



NKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 2022(1), 217-262

DOI 10.51562/nkuhukuk.2022319

<https://dergipark.org.tr/tr/pub/nkuhukuk>

Başvuru:02.05.2021

Kabul:11.04.2022

NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

MÜSADERENİN MÜLKİYET HAKKI İLE İLİŞKİSİNİN ANAYASAL AÇIDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

*Dr. Ahmet Korhan MASTI * ve Abdullah DÖLEN*

ÖZ

12/10/2004 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak 01/06/2005 de yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, hukukumuza önemli yenilikler ve düzenlemeler getirmekte, en önemlisi de çalışmamızın konusunu oluşturan müsadere konusunda da önemli yenilikler getirmektedir. 765 sayılı TCK'nin 36. maddesinin karşılığı olarak 5237 sayılı TCK'da madde 54 ve 55' de düzenlenmiş olan müsadere 765 sayılı kanunun aksine, eşya müsadere ayrı bir maddede, kazanç müsadere ayrı bir madde de düzenlenmiştir. Müsadere ile ilgili bu çalışmamız müsadere kavramının tanımı, müsaderenin amacı ve hukuksal niteliğine ilişkin görüşler, müsaderenin çeşitleri, ardından elkoyma, muhafaza altına alma, mülkiyetin kamuya geçirilmesi gibi müsaderenin benzer kavramlarla ilişkisine değinilecektir. İkinci bölümde müsadere ile mülkiyet hakkı ile ilişkisi 1982 anayasasında mülkiyet hakkı ve sınırlanması anayasal uygunluğu, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejimi çerçevesinde incelenecektir. Çalışma ile amaçlanan müsadere konusunun açıklanması ve müsaderenin Anayasa hükümleri ile koruma altına alınan temel hak ve özgürlüklerden mülkiyet hakkına etkisinin ortaya konulmasıdır. Nitekim, müsadere ile kamu düzeninin korunması, suç ve suçlu ile mücadele amaçlanmakta, fakat başta mülkiyet hakkı olmak üzere hak ve menfaatler üzerinde sınırlayıcı veya ortadan kaldırıcı etkileri bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler Müsadere, Müsadere yargılaması, Anayasa, Mülkiyet hakkı, Mülkiyet hakkının sınırlandırılması

* Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

** Çubuk Cumhuriyet Savcısı



CONFISCATION LAW AND RIGHT TO PROPERTY

*Dr. Ahmet Korhan MASTI ** ve Abdullah DÖLEN*

ABSTRACT

The Turkish Criminal Law No. 5237 and the Law of Criminal Procedure Law numbered 5271, which were published in the official newspaper dated 12/10/2004 and entered into force on 01/06/2005, bring important innovations and regulations to our law. The most importantly, it brings important innovations in confiscation, which is the subject of our thesis. Contrary to the law numbered 765 to the confiscation regulated in Articles 54 and 55 of the Turkish Criminal Law numbered 5237 in return for the article 36 of the Turkish Criminal Code numbered 765, the goods confiscation is regulated in a separate article, and the confiscation of earning is regulated in a separate article. This work on confiscation consists of two parts; In the first part, the definition of the concept of confiscation, the purpose of the confiscation and the opinions about the legal quality, the types of confiscation are explained under the titles of general confiscation and private confiscation, compulsory confiscation and discretionary confiscation, property confiscation and gain confiscation, and then the relation of confiscation with similar concepts will be mentioned such as; seizure, bulwark, alienation to the public. In the second part, the relationship with confiscation and the right to property will be examined constitutionally from the 1982 constitution. The purpose of the study is to explain the subject of confiscation and to reveal the effect of confiscation from the fundamental rights and freedoms protected by the Constitutional provisions on the right to property. Indeed, protection of public order by confiscation, being up against offense and criminalis aimed, but it has restrictive or eliminating effects on rights and interests, especially the right to property.

Keywords Confiscations, Security measures, Confiscations of earnings, Goods confiscation, Trial of confiscation, Execution of confiscation, Constitution, Right to own property, European Court of Human Rights, The Restriction of the right to own property

** Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi
** Çubuk Cumhuriyet Savcısı

Extended Summary

The conjugal union is highly valuable for Turkish society, and the family union formed by marriage is accepted as the foundation of society. Thus, it is essential for the couples to get to know each other before the conjugal union is established. Moreover, they need a process to prepare for marriage. This process that couples go through before marriage is called engagement. Engagement refers mutual declaration of intention of woman and man to marry one another. The situation that starts with the realization of the engagement and continues until the end of the engagement for marriage or any other reason is also called engagement.

Engagement is not conditional on form, thus the parties may declare their intention to marry in front of the community or only to each other. Which words or behaviors can be counted as the presence of the intention to be engaged should be determined according to the customs and traditions of the environment in which the parties live, and the personal situations of the parties.

Engagement terminates when the parties marry each other. However, although the purpose of the engagement is for the parties to marry in the future, sometimes the engagement may terminate for reasons depending on the parties while sometimes it may not be depended on the parties. These reasons are the marriage of one or both engaged parties, the court order for death or absence of either party, the parties' agreement to terminate the engagement, the unilateral termination of the engagement by either party, the emergence of a definite obstacle to marriage or the impossibility of marriage, the fulfillment of the disruptive condition, and the presences of some conditions that cause defective intention.

In the event that the engagement is terminated for any reason other than marriage, the reason is important in terms of evaluating the material and moral compensation that are the consequences of the termination of the engagement. In case the engagement is terminated unilaterally, the party who terminates the engagement without a just cause or is at fault may pay material and moral compensation.

The subject of pecuniary compensation consists of the expenses incurred within the scope of preparation for marriage during the engagement period and the damages incurred due to the engagement, that is, the negative damages based on the trust that the marriage will take place. In addition to the fiancée, pecuniary compensation can also be claimed by the fiancée's mother and father or by persons acting as their parents.

The subject of moral compensation comprises of the violation of the personality rights of the party upon termination of engagement, who is not at fault to terminate the engagement, and the pain and suffering caused by this violation. Moral compensation may only be claimed by the engaged parties, since it is a strictly personal right.

In the event that the engagement is terminated for any reason other than marriage, the gifts given by the engaged parties may be requested to be returned. In other words, it is sufficient for engagement to terminate for a reason other than marriage. Legally, the right to demand the return of gifts, just as in monetary compensation, is also granted to fiancée's mother and father or by persons acting as their parents, apart from the fiancée. Lawsuits to be filed due to termination of engagement are subject to a one-year statute of limitations.

GİRİŞ

26/9/2004 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) genel kurulunda kabul edilen ve 12/10/2004 tarihli Resmî Gazete 'de yayımlanarak 01.06.2005 tarihi itibari ile yürürlük kazanan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK)¹ hukukumuzda getirdiği yeni ve önemli düzenlemelerden biri de müsadere'dir. TCK'nin 54 ve 55. maddelerinde düzenlenmiş olan müsadere, 765 sayılı Türk Ceza Kanun'da (TCK)² 36. maddede düzenlenmişti. 5237 sayılı TCK'da 765 sayılı TCK'dan farklı bir şekilde, müsadere kurumu eşya ve kazanç müsadere şeklinde farklı iki maddede düzenlenmiştir.

Müsadere konusunda 5237 sayılı TCK'da getirilmiş olan yenilikleri şu şekilde sıralanabilir³:

Yeni düzenlemeler neticesinde müsadere'nin hukuki niteliğinin ne olduğu hususundaki tartışmalara son verilerek, güvenlik tedbiri olarak kabul edilmiştir, başlı başına bir ceza değildir,

Söz konusu eşyanın müsadere'sine karar verilebilmesi için, eşyanın iyi niyetli üçüncü şahıslara ait olmaması şartı açıkça madde metninde hüküm altına alınmıştır,

İtibari değer'in müsadere'sine karar verilebileceği hüküm altına alınmıştır,

Orantılılık ilkesi müsadere içinde getirilmiştir,

Kısmi müsadere artık şartlarının varlığı hâlinde mümkün olmaktadır,

Müsadereye konu eşyanın ortak eşya olması hâli düzenlenmiştir,

Müsadere'nin yalnızca "kasıtlı suçlar" da söz konusu olabileceği hüküm altına alınmıştır,

Müsadere'nin tüzel kişiler hakkında da uygulanacağı kabul edilmiştir,

5237 sayılı TCK ile getirilen önemli düzenlemelerden birisi de müsadere konusunun artık sadece TCK'da düzenlenmiş olmasıdır. Kural olarak diğer yasalarda yer alan müsadereye ilişkin hükümler 2006 yılında bir kısım değişikliklere uğrayan TCK'ye uyum için 08.02.2008 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan 5728 sayılı "*Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*" ile kaldırılarak veya 5237 sayılı ceza kanununun 54. ve 55. maddesine yollama yapılmak suretiyle, genel hükümler kısmında gidilmeye çalışılan uygulama birliğine, böylelikle müsadere

* Dr. Öğretim Üyesi, Çağ Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, akmasti@cag.edu.tr, ORCID 0000-0002-5288-2960 ** Çubuk Cumhuriyet Savcısı

¹ 26/09/2004 tarih ve 5237 sayılı Kanun, RG. 12.10.2004, S.25611

² 01/03/1926 tarih ve 765 sayılı Kanun, RG. 13.03.1926, S.320

³ Osman Yaşar ve Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt II (1st edn, Adalet Yayınevi 2010) 1752-1753

konusunda da uyulmuştur. Şu an bu konuda getirilen tek istisna 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu⁴ madde 13 olduğu söylenebilir.

5237 sayılı TCK'da müsadere hususunda ayrıntılı hükümler getirilmiş olmasının nedeninin; 765 sayılı TCK'da yer almayan fakat uygulama ile dahil olan hususları ve mülkiyet hakkına müdahaleyi suçta ve cezada kanunilik ilkesine çerçevesinde kanuni çerçeveye alma istediği olduğu savunulmaktadır⁵.

Müsadere, bir kimsenin menkul veya gayrimenkul malın mülkiyetinin veya kazancın, kanunda öngörülen şartların gerçekleşmesi hâlinde mahkeme kararıyla malikinin rızasına bakılmaksızın devlet tarafından zorla elinden alınmasıdır. 5237 sayılı TCK ile müsadere konusunda ayrıntılı hükümler getirilmiştir. TCK'da müsadere kurumunun hukuki niteliği olarak güvenlik tedbiri olduğu açık bir şekilde kabul edilmiştir.

Müsadere kurumu suçla mücadelede, suç işleyerek elde edilen kazancın önlenmesi açısından önem arz etmektedir. Müsadere, mülkiyet hakkını sona erdirdiğinden anayasamızda düzenlenerek koruma altına alınan ve insanlık tarihinin ilk dönemlerinden bu yana doğal, dokunulmaz bir hak olarak kabul edilen mülkiyet hakkı ile ilişkisi de konumuz açısından önem arz etmektedir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'nın⁶ temel haklar ve ödevler başlıklı ikinci kısımda kişinin hakları ve ödevleri bölümünde 35. maddede mülkiyet hakkı düzenlenmiştir. Anayasamız bu madde ile herkesin mülkiyet ve miras hakkına sahip olduğunu belirterek mülkiyet hakkını koruma altına almıştır. Devamında mülkiyet hakkının kendisinin kamu yararı amacının varlığı hâlinde, hakkın kullanılmasının ise toplum yararı amacıyla sınırlanabileceğini düzenleyerek hakkın sınırlanabileceği hususunu da düzenlemiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) bireysel başvurulara ilişkin yayınlamış olduğu ihlal kararlarının hak ve özgürlüklere göre dağılımına ilişkin istatistiğinde; hak ihlali açısından bu ihlallerin birinci sırasında %32,1 oranla adil yargılanma hakkı gelirken ikinci sırada ise %22,2 oranla mülkiyet hakkı gelmektedir.⁷

Bu kapsamda müsadere ile ilgili bu çalışmamız iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümünde müsadere kavramının tanımı ve müsaderenin çeşitleri, benzer kavramlarla ilişkisi ele alınmıştır. İkinci bölümde müsadere ile mülkiyet hakkı arasındaki ilişki, 1982 anayasasında

⁴21/03/2007 tarih ve 5607 sayılı Kanun, RG, 31.03.2007, S.26479

⁵Tahir Hami Topaç, 'Eşya Müsaderesi (TCK. 54)' (2013) 0(2), Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 49 <<http://www.uyusmazlik.gov.tr/Resimler/Pdfler/Makaleler/30-11-2017tahirhamitopac.pdf>> Erişim Tarihi 10 Kasım 2020

⁶18/10/1982 tarih ve 2709 sayılı Kanun, RG. 09.11.1982, S.17863

⁷AYM, 'Bireysel Başvuru İstatistikleri (23/9/2012-31/12/2019)' 17 <<https://www.anayasa.gov.tr/tr/bireysel-basvuru/istatistikler>> Erişim Tarihi 10 Nisan 2020

mülkiyet hakkı ve sınırlanması anayasal açıdan incelenerek, müsadere anayasaya uygunluğu anayasal açıdan değerlendirilmektedir.

I. MÜSADERE KAVRAMI

Günümüz hukuk sistemlerinde, neredeyse bütün ülkelerin ceza hukuku sistemlerinde müsadere aynı kavram altında olmasa da yer almaktadır. Fakat müsadere tarihi ise Roma hukukuna kadar dayanmaktadır. Romalılar savaşta işgal ettikleri devletlerin arazilerinin bir kısmını müsadere ederek devletin mülkiyetine geçirirlerdi. Bu şekilde devlete geçen arazi satılarak ya da kiraya verilerek devlete gelir sağlanırdı. Ayrıca müsadere cezası devlete karşı işlenen suçlarda uygulanmış veya birtakım yasak olan eski dini ayinleri yapanların veya arazisinde yapılmasına müsaade edenlerin eylemleri suç sayılıp malları da müsadere edilmiştir⁸.

Genel müsadere 1810 Fransız Ceza Kanununda da varlığını devam ettirmesine rağmen, 1789 Fransız İhtilalinde cezaların şahsiliği prensibini ve mülkiyet hakkını yok saydığı için eleştirilmiştir. İslam hukuk düzeninde kamu görevlilerinin devlet namına çalışırken iktisap ettikleri malların kamuya ait olduğunun benimsenmesi kuralına dayanan müsadere, Türk hukuk sisteminde ise ilk defa 1451 yılında Fatih Sultan Mehmet döneminde benimsenmiştir. 1453 yılında Çandarlı ailesinin malları müsadere edilmesi ile de ilk kez uygulanmıştır. Müsadere kuralında temel amaç, devlette önemli rütbelerde bulunan kişilerin ölümünden sonra geriye zaten mal bırakamayacakları düşüncesi ile dürüst davranmasını sağlamaktır. 16. yüzyıla gelindiğinde ise mal varlığının tamamı yerine bir kısmı müsadere edilip, bir kısmı mirasçılara intikal ettirilmekteydi. İlerleyen dönemlerde bu sistemin kötüye kullanılması ile II. Mahmut müsadere sadece kamu malı olduğu mahkeme kararı ile sabit olan mallara uygulanabileceği kuralını getirmiş fakat Tanzimat ilan edildikten sonra bu kural kaldırılmıştır⁹.

Müsadere kavramı, hem 765 sayılı TCK'da hem de 5237 sayılı TCK'da aynı kavram olarak kullanılmıştır. Müsadere anlamı sözlükte "*zor alım*" Osmanlıca sudur kelimesinden anlamı ise "*yasak edilen bir şeyin kanuna göre elden alınması*" anlamına gelmektedir¹⁰. Müsadere TCK'da 54. ve 55. maddelerde düzenlenmiştir.

5237 sayılı TCK'nin 54. maddesinin gerekçesinde ise müsadere ve müsadere yanında suç neticesinde bireylerin mülkiyetinin kaldırılarak devletin mülkiyetine geçmesi şeklindeki yaptırımlar yasa tasarısında "*fer'i ceza*" şeklinde düzenlenmiştir. Bir şey üzerindeki mülkiyetin devlete geçmesini sonuçlayan yaptırım olan müsadere yanında "suç nedeniyle mülkiyetin

⁸Abdulkadir Certel, Müsadere, (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2008) 17

⁹Certel, (n 8) 17-18

¹⁰Sesli Sözlük <<https://www.seslisozluk.net/m%C3%BCsadere-nedir-ne-demek>> Erişim Tarihi 01Ocak 2021

devlete geçmesi” adında ayrı bir yaptırım düzenlemesinin hem kavramsal olarak kargaşa yaratacağı hem de bilimsel açıdan yanlış olduğu gerekçede belirtilmektedir. Ayrıca, yasa tasarısında müsadere yaptırımını ceza olarak önceden kararlaştırılmasına karşın, müsadereye karar verilebilmesi için işlenen suç nedeniyle, neticede hiç kimse hakkında mahkûmiyet kararı verilmemiş olsa dahi müsadereye karar verilebileceği hüküm altına alınmıştır. Zira diğer yandan ayrıca cezalandırıcı niteliği de olan müsadere yaptırımına, mahkûmiyet kararı verilmeden karar verilemeyeceği ortadadır. Tasarıda bu hususların ortaya çıkaracağı sakıncaların ortadan kaldırılarak müsaderenin Anayasada koruma altına alınan mülkiyet hakkına helal getirmemesi için, TCK’da suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen eşyanın müsaderesi hususunda karar verileceği kabul edilmiştir¹¹.

Arapça kökeni olarak "meydana çıkma, olma" anlamındaki "sudur" sözcüğünden türetilmiş olan "müsadere" kelimesi özel mülkiyetin bedelsiz olarak devletin veya hükümdarın mülkiyetine geçmesi gibi anlamların yanında, kanunlarda yasaklanan eşyaların devlet tarafından "zapt edilmesi" şeklinde de kullanılmaktadır. Sahibinin rızası olmaksızın bir malı zorla alma anlamına gelen "gasb" ile müsadere bazen aynı anlamda algılanmışsa da gaspın aksine müsaderenin genellikle hukuki bir temele dayandırıldığı söylenebilir¹².

Zapt ile müsaderenin farklı olduğunu belirten bir görüş; zaptı zilyetliği geçici olarak kaldıran usulî işlem, müsadereyi ise malın mülkiyetinin devlete geçmesi sonucunu doğuran kesin bir tedbir olarak ifade etmiş, fakat genellikle zaptın müsadereden önce yapılan bir işlem olmasından dolayı "zapt ve müsadere olunur" şeklinde iki kavramın birlikte kullanılmakta olduğunu belirtmiştir¹³.

Ceza hukuku anlamında müsadere ise ilgili maddelerde de düzenlendiği üzere işlenmiş olan suçun karşılığı olarak suçun failinin mal varlığının bütünü ya da bir parçası üzerinde sahip olduğu mülkiyet hakkının sona erdirilerek, söz konusu mülkiyet hakkının kamusal makamlara devredilmesidir.

Doktrinde müsadereye ilişkin farklı tanımlar yapılmakla birlikte bu tanımlamalar genel olarak benzer niteliktedir.

¹¹ TBMM Mevzuat Bilgi Sistemi, ‘Türk Ceza Kanunu 54. madde gerekçesi’ <<https://mevzuat.tbmm.gov.tr>> Erişim Tarihi 18.03.2021

¹²Doğan Gedik, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Müsadere (2nd edn, Adalet Yayınevi 2016) 5

¹³Abdullah Pulat Gözübüyük, Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi (5th edn, Kazancı Hukuk Yayınları 1988) 334

Dönmezer ve Sahir'e göre; *"işlenen bir suç karşılığı olarak suçlunun mal varlığının tamamı veya bir kısmı üzerindeki mülkiyetinin ortadan kaldırılması ve bu mülkiyetin kamusal karakter gösteren bir kuruluşa devredilmesidir."*¹⁴

Gözübüyük'e göre; *"kanunda yazılı hâllerde belli bir veya birkaç şeyin sahibinin mülkiyetinden devletin mülkiyetine geçirilmesidir."*¹⁵

Centel, Zafer ve Çakmut'a göre; *"mahkûmiyetin sonucu olarak bir eşyanın veya kazancın mülkiyetinin devlete geçmesi"* demektir¹⁶.

Hakeri'ye göre; *"bir şeyin mülkiyetinin devlete geçmesini sonuçlayan bir yaptırımdır"* denilmektedir¹⁷.

Toruslu'ya; *"yeni suçların işlenmesini önlemek amacıyla, cezai nitelikteki hukuka aykırı fiillerden kaynaklandığı veya bunların işlenmesi ile ilgili olduğu için suç düşüncesini ve suçun çekiciliğini canlı tutan eşyaya devlet lehine el konulmasıdır"*¹⁸

Doktrindeki farklı görüşler kişinin eşya üzerindeki mülkiyet hakkının devlete geçmesi neticesinde sona ermesini temel alarak müsadere kavramını açıklamaktadır.

Yargıtay uygulamalarında müsadere yerine *"zoralım"* teriminin kullanıldığı da görülmektedir¹⁹. Örnek bir kararı *"5237 sayılı TCK'nin 54/1. maddesi uyarınca zoralım kararı verilebilmesi için zoralıma konu aracın iyi niyetli üçüncü kişilere ait olmaması gerektiği"*²⁰ şeklindedir. Yargıtay'ın bu şekildeki kullanımı kavramsal karışıklığa yol açabileceği için eleştirilebilir.

Bu tanımları hep birlikte değerlendiren diğer bir yazar, genel olarak müsadereyi kanunda şartları yazılı, belirli durumlarda *"belirli eşyanın mülkiyetinin veya kazancın mahkeme kararıyla sahiplerinden alınarak devlete verilmesini sağlayan ve bazen ceza bazen de tedbir olarak uygulanan ve hukuki niteliği güvenlik tedbiri kabul edilmiş olan"*, bir yaptırım türü olarak tanımlamaktadır²¹.

¹⁴Sulhi Dönmezer ve Erman Sahir, Nazari Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II (10th edn, Beta Yayınevi 1994) 709

¹⁵Gözübüyük (n 13) 334

¹⁶Nur Centel ve Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş (5th edn, Beta Yayınevi 2008) 761

¹⁷Hakan Hakeri, Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları Genel Hükümler (3th edn, Seçkin Yayıncılık 2005) 349

¹⁸Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım (14th edn, Savaş Yayınevi 2009) 409

¹⁹Yar. CGK, E. 8-778, K.1795, 02.10.2012 (UYAP) <https://uyap.gov.tr> Erişim Tarihi 10.09.2020

²⁰Yar. 7. CD, E. 2015/24667, K. 2019/36275, 24.10.2019, (UYAP) <https://uyap.gov.tr> Erişim Tarihi 17.12.2020

²¹Gedik, (n 12) 8

Kasten işlenen bir suçun işlenmesinde bizzat kullanılan²² veya bizzat kullanılmamakla birlikte söz konusu suçun işlenmesine tahsis edilen²³ veya işlenen suç neticesinde meydana gelen eşyanın müsadere edileceği 54. maddenin ilk fıkrasında düzenlenmiştir. 54/1. maddenin ikinci cümlesinde suçun işlenmesinde kullanılmak amacıyla hazırlanmış olan eşyanı kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlâk açısından tehlikeli olması hâllerinden birinin varlığı hâlinde müsadere edileceği düzenlenmiştir. 54/4. maddesinde ise üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşyanın²⁴ müsadere edileceğini, bu konuda takdire yer vermeyecek şekilde düzenlenmiştir.

Kazanç müsaderesini düzenleyen 55. maddede ise, suçun işlenmesi neticesinde elde edilen menfaatlerin (taşınır, taşınmaz eşya, para, altın, döviz, bono, çek, poliçe gibi), bizzat suçun konusunu oluşturan (hırsızlık suçunda taşınır eşya) ya da söz konusu suçun işlenmesi amacı ile faile sağlanan maddi menfaatlerin ve bu menfaatlerin değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi neticesinde meydana gelen ekonomik kazançlar üzerindeki mülkiyetin ya da hakkın devlete geçirilmesini²⁵ hüküm altına almaktadır.

II. EŞYA KAVRAMI

Eşya müsaderesinin konusunu eşya oluşturduğundan, eşya kavramına da değinmek yerinde olacaktır. Sadece maddi varlığı olan şeyleri eşya kapsamında değerlendiren tanımlamaya göre hukuki anlamda eşya; üzerinde bireysel hâkimiyet kurmaya imkân sağlayan ve ekonomik anlamda bir değer taşıyan, kişiler dışındaki cismani varlıklar olarak tanımlanabilir. Fakat Türk Medeni Kanunu'nun (TMK)²⁶ aynî hak konusu (objesi) olarak sadece eşyayı kabul etmediği belirtilmelidir. Fikir ve sanat eserleri ve buluşlar (icadlar) üzerinde klasik anlamda mülkiyet hakkının varlığının aksine, başka bir kategoride olan ve fikri hak şeklinde adlandırılan mutlak bir hakkın varlığı kabul edildiğinden gayri maddi eşya olarak - bazı hukuk düzenlerinde- isimlendirilen fikir ve sanat eserleri ve buluşlar bugün bizim hukukumuzdaki eşya kavramının dışında kalmaktadır. Fakat tablo veya heykel gibi fikir ve sanat eserlerini somutlaştıran, maddi bir varlığa büründüren şeyler eşya niteliğine sahiptir²⁷.

²²Örneğin; kasten yaralama suçunda kullanılan silah niteliğindeki her türlü eşya, bıçak, sopa, ip vb.

²³Eşya suçun işlenmesinde bizzat kullanılmamaktadır. Önemli olan eşyanın suç işlenmesi için sürekli bir şekilde hazır olarak bulundurulmasıdır.

²⁴Örneğin; 6136 sayılı yasaya aykırı ateşli silahlar veya bıçaklar, sahte para, sahte kimlik, pasaport, ehliyet vb.

²⁵Gedik, (n 12) 9

²⁶22/11/2001 tarih ve 4721 sayılı Kanun, RG. 08.12.2001, S.24607

²⁷Kemal Oğuzman ve Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku (12th edn, Filiz Kitabevi 2009) 6-7

TMK'nin dördüncü kitabında eşya konusunda taşınır eşya ve taşınmaz eşya olarak ikili bir ayrıma gidilmiştir. Özüne zarar verilmeksizin bir yerden başka bir yere taşınabilen eşya taşınır (telefon, kitap, ziynet eşyası) eşya şeklinde, özüne zarar vermeksizin taşınamayan eşya (ev, arsa) ise taşınmaz eşya şeklinde tanımlanmaktadır.

O hâlde silah kaçakçılığı ticaretinde veya uyuşturucu ticaretinde kullanılan bir gemi, bir araç, sınırdan kaçak eşya kaçırmak amacı ile kullanılan bir katır, üretilmesi ve bulundurulması yasak olarak kabul edilen bir bitki (Hint keneviri), kasten yaralama suçunda kullanılan takma bacak vb. eşya sayılmaktadır. İşte bu tarz eşyaların müsaderesi kanunda yazılı şartlar oluştuğu takdirde yine yasada yazılı usule göre mümkündür²⁸.

Eşyanın mütemmim cüzünün, yani asıl eşyanın temel unsurunun, diğer anlamı ile eşyanın bütünleyici parçasının müsaderesi hususuna gelince, mütemmim cüzler asıl eşyanın temel unsurunu oluşturduğundan asıl eşya ile birlikte müsadere edilebilir. Örneğin bir arabanın aküsü, motoru, tekerleri asıl eşya olan arabanın bütünleyici parçası olduğu için arabadan fiziki olarak ayrılabilse de hukuken ayırlamayacağından asıl eşya olan araba ile müsadere edilebilir. Teferruat (eklenti) ise asıl eşyanın temel unsuru olmadığı için ve asıl eşyadan ayrılabilirdiği için, asıl şey ile suçun işlenmesinde birlikte kullanılarak suçun işlenmesinde görev ifa ederek katkı sağlamamışsa, kural olarak asıl eşya ile birlikte müsadereye tabi değildir. Fakat eklenti, suçun işlenmesi esnasında bir görev ifa ederek suçun işlenmesine katkı sağlamış ise müsadere edilir. Örneğin bir traktörün römorku teferruatır, suçun işlenmesinde kullanılmış olan ve asıl eşya niteliğindeki traktörle birlikte müsadere edilmez, ancak römorka gizli bölme yapılarak bu bölmede uyuşturucu saklanmış ise römork ve traktörün ikisi de suçun işlenmesinde bir görev ifa ettiği için, römork ve traktörle birlikte müsadereye tabidir²⁹.

III. MÜLKİYET HAKKI KAVRAMI

Kısaca hak, hukuken korunan ve sahibine bu korunmadan yararlanma yetkisi tanınan menfaattir³⁰.

TMK'de mülkiyet kavramı tanımlanmamıştır. Anayasamızın 35. maddesi de temel haklar ve özgürlükler arasında yer vererek koruma altına aldığı mülkiyet hakkının temel kavramı olan mülkiyeti tanımladığı söylenemez. TMK mülkiyeti tanımlamamakla birlikte, madde 683 hükmü ile mülkiyet hakkının içeriğini ve sınırlarını belirlemektedir.

²⁸Mustafa Artuç, Hüküm Kurma Sanatı (6th edn, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları 2015) 340

²⁹Artuç, (n 28) 341

³⁰Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, Medeni Hukuk Giriş Kaynakları Temel Kavramlar (13th edn, Arıkan Basım Yayın 2006) 105

Madde hükmü, bir şeye malik olan kişinin söz konusunu şeyi hukuk sistemine aykırı olmamak kaydı ile; dilediği gibi kullanabileceğini, o şeyden dilediği şekilde yararlanabileceğini ve dilediği gibi tasarrufta bulunabileceğini düzenleyerek mülkiyet hakkının kapsamını ve malikin söz konusu şeyi haksız bir şekilde elinde bulunduran bir kişiye karşı İstihkak davası açabileceği ya da her ne şekilde olursa olsun haksız el atmanın önlenmesi dava edebileceği şeklinde hakkın korunma kapsamını düzenlemektedir.

Gerek TMK madde 683 düzenlemesi, gerekse eşya hukukunun temel esaslarının tamamı göz önüne alındığında mülkiyet hakkı "eşya üzerinde en geniş yetkiyi sağlayan aynı hak" olarak tanımlanabilir. Hukuk düzeninin getirdiği birtakım düzenlemeler veya sınırlandırmalar bu yetkileri kısıtlamış olması, aynı haklar içerisinde yer alan mülkiyetin en geniş etki ve yetki sağladığı hususunu değiştirmeyecektir³¹.

Mülkiyet hakkının konusu eşyadır. Eşya hukukunun temel ilkelerinden olan "belirlilik" ilkesine göre, sadece tek başına kendi kendine bağımsız olarak varlığı teşkil eden belirli bir şey, bir bütün olarak mülkiyet hakkına konu olabilir. Bunun sonucunda, bir otomobilin ön kısmına bir kişinin, arka kısmına başka bir kişinin birbirinden bağımsız olarak malik olmalarına hukuken imkân yoktur. Fakat iki veya daha fazla kişi birlikte bir otomobile malik olabileceklerdir. Ancak bu durumda otomobil üzerinde ayrı ve birbirinden bağımsız bir mülkiyet değil, tek bir bütün hâlinde olan ve elbirliği hâlinde mülkiyet olarak adlandırılan bir mülkiyet bulunmakta fakat bu mülkiyet hakkı üzerinde birden çok hak sahibi bulunmaktadır³².

IV. MÜSADERENİN AMACI

Günümüz toplumunda en başta teknolojik ilerlemelerin katkısıyla farklı suç tipleri ortaya çıkmakta ve bu suçlardan elde edilen haksız ekonomik kazançlar artarak suçlar cazip hâle gelmektedir. Yıllardır devam eden uyuşturucu imal ve ticaretinin yanında, teknolojik gelişmelerle birlikte bilişim sistemlerinin sağladığı kolaylıklar kullanılarak dolandırıcılık ve hırsızlık suçları artış göstermektedir. Bu suçların artması ile, insanların mağduriyeti ve bunun paralelinde bu suçlardan elde edilen haksız ekonomik kazançlarda bir hayli artmıştır³³.

İşte anılan bu gelişmelere karşılık kaçakçılık, dolandırıcılık, uyuşturucu imal veya ticareti, silah kaçakçılığı, insan kaçakçılığı gibi suçlardan haksız kazanç elde eden suçlular, özellikle de organize suç örgütleri ile mücadele edilmesi önem arz etmektedir. Suç örgütlerinin

³¹Oğuzman ve Seliçi ve Oktay Özdemir (n 27) 233; Bilge Öztan, Medeni Hukukun Temel Kavramları, (31th edn, Turhan Kitabevi 2009) 664; Mehmet Remzi ve Sezer Aydın ve Murat Ispartalı, Medeni Hukuk (2th edn, İkinci Sayfa Yayınları 2012) 584

³²Oğuzman ve Seliçi ve Oktay Özdemir, (n 27) 240

³³Mualla Buket Soygüt Arslan, 'Türk Hukukunda Müsadere' (Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi, 2014) 38

ve başta terör örgütlerinin güçlenmesini engellemek müsadere ile mümkün olabilir. Müsadere ile suçluların beli kırılarak eylem kabiliyetleri sınırlandırılacak ve yeniden suç işlemeleri zorlaştırılacaktır³⁴.

Terör örgütlerinin temel gelir kaynaklarını; uyuşturucu imal ve ticareti suçundan elde edilen gelirler, silah kaçakçılığı, insan ticareti, bilumum kaçakçılık suçlarından elde edilen gelirler teşkil etmektedir. Özetle suçtan elde edilen gelirler maalesef terörün finansmanına katkı sağlamaktadır. İşte müsadere kurumu etkili bir şekilde işletilebilirse, terör örgütlerinin ekonomik kaynakları kesilerek terör örgütlerinin lojistik ve insan desteği kırılarak, silahlı mücadelede daha kolay bir şekilde yürütülebilecektir.

Terör örgütleri yeni insan kaynağı sağlamak, silah edinmek, propaganda, yasa dışı işlerini yürütmek için rüşvet vermek gibi sayamayacağımız nedenlerle büyük miktarda finansman ihtiyacını yasa dışı gelirlerle sağlamaktadır³⁵.

Kesin olarak tespit edilmesi mümkün olmamakla birlikte 2013 yılında sadece Avrupa Birliği yasa dışı uyuşturucu pazarı 24 milyar Euro hacminindedir. Yasa dışı Avrupa Birliği uyuşturucu pazarında en büyük paya sahip olan % 38 ile esrardır. Ardından % 28 eroin ve % 24 kokain gelmektedir³⁶. 2020 yılına gelindiğinde ise;

Avrupa Uyuşturucu ve Uyuşturucu Bağımlılığı İzleme Merkezi direktörü Alexis Goosdeel 28.01.2020 tarihinde Lizbon'da Avrupa Parlamentosundaki sunumunda, Avrupalıların her yıl perakende düzeyde uyuşturucu maddelere en az 30 milyar Euro harcadıklarını ve bunun uyuşturucu pazarını Avrupa Birliği'nde organize suç grupları için önemli bir gelir kaynağı hâline geldiğini ifade etmiştir. Ayrıca bu tutarların yaklaşık beşte ikisinin (% 39) esrar, % 31'i kokain, % 25'i eroin ve % 5'i amfetamin ve MDMA için harcanmakta olduğunu belirtmiştir³⁷.

Yasa dışı uyuşturucu pazarları uyuşturucunun üretiminden başlayan ve kaçakçılık, dağıtım faaliyeti ve son tüketiciye satılması gibi bağlantılı faaliyetler bütünüdür. Geniş coğrafi mesafeleri kapsayan bu faaliyetlerin aşamalarında farklı aktörler bulunmakla birlikte; yıllık milyarlarca Euro'lara ulaşan yasa dışı uyuşturucu imal ve ticaretinde, organize suç örgütleri

³⁴Hüseyin Acar, 'Türk Ceza Hukukunda Müsadere Kurumu' (Doktora Tezi, Çankaya Üniversitesi 2019) 177; Soygüt Arslan, (n 33) 38

³⁵Önder Yücebaş, 'Suç Ekonomisi ve Terörün Finansmanı' (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, 2010) 269

³⁶'Avrupa Uyuşturucu Raporu' (2018) 20 <<http://www.emcdda.europa.eu>> Erişim Tarihi 26 Aralık 2019

³⁷<http://www.emcdda.europa.eu/news/2020/emcdda-director-presents-eu-drug-markets-report-2019-european-parliament-clear-wake-call-policymakers_en> Erişim Tarihi 23 Şubat 2020

başı çekmektedir. Avrupa'da bildirilen 1,1 milyondan fazla yasa dışı uyuşturucu yakalaması yasadışı uyuşturucu pazarının büyüklüğünü göz önüne sermektedir³⁸.

Sadece Avrupa Birliğine ilişkin veriler dikkate alındığında dahi ortadaki ekonomik kazancın büyüklüğü muazzamdır. Üstelik bu veriler sadece uyuşturucu ticaretine ilişkin tahmini verilerdir. Bu gelirlere sahip olan suç örgütleri, suç işleme imkânlarını artırarak, güçlenmektedir. Müsadere kurumu tam burada devreye girmektedir.

Yukarıda izah edilenler genellikle kazanç müsadere ile gerçekleşmesi umulan amaçlardır. Fakat eşya ve kazanç müsadere sinin amaçları birbirleri ile örtüşmektedir. Eşya müsadere si ile eşyanın müsadere edilmesi neticesinde; suç işleyen faili korkutup caydırmak, suç işlendikten sonra eşyanın failden alınması ile faili cezalandırılmak ve aynı eşya ile tekrar suç işlenmesi önlenmesi gibi hususlar amaçlanmaktadır³⁹.

V. MÜSADERENİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Bir şeyin, eşyanın üzerindeki mülkiyet hakkının şahsın elinden alınarak devlete geçmesi sonucunu doğuran müsadere ve "suç nedeniyle mülkiyetin devlete geçmesi" başlığını taşıyan yaptırımlar 5237 sayılı TCK tasarısında "fer'i ceza" olarak düzenlenmişti. Bu nedenle müsadereye ilave olarak "suç nedeniyle mülkiyeti devlete geçmesi" şeklinde müsadere den ayrı olarak bir yaptırım düzenlenmesi hem kavramların karışmasına neden olacak hem de bilimsel açıdan doğru olmayacaktır. Ayrıca tasarı ile ilgili olarak şunu da belirtmek gerekir ki, müsadere kararı verildiğinde bunun bir ceza olarak görüldüğü gerçeğine karşın, suç nedeniyle fail ya da başka biri hakkında mahkûmiyet hükmü verilmemiş olsa dahi müsadereye kararı verilebileceğine hükmolunmuştur. Fakat hukuki niteliği güvenlik tedbiri olsa da neticede şahsı cezalandırmış olan bir yaptırım olan müsadereye mahkûmiyet kararı verilmeden karar verilemeyeceği ortadadır. İşte anlatılan bu sakıncaların giderilerek müsadere nin Anayasamızın 35. maddesinde düzenlenerek güvence altına alınan mülkiyet hakkına zarar vermemesi için, suçun işlenmesi sırasında bizzat kullanılan ya da suçun işlenmesine tahsis edilmiş olan eşyanın müsadere sine karar verileceği tasarıdan farklı olarak kabul edilmiş ve TCK'nin 54. ve 55. maddeleri şimdiki hâliyle düzenlenerek yürürlüğe girmiştir⁴⁰.

³⁸Avrupa Uyuşturucu Raporu' (2019) 20 <<http://www.emcdda.europa.eu>> Erişim Tarihi 26 Aralık 2019

³⁹Soygüt Arslan, (n 33) 34

⁴⁰Hasan Gerçekler, Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt I (2nd edn, Seçkin Yayıncılık, 2014) 783-784

765 sayılı TCK döneminde müsadere hukuki niteliği hem uygulamada hem de doktrinde tartışmalı konulardan biriydi. Fakat 5237 sayılı TCK ile genel anlamda bu tartışmaların sona erdiği söylenebilir⁴¹.

Bir yazara göre müsadere 765 sayılı TCK madde 36'ya göre bazen güvenlik tedbiri, bazen ceza niteliği taşımaktaydı⁴².

5237 sayılı TCK ile gelen düzenlemeler ile meydana gelen en önemli değişiklik, müsadere artık hukuki niteliği olarak güvenlik tedbiri olduğunun kabul edilmesiyle 765 sayılı kanun dönemindeki tartışmalara da büyük ölçüde son verilmiştir. Bunun neticesinde de müsadere kararı verilebilmesi için ortada işlenmiş bir suçun varlığı gerekmele birlikte, bu suçun neticesinde failin hakkında mahkûmiyet kararı verilerek cezalandırılması şart değildir. Bir örnekle durum şöyle açıklanabilir; suçun icrası sırasında kullanılan -örneğin şebeke suyuna karıştırmak amacı ile elde edilen zehir- kamu güvenliği, kamu sağlığı için tehlike arz eden eşyalar, söz konusu eşyayı kullanan kişinin çocuk veya akıl hastası olması gibi herhangi bir nedenle cezalandırılmasa dahi, bu eşyanın müsadere hâline hâkim edilebilecektir⁴³.

A. CEZA OLDUĞU GÖRÜŞÜ

765 sayılı TCK'nin uygulandığı dönemde müsadere hukuki niteliğinin ne olduğu konusu tartışmalıydı. Ek bir ceza olduğunu ya da güvenlik tedbiri olduğu konusunda tartışmalar bulunmaktaydı. Doktrinde, müsadere hukuki niteliğinin bir ceza olduğunu savunan yazarlar, müsadere kanun koyucu tarafından mahkûmiyetin yasal bir sonucu olarak kabul edildiğini belirterek görüşlerini buna dayandırmışlardır, ayrıca Yargıtay da eski kararlarında müsadere hukuki niteliğinin bir ceza olduğunu benimsemişti⁴⁴.

B. GÜVENLİK TEDBİRİ OLDUĞU GÖRÜŞÜ

Bir diğer görüş ise müsadere hukuki niteliğinin ceza değil güvenlik tedbiri olduğunu savunmaktadır. Yargıtay'da eski kararlarında benimsediği ceza olduğu görüşünün aksine, daha yeni tarihli kararları müsadere hukuki niteliğinin güvenlik tedbiri olduğu doğrultusundadır⁴⁵. Ön ödeme teklifi ve ödemenin yapılması neticesinde kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilerek kamu davasının açılmadığı hâllerde müsadereye ilişkin

⁴¹ Kemal Günler, 'Türk Ceza Hukukunda Müsadere' (2014) 18(3-4) [Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi](http://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789159) 853 <<http://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789159>> Erişim Tarihi 10 Nisan 2020

⁴²Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler (3rd edn, Seçkin Yayıncılık 2005) 488

⁴³Gerçekler, (n 40) 784; Demirbaş (n 42) 488

⁴⁴Centel ve Zafer ve Çakmut, (n 16) 751

⁴⁵Yar. CGK, E. 2014/6-66, K. 2014/365, 11.07.2014, (UYAP) <https://uyap.gov.tr> Erişim Tarihi 10 Eylül 2019

hükümler bundan etkilenmeyecektir. Bundan anlaşıldığı üzere kanun koyucu müsadereyi bir güvenlik tedbiri olarak gördüğü anlaşılabilir. Ayrıca, 765 sayılı TCK'da 11. maddede yer alan cezalar içerisinde müsaderenin bulunmaması ve ceza verilmemiş olsa dahi müsadereye karar verilebilmesi de müsaderenin güvenlik tedbiri niteliğinde olduğu sonucunu ortaya çıkarmaktadır⁴⁶.

Bir görüşe göre hem 765 sayılı TCK uyarınca hem de 5237 sayılı TCK uyarınca müsaderenin niteliği güvenlik tedbiridir⁴⁷.

Bir görüş; güvenlik tedbirlerinde failin tehlikeliliğinin göz önünde bulundurulduğunu, fakat müsaderenin mahkumiyete bağlı ek bir ceza olduğunu ve bu nedenle güvenlik tedbirlerinde olduğu gibi failin tehlikelilik durumunun herhangi bir etkisi olmadığı belirtmektedir⁴⁸. Müsaderenin eşyanın tehlikeliliğini esas aldığı belirten görüşlerde bulunmaktadır⁴⁹.

Güvenlik tedbirlerinde failin tehlikeliliğin esas alındığı, müsaderenin ise mahkumiyete bağlı ek bir ceza olduğu görüşüne katılmaktayız. Fakat TCK'nın 54/4 maddesi düzenlemesi mahkumiyet olmaksızın eşyanın başlı başına müsadereye tabi kılmaktadır. Burada eşyanın tehlikeliliği söz konusudur.

C. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU DÜZENLEMESİ

Müsadere 5237 sayılı TCK'nın 54. ve 55. maddelerinde eşya ve kazanç müsaderesi şeklinde iki ayrı maddede düzenlenmiştir. Müsadere "Güvenlik Tedbirleri" başlıklı ikinci bölümünde düzenlediği için, müsaderenin hukuki niteliğinin güvenlik tedbiri olduğu sonucu da ortaya çıkmaktadır⁵⁰.

Müsaderenin Alman Ceza Kanunu m.73 vd. da "Güvenlik Tedbirleri" başlığında düzenlenmiştir. Aynı şekilde TCK'da de "Güvenlik Tedbirleri" başlığı yerine bağımsız bir şekilde düzenlenmesinin, müsaderenin niteliğine daha uygun olacağı; "Güvenlik Tedbiri" başlığı altında düzenlenmiş olan şimdiki durumun yerinde olmadığı

⁴⁶Centel ve Zafer ve Çakmut, (n 16) 751

⁴⁷Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, (3th edn, Us-A Yayıncılık 2010) 500

⁴⁸Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, (17th edn, Seçkin Yayıncılık 2017) 535

⁴⁹Devrim Güngör ve Haluk Toroslu, 'Müsadere ve Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması İlişkisi Üzerine Kısa Bir Değerlendirme' (2016) 65(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1967, 1969

<<http://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/621633>> Erişim Tarihi 10 Nisan 2020

⁵⁰Demirbaş, (n 42) 488; Hakeri, (n 17) 350; Certel, (n 8) 19

savunulmaktadır⁵¹. Görüldüğü üzere 5237 sayılı TCK'da müsadereenin güvenlik tedbiri olarak düzenlenmesi doktrinde eleştirilmiştir.

Müsadereye ilişkin hükümlerin TCK'da "güvenlik tedbiri" başlığı altında düzenlenerek hüküm altına alınması yerinde değildir. Müsadereenin şimdiki "güvenlik tedbiri" başlığı altında düzenlenmek yerine bağımsız olarak ayrı bir başlık altında düzenlenmesi, hukuki niteliğinin belirlenmeyip, bu hususu uygulamaya yani içtihatlarla ve doktrine bırakılması gerektiğini savunulmaktadır. TCK'nin 54/4. maddesi düzenlemesi incelendiğinde "güvenlik tedbiri" karakterinde olduğu görülecektir. Bu düzenleme "*Üretilmesi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alınması veya satılması suç oluşturan eşya*"nın müsadereye konu olacağı hükmünü içermektedir. Bu düzenlemede yer alan ve konusu "suç teşkil eden" eşyanın müsadere edilebilmesine karar verebilmek için, failin müsadere neticesini doğuran işlemiş olduğu suçtan dolayı hakkında mahkûmiyet kararı verilmiş olması ve söz konusu eşyanın faile ait olması, hatta ortada fail bulunması dahi şart değildir⁵². İyi niyet kuralı da burada geçerli değildir.

Madde metni esasen "suç teşkil eden" eşyanın müsadereini düzenlediği için burada failin tehlikeliliği ya da eylemin tehlikeliliği değil, eşyanın kendi niteliğinden kaynaklanan tehlikeliliği ön plandadır. Bu durumlarda bir suçun işlenmesinde kullanılan yani suçun işlenmesinde bir araç olan "*üretilmesi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alınması veya satılması suç oluşturan eşya*" söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla, bu tür eşyalar üzerinde özel mülkiyetin yani şahısların mülkiyet hakkının kurulması, her zaman suç işlenebileceği bakımından anılan düzenlemeye uyarınca tehlikeli görüldüğünden, bir suçun bizzat cismani varlığını oluşturan eşyada anlatılan nedenlerden ötürü tehlikeli olarak addedilir. TCK'nin 54/4. maddesine göre verilen müsadere kararının amacı, güvenlik tedbirlerinin bütününde olduğu gibi, önleyici bir amaç, yani "suç işlenmesinin önlenmesi" şeklinde açıklanmaktadır. Temelde söz konusu "suç teşkil eden" eşyanın suç işleyen kişide bulunmasının failde suç işleme arzusu yaratacağı düşüncesi ile "potansiyel tehlikeliliğinin" engellenmesi amaçlanmaktadır⁵³.

Fakat belirtmek gerekir ki, TCK'nin madde 54/1. düzenlemesinde yer alan suçun icrasında bizzat kullanılan veya söz konusu suçun icrası amacına tahsis edilen ya da suçun icrası neticesinde ortaya çıkan eşya ve suçun icrasında kullanılmak amacı ile hazırlanan eşya yani suçla ilgili eşyanın müsadereesi, madde 54/2'de yer alan "*...bu eşyanın değeri kadar para*

⁵¹Centel ve Zafer ve Çakmut, (n 16) 752

⁵²Gedik, (n 12) 30-31

⁵³ibid 30-31

tutarının müsadere sine karar verilir" kaim değer müsadere si düzenlemesi, kazanç müsadere si düzenleyen 55. madde düzenlemeleri ceza niteliği taşımaktadır⁵⁴.

Belirtilen bu üç durumda müsadere ye karar verilebilmesi için tehlikelilik hâli nazara alınmamış, bu hâllerde ortada işlenmiş ve suç teşkil eden bir fiil bulunmakta ve bunun karşılığında uygulanan bir yaptırım söz konusu olmaktadır. Uygulanan müsadere yaptırımı neticesinde failin mülkiyet hakkı sona ererek devlete intikal edecek ve dolayısı ile failin mal varlığında eksilme meydana gelecektir. Bu nedenle failin işlemiş olduğu ve suç teşkil eden eylemin ihlâl ettiği kanun hükmünden dolayı cezalandırılması, hem de müsadere ye tabi olan eşyayı kaybetmesinden dolayı cezalandırılması gündeme gelecektir. Bu şekilde müsadere nin failin asli cezanın yanında ikincil bir yaptırımla karşılaşması neticesinde failin etkin bir şekilde cezalandırılarak cezanın genel ve özel önleme amaçlarının gerçekleşmesine katkı sağladığını ve failin suç teşkil eden fiilin karşılığını görerek eyleminin cezasız kalmayacağını idrak etmesine de katkı sağlamaktadır⁵⁵.

Müsadere ile örneğin, kaçakçılık suçunda kullanılan otomobilin mülkiyetinin failin elinden alınarak devlete geçmesi neticesinde kaçakçılık suçunu işleyerek maddi menfaat elde etme amacı ile hareket eden fail, bir yandan da yakalandığında alabileceği cezayı düşünecek diğer yanda cezanın yanından aracını kaybetme ihtimalini düşünerek suç işlemekten kaçınacaktır. Böylece müsadere faili tekrar suç işlemekten caydırarak cezanın özel önleme amacına hizmet edecek, hem de failin dışında suç işleme düşüncesinden olan diğer kişileri de bu düşüncelerinden vazgeçirerek cezanın genel önleme amacına etki edecektir⁵⁶.

VI. GENEL OLARAK HUKUKUMUZDA MÜSADERE

Müsadere ye ilişkin düzenlemeler temel olarak Anayasamızda ve TCK'da, CMK'de yer almakla birlikte, bazı özel kanunlarda da müsadere konusunda düzenlemeler yer almaktadır. Müsadere, 5237 sayılı TCK'nin 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmiş olması ile birtakım yenilikler de getirmiştir. Bu yeniliklere çalışmanın giriş bölümünde yer verilmiştir. TCK'nin 54. ve 55. maddelerinde düzenlenmiş olan müsadere, 765 sayılı TCK'nin 36. maddesinin karşılığıdır. 5237 sayılı TCK'da 765 sayılı TCK'dan farklı olarak, eşya müsadere si ve kazanç müsadere si ayrı ayrı maddelerde düzenlenmiştir.

⁵⁴ibid 31

⁵⁵ibid 31

⁵⁶ibid 31

A. ANAYASAMIZDA MÜSADEREYE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Müsadere, mülkiyet hakkını sona erdirdiğinden anayasamızda düzenlenerek koruma altına alınan ve insanlık tarihinin ilk dönemlerinden bu yana doğal, dokunulmaz bir hak olarak kabul edilen mülkiyet hakkı ile ilişkisi de konumuz açısından önem arz etmektedir. Mülkiyet hakkı anayasamızda temel hak ve ödevler kısmının kişilerin hak ve ödevleri bölümünde düzenlenmiştir. Anayasamız 35. madde ile herkesin mülkiyet ve miras hakkına sahip olduğunu belirterek mülkiyet hakkını koruma altına almıştır. Maddenin devamında mülkiyet hakkının kendisinin kamu yararı amacıyla ve mülkiyet hakkının kullanılmasının da toplum yararı amacıyla sınırlanabileceğini düzenleyerek hakkın sınırlanabileceği hususunu da düzenlemiştir.

Suçlunun taşınır veya taşınmaz ayrımı gözetilmeksizin bütün mal varlığı değeri üzerindeki mülkiyet haklarına son verilerek, söz konusu mallar üzerindeki mülkiyetin devlete geçirilmesi sonucunu doğuran genel müsadere gerek siyasal gerek toplumsal açıdan birtakım sakıncalar barındıran, suçlunun işlediği suçla bağlantısı olmayan ve suçta ve cezada şahsiliğin aksine suçlunun aile bireylerini de etkilediği için eleştirilen bir müsadere çeşididir.

Genel müsadere sonucu suçlunun bütün mal varlığı değeri elinden alındığından, suçlunun başta ekonomik olarak mahvolmasına sebep olduğu için günümüz çağdaş ceza hukuku sistemleri tarafından kabul görmemektedir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 38/9. maddesinde de bu doğrultuda "*genel müsadere cezası verilemez*" hükmü düzenlenerek, suçlu dahi olsa genel müsadere yasaklanarak kişilerin mülkiyet hakkı güvence altına alınmıştır.

Yine anayasamızın 13. maddesinde yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin düzenlemeler de genel müsadereye izin vermemektedir.

Anayasamızın 30. maddesinde yer alan düzenleme; usulüne uygun olarak basın işletmesi amacı ile kurulmuş olan basımevi, eklentileri, araçları, suç eşyası olduğu iddiası ile el konulamayacağı, müsadere edilemeyeceği veya işletilmesinin engellenemeyeceği, 28/8. maddesinde ise süreli veya süresiz yayınların soruşturma nedeni ile müsadereye ilişkin genel hükümlerin uygulanacağı düzenlemeleri ile basın araçları, basımevleri ve süreli veya süresiz yayınların müsadereleri hususunda Anayasal düzenlemeler getirilerek basına ve basın özgürlüğüne önem atfedilmiştir.

B. TÜRK CEZA KANUNU'NDA MÜSADEREYE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Müsadere, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 5237 sayılı TCK'da genel hükümler kısmında, güvenlik tedbirlerinin yer aldığı ikinci bölümde düzenlenmektedir. 5237 sayılı TCK'nin 54. ve 55. maddelerinde düzenlenmiş olan müsadere, 765 sayılı TCK'nin 36.

maddesinin karşılığı olarak düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK'da 765 sayılı TCK'dan farklı bir şekilde, eşya müsadere ve kazanç müsadere iki ayrı madde de düzenlenmiştir.

TCK'nin 54. maddesinin birinci fıkrasında; iyi niyetli üçüncü şahıslara ait olmamak şartıyla, kasten, bilerek ve isteyerek işlenen bir suçun icrasında bizzat kullanılan ya da söz konusu suçun işlenmesi için özgülünen eşyanın ya da işlenmiş olan suçun neticesinde ortaya çıkmış olan eşyanın müsadere edileceği düzenlenmektedir. TCK 54/1. maddesinin ikinci cümlesinde ise, suçun icrasında kullanılmak için hazırlanmış eşyanın, toplumun güvenliği, sağlığı veya toplumun genel ahlâkı için tehlike arz etmesi hâlinde eşyanın müsadere edileceğini düzenleyerek, müsadere hususunda emredici bir düzenleme getirmektedir.

TCK 54/2. maddesinde ise, birinci fıkrasında müsadereye tabi olacağı sayılan eşyaların müsaderesinin tüketilmesi, devredilmesi gibi herhangi bir nedenle imkânsız hale gelmesi durumunda, söz konusu eşyanın değeri kadar paranın müsaderesine hükmedilebileceği düzenlenerek kaim değer müsaderesini içermektedir.

Maddenin 3. fıkrasında ise orantılılık ve hakkaniyet prensibinin müsadere konusunda da geçerli olacağı, eşya müsadere edildiğinde işlenen suçun ortaya çıkardığı haksızlık içeriğinden daha ağır neticeler meydana geleceği anlaşılması hâlinde müsadereye karar verilmeyebileceği, düzenlemesi ile ortaya konulmuştur.

54. maddenin 4. fıkrasında ise, kullanımı, ticareti, taşınması, imal edilmesi, bulundurulması başlı başına suç teşkil eden eşyanın müsadere edileceği, "müsadere edilir" şeklinde emredici bir hükümlerle düzenlenmiştir.

54. maddenin 5. ve 6. fıkralarında ise eşyanın bir kısmının müsaderesinin gerekmesi hâlinde zarar vermeksizin ayrılabilmesi olanaklı ise bir kısmının müsaderesine karar verilebileceği, birden fazla kişi paydaş ise suça iştirak eden kişinin payının müsadere edilebileceği düzenlenmiştir.

Kazanç müsadere ise TCK'nin 55. maddesinde düzenlenmiştir. Madde suçun işlenmesi neticesinde elde edilen menfaatlerin, bizzat suçun konusunu oluşturan ya da söz konusu suçun işlenmesi amacı ile faile sağlanan maddi menfaatlerin ve bu menfaatlerin değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi neticesinde meydana gelen ekonomik kazançlar üzerindeki mülkiyetin ya da hakkın devlete geçirilmesini düzenlemektedir. Söz konusu menfaatler elde edilmediyse, bunların karşılığı olan değer müsadere edilecektir. Fakat 55. maddeye göre müsadere kararı verilirken TMK'nin iyi niyete ilişkin düzenlemelerinin göz önünde tutulacağını maddenin üçüncü fıkrasında belirtmiştir.

Müsadere usulü ise müsadereye ilişkin genel düzenlemelerden farklı olarak TCK'da düzenlenmemiştir. Müsadere usulü CMK'nin beşinci kitabının ikinci kısmında, 256-259 maddelerinde "Müsadere Usulü" başlığı altında düzenlenmektedir.

CMK'nin 256. maddesinde kamu davası açılmış olması ya da açılmamış olmasına rağmen asıl dava ile karar verilmediği durumlarda, katılanın ya da Cumhuriyet savcısının yetkili mahkemeye müracaat edebileceği düzenlenmiştir. İkinci fıkrada ise iade kararı verilmesi gereken hâllerde, asıl davada karar verilmemiş ise mahkeme tarafından re'sen veya talep üzerine iade kararı verilebileceği düzenlenmiştir.

CMK'nin 257. maddesinde ise, 256. madde düzenlemesi doğrultusunda müsadereye duruşmalı olarak karar verileceği düzenlenmiş. Maddenin devamında ise müsadereye veya iadesine karar verilecek olan şey üzerinde hak sahipliği olan kişilerin duruşmaya çağrılacağı, duruşmaya gelmedikleri takdirde yokluklarında karar verileceği hüküm altına alınmıştır.

Kanun yolu, 258. maddede müsadere yargılaması neticesinde Cumhuriyet savcısının, katılanın veya hak sahipliği iddiasında bulunan diğer kişilerin istinaf kanun yoluna başvurulabileceği şeklinde düzenlenmiştir.

Son olarak, başlı başına suçla konu olmayan fakat müsadereye gereken eşyanın müsadere edilmesi sulh ceza hâkimi tarafından duruşma yapılmadan karar verileceği 259. maddede hüküm altına alınmıştır.

C. ÖZEL KANUNLARDA MÜSADEREYE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

5237 sayılı TCK'nin 5. maddesi "*Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır*" 01.01.2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bunun neticesinde, özel yasalardaki müsadere hükümleri zımnen yürürlükten kalkmış ve TCK'nin 53. ve 54. maddelerindeki düzenlemeler özel yasalardaki düzenlemeler yerine uygulanmaya başlanılmıştır.

Zira önceden yürürlükte olan özel yasadaki düzenlemelerden sonra yürürlüğe giren genel yasanın özel yasadaki düzenlemelere aykırı düzenlemeler getirmiş ise özel yasanın hükümleri yürürlükten kalkacaktır⁵⁷.

Müsadere ile ilgili özel kanunlardan bazıları; 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu madde 14, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu madde 78, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu (KTK) madde 51, 1380 sayılı Su Ürünleri Kanunu madde 25, 3780 sayılı Milli Korunma Kanunu madde 53, 4250 sayılı İspirto ve İspirto

⁵⁷Centel ve Zafer ve Çakmut (n 16) 97

İçkilerin İnhisarı Kanunu madde 37 - 40, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu m. 13, 5553 sayılı Tohumculuk Kanunu madde 12 şeklinde sayılabilir. Bu özel kanunlardaki müsadereye ilişkin hükümler, genel yasa niteliğinde olan 5237 sayılı TCK'nin 5. maddesindeki düzenleme ile yürürlükten kalktığı için artık TCK'nin 54 ve 55. maddesinde düzenlenen eşya ve kazanç müsaderesine ilişkin hükümler uygulanacaktır⁵⁸.

VII. MÜLKİYET HAKKI VE ANAYASAL AÇIDAN MÜSADERE

Gerek doğrudan gerekse dolaylı olarak müsadere güvenlik tedbiri anayasal olarak güvence altına alınan mülkiyet hakkına müdahale neticesini doğurduğundan, mülkiyet hakkı ile müsadere ilişkisinin bu bölümde ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

A. MÜLKİYET HAKKI

Mülkiyet hakkı, 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin 2. maddesinde "insanın doğal ve zaman aşımına uğramayan hakları" tabiri ile kendisine yer bulmuştur. Mülkiyet hakkının dokunulmaz ve kutsal bir hak olduğu ve yasada yer alan kamusal zorunlulukların haricinde sınırlanamayacağı bildirgenin 17. maddesinde yer almıştır⁵⁹.

TMK'de mülkiyetin ne olduğu tanımlanmamıştır. Anayasamızın 35. maddesi de temel haklar arasında mülkiyet hakkını düzenlemiş fakat mülkiyeti tanımlamamıştır. TMK mülkiyeti tanımlamamakla beraber 683. maddesinde; "*Bir şeye malik olan kimse hukuk düzeninin sınırları içinde o şey üzerinde dilediği gibi kullanma yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir*" şeklinde kapsamını ve "*Malik malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı İstihkak davası açabileceği gibi her türlü haksız el atmanın önlenmesi davası da edebilir*" şeklinde mülkiyet hakkının korunma kapsamını düzenlemektedir.

B. MÜLKİYET HAKKININ KAPSAMI

Mülkiyet hakkı kavramına değinmeden önce, mülkiyet hakkını kapsayan aynı hak kavramına değinmek gerekmektedir. Aynı hak kavramının konusunu kural olarak maddi malların oluşturduğu kabul edilmektedir. Bundan dolayı aynı haklar ile ilgili olarak sadece maddi mallara "mal-ayın" niteliği tanınmakla birlikte, çağdaş hukuk düzenince ekonomik değeri olan, kazanılması ve devredilmesi mümkün olan haklar ya da haklar topluluğu üzerinde

⁵⁸Tünay (n 89) 35

⁵⁹İbrahim Özden Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku (6th edn, İmge Kitabevi 2002) 449

de aynı hak kurulabileceği kabul edilmektedir. Özetle, temelde maddi mallar istisnai olarak da maddi olmayan mallar aynı hakkın konusunu oluşturmaktadır⁶⁰.

Aynı haklar eşya üzerinde sağladığı yetkiye göre mülkiyet hakkı ve sınırlı aynı haklar olarak ikiye ayrılmaktadır. Mülkiyet hakkında, hak sahibinin hak üzerinde tam ve en geniş yetkisi bulunmaktadır. Hakkın konusu olan şey üzerinde kullanma, semerelerinden yararlanma ve malı tüketme yetkilerini mülkiyet hakkı sağlar⁶¹.

Yukarıda belirtildiği üzere mülkiyet hakkının kapsamının ne olduğu TMK 683/1. maddesinde; bir şeyin malikinin hukuk düzeninin sınırında olmak kaydı ile söz konusu şeyi istediği şekilde kullanabileceği ve o şey üzerinde istediği şekilde tasarrufta bulunabileceği şeklinde düzenlenmiştir. Gerek TMK madde 683 hükmü, gerekse eşya hukukuna ait kuralların bütünü göz önünde tutulursa mülkiyet hakkı "eşya üzerinde en geniş sağlayan aynı hak" olarak tanımlanabilir. Hukuk düzeninin birtakım düzenlemelerle bu yetkileri az veya çok kısıtlanmış olması, mülkiyetin aynı haklar içerisinde en geniş etki sağladığı şeklinde ifade edilen temel gerçeği değiştirmeyecektir⁶².

TMK madde 683 düzenlemesi mülkiyetin aktif ve koruyucu olmak üzere iki grup yetkisini düzenlediği görülmektedir. Aktif yetkiler; malın fiilen kullanılması, ürünlerinden yararlanma ve malda değişiklik yapma gibi tasarrufta bulunma yetkileridir. Koruyucu yetkiler; ise maddede malın malikinin malını haksız olarak elinde bulundurduğunu iddia ettiği kişiye karşı istihkak davası açabileceğini ya da her türlü haksız el atmanın men edilmesini dava yolu ile isteyebileceği şeklinde düzenlemiştir⁶³.

Türk hukuk sistemine göre mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmeyen haklar ile ilgili olarak, anayasada güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlâl edildiği iddiası ile AYM'ye bireysel başvuru yoluna gidilebilmektedir. Zira anayasada güvence altına alınan mülkiyet hakkı TMK'de yer alan mülkiyet hakkının kapsamı ile sınırlı değildir. Mülkiyet hakkının kapsamı belirlenirken bu hususa dikkat edilmelidir⁶⁴.

⁶⁰Özcan Karadeniz Çelebican, Roma Eşya Hukuku (3rd edn, Yetkin Yayınları 2006) 30

⁶¹Oğuzman ve Seliçi ve Oktay Özdemir (n 27) 19; Ayşe Lâle Sirmen, Eşya Hukuku (2nd edn, Yetkin Yayınları 2014) 271

⁶²Oğuzman ve Seliçi ve Oktay Özdemir (n 27) 233

⁶³ibid 234-235

⁶⁴Haydar Burak Gemalmaz, Mülkiyet Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-6 (Mrk Baskı 2018) 4 <https://www.anayasa.gov.tr/media/3548/06_mulkiyet_hakki.pdf> Erişim Tarihi 26 Aralık 2019

C. MÜLKİYET HAKKININ KONUSU

Mülkiyet hakkının konusu eşyadır. Eşya hukukunun belirlilik prensibine göre, ancak kendi kendine bağımsız olarak varlığı olan belirli bir şey, bir bütün hâlinde mülkiyet hakkına konu olabilir. Bunun doğal sonucu ise yalın, basit bir eşyanın bir kısmına bir kişinin, diğer bir kısmına diğer bir kişinin ayrı ayrı birbirinden bağımsız olarak malik olmalarına hukuken imkân bulunmayışıdır. Örneğin bir otomobilin ön kısmına bir kişinin, arka kısmına başka bir kişinin ayrı ayrı malik olmalarına hukuken imkân yoktur. Bu iki kişi birlikte bu otomobile malik olabileceklerdir. Ancak bu hâlde otomobil üzerinde bütün hâlinde olan tek bir mülkiyet bulunmakta fakat bu mülkiyet hakkı üzerinde birden çok hak sahibi vardır⁶⁵.

VIII. 1982 ANAYASASI'NDA MÜLKİYET HAKKI

Mülkiyet hakkı mutlak haklar kapsamında olduğundan dolayı, malik herkese karşı bu hakkı ileri sürebildiği için, başta anayasamız olmak üzere, ceza kanunları ve idari mevzuat çerçevesinde korunmaktadır⁶⁶.

Çalışmamızın bu kısmında Anayasamızda mülkiyet hakkının ne şekilde düzenlenerek koruma altına alındığı ve ne şekilde, hangi hâllerde sınırlandırılabilceği ele alınacaktır.

A. GENEL OLARAK

1982 Anayasasında temel hak ve hürriyetler Anayasanın "genel hükümler" başlıklı birinci bölümünden sonra ikinci kısmında "kişinin hakları ve ödevleri, sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler, siyasi haklar ve ödevler" şeklinde üçe ayırarak, Jelninek'in ayırımına uygun bir şekilde düzenlenmiştir. Kişinin hakları ve ödevleri Anayasamızın 17-40 maddelerinde yer almaktadır. Bu haklar devlete kişilerin kişisel alanlarına dokunmama ödevi yüklemektedir⁶⁷.

Temel hak ve özgürlükler, anayasa ile güvence altına alınan insan hakları olarak tabir edildiğinden, "anayasal haklar" olarak nitelendirilebilir. Hak, bir hizmeti veya edimi isteme, özgürlük ya da anayasanın deyişiyle hürriyet ise, serbestlik anlamına gelmektedir⁶⁸.

⁶⁵Oğuzman ve Seliçi ve Oktay Özdemir, (n 27) 240

⁶⁶Fikret Eren, Mülkiyet Hukuku, (1st edn, Yetkin Yayınları 2011) 27

⁶⁷Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku (2nd edn, Ekin Basım Yayım 2018) 281; Ahmet Nohutçu, Hâkimlik Kampı Anayasa Hukuku (2nd edn, Savaş Yayınevi 2018) 81

⁶⁸Bülent Tanör ve Necip Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku (12th edn, Beta Basım Yayım 2012) 133

Halk oylaması sonucu kabul edilen ve 9 Kasım 1982 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 1982 Anayasasında mülkiyet hakkına ilişkin düzenleme, 1961 Anayasasındaki şekliyle aynı ifadelerle düzenlenmiştir⁶⁹. Şöyle ki;

Anayasanın 35. maddesi, herkesin mülkiyet hakkına ve miras hakkına sahip oluğunu belirterek, mülkiyet ve miras hakkının ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceğini ve mülkiyet hakkının kullanılmasının toplumun yararına aykırı olamayacağını düzenlemiştir.

Madde metinleri birbirlerine paralel olmasına rağmen, 1982 Anayasası mülkiyet hakkını 1961 Anayasasından farklı olarak "Sosyal ve ekonomik Haklar ve Ödevler" bölümünde değil, "Kişinin Hakları ve Ödevleri" bölümünde düzenlenmiştir⁷⁰.

Bu düzenleme ile mülkiyet hakkı birinci kuşak haklar seviyesine yükseltilmiş ve daha güvenceli bir hâle getirilmiştir. Mülkiyet hakkını 1961 Anayasası "Sosyal ve İktisadi Haklar ve Ödevler" bölümünde düzenlemişti. Aynı şekilde 1982 Anayasasında da düzenlenmiş olsaydı daha güvenceli hâle geldiği söylenemezdi. Zira 1982 Anayasası'nın mülga 91. maddesinin Bakanlar Kurulu'na vermiş olduğu Kanun Hükmünde Kararname çıkarma yetkisi ile aslında olağan dönemlerde "sosyal ve ekonomik" hakları düzenleme yetkisi vermekte olup "kişisel haklar" bakımından, dolayısı ile mülkiyet hakkı bakımından Bakanlar Kurulu'nun olağan dönemlerde böyle bir yetkisi yoktur⁷¹. Günümüz şartlarında aynı durum Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlemede de geçerlidir.

1982 Anayasasının, 1961 Anayasasına kıyasla temel hak ve hürriyetleri kamu gücü karşısında daha güçsüz bir konuma yerleştirdiği, bunun nedeninin ise temel hak ve hürriyetlere ilişkin düzenlemelere yer verilirken, taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerin başta da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile uyum sağlanmasına çalışılması olarak ifade edilmektedir⁷².

Ayrıca gerekçede "*Mülkiyet hakkı Devletten önce de var olan bir gerçek*" ifadesi ile anayasanın mülkiyet hususunda liberal mülkiyet görüşüne yaklaştığı söylenmektedir⁷³.

Özgürlüklerin düzenlenmesi bakımından ise genel benzerliklerine rağmen, 1961 Anayasası temel hak ve özgürlükler için bireyi ön plana almış ve devleti bu hususta görevli

⁶⁹Mehmet Akif Etkü, Kamu Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Mülkiyet Hakkına Bakışı (1st edn, On İki Levha Yayınları 2009) 163

⁷⁰Etkü, (n 105) 164, Şeref Gözübüyük, Anayasa Hukuku Anayasa Metni ve 11. Protokole Göre Hazırlanmış İnsan Hakları Sözleşmesi (19th edn, Turhan Kitabevi 2013) 173

⁷¹Kaboğlu, (n 95) 451

⁷²Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku (15th edn, Yetkin Yayınları 2014) 110

⁷³Şükrü Karatepe, Türk Anayasa Hukuku, (1st edn, Savaş Yayınevi 2016) 64, Etkü, (n 105) 165

kabul etmiş olmasına karşın 1982 Anayasası devletin bütünlüğüne ve devletin güvenliğine öncelik vererek bireyi ikinci plana yerleştirmiştir⁷⁴.

Anayasanın 35. maddesinin Danışma Meclisi gerekçesinde, mülkiyet hakkının Anayasada güvence altına alınmasının, Anayasanın komünizmi yasaklayarak özel mülkiyeti koruyan hükümleri ile faşizmi ve dini temellere dayalı devlet kurmayı yasaklayan hükümleri hep birlikte değerlendirildiğinde, Anayasanın ekonomik sistem tercihi bakımından da bir gösterge olduğu belirtilmiştir⁷⁵.

Danışma Meclisinin maddeye ilişkin gerekçesinde; mülkiyet hakkının anayasada teminat altına alınması ile birlikte yabancı yatırımcıların ülkemize yatırım yapmasının kolaylaşacağı ve ülke ekonomisine ve toplumun refahına katkı sağlanacağı belirtilmiştir. Ayrıca Anayasada mülkiyet hakkının teminat altına alınmasının devlet müdahalesi için olduğu, zira bireyler arasındaki korumanın TMK gibi sair mevzuat düzenlemeleri ile sağlanmakta olduğu da belirtilerek mülkiyet hakkının neden Anayasa'da teminat altına alındığı ve kime karşı koruma sağladığına değinilmiştir⁷⁶.

Açıklamalarından anlaşılacağı üzere mülkiyet hakkı Anayasa'da teminat altına alınarak, uluslararası ilişkilerin gelişmesi, ülkemize yabancı yatırımların gelmesine katkı sağlanacağı ve toplum refahına olumlu etki sağlayacağı belirtilmiştir. Ayrıca bu korumanın devlete hitap ettiği, zira şahıslar arasındaki ilişkilerin TMK ve benzer kanunlarla koruma altına alındığı gerekçede belirtilmektedir.

İşte müsadere kurumu eşyanın mülkiyetinin devlete geçmesi sonucunu doğurduğundan, devletin bireylerin mülkiyet haklarına müdahalesi sonucunu doğurmaktadır. Dolayısı ile bu kapsamla sınırlı olarak müsadere anayasal açıdan değerlendirilecektir.

B. MÜLKİYET HAKKININ SINIRLANMASI

Mülkiyet hakkının Anayasamızda "Kişinin Hakları ve Ödevleri" bölümünde düzenlendiğini belirtmiştik. Mülkiyet Hakkının sınırlanması hususuna geçmeden önce kısaca temel hak ve hürriyet kavramına değinmek gerekmektedir.

Temel hak ve hürriyetler, insan hakları kavramı, devlet karşısında kişiliğin korunması ve geliştirilmesi amacı ile yapılan düzenlemeler doğrultusunda anayasalarda ve daha geniş kapsamlı bir şekilde uluslararası hukuk düzenlemelerinde soyut ve somut anlamlarda kullanılmaktadır. Anayasa'nın 12. maddesi; herkesin kişiliğinin varlığına bağlı olarak sahip

⁷⁴Gözübüyük, (n 106) 170

⁷⁵Ömer İzgi ve Zafer Gören, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, Cilt I (TBMM Basımevi 2002) 370

⁷⁶Fahri Bakırcı ve Şeref İba, Gerekçeli ve Notlu 1982 Anayasası, (Turhan Kitabevi 2017) 126

olduğu dokunulmayan, devredilmeyen, vazgeçilmeyen temel hak ve hürriyetlere sahip olduğunu ve temel hak ve hürriyetlerin ayrıca bireylere topluma ve ailesine karşı birtakım ödevler de yüklediğinin düzenlenmesi ile temel hak ve hürriyetlerin niteliğini ortaya koymaktadır⁷⁷.

Mülkiyet hakkı özelinde, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ihtiyaç duyulmuştur. Zira herkes için özgürlük paylaşılmış özgürlüktür. Paylaşılmış özgürlükte doğal olarak sınırlıdır. Dolayısı ile anayasalarda geniş ölçütte düzenlenerek tanınmış olan hak ve özgürlükler, aralarındaki dinginliğin sağlanması ve kötüye kullanımının engellenmesi için kendi aralarında uzlaştırılması ve sınırlandırılması zaruridir⁷⁸. Bu nedenle Anayasamız doğrudan veya dolaylı olarak mülkiyet hakkını sınırlayan hükümlere yer vermiştir; kamulaştırmaya, devletleştirmeye, toprak mülkiyetine ya da kıyılardan yararlanmaya ilişkin vb. düzenlemeler mülkiyet hakkının sınırlandırılması nedenlerine yer vermiştir⁷⁹.

Hak ve özgürlüklerin kullanımı asıl olup sınırlanması ise istisnai olarak kabul edilmektedir. Zira demokratik toplumlar maddi düzenin korunması açısından zorunluluk arz eden durum ve koşullarda hak ve özgürlükleri sınırlamaktadır⁸⁰.

Her hakkın kendi özünde doğal sınırları bulunup bunun dışından temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında iki yöntem bulunmaktadır. Temel hak ve özgürlükler ya anayasa tarafından bizzat sınırlanmaktadır ya da bu husus yine anayasa tarafından kanun koyucunun taktirine bırakılmaktadır⁸¹.

Anayasamızın 35. maddesinde "Kişinin Hakları ve Ödevleri" bölümünde düzenlenerek anayasal güvence altına alınan mülkiyet hakkının hangi sebeplerle sınırlanabileceği yine aynı maddenin ikinci fıkrasında, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir, şeklinde yer almaktadır.

Anayasamızda yapılan 2001 değişikliği ile genel sınırlama nedenleri kaldırılarak, şu anki hâli ile özel sınırlama rejimi öngörülmüştür. Yani Anayasanın ilgili maddelerinde yer alan sebeplerle ve ancak kanunla sınırlanabileceği öngörülmüştür⁸².

⁷⁷Ahmet Korhan Mastı, 'Türkiye'de Bilgi Edinme Hakkı ve Kişilik Hakları ile İlişkisi' (Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi, 2008) 4-5

⁷⁸Kaboğlu, (n 95) 88

⁷⁹ibid 452

⁸⁰ Ahmet Korhan Mastı, 'Askeri Yargıda Disiplin Mahkemeleri ve Temel Hak ve Hürriyetler' (YL Tezi, Gazi Üniversitesi, 2004) 115

⁸¹Mastı, (edn 116) 116

⁸²A. Gözübüyük, (n 13) 179

Temel Haklar ve Özgürlükler; anayasa ile doğrudan sınırlanabilir, yasayla sınırlanabilir, yürütme rolü ve yargı kararıyla sınırlanabilir⁸³.

Uygulamada hak ve hürriyetlerin konusunda temel problemler, hak ve hürriyetlerin sınırlanması hususunda çıkmaktadır. Zira anayasanın kendisi hak ve özgürlükleri koruma altına almaktadır. Buna binaen 1982 Anayasasının 13. maddesinde temel ve hak ve özgürlüklerin sınırlandırma rejimi düzenlenmektedir⁸⁴.

Anayasası 13. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmadan sadece Anayasanın ilgili maddelerinde yer alan sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği belirtilmiştir. Devamında söz konusu sınırlamaların, Anayasanın sözüne ve ruhuna aykırı olamayacağı, demokratik toplum düzeni ve lâik Cumhuriyetin gerekleri ile aykırı olamayacağı ve ölçülülük ilkesinin de gözetilmesinin gerekeceği düzenlenerek sınırlamanın sınırlarına yer verilmiştir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki Anayasanın 15. maddesinde ise temel hak ve özgürlüklerin savaş, seferberlik veya olağanüstü dönemlerdeki sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Bu dönemlerde milletlerarası hukuktan doğan sorumluluklar ihlâl edilmemek şartıyla ve söz konusu durum ve hâlin gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması bütününe ve bir kısmının durdurulabileceği gibi söz konusu hak ve özgürlükler için Anayasada yer alan güvencelere aykırı olarak birtakım tedbirler alınabileceği düzenlenmiştir.

Anayasanın 15. maddesinin ikinci fıkrasında ise, birinci fıkrada yer alan durum ve koşullarda dahi savaş esnasında meydana gelen ve savaş hukukuna uygun ölümler hariç olmak üzere hiç kimsenin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamayacağı; hiç kimsenin din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı ve bu nedenlerle suçlanamayacağı; suç ve cezaların geçmişe yürütülemeyeceği; suçluluğu mahkeme kararı ile sabit olana dek kimsenin suçlu sayılmayacağı düzenlenerek birinci fıkradaki sınırlamaları sınırlandırmıştır.

Çalışmamızın esas konusu müsadere olduğundan dolayı, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında temel rejim olan olağan döneme ilişkin düzenlemeyi ihtiva eden 13. madde hükmü çerçevesinde konu ele alınacaktır.

⁸³Tanör ve Yüzbaşıoğlu, (n 104) 137

⁸⁴Gözler, (n 103) 300

C. KAMU YARARI AMACIYLA SINIRLAMA

Mülkiyet hakkının sınırlandırılmasına ilişkin kamu yararı ilkesini 35. madde hükmü ifade etmektedir. Mülkiyet hakkı ancak kamu yararının bulunduğu hâllerde kanunla sınırlandırılabilir.

Kamu yararı kavramı ise, birey ve topluluk menfaatleri arasında çatışmada tercih edilen üst yarardır. Kamu yararı; toplum ve devlet lehine bireysel veya topluluk yararından vazgeçme, toplum veya birey yararlarının yarışması durumunda da daha üstün olan menfaati koruma amacı ile hareket edilerek, mahkeme kararlarında bu yönde yargısal tercihte bulunarak, bireyin menfaati yerine toplumun menfaatinin tercih edilmesidir⁸⁵.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, kamu yararı her zaman çoğunluğun yararı anlamına gelmez. Çoğunluğun yararı ile kamunun yararını ilgilendiren konu örtüştüğünde sanki çoğunluğun yararının kamunun yararı olduğu yanlış anlaşılmasına düşülmektedir. Örneğin toplumun az sayıda kesimini oluşturan engelli bireyler için yapılan çevresel düzenlemelerde çoğunluğun çıkarı ile örtüşme dahi kamu yararı olduğu aşikardır⁸⁶.

Kamu yararı kavramı toplumdan topluma ve zamana göre değişen bir kavramdır. Dolayısıyla bu kavramı açıklayan tanımlarda, ait olduğu dönem ve ülkenin ekonomik ve sosyal değerlerine göre yapılmıştır⁸⁷. Dolayısıyla kamu yararı kavramı değerlendirilirken somut olaya göre değerlendirmek gerekir.

Liberal ekonomik düzende özel mülkiyet sistemin temelini oluşturmaktadır. Sistem kamu yararından kamu hizmetine kadar özel mülkiyeti güçlendirecek şekilde kurulmuştur. Fakat insan tek başına toplumun katkısı olmadan zenginlik elde edemeyeceği için, kamu yararının gerektirdiği taktirde bu zenginlikten toplumun faydalanmasına katlanmak durumundadır⁸⁸.

Anayasada teminat altına alınan mülkiyet hakkını sınırlandıran düzenlemelerin anayasaya uygunluğunu denetleyen AYM kamu yararı kavramına kararlarında sıklıkla başvurmuştur.⁸⁹ Bu kararlarından birinde; sosyal niteliği de bulunan mülkiyet hakkının başta toplum ve toplumun yararını ilgilendirdiği gözetildiğinde, bireyin ve toplumun yararının çatıştığı hâllerde toplum yararına üstünlük tanınmasının tartışmaya dâhi yer vermeyecek şekilde açık ve net olduğunu vurgulamıştır⁹⁰.

⁸⁵İbrahim Gül, 'Danıştay Kararlarında Kamu Yararı Kavramı (2014) 2 Ankara Barosu Dergisi 533, 537

⁸⁶Naci Münci Çakmak, İdare Hukukunda Kurumsal Olarak Kamu Yararı (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2013) 112

⁸⁷Çakmak, (n 122) 113

⁸⁸İdib 305

⁸⁹Etgü, (n 105) 173

⁹⁰AYM E. 1988/34, K. 1989/26, 21.06.1989, Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, Sayı 25 291

IX. MÜSADERENİN MÜLKİYET HAKKI BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

1982 Anayasasının "Kişinin Hakları ve Ödevleri" bölümünde düzenlenerek koruma altına alınan mülkiyet hakkına doğrudan müdahalede bulunan müsadere güvenlik tedbirinin Anayasal açıdan da değerlendirilmesi gerekmektedir.

Zira mülkiyet hakkı kapsamında korunması gereken bir mal varlığı değeri müsaderenin konusuna girmektedir. Bunun içinde mülkün varlığı belirlenmelidir.⁹¹ AYM bireysel başvuruya ilişkin bir kararında;

Bireysel başvuru ile mülkiyet hakkının ihlâl edildiğinin iddia edilebilmesi için öncelikle mülkiyet hakkının kapsamına dâhil olabilecek mal varlığı değerlerinin bulunması gerekmektedir. Anayasa'nın 35. maddesi ile 1 No.lu Ek Protokol'ün 1. maddesi kapsamında yer alan ve korunan menfaatlere hâli hazırda sahip olunan bir mülk girebileceği gibi kesin bir şekilde tanımlanmış alacak hakları da bu kapsamdadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) müsadere kararı ile mülkiyet hakkında yapılan müdahalelere ilişkin genel yaklaşımı; müsaderenin, mülkiyet hakkından mahrum kalınması neticesini doğurmasına rağmen Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin ikinci paragrafı kapsamında bir "ceza" olarak uygulandığı ve bu amacı gözeterek mülkiyetin kullanımının kontrolü olarak göz önüne alınması gerektiğini belirtmektedir. Aracın müsaderesine hükmolunmasının aracın maliki olan başvurucunun mülkiyet hakkını sona ermesi sonucunu doğurduğundan Anayasa'nın 35. maddesi kapsamında mülkiyet hakkına müdahale niteliğinde olduğunu belirtmiştir⁹².

AYM kararında özetle mülkiyet hakkının ihlâl edildiğinin ileri sürülebilmesi için mülkiyet hakkının kapsamına giren mal varlığının gerektiği ve bu kapsamda bir mal varlığının müsaderesinin 35. madde anlamında mülkiyet hakkına müdahale niteliğinde olduğu, dolayısı ile Anayasal açıdan değerlendirilmeye muhtaç olduğunu belirtmektedir.

Mülkiyet hakkına müsadere ile yapılan müdahalenin, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması rejimine uygun olmadığı taktirde Anayasa'nın 35. maddesinde koruma altına alınan mülkiyet hakkının ihlâlüne yol açacaktır. Bu itibarla müsadere kararı ile yapılan müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen rejime uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. AYM bireysel başvuru kararında şu kriterleri ortaya koymaktadır;

⁹¹Akif Yıldırım ve Özgür Duman, 'Adalet Yolunda Bir 'Nehir Sınırı' Mücadelesi: Mülkiyet Hakkı, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumu ve Müsadere' (2018) 67 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 145, 159 <<http://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/621207>> Erişim Tarihi 10 Ekim 2020

⁹²AYMGK BB B. No: 2013/3044, 17.12.2015, <<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>>

Anayasa'nın 35. maddesi mülkiyet hakkına getirilecek sınırlamaların kamu yararı amacıyla ve kanunla yapılması gerektiğini düzenlerken Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi de benzer bir düzenleme ile mülkiyetin sınırlandırılmasının kamu yararıyla, kanunda düzenlenen koşullarla ve uluslararası sözleşmelere uygun olarak yapılabileceğini düzenlemektedir. Ölçülülük ilkesi gereğince başvurucuya ait aracın mahkeme kararıyla müsadere edilmesine hükümlenmesi ile mülkiyet hakkına yapılan müdahale arasında makul bir dengenin gözetilip gözetilmediği tartışılmalıdır. Zira temel hak ve özgürlüklerin anayasaya aykırı olarak sınırlandırıldığı iddiası ile yapılan başvurularda, hak ve özgürlük sınırlanırken ulaşılmak istenen amaçtan yola çıkılarak bu amaca ulaşmak için seçilen aracın denetlenip, Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen ölçülülük ilkesinin gözetilip gözetilmediği öncelikle değerlendirilmelidir. Bu nedenle mülkiyet hakkına getirilen müdahalelerde ölçülülük ilkesi kapsamında değerlendirme yapılarak, yapılan müdahalenin elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığının irdeleneceği belirtilmiştir⁹³.

Aslında burada AYM 13. maddede yer alan koşulları açıklamış olup, müsadere değerlendirilirken bu kapsamda hareket edilmedi.

A. GENEL MÜSADERE YASAĞI

Müsaderenin Anayasal açıdan değerlendirilmesi kapsamında genel müsadere yasağına tekrar değinmek yerinde olacaktır. Genel müsadere, suçlunun taşınır veya taşınmaz ayrımı gözetilmeksizin bütün mal varlığı değeri üzerindeki mülkiyet haklarına son verilerek, söz konusu mallar üzerindeki mülkiyetin devlete geçirilmesidir.

Genel müsadere sonucu suçlunun bütün mal varlığı değeri elinden alındığından, suçlunun başta ekonomik olarak mahvolmasına sebep olduğu için günümüz çağdaş ceza hukuku sistemi tarafından kabul görmemektedir⁹⁴. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 38/9 maddesinde de bu doğrultuda "*genel müsadere cezası verilemez*" hükmü düzenlenerek, suçlu dahi olsa genel müsadere yasaklanarak kişilerin mülkiyet hakkı güvence altına alınmıştır. Yine anayasamızın 13. maddesinde yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemeler de genel müsadereye izin vermemektedir.

Sıkıyönetim Askerî Mahkemesi tarafından örgüt oluşturup yurt dışından uyuşturucu maddelerden eroin ihraç ettiği iddiası ile sanığın 765 sayılı TCK'nin 403. maddesinin 1., 2. ve 5. fıkraları ile 59. maddesi uyarınca müebbet ağır hapis cezasıyla cezalandırılmasına ve

⁹³AYMGK BB B. No: 2013/3044, 17.12.2015, <<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>>

⁹⁴Demirbaş, (n 42) 489

kanunun 403. maddesinin son fıkrası gereğince taşınır ve taşınmaz mallarının müsadereğine dair kararı temyiz edilmiştir. Söz konusu kararın Askerî Yargıtay tarafından yapılan incelemesinde; suçun sübutuna, vasfına ve göreve ilişkin itirazlar yönünden reddetmiş, ancak müsadereye ilişkin 765 sayılı TCK'nin 403. maddesinin son fıkrasının Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olduğu iddiası mahkemece ciddi görülerek AYM'ne gidilmiştir. AYM genel müsadere kararının verilmesi yönünden kararında özetle; genel müsadere cezası verilmesinin, Anayasada yer alan hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin bütün şartları aştığını, hakkı ortadan kaldıracı nitelik taşıdığını ve modern ceza hukuku ile de çeliştiğini belirtmiştir. Kişinin tüm taşınır ve taşınmaz mallarına el konulmasına neden olan düzenlemenin Anayasaya uygun olmadığını, çünkü düzenlemenin bir hakkın sınırlandırılması değil tümüyle ortadan kaldırılmasına yol açtığını belirtmiştir. Ayrıca "Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz" hükmü gereğince, 765 sayılı TCK'nin 403. maddesinin son fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğunu belirterek iptaline karar vermiştir⁹⁵.

B. ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN HAKLARININ KORUNMASI

765 sayılı TCK'nin 36. maddesinde "*filde methali olmayan kimselere ait olmama*" şeklinde düzenlenmiş olup, 5237 sayılı TCK uyarınca kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan eşyanın müsadere edilebilmesi için, eşyanın iyi niyetli üçüncü kişi ya da kişilere ait olmaması gerekir.

Suçun işlenmesinde kullanılan eşyayla suçu işleyen fail arasında sıkı bir bağlantı söz konusudur, yani müsadere münhasıran suçu işleyen ya da suça iştirak eden failin mülkiyetindeki eşyaya ilişkindir⁹⁶. Fakat maddenin gerekçesinde belirtildiği üzere "*müsadere yaptırımı bir "ceza" olarak öngörülmesine rağmen, "suç dolayısıyla hiç kimse mahkûm edilmese de" müsadereye hükmedilebilmesi*" Anayasada güvence altına alınan mülkiyet hakkını zedeleyebilir.

Suçla ilgili olan eşya faile aitse, koşullarının gerçekleşmesi hâlinde müsadere kararı verilir. Fakat söz konusu eşya fail ya da şerik dışında başka bir kişiye aitse, artık burada eşya sahibinin iyi niyetli olup olmadığı araştırılacaktır⁹⁷.

AYM'nin bireysel başvuru kararında mülkiyet hakkına müdahale olduğunu savunan karşı oy gerekçesinde;

⁹⁵AYM, E. 1987/28, K. 1988/16, 03.06.1988, <<http://kararlar.yeni.anayasa.gov.tr/>>

⁹⁶İzzet Özgenç, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (1. Baskı, Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu Matbaası 2006) 687

⁹⁷Gedik (n. 12) 152

Müsaderenin kanuniliği için kullanılan 5237 sayılı TCK'nin 54. maddesinin dördüncü fıkrasında kural; alımı, satımı, kullanılması, bulundurulması, suç konusu olan eşyanın müsaderesine imkân verirken, aynı maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesi bir suçun icrası esnasında kullanılan eşyanın müsaderesine üçüncü iyi niyetli kişilere ait olmamak koşulu ile izin vermektedir.

5237 sayılı TCK'nin gerekçesinde de kuralın Anayasa'da yer alan mülkiyet hakkını zedelememesi için yeniden düzenlendiğini, kişinin suç işlemesine iştirak ederek katılmaması, suçun işlenmiş olduğundan haberi olmaması hâlinde sahibi bulunduğu eşyanın suçun işlenmesinde kullanılmış bile olsa müsadereye hükmedilemeyecektir. Kuralın istisnasının kamu güvenliği, sağlığı veya genel ahlâk ile ilgili konular açısından kabul edilebileceğini belirtmektedir. Ayrıca kararda;

Düzenlemenin asıl amacının, "müsaderenin" hukuki niteliğinin aslen bir güvenlik tedbiri olduğu hususu dikkate alındığında, bu amaçla düzenlenmiş kanunun ilgili 54. maddesinin üçüncü fıkrasında, suçta kullanılmış ama müsaderesi ile suça nazaran ağır sonuçlar doğuracak ve hakkaniyete aykırı olacağı anlaşılan eşyanın müsaderesine de hükmedilmeyebileceği söylenmektedir. Devletin trafik tescil bilgilerinin sıhhatine güvenerek, aracı bir başka kişiden noter kanalıyla devralan başvurucunun "iyi niyetli" sayılması gerektiği kuşkusuzdur. Sahte belgelerle araç ithal etme suçunun sanığı olmayan, kaçakçılık suçundan yargılanmakla beraber önce bu suçtan beraatına ve aracın iadesine karar verilen, bilahare Yargıtay'ın bu yöndeki bozma kararı üzerine hakkındaki bu dava zamanaşımı nedeniyle düşen başvurucunun mülkiyet hakkına vaki kamu müdahalesinin ölçülü ve haklı olduğu da kabul edilemez. Esasen davanın somutunda, ithal edilen araca ilişkin belgelerin Kırgızistan'dan celbinin birkaç yıl sürmesi karşısında, başvurucunun bu konuda müdebbir davranmadığı söylenemez. Devletin "gümrük kaçağı" gerekçesiyle iyi niyetli üçüncü kişilere ait araca el koyması ve bu konuda kendiliğinden bir tazmin-giderim mekanizması öngörmemesi nedeniyle; kamunun trafik tescil sistem ve kayıtlarına güvenerek araç satın alan kişilerin otomatik olarak uğradıkları zararı sineye çekmek zorunda oldukları söylenemez. Ayrıca kararda;

Devlet kayıtlarına güvenerek hayatını yönlendiren, hukuki iş ve işlemlere kalkışan iyi niyetli bireyin hukuka ve devlete olan güvenini sürdürmesi yanında devletinde bu güveni zedeleyici işlemlerden kaçınmak, mevzuata ve kayda olan inancının devamını sağlamak zorunluluğu, hukuk devleti olmanın gereklerindedir. Dolayısıyla, bu konumdaki kişilerin el koyma (müsadere) kararından sonra davalı idare aleyhine hizmet kusuru vb. nedenlerle dava açarak uğradıkları zararların tazminini isteyebilecekleri yönündeki bir düşünce ihlâl edilen

mülkiyet hakkını telafi edici bir sistem olarak kabul edilmemelidir. Asıl olanın hukuksuzluğu önlemek olduğundan, telafi etmek hak ihlâlini meşru kılmayacaktır... Açıklanan nedenlerle; dosyanın geçirdiği safahat itibariyle başvuruçunun mülkiyet hakkına "ölçüsüz" bir biçimde müdahalede bulunduğu ve Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkının ihlâl edildiği kanaati ile çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmadığı, karşı oy gerekçesinde belirtilmiştir⁹⁸.

X. MÜSADERENİN ANAYASAYA UYGUNLUĞU

Müsadere güvenlik tedbirini düzenleyen TCK'nin 54. ve 55. maddelerinin 1982 Anayasasının mülkiyet hakkını düzenleyen 35. maddesine ve temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin rejimi düzenleyen 13. maddesine aykırı olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır. TCK'nin ilgili maddelerine göre müsadere güvenlik tedbirine; kasıtlı bir suç işlenmesi neticesinde, söz konusu suçla direk ilişkili olan bir eşyanın, mahkeme kararı ile mülkiyet hakkını sahibinden alınarak devlete geçmesi şeklinde başvurulmaktadır. Ortada işlenmiş olan bir suç olmasından dolayı, burada eşya üzerindeki mülkiyet hakkının toplumun faydasına aykırı bir şekilde kullanıldığına şüphe yoktur. Müsaderede TCK'nin 54. ve 55. maddelerini esas alarak mahkeme kararıyla mülkiyet hakkına son verildiğinden Anayasanın 13. ve 35. maddelerinde belirttiği "kanunla sınırlanabilir" şartına uygundur. Son olarak da müsadere güvenlik tedbirine başvurulmasında, suç işlenmesinin engellemek amacı olduğundan Anayasamızın yine 13. ve 35. maddelerinde yer alan "kamu yararı amacıyla" sınırlama kuralı da yerine getirilmiş olmaktadır⁹⁹.

AYM'nin, müsaderenin şartları olduğundan Anayasaya uygun olduğu hususunda pek çok kararı bulunmaktadır.

AYM müsadere hususunda daha önce verdiği kararda, ormanların zarar görmesine veya yok olmasına neden olacak bütün unsurların önlenmesi amacı ile gerçekleştirilen müsadere tedbirinin icrasının kamu yararı taşıdığından meşru bir amaca haiz olduğunu kabul etmiştir¹⁰⁰.

AYM ceza soruşturmasında OHAL döneminde uygulanan el koyma tedbiri nedeniyle mülkiyet hakkının ihlâl edildiği iddiasına ilişkin inceleme neticesinde vermiş olduğu kararında şu gerekçelerle mülkiyet hakkının ihlâl edildiği yönünde karar vermiştir;

⁹⁸AYMGK BB B. No: 2013/3044, 17.12.2015, <<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>> Erişim Tarihi 08 Aralık 2020

⁹⁹Erdal Yerdelen, 'Yaptırım Olarak Devletin Mülkiyet Hakkına Müdahalesi (Müsadere-Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi)', (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi, 2010) 77

¹⁰⁰AYMGK BB B. No: 2015/6164, T. 20.06.2019, <<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>> Erişim Tarihi: 08 Aralık 2020

Başvurucunun hakkında yürütülen ceza soruşturmasında mal varlığı değerleri yönünden uygulanan tedbire ilişkin olarak kanunda öngörülen itiraz sürecinin işletilmediği, müsadere kararı verilmediği hâlde tedbirin fiilen devam ettirildiği, tedbirin devamı ile ilgili olarak bir karar verilmediği gibi konu ile ilgili ve yeterli bir gerekçenin de gösterilmediği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin hukuka uygun olmadığına dair savunma ve itirazlarını gerekli yerlerde etkin olarak ileri sürme imkânının tanınmadığı ve mülkiyet hakkının gerektirdiği usule ilişkin güvencelerin sağlanmadığı kanaatine varılmıştır. Bu durumda el koyma suretiyle yapılan müdahalenin kamu yararı amacı ile başvurucunun mülkiyet hakkının korunmasının gereklilikleri arasındaki adil denge başvurucu aleyhine bozulmuştur. Başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan müdahale ölçüsüzdür... Mülkiyet sıkıyönetim ve olağanüstü hâl gibi olağanüstü yönetim usullerinin benimsendiği dönemlerde Anayasa'nın 15. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan ve savaş, seferberlik gibi olağanüstü durumlarda dokunulması yasaklanmış olan çekirdek haklardan olmadığı için mülkiyet hakkı için olağanüstü hâllerde Anayasa'da düzenlenen güvencelere aykırı tedbirler alınması mümkün olmaktadır. Bu kapsamda el koyma tedbirine karşı başvurucuya etkin bir biçimde itiraz edebilme olanağının tanınmadığı tespit edilerek müdahalenin ölçüsüz olduğu sonucuna varılmıştır. Olağanüstü dönemde söz konusu tedbire yönelik itiraz süreçlerini düzenleyen kanun hükümlerini kaldıran veya değiştiren herhangi bir düzenleme yapılmadığı anlaşıldığından müdahalenin durumun gerektirdiği ölçüde olduğu söylenemez. Bu açıklamalar, Anayasa'nın 15. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde, başvurucunun Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlâl edildiğine karar verilmesi gerektiğine karar verilmiştir¹⁰¹.

AYM bir kararında mülkiyet hakkının ihlâl edilip edilmediği tespit edilirken özetle şu kriterleri ortaya koymaktadır¹⁰²;

Öncelikle somut olay incelenerek "mülkiyet hakkına" yönelik bir müdahale olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kapsamında yer alan mülkiyet hakkı kapsamında korunması gerekli bir menfaatinin bulunup bulunmadığı değerlendirilerek bu husus tespit edilmelidir. Mülkiyet hakkının ihlâli iddiasında bulunan kişi böyle bir hakkının varlığını ispat etmek durumundadır.

¹⁰¹AYMGK BB B. No: 2016/71110, T. 25.09.2019, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>> Erişim Tarihi 13 Aralık 2020

¹⁰²AYMGK BB B. No: 2014/8060, T. 29.09.2016, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>> Erişim Tarihi 13 Aralık 2020

Mülkiyet hakkının kapsamı belirlenmelidir. Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenerek koruma altına alınan mülkiyet kavramının kapsamı 4721 sayılı TMK'de yer alan mülkiyet kavramı ile sınırlı değildir.

Kanunilik ilkesi; Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkına getirilecek sınırlamaların "*ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir*" şeklinde olabileceği düzenlenmişken, Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi "*ancak kamu yararı nedeniyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak*" sınırlanabileceği düzenlenmektedir. AYM, bu düzenlemeler uyarınca AİHM sınırlamaları belirlerken, içtihatlar ile ortaya konulan ilkelerin de hukuki olduğunu kabul ederken, Anayasamız tüm sınırlamaların ancak kanunla yapılabileceğini düzenlediği için Sözleşme'den daha geniş bir koruma sağlamakta olduğunu belirtmektedir.

Meşru amaç; müsadere kararı neticesinde suçun icrasında bizzat kullanılan, kullanılmak amacı ile hazırlanan veya suçun icra edilmesi ile meydana gelen eşyanın mülkiyetinin devlete geçmesi ile suç işlenerek gelir elde edilmesinin önlenmesi, ayrıca suçla ilgili olan ya da kendisi bizzat suç teşkil eden eşyanın ekonomi, toplum düzeni ve toplum güvenliği ile ve toplum sağlığı için yaratabileceği tehlikelerin engellenmesi amaçlanmaktadır. Böylelikle de etkin ve caydırıcı bir şekilde suçla mücadele edilerek yeni suçların işlenmesinin engellenmesi amaçlanmaktadır.

Ölçülülük ilkesi; "elverişlilik", "gereklilik" ve "orantılılık" şeklinde üç alt ilke ile açıklanmaktadır, daha doğrusu bu üç ilkeyi barındırmaktadır. "Elverişlilik" hakka müdahalenin, müdahale ile ulaşılması umulan amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, "gereklilik" amaca ulaşılması açısından söz konusu müdahalenin zorunlu olmasını, diğer bir ifade ile hakka etkisi daha hafif olan müdahale ile aynı amacın elde edilmesi imkânının bulunmamasını, "orantılılık" ise hakka yapılan müdahale ile elde edilmesi hedeflenen amaç arasında makul bir dengenin olması gerektiği belirtir.

Yukarıda özetlendiği şekilde mülkiyet hakkına müdahalenin koşullarını açıklayan AYM kararının sonuç kısmında bütün koşulları değerlendirerek mülkiyet hakkının ihlâl edilmediğine karar vermiştir. Şöyle ki;

Somut olaydaki aracın suçta nakil vasıtası olarak kullanıldığı gerekçesiyle müsadere edildiği kararda açık olarak yazılı olup bu nedenle söz konusu araç TCK'nin 54/1. maddesi uyarınca müsadere edilmiş olduğundan başvurucunun mülkiyet hakkına kanun tarafından öngörülmüş olan bir müdahale bulunduğu ortadadır. Somut olay bakımından da göçmen kaçakçılığı suçunda kullanılan bir kara taşıtı olan minibüsün müsadere edilmesinin gerek uluslararası sözleşmeler gerekse de ulusal mevzuat çerçevesinde yasaklanan göçmen

kaçakçılığının önüne geçilmesi **meşru amacını** taşıdığı ve bunun ise **kamu yararına** olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Sonuç olarak trafik sicilinde adına kayıtlı aracın göçmen kaçakçılığı suçunda kullanıldığı gerekçesiyle müsadere edilmesi nedeniyle başvurunun mülkiyet hakkına yapılan müdahale bakımından müdahalenin **yasal olup** "göçmen kaçakçılığının önlenmesi" yönündeki **meşru amacının** da mevcut olduğu ortadadır. Başvurucuya müsadere kararına karşı yasa yollarına etkin bir şekilde başvuru imkânının da bulunduğu, geçersiz satış sözleşmesiyle aracı bir başka kişiye teslim eden başvurunun müsadere kararı verilmesini gerektiren olaydaki dikkat ve özeni nazara alındığında ve bunun yanında başvurunun satış sözleşmesinin geçersiz olmasına dayanarak borçlar hukuku hükümleri uyarınca aracı haricen sattığı kişiye genel hükümler çerçevesinde dava açma olanağı da bulunmaktadır. Bu husus değerlendirildiğinde müdahalenin başvurunun kişisel ve aşırı bir yük altına sokmadığı, hakka müdahalenin güttüğü amaç ile başvurunun maruz kaldığı külfetin **orantılı olduğu** kanaatine varılmış olması nedeni ile Anayasa'nın 35. maddesinde korunan mülkiyet hakkının ihlâl edilmediğine karar vermiştir¹⁰³.

SONUÇ

Çalışmamızda müsadere kavramının tanımına ve müsaderenin çeşitlerine, benzer kavramlarla ilişkisine, Türk hukukunda müsadereye ilişkin yasal düzenlemelere yer verdikten sonra müsadere ile mülkiyet hakkı ilişkisi 1982 Anayasası kapsamında incelenerek, müsaderenin anayasaya uygunluğu anayasal açıdan değerlendirilmiştir.

Bu kapsamda müsadere, bir kimsenin menkul veya gayrimenkul malının üzerinde sahip olduğu mülkiyet hakkının veya kazancın, kanunda öngörülen şartların gerçekleşmesi hâlinde, kesinleşmiş mahkeme kararı ile devlete geçmesi sonucunu doğuran bir güvenlik tedbiridir.

5237 sayılı TCK ile müsadere konusunda ayrıntılı hükümler getirilmiştir. Çalışmamızda ise, TCK'nin 54. ve 55. maddelerinde yer alan eşya ve kazanç müsaderesine ilişkin hükümleri ile 5271 sayılı CMK'nin 256-259. maddelerinde yer alan müsadere usulü, Anayasa ve diğer sair mevzuat hükümleri ile uluslararası düzenlemeler çerçevesinde incelenmiştir. Müsadere kurumu suçla mücadelede, suç işleyerek elde edilen kazancın önlenmesi açısından önem arz etmektedir. Bu nedenle de kazanç müsaderesinin 5237 sayılı TCK'da ayrı bir maddede düzenlemesi önemlidir.

¹⁰³AYMGK BB B. No: 2014/8060, T. 29.09.2016, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>> Erişim Tarihi 13 Aralık 2020

Müsadere, mülkiyet hakkını sona erdirdiğinden anayasamızda düzenlenerek koruma altına alınan ve insanlık tarihinin ilk dönemlerinden bu yana doğal, dokunulmaz bir hak olarak kabul edilen mülkiyet hakkı ile ilişkisi de önemlidir. Anayasamızda temel haklar ve ödevler başlıklı ikinci kısımda kişinin hakları ve ödevleri bölümünde mülkiyet hakkı düzenlenmiş olup; herkesin mülkiyet ve miras hakkına sahip olduğunu belirterek mülkiyet hakkını koruma altına alınmış olduğu gibi, devamında mülkiyet hakkının kendisinin kamu yararı amacının varlığı hâlinde, hakkın kullanılmasının ise toplum yararı amacıyla sınırlanabileceğini düzenlenerek hakkın sınırlanabileceği hususu da hüküm altına alınmıştır.

Mülkiyet hakkı, sahibine eşya üzerinde en geniş yetkiyi sağlayan aynı haktır; bir şeye malik olan kişinin söz konusunu şeyi hukuk sistemine aykırı olmamak kaydı ile; dilediği gibi kullanabilme, o şeyden dilediği şekilde yararlanabilme ve dilediği gibi tasarrufta bulunabilme hakkı bulunmaktadır.

Mülkiyet hakkına müsadere ile yapılan müdahalenin, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması rejimine uygun olmadığı taktirde Anayasa'nın 35. maddesinde koruma altına alınan mülkiyet hakkının ihlâlüne yol açacaktır. Bu itibarla müsadere kararı ile yapılan müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen rejime uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Müsaderenin kanuniliği için kullanılan 5237 sayılı TCK'nin 54. maddesinin dördüncü fıkrasındaki düzenleme alımı, satımı, kullanılması, bulundurulması, suç konusu olan eşyanın müsaderesine imkân verirken, aynı maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesi bir suçun icrası esnasında kullanılan eşyanın müsaderesine üçüncü iyi niyetli kişilere ait olmamak koşulu ile izin vermektedir. 5237 sayılı TCK'nin gerekçesinde de kuralın Anayasa'da yer alan mülkiyet hakkını zedelememesi için yeniden düzenlendiğini, kişinin suç işlenmesine iştirak ederek katılmaması, suçun işlenmiş olduğundan haberi olmaması hâlinde sahibi bulunduğu eşya, suçun işlenmesinde kullanılmış olsa bile müsaderesine hükmedilemeyeceği düzenlenmiş, fakat söz konusu eşya iyi niyetli üçüncü kişiye ati olsa bile kamu güvenliği, sağlığı veya genel ahlâk açısından tehlikeli olması hâlinde müsadere edileceği belirtmektedir.

Gerek AYM'nin gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları incelendiğinde, müsadere güvenlik tedbirini düzenleyen TCK'nin 54. ve 55. maddelerinin 1982 Anayasasını mülkiyet hakkını düzenleyen 35. maddesine ve temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin rejimi düzenleyen 13. maddesine aykırı olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

TCK'nin ilgili maddelerine göre müsadere güvenlik tedbirine; kasıtlı bir suç işlenmesi neticesinde, söz konusu suçla direk ilişkili olan bir eşyanın, mahkeme kararı ile mülkiyet

hakkını sahibinden alınarak devlete geçmesi şeklinde başvurulmaktadır. Ortada işlenmiş olan bir suç olmasından dolayı, burada eşya üzerindeki mülkiyet hakkının toplumun faydasına aykırı bir şekilde kullanıldığına şüphe yoktur. Müsaderede TCK'nin 54. ve 55. maddelerini esas alarak mahkeme kararıyla mülkiyet hakkına son verildiğinden Anayasanın 13. ve 35. maddelerinde belirttiği "kanunla sınırlanabilir" şartına uygundur. Ayrıca müsadere güvenlik tedbirine başvurulmasında "suç işlenmesinin önlenmesi" amacı olduğundan, Anayasamızın yine 13. ve 35. maddelerinde yer alan "kamu yararı amacıyla" sınırlama kuralı da yerine getirilmiş olmaktadır.

AYM'nin müsaderenin şartları olduğundan Anayasaya uygun olduğu hususunda pek çok kararı bulunmaktadır. Mülkiyet hakkı Anayasa'da teminat altına alınarak, bu alanda uluslararası ilişkilerin gelişeceği, ülkemize yabancı yatırımların gelmesine katkı sağlanacağı ve toplum refahına olumlu etki sağlayacağı belirtilmiştir. Fakat hakka ilişkin yer verilen bu teminatlar hakkın sınırlandırılmayacağı anlamına gelmemektedir. Ayrıca Anayasada yer alan koruyucu hükmün devlete hitap ettiği, zira şahıslar arasındaki ilişkilerin TMK ve benzer kanunlarla koruma altına alındığı gerekçede belirtilmektedir.

İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'ye Ek 1 No'lu Protokolün "*Mülkiyetin korunması*" kenar başlıklı 1. maddesinin mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin hükmü ister gerçek ister tüzel kişi olsun herkesin malının ve mülkünün dokunulmaz olduğunu, bu dokunulmazlığın ise ancak kamu yararı nedeniyle ve kanunda düzenlenen şartlarla ve uluslararası hukuka uygun olmak kaydı ile sınırlanabileceği düzenlenmiştir. İkinci fıkrada ise bu düzenlemenin devletlerin mülkiyetin kamu yararına uygun kullanılması için ya da vergi ceza gibi ödemelerin yapılmasını sağlamak maksadı ile gerekli uygulamaları yapmasını engellemeyeceği belirtilmiştir.

Ayrıca sözleşmeye göre mülkiyet hakkına müdahaleden bahsedebilmek için; kişinin sahip olduğu şeye müdahale olmalı ve kişinin meşru yani yasaya ya da istikrarlı bir içtihada dayalı somut bir beklentisi olmalıdır.

Çalışmada yer verilen AYM kararı; AİHM tarafından sınırlamalar belirlenirken içtihatlar ile ortaya konulan ilkelerin de hukuki olduğunu kabul ederken, Anayasamız tüm sınırlamaların ancak kanunla yapılabileceğini düzenlediği için Sözleşme'den daha geniş bir koruma sağlamakta olduğunu belirterek, AİHM içtihatları ile 1982 Anayasası düzenlemesini karşılaştırmış ve neticesinde Anayasamızın mülkiyet hakkına ilişkin daha geniş bir koruma sağladığını ifade etmektedir. Dolayısı ile buradan hareketle mülkiyet hakkına ilişkin korumanın, AİHM'nin sağladığı güvencelerin dahi üzerinde olduğu söylenebilir.

Müsaderenin temel amacının suç işleyerek elde edilen gelirlerle haksız yere zenginleşmenin yahut bu gelirlerle beslenen yasa dışı örgütlerin güçlenmesinin engellenmesi olduğu düşünüldüğünde, 5237 sayılı TCK, Anayasa ve sair mevzuat hükümlerinin cezalandırma açısından yeterli olduğu söylenebilse de uygulamada başarısız olunmasının nedenlerini irdelemek gerekmektedir. Örneğin suçüstü yakalanan uyuşturucu satıcısının üzerinden çıkan paranın sadece uyuşturucu satışından elde edildiği delillendirilebilen kısmı müsadereye konu olabilecek ve kalan kısmı iade edilecektir. Bu kapsamda bu hususların tespiti açısından kolluğa görevler düşmektedir.

Bir araştırmada, Türkiye’de kayıt dışı ekonominin son 10 yıldır gayri safi milli hasılaya oranının yüzde 28-30 bandında seyrettiği belirtilmektedir. Ayrıca kayıt dışı ekonomi oranında ülkemiz Ekonomik Kalkınma ve İş birliği Örgütü yani OECD’nin 34 ülkesi arasında birinci olduğu, ABD’nin ise yüzde 7.95 kayıt dışı ekonomi oranıyla OECD’nin en iyisi konumunda olduğu belirtilmektedir¹⁰⁴.

Kayıt dışı ekonomi, yasal olup kayıt altına alınmayan faaliyetleri ve yasa dışı faaliyetleri kapsamaktadır. Bu kapsama rüşvet, yolsuzluk gibi kamu görevlileri tarafından işlenebilen suçlar girdiği gibi, uyuşturucu ticareti ve kaçakçılık gibi yasa dışı diğer faaliyetler de girmektedir. Oranın yüksekliği ve sıralamadaki yerimiz aslında tek başına sistemimizde eksiklikler olduğunu ortaya koymaktadır.

Kimlerin mal bildiriminde bulunacağı 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanununun 2. maddesinde tahdidi olarak sayılmıştır. Birtakım özel kanunlarda da mal bildiriminde bulunması zorunlu tutulan kişiler düzenlenmektedir. Konumuz açısından ilgisi nedeni ile kimlerin mal bildiriminde bulunması gerektiğine detaylı olarak açıklanmamıştır. Fakat ülkemizde kamu görevlileri ve belirli görevleri ifa edenler dışındaki vatandaşlar istisnalar haricinde mal bildiriminde bulunmamaktadır.

Bu nedenlerle mal bildiriminde bulunması zorunlu olanlar dışındaki vatandaşlar içinde mal bildirimi bulunmasını sağlayacak bir sistem getirilmeli ya da belirlenecek miktardaki mal varlığı hareketleri tespit edilerek araştırılmalıdır. Sadece sistemi getirmek yeterli olmayacaktır. Gerekli denetim mekanizmaları da oluşturulmalıdır. Müsadere uygulamasında suçtan eşya ya da kazanca gidilmektedir. Fakat bunun tek başına yeterli olması beklenemez. Belirli suçlar

¹⁰⁴ Ceyhan Elgin ve Oğuz Öztunalı, ‘Shadow Economies around the World: Model Based Estimates’ (<http://tto.boun.edu.tr/tr/>) <<http://tto.boun.edu.tr/tr/content/kayit-disi-ekonomi-buyumenin-onunde-en-buyuk-engel>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2020; Araştırmanın tamamı için bakınız; <http://ideas.econ.boun.edu.tr/RePEc/pdf/201205.pdf>, Erişim Tarihi 07 Ekim 2020

açısından, suç işlendiğine dair kuvvetli şüphe bulunan hâllerde şüphelinin mal varlığı üzerinde de usulüne uygun bir şekilde araştırma yapılarak ceza kanunlarının ve özellikle müsadere amaçlarına daha etkili bir şekilde katkı sağlanacağı kanaatindeyiz.

Mali Suçları Araştırma Kurulunun 2018 tarihli faaliyet raporun yedinci sayfasında detaylı olarak görev, yetki ve sorumluluklarına yer verilmiştir. Cumhuriyet savcılığı tarafından incelenmesi talep edilen hususları incelemek ve aklama suçunun tespitine ilişkin talepleri yerine getirmek ve ayrıca resen yaptığı araştırmalar neticesinde aklama veya terörün finansmanı suçunun işlendiğine dair ciddi şüphelerin mevcut olması durumunda konuyu ilgili Cumhuriyet savcılığına bildirmek görevleri bulunduğu belirtilmektedir. Raporun otuz üçüncü sayfasında ise, 2018 yılında CMK'nin 128. maddesi kapsamında düzenlenen rapor sayısı 4.213 olarak belirtilmiştir. Raporun yirmi üçüncü sayfasında şüpheli işlem bildirimleri 222.743, adli/kolluk talepleri 22.939, diğer ihbarlar 255 adet oldukları belirtilmiştir¹⁰⁵.

Mali Suçları Araştırma Kurulunun faaliyeti görev ve sorumluluklarından anlaşıldığı üzere konumuz açısından kritik görevleri bulunmaktadır. Dolayısıyla daha etkin bir şekilde çalışmasının sağlanması gerekmektedir.

Mali denetimlerdeki eksiklikler ve yapılması gerekli mevzuat düzenlemeleri, müsadere ve diğer mali suçların birbirleri ile ilişkili olup bu konuda yapılması gerekenler aslında başlı başına bir araştırma konusunu oluşturmaktadır. Bu konuda ekonomistlerden, hukukçulardan, vergi ve maliye uzmanlarından ve diğer yetkin kişilerden yetkili makamlarca oluşturulacak bir kurul vasıtası ile araştırmalar yapılarak, sistemimizdeki eksikliklerin neler olduğu ve ne yapılması gerektiği, diğer ülkelerdeki mevzuat düzenlemeleri çerçevesinde incelenerek tespit edilebilir.

TCK'nin 54. ve 55. maddelerinde ayrıntılı olarak yer alan düzenlemelerde eksiklik olmadığı söylenebilir. Fakat nitelikli dolandırıcılık, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti, banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması gibi ekonomik suçlarda şüphelilerin mal varlıklarının da araştırılması hususunda mevzuatta birtakım düzenlemeler yapılmalıdır. Böylece müsadere kurumu, özellikle kazanç müsadere etkin bir şekilde işletilebilecektir.

Müsadere ülkemizde uygulanan hâliyle hem AİHS, hem de Anayasa açısından uygun olduğu sonucuna varılmakla birlikte, suçun ve suçtan elde edilen gelirlerin önlenmesi ve neticesinde suç ile etkili bir mücadele için müsadere ve diğer mali suçlar arasındaki

¹⁰⁵Hazine ve Maliye Bakanlığı, 'Mali Suçları Araştırma Kurulu 2018 Yılı Faaliyet Raporu', (<https://www.hmb.gov.tr>) <<https://www.hmb.gov.tr/masak-faaliyet-raporlari>> Erişim Tarihi 10 Ekim 2020

ilişkinin/irtibatın kapsamlı bir çalışmada hukukçular, vergi/maliye uzmanları ve ekonomistler tarafından detaylandırılarak incelenmesine ihtiyaç bulunmaktadır.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

Acar H, ‘Türk Ceza Hukukunda Müsadere Kurumu’ (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Çankaya Üniversitesi, 2019)

Arslan MBS, ‘Türk Hukukunda Müsadere’ (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi, 2014)

Artuç M, Hüküm Kurma Sanatı (6. Baskı, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları 2015)

Bakırcı F ve İBA Ş, Gerekçeli ve Notlu 1982 Anayasası (1. Baskı Turhan Kitabevi 2017)

Centel N, Zafer H ve Çakmut Ö, Türk Ceza Hukukuna Giriş (5. Baskı, Beta Yayınevi 2008)

Centel N ve Zafer H, Ceza Muhakemesi Hukuku (3. Baskı, Beta Basım Yayım 2005)

Certel A, Müsadere (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2008)

Çelebican Ö ve Karadeniz Ö, Roma Eşya Hukuku (3. Basım, Yetkin Yayınları 2006)

Çakmak NM, İdare Hukukunda Kurumsal Olarak Kamu Yararı (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2013)

Çulha R, Demirağ F, Nuhoğlu A, Oktar S ve Tezcan D, Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı (2. Baskı, Bilge Yayınevi 2017)

Demirbaş T, Ceza Hukuku Genel Hükümler (3. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2005)

Doğru O ve Nalbant A, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 2. Cilt (1. Baskı, Legal Kitabevi 2013)

Elgin C ve Öztunalı O, ‘Shadow Economies around the World: Model Based Estimates’
<<http://ideas.econ.boun.edu.tr/RePEc/pdf/201205.pdf>>

Erişim Tarihi 07 Mart 2020

Ercan İ, Ceza Hukuku Genel Hükümler (10. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2014)

Ercan İ, Ceza Hukuku Özel Hükümler (7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2012)

Eren F, Mülkiyet Hukuku (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2011)

Etgü MA, Kamu Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Mülkiyet Hakkına Bakışı (1. Baskı, On İki Levha Yayınları 2009)

Fertellioğlu B, 'Anayasal Dilin Semantiği Üzerine: Anayasanın Ruhu Kavramı' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2019)

Gedik D, Müsadere (2. Basım, Adalet Yayınevi 2016)

Gemalmaz HB, Mülkiyet Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 6 (Mrk Baskı 2018)

Gerçekker H, Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt I (2. Bası, Seçkin Yayıncılık 2014)

Gökçen A, Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi) (Adalet Yayınevi 1994)

Gözler K, Anayasa Hukukunun Genel Esasları (10. Baskı, Ekin Basım Yayım 2018)

Gözler K, Türk Anayasa Hukuku (2. Baskı, Ekin Basım Yayım 2018)

Gözler K, Türk Anayasa Hukukuna Giriş (4. Baskı, Ekin Basım Yayım 2010)

Gözübüyük AP, Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi (5. Baskı, Kazancı Hukuk

Yayımları 1988)

Gül İ, 'Danıştay Kararlarında "Kamu Yararı" Kavramı' (2014) (2) Ankara Barosu Dergisi, ss. 533-550

Güngör D ve Toroslu H 'Müsadere ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması İlişkisi Üzerine Kısa Bir Değerlendirme' (2016) 65 (4)

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 1967- 1980

Günler K, 'Türk Ceza Hukukunda Müsadere' (2014) 18 (3) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 849-876

Hafizoğulları Z ve Özen M, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (3. Baskı, Us-A Yayıncılık 2010)

Hakeri H, Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları Genel Hükümler (3. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2005)

- İzgi Ö ve Gören Z, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu Cilt I (TBMM Basımevi 2002)
- Kabaoğlu İÖ, Özgürlükler Hukuku (6. Baskı, İmge Kitabevi 2002)
- Karatepe Ş, Türk Anayasa Hukuku (1. Baskı, Savaş Yayınevi 2016)
- Kubalı HN, Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1969)
- Kunter N, Yenisey F ve Nuhoğlu A, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku (14. Baskı, Arıkan Basım 2006)
- Mastı AK, ‘Askeri Yargıda Disiplin Mahkemeleri ve Temel Hak ve Hürriyetler’ (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, 2004)
- Mastı AK, ‘Türkiye’de Bilgi Edinme Hakkı Ve Kişilik Hakları İle İlişkisi’ (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi, 2008)
- Nohutçu A, Hâkimlik Kampı Anayasa Hukuku (2. Baskı, Savaş Yayınevi 2018)
- Oğuzman K ve Barlas N, Medeni Hukuk Giriş Kaynakları Temel Kavramlar (13. Bası, Arıkan Basım Yayım 2006)
- Oğuzman K, Seliçi Ö ve OKTAY ÖZDEMİR S, Eşya Hukuku (12. Bası, Filiz Kitabevi 2009)
- Özbek VÖ, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 1999)
- Özbudun E, Türk Anayasa Hukuku (15. Baskı, Yetkin Yayınları 2014)
- Özer A, Anayasa Hukuku (7. Baskı, Gazi Kitabevi 2016)
- Özgenç İ, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (1. Baskı, Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu Matbaası 2006)
- Öztan B, Medeni Hukukun Temel Kavramları (31. Baskı, Turhan Kitabevi 2009)
- Özütrk Bahri ve Erdem MR, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku (17. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2017)
- Remzi M, Aydın S ve Ispartalı M, Medeni Hukuk (2. Baskı, İkinci Sayfa Yayınları 2012)
- Sirmen AL, Eşya Hukuku (2. Bası, Yetkin Yayınları 2014)
- Şahin C, Ceza Muhakemesi Hukuku- I (9. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2018)

Şahin İ, Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2004)

Taneri G, Müsadere (1. Baskı, Bilge Yayınevi 2013)

Tanör B ve Yüzbaşıoğlu N, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku (12. Baskı, Beta Basım Yayım 2012)

Topaç TH, 'Eşya Müsaderesi (TCK. 54)' (2013) 0 (2) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, ss. 47-70

Toroslu N, Ceza Hukuku Genel Kısım (14. Baskı, Savaş Yayınevi 2009)

Tünay M 'Müsadere ve Müsadere Muhakemesi' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi, 2014)

Yaşar O, Gökcan HT ve Artuç M, Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt II (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2010)

Yerdelen E, 'Yaptırım Olarak Devletin Mülkiyet Hakkına Müdahalesi (Müsadere-Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi)' (Yayımlanmamış

Yüksek Lisans Tezi, Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi, 2010)

Yücebaş, Ö 'Suç Ekonomisi ve Terörün Finansmanı' (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, 2010)

Yıldırım A ve Duman Ö, 'Adalet Yolunda Bir "Nehir Sınırı" Mücadelesi: Mülkiyet Hakkı, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumu ve Müsadere' (2018) 67 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 145-200

Yılmaz Z, Teori ve Uygulamada Müsadere (Seçkin Yayıncılık 2003)

RAPORLAR

Avrupa Uyuşturucu Raporu, 2018, <http://www.emcdda.europa.eu>, Erişim Tarihi 26 Aralık 2020

Avrupa Uyuşturucu Raporu, 2019, <http://www.emcdda.europa.eu>, Erişim Tarihi 26 Aralık 2020

Hazine ve Maliye Bakanlığı, Mali Suçları Araştırma Kurulu 2018 Yılı Faaliyet Raporu, <https://www.hmb.gov.tr/masak-faaliyet-raporlari>, Erişim Tarihi 10 Ekim 2020

VERİ TABANLARI VE İNTERNET SİTELERİ

<http://dergiler.ankara.edu.tr/>

<http://dergipark.org.tr>

<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr>

<http://tdk.gov.tr>

<http://tto.boun.edu.tr>

<http://www.bakale.com>

<http://www.emcdda.europa.eu>

<http://www.uyusmazlik.gov.tr>

<https://acikerisim.tbmm.gov.tr>

<https://en.wikipedia.org>

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>

<https://mevzuat.tbmm.gov.tr>

<https://tez.yok.gov.tr>

<https://www.anayasa.gov.tr>

<https://www.hmb.gov.tr/masak-sunus>

<https://www.mevzuat.gov.tr>

<https://www.ombudsman.gov.tr>

<https://www.seslisozluk.net>

<https://www2.tbmm.gov.tr>