

ŞAHİTLİĞİN GEÇERLİLİK ŞARTLARININ ÖNCEKİ HUKUKUMUZDAKİ DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

*Yrd.Doç.Dr. Murat ŞEN**

I. GİRİŞ

Bu çalışmamızda, önceki hukukumuzda bir delil türü olan şahitliğin davaya uygunluğunu ve şahitler hakkında yapılan güvenilirlik soruşturmasını inceleyeceğiz¹. Konuyu, şahitliğin mahkeme tarafından kabul edilmesi, şahitlik yapma usulü, şahitliğin davaya uygunluğu, şahitlerin ifadelerinde tutarsızlık ve şahitler hakkında güvenilirlik soruşturması yapılması başlıkları altında ele alacağız.

II. ŞAHİTLİĞİN MAHKEME TARAFINDAN KABUL EDİLMESİ

Şahitlerde aranan şartlar mevcut olsa bile, her şahitlik beyanı mahkemede delil olarak kabul edilemez. Bunun için, önceden dava açılması, açık gerçeğe ve herkesçe bilinen hususlara aykırı olmaması, çelişkili olmaması ve davayı ispat için yapılması şartları aranmaktadır.

A. Önceden Dava Açılması

Özel hukukla (hukûk-ı ibâd) ilgili davalarda şahitliğin mahkeme tarafından kabul edilmesi için şahitlikten önce davanın açılmış olması gereklidir². Çünkü şahitlik, davacının iddiasını doğru çıkarmak için yapılır ve onun iddiası da ancak kendisinin veya vekilinin dava açmasıyla

* Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

¹ Bu konu ile bağlantılı olarak bkz. ŞEN, Murat: "Önceki Hukukumuzda Şahitliğin Tanımı Şartları ve Nisabı", A.Ü.Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 75. Yıl Armağanı, C. II, S. 1, Erzincan 1998, s. 283-312.

² KESKİOĞLU, Osman: Fıkıh Tarihi ve İslâm Hukuku, Ankara 1988, s. 253; KARAMAN, Hayreddin: Anahatlarıyla İslâm Hukuku, C. I, İstanbul 1987, s. 335; CİN, Halil /AKGÜNDÜZ, Ahmet : Türk-İslâm Hukuk Tarihi, C. I, İstanbul 1990, s. 410.

gerçekleşir. Bu husus Mecelle'nin 1696'ncı maddesinde "*hukuk-u nâsa şehadette sebk-i dava şarttır*" denilerek belirtilmiş bulunmaktadır.

Kamu hukukunda (hukûkullah) ise, kural olarak, şahitlikte bulunmak için dava açmış olmak şartı aranmaz. Çünkü, bu gruba giren hakları dava etmek herkesin görevidir. Her müslüman bu hususta hasım sayılacağından, dava hükmen mevcut kabul edilir³. Bunlar, boşama, süt emme ve benzeri kamuyu ilgilendiren ve yasaklayıcı hal meydana getiren hususlar (esbab-ı hurumât)⁴, kamuyu ilgilendiren vakıf davaları⁵ ve had cezalarına sebep olan hususlar (esbab-ı hudud)⁶ dır. Buna göre, boşandıkları halde beraberliklerini sürdüren karı koca, vakıf olan bir yerin gasbedilmesi ve bir müslümanın içki içmesi gibi olaylarda şahitlikte bulunabilmek için davanın açılmasına gerek yoktur, dava hükmen açılmış kabul edilir⁷. Bu gibi kamuyu ilgilendiren durumlarda, dava açılması şartı aranmadan mecburi olarak yapılması gereken şahitliğe şehadet-i hisbe adı verilir⁸.

³ BİLMEN, Ömer Nasuhi: Hukukî İslâmiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu, C. VIII, İstanbul 1985, s. 127; Ali HAYDAR, Hoca Eminefendizâde: Düreru'l-Hukkâm Şerh-u Mecelleti'l-Ahkâm, C. IV, İstanbul 1330, s.442; KESKİOĞLU, s. 253; CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 410.

⁴ Talâk, ilâ ve zihar gibi yasaklayıcı bir durum meydana getiren hususlarda şahitlikte bulunmak için de dava açılmasına gerek yoktur. Bu durumda da şehadet-i hisbe söz konusudur. CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 410. Örneğin, iki şahitin hâkimin huzurunda "şu kişi burada bulunmayan eşini üç talâk ile boşadı" diye şahitlikte bulunması durumunda bu şahitlikleri geçerlidir. Ali HAYDAR, C. IV, s. 443.

⁵ İmam Muhammed ve Ebû Yusuf'a göre, fakirlere ve mescide yapılan vakıflar hususunda şahitlikte bulunabilmek için dava açılması şartı aranmaz. Ebû Hanife'ye göre ise, bu konuda yapılacak şahitlik dava açılmadan geçerli olmaz. BİLMEN, C. VIII, s. 127.

⁶ Hırsızlık ve zina iftirası dışındaki had davalarında şahitlikte bulunmak için dava açılmış olması şartı aranmamaktadır. Buna göre, zina, sarhoşluk, yol kesme gibi had suçlarında şahitlikte bulunabilmek için dava açılması şartı aranmayıp davanın hükmen var olduğu kabul edilir. BİLMEN, C. VIII, s. 127.

⁷ KASANİ, Alaüddin Muhammed bin Mes'ud: Bedaiü's-Sanâi Fi Tertîbi's-Şerâi, C. VI, Beyrut 1974, s. 277.

⁸ ATAR, Fahrettin : İslâm Adliye Teşkilâtı, Ankara 1991, s.196; CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 410; BİLMEN, C. VIII, s. 127.

B. Açık Gerçeğe Aykırı Olmama

Şahitliğin mahkeme tarafından kabul edilmesi için gerekli olan diğer bir şart, şahitlik yapılan hususun açık gerçeğe aykırı olmamasıdır. Bu husus Mecelle'nin 1696 nci maddesinde hükme bağlanmıştır: "*Mahsusun hilafına ikame olunan beyyine makbul olmaz. Mesela bir kimsenin berhayat veya bir hanenin mamur olduğu müşahed iken ol kimesnenin vefat eylediğine yahut ol hanenin harab olduğuna beyyine ikame olunsa makbul ve muteber olmaz*". Maddedeki mahsus sözcüğü, duyu organlarıyla anlaşılan bir şey anlamında olup, mahsusun hilafına olarak şahitlik, başka bir ifadeyle gerçek dışı şahitlik ise, duyu organlarıyla bilinen bir şeye aykırı şahitlik demektir. Dolayısıyla, gerçek dışı yapılan şahitlik o konuda tevâtür bile olsa geçerli değildir. Bir kimsenin hayatta olduğu veya bir evin sağlam ve oturulabilir durumda bulunduğu ortadayken, adamın öldüğüne veya evin yıkılmış olduğuna dair yapılan şahitlik geçerli olmaz. Aynen bunun gibi, beş litrelik bir yağ kabının içindeki yağın on litresinin davacıya ait olduğuna dair yapılan şahitlik de bu prensip gereği mahkemece kabul edilmez⁹.

C. Herkesce Bilinen Hususlara Aykırı Olmama

Şahit beyanının mahkemede delil olarak kabul edilmesi için gerekli olan bir diğer şart ise, şahitlik yapılan konunun herkesce bilinen hususlara aykırı olmamasıdır. Mecelle'nin 1698'inci maddesi, "*mütevâtirin hilafına ikame olunan beyyine kabul olunmaz*" demek suretiyle, herkesçe bilinen hususlara (mütevâtire) aykırı olarak yapılan şahitliğin mahkemece kabul edilmeyeceğini düzenlemiş bulunmaktadır.

Bilindiği gibi, tevâtür Mecelle m. 1733'e göre kesin bilgi ifade eder. Dolayısıyla buna aykırı olarak yapılan bir şahitlik, sırf yalan olacağından kabul edilmez. Örneğin, bir kimsenin belirli bir tarihte belli bir yerde bulunduğu tevatüren sabit iken yani herkes tarafından biliniyorken, o kimsenin aynı tarihte başka bir yerde bulunduğu dair yapılan şahitlik mahkemece kabul edilmez¹⁰.

Her iki taraf da kendi iddiasına, tevâtür halinde sandığı şahitler getirirse, hâkim yapacağı tetkik sonucunda hangi tarafın şahitlerinin tevâtür

⁹ Hacı Reşid PAŞA: Ruh'ul Mecelle, C. VIII, İstanbul 1328, s. 40; KESKİOĞLU, s. 253; CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 410; Ali HAYDAR, C. IV, s. 443-444; BİLMEN, C. VIII, s. 128.

¹⁰ BİLMEN, C. VIII, s. 128.

şartlarını taşıdığına kanaat ederse onu esas alarak kararını verir. Eğer iki tarafın da şahitleri tevâtür şartlarını taşımıyorsa, şahitlikleri normal bir şahitlik hükmünde kabul edilir¹¹.

D. Çelişkili Olmama

Şahit beyanının mahkemede delil olarak kabul edilmesi için çelişkili olmaması şartı da aranır. Şahitlik beyanlarında çelişki (tenâkuz) bulunmamalıdır¹². Mecelle m. 80 hükmü bu hususu âmirdir: "*Tenâkuz ile hüccet kalmaz, lâkin mütenâkızın aleyhine olan hükme hâlel gelmez. Meselâ, şahidler şahadetlerinden rucu ile tenâkuz ettiklerinde şahadetleri hüccet olmaz, lâkin evvelki şahadetleri üzerine kadı hükmetmiş ise bu hüküm dahi bozulamayıp mahkûmun-bihi şahidlerin tazmin etmesi lâzım gelir*". Buna göre, şahitlikte bulunduktan sonra henüz hüküm verilmeden hâkimin huzurunda şahitliklerinden tamamen veya kısmen rucu ederlerse şahadetleri hiç yapılmamış gibi olur. Bu açıdan, bir kimse, "şu Zeyd'indir" diye itiraf ettikten sonra "Amr'ındır", diye şahitlik etse kabul edilmez¹³.

E. Davayı İspat İçin Yapılma

Şahitliğin mahkeme tarafından kabul edilmesi için gerekli olan son şart ise, şahitliğin davayı ispat için yapılmasıdır. Mecelle m. 1699'da, "*Beyyine bir hakkı izhar için meşru kılınmıştır. Binaenaleyh filan kimse o işi işlemedi ve filan şey filan kimesnenin değildir ve filanın filana borcu yoktur gibi nefy-i sırfa şahadet makbul olmaz. Fakat nefy-i mütevatir beyyinesi makbuldür*" denilerek, şahitliğin bir hakkı ortaya çıkarmak için yapılabileceği, yoksa bir şeyin olmadığı veya meydana gelmediği (nefy-i sırfa) şeklinde sadece red için şahitlik yapılamayacağı¹⁴ belirtilmiştir¹⁵. Dolayısıyla bir kimsenin bir şeyi yapmadığı veya birinin diğerine borcu

¹¹ Ali HAYDAR, C. IV, s. 444; Reşid PAŞA, s. 41; BİLMEN, C. VIII, s. 128.

¹² CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 410.

¹³ BAYINDIR, Abdülaziz: İslâm Muhakeme Hukuku (Osmanlı Dev-ri Uygulaması), İstanbul 1986, s. 169; Ali HAYDAR, C. I, s. 171-173; BİLMEN, C. VIII, s. 160.

¹⁴ CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 410.

¹⁵ Günümüz ceza yargılama hukukunda da, delillerin ve dolayısıyla şahitliğin ancak ispata ihtiyaç duyulan hususlarda gerekli olduğu belirtilmektedir. KUNTER, Nurullah: Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. B., İstanbul 1986, s. 545.

olmadığı gibi konularda yapılan şahitlik kabul edilmez. Fakat, bir şeyin olmadığı yolundaki tevâtür delili kabul edilir¹⁶. Örneğin, bir kimse, "falan kimseye, falan vakit, falan yerde şu kadar meblağ borç verdim" diye dava açsa da, o kimsenin, o vakit, orada olmayıp başka bir yerde olduğu tevâtür yoluyla sabit olsa, bu tevâtür beyyinesi kabul edilir ve davacının davası dinlenmez¹⁷. Çünkü tevatür ispatta delil olduğu gibi nefiyde de delil olarak kabul edilir¹⁸.

III. ŞAHİTLİK YAPMA USULÜ

Mahkemede şahitlik yapmak için bir takım hususlara dikkat edilmesi gerekir. Bunlar, şahitin kullanacağı sözlerdeki şekil özelliklerine dikkat etmesi, tarafların kim olduğu belirtmesi ve dava konusunun belirtilmesidir.

A. Kullanılacak Sözlerde Şekil Özellikleri

Şahitin şahitliğinin kabulü için "şahitlik ederim, şehâdet ederim" ifadesini kullanması şarttır¹⁹. Şahit "şehâdet ederim" demeyip de yalnız, "falan hususu böyle bilirim", "haber veririm" veya "bunun böyle olduğuna yakînim vardır" gibi ifadeler kullanırsa şahitlikte bulunmuş olmaz. Fakat böyle demesi üzerine hâkim "böyle şehâdet eder misin" diye sorarsa ve o da "evet, böyle şehâdet ederim" derse, şahitlik yapılmış olur²⁰. Mecelle m. 1689 "*şahid eğer şehadet ederim demeyip de yalnız filan hususu böyle biliyorum yahut haber veririm demiş olsa eda-i şehadet eylemiş olmaz. Fakat anın üzerine hâkim ana böyle şehadet eder misin deyu sual edip de o dahi evet*

¹⁶ SERAHSÎ, Ebû Bekir Muhammed bin Ebî Sehl: El-Mebsut, C. XVI, Beyrut 1989, s. 148-149; BİLMEN, C. VIII, s. 128.

¹⁷ Mecelle m. 1699/II. (Mecelle'nin metni için bkz. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye: İstanbul 1305; BERKÎ, Ali Himmet : Açıklamalı Mecelle, İstanbul 1990).

¹⁸ BİLMEN, C. VIII, s. 128.

¹⁹ MAVSİLÎ, Ebû El-Fazl Mecdu'd-din: El-İhtiyar Metni el-Muhtar lil-Fetva Ter-cemesi, İmam-ı A'zamın İçtihat ve Görüşleri, Çev. Celal Yeniçeri, İstanbul 1978, s. 136; KASANÎ, C. VI, s. 273; CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 410.

²⁰ Bu Ebû Yusufun görüşü olup Mecelle'ye alınmıştır. Her şahitin "şehadet edirim" ifadesinin şahitliğin rüknü olduğunu, dolayısıyla da söylemesi gerektiğini bilemeyeceği düşüncesinden hareketle, hâkimin sorusuna olumlu cevap vermesinin şahitlikte bulunma olarak kabul edileceği belirtilmiştir. Bkz. Reşid PAŞA, s. 34; Ali HAYDAR, C. IV, s. 425; BİLMEN, C. VIII, s. 142.

böyle şehadet ederim dedikte ifa-yı şehadet etmiş olur" diyerek bu hususu açıklığa kavuşturmuştur.

Şahitlikte bulunmak için "şahitlik ederim" ifadesinin şart koşulmuş olması, konu ile ilgili nasların bu kelime ile vârid olmuş olmasından dolaydır. Bilindiği gibi davacının da, şahitlerin de yalancı olma ihtimallerinin bulunmasına rağmen, şahitlerin verdiği ifadeye dayanarak karar veren hâkimin hükmü kesindir. Dolayısıyla, o hükmün dayanağı olan şahitliğin de kesin bilgi ifade edecek kuvvette olması gerekir. Bu sebeple, mahkemede şahitliğin delil olabilmesi için, nasların geliş şekline uygun olarak yapılması şart koşulmuştur.

Mecelle m. 1689/II'e göre, bilirkişilerin haberlerinde şehadet ifadesinin kullanılması ise şart değildir: "*ve eğerçi ehli hibrenin ihbarı gibi mücerred tahkik ve istikşaf-ı hal için vaki olan ifadatta şehadet lafzı şart değildir, ancak bunlar şehadet-i şer'iyeye olmayıp mücerred ihbar kabilindedir.* Dolayısıyla, suyun temizliğinin, Ramazan hilalinin görülmesinin ve bir yazının bir kişiye ait olup olmadığının haber verilmesi durumunda, şehadet ifadesine gerek kalmadan şahitlik geçerlidir²¹. Bu husus, esasen şahitlikten daha çok bir rapor tanzimini hatırlatmaktadır.

B. Tarafların Kim Olduğunun Belirtilmesi

Şahitin ifadesini verirken, eğer oradaysa, taraflara ve dava konusu olan şeye eliyle işaret etmesi gerekir. Bu sayede, şahitin kim için, kimin aleyhinde ve hangi konuda şahitlikte bulunduğu kesin olarak anlaşılmış olur: "*meşhûdünleh ve meşhûdünaleyh ve meşhûdünbih hazırsalar şahid şehadet ederken üçüne dahi işaret eder. Ve anın bu veçhile işareti kifayet eder. Meşhûdünleh ile meşhûdünaleyhin baba ve dedelerinin isimlerini zikreylemesi lazım gelmez*" (Mecelle m. 1690). Bu halde, dava konusunun tarif edilmesine ve davacı ile davalının ve bunların baba ve dedelerinin isimlerinin söylemesine gerek kalmamaktadır. Hatta böyle bir durumda şahitler, davacı ve davalının isimlerini bilmeseler bile, bu yaptıkları şahitlik geçerlidir²².

Mecelle m. 1690/II'ye göre, "*Amma gaib olan müvekkile yahut müteveffaya dair olan şehadette şahid anların baba ve dedelerinin isimlerini zikretmek lazımdır. Fakat meşhur ve maruf olan bir kimse ise şahid anın*

²¹ BİLMEN, C. VIII, s. 142.

²² Ali HAYDAR, C. IV, s. 426-427; BİLMEN, C. VIII, s. 142;.

yalnız isim ve şöhretini zikretmek kafidir. Zira maksad-ı aslî anı sairinden temyiz edecek veçhile tarifdir". Buna göre, taraflardan biri mahkemede vekil tarafından temsil edilse veya dava, ölmüş bir kişiye ait olsa, şahit, müvekkil ve ölünün baba ve dedelerinin isimlerini belirtmelidir. Fakat, meşhur ve tanınmış bir kimse ise isim ve şöhretini söylemek yeterlidir²³.

C. Dava Konusunu Belirtme Zorunluluğu

Şahitin dava konusunu bildiğinin tam olarak anlaşılabilmesi için, onu yeterince tarif etmesi veya yerinde göstermesi gerekir. Bu, dava türüne göre değişir.

1. Taşınmaz Mal Davası

Bir taşınmaz mal dava konusu olduğunda, şahitler o taşınmaz malın bulunduğu şehir, köy, mahalle veya sokağı açıklamak suretiyle yerini belirtirler. Dört veya üç taraftan sınırlarını ve bu sınırları çevreleyen taşınmazların sahiplerini baba ve dedelerinin isimleriyle birlikte söylerler. Ancak meşhur ve tanınmış bir kişinin yalnızca isim ve şöhretini söylemek yeterli olup baba ve dedesinin isimlerini belirtmeye gerek yoktur. Bu husus Mecelle m. 1623'de "*müddeabih akar ise hîn-i dava ve şehadette beldesi ve karyesi veya mahallesi ve sokağı ve hudud-ı arbaası yahut selasesi ve hududunun sahipleri varsa anların baba ve dedelerinin isimleri zikrolunmak lazımdır. Fakat meşhur ve maruf olan adamın yalnız isim ve şöhretini zikretmek kafidir. Baba ve dedelerinin isimlerini zikre hacet yoktur*" denilmek suretiyle açıklanmıştır. Eğer o taşınmaz, meşhur bir yer olup, bilinmesi için sınırlarını söylemeye gerek yoksa, o takdirde sınırlarının açıklanması gerekmez: "*Ol akar eğer şöhretine mebni tahditten müstağni ise gerek davada ve gerek şehadette hududunun beyanı şart değildir*" (Mecelle m. 1623/II).

Bu şekilde sınırları belirtilen bir taşınmaz için şahitlikte bulunanlara, "o taşınmazın bulunduğu yere varsanız orayı bilebilir misiniz?" diye sorulmuş olsa ve onlar da "bilemeyiz" deseler bile, bu, şahitliklerine bir zarar vermez. Çünkü, sınırların belirtilmesiyle dava konusu olan taşınmaz bilinmiş olacağından bu hususta başka bir bilgiye ihtiyaç kalmamıştır²⁴.

Şahitlikte bulunacak kişi, dava konusu olan taşınmazın sınırlarını belirtmeyip de orayı yerinde gösterebileceğini söylerse, yerine gidilerek

²³ Reşid PAŞA, s. 35; BİLMEN, C. VIII, s. 142; Ali HAYDAR, C. IV, s. 427-428.

²⁴ Ali HAYDAR, C. IV, s. 429.

şahitin taşınmazı göstermesi sağlanır. Şahitlerin, taşınmazın sınırlarını gösterdikten sonra, sınır komşularının isimlerini bilmemeleri durumunda bile şahitlikleri geçerli olur: "*akara dair olan şهادette hududunun beyanı lazımdır. Fakat şahid eğer meşhûdünbîh olan akarın hududunu zikretmeyip de mahallinde tayin ve irae edebileceğini beyan eylerse mahalline gidilip irae ettirilir*" (Mecelle m. 1691).

Davacının, bir senet göstererek "bu senette sınırları yazılı bulunan gayrimenkul benim mülkumdür" diye dava açması ve şahitlerin de buna olumlu karşılık vermesi durumunda şahitlikleri geçerlidir. Ayrıca sınırları belirtmelerine gerek yoktur: "... müddeî senedindeki hududa istinad ile dava ettiği takdirde şahidler dahi bu senette hududu muharrer olan akar anın mülküdür deyu şهادet etseler sahih olur" (Mecelle m.1692).

2. Alacak Davası

Bir kimse, başkasından alacağı için dava açarsa ve şahitler de "davalının davacıya o kadar borcu olduğuna" şahitlik ederlerse bu yeterlidir; borcun hâlâ devam etmekte olup olmadığını sormaya gerek yoktur²⁵. Fakat davalı, "borcun hâlâ zimmetimde devam ettiğini biliyor musunuz?" diye sorsa, şahitler de "hâlâ devam ettiğini bilmeyiz" diye cevap verseler şahitlikleri kabul edilmez. Fakat davalının sorduğu bu soruyu hâkim soramaz. Çünkü şahit, bilmem derse hakkın zayi olmasına sebep olmuş olur²⁶. Mecelle bu hususu m. 1695'de "*Bir kimse diğer kimesneden alacak dava ettikde şahidler eğer ol kumsenin müddeiye ol miktar deyni olduğuna şهادet etseler kifayet eder. Fakat hasmı hâlâ deynin bakasından sual edip de hâlâ bakasını bilmeyiz deseler şهادetleri reddolunur*" diyerek belirtmiştir.

3. Ölü İle İlgili Davalarda Dava Konusu

Ölü ile ilgili davalar, veraset (mirasçılık) davası, ölünün malı veya alacağı ile ilgili davalar ve terekeden alacak davalarıdır.

a. Veraset Davası

Bir kimse bir şahsa mirasçı olduğunu ispat için dava açmışsa, bu durumda şahitler bir takım hususları söylemek zorundadırlar. Bunlar,

²⁵ Ali HAYDAR, C. IV, s. 438.

²⁶ BİLMEN, C. VIII, s. 144.

davacının ölüye mirasçı olduğu ve bu mirasçılığın sebebi²⁷; davacı ile ölü, bir babada birleşinceye kadar aradaki vasıtalar²⁸; ölünün, davacıyla birlikte diğer mirasçıları²⁹; ve kendilerinin ölünün sağlığında hayatta olduklarıdır³⁰. Bunları söylemedikleri takdirde şahitlikleri kabul edilmez. Ancak, ölünün ismini söylemeleri şart değildir³¹.

b. Ölünün Malı veya Alacağı ile İlgili Dava

Bir kimsenin, mûrisinin bir şahısta olan alacağı veya malı için dava açması durumunda, şahitlerin dava konusuna şahitlikte bulunmaları yeterli olur; alacağın veya malın mirasçılara miras yoluyla intikal ettiğinin belirtilmesine gerek yoktur: "*Bir kimse murisinin diğer kimesne zimmetinde şu kadar kuruş alacağı olduğunu dava ettikde şahidler eğer müteveffanın ol kimesnede ol miktar alacağı olduğuna şehadet etseler kifayet eder, veresesine mevrus olmuştur deyu tasriha hacet yoktur. Deyn yerine ayn iddia olduğuna suretde yani ol kimesne yedinde murisin bir mal-ı muayyeni bulunduğu iddia olundukda dahi hüküm yine bu veçhiledir*" (Mecelle m. 1693)³².

²⁷ "Davacı ölünün oğludur veya ana baba bir kardeşidir ve mirasçısıdır" demeleri gibi.

²⁸ Meselâ, "bu davacı ile ölünün babaları Zeyd, anaları da Fatma'dır. Bu sebeple bunlar ana-baba bir kardeşdirler" denilmesi gibi.

²⁹ Şâyet şahitler, "bu davacı ölünün oğludur ve mirasçısıdır" diye şehâdet edip de, "bundan başka mirasçısı yoktur" demezlerse hâkim televvümde bulunur. Yani, bir müddet başka mirasçıların çıkıp çıkmayacağını bekler. Başka mirasçısı çıkmazsa terekeyi davacıya verir. Bu müddet Ebû Yusuf ve Muhammed'e göre bir sene, diğer bazı fukahaya göre hâkimin takdirine bırakılmıştır.

³⁰ Ali HAYDAR, C. IV, s. 433-434; BİLMEN, C. VIII, s. 144-145.

³¹ Meselâ, "bu davacı o ölünün babası ve mirasçısıdır" demeleri de yeterli olur.

³² Mecelle'nin tercih ettiği bu görüş, Ebû Yûsuf'a aittir. Ebû Hanife ve İmam Muhammed'e göre ise, bu şahitliğin geçerli olması için şahitlerin, "falan vefat edip dava konusu olan bu malı davacıya şu sebeple, meselâ oğlu olması sebebiyle miras olarak bırakmıştır" demeleri lâzımdır. Şâhitlerin bu ifadelerine "cerr-i sarîh" denir. Ali HAYDAR, C. IV, s. 432-433; Reşid PAŞA, s. 37; BİLMEN, C. VIII, s. 143.

Şâhitlerin sadece, "bu mal, ölünün vefatı sırasında mülkü idi veya onun elindeydi veya onun yerine geçen kiracısı yahut emanetçisi gibi bir şahsın elinde idi" diye şahitlik etmeleri de yeterlidir. Buna da "cerr-i hükmî, cerr-i zarûrî" denilir. BİLMEN, C. VIII, s. 143.

c. Terekeden Alacak Davası

Bir kimsenin terekeden belli bir miktar alacağı için dava açması durumunda, şahitlerin, ölünün o kimseye o kadar borcu olduğuna³³ şahitlik etmeleri yeterlidir. Ayrıca, ölümüne kadar borcun devam ettiğini açıklamalarına gerek yoktur. Borç yerine, terekeden bir mal iddia olduğunda, yani, davacının ölüde kendine ait bir malın olduğunu iddia etmesi durumunda da hüküm böyledir: "*Bir kimse terekeden şu kadar kuruş alacak dava ettikde şahitler eğer müteveffanın ol kimseye o kadar deyni olduğuna şahadet etseler kifayet eder; vefatına kadar zimmetinde bâki idi diye tasrihe hacet yoktur. Deyn yerine ayn iddia olunduğu surette yani ol kimse müteveffanın yedinde kendisinin bir mal-ı muayyeni olduğunu dava ettikde dahi hal bu minval üzredir*" (Mecelle m. 1694).

IV. ŞAHİTLİĞİN DAVAYA UYGUNLUĞU

Yapılan şahitliğin geçerli olabilmesi için davaya uygun olması ve şahitlerin ifadelerinin birbirini tutması gerekir³⁴. Şahitliğin davaya uygun olması, ancak belirtilmesi gerekli olan hususlarda aranır. Yoksa belirtilmesi gerekli olmayan hususlarda, şahitlerin ifadelerinde fazlalık veya noksanlık olması şahitliğin kabulüne engel değildir³⁵: "*şahadet eğer davaya muvafık ise kabul olunur. Değil ise kabul olunmaz*" (Mecelle m.1706).

Özel hukuk (hukuk-ı ibâd) ile ilgili davalarda, şahitliğin davaya uygunluğu arandığı halde, kamu hukuku (hukukullah) ile ilgili davalarda, şahitliğin davaya uygunluğu şartı aranmamaktadır³⁶. Özel hukuk davalarında şahitlik, davacının iddiasının doğruluğunu ispat için yapılır³⁷. Dava ile şahitlik arasında bir uygunluk olmayınca, yapılan şahitlikle o davayı ispat

³³ Fakat şahitler, "ölünün o kadar borcu vardı" gibi bir ifadeyle şahitlikte bulunsalar şahitlikleri kabul olunmaz. Şahitliklerinin kabul olunması için "vardır" demeleri gerekir. Bkz. BİLMEN, C. VIII, s. 143; Ali HAYDAR, C. IV, s. 435.

³⁴ HEFFENING, s. 282; MAVSİLİ, s. 137; BİLMEN, C. VIII, s. 137.

³⁵ Örneğin, davacı, bir şahsa falan yerde ve zamanda şu kadar miktar para emanet ve teslim etmiş olduğunu iddia etse, şahitler de yalnız o kadar miktar para emanet ve teslim ettiğine şahitlik edip yeri ve zamanı bilmeseler şahitlikleri kabul olunur. BİLMEN, C. VIII, s. 137.

³⁶ CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 411; Reşid PAŞA, s. 54; Ali HAYDAR, C. IV, s. 467; BİLMEN, C. VIII, s. 136-137.

³⁷ BAYINDIR, s. 174.

etmek mümkün olmaz. Kamu hukukunda ise, dava açılmış olmasıyla olmaması arasında bir fark olmadığı gibi, şahitlerin davaya uygunluğu şartı da aranmamaktadır³⁸.

Mecelle'nin 1707 nci maddesinde "*şehadetin davaya muvafakati ya ana tamamıyla mutabakatı veyahut meşhûdünbihin müddeabihden ekal olması suretidir*" hükmü getirilmiştir. Buna göre, şahitliğin davaya uygunluğu, ya tam uygunlukla ya da şahitlikle ispat olunacak hakkın dava konusundan daha az olması ile mümkün olabilir³⁹. Şu halde, şahitliğin davaya uygunluğu, ya tam uygunluk ya anlam yönünden uygunluk ya da miktar yönünden uygunluk olmak üzere üç türlü olabilir.

A. Tam Uygunluk

Dava konusu alacak veya mülkiyet ise, bunun sebebi konusunda yapılan şahitliklerde, aralarında tam bir uygunluk bulunması gereklidir.

Alacağın sebebinde davaya aykırı olarak yapılan şahitlik, kabul edilmez. Bu hususu Mecelle m. 1711 "*şehadet eğer deynin sebebinde davaya muhalif olursa makbul olmaz*" diyerek belirtmiştir. Örneğin, davacı, satılan malın bedeli olarak yüzbin liralık alacak davası açsa, eğer şahitler davalının ödünç sebebiyle yüzbin lira borcu olduğunu belirtirlerse bu alacağın sebebine tam uygun olmadığı için kabul edilemez⁴⁰.

Aynı şekilde, mülkiyetin sebebinde davaya uygun olmayan bir şahitlik söz konusu ise, bu da geçerli değildir. Örneğin, davacı, "bu mülk bana babamdan miras kalmıştır" diye dava açsa, şahitler de, mülkün anasından miras kaldığını belirtse şahitlikleri davaya uygun olmadığı için kabul edilmez⁴¹. Mutlak mülkiyete ait bir davada şahitler, mukayyed (sebebe dayalı) mülkiyete şahitlikte bulunsalar şahitlikleri geçerli sayılır. Örneğin, davacının "şu bağ benim mülkümdür" şeklinde mutlak mülkiyet davası açması durumunda şahitler, "davacı bu bağı filandan satın aldı" gibi sebebe dayalı mülkiyete (mukayyed mülkiyete) şahitlikte bulunurlarsa bu şahitlik geçerlidir⁴²: "*Müddei mesela şü bağ benim mülkümdür deyu mülk-i mutlak davası edip de şahitler müddei bu bağı filandan satın aldı deyu mülk-i*

³⁸ BİLMEN, C. VIII, s. 136.

³⁹ HEFFENING, s. 282.

⁴⁰ Mecelle m. 1711/II; Reşid PAŞA, s. 60; BİLMEN, C. VIII, s. 137.

⁴¹ Mecelle m. 1711/II; Ali HAYDAR, C. IV, s. 471, 473; BİLMEN, C. VIII, s. 140.

⁴² BİLMEN, C. VIII, s. 139; Ali HAYDAR, C. IV, s. 478.

mukayyede şehadet etseler kabul olunur" (Mecelle m. 1709). Ancak, sebebe dayalı mülkiyet davasında şahitlerin, mutlak mülkiyete şahitlikte bulunmaları durumunda şahitlikleri kabul edilmez: "*Müddei bir bağda mülk-i mukayyed davası ettiği surette nazar olunur. Eğer bâyiini zikretmeyerek "satın aldım" yahut mübhem olarak "bir adamdan satın aldım" derse mülk-i mutlak hükmünde olmakla şahitler "bu bağ onun mülküdür" deyu mülk-i mutlaka şehadet etseler kabul olunur. Amma "filan adamdan satın aldım" deyu bâyiini tasrih edip de şahitleri mülk-i mutlaka şehadet etseler kabul olunmaz*" (Mecelle m. 1710).

Fakat dava konusu mal değil de borç ise, bunun mutlak olması ile mukayyed (sebebe bağlı) olması arasında fark yoktur. Bu açıdan mutlak alacağa şahitlik kabul edilir. Örneğin, davacı, "benim bu kimseden, ödünç sebebiyle on altın alacağım var" diyerek mukayyed alacak davasında bulunsa, şahitler on altın alacağı olduğu şeklinde mutlak borca şahitlik etseler, bu, kabul edilir. Çünkü alacağın bir geliri söz konusu olamayacağından bu şahitlik daha fazlaya şahitlik sayılmaz⁴³.

B. Anlam Yönünden Uygunluk

Şahitliğin davaya anlam olarak uygun olması yeterli olup sözlere itibar edilmez. Bu hususu Mecelle m. 1706'da "*...lafza itibar olmayıp ma'nen muvafakat kafidir*" demek suretiyle belirtmiştir⁴⁴. Bilindiği gibi kural, itibarın maksat ve manaya olup lafız ve kelimelere olmamasıdır⁴⁵. Buna göre, emanet veya gasb davasında, şahitlerin davalının emaneti veya gasbı ikrar ettiğine şahitlik etmeleri yeterlidir. Aynı şekilde, borçlu borcunu ödediğini iddia eder, şahitler de alacaklının borçluyu ibra ettiğine şahitlik yaparlarsa, şahitlikleri anlam yönünden uygun olduğu için, geçerlidir⁴⁶.

C. Meşhudünbihin Müddeabihten Farklı Olması

1. Meşhudünbihin Müddeabihten Az Olması

Şahitliğin davaya uygunluğu, meşhudünbihin (şahitin belirttiği miktarın) müddeabihten (dava konusundan) az olmasıyla da söz konusu

⁴³ Ali HAYDAR, C. IV, s. 480.

⁴⁴ FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VII, s. 5; MAVSİLİ, s. 137.

⁴⁵ Mecelle m. 3; Reşid PAŞA, s. 54; FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VII, s. 5.

⁴⁶ Mecelle m. 1706/II.

olabilir. Çünkü bu durumda şahitlerin şahitlik ettikleri miktar, bir yönüyle davacının davası kapsamına girmiş olur. Bu, Mecelle m. 1707'de, "*şehadetin davaya muvafakatı ... meşhûdünbihin müddeabihten ekal olması suretidir*" denilerek belirtilmiştir. Örneğin, davacı, "bu mal iki seneden beri benim mülkümüdür" diye iddia etse, şahitler ise bir seneden beri mülkü olduğuna şahitlik ederlerse şahitlikleri kabul edilir⁴⁷. Yine aynı şekilde, davacı bir milyon lira alacağı olduğunu iddia etse, şahitler de yarım milyon lira alacağı olduğunu belirtse, şahitlikleri belirttikleri miktar için kabul edilir⁴⁸.

2. Meşhûdünbihin Müddeabihten Çok Olması

Şahitin belirttiği miktar, dava konusundan fazla ise şahitliği kabul edilmez: "*müddeabih ekal olup da şahidler eksere şehadet eyleseler makbul olmaz, meğer ki şehadet ile dava beynindeki ihtilaf zaten kabil-i tevfiğ olup da müddei dahi anların beynini tevfiğ eylese ol halde şehadet kabul kılınır*" (Mecelle m.1708). Zira burada, şahitlerin yalancı olduğu ve âdil olmadığı tesbit edilmektedir⁴⁹. Böyle durumlarda şahitlik yapılacak husus ile dava konusu uyuşturulabilirse bu takdirde şahitlik kabul edilir⁵⁰. Davacı, bir malın iki seneden beri kendi mülkü olduğunu iddia ediyorsa, şahitler, o malın üç seneden beri davacının mülkü olduğuna şahitlik yaparlarsa şahitlikleri kabul edilmez. Aynı bunun gibi, davacının bir milyon lira iddia etmesine karşılık şahitler iki milyon liraya şahitlik ederlerse şahitlikleri geçerli değildir. Ancak davacı, "benim ondan alacağım aslında iki milyon liraydı fakat bir milyonunu almıştım. Şahitler orasını bilmezler" şeklinde, dava ile şahitliğin arasını uyuşturursa, şahitlerin ifadeleri kabul olunur⁵¹.

V. ŞAHİTLERİN İFADELERİNDE TUTARSIZLIK

Yapılan şahitliğin kabul edilebilmesi için şahitlerin ifadelerinde tutarsızlık olmaması, iki şahitin ifadelerinin birbirini tutması gerekir. Dolayısıyla, şahitler meşhûdünbihde ihtilaf ederlerse şahitlikleri kabul edilmez. Çünkü böyle durumlarda davaya uygun olan şahitlik kabul, diğeri

⁴⁷ Mecelle m. 107/II; Ali HAYDAR, C. IV, s. 473; Reşid PAŞA, s. 55.

⁴⁸ HEFFENING, W. : Şâhid, İA., C. XI, MEB, İstanbul 1993, s. 282; BİLMEN, C. VIII, s. 138; Ali HAYDAR, C. IV, s. 473; Reşid PAŞA, s. 55; Mecelle m. 107/II.

⁴⁹ HEFFENING, s. 282-283; Ali HAYDAR, C. IV, s. 475; Reşid PAŞA, s. 56.

⁵⁰ BİLMEN, C. VIII, s. 138.

⁵¹ Mecelle m. 1708/II; Ali HAYDAR, C. IV, s. 476-477; BİLMEN, C. VIII, s. 138.

reddedildiği için, şahitlerin sayısı azalmış ve dolayısıyla gerekli oran sağlanmamış olur⁵².

Şahitlerin ifadelerindeki ihtilâf, ya meşhudünbihte ya da meşhudünbih ile ilgili bir şey de olabilir.

A. Meşhûdünbihte Tutarsızlık

Şahitlerin, şahitlik yaptıkları konuda ihtilâf etmeleri halinde şahitlikleri geçerli olmaz: "*şahidler meşhûdünbihde ihtilaf etseler şehadetleri makbul olmaz*" (Mecelle m. 1712). Örneğin, şahitlerden biri bir milyon liralık altın, diğeri bir milyon liralık gümüş mecediye diye şahitlikte bulursa, şahitlikleri meşhûdünbihte ihtilaf ettikleri için kabul edilmez⁵³.

Meşhudünbihteki ihtilâf, meşhûdünbih'in cinsinde, miktarında ve sebebinde olabilir.

1. Meşhûdünbihin Cinsinde

Meşhûdünbihin cinsindeki ihtilaf, akdin türünde veya malın cinsinde olmak üzere iki türlü olabilir. Bunlardan akdin türündeki ihtilâf, şahitlerden birinin satım akdine, diğersinin ise bağışa (hibe) şahitlik etmeleri durumunda kendini gösterir. Söz konusu iki akit de, şekil ve mânâ itibariyle birbirinden farklı özelliklere sahip olduğu için, akdin türündeki bu ihtilaf, şahitliği geçersiz kılmaktadır⁵⁴. Malın cinsindeki ihtilaf ise, şahitlerden birinin ağırlık ölçüsüyle diğersinin hacim ölçüsüyle işlem gören bir mala şahitlik etmeleri durumunda⁵⁵ veya birinin altına, diğersinin gümüşe şahitlik etmesi halinde kendini gösterir. Bu tür ihtilaf da şahitliğe engeldir⁵⁶.

2. Meşhûdünbihin Miktarında

Mecelle m. 1715 "*dava-yı akidde şahidler bedelin miktarında ihtilaf etseler şehadetleri kabul olunmaz*" hükmünü getirerek, bey', icâre, rehin gibi akitten kaynaklanan davalarda şahitlerin, bedelin miktarında ihtilaf etmesi durumunda şahitliklerinin geçerli olmayacağını belirtmiştir. Örneğin,

⁵² KASANİ, C. VI, s. 278; Reşid PAŞA, s. 60-61; Ali HAYDAR, C. IV, s. 483; BİLMEN, C. VIII, s. 145.

⁵³ Mecelle m. 1712/II; Ali HAYDAR, C. IV, s. 486-487.

⁵⁴ BİLMEN, C. VIII, s. 146.

⁵⁵ KASANİ, C. VI, s. 278.

⁵⁶ Ali HAYDAR, C. IV, s. 486-487; BİLMEN, C. VIII, s. 146.

şahitlerden biri bir malın beşyüzbin liraya, diğeri üçyüzbin liraya satıldığına şahitlik yapsalar, şahitlikleri geçerli olmaz⁵⁷. Burada, bedellerin farklılığı akitlerin de farklılığını gerektirir ve bu durumda şahitlerin her biri ayrı bir akde şahitlikte bulunmuş olur ki böylece akitlerden hiç biri iki şahitle tesbit edilmiş olmaz⁵⁸.

3. Meşhûdünbihin Sebebinde

Meşhûdünbihin sebebindeki ihtilaf, mal ve borçta olmak üzere iki türlü olabilir.

Maldaki ihtilaf, şahitlerin mülkiyet davasında mülkiyetin sebebinde ihtilâf etmeleri durumudur. Bir kimsenin başkasının elinde olan ev için, "benimdir" diye dava açması ve şahitlerden birinin evin satınalma yoluyla, diğerinin de bağış yoluyla o kişinin mülkü olduğuna şahitlik etmeleri durumunda, yapılan şahitlikler, şahitler sebepte ihtilafa düştüğü için geçersizdir. Yine, şahitlerden birinin "bu mal davacındır, onu filandan satın aldı", diğerinin de "bu mal davacındır, babasından miras kaldı" demesi de bu duruma örnektir⁵⁹.

Borcun sebebindeki ihtilâf da, şahitliğin kabul edilmemesini gerektirir. Örneğin, davacının, "şu kimseden ödünçten (karzdan) dolayı bir milyon lira alacağım var" demesine karşılık, şahitlerden biri davacının davalıda bir milyon lira emaneti (vediası) olduğuna şahitlikte bulunsa, şahitliği kabul edilmez⁶⁰.

Şahitlerin, gasbedilmiş bir malın renginde yahut erkek veya dişi olmasında ihtilaf etmeleri durumunda şahitliklerinin kabul edilmeyeceğini Mecelle m. 1714 "*şahitler mal-ı mağsubun renginde yahut erkek veya dişi olmasında ihtilaf etseler şehadetleri kabul olunmaz*" diyerek belirtmiştir. Örneğin, gasbedilmiş bir hayvan hakkında şahitlerden biri kır at diğeri yağız at veya biri at diğeri kısrak diye şahitlikte bulunsa, şahitlikleri kabul edilmez. Çünkü bu durumda ne için şahitlik yaptıkları belli olmadığı için hâkim hükmünü veremez. Şahitler, hayvanın erkek mi dişi mi olduğunu açıklamak zorundadır çünkü cinsiyet konusundaki ihtilaf, bizzat

⁵⁷ Mecelle m. 1715/II; BİLMEN, C. VIII, s. 148; CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 411.

⁵⁸ KASANI, C. VI, s. 279; Reşid PAŞA, s. 67-68.

⁵⁹ HEFFENING, s. 283; Ali HAYDAR, C. IV, s. 487.

⁶⁰ Ali HAYDAR, C. IV, s. 487.

meşhûdünbihteki ihtilaf gibidir⁶¹. Şahitler, gasbedilmiş bir hayvanın erkek veya dişi olduğunu açıklayıp da rengini açıklamazlar şahitliklerine bir zarar gelmez. Çünkü rengin belirtilmesi gerekli değildir⁶².

B. Şahitlerin Meşhûdünbih ile İlgili Bir Şeyde Tutarsızlığı

Şahitlerin meşhûdünbih ile ilgili sayılan bir şeyde ihtilaf etmeleri, meşhûdünbihin farklı kabul edilmesine sebep oluyorsa şahitliklerinin kabul edilmez. Aksi durumda ise şahitliklerine bir zarar gelmez: "*Şahitlerin meşhûdünbih'e müteallik olan şeyde ihtilafları meşhûdünbih'te ihtilaftı mucib olursa şehadetleri kabul olunmaz ve mucib olmazsa kabul olunur*" (Mecelle m. 1713). Meşhûdünbihte ihtilaf, zaman ve yer, olay ve ikrar konusunda ihtilaf olmak üzere iki şekilde olabilir.

1. Zaman ve Yer Konusundaki İhtilaf

Şahitlerin zaman ve yer konusundaki ihtilafları, meşhûdünbihin özelliğine göre değerlendirilir.

a. Fiilî Tasarruflarda

Mecelle'nin 1713 ncü maddesine göre "*...gasb ve ifa-yı deyn gibi sırf fiilden ibaret olan hususlarda şahidlerin biri bir zaman-ı muayyende veya mekan-ı muayyende fiile ve diğeri zaman-ı aharda ya mekan-ı aharda fiile şehadet eyleseler bu ihtilafları meşhûdünbihde ihtilaftı mucib olmakla şehadetleri kabul olunmaz*". Demek ki, bir şeyin gasbedilmesi yahut borcun ödenmesi gibi, bir fiilden ibaret olan tasarruflarda şahitlikte bulunanların, yapılan işin yer ve zamanı konusunda birbirleriyle ihtilaf etmeleri durumunda şahitlikleri kabul edilmez⁶³. Örneğin, şahitlerden biri, borcun belli bir yer ve zamanda ödendiğini, diğeri ise başka bir yer ve zamanda ödendiğini söylerse, bunlar iki ayrı borç ödeme fiiline şahit olmuş olacaklarından, şahitlikleri kabul edilmez. Nikâh gibi geçerlilik kazanması bir fiili duruma bağlı olan tasarruflara yapılan şahitlikte de durum aynıdır⁶⁴.

⁶¹ Mecelle m. 1714/II; BİLMEN, C. VIII, s. 147-148; Ali HAYDAR, C. IV, s. 495-496.

⁶² Reşid PAŞA, s. 67.

⁶³ HEFFENING, s. 283; BİLMEN, C. VIII, s. 147.

⁶⁴ Ali HAYDAR, C. IV, s. 494-495.

b. Sözlü Tasarruflarda

Mecelle'nin 1713/II nci maddesi "*amma kavlı kabilinden olan bey' ve şira ve icare ve kefalet ve havale ve hibe ve rehin ve deyn ve karz ve ibra ve vasiyyet hususlarında şahitlerin zaman ve mekanda ihtilafları meşhûdünbihde ihtilafı mucib olmamakla şهادetlerinin kabulüne mani olmaz*" hükmünü getirmektedir. Buna göre, alım-satım, kira, kefalet, havale, bağış, borç ödünç, ibra ve vasiyet gibi sırf sözle olan tasarruflara, ki, bunlara hukuki işlem adı verilir, şahitlikte bulunan kişilerin, yer ve zaman konusunda farklı ifadelerde bulunmaları şahitliklerine bir zarar vermez. Örneğin, biri diğèrinin elinde olan bir mal için "sen bu malı bana bir milyon liraya satmıştın, onu bana teslim et" diye dava açsa, şahitlerden biri, malı falan evde satmıştı, diğèri falan dükkanda satmıştı, şeklinde ifade verseler bunun şahitliklerine bir zararı olmaz. Çünkü satım akdi sözlü bir tasarruftur ve tarafların bunu bir kere evde bir kere de dükkanda yapmış olmaları mümkündür⁶⁵.

2. Şahitlerin Olay ve İkrara Şahit Olmaları

Şahitlerden birinin olaya (inşa), diğèrinin de o konuda yapılmış ikrar ve itirafa şahit olmaları durumunda, ihtilaf, tasarrufun fiili ve sözlü tasarruf olmasına göre farklı çözümlenir.

a. Fiili Tasarruflarda

İkrar, sadece söylenmiş bir sözden ibaret olduğu halde, olay (inşa) çođu zaman bir fiilden ibarettir. Ancak, sözle fiilin birleştėđi tasarruflarda olay, bir fiilden ibarettir. Böyle davalarda, şahitlerden biri olaya diğèri o konudaki ikrara şahitlik ederlerse, bu durumda hem fiil hem de söz iki şahitle ispat edilmiş olmayacağı için şahitlik geçerli değildir⁶⁶.

b. Sözlü Tasarruflarda

Sözlü tasarruflarda, dava konusu olay (inşâ) bir sözden ibarettir. İkrar da aynı şekilde bir sözdür. Dolayısıyla şahitlerden birinin olaya, diğèrinin de o konuya yapılmış bir ikrara şahitlik etmeleri, ikisinin de aynı ifadeleri taşıyan bir söze şahitlik etmeleri demek olur ki yapılan şahitlik kabul edilir.

⁶⁵ Mecelle m. 1713; Ali HAYDAR, C. IV, s. 493-494.

⁶⁶ Ali HAYDAR, C. IV, s. 494, 495.

Şahitlerden birinin satım, ödünç veya boşanmaya, diğerinin de davalının bu hususu ikrar ve itiraf ettiğine şahitlik etmesi buna örnek olarak verilebilir⁶⁷.

VI. ŞAHİTLER HAKKINDA GÜVENİLİRLİK SORUŞTURMASI YAPILMASI

Davalının, şahitler hakkında yaptığı suçlamaya «cerh», şahitlerin dürüstlüğüne tesbit için mahkemece yürütülen muamelelere ise «ta'dil» veya «tezkiye» adı verilir⁶⁸. Her iki hususu da ayrı başlıklar altında incelemekte yarar vardır.

A. Güvenilirlik Soruşturması (Tezkiye)

Şahitlerin, dürüst, güvenilir ve şahsiyetli kişiler olup olmadıklarının tesbitine, "şahitlerin tezkiye edilmeleri" denir. Bu işlemi, "güvenilirlik soruşturması" olarak isimlendirmek de mümkündür⁶⁹.

Şahitler ifadelerini verdikten sonra hâkim davalıya, "ne dersin, şahitlerin verdikleri ifadeler doğru mudur, değil midir?" diye sorar. Davalı bu soruya, "şahitlerin verdikleri ifadeler doğrudur veya bu şahitler, şehâdetlerinde dürüsttürler" diye cevap verirse dava konusunu ikrar ve itiraf etmiş olur. Bu durumda hâkim hükmünü, yapılan şahitliğe değil, davalının ikrarına dayandırır⁷⁰. Eğer davalı, "bunlar yalancı şahittir" veya "bunlar dürüst adamlardır; fakat, bu hususta hata ediyorlar" yahut "olayı unutmuşlar" derse veya yalnız "bunlar dürüst adamlardır" demekle beraber dava konusunu reddedecek olursa hâkim hükmetmeyip, şahitlerin güvenilir olup olmadıkları konusunda hem gizli hem de açık olmak üzere bir soruşturma açar. Şahitler hakkında bu soruşturmayı yapmadan, hâkimin vereceği hüküm geçerli değildir⁷¹.

Şahitlerin gizli ve açık olarak tezkiye edilmeleri, bağlı bulunduğu yerlerden yapılır. Öğrenci ise kaldığı medresenin müderrisi ile güvenilir mensuplarından, asker ise taburunun subay ve memurlarından, memur ise

⁶⁷ Ali HAYDAR, C. IV, s. 494.

⁶⁸ CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 411; BAYINDIR, s. 181; Reşid PAŞA, s. 68; HEFFENING, s. 283.

⁶⁹ Bkz. BAYINDIR, s. 181.

⁷⁰ BİLMEN, C. VIII, s. 153; Mecelle m. 1716; Reşid PAŞA, s. 68-69.

⁷¹ Mecelle m. 1716; BİLMEN, C. VIII, s. 153.

âmiri ve görevlilerden, tüccar ise onu tanıyan güvenilir tüccarlardan, esnaftan ise kethüdası (esnaf başı) ile lonca ustalarından (esnaf temsilcisi), bunların dışında biri ise mahalle veya köyünün güven ve itimada lâyük halkından soruşturulup tezkiye olunurlar⁷².

Osmanlı uygulamasında konu ile ilgili pek çok örnek vardır. İstanbul Şer'îye Sicillerindeki şu karar oldukça ilginçtir⁷³:

"Oldur ki, Galata'da Sarı Lütü Mahallesi oturan Mürüvvet oğlu Hasan adlı şahıs şer'î mecliste Abdullah oğlu İbrahim Bey adlı sipahinin, boşadığı karısı İbrahim Kızı Aynî'ye ödünç akdinden dolayı 8000 akçe ve at bedelinden dolayı da 750 akçe borcu olduğunu ikrar ettiğini şahitle ispat etmiş ve söz konusu meblağ da İbrahim Bey'den alınarak Aynî Hatun'a teslim edilmiştir. Daha sonra Hasan'ın durumu mahallesinde soruşturulmak üzere Dergah-ı Âli çavuşlarından Üveys oğlu Ahmet Çavuş mübaşir tayin edilmiş; mübaşir efendi muhızr Hacı Ahmet ile durumu mahalle halkından sorduklarında; İmam Murat oğlu Ali, Mehmet oğlu Ali Sofi, Abdullah oğlu Hüsam Reis, Abdullah oğlu Kâsım ve çok şahıs şer'î meclise gelerek, adı geçen Hasan'ın huzurunda, bu şahsın yalancı şahitliği âdet haline getirdiğini ve bu yüzden iki mahalleden kovulduğunu haber vermişlerdir. Yine mezkur Hasan'ın huzurunda kâtip Ahmed oğlu Bayram ile İlyas oğlu Ali adlı müslümanlar, söz konusu durum için "yalan şahitlik etmek üzere sekiz filori aldım ve şahitlik ettim" diye ikrar ve itirafta bulunduğuna şahitlik etmişler ve şahitlik beyanları kabul edilebilir olarak tespit edilince, davalının yalancı şahit olduğu kesin bir şekilde tahakkuk etmiştir. Durum adı geçen İbrahim Bey'in talebi ile sicile kaydedilmiştir. Şahitler, İmam Muharrem oğlu Abdülkadir Halife, İmam Carullah oğlu Mustafa, Hüseyin oğlu Mustafa Çelebi, Mehmet Dede, Muhızr Ali oğlu Kara Hasan, Abdülkerim oğlu Mustafa".

Şahit, o yerde misafir olarak kalan bir yabancı ise, hâkim şahite, burada kendisini kimlerin tanıdığını sorar. Söylediği kişiler, güvenilir ve dürüst kişilerse, şahit, bunlara sorularak tezkiye edilir. Eğer tezkiyeleri kabul edilebilecek özellikte değillerse yahut orada şahiti tanıyan kimse yoksa, şahit

⁷² Mecelle m. 1717; BİLMEN, C. VIII, s. 153.

⁷³ İstanbul Şer'îye Sicillerinden Rumeli Sadareti Mahkemesine ait 20 genel nolu scrinin içindeki 6 nolu defterin 15. sayfasındaki bu hüküm için bkz. ŞER'İYE SİCİLLERİ, Seçme Hükümler, C. II, İstanbul 1989, s. 219-220.

hâkimin yargı bölgesi dışından gelmişse o yerin hâkimi aracılığıyla tezkiye ettirilir⁷⁴.

Tezkiye işlemleri, hem gizli hem de açık olmak üzere iki türlü yapılır.

1. Gizli tezkiye

Gizli tezkiye işlemleri **mestûre** ismi verilen⁷⁵ ve davacının ve davalının isimleri, dava konusu, şahitler ile baba ve dedelerinin isimleri, şöhret ve sanatlarıyla eşkali ve her birinin oturduğu adresin yazıldığı bir belge ile yürütülür⁷⁶.

Hâkim bu belgeyi bir zarf içerisine koyar ve üzerini mühürleyerek müzekkî olarak seçilen kimselere gönderir. Müzekkîler de mestûreyi açıp okurlar. Eğer içerisinde isimleri yazılı şahitler dürüst kimselerse isimleri altına, "âdil ve makbûlü's-şehâdedir" diye yazarak imza ettikten sonra, ne mestûreyi götüreni, ne de bir başka kimseyi, yazdıklarından haberdar etmeden zarfı kapatır, üzerini mühürler ve hâkime iade eder⁷⁷.

Müzekkîler, mestûrede şahitler hakkında "âdil değildir" diye açıkça veya "hallerini bilmeyiz, halleri bizce meçhuldür, yahut Allah bilir" gibi üstü kapalı bir şekilde şahitliklerini zedeleyecek bir söz kullanmışlarsa yahut hiçbir şey yazmadan mestûreyi mühürleyip hâkime iade etmişlerse, hâkim o şahitlerin ifadelerini kabul etmez. Bu durumda davacıya, şahitlerin şerefiyle oynamamak için "senin şahitlerin cerh olundu, şahitlikleri zedelendi" denilmeyip, sadece "başka şahitlerin varsa getir" denilir⁷⁸.

Davacı, cerhedilen şahitlerini, başka güvenilir kimselerin tezkiye edeceklerini iddia eder veya şahitlerimin durumlarını falan kimselerden sor, diye istekte bulunursa hâkim bu isteği kabul eder. O şahıslar dürüst ve güvenilir kimseler olup şahitleri tezkiye ederlerse, hâkim önceki

⁷⁴ Ali HAYDAR, C. IV, s. 512; BİLMEN, C. VIII, s. 154.

⁷⁵ CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 411; HEFFENING, s. 283; Mecelle m. 1718; Reşid PAŞA, s. 75; Ali HAYDAR, C. IV, s. 513.

⁷⁶ Eğer tanınmış kişilerse, yalnız isim ve şöhretlerinin yazılması yeterli olur. Yani şahitler, başkalarından ayrılacak şekilde tarif edilmelidir. Bkz. Ali HAYDAR, C. IV, s. 513-514; Mecelle m. 1718/II.

⁷⁷ Mecelle m. 1718/II; BİLMEN, C. VIII, s. 154; HEFFENING, s. 283; Ali HAYDAR, C. IV, s. 514.

⁷⁸ HEFFENING, s. 283; Ali HAYDAR, C. IV, s. 514; BİLMEN, C. VIII, s. 154; Mecelle m. 1719.

müzekkîlere, şahitleri niçin uygun görmediklerini sorar. Eğer bunların gösterecekleri sebepler, şahitliğin kabul edilmemesini gerektirecek bir şeyse hâkim, önceden yapılan cerhi kabul ederek ikinci tezkiyeyi reddeder. Fakat, birincilerin gösterecekleri sebep yeterli olmazsa ikinci tezkiyeyi kabul eder. Böylece gizli tezkiye işlemi tamamlanmış olur⁷⁹.

2. Açık Tezkiye

Eğer mestûrede şahitler hakkında, "âdil ve makbûlüş-şehâdedirler" diye yazılmışsa bundan sonra açık tezkiyeye geçilir⁸⁰. Açık tezkiye şu şekilde yapılır:

Hâkim müzekkîleri huzuruna çağırır. Davacı, davalı ve şahitler de hazır bulunur. Hâkim, müzekkîlere "sizin tezkiye ettiğiniz şahitler bunlar mıdır?" veya "bunlar âdil ve makbûlüş-şehâde midir?" diye sorar veya şahitler, davacı ve davalı ile birlikte ve tezkiye memuru eşliğinde, müzekkîlerin yanlarına gönderilerek, yerinde de açık tezkiyeleri yapılabilir⁸¹.

Açık tezkiye sonunda şahitlerin âdil oldukları tesbit edildikten sonra, hâkim onların ifadelerine dayanarak hükmünü vermek zorundadır. Çünkü artık şahitlik, sübjektif olmaktan çıkmış; objektif, bilimsel bir delil haline gelmiştir⁸².

3. Tezkiyede Bulunacak Kişilerde Aranacak Nisap

a. Gizli Tezkiyede

Gizli tezkiyenin, şahitlik kabilinden olmaması sebebiyle bir kişinin bilgisiyle yapılması yeterli ise de, ihtiyaten en az iki kişi tarafından yapılması tavsiye edilmektedir: "*Sırrın tezkiyede bir müzekki kâfi ise de ihtiyata riayeten lâekal iki olmalıdır*" (Mecelle m.1721⁸³). Gizli tezkiyede

⁷⁹ BİLMEN, C. VIII, s. 155.

⁸⁰ Mecelle m. 1719/II; BİLMEN, C. VIII, s. 155; HEFFENING, s. 283.

⁸¹ Ali HAYDAR, C. IV, s. 516-517; BİLMEN, C. VIII, s. 155; Reşid PAŞA, s. 79.

⁸² BAYINDIR, s. 185.

⁸³ Bu maddedeki görüş, Hanefî ekolünden Ebû Hanife ve Ebû Yusuf ile Maliki ve Hanbeli ekolüne aittir. İmam Muhammed ve İmam Şafii'ye'e göre ise, tezkiyede bulunanların en az iki kişi olması gereklidir. Bkz. BİLMEN, C. VIII, s. 155; Reşid PAŞA, s. 79; Ali HAYDAR, C. IV, s. 517; CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 411; MAVSİLİ, s. 137.

bulunacak kişiler, şahitin usul ve fûrûndan yani anne, baba, evlat ve torunlardan biri olabileceği gibi eşlerden biri de olabilir⁸⁴.

b. Açık Tezkiyede

Mecelle m. 1722'ye göre "*tezkiye-i aleniyye şehadet kabilinden olup şehadetin şurut ve nisabı bunda dahi muteberdir. Şu kadar var ki müzekkilerin şehadet lafzını zikretmeleri lazım değildir*". Görüldüğü üzere, açık tezkiye şahitlik kabilinden olup, bunda şahitliğin şartları ve nisabı aranır⁸⁵. Şu halde, açık tezkiyeyi yapacak kişinin, fiil ehliyetine sahip, gözleri görür, hür, âdil ve iftira cezası görmemiş olma gibi özelliklere sahip olması gerekir⁸⁶.

Açık tezkiyede bir bilirkişilik kabul edildiği için, tezkiyede bulunan kişilerin şehâdet sözünü söylemeleri gerekmez. Ayrıca, gizli ve açık tezkiyede bulunan kişilerin aynı olmaları da şart değildir⁸⁷. Doktrindeki görüş birliğine göre, davacı ve davalının belli bir kimsenin yapacağı tezkiyeye razı olmaları durumunda, yalnızca onun yaptığı tezkiye yeterli olur⁸⁸.

4. Tezkiyede Bulunacak Kişilerde Aranılan Özellikler

Tezkiyede bulunacak kişilerde bir takım özellikler aranır. Bunlar, tezkiyede bulunacak kişinin, dürüst, güvenilir, şahitin reddini gerektirecek hususlara vâkıf, kendini dünya hırsına kaptırmamış olması ve fakir olmaması⁸⁹; şahitle, onu tezkiye edecek kişiler arasında düşmanlık bulunmaması ve doktrindeki bir görüşe göre diğer şahit olmamasıdır⁹⁰.

Halk arasına karışıp onların durumlarını bilen kadınlar da müzekkî olabilir⁹¹. Dolayısıyla, bir kadın, kendi kocasını veya bir başkasını gizli

⁸⁴ Ali HAYDAR, C. IV, s. 517; BİLMEN, C. VIII, s. 155.

⁸⁵ CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 411; HEFFENING, s. 283.

⁸⁶ Reşid PAŞA, s. 80.

⁸⁷ BİLMEN, C. VIII, s. 155; BAYINDIR, s. 185; Ali HAYDAR, C. IV, s. 518.

⁸⁸ Ali HAYDAR, C. IV, s. 512.

⁸⁹ Çünkü fakirin mal ile aldatılması tehlikesi vardır. Bu özelliklere sahip bir müslüman tarafından gayri müslim olan bir şahit bile tezkiye edilebilir.

⁹⁰ CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 411; BİLMEN, C. VIII, s. 153; Ali HAYDAR, C. IV, s. 511.

⁹¹ Ali HAYDAR, C. IV, s. 512.

olarak tezkiye edebilir. Zira tezkiye, dînî konulardan sayıldığı için bu hususta erkekle kadın arasında ayırım yoktur. Eğer şahit kadın ise, onun tezkiyesini kadınların yapması daha uygundur. Halkın durumunu bilmeyecekleri için halk arasına karışmayan kadınların tezkiyeleri geçerli değildir⁹².

5. Tezkiye ile İlgili Bazı Hükümler

Her şeyden önce, müzekkiler tezkiye edilmezler. Çünkü, bu taktirde onları tezkiye edenleri de tezkiye etmek gerekir. Böylece bir kısır döngü meydana gelir ve işler güçleşir⁹³. Bu arada belirtmek gerekir ki, gayri müslim şahitler de tezkiye edilir⁹⁴.

Tezkiye işlemleri tamamlandıktan sonra, hâkimin şahitlerden şüphesi olursa ifadelerine göre hüküm vermeyi biraz daha geciktirip şahitlerin durumunu tekrar araştırabilir. Örneğin, davacı, davasını şahitlerle ispat ettiği ve şahitler usûlüne uygun olarak gizli ve açık soruşturmaya tabi tutulup tezkiye edildiği halde, hâkim meşru bir sebepten dolayı, şahitlerin yalan söylediklerinden şüphelenirse, durumlarını araştırmak için güvendiği bir görevlisini, şahitlerin içli dışlı buldukları ve sözlerine güvenilir kimselere göndererek iyice soruşturabilir. Neticede, güvenilemeyecek durumda oldukları sabit olursa, şahitliklerini kabul etmez⁹⁵.

Hukuk davalarında şahitlerin ifadelerini verdikten sonra ölmeleri veya kaybolmaları durumunda, hâkim, onları tezkiye ederek şahitlikleriyle hükmedebilir: "*Muamelâtda şahitler ba'de edâ-iş-şehade fevt ve yahut gaib olsalar hâkim anları tezkiye ederek şehadetleri ile hükmedebilir*" (Mecelle m. 1726). Her ne kadar, açık tezkiye yapılırken şahitlerin de hazır bulunması gerekirse de bu, kuralın istisnası olarak kabul edilmiştir. Ancak, şahitlik yaptıktan itibaren hükmün infazına kadar, kör, dilsiz veya fasık olanların şahitlikleriyle de hükmedilemez⁹⁶.

Mecelle m. 1725'e göre, müzekkilerden bir kısmı şahidi cerh edip şahitliğini uygun görmese, bir kısmı da tezkiye etse, hâkim cerh tarafını tercih ederek onların şahitliği ile hükmedemez. Tezkiye edenlerin ikiden

⁹² Ali HAYDAR, C. IV, s. 512.

⁹³ CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 411; BİLMEN, C. VIII, s. 154.

⁹⁴ BAYINDIR, s. 187.

⁹⁵ Ali HAYDAR, C. IV, s. 770.

⁹⁶ BİLMEN, C. VIII, s. 156; Ali HAYDAR, C. IV, s. 524.

fazla, cerh edenlerin iki kişi olması durumunda hâkim cerh tarafını tercih etmek durumunda iken; bir kişinin cerh ettiği fakat iki kişinin tezkiye ettiği şahitlikte tezkiye tarafını tercih ederek onunla hükmetmek durumundadır. Çünkü iki rakamı şahitlikte nisaptır ve iki kişinin şahitliği gibi tezkiyesi de tam bir delil kabul edilir⁹⁷.

Mecelle m. 1723'e göre, bir hâkim indinde, bir husus için adaleti sabit olan şahitler, gene o hâkimin huzurunda diğer bir hususa şahitlik ederlerse, eğer aradan altı ay geçmemişse hâkim onları tekrar tezkiye etmez.

1283/1866 yılına kadar, hazırlanan mahkeme ilamlarında, şahitlerin tezkiyesi kısaca zikredilirken bu tarihte çıkarılan bir fermanla⁹⁸, gerek gizli ve gerek açık olarak şahitleri tezkiye edenlerin ve babalarının isimleri ile adresleri ve meşgul oldukları işler de, sicillerde yazılmaya başlanmıştır⁹⁹.

B. Davalının Şahitler Hakkında Yaptığı Suçlamalar (Cerh)

Bilindiği gibi, davalının şahitler hakkında yaptığı suçlamaya «cerh» denir. Cerh, şahitin dürüstlüğüne zedeleyen ve yoldan çıktığını (fiskını) gösteren bir durumdur¹⁰⁰. Davalı, tezkiyeden önce veya sonra, şahitlerin kendilerine bir menfaat temin etmek veya bir zararlarını gidermek için şahitlik yaptıklarını iddia ederse, hâkim davalıdan, iddiasını ispat etmesini ister. Eğer davalı iddiasını ispat ederse, hâkim şahitlerin şahadetini kabul etmez. İspat edemezse, hâkim de şahitler hakkında güvenilirlik soruşturması açıp onları tezkiye ettirmişse, şahitliklerine dayanarak hüküm verir¹⁰¹.

Cerh, cerh-i mücerred ve cerh-i mürekkep olmak üzere iki kısımdır. Cerh-i mücerred, şahiti fâsık yapan, fakat aleyhinde herhangi bir dava açılmasını gerektirmeyen suçlamadır. Örneğin, davalının şahit hakkında, "fâsıktır", "faiz yer" veya "davacı şahitleri ücretle tutmuştur" şeklindeki suçlamaları bu türdendir. Çünkü, bu ihtamlara dayanılarak mahkemede dava açılmaz¹⁰². Davalı, cerh-i mücerred hâkime gizli olarak haber verip şahit-

⁹⁷ BİLMEN, C. VIII, s. 156.

⁹⁸ Ferman için bkz. ŞER'İYE SİCİLLERİ, s. 220-222.

⁹⁹ CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 411.

¹⁰⁰ Ali HAYDAR, C. IV, s. 521.

¹⁰¹ Mecelle m. 1724.

¹⁰² BİLMEN, C. VIII, s. 157; BAYINDIR, s. 190.

lerle ispat ederse, hâkim bu ispatı kabul eder; şahitlerin şahitliklerini ise reddeder. Davalının, hâkime gizli olarak, şahitin fâiz yediğini söyleyip bunu ispat etmesinde durum böyledir. Eğer davalı yaptığı cerhi, açık bir şekilde ispata kalkışrsa, henüz şahitler tezkiye edilmemişlerse kabul edilir. Şahitler tezkiye edildikten sonra olursa kabul edilemez¹⁰³.

Cerh-i mürekkep ise, mahkemede karar altına alınabilecek şekilde kamu hukuku veya özel hukukun ihlâl edilmiş olmasını gerektiren bir suçlamadır¹⁰⁴. Davalının, "bu şahitler, benim şu kadar paramı çaldılar veya aleyhime şahitlik etmemek üzere benden şu kadar rüşvet aldılar" gibi bir iddiada bulunması bu duruma bir örnektir.

Dava özel hukukla ilgili ise, davalı şahitler hakkında yaptığı suçlamayı ispat edemezse, şahitlere yemin ettirilir. Örneğin, davalı, aleyhinde şahitlik yapmamaları için, şahitlere kendisinin rüşvet verdiğini iddia ettiği halde, bunu ispat edemezse, şahitlere, parayı almadıklarına dair yemin ettirilir. Yemin ederlerse davalının yaptığı suçlama geçersiz olur ve şahitler kabul edilir¹⁰⁵. Hâkimin, şahitleri tezkiye edip hüküm vermesinden sonra, yapılan her türlü suçlama geçersizdir.

¹⁰³ BAYINDIR, s. 191; BİLMEN, C. VIII, s. 157.

¹⁰⁴ BİLMEN, C. VIII, s. 157.

¹⁰⁵ BİLMEN, C. VIII, s. 157.

