

Ceza Hukuku Müesseselerinin Mecelle'nin Külli Kaideleri ile Açıklanması

Explanation Of Institution Of Criminal Law With The General Bases Of Mecelle

Hakan KAŞKA*

Öz

İslam hukukunun dönemlerinden biri, kanunlaştırma dönemidir. Mecelle, bu dönemde yapılan kanunlardan biridir. Mecelle, İslam hukuku kuralları esas alınarak hazırlanmıştır; ancak içerisinde yalnızca Hanefi mezhebine ait içtihatlar yer almaktadır. Mecelle'nin mukaddime kısmında, iki makale bulunmaktadır. Mecelle'nin birinci maddesi, ilk makaledir. İlk makalede, fıkıh ilminin tanımı ve kapsamı açıklanmıştır. Mecelle'nin ikinci maddesiyle yüzüncü maddesi arasında, külli kaideler olarak adlandırılan ilkeler bulunmaktadır. Bu ilkeler, hukukun tüm disiplinlerinde uygulanabilecek soyut ilkelerdir. Bu bağlamda, Mecelle'nin külli kaidelerinin, ceza hukuku alanında da uygulanması mümkündür. Örneğin ceza hukukunda, suçsuzluk karinesi, şüpheden sanığın yararlanması, kıyas yasağı, eski hâle iade, zorunluluk hâli, suça iştirak türü olarak azmettirenin sorumluluğu, özgürlüğü daha az kısıtlayan koruma tedbirinin tercih edilmesi, suç olmaktan çıkarma akımı, delillerin önemi, hukuka uygunluk sebepleri, Mecelle'nin külli kaideleri ile açıklanabilir. Bu çalışmada, Mecelle'nin külli kaidelerinin, ceza hukuku alanında uygulanabilirliği meselesi incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: İlm-i fikh, Külli kaideler, Norm, Varsayım kuralı, Ceza hukuku.

Abstract

One of the periods of Islamic law is codification period. Mecelle is one of the codes which was legislated in this period. Mecelle was prepared based on Islamic law rules; but there is only precedents of the Hanafi sect within it. In the introduction part of Mecelle, there are two paragraphs. The first article of Mecelle is the first paragraph. In first paragraph, description and scope of the Islamic law are explained. Between the second and the hundredth article of Mecelle, there are principles which are named as general bases. These principles are abstract principles that can be applied in all disciplines of the law. In this context, the general bases of Mecelle can be applied in criminal law, too. For example, in criminal law, presumption of innocence, in dubio pro reo, the ban of analogy, restitution, state of necessity, responsibility of abettor which is the kind of complicity, preference of protection measures that less restricted the freedom, decriminalization, the importance of evidences, lawfulness reasons can be explained with the general bases of Mecelle. In this work, the problem of applicability of the general bases of Mecelle in the field of criminal law will be examined.

Keywords: Islamic law, General bases, Norm, Assumption rule, Criminal law.

Giriş

Hukuk, bir ilimdir. Nitekim *Kâmûs-ı Türki*'de, hukuk kelimesinin, hakk kelimesinin çoğulu olduğu ve kelimenin ilk anlamının, “*1. herkesin hakkından ve alacağından bahseden ve adâletten bahseden ilim, ... ilm-i hukuk*” şeklinde olduğu ifade edilmiştir.¹ Öğretide Bilmen de *Fıkıh Terimleri Ansiklopedisi* adlı eserinde, hukuk ilmi tabirini kullanmakta ve hukuk ilmiyle ilgili şu açıklamaları yapmaktadır: “*İslam alimleri, hukuk yerine fıkıh, hukuk ilmi yerine fıkıh ilmi ifadelerini tercih etmişlerdir. ... Şöyle ki, hukuk ve hukuk ilmi ile insanlar arasında olagelen ilişkilere dair bir ilim kastedilir. ...*”² Yine öğretide Bilmen'e göre,

Hak, bir kimseye özgü manevi bir güçtür ki bununla tasarruf yetkisini ve sahip olma sıfatını kazanır. Başka bir deyimle hak, bir şer'i kudrettir ki, insanlar bununla bazı şeyleri yürütmeye ve istemeye yetkili olurlar. Çoğulu, “hukuk”tur. Bu haklardan sözedilen ilme de “Hukuk İlmi” denir.³

Mecelle'nin ilk maddesinde de İslam hukukunu ifade eden fıkıh için *ilm-i fikh* ibaresi kullanılmıştır. Bu bağlamda, Mecelle'nin ilk maddesi hükmü, “*İlm-i fikh mesâ'il-i şer'iyye-i*

* Öğr.Gör.Dr., Gaziantep Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, kaska.hakan09@gmail.com.

¹ Gündoğdu vd., 2011, s. 434; Bilmen, 1996, 1. Cilt, s. 16, 20.

² Bilmen, 1996, 1. Cilt, s. 16.

³ Bilmen, 1996, 1. Cilt, s. 20.

amelıyyeyi bilmektir. ...” şeklindedir.⁴ Bir ilim olmasına binaen, hukuk, nasıl ki, sistemli bilgi bütünüyse aynı şekilde, objektif hukukun muhtevasında yer alan normlar ve kurallar da sistemli bir bütündür. Diğer ifadeyle, objektif hukukun muhtevasında yer alan ve hukukçunun mütemadiyen kendisine başvurduğu eczayı teşkil eden normlar ve kurallar, gelişigüzel bir arada bulunan bir yığın mahiyetinde değil, bilakis birbiriyle ahenk içerisinde bulunan, düzenli, sistemli bir bütün hâlinindedir.⁵ Bahis konusu ahenk ve düzenli, sistemli olma hâli, özel hukuk ve kamu hukuku gibi, hukukun eğitiminde kabul edilen pratik bir tasnif veya normlar hiyerarşisi olarak kabul edilen ve hukuk normları arasında astlık-üstlük ilişkisinin bulunduğunu ve bu ilişkide, alttaki normun, üstteki norma aykırı olamayacağı görüşünü serdeden bir kuram veya özel normun, genel normun uygulanmasını engellediği veya sonraki tarihli genel/özel normun, önceki tarihli genel/özel normu yürürlükten kaldırdığı gibi, hukuk ilminin, nevi şahsına münhasır özellikleri olarak da ifade edilebilecek kuramlar, ilkeler vb. yoluyla sağlanmaktadır.⁶ Örneğin, öğretide Gözler’in belirttiği gibi, normlar hiyerarşisi kuramı, hukukun, kendi içinde tutarlı bir bütün olduğu sonucundan çıkarılmış, mantıklı bir sonuçtur.⁷

Hukuk ilminin nevi şahsına münhasır özelliklerinin bulunması gibi, hukuk ilminin alt dallarının da nevi şahsına münhasır özellikleri bulunmakla birlikte, *hukuk, bir bütündür, külldür*. Bu cümleden olmak üzere, hukuk normları ve kuralları⁸ arasındaki düzeni, bunların sistemli olmasını sağlayan kuramların ve ilkelerin, hukukun tüm disiplinlerinde, bu disipline uygun düştüğü nispette uygulanması mümkündür. Mecelle’nin külli kaidelerinin, bu yargıdan vareste tutulması, mümkün değildir.

Mecelle’nin ilk maddesinde, münakehat ve muamelat ile birlikte, fikhın, dünya hayatına ilişkin kısımlarından birinin, ukubat olduğu ifade edilmiştir.⁹ Evvela, sözcüğe ilişkin bir inceleme yapılması icap ederse ukubat, Arapça ukubet kelimesinin çoğuludur.¹⁰ *Kâmûs-ı Türki*’de, ukubet kelimesinin ilk karşılığı, ceza, mücazat şeklinde, ikinci karşılığı ise eziyet, azap, işkence şeklinde belirtilmiştir.¹¹ *Türk Hukuk Lügati*’nde ise ukubet kelimesinin anlamı, şu şekilde açıklanmıştır: “*UKUBET ... Ceza ve azap demektir, ki darp ile, hapis ile, kat-ı uzuv ile veya recm ve katil ile icra edilebilir. Cemi <<ukubat>> tır. Ukubatta niyabet caiz değildir.*”¹² Öğretide Bilmen, ukubet kelimesinin anlamı için şu açıklamayı yapmaktadır: “*Ukubet : Ceza ve azap anlamındadır. Dövme, haps ve organ kesme ile veya öldürmek ve recm ile yapılır. ...*”¹³ Ukubat, İslam hukuku literatüründe, suç karşılığındaki yaptırım için kullanılmıştır.

Saniyen, bununla da bağlantılı olarak belirtilmelidir ki, Türk hukukunda, suç karşılığında uygulanacak bir yaptırım türü olarak ceza kavramı kullanılmaktadır. Bu bağlamda,

⁴ Akgündüz, 2013, s. 55; Gür, 1993, s. 110; Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, t.b., s. 12; İlhan, 2003, s. 1; Köse, 2016, s. 271; Şimşirgil & Ekinci, 2009, s. 85. İlm-i fikh tabiri için ayrıca bk. Ansay, 1953, s. 15; Gündoğdu vd., 2011, s. 774; Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, t.b., s. 11.

⁵ Hafizoğulları, 1987, s. 49.

⁶ Öğretide Işıқтаç ve Metin, bu yöndeki açıklamalarını, *Hukukun Sistemleştirilmesi* başlığı altında yapmaktadır. Işıқтаç & Metin, 2013, s. 248-278.

⁷ Gözler, 2016a, s. 181.

⁸ Norm, emir ve yaptırım olmak üzere, mutlaka iki unsurdan müteşekkildir. Yaptırım unsuru bulunmayan düzenlemeler ise kural olarak adlandırılabilir. Anlaşılabilirliği üzere, buradaki norm ve kural tabiri, bilinçli bir tercihin sonucu olarak kullanılmıştır. Norm ve kural hususundaki bu açıklama için bk. Kunter, 1989, s. 3’te dipnot 1.

⁹ Mecelle’nin ilk maddesi için bk. Akgündüz, 2013, s. 55; Ansay, 1953, s. 16; Gür, 1993, s. 110; Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, t.b., s. 12, 13; İlhan, 2013, s. 1; Şimşirgil & Ekinci, 2009, s. 76, 85.

¹⁰ Bilmen, 1996, 3. Cilt, s. 123; Erdoğan, 2016, s. 586; Gündoğdu vd., 2011, s. 729; Türk Hukuk Kurumu, 1991, s. 346.

¹¹ Gündoğdu vd., 2011, s. 729.

¹² THK, 1991, s. 346.

¹³ Bilmen, 1996, 3. Cilt, s. 123; Aynı açıklama için bk. Erdoğan, 2016, s. 586.

ukubetin veya cezanın, birbirinin ikamesi niteliğinde kelimeler olduğunun söylenmesi mümkündür. Nitekim öğretide Akşit, ceza kavramının tanımına ilişkin açıklamalarının başlangıcında, “*Ceza veya ukubet birkaç şekilde tarif edilmiştir.*” ifadesini kullanmaktadır.¹⁴ Mamafih, ceza, Arapçada gerek iyi gerek kötü karşılık anlamına gelip, ödül yerine dahi kullanılsa da Türkçede, yalnızca kötülükle karşılık anlamında kullanılmaktadır.¹⁵ Bu bağlamda, cezanın, Türkçede, daha çok ukubet anlamında kullanıldığının söylenmesi mümkündür.¹⁶

Salisen, fıkıhın kısımlarından birinin ukubat; diğer ifadeyle, ceza hukuku olarak ayrıca ifade edilmiş olmasının, toplumsal düzeni sağlayan kuralların bir türü olarak hukuk kurallarına¹⁷ uyulmasında, ceza hukukuna mutlaka başvurulması gerektiğine bir delil teşkil ettiği söylenmelidir.¹⁸

Öğretide Akşit’in şu ifadesinin zikredilmesi, serdedilen görüşün açıklanması hususunda, iktifa edecektir:

İslâm Hukuku, insanları doğru yola sevk etmek, fertlerin kurtuluş yollarını sağlamak amacını güder. Bunun için insanları emir ve yasaklara kendi ihtiyarlarıyla uymaya teşvik eder. Dini şuurlarını uyarmaktan, âhiret gününü hatırlatmaktan yararlanır. Fakat herkesin inancı aynı kuvvette değildir. İnançlara hitap etmek, emirlere uymayı sağlamaya yetmez. Dünyevî cezalar da gerekir.¹⁹

Öğretide Zeydân, aynı yönde olarak şu ifadeleri kullanmaktadır:

Dinin emirler ve yasaklarının konuluşunda, açıklanmasında bir hayır ve insanların o anda ve ileride yararları bulunmaktadır... Fakat o emir ve yasakların hepsi herkesi eşit şekilde, toptan uymaya yetmez, dinî şuur, imânın kuvvetliliği ve âhireti hatırlamada insanların tamamı eşit değildir. Meselâ insanlardan bazısına kötü duyguları, hırs ve arzular, bencillik, başkalarının zararına da olsa menfaatperestlik hâkimdir. Bütün bunlardan dolayı, kötülüğü işlemeyi isteyen korkutmak, nefsini suç işlemeye yönlendirmekten alıkoymak, suçları işlemekten ve onlara yaklaştırmaktan uzaklaştırmak için hukukî yasaklara karşı dünyevî cezalar koymak gerekir. ...²⁰

Öğretide Ünver ise bu hususta, aynı yöndeki şu görüşü serdetmektedir:

Ceza hukuku, yaptırım tehditleri aracılığıyla toplumsal düzenin korunması açısından küçümsenmeyecek bir fonksiyonu yerine getirmektedir. Bugün doktrinde, ceza hukukunun katkısı olmaksızın düzenli ve yararlı birlikte yaşamanın olanaksız olacağı savunulmaktadır. Ceza hukukuna sahip olmayan veya ondan kendi iradesiyle vazgeçen bir hukuk devleti yoktur.²¹

Bu bağlamda, ceza hukuku alanında ister uyuşmazlık önleyici hukukçuluk ister uyuşmazlık çözücü hukukçuluk faaliyeti²² gerçekleştirilecek olsun, Mecelle'nin külli kaidelerinden yararlanılması mümkündür ve gereklidir.²³ Öğretide Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, meseleye ilişkin olarak, şu ifadeleri kullanmaktadır: “*Kavâ'id-i mezkûrenin ibâdât kısmına dahi âid kavâ'id olduğu bâlâda iş'âr olunmuş idi.*”²⁴ Bu ifade yorumlandığında, Mecelle'nin külli kaidelerinin, Mecelle'nin birinci maddesinde belirtilen fıkıh kısımlarının tümünde uygulanabileceğinin söylenmesi mümkündür.²⁵ Öğretide İlhan'ın şu ifadesinin, aynı

¹⁴ Akşit, 2015, s. 79.

¹⁵ Gündoğdu vd., 2011, s. 374.

¹⁶ Bilmen, 1996, 3. Cilt, s. 109; Erdoğan, 2016, s. 73.

¹⁷ Öğretide, toplumsal düzeni sağlayan kuralların, din kuralları, ahlâk kuralları, örf ve âdet kuralları ve hukuk kuralları olduğu ifade edilmektedir. Atay, 2014, s. 11, 12; Esener, 2015, s. 25; Gözler, 2016b, s. 16; Sezer, 2013, s. 17; Tosun, 1981, s. 1.

¹⁸ Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, t.b., s. 14, 16; Ünver, 2003, s. 436-470, 678-715.

¹⁹ Akşit, 2015, s. 57.

²⁰ Zeydân, 2015, s. 543, 544.

²¹ Ünver, 2003, s. 445.

²² Öğretide Serozan, *Hukukta Yöntem* adlı eserinde, uyuşmazlık önleyici hukukçuluk ve uyuşmazlık çözücü hukukçuluk kavramlarına ilişkin açıklamalarda bulunmaktadır. Serozan, 2015, s. 3.

²³ Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, t.b., s. 21.

²⁴ Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, t.b., s. 21.

²⁵ İlhan, 2003, s. xx-xxvi.

yönde görüş olarak yorumlanması mümkündür: “*Başta da söylediğimiz gibi hukuku bir bütün, ... kabul ediyoruz.*”²⁶ Keza, öğretide İlhan, Mecelle’nin külli kaidelerinin, hukuk mantığının geliştirilmesi, hukuki düşüncenin oluşturulması ve derinleştirilmesi bakımından önemli olduğunu da ifade etmiştir.²⁷ Bu ifadeler yorumlandığında, Mecelle’nin külli kaidelerine, yalnızca özel hukuk alanında değil, kamu hukuku alanında ve bunun içerisindeki ceza hukuku alanında da başvurulmasının mümkün ve gerekli olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Örneğin, özel hukuka ve daha spesifik olarak ifade edilecek olursa medeni hukuka ilişkin bir kod olduğundan bahisle, Mecelle’nin 8. ve 9. maddelerinin,²⁸ ceza hukuku alanında geçerli olmadığı söylenemeyecektir. Bilakis, Mecelle’nin mezkûr maddelerindeki hükümler, ceza hukukunda, suçsuzluk karinesi ve şüpheden sanığın yararlanması şeklinde tezahür etmektedir. Diğer ifadeyle, suçsuzluk karinesinin ve şüpheden sanığın yararlanmasının açıklanmasında, Mecelle’nin mezkûr maddelerindeki hükümlerden yararlanması mümkündür; hatta mezkûr maddelerdeki hükümler, ceza hukuku alanında, suçsuzluk karinesinin ve şüpheden sanığın yararlanmasının geçerliliğine ilişkin gerekçe niteliğindedir. Buna göre, kişinin suçsuz olması, bir suçla ilişkisinin olmaması, bir suç işlemekten berî olması, asıldır. Suçluluk, yani bir suç işlemiş olma, sonradan ortaya çıkan, sonradan edinilen bir hâldir. Bu nedenle, suçsuzluk asıl olduğu gibi, suçluluk hususunda asıl olan da yokluktur. Bunun tabii bir sonucu olarak, suçluluğu kesin hükümle sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamayacaktır (*suçsuzluk karinesi*). Nitekim 1982 Anayasası m. 38/4’te, “*Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.*” şeklindeki hükümle, aynı husus tasrih edilmiştir. Suçluluk hususunda asıl olanın yokluk olması sebebiyle, bir kişinin, bir suç işlediği iddiasında bulunduğu anda, bu kişiden suçsuz olduğunu savunması beklenmeyecektir.²⁹

Çalışmada, açıklamalar doğrultusunda, ceza hukuku alanında olmak üzere, ceza hukuku müesseselerinin, Mecelle’nin külli kaideleri ile açıklaması yapılacaktır. Çalışmada izlenecek yöntem, listesi çıkarılan hükümlerin, mezkûr alandaki müesseselerin açıklanması bakımından, tek tek incelenmesi şeklinde olacaktır.

Şüphe Hâlinde Mahkûmiyete Karar Verilememesi: Mecellenin 4. maddesi³⁰

Türk Hukuk Lügati’nde, Mecelle’nin 4. maddesinde geçen yakîn kelimesi, şu şekilde açıklanmıştır: “*Bir şeyin vuku veya ademi vukuunu cezmetmek, yani kanaat getirmek veya zannı galip ile zannetmektir.*”³¹ Kelimenin, *Kâmûs-ı Türkî*’deki açıklaması ise şu şekildedir: “*şekk ü şüpheden ârî olarak bilme, kanmış olma, itminân. ...*”³² Öğretide Erdoğan, yakîn kelimesine ilişkin olarak, şu açıklamayı yapmaktadır: “*Yakîn: ... Kesinlik, %100 kesin bilgi. İnançlar ancak bu tür bilgilerle sabit olur. “Şek ile yakîn zail olmaz”*”³³

Mecelle’nin 4. maddesinde, bir şeyin varlığı veya yokluğu hususunda kesin bilgi varsa bu bilginin şüphe ile ortadan kaldırılamayacağı belirtilmiştir. Madde hükmünün, şüphe ile bir şeyin varlığı veya yokluğu hususunda kesin karar verilemeyeceği, bir ifadeyle, yargıda

²⁶ İlhan, 2003, s. xxvi.

²⁷ İlhan, 2003, s. xx-xxvi; Belgesay, 1946, s. 561-608, 564; Bilmen, 1996, 1. Cilt, s. 16, 282.

²⁸ Mecelle’nin 8. maddesi, şu şekildedir: “*Berâ’et-i zimmet asıldır. ...*”; Mecelle’nin 9. maddesi, şu şekildedir: “*Sifât-ı ârizada asl olan ademdir. ...*” Mecelle’nin mezkûr maddeleri için bk. Akgündüz, 2013, s. 56; Gür, 1993, s. 118, 119; Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, t.b., s. 33, 34; İlhan, 2013, s. 13, 14; Köse, 2016, s. 273, 274; Şimşirgil & Ekinci, 2009, s. 77, 95, 96.

²⁹ İlhan, 2013, s. 13, 14.

³⁰ Mecelle’nin 4. maddesi, şu şekildedir: “*Şek ile yakîn zâil olmaz.*” Mecelle’nin mezkûr maddesi için bk. Akgündüz, 2013, s. 56; Gür, 1993, s. 117; Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, t.b., s. 28; İlhan, 2013, s. 8; Köse, 2016, s. 272; Şimşirgil & Ekinci, 2009, s. 77, 92; Zeydân, 2015, s. 135.

³¹ THK, 1991, s. 362.

³² Gündoğdu vd., 2011, s. 1195.

³³ Erdoğan, 2016, s. 609.

bulunulamayacağı³⁴ şeklinde yorumlanması da mümkündür.³⁵ Mecelle'nin 4. maddesi,³⁶ bu yönleri itibarıyla, ceza muhakemesi hukukundaki, şüpheden sanığın yararlanması ilkesini ve suçsuzluk karinesini açıklayıcı niteliktedir. Buna göre, bir kişinin suçlu olduğu hususunda şüphe varsa şüphe ile yargıda bulunulamayacağı için mahkûmiyet hükmü verilemeyecektir. Bu durumda, ceza muhakemesi hukukuna özgü olarak, verilmesi icap eden karar, beraat kararıdır. Öğretide, ceza muhakemesi hukukunun amacının, şüphelinin ve sanığın haklarına saygılı bir biçimde, maddi gerçeğe ulaşılması olduğu, ifade edilmektedir. Buna göre, ceza muhakemesi hukukunda, hâkimin, uyuşmazlığı çözerken, şekli yani görünürdeki gerçek ile yetinmemesi, maddi yani %100 kesinlikteki gerçeğe ulaşması gerekmektedir. Eğer sanığın, suçu işlediği hususunda, %1 oranında dahi bir şüphe kalmışsa şüpheden sanığın yararlanması ve sanık hakkında, beraat kararı verilmesi gerekmektedir.³⁷ Keza, suçluluğu, yargı ile saptanıncaya yani şüphesiz bir şekilde ortaya konuluncaya kadar herkes, suçsuz sayılacaktır.³⁸

Öğretide Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi'nin ve Şimşirgil ve Ekinci'nin, Mecelle'nin 4. maddesine ilişkin açıklamaları ile Mecelle'nin 8. ve 9. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, suçsuzluğun asıl ve kesin bilinen olduğu, şüphe ile asıl ve kesin bilinen hâlin ortadan kalkmayacağı yönünde görüş serdedilmesi mümkündür.³⁹

Suçsuzluk Karinesi: Mecelle'nin 8. maddesi

Mecelle'nin 8. maddesinde, kişinin herhangi bir borçla veya herhangi bir suçla ilişkisinin bulunmamasının asıl olduğu, ifade edilmiştir. Ceza hukuku açısından değerlendirilecek olursa kişinin, bir suç işleme hâlinde varestede olması, ceza hukukuna özgü bir tabirle, berî olması asıldır.⁴⁰ Hüküm, hiç şüphesiz, ceza muhakemesi hukuku alanında, bir kişinin, bir suçu işlediği iddiasının ispatlanması noktasında etkili olacaktır. Belirtilmelidir ki, ceza muhakemesi hukukunda ispat yükü, öğretideki tartışmalı konulardan biridir. Bir görüşe göre, ceza muhakemesi hukukunda ispat yükü hem iddia hem yargılama makamına ait olan ortak bir yüküdür.⁴¹ Öğretide bu görüşü serdeden Özen, Cumhuriyet savcısının ve mahkemenin resen delil araştırma yetkisinin ve yükümlülüğünün bunu gösterdiğini ifade etmektedir.⁴² Öğretide karşıt

³⁴ Yakın kelimesinin hem Türk Hukuk Lügatindeki kesin karar şeklindeki anlamı hem Kâmûs-ı Türkîdeki şüpheden tamamen ari olarak bilme şeklindeki anlamı nazarı itibara alındığında, şüphe ile hüküm verilemeyeceği ifadesinden ziyade, şüphe ile kesin karar olan yargıda bulunulamayacağı ifadesi, daha isabetlidir. Çünkü hüküm, verildiği anda kesin olmayıp, kanun yollarına götürüldükten sonra kesinleşmiş olabilir. Buna karşılık, yargı, yarmak kökünden gelip hem kesin kararı hem kesinleşmiş kararı ifade etmektedir. Anlaşılabilirliği üzere, yargı kelimesinin karşılığı, kaziye-i muhkemedir. Hüküm ve yargı kelimeleri arasındaki bahis konusu farklılık ve bu açıklamalar için bk. Kunter, 1989, s. 43-45.

³⁵ Gür, 1993, s. 117; Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, t.b., s. 28; İlhan, 2003, s. 9.

³⁶ Öğretide Bilmen, Mecelle'nin 4. maddesini takip eden sekiz maddenin, bu maddeden çıkarıldığını ifade etmektedir. Bilmen, 1996, 1. Cilt, s. 284.

³⁷ Beroje, 2007, s. 109-111, 154, 158; Bıçak, 2013, s. 117-119, 126, 406; Centel & Zafer, 2014, s. 6, 7, 710, 711; Donay, 2015, s. 122-124; Erem, 1978, s. 374, 381, 382; İlhan, 2003, s. 9; Karakehya, 2016, s. 9, 11, 12; Kunter, 1989, s. 27, 28, 593, 594-596, 597, 598; Özbek vd., 2017, s. 43, 79, 80, 91; Özen, 2017, s. 61-65, 301; Öztürk vd., 2013, s. 140, 145, 146, 155; Şahin & Göktürk, 2017, s. 23, 25, 26; Bu bağlamda, öğretide Taner, ceza muhakemesinde, medeni muhakemede olduğu gibi, şekli gerçeğin değil, maddi gerçeğin arandığını ifade etmektedir. Taner, 1950, s. 157, 158; Toroslu & Feyzioğlu, 2016, s. 6, 7; Tosun, 1981, s. 37, 39, 311, 313, 597; Ünver & Hakeri, 2014, s. 8-10, 60-66; Yenisey & Nuhoglu, 2016, s. 69, 70, 73, 74; Yurtcan, 2017, s. 5, 70-72, 75-77, 275.

³⁸ Bıçak, 2013, s. 117, 119; Centel & Zafer, 2014, s. 711; Erem, 1978, s. 383; Kunter, 1989, s. 30; Özbek vd., 2017, s. 65, 91; Öztürk vd., 2013, s. 155; Toroslu & Feyzioğlu, 2016, s. 7; Tosun, 1981, s. 313; Ünver & Hakeri, 2014, s. 19, 20, 60-66; Yenisey & Nuhoglu, 2016, s. 70, 74; Yurtcan, 2017, s. 75, 76. 1982 Anayasası m. 38/4 – "Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz."

³⁹ Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, t.b., s. 28; Şimşirgil & Ekinci, 2009, s. 92, 93.

⁴⁰ Gür, 1993, s. 119; Köse, 2016, s. 273; Şimşirgil & Ekinci, 2009, s. 95; Zeydân, 2015, s. 137.

⁴¹ Bıçak, 2013, s. 117; Köse, 2016, s. 274; Özen, 2017, s. 61; Şimşirgil & Ekinci, 2009, s. 95, 96; Ünver & Hakeri, 2014, s. 62.

⁴² Özen, 2017, s. 61.

görüŖe göre, ceza muhakemesi hukukunda ispat yükü, bir mesele teşkil etmemektedir.⁴³ Diğer ifadeyle, istisnalar dışında, iddia, savunma veya yargılama makamlarının, belli bir olguyu ispat yükü bulunmamaktadır.⁴⁴ Bununla birlikte, öğretide üzerinde mutabık kalınan husus, sanığın, suçsuz olduğunu ispatlamak zorunda olmamasıdır; zira suçsuzluk asıldır.⁴⁵ Bu bağlamda, ceza muhakemesi hukukunda, sanığa tanınan susma hakkının, onun, suçsuzluğunu ispat etmek zorunda olmamasını sağladığı, ifade edilmektedir.⁴⁶

Suçsuzluk hâlinin asıl olması, bir hukuk devletinde, ceza hukukuna hâkim ilkeler olarak, şüpheden, sanığın yararlanması⁴⁷ ve suçsuzluk karinesini ortaya çıkarmaktadır. Buna göre, 1982 Anayasası m. 38/4'teki, suçluluğu, hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz şeklindeki hüküm, suçsuzluğun asıl olduğunu belirten, Mecelle'nin 8. maddesi hükmünün, aynı anlama gelen; fakat farklı bir ifade edilmiş şeklidir.⁴⁸

Suçsuzluğun Asıl Olması: Mecelle'nin 9. maddesi

Mecelle'nin 9. maddesine ilişkin isabetli bir değerlendirme yapılabilmesi için öncelikle sıfat kavramının ve sıfat türlerinin açıklanması gerekmektedir. Hukuk literatüründe sıfat, bir şeyin veya bir kişinin taşıdığı nitelikleri belirtmek için kullanılan bir kavramdır. *Türk Hukuk Lügati*'nde, sıfat kelimesi için şu açıklamalar yer almaktadır: “*SIFAT ... Bir şahıs veya bir şeyin hâlidir. Bu şahıs veya şeye <<mevsuf>> denir. Bazan sıfata vasıf dahi denir. Filân adamın <<vasfi doğrudur>> denildiği zaman <<sıfat>> ı yani hâli bildirilmiş olur.*”⁴⁹

Bu bağlamda, asıl, yani bir şeyin veya bir kişinin varlığına bağlı olarak var olan, onda tabii olarak bulunan sıfatlar ve arızı, yani bir şeyin veya bir kişinin varlığına bağlı olmayıp, sonradan edinilen sıfatlar olmak üzere, iki tür sıfat bulunmaktadır.⁵⁰ Mecelle'nin 9. maddesinin, ceza hukuku ile ilişkisinin tespit edilmesi icap ettiğinde, bu maddenin, Mecelle'nin 8. maddesi ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Şöyle ki, Mecelle'nin 8. maddesinde, borçsuz olmanın, keza, suçsuz olmanın, asıl olduğu belirtilmiştir. Bu durumda, bir kişiye ilişkin sıfat-ı asliyelerden biri de suçsuz olmaktır. Mefhumu muhalifinden hareketle, bir kişinin suçlu olması, bu kişiye ilişkin bir sıfat-ı arıza olabilir. Sıfat-ı arızada ise asıl olan yokluk olduğuna göre, suçlu olma hâli bakımında, asıl olan, yokluktur. Hüküm, Mecelle'nin 8. maddesi gibi, hiç şüphesiz, ceza muhakemesi hukuku alanında, bir kişinin, bir suç işlediği iddiasının ispatlanması noktasında etkili olacaktır. Kişinin suçlu olması, sıfat-ı arıza olduğuna ve bu sıfatta asıl olan yokluk olduğuna göre, bir suç işlediği iddiası üzerine, bu iddianın kendisine yöneltildiği

⁴³ Özbek vd., 2017, s. 693; Öztürk vd., 2013, s. 146; Turhan, 2006, s. 152; Yurtcan, 2017, s. 286.

⁴⁴ Centel & Zafer, 2014, s. 709; Özbek, Doğan, Bacaksız, & Tepe, 2017, s. 693; Yurtcan, 2017, s. 286, 287.

⁴⁵ Bıçak, 2013, s. 117; Centel & Zafer, 2014, s. 709; Gözler, 2016a, s. 314; Özbek vd., 2017, s. 66; Özen, 2017, s. 60, 61; Öztürk vd., 2013, s. 146; Şimşirgil & Ekinci, 2009, s. 96; Ünver & Hakeri, 2014, s. 60; Yurtcan, 2017, s. 287.

⁴⁶ Bıçak, 2013, s. 119; Erem, 1978, s. 383; Özbek vd., 2017, s. 66; Özen, 2017, s. 60; Öztürk vd., 2013, s. 146, 294; Turhan, 2006, s. 153.

⁴⁷ Eğer sanığın, suç işlediği hususunda şüphe varsa kaide olarak, bu kişi suçsuz olduğu için kişinin, asıl nitelikteki beraati yönünde tercihte bulunulacak; diğer ifadeyle, kişi hakkında beraat kararı verilecektir. Zeydân, 2015, s. 136, 137.

⁴⁸ Borçsuzluk açısından aynı görüş için bk. Belgesay, 1946, s. 606; Beroje, 2007, s. 158; Bilmen, 1996, 1. Cilt, s. 286; İlhan, 2003, s. 14; Şimşirgil & Ekinci, 2009, s. 95; Zeydân, 2015, s. 136, 137; Borçsuzluk ve suçsuzluk açısından aynı yönde görüş için bk. Bıçak, 2013, s. 118; Gözler, 2016a, s. 314; Köse, 2016, s. 273, 274.

⁴⁹ THK, 1991, s. 297; Ayrıca bk. Köse, 2016, s. 274.

⁵⁰ Bilmen, 1996, 1. Cilt, s. 286; Erdoğan, 2016, s. 506; Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, t.b., s. 35; Köse, 2016, s. 274; THK, 1991, s. 297.

kişinin, sıfat-ı asliye olan suçsuzluk hâlini ispatlaması beklenmeyecektir.⁵¹ Böylelikle, bireyler, kanuni güvence altına alınmış olmaktadır.⁵²

Ceza Hukukunda Kıyas Yasağı: Mecelle'nin 14. maddesi⁵³

Mecelle'nin 14. maddesinde, hakkında, İslam hukukunun asli kaynaklarında hüküm bulunan bir hususta, içtihat yapılamayacağı, ifade edilmiştir. Kıyas yapılacak olursa hâkimin, bir uyuşmazlığı çözerken, hakkında pozitif hukukta hüküm bulunan bir hususta, bu hükmü, somut olaya doğrudan uygulaması gerekir. Hâkimin, bahis konusu uyuşmazlığı çözerken, içtihat yoluyla, bu olaya, başka bir somut olay için vazedilmiş hükmü uygulaması, mümkün değildir.⁵⁴ Mecelle'nin 14. maddesi, bu yönü itibarıyla, suçta ve ceza hukuku yaptırımlarında kanunilik ilkesinin geçerli olduğu ceza hukuku alanında, kendisine başvurulması gereken bir hüküm niteliğindedir. Şöyle ki, suçta ve ceza hukuku yaptırımlarında kanunilik ilkesinin unsurlarından olan kıyas yasağı, Mecelle'nin 14. maddesi hükmünün, ceza hukuku alanındaki tezahürüdür. Bu cümleden olmak üzere, ceza hukuku alanında, hâkimin, kanunda, suç olarak düzenlenmemiş bir fiili, kanunda, suç olarak düzenlenmiş bir fiile benzeterek, yani kıyas yaparak, bu fiilin, suç teşkil ettiği yönünde karar vermesi, mümkün değildir.⁵⁵

Eski Hâle İade Müessesesi: Mecelle'nin 17. ve 18. maddeleri⁵⁶

Mecelle'nin 17. ve 18. maddelerinin, ceza muhakemesi hukukundaki bir müessese olarak, eski hâle getirmenin açıklanmasında kullanılması mümkündür. Buna göre, ceza muhakemesinde, bir süreyi kusursuz olarak, bir zorluk/zorda olma hâli dolayısıyla geçiren kişiye, sürenin ilişkin olduğu işlemi, eski hâle getirme isteminde bulunarak yapabilme imkânı verilmiştir.⁵⁷ Böylelikle, Mecelle'nin 17. ve 18. maddelerinde belirtildiği gibi, bir zorluk/zorda olma hâli dolayısıyla bir süreyi geçiren kişinin, sürenin ilişkin olduğu işlemi yapabilmesi bakımından, bu kişiye, bir kolaylık/bir esneklik/bir genişlik tanınmıştır.

⁵¹ Bıçak, 2013, s. 117, 119; Centel & Zafer, 2014, s. 709; Gözler, 2016a, s. 314; Özen, 2017, s. 60, 61; Öztürk vd., 2013, s. 146; Şimşirgil & Ekinci, 2009, s. 96; Ünver & Hakeri, 2014, s. 60.

⁵² Bk. Gür, 1993, s. 119.

⁵³ Mecelle'nin 14. maddesi, şu şekildedir: “*Mevrid-i nassda ictihâda mesâğ yoktur.*” Mecelle'nin mezkûr maddesi için bk. Akgündüz, 2013, s. 56; Gür, 1993, s. 121; Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, t.b., s. 43; İlhan, 2003, s. 18; Köse, 2016, s. 275; Şimşirgil & Ekinci, 2009, s. 78, 99; Zeydân, 2015, s. 135.

⁵⁴ Bilmen, 1996, 1. Cilt, s. 288; Gür, 1993, s. 121; Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, t.b., s. 43 (Öğretide Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, nassa aykırı olan böyle içtihada itibar edilemeyeceğini ve onunla amel olunamayacağını ifade etmektedir. Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, t.b., s. 43.); İlhan, 2003, s. 18, 19; Köse, 2016, s. 275; Şimşirgil & Ekinci, 2009, s. 100; Zeydân, 2015, s. 135.

⁵⁵ Artuk vd., 2016, s. 94, 95, 107-110; Centel vd., 2011, s. 46, 47, 54, 55; Demirbaş, 2013, s. 107, 114, 115; Dönmezer & Erman, 1987, I. Cilt, s. 16, 17, kn. 30-32, s. 19; Hafizoğulları & Özen, 2015, s. 19-21; Hakeri, 2016, s. 12-14, 27-30; İçel, 2014, s. 89, 90, 96-103; Koca & Üzülmöz, 2016, s. 54-58, 61-66; Önder, 1992, s. 56, 57, 65-69; Özbek vd., 2016, s. 71-73, 74-76; Özgenç, 2016, s. 106-108, 117, 119, 120; Toroslu & Toroslu, 2016, s. 39-46, 65, 66; 5237 numaralı Kanun m. 2/3 – “(3) Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.”

⁵⁶ Mecelle'nin 17. maddesi, şu şekildedir: “*Meşakkat teysîri celbeder. ...*”; Mecelle'nin 18. maddesi, şu şekildedir: “*Bir iş zîk oldukda müttesi olur. Yani bir işde meşakkat görülünce ruhsat ve vüs 'at gösterilir.*” Mecelle'nin mezkûr maddeleri için bk. Akgündüz, 2013, s. 57; Gür, 1993, s. 123, 126; Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, t.b., s. 46, 48; İlhan, 2003, s. 23; Köse, 2016, s. 277; Şimşirgil & Ekinci, 2009, s. 78, 103, 105.

⁵⁷ Ceza muhakemesi hukukundaki süreler açısından eski hâle getirme müessesesi ile ilgili hükümler, 5271 numaralı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer almaktadır. 5271 numaralı Kanun m. 40 (Eski hâle getirme) – “(1) Kusuru olmaksızın bir süreyi geçirmiş olan kişi, eski hâle getirme isteminde bulunabilir. ...”; 5271 numaralı Kanun m. 41 – “(1) Eski hâle getirme dilekçesi, engelin kalkmasından itibaren yedi gün içinde, süreye uyulduğunda usule ilişkin işlemleri yapacak olan mahkemeye verilir. ...”; 5271 numaralı Kanun m. 42 – “(1) Süresi içinde usul işlemi yapılsaydı, esasa hangi mahkeme hükmedecek idiyse, eski hâle getirme dilekçesi hakkında da o mahkeme karar verir. ...”

Zorunluluk Hâli: Mecelle'nin 21. maddesi⁵⁸

Mecelle'nin 21. maddesinde, zorunlulukların, yasak olan şeyleri, yapılmasında sakınca görülmemeyen bir hâle tahvil edeceği hükmü yer almaktadır. Zorunlulukların söz konusu olması hâlinde, yasak olan şeyleri yapan kişinin, ceza hukuku açısından sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.⁵⁹ Anlaşılabileceği üzere, Mecelle'nin 21. maddesinin, ceza hukukundaki tezahürü, zorunluluk hâli şeklinde adlandırılan müessesedir.⁶⁰ Bu bağlamda, müesseseyi düzenleyen bir pozitif hukuk kuralı olarak, 5237 numaralı Türk Ceza Kanunu m. 25/2'de, şu hüküm yer almaktadır:⁶¹ “(2) *Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.*” 5237 numaralı Kanun m. 25/2'de, her ne kadar, zorunluluk hâli altında işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmeyeceği belirtilmiş olsa da 6098 numaralı Türk Borçlar Kanunu m. 64/2'de,⁶² bu hâlde, failden, başkasının mallarına vermiş olduğu zararı, hâkimin, hakkaniyete göre belirleyeceği şekilde giderme yükümlülüğünün bulunduğu dair hüküm yer almaktadır. Aynı hüküm, Mecelle'nin 33. maddesinde de bulunmaktadır.⁶³

Zorunluluk Hâlinde Tehlike ve Savunma Arasındaki Oran: Mecelle'nin 22. maddesi⁶⁴

Zorunluluk hâli altında işlenen fiiller dolayısıyla failin ceza hukuku sorumluluğuna gidilememesinin koşullarından birini de maruz kalınan tehlikenin yönelik olduğu hukuki değer ile verilen zararın yönelik olduğu hukuki değer eşit olması veya birinci değer, diğerinden daha üstün olması ve maruz kalınan tehlike ile verilen zararın orantılı olması oluşturmaktadır.⁶⁵ Mecelle'nin 22. maddesinde de bu orantıya işaret edilmiştir.

⁵⁸ Mecelle'nin 21. maddesi, şu şekildedir: “*Zarûretler memnû' olan şeyleri mübah kilâr.*” Mecelle'nin mezkûr maddesi için bk. Akgündüz, 2013, s. 57; Gür, 1993, s. 128; Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, t.b., s. 50; İlhan, 2003, s. 27; Köse, 2016, s. 278; Şimşirgil & Ekinci, 2009, s. 78, 107; Zeydân, 2015, s. 142.

⁵⁹ Belgesay, 1946, s. 578; Bilmen, 1996, I. Cilt, s. 290; Gür, 1993, s. 128, 129; Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, t.b., s. 50, 51; İlhan, 2003, s. 27, 28; Köse, 2016, s. 278; Şimşirgil & Ekinci, 2009, s. 107; Zeydân, 2015, s. 142.

⁶⁰ Artuk vd., 2016, s. 491-501; Centel vd., 2011, s. 312-318; Demirbaş, 2013, s. 284-297; Dönmezer & Erman, 1986, II. Cilt, s. 132-150, kn. 816-837; Hafizoğulları & Özen, 2015, s. 221-226; Hakeri, 2016, s. 403-422; İçel, 2014, s. 328-340; Koca & Üzülmöz, 2016, s. 333-339; Önder, 1992, s. 249-256; Özbek vd., 2016, s. 404-422; Özgenç, 2016, s. 405-410; Toroslu & Toroslu, 2016, s. 169-175).

⁶¹ 5237 numaralı Kanun m. 25/2'de düzenlenen zorunluluk hâlinin, Mecelle'nin 21. maddesindeki esastan kaynaklandığı ifade edilmektedir. Zeydân, 2015, (mütercimim notu) s. 142'de dipnot 38.

⁶² 6098 numaralı Kanun m. 64/2 – “*Kendisini veya başkasını açık ya da yakın bir zarar tehlikesinden korumak için diğer bir kişinin mallarına zarar verenin, bu zararı giderim yükümlülüğünü hâkim hakkaniyete göre belirler.*”

⁶³ Mecelle m. 33 – “*İztırar gayrın hakkını ibtâl etmez. // Binâen-alâ-zâlik bir adam aç kalıb da birinin ekmeğini yese ba'dehû kıymetini vermesi lazım gelir.*” Mecelle'nin mezkûr maddesi için bk. Akgündüz, 2013, s. 58; Belgesay, 1946, s. 579, 580; Bilmen, 1996, I. Cilt, s. 294, 295; Gür, 1993, s. 133; Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, t.b., s. 58, 59; İlhan, s. 36, 37; Köse, s. 282; Şimşirgil & Ekinci, 2009, s. 79, 114.

⁶⁴ Mecelle'nin 22. maddesi, şu şekildedir: “*Zarûretler kendi miktarlarınca takdir olunur.*” Mecelle'nin mezkûr maddesi için bk. Akgündüz, 2013, s. 57; Gür, 1993, s. 128; Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, t.b., s. 51; İlhan, 2003, s. 29; Köse, 2016, s. 279; Şimşirgil & Ekinci, 2009, s. 78, 108.

⁶⁵ Artuk vd., 2016, s. 499, 500; Belgesay, 1946, s. 578, 579; Bilmen, 1996, I. Cilt, s. 290; Centel vd., 2011, s. 318; Demirbaş, 2013, s. 296; Dönmezer & Erman, 1986, II. Cilt, s. 149, 150, kn. 836; Gür, 1993, s. 129; Hafizoğulları & Özen, 2015, s. 225, 226; Hakeri, 2016, s. 417, 418; Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, t.b., s. 52; İçel, 2014, s. 338, 339; İlhan, 2013, s. 29; Koca & Üzülmöz, 2016, s. 339; Köse, 2016, s. 279; Önder, 1992, s. 254, 255; Özbek vd., 2016, s. 421; Özgenç, 2016, s. 409; Şimşirgil & Ekinci, 2009, s. 108; Toroslu & Toroslu, 2016, s. 175 (Nitekim öğretide Toroslu ve Toroslu, bu orantı, 5237 numaralı Kanun m. 25/2'de, her ne kadar, tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı olarak ifade edilmiş olsa da bunun, tehlikenin yöneldiği zarar ile failin davranışının oluşturduğu zarar arasındaki oran şeklinde anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. Toroslu & Toroslu, 2016, s. 175.); Zeydân, 2015, s. 142.

Mecelle'nin 22. maddesine, hırsızlık suçunun zorunluluk hâli altında işlenmesi hususunda özel bir düzenleme niteliğindeki, 5237 numaralı Kanun m. 147 hükmünün⁶⁶ örnek verilmesi mümkündür.

Koruma Tedbirlerinde Özgürlükleri Daha Az Sınırlayanın Tercih Edilmesi: Mecelle'nin 29. maddesi⁶⁷

Mecelle'nin 29. maddesinin, ceza muhakemesi hukukundaki koruma tedbirlerinden olan, tutuklama ve adli kontrol arasındaki ilişkinin açıklanmasında kullanılması mümkündür. Buna göre, her iki koruma tedbiri de bireyin temel hak ve hürriyetlerini sınırladığı hâlde, eğer koruma tedbirinin uygulanmasıyla istihdaf edilen sonuca, adli kontrol koruma tedbirinin uygulanmasıyla ulaşılabilecekse bu koruma tedbiri uygulanır. Tutuklamanın, bireyin temel hak ve hürriyetlerine en ağır müdahaleyi içeren koruma tedbiri olmasına karşılık, adli kontrolün, bireyin temel hak ve hürriyetlerine daha hafif müdahalede bulunması, bu uygulamayı gerekli kılmaktadır.⁶⁸ Bu durumda, Mecelle'nin 29. maddesinde de belirtildiği gibi, iki kötülükten daha hafif olanı tercih edilmiş olmaktadır.⁶⁹ Keza, anayasa hukukundaki, temel hak ve hürriyetlerinin sınırlandırılmasında, eğer sınırlamayla istihdaf edilen amaca, daha hafif bir müdahaleyle ulaşılabilecekse bu müdahalenin gerçekleştirilmesi gerektiği şeklindeki anlayış da Mecelle'nin 29. maddesinin bir tezahürüdür.⁷⁰

Çok Failli Suç Türü Olarak Karşılaşma Suçlarında Sorumluluk: Mecelle'nin 34. maddesi⁷¹

Mecelle'nin 34. maddesinin, ceza hukukunda, çok failli suçlar içerisinde incelenen, karşılaşma suçlarının bir örneği niteliğindeki rüşvet suçunun açıklanmasında kullanılması mümkündür.⁷² Öğretide Zeydân'ın ifadesiyle, "*Haram (yasak) bir şeyin başkasına verilmesi*

⁶⁶ 5237 numaralı Kanun'da, zorunluluk hâline ilişkin genel düzenleme, Kanundaki m. 25/2 hükmüdür. Bu hükümde, zorunluluk hâli, yalnızca kusurluluğu ortadan kaldıran bir hâl olarak düzenlenmiş ve bu hâl altında işlenen fiiller dolayısıyla faile, ceza verilmeyeceği belirtilmiştir. Bununla birlikte, 5237 numaralı Kanun'da, bazı suç tiplerinin zorunluluk hâli altında işlenmesi hususunda özel düzenlemeler de bulunmaktadır. Bu düzenlemeler, 5237 numaralı Kanun m. 92 ve m. 147'dir. Bu düzenlemelerde, 5237 numaralı Kanun'da, zorunluluk hâline ilişkin genel düzenleme niteliğindeki m. 25/2'den farklı olarak, zorunluluk hâline, yalnızca kusurluluğu ortadan kaldıran bir hâl niteliği değil, kusurluluğu azaltan bir hâl niteliği de atfedilmiştir. Diğer ifadeyle, bu düzenlemelerde, zorunluluk hâlinin, kusurluluğu etkileyen bir hâl olduğu, kabul edilmiştir. Bu nedenle, 5237 numaralı Kanun m. 92 ve m. 147'de, maddelerin ilişkin olduğu suçların zorunluluk hâli altında işlenmesi dolayısıyla failin cezasında indirim yapılabileceği gibi, faile, ceza verilmekten vazgeçilmesi kararının da verilebileceği ifadesi, yer almaktadır. 5237 numaralı Kanun m. 92 (Zorunluluk hâli) – "(1) Organ veya dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar göz önünde bulundurularak, hakkında verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermektense de vazgeçilebilir."; 5237 numaralı Kanun m. 147 (Zorunluluk hâli) – "(1) Hırsızlık suçunun ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için işlenmesi hâlinde, olayın özelliğine göre, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermektense de vazgeçilebilir." Bu açıklamalar için bk. Özgenç, 2016, s. 407, 408; 5237 numaralı Kanun m. 92 ile ilgili açıklamalar için bk. Aydın, 2008, s. 138-140.

⁶⁷ Mecelle'nin 29. maddesi, şu şekildedir: "*Ehven-i şerreyn ihtiyâr olunur.*" Mecelle'nin mezkûr maddesi için bk. Akgündüz, 2013, s. 57; Gür, 1993, s. 131; Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, t.b., s. 56; İlhan, 2003, s. 33; Köse, 2016, s. 280; Şimşirgil & Ekinci, 2009, s. 79, 112.

⁶⁸ Bıçak, 2013, s. 641, 643, 653; Erem, 1978, s. 466; Taner, 1950, s. 132; İnci, 2014, s. 33, 43, 90, 91; Özbek vd., 2017, s. 326, 351, 352; Öztürk vd., 2013, s. 47, 57, 78, 79; Öztürk vd., 2013, s. 466, 468, 489, 490; Soyaslan, 2014, s. 320, 329; Şahin, 2016, s. 286, 303; Toroslu & Feyzioğlu, 2016, s. 218, 220, 230; Ünver & Hakeri, 2014, s. 365, 367, 391; Yurtcan, 2017, s. 344, 364, 366.

⁶⁹ Bilmen, 1996, 1. Cilt, s. 293; Gür, 1993, s. 131; Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, t.b., s. 56; İlhan, 2003, s. 34; Köse, 2016, s. 281; Şimşirgil & Ekinci, s. 112.

⁷⁰ Özbudun, 2013, s. 114, 115.

⁷¹ Mecelle'nin 34. maddesi, şu şekildedir: "*Alması memnû' olan şeyin vermesi dahi memnû' olur.*" Mecelle'nin mezkûr maddesi için bk. Akgündüz, 2013, s. 58; Gür, 1993, s. 133; Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, t.b., s. 59; İlhan, 2003, s. 37; Köse, 2016, s. 282; Şimşirgil & Ekinci, 2009, s. 79, 115; Zeydân, 2015, s. 137.

⁷² Bilmen, 1996, 1. Cilt, s. 295; Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, t.b., s. 59; İlhan, 2003, s. 37, 38; Köse, 2016, s. 282; Şimşirgil & Ekinci, 2009, s. 115; Zeydân, 2015, s. 138.

veya başkasından haram bir şeyin alınması yasaklıkta eşittir. ...”⁷³ Ceza hukuku literatüründe, birden fazla kişinin, fail olarak katılımının zorunlu olduğu suçlar, çok failli suçlar olarak adlandırılmakta ve çok failli suçların, yakınsama ve karşılaşma suçları olmak üzere iki türünün bulunduğu, ifade edilmektedir. Karşılaşma suçlarında, suçun işlenmesine fail olarak katılmasının zorunlu olduğu kişiler, aynı amacın gerçekleşmesi için farklı yönlerden hareket etmektedirler. Buna göre, suçun işlenişine katkıda bulunan bu kişiler, suçun mağduru değildir; bilakis işlenen suç dolayısıyla fail olarak sorumlu tutulacaklardır. Örneğin rüşvet suçunda, rüşvet veren de rüşvet alan gibi, fail olarak cezalandırılacaktır.⁷⁴ Anlaşılabilirliği üzere, alınması yasak olan rüşvetin, verilmesinin de yasak olduğunu düzenleyen, 5237 numaralı Kanun m. 252/1,⁷⁵ Mecelle'nin 34. maddesinin, ceza hukukundaki bir görünümü niteliğindedir.

Suçta İştirakte Azmettirenin Sorumluluğu: Mecelle'nin 35. maddesi⁷⁶

Mecelle'nin 35. maddesi, ceza hukukunda, cezai sorumluluğun sınırlarını genişletici hükümler, bir ifadeyle, genişletici norm örneği olarak, suçta iştiraki açıklayıcı niteliktedir.⁷⁷ Genişletici normlar, bağımlı, yani tek başlarına uygulanamayan; ancak bağımsız nitelikteki asıl ceza normlarıyla birlikte uygulanabilen normların bir türüdür.⁷⁸ Suçta iştirak ise cezai sorumluluğun sınırlarını genişletici hükümlere, yani genişletici normlara örnek teşkil etmektedir.⁷⁹

Ceza hukukunda, suçta iştirak için yapılan faillik ve şeriklik tasnifinde, şerikliğin bir türü olarak azmettirenin⁸⁰ de fail gibi, ceza hukuku yaptırımlarına tabi tutulacağı ifade edilmektedir.⁸¹ Nitekim 5237 numaralı Kanun'da, suçta iştirakin türü olarak şerikliğin bir görünümü niteliğindeki azmettirmenin, ceza hukuku yaptırımlarına tabi tutulacağına yönelik, m. 38 hükmü vazedilmiştir.⁸² Keza, 5237 numaralı Kanun'da, dolaylı faillığe ilişkin olarak da müstakil bir hüküm bulunmaktadır.⁸³

⁷³ Zeydân, 2015, s. 137.

⁷⁴ Çok failli suçlara ilişkin açıklamalar için bk. Artuk vd., 2016, s. 685-687; Centel vd., 2011, s. 473, 474; Demirbaş, 2013, s. 466-469; Dönmezer & Erman, 1986, II. Cilt, s. 471-477, kn. 1185-1192; Hakeri, 2016, s. 529; İçel, 2014, s. 479-481; Koca & Üzülmöz, 2016, s. 429; Önder, 1992, s. 433, 434; Özbek vd., 2016, s. 551, 552; Özgenç, 2016, s. 494, 495, 496; Tosun, 1982, s. 292, 293).

⁷⁵ 5237 numaralı Kanun m. 252/1 – “(1) Görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya araçlar vasıtasıyla, bir kamu görevlisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlayan kişi, dört yıldan on iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

⁷⁶ Mecelle'nin 35. maddesi, şu şekildedir: “İşlenmesi memnû olan şeyin istenmesi dahi memnû olur.” Mecelle'nin mezkûr maddesi için bk. Akgündüz, 2013, s. 58; Gür, 1993, s. 133; Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, t.b., s. 60; İlhan, 2003, s. 38; Köse, 2016, s. 282; Şimşirgil & Ekinci, 2009, s. 79, 115.

⁷⁷ Belgesay, 1946, s. 580; Bilmen, 1996, I. Cilt, s. 295; Gür, 1993, s. 133; Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, t.b., s. 60; İlhan, 2003, s. 38; Köse, 2016, s. 282; Şimşirgil & Ekinci, 2009, s. 115.

⁷⁸ Hafizoğulları, 1987, s. 289, 290; Hafizoğulları & Özen, 2015, s. 68, 69; Işıktaç & Metin, 2013, s. 153, 157.

⁷⁹ Centel vd., 2011, s. 475; Demirbaş, 2013, s. 470, 471; Dönmezer & Erman, 1986, II. Cilt, s. 486, kn. 1203; Hafizoğulları, 1987, s. 290; Hafizoğulları & Özen, 2015, s. 325; İçel, 2014, s. 482; Koca & Üzülmöz, 2016, s. 431; Önder, 1992, s. 415; Özbek vd., 2016, s. 552; Özgenç, 2016, s. 497, 529.

⁸⁰ Artuk vd., 2016, s. 632, 636, 653; Demirbaş, 2013, s. 473, 486; Hakeri, 2016, s. 533, 572; Koca & Üzülmöz, 2016, s. 432, 455, 465, 473; Özbek vd., 2016, s. 555; Özgenç, 2016, s. 529.

⁸¹ Artuk vd., 2016, s. 632, 636, 653; Centel vd., 2011, s. 488, 489; Demirbaş, 2013, s. 473, 486, 491; Dönmezer & Erman, 1986, 2. Cilt, s. 564, kn. 1289; Hafizoğulları & Özen, 2015, s. 350; Hakeri, 2016, s. 572; İçel, 2014, s. 496; Koca & Üzülmöz, 2016, s. 432, 455, 465, 473; Önder, 1992, s. 436; Özbek vd., 2016, s. 555, 576; Özgenç, 2016, s. 529.

⁸² 5237 numaralı Kanun m. 38 (Azmettirme) – “(1) Başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır. (2) Üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suçta azmettirme hâlinde, azmettirenin cezası.”

⁸³ 5237 numaralı Kanun m. 37/2 – “(2) Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır.”

Fiilin Suç veya Kabahat Olarak Düzenlenmesi veya Suç Olmaktan Çıkarılması: Mecelle'nin 39. maddesi⁸⁴

Mecelle'nin 39. maddesi, belli bir zamanda suç olarak düzenlenmiş fiillerin, daha sonra suç olmaktan çıkarılmasını,⁸⁵ ⁸⁶ belli bir zamanda suç olarak düzenlenmemiş fiillerin, daha sonra suç olarak düzenlenmesini,⁸⁷ belli bir zamanda suç olarak düzenlenmiş fiillerin, daha sonra kabahat olarak düzenlenmesini⁸⁸ açıklayıcı niteliktedir.

Ceza Hukuku Uyuşmazlığının Deliller Yoluyla Çözülmesi: Mecelle'nin 68. maddesi⁸⁹

Mecelle'nin 68. maddesi, hukuk ilminin nevi şahsına münhasır özelliklerinden birini açıklamaktadır. Uyuşmazlık çözücü hukukçuluk faaliyeti gerçekleştirilirken, hâkim, huzurunda gerçekleşen bir uyuşmazlığı çözmekte; bilakis daha önce gerçekleştiği iddia edilen bir olay ve bu olay dolayısıyla ortaya çıktığı iddia edilen bir uyuşmazlığı çözmektedir. Hâl böyle olunca, hâkimin, uyuşmazlığı çözmesi; ancak deliller yoluyla mümkün olmaktadır.⁹⁰ Mesele, ceza muhakemesi hukuku açısından ele alındığında, failin, suç teşkil eden bir fiili, kasten mi işlediğinin ve fiilin, hangi suçu oluşturduğunun tespit edilmesinde, delillerden yararlanılacaktır. Nitekim Yargıtay kararlarında, failin iç dünyasını ilgilendiren kastının belirlenmesinde, failin, olayın öncesindeki, olay sırasındaki ve olaydan sonraki dışa yansıyan davranışlarının ölçü olarak alınması gerektiği ifadesi, yer almaktadır. Örneğin, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun,

⁸⁴ Mecelle'nin 39. maddesi, şu şekildedir: “*Ezmanın tegayyürü ile ahkâm'ın tagayyürü inkâr olunamaz.*” Mecelle'nin mezkûr maddesi için bk. Akgündüz, 2013, s. 58; Gür, 1993, s. 135; Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, t.b., s. 65; İlhan, 2003, s. 41; Köse, 2016, s. 283; Şimşirgil & Ekinci, 2009, s. 79, 119; Zeydân, 2015, s. 145.

⁸⁵ Bu bağlamda, suç olmaktan çıkarma akımı için bk. Dönmezer & Erman, 1987, I. Cilt, s. 34; İçel, 1984, s. 117-131; Donay, 1971, s. 424, 425; Bayraktar, 1984, s. 199; Mahmutoğlu, 1995, s. 13-52; Koca & Üzülmüş, 2016, s. 37, 44.

Bk. 765 numaralı Türk Ceza Kanunu m. 143, m. 151, m. 154, m. 172, m. 173, m. 184, m. 185, m. 186, m. 187, m. 198, m. 234, m. 239, m. 244, m. 247, m. 248, m. 250, m. 282, m. 294, m. 295, m. 297, m. 317, m. 325, m. 327, m. 328, m. 329, m. 336, m. 337, m. 344, m. 346, m. 350, m. 351, m. 352, m. 353, m. 355, m. 356, m. 357, m. 360, m. 374, m. 377, m. 379, m. 387, m. 388, m. 390, m. 396, m. 398, m. 410, m. 420, m. 422, m. 423, m. 464, m. 466, m. 480/a, m. 518, m. 520. 765 numaralı Kanun'da düzenlendiği hâlde, 5237 numaralı Kanun'da yer almayan bu suçlar için şu listeye bk. Özgenç, 2005, s. 1133-1141.

⁸⁶ Şimşirgil & Ekinci, 2009, s. 119.

⁸⁷ Bk. 5237 numaralı Kanun m. 90 (İnsan üzerinde deney), m. 91 (Organ veya doku ticareti), m. 118 (Sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi), m. 121 (Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi), m. 122 (Nefret ve ayrımcılık), m. 133 (Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması), m. 134 (Özel hayatın gizliliğini ihlal), m. 135 (Kişisel verilerin kaydedilmesi), m. 146 (Kullanma hırsızlığı), m. 164 (Şirket veya kooperatifler hakkında yanlış bilgi), m. 173 (Atom enerjisi ile patlamaya sebebiyet verme), m. 179 (Trafik güvenliğini tehlikeye sokma), m. 181 (Çevrenin kasten kirletilmesi), m. 183 (Gürültüye neden olma), m. 184 (İmar kirliliğine neden olma), m. 194 (Sağlık için tehlikeli madde temini), m. 224 (Kıt'a sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgedeki sabit platformların işgali), m. 233 (Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali), m. 241 (Tefecilik), m. 245 (Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması), m. 268 (Başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması), m. 278 (Suçu bildirmeme), m. 282 (Suçtan kaynaklanan malvarlığını değerlerini aklama), m. 285 (Gizliliğin ihlali), m. 287 (Genital muayene), m. 288 (Adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs), m. 324 (Seferberlikle ilgili görevin ihmali). 5237 numaralı Kanun'da düzenlendiği hâlde, 765 numaralı Kanun'da yer almayan bu suçlar için şu listeye bk. Özgenç, 2005, s. 1145, 1152.

⁸⁸ Bir örnek için bk. Özgenç, 2016, s. 109, 111.

⁸⁹ Mecelle'nin 68. maddesi, şu şekildedir: “*Bir şeyin umûr-ı bâtunada delili ol şeyin makâmına kâim olur.*” Mecelle'nin mezkûr maddesi için bk. Akgündüz, 2013, s. 60; Gür, 1993, s. 147; Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, t.b., s. 95; İlhan, 2003, s. 64; Köse, 2016, s. 295; Şimşirgil & Ekinci, 2009, s. 81, 138; Zeydân, 2015, s. 145.

⁹⁰ Belgesay, 1946, s. 575; Bıçak, 2013, s. 465, 466, 467; Bilmen, 1996, I. Cilt, s. 308; Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, t.b., s. 95; Köse, 2016, s. 295; Kunter, 1989, s. 585, kn. 322, s. 592, kn. 326; Özbek vd., 2017, s. 693; Şahin & Göktürk, 2017, s. 26, 27; Şimşirgil & Ekinci, 2009, s. 138; Toroslu & Feyzioğlu, 2016, s. 172; Ünver & Hakeri, 2014, s. 600; Yurtcan, 2017, s. 273, 274.

Esas: 2006/1-97, Karar: 2006/132 numaralı ve 02.05.2006 tarihli kararında, şu ifadeler yer almaktadır:

... TÜRK MİLLETİ ADINA // CEZA GENEL KURULU KARARI // Sanığın, resmî nikahlı eşini öldürmeye kalkışmak suçundan cezalandırılmasına karar verilen somut olayda Özel Daire ile Yerel Mahkeme arasındaki uyuşmazlık, sanığın sabit olan eyleminin öldürmeye kalkışma suçunu mu yoksa yaralama suçunu mu oluşturduğunun belirlenmesi noktasında toplanmaktadır. // Eylemin hangi suç tipine uyduğunun belirlenebilmesi, sanığın kastının saptanması ile mümkündür. Esasen failin iç dünyasını ilgilendiren kastının belirlenmesinde, olay öncesinde, olay sırasında ve sonrasında failin dışa yansıyan davranışları ölçü olarak alınmalıdır. Yerleşmiş yargısal kararlarda da vurgulandığı üzere, adam öldürmeye kalkışma ve yaralama suçlarını birbirinden ayıran başlıca ölçütler; fail ile mağdur arasındaki husumetin nedeni ve derecesi, failin cürümde kullandığı saldırı aletinin niteliği, atış veya darbe sayısı ile mesafesi, mağdurun vücudunda meydana getirilen yaraların yerleri, nitelik ve nicelikleri, hedef seçme olanağı olup olmadığı, olayın akışı ve nedeni, failin işlemeyi kastettiği cürümün meydana gelmesine iradesi dışında engel bir nedenin olup olmadığıdır. Tüm bu olgular olaysal olarak değerlendirilip sanığın kastı belirlenmelidir. ...⁹¹

Mecelle'nin 68. maddesinin, ceza hukuku uygulamasında, kastın tespiti ile ilgili olduğu, ifade edilmektedir.⁹² Mesele, İslam ceza hukuku açısından ele alındığında, fiilin, öldürme suçlarından hangisini teşkil ettiği, failin, fiili işlerken kullandığı alete göre tespit edilecektir.⁹³ Öğretide Şimşirgil ve Ekinci, meseleye ilişkin olarak, şu ifadeleri kullanmaktadır:

Kâtilin kasıt ile davranıp davranmadığı, kullandığı âletin öldürücü olup olmadığından anlaşılır. Kasden ve teammüden adam öldürmenin cezâsı kısastır. Bunun dışındaki adam öldürme suçlarının cezâsı kısas değildir. Kâtilin kasdı, tabanca, bıçak, balta gibi öldürücü bir âletle suçu işlemesinden anlaşılır. Küreğin sapı ile vurma ve adam ölmüşse, kâtilde öldürme kasdı değil, dövme kasdı vardır, denir.⁹⁴

Mecelle'nin 68. maddesinde de hukuk ilminde, görünmeyen hususlarda, görünenden, yani delillerden yararlanılacağı, delillerin ilişkin olduğu hususun, onun kendisiyle aynı olduğu hükmüyle, bu duruma işaret edilmiştir.⁹⁵

Hukuka Uygunluk Sebepleri: Mecelle'nin 91. maddesi⁹⁶

Mecelle'nin 91. maddesi, bir fiilin, hukuka uygun olması hâlinde, bu fiili işleyen kişinin, yani failin, hiçbir hukuk disiplini bakımından sorumluluğunun söz konusu olmayacağını açıklayıcı niteliktedir. Hukuka uygunluk nedenleri, fiilin, hukuka aykırılığını baştan itibaren ortadan kaldırmakta, bu fiilin işlenmesine, kanun koyucu tarafından cevaz verilmektedir. Fiilin, hukuka uygun olması, onun, tüm hukuk disiplinlerinde hukuka uygun olması anlamına gelir.⁹⁷

⁹¹ Karar, UYAP Mevzuat ve İçtihat Programı'ndan alınmıştır. Yargıtay'ın aynı ifadeleri içeren kararları için bk. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Esas: 2007/1-269, Karar: 2008/1 numaralı ve 22.01.2008; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Esas: 2006/1-158, Karar: 2006/212 numaralı ve 17.10.2006 tarihli karar; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Esas: 2008/1-177, Karar: 2008/165 numaralı ve 10.06.2008 tarihli karar.

⁹² Gür, 1993, s. 147; İlhan, 2003, s. 65; Şimşirgil & Ekinci, 2009, s. 138.

⁹³ Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, t.b., s. 95; Bilmen, 1996, 1. Cilt, s. 309; Akşit, 2015, s. 174, 175; Bilmen, 1996, 3. Cilt, s. 164, 167, 168; Şimşirgil & Ekinci, 2009, s. 138.

⁹⁴ Şimşirgil & Ekinci, 2009, s. 138.

⁹⁵ Mecelle'nin 68. maddesine, idare hukukundan da bir örnek verilmesi mümkündür. Öğretide Çağlayan, idari işlemin unsurlarından biri olan amaç unsurunun, idari işlemi yapan kamu görevlisinin niyeti, yani zihninden geçirdikleri ile ilgili olduğunu, bu nedenle, tespitinin yapılmasının ve denetiminin güçlüklerle dolu olduğunu ifade etmektedir. Buna göre, görünmeyen bu hususun tespitinde, görünenden, örnek açısından ele alınacak olursa işlemin oluşumu aşamasındaki açıklamalardan, dolaylı dolaysız belgelerden, işlemin konusundan ve şeklinden, dosyadaki belgelerden, yani delillerden yararlanılacaktır. Çağlayan, 2013, s. 324.

⁹⁶ Mecelle'nin 91. maddesi, şu şekildedir: "*Cevâz-ı şer'î zamâna münâfi olur. ...*" Mecelle'nin mezkûr maddesi için bk. Akgündüz, 2013, s. 62; Gür, 1993, s. 155; Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, t.b., s. 121; İlhan, 2003, s. 78; Köse, 2016, s. 301; Şimşirgil & Ekinci, 2009, s. 83, 156.

⁹⁷ Artuk vd., 2016, s. 378-385; Centel vd., 2011, s. 279-288; Demirbaş, 2013, s. 254-259, 260, 263, 264; Dönmezer & Erman, 1986, II. s. 1-3, kn. 665-666, s. 8-11, kn. 676-679, s. 19, kn. 691; Önder, 1992, s. 213, 214, 217, 219-221; Hafizoğulları & Özen, 2015, s. 193-197, 210-213; Hakeri, 2016, s. 301-303; İçel, 2014, s. 279-291; Koca &

Bu bağlamda, hakkın kullanılması veya görevin ifası veya meşru müdafaa hukuka uygunluk nedenleri kapsamında gerçekleştirilen fiiller dolayısıyla ortaya çıkan zararın, fail tarafından tazmini istenemeyecektir.⁹⁸

Sonuç

Esas itibarıyla, çalışmanın sonunda ifade edeceğimiz hususları, girişte ifade etmiş bulunmaktayız; fakat vurgulanması icap ederse Mecelle'nin, birçok hükmü,⁹⁹ özellikle de çalışmanın konusunu oluşturan külli kaideleri ile hukukun birçok disiplinde uygulanabilecek bir metin niteliği arz ettiği söylenmelidir. Mecelle'nin bu yönü itibarıyla, hukukçuların, hukuki zevklerini okşayan bir metin olduğu yönünde görüş serdedilmesi mümkündür. Nitekim (Yargıç-Yazar) H. Necati Demirtaş, öğretide İlhan'ın, Hukukun Doksan Dokuz İlkesi adlı eseri için kaleme aldığı, "Hukukun Doksan Dokuz İlkesi"nin Düşündürdükleri başlıklı yazısında, Ord. Prof. Dr. Ebû'lulâ Mardin'in bu tabiri kullandığını ifade etmektedir. "... *Bu bütünleşme bizzat Ebû'lulâ Mardin'in müstesna kişiliğinde de vardı. ... Fakat en önemlisi, o, anlattıklarından büyük zevk alırdı. Zaman zaman öğrencilerine dönüp: "Hukuki zevkinizi okşadı mı?" diye sorması bu zevki onlarla paylaşmak arzusundandı.*"¹⁰⁰

Mecelle'nin külli kaidelerinden, çalışma içerisinde incelediklerimiz ile ilgili olarak, iki esas sonuca ulaşılmıştır. Evvela, Mecelle'nin külli kaidelerinden birçoğunun gerek doğrudan gerek dolayısıyla kamu hukuku alanında uygulanmasının mümkün olduğu belirtilmelidir. Diğer ifadeyle, kamu hukuku alanındaki birçok ilkenin, müessesenin, pozitif hukuk kurallarının açıklanmasında, Mecelle'nin külli kaidelerinden yararlanılması mümkündür. Saniyen, Mecelle'nin, çalışma içerisinde incelediğimiz külli kaideleriyle, bir hukuk devleti için en önemli ilke olan, hukuki güvenlik ilkesinin gerçekleştirilmesinin amaçlandığı söylenmelidir ve mezkûr kaideler, hakikaten, bu amaca ulaşılmasını sağlayacak niteliktedir. Öyle ki, bahis konusu külli kaideler, hukuk düzeninde, belirsizliklerin, şüphelerin giderilmesine, tüm bunların yerini ise belirliliğin, kesinliğin, bir ifadeyle, güvenliğin almasına yöneliktir.¹⁰¹

Kaynakça

- Akgündüz, A. (2013). *Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye: (Mecelle ta'dilleri ve gerekçeleriyle birlikte)*. İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayını.
- Akşit, C. (2015). *İslâm ceza hukuku ve insânî esasları (2. Baskı)*. İstanbul: Gümüşev Yayıncılık.
- Altundiş, M. (2008, Eylül-Ekim-Kasım-Aralık). Hukuki güvenlik ilkesi. *Yasama Dergisi (10)*, 60-94. Erişim tarihi: 02.07.2017, http://www.yasader.org/web/yasama_dergisi/2008/sayi10/Hukuki_Guvenlik_Ilkesi.pdf.
- Ansay, S. Ş. (1953). *Hukuk tarihinde: İslâm hukuku (2. Bası)*. Ankara: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, İstiklâl Matbaacılık.
- Artuk, M. E., Gökçen, A. ve Yenidünya, A. C. (2016). *Ceza hukuku: genel hükümler (10. Baskı)*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Atay, E. E. (2014). *Hukuk başlangıcı*. Ankara: Gazi Kitabevi.

Üzülmez, 2016, s. 255-258, 263, 264; Özbek vd., 2016, s. 286, 288, 289; Özgenç, 2016, s. 287-294; Toroslu & Toroslu, 2016, s. 154-156.

⁹⁸ Belgesay, 1946, s. 580, 591, 593; Bilmen, 1996, 1. Cilt, s. 319; Gür, 1993, s. 156; Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, t.b., s. 122; İlhan, 2003, s. 78, 79; Köse, 2016, s. 301; Şimşirgil & Ekinci, 2009, s. 156, 157.

⁹⁹ Örneğin, Mecelle'nin hâkimin evsafına ve adabına yönelik m. 1792-1799 hükümleri, yargılama düzenlerinin tümünde görev yapan hâkimler için geçerlidir. Mezkûr hükümler için bk. Akgündüz, 2013, s. 374; Bilmen, 1996, 8. Cilt, s. 334-342.

¹⁰⁰ Demirtaş, 2003, s. x.

¹⁰¹ Aynı anlamda olduğu ileri sürülebilecek açıklamalar ve daha ayrıntılı bilgi için bk. Altundiş, 2008, s. 60-94; Çağlar, 2015, s. 25-139; Katoğlu, 2015, s. 141-151.

- Aydın, M. (2008). *Tıbbi müdahale olarak: organ ve doku nakli ve ceza sorumluluğu*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Bayraktar, K. (1984). Ceza hukukunda suç olmaktan çıkarma akımı. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (1-4)*, 50, 197-212.
- Belgesay, M. R. (1946). Mecelle'nin külli kaideleri ve yeni hukuk. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (2-3)*, 12, 561-608.
- Beroje, S. (2007). *Ceza muhâkemesi hukuku açısından: İslam ispat hukuku*. Ankara: Fecr Yayınları.
- Bıçak, V. (2013). *Suç muhakemesi hukuku (3. Baskı)*. Ankara: Polis Akademisi Yayınları.
- Bilmen, Ö. N. (1996). *Fıkıh terimleri ansiklopedisi: -istilahat-ı fıkhiyye kamusu-* (1. Cilt). (H. Yücesoy, M. Kılıç, R. Tığ ve D. Tarı, Sadeleş.) Ankara: Gündüz Gazetesi.
- Bilmen, Ö. N. (1996). *Fıkıh terimleri ansiklopedisi: -istilahat-ı fıkhiyye kamusu-* (3. Cilt). (H. Yücesoy, M. Kılıç, R. Tığ ve D. Tarı, Sadeleş.) Ankara: Gündüz Gazetesi, Alıç Okul Yayınları Matbaacılık.
- Bilmen, Ö. N. (1996). *Fıkıh terimleri ansiklopedisi: -istilahat-ı fıkhiyye kamusu-* (8. Cilt). (H. Yücesoy, M. Kılıç, R. Tığ ve D. Tarı, Sadeleş.) Ankara: Gündüz Gazetesi.
- Centel, N. ve Zafer, H. (2014). *Ceza muhakemesi hukuku (11. Bası)*. İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Centel, N., Zafer, H. ve Çakmut, Ö. (2011). *Türk ceza hukukuna giriş (7. Bası)*. İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Çağlar, S. (2015). Hukuk devleti açısından hukuki belirlilik - hukuk güvenliği ilişkisi. E. Göztepe (Haz.), *Kamu hukukçuları platformu: hukuk güvenliği* (ss. 25-139). Ankara: 8-9 Kasım 2013, Türkiye Barolar Birliği Yayınları.
- Çağlayan, R. (2013). *İdare hukuku dersleri*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Demirbaş, T. (2013). *Ceza hukuku: genel hükümler (9. Baskı)*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Demirtaş, H. N. (21 Nisan 2003). Hukukun doksan dokuz ilkesi'nin düşündürdükleri. içinde: İlhan, C. (2003). *Hukukun doksan dokuz ilkesi* (ss. x-xiv). İstanbul: Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı Yayını.
- Donay, S. (1971). İdarenin ceza verme yetkisi konusunda Anayasa Mahkemesinin bir kararı üzerine düşünceler. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (1 – 4)*, 37, 411-427.
- Donay, S. (2015). *Güncelleştirilmiş ceza yargılaması hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Dönmezer, S. ve Erman, S. (1987). *Nazari ve tatbiki: ceza hukuku: genel kısım (10. Bası)* (I. Cilt). İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Dönmezer, S. ve Erman, S. (1986). *Nazari ve tatbiki: ceza hukuku: genel kısım (9. Bası)* (II. Cilt). İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Erdoğan, M. (2016). *Fıkıh ve hukuk terimleri sözlüğü (6. Baskı)*. İstanbul: Ensar Neşriyat.
- Erem, F. (1978). *Ceza usulü hukuku (5. Bası)*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası.
- Esener, T. (2015). *Hukuka giriş (11. Baskı)*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Gözler, K. (2016). *Hukuka giriş (13. Baskı)*. Bursa: Ekin Yayıncılık.
- Gözler, K. (2016). *İngilizce karşılıklarıyla: hukukun temel kavramları (14. Baskı)*. Bursa: Ekin Yayıncılık.
- Gündoğdu, R., Adıgüzel, N. ve Önal, E. F. (2011). *Kâmûs-ı Türkî: (Latin harfleriyle): Şemseddin Sami*. İstanbul: İdeal Kültür Yayıncılık.
- Gür, R. (1993). *Hukuk tarihi ve tefekkürü bakımından: Mecelle: hukuk sosyolojisi ve felsefesi üzerine bir kalem denemesi (3. Baskı)*. İstanbul: Sebil Yayınevi.
- Hafizoğulları, Z. (1987). *Ceza normu: normatif bir yapı olarak ceza hukuku düzeni*. Ankara: Seçkin Kitabevi.
- Hafizoğulları, Z. ve Özen, M. (2015). *Türk ceza hukuku: genel hükümler (8. Baskı)*. Ankara: US-A Yayıncılık.

- Hakeri, H. (2016). *Ceza hukuku: genel hükümler (19. Baskı)*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi. (t.b.). *Dürrü'l hukkâm: şerhu Mecelleti'l-ahkâm (1. Cilt)*. (R. Gündoğdu ve O. Erdem, Çev.) İstanbul: Osmanlı Yayınevi.
- Işıқтаç, Y. ve Metin, S. (2013). *Hukuk metodolojisi (4. Baskı)*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- İçel, K. (1984). İdarî ceza hukuku ve kabahatleri suç olmaktan çıkarma eğilimi. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (1-4)*, 50, 117-131.
- İçel, K. (2014). *İçel: ceza hukuku: genel hükümler (6. Bası)*. İstanbul: Beta Yayıncılık.
- İlhan, C. (2003). *Hukukun doksan dokuz ilkesi*. İstanbul: Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı Yayını.
- İnci, Z. Ö. (2014). *Bir koruma tedbiri olarak: Türk ceza muhakemesi hukukunda: tutuklama (3. Baskı)*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Karakehya, H. (2016). *Ceza muhakemesi hukuku (2. Bası)*. Ankara: Savaş Yayınevi.
- Katoğlu, T. (2015). Ceza ve ceza muhakemesi hukuku bakımından hukuki güvenlik ilkesi. E. Göztepe (Haz.), *Kamu hukukçuları platformu: hukuk güvenliği* (ss. 141-151). Ankara: 8-9 Kasım 2013, Türkiye Barolar Birliği Yayınları.
- Koca, M. ve Üzülmüş, İ. (2016). *Türk ceza hukuku: genel hükümler (9. Baskı)*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Köse, S. (2016). *İslâm hukukuna giriş (8. Baskı)*. İstanbul: Hikmetevi Yayınları.
- Kunter, N. (1989). *Muhakeme hukuku dalı olarak: ceza muhakemesi hukuku (9. Bası)*. İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Mahmutoğlu, F. S. (1995). *Kabahatleri suç olmaktan çıkarma eğilimi ve düzene aykırılıklar hukukunda (idari ceza hukukunda) yaptırım rejimi*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları.
- Önder, A. (1992). *Ceza hukuku dersleri*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Özbek, V. Ö., Doğan, K., Bacaksız, P. ve Tepe, İ. (2016). *Türk ceza hukuku: genel hükümler (7. Baskı)*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Özbek, V. Ö., Doğan, K., Bacaksız, P. ve Tepe, İ. (2017). *Ceza muhakemesi hukuku (9. Baskı)*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Özbudun, E. (2013). *Türk anayasa hukuku (14. Baskı)*. Ankara: Yetkin Yayıncılık.
- Özen, M. (2017). *Ceza muhakemesi hukuku dersleri*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Özgenç, İ. (2005). *Türk ceza kanunu: Gazi şerhi: (genel hükümler) (2. Bası)*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Özgenç, İ. (2016). *Türk ceza hukuku: genel hükümler (12. Bası)*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Öztürk, B. (1991). *Ceza muhakemesi hukukunda kovuşturma mecburiyeti: (hazırlık soruşturması)*. Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi.
- Öztürk, B., Eker Kazancı, B. ve Soyer Güleç, S. (2013). *Ceza muhakemesi hukukunda: koruma tedbirleri*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Öztürk, B., Tezcan, D., Erdem, M. R., Sırma, Ö., Saygılar Kırıt, Y. F., Özyayın, Ö., Alan Akcan, E. ve Erden, E. (2013). *Nazari ve uygulamalı: ceza muhakemesi hukuku (6. Baskı)*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Serozan, R. (2015). *Hukukta yöntem*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Sezer, Ö. (2013). Toplumsal düzen kuralları ve hukuk. M. Akıncı & B. Özbey (Ed.), *Hukukun temel kavramları* (ss. 15-38). İstanbul: Lisans Yayıncılık.
- Soyaslan, D. (2014). *Ceza muhakemesi hukuku (5. Baskı)*. Ankara: Yetkin Yayıncılık.
- Şahin, C. (2016). *Ceza muhakemesi hukuku: -I- (7. Bası)*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Şahin, C. ve Göktürk, N. (2017). *Ceza muhakemesi hukuku: - II - (6. Bası)*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Şimşirgil, A. ve Ekinci, E. B. (2009). *Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle (2. Baskı)*. İstanbul: KTB Yayınları.

-
- Taner, M. T. (1950). *Ceza muhakemeleri usulü (2. Bası)*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Duygu Matbaası.
- Toroslu, N. ve Feyzioğlu, M. (2016). *Ceza muhakemesi hukuku (16. Baskı)*. Ankara: Savaş Yayınları.
- Toroslu, N. ve Toroslu, H. (2016). *Ceza hukuku: genel kısım (22. Baskı)*. Ankara: Savaş Yayınevi.
- Tosun, Ö. (1981). *Türk suç muhakemesi hukuku dersleri: genel kısım (3. Bası) (1. Cilt)*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Fakülteler Matbaası.
- Tosun, Ö. (1982). *Suç hukuku el kitabı (2. Baskı)*. İstanbul: Ar Basım Yayım Dağıtım.
- Turhan, F. (2006). *Ceza muhakemesi hukuku*. Ankara: Asil Yayın Dağıtım.
- Türk Hukuk Kurumu. (1991). *Türk hukuk lûgatı (3. Baskı)*. Ankara: Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü Yayını, Başbakanlık Basımevi.
- Ünver, Y. (2003). *Ceza hukukuyla korunması amaçlanan hukuksal değer*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Ünver, Y. ve Hakeri, H. (2014). *Ceza muhakemesi hukuku (9. Baskı)*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Yenisey, F. ve Nuhoglu, A. (2016). *Ceza muhakemesi hukuku (4. Baskı)*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Yurtcan, E. (2017). *Ceza yargılaması hukuku (14. Bası)*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Zeydân, A. (2015). *İslâm hukukuna giriş (11. Baskı)*. (A. Şafak, Çev.) İstanbul: Kayıhan Yayınları.
-