

KAÇAKÇILIK KANUNUNA GENEL BİR BAKIŞ

Asis. Dr. Süheyl DONAY

GİRİŞ

Kamusal görevlerini yerine getirme durumunda olan devlet, bu asli görevini yapabilmek için ekonomik araçlara malik olmak zorundadır. İşte devlet bu araçlara kavuşabilmek için birtakım faaliyetlerde bulunur; bu faaliyetlerin tümü onun ekonomik faaliyetleri olarak tanımlanabilir (1). Devletin bu ekonomik faaliyetlerinin temel amacı, kamusal görevlerini ika etmek olmakla beraber, buna ancak bir gelire sahip olarak erişebilir. Devlet bu geliri çeşitli yollardan elde edebilir. Ancak devlet gelirinin en önemlisini vergiler teşkil etmektedir. Çeşitli konularda vergiler konarak, bu vasıta ile elde edilen gelirler devletin görevini yapmasına âmil olurlar.

Bu vergilerden önemli bir kısmı gümrüklerden elde edilenlerdir. Gerçekten ülkedeki ekonomik faaliyetlerin önemli bir kısmını ithalat ve ihracat teşkil etmektedir. Bir yandan bir gelire sahip olabilmek, diğer yandan kamu yararı yönünden bazı maddelerin imâl ve satışının Devletin tekeline alınması (2) ve ülkelerdeki sanayi ve ticaretin korunmak istenmesi bu alanda devletin bir müdahalesini zorunlu kılmıştır. Devlet esas itibarıyla ülkedeki sanayi ve ticareti korumak isterken, ülkenin ekonomik sorunlarını da çözümlenmek yoluna gitmektedir. Bu şekilde bir yandan ülke sanayi ve ticareti için gerekli olmayan ve hatta zararlı olan malların yurt içine sokulması engellenmek veya kısıtlanmak istenmektedir. Diğer yandan ise ülkede imâl edilen malların ancak gerekli olanlarının belirli koşullar içinde yurt dışına çıkarılması sağlanmaktadır. Bunlarla birlikte bazı

(1) DONAY, Para cezaları, Basılmamış Doktora Tezi, İst. 1971, s. 197; TOSUN, Hileli vergi suçları, İst. 1962, s. 3.

(2) AKALIN - ERKUNT - HATUNOĞLU - ESİN, Kaçakçılık Meezuatı ve Tatbikatı, İst. 1957, s. 3.

malların özellikle imâl ve satışı devletin tekelinde tutulmak amacı güdülmektedir.

İşte bu nedenlerle ülkenin ithalat ve ihracat rejimini düzenlenmiş ve bu düzenlemeden de gümrük mevzuatı ortaya çıkmıştır. Ancak hemen belirtelim ki çeşitli kısıtlamaları öngören bu mevzuata aykırı davranışların engellenebilmesi için ceza yaptırımını da gereklidir. Bu gerek ise 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun'un yapılmasına neden olmuştur. 1918 sayılı kanun sadece gümrük ve tekel konularına ilişkin kaçakçılıkların düzenlendiği bir kanundur. Bunun dışında kalan kaçakçılık neveleri diğer özel kanunlarda yer almaktadır.

Biz bu yazımızda, 1918 sayılı kanunun, Ceza kanunumuzun ilkeleri ile bir karşılaştırmasını yaparak, bunlardan ayrıldığı hususları belirtmeye gayret edeceğiz. Şunu hemen belirtelim ki gümrük ve inhisar kaçakçılığı ülkemizde en sık işlenen suçlardan olmasına rağmen bu konuda fazla bir araştırma yapılmış değildir. Hattâ hiçbir araştırma ve inceleme yoktur dahi diyebiliriz (3). Bu nedenlerle biz bu makalemizi yargıtayımızın bu konuda vermiş olduğu kararların bir taramasını yaptıktan sonra kaleme almış bulunuyoruz.

I — 1918 SAYILI KANUNA GÖRE KAÇAKÇILIK SUÇUNUN ANLAMI

1. Genel olarak

1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun ilke olarak kaçakçılık suçlarını cezalandıran bir kanundur. Ancak hemen belirtelim ki anılan kanunda yer alan bütün suçlar gerçek anlamda kaçakçılık suçunu teşkil etmemektedir. Bu bakımdan kanunda yer alan suçları öncelikle kaçakçılık suçları ve konuları kaçakçılık olmayan suçlar olarak ikiye ayırmak kabildir (4). Kaçakçılık suçları olarak ayırdığımız suçların da teknik anlamıyla bir kaçakçılık suçu olup olmadığı münakaşa edilebilir. Gerçekten aşağıda da açıklayacağımız üzere kaçakçılık kanununun 1. maddesi kaçakçılığın ne olduğunu, başka bir deyişle hangi fiillerin kaçakçılık teşkil edeceğini

(3) Bu konuda sadece iki adet şerh mevcuttur. Bunların dışında Erman'ın Sosyal ve Ticari Ceza Tatbikatı, İstanbul 1967 adlı eseri bize rehber olmuştur.

(4) AKALIN - ERKUNT... s. 3.

belirtmiştir. Bununla birlikte kanunda anılan 1. maddenin haricinde de bazı kaçakçılık fiillerine yer verilmiştir. İşte kaçakçılık suçları konusunda yapılacak bu ayırımın pratik sonuçları özellikle müşterek kaçakçılık ve toplu kaçakçılıkta ortaya çıkmaktadır.

Biz önce 1918 sayılı kanunda yer alan ve konusunu kaçakçılık teşkil etmeyen fiilleri inceleyecek ve sonra kaçakçılık suçlarının ne olduğunu ve taşıdıkları özellikleri incelemeye gayret edeceğiz.

2. Konuları kaçakçılık olmayan suçlar

Bu suçları şu şekilde sıralayabiliriz:

a. 36. maddeye göre :

«Kaçakçılığın meni takibi veya tahkiki ile mükellef bulunan memurların her ne suretle olursa olsun bu kanunda yazılı vazifelerini ihmal veya suistimal etmeleri yahut irtikâpta bulunmaları veya rüşvet almaları yahut sahtekârlık fiilini işlemeleri halinde bu cürümler için kanunen muayyen olan cezalar bir misli arttırılarak hüküm ve müebbeden memuriyetten mahrumiyet cezası da tâyin olunur.»

Görüleceği gibi kanun koyucu 36. madde ile genel Ceza Kanununda düzenlenen bazı suçların belirli bazı sıfatı taşıyan kimseler tarafından işlenmesi halinde cezaların ağırlatılmasını öngörmüştür. Bu madde'de yer alan suçun meydana gelmesi için iki koşul vardır:

aa. Öncelikle faillerin 1918 sayılı kanunun 3. maddesinde sayılan memurlardan olması gerekir.

bb. Bunun yanında bu maddede öngörülen suçların münhasıran kaçakçılık suçunun ikına yardım için işlenmesi gerekir. Başka bir deyişle bu memurların, anılan suçları işlemeleri her zaman 36. maddeye göre cezanın arttırılmasına neden olmaz. Kanunun yazılış biçimi aksi bir düşünüş tarzını getirmekte ise de, bu biçim bir çözüm şekli, 3. madde'de yazılı kişilerin «memur» olmaları ve rüşvet, irtikap gibi memurlar tarafından işlenebilecek suçlarda daima 36. maddeye göre ağırlaşmış ceza görmeleri gibi mantığa aykırı biçimde cezalandırılmalarına neden olur. Bu nedenle 36. maddedeki ağırlatıcı sebebin sadece kaçakçılık suçunun işlenmesinde vasıta olarak anılan suçların işlenmiş olması halinde uygulanacağını kabul zorunludur. Ancak vasıta suçu işleyenlerin esasen kaçakçılık suçuna

iştirak etmemiş olmaları gerekir. Eğer kaçakçılık suçuna iştirak etmişse hem kaçakçılıktan, hem de işlemiş oldukları bu suçtan dolayı sorumlu olurlar.

b. 37. maddede, kaçak aramada kanuna muhalif hareket edenlerin T.C.K. nun 194. maddesine göre cezalandırılacağı öngörülmektedir. 1918 sayılı kanununun 6 ilâ 11. maddeleri «aramaları» düzenlemektedir (5). İşte aramaların bu maddelere aykırı biçimde yapılması halinde failin T.C.K. nun 194. maddeye göre cezalandırılacağı hükmü yer almaktadır.

c. 38. madde, aynı kanununun 2. maddesinde sayılan ve ihbar, men, takip veya tahkik ile yükümlü olanların bu vazifelerini ihmal veya suistimal etmeleri halinde T.C.K. nun 230. ve 240. maddelerine göre verilecek cezaların bir misli arttırılacağını öngörmektedir. *Kanaatimizce* bu hüküm 36. maddenin bir tekrarı niteliğindedir. Bununla beraber 36. madde ile 38. madde arasında bir çelişki de vardır. Şöyle ki 2. madde'de sayılan kişiler esas itibariyle ihbar mükellefiyetini haiz kişilerdir. Ancak bunlar men, takip ve tahkik memurlarının bulunmadığı yerlerde bu görevi de görürler. İmdi, 36. madde, men, takip ve tahkik ile yükümlü olanların T.C.K. nun 230. ve 240. maddeleri dışında da bazı suçları işlemeleri halinde cezalarının arttırılacağını öngörmektedir. Buna karşılık 38. madde aynı görevi yapanların sadece 230. ve 240. maddeye giren suçları nedeniyle cezalarının arttırılacağını öngörmektedir. *Kanaatimizce* 38. maddeyi sadece 2. maddenin 1. fıkrasındaki ihbar mükellefiyetinin yerine getirilmemesi halinde uygulamak ve ihbar ile yükümlü oldukları halde 36. maddeyi uygulamak yerinde olur.

(5) Beyan edelim ki 1918 sayılı kanunun eşya aramaya ilişkin 7. maddesi Anayasanın 15.; konut aramayı düzenleyen 8. ve 9. maddeleri Anayasanın 16. maddesine; ve üst aramayı düzenleyen 10. maddesi Anayasanın 15. maddesine aykırı değildir. Gerçekten Anayasanın 15. ve 16. maddeleri aramaların hâkim kararıyla veya milli güvenlik veya kamu düzeni bakımından gecikmede sakınca bulunan halde hâkim kararı olmaksızın yapılabileceğini öngörmektedir. Halbuki 1918 sayılı kanunun bu maddelerinde kamu düzeni bakımından bir sakınca vardır. Çünkü üst aranmadığı veya eşya veya konut aranmadığı takdirde kaçakçılık suçunun ika edilme olanağı ortaya çıkmaktadır. Bu şekilde işlenebilecek bir suçun da kamu düzenini bozacağı açıktır. Böylece aramaya ilişkin hükümler Anayasaya uygundur.

d. 50. m. kaçakçılık suçunu tasni veya bu suçun başkalarına iftira veya kaçakçılık davalarında yalan şahitlik edenlerin T.C.K. nun 283, 285 ve 286. maddelerine göre cezalandırılacaklarını ve bu cezalarının üçtebir arttırılacağını öngörmektedir.

3. Konuları kaçakçılık olan suçlar

Konuları kaçakçılık olan suçları da kanaatimizce iki gruba ayırmak gerekir. Biz bu ayırımı dayanarak kaçakçılık suçlarını sırf kaçakçılık suçları ve özel kaçakçılık suçları olarak ikiye ayırdık. Sırf kaçakçılık suçları 1918 sayılı kanununun 1. maddesinde ve özel kanunlarda kaçakçılık olarak öngörülen suçlardır; buna karşılık özel kaçakçılık suçları ise bunların dışında kalan diğer suçlardır (6). Bunun pratik sonucu yukarıda da belirttiğimiz gibi müşterek ve toplu kaçakçılığın yalnız sırf kaçakçılık suçlarında söz konusu olabilmesidir. Başka bir deyişle özel kaçakçılık suçlarının toplu veya müşterek olarak ika olunabilmek olanığı yoktur.

Bizim bu sonuca varmamızın başlıca ve temel nedeni kanunumuzun yazılış biçimi ve sistematığı olmuştur. Kanun 1. maddesi tahdidî olarak ve 6 bent halinde hangi fiillerin kaçakçılık teşkil edeceğini belirtmiştir. Kanunun kaçakçılık suçuna tertip ettiği hukuki sonuçlar yalnız bu suçlar bakımından sözkonusudur ve sırf kaçakçılık suçlarını da bunlar teşkil etmektedir. Bunun dışında kalan suçlar ise kaçakçılık fiilini teşkil etmekle beraber bunlar, özel kaçakçılık suçlarını meydana getirirler.

a. Özel Kaçakçılık Suçları

1918 sayılı kanunda yer alan ve bizim özel kaçakçılık suçları olarak tanımladığımız suçları şu şekilde sıralamak olanığı vardır:

aa. 15. madde'de yer alan ve hariçten getirilen malın makul ve mucbir sebep olmaksızın manifesto veya barmameye yazılmaması suçu.

bb. 14. madde'de düzenlenen ve başkalarına ait eşyanın kendisine aitmiş gibi gösterilmesini ve beyana muhalif eşyanın nezdinde bulunması eylemlerini cezalandıran suç.

cc. 20. madde'de yer alan suç. Bu madde'de düzenlenen suç

(6) Benzer ayırım CEBİ, s. 382. Değişik ayırım için bkz. AKALIN - ERKUNT... s. 3.

Yargıtayımıza göre toplu kaçakçılık şeklinde ika olunabilir (7). Yüksek mahkememiz 27. madde'de düzenlenen toplu kaçakçılığın 20. madde'de yer alan suçlar için uygulanmasını şu gerekçe ile kabul etmiştir: «20. madde'de yer alan suç, 1. maddedeki genel kaçakçılık hallerinden ayrı ve fakat daha ağırdır. Bu nedenle 27. madde uygulanabilir.» (8). Kanaatimizce yargıtayımızın bu görüşü kabul edilemez. Bunu haklı kılan başlıca iki neden vardır: Önce 27. madde «kaçakçılık» suçundan bahsetmektedir ve bu anlamdaki kaçakçılığın ne olduğu da 1. maddede belirtilmiştir. Sonra yargıtayın kıyas yoluna gitme olanağı yoktur. Kıyas ceza hukukuna yabancısıdır. Gerçekten yargıtay doğru olarak 20. maddedeki suçun 1. madde'deki suçlardan ayrı olduğunu kabul etmektedir. Ancak bunun yanında daha hafif bir suç için öngörülen bir kurumun daha ağır suç için de uygulanması gerektiğini savunarak kıyas yoluna gitmektedir. Açıklamaya çalıştığımız nedenlerle 27. madde sadece 1. madde'de sayılan sırf kaçakçılık suçu olarak andığımız fiiller hakkında uygulanabilir.

dd. 25. madde'de yer alan ve bu maddenin 1. fıkrasında düzenlenen istimal ve istihlâk kaçakçılığı suçları

ee. 32. maddede yer alan ve kaçak eşyaların yakalanması halinde sigorta yapılmasını tecrim eden suç.

ff. 34. maddedeki sahtekârlık suretiyle kaçakçılık addolunan fiiller.

gg. 44. maddedeki taksirle kaçakçılığa sebep olma suçu (9).

hh. 45. maddeye göre Gümrük Kanununun 7. maddesi uyarın-

(7) Yargıtayımızın bu görüşü MENTEŞ-SANAL-EGESELİ tarafından da benimsenmektedir. Müellifler kanunda bir boşluk bulunduğunu teslim etmekle beraber bunun kanun koyucunun amacına uygun olarak içtihatlarca doldurulduğunu ifade etmektedirler (s.g.e. s. 41).

(8) YCGK. 20.4.1964. 5-195/191, aynı nitelikte YCGK, 8.11.1965, 367. D-7/391 (MENTEŞ-SANAL-EGESELİ, 42).

(9) Belirtelim ki 44. m. kanunun sistematığı bakımından hatalı kalem alınmıştır. 44. madde memur ve müstahdemlerin kaçakçılık fiilinden ihmalleri olan kurum sahiplerinin para cezası ile sorumlu oldukları belirtilmiştir. Ancak 52. madde ise memur kavramından T.C.K. nun 279. maddesinin anlaşılacağını belirtmektedir. Bu durumda 44. madde'de anılan memurun «devlet memuru» olacağı intibai uyanmaktadır. Maddeyi bu şekilde anlamamak ve buradaki memuru istihdam edilen kimse olarak yorumlamak gerekir.

ca tayin olunan kapı ve yollardan başka yerlerden memleket dışına eşya çıkarmak suçu.

11. 6829 sayılı kanunla kabul edilen Ek. 2. maddede yer alan suçlar.

b. Sırf kaçakçılık suçları

1918 sayılı kanuna göre sırf kaçakçılık suçları 1. madde'de yer alan ve 6 bent halinde düzenlenen suçlardır. Bu suçların özelliklerini yeri gelince aşağıda belirteceğimiz için burada sadece zikretmekle yetiniyoruz.

II — KAÇAKÇILIK SUÇLARINDA FAİLİN SIFATI

Kaçakçılık suçlarının faili bakımından 1918 sayılı kanun ilke olarak bir özellik arzetmemektedir. Başka bir deyişle kanunda suç olarak nitelendirilen fiilleri herhangi bir şahıs işleyebilir (10). Bununla beraber kanun, belirli sıfatı taşıyanlar tarafından işlenen kaçakçılık suçlarının daha ağır bir ceza ile tecziye edileceğini öngörmüştür. Başka bir deyişle kanun bazı kimselerin kaçakçılık suçunu işlemeleri halinde bunların daha ağır cezaya maruz kalacaklarını düzenlemiştir. Kanunda yer alan ve sıfatın ağırlatıcı sebep olarak bulunduğu halleri şu şekilde sıralayabiliriz:

1. 20. madde hakikate aykırı beyanname ile veya hile veya suistimal ile muamele yaptırılarak, eksik vergi veya resim ödeyenler veya resimleri ödemeksizin ödenmiş muamelesi yaptırılanlar, yahut vergi, resme tâbi olduğu halde muafiyete tâbi olduğunu gösterenler, yahut ithali memnu veya inhisara tâbi malı bunun dışında olarak gösterenleri cezalandırmaktadır. Aynı maddenin 2. fıkrası ise bu eyleme iştirak eden memur ve müstahdemler hakkında cezanın bir misli arttırılarak verileceğini öngörmektedir. Burada sözü edilen memur ve müstahdem kavramlarının T.C.K. nun 279. maddesine göre tayin edilmesi gerekir (11), gerçekten memur kavramından 279. maddesinin 1. fıkrasının. 1. ve 2. bentlerine giren kamu görevi görenler anlaşılmalıdır (12). Müstahdem kavramı ise aynı maddenin

(10) ERMAN, Sosyal ve Ticarî Ceza, s. 198.

(11) Esasen kanunun 52. maddesi «bu kanunun ceza hükümlerinde yazılı memur tâbirinden maksat T.C.K. nun 279. maddesi ile, Askerî Ceza Kanununun 13. m. de sayılan şahıslardır.» demektedir.

(12) Memur kavramı için bakınız: ERMAN, Ceza Tatbikatı ve Takibatında Memur, SBOD, 1947; DONAY, Türk Hukukunda Zimmet, MHAD, yıl 1, No. 3.

2. fıkrasının 1. ve 2. bentlerine göre kamu hizmeti görenlerdir.

1918 sayılı kanun'da. kanun yapıcı eğer memur ve müstahdemi aynı anlama gelecek şekilde kullansa idi, mükerreren bu iki kavramı kullanmazdı. Esasen memurların veya müstahdemlerin bu suçun faili olmalarının ağırlatıcı bir sebep olarak kabulü, suçun daha kolaylıkla işlenebilme olanağının bulunmasındandır. *Kanaatimizce*, 20. maddedeki fail sıfatının ağırlatıcı neden olarak kabulü için memur veya müstahdemlerin görevlerine ilişkin olarak veya görevlerini ifa sırasında bu suçun icrasına iştirak etmeleri aranmalıdır. Gerçekten bu ağırlatıcı sebebin kabulü yukarıda da belirttiğimiz gibi suçun daha kolay bir şekilde icra edilebilmesidir. Yoksa devlet idaresine duyulan itimadın sarsılması değildir. Bu nedenle herhangi bir memur veya müstahdemın görevlerine ilişkin olmayarak bu suçta iştirak etmeleri halinde 20/2 deki ağırlatıcı sebep uygulanmamalıdır. Esasen bu suçun arzettiği özellik de gümrük muamelelerindeki yolsuzluklardır. Bu yolsuzluklara memur veya müstahdemın iştiraki de ancak o muamelelerin icrasına esasen yetkili olmaları halinde söz konusu olabilir. Bu nedenle T.C.K. nun 279. maddesine göre memur veya müstahdem sıfatını taşıyan ve fakat 20. maddedeki suçta görevlerine ilişkin olarak işlemeyenler 20/2 deki ağırlatıcı sebepten zarar görmeyeceklerdir.

2. 27. maddenin son fıkrası 25, 26 ve 27. maddelerdeki suçların kaçakçılığın men ve takibi veya tahkiki ile yükümlü memurlar tarafından işlenmesi veya işleyenlere müzaharet veya bilerek müsamaha edilmesi halinde bunlar hakkında kanunda yazılı cezaların bir misli, bunların dışında kalan memur ve müstahdemler tarafından işlenmesi halinde yarım misli arttırılacağını öngörmektedir. Bu şekilde 27. madde fail sıfatının cezanın arttırılması yönünden iki şekilde mütalâa edileceğini öngörmüştür:

a. Kaçakçılığın men ve takibi veya tahkiki ile mükellef memurlar

Kanunun 3. maddesi kaçakçılığın men ve takibi veya tahkiki ile yükümlü olanları belirtmiştir. Bunlar: mahallin en büyük mülkiye memuru, devlet tarafından idare edilen inhisar memurları, polis müdürü, merkez memuru, komiser. muavin ve memuru, jandarma kumandanı, zabitan ve efradı, hudut ve sahillerde gümrük muhafaza kıtaları, zabitan efradı ve memurlarıdır.

Kanun koyucu esasen kaçakçılık suçunu önleyici ve takip edici görevle mücehhez bu kişilerin kaçakçılık suçunu işlemelerini veya bu suçun işlenmesini kolaylaştırmalarını suçun ağırlatıcı sebebi olarak belirtmiştir. *Kanaatimizce*, 3. madde'de sayılan sıfatı haiz olanlar tahdidî olarak belirtilmiştir ve ancak bu sıfatı haiz olanlar tarafından suçun işlenmesi halinde cezalar ağırlaştırılabilir. Belirtelim ki Yargtayımız'da bu görüşte olup, 3. madde'de sayılan kişilerin tadadı olduğunu belirtmiştir (13).

b. Diğer memur ve müstahdemler

Maddenin yazılış biçiminden 3. madde dışında kalan ve TCK. nun 279. maddesine göre memur ve müstahdem sayılan bütün kişilerin bu ağırlatıcı sebepten zarar göreceği ileri sürülebilir. *Kanaatimizce* maddeyi bu şekilde anlamamak gerekir. Gerçekten kaçakçılık suçunun işlenmesinde görevini kötüye kullanarak değil de herhangi bir şekilde suça katılmak halinde bu ağırlatıcı sebep uygulanmamalıdır (14). Önce bu suç devlet idaresine karşı işlenen bir suç değildir. Suç faili memur dahi olsa, memurluk görevini suistimal etmeyerek bu suçu işlerse herhangi bir şahıs gibi cezalandırılmaması için haklı bir sebep yoktur. Bu nedenle ancak memuriyet görevini kaçakçılık suçunun işlenmesinde vasıta ederse—bu takdirde— ağırlatıcı sebep uygulama alanı bulmalıdır; zira bu durumda kaçakçılık suçu failin sıfatı nedeniyle daha kolay işlenmektedir. Aynı mülahazalar kaçakçılık suçuna müzaharet veya müsamaha etme için de geçerlidir. Gerçekten burada da eğer memur veya müstahdem görevlerine ilişkin olmayarak bir kaçakçılık suçuna yardım etmişlerse, sıfatları ağırlatıcı sebep olmamalıdır. Örneğin kamu hizmeti gören ve müstahdem sayılması gereken bir resmî otobüs şoförü, eğer kaçak bir malı evinde saklarsa artık onun 27/4'e göre cezasının ağırlaştırılması yoluna gidilmemelidir. Ancak aynı otobüs şoförü, eğer kaçak malı belediye otobüsü ile bir yerden diğer yere naklederse artık 27/4'e göre cezası ağırlaştırılır. Bu durumda müstahdem, gö-

(13) «1918 sayılı kanunun 3. maddesindeki tadadı sarahate göre bekçilerin kaçakçılığın men ve takibi ile vazifeli memurlardan olmadığı gözetilmeden sanık bekçinin men ve takip vazifesi ile görevli olarak kabul edilmesi kanuna aykırıdır.» (7 CD, 11.3.1964, 1908/2909: MENTEŞ-SANAL-EGESELİ, s. 178).

(14) Aynı fikir MENTEŞ-SANAL-EGESELİ, s. 107.

revine giren bir hususta ve bu görevini âlet ederek kaçakçılık suçunun işlenmesini kolaylaştırmıştır.

3. 33. maddenin son fıkrasında 25., 26, ve 27. maddedeki suçlara her ne şekilde olursa olsun yardım eden memurların asli fail gibi cezalandırılacağı öngörülmektedir. Kanun koyucu bu hükümle T.C.K. nun iştirak hakkındaki hükümlerini tadil etmiş ve asli fail olmayarak suça iştirak eden memuru asli fail gibi cezalandırmıştır.

4. 34. maddenin son fıkrası, aynı maddenin 1. fıkrasında öngörülen: «Gümrük ve İnhisar idarelerinin mühür veya damga veya alâmeti farikalarını veya bandrol veya etiketlerini taklit, tahrif veya konulduğu eşyadan fek veya tebdil ederek veya çalarak veyahut bunların sahte veya çalınmışlarını tedarik eyleyerek kaçak maddelerde kullanarak...» kaçakçılık yapmak suçunun memurlar tarafından işlenmesi halinde kanunda öngörülen cezanın iki misli olarak verileceğini belirtmektedir.

Kanun koyucu burada failin, memur sıfatının ağırlatıcı sebep olarak uygulanmasını ancak «alâkadar memurlar» tarafından işlenmesi halinde öngörmektedir. Buradaki «alâkadar memur» kavramından amacın, memurun görevine ilişkin olmak kaydıyla 1. fıkradaki fiili işleminin olduğu açık olarak ifade edilmiştir. *Kanaatimizce* yukarıdan beridir savunduğumuz ve memur ağırlatıcı sebebinin ancak görevlerine ilişkin olarak ika edilen kaçakçılık suçlarında uygulanacağını öngören bu hüküm yerindedir. Ancak kanunda sadece memurlar hakkında bu ağırlatıcı sebebin uygulanacağını öngörülmesi ve kamu hizmeti gören ve müstahdem olarak nitelenen kişilerin bu suçun faili olmamaları halinde cezanın ağırlaştırılmaması yerinde olmamıştır. Gerçekten memur sıfatını taşımayan müstahdemlerin de bu suçu işlemeleri olanağı vardır; hatta bu olanak daha büyüktür. Bu nedenle kanun tadil edilmeli ve kamu hizmeti görenler hakkında da uygulanmalıdır.

5. Kanunun 39/1. maddesi, 27. maddenin son fıkrasına benzer bir hüküm getirmiş ve kaçakçılık yapanlara müsamaha eden 3. maddedeki memurlar hakkında kaçakçıya verilmesi gereken cezaya yarısının ilâve edileceği, bunun dışındaki memurlara ise kaçakçıya verilmesi gereken cezanın yarısının hükmolunacağı belirtilmiştir.

Esasen 27. maddenin sn fıkrasının buna benzer bir hüküm getirdiğini ve bu hükmün 25, 26, 27. maddelerdeki suçlara münhasır oldu-

ğunu ifade etmiştik. 39/1 deki ağırlatıcı sebep ise 25., 26. ve 27. maddenin dışında kalan kaçakçılık fiillerine aittir. Başka bir deyişle kaçakçılık fiiline müsamaha eden memur, eğer kaçakçılık fiiline müsamaha eden memur, eğer kaçakçılık fiili 25., 26., ve 27. maddelere ilişkin ise 27/son; eğer bu maddelerin dışında kalan kaçakçılık fiilleri ise 39/1 uygulanacaktır.

6. Nakliyat kurum ve şirketlerinin suç failligi

39. maddenin 2. fıkrası mensuplarının kaçakçılık yapmalarına müsamaha eden nakliyat kurum ve şirketlerinin kaçakçıya hükümlenmesi lâzım gelen para cezası miktarında ağır para cezası ile mahkûm edileceğini ifade etmektedir.

Kanun koyucu bu hüküm ile tüzel kişiliğe sahip olan kurumların cezaî sorumluluğunu kabul etmektedir. *Kanaatimizce* cezaların şahsiliği ilkesine açık olarak aykırı olan bu hüküm kanundan çıkarılmalıdır (15). Bu nedenle de kaçakçılığın men ve takibi hakkındaki kanunda yer alan bütün cezaî müeyyideler hakiki şahıslara ait ve münhasırdır denemez (16). Buradaki para cezası tazminat kabildinden bir para cezası olmakla beraber, sonuç olarak bir ceza müeyyidesidir ve bu müeyyide nakliyat şirketlerine karşı hükümlenmektedir.

Burada bir sorun da şirket mensuplarından kimlerin anlaşılma- st gerekeceğidir. Acaba bir anonim şirkette hisse sahibi olan bir kişinin kaçakçılık yapmasına müsamaha edilirse şirket cezalandırılacak mıdır? *Kanaatimizce* mensuplar kavramını bu kadar geniş tutmamak gerekir. Mensuptan, amacı o şirkete istihdam bağı ile bağlı olan memur ve idarecileri anlamak gerekir. Binaenaleyh, şirketin idaresinde bizzat rol oynamayan bir aksiyoner'in kaçakçılık yapmasına müsamaha edilmesi halinde 39/2 uygulanamaz. Ancak bu aksiyoner eğer şirkette bilfiil görev yapıyorsa, örneğin idare meclisinde görevli ise, bu halde gösterilen müsamaha üzerine 39/2. madde uygulanmalıdır. Bunun dışında, yapılan kaçakçılık fiilinden şirketin bir yarar sağlaması gerekli değildir. Hatta yarar sırf kaçakçıya münhasır olsa dahi durum aynıdır.

Buna karşılık 39. maddenin son fıkrası, tüzel kişilerin hukuki sorumluluklarını da düzenlemiştir. Buna göre antrepo ve bekleme

(15) DÖNMEZER-ERMAN, II. no. 1157.

(16) Aksi fikir için bkz. DÖNMEZER-ERMAN, II. no. 1161.

yerlerinde ve tahmil ve tahliyede zayı olan ve değiştirilen mallar hakkında kaçak muamelesi uygulanmasına rağmen, bu malların ait olduğu kurumların tüzel kişiliklerinin malen sorumlu oldukları öngörülmektedir. Burada tüzel kişiler bir suç faili olarak değil de bir tazminat sorumlusu olarak mütalaa edilmektedir ve doğru olanı da budur. Bu nedenle 39/2. maddedeki para cezası hükmü aynen 3. fıkrada olduğu gibi malen sorumlu olarak değiştirilmelidir.

7. 41. madde belirli nitelikleri taşıyan failerin 1. madde'de öngörülen fiilleri ika ettikleri takdirde, bu sıfatlarının cezayı arttıracığını öngörmektedir. Maddeye göre: posta sürücüleri, kaptanlar, gemi adamları ve sair kara, deniz, nehir ve havada nakliyat yapan şahıs veya idare veyahut şirketlerin memur ve adamları, han, otel, kahvehane, meyhane, gazino, ticaret ve alış veriş yapan hususi evler ve sair umumî yerler müdür ve sahipleri bu niteliklere sahip failer olarak sayılmışlardır. Bu failerin ika ettikleri fiiller nedeniyle cezalarında yapılacak arttırma yalnız hapis cezasına ilişkin olup, para cezasında bir arttırma yapılmamaktadır. Maddenin bir özelliği de bu şahısların ika ettikleri fiilin meslek ve sanatlarının verdiği kolaylıktan istifade etmeleri halinde cezalarının ağırlaştırılabilmesidir. Örneğin gemi adamı kaçakçılığı, mesleğinin ifası nedeniyle değil de, başka bir nedenle yaparsa cezası arttırılmamaktadır. Gerçekten madde'de sayılan kişilerin görevlerini ifa sırasında yapacakları kaçakçılık daha kolaylıkla meydana getirilebilir. İşte kanun koyucunun bu failerin ika ettikleri kaçakçılığın cezasını arttırmakla korumak istediği menfaat bu kolaylığın tecziyesidir.

8. Failin sıfatının kaçakçılık suçlarında önem arzettiği son bir hal de 49. madde'de ortaya çıkmaktadır. 49/1. e göre kaçakçılık suçuna iştirak edenlerden herhangi bir şahıs, kaçakçılık suçu ortadan çıkmadan, kaçakçılığı ve faileri ve kaçak eşyanın saklanmış veya satılmış olduğu yerleri ihbar ederse cezalandırılmaz ve muhbir ikramiyesine müstahaktır. Suç haber alındıktan sonra ihbar etme halinde ceza yarı yarıya indirilir.

49. maddenin 2 fıkrası ise müretteple memurların ikramiye hakkından yararlanamayacaklarını belirtmektedir. Öncelikle belirtelim ki, ihbar ikramiyesinden ve ceza muafiyetinden yararlanabilmek için yalnız fiilin ihbarı, veya failerin ihbarı, veya kaçak eşyanın saklanmış veya satılmış olduğu yerin ihbarı yeterli değildir. Kanun «ve» ekini kullandığı için hem fiil, hem fail ve hem de kaçak eşya-

nin saklanmış olduğu yerin ihbarı gerekir. *Kanaatimizce* bu hüküm yerinde olarak kabul edilmelidir. Çünkü kaçakçılık suçlarında korunan hukuki menfaat devletin ekonomik menfaatidir. Devletin ekonomik menfaati, failin kişiliğinin yanında kaçak malın da bulunmasını gerektirir. Eğer yalnız fail veya yalnız kaçak malın yeri ihbar edilmişse, bu takdirde «haber alındıktan sonra fiilin etrafıyla meydana çıkması» söz konusu olur ki, bu halde faile indirimli ceza verilir ve ikramiyeden yararlanamaz.

İşte suçun tertipçisi ve bir memur 49/1 e giren ihbarda bulunsalarda dahi ikramiyeden yararlanamazlar. Suçun tertipçisi bakımından böyle bir ikramiyeden yararlandırmama yerinde bir hükümdür. Aksi halde kişiler suç işlemeye teşvik edilmiş olurlardı. Gerçekten eğer mürettepe de ikramiye verilseydi o zaman sırf ikramiye alabilmek için kaçakçılık teşkilâtı kurdurup, ihbar eden mükâfatlandırılmış olurdu. Kanun koyucu bunu engellemek için müretteplerin ihbarı halinde onu cezadan muaf tutmuş ve fakat maddî bir menfaat sağlamamıştır. Aynı şekilde kaçakçılık suçuna iştirak edenin bir memur olması halinde, bu memurun ihbarı halinde ona da ceza verilmemiş ve fakat ikramiye hakkından da yararlandırılmamıştır. *Kanaatimizce* memurun mürettep olmaması ve görevinden dolayı kaçakçılık suçunu işlememesi halinde onu da muhbir tazminatından yararlandırmak yerinde olurdu. Gerçekten bir devlet memuru bizce sıfatı ve görevi dolayısıyla kaçakçılık suçunu işlemedikçe memur olmayanlardan farklı değildir ve ihbar tazminatından yararlanmalıdır. Bunun yanında kanunun yalnız memurları öngörmesi ve kamu hizmeti görenleri öngörmemesi de kanaatimizce bir noksanlıktır.

III — MADDİ UNSUR

1. Sırf kaçakçılık suçları

a. Hareket

Sırf kaçakçılık suçları seçimlik hareketli suçlardandır (17). Başka bir deyişle 1. madde'de yer alan hareketlerden herhangi birinin yapılması halinde suç teşekkül ettiği gibi, birden ziyade hareketin yapılması halinde de tek suç vardır. 1. madde kaçakçılık suçunun ne şekillerde meydana geldiğini gösterdiği için, bunlardan sa-

dece birinin veya birden fazlasının ihlâli tek bir suçta vücut verir.

Hareketin önemi bakımından ise bağı hareketli suçlardandır. Gerçekten kanun hareketlerin ne şekilde yapılması gerektiğini de açık olarak belirtmiştir.

b. *Netice*

Sırf kaçakçılık suçlarından 1. maddenin A ve B bentlerinde yer alan suç teşebbüs derecesinde kalsa dahi suçun tam cezası ile cezalandırılmaktadır. Gerçekten A bendi ithal veya ithale teşebbüs'ten, B bendi ise ithal veya ihraç veya bunlara teşebbüsten bahsetmektedir. Bu bakımdan sırf kaçakçılık suçlarından yalnız A ve B bentlerine giren hallerde teşebbüsün suçun tam cezası ile cezalandırılacağı sonucuna varmak gerekir (18). 1. maddenin diğer bentlerindeki fiillerde teşebbüsün suçun tamamlanmış cezası ile tecziye edileceğinden bahsedilmemektedir. Bu nedenle 1. maddenin A ve B bentleri dışında kalan suçlara tam veya nakıs teşebbüs olanağı vardır.

1. maddenin A ve B bentlerindeki fiillere, teşebbüs derecesinde kalsalar dahi tam ceza verilmesi o fiillerin tamamlanmış olarak kabulünü gerektirmez. Başka bir deyişle bir fiilin tamamlanmış sayılması başka teşebbüse tam ceza verilmesi başkadır. Kanun koyucu A ve B bentlerindeki suçu tehlike suçu olarak kabul etmiş ve suçun tam cezasını vermiştir. Yoksa onu tamamlanmış olarak kabul etmemiştir (19). Kanun teşebbüsün tam ceza ile cezalandırılacağını kabul etmiş ve F bendinde teşebbüsten ne anlaşılması gerektiğini açıklamıştır. Buna göre kaçakçılık yapmak maksadiyle iera vasıtalarının hazırlanması ve kendi elinde olmayan mani sebepler dolayısıyla fiilin husule gelmemesi kaçakçılığa teşebbüstür. Kanununun F bendinde teşebbüs olarak kabul edilmesini öngördüğü bu tanımın pratikte önemli bir sonucu vardır. Acaba bu tanım bütün kaçakçılık fiilleri için geçerli midir? Başka bir deyişle ister teşebbüsün tam ceza ile cezalandırılacağına ilişkin açık hüküm olsun, ister diğer hallerde teşebbüs duruma bu tanıma göre mi saptanacaktır? Bu konuda iki şekilde düşünmek olanağı vardır:

aa. Kanun F bendinde teşebbüsü tanımlarken «bu kanuna göre» teşebbüs halini belirtmiştir. Binaenaleyh ister kanunda teşebbüsten bahsedilsin ister bahsedilmesin F bendine göre teşebbüsün unsurları saptanacaktır.

(18) Aynı fikir AKALIN-ERKUNT... . 5.

(19) CEBİ, s. 383.

bb. İkinci görüşe göre F bendinde tanımlanan teşebbüs, sadece kanunda özel olarak teşebbüsten açık olarak bahsedildiği hâllere münhasırdır. Başka bir deyişle kanun koyucu özel olarak teşebbüsün tam ceza ile cezalandırılacağı halleri göstermiştir. İşte F bendindeki tanım sadece bu fiiller hakkında geçerlidir. Kanunda açık hüküm olmayan hallerde T.C.K. daki genel ilkeler uygulanacaktır.

Kanaatimizce, birinci görüşü kabul etme olanağı yoktur. Gerçekten özel kanunlarda açıklık olmayan hallerde genel kanun olan T.C.K. uygulanmalıdır (20). 1918 sayılı kanunun birçok maddelerinde örneğin 1. maddenin A ve B bentlerinde, 20. maddede Ek 2. maddede bu konuda açık hüküm vardır ve teşebbüs bu hallerde 1. maddenin F bendine göre saptanacaktır. Bunun dışında kalan hallerde genel kurallar geçerli olacaktır. Örneğin 34. maddedeki suç niteliği itibarıyla teşebbüse müsaait olmayacaktır. 34. Madde ceza yönünden 25/2 ye yollamada bulunmaktadır. 25/2'de yer alan ceza hafif hapis ve hafif para cezalarının kabahatlere mahsus cezalar olduğunu belirtmektedir. Şu halde 34. madde'de yer alan suç kabahat nev'indedir ve genel kural uyarınca kabahatlere de teşebbüs olanağı mevcut olmadığına göre, bu suça da teşebbüs edilemez (21).

Kanunun teşebbüsün kanunda öngördüğü özelliklerde acaba hazırlık hareketleri teşebbüs olarak mı kabul edilmektedir? Bu sorunun cevabı olumlu olmaktadır. Kanun icra hareketlerinin hazırlanmasını arayarak icra hareketlerinden önceye inmektedir. Burada hazırlık hareketleri cezalandırılarak, kaçakçılığa yönelmiş ilk hareketlerden itibaren failin cezalandırılması gerekecektir. Bununla beraber, yapılan hareketler icra hareketlerine yakın olmalıdır. Kronolojik olarak icra hareketinin başlamasına uzak hareketler cezalandırılan hazırlık hareketlerini teşkil etmezler (22).

Esasen kanun icra vasıtalarının hazırlanmasını arayarak bunu zımnen de olsa kabul etmektedir. Beyan edelim ki Yargıtayımız icra vasıtalarının hazırlanması ibaresini bizim anladığımız şekilde yorumlamakta, hatta bu konuda daha da ileri giderek icra vasıtası sayılabilecek bir hususu icra vasıtasının hazırlanması olarak kabul etmektedir. Örneğin bir kararda yolcu kaçak eşyayı muhtevi bavulunu

(20) AKALIN-ERKUNT... s. 6.

(21) Aynı fikir ÖNER.

(22) CEBİ, s. 385.

gümrük bankosu önüne getirmiş ve fakat muayene yaptırmadan gümrüğü terketmiştir. Yargıtayımız bunu icra hareketinin hazırlığı olarak kabul etmemiştir (23). Kanaatimizce bu hareketler hazırlık hareketleri değil icra hareketleri olarak kabul edilmek gerekirdi. Ancak yargıtayın bu sonuca varmasının bir nedeni de kanunda mevcut bulunan «kendi feragatiyle olmıyarak ittihaz edilmiş mani tedbirin» olmamasıdır. Yargıtay bu şekilde hem hazırlık hareketinin teşebbüs sayıldığını kabul etmekte ve hem de birtakım zorlamalarla bunu yumuşatmaya çalışmaktadır.

Hemen belirtelim ki, Yargıtayımızın kararlarında yanlış olarak uyguladığı bir nokta da bütün kaçakçılık eylemlerinde teşebbüsün tam ceza ile cezalandırılması olanağını tanımamasıdır. Örneğin yukarıda naklettiğimiz kararda 14. maddenin uygulanması sözkonusudur ve Yargıtay burada icra hareketlerine hazırlığın cezalandırılmasının münakaşasını yapmaktadır. Halbuki yukarıda da belirttiğimiz gibi bu görüş kanunun ruhuna ve sistemine aykırıdır.

2. Özel kaçakçılık suçları

a. 14. maddedeki suç

aa. Hareket.

Bu suç hareketin sayısı bakımından seçimlik hareketli bir suçtur. Hareketin önemi bakımından ise bağlı hareketlidir.

bb. Netice

Neticesi harekete bitişik bir suçtur. Karal olarak teşebbüs olanağı yoktur. Beyan yapılır yapılmaz suç teşekkül eder.

b. 15. maddedeki suç

aa. Hareket

Seçimlik hareketli bir suçtur, eşyanın manifesto veya barmameye yazılmaması ile suç teşekkül eder.

bb. Netice

Neticesi harekete bitişik bir suçtur. Teşebbüs olanağı yoktur.

c. 20. maddedeki suç

aa. Hareket

Seçimlik hareketli bir suçtur; bağlı hareketlidir.

bb. Netice

Teşebbüsün tamamlanmış; suç gibi cezalandırılacağı kanunda

(23) YCGK, 2.3.1964, 5-55/110 (MENTEŞ - SANAL - EGESELİ, 6).

belirtilmiştir. Suç teşebbüse müsaittir, ancak tam ceza ile cezalandırılır.

d. 25. maddedeki suç

aa. Hareket

Seçimlik hareketli suçtur.

bb. Netice

1. ve 2. fıkradaki suçların cezaları kabahat karşılığı teşkil ettiği için teşebbüse müsaite değildir.

e. 32. maddedeki suç

aa. Hareket

Seçimlik hareketli suçtur.

bb. Netice

Teşebbüs olanağı vardır. Hem tam, hem de nakıs teşebbüs olabilir.

f. 34. maddedeki suç

aa. Hareket

Seçimlilik hareketli suçtur; bağlı hareketlidir.

bb. Netice

Hem tam, hem de nakıs teşebbüs olanağı vardır.

g. 44. maddedeki suç

aa. Hareket

Serbest hareketli suçtur. Her hangi bir taksirli hareket yeterlidir.

bb. Netice

Taksirle işlendiği için teşebbüs olanağı yoktur.

h. 45. maddedeki suç

aa. Hareket

Seçimlilik hareketli suçtur.

bb. Netice

Neticesi harekete bitişik suçtur. Ancak 1. cümledeki tayin olunan kapılardan başka yerlerden memlekete eşya çıkarmak suçuna nakıs teşebbüs olanağı vardır.

IV — MANEVİ UNSUR

Gerek sırf kaçakçılık gerekse özel kaçakçılık suçları birer cürüm olduğundan (25. maddedeki suç hariç) kasden işlenilebilen suçlardır. Bununla beraber 44. maddede yer alan suç taksirli bir suç olduğundan taksirle de işlenebilir.

Burada incelenmesi gerekli bir husus ta 1. maddenin C bendinde yer alan ve bir kast varsayımı getiren hükümdür (24). Gerçekten C bendinde kaçak olarak yurda giren bir malın bilerek nakli, satın alınması, satılması, saklanması veya satılığa arzedilmesi veya buna delalet edilmesi cezalandırılmaktadır. Ancak bu fiillerden nakletmek fiili gümrük mıntıkası hudutları içinde yapılmışsa nâkilin o malın kaçak olduğunu bildiği varsayılır. Başka bir deyişle fail o malın kaçak olduğunu bilmediğini ispat ile yükümlüdür. Bu varsayım gümrük mıntıkası haricinde mutad pazar yerlerinin dışında mal alıp yükleyen nakliyeciler hakkında da caridir. Ancak bu varsayımın geçerli olabilmesi için malın mutad pazar yerlerinin dışında yüklenmesi gerekir.

Kanun koyucu bu istisnai hükümlere bir istisna daha getirmiş ve iskelelerle vapurlar, istasyonlarla trenler arasındaki nakliyatta taşıyıcıların malın kaçak olduğunu bilmedikleri halde kaçakçı sayılmayacaklarını öngörmüştür.

Kanununun 15. maddesinde mücbir sebepten bahsedilerek kusurluluğu bertaraf eden bu sebebin varlığı halinde sebebin makbul olması aranmıştır. Esasen bir vakıanın mücbir sebep olarak kabulü halinde onun makbul olmayacağı öne sürülemediği için artık burada mücbir sebebin makul olmasını da aramak gereği yoktur ve buradaki «makbul» kavramı fazladır.

V — İŞTİRAK

1918 sayılı Kanun kaçakçılık suçlarına iştirak yönünden umumî ceza kanununun sisteminden belirli bazı noktalarda ayrılarak sui generis (kendine özgü) bir iştirak sistemi kabul etmiş bulunmaktadır.

Kaçakçılık suçlarında iştirakin özellik arzettiği başlıca iki şekle rastlamaktayız. Bunlar teşekkül halinde kaçakçılık ve toplu kaçakçılıktır.

1. Teşekkül halinde kaçakçılık

a. Genel olarak

Teşekkül halinde kaçakçılık suçu 1918 sayılı kanununun 26. maddesinde ve 27/1. maddesinde düzenlenmiştir. 26/3'e göre teşekkül halinde kaçakçılık «kaçakçılık ile iştirak etmek maksadiyle 2 veya daha

fazla kimeslerin evvelden anlaşarak birleşmeleridir.» Bu tanıma göre teşekkül halinde kaçakçılığın unsurlarını şu şekilde sıralamak gerekir. Kaçakçılıkla iştigal maksadı, ikiden fazla kişinin bulunması, bu kişilerin evvelden anlaşıp birleşmeleri.

aa. *Kaçakçılıkla iştigal maksadı*

Teşekkül halinde kaçakçılıkta, şerikler arasında bir maksad birliği aranmaktadır. Başka bir deyişle şerikler daha kaçakçılık yapılmadan önce kaçakçılık yapmak maksadiyle anlaşmalıdır. Şeriklerin maksadı kaçakçılık yapmak maksadiyle anlaşmalıdır. Şeriklerin maksadı kaçakçılık kanununun 1. maddesine giren bir kaçakçılık fiilini işlemeleridir (25). İştirak kavramı bu şekilde meydana gelen kaçakçılık suçunun itiyadı bir suç olduğunu gösterir. Gerçekten «iştigal» belirli bir işle uğraşmayı ifade eder. Belirli bir işle uğraşma da bir tek defa o işi yapmayı değil de, bir defadar, fazla o işi yapmayı, bir nevi meslek edinmeyi ifade eder. Bu nedenle bir kaçakçılık suçu için anlaşma teşekkül halinde kaçakçılığa vücut vermez (26).

bb. *2 den fazla kişinin bulunması*

Kanun teşekkülün mevcudiyeti için 2 veya daha fazla kişinin mevcudiyetini şart koymuştur.

cc. *Önceden anlaşıp birleşme*

1918 sayılı kanun ceza kanunumuzun kabul etmiş olduğu sistemden ayrılarak önceden anlaşıp birleşme unsurunu aramıştır. Ceza kanunumuzun sisteminde iştirak iradesi aranmakta ve fakat bu bir birleşme ve anlaşma olarak yorumlanmamaktadır. Bu nedenle müşterek kaçakçılığın iştirakin bir nevi değil de bir çok failli suç şekli olduğu da ileri sürülmüştür (27). *Kanaatimizce* burada çok failli bir suç şekli vardır denemez. Gerçekten çok failli suçlar esasen ilke olarak bir kişi tarafından işlenemezler (28). Halbuki kaçakçılık tek bir kişi tarafından da işlenebilir ve iştirak halinde işlenmesi ağırlaşmış şeklidir. Biz teşekkül halinde kaçakçılığın iştirakin bir şekli olduğunu ve burada iştirak iradesinin daha yoğunlaşmış bir hali ve belirli bir maksad için anlaşıp birleşme olduğunu kabul ediyoruz.

b. *Teşekkül halinde kaçakçılıkta ceza*

(25) 3CD, 8.2.1945, 625/1245 (MENTEŞ - SANAL - EGESLİ, s. 103)

(26) Yargıtayımızın müstakar görüşünün bu olduğunu ifade edelim: CD, 27.12.1957 6943/7267; 5 CD, 13.12.1958, 6180/6794; 5 CD, 16.12.1960, 4811/5744.

(27) DÖNMEZER — ERMAN, II, No. 1233, dip not 174.

(28) DÖNMEZER — ERMAN, II, No. 1193

Teşekkül halinde kaçakçılıkta failer ya kaçakçılık suçunu işlemişlerdir, ya da kaçakçılık suçunun icra hareketleri başlamamıştır. İşte 1918 sayılı kanun bu noktada da T.C.K. dan ayrılmaktadır. T.C. K. göre iştirakin sözkonusu olabilmesi için icra hareketi aranır. Halbuki burada kanun koyucu mücerret birleşmeyi ayrı bir suç haline getirmiştir. Sanki birleşme vasıta suç, kaçakçılıkta gaye suç olmuştur. İşte birleşme halinde idare edenlerle, teşekkülü meydana getirenler cezalandırılmışlardır. 26/2. madde'de teşekkülün kurulmasında bir fonksiyonu olmamalarına rağmen ileride yapılacak kaçakçılık fiilleri için teşkilâta intisap edenler dahi cezalandırılmaktadır.

Ancak şerikler teşekküllerinin kurulmasındaki gaye suçu da işlemişlerse, o zaman 27/1 e göre cezalandırılırlar. Bu taktirde failer hem 26. maddedeki, hem de 27/1 deki suçu işlemişlerdir. Ancak burada suçların içtimaı olarak müterakki suç sözkonusu olacağından yalnız 27/1 e göre cezaya hükmolunur.

2. Toplu kaçakçılık

Toplu kaçakçılık 27. maddenin 2. fıkrasında düzenlenmektedir. Buna göre teşekkül halinde kaçakçılığın dışında ikiden ziyade kimse- nin kaçakçılık suçunu işlemeleri toplu kaçakçılık olarak nitelen- dirilmiştir. Bu şekilde toplu kaçakçılıkta kaçakçılık fiilini ika etmek için önceden bir anlaşma mevcut değildir. Bunun yanında toplu ka- çakçılığın söz konusu olabilmesi için kaçak malın şeriklerin müşte- rek malları olmasının gerekmediği de yargıtay itihadlarında belirtil- mektedir (29). Ayrıca kaçak malın kaçak olduğunun şeriklerce bi- linmesi gerekir. Başka bir deyişle failer kaçakçılık suçuna iştirak et- tiğini bilmelidirler (30). Şeriklerin kaçakçılıktan menfaat sağlaması ise zorunlu değildir (31).

Görülebileceği gibi toplu kaçakçılık, kaçakçılık suçunun T.C.K. hü- kümlerine uygun olarak iştirak halinde işlenmesidir. Bu şekildedeki kaçakçılıkta ne önceden bir anlaşma vardır ne de bütün failerin as- li maddi fail olması zorunludur. Bunun sonucu şu olmaktadırki eğer sırf kaçakçılık suçu teşekkül halinde işlenmemişse ve de iştirak ha- linde işlenmişse ortada zorunlu olarak toplu kaçakçılık suçu vardır.

(29) CGK 11.9.1961. E. 47/49 (MENTEŞ — SANAL — EGESELİ, s. 112)

(30) CGK 14.4.19633, 23/24 (MENTEŞ — SANAL — EGESELİ, s. 113)

(31) CGK 2.6.1969, 286/241 (MENTEŞ — SANAL — EGESELİ, s. 117)

Başka bir deyişle sırf kaçakçılık suçunun iştirak halinde işlenmesi ve bunun teşekkül halinde işlenmiş sayılmaması halinde ortada toplu kaçakçılık vardır diyebiliriz.

Bu konuda çözülmesi gerekli bir sorun da, teşekkül halinde kaçakçılık suçuna iştirak olanağının var olup olamayacağıdır. *Kanaatimizce* teşekkül halinde kaçakçılık suçuna teşekkül mensubu sıfatını taşımadan da iştirak etme olanağı vardır. Örneğin gümrükten kaçak mal çekmek üzere üç kişi anlaşmış olup malı gizlice çekseler ve dördüncü bir kişi bu malı bir vasıtayla oradan istedikleri yere götürse acaba bu dördüncü şahıs neye göre sorumlu olacaktır? Öncelikle diyebiliriz ki bu şahıs teşekküle intisap eden kişi değildir; çünkü önceden bir anlaşması yoktur. Teşekkül halinde kaçakçılığa vasıta temin ederek fer'i şerik durumundadır. *Kanaatimizce* bu şahıs, iştirakte suçun bütün failler için aynı olması gerektiğinden, 27/1'e göre cezalandırılacak ve fer'i maddi şerik olduğundan cezasında indirim yapılacaktır. Burada akla gelecek ikinci bir ihtimal, teşekkül halindeki kaçakçılığa daha sonra iki kişinin daha katılabilmesi olanağıdır. Ancak bu iki kişi teşekkül halindeki kaçakçılığa iştirak etmiş olmalarından dolayı mı, yoksa toplu kaçakçılık nedeniyle mi cezalandırılacaklardır? *Kanaatimizce* burada da genel iştirak kurallarını uygulamak yerinde olurdu. Yani bu iki kişiyi, teşekkül halinde kaçakçılığa iştirak etmiş olmalarından dolayı cezalandırmak gerekirdi. Ancak hemen belirtelim kanunun 33. maddesi bu konuyu düzenleyen özel bir hüküm getirmiştir.

3. Memurların iştiraki

Memurların toplu veya müşterek kaçakçılığa iştirakleri halinde, bunların sıfatlarına göre cezaları ağırlaştırılmaktadır. Ancak bu ağırlatıcı sebep tamamen kişisel olduğundan ilke olarak diğer şeriklere sirayet etmemektedir (32).

4. Kaçakçılık suçuna yardım etme

33. madde, 25., 26, ve 27. maddelerdeki suçlara yardım etme halinde, yardımda bulunanların asıl suçluların gördüğü cezanın yarısına mahkûm olacaklarını belirtmiştir. Ancak yapılan bu yardımın esasen kaçakçılık suçunu —müstakil olarak— teşkil etmemesi gerekir.

(32) 7 CD, 18.9.1969, E. 6290/K. 9062 (MENTEŞ — SANAL — EGESLİ, 156)

Başka bir deyişle kaçakçılık suçunu teşkil etmeyecek surette müzaheret ve muavenette bulunma halinde, örneğin sanığı saklama halinde bu madde uygulama alanı bulur (33).

5. Ceza ehliyetine sahip olmayanları kaçakçılık suçunda kullanma

Kanununun 35. maddesi isnad kabiliyeti olmayanları suçta kullananlar hakkında özel bir hüküm getirmiştir. İştirak kuralları uygulanmış olsa idi, sadece işlenen suçun cezası uygulanacaktı. Halbuki kanun koyucu bunu bir ağırlatıcı neden olarak kabul etmiştir.

VI — MÜEYYİDE

1918 sayılı kanunda öngörülen müeyyidelerden para cezaları özellik arzemektedir. Gerçekten bu kanunda yer alan para cezaları «tazminat kabilinden para cezası» olarak kabul edilmiştir. Bilindiği gibi tazminat kabilinden para cezaları Türk hukukunda içtihatlar ve kısmen de kanunî mevzuat tarafından bazı özellikler taşıyan bir müeyyide olarak gözükmektedir (34). 1918 sayılı kanununun 26. maddesinin dışında kalan para cezalarının bu nitelikte olduğu kabul edilmektedir (35).

Tazminat kabilinden para cezalarına gerek doktrinde, gerekse uygulamada birtakım sonuçlar bağlanmıştır. Bu sonuçlar bu cezanın bazı hallerde bir ceza müeyyidesi, bazı hallerde de hukuk müeyyidesi olmasını gerektirmektedir. Aşağıda belirteceğimiz özelliklerin dışında bu müeyyide ceza müeyyideleri hakkında uygulanan kurallara tabi olmaktadır :

1. Bu cezalar tecil olunmazlar. Gerek T.C.K. nun 92. maddesinde gerekse 1918 sayılı kanunda bu cezaların tecil olunamayacağına ilişkin açık hüküm vardır.

(33) 5 CD, 24.9.1957, E. 4377 - K. 5133 (MENTEŞ — SANAL — EGESELİ, 167)

(34) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. DONAY, s. 145 ve son.

(35) 3 CD, 17.5.1945, E. 4500/K. 4790: «1918 sayılı kanununun 26. maddesindeki para cezalar amme nevindedir.» (MENTEŞ — SANAL — EGESELİ, 104).

2. Takdiri hafifletici sebepler dolayısıyla bu cezalarda indirim yapılamaz (36).

3. Bu cezalar ancak müdahale dilekçesinde gösterilen miktar kadar hükmolunabilir. Ancak ilgili idare müdahil sıfatıyla davaya müdahale etmese dahi, mahkeme görevinden ötüğü para cezasına hükmedebilir (37). Kanunun 57. maddesinin son fıkrası bu yetkiyi tanımaktadır.

4. Cumhuriyet Savcılarının bu cezalara ilişkin hükümleri temyiz yetkileri yoktur (38).

5. Bu cezalara mahkûmiyet nisbi harç ve nisbi vekâlet ücretine tabidir (39).

6. 1918 sayılı kanunun 56. maddesi yargıtayımız tarafından bu cezaların da idarenin uyuşma hakkına konu olabileceğini belirtir nitelikte kabul edilmiştir (40).

7. Bu nevi para cezalarında yaş küçüklüğü nedeniyle indirme yapılamaz (41).

8. Tazminat kabilinden para cezaları 5435 sayılı kanun gereğince misil arttırmasına tâbi değildir.

9. Sulh Hakiminin ceza kararlarıyla hüküm verebilmek olanağı mevcut değildir (42).

10. Bu cezalar tekerrüre esas teşkil etmezler (43).

11. Bu cezalar müşterek suçlulardan, birbirine müteselsil kefil olmak üzere tahsil edilir (44). Kanunun 46. maddesi açık olarak «müşterek kaçakçılıkta» failer hakkında hükmolunacak para cezasından herbirinin müteselsilen kefil olacağını belirtmektedir.

12. Tazminat kabilinden para cezalarının infazı 647 sayılı infaz

(36) YCGK, 18.12.1967, E. 7— 422/K. 373: «1918 sayılı kanunda yer alan para cezaları 59. maddeye göre indirilemez.» (İKİD, Ağustos 1968, S. 92, s. 6292)

(37) İç. B. B. GK. 13.2.1935, E. 72/K. 3 (MENTEŞ — SANAL — EGESELI, 241)

(38) YCGK, 5.12.1966, E. 7-520/K. 452 (RKD, Mart 1967, S. 3, s. 18).

(39) YCGK, 9.2.1970, E. 7-227/K. 63 (İKİD, 1970, S. 113, s. 8557).

(40) YCGK, 27.1.1969, E. 562/K. 132 (MENTEŞ-SANAL-EGESELI, 788).

(41) 3CD, 10.4.1951, E. 3018/K. 2280 (TİK, 1952 Cilt I, no. 1025).

(42) 3CD, 30.3.1951, E. 2044/K. 2327 (TİK, 1952, Cilt I, no. 1025).

(43) 5CD, 10.5.1955, E. 2390/K. 1998 (MENTEŞ-SANAL-EGESELI, 190).

(44) YCGK, 18.12.1967, E. 7-422/K. 373 (İKİD, Ağustos 1958, s. 6292):

kanununa göre değil 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü hakkındaki kanuna göre yapılmaktadır. Bununla beraber 647 sayılı kanunun bazı hükümleri de uygulama alanı bulmaktadır. Örneğin hapse tahvil tasafı, ödeme yeteneği olmayanlar hakkında alıştırma tedbirinin uygulanabilmesi gibi.

56. maddeye göre ilâm savcının tetkikinden geçtikten sonra ilgili kamu kurumuna tevdi edilir. Bu ilgili kurum Gümrük Bař Müdürlüğüdür. Bař Müdürlük bir ödeme emri tanzim ederek mahkûma tebliğ eder; mahkûm tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde para cezasını ödemekle yükümlüdür. Para cezasının takside bağlanıp bağlanmayacağı, eğer bağlanacaksa sürenin ne kadar olacağıın takdiri ilgili kuruma ait olmaktadır (45). Bunun dışında infazın sağlanması için alınacak tedbirlerin neler olabileceği 6183 sayılı kanuna göre düzenlenmektedir.

SONUÇ

Görüleceği gibi kaçakçılık kanunu genel ceza kanunumuz ilkelereinden ayrılan kendine özgü bazı kurallar getirmektedir. Bu şekildeki bir sapma elbetteki kanunun özellik arzeden bir alanı düzenlemesidir. Bununla beraber belirtelim ki özellikle Yargıtayımız belirli bazı konularda kanunun amacına aykırı düşen çözüm şekilleri getirmiştir. Bizce yüksek mahkememizin böyle bir sonuca varmasının başlıca nedeni kaçakçılık kanununda yer almış bulunan suçları sistematik bir ayırma tabi tutmamasından ortaya çıkmaktadır. Yukarıda da önerdiğimiz gibi kaçakçılık suçlarını sırf kaçakçılık suçları ve özel kaçakçılık suçları olarak ayırma halinde bir çok güçlükler kendiliğinden çözümlenmiş olacaktır.

Bunun dışında yine yukarıda belirttiğimiz gibi 1918 sayılı kanunda mevcut olan çelişki ve aksaklıkların da yeni bir tadil ile giderilmesi zorunlu olmaktadır.

(45) MENGÜÇ, Ceza İnfaz Hukuku ve İnfaz Müesseseleri, İstanbul 1968, s. 173.