunda açıkça düzenlenmeyen bir kurumdur. 5237 sayılı kanunda kazanç müsadereesi yönünden yapılan açık düzenleme, hukuk sistemimizde eşya müsadereesine göre daha yeni bir kurumdur³³⁴. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde her ne kadar kazanç müsadereesi açıkça kanunda yer almasa da, müsadereyi düzenleyen 36. maddenin “*filin irtikabından husule gelen*” şeklindeki ifadesinden hareketle, kazanç müsadereesi uygulaması yapılmıştır³³⁵.

Kazanç müsadereesi tez konumuz olduğu için ikinci bölümde bu husus daha detaylı şekilde açıklanacaktır.

³³¹ “...Henüz ortada teşebbüs aşamasında kalmış yahut tamamlanmış bir suç yokken, sadece ileride işlenilmesi düşünülen bir “suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanmış eşyanın, ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi, vs, hallerinde, bu eşyanın değeri kadar paranın, “kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli..” görülerek, müsadereesine karar verilmesini anlamak mümkün olmamaktadır. Herhalde, burada, daraltıcı yorum yaparak, kanun koyucunun iradesinin, 54/1. maddesi hükmünün birinci cümlesinde yer alan hükümle ilgili olduğunu kabul etmek gerekecektir.” **Hafizoğulları/Özen**, s. 484 - 485.

³³² **Bakıcı**, s. 1242.

³³³ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 650-651; **Tan (2. Cilt)**, s. 2162.

³³⁴ **Tan (2. Cilt)**, s. 2159; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 650; **Gedik**, s. 215; **Taneri**, s. 95.

³³⁵ **Certel**, s. 47; **Gedik (Müsadere)**, s. 74; “Olayın bu niteliği karşısında, sözü edilen yağların satış bedelinin tümüyle zoralımına yasal olanak yoktur. Zira TCK.nun 36. maddesi, filin irtikabından husule gelen eşyanın zoralımına cevaz vermektedir. Olayımızda ise sanık sadece R.G. adındaki şahsa 5 kg.lık bir teneke margarini satmıştır. Bedeli zoralımına karar verilemez, zoralımına karar verilebilmesi için bunların da fazla fiyatla başkalarına satılmaları, diğer bir deyimle (filin irtikabından husule gelen eşya) haline gelmeleri şarttır.” YCGK , 1981/109 E., 1981/183 K., T. 11.05.1981, **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 05/03/2024).

1.5.2. Hakimin Müsadere Kararı Verme Serbestliği Bakımından

1.5.2.1. Zorunlu Müsadere

Kanundaki şartların oluşması halinde; hâkime müsadere kararı verme veya vermeme noktasında takdir hakkı tanımayan müsadere şekli, zorunlu müsadere olarak adlandırılır³³⁶.

Hukukumuzda gerek eşya müsaderesi gerek kazanç müsaderesi bakımından temel düzenleme olarak zorunlu müsadere sitemini benimsenmiştir. TCK md. 54/1’de “*olması durumunda müsadere edilir*”, TCK md. 55/1’de “*müsaderesine karar verilir*” şeklindeki ifadeler zorunlu müsaderenin kabul edildiğinin bir göstergesidir³³⁷. Fakat 765 sayılı TCK’dan farklı olarak 5237 sayılı kanunun 54/3 maddesi ile zorunlu müsadere uygulamasına istisna getirilmiştir³³⁸.

Kanunun 54/3 maddesinde yapılan bu düzenleme hâkime takdir yetkisi tanımış ise de; bu yetki sadece suçta kullanılan eşya için geçerlidir. Suçun işlenmesine tahsis edilen, suçtan elde edilen, suçta kullanılmak üzere hazırlanan fakat suçun icra hareketlerine başlanmasa da kamu güvenliği, kamu sağlığı ve genel ahlak için tehlikeli olan eşya ile kazanç bakımından aynı istisna söz konusu değildir³³⁹.

Kanunda sadece suçta kullanılan eşya bakımından ihtiyari müsaderenin düzenlenmesi ancak diğer haller bakımından ihtiyari müsaderenin kanunda yer almaması öğretide eleştirilere neden olmuştur³⁴⁰.

1.5.2.2. İhtiyari Müsadere

İhtiyari müsadere; müsadere kararı verilmesi bakımından kanuni şartlar hasıl olsa bile, hakime tanınan takdir yetkisi nedeniyle müsadere kararı verilememe durumunun söz konusu olduğu sistemdir³⁴¹. Yani ihtiyari müsadere halinde aslında eşya veya kazanç bakımından müsadere şartları oluşmuştur fakat hakim kendisine tanınan takdir yetkisi çerçevesinde müsadere kararı vermeyebilir.

³³⁶ **Acar**, s. 84; **Taneri**, s. 11; **Durdu**, s. 201; **Genç(Müsadere)**, s. 31.

³³⁷ **Dalkılıç**, s. 23; **Taneri**, 11; **Dölen**, s. 18.

³³⁸ **TCK md. 54/3** “*Suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında, müsaderesine hükmedilmeyebilir*”

³³⁹ **Acar**, s. 85; **Soygüt Arslan**, s. 273 aksi yönde bkz **Dülger (Müsadere)**, s. 140 -141.

³⁴⁰ “Üçüncü fıkrafta her ne kadar “suçta kullanılan eşya” dan bahsedilmiş ise de “suçun işlenilmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşya” hakkında da bu oran ilkesinin uygulanması gerekir. Bu husus yasada eksik olarak bırakılmıştır. Çünkü suçta kullanılan bir eşyada oran ilkesi uygulanacaksa, hazırlanan eşyada oran ilkesi daha öncelikli olarak uygulanmalıdır.” **Tan (2. Cilt)**, s. 2110; **Öztürk/Erdem**, s. 583; **Baytaz(Müsadere)**, s. 24 Aksi yönde görüş için bkz. **Certel**, s. 29; “Kanaatimizce, bir malın 54. maddenin birinci fıkrası kapsamında müsadere edilmesi gerekli ise, artık bu konuda yargı makamına takdir yetkisi tanımamak uygun olacaktır. Ancak kanun koyucu, geniş, ne şekilde kullanılacağı hususunda kesin ölçütler içermeyen bir hükümle, bu konuda yargı makamına tekdır yetkisi tanımıştır.” **Şen(Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu)**, s. 179.

³⁴¹ **Durdu**, s. 201; **Dalkılıç**, s. 24; **Taneri**, s. 15; **Dülger (Müsadere)**, s. 41.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere hukukumuzda sadece suçta kullanılan eşya bakımından ihtiyari müsadere sistemi söz konusudur³⁴². 5327 sayılı TCK'nın 54/3. maddesinde düzenlenen ihtiyari müsadere bakımından hakim sınırsız bir yetkiye sahip değildir. Hakimin müsadere kararı vermemesi için, “*müsadere kararı verilmesinin işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracak olması*” ve “*ortaya çıkacak bu ağır sonuçların hakkaniyete aykırı olması*” şartlarının her ikisinin birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir³⁴³. Örneğin nakliye tezkeresiz orman emvali sevk etme suçunda (6831 sk. md. 108), değeri çok az olan orman ürünleri için değeri çok fazla olan bir kamyonun müsadere edilmesi hakkaniyete aykırı olduğu gibi failin alacağı cezaya nazaran çok daha ağır sonuçlar oraya çıkarabilecektir. Bazen verilen karar failin ekonomik olarak mahvına neden olabilecektir. Örneğin; failin tek geçim kaynağı olan ticari aracın kasten mala zarar verme suçu nedeniyle müsadere edilmesi durumunda, fail ekonomik olarak çok zor durumda kalabilecek ve verilecek cezaya nazaran müsadere daha ağır sonuçlar yaratacaktır³⁴⁴.

1.5.3. Müsaderenin Kapsamı Bakımından

1.5.3.1. Genel Müsadere

Genel müsadere; failin suçla ilgisi olmasa da suç nedeniyle tüm malvarlığının mülkiyetinin devlete geçmesidir. Genel müsadere, cezaların şahsiliği ilkesine aykırı bir uygulama olup çağdaş hukuk sistemlerinde artık terk edilmiş bir uygulamadır³⁴⁵.

Bu uygulama yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, tarihimizde Osmanlı İmparatorluğunda Fatih Sultan Mehmet döneminde, idam cezası uygulanan devlet adamlarının malvarlığı için uygulanmaktaydı. İdam edilen devlet adamının elde ettiği malvarlığının, yöneticilik görevi sayesinde olduğu düşüncesi ile failin malvarlığı mirasçılara kalmamakta, devlete geçmekteydi. Hatta uygulama kötüye kullanılıp devlet hazinesine gelir

³⁴²“765 sayılı TCK' nın 36 ncı maddesi mecburi müsadere sistemini kabul etmiş olmasına rağmen, 5237 sayılı TCK'da “ihtiyari müsadere sistemi” sistemi benimsemiştir. Nitekim 54. maddenin 3. fıkrasında; “suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında, müsaderesine hükmedilmeyebilir” demek suretiyle müsadere kararı verme konusunda hakime takdir yetkisi tanınmıştır” Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 975; Tünay, s. 74.

³⁴³Certel, s. 28; Tan (2.Cilt), s. 2110; Öztürk/Erdem, s. 583.

³⁴⁴Tan (2.Cilt), s. 2110; “Ancak 5237 sayılı Kanun'un 54 üncü maddesinin üçüncü fıkrası gereğince müsadere kararının, işlenen suça nazaran daha ağır ve hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracağı gözetilmeden, orantılılık ilkesine aykırı biçimde suçta kullanılan 80 D... 318 plaka sayılı aracın ruhsat sahibine iadesine karar verilmesi yerine yazılı şekilde verilen müsadere kararının Yargıtay tarafından düzeltilmesi mümkün görülmüştür.” Yar. 8. CD., 12/12/2023 T., 2020/15379 E. , 2023/9858 K.; “Suçta kullanılan... plakalı aracın değerinin tespiti ile, çalınan kabloların değerinin, suçta kullanılan... plakalı aracın değeri ile orantılı olup olmadığı hususları birlikte değerlendirilerek, müsadere kararının işlenen suça nazaran daha ağır ve hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurup doğurmayacağı hususları, karar yerinde gösterilip tartışılarak, sonucuna göre hüküm kurulması gerektiği düşünülmeyen, 5237 sayılı Kanun'un 54. maddesi uyarınca... plakalı aracın müsaderesine karar verilmesi sebebiyle sanık hakkında kurulan müsadere hükmü hukuka aykırı bulunmuştur.” Yar. 2. CD., 12.06.2023 T., 2023/16167 E., 2023/3474 K., Sinerji Mevzuat Programı (Erişim Tarihi: 05/03/2024).

³⁴⁵Acar, s. 78 – 79; Dülger (Müsadere), s. 26-27; Gedik, s. 9-10; Dönmezer/Erman, s. 750.

getirme amaçlı da kullanılmıştı. Bu uygulama 1839 yılında padişahın tek taraflı yayınladığı ve kendi yetkisini kısıtlayan ayrıca anayasal bir belge olarak kabul edilen Tanzimat Fermanı ile sona erdirildi³⁴⁶.

Genel müsadere uygulaması; 1924 Anayasasının 73. maddesinde “*İşkence, eziyet, genel müsadere ve angarya memnudur*” düzenlemesiyle, 1961 Anayasasının 33/son. maddesinde “*Genel müsadere cezası konulamaz*” düzenlemesiyle, 1982 Anayasasının 38/9. maddesinde “*Ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez*” düzenlemesiyle yasaklanmıştır³⁴⁷.

Anayasamızda genel müsadere kesin bir şekilde yasaklanmış ise de, halen daha genel müsadere içeren kanunlarımız bulunmaktadır. 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununun 78/1. 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*” şeklindeki düzenleme Anayasamızın genel müsadere yasağına açıkça aykırıdır³⁴⁸.

Soygüt Arslan’a göre 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 107. maddesinin 1 ve 2. fıkrasında yer alan “(1)*Sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmak amacıyla alım veya satım yapanlar, emir verenler, emir iptal edenler, emir değiştirenler veya hesap hareketleri gerçekleştirenler üç yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin günden on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar. Ancak, bu suçtan dolayı verilecek olan adli para cezasının miktarı, suçun işlenmesi ile elde edilen menfaatten az olamaz. (2)(Değişik: 27/3/2015-6637/11 md.) Sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi veren, söylenti çıkaran, haber veren, yorum yapan veya rapor hazırlayan ya da bunları yayan ve bu suretle menfaat sağlayanlar üç yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar*” şeklindeki düzenleme de bir genel müsadere örneğidir³⁴⁹. Yazar kanunda düzenlenen gün para cezasını (adli para cezası), genel müsadere olarak görmektedir. Ancak adli para cezası, 5237 sayılı kanunun genel hükümler üçüncü kısmında

³⁴⁶Karataş, Mehmet, 18-19. Yüzyıllarda Osmanlı Devletinde Bazı Müsadere Uygulamaları, **Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma Ve Uygulama Merkezi Dergisi**, Sayı 19, Ankara, 2006, s. 227-228; Gümüşay, Feyza Erol, **Tanzimat Dönemindeki Düzenlemelerde Suçta ve Cezada Kanunilik, Kusur Ve Hümanizm İlkeleri**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019, s. 59.

³⁴⁷<https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/anayasa/>, (Erişim Tarihi: 21/07/2022).

³⁴⁸Dalkılıç, s. 22 -23.

³⁴⁹Soygüt Arslan, s. 278.

cezalar başlığı altında bir ceza şekli olarak düzenlemiştir. Adli para cezası, cezanın bir türü iken, 6362 sayılı kanunun 107. maddesindeki düzenlemeye genel müsadereceğin bir uygulaması demek kanuna aykırı olacaktır. Aksi halde benzer şekilde adli para cezası öngören, örneğin; TCK md. 158/1-son cümledeki “*Ancak, (e), (f), (j), (k) ve (l) bentlerinde sayılan hâllerde hapis cezasının alt sınırı dört yıldan, adli para cezasının miktarı suçtan elde edilen menfaatin iki katından az olamaz*” şeklindeki düzenleme de, bir genel müsadere uygulaması olarak kabul edilecektir ki, bu durum TCK’nın cezalar başlığı altındaki düzenlemelerine aykırı bir yorum olacaktır³⁵⁰. Kısacası kanunda yer alan gün para cezası veya nispi para cezası suç nedeniyle failin tüm malvarlığının müsadereceğini öngörmediği için, kanaatimizce genel müsadere olarak nitelendirilemez.

1.5.3.2. Özel Müsadere

Genel müsadereceğin farklı olarak özel müsadere, failin suçla bağlantısı olan eşyasının veya kazancının müsadere edilmesidir³⁵¹. Özel müsadere çağdaş hukuk sistemlerine daha uygun bir kurumdur. TCK’da yer alan eşya ve kazanç müsadereceği birer özel müsadere örneğidir.

Özel müsadere kurumu genel müsadereceğinin sakıncalarını ortadan kaldırmış olmasına rağmen; özel müsadere kurumunun “*eşitlik esasına aykırı olması*”, “*mal ve mülkü olmayan hatta borca batık suçlu üzerinde etki yaratmaması*”, “*bölünebilir olmaması nedeniyle suçlunun ahlaki kötülüğüne uydurulamaması*” ve “*suçludan başkaları üzerinde etki yaratması*” hususları bakımından öğretide eleştirilmiştir³⁵².

Özel müsadere de kendi içinde tam ve kısmi müsadere olarak ikiye ayrılmaktadır.

Tam müsadere suçla bağlantılı eşyanın veya kazancın tamamının müsadere edilmesidir. Kısmi müsadere ise, suçla bağlantılı eşyanın belli bir kısmının mülkiyetinin devlete geçirilmesidir. TCK 54/5 maddesinde yer alan kısmi müsadere için, eşyanın tümüne zarar vermeksizin bir kısmının ayrılması olanaklı ise kısmi müsadere mümkündür³⁵³. Kısmi müsadere TCK madde 54’de yer alan eşya müsadereceği için mümkün iken TCK madde 55’de düzenlenen kazanç müsadereceği için mümkün değildir³⁵⁴.

³⁵⁰ Acar, dolandırıcılık suçunda adli para cezasını kısmen kazanç müsadereceği olarak görmektedir. Acar, s. 82 Ancak 5327 sayılı ceza kanunda adli para cezası failin suç işlemesi nedeniyle uygulanan, mahkûmiyet şartına bağlı ve kusurlu bir kişinin alacağı ceza şeklinde düzenlenmiştir. Bu bakımdan da müsadereceğinin uygulanma şartları ile adli para cezasının uygulanma şartları bağdaşmayıp kurumlar farklı niteliktedir.

³⁵¹ Dalkılıç, s. 23.

³⁵² Dönmezer / Erman, s. 750.

³⁵³ Soygüt Arslan, s. 280 – 281.

³⁵⁴ Soygüt Arslan, s. 280 – 281; Acar, s. 84.

1.5.4. Müsadere Kararını Veren Makam Bakımından

1.5.4.1. Adli Müsadere

Adli müsadere, bir suç nedeniyle ve suçla bağlantılı eşya veya kazancın yargı organları tarafından mülkiyetinin devlete geçirilmesidir. Adli müsadere esas unsur, kararı veren merciin yargısal bir makam olmasıdır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunun 256 ve devamı maddeleri uyarınca yapılan yargılama sonucu verilen müsadere kararları, mahkeme veya hâkimlik tarafından uygulanmaktadır. Bu bakımdan ceza hukuku sistemimizde suç bağlantısı nedeniyle eşya veya kazancın yargı organları tarafından müsadereye tabi tutulması adli müsadere niteliğindedir³⁵⁵.

1.5.4.2. İdari Müsadere

İdari müsadere ise; müsadere kararının idari makam tarafından verildiği durumlardır. İdari müsadere açısından herhangi bir yargı kararına gerek yoktur. 5326 sayılı Kabahatler Kanunun 18. maddesinde düzenlenen “*mülkiyetin kamuya geçirilmesi*” bir tür idari müsadere çeşididir. Ayrıca mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımı bakımından, verilen kararın yargı yolu denetimine tabi olması ve kararın yargı yolu denetiminden geçmesi kurumu yargısal bir karar haline getirmeyecektir³⁵⁶.

1.6. Karşılaştırmalı Hukukta Kazanç Müsaderesi

1.6.1. Avusturya

Avusturya Ceza Kanununun farklı maddelerinde müsadere kurumuna ilişkin düzenlemeler bulunsa da, genel olarak kazanç müsaderesi kanunun 20. maddesinde yer almıştır³⁵⁷. Maddeye göre kazanç müsaderesi; suç nedeniyle elde edilen varlıklar bakımından mümkündür. Ayrıca kazanç müsaderesi için mahkûmiyet şartı da aranmaz³⁵⁸.

Avusturya Ceza Kanununda da kazanç müsaderesine konu değer bir şekilde elde edilemediği (muhafaza altına alınmadan veya el konulmadan ortadan kaldırılan veya muhafaza altına alınması veya el konulması imkansız olan) hallerde failin malvarlığından alınmak üzere kazanç müsaderesine tabi değerle eşit olacak şekilde bir miktar paranın müsaderesi mümkündür³⁵⁹. Bu düzenleme mevcut hukuk düzenimizde yer alan kaim değer niteliğindeki kazanç müsaderesi (TCK md. 55/2) ile paralel niteliktedir.

³⁵⁵ Dülger (Müsadere), s. 37.

³⁵⁶ Dülger (Müsadere), s. 37; Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi Kurumu hakkında detaylı açıklama için bkz. Kazanç Müsaderesinin Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi İle Karşılaştırılması Başlığı, s. 35.

³⁵⁷ Soygüt Arslan, s. 137; Acar, s. 156; <https://www.jusline.at/gesetz/stgb/gesamt>, (Erişim Tarihi: 25/07/2022).

³⁵⁸ Soygüt Arslan, s. 137; <https://www.jusline.at/gesetz/stgb/gesamt>, (Erişim Tarihi: 25/07/2022).

³⁵⁹ <https://www.jusline.at/gesetz/stgb/gesamt>, (Erişim Tarihi: 25/07/2022); Acar, s. 156.

Avusturya Ceza Kanununa göre kazanç müsadereisinin uygulanması için gelirin suç ile bağlantılı olması yeterlidir³⁶⁰. Fakat üçüncü kişilerin hak iddiası da kazanç müsadereisinin uygulanıp uygulanmaması noktasında Avusturya Ceza Kanunu tarafından önemsenmiştir. Kanun, üçüncü kişilerin hak iddiaları bakımından; kazanç müsadereisinin uygulanması şartı olarak, suça iştirak edilip edilmediği veya suç örgütü üyesi olup olunmadığı hususlarını esas almaktadır³⁶¹. Türk Ceza Kanunumuzda bu husus; kazanç müsadereisinin şartı olarak, “suç gelirinin eylem nedeniyle mağdur olana iade edilememesi durumunda mümkündür” şeklinde madde 55/1-son cümlede yer almıştır.

Avusturya Ceza Kanununda kazanç müsadereisi için çok önemli sayılabilecek bir husus da; suç örgütü veya terör örgütünün elinde bulunan veya terörün finansmanı için elde edilen gelirler bakımından ispat külfetinin yer değiştirmesidir. Gelir veya eldeki ekonomik değerler, suç ile zamansal olarak ilişki içinde bulunması halinde, gelirin meşru yollardan kazanıldığını ispat külfeti faile yüklenmiştir (md. 20b/2). Aksi halde kazanç müsadereisi uygulanacaktır³⁶². Her ne kadar suçla ve suç örgütleri ile etkin mücadele yapılabilmesi açısından düzenleme değerli gibi görünse de; ülkemizde bu şekilde yapılabilecek bir düzenlemenin, uygulamada tam olarak yerine getirilmeyen sanık haklarını tamamen ortadan kaldıracak nitelikte bir etki yaratacağı kanaatindeyiz. Ayrıca bu şekilde bir düzenleme, 1982 Anayasasının 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine (hukuki güvenlik ilkesi de dahil) ve madde 38’de düzenlenen masumiyet karinesine de aykırı olacaktır.

Ayrıca Avusturya Ceza Kanununun 20/4. maddesine göre kazanç müsadereisine konu değerlerin miktarı belirlenemediği veya belirlenmesinin orantısız bir çabaya dayalı olduğu hallerde; mahkeme kanaatine göre belirlediği bir miktarı müsadere edecektir³⁶³.

Son olarak Avusturya Ceza Kanunun 20a maddesinde kazanç müsadereisinin uygulanmadığı bazı haller sıralanmıştır. Bunlardan ilki, kazanç müsadereisine tabi değerleri üçüncü kişinin suçtan habersiz olarak bedel karşılığı edinmesidir. Bir diğeri, kazanç müsadereisi uygulamasının yargılama usul ve masraflarına göre fazla olması yani orantısız olması durumudur. Son olarak ilgili kişinin eylem nedeniyle ortaya çıkan hukuki talepleri karşılaması veya teminat göstermesi veya mahkemenin belirlediği diğer hukuki tedbirleri yerine getirmesi halinde de kazanç müsadereisine başvurulamaz³⁶⁴.

³⁶⁰<https://www.jusline.at/gesetz/stgb/gesamt>, (Erişim Tarihi: 25/07/2022); **Acar**, s. 156.

³⁶¹<https://www.jusline.at/gesetz/stgb/gesamt>, (Erişim Tarihi: 25/07/2022); **Acar**, s. 157; **Soygüt Arslan**, s. 138

³⁶²**Acar**, s. 157; Hakeri, Hakan, “Avusturya Ceza Hukukunun 25 Yılı”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt 23, Sayı 1-2, 2003, ss. 449-514, s. 457, <https://www.jusline.at/gesetz/stgb/gesamt>, (Erişim Tarihi: 25/07/2022).

³⁶³<https://www.jusline.at/gesetz/stgb/gesamt>, (Erişim Tarihi: 25/07/2022); **Acar**, s. 156-157.

³⁶⁴<https://www.jusline.at/gesetz/stgb/gesamt>, (Erişim Tarihi: 25/07/2022); **Soygüt Arslan**, s. 137.

1.6.2. Almanya

Alman Ceza Hukukunda kazanç müsadereesi için “*Verfall*” terimi kullanılmaktaydı³⁶⁵. Ancak Ceza Kanununda 13.04.2017 yılında yapılan değişiklik ile “*verfall*” tabiri terk edilmiş, bunun yerine karşılaştırılmalı hukuktaki “*confiscation*” tabirine de uyan, “*Einziehung*” kavramı tercih edilmiştir³⁶⁶. Kazanç müsadereesi Alman Ceza Kanununun 73 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir³⁶⁷.

Alman Ceza Kanununa göre, kazanç müsadereesinin uygulanması için failin elde ettiği kazançlara, fail işlediği suç nedeniyle sahip olmalıdır³⁶⁸. Alman hukukunda kazanç müsadereesi hem kasıtlı hem de taksirli suçlarda uygulanabilmektedir. Ayrıca kasten işlenen suçun tamamlanmasının veya teşebbüs aşamasında kalmasının kazanç müsadereesi bakımından bir önemi yoktur. Her iki halde de kazanç müsadereesi uygulanacaktır³⁶⁹. Alman öğretinde baskın görüş kurumun hukuki niteliğinin “ceza” olduğu yönündedir. Kurumun hukuki niteliğini ceza olarak kabul edenler, haksız kazancın tazmin edilerek faile ait mülkiyetin devlete geçmesini gerekçe göstermektedir³⁷⁰. Fakat diğer görüşte olan yazarlar ise; düzenlemede kazanç müsadereesi uygulaması için failin “kusurlu” davranışı aranmadığı için, yaptırımın hukuki niteliğinin ceza değil güvenlik tedbiri olduğu görüşündedir³⁷¹.

³⁶⁵ Soygüt Arslan, s. 133; Sözüer(Alman Hukukunda Müsadere Yaptırımı), s. 403; Genç(Müsadere), s. 22; Baytaç(Müsadere), s. 45.

³⁶⁶ Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, Eser Albin/Schuster Frank (Şerh Eden), C.H. Beck Yayınevi, 30. Baskı, Münih, 2019, kn. 8.

³⁶⁷ Soygüt Arslan, s. 133; Paksoy, s. 28; Alman Ceza Kanunu md. 73 “(1) Hukuka aykırı bir fiil işlenir ve fail veya şerik, bir şey elde ederse, mahkeme bu elde edilen şey hakkında kazanç müsadereesi kararı verir. Suçtan zarar gören kişinin, fiil dolayısıyla bir talep hakkı doğmuş olup da, bunun ifası, failin veya şerikin fiilden elde ettiği değeri ortadan kaldırıyor, bu hüküm uygulanmaz. (2) Kazanç müsadereesi kararı, elde edilen semereleri de kapsar. Failin ve şerikin elde ettiği eşyayı satmasının veya bunun imha edilmesi, zarar görmesi veya elinden alınmasının karşılığı olarak, onun yerine elde ettiği eşya veya kazandığı hakka dayanarak elde ettiği eşya da, karar kapsamına dahil edilebilir.(3) Fail veya şerik bir başkası için hareket eder ve bu şekilde bu diğer kişi bir şey elde ederse, birinci ve ikinci fıkralar uyarınca, bu kişi hakkında kazanç müsadereesi kararı verilir. (4)Üçüncü kişi eşyayı fiilin işlenmesi için veya işlenen fiil ile ilgili halleri bilerek sağlamışsa, bu kişiye ait olan veya üzerinde hak sahibi bulunduğu bir eşya hakkında da kazanç müsadereesi kararı verilir.” Yenisey/Plagemann, s. 118 – 119; 2017 değişikliği sonrası madde metni “(1) Fail veya şerik tarafından hukuka aykırı fiil işlenmesi sonucu veya bu fiili işlemek için bir değer elde etmesi durumunda, mahkeme müsadereye karar verir. 2) Fail veya şerikin elde ettiği şeyden kaynaklı faydalanımlar elde etmesi durumunda, mahkeme bunların da müsadereesine hükmeder. 3) Fail veya şerik tarafından aşağıdaki şekilde elde edilen şeylerin müsadereesine mahkeme hükmedebilir: 1. Fiil ile elde edilenin satılması suretiyle ya da bunun ortadan kaldırılması, zarar görmesi veya elden alınması ile bunun yerine konulan şeyler, 2. Elde edilen şey üzerinden kazanılmış haklar” <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/> (Erişim Tarihi: 25.05.2024).

³⁶⁸ Baytaç(Müsadere), s. 47; Genç(Müsadere), s. 25; Paksoy, s. 29, Dalkılıç, s. 41.

³⁶⁹ Sözüer(Alman Hukukunda Müsadere Yaptırımı), s. 403; Baytaç(Müsadere), s. 46.

³⁷⁰ Sözüer(Alman Hukukunda Müsadere Yaptırımı), s. 404; Alman Ceza Kanununun 74/1. maddesinde düzenlenen eşya müsadereesi, düzenlemeye göre ihtiyari olması ve suçun fail ve şeriklerine yönelik olması nedeniyle hukuki nitelik olarak “ceza” şeklinde değerlendirilmektedir. Genç(Müsadere), s. 23; Laubenthal, Klaus/Nestler, Nina, *Strafvollstreckung*, Springer Yayınevi, Heidelberg-Dordrecht-Londra-New York, 2010, Kn. 470.

³⁷¹ Sözüer(Alman Hukukunda Müsadere Yaptırımı), s. 404; Baumann, Jürgen, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Yenilenmiş Baskı, Ernst und Werner Gieseking Yayınevi, Bielefeld, 1968, s. 730.

Alman Ceza Hukukunda kazanç müsadereğine tabi değerler suçun mağduruna aitse, müsadere yerine mağdura iade yapılmaktadır³⁷². Kanuna göre failin suç nedeniyle elde ettiği kazancın başka bir değere dönüştürülmesi halinde, dönüştürülen değer de müsadere edilebilir³⁷³. Ayrıca Alman Ceza Kanununda, suç gelirinin fail dışında üçüncü kişi elinde doğması halinde de, kazanç müsadereği mümkün kılınmıştır. Bu suretle kazanç müsadereğine tabi olan eşya ve hakların, üçüncü kişiler kullanılmak suretiyle kaçırılması veya suçtan kaynaklanan menfaatlerin üçüncü kişiler vasıtasıyla güvence altına alınması engellenmiştir³⁷⁴. Yine Alman hukukunda kazanç müsadereği 2017 değişikliği öncesi 73c maddesindeki istisna, değişiklik sonrası ise 73/3, 73b/3 maddelerindeki istisna hariç, ihtiyari değil zorunludur³⁷⁵.

Alman Ceza Kanununda kazanç müsadereği bakımından kaim değer müsadereği, 2017 değişikliği öncesi 73a maddesinde, değişiklik sonrası ise 73c maddesinde düzenlenmiştir³⁷⁶. Maddeye göre suç nedeniyle elde edilen şeyin niteliğinden veya başka nedenden dolayı veya eşyanın satılması, imha edilmesi, zarar görmesi gibi sebeplerden ötürü kazanç müsadereği uygulanamıyorsa; şeyin değeri kadar meblağda paranın ödenmesine karar verilecektir³⁷⁷.

Yine Avusturya Ceza Kanununda olduğu gibi Alman Ceza Kanununda da takdiri değer tayini müessesesi bulunmaktadır. Takdiri değer tayini, 2017 yılında kanunda yapılan

³⁷²Sözür(Alman Hukukunda Müsadere Yaptırımı), s. 404; Soygüt Arslan, s. 133.

³⁷³Baytaz(Müsadere), s. 47; Sözür(Alman Hukukunda Müsadere Yaptırımı), s. 404; Dalkılıç, s. 41.

³⁷⁴Laubenthal/Nestler, Kn. 472.

³⁷⁵Soygüt Arslan, s. 133; Dalkılıç, s. 41; Acar, s. 144; Sözür(Alman Hukukunda Müsadere Yaptırımı), s. 405; Alman Ceza Kanunu md. 73c “(1)İlgili bakımından hakkaniyete aykırı biçimde ağır bir sonuç doğuracaksa, kazanç müsadereğine karar verilemez. Elde edilen değer, kararın verildiği sırada, artık ilgilinin malvarlığı içinde değilse veya elde edilen şeyin sadece az bir değeri varsa, kazanç müsadereği kararı verilmeyebilir.(2)Ödeme kolaylığının kabul edilmesi hakkında, 42 nci madde kıyasen uygulanır” **Yenisey / Plagemann**, s. 120; **2017 değişikliği sonrası md. 73/3** “Fail veya şerik tarafından aşağıdaki şekilde elde edilen şeylerin müsadereğine mahkeme hükmedebilir: 1. Fiil ile elde edilenin satılması suretiyle ya da bunun ortadan kaldırılması, zarar görmesi veya elden alınması ile bunun yerine konulan şeyler, 2. Elde edilen şey üzerinden kazanılmış haklar” **md. 73b/3** “İşbu düzenlemenin 1’inci fıkrasının 1’inci cümlesinin 2 veya 3 numaralı başlıklarında yer alan koşulların mevcudiyeti halinde, mahkeme aşağıdaki suretlerde elde edilen şeylerin müsadereğine hükmedebilir: 1. Hukuka aykırı fiilden elde edilen şeyin satılmasından veya bunun ortadan kalkması, zarar görmesi veya kişinin elinden alınması üzerine bunun yerine konulan şey, 2. Edinilmiş bir haktan kaynaklı olarak elde edilen şey” <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/> (Erişim Tarihi: 25.05.2024).

³⁷⁶Acar, s. 144, **Alman Ceza Kanunu md. 73a** “Suçtan elde edilen şeyin niteliğinden veya başka bir nedenden dolayı, belli bir eşya, hakkında kazanç müsadereği uygulanmasına müsait değilse veya 73 üncü maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesini uyarınca, eşya yerine kaim olan bir şey hakkında kazanç müsadereği kararı verilmesinden vazgeçilmiş ise, mahkeme elde edilen şeyin değerini oluşturacak kadar bir para meblağı hakkında kazanç müsadereği kararı verir. Eşyanın değeri daha evvel elde edilenin değerinden az ise, mahkeme bu kararı kazanç müsadereği ile birlikte de verir” **Yenisey / Plagemann**, s. 119; **2017 değişikliği sonrası md. 73c** “Elde edilen şeyin niteliği veya başkaca bir nedenle bir şeyin müsadereğinin olanaksız hale gelmesi veya 73/3’üncü madde veya 73b/3’üncü madde uyarınca ikame şeyin müsadereğinden imtina edilmesi halinde, mahkeme elde edilen şeyin değerine denk gelecek miktarda paranın müsadereğine hükmeder. Bu neviden bir kararın mahkemece verilmesi, ilgili şeyin müsadereğine karar verilmesine engel teşkil etmez. Ancak bunun için ilgili şeyin değerinin, önceki fiilden kaynaklanan kazanımın altında kalması gereklidir.” <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/> (Erişim Tarihi: 25.05.2024); **Dalkılıç**, s. 41.

³⁷⁷Sözür(Alman Hukukunda Müsadere Yaptırımı), s. 405; Dalkılıç, s. 41; Baytaz(Müsadere), s. 48; Alman öğretisinde; eşya yerine karşılık gelen değerın müsadereğinde, toplumu tehlikeye düşüren bir hal olmadığı için, karşılık değer müsadereği yaptırım türü olarak “ceza” kabul edilmektedir. **Baumann**, s. 732.

değişiklik öncesi kanunun 73b maddesinde, değişiklik sonrası ise 73d/2 maddesinde düzenlenmiştir³⁷⁸.

Alman Ceza Kanunun 73c maddesinde “*ağır hallerde uygulanacak hüküm*” başlığı altında kazanç müsadereyi uygulamasının istisnası, “(1) *İlgili bakımından hakkaniyete aykırı biçimde ağır bir sonuç doğuracaksa, kazanç müsadereye karar verilemez. Elde edilen değer, kararın verildiği sırada, artık ilgilinin malvarlığı içinde değilse veya elde edilen şeyin sadece az bir değeri varsa, kazanç müsadereye kararı verilmeyebilir. (2) Ödeme kolaylığının kabul edilmesi hakkında, 42 nci madde kıyasen uygulanır*” şeklinde kanunda yerini almaktaydı³⁷⁹. Fakat 2017 yılında yapılan kanuni değişiklik sonrası, bu hüküm kanundan çıkarılmıştır. Madde metninde yer alan değişiklik öncesi düzenlenme, müsadereye orantılılık ilkesinin bir tezahürüydü³⁸⁰. Benzer düzenleme TCK’nın 54/3 maddesinde sadece suçta kullanılan eşya bakımından bulunmakta olup, kanunumuzda kazanç müsadereye benzer bir düzenleme yoktur.

Alman Ceza Kanunun 2017 yılında yapılan değişikliği öncesi 73d maddesinde genişletilmiş kazanç müsadereye düzenlenmişti ve fakat değişiklik sonrası ise, bu husus 73a maddesinde düzenlenmiştir³⁸¹. Kanuni değişiklik öncesi düzenleme ile hedeflenen organize suçlulukla mücadele iken, düzenleme sonrası ise; yargılama ile ilgisi olmayan bir suçtan bile olsa, amaç hukuka aykırı fiil nedeniyle ele geçen hiçbir şeyin fail elinde bırakılmaması

³⁷⁸ **Acar**, s. 144; **Alman Ceza Kanunu md. 73b** “Elde edilen şeyin kapsamı ve bunun değeri ile, ifası failin veya şeriğın fiil ile elde edilmiş şeyi ortadan kaldıracak veya azaltabilecek olan talep hakkının miktarı, takdir edilebilir” **Yenisey / Plagemann**, s. 119; **2017 değişikliği sonrası md. 73d/2** “Fiilden elde edilenin kapsam ve değeri ile bundan yapılacak masraf kesintileri bakımında bir değer takdiri yapılabilir.” <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/> (Erişim Tarihi: 25.05.2024).

³⁷⁹ **Yenisey / Plagemann**, s. 120; **Acar**, s. 144; **Sözüer(Alman Hukukunda Müsadere Yaptırımı)**, s. 405; Alman hukukunda bu düzenlemeye merhamet(Haerte Klausel) düzenlemesi de denilmektedir. **Laubenthal/Nestler**, Kn. 472.

³⁸⁰ **Paksoy**, s. 29; **Sözüer(Alman Hukukunda Müsadere Yaptırımı)**, s. 405.

³⁸¹ **Alman Ceza Kanunu md. 73d** “(1) Bu hükme yollama yapan bir kanunda düzenlenen bir hukuka aykırı fiil işlenirse, failin veya şeriğın eşyalarının hukuka aykırı fiiller için veya hukuka aykırı fiillerden elde edildiğini kabul etmeyi gerektiren durumlar mevcut bulunduğu takdirde, mahkeme bunlar hakkında da kazanç müsadereye kararı verir. Failin veya şeriğın eşyayı hukuka aykırı bir fiil için veya hukuka aykırı fiilden elde etmiş olması nedeniyle, sadece bu sebeple bu eşyaya malik olmadığı veya onun üzerinde bir hakka sahip olmadığı durumlarda da, birinci cümle uygulanır. 73b madde ile bağlantılı olarak da 73 ncü maddenin birinci fıkrası ikinci cümlesi ve 73 üncü maddenin ikinci fıkrası kıyasen uygulanır. (2) Fiilden sonra belirli bir eşya hakkında kazanç müsadereye kararı verilmesi, tamamen veya kısmen imkansız hale gelmiş olduğu hallerde, 73a ve 73b maddeler kıyasen uygulanır. (3) Fail veya şeriğın karar verilmeden evvel işlemiş bulunduğu başka bir hukuka aykırı fiil nedeniyle, birinci fıkra uyarınca kazanç müsadereye karar verildikten sonra, fail veya şerike ait eşyalar hakkında, yeniden kazanç müsadereye kararı verilmesi gerekirse, mahkeme daha evvel verilmiş olan kararı göz önünde tutar. (4) 73c madde kıyasen uygulanır.” **Yenisey / Plagemann**, s. 120-121; **2017 değişikliği sonrası md. 73a** “(1) Hukuka aykırı bir fiilin işlenmiş olması halinde, mahkeme bu nesnelerin başkaca bir suçtan husule gelmesi veya bu suçlar için tedarik edilmiş olması halinde, mahkeme fail veya şeriklere ait şeyler hakkında da müsadere kararı verir. (2) İşbu düzenlemenin birinci fıkrası uyarınca bir müsadere kararı verilmesi öncesinde, fail veya şeriğın başka bir suça katılmış olması ve bu kişinin şeyleri hakkında müsadere hususunda bir karar verilmesinin gerekli olduğu hallerde, mahkeme daha önce vermiş olduğu müsadere kararını göz önünde bulundurur.” <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/> (Erişim Tarihi: 25.05.2024).

olmuştur. Kazanç müsadereisinin kapsamında ekonomik değer taşıyan her şey yer almaktayken, genişletilmiş kazanç müsadereisinin konusu değişiklik öncesi eşya ve haklar olarak düzenlenmiştir. Fakat kanun değişikliği sonrası bu ayrım kaldırılmıştır. Genişletilmiş kazanç müsadereisi ile; fail ve şeriklerin yargılandıkları hukuka aykırı fiil ile ilgisi olmayan ancak yargılama esnasında ortaya çıkan ve başka bir suçla bağlantılı elde edilen eşya ve kazançlar, yargılama sonunda mahkemece müsadereye tabi tutulacaktır³⁸². Ayrıca mahkeme; genişletilmiş müsadere kararı vermeden önce, başka suçla bağlantılı eşya ve kazançlar bakımından daha önce müsadere kararı verilip verilmediğine de bakacaktır³⁸³.

Alman Ceza Kanunun 73e maddesinde 2017 değişikliği öncesi kazanç müsadereisinin eşya üzerindeki mülkiyete etkisi düzenlenmişti³⁸⁴. Maddeye göre; müsadere kararı verilen eşyanın mülkiyeti devlete geçmesine rağmen, üçüncü kişinin eşya üzerindeki hakları da varlığını sürdürecektir. Böylece suçla ilgili olmayan üçüncü kişilerin hakları da korunmuş olacaktır³⁸⁵. Fakat kanunda yapılan değişiklik ile, bu husus son olarak hem kazanç müsadereisi hem eşya müsadereisini kapsayacak şekilde ortak olarak 75. maddede düzenlenmiştir³⁸⁶.

³⁸² Sözüer(Alman Hukukunda Müsadere Yaptırımı), s. 405; Baytaz(Müsadere), s. 48-49; Laubenthal/Nestler, Kn. 471.

³⁸³ <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/> (Erişim Tarihi: 25.05.2024).

³⁸⁴ **Alman Ceza Kanunu md. 73e** “Bir eşya hakkında kazanç müsadereisi kararı verilirse, eşya üzerindeki mülkiyet hakkı veya müsadere edilen hak, karardan etkilenen ilgilinin bu sırada üzerinde bir hak sahibi olması şartıyla, kararın kesinleştiği anda, devlete intikal eder. Üçüncü kişilerin eşya üzerindeki hakları, varlıklarını sürdürürler. Bu karar, hükmün kesinleşmesinden önce, Medeni Kanunun [Bürgerliches Gesetzbuch] 136 ncı maddesinde düzenlenmiş olan, temlik yasağı etkisini doğurur; temlik dışındaki tasarruflar da, yasak kapsamına girerler” Yenisey / Plagemann, s. 121 – 122; Paksoy, s. 29.

³⁸⁵ Yenisey/Plagemann, s. 121.

³⁸⁶ **2017 değişikliği sonrası md. 75** “1) Bir nesne üzerinde müsadere kararı verilmesiyle birlikte, ilgili nesneye dair aşağıdaki koşulların da mevcudiyetiyle, bu nesne üzerindeki mülkiyet veya bunun üzerindeki hak ilgili kararın kesinleşmesiyle devlete geçer: 1. İlgili nesnenin karardan etkilenecek kişiye an itibariyle ait olması veya üzerinde bu kişinin hak sahibi olması, 2. İlgili nesnenin, suça dair durumlardan haberdar bir surette, bir suçta kullanılmak üzere veya başkaca bir amaçla sağlanması koşuluyla üçüncü kişiye ait olması veya bu kişinin nesne üzerinde hak sahibi olması. Diğer hallerde, ilgili eşya üzerindeki mülkiyet veya hak, ancak müsadere kararının kesinleştiğinin bildirilmesinin üzerinden altı ay geçmesiyle, devlete geçecektir. Ancak bu süre dolmadan önce ilgili nesnenin sahibi veya bunun üzerinde hak sahibi olanın, ilgili kararın infaz makamları nezdinde girişimde bulunması halinde, bu durum gerçekleşmeyecektir. 2) Bu durumda dahi, üçüncü kişilerin nesneler üzerindeki hakları saklı kalır. Ancak işbu Kanunun 74b maddesinde yer alan hallerin mevcudiyeti halinde, mahkeme bu hakların ortadan kaldırılmasına hükmeder. Kanunun 74 ve 74a maddelerinde yer alan düzenlemelerde kendisine yer verilen koşulların varlığı halinde, mahkemenin üçüncü kişilerin haklarının ortadan kaldırılmasına hükmetmesi ise ancak üçüncü kişinin, 1. İlgili nesnenin bir suç aracı olarak kullanılması veya suç konusu olmasına en azından ağır özensizlikle katkı sunması halinde veya, 2. İlgili nesne üzerindeki hakkı, müsadereyi olanaklı kılan hallerin bilincinde olarak ve kınanabilir bir surette elde etmiş olması halinde mümkündür. 3) Eşya veya hak üzerindeki mülkiyet hakkının devrine kadar, müsadere kararı veya müsadere kararının saklı tutulması koşuluyla verilen diğer kararlar/talimatlar, Alman Medeni Kanununun 136'ncı maddesi anlamında bir devir/temlik yasağını meydana getirir. 4) Ceza Muhakemesi Kanununun 111d maddesinin 1'inci fıkrasının 2'inci cümlesinde kendisine yer verilen hallerin mevcudiyeti halinde, İflas Kanunun 91'inci maddesi düzenlemesi uygulanmaz.” <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/> (Erişim Tarihi: 25.05.2024).

1.6.3. İtalya

Eşya ve kazanç müsadereyi İtalyan Ceza Kanununun 240. maddesinde ortak olarak düzenlenmiştir³⁸⁷. İtalyan Hukukunda müsadere yaptırımı bir güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiştir³⁸⁸.

Maddeye göre eşya müsadereyi bakımından mahkûmiyet şartı aranırken, kazanç müsadereyi bakımından mahkûmiyet şartı aranmamaktadır³⁸⁹.

Kazanç müsadereyi tabi gelir veya değer suçla ilgisi olmayan kişilere aitse müsadere edilememektedir³⁹⁰. Türk Ceza Hukukunda düzenlenen kazanç müsadereyiinde ise; değeri sonradan iktisap edenin zilyetlik veya mülkiyet hakkı, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda düzenlenen sonradan iktisap edenin iyiniyetli olunması kuralı çerçevesinde korunmaktadır. Yani kazancı sonradan iktisap eden iyiniyetli üçüncü kişinin durumu korunmakta ve kazanç müsadereyi uygulanmamaktadır. Hukuk sistemimizde kazanç müsadereyiine konu gelirin başkasına ait olması ve suçla bağlantısı olmaması halinde ne olacağı düzenlenmemiştir. Bu bakımdan İtalyan Ceza Kanununda “suçla ilişkisi olmayan kişiye ait olması” ifadesi kullanılarak daha net bir düzenlemeye gidilmiştir.

Son olarak İtalyan Ceza Kanununun 240. maddesinin ilk cümlesinin son kelimesinde “*hükmedebilir*” ifadesi kullanılması nedeniyle eşya ve kazanç müsadereyi kural olarak ihtiyariyken ikinci cümlede “*edilirler*” ifadesi kullanıldığı için suçun işlenmesi için faile verilen değer (ödül) bakımından kazanç müsadereyi ise zorunludur³⁹¹.

1.6.4. Fransa

Müsadereyi Fransızcadaki karşılığı “*la confiscation*” şeklindedir³⁹².

Fransız Ceza hukukunda; Türk Ceza Kanununda olduğu gibi, kazanç müsadereyiini düzenleyen ayrı bir hüküm yoktur³⁹³.

³⁸⁷İtalyan Ceza Kanunu md. 240 “Yargıç, mahkûmiyet halinde suçun işlenmesinde kullanılan ya da kullanılmak üzere hazırlanan ve/veya suç dolayısıyla meydana gelen ya da kazanılan şeyin müsadereyiine 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, söz konusu şey, suçla ilişkisi olmayan kimselere aitse uygulanmazlar. İki no’lu cümlede yazılı hüküm, söz konusu şeyin suçla ilişkisi olmayan kimseye ait olması ve üretime, kullanıma, taşınmaya, bulundurulmaya, el değiştirmeye, izin yetkili otoritece verilebilmesi halinde uygulanmaz” Acar, s. 153; Paksoy, s. 26-27; Dalkılıç, s. 46; Parlar/Hatipoğlu, s. 510.

³⁸⁸Altuğ, s. 77; Dalkılıç, s. 46; Parlar/Hatipoğlu, s. 510.

³⁸⁹Yerdelen, s. 37; Gedik (Müsadere), s. 37.

³⁹⁰Acar, s. 153; Gedik (Müsadere), s. 37; Altuğ, s. 78.

³⁹¹Soygüt Arslan, s. 144; Paksoy, s. 27; Altuğ, s. 78; Parlar/Hatipoğlu, s. 510.

³⁹²Acar, s. 151; Dechenaud, David, *Code Penal*, Lexis Nexis, 2023, s. 204.

³⁹³Gedik (Müsadere), s. 32 – 33; Soygüt Arslan, s. 118.

Müsaderenin düzenlendiği 131. maddede eşya ve kazanç müsaderesi birlikte hüküm altına alınmıştır. 131. maddenin 21. fıkrasında suç nedeniyle failin doğrudan veya dolaylı elde ettiği gelirlerin müsadere edilebileceği düzenlenmiştir³⁹⁴.

Fransız Ceza Kanununa göre, kazanç müsaderesi için mahkûmiyet şartı aranmamaktadır. Ayrıca kanuna göre kazanç müsaderesi bakımından zorunluluk söz konusudur³⁹⁵.

Avusturya Ceza Kanununda olduğu gibi, Fransız Ceza Kanununda da suç nedeniyle elde edilen gelirlerin müsaderesi imkansız ise, hakim bu gelirler kadar tahmini değer müsaderesi yapabilir³⁹⁶.

Ülkemizin ceza kanunundaki düzenlemede olduğu gibi, Fransız Ceza kanununda da kazanç müsaderesi için suç geliri olan varlığın mağdura iade edilemiyor olması gerekir³⁹⁷.

Yine Fransız Ceza Kanununun özel hükümleri içeren maddelerinde de kazanç müsaderesine ilişkin düzenleme vardır. Örneğin Uyuşturucu ticareti sonucu elde edilen gelir, uyuşturucu madde ticareti suçunu düzenleyen 222. maddede ayrıca hüküm altına alınmıştır³⁹⁸.

1.6.5. İsviçre

Kazanç müsaderesi İsviçre Ceza Kanununda eşya müsaderesinden ayrı olarak tıpkı Türk Ceza kanunda olduğu gibi farklı bir madde de düzenlenmiştir³⁹⁹.

İsviçre Ceza Kanununun 70. maddesinde yer alan kazanç müsaderesi; suç sonucu elde edilen veya suç failini teşvik veya ödüllendirmek için hazırlanan değerlerin mülkiyetinin devlete geçmesi şeklinde düzenlenmiştir⁴⁰⁰.

Üçüncü kişinin kazanç müsaderesine tabi varlığı, müsadere konusu olayı bilmeden elde etmesi şartıyla; müsadereye konu olacak değeri (malvarlığını) eş değer bir edim vererek alması veya müsaderenin kendisi için katlanılmayacak derecede ağır (orantısız) olması halinde, kazanç müsaderesi uygulanmayacaktır (md. 70/2)⁴⁰¹.

³⁹⁴Soygüt Arslan, s. 118; Parlar/Hatipoğlu, s. 507.

³⁹⁵Dechenaud, s. 204.

³⁹⁶Dechenaud, s. 204; Ascensi, Lionel, *Droit Et Pratique Des Saisies Et Confiscations Penales*, Dalloz Editions, 2. Edition, 2023, s. 94; Parlar/Hatipoğlu, s.507.

³⁹⁷Dechenaud, s. 204; Ascensi, s. 94.

³⁹⁸Acar, s. 151 – 152; Soygüt Arslan, s. 117; Parlar/Hatipoğlu, s. 507.

³⁹⁹Acar, s. 154.

⁴⁰⁰Acar, s. 155; https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/54/757_781_799/de, (Erişim Tarihi: 25/07/2022); Ayrıntılı bilgi için bkz. Soygüt Arslan, s. 124-125.

⁴⁰¹https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/54/757_781_799/de, (Erişim Tarihi: 25/07/2022); Soygüt Arslan, s. 123-124.

Avusturya Ceza Kanunda olduğu gibi kazanç müsadereğine konu değerlerin tam belirlenememesi veya aşırı masraf gerektirmesi halinde tahmini değer müessesesi (md. 70/5) İsviçre Ceza Kanununda da yer almıştır⁴⁰².

İsviçre Ceza Kanununun 71. maddesinde müsadereye tabi olacak kazancın mülkiyetinin devlete geçmesi herhangi bir nedenle imkânsız hale gelmişse, kaim değer müsadereği yapılabilecektir⁴⁰³.

1.6.6. Anglo-Sakson Hukuku

1.6.6.1. Amerika Birleşik Devletleri

Amerika Birleşik Devletleri hukukunda müsadere konusu tek bir kanunda değil farklı farklı kanunlarda dağınık şekilde yer almaktadır⁴⁰⁴.

ABD’de üç farklı kazanç müsadereği şekli bulunmaktadır. Bunlar idari müsadere, özel hukuk müsadereği ve cezai müsadereğidir⁴⁰⁵.

İdari müsadere; denetimler sonucu şüpheli bulunan malvarlığı değerlerine el koymadır⁴⁰⁶. Bu el koyma işleminden sonra devlet 60 gün içinde kazanç üzerinde hakkı olabileceklere tebligat yapmaktadır. Hakkı ihlal olanlar durumu öğrenmelerinden itibaren 30 içinde dava açabilecekleri gibi, el koymanın bir kısmının lehlerine kaldırılmasını da talep edebilirler. El koymaya herhangi bir itiraz gelmemesi üzerine veya mahkemenin kararı sonrası, el koyma devletin kazanç üzerinde mülkiyetine dönüşmektedir⁴⁰⁷. İdari müsadere usulü Avusturya Ceza Kanunda bulunan terör örgütü veya suç örgütü ile terörün finansmanı için elde edilen gelirler bakımından ispat külfetinin faile yüklenmesi haline benzemektedir.

Özel hukuk müsadereği de terimin kullanılış şeklinden bağımsız olarak, bir ceza hukuku tedbiridir. Fakat diğer müsadere şekillerinden farklı şartlara tabidir. Özel hukuk müsadereğinde mahkûmiyet şartı olmadığı gibi, bu usul kişiye değil malvarlığına karşı yapılmaktadır⁴⁰⁸. Mahkûmiyet şartı olmadığı için bu usulde fail ölmüş olsa veya herhangi bir sebeple yargılanamadığı hallerde dahi müsadere yapılabilmektedir⁴⁰⁹. Özel hukuk müsadereği genellikle uyuşturucu veya kara para aklama suçlarında uygulanmaktadır⁴¹⁰.

⁴⁰²Acar, s. 155; https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/54/757_781_799/de, (Erişim Tarihi: 25/07/2022); Soygüt Arslan, s. 125.

⁴⁰³Soygüt Arslan, s. 125; https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/54/757_781_799/de, (Erişim Tarihi: 25/07/2022).

⁴⁰⁴Soygüt Arslan, s. 115; Gedik (Müsadere), s. 31.

⁴⁰⁵Dalkılıç, s. 46; Genç (Müsadere), s. 27-28; Altuğ, s. 81; Parlar/Hatipoğlu, s. 506;

⁴⁰⁶Soygüt Arslan, s. 130.

⁴⁰⁷Soygüt Arslan, s. 130.

⁴⁰⁸Dalkılıç, s. 47; Genç (Müsadere), s. 28.

⁴⁰⁹Dalkılıç, s. 47; Genç (Müsadere), s. 28; Altuğ, s. 81.

⁴¹⁰Soygüt Arslan, s. 131; Acar, s. 159.

Cezai müsadere ise, bazı suçlar nedeniyle kazanılacak gelirlerin mülkiyetinin devlete geçirilmesidir⁴¹¹. Bu müsadere türünde suçla bağlantılı olan fail dışında kalan kişilerin hukuka uygun şekilde kazandığı gelirler müsadere edilemez⁴¹².

Cezai müsadere durumunda, hukuk düzenimizde de yer alan kaim değer müsadere bulunmaktadır. Fail geliri elden çıkarmış olsa bile, bu gelire karşılık gelen miktarda failin diğer malvarlığı değerlerine gidilebilmektedir⁴¹³.

1.6.6.2. İngiltere

İngiliz ceza hukuku sisteminde kazanç müsadere *“confiscation”* olarak adlandırılmaktadır⁴¹⁴.

İngiliz Ceza Hukuku bakımından eşya ve kazanç müsadere farklı kanunlarda düzenlenmiştir. Kazanç müsadere Suç Gelirleri Yasası’nda (Proceeds of Crime Act) düzenlenmiştir⁴¹⁵. Bu kanunda iki tür kazanç müsadere bulunmaktadır. İlki ve ceza hukuku alanını ilgilendiren mahkumiyet nedeniyle verilen müsadere, diğeri ise çalışmamızın konusu olmayan özel hukuk yoluyla geri kazanmadır⁴¹⁶.

Kazanç müsaderesinin uygulanmasının koşulları Suç Gelirleri Yasası’nın 75. maddesinde şu şekilde yer almaktadır;

- Sanığın suçu yaşam tarzı haline getirmesi,
- Suç nedeniyle elde edilen gelirin en az 5000 sterlin olması,
- Yargılama konusu suçun kanunun 2 nolu tabloda yer alan suçlardan olması (insan ticareti ve uyuşturucu ticareti vb.),
- İşlenen suçun sanığın devamlılık gösteren eylemlerinin bir parçası olması,
- Eylemin en az altı aydır devam etmesi ve failin elde ettiği gelirin bu eylemden kaynaklı olmasıdır⁴¹⁷.

Sanığın suçu yaşam tarzı haline getirdiği kabul edildiği takdirde ispat külfeti (kazancın suçla ilgili olmadığına ispatı) sanığa yüklenmişken, sanığın suçu yaşam tarzı haline getirmediği durumlarda savcı kazancın suç nedeniyle elde edildiğini ispat ile yükümlüdür. Sanığın suçu yaşam tarzı haline getirdiği durumlarda soruşturma tarihinden geriye dönük son

⁴¹¹ Dalkılıç, s. 47; Altuğ, s. 81.

⁴¹² Acar, s. 159; Soygüt Arslan, s. 131; Genç (Müsadere), s. 28; Altuğ, s. 81.

⁴¹³ Acar, s. 159; Soygüt Arslan, s. 131; Genç (Müsadere), s. 28; Altuğ, s. 82.

⁴¹⁴ Soygüt Arslan, s. 126; Baytaç(Müsadere), s. 27.

⁴¹⁵ Baytaç(Müsadere), s. 28.

⁴¹⁶ Soygüt Arslan, s. 126.

⁴¹⁷ Soygüt Arslan, s. 126 – 127; <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/29/section/75>, (Erişim Tarihi: 26/07/2022) Ayrıntılı bilgi için bkz. Baytaç(Müsadere), s. 33 vd.

6 yıl içindeki suç niteliğindeki eylemlerinden elde ettiği kazançlar kazanç müsaderesine dahil edilmektedir⁴¹⁸. İyiniyetli üçüncü kişilerin de hakları ise yasal güvence altındadır⁴¹⁹.

⁴¹⁸Soygüt Arslan, s. 127 – 128.

⁴¹⁹Soygüt Arslan, s. 129.

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK CEZA HUKUKUNDA KAZANÇ MÜSADERESİ

2.1. Kazanç Müsaderesinin Amacı Ve Kazanç Müsaderesine Hakim Olan İlkeler

2.1.1. Kazanç Müsaderesinin Amacı

Kazanç müsaderesinin amacı aslında hukuki niteliğinde gizlidir. Daha önce kazanç müsaderesinin hukuki niteliğinin kanaatimizce sui generis (hem cezanın hem de güvenlik tedbirlerinin özelliğini barındıran) bir yapıda olduğunu ifade etmiştik. İster ceza ister güvenlik tedbiri kabul edilsin, kazanç müsaderesi ceza hukuku alanında bir yaptırım türüdür. Kişinin işlediği suçla bağlantılı olarak muhakkak bir yaptırımla karşılaşması zaruri bir ihtiyaçtır. Aksi halde kişilerin hukuka aykırı davranışlarının bir karşılığı olmadığı fikri toplumda hakim olacaktır ki, bu husus çağdaş ve demokratik toplumlar için bir kaos nedenidir⁴²⁰. İşte bu yüzden gelişen dünyada devletler suç ile mücadelede hürriyeti bağlayıcı (veya para cezası) ceza yanında başka yaptırım türlerine de başvurmaktadır. Özellikle suç sayesinde gelir elde eden veya suçtan gelir elde ettiği için o suçu yaşam tarzı haline getiren kişiler bakımından etkili bir kazanç müsaderesi uygulaması, kanaatimizce suçu önlemek adına çok daha yerinde olacaktır.

Kazanç müsaderesi ile ulaşılmak istenen hedef en temelde suçu önlemek, failin geliri kullanarak tekrar suçla muhatap olmasına ket vurmak, kişilerin meşru yoldan kazanç elde etmelerinin daha yararlarına olduğunu ortaya koymak, kişilerin suç işlemesi halinde karşı karşıya kalacağı hususları bilmelerini (caydırma) sağlamaktır⁴²¹.

Özellikle kazanç elde etmek amaçlı oluşturulan gayri meşru teşekküllerin, uyuşturucu madde ticareti ve kara para aklama gibi büyük kazanç sağlayıcı suçlarla mücadele için, kazanç müsaderesi önemli bir kurumdur⁴²². Kazanç müsaderesi devletler için bir nevi suçla mücadelece aracıdır. Örneğin hırsızlık suçu işleyerek gelir elde eden failin suç nedeniyle elde ettiği gelir mağdurlara iade edilemiyorsa, kazanç müsaderesi uygulaması belki de faile verilecek hapis cezasından bile daha etkili olacaktır. Çünkü fail, hırsızlık suçunu işlerken gayesi haksız bir kazanç elde etmek olduğuna ve bazen hapis cezasını göze aldığına göre, elde edilen haksız kazancın devletin mülkiyetine geçirilmesi, hem failin devam eden suç işleme

⁴²⁰ Aktaş, Sururi, “Cezalandırmanın Amacı Üzerine”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, S 1-2, 2009, ss. 1-25, s. 4, Aydın, Melike Belkıs, “Kant’ ın Ve Hegel’ in Felsefesinde Cezanın Amacı”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S 1, ss. 126-138, s. 129, Acar, s. 171- 172; “Müsaderenin amacı, failin suçtan kaynaklı olarak elde ettiklerinin kendisinin elinden alınmasıdır. Bu yaklaşımın arka planında ise suç işleyenin yanına yaptıklarının kar kalmaması yönündeki endişe yatmaktadır.” *Laubenthal/Nestler*, Kn. 466.

⁴²¹ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 642. Bu husus madde gerekçesinde de açıkça ifade olunmuştur.

⁴²² Aslan(Kazanç Müsaderesi), s. 24, Soygüt Arslan, s. 37.

iradesini kırarak hem de ona yönelik etkili bir caydırma yöntemi olacaktır. Yine bankacılık zimmeti işleyen banka müdürü fail bakımından; suç nedeniyle elde ettiği gelir, suçtan zarar gören bankaya iade edilemiyor ve şartları olduğu halde etkili bir kazanç müsadere uygulaması olmadığı takdirde, fail aldığı hapis cezasını önemsemeyecek elde ettiği büyük kazanç kendine kaldığı için belki de ödüllendirilmiş olacaktır. Bu yönüyle kazanç müsadere bilhassa ekonomik suçlarla mücadele anlamında, etkin bir araç olmaktadır.

2.1.2. Kazanç Müsaderesine Hakim Olan İlkeler

Kazanç müsaderesinin doğru ve hukuka uygun şekilde uygulaması açısından kurumun uygulamasında esas alınan bir takım ilkeler mevcuttur. Bu ilkeler kaynağını 1982 Anayasasından ve kanunlardan almaktadır. İşte bu ilkeler, ayrıntılarını aşağıda vereceğimiz kanunilik, kusur, orantılılık ve yargısalıktır.

2.1.2.1. Kanunilik

İlke olarak kanunilik hukuksal bir konunun ancak kanunla düzenlenmesidir⁴²³. Öncelikle maddi ceza hukuku kuralları bakımından bir hususun kanunla düzenlenmesi şarttır⁴²⁴. Kazanç müsadere de; maddi ceza hukukuna ilişkin bir kural olduğu için, konunun ancak kanunla düzenlenmesi mümkün olacaktır.

Suçta ve cezada kanunilik prensibi Anayasa madde 38’de güvence altına alınmıştır. Anayasamızın 38/3. maddesine göre “ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur”. Türk Ceza Kanununda kazanç müsadere açıkça güvenlik tedbiri olarak düzenlendiğine göre, konunun kanunla düzenlenmesi bir zorunluluktur. Güvenlik tedbirlerinin kanunla düzenlenmesi anayasal zorunluluk olmasa bile, kazanç müsadere Türk Ceza Kanununun maddi kuralları arasında yer aldığından, yine aynı sonuca ulaşılması zorunludur⁴²⁵.

Daha önce ifade edildiği üzere kazanç müsadere, kişinin mülkiyet hakkını ortadan kaldırmayı gerektiren bir müdahaledir. Mülkiyet hakkı, Anayasa madde 35’ te bir temel hak ve hürriyet olarak düzenlenmiştir. Anayasa madde 13’te temel hakların (mülkiyet hakkı dahil

⁴²³Baytaz (Yorum), s. 8-9; Öcal, Göktürk, *Aydınlanma Çağında Ceza Hukuku Felsefesi Ve Suçta Ve Cezada Kanunilik İlkesi* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019, s.85; Demirbaş, s. 63; Zafer, s. 60.

⁴²⁴Bekri, Muhammet Nedim, *Suçta Ve Cezada Kanunilik İlkesi Ve İlkenin Türk Hukukundaki Uygulaması* (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010, s. 156-166; Tulay, Muhammed Emre, “Kanunilik İlkesi Işığında Ceza Hukuku Kurallarının Zaman Bakımından Uygulanması Ve Delil Elde Etme Yöntemlerinde Zaman Bakımından Uygulanma Sorunu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Cevdet Yavuz’ a Armağan)*, Cilt 22, Sayı 3, 2016, ss. 2715 – 2736, s. 2717; Centel/Zafer/Çakmut, s. 74; Öztürk/Erdem, s. 44.

⁴²⁵Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 125; Soygüt Arslan, s. 249.

olmak üzere) ancak kanunla sınırlanacağı kuralı ve yine mülkiyet hakkının düzenlendiği Anayasa madde 35'te kısıtlamanın ancak kanunla olacağı hüküm altına almıştır⁴²⁶. Bu durumda müsadere bakımından güvence olarak kabul edilen kanunilik ilkesinden başka, 1982 Anayasasının mülkiyet hakkına müdahale yetkisi bakımından farklı maddelerle güvenceler koyduğu aşıkardır.

Kanunilik ilkesinin bir takım alt ilkeleri vardır. Bunlar; ceza kanunlarının geriye yürümezliği, lehe uygulama, kıyas yasağı, ceza kanunun açık ve anlaşılır olması (belirlilik), idarenin düzenleyici işlemler ile suç ve ceza (aynı zamanda güvenlik tedbiri de) yaratamayacağıdır. Bu alt ilkeler adlarından da anlaşılacağı üzere, kişilere bir takım yasal güvenceler sunmaktadır⁴²⁷.

Bu ilkelerden kazanç müsadere için en önemli ilke, lehe uygulama ilkesidir. Suç ihdas eden bir ceza maddesinin kanun koyucu tarafından kaldırılması veya AYM tarafından iptal edilmesi durumunda, müsadereye tabi el konulan gelirin ne olacağı çok önemli bir sorundur. Fiil suç olmaktan çıktığına göre; bu halde, o suçla bağlantılı olarak müsadere amacıyla el konulan gelir de iade edilmek zorundadır. Kazanç müsaderesinde, eşya müsaderesinde olduğu gibi “suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir” şeklinde bir hüküm olmadığı için her halükarda gelir faile iade edilmelidir⁴²⁸. Örneğin,

⁴²⁶ Soygüt Arslan, s. 244.

⁴²⁷ Koca/Üzülmez, s. 59-60; Soygüt Arslan, s. 244-245; Demirbaş, s. 129 Ayrıntılı bilgi için bkz. İçel, s. 96vd.

⁴²⁸ “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 itibarıyla bu tür eylemler nedeniyle el konulan eşyalar da suç konusu eşya olmaktan çıkmıştır. İnceleme tarihi itibarıyla söz konusu eşyaların bulundurulmasını bizatihi suç sayan herhangi bir yasa hükmü de bulunmamaktadır. Bu nedenle dava konusu eşyanın da iadesine karar verilmesi gerekmektedir” T.C. Yar. , 7. CD. , 2006/ 11442 E. , 2009 / 6158 K. , T. 25.05.2009, **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 27/10/2022, “Öte yandan 556 Sayılı K.H.K. ya göre suç oluşturmamayan eylemin Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen haksız rekabet suçunu oluşturup oluşturmayaacağı hususunun da bu noktada ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Buna göre, 1474 üncü maddesi gereğince 01/01/1957 tarihinde yürürlüğe giren 6762 Sayılı TTK'nın 57 nci maddesinin 5 inci fıkrasında; başkasının haklı olarak kutlandığı ad, unvan, işaret gibi tanıtma vasıtaları haklarına tecavüzün yanında, tescilli ve tescilsiz ayırımı yapmadan marka hakkına tecavüz de haksız rekabet suçu olarak tanımlanmış ve cezası 64 üncü maddede belirtilmiştir. Bu Kanunun yürürlük tarihinden sonra 3 Mart 1965 tarihinde yürürlüğe giren 551 Sayılı Markalar Kanunu'nun 47 inci maddesinde de tescil edilmiş, marka hakkına tecavüz halleri, ayrı ayrı tanımlanmış ve yaptırımı da 51 ve 52 inci maddelerde belirtilmiştir. Her iki düzenlemede de tescilli marka kullanma haklarına tecavüz halleri belirlenmekte ve yaptırımı bağlanmaktadır. Bu nedenle gerek Türk Ticaret Kanunu ve gerekse 551 Sayılı Markalar Kanunundaki düzenlemeyle korunan ortak değer, marka kullanma hakkından doğan haklardır. Marka hakkına tecavüz fiillerinin unsurları her iki düzenlemede de aynıdır ve iki yasa birlikte uygulanamayacağından tam olarak oluşan yasa çatışması kuralları uyarınca sonradan yürürlüğe giren, tescilli markalara hukuki ve cezai koruma getiren 551 Sayılı Kanundaki düzenleme TTK'nın 57/5 fıkra hükmünü tescilli markalarla sınırlı olmak üzere örtülü olarak yürürlükten kaldırmıştır. Bu kanun da (551 sayılı kanun) 556 Sayılı KHK'nın değişik 82 nci maddesiyle yürürlükten kaldırılmış bulunduğu ve yürürlükten kalkan eski düzenlemeler canlanamayacağından sanığa atılı eylem haksız rekabet suçunu da oluşturmamaktadır. 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 itibarıyla bu tür eylemler nedeniyle el konulan eşyalar da suç konusu eşya olmaktan çıkmıştır. İnceleme tarihi itibarıyla söz konusu eşyaların bulundurulmasını bizatihi suç sayan herhangi bir yasa hükmü de

tefecilik suçunun kanun koyucu tarafından suç olmaktan çıkarılması halinde; suç nedeniyle el konulan kazanç da, tefeciliğin yasal hale gelmesi nedeniyle faile iade edilecektir. Fakat yasal koşullar varsa, eylem nedeniyle mülkiyetin kamuya geçirilmesi tedbiri uygulanabilecektir. Örneğin; dilencilik fiili 765 sayılı kanunda hafif hapis cezasını gerektiren bir kabahatken, 5237 sayılı yasa ile Türk Ceza Kanunundan çıkarılmış ve 5326 sayılı yasa ile idari para cezasını gerektirir bir kabahat haline getirilmiştir⁴²⁹. Bu durumda 765 sayılı kanun döneminde suç olan dilencilik fiilinden kaynaklı yapılan yargılamada, mahkeme fiilin kabahate dönüşmesi nedeniyle, 5236 sayılı kanunun 24. maddesinin verdiği yetkiye dayalı olarak mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararı verecektir⁴³⁰.

İnfaz aşaması bakımından ise Yargıtay, AYM kararlarının geçmişe yürümeyeceği ilkesi nedeniyle önceki hükmün uygulanmasının devam edeceğini içtihat etmektedir⁴³¹. Fakat AYM kararı ile hukuk dünyasından kaldırılan bir suç nedeniyle kanaatimizce lehe uygulama

*bulunmamaktadır. Açıklanan bu gerekçelerle, beraat hükmü sonucu itibarıyla yerinde ise de müsadere sine karar verilen dava konusu eşyanın iadesine karar verilmesinin gerekmesi,” T.C. Yar. , 7. CD. , 2006/4142 E. , 2009/3312 K. , T. 17.03.2009, **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 27/10/2022); **Soygüt Arslan**, s. 246.*

⁴²⁹“765 sayılı kanun madde 544 “Her kim, çalışmaya muktedir olduğu halde dilencilik ederken tutulursa bir haftadan bir aya kadar hafif hapis cezasıyla cezalandırılır. Tekerrürü halinde hafif hapis cezası bir aydan aşağı olamaz”, 5326 sayılı yasa madde 33 “Dilencilik yapan kişiye, elli Türk Lirası idarî para cezası verilir. Ayrıca, dilencilikten elde edilen gelire elkonularak mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilir”, “Yine Kabahatler Yasasının 18. maddesinde yer alan; (1) Kabahatin konusunu oluşturan veya işlenmesi suretiyle elde edilen eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesine, ancak kanunda açık hüküm bulunan hallerde karar verilebilir..... hükmü göz önüne alındığında, Kabahatler Yasasında düzenlenen mülkiyetin kamuya geçirilmesi müessesesinin, Türk Ceza Yasasında düzenlenen zoralm müessesesinden farklı olduğunun görüldüğü, buna göre; mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilebilmesi için yasada açık bir düzenlemenin bulunması gerektiği, nitekim; Kabahatler Yasasının 33.maddesinde dilencilik, 34. maddesinde kumar kabahatleri düzenlenirken mülkiyetin kamuya geçirilmesinden açıkça bahsedildiği,” YCGK , 2007/8-156 E. , 2007/163 K. , T. 03.07.2007 , **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 27/10/2022); **Soygüt Arslan**, s. 246 ve 250.

⁴³⁰**5326 sayılı Kabahatler Kanunu md. 24** “Kovuşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde mahkeme tarafından idarî yaptırım kararı verilir”.

⁴³¹**Soygüt Arslan**, s. 251; “Somut dosya kapsamında, sanığın mahkumiyetine konu suçun, 5271 sayılı Kanunu’nun 251. maddesi gereğince basit yargılama usulüne tabi olduğu, kararın 09.03.2012 tarihinde verildiği, Anayasa Mahkemesinin 25.06.2020 tarihli ve 2020/16 Esas, 2020/33 sayılı kararının 19.08.2020 tarihli ve 31218 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girdiği, 1982 Anayasası’nın 153/5. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının geriye yürümeyeceği, anılan kararın kovuşturma evresinin ise iptal kararı yürürlüğe girmeden sona erdiği ve mahkemesince karar verildiği anlaşılmakla, yürürlük tarihinden önce hükme bağlanmış veya kesinleşmiş kararlar hakkında yeniden uyarlama yargılaması yapılamayacağı gözetildiğinde, itirazın reddi yerine yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi” T.C. Yar. , 1. CD. , 2022 / 4142 E. , 2022 / 3341 K. , T. 09.05.2022, **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 27/10/2022), “Dairemizce de benimsenen Yargıtay Ceza Genel Kurulunun uyarlama yargılamasının kapsam ve sınırlarının anlatıldığı, 20/06/2006 gün ve 2006/10-124-165 sayılı kararında belirtildiği üzere uyarlama yargılaması sonucu verilen hükümler yönünden cezanın aleyhte değiştirme yasağı ilkesinin uygulanamayacağı kabul edilmiştir. İnceleme konusu somut olayda; sanığın üzerine atılı hakaret suçunun 5271 sayılı Kanunu’nun 251. maddesi gereğince basit yargılama usulüne tabi olduğu; sanığın mahkumiyetine ilişkin ... 8. Asliye Ceza Mahkemesinin 18/02/2020 tarihli kararın, Anayasa Mahkemesi’nin yukarıda belirtilen iptal kararlarından önce verildiği ve kesinleştiği, 1982 Anayasasının 153/5. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının geriye yürümeyeceği ayrıca iptal kararlarının kesinleşmiş dosyalar açısından uygulanamayacağı, anılan kararın iptal kararı yürürlüğe girmeden önce kesinleştiği anlaşılmakla, yürürlük tarihinden önce kesinleşmiş kararlar hakkında basit yargılama usulünün uygulanamayacağı gözetilmeden, kesinleşmiş kararlar ilgili basit yargılama usulü uygulanmasına ilişkin olarak uyarlama yargılaması yapıp bu aşamada da şikayetten vazgeçme nedeniyle düşme kararı verilmesi hukuka aykırıdır” T.C. Yar. , 4. CD. , 2022 / 5157 E. , 2022 / 12942 K. , T. 24.05.2022, **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 27/10/2022).

yapılmaması, adalete ve kanunilik ilkesine aykırı olacaktır. Örneğin; suç ortadan kalktığı için failin adli sicil kaydından bu hüküm nasıl kaldırılıyorsa, kazanç müsadereyi bakımından da lehe uygulama yapılmalı ve müsadere edilen gelir iade edilmelidir. Üstelik bu husus Anayasa md. 38’ te düzenlenen kanunilik ilkesine de daha uygun olacaktır. Kanun koyucunun suçu ortadan kaldırması halinde uygulanan lehe geçmişe uygulama, AYM’nin iptal kararlarında uygulanmaz demek, aynı zamanda çelişki de yaratacaktır. AYM kararlarının geçmişe yürümezliği bakımından; kararın konusunun maddi ceza hukuku kuralları olması halinde, iptal kararı failin lehine olmak şartı ile geçmişe yürümezliğin istisnası olduğu kanaatindeyiz⁴³².

Bilindiği üzere 765 sayılı TCK döneminde kazanç müsadereyi bakımından ayrı bir hüküm bulunmamaktaydı. Suç bağlantılı gelirler yani kazanç müsadereyi eşya müsadereyi düzenlendiği 36. maddede yer alan “*failin irtikâbından husule gelen eşya*” kavramı içine dahil edilmekte ve kazanç müsadereye tabi tutulmaktaydı⁴³³. Fakat bu durum kanunilik ilkesine aykırı olduğu gerekçesi ile eleştirilmiştir⁴³⁴. Yeni TCK ile bu eleştirilerin de önüne geçilmiş ve kanunilik ilkesine uyarlı biçimde, kazanç müsadereyi kanunla düzenlenmiştir.

2.1.2.2. Kusur İlkesi

Kazanç müsadereyi uygulanması bakımından, kusurun önemli olup olmadığı kazanç müsadereyi hukuki niteliğinde gizlidir. Nitekim kazanç müsadereyi ceza olarak

⁴³²“İptal edilen kanun, ilga edilen kanun gibidir. Bu nedenle; iptal kararının yürürlüğe girdiği tarih itibariyle, kocanın zinası suçları yaptırımsız kalmıştır. Bu halde TCK’nın 2. maddesindeki genel kuralın sanıklar yararına uygulanması gerekmektedir. Bu durumun Anayasa Mahkemesinin verdiği iptal kararlarının geriye yürüyemeyeceğini düzenleyen Anayasa’nın 153. maddesinin 5. fıkrasına aykırı olduğu ileri sürülebilirse de; Anayasa Mahkemesi’nin bir kanunun tümünün Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiş olduğunun belirlendiği halde, eldeki davaların Anayasaya aykırılığı saptanmış olan kurallara göre çözümlenmesi, Anayasanın üstünlüğü prensibine ve Hukuk Devleti ilkesine aykırı düşeceği için uygun görülemez. Diğer taraftan Anayasanın 153. maddesinde yer alan ve iptal kararlarının geriye yürümezliğine ilişkin bulunan kural, iptal edilen hükümlere göre kazanılmış olan hakların ortadan kaldırılmasına veya toplumun huzurunun bozulmasına yol açacak sonuçları önlemek ve hukuki işlemlerin geçerliliğini sağlamak amacıyla kabul edilmiştir. Suç ise, hukuksal bir işlem değildir. Bu nedenle, korunacak bir hak doğurmaz. İptal kararlarının, yasa koyucunun bir ceza hükmünü ortadan kaldırması işlemi gibi geçmişe etkili olması gerekir. Nitekim; mahkemelerden gelen anayasaya aykırılık iddiası ile ilgili olarak, Anayasa Mahkemesi’nin 5 ay içinde karar verip açıklamaması halinde, mahkemenin davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandıracağına işaret eden ve Anayasanın 152. maddesinin 3. fıkrasında yer alan “ancak Anayasa Mahkemesinin kararı esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse mahkeme buna uymak zorundadır” yolundaki kuralı da Anayasa Mahkemesinin verdiği iptal kararlarının, bu karardan önce açılmış bulunan ve görülmekte olan davalarda uygulanması gerektiğini açıkça belirtmektedir” Yar. 5. CD., 1998/82 E., 1998/854 K., 09.03.1998 T. **Bekri**, s. 184-185; **Soygüt Arslan**, s. 251-252; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 210; **Öztürk/Erdem**, s. 148-149.

⁴³³“Taşınır Kültür varlıklarının izinsiz ticaretini yapmak suretiyle elde edilen paraların, bu failin irtikabından husule geldiği; suçtan husule gelen bu paralardan hissesine düşenin zorunluluğunu önlemek için altın alıp saklatan sanık İbrahim Başbuğ’un eyleminin kanuna karşı hile teşkil ettiğini gözönünde tutarak, zapdedilip emanete alınabilen bu para ve altınların tümünün zorunluluğuna karar verilmesinde yasaya aykırı bir yön bulunmadığından, C.Başsavcılığının (3) nolu itiraz nedeni de yerinde görülmemiştir” YCGK, 1987/9-526 E. , 1988/57 K. , T. 22/02/1988 , **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 14/08/2023).

⁴³⁴**İçel(Genel Hükümler)**, s. 103 -104.

kabul edildiği durumlarda “kusursuz suç ve ceza olmaz” ilkesi gereği; failin kusursuz olduğu veya kusur yeteneğinin bulunmaması nedeniyle kusursuz sayıldığı hallerde, suç kaynaklı gelirler de müsadere edilemeyecektir. Fakat kazanç müsadereisinin güvenlik tedbiri olarak kabul edilmesi durumunda; önemli olan geliri elinde bulunduran failin tehlikeliliği (tekrar suç işleme tehlikesi) olduğu için, hukuka aykırı bir fiilin varlığı yeterli olacak ve kusurun varlığı aranmayacaktır⁴³⁵.

Kazanç müsadereisi 5237 sayılı yasada, yukarıda ayrıntılı olarak ortaya koyduğumuz görüşümüzün aksine açıkça güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiştir⁴³⁶. Kanunun 54. maddesinde düzenlenen eşya müsadereisinin gerekçesinde açıkça “*Yapılan yeni düzenleme ile getirilen temel değişiklik, müsadereinin hukukî niteliğinin bir güvenlik tedbiri olduğunun kabul edilmesidir. İşte bu nedenledir 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, müsadereisine hükmedilebilecektir*” şeklindeki ifadeler kullanılarak, gerek eşya gerekse kazanç müsadereisi için failin kusurlu olması aranmamış; hukuka aykırı fiilin varlığı yeterli görülmüştür⁴³⁷.

Kazanç müsadereisinin hem cezanın hem de güvenlik tedbirlerinin unsurlarını içinde barındıran sui generis bir yapısı olduğunu hukuki nitelik kısmında açıklamıştık. Fakat kazanç müsadereisi, kanunda açıkça güvenlik tedbiri olarak düzenlendiği için; kusurun varlığı aranmamakla birlikte, kanun koyucu kazanç müsadereisini açıkça güvenlik tedbiri olarak düzenlemeseydi dahi; her iki kurumun unsurlarını içinde barındıran kazanç müsadereisi bakımından failin tekrar suç işlenmesini önleme amacı esas alındığında, kusur ilkesinin aranmayacağı kanaatindeyiz⁴³⁸.

Suçta kullanılan kazancın üçüncü kişiye ait olması durumunda ise; üçüncü kişinin fiil ile bağlantısı bakımından, kusurunun olup olmadığı aranacaktır. Fakat bu husus 5237 sayılı TCK’ nın 55/3. maddesinde “*Türk Medeni Kanunun iyiniyetin korunmasına ilişkin hükümlerinden yararlanamıyor olması*” şeklinde düzenlenmiştir. Aslında ceza hukukunda kusur sorumluluğunun temeli “*failin davranışı nedeniyle kınanabilir olup olmadığı*” hususuna

⁴³⁵Laubenthal/Nestler, Kn. 467; Baumann, s. 731; Koca/Üzülmez, s. 668; Centel/Zafer/Çakmut, s. 742; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 79; Öztürk/Erdem, s. 56-57; Demirbaş, müsadereinin güvenlik tedbiri olarak düzenlenmesini doğru görmemektedir. Yazara göre, TCK 54/4’ te yer alan düzenlenme güvenlik tedbiri olup; TCK 54/1’ de yer alan suçla bağlantılı eşyanın müsadereisi, 54/2’ de yer alan kaim değer müsadereisi ve 55. maddede yer alan kazanç müsadereisi ceza niteliğindedir. Fakat yazar 54. maddenin gerekçesi nedeniyle (mevcut kanuni düzenleme nedeniyle) failin akıl hastası olması halinde dahi müsadereinin uygulanabileceğini ifade etmektedir. Demirbaş, s. 662.

⁴³⁶Baş (Fail ve Mağdur), s. 463; Ayrıntılı bilgi için yukarıda “Değerlendirme” başlığı altında yaptığımız açıklamalara bkz.

⁴³⁷Özgenç(Gazi Şerhi), s. 685.

⁴³⁸Soygüt Arslan, s. 255 – 256.

dayalı bir sorumluluktur. Bu bakımdan “iyiniyet” kavramı ceza hukukuna yabancı bir kavramdır⁴³⁹. Kazanç müsadereşi bakımından “iyiniyet” kavramı, üçüncü kişinin suça iştirak edip etmediğine ve hatta suça iştirak etmese bile kazanç sahibinin suç işlenmeden kendine ait eşyanın suça kullanılacak olduğunu bilip bilmediğine göre belirlemelidir. Örneğin kendisinden ödünç alınan paranın uyuşturucu madde ticaretinde veya tefecilik suçunda kullanılacağını bilen ve fakat suça katılmayan üçüncü kişinin bu durumda kusurlu olduğu kabul edilecek ve bu gelir kazanç müsadereşine tabi olacaktır⁴⁴⁰.

2.1.2.3. Orantılılık

Ceza hukukunda orantılılık; hukuka aykırı fiilin işlenmesi ile ortaya çıkan zararın (ihlalin, barışın veya kamu düzeninin bozulmasının vb.), yaptırım ile telafi edilmesi esnasındaki dengenin, fiilin ve kusurun derecesi veya tehlikenin ağırlığı ile orantılı olarak kurulmasıdır⁴⁴¹.

İlke 5237 sayılı TCK’nın 3/1. maddesinde “*Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur*” şeklinde düzenlenmiştir. Kanun koyucu ceza kanununda bu düzenlemeyi yaparken, güvenlik tedbirleri bakımından asıl önemli olanın fiilin ağırlığı değil, fail veya eşyanın tehlikeliliği olduğu hususunu, kanaatimizce göz ardı etmiştir⁴⁴². Güvenlik tedbirlerinde orantılılık fail veya şeyin tehlikeliliğine göre belirlenmektedir⁴⁴³. Fakat bu hüküm genel bir düzenleme olması bakımından kazanç müsadereşi için de geçerlidir.

Kazanç müsadereşi de 5237 sayılı yasada görüşümüzün aksine açıkça güvenlik tedbiri olarak düzenlendiğine göre, orantılı bir uygulama bakımından failin veya şeyin tehlikeliliği esas alınmalıdır. Fakat kazanç müsadereşi bizim kanaatimize göre; sui generis bir yapıya (hem ceza hem de güvenlik tedbirlerinin özelliğini barındıran) sahip olduğu için, kazanç müsadereşi uygulanması esnasında, orantılılık ilkesinin sonucu olan fiilin ağırlığı ve kişinin

⁴³⁹ Demirbaş, s. 666, Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 653-654; Soygüt Arslan, s. 256;

⁴⁴⁰ Gedik, s. 238-239; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 653-654; Soygüt Arslan, s. 256; “*Fiilin haksızlığını bilen ve buna göre davranabilen kişinin fiili kusurlu olabilir*” Hilgendorf, Eric/Valerius, Brian, **Alman Ceza Hukuku Genel Kısım**, Çeviren: Salih Oktar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 158; “*Gerçekten de failin cezalandırılması onun kusurunun varlığına bağlı olduğuna göre, bu durumda fail eyleminden önce davranışının haksızlık oluşturduğunu biliyor ya da en azından davranışının haksızlık oluşturduğunu öğrenme imkanına sahip ise failin kusurunun varlığından söz edilebilir*” Meraklı, Serkan, **Ceza Hukukunda Kusur**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 59.

⁴⁴¹ Aydın, Öykü Didem, “Ceza Hukukunun Çağdaş İlkeleri Ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 53, 2004, ss. 63-140, s. 66.

⁴⁴² Koca, Mahmut, “Türk Ceza Hukukunda Müsadere”, **Lexpera Blog**, 27.05.2020, <https://blog.lexpera.com.tr/turk-ceza-hukukunda-musadere/>, Erişim Tarihi: 14/08/2023; Zafer, s. 723 – 724.

⁴⁴³ Dilberoğlu, s. 1523; “*Güvenlik tedbiri, failden kaynaklanan tehlikeyi bertaraf etmek itibarıyla gerekli ve uygun olmalıdır*” Artuk, Mehmet Emin/Yılmaz, Erkam, “Teorik Açıda Güvenlik Tedbirleri”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı 7, Cilt 2, 2020, ss. 7-43, s. 29; Zafer, s. 720.

veya şeyin tehlikeliliğinin derecesinin de önemi vardır⁴⁴⁴. Fakat kanun koyucu eşya müsadereinden farklı olarak (TCK md. 54/3), kazanç müsadereinde orantılılık ilkesine yer vermemiştir⁴⁴⁵. Eşya müsadereesi bakımından; TCK'nın 54/3. maddesinde düzenlenen, eşyanın müsadereesinin işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlara neden olacağı ve bundan dolayı hakkaniyete aykırı olacağı durumlarda, eşyanın müsadere edilip edilmemesi noktasında hâkimin takdir yetkisinin olması şeklindeki kuralın, kazanç müsadereesi açısından düzenlenmemesi kanaatimizce bir eksikliktir⁴⁴⁶. Örneğin; kendine ait bir böbreği ekonomik olarak iflas etmek üzere olduğu için satan failin, fiil nedeniyle cezalandırılması yanında, elde ettiği gelirin kazanç müsadereesine tabi olması ve hakim bu konuda belli şartlarda müsadere kararı vermeme açısından yetkilendirilmemesi, hem fiilin ağırlığı hem de şeyin tehlikeliliği ile orantılı olmayacaktır. Çünkü fail, böyle bir durumda hakkında verilen karar ile hem cezalandırılmış hem de ekonomik olarak aşırı zor durumda kalmış olacaktır.

Kazanç müsadereesinde sadece suç ile elde edilen gelirler değil, bu gelirlerin değerlendirilmesi ve dönüştürülmesi ile sağlanan ekonomik menfaatler de kazanç müsadereesine konu olmaktadır. Örneğin; tefecilik suçunu işleyerek elde ettiği gelir ile araç alan failin, bu aracına müsadere uygulanırken sadece failin tehlikeliliği esas alınmayacaktır. Çünkü failin o araçla tekrar tefecilik suçunu işleme tehlikesi olmadığı için, bu aşamada artık kazanç müsadereesi cezanın özelliği olan bedel ödetme ve caydırma niteliğinde olacaktır. Kısacası aracın müsadereesinde bu durumda fiilin ağırlığı ve eşya veya kişinin tehlikeliliğinin derecesi önemli hale gelecektir.

5237 sayılı yasanın 55. maddesine bakıldığında orantılılık ilkesi bakımından, failin tehlikeliliği açısından açık bir düzenleme olmadığı görülecektir. Suç nedeniyle elde edilen menfaatin müsadereye tabi tutulması yerine suçun mağduruna iade edilmesinin de orantılılık ilkesi ile bir ilgisi yoktur. Burada korunan hukuki menfaat ve amaçlanan, mağdurun mülkiyet hakkının yeniden tesisidir⁴⁴⁷. Fakat menfaati sonradan iktisap eden iyiniyetli üçüncü kişinin hakkının korunması hükmü ise; üçüncü kişinin kusurunun olmaması nedenine dayanmaktadır

⁴⁴⁴Centel, Nur, “Ceza Hukukunda Şirketlerin Sorumluluğu (Şirketler Hakkında Yaptırım Uygulanması)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı 65, Cilt 4, 2016, ss. 3313-3326, s. 3317.

⁴⁴⁵**Acar**, s. 175-176.

⁴⁴⁶Güngör, Devrim/Toroslu, Haluk, “Müsadere ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması İlişkisi Üzerine Kısa Bir Değerlendirme”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı 65, Cilt 4, 2016, ss. 1967-1980, s. 1973; *Soygüt Arslan*; TCK'nın 54/3 hükmünü orantılılık ilkesinin bir yansıması olarak görmemektedir. Yazar hükmü zorunlu müsadere sisteminin bir istisnası olarak açıklamaktadır. **Soygüt Arslan**, s. 261.

⁴⁴⁷“Ayrıca, Dairemizce de benimsenen Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 16/12/2008 gün ve 2008/146-235 sayılı Kararına göre mağdurun belli olması ve maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilebileceği durumlarda suçun maddi konusunu oluşturan değerlerin müsadereesine karar verilemeyeceği nazara alınarak;” Yar. 5. CD. 28/01/2021 T., 2020/4948 E.- 2021/433 K., **Sinerji Mevzuat Programı**, Erişim Tarihi: 12/11/2022.

ve bu durum TCK'nın 55. maddesinde dolaylı bir anlatımla, orantılılık ilkesine uyarlı bir şekilde yer almıştır⁴⁴⁸.

5237 sayılı yasanın 55. maddesinde düzenlenmese de; 1982 Anayasasının 38/9. maddesinde yer alan genel müsadere yasağı kazanç müsadereyi bakımından da geçerli olacağından, orantılılık ilkesinin ilk yansıması suç nedeniyle failin tüm mal varlığının müsadere edilemeyeceğidir⁴⁴⁹.

Tüzel kişiler bakımından TCK'nın 60/3. maddesi de 54/3 maddesi ile paralel bir düzenleme olup; madde kazanç müsadereyi de içermektedir. Yani tüzel kişiler yararına işlenen suçlarda; işlenen fiile nazaran dağa ağır sonuçların ortaya çıkma ihtimali olan durumlarda kazanç müsadereyi uygulanmayabilecektir. Kanaatimizce; tüzel kişiler yararına işlenen suçlarda, kazanç müsadereyi uygulanmaması orantılılık ilkesinin bir yansımasıdır⁴⁵⁰. Kazanç müsadereyi bakımından, kanun koyucunun gerçek kişi bakımından kabul etmediği ve fakat tüzel kişiler bakımından kabul ettiği orantılılık ilkesi bilinçli bir tercihin sonucudur. Bu husus TCK'nın 60. maddesinin gerekçesinde “*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*” şeklindeki açık bir anlatımla ifade edilmiştir⁴⁵¹.

Ayrıca TCK'nın madde gerekçesinde 54/3 ve 60/3 maddeleri kanun koyucu tarafından orantılılık ilkesine örnek olarak gösterilmiştir. Nitekim Yargıtay da, aynı görüştedir⁴⁵².

⁴⁴⁸Soygüt Arslan, s. 265; Topaç, s. 67.

⁴⁴⁹Soygüt Arslan, s. 265.

⁴⁵⁰Soygüt Arslan; TCK'nın 60/3 hükmünü de zorunlu müsadereyi istisnası olarak kabul etmekte, düzenlemeyi orantılılık ilkesinin görünüm şekli olarak görmemektedir. Soygüt Arslan, s. 261, Karşı görüş için bkz. Gödekli, s. 294.

⁴⁵¹Tan(2. Cilt), s. 2254; Koca/Üzülmez, s. 698; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 1012; İçel, s. 638; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 673-674.

⁴⁵²“Açık kaynaktan edinilen verilere göre marka hakkına tecavüz suçunun işlenmesi sırasında suçta kullanılan 2005 model, Volkswagen (Transporter) marka, ... plakalı aracın piyasa değerinin 41.000-79.000 TL, 2005 model, Kia marka, ... plakalı aracın piyasa değerinin 15.000-38.000 TL, 2001 model (station wagon), Ford (Focus) marka, ... plakalı aracın piyasa değerinin 30.000-51.000 TL civarında olduğu, sanık ...'nın savunmasına göre ele geçen ayakkabıların 15 ila 18 TL arasında değişen fiyatlara alınıp 30 ila 35 TL arasında satıldığı, üç ayrı araçta toplamda 713 çift ayakkabının ele geçtiğinin anlaşılması karşısında; sanıkların marka hakkına tecavüz suçunun işlenmesinde kullandıkları araçların, suçun işlenmesini kolaylaştırmasına ve suçtan beklenen sonucu elde etmeye yardımcı olmasına rağmen suçun işlenmesi bakımından zorunlu olmamaları, araçların sadece bu suçun işlenmesinde kullanılmak üzere tahsis edildiğini gösterir herhangi bir tertibatın bulunmaması, sanıkların suça konu ayakkabıları satmakta kullandığı araçlar ile satışa arz ettikleri ayakkabıların değerinin orantılı olmaması hususları dikkate alındığında, sanıklara ait araçların müsadereyi hükmedilmesinin TCK'nın 3. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen “orantılılık” ilkesine ve suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağından aynı Kanun'un 54. maddesinin 3. fıkrasına göre hakkaniyete aykırılık oluşturduğu kabul edilmelidir” YCGK, 02/06/2020 T., 2017/19-45 E. - 2020/252 K., Sinerji Mevzuat Programı, Erişim Tarihi: 12/11/2022; “Dosya kapsamına göre; nakil aracının müsadereyi suça konu eşyanın miktar ve değerine göre hakkaniyete uygun olmadığı dikkate alınarak, nakil aracının iadesi yerine müsadereyi

2.1.2.4. Yargısallık

Yargısallık ilkesi; müsadere için mutlak suretle mahkeme veya hakim kararı ile gerçekleşmesini ifade eder⁴⁵³. Gerçekten de mülkiyet gibi anayasamız ve uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınan bir hakkın, suç nedeniyle ortadan kaldırılması yargısal bir makamın kararı ile olmalıdır⁴⁵⁴. Yargısallık ilkesi ve ilkenin gereği yapılan düzenlemeler, kanaatimizce suç nedeniyle kişinin mülkiyet hakkına yapılacak keyfi uygulamaları ortadan kaldırmaya yöneliktir.

5271 sayılı CMK' nın 256-259 maddeleri arasında düzenlenen müsadere yargılamasına bakıldığında zaman, müsadere için suçun yargılamasının yapıldığı mahkeme veya sulh ceza hakiminin görevli olduğu açık bir şekilde düzenlenmiştir. Mevcut düzenlemeye göre, öncelikle kazanç müsadere bakımından yetkili mahkeme suç yargılamasının yapıldığı mahkemedir (CMK md. 256). Suç yargılaması yapan mahkeme de kural olarak; müsadere kararını, davanın sonunda, dava konusu suçla ilgili kararı verirken hüküm altına alınacaktır. Ancak mahkeme, suç yargılaması esnasında kazanç müsadere bakımından hüküm tesis etmeyi her hangi bir nedenle yapmaz veya ilgili suçtan dolayı kamu davası açılmaz ise, Cumhuriyet savcısı veya katılan, suç yargılamasını yapmakla yetkili veya görevli mahkemeden kazanç müsadere bakımından bir karar verilmesini isteyebilir. Son olarak suç konusu olmayıp, sadece müsadereye tabi olan eşya (TCK md. 54/4) hakkında ise, müsadere kararı verme yetkisi sulh ceza hâkimine aittir⁴⁵⁵.

2.2. Kazanç Müsaderesinin Şartları

5237 sayılı TCK'nın 55. maddesinde düzenlenen kazanç müsaderesinin hüküm altına alınması için, kanunda belirlenen koşulların gerçekleşmesi şarttır. Aksi halde mülkiyet hakkına, kanuna aykırı şekilde bir müdahale gerçekleşmiş olacaktır. Kazanç müsaderesi için gereken şartlar;

- Bir suçun varlığı,
- Maddi Bir Menfaatin Varlığı,
- Maddi Menfaatin Mağdura İade Edilemiyor Olması,
- Menfaati Sonradan İktisap Edenin İyiniyetli Üçüncü Kişi Olmaması,

karar verilmesi" Yar. 7. CD. 29/11/2021 T., 2021/6323 E.- 2021/15822 K., **Sinerji Mevzuat Programı**, Erişim Tarihi: 12/11/2022.

⁴⁵³ Soygüt Arslan, s. 269.

⁴⁵⁴ Yenisey/Nuhoğlu, s. 826 vd.; Özbek/Doğan/Bacaksız(Ceza Muhakemesi Hukuku), s. 896; Dülger/Taşkın, s. 938 vd.; Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Akcan/Özaydın/Tütüncü/Villemin/Tok, s. 765-766; Ünver/Hakeri, s. 745.

⁴⁵⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız(Ceza Muhakemesi Hukuku), s. 895-896; Yenisey/Nuhoğlu, s. 826 vd.; Dülger/Taşkın, s. 939-940.

- Menfaatin Elde Olması,
- Mahkeme veya Hakim Kararıdır.

2.2.1. Bir Suçun Varlığı

5237 sayılı TCK'nın 55. maddesinde 54. maddeden farklı olarak sadece “suçun işlenmesi ile” ifadesi kullanılmıştır. Yani madde metninde “kasıtlı” ifadesi kullanılmamıştır. Bu durumda öncelikle açıklanması gereken husus; kazanç müsaderesinde eşya müsaderesinden farklı olarak taksirli suçların varlığı halinde, menfaatin veya ekonomik değerlerin mülkiyetinin devlete geçip geçmeyeceği sorunudur.

Kazanç müsaderesi bakımından suçun kasıtlı mı taksirli mi işleneceği hususu tartışmalıdır. Fakat hakim görüş kazanç müsaderesi bakımından kasıtlı bir suçun varlığını aramaktadır⁴⁵⁶. Hakim görüşü savunan yazarların bir kısmı; kanun metninde yer almadığı halde, sadece kasıtlı suçlar için kazanç müsaderesinin uygulanacağı görüşlerini bir nedene dayandırmamaktadır⁴⁵⁷. Ancak kazanç müsaderesinin sadece kasıtlı suçlar bakımından mümkün olduğunu gerekçeleri ile ifade eden yazarlardan; Şen, görüşünü “madde metninin niteliği gereği, kasıtlı suçlar yoluyla elde edilen veya suçun konusunu oluşturan veya işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan iktisadi kazançların dikkate alınmasının uygun olacağını düşünmekteyiz” şeklinde izah etmektedir⁴⁵⁸. Yine Dülger de görüşünü “Her ne kadar bu konuda açıklık bulunmasa da müsadereye güdülen amaç dikkate alındığında, maddede yer alan suç ifadesinden kasıtlı suçun anlaşılması gerekmektedir. Çünkü ekonomik suçların ya da sonucunda maddi bir menfaat yada kazanç elde edilen, aynı şekilde konusunu bu değerlerin oluşturduğu suçların hemen hemen tamamı kasıtlı suçlardır” şeklinde ifade etmiştir⁴⁵⁹.

Diğer görüşü savunan yazarlar ise; gerekçe olarak, kanun koyucunun eşya ve kazanç müsaderesi arasındaki tercihi bilinçli olarak koyduğunu madde metninde açıkça kasıtlı suç ayrımı yapılmadığı için, kazanç müsaderesinin hem kasıtlı hem taksirli suçlarda uygulanabileceğini ifade etmişlerdir⁴⁶⁰.

⁴⁵⁶ Aslan(Kazanç Müsaderesi), s. 76; Acar, s. 272; Koca/Üzülmez, s. 668; Mahmutoglu/Karadeniz, s. 1366; Tünay, s. 67; Zafer, s. 735; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 643; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 980; Öztürk/Erdem, s. 584; Gedik, s. 218; Altuğ, s. 199; Dalkılıç, s. 83; Taneri, s. 95; Certel, s. 47-48; Tan(2.Cilt), s. 2161; Özden, s. 1077.

⁴⁵⁷ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 980; Mahmutoglu/Karadeniz, s. 1366; Tünay, s. 67; Zafer, s. 735; Aslan(Kazanç Müsaderesi), s. 76; Acar, s. 272; Koca/Üzülmez, s. 668; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 643; Öztürk/Erdem, s. 584; Gedik, s. 218; Altuğ, s. 199; Dalkılıç, s. 83; Taneri, s. 95; Certel, s. 47-48; Tan(2.Cilt), s. 2161.

⁴⁵⁸ Şen(Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu), s. 181.

⁴⁵⁹ Dülger(Müsadere), s. 200-201.

⁴⁶⁰ İçel, s. 632; Centel/Zafer/Çakmut, eşyanın tehlike yaratması şartıyla taksirli suçlarda da müsaderenin mümkün olduğunu ifade etmiştir. Centel/Zafer/Çakmut, s. 742; Soygüt Arslan, s. 407 Yazar görüşünü açıklarken;

Kanaatimizce kazanç müsadereci için de kasıtlı bir suçun varlığını aramak zorunludur. Türk Ceza Kanunu ve ceza içeren özel nitelikteki kanunların neredeyse tamamında ekonomik menfaat elde edilen suçlar, kasten işlenen suçlar olarak düzenlenmiştir⁴⁶¹. Ayrıca madde metnine bakıldığında “suçun işlenmesi ile elde edilen”, “suçun konusunu oluşturan”, “suçun işlenmesi ile sağlanan”, “değerlendirilmesi”, “dönüştürülmesi” ifadelerinin bir amaca yönelik olduğu ve amaca yönelik bir hareketin de taksirli olamayacağını düşünmekteyiz⁴⁶². Son olarak madde gerekçesine bakıldığında da, menfaat elde etmek için işlenen suçlarda hükmün uygulanacağı ifade edilmiştir. Kişinin menfaat elde etmeye yönelen amacını içeren bir hareketinin taksirli olması da düşünülemez⁴⁶³. Tüm bu hususlar kazanç müsadereci için de kasıtlı suçun varlığını zorunlu kılmaktadır⁴⁶⁴. Fakat tartışmalara son vermek ve kanunilik ilkesinin bir yansıması olan belirlilik ilkesi açısından madde metnine “kasıtlı bir suçun” ibaresinin eklenmesi yerinde olacaktır⁴⁶⁵.

Yargıtay da kazanç müsaderecinin sadece kasıtlı suçlarda mümkün olabileceği görüşündedir⁴⁶⁶.

mehaz Alman Ceza Yasasında da olduğu gibi, suç ister kasıtlı ister taksirli işlensin asıl aranan unsurun hukuka aykırı fiil olduğunu ifade etmiştir. Hukuka aykırı fiil tek başına gerekli ve yeterlidir. Ayrıca kazanç müsadereci ile kanun koyucunun hedefinin, kişilerin suçtan menfaat elde etmelerinin önüne geçmek olduğunu, taksirli suç sayesinde ele geçen menfaatin meşru ve tehlikesiz görülmesinin kanun koyucunun amacına aykırı olacağını açıklamıştır.

⁴⁶¹ Soygüt Arslan, s. 407; Günler, s. 869.

⁴⁶² Dönmezer/Erman, s. 753-754; Dölen, s. 57.

⁴⁶³ Şen(Türk Ceza Kanunu Yorumu), s. 181; Dölger(Müsadere), s. 200; Soygüt Arslan TCK 185/2 maddesinde düzenlenen; içilecek sulara veya yenilecek veya içilecek veya kullanılacak veya tüketilecek her çeşit besin veya şeylere dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı şekilde zehir katarak veya başka suretlerle bunları bozarak kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye düşüren kimseye ceza verilmesinin yanında failin bu şekilde elde ettiği kazançların da failde bırakılamayacağını bu nedenle taksirli suçlarda da kazanç müsaderecinin uygulanacağını ifade etmiştir. Soygüt Arslan, s. 260, Daha önce de ifade ettiğimiz üzere gerek madde metni gerekse gerekçede suçun menfaat temini için işlenmesi şartı aranmaktadır. Yazarın verdiği örnekte ise, failin menfaat temini amacıyla bir suç işlemesi söz konusu olmadığından kazanç müsaderecini uygulamak mümkün değildir. Burada fail bilmeden yenilecek veya içilecek besin kaynaklarına zehir katmakta veya bozulmasına neden olmaktadır.

⁴⁶⁴ Centel, s. 3317.

⁴⁶⁵ Dölger(Müsadere), s. 201.

⁴⁶⁶ “2. Kazanç müsadereci a. Genel olarak 765 sayılı Ceza Kanunu sisteminde; örneğin şerike, fiile katılması için verilen para, kiralık katile ödenen meblağ gibi menfaatler, rüşvet suçundan sağlanan yarar, uyuşturucu madde ticaretinden elde edilen kazanç gibi maddi menfaatlerin müsadere edileceğine ilişkin genel hüküm niteliğinde bir düzenleme yoktu. Bu şekilde elde edilen menfaatlerin TCK m. 36'ya göre müsadere edilip edilmeyeceği doktrinde tartışmalıydı. Yeni Ceza Kanunu 55. maddesinde, eşyanın müsadereciden ayrı olarak kazanç müsadereciye yer vermiştir. Maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesine göre; '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 müsadereciye karar verilir.' Maddeden de anlaşıldığı üzere kazanç müsaderecinin konusu eşya değil, suçla ilgili olan 'ekonomik kazanç/maddi menfaatler'dir. Madde gerekçesine göre; bu düzenleme ile güdülen temel amaç, suç işlemek yoluyla kazanç elde edilmesinin önüne geçilmesidir. Bu nedenle yeni hükümde kazanç müsadereci kapsamlı bir biçimde düzenlenmiş ve suç işlemek suretiyle veya suç işlemek dolayısıyla elde edilen ekonomik kazançların müsadereciye olanaklı hale getirilmiştir. Böylece kazanç müsadereci, kara para aklama, uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti, dolandırıcılık, kaçakçılık, ihaleye fesat karıştırma gibi ekonomik çıkar elde etme amacıyla işlenen suçlara karşı etkin bir biçimde caydırıcılık özelliği olan yaptırım niteliğine kavuşmuştur. Bu hükmün uygulanmasında mağdurun ve iyi niyetli üçüncü kişilerin hakları korunacak, bunlara ait maddi değerler kazanç müsadereciye tâbi

Suçun varlığından söz edebilmek için en azından eylemin teşebbüs aşamasına gelmiş olması gerekmektedir. Hazırlık hareketleri suç oluşturmadığı için, kazanç müsaderesinden de söz edilemeyecektir. Bu durumda kazanç ister suçun tamamlanması ile ister teşebbüs aşamasında kalması ile ortaya çıksın, her iki halde müsadereye tabi tutulacaktır⁴⁶⁷.

Kazanç müsaderesinin uygulanması için mahkûmiyet şart olmadığı gibi, beraat kararı verilen bazı hallerde de kazanç müsaderesine hükmedilebilecektir⁴⁶⁸. Örneğin göçmen kaçakçılığı suçunu işleyen failin, göçmenlerden suç nedeniyle elde edeceği menfaati (parayı), suçtan habersiz olan oğlunun hesabına yatırılmasını isteyip; göçmenlerin bu menfaati failin oğlunun hesabına yatırmaması durumunda, failin oğlu göçmen kaçakçılığı suçundan beraat ettiği halde dahi, suç nedeniyle elde edilen gelir kazanç müsaderesine tabi olacaktır.

Son olarak suç nedeniyle ortaya çıkan menfaat suçla ilgisi olmayan üçüncü bir kişiye veya tüzel kişiye sağlansa bile (TCK 60/2) kazanç müsadereyi hükümleri uygulanacaktır⁴⁶⁹. Örneğin uyuşturucu satan fail, maddeyi sattıktan sonra istediği parayı suçtan haberi olmayan eşinin işyerine, uyuşturucuyu satın alan tarafından bırakmasını isteyip, satın alan bu parayı satıcının eşinin işyerine bıraksa dahi, üçüncü kişi uhdesinde olan bu gelir de; kazanç müsaderesine tabi olacaktır⁴⁷⁰.

2.2.2. Maddi Bir Menfaatin Varlığı

2.2.2.1. Genel Açıklama

Kazanç müsadereyi için suç nedeniyle ele geçen maddi bir menfaatin varlığı gerekir. Yani suç nedeniyle ele geçen bir gelir yoksa, kazanç müsaderesinden de söz etmek mümkün değildir. O halde kazanç müsadereyi uygulanmasının ilk şartı, suç bağlantılı olarak elde edilen menfaatlerdir. Kanun koyucu, doğrudan elde edilen kazanç için “*maddi menfaat*”, dolaylı kazançlar için ise “*ekonomik kazanç*” ifadeleri kullanılmış ise de, bu ifadeler arasında bir nitelik farkı olmayıp; her türlü ekonomik gelir kazanç müsaderesinin konusu olabilir⁴⁷¹. Ayrıca ekonomik değer taşıyan her türlü kazancı sadece para veya parasal nitelikte eşya (çek, bono, poliçe, tahvil, telif hakkı, kar payı) olarak görmemek gerekir. Örneğin suç işlenmesi

tutulmayacaktır. b. Müsadere koşulları aa.Kasıtlı işlenen bir suç olmalıdır. Yasada açıkça ifade edilmemiş olsa da, kazanç müsadereyi için de işlenen suçun kasıtlı bir suç olması gerekmektedir” YCGK, 29/11/2016 T., 2013/142 E.- 2016/463 K., **Sinerji Mevzuat Programı**, Erişim Tarihi: 13/11/2022.

⁴⁶⁷Aslan(Kazanç Müsadereyi), s. 76; Zafer, s. 735; Öztürk/Erdem, s. 582; Centel/Zafer/Çakmut, s. 742; Mahmutoglu/Karadeniz, s. 1366.

⁴⁶⁸Aslan(Kazanç Müsadereyi), s. 76.

⁴⁶⁹Acar, s. 273; Soygüt Arslan, s. 410; İçel/Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoglu/Ünver, s. 125 – 126; Dilberoglu, Ahmet Vedat, **Ceza Hukukunda Güvenlik Tedbirleri** (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2007, s. 126.

⁴⁷⁰Soygüt Arslan, s. 410; İçel/Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoglu/Ünver, s. 125 – 126.

⁴⁷¹Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 650 – 651; Soygüt Arslan, s. 409; Tan (2.Cilt), s. 2162; Centel/Zafer/Çakmut, s. 745; Bakıcı, s. 1303.

karşılığı verilen bir araba da, eşya olarak kazanç müsadereisinin konusunu oluşturur⁴⁷². Ayrıca Alman hukukunda, kazanç müsadereesi bakımından brüt gelir/menfaat ilkesi uygulanmaktadır. Bu ilke uyarınca; failin suç ile bağlantılı elde ettiği gelirden, suç işlenmesi için harcanan faile ait para veya harcamalar düşülmeden tüm menfaat (brüt gelir) üzerinden kazanç müsadereesi uygulanacaktır⁴⁷³.

Suç işlenmesi için verilen vaat, tek başına maddi bir varlığa sahip olmadığından yani ortada ele geçen bir ekonomik kazanç olmadığı için, kazanç müsadereesi uygulaması imkânsız olacaktır. Çünkü kazanç müsadereesinin uygulanabilmesi için vaat edilen ekonomik menfaatin faile teslim edilmiş olması zorunludur. Bu nedenle soyut bir menfaat vaadinin müsadereesi fiilen mümkün değildir. Örneğin uyuşturucu satışı sonucu, fail henüz maddi menfaati elde etmeden yakalanmış ise, ortada fiziki bir kazancın varlığından söz edilemeyeceği için kazanç müsadereesi de uygulanmayacaktır⁴⁷⁴. Yine bir kişinin silahla yaralanması karşılığı azmettirenin vermeyi vaat ettiği para, faile teslim edilememişse, sadece vaadin kendisi kazanç müsadereesinin konusu olamaz. Alman hukukunda ise, bizim hukuk sistemimizden farklı olarak cismani varlığa sahip olmayan, hak ve alacaklar da kazanç müsadereesinin konusunu oluşturmaktadır⁴⁷⁵.

2.2.2.1.1. Menfaatin Değerlendirilmesi Veya Dönüştürmesi

TCK'nın 55. maddesi “suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler” ifadeleri ile suç nedeniyle ortaya çıkan doğrudan gelirleri, “bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançlar” ifadelerini kullanarak da, dolaylı gelirleri kazanç müsadereesinin içine dâhil etmiştir⁴⁷⁶. Failin kasten öldürme suçunu işlemek karşılığı azmettirenden aldığı para, suçun işlenmesi ile elde edilen gelir olup; doğrudan bir kazançtır. Aynı failin aldığı para ile faiz geliri elde etmesi ise, suçtan elde edilen kazancın değerlendirilmesi olup; dolaylı bir

⁴⁷²Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 651; Soygüt Arslan, s. 409; Tan (2.Cilt), s. 2162; Aslan(Kazanç Müsadereesi), s. 77-78; Certel, s. 48; Taneri, s. 97-98; Dalkılıç, s. 84-85.

⁴⁷³Laubenthal/Nestler, Kn. 469; Schönke/Schröder/Eser/Schuster, § 73 kn. 5.

⁴⁷⁴Özcan, Onur, Çevre Suçlarında Şirketin Cezai Sorumluluğu (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007, s. 174.

⁴⁷⁵Laubenthal/Nestler, Kn. 467.

⁴⁷⁶Soygüt Arslan, s. 408; Hafizoğulları/Özen, eserlerinde; “Kanun 55. maddesinin madde başlığında “kazanç müsadereesi” terimini kullanırken, maddenin 1. fıkrasında, “maddi menfaatler” 2. fıkrasında “müsadere konusu eşya veya maddi menfaatler” terimini kullanarak kendi içinde çelişkiye düşmüştür. Ayrıca, Kanunun, bir önceki maddede, madde başlığı olarak “eşya müsadereesi” ve madde metninde hep “eşya müsadereesi” terimini kullanırken; 55. maddede “kazanç müsadereesi”, “ekonomik değerlerin müsadereesi” terimini kullanması iki şeye farklı anlam yüklediği anlamına gelmektedir. Kanun “kazancı” “...maddi menfaat” veya bunların değerlendirilmesi ile ortaya çıkan “ekonomik kazançlar” olarak tanımlamıştır. Bu tanımın içinde, maddenin 2. fıkrasında yer alan “eşya” yoktur. Öyleyse “eşya”, kazanç değildir. Hukuk bir yana, günlük dilde de “kazanç” ve “eşya” farklı anlama gelmektedir. Özensiz davranılarak “altı kaval üstü şişhane” olan bir düzenleme yapılmıştır” kanun koyucunun kullandığı terimleri eleştirmiştir. Hafizoğulları / Özen, s. 487; Acar, s. 274,

kazanç olarak kabul edilecektir. Aynı şekilde suçla bağlantılı olarak elde edilen menfaat ile bir araç alınması halinde; menfaatin dönüştürülmesi ile satın alınan araç da, kazanç müsadereğine konu olabilecektir. Çalınan kereste ile mobilya yapılması veya çalınan kumaş ile elbise dikilmesi “*menfaatin dönüştürülmesi*” gibi örnekler konunun daha iyi anlaşılması için çoğaltılabilir.

2.2.2.1.2. Kripto Varlıklar

02/07/2024 tarihli 32590 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan, Sermaye Piyasası Kanunda değişiklik yapan 7518 sayılı kanun ile artık kripto varlıklar yasal bir düzenlemeye kavuşmuştur. Kripto varlık niteliğindeki maddi değeri olan fakat sadece sanal ortamda bulunan yani fiziki varlığı olmayan değerler, kanun değişikliği öncesi ilkesel olarak kazanç müsadereşinin konusu olabilirken⁴⁷⁷ yasal düzenleme ile pratikte de kazanç müsadereşine konu olabilecektir.

Kripto varlık; “(Antik Yunancadan, *κρυπτός*, *kruptós*, lit. “gizlenmiş, şifreli”), bir değişim aracı olarak çalışmak üzere, işlemleri güvence altına almak için matematiğin bir dalı olan kriptografi kullanılarak tasarlanmış bir dijital unsurdur. Kripto paralar bir nevi dijital döviz, alternatif döviz ve sanal dövizdir”. Kripto varlıklar, merkezi elektronik para ve merkezi bankacılık sistemlerin aksine tümüyle merkeziyetsizlerdir. Her bir kripto para biriminin merkeziyetsizliği, umumi işlem veri tabanı olan dağıtık muhasebe defteri (ledger) olarak işlev gören bir blok zincirinden (Blockchain) gelmektedir⁴⁷⁸. Kripto varlık 7518 sayılı kanun ile değişik Sermaye Piyasası Kanunun 3. maddesinde de “*dağıtık defter teknolojisi veya benzer bir teknoloji kullanılarak elektronik olarak oluşturulup saklanabilen, dijital ağlar üzerinden dağıtımı yapılan ve değer veya hak ifade edebilen gayri maddi varlıkları*” şeklinde ifade edilmiştir.

⁴⁷⁷Heine, Sonja, “Bitcoinler ve Botnetler – Yasa Dışı Bitcoin Madencilğinde Cezalandırılabilirlik ve Malın Müsadereşisi”, **Kripto Para ve Ceza Hukuku**, Çeviren; Mehmet Karatepe, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 255 – 256; “*Kripto paraların maddi bir yapısı olmadığından bu paralar eşya değil, kazanç müsadereşinin konusunu oluşturur.*” Balcı, Murat/Çakır, Kerim, “Kripto Paralara El Konulması Ve Kripto Paraların Müsadere Edilmesi”, **Mali Hukuk Dergisi**, C. 17, S 198, 2021, ss. 1503-1534, s. 1527; Federal Yüksek Mahkeme 1. Ceza Dairesi Kararı, **Neue Zeitschrift für Strafrecht**, C. H. Beck Yayınevi, Münih, 2018, s. 402.

⁴⁷⁸https://tr.wikipedia.org/wiki/Kripto_para, Erişim Tarihi: 14/11/2022; **Balcı/Çakır**, s. 1505-1506; Turan, Zübeyir, “Kripto Paralar, Bitcoin, Blockchain, Petro Gold, Dijital Para Ve Kullanım Alanları”, **Ömer Halisdemir Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, C. 11, S 3, 2018, ss. 1-5, s. 2; Çetinkaya, Şahin, “Kripto Paraların Gelişimi Ve Para Piyasalarındaki Yerinin Swot Analizi İle İncelenmesi”, **Uluslararası Ekonomi ve Siyaset Bilimleri Akademik Araştırmalar Dergisi**, C. 2, S 5, Yıl 2, 2018, ss. 11-21, s. 13-14; Hochman, Nathan J., “Kripto Paranın Vahşi Batı Görünümünü Düzenlemek”, **Kripto Para ve Ceza Hukuku**, Çeviren; Özge Didem Boulanger, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 64-65; Polat, Mehmet Bahadır, **Blokszincir Teknolojisi ve Kripto Varlıkların 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Kapsamında Değerlendirilmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 45-46; 75

Ülkemizde kanun değişikliği öncesi kripto varlıkların değerini garanti eden bir kurum veya kuruluş yoktu. Fakat kanun değişikliği ile birlikte kripto varlıkların alımı, satımı, transferi gibi konularda hizmet verebilecek kurumların kurulabileceği, bu kurumlara saklama hizmeti vermeye yetkili “*kripto varlık hizmet sağlayıcıları*” kurulabileceği hüküm altına alınmış oldu. Bu alandaki faaliyetleri düzenleme yetkisi Sermaye Piyasası Kurulu’na, teknolojik alt yapı konusunda da kriterleri belirleme yetkisi TÜBİTAK’a verildi. Böylece konu ile ilgili yasal alt yapı oluşturuldu.

Sanal ortamda yer alan kripto varlıkların para karşılığı olan bir değeri vardır. Aslında kripto varlıklar internet ortamında bulunan ekonomik değeri olan bir veri niteliğindedir⁴⁷⁹. Kanuni değişiklik öncesi, kripto varlıklar cismani bir varlığa sahip olmadığı için, doğal olarak bunlara el konulması veya muhafaza altına alınması hususunda uygulamada güçlükler bulunmaktaydı. Bu nedenle öğretide, kazanç müsadereyi uygulanarak bu varlıkların devletin mülkiyetine geçirilmesi de, üzerinde çalışılması gereken güncel bir konu olarak tartışılmaktaydı⁴⁸⁰. Bu hususta Alman Ceza Hukuku öğretisinde kripto varlığın değerinin sürekli değişkenlik göstermesi nedeniyle kaim değer müsadereyesine tabi olacağı ifade edilmektedir⁴⁸¹.

Kanuni değişiklik öncesi Türkiye’de kripto varlık açıkça yasaklanmasa da (alımı veya satımı noktasında bir yasaklama yoktur) Merkez Bankasının çıkardığı 16 Nisan 2021 tarih ve 31456 sayılı resmi gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmasına Dair Yönetmeliğin 3/2. maddesi ile kripto varlığın ödeme aracı olarak kullanılması yasaklanmıştı. Yönetmelik 3/1. maddesi ile kripto varlığı “*dağıtık defter teknolojisi veya benzer bir teknoloji kullanılarak sanal olarak oluşturulup dijital ağlar üzerinden dağıtımı yapılan, ancak itibari para, kaydi para, elektronik para, ödeme aracı, menkul kıymet veya diğer sermaye piyasası aracı olarak nitelendirilmeyen gayri maddi varlıkları ifade eder*” şeklinde tanımlamıştı. Yönetmeliğin 4/2. maddesi “*Ödeme ve elektronik para kuruluşları, kripto varlıklara ilişkin alım satım, saklama, transfer veya ihraç hizmeti sunan platformlara veya bu platformlardan yapılacak fon aktarımlarına aracılık edemez*” kuralı ile banka ve finans kuruluşlarının kripto varlığın ilgili her türlü aracılık faaliyetini yasaklamıştı. Kanuni değişiklik öncesi kripto varlıklar Türkiye’de güvencesiz bir

⁴⁷⁹ **Acar**, s. 291-292; **Balcı/Çakır**, s. 1514; **Polat**, s. 100.

⁴⁸⁰ Simmler, Monika/Selman, Sena/Burgermeister, Daniel, “Ceza Muhakemesinde Kripto Para Birimlerine Elkoyma”, **Kripto Para ve Ceza Hukuku**, Çeviren; Tuğsat Kemaloğlu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 340 – 341.

⁴⁸¹ **Heine**, s. 255-257.

konumdayken⁴⁸², düzenleme ile kripto varlıklar hem devlet tarafından tanınmış hem de kripto varlıklar güvenceli bir hale gelmiştir.

Daha önceleri ilkel olarak ekonomik değeri olan bu varlıklar, kazanç müsadereisinin konusu olabilir ise de; bunlara nasıl el konulacağı, maddi varlığa dönüştürülüp mülkiyetinin nasıl devlete geçirileceği ortaya konulamamaktaydı⁴⁸³. Ödeme aracı olarak yasaklanan bu varlıkların kazanç müsadereisinin konusu olması teorik olarak mümkün gözükse de, kanuni değişiklik öncesi kanaatimizce müsadere fiilen pek de mümkün değildi⁴⁸⁴. Ancak 7518 sayılı kanunla yapılan değişiklik ile kripto varlıkların kimler aracılığı ile alım, satım ve transfer edileceği, kripto varlığın saklanması için kimlerin nasıl hizmet sunacağı, piyasaya ilişkin düzenleme yetkisinin Sermaye Piyasası Kurulunda olacağı, kripto varlığın konulduğu cüzdana ilişkin bilgilerin kripto varlık hizmet sağlayıcı kuruluşları elinde olması; kripto varlıkların uygulamada kazanç müsadereisine konu olmasının da önünü açmıştır. Hatta 7518 sayılı yasanın 5. maddesinde *“bu hesaplarda bakiyesi yer alan müşterilerle ilgili tedbir, haciz ve benzeri her türlü idari ve adli talepler münhasıran ilgili yatırım kuruluşuna bildirilir ve yatırım kuruluşu tarafından yerine getirilir”*, 9. maddesinde *“müşterilere ait nakit ve kripto varlıklara ilişkin tedbir, haciz ve benzeri her türlü idari ve adli talepler münhasıran kripto varlık hizmet sağlayıcıları tarafından yerine getirilir. Nakit ve kripto varlıkların bilişim sistemleri vasıtasıyla sorgulanması ve elektronik ortamda haczi hakkında 2004 sayılı Kanunun 78 inci maddesi uygulanır. 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre takip edilecek alacaklar için de bilişim sistemleri vasıtasıyla sorgulama yapılabilir ve elektronik ortamda haciz tatbik edilebilir. Müşterilere ait nakit ve kripto varlıklara adli makamlarca el konulması hâlinde, el konulan varlıkların Kurulca yetkilendirilmiş saklama hizmeti sağlayan kuruluşlar nezdinde oluşturulan cüzdanlarda muhafazası için gerekli tüm işlemler adli makamlarca tesis edilir”* şeklindeki düzenlemelerle kripto varlıklara fiilen el koyma ve yargılama sonunda kazanç müsadereisine konu olabilmemesinin önü açılmıştır.

Ülkemizde çıkarılan kanunu yerinde bulmakla birlikte; tüm dünyada ülkeler uluslararası bir antlaşma ile kripto varlıkların neler olduğu, sayısı, nasıl el değiştireceği, hangi kurumların nasıl aracılık edeceği değerinin bir para cinsinden karşılığının ne olacağı, ödeme aracı olarak kullanımına izin verilmesi, sanal ortamda yok edilmesi imkansız olacak şekilde korunması, sanal karşılığın dış dünyada bir karşılığının olması, ülkelerin veya kurumların dış dünyadaki bu karşılık oranında kripto varlık yaratması, belirlenen kurallar çerçevesinde kurulan kuruluşlar dışında kalan kurumların kripto varlıklar hususunda işlem yapmasının

⁴⁸²Polat, s. 119.

⁴⁸³Balcı/Çakır, s. 1531.

⁴⁸⁴Heine, s. 255 – 256.

yasaklanması gibi hususlarda ortak bir karara varılması⁴⁸⁵ halinde; kripto varlıklar hakkında kazanç müsadereci kurumunun daha etkili şekilde uygulanabileceği kanaatindeyiz. Aksi halde günümüzde suç bağlantılı kazançları aklama ve transfer etmede kullanılan bu varlıkların, gayri resmi yöntemlerle piyasada kalmasının önü hep açık olacaktır. Böylece kazanç müsadereci hükümlerinin etkin şekilde uygulanmasının da önü tekrar kapatılmış olacaktır.

2.2.2.2. Suçun İşlenmesi İle Elde Edilen Menfaat

Suçun işlenmesi ile elde edilen menfaat ile anlatılmak istenen suçun işlenmesi sonucu ele geçen ekonomik değerlerdir. Burada suç, ekonomik menfaati elde etmek amacıyla işlenmektedir. Kısacası ekonomik menfaat suç işlendikten sonra fail tarafından elde edilmektedir⁴⁸⁶.

Suçun işlenmesi ile elde edilen menfaat taşınır veya taşınmaz eşya olabileceği gibi para veya para yerine geçen çek, senet, altın veya döviz gibi eşyalar da olabilir⁴⁸⁷. Burada önemli olan bu kazanç niteliğindeki eşyaların suçun işlenmesinden sonra ele geçmesidir. Örneğin uyuşturucu madde ticareti suçu işlendikten sonra, uyuşturucu maddenin satışından ele geçen para veya şeyler suçun işlenmesi ile ele geçen menfaatlerdir. Uyuşturucu maddenin kendisi zaten TCK 54/4. maddesi gereği üretimi, bulundurulması, alımı ve satımı bizatihi suç olduğu için eşya müsadereci tabidir. Fakat bu maddelerin satışı suretiyle suçun işlenmesi sonucu ele geçen para ise, TCK 55/1 maddesi gereği kazanç müsadereci tabidir⁴⁸⁸.

Suçun işlenmesi ile elde edilen menfaat ile suçun işlenmesi için sağlanan menfaat farklı kavramlardır. İlkinde menfaat, suçun işlenmesiyle (suç işlenmesi sonucu) ele geçmektedir. İkincisinde ise menfaat; suç öncesi, suç işlenirken veya suç sonrasında, faili suçu işlemeye teşvik veya suçu işlediği için ödüllendirmek amacıyla verilmesinden dolayı elde edilmektedir⁴⁸⁹. Fakat ifadeler aynı anlama da gelebileceği için kargaşaya neden olmaktadır. Bu kavram kargaşasına son vermek adına madde metni “*suçun işlenmesi sonucu*” ve “*suçun işlenmesini sağlamak amacıyla*” şeklinde değiştirilerek kavram kargaşasına son verilebilir.

Uygulama için bir fark olmasa da, bu konuda rüşvet suçuna ayrıca dikkat çekilmesi gerekmektedir. Rüşvet suçunda taraflar rüşvet antlaşmasına varmış, kamu görevlisi görevinin gereklerine aykırı hareket etmiş ve haksız kazancı elde etmiş ise; bu durumda menfaat suç

⁴⁸⁵ Polat, s. 347.

⁴⁸⁶ Aslan(Kazanç Müsadereci), s. 78; Acar, s. 274; Mahmutoğlu/Karadeniz, s. 1368; Tan(2. Cilt), s. 2162; Taneri, s. 96.

⁴⁸⁷ Aslan(Kazanç Müsadereci), s. 78; Dalkılıç, s. 84; Certel, s. 48.

⁴⁸⁸ Acar, s. 276-277; Certel, s. 48-49.

⁴⁸⁹ Soygüt Arslan, s. 410 – 411; Mahmutoğlu/Karadeniz, s. 1367-1368; Dülger(Müsadere), 165-166.

işlendikten sonra ele geçmekte yani suçun işlenmesi ile elde edilmektedir. Fakat fail kamu görevlisine vaatle bulunmuş ve kamu görevlisi failin talebini reddedip görevinin gereklerine aykırı hareket etmemişse; kamu görevlisine suç öncesi ve kanuna aykırı isteği yerine getirmesi için verilmek istenen menfaat ise, suçun işlenmesini sağlamak amacıyla verildiği için, suç işlenmesi için sağlanan menfaat olacaktır⁴⁹⁰. Öğretide bir kısım yazarlar; rüşvet suçunda kazanç müsaderesinin uygulanması için menfaatin rüşvet veren failin elinden çıkmış olma şartını aramaktadır⁴⁹¹. Ancak bu şart kanaatimizce her durumda geçerli değildir. Örneğin kamu görevlisi kendisine verilmek istenen rüşveti kabul etmiş görünüp durumu yetkili makamlara ihbar etmiş ve menfaati rüşvet verenden alıyor gibi görünüp suçüstü yapılması durumunda; el konulan menfaat henüz rüşvet verenin uhdesinden çıkmamış olsa da kazanç müsadereyi uygulanacaktır⁴⁹².

2.2.2.3. Suçun Konusunu Oluşturan Menfaat

Ceza hukukunu ilgilendiren suçun maddi unsuru bakımından iki çeşit konu vardır. Bunlar suçun hukuki konusu ve suçun maddi konusudur. Suçun hukuki konusu; failin hareketi ile ihlal edilen fiile muhatap olan kişinin haklarıdır⁴⁹³. Örneğin mala zarar verme suçunda hukuki konu mülkiyet hakkıdır.

Konumuz bakımından ise önemli olan hukuki konu değil, suçun maddi konusudur. Suçun maddi konusu ise fiilin üzerinde gerçekleşen şey veya kişidir⁴⁹⁴. Aynı örnekten

⁴⁹⁰Soytürk, Ahmet Hakan, **Rüşvet Ve İrtikap Suçları** (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2023, s. 121-122 Karşı görüş için bkz. Poyraz, Mehmet, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Rüşvet Suçu** (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale, 2021, s. 97; Akyüz, Ece, **Rüşvet Suçu** (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019, s. 142.

⁴⁹¹Poyraz, s. 97; Akyüz, s. 142.

⁴⁹²“Sanığın teklif edip müştekinin kabul etmediği rüşvet teklifine konu 655,00 TL'nin 5237 sayılı TCK'nın 55/1. maddesine göre müsadereyi gerektiği halde aynı Kanunun 54/1. maddesi uyarınca müsadereye hükmedilmesi, kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükmün 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek CMUK'nın 321. maddesi gereğince BOZULMASINA, ancak bu husus yeniden yargılamayı gerektirmediğinden, aynı Yasanın 322. maddesi uyarınca, hüküm fıkrasının müsadereyle ilgili kısmında yer alan "TCK'nın 54/1" ibaresinin "TCK 55/1" olarak değiştirilmesi suretiyle sair yönleri usul ve yasaya uygun olan hükmün DÜZELTİLEREK ONANMASINA,” Yar., 5. CD., 2010/197 E. - 2012/9698 K., 02.10.2012 T., **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 24/08/2023).

⁴⁹³“Suçla ihlal edilen, ceza ile korunan, böylece hukukilik kazanan beşeri değer veya menfaat, suçun hukuki konusunu oluşturmaktadır” Hafizoğulları, Zeki/Güngör, Devrim, “Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi”, **TBB Dergisi**, Sayı 69, 2007, ss. 21- 50, s. 23; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 214; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 376; **Demirbaş**, s. 589; **Öztürk/Erdem**, s. 203.

⁴⁹⁴Alacakaptan, Uğur, **Suçun Unsurları**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975, s. 30-31, Kantarcı, Nurullah, **İşlenemez Suç** (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya, 2022, s. 214, **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 214.

hareketle hırsızlık suçunda fail tarafından çalınan motosiklet suçun maddi konusudur. Yine insan öldürme suçunda maddi konu eylemin gerçekleştiği kişinin bedenidir⁴⁹⁵.

Kazanç müsadereesi bakımından önem arz eden suçun maddi konusunu oluşturan menfaatlerdir. Burada fail zaten suçun konusunu oluşturan maddi menfaati elde etmek için suçu işlemektedir. Örneğin tefecilik suçunda ana para suçun maddi konusu olması bakımından kazanç müsadereesine tabi menfaat iken, tefecilik suretiyle ele geçen faiz geliri ise suçun işlenmesi ile ele geçen menfaattir⁴⁹⁶.

Aslında kazanç müsadereesine konu olabilecek maddi menfaatlerin (suçun maddi konusu) bazıları mağdur tespit edilebiliyorsa sahibine iade edilmekte yani kazanç müsadereesine konu olmamaktadır. Ancak mağdur tespit edilemediği takdirde ise, suç gelirleri kazanç müsadereesine konu edilmektedir. Örneğin yağma, dolandırıcılık veya hırsızlık suçuna konu para; öncelikle mağdura iade edilecek fakat mağdur tespit edilemezse kazanç müsadereesine konu olacaktır⁴⁹⁷.

2.2.2.4. Suçun İşlenmesi İçin Sağlanan Menfaat

Suçun işlenmesi için sağlanan menfaat kavramı; suç öncesi, suç işlenmesi sırasında veya suç işlendikten sonra elde edilen ve faili ödüllendirmek veya suça teşvik etmek amacıyla sağlanan menfaatleri ifade etmektedir⁴⁹⁸. Örneğin; kişinin hasmını darp ettirmek amacıyla başka biri ile belli bir ücret karşılığı anlaşması ve eylemin gerçekleşmesi olayında; fail kasten yaralama suçunu işlemek için azmettiren eylem öncesi menfaati temin etmekte, bu nedenle suçu işlemektedir⁴⁹⁹. Yine insan öldürmek için tutulan kiralık katile ödenen para ve fiile katılması için suç ortağına verilen maddi menfaatler de bu kapsamdadır⁵⁰⁰.

Öğretide “*suçun işlenmesi için*” ifadesinden suç işlenmeden önce veya suçun işlenmesi sırasındaki zamanın anlaşıldığı ifade edilmektedir⁵⁰¹. Gerçekten de, suç işlenmeden veya suç işlenirken elde edilen menfaatler “*suçun işlenmesi için sağlanan menfaat*” kapsamında kalırken, suç sonrası elde edilen menfaat ise “*suçun işlenmesi ile elde edilen menfaat*” ifadesi kapsamında kalmaktadır⁵⁰². Bu anlam kargaşasına son vermek adına, çalışmamızın “*suçun işlenmesi ile elde edilen menfaat*” kısmında açıkladığımız üzere; madde metninin “*suçun*

⁴⁹⁵Bayraktar, Köksal, “Kasten Adam Öldürme”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Sayı 2, Cilt 19, 2013, ss. 57-78, s. 61; Öztürk/Erdem, s. 203; Koca/Üzülmez, s. 118; Centel/Zafer/Çakmut, s. 236.

⁴⁹⁶Sucuoğlu, Arif Naci, **Tefecilik**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 42.

⁴⁹⁷Acar, s. 278.

⁴⁹⁸Aslan(Kazanç Müsadereesi), s. 80-81; Acar, s. 279; Dülger(Müsadere), s. 165; Mahmutoglu/Karadeniz, s. 1368; Altuğ, s. 207-208; Gedik, s. 225; Dalkılıç, s. 85; Taneri, s. 97.

⁴⁹⁹Certel, s. 50; Tan(2. Cilt), s. 2163; Gedik, s. 225; Taneri, s. 97; Dalkılıç, s. 85.

⁵⁰⁰Taneri, s. 97; Certel, s. 50; Altuğ, s. 208.

⁵⁰¹Soygüt Arslan, s. 410 – 411.

⁵⁰²Acar, s. 280.

işlenmesi sonucu” ve “*suçun işlenmesini sağlamak amacıyla*” şeklinde değiştirilmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz⁵⁰³.

Öğretide suçun işlenmesi ile sağlanan menfaat kavramı yerine “*suçun işlenmesi dolayısıyla elde edilen maddi menfaatler*” ifadesi de kullanılmaktadır⁵⁰⁴. Bu ifade şeklinin “*suçun işlenmesi ile elde edilen menfaat*” ifadesinden anlam bakımından bariz şekilde fark yaratmadığı kanaatindeyiz. Ayrıca “*dolayısıyla*” kelimesi menfaatin suç işlenmesindeki asıl amaç olma özelliğini de ortadan kaldırdığı gözden kaçırılmamalıdır. Bu bakımdan burada fail suçu, menfaatin mülkiyetini kazanma asli amacı ile işlemektedir.

2.2.2.5. Değerlendirme veya Dönüştürme Sonucu Elde Edilen Menfaat

Kanun koyucu “*menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazanç*” kıstasını koyarak suç bağlantılı tüm gelirlerin devletin mülkiyetine geçeceğini ifade etmektedir. Bu suretle; kazanç müsadereyi bakımından, failin suç nedeniyle elde ettiği hiçbir değer fail elinde bırakılmayacağı ortaya konulmuş olmaktadır⁵⁰⁵.

Düzenleme, suç nedeniyle faile bedel ödetmeyi, yani kazanç müsadereyi cezai özelliğini ön plana çıkarmaktadır. Kazanç müsadereyi etkili bir uygulama olması için yapılan düzenlemenin yerinde olduğu kanaatindeyiz.

Gerekçede ise “*Böylece, kazanç müsadereyi, “karapara aklama”, uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti, dolandırıcılık, kaçakçılık, ihaleye fesat karıştırma gibi ekonomik çıkar elde etme amacıyla işlenen suçlara karşı etkin biçimde caydırıcılık özelliği olan bir yaptırım niteliğine kavuşturulmuştur*” ifadeleri kullanılarak, kazanç müsadereyi bahis konusu bu caydırıcılık özelliğine vurgu yapılmıştır⁵⁰⁶.

Kanun koyucu, madde metninde suç ile bağlantılı olan doğrudan gelirler ile bu gelirler ile bağlantılı dolaylı kazançları da kapsam içine almıştır⁵⁰⁷.

⁵⁰³ Soygüt Arslan, s. 410 - 411

⁵⁰⁴ Gedik, s. 225; Dülger(Müsadere), s. 165; Acar, s. 279; Taneri, s. 97; Özgenç(Gazi Şerhi), s. 692; İçel/Akıncı-Sokullu/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 123.

⁵⁰⁵ Acar, s. 280 – 281, Altuğ, s. 210; Soygüt Arslan, s. 416, “...Yasa koyucu bu güvenlik tedbirinin son derece etkili ve caydırıcı bir yaptırım olduğunu kabul ettiğinden, salt sanığın cezalandırılması yoluna gidip, haksız ve gayri meşru ekonomik kazancın müsadereyi yoluna gidilmemesi durumunda kararın ne derece eksik kalacağı ortadadır. Zira cezası infaz edilen sanık, kazanç müsadereyi uygulanmadığı için, tahliye olduktan sonra ekonomik anlamda hiçbir sıkıntıya uğramadan, rahat bir şekilde hayatını idame ettirebilecektir. Oysa yasa koyucu neredeyse sanığın kursağında bulunan haksız kazanç dahi el atarak midesine gitmesine izin vermez iken, bu konudaki soruşturma ve gerekse kovuşturma evrelerinin ne kadar önemli olduğu ortaya çıkmaktadır. Hele hele bu tür suçların, iştirak iradesi altında ya da suç işlemek için silahlı ya da silahsız örgütler tarafından işlenmesi durumunda elde edilen haksız maddi menfaatin sanık ya da sanıkların uhdelelerinde bırakılmasının sıkıntıları çok bariz bir şekilde kendisini gösterecektir” Certel, s. 51.

⁵⁰⁶ Özgenç(Gazi Şerhi), s. 691.

⁵⁰⁷ Dülger (Müsadere), s. 167.

Konunun daha iyi anlaşılmasına ışık tutması bakımından “değerlendirme” ve “dönüştürme” kelimelerinin anlamlarının da ifade edilmesi önem arz etmektedir. Değerlendirme kelimesi sözlükte “*bir şeyi yerinde ve yararlı bir yolda kullanmak, değer kazandırmak, kıymetlendirmek*” şeklinde ifade edilmiştir⁵⁰⁸. Değerlendirme kavramı sayesinde; suçla bağlantılı ele geçen doğrudan nitelikteki menfaatlerin kullanılması ile elde edilen artı değerler ifade edilmek istemiştir. Örneğin suç ile ilgili menfaatin bankaya yatırılarak faiz geliri elde edilmesi durumunda, dolaylı nitelikteki bu ekonomik kazanç da müsadereye tabi olacaktır⁵⁰⁹.

Dönüştürme kelimesi ise sözlükte “*bir şekli, belli bir kurala göre başka bir şekle çevirmek*” olarak tanımlanmıştır⁵¹⁰. Bazen suç nedeniyle ele geçen kazanç, fail tarafından tamamen başka bir ekonomik değer ifade eden bir varlığa dönüştürülebilir veya değere çevrilebilir. Örneğin yasa dışı bahis oynatmak suçundan elde edilen kazanç ile bir ev alınması ve bu evin kirasından faydalanılması durumunda, bu ev ve kira da kazanç müsaderesine tabi olacaktır. İşte bu düzenleme ile dönüşen menfaat de kanunun kapsamı içine alınmıştır⁵¹¹.

Suçla bağlantılı doğrudan gelirlerin tespiti kolay olduğu gibi, müsadere de hukuken kolay ve adil olacaktır. Fakat dolaylı gelirlerin tespiti zor olup; verilen kararların adil olması için, hâkimin iyi bir tespit yapması oldukça önemlidir. Kanunumuzda, değerlendirme ve dönüştürme sonucu ele geçen dolaylı ekonomik kazançların nasıl tespit edileceği noktasında bir düzenleme bulunmamaktadır. Esasen kanun koyucunun kazuistik bir yöntemle değerlendirme veya dönüştürme sonucu ele geçen gelirlerin nasıl tespit edileceğini düzenlemesine de, kanaatimizce gerek yoktur. Çünkü Ceza Muhakemesi Kanununda ayrıntılı şekilde düzenlenen bilirkişilik müessesesi (5271 sayılı CMK md. 62-73) hakime yeterince yardımcı olacaktır. Hâkim bilirkişi marifetiyle dolaylı kazançları tespit edip kazanç müsaderesini uygulayabilecektir⁵¹².

⁵⁰⁸ <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 18/12/2022); Altuğ, s. 209; Gedik, s. 227.

⁵⁰⁹ Acar, s. 281; Altuğ, s. 209; Aslan(Kazanç Müsaderesi), s. 82; Taneri, s. 98; Gedik, s. 227; Tan(2. Cilt), s. 2164.

⁵¹⁰ <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 18/12/2022); Altuğ, s. 209; Gedik, s. 227; Dalkılıç, s. 86.

⁵¹¹ Acar, s. 281 – 282; Altuğ, s. 209-210; Aslan(Kazanç Müsaderesi), s. 82; Taneri, s. 98; Gedik, s. 227; Dalkılıç, s. 86.

⁵¹² Aslan(Kazanç Müsaderesi), s. 82; “Oluş ve dosya içeriğine göre, öncül suç olarak gözükken yağma ve hırsızlık suçlarının işlenmesinden sonra sanıkların elde ettikleri, elde etmek için var ettikleri ve bunların değerlendirilmesi veya değiştirilmesi suretiyle ortaya çıkan kazançların suç tarihi de dikkate alınarak duraksamasız olarak saptanması sağlanıp, halen mağdurlara ait olup, ancak sanıkların veya yönlendirdikleri suç örgüt üyelerinin elinde bulundurduğu menkul ve gayrimenkullerin de tespitinin yaptırılması, gereğinde denetime olanak verecek şekilde bilirkişi incelemesi yaptırılması gerektiği gözetilmeden, kazanç olarak değerlendirilen mal varlıklarının 5237 sayılı TCK'nın 55.maddesi gereğince zor alımına karar verilmesi...” Yar., 6. CD., 2013/29499 E., 2014/15435 K., 16.07.2014 T., Sinerji Mevzuat Programı (Erişim Tarihi: 29/03/2024); “5237 sayılı TCK’ nın 55. maddesi gereğince kazanç müsaderesinin, ancak suçun işlenmesi ile elde edilen ve suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için ağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların suçun mağduruna iade edilmemesi halinde

2.2.3. Menfaatin Mağdura İade Edilemiyor Olması

Kazanç müsadereisinin bir diğer şartı da, TCK md. 55’ te “*maddi menfaatin mağdura iade edilemiyor olması*” olarak düzenlenmiştir. Bir suç nedeniyle menfaati ihlal edilen kişinin, bu menfaatinin kendisine iadesi yerine kazanç müsadereesine tabi tutulması, devleti sebepsiz şekilde zenginleştirecek ve onarıcı adalet ilkesi ile de ters düşecektir⁵¹³. Örneğin; yağma suçu nedeniyle bir miktar parası zorla elinden alınan mağdurun parasının, failden alınıp kazanç müsadereesine konu edilmesi düşünülemez. Bu şekilde verilecek bir karar, mülkiyet hakkını zedeleyecek ve kararın kamusal menfaati koruduğu da kabul edilemeyecektir⁵¹⁴. Alman hukukunda da; kazanç müsadereisinin şartlarından biri, menfaatin mağdura iade edilemiyor olmasıdır. Ayrıca Alman hukukunda; 2017 yılında yapılan değişiklik öncesi Alman Ceza Kanunun 73/1. maddesinin 2. cümlesi gereği, menfaatin mağdura iadesinin imkânsız olması durumunda; failden tazminat olarak talip edilen, faile ait ekonomik haklar (istihkak ve vekaletsiz iş görmeden kaynaklı tazminatlar da dahil olmak üzere) da, kazanç müsadereisinin dışında tutulmuştu⁵¹⁵. Daha sonra bu husus 2017 değişikliği ile kanunun 73e/1. maddesinde düzenlenmiştir⁵¹⁶.

Kanun koyucu madde metninde “*mağdur*” ifadesini kullanarak, suçtan zarar gören kavramına göre, daha dar kapsamlı bir kavramı tercih etmiştir. Mağdur; suç nedeniyle menfaati ihlal edilen, suça doğrudan muhatap kalan ve suçun hukuki konusunun sahibini ifade etmektedir⁵¹⁷. Suçtan zarar gören ise; mağdur kavramına göre daha geniş nitelikte, suçtan doğrudan veya dolaylı şekilde etkilenen kişiyi ifade etmektedir. Yani suçtan zarar gören kavramı mağdur kavramını da içine almaktadır⁵¹⁸. Örneğin; arkadaşının kartından çektiği

mümkün olduğu gözetilerek; suça konu el konulamayan para ile ne gibi menfaatler ve ekonomik kazançlar elde edildiği de tespit edilemeden yazılı şekilde elde ettiği 6.249,00 TL’ nin zorralımına hükmolunması...” Yar., 11. CD., 10.03.2010 T., 2007/5223 E., 2010/2628 K., **Altuğ**, s. 211.

⁵¹³“*Temelinde eski bir fikrin olduğu yeni bir anlayış olarak kabul edilen Onarıcı Adalet’in hareket noktası, mağdurun zararının giderilmesidir*” Baytaç, Abdullah Batuhan, “Onarıcı Adalet’e Genel Bir Bakış”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXXI, S 1, 2013, ss. 117-130, s. 117; Kaplan, Mahmut, “Onarıcı Adalet Ve Türk Ceza Hukukuna Yansımaları”, **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, S 1, 2015, ss. 59-86, s.72, **Soygüt Arslan**, s. 420-421.

⁵¹⁴“*5237 sayılı Kanun’un 55. maddesinde şeklindeki düzenleme dikkate alınmadan ve suçun mağduru olan ve zararının re’sen tazminine karar verilen bankanın sanıktan alacağını tahsilini engelleyecek şekilde sanığın suç konusu para ile satın aldığı arabasının zorralımına karar verilmesi,*” Yar., 7. CD., 2007/14823 E. - 2008/643 K., 31.01.2008 T., **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 26/08/2023).

⁵¹⁵**Laubenthal/Nestler**, Kn. 468.

⁵¹⁶**2017 değişikliği sonrası md. 73e/1** “Bu kanunun 73 ile 73c maddeleri uyarınca yapılması öngörülen müsadere, suçtan zarar görenin talebine konu olacak hususun iadesi veya bunun değeri üzerinden elde edilenin iadesine yönelik hukuki talep hakkının ortadan kalktığı haller bakımından, mümkün değildir. Ancak bu durum zamanaşımı nedeniyle talebin yapılamaması halleri bakımından geçerli değildir”. <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/> (Erişim Tarihi: 25.05.2024).

⁵¹⁷**Koca/Üzülmez**, s. 116; **Öztürk/Erdem**, s. 201; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 213; **Demirbaş**, s. 593; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 372; **Dülger/Taşkın**, s. 256; **Şahin/Göktürk**, s. 150; **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 165.

⁵¹⁸Aydın, Murat, **Ceza Hukukunda Mağdur Kavramı Mağdur Hakları Ve Mağdurun İkincil Mağduriyetten Korunması** (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim

parayı arkadaşına teslim etmek için götüren kişinin, cebir veya tehdit ile elindeki paranın fail tarafından alınması olayında tehdit veya cebre maruz kalan ve parayı emaneten elinde tutan kişi mağdur, fakat paranın gerçek maliki ise suçtan zarar gören konumundadır⁵¹⁹.

Öğretide kanunilik ilkesinin yarattığı kısıtlamalar nedeniyle; mağdur kavramının suçtan zarar gören olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Bu nedenle soruna çözüm olarak da, madde metnine “suçtan zarar gören” kavramının eklenmesinin daha yerinde olacağı ifade edilmiştir⁵²⁰. Ancak kanaatimizce, 5271 sayılı CMK’ nın 131/2. maddesinde düzenlenen (el konulan eşyanın iadesi) “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” şeklindeki hüküm, TCK md. 55/1-son hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde, “mağdur” ifadesi “suçtan zarar gören mağdur” olarak kabul edilebilir. Bu kabul ile de tartışma son bulmuş olacaktır.

Kazanç müsadereyi bakımından suçun mağdurunun belli olması veya belirlenebilir olması durumunda bir sorun olmayıp; kazanç müsadereyi uygulaması yerine, gelir suç mağduruna iade edilecektir. Fakat suç mağdurunun ölmesi durumunda, ne olacağı kanunda düzenlenmemiştir. Açıkçası bu hususun kanunda düzenlenmesine de gerek yoktur. Gelir, suç nedeniyle el değiştirmeseydi ve o gelirin sahibi ölseydi, miras hukukuna göre gelir kimlere miras olarak kalacaksa, suç nedeniyle failin elde ettiği gelir de, mağdura olmasa da o mağdurun mirasçılara kalacaktır. Fakat mağdur ölmüş ve mirasçıları da belirlenemiyor veya mirasçısı yoksa, bu durumda kazanç müsadereyi uygulanması gerekecektir⁵²¹.

Bazen gelir doğrudan suçun mağdurundan değil, üçüncü bir kişiden de elde edilmiş olabilir. Örneğin göçmen kaçakçılığı suçunda fail parayı göçmenden değil de, kendi ülkesinden gitmeyen göçmenin babasından almış olabilir. Bu durumda elde edilen gelir mağdur konumundaki göçmenden değil, onun ülkesinde kalan babasına iade edilecektir⁵²². Başkasının parasını taşıyan (örneğin bankamatiklerin para ikmalini yapan görevliler) kişinin yağma fiiline maruz kalması nedeniyle maliki olmadığı parayı faile vermek zorunda kalması

Enstitüsü, Ankara, 2022, s. 48; Öztürk, Gökçe Bahar, **Ceza Muhakemesinde Mağdur Ve Mağdur Hakları** (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2021, s. 5, Bayraktaroğlu, 656; Özbek/Doğan/Bacaksız(Ceza Muhakemesi Hukuku), s. 214; Dülger/Taşkın, s. 256-257; Şahin/Göktürk, s. 150-151; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 373 Aksi yönde bkz. Yenisey/Nuhoğlu, s. 165

⁵¹⁹Çelik, Ahmet Mithat, **Dolandırıcılık Suçu** (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Altınbaş Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, İstanbul, 2022, s. 10-11; Soygüt Arslan, s. 422-423; Atalan, Mustafa, **Dolandırıcılık Sahtecilik ve Güveni Kötüye Kullanma Suçları Şerhi**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020, s. 20 – 21; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 372; Demirbaş, s. 593; Öztürk/Erdem, s. 202.

⁵²⁰Soygüt Arslan, s. 423.

⁵²¹Dülger (Müsadere), s. 172.

⁵²²Soygüt Arslan, s. 423.

durumunda, mağdur parayı taşıyan, suçtan zarar gören paranın gerçek sahibi olup, iade bu olay bakımından paranın gerçek sahibi suçtan zarar görene yapılacak ve kazanç müsadereesi uygulanmayacaktır.

Etkin pişmanlık kapsamında suç nedeniyle elde edilen gelirin mağdura, fail tarafından iade edilmesi halinde de ortada kazanç müsadereesine tabi gelir kalmadığı için, kazanç müsadereesi kurumu uygulanmayacaktır. Örneğin bina içinden para hırsızlığı yapılması ve bu paranın soruşturma aşamasında pişmanlık gösterip mağdura iade edilmesi halinde, kazanç müsadereesi uygulanmayacaktır⁵²³. Bazı hallerde fiilen iade mümkün olmasa da, hukuk davası ile zararın karşılanması imkanı vardır. Örneğin; suç nedeniyle elde edilen gelir ile failin yasal kazancının birleşmesi sonucu alınan araç, mağdurun zarar görmemesi için kazanç müsadereesine tabi tutulamaz. Ayrıca bu durumda iade fiilen de mümkün değildir. Bu gibi hallerde Yargıtay kazanç müsadereesi uygulanmasını hukuk davasının boşa çıkmaması için uygun görmemektedir⁵²⁴.

Bilindiği üzere gelir getiren bazı suçlarda, gerçek kişi anlamında suç mağduru bulunmaz. Bu tarz suçlar topluma karşı işlenen suçlar olup, bu suçların mağduru tüm kamudur. Örneğin uyuşturucu madde ticareti, kara para aklama ve insan ticareti gibi suçlarda mağdur tüm toplum olduğu için, bu suçlar nedeniyle elde edilen gelir, herhangi bir kişiye iade edilemeyecek ve kazanç müsadereesine konu edilecektir⁵²⁵.

⁵²³“Suça sürüklenen çocuğun çaldığı laptopu sattığı kişiyi göstererek suça konu laptopu iyi niyetli üçüncü kişide bulunarak müştekiye iadesinin sağlandığı anlaşılmakla dairemizce de benimsenen ve Y.C.G.K.'nın 26.03.2013 günlü, 2012/6-1232 esas ve 2013/106 karar sayılı içtihadında belirtildiği üzere, çalınan malın 3. kişiye satılması halinde; 5237 sayılı TCK'nın 168. maddesinin uygulanabilmesi için hırsızlık suçunu failinin, sattığı yeri veya kişiyi söyleyerek çalınan malın, hırsızlık suçunu mağduruna iadesini sağlamasının tek başına yeterli olmadığı, failin bizzat pişmanlık göstererek, satın alan iyiniyetli ise; sattığı yeri veya kişiyi söyleyerek çalınan malın, hırsızlık suçunun mağduruna iadesini sağlamasının yanında aynen geri verme veya tazmin suretiyle satın alınan zararını da gidermesi, kötü niyetliyse; satın alandan elde ettiği para veya sağladığı menfaati, kazanç müsadereesine konu edilmek üzere soruşturma makamlarına teslim etmesi gerekir. Esasen iyiniyetli olan satın alanda bulunan ve hırsızlık suçunu konu olan eşyaya elkonulamaz. Hırsızlık suçunu konu eşyaya elkonulmasına rağmen, failin satın alandan aldığı para veya sağladığı menfaatin satın alana iade edilmemesi halinde, satın alana Devlet eliyle haksızlık yapılmış olur” Yar. , 6. CD. , 2021/14235 E. - 2022/10496 K., 04.07.2022 T., **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 20/08/2023); “Suçun 5237 Sayılı Yasanın 53/1-a maddesindeki yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlenmesine ve suçun işlenmesinde elde edilen menfaatin suçun mağduruna iade edilmemesine rağmen hakkında 53/5. ve 55. maddelerinin uygulanmaması,” Yar., 5. CD., 2007/4965 E. - 2007/5944 K., 09.07.2007 T., **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 21/08/2023).

⁵²⁴“Sanığın zimmetine geçirdiği kabul edilen suça konu 74.354.20 TL. katılan kooperatife ait bir para olup, kooperatife hukuk mahkemesinde dava açılarak tazmini yoluna gidilmesi mümkün bulunduğu halde 5237 sayılı TCK'nun 55. maddesi uyarınca müsadere kararı verilmesi,” Yar., 5. CD., 2008/11198 E. - 2009/9660 K., 13.07.2009 T., **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 21/08/2023).

⁵²⁵“İlk Derece Mahkemesince kabul edilen olay ve olgular konusunda, Bölge Adliye Mahkemesince sanık hakkındaki hükmün kazanç müsadereesine ilişkin 15 numaralı bendinin tamamen çıkartılıp, ikamette yapılan arama sırasında uyuşturucu madde paketlemesinde kullanılan materyallerle aynı kabın içinde ele geçen 12.800,00 TL paranın suçtan elde edildiği gerekçesiyle 5237 sayılı Kanun'un 55 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca müsadereesine geri kalan paranın sanığa iadesine fıkrasının eklenip, hükmün düzeltilerek İlk Derece Mahkemesi hükmüne yönelik istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir. Sanık hakkında uyuşturucu madde ticareti yapma suçundan verilen mahkûmiyet hükmünün kesinleştiği belirlenmekle,

Tüm bu tartışmalar dışında, mağdurun tespit edilememesi nedeniyle kazanç müsadereisinin uygulanması ve uygulama sonrası mağdurun veya mirasçılarının ortaya çıkması halinde ne olacağına dair kanunda bir düzenleme yoktur. Gerçekten hırsızlık veya yağma suçunun mağdurunun ölmüş olduğu ve yargılama sırasında mirasçılarının tespit edilemediği bir olayda, ceza mahkemesi kazanç müsadereesi kararı verip suça konu paraların mülkiyetini devlete geçirecektir. Ancak sonradan mağdurun nüfus kayıtlarında olmayan ama biyolojik olarak alt soyu (oğlu veya kızı gibi) olduğu anlaşılan hak sahibinin ortaya çıkması halinde, hukuken hak sahibinin durumunun ne olacağı belirsizdir. Bu durumda, öncelikle idare hukukumuzda yer alan “*tam yargı davasının*” açılıp açılmayacağını tartışmak, konumuz açısından faydalı olacaktır. Tam yargı davası 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanununun 2, 12 ve 13. maddelerinde düzenlenmiştir⁵²⁶. Kanuni düzenlemelerden de anlaşılabileceği üzere, “*tam yargı davası*” idarenin işlem veya eylemlerinden zarar gören kişilerin idari yargı mercilerinde açtığı bir dava türüdür. Bu davada temel kural davalının idare olmasıdır. Yargı makamlarının, yargısal yetkilerini kullanarak aldığı kararlarda; yargılama makamı, idare konumunda değildir. Bu bakımdan yargı makamlarının yargılama yetkisini kullanarak aldığı kararlar idari işlem veya eylem olmadığı için, tam yargı davasının konusu da olamayacaktır⁵²⁷. Danıştay da bu görüşü kabul etmektedir⁵²⁸. Kanaatimizce 5271 sayılı CMK

cezadan takdiri indirim yapılırken uygulamaya ilişkin kanun ve maddesinin gösterilmemesinin infaz aşamasında gözetilmesi mümkün bulunmuş, suçtan elde edildiği anlaşılan 12.800,00 TL paranın 5237 sayılı Kanun'un 55 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca müsadereesine karar verilmesine ilişkin Bölge Adliye Mahkemesince verilen hükümde hukuka aykırılık tespit edilmediği anlaşılmakla, bu husustaki Tebliğname görüşüne iştirak olunmamıştır” Yar., 10. CD., 2021/16459 E. - 2023/4295 K., 11.05.2023 T., **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 20/08/2023); **Gedik**, s. 233.

⁵²⁶**2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu md. 2** “1. (Değişik: 10/6/1994-4001/1 md.) İdari dava türleri şunlardır: a) (İptal: Anayasa Mahkemesinin 21/9/1995 tarihli ve E:1995/27, K:1995/47 sayılı kararı ile; Yeniden Düzenleme: 8/6/2000-4577/5 md.) İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davaları, b) İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları, c) (Değişik: 18/12/1999-4492/6 md.) Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar.”, **md. 12** “İlgililer haklarını ihlal eden bir idari işlem dolayısıyla Danıştaya ve idare ve vergi mahkemelerine doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine, bu husustaki kararın veya kanun yollarına başvurulması halinde verilecek kararın tebliği veya bir işlemin icrası sebebiyle doğan zararlardan dolayı icra tarihinden itibaren dava süresi içinde tam yargı davası açabilirler. Bu halde de ilgililerin 11 nci madde uyarınca idareye başvurma hakları saklıdır.”, **md. 13** “1. İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir. Bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında otuz gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabilir. 2. Görevli olmayan adli (...) yargı mercilerine açılan tam yargı davasının görev yönünden reddi halinde sonradan idari yargı mercilerine açılacak davalarda, birinci fıkrafta öngörülen idareye başvurma şartı aranmaz.”

⁵²⁷Gözübüyük, Şeref, **Yönetmelik Yargı (Yönetmelik Yargı)**, 20. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s. 105-106; **Günday**, s. 12-13; Bilgin, Hüseyin, **İdari Davalar ve Çözüm Yolları**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 99-100.

md. 141 ve devamında düzenlenen koruma tedbirleri nedeniyle tazminatta olduğu gibi, kanun koyucu belli bir süre (kanaatimizce mülkiyet hakkının korunması için CMK 142’de belirlenen süreden çok daha uzun bir süre) içinde hak sahiplerine iade koşulunu veya tazminatı, kanunla müsadere usulünden (CMK md. 259’dan sonra) sonra gelecek şekilde düzenlemelidir.

2.2.4. Menfaati Sonradan İktisap Edenin İyiniyetli Üçüncü Kişi Olmaması

Eşyayı sonradan iktisap edenin iyiniyetli üçüncü kişi olması halinde; üçüncü kişinin kazanımının korunması durumu, 5237 sayılı yasaya 26/06/2009 tarih ve 5918 sayılı yasanın 2. maddesi ile 3. fıkra olarak eklenmesi ile ortaya çıkarılmıştır. 5237 sayılı yasanın ilk halinde yer almayan bu fıkra, kanuna yönelik eleştiriler üzerine sonradan yasa ile iktisap edilmiştir⁵²⁹.

Üçüncü fıkranın eklenmesinden önce iyiniyetli üçüncü kişinin kazanımının korunacağı madde metninde değil, madde gerekçesinde yer almaktaydı. Ancak madde gerekçesinin madde metnine dahil olmaması nedeniyle yapılan değişikliğin yerinde olduğu kanaatindeyiz⁵³⁰. Sonradan mülkiyeti elde eden üçüncü kişinin iyiniyetinin korunacağına dair benzer bir düzenleme, Alman Ceza Kanununda 2017 yılında yapılan değişiklik ile 73b/1. maddesinde düzenlenmiştir⁵³¹.

Eşya müsaderesinde kullanılan iyi niyet kavramı ile kazanç müsaderesinde düzenlenen iyi niyet kavramı kanunda farklı şekilde düzenlenmiştir. Eşya müsaderesinde “iyi niyetli üçüncü kişi” kavramı kullanılırken, kazanç müsaderesinde “4721 sayılı Türk Medeni Kanununun iyi niyete ilişkin hükümlerinden yararlanma” ifadesi kullanılmıştır. Bu hususun

⁵²⁸“Adalet Bakanlığı tarafından Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa dayanarak tesis edilen bir işlemi idari yargı denetimine tabi tutmak mümkün bulunmamaktadır. Zira idari yargı denetimine tabi “idari işlem” deyimi, idarenin idare hukuku esaslarına dayanarak yaptığı işlemleri ifade etmektedir. Dava konusu edilen işlem ise; idare hukuku esasları dışında hususi hukuk usulüne taalluk eden ve organik bakımdan idari olmakla beraber adalet mekanizması içinde yer alan ve kazai işlemleri tamamlayan bir nitelik taşımaktadır. Belirtilen niteliklere sahip bir işlemin idari yargı denetimine tabi tutulması adli yargının verdiği kararların idari yargıca, denetlenmesi gibi anayasal düzenle bağdaşmayan bir yol açacaktır. Bu nedenle Danıştay’ da tetkik kabiliyeti bulunmayan davanın reddine... oy birliği ile karar verildi.” Danıştay 12. Dairesinin 16/09/1974 tarih ve 1974/1760 Esas-1974/2088 Karar sayılı kararı **Gözübüyük(Yönetmelik Yargı)**, s. 106.

⁵²⁹**İçel(Genel Hükümler)**, s. 631 – 632; **Acar**, s. 282; **Dalkılıç**, s. 86; **Gedik**, s. 236-237.

⁵³⁰**Acar**, s. 282.

⁵³¹**2017 değişikliği sonrası md. 73b/1** “1) Fail veya şerik sıfatıyla, hüküm konusu fiile katılmamakla birlikte, aşağıdaki koşulların oluşması halinde, bu kişi bakımından da 73 ve 73a maddeleri uyarınca müsadere kararı verilir: 1. Üçüncü kişinin, yargılama konusu fiilden bir şey elde etmesi ve fail veya şerikin bu kişi için hareket etmiş olması halinde, 2. Hukuka aykırı fiilden elde edilen şeyin, üçüncü kişiye; a) ücretsiz olarak veya hukuki bir gerekçe olmaksızın kendisine aktarılması veya, b) kendisine aktarılması ve kendisinin bu şeyin hukuka aykırı bir fiilden kaynaklandığını fark etmemesi ve fark etmesinin kendisinden beklenememesi veya, 3. Hukuka aykırı fiilden elde edilen şeyin; a) Miras yoluyla kendisine intikal etmesi veya, b) Saklı pay sahiibi veya vasiyatnameden kaynaklı olarak kendisine intikal etmesi. Bu düzenlemenin 1’inci cümlesinin 2 ve 3 numaralı başlığında yer alan hususlar, hukuka aykırı fiilden elde edilen şeyin, bunun hukuka aykırı bir fiilden kaynaklanmış olduğunu fark etmeyen ve fark etmesi kendisinden beklenemeyen kişiye ücret karşılığı olarak veya hukuki bir ilişkiye dayalı olarak aktarılması halinde uygulanmaz.” <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/> (Erişim Tarihi: 25.05.2024).

bilinçli bir tercihin ürünü olduğu kanaatindeyiz⁵³². Bu farkın kazanç müsadereğine konu eşyanın veya menfaatin sonradan iktisabı ile ilgili olduğu kanunda açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca kazanç müsadereğine konu menfaat, sonradan dönüştürülüp veya değerlendirilip yeni bir eşya oluşturulabilir. Özellikle bu dönüştürme veya değerlendirme ile oluşan eşyanın, suç sonrası üçüncü kişi tarafından kazanımı halinde Türk Medeni Kanununun iyi niyete ilişkin kurallarına yapılan atıf önemlidir. Eşya müsadereğine konu şeyler ise; sonradan bir başkası tarafından iktisap edilse veya fail tarafından bir şekilde elden çıkarılmış olsa, kanun koyucu bu durumda doğrudan kaim değer müsadereğini öngörmüştür. Kazanç müsadereğinde ise; sonradan iktisap halinde, doğrudan kaim değer müsadereği yerine, öncelikle iktisap eden üçüncü kişinin iyi niyetinin korunup korunmayacağı düzenlenmiştir. Yani kaim değer müsadereği en son çare olarak gündeme gelecektir.

Ortaya çıkarılan bu farkın yerinde olmadığı ve kanunun ruhu ile bağdaşmadığı kanaatindeyiz. Gerek eşya müsadereği gerekse kazanç müsadereği temelde benzer ve aynı hizmete müteallik kurumlardır. Ayrıca eşya müsadereğinde eşyanın suçu işleyen fail dışında üçünü kişiye ait olması halinde; üçünü kişinin suça iştirak edip etmediği veya suç hakkında bilgisi olup olmadığı kanun koyucunun tabiri ile üçüncü kişinin iyi niyetinin belirlenmesi için önemlidir. Fakat suçla bağlantılı eşyanın suç sonrası üçüncü kişi tarafından iktisabının düzenlenmemesi ve kanunda bu şekilde bir fark yaratılmasının kanaatimizce hukuk mantığı ile açıklanması mümkün değildir. Yapılacak bir düzenleme ile eşya müsadereğine konu şeyin de, üçüncü kişi tarafından suç sonrası iktisabı halinde, üçüncü kişinin iktisabının kazanç müsadereğinde olduğu gibi benzer hükümle korunması yerinde bir tercih olacaktır.

Kazanç müsadereği açısından burada dikkat edilmesi gereken husus; üçüncü kişinin elde ettiği kazanım öncesinde, kazanıma konu menfaatin suçla bağlantılı olup olmadığını bilip bilmediğidir. Üçüncü kişi kazanıma konu menfaatin suçla bağlantılı olduğunu biliyorsa, kazanımı hukuken korunmayacaktır⁵³³. Bu konuda Yargıtay da aynı görüştedir⁵³⁴. Ayrıca

⁵³² **Soygüt Arslan**, s. 439 Yazar, kazanç müsadereği bakımından suç tamamlanmadan veya tamamlanıncaya kadar müsadereğinin iştirak hükümlerine göre suç tamamlandıktan sonra ise iştirak hükümlerinin yetersiz kalacağını Türk Medeni Kanununun eşyayı sonradan iktisap edenin iyi niyetli olup olmadığına ilişkin hükümlerinin gerekli olduğunu ifade etmiştir.

⁵³³ **Gedik**, s. 238-239; **Altuğ**, s. 212-213; **Soygüt Arslan**, s. 433.

⁵³⁴ “*Dairemizce de benimsenen ve Yargıtay CGK’nın 26.03.2013 tarihli ve 2012/6-1232 E., 2013/106 K. sayılı içtihadında belirtildiği üzere, çalınan malın 3. kişiye satılması halinde; 5237 sayılı TCK’nın 168. maddesinin uygulanabilmesi için hırsızlık suçunun failinin, sattığı yeri veya kişiyi söyleyerek çalınan malın, hırsızlık suçunun mağduruna iadesini sağlaması yetmez. Failin bizzat pişmanlık göstererek, satın alan iyiniyetli ise; sattığı yeri veya kişiyi söyleyerek çalınan malın hırsızlık suçunun mağduruna iadesini sağlaması yanında aynen geri verme veya tazmin suretiyle satın alanın zararını da gidermesi, kötü niyetliyse; satın alandan elde ettiği para veya sağladığı menfaati, kazanç müsadereğine konu edilmek üzere soruşturma makamlarına teslim etmesi gerekir. Somut olayda; sanığın motorsikleti...’ sattığını beyan ettiği, motorsikletin...’den alınarak mağdura iade edildiği, Cemil’in suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçundan mahkum olduğu, dolayısıyla kötü niyetli olduğu ve sanık ...’un TCK’nın 168. maddesinin uygulanabilmesi için kazancının kazanç müsadereğine konu*

üçüncü kişi kazanım öncesi elde ettiği şeyin bir suç eşyası olduğunu bilmesi durumunda TCK 165. maddede yer alan suç ile de karşı karşıya kalacaktır⁵³⁵.

Üçüncü kişi, kazanımına konu menfaatin suçla bağlantılı olduğunu bilebilecek (gerekli dikkat ve özeni gösterme) durumda ise; üçüncü kişinin kazancının suçla bağlantılı olmadığı iddiası dikkate alınmayacaktır. Yani bu durumda üçüncü kişinin iyi niyet iddiası kabul edilmeyecektir⁵³⁶. Örneğin uyuşturucu madde imal ve ticareti suçunu işleyen bir kişinin oğlunun, suç işleyen babasından araç satın alması halinde, aracın uyuşturucu imal ve ticareti suçundan elde edildiğini bilebilecek durumda olduğu kabul edilir⁵³⁷.

2.2.5. Menfaatin Elde Olması

Kazanç müsaderesinin uygulanması için, menfaatin fail veya iyiniyetli olmayan üçüncü kişi elinde olması gereklidir. Bu kişiler, menfaati tüketmiş veya iyiniyetli üçüncü kişiye devretmiş olabilir. Bu nedenle kazanç müsaderesi konusuz kalacak ise; suçla bağlantılı menfaatin değeri kadar karşılık gelen miktarı, hakim veya mahkeme kararıyla failin malvarlığından alınıp devletin mülkiyetine geçirilmesi noktasında, kanunda yargı makamlarına yetki tanınmıştır. İşte bu faaliyet, kazanç müsaderesi bakımından bir kaim değer müsaderesidir⁵³⁸. Bu kısımda kazanç müsaderesinin uygulanamaması nedeniyle kanunda alternatif bir yöntem olarak yer alan kaim değer müsaderesi ve paylı veya iştirak halinde mülkiyet durumunda (ortak mülkiyet) kazanç müsaderesi üzerinde değerlendirmelerde bulunulacaktır.

2.2.5.1. Kaim Değer Müsaderesi

Kaim değer müsaderesi; kazanç müsaderesine konu menfaatin elde olmaması yani kazanç müsaderesinin imkansız olması halinde, kanunda yer alan alternatif bir müsadere

edilmesi gerektiği halde bu konuda araştırma yapılmadan sanıkların her ikisi hakkında TCK'nın 168.maddesinin uygulanması aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır” Yar. , 2. CD. , 2020/27118 E. - 2022/8440 K., 27.04.2022 T., Sinerji Mevzuat Programı (Erişim Tarihi: 20/08/2023)

⁵³⁵ **5237 sayılı TCK md. 165** “Bir suçun işlenmesiyle elde edilen eşyayı veya diğer malvarlığı değerini, bu suçun işlenmesine iştirak etmeksizin, satan, devreden, satın alan veya kabul eden kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır”.

⁵³⁶ **Soygüt Arslan**, s. 433.

⁵³⁷ Fransız Ceza Kanununun uyuşturucu suçları ile ilgili 222-49. maddesinde düzenlenen hükümde de iyi niyet kavramına yönelik kullanım bulunmaktadır. Madde metni “222-34. maddeden 222-40. maddeye kadar olan hallerde, tüm taşınmazlar, mal varlıkları, bu mallardan elde edilen gelirler, sahibinin bunların kaynaklarını veya kullanımının suçtan veya sahtecilikten elde edilmediğini ispatlayamadığı andan itibaren müsadere edilir. 222-34, 222-35, 222-36, 222-37 ve 222-38 maddelerindeki hallerde de, iyi niyetli sahibinin hakları saklı kalmak kaydıyla, hükümlünün kullanımında bulunan taşınır, taşınmaz her türlü malının tamamına veya bir kısmına müsadere kararı verilebilir” şeklinde düzenlenmiştir. **Dechenaud**, s. 435 -436.

⁵³⁸ **5237 sayılı TCK md. 55/3 Gerekçesi** “Düzenleme ile getirilen diğer bir yenilik, kaim değer müsaderesidir. Buna göre, müsadere konusu ekonomik değer harcama, imha, tüketme gibi hareketlerle müsaderesinin imkansız kılınması halinde, karşılığı para tutarının müsaderesine karar verilecektir” **Özgenç(Gazi Şerhi)**, s. 691.

şeklidir. Kazanç müsaderesinin imkansız kılınması sadece tüketme ile değil, menfaatin diğer malvarlığı değerleri içine ayırt edilemeyecek şekilde karıştırılması, kaybetme, tahrip etme, saklama veya yok edilme gibi fiillerle de mümkündür⁵³⁹.

Kazanç müsaderesini imkansız kılma halinde değerlendirilmesi gereken önemli konulardan biri, kötü niyetli üçüncü kişinin malvarlığı üzerinde kaim değer müsaderesinin uygulanıp uygulanmayacağıdır. İmkansız kılma fiilini fail yapmışsa ortada sorun yoktur. Fakat fail tarafından menfaat kötü niyetli üçüncü kişiye devredilmiş, kötü niyetli üçüncü kişi de menfaati herhangi bir fiil ile yok etmişse ve failin kaim değere konu olacak malı da yoksa, kötü niyetli üçüncü kişinin yeterli olan malvarlığı değerine el atılıp atılamayacağı konusunda da kanun koyucu bir hüküm koymamıştır. Kazanç müsaderesinin düzenlendiği 55. maddenin ikinci fıkrasının bu gibi durumları da kapsayan ifadeler içerdiği ve ayırım yapmadığı, bundan dolayı yeterli olduğu izlenimi doğsa da; kanaatimizce kanunilik ilkesi gereği ikinci fıkra da açık bir düzenleme yapılmalıdır. Aksi halde fail veya kötü niyetli üçüncü kişinin hukuka aykırı davranışının karşılıksız kalması söz konusu olacaktır⁵⁴⁰.

Kazanç müsaderesinin imkansız kılınmasında, failin taksirli hareketinin imkansız kılınmaya neden olması halinde de kazanç müsaderesi uygulanacaktır. Ancak failin kusursuz olması nedeniyle kazanç müsaderesine konu menfaat tükenmiş veya yok olmuş ise, artık kazanç müsaderesi uygulanmayacaktır⁵⁴¹.

Kaim değer müsaderesi bakımından müsaderesi imkânsız kılınan menfaatin karşılığı olan değer hangi an bakımından belirleneceği tartışmalıdır. Öğretide bir görüşe göre; hesaplama suç anı bakımından yapılacaktır⁵⁴². Öğretide yer alan diğer görüş ise; hesaplamanın mahkemenin karar verme anı itibarıyla yapılması gerektiğini savunmuştur⁵⁴³.

Kanaatimizce karşılık gelen değer hesaplama anı için, her iki görüş de tek başına yeterli değildir. Fakat açıklayacağımız şartlarda, karar anını esas almak daha adil olacaktır. Şöyle ki; suç anında değeri az olan bir menfaat, karar anı itibarıyla değeri daha yüksek hale gelmiş veya suç anı itibarıyla değeri yüksek olan menfaat karar anı itibarıyla değeri daha

⁵³⁹ **Acar**, s. 286-287; **Dalkılıç**, s. 88; **Dülger**, s. 174.

⁵⁴⁰ “Zira 5237 sayılı TCK’nın benimsediği temel düşüncede de ifade bulunduğu şekliyle suçtan elde edilen gelir, kişinin yanında kâr olarak kalmaz” **Acar**, s. 287; **Özgenç(Gazi Şerhi)**, s. 691.

⁵⁴¹ **Gedik**, s. 241-242; **Tan(2. Cilt)**, s. 2167; **Taner**, s. 101; “Özetle belirtmek gerekirse, 55. maddenin 2. fıkrasındaki “merciine teslim edilmediği hallerde” ifadesi, failin bunu kastı 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 yarar sağlayamaması 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” **Soygüt Arslan**, s. 457-458.

⁵⁴² **Certel**, s. 52-53.

⁵⁴³ **Dülger (Müsadere)**, s. 180.

düşük hale gelmiş olabilir. İlkinde suç anı kabul edilirse fail ödüllendirilmiş yani işlediği suç yanına kar kalmış olur. Suç işlemenin failin yanına kar kalmaması için karar anını tercih etmek isabetlidir. İkincisinde ise suç anı kabul edilirse fail hakkaniyete ve adalete aykırı şekilde orantısız olarak cezalandırılmış olur. Bu sakıncaları gidermek adına suç anında değeri yüksek fakat karar anında değeri düşük olan menfaatler bakımından da failin nemalanması olmamak şartıyla her halükarda karar anı uygulanmalıdır⁵⁴⁴.

2.2.5.2. Ortak Mülkiyet Durumunda Kazanç Müsaderesi

Bu kısım bakımından üzerinde durulması gereken hususlardan biri; kazanç müsaderesine konu menfaatin üzerinde iştirak halinde mülkiyet durumu varken, kazanç müsaderesinin nasıl yapılacağıdır. Kazanç müsaderesinin konusunun iştirak halinde mülkiyete konu eşyanın olması, neredeyse mümkün değildir. Ancak azmettiricinin faile bir suçu işlemesi ile vermeyi vaat ettiği taşınır mal üzerinde iştirak halinde mülkiyet durumunun (örneğin; ölüm nedeniyle azmettirene ve işlenen suçla bağı olmayan azmettirenin kardeşine miras kalan altın tabanca) bulunması halinde, failin suç işlemesi ile elde ettiği menfaat nasıl kazanç müsaderesine konu olacaktır. Menfaat üzerinde suç ile ilgisi olmayan diğer malik hakkını nasıl alacaktır. Bu konuların tartışılması ve çözüm önerisinde bulunmak faydalı olacaktır. TCK md. 55'te madde 54'den farklı olarak müsterek veya paylı mülkiyet hali düzenlenmemiştir. Bu durumda eşyanın tamamının müsadere edilmesi diğer malikin mülkiyet hakkının yasal olmayan yoldan ortadan kaldırılması anlamına gelecektir. Paylı mülkiyet durumunda çözüm gayet kolay olup; sadece suçla bağlantılı failin payının müsaderesi yeterli olacaktır. Örneğin suç işlenmesi için faile verilen taşınmaz üzerinde suçla bağlantısı olmayan diğer paydaş maliklerin hissesini korumak mümkündür. Sadece suçla bağlantılı failin payının mülkiyetinin kazanç müsaderesi ile devlete geçirilmesi yani mahkeme kararı ile diğer maliklerin yanında yeni paydaşın devlet olması sorunu çözecektir. Tüm bu nedenlerle TCK md. 55'e ek bir fıkra eklenerek paylı mülkiyet bakımından da düzenleme yapılabilir.

Asıl sorun, iştirak halinde mülkiyete konu eşya bakımından verilecek kazanç müsaderesidir. Konu ile ilgili birden fazla çözüm önerisinde bulunmak mümkündür. Bunlardan ilki kazanç müsaderesine konu eşyanın mülkiyetinin bir sicilde kayıtlı olması halinde; failin eşya üzerindeki payının kazanç müsaderesi kararı ile devlete geçmesidir. Yani sicilde, eşya üzerinde ortaklardan biri devlet haline gelecektir. Bu sayede devleti temsilen hazine ortaklığın tasfiyesini isteyip, tasfiye payını kasasına koyacaktır. Fakat bu konuda anlattığımız şekilde TCK md. 55' te açık bir düzenlemeye gidilmelidir. Bir diğer çözüm

⁵⁴⁴ Acar, s. 288.

önerimiz ise; kaim değer müsaderesidir. İştirak halinde mülkiyete konu olan eşyada kazanç müsaderesinin uygulanmasının imkânsız olduğu durumlarda, kaim değer müsadere uygulaması kesin bir çözüm olacaktır. Örneğin maddi değeri çok yüksek olan bir tabloda, iştirak halinde mülkiyetin varlığı durumunda, failin elde ettiği suç bağlantılı payın kazanç müsadere konusuna olması imkânsızdır. İşte böyle bir durumda failin payının ekonomik karşılığı bir miktarın kaim değer müsadere konusuna edilmesi mümkündür. Ancak tartışmalara konu olmaması ve kanunilik ilkesi gereği 55. maddenin 2. fıkrasına “*hallerde*” kelimesinden önce tıpkı eşya müsadere olduğu gibi “*veyahut müsadere başka suretle imkansız kılınması veya müsadere her hangi bir nedenle imkansız olması*” ibaresinin eklenmesi faydalı olacaktır.

Son olarak failin kaim değer müsadere tabii olabilecek bir malvarlığı değeri olmaması hali de düşünülmelidir. Yani kaim değer müsadere için malı olmayan failin; suçla bağlantılı müşterek mülkiyete tabii değerinin müsadere edilmemesi de, failin suç nedeniyle ödüllendirilmesi gibi olacaktır. İşte böyle durumlar için (kısacası kaim değer müsadere uygulamanın da imkânsız olduğu durumlarda), müşterek mülkiyete tabii değer veya eşyanın satılması ve satış sonrası faile düşen payın kazanç müsadere tabii olması bakımından terditli bir düzenleme yapılabilir.

2.2.6. Mahkeme veya Hakim Kararı

Kazanç müsadere bir diğer şartı da, mahkeme veya hâkim kararı ile uygulanabilir olmasıdır⁵⁴⁵. Kişisel mülkiyeti sona erdiren bir yaptırımın, yargısal bir makamın kararı ile gerçekleşmesi, mülkiyet sahipleri için bir güvencedir⁵⁴⁶. Ayrıca kazanç müsadere, mülkiyeti sona erdiren fakat 5326 sayılı Kabahatler Kanununda bir idari yaptırım olarak düzenlenen “*mülkiyetin kamuya geçirilmesi*” tedbirinden ayıran en önemli özellik de; kazanç müsadere kararının hakim veya mahkeme tarafından alınmasıdır⁵⁴⁷. Gerçi mülkiyeti kamuya geçirme tedbiri de yargısal bir makam tarafından alınabilir. Fakat bu husus 5326 sayılı Kabahatler Kanununda istisnai durum olarak düzenlemiştir⁵⁴⁸.

Kurumun nasıl uygulanacağı 5271 sayılı CMK’ nın 256-259 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Suç konusu olmayıp sadece müsadereye tabii eşyanın sulh ceza hakim tarafından müsadere edilmesi hali dışında, diğer tüm müsadere uygulamaları mahkeme

⁵⁴⁵ Dülger(Müsadere), s. 37; Zafer, s. 736; Soygüt Arslan, s. 269; Gedik, s. 264; Erem, s. 303; Altuğ, s. 62; Dalkılıç, s. 39.

⁵⁴⁶ Soygüt Arslan, s. 269.

⁵⁴⁷ Yerdelen, s. 28; Paksoy, s. 21-22; Genç(Müsadere), s. 36; Altuğ, s. 62; Dalkılıç, s. 39.

⁵⁴⁸ Gedik, s. 88.

tarafından yapılmaktadır⁵⁴⁹. Çalışmamızın üçüncü bölümünde bu konu ayrıntılı olarak da ele alınacaktır.

2.3. Kazanç Müsaderesini Etkileyen Haller

Kazanç müsaderesi yaptırım türü olarak mahkûmiyet şartına bağlı olmayan bir uygulamadır. Gerçekten de kazanç müsaderesinin uygulanması için tipe uygun ve hukuka aykırı bir fiilin varlığı yeterlidir. Bu anlamda failin kusurlu olup olmadığının, kazanç müsaderesi uygulamasında bir önemi yoktur. Başka bir ifadeyle bir suçtan dolayı failin kınanamadığı hallerde de, kazanç müsaderesi uygulanabilmektedir. Bu düşünce, kazanç müsaderesinin hukuki niteliğinden kaynaklanmakla birlikte; modern hukuk düzenlerinde tipe uygun, hukuka aykırı fiilin yaptırımsız kalmaması anlayışını da ortaya koymaktadır⁵⁵⁰.

Çalışmamızın bu kısmında, kazanç müsaderesine etki eden haller üzerinde durulacaktır. Kazanç müsaderesinin uygulanmasını gerektiren veya engelleyen haller; tipik fiilin mevcudiyetini etkileyen haller, kusurluluğu etkileyen haller, muhakeme şartının eksik olduğu haller ve diğer haller tasnifi altında irdelenecektir.

2.3.1. Tipik Fiilin Mevcudiyetini Etkileyen Haller

Kazanç müsaderesi uygulaması için; hukuka aykırı kasten işlenen tipik fiilin yeterli olması, temel esas olmakla birlikte, fiilin varlığına etki eden hallerin bulunması halinde kazanç müsaderesi uygulaması da değişiklik göstermektedir. Örneğin; sonradan çıkarılan kanunla fiilin suç olmaktan çıkarılması halinde; hukuka aykırı tipik fiil ortadan kalkacağı için, kazanç müsaderesi uygulaması da yapılamayacaktır. Bu nedenle çalışmamızın bu kısmında hukuka aykırı tipik fiilin mevcudiyeti ve tespitine göre kazanç müsaderesinin nasıl uygulanacağı üzerinde durulacaktır.

2.3.1.1. Beraat Kararı Verilmesi

Beraat kararı; bir hüküm çeşidi olarak yargılamayı sona erdiren, sanık üzerinde suç şüphesini kaldıran ve sanığın en lehine olan karar şeklidir⁵⁵¹. Hangi durumlarda beraat kararı verileceği 5237 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunun 223. maddesinde tahdidi olarak sayılmıştır. Yani bu haller dışında mahkemenin beraat kararı vermesi mümkün değildir.

Kanuna göre beraat kararı verilmesi gereken haller;

⁵⁴⁹Zafer, s. 736; Gedik, s. 264.

⁵⁵⁰Koca/Üzülmez, s. 657-658; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 643; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 974; Demirbaş, s. 657; Artuk/Yılmaz, s. 8. Müsaderenin hukuki niteliğini ceza olarak kabul eden görüş için bkz. Öztürk/Erdem, s. 578-579.

⁵⁵¹Karakehya, s. 442; Dülger/Taşkın, s. 741; Bıçak, s. 621-623; Şahin/Göktürk, s. 552; Yenisey/Nuhoğlu, s. 788; Özbek/Doğan/Bacaksız(Ceza Muhakemesi Hukuku), s. 713-714.

- Yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması (CMK 223/2-a),
- Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması (CMK 223/2-b),
- Yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması (CMK 223/2-c),
- Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması (CMK 223/2-d),
- Yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması (CMK 223/2-e)'dir.

Beraat kararı verilen bazı hallerde kazanç müsadereci uygulanmaz. Fakat bazı hallerde beraat kararı verilse bile kazanç müsadereci uygulanabilecektir. “*Yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması (CMK 223/2-a)*” , “*yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması (CMK 223/2-c)*” halleri suçun tipiklik ve manevi unsurunun yokluğunu ifade etmektedir. Bu iki hal bakımından eylemde suçun kanuni unsurlarının yokluğu nedeniyle beraat kararı verildiği için, yani eylem suç olmadığı için kazanç müsadereciinden de söz etmek de mümkün olmayacaktır. Kısacası bu iki hal bakımından tipik fiilin yokluğu nedeniyle kazanç müsadereci de uygulanamaz⁵⁵². Örneğin; satmak amacıyla uyuşturucu madde bulundurmak (TCK md. 188/3) suçundan alınan bir ihbarı değerlendiren kolluk tarafından yapılan operasyon neticesinde, uyuşturucu madde olduğu zannıyla 1000 kg nesneye ve uyuşturucu madde satışından elde edildiğinden şüphelenilerek el konulan paraların olduğu bir olayda, el konulan eşyanın kriminal rapora göre un çıkması halinde, eylem kanuni tipe uymadığı için suç olmayacak ve el konulan paralar da kazanç müsadereciine konu olmayacaktır⁵⁵³.

Yargılama konusu fiil bakımından “*hukuka uygunluk nedeninin bulunduğu (CMK 223/d)*” durumlarda, fiil yine suç oluşturmaz ve tipik fiilin hukuka aykırılığından bahsedilemeyecektir. Ayrıca hukuka uygunluk nedenlerinin bulunduğu hallerde, zaten kazanç müsadereciine konu olabilecek bir gelirin bulunması kanaatimizce mümkün değildir. Bu

⁵⁵² Dalkılıç, s. 90; Genç(Müsadere), s. 73.

⁵⁵³ Soygüt Arslan, s. 301-302; Acar, s. 294; Certel, s. 54 Bu yönde Yargıtay kararları için bkz. “Sanık ... hakkında beraat kararı verildiği halde, adı geçen sanıktan elde edilen Adli emanetin 2006/4506 sırasında kayıtlı cep telefonu ve sim kartının sahibine iadesi yerine müsadereciine karar verilmesi” Yar. , 5. CD. , 2020/2365 E. - 2023/6638 K., 24.05.2023 T., Sinerji Mevzuat Programı (Erişim Tarihi: 23/08/2023), “Silahın sanığın üzerinden ele geçirilmediğine, suçun yasal unsurlarının oluşmadığına ve silahın sanığa iade edilmesi gerektiğine,..... Cumhuriyet savcısı ve sanık müdafinin temyiz istemleri yerinde görüldüğünden hükmün, 1412 sayılı Kanun’un 321 inci maddesi gereği, bozma gerekçelerine göre Tebliğnameye aykırı olarak, oy birliğiyle BOZULMASINA” Yar. , 8. CD. , 2023/869 E. - 2023/4343 K., 07.06.2023 T., Sinerji Mevzuat Programı (Erişim Tarihi: 24/08/2023), “..nakliyesini yapan şoförlerin beraatine, çayların iadesine karar verildiği... davacı şirkete ait 1570 koli çaya 5607 sayılı Kanun’a muhalefet suçu kapsamında 24.09.2014 tarihinde el konulduğu, yapılan yargılama sonunda sanıkların beraatine, el konulan malların iadesine hükmedildiği, hükmün 08.05.2019 tarihinde kesinleştiği, elkoyma tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 5271 sayılı Kanun’un 142 inci maddesinde öngörülen süre içinde yetkili ve görevli mahkemeye davanın açıldığı ve tazminat isteme koşullarının oluştuğu...” Yar. , 12. CD. , 2022/7958 E. - 2023/2239 K., 20.06.2023 T., Sinerji Mevzuat Programı (Erişim Tarihi: 24/08/2023).

nedenle kazanç müsadereyi uygulaması da olmayacaktır⁵⁵⁴. Örneğin birini öldürmek için para alan kiralık katil, öldüreceği kişiyi henüz öğrenmeden veya tanımadan, öldürme antlaşması yapıldıktan sonra bu kişi ile karşı karşıya gelebilir. Kiralık katil, bu karşılaşma esnasında öldürülmesi için anlaşılan kişinin başlattığı saldırıyı, olayın şartlarına göre ölçülü ve orantılı şekilde savunma yaparak defedebilir. Yapılan savunma esnasında karşıda bulunan kişinin ölmesi durumunda; kiralık katil, meşru müdafaa hukuka uygunluk nedeninin bulunması nedeniyle beraat edecektir. Fakat kiralık katilin yaptığı antlaşmadan kaynaklı paralar için kazanç müsadereyi uygulanmayacaktır. Çünkü somut olayda; önceden anlaşılan suç bakımından eylem, hazırlık hareketlerinden icra hareketlerine geçmemiştir. Yani kazanç müsadereye konu paraların alınması nedeni olan fiil, ceza hukuku bakımından doğmamıştır.

“Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması (CMK 223/2-b)” , *“Yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması (CMK 223/2-e)”* hallerinde ise hukuka aykırı bir fiilin varlığı sabittir. Failin ya suçu işlemediği kesin bir şekilde anlaşıldığı için veya failin bu suçu işlediği yönünde kesinlik olmadığı için beraat kararı verilmesi durumunda, kazanç müsadereye konu eşyanın iadesi söz konusu olmayacaktır. Yani her iki halde de, kazanç müsadereyi yine şartları varsa uygulanabilecektir⁵⁵⁵. Örneğin; yasa dışı bahis oynattığı iddiası ile yargılanan failin suçu işlemediği kesin şekilde anlaşılsa bile, yasa dışı bahis nedeniyle elde edildiği anlaşılan paralar yine kazanç müsadereye konu olabilecektir. Üstelik bu paralar, eylemle doğrudan bağlantılı gerçek failer yönünden yapılacak adli işlemler bakımından delil niteliği de taşıyacaktır. Eğer paraların beraat eden şahıslara ait olduğu anlaşılırsa, bu durumda paralar beraat eden şahıslara iade edilecektir ki, bu durumda zaten kazanç müsadereye konu hukuka aykırı bir kazancın varlığı söz konusu değildir⁵⁵⁶.

2.3.1.2. Fiilin Suç Olmaktan Çıkarılması

Suç siyasetini belirleme yetkisi devlete aittir⁵⁵⁷. Devlet adına bu yetki Türkiye Büyük Millet Meclisi(kanun koyucu) tarafından kullanılmaktadır⁵⁵⁸. İşte kanun koyucunun daha önceden suç olarak düzenlediği bir fiili, sonradan çıkan bir yasa ile suç olmaktan çıkarabilmesi de mümkündür⁵⁵⁹. Böyle bir durumda hukuka aykırı bir fiilin varlığı ortadan kalktığı için, kazanç müsadereyi de uygulanmayacaktır. Hatta kanaatimize göre kesinleşmiş ve infaz edilmiş kazanç müsadereye konu menfaatler de ilgisine iade edilmelidir.

⁵⁵⁴ Soygüt Arslan, s. 301.

⁵⁵⁵ Acar, s. 294-295 Aksi yönde bkz. Genç(Müsadere), s. 74; Dalkılıç, s. 90.

⁵⁵⁶ Acar, s. 294-295; Soygüt Arslan, s. 301-302; Certel, s. 54.

⁵⁵⁷ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 48-49; Demirbaş, s. 66; Zafer, s. 44.

⁵⁵⁸ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 51; Zafer, s. 61.

⁵⁵⁹ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 131; Centel/Zafer/Çakmut, s. 99.

Fiilin suç olmaktan çıkarılması, Anayasa Mahkemesinin anayasaya aykırılık nedeniyle verdiği iptal kararları ile de mümkündür⁵⁶⁰. 1982 Anayasasının 153/5. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesinin iptal kararları geriye yürümez. Yani iptal kararları geleceğe etkili sonuç doğurur. Fakat bir suç düzenlemesini ortadan kaldıran AYM kararının geçmişe uygulanmaması kanunilik ilkesine aykırıdır. Bu nedenle suç ortadan kaldıran AYM kararının 1982 Anayasasının 153/5. maddesinin istisnası olduğu kanaatindeyiz⁵⁶¹. Bu nedenle AYM kararı ile bir suçun ortadan kaldırılması durumunda kazanç müsadereyi uygulanmayacaktır. Kesinleşmiş kazanç müsadereyesine konu menfaatlerin de iade edilmesi hukuk devleti ilkesinin gereğidir⁵⁶².

2.3.1.3. Kastı Ortadan Kaldıran Hata

Hata kurumu 5237 sayılı yasanın 30. maddesinde “(1) Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır. (2) Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır. (3) Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır. (4) (Ek fıkra: 29/6/2005 – 5377/4 md.) İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz” şeklinde düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere kanun koyucu yasada hatayı; unsorda hata, nitelikli halde hata, ceza sorumluluğunu azaltan veya kaldıran nedenlerde hata ve haksızlık hatası olmak üzere dört şekilde düzenlemiştir. Hata hallerinin bir kısmı kusuru etkilemekte, bir kısmı da suçun unsurlarına etki etmektedir⁵⁶³.

Suçun maddi unsurlarında hata halinde fail kasten hareket etmiş sayılmaz ve CMK 223/2-c maddesi gereği (beraat kararı verilir) cezalandırılmaz⁵⁶⁴. Burada fail kusursuz olduğu için değil suçun manevi unsurunun yokluğu nedeniyle cezalandırılmamaktadır. Suçun manevi

⁵⁶⁰Öztürk/Erdem, s. 148.

⁵⁶¹Centel/Zafer/Çakmut, s. 106; Öztürk/Erdem, s. 148-149 Aksi görüş için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 131.

⁵⁶²Soygüt Arslan, s. 251-252.

⁵⁶³Balak, Ahmet Can, **Ceza Hukukunda Hata** (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2022, s. 9; Öztürk, Buket Abanoz, **Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Hata** (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2021, s. 13.

⁵⁶⁴Tunç, Kübra, **Ceza Hukukunda Kastı Engelleyen Hata**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 159; Öztürk/Erdem, s. 464 Aksi yönde görüş için bkz. Centel/Zafer/Çakmut, s. 437.

unsurunun yokluğu halinde tipiklik de gerçekleşmeyeceğinden, fail hakkında beraat kararı verilecek ve kazanç müsadereci de uygulanmayacaktır⁵⁶⁵.

Suçun yasal unsurlarında hata halinde, eylemin taksirle işlenmesi hali kanunda düzenlenmiş ise, bu durumda failin taksirli sorumluluk hali devam edecektir⁵⁶⁶. Fakat bu halde de kazanç müsaderecinin ön koşulu olan kasıtlı fiil gerçekleşmediği için yine kazanç müsaderecinin söz edilmeyecektir⁵⁶⁷.

Suçun nitelikli halinde hata durumunda hukuka aykırı fiil varlığını koruyacak, fail hakkında cezayı arttıran nitelikli hal ya uygulanmayacak ya da cezayı azaltan nitelikli hal uygulanacaktır⁵⁶⁸. Görüldüğü üzere nitelikli halde hatada, yargılama devam edecek ve hukuka aykırı fiil tespiti de yapılacaktır. Bu durumda kazanç müsaderecinin uygulanmasını engelleyen bir durumdan da söz edilemeyecektir.

2.3.1.4. Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Sınırın Aşılması

Hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması, 5237 sayılı TCK'nın 27/1. maddesinde *“Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altında birinden üçte birine kadar indirilerek hükmolunur”* şeklinde düzenlenmiştir. Kanunun lafzının açıklığından da anlaşılacağı üzere hukuka uygunluk nedenlerinde sınır iki şekilde aşılabılır. Bunlardan ilki sınırın kasten aşılmasıdır.

Sınırın kasten aşılması halinde fail hukuka uygunluk nedenlerinden faydalanamayacak ve kanunda yazılı ceza ile karşı karşıya gelecektir⁵⁶⁹. Bu durumda kazanç müsaderecinin uygulanmasında da bir engel kalmayacaktır⁵⁷⁰.

Hukuka uygunluk nedenlerinde bir diğer sınırın aşılması hali, taksirle yapılan sınır aşımı halidir. Kanun koyucu hukuka uygunluk hallerinde sınırın taksirle aşılması halinde; fiil taksirle işlenen bir suç olmak şartıyla, cezada indirim yapılarak hüküm kurulmasını öngörmüştür. Yani fail taksirli sorumluluk nedeniyle cezalandırılmaktadır. Bu durumda kazanç müsaderecinin uygulanıp uygulanmayacağı önem arz etmektedir. Kazanç müsaderecinin yukarıda da; açıkladığımız üzere ön şartlarından biri, kasten işlenebilen hukuka aykırı bir fiilin varlığıdır. Bu nedenle taksirli suçlarda kazanç müsaderecinin uygulanması söz

⁵⁶⁵İba, Hasan, **Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Unsurunda Hata**, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, 2023, s. 83; **Gedik**, s. 218.

⁵⁶⁶**Tunç**, s. 160.

⁵⁶⁷**Yerdelen**, s. 61.

⁵⁶⁸Dülger, Murat Volkan/Özkan, Onur/Bakdur, Merve, “Ceza Hukukunda Hata Ve Hataya Bağlanan Sonuçlar”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl 12, S 45, ss. 227 – 264, s. 242.

⁵⁶⁹İba, s. 160.

⁵⁷⁰**Acar**, s. 302; **Gedik**, s. 199.

konusu olmayacağı için; hukuka uygunluk nedenlerinde sınır taksirle aşılsa bile, kazanç müsaderesinden söz etmek mümkün olmayacaktır⁵⁷¹.

2.3.2. Kusurluluğu Etkileyen Haller

Kusurluluk; kişinin işlediği fiil nedeniyle kınanabilmesi ve haksızlık yaratan fiilin failine yüklenebilmesidir⁵⁷². Failin kusurlu olması için de önce kusur yeteneği bulunmalıdır. Kusur yeteneği, kişinin suç işlediği anda kendisinde bulunması gerekli niteliklerin tamamıdır⁵⁷³. Bir olayda failin kusur yeteneğini etkileyen hallerin bulunması halinde, eylemin suç olma vasfı devam etmekte; ancak eylem nedeniyle fail ya cezalandırılmamakta ya da cezası azaltılmaktadır⁵⁷⁴. Çalışmamız açısından; kusurluluk, failin cezalandırılabilmesi için bir şart olarak karşımıza çıkarken, kazanç müsadere uygulaması için gerekli değildir. Gerçekten de 5237 sayılı TCK’ da güvenlik tedbiri olarak düzenlenen kazanç müsadere için hukuka aykırı tipik fiilin varlığı yeterlidir. Ayrıca bu fiilden dolayı failin kınanabilir olması, müsadere bakımından gerekli değildir⁵⁷⁵.

Kusurluluğu etkileyen haller 5237 sayılı TCK’nın genel hükümler bölümünde ikinci kısım ikinci bölüm altında ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan haller başlığı altında düzenlenmiştir. Kusurluluğu kaldıran veya azaltan nedenler bakımından genel açıklamaları ve kazanç müsadere uygulaması uygulanmayacağını bu kısımda tartışıp; zorunluluk hali, yaş küçüklüğü ve kusurluluğu ortadan kaldıran hatanın özellik arz etmesi nedeniyle, alt başlıklar altında değerlendireceğiz.

Hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması halini yukarıda açıklamıştık. Ancak 5237 sayılı yasanın getirdiği bir yenilik olarak; meşru müdafaada sınırın aşılması hali, kanunda yeni bir mazeret nedeni olarak yerini almıştır⁵⁷⁶. Meşru müdafaada sınırın aşılması

⁵⁷¹ **Acar**, s. 302; **Tünay**, s. 79; **Gedik**, s. 199; *Soygüt Arslan*; müsadere için suçun taksirle veya kasten işlenmesinin bir önemi olmadığı özellikle taşınması, üretimi, bulundurulması, kullanılması, alımı ve satımı suç oluşturan eşyanın her halükarda müsadere edileceği görüşündedir. Yazar, TCK md. 185’de düzenlenen zehirli madde katma fiilinin taksirli işlenmesi durumunda elde edilen kazancın failde bırakılmasının düşünülemeyeceğini örnek göstermektedir. **Soygüt Arslan**, s. 259 – 260.

⁵⁷² **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 563; **Demirbaş**, s. 386; **Centel/Zafer/Çakmut**, s. 359; **Öztürk/Erdem**, s. 309; **Hafızoğulları/Özen**, s. 243; **Meraklı**, s. 32.

⁵⁷³ **Demirbaş**, s. 364, **İçel(Genel Hükümler)**, s. 375.

⁵⁷⁴ **Meraklı**, s. 359, Yüce, Emine Kabak, **Kusur Esasına Dayalı Olarak Cezanın Belirlenmesi** (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2022, 206 - 207.

⁵⁷⁵ **Altuğ**, s. 222-223; **Acar**, s. 296; **Certel**, s. 55; **Dalkılıç**, s. 93; “...Ceza hukukunun güvence fonksiyonu güvenlik tedbirleri bakımından da geçerlidir. Buna göre, eğer kusur haksızlığın unsuru olarak kabul edilirse, somut olayda kusurluluğu kaldıran sebeplerin bulunması halinde bir haksızlıktan bahsedilemeyeceğinden fail hakkında güvenlik tedbirinin uygulanmasının zemini de kalmamış olacaktır. Oysa kusurluluk, işlemiş olduğu fiilden dolayı fail hakkında kınama yargısında bulunulması şeklinde anlaşılacak olursa, ortada haksızlık teşkil eden fiil bulunduğu için güvenlik tedbirlerinin uygulanması mümkün hale gelecektir” **Koca / Üzümez**, s. 311; **Soygüt Arslan**, s. 253.

⁵⁷⁶ **Akbulut(Genel Hükümler)**, s. 667; Tan, Mehmet, **TCK Genel Hükümler**, 1. Cilt, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 968; **Mahmutoğlu/Karadeniz**, s. 627.

5237 sayılı yasanın 27/2. maddesinde “*Meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez*” şeklinde düzenlenmiştir. Burada önemli olan sınırın kasten aşılması değildir. Fail sınırı kasıtlı da aşabilir. Ancak önemli olan, saldırı nedeniyle failin içine düştüğü psikolojik durumun maruz görülüp görülemeyeceğidir⁵⁷⁷. Failin içine düştüğü psikolojik durumla sınırı aşması mazur görülemez ise, meşru müdafaada sınırın aşılması (TCK md. 27/2) hükmünden faydalanamaz ve işlediği fiil nedeniyle cezalandırılır⁵⁷⁸. Ayrıca böyle bir durumda kazanç müsadereci de uygulanacaktır. Sınır kabul edilebilir heyecan, korku veya telaştan dolayı aşılmış ise fail hakkında CMK 223/3-c maddesi gereği “*ceza verilmesine yer olmadığı*” kararı verilecektir⁵⁷⁹. Gerek meşru müdafaada sınırın aşılması mazeret sebebinin 5237 sayılı TCK’da açıkça mazeret sebebi olarak düzenlenmesi (maruz görülebilir ifadesi nedeniyle), gerekse 5271 sayılı CMK’ nın 223/3-c maddesi gereği fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi şeklindeki kanuni düzenlemeler esas alındığında; mahkeme, yargılama konusu olay bakımından hukuka aykırı fiili tespit edecek ancak faile atfedilebilir kusur olamadığı için ceza vermeyecektir⁵⁸⁰. Kazanç müsaderecinin uygulanması için de, hukuka aykırı fiilin varlığı ile fail veya eşyadaki tehlikelilik yeterli olduğu için yargılama sonunda mahkeme kazanç müsadereci hükmüyle cezalandırılacaktır⁵⁸¹.

Cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit hali durumu, 5237 sayılı TCK’nın 28. maddesinde “*Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu gibi hallerde, fiili gerçekleştiren failin iradesi karşı konulamaz şekilde üçüncü bir kişi tarafından baskı altına alınmaktadır⁵⁸². Bu nedenle kanun koyucu iradesi karşı konulamaz şekilde baskı altına alınan gerçek faili değil, eylemi gerçekleştirenin iradesini baskı altına alan üçüncü

⁵⁷⁷“...Kanun koyucu tarafından sadece meşru savunmaya ilişkin olarak kabul edilen ve anılan maddenin 2. fıkrasında düzenlenen mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelen nedenlerle sınırın aşılmasının olayda uygulanmasının söz konusu olup olmayacağına gelince; sanığın aralarında geçmişe dayalı husumet bulunan mağdurun kendisine saldırarak yere yatırmayı, vurmaya ve boğazını sıkmaya başlaması, mağdurun kardeşi B.’in da ayaklarından tutması nedeniyle tüm çabasına rağmen ellerinden kurtulamaması göz önüne alındığında, meşru savunmada sınırın mazur görülebilecek bir heyecan, korku ve telaş ile aşıldığının kabulü zorunludur. Sanığın, maruz kaldığı saldırının etkisiyle içine düştüğü psikolojik hal nedeniyle heyecanlanması, paniğe kapılması ve hatta korkması, bunun sonucunda da meşru savunma sınırını aşması hayatın olağan akışında beklenebilecek bir durum olup, somut olayda TCK’nın 27. maddesinin 2. fıkrasının uygulanma şartları gerçekleşmiştir” YCGK, 2012/1-1286 E. - 2013/264 K., 28.05.2013 T., **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 12/09/2023).

⁵⁷⁸ **Mahmutoğlu/Karadeniz**, s. 641 – 642.

⁵⁷⁹ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 417.

⁵⁸⁰ **Demirbaş**, s. 361.

⁵⁸¹ **Acar**, s. 303, **Gedik**, s. 199 – 200; **Tünay**, s. 80 Karşı görüş için bkz. **Soygüt Arslan**, s. 312, **Bakıcı**, s. 1246.

⁵⁸² **Koparan**, M. Reşat, “TCK Genel Hükümler Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Ve Azaltan Sebepler” , **TBB Dergisi**, Sayı 64, 2006, ss. 337- 367, s. 349 – 350.

kişiyi sonuçtan sorumlu tutmaktadır⁵⁸³. Cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit hali durumunda, tipe uygun fiil suç olma vasfını korumaktadır. Ancak suç nedeniyle iradesi baskı altında olan gerçek failin, aslında kanuna karşı gelme iradesi olmadığı için, gerçek fail kusurlu kabul edilmemektedir ve ortaya çıkan sonuç nedeniyle kınanmamaktadır (CMK 223/3-b)⁵⁸⁴. Bu durumda üçüncü şahıs ise sonuçtan sorumlu olmaktadır. Cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit hali durumunda; yargılama sonunda hukuka aykırı fiilin tespiti yapıldığı için ve failin veya eşyanın tehlikeliliği de devam ettiğine göre, kazanç müsaderesinin yapılmasında da engel bulunmamaktadır⁵⁸⁵.

Haksız tahrik 5237 sayılı TCK'nın 29. maddesinde *“Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onsekiz yıldan yirmidört yıla ve müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir”* şeklinde yer almaktadır. Kanun koyucu, failin suç işlemesinden önce mağdurun hukuka aykırı davranışları ile failin iradesinde baskı oluşturmamasını cezada indirim nedeni saymıştır⁵⁸⁶. Yani haksız tahrik hali kusuru etkileyen ancak tamamen ortadan kaldıran bir hal değildir⁵⁸⁷. Bu durumda yargılama sonunda hukuka aykırı fiil tespiti nedeniyle faile indirimli ceza verileceğinden dolayı, hükümle birlikte kazanç müsaderesinin uygulanması için de hiçbir engel yoktur⁵⁸⁸.

Akıl hastalığı 5237 sayılı TCK'nın 32. maddesinde düzenlenmiştir⁵⁸⁹. Kanun koyucu akıl hastalığını, kusuru tam olarak ortadan kaldıran tam akıl hastalığı ve kusuru azaltan (ceza

⁵⁸³Çelik, Orhan, **Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Veya Azaltan Sebepler** (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır, 2014, s. 118 – 119; **Zafer**, s. 439-440 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Tan(1. Cilt)**, s. 1004 vd.

⁵⁸⁴Çelik (Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Veya Azaltan Sebepler), s. 115; **Koparan**, s. 349; **Öztürk/Erdem**, s. 324-325; **Mahmutoğlu/Karadeniz**, s. 652 vd; **Koca/Üzülmez**, s. 356-358.

⁵⁸⁵**Acar**, s. 296; **Gedik**, s. 196; **Çelik (Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Veya Azaltan Sebepler)**, s. 2 Karşı görüş için bkz. **Soygüt Arslan**, s. 255.

⁵⁸⁶Kangal, Zeynel Temel, “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIV, S 3-4, 2010, ss. 19-68, s. 19-20; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 418 vd.; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 587-588.

⁵⁸⁷Dönmez, Burcu Demren, “Ceza Sorumluluğunu Azaltan Bir Neden Olarak Haksız Tahrik”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXXI, S 1, 2013, ss. 267-294, s. 267 – 268; **Centel/Zafer/Çakmut**, s. 442.

⁵⁸⁸**Acar**, s 296; Bostancı, Gülşah, **Haksız Tahrik** (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2013, s. 31; **Soygüt Arslan**, s. 255.

⁵⁸⁹**TCK md. 32 “(1) Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. Ancak, bu kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmolunur. (2) Birinci fıkrada yazılı derecede olmamakla birlikte işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişiye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmibeş yıl, müebbet hapis cezası yerine yirmi yıl hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek ceza, altıda birden fazla olmamak üzere indirilebilir. Mahkûm olunan ceza, süresi aynı olmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir”.**

indirimi öngören) kısmi akıl hastalığı olarak düzenlemiştir⁵⁹⁰. Kısmi akıl hastalığı durumunda kazanç müsadereci bakımından bir özellik söz konusu değildir. Kısmi akıl hastalığı durumunda fail hakkında kamu davası açılacak, mahkeme tarafından hukuka aykırı fiil tespiti yapılacak, fail hakkında verilen cezadan indirim uygulanıp mahkûmiyet kararı kurulacaktır. Bu kararla birlikte kazanç müsadereci de hüküm altına alınacaktır. Tam akıl hastalığında ise, yine kamu davası açılacak ancak fail hakkında CMK 223/3-a maddesi gereği ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir. Ancak kazanç müsadereci bakımından mahkûmiyet gerekli değildir. Mamafih mahkeme, yargılama sonunda hukuka aykırı fiil tespiti ile kazanç müsadereci hüküm altına alacaktır⁵⁹¹.

Sağır ve dilsizlik hali, 5237 sayılı yasanın 33. maddesinde düzenlenmiştir⁵⁹². Sağır ve dilsizlik hali bakımından TCK'nın 31. maddesinde yer alan yaş küçüklüğüne atıf yapılmıştır. Fakat kanun koyucu, sağır ve dilsizlerin gelişiminin daha geç olacağı kabulünden hareketle, sağır ve dilsizler için çocuklardan farklı olarak 3 yaş ileri olacak şekilde yaş kategorileri (0-15 yaş gurubu, 15-18 yaş gurubu ve 18-21 yaş gurubu) belirlemiştir⁵⁹³. Çalışmamız açısından özellik arz eden yaş küçüklüğü aşağıda ayrıyeten incelenecek olup; sağır ve dilsizlik hali için, yaş küçüklüğünde yaptığımız tüm tespitler, sağır ve dilsizler için belirlenen yaş kategorilerine uyulmak şartıyla, sağır ve dilsizlik hali için de geçerlidir. Bu bakımdan kusur yeteneğini azalttığı için faile daha az ceza verilen durumlar ile kusur yeteneğini ortadan kaldırdığı için faile ceza verilmeyen sağır ve dilsizlik hallerinde, yine kazanç müsadereci uygulaması yapılacaktır⁵⁹⁴.

Kanun koyucu 5237 sayılı TCK'nın 34. maddesinde geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu maddenin etkisi altında suç işlenmesi halini düzenlemiştir⁵⁹⁵. Geçici neden; akıl hastalığı niteliğinde olmayan ancak sürekli nitelikte olmayan (geçici nitelikte) fakat algılama

⁵⁹⁰ **Demirbaş**, s. 375; **Koca/Üzülmüş**, tam akıl hastalığı ve kısmi akıl hastalığı ayrımını doğru görmemekle birlikte; akıl hastalığının algılama ve irade yeteneği üzerindeki etkisini esas almaktadır. Bundan dolayı yazarlar, kusur yeteneğini tamamen ortadan kaldıran veya kusur yeteneğini azaltan akıl hastalığı terimlerini tercih etmektedir. **Koca/Üzülmüş**, s. 327-328.

⁵⁹¹ **Acar**, s. 280 – 281; **Gedik**, s. 194 – 196; **Soygüt Arslan**, s. 255; **Okuyucu Ergün**, s. 179.

⁵⁹² **TCK md. 33** “(1) Bu Kanunun, fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocuklara ilişkin hükümleri, onbeş yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında; oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanlara ilişkin hükümleri, onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında; onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olanlara ilişkin hükümleri, onsekiz yaşını doldurmuş olup da yirmibir yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında da uygulanır”.

⁵⁹³ **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 625-626; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 376-377; **Centel/Zafer/Çakmut**, s. 417-418; **Demirbaş**, s. 380.

⁵⁹⁴ **Gedik**, s. 194-196.

⁵⁹⁵ **TCK md. 34** “(1) Geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. (2) İrادی olarak alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisinde suç işleyen kişi hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz”.

veya idrak yeteneğini ortadan kaldıran veya önemli derece azaltan durumdur⁵⁹⁶. Örneğin; failin hipnotize halinde suç işlemesi halinde faille ceza verilmeyecektir⁵⁹⁷. Yine, iradesi dışında alkol veya uyuşturucu madde aldırılan failin suç işlemesi halinde o fail bakımından ceza verilmeyeceği kanunda hüküm altına almıştır. Örneğin içtiği meyve suyuna alkol karıştırılıp sarhoş edilen kişinin suç işlemesi durumunda, bu kişi cezalandırılmayacaktır. Ancak her iki hal bakımından faille ceza verilmemesi için kanun koyucu failin iradesinin tam olarak baskılanmasını (işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan) aramaktadır. Her iki hal bakımından da kamu davası savcılık tarafından açılacak ancak yargılama sonunda mahkeme tarafından CMK 223/3-a maddesi gereği “ceza verilmesine yer olmadığı kararı” verilecektir⁵⁹⁸. Mahkeme yargılama esnasında hukuka aykırı fiilin tespitini yapacağı için hükümle birlikte kazanç müsadere kararı da verecektir⁵⁹⁹.

2.3.2.1. Zorunluluk Hali

Zorunluluk hali 5237 sayılı TCK’nın 25/2. maddesinde “*Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faille ceza verilmez*” şeklinde düzenlenmiştir.

Zorunluluk hali, kişinin karşılaştığı ağır ve muhakkak bir tehlikeye karşı içgüdüsel olarak kendini veya bir başkasını korumak istemesi ve bu koruma esnasında tehlikenin kaynağına veya tehlikenin kaynağı ile ilgisi olmayan bir üçüncü kişinin haklarına tehlike ile orantılı zarar vermesi olarak tanımlanabilir⁶⁰⁰. Zorunluluk halinde kişinin iradesi o kadar baskılanmaktadır ki; fail içgüdüsel olarak kendini veya bir başkasını korumak amacıyla suç işlemektedir. Kanun koyucu failin iradesinde dışardan bir nedenle oluşan bu baskıya önem vermekte ve onu iradesi serbest bir kişinin suç işlemesi ile aynı olarak görmemektedir⁶⁰¹.

⁵⁹⁶Demirci, Summani, *Tıbbi Yönden Ve Ceza Hukuku Yönünden Geçici Nedenler, Alkol Veya Uyuşturucu Madde Etkisinde Olmanın Değerlendirilmesi* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2022, s. 122; **Mahmutoğlu/Karadeniz**, s.795; **Tan(1. Cilt)**, s. 1282-1283; **Hafizoğulları/Özen**, s. 401-402; **Demirbaş**, s. 381.

⁵⁹⁷**Demirci**, s. 123; **Koca/Üzülmez**, s. 330.

⁵⁹⁸**Bıçak**, s. 623.

⁵⁹⁹**Gedik**, s. 194 – 196; **Dalkılıç**, s. 92 – 93.

⁶⁰⁰**Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 574; Şare, Ersin, “Türk Ceza Hukukundaki Zorunluluk Haline Genel Bir Bakış”, **Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, S 2, 2022, ss. 59 – 92, s. 59.

⁶⁰¹**Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 575; **İçel(Genel Hükümler)**, s. 330; Kangal, Zeynel Temel, **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu(Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu)**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 71 -72; **Koca/Üzülmez**, s. 346; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 383.

Kazanç müsadereisinin uygulanması açısından zorunluluk halinin hukuki niteliği üzerinde durulması zorunludur. Çünkü kabul edilen hukuki niteliğe göre müsaade uygulaması değişecektir. Öğretide, zorunluluk halinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Kurumun, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler bölümünde, hukuka uygunluk nedenleri ve kusuru etkileyen haller ile birlikte düzenlenmesi, tartışmaların artmasına ve kurumun hukuki niteliğinin tespitinin zorlaşmasına neden olmuştur⁶⁰². Öğretide bir kısım yazarlar, zorunluluk halini hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmektedir. Zorunluluk halini hukuka uygunluk nedeni olarak kabul eden yazarlar; görüşlerini açıklarken, zorunluluk halinin insanın kendini koruma içgüdüğü ve endişesi ile hareket etme nedenine dayanmaktadır⁶⁰³.

Öğretide diğer bir görüşe göre; zorunluluk hali, kusurluğu kaldıran bir sebeptir. 5271 sayılı kanununda düzenlenen hüküm çeşitlerine ilişkin maddede (CMK md. 223/3-b); zorunluluk halinin kusuru kaldıran sebep olarak düzenlenmesi, bu görüşün temelini oluşturmaktadır⁶⁰⁴.

Bizim de katıldığımız bu görüşteki yazarların ifade ettiği üzere zorunluluk hali kusurluluğu kaldıran bir mazeret nedenidir. Bu görüşün temelini ise; zorunluluk halinin madde gerekçesinde kusuru ortadan kaldıran sebep olarak açıklanması, 5271 sayılı kanunun 223/3-b maddesinde zorunluluk halinde kusurun bulunmaması nedeniyle “ceza verilmesine yer olmadığı kararı” verilecek olması ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda kurumun hukuka uygunluk nedeni olarak sayılmasına rağmen aynı kanunun 64. maddesinde tazminat ödenmesi için hakime takdir yetkisi tanınması şeklindeki gerekçeler oluşturmaktadır⁶⁰⁵. Yargıtay da zorunluluk halini, kusurluluğu ortadan kaldıran mazeret nedeni olarak görmektedir⁶⁰⁶.

Öğretide son görüş ise; zorunluluk halinin hem hukuka uygunluk nedeni, hem de kusurluluğu kaldıran mazeret nedeni olduğu yönündedir. Bu görüşte olan yazarlara göre, zorunluluk halinin hukuki niteliği somut olayın özelliklerine göre belirlenmelidir. Somut

⁶⁰² Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 383.

⁶⁰³ Zafer, s. 383; Öztürk/Erdem, s. 283; İçel, s. 330-331; Centel/Zafer/Çakmut, s. 326-327.

⁶⁰⁴ Hakeri, s. 408.

⁶⁰⁵ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 573, Kan, Çağrı, **Türk Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 142 – 144; Koca/Üzülmüş, s. 347; Mahmutoglu/Karadeniz, s. 542; Akça, İsmail, **Türk Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali** (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2016, s. 48 – 49; Akbulut(Genel Hükümler), s. 657.

⁶⁰⁶ “Yeni sistemde, başlıca dört hukuka uygunluk nedeninden bahsedilmektedir. Bunlar; meşru savunma, hakkın kullanılması, kanunun emrini ifa ve ilgilinin rızasıdır. Hukuka uygunluk nedeninin bulunması, eylemin suç olmasını engelleyeceğinden, bu durumda fail hakkında beraat kararı verilmesi gerekecektir. Buna karşılık, bir hukuka uygunluk nedeni değil, 27. maddenin 1. fıkrasındaki durum itibarıyla kusurluluğu azaltan, 27. maddenin 2. fıkrasındaki durum itibarıyla da kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerden bir tanesidir. Başka bir deyişle, hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde 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, 2007/1-281 E. – 2008/37 K., 26.02.2008 T., Sinerji Mevzuat Programı (Erişim Tarihi: 07/04/2024).

olayda; failin korumaya çalıştığı hakkı, ihlal edilen üçüncü kişinin hakkına göre önemli ölçüde üstün ise, zorunluluk hali bir hukuka uygunluk nedenidir. Fakat haklar arasında önemli ölçüde bir üstünlük yoksa veya eşitlik söz konusu ise, bu durumda zorunluluk hali kusurluluğu kaldıran bir mazeret nedenidir⁶⁰⁷.

Zorunluluk halinin hukuki niteliğinin hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi durumunda, ortada tipik hukuka aykırı bir fiilden söz edilemeyeceği için kazanç müsadereci uygulaması da yapılamaz. Fakat zorunluluk halinin bizim de katılımımız görüşe göre; kusurluluğu kaldıran mazeret nedeni olarak kabul edilmesi halinde, faile ceza verilmeyecek ancak hukuka aykırı tipik fiilin tespiti yapılacağı için, kazanç müsadereci uygulaması da yapılacaktır⁶⁰⁸.

2.3.2.2. Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Hata

Kusurluluğu ortadan kaldıran hata halleri, TCK'nın 30/3. ve 4. maddelerinde yer alan ceza sorumluluğunu kaldıran hata ile haksızlık hatasıdır⁶⁰⁹. Öncelikle ceza sorumluluğunu azaltan hata hallerinde (örneğin haksız tahrikin unsurlarında hata) kusurluluk tamamen ortadan kalkmamaktadır. Bu nedenle yargılama sonunda hukuka aykırı fiil tespiti yapıp fail indirimli şekilde cezalandırılacaktır⁶¹⁰. Bu durumda kazanç müsaderecinin uygulanacağı da açıktır.

Kusurluluğu tamamen ortadan kaldıran hata hallerinde (gerek ceza sorumluluğunu kaldıran gerekse haksızlık hatası halinde) faile ceza verilmeyecektir⁶¹¹. Her iki halde de kanun koyucu, kaçınılmaz bir şekilde hataya düşme durumuna değer vermektedir⁶¹². Kanun koyucu kaçınılmaz ifadesini kullanarak failin eyleminin hukuka aykırılığını kabul etmekte fakat failin iradesinin engel olunmaz şekilde baskılanması nedeniyle onu kusurlu kabul etmemektedir⁶¹³. Ayrıca kanun koyucu 5271 sayılı CMK'nın 223/3-d maddesinde kusurluluğu etkileyen hata halinde beraat kararı yerine “ceza verilmesine yer olmadığı” kararı verileceğini öngörerek, her iki hata hali bakımından fiilin hukuka aykırılığının ortadan kalkmadığı ancak kanun

⁶⁰⁷ Kangal(Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu), s. 47; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 390; Demirbaş, s. 317; Öztürk/Erdem, s. 283-284.

⁶⁰⁸ Hakeri, s. 409; Akça, s. 23; Kangal(Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu), s. 210.

⁶⁰⁹ Acar, s. 296; Akbulut(Genel Hükümler), s. 705; Özgenç, s. 489 vd.; Soyaslan, s. 459 vd.; Dülger(Genel Hükümler), s. 637 vd.

⁶¹⁰ Dülger/Özkan/Bakdur, s. 247 – 248.

⁶¹¹ Dülger/Özkan/Bakdur, s. 247, Heinrich, Bernd, **Ceza Hukuku Genel Kısım II**, Editör Yener Ünver, Çevirenler Hakan Hakeri, Yener Ünver, Veli Özer Özbek, Özlem Yenerer Çakmut, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, Gülsün A. Aygörmez Uğurlubay, Ramazan Barış Atladı, Erdal Yerdelen, İlker Tepe, Serkan Meraklı, Atacan Bozyel, Emine Kabak Yüce, Merve Selin Şohoğlu, İlhan Bulut, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 214 - 219.

⁶¹² Dülger/Özkan/Bakdur, s. 247; Tunç, s. 62.

⁶¹³ İba, s. 198 – 199; Şen, Ersan, **Esaslı Hata ve Kaçınılmaz Hata**, <https://www.hukukihaber.net/esasli-hata-ve-kacinilmaz-hata> (ErişimTarihi: 17/09/2023).

koyucu tarafından failin kınanamayacağına vurgu yapılmak istenmiştir⁶¹⁴. Tüm bu hallerde mahkeme yargılamaya devam etmekte hukuk aykırı fiili tespit etmektedir. Bu nedenle yargılama sonunda faile ceza verilme bile, hükümle birlikte kazanç müsadereyi uygulanabilecektir⁶¹⁵.

Çalışmamız açısından bu kısımda tartışılması gereken, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatadır. 5237 sayılı kanunda ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler bakımından hata, kanunun 30/3. maddesinde düzenlenmiştir. Fakat hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata ise, aslında bir unsur hatasıdır ve unsur hatası da kanunun 30/1. maddesinde düzenlenmiştir. Sorun kanunun sistematüğinden kaynaklanmaktadır. Çünkü hukuka uygunluk nedenleri, ceza kanunumuzda ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler bölümünde sistematik bir ayrıma gitmeksizin düzenlenmiştir⁶¹⁶. Bu durumda hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata, TCK md. 30/1 kapsamında unsur hatası mı, yoksa TCK md. 30/3 kapsamında kusurluluğu ortadan kaldıran bir hata mı olarak düzenlediği hususu, tartışmalara yol açmaktadır. Çalışmamız bakımından ise; hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatanın, unsur hatası (TCK md. 30/1) veya kusurluluğu ortadan kaldıran hata (TCK md. 30/3) olarak kabulüne göre, kazanç müsadereyi uygulamasında da farklılıklar olacaktır.

Bizim de katıldığımız öğretideki bir kısım yazarlar; hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatayı, TCK md. 30/1 kapsamında unsur hatası olarak ele almakta ve bu hatanın kastı kaldırdığını ifade etmektedirler. Yazarlar görüşlerini, hukuka aykırılığın tipikliğin bir unsuru olmasına dayandırmaktadır. Buna göre, hukuka uygunluk nedenlerinin şartları, tipikliğin olumsuz (negatif) unsurları olarak anlaşılmalıdır. Bu nedenle hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata halinde fail kasten hareket etmiş olmaz ancak failin hatası kaçınılmaz olarak addedilirse, bu durumda failin taksirli halden sorumluluğu kabul edilecektir. Hata kaçınılmaz ise failin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır⁶¹⁷.

Diğer görüşte olan yazarlar ise; hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatayı, kusurluluğu kaldıran hata (TCK md. 30/3) olarak kabul etmektedirler. Bu görüşü savunan yazarların gerekçesi, hukuka uygunluk nedenlerinde hataya düşülmesi halinin bir haksızlık yanılığı olmasıdır. Bu bakımdan hata kaçınılmaz ise, failin kusuru ortadan kalkmakta fakat hata kaçınılmaz ise, failin kasıtlı fiil nedeniyle sorumluluğu kabul

⁶¹⁴Yavuz, Hakan A. , “Türk Ceza Hukukunda Haksızlık Hatası” , **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl 12, S 46, ss. 201 – 254, s. 215 – 216; **Akbulut(Genel Hükümler)**, s. 705; **Özgenç**, s. 490,

⁶¹⁵**Kan**, s. 24; **Dalkılıç**, s. 93.

⁶¹⁶**Dülger(Genel Hükümler)**, s. 635.

⁶¹⁷**Koca/Üzülmez**, s. 298 vd.; **Dülger(Genel Hükümler)**, s. 636; **Akbulut(Genel Hükümler)**, s. 608; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 436; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 648; **Soyaslan**, s. 464.

edilmektedir. Hatanın kaçınılabilir olması halinde cezanın alt sınırdan veya alt sınıra yakın olarak belirlenmesi gerektiği yazarlar tarafından ifade edilmektedir. Ayrıca bu görüşü savunun yazarlar, ceza hukukunda hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatanın, TCK md. 30/1’ de düzenlenen unsur hatası olarak kabul edilmesini kıyas yasağı ilkesine de aykırı bulmaktadırlar⁶¹⁸. Yargıtay da hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatayı, mevcut düzenleme doğrultusunda kusurluluğu kaldıran hata olarak kabul etmektedir⁶¹⁹.

Tüm bu bilgiler ışığında; hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata halinin; bizim de katıldığımız TCK md. 30/1 kapsamında unsur hatası olarak kabul edilmesi halinde, failin kasten hareket etmediği kabul edilecek ve taksirli eylem durumunda kazanç müsadereci mümkün olmadığı için, müsadere kararı da verilemeyecektir. Ancak hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata hali, TCK md. 30/3’ de düzenlenen kusurluluğu kaldıran hata olarak kabul edilmesi halinde ise; kusurun kazanç müsadereci uygulamasına etkisi olmadığından ve yargılama esnasında hukuka aykırı tipik fiilin tespiti mümkün olduğundan dolayı, kazanç müsadereci uygulaması da yapılacaktır⁶²⁰.

2.3.2.3. Yaş Küçüklüğü

Kusurluluğu etkileyen hallerden olarak yaş küçüklüğü; 5237 sayılı yasanın 31. maddesinde düzenlenmiştir⁶²¹. Kanunun düzenlenme şekline göre yaş küçüklüğü (fiilin

⁶¹⁸ Zafer, s. 414-416; Öztürk/Erdem, s. 329-331.

⁶¹⁹ “...Eşi ve iki çocuğuyla birlikte yaşayan sanığın, etrafı duvarla çevrili sitede bulunan 3 katlı müstakil evinin birinci katında yer alan yatak odasında, eşi maktul ile bulunduğu sırada, pencereden ses gelmesi üzerine, yanında yatan eşi maktulün yatakta bulunup bulunmadığını kontrol etmek, ışığı açarak odayı aydınlatmak, işittiğini belirttiği sesin geldiği yöne seslenmek gibi basit bir dikkat veya özenli davranış göstermiş olması durumunda, kendisine yönelmiş bir saldırının bulunmadığını anlayabilecek durumda olmasına karşın, herhangi bir uyarıda bulunmadan, dışarıdan sızan ışığın etkisi ile alaca karanlık olan yatak odasında, yastığının altında muhafaza ettiği yarı otomatik tabancayı eline alıp 13 kez ateşleyerek yaklaşık 4 metre mesafedeki maktulü her biri öldürücü nitelikte 3 isabetle yaralayarak öldürmüş olması karşısında; sanığın daha dikkatli ve özenli davranması durumunda ateş ettiği kişinin, kendisine yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırı içindeki bir hırsız olmadığını anlayabileceği, bu nedenle sanığın bu hatasının kaçınılmaz nitelikte bir hata olmadığı, sanığın TCK’nın 30. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususundaki hata hükmünden yararlanamayacağı kabul edilmelidir.” YCGK, 2018/27 E. – 2019/64 K., 07.11.2019 T., Sinerji Mevzuat Programı (Erişim Tarihi: 07/04/2024).

⁶²⁰ Altuğ, s. 222; Dalkılıç, s. 92; Acar, s. 296.

⁶²¹ TCK md. 31 “(1) Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir. (2) (Değişik: 29/6/2005 – 5377/5 md.) Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması hâlinde ceza sorumluluğu yoktur. Ancak bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. İşlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı hâlinde, bu kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde oniki yıldan onbeş yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan onbir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların yarısı indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası yedi yıldan fazla olamaz. (3) (Değişik: 29/6/2005 – 5377/5 md.) Fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde onsekiz yıldan yirmidört yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde oniki

işlendiği sırada) üç farklı kategoriye ayrılmıştır. Bunlar 0-12 yaş gurubu çocuklar, 12-15 yaş gurubu çocuklar ve 15-18 yaş gurubu çocuklardır. Kanun koyucu kusurluluğu etkileyen neden olarak yaş küçüklüğünü, yaş kategorilerine göre cezayı ortadan kaldıran ve azaltan neden olarak düzenlemiştir⁶²². Kanundaki düzenlemeye göre; 15-18 yaş gurubu ile fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama veya davranışlarını yönlendirme yeteneği olan 12-15 yaş gurubu çocuklar için, suç nedeniyle oluşturulan mahkûmiyet halinde cezadan indirim yapılması öngörülmüştür. Bu durumda mahkeme, çocuk hakkında yargılamaya devam edecek ve hukuka aykırı tipik fiilin tespitiyle mahkumiyet hükmü kuracaktır. Bu hükümle ile birlikte kazanç müsadereğine de hükmedecektir⁶²³.

0-12 yaş gurubu çocuk için hiç yargılama yapılmayıp kimlik tespiti ile yetinilecektir. Yani suç işleyen çocuk hakkında kimlik tespiti yapıp Savcılık tarafından takipsizlik kararı verilecektir⁶²⁴. Yine fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılamayan veya davranışlarını yönlendirme yeteneği gelişmemiş olan 12-15 yaş gurubu çocuklar bakımından bu tespit bilirkişi tarafından yaptırılıp Savcılık tarafından kamu davası açılacak ancak mahkeme tarafından suç işleyen çocuk hakkında CMK 223/3-a maddesi gereği ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir⁶²⁵.

Yaş küçüklüğü bakımından asıl tartışılması gereken; 0-12 yaş arası çocukların ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılamayan veya davranışlarını yönlendirme yeteneği gelişmemiş olan 12-15 yaş gurubu çocuklar bakımından ceza verilmemesinin, kazanç müsadereğine ne şekilde etki edeceğidir. Kanun koyucu 54. maddenin gerekçesinde “...Yapılan yeni düzenleme ile getirilen temel değişiklik, müsadereğin hukukî niteliğinin bir güvenlik tedbiri olduğunun kabul edilmesidir. İşte bu nedenledir 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, müsadereğine hükmedilebilecektir” ifadelerine yer vererek her iki halde de kazanç müsadereğinin uygulanacağını öngörmüştür⁶²⁶.

yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların üçte biri indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası oniki yıldan fazla olamaz”.

⁶²²Koca/Üzülmez, s. 318 – 319; Demirbaş, s. 368.

⁶²³Aslan, Beşir, **Ceza Hukukunda Yaş Küçüklüğü**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 69; Dalkılıç, s. 93.

⁶²⁴Çiçek, Tahsin Furkan, **Türk Ceza Hukukunda Kusur Yeteneğini Etkileyen Bir Hal Olarak Yaş Küçüklüğü** (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2017, s. 118; Tan(1. Cilt), s.1202-1203; Dülger(Genel Hükümler), s. 553; Akbulut(Genel Hükümler), s. 631-632.

⁶²⁵Çiçek, s. 120; Akbulut(Genel Hükümler), s. 634.

⁶²⁶Acar, s. 280; Çiçek, s. 53.

Madde metni kazanç müsadere için bir suçun varlığını yeterli görüp mahkûmiyetin gerekli olmadığını ifade etse de; 0-12 yaş gurubu çocuklar için ceza kovuşturması yapılamayacağından dolayı, hukuka aykırı fiilin tespitin nasıl yapılacağını düzenlememiştir. Bu durumda CMK md. 256’da düzenlenen esas yargılama ile birlikte görülmeyen yani ayrı müsadere davası ile sorunun çözülebileceği kanaatindeyiz. Sağır ve dilsizlik hali (TCK md. 33) için de kanunda yaş küçüklüğüne atıf bulunmaktadır. Bu nedenle yaş küçüklüğü için yaptığımız açıklamalar, sağır ve dilsizlik hali için de geçerlidir.

2.3.3. Muhakeme Şartının Eksik Olduğu Haller

Muhakeme şartı, soruşturmaya başlanması veya iddianame düzenlenmesi için yeterli şüphenin oluşmasına rağmen, kamu davasını açmak veya soruşturma işlemlerine başlayabilmek için ayrıca aranan nedenlerdir⁶²⁷. Muhakeme şartlarının eksikliği halinde; hukuka aykırı tipik fiilin tespitin yapıp yapılamayacağı ve bu nedenle kazanç müsadere sinin uygulanıp uygulanmayacağı, çalışmamız bakımından önem arz etmektedir. Çalışmamızın bu kısmında, bazı muhakeme şartlarının eksik olmasından dolayı, kazanç müsadere sinin nasıl uygulanacağı irdelenecektir.

2.3.3.1. Sanığın Ölümü

765 sayılı yasa döneminde sanığın ölümü halinde kamu davası 96. madde gereği ortadan kalkacağı için ve bir ceza mahkûmiyeti olmadığından (765 sayılı kanun bakımından mahkûmiyetin müsadere nin koşulu olması nedeniyle) müsadere kararı verilmemekteydi. Müsadere kararı verilmiş ise de, eşya sanığın mirasçılara iade edilmekteydi. Fakat bu uygulama 765 sayılı yasanın 36/2. maddesinde düzenlenen “*kullanılması, yapılması, taşınması, bulundurulması ve satılması*” cürüm ve kabahat oluşturan eşya için geçerli değildi. Çünkü kanun koyucu 765 sayılı TCK 36/2. maddede ceza mahkûmiyeti koşulunu kaldırdığı gibi, faile ait olmasa bile, eşyanın tehlikeliliğini öngörerek istisnai bir düzenlemeye gitmişti⁶²⁸.

Kanun koyucu 5237 sayılı TCK’da ise, 64/1. maddeyi “*Sanığın ölümü halinde kamu davasının düşürülmesine karar verilir. Ancak, niteliği itibarıyla müsadere ye tabi eşya ve maddi menfaatler hakkında davaya devam olunarak bunların müsadere sine hükmolunabilir*”

⁶²⁷ **Dülger/Taşkın**, s. 330; “Ceza muhakemesi hukukunda, soruşturma ve kovuşturmanın yapılabilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi aranabilir. Ayrıca, açılmış bulunan davaya bakılabilmesi, başka ifadeyle yargılama yapılabilmesi için de gereken bazı şartlar bulunmaktadır. İşte soruşturmaya başlanabilmesi, devam edilebilmesi ve kovuşturmaya başlanabilmesi için aranan şartlar ile mahkemenin yargılama yapabilmesi için aranan şartların hepsine topluca muhakeme engelleri denilmektedir.” **Ünver/Hakeri**, s. 130; **Centel/Zafer**, s. 722; **Bıçak**, s. 322; **Şahin/Göktürk**, s. 53.

⁶²⁸ **Acar**, s. 313 – 314; **Certel**, s. 70; **Soygüt Arslan**, s. 479.

şeklinde ihdas ederek tartışmaya son vermiştir. Kanun maddesinde geçen “*maddi menfaatlerden*” kasıt kazanç müsaderesidir. Failin soruşturma aşamasında ölmesi halinde takipsizlik kararı verilecek ve fakat CMK 256-259 maddeleri uyarınca kazanç müsaderesi uygulanacaktır. Yine fail kovuşturma aşamasında ölmüş ise; bu sefer de devam eden yargılama kazanç müsaderesi için sürdürülüp, düşme kararı ile birlikte kazanç müsaderesine hükmolunacaktır⁶²⁹. Ancak *Hakeri*, söz konusu hükmü, sanığın ölümünden önce hukuka aykırı fiilin ve müsaderenin ortaya konması gerekliliği yönünden eleştirmiştir. Yazar mahkûmiyet hükmü olmadan, müsaderenin özel bir yasal düzenleme ile mümkün olduğu aksi halde müsaderenin yapılamayacağı kanaatinde⁶³⁰. Belirtmek lazım gelir ki, sanığın yokluğunda devam olunan yargılamada, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında savunma hakkına riayet edilmeli ve kanaatimizce bu neviden bir halin varlığı, zorunlu müdafilik halleri arasında yer almalıdır.

2.3.3.2. Af Çıkarılması

Af, en kısa anlamıyla devletin cezalandırma yetkisinden vazgeçmesidir⁶³¹. Genel af ile özel af birbirinden farklı kurumlardır. Genel af, yargılamaya devam ederken davayı düşüren, yargılama kesinleştikten sonra mahkûmiyetin bütün sonuçlarını ortadan kaldıran yargısal nitelikli fakat yasama organınca çıkarılan bir kurumdur⁶³². Özel af ise; kesinleşmiş ceza bakımından cezayı kaldıran, hafifleten veya başka bir cezaya dönüştüren, sonuçları bakımından yargısal nitelikli olan fakat yasama veya yürütme organınca hayata geçirilen kamusal bir tasarruftur⁶³³.

Af kurumu öncelikle kaynağını 1982 Anayasasından alır. Anayasamız gerek genel gerekse özel af çıkarma yetkisinin kime ait olduğunu düzenlemiştir. Anayasanın 87. maddesi “...*Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile genel ve özel af ilânına karar vermek.*” ifadesini kullanarak yasama organını genel ve özel af çıkarmaya yetkili kılarken, 104. maddesi ise “...*Sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle*

⁶²⁹ **Acar**, s. 314 – 315.

⁶³⁰ **Hakeri**, s. 683-684.

⁶³¹ Keyman, Selahattin, **Türk Hukukunda Af** (Yayınlanmış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1965, s. Xıı; Bıçak, s. 332.

⁶³² Sözüer, Adem, “Türk Hukukunda Af, 4454 ve 4616 Sayılı Kanunlarda Öngörülen Şartla Salıverilme ve Ertelemeye İlişkin Hükümlerin Hukuksal Niteliği İle Bu Hükümlerin Anayasaya Uygunluğu Sorunu”, **Anayasa Yargısı**, Cilt 17, Sayı 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2001, ss. 219 - 253, s. 223; Dursun, Hasan, “Af Kavramına Genel Bir Bakış” , **TBB Dergisi**, Sayı 85, 2009, ss. 373-402, s. 383-384; **Ünver/Hakeri**, s. 138; **Bıçak**, s. 332.

⁶³³ **Centel/Zafer/Çakmut**, s. 772; Atilla, Mesude, “Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Hukukunda Af Kurumu” , **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı 1, Ankara, 2010, ss. 275 - 284, s. 277; Can, Sibel, “Türk Hukukunda Af Kurumu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 65, Sayı 4, Ankara, 2016, ss. 1291-1312, s. 1308.

*kişilerin cezalarını hafifletir veya kaldırır” ifadesi ile bazı hallerde Cumhurbaşkanına özel af çıkarma yetkisi vermektedir*⁶³⁴.

Af hususu 5237 sayılı yasada ise; 65. maddede “(1) Genel af halinde, kamu davası düşer, hükmolunan cezalar bütün neticeleri ile birlikte ortadan kalkar. (2) Özel af ile hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebilir veya infaz kurumunda çektirilecek süresi kısaltılabilir ya da adli para cezasına çevrilebilir. (3) Cezaya bağlı olan veya hükümde belirtilen hak yoksunlukları, özel affa rağmen etkisini devam ettirir” şeklinde düzenlenmiştir.

Genel veya özel af durumunda kazanç müsaderesinin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda 5237 sayılı yasadaki düzenleme 74. maddedir. Maddenin birinci fıkrasına göre “Genel af, özel af ve, müsadere olunan şeylerin veya nın geri alınmasını gerektirmez”. O halde burada ayrımın hükmün kesinleşmesine göre yapılması gerektiği açıktır. Genel veya özel af durumunda, kazanç müsaderesi kesinleşmiş ve kesinleşen karar gereği mülkiyeti devlete geçen değerler bakımından, devletin o değeri geri verme yükümlülüğü yoktur⁶³⁵.

Hükmün kesinleşmesinden önce çıkarılan genel veya özel af bakımından konuyu ikiye ayırarak irdelemek daha yerinde olacaktır. Genel af, suç konusu fiile ilişkin yargılamayı ortadan kaldıran ve kişinin hiç suç işlememiş sayıldığı bir kurumdur⁶³⁶. Bu nedenle, genel af halinde mahkeme henüz kesinleşmeyen ve yargılaması devam eden fiil bakımından yargılamaya devam edemez. Bundan dolayı kazanç müsaderesinin ön koşulu olan “hukuka aykırı fiil” tespiti yapılamayacağı için, kazanç müsaderesi uygulanamaz⁶³⁷. Ancak kazanç müsaderesinin 5237 sayılı yasada açık bir şekilde güvenlik tedbiri olarak düzenlenmesi karşısında; şeyin tehlikeliliğinin önlenmesi açısından, kazanç müsaderesinin uygulanmaması, kurumun hukuki niteliğine aykırı düşmektedir. Bu bakımdan kanun koyucunun genel affa rağmen; müsadere uygulamasının yapılabileceği yönünde bir hüküm tesis etmesi, müsaderenin kanunda belirlenen hukuki niteliğine daha uygun düşeceği kanaatindeyiz⁶³⁸. Buna karşın TCK 54/4 kapsamında suç oluşturan eşya ise; af kanunu hüküm kesinleşmeden

⁶³⁴ Altunkaş, Aysun, “Türk Ceza Hukukunda Af”, **TBB Dergisi**, Sayı 166, 2023, ss. 1 - 60, s. 3 - 4.

⁶³⁵ **Acar**, s. 318-319; Noyan, Erdal, **Ceza Davası**, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 213; **Aslan(Kazanç Müsaderesi)**, s. 91.

⁶³⁶ **Bıçak**, s. 332.

⁶³⁷ **Centel/Zafer/Çakmut**, s. 776; **Aslan(Kazanç Müsaderesi)**, s. 92; **Acar**, s. 318.

⁶³⁸ Aynı yönde bkz. “...Görüldüğü üzere maddi menfaat konusunda yasa koyucu ölüm ve af konusunda açık bir ayrıma gitmiştir. Kanaatimce bu düzenleme yerinde değildir. Affa rağmen maddi menfaat konusunda da mahkemenin bu yön ile sınırlı olarak inceleme yapıp karar vermesinin kamu vicdanı açısından doğru bir yaklaşım tarzı olurdu” **Certel**, s. 71; “...aftan önce müsadere kararı verilmiş olmasına karşın, henüz infaz edilmemiş ise, genel af müsaderenin infazına engel olacaktır. Bu durumda eşya veya kazanca elkonulmuş ise iadesi gerekir. Ne var ki böyle bir sonu müsaderenin güvenlik tedbiri olarak nitelendirilmesi ile bağdaşmamaktadır. Zira, güvenlik tedbiri uygulanabilmesi için hukuka aykırı bir fiilin işlenmesi yeterlidir” **Soygüt Arslan**, s. 482.

çıkarılmış olsa bile, müsadere edilecektir⁶³⁹. Örneğin suç sonucu elde edilen para ile ruhsatsız silah alan failin silahı yine müsadere edilecektir.

Özel af halinde ise; TCK'nın 74/1. maddesinin mefhumu muhalifinden kararın kesinleşmesi öncesi kazanç müsadereesine tabi değerın sahibine iade edileceğı yani kazanç müsadereesi uygulanmayacağı anlamı çıkarılabilir. Fakat özel af halinde TCK'nın 65/2. maddesi gereğı; cezanın infaz kurumunda çektirilmesine son verme, infaz kurumunda çekilecek süreyi kısaltma veya adli para cezasına çevirme yapıldığı için kazanç müsadereesine konu şeyin iade edilmesi mümkün değildir. Yani özel af fiili suç olmaktan çıkarmadığı için, yargılama devam edecek ve kazanç müsadereesi ile ekonomik değerin mülkiyeti devlete geçecektir⁶⁴⁰. Ancak özel affin çıkarıldığı kanunla bu durumun aksi öngörülebilir⁶⁴¹.

5237 sayılı yasanın 74/1. maddesi ile 65/2. maddesi hem çelişmekte hem de kafa karışıklığına neden olmaktadır. Özel af kurumu zaten bir fiili suç olmaktan çıkarmamaktadır. Yani kazanç müsadereesi için gerekli olan hukuka aykırı fiilin varlığı devam etmektedir. Özel af kurumu, sadece suç nedeniyle kesinleşmiş hapis cezasının azaltılması, cezanın ortadan kaldırılması veya başka bir cezaya dönüştürölmesine ilişkin olduğu için ve hukuka aykırı fiilin varlığı devam ettiğinden dolayı 74/1. maddedeki “özel af” ibaresinin kanundan çıkarılması yerinde olacaktır⁶⁴².

2.3.3.3. Dava Zamanaşımı

Ceza hukukunda zamanaşımı; belli sürelerin sonunda devletin yargılamayı sonlandırarak veya verilen cezayı infaz etmeyerek cezalandırma yetkisinden vazgeçmesidir. Ceza hukuku sistemimizde dava ve ceza zamanaşımı olmak üzere iki tür zamanaşımı bulunmaktadır⁶⁴³. Muhakeme şartı olan dava zamanaşımı, bu kısımda ele alınacak fakat ceza zamanaşımı muhakeme şartı olmadığı için diğerk haller başlığı altında incelenecektir.

Dava zamanaşımı 5237 sayılı TCK'nın 66. maddesinde düzenlenmiştir⁶⁴⁴. Kanuni düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, dava zamanaşımı yargılamanın belli sürelerde

⁶³⁹ Soyğüt Arslan, s. 483.

⁶⁴⁰ Aktaş, Batuhan, **Türk Ve İtalyan Ceza Hukukunda Güvenlik Tedbiri Kuramı Ve Kiş i Hürriyetini Sınırlandıran Güvenlik Tedbirleri (Güvenlik Tedbirleri)** (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2022. s. 473-474; Mahmutoglu/Karadeniz, s. 1353

⁶⁴¹ Centel/Zafer/Çakmut, s. 779; Artuk, s. 481.

⁶⁴² “Hem özel af hem de genel af kurumlarının tedbirlere etkisinin özellikle kiş i hürriyetini sınırlandıran güvenlik tedbirleri açısından ayrıca düzenlenmesi kanımızca daha yerinde olacaktır” Aktaş(Güvenlik Tedbirleri) , s. 474.

⁶⁴³ Acar, s. 320 – 321; Taner, Fahri Gökçen, **Ceza Hukukunda Zamanaşımı** (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2007, s. 3; Alşahin, Mehmet Emin, **Ceza Hukukunda Zamanaşımı** (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010 s. 5.

⁶⁴⁴ TCK md. 66 “(1) Kanunda başka türlü yazılmış olan haller dışında kamu davası; a) Ağırlandırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda otuz yıl, b) Müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmibeş yıl, c) Yirmi

bitirilmesini esas almaktadır. Devlet, dava zamanaşımında daha yargılama faaliyeti sürerken cezalandırma yetkisinden vazgeçmektedir⁶⁴⁵. Dava zamanaşımı bir dava şartı olup; suç bakımından kanunda belirtilen bu süreler dolduğunda, soruşturma aşamasında C. Savcısı kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verecektir. Yine kovuşturma aşamasında ise mahkeme düşme (CMK md. 223/8) verecektir⁶⁴⁶.

Dava zamanaşımı halinde yargılama faaliyeti son bulduğuna göre, kazanç müsaderesinin ön şartı olan hukuka aykırı fiilin de tespiti yapılamayacaktır. 5237 sayılı TCK'da dava zamanaşımı için özel bir düzenleme olmaması ve hukuka aykırı fiil tespiti yapılamaması nedeniyle kazanç müsadere de yapılamayacaktır⁶⁴⁷. Yargıtay da zamanaşımı durumunda TCK md. 54/4 kapsamındaki eşya dışında kalan eşya ve değerlerin müsadere edilemeyeceği⁶⁴⁸ görüşünü benimsemekle birlikte ayırık kararları da bulunmaktadır⁶⁴⁹.

yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıl, d) Beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda onbeş yıl, e) Beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda sekiz yıl, geçmesiyle düşer. (2) Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanlar hakkında, bu sürelerin yarısının; onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında ise, üçte ikisinin geçmesiyle kamu davası düşer. (3) Dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde dosyadaki mevcut deliller itibarıyla suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri de göz önünde bulundurulur. (4) Yukarıdaki fıkralarda yer alan sürelerin belirlenmesinde suçun kanunda yer alan cezasının yukarı sınırı göz önünde bulundurulur; seçimlik cezaları gerektiren suçlarda zamanaşımı bakımından hapis cezası esas alınır. (5) (Değişik: 29/6/2005 – 5377/8 md.) Aynı fiilden dolayı tekrar yargılamayı gerektiren hallerde, mahkemece bu husustaki talebin kabul edildiği tarihten itibaren fiile ilişkin zamanaşımı süresi yeni baştan işlemeye başlar. (6) Zamanaşımı, tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden, teşebbüs halinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden, çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenen suçlarda çocuğun onsekiz yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlar. (7) Bu Kanunun İkinci Kitabının Dördüncü Kısımında yazılı ağırlaştırılmış müebbet veya müebbet veya on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçların yurt dışında işlenmesi halinde dava zamanaşımı uygulanmaz”.

⁶⁴⁵ **Alşahin**, s. 58 -59; **Taneri**, s. 54.

⁶⁴⁶ Çakır, Murat, “Türk Ceza Hukukunda Dava Zamanaşımı” , **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXXI, S 1, 2013, ss. 207 – 228, s. 213; **Acar**, s. 321; **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 616; **Bıçak**, s. 326; **Centel/Zafer**, s. 738.

⁶⁴⁷ **Acar**, s. 322; **Dalkılıç**, s. 98.

⁶⁴⁸ “Suç tarihleri olan 02.09.2010 ve 14.10.2010 tarihlerinden itibaren temyiz incelemesi tarihine kadar 12 yıllık olağanüstü zamanaşımı süresinin gerçekleşmiş olduğu ve ele geçen eşyanın bizatihi suç oluşturmaya sebebiyle müsadere karar verilmesi gerektiği anlaşılmıştır” Yar. , 7. CD. , 2023/6375 E. - 2023/5057 K., 23.05.2023 T, **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 05/09/2023), “Suç tarihi olan 25/05/2006 tarihi itibarıyla temyiz inceleme gününde 5237 sayılı TCK'nun 66. ve 67. maddeleri uyarınca öngörülen 12 yıllık olağanüstü zamanaşımı gerçekleşmiş bulunduğundan 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi gereğince yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK'nun 321. maddesi uyarınca hükmün BOZULMASINA, anılan maddeler uyarınca sanık hakkındaki kamu davasının zamanaşımı nedeniyle 5271 sayılı CMK'nun 223/8. maddesi gereğince DÜŞÜRÜLMESİNE, dava konusu kaçak eşyaların 5607 sayılı Yasanın 13/1. maddesi yollamasıyla TCK'nun 54/4. maddesi gereğince müsadere, nakil aracı olarak kullanılan 31 FE 295 plakalı çekici ile 31 FC 296 plakalı dorsenin sahibine İADESİNE ve trafik kaydındaki şerhlerin kaldırılmasına, 10/11/2020 tarihinde oy birliğiyle karar verildi” Yar. , 7. CD. , 2018/11687 E. - 2020/16211 K., 10.11.2020 T., **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 05/09/2023), “...Yargıtay Ceza Genel Kurulunun süreklilik gösteren birçok kararında açıkça vurgulandığı üzere, yargılama yapılmasına engel olup davayı düşüren hâllerden biri olan zamanaşımının yargılama sırasında gerçekleşmesi hâlinde, mahkeme ya da Yargıtay, resen zamanaşımı kuralını uygulayarak kamu davasının düşmesine karar verecektir. Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde; ...Samklara yüklenen kaçakçılık suçunun 4926 sayılı Kanun'un 3, 4 ve 5. maddelerinde öngörülen yaptırımı adli para cezası olup aynı Kanun'un 31. maddesi yollamasıyla 5237 sayılı TCK'nın 66/1-e maddesi uyarınca bu suçların asli dava zamanaşımı sekiz yıl, 67/4. maddesi nazara alındığında kesintili dava zamanaşımı süresi ise on iki yıldır. Daha ağır başka bir suçu oluşturma ihtimali bulunmayan fiille ilgili olarak, sanık hakkında

Kanaatimizce yüksek mahkemenin zamanaşımı halinde TCK 54/4'de yer alan eşya hariç, müsadere kararının verilemeyeceği kararları daha yerindedir. Gerçekten de dava zamanaşımının hukuk sistemimizde dava şartı olarak yer alması ve yokluğu halinde davaya devam edilememesi, usul ekonomisi ilkesi gereği davanın belli bir zamanda bitirilmesi, son olarak da failin uzun yıllar sonra dahi dava tehdidi altında bırakılmamasının hukuki güvenlik ilkesinin bir gereği olması nedeniyle; dava zamanaşımı halinde müsadere kararının da verilmemesi, daha doğru bir uygulamadır.

2.3.3.4. Şikayetten Vazgeçilmesi

Ceza hukuku sistemimizde bir suç nedeniyle soruşturma veya kovuşturma yapılması suçun kanunda düzenlenme şekline göre resen veya suçtan zarar gören kişinin şikâyeti üzerine yapılmaktadır. Gerek 5237 sayılı yasa da gerekse özel ceza yasalarında, kanun koyucu düzenleme yaptığı suç bakımından bir şikayet şartı aramıyorsa bu suçlar bakımından resen soruşturma yapılmaktadır. Bu bakımdan kanunda açıkça “şikayet” terimi yazmayan düzenlemelerde soruşturma veya kovuşturma yetkili makamlarca resen yapılacaktır⁶⁵⁰. Ancak

dava zamanaşımını kesen en son işlem 01.11.2007 tarihli mahkûmiyet hükmü olup anılan tarihten sonra dava zamanaşımını kesen veya durduran hiçbir sebebin gerçekleşmediği gözetildiğinde, TCK'nın 66/1-e maddesindeki asli dava zamanaşımı 01.11.2015 tarihinde gerçekleşmiş bulunmaktadır. Bu itibarla ...Yeniden yargılamayı gerektirmeyen bu konuda 1412 sayılı CMUK'un, 5320 sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca yürürlükte olan 322. maddesine göre karar verilmesi mümkün bulunduğundan, sanık hakkındaki kamu davasının TCK'nın 66/1-e ve CMK'nın 223/8. maddeleri uyarınca dava zamanaşımı nedeniyle DÜŞMESİNE, dava konusu kaçak eşyanın 5607 sayılı Kanun'un 13/1. maddesi yollamasıyla TCK'nın 54/4. maddesi uyarınca MÜSADERESİNE, nakil aracı olarak kullanılan ... 80 GVZ ve ... 07 PUF plaka sayılı dorse ve çekici ile teminatın sahibine İADESİNE, ...oy birliğiyle karar verildi” Yar. , CGK. , 2021/287 E - 2022/808 K, 15.12.2022 T, **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 05/09/2023).

⁶⁴⁹“Gerekçe bölümünde (B) bendinde açıklanan nedenle Köyceğiz Asliye Ceza Mahkemesinin, 11.05.2022 tarihli ve 2020/33 Esas, 2022/461 Karar sayılı sanık hakkında genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçundan verilen kararına yönelik Cumhuriyet savcısının ve sanığın temyiz isteği yerinde görüldüğünden hükmün, 1412 sayılı Kanun'un 321 inci maddesinin birinci fıkrası gereği BOZULMASINA, bu husus yeniden yargılamayı gerektirmediğinden aynı Kanun'un 322 nci maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinin verdiği yetkiye dayanarak sanık hakkındaki kamu davasının 5271 sayılı Kanun'un 223 üncü maddesinin sekizinci fıkrası gereği gerçekleşen zamanaşımı nedeniyle, Tebliğname'ye aykırı olarak, oy birliğiyle DÜŞMESİNE, Köyceğiz Adli Emanetinin 2014/21 sırasında kayıtlı bulunan tüfeğin 5237 sayılı Kanun'un 54 üncü maddesinin birinci fıkrası gereğince müsadere,” Yar. , 8. CD. , 2023/187 E - 2023/4883 K, 15.06.2023 T, **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 05/09/2023).

⁶⁵⁰**Şahin/Göktürk**, s. 61; “...5237 sayılı TCK'nın 102/1. maddesinde ise, suçun basit hali şikayete tabi olarak düzenlenmiştir. Ancak, maddenin diğer fıkralarında suçun nitelikli hallerine yer verilmiş, bunlar arasında yer alan suçun evlilik birliği içinde işlenmesi hali şikayet koşuluna bağlanmış, diğer nitelikli hallerde ise suçun soruşturulması ve kovuşturulmasının şikayete tabi olup olmadığı konusunda herhangi bir hüküm serdedilmemiştir. Bir suçun basit halinin soruşturulması ve kovuşturulmasının şikayete tabi olması, nitelikli hallerinin de şikayete tabi olduğu şeklinde yorumlanmalıdır. Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete tabi olan suç türleri yasa maddelerinde açık olarak belirtildiğinde bu kapsamın dışında yapılacağı kabulü zorunludur. Yasa koyucunun iradesinin bu doğrultuda değerlendirilmesi yasa oluşturma biçimine uygun düşer. Öte yandan cinsel saldırı suçlarının 102. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen nitelikli halleri incelendiğinde, kamu görevinin kötüye kullanılması ya da silahla işlenmesi gibi halleri içerdiği görülmektedir. Anılan haller geçmişten bu yana, kamu adına takip edilecek suçlar kapsamında işlem görmüştür. Bu durum nazara alındığında dahi maddenin 3. fıkrasında yer alan nitelikli hallerin de kamu adına takip edileceği ve soruşturma ve kovuşturulmanın şikayete tabi tutulamayacağı ortaya çıkmaktadır...” YCGK, 2007/6-250 E – 2007/239 K,

kanun koyucu bazı suç düzenlemelerinde yetkili makamların harekete geçmesini, düzenlemede “şikâyet” terimini kullanarak, ilgilinin şikâyeteye yönelik başvurusunu aramıştır.

Şikâyet; suçtan zarar görenin dava zamanaşımı süresi içinde yetkili makamlara başvurarak fail hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılmasını talep etmesi olarak tanımlanabilir⁶⁵¹. Şikâyet kurumu 5237 sayılı TCK’nın 73. maddesinde düzenlenmiştir⁶⁵². Madde metninden de anlaşılacağı üzere şikâyet bir muhakeme şartıdır ve şikâyet şartı gerçekleşmeden kamu davası açılmaz⁶⁵³. Suçtan zarar gören, bazen şikâyeti yaptıktan sonra veya bazen de suçun niteliğinin değişip şikâyeteye tabi olduğunun anlaşıldığı hallerde, hüküm kesinleşmeden şikâyetinden vazgeçebilir. Bu durumda şikâyetten vazgeçme halinde; TCK md. 73/4 gereği soruşturma aşamasında kovuşturamaya yer olmadığına dair karar (CMK md. 172/1), kovuşturma aşamasında ise düşme kararı (CMK md. 223/8) verilecektir⁶⁵⁴.

Şikâyetten vazgeçme halinde müsadere edilen şeyin iade edilmeyeceği 5237 sayılı TCK’nın 74/1. maddesinde “... şikâyetten vazgeçme, müsadere olunan şeylerin veya nın geri alınmasını gerektirmez” şeklinde düzenlenmiştir⁶⁵⁵. Bu düzenlemenin madde metninden de anlaşılacağı üzere kazanç müsadere ile ilgili karar kesinleştikten sonra yapılan şikâyetten vazgeçme kazanç müsadere konusuna konu değerinin iade edilmeyeceğini açıkça ifade etmektedir. Fakat yargılama bitmeden yani karar kesinleşmeden yapılan şikâyetten vazgeçme halinde kamu davası devam edemeyeceği için (düşme veya takipsizlik kararı verileceğinden) kazanç müsadere konusuna konu değerin suçla bağlantılı olduğu yargı mercilerince tespit

20.11.2007 T, İnan, Onur, **Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçu** (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2012, s. 87; **Toroslu/Feyzioğlu**, s. 48.

⁶⁵¹**Karakehya**, s. 138; **Özbek/Doğan/Bacaksız(Ceza Muhakemesi Hukuku)**, s.116; **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 594; **Centel/Zafer**, s. 729; **Dülger/Taşkın**, s. 330; **Şahin/Göktürk**, s. 60; **Ünver/Hakeri**, s. 131; **Bıçak**, s. 280.

⁶⁵²**TCK md. 73** “(1) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye bağlı olan suç hakkında yetkili kimse altı ay içinde şikâyetinde bulunmadığı takdirde soruşturma ve kovuşturma yapılamaz. (2) Zamanaşımı süresini geçmemek koşuluyla bu süre, şikâyet hakkı olan kişinin fiili ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği günden başlar. (3) Şikâyet hakkı olan birkaç kişiden birisi altı aylık süreyi geçirirse bundan dolayı diğerlerinin hakları düşmez. (4) Kovuşturma yapılabilmesi şikâyeteye bağlı suçlarda kanunda aksi yazılı olmadıkça suçtan zarar gören kişinin vazgeçmesi davayı düşürür ve hükmün kesinleşmesinden sonraki vazgeçme cezanın infazına engel olmaz. (5) İştirak halinde suç işlemiş sanıklardan biri hakkındaki şikâyetten vazgeçme, diğerlerini de kapsar. (6) Kanunda aksi yazılı olmadıkça, vazgeçme onu kabul etmeyen sanığı etkilemez. (7) Kamu davasının düşmesi, suçtan zarar gören kişinin şikâyetten vazgeçmiş olmasından ileri gelmiş ve vazgeçtiği sırada şahsi haklarından da vazgeçtiğini ayrıca açıklamış ise artık hukuk mahkemesinde de dava açamaz”.

⁶⁵³Albayrak, Mustafa, “Şikâyeteye Tabi Suçların Özellikleri Ve Bu Suçlara Bağlanan Hukuki Sonuçlar” , **TBB Dergisi**, Sayı 77, 2008, ss. 281 - 306, s. 281; **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, s. 81-82.

⁶⁵⁴**Şahin/Göktürk**, s. 64; **Dülger/Taşkın**, s. 331; **Centel/Zafer**, s.731; **Karakehya**, s. 142; **Acar**, s. 325 – 326; **Özbek/Doğan/Bacaksız(Ceza Muhakemesi Hukuku)**, s. 119; **CMK md. 172/1** “Cumhuriyet savcısı, soruşturma evresi sonunda, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hâllerinde kovuşturamaya yer olmadığına karar verir” , **CMK md. 223/8** “Türk Ceza Kanununda öngörülen düşme sebeplerinin varlığı ya da soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması hallerinde, davanın düşmesine karar verilir”.

⁶⁵⁵**Soygüt Arslan**, s. 489.

edilemeyeceğinden artık kazanç müsadereisinin uygulanma olasılığı kalmayacak o değer sahibine iade edilecektir⁶⁵⁶.

Mevcut kanuni düzenlemenin eksik olduğu kanaatindeyiz. Çünkü mevcut düzenleme ile yargılama devam ederken şikâyetten vazgeçme halinde düşme kararı verilecek, failin elde ettiği menfaat de kendisine ödül gibi bırakılmış olacaktır. Örneğin; A, B' ye, C' yi yaralaması için para verir ve kasten yaralama eylemi gerçekleşir. C' nin somut olayda yaralanmasının niteliği TCK md. 86/2 kapsamında olup; C yargılama esnasında şikâyetinden vazgeçerse, A ve B hakkında düşme kararı verilecektir. Fakat B' nin elde ettiği ekonomik menfaat müsadereye tabi tutulmadığı için, B hukuka aykırı davranışı sayesinde ödüllendirilmiş gibi olacaktır. Bu sakıncayı ortadan kaldırmak adına TCK md. 75/5' de olduğu gibi bir hükmün 73. maddeye eklenmesi yerinde bir düzenleme olacaktır. “*Şikayetten vazgeçme müsadereye ilişkin hükümleri etkilemez*” şeklindeki bir ibarenin kanuna eklenmesi sorunu çözecektir.

2.3.3.5. Önödeme

Önödeme; kanunun çizdiği sınırlar çerçevesinde, belli tür ve miktardaki cezaların varlığı halinde, failin, kanun tarafından belirlenen bir miktar parayı hazineye ödemesi ile kamu davasının açılmasını önleyen veya açılmış olan davanın düşmesine sebep olan muhakeme şartıdır⁶⁵⁷. Önödeme TCK md. 75’de düzenlenmiştir. Önödeme için belirlenen paranın ödenmesi ile devlet, suçun soruşturulmasından veya kovuşturulmasından vazgeçmektedir. Kanun koyucu failin ödemeyi yapması halinde soruşturma aşamasında takipsizlik kovuşturma aşamasında ise düşme kararı verilmesini istemektedir. Ön ödeme, soruşturma aşamasında C. Savcısı, kovuşturma aşamasında ise hâkim tarafından resen göz önüne alınması gereken bir kurumdur⁶⁵⁸.

Maddenin 5. fıkrasındaki “*Bu madde gereğince kamu davasının açılmaması veya ortadan kaldırılması, kişisel hakkın istenmesine, malın geri alınmasına ve müsadereye ilişkin hükümleri etkilemez*” şeklindeki açık düzenleme karşısında önödeme nedeniyle takipsizlik veya düşme kararı verilmesi, kazanç müsadereesine ilişkin hükümlerin uygulanmasına engel değildir. Kovuşturma aşamasında hâkim düşme kararı ile birlikte kazanç müsadereesi bakımından hüküm kurabilecektir. Fakat soruşturma aşamasında takipsizlik kararı veren C.

⁶⁵⁶Özden, s. 1073; Soygüt Arslan, s. 489-490; Taneri, s. 113; “*Sanık hakkında şikayetten vazgeçme sebebiyle kamu davasının ortadan kaldırılmasına karar verildiği halde suçta kullanılan sopanın sanığa iadesi yerine zorunluluğuna karar verilmesi...*” Yar. , 2. CD. , 2004/14277 E. - 2005/24554 K., 10.11.2005 T, **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 01/09/2023).

⁶⁵⁷Özbek/Doğan/Bacaksız(Ceza Muhakemesi Hukuku), s. 124.

⁶⁵⁸Özen, Muharrem/Köksal, Atacan, “Ön Ödeme Ve Bazı Çözüm Önerileri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 70, Sayı 2, 2021, ss. 589 – 621, s. 591; Karaaslan, Erol/Aksakal, Kemal/Çetin, Ali, **Ceza Yasamızda Ön Ödeme Kurumu (Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsal’e Armağan)**, Dokuz Eylül Üniversitesi Rektörlük Matbaası, İzmir, 2001, ss. 547 – 573, s. 554.

Savcısı, kazanç müsadereisini ileride açıklayacağımız CMK 256-259 maddeleri arasında düzenlenen usule göre ilgili mahkeme veya sulh ceza hâkiminden talep edebilecektir⁶⁵⁹.

2.3.3.6. Uzlaştırma

Uzlaştırma kurumu, ceza hukuku sistemimize 5237 sayılı yasa ile giren, hukuk sistemimizde yeni olarak kabul edilebilecek, uyuşmazlığı sonlandıran alternatif bir çözüm yöntemidir. Uzlaşmanın ilk şekli 5237 sayılı yasanın 73/8. maddesinde “ *Suçtan zarar göreni gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olup, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye bağlı bulunan suçlarda, failin suçu kabullenmesi ve doğmuş olan zararın tümünü veya büyük bir kısmını ödemesi veya gidermesi koşuluyla mağdur ile fail özgür iradeleri ile uzlaştıklarında ve bu husus Cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından saptandığında kamu davası açılmaz veya davanın düşürülmesine karar verilir*” şeklinde düzenlenmişti. Sonradan 5560 sayılı kanunun 45. maddesi ile kurum TCK’dan çıkarıldı ve nihayet 5560 sayılı yasanın 24 ve 25. maddeleri ile 5271 sayılı CMK’ nın 253 ve 254. maddelerinde yeniden düzenlendi.

Uzlaştırma; ceza muhakemesi hukukumuzda esasen uyuşmazlığın yargı merci dışındaki uzlaştırmacı adı verilen kişiler vasıtasıyla ve şüpheli veya sanık ile suçtan zarar görenin (mağdur) belli şartlara tabi olarak anlaşmaları suretiyle muhakemeye son verme yöntemidir⁶⁶⁰. Soruşturma aşamasındaki uzlaşma durumunda şüphelinin edimini yerine getirmesi şartıyla kovuşturmaya yer olmadığı (CMK md. 253/19), kovuşturma aşamasında ise; yine sanığın edimini yerine getirmesi şartıyla düşme (CMK md. 254/2) kararı verilecektir.

Uzlaştırma işleminin gerçekleşmesinden dolayı, düşme veya takipsizlik kararı verilmesi halinde kazanç müsadereisinin uygulanıp uygulanmayacağı noktasında yasal bir düzenleme yoktur⁶⁶¹. Kazanç müsadereesi bakımından ilk şart hukuka aykırı fiilin varlığıdır. Fakat düşme veya takipsizlik kararı verilmesi halinde mahkemece hukuka aykırı fiilin varlığı tespit edilmeyecek uzlaşma nedeniyle yargılama sona erecektir. Bu durumda kazanç müsadereesi de uygulanmayacaktır⁶⁶². Buna karşın Certel; “...müsadere için, mahkûmiyet hükmünün şart olmaması ve müsadereenin nitelik olarak güvenlik tedbiri olması nedeniyle,

⁶⁵⁹ Dölen, s. 80; Özen/Atacan, s. 614, s. 223 – 224; Alsammouni, Jihad M. A. , **Ceza Muhakemesi Hukukunda Alternatif Çözüm Yolları: Uzlaşma, Ön Ödeme, Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Ve Seri Muhakeme** (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2022, s. 223 – 224; Aslan, Ersel, **Türk Ceza Hukukunda Ön Ödeme Kurumu** (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2023, s. 126 – 127.

⁶⁶⁰ Gökalp, Özge Tuçe, “Ceza Usul Hukukunda Uzlaşma”, **Hukuk Ve İktisat Araştırmaları Dergisi**, C. 5 (NO 1), 2013, ss. 21- 30, s. 22; Cörüt, Pelin, **Ceza Muhakemesinde Uzlaşma** (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019, s. 3; Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Akcan/Özaydın/Tütüncü/Villemin/Tok, s. 57; Koca/Üzülmez, s. 785; Zafer, s. 704.

⁶⁶¹ Acar, s. 328; Dalkılıç, s. 102; Taneri, s. 114.

⁶⁶² Taneri, s. 114; Cörüt, s. 227; Özden, s. 1073-1074.

eşyanın veya kaim değerinin müsaderesine karar verilmesi olanaklıdır. Ancak bu konuda şikâyet ile ilgili bölümde de açıklandığı üzere ikili bir ayrıma gidilmesi gerekir. Şayet, uzlaşma ile sonuçlandırılan suç, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı ise, şikâyetin tabi olduğu kurallar gereği, eşyanın sanığa iadesine, buna karşın uzlaşma ile sonuçlandırılan suç şikâyete tabi değil ancak uzlaşmaya tabi ise, bu durumda, müsadere için hukuka aykırı bir fiilin varlığının tespiti gereklidir, ilkesinden hareketle; eşyanın, şayet eşya elden çıkartılmış ise kaim değerinin müsaderesinin mümkün olduğunu düşünmekteyim” gerekçesine dayandırdığı görüşü ile aksi yönde düşünmektedir⁶⁶³.

Kanaatimizce yasada açıkça güvenlik tedbiri olarak düzenlenen (bizim görüşümüze göre hem ceza hem güvenlik tedbiri niteliğinde kendine özgü bir kurum) ve fail de kalması bir tehlikelilik olarak değerlendirilen kazancın müsaderesinde, ayrı bir yargılama yapıp hukuka aykırı fiilin tespiti ile ekonomik değerın müsaderesi için ayrı bir yasal düzenlemeye gidilebilir (TCK md. 75/5 de olduğu gibi) veya sorun CMK 256’da düzenlenen bağımsız müsadere yargılaması ile çözülebilir. Örneğin para karşılığı birini yaralayan fail, suç işlemekte ve suç nedeniyle ekonomik değer elde etmektedir. TCK md. 86/1 kapsamında şikayete tabi olmayan ancak uzlaştırmaya tabi olan yaralama suçuna ilişkin olan bu olayda, fail ile mağdur özür dileme karşılığında uzlaşması halinde; yargılama esnasında kazanç müsaderesine tabi tutulmayan ekonomik değer bu sayede failden alınıp mülkiyeti devlete geçirilebilir⁶⁶⁴.

2.3.3.7. İstem (Talep)

İstem; yetkili makamların, ilgili savcılıktan dava açılmasını talep eden bir muhakeme şartıdır⁶⁶⁵. İstem, muhakeme şartı olarak düzenlendiğinden dolayı suçun kovuşturulması için, yetkili makamın mutlaka o suç bakımından talebi gereklidir. Aksi halde savcılık makamı kendiliğinden harekete geçemez⁶⁶⁶. 5237 sayılı yasanın 12. maddesinde “*Bir yabancı, 13 üncü maddede yazılı suçlar dışında, Türk kanunlarına göre aşağı sınırı en az bir yıl hapis cezasını gerektiren bir suçu yabancı ülkede Türkiye'nin zararına işlediği ve kendisi Türkiye'de bulunduğu takdirde, Türk kanunlarına göre cezalandırılır. Yargılama yapılması Adalet Bakanının istemine bağlıdır*” ve 13. maddesinde “*İkinci Kitap, Dördüncü Kısım altındaki Üçüncü, Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerde yer alanlar hariç; birinci fıkra kapsamına giren suçlardan dolayı Türkiye'de yargılama yapılması, Adalet Bakanının talebine bağlıdır*” şeklindeki düzenlemelerle bu yetki Adalet bakanına verilmiştir. Her iki madde de

⁶⁶³ Certel, s. 77.

⁶⁶⁴ Cörüt, s. 228.

⁶⁶⁵ Dülger/Taşkın, s. 333-334; Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Akcan/Özaydın/Tütüncü/Villemin/Tok, s. 53; Yenisey/Nuhoğlu, s. 604; Karakehya, s. 142.

⁶⁶⁶ Karakehya, s. 142-143; Dülger/Taşkın, s. 333-334.

“talep” ve “istem” şeklinde farklı kavramlar kullanılsa da; her iki kavram kanunda aynı manada kullanılmıştır⁶⁶⁷.

Türk Ceza Kanunu dışında özel kanunlarda da talep şartının arandığı haller bulunmaktadır. Örneğin; 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 115/1. maddesinde yer alan “*Bu Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı soruşturma yapılması, Kurul tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Bu başvuru muhakeme şartı niteliğindedir*” şeklindeki düzenleme bakımından da, kurulun talebi muhakeme şartıdır.

Talep(İstem) muhakeme şartının gerçekleşmemiş olması halinde, bu durumun kazanç müsadereğine etkisi bakımından kanuni bir düzenleme yoktur. Fakat Cumhuriyet Savcılığının harekete geçmesinin şartı olan talep yokluğu halinde, hukuka aykırı tipik fiil tespiti de yapılamayacağı için kazanç müsadereşi uygulamasının yapılamayacağı kanaatindeyiz.

2.3.3.8. Süre ve İzin

Süre; bir ceza muhakemesi şartı olarak, soruşturmanın bitirilip, kanunla belirlenen zaman aralığı içinde kamu davasının açılmasını gerektiren hak düşürücü zaman miktarını ifade eder. Gerçekten de kanunun belirlediği süre içinde, savcılık tarafından kamu davasının açılmaması halinde, artık muhakemenin yürütülmesi imkânsızdır⁶⁶⁸. Muhakeme şartı olarak dava açma süresi belirlenen özel ceza kanunları bulunmaktadır. 5187 sayılı Basın Kanununun 26/1. maddesinde “*Basılmış eserler veya internet haber siteleri yoluyla işlenen veya bu Kanunda öngörülen diğer suçlarla ilgili ceza davalarının bir muhakeme şartı olarak, günlük süreli yayınlar ve internet haber siteleri yönünden dört ay, diğer basılmış eserler yönünden altı ay içinde açılması zorunludur*” şeklinde yer alan, 298 sayılı Seçimin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunun 180/1. maddesinde “*Seçim suçlarından doğan kamu davası, seçimin bittiği tarihten itibaren altı ay içinde açılmadığı takdirde kovuşturma yapılamaz*” şeklinde yer alan, Türkiye Radyo ve Televizyon Kanununun 28/6. maddesinde “*Bu madde kapsamına giren suçlardan ve haksız fiillerden dolayı yayının yapıldığı tarihten başlayarak altmış gün içinde açılmayan davalar dinlenmez*” şeklinde yer alan hükümler dava açma sürelerine örnek olarak gösterilebilir.

İzin; kanununda açıkça düzenlenmek şartıyla, Cumhuriyet Başsavcılığının başvurusu üzerine yetkili makamın kamu davasının veya soruşturmanın açılmasında kamu yararı olduğuna yönelik irade açıklamasıdır. İzin de bir muhakeme şartı olup; verilmemesi veya

⁶⁶⁷Yenisey/Nuhoğlu, s. 604.

⁶⁶⁸Özbek/Doğan/Bacaksız(Ceza Muhakemesi Hukuku), s. 119; Ünver/Hakeri, s. 136; Yenisey/Nuhoğlu, s. 615; Dülger/Taşkın, s. 333.

yokluğu halinde soruşturma veya kovuşturmayaya devam edilemez. İzin bazen soruşturmanın yapılması için, bazen de kovuşturmanın başlaması için gereklidir⁶⁶⁹. 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanununda; memurların ve kamu görevlilerinin, görevleri sebebiyle işledikleri bazı suçlar bakımından “izin” şartı getirilmiştir. Yine 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 58 ve 59. maddelerinde avukatların görev suçları için hem soruşturma hem de kovuşturma izni düzenlenmiştir. Muhakeme şartı olarak iznin düzenlendiği diğer kanunlara; 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 82/1. maddesinde düzenlenen hakim ve savcılarının görev suçları bakımından Adalet Bakanının izin vermesi, 2937 sayılı kanunun 26/1. maddesinde yer alan Milli İstihbarat Teşkilatı Mensupları hakkında görev suçları bakımından yapılan soruşturmalarda Cumhurbaşkanınca izin verilmesi örnek gösterilebilir. 5237 sayılı yasada da izin şartının düzenlendiği suçlar bulunmaktadır. Örneğin; TCK’ nın 299/3. maddesinde düzenlenen Cumhurbaşkanına hakaret, 301/4. maddesinde Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılama, 305/3. maddesinde Temel millî yararlar karşı faaliyette bulunmak için yarar sağlama ve 306/5. maddesinde Yabancı devlet aleyhine asker toplama suçlarında soruşturma ve kovuşturma izni verilmesi yetkisi Adalet Bakanına verilmiştir.

Gerek süre gerekse izin şartının gerçekleşmediği yargılamalar bakımından, yargılama son bulacağı için hukuka aykırı tipik fiilin tespiti yapılamayacaktır. Ayrıca süre ve izin muhakeme şartlarının düzenlediği kanunlarda, kazanç müsadere bakımından ayrı bir düzenleme de bulunmamaktadır. Bu durumda sorun CMK md. 256’ da düzenlenen ayrı müsadere davası ile çözülebilecektir. Fakat gerek süre gerekse izin muhakeme şartının düzenlendiği kanunlarda TCK md. 75/5’ de olduğu gibi muhakeme şartının gerçekleşmemesinin müsadereye etki etmeyeceği açıkça düzenlenebilir. Bu durumda sorun tamamen çözülmüş olacaktır.

2.3.4. Diğer Haller

Hukuka aykırı tipik fiilin içinde mütalaa edilmeyen, kusurluluğu etkilemeyen ve muhakeme şartı olmayan haller, çalışmamızın bu kısmında incelenecektir. Gerçekten de ceza hukukumuzda yer alan bazı kurumların varlığı halinde. fail cezalandırılmamakta veya kararlar infaz edilmemekte ve fakat bu kurumlar suçun unsurları, kusurluluk veya muhakeme şartları içinde mütalaa edilmemektedir. İşte bu kurumların kazanç müsadere bakımından özellik gösterenleri aşağıda ayrı ayrı değerlendirilecektir.

⁶⁶⁹Karakehya, s. 143; Şahin/Giöktürk, s.68; Centel/Zafer, s. 731-732.

2.3.4.1. Hükümlünün Ölümü

Sanık hakkında verilen ceza mahkûmiyetinin kesinleşmesinden sonra, sanığın kazandığı sıfat “*hükümlü*” olacaktır⁶⁷⁰. Kanun koyucu, hükümlü hakkında verilen kararın infaz edilmeden ölmesi durumunda ne olacağını, 5237 sayılı yasanın 64/2. maddesinde “*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*” şeklinde düzenlemiştir. Madde metninin açık ifadesinden de anlaşılacağı üzere hükümlü ölünce hapis veya adli para cezası ortadan kalkarken kazanç müsadereci infaz olacaktır⁶⁷¹.

5237 sayılı yasanın 64/1 ve 2. fıkraları arasında madde metninin kaleme alınış şekliyle dolaylı bir çelişki (özellikle TCK 64/2. maddenin “*ölümden önce kesinleşmiş*” ibaresi nedeniyle) gözükmemektedir. Özellikle bu ifade anlam kargaşasına neden olmaktadır. Sanık hakkında verilen hüküm ölümden önce kesinleşmemiş ise zaten kamu davası düşecektir (CMK 223/8). Bu durumda hakim 64/1. maddeye göre yargılamaya devam edecek ve kazanç müsadereci bakımından hüküm kuracaktır. Mahkemenin verdiği karar kesinleşmiş ve fail daha sonra ölmüş ise, bu durumda da zaten TCK’nın 64/2. maddesi gereği kazanç müsadereci bakımından verilen karar kesinleşmiş olup infazında her hangi bir engel de kalmayacaktır.

TCK’nın 64/2. maddesinde yer alan “*ölümden önce kesinleşmiş*” ibaresini kanaatimizce kanun koyucu birinci ve ikinci fıkrada düzenlenen hususları birbirinden ayırmak ve bu ayrımı vurgulamak adına madde metnine eklemiştir. Madde metninde yer alan her iki fıkra birlikte değerlendirilince; yargılama devam ederken failin ölmesi halinde kazanç müsadereci hükmü, ekonomik değerler ancak adli makamların uhdesinde (el konulmuş veya muhafaza altına alınmış) ise infaz olacaktır. Aksi halde ikinci fıkra nedeniyle suça konu değerler hakkında verilen kazanç müsadereci hükmü nedeniyle failin mirasçılarının malvarlığına başvuru yapılamayacaktır. Hüküm kesinleştikten sonra fail ölür ise; bu durumda ikinci fıkranın ikinci cümlesi gereği (TCK 64/2-2.cümle) hem adli makamların elinde bulunan değerlerin mülkiyeti devlete geçecek hem de elde olmayan ekonomik değerler için failin mirasçılarının malvarlığına el atılabilecektir⁶⁷².

Kanaatimizce kanun koyucunun yarattığı bu ikilem kazanç müsaderecinin ruhuna aykırıdır. Fail yargılama devam ederken yani hüküm kesinleşmeden ölmüş ise; ekonomik

⁶⁷⁰ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 479; “Bize göre hükümlü, bir suçtan dolayı hakkında mahkeme tarafından CMK’nın 223. maddesindeki belirtilen hüküm çeşitlerinden birisine karar verilen kişidir” Aksan, Murat, “Hükümlü veya Tutuklunun Kaçması Suçu”, Necmeddin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S 1, ss. 236 - 301, s. 248.

⁶⁷¹ Acar, s. 315.

⁶⁷² Genç(Müsadere), s. 94.

değerler adli makamların uhdesinde değilse, hem kazanç müsadereci açısından yargılama yapmak zaman kaybına neden olacak ve anlamsız kalacak hem de suç nedeniyle elde edilen menfaatler failin mirasçılarında kalacaktır. Bu durum kazanç müsaderecinin hukuki niteliği ile bağdaşmazken ayrıca toplum vicdanını da zedeleyecek ve toplumdaki adalet duygusunu sarsacaktır. Örneğin büyük bir uyuşturucu tacirinin uyuşturucu ticareti nedeniyle elde ettiği malvarlığı, yargılama devam ederken el konulmadığından ve fail öldüğü için “ölümden önce kesinleşme” kuralı nedeniyle mirasçılardan alınamayacaktır. Meydana gelen bu çelişkiyi ve anlam kargaşasını gidermek adına madde metni TCK’nın 64/2. fıkrasından sonra ikinci cümle olarak “*Ancak hükümlünün ölümü müsadere ve yargılama giderlerine ilişkin hükmün infazına engel teşkil etmez*” şeklinde değiştirilebilir.

2.3.4.2. Ceza Zamanaşımı

Ceza zamanaşımı 5237 sayılı TCK’nın 68. maddesinde düzenlenmiştir⁶⁷³. Ceza zamanaşımı; yargılama faaliyeti bittikten sonra yani verilen hüküm kesinleştikten sonra belli bir sürenin geçmesinden dolayı devletin cezalandırma (infaz etme) yetkisinden vazgeçmesidir⁶⁷⁴. 5237 sayılı TCK’nın 70. maddesinin gerekçesinde “*bir güvenlik tedbiri olarak öngörülen müsadere açısından ayrı bir zamanaşımı süresi belirlenmiştir*” ifadesi yer almaktadır. Böylece kanun koyucu 765 sayılı TCK’dan farklı olarak müsadere bakımından ayrı bir zamanaşımı süresi öngörmüştür⁶⁷⁵. Müsadere bakımından ayrı bir zamanaşımı süresi öngörülmesi kimi bazı yazarlar tarafından eleştirilmiş⁶⁷⁶ ise de, öğretide diğer bir görüş tarafından da doğru bulunmuştur⁶⁷⁷.

⁶⁷³**TCK md. 68** “Bu maddede yazılı cezalar aşağıdaki sürelerin geçmesiyle infaz edilmez: a) Ağırlandırılmış müebbet hapis cezalarında kırk yıl. b) Müebbet hapis cezalarında otuz yıl. c) Yirmi yıl ve daha fazla süreli hapis cezalarında yirmidört yıl. d) Beş yıldan fazla hapis cezalarında yirmi yıl. e) Beş yıla kadar hapis ve adli para cezalarında on yıl. (2) Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanlar hakkında, bu sürelerin yarısını; onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında ise, üçte ikisinin geçmesiyle ceza infaz edilmez. (3) Bu Kanunun İkinci Kitabının Dördüncü Kısımında yazılı yurt dışında işlenmiş suçlar dolayısıyla verilmiş ağırlandırılmış müebbet hapis veya müebbet hapis veya on yıldan fazla hapis cezalarında zamanaşımı uygulanmaz. (4) Türleri başka başka cezaları içeren hükümler, en ağır ceza için konulan sürenin geçmesiyle infaz edilmez. (5) Ceza zamanaşımı, hükmün kesinleştiği veya infazın herhangi bir suretle kesintiye uğradığı günden itibaren işlemeye başlar ve kalan ceza miktarı esas alınarak süre hesaplanır”

⁶⁷⁴Döner, İsa, “Ceza Zamanaşımı”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IX, S 3-4, 2005, ss. 35 – 62, s. 35; Koca/Üzülmez, s. 761; Özgenç, s. 998-999; Öztürk/Erdem, s. 618; Centel/Zafer/Çakmut, s. 793.

⁶⁷⁵Acar, s. 323.

⁶⁷⁶“Tarihi Kanun koyucunun “hikmetinden sual olunmaz”, tabii, bu doğruda da, kanunun her yerinde sayısal değerler yazı ile yazılırken, bura da rakamla yazılmasını anlamak mümkün olamamıştır. Kanun, gerekçesinde “bir güvenlik tedbiri olarak öngörülen müsadere açısından ayrı bir zamanaşımı süresi belirlenmiştir”, dediğine göre, hem eşya müsadereci, hem de kazanç müsadereci kastetmiş olmaktadır. Ancak, eşya müsadereci söz konusu olduğunda, 54/4. maddesinde öngörülen durumun zamanaşımı ile ilişkisinin kurulması konusu kuşkuyla yer vermektedir, çünkü, “üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya”, ne kadar süre geçerse geçsin, mahiyeti gereği olarak, her zaman müsadereci zorunlu eşyadır” **Hafizoğulları / Özen**, s. 530, “... TCK’nın 70. maddesinde düzenlenen müsadere zamanaşımı, TCK’nın ceza zamanaşımını

Müsadere zamanaşımı 5237 sayılı TCK'nın 70. maddesinde “*Müsadereye ilişkin hüküm, kesinleşmeden itibaren yirmi yıl geçtikten sonra infaz edilmez*” şeklinde yer almıştır. Madde hem kazanç hem de eşya müsadere için geçerlidir. Devlet, müsadere hükmü kesinleşmesine rağmen müsadere kararını 20 yıl içinde infaz edemez ise, kazanç müsadere artık mümkün olmayacaktır. Cezanın infaz edilmiş olmasının veya olmamasının, müsadere zamanaşımı süresine bir etkisi yoktur⁶⁷⁸.

2.3.4.3. Şahsi Cezasızlık Sebeplerinin Bulunması

Şahsi cezasızlık sebebi; suçun yasal tanımı içinde yer almayan ancak suçun işlendiği sırada failde var olan ve onun cezalandırılmamasını sağlayan kişisel hal, durum veya ilişkilerdir⁶⁷⁹. Şahsi cezasızlık halinin varlığında dahi ortada kanuni tipe uyan hukuka aykırı bir fiil bulunmaktadır ve aynı zamanda fail, işlediği fiil bakımından kusurlu addedilmektedir. Ancak fail tüm bu hususların varlığına rağmen kişisel ilişkisi, niteliği veya durumu nedeniyle cezalandırılmamaktadır⁶⁸⁰.

5237 sayılı kanunun konumuz bakımından önemli olan şahsi cezasızlık nedenlerini ayrı ayrı incelemek yerinde olacaktır. Malvarlığına karşı işlenen suçlar bölümünde yer alan 167/1. madde “(1) *Yağma ve nitelikli yağma hariç, bu bölümde yer alan suçların; a) Haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin, b) Üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın, c) Aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin, Zararına olarak işlenmesi halinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmaz*” şeklinde düzenlenmiştir. Bilişim alanındaki suçlar bölümünde düzenlense de ekonomik kökenli banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması

düzenleyen 68. maddesinin ayrı bir düzenlemesidir, kanaatimce bu düzenleme, yerinde olmamıştır. Zira, 5237 sayılı yasayı 765 sayılı yasadın ayıran en önemli özelliklerinden birisinin basit ve sade oluşu olduğu söylenebilir. Madde bu haliyle kendi genel kurallarını ihlal etmiştir. Hiç kuşkusuz temel bir ceza yasasında ayrı hükümlerin bulunması doğaldır. Ancak genel kuraldan ayrı düzenlemenin kabul edilebilir mantıklı ve hukuki bir nedeninin bulunması gerekir. Maddede söz edilen kurallara rastlanılmamıştır... Başka bir anlatımla sanığa verilen 1 yıllık hürriyeti bağlayıcı ceza TCK'nın 68/1-e maddesine göre 10 yıllık zamanaşımına tabi olmasına rağmen, aynı ilam ile verilen müsadere kararı TCK'nın 70. maddesine göre 20 yıllık zamanaşımına tabi olacaktır. Açıkçası yasa koyucu ceza ile müsadere arasında kader birliği öngörmemiş, bunun nedenini de açıklamaya gerek görmemiştir... TCK'nın 70. maddesinin hem sanık lehine ve hem de aleyhine sonuç doğurduğunu söylemek mümkündür. Yukarıda açıklanan Örnekte müsadere zamanaşımının sanık aleyhine sonuç doğurmakta ise de, bıçakla adam öldürme suçunda TCK'nın 81/1. maddesi uyarınca müebbet hapis cezasıyla cezalandırılan sanık için, ceza zamanaşımı süresi TCK'nın 68/1-b maddesi uyarınca 30 yıl iken, suçta kullanılan ve resen müsadereye tabi olmayan bıçağın müsadere TCK'nın 70. maddesi uyarınca 20 yıl olduğundan, zamanaşımı yönünden sanık lehine sonuç doğurduğu açıktır. Ancak ikinci örnekte açıklanan olayda kullanılan eşya resen müsadereyi gerektiren eşya (ateşli silah) cinsinden ise, süre ne kadar geçerse geçsin müsadere edileceği kuşkusuzdur...” **Certel**, s. 78 -79.

⁶⁷⁷ Arslan, Çetin/Azizağaoğlu, Bahattin, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Asil Yayınevi, Ankara, 2004, s. 259.

⁶⁷⁸ **Certel**, s. 79; **Taneri**, s. 110; Burgul, Ferhat, **Türk Ceza Kanunu'nda Dava Ve Ceza Zamanaşımı** (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009, s. 113; Özar, Süleyman, **Türk Ceza Hukukunda Zamanaşımı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 249.

⁶⁷⁹ **Özgenç**, s. 684; **Demirbaş**, s. 695; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 659.

⁶⁸⁰ **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 659.

suçu (TCK md. 245) için düzenlenen şahsi cezasızlık hali, TCK'nın 245/4. maddesinde *“Birinci fıkrada yer alan suçun; a) Haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin, b) Üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlâtlığın, c) Aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin, zararına olarak işlenmesi hâlinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmaz”* şeklinde düzenlenmiştir. TCK'nın 167/1. veya 245/4. maddesindeki hal soruşturma aşamasında tespit edilirse, CMK' nın 171/1. maddesi gereği Cumhuriyet Savcısı takipsizlik kararı verebilecektir⁶⁸¹. Kovuşturma aşamasında tespit edilirse mahkeme CMK' nın 223/4-b. maddesi gereği *“ceza verilmesine yer olmadığı”* kararı verecektir⁶⁸². Zikredilen suçlar bakımından; fail tarafından ele geçirilen ekonomik menfaatler, TCK'nın 55/1-2.cümlesi gereği suçun mağduruna iade edilecektir. Ancak herhangi bir şekilde iade mümkün olmazsa ve takipsizlik kararı verilmesi halinde, CMK' nın 256. maddesine göre ayrı müsadere yargılaması yapıp, kazanç müsaderesi uygulanacaktır. Şahsi cezasızlık halinin kovuşturma aşamasında ortaya çıkması halinde ise, mahkeme hükmüyle birlikte kazanç müsaderesini uygulayacaktır⁶⁸³.

Diğer şahsi cezasızlık nedenleri ise; TCK'nın 273/1, 281/1, 283, 284. maddelerinde düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere bu şahsi cezasızlık hallerinin yer aldığı suçlar ekonomik nitelikte suçlar değildir. Ancak bu suçların işlenmesi nedeniyle kazanç müsaderesi gündeme gelebilir. Örneğin; birlikte adam öldürme suçunu işleyen faillerden biri, adam öldürme suçundaki deliller bakımından TCK' nın 281. maddesinde düzenlenen suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçunu diğer failin verdiği para karşılığı işlemiş olsa, kazanç müsaderesi gündeme gelecektir. İşte bu şahsi cezasızlık hallerinin varlığı halinde de, fail hakkında soruşturma aşamasında CMK 171/1 maddesi gereği takipsizlik kararı verilmiş ise, suç bağlantılı ekonomik menfaatin müsaderesi için, CMK 256. maddede düzenlenen ayrı müsadere yargılaması yolu işletilecektir. Kovuşturma aşamasında ise fail hakkında CMK 223/4-b maddesi gereği ceza verilmesine yer olmadığı kararı ile birlikte kazanç müsaderesi uygulaması yapılacaktır⁶⁸⁴.

⁶⁸¹Raviş, Serdar, **Türk Ceza Hukukunda Şahsi Cezasızlık Nedenleri** (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Ankara, 2022, s. 28.

⁶⁸²Raviş, s. 29.

⁶⁸³Raviş, s. 25; Genç(Müsadere), s. 78; Acar, s. 305, *“Şahsi cezasızlık nedenlerinin gerçekleşmesi durumunda suçta kullanılan eşya müsadere edilebilirse de, suçta kullanılmak üzere hazırlanan ya da suçun işlenilmesine tahsis edilen eşyanın müsaderesinin mümkün olamayacağı kanaatindeyim. Ancak; bu durumda eşyanın kamu güvenliği, kamu sağlığı ve genel ahlak açısından tehlike yaratmaması gerekir”* Certel, s. 66.

⁶⁸⁴Certel, s. 66; Raviş, s. 25; Dalkılıç, s. 93.

2.3.4.4. Etkin Pişmanlık

Etkin pişmanlık; failin suçu tamamladıktan sonra yaptığı fiil nedeniyle pişmanlık göstererek suç nedeniyle elde ettiği şeyi iade etmesi, kanunda belirlenen pişmanlıkla ilgili davranışı sergilemesi, zararı tamamen veya kısmen gidermesidir⁶⁸⁵. Etkin pişmanlık halleri de cezayı ortadan kaldıran veya azaltan şahsi haldir⁶⁸⁶. Etkin pişmanlık hali fiil hukuka uygun hale getirmez. Yine ortada dış dünyaya yansımış tipe uygun hukuka aykırı fiil mevcuttur ve fail bu fiil bakımından kınanabilir. Ancak kanun koyucu, suç işleyen failin nedamet göstermesini cezayı ortadan kaldırma veya azaltma noktasında önemsemektedir⁶⁸⁷.

5237 sayılı TCK’ da birden fazla etkin pişmanlık hali yer almaktadır⁶⁸⁸. Bunlar TCK’nın 93, 110, 168, 184/5, 192, 201, 221, 248, 254, 269, 274, 281/3, 282/5, 289/2, 293, 297/4 ve 316/2. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu hallerden cezayı azaltan etkin pişmanlık hallerinde fail, sonuç olarak; işlediği fiil nedeniyle yargılanıp cezalandırılmaktadır. Bu durumda; cezayı azaltan etkin pişmanlık hallerinde yargılama sonunda hukuka aykırı tipik fiilin tespiti yapıldığı için, kazanç müsadereci de uygulanacaktır. Cezayı ortadan kaldıran etkin pişmanlık halinin soruşturma aşamasında olması halinde CMK’ nın 171. maddesi gereği Cumhuriyet Savcısı takipsizlik kararı verebilecektir. Kovuşturma aşamasında ise, mahkeme CMK’ nın 223/4-a maddesi gereği ceza verilmesine yer olmadığı kararı verecektir. İlkinde kazanç müsadereci için; CMK 256. madde gereği ayrı bir müsadere davası yolu işletilecek, ikincisinde ise, mahkeme hükmüyle birlikte hukuka aykırı fiilin tespitini yapabildiği için faile ceza vermezken, kazanç müsadereciyi uygulayacaktır⁶⁸⁹.

Örneğin uyuşturucu madde ticareti yaparak kazanç elde eden fail, suç yetkili makamlarca öğrenilmeden kendini ihbar eder ve satmakta olduğu maddelerin ortaya çıkmasını sağlarsa, fail hakkında cezaya hükmolunmaz (TCK md. 192/1). Ancak failin önceki satışlar nedeniyle elde ettiği kazanç müsadere edilir⁶⁹⁰. Yine rüşvet suçu bakımından kanunun değişiklik öncesi hali 204/2. maddede *“Rüşvet veren veya bu konuda kamu görevlisiyle anlaşmaya varan kişinin, soruşturma başlamadan önce, pişmanlık duyarak durumdan soruşturma makamlarını haberdar etmesi halinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz; verdiği rüşvet de kamu görevlisinden alınarak kendisine iade edilir”* şeklinde düzenlenmişti. Fakat daha sonra kazanç müsadereciinin kanunda güvenlik tedbiri olarak

⁶⁸⁵Baki, Ensar, “Türk Ceza Kanununda Etkin Pişmanlık”, **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, 2016, S 2, ss. 27 – 56, s. 29 – 31; Arslan, Şeymanur, **Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık** (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2023, s. 3 – 4.

⁶⁸⁶Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 662; Akbulut(Genel Hükümler), s. 758.

⁶⁸⁷Akbulut(Genel Hükümler), s. 759 – 760; Özgenç, s. 533.

⁶⁸⁸Gedik, s. 202.

⁶⁸⁹Arslan(Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık), s. 84; Acar, s. 309; Gedik, s. 203.

⁶⁹⁰Certel, s. 69.

düzenlenmesine uygun olarak 6352 sayılı yasanın 88. maddesi ile TCK'nın 204/2. maddesi *“Rüşvet veren veya bu konuda kamu görevlisiyle anlaşmaya varan kişinin, durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce, pişmanlık duyarak durumdan yetkili makamları haberdar etmesi halinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz”* şeklinde değiştirildi⁶⁹¹.

Etkin pişmanlık durumunda, müsadere uygulaması yapılamayacağına ilişkin ayrı bir hüküm bulunmaktadır. 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 13/2. maddesi *“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”* hükmünü içerdiği için, suçun konusu olan kaçak eşya hariç, nedamet gösteren faile ait değerler ve eşyalar müsadere edilemeyecektir⁶⁹². Örneğin kaçak sigaraları yurda sokmak için para alan nakil vasıtası sahibi, etkin pişmanlık hükmü çerçevesinde kaçak eşyayı soruşturma başlamadan kolluğa teslim edip, suçun ve diğer faillerin ortaya çıkmasını sağlaması halinde, nakil aracı ve taşıma karşılığı elde ettiği kazanç müsadereye tabi tutulmayacaktır. Ancak bu durumda hem fail cezalandırılmamakta hem de failin elde ettiği kazanç kendinde kalarak ödüllendirilmektedir. Kanaatimizce bu düzenleme, kazanç müsaderesinin hukuki niteliği ile bağdaşmamaktadır.

2.3.4.5. Gönüllü Vazgeçme

Gönüllü vazgeçme, 5237 sayılı TCK'nın 36. maddesinde *“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”* şeklinde düzenlenmiştir. Kanun metninden de anlaşılacağı üzere gönüllü vazgeçme iki halde mümkündür. İlki suçun icra hareketlerine başlayıp eylemi tamamlamadan icra hareketlerine devam etmeme yani teşebbüs aşamasına geline fiilden vazgeçme, diğeri ise suçun icra hareketleri tamamlansa bile bizzat gösterdiği çabayla suçun neticesinin meydana gelmesinin engellenmesidir. Bu düzenleme ile fail netice gerçekleşene kadar suç yolundan dönebilir⁶⁹³. Örneğin; fail mağduru öldürmek amacıyla silahının ağzına mermi verip silahı mağdurun göğsüne dayasa ve fakat kendiliğinden, yani başka bir dış etken olmadan eylemden vazgeçerse; fail icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçtiği için, TCK'nın 36. maddesinden faydalanacaktır. Aynı olayda fail, mağduru tabancasıyla göğüs bölgesinden vurup eylemi

⁶⁹¹Acar, s. 309 – 310; Soygüt Arslan, s. 317.

⁶⁹²Soygüt Arslan, s. 318.

⁶⁹³Epözdemir, Rezan, “Gönüllü Vazgeçme”, **TBB Dergisi**, Sayı 38, 2018, ss. 79 – 106, s. 80 – 81; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 474-475; **Centel/Zafer/Çakmut**, s. 473-474.

tamamladıktan sonra, bizzat pişman olup mağdura kalp masajı uygulasa ve mağduru hastaneye yetiştirip hayatını kurtarsa, yani neticenin gerçekleşmesini önlediği için yine gönüllü vazgeçme maddesinden faydalanacaktır.

Kanun koyucu düzenleme ile failin suç işleme iradesinden vazgeçerek neticeyi önleyen davranışlarını ödüllendirmiştir⁶⁹⁴. Gönüllü vazgeçme kanunda cezayı kaldıran şahsi bir sebep olarak düzenlenmiştir⁶⁹⁵. Düzenlemeye göre; gönüllü vazgeçme halinde fail işlemeyi kast ettiği suça teşebbüs nedeniyle cezalandırılmaz ancak o ana kadar tamam olan kısım ayrı bir suça vücut verirse, fail bu suç nedeniyle sorumlu olacaktır. Kanaatimizce bu durumda; fail hakkında yapılan yargılamada, kasten işlenen hukuka aykırı fiil tespiti de mümkün olduğundan, kazanç müsadèresinin uygulanmasında engel bir durum yoktur⁶⁹⁶.

Gönüllü vazgeçme açısından asıl tartışılması gereken; teşebbüsten sorumlu olmayan fail bakımından, gönüllü vazgeçme anına kadar yapılan hareketlerin ayrı bir suç oluşturmamasıdır. Yani failin cezalandırılmadığı durumlarda kazanç müsadèresi nasıl uygulanacaktır. Örneğin kendi organını satmak için para alan ancak bu durumdan gönüllü olarak vazgeçen failin, elde ettiği para için nasıl bir hüküm kurulacağı konusunu irdelemek yerinde olacaktır. Gönüllü vazgeçme yukarıda da açıklandığı üzere cezayı kaldıran şahsi haldir yani kasten işlenen hukuka aykırı fiil varlığını koruyacaktır. Ayrıca kazanç müsadèresi için mahkûmiyet şartı da aranmaz. Bu durumda mahkeme fail hakkında cezaya hükmetmezken kararla birlikte kazanç müsadèresini de uygulayacaktır⁶⁹⁷.

2.3.4.6. Suçların İctimai

Ceza hukuku sistemimizde kural; her bir suç için, failin ayrı ayrı cezalandırılmasıdır⁶⁹⁸. Ceza hukukumuzda buna gerçek içtima denilmektedir⁶⁹⁹. Ancak kanun koyucu bazı hallerde birden fazla hukuka aykırı fiilin varlığını kabul ederken faile tek ceza verilmesi esasını belirlemiştir.

⁶⁹⁴ Centel/Zafer/Çakmut, s. 475; Demirbaş, s. 508.

⁶⁹⁵ Epözdemir, s. 84 – 85; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 703.

⁶⁹⁶ Acar, s. 307, Gedik, s. 205, Bakıcı, gönüllü vazgeçme halinde vazgeçilen kısma kadar ki an başka bir suç oluşturuyorsa müsadèresinin mümkün olduğu başka bir suç oluşturuyorsa müsadèresinin mümkün olmadığı görüşünü paylaşarak kısmen aksi yönde değerlendirme yapmaktadır. Bakıcı, s. 1245.

⁶⁹⁷ Aslan, Halil İbrahim, *Türk Hukuk Sisteminde Gönüllü Vazgeçme* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, Ankara, 2014, s. 14; Dölen, s. 74 Aksi yönde bkz. Özden, s. 1076.

⁶⁹⁸ Göktürk, Neslihan, “Türk Hukuku’nda Suçların İctimai”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, C. 2, S 1 – 2, 2014, ss. 31 – 59, s. 31; Sarıtaş, Erkan, “Cezalandırılmayan Önceki Hareketler”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 80, S 2, 2022, ss. 615 – 654, s. 615; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 780; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 551; Öztürk/Erdem, s. 386.

⁶⁹⁹ Göktürk, s. 31; Kılıç, Ahmet, *Suçların İctimai Bağlamında Fiil Tekliği*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 22 – 23.

Bunlardan ilki TCK'nın 42. maddesinde “*Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz*” şeklinde düzenlenen bileşik (mürekkep) suçtur. Örneğin yağma suçu hırsızlık ile cebir veya kasten yaralamanın birleşmesi ile oluşan bağımsız bir suçtur. Diğer TCK'nın 43. maddesinde “(1) *Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. (Ek cümle: 29/6/2005 – 5377/6 md.) Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır. (2) Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır. (3) Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz*” şeklinde yer alan zincirleme suçtur. Zincirleme suça ilişkin madde de aslında iki farklı düzenleme vardır. İlki aynı suçun aynı kişiye karşı farklı zamanlarda işlenmesi ki; asıl zincirleme suç bu olup, fail hakkında bu halde ceza arttırılarak hükmolunur. İkincisi ise aynı neviden fikri içtima olan, aynı suçun aynı anda tek bir hareketle birden fazla kişiye karşı işlenmesidir⁷⁰⁰. İkinci halde de kanun koyucu her bir mağdur için ayrı suç oluşmadığını, tek eylem oluştuğunu kabul edip cezanın arttırılmasını öngörmüştür. Sonuncu düzenleme ise; TCK'nın 44. maddesinde “*İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır*” şeklindeki düzenleme ile fikri içtimadır (farklı neviden fikri içtima)⁷⁰¹.

Bileşik suç, zincirleme suç veya aynı neviden fikri içtima hallerinde konu bir özellik arz etmez yani kazanç müsadereci hükümle birlikte yargılamayı yapan mahkeme tarafından uygulanacaktır. Çünkü bu hallerin varlığı durumunda mahkeme hukuka aykırı fiil tespiti yapacaktır.

Farklı neviden fikri içtima halinde ise, ortada birbirinden bağımsız iki kanun maddesini ihlal eden tek bir fiil bulunmaktadır. Kanun koyucu bu durumda cezası daha ağır olan suçtan cezalandırma öngörmektedir. Konumuz bakımından önemli olan cezası daha az olan suç nedeniyle elde edilen kazancın müsadere edilip edilemeyeceğidir. Kanaatimizce işlenen fiil ile daha az cezayı gerektiren suçtan dolayı cezaya hükmolunmasa bile; kazanç müsadereci için mahkûmiyetin şart olmaması ayrıca kazanç müsadereci için önemli olanın

⁷⁰⁰Özen, Mustafa, “Ceza Hukukunda Fikri İçtima”, **TBB Dergisi**, Sayı 73, 2007, ss. 132 – 145, s. 140 – 141; Göktürk, s. 44.

⁷⁰¹Göktürk, s. 44; Özen(Fikri İçtima), s. 140.

kasıtlı ve hukuka aykırı fiilin varlığının bulunması esas olduğu için, kazanç müsadereyi uygulaması yapılacaktır⁷⁰².

Yargıtay da farklı neviden fikri içtima halinde cezası daha az olan suç nedeniyle müsadereyi uygulanacağını içtihat etmiştir⁷⁰³.

2.3.4.7. Objektif Cezalandırılabilme Koşulu

Objektif cezalandırılabilme koşulu; suçun işlenmesinden önce, suç işlenmesi sırasında veya suç işlendikten sonra gündeme gelen, failin haksızlık oluşturan eylemi bakımından, failin cezalandırılması önleyen şartlardır⁷⁰⁴. Objektif cezalandırılabilme koşulu suçun unsurları içinde yer almaz. Fakat tüm unsurları ile gerçekleşen suç bakımından; suç dış dünyada bir haksızlık oluşturmaya rağmen, objektif cezalandırılabilme koşulunun yokluğu, failin cezalandırılmasını önler⁷⁰⁵. Örneğin; gıyapta hakaret eyleminin cezalandırılabilmesi için, “en az üç kişiyle ihtilat” hususu, yine görevi kötüye kullanma ve ihmal suçlarında “zarar” objektif cezalandırılabilme koşulu olarak düzenlenmiştir⁷⁰⁶.

Objektif cezalandırılabilme koşulunun gerçekleşmemesi halinde, yargılama sonunda hangi hüküm şeklinin verileceği CMK’ nın 223. maddesinde düzenlenmemiştir. Objektif cezalandırılabilme koşulunun gerçekleşmemesi halinde dahi, suçun tüm unsurları ile

⁷⁰²**Gedik**, s. 207; **Dölen**, s. 75; *Soygüt Arslan*; müsadereyi ceza yönünün ve ihlale tepki olma özelliğinin ağır bastığı durumlarda müsadere uygulamasının, farklı neviden fikri içtimainin mantığına aykırı olduğu kanaatindedir. **Soygüt Arslan**, s. 323; **Kılıç**, Alman Ceza Yasasında fikri içtima halinde içtima kapsamındaki tüm fiiller için güvenlik tedbiri uygulanabileceğine ilişkin düzenleme benzeri bir düzenlemenin ceza yasamızda olmamasını eleştirmiştir. **Kılıç**, s. 371.

⁷⁰³“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. Bu itibarla, Yerel Mahkemenin direnme kararı isabetlidir. Sair yönleri de usul ve yasaya uygun bulunan hükmün onanmasına karar verilmelidir” YCGK, 1996/2-195 E. - 1996/206 K., 12.11.1996 T., **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 22/09/2023).

⁷⁰⁴**Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 664; **Koca/Üzülmez**, s. 373; Artuk, Mehmet Emin/Alşahin, Mehmet Emin, “Objektif Cezalandırma Şartı ve Zamanaşımı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**(Prof Dr. Nur Centel’e Armağan), C. 19, S 2, 2013, ss. 17-44, s. 18.

⁷⁰⁵**Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 664-665; **Koca/Üzülmez**, s. 373; **Artuk/Alşahin**, s. 19-20; Objektif cezalandırma şartını suçun unsurları içinde mütalaa eden yazarlar için bkz. Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Cilt 1, 9. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1985, s. 306.

⁷⁰⁶**Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 668-669; **Koca/Üzülmez**, s. 373; “Sanığın eylemlerinin 5237 ... Kanun’un 257 nci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu kabul edilerek cezalandırılması yoluna gidilmiş ise de; bu suçun oluşabilmesi için norma aykırı davranış nedeniyle objektif cezalandırma şartı olan “kişilerin mağduriyetine” veya “kamunun zararına neden olma” ya da “kişilere haksız bir menfaat sağlama” koşullarından birisinin de mevcut olması gerektiği nazara alınarak, öncelikle sanığın hangi normu ihlal ettiğinin belirlenip mağdur edilen kişilerin ne şekilde mağduriyetine sebebiyet verildiği, eylemleri nedeniyle kamunun zararının oluşması halinde bu zararın ortaya konulması ve haksız bir menfaat sağlanması durumunda bunun açık bir şekilde kararda gösterilerek objektif cezalandırma koşullarının ne şekilde gerçekleştiğinin denetime imkan verecek biçimde karar yerinde tartışılıp değerlendirilmesi sonrasında hukuki durumunun takdir ve tayin edilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi” Yar. , 5. CD. , 2022/9111 E. - 2024/7 K., 08.01.2024 T., **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 08/04/2024).

gerçekleştiği yani haksızlık ortaya çıktığı için, fail hakkında beraat kararı verilemez. Bu durumda fail hakkında verilecek en mantıklı hüküm çeşidi, CMK’ nın 223/4. maddesinde yer alan “ceza verilmesine yer olmadığı” kararıdır⁷⁰⁷. O halde objektif cezalandırılabilme koşulu gerçekleşmediği için faile ceza verilmesine de; hukuka aykırı tipik fiilin varlığı nedeniyle kazanç müsadereyi uygulaması da yapılacaktır.

2.3.4.8. Karşılıklı Hakaret ve Fiilin Haksızlık İçeriğinin Azlığı

Karşılıklı hakaret; 5237 sayılı TCK’nın 129/3. maddesinde “*Hakaret suçunun karşılıklı olarak işlenmesi halinde, olayın mahiyetine göre, taraflardan her ikisi veya biri hakkında verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir*” şeklinde düzenlenmiştir. Karşılıklı hakaret nedeniyle; her iki fail bakımından, hakim cezayı azaltma veya tamamen cezadan vazgeçme şeklinde takdir yetkisi bulunmaktadır. Karşılıklı hakaretin koşulu, ilk hakareti gerçekleştiren failin eylemi ile nedensellik bağı içinde, diğer failin ilk faile hakaret etmesidir. Yani hakaret eylemleri arasında karşılıklı olacak şekilde bağ yoksa bu hüküm uygulanmayacaktır⁷⁰⁸.

Fiilin haksızlık içeriğinin azlığı; tüm unsurları ile gerçekleşmiş suçun ortaya çıkardığı haksızlığın(zarar), toplum nezdinde etkisinin düşük olması veya toplum tarafından kabul edilebilir olmasından kaynaklı olarak, kanun koyucu tarafından şartlara göre cezalandırılmaması veya cezada indirim yapılması şeklinde ifade etmek mümkündür. Fiilin haksızlık içeriğinin azlığı halinde dahi, ortada hukuka aykırı tipik fiil tüm unsurları ile gerçekleşmiştir. Ayrıca fail kusurludur. Fakat meydana çıkan zarar veya haksızlığın dış dünyada ortaya çıkan miktarı ve etkisi çok azdır⁷⁰⁹. Fiilin haksızlık içeriğinin azlığı ile ilgili hükümlerden biri TCK’ nın 145. maddesinde düzenlenen hırsızlık suçunun konusu olan malın değerinin azlığıdır. Bu madde uyarınca hırsızlık suçuna konu malın değerinin az olması halinde, mahkeme cezada indirim yapabileceği gibi ceza vermekten kaçınabilir.

Öncelikle karşılıklı hakaret⁷¹⁰ ve fiilin haksızlık içeriğinin azlığı⁷¹¹ halinde CMK’ nın 223/4 maddesi uyarınca “ceza verilmesine yer olmadığı” kararı verilecektir. Her iki kurum bakımından kabul edilen hüküm çeşidi de, yukarıda ortaya koyduğumuz hukuka aykırı tipik

⁷⁰⁷Artuk/Alşahin, s. 27-28; Objektif cezalandırma şartının gerçekleşmemesi halinde beraat kararı verilmesini savunan yazarlar için bkz. Öztürk/Erdem, s. 175; Demirbaş, s. 224.

⁷⁰⁸Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 16. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 618; Koca, Mahmut/Üzülmüş, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 454-456.

⁷⁰⁹Şenses, Erkan, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Ceza Verilmesine Yer Olmadığı Kararı”, **TBB Dergisi**, S 105, 2013, ss. 379-400, s. 396; Bekar, Elif, “Ceza Muhakemesinde Hüküm Çeşitleri”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXXV, S 1, 2017, ss. 15-60, s. 39.

⁷¹⁰Bekar, s 39; Şenses, s. 394.

⁷¹¹Bekar, s. 40; Şenses, s. 397.

fiilin oluştuğu kabulünü desteklemektedir. Ayrıca her iki kurum bir hukuka uygunluk nedeni de değildir. Bu durumda hukuka aykırı tipik fiilin tespiti yapılabildiği için, kazanç müsadereesi uygulaması da yapılabilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki, fiilen bu suçtan kaynaklanan bir kazanç olma ihtimali neredeyse yoktur ve bu nedenle kazanç müsaderesinin burada uygulanma ihtimali oldukça düşüktür.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YARGILAMA VE İNFAZ HUKUKU AÇISINDAN KAZANÇ MÜSADERESİ

3.1. Müsadere Usulü

3.1.1. Genel Açıklama

Müsadere usulü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 256 ile 259 maddeleri arasında yer almaktadır. Bu maddeler arasında başvuru, duruşma ve karar, kanun yolu ve suç konusu olmayan eşyanın müsadere başlıklarıyla; müsaderenin (kazanç müsadere dahil) yargılama hukukuna ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir.

Müsadere usulünün düzenlendiği bu maddelere bakıldığı zaman, esasen suç yargılaması ile birlikte görülmeyen (esas dava ile birlikte görülmeyen) müsadere davasından söz edildiği anlaşılmaktadır⁷¹². Bu nedenle önce esas dava ile birlikte görülen müsadere davasını açıklayıp, daha sonra bağımsız müsadere davasının usul ve esaslarını inceleyeceğiz.

Alman hukukunda da; müsadere davası, ceza yargılaması ile birlikte görülen müsadere ve ceza yargılamasından bağımsız olarak ayrı görülen müsadere davası olarak ikiye ayrılmaktadır⁷¹³.

3.1.2. Kazanç Müsaderesine Tabi Menfaat Üzerinde Üçüncü Kişinin Hakkının Bulunması

Kazanç müsaderesine tabi değer sonradan iyiniyetli üçünü kişiler tarafından kazanım hususu çalışmamızın önceki kısımlarında ele alınmıştı. Bu kısımda daha çok kazanç müsaderesine tabi değer üzerinde kısmi hakkı olan üçüncü kişilerin durumları, kazanç müsaderesi bağlamında değerlendirilecektir. Örneğin uyuşturucu madde ticareti için arkadaşından borç alan failin, bu para ile uyuşturucu satarak borç aldığından daha fazla bir kazançla ulaşması mümkündür. Bu durumda el konulan ve kazanç müsaderesi bakımından yargılamaya konu değer, bir kısmı fiilden haberi olmayan üçüncü kişiye ait olmasına rağmen; kazanç müsaderesinin ne şekilde uygulanacağı bir sorun oluşturmaktadır. Yine organ ticareti suçunu işleyen failin, elde ettiği parayla bu suçla ilgisi olmayan üçüncü kişi konumundaki arkadaşı ile ortak arazi alması durumunda kazanç müsaderesinin nasıl uygulanacağı çözümlenmesi gereken bir konudur.

⁷¹²Noyan, s. 991, *Certel*, kamu davası açılmış veya açılmamış olmasına bakmaksızın CMK 256 – 259 hükümlerinin müsadere usulünü düzenlediğini ifade etmektedir. *Certel*, s. 186.

⁷¹³Schönke/Schröder/Eser/Schuster, § 73 kn. 4.

5237 sayılı yasanın 54. maddesinde düzenlenen eşya müsadereyi bakımından 5. ve 6. fıkralarda düzenlenen kısmi müsadere ile ortak mülkiyete konu eşyanın müsadereyi yöntemi benzeri bir hüküm, kazanç müsadereyiinin düzenlendiği 55. maddede düzenlenmemiştir. Burada tartışılması gereken ilk husus 54. maddede yer alan bahis konusu düzenlemelerin, kıyasen 55. madde bakımından uygulanıp uygulanamayacağıdır. Gerek 1982 Anayasasının 38. maddesinde gerekse 5237 sayılı TCK'nın 2. maddesinde yer alan kanunilik ilkesi, kanunda güvenlik tedbiri olarak düzenlenen kazanç müsadereyi için de geçerlidir. Yani eşya müsadereyiine ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla kazanç müsadereyiinde uygulanması imkânsız gözükmemektedir⁷¹⁴. Bu konuda kanunda boşluk olması, kazanç müsadereyiinin ruhuna aykırıdır. Kanaatimizce sorunun çözümü için, eşya müsadereyiindeki hükümlere benzer hükümlerin kazanç müsadereyiine de eklenmesi ile sorun çözülecektir.

Mevzuatımızda üçünü kişinin hakkını tazminat yoluyla koruyan bir hüküm de bulunmamaktadır. Yargıtay da konuya dair eşya müsadereyiini ilgilendiren bir konuda vermiş olduğu kararında, müsadereyiine karar verilen şeyin kanunun emri nedeniyle yargı kararı ile gerçekleştiğini; bu nedenle özel hukuka tabi mülkiyet hakkının öne sürülmesinin imkânsız olduğunu ve devletin tazmin ile yükümlü olmadığını ifade etmiştir⁷¹⁵.

Suçla ilgisi olmayan üçüncü kişinin mülkiyet hakkının bu şekilde korumasız bırakılması, 1982 Anayasasının 34. maddesi ve taraf olduğumuz Avrupa insan Hakları sözleşmesinin 1 nolu ek protokolünün birinci maddesi ile güvence altına alınan mülkiyet hakkının özüne dokunmakta ve bu hakkı tamamen korumasız bırakmaktadır. Kanaatimizce böyle durumlarda, en azından suçla bağlantısı olmayan üçüncü kişilerin, yargı içtihatları ile kazanç müsadereyiine konu ekonomik değerinin orantısı kadar devletten tazminat alabilmesinin geliştirilmesi isabetli olacaktır.

⁷¹⁴ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 164; Koca/Üzülmez, s. 65. Failin lehine olacak şekilde kıyasın mümkün olduğu görüşleri için bkz. İçel, s. 101; Öztürk/Erdem, s. 49. Genel genel hükümler içerisinde lehe ve aleyhe kıyas yapılabileceği hususu için bkz. Özgenç, s. 137.

⁷¹⁵ “Ceza Mahkemesi, mülkiyet durumuna bağlı olmaksızın dava konusu traktörün kamu yasası olan, Orman Yasası gereğince zor alımına karar vermiştir. Bu nitelikteki bir karar, zor alımına karar verilen şeyin kimin elinde bulunursa bulunsun, mülkiyet kime ait olursa olsun, yerine getirilmesi zorunludur. Burada özel hukuka ilişkin mülkiyet hakkı tartışılmaz; yargı kararının zor alıma ilişkin buyruğunun yerine getirilmesi kaçınılmazdır” Yar., 4. HD., 19.04.1993 T., 1992/805 E., 1993/3858 K., Sinerji Mevzuat Programı (Erişim Tarihi: 22/09/2023); Dönmezer/Erman ise; müsadere ile şeyin üzerinde bulunan hak ve yükümlülüklerin devlete geçtiğini ancak devletin külli halef olmadığını müsadere öncesi var olan hak ve yükümlülükler kadar sorumlu olduğunu ifade etmiştir. Dönmezer / Erman, s. 751.

3.1.3. Müsadere Davası

3.1.3.1. Suç Yargılaması İle Birlikte Görülen(Esas Dava ile Birlikte Görülen) Müsadere Davası

Usul hukuku bakımından temel kural, kazanç müsadereğine konu yargılamanın suç yargılaması (asıl dava/esas dava) ile birlikte görülmesidir. Ceza davasını açma görevi 5271 sayılı yasanın 170/1'inci maddesine göre Cumhuriyet Savcısına aittir. Yani kamu davasını açma konusunda münferiden yetkili kişi Cumhuriyet Savcısıdır. Bu durumda esas davayı açan Cumhuriyet Savcısı iddianamede kazanç müsadereğine konu değerlerin ne olduğu, bu değerlerin suçla bağlantısının nasıl ve ne şekilde kurulduğunu anlatmalı ve kazanç müsadereğine karar verilmesini suç yargılamasını yapmakla görevli mahkemeden talep etmelidir (CMK md. 170). Cumhuriyet Savcısının bu şekilde açtığı kamu davası, müsadere davasının esas dava ile birlikte görüldüğü dava türüdür⁷¹⁶. Bu yargılamanın sonunda mahkeme iki şekilde karar verecektir. Öncelikle yargılamayı yapan mahkeme kasten işlenen bir suça dair, tipe uygun ve hukuka aykırı fiilin tespitini yaptıktan sonra, hükümle birlikte suç ile bağlantılı menfaatlerin müsadereğine karar verecektir. Aksi durumda yani mahkemenin tipe uygun ve hukuka aykırı fiilin olmadığını tespit etmesi halinde veya müsadere davasına konu menfaatlerin suç ile bağlantısını tespit edememesi halinde, bu menfaatlerin (eğer yargılama aşamasında bunlar hakkında el koyma kararı verilmişse) hükümle birlikte iadesine karar verecektir⁷¹⁷.

Asıl davayı gören mahkemenin iddianamede müsadere için talep olmasına rağmen, bu konuda karar vermemesini Yargıtay bozma nedeni yaptığı gibi, zamanaşımı süresi içinde konu hakkında her zaman karar verilebileceğini de değerlendirmektedir⁷¹⁸.

⁷¹⁶ **Acar**, s. 334.

⁷¹⁷ **Gedik**, s. 265.

⁷¹⁸“Sanık hakkında münferit ticari kaçakçılık suçundan açılmış bulunan kamu davasının 21.11.2001 günlü kararla 4616 sayılı yasanın 1/4.maddesi uyarınca kesin hükme bağlanmasının ertelenmesine karar verildiğine göre, dava konusu araçların iadesi yada müsadere hususunun asıl hükümle birlikte değerlendirilmesi gerektiği ve araçlar bakımından ayrıca bir karar verilemeyeceği gözetilmeden,...”, Yar. , 7. CD. , 2004/50 E. - 2005/11619 K., 06.07.2005 T., **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 22/09/2023); “Suça konu tabancalar ve eklerinin müsadere hususunda mahallinde her zaman karar verilmesi mümkün görülmüştür” Yar. , 8. CD. , 2023/1263 E. - 2023/5292 K., 21.06.2023 T., **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 22/09/2023); “Yerel Mahkemenin kurduğu hükmün 11 numaralı bendinde, “...Adli Emanetinde bulunan ve suç teşkil etmeyen emanet eşyalarının sahiplerine iadesine, suçta kullanıldığı anlaşılan diğer emanet eşyalarının dosyada delil olarak saklanması” denilmiş ise de; TCK 54 üncü maddesinde suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsadereğine karar verileceğinin belirtildiği, bu anlamda hangi eşyanın müsadereğine ya da iadesine karar verildiğinin hükümde açıkça gösterilmesi gerektiği anlaşılmakta ise de, zaman aşımı süresi içerisinde mahkemesince bu hususta her zaman bir karar verilmesi mümkün görüldüğünden söz konusu eksikliğin eleştirilmesi ile yetinilmiştir” Yar. , 3. CD. , 2021/11044 E. - 2023/2822 K., 06.05.2023 T., **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 22/09/2023); **Acar**, s. 335; **Centel/Zafer**, mahkemenin müsadere konusunda hüküm kurmayı unutmaması bozma nedeni olarak görmemektedir. Yazarlar zaten böyle bir durumda ayrı müsadere davası ile konunun çözülebileceğini ifade etmektedirler. **Centel/Zafer**, s. 1049; **Centel/Zafer** ile aynı yönde görüş için bkz. **Tünay**, s. 104.

Kazanç müsadereesine konu şey bakımından menfaat sahibi statüsünde bulunan üçüncü kişinin de esas dava ile birlikte davaya katılma hakkı vardır. Bu nedenle 5271 sayılı CMK' nın 237/1. maddesinde “*malen sorumlunun*” da davaya katılabileceği düzenlenmiştir. Malen sorumlu ise; CMK' nın 2. maddesinde yer alan tanımlar başlığı altında “*Yargılama konusu işin hükme bağlanması ve bunun kesinleşmesinden sonra, maddî ve malî sorumluluk taşıyarak hükmün sonuçlarından etkilenecek veya bunlara katlanacak kişiyi*” ifade eder şeklinde tanımlanmıştır. Bu durumda sanık dışındaki başka biri, menfaat üzerinde hak iddiası olması ve menfaat üzerinde verilecek hüküm, o kişinin haklarını etkileyebileceksen; malen sorumlu sıfatı ile davaya katılabilir, duruşmada bizzat bulunarak veya vekil ile kendini temsil ettirerek delillerini mahkemeye sunabilir. Bu kişi ayrıca müsadere hakkında verilen hükümle bağlantılı olarak, kanun yoluna başvurabilir⁷¹⁹.

Son olarak asıl fiile ilişkin hazırlanan iddianamede kazanç müsadereesine ilişkin talep olmaması halinde, ne olacağını açıklamak konumuz açısından önemlidir. İddianamede sevk maddelerinde kazanç müsadereesi bakımından Cumhuriyet Savcısınca talep olmamasına rağmen, mahkemeye sunulan iddianamenin olay açıklamasına ilişkin kısmında, kazanç müsadereesi bakımından anlatım varsa; kazanç müsadereesi açısından sevk maddesi yazılmasa bile, mahkeme kazanç müsadereesine hükmedecektir. Bu durum CMK' nın 225. maddesinin doğal bir sonucudur⁷²⁰. Kanaatimizce bu husus, zaten CMK md. 174'te düzenleme konusu yapılan “iddianamenin iadesi” kurumu çerçevesinde çözümlenebilir niteliktedir.

İddianamede Cumhuriyet Savcısı kazanç müsadereesi bakımından; ne sevk maddesi yazmış ne de iddianamenin metin kısmında kazanç müsadereesi açısından anlatımda bulunmuş ise, bu durumda mahkeme CMK' nın 226/2. maddesi gereği sanığa ek savunma hakkı verecektir⁷²¹. Ek savunma hakkı verdikten sonra kazanç müsadereesi bakımından artık hüküm kurabilecektir⁷²². Yargıtay da, iddianamede kazanç müsadereesinin yer almadığı durumlarda, yargılama sürecinde kazanç müsadereesi uygulanması için ek savunma hakkının verilmesi gerektiği düşüncesindedir⁷²³.

⁷¹⁹ Dalkılıç, s. 107; Özbek/Doğan/Bacaksız(Ceza Muhakemesi Hukuku), s. 896; Bakıcı, s. 1247.

⁷²⁰ CMK md. 225 “(1) Hüküm, ancak iddianamede unsurları gösterilen suça ilişkin fiil ve faili hakkında verilir. (2) Mahkeme, fiilin nitelendirilmesinde iddia ve savunmalarla bağlı değildir”

⁷²¹ CMK md. 226/2 “Cezanın artırılmasını veya cezaya ek olarak güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını gerektirecek hâller, ilk defa duruşma sırasında ortaya çıktığında aynı hüküm uygulanır”

⁷²² Acar, s. 336.

⁷²³ “Cezaya ek olarak güvenlik tedbirlerinin sanığa uygulanması açısından olaya baktığımızda. Tekerrürü, özgürlüğü kısıtlayan bir ceza olarak kabul etmediğimiz takdirde, tekerrür güvenlik tedbirlerinin kapsamına girmektedir. CMK' nın 226. maddenin 2. fıkrası cezaya ek olarak güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını gerektirecek haller duruşma sırasında ortaya çıktığında ek savunma hakkı uygulanır. Ceza Kanunun genel hükümler kısmının, güvenlik tedbirleri bölümü sekiz maddeden ibarettir. O maddeler şunlardır. 53. madde belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma, 54. madde eşya müsadereesi 55. madde kazanç müsadereesi 56. madde çocuklara özgü güvenlik tedbirleri 57. madde akıl hastalıklarına özgü güvenlik tedbirleri 58. madde suçta tekerrür ve özel tehlikeli suçlar 59. madde sınır dışı edilme, tekerrürü

3.1.3.2. Suç Yargılaması İle Birlikte Görülmeyen (Ayrı Dava ile Görülen) Müsadere Davası

Kazanç müsadereesine konu olan değerler bakımından, ayrı müsadere davası da görülebilir. Bu durum bazen dava açılırken kazanç müsadereesine konu değerler bakımından hiç talepte bulunulmaması veya suç yargılamasını yapan mahkemenin kazanç müsadereesi bakımından unutarak karar vermesinden; bazen de dava açılmamasından (örneğin suç failinin belirlenemediği haller) ileri gelebilir⁷²⁴. İşte bu durumu düşünen kanun koyucu CMK' nın 256/1. maddesinde “*Müsadere kararı verilmesi gereken hâllerde, kamu davası açılmamış veya kamu davası açılmış olup da esasla beraber bir karar verilmemişse; karar verilmesi için, Cumhuriyet savcısı veya katılan, davayı görmeye yetkili mahkemeye başvurabilir*” şeklindeki düzenleme ile açık bir alan bırakmak istememiştir. Düzenlemenin lafzından da anlaşılacağı üzere, ayrı müsadere davası Cumhuriyet Savcısının veya katılanın talebi üzerine görülebilir. Mahkeme talep olmadan kendiliğinden ayrı bir müsadere yargılaması yapamaz⁷²⁵. Katılanın da doğrudan başvuru yapabildiği ayrı müsadere davası için, Cumhuriyet Savcısından bu başvuruya yönelik iddianame düzenlemesini beklemek kanunun lafzına aykırı olacaktır⁷²⁶. Yargıtay da ayrı bir müsadere davası için iddianame düzenlenmesinin gerekli olmadığı, Cumhuriyet Savcısının müsadere talepli yazısının yeterli olacağı kanaatindedir⁷²⁷.

Ayrı müsadere davası duruşmalı ve duruşmasız olmak üzere iki şekilde görülebilir. Duruşma yapılmadan görülen ayrı müsadere davası 5271 sayılı CMK' nın 259. maddesinde “*Suç konusu olmayıp sadece müsadereye tâbi bulunan eşyanın müsadereesine sulh ceza hâkimi tarafından duruşma yapılmaksızın karar verilir*” şeklinde düzenlenmiştir. Ayrı müsadere davasının duruşmasız olarak görülmesi için eşyanın suç konusu olmaması ancak

cezanın arttırılması olarak kabul etmediğimiz takdirde, tekrerrüri cezaya ek olarak güvenlik tedbirlerinden biri olarak kabul etmek zorundayız. Bunun duruşma sırasında ortaya çıkması halinde ek savunma hakkı uygulanması gerekmektedir” YCGK, 2012/153 E. - 2012/179 K., 24.04.2012 T., **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 23/09/2023); “*Nakil aracının iddianamede müsadereesi talep edilmemiş ise de, 19/12/2012 tarihli talepname ile müsadereesinin talep edildiği gözetilerek sanığa talepnameye karşı diyecekleri sorulmadığı gibi ek savunma hakkı da verilmeden nakil aracının müsadereesine karar verilmesi*,” Yar. , 7. CD. , 2015/6815 E. - 2018/4256 K., 17.04.2018 T., **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 22/09/2023).

⁷²⁴**Gedik**, s. 271; Çelik, CMK md. 256’ da yer alan usulün yalnızca eşya müsadereesi için olduğunu ifade etmektedir. Çelik, İsa, **Yargıtay Kararları Işığında Tefecilik Suçu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 139.

⁷²⁵**Acar**, s. 338.

⁷²⁶**Gedik**, s. 271; **Certel**, s. 187.

⁷²⁷“...1. Adana Cumhuriyet Başsavcılığı’nın 06.06.2013 tarihli talepnameyiyle malen sorumluya ait ruhsatsız hale gelen adli emanette kayıtlı tabanca ve şarjörün 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun (5237 sayılı Kanun) 54 üncü maddesinin birinci fıkrasına göre müsadereesi talep edilmiştir. ...V. KARAR: Gerekçe bölümünde açıklanan nedenlerle Adana (Kapatılan) 6. Sulh Ceza Mahkemesinin 12.07.2013 tarihli kararına yönelik malen sorumlu tarafından ileri sürülen temyiz sebebi yönünden herhangi bir hukuka aykırılık görülmediğinden malen sorumlu temyiz isteminin reddiyle hükümlerin, Tebliğnameye aykırı olarak, oy birliğiyle ONANMASINA,” Yar. , 8. CD. , 2021/17390 E. - 2023/4118 K., 05.06.2023 T., **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 22/09/2023).

müsadereye tabi olması gerekir⁷²⁸. Yargıtay da suç konusu eşyanın müsaderesi için duruşma yapılması şartını aramaktadır⁷²⁹. Suç konusu değerler bakımından ise duruşma yapılması zorunludur. Bu husus CMK’ nın 257/1. maddesinde “256’ ncı maddeye göre verilmesi gereken kararlar, duruşmalı olarak verilir” şeklinde düzenlenmiştir⁷³⁰.

Duruşmalı olarak görülen ayrı müsadere davası da, suç yargılamasında olduğu gibi CMK’ nın genel hükümlerine uygun olarak yapılır. Duruşmaya sanık ve katılan (suçtan zarar gören, mağdur veya malen sorumlu) davet edilir⁷³¹. Ayrıca CMK’ nın 257/2. maddesi ilk cümledeki “Müsadere veya iade olunacak eşya veya diğer malvarlığı değerleri üzerinde hakkı olan kimseler de duruşmaya çağrılır” şeklindeki düzenlemeye göre, kazanç müsaderesine konu değer üzerinde hak sahibi olan kimseler de duruşmaya davet edilir⁷³². Ayrı müsadere davasında da, tıpkı suç yargılamasında olduğu gibi sanığın sorgusu yapılır. Katılan, hak sahibi ve tanıklar dinlenir. Mahkeme gerekli görürse keşif yapabilir ve bilirkişi incelemesi yaptırabilir⁷³³. Tüm bunların sonunda mahkeme suç konusu olan değerler bakımından şartları varsa kazanç müsaderesine hükmeder. Ayrıca duruşmalı yapılan ayrı müsadere davasında CMK’ nın 257/2. maddesinin ikinci cümlesindeki “Bu kişiler, sanığın sahip olduğu hakları kullanabilirler” hükmü gereği yargılama esnasında hak sahibi olan üçünü kişiler sanığa ait hakları kullanabilir⁷³⁴.

Duruşmalı yapılan ayrı müsadere davalarında CMK’ nın 257/3. maddesindeki “Çağrıya uymamaları, işlemin ertelenmesine neden olmaz ve hükmün verilmesini engellemez” düzenlemesi, üçüncü kişilerin usulüne uygun yapılan tebligata rağmen duruşmaya katılmamaları halinde yine de kazanç müsaderesi bakımından hüküm verileceğini öngörmektedir⁷³⁵. Yine CMK’ nın 195. maddesinde yer alan “Suç, yalnız veya birlikte adli para cezasını veya müsadereyi gerektirmekte ise; sanık gelmese bile duruşma yapılabilir. Bu gibi hâllerde sanığa gönderilecek davetiyede gelmese de duruşmanın yapılacağı yazılır” düzenlemesi sanığın da duruşmaya gelmemesi halinde hüküm kurulmasına cevaz vermektedir⁷³⁶.

⁷²⁸ **Acar**, s. 338 – 339.

⁷²⁹ “Kamu davasının kesinleşmesinden sonra sanığın suç konusu silahı kardeşine sattığı ve devrettiği sırada elde edilmesinden sonra zoraltımına karar verilmesinin Asliye Ceza Mahkemesinden istenilmesi nedeniyle duruşma yapılarak hüküm verilmesi gerekir”, Yar. , 8. CD. , 1979/931 E – 1979/1979 K, 08.03.1979 T, **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 22/09/2023).

⁷³⁰ **Ünver/Hakeri**, s. 746; **Dülger/Taşkın**, s. 939.

⁷³¹ **Ünver/Hakeri**, s. 746; **Dülger/Taşkın**, s. 939.

⁷³² **Dalkılıç**, s. 108-109; **Ünver/Hakeri**, s. 747.

⁷³³ **Dalkılıç**, s. 109; **Gedik**, s. 277.

⁷³⁴ **Gedik**, s. 278; **Dalkılıç**, s. 109.

⁷³⁵ **Gedik**, s. 278-279; **Acar**, s. 341.

⁷³⁶ **Acar**, s. 341.

3.1.3.3. Yetkili ve Görevli Mahkeme

Suç yargılaması ile birlikte görülen müsadere davalarında yetkili ve görevli mahkeme suçun işlendiği yere ve suçun niteliğine göre belirlenecektir. Yani bu şekilde görülen müsadere davaları tamamen suçun yargılamasının yapıldığı yerdeki mahkemeye bağlıdır.

Yetki, suç yargılaması açısından hangi yer mahkemesinin davaya bakacağını ifade ederken, görev ise; o yerdeki hangi mahkemenin davayı göreceğini ifade eder⁷³⁷. 5271 sayılı CMK' nın 12. maddesine göre “*Davaya bakmak yetkisi, suçun işlendiği yer mahkemesine aittir*”⁷³⁸. Suçun işlendiği yerdeki hangi ceza mahkemesinin o suç için görevli olduğu ise 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkındaki kanunun 11. ve 12. maddelerinde düzenlenmiştir⁷³⁹.

Bu durumda esas dava ile birlikte görülen müsadere yargılamasında yetkili ve görevli mahkeme, suçun işlendiği yerdeki asliye ceza veya ağır ceza mahkemesidir. Örneğin; İstanbul ili Bakırköy ilçesinde işlenen uyuşturucu madde ticareti suçundan elde edilen menfaatler bakımından asıl dava ile birlikte yapılacak kazanç müsadere yargılaması, uyuşturucu madde ticareti suçu nedeniyle yargılama yapacak olan Bakırköy Ağır Ceza Mahkemesidir.

Ayrı görülen müsadere davaları bakımından suçun konusu olmayan eşya açısından müsadere kararı vermeye yetkili ve görevli mahkeme CMK' nın 259. maddesine göre eşyanın bulunduğu yerdeki sulh ceza hakimliğidir⁷⁴⁰.

Suç konusu olan ancak esas dava ile görülmeyen ayrı müsadere davalarında yetkili ve görevli mahkeme CMK' nın 256/1. maddesine göre suçun işlendiği yerdeki Asliye Ceza veya Ağır Ceza Mahkemeleridir⁷⁴¹. Yani yukarıda verdiğimiz örnekten hareketle, uyuşturucu

⁷³⁷ **Özbek/Doğan/Bacaksız (Ceza Muhakemesi Hukuku)**, s. 532 ve 547; Aydın, Murat, “Ceza Muhakemesinde Yetki Ve Görev Meselesinde Bazı Sorunlara İlişkin Değerlendirmeler”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, S 1, 2013, ss. 29 - 60, s. 32 ve 44; Uğur, Hüsamettin, “Ceza Yargılaması Ve Özel Ceza Yasalarına Göre Mahkemelerin Görevleri”, **TBB Dergisi**, Sayı 87, 2010, ss. 365 – 402, s. 366.

⁷³⁸ “Yer yönünden yetki kuralları, ülkenin mahkemeler arasında coğrafi alan olarak yargı çevrelerine bölünmesini ifade eder. Bu bölünme çerçevesinde her mahkemenin yetkisi, kendisine düşen coğrafi alanla yani yargı çevresiyle sınırlıdır. Her mahkemenin kendine ayrılan yargı çevresinde faaliyet göstermesi, delillerin toplanması ve muhakemenin hızlı yapılabilmesi açısından ona büyük bir kolaylık sağlayacaktır.” **Centel/Zafer**, s. 652. Aynı yönde bkz. **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 262.

⁷³⁹ **5235 sayılı kanun 11. madde** “Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, sulh ceza hâkimliği ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere asliye ceza mahkemelerince bakılır”, **5235 sayılı kanun 12. madde** “Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, Türk Ceza Kanununda yer alan yağma (m. 148), irtikâp (m. 250/1 ve 2), resmî belgede sahtecilik (m. 204/2), nitelikli dolandırıcılık (m. 158), hileli iflâs (m. 161) suçları, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısımının Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (318, 319, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç) ve 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun kapsamına giren suçlar dolayısıyla açılan davalar ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir. Anayasa Mahkemesi ve Yargıtayın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler, askerî mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler ile çocuklara özgü kovuşturma hükümleri saklıdır”

⁷⁴⁰ **Centel / Zafer**, s. 1050; **Özbek/Doğan/Bacaksız (Ceza Muhakemesi Hukuku)**, s. 896; **Demirbaş**, s. 666.

⁷⁴¹ **Acar**, s. 340; **Gedik**, s. 277.

madde satışından elde edilen menfaatler bakımından suç yargılaması yapan Bakırköy Ağır Ceza Mahkemesi bir şekilde karar vermemişse veya suç yargılaması fail tespit edilemediği için başlayamamış ise Cumhuriyet Savcısı veya katılanın talebi üzerine Bakırköy Ağır Ceza Mahkemesi kazanç müsadere için ayrı bir müsadere yargılaması yapacaktır⁷⁴².

Son olarak ceza davalarının bağlantı nedeniyle bir mahkemede birleştirilmesi halinde yetki CMK' nın 16. maddesinde düzenlemiştir⁷⁴³. Maddeye göre, ceza davalarının birleştirilmesi halinde; yargılama yapma yetkisi davaların birleştiği mahkemeye ait olacaktır. Fakat davaların birleştiği mahkemenin müsadere bakımından karar vermeyi ihmal ettiği durumlarda; müsadere kararını birleşmenin yapıldığı mahkemenin mi vereceği, yoksa diğer birleştirmeyi yapan mahkemelerin mi yetkili olduğu hususu açıklanmalıdır. Kanaatimizce bu husus CMK' nın 256/1. maddesi ile birlikte değerlendirilmelidir. Bu durumda ayrı müsadere yargılaması bakımından; kanuni ifade ile “*davayı görmeye yetkili mahkeme*” tüm ceza davalarının birleştiği mahkeme olacaktır. Kaldı ki uygulamada, davaların birleşmesi halinde; birleştirmeyi yapan mahkemelerin dosyasında yer alan emanet kayıtları kapatılıp, davaların birleştiği mahkemede yeniden emanet kaydı açılmaktadır. Bu suretle emanetler de, birleşen mahkemenin bulunduğu yer Cumhuriyet Başsavcılığı emanet bürosuna konulmaktadır.

3.1.3.4. Kanun Yolu

Esas dava ile birlikte görülen müsadere davalarında verilen kararlara karşı esas kararın tabi olduğu kanun yoluna gidilebilir. Yani suç yargılaması sonunda verilen kararlar hangi kanun yoluna tabi ise, müsadere kararı da o kanun yoluna tabi olacaktır⁷⁴⁴.

Suç yargılaması sonucunda kanun yoluna başvurabilecek kişiler, müsadere kararı için de başvuru hakkına sahiptirler⁷⁴⁵. Esas dava ile birlikte görülen müsadere davalarında kanun yoluna başvurma hakkı olanlar, CMK' nın 260 – 263' üncü maddeleri arasında yer alan kanun yollarına ilişkin genel hükümler kısımda düzenlenmiştir⁷⁴⁶.

⁷⁴² **Suç Eşyası Yönetmeliği 20/1-b maddesi** “İlgili oldukları iş veya davalar karara bağlanmış olup da eşya, mal varlığı değerleri veya paralar hakkında müsadere yahut iadeye ilişkin bir karar verilmemiş olduğunun anlaşılması hâlinde, ilgilisi veya Cumhuriyet savcısı, davayı gören ya da görmeye yetkili mahkemeden eşya, malvarlığı değerleri ve paralar hakkında bir karar verilmesini ister”

⁷⁴³ **CMK md. 16** “(1) Yukarıdaki maddelere göre her biri değişik mahkemelerin yetkisi içinde bulunan bağlantılı ceza davaları, yetkili mahkemelerden herhangi birisinde birleştirilerek görülebilir. (2) Bağlantılı ceza davalarının değişik mahkemelerde bakılmasına başlanmış olursa, Cumhuriyet savcılarının istemlerine uygun olmak koşuluyla, mahkemeler arasında oluşacak uyuşma üzerine, bu davaların hepsi veya bir kısmı bu mahkemelerin birinde birleştirilebilir. (3) Uyuşmazsa, Cumhuriyet savcısı veya sanığın istemi üzerine ortak yüksek görevli mahkeme birleştirmeye gerek olup olmadığına ve gerek varsa hangi mahkemede birleştirileceğine karar verir. (4) Birleştirilmiş olan davaların ayrılması da bu suretle olur.”

⁷⁴⁴ **Acar**, s. 344 – 347; **Dülger (Müsadere)**, s. 187; **Centel / Zafer**, s. 1050.

⁷⁴⁵ **Dalkılıç**, s. 110; **Certel**, s. 192; **Altuğ**, s. 298.

⁷⁴⁶ **Dalkılıç**, s. 110.

5271 sayılı CMK' nın 231. maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun esas yargılama sonunda somut olaya uygulanması halinde, kazanç müsaderesinin hangi kanun yoluna tabi olduğunu ayrı değerlendirmek konumuz açısından daha yerinde olacaktır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, 12.03.2024 tarih ve 7499 sayılı kanunun 15. maddesi ile yapılan değişiklik öncesi itiraz kanun yoluna tabi bir hükümdü. Bu durumda hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile birlikte verilen müsadere kararı da itiraz kanun yoluna tabi olmaktaydı⁷⁴⁷. Fakat hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ile birlikte verilen müsadere kararlarının itiraz edilmeden veya itirazın reddedilmesi halinde, müsadereye tabi şeyin mülkiyetinin devlete ne zaman geçeceği veya kararın müsadere kısmının ne şekilde infaz edileceği hakkında yasal bir düzenleme kanunda yer almamaktaydı. Kanun değişikliği öncesi, bu alan yargı içtihatları ile doldurulmaya çalışılmıştır. Nitekim Yargıtay hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile birlikte verilen müsadere kararının da hukuki sonuç doğurmadığını ve denetim süresi içinde askıda olduğunu ifade etmiştir. Yüksek mahkeme denetim süresi sonunda verilen düşme kararı ile birlikte müsadere yönünden de bir karar verilmesi gerektiğini ifade etmiştir⁷⁴⁸. Bu konu ile ilgili olarak *Mahmutoğlu/Karadeniz* ise; denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmemesi ve denetimli serbestlik tedbirlerine ilişkin yükümlülöklere uygun davranılması durumunda, geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılıp davanın düşmesine karar verilmesi halinde; müsadere kararının infaz edilemeyeceği

⁷⁴⁷“Yukarıda tarih ve sayısı belirtilen incelemeye konu Yerel Mahkeme kararı ile sanık hakkında görevi yaptırılmamak için direnme ve hakaret suçlarından, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (5271 sayılı Kanun) 231 inci maddesinin beşinci fıkrası uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildiği, aynı kararda bu suçta kullanıldığı kabul edilen **tüfeğe ilişkin verilen müsadere kararının da asıl hükümle birlikte aynı yasa yoluna tabi olması**, 5271 sayılı Kanun'un 231 inci maddesinin onikinci fıkrası uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının itiraz yoluna tabi olması ve aynı Kanun'un 264 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer verilen “Kabul edilebilir bir başvuruda kanun yolunun veya merciin belirlenmesinde yanılma, başvuranın haklarını ortadan kaldırmaz.” şeklindeki düzenleme de dikkate alınarak kanun yolu incelemesinin itiraz merciince yapılması gerektiği anlaşıldığından, dava dosyasının, Tebliğname'ye uygun olarak, oy birliğiyle **İNCELENMEKSİZİN İADESİNE**,” Yar. , 4. CD. , 2021/12877 E. – 2023/19354 K., 05.06.2023 T., **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 24/09/2023).

⁷⁴⁸“Müsadere kararı, güvenlik tedbiri olmakla birlikte, asıl ceza davasına ilişkin hükmün bir parçası niteliğindedir. **Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ile birlikte verilen müsadere kararı da bu hükme bağlı olduğundan müsadereye ilişkin kararda askıda bir karar olup hüküm açıklanuncaya kadar hukuki sonuç doğurmayacaktır.** Hükmün bir sonucu olan müsadere kararı da, açıklanması geri bırakılan hükümle birlikte aynı hükmün kanun yoluna tabi olacak, denetim süresi içinde suç işlenmemesi ya da yükümlölöklere uyulması nedeniyle verilecek düşme kararıyla birlikte hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair kararın bütün hüküm ve sonuçları ile ortadan kalkacaktır. Düşme kararı ile birlikte suçta kullanılan eşyanın akıbeti hakkında da yeniden bir karar verilmesi gerektiğinden suça konu tabancanın müsaderesine ilişkin kararın mahkumiyet hükmüne bağlı bulunması ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının sanık hakkında verilmesi nedeniyle hükme temyiz kabiliyeti kazandırmayacağı gibi temyiz hakkı da vermeyeceği anlaşılmakla, dava dosyasının, Tebliğname'ye aykırı olarak, oy birliğiyle **İNCELENMEKSİZİN İADESİNE**,” Yar. , 8. CD. , 2021/10857 E. – 2023/4094 K., 05.06.2023 T., **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 24/09/2023).

yönünde görüş belirtmektedir⁷⁴⁹. Bu görüş, kanaatimizce; ceza kanunumuzun sistematüğinde müsadereenin güvenlik tedbiri başlığı altında düzenlenip, hukuki nitelik olarak da kurumun güvenlik tedbiri olarak kabul edilmesi karşısında hukuki dayanak bakımından yetersizdir.

Müsadereenin anayasal teminat altında olan mülkiyet hakkına son vermesine rağmen, hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile birlikte verilmesi halinde 5 yıllık denetim süresi içinde askıda kalarak hukuki sonuç doğurmaması, kanaatimizce 1982 Anayasası'nın 13. ve 35. maddelerinde yer alan *“kanunla sınırlama ilkesine”* aykırılık oluşturmaktaydı. Nihayet Anayasa Mahkemesi de, itiraz yolu ile önüne getirilen CMK' nın 231. maddesinin 5,6,7,8,9,10,11,12,13,14. fıkralarını iptal etmiş ve iptal kararının yürürlüğünü, meydana gelecek hukuksal boşluğun kamu yararını ihlal edecek nitelikte görmesinden dolayı 1 yıl ertelemiştir. Yüksek mahkeme iptal kararı gerekçesinde *“hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile birlikte verilen müsadere kararının ne zaman infaz edileceğine ilişkin açık bir kanuni düzenleme olmamasını, istinaf kanun yolunun askıya alınması ile mülkiyet hakkına yönelik keyfi sınırlama getirildiği ve mülkiyet hakkına yönelik sınırlamaya karşı başvuru yolunun yeterli güvenceyi içermediği”* düşünceleri ile mevcut düzenlemeye yerinde ifadelerle eleştirilerde bulunmuştur⁷⁵⁰.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra kanun koyucu harekete geçmiş, karardaki müsadere bakımından yapılan eleştiriler doğrultusunda CMK' nın 231. maddesini 7499 sayılı kanunun 15. maddesi ile yeniden düzenlemiştir. Yeni düzenleme ile öncelikle HAGB kararı ile birlikte verilen müsadere kararı, asıl karar olan HAGB ile birlikte 5 yıl askıda kalmayacak, müsadere kararı kesinleşme sonrası infaz edilebilecektir(7499 sk. madde 15 ile değişik CMK md. 231/5). Yine düzenleme ile HAGB ile birlikte verilen müsadere kararları bakımından da kanun yolu artık istinaf ve temyiz olmuştur(7499 sk. madde 15 ile

⁷⁴⁹ **Mahmutoglu/Karadeniz**, s. 1352.

⁷⁵⁰“...47. Ceza yargılaması sonunda mülkiyetin kamuya geçirilmesi sonucuna yol açan müsadere kararı mülkiyet hakkına sınırlama getirmekte olup mülkiyetin kamu yararına kullanımının kontrol edilmesidir (Bekir Yazıcı [GK], B. No: 2013/3044, 17/12/2015, §§ 54-58). Müsadereenin HAGB kararı verilmesi durumunda hangi aşamada infaz edileceğine ilişkin olarak ise açık bir kanun hükmünün bulunmadığı anlaşılmaktadır. 48. Kanun koyucu müsadere kararı için farklı bir usul veya kanun yolu düzenleyebileceği gibi HAGB kararları yönünden de müsadereye ilişkin farklı bir mekanizma öngörebilir. Ancak yapılan düzenlemenin ve uygulamanın Anayasa'nın 35. maddesinde öngörülen mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin gerekliliklere uygun olması ve bu çerçevede yeterli usul güvencelerini içermesi zorunludur. Bu bağlamda mülkiyet hakkına müsadere yoluyla yapılan sınırlamanın keyfi veya hukuka aykırı olup olmadığının ileri sürülebileceği bir yol olarak öngörülen istinaf kanun yoluna başvuru imkânının askıya alınarak HAGB kararı ile birlikte müsadere kararının infazına yol açabilecek şekilde infaz zamanında belirsizliğin olduğu ve yeterli güvencelerin sağlanmadığı dikkate alındığında kuralın maliklere aşırı bir külfet yüklediği değerlendirilmiştir. Dolayısıyla kural uyarınca müsadere yoluyla mülkiyet hakkına yapılan sınırlamanın -kuralın da yer aldığı fıkradaki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade ettiği biçimindeki düzenleme de göz önünde bulundurulduğunda- kamu yararı ile kişilerin mülkiyet hakkının korunması arasında olması gereken adil dengeyi bozduğu ve ölçülü olmadığı sonucuna ulaşılmıştır (Süleyman Başmeşdan [GK], B. No: 2015/6164, 20/6/2019, §§ 57-63)...” AYM, 2022/120 E, 2023/107 K, 01.06.2023 T, **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 24/09/2023).

değişik CMK md. 231/12). Bu sayede mülkiyet hakkına müdahale etme hakkı tanıyan müsadere kararı bakımından(HAGB ile birlikte verilen müsadere kararı) etkin bir kanun yoluna başvurma hakkı sağlanmış ayrıca müsadere kararlarının tamamı için aynı kanun yoluna başvuru yapılabilmesinin de önü açılmıştır.

Konu bakımından incelenmesi gereken bir diğer husus, ceza mahkemelerinin suç yargılaması esnasında verdiği bazı kararların kesin olmasıdır. Yani bu kararlara karşı kanun yolu başvurusu yapılamaz. CMK' nın 272/3. maddesi “a) (Değişik: 31/3/2011-6217/23 md.) *Hapis cezasından çevrilen adli para cezaları hariç olmak üzere, sonuç olarak belirlenen üçbin Türk Lirası dâhil adli para cezasına mahkûmiyet hükümlerine, b) Üst sınırı beşyüz günü geçmeyen adli para cezasını gerektiren suçlardan beraat hükümlerine, c) Kanunlarda kesin olduğu yazılı bulunan hükümlere, Karşı istinaf yoluna başvurulamaz*” şeklindeki düzenleme ile verildiği anda kesin olan kararları açıklamıştır. Verildiği anda kesin olan kararlar ile birlikte görülen müsadere davaları içinde kanun yoluna gidilemez⁷⁵¹. Bu durum kanaatimizce 1982 Anayasasının 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkına orantısız bir şekilde müdahale oluşturmaktadır. Yine müsadere kararı bakımından kanun yolu başvurusu yapılamaması, Anayasamızın 36. maddesinde yer alan hak arama hürriyetine de aykırıdır. Son olarak; esas yargılama ile birlikte verilen müsadere kararının, asıl kararın kesin olmasından dolayı kesin olması, fakat aynı müsadere kararının esas davadan ayrı bir yargılama ile yapılması halinde istinaf kanun yolunun açık olması(CMK md. 258) kabul edilemez çelişkiye neden olmaktadır.

Verildiği anda kesin olan kararlarla birlikte görülen müsadere davaları için Yargıtay, şeyin değerinin kesinlik sınırı için belirlenen parasal miktarın üzerinde olması halinde hükmün tümüyle temyiz edilebileceğini içtihat etmişti⁷⁵². Gerçekten de Yargıtay 04.06.1936 tarih 1935/80 E- 1936/14 K sayılı içtihadı birleştirme kararında “*Bir suçun taalluk eylediği eşyanın müsaderesi de kanun icabından olan yerlerde müsadere cihetinin asıl cezaya müteallik davadan ayrı ve müstakil olarak esas davayı görmeye me'zun mahkemelerce görülebilmesinin ve mahkemelerden bu hususta sadır olacak hükümlere karşı kanun yoluna gidilebilmesinin cevazı, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunun müsadere usulünden bahseden faslında kabul ve tespit olunmuş bir esas olmasına ve kanunun şu suretle başlı başına gözönüne alarak mahsus ve müstakil hükme bağlamış ve miktar veya kıymet zikretmeksizin mutlak olarak kanun yolunu açık bulundurmuş olduğu bir mevzua müteallik hükümlerde aranacak temyiz kabiliyetinin de yine esası davadan ayrı ve müstakil olarak bizatihi mülahazası o fasıl hükümlerinin istihdaf eylediği gaye ve maksadın tabii ve zarure bir icabı*

⁷⁵¹Certel, s. 192.

⁷⁵²Certel, s. 193, Altuğ, s. 299, Dalkılıç, s. 111.

olmasına ve diğer taraftan müsadere keyfiyetinin mahkemelerde esas davadan ayrı ve müstakil olarak tetkik mevzuu olması kanunda kabul ve tecviz olunmuş olunca bu cevazın tatbikattaki şümül sahasını herhangi bir düşünce ile tahdit ve takyit dahi kanun maksadına aykırı düşeceğine binaen Ceza Kanunu bakımından ceza ile birlikte mevzuubahs olduğu yerlerde ceza mahkumiyetinin hukuki neticelerinden olan müsadere keyfiyeti esas davadan ayrı ve müstakil bir dava halinde esas tetkike vazifeli olan sulh ve Asliye Mahkemeleri nezdinde mutlak surette tetkik mevzuu olabileceği gibi Temyiz Mahkemesi nezdinde de yine mutlak surette kabili tetkik bulunduğu ve bu sahada aranacak temyiz kabiliyeti haddinin tayini bahsinde Ceza Muhakemeleri Usulü sakit bulunmasından dolayı Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunun medarı tatbik olacağına çoğunlukla 04.06.1936 gününde karar verildi” denilmek suretiyle esas karar ile birlikte verilen müsadere kararlarında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunun temyiz sınırının esas alınacağını, müsadere konusu şeyin değerinin bu sınır üzerinde ise müsadere kararının temyizi ile kararın bir bütün halinde temyize tabi olacağını kararlaştırmıştır⁷⁵³. Bölge Adliye Mahkemelerinin kurulmasından sonra bilindiği üzere artık istinaf kanun yolu incelemesi hukuk dünyamızda hayata geçmiş olup; ayrı görülen müsadere davasında eşyanın değerine bakmaksızın verilen hüküm istinafa tabiyken, birlikte görülen davalarda karar kesin nitelikte ise (CMK md. 272/3) müsadere hükmü de istinaf edilemeyecektir⁷⁵⁴. Kanun değişiklikleri de göz önüne alındığında İçtihadı Birleştirme Kararının kıyasen uygulanması tartışması yerine, kesin nitelikteki kararlarla birlikte verilen müsadere kararının istinafa tabi olmasına yönelik kanuni düzenleme yapılmalıdır. Böylece

⁷⁵³Yargıtay Büyük Genel Kurul, 1935/80 E, 1936/14 K, 04.06.1936 T, **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 25/09/2023), “Ceza Genel Kurulunun 15.11.2011 gün ve 213-227 ile 09.03.2010 gün ve 237-51 sayılı kararlarında belirttiği üzere; 04.06.1936 gün ve 12-14 sayılı İçtihadı Birleştirme kararında, zorunlu kararlarının temyiz edilebilme sınırlarının saptanmasında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun esas alınması gerektiği açıkça vurgulanmıştır. Karar tarihinde yürürlükte bulunan Hukuk Usulü Muhakemesi Kanununun 427. maddesinde, 21.07.2004 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 5219 sayılı Kanunun 2-c maddesi ile yapılan değişiklikle “40 milyon” Lira olan kesinlik sınırı “1 milyar” Liraya çıkarılmış, Ek-4. maddesinde ise müteakip yıllar için kesinlik sınırının 213 sayılı Vergi Usul Yasasının mükerrer 298. maddesi hükümleri uyarınca her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılması suretiyle belirleneceği hüküm altına alınmıştır. Karar tarihinin 19.01.2010 olduğu somut olayda temyiz edilebilirlik sınırı 1.430 Liradır. 26.09.2004 gün ve 5236 sayılı Kanunun 16. maddesiyle değişik HUMK’nun 428. maddesindeki kesinlik sınırı ise ancak Bölge Adliye Mahkemelerinin göreve başlamasından sonra uygulanabileceğinden, karar tarihi itibarı ile somut olayda uygulama yeri bulunmamaktadır. Bu bilgiler ışığında uyumsuzluk konusu değerlendirildiğinde; Yerel Mahkeme tarafından ruhsat sahibine iadesine karar verilen ve olay tarihinde yaklaşık 10 yıllık olan av tüfeğinin bilinen değerinin, karar tarihinde yürürlükte bulunan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 427. maddesindeki kesinlik sınırı olan 1.430 Liranın altında kaldığı anlaşıldığından, Cumhuriyet savcısının yalnızca av tüfeğinin müsadere gerektğine ilişkin temyiz talebinin Özel Dairece, iadesine karar verilen eşyanın bilinen değerinden dolayı kararın kesin olduğu gerekçesiyle reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır” YCGK, 2013/421E - 2016/440 K, 22.11.2016 T, **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 26/09/2023).

⁷⁵⁴**CMK md. 272/3** “...Ancak; a) (Değişik: 31/3/2011-6217/23 md.) Hapis cezasından çevrilen adli para cezaları hariç olmak üzere, sonuç olarak belirlenen üçbin Türk Lirası dâhil adli para cezasına mahkûmiyet hükümlerine, b) Üst sınırı beşyüz günü geçmeyen adli para cezasını gerektiren suçlardan beraat hükümlerine, c) Kanunlarda kesin olduğu yazılı bulunan hükümlere, Karşı istinaf yoluna başvurulamaz. (Ek cümle:14/4/2020-7242/17 md.) Bu suretle verilen hükümler tekrarı esas olmaz”

mülkiyet hakkının korunması bakımından ayrı müsadere davası ile suç yargılaması ile birlikte görülen müsadere davasının kanun yolları bakımından eşitliğin de sağlanmış olacağı kanaatindeyiz.

Suç yargılaması ile birlikte görülmeyen ve suç konusu olmayan eşyalar bakımından Sulh Ceza Hakimliklerinin verdiği kararlara karşı ancak itiraz kanun yoluna başvuru yapılabilir⁷⁵⁵. Çünkü CMK' nın 267. maddesi hakim kararlarına karşı itiraz kanun yoluna başvuru yapılabileceğini hüküm altına almıştır⁷⁵⁶. Yukarıda müsadere kararının kanun yollarının eşit olması noktasındaki eleştirimiz bu düzenleme için de geçerlidir. Gerçekten mülkiyet hakkına müdahale oluşturan müsadere kararının etkin bir kanun yolu denetimine tabi olması gerektiği kanaatindeyiz. Sulh Ceza Hakimliğinin sadece müsadere kararı yönünden istinaf kanun yolunun açılması için kanuni değişiklik yapılması, sorunu tamamen ortadan kaldıracaktır.

Suç yargılaması ile birlikte görülmeyen ancak suç konusu olan menfaatler bakımından hangi kanun yoluna başvurulabileceği CMK' nın 258. maddesinde *“256'ncı maddeye göre verilecek hükümlere karşı Cumhuriyet savcısı, katılan ve 257'nci maddede belirlenen kişiler için istinaf yolu açıktır”* şeklindeki düzenlenmiştir. Buna göre suç konusu menfaatlerin ayrı bir müsadere davası ile hükme bağlanması halinde bu karara karşı istinaf kanun yoluna başvurulacaktır⁷⁵⁷. Başvuru hakkı olanlar ise Cumhuriyet Savcısı, katılan ve menfaat üzerinde hakkı olan kimselerdir⁷⁵⁸.

3.1.4. İade Davası

İade davası; müsadereye konu olabilecek düşüncesi ile el konulan veya muhafaza altına alınan değerlerin, bağlantılı olduğu suçla ilgili kamu davasının açılıp da; bu değerlerin ilgililere geri verilmesi noktasında bir karar verilmemesi üzerine, mahkemenin resen ve ilgilinin isteği üzerine yaptığı menfaatlerin geri verilmesine ilişkin yargılamadır(CMK md.

⁷⁵⁵“Suç konusu olmayıp, suçta kullanılmayan ve sahibi hakkında ceza davası açılmayıp bulundurulması, taşınması izne tabi bulunan eşyaların müsaderesine ilişkin sulh ceza hakimi tarafından CMK.nun 259. maddesi uyarınca verilen kararlar, itiraza tabi olup eşya sahibinin temyiz isteminin 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi uyarınca uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK.nun 317. maddesi gereğince (REDDİNE), gereğinin mahallinde takdir ve ifası için dosyanın incelenmeksizin Yargıtay C.Başsavcılığına tevdiine, 09.12.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi” Yar. , 8. CD. , 2014/25894 E – 2014/30278 K, 09.12.2014 T, **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 26/09/2023), *“5271 sayılı CMK'nın 259. maddesinde suç konusu olmayıp sadece müsadereye tabi bulunan eşyanın müsaderesine sulh ceza hakimi tarafından duruşma yapılmaksızın karar verileceğinin belirtilmesi karşısında, aynı yasanın 267. maddesi uyarınca verilecek bu kararın itiraz yasa yoluna tabi olup, malen sorumlunun başvurusu üzerine Trabzon 2. Asliye Ceza Mahkemesince itirazın reddine dair verilen karar kesin olduğu gibi, malen sorumlunun bu kararı temyiz ettiğine dair dosyada bilgi veya belgede bulunmadığından temyiz incelemesine yer olmadığına.”* Yar. , 9. CD. , 2013/1894 E – 2013/6081 K, 02.05.2013 T, Altuğ, s. 350.

⁷⁵⁶Acar, s. 335; Dülger/Taşkın, s. 940.

⁷⁵⁷Dalkılıç, s. 110; Taneri, s. 123.

⁷⁵⁸Dalkılıç, s. 110; Altuğ, s. 305; Gedik, s. 280; Dülger/Taşkın, s. 939.

256/2)⁷⁵⁹. Kazanç müsadereesine konu olacağı kanaatiyle muhafaza altına alınan veya el konulan değerlerin hak sahiplerine iade edilmesi soruşturma ve kovuşturma aşamasında farklı usullere tabi olarak yapılmaktadır. Öncelikle soruşturma aşamasında yapılan tahkikat sonrası Cumhuriyet Savcısının soruşturma yürüttüğü suç bakımından kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermesi halinde, soruşturma nedeniyle muhafaza altına alınan veya el konulan menfaatler hakkında (menfaatlerin suçla bağlantılı olmaması, soruşturma konusu suç bakımından yeterli delil olmaması veya hareketin kanuni tipe uygun olmaması gibi nedenlerle) hak sahibine iade kararı vermesi gerekecektir⁷⁶⁰.

Soruşturma aşamasında bir diğer değerlendirilmesi gereken husus ise; el konulan menfaatin soruşturma bakımından muhafazasına gerek olmaması veya müsadere edilmeyeceğinin anlaşılmasıdır. Bu konuyu düşünen kanun koyucu CMK' nın 131/1. maddesinde *“şüpheliye, sanığa veya üçüncü kişilere ait elkonulmuş eşyanın, soruşturma ve kovuşturma bakımından muhafazasına gerek kalmaması veya müsadereye tabi tutulmayacağına anlaşılması halinde, re'sen veya istem üzerine geri verilmesine Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından karar verilir. İstem red kararlarına itiraz edilebilir”* şeklinde düzenlemeye gitmiştir. Madde metninden anlaşılması gereken; soruşturma aşamasında yapılan tahkikat nedeniyle el konulan veya muhafaza altına alınan menfaatin müsadere edilmeyeceğinin anlaşılması halinde, Cumhuriyet Savcısı tarafından resen hak sahibine iade edilebileceğidir⁷⁶¹. İade işlemi Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılabileceği gibi ilgililerin (şüpheli, mağdur, suçtan zarar gören, malen sorumlu) istemi üzerine de gerçekleşebilir⁷⁶². Cumhuriyet savcısının iade etmeme şeklindeki kararları bakımından Sulh Ceza Hakimine itiraz yoluyla, istemde bulunan başvuru yapabilecektir⁷⁶³. Sulh Ceza hakimi ise yapılan itirazı dosya üzerinden karara bağlayacaktır.

CMK' nın 131/1. maddesinde yer alan *“hakim”* ibaresini sulh ceza hakimi olarak algılamak gerekmektedir. Gerçekten de soruşturma aşamasında iade istemi (kazancın iadesi), gerek kazanç üzerinde el koyma kararını sulh ceza hakiminin vermesi gerekse Cumhuriyet Savcısı tarafından verilen kararı onaması halinde, doğrudan sulh ceza hakiminden talep edilebilecektir⁷⁶⁴. Sulh Ceza Hâkiminin red kararlarına karşı da itiraz yoluna gitmek mümkündür.

⁷⁵⁹ Dalkılıç, s. 109; Taneri, s.124; Altuğ, 296-297.

⁷⁶⁰ Toroslu/Feyzioğlu, s. 247; Çelik, İsa, Postada Elkoyma, Ajans Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 146 – 147.

⁷⁶¹ Seyyidoğlu, Muhammed Sıddık, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma”, İnsan ve Sosyal Bilimler Dergisi, C. 4, S 1, ss. 11 – 31, s. 27; Çöpoğlu, s. 219 – 220; Tanrıkulu, Cengiz, Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilişim Sistemlerinde Arama ve Elkoyma, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 459.

⁷⁶² Seyyidoğlu, s. 27, Çöpoğlu, s. 219, Tanrıkulu, s. 459.

⁷⁶³ Çöpoğlu, s. 220; Taneri, s.124.

⁷⁶⁴ Certel, s. 194 – 195.

Suç yargılamasına ilişkin kamu davasının devamı esnasında iade kararı verme yetkisi CMK 131/1. maddesi gereği resen veya istem üzerine mahkeme tarafından yapılacaktır. Mahkemenin yargılama esnasında iade talebinin reddine ilişkin kurduğu ara kararlar bakımından da, itiraz yasa yoluna başvurmak mümkündür.

Konumuz olan iade davası ise, CMK' nın 256/2. maddesinde *“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”* şeklinde düzenlenmiştir. CMK' nın 256/2. maddesinin madde metninden de anlaşılacağı üzere iade davası ancak asıl yargılamada kazançla ilgili olarak esasla birlikte karar verilmemesi halinde söz konusu olacaktır⁷⁶⁵. Ayrı müsadere davasından (CMK 256/1) farklı olarak, iade davası bakımından mahkeme resen konuyu ele alıp; ek kararlarla hüküm kurabilecektir⁷⁶⁶.

Kanun koyucu CMK 256/1. maddesinde düzenlenen ayrı müsadere davasından farklı olarak iade davası için istemde bulunabilecekleri *“ilgililer”* ifadesi kullanarak geniş tutmuştur. Kanun koyucunun *“ilgililer”* ibaresini bilinçli olarak tercih ettiği, iade istenen menfaatler bakımından davanın tarafları dışında kalan hak sahibi üçüncü kişilerin de istemde bulunabileceğini ifade etmek istediği anlaşılmaktadır⁷⁶⁷.

CMK' nın 257. maddesi gereği iade davası da duruşmalı olarak yapılır. Ayrı müsadere davasında ifade ettiğimiz üzere; duruşmaya davet, tarafları dinleme ve bilirkişiye başvurma gibi usul işlemleri noktasında yaptığımız açıklamalar, bu kısım için de geçerlidir. Bu anlamda yargılama şekli anlamında iade davası, ayrı müsadere davası ile benzerlikler göstermektedir. Duruşmalı olarak görülen iade davası da, suç yargılamasında olduğu gibi CMK' nın genel hükümlerine uygun olarak yapılır. Duruşmaya sanık ve katılan (suçtan zarar gören, mağdur veya malen sorumlu) davet edilir. Ayrıca CMK' nın 257/2. maddesi ilk cümledeki *“İade olunacak eşya veya diğer malvarlığı değerleri üzerinde hakkı olan kimseler de duruşmaya çağrılır”* şeklindeki düzenlemeye göre kazanç müsaderesine konu değer üzerinde hak sahibi olan kimseler de duruşmaya davet edilir. İade davasında da tıpkı suç yargılamasında olduğu gibi sanığın sorgusu yapılır, katılan, hak sahibi ve tanıklar dinlenir. Mahkeme gerekli görürse keşif yapabilir ve bilirkişi incelemesi yaptırabilir. Duruşmalı yapılan iade davasında, CMK' nın 257/2. maddesinin ikinci cümlesindeki *“Bu kişiler, sanığın sahip olduğu hakları*

⁷⁶⁵ Dalkılıç, s. 109; Gedik, s. 291.

⁷⁶⁶ Acar, s. 342; Gedik, s. 291.

⁷⁶⁷ Gedik, s. 291; Certel, s. 196; Taneri, s. 124; Tünay, s. 114.

kullanabilirler” hükmü gereği, yargılama esnasında hak sahibi olan üçünü kişiler sanığa ait hakları kullanabilir⁷⁶⁸.

Duruşmalı yapılan ayrı müsadere davalarında olduğu gibi, CMK’ nın 257/3. maddesindeki “*Çağrıyla uymamaları, işlemin ertelenmesine neden olmaz ve hükmün verilmesini engellemez*” şeklindeki düzenleme, üçüncü kişilerin usulüne uygun yapılan tebligata rağmen duruşmaya katılmamaları halinde, yine de iade bakımından hüküm verileceğini öngörmektedir⁷⁶⁹. CMK’ nın 193/2. maddesinde yer alan “*(Değişik: 28/3/2023-7445/20 md.) Sanık hakkında, toplanan delillere göre mahkûmiyet, ceza verilmesine yer olmadığı ve güvenlik tedbiri dışında bir karar verilmesi gerektiği kanısına varılırsa, sorgusu yapılmamış olsa da dava yokluğunda bitirilebilir*” şeklindeki düzenlemesi karşısında, iade açısından mahkeme sanığın sorgusunu yapmadan hüküm kurabilecektir.

3.1.4.1. Yetkili ve Görevli Mahkeme

İade davalarında yetkili ve görevli mahkeme CMK’ nın 256/2. maddesine göre suçun işlendiği yerdeki Asliye Ceza veya Ağır Ceza Mahkemeleridir. Tekrara düşmemek adına ayrı görülen müsadere davalarında yetkili ve görevli mahkeme için yaptığımız açıklamalar bu kısım için de aynen geçerlidir. Örneğin; rüşvet aldığı iddiası ile bir kamu görevlisinin yargılandığı Bakırköy Ağır Ceza Mahkemesi; rüşvete konu olduğu gerekçesi ile el konulan paralar hakkında, suç yargılaması ile birlikte müsadere veya iade kararı vermemiş olabilir. Mahkeme daha sonradan, resen veya istem üzerine bu paraların suç konusu olmadığı ve üçüncü kişiye ait olduğunu yürüttüğü iade davasında tespit ederek, hak sahibi üçüncü kişiye iadesi yönünde karar verebilecektir.

3.1.4.2. Kanun Yolu

Suç yargılaması ile birlikte görülmeyen ancak suç konusu olan menfaatler bakımından yapılan iade davasında verilen karar yönünden, hangi kanun yoluna başvurulabileceği CMK’ nın 258. maddesinde “*256’ ncı maddeye göre verilecek hükümlere karşı Cumhuriyet savcısı, katılan ve 257’ nci maddede belirlenen kişiler için istinaf yolu açıktır*” şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre suç konusu olduğu iddiası ile elkonulan veya muhafaza altına alınan menfaatler bakımından ayrı bir iade davası ile menfaatlerin iade edilip edilmeyeceğinin hükme bağlanması halinde; bu karara karşı istinaf kanun yoluna başvurulacaktır⁷⁷⁰. Başvuru hakkı olanlar ise Cumhuriyet Savcısı, katılan ve menfaat üzerinde hakkı olan kimselerdir.

⁷⁶⁸ Acar, s. 342 – 343.

⁷⁶⁹ Altuğ, s. 292.

⁷⁷⁰ Acar, s. 343; Certel, s. 195; Gedik, s. 292; Dülger (Müsadere), s. 187; Taneri, s. 124.

3.2. İspat

Ceza muhakemesi hukuku sistemimizde ceza yargılaması bakımından delil serbestisi ilkesi geçerlidir⁷⁷¹. Bu ilke gereği yargılama konusu suç bakımından ispat, hukuka uygun elde edilmiş olmak şartıyla her türlü delille mümkündür⁷⁷².

Delil, ceza yargılamasında hakimi maddi gerçeğe ulaştıran bir ispat aracıdır⁷⁷³. Bu bakımından deliller, ceza yargılamasının olmazsa olmaz nitelikteki ispat araçlarıdır. Deliller genel olarak beyanlar, belgeler ve belirtiler şeklinde tasnif edilmektedir⁷⁷⁴.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunumuzun sistematğinde bazı ispat vasıtaları bakımından hükümler konulmuştur. Kanunumuzda 43 ila 61. maddeler arasında tanıklık, 62 ila 73. maddeler arasında bilirkişilik kurumu, 74 ila 89. maddeleri arasında gözlem altına alma, muayene, keşif ve otopsi kurumları düzenlenmiştir.

Kazanç müsaderesi bakımından da, suç konusu menfaatin suçla bağlantılı olup olmadığı veya ne kadarının suçla bağlantılı olarak elde edildiğinin ispatı, hukuka uygun olmak şartıyla her türlü delille yapılabilir. Kazanç müsaderesi Anayasal teminat altında olan mülkiyet hakkının ortadan kaldırılması niteliğinde bir uygulama olduğu için, karar verme makamları eldeki delillerle menfaatin kesin olarak suç ile bağlantılı olarak elde edildiğini ortaya koymak zorundadır⁷⁷⁵. Ancak uygulamada suç nedeniyle elde edildiği düşünülen ve el konulan kazançların suç bağlantılı olarak ortaya çıktığı daha çok ceza hukukumuzdaki niyet okuma yöntemi ile yapılmaktadır ki; bu durum yargılama hukuku açısından yasak bir uygulamadır. Hukukumuzda bazı kamu kurumları, yargılama makamlarına sundukları raporlar ile kazanç müsaderesi kararının verilmesinde veya menfaatin iadesinde etkili olmaktadır. İşte bu kısımda bazı kurumların yargılama makamlarına kazanç müsaderesi

⁷⁷¹Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Akcan/Özaydın/Tütüncü/Villemin/Tok, s. 291; Yüksektepe, Mert Asker, **Ceza Muhakemesinde İspat ve Yöntemleri**, Platon Hukuk Yayınevi, İstanbul, 2021, s. 44 – 45.

⁷⁷²Yüksektepe, s. 46; Gedik, Doğan, **Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphelinin Sanık Lehine Yorumlanması(İspat)**, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 65 – 66.

⁷⁷³Aydın, Devrim, **Ceza Muhakemesinde Deliller**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 37.

⁷⁷⁴Yenisey/Nuhoğlu, s. 510; “*Delillerin tasnifinde başvurulacak temel ayrımlardan biri, delilleri kendi arasında kaynakları bakımından, ispat güçleri bakımından ve içerik bakımından üçe ayırarak incelemektedir. Buna göre kaynakları bakımından deliller, delillerin elde edildiği kaynakların tasnifine dayanır ve insan (kişi) kaynaklı deliller ve nesne kaynaklı (maddi) deliller olmak üzere ikiye ayrılır. İnsan kaynaklı deliller, beyanlardır. Nesne kaynaklı deliller ise belgeler ve diğer iz ve emarelerdir. İspat güçleri bakımından deliller ise kendi içinde doğrudan deliller, dolaylı deliller, tek başına yeterli deliller, tamamlayıcıya ihtiyaç duyulan deliller olarak ayrılmaktadır. Doğrudan deliller, uyuşmazlık konusu olayı doğrudan olarak aydınlatan, dolaylı deliller ise uyuşmazlık konusunun doğrudan aydınlatılmasını sağlamamakla birlikte, buna katkı sağlayan delillerdir. İspat gücü bakımından doğrudan ve tek başına yeterli deliller “birincil deliller”, dolaylı ve tamamlayıcıya ihtiyacı olan deliller ise “ikincil deliller” olarak da adlandırılır. İçerikleri bakımından deliller ise, beyan delilleri ve maddi deliller olarak ikiye ayrılmaktadır. Maddi deliller de kendi içinde belge ve belirtiler olarak tasnif edilmektedir*” Aydın(Ceza Muhakemesinde Deliller), s. 43.

⁷⁷⁵“Ceza hakimi, belli bir hususun sabit olduğu hakkındaki hükmünü, tam bir inanışla, bir kanıya (kanaate) vararak vermelidir” Yenisey/Nuhoğlu, s. 499.

için sunduğu raporların hukuki niteliği ve bağlayıcılığı üzerinde durmanın faydası olacağı kanaatindeyiz.

3.2.1. Mali Suçları Araştırma Kurulu (MASAK) Raporu ve Kazanç Müsaderesi

3.2.1.1. Genel Açıklama

Kısa adı MASAK olan, Mali Suçları Araştırma Kurulu, 19.11.1996 yürürlük tarihli 4208 sayılı Karaparanın Aklanmasının Önlenmesine Dair kanun ile kurulmuştur. Daha sonra kurulun görev ve yetkileri 18.10.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun ile yeniden belirlenmiştir. Son olarak 1982 Anayasamızda halk oylaması ile yapılan değişiklik ile Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçilmiştir. Bu geçişle birlikte, ülkemizin idari teşkilat yapısı değişmiş ve bu yönde düzenlemeler yapılmıştır. Maliye Bakanlığı bünyesinde teşkilatlanan kurul nihayet 10.07.2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete’ de yayımlanan 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 231. maddesi ile yeniden düzenlenmiştir⁷⁷⁶.

MASAK’ın görev ve yetkileri, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 231. maddesinde düzenlenmiştir⁷⁷⁷.

⁷⁷⁶<https://masak.hmb.gov.tr/gorev-ve-yetkiler> (Erişim Tarihi: 29.09.2023).

⁷⁷⁷ **1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 231. maddesi** “(1) *Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı doğrudan Bakana bağlı olup görev ve yetkileri şunlardır: a) Suç gelirlerinin aklanması ve terörizmin finansmanının önlenmesi amacıyla plan, program, politika, strateji hazırlama ve geliştirme süreçlerine katkıda bulunmak, kurum ve kuruluşlar arasında ulusal düzeyde risk değerlendirme çalışmaları da dâhil olmak üzere koordinasyonu sağlamak, b) Faaliyet alanıyla ilgili mevzuat çalışmaları yapmak, c) Suç gelirlerinin aklanmasının, terörizmin finansmanının ve ekonomik güvenliğe yönelik risklerin ortaya çıkarılması ve önlenmesi kapsamında gelişmeleri izlemek, önlemler geliştirmek, analiz, araştırma ve inceleme yapmak, ç) Suç gelirlerinin aklanması ve terörizmin finansmanının önlenmesi kapsamında veri toplamak, şüpheli işlem bildirimlerini almak, analiz etmek ve bunları kaydetmek, istihbarat üretmek, gerekli görüldüğünde üretilen istihbarat ve analiz sonuçları hakkında ilgili birimleri bilgilendirmek, d) 11/10/2006 tarihli ve 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun, ilgili mevzuat ve bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kapsamına giren hususlar ile ilgili olarak analiz, araştırma ve inceleme yapmak veya yaptırmak, e) Aklama veya terörizmin finansmanı suçunun işlendiğine dair ciddi şüphelerin mevcut olması durumunda konuyu ilgili Cumhuriyet savcılığına intikal ettirmek, f) Yapılan analiz, araştırma ve inceleme sonucunda aklama ve terörizmin finansmanı suçunun işlendiği hususunda olguların varlığının tespiti halinde, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre gerekli işlemler yapılmak üzere Cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunmak, g) Aklama ve terörizmin finansmanı suçlarına ilişkin olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından intikal ettirilen konuları analiz etmek ve incelemek, ğ) Analiz, araştırma ve inceleme sürecinde gerekli hallerde kolluk ve diğer birimlerden kendi görev alanlarında inceleme ve araştırma yapılması talebinde bulunmak, h) Suç gelirlerinin aklanması ve terörizmin finansmanının önlenmesi amacıyla istihbarat ve kolluk birimleri ile işbirliği yapmak ve bilgi alışverişinde bulunmak, ı) Suç gelirlerinin aklanması ve terörizmin finansmanının önlenmesi kapsamında risk kategorileri belirlemek ve gerekli hallerde yükümlülükleri bilgilendirmek, i) 5549 sayılı Kanun ve ilgili mevzuat kapsamında yükümlülük denetimi yapmak veya yapılmasını sağlamak, j) Yabancı ülke kanunlarına göre yükümlülük denetimine yetkili mercilerin, merkezi yurtdışında bulunan yükümlülerinin Türkiye’deki birimleri nezdinde yükümlülük denetimi yapmasına ve bu kapsamdaki bilgi taleplerinin cevaplandırılmasına karşılıklılık ilkesi de dikkate alınarak izin vermek, k) Gerekli hallerde merkezi Türkiye’de bulunan yükümlülerin yurtdışındaki birimleri nezdinde yükümlülük denetimi yapmak ve bilgi talep etmek, l) Görev alanına giren konularda uluslararası ilişkileri yürütmek, yabancı ülkelerdeki muadil kurumlarla görüş ve bilgi alışverişinde bulunmak, bu amaçla uluslararası anlaşma*

Yine 5271 sayılı CMK' nın 128. maddesinde düzenlenen taşınmaz, hak ve alacaklara el koyma koruma tedbirinin uygulanması için, suçla ilgili olmak şartıyla MASAK raporu alınması zorunluluğu getirilmiştir⁷⁷⁸. Kurulun görevlerini Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinden önce düzenleyen 5549 sayılı yasanın 19. maddesinde “Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından intikal ettirilen konuları incelemek ve aklama suçunun tespitine ilişkin talepleri yerine getirmek,” şeklindeki görev Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde yer almamıştır.

Kurulun yeni görev ve yetkilerine ilişkin mevzuat dikkate alındığında; kurulun mali nitelikte idari, düzenleyici ve denetleyici bir kurum olduğu anlaşılmaktadır⁷⁷⁹. Ayrıca kurul; yeni teşkilat mevzuatına göre, adli bakımdan daha çok terörizmin finansmanı ve suç gelirlerinin aklanması suçları bakımından etkin bir şekilde faaliyet yürütecektir. Kurulun veri toplama niteliğindeki görevi de kurulun mali istihbarat birimi gibi çalışmasına imkan tanımaktadır⁷⁸⁰.

niteliğinde olmayan mutabakat muhtırası imzalamak, m) (İptal bent: Anayasa Mahkemesi'nin 24/2/2022 tarihli ve E.: 2019/96, K.: 2022/17 sayılı Kararı ile.) n) Bilgi ve ihtisasına ihtiyaç duyulması halinde, diğer kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanların Başkanlık bünyesinde geçici olarak görevlendirilmelerini talep etmek, o) Kamuoyu duyarlılığını ve desteğini artırmaya yönelik çalışmalar yapmak, ö) Bakan tarafından verilen diğer görevleri yapmak. (2) Başkanlıkça birinci fıkranın (ğ) bendine göre kendisinden talepte bulunulan birim, bu talebin gereğini ivedi olarak yerine getirmek zorundadır. (3) Başkanlık, görev alanına giren konuların araştırılması ve incelenmesini hazine ve maliye uzmanları ve uzman yardımcılarının yanı sıra denetim elemanları vasıtasıyla da yerine getirir. Görevlendirilecek denetim elemanları Başkanın talebi üzerine ilgili birim amirinin teklifi ve bağlı veya ilgili bulundukları Bakanın onayı ile belirlenir. (4) Görevlendirilecek hazine ve maliye uzmanları ve uzman yardımcılar ile denetim elemanları görevlendirme konusuna giren hususlarda bilgi ve belge istemeye, araştırma ve inceleme yapmaya, uygulamayı takip ve denetlemeye, bu maksatla her türlü evrakın tetkikine yetkili olup ayrıca kanunların kendilerine verdiği yetkileri de kullanırlar. (5) Başkanlığın görev alanına giren konularda uluslararası bilgi değişimini teminen, yabancı ülkelerdeki muadil kurumlarla uluslararası anlaşma niteliğinde olmayan mutabakat muhtıraları imzalamaya ve imzalanan mutabakat muhtıralarını değiştirmeye Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanı yetkilidir. İmzalanacak mutabakat muhtıraları ve değişiklikleri Cumhurbaşkanı kararıyla yürürlüğe girer. (6) Başkanlığın görev alanıyla ilgili Bakanın onayıyla gerekli görülen illerde temsilcilikler kurulabilir”

⁷⁷⁸CMK md. 128/1 “(1) Soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine ve bu suçlardan elde edildiğine dair somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebebi bulunan hallerde, şüpheli veya sanığa ait; a) Taşınmazlara, b) Kara, deniz veya hava ulaşım araçlarına, c) Banka veya diğer malî kurumlardaki her türlü hesaba, d) Gerçek veya tüzel kişiler nezdindeki her türlü hak ve alacaklara, e) Kıymetli evraka, f) Ortağı bulunduğu şirketteki ortaklık paylarına, g) Kiralık kasa mevcutlarına, h) Diğer malvarlığı değerlerine, Elkonulabilir. Somut olarak belirlenen Bu taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerinin şüpheli veya sanıktan başka bir kişinin zilyetliğinde bulunması halinde dahi, elkoyma işlemi yapılabilir. (Ek cümle: 21/2/2014 – 6526/10 md.) 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”

⁷⁷⁹Sedefoğlu, Candan, **Suç Gelirlerinin Aklanmasında Önleyici ve Denetleyici Kurumlar; Mali Suçları Araştırma Kurulu ve Mali Eylem Görev Gücü** (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009, s. 109.

⁷⁸⁰Kiremitçi, Orçun, “Karşılaştırmalı Hukukta Şüpheli İşlem Bildirimi Ve Mali İstihbarat Birimleri, **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, Yıl 8, Sayı 1, 2023, ss. 107 – 163, s. 122.

3.2.1.2. MASAK Raporlarının Hukuki Niteliği ve Bağlayıcılığı

MASAK raporları CMK' nın 128. maddesinde yer alan taşınmaz, hak ve alacaklara el koyma için başvurulması zorunlu bir rapor iken⁷⁸¹, kazanç müsaderesinin uygulanması bakımından zorunluluk arz eden bir rapor değildir. Taşınmaz, hak ve alacaklara elkonulması için MASAK raporunun zorunlu olması, öğretide bir kısım yazarlar bakımdan kötü uygulamaları engellemek ve temel hak ve özgürlükleri koruma adına olumlu karşılanmıştır⁷⁸². Öğretide diğer bir kısım yazarlar ise, kanuni düzenlemeyi yargılamaların uzamasına neden olma, idari bir merciin yargı kararı üzerinde belirleyici olması suretiyle kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı davranılması, idari merciin siyasi iktidara bağlı olması nedeniyle hazırlanan raporların sübjektif olması ve idari merciin raporu hazırlarken kendini bilirkişi gibi görerek yetki gaspı yaptığı noktalarında eleştirmiştir⁷⁸³. Ancak el koyma tedbiri, kazanç müsaderesi bakımından öncül nitelikte ve geçici bir koruma tedbiri olup; bir nevi kazanç müsaderesinin uygulanması ve infazının sağlanması için menfaatin adli makamların elinde bulunması bakımından gerçekten çok önemli bir kurumdur. Bu durumda taşınmaz, hak ve alacaklara el koyma koruma tedbiri için zorunluluk arz eden MASAK raporu aslında kazanç müsaderesi içinde önemli hale gelmektedir.

Uygulamada MASAK raporu, kazanç müsaderesinin uygulanması ihtimali olan suçların sübut bulup bulmadığı noktasında veya koruma tedbiri olan taşınmaz hak ve alacaklara el koyma olmadığı için MASAK raporu alınmayan dosyalarda, kazanç müsaderesinin uygulanıp uygulanmayacağı noktasında da alınmaktadır⁷⁸⁴.

⁷⁸¹Dülger/Taşkın, s. 460; Şahin/Göktürk, s. 360; Karakehya, s. 268-269; Ünver/Hakeri, s. 434; Özbek/Doğan/Bacaksız(Ceza Muhakemesi Hukuku), s. 362.

⁷⁸²Özbek/Doğan/Bacaksız(Ceza Muhakemesi Hukuku), s. 362; Karakehya, s. 269.

⁷⁸³Ünver/Hakeri, s. 434; Dülger/Taşkın, s. 460.

⁷⁸⁴“Dava konusu olaya ilişkin maddi gerçeğin kuşkuyla yer vermeyecek şekilde ortaya çıkarılması açısından, sanık tarafından kurulduğu tespit edilen [ttp://kredikartiborcutasitlendirme.bravobilisim.net](http://kredikartiborcutasitlendirme.bravobilisim.net) internet sitesinin açık olduğu tarihlerin net olarak tespit edilerek, sanığın suça konu internet sitesinin açık olduğu dönemleri içerir şekilde ekonomik durumunun tespiti için Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığından (MASAK) raporu aldırılması...” Yar. , 9. CD. , 2020/7053 E. – 2021/1585 K., 23.03.2021 T., **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 01/10/2023), “..Vidani kanunun oluştuğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar, belgeler ve gerekçe içeriğine göre, katılanların, mağdurların, müştekilerin ve tanıkların aşamalarındaki beyanları, kolluk görevlileri tarafından düzenlenen tutanaklar, iletişim tespit tutanakları, teknik takip ve fiziki takip tutanakları, doktor raporları, Adli Tıp Kurulu Raporu, Masak raporu, alınan kriminal uzmanlık raporları, bilirkişi raporları ile kişiyi hürriyetinden yoksun kalma suçundan mağdurun kolluktaki beyanları ile uyumlu tanık ...'nin beyanları ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde; sanığın atılı suçları işlediği anlaşıldığından, tebliğname'deki bu yönde bozma isteyen görüşe iştirak edilmeyerek...” Yar. , 4. CD. , 2022/16553 E. – 2023/16066 K., 14.03.2023 T., **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 01/10/2023), “....Tüm dosya kapsamı, mahkeme kabulü, incelenen Masak Raporları, SPK Raporları, bilirkişi raporları, dijital veri inceleme tutanakları, ... görüşme içerikleri ve tanık beyanları nazara alınarak;... . Eğitim Yayın Taş. Bilgisayar Tic. A.Ş.'nin çalışanlarının himmet toplama ve sisteme sokma faaliyetlerinde bulunduklarına ilişkin Masak Raporları başka dosya sanıklarının ifadeleri ile doğrulanmaktadır. ... Holding A.Ş'nin Atlantik Eğitim Yayın Taş. Bilgisayar Tic. A.Ş.'deki hisselerini yine örgüte ait kurumlardan Üniversitesine bağışlamasının, ...'in münhasıran örgütün kullanımında olan ... sistemindeki yazışmalarında bu konudan bahsedilmesi de dikkate alındığında, ... Eğitim Yayın Taş. Bilgisayar Tic. A.Ş.'nin hisselerinin ... Holding A.Ş

Kazanç müsadereyi bakımından bu denli önemli olan MASAK raporunun hukuki niteliği bakımından tartışmalar “*bilirkişi raporu*” olup olmadığı noktasında yoğunlaşmaktadır. Öğretide MASAK’ ın idare içinde teşkilatlanmış olması, tarafsız olmaması, mali konularda adli kolluğa ilişkin görevleri olması nedeniyle hazırladığı raporların bilirkişi raporları niteliğinde olmadığı, daha çok “*taraf bilirkişi raporu*”⁷⁸⁵, “*inceleme raporu*”⁷⁸⁶ veya “*taraf raporu*”⁷⁸⁷ olarak kabul gördüğü ifade edilmektedir. Aşağıda bilirkişilik kurumu hakkında bilgi verdikten sonra, MASAK raporunun hukuki niteliği bu çerçevede irdelenecektir.

Bilirkişilik, çözümü uzmanlık, özel veya teknik bilgi gerektiren hallerde (olaylarda) görüşüne başvurulmuş kişinin yargılama faaliyetine sunduğu rapor ile katkı sunması olarak tanımlanabilir⁷⁸⁸. Ayrıca bilirkişi tarafsız olmalıdır⁷⁸⁹.

Kazanç müsadereye konu olan suçların yargılamalarına baktığımızda, MASAK veya bağlı olduğu Hazine ve Maliye Bakanlığının müdahil talebi reddedilirken bazı yargılamalarda da kabul edildiği görülmektedir⁷⁹⁰. Bu durumda MASAK raporunun bilirkişi raporu olup

tarafından alınıp daha sonra da bağışlanmasının tamamen örgütün emir ve talimatıyla olduğu kanaatine varılmıştır.... Yukarıda yapılan hukuki açıklamalar ve tespitler ışığında; FETÖ/PDY silahlı terör örgütünün finansman kaynakları da nazara alındığında somut dosyada suça tahsis edilen eşya hükümleri ile kazanç müsadereyi hükümleri iç içe girmiş durumdadır. Şirketlerin suça tahsis edildikleri nazara alınarak şirketlerin suça tahsis edilen eşya hükümlerine göre müsadereye karar verilmesi gerekecektir...” Yar. , 3. CD. , 2022/18087 E – 2023/2215 K, 14.04.2023 T, **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 01/10/2023).

⁷⁸⁵Yıldız, Hatice, **Masak Raporlarının Delil Değeri**, <https://www.hukukihaber.net/masak-raporlari-delil-degeri>, (Erişim Tarihi: 02.10.2023).

⁷⁸⁶Özgenç, İzzet, “Şüpheli İşlem Bildiriminin Hukuki Mahiyeti, Masak’ ın Rolü, Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu Üzerine Hukuki Değerlendirmeler”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXV, S 2, 2021, ss. 271 – 326, s. 278; **Dülger/Taşkın**, s. 460.

⁷⁸⁷Şen, Ersan, **Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı (Masak)**, <https://sen.av.tr/tr/makale/mali-suclari-arastirma-kurulu-baskanligi-masak>, (Erişim Tarihi: 02.10.2023); **Ünver/Hakeri**, s. 434.

⁷⁸⁸Sevük, Handan Yokuş, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXIV, S 1, 2006, ss. 49 – 107, s. 49, **CMK md. 63/1-1.cümle** “Çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına re’sen, Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafinin veya kanunî temsilcinin istemi üzerine karar verilebilir”, **Gedik (İspat)**, s. 148.

⁷⁸⁹Yıldız, Ali Kemal, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. X, S 3 – 4, 2006, ss. 273 – 345, s. 323 – 324, **Yüksektepe**, s. 247.

⁷⁹⁰“Sanıklara atılı suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunun niteliği itibarıyla bu suçtan doğrudan doğruya zarar görmeyen müşteki Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığının davaya katılma ve dolayısıyla hükmü temyiz etme hakkı bulunmadığından; müşteki vekilinin temyiz taleplerinin CMUK’nın 317. maddesi uyarınca REDDİNE,” Yar. , 16. CD. , 2019/7180 E – 2020/6775 K, 23.12.2020 T, **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 06/10/2023), “5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun (5271 sayılı Kanun) 260 ıncı maddesinin birinci fıkrasına göre rüşvet verme suçundan katılan sıfatını alabilecek surette zarar görmüş olan Hazinesinin kanun yoluna başvurma hakkının bulunması ve hükümlerin vekili tarafından 7417 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un yürürlük tarihi olan 05.07.2022 tarihinden önce temyiz edilmesi karşısında, 3628 sayılı Kanun’un değişiklik öncesindeki 18 inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca başvuru tarihinde müdahil sıfatını kazandığı kabul edilmiştir” Yar. , 5. CD. , 2021/15169 E – 2023/7902 K, 04.07.2023 T, **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 06/10/2023), “Sanık hakkında tefecilik suçundan kamu davası açıldığı, Hazinesinin bu suçun mağduru olduğu, bu sıfatının gereği olarak 5271 sayılı Kanun’un 233 ve 234 üncü maddeleri gereğince kovuşturma evresinde sahip olduğu davaya katılma ve diğer haklarını kullanabilmesi için duruşmadan haberdar edilmesi gerektiği halde, usulen dava ve duruşmalar bildirilmeden, davaya katılma ve Ceza Muhakemesi Kanunu’nun mağdur ve katılanlar için öngördüğü haklardan yararlanma

olmadığını davaya taraf olup olmadığına, yani bilirkişinin “*tarafsızlık*” özelliğine göre belirlemenin daha yerinde olacağı kanaatindeyiz. Ayrıca MASAK’ tan istenen raporların teknik ve özel uzmanlık gerektiren konular olduğunda da kanımızca kuşku yoktur⁷⁹¹.

Tüm bu açıklamalar ışığında; yargılama konusu olayda gerek kazanç müsadereisinin uygulanması gerekse suçun sübutu için alınan MASAK raporlarının hukuki niteliği, eğer MASAK veya bağlı olduğu Hazine ve Maliye Bakanlığı davaya tarafsa “*taraf raporu*”, davaya taraf değilse “*bilirkişi raporu*” niteliğindedir⁷⁹². Yargıtay da bazı kararlarında MASAK raporlarının bilirkişi raporu niteliğinde olduğunu kabul ederken⁷⁹³, bazı kararlarında ise bu nitelikte kabul etmemiştir⁷⁹⁴.

Son olarak 5271 sayılı CMK md. 128’ de düzenlenen taşınmaz, hak ve alacaklara el koyma bakımından alınan rapor, koruma tedbirinin uygulanması açısından bağlayıcı ancak bilirkişi raporu veya taraf raporu niteliğinde olduğunu değerlendirdiğimiz MASAK raporları ise bağlayıcı değildir⁷⁹⁵.

3.2.2. Suç Gelirleriyle Mücadele Şube Müdürlüğü ve Kazanç Müsadereesindeki Fonksiyonu

3.2.2.1. Genel Açıklama

Suç Gelirleri İle Mücadele Şube Müdürlüğü, Emniyet Genel Müdürlüğü Asayiş Daire Başkanlığı bünyesinde 29.03.2022 tarihinde kurulan bir birimdir⁷⁹⁶.

olanağı sağlanmadan yargılamaya devam edilerek yazılı biçimde hüküm kurulması,” Yar. , 5. CD. , 2021/12528 E – 2023/8493 K, 12.09.2023 T, Sinerji Mevzuat Programı (Erişim Tarihi: 06/10/2023).

⁷⁹¹Karakehya, s. 269 Aksi yönde görüş için bkz. Dülger/Taşkın, s. 460.

⁷⁹²Çöpoğlu, s. 193.

⁷⁹³“Sanık ... hakkında kazanç müsadereesine ilişkin hükmün incelenmesinde; Dairemizin 12/02/2014 tarih, 2013/23089 Esas- 2014-1981 karar sayılı bozma ilamında TCK’nin 55. maddesinde düzenlenen kazanç müsadereesi hususunda ayrıntılı açıklamanın yapıldığı, bozma ilamı doğrultusunda sanık hakkında Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığından (MASAK) bilirkişi raporu alındığı,” Yar. , 6. CD. , 2019/700 E. – 2020/2534 K., 02.07.2020 T., Sinerji Mevzuat Programı (Erişim Tarihi: 06/10/2023).

⁷⁹⁴“..Vicdani kanının oluştuğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar, belgeler ve gerekçe içeriğine göre, katılanların, mağdurların, müştekilerin ve tanıkların aşamalarındaki beyanları, kolluk görevlileri tarafından düzenlenen tutanaklar, iletişim tespit tutanakları, teknik takip ve fiziki takip tutanakları, doktor raporları, Adli Tıp Kurulu Raporu, Masak raporu, alınan kriminal uzmanlık raporları, bilirkişi raporları ...” Yar. , 4. CD. , 2022/16553 E. – 2023/16066 K., 14.03.2023 T., Sinerji Mevzuat Programı (Erişim Tarihi: 06/10/2023).

⁷⁹⁵Özbek/Doğan/Bacaksız (Ceza Muhakemesi Hukuku), s. 362; Çöpoğlu, s. 193; “Dosya kapsamında bulunan 23.07.2013 tarihli MASAK değerlendirme raporunda öncü suç olan “Tefecilik” suçundan kaynaklanan ve dava konusu olan mal varlığı değerinin miktarının ne olduğunun, yine gayrimeşru kaynağını gizleyerek meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak maksadıyla hangi tarihli işlem ya da işlemlere tabi tutulduğunun açıkça belirtilmediğinin anlaşılması karşısında, belirtilen hususların şüpheye mahal bırakmayacak ve Yargıtay denetimine açık olacak şekilde tespiti amacıyla, Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığından bu konuda ayrıntılı rapor aldırılması, tanzim edilecek bu raporun da yetersiz görülmesi halinde ise konusunda uzman bilirkişi heyetine dosyanın tevdi edilerek belirtilen hususları içerecek şekilde detaylı rapor düzenlenmesi ile sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının değerlendirilmesi gerektiği...” Yar. , 16. CD. , 2019/7180 E. – 2020/6775 K., 23.12.2020 T., Sinerji Mevzuat Programı (Erişim Tarihi: 06/10/2023).

⁷⁹⁶<https://www.aa.com.tr/tr/search/?s=Su%3a7+Gelirleriyle+M%3bcbccadele+%5c9eube+M%3bcd%3bcbcl%3bcbcc%4%9f%3bcbcc&tag=1>, (Erişim Tarihi : 06.10.2023).

Suç Gelirleri İle Mücadele Şube Müdürlüğü, “*Suçun önlenmesi, suçtan caydırma, suç gelirlerinden yararlanan kişileri bu gelirden mahrum etme, failin elinden suçtan elde ettiği maddi menfaatlerin ve yararların alınması ile suçun sürekliliğinin kesintiye uğratılması, temel işleme amacı haksız ekonomik menfaat elde etmek olan suçlarla tam bir mücadele ve tam bir başarı elde edilmesi, çıkar amaçlı suçlarla mücadele ve tam bir başarı elde edilmesi, çıkar amaçlı suçlarla mücadelede başarının kalıcı hale getirilmesi*” amacıyla kurulmuş bir kolluk birimidir⁷⁹⁷. Birimin amacı dikkate alındığında suçla mücadele dışında kazanç müsaderesinin uygulanması noktasında da çalışma yaptıkları ve adli birimlere soruşturma ve kovuşturmada rapor sundukları açıktır.

3.2.2.2. Suç Gelirleriyle Mücadele Şube Müdürlüğü Raporlarının Hukuki Niteliği ve Bağlayıcılığı

Birimin yaptığı faaliyet itibarıyla, Suç Gelirleriyle Mücadele Şube Müdürlüğü bir adli kolluk birimidir. Adli kolluk birimleri soruşturma ve kovuşturma aşamasında bir nevi adli makamların eli ayağı gibi faaliyet yürüten, arama, el koyma işlemlerini yerine getiren, suç delillerini araştıran ve yorumlayan, delileri muhafaza altına alan, suçla bağlantılı kişilerin beyanlarına başvuran ve ayrıca adli makamların emir ve talimatlarını yerine getiren kurumlardır⁷⁹⁸.

Kolluğun soruşturma ve kovuşturma çerçevesinde hazırladığı rapor ve evraklar, bilirkişi raporu olmayıp bağlayıcı da değildir⁷⁹⁹. Bu bakımdan adli bir kolluk birimi olan Suç Gelirleriyle Mücadele Şube Müdürlüğü evrakları da kazanç müsaderesinin uygulanması noktasında önemli olsa da, bu evraklar yargılama makamları için yönlendirici, aksi ispat edilebilir ve kolluk görevlilerinin kişisel yorumlarını içerir resmi nitelikteki evraklardır⁸⁰⁰.

3.3. Zamanaşımı

Hukukumuzda müsadere ve iade davası için düzenlenmiş ayrı bir zamanaşımı süresi yoktur⁸⁰¹. Bu nedenle menfaatin elde edilmesine sebep olan fiil bakımından geçerli dava zamanaşımı süreleri müsadere için de geçerlidir⁸⁰².

Kazanç müsadere için hukuka aykırı fiilin tespiti şart olduğu için ve dava zamanaşımının gerçekleşmesi halinde yargılama devam etmeyip hukuka aykırı fiil tespiti yapılamayacağından dolayı, yargılamaya konu olan menfaatlerin iadesi gerekmektedir⁸⁰³.

⁷⁹⁷ <https://www.asayis.pol.tr/sucgelirleri>, (Erişim Tarihi : 06.10.2023).

⁷⁹⁸ Yenisey/Nuhoğlu, s. 158.

⁷⁹⁹ Aydın(Ceza Muhakemesinde Deliller), s. 81.

⁸⁰⁰ Aydın(Ceza Muhakemesinde Deliller), s. 81 - 82.

⁸⁰¹ Dalkılıç, s. 111.

⁸⁰² Taneri, s. 125.

Dava zamanaşımı süreleri 5237 sayılı TCK'nın 66. maddesinde düzenlenmiştir. Bu sürelerin geçmesi nedeniyle yargılama faaliyeti son bulacağından kazanç müsaderesinin konusu olan ekonomik değerler de iade edilecektir.

Müsadere kararının kesinleşmesinden sonra ne kadar sürede infaz edileceği hakkında kanun koyucu ayrı bir infaz zaman aşımı süresi belirlemiştir⁸⁰⁴. 5237 sayılı yasanın 70.

⁸⁰³ **Acar**, s. 322; **Taneri**, s. 125 – 126; “Sanıklardan ... ve ... hakkında verilen mahkumiyet ve beraat ile sanıklar ..., ..., ... ve ... hakkında verilen beraat hükümlerine yönelik temyiz itirazlarının incelenmesinde; Suç tarihinde ...Tapu Sicil Müdürlüğünde görevli olan sanıklar ..., ... ve ...'ın üzerlerine atılı eylemlerin suç tarihinde yürürlükte bulunan ve lehe olan 5237 sayılı TCK'nın 257/3. maddesinde düzenlenen görevinin gereklerine uygun davranmak için çıkar sağlama suçunu oluşturduğu, diğer sivil sanıkların ise bu suça azmettiren olarak katıldıkları, anılan suçun öngörülen cezasının üst sınırı itibarıyla TCK'nın 66/1-e ve 67/4. maddelerinde belirlenen 12 yıllık ilaveli dava zamanaşımı süresine tabi olduğu, suç tarihleri olan 13/12/2006, 12/01/2007 ve 16/01/2007 ile inceleme günü arasında bu sürenin soruşturma izni alınmasıyla ilgili durma süresi eklendiğinde dahi gerçekleştiği anlaşıldığından hükümlerin 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi de gözetilmek suretiyle CMUK'nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, ancak bu husus yeniden yargılamayı gerektirmediğinden aynı Kanunun 322/1 ve 5271 sayılı CMK'nın 223/8. maddeleri uyarınca sanıklar haklarında açılan kamu davalarının zamanaşımı nedeniyle ayrı ayrı DÜŞMESİNE, adli emanetin 2007/1192 sırasına kayıtlı ... marka cep telefonu ile el konulup yedimeine teslim edilen ... plaka sayılı aracın sahiplerine İADESİNE, ...KARŞI OY;...şeklindeki hükme göre 5237 sayılı TCK kapsamında müsadere kararı verilebilmesi için mahkumiyetin zorunlu olmadığı anlaşılmaktadır. Nitekim; ön ödeme, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, etkin pişmanlık, özel af, şahsi cezasızlık halleri ve karşılıklı hakaret hallerinde mahkumiyet hükmü kurulamamasına rağmen müsadere kararı vermek mümkündür. CMK'nın 256/1. maddesinde yer alan “Müsadere kararı verilmesi gereken hâllerde, kamu davası açılmamış veya kamu davası açılmış olup da esasla beraber bir karar verilmemişse; karar verilmesi için, Cumhuriyet savcısı veya katılan, davayı görmeye yetkili mahkemeye başvurabilir” şeklindeki düzenleme Kanunun müsadere için mahkumiyet kararının varlığını aramadığı gibi kamu davası açılmayan hallerde dahi müsadere kararının mümkün olduğunu hüküm altına almıştır. CMK 256. maddede usulü gösterilen müsadere bizatihi yasak eşya ile ilgili değildir. Zira, bizatihi yasak olan eşya ile ilgili müsadere usulü CMK'nın 259. maddesinde düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK'da müsadere için ayrı bir zamanaşımı süresi öngörülmemiş ancak 70. maddede müsadere infaz zamanaşımı süresi düzenlenmiştir. Müsaderesi istenen eşya ya da kazancın bağlı olduğu suç dava zamanaşımına uğradığında suçun sübutu tartışılmayacağından ve kamu davasının düşmesine karar verilmesi gerekeceğinden, artık müsaderesi istenen eşya ya da kazancın müsaderesinin gerekip gerekmediği de tartışılmayacaktır. Bu nedenle suç zamanaşımına uğradığında bizatihi suç teşkil etmeyen eşyanın da iadesine karar vermek gerekecektir. Bu halde iadenin nedeni mahkumiyet kararının olmayışı değil suçun sübutunun dolayısıyla da eşyanın suçta kullanılıp kullanılmadığının değerlendirilememesidir. Oysa temyiz incelemesine konu dosyada mahkumiyetine karar verilen sanıklar yönünden ilk derece mahkemesi ve temyiz mercince (Dairemizce) sanıkların iddianamede anlatılan eylemleri gerçekleştirip gerçekleştirmedikleri tartışılmış, deliller değerlendirilmiş ve dosyaya yansıyan delillere göre sanıkların üzerlerine yüklenen eylemleri gerçekleştirdikleri ve suçu işledikleri sabit olmuş, adli emanetteki cep telefonu ile ...plakalı aracın suçun konusunu oluşturduğu da kesin olarak belirlenmiştir. Ancak bu tespitten sonra sanıkların sabit olan eylemlerinin rüşvet, irtikap ve görevi kötüye kullanma suçlarından hangisini oluşturacağını değerlendirilmesine geçilmiş, sanıkların görev gereklerine uygun davranmak için menfaat temin ettiklerinin anlaşılması üzerine de suç tarihinde basit rüşvetin yani görev gereklerine uygun davranmak için menfaat temin etme eyleminin rüşvet suçunu değil TCK'nın 257/3. maddesinde tanımlanan görevi kötüye kullanma suçunu oluşturması nedeniyle zamanaşımından kamu davasının düşmesine karar verilmiştir. Şu halde; TCK'nın 257/3. maddesine uyan suçun dava zamanaşımına uğramış olması somut olay bakımından eylemin sanıklar tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin ve cep telefonu ile aracın suçun konusunu oluşturup oluşturmadığının tespitine engel teşkil etmemiş, aksine bu hususun tespiti suç vasfının tayini açısından zorunluluk arz etmiştir. Haklarında mahkumiyet kararı verilen sanıkların mahkumiyete konu eylemleri gerçekleştirdiklerinin, cep telefonu ile aracın suçun konusunu oluşturduğunun ve TCK'nın 55. maddesi uyarınca müsaderesine karar verilmesi gerektiğinin temyiz incelemesi sırasında belirlendiği, bu nedenlerle mahkemece verilen müsadere kararının isabetli olduğu ve onanmasına karar verilmesi gerektiği düşüncesinde olduğumuzdan sayın çoğunluğun iade yönündeki kararına katılmıyoruz” Yar. , 5. CD. , 2019/6671 E. – 2019/10659 K., 13.11.2019 T., **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 06/10/2023).

⁸⁰⁴ **Acar**, s. 323.

maddesinde bu süre “*Müsadereye ilişkin hüküm, kesinleşmeden itibaren yirmi yıl geçtikten sonra infaz edilmez*” şeklinde düzenlenmiştir.

3.4. Müsadere Kararlarının İnfazı

İnfaz kelime anlamı olarak “*yerine getirme*”, “*gereğini yapma*” olarak ifade edilmektedir⁸⁰⁵. Konumuz bakımından ise infaz; kesinleşen müsadere veya iade kararlarının yerine getirilmesidir. Müsadere veya iade kararları bakımından kesinleşme, kararların kanun yoluna taşınmaması veya kanun yoluna taşınsa bile, kanun yolu merciinin ilk derece mahkemesinin kararının onaması ile gerçekleşecektir⁸⁰⁶.

Müsadere veya iade kararlarının ne şekilde infaz edileceği, 23/03/2016 tarih Resmi Gazetenin 29662 sayısında yayınlanarak yürürlüğe giren Suç Eşyası Yönetmeliğinde düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 1. maddesi “*Bu Yönetmelik, suç eşyası ve suçla ilgili ekonomik kazancın, muhafaza altına alınması, elkonulması, gönderilmesi, elden çıkarılması, iadesi, müsaderesi, imhası ve bu işlemlerde Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sisteminin (UYAP) kullanılmasına dair usul ve esasları kapsar*” şeklindeki düzenleme ile amaç ve kapsamını ortaya koymaktadır.

3.4.1. Kazanç Müsaderesi Kararlarının İnfazı

Kazanç müsaderesine konu olabilecek ekonomik değerler suçla bağlantılı olarak elde edilen para olabileceği gibi altın, gümüş, kıymetli evrak gibi ekonomik değer ifade eden diğer eşyalar da olabilir. Yine ele geçen ekonomik değerlerin kullanılması veya dönüştürülmesi sonucu elde edilen eşyalarda kazanç müsaderesinin konusu içinde mütalaa edilir. Yönetmelikte düzenlenen kazanç müsaderesine konu olabilecek eşyalar hakkında verilen müsadere kararlarının ne şekilde infaz edileceğini, konumuz kapsamında olan eşyalar bakımından ayrı ayrı irdlemek daha sağlıklı olacaktır.

3.4.1.1. Konusu Para Olan Kazanç Müsaderesi Kararının İnfazı

Kazanç müsaderesinin konusunun para olması halinde kararın kesinleşmesine müteakip, bu para mahallin en büyük mal memurluğuna imza karşılığı teslim edilerek infaz edilir. Paranın bankada olması durumunda; Yönetmeliğin 19. maddesinin 1 fıkrasının b bendi “*Müsadere hâlinde, yine reddiyat makbuzu düzenlenerek, para, imza karşılığında mahallin en büyük mal memurluğuna yatırılır; alınacak makbuzun numarası, suç eşyası esas kaydındaki*

⁸⁰⁵Çakır, Kerim, “Hapis Cezasının Koşullu Salıverme Uygulanarak İnfazı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 26, S 2, 2020, ss. 669 – 698, s. 670; **Dülger(Genel Hükümler)**, s. 958.

⁸⁰⁶**Gedik**, s. 300.

özel hanesine işlenir ve makbuz ilgili kartonunda saklanır” şeklinde getirdiği düzenleme ile, paranın mal memurluğu hesabına aktarımı ile kararın infazını öngörmüştür⁸⁰⁷.

3.4.1.2. Konusu Taşınmaz Mal Olan Kazanç Müsaderesi Kararının İnfazı

Taşınmaz malın mülkiyetinin kazanımının nasıl olacağı Türk Medeni Kanunumuzda düzenlenmiştir. Medeni Kanunumuzun 705. maddesindeki *“Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, tescille olur. Miras, mahkeme kararı, cebrî icra, işgal, kamulaştırma hâlleri ile kanunda öngörülen diğer hâllerde, mülkiyet tescilden önce kazanılır. Ancak, bu hâllerde malikin tasarruf işlemleri yapabilmesi, mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmiş olmasına bağlıdır”* şeklinde yer alan düzenleme gereği kural olarak mülkiyet tescil ile kazanılır. Ancak mahkeme kararı bu kuralın istisnası olarak düzenlenmiştir. Fakat kazanç müsaderesi ile kazanılan taşınmaz üzerinde devletin tasarruf yapabilmesi için tapu kütüğüne tescil işlemi şarttır⁸⁰⁸.

Hukuk sistemimizde taşınmaz mal hakkında verilen kazanç müsaderesinin ne şekilde infaz edileceği hakkında bir hüküm bulunmamaktadır. Ceza mahkemesinin bu konudaki kesin kararının sonucunda, tapudaki kaydın iptal edilerek doğrudan hazine adına tescil kaydının yapılabileceğine ilişkin bir hüküm de hukuk sistemimizde tesis edilmemiştir⁸⁰⁹. Uygulamada böyle bir durumda Hazine vekilinin ceza mahkemesinin taşınmaz mal hakkında verilen kesinleşmiş kazanç müsaderesi kararına dayanarak, hukuk mahkemesinde tapu iptal tescil davası açarak, ilgili taşınmazın tescil kaydının hazine adına yapılması için karar alması gerektiği değerlendirilmektedir⁸¹⁰.

⁸⁰⁷ **Acar**, s. 360; **Taneri**, s. 131.

⁸⁰⁸ **Certel**, s. 217 – 218.

⁸⁰⁹ **Acar**, s. 363; **Gedik**, s. 315 – 316.

⁸¹⁰ **Gedik**, s. 315 – 316; **Dalkılıç**, s. 116; **Certel**, s. 218 – 219; “Davacı tarafından, davalı aleyhine açılan tapu iptali, tescil davasının yapılan yargılamasında, mahkemece davanın kabulüne dair verilen karar Taşkın mirasçıları tarafından temyizi üzerine duruşma istemli temyiz edilmekle, süresinde verildiği ve kayıt olunduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra dosya incelenerek gereği görüşülüp düşünüldü: Davaya konu bağımsız bölümün (apartman dairesinin) İstanbul Bir Nolu Devlet Güvenlik Mahkemesi’nce verilip kesinleşen 29.09.1995 tarih 124/1 78 sayılı karar ile terör örgütü malı kabul edilerek müsadere kapsamına alındığı sabittir ve tartışmasızdır. Mahkemece (... davacı Hazinesinin TCK.nun 36. maddesine ve kesinleşen karara dayanarak bu tür bir tapu iptal ve tescil davasını açabileceği....) gerekçe gösterilip davanın kabulüne karar verilmiştir. Hemen belirtilmelidir ki; 19/11/1996 tarih, 22822 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Kara Paranın Aklanmasının Önlenmesine ilişkin 4208 numaralı Kanunun 7. maddesinde; karapara aklama suçu fiillerini işleyenlerin, iki seneden beş seneye kadar hapis ve aklanan karaparanın bir katı ağır para cezasıyla cezalandırılacağı öngörülmüş; maddenin devamında Nemaları dahil olmak üzere karapara kapsamındaki mal ve değerler ile bunların ele geçirilememesi halinde bunlara tekabül eden mal varlığının müsaderesine de hükmolunur. ifadelerine yer verilmiştir. Ayrıca, ikinci fıkrasında da, Karapara, terör suçlarından veya Türkiye’ye ithali veya Türkiye’den ihracı kanunla yasaklanmış herhangi bir madde ve eşya kaçakçılığından elde edilmiş veya suç yukarıda belirtilen terör suçlarına kaynak sağlamak amacıyla işlenmiş ise... denilerek cezayı arttırıcı nedenler açıklanmıştır. O halde, davanın kabul edilmiş olmasında bir usulsüzlük ve yukarıda belirtilen yasal düzenlemelere aykırılık yoktur. Davalılar vekilinin temyiz itirazları yerinde değildir. Reddiyle usul ve yasaya uygun bulunan hükmün (ONANMASINA)” Yar. , 1. HD. , 1999/2872 E. – 1999/4266 K., 27.04.1999 T., **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 07/10/2023).

Kanaatimizce Medeni Kanunumuzun 705. maddesinde tescil öncesi kazanımı düzenleyen “*mahkeme kararı*” ibaresinden sadece hukuk mahkemesi kararını anlamamak, maddeyi geniş yorumlamak gerekmektedir. Ceza mahkemesinin kesinleşen kararı ile tescilden önce devlet taşınmazın mülkiyetini kazanmakta, tescil sadece taşınmaz üzerinde tasarruf yapılması için kurucu nitelikte değil açıklayıcı/tespit edici nitelikte bir işlem olmaktadır. Tapu Kanunu ve Tapu Sicil Tüzüğüne “*ceza mahkemelerinin kesinleşmiş müsadere kararlarına konu olan taşınmaz bakımından kesinleşmiş kararının ilgili Tapu Sicil Müdürlüğüne bildirimi ile tescil kaydı iptal edilerek Hazine adına tescil işlemi gerçekleştirilir*” şeklinde hüküm eklenerek sorunun çözümünün sağlanabileceği kanaatindeyiz.

3.4.1.3. Konusu Diğer Eşya Olan Kazanç Müsaderesi Kararının İnfazı

Konusu taşınmaz veya para olmayan kesinleşmiş kazanç müsaderesi kararlarının infazı, yönetmeliğin 18/1-ğ maddesinde “*Müsaderesine karar verilen diğer bilumum eşya, mahallin en büyük mal memurluğuna veya ilgileri dolayısıyla ait olduğu dairelere gönderilir*” şeklinde düzenlenmiştir.

Örneğin altın külçesi Darphaneye teslim edilmek üzere ilçede bulunan Mal müdürlüğüne teslim edilecektir⁸¹¹. Yine suç işlemek karşılığı hediye olarak faile verilen araç da mahallin mal memurluğuna teslim edilecektir.

3.4.1.4. Kaim Değer Müsaderesi Kararının İnfazı

Kaim değerın müsaderesi kararının infaz şekli Yönetmeliğin 18/e maddesinde düzenlenmiştir⁸¹². İlgili madde “*Müsadere konusu eşya veya maddî menfaatlere elkonulamadığı veya merciine teslim edilemediği hâllerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsaderesine ilişkin verilen kesinleşmiş karar örneği mahkemesince doğrudan bulunduğu yerin en büyük mal memurluğuna gönderilir. Bu kararların infazı, 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre yapılır*” şeklinde olup; mal müdürlüğü ilgili karar uyarınca kararda belirtilen parasal miktarı cebri icra yoluyla sanıktan tahsil edecektir.

3.4.2. İade Kararlarının İnfazı

El konulan malvarlığı değerleri, iade kararının kesinleşmesi ile birlikte suçtan zarar görene veya el konulma esnasında eşyayı elinde bulunduran sahibine iade edilir⁸¹³. Eşya

⁸¹¹ **Gedik**, s. 315; **Acar**, s. 362.

⁸¹² **Acar**, s. 365; **Dalkılıç**, s. 117.

⁸¹³ **Gedik**, s. 313; **Certel**, s. 219 – 222.

üzerinde hak iddia eden üçüncü kişilerin varlığı halinde ise; ancak bu kişilerin hukuk mahkemelerinde istihkak davası açıp kazanması durumunda, üçüncü kişiye iade yapılabilir⁸¹⁴.

Kazanç müsadereğine konu değerlerin iadesi kararlarının nasıl infaz edileceği Yönetmeliğin 18. maddesinde (e bendine kadar) düzenlenmiştir⁸¹⁵. Bankada yer alan paraların iadesi kararları ise, yönetmeliğin 19/1-a maddesinde “*Paranın sahibine iadesi, ilgilinin müracaatı hâlinde Cumhuriyet başsavcılığınca bu hususta bankaya yazılacak yazı üzerine banka tarafından yapılır. Banka tarafından gönderilecek iade işlemini gösteren dekonta istinaden reddiyat makbuzu düzenlenerek kaydı kapatılır.*” şeklinde düzenlenmiştir. Yönetmelikten de anlaşılaacağı üzere, iade konusu değer; Cumhuriyet Başsavcılığı Emanet Memurluğunda ise iadeyi emanet memuru, bankada ise ilgili banka görevlisi tarafından yapılacaktır.

3.4.2.1. İadesine Karar Verilmiş Eşyanın Sahibinin Gaip veya Ölmüş Olması Halinde Yapılacak İşlem

İadesine karar verilmiş eşyanın o esnada sahibi ölmüş veya gaip olabilir. Böyle bir durumu düşünen kanun koyucu Yönetmeliğin 23. maddesinde “*İadesine karar verilmiş olup da sahibi ölmüş veya hakkında gaiplik kararı alınmış bulunanlara ait eşya, yetkili sulh hukuk hâkimine tevdi olunur*” şeklinde düzenleme yaparak eşyanın tereke hâkimliğine teslim

⁸¹⁴ **Acar**, s. 366; “Dava ile ilgili olarak suçtan zarar görmüş olana ait bazı eşyalara elkonulmuş olsa bile, üçüncü kişilerin bu eşyalar hakkında hak ileri sürmeleri halinde hukuk mahkemesinde istihkak davası açmaları gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde altınların katılanlara iadesine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir” Yar. , 6. CD. , 3582 E. /4699 K., 14.05.1993 T., **Yılmaz(Müsadere)**, s. 76; “Sanık K. G.'ün, yargılama devam ederken dosyadaki nüfus kayıt örneğine göre 01/09/2006 tarihinde öldüğü; bu sebeple hakkında yağma suçundan açılan kamu davası için 5237 sayılı TCK'nın 64. maddesi uyarınca düşme kararı verildiği; malen sorumlular annesi ve babasının 27/05/2005 tarihli teslim tesellüm tutanağı ile diğer katılan sanık B. B.'den yağmalanan eşya olması sebebiyle sanık K. G.'den zapt edilen eşyanın katılan sanığa teslim edildiği, malen sorumluların iade edilen eşyanın bir kısmının ölen oğulları sanığa ait olduğunu belirterek kararı temyiz ettiklerinin anlaşılması karşısında; suça konu eşya hakkında iddianamede talep olmadığı, malen sorumluların istihkak iddiasının hukuk mahkemelerinde görülmesinin mümkün olması sebebiyle yargılama konusuna yönelik olmayan talebine ilişkin olarak dosyasının incelenmeksizin mahalline gönderilmesi için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına İADESİNE,” Yar. , 6. CD. , 2011/20415 E. – 2014/10217 K., 13.05.2014 T., **Sinerji Mevzuat Programı** (Erişim Tarihi: 07/10/2023).

⁸¹⁵ **Suç Eşyası Yönetmeliği md. 18** “(1) Tedaviil etmeyen paralarla suç eşyası ve malvarlığı değerleri hakkında verilen müsadere ve iade kararları aşağıdaki şekilde yerine getirilir: a) Sahibine iadesine karar verilen eşya, kimliğini ispatlamaya yeterli bir belgeye dayanılarak suç eşyası esas kaydındaki hanesine işaret olunarak imza, mühür veya parmak izi alınmak suretiyle sahibine, yasal temsilcisine veya vekiline teslim ve tesellüm tutanağı ile teslim olunur. b) Bu işlemler, Cumhuriyet savcısının huzurunda yerine getirilir ve düzenlenen teslim ve tesellüm tutanağına Cumhuriyet savcısı ve emanet memurunun imzaları ile şerh verilir. c) Eşyanın verileceği yer resmî bir kuruluş ise yazı ile o dairenin amirine yahut yetkili memuruna alındı karşılığında teslim edilir. ç) İadesine karar verilen suç eşyası yabancı uyruklu bir kimseye ait ise müracaatı hâlinde kendisine veya yabancıların uyruğu bulunduğu devletin sefaret veya konsolosluklarına gönderilir. Belgesi kartonunda saklanır. d) Emanete alınmakla birlikte mahiyetleri itibarıyla müsadereye konu edilemeyen eşya, yargılama sonunda verilen bu yöndeki karar doğrultusunda, ilgili dosyasında delil olarak muhafaza edilmek üzere mahkemesine gönderilir. Mahkemeden alınacak alındı yazısının gün ve sayısı suç eşyası kaydına işlenir. Alındı yazısı kartonda saklanır”.

edileceğini hüküm altına almıştır⁸¹⁶. Yetkili sulh hukuk mahkemesi de, ölen veya gaip olan kişinin mirasçılarını araştırıp miras hukukuna göre eşyanın paylaşımını gerçekleştirecektir.

3.4.2.2. İadesine Karar Verilmiş Eşyanın Sahibi Tarafından Alınmaması veya Sahibinin Belli Olmaması Halinde Yapılacak İşlem

İadesine karar verilmiş eşyanın sahibi tarafından alınmaması veya sahibinin belli olmaması durumu, yönetmeliğin 21. maddesinde “(1) İadesine karar verilmiş olup usulüne uygun meşruhatlı tebligata rağmen sahipleri tarafından bir ay içinde alınmayan veya kendilerine tebligat yapılamayan kimselere ait eşya en geç iki ay içerisinde satılarak bedeli millî bankalardan birinde ilgilisi adına açılacak vadeli hesaba yatırılır. Satışa karar verecek merci suç eşyasının bulunduğu yer sulh ceza hâkimidir.

(2) İadesine karar verilen eşyanın, sahibinin tespit edilememesi hâlinde 22/11/2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun bulunmuş eşyaya ilişkin hükümlerine göre işlem yapılır.

(3) Satılacak suç eşyasının değerinin, satış masraflarını karşılamayacağını belli olması hâlinde, satışa karar veren hâkimin kararı üzerine 24 üncü madde uyarınca işlem yapılır.

(4) Teslim alınmayan kıymetli evrakın ilgili kanunlardaki zamanaşımı süresince emanet bürosunda muhafazasına devam olunur” şeklinde düzenlenmiştir. Bu maddede yer alan “24. madde uyarınca işlem” hususu sulh ceza hâkiminin, yani satışa karar veren hâkimin imha kararı vermesi ve 24. madde uyarınca uygulanmasıdır⁸¹⁷.

İadesine karar verilen eşyanın sahibinin tespit edilmemesi halinde, Türk Medeni Kanununun bulunmuş eşyaya ilişkin hükümleri uygulanacaktır. Konumuz bakımından Türk Medeni Kanununun önem arz eden hükümleri 769, 770 ve 771. maddeleridir⁸¹⁸.

⁸¹⁶ **Acar**, s. 369.

⁸¹⁷ **Acar**, s. 369.

⁸¹⁸ **TMK md. 769** “Kaybedilmiş bir şeyi bulan kimse, malın sahibine, sahibini bilmiyorsa kolluk kuvvetlerine, köylerde muhtara bildirmek veya araştırma yapmak ve gerektiğinde ilân etmek zorundadır. Bulunan şey önemli ölçüde değerli ise, her hâlde kolluk kuvvetlerine veya muhtara bildirmek gerekir. Oturulan bir evde veya işyerinde ya da kamu hizmeti görülen yerde bir şey bulan kimse, bunu o yer sahibine veya kiracıya ya da kamu hizmeti görülen yerde denetim ve gözetim ile görevli olanlara teslim etmek zorundadır”, **md. 770** “Bulunan şeyin özenle korunması gerekir. Korunması aşırı gideri gerektirir veya çabuk bozulabilir bir nitelik taşır ya da kolluk kuvvetleri veya kamu kurumu tarafından bir yıldan fazla saklanmış olursa, bulunan şey satılabilir. Satış, gerektiğinde önceden ilân edilerek açık artırma yoluyla yapılır. Satış bedeli, bulunan şeyin yerine geçer”, **md. 771** “Bulunan şeyin maliki, ilân veya kolluk kuvvetlerine ya da muhtara bildirme tarihinden başlayarak beş yıl içinde ortaya çıkmazsa; bulan kimse, yükümlülüklerini yerine getirmiş olmak koşuluyla o şeyin mülkiyetini kazanır. Bulunan şey malikine geri verilirse, bulan kimse yaptığı giderlerin ödenmesini ve uygun bir ödül verilmesini isteyebilir. Kaybedilmiş şey oturulan bir evde veya işyerinde ya da kamu hizmeti görülen yerde bulunmuşsa; o yerin sahibi, kiracı veya kurum, o şeyi bulan sayılır. Ancak bunlar ödül isteyemezler”.

Kanaatimizce yönetmeliğin bu düzenlemesi ile, iade kararı verilen eşyayı elinde bulunduran Cumhuriyet Başsavcılığı Emanet Bürosunun, Türk Medeni Kanununun bulunmuş eşyaya ilişkin hükümlerinden kaynaklanan bir takım yükümlülükleri ve haklarına atıf yapılmak istenmiştir. Örneğin; Cumhuriyet Başsavcılığı Emanet Bürosu iade kararı verilen eşyanın sahibinin bulunması için kolluk marifetiyle araştırma yaptıracaktır. Eşyanın sahibi buna rağmen bulunamazsa ilan yaptıracaktır. Yine iade kararı verilen eşyanın korunması ve muhafazası masraflıysa veya bozulma ihtimali varsa Cumhuriyet Başsavcılığı Emanet Bürosu eşyanın satışını yaptırıp, satış bedelini iade için sahiplik araştırması yaptırmayı gerekecektir. Son olarak bütün araştırmalara rağmen 5 yıl içinde sahibi bulunamayan eşyanın mülkiyeti devlete geçecektir.

3.4.2.3. İmha İşlemi

İadesine karar verilir Suç Eşyası Yönetmeliğinin 21. maddesinde belirtilen süre içinde alınmayan ve ekonomik değeri olmayan eşyalar bakımından imha işlemi yapılır⁸¹⁹. İmha işlemi Yönetmeliğin 24. maddesinde “(1) İadesine karar verilmiş olup da mahkeme kararı kendilerine tebliğ edildiği hâlde sahipleri tarafından 21 inci maddede yazılı süre içerisinde alınmayan ve ekonomik değeri bulunmayan eşyanın, Cumhuriyet savcısı başkanlığında, emanet memuru ve bir zabıt kâtibinden oluşan komisyonca imhasına karar verilir. İmha, komisyon huzurunda yapılır ve buna dair bir tutanak tanzim olunur.

(2) Birinci fıkrada belirtilen imha komisyonuna hangi zabıt kâtibinin katılacağı, adalet komisyonlarınca, bulunmayan yerlerde kıdemli hâkim tarafından belirlenir” şeklinde düzenlenmiştir.

Kanun koyucu bu düzenleme ile bazı eşyaların Cumhuriyet Başsavcılıkları emanet depolarında boşu boşuna yer işgal etmesini, gereksiz eşyaların depolardan imha suretiyle çıkarılmasını hedeflemektedir.

⁸¹⁹ Acar, s. 369.

SONUÇ

Kazanç müsaderesinin konusu olan kazanç; bir suç ile bağlantılı olarak ele geçen ve bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik menfaatlerin tamamıdır. Müsadere ise; suç işlenmesi nedeniyle, suçla bağlantılı eşya veya kazancın, yargısal bir karar ile bireysel mülkiyetten kamusal mülkiyete geçirilmesidir.

Tarihsel sürece baktığımızda kazanç müsaderesinin nadir olarak örneğine rastlanmaktadır. İslam devletinin başında Hz. Ömer'in bulunduğu dönemde dilencilik yapanın, dilencilik nedeniyle kazandığı gelir veya hırsızlık suçundan elde edilen gelir (sahibi tespit edilemiyorsa) kazanç müsaderesine konu olmuştur. Bu örnekler gerçekten günümüz kazanç müsaderesi ile özdeş nitelikte uygulamalardır.

Eski Türk devletleri döneminde kazanç müsaderesi uygulamaları yoktur. Yine Osmanlı devletinin son dönemleri hariç, günümüzdeki şekilde uygulanan kazanç müsaderesi örnekleri bulunmamaktadır. İlk defa Fatih Sultan Mehmet döneminde sadrazam Çandarlı Halil İbrahim Paşa'nın idamı ile sadrazamın tüm mal varlığının müsaderesi yapılmıştır. Bu uygulama ilerleyen dönemde devlet hazinesine katkı amaçlı keyfi olarak (siyasi amaçlı) devam etmiştir. Nihayet devletin ilerleyen dönemdeki batılılaşma çabaları ile birlikte, bu keyfi uygulamalar sona ermiş ve günümüzdeki nitelikte kazanç müsaderesi 1851 ve 1858 sayılı Ceza Kanunları ile devletin hukuk alanında yerini almıştır. Örneğin, 1851 sayılı Ceza Kanununda yer alan irtikâp suçunun işlenmesi ile ele geçen ekonomik değerler, kazanç müsaderesi uygulamasına tabi hale gelmiştir.

Kazanç müsaderesi hukuk sistemimizde 5237 sayılı yasanın 55. maddesi ile ilk defa düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK döneminde ayrı bir kazanç müsaderesi düzenlemesi kanunda yer almamıştır. Uygulamada yargı mercileri suçla bağlantılı gelirin müsaderesini, 765 sayılı TCK' nın 36. maddesinde yer alan “*suçtan husule gelen eşya*” kavramı içinde mütalaa ederek gerçekleştirmiştir. 5237 sayılı TCK' nın yürürlüğe girmesine kadar geçen süreçte yapılan ceza kanunu tasarılarında da kazanç müsaderesi düzenlemesi yoktur. Sadece 1989 ve sonrasında hazırlanan tasarılar da kazanç müsaderesi için değerli kabul edilecek düzenleme, madde metninde yer alan “*suçun işlenmesi için sağlanan yarar*” ibaresidir.

5237 sayılı yasa, kazanç müsaderesinin hukuki niteliğini açıkça güvenlik tedbiri olarak belirlemiştir. Kanun koyucu hem eşya hem de kazanç müsaderesini, genel kısmın ikinci bölümünde “*güvenlik tedbirleri*” başlığı altında düzenlemiştir. Fakat bu durum kazanç müsaderesinin hukuki niteliği bakımından yaşanan tartışmaları sona erdirmemiştir. Kurumun hukuki niteliği uygulanma koşulları, doğuracağı hukuki sonuçlar ve yaratacağı etki

bakımından önem arz etmektedir. Örneğin kazanç müsadereyi yaptırım türü olarak “ceza” kabul edilirse; failin hukuka aykırı tipik fiili yanında, suçun tüm unsurları ile gerçekleşmesi ve failin kusurlu olması da aranacaktır. “Güvenlik tedbiri” olarak kabul edilmesi halinde ise; kazanç müsadereyi uygulaması için hukuka aykırı tipik fiilin tespiti yeterli olacaktır.

Kazanç müsadereyi hukuki niteliği bakımından yapılan tartışmalar “ceza” ve “güvenlik tedbiri” üzerinde yoğunlaşmaktadır. Öğretide kurumun hukuki niteliği üzerindeki tartışmalarda, kazanç müsadereyi yarattığı etki bakımından cezaya benzemesi (ıslah etme, bedel ödetme) veya “şeyin tehlikeliliğini” önleme amacı açısından da güvenlik tedbirlerine benzediği yönünde görüşler mevcuttur. Bizim kanaatimize göre ise; kazanç müsadereyi, faile bedel ödetmekte, ıslah etmekte ve şeyin tehlikeliliğini sona erdirdiği için, hem ceza hem de güvenlik tedbirinin özelliklerini bünyesinde barındırmaktadır. Bu nedenle kazanç müsadereyi hukuki nitelik olarak *sui generis (karma)* bir yapıya sahiptir.

Kazanç müsadereyi benzer kurumlarla karşılaştırılması da, kurumun daha iyi anlaşılması için gereklidir. Kazanç müsadereyi ile benzerlik gösteren diğer hukuki yapılar, el koyma, muhafaza altına alma, mülkiyetin kamuya geçirilmesi, adli para cezası ve dosyada delil olarak saklama kurumlarıdır. *El koyma ve muhafaza altına alma kurumları* temelde benzer olup; aralarındaki fark, el koymada zor kullanma ve yargılama makamlarının kararı gerekliken, muhafaza altına almada sahibinin rızası ile işlemler tesis edilmektedir. El koyma ve muhafaza altına alma bir koruma tedbiri olup, kazanç müsadereyi kararından önce uygulanan ve kazanç müsadereyi konu gelirin infazının sağlıklı bir şekilde yapılmasını tesis eden işlemlerdir. Ancak bu koruma tedbirleri, yalnız kazanç müsadereyi konu gelirlerin müsadere kararı öncesi, soruşturma ve yargılama makamları elinde bulunması için değildir. Aksine soruşturma ve yargılama faaliyeti için önemli kabul edilen, failin yargılanmasında ispat aracı olan ve fakat müsadereyi gerekmeyen şeylerin de adli makamlar elinde bulunmasını sağlamaktadır. El koyma ve muhafaza altına alma kurumları koruma tedbiri olmasından kaynaklı olarak geçici niteliktedir. Fakat kazanç müsadereyi ise, mülkiyetin el değiştirmesinden dolayı kalıcı nitelikte bir yaptırımdır. Yine el koyma tedbirine hâkim veya mahkeme dışında gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcı veya istisnai durumlarda kolluk amiri de karar verebilirken, kazanç müsadereyi yalnızca mahkeme kararı ile verilebilmektedir. Koruma tedbirleri kararı derhal yerine getirilir ancak kazanç müsadereyi kesinleştikten sonra infaz edilebilir. Ayrıca el koyma ve muhafaza altına alma hem taksirli hem kasıtlı suçlar için mümkün iken kazanç müsadereyi sadece kasıtlı suçlar için mümkündür.

Benzer kurumlardan bir diğeri olan *mülkiyeti kamuya geçirme* de, esasen kazancın mülkiyetinin devlete geçmesi bakımından, kazanç müsadereyi ile benzerlik göstermektedir.

Fakat mülkiyetin kamuya geçirilmesi kabahat nedeniyle mümkün iken kazanç müsadere ise sadece kasıtlı bir suç nedeniyle uygulanmaktadır. Ayrıca mülkiyetin kamuya geçirilmesi idari bir yaptırım olup; kural olarak idare tarafından alınan bir karardır. Ancak kazanç müsadere ise yargısal nitelikte bir karar olup; mahkeme tarafından verilen bir karardır. Mülkiyetin kamuya geçirilmesi taksirli işlenen kabahatler için de mümkün iken, kazanç müsadere sadece kasıtlı suçlar bakımından mümkündür.

Bir başka benzer kurum ise; *adli para cezasıdır*. Adil para cezası da kazanç müsadereinde olduğu gibi yargısal nitelikte bir karar olmasına rağmen; adli para cezasında, kazanç müsadereinden farklı olarak mahkûmiyet şartı aranmaktadır. Fakat kazanç müsadere için ise, hukuka aykırı tipik fiilin tespiti yeterlidir. Yine adli para cezası için failin kusurlu da olması gerekirken, kazanç müsadereinde failin kusuru aranmaz.

Son olarak kazanç müsadere için benzer kurumlardan olan *delil olarak saklama kararı*, daha çok yargısal makamların sonradan ortaya çıkacak durumlarda delilin tekrar değerlendirilmesi ve delilin yok olmasını önlemek için mevzuatımıza girmiş bir yöntemdir. Mülkiyetin devletin eline geçmesi bakımından kurumlar arasında paralellik olsa da; bu kurum müsadereinin sakıncalarını gidermek amacıyla işletilmektedir.

Müsadere çeşitleri; müsadereının konusuna, zorunlu olup olmadığına, kapsamına ve karar veren makamın niteliğine göre belirlenmektedir. Konuya göre müsadere çeşitleri, eşya ve kazanç müsadereidir. Zorunlu olup olmadığına göre müsadere çeşitleri, ihtiyari veya zorunlu müsadereidir. Kapsamına göre müsadere çeşitleri, genel ve özel müsadereidir. Karar veren makamın niteliğine göre ise, adli ve idari müsadereidir.

Eşya müsadereinin konusu, bir değeri olup olmadığına bakılmaksızın kazanç hariç her türlü eşyadır. Fakat hayvanların eşya müsadereesi bakımından, eşya sayılıp sayılmayacağı tartışmalıdır. Hayvanların da haklarının olduğu bu nedenle müsadereinin konusu bakımından eşya sayılamayacağı ve hayvanın sahibine iade edilmesi gerektiği öğretilde ifade edilse de; bizim kanaatimize göre hayvanlar hakkın sahibi değil süjesidir. Bu nedenle de eşya müsadereinin konusu olabilir. Ayrıca aksi durum düşünüldüğünde hayvanlar bakımından mülkiyet tartışması da gündeme gelecektir. Yine Alman Medeni Kanununun 90. maddesinde olduğu gibi; hayvanları açıkça eşya saymayan bir hüküm de, hukuk düzenimizde mevcut değildir. Son olarak suçta saldırı amaçlı kullanılan bir pitbull köpeğinin yargılama sonunda sahibi olan faile iade edilmesi durumunda “*şeyin tehlikeliliğini önleme*” açısından, eşya müsadereinin güvenlik tedbiri hukuki niteliğine de aykırı davranılmış olacaktır.

Eşyanın kısımlara ayrılabilir olduğu ve bu kısımların bir kısmı müsadere edilecekse, kanun koyucu eşyanın tümüne zarar vermeksizin sadece ayrılabilen kısmın müsadereini

hüküm altına almıştır (TCK 54/5). Peki tüme zarar verme durumu varsa veya ilgili kısmın ayrılması mümkün değilse; bu durumu da ne olacağı kanun koyucu tarafından hüküm altına alınmamıştır. Bu durum kanaatimizce bir eksikliktir. TCK 54/2. madde yer alan kaim değer müsadereisinin kapsamı TCK 54/5'i de kapsayacak şekilde kanunla genişletilmelidir.

Eşya müsadereesi bakımından *suçta kullanma* ile *suça tahsis* etme farklı anlamlar içermektedir. Suça tahsis edilen eşyadan, suçun icrasında kullanılmayan ancak suçun işlenilmesini kolaylaştıran eşya anlaşılmalıdır. Bu nedenle bazı yazarların aksine “*süreklilik*” veya “*devamlılık*” şartı aramak, kavramın anlamını kanunilik ilkesine aykırı şekilde daraltmaya neden olacaktır. Suç sonucu meydana gelen eşya da, suç işlenmeden önce var olmayan ancak suçun işlenmesi ile ortaya çıkan eşyadır. Son olarak suçta kullanmak için hazırlanan eşyanın kamu sağlığı, kamu güvenliği veya genel ahlak için “*tehlikeli*” olması durumunda müsadere edilecek olması, hazırlık hareketlerinin cezalandırılması olarak görüldüğünden eleştiri konusu olmuştur. Müsaderenin kanunda güvenlik tedbiri olarak düzenlenmesinden dolayı karar verilirken hassas olmak şartıyla, kanaatimizce “*tehlikeli*” olan bir şeyin mülkiyetinin devlete geçmesinde sakınca yoktur. Ayrıca bu eşyalar bakımından sahibinin iyi niyetli olmasının da bir önemi yoktur.

Eşya müsadereesi bakımından “*iyi niyetli*” üçüncü kişiye ait olmama koşulu aranmaktadır. İyiniyet kavramı, özel hukuk alanında kullanılan bir tabir oluşu için öğretide eleştirilmiştir. Bazı yazarlar iyi niyetten eşyanın malikinin göstermesi gerektiği dikkat ve özeni anlamaktadır. Bizim de katıldığımız diğer bir kısım yazarlar ise; iyiniyet kavramını özel hukuk alanındaki anlamı ile değerlendirmemek gerektiği görüşündedir. İyiniyetten anlaşılması gereken, eşya sahibinin suça katılıp katılmadığı veya suçtan bilgisi olup olmadığıdır.

Eşyanın aidiyeti bakımından da öğretide, aidiyet kavramından sadece mülkiyet anlaşılması gerektiği veya hem mülkiyet hem zilyetlik anlaşılması gerektiğine yönelik görüşler mevcuttur. Kanaatimize göre “*aidiyet kavramı*” dar yorumlanmalı ve sadece mülkiyet anlaşılmalıdır. Bu durum üçüncü kişilerin mülkiyet hakkını da koruyacaktır. Örneğin, taşınır bir eşyanın bir başkası tarafından suçta kullanılması durumunda, aitlik kavramından zilyetlik de anlaşılırsa, mülkiyetin kendisine ait olduğunu kusursuz olmasına rağmen malik ispatlamak zorunda kalacaktır. Ayrıca aidiyetin zamanı bakımından ise, bir kısım yazarların aksine suç tarihinin esas alınması gerektiği görüşünü savunmaktayız. Böylelikle eşyayı sonradan iktisap edenin iyi niyeti de korunmuş olacaktır. Tabi bu durumda eşya iyi niyetli üçüncü kişiye geçtiği için, kaim değer müsadereesi gündeme gelecektir.

Birden fazla kişinin eşya üzerinde malik olması (TCK 54/6) halinde müsadere bakımından da, öğretide tartışma bulunmaktadır. Bir kısım yazarların aksine kanun metninde

“paydaş” ifadesi kullanıldığı için ve bu ifade paylı mülkiyet için kullanıldığından kanaatimizce kanunda sadece paylı mülkiyet durumunda eşyanın müsadere düzenlenmiştir. Gerekçenin madde metnine dahil olmaması nedeniyle, madde metninde de hem paylı hem de iştirak halinde mülkiyet açıkça düzenlenmelidir. Ayrıca iştirak halinde mülkiyet durumunda müsadere de nasıl yapılacağı maddeye derç edilmelidir.

Kaim değer müsadere zorunlu olup; sadece yasanın 54/4. maddesinde yer alan bizatihi kendisi suçun konusu olan, yani üretimi, bulundurulması, taşınması, kullanılması, alımı ve satımı suç olan eşya bakımından kaim değer müsadere uygulanamaz. Diğer hallerde kaim değer müsadere mümkündür. Failin isteği dışında eşyanın elden çıkması veya yok olması gibi durumlarda kaim değer müsadere uygulanamaz. Kanaatimizce suçta kullanılan eşyanın müsadere için orantılılık ilkesi uygulanırken, suçta kullanılan eşyanın müsaderesinin imkansız kılınması halinde(kaim değer müsadere) orantılılık ilkesinin aranmaması kanunda tezatlık yaratmaktadır. Yeni bir kanuni düzenleme ile bu husus düzeltilmelidir. Öğretide bir kısım yazarların TCK 54/2 de yer alan düzenlemenin “eş değer müsadere” TCK 55/2 de yer alan müsadere ise “kaim değer müsadere” olduğu, bu iki kavramın da farklı olduğu görüşüne aykırı olarak; diğer bir kısım yazarların da savunduğu gibi, her iki halde de eşya veya kazanç “yerine geçme” şeklinde bir miktar paranın müsadere söz konusu olduğu için, kavramların özdeş olduğu kanaatindeyiz.

Hukuk sistemimizde, müsadere bakımından TCK md. 54/1’de “durumunda müsadere edilir”, TCK md. 55/1’de “müsadere karar verilir” şeklindeki düzenlemeler dikkate alındığında, zorunlu müsadere esas alındığı kabul edilmelidir. Hakimin takdir yetkisi (orantılılık ve hakkaniyet ilkesi) şartları varsa sadece suçta kullanılan eşya bakımındandır.

Genel müsadere uygulaması 1982 Anayasamızın 38. maddesi ile yasaklanmıştır. Ancak 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununun 78. Maddesi, Anayasamıza aykırı şekilde halen daha genel müsadere uygulaması öngörmektedir. Yine suç nedeniyle mülkiyeti devlete geçirilen eşya ve menfaatler hakkında, karar veren makam yargısal oluşu için, bu müsadere türüne adli müsadere adını vermekteyiz. Kabahatler nedeniyle eşyanın veya kazancın mülkiyetinin devlete geçirilmesinde(mülkiyetin kamuya geçirilmesi) yetkili organ idare olduğu için, bu müsadere türüne ise; idari müsadere adını vermekteyiz.

Karşılaştırmalı hukuk alanında dikkat çeken ve hukuk sistemimizde olmayan düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin Avusturya Ceza Kanununda örgütlü suçlar, terör suçları ve terörizmin finansmanı için elde edilen gelirlerin, sadece suç ile zamansal bağlantısı olması halinde, gelirin suçla bağlantılı olmadığını ispat külfeti, fail veya gelir üzerinde hak iddia eden kişilere yüklenmiştir. Kısacası bu suçlar ile mücadele için ispat külfeti yer

değiştirmiştir. Yine Avusturya Ceza Kanununda (benzer düzenleme Alman Ceza Kanununda da var) yargılamada harcanacak emek ve külfetin ağırlığının fazla olması halinde, hâkime takdiri bir değer üzerinden müsadere (takdiri değer müsadere) yetkisi tanınmıştır.

Kazanç müsadereğine hakim olan ilkeler; kanunilik, kusur, orantılılık ve yargısalılıktır. Bu ilkeler ışığında, özellik arz eden birkaç durum söz konusudur. Bunlardan ilki, AYM’ nin bir suç maddesini iptal etmesi ve AYM kararlarının geçmişe yürümezliği ile kanunilik ilkesinin çatışmasıdır. Örneğin AYM’ nin bir suç nedeniyle verdiği iptal kararı nedeniyle daha önce infazı gerçekleşen kazanç müsadereğinin ne olacağı bir belirsizlik içindedir. Yargıtay, infazı tamamlanmış kararlara, AYM’ nin iptal kararının geçmişe yürümezlik kuralı nedeniyle etkisinin olmadığını içtihat etmektedir. Ancak maddi ceza hukuku kuralları bakımından AYM kararının lehe olmak şartıyla geçmişe yürümesinin anayasal bir ilke olan kanunilik ilkesinin bir gereği olduğu kanaatindeyiz. Bu nedenle infaz edilmiş kazanç müsadereğine konu gelir ilgisine iade edilmelidir. Bir diğer özellik arz eden durum ise; kazanç müsadereği bakımından da kusurluluk durumunun aranmamasıdır. Bir başka husus ise, TCK md. 60/3 gereği kazanç müsadereğinin tüzel kişiler için uygulanmayabileceği (orantılılık) kuralının, TCK md. 55’ de diğer gerçek kişiler açısından kabul edilmemesidir. Bu şekildeki bir düzenleme açıkçası, gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri arasında hukuka aykırı şekilde bir fark yaratmaktadır.

Kazanç müsadereğinin düzenlendiği TCK md. 55’ de TCK md. 54’ den farklı olarak açıkça kasıtlı suç nedeniyle kurumun uygulanacağı yazmamaktadır. Bu nedenle kazanç müsadereğinin taksirli suçlar bakımından da uygulanabileceği öğretide savunulmaktadır. Taksirli suç durumunda da; kazanç müsadereğini savunan yazarlar, taksirli bir suç nedeniyle de kazanç elde etmenin mümkün oluşunu (örneğin TCK md. 185/2) ve bu kazancın failin elinde bırakılmasının, hem kurumun hukuki niteliğine hem de kanuni düzenlemeye aykırı olduğunu ifade etmektedirler. Ceza kanunumuza bakıldığında, suç nedeniyle gelir elde etmeye müsait olan suçların kasıtlı olduğu ve failin suç bağlantılı gelir elde etme amacını içerir hukuka aykırı fiilinin taksirli olması düşünülemeyeceğinden, kazanç müsadereğinin kasıtlı suç nedeniyle uygulanacağı kanaatindeyiz. Diğer görüşü savunan yazarların gerekçesinin de yadsınamaz olması dikkate alındığında, bu tartışmaları bitirme adına “*kast*” ibaresi madde metnine alınmalıdır.

Kazanç müsadereği düzenlemesi içinde yer alan doğrudan gelirler için “*maddi menfaat*”, dolaylı gelirler için ise “*ekonomik kazanç*” ifadeleri kullanılsa da, bu iki ifade arasında fark olmayıp önemli olan suçla bağlantılı her türlü gelirin kazanç müsadereğine konu olabilmesidir. Bu nedenle suçun işlenmesi için faile verilen araba da bir kazançtır. Burada

değnilmesi gereken ve özellik arz eden “kazanç” ise bitcoin gibi fiziken elde olmayan ama günümüzde ciddi bir değeri olan sanal paraların (varlıkların) da, kazanç müsaderesine tabi olup olmayacağıdır. İlkesel olarak sanal para da kazanç müsaderesine konu olabilir. Ancak asıl sorun, bu paraların fiziki olmaması nedeniyle hükmün infazının ne şekilde yapılacağıdır. Alman Ceza Hukuku öğretisinde kripto varlığın (sanal para) değerinin sürekli değışkenlik göstermesi nedeniyle kaim değeri müsaderesi uygulanması önerilmektedir. Hukuk sistemimizde ise, 7518 sayılı Sermaye Piyasası Kanununda değışiklik yapan yasanın 02/07/2024 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanıp yürürlüğe girmesi ile kripto varlıklara, suç nedeniyle el konulmasının ve kripto varlıkların kazanç müsaderesine fiilen konu edilmesinin önü açılmıştır. Kanaatimizce yasa öğretideki tartışmaları çözüme adına yerinde bir düzenleme olmuştur.

Suçun işlenmesi ile elde edilen menfaat ile anlatılmak istenen, suçun sonucunda ele geçen menfaattir. Suç işlenmesi için sağlanan menfaat ile anlatılmak istenen ise; suç öncesi, suç işlenirken veya suç sonrasında, faili suçu işlemeye teşvik veya suçu işlediği için ödüllendirmek amacıyla verilen menfaat anlaşılmalıdır. Kanunda yer alan bu iki ibare birbirine çok benzemekte ve anlam kargaşasına neden olmaktadır. Bu karmaşaya son vermek adına madde metni “*suçun işlenmesi sonucu*” ve “*suçun işlenmesini sağlamak amacıyla*” şeklinde değıştirilirse, kanaatimizce yerinde bir değışiklik olacaktır.

Kazanç müsaderesinin uygulanma şartlarından biri de “*mağdura iade edilememe*” koşuludur. Madde metninde sadece “*mağdur*” kavramının kullanılması kanaatimizce bir eksikliktir. Çünkü mağdur kavramı “*suçtan zarar gören*” kavramına göre daha dar anlamda kullanılan hukuki bir terimdir. Suçtan zarar gören kavramı ise, mağdur kavramını da içine almaktadır. Örneğin; arkadaşının bisikletini ödünç alan kişinin, uğradığı yağma fiili neticesinde elinden bisiklet alınmış ise; ödünç alan zilyet suçun mağduru, mülkiyet sahibi kişi ise suçtan zarar gören konumunda olacaktır. Bu halde kanunun suçtan zarar göreni korumadığı gibi bir anlam çıkacaktır ki, bu durum kanun koyucunun iradesi olamaz. Bu nedenle madde metnine “*suçtan zarar gören*” kavramı da eklenmelidir. Ancak bu konuda bir değışikliğin söz konusu olmasına kadar, 5237 sayılı CMK’ nın 131/2. maddesi (“*suçtan zarar gören mağdur*” ifadesinin kullanılmasından dolayı) ile TCK md. 55 birlikte ele alınarak; kazanç müsaderesi için de “*mağdur*” kavramından, “*suçtan zarar gören mağdur*” kavramı anlaşılabilir. Bu konuda özellik arz eden başka bir durum ise; mağdurun tespit edilemiyor olması halinde kazanç müsaderesi uygulanıp infaz gerçekleştikten sonra, gelirin nasıl iade edileceği sorunudur. Bu hususta kanunumuzda bir düzenleme olmaması kanaatimizce eksikliktir. Sorunu tam yargı davası ile de çözmek mümkün değildir. Çünkü tam yargı davası

sadece idarenin işlem ve eylemleri nedeniyle idari yargıda açılabilen bir tazminat davası türüdür. Kazanç müsadere kararı yargısal bir karar olup, bu karar nedeniyle tam yargı davası açılmasının öngörülmesi; adli yargının içinde yer alan bir kararın idari yargı organlarınca denetlenmesi anlamına gelecektir ki, bu durum yargı organları arasında yetki gaspına neden olacaktır. Bu nedenle CMK md. 141 ve devamında düzenlenen koruma tedbirleri nedeniyle tazminat benzeri bir düzenleme (iade veya tazminat) kanuna müsadere usulünden sonra gelecek şekilde (CMK md. 259'dan sonra) eklenmelidir.

Kazanç müsadereinde, eşyayı sonradan iktisap edenin kazanımının korunması 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun “*iyiniyetin*” korunmasına ilişkin hükümlerine bağlanmıştır. Eşya müsadereinde ise böyle bir düzenleme yoktur. Benzer iki kurum arasında yaratılan farkın ortadan kaldırılması adına benzer bir düzenlemenin eşya müsadereine de eklenmesi yerinde olacaktır.

Kazancın elde edilmesinin imkansız kılınması halinde, kanun koyucu failin malvarlığı üzerinde kaim değer (eş değer) müsadereinin uygulanacağını hüküm altına almıştır. Kaim değer müsadereisi bakımından özellik arz eden durumlar vardır. Bunlardan ilki; kaim değer müsadereisinin kötü niyetli üçüncü kişi bakımından uygulanıp uygulanamayacağı sorunudur. Örneğin; kötü niyetli üçüncü kişinin, suç bağlantılı gelirin ele geçmesini imkânsız kılması halinde, failin malvarlığında kaim değer müsadereisi bakımından bir malının olmaması mümkündür. Bu durumda kötü niyetli üçüncü kişinin malvarlığında kaim değer müsadereisi TCK md. 55/2 gereği mümkün olabilir gözükse de, bu hususun kanunilik ilkesi gereği daha açık düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bir diğeri özellik arz adan hal, gelirin failin elinden kusuru olmadan çıkmasıdır. Bu durumda kaim değer müsadereisi mümkün değildir. Bir başka husus, kaim değer hesaplamasının hangi an itibarıyla yapılacağıdır. Bu konuda tartışmalar suç anı ve karar verme anı üzerinden yapılmaktadır. Kanaatimizce bu tartışmada temel kriter, faile karşı adil olmak ve faili ödüllendirmemek üzerine olmalıdır. Örneğin, suç anı itibarıyla değeri düşük olup karar anı itibarıyla değeri yüksek olan ekonomik menfaat bakımından faili ödüllendirmemek adına karar anı, suç tarihi itibarıyla değeri yüksek karar anı itibarıyla değeri düşük olan ekonomik menfaat bakımından ise, failin nemalanması olmamak şartıyla yine karar anı tercih edilmelidir. Yine bir başka özellik arz eden durum, ekonomik menfaat üzerinde ortak mülkiyet bulunmasıdır. Kazanç müsadereisi düzenlemesinde, eşya müsadereisinde olduğu gibi ortak mülkiyete konu şey bakımından kazanç müsadereisinin nasıl uygulanacağı üzerine bir hüküm yoktur. Ortak mülkiyetin paylı olması halinde, şey üzerinde kazanç müsadereisi ile diğer ortak devlet olacaktır. Ancak bu konuda kanuna hüküm eklenmelidir. İştirak halinde mülkiyet bakımından ise çözüm kaim değer müsadereisi

olmalıdır. Ancak tartışmalara konu olmaması ve kanunilik ilkesi gereği 55. maddenin 2. fıkrasına “*hallerde*” kelimesinden önce tıpkı eşya müsadereinde olduğu gibi “*veyahut müsadereinin başka suretle imkansız kılınması veya müsadereinin her hangi bir nedenle imkansız olması*” ibaresi eklenmelidir. Son özellik arz eden hal ise, failin iştirak halinde mülkiyete konu şeyin dışında kaim değer müsadereine konu olacak malı yoksa ne olacaktır. Bu durumda da iştirak halinde mülkiyet halinde, kazanç müsadereinin ne şekilde olacaktır ve kararın nasıl infaz edileceğine yönelik kanuni düzenleme yapılması şarttır.

Kazanç müsadereini etkileyen haller; tipik fiilin mevcudiyetini etkileyen haller, kusurluluğu etkileyen haller, muhakeme şartının eksik olduğu haller ve diğer haller başlıkları altında ayrı ayrı incelenmiştir.

Tipik fiilin mevcudiyetine etki eden hallerden ilki beraat kararıdır. “*Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması (CMK 223/2-b)*” , “*Yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması (CMK 223/2-e)*” hallerinde diğer beraat hallerinden farklı olarak hukuka aykırı tipik fiilin varlığı devam etmektedir. Yani suçu işleyen ancak tespit edilemeyen bir başkasının varlığı sabittir. Bu nedenle ekonomik menfaatin yine de kazanç müsadereine tabi olması söz konusu olabilecektir. Hukuka uygunluk nedenlerinin bulunması nedeniyle verilen beraat kararında ise, hukuka aykırı tipik fiilin varlığı söz konusu olmadığı için kazanç müsadereisi uygulaması da yapılamaz. Bir diğer hal, fiilin suç olmaktan çıkarılmasıdır. Bu durumda kazanç müsadereisi uygulanamaz. Fakat AYM kararı ile suç maddesi anayasaya aykırılık nedeniyle iptal edilirse, durumun ne olacaktır tartışmalıdır. AYM kararlarının geçmişe yürümezliği kabul edilse de, kanaatimizce suç maddesini iptal eden kararlar geçmişe yürümezliğin istisnasıdır. Aksi halde hukuk dünyasında suç olmaktan çıkmış bir fiil nedeniyle kazanç müsadereisi uygulanacaktır ki, bu husus kanunilik ve hukuk devleti ilkesine aykırı olacaktır. Kastı kaldırma hata (TCK md. 30/1) ile hukuka uygunluk nedenlerinde kast olmaksızın aşma hallerinde (TCK md. 27/1) failin taksirli sorumluluğu düzenlenmiştir. Kazanç müsadereisi için kasıtlı bir suçun varlığı arandığı için ve taksirli suçlarda kazanç müsadereisi mümkün olmadığından, kazanç müsadereisi kararı da verilemeyecektir.

Kazanç müsadereisi uygulaması için, hukuka aykırı tipik kasıtlı fiilin varlığı yeterlidir. Bu nedenle kazanç müsadereisi kararı verilmesi için ayrıca failin kusurlu olması aranmaz. Bundan dolayı failin kusursuz olması nedeniyle kınanamadığı hallerde de, kazanç müsadereisi uygulanacaktır. Fakat bu konu bakımından özellik arz eden ve tartışmalara konu olan zorunluluk hali ile hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata üzerinde durulması faydalı olacaktır.

Öğretide zorunluluk halinin hukuki niteliğinin, bir hukuka uygunluk nedeni mi yoksa mazeret sebebi mi olduğu tartışmalıdır. Bu tartışmanın önemi; eğer zorunluluk hali hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilirse, kazanç müsadereci uygulanamayacaktır. Mazeret sebebi olması halinde ise, kusurun kazanç müsadereci etki etmemesi nedeniyle, kurum uygulanabilecektir. Bizim de katıldığımız öğretideki baskın görüşe göre zorunluluk hali bir mazeret nedenidir. Çünkü, zorunluluk halinin madde gerekçesinde kusuru ortadan kaldıran sebep olarak açıklanması, 5271 sayılı sayılı kanunun 223/3-b maddesinde zorunluluk halinde kusurun bulunmaması nedeniyle “*ceza verilmesine yer olmadığı kararı*” verilecek olması ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda kurumun hukuka uygunluk nedeni olarak sayılmasına rağmen aynı kanunun 64. maddesinde tazminat ödenmesi için hakime takdir yetkisi tanınması şeklindeki gerekçeler, zorunluluk halinin mazeret sebebi olarak kabul etmemizin sebepleridir. O halde zorunluluk halinde kazanç müsadereci uygulanabilecektir.

5237 sayılı kanunda ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler bakımından hata, kanunun 30/3. maddesinde düzenlenmiştir. Fakat hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata ise, aslında bir unsur hatasıdır ve unsur hatası da kanunun 30/1. maddesinde düzenlenmiştir. Sorun kanunun sistematikliğinden kaynaklanmaktadır. Çünkü hukuka uygunluk nedenleri, ceza kanunumuzda ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler bölümünde sistematik bir ayrıma gitmeksizin düzenlenmiştir. Bu durumda hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata, TCK md. 30/1 kapsamında unsur hatası mı, yoksa TCK md. 30/3 kapsamında kusurluluğu ortadan kaldıran bir hata mı olarak düzenlediği hususu, tartışmalara yol açmaktadır. Çalışmamız bakımından ise; hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatanın, unsur hatası (TCK md. 30/1) veya kusurluluğu ortadan kaldıran hata (TCK md. 30/3) olarak kabulüne göre, kazanç müsadereci uygulamasında da farklılıklar olacaktır. Bizim de katıldığımız öğretideki bir kısım yazarlar; hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatayı, TCK md. 30/1 kapsamında unsur hatası olarak ele almakta ve bu hatanın kastı kaldırdığını ifade etmektedirler. Yazarlar görüşlerini, hukuka aykırılığın tipikliğin bir unsuru olmasına dayandırmaktadır. Buna göre, hukuka uygunluk nedenlerinin şartları, tipikliğin olumsuz (negatif) unsurları olarak anlaşılmalıdır. Bu nedenle hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata halinde, fail kasten hareket etmiş olmaz ancak failin hatası kaçınılmaz olarak addedilirse, bu durumda failin taksirli halden sorumluluğu kabul edilecektir. Taksirli suçlarda da kazanç müsadereci uygulaması yapılamadığından, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata halinde kazanç müsadereci de mümkün değildir.

Yaş küçüklüğünde de kusuru etkileyen hal bakımından özellik arz eden bir husus vardır. Kanun koyucu çocuklar açısından sorumluluğu, TCK’nın 31. maddesinde 0-12 yaş

gurubu (cezaî sorumluluğu yok), 12-15 yaş grubu (şartlı sorumluluk-cezada indirim yapılarak) ve 15-18 yaş grubu (indirimli cezaî sorumluluk) şeklinde üçe ayırmıştır. Yaş gruplarından önemli olan kısım 0-12 yaş gurubudur. Çünkü bu çocuklar bakımından sadece kimlik tespiti yapıp kamu davası açılmadan haklarında takipsizlik kararı verilmektedir. Bu durumda kazanç müsadereşi bakımından hukuka aykırı fiil tespitinin nasıl olacağı da belirlenmelidir. 54. maddenin gerekçesinde çocuklar bakımından da müsadereenin mümkün oluşu ifade edilse de; kanunda müsadereenin nasıl yapılacağı yazılı değildir. Kanaatimizce bu sorun CMK m. 256'da yer alan bağımsız müsadere davası ile çözülebilir.

Muhakeme şartının eksik olduğu haller ile tipiklik, kusurluluk ve muhakeme şartı dışında kalan diğer hallerde, kazanç müsadereşi uygulaması için özellik arz eden durumlar bulunmaktadır.

“Sanığın ve hükümlünün ölmesi” bakımından TCK md. 64'de yer alan düzenlemede bir çelişki söz konusudur. Şöyle ki; birinci fıkra gereğince yargılama devam ederken sanık ölürse; kazanç müsadereşi bakımından yargılama sürdürülüp düşme kararı ile birlikte kazanç müsadereşi kararı verilecektir. İkinci fıkra uyarınca müsadere kararı ölümden önce kesinleşirse kazanç müsadereşi infaz edilecektir. Fakat ölüm olgusundan sonra kesinleşme zaten mümkün değildir. Yani ölüm olgusu nedeniyle hüküm kesinleşmeden düşecektir. Bu durumda yine birinci fıkra devreye girecek kazanç müsadereşi bakımından yargılama devam edecek ve hüküm tesis edilecektir. Kanaatimizce kanun koyucu birinci fıkrayı, maddi menfaatlerin yargılama esnasında el koyma veya muhafaza altına alma nedeniyle elde bulundurma durumu için öngörmüştür. Bu durumda failin mirasçılarının mal varlığına gidilemeyecektir. Bu durum kazanç müsadereşinin hukuki niteliği ile bağdaşmaz. İkinci fıkra halinde ise, ekonomik menfaatler elde olmasa bile failin mirasçılara başvuru yapılabilecektir. Ayrıca anlam kargaşasını gidermek adına 64/2. maddenin 2. cümlesi olarak *“Ancak hükümlünün ölümü müsadere ve yargılama giderlerine ilişkin hükmün infazına engel teşkil etmez”* şeklinde değiştirilebilir.

“Genel ve özel af halinde”, müsadere edilenin geri alınamayacağına ilişkin TCK'nın 74. maddesinde özel bir düzenleme vardır. Madde metni kararın kesinleşmesini esas almaktadır. Çünkü karar kesinleşip infaz edilmesi halinde faile iade yapılması metne göre mümkün değildir. Ancak genel affın suç yargılamasına yönelik hüküm kesinleşmeden çıkarılması halinde de kazanç müsadereşi mümkün değildir. Çünkü genel af kanunu ile suç bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar, mahkeme yargılama yapamaz ve hukuka aykırı fiil tespiti de mümkün olmaz. Hukuka aykırı fiil tespiti yapılamadığı takdirde kazanç müsadereşi de uygulanamaz. Özel affın suç yargılaması esnasında yani hüküm kesinleşmeden çıkması

halinde ise (özel affın suçu tüm sonuçları ile ortadan kaldırmaması, sadece cezayı azaltması, adli para cezasına çevirmesi veya cezanın kurumda çektirilmesine son vermesi nedeniyle), hukuka aykırı fiil tespiti yapılacağından kazanç müsadereyi uygulanacaktır. Esasen burada kafa karışıklığına neden olan husus 74. madde özel af düzenlemesinin bulunmasıdır. TCK'nın 65/2. maddesine göre özel af suçtan kaynaklı sonuçları ortadan kaldırmadığı için, ister kararın kesinleşmesinden ve infazdan sonra ister yargılama devam ederken çıksın kazanç müsadereye etkisi yoktur. Bu nedenle 74. maddeden “*özel af*” ibaresinin çıkarılması yerinde olacaktır.

“*Dava zamanaşımı*” halinde yargılama devam edip hukuka aykırı fiil tespiti yapılamayacağı için, kazanç müsadereyi kararı vermek de mümkün değildir. Müsadere kararının infazının zamanaşımı bakımından ise; yasada (TCK md. 70), müsadere için ayrı bir zamanaşımı süresi (20 yıl) belirlenmiştir. TCK'nın 54/4 maddesi bakımından ise dava zamanaşımı geçse bile, müsadere uygulaması yapılacaktır.

“*Şikâyet*”, bir muhakeme şartıdır. Bu nedenle şikâyet olmadan veya şikâyetten vazgeçilmesi halinde kamu davası açılamaz ve hukuka aykırı tipik fiil tespiti yapılamaz. O halde kazanç müsadereyi de uygulanamaz. Fakat bu durum kazanç müsadereyi güvenlik tedbiri olarak kabul eden kanun koyucunun iradesine uygun değildir. Bu nedenle tartışmalara son verme adına TCK md. 73' e, TCK md. 75/5' de yer alan hüküm gibi bir hüküm eklenmelidir. Son olarak 74. madde gereği şikâyetten vazgeçme hüküm kesinleştikten sonra yapılır ise, infaz nedeniyle mülkiyeti devlete geçen menfaat iade edilemeyecektir.

“*Önödeme*” durumunda kazanç müsadereyi uygulanmasına devam edilecektir. Çünkü bu konuda TCK'nın 75/5. maddesinde sarıh bir düzenleme mevcuttur.

“*Uzlaştırma*” da bir muhakeme şartı olup, soruşturma aşamasında gerçekleşmesi durumunda kovuşturamama kararı, kovuşturma aşamasında ise düşme kararı verilecektir. Bu durumda hukuka aykırı fiil tespiti de yapılamayacaktır. Bu husus kazanç müsadereyi ruhuna uygun değildir. Bu nedenle uzlaştırma halinde de kazanç müsadereyi yapılabileceğine ilişkin kanuni düzenleme yoluna gidilmesi yerinde bir tercih olacaktır. Aksi halde sorun, CMK 256'da yer alan bağımsız müsadere davası ile çözülmeye çalışılacaktır.

“*Talep(İstem)*” muhakeme şartının gerçekleşmemiş olması halinde, bu durumun kazanç müsadereye etkisi bakımından kanuni bir düzenleme yoktur. Fakat Cumhuriyet Savcılığının harekete geçmesinin şartı olan talep yokluğu halinde, hukuka aykırı tipik fiil tespiti de yapılamayacağı için kazanç müsadereyi uygulamasının yapılamayacağı kanaatindeyiz.

“Süre” ve “izin” muhakeme şartının gerçekleşmediği yargılamalar bakımından, yargılama son bulacağı için hukuka aykırı tipik fiilin tespiti yapılamayacaktır. Ayrıca süre ve izin muhakeme şartlarının düzenlediği kanunlarda, kazanç müsadere bakımından ayrı bir düzenleme de bulunmamaktadır. Bu durumda sorun CMK md. 256’ da düzenlenen ayrı müsadere davası ile çözülebilecektir. Fakat gerek süre gerekse izin muhakeme şartının düzenlendiği kanunlarda, TCK md. 75/5’ de olduğu gibi muhakeme şartının gerçekleşmemesinin müsadereye etki etmeyeceği açıkça düzenlenebilir. Bu durumda sorun tamamen çözülmüş olacaktır.

“Etkin pişmanlık” halinin varlığı nedeniyle, soruşturma aşamasında takipsizlik kararı verilse bile, CMK md. 256’ da yer alan bağımsız müsadere davası yolu işletilecektir. Yine kovuşturma aşamasında ise, mahkeme CMK 223/4-a maddesi gereği ceza verilmesine yer olmadığı kararı ile birlikte kazanç müsadere (yargılama sonunda hukuka aykırı fiili tespit ettiği için) uygulayacaktır. Fakat bu bölüm açısından asıl önemli olan ise; 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 13/2. maddesidir. Maddeye göre etkin pişmanlık nedeniyle faile ceza verilmemesi veya kamu davasının düşmesi halinde, sadece suç konusu eşya müsadere edilebilecektir. Suç konusu olmayan eşya ve ekonomik değerler müsadere edilemeyecektir. Bu durum kazanç müsadere istisna getirmektedir. Kanaatimizce böyle bir durumda fail hem ceza almayarak hem de elde ettiği gelir müsadere edilmeyerek iki kez ödüllendirilmektedir. Bu durum kazanç müsadere hukuki niteliği ile bağdaşmamaktadır.

“Gönüllü vazgeçme” açısından asıl tartışılması gereken; teşebbüsten sorumlu olmayan fail bakımından, gönüllü vazgeçme anına kadar yapılan hareketlerin ayrı bir suç oluşturmamasıdır. Yani failin cezalandırılmadığı durumlarda kazanç müsadere nasıl uygulanacaktır. Örneğin kendi organını satmak için para alan ancak bu durumdan gönüllü olarak vazgeçen failin, elde ettiği para için nasıl bir hüküm kurulacağı konusunu irdelenmek yerinde olacaktır. Gönüllü vazgeçme cezayı kaldıran şahsi haldir. Yani kasten işlenen hukuka aykırı tipik fiil varlığını koruyacaktır. Ayrıca kazanç müsadere için mahkûmiyet şartı da aranmaz. Bu durumda mahkeme fail hakkında cezaya hükmetmezken kararla birlikte kazanç müsadere de uygulayacaktır.

“Suçların içtima” için özellik arz eden hal ise; farklı neviden fikri içtima durumudur. Farklı neviden fikri içtima halinde fiil tek olmasına rağmen, fiilin ihlal ettiği iki farklı kanun maddesi bulunmaktadır. TCK md. 44 gereği böyle bir durumda cezası ağır olan halden hüküm kurulacaktır. Fakat cezası daha az olan fiil nedeniyle elde edilen ekonomik menfaatin ne olacağı belirlenmelidir. Kanaatimizce daha az ceza gerektiren suçtan hüküm kurulmasa bile;

mahkeme hukuka aykırı fiil tespiti yaptığı için, yine kazanç müsadereyi uygulaması yapılacaktır.

“*Objektif cezalandırma şartının*” gerçekleşmemesi halinde, yargılama sonunda hangi hüküm şeklinin verileceği CMK’ nın 223. maddesinde düzenlenmemiştir. Objektif cezalandırma şartının gerçekleşmemesi halinde dahi, suçun tüm unsurları ile gerçekleştiği yani haksızlık ortaya çıktığı için fail hakkında beraat kararı verilemez. Bu durumda fail hakkında verilecek en mantıklı hüküm çeşidi, CMK’ nın 223/4. maddesinde yer alan “*ceza verilmesine yer olmadığı*” kararıdır. O halde objektif cezalandırma şartı gerçekleşmediği için faile ceza verilmesine de; hukuka aykırı tipik fiilin varlığı nedeniyle kazanç müsadereyi uygulaması da yapılacaktır.

Kazanç müsadereyi uygulaması bakımından özellik arz eden bir husus da; kazanç müsadereyi konu eşyanın üzerinde iyi niyetli üçüncü kişinin kısmi mülkiyet hakkının bulunmasıdır. Bu husus TCK md. 54’ da 5. ve 6. fıkralar ile çözülmeye çalışılmıştır. Benzer düzenleme TCK md. 55’ de yer alan kazanç müsadereyi hükümlerinde yer almamaktadır. Ayrıca sorun kanunilik ilkesi gereği TCK md. 54’ de yer alan eşya müsadereyi hükümlerinin kıyasen uygulanması ile de çözülemez. Bu durumda hak sahibi üçüncü kişinin mülkiyet hakkı zedelenecektir. Yani eşya tümünden kazanç müsadereyi konu olduğu takdirde üçüncü kişinin mülkiyet hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Anayasal teminat altında olan mülkiyet hakkının korumasız bırakılamayacağı göz önüne alındığında, kazanç müsadereyi de benzer hükümler eklenmelidir.

Müsadere yargılaması suç yargılaması ile birlikte olabileceği gibi, kamu davasının açılmaması veya açılmış olup da suç yargılaması yapan mahkemenin bu hususta karar vermemesi (CMK md. 256/1) durumunda, ayrı bir yargılama ile de yapılabilir. Her iki yargılamada da yetkili ve görevli mahkeme, suçun ağırlığına veya kanundaki cezasına göre belirlenmek şartıyla, suçun işlendiği yer Asliye Ceza Mahkemesi veya Ağır Ceza Mahkemesidir. Bu konudaki istisna ise, suç konusu olmayan ancak münhasıran müsadereye tabi olan şeyler için, eşyanın bulunduğu yerdeki Sulh Ceza Hâkimliğidir.

HAGB kararları ile birlikte verilen müsadere kararları da; artık, 02/03/2024 tarih 7499 sayılı yasanın 15. maddesi ile değişik CMK md. 231/12 gereği, istinaf kanun yoluna tabidir. Yasal değişiklik ile mülkiyet hakkının özüne dokunan müsadere için etkili bir kanun yolu uygulaması getirilmiş ve tartışmalara son verilmiştir. Ayrıca bu sayede tüm müsadere kararları yönünden kanun yolu eşitlenmiştir.

İade davasına konu olan yargılama, soruşturma veya kovuşturma aşamasında resen veya istem üzerine savcı, hakim veya mahkemenin yaptığı iade değildir. Konumuz açısından

önemli olan iade davası (CMK md. 256/2) yargılama sonunda müsadere bakımından esas mahkemesi tarafından bir karar verilmemesi durumunda gündeme gelebilecek olan yargılamadır. Ayrıca iade davasını mahkeme resen de ele alabilir. İade davası için de yetkili ve görevli mahkeme, suçun işlendiği yerdeki esas davaya bakan Asliye Ceza Mahkemesi veya Ağır Ceza Mahkemesidir. İade davasının kanun yolu istinaftır (CMK md. 258).

İspat hukuku açısından önem arz eden bir konu da, kısa adı MASAK olan Mali Suçları Araştırma Kurulu'nun raporlarıdır. Masak raporları CMK md. 128'de düzenlenen taşınmaz, hak ve alacaklara el koyma işlemi için zorunlu fakat kazanç müsadere için zorunlu değildir. Ancak Masak raporları kazanç müsadere uygulaması, yani gelirin suç bağlantılı olduğunun tespiti açısından mahkemelere ışık tutar nitelikte evraklardır. Son olarak Masak raporlarının hukuki niteliğinin “*taraf raporu*”, “*taraf bilirkişi raporu*” ve “*inceleme raporu*” olduğuna yönelik öğretide tartışmalar bulunmaktadır. Kanaatimizce bu raporların hukuki niteliği, Masak'ın bağlı olduğu Hazine ve Maliye Bakanlığının davada katılan olarak bulunup bulunmadığına göre belirlenmelidir. Bakanlığın taraf olduğu davalarda, raporun “*taraf raporu*” olarak kabulü zorunludur. Bakanlığın taraf olmadığı davalarda ise; “*tarafsızlık*” kriterinin yerine gelmesinden dolayı Masak raporunun “*bilirkişi raporu*” olarak değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Yargıtay da bakanlığın taraf olmadığı davalarda, Masak raporunu “*bilirkişi raporu*” olarak değerlendirmiş ancak yeterli olmadığı halde yeniden ayrı bir bilirkişi raporu alınmasını içtihat etmiştir.

Kazanç müsadere kararlarının infazı için özellik arz eden bir durum olmayıp; bu konuda, Suç Eşyası Yönetmeliğinin hükümleri çerçevesinde işlem tesis edilecektir.

Tüm bu öneri ve görüşler ışığında; 5271 sayılı CMK' nın 55. maddesinde düzenlenen kazanç müsadere, 765 sayılı kanundan farklı olarak ayrı bir madde ile düzenlenmesini yerinde bulmaktayız. Eşya müsadere düzenlendiği hükümde yer alan hükümlerin, kazanç müsadere hükümlerine de derç edilmesini, kanunilik ilkesi bakımından zorunlu görmekte ve faydalı olacağı kanaatindeyiz. Tespit ettiğimiz ve öneride bulunduğumuz kanuni değişikliklerin yapılması, kazanç müsadere hükümlerinin doğru ve etkin bir şekilde uygulanmasına da katkı sağlayacaktır. Ayrıca Alman Ceza Kanunda yer alan, yapılacak yargılamada harcanacak emek ve mesainin daha fazla olduğu durumlarda (usul ekonomisi gereği) takdiri değer tayini şeklinde kazanç müsadere kanunumuza kazandırılmasının faydalı olacağı düşüncesindeyiz. Toplumda mali değerlerin önemsenmesi nedeniyle, kazanç müsadere uygulamacılar tarafından etkin bir şekilde değerlendirilmesi halinde (şartları olmak kaydıyla); gerek suçla gerekse suçlular ile etkin bir şekilde mücadele sağlayacağını düşünmekteyiz.

KAYNAKÇA

- Acar, Hüseyin :**Türk Ceza Hukukunda Müsadere Kurumu**, (Yayınlanmış Doktora Tezi), Adalet Yayınevi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019.
- Akbulut, Berrin : **Ceza Hukuku Genel Hükümler (Genel Hükümler)**, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- Akbulut, Berrin :**Türk Ceza Hukuku Temel Bilgiler**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Akça, İsmail :**Türk Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali** (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2016.
- Aksan, Murat :“Hükümlü veya Tutuklunun Kaçması Suçu”, **Necmeddin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, S 1, ss. 236 – 301.
- Aktaş, Batuhan :**Türk Ve İtalyan Ceza Hukukunda Güvenlik Tedbiri Kuramı Ve Kişi Hürriyetini Sınırlandıran Güvenlik Tedbirleri (Güvenlik Tedbirleri)** (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2022.
- Aktaş, Sururi :“Cezalandırmanın Amacı Üzerine” , **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIII, S 1-2, 2009, ss. 1-25.
- Akyılmaz, Gül :“Osmanlı Devleti’nde Yönetici Sınıf Açısından Müsadere Uygulaması”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XII, S 1-2, 2008, ss. 389-420.
- Akyüz, Ece :**Rüşvet Suçu** (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019.
- Alacakaptan, Uğur :**Suçun Unsurları**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975.
- Albayrak, Mustafa :“Şikayete Tabi Suçların Özellikleri Ve Bu Suçlara Bağlanan Hukuki Sonuçlar” , **TBB Dergisi**, Sayı 77, 2008, ss. 281 – 306.
- Alpsoy, Zeliha :“İdari Yaptırım Kavramı Ve Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 26, S 45, 2021, ss. 261 – 303.
- Alsammouni, Jihad M. A.:**Ceza Muhakemesi Hukukunda Alternatif Çözüm Yolları: Uzlaşma, Ön Ödeme, Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Ve Seri Muhakeme** (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Selçuk Üniversitesi

- Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2022.
- Alşahin, Mehmet Emin:**Ceza Hukukunda Zamanaşımı** (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010.
- Altuğ, Şahin :**Ceza Hukukunda Müsadere Kavramı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Altunkaş, Aysun :“Türk Ceza Hukukunda Af”, **TBB Dergisi**, Sayı 166, 2023, ss. 1 – 60.
- Arıkan, Zeynep/İnneci, Ahmet:“Vergilendirilebilir Gelir ve Gelir Vergisinde Üniter Yapıyı Bozan Uygulamalar”, **Sosyoekonomi Dergisi**, C. 24, S 30, 2016, ss. 11-28.
- Arsal, Sadri Maksudi :**Umumi Hukuk Tarihi**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1948.
- Artuk, Mehmet Emin: “Güvenlik Tedbirleri” , **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 12, Sayı 1, 2008, ss. 461-492.
- Artuk, Mehmet Emin/Alşahin, Mehmet Emin:“Objektif Cezalandırma Şartı ve Zamanaşımı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi(Prof Dr. Nur Centel’e Armağan)**, C. 19, S 2, 2013, ss. 17-44.
- Artuk, Mehmet Emin/Gökcen, Ahmet/Alşahin, Mehmet Emin/Çakır, Kerim :**Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Artuk, Mehmet Emin/Gökcen, Ahmet/Yenidünya, Caner: **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- Artuk, Mehmet Emin/Yılmaz, Erkam: “Teorik Açından Güvenlik Tedbirleri”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı 7, Cilt 2, 2020, ss. 7-43.
- Arslan, Çetin/Azizağaoğlu, Bahattin:**Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Asil Yayınevi, Ankara, 2004.
- Arslan, Şeymanur : **Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık** (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2023.
- Ascensi, Lionel :**Droit Et Pratique Des Saisies Et Confiscations Penales**, Dalloz Editions, 2. Edition, 2023.
- Asiltürk, Fatıma Zeynep:**Cezanın Amacı Ve Adli Para Cezası** (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2023.

- Aslan, Beşir :**Ceza Hukukunda Yaş Küçüklüğü**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.
- Aslan, Buğra Han :**Kazanç Müsaderesi(Kazanç Müsaderesi)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Aslan, Ersel :**Türk Ceza Hukukunda Ön Ödeme Kurumu** (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2023.
- Aslan, Halil İbrahim :**Türk Hukuk Sisteminde Gönüllü Vazgeçme** (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, Ankara, 2014.
- Atalan, Mustafa :**Dolandırıcılık Sahtecilik ve Güveni Kötüye Kullanma Suçları Şerhi**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020.
- Atilla, Mesude :“Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Hukukunda Af Kurumu”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı 1, Ankara, 2010, ss. 275- 284.
- Avcı, Mustafa :**Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Mimoza Yayınları, Konya, 2014.
- Avcı, Mustafa :**Türk Hukuk Tarihi**, 9. Baskı, Atlas Akademi Yayınevi, Konya, 2020.
- Aybay, Aydın/Aybay, Rona/Pehlivan, Ali :**Hukuka Giriş**, 23. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2020.
- Aydın, Devrim :**Ceza Muhakemesinde Deliller**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- Aydın, M. Akif :**Türk Hukuk Tarihi**, 17. Basım, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Aydın, Melike Belkıs : “Kant’ın Ve Hegel’in Felsefesinde Cezanın Amacı”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, S 1, ss. 126-138.
- Aydın, Murat :**Ceza Hukukunda Mağdur Kavramı Mağdur Hakları Ve Mağdurun İkincil Mağduriyetten Korunması** (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Ankara, 2022.
- Aydın, Murat :“Ceza Muhakemesinde Yetki Ve Görev Meselesinde Bazı Sorunlara İlişkin Değerlendirmeler”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, S 1, 2013, ss. 29 – 60.
- Aydın, Öykü Didem :“Ceza Hukuku’nun Çağdaş İlkeleri Ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 53, 2004, ss. 63-140.

- Aydın, Öykü Didem :“Malvarlığına İlişkin Bir Emniyet Tedbiri Olarak Türk Ceza Yasasında Müsadere”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 43, Sayı 1, 1993, (Aydın, Malvarlığına İlişkin Emniyet Tedbiri), ss. 143-156.
- Bakıcı, Sedat :**5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.
- Baki, Ensar :“Türk Ceza Kanununda Etkin Pişmanlık”, **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, 2016, S 2, ss. 27 – 56.
- Balak, Ahmet Can :**Ceza Hukukunda Hata** (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2022.
- Balcı, Murat/Çakır, Kerim: “Kripto Paralara El Konulması Ve Kripto Paraların Müsadere Edilmesi”, **Mali Hukuk Dergisi**, C. 17, S 198, 2021, ss. 1503-1534.
- Baş, Eylem :**Ceza Hukukunda Fail Ve Mağdur(Fail ve Mağdur)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Baş, Eylem :“Hayvanın Kötü Muamelelere Karşı Ceza Hukuku Vasıtasıyla Korunması Halinde Mağdurun Tespiti”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, S 1, 2021, ss. 1-16.
- Baumann, Jürgen :**Strafrecht Allgemeiner Teil**, 5. Yenilenmiş Bası, Ernst und Werner Gieseking Yayınevi, Bielefeld, 1968.
- Bayraktar, Köksal :“Kasten Adam Öldürme” , **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Sayı 2, Cilt 19, 2013, ss. 57-78.
- Baytaz, Abdullah Batuhan: **Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum(Yorum)**, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2018.
- Baytaz, Abdullah Batuhan: “Onarıcı Adalet’e Genel Bir Bakış”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXXI, S 1, 2013, ss. 117-130.
- Baytaz, Abdullah Batuhan: **Türk Ceza Hukukunda Müsadere (Müsadere)**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009.
- Bekar, Elif :“Ceza Muhakemesinde Hüküm Çeşitleri”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXXV, S 1, 2017, ss. 15-60.
- Bekri, Muhammet Nedim: **Suçta Ve Cezada Kanunilik İlkesi Ve İlkenin Türk Hukukundaki Uygulaması** (Yayınlanmamış Doktora Tezi),

- Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010.
- Bıçak, Vahit :**Suç Muhakemesi Hukuku**, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010.
- Bilgin, Hüseyin :**İdari Davalar ve Çözüm Yolları**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Birtek, Fatih :**Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Bostancı, Gülşah :**Haksız Tahrik** (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2013.
- Burgul, Ferhat :**Türk Ceza Kanunu’nda Dava Ve Ceza Zamanaşımı** (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009.
- Can, Sibel :“Türk Hukukunda Af Kurumu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 65, Sayı 4, Ankara, 2016, ss. 1291-1312.
- Centel, Nur :“Ceza Hukukunda Şirketlerin Sorumluluğu (Şirketler Hakkında Yaptırım Uygulanması)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı 65, Cilt 4, 2016, ss. 3313-3326.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 21. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem: **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 11. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Certel, Abdulkadir :**Müsadere**, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008.
- Cin, Halil/Akyılmaz, Gül: **Türk Hukuk Tarihi**, Sayram Yayınları, Konya, 2020.
- Cörüt, Pelin :**Ceza Muhakemesinde Uzlaşma** (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019.
- Cumalıoğlu, Emre :“Medeni Hukukta Hayvan Hakları Ve Hayvanlar Üzerindeki Hak” **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**(Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan), C. 19, Özel Sayı, 2017, ss. 573-610.
- Çakır, Kerim :“Hapis Cezasının Koşullu Salıverme Uygulanarak İnfazı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 26, S 2, 2020, ss. 669 – 698.
- Çakır, Murat :“Türk Ceza Hukukunda Dava Zamanaşımı” , **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXXI, S 1, 2013, ss. 207 – 228.
- Çalışkan, İbrahim :“İslam Hukukunda Ceza Kavramı ve Hadd Cezaları”, **Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, Cilt 31, 1989, ss. 367-397.

- Çelik, Ahmet Mithat : **Dolandırıcılık Suçu** (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Altınbaş Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, İstanbul, 2022.
- Çelik, İsa : **Postada Elkoyma**, Ajans Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Çelik, İsa : **Yargıtay Kararları Işığında Tefecilik Suçu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Çelik, Orhan : **Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Veya Azaltan Sebepler** (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır, 2014.
- Çetinkaya, Şahin : “Kripto Paraların Gelişimi Ve Para Piyasalarındaki Yerinin Swot Analizi İle İncelenmesi”, **Uluslararası Ekonomi ve Siyaset Bilimleri Akademik Araştırmalar Dergisi**, C. 2, S 5, Yıl 2, 2018, ss. 11-21.
- Çınar, Ali Rıza : “Aleyhe Değiştirme Yasağı Kuralı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**(Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan), C. 19, S 2, 2013, ss. 603-666.
- Çiçek, Tahsin Furkan : **Türk Ceza Hukukunda Kusur Yeteneğini Etkileyen Bir Hal Olarak Yaş Küçüklüğü** (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2017.
- Çolak, Haluk/Altun, Uğurhan: “Bir Yaptırım Türü Olarak Para Cezalarının Teori Ve Uygulamadaki Analizi”, **TBB Dergisi**, Sayı 69, 2007, ss. 241 – 338.
- Çöpoğlu, Hakan Serdar: **Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- Dalkılıç, Aysun : **Türk Ceza Hukukunda Müsadere**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Dechenaud, David : **Code Penal**, Lexis Nexis, 2023.
- Demirbaş, Timur : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Demirci, Summani : **Tıbbi Yönden Ve Ceza Hukuku Yönünden Geçici Nedenler, Alkol Veya Uyuşturucu Madde Etkisinde Olmanın Değerlendirilmesi** (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2022.
- Dilberoğlu, Ahmet Vedat: **Ceza Hukukunda Güvenlik Tedbirleri** (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2007.
- Dilberoğlu, Ahmet Vedat: “Cezalar Ve Güvenlik Tedbirlerinin Amacı Ve Niteliği”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 65, Sayı 4, 2016,

- ss.1517-1544.
- Dölen, Abdullah : **Müsadere Hukuku Ve Mülkiyet Hakkı**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Mersin, 2020.
- Döner, İsa :“Ceza Zamanaşımı”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IX, S 3-4, 2005, ss. 35 – 62.
- Dönmez, Burcu Demren: “Ceza Sorumluluğunu Azaltan Bir Neden Olarak Haksız Tahrik”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXXI, S 1, 2013, ss. 267-294.
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir: **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Cilt 1, 9. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1985.
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir: **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Cilt II, 9. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1986.
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir: **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt 2**, 10. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1994.
- Durdu, Muhammet :“Kanunlarla Yasaklanmış İşlerin Vergilendirilmesi Ve Kazanç Müsaderesi”, **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, Yıl 5, S 2020/2, ss. 197-228.
- Dursun, Hasan :“Af Kavramına Genel Bir Bakış” , **TBB Dergisi**, Sayı 85, 2009, ss. 373-402.
- Dutertre,Gilles :**Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler**, Avrupa Konseyi Yayınları, Almanya, 2003.
<https://www.anayasa.gov.tr/media/3600/aihmkararlarindanornekler.pdf>, (Erişim Tarihi: 13/12/2021)
- Dülger, İbrahim :**Türk Ceza Hukukunda Müsadere (Müsadere)**, Sayram Yayınları, Konya, 2009.
- Dülger, Murat Volkan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler (Genel Hükümler)**, Hukuk Akademisi Eğitim ve Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Dülger, Murat Volkan: **Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerinin Aklanmasına İlişkin Suçlar Ve Yaptırımlar**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi) , İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010.
- Dülger, Murat Volkan/Özkan, Onur/Bakdur, Merve: “Ceza Hukukunda Hata Ve Hataya Bağlanan Sonuçlar”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl 12, S 45, ss. 227 – 264.

- Ekinci, Ekrem Buğra :**Osmanlı Hukuku**, 1. Baskı, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul, 2008.
- Epözdemir, Rezan :“Gönüllü Vazgeçme”, **TBB Dergisi**, Sayı 38, 2018, ss. 79 – 106.
- Erem, Faruk :**Türk Ceza Hukuku**, 4. Baskı, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1958.
- Erman, Sahir :**Sosyal ve Ticari Ceza Tatbikatı**, Özel İktisadi ve Ticari İlimler Yüksek Okulu Yayınları, İstanbul, 1967.
- Erol, Haydar :**5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu**, 1. Cilt, Yayın Matbaacılık, Ankara.
- Ersoy, Uğur :**Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme Yasağı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Ersoy, Uğur/Can, Sibel: “ Eşyanın Dosyada Delil Olarak Saklanması Kararı Üzerine Bir İnceleme” **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl 14, S 53, 2023, ss. 285-310.
- Esen, Hüseyin :**İslam Hukukunda Mali Cezalar**, Yeni Akademi Yayınları, İzmir, 2006.
- Esen, Hüseyin :“İslam Hukuku Açısından Müsadere”, **Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, Sayı XV, 2002, ss. 191-225.
- Federal Yüksek Mahkeme 1. Ceza Dairesi Kararı, **Neue Zeitschrift für Strafrecht**, C. H. Beck Yayınevi, Münih, 2018.
- Gedik, Doğan :**Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphelinin Sanık Lehine Yorumlanması(İspat)**, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- Gedik, Doğan :**5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’na Göre Müsadere**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Gedik, Doğan :**Türk Ceza Hukukunda Müsadere (Müsadere)**, 1. Baskı, Adil Yayınevi, Ankara, 2001.
- Genç, Sinan :**5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Müsadere(Müsadere)**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya, 2009.
- Genç, Sinan :**Suç Gelirlerinin Geri Alımı** (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli, 2014.
- Gödekli, Mehmet :**Ceza Hukukunda Güvenlik Tedbirleri Ve Muhakeme Usulü** (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2020.
- Gökalp, Özge Tuçe :“Ceza Usul Hukukunda Uzlaşma”, **Hukuk Ve İktisat Araştırmaları Dergisi**, C. 5 (NO 1), 2013, ss. 21- 30.

- Gökçen, Ahmet :**Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit ElKoyma ve Postada Elkoyma(Basit Elkoyma)**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara, 1994.
- Gökçen, Ahmet :**Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri(Osmanlı Ceza Kanunları)**, İstanbul, 1989.
- Gökçen, Ahmet/Balcı, Murat/Alşahin, M. Emin/Çakır, Kerim: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- Göktürk, Neslihan :“Türk Hukuku’nda Suçların İçtimarı”, **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, C. 2, S 1 – 2, 2014, ss. 31 – 59.
- Gözübüyük, Abdullah Pulat: **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Cilt I-II (Madde 1-124-125-201), Genişletilmiş 3.Bası, Ankara, Kazancı Hukuk Yayınları, 1976.
- Gözübüyük, Şeref :**Yönetsel Yargı(Yönetsel Yargı)**, 20. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.
- Gümüşay, Feyza Erol :**Tanzimat Dönemindeki Düzenlemelerde Suçta ve Cezada Kanunilik, Kusur Ve Hümanizm İlkeleri**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019.
- Günday, Metin :**İdare Hukuku**, Genişletilmiş 8. Baskı, Ankara, İmaj Yayıncılık, 2003.
- Günler, Kemal :“Türk Ceza Hukukunda Müsadere”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVIII, S 3-4, 2014, ss. 849-876.
- Güngör, Devrim/Toroslul, Haluk: “Müsadere ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması İlişkisi Üzerine Kısa Bir Değerlendirme” , **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı 65, Cilt 4, 2016, ss. 1967-1980.
- Hafizoğulları, Zeki :“5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Cezalar Ve Güvenlik Tedbirleri”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı 1, 2007, ss. 78-110.
- Hafizoğulları, Zeki / Güngör, Devrim: “Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi”, **TBB Dergisi**, Sayı 69, 2007, ss. 21- 50.
- Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2015.
- Hakeri, Hakan :**Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Hakeri, Hakan :“Avusturya Ceza Hukukunun 25 Yılı”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt 23, Sayı 1-2, 2003, ss. 449-514.

- Heine, Sonja :“Bitcoinler ve Botnetler – Yasa Dışı Bitcoin Madenciliğinde Cezalandırılabilirlik ve Malın Müsaderesi”, **Kripto Para ve Ceza Hukuku**, Çeviren; Mehmet Karatepe, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Heinrich, Bernd :**Ceza Hukuku Genel Kısım II**, Editör Yener Ünver, Çevirenler Hakan Hakeri, Yener Ünver, Veli Özer Özbek, Özlem Yenerer Çakmut, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, Gülsün A. Aygörmez Uğurlubay, Ramazan Barış Atladı, Erdal Yerdelen, İlker Tepe, Serkan Meraklı, Atacan Bozyel, Emine Kabak Yüce, Merve Selin Şohoğlu, İlhan Bulut, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- Hilgendorf, Eric/Valerius, Brian: **Alman Ceza Hukuku Genel Kısım**, Çeviren: Salih Oktar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Hochman, Nathan J. :“Kripto Paranın Vahşi Batı Görünümünü Düzenlemek”, **Kripto Para ve Ceza Hukuku**, Çeviren; Özge Didem Boulanger, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022.
- İba, Hasan :**Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Unsurunda Hata**, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, 2023.
- İnan, Onur :**Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçu** (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2012.
- İçel, Kayıhan :**Ceza Hukuku Genel Hükümler(Genel Hükümler)**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- İçel, Kayıhan :“ Kaçakçılıkta Kullanılan Üçünü Kişilere Ait Taşıtların Zorallımı”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 44, S 1-4, 1978, ss. 297-305.
- İçel, Kayıhan/Akıncı, Füsun Sokullu/Özgenç, İzzet/Sözüer, Adem/Mahmutoğlu, Fatih Selami/Ünver, Yener :**Yaptırım Teorisi**, İkinci Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2002.
- Jakobs, Günther :**Yurttaş Ceza Hukuku ve Düşman Ceza Hukuku (çev. Mehmet Cemil Ozansü)**, Terör ve Düşman Ceza Hukuku (Editör. Yener Ünver), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.
- Jescheck, Hans-Heinrich: **Ceza Hukukuna Giriş (Alman Ceza Hukuku)**, Haz. Feridun Yenisey, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2007.
- Kalıpçı, Mahmud Esad: **Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda Müsadere Kurumu**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2013.

- Kan, Çağrı :**Türk Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- Kangal, Zeynel Temel :**Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu(Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu)**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010.
- Kangal, Zeynel Temel:“Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIV, S 3-4, 2010.
- Kantarıcı, Nurullah :**İşlenemez Suç** (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya, 2022.
- Kaplan, Mahmut :“Onarıcı Adalet Ve Türk Ceza Hukukuna Yansımaları” , **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, S 1, 2015, ss. 59-86.
- Karaaslan, Erol/Aksakal, Kemal/Çetin, Ali :**Ceza Yasamızda Ön Ödeme Kurumu (Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsal’e Armağan)**, Dokuz Eylül Üniversitesi Rektörlük Matbaası, İzmir, 2001, ss. 547 – 573.
- Karakehya, Hakan :**Ceza Muhakemesi Hukuku**, 5. Baskı, Nisan Kitabevi, Eskişehir, 2023.
- Karataş, Mehmet :18-19. Yüzyıllarda Osmanlı Devletinde Bazı Müsadere Uygulamaları, **Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma Ve Uygulama Merkezi Dergisi**, Sayı 19, Ankara, 2006, ss. 219-237.
- Keyman, Selahattin : **Türk Hukukunda Af** (Yayınlanmış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1965.
- Kılıç, Ahmet :**Suçların İctimai Bağlamında Fiil Tekliği**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- Kiremitçi, Orçun :“Karşılaştırmalı Hukukta Şüpheli İşlem Bildirimi Ve Mali İstihbarat Birimleri”, **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, Yıl 8, Sayı 1, 2023, ss. 107 – 163.
- Koca, Mahmut :“Türk Ceza Hukukunda Müsadere”, **Lexpera Blog**, 27.05.2020, <https://blog.lexpera.com.tr/turk-ceza-hukukunda-musadere/>, Erişim Tarihi: 14/08/2023.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan: **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Koparan, M. Reşat :“TCK Genel Hükümler Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Ve Azaltan

- Sebepler” , **TBB Dergisi**, Sayı 64, 2006, ss. 337- 367.
- Köksal, Osman :“Osmanlı Hukukunda Bir Ceza Olarak Sürgün Ve İki Osmanlı Sultanının Sürgünle İlgili Hattı-ı Hümayunları” **Osmanlı Tarihi Araştırma Ve Uygulama Merkezi Dergisi**, Sayı 19, 2006, ss. 283-341.
- Köprülü, Mehmet Fuat: **İslam Ve Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Ve Vakıf Müessesesi**, Ötüken Neşriyat, İstanbul, 1983.
- Kretschmer, Joachim :“Ceza Hukukunda Suçun Kanuni Unsuru Olarak “Eşya” ”, Çeviren: Kazım Furkan AĞKUŞ/ Can Eralp ELİBOL, **Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, S 2, 2021, ss. 157-170.
- Kunter, Nurullah /Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe: **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 16. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2008.
- Laubenthal, Klaus/Nestler, Nina: **Strafvollstreckung**, Springer Yayınevi, Heidelberg-Dordrecht-Londra-New York, 2010.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami/Karadeniz, Serra: **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2021.
- Majno :**Ceza Kanunu Şerhi, Türk ve İtalyan Ceza Kanunları**, Cilt I, Yargıtay Yayınları, No. 3, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977.
- Malkoç, İsmail :**Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu**, 1. Cilt, Malkoç Kitabevi Yayınları, Ankara, 2005.
- Meraklı, Serkan :**Ceza Hukukunda Kusur**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- Noyan, Erdal :**Ceza Davası**, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.
- Nuhoğlu, Ayşe :**Türk Ceza Kanununun 2 Yılı**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Güvenlik Tedbirleri, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, İstanbul, 2008.
- Oğuzman, Kemal/ Seliçi, Özer/ Özdemir, Saibe Oktay: **Eşya Hukuku**, 16. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013.
- Okandan, Recai Galip: **Umumi Hukuk Tarihi Dersleri**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1951.
- Okuyucu Ergün, Güneş: “Suçta Kullanılmak Üzere Hazırlanan Eşyanın Müsaderesi”, **TBB Dergisi**, Sayı 153, 2021, ss. 169-185.
- Öcal, Göktürk :**Aydınlanma Çağında Ceza Hukuku Felsefesi Ve Suçta Ve Cezada Kanunilik İlkesi** (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Galatasaray

- Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019.
- Önder, Ayhan :**Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Cilt II-III, 2. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1992.
- Özar, Süleyman :**Türk Ceza Hukukunda Zamanaşımı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- Özbek, Veli Özer :**Ekonomi Ceza Hukuku (Ekonomi)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Özbek, Veli Özer :**Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı(Türk Ceza Kanununun Anlamı)**, 3. Baskı, Cilt 1, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar :**Ceza Muhakemesi Hukuku (Ceza Muhakemesi Hukuku)**, 16. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023.
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Özcan, Onur :**Çevre Suçlarında Şirketin Cezai Sorumluluğu** (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007.
- Özden, Nurten Kübra :“Türk Ceza Hukukunda Müsadere”, **Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C 5, S 2, 2023, ss. 1058-1086.
- Özen, Mustafa :“Ceza Hukukunda Fikri İçtima”, **TBB Dergisi**, Sayı 73, 2007, ss. 132 – 145.
- Özen, Mustafa :**Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Özen, Muharrem/Köksal, Atacan: “Ön Ödeme Ve Bazı Çözüm Önerileri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 70, Sayı 2, 2021, ss. 589 – 621.
- Özgenç, İzzet :**Uygulamalı Ceza Hukuku (Uygulamalı Ceza Hukuku)**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Sebat Yayıncılık, İstanbul, 1998.
- Özgenç, İzzet :“Şüpheli İşlem Bildiriminin Hukuki Mahiyeti, Masak’ın Rolü, Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu Üzerine Hukuki Değerlendirmeler”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXV, S 2, 2021, ss. 271 – 326.
- Özgenç, İzzet :**Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Özgenç, İzzet :**Türk Ceza Kanunu (Gazi Şerhi)**, 3. Baskı, Adalet Bakanlığı Eğitim

- Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2006.
- Öztan, Bilge :**Medeni Hukukun Temel Kavramları**, 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.
- Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Gezer, Özge Sırma/Kırıt, Yasemin F. Saygılar/Akcan, Esra Alan/Özaydın, Özdem/ Tütüncü, Efser Erden/Villemin, Derya Altınok/Tok, Mehmet Can: **Nazari Ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan: **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Öztürk, Buket Abanoz: **Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Hata** (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2021.
- Öztürk, Gökçe Bahar :**Ceza Muhakemesinde Mağdur Ve Mağdur Hakları** (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2021.
- Paksoy, Mustafa :**Yargı Kararları Işığında Türk Hukukunda Müsadere**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzincan, 2015.
- Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer: **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu**, 1. Cilt, Yayın Matbaacılık, Ankara, 2007.
- Polat, Mehmet Bahadır: **Blokzincir Teknolojisi ve Kripto Varlıkların 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Kapsamında Değerlendirilmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- Poyraz, Mehmet :**5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Rüşvet Suçu** (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale, 2021.
- Raviş, Serdar :**Türk Ceza Hukukunda Şahsi Cezasızlık Nedenleri** (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Ankara, 2022.
- Sarıtaş, Erkan :**“Cezalandırılmayan Önceki Hareketler”**, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C. 80, S 2, 2022, ss. 615 – 654.
- Schönke/Schröder :**Strafgesetzbuch Kommentar**, Eser Albin/Schuster Frank (Şerh Eden), C.H. Beck Yayınevi, 30. Baskı, Münih, 2019.
- Sedefoğlu, Candan :**Suç Gelirlerinin Aklanmasında Önleyici ve Denetleyici Kurumlar;**

Mali Suçları Araştırma Kurulu ve Mali Eylem Görev Gücü

(Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009.

Seyyidoğlu, Muhammed Sıddık: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma”,

İnsan ve Sosyal Bilimler Dergisi, C. 4, S 1, ss. 11 – 31.

Simmler, Monika/Selman, Sena/Burgermeister, Daniel: “Ceza Muhakemesinde Kripto

Para Birimlerine Elkoyma”, **Kripto Para ve Ceza Hukuku**, Çeviren; Tuğşat Kemaloğlu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022.

Sinerji Mevzuat Programı.

Soyaslan, Doğan : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

Soygüt Arslan, Mualla Buket: **Türk Ceza Hukukunda Müsadere**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2014.

Soytürk, Ahmet Hakan: **Rüşvet Ve İrtikap Suçları** (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2023.

Sözüer, Adem :“Alman Hukukunda Müsadere Yaptırımı”, **Polis Dergisi**, Yıl 9, S. 36, 2003, ss. 397-406.

Sözüer, Adem :“Türk Hukukunda Af, 4454 ve 4616 Sayılı Kanunlarda Öngörülen Şartla Salıverilme ve Ertelemeye İlişkin Hükümlerin hukuksal Niteliği İle Bu Hükümlerin Anayasaya Uygunluğu Sorunu”, **Anayasa Yargısı**, Cilt 17, Sayı 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2001, ss. 219-253.

Sucuoğlu, Arif Naci :**Tefecilik**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 42.

Şahin, Cumhur/Özgenç, İzzet: **Türk Ceza Hukuku Mevzuatı**, 1. Baskı, Adalet Bakanlığı Yayınları, 2007.

Şahin, Cumhur/Göktürk, Neslihan: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 13. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

Şare, Ersin :“Türk Ceza Hukukundaki Zorunluluk Haline Genel Bir Bakış”, **Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, S 2, 2022, ss. 59 – 92.

Şen, Ersan :**Esaslı Hata ve Kaçınılmaz Hata**, <https://www.hukukihaber.net/esasli-hata-ve-kacinilmaz-hata> (ErişimTarihi: 17/09/2023).

Şen, Ersan :**Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı (Masak)**, <https://sen.av.tr/tr/makale/mali-suclari-arastirma-kurulu-baskanligi->

- masak, (Erişim Tarihi: 02.10.2023).
- şen, Ersan :**Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu(Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 176-177.
- şenses, Erkan :“Ceza Muhakemesi Hukukunda Ceza Verilmesine Yer Olmadığı Kararı”, **TBB Dergisi**, S 105, 2013, ss. 379-400.
- Sevük, Handan Yokuş: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Mecmuası**, C. LXIV, S 1, 2006, ss. 49 – 107.
- Tan, Mehmet :**TCK Genel Hükümler**, 2. Cilt, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.
- Tan, Mehmet :**TCK Genel Hükümler**, 1. Cilt, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.
- Taner, Fahri Gökçen :**Ceza Hukukunda Zamanaşımı** (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2007.
- Taneri, Gökhan :**Müsadere**, 1. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2013.
- Tanrıkulu, Cengiz :**Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilişim Sistemlerinde Arama ve Elkoyma**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- Taşkan, Yusuf Ziya :**Vergi Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat: **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 16. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.
- Topaç, Tahir Hami :“Eşya Müsaderesi”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Cilt 0, Sayı 2, 2013, ss. 47-70.
- Toroslu, Nevzat :**Ceza Hukuku**, 5. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2001.
- Toroslu, Nevzat/Feyzioğlu, Metin: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 5. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2006.
- Töngür, Ali Rıza/Çetintürk, Ekrem: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Tulay, Muhammed Emre: “Kanunilik İlkesi Işığında Ceza Hukuku Kurallarının Zaman Bakımından Uygulanması Ve Delil Elde Etme Yöntemlerinde Zaman Bakımından Uygulanma Sorunu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Cevdet Yavuz’a Armağan)**, Cilt 22, Sayı 3, 2016, ss. 2715 – 2736.
- Tunç, Kübra :**Ceza Hukukunda Kastı Engelleyen Hata**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Turan, Zübeyir :“Kripto Paralar, Bitcoin, Blockchain, Petro Gold, Dijital Para Ve Kullanım Alanları”, **Ömer Halisdemir Üniversitesi İktisadi ve İdari**

- Bilimler Fakültesi Dergisi**, C. 11, S 3, 2018, ss. 1-5.
- Tünay, Mustafa :**Müsadere Ve Müsadere Muhakemesi**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2014.
- Uğur, Hüsamettin :“Ceza Yargılaması Ve Özel Ceza Yasalarına Göre Mahkemelerin Görevleri”, **TBB Dergisi**, Sayı 87, 2010, ss. 365 – 402.
- Ünver, Yener/Hakeri, Hakan :**Ceza Muhakemesi Hukuku**, 21. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- Yalçın, Türkan/Köprülü, Timuçin: **Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları**, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2022.
- Yarsuvat, Duygun/Bayraktar, Köksal/Yüzbaşıoğlu, Necmi/Bülbül, Erdoğan/Kocasakal, Ümit/Aksoy, Eylem E./Memiş, Pınar/Kurt, Gülşah/Tansuğ, Çağla/Yılmaz, Didem: **Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesinin Görüşü**, Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Editör: Teoman Ergül, Ankara, 2004.
- Yavuz, Hakan A. :“Türk Ceza Hukukunda Haksızlık Hatası” , **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl 12, S 46, ss. 201 – 254.
- Yenisey, Feridun / Nuhoğlu, Ayşe: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.
- Yenisey, Feridun / Plagemann, Gottfried: **Alman Ceza Kanunu (Strafgesetzbuch-StGB)**, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- Yerdelen, Erdal :**Müsadere ve Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- Yıldırım, Ramazan :**İdare Hukuku Dersleri I**, Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2009.
- Yıldız, Ali Kemal :“Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. X, S 3 – 4, 2006, ss. 273 – 345.
- Yıldız, Hatice :**Masak Raporlarının Delil Değeri**, <https://www.hukukihaber.net/masak-raporlarinin-delil-degeri> (Erişim Tarihi: 02.10.2023).
- Yıldız, Hüseyin Serkan: **Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma** (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010.

- Yılmaz, Ejder :**Hukuk Sözlüğü (Sözlük)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002.
- Yılmaz, Zekeriya :**Teori Ve Uygulamada Müsadere (Müsadere)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.
- Yurtcan, Erdener/İrtiş, Begüm: **Ceza Hukuku Ders Kitabı Genel Hükümler**, 1. Bası, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2020.
- Yüce, Emine Kabak :**Kusur Esasına Dayalı Olarak Cezanın Belirlenmesi** (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2022.
- Yüksektepe, Mert Asker: **Ceza Muhakemesinde İspat ve Yöntemleri**, Platon Hukuk Yayınevi, İstanbul, 2021.
- Zafer, Hamide :**Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.

İnternet Kaynakları

- http://www.tazminathukuku.com/dosyalar/520_kazanc-kavrami.pdf (Erişim Tarihi: 03/01/2024).
- <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2017/14768>, (Erişim Tarihi: 23/06/2021)
- <https://masak.hmb.gov.tr/gorev-ve-yetkiler> (Erişim Tarihi: 29.09.2023).
- <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 30/12/2020).
- https://tr.wikipedia.org/wiki/Kripto_para (Erişim Tarihi: 14/11/2022).
- <https://www.aa.com.tr/tr/search/?s=Su%C3%a7+Gelirleriyle+M%C3%bccadele+%c5%9eube+M%C3%bcd%C3%bcrl%C3%bc%C4%9f%C3%bc&tag=1>, (Erişim Tarihi: 06/10/2023).
- <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/anayasa/>, (Erişim Tarihi: 21/07/2022)
- <https://www.asayis.pol.tr/sucgelirleri>, (Erişim Tarihi: 06/10/2023).
- <https://www.asayis.pol.tr/sucgelirleri>, (Erişim Tarihi: 06/10/2023).
- https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/54/757_781_799/de, (Erişim Tarihi: 25/07/2022).
- <https://www.jusline.at/gesetz/stgb/gesamt>, (Erişim Tarihi: 25/07/2022)
- <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/29/section/75>, (Erişim Tarihi: 26/07/2022).
- <https://www.seslisozluk.net/m%C3%BCsadere-nedir-ne-demek/> (Erişim Tarihi: 16/01/2021).
- <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/> (Erişim Tarihi: 25.05.2024)

ÖZGEÇMİŞ

Adı ve SOYADI	Yusuf PAKIR
EĞİTİM DURUMU	
Mezun Olduğu Lise	Aksu Anadolu Öğretmen Lisesi
Lisans Diploması	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yüksek Lisans Diploması	Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Tezli Yüksek Lisans Programı
Tez Konusu	Kazanç Müsaderesi
Yabancı Dil / Diller	İngilizce
BİLİMSEL FAALİYETLER	
MAKALELER	
Pakır, Yusuf, “Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlüğün Kaynakları”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 22, Yıl: 2023, ss. 351-380.	
KİTAP VE KİTAP BÖLÜMLERİ	
Pakır, Yusuf, Cinsel Saldırı Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.	
İŞ DENEYİMİ	
Stajlar	Hakim/Savcı Adaylığı 2007-2008.
Çalıştığı Kurumlar	Cumhuriyet Savcılığı 2008-2019 Serbest Avukatlık 2019-Devam Ediyor (Antalya Barosu)