

MALVARLIĞINA İLİŞKİN BİR EMNİYET TEDBİRİ OLARAK TÜRK CEZA YASASINDA MÜSADERE

Araş. Gör. Öykü D. AYDIN

I- GENEL OLARAK

TCY'nın düzenlediği emniyet tedbirlerinden biri de müsadere-
dir (*). Müsadere, 11. madde ile cezalar arasında sayılmamıştır. Suç
failine ait olmayan eşyanın da müsadere edilebilmesi (m. 36/2), hü-
kümlünün ölümüne rağmen müsadere infazı (m. 96/2) müsadere-
nin ceza olmadığı düşüncesini destekleyicidir (1).

Müsadere, TCY'nın düzenlediği malvarlığına ilişkin tek (*)
emniyet tedbidir. Müsaderenin uygulanma amacı da tüm emniyet

(*) Genel kaynakça ol. bz.:

N. Basocchi, "La confisca: sanzione amministrativa o misura di sicurezza?," **A. pen.**, vol. XXXVII, n. 1-2, 1985, ss. 411-432; **Massa**, "Confisca (dir. e proc. pen.)," **Enc. D.**, s. 980; **Gullo**, "La confisca," **Giust. pen.**, 1981, II, s. 40; **Manzini**, III, 1981, s. 383; **Chiarotti**, "Sulla tutela dei diritti delle persone estranee al reato in materia di confisca," **Giust. pen.**, 1956, II, s. 367; **A. Casalnuovo**, "La confisca obbligatoria in rapporto alla estinzione del reato per amnistia" **A. pen.**, 1947, ss. 201-206; **Sabatini**, "Di alcune questioni in tema di confisca," **A. pen.**, 1945, II, s. 344. Müsadereyi, emniyet tedbiri olarak gören ve inceleyen yazarlar **G. Bettiol-L. Pettoello-Mantovani**, **Diritto penale**, 12a ed., Cedam, Padova, 1986, s. 990; **R.A. Frosali**, **Sistema penale italiano**, vol. III, Torino: Utet, 1958, s. 582; **Guarneri**, "Confisca (dir. pen.)," **Nov. D.**, s. 40; **Gullo**, s. 41; **Massa**, s. 980; **Mantovani**, s. 836; **Ricola-Zagrebelsky**, **Giurisprudenza sistematica di diritto penale**, pt. g., vol. II, Torino, 1984, s. 155.

(1) **Erem**, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku**, C. II, Ankara: Seçkin Kitabevi, 1985, s. 384.

(*) Ancak, burada TCY'nın 27. maddesiyle düzenlenen "adli tevbih için teminat" müessesesine değinmeden geçemeyeceğiz. "Adli tevbih için teminat" bir emniyet tedbiri midir? Daha doğrusu malvarlığına ilişkin bir emniyet tedbiri midir? soruları akla gelmektedir. "Adli tevbih için teminat" YİCY'nın malvarlığına ilişkin bir emniyet tedbiri olarak düzenlediği "iyi hal kefareti şartı" "**cauzione di buona condotta**" ya benzemektedir.

İtalyan öğreticisinde, YİCY'nın öngördüğü bu tedbirin kökeninin 1889 tarihli Zanardelli Yasası'nın 27. maddesinde olduğu düşünülmektedir. (Manzini, III, s. 376, dipnot 2) TCY'nın da, 27. maddesiyle düzenlediği bu hükme göre "Adli tevbih halinde mahkûm, tevbih tarihinden itibaren cürümler için iki ve kabahatler için bir seneyi geçmemek üzere mahkemece tayin edilecek müddet zarfında bir cürüm ve ya kabahat işlerse bu cürüm veya kabahatin müstelzim olacağı cezaya halel gelmemek

tedbirlerinde olduğu gibi, yeni suçların işlenmesinin önlenmesidir (2).

Müsadereye hükmedilme esasının "şeyin tehlikeliliği" (*) olduğundan da sözedilmektedir. Müsadereyle ilgili olarak karşılaştırmalı hukukta özellikle İtalya ve Almanya'da müessesenin bir emniyet tedbiri olarak düzenlendiğini ve yasa koyucu tarafından sistemli olarak hükme bağlandığını görüyoruz (3). Ancak İtalya da öğretinin dikkate değer bölümü müsadere için fer'i cezalar kategorisine sokulması gerektiğini de iddia etmektedir (4).

şartıyla cezayı nakdi ramiyle muayyen bir para itasını taahhüt etmeye ... mecburdur". Çerçekten, YİCY'nun 237. maddesiyle düzenlenen iyi hal kefareti şartı (İyi hal kefareti şartı failin belirli bir para itasını taahhüt etmesinden ibarettir. Fail, iyi hal kefareti şartını yerine getirmezse ya da süresi içinde bir diğer suç işlerse, tedbir geri alınır). TCY'nun 27. maddesiyle düzenlenen "adli tevbih için teminat" müessesesinin daha gelişmiş bir biçimidir.

"Adli tevbih için teminat" bir emniyet tedbiri midir? Adli tevbih, tevbih yönüyle bir ferdileştirme müessesesidir. Ancak, teminat yönü ve bu teminatın fail üzerindeki psikolojik önleyici yönü emniyet tedbirlerine özgüdür.

YİCY, iyi hal kefareti şartını malvarlığına ilişkin bir emniyet tedbiri olarak düzenlemiştir (YİCY, m. 237). Ancak İtalyan öğretisinin bir bölümü -konusu "belirli miktardaki para" da olsa-, tedbirin faile psikolojik bir zorlamada bulunduğunu kabul etmekte ve bu nedenle iyi hal kefareti şartının "kişiye ilişkin emniyet tedbiri" olduğunu düşünmektedir (Nuvolone, *Misure di prevenzione*, *Enc. D.*, s. 657; Scordamaglia, "Cauzione di buona condotta," *Enc. glor.*, s. 7). Bu tedbirin de uygulanma koşulu, failin sosyal tehlikeliliğidir. Tedbir: i. gözetimli serbesti (m. 231). içki içilen yerlere girememe (m. 234) tedbirlerine riayet etmeyen failere; ii. yargıç, gözetimli serbestiye hükmetmemiş ise zirai işletmelerde ya da çalışma evlerine yerleştirilme tedbirinin infazından sonra (m. 230/2); iii. itiyadi ya da profesyonel suçlu tarafından işlenmiş, m. 718 in öngördüğü kabahatin işlenmesi halinde uygulanır.

(2) *Massa*, s. 983; *Erem*, s. 385.

(*) Aslında burada şeyin failde bulunmasının onda yaratacağı suç işleme isteği gözönüne alınarak şeyin potansiyel tehlikeliliğinin faile geçmesinin önlenmesi söz konusudur (*Caraccioli, I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano Ciuffré, 1970 s. 148).

(3) YİCY'nun 236. maddesi delâletiyle m. 240: "Müsadere. Yargıç, mahkûmiyet halinde suçun işlenmesinde kullanılan ya da kullanılmak için hazırlanan ve/veya suç dolayısıyla meydana gelen ya da kazanılan şeyin müsaderesine hükmedebilir.

1) Suçun geliri olan 2) Üretici, kullanılır, taşınması, bulundurulması, el değiştirmesi suç oluşturan şeyler, mahkûmiyet söz konusu olmasa bile müsadere edilirler.

Birinci fıkranın birinci paragrafı ve 1 no'lu cümlesindeki hükümler, şey, suçla ilişkisi olmayan kimselere aitse uygulanmazlar. İki no'lu cümlede yazılı hüküm, şeyin suçla ilişkili olmayan kişiye ait olması ve üretime, kullanıma, taşınmaya, bulundurulmaya, el değiştirmeye, iznin, yetkili otoritece verilebilmesi halinde uygulanmaz."

(4) *Caraccioli*, s. 610.

Müsadere, devlet tarafından bir suçla ilgili ya da bizzatı suç teşkil eden eşya el konulmasıdır (5). Müsadere, niteliği gereği sürekli bir tedbirdir "*misura perpetua*". Müsaderenin konusu "şey"dir.

Canlı, cansız, taşınır, taşınmaz herşey müsadereye konu olabilir (6). Bir şeyin müsadere edilebilmesi için onun yasaca belirli bir amaca tahsis edilmemiş olması ya da devletin mülkiyetinde bulunmaması gerekir.

Zanardelli Yasasının 36. maddesiyle düzenlediği "müsadere" müessesesi dönemin İtalyan öğretisinde ceza olarak görülmemiştir. Müsaderenin ceza olmamasından doğan sonuçlar da yalnızca sanığın başvurusu söz konusu olsa bile istinaf mahkemesinin müsadereye hükmedebilmesi, suçların içtimasına ilişkin kuralların müsadereye uygulanmaması gibi sonuçlardı (7).

Müsaderenin açıkça emniyet tedbiri olarak düzenlendiği İtalyan sisteminde müsadere ile ilgili olarak yargıcın 202. maddeye göre "sosyal tehlikelilik saptaması" (*accertamento della pericolosità sociale*) yapmasının 236. maddeye göre mümkün olmaması ve emniyet tedbirlerine egemen bazı ilkelerin müsadereye uygulanmaması nedeniyle müessesenin tam bir emniyet tedbiri olmadığı savunulmuştur. Müsaderenin hem ödetici (özellikle mahkûmiyete bağlı hükmedildiği hallerde) hem önleyici ve hem de tedbir (mahkûmiyetin söz konusu olmadığı hallerde) niteliği onun "*sui generis*" bir müessese olarak da görülmesine yol açmıştır (8).

II- TCY'NİN 36. MADDESİ HÜKMÜ

1. Genel Olarak

TCY 36. maddesi ile "Mahkûmiyet halinde cürüm veya kabahatte kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan veya fiilin irtikabından husule gelen eşya fiilde methali olmayan kimselere ait olmamak şartıyla mahkemece zabt ve müsadere olunur.

Kullanılması, yapılması, taşınması, bulundurulması veya satılması cürüm veya kabahat teşkil eden eşya bir ceza mahkûmiyeti olmasa ve faille ait bulunmasa bile mutlaka zabt ve müsadere olunur.

(5) Manzini, III, s. 385.

(6) Manzini, III, s. 385.

(7) Caraccioli, ss. 20-21.

(8) Crespi, Stella, Zuccala, *Commentario breve al codice penale*, Milano, Giuffrè, 1992. s. 549.

Taşınması memnu olmayan silahların ruhsatsız taşınması halinde de zapt ve müsadereesine hükmolunur” düzenlemesini getirmiştir. Yasamız özel kısmında da türlü suç hipotezleri ile ilgili olarak müsadere tedbirine yer vermiştir (*).

Yasamızda, İtalyan sistemindeki –daha önce mehzaz yasında da varolan– seçimlik ya da zorunlu müsadere ayrımı yer almamıştır. (TCY’nın 36. maddesinin 1. fıkrası mehzazda “olunabilir” biçiminde kaleme alınmış ve seçimlik müsadere uygulamasını öngörmüştü).

Müsadere söz konusu olunca “tehlikelilik” ya da “şeyin tehlikeliliği” kavramından anlaşılması gereken kendiliğinden “şey”in tehlikeliliği değildir. Objektif bir tehlikelilik olarak değerlendirilen şeyin tehlikeliliği, şeyin failin elinde bulunmasının onda yaratabileceği subjektif tehlikeliliktir. Burada söz konusu olan şeyin failde suç fikrini ve suç işleme isteğini canlı tutacağı gerçeğidir (9). Tedbirle, şeyin potansiyel tehlikeliliğinin faile geçmesi önlenmiş olacaktır (10). Yasamızın 36. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen müsadere ise kendiliğinden; üretimi, kullanımı, taşınması, bulundurulması, satılması yasak olan şeyin tehlikeliliği söz konusu olmakta ve bunun da bir emniyet tedbiri olduğu kabul edilmektedir. Ancak, Boscarelli, polis tedbiri niteliğinden de söz etmektedir (11). Gerçekten, Boscarelli’nin bu görüşü TCY 36/2. madde düzenlemesi bakımından değerlendirilmeye değerdir. Herşeyden önce, 2. fıkraya göre hükmedilecek müsadere bir mahkûmiyetin söz konusu olmasına gerek yoktur. Kullanılması, yapılması, bulundurulması veya satılması cürüm veya kabahat teşkil eden eşya bir ceza mahkûmiyeti bulunmasa ve faile ait olmasa da zapt ve müsadere olunacaktır. Emniyet tedbirleri bir mahkûmiyet kararı dolayısı ile hükmedilen tedbirlerdir. Oysa, burada müsadereye her halde mahkûmiyet kararından önce hükmedilmektedir. Her koşulda şey ile failin ilişkisi suç teşkil etmektedir, eder ya da edecektir. Ancak burada şeyin müsadere edilmesi, o şeyle ilişkili failin bir suç işlemiş olması nedeniyle ve gelecekte de suç işleyebileceği güçlü varsayımıyla yapılmamakta, aksine o şey kiminle ilişkili olursa olsun, şeyin kendisinin çevreye saçtığı tehlikelilik nedeniyle yapılmaktadır. Bu,

(*) Örn. TCY m. 225, 255/2, 291/1, 354/5, 487/2, 547/2.

(9) Massa, “Confisca (dir. e proc. pen.),” **Enc. D.**, s. 983.

(10) Bettiol-Pettoello-Mantovani, s. 990.

(11) Boscarelli, **Compendio di diritto penale, parte generale**, 7a ed., Milano, Giuffrè, 1991, s. 339.

emniyet tedbirlerinin ruhuna uygun değildir. Gerçekten, burada bir fail bile gerekmemektedir.

Örneğin, ruhsatsız bir silahın çantasında bulunduğu kişi daha sonradan ruhsatsız silah taşımak suçunun yargılamasında silahı çantasına başkasının koyduğunu kanıtlayıp beraat etse bile silahın müsaderesine hükmedilecektir (*). Burada müsadereye şeyin sanıkta yaratacağı tehlike nedeniyle değil şeyin herkeste yaratacağı tehlike nedeniyle yani polis tedbirlerine özgü bir tehlikelilik anlayışıyla hükmedilecektir. Emniyet tedbirine belirli bir failin yeni suçlar işlememesi için hükmedilirken, polis tedbirlerinde genel olarak "suçların işlenmemesi" aranmaktadır. CMUY'na göre de suç konusu olmayıp münhasıran müsadereye tabi bulunan eşyanın müsaderesine sulh yargıcı tarafından duruşma yapılmaksızın karar verilir (m. 392/2). Duruşma yapılmaması da tedbire emniyet tedbirinden çok önleme -polis tedbiri- niteliği kazandıran bir durumdur.

Müsadere, yasamıza göre sürekli bir tedbirdir. Müessesenin mantığı da bunu gerektirir.

2. TCY'nın 36/1. maddesi hükmüne göre suçla ilgili eşya (suçta kullanılan, kullanılmak üzere hazırlanan, suçtan meydana gelen eşya):

Yasa, müsadereye tâbi olacak eşyayı sayma yoluyla belirtmiştir. Suçun cürüm veya kabahat olması, kasdi veya taksirli olması önemli değildir. Mehzaz yasa kabahatlerde değil cürümlerde müsadereyi esas olarak kabul etmiştir. Kabahatlerde konu, yasanın açık düzenlemesine bırakılmıştır (12). Yasamıza bu hükmün alınmaması isabetli olmuştur. Kabahate konu teşkil eden eşyanın yaratabileceği "tehlikelilik" nispeten önemsiz bir tehlikelilik olabilir. Bu bakımdan maddenin, kabahatlerde müsadereyi esas değil istisnaen kabul etmesi gerekirdi.

(*) TCY'nın 36. maddesi 2. f. sı uygulaması yönünden Yargıtay'ın "Satmak için sahte altın bulundurma suçuyla yargılanan sanığın beraatine karar verilmesinin yasaya aykırı olduğunu ileri sürmeyen yerel C. Savcısı, temyiz isteminde TCY'nın 36/2. maddesi hükmünün gözönünde tutularak tedbir niteliğinde altınların zoraltına karar verilmemesinin yasaya aykırı olduğunu vurgulamaktadır.

Bu nedenle, ceza uygulaması yönünden sanık aleyhine bir temyiz varlığından söz edilemez. Sahte milli ziyet altınlarının zoraltına karar verilmesi gerekir." kararı da bir örnek olabilir. YÖK. E. 1988/8-522; K. 1989/62 t. 20.2.1989; YKD, c. 15, s. 7 (Temmuz, 1989) s. 1018.

(12) **Erem**, s. 386.

A. Suçta kullanılan eşya

Suçun işlenmesinde kullanılan, suçun kendileriyle işlendiği şeylerdir (para, silah, kimyasal madde vs. her türlü eşya olabilir).

Müsadere için şeyin, suçta kullanılabilmesi yetmez, kullanıldığı mı ya da kullanılmak üzere hazırlandığının sabit olması gerekir. Ancak 36/1. maddeye göre, müsadere uygulanabilmesi için mahkûmiye koşulu olduğuna göre, buradaki hazırlık en aşağı eksik teşebbüs aşamasında kalmış bir hazırlık olmalıdır. Yoksa fiil hazırlık hareketlerinde kalmış, icra safhasına geçilmemişse müsaderenin söz konusu olamaması gerekir (13).

İtalyan öğretisinde suçun icrasıyla doğrudan ve yaşamsal ilişkisi bulunan eşyanın suçta kullanılan eşya olarak müsadere edilebileceği kabul edilmektedir (14). İtalyan Yargıtayı ise hazırlık hareketi, icra hareketi ayrımı yapmaksızın, şey ile suçun tartışmasız ve sübjektif olarak, birincinin ikincisinin işlenmesini olası kılacak- en azından onun failin öngördüğü ve istediği biçimde işlenmesini olası kılacak- biçimde araçsal bir bağ ile bağlı olması gerektiğini, bir tür, şey ile suç arasında araçsal nedensellik ilişkisi olması gerektiğini kabul etmektedir (15). Bu nedensellik ilişkisi suçun işlenmesi bakımından etkili, doğrudan ve acil olmalıdır. Burada araçsal ilişki gelecekte de yinelebilecek bir cezai aktiviteye işaret etmelidir (16). Bu nedenle, İtalyan Yargıtayı fahişelik yapmakta kullanılan ya da hırsızlık yaptıktan

(13) aks. Erem, s. 387-388. Ancak yazar da "... müsadere için şüphesiz, fiilin cezayı müstelzim teşebbüs safhasına girmiş olması lazımdır. Çünkü müsadere eğer eşyalar bizzatı suç teşkil etmiyorsa ancak "mahkûmiyet halinde mümkündür" dediğine göre yukarıdaki saptama bakımından bir ayrım yapmak gereklidir. Buna göre, eğer suçun yalnızca bir şey ile ya da belirli şeylerin birleşmesi ile işlenebileceği kabul ediliyorsa suçun eksik teşebbüs derecesine varamaması halinde müsadere mümkün olamayacaktır. Ancak, cürmi hareketin icrası sırasında ayrılabilen, tek tek ya da sırayla kullanılabilen eşyada; bunlardan biri, birkaçı kullanılmış, suç oluşmuş, ancak diğerleri de aynı amaç için hazır bulunduruluyorsa, diğerlerinin kullanılmaması müsadere edilmelerine engel değildir. Örneğin, bir köyü basan teröristlerin baskın sonrası hücrevinde yakalanıp yargılama sonunda mahkûm edilmeleri halinde yalnızca baskında kullanılan silahlar değil hücrevinde kullanılmak üzere hazırlanmış diğer silahlar da müsadere edilecektir.

(14) Alessandrì, "Contro il diritto penale," *Dig. pen.*, s. 44.

(15) C. 20.2.1990, *Giust. pen.*, 1991, II, s. 42; C. 30.6.1987, *Giust. pen.*, 1991, I, s. 421; C. 3.5.1985, *R. pen.*, 1986, s. 836; C. 22.5.1978, *C. pen. Mass.*, 1980, s. 47; C. 7.6.1972, *C. pen. Mass.*, 1973, s. 1214; C. 29.1.1971, *C. pen. Mass.*, 1972, s. 494; C. 24.6.1969, *C. pen. Mass.*, 1970, s. 1294.

(16) C. 19.3.1986, *C. pen.*, 1987, s. 2115.

sonra kaçmakta kullanılan otomobillerin müsadere edilemeyeceğine karar vermiştir (17). Bizim sistemimizde ise, suçun işlenmesinde anormal biçimde ve yalnızca tesadüfi olarak kullanılan araçların da müsadere edilebilmesi gerekir. Bir otomobil kasıtlı olarak adam öldürmede kullanılmışsa müsadere edilecektir. Bu bakımdan şeyin objektif olarak suç işlenmesine yarayıp yaramayacağı konusu önem taşımaz.

Yasamız suç işlemekte kullanılan ya da kullanılmak üzere hazırlanan eşyadan sözettiğine göre suçun işlenmesini kolaylaştıran eşya da müsadere edilebilmelidir. Bu bakımdan aslında yukarıda değindiğimiz, İtalyan Yargıtayı'nın doğrudan, vazgeçilmez araç olma bağlamındaki nedensellik ilişkisi sağlamı bir ölçü değildir. İtalyan Yargıtayı'nın kendisi de son zamanlardaki bir kararıyla bunu içtihad etmiştir (18).

B. Suçta Kullanılmak Üzere Hazırlanan Eşya

Suçta kullanılmak üzere hazırlanmış eşya deyimi eksik ya da tam teşebbüs safhasında kalan suçlarda kullanılan eşyayı kapsadığı gibi (gerçi, teşebbüs derecesinde kalan suç da suçtur ve bunda kullanılan eşya suçta kullanılan eşyadır) failce istenmiş, ancak etkili olarak kullanılmamış, yetersiz ya da elverişsiz ya da suçta kullanılan diğer araçlara göre yardımcı ya da ikincil plada kalmış eşyayı da kapsar (19).

C. Suçtan Husule Gelen Eşya

Mevcut değilken suç nedeniyle oluşmuş eşya örneğin izinsiz haşhaş üretiminde üretilen haşhaş bitkileri suçtan husule gelen eşyadır. Tağyir veya tahvil edilmek suretiyle meydana gelen eşya da bu anlamdadır. Bu noktada doğrudan ya da dolaylı olarak bir ayırım söz konusu olabilir. Çalınmış eşyanın satılmasından elde edilen para suçtan dolaylı olarak husule gelen eşyadır (20).

Yargıca sınırsız ve belirsiz bir takdir marjı bırakmamak için bazı ölçüler ileri sürülebilir. İlk olarak "ani maddi sonuç" ölçütü ya da "suçtan ani elde edilen ekonomik yarar" ölçütü düşünülür (21).

(17) C. 29.1.1971, C. pen. Mass., 1972, s. 494; C. 24.6.1969, C. pen. Mass., 1970, s. 1294.

(18) C. 2.3.1989, Giust. pen., 1990, II, s. 363.

(19) Manzini, III, s. 388.

(20) Manzini, III, 388.

(21) Alessandri, s. 52.

3. Mahkûmiyet Koşulu

Eşyanın suçla ilişkili olması kendiliğinden müsadere edilmesini gerektirmez. TCY'nın 36. maddesinin 1. fıkrasına göre "mahkûmiyet" koşulu da söz konusudur. Beraat halinde müsadereyi uygulamanın doğaldır. Ancak cezanın failin subjektif hali nedeniyle -yaş, akıl hastalığı gibi- uygulanmaması müsadereye engel olmaz. Bu bakımdan Dönmezer-Erman'ın zikrettiği ve 36/1. maddenin ceza hükmü olduğu düşüncesini destekleyici olarak işaret ettiği Yargıtay'ın henüz onbir yaşını bitirmeyen ve 53. madde hükmüne tâbi olan küçük hakkında suç eşyası dolayısıyla müsadereye karar verilemeyeceğini belirten kararı (22) isabetsizdir. Yargıtay'ın aksi kararları da müsadereye tedbir clduğuna ve örneğin yaş küçüklüğü nedeniyle ceza verilmesi bile müsadereyi uygulayabileceğine yöneliktir (23). Bu bakımdan Erem'in "kanun mahkûmiyet halini aradığına göre, her türlü 'beraat kararları' bu ibarenin şümulü dışında kalacağından, beraat sebeplerine göre tefrikte bulunmağa lüzum yoktur. Bu sebeple suç sabit olmakla beraber, failin ceza sorumluluğu olmadığından (küçüklük hali gibi) beraat kararı verilmesi halinde suçla ilgili eşyanın müsadereye karar verilemez. Yargıtay da böyle içtihat etmiştir" (24) sözleri iki bakımdan tartışılmalıdır. Öncelikle failin ceza sorumluluğu söz konusu değil ancak suçu işlediği sabitse emniyet tedbiri yargılaması sonunda verilecek karar "beraat kararı" olması gerekse de Yargıtay, emniyet tedbiri yargılanmasının farklı yönünü vurgularcasına "ceza tertibine yer olmadığı" ("ceza tatbikine mahal olmadığı") kararını vermektedir. Yargıtay bu hususa titizlikle dikkat etmektedir. (25).

(22) YCGK. 20.11.1939, E. 305, K. 320; 3. CD, 30.10.1946, F. 7379, K. 9425, Zikr. **Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, 9. b., C. II, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 1986, s. 752.

(23) Örn. "Müsadere bir ceza değildir. Suç işleyen kişiye yaşının küçüklüğü nedeniyle ceza tertip edilmese bile, suçta kullanılan bıçağın zoraltımına karar verilmelidir" YCGK. 14.6.1982; 552. Zikr. **İçel-Yenisey, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları**, 3.b. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 1990, s. 671.

(24) **Erem, II**, s. 388.

(25) "Suç tarihinde onbeş yaşını ikmal etmeyen ve farik ve mümeyyiz bulunmayan küçük hakkında yargılama yapılarak fiil sabit olmadığı halde berartine ve subutü halinde ceza tertibine mahal olmadığına karar verilmek lâzım gelirken..." 2 CD. 11.10.1945, E. 8550, K. 8205. Yine "Farik ve mümeyyiz olmadığı anlaşılan sanık T'nin hakkında uygulanan 54. madde gereğince yapılacak yargılama neticesinde suç sabit olup olmadığı kararda gösterilerek beraatine veya haklarında ceza tertibine yer olmayacağına karar verilmek lâzım gelirken fülün sabit olup olmadığı meskut geçilecek hiçbir ceza tertip olunamayacağından bahisle..." CGK. 1.10.1945, E. 99, K. 96.

Yargıtay'ın zikredilenden yeni ve farklı içtihatları da bulunmaktadır. Aksi görüş müsadereyi ceza olarak (TCY'nın 36. maddesinin 1. fıkrası söz konusu ise) kabul eden görüş (26) tutarlı olmakla birlikte müesseseyi tedbir olarak kabul eden yaklaşım için aynı şey söylemez.

Ceza davasını düşüren nedenler mevcut olduğunda da müsadere kararı verilemeyecektir. Mahkûmun ölümü (m. 96/1), genel af (m. 97), şikayetten vazgeçme (m. 99) hallerinde 36. maddenin 1. fıkrası uygulanmaz (27). Ancak 100. maddeye göre bir kez müsadere edilmiş eşya umumi veya hususi aflar ya da zarar görenin şikâyetinden vazgeçmesi nedeniyle geri istenemeyecektir. Yasanın bu hükmü olmasa idi bu hallerde geri istemenin mümkün olacağı kabul edilebilirdi. Yine, davanın ön ödeme ile düşmesi hali de 119. maddenin 8. fıkrası hükmü nedeniyle müsadereyi etkilemeyecektir (*).

Cezayı düşüren nedenler ise müsadereyi infazına engel olmaktadır. Bu durumda bir kez hükmedilmiş müsadereye ölüm (*) -ölümden önce kesinleşmiş- ve özel af etki etmeyecektir.

TCY'nın 92. maddesine göre "tazminat kabilinden olan cezayı nakdi ve zapt ve müsadereyi kanunen mecburi olan eşya ile muhakeme masrafları tecil olunmaz." 36/1. maddeye göre müsadere edilen eşya da kanunen müsadereyi mecburi eşyadır. Ancak burada yasamız bakımından bir çelişki söz konusudur. Bu noktada sistemimize göre müsadereyi mecburi olmayan eşya var mıdır sorusu akla gelir. Anlaşıyor ki, TCY'nın 36. maddesinde mehz yasanın yaptığı takdiri "facoltativa" zorunlu "obligatoria" müsadere ayrımı yapılmamış 36/1. maddenin takdiri müsadereyi, 36/2. maddenin ise zorunlu müsadereyi düzenlemeleri gerekirken bu kabul edilmemiş, madde her koşulda zorunlu müsadereyi temel olarak kabul etmiştir. Oysa 92. madde ile mehz yasadaki "... zapt ve müsadereyi kanunen mecburi olan eşya tecil olunmaz." hükmü alınmıştır. Mehz yasanın 92. maddesi aynında tedbir niteliği çok daha ağır basan ve mehzda "zorunlu mü-

(26) bz. **Dönmezer/Erman**, s. 752.

(27) **Erem**, s. 388.

(*) TCY m. 119/8: "Bu madde gereğince kamu davasının açılmaması veya ortadan kaldırılması kişisel hakkın istenmesine malın geri alınmasına ve zoraltına ilişkin hükümleri etkilemez".

(*) 96. maddenin 2. fıkrası, "... ancak eşya zapt ve müsadereyi ve muhakeme masrafları için sadir olup mahkûmun vefatından evvel kat'iyet kesbeden hükümler tenfiz olunur" hükmünü getirmiştir.

sadere" olarak öngörölmüş 36/2. maddeyi kastetmektedir. Bu nedenle en azından bizim yasal düzenlememizin çelişkisi bakımından 92. maddenin 36/2. maddeye göndermede bulunduğu kabul edilmelidir. Mehzaz yasa sistemine göre ancak müsadereci mecburi eşya söz konusu olduğunda tecil söz konusu olmamaktadır. Oysa 36/1. madde hükmünde öngörölen takdiri müsadereci hipotezinde tecil mümkündür. Mantık da bunu gerektirir. Mehzaz yasanın 36. maddesinin birinci fıkrası hükmüne göre yargıç müsadereci hükmedip hükmetmemekte serbest olduğuna göre evleviyetle bu hükmü tecil etmekte de serbest olabilmelidir.

4. Şeyin fiilde methali olmayan kimselere ait olmaması koşulu

Yasanın suçla ilgili olmalarına karşın başkasına ait olan eşyanın müsadere edilemeyeceğini öngörömcü müessesenin amacına uygundur (28). Müsaderenin amacı da bir tedbir olarak, eşyanın failin elinde kalmasının ileride onun suç işleme olasılığını artırabileceği gözetilerek, kriminojen eşyayı failin elinde olduğunda kriminojen hale gelebilecek eşyayı failden uzak tutmak ve bu yolla toplumsal korunmayı sağlamaktır.

Madde metninin "eşyanın fiilde methali olmayan kimselere ait olmaması" gibi olumsuz bir ifade biçimini tercih etmesinin nedeninin eşyanın kime ait bulunduğunun kanıtlanması zorunluluğunun sınırını daraltmak olduğu belirtilmiştir (29). Buna göre müsadere için, eşyanın fiilde methali olmayan kimselere ait olduğunun belirli olması yeterlidir. Eşyanın suçluya ait olduğunun kanıtlanması şart değildir.

Aidiyet kavramının kapsamı konusunda iki görüş mevcuttur: Bir görüş, kavramın mülkiyet hukuku -eşya hukuku- nun en geniş açılımında kapsamı olacağını ve böylece örneğin üçüncü kişiler yararına tesis edilmiş her türlü aynı hakların da korunacağını kabul ederken (30); (İtalyan Yargıtayı da aidiyeti geniş kabul etmekte (31) ancak taşınırların suçta kullanılmaları halinde "*intestazione fittizia*"nın engellenmediğini kabul etmektedir. (32) Diğer bir görüş aidiyeti mül-

(28) Erem, s. 389.

(29) Erem, s. 389.

(30) Chiarotti, *La nozione di appartenenza nel diritto penale*, s. 91; Massa, *Confisca*, s. 983.

(31) Zikr. Crespi/Stella/Zuccalà, s. 551.

(32) Crespi/Stella/Zuccalà, s. 551.

kiyet hukukunun dar anlamında almaya taraftardır. Bu son görüşe göre müsadere, yalnızca mülkiyet hakkı söz konusuysa mümkün olamamalı ancak aynı haklara sahip olan üçüncü kişiler bu haklarını devlete karşı ileri sürebilmelidirler (33).

Fail ve fiilde methali olmayanların ortak mülkiyetinin söz konusu olması durumunda müsadere failin ya da fiilde methali olanın hisseleri ölçüsünde etkili olacağı kabul edilmektedir (34).

Şeyin kime ait olduğu suç anında değil müsadere anındaki aidiyet bazında değerlendirilmelidir. Bunun kabulü, hem tehlikelilik yargısının geleceğe ilişkin olarak müsadere anında değerlendirilebilmesi, hem de suç anından sonra iyi niyetli alıcının korunması içindir (35). Kötü niyetli alıcı her koşulda özel hukuk tarafından da korunmamaktadır. Suçta kullanılmış bir otomobilin mahkûm tarafından noterde satın alınmış ancak trafik siciline kaydının yapılmamış olması halinde otomobilin trafik siciline başkasının adına kayıtlı bulunması, -trafik siciline yapılan kaydın bildirici mahiyette olması nedeniyle- müsadereye engel olmayacaktır (36).

"Fiilde methali bulunmama" kavramı da açılmalıdır. Fiile psikolojik ya da fiziksel olarak onay gösterenler, fiili sonuca götürenler, işlenen fiile bağlı olarak başka bir suç teşkil eden fiili işleyenler (örneğin çalınan malı bilerek satın alanlar) fiilde methali bulunan kişilerdir (37). İtalyan Yargıtayı her türlü iştirak halini ve cezalandırılmayacak bir hareket olsa bile, bağlantıyı fiilde methali olma kavramı içinde görmüştür (38). Ancak fiilin işlenmesine neden olmayan ve cezalandırılmayan her türlü bağlantının fiilde methali olma kavramının kapsamı içinde görülmesinin, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesiyle çelişeceği de haklı olarak ileri sürülmüştür (39). Bu bakımdan

(33) *Alessandri*, *Confisca*, s. 54; *Guarneri*, *Confisca* (dir. pen.), *Nov. D.*, 1940, s. 42.

(34) C. 30.1.1987, *R. pen.*, 1988, s. 81.
"Müşterek mülkiyete konu olan bir taşınır malın suçta kullanılması halinde, sanığın hissesinin zorunluluğuna karar verilebilir" (CGK. 11.6.1984, zikr. *İçel-Yentley*, s. 671).

(35) *Alessandri*, s. 54; *Manzini*, III, s. 390; *Frosali*, III, s. 583 yine bz. *Corte Cost.* 19.1.1987, n. 2, *F. it.* 1987, I, s. 1364. aks. C. 12.1.1959, *Giust. pen.*, 1959, II, s. 839.

(36) ayn. yön. bir İtalyan Yargıtay kararı C. 30.9.1988, *C. pen.*, 1989, s. 2 183).

(37) *De Marsico*, *Il cod. pen. illustrato*, s. 965; *Frosali*, III, s. 583; *Manzini*, III, s. 390.

(38) C. 19.1.1979, *Giust. pen.*, II, s. 529.

(39) *Alessandri*, s. 55.

müsaderenin yalnızca suçun faileri ve şeriklerine ait eşyayı etkileyebileceğini kabul eden öğretiyeye katılmak gereklidir (40).

Tüzel kişi nam ve hesabına hareket eden bir failin söz konusu olması durumunda tüzel kişinin de fiilde methali bulunmayan kimselerden sayılabilmesi mümkündür (41). Şüphesiz burada kamu hukuku tüzel kişileri için bir sorun doğmayacaktır. Çünkü devlet malı her halde müsadere edilemez.

Fiilde methali olmayanlar kavramı suça yabancı olmasalar da doğallıkla mağdur ya da suçtan zarar görenler dahildir. Bu bağlamda yasamızın "fiilde methali olmama" ifadesi çok yerinde ve YİCY'nin "suça yabancı kimse" "*persona estranea al reato*" ifadesinden, bu tartışmayı ilk bakışta dışlayacak biçimde, dardır. Mağdurun fiilde methali olması düşünülemez. Fail ya da fiilden fayda sağlayanlar eşyada değişiklik yapmış olsalar da mağdura ait eşya müsadere edilemez (42). Burada kastedilen katılma, birleşme, işleme vs. durumlarla mağdurun eşyasının fail ya da suçtan yarar elde eden diğer kimselerce değiştirilmiş olmasıdır.

Bir eşyanın müsadere edilebilmesi için onun faille ait olduğunu isbata gerek yoktur. Fiilde methali olmayan üçüncü kişilere ait olmadığının isbatı yeterlidir.

İtalyan Yargıtayı suça yabancı olan kimse ile yargılamaya yabancı olan kimseyi de ayırmıştır (43). Böylece türlü nedenlerle yargılamanın dışında kalan kimsenin fiille ilişkisi varsa ona ait eşya müsadere edilecektir. Bu bağlamda kanımızca 11 yaşından küçük olduğu için hakkında duruşma yapılamayacak küçüğün şeriki olduğu bir cezai fiilde ona ait eşya müsadere edilebilecektir.

III. TCY'NİN 36/2. MADDESİ DÜZENLEMESİ

36. maddenin 2. fıkrasına göre kullanılması, yapılması, taşınması, bulundurulması ve satılması cürüm veya kabahat teşkil eden eşya bir ceza mahkûmiyeti olmasa ve faille ait bulunmasa bile mutlaka zapt

(40) **Massa**, s. 983.

(41) **Pret. Napoli**, 13.5.1976, **F. it.** 1977, II, s. 30; **Alessandri**, s. 55.

(42) C. 28.1.1988; **R. pen.**, 1989, s. 261; C. 14.11.1978, **C. pen. Mass.**, 1980, s. 878; C. 29.11.1971, **C. pen. Mass.**, 1972, s. 1917.

(43) ayn. yön. YCGK. 14.6.1982, bz. yuk. s. "Müsadere bir ceza değildir. Suç işleyen kişiye yaşının küçüklüğü nedeniyle ceza tertip edilmese bile, suçta kullanılan bıçağın zorahına karar verilmelidir."

ve müsadere olunur. Maddenin üçüncü fıkrası da taşınması memnu olmayan silahların ruhsatsız taşınması halinde de zabt ve müsadere-sine hükmolunacağını, dolayısıyla bu hipotezde de ikinci fıkra hük-münün geçerli olduğunu hükme bağlamaktadır.

YICY'nın 240. maddesinin 4. fıkrasına göre idari bir yetkilen-dirme söz konusu olursa üretimi, kullanılması, taşınması, bulunduru-ması ve saımı suç teşkil eden eşya müsadere edilemeyecektir. İtalyan öğretisinde, bu idari yetkilendirmenin suçun işlenmesi anında değil tedbirin uygulanması anında varolmasının müsadereye engel olmak bakımından yeterli olduğu kabul edilmektedir (44).

Suç teşkil eden eşyanın müsadere-i mutlak ve objektif bir suçlu-luk teşkil etmesi nedeniyledir (45). Bu nedeniyledir ki yasa, bunların failden başkasına ait olsalar bile müsadere edileceğini hükme bağla-maktadır. Failden başkası da olsa kimsenin objektif suçluluk teşkil eden bir şey üzerinde hakkı olduğu iddia edilemez.

IV- MAHKEME KARARI:

Müsadereye mahkeme kararı ile hükmedilir. (TCY m. 36, CMUY, m. 392).

Müsadere hükmü mahkûmiyet hükmü ile birlikte verilir. Mah-kûmiyet hükmünde müsadere dikkate alınmamışsa mahkemeden karar istenecektir (CMUY, m. 392). CMUY'na göre müsadere her türlü takipten ayrı olarak ittihaz olunur (m. 392). Erem'in belirttiği gibi, bu bizatihi müsadereye tâbi eşya hakkında geçerli bir kayıttır (46). Çünkü, bu eşya mahkûmiyet hükmü olmasa bile müsadere edi-lecektir. 36/1. maddeye göre suçla ilgili eşyanın müsadere-sinin her tür-lü takipten ayrı olarak ittihaz olunması mümkün değildir. Yasa, bu halde "mahkûmiyet" şartını koymuştur.

Daha önce 92. madde hükmüyle bağlantılı olarak belirttiğimiz gibi TCY'nın 36. maddesinin mehzada olduğu gibi zorunlu ve takdirî müsadere ayırımı yapmamış olması isabetli olmamıştır. Oysa özelli-kle 1. fıkrayla ilgili verilecek müsadere kararını yargıcın takdirine bı-rakmak gerekir. Somut olayda, suçta kullanıldığı, kullanılmak üzere

(44) Frosali, III, s. 583.

(45) Erem, s. 391.

(46) Erem, s. 390.

hazırlandığı veya suçtan husule geldiği saptanmış ve fiilde methali olmayan kimselere aidiyeti de kanıtlanmamış eşyanın mahkûmiyet halinde müsaderesinin gerekip gerekmediğini yargıç tartmalıdır. Böylelikle hiçbir ekonomik değeri olmayan ve de tesadüfen suç aleti olarak kullanılmış -taş, sopa, süpürge vs.- eşyanın gerekmediği halde müsaderesi önlenmiş olur.