

ÖNCEKİ HUKUKUMUZDA ŞAHİTLİĞİN TANIMI ŞARTLARI VE NİSABI

Murat ŞEN*

GİRİŞ

I- Genel Olarak

Mecelle'nin, bir kimsenin diğer kimseden hâkim huzurunda hakkını talep etmesi olarak tanımladığı dava (1), günümüz Medeni yargılama hukukunda, bir başkası tarafından hakkı ihlal edilen veya tehlikeye sokulan veya kendisinden haksız bir talepte bulunulan kimsenin mahkemeden hukuki koruma istemesine denir (2). Mahkemeden hukukî koruma isteyen kimse davacı; diğeri de davalıdır.

Davacı, iddiasının doğruluğuna hâkimi inandırmak için bir takım vasıtalara müracaat eder ki bunlara delil adı verilir (3). Bunlar, günümüz Medeni yargılama hukukunda kesin ve takdiri deliller olmak üzere ikiye ayrılır. Kesin deliller, ikrar, kesin hüküm, senet ve yemin olmak üzere dört tane iken, takdiri deliller, şahit, bilirkişi, keşif ve özel hüküm sebeplerinden ibarettir (4).

Günümüz ceza yargılaması ise, devletin belli makamlarının somut bir olayda suç isnadından çıkan uyumsuzluğu yargılaması olup (5), suçtan toplumun zarar gördüğü, dolayısıyla koğuşturmanın toplum adına yapılması gerektiği esasına dayanır. Bu koğuşturmayı yürütmek üzere de savcılıklar ihdas edilmiştir (6). Ceza

-
- * A.Ü.Erzincan Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi
- (1) Mecelle, m. 1613. Mecelle'nin metni için bkz. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, İstanbul 1305; Ali Himmet BERKİ, Açıklamalı Mecelle, İstanbul 1990; Ahmet AKGÜNDÜZ, İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Diyarbakır 1986.
 - (2) Baki KURU/Ramazan ARSLAN/Ejder YILMAZ, Medenî Usul Hukuku, Ankara 1989, s. 140.
 - (3) İlhan E. POSTACIOĞÇU, Medeni Usul Hukuku, İstanbul 1970, s. 445-446.
 - (4) Bu konuda geniş bilgi için bkz. KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 255 vd.
 - (5) Nurullah KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. B., İstanbul 1986, s. 122-123.
 - (6) Erdener YURTCAN, Ceza Yargılaması Hukuku, 3. B., İstanbul 1987, s. 24-25; İslâm adliye teşkilatında bu vazifeyle görevli memurlar hakkında geniş bilgi

yargılama kuralı, herhangi bir yolla suç haberini alan ilgili makamın o suç için koğuşturmaya başlamasıdır. Takibi şikayete bağılı suçlarla şahsi dava açılması kabul edilmiş suçlar, bu kuralın istisnasını oluşturur (7). Ceza yargılama maddi gerçeğın ortaya çıkarılması esasını kabul edildiğı için, şekli gerçeğı aramakla yetinen medeni yargılamadan farklı olarak, her şey delil olarak kabul edilmektedir (8). Bu, "vicdani delil sistemi" adı altında, hem delil serbestliğini hem de delillerin değerlendirilmesinin serbest olduğunu ifade eder (9).

Önceki yargılama hukukumuz (İslâm ve Osmanlı yargılama hukuku), medeni ve ceza yargılaması ayırımına tabi tutulmamıştır (10). Ancak günümüzdeki ayırma paralel olması açısından, böyle bir ayırım ile delilleri yani ispat vasıtalarını belirtmek mümkündür.

İslâm-Osmanlı medeni yargılama hukuku alanında ispat vasıtaları, şehâdet, yemin ve yeminden kaçınmadır (11). İkrar, karşı tarafın iddiayı kabul etmesi olup, bu açıdan bir ispat vasıtası olarak kabul edilmemiştir (12). Ceza yargılaması alanında ise, vicdani delil sistemi kabul edilmemekte ve ispat vasıtaları, had, kısas ve tazir cezalarında farklılık göstermektedir. Had cezaları, ikrar veya şahitlerle ispatlanabilir. Zina davasında ispat, diğer had cezalarından farklıdır. Bunda, sanığın hâkim huzurunda dört kere suçu işlediğini itiraf etmesi veya dört erkek şahitle ispatlaması şartı aranmaktadır (13). Diğer had suçlarıyla kısas davalarında ise, ispat için iki erkek

için bkz. Coşkun ÜÇÖK, Savcılıkların Avrupa Hukukunda Gelişmesi ve Türkiye'de Kuruluşu, Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan, AÜHF, Ankara 1964, s.35-36.

(7) KUNTER, s. 91; YURTCAN, s. 24-26.

(8) YURTCAN, s. 37.

(9) KUNTER, s. 541-542.

(10) Sabri Şakir ANSAY, Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku, 3. B., Ankara 1958, s. 293-295; Mehmet Kamil YILDIRIM, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değrlendirilmesi, İstanbul 1990, s. 26; Abdülaziz BAYINDIR, İslâm Muhakeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması), İstanbul 1986, s. 79.

(11) BAYINDIR, s. 120.

(12) Hoca Eminefendizâde Ali HAYDAR, Dürerü'l-Hükkâm Şerh-u Mecelleti'l-Ahkâm, C. IV, İstanbul 1330, s. 389.

(13) İbrahim El-HALEBİ, İzahlı Mülteka El-Ebhur Tercümesi, C. III, Çev. Mustafa Uysal, Konya 1993, s. 223.

şahit yeterli görülmüştür (14). Maddi tazminatı gerektiren davalarla tazir davalarında ise deliller, ikrar, yeminden dönme ve şahitlerdir. Burada, iki erkek şahit olabileceği gibi, bir erkek iki kadın şahit de bulunabilir (15).

II- Metod ve Kaynaklar

Bilindiği gibi, önceki usûl hukukumuzun diğer yargılama hukuklarından en önemli farkı, ispat vasıtaları konusundadır. Yargılamanın her safhasının açık olması ve hâkimin takdir yetkisinin dar tutulması yanında ispat vasıtalarının da objektif kıstaslarla değerlendirilmiş olması önceki hukukumuzun en önemli özellikleri arasındadır (16).

Konu ele alınırken öncelikle, şahit ve şahitliğin tanımı yapılacak, hem şahit olabilmek hem de mahkemede şahitlik yapabilmek için hangi şartların bulunması gerektiği belirtilecek ve had, kısas ve diğer davalar açısından şahitlik nisabı ayrı ayrı incelenecektir.

Araştırmada, kanun olarak Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, doktrin eserleri olarak İslâm hukukçularının kaleme aldığı fıkıh kitapları ile günümüz hukukçularının eserleri, Yargıtay kararları yerine de fetva kitapları (17) tetkik edilecektir. Konuyu incelerken, İslâm hukuk ekolleri arasında mukayese yapmakla kalınmayacak, günümüz hukukuyla da paralellik kurmaya çalışılacaktır. Günümüz hukukundaki düzenleme, dipnotta verilecektir. Sade bir dil kullanılmasının tercih edileceği bu çalışmada, İslâm hukuku kaynaklarındaki terimlerin günümüz hukukundaki karşılıklarının verilmesine özen gösterilecektir.

I- ŞAHİTLİK KAVRAMI VE TANIMI

Sözlükte, kesin olarak haber vermek, bildiğini söylemek anlamlarına gelen şehadet (18) kelimesi hukuk terminolojisinde, bir

(14) HALEBİ, s. 223.

(15) YILDIRIM, s. 26.

(16) Halil CİN/Ahmet AKGÜNDÜZ, Türk-İslâm Hukuk Tarihi, C. I, İstanbul 1990, s. 406.

(17) Sava PAŞA, İslâm Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd, C. I, Çev. Baha Arıkan, Ankara 1955, s. 109.

(18) Hayreddin KARAMAN/Bekir TOPALOĞLU, Arapça-Türkçe Yeni Kamus, 8. B., İstanbul 1979, s. 214; Vehbe ZUHAYLİ, İslâm Fıkı Ansiklopedisi, C. VIII,

kimsenin başka bir kimsede olan hakkını ispat için, hâkim önünde ve davalının karşısında ileri sürdüğü iddiası üzerine, üçüncü bir kimsenin "şuna ve şuna şahadet ederim" diyerek davayla ilgili bilgisini bildirmesine denir (19).

Mecelle m. 1684'de şahadeti, "şahadet bir kimsenin âhar kimesnede olan hakkını ispat için huzur-u hâkimde ve hasmeynin muvâcehelerinde şahadet lafzile yani şahadet ederim diye haber vermektir. İşbu muhbire şahid ve ol kimseye meşhûdünleh ve ol kimesneye meşhûdünaleyh ve ol hakka meşhûdünbih denilir" (20) diyerek tanımlamıştır (21). Buna göre şahitlik, bir kimsenin başkasındaki hakkını ispat için, hâkim huzurunda ve tarafların karşısında, "şehâdet" sözüyle, görerek bildiği şeyi ifade etmesidir (22). Böyle bir beyanda bulunan kimseye «şahit» (23), lehinde

Çev. Ahmet Efe/Beşir Eryarsoy/Fehmi Ulus/Abdurrahim Ural/Y.Vehbi Yavuz/Nurettin Yıldız, İstanbul 1994, s. 301.

- (19) W. HEFFENING, Şahid, İA., C. XI, MEB, İstanbul 1993, s. 282; Türk Hukuk Lügatı, 3. B., Ankara 1991, s. 307; M. Cevat AKŞİT, İslâm Ceza Hukuku ve İnsânî Esasları, bn., t., s. 130.
- (20) Bkz. Ali HAYDAR, C. IV, s. 389 vd.; Hacı Reşid PAŞA, Ruh'ul Mecelle, C. VIII, İstanbul 1328, s. 14 vd.; Ali Himmet BERKİ, Açıklamalı Mecelle, İstanbul 1990, s. 374 vd.; AKGÜNDÜZ, s. 742 vd.
- (21) Günümüz medeni yargılama hukukunda, kanunun şahadeti tanımlamamasına rağmen doktrinde şahitlik (tanıklık), üçüncü kişilerin (davanın tarafları dışındaki kişilerin), dava ile ilgili bir vakıa hakkında, dava dışında bizzat edinmiş oldukları bilgiyi mahkemeye bildirmelerine denir. Mesela, haksız fiilden dolayı tazminat davasında, haksız fiilin meydana geldiği anda (mesela trafik kazası anında) tesadüfen orada bulunan bir kimsenin, kazanın oluşu hakkındaki bilgisini mahkemeye anlatması gibi. Bkz. Baki KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, 5. B., İstanbul 1990, s. 1766; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 299; Saim ÜSTÜNDAĞ Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, 4. B., İstanbul 1989, s. 601.
- Günümüz ceza yargılamasında tanık beyanı, taraflardan olmayan, fakat olayın tanığı olmuş bir kişinin o olay hakkında beş duyusu ile edindiği bilgileri sübut konusunda karar verecek olan mahkeme veya onun yerine duruşma yaparak tanık dinlemeye yetkili kılınmış bir mahkeme veya hâkim huzurunda tanıklık ederken yaptığı sözlü beyandır. YURTCAN, s. 227; KUNTER, s. 582.
- (22) Hayreddin KARAMAN, Anahatlarıyla İslâm Hukuku, C. I, İstanbul 1987, s. 331-332; CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 407.
- (23) Günümüz medeni yargılama hukukunda da şahitlik yapan kişiye şahit (tanık) denir. KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 299; KURU, s. 1766. Günümüz ceza

şehadette bulunduğu kimseye «meşhûdünleh», aleyhinde şehadette bulunduğu kimseye «meşhûdünaleyh» ve böylece ispat edilmek istenen hakka da «meşhûdünbih» denilir (24).

Şahitler usûlüne uygun bir şekilde ifade verdiklerinde, hâkim şahitler hakkında güvenilirlik soruşturması (tezkiye) yapmak ve yapılan şahitliğe göre hüküm vermek zorundadır (25). İddiası reddedilen davacı, iddiasını isbat için şahit dinletmelidir; eğer şahitleri yoksa karşı tarafa yemin teklif edebilir (26).

Bu arada belirtmek gerekir ki, şahitliğin mahkemede ispat vasıtası olarak kabul edilmesi, doğru da yanlış da olabilecek bir haberden ibaret bulunması nedeniyle, mantık kurallarına uymayan bir durumdur (27). Böyle her iki ihtimali de üzerinde taşıyan bir şey, bağlayıcı delil olamaz (28). Ancak, hâkimlerin kararlarında, şahitliğe dayanmalarını emreden naslar (29) ve bu konuda meydana gelmiş

-
- yargılaması hukukunda da tanık, beş duyusu ile elde ettiği gözlemlerini yargıç önünde açıklayan kişidir. YURTCAN, s. 227.
- (24) Ömer Nasuhi BİLMEN, Hukukî İslâmiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu, C. VIII, İstanbul 1985, s. 118; HEFFENİNG, s. 282; FETAVAYİ HİNDİYYE, Ansiklopedik İslâm Fıkhı, Çev. Mustafa Efe, C. VI, Ankara ts., s. 483.
- (25) Ali HAYDAR, C. IV, s. 384; Reşid PAŞA, s. 21.
- (26) Alaüddin Muhammed bin Mes'ud El-KASANİ, Bedaiü's-Sanâf Fi Tertibi's-Şerâi, C. VI, Beyrut 1974, s. 224; Ebû Bekir Muhammed bin Ebî Sehl Şemsüddin Es-SERAHSİ, El-Mebcut, C. XVI, Beyrut 1989, s. 116; KASANİ, C. VI, s. 224; CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 407.
- (27) Reşid PAŞA, s. 15.
- (28) SERAHSİ, C. XVI, s. 112; Kural olarak, zina davasında dört, diğerlerinde iki şahit aranır. Bu kadar şahsın verdiği habere, haber-i vâhid denir ki, bu da kesin bilgi ifade etmez. Ancak burada haber-i vâhid mütevatirin karşılığı olarak kullanılmıştır. Mütevatir ise, Mecelle'nin 1677. maddesine göre, yalan söylemek üzere söz birliği etmeleri imkansız olan bir topluluk tarafından verilen haberdir. Halbuki hâkimin verdiği karar kesin ve bağlayıcıdır. Öyleyse yargı, kesin bilgi ifade eden bir delile dayanmalıdır. Çünkü şahitlik, yargıdan daha alt seviyede olmasına rağmen, kesin bilgi gerektiren bir sebebe, hâdiseyi bizzat görmüş olmaya bağlıdır.
- (29) Kur'an'da, "...Erkeklerinizden iki kişiyi de şahit tutun. Eğer iki erkek yoksa râzı olduğunuz şahitlerden bir erkek, iki kadın (şahitlik etsin)...Tâ ki kadınlardan biri unuttuğunda diğeri ona hatırlatsın..." Süleyman ATEŞ, Kur'an-ı Kerim ve Yüce Meâli, Bakara/282, Ankara ts., s. 47. Yine Ebû Musa'nın anlattığına göre Hz. Peygambere iki kişi bir deve hakkında iddiada bulundular. Her biri, iki tane şahid getirdi. Bunun üzerine Hz. Peygamber

bulunan icmâ (30) sebebiyle bu mantık kurahı terkedilmiş ve genel bir ihtiyaca cevap verme düşüncesiyle (31), şahitlik mahkemedede delil olarak kabul edilmiştir (32).

II- ŞAHİTLİK İÇİN GEREKLİ ŞARTLAR

Hâkimin kararına doğrudan ve kesin olarak esas teşkil eden şahitlik beyanları (33) üzerinde, eski hukukumuzda titizlikle durulmuş ve yalancı şahitliğin önlenmesi için şahitlerde bir takım şartlar aranmıştır. Bunlar, şahitin kör olmaması, dürüst olması, hâdiseyi bizzat müşâhede etmiş bulunması, yapacağı şahitliğin kendisine bir menfaat sağlamaması ve ifadelerinde çelişki bulunmaması gibi hususlardır (34). Şahitlerin verdiği ifadelerin

deveyi ikiye bölerek aralarında taksim etti". İbrahim CANAN, Kütüb-i Sitte Muhtasarı Tercüme ve şerhi, C. 14, Ankara 1992, s. 104-105. Bu konuda diğer hadisler için bkz. CANAN, C. 14, s. 102-129.

- (30) Ebû El-Fazl Mecdu'd-din El-MAVSİLÎ, El-İhtiyar Metni el-Muhtar lîl-Fetva Tercemesi, İmam-ı A'zamın İçtihat ve Görüşleri, Çev. Celal Yeniçeri, İstanbul 1978, s. 135; ZUHAYLÎ, s. 301; Ali HAYDAR, C. IV, s. 388.
- (31) İnsanlar arasında anlaşmazlık ve düşmanlıkların olması ihtimali çok yüksektir. Her davayı isbat için kesin bilgi ifade eden bir delil getirmek mümkün olmayabilir ama bir olay sırasında iki kişinin şahit olması ve istendiği zaman mahkemeye gelip şahitlik yapması çoğu zaman mümkündür. Bkz. SERAHSÎ, C. XVI, s. 122.
- (32) Günümüz medeni yargılama hukukunda da şahit (tanık) delili, kesin değil takdiri deliller arasında sayılmış zayıf, çürük bir delildir. Tanığın bir vakıayı tamamen hatırında tutması ve gerçeği olduğu gibi anlatması zordur. Bundan başka, ahlak, din, şeref ve namus gibi manevi yönleri zayıf olan kişilerin, bilerek gerçeğe aykırı tanıklık yapmaları da mümkündür. Bundan dolayı, tanık delili ancak küçük meblağlar ve senede bağlanması imkansız olan hukuki işlemler ve hukuki fiiller için kabul edilmiştir. KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 299; KURU, s. 1769.
- (33) Günümüz medeni yargılama hukukunda ise, tanıklık takdiri bir delildir. Bu nedenle hâkim, tanıkların ifadeleri ile bağlı değildir; tanığın doğru söylemediğini başka delil ve belirtilerle anlarsa, tanık ifadelerinin aksi yönde de karar verebilir. Ancak hâkim tanık ifadelerini serbestçe takdir ederken sadece hâkimin vicdani kanaati yeterli olmayıp, hükümde bir tanığın ifadesinin neden kabul edildiğinin veya edilmediğinin belirtilmesi gerekir. KURU, s. 1798.
- (34) BAYINDIR, s. 144.

doğruluğundan kuşkulanan hâkim, yapılan şahitliği kabul etmeyerek, davacının başka şahitler getirmesini isteyebilir (35).

Şahitlerde aranan şartları, iki ayrı başlık altında incelemekte yarar vardır. Bunlardan biri, "tahammül-i şahadet" adı verilen, hukuki bir muamele veya olay esnasında şahit olabilmenin şartlarıdır. Diğeri ise, "edâ-i şahadet" denilen ve mahkemede şahit olabilmek için aranan şartlardır.

A- Hukuki Muamele veya Olayda Şahitlik İçin Gerekli Şartlar

Bir hukuki olaya veya yapılan bir muameleye şahit olabilmek için üç şart aranır. Bunlar, temyiz kudreti ve görme yeteneğine sahip olma ile hâdiseyi bizzat müşâhede etmekten ibarettir.

1- Temyiz Kudreti

Bir kimsenin makul surette hareket edebilme iktidarına sahip olması olarak tanımlanan temyiz kudreti (36), bir hukuki muamele veya olay esnasında şahit olabilmek için gerekli ilk şarttır (37). Dolayısıyla deliler ve henüz düşüncecek çağda olmayan çocuklar şahit olamazlar (38). Temyiz kudretinden yoksun olanların şahitliğinin kabul edilmemesi, bunların, hâdiseyi iyice işitip anlayamayacağı ve mahkemede ifade verinceye kadar zihinde tutamayacağı düşüncesine dayanır (39). Temyiz kudretinden yoksun olduğu bir dönemde, hukuki bir olay veya muameleye şahit olan şahsın, temyiz kudretine

(35) Reşid PAŞA, s. 76-77; Ali HAYDAR, C. IV, s. 514-515.

(36) Türk Hukuk Lügati, Temyiz Kudreti, s. 335.

(37) Osman KESKİOŞLU, Fıkıh Tarihi ve İslâm Hukuku, Ankara 1988, 252; SERAHSİ, C. XVI, s. 113; KASANI, C. VI, s. 267-268; ZUHAYLİ, s. 303; AKŞİT, s. 131.

(38) HEFFENING, s. 282; FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VI, s. 484.

(39) Günümüz medeni ve ceza yargılama hukukunda, tanıklık için yetenek koşulları gösterilmediği için çocukların tanık olarak dinlenilmesi mümkündür. Hatta, akıl ve fehim kuvvetleri gelişmemiş kimselerin de tanıklık yapabileceği kabul edilmiştir. Ancak, «aşık hastalık arazları ile erken bunama, frengi deliliği, ihtiyarlık bunaması, budalalık, ileri derecede hezeyan psikoza, şiddetli safhasında mani gibi ruh hastalıklarından hiç bir vakit sadık ve gerçek tanıklık olamaz.» düşüncesinde olan ruh doktorlarının kaygılarını da hesaba katmak gerekir. Dolayısıyla bu kimselerin tanıklıklarının iyi değerlendirilmesi gerekir. Şerafettin CANPOLAT, Usul Hukukunda Tanık ve Psikolojisi, Adana 1974, s. 18, 20-21; YURTCAN, s. 227-228.

sahip olmasından sonra şahitliğinin kabul edilmemesi de bu sebeptir (40).

2- Görme Yeteneği

Tahammül-i şahadetin ikinci şartı, görme yeteneğinden yoksun olmamaktır (41). Bu husus, Mecelle'nin 1686'ncı maddesinde "dilsizin ve a'manın şahadetleri makbul değildir" denilerek düzenlenmiştir. A'ma'nın şahadetinin kabul edilmemesi (42), onun, sözü söyleyen kişiyi görememesi ve dolayısıyla sesin sahibini doğru tespit edememesine dayanır. Ses sese benzeyebileceğinden şahitin yalnız sesi işitmesi yeterli görülmemektedir (43).

3- Olayı Bizzat Müşahede

Şahitlerin, şahitlik edecekleri hukuki muamele veya olayı, bizzat görüp müşâhede etmiş olmaları şarttır (44). Bu husus, Mecelle m. 1688'de, "şahidlerin meşhûdünbihi bizzat muayene etmiş olup da ol veçhile şahadet eylemesi lazımdır. Semâ' ile yani nâsdan işittim diye şahadet eylemesi caiz olmaz..." denilerek hükme bağlanmıştır. Buna göre, "halktan böyle işittim" diyerek şahitlik yapılması kabul edilmemektedir (45). Örneğin, bir kimse, iki kişi arasındaki alış veriş görmediği halde, halktan işiterek bu alış veriş davasına şahitlikte

(40) Ali HAYDAR, C. IV, s. 378; Bir hukuki olay veya muameleyle şahit olduğunda temyiz kudretinden yoksun olup da, temyiz kudretine sahip iken mahkemede bu durumu gizleyip şahitlik yaparsa, yalancı şahit olmuş olur.

(41) AKŞİT, s. 131; KESKİOĞLU, s. 252-253.

(42) HEFFENING, s. 282; MAVSİLİ, s. 138; ATAR'ın belirttiğine göre, "Katade'den gelen bir rivayette hukuk davalarında körün şahadeti makbul olduğu anlaşılmaktadır". Bkz. Fahrettin ATAR, İslâm Adliye Teşkilâtı, Ankara 1991, s. 198.

(43) KASANİ, C. VI, s. 266; Bundan dolayı bir kişi, gözleri kör iken şahit olduğu bir hadise hakkında gözleri görmeye başladıktan sonra şahitlik etse kabul edilmez. Eğer şahit olduğu zamanki durumunu mahkemeden gizleyerek ifadesini verirse yalancı şahit olmuş olur. Bkz. Ali HAYDAR, C. IV, s. 403.

Hanbeli ekolüne mensup hukukçulara göre, eğer kör olan bir kişi, satmak ve kiralamak gibi işitmek ile ilgili hukuki muamelelerde, sözleşme yapan tarafları tanıyabiliyorsa şahitlikte bulunabilir. Şafiiler'e göre ise, gözleri görmeyen kimse, görme ile ilgili hususlarda şahitlik edemez. Bu konuda geniş bilgi için bkz. ZUHAYLİ, s. 304.

(44) AKŞİT, s. 131; Mustafa Reşit BELÇESAY, Kur'an Hükümleri ve Modern Hukuk, İstanbul 1963, s. 354; HALEBİ, s. 222; BİLMEN, C. VIII, s. 140.

(45) HEFFENING, s. 282; Reşid PAŞA, s. 28-29; Ali HAYDAR, C. IV, s. 414; BİLMEN, C. VIII, s. 140.

bulunursa yalancı şahit olmuş olur. Eğer başkasından duyarak şahitlik yaptığını belirtirse şahitliği kabul edilmez. Yine, biri, duvar arkasından duyduğu sese dayanarak şahitlikte bulunamaz. Çünkü duyduğu ses, sesin sese benzemesinden dolayı, hakkında şahitlik yaptığı kişinin sesi olmayabilir (46).

Sebep veya delilleri müşahede ile hukuki muamele veya olay müşahede edilmiş olabileceği gibi, müşahede şartı aranmayan hususlar da bulunmaktadır.

a- Sebep veya Delilleri Müşahede

Mülkiyet davasında şahitlik yapılacaksa, mülkiyetin sebebinin veya delillerinin müşahede edilmesi, bu şartın gerçekleşmesi için yeterlidir. Sebebin müşahede edilmesi, mülkiyeti nakleden sebebin müşahedesiyile olur. Satınalma veya hibe yoluyla mülkiyetin el değiştirdiğini görenin, şahitlikte bulunması buna örnektir (47). Mülkiyetin delilinin müşahedesi ise, zilyedliğin müşahede edilmesiyle olur. Bir şahsın araba, elbise veya evi başkasıyla çekişmeksizin kullandığını görenin, o malın zilyede ait olduğuna şahitliği de bu duruma örnek teşkil eder. Çünkü, kimseyle nizaya girmeden bir malı kullanmak, o malda mülkiyete delildir (48).

b- Müşahede Şartı Aranmayan Hususlar

Bir takım davalarda müşahede şartı aranmaz. Bunlar, neseb, ölüm, evlenme, vakıf, velâyet, zifâf ve mehir gibi davalardır. Bu tür davalarda kişiler, duydukları şeye dayanarak şahitlikte bulunabilirler (49). Bu hususu Mecelle 1688'nci maddesinde, "...bir mahallin vakıf yahut bir kimesnenin fevt olduğunu sikadan işittim diye şahadet etse yani buna şahadet ederim zira sikadan böyle işittim dese şahadeti makbul olur. Ve velâyet ve mevt ve neseb hususlarında vech-i şahadeti böyle tefsir eylemeyerek yani işitme sözünü söylemeyerek sema' ile şahadet eylemesi caizdir..." diyerek düzenlemiştir.

(46) Ali HAYDAR, C. IV, s. 379.

(47) Kira ve ödünç gibi sözleşmelerin yapıldığı anda hâdiseye şahit olanların, bu davalarda şahitlik yapmaları da sebebi müşahedeye dayanır. Bkz. Ali HAYDAR, C. IV, s. 380.

(48) KASANI, C. VI, s. 267; HALEBİ, s. 225; Ali HAYDAR, C. IV, s. 380-381; Mülkiyetin delilini müşahedeye dayanarak şahitlik yapabilmek için zilyedin o mala sahip olduğu konusunda kalbine bir kanaat gelmiş olması şartı da aranmaktadır.

(49) SERAHSİ, C. XVI, s. 149; HALEBİ, S. 224; KASANI, C. VI, s. 266; ZUHAYLİ, s. 304; BİLMEN, C. VIII, s. 140; AKŞİT, s. 131.

Söz konusu davalarda, işitmeye dayanarak şahitlikte bulunmak istihşanen (50) uygun görülmüştür (51). Bu olayların gerçek sebeplerini görenlerin az olması sebebiyle bu kural kabul edilmiştir. Örneğin, sebebi doğum olan nesebin tespiti için, doğumda hazır bulunan ebeinin yanında, diğer insanların da işitme yoluyla şahit olması mümkündür. Aynı şekilde, sultanın tayin ettiği kadı veya vâlilerin davalarında da durum böyledir. Ölüm olayında da durum bundan farklı değildir. Çünkü ölenin yanında herkesin bulunması zor bir ihtimaldir. Bundan başka, nikâh akdi yapılırken de bazı özel kişilerden başkasının bulunması mümkün değildir. Fakat, bunlar öyle hukuki olay ve muamelelerdir ki, kısa zamanda duyulur ve bunlara bağlı bir takım hükümler uzun zaman devam eder. Eğer bu davalarda işitmeye dayanarak şahitlik yapmak uygun görülmeseydi bunları müşâhede edenlerin ölmesiyle, onlarla ilgili hükümler çıkmaza girerdi (52).

Bir kişinin söz konusu davalarda (53), duyduğu şeye dayanarak şahitlikte bulunabilmesi için, o şeyin, kendisinde bilgi hâsıl edecek derecede bir kuvvete sâhip olması gerekir ki bu da olay veya

(50) Bilindiği gibi istihşan, kıyasa uygun düşmeyen bir hükmün kıyas-ı hafi, hadis, icma, zaruret ve maslahat gibi bir delille sabit olmasıdır. Abdülkerim ZEYDAN, *El-Veciz Fi Usûl'il-Fıkh*, İstanbul 1976, s. 230; CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 154-155; Fahrettin ATAR, *Fıkh Usûlü*, 2. B., İstanbul 1992, s. 71-74; Zekiyüddin ŞA'BAN, *İslâm Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l-Fıkh)*, Çev. İbrahim Kâfi Dönmez, Ankara 1990, s. 159-173; BİLMEN, C. I, s. 17.

(51) Reşid PAŞA, s. 30; Ali HAYDAR, C. IV, s. 414; Ebû Hanife'ye göre, işitmek (tesâmu') suretiyle şahit olunabilmesi için, haberin meşhur olması, insanlar arasında yaygınlık kazanması ve bu hususta haberin yalanlanamayacak bir hal alması gerekir. Bkz. MAVSİLİ, s. 137.

Ebû Yusuf ve İmam Muhammed'e göre ise, şahitlik edecek kimseye, adalet sahibi iki erkeğin yahut bir erkekle iki kadının haber vermesi gerekir. Maliki ekolüne mensup hukukçular'a göre ise, tesâmu' ile şahitlik yirmi halde mümkündür. Şafiilerin kabul edilen görüşlerine göre ise, neseb, ölüm, vakıf, nikah ve eşyaların mülkiyeti hakkında tesamu' ve istifaza (yaygın olarak bilinme) yolu ile şahitlik etmek mümkündür. Hanbelîler'e göre ise, neseb, doğum, nikah, ölüm, mülkiyet, vakıf, velayet ve azl hususlarında istifaza yoluyla şahitlik edilebilir. Tesamu' yoluyla şahitliğin şartı ise, yalan söylemeyecek bir topluluktan işitmek ve büyük bir kalabalıktan öğrenmektir. Bkz. ZUHAYLİ, s. 304.

(52) ZUHAYLİ, s. 304; SERAHSİ, C. XVI, s. 150; KASANİ, C. VI, s. 266.

(53) Bu davalar, velayet, vakıf, nikah, mehir, zıfâf, ıtk (kölenin hürriyete kavuşması), velâ, mevt ve neseb hususlarından ibarettir. Ali HAYDAR, C. IV, s. 414-424.

muamelenin halk arasında duyulup yaygınlaşması yani şöhretle (54) mümkündür (55).

Duyduğu şeye dayanarak şahitlikte bulunan bir kişinin mahkemede işitme sözünü söylememesi gerekir (56). Hâkime, öyle duyduğu için şahitlikte bulunduğunu söylerse şahitliği geçersiz olur (57). Ancak "bir yerin vakıf yahut bir kimsenin ölmüş olduğunu güvenilir kimselerden duydum" diye şahitlik ederse, şahitliği kabul olur (58).

B- Mahkemede Şahitlik İçin Gerekli Şartlar

Mahkemede şahitlikte bulunmaya "edâ-i şehadet" adı verilir. Mecelle m. 1687, "meclis-i muhakemenin haricinde olan şehadet mu'teber değildir" diyerek, şahitlerin ifadelerini hâkimin huzurunda vermeleri gerektiğini, mahkeme dışında yapılan şahitliğin geçerli olmayacağını (59) belirtmiştir (60). Dolayısıyla davacı, şahitlerin

(54) Şöhret, ya örfi ya da şer'i olur. Örfi şöhret, halkın çoğunun o hâdiseyi bilmesidir. Şer'i şöhret ise, iki erkeğin veya bir erkekle iki kadının şahitliğiyle hasil olur. Böyle bir haberin yalan olma ihtimaline karşı, hâkim huzurunda yapılan şahitlikte olduğu gibi burada da şahitlerin âdil kimseler olması şarttır. Bu şekilde, bir kişinin yanında iki erkek veya bir erkekle iki kadın şahitlikte bulununca şer'an bu hâdise o kişiye göre şöhret bulmuş sayılır. Bkz. SERAHSÎ, C. XVI, s. 150.

(55) ZUHAYLÎ, s. 304.

(56) BİLMEN, C. VIII, s. 140-141; Ali HAYDAR, C. IV, s. 420; Mecelle m. 1688/III; Bir çocuğun doğumuna ve beş gün sonra öldüğüne dair tesamu' suretiyle yapılan şahitlik için şu örnek verilebilir: "... hîn-i vefâta habl zâhir ve ma'lûm olub ve târîh-i mezbûrda vilâdet ehl-i mahalle mâbeyninde meşhûr ve müte'aref olduktan sonra Altun bin Abdullah ve Fatma binti Habîb ve Emine binti İlyas târîh-i mezbûrda nefis-i vilâdete an ilmin ve i'kânin ve dört gün sağ olub beşinci gün fevt olduğuna şehâdet-i şer'iyye etdiklerinde..." Bkz. BA-YINDIR, s. 149.

(57) BİLMEN, C. VIII, s. 141.

(58) Mecelle m. 1688/IV.

(59) Reşid PAŞA, s. 27.

(60) Günümüz medeni yargılama hukukunda da, tanıklar kural olarak davaya bakan mahkemede dinlenir (HUMK m. 241, m. 255). Hastalık veya sakatlık nedeniyle mahkemeye gelemeyen tanık bulunduğu yerde (mesela evinde, hastanede) dinlenir (HUMK m. 255/I c. 2).

Görevsiz (veya yetkisiz) mahkemede dinlenen tanıkların, görevli (veya yetkili) mahkemede dinlenmeleri için hiç bir neden yoksa, görevli (veya yetkili) mahkeme, görevsiz (veya yetkisiz) mahkemedeki tanık ifadeleri ile yetinebilir. KURU, s. 1789-1790.

mahkeme dışında bir yerde şahitlikte bulduklarını iki şahitle isbat etse, geçerli değildir (61).

Mahkemede şahitlikte bulunabilmek için, şahitlerin şahısları, ifadeleri ve şahitlik ettikleri konu ile ilgili birtakım şartlar aranmaktadır. Bu şartları genel ve özel olmak üzere ikiye ayırarak incelemek mümkündür.

1- Genel Şartlar

Bunlar, bütün şahitlerde bulunması gereken şartlardır. Bunların bulunmaması durumunda o kişinin şahitliği kabul edilemez.

a- Fiil Ehliyeti

Mahkemede şahitlik yapabilmek için gerekli ilk şart, şahidin fiil ehliyetine sahip olmasıdır (62). İslâm hukuk terminolojisinde âkıl (63) ve bâliğ olmak (64) olarak nitelenen fiil ehliyetine sahip olma, temyiz kudreti ile bulûğa ermenin birlikte bulunması halinde söz konusudur (65). Temyiz kudreti, makul surette hareket edebilme iktidarını belirtir. Buna sahip olmayan kimsenin, şahitliğin ne demek olduğunu anlayamayacağı için, şahitliği kabul edilmez (66). Dolayısıyla, deliller ve henüz düşünecek çağa olmayan çocuklar şahitlik yapamazlar

(61) Ali HAYDAR, C. IV, s. 411.

(62) HEFFENING, s. 282; CİN/ AKGÜNDÜZ, C. I, s. 408.

(63) Geniş bilgi için bkz. Abdülkerim ZEYDAN, İslâm Hukukuna Giriş, Çev. Ali şafak, 2. B., İstanbul 1985, s. 456; KESKİOĞLU, s. 174-175; Hamdi DÖNDÜREN, Akıl, TDVİA, C. II, İstanbul 1989, s. 247; CİN/ AKGÜNDÜZ, C. II, s. 16-17;

(64) Geniş bilgi için bkz. Ali BARDAKOĞLU, Bulûğ, TDVİA, C. VI, İstanbul 1992, s. 413.

(65) Şakir BERKİ/Hayrullah HAMİDİ, İslâm Hususi Hukukunun Ana Prensipleri "Kur'anda Hukuk", 2. B., Ankara, 1962, s. 149; HEFFENING, s. 282; HALEBİ, s. 231; CİN/ AKGÜNDÜZ, C. I, s. 408; ZUHAYLİ, s. 307; AKŞİT, s. 131.

(66) Günümüz ceza yargılamasında ise, tanık beyanı ile hâkim bağlı bulunmadığı için, tanıklarda fiil ehliyeti şartı aranmamaktadır. Daha başka bir ifadeyle, yaşlı, çocuk, sağır, dilsiz, akıl hastası, özetle her insan tanıklık yapabilir. KUNTER, s. 583; CANPOLAT, s. 27.

(67). Aynı şekilde, şahitin bülüğa ermiş yani ergenlik çağına girmiş olması da aranır (68).

b- Dilsiz ve Kör Olmamak

Bu husus Mecelle'nin 1686'ncı maddesinde, "dilsizin ve a'manın şahadetleri makbul değildir" denilerek düzenlenmiştir (69). Dilsizin, bilinen işaretlerle veya yazılı olarak şahitlik yapması da mümkün değildir (70). Çünkü, şahitliğin geçerli olabilmesi için, ifade verilirken şehâdet sözünün söylenmesi şarttır (71). Dilsiz de konuşamayacağı için şahitliği kabul edilmez (72). Gözleri görmeyen kimsenin de şahit olabilmesi mümkün değildir (73).

-
- (67) SERAHSİ, C. XVI, s. 113; KASANI, C. VI, s. 267; FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VI, s. 484; HALEBİ, s. 231; ZUHAYLİ, s. 307; ATAR, Adliye, s. 197; BİLMEN, C. VIII, s. 167.
- (68) KESKİOĞLU, s. 253; FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VI, s. 484; SERAHSİ, C. XVI, s. 113; Olayı bülüğa ermemişken gören çocuk baliğ olduktan sonra şahadette bulunabilir. Bkz. HALEBİ, s. 231-232; Küçüklerin birbirlerine karşı şahitlikleri ise, İmam Mâlik'e göre, doktrindeki çoğunluğun aksine olarak, öldürme ve yaralama davalarında mümkündür. ZUHAYLİ, s. 307; FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VI, s. 515.
- (69) KESKİOĞLU, s. 253; AKŞİT, s. 131. Konuyla ilgili bir fetvayı burada belirtmek yararlı olacaktır. "Amâ olan Zeyd'in şahadeti makbul olur mu? Elcevap: Olmaz" (Ali Efendi, Fetavayı Ali Efendi C. II, s. 388, HALEBİ, s. 231'den naklen).
- (70) BERKİ/HAMİDİ, s. 149; KASANI, C. VI, s. 268; Maliki hukukçular, işaretinin anlaşılması halinde dilsizin şahitliğinin kabul edileceği görüşündedirler. Çünkü dilsizin anlaşılabilir işareti, talak, nikah ve zihar hususlarında onun konuşması konumundadır, şahitliğinde de böyledir. ZUHAYLİ, s. 309.
- (71) BİLMEN, C. VIII, s. 167; Ali HAYDAR, C. IV, s. 402; Reşid PAŞA, s. 26; FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VI, s. 484, 514.
- (72) Günümüz ceza yargılamasında şahitin sözlü beyanda bulunmasının istisnasını dilsizler teşkil eder. Dilsiz tanık yazabiliyorsa, yazarak ve imzalayarak, yazamıyorsa, işaretinden anlayan biri vasıtasıyla beyanda bulunur. Dolayısıyla, sağır ve kör gibi dilsizler de, özette her insan tanıklık yapabilir. CANPOLAT, s. 27; KUNTER, s. 583.
Günümüz ceza yargılaması ile İslâm hukuku arasında bir fark da burada kendini göstermektedir. Dilsiz ve a'ma İslâm hukukunda şahitlikte bulunamazken, günümüz ceza yargılamasında bulunabilmektedir. Bunun farklı olmasının sebebi, günümüz ceza yargılamasında vicdani delil sisteminin uygulanması, buna karşılık İslâm hukukunda hakimin şahitin beyanıyla büyük ölçüde bağlı bulunmasıdır.
- (73) KESKİOĞLU, s. 253; HALEBİ, s. 231; MAVSİLİ, s. 137; FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VI, s. 484; BİLMEN, C. VIII, s. 167; Ebû Hanife, İmam

c- Hürriyet

Şahitliğin geçerli olabilmesi için gerekli olan bir diğer şart da hür (özgür) olmaktır. Bu açıdan kölelerin şahitliği kabul edilmez (74). Fakat, hürriyetlerine kavuştuktan sonra, köleyken meydana gelmiş olan olay ve muamelelere şahitlikte bulunabilirler (75).

d- Adil Olmak

Mecelle m. 1705'de, "şâhidin âdil olması şarttır. Adil, hasenâtı seyyiâtına galip olan kimsedir. Binaenaleyh rakkas ve mashara gibi namus ve mürüvveti muhil hal ve hareketleri itiyad eden eşhasın ve kizb ile maruf olan kesanın şehadetleri makbul olmaz" (76) diyerek bu hususu düzenlemiştir. Buna göre, şahitin hiç kötülüğü bulunmayan değil (77), iyi davranışları kötü davranışlarından fazla olan âdil bir kişi olması gerekir (78).

Muhammed ve Şafii hukukçulara göre, kör, dava konusu olay veya muamele esnasında görme özelliğine sahip olsa bile şahitlik sırasında kör ise şahitliği kabul edilmez. FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VI, s. 514.

Maliki ve Hanbeli hukukçularla Ebû Yûsuf'a göre ise, sesin sahibinin kim olduğunu yakinen bildiği takdirde, gözü görmeyen kimsenin şahitliği kabul olunur. Yine bunlara göre, gözleri görür haldeyken müşâhede etmiş olduğu olaya kör olduktan sonra şahitlikte bulunulabilir. HALEBÎ, s. 231; BİLMEN, C. VIII, s. 167.

(74) HEFFENING, s. 282; AKŞİT, s. 131; KESKİOĞLU, s. 253; BERKİ/HAMİDİ, s. 149; HALEBÎ, s. 224; SERAHSÎ, C. XVI, s. 113-114; FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VI, s. 484, 516; Hanefi, Maliki ve Şafii hukukçular, şahidin hür olması üzerinde görüş birliğine varmışlardır. Ancak Hanbeli ve Zahiriler'e göre, kölenin şahitliği de kabul edilir. ZUHAYLÎ, s. 307; MAVSİLÎ, s. 136.

(75) MAVSİLÎ, s. 136; KASANÎ, C. VI, s. 267; HALEBÎ, s. 231; "Zeyd'in iddiasına Amr'in âzâd edilmemiş kölesi Bekir'in şehadeti makbul olur mu? Elcevap: Olmaz. (Feyzullah Efendi, Fetavayı Feyziye, s. 292, HALEBÎ, s. 232den naklen).

(76) Ebû Hanife'ye göre, kısas ve had davalarının dışındaki davalarda kural olarak şahitlerin âdil olduğu kabul edilir. İmam Muhammed, Ebû Yusuf ve İmam Şafii ise bu görüşe katılmamaktadırlar. MAVSİLÎ, s. 136.

(77) Ali HAYDAR, C. IV, s. 464.

(78) KESKİOĞLU, s. 253; AKŞİT, s. 131; HEFFENING, s. 282; MAVSİLÎ, s. 139; HALEBÎ, s. 224-225. Şahitlik konusunda adalet denildiğinde, büyük günahlardan kaçınan, farz olan vazifeleri yerine getiren ve davranışlarının iyisi kötüsünden daha çok olan kimse anlaşılır. Kısaca adalet (dürüstlük) ile, iyi davranışların, yanlış tutum ve davranışlardan fazla olması kastedilir. Bkz. Hayreddin KARAMAN, Adâlet, TDVİA, C. I, İstanbul 1988, s. 344;

Şahitlerin âdil olmaları şartı, verdikleri habere güvenebilmek için aranmıştır. Burada adâlet, dürüstlük anlamında kullanılmakta, dürüstlüğün ise tam bir sınırı bulunmamaktadır. Bu sebeple, dürüstlüğün objektif ölçüsünü dikkate almak gerekir. Bu da, kişinin mensubu bulunduğu dinde haram olduğuna inandığı şeylerden sakınması olarak kendisini gösterir (79).

Söz konusu maddede, rakkâs (dansçı) (80) ve maskara gibi namus ve haysiyeti zedeleyen davranışlara alışmış olanlarla, yalancılığı herkesce bilinen kimselerden söz edilmektedir. Maddede sayılanlar örnek kabilinden olup kapsamın genişletilmesi mümkündür (81). Buna göre, oyun ve eğlence ile vakit geçirenler, yahut kendisini satranç ve tavla gibi oyunlara kaptıranlar (82), kadınlaşan erkekler (muhammed, eşcinsel) (83), içkiye alışmış olanlar (84), fâiz yiyenler (85) ve umûmî ahlâka aykırı davranışlarda

FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VI, s. 485; Reşid PAŞA, s. 33-34; Ali HAYDAR, C. IV, s. 464-466.

- (79) Kural olarak, şahitlik yapabilmek için müslüman olma şartı aranmamakta, ancak bir gayri müslimin müslüman aleyhine şahitliği de kabul edilmemektedir. Bir gayri müslim kendi dininde haram olduğuna inandığı şeylerden sakınırsa, verdiği haberin doğruluğuna güvenilebilir. Ancak müslümanlara karşı düşmanlık beslemesi inancında olduğu düşüncesinden hareketle bir müslümanın aleyhine şahitliği kabul edilemez. Fakat kendi aralarında böyle bir durum söz konusu olmayacağından biri diğeri için şahitlikte bulunabilir. Bkz. SERAHSİ, C. XVI, s. 113.
- (80) FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VI, s. 520; "Cemiyetlerde rakkaslık eden Zeyd'in şehadeti makbul olur mu? Elcevap: Olmaz (Muhammed Arif, Fetavayı Netice, s. 298, HALEBİ, s. 234).
- (81) Bu hususta bkz. FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VI, s. 514-556; Ali HAYDAR, C. IV, s. 464-465.
- (82) HEFFENING, s. 282; MAVSİLİ, s. 138; KASANİ, C. VI, s. 269; FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VI, s. 519-520; BİLMEN, C. VIII, s. 169; "İmam olup tavla, satranç oynamak devamlı âdeti olan Zeyd'in şehadeti makbul olur mu? Elcevap: Olmaz (Abdurrahim, s. 405, HALEBİ, s. 234).
- (83) BİLMEN, C. VIII, s. 168; HALEBİ, s. 232; MAVSİLİ, s. 138.
- (84) MAVSİLİ, s. 138; FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VI, s. 517, 518; "Şarap içmeye müptela olup devam eden Zeyd'in, şehadeti makbul olur mu? Elcevap: Olmaz" (Ali Efendi, C. I, s. 291, HALEBİ, s. 233'den naklen).
- (85) SERAHSİ, C. XVI, s. 131; MAVSİLİ, s. 138; HALEBİ, s. 234; FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VI, s. 517; BİLMEN, C. VIII, s. 169; "Riba yemek âdeti olan

bulunanların (86) şahitlikleri kabul edilmez. Bu gibi kişiler, tevbe edip durumlarını düzelttikleri takdirde şahitlikleri kabul edilir (87). Ancak yalancılıkla tanınıp şöhret bulmuş bir kimse tevbe etse de şahitliği kabul edilmez. Çünkü, bu kişinin tevbesinde samimi olup olmadığı bilinemez (88).

Ebû Hanife'ye göre, müslümanın dış görünüşü itibariyle âdil olduğunun bilinmesi şahitlik yapabilmesi için yeterlidir. İmam Muhammed ve Ebû Yusuf'a (89) göre ise, zahiri adalet yeterli değil, gerçekten âdil olup olmadığının araştırılması gerekir (90).

e- İftira Cezası Görmemek

İslâm hukuku terminolojisinde "hadd-i kazf" olarak nitelenen iffete iftira suçu, namuslu bir erkek veya kadına zina iftirasında bulunulması veya nesebin inkar edilmesi olarak tanımlanmıştır (91). İddiasını dört erkek şahitle isbat edemeyen kişiye, karşı tarafın talebiyle, yaptığı iftiranın cezası olarak seksen değnek vurulur ve buna hadd-i kazif denir (92). Böyle bir kişi tevbe etse dahi şahitliği kabul edilmez (93).

Zeyd'in şehadeti makbul olur mu? Elcevap: Olmaz (Abdurrahim, C. II, s. 404, HALEBİ, s. 234).

(86) BİLMEN, C. VIII, s. 168.

(87) SERAHSİ, C. XVI, s. 132.

(88) SERAHSİ, C. XVI, s. 131.

(89) Ebû Yusuf'a göre, fâsik bir kişi insanlar arasında nüfuz sahibi ve haysiyetli biri ise şahitliği kabul edilir. Çünkü, yaptığı şahitlikte yalan şüphesi olmaz. İtibarlı bir kişi olduğu için, hiç kimse ona ücretle şahitlik yaptırmaya cesaret edemez. Haysiyetinden dolayı da hiçbir menfaat beklemeden yalan söylemekten sakınır. Ebû Yusuf'un bu görüşü taraftar bulamamıştır. Bkz. KASANI, C. VI, s. 269.

(90) FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VI, s. 485; Reşid PAŞA, s. 54; ZUHAYLİ, s. 309-310; SERAHSİ, C. XVI, s. 113.

(91) Bu suç hakkında geniş bilgi için bkz. Abdülkadir UDEH, Mukayeseli İslam Hukuku ve Beşeri Hukuk, C. IV, Çev. Ali şafak, Ankara t., s. 121- 159; BİLMEN, C. III, s. 229-249; CİN/ AKGÜNDÜZ, C. I, s. 319-320; Hayreddin KARAMAN, Mukayeseli İslâm Hukuku, C. I, İstanbul 1991, s. 129; Abdurrahman CEZİRİ, Dört Mezhebe Göre İslâm Fıkhı, Çev. Mehmet Keskin, C. VII, 3. B. İstanbul 1991, s. 3159 vd.

(92) Kur'an, Nur/4, "Namuslu kadımlara (zina suçu) atıp da sonra (bu suçlamalarını ispat için) dört şahit getirmeyenlere seksen değnek vurun ve artık onların şahitliğini asla kabul etmeyin. Onlar yoldan çıkmış kimselerdir";

f- Çok Dikkatsizlik ve Uluorta Konuşmamak

Önceki hukukumuzdaki ifadesiyle fazla gafil ve mücâzif olan, yani çok dikkatsiz ve uluorta konuşan bir kişinin şahitliği kabul edilmez (94). Çünkü, şahitlikte konuyu iyice dinleyip anlamak ve ifade verilecek zamana kadar hafızada tutmak anlamında tam belenmiş olması (zabt) şartı aranmaktadır. Bu husustaki herhangi bir eksiklik şahitliğe şüphe düşüreceği için kişide bu özelliğin bulunmasına dikkat edilir. Bunun için de, çok dikkatsiz olan veya sözlerini uluorta söyleyip ölçülü olmayanların bu durumları halk arasında belirgin hâle gelmişse, bunların şahitliğe ehil olmadığı kabul edilir (95).

M.Hamdi YAZIR, Hak Dini Kur'an Dili, C. V, İstanbul ts, s. 552-553; Muhammed Ali SABUNİ, Kur'an-ı Kerim'in Ahkâm Tefsiri, C. II, Çev. Mazhar Taşkesenlioğlu, İstanbul 1984, s. 94-111.

- (93) Kur'an, Nur/4; Ebû Hanîfe'ye göre, tevbe etse dahi iftiracının şehadet hakkı düşer. Ebû Yusuf, İmam Züfer ve diğer hukuk ekollerine göre ise, tevbe eden iftiracının kazif cezası tatbik edilmişse, artık şahitliği kabul edilir. Bkz. SABUNİ, s. 107; UDEH, s. 155; FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VI, s. 485, 521; HALEBİ, s. 232; BERKİ/HAMİDİ, s. 150; HEFFENING, s. 282; MAVSİLİ, s. 137; KARAMAN, Mukayeseli, s. 130; KESKİOĞLU, s. 253; AKŞİT, s. 132.
- Ebû Hanîfe ve İmam Malik'e göre, iftirada bulunanın şahitlik hakkı ancak had cezasının tatbikiyle düşer. Şafii ve Hanbeli hukukçulara göre ise, had cezası uygulanmasa dahi suçun sübutu ile veya suçlunun ispattan aciz kalmasıyla şahitlik hakkının düşeceği kabul edilmektedir. Bkz. UDEH, s. 155. Bu suça ait şahitliğin kabul edilmemesi cezasını Serahsî ve Yazır şu şekilde yorumlamaktadır: "Burada şahitliğin reddedilmesi cezayı tamamlayıcı mâhiyettir. Değnekler vücûdunu incittiği gibi, şahitliğin kabul edilmemesi de kalbini incitir. Burada caydırma (zehr) mânâsı vardır. Sonra, zina iftirasında bulunan bir kişi, suçunu diliyle işlemiştir. Şahitliğini reddetmek, suç yerine tatbik edilmiş bir cezadır. Hırsızlık cezasında olduğu gibi, bu şekildeki cezalandırma meşrûdur". Bkz. SERAHSİ, C. XVI, s. 127; YAZIR, s. 552-553.
- (94) BİLMEN, C. VIII, s. 167; BAYINDIR, s. 155; CİN/AGÜNDÜZ, C. I, s. 408; AKŞİT, s. 131.
- (95) Ayrıca çok dikkatsiz kişinin, kendine yapılacak telkine göre ifade vermesinden de korkulur. Uluorta konuşan kişi de sözünün meşrû mu yoksa gayri meşrû mu olduğunu düşünmeksizin, dinî ve ahlâki yönden hoş karşılanmayan sözleri söyleyebileceği için, yapacağı şahitlikte de lâubâli ve aldırışsız olacağından endişe edilir. Bkz. SERAHSİ, C. XVI, s. 113; BİLMEN, C. VIII, s. 167.

g- Menfaat Sağlamamak

Mecelle m. 1700/I'de "şehadetde def-i mağrem ve cerr-i mağnem yani def-i mazarrat ve celb-i menfaat olmamak şarttır" diyerek, şahidin davadan dolayı bir zarara uğramaması veya bir menfaat elde etmemesi gerektiği hususunu (96) belirtmiştir (97). Mecelle'de belirtilen bu hususu üç başlık altında incelemek mümkündür.

aa- Usul ve Furu'un Birbirine Şahitliği

Mecelle m. 1700/II'de "Binaenaleyh aslın fer'a ve fer'in asla yani âbâ ve ecdad ve ümmehât ve ceddâtın evlâd ve ahfadı lehlerine ve evlâd ve ahfâdın âbâ ve ecdâdı ve ümmehât ve ceddâtı lehlerine ... şehadetleri makbul olmaz" demektedir (98). Buna göre, usul ve furu'un birbirlerine karşı yapacakları şahitlik geçerli değildir (99).

(96) AKŞİT, s. 132; HEFFENING, s. 282; KESKİOĞLU, s. 253.

(97) Günümüz medeni yargılama hukukunda da, taraflardan her biri, tanığın davada (tanıklık etmekte) hukuki yararı bulunduğu gibi bir nedenle doğru söylemediğini iddia ve ispat edebilir (HUMK m. 254). KURU, s. 1799; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 304.

Tanık, kendisinin veya yakın hısımlarının menfaatinin söz konusu olduğu hallerde tanıklıktan çekinebilir. Bunlar, tanıklığın, tanığın kendisine veya HUMK m. 245/1-3'teki hısımlarından birine doğrudan doğruya mali bir zarar verecek nitelikte olması (HUMK m. 246/1); tanığın kendisinin veya HUMK m. 245/1-3'teki hısımlarından birinin şeref ve haysiyetlerini ihlal etmesi veya haklarında ceza kovuşturması yapılmasını gerektirmesi (HUMK m. 246/2) durumlarıdır. KURU, s. 1772; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 301.

(98) FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VI, s. 524; MAVSİLİ, s. 138; HALEBİ, s. 232; AKŞİT, s. 132; HEFFENING, s. 282. Ancak, çocuğun babasıyla davasının olması durumunda, dedenin, çocuğun babası (yani kendi oğlu) aleyhine ve çocuğu lehine yapacağı şahitlik bu kuralın istisnasını teşkil eder. Çünkü burada dedenin, oğlu daha yakın iken onun aleyhinde şahitlikte bulunması, şahitliğinin reddedilmesini gerektiren töhmeti bertaraf ettiği için dedenin torunu lehindeki şahitliği geçerli olur. Reşid PAŞA, s. 44.

(99) Günümüz medeni yargılama hukukunda, tanıklıktan çekinme hakkı olan tarafların yakınları HUMK m. 245'te tahdidi olarak sayılmıştır. Bunlardan biri de, iki taraftan birinin neseben veya sebeben usul ve furu yahut üçüncü dereceye kadar neseben veya kendisiyle sıhriyet hasil olan evlilik bağı kalkmış olsa bile ikinci dereceye kadar sebeben civar hısımları ve aralarında evlatlık bağı bulunanlardır (HUMK m. 245/3). KURU, s. 1771; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 300. Aynı husus ceza yargılaması açısından da geçerlidir. Bkz. CMUK m. 47.

Görüldüğü üzere bunların sadece çekinme hakkı olup bunu isterlerse kullanabileceklerdir. Oysa İslâm hukukunda ise, bunların şahitlikleri mahkemece kabul edilmemektedir.

Baba, dede, anne ve nine lehine yapılan şahitlikle, evlât ve torunlar lehine yapılan şahitliklerin geçerli olmamasının sebeplerinden biri, bunların normal olarak birbirlerinin mallarından istifade etmeleri ve bu sebeple de, lehte yapacakları şahitlikte kendilerine bir menfaat sağlama töhmetinin (100) bulunmasıdır (101).

Buna karşılık, kardeş, amca ve dayı gibi diğer akrabalarda durum böyle değildir (102). Örf ve âdete göre, bunlar birbirinin malını harcayamadıkları için birbirlerine yabancı gibi kabul edilirler. Dolayısıyla da bunların birbirleri lehine şahitlikleri geçerlidir. Bu durum, Mecelle'de, "amma ... akrabanın yekdiğeri lehine şehadetleri makbul olur" denilerek belirtilmiştir. Süt babanın süt evladı ve süt evladın da süt babası lehine yapacağı şahitlikler de bu kurala tabidir(103).

bb- Eşlerin Birbirine Şahitliği

Mecelle 1700 üncü maddesinde, karı kocanın birbiri lehine yapacağı şahitliğin kabul edilmeyeceğini, "ehad-i zevceynin diğeri lehine şehadetleri makbul olmaz" (104) diyerek belirtmiştir (105). Ancak, erkeğin karısını ayırıcı boşanma ile boşanmasından sonra veya ric'i talakla boşayıp iddeti bittikten sonra, karısı lehine şahitlikte

-
- (100) Töhmets, şahidin lehine şehadet ettiği kimseye bir fayda sağlaması yahut ondan bir zararı defetmesidir. Bkz. ZUHAYLİ, s. 312.
- (101) KASANİ, C. VI, s. 272; ZUHAYLİ, s. 312.
- (102) Bu hususta Őu fetva örnek olarak verilebilir. "Zeyd'in iddiasına amcaları Amr ve Bekir'in Şehadetleri makbul olur mu? Elcevap: Olur" Abdurrahim, Fetavayı Abdurrahim, C. II, s. 405, (HALEBİ, s. 232'den naklen).
- (103) FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VI, s. 525; ZUHAYLİ, s. 313; KASANİ, C. VI, s. 272.
- (104) AKŞİT, s. 132; KESKİOĞLU, s. 253; HEFFENING, s. 282; SERAHSİ, C. XVI, s. 122-123; Ali HAYDAR, C. IV, s. 449; FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VI, s. 525.
- (105) Doktrindeki çoğunluğun gürüşü bu iken, Şafii ekolüne mensup hukukçular karı-kocanın birbiri lehine şahitlik yapabileceklerini belirtirler. Bunlar, "karı ile koca arasında meydana gelen Şey, sonradan ortaya çıkan bir akittir ve bozulabilir. Bu ise Şahitliğin kabulüne engel değildir. Tıpkı ücretli kimsenin yanında çalıŐtıđı kimseye Şehadet etmesi gibidir" derler. Bkz. MAVSİLİ, s. 138; ZUHAYLİ, s. 313; "Hind'in lehine kocası Zeyd, Şehadet etse, Şehadeti makbul olur mu? Elcevap: Olmaz, Abdurrahim, C. II, s. 405, HALEBİ, s. 233'den naklen).

bulunabilmesi mümkündür (106). Çünkü, bu durumda aralarında artık töhmet sebebi kalmamıştır (107).

cc- Diğer Durumlar

Bir kimsenin yardımıyla geçimini temin edenin o kimse lehine; işçilerin de işveren lehine yapacakları şahitliğin kabul edilmeyeceğini Mecelle m. 1700'de belirtmiştir: "Bir kimsenin infakı ile teayyüş eden adamının ve ecîr-i hassının kendi lehine şهادetleri makbul olmaz" (108). Hatta, bir kimse diğeri lehine şahitlikte bulunup da henüz hüküm verilmeden evvel, şahitlikte bulunan kimse lehine şهادette bulunduğu kimsenin bağımlı işçisi olursa, yaptığı şahitlik geçersiz olur (109).

Aynı bunun gibi, ortakların, ortaklık malında (110), bir mala kefil olanın da, malın, kefil olduğu kişi tarafından sahibine iade edildiği hususunda şahitliği kabul edilmez (111). Mecelle bu hususu, "Ve kezalik şeriklerin mal-i şirkette yek diğeri lehine şهادetleri ve kefil bil-mâl olan kimsenin asil tarafından mekful-ün bihin eda olunduğuna şهادeti makbul olmaz" diyerek açıklamıştır. Ortaklık mal ile kefil olunan mal dışındaki hususlarda ise şahitliğin geçerli olduğu "amma sair hususlarda yekdiğeri şهادetleri makbul olur" (112) denilerek belirtilmiştir (113). Yine, bir vakfın geliri ile ilgili bir davada, o gelirden yararlananların (mürtezika) lehteki şahitlikleri de kabul edilmez (114); fakat, vakıf malın ash ile ilgili şahitlikleri ise geçerlidir (115).

-
- (106) Günümüz medeni yargılama hukukunda ise, aralarında evlilik bağı kalkmış olsa bile iki taraftan birinin karı veya kocası (HUMK m. 245/2) şahitlikten çekinebilir. KURU, s. 1771.
- (107) SERAHSİ, C. XVI, s. 137; Ayırıcı boşanma, nikah bağı tamamen ortadan kaldıran bir boşamadır. İddetin bitmesi de nikahı tamamen sona erdirir.
- (108) FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VI, s. 526; MAVSİLİ, s. 138; AKŞİT, s. 132.
- (109) MAVSİLİ, s. 138; Ali HAYDAR, C. IV, s. 404.
- (110) Günümüz medeni yargılama hukukunda da, tüzel kişinin taraf olduğu bir davada, o tüzel kişinin organı (kanuni temsilcisi) durumundaki kişiler tanık olarak dinlenemez. KURU, s. 1767.
- (111) FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VI, s. 527-528; HALEBİ, s. 232.
- (112) Mecelle m. 1700.
- (113) Ali HAYDAR, 457.
- (114) Günümüz medeni yargılama hukukunda da, buna dolayısıyla benzeyen bir husus vardır: Köy orta mallarını ilgilendiren davalarda, davanın tarafı köy halkından olanların, orta mallarından yararlanmaları doğal olduğundan

Mecelle'nin m. 1701'e göre ise, "dostun dosta şahadeti makbuldür. Fakat beynlerindeki dostluk yekdiğerinin malında tasarruf etme mertebesine varırsa ol halde yekdiğerinin lehine şahadetleri makbul olmaz". Buna göre, dostun dosta şahitliğı kural olarak geçerli olmasına rağmen, aralarındaki dostluğun birbirinin malında tasarruf etme derecesine ulaşması durumunda (116) geçersiz olur (117).

h- Davalıyla Arasında Bir Düşmanlık Bulunmamak

Mecelle'nin 1702 nci maddesi, "şahid ile meşhûdünaleyh beyninde adaveti dünyeviye olmamak şarttır. Adavet-i dünyeviye örf ile bilinir" hükmü ile, şahit ile davalı arasında bir düşmanlığın bulunmamasını öngörmüştür (118). Düşmanlık, bunların babalarının veya çocuklarının aralarında ise şahitliğe engel değildir (119).

Dünyevi düşmanlık, mal ve makam gibi şeylerden kaynaklanan düşmanlık olup örf ile bilinir (120). Eğer örf, şahit ile davalı arasında düşmanlık bulunduğunu kabul ederse, bu şahitliğe engeldir (121). Bu sebeple, yaralananın yaralayana, öldürülenin yakınlarının katile, zina iftirasında bulunulananın bulunana karşı şahitliğı kabul edilemez (122).

Düşmanlığın kaynağının dinî bir sebep olması durumunda bu, şahitliğe engel değildir (123). Çünkü, burada yalan şüphesi olmaz.

davada hukuki yararları vardır; bu nedenle, bu kişiler mensup oldukları köyün taraf bulunduğu davalarda tanık olamazlar. KURU, s. 1767.

(115) BAYINDIR, s. 156-157.

(116) HEFFENING, s. 282; Reşid PAŞA, s. 49; Ali HAYDAR, C. IV, s. 449, 459-459.

(117) Günümüz medeni yargılama hukukunda da, "şahitlerin mücerret davalının meslektaşları olmaları beyanlarının samimi olmadığına delalet etmez. Başka bir ifadeyle, aynı meslek grubundan olanlar birbirlerine şahitlikte bulunabilirler. KURU, s. 1799.

(118) MAVSİLİ, s. 138; HEFFENING, s. 282; HALEBİ, s. 233; BİLMEN, C. VIII, s. 129, 134; ZUHAYLİ, s. 313; KESKİOĞLU, s. 253; Reşid PAŞA, s. 49.

(119) BİLMEN, C. VIII, s. 134.

(120) Ali HAYDAR, C. IV, s. 459.

(121) Doktrindeki bir görüşe göre ise, dünyevi düşmanlık ile kastedilen, bir kimsenin bir şahsa buğzetmesidir. BİLMEN, C. VIII, s. 134; Ali HAYDAR, C. IV, s. 459.

(122) Ali HAYDAR, C. IV, s. 459.

(123) MAVSİLİ, s. 138; HALEBİ, s. 235; Ali HAYDAR, C. IV, s. 460.

Dinî bir yasağı çiğnediği için başkasına düşman olanın, yalan yere şahitlikten de sakınacağı kabul edilir (124).

1- Kendi Davası ve Kendi Yaptığı İş Olmamak

Mecelle m. 1703 "bir kimse hem müddei hem şahit olamaz. Binaenaleyh vasinin yetime ve vekilin müvekkile şahadetleri sahih olmaz" diyerek, bir kimsenin kendi davasına şahit olamayacağını belirtmiştir (125). Buna göre, vasi yetime, vekil de müvekkile şahitlik yapamaz (126). Çünkü, bu durumda kişi, kendisi için şahitlikte bulunmuş olacaktır (127). Burada vasi ile vekil arasındaki fark, vasinin vasilikten çıkarıldıktan sonra şahitlikte bulunamamasına karşın, vekilin, vekâletten azledildikten sonra şahitlikte bulunabileceği hususudur (128).

Yine, bir kimsenin kendi yaptığı işe şahit olamayacağı da Mecelle'nin 1704 üncü maddesinde belirtilmiştir: "Bir kimsenin kendi fiiline şahadeti mu'teber değildir. Binaenaleyh vekillerin ve dellalların biz bey' etmişdik diye kendi fiillerine şahadetleri muteber olmaz. Kezalik bir belde hâkimi infisalinden sonra kablel-infisal

(124) BİLMEN, C. VIII, s. 134.

(125) ZUHAYLİ, s. 312; BİLMEN, C. VIII, s. 130.

(126) Günümüz medeni yargılama hukukunda da, taraflar kendi davalarında tanık olamazlar. Tarafların bilgisinden davada isticvap yolu (HUMK m. 230 vd.) ile yararlanılır. Fakat, mahcur veya onaltı yaşından küçük olmaları nedeniyle isticvap yolu ile dinlenemeyen taraflar (HUMK m. 231), tanık olarak dinlenip, belli bir vakta (mesela haksız fiil) hakkında onların bilgilerinden de yararlanılabilmelidir. ÜSTÜNDAĞ, s. 602; KURU, s. 1766.

Günümüz ceza yargılamasında, tanıkların taraflardan biri olmaması lâzımdır. Taraf olan kimse, taraf tutacağından veya tutması çok muhtemel olduğundan, tanık olarak beyanda bulunamaz. KUNTER, s. 585.

(127) Günümüz medeni yargılama hukukunda, taraflardan birinin vekili (avukatı), üçüncü kişi olduğundan, tanık olarak dinlenebilir. Başka bir ifadeyle, avukat, vekaleten takip etmekte olduğu bir davada, taraflara oranla üçüncü kişi durumunda olduğundan, görevi dolayısıyla öğrendiği hususlar dışında tanıklık etmek zorundadır; bu halde, avukatın tanıklıktan çekinme hakkı da yoktur. KURU, s. 1766, 1772; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 299. Aynı durum günümüz ceza yargılaması hukukunda da geçerlidir. Yani müdafii de tanık olabilir. CANPOLAT, s. 28.

Buna karşılık, tarafların kanuni temsilcileri tanık olamaz. Kanuni temsilcilerin bilgisinden de isticvap yolu ile yararlanılır (HUMK m. 231). KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 299; KURU, s. 1767.

(128) FETAVAYI HİNDİYYE, C. VI, s. 528; Ali HAYDAR, C. IV, s. 460; BİLMEN, C. VIII, s. 131.

kendisinden sudur etmiş olan hükme şahadet eylese sahih olmaz; amma kablel-infisal bir kimsenin kendi huzurunda vaki olan ikrarına ba'del-infisal şahadet eylese muteber olur". Buna göre, vekillerin ve komisyoncuların (dellalların), "bu malı o kimse nâmına biz satmıştık" diye kendi fiillerine şahitlikte bulunmaları geçerli olmadığı gibi, bir hâkimin görevden ayrıldıktan sonra, görevdeyken vermiş olduğu bir hükme şahitlik yapması da geçerli değildir (129).

2- Özel Şartlar

Bazı davalarda şahitlikte bulunabilmek için bir takım şartlar aranmaktadır. Bunlar, erkek olma, müslümün olma, davanın zamanaşımına uğramaması ile had ve kısas davalarında bizzat görgü şahitinin şahitlikte bulunmasıdır.

a- Erkek Olmak

Had (130) ve kısas (131) davalarında şahitlerin tamamının erkek olması gerekir (132). Kadınların şahitliğiyle had (133) veya kısas cezası verilemez (134).

(129) BİLMEN, C. VIII, s. 131.

(130) Had cezaları, topluma zararı dokunan bir takım fena hareketlerden insanları yasaklayan ve huzurun sağlanmasında önemli katkısı bulunan cezalardır. Bunlar, suçlular hakkında bir ceza olduğu gibi diğerleri hakkında da bir ibret vesilesidir. Had cezalarını gerektiren suçlar yedi tanedir: Zina, iffete iftira (kazf), içki içme, hırsızlık, yol kesme, devlete isyan ve dinden dönme suçlarıdır. Her birinin miktarı ve tatbik şekli değişmez bir şekilde bellidir. Bkz. CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 317-324; BİLMEN, C. III, s. 18; Joseph SCHACHT, İslâm Hukukuna Giriş, Çev. Mehmet Dağ/Abdulkadir Şener, Ankara 1977, s. 181-186; AKŞİT, s. 53-55.

(131) Kısas, suç ve ceza arasında eşitliği amaçlayan bir ceza çeşitidir. Katili maktule karşı öldürmek, yaralı veya organı kesilmiş birinin kesik veya yaralı organına karşılık suçlunun aynı organını kesmek ve yaralamaktır. Bkz. AKŞİT, s. 55; BİLMEN, C. III, s. 18; CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 325-330; SCHACHT, s. 186-192.

(132) FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VI, s. 486; HALEBİ, s. 223; CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 408; AKŞİT, s. 133.

(133) Bir had suçu olan hırsızlık davasında, bir kadınla iki erkek şahitlikte bulunsa, sadece sanığın çalınan malı tazmin etmesine hükmedilir; had suçlarında kadınların şahitliğinin kabul edilmemesinden dolayı el kesme cezası verilemez. Bkz. Ali HAYDAR, C. IV, s. 397.

(134) KASANI, C. VI, s. 279.

Had ve kıyaslar dışındaki cezalarda kadınların şahitliği geçerlidir (135). Mecelle m. 1685'e göre, "Hukuk-i ibadda şehadetin nisabı iki er yahut bir er ile iki hatundur. Fakat erkeklerin ıttılayı mümkün olmayan yerlerde yalnız hatunların mal hakkında şehadetleri kabul olur".

b- Müslüman Olmak

Davalının müslüman olması halinde, buna şahitlik yapacakların da müslüman olması gerekir (136). Bu sebeple bir gayri müslimin, müslümanın aleyhine yapacağı şahitlik geçerli değildir (137). Müslüman olmadığı için bir davada şahitliği kabul edilmeyen bir kişi, müslüman olduktan sonra aynı davaya şahitlikte bulunabilir (138).

Burada, zimmi (139) ve müste'menlerin (140) şahitliğine de değinmek gerekir.

-
- (135) Reşid PAŞA, s. 23-24; Ali HAYDAR, C. IV, s. 396-401; Zâhirilere göre, bir erkekle birlikte birden fazla kadın şahit bulunduğu takdirde, her konuda şahitlikleri kabul edilebilir. Onlar bu hususta ilgili âyetin zâhirî ifadesine dayanmışlardır. Söz konusu âyet, "Eğer iki erkek bulunmazsa o halde razı olacağınız şahitlerden bir erkekle iki kadın..." (Bakara, 282) hükmünü getirmektedir. Sadece zina davasında, aralarında erkek bulunmayan sekiz kadının şahitliğini yeterli görmüşlerdir. Burada iki kadın bir erkek yerine kabul edilmiştir. BİLMEN, C. VIII, s. 126.
- (136) AKŞİT, s. 134; CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 409; HEFFENING, s. 282; KASANİ, C. VI, s. 280.
- (137) FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VII, s. 52; ATAR, Adliye, s. 197.
- (138) SERAHSİ, C. XVI, s. 137; BİLMEN, C. VIII, s. 170.
- (139) Zimme, İslâm hakimiyetini tanımak şartı ile, müslüman toplumun, diğer semavi din mensuplarına konukseverlik ve koruma sağladığı süresiz olarak yürürlükte kalan bir tür sözleşmeyi ifade eder. Zimme'den yararlananlara zimmi, topluluklarına ise, ehl'üz-zimme denir. CI CAHEN, Zimme, İA, C. XIII, MEB, İstanbul 1993, s. 566; Türk Hukuk Lügatı, s. 371. Başka bir ifadeyle, dini başka olduğu halde İslâm ülkesinde ikamet eden ve bazı istisnaların dışında İslâm hukukunun uygulama alanına dahil olan kimsedir. CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 188.
- (140) İslâm ülkesi vatandaşı olmayan ve izin ve pasaport ile İslâm ülkesine giriş izni verilen yabancılara müste'men, verilmeyenlere ise harbî denir. CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 188-189. Müstemem, başkasının ülkesine eman ile yani müsadde mahsusası ile dahil olan kimsedir, gerek müslim gerek zimmi veya harbi olsun. Türk Hukuk Lügatı, s. 260. İslâm ülkesinde bulunan kafirlerin, zimmi sayıldıkları veyahut kendilerine bir müslüman tarafından eman verildiği takdirde, müslüman makamlarının himayesine resmen hakları vardır. Th. W. JUYNBOLL, Müstemem, İA, C. IV, MEB, İstanbul 1993, s. 240.

aa- Zimmîlerin Şahitliği

İslâm ülkesi vatandaşı olan gayri müslimlerin yani zimmîlerin birbirleri için yapacakları şahitlikler kabul edilir (141). Bunların dinî inançlarının aynı veya farklı olması önemli değildir ama kendi inançlarına göre âdil olmaları şartı aranır (142). Meselâ, dininin yasaklarından sakınan hıristiyanlar, yahudiler aleyhine, yahudiler de mecusiler aleyhine açılmış bir davada şahitlik edebilirler (143). Zimmîler, müstemenler (yabancılar) hakkında da şahitlikte bulunabilirler (144).

bb- Müstemenlerin Şahitliği

Müste'menler kendi vatandaşları aleyhine açılan bir davada şahitlikte bulunabilirler (145). Ancak uyrukları farklı olanların birbirlerine şahitliği kabul edilmez (146). Meselâ, bir İslâm ülkesinde, müstemen bir Fransız, müstemen olan bir İngiliz aleyhine açılmış davada şahitlik yapamaz. Çünkü, bunların ülkeleri farklı olduğu için aralarındaki velâyet bağı kopuktur.

Görüldüğü üzere Zimmîler müste'menler hakkında şahitlik yapabildiği halde, müste'menler zimmîler hakkında şahitlikte bulunamazlar (147).

c- Davanın Zamanaşımına Uğramamış Olması

Kural olarak, had davalarında şahitlikte bulunmak için önceden bir davanın açılmış olması şartı aranmamaktadır (148). Kazf davasında ise, şahitlikte bulunmak için dava açılmış olması gerektiğinden, aradan uzun zaman geçmiş olsa bile şahitliğin

(141) CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 409; ZUHAYLÎ, s. 326; FETAVAYÎ HİNDİYYE, C. VII, s. 52; MAVSİLÎ, s. 139; HALEBÎ, s. 235.

(142) FETAVAYÎ HİNDİYYE, C. VII, s. 52.

(143) KASANÎ, C. VI, s. 280-281; Hanefilerin dışında kalan doktrinindeki çoğunluğa göre, dinleri aynı veya ayrı olsun müslüman olmayanların şahitliği mutlak olarak kabul edilmez. ZUHAYLÎ, s. 327. Zahirîler de, gayri müslimin müslümana veya gayri müslime şahitlik edemeyeceğini belirtmektedirler. BİLMEN, C. VIII, s. 173.

(144) FETAVAYÎ HİNDİYYE, C. VII, s. 52.

(145) HALEBÎ, s. 235; FETAVAYÎ HİNDİYYE, C. VII, s. 52; ZUHAYLÎ, s. 326; CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 409.

(146) ZUHAYLÎ, s. 327; FETAVAYÎ HİNDİYYE, C. VII, s. 52.

(147) MAVSİLÎ, s. 139; HALEBÎ, s. 235; FETAVAYÎ HİNDİYYE, C. VII, s. 52.

(148) Reşid PAŞA, s. 40.

kabulüne engel değildir. Hırsızlık davasında, aradan uzun bir zaman geçmişse ve şahitlikte bulunulmuşsa, hırsızın elinin kesilmesine hükmedilemez. Ancak çalınan malı tazmin etmesine karar verilebilir. Talâk ve nikâh davalarında da durum böyledir (149).

Bazı davalarda ise şahitlikte bulunabilmek için davanın zamanlaşımına uğramamış olması şartı aranmaktadır (150). Kazf dışındaki had davaları ile bir haramın işlenmesine sebep olan fiilî durumlara yapılan şahitlikte, özürsüz olarak aradan uzun zaman geçmemiş olması gerekir.

Şahitlikte bulunmak için gecikme açık bir özre dayanıyorsa kabul edilir (151). Davalının, hâkim bulunmayan bir yerde olması ve onu hâkim huzuruna götürmenin gecikmeye sebep olması, özür durumuna örnek teşkil eder. Ebû Hanife, gecikme konusunda bir zaman belirtmemiş, bunu hâkimlerin takdirine bırakmıştır (152). Ebû Yusuf ve İmam Muhammed ise, olayın gerçekleşmesinden itibaren bir aylık veya daha fazla bir gecikmeyi, şahitliğin kabulüne engel saymıştır. Bu müddetin altı ay olduğunu söyleyenler de olmuştur (153). İçki içme suçuna yapılan şahitliğin kabul edilmesi için, davalının ya sarhoş ya da içki kokusunun henüz ağzından gitmemiş olması gerekir. Ancak davalıyı, hâkim huzûruna getirinceye kadar ağzında içki kokusu kalmazsa yine bu şart aranmaz. İmam Muhammed ise, içki içme davasında şahitliğin kabulü için bu şartları aramaz (154).

d- Bizzat Görgü Şahidinin Şahitlikte Bulunması

Had ve kısas davalarında bizzat görgü şahidinin şahitlikte bulunması gerekir. Başkasından naklen şahitlikte bulunanlar (şehadeh ale'ş-şehadeh) ile kadı mektupları bu had ve kısas davalarında delil olarak kabul edilmez (155).

(149) KASANİ, C. VII, s. 46.

(150) CİN/ AKGÜNDÜZ, C. I, s. 409.

(151) BAYINDIR, s. 162.

(152) BAYINDIR, s. 162.

(153) KASANİ, C. VII, s. 47.

(154) BAYINDIR, s. 162.

(155) CİN/ AKGÜNDÜZ, C. I, s. 409; KASANİ, C. VII, s. 47.

III- ŞAHİTLİKTE NİSAP

Hangi tür davada ne kadar şahidin delil olarak kabul edileceğini Kur'ân ve sünnet açıklamış bulunmaktadır. Kur'ân ve sünnet'te belirtilen bu rakamlar, şahitlerin asgarî sınırındır ve kesindir. Bu sayılardan çok olabilir fakat az olamaz (156).

A- Zina Davası

Zina davasında dört erkek şahidin bulunması şarttır (157). Başka hiç bir davada dört erkek şahit şartı aranmamaktadır (158). Burada kadınların şahitliği kabul edilmez (159).

Bir kişi, nâmuslu olan karısına zina isnadında bulunur veya çocuğun kendisinden olmadığını söylese, iddiasını dört erkek şahitle isbat edemediği takdirde liân (160) ile evlilik sona erdirilir (161).

B- Had ve Kısas Davaları

Zina dışındaki had ve kısas cezalarının tesbiti için iki erkek şahidin bulunması gerekir (162). Kadınların şahitliği bu davalarda da

-
- (156) Günümüz medeni ve ceza yargılamasında, tanıklığın her hangi bir oranı yoktur. «Tanıklık nicelik değil niteliklidir» ilkesi, hâkimin takdirine geniş yer veren «vicdani delil» sisteminin bir gereğidir. CANPOLAT, s. 28.
- (157) SCHACHT, s. 202; MAVSİLİ, s. 136; HEFFENING, s. 282; BERKİ/HAMİDİ, s. 144; HALEBİ, s. 223; BİLMEN, C. VIII, s. 123; KESKİOĞLU, s. 253; CEZİRİ, s. 3175; CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 409; ZUHAYLİ, s. 314-315; "Zinanın sabit olmasında şahitlik nisabı kaçtır? Elcevap: Dört erkektir. (Fetavayı Abdurrahim, C. II, s. 402, HALEBİ, s. 223'den naklen).
- (158) Dört şahit aranmasında, Allah'ın, kullarının suçunu örtmek istemesi ve ahlâksızlığın duyulup yayılmasına razı olmaması düşüncesi yatmaktadır.
- (159) Bekir TOPALOĞLU, İslâm'da Kadın, İstanbul 1990, s. 244; BİLMEN, C. VIII, s. 123.
- (160) Karısına zina isnat eden Yahut çocuğunun nesebini reddetmek isteyen ve bu iddialarını dört şahitle ispat edemeyen kocanın, hakim huzurunda karısıyla hususi bir şekilde yeminleşmesine denir. Lian'ın asıl gayesi, karının zinasını ispat etmek ve zina mahsülü çocuğun kocaya nisbet edilmesini önlemektir. Evlenmenin sona ermesi, bu gayenin zarurî bir sonucudur. Bkz. Halil CİN, Eski Hukukumuzda Boşanma, 2. B., Konya 1988, s. 79-83; CİN/AKGÜNDÜZ, C. II, s. 114.
- (161) CİN, s. 82.
- (162) MAVSİLİ, s. 136; HALEBİ, s. 223; HEFFENING, s. 282; BİLMEN, C. VIII, s. 123; CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 409.

geçerli değildir (163). Dolayısıyla, bir erkekle iki kadın, had suçu olan hırsızlık davasına şahitlik yaparlarsa, bu davalarda kadının şahitliğinin geçerli olmamasından ötürü sanığa, el kesme cezası verilemez, ancak malın tazmin edilmesine hükmedilebilir.

C- Diğer Davalar

Had ve kısas dışındaki davalarda iki erkek veya bir erkekle iki kadın şahitin bulunması yeterlidir (164). Dava konusu mal olabileceği gibi evlenme (165), boşanma, vekâlet, vasiyet ve tazminat gibi şeyler de olabilir. (166). Mecelle m. 1685, "Hukuk-i ibadda şehadetin nisabı iki er yahut bir er ile iki hatundur" demek suretiyle bu hususu düzenlemiştir.

D- İstisnaî Hükümler

Kural bu olmakla birlikte, bunun uygulanmadığı durumlar da vardır. Bunlar, yalnız kadınların şahitliğinin yeterli olduğu, bir erkeğin şahitliğinin yeterli olduğu ve sadece bir kişinin şahitliğinin yeterli olduğu durumlardır.

1- Sadece Kadınların Şahitliği

Erkeklerin bilemeyecekleri konularda, yalnız kadınların mal hakkında şahitlikleri kabul olunur. Mecelle m. 1685/II bu hususu, "Fakat erkeklerin ıtılai mümkün olmayan yerlerde yalnız hatunların mal hakkında şehadetleri kabul olur" demek suretiyle tanzim etmiş bulunmaktadır (167).

Bazı durumlarda da sadece kadınların şahitliği yeterli sayılmaktadır. Bunlar, 1- Çocuğun sağ olarak doğduğuna şahitlik

(163) SCHACHT, s. 202; TOPALOĞLU, s. 244; BİLMEN, C. VIII, s. 123; HALEBİ, s. 223.

(164) TOPALOĞLU, s. 241; MAVSİLİ, s. 136; BİLMEN, C. VIII, s. 123; HEFFENING, s. 282; HALEBİ, s. 224; CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 409; SCHACHT, s. 197; Diğer hukuk ekolleri ise, mülkiyet ve borçlarla ilgili davalarda davacının yemini ile birlikte bir erkeğin şahadetini kabul eder. SCHACHT, s. 197; KARAMAN, Anahatlarıyla, s. 333.

(165) Halil CİN, İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, 2. B., Konya 1988, s. 100.

(166) BERKİ/HAMİDİ, s. 141-143.

(167) Bir hükmün dayanağı Hz. Hüzeyfe'nin rivayet ettiği şu hadistir: "Resûlullah, ebenin doğum hususundaki şahitliğini kabul etti ve şöyle buyurdu: Erkeklerin bizzat bulunmaları mümkün olmayan yerlerde kadınların şahitliği geçerlidir". Bkz. SERAHSİ, C. XVI, s. 142.

(168): Bir kadının, çocuğun sağ olarak doğduğuna şahitlikte bulunması durumunda, çocuğun yıkanıp kefenlenerek cenaze namazının kılınır ve çocukla ilgili miras işlemleri (169) kesinlik kazanır (170). 11- Kadınların, erkeklerin bakamayacakları organlarındaki kusurları hususunda şahitlik (171). 111- Doğum olayına şahitlik (172): Bir kişinin karısının evlendikten altı ay veya sonrasında bir çocuk getirip bunun kocasından olduğunu söylemesi durumunda, koca da karısının doğum yapmadığını iddia ederse, böyle bir durumda bir kadının doğuma şahitliği yeterlidir (173), 1v- Bekâret (174): Kadın, kocasının güçsüz olup kendisiyle cinsî temasta bulunmadığını iddia ederek ayrılma talebinde bulunur ve koca da bu iddiayı reddederse, kadınlar karının bekâretini kontrol edip bozulup bozulmadığına şahitlikte bulunurlar (175). Eğer bakire ise dava bir yıl ertelenir. Bir yıl sonra kadın, kocasının hâlâ kendisiyle cinsî temasta bulunmadığını iddia eder ve koca bu iddiayı reddederse, kadınların, "karının bekâretinin hâla bozulmadığı yolunda" tekrar yapacakları şahitliğe dayanarak, hâkim eşlerin aralarını ayırır (176). v- Kadın hamamalarında bir öldürme olayı meydana gelse, buna dair diyet hususunda kadınların şahitliği geçerli olup (177) kısas hususunda ise geçerli değildir (178).

-
- (168) SCHACHT, s. 198; MAVSİLİ, s. 136; Reşid PAŞA, s. 25; CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 409; HALEBİ, s. 224.
- (169) Ebû Yusuf, İmam Muhammed, Şafii, Maliki ve Hanbeli hukukçulara göre, çocukla ilgili miras işlemleri konusunda bu şahitlik geçerli olur. MAVSİLİ, s. 136; Ali HAYDAR, C. IV, s. 400. Ebû Hanife ise, kadınların bu şahitliğini miras konusunda kabul etmemektedir. MAVSİLİ, s. 136; SERAHSİ, C. XVI, s. 144; HALEBİ, s. 224.
- (170) Ali HAYDAR, C. IV, s. 400.
- (171) TOPALOĞLU, s. 244; SERAHSİ, C. XVI, s. 142; CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 409; HEFFENING, s. 282; MAVSİLİ, s. 136.
- (172) CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 409.
- (173) SCHACHT, s. 198; MAVSİLİ, s. 136; HALEBİ, s. 224; Bundan sonra erkek eğer, "o çocuk benden değildir" diye iddiada bulunursa, karısıyla kendi arasında liân yapılır.
- (174) SCHACHT, s. 198; CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 409.
- (175) HALEBİ, s. 224.
- (176) Ali HAYDAR, C. IV, s. 400.
- (177) CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 409; BİLMEN, C. VIII, s. 123.
- (178) Ali HAYDAR, C. IV, s. 401.

2- Yalnız Bir Erkeğin Şahitliği

Bir tek kadının şahitliğinin yeterli olduğu hususlarda yalnız bir erkeğin şahitliği de yeterlidir (179). Çünkü, erkeklerin şahitliği kadınlarinkinden daha kuvvetlidir. Bir kadının şahitliği ile bir konu sâbit oluyorsa, aynı konu bir erkeğin şahitliği ile öncelikle sâbit olabilir (180).

3- Bir Kişinin Şahitliği

Bazı durumlarda bir kişinin şahitliği yeterli görülür. Bunlar, ı- Okulda veya bir meslek öğreniminde bulunan çocuklar arasında meydana gelen olaylarda yalnız bir öğretmen veya ustânın şahitliği (181), 11- şahitlerin ve tarafların ifadelerinin tercümesinde bir tercümanın şahitliği, 111- Gizli tezkiyede, yalnız bir kişinin şahitliği (182) 14- Hâkimin müzekkiye, müzekkînin hâkime gönderdiği mektupların hâkim veya müzekkî tarafından gönderildiğine şahitlik, 15- Telef edilmiş bir şeye kıymet takdirinde bir bilirkişi, 16- Hâkim, iflas ettiğini iddia eden bir borçluyu bir süre hapsedtikten sonra, onu serbest bırakması için, bir kişinin onun gerçekten iflas ettiğine dair yaptığı şahitlik, 17- Her hangi birinin öldüğüne dair, iki kişinin âdil bir kişiden duyarak yaptığı şahitliktir.

(179) CİN/ AKGÜNDÜZ, C. I, s. 409.

(180) SERAHSİ, C. XVI, s. 144.

(181) Ali HAYDAR, C. IV, s. 398.

(182) İmam Muhammed'e göre, tezkiye edenlerin iki kişi olmaları şarttır. BİLMEN, C. VIII, s. 155