

CEZA MAHKEMELERİ USULÜ HUKUKUNDA ŞAHİTLİKTE ÇEKİNME HAKKI

Doç. Dr. Ayhan ÖNDER

İÇİNDEKİLER : I - Şahitlikten çekinme müessesesinin tarihi inkişafı. — II - Mukayeseli hukukta müessesesinin inkişafı. — III - Mutlak surette şahitlikten çekinebilecekler. — IV - Nisbi mahiyette şahitlikten çekinebilecekler. — V - CMUK nun 50 nci maddesindeki şahitlikten çekinme sebebi. — VI - Şahitlikten çekinme hakkının hakim tarafından şahide bildirilmesi. — VII - Çekinme hakkının istimalinden vazgeçme. — VIII - Şahitlikten kısmen çekinme. — IX - Şahitlikten çekinme sebebinin bildirilmesi.

G İ R İ Ş

Tetkik mevzuumuz, Ceza Mahkemeleri Usulü Hukukunda şahitlikten çekinmedir. Bu sebeple, CMUK da mevcut ve 1 inci kitabın 6 cı faslında tanzim edilmiş bulunan şahitler ile alâkalı bütün hüküm ve müesseseleri inceleyecek değiliz. Fakat, mevzuumuzla dolayısıyla alâkalı olması sebebiyle, şahitlerin mecbur oldukları hususlara, kısa da olsa, bir nazar atacak, bu mecburiyetlerden bir tanesi olması sebebiyle şahidin beyanda bulunma vazifesi kısmı içinde, tetkik konumuz olan, şahitlikten çekinme mevzuunu inceleyeceğiz.

1 — Şahidin davete icabet mecburiyeti.

Şahit, usulüne uygun olarak yapılan davet üzerine, mahkemenin gösterdiği yer ve saatte orada bulunmaya mecburdur. Bu, şahidin yerine getirmek mecburiyetinde olduğu birinci vecibedir. Ancak, beyan edelim ki, bu kaidenin bazı istisnaları da Devletler hukukumuzca kabul edilmiş ise de, burada teferruata girmeyeceğiz. Bu mecburiyet, yapılmakta olan muhakeme muamelelerinin hitamına kadar orada bulunma vecibesini de tahmil eder. Şahitlikten veya yeminden çekinme hakkını haiz olan kimseler dahi, davete icabet etmek mecburiyetinde olup, bu sebeplerin kendisinde bulunduğunu

iddia ederek şahit, davete icabet etmemezlik yapamaz¹. Şahidin ifadesinin alınacağı yer ehemmiyeti haiz değildir. Bu, mahkeme binasında olabileceği gibi, bunun dışında bulunan bir yerde de olabilir². Yukarıda temas ettiğimiz veçhile, şahitlikten çekinme hakkı olanlar dahi, davete icabet mecburiyetindedirler; zira, şahit, ancak davete icabet edip mahkeme huzuruna çıktıktan sonra kendisinde mevcut çekinme hakkını beyan edebilecek ve bu şekilde mahkeme çekinme hakkının bulunduğunu tesbit edebilecektir. Hâkimin yaptığı davete şahidin icabet edebilmesi için, yapılmış bulunan bu davetin usulüne uygun olarak icra edilmiş bulunması gerekir. Davetiyede, icabet etmemenin kanunî neticeleri de gösterilir. Bundan başka, ifadenin ne zaman ve nerede alınacağı hususlarının da celpnamede gösterilmesi şarttır. Bunların dışında celpnameye diğer bazı hususların da ilâve edilmesi gerektiğine dair kanunda bir sarahat mevcut değildir. Bu sebeple, celpnamenin şekilsiz olduğunu kabul etmek mümkündür. Mehaz kanununun tatbikatını yapmış bulunan Alman İmparatorluk Yüksek mahkemesi de aynı şekilde içtihat etmiştir³. Celpname usule uygun olarak tebliğ ve tanzim edilmez ve şahit davete icabet etmez ise, hakkında tatbik olunacak kanun hükümlerinin celpnameye dercedilmemesi halinde, bu hükümlerin şahide tatbik olunup olunamayacağı hususunda farklı görüşler vardır. Bazı müelliflere⁴ göre, davete icabet etmediği takdirde tevessül olunacak kanunî tedbirlerin celpnameye dercedilmemesi halinde bunlar, şahide tatbik edilemez. Zira, bunun tatbiki için kanun, celpnameye dercini aramaktadır. Diğer fikre göre,⁵ celpnamede icabet etmemenin neticeleri gösterilmiş olması tatbik edilmemesi için şart değildir. Veya başka bir ifade ile, icabet etmemenin kanunî neticelerinin tatbiki için, bunların celpnamede gösterilmiş olması aranmaz. Zira, kanunu bilmemek mazet sayılmayacağı gibi, kanunî bir cezanın tatbik edilebilmesi için, bunun tatbikinin mutlak surette bildirilmiş olması da gerekmez.

Fiilî hizmette bulunan askerlere yapılacak tebligatın, buldukları yerlerdeki askerî makamlarca icra edileceği CMUK 45 inci maddesinin 3 üncü fıkrasında gösterilmiştir.

1) Bu husus mehaz kanununun esbabı mucibesinde sarahaten gösterilmiştir. Bak. *Mötzinger*, 11.

2) *Gerland*, 199.

3) RG. 40/140. Alman Yüksek Mahkemesinin 5 inci ceza dairesi bu kararını Düsseldorf Asliye Mahkemesinin bir kararı sebebiyle 16.4.1907 tarihinde vermiştir.

4) *Löwe - Rosenberg*, 19/177.; *KMR*, 78.; *Erbs*, 46.; *Schwarz*, 19/78.

5) *Mötzinger*, 12.

Şahidin davete icabet mecburiyeti, ifadesinin alınması için davet olunmuş bulunduğu adli muamelelerin sonuna kadar orada bulunmak vecibesini de tahmil eder. Hâkim, şahidi bu mecburiyetten vareste tutabilir. Şahit davete icabet etmiş olmakla beraber geç gelmiş ise yine gelmemiş şekilde telâkki olunur ve hakkında davete icabet etmeyen şahitler hakkındaki muamelelere tevessül edilir⁶. Zamanında gelen şahit, ifade veremeyecek halde ise, meselâ, sarhoş halde bulunmaktaysa, hakkında davete icabet etmeyen şahitler için tatbik olunan kanun hükümleri yine uygulanır⁷.

Usulüne uygun olarak yapılmış bir davete icabet etmemek halinde şahit hakkında tatbik olunacak tedbir ve ceza, Ceza kanununun 282 ve CMUK nun 46 cı maddelerinde gösterilmiştir.

2 — Beyanların yemin ile teyit vazifesi.

Şahit, müşahhas hâdise için yapmış olduğu beyanı, şahsı hususunda verdiği bilgiler de dahil olmak üzere, yemin ile teyit eder. Bu husus şahidin yapmakla mükellef olduğu ikinci vecibedir. Yeminin ne şekilde yapılması gerektiği kanunda gösterilmiştir (CMUK. Md. 57).

Yemin mevzuunda mahkemenin yapmış olduğu hatanın duruşma zaptından anlaşılması gerektiği gibi, yemin hususunda yapılan hata, hüküm bu şahidin beyanlarına istinat etmekte ise, bozma sebebidir.⁸

Kanunumuz, bazı şahitlerin yeminsiz dinleneceğini kabul etmek suretiyle, şahidin yemin vazifesine de, davete icabet mecburiyetinde olduğu gibi, bazı istisnalar koymuştur.

Bu istisnalar şunlardır (CMUK. Md. 52) :

A — Henüz onbeş yaşını bitirmemiş olanlar.

B — Akıl ve fehim kuvvetlerinin tekâmül edememesinden veya zaif bulunmasından dolayı yeminin mahiyet ve ehemmiyeti hakkında kâfi bir fikir sahibi olmayanlar. Bu sebeple şahidin yeminden vareste tutulabilmesi için, yeminin mahiyet ve ehemmiyetini bilme-

6) *Löwe - Rosenberg*, 19/178.

7) *Peters*, 269.; *Schwarz*, 19/79.; *Erbs*, 46.; *KMR*, 79.; *Löwe - Rosenberg*, 19/178.

8) RG. 44/254 - 255. Alman Yüksek Mahkemesinin 2. Ceza dairesi bu kararını Guben Asliye mahkemesinin bir kararı sebebiyle 7.1.1911 tarihinde vermiştir.

me hali akıl ve fehim kuvvetlerinin tekâmül edememesi veya zayıf bulunması sebeplerinden neş'et etmelidir.⁹ Mahkeme, maddede yazılı bulunan akıl ve fehim kuvvetlerinin tekâmül edememesinden dolayı mı, yoksa zayıf olması sebebiyle mi şahide yemin vermediğini hükmünde göstermelidir. Şahidin, yeminin mahiyet ve ehemmiyetini bilemediği hususunu tesbit kâfi değildir.¹⁰ Akıl hastalığı veya akıl zayıflığı ile malûl bir kimse yeminin mahiyet ve ehemmiyetini takdir edebilecek durumda ise, sırf hasta olması yemin etmesine mani değildir.¹¹ Akıl hastalığı olarak kabul edilse dahi hafıza zayıflığı, yeminin mahiyet ve ehemmiyetini kavramada tesirli değilse, bu vasfı ile yemine mani değildir.¹²

C — Ceza müddetleri içinde umumî hizmetlerden memnu bulunanlar. (CK. Md. 20).

D — Tahkikatın mevzuu olan vakıalara iştiraktan veya yataklıktan maznun veya bu sıfatlardan biriyle mahkûm olanlar.¹³

3 — Şahidin beyanda bulunma vazifesi.

Davete icabet eden şahit beyanda bulunmakla da mükelleftir. Bu ilk olarak şahsı hususunda sorulan sualler bakımındandır. Şahit, şahsına taallük eden sorulara hakikate uygun şekilde cevap vermek mecburiyetindedir. Bundan sonra ceza dâvasına konu olan mesele hakkında subuta yarayacak hususları beyanla mükelleftir.

Ancak, kanunumuz bazı hallerde şahidin beyanda bulunma vazifesine de istisnalar kabul etmiştir. İstisna mahiyetinde olan bu hükümler tetkik edildiğinde görülür ki, şahit bazı hallerde mutlak ve beyanda bulunacağı hususun tamamına şâmil bir çekinme hakkını haizdir (CMUK. Md. 47). Diğer bazı hükümlerde ise bu hak mutlak değil, mahduttur (CMUK. Md. 48, 49, 50). Biz de kanunumuz gibi, etüdümüzü bu esas içinde yapacağız. Önce mutlak surette şahitlikten çekinme hakkı olanları inceleyecek, daha sonra, nisbî mahi-

9) RG. 66/523.

10) RG. 53/137. Alman Yüksek Mahkemesinin 4. Ceza dairesi bu kararını Halle Asliye mahkemesinin bir kararı sebebiyle 29.10.1918 tarihinde vermiştir.

11) *Löwe - Rosenberg*, 19/213.

12) RG. 33/395. Alman Yüksek Mahkemesinin 2. Ceza dairesi bu kararını Berlin Asliye mahkemesinin bir kararı sebebiyle 9.10.1900 tarihinde vermiştir.

13) Bu mevzuda geniş bilgi için bak: *Peters*, 276.; *Schmidt*, 143.; *Schwarz*, 19/96.; *Erbs*, 53.; *KMR*, 97.; *Löwe - Rosenberg*, 19/213.

yette çekinme hakkı olanları tetkik edecek, her iki gurupa giren şahitlere uygulanan sair hükümleri, meselâ, çekinme hakkının bildirilmesi veya şahidin çekinemeyeceği hal gibi, bunları etüdümüzün sonunda tetkik edeceğiz. Hemen şu noktayı kaydedelim ki, bütün bu hallerde şahit, kendisinde çekinme hakkının olduğunu mahkemeye bildirebilir, fakat ifadesine müracaat olunan husus hakkında malûmatı olmadığını söyleyemez.¹⁴ Bundan başka, şahit çekinme idi, yapacağı beyanların maznunun leh veya aleyhine tesir edebileceği hususunun tefrikinin de ehemmiyeti yoktur. Çekinme hakkı olan kimse, maznunun lehine de aleyhine de yapabileceği şahitlikten çekinebilir. Bu sebeple, kanunumuzun sistemi çeşitli münasebetler sebebiyle, maznun ve şahit arasındaki durumun, yalnız aleyhe yapılacak beyanlar için kabul edilmiş bir çekinme sebebi olmadığını kabul etmek gerekir.¹⁵

I.

ŞAHİTLİKTEN ÇEKİNME MÜESSESESİNİN TARİHİ İNKİŞAFI

Şahidi beyanda bulunma mecburiyetinden varestede tutan bazı sebepler, eski hukuk çevrelerinde de kabul edilmişti. Bunlara kısa da olsa temas etmek faidelidir.¹⁶

1 — *Atina*'da. Atina hukukunda şahitlikten çekinme hakkının mevcudiyeti veya ademî mevcudiyeti hususundaki bilgimiz kat'i değildir.¹⁷ Bunun sebebi de Atina hukukunda şahit ile bir meselenin isbatı mevzuundaki hususiyettir. Bugünkü hukukun aksine olarak, Atina hukukunda şahidin celbi ve davete icabet etmiyen şahide karşı alınacak tedbirlere, sübut delilini ikame eden kimse tarafından tevessül olunmaktaydı. Eski Atina'da şahitlik yapmak mecburiyeti yoktu ve bu sebeple bir kimsenin bir mesele hakkında şهادette bulunması, kendisini şahit olarak gösteren kimse ile olan dostluk münasebetinin bir tezahürü idi ve her ikisi anlaştığı takdirde şahitlik yapılırdı. Bu sebeple denilebilir ki, Atina'da şahitlik umumî bir vecibe olmadığı gibi, objektif mahiyeti de haiz bulunmamış, şahit bir kimsenin lehine veya aleyhine şهادette bulunan

14) *KMR*, 82.

15) *von Kries*, 358.

16) Şahitlikten çekinme müessesesinin tarihi inkışafı için bak: *Stalder*, 20.; *Mötsinger*, 16.; *Claser*, I/449 ve müt.

17) *Stalder*, 20.

bir şahıs olarak telâkki olunmuştur. Şahadetin bir vecibe olarak kabulü ve şahide zecrî tedbirlerin tatbiki ilk olarak milâttan önce 4 cü yüzyılda Platon kanunlarında kabul edilmişti. Tahmin edilmektedir ki, bu devirde yalnız akrabalar arasında şahitlikten çekinme hakkı kabul olunmuştur.¹⁸ Akrabalar arasında şahadette bulunmak, anane olarak, bu hukukta kabul edilmiş ise de, akrabaların beyanda bulunmaları hususunda herhangi bir zecrî vasıta tatbik olunmuş mudur veya şahit kendi arzusu ile mi ifade vermiştir, meselesi bugüne kadar ilmen isbat olunamamıştır. Ancak, şu husus kat'i olarak beyan olunabilir ki, Atina hukukunda sanat ve memuriyetin icrası sebebiyle vakıf olunan sırlar için şahitlikten çekinebilme hakkı kabul edilmemiştir.

2 — *R o m a H u k u k u*. Roma hukuku bazı hallerde tabii bir kanunu Devlet kanunu olarak kabul etmiştir.¹⁹ Bu sebeple bazı kimselerin bu hukukta şahitlikten çekinebilme hakları olduğu kabul edilmektedir. Roma hukukuna hâkim olan aile ve hukuk mü-nasebeti, akrabalar arasında arzu hilâfına bir kimsenin şahitlik yapmaya zorlanamayacağı neticesini tevlit eylemişti. Pendek'lerde de ne kadar uzak olursa olsun usül ve fûru, eşler ve akrabalar arzuları hilâfına şahit olarak dinlenememekteydiler. Hattâ, bu hukukta nişanlılık dahi şahitlikten çekinmek için bir sebepti. Corpus juris'ta da baba ile evlât arasında şahitlik yapılamayacağı kabul edilmişti.

3 — *K i l i s e H u k u k u*. Kilise hukuku da Roma hukukunun tesiri altında kalmış, Corpus juris'in hükümlerine uygun olarak ruhanilerin günah çıkarılırken edindikleri sırlar hususunda şahitlikten çekinme hakları bulunduğu kabul olunmuştu. Denilebilir ki, Roma ve Kilise hukukunda usül ve fûru arasında birbirleri için şahadette bulunamama hususu kabul edilmiş, diğer akrabalara ise, şüpheli şahit gözü ile bakılmıştır. Kilise hukukunda usül ve fûru arasında şahitlik yapılamıyacağı kaidesi ilk olarak İspanya engizisyon usulünde bertaraf olunmuş, bundan sonra diğer memleketlere de geçmiştir.²⁰

4 — *M ü ş t e r e k H u k u k*. Eski müşterek hukukta da ruhanilerin günah çıkarılırken vakıf oldukları sırlar hakkında şahitlikten çekinme hakları kabul edilmiş, bu hak ruhanilerin mes-

18) *Stalder*, 20.

19) *Claser*, I/499.

20) *Glaser*, I/500 not 3.

lekî faaliyetleri cümlesinden olduğu belirtilmiş, subut delilleri müessesesi ile herhangi bir alâkası olmadığı kabul edilmiştir.²¹

5 — *İslâm Hukuku*. İslâm hukukunda şahitlikten mutlâk surette ekinme hakkının mevcut olmadığını zannediyoruz. Hattâ, usûl, fûru ve akrabalar arasında da şahitlik mümkün idi. Nisâ Suresinin 135 inci âyeti, daima adaleti gözetleyici olun. Kendiniz, ana, baba, yakınlarınız aleyhine de olsa, zengin, fakir demeyerek şahitlik edin, derken; bu şekil münasebetlerin mutlâk surette şahadete mâni olmadığını da bildirmektedir.

II.

MUKAYESELİ HUKUKTA MÜESSESENİN İNKİŞAFI

1 — *Alman Hukuku*. Alman hukuk çevresinde şahitlikten çekinme hakkı 19 uncu asrın başında kodifike edilmeye başlanmıştır. Purusya Ceza Muhakemeleri Usulü akrabaların bir hususun isbatı için şahit olarak gösterilemeyeceğini kabul etmişti. 1813 Bavyera kanunu, akrabaların şahadetini şüpheli şahadet olarak kabul ederken, 1803 Avusturya kanunu, akrabaların şahadetinin değerinin takdirini mahkemeye bırakmıştı.²² Alman hukuk çevresinde müessesenin inkışafı sadedinde şu husus belirtilebilir ki, aile ve akrabalık münasebeti içinde bulunan kimselerin şahitlik edemeyeceğine mütedair bir kaide mevcut değildir. Ancak, şahit isterse kanunun kendisine tanıdığı şahitlikten çekinme hakkını istimal edebilmekteydi. Şahit beyanda bulunduğu takdirde, bunun değerinin takdiri mahkemeye aitti. Hülâsa olarak şunu söyleyebiliriz ki, Alman hukuk çevresi akrabalık münasebetini kat'i bir şahitlik edememe sebebi olarak kabul etmemiş, akraba şahidi şahitlik edip etmeme mevzuunda vicdanı ile başbaşa bırakmıştır.

2 — *Fransız Hukuku*. Eski Fransız hukuku, Roma hukukunda kabul edilmiş bulunan şahadetten çekinme hakkını bertaraf etmiş, bu şekilde şahidin beyanda bulunma mecburiyetini istisnasız olarak kabul etmişti.²³ Daha sonra 1791 tarihli reform kanunu ve bundan sonra kabul edilen Brumaire IV kanunu yakın ak-

21) Bu hususta geniş bilgi için bak: *Stalder*, 22.; *Mötzinger*, 16.

22) Diğer Eyalet kanunları ve bunların kabul ettikleri sistem için bak: *Glaser*, I/503 not 11.

23) *Glaser*, I/501.

rabalar arasında şahadette bulunma yasağını vazetti. Bu sistem Code d'Instr. Tarafından da kabul edildi. (Md. 322 Nu. 1 - 5).

3 — *İngiliz Hukuku*. Bazı esaslı istisnalarla, ceza dâvalarında karı kocanın şahitlikten çekinebileceklerini kabul etmiştir.

III.

MUTLAK SURETTE ŞAHİTLİKTE ÇEKİNEBİLECEKLER

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuz, şahitlikten mutlâk surette çekinme hakkı olanları 47 ve 49 uncu maddenin 4 ve 5 inci fıkralarında göstermiştir. Bu hükümleri aşağıda sırası ile tetkik ediyoruz.

1 — Reisicumhurun şahitlikten çekinmesi.

Reisicumhur, Devletin selâmetine zarar verecek hususlar hakkında şahitlik edemez. Hangi hususların Devletin selâmetine zararlı olduğunu takdir Reisicumhura ait olması sebebiyle, kendisinin mutlâk surette şahitlikten çekinme hakkına sahip olduğu kabul edilebilir.²⁴ Mahkeme, Reisicumhurdan hangi sebeple şahitlikten çekinme hakkını istimal ettiğini veya kendisini bu hususta karar vermeğe sevkeden hususları soramayacağı gibi, bunları tetkik dahi edemez.²⁵ Aynı şekilde, mahkeme, Reisicumhurun beyanlarının CMUK nun 51 inci maddesine göre yeminle tasdik etmesini de talep edemez.²⁶ Bütün bu söylediklerimiz reisliği zamanında hâdis veya reisliği sebebiyle malûmu olan vakıalardan dolayı eski Reisicumhur hakkında da caridir (CMUK Md. 49/5).

2 — Akrabalık münasebeti sebebiyle şahitlikten çekinme.

G İ R İ Ş

CMUK şahitlikten mutlûk surette çekinme hallerini, akrabalık ve aile münasebeti içinde kabul ettiği 47 ci maddesinde göstermiştir. Etüdümüzün tarihçe kısmı içinde görüleceği veçhile, şahitlikten çekinme sebepleri içinde en eskisi akrabalık münasebetidir.

24) *Löwe - Rosenberg*, 19/204.

25) *Schwarz*, 19/90.; *Schmidt*, 130.

26) *Löwe - Rosenberg*, 19/205.

Modern hukuk ise, esasta eski hukuka sadık kalmakta devam etmiş, fakat aile ve akrabalık sebebi ile şahitlikten çekinmeyi kabul etmiş olmakla beraber, bunu şahide bir mecburiyet olarak tahmil etmemiş, istediği takdirde şahit bu hakkını istimal etmemek suretiyle beyanda bulunabileceği de tesbit olunmuştur.²⁷ Hülâsa olarak beyan etmek gerekirse, modern hukuk aile ve akrabalığı mutlâk surette şahitliğe mâni bir hal olarak kabul etmemiş, ancak şahit istediği takdirde bu hakkını istimal edebileceği sistemini benimsemiştir. Şurası muhakkak ki, akrabalık ve aile münasebeti içinde bulunan kimselere tanınan şahitlikten çekinme hakkı, pek çok hâdiselerde maddî hakikatin mahkemeye ulaşmasına mâni olacaktır. Filhakika, birbirleri ile yakın münasebet içinde bulunan kimselerin bazı meseleleri yabancılara nisbetle çok daha iyi bildikleri bedihidir.²⁸ Diğer yandan, meselenin bütün inceliğini bilen bir şahidin, şahitlikten çekinme hakkını istimal etmesi, maznunun müdafaasına da makus tesirler icra edecek, hattâ bunu imkânsızlaştırabilecektir.

Beyan edelim ki, akrabalık ve aile münasebeti içinde bulunan kimselerin şahitlikten çekinebilmeleri, umumî olarak, üç esasa dayanır.

a — Evvelâ, kanunumuzun mehazının tatbikat ve doktrininde kabul edilmiş bulunan sebebe temas edelim. Kanun, bazı yakın akrabalık ve aile münasebeti içinde bulunan kimselere şahitlikten çekinme mevzuunda bir seçimlik hakkı tanıırken, aile içindeki düzenin bozulmamasına, aile bütünlüğünün korunmasına ehemmiyet vermiş²⁹ ve Devletin esas unsurlarından olan aileyi sıhhatli tutabilmek için, adli ceza işlerinin görülmesi pahasına dahi feda etmek istememiştir. Bu esbabı mucibe sebebiyle bazı müellifler³⁰ akrabalık münasebeti içinde bulunanların şahitlikten çekinebilmelerini yalnız aleyhe şahadette bulunma haline hasretmişler, lehe şahadette bu hakkı haiz olmamaları fikrini savunmuşlardır. Bu fikir kabul edilemez; zira, kanun vazının bu sebeple aramakta olduğu husus, aile ve akrabalık münasebeti sebebiyle maznunun aleyhine şahadette bulunup, aile münasebetlerinin sarsılabileceğinden başka, akrabalık münasebeti

27) *Glaser*, I/503.

28) *Stalder*, 49.

29) RG. 71/70. Alman Yüksek mahkemesinin 2. Ceza dairesi bu kararını Berlin Asliye mahkemesinin bir kararı sebebiyle 18.2.1937 tarihinde vermiştir. Bu fikri kabul eden bazı müellifler şunlardır; *Peters*, 270.; *Stock*, 91.; *Kern*, 93.; *Löwe*, 221 - 222.

30) *Glaser*, I/504 not 15.

sebebiyle lehe olarak yalan yere beyanda bulunmaya da mâni olmak istemiştir.

b — Diğer sebep, akrabalık ve aile münasebeti içinde bulunan kimselerin şahit olarak beyanda bulunmaları, bu münasebetler sebebiyle bu ifadelere karşı, bir itimatsızlığın mevcut olabileceği esasına dayanır³¹. Yukarıda tarihçe kısmında gördüğümüz gibi, akrabaların beyanları eski hukukta şüphe ile karşılanmış ve bunlara şüpheli şahit denilmiştir.

c — Nihayet diğer bir sebep de şudur ki, dâvanın yegâne iddia şahidi maznun ile akrabalık veya aile münasebeti içinde bulunmakta ise, hukuk nizamı bu şahidi vicdanı ile mücadele etmeye ve vicdannen muazzep olmaya zorlamamalıdır; zira, akraba şahit bilmektedir ki, beyanları maznunu mahkûm hale getirecek ve bu hal o şahit bakımından belki de bütün hayatı boyunca yıkıcı bir tesir icra edecektir. İşte bu sebep dolayısıyledir ki, kanun vazı aile ve akraba münasebeti içinde bulunan şahidi şahitlik yapıp yapmamak hususunda serbest bırakmıştır. Kanunumuz bakımından şu hususu beyan edebiliriz ki, yukarıda dercetmiş bulunduğumuz her üç husus kanunumuz için de tesirli olmuş ve bu sebeplerle aile veya akrabalık münasebeti içinde bulunanların şahitlikten çekinme hakları olduğu kabul edilmiştir.³²

1° — 47 ci Maddenin Müsterek Hususu «Maznun».

Bu satırlarımızdan sonra tetkik eyleyeceğimiz 47 ci maddenin teferruatına girmeden önce, bu maddenin bütün fıkraları için müsterek olan bir hususun izahı faydalıdır. 47 ci maddenin aile ve akrabalık münasebeti içinde bulunanlar bakımından kabul ettiği şahitlikten çekinme hususunun bütün halleri için müsterek olan «Maznun»dur. «Maznunun» nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile karısı veya kocası, ilh.... hep maznun bakımından şahitlikten çekinme hakkını haiz olup, ancak onun bakımından bu hakkı istimal edebilirler. Bu sebeple, «maznun» mefhumu üzerinde durmak gerekir.

Kanun, önce bir maznunun mevcudiyeti şartını aramaktadır. Tahkikat, belli olmayan bir kimse hakkında icra olunmakta ise, şahitlikten çekinme hakkı bahis konusu olamayacaktır. Bir kimsenin

31) Kern, 93.

32) Kanunumuzun esbabı mucibesi için bak; Muhtar Çağlayan, Ceza Muhakemeleri Usulü kanunu, Ankara 1960/148 - 149.

suça iştirak ettiği şüphesi mevcut ise ve fakat hakkında henüz takibata tevessül olunmamış ise maznunluk sıfatı doğmamıştır.³³ Hazırlık tahkikatı sırasında, bu tahkikat müddeiumumî veya polis tarafından icra edilsin, şahit kendisinde çekinme hakkının bulunduğu anlarsa beyandan imtina edebilir.³⁴ Tahkikat neticesinde meydana çıkarılan maznunun, şahit ile, 47 ci maddede gösterilen derecede aile veya akrabalık münasebeti içinde buldukları anlaşıldığı takdirde, yapılan beyan, şahitlikten çekinme hakkı istimal olunmadığı takdirde hüküm ifade edecek, aksi halde, yani şahit çekinme hakkını istimal ettiği halde bu ifade herhangi bir hükmü haiz olmayacaktır.³⁵ Maddedeki «maznun»u bir usul hukuku mefhumu olarak kabul edip, yine usul hukuku kaidelerine göre tesbit etmek gerekir.³⁶ Görülmekte olan bir dâvaya iştirak eyleyen diğer kimselerle, meselâ, şahsî dâvacı veya müdahil dâvacı gibi, olan aile veya akrabalık münasebeti 47 ci maddenin tatbikini gerektirmez.³⁷ Ancak, karşılıklı dâva ikame edilmesi sebebiyle şahsî dâvacı karşılıklı dâvanın maznunu durumuna düşmüş ise, bu takdirde 47 ci madde kabili tatbiktir.³⁸ Bir kimseyi maznun olarak kabul etmek için, ona karşı takibata geçilmiş olması kâfidir. Bu hazırlık tahkikatı da olabilir.³⁹ Eğer, dâva iddianame veya ilk tahkikat talebi ile ikame edilmiş ise, maznunun vasfı çok daha barizdir.⁴⁰ Bir kimse hakkında takibata geçilmiş olması onun maznun olarak kabul edilmesine kifayet ederse de, bir suçtan dolayı şüphe altında olma, maznun olarak telâkki edilmesine yetmez. Aynı şekilde, çeşitli sebeplerle netice vermeyecek bir şikâyet de, meselâ müddetinin geçirilmiş olması gibi, bir kimseyi maznun durumuna koyamaz.⁴¹

İlk tahkikatın sonunda verilmiş bulunan muhakemenin men'i kararı maznunluk sıfatını bertaraf eder.⁴² Şahitlikten çekinme hakkının istimalinde esas olan şahadet zamanı değildir, tahkikat ve usu-

33) *Dalcke - Fuhrmann - Schaefer*, 1414.

34) *Löwe - Rosenberg*, 20/170.

35) *Glaser*, I/507 not 19.

36) *Schmidt*, 117.

37) *Löwe - Rosenberg*, 19/186.

38) *Schmidt*, 118.; *Löwe - Rosenberg*, 19/186.

39) *Mötsinger*, 18.; *Schmidt*, 117.

40) *Schmidt*, 117.

41) RG.16/154. Alman Yüksek mahkemesinin 2 ci Ceza dairesi bu kararını Köslin Ağır Ceza mahkemesinin bir kararı sebebiyle 24.6.1887 tarihinde vermiştir.

42) *Löwe - Rosenberg*, 19/186.

lün bütünü ve akışı içinde durum mütalâa edilmelidir.⁴³ Bu sebeple hazırlık tahkikatında akraba olmayan bir şahidin beyanı, iş duruşma safhasına intikal ettikte akrabalık münasebeti teessüs etmiş ise ve şahit bu kerre çekinme hakkını da istimal ettiği takdirde, okunamaz.⁴⁴

Maddenin tatbik edilebilmesi için, maznunluk sıfatının bariz bir şekilde meydana çıkması gerektiği gibi, bu vasfın kaybolduğu takdirde de maddenin tatbik kabiliyeti kalmaz. Bu sebeple yalnız lehe yapılan muhakemenin iadesi talebinde maznun sıfatı olmadığı gibi, cezaî takibatın herhangi bir sebeple yürütülememesi halinde de maznunluk sıfatı bahis konusu değildir.⁴⁵

Maznun mefhumundan neyin anlaşılması gerektiği hususunu tetkik eden bu kısım içinde, maznunların birden fazla olmaları halinde nasıl hareket edilmesi gerektiğini de incelemek icap etmektedir. Tahkikata mevzu olan hâdisede birden fazla maznun mevcut ise ve şahitlik yapacak olan kimse maznunlardan yalnız birisi ile 47 ci maddede gösterilen derecede aile veya akrabalık münasebeti içinde bulunmaktaysa, nasıl hareket olunmalıdır? Beyan edelim ki, bu mevzu doktrinde ihtilâflıdır ve meselenin hallinde üç görüş ileri sürülmektedir.

A — İlk bir fikre göre⁴⁶ maznunlardan birisi ile şahitlikten çekinme hakkının istimal edileceği derecede aile veya akrabalık münasebeti içinde bulunan şahide çekinme hakkı tanınmaz; zira, bu gibi hâdiselerde münferit vakaların müstakilliği düşüncesinden hareket edilmelidir.⁴⁷ Ancak, hâkim şahitlikten çekinme hakkının mevcut olduğu maznun için yapılan beyanları, hükmünü tesis ederken nazara almaz. Meselâ, maznun sandalyesinde (A), (B), ve (C) isimli üç şahıs birlikte adam öldürme suçundan maznun bulunsalar, bunlardan (A) nın karısı şahitlikten çekinme hakkını istimal edemeyecek, ve fakat beyanları içinde (A) ya taallük eden hususlar hüküm tesis edilirken nazara alınmayacaktır.⁴⁸ Bu fikir çeşitli noktalardan

43) *Löwe - Rosenberg*, 19/186.

44) RG. 48/359. Alman Yüksek mahkemesinin 3 cü Ceza dairesi bu kararını Insterburg Ağır Ceza mahkemesinin bir kararı sebebiyle 15.6.1914 tarihinde vermiştir.

45) *Glaser*, I/507.

46) *Bennecke - Belling*, 350.; *Gerland*, 203.; *Belling*, 306 not 1.

47) *Gerland*, 203.

48) Bu misal için bak: *Schmidt*, 117.

tenkit olunmaktadır. Bir fikre göre,⁴⁹ bu hal tarzı kabul edilirse, mahkeme halli çok müsgül ve hattâ imkânsız olan bir psikolojik duruma sokulmuş olacaktır. Beyan etmek gerekir ki, bu tenkitte hakikat hissesi çoktur. Bütün maznunlar için beyanda bulunan bir şahidin, akrabası aleyhindeki beyanlarını ayırmak ve bunun hiç tesiri altında kalmadan hüküm tesis etmek imkânsız bir iştir. İnsanın fikri faaliyetleri ve hükme esas olarak kabul eylediği vakıalar, bilmeden dahi şuuruna tesir icra edebilmektedirler. Bu sebeple, insanın fikri faaliyetlerini birbirinden ayrılabilen maddî bir nesne olarak kabul etmek hatalıdır. Bundan başka, şahit bütün maznunlar için şahadette bulunma mecburiyetinde bırakılırsa, bu hal 47 ci maddenin sevk sebebinin açık gayesine de aykırı olacaktır; zira, kanun vazı akrabalar arasında şahadette bulunmanın istisnasını kabul etmiştir. Böyle bir tatbikat bu istisnayı bertaraf etmekte olduğu gibi, yine kanunun sevk sebeplerinden birisi olan aile münasebetlerine düşmanlık ve soğukluk girmemesini temine gayret eden kanun vazının da isteği yerine getirilmiş olamaz; zira, şahit akraba, maznun hakkında çekinme hakkını istimal edememesi sebebiyle, arada kırgınlık ve darınlığın meydana gelmesine sebep olacaktır.⁵⁰

B — Diğer fikir Avusturya CMUK nun 152 ci maddesinin tesiri altında kalınarak beyan olunmaktadır.⁵¹ Buna göre, maznunlardan birisi ile aile veya akrabalık münasebeti içinde bulunan şahidin beyanlarının bölünüp ölünmeyeceğine bakılmalıdır. Şayet, şahidin beyanları bölünebiliyorsa, şahitlikten çekinemez. Aksi halde, yani beyanlar bütün maznunlar için yapılması gerekiyor ve işin mahiyeti icabı maznunlardan birisi veya diğerine taallük edenler, ifadenin insicamını bozmadan, yapılamıyorsa, şahit çekinme hakkını haizdir. Bu görüş de tenkit olunmuştur. Evvelâ, kanun vazı bu hükmü sevk ederken böyle bir tefrik yapılmasına cevaz vermemiştir. Saniyen, fiil aynı olduğu atkdirde maznunlardan birisi hakkında beyanda bulunup, diğeri hakkında hiçbir şey söylememek imkânsızdır.⁵²

C — Diğer fikir bugün Alman tatbikat ve doktrininde⁵³ iltifata mazhar olmuş hal tarzı olup, birkaç şekil içinde tetkik olunabilir.

49) *Schmidt*, 117.

50) *Mötzing*, 19.

51) Bu fikir sahipleri için bak: *Glaser*, I/509 not 21.

52) *Glaser*, I/509 not 21.

53) RG. 27/312. Alman Yüksek mahkemesinin 2 ci Ceza dairesi bu kararını Guben Asliye mahkemesinin bir kararı sebebiyle 25.6.1895 tarihinde vermiştir.

Evvelâ, beyan edelim ki, Alman Temyiz mahkemesi maznun sıfatını önceleri dar bir tefsire tâbi tutmuş ve bunu her usul safhası için ayrı ayrı kabul etmiştir. Meselâ, bir karara göre, bir usul safhasında akrabalık sebebi ile şahitlikten çekinilebileceğini, fakat dâva diğer bir usul safhasına intikal ettiğinde maznun için yapılmakta olan tahkikat o usul safhasına kadar gelmemiş ise, birlikte suç işleyenler hakkında şahidin bu usul safhasında çekinme hakkı yoktur.⁵³ Fakat daha sonra Yüksek mahkeme bu görüşünü değiştirdi.⁵⁴ Maddî ayniyet içinde bulunan fiilde birden fazla maznun varsa ve bu da usulü birlik içinde mütalâa edilmekte ise, maznunlar dâvanın diğer ve her safhasında maznun sıfatı içinde mütalâa ve akraba ve aile münasebeti içinde buldukları şahitler 47 ci maddeden istifade edebilirler.⁵⁵ Hattâ, daha sonra dâvanın ayrılması cihetine gidilmiş olsa dahi, durumun değişmeyeceği kabul edildi. Meselâ, adam öldürmeden dolayı (X) hakkında ilk tahkikat icra olunur ve bu tahkikat safhası sonunda (X) ölürse, bundan sonra aynı dâva (Y) ve (Z) isimli şahıslar hakkında (X) e şerik veya yatak olarak devam ettirilirse (X) in karısı, (Y) ve (Z) hakkında yapılan duruşmada 47 ci maddenin 2. numarasında gösterilen karı koca münasebeti sebebiyle şahitlikten çekinme hakkını haizdir.⁵⁶ (A), (B), (C), (D), (E) hakkında birlikte vatana ihanetten dolayı yapılan hazırlık tahkikatı sonunda bunlardan (A), (B), (C) hakkında dâva ikame olunur ve mahkûmiyet ile neticelenip hüküm kesinleştikten sonra, (D) ve (E) hakkında ayrı iddianame ile aynı fiilden dolayı daha sonra dâva ikame olursa, (D) ve (E) hakkında yapılan duruşmada (A) veya (B) veya (C) nin 47 ci maddeye göre şahitlikten çekinme hakkı bulunan akraba veya aile münasebeti içinde bulunduğu kimseler (D) ve (E) hakkında dahi bu haklarını istimal edebilirler.⁵⁷

Fakat, birden fazla olan maznunların dâvaları arasında maddî bir ayniyet yoksa, yani bu dâvalar fiilî ayniyet içinde bulunmasalar ve birbirleri yanında müstakil hüviyetlerini muhafaza etseler, usulü irtibat (CMUK Md. 4, 12) 47 ci maddenin tatbiki için kâfi değildir.⁵⁸

54) *Schmidt*, 118.

55) RG. 33/350. Alman Yüksek mahkemesinin 2 ci Ceza dairesi bu kararını Berlin Asliye mahkemesinin bir kararı sebebiyle 6.7.1900 tarihinde vermiştir. *Kohlrausch*, 22/122.; *Schmidt*, 118.; *Dalcke-Fuhrmann-Schejaer*, 1414.; *Löwe - Rosenberg*, 19/186 - 187.; *Schwarz*, 19/81.; *V. Kries*, 358.

56) Misal için bak: *Schmidt*, 118.; aynı kanaat, *Löwe - Rosenberg*, 19/186 - 7.

57) Misal için bak: *Schmidt*, 118.; *Löwe - Rosenberg*, 19/186 - 187.

58) *Löwe - Rosenberg*, 19/187.; *Schmidt*, 118.

Fiilî irtibatın ademî mevcudiyetinin kabulü için, bir şahidin bir fiil için yaptığı beyanların diğer fiilin değerlendirilmesinde herhangi bir rol oynamaması, herhangi bir tesiri haiz olmaması gerekir.⁵⁹ Meselâ, (A), (B), ve (C) bir mağazadan birbirlerinden müstakil olarak aynı zamanda hırsızlık yapmış bulunsalar ve fakat dâvalar usul kanununun 230 uncu maddesine göre birleştirilmiş olsa ve (A), (B) ve (C) nin aynı duruşmada dâvalarına bakılsa, bu takdirde (A) nin karısı (B) ve (C) için şahitlikte bulunmak mecburiyetindedir.⁶⁰

Söylediklerimizden çıkan netice şudur ki, maddî münasebet içinde bulunan fiillerde birden fazla maznun varsa, bunlardan birisine 47 ci maddede gösterilen derecede akraba olan kimse, isterse, şahitlikten çekinebilecektir. Fiiller arasında maddî birlik yoksa, bu takdirde maznunlardan birisine 47 ci maddede gösterilen derecede akraba olan kimse bütün maznunlar için şahitlikten çekinemez. 47 ci maddeye göre aile veya akrabalık münasebeti bulunduğu şahit tarafından beyan edilip, şahadetten imtina edilebileceği gibi, maznun dahi münasebetin bu derece olduğunu ve şahidin şahadetten çekinmesini talep edebilir.⁶¹ Ancak, bu hususta karar selâhiyeti, teklif maznundan dahi gelse, şahidindir.

2° — *Kanunumuzun 47 ci maddesinde tasrih olunan şahitlikten çekinme sebepleri*

1 — *Maznunun nişanlısı.*

Şahitlikten çekinme hakkı hususunda tesbit edilen sebepler arasında kanun ilk önce maznunun «nişanlısı»nı tasrih etmiştir. Beyan edelim ki, bazı müellifler nişanlılık münasebetinin şahitlikten çekinme hususunda kanunî bir sebep olabileceğini kabul etmek istemezler.⁶² Hattâ, bazı kanunlar nianlılık münasebetine şahitlikten çekinme hakkı tanımamışlardır.⁶³ Ancak, kabul etmek gerekir ki, istikbalde evlenip bir yuva kuracak olan ve maznunun nişanlısı bulunan şahidin, maznun veya onun akrabaları ile müşterek menfaatleri olacaktır. Bundan başka, nişanlılık mutlâk ve devamlı bir münasebet olarak kabul edilmese dahi, evlenme hususundaki karşılıklı vaat ve anlaşma içinde bulunan nişanlıların birbirleri ile olan münasebet ve birbirle-

59) Löwe - Rosenberg, 19/187.

60) Misal için bak: Schmidt, 118.

61) Löwe - Rosenberg, 19/187.

62) Stalder, 59.

63) Meselâ, 1913 İtalyan CMUK Md. 247.; Avusturya CMUK Md. 152.

rine karşı besledikleri his, diğer akrabalık münasebetine nisbetle çok daha kuvvetli olabilir. Beyan edelim ki, hukukumuz bakımından nişanlılar arasında miras ve aile hukuku hükümlerinden bazıları (Medenî Kanun Md. 260, 323) nın kabili tatbik olması vazi kanunu nişanlılığı dahi şahitlikten çekinme hususunda bir sebep olarak kabul ile icbar etmiş olabilir.

Yukarıda temas etmiş olduğumuz veçhile, bazı müellifler nişanlılığın şahitlikten çekinme neticesini tevlit edecek kanunî bir sebep olmasına muhaliftirler. Bunlarca, kanun vazi şahitlikten çekinme müessesesini kabul ederken daha derin ve felsefî esasları nazara almıştır. Eğer, nişanlıların birbirleri ile olan münasebetleri şahitlikten çekinmeleri hususunda bir sebep olarak kabul edilirse, neden çok samimî olan kimseler şahitlikten çekinmesinler? ⁶⁴

Fıkra metnine göre, maznunun nişanlısı şahitlikten çekinebilecektir. Maznunun nişanlısı «kız» veya «erkek» olabilir. Nişanlılığın mevcudiyeti için bulunması gereken hususların neler olması icap ettiği hususunda çeşitli fikirler vardır.⁶⁵ Bazı müellifler resmî bir nişanlanmayı ararlar (Schwarze), diğer bazılarınca nişanlılık münasebetine fiilî olarak giriş kâfidir (Thilo), daha başka müelliflerce meselenin hallinde mahallî örf ve âdet nazara alınarak hâkim tarafından serbestçe takdir olunur (Puchelt). Nişanlanma, medenî kanunumuz hükümlerine göre herhangi bir şekle tâbi olmadığına göre, şekilsiz yapılmış bir nişanlılık CMUK nun şahitlikten çekinme hususundaki hükümlerinin tatbiki için kâfi olup, tarafların karşılıklı ve ciddî olarak birbirlerine yaptıkları evlenme vadi ile tamamlanır.⁶⁶ Ancak, yapılan vadin her iki taraf tarafından ciddî olarak icra edilmiş olması şarttır. Taraflardan yalnız bir tanesi vadinin ciddî olarak yapmış ise nişanlılık yoktur.⁶⁷ Bu sebeple, evlenme vaadi altında dolandırıcılık yapan kimsenin vaadi ciddî olamayacağına göre, nişanlılık münasebetinin ademî mevcudiyeti kabul edilmelidir.⁶⁸ Muayyen bir şekle riayet mecburiyeti, meselâ, yabancıların nişanlanırlarken riayet etmeleri gereken şekle uygun hareket etmiş olmaları aranmakta ise ve bu şekle riayet edilmediği halde dahi taraflar arasında ciddî bir evlenme vaadi mevcut ise maznun ile şahidin ni-

64) Bütün bu görüşler için bak: *Glaser*, I/510.

65) RG. 35/49. Alman Yüksek mahkemesinin 3 cü Ceza dairesi bu kararını Bremen Asliye mahkemesinin bir kararı sebebiyle 30.12.1901 tarihinde vermiştir.

66) RG. 35/52. 65 numarada gösterilen karara bak.

67) *Peters*, 270.; *Schwarz*, 19/81.

şanlı oldukları kabul edilmelidir.⁶⁸ Nişanlanma vaadinin aleni olması veya nişan aktinin alenen tahakkuk ettirilmiş bulunması şart olarak aranmaz.⁶⁹ Yapılmış bulunan vaat ahlâka ve âdaba aykırı olmadığı takdirde hüküm ifade edecektir.⁷⁰ Vaatte bulunanların küçük olmaları nişanlılığın ademî mevcudiyeti şeklinde telâkki için sebep olmaz.⁷¹ Vaat infisahi bir şarta muallûk olarak yapılmış ise, nişanlılığın mevcudiyeti kabul edilemez.⁷² Buna mukabil nişanlıların evlenebilmeleri evlenme zamanında bir şartın tahakkukuna bağlı ise, nişanlılık münasebeti mevcuttur.⁷³ Evlenmeye mutlâk olarak mani olan hal, nişanlılığın mevcudiyetine de manidir.⁷⁴ Meselâ, evli olan bir kimse cidî olarak ne evlenme vaadinde bulunabilir ve ne de böyle bir vaadi kabul edebilir.⁷⁵ Mevcut mani mutlâk mahiyet arzmemekte ve fakat nisbî mahiyette mani bir hal ise, nişanlılığın mevcudiyeti kabul olunmalıdır.⁷⁶

Şahit ile maznun arasındaki nişanlılık münasebeti maddî bir hâdise olması sebebiyle bunun mevcut olup olmadığının takdiri işe bakan mahkemeye aittir.⁷⁷ Mahkeme durumu takdir ederken mevcut vakıaları nazara alır⁷⁸ ve şahidin bu husustaki mücerret beyanları mahkemeyi bağlamaz.⁷⁹ Nişanlanma bir şekle tabi olmadığı için, mahkeme nişanlılığın tevsiki için herhangi bir belgenin ibrazını talep edemez.⁸⁰ Kabul etmek gerekir ki, maznun ile şahit arasındaki nişanlılık münasebetinin şekle tabi olmaması iki noktada tehlike tevliidine müsaittir. Evvelâ, şahitlikten çekinmek isteyen birisi beyanda bulunmak stemediği halde aralarında nişanlılık münasebeti-

68) Schwarz, 19/81.; Mötzingler, 22.

69) Schmidt, 119.

70) RG. 38/242. Alman Yüksek mahkemesinin 3 cü Ceza dairesi bu kararını Bremen Asliye mahkemesinin bir kararı sebebiyle 16.11.1905 tarihinde vermiştir.

71) Schmidt, 119.

72) Löwe - Rosenberg, 19/188.

73) Löwe - Rosenberg, 19/188.

74) Schmidt, 119.

75) RG. 14/7. Alman Yüksek 1 inci Ceza dairesi bu kararını Dortmund Asliye mahkemesinin bir kararı üzerine 1.4.1886 tarihinde vermiştir.

76) RG. 40/421. Alman Yüksek mahkemesinin 4 cü Ceza dairesi bu kararını Leipzig Asliye mahkemesinin bir kararı sebebiyle 7.12.1907 tarihinde vermiştir.

77) v. Kries, 357.; Schmidt, 119.; Stalder, 61.

78) Löwe - Rosenberg, 19/188.

79) RG. 2/182.

80) Mötzingler, 21.

nin mevcudiyetini ileri sürebilecektir. Saniyen, hakikatte mevcut bir nianlılık münasebeti bazı hallerde mahkemece kabul edilmeyebilecektir. Yine üzerinde bu husus sebebiyle durulması mümkün olan diğer bir mesele şudur ki, mevcut bir nişanlılık münasebetinin ne zaman bozulduğunu da tesbit katiyetle mümkün değildir.⁸¹ Mahkeme nişanlılık münasebetinin mevcudiyetini veya ademî mevcudiyetini kabul ederken, mahallî örf ve âdetlere ve şekillere ehemmiyet verecektir. Şahit ile maznun arasında mevcut bir aşk münasebeti, bilhassa serbest birleşme, dış görünüş itibariyle nişanlılık şeklinde tezahür eylese dahi, mutlak surette nişanlılık olarak kabul edilemez.⁸²

Kanunumuz şahidin maznun ile olan nişanlılık münasebetinin zamanına müteallik bir hükmü ihtiva etmemektedir. Kabul edildiğine göre, münasebet şahidin beyanda bulunduğu zaman mevcut olmalıdır.⁸³ Şahidin beyanda bulunduğu zaman nişanlılık münasebeti bozulmuş ise 47 ci madde tatbik edilemez.⁸⁴ Şahidin beyanda bulunduğu zaman nişanlılık münasebetinin mevcudiyeti kifayet etmekte, ayrıca fiilin ika edildiği zamanda bulunması aranmaz.⁸⁵ Bazı müellifler nişanlılıkta da, bu müessesenin mahiyeti icabı, nişan bozulduktan sonra dahi şahitlikten çekinme hakkının mevcut olması fikrinde dirler.⁸⁶

2 — Evlilik bağı kalmasa bile maznunun karısı veya kocası

Aile münasebeti veya akrabalık sebebiyle şahitlikten çekinme hakkının istimali hususunda ikinci sebep olarak kanunumuzca, evlilik ortadan kalksa dahi maznunun karısı veya kocası olma halidir. Yukarıda temas ettiğimiz veçhile, nişanlılar arasında şahitlikten çekinme nişan bozulduktan sonra mümkün değilse de, kanun, evlilik halinde sarıh hüküm sevk etmek suretiyle bu meseleyi halletmiş bulunmaktadır. Buna göre, evlilik halinde boşanmadan sonra dahi 47 ci madde tatbik edilir ve eşlerden birisi eski kocası veya karısının maznun olduğu dâvada şahitlikten çekinebilir.

81) *Glaser*, I/511 not 31.

82) *JW.* 1908/359.

83) *Peters*, 270.; *Mötzingler*, 22.; *Schmidt*, 119.; *Löwe - Rosenberg*, 19/188.

84) *RG.* 71/152. Alman Yüksek mahkemesinin 2 ci Ceza dairesi bu kararını Berlin Asliye mahkemesinin bir kararı sebebiyle 1.3.1937 tarihinde vermiştir.

85) *Löwe - Rosenberg*, 19/188.

86) *Stalder*, 62.

Karı - kocanın CMUK na göre şahitlikten çekinme hakkı, evlilik birliği içinde birbirlerinin sırlarına vakıf olma ve evlilik sebebiyle meydana gelen karşılıklı itimad esasına dayanır.⁸⁷ Hal böyle olunca, karı veya kocanın şahitlikten çekinme hakkını istimal edebileceği vakıanın evlilik birliğinin devamı müddeti içinde olması icap ederse de, kanunumuzun ifade tarzı böyle bir anlayışa mani olup, şahitlik yapılacak hususa ait olay evlilikten önce veya evlilik içinde veya boşandıktan sonra dahi olsa, eşler çekinme hakkını istimal edebileceklerdir.⁸⁸ Ancak, bazı kanunlar karı - kocalık müna-sebetinin boşanma ile sona erdikten sonra şahitlikten çekinme hakkını kabul etmezler veya bazı kanunlar evlilik içinde müşterek çocuk olduğu takdirde şahitlikten çekinme hakkını kabul etmek suretiyle bazı tahdidi hükümler vazederler.⁸⁹ Kanunumuz tahdidi hususları ihtiva eden sisteme iltifat etmemiştir. Evlilik mevzuunda Medenî kanun mutlâk surette riayeti gerekli bazı şekil hükümleri sevk etmiş olup, bunlara riayet şarttır. Memleketimizdeki dinî, hıristiyanlıktaki kilise nikâhı, CMUK bakımından çekinme hakkını meydana getirmez.⁹⁰ Esasen, karı - koca vasfının iktisabı için mevcut şekil şartlarına riayet gerekir.⁹¹ Dinî nikâh evlilik birliğinin teessüs etmiş olması ve şahitlikten çekinme hususunda bir hak doğurmaz ise de, bu halin, şartları varsa nişanlılık olarak kabulü mümkündür.⁹² Evliliğin mutlâk veya nisbî butlan ile malûl olması, CMUK nun 47 ci maddesinin aramış bulunduğu «evlilik» haline mani değildir. İkinci evliliğe, birinci evlilik nihayete ermeden herhangi bir sebeple gidilmiş ise, ikinci evliliğin karı - kocası CMUK 47 ci maddesinin anladığı mânada karı kocadır.⁹³ Evliliğin butlanına karar verilmiş olması halinde meselenin nasıl halledilmesi gerektiği hususu ihtilâflıdır. Bazı müellifler⁹⁴ bu halde şahitlikten çekinme hakkının istimaline imkân görmemekte ve bunun mucip sebebini de kanunda bulmakta-

87) *Stalder*, 58.

88) *Stalder*, 59.

89) Bu hususta bak: *Stalder*, 58

90) *Glaser*, I/511.

91) RG. 56/427. Alman Yüksek mahkemesinin 4 üncü Ceza dairesi bu kararını Öls Asliye mahkemesinin bir kararı sebebiyle 3.2.1922 tarihinde vermiştir.

92) *Glaser*, I/511.

93) RG. 41/113. Alman Yüksek mahkemesinin 4 üncü Ceza dairesi bu kararını Bromberg Asliye mahkemesinin bir kararı sebebiyle 21.2.1908 tarihinde vermiştir.

94) *Glaser*, I/513.

dırlar. Bunlara göre, kanun evlilik bağı kalmasa bile karısı veya kocası ifadesini kullanmakta, bütün bu hallerde daha önce mevcut bir evlilik şart olarak aranmaktadır. Halbuki butlan halinde mevcut bir evlilik bahis konusu olamaz. Aksi fikirde olanlara göre⁹⁵ bu halde dahi çekinme hakkı vardır. Medenî kanunumuzca kabul edilmiş bulunan ayrılık kararı içinde bulunan eşlerin çekinme haklarının olduğu tabiidir. Eşlerden birinin ölümü halinde bazı müellifler⁹⁶ çekinme hakkının sona erdiği fikrinde iseler de, bilhassa Alman müellifler bu halde de fiil aynı olduğu takdirde müşterek failer hakkında dahi çekinme hakkının mevcudiyetini kabul ederler.⁹⁷

3 — *Akrabalık münasebeti.*

47 ci maddenin kabul etmiş bulunduğu üçüncü şahitlikten çekinme sebebi, maznunun nesepten veya sebepten usul ve furu yahut üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) nesepten veya kendisiyle sıhriyet hasıl olan evlilik bağı kalmasa bile ikinci dereceye kadar (bu derece dahil) sebepten civar hısımlığıdır. Burada, bu akrabalık münasebetlerini bütün incelikleri ile tetkik edecek değiliz. Akrabalığın tesbit ve tayini hususunda Medenî kanun hükümlerine göre muamele olunur (Medenî kanun Md. 17, 18). Çekinme hakkını istimal edecek olan şahit küçük ise, bu hakkını istimal edebilmesi için kanunî mümessilinin bulunmasına lüzum yoktur.⁹⁸ Evlilik dışı meydana gelmiş bulunan akrabalık evlilik sebebiyle meydana gelmiş akrabalık gibi telâkki olunur.⁹⁹

4 — *Maznun ile evlâtlık bağı bulunanlar.*

Akrabalık veya aile sebebiyle şahitlikten çekinme hakkı, kanunumuza göre, maznun ile aralarında evlâtlık bağı bulunan kimseye de tanınmıştır. Beyan edelim ki, evlâtlık bağının usul hukukunda korunan, nazara alınan bir husus olup olamayacağı meselesi münakaşa edilmiştir¹⁰⁰. Medenî hukuk evlât edinme ile, mümkün olduğu kadar tabii bir münasebet yaratmak istemiştir.¹⁰¹

95) *Mötzingler*, 22.; *Peters*, 270.; *Schmidt*, 119.; RG. 41/113.

96) *Stalder*, 58.

97) *KMR*, 85.

98) RG. 12/403. Alman Yüksek mahkemesinin 3 üncü Ceza dairesi bu kararını Altona Ağır Ceza mahkemesinin bir kararı sebebiyle 17.9.1885 tarihinde vermiştir.

99) *v. Kries*, 357.

100) *Stalder*, 67.

101) *Stalder*, 67.

CMUK ları evlâtlık münasebeti içinde bulunanlar ile bunların akrabaları arasındaki şahitlikten çekinme sınırını çeşitli şekillerde tesbit etmişlerdir. Bazı kanunlar, şahitlikten çekinme hakkını yalnız evlât ile evlât edinen için kabul ederler. Müesseseyi daha geniş şahıslar zümresi için de kabul eden kanunlar vardır. Bunlara göre, evlât edinmeden meydana gelen münasebet, evlât edinenin usul ve fûru için de varittir. Diğer bir sistem bazı tahditleri ihtiva eder ve evlât edilenin kardeşleri ile evlât edenin çocukları için çekinme hakkını kabul eder.¹⁰²

Kanunumuzun sisteminin dar sistem olduğunu ve şahitlikten çekinme hakkının yalnız evlât edinen ile evlâtlık arasında bulunduğunu zannediyoruz. Bu sebeple, Stalder'in Alman hukukunu genişletici bir yoruma tabi tutması yerinde değildir.¹⁰³ Esasen bu husus bazı Alman müellifleri tarafından sarahatle zikredilmektedir.¹⁰⁴

Nişanlılıkta olduğu gibi, evlât edinmede de evlâtlık münasebetinin refi halinde (Medenî kanun Md. 258) CMUK nun 47 ci maddesinin tasrih etmiş bulunduğu çekinme hakkı da ortadan kalkacaktır.¹⁰⁵ Evlâtlık münasebeti sona ermiş ise, şahitlik yapılacak vakanın evlâtlığın refinden önce veya sonra vuku bulmuş olmasının ehemmiyeti yoktur.¹⁰⁶ Eşlerden bir tanesi evlât edinmiş ise, diğer eş ile evlâtlık arasında sıhri hısımlık meydana gelmez.¹⁰⁷

Kanunumuz bakıcı ile bakılan kimse arasında şahitlikten çekinmeye mütedair herhangi bir hüküm vazetmemiştir. Buna Avusturya hukuku temas etmiş ve bunlar arasında da şahitlikten çekinmeye mütedair olan hükümlerin tatbik edileceğini tesbit etmiştir. Hukukumuz bakımından böyle bir neticeye varmak mümkün olmamakla beraber¹⁰⁸ bazı müellifler¹⁰⁹ bu halde çekinme hakkının kabulünü tavsiye ederler. Beyan edelim ki, mehaz kanunun tadili hususunda yapılan 1903 tasarısında bakıcı ile bakılan arasında da çekinme hakkının kabul edilmesi hususu münakaşa edilmiş ve bu fikir bir hayli de taraf-

102) Bütün bu sistemler için bak; *Stalder*, 67 - 68.

103) Bu fikri Stalder doktora tezinde müdafaa eder. Tez literatürde gösterilmiştir.

104) *Glaser*, I/513.

105) *Stalder*, 68.

106) *Stalder*, 68.

107) RG. 30/75. Alman Yüksek mahkemesinin 4 üncü Ceza dairesi bu kararını Breslau Ağır Ceza mahkemesinin bir kararı sebebiyle 4.5.1897 tarihinde vermiştir.

108) *Löwe Rosenberg*, 19/189.

109) *Glaser*, I/513 not 39.

tar toplamış ve şu esbabı mucibeye dayanmıştı; bakıcı ile bakılan arasındaki münasebet evlât edinmeye benzer ve ahlâkî bir topluluk meydana gelir. Bir kimseyi, kendisine bakan ve yetiştiren kimseye karşı şahadete zorlamamalıdır.¹¹⁰

IV.

NİSBİ MAHİYETTE ŞAHİTLİKTE ÇEKİNME HAKKI OLANLAR

1 — Giriş.

Kanun bazı hususlar hakkında şahide şahadetten çekinebilme hakkını, bazı hallerde tanımıştır. Ancak bu hak mutlak değildir. Kanunumuzun 48 ve 49 uncu maddelerinin 1 ve 2 ci fıkralarında görüldüğü veçhile sır sahibi maznun veya Devlet memuru için aid olduğu amir, icra vekilleri âzası için Reısicumhur, Millet Meclisi üyeleri için meclis izin verirse şahit çekinme hakkını istimal edemez. Demek ki bu hallerdeki çekinme hakkı mutlak olmayıp nisbidir ve izin verilmediği takdirde şahadetin tamamına şâmilidir. Yine nisbî mahiyette çekinme hakkı içinde tetkik edilebilecek olan bir husus da kanunumuzun 50 ci maddesindeki haldir. Şahit kendisine sorulan ve vereceği cevap ile kendisini veya 47 ci maddenin 1, 2, 3 üncü fıkralarında gösterilen taallukatından birisini ceza takibine uğratabilecek suallere cevap vermekten çekinebilmektedir. Görülüyor ki 50 ci maddeyi 48 ve 49 uncu maddeden ayıran husus, çekinmenin şahadetin tümüne değil, yalnız bir kısmına taallük etmesidir. Bu farklar sebebiyle tetkikimizin bu kısmını ikiye ayıracağız.

2 — CMUK nun 48 inci maddesinde gösterilen sebeplerle şahitlikten çekinme hakkı.

G İ R İ Ş

Kanunumuzun 48 inci maddesine göre, müdafiler bu sıfatları ve hekimler ile ebeler san'atları icabınca vakıf oldukları sırlar hakkında şahitlikten çekinebileceklerdir.

Madde, meslek icabı şahitlikten çekinebilecek olan şahısları müdafiler, hekimler ve ebeler olarak tahdidi mahiyette tesbit etmiştir. Bu maddemiz me haz kanununun 53 üncü maddesinden bir hususta fazla, diğer bazı hususlarda ise eksiktir. Bir hususta fazladır; zira,

110) *Mötzingen*, 25.

mehaz kanunda ebeler hakkında şahitlikten çekinme hakkı kabul edilmemektedir. Eksiktir; zira, mehaz kanun ruhanî şahısların, müdafî ve avukatların vazifeleri icabı vakıf oldukları sırlar hakkında şahitlikten çekinebileceklerini kabul etmiş ve Alman hukukunun hususiyeti icabı, müdafî ile avukat ayrı ayrı tasrih olunmuştur.

Maddede kabul edilen ve delil telâkkisine vazolunan bu istisnai prensip, vakıf olunan sırların korunmasına müteveccih bulunmakta ve ancak, meslek sahibine sanatını icra ederken beslenen itimat ve bu sebeple verilen sırrın, mevcut itimat münasebeti sebebiyle yapılmış olması dolayısıyla, itimat münasebeti korunmaktadır.¹¹¹ Kanun vazı bu itimat münasebetine o kadar ehemmiyet vermiştir ki, bunun korunması pahasına mühim bazı delil ve dâvaya ışık tutabilecek imkânlardan önceden vazgeçmiştir.¹¹²

3 — CMUK nun 48 inci maddesinde gösterilmiş bulunan bütün şahıslara ait müşterek hususlar.

Madde metninde görüleceği üzere, müdaifler, hekimler ve ebeler şahitlikten ancak; müdafiler bu sıfatları (in dieser Eigenschaft) hekimler ve ebeler ise sanatları icabınca (bei Ausübung ihres Berufs) vakıf oldukları sırlar hakkında çekinebileceklerdir.¹¹³

Beyan edelim ki, CMUK nun 48 inci maddesinde gösterilen şahıslara tanınan çekinme hakkı 47 ci maddeye nisbetle tahdidi mahiyet arz eder; zira, 47 ci maddeye göre şahitlikten çekinme hakkını istimal eden şahit hiç beyanda bulunmadığı halde, 48 inci maddede gösterilen ve meslek ve sanatlarını icra ederek vakıf olunan sırlar dışında kalan hususlar hakkında şahidin beyan vecibesi mutlaktır. Ancak, kendisine itimat olunan hususlarda çekinme hakkını istimal edebilir.¹¹⁴ Bu sebeple diyebiliriz ki, 48 inci maddede gösterilen sıfatı haiz olan şahitler esas ve prensip olarak şahitlikte bulunmak mecburiyetinde olup, kendilerine tevdi edilmiş bulunan sırlara taalluk eden münferit meselelerde çekinme hakkını istimal edebileceklerdir ve bu sebeple 48 inci maddedeki çekinme hakkı umumî mahiyette olan şahitlikten çekinme hakkı değildir.¹¹⁵ Şahitlikten çekinebilecek olan müdafî, hekim veya ebe vakıf oldukları sırları mes-

111) Schmidt, 122, 123.

112) Schmidt, 123.

113) Löwe - Rosenberg, 19/191.

114) Schmidt, 123.

115) Löwe - Rosenberg, 19/191.; Glaser, I/520.; Bennecke - Beling, 350.; Peters, 271.; Kern, 93.

leklerini icra sebebiyle elde etmiş bulunmalıdırlar. Bu hususu tevdi eden şahıs bunun sır olduğunu sarahaten veya zammen belirtmiş olması gerekmez. Mahiyeti icabı sır olduğu arzu edilen veya sır olarak kabul edilmesi beklenen hususlar veya vakıalar sebebiyle çekinme hakkı istimal edilebilir.¹¹⁶ Hattâ, mesleği icra sebebiyle vakıf olan sır, sır sahibi tarafından dahi bilinmese, vakıf olan bu sebeple şahitlikten çekinebilecektir.¹¹⁷ Meselâ, hastasını muayene eden bir hekim, hastanın kanser olduğunu anlasa ve bunu hastaya söylememiş bulursa, bu husus çekinme sebebi olabilir.¹¹⁸ Çekinme hakkı bulunan şahidin sırra vakıf olma şekli ve sırrın kaynağı haizi ehemmiyet değildir. Hattâ, çekinme sebebi olan hususun bizzat maznun tarafından söylenilmiş bulunması gerektiği hususuna dair kanunda bir sarahat de yoktur. Sır, maznunun yakınları veya hattâ hasmı tarafından dahi söylenmiş olabilir ve bu hal çekinme sebebi olur.¹¹⁹ Maddede gösterilen şahısların vakıf oldukları sırlar hususundaki çekinme hakları, sır sahibinin ölümünden sonra da devam eder.¹²⁰ Sırra vakıf olan şahadette bulunduğu zaman sanatını icra etmese, meselâ, hekim muayenehanesini kapatmış bulursa dahi durum yine aynıdır.¹²¹ Kanunumuzun 48 inci maddesinde bahis konusu olan sır, beyan edilmiş bulunan sözler şeklinde kabul edilmemelidir; madde metninde gösterilen şahısların meslek ve sanatları icabı beş hisleri vasıtasıyla vakıf oldukları hususlar sır mefhumuna dahildir ve çekinmenin sebebi olabilirler. Bu husus bilhassa hekimler bakımından önemlidir.¹²²

Bu müşterek hususların kısaca tetkikinden sonra maddede tasrih edilmiş bulunan şahısları teker teker inceleyelim.

4 — Müdafiler.

Ekseri modern CMUK larında kabul edildiği gibi¹²³ kanunumuz «müdafilerin bu sıfatla» vakıf oldukları sırlar hakkında şahitlikten çekinebileceklerini kabul etmiştir. Beyan olunan bu ifade tarzı iki

116) Löwe - Rosenberg, 19/191.

117) Schmidt, 123.

118) Mısal için bak: Schmidt, 123.

119) Löwe - Rosenberg, 19/191.

120) KMR, 86.; Löwe - Rosenberg, 19/191.; Schmidt, 123.

121) Löwe - Rosenberg, 19/191.; Schmidt, 123.

122) Löwe - Rosenberg, 19/192.

123) Stalder, 90.

şekilde anlaşılmaya müsaittir. Birinci şekil anlayış şudur ki, müdafî maznunun bundan önceki bir dâvasında bu sıfatı ile vakıf olduğu hususlar hakkında çekinme hakkını istimal edebilecektir. İkinci ve kanunun doğru olarak yapılan tefsiri ise, müdafîin, müdafî olarak kendisine itimat olunan hususlar hakkında şahit olarak beyanda bulunmaya zorlanamamasıdır. Bu sırlar müvekkiline ait olduğu gibi, başkasına da ait olabilirler.¹²⁴ Müdafî olarak çekinme hakkına sahip olanlar baro levhasına kayıtlı olan müdafilerdir. Hukuk müşaviri veya CMUK nun 145 inci maddesinde gösterilen müşavir, madde metnindeki müdafî mefhumu içinde kabul edilemez.¹²⁵ Avukat yanında staj yapan ve sulh mahkemelerinde dâva takibine selâhiyetli olan avukat stajyerleri hakkında da maddenin kabili tatbik olduğunu zannediyoruz. Müdafinin maznun tarafından seçilmiş olması veya mahkeme tarafından tayin edilmiş bulunması arasında fark olmadığı gibi, müdafîlik vazifesinin fiilen ifa edilmiş bulunması da aranmaz.¹²⁶ Mühim olan husus, müdafîye bu sıfatı sebebiyle bazı vakıaların itimad edilmiş olmasıdır. Ancak, itimad edilen hususlar müdafî seçilmeden veya tayin edilmeden önce bildirilmiş olur ve daha sonra o şahıs müdafî olarak seçilirse, seçim ve tayinden önce itimad edilen sebepler ileri sürülerek şahitlikten çekinilebilinip çekinilemeyeceği hususu doktrinde münakaşalıdır. Bazı müellifler¹²⁷ bu halde de müdafinin şahitlikten çekinebileceğini kabul ederler. Diğer ve bizim de taraftar olduğumuz fikre göre, tayin veya seçimden önce müdafîye tevdi edilen sırlar çekinme sebebi olmamalıdır; zira, aksi fikrin kabulü maznun ve müdafinin anlaşmaları sebebiyle beyanı istenmeyen hususlar hakkında çekinme hakkının istimali neticesini tevhit edebilecektir.¹²⁸ Bundan baka, böyle bir anlayış kanunun açık ifadesine de muhaliftir. Zira, kanuna göre müdafiler çekinme haklarını bu sıfatları ile vakıf oldukları sırlar için istimal edebileceklerdir. Çekinme hakkı yalnız müdafîye aittir. Tevdi edilen sırlar müdafinin yanında çalışan, meselâ, bürosunda vazifeli olan kimseler tarafından vakıf olursa, bunların çekinme hakları yoktur.¹²⁹ Fakat, bazı hukuk sistemleri bu halde de çekinme hakkının meviudiyetini sarih hükümler sevk etmek suretiyle kabul ederler. Ezcümle İsveç kanu-

124) Yaptığımız bu tefrik için bak; *Mötzingler*, 46.

125) *Schmidt*, 124.

126) *Schmidt*, 124.

127) *Glaser*, I/535.

128) *Mötzingler*, 47.; *Schmidt*, 124.; *Löwe - Rosenberg*, 19/193.

129) *Mötzingler*, 47.; *Schmidt*, 124.

nu¹³⁰ müdafinin yardımcılarının da çekinme hakkına yer verir. Bir müdafî yerine başka bir avukatı müdafî olarak tevkil etmiş ise, bunun da çekinme hakkının mevcudiyetini kabul etmek gerekir; aksi hal tarzı kanunun arzusu dışına çıkmak ve sırrın başka bir yoldan açığa vurulması neticesini tevhit edecektir.¹³¹

Müdafî çekinme hakkını istimal edebilmesi için, maznunun belirli ve bundan başka kendisine itimad edilen sırrın muayyen olması gerekir. Bu sebeple, Yüksek mahkememizin «Suçlu tarafından müdafaa şahidi olarak gösterilen şahsın mücerret suçlunun müdafaa vekili bulunması şahadetten çekinme sebebi teşkil etmeyeceği ve ceza muhakemesi usulü kanununun 48 inci maddesinde müdafilerin ancak bu sıfatları sebebiyle vakıf oldukları sır hakkında şahitlikten çekinebilecekleri yazılı bulunmasına göre mücerret vekil olduğunu söyleyen mümaileyh için şahadetten çekinme hakkı tanınmış olması yolsuzdur»¹³² şeklinde verdiği kararı müessesenin mahiyetine tamamen uygun telâkki etmekteyiz. Müdafîye itimad olunan sırrın Ceza, Hukuk veya diğer bir meseleye ait bir iş olması arasında fark yoktur.¹³³ Tevdi edilen sırrın doğrudan doğruya maznuna taaluk etmesi de şart değildir. Maznunun üçüncü kişi hakkında verdiği sırlar da 48 inci madde içinde mütalâa olunmalıdır.¹³⁴

5 — Hekimler.

Ekseri kanunlar gibi, mahaz kanunda olduğu veçhile, kanunumuz da, hekimlerin sanatları icabı vakıf oldukları sırlar hakkında şahitlikten çekinebileceklerini kabul etmiştir. Beyan edelim ki, hekimlere bu hakkı tanımayan kanunlar da vardır. Misal olarak Avusturya Ceza Muhakemeleri Usulü kanunu zikrolunabilir (Md. 152). Hekimlerin şahitlikten çekinme hakkını kabul etmiş bulunan sistem kendi arasında çeşitli kısımlara ayrılmakta ve bilhassa bu ayrılık hekimden neyin anlaşılması gerektiği hususuna müteveccih bulunmaktadır.¹³⁵ Bu hususta iki görüş mevcuttur. Birinci fikre göre, kanun hekim terimini istimal eylediğine göre, şahitlikten çekinme hakkı yalnız hekimler için mevcuttur. İkinci fikre göre, hekim

130) Bab III, Fasil 36, Md. 5/2.

131) Löwe - Rosenberg, 19/193.; Schmidt, 124.

132) T. M. 2. CD. 5.5.1944 Esas. 3226 Karar 5012. Perinçek - Tüzün, 66-67.

133) Löwe Rosenberg, 19/193.; Mötzingler, 48.

134) KMR, 88.

135) Stalder, 82.

ifade tarzını genişletici tefsire tabi tutmak ve tababet ile meşgul olanları, meselâ, eczacı ,baytar, hekim yardımcılarını da bu mefhum içinde mütalâa etmek gerekir.

Kanaatımızca, kanunumuz yalnız «hekimler» terimini istimal etmiş olması sebebiyle çekinme hakkı mevzuat icabı, hekimlik sıfatını haiz olanlar ve mesleklerini hekim olarak icra edenlere tanınabilir. Bu husus ise 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı sanatlarının tarzi icrasına dair kanun ile 6023 sayılı Türk tabipleri birliği kanununda gösterilmiştir.¹³⁶ Bizi bu şekilde düşünceye sevk eden ve eczacı ve hekim yardımcılarını madde muhtevası içinde tetkike imkân vermeyen diğer husus şudur ki, kanunumuz hekimler yanında, mehazda bulunmayan, ebeleri de tasrih etmiştir. Eğer, diğer tıp erbabının da çekinme hakkı bulunduğu kanun vazı tarafından kabul edilmek istenmiş olsa idi, bunları da, ebelerde olduğu gibi, sarıh hüküm sevk etmek suretiyle tasrih ederdi. Hekimlerin yanında çalışanların çekinme hakkı olmadığı kanaatındayız. Bazı kanunlar, ezcümle İsveç kanunu başka bir sistem kabul etmiş ve hekim yardımcılarının da çekinme hakkı olduğunu sarıh hüküm sevk etmek suretiyle kabul etmiştir.¹³⁷ «Hekimler» mefhumu içine pratisyen ve mütehassıs hekimler girer.¹³⁸ Veteriner insan sağlığı ile meşgul olmadığı için, maddedeki hekim mefhumuna ithal olunamaz.¹³⁹

Hekim mahkeme tarafından maznunun muayenesi için vazifelendirilmiş ise, bu takdirde hekim ve muayene edilen maznun arasında itimad münasebeti mevcut olamayacağına göre, bilirkişisi olan hekim şahitlikten çekinemez.¹⁴⁰

6 — Ebeler.

Kanunumuz bu hususta mahazdan ayrılmış ve şahitlikten, mesleğini icra ederken öğrendikleri sırlar sebebiyle, çekinebilecek olan kimseler arasına ebeleri de ithal etmiştir. Mehaz kanunu tercüme eden İstanbul komisyonu, mehaza sadık kalarak tercümesini yap-

136) Meselenin teferruatına girmek mevzuumuz dışında olması sebebiyle, yalnız bu kanunları zikretmekle iktifa ediyoruz.

137) Bab. III, Fasil 36, Md. 5/2.

138) *Gerland*, 205.; *Schwarz*, 19/85.; *Löwe - Rosenberg*, 19/194.; *Stalder*, 82.; *Mötzing*, 49.

139) *Mötzing*, 48.; *Löwe - Rosenberg*, 19/194.; *Schwarz*, 19/85.

140) RG. 61/384. Alman Yüksek mahkemesinin 2 ci Ceza dairesi bu kararını Landesberg Ağır ceza mahkemesinin bir kararı sebebiyle 17.10.1927 tarihinde vermiştir.

mış ve madde metnine ebeleri ithal etmemiştir. Bu hem ilk tercümede, hem ikinci müzakerede ve nihai metinde böyle idi.¹⁴¹ Fakat, daha sonra tercüme üzerinde Ankarada yapılan çalışmalar sırasında metne ebeler de ithal olunmuştur. Mehaz kanunda (md. 53) ebeler metinde zikrolunmadığı gibi, hekimler şeklinde ifadesini bulan tıp erbabını ifade eden terimin ebeler hakkında tatbik edilemeyeceği de tefsir olunmuştur.¹⁴² Ancak, mehaz kanununun hekimler yanında «ebeler»e çekinme hakkı tanınmaması tenkit olunmuş ve bunun bir unutmaya sebebiyle maddeye ithal edilmediği zikrolunmuş, ebelerin de aile mahremiyetine hekimler kadar vakıf oldukları beyan edilmiştir.¹⁴³ 1953 tarihinde Almanya'da yapılan Ceza muhakemeleri Usulü kanunu 3 üncü tadili madde metnine ebeleri de ithal etmiştir.

Bugün İsviçre hukuku bakımından ebelerin de hekimler gibi, meslekleri icabı kendilerine tevdi edilen sırlar hususunda şahitlikten çekinme haklarının bulunması müdafaa olunmaktadır.¹⁴⁴ Bu hal bir tesadüfe kalmış olup, malî vaziyeti iyi olanlar doğum için hekim çağırmakta, malî bakımdan fena durumda olanlar ise ebe yardımı ile doğum yapmaktadırlar. Malî kudretin bazı sırların hiç meydana çıkmaması neticesini tevlit ettiği hususuna işaret olunmaktadır.

7 — Devlet memurlarının çekinme hakkı.

Kanunumuzun 49 uncu maddesinin birinci fıkrası, Devlet memurları memuriyetten çekildikten sonra bile, saklamakla mükellef oldukları vakıalar hakkında sırrın aid olduğu makam amirinin izni olmaksızın şahit sıfatıyla dinlenemezler, hükmünü sevk etmiştir.

Maddede mevcut «Devlet memuru» mefhumu en geniş mânada anlaşılmalı, âmme hizmeti görenler dahi bu mefhum içinde mütalâa olunmalıdır.¹⁴⁵ Bazı kanunlar, ezcümle, İsveç kanunu bu hususu açıkça belirtmiş ve «âmme hizmetinde vazife alan veya herhangi bir âmme hizmetinde memur olarak vazife gören kimse» şeklinde maddeyi tesbit etmiştir.¹⁴⁶ Ancak, bu münasebet münferit şa-

141) Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun hazırlık çalışmaları, İstanbul 1953/69, 363, 433.

142) Löwe - Rosenberg, 19/194.; Schmidt, 125.; Peters, 272.; İsveç kanunu (Bab. III, fasıl 36, Md. 5/2) kanunumuz gibi ebelerin de çekinme hakkını kabul eder.

143) Glaser, I/533 not 30.

144) Stalder, 85 - 86.

145) Löwe - Rosenberg, 19/202.

146) Bab. III, fasıl 36, Md. 5.

hıs ile Devlet veya diğer âmme müessesesi arasında ve doğrudan doğruya olmalıdır.¹⁴⁷ Vazife beledi hizmetler içinde dahi kabul edilmiş olabilir. Memurların şahitlikten çekinme haklarının mahiyeti mevzuunda çeşitli görüşler vardır. Bazı müelliflere göre¹⁴⁸ bu, şahit için çekinme vecibesidir ve mahkeme tarafından resen nazara alınır. Bennecke - Beling'e¹⁴⁹ göre, memurun Devlet sırrı hususundaki beyanları bir hususiyet arzeder ve şahit beyanda bulunmak istese dahi mahkeme bunu dinlemez. Diğer bazı müellifler,¹⁵⁰ bu hakkı hâkimi dahi bağlayan bir isbat yasağı olarak kaul ederler. Geyer¹⁵¹ ise bunu, şahidin sorgusunun şartlı olarak yasaklandığı hal olarak kabul etmektedir.

Şunu beyan edebiliriz ki, CMUK muzun 49 uncu maddesinde gösterilen ve Devlet memurlarının vazifeden ayrıldıktan sonra dahi saklamak mecburiyetinde oldukları hususlar hakkında şahitlik yapmaları, bunları diğer şahitlerden hiç bir şekil ve surette ayırmaz. Kaide olarak, şahitler hakkındaki hükümler bunlar için de tatbik edilir. Devlet memuru davete icabet mecburiyetindedir. Yemin mevzuunda kabul edilmiş bulunan kaide bunlar hakkında da tatbik olunur ve mesleğe girerken yapmış oldukları yemin sebebiyle kendilerine yemin vermekten imtina olunamaz.

Memur, memuriyeti sırasında vakıf olduğu sırları söylemek istese de, izin verilmedikçe söyleyemeyeceği gibi, söylenmesi hususunda verilmiş bulunan mevcut izne rağmen beyandan imtina edemez. Şayet, işin mahiyeti icabı memurun vazifesi sebebiyle vakıf olduğu sırlar hakkında da beyanına müracaat olunacağı, mahkemece daha şahit dinlenmeden önce anlaşılmakta ise, bu takdirde mahkeme şahidi davet ederken ait olduğu makam amirinden izin istihsal edebilir. Bu husus mahkeme tarafından yapılabileceği gibi, bizzat şahit tarafından müracaat edilmek suretiyle de izin istihsal olunabilir.

Şahit beyanları sırasında bazı hususların sır olduğunu bildirirse, bu husus mahkeme tarafından kabul edilmeli ve izin istihsali için memurun aid olduğu makam amirine müracaatta bulunmalıdır. Mahkeme, yapılan beyanın sır olup olmadığını takdir etmek ister ve beyanda bulunulduktan sonra bunun sır mahiyetinde bulunup bu-

147) *Schmidt*, 129.

148) *Rosenfeld*, 144.

149) s. 351.

150) *Ullmann*, 364. *Mötzinger*'den naklen 42.

151) *Stalder*'den naklen 76.

lunmadığını bildirirse, bu takdirde sır masuniyeti diye bir şey kalmamış olur. Demek ki, bir hususun sır olup olmadığını beyanda bulunan şahidin takdirine bırakmak gerekir.¹⁵² Beyanların Devlet sırrına taalluk edebileceği hususunda bir şüphenin mevcudiyeti halinde, yine izin yoluna müracaat edilmelidir. Beyanlar hususunda şahit sır olmadığını ifade eder ve mahkeme de yapmış olduğu inceleme neticesinde aynı neticeye varırsa, bu takdirde izin istihsaline lüzum olmayacaktır.¹⁵³ Kanunumuz, sırrın aid olduğu makam âmirinin izni olduğu takdirde şahidin şahitlikten çekinemeyeceğini kabul etmiştir. Aid olduğu makam, izin verirken, 49 uncu maddenin 3 üncü fıkrasında yazılı kıstasa riayetle mükelleftir. Buna göre Devletin selâmetine zarar verecek derecede olmadıkça şahitlik yapılmasına izin verilecektir. Yapılacak beyanlar, Devletin selâmetine zarar verecek derecede olup olmadığı hususunu takdir yalnız memurun aid olduğu makam âmirine aittir. Bu hususu tesbit etmiş bulunan bir karar mahkemenin tetkikine tâbi olamaz.¹⁵⁴ Mahkeme şahidin aid olduğu makam âmirinin takdirini tetkik edemez ise de, şahidin memur olup olmadığını serbestçe tayin ve takdir edebilecektir.¹⁵⁵ Mahkemenin veya memur şahidin beyanda bulunulması hususunda âmire yaptıkları müracaatın reddi hususunda esbabı mucibe gösterilmesi şart değildir. Verilen izin yapılacak beyanın bütününe şâmil olabileceği gibi, bazı kısımların beyandan hariç tutulduğu hususunu tasrih etmek suretiyle tahdidi dahi olabilir.¹⁵⁶ Müsaadeyi veren makamın üzerinde âmir bir makam varsa, gerek verilmemesi gereken iznin verilmesi gerek verilmesi mümkün olan iznin verilmemesi sebebiyle bu makama itiraz mümkündür.¹⁵⁷ İtiraz selâhiyeti hâkime, şahide veya alâkalı diğer kimselere aittir.¹⁵⁸ Fakat, alâkalı şahıslar şikâyet edecekleri sebebiyle duruşmanın tâlik veya tehirini talep edemezler. Mahkeme, serbest takdirine göre duruşmayı tâlik veya tehir ede-

152) Bu husus mehzaz kanunun meclis müzakereleri sırasında hükümet sözcüsü tarafından sarhaten beyan edilmiştir. Glaser, I/523 not 13.

153) *Löwe - Rosenberg*, 19/203.

154) *Glaser*, I/522. RG. 44/291. Alman Yüksek mahkemesinin 4 üncü Ceza dairesi bu kararı Siegen Sulh mahkemesinin bir kararı sebebiyle 3.2.1911 tarihinde vermiştir.

155) *Mötzing*, 44.

156) RG. 7/74. Alman Yüksek mahkemesinin 1 inci Ceza dairesi bu kararını München Asliye mahkemesinin bir kararı sebebiyle 18.9.1882 tarihinde vermiştir.

157) *Löwe - Rosenberg*, 19/203.

158) *von Kries*, 360.; RG. 9/123.

bilir.¹⁵⁹ Gerek izin verecek makam gerek bu makamın üstünde bulunan âmir makam, şahide hangi soruların tevcih edileceğini mahkemeden sorabilirler ve bu husus bu makamlara bildirilmelidir. Ancak bu takdirdedir ki, şahidin hangi hususlarda beyanda bulunması Devletin selâmetine zarar iras etmiyeceğini tesbit ve izin istihali mümkün olabilir.

Kanunumuzun 49 uncu maddesinin 1 inci fıkrası hükmüne riayet edilmemesi halinin bir temyiz sebebi olup olamayacağı hususu düşünülebilir. Alman müellifleri,¹⁶⁰ Alman İmparatorluk yüksek mahkemesi¹⁶¹ ve Alman Federal Yüksek mahkemesi¹⁶² aid olduğu makam âmirinin izni olmadan yapılan bir beyanı CMUK prensipleri sebebiyle değil, âmme hukuku mülâhazaları dolayısıyla vazedilmiş olmasına binaen temyiz sebebi olarak kabul etmezler.

49 uncu maddenin ikinci fıkrası, bu gibi hallerde, yani şahitlik Devletin selâmetine zarar verecek derecede olup olmadığının takdiri hususunda izin verme selâhiyetini icra vekilleri âzası için Reiscumhura, Büyük Millet Meclisi âzası hakkında da meclise vermiştir. Beyan edelim ki, kanunumuzun bu müstakil fıkrası mehz kanunda birinci fıkranın ikinci cümlesi olarak tesbit edilmiş olup, metin 1924 tarihine kadar şu şekilde idi: «İmparatorluk başvekili için izin İmparator tarafından, eyalet hükûmet üyeleri için eyalet başkanından, serbest Hansa - Şehri senatosu üyeleri için izin senatoca verilir».¹⁶³ 1924 tadilinden sonra ise metin şu şekli aldı: «Eyalet hükûmet üyeleri için eyalet hükûmetinin izni alınır».¹⁶⁴ Görüldüğü gibi, mehz kanununun 1877 tarihli şekli ve 1924 tadilinden sonraki hali kanunumuza uymamaktadır. Mehz kanununun 1953 tarihinde yapılan tadili, tetkikimize esas olarak almıyoruz. Zira, şahitlikten çekinme hakkını tanzim eden hükümler bu tarihten sonra esaslı tadile uğramıştır.¹⁶⁵ Mehz kanunu tercüme eden İstanbul komisyonu ise bugünkü metnin mehz kanununun bir tercümesi olduğunu çalışma-

159) RG. 49/133. Alman Yüksek mahkemesi Ceza umumî heyetinin 13.1.1915 tarihli kararı.

160) *Peters*, 273.; *Löwe - Rosenberg*, 19/204.; *Erbs*, 50.; *KMR*, 90.

161) RG. 48/38. 5 inci Ceza dairesi Essen Asliye mahkemesinin bir kararı sebebiyle 9.12.1913 tarihinde bu kararı vermiştir.

162) *MDR*. 51/275.

163) Alman Resmî Gazetesi, Reichs - Gesetzblatt, 1877 Berlin 262.

164) *Kohlrausch*, 22/124.

165) *Dalcke - Fuhrmann - Schaefer*, 1414.

larında zikretmektedir.¹⁶⁶ Yapmış olduğumuz tetkikler neticesi, kanunumuzun bu maddesinin ne şekilde mehz kanundan alınmış olduğunu anlayamadık.

V.

CMUK nun 50 ci MADDESİNDEKİ ŞAHİTLİKTE ÇEKİNME SEBEBİ

Şahitlikten çekinme sebeplerinden bir tanesi de CMUK nun 50 ci maddesinde gösterilmiştir. Buna göre şahit, sorulan suale vereceği cevap ile kendisini veya 47 ci maddenin 1, 2 veya 3 üncü fıkrasında gösterilen taaluatından birisini ceza takibatına uğratabilecek bir husus ile karşılaşmışsa, bu suale cevap vermemek ve bu sebeple şahitlikten çekinme hakkını haizdir. 50 ci maddenin hususiyetleri olarak şu noktaları gösterebiliriz: şahit, şahitliği tanzim eyleyen bütün müesseselere riayet edecek, davete icabet edecek, yemin eda eyleyecek ve kendisine sorulan mesele hakkında beyanda bulunacaktır. Yalnız, münferit sualler kendisini veya 47 ci maddenin 1, 2 veya 3 üncü fıkrasında gösterilen taaluatını ceza takibatına uğratabilecek mahiyette ise bu suallere cevap vermiyebilecektir. Bu sualler yalnız münferit sualler olabilir. Ancak, tevcih olunan sualler ifadenin bütününe ihata eylemekte ise ve bunlar da 50 ci maddede gösterilen haller içinde mütalâa edilmekte ise, şahit bütün bu suallere cevap vermemek suretiyle, şahitlikten doğrudan doğruya olmasa dahi, dolayısıyla tamamen çekinmiş olabilecektir.

Şahit beyanda bulunurken 47 inci maddede gösterilen akrabalık veya aile münasebetinin mevcudiyeti şarttır. Şayet, şahit ile maznun arasındaki aile ve akrabalık münasebeti CMUK nun 47 ci maddesinde gösterilmiş bulunan derecede ise, şahit ilk olarak 47 ci madde sebebiyle şahitlikten çekinebilir¹⁶⁷ Demekki 50 ci maddenin tatbiki hususunda üçlü bir tefrik yapmamız mümkündür. İlk hale göre, şahit bu madde mucibince kendisini ceza takibinden kurtarabilmekte ve bunu intaç edebilecek suallere cevap vermemektedir. Diğer hal, 47 ci maddede gösterilmiş bulunan akrabalar maznun durumunda olmasalar dahi şahit bunlara taalu eden suallere cevap vermiyebilecektir. Nihayet, 47 ci maddede gösterilen akrabalar maznun durumunda ise ve şahit çekinme hakkını istimal etmemiş ise, 50 ci maddeye göre

166) Ceza Muhakemeleri Usulü kanunun hazırlık çalışmaları, İstanbul 1953/61 ve müt.

167) *Schmidt*, 131.

bunlar için yapacağı beyanların cezaî takibata taalluk edeceği kısımlarını cevapsız bırakarak çekinme hakkını istimli edebilecektir.

Kanunumuz aile ve akrabalk münasebetlerini şahitlikten çekinme sebebi olarak kabul eyledikten sonra, şahidin ifadesinin kendisini veya yakınlarının cezaî takibata maruz kalma ihtimalinin mevcudiyeti halinde, bunu çekinme sebebi olarak kabul etmemesi esasen makul olamazdı. Bu sebeple denilebilir ki, CMUK muzun 50 ci maddesi 47 ci maddeyi itmam etmektedir.¹⁶⁸ Mehaz kanununun kabulünden önce Alman eyaletler kanunları da bu müesseseye yer vermişlerdi. Bu sebeple mehaz madde Alman Usul kanununa eyaletler kanunlarının tesiri altında girmiştir.¹⁶⁹ Beyan edelim ki, bazı kanunlar şahide kendisini veya taallukatını cezaî takibata uğratacak suallere cevap vermemesi hakkını tanımamışlardır.¹⁷⁰ Ancak, bu kanunların tatbik edildiği zaman içinde kendisini veya taallukatını cezaî bir takibata maruz bırakacak olan soruya cevap vermeyen şahide karşı zecrî olan herhangi bir tedbire tevessül olunmamıştır.¹⁷¹

Şahit kendisine sorulan suallere cevap verip vermemek hususunda tamamen serbesttir. Sorulan sualin veya beyanına müracaat olunan hususun CMUK nun 50 ci maddesi içinde mütalâa edilebilip edilemeyeceği hususunu takdir şahide aittir. Dâva taraflarından birisi veya dâva ile alâkalı herhangi bir şahıs, şahide sormuş bulunduğu bir sualin cevabının CMUK nun 50 ci maddesi içinde mütalâa edilmesinin mümkün olabileceği mülâhazası ile hâkim, bu sualin şahide sorulmasına mani olamaz¹⁷². Durumu şahidinin kendisi takdir edeceğine göre, bir husus hakkında cevap vermemiş olması delillerin iyi bir şekilde toplanmadığı mülâhazası ile bozma sebebi de olamaz.¹⁷³

Kanunumuz şahidin hangi suallere cevap vermeyeceğini tasrih etmiş ve bunu «ceza takibine uğratabilecek....» sual şeklinde tesbit eylemiştir. Şahidin kendisini veya 50 ci maddede gösterilen taalluka-

168) Kanunumuzun 50 ci maddesinin esbabı mucibesine bak: *Muhtar Çağlayan*, Ceza Muhakemeleri Usulü kanunu, Ankara 1960/152.

169) *Glaser*, I/510 not 1.

170) *Stalder*, 40.

171) *Stalder*, 40.

172) *Mötzinger*, 53.; RG. 9/426. Alman Yüksek mahkemesinin 1 inci Ceza dairesi bu kararını Glatz Asliye mahkemesinin bir kararı sebebiyle 17.1.1884 tarihinde vermiştir.

173) RG. 48/269. Alman Yüksek mahkemesinin 5 inci Ceza dairesi bu kararını Essen Ağır ceza mahkemesinin bir kararı sebebiyle 16.5.1914 tarihinde vermiştir.

tını disiplin takibatına maruz bırakacak veya şeref veya namusuna hanel getirecek hususlar veya malî ve aynı bir zarar tevhit edebilecek sorulara cevap vermemezlik edemez.¹⁷⁴ Bu şekli kabul etmek suretiyle kanunumuz dar sisteme iltifat etmiştir. Gerçekten, bazı kanunlar¹⁷⁵ şerefi ihlâl hususî hukuk bakımından zararı mucip olacak suallere de cevap verilmemesi ve bu mevzular hakkında da şahitlikten çekinme hakkını kabul ederler. Hattâ, bazı kanunlar, ezcümle İsveç kanunu,¹⁷⁶ meslek sırrı bakımından şahide çekinme hakkı tanımaktadır. Kanunumuzun sistemi dar sistem olmakla beraber, mehzaz kanunu şerh etmiş bulunan müellifler, şahidin veya akrabalarının şerefine nakise getirebilecek olan suallerin şahide sorulmaması hususunda hâkimin çok titiz davranmasını tavsiye ederler.¹⁷⁷ Şahit, 50 ci maddenin bahis konusu olduğu hallerde susmak suretiyle sorulan sualleri cevapsız bırakamaz; bu hususta çekinme hakkını sarih olarak bildirmelidir.¹⁷⁸ Çekinme hakkının istimal edilebilmesi için, şahidin kendisinin veya taalukatının cezaî bir takibata maruz kalması endişesi veya tehlikesinin bulunması kâfidir.¹⁷⁹ Beyanda bulunmamak için, bulunduğu takdirde kendisinin veya taalukatının mahkûm olacağı hususunun da ayrıca bir şart olarak aranması gerekmez.¹⁸⁰ Şahit, 50 ci maddenin bahis konusu olduğu halde şahadetine müracaat edilen meselenin bütününe müteveccih bir çekinme hakkına haiz değildir;¹⁸¹ fakat, münferit sualler bütün beyanı kaplayacak mahiyette olursa, teorik olmamakla beraber, tatbikat bakımından beyanın tamamı için dahi şahitlikten çekinme hakkı istimal edilmiş olabilecektir.¹⁸² Meselâ, şahidin ifadesine müracaat edilen hususa şahit bizzat karışmış ve fakat hakkında herhangi bir takibata geçilmemiş ve o iş için yalnız şahit olarak davet edilmiş ise durum böyledir.¹⁸³ Şahit, bütün beyanı kapsayacak derecede şahitlikten ekinmiş ise, ve daha sonra bu şahit hakkında yapılan takibat

174) *Gerland*, 205.; *von Kries*, 360.; *Löwe - Rosenberg*, 224.; *Glaser*, I/519.; *KMR*, 91.; *Schwarz*, 19/91.; *Kohlrausch*, 22/125.; *Löwe - Rosenberg*, 19/205.

175) Bu hususta bak: *Stalder*, 44.

176) Bab. III, fasıl 36, Md. 6.

177) *Rosenfeld*, 166.; *Löwe - Rosenberg*, 19/205.

178) *RG*, 5/373.; *KMR*, 90.; *Schwarz*, 19/90.; *Bennecke - Beling*, 351.

179) *von Kries*, 360.; *Mötzinger*, 53.; *Dalcke - Fuhrmann - Schaefer*, 1419.

180) *Peters*, 272.

181) *Glaser*, I/518.

182) *KMR*, 90.; *Schwarz*, 19/90.; *Dalcke - Fuhrmann - Schaefer*, 1419.

183) *Mötzinger*, 53.

sırasında ifadesine müracaat edilen ve şahit olarak dinlenmiş olduğu hâdisede kendisinin cezaî bir takibata maruz kalabileceği sebebiyle şahitlikten çekinmiş olması, bu dâvada kendisini suçlu olarak kabul için mutlak bir sebep olamaz.¹⁸⁴ Şahidin çekinmesine sebep olabilecek cezaî takibatın resen veya şikâyet üzerine takip edilen suçlardan olması arasında da fark yoktur.¹⁸⁵

Beyan edelim ki, CMUK nun 50 ci maddesinde gösterilen cezaî takibat herhangi bir sebep ile düşmüş ise, meselâ, şikâyete bağlı olan suçta şikâyet müddetinin geçmiş olması veya müruru zaman müddetinin dolması, veya o mesele hakkında esasen bir kesinleşmiş mahkûmiyet hükmünün bulunması, yaş sebebiyle veya umumî af dolaşısıyla takibata tevessüle imkân bulunamaması gibi hallerde çekinme hakkı yoktur.¹⁸⁶ Fakat, takibatın tekrarı mümkün ise, meselâ, beraetten sonra muhakemenin aleyhe iadesinin mümkün olduğu bir hal mevcutsa, veya yeni delil veya vakıalar sebebiyle takibatın yenilenmesi mümkün ise bu hallerde yine çekinme hakkını kabul etmek gerekir.¹⁸⁷ 50 ci maddeye göre şahitlikten çekinme sebebinin bütün incelikleri ile mahkemeye bildirilme mecburiyeti yoktur. Esasen, şahide böyle bir mecburiyeti tahmil etmek, müesseseye hâkim olan fikir ile kabili telif değildir. Şahitden ne sebeple şaharetten çekindiğini ve bunun teferruatının izahını beklemek, cezaî takibata esas olabilecek vakıayı anlatmasını istemek olur ki, maddenin esasen mani olmak istediği husus da budur.¹⁸⁸

VI.

ŞAHİTLİKTE ÇEKİNME HAKKININ HÂKİM TARAFINDAN ŞAHİDE BİLDİRİLMESİ

CMUK nun 47, 48, 49 ve 50 ci maddelerinde şahitlikten çekinme hakkı kabul edildiğine göre, şahidin mevzuat muvacehesinde böyle bir hakkının mevcut olup olmadığının hâkim tarafından bildirilip bildirilmeyeceği ve bunun hâkime bir vecibe olarak tahmil edilmiş

184) *Peters*, 272. Müellif tatbikattaki hayatında böyle bir hâdise ile karşılaşmış olduğunu kaydetmektedir.

185) *Glaser*, I/519.

186) *Gerland*, 205.; *von Kries*, 360.; *Löwe - Rosenberg*, 19/205.; *Erbs*, 50.; *KMR*, 91.; *Schmidt*, 131.; *Dalcke - Fuhrmann - Schaefer*, 1419.

187) *Schmidt*, 131.; *Bennecke - Beling*, 351.; *KMR*, 91.; *Löwe - Rosenberg*, 19/206.; *Dalcke - Fuhrmann - Schaefer*, 1419.

188) *Mötzinger*, 54.

bulunup bulunmadığının, böyle bir vecibenin kabulü halinde ademi riayetin hukukî tesirlerini de tetkik etmek gerekir. Bu kısmın incelenmesini de, yukarıdaki tetkiklerimizde yaptığımız veçhile, kanunumuzun hükümleri sırasını takiben yapacağız. Esasen, bu sıra çekinme hakkının vüsat ve şumulü derecesine de uygundur.

1 — CMUK nun 47 nci maddesindeki çekinme hakkının bildirilmesi.

1 — *Çekinme hakkının bildirilmesi.*

CMUK numuzun 47 inci maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesine göre, birinci fıkrada yazılı olan kimselere dinlenmezden evvel çekinme hakkı olduğu bildirilecektir. Hattâ, şahit yeminsiz dinlense dahi, kendisine, şahitlikten çekinme hakkının mevcut olduğu bildirilmelidir.¹⁸⁹

Bildirme mükellefiyeti, doktrinde hâkim olan kanaate göre, yalnız hâkim tarafından icra edilen muamelelerde yapılan beyanlar için mevcuttur. Hazırlık tahkikatı sırasında şahidin ifadesine müracaat eden polis veya müddeiumuminin 47 ci maddeye göre şahide çekinme hakkının olduğunu bildirme mükellefiyeti yoktur.¹⁹⁰ Bu hal tarzı Alman İmparatorluk Yüksek mahkemesinin de tatbikatına esas olmuş¹⁹¹ Federal Yüksek mahkeme de bu kanaata iltihak etmiştir. Ancak, bazı müellifler¹⁹² savcının ve onun emri altında bulunan polisin de hazırlık tahkikatı sırasında şahide, şahitlikten çekinme hakkının olduğunu bildirmesini ve bu muameleye esasen bu mercilerin de elverişli bulunduğunu, bundan başka CMUK yalnız hâkim tarafından yapılabilecek hususları 46/3 ve 63/4 maddelerde sarîh hükümler sevk etmek suretiyle belirttiğini ve bu sebeplerle de bu mercilerin çekinme hakkını bildirmelerine kanunî bir mani bulunmadığını beyan etmek suretiyle, hâkim kanaat ve tatbikata cephe alırlar. Diğer bazı müellifler¹⁹³ de hazırlık tahkikatında polis ve müddeiumuminin çekinme hakkının şahide bildirmek mecburiyeti olmadığını kabul ederken bunun yüksek mahkemenin tatbikatı sebebiyle makul bir

189) RG. 2/228. Alman Yüksek mahkemesinin tatil dairesi Berlin Asliye mahkemesinin bir kararı sebebiyle 7.9.1880 tarihinde bu kararı vermiştir.

190) KMR, 82.; Schwarz, 19/82.; Erbs, 47.; Löwe - Rosenberg, 19/189.; Dalcke - Fuhrmann - Schaefer, 1415.; Peters, 271.

191) RG. 70/7.

192) Schmidt, 105 ve 120.; Schmidt'e hak verir mahiyetteki beyanları ile Henkel, 259.

193) Peters, 251.

tarzda işlemediğini de beyan ederler. Ezcümle, hazırlıkta çekinme hakkı mevcut olduğu halde bu hakkı kendisine bildirilmeyen ve beyanı alınan şahit, daha sonra duruşmada hâkim tarafından kendisine çekinme hakkı bildirildiğinde bu hakkını istimal edecek ve hazırlıktaki ifadesi mahkemede okunmayacaktır. Ancak, Yüksek mahkeme şahidin okunmayacak olan şeyinin yalnız beyanı olduğunu, fakat bu beyanı alan ve zabta geçiren polis memurlarının duruşmada şahit olarak dinlenebileceklerini kabul etmektedir. Her ne kadar bu şekil bir tatbikat, maddî hakikatin meydana çıkarılması bakımından kabul edilebilirse de, maddenin sevk sebebi ile tenakuz halinde bulunduğu aşikârdır.¹⁹⁴

Şahitlikten çekinme hakkı olan kimse, kendiliğinden beyanda bulunacağını söylemiş ise, veya çekinme hakkını istimal etmeyeceğini bildirmiş olursa, mahkemenin ayrıca çekinme hakkı olduğunu şahide bildirme mecburiyeti yoktur.¹⁹⁵

Çekinme hakkı olan, dâvanın daha önceki safhalarında bu hakından vazgeçmiş ve bu sebeple de dinlenmiş olsa dahi, daha sonraki ve her dinlenişinde çekinme hakkı olduğu kendisine bildirilecektir. Demek ki, çekinme hakkı olan bir şahidin dinlenebilmesi için, hâkimin bu hakkını her defasında şahide bildirmesi şarttır.¹⁹⁶

47 ci maddede gösterilen ve şahide yapılması gereken çekinme hakkının şekli hususunda kanunda bir sarahat yoktur. Bunun şeklini tesbit, sorguyu yapan hâkimin takdirine kalmıştır.¹⁹⁷ Ancak, bildirme, şahide çekinme hakkını izah edecek şekilde olmalıdır. Akrabalık münasebetinin bildirilmesi, bunun izah olunması ve bu durum muvacehesinde şahitlikten çekinebileceği şahide hatırlatıldığı takdirde usule uygun bir bildirmenin yapılmış olduğu kabul edilebilir.¹⁹⁸ Akrabalık münasebetinin tesbitinden sonra «ifade vermek istiyor musunuz?» şeklinde şahide tevcih olunan soru, şahitlikten çekinme hakkının bildirilmesi olarak kabul edilemez.¹⁹⁹ Şahide bildirilmiş bulunan çekinme hakkının duruşma zabtında sarahaten tesbit edilmiş bulunması gerekir.²⁰⁰ Esasen, CMUK 181, 266 ve 267 inci mad-

194) *Peters*, 251.

195) *RG*. 6/329.

196) *von Kries*, 358.

197) *RG*. 6/278.; *Dalcke - Fuhrmann - Schaefer*, 1414.

198) *Schmidt*, 120. Şahitlikten çekinme hakkının bildirilmesi mevzuunda, ileride incelenen, çekinme hakkının bildirileceği zaman kısmına da bakınız.

199) *JW*. 1924/1609. Bu karar için Prof. Klee'nin aynı mecmuanın aynı sahifesindeki notuna bakınız.

200) *Stock*, 91.; *Schwarz*, 19/82.; *KMR*, 82.; *Kohlrausch*, 22/122.

deleri muvacehesinde başka şekilde düşünmeğe imkân yoktur. Bildirme mahkeme başkanı tarafından icra olunur. Bu vazifenin üçüncü bir şahsa devri mümkün değildir.²⁰¹ Hazırlık tahkikatında şahide çekinme hakkı olduğunu bildirdiği herhangi bir şekilde isbat edilebilecek olsa dahi, yine de zabıtnameye dercolunmalıdır.²⁰² Hattâ, şahitlikten çekinme hakkının bildirilmiş olduğu, tefsire müsait bir açıklık içinde zabıtnameye yazılmalıdır.²⁰³

Şahitlikten çekinme hakkının bildirilmesi hususunda mahkemenin hata yapması mümkündür. Bu hata, ya şahitlikten çekinme hakkı olduğu halde bildirilmemek veya, çekinme hakkı olmadığı halde çekinme hakkının mevcut olduğu bildirilmek suretiyle yapılabilecektir. Biz de tetkikimizi bu ikili tefriki nazara alarak yapacağız.

A — Şahitte çekinme hakkı olduğu halde bu hakkın bildirilmemiş olması.

Çekinme hakkı olan bir şahide bu hakkı bildirilmeden ifadesi alınmış ise, bu beyanlar hükme esas olarak değerlendirilemeyeceği gibi,²⁰⁴ bu beyanları havi zabıtname CMUK muzun 244 üncü maddesine göre okunamaz. Bu hususu Alman İmparatorluk Yüksek mahkemesi sarahaten ifade etmiş ve şahidin çekinme hakkının bildirilmesindeki zuhul neticesi elde edilen beyanın «kanunca kabul edilen subut delili» olma vasfını haiz olmadığı belirtilmiş²⁰⁵ ve çekinme hakkının bildirilmesindeki zuhul mahkemenin kusuru ile veya kusuru olmadan vaki olduğu halde ve bu beyan hükme müessir bulunmuş ise bozma sebebi olarak kabul edilmiştir.²⁰⁶ Temyiz mahkememiz de Alman Yüksek mahkemesi gibi, «sanığın anasının duruşmada dinlenirken ademî malûmat beyan etmiş olmasına göre kendisinin şahadetten çekinme hakkı olduğunun bildirilmemesi neticeye müessir görülmemiştir.»²⁰⁷ şeklinde vermiş olduğu karar ile meseleyi hâdisenin durumu icabı menfî bir hususu tesbit etmek suretiyle aynı mahiyette halletmiştir. Bu kararda ehemmiyetli olan husus şudur ki,

201) Alman Federal Mahkemesi kararı BGHST. 9/195. Bu hususta bak; NJW. 1956/1288.

202) *von Kries*, 358.; *Schmidt*, 120.

203) *Schmidt*, 121.

204) *Erbs*, 48.

205) RG. 20/186.

206) RG. 9/384. Alman Yüksek mahkemesinin 2 ci Ceza dairesi bu kararını Köslin Ağır ceza mahkemesinin bir kararı sebebiyle 4.1.1884 tarihinde vermiştir. *von Kries*, 358 - 359.; *Stock*, 91.; *Schmidt*, 121.; *Löwe - Rosenberg*, 19/190.

207) *Perinçek - Tüzün*, 66.

hükme doğrudan doğruya müessir olmayan hallerin bozma sebebi olamayacağıdır. Yüksek mahkememiz verdiği diğer bazı kararlarında da aynı fikri müdafaa etmiştir.²⁰⁸ Şahide yapılması gereken bildirmede zuhul edilmesinin sebebi, ya çekinme sebebinin mahkeme tarafından bilinmemiş olması dolayısıyledir, veya çekinme sebebi bildirildiği halde şahide bu hakkı bildirilmemiş olabilir. Bu iki halde de durum aynıdır.²⁰⁹ Mahkeme, mevcut olan çekinme hakkını şahide bildirmemek suretiyle yapmış olduğu usulü hatayı, ancak, ya bu bildirme yapılmadan elde edilmiş olan beyanları hükme esas olarak kabul etmediğini ve değerlendirmedeğini hükme dercetmek suretiyle²¹⁰ veya şahitlikten çekinme hakkı olan kimse, bu hakkının kendisine bildirildiği halde dahi istimal etmeyeceğini mahkemeye arzemiş olması halinde düzeltebilir. Birinci şıkkın bahis konusu olabilmesi için, şahide çekinme hakkı bildirilmemiş ve bu halde ifadesi alındıktan sonra çekinme hakkının mevcut olduğu şahide söylenmiş ve bunun üzerine şahit de bu hakkını istimal etmiş olmalıdır. Şahidin çekinme hakkı olduğu halde böyle bir hakkının mevcut olmadığı kendisine bildirildikten sonra, şahit beyanda bulunmuş ise, bu halin temyiz sebebi olabilmesi için, şahide şahitlik yapıp yapmama mevzuunda karar verebilmesi için serbesti tanınmamış olması gerekir.²¹² Demek ki, şayet şahit, mahkeme kendisine çekinme hakkı olduğunu bildirdiği halde yine beyanda bulunup çekinme hakkını istimal etmeyecek idi ise, bu hata temyiz sebebi olmayacaktır.

Çekinme hakkı olduğu halde şahide bu hakkı hatırlatılmadan ifadesinin alınması, şahit ile 47 ci maddede gösterilen aile veya akrabalık münasebeti içinde bulunan failin henüz «Maznun» sıfatını almamış bir kimse olarak kabul edilmesi aynı mahiyettedir.²¹³

208) I. CD. 25.4.1953 1818/1479. I. CD. 29.1.1946 1588. Bu kararlar için bak; *Muhtar Çağlayan*, 150.

209) RG. 9/129.

210) RG. 29/351. Alman Yüksek mahkemesinin 2 ci Ceza dairesi bu kararını Berlin Asliye mahkemesinin bir kararı sebebiyle 19.1.1897 tarihinde vermiştir. Aynı kanaat için bak; *Löwe - Rosenberg*, 19/190.; *Schmidt*, 121.

211) *von Kries*, 358.; *Löwe - Rosenberg*, 19/190.

212) RG. 57/63. Alman Yüksek mahkemesinin 1 inci Ceza dairesi bu kararını Ascheffenburg Asliye mahkemesinin bir kararı sebebiyle 12.5.1922 tarihinde vermiştir.

213) RG. 32/72. Alman Yüksek mahkemesinin 1 inci Ceza dairesi bu kararını Coblentz Asliye mahkemesinin bir kararı sebebiyle 2.3.1899 tarihinde vermiştir.

Beyan edelim ki, şartlarının mevcudiyeti halinde şahidin yemin-siz dinleneceği hususunun bildirilmesi, aynı zamanda şahidin çekin-me hakkının da bildirilmiş olduğu şekilde tefsir olunamaz.²¹⁴

B — Çekinme hakkı olmadığı halde, şahidin çekinme hakkının mevcu-diyetini kabul.

Çekinme hakkının bildirilmesinin hatalı olarak tatbik edilebi-leceği ikinci hal, şahitte çekinme hakkı olmadığı halde, mahkemenin yanlışlıkla şahide bu hakkının olduğunu bildirmesidir. Çekinme hak-kının mevcut olmadığı halde var imiş gibi kabulü bir usul kaidesinin ihlâlidir.²¹⁵ Ancak, bildirme hususunda yapılmış olan hata, usul hu-kuku bakımından mevcut doğru neticeye hiç tesir etmemiş ise, ehem-miyetli değildir. Meselâ, şahide yanlışlıkla çekinme hakkının olduğu bildirilmiş olmasına rağmen, şahit bu hakkını istimal etmemiş ve beyanda bulunmuş ise, veya şahide maznun ile usul veya fûru hısımlı-ğı içinde bulunduğu bildirilmiş olmasına rağmen mevcut hısımlı-ğın nesebten olması halinde olduğu gibi.²¹⁶ Bu misallerde görülen hatalar, doğru netice üzerinde herhangi bir tesir icra etmemiştir.

Ancak, hataen şahide çekinme hakkı olduğu bildirilir ve bu bil-dirme üzerine şahit şahadetten çekinir ve beyanda bulunmaz ise, bu takdirde mahkemenin yapmış olduğu bu hata temyiz sebebidir.²¹⁷

Mahkeme şahide, çekinme hakkı olmadığı halde, yanlışlıkla çe-kinme hakkının mevcudiyetini bildirirse ve bu sebeple şahit dinlen-mezse, taraflar mahkemedен CMUK nun 231 inci maddesinin 2 ci fıkrasına göre karar talep edebilirler. Ancak, mahkeme buna rağmen şahidi dinlememiş ise bu hal hükme esas teşkil etmediği müddetçe bozma sebebi olamaz; fakat, mahkemenin delilleri iyi bir şekilde toplamamış olması sebebiyle bu hal bozma sebebi olabilir.²¹⁸

Çekinme hakkını haiz olan bir şahidin dinlenebilmesi için, çe-kinme hakkını istimal etmeyeceğini sarahaten bildirmiş olmasına lüzum yoktur; mahkemenin şahide çekinme hakkı olduğunu bildir-

214) JW. 1916/1539. Mecmuanın bu cildi fakültemizde yoktur.

215) Schmidt, 121.

216) Schmidt, 121.

217) RG. 32/157. Alman Yüksek mahkemesinin 1 inci Ceza dairesi Duis-burg Asliye mahkemesinin bir kararı sebebiyle 8 - 15. Mayıs 1899 tarihinde iç-tihat etmiştir.

218) RG. 71/21. Alman Yüksek mahkemesinin 1 inci Ceza dairesi bu ka-rarını Kassel Asliye mahkemesinin bir kararı sebebiyle 17.11.1936 tarihinde vermiştir.

miş bulunması dinlenmesi için kâfidir.²¹⁹ Çekinme hakkını istimalden feragat edip beyanda bulunan şahide, dinlendikten sonra, mahkemenin feragati geri alabileceğini de bildirme mecburiyeti yoktur.²²⁰

2 — Şahitlikten çekinme hakkının bildirilmesinin tekrarı.

Şahit dinlenmezden önce kendisine çekinme hakkı olduğu bildirilir. Mehaz kanun bu husus için kanunumuzdan farklı bir kelime istimal etmekte ve «her dinlenmeden» önce çekinme hakkının olduğunun bildirileceği tasrih olunmaktadır. Kanunumuzun terim itibariyle mehazdan ayrılışı, tercüme yapıyan komisyonun zuhulü neticesi olduğunu zannediyoruz.²²¹ Zira, mehaz kanununun 1877 tarihli ve 1924 muaddel şekli içinde madde «her dinlenmeden» önce terimlerini istimal etmektedir.²²² Hal böyle olmakla beraber, kanunumuzun metnini de mehaz gibi kabul ve tefsir etmek gerekir. Şahit aynı dâvada birden fazla dinlenirse, her defasında dinlenmeden önce çekinme hakkının bildirilmesi gerekecektir. Hattâ, şahit daha önce vermiş olduğu ifadesinde şahitlikten çekinmeyeceğini sarahaten bildirmiş olsa dahi durum aynıdır ve her dinlenişinden önce bu hakkı kendisine hatırlatılmalıdır.²²³ Ancak, çekinme hakkı kendisine bildirilen ve bu hakkını istimal etmemiş olan şahit duruşmayı terketmeden veya duruşmaya fasıla verildikten sonra tekrar dinlenirse, bu halde çekinme hakkının tekrar bildirilmesine lüzum yoktur.²²⁴ Aynı şekilde, önceki beyanlarının devamı mahiyetinde olan diğer beyanlar aynı duruşmada ve aynı günde yapılırsa, araya fasıla girse dahi yeniden çekinme hakkını bildirme mecburiyeti yoktur.²²⁵ Şa-

219) RG. 3/325. Alman Yüksek mahkemesinin 2 ci Ceza dairesi bu kararını Posen Ağır ceza mahkemesinin bir kararı sebebiyle 28.1.1899 tarihinde vermiştir.

220) *Löwe - Rosenberg*, 19/191.

221) Ceza Muhakemeleri Usulü kanununun hazırlık çalışmaları, İstanbul 1953/61, 68, 433.

222) Bak; Reichs - Gesetzblatt 1877, Berlin s. 262.; *Kohlrausch*, 22/122.

223) RG. 2/192. Alman Yüksek mahkemesinin 1 inci Ceza dairesi bu kararını Schweinfurt Asliye mahkemesinin bir kararı sebebiyle 5.7.1880 tarihinde vermiştir. Aynı kanaat, *Löwe - Rosenberg*, 19/190.

224) RG. 12/403. Alman Yüksek mahkemesinin 3 cü Ceza dairesi bu kararını Altona Ağır ceza mahkemesinin bir kararı sebebiyle 17.9.1885 tarihinde vermiştir. Aynı kanaat, *Löwe - Rosenberg*, 19/190.; *Schmidt*, 122.

225) *Dalcke - Fuhrmann - Schaefer*, 1416.; *Schwarz*, 19/92.

hidin önceki beyanı ile sonraki beyanları arasında illi bir münasebet mevcut ise ve bu beyanlar arasında illi bir bağ varsa çekinme hakkının tekrar bildirilmemesi yine usulü bir hata olarak kabul edilemez.²²⁶ Şahit beyanlarını tevsi eylemekte ise, yine bildirme mecburiyeti yoktur.²²⁷ Ancak, duruşmanın talikinden sonra şahidin tekrar şahadetine müracaat halinde çekinme hakkının bildirilmesi gerekir.²²⁸ Şahit beyanda bulunmadan önce çekinme hakkı bildirildiği halde bu hakkının istimal etmeyip şahadette bulunduktan sonra başka bir duruşmada bu kerre çekinme hakkı bildirilmeden bu şahidin beyanlarına müracaat edilmiş ise, daha önce çekinme hakkı bildirildiği halde alınan beyanlarını havi zabıt varakası okunmaz.²²⁹ Zira, belki bu halde şahit çekinme hakkını istimal edecek ve daha önce vermiş olduğu beyandan da rücu edebilecektir.

Beyan edelim ki, şahidin dinlenebilmesi için çekinme hakkının hemen akabinde ifadesine müracaat mecburiyeti yoktur. Yani, çekinme hakkının bildirilmesi ile beyanda bulunma hali birbirine aralıksız bağlı olması gerekmez.²³⁰ Şahit çekinme hakkını istimal etmemiş ve hâdise hakkında beyanda bulunduktan sonra ölmüş ise, bu beyanın dâvanın diğer safhalarında okunup okunamayacağı meselesi münakaşalıdır. Bazı müellifler²³¹ bu halde zabıtnamenin okunması için şahidin çekinme hakkının hatırlatılmasına imkân olmasa dahi okunabileceği kanaatındadırlar. Ancak, şahit beyanda bulunurken dâvanın ileri safhalarında beyanının okunmaması hususunda bir irade ishar etmemiş olması gerekir. Diğer bazı müellifler ise²³² bu halde şahidin beyanının okunmaması kanaatındadırlar. Bunlara göre şahit aile veya akrabalık münasebeti içinde bulunduğu kimseler hakkında ancak beyanda bulunmaktan çekinebilir veya beyanda bulunur. Bunun takdiri tamamen şahide aittir. Fakat, bu beyanının usul hükümlerine göre bir mâna ifade edebilmesi ve değerlendirilebilmesi mahkemenin vazifesi olup, maznunun da bunda menfaati vardır. Bu sebeple kanun icabı ifadesine müracat edilen ve her defasında çekinme hakkını kullanıp kullanmayacağı sorulması gereken bir şahide, bu hakkını istimal edip etmiyeceğinin sorulma-

226) RG. 12/406.

227) Schwarz, 19/82.

228) RG. 12/403.; Schmidt, 122.

229) Löwe - Rosenberg, 19/190.

230) RG. 5/99.

231) Glaser, I/545.; Löwe - Rosenberg, 19/190.

232) von Kries, 359.

sının imkânsız olması halinde, daha önce vermiş bulunduğu ifade, kanunî delil olabilme kuvvetinden yoksundur.²³³

3 — Çekinme hakkının bildirileceği zaman.

Çekinme hakkı olan şahide ifadesine müracaat edilmeden önce, çekinme hakkı olduğu hâkim tarafından ve şifahen bildirilmelidir. Bu bildirme, temas olunduğu gibi, beyanda bulunmadan önce yapılmış olmalıdır. (CMUK md. 47/2). Bu husus Temyiz mahkememiz tarafından titizlikle aranmakta ve çekinme hakkı olan kimseye bu hakkının dinlenmeden önce bildirilmemiş olmasını bozma sebebi olarak kabul etmektedir.²³⁴ Şahit dinlenmeden önce, çekinme hakkının bulunduğu kendisine bildirilmiş olmalı ve bu duruşma zaptına geçirilmelidir.²³⁵ Şayet, şahidin tekrar dinlenmesi icap etmekte ise, çekinme hakkı tekrar bildirilmelidir; bu, dâvanın aynı veya değişik safhalarında olması halinde mutlâk surette riayet olunması gereken bir kaidedir.²³⁶ Duruşma zaptına «maznun ile akrabalık derecesi uzak, bu sebeple çekinme hakkı yoktur» şeklinde bir kaydın derci, şahit ile maznun arasında şahitlikten çekinme derecesinde bir aile veya akrabalık münasebetinin bulunup bulunmadığı hususunun tetkik edilmiş bulunduğunu isbata kâfidir.²³⁷ Şahit «beyanda bulunmayı arzu ediyorum» demiş olması ve bu hususun zabta geçirilmiş bulunması, mahkemenin çekinme halinin mevcut olup olmadığını tetkik etmiş bulunduğunu, yukarıda olduğu veçhile, aynı şekilde incelediğini gösterir.²³⁸ Şahide çekinme hakkı olduğu bildirilmeden beyanına müracaat edilmiş ise, bunu havi zabıt varakası okunamaz; hattâ, bu ifade CMUK nun 216 cı maddesine göre, yani hastalık veya malûliyet veya ihtimamı mümkün olmayan başka bir sebeple bir şahidin uzun veya gayri muayyen zaman için duruşmada hazır bulunması kabil olmayacağı halde dahi durum aynıdır. Ancak, şahide çekinme hakkı olduğunun bildirilmiş bulunduğu duruşma zabtından sarahaten anlaşılammakta ise, diğer husus veya kaynaklardan bu

233) Bu görüş Alman Yüksek mahkemesince de kabul edilmektedir RG. 2/161.

234) 2. CD. 29.1.1946. 69/237 - *Muhtar Çağlayan*, 150.

235) RG. 2/217. Alman Yüksek mahkemesinin 2 ci Ceza dairesi bu kararını Rosenberg Sulh mahkemesinin bir kararı sebebiyle 9.7.1880 tarihinde vermiştir.

236) *Schmidt*, 121.

237) Alman Temyiz kararı *Löwe - Rosenberg*'ten naklen 19/189.

238) *Löwe - Rosenberg*, 19/189.

hakkin kendisine bildirilmiş bulunduğu tesbit olunabilir.²³⁹ Şahide bildirilen çekinme hakkı en geç hâdise hakkında ifadesine müracaat edilmeden evvel icra olunmalıdır.²⁴⁰ Şahide gönderilmiş bulunan davetiyede şahitlikten çekinme hakkının mevcut olduğu hususunun derci mecburiyeti yoktur. Esasen böyle bir hüküm ve tatbikat meselenin mahiyetine de uymaz.²⁴¹

Hâkim, şahide çekinme hakkının mevcut olduğunu bildirmekle iktifa edecektir. Doktrinde, bildirmeden başka, beyanda bulunması hususunda herhangi bir tesir yapılması fikri müdafaa edilmekte ise de, bizce de, hâkimin vazifesi, şahide çekinme hakkını bildirmesi ile sona erer.²⁴² Bunun dışında maddî hakikati tesbit gayreti içinde, şahidi beyanda bulunmaya ikna ve davet etmek hâkimin vazifesi ile kabili telif değildir.

II — CMUK nun 48 inci maddesindeki durum.

CMUK muzun 48 inci maddesinde tasrih edilmiş bulunan mesleklerini icra ettikleri sırada vakıf oldukları sır sebebiyle de şahitlikten, bu hususlarda, çekinme hakkı bulunan kimselere, hâkimin şahitlikten çekinebileceklerini bildirme mecburiyeti, 47 ci maddenin aksine olarak, kabul edilmemiş bulunmaktadır. Bu husus Alman İmparatorluk Yüksek mahkemesince de kabul edilmekte²⁴³ ve 47 ci maddede sarahatle gösterilmiş olmasına rağmen, 48 inci maddede çekinme hakkının bildirilmesine mütedair herhangi bir hüküm mevcut olmamasına binaen, hâkimin böyle bir vazifesi olmadığı doktrinde de belirtilmektedir.²⁴⁴ Bu tatbikat Almanya'da İngiliz işgal bölgesi Yüksek mahkemesince de kabul edilmiştir.²⁴⁵ Ancak, hâkim şahide bir fikir ve tavsiye mahiyetinde olmak üzere 48 inci maddenin tatbiki bahis konusu olan hallerde, şahitlikten çekinebileceğini söyleyebilir. Fakat, bu bir vecibenin ifası mahiyetinde olmadığı

239) Dresten Eyalet Yüksek mahkemesi kararı 22.7.1930. Bu karar ve not için bak: JW. 1930/3657.

240) RG. 10/516.

241) *Löwe - Rosenberg*, 19/189.

242) *Löwe - Rosenberg*, 19/189.

243) RG. 54/39. Alman Yüksek mahkemesinin 1 inci Ceza dairesi Mainz Asliye mahkemesinin bir kararı sebebiyle 3.11.1919 tarihinde böyle içtihat etmiştir.

244) *Erbs*, 47.; *Kohlrausch*, 22/123.; *KMR*, 87.; *Löwe - Rosenberg*, 19/192.; *Birkmeyer*, 430.

245) *KMR*, 87.

gibi, şahidin kararı üzerine mutlâk surette müessir olmamalıdır.²⁴⁶ Bu sebeple, mahkemenin hataen yaptığı şahitlikten çekinilemeyeceği hususundaki bildirme üzerine ve buna rağmen şahit beyanda bulunursa, bu bir temyiz sebebi olamaz. Ancak, bunun için mahkemenin yapmış olduğu hatalı bildirme neticesi şahit şahitlikten çekinmemiş olmalı veya çekinme hususunda mahkemenin bildirmesi tesir icra etmemiş bulunmalıdır.²⁴⁷

Aksi halde şahidin beyanları hüküm için değerlendirilemez. Değerlendirildiği takdirde CMUK 307 ci madesine göre temyiz sebebi olur.²⁴⁸ 48 inci maddenin bahis konusu olduğu hallerde şahitlikten çekinme hususunda mahkemenin bildirme selâhiyeti ve vecibesi olmadığı gibi, dâvanın taraflarından herhangi birisi de böyle bir selâhiyeti haiz değildir ve bu sebeple çekinme hususunun takdiri tamamen şahidin kendi inisiyatifindedir.²⁴⁹

III — CMUK muzun 49 uncu maddesindeki durum.

CMUK muzun 49 uncu maddesi Devlet memurlarının, İcra vekilleri heyeti üyelerinin, meclis âzalarının saklamakla mükellef oldukları sırlar hakkında çekinme hakkını istimal edebileceklerini kabul etmiş ve bunun takdirini birinci derecede yine bu şahıslara vermiştir.

Maddede 48 inci madde gibi, ve 47 inci maddenin 2 inci fıkrasının aksine, dinlenmezden evvel bu sırlar sebebiyle çekinme hakkının haiz olduğu hususunda şahide bildirme yapılacağı hususunda sarahat yoktur. Bu sebeple, 49 uncu maddedeki halleri de 48 inci madde gibi telâkki edip, bu şahitleri dinleyen kimsenin çekinme hakkı hususunda herhangi bir bildirm emecburiyeti olmadığını kabul etmek gerekir.²⁵⁰ Bu sebeple, yukarıda 48 inci madde için söylediklerimiz uygun bir şekilde 49 uncu madde için de kabili tatbiktir.

IV — CMUK muzun 50 nci maddesindeki durum.

CMUK numuzun 50 ci maddesine göre, şahit kendisini veya 47 ci maddede gösterilen taaluakatını cezaî bir takibe maruz bıraka-

246) *KMR*, 87.

247) *RG*. 66/275. Alman Yüksek mahkemesinin 1 inci Ceza dairesi Aachen Ağır Ceza mahkemesinin bir kararı sebebiyle 26.4.1932 tarihinde böyle içtihat etti. Aynı mahiyette bir karar 2 ci Ceza dairesi 22.12.1930. *JW*. 1931/1596.

248) *KMR*, 87.

249) *RG*. 48/270.

250) *RG*. 10/150.

bilecek olan sorulara cevap vermekten çekinebilecektir. CMUK mu-
zun bu hükmü 1961 Anayasamızda da bir Anayasa hükmü olarak
kabul edilmiştir. Gerçekten, kimse kendisini veya kanunun göster-
diği yakınlarını suçlandırma sonucunu doğuracak beyanda bulun-
maya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz (Anayasa md. 33
fıkra 4). Acaba, verilecek cevabın bu vasıfta olup olmadığı husu-
sunda, dinlenmeden önce şahide bildirilip çekinme hakkı olduğu ha-
tırlatılmalı mıdır? Bu hususta kanunumuzda bir sarahat mevcut
değildir ve bu sebeple de çekinme hakkının bildirilmesi şart ola-
maz.²⁵⁰ Mehaz kanunu şerh etmiş bulunan müellifler Alman İmpa-
ratorluk Yüksek mahkemesi gibi düşünmektedirler.²⁵¹ Fakat, mah-
kemenin çekinme hakkının sorulan soru üzerine mevcut olduğunu
bildirmesi de yasak değildir.²⁵² Hataen yapılmış olan çekinme hu-
susundaki bildirme temyiz sebebi olamaz.²⁵³ Fakat, bu tahdididir.
Yukarıda 48 inci madde için söylemiş bulduğumuz hususlar aynen
bu madde için de kabili tatbik olup, hatalı yapılan bildirme neticesi
şahidin şahitlikten çekinme hakkını kullanmaması ve çekinme hu-
susunda mahkemenin bildirmesi şahidin kararına tesir icra etme-
miş olmalıdır. Aksi halde, yani, mahkemenin hatalı bir şekilde çe-
kinme hakkı olduğunu şahide bildirmesi üzerine ve bu sebeple şahit
çekinme hakkını istimal ederek beyanda bulunmamış ise, bu hal
temyiz sebebidir. Mehaz kanun 1953 tarihine kadar 50 ci maddemi-
zin karşılığı olan 55 inci maddesinde, şahidin dinlenmeden önce çe-
kinme hakkının bildirilmesi mecburiyetini kabul etmemiş olduğu
halde, bu tarihten sonra maddeye 2 ci fıkra olarak «Şahite, izahat
vermekten çekinebilme hakkı olduğu hatırlatılır» şekli ilâve edil-
miştir. Mehaz kanununun, mehaz maddesinin bu yeni ikinci fıkrası
hakkında kısa da olsa açıklama yapmanın faydeli olduğunu zanne-
diyoruz.

Mahkemenin çekinme hakkı olduğunu şahide bildirebilmesi için,
şahidin beyanlarının kendisini veya 47 ci maddede gösterilen taalu-
katını cezaî bir takibata maruz bırakabilecek hususları ihtiva et-
mesi lâzımdır. Yoksa, herhangi bir şahide şahitliğe başlamadan ön-
ce bu hususun bildirilmesi mecburiyeti mahkemeye tahmil olunma-

251) *Birkmeyer*, 430.; *Rosenfeld*, 166.

252) Bavyera Eyalet Yüksek mahkemesinin 8.6.1928 tarihli kararı. Bu karar için bak: JW. 1928/3191.

253) RG. 38/320. Alman Yüksek mahkemesinin 4 üncü Ceza dairesi bu kararını Görlitz Asliye mahkemesinin vermiş olduğu bir karar sebebiyle 12.1.1906 tarihinde vermiştir.

mıştır. Esasen 50 ci maddenin izahını yaparken beyan etmiş olduğumuz gibi, şahit bu madeye göre şahadetten tamamen çekinme hakkını haiz olmamakta, bazı münferit soruları cevapsız bırakabilmektedir. Bu da göstermektedir ki, şahit beyanda bulunma mecburiyetindedir ve beyanda bulunurken kendisini veya taaluğunu cezaî takibata maruz bırakabilecek hususları da tefsir ve tasrih etmeye teşebbüs ederse, işte yalnız bu halde çekinme hakkı olduğu mahkemeye şahide hatırlatılacaktır.

Mahkeme çekinme hakkını şahide bildirirken birinci derecede şahidin menfaatlerini nazara alacak, yoksa maznunun durumu sebebiyle çekinme hakkı olduğunu şahide bildirmeyecektir.²⁵⁴

Şahit beyanda bulunurken mahkeme zuhulen çekinme hakkı olduğunu bildirmemiş ve daha sonra şahidin bu beyanları için çekinme hakkının bildirilmesi icap eylediği şekilde telâkki edilmiş ise bu halin temyiz sebebi olup olamayacağı münakaşalıdır. Frankfurt Eyalet Yüksek mahkemesi bu halde mahkemenin bir usul hatası yapmış olduğu kanaatında olup, çekinme sebebinin bildirilmemesini temyiz sebebi olarak kabul etmektedir.²⁵⁵ Diğer fikir Alman Federal mahkemesince müdafaa edilmekte olup,²⁵⁶ mahkemenin çekinme hakkını şahide bildirmemiş olmasından maznunun zarar göremeyeceği hususuna dayanmaktadır.

Beyan edelim ki, 47 ci maddedeki çekinme hakkına taaluk eden hususların ve o madde için söylediklerimiz, bildirmeyi 50 ci madde için de kabul etmiş bulunan mehzaz kanun için aynen tatbik olunması doktrinde müdafaa olunmaktadır.²⁵⁷

VII

ÇEKİNME HAKKININ İSTİMALİNDEN VAZGEÇME VE VAZGEÇMENİN GERİ ALINMASI

CMUK muzun 47 ci maddesinin 2 ci fıkrasına göre, maznun ile aile veya akrabalık münasebeti içinde bulunan şahit, dinlenmezden önce çekinme hakkını istimal edebilecektir.

Hal böyle olmakla beraber, daha evvel dinlenmiş ve çekinme hakkını istimal etmemiş bulunan bir şahit daha sonra çekinme hak-

254) *Löwe - Rosenberg*, 20/182.

255) *Schmidt*, 132.; *Schwarz*, 19/90.; *Löwe - Rosenberg*, 20/182.

256) *Schmidt*, 132.; *Schwarz*, 19/90.; *Löwe - Rosenberg*, 20/182.

257) *KMR*, 90.; *Schwarz*, 19/90.; *Erbs*, 50.; *Schmidt*, 132.

kını istimal etmek suretiyle verdiği eski ifadeden tamamen rücu edebilmektedir. Çekinme hakkının istimalinden sonra bundan vazgeçip beyanda bulunabileceği gibi, beyanda bulunduktan sonra bundan da vazgeçmek mümkün olup, bu iki şıktan irisini ihtiyar etmek diğer şıkkın zayi olması neticesini tevhit etmez.²⁵⁸ Bundan başka, iki şıktan birisini seçtikten sonra diğer şıkka iltifatın herhangi bir müddetle mukayyet olmaması sebebiyle, şahit çekinme hakkından feragat edebileceği gibi istediği zaman beyandan da rücu edebilir.²⁵⁹ Kanunumuz, şahit tarafından istimal edilmeyen çekinme hakkından sonra yapılan beyanda ve bu hakkının istimali sebebiyle beyanda bulunmama halinde ne zamana kadar vazgeçilebileceği hususunda bir hükmü ihtiva etmemesi sebebiyle her zaman yapılabilecek ve bu hak dâvanın her safhasında da istimal olunabilecektir. Şahit çekinme hakkından feragat edip beyanda bulunduktan sonra, beyanından da isterse doğrudan doğruya kendiliğinden, isterse diğer şahitlerin beyanları üzerine, istimal etmiş olduğu bu haktan feragat edebilecektir.²⁶⁰

Daha önce çekinme hakkını istimal eden bir şahit bu sebeple beyanda bulunmamış ve daha sonra bu hakkından feragat etmek istemiş ise, diğer şahitler durumuna girer ve onlar gibi davet edilip dinlenir.²⁶¹ Bu şahit çekinme hakkını kullanarak daha sonra bundan feragat edip beyanda bulunmuş olsa bile, yine bu hakkından da feragat edebilir ve durumu sanki ilk defa beyanda bulunmak üzere kendisine soru tevcih olunduğu zaman içinde çekinme hakkını istimal eden şahidin vaziyetine getirebilir.

Ancak, şahit ifadesine ilk defa müracaat edildiği zaman veya beyanda bulunduktan sonra şahitlikten çekinme hakkını istimal etmiş ise, o zamana kadar yapmış olduğu beyan ve bunu tesbit eden zabıt varakasının hukukî kıymeti yoktur (CMUK md. 245).

Çekinme hakkı olan şahit için söylenmiş olan bu hususlar yalnız 47 ci maddeye inhisar etmemektedir. Bundan başka kanunumuzun 48 inci ve 50 ci maddelerinde de tanzim edilmiş bulunan şahitlikten çekinme halleri için de bu söylenenler aynen varittir. Bu husus mehzaz kanunun tatbikatı sırasında kabul edildiği gibi,²⁶² dok-

258) *von Kries*, 357.

259) *Rosenfeld*, 164.

260) RG. 2/53. 1 ci Ceza dairesinin 7.5.1880 tarihli kararı.

261) RG. 6/337. 2 ci Ceza dairesinin 6.6.1882 tarihli kararı.

262) RG. 63/302. 1 ci Ceza dairesinin 29.10.1929 tarihli kararı.

trinde de iltifata mazhar olmuştur.²⁶³ Çekinme hakkının istimalinden feragat ve beyandan daha sonra vazgeçme, yalnız aile veya akrabalık münasebeti içinde kullanılmış bir hakkın neticesi olmamakta, daha evvel çekinme hakkı olmayan bir şahit dâvanın devamı sırasında kendisine bu hakkın tanınması icap eden bir duruma girdiği andan itibaren de yukarıda söylediklerimiz kabili tatbik hale gelmektedir.

VIII.

ŞAHİTLİKTE KISMEN ÇEKİNME

Burada tetkik edilecek olan husus elbette ki, CMUK nun 47 ci maddesinde gösterilmiş bulunan haldir. Esasen 48, 49 ve 50 ci maddelerde şahitlikten kısmen veya beyanda bulunulacak olan hususun bazı noktalarında çekinmek esastır.

Tetkik edilmesi gereken mesele, 47 ci maddede gösterilen ve aile veya akrabalık münasebeti içinde bulunanlar arasında da şahitlikten kısmen çekinebilme halinin mevcut olup olmadığı hususudur. Çekinme hakkı olan şahit için alternatif bir hak mı bahis konusudur, yoksa beyanda bulunduğu takdirde bazı hususlar hakkında yine alternatif bir hakkı var mıdır? Yani, şahit beyanda bulunurken bazı sorulara cevap vermemelik edebilir mi? Kanunumuzda bu hususa ait sarih bir hüküm yoktur. Meseleyi bir misal ile izah edelim. Şahit CMUK nun 47 ci maddesine göre çekinme hakkı olan bir kimse dir. Dâva konusu ile ilgili bir husus hakkında çekinme hakkını istimal etmemekte ve beyanda bulunmaktadır. Aynı dâvada bu şahidin başka bir mesele hakkında ifadesine müracaat edildiğinde bu sefer yalnız bu hususa ait çekinme hakkını istimal ettiği kabul edilsin. Daha sonraki duruşmada bu şahidin beyanına tekrar müracaat edildiğinde bu sefer çekinme hakkından feragat edip, beyanda bulunduğu düşünölsün. Bu hal müteaddit defalar yapılabilecektir. İmdi böyle bir halde çekinme hakkını haiz olan şahidin bir önceki ifadesinin değeri nedir ve şahit beyanlarının bir kısmı için çekinme hakkını kullanıp, diğerleri için bu hakkından feragat edebilir mi?

263) *Glaser*, I/546.; *Schmidt*, 115.; *Kohlrausch*, 22/122.; *Löwe - Rosenberg*, 19/185.; *Henkel*, 274.; *Schwarz*, 19/80.

264) 1 inci Ceza dairesinin 28.9.1934 tarihli kararı, bu karar için bak: JW. 34/3206.

Bizce²⁶⁵ şahidin böyle bir hakkı olmamalıdır. Dâva aynı olduğu takdirde çekinme hakkı olan şahit için alternatif bir hak mevzu-bahistir. Şahit ya ifade verir veya çekinme hakkını istimal eder. Fakat, hakkından feragat edip beyanda bulunurken, bir kısım için çekinme hakkını kullanamaz. Aksi halin kabulü hatalı neticelere sevk edecek mahiyet taşır. Filhakika, aile veya akrabalık münasebeti sebebiyle şahitlikten çekinme hakkını haiz bir kimse maznun ile dost veya düşman olabilir. Dost olduğu takdirde, maznunun lehinde olan noktalarda ifadesine müracaat edilince çekinme hakkını istimal etmeyecek, ve fakat aleyhinde olan hususlarda bu hakkını kullanacaktır. Maznun ile aralarında düşmanlık olduğu hallerde bunun aksi olacak, maznunun aleyhine olan hususlarda şahitlikten çekinmeyecek ve fakat lehinde beyanda bulunması gereken hususlarda çekinme hakkını istimal edecektir. Bu sebeple, kanaatimize göre, 47 ci madde içinde tetkik olunan şahitler ya şahadette bulunurlar veya çekinme hakkını istimal edebilirler. Bir kısım için beyanda bulunmak, bazı hususlar için çekinme hakkını istimal etmek isteyen şahit, şahitlikten çekinmiş farzedilmelidir.²⁶⁶ Esasen, mahkeme reisi, bazı hususlarda çekinen abzi hallerde beyanda bulunan şahidin bu tutumuna müsaade etmemelidir.²⁶⁷ Fakat, 47 ci maddeye göre çekinme hakkını istimal etmemiş ve beyanda bulunmuş olan şahidin bazı ifadeleri kendisini veya 47 ci maddede gösterilen taalukatını cezaî bir takibata maruz bırakacak şekilde olabilirse, bu halde çekinme hakkını kabul etmek gerekir. Bunun tesbiti için de hâkimin çok titiz davranması gerektiğini kabul etmek lâzımdır. Bu sözlerimizden çıkan netice şu olmaktadır ki, 47 ci madde içinde mütalâa edilen şahitler bakımından, kısmen çekinme hakkı yalnız 50 ci maddedeki hal sebebiyle mümkün olabilmelidir.

Beyan edelim ki, doktrinde aksi kanaatte olan müellifler de vardır. Ezcümle Bennecke - Beling,²⁶⁸ şahitlikten çekinme hakkı istisna, şahidin beyanda bulunması kaidedir, dedikten sonra, çekinme hakkını haiz olan şahide her beyanından önce çekinme hakkı olduğu hatırlatılacaktır. Beyanda bulunma kaide olduğuna göre, daha sonra çekinme hakkını istimal etmiş olsa dahi, kaide olan beyanda bulunma hali hukukî hükmünü ifa edecektir. Bu fikirde olan diğer

265) Aynı kanaat için bak: *Mötzinger*, 27.; *Rosenfeld*, 165 notJ 11.

266) *Schmidt*, 122.

267) *Mötzinger*, 27.

268) *Bennecke - Beling*, 350.

müellif Löwe - Rosenberg'tir.²⁶⁹ Müellif bir Alman İmparatorluk Yüksek mahkemesi kararını da zikretmek suretiyle²⁷⁰ fikrini şöyle müdafaa eder: «şahitlikten çekinme hakkı olan kimse, beyanda bulunurken çekinmek hakkından feragati geri alabilir ve bu şekilde kendisini kısmen beyanda bulunan bir kimsenin kanunî durumuna sokabilir; bu şekil bir tatbikat kanuna aykırı değildir».

IX.

ŞAHİTLİKTE ÇEKİNME HAKKININ İSTİMAL EDİLEMEYECEĞİ HALLER

Kanunumuzun 48 ve 49 uncu maddelerinde, şahitlikten bazı hususlar hakkında çekinilebileceğini yukarıda izah ettik. CMUK nun 48 inci maddesinin 2 ci cümlesi sarıh hüküm sevk etmek suretiyle, sır sahibi muvafakat ederse, şahitlikten çekinilemeyeceğini tesbit etmiştir. Aynı hususların uygun bir şekilde 49 uncu madde için de kabili tatbik olduğunu zannediyoruz. Bu sebeple, bu kısım için yaptığımız beyanlar 49 uncu madde için de varittir. 47 inci maddede gösterilen halde ise, şahitlikten çekinme hakkının istimali hususu daima şahitlik yapacak kimsenin takdirine kalmış olması sebebiyle, bu müessese 47 ci madde için kabili tatbik değildir. Yani, maznun ile aile veya akrabalık münasebeti içinde bulunan şahit, maznun beyanda bulunmasını istemiş olmasına rağmen, beyanda bulunmakla mükellef değildir.

Kanunun korumak istediği husus, sır sahibinden vazife veya meslek icabı vakıf olunan sırların açığa vurulmaması olup, bu hususta sır sahibi müsaade ettikten sonra maddî hakikatin tezahür etmesini temin için, şahit artık çekinme hakkını istimal edemeyecektir. Bu şekildeki hal tarzı ile kanun vazı birinci derecede sır sahibinin menfaatini düşünmüş ve maddî hakikatin tecellisi pahasına bu prensipten fedakârlık yapmış, diğer yandan prensipten fedakârlığı gerektiren sebebin ortadan kalkması, yani sır sahibinin izin vermesi halinde, artık şahitlikten çekinilemeyeceğini kabul etmiştir.

269) Löwe - Rosenberg, 19/191.

270) Müellif zikretmiş olduğu bu karar için Juristische Wochenschrift'in 1895 tarihli cildinin 551 inci sayfasını gösterir. İstanbul hukuk fakültesi kütüphanesinde mevcut olan bu mecmuanın bu eski cildinin olmaması sebebiyle zikredilen bu kararın aslına bakmak mümkün olmadı.

Bahis konusu olan izin verildikten sonra çekinme hakkı kalma-
yacağına göre, bu halde mahkeme şahidin beyanda bulunmasını te-
min için zecrî tedbirlere tevessül (CMUK md. 63) edebilir. Ancak,
bu tedbirlerin tatbik edilebilmesi için, mahkemenin durumu bir ka-
rar ile tesbit etmesi gerektiği kanaatındayız. Esasen, 47 ci madde
için dahi durum aynıdır. Yani, kendisinde çekinme hakkı olduğu-
nu bildiren şahidin durumu mahkemece tetkik edilip, ileri sürülen
sebebin mevcut olmadığı anlaşılırsa, şahidin beyanda bulunmasını
temin etmek için tatbiki mümkün zecrî tedbirlere tevessülden önce
mahkemenin bu hususu tesbit eden bir karar vermesi gerekir.²⁷¹

Sır sahibinin izin veriş ya sarahaten olur, veya zımnem de
olabilir.²⁷² İzin selâhiyeti ancak sır sahibinindir. Bu izin her zaman
geri alınabileceği gibi²⁷³ izin yalnız muayyen bazı hususlar hakkın-
da dahi verilebilir.²⁷⁴ Verilmiş bulunan iznin geri alınışı herhangi
bir şekle tabi değildir.²⁷⁵

İznin yalnız sır sahibinden sadır olması gerektiğine temas et-
miştik .Bu sebeple, sır sahibinin ölümü sırra vakıf olanın bu sırrı
saklama vecibesinden kurtarmadığı gibi,²⁷⁶ izin verme selâhiyeti
yalnız sır sahibine ait olup, herhangi bir sebeple ne başkasına inti-
kal eder ve ne de miras yolu ile başkasına geçemez; zira burada ba-
his konusu olan hak şahsa sıkı sıkıya bağlı olan haklardandır.²⁷⁷
İznin yalnız sır sahibi tarafından verilebilmesinin diğer bir neticesi
şudur ki, iznin mutlâk surette maznun tarafından verilmesi gerek-
mez, eğer sır sahibi üçüncü kişi ise, izin verme selâhiyeti buna ait-
tir.²⁷⁸ Ancak, beyan edelim ki, sır sahibinin vermiş olduğu izin her
zaman şahidi söylemeğe mecbur tutamaz. Şayet, şahit mesleği ve
sanatı icabı ve yalnız bu sebeple bazı hususları beyan edemeyecek

271) *Rosenfeld*, 166.

272) *KMR*, 86.

273) RG. 63/302. Alman Yüksek mahkemesinin 1 inci Ceza dairesi bu kararını Halberstadt Asliye mahkemesinin bir kararı sebebiyle 29.11.1929 tari-
hinde vermiştir.

274) RG. 62/144. Alman Yüksek mahkemesinin 2 ci Ceza dairesi bu ka-
rarını Brieg Ağır ceza mahkemesinin bir kararı sebebiyle 26.4.1928 tarihinde
vermiştir. Aynı kanaat, *KMR*, 86.

275) *Erbs*, 49.

276) *Henkel*, 257 not 3.

277) RG. 71/22. Alman Yüksek mahkemesinin 1 inci Ceza dairesi bu ka-
rarını Kassel Asliye mahkemesinin bir kararı sebebiyle 17.11.1936 tarihinde ver-
miştir. Aynı kanaat, *Henkel*, 257 not 3.

278) *Löwe - Rosenberg*, 19/195.

durumda ise, sır sahibinin iznine rağmen rahatlikten çekinebilecektir.

Beyan etmek gerekir ki, kanunumuzun kabul etmiş olduğu bu sistem yani sır sahibinin izni üzerine şahidin beyanda bulunma ve-cibesi, tatbikatta bazen üzücü ve naoh hâdiselerin zuhuruna sebep olmakta ve bilhassa bu hal hekimler bakımından tahaddüs etmektedir. Hastalığını bilmeyen bir hasta, hekimin beyanda bulunmaması üzerine hastalığının hakikî veçhesini öğrenmektedir. Mese-lâ, kanserli bir hastayı muayene etmiş bulunan bir hekim o kimse hakkında şahitlik yaparken bazı noktalarda ve maznunun hastalığı hususunda da şahitlikten çekirse, sır sahibi maznunun izni üzerine beyanda bulunmak mecburiyetinde kalacak ve bu şekilde de maznun bu öldürücü hastalığını öğrenmiş olacaktır. Bu naoh hâdisenin zuhuruna hâkim, CMUK nun 240 ıncı maddesi ile mani olamayacaktır. Yani, maznunun yüzüne karşı şeriklerden birinin veya bir şahidin hakikati söylemeyeceğinden korkulursa mahkeme sorgu ve dinlenme sırasında o maznunun mahkeme salonundan çıkarılmasını emre-decek ve maznun tekrar geldiği zaman gıyabında yapılan söz ve iş-lerin esaslı noktaları kendisine bildirilecektir. Bu halde, herhalde hâkimin tecrübeli hareketleri naoh ve üzücü hâdisenin tezahürüne mani olacaktır.²⁷⁹

X.

ŞAHİTLİKTE ÇEKİNME SEBEBİNİN BİLDİRİLMESİ

CMUK muzun 47, 48 ve 50 ci maddelerinde gösterilen hallerde yapılacak talep üzerine şahit çekilmesinin sebebini bildirecek ve bu husus yeminle tasdik olunacaktır (CMUK md. 51).

CMUK nun 51 inci maddesi mehaz kanununun 56 cı maddesinden alınmıştır. Kanunumuzun tercümesini yapan İstanbul komisyonu mehaz kanuna oldukça sadık kalmış ve maddeyi tesbit eylemiş bulunduğuna nihaî metinde iki cümle halinde ve şu şekilde tercüme etmiş-ti «50 nci, 51 inci, 53 üncü maddelerde gösterilen hallerde vukubulacak talep üzerine şahit şahadetten imtinanın müstenit olduğu va-kiyatı ityan ile mükelleftir. Şahidin bu husustaki beyanatını yeminle tasdiki kâfidir.²⁸⁰ Görüleceği üzere İstanbul komisyonu, şahidin

279) *Schmidt*, 127.

280) Madde için yapılan müzakereler için bak; Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun hazırlık çalışmaları, İstanbul 1953/61, 70.

imtinainına sebep olan vakıayı ityan ile mükellef tutmuştu. Bu tabir me haz kanunda «Glaubhaft zu machen» şeklinde ifade edilmiş olup, kanaatımızca «inanılır bir şekilde» veya «tatmin edici mahiyette» olmak üzere dilimize çevrilebilir. Esasen, me hazda kullanılan bu terim CMUK 25 inci maddesinde «isbat ile mükelleftir» 42 ci maddesinin 2 ci fıkrası «bildirir», şeklinde ve terim ve mâna birliğine riayet olunmadan tercüme edilmiştir. Kanunumuzda istimal edilen ve «sebebini bildirir» şeklinde olan ifade tam bir ikna şeklinde değil de, bahis konusu hâdisenin imkân dahilinde olabileceği hususuna müteveccihdir.²⁸¹

Kanaatımızca, CMUK muzun 51 inci maddesi şekil itibariyle me haz kanundan farklıdır. Şöyle ki,; me haz kanunda 56 cı madde iki fıkradan müteşekkildir. Birinci fıkraya göre, 47, 48 ve 50 ci maddelerde gösterilen hallerde şahit, çekinme sebebini mahkemeye, bahis konusu olan hususun imkân dahilinde olabileceğine inandıracak derecede bildirecektir. Bu bildirme üzerine mahkeme ya tatmin olacak veya olmayacaktır. Tatmin olduğu takdirde mesele yoktur. Tatmin olmadığı halde, şahit ileri sürdüğü hususu yemin ile teyit edecektir. Ancak, şahit ileri sürmüş olduğu hususları mahkemeyi tatmin edecek derecede yapamamış ise, bu halde şahit isterse, mahkemenin talebine lüzum kalmadan, bu hususu yemin ile teyit etmek arzusunda olduğunu mahkemeye bildirebilecektir. Bu bildirme karşısında mahkemenin yemin ile iktifa etmesi gerekecek ve başkaca bir hususu izhar etmesi şahitten istenemeyecektir.²⁸²

Kanunumuz ise, 51 inci maddeyi bir fıkra ve bir cümle içinde tesbit etmiştir. Bu maddemizin ifade tarzından anlaşılan mânaya göre, 47, 48 ve 50 ci maddelerde gösterilen hallerin mevcut olduğu ve şahitlikten çekinmek istediği takdirde şahit, önce sebebini bildirecek ve herhalde bunu yemin ile teyit edecektir. Zira kanun «... şahitlikten çekinme sebebini bildirir ve bu husus da yeminle tasdik olunur.» demektedir. Kanaatımızca, me hazdan ayrılmağa lüzum olmadığı gibi, 51 inci maddemizi me haz gibi telâkki etmek de mümkündür. Beyan edelim ki, bazı müelliflerin meseleyi bizim gibi anlamadıklarını zannediyoruz. Ezcümle Kunter²⁸³ şahidin çekinme sebe-

281) RG. 28/8 - 10. Alman Yüksek mahkemesinin 2 ci Ceza dairesi bu kararını Berlin Asliye mahkemesinin bir kararı sebebiyle 29.10.1895 tarihinde vermiştir. Aynı kanaat için bak; *KMR*, 91.; *Schwarz*, 19/91.; *Dalcke - Fuhrmann - Schaefer*, 1420.

282) *Löwe - Rosenberg*, 225.; *Schmidt*, 133.

283) *Kunter*, 396.

bini söylemek ve bu hususu yeminle tasdik etmek mecburiyetindedir demektedir. Taner²⁸⁴ de şahidin, çekinmenin sebebini söylemek mecburiyetinde olduğunu ve bu hususun da yeminle tasdik olunacağını kaydetmektedir. Şahit önce çekinme sebebini mahkemeye bildirecek ve mahkeme sebebin imkân dahilinde olduğuna kanaat getirdikten sonra, ayrıca yemin ile tasdike lüzum kalmayacağını zannediyoruz. Aksi halde, yani mahkeme sebebin imkân derecesi ile tatmin olmadığı halde şahit çekinme sebebini yemin ile tasdik edecektir. İleri sürülen çekinme sebebinin mahkemeye arzı ve bunun bütün teferruatını bildirme mecburiyetinin olmadığı kanaatındayız. Temas ettiğimiz gibi, bu şekil düşünüşümüz, bilhassa 50 ci madde muvacehesinde ehemmiyetlidir. Şahitten çekinme sebebini tam bir şekilde izah ve isbat etmesi istenirse, bu takdirde CMUK nun 50 ci maddesinin hikmeti vücudu kalmayacaktır. Bu sebeple 50 ci maddenin bahis konusu olduğu hallerde şahit kendisine sorulan suale vereceği cevap ile cezaî takibat arasındaki münasebeti beyan ve bunu inanılır derecede göstermesi kifayet edecektir.²⁸⁵ Hattâ, şahit bu halde cezaî takibatın mümkün olduğunu beyan edip, bunun inanılır olduğunu göstermeden doğrudan doğruya yemin ile tasdik edebilir.²⁸⁶ Kanunumuzda istimal edilmiş bulunan «.... hallerde yapılacak talep üzerine şahit şahitlikten çekinmesinin sebebini» bildirecektir. Bunun mânası şudur ki, şahit önce kendisindeki çekinme sebebinin mevcudiyetini mahkemeye söyleyecek, bu beyan üzerine mahkeme talep ederse bu takdirde çekinme sebebi şahit tarafından tasrih edilecektir.

Talebe selâhiyeti olan kimse hakkında, mehzada olduğu gibi, kanunumuzda da bir sarahat yoktur. Umumen kabul edildiğine göre, talebe selâhiyetli merci yalnız mahkemedir.²⁸⁷ Bu sebeple, dâvanın taraflarının böyle bir talepte bulunmaya hak ve selâhiyetleri yoktur.²⁸⁸ Şahidin çekinme sebebi olduğunu beyan etmesi üzerine mahkeme tatmin olabilir ve bu beyanın imkân dahilinde olduğu hususunda şahidin teferruata girerek mahkemeyi tatmin etmesinden vazgeçebilir. Bu halin takdiri tamamen mahkemeye aittir.²⁸⁹ Şahi-

284) *Taner*, 194.

285) *Schmidt*, 133.

286) *KMR*, 91.; *Schwarz*, 19/91.

287) *Kolhrausch*, 22/126.; *KMR*, 91.; *Dalcke - Fuhrmann - Schaefer*, 1420.; *Schwarz*, 19/91. Aynı mahiyette Alman Temyiz kararı RG. 54/39.

288) *Schmidt*, 133.

289) *KMR*, 91.

din basit bir beyanı mahkemeyi tatmin etmiş ise, bu takdirde ayrıca beyanın sıhhat derecesini izahtan şahit vareste tutulabilir.²⁹⁰ Hattâ, dâvanın tarafları ileri sürülen hususun inandır bir şekil içinde izahtını isteseler dahi, mahkemenin tatmin olduğu halde bunların talepte bulunmuş olmalarının herhangi bir değeri yoktur.²⁹¹

İleri sürülmüş bulunan çekinme sebebi mahkemeyi tatmin etmediği takdirde şahit bunu yemin ile teyid edecektir. Bu hususa ait yapılacak yeminin şekli hususunda kanunumuzda bir hüküm ve sarahat yoktur. Şahit sorulara cevap verdiği takdirde bizzat kendisinin veya taaluğatının cezaî bir takibata maruz kalacağına inandığına yemin ederse bu kâfidir.²⁹² Ancak bu halde, CMUK nun 52 ci maddesinin 1 inci ve 2 ci numaralı fıkraları dikkate alınmalıdır. 52 ci maddenin 3 üncü fıkrası burada haizi ehemmiyet değildir.

Beyan edelim ki, kanun şahidin çekinme hakkının istimalinden sonra bu hususun tatmin edici olduğunun tesbitine mütedair mahkemeye bir vecibe yüklememiş ve bu hususun hükümde gösterilmesini aramamıştır.²⁹³ Şahidin çekinme hakkının mahkemece kabul edilmesinde hukukî bir hata olmadıkça, bu hal temyiz sebebi de olamaz.²⁹⁴

Doç. Dr. Ayhan ÖNDER

290) Schwarz, 19/91.

291) KMR, 91.

292) Başka bir yemin şekli misali için bak; Kohlrusch, 22/126.

293) KMR, 91.

294) KMR, 91.

Faydalanılan Eserler

- Beling* — Deutsches Reichsstraßprozessrecht, Leipzig, 1928.
- Birkmeyer* — Deutsches Straßprozessrecht, Berlin, 1898.
- Bennecke - Beling* — Lehrbuch des deutschen Reichs - Straßprozessrechts, Breslau, 1900.
- Dalcke - Fuhrmann - Schaefer* — Strafrecht und Straßverfahren, Berlin, 1961.
- Erbs* — Handkommentar zur Straßprozessordnung, Bonn 1950.
- Gerland* — Der deutsche Straßprozess, Leipzig 1927.
- Glaser* — Handbuch des Straßprozesses, Cilt I, Leipzig 1883.
- Henkel* — Straßverfahrensrecht, Köln 1953.
- Kleinknecht - Müller - Reitenberger* — Kommentar zur Straßprozessordnung, Nürnberg, 1950.
- Kern* — Straßverfahrensrecht, Berlin 1953.
- Kohlrausch* — Straßprozessordnung, 22 ci bası Leipzig 1930.
- v. Kries* — Lehrbuch des deutschen Straßprozessrechts, Freiburg 1892.
- Kunter* — Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1961.
- Löwe* — Die Mittel der Wahrheitserforschung, Das kommende deutsche Straßverfahren, Berlin 1938.
- Löwe - Rosenberg* — Die Straßprozessordnung für das deutsche Reich, 19. bası Berlin 1934.
- Löwe - Rosenberg* — Die Straßprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 20. bası 1958.
- Mötzingler* — Die Ausnahmen vor der Zeugnispflicht nach der Reichsstraßprozessordnung, Würzburg doktora tezi 1915.
- Peters* — Straßprozess, Karlsruhe 1952.
- Rosenfeld* — Reichs - Straßprozess, Berlin 1912.
- Schmidt* — Lehrkommentar zur Straßprozessordnung, Teil II Göttinger.
- Stalder* — Die Ausnahmen von der Zeugnispflicht im bernischen Straßverfahren, Bern doktora tezi 1937.
- Schwarz* — Straßprozessordnung, 19. bası Berlin 1956.
-