

**5607 SAYILI KAÇAKÇILIKLA MÜCADELE KANUNUNDA
DÜZENLENEN SUÇLARDA ZARARIN GİDERİMİ KOŞULUNA BAĞLI
TUTULAN ETKİN PİŞMANLIK HALİNE İLİŞKİN DÜZENLEME VE
UYGULAMAYA YÖNELİK ELEŞTİREL BİR DEĞERLENDİRME**

*A Critical Evaluation of the Regulation and Practice Regarding the Effective
Remorse Conditioned on the Condition of Compensation of the Damage in the Crimes
Regulated in the Anti-Smuggling Act Numbered 5607*

Doç. Dr. Hakan A. YAVUZ*

Öz: Bu çalışmada, Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda düzenlenen zararın giderimi koşuluna bağlı tutulan etkin pişmanlık haline ilişkin düzenleme ve uygulamaya yönelik üç husus bakımından eleştirel bir değerlendirme yapılmaktadır. İlk husus olarak, Kanunun 5. maddesinin ikinci fıkrasında etkin pişmanlık koşulu olarak, kaçak eşyaya ilişkin gümrüklenmiş değer değil bunun iki katı tutarındaki paranın ödenmesi gerekliliğinin orantılılık ilkesine uygun bir düzenleme olmadığı savunulmaktadır. İkinci husus olarak, söz konusu düzenlemeye ilişkin mevcut Yargıtay uygulamasında, suçun iştirak halinde işlenmesi durumunda zararın giderimi yapılırken her bir sanığın ayrı ayrı, kaçak eşyaya ilişkin gümrüklenmiş değer iki katındaki tutarın tamamını ödemesi gerektiğine ilişkin yorumun isabetli olmadığı savunulmaktadır. Son husus olarak, etkin pişmanlıktan yararlanmanın negatif koşulu olan mükerrerlik halinin Kanunda düzenlenen suçlarla sınırlı olarak yorumlanmasına ilişkin Yargıtay uygulamasının Kanunun lafzına ve ruhuna uygun olmadığı savunulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kaçakçılık, Gümrük Kaçakçılığı, Tekerrür, Etkin Pişmanlık, Orantılılık

Abstract: In this study, a critical evaluation is made in terms of three issues regarding the regulation and practice regarding the effective remorse conditioned on the compensation of the damage regulated in the Anti-Smuggling Act. As a first point, it is argued that the requirement of payment of twice the amount of money, not the customs value of the contraband, as a condition of effective remorse in the second paragraph of Article 5 of the Act, is not a regulation in accordance with the principle of proportionality. Secondly, it is argued that in the current practice of Yargıtay regarding the regulation in question, the interpretation that each defendant must pay the entire customs value of the smuggled goods separately while compensating the damage in case the crime is committed in participation is not accurate. As a last point, it is argued that the practice of Yargıtay regarding the interpretation of the negative condition of benefiting from effective remorse, recidivism, as limited to the crimes regulated in the Act, is not in accordance with the letter and spirit of the law.

Keywords: Smuggling, Customs Smuggling, Repetition, Effective Remorse, Proportionality

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, hayavuz@gmail.com

ORCID: 0000-0002-6613-0073

Makale Geliş Tarihi: 15.08.2024, Makale Kabul Tarihi: 09.10.2024

GİRİŞ

Suç, tüm unsurlarıyla tamamlandıktan sonra, failin iradi olarak suçun etkilerini telafi etmeye yönelik bilinçli ve aktif davranışları “*etkin pişmanlık*” kapsamında ele alınmaktadır. Etkin pişmanlık, Türk Ceza Kanununda (TCK) genel hükümler arasında, ceza sorumluluğunu etkileyen genel bir hal olarak düzenlenmemiş olup, ilgili suç tipi bakımından düzenleniş şekline göre, ya ceza sorumluluğunu tamamen kaldırmakta ya da ceza sorumluluğunu azaltan bir etki göstermektedir. Bu yönüyle, etkin pişmanlık cezayı kaldıran veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi neden niteliği taşımaktadır.¹

5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda (KMK) etkin pişmanlık hususunda müstakil bir başlık halinde özel hükümler öngörülmüştür.² Etkin pişmanlık hükümleri yoluyla, *kaçakçılık suçlarından kaynaklı vergi kaybına karşılık gelen paranın iki katının faile ödettirilmesi*, ya da *diğer faillerin yakalanması, kaçak eşyanın ele geçirilmesi veya failin bütünüyle ortaya çıkartılmasının temini* suretiyle faile cezasızlık veya cezada indirim olarak bir avantaj sağlanırken, devlete ve dolayısıyla kamuya da suç nedeniyle gerçekleşen vergi kaybının telafi edilmesi şeklinde bir avantaj sağlanmaktadır.³

¹ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 588 vd; Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 446; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 662; Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s. 613; Doğan Gedik, “5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda Etkin Pişmanlık”, S. 14 (159), Y. 2019, Terazi Hukuk Dergisi, s. 2132; Mehmet Gödekli, “Türk Ceza Öğretisi ve Uygulamasında Etkin Pişmanlık”, S. (7) 29, Y. 2017Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, , s. 281.

² KMK'nın “Etkin pişmanlık” başlıklı 5. maddesi şöyledir: “(1) 3 üncü maddede tanımlanan suçlardan (...) birine iştirak etmiş olan kişi; resmî makamlar tarafından haber alınmadan önce, fiili, diğer faileri ve kaçak eşyanın saklandığı yerleri merciine haber verirse, verilen bilginin, failerin yakalanmasını veya kaçak eşyanın ele geçirilmesini sağlaması halinde cezalandırılmaz. Haber alındıktan sonra failin bütünüyle ortaya çıkmasına hizmet ve yardım eden kişiye verilecek ceza üçte iki oranında indirilir. (2) Yedinci fıkrası hariç, 3 üncü maddede tanımlanan suçlardan birini işlemiş olan kişi, etkin pişmanlık göstererek suç konusu eşyanın gümrüklenmiş değerinin iki katı kadar parayı Devlet Hazinesine; a) Soruşturma evresi sona erinceye kadar ödediği takdirde, hakkında bu Kanunda tanımlanan kaçakçılık suçlarından dolayı verilecek ceza yarı oranında, b) Kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar ödediği takdirde, hakkında bu Kanunda tanımlanan kaçakçılık suçlarından dolayı verilecek ceza üçte bir oranında, indirilir. Bu husus, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı tarafından şüpheliye ihtar edilir. Soruşturma evresinde ihtar yapılmaması hâlinde kovuşturma evresinde hâkim tarafından sanığa ihtar yapılır. (3) İkinci fıkra hükmü, mükerrerler hakkında veya suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde uygulanmaz.”

³ Hakan A. Yavuz/Orbay Bahri Ulgar, Uygulamada Kaçakçılık Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 278; Hakan A. Yavuz, “Tütün ve Alkol Ürünlerinin Kaçakçılığına İlişkin Suçlar (Teori ve Güncel Yargı Kararları Işığında)”, Y. 2021, S. 16 (174), Terazi Hukuk Dergisi, s. 316.

Kanunun yürürlükte bulunduğu süre içerisinde, ilgili 5. madde metninde üç kez değişiklik yapılmak suretiyle etkin pişmanlığın kapsamı genişletilmiştir. Maddede etkin pişmanlığa ilişkin davranışın türüne göre iki farklı düzenleme öngörülmüştür. Bu çalışma kapsamında, *zararın giderimi* koşuluna bağlı tutulan etkin pişmanlık halinin düzenlemesi ve uygulamaya ilişkin bazı sorunlar ele alınacaktır.

Çalışmanın ilk bölümünde etkin pişmanlık kurumunun suç teorisindeki yerine kısaca değinildikten sonra, ikinci bölümde ise KMK'daki (m. 5/2) zararın giderimi koşuluna bağlı tutulan etkin pişmanlığa ilişkin düzenlemede sorun olarak gördüğümüz, ödenmesi gereken tutarın kaçak eşyaya ilişkin gümrüklenmiş değerini iki katı olarak belirlenmiş olması hususu ile suçun iştirak halinde işlenmesi durumunda zararın giderimi yapılırken hangi miktarın esas alınması gerektiği ve tekerrür haline ilişkin istisnanın nasıl yorumlanması gerektiği hususlarına yönelik değerlendirme yapılarak öneriler sunulacaktır.

I. GENEL OLARAK ETKİN PİŞMANLIK

Etkin pişmanlık, suç tamamlandıktan sonra failin pişmanlık duyarak suçun neden olduğu hukuka aykırılığı veya zararlı sonuçları gidermesine yönelik iradi ve bilinçli davranışlardır.

Etkin pişmanlığın ön koşulu kanunda bir suç tipiyle ilgili olarak bu hususta özel bir düzenleme bulunmasıdır. İkinci koşul, söz konusu suçun tamamlanmış olmasıdır. Son koşul ise kanunda öngörülen davranışın gerçekleştirilmiş olmasıdır.

Etkin pişmanlık, duruma göre, failin suç tüm unsurlarıyla tamamlandıktan sonra suçtan doğan sonuçları ve zararlı etkileri ortadan kaldırmaya, azaltmaya, telafi etmeye yönelik olarak gerçekleştirdiği gönüllülük esaslı davranışları içerir.⁴ Etkin pişmanlık, Türk Ceza Kanununda esas alınan suç teorisi kapsamında “cezaı etkileyen şahsi neden” olarak düzenlenmiş olup duruma göre cezayı kaldıran şahsi neden⁵ veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi neden⁶ olarak karışımıza çıkmaktadır.

Etkin pişmanlık halinde failin suç olma vasfı devam ettiğinden, bundan faydalanan kişi hakkında güvenlik tedbiri veya idari yaptırım kararı uygulanması, ayrıca koşulları olduğu takdirde eşya ya da kazanç müsadereyi yapılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır.⁷

Etkin pişmanlığın hukuki niteliğinin cezayı kaldıran ya da hafifleten neden olarak kabulü, cezalandırmanın suç işleyen kişinin “topluma yeniden

⁴ Ceyda Ümit, “Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda Etkin Pişmanlık Uygulaması: Yasal Gelişmeler Işığında Analitik Bir İnceleme”, S. 12 (1), Y. 2021, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 135.

⁵ Bkz: TCK'nın 93/1; 184/5; 192/1, 2, 4; 201/1, 2; 221/1, 2, 3, 4; 254/1, 2, 3; 274/1; 282/6; 316/2. maddeleri.

⁶ Bkz: TCK 93/2; 110; 168/1, 2, 3; 192/3; 221/4-son cümle; 248/1, 2; 269/1, 2, 3, 4, 5; 274/2, 3; 281/3; 289/2; 293, 297/4. maddeleri.

⁷ Ümit, s. 136.

uyumunun sağlanması”⁸ ve “rehabilitate edilmesi” amacına uygun görünmektedir.⁹ Bununla birlikte bu amacın gerçekleştirilebilmesi için de “orantılılık” ilkesine riayet edilmelidir.¹⁰ Suçun tamamlanmasından sonra failin pişmanlığına hukuki değer atfedilmesi, birey ve toplum açısından faili cezalandırmaktan daha faydalı olabilir, zira bu yolla bireyin, toplumun ve devletin menfaatleri arasında denge kurulmaktadır.¹¹

Etkin pişmanlık, failin suçun tamamlanmasından sonra iç dünyasında oluşan pişmanlık iradesine bağlı ve doğrudan failden kaynaklanan bir durum olduğundan iştirak halinde işlenen suçlarda sadece etkin pişmanlıkta bulunan fail, etkin pişmanlıktan yararlanabilecektir.¹² Zira bağlılık kuralı gereğince, suçun işlenişine katılan yani iştirak eden her fail, diğer suç ortaklarının cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır (TCK m. 40/1).

Etkin pişmanlığın, cezayı kaldıran şahsi neden olarak düzenlenmiş olması halinde, ceza verilmesine yer olmadığına dair karar (CMK m. 223/4) verilecek; cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi neden olarak düzenlenmiş olması halinde ise verilecek ceza ilgili maddede düzenlenen indirim oranına göre belirlenecektir.

II. KAÇAKÇILIK SUÇLARINDA ZARARIN GİDERİMİ KOŞULUNA BAĞLANAN ETKİN PİŞMANLIK HALİ

KMK'nın 5/2. maddesi uyarınca kanun koyucu, failin suç tamamlandıktan sonra gösterdiği etkin pişmanlığa ceza muhakemesinin evrelerine göre farklı sonuçlar bağlamıştır. Maddeye göre, buradaki etkin pişmanlık hali, failin suç konusu eşyanın gümrüklenmiş değerinin iki katı tutarındaki parayı devlet hazinesine ödemesi koşuluyla gerçekleşmektedir. Belirlenecek ceza miktarında, kaçak eşyanın gümrüklenmiş değerinin iki katının soruşturma evresinde ödenmesi halinde *yarı oranında*, kovuşturma evresinde ödenmesi halinde ise *üçte bir oranında* indirim yapılması öngörülmüştür.

Burada söz konusu düzenleme bütün unsurlarıyla incelenmeyecek, yalnızca belirli hususlar bakımından ele alınacaktır. Bu bağlamda, sorun olarak tespit ettiğimiz *ilk husus*, ödenmesi gereken tutarın kaçak eşyanın gümrüklenmiş değerinin iki katı olarak belirlenmiş olmasıdır. *İkinci husus*, suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi halinde zararın giderimi yapılırken hangi miktarın esas alınması gerektiğine ilişkin Yargıtay

⁸ Hakan A. Yavuz, Ceza İnfaz Sistemi ve Denetimli Serbestlik, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 13.

⁹ Ümit, s. 136.

¹⁰ İlke için bkz: Murat Aydın, “Ceza Hukukunda Orantılılık İlkesi”, S. 57, Y. 15, Ocak 2024, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, s. 141-168.

¹¹ Yasemin Baba, “Türk Ceza Kanununda Etkin Pişmanlık”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2011, s. 34; Ümit, s. 136.

¹² Ümit, s. 136.

uygulaması; *son husus* ise tekerrür haline ilişkin istisnanın nasıl yorumlanması gerektiğine ilişkin Yargıtay uygulamasıdır.

A. GÜMRÜKLENMİŞ DEĞERİN İKİ KATININ ÖDENMESİ KOŞULUNA İLİŞKİN SORUN

Failin, suçtan ötürü kazandığı ya da kazanmaya teşebbüs ettiği haksız menfaat niteliğindeki ekonomik avantajın fazlasıyla devlete ödenmesi yoluyla ortadan kaldırılmasının temin edildiği bu etkin pişmanlık düzenlemesi suçla mücadele bakımından isabetli görünmektedir. Ancak söz konusu düzenlemede etkin pişmanlık koşulu olarak, kaçak eşyaya ilişkin gümrüklenmiş değer¹³ değil bunun iki katı tutarındaki paranın ödenmesi gerekliliği ölçülülük ilkesine uygun görünmemektedir. Zira uygulamada kaçak eşyaya el konulmakta, eşya üzerinde yapılan inceleme sonucunda gümrüklenmiş değer tespiti yapılmakta ve eşya hükümlerle birlikte müsadere edilmektedir. Esasen genellikle suça konu kaçak eşya ele geçirildiği ve müsadere edilip, tasfiye ya da imha edildiği için devletin bu suçtan ötürü uğradığı somut bir maddi zarar bulunmamakta ancak müstakbel bir “vergi kaybı”ndan söz edilebilmektedir. Buna karşın etkin pişmanlık için ödenmesi gereken bedel, hem vergi kaybı miktarı üzerinden değil gümrüklenmiş değer üzerinden hesaplanmakta hem de bunun iki katındaki tutarın ödenmesi beklenmektedir. Oysa TCK’da düzenlenen hırsızlık, dolandırıcılık, zimmet, rüşvet gibi suçlar bakımından öngörülen benzer etkin pişmanlık hükümlerine (TCK m. 168, 248, 254) bakıldığında suç nedeniyle uğranılan zarar miktarınca ödeme yapılması etkin pişmanlık için yeterli görülmektedir.

Kanaatimizce, her ne kadar kanun koyucunun takdirinde ise de söz konusu miktara ilişkin bu düzenleme, cezayı ağırlaştırıcı bir etki yaratmakta, ödenecek tutarın çok yüksek olduğu durumlar bakımından uygulamayı zorlaştırmakta olup etkin pişmanlığın temel teorisine ve ölçülülük ilkesine uygun görünmemektedir. Bu nedenle söz konusu hükmün, uygulamadaki yansımaları da dikkate alınarak gözden geçirilmesinde yarar bulunmaktadır.

B. SUÇUN İŞTİRAK HALİNDE İŞLENMESİ DURUMUNDA ÖDENMESİ GEREKEN MİKTARA İLİŞKİN SORUN

Kaçakçılık suçunun iştirak halinde işlenmesi durumunda, belirlenen tutarın tamamının her bir suç ortağı tarafından ayrı ayrı mı yoksa kendi payına düşeni kadarıyla mı ödenmelidir?

Kanunda öngörülen tutarın bir kısmının ödenmesi halinde hiçbir surette etkin pişmanlık indirimi yapılamayacaktır. *Ancak suça iştirak eden kişilerden her birinin kendi payına düştüğünü düşündüğü miktarı ödediği ve toplam*

¹³ Gümrüklenmiş değer ne anlama geldiği KMK’nın 2/1-b maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır: “Uluslararası kıymet sözleşmesine göre belirlenecek; ithal eşyası için eşyanın CIF (cost, insurance, freight/maliyet, sigorta bedeli, nakliye) kıymeti ile gümrük vergileri toplamını, ihraç eşyası için FOB (free on board/gemiye yükleninceye kadar masrafsız) kıymeti ile gümrük vergileri toplamını, ifade eder.”

miktarın gümrüklenmiş değerini iki katını eksiksiz olarak karşıladığı takdirde etkin pişmanlık indirim yapılmalı mıdır? Aşağıda bu sorulara ilişkin uygulamaya yönelik değerlendirmeler yapılacaktır.

Yargıtay'ın mevcut uygulamasında¹⁴ ve uygulamaya yönelik kimi çalışmalarda¹⁵, kanun metninin katı bir lafzi yorumundan hareketle, iştirak halinde suçu işleyen kişilerin etkin pişmanlıktan yararlanabilmeleri için, pişmanlığa ilişkin beyanları yeterli olmamakta, söz konusu tutarın **tamamının her bir suç ortağı tarafından ayrı ayrı** ödenmesi gerekmektedir. Yani suç ortaklarının bir araya gelerek toplam tutarı ödemeleri etkin

¹⁴ "1. 24.12.2011 tarihinde sanığın sürücüsü olduğu park hâlindeki araçta hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen sanık Ş.ye cep telefonu sattığının görülmesi üzerine, araçta yapılan aramada faturası bulunmayan toplam 8 adet kaçak cep telefonu ele geçirilmiştir. 2. Sanık bozma öncesinde savunmasında, suça konu cep telefonlarını yurt içinden aldığını, beş adedini diğer sanık S.ye vereceğini beyan etmiş, bozma sonrası alınan savunmasında ise önceki beyanlarını tekrarlar, suça konu cep telefonlarının yurt dışından geldiğini, pasaporta kayıtlı bulunduğunu, kaçak olmadığını, üzerine atılı suçlamayı bu hâliyle kabul ettiğini, lehine hükümlerin uygulanmasını istediğini, suça konu kaçak eşyanın gümrüklenmiş değerinin iki katı tutarını ödeyip, makbuzunu ibraz edeceğini belirtmiştir. Sanık tarafından sunulan 09.03.2022 hâkim havale tarihli dilekçede suça konu kaçak eşyanın gümrüklenmiş değerinin iki katı tutarını diğer sanıkla ortak ödediklerini belirterek, dilekçe ekinde sanık tarafından ödenen 4.350,00 TL tutarlı, diğer sanık S. tarafından ödenen 4.350,00 TL tutarlı iki adet banka dekontu sunulmuştur. ...Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 18.12.2019 tarihli ve 2017/10255 Esas, 2019/39651 Karar sayılı ilâmı ile 17.05.2021 tarihli ve 2019/9990 Esas, 2021/5818 Karar sayılı ilâmında da açıklandığı üzere; "Etkin Pişmanlık" başlığını taşıyan 5607 sayılı Kanun'un 5 inci maddesinin ikinci fıkrasının uygulanabilmesi için, duyulan pişmanlığın sadece sözle ifade edilmesinin yeterli olmadığı, davranış ile bir başka anlatımla etkinlikle gösterilmesi gerekir. Kanun koyucu; gümrüklenmiş değerinin iki katı paranın Devlet Hazinesine ödenmesi şartını getirmiş olup sanık, 09.03.2022 havale tarihli dilekçesi ile suça konu kaçak eşyanın gümrüklenmiş değerinin iki katı tutarını hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen diğer sanık S. ile le ortak ödediklerini belirterek, dilekçe ekinde sanık ve diğer sanık tarafından ayrı ayrı ödenen 4.350,00 TL tutarlı iki adet banka dekontu sunduğu, söz konusu maddedeki etkin pişmanlık düzenlemesinin bireysel olduğu, ceza indiriminin ödeme yapan sanık hakkında uygulanması gerektiği, S. tarafından yapılan ödemenin sanık S.M.ye sirayet etmeyeceğinin gözetilmemesi suretiyle, sanık hakkında eksik ceza tayini hukuka aykırı bulunmuştur." Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 21/03/2023 tarih ve 2022/14195 Esas, 2023/2916 Karar sayılı karar. Ayrıca bkz: Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 17.05.2020 tarih ve 2019/8397 Esas, 2020/2543 Karar sayılı karar; Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 18.12.2019 tarih ve 2017/10255 Esas, 2019/39651 Karar sayılı karar.

¹⁵ Bkz: Birsen Karakaş, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu (Uygulamalı ve İctihath), Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 460; Kaptan Kılıç, Kaçakçılık Suçları ve Gümrük Kabahatleri, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s. 123. "...sanıklardan her birinin ayrı ayrı suç konusu eşyanın gümrüklenmiş değerinin iki katı parayı Devlet Hazinesine ödemesi gerekir. Bir sanığın ödemesi halinde, ödemeyen sanıkların indirimden yararlanması mümkün değildir. Çünkü fıkra da ödeyen sanığın etkin pişmanlıktan yararlanması mümkün değildir." Alper Yükselen Bikirli/Seyfettin Çilesiz, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Açıklaması, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 827.

pişmanlıktan yararlanmaları için yeterli görülmemektedir. Bu durum, iştirak halinde işlenen kaçakçılık suçlarına ilişkin uygulamada hakkaniyete ve etkin pişmanlığın varlık nedenine uygun olmayan sonuçlara neden olmaktadır.

Yukarıda da ifade edildiği üzere etkin pişmanlık, yalnızca KMK'daki suçlar düzenlenmiş bir ceza hukuku kurumu değildir. TCK'da ve kimi özel ceza kanunlarında çok sayıda suç tipi için etkin pişmanlık düzenlemesi bulunmaktadır. Zararın giderimi veya bir bedelin ödenmesi koşuluna bağlı olarak yapılan etkin pişmanlık düzenlemelerinin başında TCK'nın 168. maddesindeki düzenleme gelmektedir. Dolayısıyla burada işaret ettiğimiz uygulama sorununun neden kaynaklandığını anlayabilmek için TCK'nın 168. maddesine ilişkin uygulamaya bakmakta yarar bulunmaktadır.

TCK'nın 168. maddesinin iştirak halinde işlenen suçlar bakımından uygulamasında önemli bir sorun görünmemektedir. Zira söz konusu düzenlemede “zararın giderimi” ya da “bir bedel ödenmesi” koşulu “mağdurun uğradığı zarar” bir başka ifadeyle “suçtan kaynaklanan maddi zarar” ile sınırlı tutulmuştur. KMK'nın 5/2. maddesinde ise etkin pişmanlık için ödenecek tutar/bedel, kaçak eşyanın “gümrüklenmiş değerinin iki katı” olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla burada, TCK'nın 168. maddesinden farklı olarak suçtan zarar gören konumunda olan devletin uğradığı maddi zarar/kamu zararı yani suça konu kaçak eşyaya ilişkin olarak düzenlenen KEMT varakasındaki “gümrük vergileri ile diğer eş etkili vergiler ve mali yüklerin toplamı” değil buna, ithal eşyası için CIF (*cost, insurance, freight/maliyet, sigorta bedeli, nakliye*) değerinin, ihraç eşyası için ise FOB (*free on board/gemiye yükleninceye kadar masrafsız*) değerinin eklenmesi ile bulunacak gümrüklenmiş değer tutarının iki katı alınıp hesaplanarak bulunacak tutar etkin pişmanlık bedeli olarak öngörülmüştür.

TCK'nın 168. maddesine ilişkin doktrindeki¹⁶ görüşler ve Yargıtay uygulamasına¹⁷ bakıldığında, suçun iştirak halinde işlenmesi durumunda, suç

¹⁶ Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 684; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 663.

¹⁷ “Suçun iştirak halinde işlenmesi durumunda, sanıklardan birisi veya bir kaçı iade veya tazmin yükümlülüğünü yerine getirirse, diğer suç ortakları bu yerine getirmeye karşı çıkmadıkları takdirde o sanıklarda etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanırlar. Kısmi iade durumunda ise mağdurun kısmi iade nedeniyle etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasına rıza göstermesi halinde kısmi iade veya tazmini hangi sanık yapmış ise o sanık hakkında etkin pişmanlık hükümleri uygulanacaktır. Somut olayda... ilamı ile bozulan temyiz kapsamında bulunmayan sanık ...'ın yargılama evresinde alınan beyanında mağdura suça konu motosikletin nerede olduğunu bildirdiğinin ve suça konu motosikletin bu şekilde bulunduğunu savunduğunun anlaşılması karşısında, mağdurun tekrar dinlenilerek suça konu motosikletin tam iadesinin sağlanıp sağlanmadığının sorulup, tam iadesinin sağlanması ve sanığında yapılan iadeye karşı çıkmaması durumunda sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 168/1. maddesinin uygulanması gerektiğinin, kısmi iade yapıldığının anlaşılması durumunda ise, mağdurun kalan zararı tespit edilip yargılama sonuna kadar kalan zararının sanık tarafından giderilebilmesi için süre verilip kalan zararın tazmin etmesi halinde de sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 168/1. maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi...” Yargıtay 2. Ceza Dairesi, 06.05.2015 tarih ve 2014/25216 Esas, 2015/9848 Karar sayılı karar.

ortaklarından birisi veya bir kaçının iade veya tazmin yükümlülüğünü yerine getirmesi halinde, diğerleri buna karşı çıkmadıkları takdirde onların da etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanacağı kabul edilmektedir. Kısmi iade durumunda ise mağdurun kısmi iade nedeniyle etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasına rıza göstermesi halinde kısmi iade veya tazmini hangi sanık yapmış ise o sanık hakkında etkin pişmanlık hükümleri uygulanabilmektedir.

Kanaatimizce, KMK'nın 3. maddesinde düzenlenen suçların iştirak halinde işlenmesi durumunda, etkin pişmanlık için ödenecek tutar her bir suç ortağı için ayrı ayrı ödenmesi gereken bir tutar değildir. Zira söz konusu tutar faile bağlı bir tutar olmayıp fiile ve suçun konusuna bağlı bir tutardır. Bu tutar, sanıkların iştirak halinde işledikleri suç nedeniyle elde ettikleri ya da elde etmeyi umdukları haksız menfaatle irtibatlı bir tutardır. Dolayısıyla iştirak halinde işlenen suçlarda, ödenmesi gereken gümrüklenmiş değer iki katı şeklinde belirlenen tutar, suç ortaklarının birlikte tamamını ödemeleri gereken etkin pişmanlığa ilişkin tek bir bedeldir mahiyetindedir.

Aynı şekilde, kaçakçılığa konu eşyanın gümrüklenmiş değerinin iki katı olarak belirlenen tutarın tamamının suç ortaklarından birisi tarafından, diğerlerinin bilgisi veya iradesi olmaksızın ödenmesi halinde diğer suç ortakları da her ne kadar ödeme şeklinde bir aktif bir davranışla¹⁸ pişmanlıklarını göstermeseler de, hüküm verilene kadarki aşamalarda etkin pişmanlıktan yararlanmak istediklerini ve pişman olduklarını beyan ettikleri ve söz konusu tutarın tamamını ödeyen suç ortağının ödemesini kabul edip muvafakat ettikleri takdirde, bizzat ödeme yapmayan suç ortağının da etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanması mümkün olmalıdır.

C. SANIĞIN MÜKERRİR OLMAMASI KOŞULUNA İLİŞKİN SORUN

Kanuna göre (KMK m. 5/3) failin etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi için mükerrir (TCK m. 58) olmaması ve suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde (TCK m. 220 vd) işlenmemiş olması gerekmektedir.

Yargıtay uygulamasına göre, tekerrür bakımından sanığın etkin pişmanlıktan yararlanmasına engel olan mükerrirlik halinin ancak KMK'da düzenlenen gümrük kaçakçılığı suçları bakımından söz konusu olması gerekmektedir.¹⁹ Buna göre; sanığın KMK'da düzenlenen suçlar dışında

¹⁸ "TCK'nın 168. maddesinin düzenlenmesi sırasında maddeye; 'failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi' ifadesi eklenmek suretiyle, muhtemel tereddütlerin önüne geçilmek istenmiştir. Zira madde metninde geçen 'bizzat pişmanlık göstergesi' ibaresi, düzenlemenin 'tek başına iade ve tazmine' değil, 'pişmanlık sonucu olan iade ve tazmine' önem atfettiğinin açık göstergesidir." Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 24/11/2015 tarih ve 2014/13-430 Esas, 2015/414 Karar sayılı karar.

¹⁹ "Mahkemece sanığın adli sicil kaydında bulunan Sivas 4. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2013/472 Esas, 2014/193 Karar sayılı ilamı ile 4733 sayılı Yasaya muhalefet suçundan verilen erteli 1 yıl 8 ay hapis cezasının tekerrüre esas teşkil ettiği gerekçesiyle 7242 sayılı Yasa ile değişik 5607 sayılı Yasanın 5/2. maddesinin

herhangi bir suç bakımından mükerrir olması etkin pişmanlıktan yararlanmasına engel oluşturmamaktadır. Örneğin, sanığın hali hazırda KMK kapsamında bulunan ancak daha önce 4733 sayılı Kanun veya 5015 sayılı Kanun kapsamında olan bir suç nedeniyle aldığı bir mahkûmiyet olsa dahi, bu suçlar kaçakçılık suçu olarak kabul edilmediğinden etkin pişmanlığa engel olmamaktadır.

Kanaatimizce, Yargıtay'ın sanık lehine olan ancak normu, kanunun amacına aykırı bir şekilde genişletmek suretiyle yaptığı uygulama isabetli görünmemektedir. Kanun koyucu, söz konusu tekerrür haline ilişkin istisnayı, sadece KMK'da düzenlenen suçlarla sınırlı bir hal olarak düzenlemek isteseydi bunun açıkça madde lafzında belirtilmesi gerekirdi. Zira Kanunun gerekçesinde de bu hususta bir açıklama yapılmadığı görülmektedir.

Kanaatimizce, madde metninde herhangi bir ayırım gözetilmeksizin, genel olarak "mükerrirler hakkında" ifadesinin kullanılması tercih edilmesine rağmen sanık lehine genişletici bir yorumla, söz konusu tekerrür halinin KMK'da düzenlenen suçlarla sınırlı bir şekilde yorumlanarak uygulama yapılması kanunilik ilkesine, kanunun lafzına ve ruhuna uygun görünmemektedir.

SONUÇ

Gümrük kaçakçılığı suçları, diğer benzer suç tiplerine nazaran failer bakımından nispeten kolay işlenebilen ve başarılı olduğu takdirde ekonomik olarak çok avantajlı suçlardır. Ülkemizde belirli bazı eşyaya yönelik olarak uygulanan vergi politikaları nedeniyle söz konusu avantaj günden güne daha cezbedici hale gelmektedir. Dolayısıyla bu suçlarla mücadelede uygulanacak mevzuat hükümlerinin ve buna ilişkin uygulamanın belirli, orantılı, ölçülü ve tutarlı olması suçla mücadelenin başarısı için önem arz etmektedir.

KMK'da, kaçakçılığın gerçekleştirilme biçimlerindeki farklılıklar esas alınarak çok sayıda suç tipi düzenlenmiştir. Söz konusu suç tiplerinin tamamında failerin kullandıkları yöntemlerle devlet hazinesi aleyhine haksız menfaat temin etmeleri söz konusu olmaktadır. Bu nedenle kanun koyucu, söz konusu haksız menfaat karşılığında belirli bir bedelin ödenmesi kaydıyla failerin etkin pişmanlıktan yararlanabilmelerini öngörmüştür.

Etkin pişmanlık, Türk Ceza Hukuku sistemimizde cezayı kaldıran veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi neden olarak düzenlenmiş bir kurum olup farklı suç tiplerine göre ilgili mevzuatta ayrıntılı olarak düzenlemeye tabi tutulmuştur.

uygulanmamasına karar verilmiş ise de... Etkin pişmanlık hükümlerinden istifade şartı olarak failin kaçakçılık suçundan mükerrir olmaması gerektiği, sanığın tekerrüre esas ilamının 4733 sayılı Yasaya muhalefet suçu olduğu, kaçakçılık suçu olmadığı gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm tesisi..." Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 17.03.2021 tarih ve 2020/6904 Esas, 2021/4300 Karar sayılı karar. Ayrıca bkz: Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 17.03.2021 tarih ve 2020/6904 Esas, 2021/4300 Karar sayılı karar; Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 17.03.2021 tarih ve 2020/6904 Esas, 2021/4300 Karar sayılı karar.

Çalışmada, KMK'da düzenlenen etkin pişmanlık hallerinin tamamı değil, zararın giderimi koşuluna bağlı tutulan etkin pişmanlık düzenlenmesinde sorun olarak gördüğümüz, ödenmesi gereken tutarın kaçak eşyaya ilişkin gümrüklenmiş değerini iki katı olarak belirlenmiş olması hususu ile suçun iştirak halinde işlenmesi durumunda zararın giderimi yapılırken hangi miktarın esas alınması gerektiği ve tekerrür haline ilişkin istisnanın nasıl yorumlanması gerektiği hususlarına ilişkin değerlendirmelerle sınırlı tutulmuştur.

Düzenlemeye göre, kaçakçılık suçunu işleyen faillerin, zararın giderimi yoluyla etkin pişmanlıktan yararlanabilmeleri için kamu zararı yani suça konu kaçak eşyaya ilişkin olarak düzenlenen KEMT varakasındaki “gümrük vergileri ile diğer eş etkili vergiler ve mali yüklerin toplamı” ya da suça konu kaçak eşyanın gümrüklenmiş değerine karşılık gelen tutarı değil, bunun iki katı olan tutarı ödemeleri gerekmektedir. Söz konusu düzenleme, diğer kanunlardaki benzer düzenlemelerden farklı olarak, cezayı ağırlaştırıcı bir etki yaratmakta ve özellikle ödenecek tutarın çok yüksek olduğu durumlar bakımından uygulamayı zorlaştırmakta olup etkin pişmanlığın temel teorisine ve orantılılık ilkesine uygun görünmemektedir. Bu nedenle söz konusu hükmün, uygulamadaki yansımaları da dikkate alınarak gözden geçirilmesinde yarar bulunduğu kanaatine varılmıştır.

Yargıtay'ın mevcut uygulamasına göre, kaçakçılık suçlarının iştirak halinde işlenmesi halinde sanıkların etkin pişmanlıktan yararlanabilmeleri için, söz konusu tutarın tamamının her bir suç ortağı tarafından ayrı ayrı ödenmesi gerekmekte, suç ortaklarının bir araya gelerek toplam tutarı ödemeleri etkin pişmanlıktan yararlanmaları için yeterli görülmemektedir. Söz konusu tutar sanıkların iştirak halinde işledikleri suç nedeniyle elde ettikleri ya da elde etmeyi umdukları haksız menfaatle irtibatlı bir tutardır. Dolayısıyla söz konusu Yargıtay uygulaması hakkaniyete uygun olmayan, kanunun lafzını zorlayan ve düzenlemenin amacına uygun olmayan bir yorum olarak isabetsiz görünmektedir. Bu itibarla, ödenmesi gereken gümrüklenmiş değerini iki katı şeklinde belirlenen tutarın, suç ortaklarının ayrı ayrı ödemesi gereken bir tutar olmadığı, birlikte tamamını ödemeleri gereken tek bir etkin pişmanlık bedeli olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.

Yargıtay'ın bir diğer güncel uygulamasına göre, KMK'nın 5. maddesi kapsamında sanığın etkin pişmanlıktan yararlanmasına engel olan mükerrerlik hali TCK'nın 58. maddesindeki genel düzenlemeden farklı olarak ancak KMK'da düzenlenen gümrük kaçakçılığı suçları bakımından söz konusu olmalıdır. Kanun koyucunun, maddede bir ayırım gözetilmeksizin, genel olarak “mükerrerler hakkında” ifadesini tercih ederek kullanılmasına rağmen sanık lehine genişletici bir yorumla, söz konusu tekerrür halinin KMK'da düzenlenen suçlarla sınırlı bir şekilde yorumlanarak uygulama yapılmasının kanunilik ilkesine, kanunun lafzına ve ruhuna uygun bir yorum olmadığı düşünülmüştür.

KAYNAKÇA

- Artuk M E/Gökçen A/Yenidünya A. C, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.
- Aydın M, “Ceza Hukukunda Orantılılık İlkesi”, S. 57, Y. 15, Ocak 2024, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, ss. 141-168.
- Baba Y, “Türk Ceza Kanununda Etkin Pişmanlık”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2011.
- Bikirli A Y/Çilesiz, Seyfettin Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Açıklaması, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.
- Gedik D, “5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda Etkin Pişmanlık”, S. 14(159), Y. 2019, Terazi Hukuk Dergisi, ss. 2132-2142.
- Gödekli M, “Türk Ceza Öğretisi ve Uygulamasında Etkin Pişmanlık”, S. (7) 29, Y. 2017, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, ss. 280-282.
- Karakaş B, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu (Uygulamalı ve İçtihatlı), Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- Kılıç K, Kaçakçılık Suçları ve Gümrük Kabahatleri, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.
- Koca M/Üzülmez, İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Özbek V Ö/Doğan K/Bacaksız P, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- Tezcan D/Erdem M R/Önok R. M, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.
- Ümit C, “Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda Etkin Pişmanlık Uygulaması: Yasal Gelişmeler Işığında Analitik Bir İnceleme”, S. 12 (1), Y. 2021, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 133-147.
- Yavuz H A, “Tütün ve Alkol Ürünlerinin Kaçakçılığına İlişkin Suçlar (Teori ve Güncel Yargı Kararları Işığında)”, Y. 2021, S. 16 (174), Terazi Hukuk Dergisi, ss. 297-324.
- Yavuz H A, Ceza İnfaz Sistemi ve Denetimli Serbestlik, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- Yavuz H A/Ulgar O B, Uygulamada Kaçakçılık Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.