

ESKİ YARGILAMA HUKUKUMUZDA ŞAHİDİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ ve BAŞKASINDAN NAKLEN ŞAHİTLİKTE BULUNMA

*Yrd.Doç.Dr. Murat ŞEN**

GİRİŞ

Eski yargılama hukukumuzda (İslâm ve Osmanlı yargılama hukukunda), medeni yargılama ve ceza yargılaması ayırımına gidilmemiştir¹. Ancak günümüzdeki yargılama hukuklarıyla paralellik kurabilmek için medeni yargılama ve ceza yargılaması ayırımı yapmak mümkündür.

Eski hukukumuzda, medeni yargılama alanında ispat vasıtaları yani deliller, “*şahitlik*”, “*yemin*” ve “*yeminden kaçınma*”dan ibarettir. Bu alanda, karşı tarafın iddiayı kabul etmesi olan ikrar, delil olarak kabul edilmemiştir. Çünkü ispat, kabul edilmeyen bir iddianın doğruluğunu ortaya çıkarmak için yapılır. İkrar ise, karşı tarafın iddiayı kabul etmesidir. İddia kabul edildikten sonra artık ispatına gerek kalmaz². Ceza yargılaması alanında ise, vicdani delil sistemi kabul edilmemiş ve ispat vasıtaları da, had, kısas ve ta’zir davalarında farklılık göstermiştir. Had davalarında, “*ikrar*” veya “*şahitler*” delil olarak kabul edilmiş yani bu tür suçların ancak ikrar veya şahitlerle ispatlanabileceği belirtilmiştir. Bir had suçu olan zina davasındaki ispatta ise, diğer had suçlarından farklı olarak, dört defa ikrar (yani sanığın hâkim huzurunda dört kere suçu işlediğini itiraf etmesi) veya dört erkek şahitle ispat-

* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

¹ Bu konu hakkında geniş ve ayrıntılı bilgi için bkz. Murat ŞEN, “**Önceki Hukukumuzda Şahitliğin Tanımı Şartları ve Nisabı**”, AÜEHFD, 75. Yıl Armağanı, C. II, S. 1, Erzincan 1998, s. 283-312; Sabri Şakir ANSAY, **Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku**, 3. B., Ankara 1958, s. 293-295; Mehmet Kamil YILDIRIM, **Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**, İstanbul 1990, s. 26; Abdülaziz BAYINDIR, **İslâm Muhakeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması)**, İstanbul 1986, s. 79.

² BAYINDIR, s. 120, 142.

lama aranmıştır³. Diğer had suçlarında ve kısas davalarında ise, ispat için iki erkek şahit yeterli görülmüştür. Maddi tazminatı gerektiren davalarla ta'zir davalarında ise deliller, "ikrar", "yeminden dönme" ve "şahit"lerden ibarettir. Burada, iki erkek şahit olabileceği gibi, bir erkek iki kadın şahit de bulunabilir⁴.

Hâkimin kararına doğrudan ve kesin olarak esas teşkil eden şahit ifadeleri üzerinde, eski hukukumuzda titizlikle durulmuş ve yalancı şahitliğin önlenmesi için şahitlerde bir takım şartlar aranmıştır. Bunlar, şahidin kör olmaması, dürüst olması, hâdiseyi bizzat gözlemlemiş olması, yapacağı şahitliğin kendisine bir menfaat sağlamaması ve ifadelerinde çelişki bulunmaması gibi hususlardır. Şahitlerin verdiği ifadelerin doğruluğundan kuşkulanan hâkim, yapılan şahitliği kabul etmeyerek, davacının başka şahitler getirmesini isteyebilir.

Şahitler usûlüne uygun bir şekilde ifade verdiklerinde, hâkim şahitler hakkında güvenilirlik soruşturması (tezkiye) yapmak ve yapılan şahitliğe göre hüküm vermek zorundadır. İddiası reddedilen davacı, iddiasını ispat için şahit dinletmelidir; eğer şahitleri yoksa karşı tarafa yemin teklif edebilir⁵.

Eski yargılama hukukumuzda, hâkimin kararına önemli derecede etki eden, başka bir deyişle, kesin delil kabul edilen ve hâkimin kararına esas teşkil eden geçerli bir şahitlik beyanının söz konusu olup olmadığının tespiti açısından, şahitlere bir takım yükümlülükler getirilmiş, bu arada yalan yere şahitlikte bulunanlara da bir takım yaptırımlar öngörülmüştür. Çalışmamızda, şahitlere getirilen bu yükümlülükleri açıklayacak; ayrıca eski hukumuza özgü bir kurum olan başkasından naklen şahitlikte bulunma müessesesinin de ispat vasıtası olarak yargılamadaki rolünü ortaya koymaya çalışacağız.

³ Halil CİN/Ahmet AKGÜNDÜZ, *Türk-İslâm Hukuk Tarihi*, C. I, İstanbul 1990, s. 318, 409; M.Akif AYDIN, *Türk Hukuk Tarihi*, Genişletilmiş 3. B., İstanbul 1999, s. 194; H. Tahsin FENDOĞLU, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul 2000, s. 455; Hasan Tahsin FENDOĞLU, *Hukuk Tarihimizde Temel Haklar*, Konya 1994, s. 53.

⁴ Geniş bilgi için bkz. ŞEN, *Şahitliğin Tanımı*, s. 283-312; Hoca Eminefendizâde Ali HAYDAR, *Dürrü'l-Hükkâm Şerh-u Mecelleti'l-Ahkâm*, C. IV, İstanbul 1330, s. 389; BAYINDIR, s. 120; İbrahim el-HALEBÎ, *İzahlı Mülteka El-Ebhur Tercümesi*, C. III, Çev. Mustafa Uysal, Konya 1993, s. 223; CİN/ AKGÜNDÜZ, C. I, s. 409.

⁵ Konu hakkında geniş bilgi için bkz. Murat ŞEN, "Şahitliğin Geçerlilik Şartlarının Önceki Hukukumuzdaki Düzenleniş Biçimi", AÜEHFD, C. III, S. 1, Erzincan 1999, s. 89-113.

I. ŞAHİDİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. Şahitlik Yapmaktan Kaçınmama

Bir hukuki muamele esnasında veya bir olayın gerçekleşmesi anında orada bulunan kişinin, şahitlik yapacak başka kimse yoksa, şahit olmaktan kaçınmaması gerekir⁶. Şahit olduktan sonra da istenildiği takdirde mahkemeye gelip şahitlikte bulunması şarttır⁷. Kendinden başka şahitlik yapacak kimseler varsa, o takdirde şahitlikten kaçınabilir⁸.

Şahidin hadlerle ilgili davalarda, gördüğü şeyi örtbas edip o konuda şahitlik yapmaması daha uygun görülmüş, hatta had suçlarından olan hırsızlık davasında şahitlikte bulunurken de “çaldı” değil de “malı aldı” demenin daha isabetli olacağı belirtilmiştir⁹. Ancak belirtmek gerekir ki, had cezasını gerektirecek davalar dışındaki Allah haklarına (kamu hukuku alanına) ilişkin hususlarda, hiç kimsenin talebi olmadan şahitlikte bulunulması dînî bir zorunluluktur. Örneğin, kadını kocasının boşaması, köleyi efendisinin hürriyete kavuşturması gibi konular bu türdendir¹⁰.

⁶ W. HEFFENING, *Şâhid*, İA., C. XI, MEB, İstanbul 1993, s. 282; HALEBÎ, s. 223; “Zeyd, Amr’ın zimmetinde olan şu kadar para hakkını dava edip ve Amr inkâr etmekle Zeyd bu hususu bilenlerden olup şهادetleri makbul olan Bekir ve Beşir’den şهادet talep ettiğinde, bunlar şهادet kendilerine münhasır iken şهادeti ktm etseler bunlara ne lazım olur? Elcevap: Günahkar olurlar” (Abdurrahim, *Fetavayı Abdurrahim*, C. II, s. 402, HALEBÎ, s. 223’den naklen).

⁷ Ebû El-Fazl Mecdu’d-din MAVSİLÎ, *el-İhtiyar Metni el-Muhtar li’l-Fetva Tercemesi, İmam-ı A’zâmın İctihat ve Görüşleri*, Çev. Celal Yeniçeri, İstanbul 1978, s. 135; HEFFENING, s. 282; BAYINDIR, s. 198.

⁸ Günümüz medeni yargılama hukukunda da, kural olarak, herkes (Türk yargısına tâbi olmak şartıyla) tanıklık etmek zorundadır (HUMK m. 253). Bu zorunluluk, tanık olarak yapılan davet üzerine mahkemeye gelmeyi ve yemin etmeyi kapsar. Tanık, meşru bir mazereti olmaksızın gelmezse para cezasına mahkum edilir ve ayrıca duruşmanın ertelenmesinden doğan yargılama giderlerine mahkum edilebilir ve tanığın zorla getirilmesine karar verilebilir (HUMK m. 253). Mahkemeye gelip de cevaptan veya yeminden kaçınan tanık cezalandırılır (HUMK m. 271; ayrıca bkz. TCK m. 282). Tanık olarak mahkemeye gelmek zorunluluğuna karşılık, tanığa yolculuk ve oturma giderleri ile yevmiyesi ödenir. Bu para, tanığı gösteren tarafça peşin olarak mahkeme veznesine yatırılır (HUMK m. 414). Baki KURU, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. II, 5. B., İstanbul 1990, s. 1770.

⁹ Joseph SCHACHT, *İslâm Hukukuna Giriş*, Çev. Mehmet Dağ/Abdulkadir Şener, Ankara 1977, s. 202; HALEBÎ, s. 223; MAVSİLÎ, s. 135.

¹⁰ Alaüddin Muhammed bin Mes’ud el-KASANÎ, *Bedaiü’s-Sanâi fi Tertibi’s-Şerâi*, C. VI, Beyrut 1974, s. 282.

B. Şahitlere Yemin Ettirilebilmesi

1. Şahidin Doğru Söylediğine Dair Yemin Etmesi

Yargılamanın seyri esnasında, hâkim daha kararını açıklamadan önce, davalı, hâkimden, şahitlere verdikleri ifadelerde yalancı olmadıklarına dair yemin verilmesini isteyebilir. Hâkim de, yapılan şahitliğin yeminle takviye edilmesine gerek görürse şahitlere yemin ettirebilir. Hatta hâkim şahitlere yemin ederseniz şahitliğinizi kabul ederim, yoksa etmem de diyebilir¹¹. Bu hususu Mecelle 1727 nci maddesinde düzenlemiştir: “*Meşhûdünaleyh kablel-hüküm şahidlere şahadetlerinden kazib olmadıklarına yemin ver deyu hâkime ilhah edip de şahadetin yemin ile takviyetine dahi lüzum görüldüğü takdirde hâkim şahidlere yemin ettirebilir. Ve hâkim şahidlere yemin ederseniz şahadetinizi kabul ederim ve illâ etmem diyebilir*”.

Doktrinde bu konuda değişik görüşler ileriye sürülmüştür. Hz. Ali ile İbn Ebî Leylâ'ya göre, şahide, ifadesinin yalan olmadığı konusunda yemin verilmesi gerekir¹². Fakat bu görüş, doktrinde rağbet görmemiştir. Son devir hukukçusu olan İbrahim bin Nüceym ise, yemin verilme ve verilmeme görüşlerini şu şekilde birleştirmiştir: Şahide yemin verilmemesi, dürüstlüğüne açıkça belli olması hâlinde söz konusu olabilir. Fakat şahidin âdil olup olmadığı tam bir açıklık kazanmamışsa, o takdirde dürüstlüğüne, yapacağı yeminle de takviye edilmesi gerekir. Çünkü, şahidin durumu bilinmediği gibi müzekkînin de durumunun bilinmediği haller olabilir. O zaman meçhulün meçhülü tezkiyesine güvenilemez¹³.

Görüldüğü üzere Mecelle, şahitlerin beyanlarına dayanılarak karar verilmeden önce, davalının hâkimden yemin ettirmesini isteyebileceği ve yalancı şahitlik etmediklerinin bu yolla da teyit edilebileceği görüşünü tercih etmiş bulunmaktadır.

¹¹ Günümüz medeni yargılama hukukunda da, taraflardan biri tanığın yemin etmesini isterse, hâkim tanığa yemin vermek zorundadır (HUMK m. 262). Buna karşılık taraflardan hiç biri tanığın yemin etmesini istemezse, hâkim tanığa yemin vermek zorunda değildir. Hâkim ancak gerekli görürse tanığa yemin verebilir (HUMK m. 261, 262). KURU, s. 1794. Ceza yargılaması açısından da CMUK m. 56 tanıkların ayrı ayrı ve tanıklıktan evvel yemin edeceğini düzenlemektedir. Nurullah KUNTER, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 8. B., İstanbul 1986, s. 588.

¹² Ebû Bekir Muhammed bin Ebî Sehl es- SERAHSÎ, **el-Mebcut**, C. XVI, Beyrut 1989, s. 118; Ali HAYDAR, C. IV, s. 524.

¹³ SERAHSÎ, C. XVI, s. 119.

2. Şahidin Yalan Söylediğinin Anlaşılması

Yalancı şahitlik, hem aklın hem de dinin yasakladığı en menfur hallerden biridir. Bir şahidin yalancılığının tespit edilmesi, ya kendisini yalanlamasıyla veya verdiği ifadenin gerçeğe aykırı olduğunun anlaşılmasıyla mümkün olur¹⁴.

Yalancı şahitliğin tespiti durumlarından ilki olan şahidin kendini yalanlaması, hâkimin huzuruna vararak yalan yere şahitlikte bulunduğunu veya verdiği ifadenin yanlış olduğunu söylemesi ile olur. Mecelle'nin düzenlemesi de (m. 1731) bu yöndedir: "*Rücuun şartı huzur-u hâkimde olmaktır. Şahidin başka mahalde rücuuna itibar yoktur. Binaenalazalik meşhûdünaleyh şahidlerin başka mahalde şahadetlerinden rücu ettiklerini dava etse mesmu' olmaz*". Şu halde, şahitlerin ikrar ve itirafı ancak hâkimin huzurunda yapılmışsa¹⁵ bir hukuki sonuç doğurur¹⁶. Şahidin yalancılığı konusunda dava açılıp şahit dinlenemeyeceği gibi, inkâr halinde de karşı tarafa yemin teklif edilemez¹⁷.

Yalancı şahitliğin tespiti durumlarından ikincisi ise, şahitlerin verdikleri ifadelerin gerçeğe aykırı olduğunun anlaşılmasıdır. Buna "hükmen ikrar" adı verilir¹⁸. Bu durumda şahitler hâkim huzuruna gelip yalancı olduklarını kabul etmiş sayılırlar. Birinin ölümüne şahitlikte bulunmuşken yaşadığının görülmesi veya bir ağacın kesilmiş olduğuna dair şahitlikte bulunmuşken o ağacın dikili olarak mevcut bulunması bu duruma örnek olarak gösterilebilir¹⁹.

¹⁴ Ömer Nasuhi BİLMEN, *Hukukî İslâmiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu*, C. VIII, İstanbul 1985, s. 160.

¹⁵ MAVSİLİ, s. 140; KASANİ, C. VI, s. 285; Bazı hukukçular, şahitlerin yalan yere şahitlikte bulduklarını ikrar ve itiraf ettiklerinin davalı tarafından ispat edilmesini aramışlardır. Bunlara göre, davalının getireceği şahitler, davaya şahit olanların yalan yere şahitlikte bulduklarını veya yanlış ifade verdiklerini mahkeme dışında ikrar ve itiraf ettiklerini belirtirlerse, bu, şahitlerin gelip hâkim huzurunda kendilerini yalanlamaları gibi kabul edilir. Ali HAYDAR, C. IV, s. 526.

¹⁶ Günümüz ceza yargılamasında, tanıkların çeşitli sebeplerle kasden gerçeği söylemedikleri, yalan beyanda buldukları da görülmektedir. Bunun için, tanıklıktan çekinme yetkisi, çekinme mecburiyeti, yemin ve yalan beyanın suç sayılması gibi çeşitli önlemler alınmıştır. KUNTER, s. 587.

¹⁷ KASANİ, C. VI, s. 285; BİLMEN, C. VIII, s. 160; Mecelle m. 1731.

¹⁸ BİLMEN, C. VIII, s. 160.

¹⁹ Ali HAYDAR, C. IV, s. 526.

Mecelle m. 1731'e göre, "...bir hâkimin huzurunda şahadet ettikten sonra diğer hâkimin huzurunda şahadetinden rücu' etse rucuu muteber olur". Demek ki, şahit, başka bir hâkimin huzurunda şahitliğinden dönebilir yani kendini yalanlayabilir ve bu yalanlama geçerli sayılır²⁰. Buna karşılık, hâkim henüz kararını vermeden, şahitlerin yalancılığı tespit edilirse, şahitlerin verdikleri ifadeler hükümsüz kabul edilir ve kendileri ta'zir ile cezalandırılır²¹: "*Şahitler ba'de eda-iş-şehade ve kablel-hüküm huzur-u hâkimde şahadetlerinden rücu etseler şahadetleri keenlemyekün hükmünde olur ve kendileri ta'zir olunurlar*" (Mecelle m. 1728). Eğer, hâkim kararını vermişse hükmünü bozamaz ve hükme konu olan şeyi şahitlere tazmin ettirir (Mecelle m. 1729)²². Şayet dava, had ve kısas davalarından biri ise ve henüz infaz edilmemişse artık ceza infaz edilmez²³.

3. Yalancı Şahitlere Uygulanacak Ceza

Yalancılığı tespit edilen şahitlere, durumlarına göre, had, ta'zir veya tazminat cezası verilir.

a. Had Cezası

Zina davasına şahitlik edenlerin yalan yere şahitlik yaptıkları tespit edilirse, kendilerine bir had cezası olan zina iftirası cezası (hadd-i kazf) uygulanır. Zina dışındaki bir davada yalancı çıkan şahitler için had cezası uygulanmaz²⁴.

²⁰ Günümüz medeni yargılama hukukunda, hâkim, tanıklık sırasında tanığın yalan söylediği veya menfaat sağlayarak tanıklık yaptığı hakkında güçlü delil ve belirtiler görürse (ele geçirirse), derhal bir tutanak düzenler ve bunu Cumhuriyet savcılığına gönderir. Hâkim, tanığın ve bu suçta ortakları varsa onların tutuklanmasına da karar verebilir ve onları haklarında ceza davası (TCK m. 286 vd.) açılmak üzere Cumhuriyet savcılığına gönderir (HUMK m. 273). KURU, s. 1796.

²¹ Günümüz medeni yargılama hukukunda da, yalan tanıklıkta bulunmak suçtur (TCK. m. 286 vd.). Tanık hakkında yalan tanıklıktan dolayı ceza kovuşturması yapılması hukuk davasının görülmesine ve sonuçlandırılmasına engel teşkil etmez. Bir hukuk davasında tanıklık eden kişiye karşı yalan tanıklıktan dolayı açılan ceza davasına, hukuk davasının tarafları müdahil olarak (CMUK m. 365) katılabilirler. KURU, s. 1796.

²² Günümüz medeni yargılama hukukunda ise, tanığın (ceza mahkemesince) yalan tanıklıktan mahkum edilmiş olması yargılamanın iadesi sebebidir (HUMK m. 445/4). KURU, s. 1797.

²³ BİLMEN, C. III, s. 249, 257; CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 412; MAVSİLİ, s. 140.

²⁴ BAYINDIR, s. 195.

Bilindiği gibi zina, ancak dört erkeğin şahitliği ile hüküm altına alınabilen bir davadır. Bu tür bir davada, hâkim henüz karar vermeden veya karar verip de hüküm (ceza) infaz edilmeden, şahitlerin tamamının veya bir kısmının yalan yere şahitlik yaptıkları tespit edilirse, hepsine zina iftirası (hadd-i kazf) cezası uygulanır²⁵. İmam Muhammed'e göre ise, bu durumda yalnız kendini yalanlayana had cezası verilmelidir. Dolayısıyla sanığa zina cezası verilip uygulandıktan sonra, şahitlerden biri kendini yalanlarsa, yalnız o şahide had cezası uygulanmalıdır²⁶.

b. Ta'zir Cezası

Mecelle'nin 1728 inci maddesi hükmüne göre şahitler, hâkimin karar vermesinden önce yalancı çıkarlarsa kendilerine ta'zir cezası uygulanır. Hâkimin karar vermesinden sonra yalancı çıkan şahitlere, tazminat cezası yanında ta'zir cezası da uygulanır²⁷. Zina davası dışında, yalan söylemenin kesin olarak belirlenmiş bir cezası yoktur.

Hâkimin kararından önce veya sonra, yalancılığı tespit edilen şahitlere ta'zir cezası verilmesi konusunda doktrinde görüş birliği bulunmasına rağmen, bu cezanın şekli ve niteliği konusunda değişik görüşler ileri sürülmüştür. Ebû Hanife'ye göre, ta'zir cezası, onu kendi çarşısına veya mahallesinin mescidine götürüp halka, "bu yalancı şahittir, ondan sakınınız" demek suretiyle onu teşhir etmekten ibarettir²⁸. Ebû Yusuf ve Muhammed'e göre ise, söz konusu işlemlerle birlikte, kendisine bir kaç değnek vurulması ve hapis cezası verilmesi gerekir²⁹. Yalan yere şahitlikte bulunan kişide pişmanlık belirtileri yoksa yani, "ben yalan yere şahitlikte bulundum, gene de bulunurum" demişse, o taktirde dövülerek cezalandırılması konusunda doktrinde görüş birliği vardır³⁰.

25 Zina suçunda aranan şartları taşıyan iki şahidin şahadeti ve suçlunun bir defa da olsa ikrarı ile kesinleşen kazf suçunun iki cezası vardır. Biri asli ceza olan seksen sopa; diğeri ise tebei ceza olan suçlunun şahitliğinin kabul edilmemesidir. Bkz. CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 319-320; AYDIN, s. 196; FENDOĞLU, Türk Hukuk Tarihi, s. 456.

26 KASANİ, C. VI, s. 289.

27 HEFFENING, s. 283; BAYINDIR, s. 195.

28 HALEBÎ, s. 248; KASANİ, C. VI, s. 289; MAVSİLİ, s. 137.

29 MAVSİLİ, s. 137; HALEBÎ, s. 248.

30 KASANİ, C. VI, s. 289.

c. Tazminat

Mecelle m. 1729'a göre, şahitler, karar verildikten sonra, hâkimin huzûrunda kendilerini yalanlarsa, hâkim verdiği hükmü bozmaz ancak hüküm konusu şeyi şahitlere tazmin ettirir. Burada tazminatın sebebi, malın veya canın zarar görmesidir. Her birinde ödenecek tazminatın miktarı da değişiktir.

Mecelle m. 1730'a göre, "şahitlerin bazısı ... şahadetinden rücu ettikde eğer bakisi nisab-ı şahadete baliğ ise rücu edenden zamân lazım gelmez, fakat ta'zir olunur. Ve eğer bakisi nisab-ı şahadete baliğ değilse mahkumunbihin nısfı rücu eden bir kişi olduğu takdirde müstakilen ana ve birden ziyade oldukları takdirde bil-iştirak seviyyen anlara tazmin ettirilir".

Yalancı şahit, şahitlikte bulunduğu beyanıyla, ne kadar malın zararına sebep olmuşsa, o kadarını tazmin eder. Burada ölçü, diğer şahitlerin (yani yalancı olmayan şahitlerin) beyanıyla ne miktar malın sabit olduğudur. Şahitlerden geriye kalanlar şahitlik için gerekli yetersayıyı (nisabı) dolduruyorsa, yalancı şahide tazminat cezası verilmez ama ta'zir cezası verilir. Eğer geriye kalan şahitler, gerekli yetersayıyı bulamazlarsa, hüküm konusu malın yarısı yalancı şahitler tarafından tazmin edilir. Yalancı şahit bir kişi ise bunun hepsini; birden fazla ise, aralarında eşit surette taksim etmek suretiyle tazmin ederler³¹.

Burada şöyle bir ihtimale de değinmek gerekir. Bir davada iki erkek ve bir kadın şahitlikte bulunsalar ve sonra, hepsi şahitlikten rücu etseler (dönseler) yani yalancılıkları tespit edilmiş olsa, tazminatın sadece iki erkeğe ödettilmesi gerekir. Bu noktada kadının bir tazminat yükümlülüğünden söz edilemez. Çünkü, tek bir kadının şahitliğine dayanılarak karar verilemez³².

Cezası ölüm ya da organ kesme olan davalarda yalancı şahitlere verilecek ceza, can veya organa ait diyetin ödenmesi ile ta'zir cezasının verilmesidir. Örneğin, hırsızlık davasında, sanığa el kesme cezası verildikten sonra, şahitlerin yalancı olduğu tespit edilirse, yalancı şahitlerin hem kesilen elin diyetini, hem de çalınan malın karşılığını ödemeleri gerekir. Yine, kasten adam öldürme davalarında yalancı şahitlik yapanlara, eğer sanığa kasten adam öldürme suçunun cezası olan kısas cezası verilip uygulanmışsa, sanığın diyetini ödeme cezası ile birlikte ta'zir cezası da verilir. Bunun gibi, evli bir kişinin zina yaptığına dair şahitliğe dayanarak recm cezası verilip uygu-

³¹ HEFFENING, s. 283; MAVSİLİ, s. 140.

³² HALEBÎ, s. 247; BİLMEN, C. VIII, s. 160; MAVSİLİ, s. 140.

landıktan sonra, şahitlerin yalancı oldukları ortaya çıkarsa, hem zina iftirası cezası hem de ölenin diyetini tazmin etme cezası verilir³³.

4. Tezkiye Yapan Kişilerin Yalan veya Hatalarının Ortaya Çıkması

Şahitlerin beyanlarına dayanarak karar verildikten sonra, şahidi tezkiye edenlerin kasten yanlış beyanda buldukları anlaşılrsa, Ebû Hanife'ye göre, tezkiye yapan kişiler (müzekkîler) hüküm konusu malı tazmin ederler³⁴. Çünkü, onların tezkiyesi olmasaydı hâkim, şahitlerin ifadelerini kabul etmeyecek ve ona göre kararını vermeyecekti. İmam Muhammed ve Ebû Yusuf'a göre ise, müzekkî tazminat ödemez. Çünkü o, şahit hakkında iyi niyet beslemiş ve onu iyi bir insan olarak tanıtmıştır³⁵.

Müzekkî, tezkiyesinde kasten yalan söylemediğini fakat hata etmiş olduğunu ileri sürerse, kendisinin tazminat ödemesi gerekmez³⁶.

5. Davalının Getireceği Şahitlerin Dinlenilmeyeceği Esası

Bilindiği gibi ispat yükü davacıya, yemin yükü de davalıya verilmiştir. İddiasını ispat edemeyen davacının talebi reddedilmeden önce, davalıya yemin tevcih edilir. Davalı yemin ederse davacının talebi kesin olarak reddedilir³⁷.

Bu açıdan davalı, ancak karşı dava açtığı takdirde, iddiasını şahitlerle ispat edebilir. Karşı dava açmadıkça davalının getireceği şahitler dinlenmez³⁸. Örneğin, birisi hakkını almak için dava açıp şahitlerle ispat etse, hâkim davacı lehine karar verir. Bu durumda aleyhine karar verilen taraf, "o malın benim olduğuna dair şahit getiririm" demesi bir anlam ifade etmez ve hâkim onun bu sözünü dikkate almaz. Çünkü hâkim davalının şahitlerini dinleyecek olsa, ayınsını karşı taraf da tekrarlar ve dava uzar gider³⁹.

³³ SERAHSÎ, C. XVII, s. 22; KASANÎ, C. VI, s. 285; MAVSİLÎ, s. 140; BİLMEN, C. VIII, s. 162; BAYINDIR, s. 197; CİN/AGGÜNDÜZ, C. I, s. 412.

³⁴ MAVSİLÎ, s. 140; HALEBÎ, s. 248.

³⁵ HALEBÎ, s. 248.

³⁶ HALEBÎ, s. 248.

³⁷ Mecelle m. 1742 vd.; Ali HAYDAR, C. IV, s. 562.

³⁸ Günümüz medeni yargılama hukukunda ise, tanıkları her iki taraf da gösterebilir. Başka bir ifadeyle, davada tanıklar taraflarca gösterilir. Mahkeme, tarafların tanık olarak göstermedikleri kişileri kendiliğinden (re'sen) tanık olarak dinleyemez. KURU, s. 1774.

³⁹ SERAHSÎ, C. XVI, s. 148; SCHACHT, s. 195.

II. BAŞKASINDAN NAKLEN ŞAHİTLİKTE BULUNMAK

Bazı olaylarda, başkasından naklen yapılan şahitlik kabul edilir ve bu şahitliğe hukuk terminolojisinde “şehâdeh ale’ş-şehâdeh” denir⁴⁰. Diğer yargılama hukuku sistemlerinde mevcut olmayan bu çeşit şahitlik için özel usul ve şartlar söz konusudur.

A. Şahitliği Yüklenme Usûlü

Bir özür sebebiyle mahkemeye gidip ifade veremeyecek durumda olan şahit, iki kişiyi çağırıp, “Ben şu konuya şu şekilde şahidim, benim yerime siz şu şekilde şahitlikte bulununuz” diyerek kendisinin şahitlik görevini onlara yükler, onlar da bu görevi kabul ederlerse, mahkemeye varıp o kişiden naklen şahitlikte bulunabilirler. Burada şahide «asıl», ondan naklen şahitlikte bulunacak kişilere de «fer’» denilir⁴¹.

Şahitliğin üstlenilmesi, asıl ile fer’ler arasında bir sözleşme ile olur. Asıl şahit, hangi konuya, ne şekilde şahitlikte bulunduğunu açıkladıktan sonra, fer’ şahitlere, kendi adına bu şekilde şahitlikte bulunmalarını teklif eder. Fer’ şahitler de bu teklifi kabul eder veya sükûtle karşılırlarsa görevi kabul etmiş sayılırlar. Meselâ, asıl şahit, “falan oğlu falanın, benim yanımda falan kimseye on altın borcu olduğunu ikrar ve itiraf ettiğine şahitlik ederim. Bu şahitliğime sen de şahitlik et” dediğinde, fer’ durumunda olan şahit bu teklifi kabul eder veya sükûtle karşılırlarsa, o kişiden naklen şahitlikte bulunma görevini üstlenmiş olur⁴².

B. Şahitlikte Bulunma Usûlü

Fer’ şahitler mahkemede, aslın ismi ile baba ve dedesinin ismini söyleyerek, “falan oğlu falan oğlu falan, bu davalının bu davacıya on altın borcu olduğunu ikrar ettiğine şahitlik etti ve beni kendi şahitliğine şahit tuttu. Ben de onun bu şekildeki şahitliğine şahitlik ederim” diyerek ifadesini verir⁴³.

40 Fahrettin ATAR, *İslâm Adliye Teşkilâtı*, Ankara 1991, s. 202; HALEBÎ, s. 241; BİLMEN, C. VIII, s. 148.

41 MAVSİLİ, s. 139; ATAR, s. 202; HALEBÎ, s. 242; BİLMEN, C. VIII, s. 148.

42 Ali HAYDAR, C. IV, s. 504, 505; BAYINDIR, s. 199.

43 BİLMEN, C. VIII, s. 149.

1. Başkasından Naklen Şahitlik İçin Gerekli Şartlar

Başkasından naklen yapılan şahitliğin mahkemece kabul edilebilmesi için bir takım şartların gerçekleşmiş olması gerekir. Bunlar, a- asıl şahidin, hâkimin huzûruna gelmesini engelleyen bir özrünün olması⁴⁴, b- fer' şahitlikte bulunduğu sırada, asıl şahidin şahitlik ehliyetinin devam etmesi⁴⁵, c- fer' olan şahidin şahitlik yaparken asıl şahidin açık kimliğini söylemesi ve kendisine şahitlik görevini yüklediğini belirtmesi⁴⁶, d- kadın veya erkek olsun, her asıl şahit nâmına şahitlikte bulunacak fer'lerin iki erkek veya bir erkek iki kadın olması⁴⁷, e- hem asıl hem de fer' şahitlerin güvenilirlik soruşturmalarının yapılması (tezkiye edilmesi) dır.

Görüldüğü üzere, şahitlerin tamamının fer' olması gerekmez. Ancak, şahitlerden birinin kendi yerine asâleten, diğerinin yerine de fer'an şahitlikte bulunması kabul edilmez. Çünkü, bu durumda şahitliğe konu olan şeyin yarısı kendisinin asâleten yaptığı şahitlikle, dörtte biri de başkasından naklen yaptığı şahitlikle sâbit olmuş olur. Halbuki, bir şahitle şahitlik konusu şeyin dörtte üçünün sâbit olması meşru değildir⁴⁸.

Bunun gibi, başkasından naklen şahitliğin kabul edilmesine engel olmayan diğer hususlar da şunlardır⁴⁹: a- Bir davada iki şahitten birinin yerine

⁴⁴ Bilindiği gibi şahitlik aslın üzerine farzdır. Bu farzın düşmesi, ancak bir özrün ve bir zarûretin varlığına bağlıdır. Bu özürler, asıl şahidin ölmüş olması, mahkemeye geleme-yecek derecede hasta olması, bir sefer mesafesi (Mecelle m. 1664'e göre, sefer müddeti, normal yürüyüşle üç günlük yani 18 saatlik bir mesafedir) uzaklıkta bulunması ve asıl şahidin erkekler arasına karışmayan bir kadın (muhaddere) olması durumlarıdır. Ebû Yûsuf'a göre, asıl şahit sabahleyin evinden çıkıp hâkimin huzûruna vararak şahitlikte bulunduktan sonra, akşama eve dönebileceği bir mesâfeden daha uzakta ise, bu durumda da özürlü sayılır. Fetvânın, Ebû Yûsuf'un görüşüne göre olduğu belirtiliyorsa da bazı Şeyhülislâm fetvâlarındaki ifadelerle göre tatbikatta Ebû Hanife'nin görüşüne uyulmuştur. ATAR, s. 202; MAVSİLÎ, s. 139. HEFFENING, s. 282; SERAHSÎ, C. XVI, s. 115; HALEBÎ, s. 223, 241; BİLMEN, C. VIII, s. 148. Ali HAYDAR, C. IV, s. 501.

⁴⁵ Buna göre fer', daha şahitlikte bulunmadan asıl şahit kör olsa veya delirse yahut günâh işler hâle gelse (fâsik olsa), fer'in şahitliği kabul edilmez. Ancak Şafii ekolüne mensup hukukçulara göre, asıl şahidin delirmesi, dilsiz veya kör olması, fer'in şhadetini kabule engel değildir. BAYINDIR, s. 200, dn. 330.

⁴⁶ Bu şekilde, bilerek şahitlikte bulunmuş olduğu anlaşılır. Eğer şahitlik yapma görevini kendisine yüklediğini söylemezse, şahitliği kabul edilmez (Ali HAYDAR, C. IV, s. 502; MAVSİLÎ, s. 139).

⁴⁷ SERAHSÎ, C. XVI, s. 138-139; HEFFENING, s. 282.

⁴⁸ SERAHSÎ, C. XVI, s. 138.

⁴⁹ BAYINDIR, s. 201.

fer' şahitler dinlenebilir, b- Asıl şahidin yerine şahitlikte bulunan fer' şahitler, aynı davada ikinci asıl şahidin yerine de şahitlikte bulunabilirler. Böyle bir durumda, usûlüne uygun olarak evvelâ birinin yerine, sonra da diğerinin yerine şahitlik ederler, c- Fer' şahitler, davalıyı tanımayabilirler. Bu durumda, aleyhinde şahitlikte bulunacakları kişinin kim olduğunu, davacının ispat etmesi gerekir.

Başkasından naklen şahitlik için gerekli olan şartlardan en önemlilerinden biri de, "güvenilirlik soruşturması açma zorunluluğu"dur. Burada, hem asıl hem de ikinci derece (fer') şahitlerin tezkiye edilmeleri gerekir. Bu tezkiye yapılmadıkça, yapılan şahitlik ispat vasıtası olamaz⁵⁰. Fer' şahitler eğer güvenilir kimselerse asıl şahitleri tezkiye edebilirler ve tezkियeleri kabul edilir. Eğer değilse, şahitlikleri de kabul edilmez. Fer' şahitlere, asıl şahitlerin durumu sorulduğu zaman susar da bir şey söylemezlerse, hâkim asıl şahitleri, güvenilir kimselerden soruşturarak tezkiye eder. Eğer, âdil ve dürüst kimseler oldukları ortaya çıkarsa hükmünü verir; yoksa hükmetmez, başka şahitler getirilmesini ister. Şayet fer' şahitler, şahadetlerinden dönerler, yani yalancı çıkarlarsa sebep oldukları zararı tazmin ederler. Çünkü, şahitliği onlar yapmışlar ve davalının zararına onlar sebep olmuşlardır. Fer' şahitlerin ifadesine dayanarak hâkim kararını verdikten sonra, asıl şahitler kendilerini yalanlasalar ve "biz fer' şahitleri kendi şahitliğimize şahit tutmadık" derlerse, hâkimin verdiği karar bozulmayacağı gibi şahitlerden herhangi birine tazminat da ödettilmez. Hâkimin kararından sonra asıl şahit, "fer' şahitleri ben şahit tuttum, fakat şahitliğimde yanılmışım" derse, İmam Muhammed'e göre, tazminatı asıl şahidin ödemesi gerekir. Çünkü fer' şahitler, sadece aslın şahitliğini nakletmişlerdir. Sanki asıl şahit mahkemeye gelmiş, şahitlikte bulunmuş ve daha sonra şahitliğinden dönmüş gibi olur. Ebû Hanife ve Ebû Yusuf'a göre, bu durumda asıl şahide tazminat cezası verilmez. Çünkü hâkim, asıl şahidin ifadesiyle değil, fer' şahitlerin ifadesiyle karar vermiştir. Bundan sonra asıl şahidin, yanılmışım demesi rastgele söylenmiş bir söz olarak kabul edilir⁵¹.

Hâkimin hüküm vermesinden sonra hem asıl, hem de fer' şahitler yalancı çıkarlarsa, Ebû Hanife ve Ebû Yusuf'a göre, tazminatı yalnız fer' şahitler

⁵⁰ BİLMEN, C. VIII, s. 150.

⁵¹ BAYINDIR, s. 203; HALEBÎ, s. 248.

öderler. İmam Muhammed'e göre davacı isterse tazminatı asıl şahitlere, isterse fer' şahitlere ödettirir⁵².

2. Başkasından Naklen Şahitliğin Kabul Edildiği Davalar

Başkasından naklen şahitlik, had ve kısas dışında bütün davalarda kabul edilir⁵³. Had ve kısas davaları, bir kişiye uygulanabilecek en ağır cezalardan olduğu için, suçun şüphelerden uzak olarak ispat edilmesi gerekir ki bu da bir ölçüde bizzat şahidin şahadetiyle mümkündür. Bu açıdan, bu tür davalarda başkasından naklen şahitlik kabul edilmemiştir. Zira başkasından naklen yapılan şahitlik, hiç bir zaman kişinin bizzat şahitliği gibi olmaz. Haber, ağzdan ağza dolaşınca, onda bir takım noksanlık ve fazlalıklar söz konusu olabilir⁵⁴.

3. Başkasından Naklen Şahitliği Geçersiz Kılan Nedenler

Fer' şahidin, hâkim huzurunda ifade vermesinden önce, asıl şahidin, şahitlik ehliyetini kaybetmesi, asıl şahidin şahitliğinde hata ettiğini söylemesi, asıl şahidin şahitliğini inkar etmesi⁵⁵ ve fer' şahitlerin şahitlikleriyle hüküm verilmeden asıl şahitlerin çıkagelmeleri durumlarında, başkasından naklen yapılacak şahitlik hükümsüz olur yani fer' şahitlerin şahitlikleri geçerli olmaz⁵⁶.

SONUÇ

Konusu "Eski Yargılama Hukukumuzda Şahidin Yükümlülükleri ve Başkasından Naklen Şahitlikte Bulunma" olan çalışmamızın sonuna gelmiş bulunuyoruz. "Önceki Hukukumuzda Şahitliğin Tanımı Şartları ve Nisabı" isimli çalışmamız ile "Şahitliğin Geçerlilik Şartlarının Önceki Hukukumuzdaki Düzenleniş Biçimi" isimli çalışmamız, bu çalışma ile birlikte değerlendirildiği takdirde, şahitlik kurumunun önceki hukukumuz tarafından nasıl düzenlendiği ortaya çıkmaktadır. Belirttiğimiz gibi, şahitlik, önceki hukukumuzda kesin delil olarak kabul edilmiş, hâkimin, şahitlerin beyanlarına

⁵² HALEBÎ, s. 248.

⁵³ HEFFENING, s. 282; HALEBÎ, s. 241; SERAHSÎ, C. XVI, s. 115.

⁵⁴ SERAHSÎ, C. XVI, s. 115.

⁵⁵ İnkâr, asıl şahitlerin, biz bu konuya şahit değiliz, dedikten sonra ölmesi veya kaybolması, sonra fer' şahitlerin gelerek onların yerine şahitlikte bulunmak istemesi şeklinde olur ki, bu kabul edilmez.

⁵⁶ Ali HAYDAR, C. IV, s. 504; BİLMEN, C. VIII, s. 150.

dayanarak karar verebilmesi için bir takım şartlar aranmış ve şahitliğin geçerli kabul edilmesi için de bazı şartlar öngörülmüştür. Bunun yanı sıra, şahitlik kurumunun kendine özgü bir yapı içerisinde önceki hukukumuzun düzenlemesinde yer aldığı görülmektedir.

İslâm-Osmanlı yargılama hukuku, günümüz medeni ve ceza yargılama hukuklarından pek çok yönüyle farklılıklar göstermektedir. İki ayrı hukuk sistemi olmalarının tabii bir sonucudur bu durum. Ancak aralarındaki farklılıklar, bu hukuk sistemleri arasında hiçbir benzerliğin bulunmadığı anlamına gelmez. Örneğin, şahitliğin tanımı bakımından aralarında bir paralellik kurulabilmekte ve şahitlik, bir kimsenin başkasındaki hakkını ispat için, hâkim ve tarafların karşısında, “şahadet” sözüyle, bildiği şeyi ifade etmesi olarak görülmektedir.

Bunun yanı sıra önceki yargılama hukukumuzla günümüz yargılama hukukları arasındaki en önemli fark, şahit olabilmekte kendini göstermektedir. Eski yargılama hukukumuzda, bir hukuki olay veya muameleye şahit olabilmekle, mahkemede şahitlik yapabilmek için bir takım şartlar aranmaktadır. Bunlardan birincisi için, temyiz kudreti, görme ve müşahede şartları yeterli iken, ikincisi için fiil ehliyetine sahip olma, dilsiz ve kör olmama, hür olma, adil olma, iftira cezası görmemiş olma, çok dikkatsiz olmama, uluorta konuşmama, menfaat sağlamama gibi şartlar aranmaktadır. Günümüz yargılama hukuklarında ise, şahitlik yapabilmek için, ne fiil ehliyetine sahip olma ne de dilsiz ve kör olmama gibi şartlar aranmaktadır. Buna göre, bir akıl hastasının şahitliğinden yararlanıldığı gibi, gözleri görmeyen ve konuşamayan kimselerin de şahitlikte bulunabilmesi mümkündür. Bu iki ayrı hukuk sisteminin, bu konuda çok farklı olmasının temelinde şahitliğe delil olarak verilen değer yatmaktadır. Günümüz hukukunda şahitlik bir takdiri delil iken, önceki hukukumuzda, şartlarının tam olarak gerçekleşmesi durumunda, hâkimin onunla karar vermek durumunda olduğu kesin bir delildir.

Bundan başka, önceki hukukumuzun dine dayalı bir hukuk olması, onun bu konu ile ilgili düzenlemeler yapmasını da beraberinde getirmiştir. Günümüz hukukunda bulunmayan, müslüman, gayrimüslim ve zimmilerin şahitliği meselesi önceki hukukumuzda geniş bir şekilde ele alınmış ve kendisine bir takım hükümler bağlanmıştır.

Bu iki ayrı yargılama hukuku sistemi, şahitlerin sayısı konusunda da farklı düzenlemeler getirmiştir. Günümüz hukukunda şahitler için bir yetersayı belirtilmemesine karşın, önceki hukukumuz, had, kısas ve diğer davalarda şahitlik yetersayısını ayrı ayrı tespit etmiştir. Zina dışındaki had ve kısas davalarında iki erkek şahit şartı aranmışken, özel hukukla ilgili dava-

larda iki erkek veya bir erkek iki kadın yeterli görülmüştür. Bu yetersayıların aranmadığı davalar ise istisnai niteliktedir.

Eski yargılama hukukumuzda şahitliğin delil olarak kabul edilmesi ancak bir takım şartlarının gerçekleşmesi durumunda mümkündür ve bu durum onu günümüz yargılama hukuklarından ayırmaktadır. Bundan başka, günümüz hukukundan asıl farklılık gösteren noktalardan biri, şahitlerin ifadelerine güvenebilmek ve onunla karar verebilmek için, onlar hakkında güvenilirlik soruşturması yaptırılmasıdır. Günümüz yargılama hukuklarında bulunmayan bu kurum sayesinde şahitliğe dayanarak kesin bir hüküm verilebilmektedir. Şahitlere yemin verilmesi ile şahitlerin yalancı çıkması hususları her iki hukuk sisteminde çoğu yerde paralellik göstermektedir.

Günümüz hukukunda bulunmayıp da İslâm-Osmanlı yargılama hukukunda kabul edilen ve oldukça yaygın olarak kullanılan bir müessese de, başkasından naklen şahitlikte bulunmadır. Had ve kısas davaları dışındaki davalar için geçerli olan bu şahitlik türüne göre, şahidin iki kişiyi kendi yerine şahit olarak görevlendirmesi söz konusudur. Görüldüğü üzere, İslâm-Osmanlı yargılama hukukuyla günümüz yargılama hukuku arasında, şahitlik kurumu bakımından bazı hususlarda benzerlikler bazı hususlarda da köklü sayılabilecek farklılıklar söz konusudur.

