

**T.C.
ERCIYES ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**OSMANLI YARGILAMA HUKUKUNDA
İSPAT VASITALARI**

**Hazırlayan
İmran AKTÜRK**

**Danışman
Prof. Dr. Murat ŞEN**

Yüksek Lisans Tezi

**Temmuz 2015
KAYSERİ**

**T.C.
ERCIYES ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**OSMANLI YARGILAMA HUKUKUNDA
İSPAT VASITALARI**

(Yüksek Lisans Tezi)

**Hazırlayan
İmran AKTÜRK**

**Danışman
Prof. Dr. Murat ŞEN**

**Temmuz 2015
KAYSERİ**

BİLİMSEL ETİĞE UYGUNLUK

Bu çalışmadaki tüm bilgilerin, akademik ve etik kurallara uygun bir şekilde elde edildiğini beyan ederim. Aynı zamanda bu kural ve davranışların gerektirdiği gibi, bu çalışmanın özünde olmayan tüm materyal ve sonuçları tam olarak aktardığımı ve referans gösterdiğimi belirtirim.

İmran AKTÜRK

YÖNERGEYE UYGUNLUK ONAYI

“Osmanlı Yargılama Hukukunda İspat Vasıtaları” adlı Yüksek Lisans tezi, Erciyes Üniversitesi Lisansüstü Tez Önerisi ve Tez Yazma Yönergesi’ne uygun olarak hazırlanmıştır.

Hazırlayan

İmran AKTÜRK

Danışman

Prof. Dr. Murat ŞEN

Kamu Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

Yrd. Doç. Dr. Atila ERKAL

Prof. Dr. Murat ŞEN danışmanlığında İmran AKTÜRK tarafından hazırlanan “Osmanlı Yargılama Hukukunda İspat Vasıtaları” adlı bu çalışma, jürimiz tarafından Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalında **Yüksek Lisans** tezi olarak kabul edilmiştir.

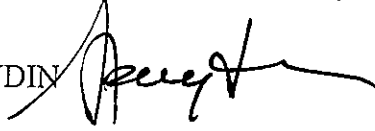
30/07/2015

JÜRİ:

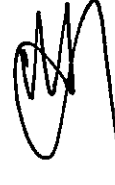
Danışman : Prof. Dr. Murat ŞEN



Üye : Prof. Dr. Hacı Yunus APAYDIN



Üye : Prof. Dr. Mustafa AVCI



ONAY:

Bu tezin kabulü Enstitü Yönetim Kurulunun 21/07/2015 tarih ve 16 sayılı kararı ile onaylanmıştır.

21/07/2015
Prof. Dr. Lütfullah CEBEÇİ
Enstitü Müdürü



ÖNSÖZ / TEŞEKKÜR

Tez konumun belirlenmesi, planın hazırlanması ve yazım aşamalarında yardımını her zaman yanımda hissettiğim, yoğun çalışma temposu içinde her türlü sorumda bana yol gösteren, bilimsel bir eserde yer alması gereken üslup ve düzeni öğreten sayın hocam Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Prof. Dr. Murat ŞEN'e minnettarlığımı belirtmek isterim. Kendileri kıymetli zamanlarını ayırarak tezimi titiz bir şekilde okuyup değerlendirmiş, tez savunmamın zamanında gerçekleşmesi için de desteklerini esirgememiştir. Bu vesileyle kendilerine şükranlarımı sunuyorum.

Yine tez konumun belirlenmesi ve yazım aşamalarında bana yol gösteren, her türlü soruma cevap veren ve yoğun çalışma temposuna rağmen desteklerini hiçbir zaman esirgemeyen, sayın hocam Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı Başkanı Prof. Dr. Hacı Yunus APAYDIN'a da minnettarlığımı belirtmek isterim.

Tezimin yazım aşamasında Türkçe kaynak sıkıntısı çektiğim zamanlarda asıl metinleri Arapçadan Türkçeye çeviren sayın hocam Arş. Gör. Osman BAYDER'e teşekkürlerimi bir borç bilirim. Bu yoğun ve stresli süreçte maddi ve manevi desteklerini hiçbir zaman esirgemeyen Öğr. Gör. Melike URFALIER'e ve Arş. Gör. Yusuf GÜLEŞÇİ'ye, tezin tashihi aşamasında yardımcı olan Arş. Gör. Ayşenur TURAN, Arş. Gör. Ayşe Sena GÖRGÜLÜ ve Arş. Gör. Zeynep KAĞAN'a da teşekkürlerimi bir borç bilirim. Bu çalışmanın her aşamasında gösterdiği sabır, anlayış ve desteğiyle sürekli yanımda olan değerli eşim Yrd. Doç. Dr. Halit AKTÜRK'e ve bu günlere gelmemin asıl vesilesi olan, haklarını hiçbir zaman ödeyemeyeceğim annem Fatma FİDAN ve babam Adnan FİDAN'a minnettarlığımı belirtmek isterim.

Arş. Gör. İmran AKTÜRK

Kayseri, Temmuz 2015

OSMANLI YARGILAMA HUKUKUNDA İSPAT VASITALARI

İmran AKTÜRK

**Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Yüksek Lisans Tezi, Temmuz 2015
Danışman: Prof. Dr. Murat ŞEN**

ÖZET

Bu çalışmada, genel olarak İslam ve Osmanlı Yargılama Hukuku ve bu hukuk kapsamında yargılama sırasında kullanılan ispat vasıtaları incelenmiştir. Bu bağlamda İslam ve Osmanlı adliye teşkilatı, yargılamada görevli kişiler, dava ve davanın şartları, hüküm ve çeşitleri, ispat hukukunun temel kavramları, ispat vasıtaları olarak da şahitlik, ikrar, yemin, kasâme, liân, hakimin şahsi bilgisi, karine, yazılı belge, bilirkişi ve keşif konuları ele alınmıştır.

Bu hukuk tarihi çalışmasının amacı, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin selefi addedilen Osmanlı Devleti'nin yargılama hukukundaki ispat vasıtalarını ortaya koymaktır. Bu amaca yönelik olarak, ilgili ispat vasıtasının tanımı, dayanağı, şartları, çeşitleri ve hukukî sonuçları incelenmiştir.

Modern hukuk sistematiği kullanılan bu çalışmada, İslam Hukuku kaynaklarındaki hukukî terimlerin günümüz hukukundaki karşılıkları verilmiş ve yer yer sadeleştirme yapılmıştır. Diğer çalışmalardan farklı olarak, incelenen kuralların Osmanlı Hukukunda nasıl uygulandığını göstermek amacıyla şer'iyeye sicillerinden karar örnekleri eklenmiştir. Osmanlı Yargılama Hukukundaki ispat vasıtalarının günümüz hukukundaki karşılıkları, benzerlik ve farklılıkları da özgün bir şekilde ele alınarak Osmanlı ile günümüz hukuk sistemi arasında mukayese yapabileme imkanı sunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Osmanlı Yargılama Hukuku; ispat vasıtaları; şahitlik; şer'iyeye sicilleri.

MEANS OF PROOF AND EVIDENCE IN OTTOMAN LAW OF PROCEDURE

İmran AKTÜRK

Erciyes University Social Sciences Institute

Master's Thesis, July 2015

Advisor: Prof. Dr. Murat ŞEN

ABSTRACT

This study examines means of proof and evidence in Islamic and Ottoman Law of Procedure. In this context, Islamic and Ottoman legal system, courthouse officers, trial terms and conditions, sentence and types of ruling, principle concepts of law of proof and evidence are addressed where I evaluate witness testimony, confession, oath, special oaths on unsolved murders, oath between couples regarding adultery accusations, judge's personal knowledge, clue, formal legal documents, expert witness, and discovery as means of proof and evidence.

The aim of this history of law study is to investigate means of proof and evidence in Law of Procedure of Ottoman Empire, the predecessor of the Republic of Turkey. To this end, I examine definition, essentials, terms and conditions, and means of proof and evidence types along with references to legal consequences.

This study uses modern law's systematic methodology where I make appropriate references to the corresponding legal terms found in sources of Islamic Law along with reductions for simplification purposes. A distinct feature of this study is that I make appropriate citations to sample ruling and statements found in Ottoman's Şer'iyye records to present conduct and applications in Ottoman Law. I undertake rigorous interpretations to be able to compare and contrast the corresponding means of proof and evidence in today's legal system with that of the Ottoman Law of Procedure.

Keywords: Ottoman Law of Procedure; means of proof and evidence; witness testimony; Ottoman's Şer'iyye records.

İÇİNDEKİLER

OSMANLI YARGILAMA HUKUKUNDA İSPAT VASITALARI

BİLİMSEL ETİĞE UYGUNLUK	i
YÖNERGEYE UYGUNLUK ONAYI	ii
KABUL ve ONAY SAYFASI	iii
ÖNSÖZ / TEŞEKKÜR	iv
ÖZET	v
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR	xvii
GİRİŞ	1
I. KONUNUN TAKDİMİ	1
II. KONUNUN ÖNEMİ	1
III. METOD VE KAYNAKLAR	2

BİRİNCİ BÖLÜM

İSLAM VE OSMANLI HUKUKU HAKKINDA GENEL BİLGİLER

I. İSLAM VE OSMANLI HUKUKUNUN GENEL YAPISI, KAYNAKLARI VE ÖZELLİKLERİ	4
A. İslam Hukuku (Şer’î Hukuk)	5
1. Genel Olarak	5
2. Kaynakları.....	7
a. Aslî Kaynaklar	7
aa. Kitap	7
bb. Sünnet.....	8
cc. İcmâ	9
b. Tâlî Kaynaklar	10
aa. Önceki Şeriatler.....	10
bb. Sahâbî Sözü	11
cc. Örf	12
c. Yöntemler.....	13
aa. Kıyas.....	13

bb. İstihsan	14
cc. İstislâh (Mesâlih-i Mürsele).....	16
dd. Sedd-i Zerâi'	16
ee. İstishâb.....	17
3. Özellikleri	18
a. Dinî Menşeli Olması.....	18
b. Yaptırımının İkili Karakterde Olması.....	19
c. Müçtehitlerin İçtihatlarıyla Gelişmiş Olması	19
d. Kazuistik Metotla Doğmuş ve Gelişmiş Olması	20
B. Osmanlı Hukuku.....	21
1. Osmanlı Hukukunun Genel Yapısı	21
a. Şer'î Hukuk – Örfî Hukuk Ayırımı	21
b. Örfî Hukukun Doğuş Sebepleri.....	23
c. Şer'î Hukuk – Örfî Hukuk İlişkisi	24
d. Şer'î ve Örfî Hukukun Uygulama Alanı.....	27
2. Kaynakları.....	28
a. Fıkıh Kitapları	28
b. Fetva Kitapları.....	29
c. Kâunnâmeler.....	31
d. Şer'iyye Sicil Defterleri.....	32

İKİNCİ BÖLÜM

İSLAM VE OSMANLI YARGILAMA HUKUKUNUN TEMEL KAVRAMLARI

I. GENEL OLARAK İSLAM VE OSMANLI YARGILAMA HUKUKU	34
A. Yargılama ve Muhakeme Hukuku Kavramları.....	34
B. Adliye Teşkilatı ve Yargılamada Görevli Kişiler	36
1. Adliye Teşkilatı.....	36
a. Şer'iyye Mahkemeleri.....	36
b. Divân-ı Hümâyun	37
c. Diğer Kaza Mercileri	38
2. Yargılamada Görevli Kişiler.....	39
a. Devlet Başkanı.....	39
b. Kazasker.....	40
c. Kadı.....	40

C. Dava.....	43
1. Tanımı.....	43
2. Unsurları	43
a. Taraflar.....	43
aa. Taraf Ehliyeti	44
bb. Dava Ehliyeti.....	45
cc. Hukukî Temsil	46
dd. Husumet	47
ee. Vekâlet.....	47
b. Konu	50
c. Davacının Talebi.....	50
d. Yargı Mercii.....	51
3. Şartları	51
a. Tarafların Temyiz Kudretine Sahip Olması.....	52
b. Davalının Belli Olması	52
c. Davalının Duruşmada Hazır Olması.....	53
d. Dava Konusunun Belli Olması.....	54
e. İkrarın Mülkiyet Sebebi Olarak Gösterilmemesi.....	56
f. Dava Konusunun Muhtemel Şeylerden Olması.....	56
g. Dava Sabit Olduğu Takdirde Davalının Bir Şeye Mahkûm Edilmesinin Mümkün Olması.....	57
h. Davanın Mahkeme Huzurunda Görülmesi	57
i. Davada Tenakuz Olmaması	58
4. Çeşitleri.....	58
a. Sahih Dava	58
b. Fâsit Dava	59
c. Bâtıl Dava.....	59
5. Dava Zamanaşımı.....	59
6. Davayı Görmekle Görevli ve Yetkili Mahkeme	60
7. Karşı Dava	61
D. Hüküm	62
1. Hükümün Verilebilmesi İçin Gerekli Şartlar.....	63
a. Açılmış Bir Davanın Olması	63
b. Hüküm Verilirken Tarafların Mahkemede Hazır Olması.....	64
2. Çeşitleri.....	65

a. Davanın Kabulü (Kazâ-i İstihkâk / Kazâ-i İlzâm).....	65
b. Davanın Reddi (Kazâ-i Terk).....	65
3. Gıyâbî Hüküm.....	66
II. İSPAT HUKUKUNA İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR.....	66
A. Genel Kavramlar	66
1. İspat Kavramı ve İspatın Konusu.....	66
2. İspat Yüğü ve Dayanağı.....	67
B. İftâî Kavramlar	68
1. Delil	68
2. İçtihat	70
3. Fetva	72
C. Kazaî Kavramlar.....	74
1. Beyyine	74
2. Hücçet.....	77

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

OSMANLI YARGILAMA HUKUKUNDA İSPATA YÖNELİK ARAÇLAR

I. İSPAT VASITALARI	78
A. Şahitlik.....	80
1. Kavram	80
2. Dayanağı.....	81
3. Kısımları	82
4. Şahitlerin Sayısı	84
a. Zina Davasında Şahitlerin Sayısı.....	84
b. Had ve Kısas Davalarında Şahitlerin Sayısı	85
c. Hukuk Davalarında Şahitlerin Sayısı.....	85
d. İstisnai Durumlar	86
aa. Sadece Kadınların Şahitliğı	86
bb. Bir Erkeğın Şahitliğı	87
cc. Bir Kişinin Şahitliğı	87
5. Şartları	88
a. Şahit Olabilmenin Şartları.....	88
aa. Temyiz Kudreti	88
bb. Görebilme Yeteneğı.....	89

cc. Bizzat Müşahede	89
b. Şahitlik Yapabilmenin Şartları	90
aa. Şahitlerde Aranılan Şartlar	90
aaa. Ergenlik	90
bbb. Görebilme ve Konuşabilme Yeteneği	91
ccc. Özgürlük	91
ddd. Adalet	91
eee. Zina İftirası Suçundan Dolayı Ceza Almış Olmamak	92
fff. Dikkatsiz Olmamak ve Uluorta Konuşmamak	93
ggg. Şahitlik Yapmaya Aşırı Hırslı Olmamak	94
hhh. Cinsiyet	94
iii. Bizzat Müşahede	95
bb. Şahitlerin Taraflarla Olan İlişkisi Bakımından Şartlar	95
aaa. Müslüman Olmak	95
bbb. Menfaat Sağlamamak	96
aaaa. Usul ve Furuun Birbirleri Lehine Şahitliği	97
bbbb. Eşlerin Birbirleri Lehine Şahitliği	98
cccc. Diğer Durumlar	98
ccc. Davalıyla Arasında Düşmanlık Olmaması	99
ddd. Kendi Davası ve Fiili Olmaması	100
cc. Şahitliğin Esası Bakımından Şartlar	101
aaa. Şekil Şartı	101
bbb. Şahidin Tarafları ve Şehadet Konusunu Belli Etmesi	102
ccc. İfadenin Açık Gerçeklere Aykırı Olmaması	104
ddd. İfadenin Mütevâtire Aykırı Olmaması	104
eee. İfadenin Çelişkili Olmaması	104
fff. İfadenin Dava Konusu Olaya Aykırı Olmaması	105
ggg. Şehadetin İddia Edilen Hakkı İspat İçin Yapılması	106
dd. Şahitliğin Geçerliliği Bakımından Şartlar	106
aaa. Kul Haklarına İlişkin Davalarda Davanın Önceden Açılmış Olması	107
bbb. Davanın Zamanaşımına Uğramamış Olması	107
6. Güvenilirlik Soruşturması	108
a. Kavram	108
b. Müzekkî Kavramı	109

c. Çeşitleri	110
aa. Gizli Güvenilirlik Soruşturması.....	110
bb. Açık Güvenilirlik Soruşturması.....	112
cc. Güvenilirlik Soruşturmasının Hukukî Sonuçları	113
7. Şehadette İhtilaf	114
a. Dava Konusunda İhtilaf	115
aa. Dava Konusunun Cinsinde İhtilaf.....	115
bb. Dava Konusunun Miktarında İhtilaf.....	115
cc. Dava Konusunun Sebebinde İhtilaf.....	116
b. Dava Konusu İle İlgili Bir Hususta İhtilaf.....	116
aa. Yer ve Zaman Konusunda İhtilaf.....	117
aaa. Fiili Tasarruflarda	117
bbb. Sözlü Tasarruflarda	117
bb. Olay ve İkrara Şahitlik	117
aaa. Fiili Tasarruflarda	117
bbb. Sözlü Tasarruflarda	118
8. Naklen Şahitlik.....	118
a. Kavram.....	118
b. Şartları.....	119
aa. Aslın Hakim Huzurunda Şahitlik Yapamayacağı Bir Mazeretinin Olması	119
bb. Aslın Fer'e Şehadetini Tahmil Etmesi ve Fer'in Bunu Kabul Etmesi	120
cc. Fer'in Şehadet Sırasında Aslın Kendisini Tahmil Ettiğini ve Bu Şehadet İçin Belirlenen İfadeleri Söylemesi	120
dd. Her Asıl İçin Fer'in, Şahitler İçin Belirlenen Sayı Kadar Olması.....	121
ee. Aslın Diğer Aslın Yerine Fer' Olmaması.....	121
ff. Duruşma Sırasında Aslın Şehadet Ehliyetinin Tam Olması.....	121
gg. Asıl Şahitlerle Birlikte Fer' Şahitlerin Güvenilirlik Soruşturmasının Yapılması	121
hh. Naklen Şahitliğin Butlanını Gerektirecek Bir Sebebin Olmaması	122
c. Naklen Şahitliğe Engel Olmayan Durumlar.....	122
9. Şahitlikten Dönme.....	122
a. Kavram.....	122
b. Şartı.....	123
c. Hukukî Sonuçları.....	124

d. Şahitlerden Bir Kısımının Şehadetten Dönmesi.....	125
10. Hukukî Sonuçları.....	126
B. İkrar	126
1. Kavram	126
2. Dayanağı.....	127
3. Şartları	129
a. İkrar Eden Kişiyeye Yönelik Şartlar	129
aa. Tam Eda Ehliyeti.....	129
bb. İrade Serbestliğı ve Ciddiyet	131
cc. Görülen Duruma ve Kanuna Uygun Olması	131
dd. Belirlenmiş Olması	131
ee. Töhmetye Altında Olmaması	131
b. Lehine İkrar Edilen Kişiyeye Yönelik Şartlar	132
aa. Belirlenmiş Olması.....	132
bb. İstihkaka Ehil Olması.....	133
cc. İkrarı Reddetmemesi	134
c. İkrar Konusu Hakka Yönelik Şartlar	134
aa. İkrar Eden Kişinin İkrar Konusu Hakkı Kendisine Nispet Etmemesi	134
bb. Mevcut Olması	134
d. Şekil Şartı.....	135
4. Çeşitleri.....	135
a. Beyan Şekline Göre İkrar.....	136
aa. Sarih İkrar	136
aaa. Sözlü İkrar	136
bbb. Yazılı İkrar.....	136
ccc.İşaretle İkrar	136
bb. Zımnî İkrar	137
aaa. Zımnî Sözle İkrar	137
bbb. Sükût.....	137
ccc. Nükûl.....	138
b. Kapsamına Göre İkrar.....	139
aa. Somut İkrar	139
bb. Soyut İkrar.....	139
c. Konusunu Oluşturan Hakka Göre İkrar	140
aa. Allah Haklarına İlişkin İkrar.....	140

bb. Kul Haklarına İlişkin İkrar	140
5. İkrarda İstisna.....	141
a. Kavram.....	141
b. Dayanağı	141
c. Şartları.....	141
aa. İstisnanın Kendisinden İstisna Edilen Şeyin Hemen Ardından Söylenmesi	141
bb. İkrar Edilen Hakkın Tamamından Bir Kısımının İstisna Edilmesi	141
cc. İstisna Edilen Şeyin Manen İkrara Dahil Olmaması.....	142
dd. İstisna Edilen Şeyin İkrar Edilen Şeyle Aynı Cinsten Olması	142
d. Hukukî Sonuçları.....	143
6. İkrardan Dönme	143
7. Hükmü	144
C. Yemin	146
1. Kavram	146
2. Dayanağı.....	146
3. Davalıya Yemin Teklif Edebilmek İçin Gerekli Şartlar.....	147
a. Davanın Önceden Açılmış Olması	147
aa. Kural.....	147
bb. İstisna	147
b. Davalının İddiayı Reddetmiş Olması	147
c. Davacının İddiasını İspat Edememesi.....	148
d. Hasmın Yemin Talebinde Bulunmuş Olması	148
aa. Kural.....	148
bb. İstisna	149
e. Yeminin Hakim ya da Naibin Huzurunda Verilmesi	150
f. Yeminin Bizzat Davalıya Verilmesi	151
g. Davanın Davalının Yemin Etmesini Gerektirecek Bir Konuda Olması....	151
h. Dava Konusunun Devredilebilir Türden Olması	152
i. Dava Konusunun Allah Haklarına İlişkin Olmaması.....	153
4. Çeşitleri.....	153
a. Sebebe ve Sonuca İlişkin Yemin	153
b. Kendi Fiiline ve Başkasının Fiiline İlişkin Yemin.....	153
5. Yemin Verme Usulü.....	154
a. Şekil Şartı.....	154

b. Yemin Şeklinin Kuvvetlendirilmesi	155
6. Hukukî Sonuçları.....	156
7. Özel Yemin Çeşitleri	158
a. İslam ve Osmanlı Ceza Yargılaması Hukukunda Adam Öldürme Suçuna	
Özgü Yemin: Kasâme	158
aa. Kavram	158
bb. Dayanağı.....	159
cc. Şartları	161
aaa. Adam Öldürme Suçunun İşlenmesi.....	161
bbb. Ölü Olarak Bulunan Kimsenin Kendiliğinden Ölmemiş Olması	161
ccc. Maktulün Cesedinin Yarısından Fazlasının Bulunmuş Olması ...	162
ddd. Failin Meçhul Olması.....	162
eee. Maktulün Yaşama Hakkına Sahip Kimselerden Olması	162
fff. Maktulün Bir Kimsenin Mülkiyetinde ya da Zilyetliğinde Olan Bir	
Yerde Bulunması.....	163
ggg. Maktulün Velilerinin Dava Açması ve Kasâme Talep Etmesi....	163
hhh. Şüphelilerin Davayı Reddetmesi	164
dd. Usulü	164
ee. Hukukî Sonuçları	166
b. İslam ve Osmanlı Aile Hukukuna Özgü Yemin: Liân	166
aa. Kavram	166
bb. Dayanağı.....	167
cc. Şartları	168
aaa. Eşlerin Arasında Sahih Bir Nikahın Olması	168
bbb. Kocanın Karısına Zina İsnadında Bulunması ya da Evlilik İçinde	
Doğan Çocuğun Kendisinden Olmadığını İddia Etmesi.....	168
ccc. Kadının Hakkındaki Zina İsnadını Reddetmesi	169
ddd. Eşlerden En Az Birinin Liânı Talep Etmesi	169
eee. İsnat Edilen Zina Hakkında Şahitlerin Olmaması	169
fff. Eşlerin Şahitliğe Ehil Kimselerden Olması.....	170
dd. Usulü	170
ee. Hukukî Sonuçları	172
D. Hakimin Şahsi Bilgisi.....	173
1. Kavram	173
2. Hukukî Sonuçları.....	174

a. Allah Haklarına İlişkin Konularda.....	174
b. Kul Haklarına İlişkin Konularda.....	174
E. Karine.....	175
1. Kavram.....	175
2. Dayanağı.....	175
3. Çeşitleri.....	176
4. Hukukî Sonuçları.....	177
F. Yazılı Belge.....	177
1. Kavram.....	177
2. Dayanağı.....	177
3. Hukukî Sonuçları.....	178
G. Bilirkişi.....	180
1. Kavram.....	180
2. Dayanağı.....	180
3. Bilirkişide Aranılan Şartlar.....	181
4. Hukukî Sonuçları.....	181
H. Keşif.....	183
1. Kavram.....	183
2. Dayanağı.....	183
3. Usulü.....	183
4. Hukukî Sonuçları.....	184
SONUÇ.....	185
KAYNAKLAR.....	194
ÖZGEÇMİŞ.....	207

KISALTMALAR

ATAÜİFD	: Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
AÜDTCFD	: Ankara Üniversitesi Dil Tarih ve Coğrafya Fakültesi Dergisi
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜİFD	: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
AÜİFY	: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi
Bkz	: Bakınız
C	: Cilt
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
ÇÜİFD	: Çukurova Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
DEÜİFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
DİA	: Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi
DİBY	: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları
DÜHFY	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
e.t	: Erişim Tarihi
Edt	: Editör
FÜİFD	: Fırat Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
H	: Hicri
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HÜEFD	: Hacette Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi
İHAD	: İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi
İİFVY	: İzmir İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları
İSAM	: Türkiye Diyanet Vakfı İslam Araştırmaları Merkezi
İSTEM	: İslam San'at, Tarih, Edebiyat ve Mûsikîsi Dergisi

İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜİFVY	: İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları
M	: Madde
MAA	: Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye
MK	: Medeni Kanun
MÜİFD	: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
MÜİFVY	: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları
OSAV	: Osmanlı Araştırmaları Vakfı
s	: Sayfa
S	: Sayı
SBE	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
SÜİFD	: Selçuk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
SÜSBED	: Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi
T.C	: Türkiye Cumhuriyeti
TALİD	: Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi
TDV	: Türkiye Diyanet Vakfı
THT	: Türk Hukuk Tarihi
Trc	: Tercüme
vd	: Ve devamı
Y	: Yıl
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YYB	: Yayın Yılı Belirtilmemiş

GİRİŞ

I. KONUNUN TAKDİMİ

Konusunu “Osmanlı Yargılama Hukukunda İspat Vasıtaları”nın oluşturduğu bu çalışmada, genel olarak İslam ve Osmanlı Yargılama Hukuku ve bu hukuk kapsamında yargılama sırasında kullanılan ispat vasıtaları incelenecektir.

İspat vasıtası, bir vakıayı kanıtlamak için ortaya konulan her türlü araçtır. Mahkeme önünde ortaya atılan her bir iddianın, yine mahkeme önünde hukukun tanıdığı araçlarla ispat edilmesi gerekmektedir. Kural bu olmakla birlikte, İslam Hukukunda ispata elverişli ve hukuken tanınan araçların neler olacağı konusu, eskiden beri fakihler arasında tartışılmalıdır. Buna göre klasik dönem fakihlerinin çoğunluğu, ispat vasıtalarına sınırlamalar getirmiş ve bu sınırlı ispat vasıtaları karşısında hakimın takdir yetkisini de sınırlandırmışlardır. Bunlar “*Beyyine getirmek davacıya, yemin etmek ise davalıya düşer.*” hadisine ve sünnetten uygulamalara dayanarak, davanın ancak şahitlerle ispat edilebileceğini, şahit bulunamazsa davacının davalıya yemin teklif edebileceğini ve davalının yemin etmesi ya da yeminden kaçınması sonucunda da yargılamanın sonuçlanacağını söylemişlerdir. Bunun dışında davalının ikrar etmesini de yargılamayı sonuçlandırabilecek bir husus olarak saymışlar ancak bu hasmın iddiayı kabul etmesi anlamına geldiği için, ikrarı bir ispat vasıtası olarak kabul etmemişlerdir. Böylece ispat vasıtalarını şahitlik, yemin ve yeminden kaçınmak olmak üzere üç ana grupta toplamışlardır¹. Ancak bu çalışmada bu görüşün dışına çıkılarak, ispata elverişli her türlü araç, ispat vasıtaları kapsamı içerisinde değerlendirilecektir.

II. KONUNUN ÖNEMİ

Bir davanın kazanılması veya kaybedilmesi kural olarak, iddia edilen hususların ispatlanıp ispatlanamadığına bağlı olduğundan ispat, yargılama hukukunun en merkezi

¹ Abdülaziz **Bayındır**, İslam Muhakeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması), İslami İlimler Araştırma Vakfı Yayınları, İstanbul 1986, s. 142.

kavramlarından birisi olmuştur². Bu hukuk tarihi çalışmasının amacı da Türkiye Cumhuriyeti Devleti kurulmadan önce onun yerinde var olan ve kısmen de olsa hukukî yapısından etkilenilen Osmanlı Devleti'nin yargılama hukukundaki ispat vasıtalarının ortaya konulmasıdır. Çünkü hiçbir hukuk, kendisinden önce uygulanan esasları ve gelişmeleri bilmeksizin tam olarak anlaşılamaz. Pozitif hukuk, eski hukukla olan benzerlikler ve farklılıklar ortaya konulduğu zaman daha iyi anlaşılabilir ve hatta bir takım kanun tasarıları için de etkili olabilir³. Bu çalışmada Osmanlı Yargılama Hukukundaki ispat vasıtaları incelenirken bunların günümüz hukukundaki karşılıklarının verilecek olması, her iki hukuk sistemi arasında mukayese yapabilmeye imkanı tanıdığından, konuyu önemli kılmaktadır.

Osmanlı Devleti'nde uygulanan hukuk büyük oranla İslam Hukuku olduğu için, çalışmamızda kullanacağımız kaynakların büyük çoğunluğu da klasik fıkıh kitaplarından oluşacaktır. Ancak bu kaynaklarda yer alan bilgiler, modern hukuk sistematğine uygun olmayan bir tarzda ele alındığından, bu çalışmanın en önemli yanlarından birisi ve literatüre katkısı, bu bilgilerin modern hukuk sistematği içerisinde ele alınacak olmasıdır.

III. METOD VE KAYNAKLAR

Bu çalışmamız üç bölümden oluşacaktır.

Birinci bölümde, İslam ve Osmanlı Hukukuna genel bir bakış ile bu hukuk sistemlerinin kaynakları, özellikleri ve bunların birbirleriyle olan ilişkileri anlatılacaktır.

İkinci bölümün ilk ana başlığında yargılama hukukuna girilerek İslam ve Osmanlı Yargılama Hukukunda mahkemeler ve yargılamada görevli olan kişiler anlatılacaktır. Bundan sonra davanın tanımı yapıp, geçerli bir davanın unsurları ve şartlarının neler olacağı incelenecektir. Uygulamada geçerli bir dava açıldıktan sonra bunun hükme bağlanması zorunlu olduğundan, dava konusundan sonra hüküm konusu anlatılacaktır. Bu kapsamda hüküm verilebilmesi için gerekli şartlar ve hüküm çeşitleri incelenecektir.

² Ahmet **Başözen**, Medenî Usûl Hukukunda İlk Görünüş İspatı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 1.

³ Murat **Şen**, "Eski Hukukumuzda Gerçek Kişilerin Hak ve Fiil Ehliyeti", Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 1998 (Yayımlanmamış Doktora Tezi), s. 5.

İkinci bölümün ikinci ana başlığında ise, asıl bölümde kullanılacak olan ispat hukukunun temel kavramları incelenecektir. Bu bağlamda öncelikle ispat ve ispatın konusu, daha sonra da delil, içtihat, fetva, beyyine ve hüccet kavramları açıklanacaktır.

Son bölüm olan üçüncü bölümde, Osmanlı Yargılama Hukukundaki ispat vasıtaları anlatılacaktır. Bu kapsamda şahitlik, ikrar, yemin, kasâme, liân, hakimın şahsi bilgisi, karine, yazılı belge, bilirkişi ve keşif konuları ayrıntılarıyla incelenecektir. Bu konular incelenirken, Osmanlı mahkemelerindeki uygulamaları göstermek amacıyla ilgili kuralın dipnotunda şer’iyye sicillerinden karar örnekleri verilecektir. Aynı zamanda bunların günümüz hukukundaki karşılıkları, benzer ve farklı yönleri de yine ilgili dipnotlarda anlatılarak her iki hukuk sistemindeki ispat vasıtaları kıyaslanacaktır.

Çalışmamızda Osmanlı Devleti’nin resmi kanunu olan Mecelle-i Ahkâmı Adliyye’nin ilgili maddeleri, anlatılacak olan konuların ana gerekçesi yapılacak ve Mecelle maddelerinin daha iyi anlaşılması ve açıklanmasını sağlamak amacıyla da Mecelle şerhlerinden Ali Haydar Efendi’nin “Dürer’ü’l-Hukkâm”ı ve Hacı Reşit Paşa’nın “Rûhu Mecelle”si ana kaynaklar olarak kullanılacaktır.

Çalışma konumuz incelenirken, Hanefî ekolüne mensup hukukçuların görüşleri esas alınacaktır. Bunun sebebi, Türk-İslam Devletlerinin resmi hukuk olarak genellikle Hanefî ekolünün görüşlerini kabul etmesi ve Mecelle-i Ahkâmı Adliyye’nin de bu ekolün görüşlerini esas almasıdır. Ancak yer yer, diğer ekollere mensup hukukçuların görüşlerine de atıf yapılarak konuya mümkün olduğu kadar değişik açılardan bakılmaya çalışılacaktır.

Çalışmamızda İslam Hukuku kaynaklarındaki hukukî terimlerin günümüz hukukundaki karşılıkları verilerek konular incelenecektir. Ancak bazı hukukî terimlerin sadeleştirilmesinden de kaçınılacaktır. Zira bu terimler sadeleştirildiği takdirde, karşılıkları anlamların kaybolma ihtimali söz konusu olmaktadır. Değiştirmeden kullanılan hukukî terimlerin anlamları ise bazen metinde bazen de dipnotlarda açıklanacaktır.

Çalışmamız, sonuç başlığı altında genel bir değerlendirmeyi içeren bölümle sona erecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

İSLAM VE OSMANLI HUKUKU HAKKINDA GENEL BİLGİLER

I. İSLAM VE OSMANLI HUKUKUNUN GENEL YAPISI, KAYNAKLARI VE ÖZELLİKLERİ

Dünyada bugüne kadar uygulanmış ve uygulanmakta olan çeşitli hukuk sistemleri vardır. Bunlardan bazıları İslam Hukuku gibi ilahî emir ve yasaklardan, bazıları Common Law, Anglo-Sakson Law gibi örf ve âdetlerden, bazıları ise Kıta Avrupası Hukuku gibi yasama yetkisini taşıyan hükümdarın düzenlediği emir-nâmeler ya da yasama meclisinin çıkardığı kanunlardan oluşmaktadır. Kaynağı ilahî olan hukuk sistemlerinden bugün mevcut olanlar Müslümanların İslam Hukuku, Yahudilerin Talmud Hukuku ve Hıristiyanların Kanonik Hukukudur⁴.

İslam Hukuku, doğumunun ardından öncelikle ilk İslam Devleti olan Medine Devleti'nde, daha sonra da Türk Devletlerinden Tolunoğulları (868-905), İhşidler (935-969), Karahanlılar (840-1212), Gazneliler (962-1187), Büyük Selçuklu (1040-1157) ve Anadolu Selçuklu (1077-1308)⁵ Devletlerinde uygulanarak gelişmiş ve son Müslüman Türk Devleti olan Osmanlı Devleti'nin de esas aldığı bir hukuk sistemi olmuştur.

Osmanlı Devleti'nin kuruluşuyla birlikte, yeni ve orijinal bir hukuk sistemi başlamamıştır. Aksine Osmanlıların hukuk sistemi, eski Türklerin devlet ve yönetim anlayışıyla, İslam Hukukunun birleşiminden oluşmaktadır⁶. Buna göre Osmanlı Devleti, kendisinden önce kurulmuş Türk ve İslam Devletlerinden birçok şeyin yanı sıra o

⁴ Ekrem Buğra **Ekinci**, İslam Hukuku Umumi Esaslar, Arı Sanat Yayınları, İstanbul 2006, s. 11.

⁵ <http://www.etarih.net/tr/İslamtarihi/ilkmusulmanturkDevletleri.html> e.t. 14.03.2014; Murat **Şen**, "The Historical Development Of Turkish Law", Hufs Global Law Review, C. 6, Sayı 2, Ağustos 2014, s. 66.

⁶ İbrahim **Durhan**, "Osmanlı Hukukunun Yapısı Üzerine Bir Etüd", AÜEHFD, C. 3, S. 1, Erzincan 1999, s.217.

zamana kadar uygulanmış olan hukukî yapıyı da almıştır⁷. Fakat almış oldukları bu hukukî mirası hiçbir değişikliğe uğratmadan uyguladıklarını düşünmek mümkün değildir. Altı yüzyıllık bir süreç içerisinde ihtiyaç duyuldukça bu hukukî yapıda gerekli değişiklikler yapılmıştır⁸.

A. İslam Hukuku (Şer’î Hukuk)

1. Genel Olarak

İslam Hukuku, İslam dinine dayanan bir hukuk sistemidir. İslam dini; ilah, peygamber, melek, kitap, kader, ahiret gibi imanî mefhumların yanı sıra, çeşitli ibadetleri ve hukukî hükümleri bünyesinde de barındırır. Dinî hükümleri, şeriat denilen ilim bildirmektedir. Bu yüzden din ile şeriat genellikle aynı anlamda kullanılmaktadır. Ancak terim olarak şeriat, insanların inanması, yapması ve kaçınması gereken hususların tamamını ifade eder. Yani şeriat, ilahî irade tarafından öngörülen dinî hükümler bütünüdür. Şeriat için, “Ahkâm-ı İslâmiye” (İslâmî hükümler) tabiri de kullanılmaktadır⁹.

Şeriat; iman, amel ve ahlâk olmak üzere üç kısma ayrılır. Bunlardan iman (itikad) hükümlerini, yani inanılacak şeyleri bildiren ilme, “akide” veya “kelâm ilmi” denir. Amel kısmı, ferdin Allah ile olan ilişkilerini düzenleyen ibadetler ile kişinin diğer insanlarla olan ilişkilerini düzenleyen hukuku ihtiva eder. Ahlâkî hükümleri bildiren ilme ise “ilm-i ahlâk” denir. İşte şeriatin amel denilen kısmını, yani insanların yapması ve kaçınması gereken hususları bildiren ilim dalına “fıkıh ilmi” denir¹⁰. Fıkıh, sözlükte “bir şeyi bilmek, iyi ve tam anlamak, derinlemesine kavramak” demektir¹¹. Terim olarak ise, İslam ibadet ve hukuk ilmidir¹². O halde fıkıh, şeriatin amel kısmının hem ferdî (ibadet) hem de sosyal (hukuk) unsurlarıyla alâkalı hükümlerini kapsamaktadır. Osmanlı Devleti’nin Medenî Kanunu olan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’nin birinci

⁷ Ziya **Kazıcı**, “Osmanlı Devletinde Din ve Hukuk”, İSTEM, S. 1, Konya 2003, s. 66.

⁸ Mehmet Akif **Aydın**, Türk Hukuk Tarihi, Beta Yayınları, İstanbul 2012, s. 65.

⁹ **Ekinci**, İslam Hukuku Umumi Esaslar, s. 11.

¹⁰ **Ekinci**, İslam Hukuku Umumi Esaslar, s. 12.

¹¹ Hayrettin **Karaman**, “Fıkıh”, DİA, C. 13, TDV Yayınları, İstanbul 1996, s. 1.

¹² Ejder **Yılmaz**, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s. 215; Muhammed **Ebu Zehra**, İslâm Hukuku Metodolojisi Fıkıh Usûlü, (Trc. Abdülkadir **Şener**), Fecr Yayınevi, Ankara 1994, s. 17. Fıkıhın fâkihlerle göre farklı tanımları için bkz. Abdolvahhâb **Hallâf**, İslam Hukuk Felsefesi (İlm-i Usûli Fikh), (Trc. Hüseyin **Atay**), C. 13, AÜİFY, Ankara Y.Y.B., s. 50-51.

maddesinde fıkıh, “*İlm-i fikh, mesâil-i şer’iyye-i ameliyyeyi bilmektir.*” şeklinde tanımlanmıştır.

Günümüzde fıkıh terimi yerine İslam Hukuku tabiri kullanılmaktadır. Ancak İslam Hukuku ile fıkıh terimleri, anlam olarak birbirlerini karşılamamaktadır. Fıkıh, ibadetler gibi ferdî yönü ağır basan hükümler ile akitler, miras, nikâh gibi içtimaî yönü ağır basan hükümler olmak üzere iki kategoride incelenmektedir. Mukayeseli hukuk sahasında daha çok bunların sosyal yönü ağır basan kısmına İslam Hukuku denilmektedir. Fıkıh yerine İslam Hukuku tabirinin kullanılması, muhtemelen son yenileşme hareketleri ve Avrupa’nın etkisiyle tercüme yoluyla olmuştur¹³.

İslam Hukuku iki kısımdan oluşmaktadır: fûrû-ı fıkıh ve usûl-i fıkıh. Usûl-i fıkıh, İslam Hukuk Metodolojisi ilmidir¹⁴. Bu ilim, İslam hukukunun kaynaklarından hüküm çıkarma metodunu ve bunların hüccet olma bakımından derecelerini inceler¹⁵. İslam Hukuk Metodolojisi, başta fikhın usul ve fûrû şeklinde ikili ayrımı sonucunda ortaya çıkmış ancak sonraları kendine özgü ayrı bir literatür oluşturup ayrı bir bilim dalı olarak gelişmiştir. Bu yüzden fıkıh terimiyle yalnızca fûrû-i fıkıh kastedilmektedir¹⁶.

Klasik dönemde fıkıh literatüründe belli bir sistematik ile fikhın bütün konuları kazuistik metotla işlenmiş; ancak modern dönemde bu sistem ve metot terkedilmiştir. 19. ve 20. yüzyıllarda İslam dünyasının Batı ile olan yakın teması dolayısıyla siyasetten eğitime, ekonomiden hukuka kadar çeşitli alanlarda görülen zihinsel ve yapısal köklü değişimin bir sonucu olarak fıkıh ilminin yeni bir anlayış ve metotla ele alınması ihtiyacı gündeme gelmiştir. Bu nedenle bu yeni dönemde gerek şekil ve sistematik, gerekse içerik açısından farklı ve zengin bir fıkıh literatürü ortaya çıkmıştır¹⁷. Aynı zamanda bu yüzyıllarda batıda başlayan kanunlaştırma hareketlerinin etkisiyle çıkarılan kanunlara paralel olarak fıkıh ilmi, kendi içerisinde alt dallara bölünmeye başlamıştır. Buna göre fıkıh, dört ana bölüme ayrılarak incelenmiştir: ibadât, ahvâl-i şahsiyye, muamelât ve ukubât¹⁸. İslam Hukukunda modern kanunlaştırma tekniğinin ilk ve en güzel örneği olan Mecelle’de de konular, buna benzer bir sistematikte işlenmiştir.

¹³ **Ekinci**, İslam Hukuku Umumi Esaslar, s. 17.

¹⁴ Hasan Tahsin **Fendoğlu**, Türk Hukuk Tarihi, Filiz Kitabevi, İstanbul 2000, s. 47.

¹⁵ **Ebu Zehra**, s. 19.

¹⁶ **Karaman**, “Fıkıh”, s. 1.

¹⁷ Ali **Bardakoğlu**, “Fıkıh”, DİA, C. 13, TDV Yayınları, İstanbul 1996, s. 22.

¹⁸ **Fendoğlu**, s. 48.

Bunun yanı sıra, fikhın bütünü içinde kalan konulardan bazıları ya eğitim öğretim sebebiyle ya da pratik ihtiyaçlardan dolayı ayrı isimlerle adlandırılan müstakil kitaplarda incelenmiştir: İdare, anayasa, vergi ve kısmen ceza “el-ahkâmü's-sultaniyye, siyasetü’ş-şer’iyye”, devletler hukuku “siyer”, vergi hukuku “haraç” ve “emval”, miras hukuku “ferâiz”, resmi ve hukukî yazışmalar, senetler vb. belgeler “şürût”, belediye ve zabıta hizmetleri “hisbe”, usul hukuku “edebü'l-kadî”, mezhepler arası mukayeseli hukuk “hilâf”, hukuk felsefesi “hikmetü't-teşrî” başlıkları altında incelenmiştir¹⁹.

2. Kaynakları

a. Aslı Kaynaklar

İslam Hukukunun kaynaklarının neler olduğu, diğer bir ifadeyle şer’î hükümlerin hangi kaynaklardan ve nasıl elde edileceği, Yemen’e kadı tayin edilen Muâz b. Cebel’in Hz. Peygamber’in (s.a.v.) sorduğu sorulara verdiği cevapta en genel ve en yalın şekliyle ifade edilmiştir. Rivayet edildiğine göre Hz. Peygamber (s.a.v.) Muaz’a “Sana hukukî bir ihtilaf geldiğinde ne ile hüküm vereceksin?” diye sormuş, Muaz “Allah’ın kitabı ile...” diye cevap vermiş, Hz. Peygamber (s.a.v.) “Ya orada bulamazsan ne yaparsın?” diye sormuş, Muaz “Allah’ın Rasulünün sünneti ile hüküm veririm.” demiş, Hz. Peygamber (s.a.v.) “Ya onda da bulamazsan ne yaparsın?” deyince Muaz, “İçtihad ederim ve olayı çözümsüz bırakmam.” diye cevap vermiş. Muaz’ın bu cevabı, Hz. Peygamber’i (s.a.v.) sevindirmiştir. Buna göre İslam Hukukunun aslı kaynakları Kitap, Sünnet ve icmâdan ibarettir²⁰.

aa. Kitap

İslam Hukukunun en temel kaynağı Yüce Allah’ın kelamı olan Kuran-ı Kerîm’dir. Kuran, sistematik bir hukuk veya kanun kitabı değildir. İçeriği inanç, ahlak ve amel/davranış (ibadet ve hukuk) olmak üzere üç ana konudan oluşmaktadır. Kuran’da yer alan altı bin küsur ayetten fıkıh alanıyla doğrudan ilgili olan ayet sayısı beş yüz kadardır. Bunun içinden ibadet alanına ilişkin ayetler çıkarıldığında bu sayı daha da azalır. Hukuka ilişkin ayetlere bakıldığında bunlardan bir kısmının genel prensiplerden söz ettiği, bir kısmının özet hükümler içerdiği ve az bir kısmının da

¹⁹ Ahmet **Özel**, “Fıkıh”, DİA, C. 13, TDV Yayınları, İstanbul 1996, s. 21.

²⁰ Hacı Yunus **Apaydın** / Talip **Türçan** / Kaşif Hamdi **Okur** / Hasan **Hacak** / Davut **İltaş**, İslam Hukukuna Giriş, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir 2013, s. 71.

ayrıntılı düzenlemeler getirdiği görülür. Mesela hukukun genel ilkelerine ilişkin olarak: devlet işleri konusunda adaletli yönetim ve danışarak iş görme (şûrâ, istişare), adaletle hüküm, suç ve ceza arasındaki denge, ahde vefa, başkasının canına ve malına zarar vermeme gibi ayetler bulunmaktadır. Had ve kısas cezaları, faiz yasağı, sosyal bir vergi olarak zekat yükümlülüğü, özet hüküm şeklinde düzenlenmiş; bunların hangi esaslar dâhilinde uygulanacağı, mesela hırsızlık veya zina suçunun hangi durumlarda sübut bulmuş sayılacağı, hangi uygulamaların faiz yasağı kapsamına gireceği, hangi mallar için ve ne oranda zekat verileceği, başta sünnet olmak üzere diğer kaynaklar ışığında belirlenmiştir. Kuran'da en ayrıntılı biçimde düzenlenen hukuk konuları ise aile hukuku ve miras hukukudur. Evlenme ve boşanma ile ilgili hükümler, evlenilmesi yasak olan kadınlar ve miras paylaşımına dair birçok ayet vardır. Ancak Kuran'ın tamamına oranla hukukî düzenleme getiren bu ayetler oldukça sınırlıdır²¹.

bb. Sünnet

Kaynak olarak ikinci sırada sünnet gelir. Sünnet, fıkıh usulünde Hz. Peygamber'in (s.a.v.) söz ve davranışlarıyla başkalarının söz ve davranışlarını onaylaması olarak tanımlanır. Buna göre Hz. Peygamber'in (s.a.v.) sözlerine “sözlü sünnet”, davranışlarına “fiilî sünnet” ve başkalarını onaylamasına da “takriri sünnet” denilmektedir²². Sünnetin, İslam Hukukunun aslî kaynağı olmasının temeli Kuran'daki bazı ayetlerdir. Nitekim Kuran'ın birçok yerinde sünnete uyulması emredilmektedir: “*Ey Resulüm, de ki: ‘Eğer Allah’ı seviyorsanız bana uyun ki, Allah da sizi sevsin ve günahlarınızı bağışlasın.’ De ki: ‘Allah ve resulüne itaat ediniz. Şayet yüz çevirirlerse bilsinler ki Allah inkâr edenleri sevmez.’*”²³, “*Ey iman edenler! Allah’a ve Peygamberine ve sizden olan ulü'l-emre itaat ediniz.*”²⁴, “*Allah ve Resulü herhangi bir meselede hüküm bildirdikten sonra, hiçbir erkek veya kadın müminin o konuda başka bir tercihte*

²¹ **Apaydın / Türçan / Okur / Hacak / İltaş**, İslam Hukukuna Giriş, s. 74; Zekiyüddin **Şaban**, İslâm Hukuk İlminin Esasları, (Trc. İbrahim Kâfi **Dönmez**), TDV Yayınları, Ankara 1990, s. 56, 57; Abdülkerim **Zeydan**, İslâm Hukukuna Giriş Genel Hükümler ve Müesseseleri (Trc. Ali **Şafak**), Kayıhan Yayınevi, İstanbul 1995, s. 280-283; **Ebu Zehra**, s. 86-95; **Aydın**, THT, s. 33.

²² Abdulkadir **Şener**, İslâm Hukuku Dersleri I, İstiklâl Matbaası, İzmir 1987, s. 78, 79; **Ebu Zehra**, s. 95; **Şaban**, s. 63-65; **Zeydan**, s. 291.

²³ Âli İmrân, 3/31, 32.

²⁴ Nisâ, 4/59.

bulunma hakkı yoktur. Her kim Allah ve Resulüne isyan ederse, apaçık bir sapıklığa düşmüş olur."²⁵.

Sünnetin kaynak olarak ikinci sırada yer alması, onun daha az önemli olduğu anlamına gelmemektedir. Hüküm olma konusunda Kuran ile sünnet arasında aslında hiçbir bir fark yoktur. Bir hükme kaynaklık etme açısından aralarında fark olmadığından, hukukçular Kuran ve sünnet metinlerini ifade etmek için "nass" (ana metin) terimini kullanmışlardır. Ancak sünnetin bize nakledilmesi her zaman Kuran gibi tevatür yoluyla olmadığı için, sünnet ile Kuran arasında bu yönden bir farklılık bulunmaktadır²⁶.

Hz. Peygamber'in (s.a.v.) tüm sünnetleri, İslam Hukukunda kaynak değeri olan sünnet kapsamına girmemektedir. Sadece peygamber olarak söyledikleri, yaptıkları ve onayladıkları kaynak olarak kullanılmaktadır²⁷. Bu bağlamda sünnet, bir hukukî esası ortaya koyarken ya Kuran'da kısa ve öz olarak anlatılmış hükümleri açıklar ya Kuran'da asılları olan farzları tamamlar ya da Kuran'da mevcut olmayan hükümler beyan eder²⁸.

cc. İcmâ

Kuran ve sünnetten sonra İslam Hukukunun üçüncü aslı kaynağı icmâdır. İcmâ, Muhammed ümmetinden olan müçtehitlerin onun vefatından sonraki herhangi bir zamanda, dini bir meselenin hükmü üzerinde fikir birliği etmesidir²⁹. Hz. Peygamber'in (s.a.v.) vefatından sonra ortaya çıkan yeni uyuşmazlıklara direkt olarak Kuran ve sünnette bir hüküm bulunamayınca Tabiûn döneminde, sahabelerin uyuşmazlıklar konusunda görüş birliğinin araştırılması fikri ortaya çıkmıştır. Hem ibadet alanında hem de hukuk alanında sahabelerin görüş birliği ettiği konular da tıpkı Hz. Peygamber'in (s.a.v.) sünneti gibi bağlayıcı kabul edilmeye başlanmıştır. Sünnetin yanında, sahabe icmâının bağlayıcı kabul edilmesinin, "*Kim doğru yol belli olduktan sonra peygambere karşı gelir ve müminlerin yolunun dışında bir yola girerse onu ateşe sokarız.*"³⁰ ayetiyle temellendirilmiş olması mümkündür. Bunun dışında "*Benim ümmetim yanlış üzerinde*

²⁵ Ahzab, 33/36.

²⁶ **Apaydın / Türçan / Okur / Hacak / İltaş**, İslam Hukukuna Giriş, s. 76; **Şaban**, s. 72; **Şener**, İslâm Hukuku Dersleri I, s. 79.

²⁷ **Aydın**, THT, s. 34; **Zeydan**, s. 292.

²⁸ Mustafa **Avcı**, Türk Hukuk Tarihi Dersleri, Mimoza Yayınları, Konya 2012, s. 34.

²⁹ İbrahim Kâfi **Dönmez**, "İcmâ", DİA, C. 21, TDV Yayınları, İstanbul 2000, s. 417; **Ebu Zehra**, s. 169; **Şaban**, s. 91; **Zeydan**, s. 297; **Şener**, İslâm Hukuku Dersleri I, s. 80.

³⁰ Nisâ, 4/115

birleşmez.”³¹ hadis-i şerifi, icmâm kesin delil olduğu konusunda kaynaklık teşkil etmektedir³².

İcmâda yapılan şey, bir söz söylemek ya da bir iş yapmak olabilir. Birleşmek, aynı sözü söylemek ya da aynı işi yapmaktır. Birincisi “kavlî icmâ”, ikincisi de “amelî icmâ”dır. Bir asırda bulunan müçtehitlerin hepsi bir araya gelip bir hükümde birleşmişlerse buna “sarîh icmâ” denir. Bu hukukçuların bir kısmı söyler veya yapar, diğerleri bu söylenenleri ya da yapılanları duyar ve susup reddetmezlerse buna da “sükûtî icmâ” denir³³. Usulcülerin büyük çoğunluğuna göre sarîh icmâ, kesin ve bağlayıcı bir kaynaktır. Sükûtî icmâm bağlayıcı delil olup olmadığı konusunda ise tartışma vardır³⁴.

Üzerinde icmâ edilen konunun hükmü, yakînen sabit olup inkârı küfrü gerektirir. Bu konuda getirilen gerekçeler, icmâm hüccet olduğunu ispat etmekte getirilen gerekçelerdir. Ancak bu hüküm, icmâm bütün mertebeleri için geçerli değildir³⁵.

b. Tâlî Kaynaklar

İslam hukukçularının hüküm çıkarırken kullandıkları başka bazı kaynaklar da vardır. Bunlar aslında müstakil birer kaynak olmayıp daha çok Kuran ve sünnetin birer uzantısı gibidir ve kaynak olmaları konusunda mezhepler arasında görüş ayrılığı vardır³⁶. O yüzden daha çok tâlî, fer’î kaynaklar adı altında incelenmektedir.

aa. Önceki Şeriatler

Önceki şeriatler, Hz. Peygamber’den (s.a.v.) önce gelen peygamberler tarafından getirilmiş hukukî hükümler demektir. Kural olarak, bir şeriat kendisinden önceki şeriatleri nesh eder (hükümsüz bırakır). Buna göre Hz. Muhammed’in getirdiği şeriat, önceki şeriatleri neshettiği için kural olarak o dinlerde yer alan ibadet ve hukuk alanındaki hükümler, Müslümanlar için geçerli ve bağlayıcı değildir. Ancak Kuran’da

³¹ İbn Mace, Fiten, Hadis No: 3940.

³² **Apaydın / Türcan / Okur / Hacak / İltaş**, İslam Hukukuna Giriş, s. 79; **Ebu Zehra**, s. 170; **Şaban**, s. 94, 95; **Zeydan**, s. 297, 298.

³³ **Ekinci**, İslam Hukuku Umumi Esaslar, s. 97; **Ebu Zehra**, s. 175; **Şaban**, s. 92; **Zeydan**, s. 298, 299; **Şener**, İslâm Hukuku Dersleri I, s. 82.

³⁴ **Apaydın / Türcan / Okur / Hacak / İltaş**, İslam Hukukuna Giriş, s. 79; **Ebu Zehra**, s. 176; **Şaban**, s. 92.

³⁵ **Apaydın / Türcan / Okur / Hacak / İltaş**, İslam Hukukuna Giriş, s. 81.

³⁶ **Apaydın / Türcan / Okur / Hacak / İltaş**, İslam Hukukuna Giriş, s. 94.

ve sünnette bazen eski şeriatlerdeki bazı uygulamalara atıf yapılır. Bu atıf, aynı hükmün Müslümanlar için de geçerli olduğunu bildirmek şeklinde olabileceği gibi, onlara emredilen veya yasaklanan bir şeyin Müslümanlar için söz konusu olmadığını bildirmek şeklinde de olabilir³⁷. Fakat bunların kaynak olmasının sebebi, Tevrat ya da İncil’de emredilmesi değil; Kuran’da Müslümanlara tekrardan emredilmesidir. Bir de yine önceki şeriatlerde bulunan ve Kuran ya da sünnette bunlardan bahsedilmesine rağmen, kabul ya da reddine dair bir açıklamanın bulunmadığı hükümler vardır. İşte kaynak olup olmayacağı tartışılan önceki şeriatler bunlardır³⁸.

Önceki şeriatlerin kaynak olması konusunda iki genel görüş bulunmaktadır. Bunlardan ilki Hanefî, Mâlikî ve Hanbelîlerin görüşü olan, yasaklanmadığı sürece önceki şeriatlerle amel edilebileceğidir. Buna karşılık Şâfîler, Zâhirîler, Mu’tezile ve Şîa, bu hükümlerin bağlayıcı olmadığını görüşündedir. O halde ilk görüşe göre, aslında önceki şeriatler bağlayıcı bir delil olarak değil, fakat diğer delillerle birlikte değerlendirilebilecek yardımcı bir kaynak olarak kullanılabilir³⁹.

bb. Sahâbî Sözü

Sahâbî, Hz. Peygamber’e (s.a.v.) iman etmiş ve arkadaş denilebilecek kadar uzun süre onunla birlikte bulunmuş olan kişiye denir. Sahabiler, vahyin inişine şahit oldukları, dini Hz. Peygamber’den (s.a.v.) doğrudan öğrendikleri, onun eğitim ve terbiyesinden geçtikleri, özellikle de onun yasa koyma ve hüküm verme yöntemini yakından izledikleri ve dini sonraki nesillere aktaran nesil oldukları için, İslam hukukçuları onların şahsi içtihat ve tercihlerine önem vermişlerdir⁴⁰.

Hanefîler, Mâlikîler ve Hanbelîler, sahabe sözünü delil olarak kabul etmişlerdir. Bu görüşlerini de “*İslamı ilk kabul eden Muhacirler ve Ensar ile onlara iyilikle uyanlardan Allah razı olmuştur.*”⁴¹ ayetiyle “*Ashabım yıldızlar gibidir, hangisine uysanız hidayet bulursunuz.*” hadisine dayandırmışlardır. Şâfîlerin bu noktadaki

³⁷ **Apaydın / Türcan / Okur / Hacak / İltaş**, İslam Hukukuna Giriş, s. 84; **Şaban**, s. 181; **Zeydan**, s. 319, 320.

³⁸ **Ahmet Yaman / Halit Çalış**, İslam Hukukuna Giriş, MÜİFVY, İstanbul 2013, s. 50; **Ebu Zehra**, s. 258, **Şaban**, s. 182; **Zeydan**, s. 320.

³⁹ **Yaman / Çalış**, s. 50; **Şaban**, s. 183; **Şener**, İslâm Hukuku Dersleri I, s. 93.

⁴⁰ **Yaman / Çalış**, s. 47; **Ebu Zehra**, s. 181; **Şaban**, s. 184, 185; **Zeydan**, s. 315; **Şener**, İslâm Hukuku Dersleri I, s. 82.

⁴¹ Tevbe, 9/100.

görüşleri çok açık olmamakla birlikte, onların da bu kaynağı bütünüyle göz ardı etmediği anlaşılmaktadır⁴².

Kaynaklardan hüküm çıkarma işi için birçok delil ve yöntemin bir arada kullanılması gerektiğinden, sahâbî sözünün de bu sürece dâhil edilmemesi düşünülemez⁴³.

cc. Örf

Toplum hayatında uyulması gereken usuller ve kurallara örf adı verilmektedir⁴⁴. İslamiyette örf ve âdet, mutlak kabul görmek veya reddedilmek yerine, dinin temel esaslarına uygunluğu açısından değerlendirilmiş, bu esaslara uygun olanlar benimsenirken diğerleri reddedilmiştir. Bu bakımdan bazı örf ve âdetler, İslam Hukukunun birer kaynağı olarak kabul edilmiştir⁴⁵. Bunun yanında İslam hukukçuları, Kuran ve sünnetteki ifadeleri yorumlarken örf ve âdetin etkisi altında kalmışlardır. Nitekim aynı mezhebin hukukçuları arasında zaman zaman görülen görüş ayrılıklarının bir kısmı, bu hukukçuların yaşadıkları toplumlardaki örf ve âdetin farklı olmasından kaynaklanmaktadır⁴⁶.

Mecelle’de de örf ve âdetin kaynak olarak kullanılabileceğine dair bazı maddeler bulunmaktadır: “*Âdet muhakkemdir.*”⁴⁷, “*Âdetin delâletiyle mânâ-yı hakiki terk olunur*”⁴⁸, “*Örfen mâ’ruf olan şey, şart kılınmış gibidir.*”⁴⁹, “*Beyne’t-tüccâr ma’ruf olan şey, beyinlerinde meşrut gibidir.*”⁵⁰, “*Örf ile tayin, nass ile tayin gibidir.*”⁵¹.

Örf ve âdetin uygulanabilir bir hukuk kuralı olabilmesi için bazı şartlar aranmıştır. Bunlar: 1) Şer’î ilke ve delillere aykırı olmamalıdır⁵². 2) İlgili olay ya da

⁴² **Yaman / Çalış**, s. 48; **Ebu Zehra**, s. 181 – 184.

⁴³ **Zeydan**, s. 317; **Ebu Zehra**, s. 186; İbrahim Kâfi **Dönmez**, İlmihal, TDV Yayınları, C. 1, Ankara 2010, s. 153.

⁴⁴ **Yılmaz**, s. 532.

⁴⁵ Hayrettin **Karaman**, “*Âdet*”, DİA, C. 1, TDV Yayınları, İstanbul 1998, s. 369; **Ebu Zehra**, s. 230; **Şaban**, s. 176; **Zeydan**, s. 313.

⁴⁶ **Aydın**, THT, s. 42.

⁴⁷ MAA, m. 36.

⁴⁸ MAA, m. 40.

⁴⁹ MAA, m. 43.

⁵⁰ MAA, m. 44.

⁵¹ MAA, m. 45.

⁵² **Şaban**, s. 176.

tasarrufun ya tamamında ya da çoğunda uygulanabilir olmalıdır⁵³. 3) İlgili işlemin yapıldığı sırada mevcut olmalıdır. 4) Bu kuralların dışında aksine bir uygulama yapılacağı beyan edilmemelidir⁵⁴. Bu şartları taşıyan örf ve âdet kuralları, irade beyanlarının yorumlanmasında ve hakimin takdir yetkisini kullanmasında etkin rol oynar. Ancak İslam Hukukunun genel esaslarına ve prensiplerine aykırı bir örf ve âdet, toplumda ne kadar yerleşmiş bulunursa bulunsun, hukukî hükümlere kaynaklık teşkil edemez⁵⁵.

c. Yöntemler

aa. Kıyas

Fıkıh usulünde kıyas, hakkında açık hüküm bulunmayan bir meselenin hükmünü, aralarındaki ortak özelliğe veya benzerliğe dayanarak hükmü açıkça belirtilen meseleye göre belirlemek anlamına gelir⁵⁶. Yani kıyas, Kitap, sünnet veya icmâ ile belirlenmiş bir hükmün aynısını, yeni karşılaşılan ve hükmü açıklanmamış olan meseleye, aralarındaki illet birliği sebebiyle uygulamaktır⁵⁷. Bu işlemi yaparken hakkında Kitap, sünnet veya icmâda hüküm bulunan meseleye “asıl” veya “makîsun aleyh”, hüküm bulunmayan meseleye “fer” veya “makîs”, aralarındaki ortak nedene “illet” ve varılan sonuca da “hüküm” denir⁵⁸.

Kıyasın en bilinen örneği şudur ki: Sarhoş edici olması sebebiyle şarap, Kitap ve sünnet tarafından haram kabul edilmiştir. Aynı sebepten dolayı (sarhoş edici olması), hakkında hüküm bulunmayan rakı, bira gibi içecekleri içmek de kıyasen haram kabul edilmiştir. Buradaki asıl, şarap içmenin haram oluşu; fer’, rakı veya benzeri şeyleri içmek; illet, bu tarz içeceklerin sarhoş edici olması ve hüküm de aslın hükmüne kıyasen fer’in de haram olacağıdır⁵⁹.

⁵³ MAA, m. 40: “*Âdet ancak mutarrid yahut galip oldukça muteber olur.*”

⁵⁴ MAA, m. 13: “*Tasrîh mukabelesinde delâlete itibar yoktur.*”; **Karaman**, “*Âdet*”, s. 370.

⁵⁵ **Aydın**, THT, s. 42.

⁵⁶ Hacı Yunus **Apaydın**, “*Kıyas*”, DİA, C. 25, TDV Yayınları, İstanbul 2002, s. 529; İmam **Gazalî**, İslam Hukukunda Deliller ve Yorum Metodolojisi, (Trc. Hacı Yunus **Apaydın**), C. 2, Rey Yayıncılık, Kayseri 1994, s. 195; Abdülkadir **Şener**, Kıyas İstihsan İstislah, DİBY, Ankara 1974, s. 68.

⁵⁷ **Yaman / Çalış**, s. 53; **Ebu Zehra**, s. 186; **Şaban**, s. 110.

⁵⁸ **Şener**, Kıyas İstihsan İstislah, s. 68; **Şaban**, s. 121; **Zeydan**, s. 301.

⁵⁹ **Gazalî**, s. 247; **Şaban**, s. 111; **Zeydan**, s. 302.

Kıyasta illetin tespit edilmesi çok önemli bir meseledir. Bunun farklı tespiti, benzetilen şeyde ve hükümde farklılıklara sebep olmaktadır. Nitekim mezhepler arasındaki farklı görüşlerin bir kısmı, bu ortak nedenin ne olduğu konusundaki farklı tespitlerden kaynaklanmaktadır. Çünkü bu illet, her zaman açık olmamakta, bundan dolayı da mezhepler tarafından aynı konuda farklı nedenler illet olarak gösterilmektedir⁶⁰. Mesela ramazan orucu kefaretinin tespitindeki ihtilaf, illetin farklı tespit edilmesinden kaynaklanmaktadır. Bir bedevinin Ramazanda karısına cima etmesi sebebiyle Hz. Peygamber (s.a.v.) ona köle azat etmesini söylemiştir. Şafiler ve Hanbelîler bu kefaretin illetini “ramazanda cima etmek” şeklinde tespit etmişlerdir. Hanefî ve Malikîler ise “ramazana kasten hürmetsizlikle orucu bozan bir fiil işlemek” şeklinde daha geniş bir illet tespit etmişlerdir. Dolayısıyla ramazan ayında bilerek yemek ve içmek, Şafi ve Hanbelîlere göre kefareti gerektirmemekte; Hanefî ve Malikîlere göre ise gerektirmektedir⁶¹.

Kitap ve sünnette her mesele hakkında hüküm bulunmadığından, İslam Hukukunun yeni olaylara uygulanmasında kıyasın önemli bir rolü bulunmaktadır. Kıyas bir anlamda, Kitap, sünnet ve icmân uygulama alanını genişletmektedir. Bu yüzden de kıyas başlı başına bir kaynak değil; Kitap, sünnet ve icmâda bulunan hükümü ortaya çıkaran bir yöntem olarak kabul edilmektedir⁶². Bununla ilgili olarak da, “*Kıyas hükmü ispat etmez, ızhâr eder.*” sözü söylenegelmiştir⁶³.

bb. İstihsan

İstihsan, özel gerekçelerle açık kıyastan, genel ve yerleşik kuraldan ayrılarak olayın özelliğine uygun çözüm bulma metodunu ifade eden şer’î bir delildir. Yani müçtehidin bir meselede icmâ, zaruret, örf, maslahat gibi özel ve daha kuvvetli görünen bir delile dayanarak o meselenin benzerlerinde izlenen genel kuraldan ve ilk hatıra gelen çözümden vazgeçmesi ve hukukun amacına daha uygun bulduğu başka bir hüküm vermesidir⁶⁴.

⁶⁰ Aydın, THT, s. 38.

⁶¹ Gazalî, s. 290; Ebu Zehra, s. 200.

⁶² Aydın, THT, s. 39; Şener, İslâm Hukuku Dersleri I, s. 85.

⁶³ Apaydın / Türkan / Okur / Hacak / İltaş, İslam Hukukuna Giriş, s. 90; Şener, Kıyas İstihsan İstislah, s. 70.

⁶⁴ Ali Bardakoğlu, “İstihsan”, DİA, C. 23, TDV Yayınları, İstanbul 2001, s. 339; Şener, Kıyas İstihsan İstislah, s. 119; Ebu Zehra, s. 221; Zeydan, s. 303.

Ana kuraldan ayrılmayı meşru kılan sebepler şunlardır:

1) Kurala aykırı olan bir nassın bulunması. Mesela selem sözleşmesinde sözleşme yapılacağı sırada para peşin olmasına rağmen satılan mal mevcut olmadığından bu sözleşmenin geçerli olmaması gerekir. Ancak insanların bu şekilde alışveriş yapması teamül haline geldiğinden hadis ile buna izin verilmiş ve istihsanen caiz görülmüştür⁶⁵.

2) İcmân bulunması. Mesela eser (istisna) sözleşmesinin konusu, sanatkârın belli bir zaman zarfında meydana getireceği eser olduğu için, sözleşmenin aslında “bir kimsenin sahibi olmadığı şeyi satması yasağı” genel kuralına aykırı düşer. Ancak insanlar arasında bu yönde bir teamül oluştuğu ve bu hiçbir müçtehidin de buna itirazı bulunmadığından, kıyasa aykırı olsa da icmâ oluşarak istihsanen caiz görülmüştür⁶⁶.

3) Zaruretin bulunması. Mesela vakıfların süresiz olarak kurulması, vakfa tahsis edilen malların gayrimenkul olmasını gerektirmektedir. Bu genel bir kuraldır. Ancak kitap, silah gibi bazı menkullerin vakfi, zaruret olduğu için istihsanen geçerli kabul edilmiştir⁶⁷.

4) Kapalı kıyasın bulunması. Burada müçtehit, açık kıyasla bir sonuca ulaşmakta fakat bulduğu sonuç maslahata uygun düşmemektedir. Bu durumda müçtehit, ikinci bir kıyas yapar (kapalı kıyas) ve daha uygun bir sonuca ulaşır. Mesela arazi satımında açıkça belirtilmemişse irtifak hakları bu satışa dâhil edilmez. Buna kıyasen, arazi vakfında da açıkça belirtilmemişse irtifak haklarının vakfın konusuna dâhil edilmeyeceği öngörülür. Ancak bu sonuç, vakıf işleminden beklenen yarara, dolayısıyla maslahata uygun düşmeyeceğinden, yeni bir kıyas yapılarak vakıf işlemi arazi kirası işlemine benzetilir ve böylece irtifak haklarının da vakfa dâhil edilebileceği sonucuna istihsanen ulaşılır⁶⁸.

⁶⁵ Şaban, s. 163; Şener, Kıyas İstihsan İstislah, s. 122.

⁶⁶ Bardakoğlu, “İstihsan”, s. 343; Ebu Zehra, s. 225; Şaban, s. 166; Şener, Kıyas İstihsan İstislah, s. 123.

⁶⁷ Aydın, THT, s. 40.

⁶⁸ Şaban, s. 168; Zeydan, s. 304.

cc. İstislâh (Mesâlih-i Mürsele)

Sözlükte “düzeltme”, “iyileştirme”, “bir şeyi iyi bulma” anlamlarına gelen ve sulh, ıslah, maslahat kelimeleriyle de kök birliğine sahip olan ıstislâh, çözümü şer’î delillerde bulunmayan bir meseleyi, maslahata göre hükme bağlamak demektir⁶⁹. Maslahat ise İslam Hukukunun genel ilkelerine uygun olmalı; Kitap, sünnet ve icmâ ile sabit olan hükümlere aykırı olmamalıdır. O halde maslahat sözüyle “şer’înin amacını koruma” anlamı kastedilmektedir. Şer’înin insanlara ilişkin olarak amacı da, onların din, can, akıl, nesil ve mallarını korumak olmak üzere beş noktada toplanmaktadır. İşte bu beş temel değer korunmasını içeren her şey maslahat; bunları ortadan kaldıran her şey de mefsedet olup, bu mefsedetin giderilmesi maslahattır⁷⁰.

Maslahatın tespit edilebilmesi için bazı şartlar aranmaktadır. Bunlar: 1) Maslahatın varlığı kesin olmalıdır. 2) Maslahat, kişisel olmamalı; toplumun geneline hitap etmelidir. 3) Zaruri olmalıdır. 4) Makul olmalıdır. 5) Şer’î deliller ile çatışmamalıdır⁷¹.

İstislâhı açıkça delil olarak kabul edenler, Mâlikî ve Hanbelî mezhepleri olup, diğer mezhepler bunu ayrı bir delil olarak değil; diğer delillere ulaşmada bir yöntem olarak kullanmaktadırlar⁷².

Sahabeler birçok konuda, bu yönde bir emir veya örnek olmaksızın sırf maslahat gerekçesiyle bazı uygulamalarda bulunmuşlardır. Mesela, Mushaf’ın bir kitap halinde toplanması, Hz. Ebu Bekir’in Hz. Ömer’i veliya tayin etmesi, Hz. Ömer’in hilafeti bir şuraya devretmesi, divanlar oluşturması, para bastırması maslahat gereği olmuştur⁷³.

dd. Sedd-i Zerâi’

Sözlükte “bir sonuca götüren yol”, “bir şeye sebep olan vesile” anlamına gelen zerâi, fıkhîta mefsedete ve harama götüren yollar ve sebepler anlamında kullanılmaktadır. Zerâi, “kapamak” anlamındaki “sed” kelimesiyle birlikte kullanıldığı

⁶⁹ Şükrü Özen, “İstislâh”, DİA, C. 23, TDV Yayınları, İstanbul 2001, s. 383; Şaban, s. 151; Zeydan, s. 308.

⁷⁰ Apaydın / Türkan / Okur / Hacak / İltaş, İslam Hukukuna Giriş, s. 91; Ebu Zehra, s. 234.

⁷¹ Yaman / Çalış, s. 57; Şaban, s. 152, 153.

⁷² Aydın, THT, s. 41; Şener, Kıyas İstihsan İstislâh, s. 138.

⁷³ Apaydın / Türkan / Okur / Hacak / İltaş, İslam Hukukuna Giriş, s. 92; Ebu Zehra, s. 239; Şaban, s. 154; Zeydan, s. 308.

zaman, din ve dünya açısından zararlı sonuçların ortaya çıkmasına sebep olan vesilelerin yasaklanması ve harama giden yolların kapatılması anlamına gelir⁷⁴. Bu bağlamda sedd-i zerâi', kendi başına mubah olan bir fiilin, şer'an sakıncalı bir sonuca götüreceğinden emin olunması veya bunun kuvvetle muhtemel bulunması sebebiyle yasaklanmasına denir⁷⁵.

Burada, fesada vesile olan fiil, failin kastına bakılmaksızın önlenir; fail isterse fiiliyle kötülüğü kastetmesin⁷⁶. Yani kötülüğe sebep olabilecek vesile, daha kötülük ortaya çıkmadan önlenmek istenir. Bu bağlamda sedd-i zerâi', ıstislâhı tamamlamakta ve onun ikinci unsuru olan fesadı def etme işlevini üstlenmektedir⁷⁷.

Sedd-i zerâi'nin delil oluşuna dair Kuran, sünnet ve icmâda çeşitli hükümler bulunmaktadır. Mesela Kuran'da "*Allah'tan başkasına tapanlara dil uzatmayın, sonra onlar da bilmeden, taşkınlık yaparak Allah'a dil uzatırlar.*"⁷⁸ ayetiyle, kötülüğe yol açar endişesiyle aslında meşru olan bir fiil yasaklanmıştır. Sünnetteki delillerden bir tanesi de vasiyetin üçte bir oranında sınırlandırılmasıdır. Şöyle ki bir kimsenin vasiyette bulunması meşru bir tasarruf olmakla birlikte, vasiyet eden kimsenin varislerinin haklarını tamamen ortadan kaldırma ihtimali çok yüksek olduğu için üçte bir oranı ile sınırlandırılmıştır⁷⁹. Bunun dışında normalde hırsızlık yapanların cezası el kesmek olmasına rağmen, savaşta bu suçu işleyenlere -düşman tarafına geçebilirler diye- bu ceza uygulanmamaktadır⁸⁰.

ee. İstishâb

İstishâb, bir zamanda sabit olan bir durumun aksini gösteren bir delil bulunmadıkça sonrasında da mevcut olduğuna hükmetmek demektir⁸¹. Yani daha önce varlığı bilinen bir durumun değiştiğini gösteren bir delil bulunmadıkça hala devam

⁷⁴ **Yaman / Çalış**, s. 58.

⁷⁵ İbrahim Kâfi **Dönmez**, "Sedd-i Zerâi'", DİA, C. 36, TDV Yayınları, İstanbul 2009, s. 277; **Zeydan**, s. 309.

⁷⁶ **Ebu Zehra**, s. 242; **Zeydan**, s. 309.

⁷⁷ **Yaman / Çalış**, s. 58.

⁷⁸ En'am, 6/108.

⁷⁹ **Dönmez**, "Sedd-i Zerâi'", s. 279.

⁸⁰ **Ebu Zehra**, s. 243.

⁸¹ Ali **Bardakoğlu**, "İstishâb'", DİA, C. 23, TDV Yayınları, İstanbul 2001, s. 376; **Ebu Zehra**, s. 249; **Şaban**, s. 188; **Zeydan**, s. 325.

ettiğine; aynı şekilde daha önceden var olmadığı bilinen bir durumun sonradan meydana geldiğine dair bir delil bulunmadıkça da hala yokluğuna hükmetmektir⁸².

İstishâb, küllî bir kaide olarak Mecelle’de birçok maddede yer almıştır: “*Bir şeyin bulunduğu hal üzere kalması asıldır.*”⁸³, “*Sıfât-ı ârızada asl olan ademdir.*”⁸⁴, “*Bir zamanda sabit olan şeyin hilâfına delil olmadıkça bekâsıyla hükmolunur.*”⁸⁵.

Bu delilden dolayı şu hukukî esaslar benimsenmektedir: 1) Eşyada asıl olan ibâhadır. Yani İslam dininin yasaklamadığı her şey meşrudur⁸⁶. 2) Berâat-i zimmet asıldır⁸⁷. Yani masumiyet karinesi gibi işlev gören bu ilkeye göre, delil bulunmadığı sürece kişi suçsuz, borçsuz ve sorumsuzdur⁸⁸. 3) Şekk ile yakîn zâil olmaz⁸⁹. Yani var olduğu kesin olarak bilinen bir şeyin aksine kesin bir delil bulunmadıkça, sonradan meydana gelen bir şüphe ve tereddütten dolayı, onun yok olduğuna hükmedilmez⁹⁰.

3. Özellikleri

a. Dinî Menşeli Olması

İslam Hukukunun temel esasları, Allah ve Peygamber tarafından belirlenmiştir. Asıl kaynakları da yukarıda belirtildiği üzere Kuran ve sünnettir. Bir kuralın İslam Hukukuna ait ve onun bir parçası sayılabilmesi için, doğrudan Kitap ve sünnete dayanması ya da dolaylı olarak onlardan çıkarılmış olması gerekmektedir. İslam Hukuku bu özelliğinden dolayı diğer hukuk sistemlerinden farklılık göstermekte ve “sui generis” olmaktadır⁹¹.

İslam Hukukunun bu ilâhîlik niteliği birçok ayette vurgulanmıştır: “*Allah ve elçisi bir konuda hüküm verdikten sonra, inanmış bir erkek ve kadının kendileriyle ilgili konularda tercih hakkı yoktur. Allah’a ve elçisine isyan eden kimse, apaçık bir*

⁸² **Yaman / Çalış**, s. 59.

⁸³ MAA, m. 5.

⁸⁴ MAA, m. 9.

⁸⁵ MAA, m. 10.

⁸⁶ **Ebu Zehra**, s. 249; **Şaban**, s. 189; **Zeydan**, s. 326.

⁸⁷ MAA, m. 8.

⁸⁸ **Ebu Zehra**, s. 250; **Şaban**, s. 189; **Zeydan**, s. 326.

⁸⁹ MAA, m. 4.

⁹⁰ Halil **Cin** / Ahmed **Akgündüz**, Türk Hukuk Tarihi, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul 2011, s. 169; Mustafa **Yıldırım**, Mecelle’nin Küllî Kâideleri, İFVY, İzmir 2012, s. 37; **Zeydan**, s. 326.

⁹¹ **Aydın**, THT, s. 61; **Apaydın** / **Türcan** / **Okur** / **Hacak** / **İltaş**, İslam Hukukuna Giriş, s. 19; **Zeydan**, s. 114.

sapkınlığa düşmüş olur.”⁹², “Sana da daha önceki kitapları, hem tasdik edici hem de onları denetleyici olmak üzere bu kitabı, gerçeğin ta kendisi olarak indirdik. O halde bütün ehl-i kitabın aralarında Allah’ın sana indirdiği ile hükmet, sana gelen bu hakikati terk edip de onların keyiflerine uyma. Her biriniz için bir şeriat ve bir yol tayin ettik...”⁹³.

İslam Hukukunun dinî menşeli oluşu, onun tüm kurallarının kutsal ve değişmez nitelikli olduğu anlamına gelmemektedir. İslam Hukukunun Kitap ve sünnette açıkça öngörülen kurallar dışında kalan kısmı, içtihat yoluyla ortaya konulmuş ve zamanın gerektirdiği değişikliklere açıktır. Bu açıdan İslam Hukuku, batılı anlamda teokratik bir hukuk sistemi değildir⁹⁴. Teokratik devletler, din kurallarına göre ya da din kurallarından esinlenerek yönetilen devletlerdir. Teokrasilerde devlet işlerinden bir tür ruhban sınıfı ve tanrısal özelliklere sahip bir kral sorumlu olur ve devlet işleri dini temellere dayandırılmaya çalışılır. Ancak İslam Hukukunda devletin başındaki kişi ne bir din adamıdır ne de böyle bir özelliğe sahiptir⁹⁵.

b. Yaptırımının İkili Karakterde Olması

İslam Hukukunun dine dayalı olması, hükümlerinin hem dinî hem de hukukî yaptırımlara bağlanması sonucunu doğurmuştur. Yani kişi, hukukun gereklerinden birini yerine getirmediği zaman hem bu dünyada hem de ahirette bir yaptırımla karşı karşıya kalacaktır. Mesela zina suçunu işleyen bir kişi, bu dünyada had cezası ile cezalandırılacak; ahirette ise zina için belirlenen günahın cezasını çekecektir. Ancak bazı hukuka aykırı fiillere karşı sadece dinî yaptırımlar öngörülmüştür. Mesela cuma namazı vaktinde ezandan hemen sonra yapılan alım satımlar hukuken geçerli olmakla birlikte, dinen caiz değildir ve manevî bir sorumluluğu vardır⁹⁶. Bu özelliğinden dolayı İslam Hukuku, toplum içinde daha titizlikle ve gönüllü olarak uygulanmaktadır.

c. Müçtehitlerin İctihatlarıyla Gelişmiş Olması

⁹² Ahzab, 33/36.

⁹³ Mâide, 5/48.

⁹⁴ Aydın, THT, s. 62.

⁹⁵ R. Cengiz **Derdiman**, Anayasa Hukuku, Alfa Aktüel Yayınları, Bursa 2011, s. 90; Hacı Yunus **Apaydın** / Mehmet Akif **Aydın** / Ali **Bardakoğlu** / Mustafa **Çağrı**, İlmihal – İslâm ve Toplum, C. 2, TDV Yayınları, Ankara 2009, s. 256.

⁹⁶ Abdullah **Demir**, Türk Hukuk Tarihi, Yitik Hazine Yayınları, İstanbul 2011, s. 42.

İslam Hukukunun asıl kaynaklarında hükümler sınırlı sayıda bulunmaktadır. İşte hem nasların sınırlı olmasına karşılık olayların sınırsız olması hem de kaynakların yoruma açık olması, İslam Hukukunun hüküm çıkarma konusunda yetkin hukukçuların elinde gelişmesi sonucunu doğurmuştur. Bundan dolayıdır ki; “*Fıkıhın onda dokuzu beşer sözüdür.*”, “*Fıkıh, hukukçuların hukukudur.*” gibi fikha dair genellemeler yapılmaktadır⁹⁷.

İslam Hukukunun gelişimi tarihi süreç içerisinde incelendiğinde de aynı sonuçla karşılaşılır. Nitekim İslam Hukuku, doğumundan sonra Hulefâ-i Râşidîn dönemi dışında devletin müdahalesi olmaksızın müçtehitlerin ferdî gayretleriyle gelişmiştir. Böylece çok sayıda hukuk ekolleri ortaya çıkarak hukuk daha da zenginleşmiştir⁹⁸.

d. Kazuistik Metotla Doğmuş ve Gelişmiş Olması

Birçok hukuk sisteminde olduğu gibi İslam Hukuku da başlangıçta tek tek hukukî meselelere getirilen çözümler ve bunun yol açtığı hukukî yorumlarla gelişmiştir. İslam hukukçuları hukukî fiil ve olaylardan benzer olanlar için ortak hükümler belirlemek yerine (soyut/mücerred yöntem), onları tek tek ele alıp her birinin hükmünü özel olarak açıklama yöntemini benimsemişlerdir⁹⁹.

İslâm Hukuku kazuistik bir hukuk sistemi olmakla beraber, her hukukî müessese için ortak esaslar belirlemeye elverişsiz değildir. Nitekim bazı hukukçular, hukukî hükümler için ortak bazı hususları tespit etmişler ve kazuistik metoda karşılık, mücerred veya karma metotlara da meyletmişlerdir. Yani özel hükümler, zaman içinde çoğalarak konu bakımından sınıflandırılmış ve kısmen de olsa benzer meseleleri ortak hükümler altında birleştiren küllî kâideler (genel ilkeler) tespit edilmiştir. Bu genel prensiplere, “kavâid-i külliyye” adı verilmiştir. Bu prensipler, ilk kez resmi bir şekilde Mecelle’nin ilk yüz maddesinde yer almış ve her biri hukukî hayatın en önemli esaslarını ifade etmiştir¹⁰⁰.

⁹⁷ **Yaman / Çalış**, s. 26.

⁹⁸ **Demir**, THT, s. 42.

⁹⁹ **Apaydın / Türcan / Okur / Hacak / İltaş**, İslam Hukukuna Giriş, s. 19.

¹⁰⁰ **Ekinci**, İslam Hukuku Umumi Esaslar, s. 41.

B. Osmanlı Hukuku

1. Osmanlı Hukukunun Genel Yapısı

a. Şer'î Hukuk – Örfî Hukuk Ayırımı

Diğer Türk ve İslam Devletlerinde olduğu gibi, Osmanlı Devleti'nde de uygulanan hukuk esas itibariyle İslam Hukukudur. Bunun sebebi, İslam dininin sadece inanç ve ibadetlerden oluşmayıp, hukuku da içerisine alarak hayatın tüm alanlarını düzenlemesidir. Bu yüzden İslamiyeti kabul eden devletler, bunun bir gereği olarak İslam Hukukunu benimsemişlerdir. Ancak Osmanlı Devleti, salt olarak İslam Hukukunu uygulamak yerine, bu hukukun devlet başkanına tanıdığı takdir ve düzenleme yetkisinden yararlanarak zamanın gerektirdiği düzenlemeleri de hukuk sistemlerine ilave etmiştir¹⁰¹. Böylece Osmanlı Devleti'nde şer'î hukukun yanında örfî hukuk da uygulanmıştır.

Bir devletin hukukî yapısını tespit edebilmek için öncelikle o sistemin yapısını oluşturan hukukî mevzuatı ve bunların uygulamadaki örneği olan mahkeme kararlarını incelemek gerekir. Buna göre, Osmanlı Devleti'nin hukukî yapısını tespit edebilmek için Osmanlı'nın hukukî mevzuatını oluşturan fıkıh kitapları ve kânunnâmeler ile mahkeme kararları olan şer'îye sicillerini incelemek gerekmektedir¹⁰².

Osmanlı Devleti'nde genel olarak İslam Hukuku uygulandığı için, hukuk mevzuatının bir kısmı İslam Hukukunun kaynaklarından ve bu kaynaklardan çıkarılan hükümlerin derlemesi olan fıkıh kitaplarından oluşmaktadır. Bunların yanı sıra, hukukî ihtilaflarla ilgili sorulara verilen cevaplardan ibaret olan fetva kitapları da bu mevzuatın kapsamına dâhil edilir. İşte klasik fıkıh kitapları içinde yer alan ve devletin müdahalesinden bağımsız olarak var olan hukuk kurallarına “şer'î hukuk” denir¹⁰³.

Osmanlı hukuk mevzuatının diğer bir kısmı ise kânunnâmelerden oluşmaktadır. Kânunnâmeler, örfî hukuku ortaya koyan ve devletin yüksek otoritesini elinde bulunduran “ulül-emr” denilen organa verilen sınırlı yasama yetkisi çerçevesinde

¹⁰¹ Aydın, THT, s. 66.

¹⁰² Murat Şen, “Osmanlı Hukukunun Yapısı”, Yeni Türkiye Dergisi, 701 Osmanlı Özel Sayısı (Siyaset ve Teşkilat), S. 31, Y. 6, Ankara 2000, s. 686; Murat Şen, “Osmanlı Hukukunun Yapısı”, Türkler Ansiklopedisi Osmanlı (Teşkilat) Sayısı, Yeni Türkiye, C. 6, Ankara 1999, s. 327.

¹⁰³ Şen, “Osmanlı Hukukunun Yapısı”, s. 688.

düzenlenmişlerdir. İşte İslam Hukukunun ulül-emre verdiği bu yasama yetkisiyle ortaya konulan hukuka da “örfi hukuk” denilmektedir¹⁰⁴.

Tarihi kaynaklarda örfi hukuk terimine ilk kez Fatih döneminde rastlansa da¹⁰⁵ eski Müslüman Türk Devletlerinde bazı alanlarda örf âdet kurallarının resmi hukuk kuralları gibi uygulandığı bilinmektedir¹⁰⁶. Zira Müslüman Türk Devletlerinin kurulması ile İslam devlet anlayışı ve devletler hukuku alanında esaslı bir değişiklik meydana geldiği görülmektedir. Bunun sebebi, Türklerin eski ve sabit bir devlet kurma ve idare etme anlayışı ile İslamiyeti kabul etmiş olmasıdır¹⁰⁷. Yani Türkler, İslamiyeti kabul etmekle eskiden kalma devlet kurma alışkanlıklarını terk etmiş değildir. İslam Hukukun kamu hukuku alanındaki yetersizliği karşısında Türkler, bu alanı kendi örf ve âdetleriyle düzenleme yoluna gitmişlerdir¹⁰⁸.

Ancak örfi hukuk, adının çağrıştırdığı gibi salt olarak örf ve âdet kurallarından oluşmamaktadır. Ulül-emr, doğrudan doğruya kendi otoritesine dayanarak örfi kanunlar koyabileceği gibi, örf ve âdet kurallarını da kanun haline getirebilir. Yani, örfi hukukun kaynağı çoğunlukla örf ve âdet kuralları olmasına rağmen, bu hukukun mahkemelerde uygulanan normlar haline gelmesinin nedeni, padişahın irade ve fermanına dayanmasıdır¹⁰⁹.

Görülüyor ki örfi hukuk, sadece Osmanlı Devleti’ne özgü olmayan, diğer Müslüman Türk Devletlerinde de var olan ve ortaya çıkışı çok daha eskilere dayanan bir hukuk dalıdır¹¹⁰. Bu çalışmada incelenecek olan örfi hukuk ise sadece Osmanlı Devleti’nde uygulanan ve padişahın emir ve fermanlarıyla düzenlenen, “örf-i padişahî”, “örf-i münif-i sultanî” de denilen hukuk olacaktır¹¹¹.

¹⁰⁴ Şen, “Osmanlı Hukukunun Yapısı”, s. 688.

¹⁰⁵ Aydın, THT, s. 66.

¹⁰⁶ Halil İnalçık, Osmanlı’da Devlet, Hukuk, Adâlet, Eren Yayınları, İstanbul 2000, s. 27.

¹⁰⁷ Halil İnalçık, “Osmanlı Hukukuna Giriş, Örfî – Sultanî Hukuk ve Fatih’in Kanunları”, AÜSBFD, C. 13, S. 2, Ankara 1958, s. 104, 105.

¹⁰⁸ Durhan, “Osmanlı Hukukunun Yapısı Üzerine Bir Etüd”, s. 225; İnalçık, Osmanlı’da Devlet, Hukuk, Adâlet, s. 29; Halil İnalçık, “Türk Devletlerinde Sivil Kanun Geleneği”, Türkiye Günlüğü Dergisi, S. 58, Ankara, Kasım-Aralık 1999, s. 6.

¹⁰⁹ İnalçık, Osmanlı’da Devlet, Hukuk, Adâlet, s. 27; Aydın, THT, s. 67.

¹¹⁰ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İnalçık, “Osmanlı Hukukuna Giriş, Örfî – Sultanî Hukuk ve Fatih’in Kanunları”, s. 104 vd.

¹¹¹ Fatih devrinin idare adamı ve tarihçilerinden Tursun Beg’e göre örfi hukuk: “Nizâm-i âlem için akla dayanarak hükümdarın koyduğu nizâma siyâset-i sultanî ve yasag-i pâdişahî derler ki, urefâmızca ona örf derler.” İnalçık, Osmanlı’da Devlet, Hukuk, Adâlet, s. 27.

b. Örfî Hukukun Doğuş Sebepleri

Osmanlı Devleti'nde şer'î hukukun yanında örfî hukukun da uygulanmasının genel olarak sebepleri, devletin içinde bulunduğu mali, askeri ve idari şartlardır.

Öncelikle, Emevîler hilafeti ele geçirdikten sonra kamu hukuku alanında fiili bir durum yaratarak İslam hukukçularının bu konuda içtihat etmesini ve dolayısıyla İslam Hukukunun zenginleşmesini engellemiştir. Bu yüzden İslam Hukuku çoğunlukla özel hukuk ile kamu hukukunun bazı alanlarında gelişmiş; devlet teşkilatı ve idari yapı gibi alanlarda aynı ölçüde gelişmemiştir. Ayrıca Kuran'da teşkilatlı bir devletin idare usullerine ve kamu haklarına ilişkin neredeyse hiçbir açık prensip yoktur¹¹². İşte bu durumlar, kamu hukuku alanında yeni düzenlemeler yapma ihtiyacını doğurmuştur. Zaten Türklerin siyasi ve idari tecrübeleri oldukça fazla olduğundan, kamu hukuku alanını İslam hukukçularının içtihatlarıyla değil de kendi bilgi ve tecrübeleriyle düzenlemek istemişlerdir¹¹³.

İkinci olarak, İslam Hukukunun ilk dönemlerinde fakihlerin dikkate değer bir ilmî mesai ortaya koydukları bilinmektedir. Bunun bir sonucu olarak, belli bir süre yeni içtihatlara ihtiyaç duyulmamıştır. Hem bu sebepten hem de sonraki dönemlerde öncekiler kadar iyi hukukçuların yetişmemiş olmasından dolayı, artık yeni içtihatlara gerek kalmadığı ve bu yüzden de içtihat kapısının kapandığı gibi bir kanaat oluşmuştur¹¹⁴. Bu durum, İslam Hukukunda belli bir dönem durgunluğa yol açmış ve yeni içtihatlara ihtiyaç duyulduğu dönemlerde dahi hukukçuların bundan uzak durdukları görülmüştür. Tüm bunların sonucunda oluşan boşluğu doldurmak amacıyla, örf ve âdete veya devlet adamlarının maslahatı göz önünde bulundurarak verdikleri emirlere dayanan bir hukuk ortaya çıkmaya başlamıştır¹¹⁵.

Üçüncü olarak, Osmanlı Devleti'nin malî, idarî ve askerî şartları, devletin bu alanlarda uygun hukukî düzenleme yapmasını gerektirmiştir. Şöyle ki; geniş bir coğrafyaya yayılan devletin çeşitli din ve kültürlerden tebaası bulunmuş, bu toplumların kendi iç dinamikleri ve yaşadıkları coğrafyalardaki mevcut durumları, hukukî açıdan

¹¹² Ömer Lütfi **Barkan**, "Osmanlı İmparatorluğu Teşkilât ve Müesseselerinin Şer'iliği Meselesi", İÜHFİM, C. 11, S. 3-4, İstanbul 1945, s. 204.

¹¹³ **Aydın**, THT, s. 72.

¹¹⁴ **Cin / Akgündüz**, THT, s. 178.

¹¹⁵ **Aydın**, THT, s. 72.

farklı uygulamaların doğmasına sebep olmuştur¹¹⁶. Aynı zamanda bu tebaayı yönetmek, toprak güvenliğini sağlayabilmek ve devleti iyi bir şekilde yönetebilmek için değişik hukukî düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur. Mesela şer'î vergilerden olan zekat, öşür, haraç ve cizye, devletin giderlerini tam olarak karşılamamaya başlayınca, bu vergilere ek olarak örfî vergiler konmaya başlanmıştır. Tarım arazilerinin güçlü toprak sahiplerinin ortaya çıkmasına sebep olacak şekilde tek elde toplanmasını ya da vergilerin tahsilini güçlendirecek şekilde küçük parçalara bölünmesini engelleyecek tarzda çiftçilere dağıtılmasını sağlayan yeni hukukî düzenlemeler getirilmiştir. Bunların yanı sıra devletin güvenliğini sağlayabilmek için ağır bir ceza politikası uygulanmıştır¹¹⁷.

Örfî hukukun doğuş sebeplerinin sonuncusu, Kuran ve sünnet tarafından ayrıntılı bir şekilde düzenlenmemiş alanlarda devlet başkanına takdir yetkisi tanınmış olmasıdır. Bu uygulamanın delili şudur ki: Söz konusu iki kaynak bütün hukukî meselelerin çözümlerini ayrı ayrı tespit etmemiş, bazı konuların sadece genel ilke ve esaslarını ortaya koyarak ayrıntılarını değişen şartlara ve ihtiyaçlara göre zamanın kamu otoritesine bırakmıştır. İşte kamu otoritesinin kendi takdiri dâhilinde ortaya koyduğu hükümlere fıkıh literatüründe “siyâset-i şer'îyye” denilmektedir¹¹⁸. Siyâset-i şer'îyye, kamu otoritesinin hukukun bütün alanlarında kamu yararı için yaptığı tasarruflardır¹¹⁹. Osmanlı Devleti'ndeki örfî hukuk kuralları da siyâset-i şer'îyye düşüncesine dayanmaktadır. Kamu otoritesi olan Osmanlı padişahları, çoğunlukla ceza hukuku ve mali hukuk alanlarında boşluk olan konularda gerekli düzenlemeleri yapmaktan kaçınmamışlardır. Osmanlı kânunnâmelerinin önemli bir kısmının bu alanlarda düzenlenmiş olması, bunun bir göstergesidir¹²⁰.

c. Şer'î Hukuk – Örfî Hukuk İlişkisi

Osmanlı Devleti'nin esas olarak şer'î hukuka dayanıp, örfî hukukun zamanla oluştuğu göz önüne alınca bu hukukun, şer'î hukukla uyum içinde olmasına ve

¹¹⁶ Yunus Koç, “Erken Dönem Osmanlı Hukuku”, HÜEFD, Osmanlı Devleti'nin Kuruluşunun 700. Yılı Özel Sayısı, Ankara 1999, s. 119.

¹¹⁷ Aydın, THT, s. 72.

¹¹⁸ Siyâset-i şer'îyye hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hacı Yunus Apaydın, “Siyâset-i Şer'îyye”, DİA, C. 37, TDV Yayınları, İstanbul 2009, s. 299-304.

¹¹⁹ Adnan Koşum, “Osmanlı Örfî Hukukunun İslam Hukukundaki Temelleri”, SÜİFD, S. 17, Konya 2004, s. 147, 148.

¹²⁰ Aydın, THT, s. 73.

çatışmamasına itina gösterilmiştir. Aksi bir durum, hukukî hayatta çekişmelere ve ikiliklere yol açardı ki Osmanlı'nın hukuk sisteminde böyle bir durum söz konusu değildir. Zira örfî hukuk, şer'î hukukun bazı hükümlerini ortadan kaldırmak ya da değiştirmek için değil, bu hukukun tanıdığı yetki çerçevesi içerisinde birtakım hükümler koymak için meydana gelmiştir¹²¹.

Ulül-emrin yaptığı düzenlemeler, şer'î esaslar çerçevesinde olmak şartıyla bağlayıcı ve meşrudur¹²². Buna göre örfî hukuk ortaya konulurken şer'î hukukun ayrıntılı olarak düzenlediği konularda hüküm verilmez; şer'î hukuk tarafından düzenlenen alanlarda da ihtiyaç hâsıl olduğunda hüküm verilecekse bu hukukunun genel prensiplerine ters düşülemez. Bu bağlamda örfî hukukun sınırları şu şekildedir:

1) Şer'î hükümleri kanun haline getirebilir. Bu durumda ulül-emrin bir yasama faaliyetinden değil, var olan şer'î hükümleri derleme faaliyetinden bahsedilir. Mecelle ve Hukuk-ı Aile Kararnâmesi buna örnektir¹²³.

2) İctihadî konularda mevcut içtihatlardan birini tercih edebilir. Yani, ulül-emr şer'î hükümlerle çatışmayan içtihadî bir konuda, var olan içtihatlardan birinin tercih edilmesi ve uygulanması yolunda bir emir verdiği zaman bu emre uyulur ve seçilen içtihat herkes için bağlayıcı olur¹²⁴. Türk hukuk tarihi boyunca bütün mezhepler arasından çoğunlukla Hanefî mezhebinin içtihatlarının tercih edilmesi böyledir¹²⁵.

3) Kendisine tanınan sınırlı yasama yetkisini kullanır. “Allah’a, O’nun peygamberine ve sizden olan ulül-emrin emir ve yasaklarına itaat ediniz.”¹²⁶ ayeti gereğince, câiz yani serbest olan konularda ulül-emrin emretme ve yasaklama şeklinde kanun koyma yetkisi bulunur. Maslahat, şer'î hükümlere aykırı olmayan örf adet kuralları gibi sebeplerle, bazı şer'î hükümleri uygulama açısından sınırlayabilir. Yine maslahat gereğince kamu hizmetlerinin kamu yararına uygun olarak yürütülebilmesi

¹²¹ Aydın, THT, s. 73.

¹²² Cin / Akgündüz, THT, s. 198.

¹²³ Ahmed Akgündüz, “Osmanlı Hukuku’nda Şer-î Hukuk-Örfî Hukuk İkilemi ve Yasama Organının Yetkileri”, İslami Araştırmalar Dergisi, C. 12, S. 12, İstanbul 1999, s. 118; Cin / Akgündüz, THT, s. 199.

¹²⁴ Mehmet Akif Aydın, “İslam Hukuku’nun Osmanlı Devleti’nde Kanun Hukukuna Doğru Geçirdiği Evrim”, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, S. 1, İstanbul 2006 (Bahar), s. 15.

¹²⁵ Akgündüz, “Osmanlı Hukuku’nda Şer-î Hukuk-Örfî Hukuk İkilemi ve Yasama Organının Yetkileri”, s. 118; Cin / Akgündüz, THT, s. 199.

¹²⁶ Nisâ, 4/58.

için idarî düzenlemeler yapabilir¹²⁷. Asli kaynaklarda hakkında belli bir ceza belirlenmeyen suçların (ta'zir suçları) cezalarını takdir edebilir. Ve son olarak savaşla fethedilen toprakların hukukî rejimini tespit edebilir¹²⁸. Bu sayılan konular, değişime açık konulardır. Böylece İslam Hukukunun maksadının gerçekleşmesi ve hukukun değişen sosyal şartlara uyumu sağlanmış olur. Ancak değişime kapalı konularda ulül-emre düzenleme yapma yetkisi verilmemiştir. Nitekim bazı kânunnâmelerde yer alan “Şeriatın emri muteberdir; bu meselede kanuna mesağ yoktur.” ifadesi bunu anlatmaktadır¹²⁹.

Bu sınırlamalar çerçevesinde çıkarılan örfî hukuk kurallarının şer'î hukuka uygunluğu bir taraftan da şeyhülislam tarafından kontrol edilmektedir. Her önemli vesilede, hükümetçe yapılması düşünülen işlerin şer'î hukuka uygun olup olmadığı şeyhülslama danışılmıştır¹³⁰. Topkapı Sarayı ve Başbakanlık Arşivlerinde bulunan ve muhtemelen padişah ya da sadrazam tarafından istenmiş birçok fetvada, hukukî problemlere uygulanacak İslam Hukuku esasları öğrenilmek istenmektedir. Ayrıca bazı hatt-ı hümayûnlarda hukukî problemlerde şeyhülslamın görüşünün alınması gerekli olduğu belirtilmiştir. Bütün bunlar, Osmanlı padişahlarının örfî hukuku koyarken şer'î hukuka uyma yönünde belli bir titizliğinin olduğunu göstermektedir¹³¹.

Şer'î ve örfî hukukun birbirleriyle uyum içerisinde olmasını sağlayan etkenlerden biri de örfî hukukun konulmasında başrol sahibi olan nişancılardır. Medrese kökenli ve İslam Hukukunu iyi bilen kişiler olan nişancılar, örfî hukukla ilgili normların konmasında veya değiştirilmesinde söz sahibidir. Bu da gösteriyor ki örfî hukukun daha hazırlık aşamasında iken şer'î hukukla uyum sağlaması istenmiştir¹³².

¹²⁷ **Barkan**, s. 205.

¹²⁸ **Akgündüz**, “Osmanlı Hukuku’nda Şer’î Hukuk-Örfî Hukuk İkilemi ve Yasama Organının Yetkileri”, s. 120, 121; **Cin / Akgündüz**, THT, s. 200, 201.

¹²⁹ **Koşum**, s. 149.

¹³⁰ Joseph **Schacht**, İslam Hukukuna Giriş (Trc. Mehmet **Dağ** / Abdulkadir **Şener**), AÜİFY, Ankara 1977, s. 98; Joseph **Schacht**, “Osmanlı Devletinde İslam Hukuku” (Trc. Hulusi **Yavuz**), Diyanet Dergisi, C. 17, S. 5, Ankara 1978, s. 268.

¹³¹ **Aydın**, THT, s. 74; Mehmet Akif **Aydın**, “Osmanlı Hukukunun Genel Yapısı ve İşleyişi”, Türkler Ansiklopedisi, C. 10, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara 2002, s. 27.

¹³² **Aydın**, THT, s. 75.

d. Şer'î ve Örfî Hukukun Uygulama Alanı

Osmanlı Hukukunun kaynaklarını, İslam Hukukunun ne derece uygulandığını, padişahların ve ulül-emr denilen devlet yetkililerinin sınırlı yasama yetkilerini, örfî hukukun uygulama alanlarını doğru şekilde tespit edebilmek için en önemli delil, şer'îye mahkemelerince tutulan ve bizlere kadar intikal eden şer'îye sicilleridir¹³³. Bunların dışında kânunnâmelerin düzenlemiş olduğu konulardan da şer'î ve örfî hukukun uygulama alanları tespit edilebilmektedir. Tüm bu belgelerin incelenmesinden çıkan sonuçlara göre, şer'î ve örfî hukukun uygulama alanları kesin çizgilerle birbirlerinden ayrılmamıştır. Osmanlı Hukukunun bütünlüğü içerisinde hemen her alanda şer'î ve örfî hukukun yan yana bulunduğu görülür. Ancak yine de her ikisinin belirli alanlarda yoğunluk kazandığı görülmektedir¹³⁴.

Özel hukukun kapsamına giren hukuk dallarına ait sicil örnekleri incelendiğinde, kişiler hukuku ile ilgili konularda şer'î hukukun aynen uygulandığı görülmektedir. Aile hukukuna ait örneklerden, Müslüman aile yapısının, evlenme, nişanlanma, gibi müesseselerin yine şer'î hükümlere göre şekillendiği görülür. Miras hukukuna ait kayıtlardan, miras sözleşmeleri, devletin mirasçılığı, tereke taksimi gibi konularda, ferâiz hükümlerine riayet edildiği görülür. Ancak, mirî arazinin tasarruf hakkının intikali konusu, örfî hukuk eliyle düzenlenmiştir. Bunun dışında eşya, borçlar ve ticaret hukuku ile ilgili kararlarda da fikhın muâmelat hükümlerinin aynen uygulandığı görülür¹³⁵. Tüm bu kararlardan, özel hukuk alanında şer'î hukukun daha çok uygulandığı sonucu çıkarılabilir. Fakat zamanla ve ihtiyaç oldukça bu alanlarda da örfî düzenlemelerin yapıldığı görülür. Mesela nikâhların mahkemelerce ya da kadıların verdiği izinle din adamları tarafından kısılması, icâreteynli ve mukataalı vakıfların tasarruf ve intikali gibi konularda örfî düzenlemelere rastlanmaktadır¹³⁶.

Kamu hukukunun kapsamına giren ceza hukukuna dair siciller incelendiğinde, Osmanlı'nın bu konuda şer'î hükümlerdeki suç ve cezaları aynen tatbik ettiği, ancak şer'î hukukun düzenlemediği alanlarda da örfî hukukla boşluk bırakılan alanları

¹³³ Ahmed **Akgündüz**, "İslam Hukukunun Osmanlı Devletindeki Tatbiki: Şer'îye Mahkemeleri ve Şer'îye Sicilleri", İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S. 14, Konya 2009, s. 19.

¹³⁴ **Aydın**, THT, s. 76.

¹³⁵ **Akgündüz**, "İslam Hukukunun Osmanlı Devletindeki Tatbiki: Şer'îye Mahkemeleri ve Şer'îye Sicilleri", s. 20.

¹³⁶ **Aydın**, THT, s. 77.

doldurduğu görülmektedir. Buna göre, had ve kısas suç ve cezalarında şer'î hukuk hükümleri uygulanmakta; bunların dışında ise bazı şartlarla ta'zir denilen suç ve cezalar öngörülmektedir¹³⁷. Bunun dışında anayasa, idare, vergi hukuku gibi alanlarda örfî hukuka dair düzenlemelerin payının şer'î hukuka göre daha fazla olduğu görülmektedir. Nitekim Osmanlı Devlet adamları, devletin temel siyasi çatısını, merkez ve taşra teşkilatını oluştururken bir taraftan eski Türk Devletlerinden miras kalan geleneği, diğer taraftan da Emevi, Abbasi, Selçuklu gibi Müslüman Türk Devletlerinden gelen uygulamaları sentezleyerek kendi zamanlarına ve şartlarına uygun hale getirmişlerdir¹³⁸.

2. Kaynakları

İslam Hukuku tarihinde Mecelle'ye kadar resmî bir tedvin faaliyetine rastlanmamıştır. Daha sonraki asırlarda ise pratik faydaları sebebiyle bu tür faaliyetlere ihtiyaç duyulmaya başlanmıştır. Bunun üzerine mahkemelerde kadılara ve müftülere yardımcı kaynak niteliğinde olan eserler yazılmaya başlanmıştır¹³⁹. Bunun dışında resmî bir tedvin faaliyeti ve buna bağlı olarak bir yürürlük kaynağı olmamıştır. Ancak bundan dolayı, kadıların İslam ve Osmanlı Hukuku tarihi boyunca aradıkları hukuk normunu bulmakta zorlandıkları ya da tespitte güçlük çektikleri ve bu durumun uygulamada bir dağınıklığa yol açtığı söylenemez. Aksine hem şer'î hukuk hem de örfî hukuk alanında kadıların kolayca başvurabilecekleri bilgi kaynakları ve örfî hukuk alanında da resmî yürürlük kaynakları daima var olmuştur. Bu kaynaklardaki konular, mevcut kanunlar gibi maddeler halinde değil de, kendine has bir sistematik içerisinde düzenlenmiştir¹⁴⁰. Bu kaynaklar şunlardır:

a. Fıkıh Kitapları

Osmanlı Devleti'nin ilk dönemlerinde, kadıların hükümlerini Hanefî mezhebine göre vermesi gerektiğine dair bir düzenleme bulunmamakla birlikte, kadılar daha çok Hanefî mezhebinden seçildiği için, hükümler de genelde bu mezhebe göre verilmiştir. 16. yüzyılın ortalarından itibaren ise kadı ve müftî beratlarında kaza ve fetvanın Hanefî

¹³⁷ **Akgündüz**, “İslam Hukukunun Osmanlı Devletindeki Tatbiki: Şer'îye Mahkemeleri ve Şer'îye Sicilleri”, s. 21.

¹³⁸ **Barkan**, s. 209; **Şen**, “Osmanlı Hukukunun Yapısı”, s. 696.

¹³⁹ **Fendoğlu**, s. 118.

¹⁴⁰ **Aydın**, THT, s. 97.

mezhebine göre verileceği açıkça düzenlenmiştir¹⁴¹. Bunun amacı, uygulanacak resmî bir kanun olmadığından mahkeme içtihatlarında ve uygulamada hukukî birlik ve istikrar sağlamaktır.

Resmî mezhep Hanefî mezhebi olduğundan dolayı, kadıların mahkemelerde kaynak olarak kullandıkları fıkıh kitapları da Hanefî mezhebinin fıkıh kitapları olmuştur. Ancak bu kitaplardan iki tanesi çok meşhurdur. Bunlardan ilki, Fatih Devrinden itibaren kullanılan Molla Hüsrev'in "Dürerü'l-Hükkâm Fi Şerhi Gureri'l-Ahkâm" isimli kitabıdır. İkincisi de Kanunî Devrinden itibaren kullanılan İbrahim el-Halebî'nin "Mültekâ'l-Ebhur" isimli kitabıdır. Bu kitaplar, adeta yarı resmî bir kânunnâme özelliği taşımış ve bu yönüyle Osmanlı Hukukunun düzenli ve yeknesak olarak uygulanmasında önemli rol oynamıştır¹⁴².

b. Fetva Kitapları

Fetva, sözlükte "bir olayın hükmünü açıklayan veya hükmünü koyan, güçlükleri çözen kuvvetli cevap" anlamındadır. Fıkıh terimi olarak, "fakih bir kişinin, sorulan fıkhi bir meseleye yazılı veya sözlü olarak verdiği cevap, ortaya koyduğu hüküm" demektir. Örfî hukuka göre ise "Sorulan dini sorulara müftüler tarafından yazı ile verilen cevaptır." Fıkhi bir meselenin hükmünü fetvaya yetkili kişilerden sormaya "istiftâ (sual)", fetvayı isteyene "müsteftî (sail)", böyle bir meseleyi açıklamaya veya meselenin hükmünü sözlü veya yazılı olarak cevaplandırma işlemine "ifta" ve verdiği fetva ile hükmü açıklayana da "müftî (mucib)" denir. Hz. Peygamber'in (s.a.v.) hadislerinde ve İslamiyetin ilk dönemlerinde fetva yerine daha çok "fütya" kelimesi kullanılmış, bunun yanında istiftâ, ifta terimlerinin de yaygın bir şekilde kullanıldığı görülmüştür. Ancak fetvanın, fıkıh literatüründe yer aldığı şekliyle fikhî bir işlem ve kurumu ifade eden terim anlamını kazanması, daha sonraki asırlarda gerçekleşmiştir¹⁴³.

Kuran ve sünnette hükümler çoğunlukla genel ve mutlak olup, konuları da sınırlı olduğundan, onlardan daha fazla hüküm elde edilebilmesi için içtihat denilen dini

¹⁴¹ **Aydın**, THT, s. 91; Ancak bu uygulama, Anadolu ve Rumeli için geçerliydi. Mekke, Medine, Kudüs gibi şehirlerde farklı mezheplere tabiiyet olduğundan oralarda hukukî ihtilaflar kendi mezheplerine göre çözülmüyordu.

¹⁴² Kitaplar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Recep **Cici**, "Osmanlı Klasik Dönemi Fıkıh Kitapları", TALİD, C. 3, S. 5, İstanbul 2005, s. 235-239; **Aydın**, "Osmanlı Hukukunun Genel Yapısı ve İşleyişi", s. 27; **Cin / Akgündüz**, THT, s. 114

¹⁴³ Fahrettin **Atar**, "Fetva", DİA, C. 12, TDV Yayınları, İstanbul 1995, s. 486, 487.

hüküm ve bilgi elde etme metodolojisi ortaya çıkmıştır. İşte fetva da içtihadı yakın bir anlam taşıyarak, hem dinî-hukukî bir konu hakkında dinin asıl kaynaklarında mevcut bilgi ve hükmün açıklanması hem de hakkında hüküm bulunmayan konularda belli kaynak ve metotlara bağlı olarak dinî-hukukî hükmün elde edilmesi işleminin genel adı olmuştur¹⁴⁴.

Fetvalar tek başlarına bağlayıcı olmasalar da kadılar bunları yargılama sırasında kaynak olarak kullanabilirlerdi. Kaynak olarak kullanılan fetvalar, daha çok soru-cevap şeklinde ve sorulan sorulara kesin cevaplar veren mecmualar şeklinde hazırlanmıştır. Bunlar, en sık karşılaşılan problemlere yer verdiği için ve Hanefî mezhebi içinde hâkim görüşü bildirdiği için kadıların sıkça başvurdukları birer kaynak olmuştur¹⁴⁵.

Osmanlı Devleti'nde hemen her yerleşim merkezinde müftüler bulunmaktadır. Şeyhülislâm ise en büyük müftî sayılmaktadır. Osmanlı padişahları ihtilafı bir konuda mevcut görüşlerden birini tercih ederek uygulamak istediği zaman, şeyhülislâmdan mutlaka fetva alırdı. Böylece padişah tarafından yapılan tasarruflar, İslam Hukukuna dayandırılmış olurdu¹⁴⁶.

Kadılar, verdikleri hükmün doğruluğundan emin olmak ve kararlarının Divân-ı Hümayun gibi bir üst yargı mercii tarafından geri gönderilmesini engellemek için, hükümlerini güvenilir bir hukukçunun, özellikle de şeyhülislâmın fetvasına dayandırmak istemişlerdir¹⁴⁷. Bu yönüyle fetvalar, günümüzdeki uzman mütalaalarına benzetilebilir¹⁴⁸.

Türk hukuk tarihi boyunca en meşhur fetva mecmuaları; Şeyhülislâm Ebussuud Efendi'nin "Fetâva"sı¹⁴⁹, Şeyhülislâm Menteşizâde Abdurrahim Efendi'nin "Fetâvây-ı Abdurrahim Efendi"si, Şeyhülislâm Feyzullah Efendi'nin "Fetâvây-ı Feyziye"si ve bir

¹⁴⁴ **Atar**, "Fetva", s. 487.

¹⁴⁵ **Aydın**, THT, s. 98.

¹⁴⁶ **Cin / Akgündüz**, THT, s. 119; İlhan **Akbulut**, "Osmanlı Devletinde Adalet Düzeni", AÜHFD, C. 4, S. 1-2, Erzincan 2000, s. 236; Ekrem Buğra **Ekinci**, Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk, Arı Sanat Yayınları, İstanbul 2008, s. 131.

¹⁴⁷ **Aydın**, THT, s. 98; **Ekinci**, Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk, s. 132.

¹⁴⁸ **Fendoğlu**, s. 120; **Ekinci**, Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk, s. 132.

¹⁴⁹ Pehlul **Düzenli**, "Şeyhülislâm Ebussuûd Efendi: Bibliyografik Bir Değerlendirme", TALİD, C. 3, S. 5, İstanbul 2005, s. 445.

heyet tarafından hazırlanan ve Hanefî mezhebinin görüşlerini toparlayan “Fetâvây-ı Hindiyye”dir¹⁵⁰.

c. Kânunnâmeler

Osmanlı Devleti’nde kânunnâme terimi, genellikle vezirlerin ve paşaların yürürlüğe koyduğu düzenlemeleri, yetkili bir otoritenin kesin ve açık olarak belirlediği kanunları ya da reform tasarılarını ifade etmektedir. Bununla birlikte kânunnâme, ancak padişah hükmü tarafından resmi bir nitelik kazanabileceği için herhangi bir normal kanun gibidir. Kânunnâmeler, sadece tek bir hüküm (ferman veya berat) ya da belirli ve sınırlı bir konudan oluşabileceği gibi, bütün imparatorluğa yahut belirli bir bölgeye veya sosyal bir gruba hitaben de düzenlenebilir¹⁵¹.

Kânunnâmeler daha çok örfî hukukun uygulandığı alanlarda; yani idare, vergi ve ceza hukuku alanlarında çıkartılmıştır¹⁵².

Kânunnâmeler çıkarılış şekillerine göre üç grupta toplanırlar:

1) Padişah hükümleri şeklindeki kânunnâmeler. Bunlar, belirli idari meselelere ya da ihtiyaçlara cevap vermek üzere düzenlenirler. Fermanlar yahut beratlar şeklinde yayımlanarak mahalli idareciler ve kadılar tarafından uygulanırlar¹⁵³.

2) Sancak kânunnâmeleri. Bunlar belli bir bölgede yürürlükte olan ve daha çok arazi ve vergi hukukuyla ilgili olan hüküm ve ilkeleri bir araya getirirlerdi. Fatih Sultan Mehmet, devletin bütün bölgelerinde yürürlüğe girecek olan reaya kânunnâmesinde bu ilkeleri kanunlaştıran ilk padişah’tır. Bu çeşit kânunnâmeler, öncelikle reaya ile tımar sahipleri arasındaki anlaşmazlıkları çözmek ve engellemek amacıyla, devlet (miri) arazi sisteminin ve tımarların yürürlükte olduğu eyaletler için mevcuttu. Genellikle belirli bir yerde devlete hizmet eden reaya grupları için çıkarılan kânunnâmeler de bu grupta sayılabilir.

¹⁵⁰ Cin / Akgündüz, THT, s. 118; Fendoğlu, s. 120.

¹⁵¹ Halil İnalçık, “Kanunnâme”, DİA, C. 24, TDV Yayınları, İstanbul 2001, s. 333.

¹⁵² Nasî Aslan, “Klasik Dönem Ceza Kanunnâmeleri Bağlamında Osmanlı Hukukunun Şer’iliği Üzerine”, ÇÜİFD, C. 3, S. 2, Çukurova 2003, s. 38.

¹⁵³ İnalçık, “Osmanlı Hukukuna Giriş, Örfî-Sultanî Hukuk ve Fatih’in Kanunları”, s. 123.

3) Genel kânunnâmeler. Bunlar, bütün imparatorlukta geçerli olan hükümleri bir araya getirirler¹⁵⁴. Fatih Sultan Mehmet'in reaya kânunnâmesi, sonraki padişahların kanunlarının çekirdeğini teşkil etmiştir¹⁵⁵. Bu kânunnâme, II. Bayezid zamanında hicri 907 (1501) yılında daha da genişletilerek “Kitâb-ı Kavânîn-i Örfiyye-i Osmâniyye” başlığı altında yürürlüğe konmuştur. Daha sonra da Kanuni Sultan Süleyman'a atfedilen kânunnâmenin temelini oluşturmuştur¹⁵⁶.

Kânunnâmelerin düzenlenmesindeki asıl maksat, ehl-i örf denilen askeri ve idari yetkililerin keyfî cezalar vermesine, dilediği gibi vergi koymasına ve para cezası toplamasına engel olmaktır¹⁵⁷. Bir kânunnâmenin haşiyesindeki bir notta, kanunların hedefi, halkı idarecilerin zulmünden kurtarmak şeklinde tarif edilmiştir. Bu hedefe varmak için de kânunnâmelerin içeriğinin halka bildirilmesi hakkında fermanlar çıkarılmıştır. Bu fermanlar, meydanlarda yüksek sesle okunarak halka duyurulmuştur. Ayrıca halk, böyle bir kânunnâmenin resmi bir suretini hükümet dairesinden ya da bir mahkemeden ücretini ödeyerek temin etme hakkına da sahip olmuştur¹⁵⁸.

d. Şer'iyye Sicil Defterleri

İnsanlarla ilgili bütün hukukî olayları, kadıların verdikleri karar suretlerini, hüccetleri ve yargıyı ilgilendiren çeşitli kayıtları içeren defterlere “şer'iyye sicilleri” (sicillât-ı şer'iyye), “kadı defterleri”, “mahkeme defterleri”, “zabt-ı vakâyi sicilleri” ya da “sicillât defteri” denilmektedir. Şer'iyye mahkemeleri tarafından verilen her çeşit ilam (mahkeme kararları), hüccet (hâkimin tespit zabıtları), ma'ruz (özellikle kamu hukukuna ilişkin karar, zabıt ve fermanlar) ve her türlü şer'î evrak, asıllarına uygun olarak bu defterlere kaydedilmektedir¹⁵⁹. Bu husus Mecelle'de şöyle düzenlenmiştir: “*Hakim, mahkemeye sicillât defteri vaz' edip ilamât ve senedâtı hile ve fesattan salim olabilecek muntazam bir surette ol deftere kayd ve tahrir ve anın hıfzına dikkat ve itina*”

¹⁵⁴ Halil **İnalçık**, “Şeriat ve Kanun, Din ve Devlet”, İslâmiyyât Dergisi, S. 4, Ankara 1998, s. 141; M. Macit **Kenanoğlu**, “Osmanlı Kanunnâmeleri Neşriyatı Üzerine Bir Tahlil”, TALİD, C. 3, S. 5, İstanbul 2005, s. 148.

¹⁵⁵ **Schacht**, İslam Hukukuna Giriş, s. 99.

¹⁵⁶ **İnalçık**, “Kanunnâme”, s. 335, 336; **Aydın**, THT, s. 99; İsmail **Acar**, “Osmanlı Kanunnameleri ve İslam Ceza Hukuku”, DEÜİFD, S. 13-14, İzmir 2001, s. 57.

¹⁵⁷ **Şen**, “Osmanlı Hukukunun Yapısı”, s. 690.

¹⁵⁸ Uriel **Heyd**, “Eski Osmanlı Ceza Hukukunda Kanun ve Şeriat” (Trc. Selahaddin **Eroğlu**), AÜİFD, C. 26, S. 1, Ankara 1984, s. 635.

¹⁵⁹ **Fendoğlu**, s. 121; **Akgündüz**, Şer'iyye Sicilleri, Mahiyeti, Toplu Kataloğu ve Seçme Hükümler, C. 1, Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul 1988, s. 17; **Akgündüz**, “İslam Hukukunun Osmanlı Devletindeki Tatbiki: Şer'iyye Mahkemeleri ve Şer'iyye Sicilleri”, s. 22.

eder.”¹⁶⁰. Yani hâkim mahkemede mutlaka bir sicil defteri bulundurarak vereceği ilam ve hüccetleri, bozulmasını ve değişmesini engelleyecek şekilde düzenli olarak söz konusu deftere kaydededer.

İslam Hukuku tarihinde ilk kadı sicilleri, Emeviler döneminde Mısır’da tutulmaya başlamıştır. Muaviye’nin Mısır kadısı olan Süleym Bin İtır, daha önce karara bağlamış olduğu bir miras davasını, sonradan tarafların itirazı üzerine tekrar karara bağlayıp, ispatını da kolaylaştırmak için sicile kaydetmiş ve bunu şahitlerle belgelendirmiştir. Bu usul daha sonraları istikrarlı bir şekilde uygulanarak Osmanlı Devleti’ne kadar gelmiştir¹⁶¹.

Şer’iye sicillerinin mahkemece kaydedilip korunması, hukukî bir ihtiyaçtan doğmuştur. Kadı, ilam ve hüccetlerin bir nüshasını hak sahiplerine vereceğinden, evrak üzerinde sahtekârlık yapılması ihtimali ortaya çıkar. Hâlbuki ilam, hüccet ve bunlarla ilgili resmi yazıları, kendi korunması altında olan defterlere kaydettiği takdirde, ihtiyaç halinde onlara müracaat edilebilecektir¹⁶².

Kadı’nın hakkında hüküm verdiği meseleyi nasıl yazıya geçireceği, hangi ibareleri hangi şekilde yazacağı hususunda yardımcı olmak üzere yardımcı kitaplar vardır. İşte çeşitli meselelere dair mahkemelerde tutulan kayıtların numunelerini içeren bu kitaplara “sakk mecmuaları” denilmektedir¹⁶³. Bu mecmualarda çeşitli belgelerin kendilerine has kayıt usulleri anlatılır. Bu usule de “sakk-ı şer’î usulü” denilmektedir¹⁶⁴.

Bugün, İstanbul Müftülüğü Şer’î Siciller Arşivi başta olmak üzere, toplam on sekiz müzede bilinen ve tespit edilen yirmi bin adet şer’iye sicil defteri bulunmaktadır¹⁶⁵. İçerisinde kararların, zabıtların ve padişah emirlerinden oluşan fermanların varlığı düşünüldüğünde bu siciller, çok önemli bir hukuk kaynağı olarak karşımıza çıkmaktadır.

¹⁶⁰ MAA, m. 1814.

¹⁶¹ Aydın, THT, s. 100.

¹⁶² Akgündüz, “İslam Hukukunun Osmanlı Devletindeki Tatbiki: Şer’iye Mahkemeleri ve Şer’iye Sicilleri”, s. 26.

¹⁶³ Süleyman Kaya, “Mahkeme Kayıtlarının Klavuzu: Sakk Mecmuaları”, TALİD, C. 3, S. 5, İstanbul 2005, s. 380.

¹⁶⁴ Akgündüz, “İslam Hukukunun Osmanlı Devletindeki Tatbiki: Şer’iye Mahkemeleri ve Şer’iye Sicilleri”, s. 22; Fethi Gedikli, “Osmanlı Hukuk Tarihi Kaynağı Olarak Şer’iye Sicilleri”, TALİD, C. 3, S. 5, İstanbul 2005, s. 189; Akgündüz, Şer’iye Sicilleri, Mahiyeti, Toplu Kataloğu ve Seçme Hükümler, C. 1, s. 18.

¹⁶⁵ Gedikli, s. 188.

İKİNCİ BÖLÜM

İSLAM VE OSMANLI YARGILAMA HUKUKUNUN TEMEL KAVRAMLARI

I. GENEL OLARAK İSLAM VE OSMANLI YARGILAMA HUKUKU

A. Yargılama ve Muhakeme Hukuku Kavramları

Yargılama hukuku, bugün muhakeme hukukuyla eş anlamlı olarak kullanılmakta olup¹⁶⁶, aslında karşıladıkları ifadeler kapsam bakımından farklıdır. Muhakeme, hukukî bir uyuşmazlığı çözmek üzere yargılama (kaza) organlarının ifa ettikleri faaliyetler dolayısıyla meydana gelen hukukî ilişkilerin süjeleri tarafından yapılan işlemlerin bütünüdür. Bu süjelerin yetki ve görevlerini muhakeme hukuku gösterir. Yargılama ise, kazanın Türkçesidir. Kaza, sadece hakimlerin yaptığı faaliyetin adıdır. Muhakeme ise hakimlerle birlikte davacı ve davalının yaptığı üçlü bir faaliyettir¹⁶⁷. Mecelle’de “*hüküm ve hakimlik*” şeklinde kısaca tanımlanan kaza¹⁶⁸, İslam hukukçuları tarafından genelde yargılama hukuku anlamı ön plana çıkarılarak “İnsanlar arasında meydana gelen uyuşmazlık ve ihtilafları usulüne uygun olarak sonuçlandırmak”, “Şer’î hükümlerin yargı yetkisine sahip kimselerce taraflar arasında vuku bulan uyuşmazlıklara uygulanması” bazen de yargı kararına ağırlık verilerek “Yargı yetkisi bulunan bir kişiden sadır olan, tarafların uymakla mükellef tutulduğu hüküm” şeklinde tanımlanır¹⁶⁹. Görüldüğü gibi, muhakeme ve yargılama (kaza) kavramları birbirinden farklıdır. Ancak yargılama kavramı, sanki muhakeme kavramının Türkçeleştirilmiş hali gibi kullanılmakta olup, çalışmamızda da diğer temel eserlerle yeknesaklık sağlamak amacıyla yargılama kavramı kullanılacaktır.

¹⁶⁶ Yargılama ve muhakeme kavramlarının aynı olduğuna dair bkz. **Yılmaz**, s. 750.

¹⁶⁷ Nurullah **Kunter** / Feridun **Yenisey** / Ayşe **Nuhoğlu**, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2010, s. 9, 10.

¹⁶⁸ MAA, m. 1784.

¹⁶⁹ Fahrettin **Atar**, “Kaza”, DİA, C. 25, TDV Yayınları, İstanbul 2002, s. 114; Ali Himmet **Berki**, “İslamda Kaza Tarihi”, AÜİFD, C. 6, S. 1, Ankara 1957, s. 154.

İslam Hukukunun tedvin edilmesiyle birlikte Ceza Yargılaması Hukuku ve Medeni Yargılama Hukuku ayırımı yapılmaksızın¹⁷⁰ Yargılama Hukuku, fıkıh kitaplarında “dava”, “deâvî”, “beyyinât”, “kazâ”, “akziye” gibi başlıklarla ayrı bölümler halinde yer alan ve bu alanda yazılan “edebü’l-kâdi”, “âdâbü’l-kazâ” adlı müstakil eserlerle incelenmeye başlanmıştır¹⁷¹. Böylece İslam Yargılama Hukukunda ve dolayısıyla Osmanlı mahkemelerinde, tüm davalar esas itibariyle aynı usullerle yürütülmüştür. Yani yargılamayı yapan mahkeme ve hükmü veren hakim, önüne gelen her davaya bakmakla yükümlü olmuştur¹⁷². Ancak her ne kadar böyle bir ayırım yapılmasa da İslam Hukuku kuralları gereğince, ceza yargılaması ve medeni yargılama arasında bazı farklılıklar bulunmaktadır. Şöyle ki; had ve kısas davalarında kadınlar hakim olamamakta¹⁷³ ve bu davalarda bir hakem tayin edilememekte, yani tahkim yapılmamaktadır¹⁷⁴. Ayrıca şahitlerle ispat konusu, ceza davalarında daha da zor olmaktadır. Mesela, bu davalarda kadınlar şahit olamamakta, zina suçunu ispat için dört erkek şahit¹⁷⁵ ve diğer had ve kısas davalarında da iki erkek şahit gerekmektedir¹⁷⁶. Hukuk davalarında ise iki erkek veya bir erkek ile iki kadının şahitliği kabul edilmektedir¹⁷⁷. Hatta erkeklerin bilemeyeceği konularda tek bir kadının şahitliği kabul edilmektedir¹⁷⁸. Bunlardan başka hukuk davalarında şahitlik etmek üzere belirlenen kimsenin şهادette bulunmaya çağrıldığında gelmemesi caiz değildir. Ancak had davalarında, “*Müslümanın kusurunu örtmek*” ilkesi gereğince, şahidin şahitliğini gizlemesi caizdir. Bu farklılıkların dışında ceza ve hukuk davaları aynı usullerle yürütülmektedir. Çalışmamızda da bu ayırım söz konusu yapılmaksızın Osmanlı yargılaması bir bütün olarak incelenecek ve ana bölümünde bu farklılıklar, ayrıntılarıyla incelenecektir.

¹⁷⁰ Günümüzde Ceza Yargılaması Hukuku ve Medeni Yargılama Hukuku farklı iki hukuk dalı olarak incelenmektedir. Ceza Yargılaması Hukuku, ceza mahkemelerinin ceza hukuku alanındaki yargısal faaliyetleri ile meşgul olup bu hukuka dair esaslar, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile düzenlenmektedir. Medeni Yargılama Hukuku ise hukuk mahkemelerinin özel hukuk alanındaki yargısal faaliyetleri ile meşgul olup bu hukuka dair esaslar da 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile düzenlenmektedir.

¹⁷¹ Cevdet **Yavuz**, “Dava”, DİA, C. 9, TDV Yayınları, İstanbul 1994, s. 12.

¹⁷² **Ali Haydar Efendi**, Dürerü’l-Hukkâm Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm (Trc. Raşit **Gündoğdu** / Osman **Erdem**) C. 4, Gül Neşriyat, İstanbul YYB., s. 441.

¹⁷³ Abdullah B. Mahmud El-**Mavsîlî**, el-İhtiyar li-ta’lîlî’l-Muhtâr (Trc. Mehmet **Keskin**), C. 2, Hikmet Neşriyat, İstanbul 2012, s. 102.

¹⁷⁴ **Mavsîlî**, C. 2, s. 120.

¹⁷⁵ Nisâ, 4/15.

¹⁷⁶ Bakara, 2/282; Talâk, 65/2.

¹⁷⁷ Bakara, 2/282.

¹⁷⁸ **Mavsîlî**, C. 2, s. 226.

B. Adliye Teşkilatı ve Yargılamada Görevli Kişiler

1. Adliye Teşkilatı

İslam adliye teşkilatının temelleri, Hz. Peygamber (s.a.v.) döneminde atılarak İslamiyetten önceki ihkâk-ı hak usulü kaldırılmış, yerine merkezi otoriteye bağlı bir hukuk sistemi geliştirilmiştir. İlk zamanlarda davası olanlar, devlet reisi sıfatıyla Hz. Peygamber'e (s.a.v.) müracaat etmiştir. Bunun yanı sıra Hz. Peygamber'in (s.a.v.) ashaptan da davalara bakmak üzere kadılar tayin ettiği görülmüştür. Hulefâ-i Râşidîn döneminde, illere devlet merkezine bağlı kadılar tayin edilmeye başlanmıştır. Emeviler ise adli sahada Hulefâ-i Râşidîn dönemindeki prensip ve muhakeme usullerini aynen tatbik etmişlerdir. Abbasi dönemine gelince, İslam adliye teşkilatı daha da geliştirilerek "Kadı'l-Kutadlık" makamı kurulmuştur. Bu makam, günümüzdeki Adalet Bakanlığına benzer faaliyetler göstererek kadıları atamaya ve kontrol etmeye başlamış, böylece halifenin yargılama yetkisini onun adına kullanan bir mekanizma ortaya çıkmıştır. Buna göre, doğrudan halife ya da başkadı tarafından tayin edilen, bölgelerindeki yöneticilerden bağımsız olarak yargı görevini ifa eden ve doğrudan merkeze karşı sorumlu olan kadılardan oluşan bir adli teşkilat oluşturulmuştur. Abbasilerden sonra kurulan tüm İslam Devletlerinde de bu usul uygulanmaya devam etmiştir¹⁷⁹.

Osmanlı Devleti'nde de Abbasi adliye teşkilatı modeli uygulanmıştır. Bu model Osmanlı'da daha da geliştirilerek sağlam bir adliye teşkilatı yapısı ortaya çıkmış ve bu yapı asırlarca korunmuştur. Abbasiler'deki Kadı'l-Kutadlık kurumunun yerini kazaskerlik kurumu almıştır¹⁸⁰. Diğer monarşik devletlerde olduğu gibi Osmanlı'da da yargılama yetkisi esas olarak padişaha verilmiştir. Padişah bu yetkisini kadılar tayin ederek kullanmıştır. Ancak uygulamada bu, padişahın kazaskeri tayin etmesi ve onun da diğer kadıları tayin etmesi şeklinde olmuştur¹⁸¹.

a. Şer'iyye Mahkemeleri

Şer'iyye mahkemeleri, her türlü hukukî ihtilafın görüldüğü bir yargı merciidir. İslam adliye teşkilatının kurulmasından itibaren özü itibariyle hep var olan bu

¹⁷⁹ **Ekinci**, Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk, s. 367; **Aydın**, THT, s. 79; Fahrettin **Atar**, İslâm Adliye Teşkilatı, DİBY, Ankara 1999, s. 41-86.

¹⁸⁰ **Aydın**, THT, s. 87.

¹⁸¹ **Ekinci**, Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk, s. 368.

mahkemeler, diğer İslam Devletleriyle zamanla geliştirilerek Osmanlı Devleti'ne kadar gelmiştir. En gelişmiş ve son halkası olan Osmanlı dönemi şer'iyeye mahkemeleri, Osmanlı adliye teşkilatının omurgası olmuştur¹⁸².

Şer'iyeye mahkemelerinde, bir kadı ve mahkemenin bulunduğu kazanın büyüklüğüne göre sayıları değişen çeşitli yardımcıları görev yapmaktadır. İşte şer'iyeye mahkemesi tabiri de kadı'nın hüküm verdiği yer anlamına gelen "meclis-i şer'" kelimesinden gelmektedir¹⁸³. Esas itibariyle tek hakimi olan şer'iyeye mahkemelerinin nadir de olsa toplu hakimle çalıştığı görülmüştür¹⁸⁴.

Şer'iyeye mahkemelerinin özellikle bu iş için ayrılmış bir binası yoktur. Yargılama faaliyeti, bir nevi ibadet kabul edildiği için Hz. Peygamber (s.a.v.) ve Hulefâ-i Râşidîn dönemlerinde mescitte yapılmıştır¹⁸⁵. Osmanlı döneminde, mescide saygısızlık olmasın düşüncesi ile yargılamalar kadıların kendi evlerinde yapılmaya başlamıştır. Burada önemli olan husus, gerektiğinde kadı'nın nerede olduğunun bilinebilmesidir¹⁸⁶.

b. Divân-ı Hümâyun

İslam adliye teşkilatının bir parçası olan "divan geleneği", Osmanlı Devleti'nde Divân-ı Hümâyun olarak yerini almıştır. Padişah divanı anlamına gelen bu divan, Abbasiler'deki Divan-ı Mezâlîm, Selçuklular'daki Divan-ı A'lâ divanlarının geliştirilmiş bir ürünüdür¹⁸⁷.

Başkanlığını padişahın yaptığı Divân-ı Hümâyun'un, devletin tüm kurumlarının başkanlarından oluşan bir üye kadrosu vardır. Bu üyeler: veziriâzam, kubbealtı vezirleri,

¹⁸² Mehmet **Akman**, Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması, Eren Yayınları, İstanbul 2004, s. 35.

¹⁸³ **Aydın**, THT, s. 78; **Ekinci**, Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk, s. 369.

¹⁸⁴ İslam tarihinde toplu hakimle çalışan mahkeme örnekleri için bkz. **Atar**, İslâm Adliye Teşkilatı, s. 152.

¹⁸⁵ **Mavsili**, C. 2, s. 104.

¹⁸⁶ **Akman**, s. 35; Abdullah **Demir**, Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi, Yitik Hazine Yayınları, İzmir 2010, s. 34; **Akgündüz**, Şer'iyeye Sicilleri, Mahiyeti, Toplu Kataloğu ve Seçme Hükümler, C. 1, s. 77.

¹⁸⁷ Ahmet **Mumcu**, "Dîvân-ı Hümâyun", DİA, C. 9, TDV Yayınları, İstanbul 1994, s. 430; **Akgündüz**, Şer'iyeye Sicilleri, Mahiyeti, Toplu Kataloğu ve Seçme Hükümler, C. 1, s. 79.

kazaskerler, nişancılar, defterdarlar, Rumeli beylerbeyi, kaptan-ı derya ve yeniçeri ağasıdır¹⁸⁸.

Divân-ı Hümâyun, Osmanlı Devleti'nin en üst yönetim ve karar organıdır¹⁸⁹. Yani bu Divan, devlet işlerinin görüşüldüğü bir meclis¹⁹⁰ ve aynı zamanda bazı davalarda ilk derece, bazı davalarda da temyiz mahkemesi olmak üzere görev yapan devletin en yüksek mahkemesi konumundadır. Osmanlı hukuk sisteminde sistematik bir temyiz usulü yoktur. Bunun yerine Divân-ı Hümâyun, bir üst mahkeme görevi görerek kadıların verdiği kararları temyiz eder; hüküm hukuka aykırı ise bozar ve yeniden görülmek üzere aynı ya da eşit derecedeki bir mahkemeye havale ederdi. Aynı zamanda Divân-ı Hümâyun, kısas ve uzuv kesme cezası verilecek çok önemli davalar ile ehli örf, ilmiye sınıfı mensupları ve derebeyi gibi kadıların nüfuzlarından çekindikleri kimselerin davalarına ilk ve son derece mahkemesi olarak bakardı¹⁹¹.

Divân-ı Hümâyun, örfî ve şer'î davaların tümüne bakmakta olup, örfî davaları kurul olarak görüşüp karara bağlamaktaydı. Şer'î davalara ise Rumeli kazaskeri bakmakta, işlerin yoğun olduğu dönemlerde Anadolu kazaskeri de dava dinlemekteydi¹⁹².

Divân-ı Hümâyun, Osmanlı Devleti'nde yaşayan herkesin rahatlıkla başvurabileceği örnek bir kurul organdır. Başvurular, bizzat, yazılı dilekçe ile ya da vekil aracılığı ile olabilmekteydi. Aynı zamanda bizzat padişaha başvurmak da mümkündü. Divanda yapılan görüşmelerin padişah tarafından her an denetlenebilir olması sebebiyle de kararlar, daha temkinli ve adaletli bir şekilde alınmaktaydı¹⁹³.

c. Diğer Kaza Mercileri

İslam adliye teşkilatında kaza fonksiyonu, kural olarak kadıların yönettikleri mahkemeler tarafından yürütülmüştür. Bunun yanında, bazı İslam Devletlerinde zaman zaman şer'iyeye mahkemelerinden başka kurumlar da kaza fonksiyonunu yürütmüşlerdir.

¹⁸⁸ Mumcu, s. 431.

¹⁸⁹ İbrahim Durhan, "Divan-ı Hümayun'un Yargı Yetkisi", AÜEHFD, C. 4, S. 1-2, Erzincan 2000, s. 60.

¹⁹⁰ Konumuz genel olarak yargılama hukuku olduğu için, burada Divân-ı Hümâyun'un idari ve siyasi görevleri anlatılmayacaktır.

¹⁹¹ Ekinci, Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk, s. 369.

¹⁹² Durhan, "Divan-ı Hümayun'un Yargı Yetkisi", s. 70, 71.

¹⁹³ Mumcu, s. 431; Aydın, THT, s. 86.

Bu kurumlar: Mezalim Mahkemeleri, Hisbe Teşkilatı, Şurta Teşkilatı ve Kadı'l-Asker'dir¹⁹⁴. Osmanlı Devleti'nde, İslam devletlerindeki en üst yargı makamı olarak kabul edilen Mezalim Mahkemeleri yerine Divân-ı Hümâyun kurulmuş, Kâdı'l-Askerlik kurumu Divân-ı Hümâyun'un içerisine girmiş, Hisbe ve Şurta Teşkilatları da öz itibariyle varlığını devam ettirmişlerdir. Buradan da anlaşılacağı üzere, Osmanlı Devleti'nin İslam adliye teşkilatına getirmiş olduğu en önemli yenilik, çeşitli isimler altındaki kaza mercilerinin sayılarını ve etkilerini azaltarak şer'iyye mahkemelerini en etkili kaza mercii haline getirmek olmuştur¹⁹⁵.

2. Yargılamada Görevli Kişiler

a. Devlet Başkanı

İslamiyetin kurulması ile birlikte devlet başkanı olan Hz. Peygamber (s.a.v.), aynı zamanda doğal yargıç konumunda idi. Yukarıda da anlatıldığı üzere, Hz. Peygamber'in (s.a.v.) kadı olarak atadığı kişiler, aslında O'na ait olan ve O'nun vermiş olduğu yetki ile bu görevlerini ifa etmekteydiler. Hz. Peygamber (s.a.v.) döneminden sonra gelen Halifeler döneminde ise halife olmak için öncelikle müçtehit hukukçu olma şartı arandığından, yargı görev ve yetkisi de esas itibariyle halifeye aitti. Halife bu görevini ya bizzat ya da atadığı kadılar tarafından yerine getirmekteydi. Daha sonraları İslam coğrafyasının büyümesi ve uyuşmazlıkların çeşidinin ve miktarının artması sebepleriyle, halifelerin bu alandaki faaliyetleri teorik olarak devam etse de uygulamada sadece kadı atama ve görevden alma şeklinde devam etmiştir¹⁹⁶.

Osmanlı Devleti'nin ilk dönemlerinde de padişahların bizzat dava dinledikleri olmuştur. Ancak 15. yüzyıldan itibaren padişahların Divân-ı Hümâyunda hazır bulunmamaya başlamasıyla birlikte bu gelenek sona ermiştir. Bununla birlikte yüksek dereceli askeri sınıf mensuplarının yargılamalarında padişahlar, mahkemeye başkanlık etmeye devam etmiştir¹⁹⁷.

Mecelle, bu konuya ilişkin olarak bir düzenleme getirmiş ve "*Hakim, tarafı sultanîden icra-yı muhakemeye ve hükme vekildir.*" diyerek hakimlerin yargılama

¹⁹⁴ Atar, İslâm Adliye Teşkilatı, s. 167.

¹⁹⁵ Aydın, THT, s. 89.

¹⁹⁶ Durhan, "Divan-ı Hümayun'un Yargı Yetkisi", s. 61, 64, 65.

¹⁹⁷ Akman, s. 39.

görevlerini padişaktan vekâleten aldıklarını belirtmiştir¹⁹⁸. Buna göre başkadı konumunda olan devlet başkanı ile kadılar arasındaki bu ilişki vekâlet sözleşmesine dayanmaktadır. Padişah böylece yargılama görevini kadılara bırakmış; ancak onları atama ve görevden alma hakkı, kendine ya da bu konuda izin verdiği bir kişiye ait olmuştur.

b. Kazasker

Kâdî ve asker kelimelerinin birleşiminden oluşan kâdî'l-asker tabiri, Osmanlı Devleti'nde kazasker şeklinde yaygınlık kazanarak kullanılmıştır¹⁹⁹. Kazasker, Osmanlı Devleti'nin klasik döneminde yargı teşkilatının en üst mevkiinde bulunan kişidir. Kazaskerliğin Osmanlı Devleti'nde resmi bir kurum olarak ortaya çıkışı Orhan Gazi döneminde olmuştur. Fatih Sultan Mehmet döneminde ise Anadolu ve Rumeli Kazaskerliği olmak üzere ikiye ayrılmıştır²⁰⁰.

Kazaskerlerin görevleri idari ve kazai olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Kadıları atamak, görevlerinden azletmek ve onların diğer işlemleriyle uğraşmak, idari görevleri arasındadır. Kazai görevlerinin başında ise Divân-ı Hümâyunda görülen şer'î davalara bakmak gelir. Bu davalara birinci kazasker konumunda bulunan Rumeli kazaskeri bakmakta, davaların yoğun olduğu zamanlarda Anadolu kazaskeri de dava dinlemektedir. Bunun dışında belli bazı günlerde kendi mahkemeleri olan evlerinde davalara bakmaktadırlar. Mesela bazı imtiyazlı zümreler, davalarının kadı mahkemesi yerine kazasker mahkemesinde görülmesini isteyebilmiştir²⁰¹.

c. Kadı

Bir fıkıh terimi olarak kadı, insanlar arasında meydana gelen çekişme ve davaları şer'î hükümlere göre çözümlenmek üzere yetkili makamlarca tayin edilen kişidir²⁰². Mecelle'de de kadı'nın tanımı "*Hakim, beyn-en-nâs vukû' bulan da'va ve muhâsamayı ahkâm-ı meşrûasına tevfiқан fasl ve hasm için taraf-ı sultanîden nasb ve ta'yin buyrulan zattır.*"²⁰³ denilerek yapılmıştır. İslam devletlerinde kadılarla idare

¹⁹⁸ MAA, m. 1800.

¹⁹⁹ Mehmet **İşpirli**, "Kazasker", DİA, C. 25, TDV Yayınları, İstanbul 2002, s. 140.

²⁰⁰ **Akman**, s. 40.

²⁰¹ **İşpirli**, s. 142, 143.

²⁰² Fahrettin **Atar**, "Kadı", DİA, C. 24, TDV Yayınları, İstanbul 2001, s. 66.

²⁰³ MAA, m. 1785.

edilen mahallere “kaza” denilmektedir. Kadı da bulunduğu kazada idari ve hukukî bütün hükümlerin yöneticisi olup en büyük mülki amirdir²⁰⁴.

Osmanlı Devleti’nde kadılar, kazalara padişah beratı (kadı beratı) ile tayin edilmekteydi. Bu şekilde padişahlar kendi yargılama yetkisini kadılara tevfiz etmekteydiler. Kadıların tayin ve azledilmesi işlemlerini ise Anadolu ve Rumeli kazaskerleri yapmaktaydı. Bu işlemlerin kaydedildiği defterlere “rûznâme” adı verilmektedir²⁰⁵.

Atandıkları kazalardaki halk ile iyice kaynaşmamaları, ilmi faaliyetlerden uzak kalmamaları ve diğer kadılara da görev sırasının hızla gelebilmesi için kadıların görev süreleri kısa tutulmuştur. Bu süreler 16. yüzyıldan itibaren üç yıl, 17. yüzyılın sonlarına kadar iki yıl, bundan sonra ise bir yıl olmuştur. Bu sürelere “müddet-i örfiyye” denilmektedir. Müddet-i örfiyyeye genel olarak uyulsa da 17. yüzyıldan sonra bu konuda bazı aksaklıklar yaşanmıştır. Görev süresi dolan kadı merkeze gelir ve bir üst derecedeki kazaya tayinini beklerdi. Bu süreçte de ilim ve ders verme işleri ile uğraşır²⁰⁶.

Kadı olabilmek için gerekli şartlar, İslam Hukukunda açık bir şekilde belirlenmiştir. Buna göre kadı’nın müçtehit hukukçu olması en uygundur. Müçtehit bir kimse bulunamazsa şahit olma şartlarını kendinde toplayan²⁰⁷, emanete riayet eden, akıl ve anlayışında kendisine güvenilen, fıkıh ve sünneti iyi bilen birisi kadı olabilir. Kadılar kural olarak erkekler arasından seçilmekle birlikte, kadınların şahit olabileceği alanlarda kadı da olabilecekleri Şafi mezhebince kabul edilmiştir²⁰⁸. Mecelle’de ise kadı’nın sahip olması gereken özellikler şu şekildedir: hakîm (hikmet sahibi), fehîm (fıkıh, sünnet ve bu konudaki eserleri bilen), müstakîm (doğru ve ölçülü olan), emîn, mekîn (rütbe ve şeref sahibi), metîn (sağlam)²⁰⁹, fıkha ve muhakeme usullerine vâkıf, dava ve olayları

²⁰⁴ **Ekinci**, Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk, s. 369; **Akgündüz**, Şer’iye Sicilleri, Mahiyeti, Toplu Kataloğu ve Seçme Hükümler, C. 1, s. 68.

²⁰⁵ İlber **Ortaylı**, “Osmanlı Devleti’nde Kadı”, DİA, C. 24, TDV Yayınları, İstanbul 2001, s. 70; **Akman**, s. 41; **İşpirli**, s. 142; **Akgündüz**, Şer’iye Sicilleri, Mahiyeti, Toplu Kataloğu ve Seçme Hükümler, C. 1, s. 69.

²⁰⁶ **Ortaylı**, s. 71; **Akgündüz**, Şer’iye Sicilleri, Mahiyeti, Toplu Kataloğu ve Seçme Hükümler, C. 1, s. 70.

²⁰⁷ Bu şartlar ilgili bölümde ayrıntılarıyla incelenecektir.

²⁰⁸ **Mavsili**, C. 2, s. 98, 99, 102; **Atar**, “Kadı”, s. 67, 68.

²⁰⁹ MAA, m. 1792; **Ali Haydar**, C. 4, s. 426-429.

bildikleriyle tatbik etmeye yetenekli, müteverri (yasak ve haramlardan sakıman) ve mütedeyyin, tam ehliyetli ve şahitliğe de ehil olmalıdır²¹⁰.

Görev yaptıkları kazanın hem adli hem de idari amiri olan kadıların görevleri de adli-idari şeklinde bir ayırıma tabi tutulabilir. Öncelikle bir hakim olan kadı'nın en büyük görevi, davalara bakmak ve adli işleri görmektir. Bu davalar şer'î davalar olabileceği gibi örfî davalar da olabilmektedir. Şer'î hukuka zaten hakim olan kadıların, örfî hukuku uygulayabilmeleri için örfî hukukla ilgili hüküm ve fermanlar ve bunların bir araya toplanmasıyla meydana gelen kânunnâmeler, kadılara düzenli olarak gönderilmiştir. Merkezden gönderilen bu belgeler, kadılar tarafından mahkeme defterine kaydedilmiştir. Aynı zamanda ihtilafların çözümünün de kaydedildiği bu defterler, kadı'nın görev süresi dolduktan sonra yeni gelen kadılara devredilmiş, onlar da vereceği kararlarda delil niteliğinde olan bu defterden faydalanmıştır²¹¹.

Hakimliğin dışında idari amir olan kadılar, buldukları kazada devletin doğrudan doğruya muhatap olduğu ve idari işlerini yürüten memurlardır. Aynı zamanda halkın da hükümetten talepte bulunduğu veya şikayet ettiği zaman müracaat ettiği ve isteklerini hükümet merkezine bildiren kişi yine kadılardır. Kadı'nın yargılama dışında diğer görevlerinden belli başlıları şunlardır: halktan vergilerini toplamak, bulunduğu kazada asayişî sağlamak gibi idari görevler; çarşı pazarda malları ve fiyatları denetlemek, ticaret kurallarını uygulamak, kazanın mimarisini düzenlemek gibi belediyeye ait mahalli işler; vakıf kurulması, köle azadı, vasiyetnamenin tanzimi, terekenin taksimi, alım satım, kira, vekâlet vb. hukukî işlemlerin yapılması, evlenme, boşanmanın tescili gibi noterlere ait işlerdir. Tüm bu işleri kadılar, ukdelerinde bulunan yardımcıları vasıtasıyla yapmışlardır. Ancak Tanzimat Döneminden sonra kadıların kazai görevleri dışındaki görevleri, kazaya atanan vali, kaymakam gibi idarecilere devredilmiştir²¹².

Kadıların görevleri, görev süreleri ve bölgeleri ile sınırlıdır. Bu sınırların dışında yaptıkları hukukî faaliyetler geçersiz sayılmaktadır²¹³. Ayrıca kadılar her ne kadar padişahın vekili olsalar da onun ölümüyle birlikte görevleri sona ermemektedir. Çünkü

²¹⁰ MAA, m. 1793, 1794.

²¹¹ **Demir**, Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi, İzmir 2010, s. 43; **Aydın**, THT, s. 80.

²¹² Mustafa **Akdağ**, "Osmanlı Müesseseleri Hakkında Notlar", AÜDTCFD, C. 13, S. 1-2, Ankara 1955, s. 49, 50, 51; **Ortaylı**, s. 72.

²¹³ **Demir**, Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi, s. 43.

padişah kamu adına icraatta bulunur, yani kamunun temsilcisi konumundadır. Böylece kendisi ölse dahi kamu devamlılığını sürdürdüğü için kadıların da görevleri devam etmektedir²¹⁴.

C. Dava

1. Tanımı

Sözlük anlamı “çağırma”, “seslenmek”, “dua etmek”, “getirilmesini istemek” olan dava²¹⁵, bir hukuk terimi olarak bir kimsenin, hakim huzurunda başka bir kimseden hakkını istemesi anlamına gelmektedir²¹⁶. Mecelle de dava, “*bir kimse diğer kimesneden huzur-u hakimde hakkını talep etmek*”²¹⁷ şeklinde tanımlanmıştır.

Davanın açılması sözlü bir taleple olabileceği gibi yazılı bir dilekçe ile de olabilir. İslam Hukukunda buna dair bir şart getirilmemiştir. Eğer dava sözlü talep ile açılırsa, kâtip bu talebi mahkeme defterine kaydetmektedir²¹⁸. Bu kayıt genelde şu ifadelerle olmaktadır: “*takrîr-i merâm ve sebt-i kelâm kılıp*”²¹⁹, “*takrîr-i da’vâ kılıp*”²²⁰.

2. Unsurları

a. Taraflar

Davanın tarafları, aralarında niza bulunan kişiler, yani davacı ve davalıdır. Hakim huzurunda hakkını isteyen kişiye davacı (müdde’i), kendisinden hak talep edilen kişiye de davalı (müdde’â-aleyh) denilmektedir²²¹. Bir davada tarafların hak ve

²¹⁴ **Durhan**, “Divan-ı Hümayun’un Yargı Yetkisi”, s. 62.

²¹⁵ Cevdet **Yavuz**, s. 12; Ömer Nasuhi **Bilmen**, Hukukî İslamiyye ve Islahatı Fıkhiyye Kamusu, Bilmen Yayınevi, C. 8, İstanbul YYB, s. 81; Vehbe **Zuhaylî**, İslâm Fıkhı Ansiklopedisi, (Terc. Ahmet **Efe** / Beşir **Eryarsoy** / H.Fehmi **Ulus** / Abdurrahim **Ural** / Yunus Vehbi **Yavuz** / Nurettin **Yıldız**), C. 8, Risale Yayınları, İstanbul 1994, s. 262.

²¹⁶ Mehmet **Çelik**, Büyük İslam Hukuku Mecme’ül Enhur (Mültekâ’l-Ebhur’un Şerhi) Damad Tercümesi, C. 4, Yasin Yayınevi, İstanbul 2011, s. 648; Mehmed **Mevkûfâfî**, Mültekâ Tercümesi Mevkûfât (Yazar: İbrahim **Halebi**, Sadeleştiren: Ahmet **Davutoğlu**), Sağlam Yayınları, C. 2, İstanbul 1980, s. 149.

²¹⁷ MAA, m. 1613.

²¹⁸ **Demir**, Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi, s. 77.

²¹⁹ “Tafsîl: Vech-i tezkiretü’l-hurûf budur ki karye-i İstavros’dan Süleyman b. Abdullah meclis-i şer’â hâzır gelip bile karye-i mezbûreden Dimitri b. Germedin ve Andreyâ b. Demirci ve Yorgi b. Kethüdâ ve Kosta b. Bostancı hâzırûn edip mezkûr Süleyman **takrîr-i merâm ve sebt-i kelâm kılıp** eyitdi ki...” Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, Metin No: 6a-3, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 1, İSAM Yayınları, İstanbul 2008, s. 116.

²²⁰ Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, Metin No: 8b-3, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 1, s. 120.

²²¹ MAA, m. 1613; **Bilmen**, C. 8, s. 81; **Mevkûfâfî**, C. 2, s. 149.

borçlarının belirlenmesi için yani ispat yükünün ve savunma hakkının kimde olduğunun belirlenmesi için davacı ve davalının tespit edilmesi çok önemli bir husustur²²². Bu tespitin doğru bir şekilde yapılabilmesi için İslam hukukçuları bazı prensipler geliştirmişlerdir²²³. Buna göre, davacı davasından vazgeçtiği zaman muhakemeye zorlanamayan; davalı ise hakim tarafından zorlanan kimsedir²²⁴. Başka bir tanıma göre davacı, hariçteki (zilyet olmayan) gibi ancak hüccet ile hak eden; davalı ise malı elinde bulunduran şahıs gibi hücceti olmaksızın sözü ile hak eden kimsedir²²⁵. Diğer bir tanıma göre ise davacı, başkasının yanında bulunan bir şeyi kendisine izafe eden; davalı ise kendi yanında bulunan şeyi kendisine izafe eden kimsedir²²⁶.

Bir davada davacı, bir hakkı iddia eden ve davalı da aleyhinde iddiada bulunulan kimseler olduğu için, dava süresince bu sıfatlar tarafların iddialarına göre değişebilmektedir. Bu durumda da ispat yükü ve savunma hakkı, yeni duruma göre yeniden belirlenmektedir²²⁷.

Şer'iyeye sicillerinde davacı ve davalının kimliklerinin belirlenmesi için yaşadıkları yer, görevleri ya da unvanları, adları ve baba adları yazılmaktadır²²⁸.

aa. Taraf Ehliyeti

Taraf ehliyeti, bir davada davacı veya davalı olabilme yeteneğidir²²⁹. Vücut ehliyetinin yargılama hukukundaki karşılığı, taraf ehliyetidir. Buna göre vücut ehliyeti²³⁰, kişinin haklara ve borçlara ehil olmasıdır. Bu ehliyete sahip olabilme için insan olmak yetmektedir²³¹. Ayrıca devlet, beytülmal, vakıf gibi günümüzde tüzel

²²² **Demir**, Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi, s. 78; Cevdet **Yavuz**, s. 12.

²²³ Günümüz hukukunda bir davanın taraflarının kimler olduğu, davacının dava dilekçesine göre belirlenir. Bkz. Baki **Kuru** / Ramazan **Arslan** / Ejder **Yılmaz**, Medenî Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 208.

²²⁴ **Ali Haydar**, C. 4, s. 127; **Mes'ûd Efendi**, Mir'ât-ı Mecelle, Matbaa-i Osmaniye, İstanbul H. 1299, s. 715; Ebû'l-Hasen Ahmed b. el-**Kudrî el-Bağdadî**, İbâdât Münâkehât Muâmelât Ukubât, (Trc. Süleyman **Fâhir**), Kitsan Yayınları, İstanbul 1979, s. 378; **Serahsî**, Mabsût, (Edt. Mustafa Cevat **Akşit**), C. 17, Gümüşev Yayınları, İstanbul 2008, s. 44; **Çelik**, C. 4, s. 649.

²²⁵ MAA, m. 8, m. 77; **Serahsî**, s. 44; **Çelik**, C. 4, s. 650.

²²⁶ **Mavsîlî**, C. 2, s. 160; **Serahsî**, s. 44.

²²⁷ Cevdet **Yavuz**, s. 12.

²²⁸ “**Üsküdar tevâbi'inden karye-i Maltepe sâkinlerinden Korga v. Yorgi nâm** zimmî meclis-i şer' -i şerîfe gelip li ebeveyn karındaşım olan Yani nâm zimmîyi **Samandıra mütemekkinlerinden Mahmud b. Ahmed nâm kimesne...**” Üsküdar Mahkemesi 51 Numaralı Sicil, Metin No: 21b-1, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 8, İSAM Yayınları, İstanbul 2010, s. 131.

²²⁹ **Yılmaz**, s. 667; **Kuru** / **Arslan** / **Yılmaz**, s. 208.

²³⁰ Türk hukukundaki karşılığı hak ehliyetidir. Bkz. MK. m. 8.

²³¹ **Şen**, s. 35; **Aydın**, THT, s. 212.

kişiler olarak sayılan kurumların da taraf ehliyeti vardır²³². Öyleyse vücut ehliyeti bulunan her gerçek ve tüzel kişi taraf ehliyetine de sahiptir ve bir davada taraf olabilir²³³.

bb. Dava Ehliyeti

Dava ehliyeti, kişinin bizzat veya kendisinin atadığı bir temsilcisi aracılığıyla bir davayı yürütmesi ve yargılama işlemlerini yapabilmesi yeteneğidir²³⁴. Eda ehliyetinin yargılama hukukundaki karşılığı, dava ehliyetidir. Eda ehliyeti de²³⁵ kişinin kendisi için hak ve borç doğuran hukukî işlemleri yapabilme yeteneğidir²³⁶. Bu ehliyete sahip olabilmek için sadece insan olmak yetmemekte, bunun dışında birtakım şartların da o kişide bulunması gerekmektedir. Bu şartlar: temyiz kudretine sahip olmak, buluğa ermiş olmak ve reşit olmaktır²³⁷. Temyiz kudreti olmayanlar hiçbir surette dava ehliyetine sahip olamazlar. Yani akıl hastası ve gayrimümeyyiz çocukların dava ehliyeti olamayacağı için, bunların yerine veli ya da vasileri davalı ya da davacı olurlar²³⁸. Mecelle bu hususu “*Müddeî ve müddeâaleyhn âkil olmaları şarttır. Mecnûnun ve sabî-i ğayr-i mümeyyizin da'vâları sahih değildir. Fakat velileri ve vasileri bilvelâye ve bilvesâye anların yerine müddei ve müddeâaleyh olurlar.*”²³⁹ diyerek belirtmiştir. Temyiz kudreti olmakla birlikte halen buluğa ermemiş çocukların eksik eda ehliyetleri olduğu için, kural olarak dava ehliyetleri de yoktur. Ancak velisi ya da vasisi tarafından

²³² **Demir**, Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi, s. 95. “Üveys b. Yusuf’un **beytülmâl davası** dolayısıyla neseb ikrarı ve şahitlerin tasdiki. Sebeb-i tahrîr-i hurûf oldur ki Üveys b. Yusuf meclis-i şer‘a gelip takrîr-i da‘vâ kılıp dedi ki ben Yusuf oğluyum Yusuf Ece oğludur Ece İlyas oğludur ve Üsküdar’da fevt olan Mevlânâ Şile Kadısı Hasan Halîfe Mesud oğludur Mesud İlyas oğludur ve mezkûr Üveys mezkûr Hasan Halîfe’nin ammusu oğludur deyu karye-i Yenice’den Bazarlı Koca ve karye-i Bulgurlu’dan Taştımur oğlu Hasan mezkûr Üveys’in da‘vâsından sonra şehâdet eylediklerinden sonra mezkûrların şehâdet[i] beytülmâl yüzüne istimâ’ olunmak üzere deftere ketb olundu.” Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, Metin No: 21b-1, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 1, s. 143.

²³³ Günümüz hukukunda da hak ehliyeti bulunan her gerçek ve tüzel kişi taraf ehliyetine sahiptir.

²³⁴ **Yılmaz**, s. 147; **Kuru / Arslan / Yılmaz**, s. 215.

²³⁵ Türk hukukundaki karşılığı fiil ehliyetidir. Bkz. MK. m. 9.

²³⁶ **Şen**, “Eski Hukukumuzda Gerçek Kişilerin Hak ve Fiil Ehliyeti”, s. 177.

²³⁷ Günümüz hukukunda dava ehliyetine sahip olabilmenin şartları: temyiz kudretine sahip olmak, reşit olmak ve kısıtlı olmamaktır. (HMK m. 51)

²³⁸ **Bilmen**, C. 8, s. 83; “Vech-i tahrîr-i hurûf oldur ki Karye-i Viran’dan Şaban b. Musa ve Mustafa b. Süleyman meclis-i şer‘de Mahmud Çelebi b. Ali Bey ve karındaşı Ahmed Çelebi nâm **sağîrlerin vâsileri olan Halil Bey b. Abdullah mahzarında**...” Üsküdar Mahkemesi 26 Numaralı Sicil, Metin No: 8a-4, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 7, İSAM Yayınları, İstanbul 2010, s. 108.

²³⁹ MAA, m. 1616.

ticaretle uğraşmasına veya davada duruşmaya katılmasına izin verilen gayrimümeyyiz çocuğun, dava ehliyeti de var sayılır²⁴⁰.

Tüzel kişi olarak sayılabilecek devlet, beytülmal ve vakıfların da dava ehliyetleri vardır. Gerçek kişilikleri bulunmayan bu kurumları davalarda, yetkili temsilcileri temsil etmektedir²⁴¹. Buna göre beytülmalin temsilcisi beytülmal emini, vakıfların temsilcisi ise mütevellileridir²⁴².

cc. Hukukî Temsil

Eksik eda ehliyetli ve ehliyetsiz kişilerin gerek bakım, terbiye ve gözetimi, gerek şahıs varlığı ile ilgili hukukî işlemlerin yapılması, gerekse malvarlıklarının korunup idare edilebilmesi için kendilerinin hukuken temsil edilmesi gerekmektedir. İşte bu kişilerin şahıs varlığı ile ilgili görevlerin ifası için temsile “velâyet”; malvarlığının korunup idare edilmesi için temsile de “vesâyet” denilmektedir²⁴³.

Eksik ehliyetli ve ehliyetsizlerin hem şahsi hakları hem de mali işleri konusunda velileri sırasıyla: baba, dede (babanın babası) ve dedenin babasıdır. Sadece şahsi hakları konusunda velileri ise sırasıyla: baba, dede, dedenin babası ve asabe hısımlarıdır²⁴⁴. Görüldüğü gibi birinci sırada sayılan grup hem veli hem de vasi olmaktadır. Yani bu kişilerin babası hayatta ise hem velisi hem de vasisi babasıdır²⁴⁵. Baba hayatta değilse veliler açıklanan sıra ile diğer kişilere geçer; vasilerin durumu ise farklıdır²⁴⁶. Vasiler Mecelle’de şu şekilde sıralanmıştır: baba, babanın tayin ettiği vasi (vasiyy-i muhtar), vasiyy-i muhtarın tayin ettiği vasi, (eğer baba bir vasi tayin etmemişse) dede veya dedesinin babası, dedenin tayin ettiği vasi, bu vasinin tayin ettiği vasi ve son olarak hakimin tayin ettiği vasideir²⁴⁷.

²⁴⁰ **Bilmen**, C. 8, s. 83; **Demir**, Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi, s. 96.

²⁴¹ Günümüz hukukunda da tüzel kişiler, davayı yetkili organları aracılığıyla takip ederler. (HMK m. 52)

²⁴² **Demir**, Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi, s. 97.

²⁴³ **Aydın**, THT, s. 226; **Cin / Akgündüz**, THT, s. 459.

²⁴⁴ **Cin / Akgündüz**, THT, s. 459.

²⁴⁵ Günümüz hukukunda İslam Hukukundan farklı olarak ergin olmayan çocuk, ana ve babasının velayeti altındadır ve hakim, vasi atanmasına gerek görmedikçe kısıtlanan ergin çocuklar da ana ve babanın velayeti altında kalırlar. Ancak velayet altında bulunmayan çocuklar, hakim tarafından atanan bir vasi ile vesayet altına alınırlar. Bkz. TMK m. 335, 404.

²⁴⁶ **Aydın**, THT, s. 226.

²⁴⁷ MAA, m. 974. Bu sıralama Hanefî mezhebinin yapmış olduğu sıralamadır ve Mecelle de bu sıralamayı esas almıştır.

dd. Husumet

Mecelle’de “*Müddeâaleyhin ma’lûm olması şarttır.*” denilerek bir davada, davalının bilinmesi dava şartı olarak sayılmıştır²⁴⁸. Ancak davalının bilinmesinin yanı sıra bir de o kişinin taraf sıfatına yani husumete sahip olması gerekmektedir²⁴⁹. Hasım, Mecelle’nin “*Bir kimse bir şey da’va ettikde eğer müddeâaleyhin ikrarı takdirinde anın ikrarı üzerine bir hüküm tereddüb ederse inkârı ile da’vada ve ikame-i beyyinede hasm olur.*”²⁵⁰ hükmü doğrultusunda, dava konusunu ikrarı halinde aleyhine hüküm verilmesi mümkün olan kimsedir. Bu kimse de ancak belirli kişiler olabilir. Ceza davaları suçu işleyene, alacak davaları ise borçluya karşı açılabilir²⁵¹. Aynı davada hasım, zilyettir²⁵². Mesela bir kimse diğer bir kimsenin atını gasp etse, sonra onu başka bir kişiye satsa, atı gasp edilen atını istese, davada bunu ancak zilyedinden isteyebilir²⁵³. Dava konusu mal satılmışsa dava alıcıya; satılmış da henüz alıcıya teslim edilmemişse dava hem zilyet olması sebebiyle satıcı hem de malik olması sebebiyle alıcı aleyhine birlikte açılır²⁵⁴. Dava konusu mal kira, vedia, ariyet, rehin veya gasp gibi bir sebepten dolayı davalıda bulunuyorsa davanın, davalı ile birlikte malın malikine karşı açılmalıdır. Çünkü bu dava ile o malın malikinin mülkiyet hakkı da ortadan kalkabilecektir²⁵⁵. Ancak borçlunun borçlusu, alıcının alıcısı, borçlunun emanet bıraktığı şahıs gibi iyi niyetli üçüncü şahıslara kural olarak husumet yöneltilmez²⁵⁶. Miras bırakanın dava açma hakkı olduğu belli davalarda mirasçılar bu hakkı kullanabileceği gibi, miras bırakanın aleyhine açılan davalarda da mirasçılar ve hatta bazı durumlarda mirastan yararlananlar da hasım olarak gösterilebilir²⁵⁷.

ee. Vekâlet

İslam Hukukunda ehliyeti olan kişiler, hukukî işlemlerini bizzat kendileri yapar. Ancak çeşitli sebeplerden dolayı (beceriksizlik, bilgisizlik, vaktin olmaması gibi), bu işlemlerin yapılmasını başka birine bırakabilir. Yani evini kiraya vermek, davasını takip

²⁴⁸ MAA, m. 1617.

²⁴⁹ Cevdet **Yavuz**, s. 13.

²⁵⁰ MAA, m. 1634.

²⁵¹ Cevdet **Yavuz**, s. 13.

²⁵² MAA, m. 1635.

²⁵³ **Ali Haydar**, C. 4, s. 169.

²⁵⁴ MAA, m. 1636.

²⁵⁵ MAA, m. 1637.

²⁵⁶ MAA, m. 1638-1641.

²⁵⁷ Cevdet **Yavuz**, s. 13; **Demir**, Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi, s. 101.

etmek veya dükkanında mallarını satmak gibi işlemleri kendi adına başkasına yaptırmak için ona bu konuda yetki verebilir. İşte bu yetki verme işlemine fıkıhta “vekâlet” denir²⁵⁸. O halde vekâlet, bir kimsenin başkasına kendi adına hukukî işlem yapma yetkisi vermesini ifade etmektedir²⁵⁹.

İslam hukuk literatüründe avukatın bugün ifade ettiği anlamı karşılayacak bir terime rastlanmamaktadır. Ancak vekil terimi, avukatın ifade ettiği anlamı da içine almaktadır. Nitekim İslam Hukuku tarihinde ve Osmanlı Devleti’nde mahkemelerde şahıslar adına davaya iştirak eden kimselere vekil adı verilmiştir²⁶⁰. Diğer İslam Devletlerinde olduğu gibi Osmanlı Devleti’nde de dava vekilliğini meslek haline getiren kişiler vardır²⁶¹. Bu vekillerin, batı hukuk sistemlerindeki gibi teşkilatlanmış bir yapısı bulunmamaktadır. Özel büroları da olmayan dava vekilleri, müvekkilleriyle mahkeme önlerinde görüşerek anlaşmaktadır. Bunun dışında İslam Hukukunda dava vekili olabilmek için hukukçu olmak ya da bir belgeye sahip olmak şartı da aranmamıştır. Ancak vekiller daha çok hukuk bilgisi iyi olan kişiler arasından seçilmiştir²⁶².

Vekâlet akdinde kendisine yetki verilen kişiye “vekil”, yetki veren kişiye de “müvekkil” denir. Müvekkille vekil arasındaki vekâlet ilişkisinin geçerli olabilmesi için her ikisinin de kendileri için gerekli ehliyet şartlarını taşıması gerekir²⁶³. Ayrıca aynı dava için birden fazla vekil tayin edilebilir²⁶⁴.

Vekâlet, iradeye bağlı çift taraflı bir akit olup, bağlayıcı (gayr-ı lazım) değildir. Yani vekil istediği zaman istifa edebileceği gibi müvekkil de onu azledebilir. Yalnız bu istifa veya azil sebebiyle üçüncü şahısların zarar görmemiş olması gerekmektedir. Böyle bir zarar söz konusu olduğunda azil veya istifa işlemi geçerli kabul edilmez²⁶⁵. Bu takdirde vekil, vekâleti ifaya zorlanabilir²⁶⁶.

²⁵⁸ Sabri Şakir **Ansay**, Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, Birinci Kısım, AÜİFY, Ankara 1954, s. 62; **Mevkûfâtî**, C. 2, s. 135.

²⁵⁹ Bilal **Aybakan**, “Vekâlet”, DİA, C. 43, TDV Yayınları, İstanbul 2013, s. 1.

²⁶⁰ Fahrettin **Atar**, “Avukat”, DİA, C. 4, TDV Yayınları, İstanbul 1991, s. 166.

²⁶¹ **Demir**, Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi, s. 104.

²⁶² **Atar**, “Avukat”, s. 167.

²⁶³ Bu şartlar için bkz. **Aybakan**, s. 1, 2.

²⁶⁴ **Atar**, “Avukat”, s. 167.

²⁶⁵ MAA, m. 1521-1522.

²⁶⁶ **Ansay**, s. 68.

İslam Hukukunda ceza davalarının bir kısmı hariç her çeşit dava için vekil tayin edilebileceği kabul edilmiştir. Hukuk davalarında müvekkilin mahkemede hazır bulunması şart olmadığı halde, ceza davalarında vekille birlikte müvekkilin de hazır bulunması şarttır. Bu yüzden Ebu Hanife, ihtiyar, hasta ve yolcuların dışında diğer kişilerin tayin edecekleri vekillerin kabul edilmesi için hasmın rızasının olması gerektiği görüşündedir. Çünkü ihtiyar, hasta ve yolcunun mahkemede hazır bulunmasını şart koşturmak, onları zor durumda bırakır. Ancak Ebu Yusuf, İmam Muhammed ve İmam Şafi ise vekillerin kabulü için hasmın rızasının olması gerekmediği görüşündedirler. Çünkü bunlara göre, vekil tayin etme işlemi müvekkile ait bir haktır. Müvekkil bu hakkını karşı tarafın rızasını almadan kullanabilir²⁶⁷. Nitekim Mecelle’de de “*Müddeî ve müdde’â-aleyhden her biri dilediğini husumete tevkil edebilir.*”²⁶⁸ denilerek bu görüş kabul edilmiştir.

Vekâletin konusunun açıkça belli edilmiş olması gerekmektedir. Aksi belirtilmemişse vekil, mahkemede müvekkili aleyhinde ikrar edebilir. Ancak müvekkil vekilini aleyhte ikrardan menedebilir²⁶⁹.

Vekâletin mahkemede şahitlerle ya da vekâlet şartlarını taşıyan yazılı bir belge ile ispatlanması gerekir. Osmanlı uygulamasında vekiller genelde iki şahitle ya da yazılı bir belge ile ispatlanmaktadır²⁷⁰.

Vekâlet akdi, isteğe bağlı olarak bir ücret karşılığında yapılabilir. Mecelle’ye göre “*Eğer vekâlette ücret şart edilip de vekil dahi i’fa-yı vekâlet eyleser ücret müstehik olur. Ve eğer şart edilmeyip de vekil dahi ücret ile hizmet eder makûleden değilse müteberri ücret olup ücret isteyemez.*”²⁷¹. Bu durumda vekile ücret şartı

²⁶⁷ Atar, “Avukat”, s. 167.

²⁶⁸ MAA, m. 1516.

²⁶⁹ MAA, m. 1517, 1518; Ansay, s. 68.

²⁷⁰ Demir, Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi, s. 102, 103; “**Receb b. İsmail ve İbrahim b. İlyas nâm kimesneler**, Yakub b. Pîr Ali’den sâdır olan da’vâda gibbe’l-istişâd şöyle şehâdet ettiler ki, Gülizar bt. Abdullah nâm Hâtun, Yusuf b. Süleyman ve diğer kimesnelerle olan da’vâsında da’vâ ve husûmete ve gerekli husûsâta müdde’î-i mezbûru **mutlak tevkil ile vekil etti**. Vekil-i mezbûr, vekâlet-i mezbûreyi vicâhen ve şifâhen kabûl etti. Şehâdetleri ba’de’t-ta’dili’ş-şer’î ve’t-tezkiyeti’ş-şer’iyye inde’ş-şer’ makbûl ve mu’teber olmağın mücebince hükmedildi.” Balat Mahkemesi 2 Numaralı Sicil, Metin No: 58b-2, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 11, İSAM Yayınları, İstanbul 2011, s. 217; “Vech-i tezkire oldur ki Karye-i Nerdübanlı’dan Kara Şaban b. Abdi cânibinden **Hasan b. Durmuş ve Ahmed Çelebi b. Mustafa şehâdetleriyle Mahmud b. Ahmed[’i] vekil ettiği sâbit olup bi’t-taleb sicil olundu.**” Üsküdar Mahkemesi 14 Numaralı Sicil, Metin No: 69b-5, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 5, İSAM Yayınları, İstanbul 2010, s. 241.

²⁷¹ MAA, m. 1467.

koşulmuşsa ve bu ücret belli edilmişse belli edilen ücret ya da belli edilmemişse rayiç ücret ödenir. Ancak ücret şartı koşulmamışsa veya vekil âdeten ücretle iş görmüyorsa ücrete hak kazanmaz²⁷².

b. Konu

Dava konusu (müdde'a/müdde'a-bih), mahkemede davacının dava ettiği şeydir²⁷³. Dava konusu olan hak, borçlar hukukundaki akit konusuna benzer. Buna göre dava konusunun bilinir, mümkün, muhtemel, meşru ve hukuken tanınmış olması gerekmektedir²⁷⁴.

Dava edilen şey taşınır mal, taşınmaz mal ya da alacak hakkı olabilir²⁷⁵. Dava edilen şeyin türüne göre Mecelle, dava konusunun bilinirliğinin nasıl tespit edileceğini ayrıntılı bir şekilde ele almıştır. Bu konu "Dava Şartları" başlığı altında ayrıntılarıyla incelenecektir²⁷⁶.

c. Davacının Talebi

Davacının talebi, şahsi haklarına ilişkin bir davada o davadan sonuç elde etmeye ilişkin talebidir. Davacı, sonuç elde etmek için bir iddia ve talepte bulunur. Bu iddia ve talep kesin olmalıdır²⁷⁷.

Bazı İslam hukukçuları, iddianın mahkeme ve davalı huzurunda bizzat davacı tarafından ifade edilmesi gerektiği, yazılı iddianın veya vekil aracılığıyla iddiada bulunmanın yetersiz olacağı görüşündedir. Bunun sebebi ise davada aleniyeti sağlama, tarafları bizzat karşı karşıya getirerek iddia ve cevapta netliği sağlamaktır²⁷⁸. Fakat Osmanlı uygulamasında bu görüşler terk edilmiştir²⁷⁹. Vekâlet konusunda incelendiği

²⁷² **Demir**, Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi, s. 101.

²⁷³ MAA, m. 1614. Dava konusu, müdde'a ve müdde'a-bih terimleriyle ifade edilmektedir. Ancak bazı fakihler, müdde'a teriminin hatalı olduğunu düşünerek müdde'a-bih terimini daha çok kullanmışlardır. Mecelle'de ise müdde'a tabiri kullanılmıştır.

²⁷⁴ Cevdet **Yavuz**, s. 13.

²⁷⁵ **Demir**, Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi, s. 81.

²⁷⁶ Bkz. s. 51.

²⁷⁷ Cevdet **Yavuz**, s. 13; **Bilmen**, C. 8, s. 83; **Mevkûfâtî**, C. 2, s. 150.

²⁷⁸ Cevdet **Yavuz**, s. 13.

²⁷⁹ **Demir**, Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi, s. 82.

üzere, davacı bizzat iddiada bulunabileceği gibi vekili aracılığıyla da bu talebini yerine getirebilir²⁸⁰.

Ceza davalarında irade beyanı suçun türüne göre gereklilik göstermeyebilir. Buna göre, Allah haklarına ilişkin suçlar re'sen soruşturulur, takibi şikayete bağlı değildir. Ancak şahsi haklara ilişkin suçların soruşturulabilmesi için mağdurun şikayette bulunması gerekmektedir²⁸¹.

d. Yargı Mercii

Davanın son unsuru olan yargı mercii, tarafların uyuşmazlığını götürebileceği geçerli bir yargılama yerinin olmasıdır²⁸². Buna göre İslam devletlerinde asıl yargılama yapılan yer, şer'iyye mahkemeleridir. Bunun yanında çeşitli dönemlerde mezalim mahkemeleri, Divân-ı Hümâyun gibi adlarla anılan üst mahkemeler de birer yargılama mercii olmuştur²⁸³.

Özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda taraflar isterlerse kadılara başvurmaksızın tahkim yoluna da gidebilmektedir. Bu konularda hakemlerin de yargılama yapabileceği icmâ ile sabittir²⁸⁴. Çeşitli zümrelerin davalarında Veziriazam Divanları ve Kazasker Divanlarının, esnafın davalarında muhtesiplerin, askerlerin davalarında Yeniçeri Ağası ve Kaptan-ı Deryanın, tarikat mensuplarının davalarında tarikat şeyhlerinin, mali konularda defterdarların, tımar ve arazi ile ilgili konularda da Beylerbeyi ve Sancakbeyi Divanlarının sınırlı da olsa birer yargılama yetkisi bulunmuştur²⁸⁵.

3. Şartları

Bir davanın hukuken geçerli olabilmesi için, unsurlarının tamam olmasının dışında bu davayla ilgili bazı şartlar da aranmıştır²⁸⁶. Bu şartlar şunlardır:

²⁸⁰ “İbrahim b. Yahudi'nin, Andon v. Abruzi mahzarında şer'î ve mer'î cemî'-i de'âvîde Şemail b. İbrahim'i **da'vâ ve hasma vekîl ettiğ**i, Yusuf b. Yakub ve Yağya v. Yakub'un şehâdetleriyle sâbit oldu.” Üsküdar Mahkemesi 26 Numaralı Sicil, Metin No: 7a-3, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 7, s. 102.

²⁸¹ **Aydın**, THT, s. 159.

²⁸² **Zuhaylî**, C. 8, s. 262.

²⁸³ **Demir**, Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi, s. 84.

²⁸⁴ MAA, m. 1841-1851.

²⁸⁵ Ekrem Buğra **Ekinci**, “Osmanlı Devleti'nde Mahkemeler ve Kadılık Müessesesi Literatürü”, TALİD, C. 3, S. 5, İstanbul 2005, s. 419.

²⁸⁶ Günümüz Medeni Yargılama Hukukunda dava şartları HMK m. 114'te düzenlenmiş olup bu şartlar şunlardır: Türk mahkemelerinin yargı hakkının bulunması, yargı yolunun caiz olması, mahkemenin

a. Tarafların Temyiz Kudretine Sahip Olması

Davacı ve davalının temyiz kudretine sahip olmaları şarttır. Dolayısıyla delinin ve gayrimümeyyiz küçüğün davacı veya davalı olduğu bir dava sahih değildir²⁸⁷. Ancak bu kişilerin veli ya da vasileri bunların yerine davalı ya da davacı olabilirler. Bu sebeple bir kimse bunların aleyhine veli ya da vasileri mahkemede hazır değilken davacı ya da şahit olamaz. Mesela birisi küçük bir çocuğu mahkemeye getirip de “Bu çocuk şu kadar kuruş kıymetinde olan camımı kırdı.” dese, davası dinlenmez²⁸⁸.

Davanın sahih olabilmesi için tarafların akıllı olmaları yeterli görülmuş, ayrıca ergen olma şartı aranmamıştır. Dolayısıyla ticarete ve davada taraf olmasına izin verilen mümeyyiz çocuğun davacı ve davalı olması, davada yemin etmesi ve yeminden dönmesi sahihtir²⁸⁹.

b. Davalının Belli Olması

Davalının belli olması şarttır²⁹⁰. Davalıyı belirlemek, davacının yapması gereken bir işittir. Buna göre davacı “Şu mahallede yaşayanların birinden şu kadar kuruş alacağım var.” dese, davası sahih olmaz. “Şu mahallede yaşayan şu kişiden şu kadar kuruş

görevli olması, yetkinin kesin olduğu hâllerde, mahkemenin yetkili bulunması, tarafların, taraf ve dava ehliyetine sahip olmaları, kanuni temsilin söz konusu olduğu hâllerde, temsilcinin gerekli niteliğe sahip bulunması, dava takip yetkisine sahip olunması, vekil aracılığıyla takip edilen davalarda, vekilin davaya vekâlet ehliyetine sahip olması ve usulüne uygun düzenlenmiş bir vekâletnamesinin bulunması, davacının yatırmaması gereken gider avansının yatırılmış olması, teminat gösterilmesine ilişkin kararın gereğinin yerine getirilmesi, davacının, dava açmakta hukuki yararının bulunması, aynı davanın, daha önceden açılmış ve hâlen görülmekte olmaması ve aynı davanın, daha önceden kesin hükme bağlanmamış olmasıdır. Ceza Yargılaması Hukukunda ise kanun metninde dava şartları teker teker sayılmamıştır. Bu şartlar şunlardır: Takibi şikayete bağlı suçlarda şikayette bulunulmuş olması, soruşturması ve kovuşturması izin şartına bağlı olan suçlarda iznin alınmış olması (Örneğin memurların görevleri ile bağlantılı olarak işledikleri suçlardan dolayı yargılanmaları için ilgili merciden izin alınması gerekir. Buna göre bu izin verilmezse bir memur, sözgelimi rüşvet suçundan yargılanamaz.), aynı suçtan dolayı kişi hakkında görülmekte olan (derdest) bir dava bulunmaması, aynı kişi hakkında aynı suçtan dolayı daha önce verilip kesinleşmiş bir hüküm bulunmaması, suçun zamanaşımına uğramamış olması, dokunulmazlığın bulunmaması (diplomatlar, milletvekilleri vs), ön ödemeye veya uzlaşmaya tabi suçlarda bu yola başvurulmuş olmasıdır. Bkz. <http://www.insanihakuk.com/hukuk/ceza-muhakemesi-hukuku/> e.t. 08.07.2015.

²⁸⁷ MAA, m. 1616; **Hacı Reşit Paşa**, Rûhu Mecelle, C. 7, Dâru'l Hilâfeti-l Aliyye, İstanbul H. 1326, s. 177; **Bilmen**, C. 8, s. 83; **Zuhaylî**, C. 8, s. 262.

²⁸⁸ **Yılmaz**, s. 449; **Ali Haydar**, C. 4, s. 129.

²⁸⁹ **Ali Haydar**, C. 4, s. 130.

²⁹⁰ MAA, m. 1617.

alacağım var.” demesi gerekir. Ancak davacının, davalının ismini bilmesine gerek yoktur; davalıyı şahsen tayin etmesi yeterlidir²⁹¹.

Şahsen belli edildikten sonra davalının tek bir kişi olmasına gerek yoktur. Davacı, “Şu on kişiye karzen vermiş olduğum on altını isterim.” dese, davası sahih olur. Bazı davalar vardır ki bütün mahalle ya da köy halkı davalı olabilir²⁹².

c. Davalının Duruşmada Hazır Olması

Yargılama sırasında davalının mahkemede hazır olması şarttır²⁹³. Davalının bizzat mahkemede bulunmadığı hallerde vekili, velisi, vasisi ya da vakfın mütevellisi davalıyı temsil eder²⁹⁴. Zira davalı hazır olmazsa, ikrar ya da inkar edeceği bilinemez. Dolayısıyla gaip kişi aleyhinde de hüküm verilemez. Ancak gaibin naibi hazır olursa, aleyhinde hüküm verilebilir²⁹⁵.

Davalı mahkemeye gelmekten veya vekil göndermekten imtina ederse, kendisinin zorla getirilmesi de mümkün olmazsa, davacının talebiyle mahkemeye ait olan davetiye evrakı, ayrı ayrı günlerde üç defa davalıya gönderilerek mahkemeye davet edilir; gelmediği takdirde hakim ona bir vekil tayin edeceğini ve davacının davasını ve beyyinesini dinleyeceğini bildirir. Bunun üzerine davalı yine mahkemeye gelmez ve vekil de göndermez ise hakim onun hukukunu koruyacak bir vekil atayıp duruşmaya davalının yokluğunda devam eder²⁹⁶.

²⁹¹ **Ali Haydar**, C. 4, s. 130; **Hacı Reşit Paşa**, C. 7, s. 177, 178; **Bilmen**, C. 8, s. 83.

²⁹² **Ali Haydar**, C. 4, s. 130; “Kasaba-i Isparta sâkinlerinden Mehmed b. Mahmud meclis-i şer‘- i şerîfde işbu bâ‘isü’l-kitâb cezîre-i Kınalı zimmîlerinden Duka v. Yorgi nâm zimmî muvâcehesinde ikrâr edip bundan akdem cezîre-i Kınalı ahâlisi bizi muhkem dövüp mecrûh edip seksen filori ile yirmi iki guruşum almışlardır deyû da‘vâ ve taleb etmiş idim hâlîyâ mâbeynimize muslihûn tavassut edip ben dahi es-sulhu hayrun ile âmil olup husûs-ı mezbûre için bedel-i sulhu mezbûr Duka yedinden on beş filori alıp kabz ettim ve ahâlî-i cezîre-i mezbûrenin zimmetlerini ibrâ-i âm ile ibrâ ve iskât ettim eğer min ba‘d benden veya vekilimden da‘vâ sâdire olur ise lede’l-hükkâm istimâ‘ olunmaya dedikde mukırr-ı mezbûrun kelâm-ı meşrûhu mezbûr Duka talebiyle alâ mâ cerâ ketb olundu.” Üsküdar Mahkemesi 51 Numaralı Sicil, Metin No: 42b-3, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 8, s. 201.

²⁹³ MAA, m. 1618.

²⁹⁴ **Hacı Reşit Paşa**, C. 7, s. 178.

²⁹⁵ **Ali Haydar**, C. 4, s. 131; **Bilmen**, C. 8, s. 83; **Zuhaylî**, C. 8, s. 263.

²⁹⁶ MAA, m. 1834.

d. Dava Konusunun Belli Olması

Dava konusunun belli olması şarttır²⁹⁷. Kural olarak, dava konusunun bilinişliliği işaret ile ya da şeyin vasıflarını belirterek tarif ile belli olur. Buna göre dava konusu şey mahkemeye getirilmişse işaret ile; gaip ise ya da mevcut değil ise tarif ile belli edilir²⁹⁸.

Davası konusu taşınır mal ise bilinişliliği şu şekillerde tespit edilir:

Öncelikle taşınır mal, o anda mahkeme huzurunda mevcut ise davacı ona eliyle işaret ederek “İşte bu benimdir (müvekkilimindir, vasisi ya da velisi bulunduğum filan kişindir).” diyerek malı belirler. Bunun dışında malın özelliklerini anlatmaya gerek yoktur²⁹⁹.

İkinci olarak taşınır mal, o anda mahkeme huzurunda mevcut değilse ancak davalının yedinde ve masrafsız bir şekilde mahkemeye getirilebilecek ise mahkemeye getirilir. Mahkeme huzurunda davacı ona eliyle işaret ederek malı belirler³⁰⁰. Ancak mal, davalının yedinde değilse yani kayıp ve yeri bilinmiyorsa ve mahkeme huzuruna getirilmesi mümkün değilse davacı malın özelliklerini ve değerini açıklayarak malı belirler³⁰¹. Son olarak taşınır mal, o anda mahkeme huzurunda mevcut değilse ve masrafsız bir şekilde mahkemeye getirilmesi mümkün değilse (bir ambar darı gibi) davacı malın özelliklerini ve değerini açıklayarak malı belirler³⁰².

Davası konusu taşınmaz mal ise bilinişliliği şu şekillerde tespit edilir:

²⁹⁷ MAA, m. 1619.

²⁹⁸ MAA, m. 1620; **Hacı Reşit Paşa**, C. 7, s. 180; **Bilmen**, C. 8, s. 84; **Zuhaylî**, C. 8, s. 263.

²⁹⁹ MAA, m. 1621; **Ali Haydar**, C. 4, s. 138; **Mevkûfâtî**, C. 2, s. 150; **Çelik**, C. 4, s. 652; “Vech-i tezkire oldur ki Ömer b. Mehmed, karye-i Samandıra kurbunda kömürcülük eden Mehmed b. Ahmed ve yanında bir kul vardır sâhibi ma’lûm değildir dedikde mezbûr Mehmed meclis-i şer’â ihzâr olunup **işbu abd benim**, iştirâ olunup on beş yıldır ki hizmetim eder dedikde mezbûr abdden suâl olundukda benim abd-i âbik deyip Süleyman b. Mehmed ve Uğurlu b. Abdullah şehâdet-i şer’iyye edâ ettiklerinde bi’t-taleb sicil olundu.” Üsküdar Mahkemesi 14 Numaralı Sicil, Metin No: 23a-1, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 5, s. 123.

³⁰⁰ MAA, m. 1621; **Ali Haydar**, C. 4, s. 139; Şeyh **Bedreddin**, Yargılama Usulüne Dair Câmîu’l-Fusûleyn, (Edt., Hacı Yunus **Apaydın**), T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı Yayınları, Ankara 2012, s. 129.

³⁰¹ MAA, m. 1621; **Ali Haydar**, C. 4, s. 140.

³⁰² MAA, m. 1621; **Ali Haydar**, C. 4, s. 140; **Bilmen**, C. 8, s. 84; **Çelik**, C. 4, s. 653; “...**işbu senin elinde olan kula almı sakar burnu yirik binecek yanında nişâmı olan at** benim yundum kulunudur kimesneye satmadım ve bağışlamadım mülküm iken askerde uğurlatdım şimdi senin elinde buldum benimdir deyu da’vâ ettikde...” Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, Metin No: 35b-1, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 1, s. 175.

Taşınmaz malın beldesi, köyü, mahallesi, sokağı, dört ya da üç tarafındaki sınırları, bu sınırlardaki taşınmaz sahiplerinin isimleri, babalarının ve dedelerinin isimleri belirtilir³⁰³.

Taşınmazın sınırlarındaki taşınmaz sahipleri meşhur ve bilinen birileri ise, bunların baba ve dedelerinin isimlerini belirtmeye gerek yoktur³⁰⁴.

Dava konusu taşınmaz, meşhur ve bilinen bir yer ise bunun da sınırlarının belirtilmesine gerek yoktur. Böyle durumlarda şer'iyeye sicillerinde “*ma'lûmü'l-hudûd*” denilerek taşınmazın sınırları ayrıca belirtilmemiştir³⁰⁵.

Şahitler, taşınmaz malın sınırlarını aynen bilirse o arsanın da sınırlarının belirlenmesine gerek yoktur. Hakim şahitlerle birlikte iki eminini gönderir, şahitler eminlere arsanın dört sınırını göstererek şahitlik ederler ve eminler de bu sınırları komşulardan sorarak hakime beyan ederler³⁰⁶.

Dava konusu taşınmazın bir senette ya da hüccette sınırları belirlenmiş ise davacı “Şu senette sınırları belirlenmiş olan arsa benim mülkümdür.” dese ve şahitler de buna şahitlik etse, bu taşınmazın ayrıca sınırlarını belirtmeye gerek kalmaz³⁰⁷.

Son olarak dava konusu bir taşınmazın semeni ise, taşınmazın sınırlarının belirtilmesine gerek yoktur³⁰⁸.

Davası konusu bir alacak hakkı ise bilinirliği şu şekillerde tespit edilir:

³⁰³ MAA, m. 1623; **Ali Haydar**, C. 4, s. 142; Şeyh **Bedreddin**, Yargılama Usulüne Dair Câmîu'l-Fusûleyn, s. 134; **Bilmen**, C. 8, s. 84; **Çelik**, C. 4, s. 653; “Vech-i tahrîr-i sicil budur ki Karye-i Pendik'den Kaloda bt. Manol meclis-i şer'a hâzırâ olup dedi ki karye-i Pendik yerlerinden bir kıt'a bağ yerini ki **şimâlen Kosta Karakul tarlasına ve şarkan Çengeloğlu tarlasına ve kıbleten Kosta Virayan oğlu tarlasına ve garben Kurt Manol bostanına muttasıldır**, işbu hudûd ile mahdûd olan yeri...” Üsküdar Mahkemesi 17 Numaralı Sicil, Metin No: 45b-3, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 6, İSAM Yayınları, İstanbul 2010, s. 206.

³⁰⁴ MAA, m. 1623; **Ali Haydar**, C. 4, s. 145; **Mevkûfâtî**, C. 2, s. 150; **Bilmen**, C. 8, s. 84; **Çelik**, C. 4, s. 656.

³⁰⁵ MAA, m. 1623; **Ali Haydar**, C. 4, s. 145; **Demir**, Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi, s. 90; **Mevkûfâtî**, C. 2, s. 150; “Vilâyet-i Anadolu'da vâki' Aktaş kazâsına tâbi' Aksak nâm karye sükkânından Himmet b. Arslan ve Üveys b. Atsan? nâm kimesneler meclis-i şer'-i hatîr-i lâzîmü't-tevkîrde işbu râfi'ü'l-kitâb Mehmed b. Himmet nâm kimesne mahzarında her biri bi't-tav'i's-sâf ikrâr ve takrîr-i kelâm eyleyip karye-i mezbûrede mevâzi'-i mûte'addidede lede'l-ahâlî ve'l-cîrân **ma'lûmü'l-hudûd olup...**” Hasköy Mahkemesi 5 Numaralı Sicil, Metin No: 102-1, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 23, İSAM Yayınları, İstanbul 2011, s. 163.

³⁰⁶ MAA, m. 1623; **Ali Haydar**, C. 4, s. 145.

³⁰⁷ MAA, m. 1623; **Ali Haydar**, C. 4, s. 145.

³⁰⁸ MAA, m. 1625.

Davacı, o alacağın cinsini, türünü, özelliklerini, miktarını, bu borcun sebebini belirtmelidir³⁰⁹. Mesela alacak para cinsinden ise davacı, altın, gümüş diye cinsini veya Osmanlı sikkesi, İngiliz sikkesi diye özelliğini ve sonra miktarını belirlemelidir³¹⁰.

e. İkrarın Mülkiyet Sebebi Olarak Gösterilmemesi

İkrar, gerek borçlar hukukunda gerekse nikah konusunda mülkiyet sebebi değildir. Mecelle bu hususu “*İkrarın hükmü mukarr-un-bihin zuhurudur, yoksa bidayeten hudusu değildir. Bu cihetle ikrar sebab-i mülk olamaz. Binaenaleyh müddei mücerred müddeâaleyhin ikrarını sebep tutarak andan bir şey da’va etse istima olunmaz.*”³¹¹ diyerek belirtmiştir. Yani ikrar, ikrar edenin mülkiyetini lehine ikrar edilene geçirmez. Çünkü ikrar, ihbardır³¹². İhbarın ise doğru ya da yalan olma ihtimali vardır. Mesela bir kimse “Bu mal falan kimsenindir.” dese, zikredilen mal lehine ikrar edilenin mülkiyetine geçmez. Fakat bir kimse diğerine “Bu malımı şu kadara sana sattım.” dese, diğeri de bunu kabul etse, zikredilen malın mülkiyeti lehine ikrar edilenin mülkiyetine geçer³¹³.

f. Dava Konusunun Muhtemel Şeylerden Olması

Dava konusunun muhtemel şeylerden olması, hem davanın hem de şahadetin geçerliliği için şarttır. Dolayısıyla aklen ya da âdeten olanaksız olan bir şeyi iddia geçerli olmaz. Mecelle bu hususu “*Müddeâbihin muhtemel-üs-sübût olması şarttır. Binaenaleyh ya âdeten vüdudu muhal olan şey’i iddia sahih olmaz.*”³¹⁴ diyerek

³⁰⁹ MAA, m. 1626; Şeyh **Bedreddin**, Yargılama Usulüne Dair Câmiu’l-Fusûleyin, s. 140; **Bilmen**, C. 8, s. 84; **Çelik**, C. 4, s. 650; “Vech-i tahrîr-i hurûf oldur ki İstanbul’dan Bit bazarı’ndan Terzi Yorgi v. Manol Mahmiye-i mezbûreden Fenerkapısı’ndan Yani v. Mihâl nâm zimmî mahzarında da’vâ kılıp dedi ki, mezbûr Yani’de **karzdan yirmi sikke filorim var** taleb ederim dedikde...” Üsküdar Mahkemesi 26 Numaralı Sicil, Metin No: 3b-3, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 7, s. 86.

³¹⁰ **Ali Haydar**, C. 4, s. 146; “Mahmiye-i Galata muzâfâtından kasaba-i Kasımpaşa sükkânından olup deryâ Beylerinden olmakla bundan akdem Cezâyir’de müteveffâ olan İbrahim Bey b. Kurd Çelebi nâm kimesnenin sulbiye kızı ve bi tarîki’l-hasr vârisesi olan Fâtıma Hâtun tarafından husûs-ı âti’l-beyâna vekîl olup, vekâleti mahzar-ı hasm-ı câhidde Ömer Efendi b. Ömer ve Mustafa Efendi b. Ahmed nâm kimesneler şehâdetleri ile sâbite olan Mustafa Efendi b. Hasan el-Müderri meclis-i şer’-i hatîrde, mukaddemâ Cezâyir Beylerbeyisi olan emîrû’l-ümerâ’i’l-kirâm sâhibü’l-izzî ve’l-ihtîşâm Yunus Paşa b. () mahzarında bi’l-vekâle takrîr-i da’vâ edip, mezbûr İbrahim Bey bundan esbak müteveffâ oldukda Cezâyir’de vâki’ olan muhalledefâtından **on dokuz bin beş yüz esedî gurus dokuz buçuk vakıyye külçe gümüş ve üç yüz dirhem sikke altını...**” Rumeli Mahkemesi 56 Numaralı Sicil, Metin No: 12b-1, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 14, İSAM Yayınları, İstanbul 2011, s. 87.

³¹¹ MAA, m. 1628.

³¹² **Hacı Reşit Paşa**, C. 7, s. 187.

³¹³ **Ali Haydar**, C. 4, s. 149; Şeyh **Bedreddin**, Yargılama Usulüne Dair Câmiu’l-Fusûleyin, s. 152.

³¹⁴ MAA, m. 1629.

belirtmiştir. Mesela bir kişi kendisinden yaşça büyük olan ya da nesebi bilinen birisine “Bu benim oğlumdur.” dese, birinci iddiası aklen, ikinci iddiası da âdeten olanaksız olduğu için davası sahih olmaz³¹⁵.

g. Dava Sabit Olduğu Takdirde Davalının Bir Şeye Mahkûm Edilmesinin Mümkün Olması

Dava, ikrar, beyyine ya da yeminden kaçınma ile sabit olursa, Mecelle'nin “*Da'vânın sübutu takdirinde müddeâaleyhin bir şey' ile mahkûm ve mülzem olması şarttır.*” hükmü doğrultusunda, davalının bir şeye mahkûm edilmesi gereklidir³¹⁶. Diğer türlü, dava ve beyyineler abesle uğraşmak sayılır. Mesela bir kişi başka birine bir malını ariyet etse, başka birisi de çıkıp “Ben ariyet verenin ilgili kişilerindenim, o şeyi bana iade etsin.” diye dava etse, davası sahih olmaz. Davacı “Şu davalı falan malını başkalarına satmak istiyor, istediği kadar ücret vereyim bana satsın.” diye dava etse, davası dinlenmez³¹⁷.

h. Davanın Mahkeme Huzurunda Görülmesi

Dava sırasında tarafların hakim huzurunda ve kaza meclisinde bulunması şarttır³¹⁸. Şer'iyye sicillerinde yargılamanın hakim huzurunda gerçekleştiğini göstermek için “*meclis-i şer'a ihzar idüp*”, “*meclis-i şer'a ihzar ve mahzarında*” gibi ifadeler kullanılmaktadır³¹⁹.

³¹⁵ **Ali Haydar**, C. 4, s. 151; **Hacı Reşit Paşa**, C. 7, s. 188; **Bilmen**, C. 8, s. 84; **Zuhaylî**, C. 8, s. 263, 264.

³¹⁶ MAA, m. 1630.

³¹⁷ **Ali Haydar**, C. 4, s. 152; **Bilmen**, C. 8, s. 85.

³¹⁸ MAA, m. 1618; **Hacı Reşit Paşa**, C. 7, s. 171; **Zuhaylî**, C. 8, s. 262.

³¹⁹ “Mahmiye-i Kostantniyye’de Karagümrük mahallesinde bundan akdem müteveffâ olan Üveys Bey b. Yusuf nâm kimesnenin sulbî oğulları Mehmed ve Mustafa nâm kimesneler **meclis-i şer’de**, mahmiye-i merkümede Çavuşbaşı Mescidi mahallesi sükkânından olan bâ’isü’l-kitâb Bektaş Ağa b. Hasan nâm kimesne tarafından husûs-ı âti’l-beyâna vekîl olup, vekâleti **mahzar-ı** hasm-ı câhidde Ahmed Bey b. Şaban ve diğer Ahmed Bey b. Mustafa nâm kimesneler şehâdetleri ile sâbite olan Hüseyin Bey b. Hasan nâm kimesne **mahzarında** bi tav’ihâ ikrâr ve takrîr-i kelâm edip...” Rumeli Mahkemesi 56 Numaralı Sicil, Metin No: 19b-1, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 14, s. 120; “Zümre-i topçuyândan Ahmed b. Abdullah nâm kimesneyi bundan akdem zevci olduğu Müntehâ bt. Mustafa nâm hâturn **meclis-i şer’-i şerîfe ihzâr ve mahzarında**...” Galata Mahkemesi 15 Numaralı Sicil, Metin No: 103b-1, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 34, İSAM Yayınları, İstanbul 2012, s. 288.

i. Davada Tenakuz Olmaması

Mecelle'nin ifadesiyle tenakuz, “*müddeiden kendi da'vâsına mün'akız ya'ni da'vasının butlânını mûcib bir söz sebkât eylemiş olmaktadır.*”³²⁰. Yani davacının hakim huzurunda beyyine olarak söylediği bir şeye çelişkili olarak daha önceden başka bir söz söylemiş olması ya da davranmasıdır. Davacının önceden sarf ettiği sözlerinin ya da davranışlarının hakim huzurunda ya da başka bir yerde olmasının bir önemi yoktur. Mesela bir kimse bir evi sattıktan sonra “Bu benimdir.” diye dava etse satım fiiliyle sözü arasında tenakuz olur³²¹.

4. Çeşitleri

Davalar, kuruluşundaki sakatlık ve hükümsüzlüğe, dava konusu hakkın mahiyetine veya mahkemeden istenen hukukî korumanın türüne göre çeşitlere ayrılabilir³²². İslam Hukukunda dava, hukukî varlık kazanması yönüyle akde benzetilerek sahih ve geçersiz (fâsit, batıl) diye ayırma tabi tutulmuştur³²³.

a. Sahih Dava

Sahih dava, unsurları ve şartları tamam olan, hukuken sonuç doğuran davadır. Bu dava ile davacı, davalının mahkeme huzuruna getirilmesini, davacıya cevap vermesini, beyyine getirmesini ve yemin etmesini, ayrıca dava konusunun da mahkeme huzuruna getirilmesini isteyebilir. Hakimin sahih davayı dinleyerek davayı sonuçlandırması gerekmektedir³²⁴.

³²⁰ MAA, m. 1615.

³²¹ **Ali Haydar**, C. 4, s. 128; **Hacı Reşit Paşa**, C. 7, s. 175; **Bilmen**, C. 8, s. 85.

³²² Günümüz Medeni Yargılama Hukukunda davalar, mahkemeden istenen hukukî korunmaya göre ve talep sonucunun niceliğine göre çeşitlere ayrılmıştır. Bu davalar: eda davası (m. 105), tespit davası (m. 106), belirsiz alacak ve tespit davası (m. 107), inşai dava (m. 108), kısmi dava (m. 109), davaların yığılması (m. 110), terditli dava (m. 111), seçimlik dava (m. 112), topluluk davasıdır (m. 113). Ceza Yargılaması Hukukunda ise davalar, davanın takibine göre çeşitlere ayrılmış olup bunlar: takibi şikayete bağlı olan davalar ve re'sen soruşturulan davalardır.

³²³ Cevdet **Yavuz**, s. 13.

³²⁴ **Ali Haydar**, C. 4, s. 127; **Hacı Reşit Paşa**, C. 7, s. 174; Cevdet **Yavuz**, s. 14; **Bilmen**, C. 8, s. 86; **Zuhaylî**, C. 8, s. 264.

b. Fâsit Dava

Fâsit dava, aslen sahih olan fakat harici vasıfları eksik olan davadır. Mesela dava konusunun bilinmemesi bir eksikliktir. Ancak eksik olan kısımlar tamamlandıktan sonra hakim davaya bakmak zorundadır³²⁵.

c. Bâtıl Dava

Bâtıl dava, unsurlarında ve şartlarında düzeltilemeyecek şekilde bozukluk olan davadır. Bu yüzden hukuken bir hükmü yoktur. Yani davanın açılması halinde davacı davalıdan hiçbir şey talep edemez³²⁶. Mesela bir kimse “Falan kimsenin iki evi var, birini bana satsın.” diye dava açsa dinlenmez³²⁷. Çünkü böyle bir dava, davalının bir şeye mahkum edilmesinin mümkün olmayacağı türden olduğundan bătıldır.

5. Dava Zamanaşımı

Bazı davalarda davacı, dava konusunu iddia etmeye hak kazandığı tarihten itibaren belli bir süre içerisinde mahkemeye başvuruda bulunmalıdır; aksi takdirde dava açma hakkını kaybeder³²⁸. İşte bu süreye “dava zamanaşımı” denilmektedir.

İslam Hukukunda zamanaşımı, borcu ortadan kaldırmamakla beraber, o borcun dava edilebilme imkanını ortadan kaldırmaktadır³²⁹. Mecelle’de bu husus “*Tekadüm-ü zaman ile hak sâkit olmaz.*”³³⁰ şeklinde ifade edilmiştir. Mesela zamanaşımına uğramış borcun ifası, hatta ikrarı dahi geçerli olup alacaklı için sebepsiz zenginleşme teşkil etmez³³¹.

³²⁵ Ali Haydar, C. 4, s. 127; Hacı Reşit Paşa, C. 7, s. 174; Bilmen, C. 8, s. 84.

³²⁶ Ali Haydar, C. 4, s. 127.

³²⁷ Bilmen, C. 8, s. 86; Zuhaylî, C. 8, s. 264.

³²⁸ Cevdet Yavuz, s. 14.

³²⁹ “...müdde’î-i mezbûr Mustafa Çelebi’nin tahrîri üzere vakfin rehin olması câiz olmadığından mâ’adâ üzerinden **bilâ-özr-i şer’î bu mîkdâr zamân mürûr eden da’vâ bilâ-emr istimâ’ olunmayıp** mâ hüve’l-vâki‘ bi’t-taleb ketb olundu.” Rumeli Mahkemesi 56 Numaralı Sicil, Metin No: 27b-1, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 14, s. 157.

³³⁰ MAA, m. 1674.

³³¹ Bilmen, C. 8, s. 116.

Zamanaşımı süreleri, gerek ilgili hakkın konusuna göre gerekse hukukçulara ve hukuk ekollerine göre farklılık gösterir. Hanefilerde 36, 30, 15, 10, 2 yıllık ve hatta 1 aylık zamanaşımı süreleri vardır³³².

Zamanaşımı süresi bazı davalarda işlememektedir. Mesela davacının küçük çocuk, deli ve bunak olması, davacı ya da davalının sefere çıkmış olması, davalının gaip olması durumunda zamanaşımı işlemez³³³. Aynı zamanda kamu menfaatine ait olan yerlerin davasında da zamanaşımı işlemez³³⁴.

Ceza davalarında durum, suçun türüne göre değişmektedir³³⁵. Kıyas suçlarında zamanaşımı süresi işlemezken, had suçlarında bu süre işler. Ta'zir suçlarında ise yetkili makamların takdir hakkı vardır³³⁶.

6. Davayı Görmekle Görevli ve Yetkili Mahkeme

İslamiyet'in kuruluşunun ilk yıllarında devlet başkanlığının yanında hakimlik görevini de yapan Hz. Peygamber (s.a.v.), görev ve yetki sınırlandırması olmaksızın önüne gelen tüm ihtilafları çözmekteydi. Daha sonraları İslam Devletinin büyümesi ve ihtilaf çeşitlerinin artmasıyla birlikte, fethedilen her bölgeye birer vali göndererek o valiyi görevli olduğu bölgedeki adli işlerin yürütülmesinden mesul tutmuştur. Böylece hakimler için bir yetki sınırlandırılması getirilmiştir. Ancak görev yönünden sınırlandırma olmayıp, o bölgedeki tüm ihtilafları çözmekle görevli olmuşlardır³³⁷.

Hz. Peygamber (s.a.v.) döneminden sonra kurulan İslam Devletlerinde de hemen hemen bu usul uygulanarak Osmanlı Devleti'ne kadar gelmiştir. Devlet kaza denilen idari bölgelere ayrılmış ve kazadaki adli ve idari işleri görmek için başlarına birer kadı atanmıştır. Kural olarak kadılar, hukuk ve ceza ayırımı yapılmaksızın kendi kaza

³³² MAA, m. 1660-1666; **Bilmen**, C. 8, s. 109.

³³³ MAA, m. 1663; **Bilmen**, C. 8, s. 115.

³³⁴ MAA, m. 1675; **Bilmen**, C. 8, s. 113.

³³⁵ Günümüz Ceza Hukukunda dava zamanaşımı süreleri 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bu kanunun 66. maddesine göre bu süreler şu şekildedir: Kanunda başka türlü yazılmış olan hâller dışında, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda otuz yıl, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmibeş yıl, yirmi yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıl, beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda onbeş yıl, beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda sekiz yıldır. Ağırlaştırılmış müebbet veya müebbet veya on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçların yurt dışında işlenmesi hâlinde dava zamanaşımı uygulanmaz.

³³⁶ Mustafa **Avcı**, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, Mimoza Yayınları, Konya 2010, s. 179; Cevdet **Yavuz**, s. 14; **Aydın**, THT, s. 160.

³³⁷ **Atar**, İslâm Adliye Teşkilatı, s. 162.

bölgelerindeki tüm davalara bakmaktadır. Ancak görevler padişah tarafından belirlendiği için padişah, bir kadı'nın görev alanını sınırlandırıp genişletebilmektedir³³⁸. Ancak bazı davalara, şer'iyye mahkemeleri dışında başka mahkemeler bakmaktadır. Mesela askerilerin davalarına kazasker mahkemeleri, ilmiye mensuplarının davalarına ya da cezası ölüm olacak suçların davalarına Divân-ı Hümâyün bakmaktadır. Bunların dışında Osmanlı Devleti'nde yaşayan zimmilerle³³⁹ Müslümanlar arasındaki davalara şer'iyye mahkemesi, zimmilerin kişilik haklarıyla ilgili olan ve kendi aralarındaki davalara ise cemaat mahkemeleri bakmaktadır. Ancak kişilik haklarının dışındaki alanlarda ve kendi aralarında anlaşma olması durumunda davalarına şer'iyye mahkemesi bakmaktadır. Son olarak müste'menlerin³⁴⁰ davalarına ise Osmanlı Devleti'nin son dönemlerinde açılan konsolosluk mahkemeleri bakmaktadır³⁴¹.

7. Karşı Dava

Sahih bir davada davalı, davacının iddialarını ya kısmen ya da tamamen kabul edebilir, reddedebilir ya da karşı dava açabilir. Karşı dava (def'), davalı tarafından davacının davasını def' edecek, yani ret ve bertaraf edecek bir dava açılmasıdır³⁴². Bu dava asıl davanın hükmü verilmeden önce ya da verildikten sonra olabilir³⁴³.

Davalı, davacının iddialarına karşılık bu davayı def' edeceğini beyan ederse hakim ona def'inin ne olduğunu sorar. Beyan ettiği def' geçerli ise hakim davalıya bir dahaki duruşmaya kadar süre verir, hükmünü vermekte acele etmez; geçersiz ise def'i dikkate almadan hükmü verir³⁴⁴. Mesela bir kimse diğer kimsenin elinde bulunan bir malın kendinin olduğunu iddia edip bunu da ispat ederse, davalı "Bundan önce o malı

³³⁸ **Demir**, Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi, s. 69; **Akman**, s. 38.

³³⁹ İslam ülkesi vatandaşı olan gayrimüslim kimseler.

³⁴⁰ İslam ülkesi vatandaşı olmayıp geçici bir süre için ve izinli olarak burada yaşayan gayrimüslim kimseler.

³⁴¹ Mehmet Akif **Aydın**, "Osmanlı Devleti'nde Mahkeme", DİA, C. 27, 2003, s. 342.

³⁴² MAA, m. 1631; **Bilmen**, C. 8, s. 97; "Râziye bt. Mustafa nâm hâatun mahfil-i kazâda Nurullah b. Nebî nâm kimesne mahzarında takrîr-i da'vâ edip bundan akdem mezbûr **Nurullah'a mudârebe tarikiyle dört yüz sikke altın verdim idi hâlen taleb ederim dedikde** gibbe's-suâl mezbûr Nurullah fi'l-hakîka mezbûr Râziye yedinden **meblağ-ı mezbûr dört yüz altını aldım lâkin yine mezbûrenin emriyle zevci olup hâssa sarrâclardan Alican nâm kimesneye teslim eyledim kendi dahi ol meclisde hâzıra olup benim teslimimi kabûl eyledi** ve bundan akdem zikr olunan dört yüz sikke altını Akşehir ve Ilgın kadıları huzûrunda da'vâ edip kendi emriyle zevci mezbûr Alican'a teslim eyleyip zimmetimde bir akçe kalmadığına yedime hüccet-i şer'iyye dahi verilmişdir dediği bi't-taleb tahrîr olundu yed-i tâlibe **vaz' u def' olunduğu** lede'l-iktizâ kâti'-i kıl u kâl ola." Üsküdar Mahkemesi 84 Numaralı Sicil, Metin No: 50a(2)-2, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 10, İSAM Yayınları, İstanbul 2010, s. 320.

³⁴³ **Ali Haydar**, C. 4, s. 153; **Hacı Reşit Paşa**, C. 7, s. 189; **Bilmen**, C. 8, s. 99.

³⁴⁴ **Ali Haydar**, C. 4, s. 153.

benden falanca kişi dava ettiğinde sen onun davasına şahitlik etmiştin.” diyerek def edebilir³⁴⁵. Davacı bu def’i kabul ederse ya da inkar ettikten sonra davalı def’ine beyyine getirirse, davacının davası reddedilir. Ancak davacının inkarı üzerine davalı def’ini ispat edemezse karşı dava reddedilir. Davalı davasını ispat edemediği zaman, davacıya yemin teklif ettikten sonra davacı yeminden kaçınırsa, yine davacının davası reddedilir. Ancak yemin ederse bu kez karşı dava reddedilir³⁴⁶.

Esas davayı reddetmek için karşı dava açılabilceği gibi, karşı davayı reddetmek için de dava açılabilir. Buna “def’üd-def” denilmektedir³⁴⁷. Mesela bir kimse davalının yedindeki hane için “Bu hane benim, sen onu benden gasp ettin.” diyerek davacı olsa, davalı da “Bu haneyi falan tarihte sen bana satıp teslim ettin, parasını da ödedim.” dese ve bu def’ini de beyyine getirerek ispat edebilir. Bundan sonra davacı, “Sen o tarihten sonra o dairenin benim olduğunu ve senin alakan olmadığını ikrar etmiştin.” dese ve oda bunu ispat etse, davalının def’ini def’ etmiş olur³⁴⁸.

D. Hüküm

Hakim yargılamayı tamamladıktan sonra gereğine göre hüküm verir ve bunu duruşmada hazır olan taraflara sözle bildirir. Daha sonra hükmü ve veriliş sebeplerini içeren ilam düzenlenerek taraflara verilir³⁴⁹. İlamın davacıya veriliş sebebi, zamanla verilen hükmün unutulmasını engellemek ve hükmü icra edecek memura göstermektir. Ayrıca davacı hükmü eğer başka bir kazadaki hakime uygulatacaksa, o hakim ilamı görmeden uygulamaz. İlamın davalıya veriliş sebebi ise, hükmün şer’î hukuk kurallarına ve muhakeme usullerine uygun olup olmadığını kontrol etmesi için fukahaya göstermek ve hata var ise bunu temyiz ettirmektir. Bir ilamda davacının iddiası, davalının bu iddiaya cevabı ve davanın sabit olmasını gerektiren sebep yani hangi beyyineye göre karar verildiği yazılmalıdır³⁵⁰.

³⁴⁵ **Bayındır**, s. 109; **Bilmen**, C. 8, s. 98.

³⁴⁶ MAA, m. 1633; **Bilmen**, C. 8, s. 98.

³⁴⁷ **Hacı Reşit Paşa**, C. 7, s. 189; **Bayındır**, s. 111; **Bilmen**, C. 8, s. 98.

³⁴⁸ **Ali Haydar**, C. 4, s. 159.

³⁴⁹ MAA, m. 1827; **Hacı Reşit Paşa**, Rûhu Mecelle, C. 8, Dâru’l Hilâfeti-l Aliyye, İstanbul H. 1326, s. 240.

³⁵⁰ **Ali Haydar**, C. 4, s. 490, 491; “Vilâyet-i Rumeli’nde vâki’ Bihlişte kazâsına tâbi’ Dilaverde nâm karyeden işbu sâhibü’l-kitâb Ali b. Hüseyin nâm kimesne meclis-i şer’-i hatîr-i lâzımı’t-tevkîrde Dâru’l-hilâfeti’l-aliyye mahmiye-i Kostantiniyye’de Küçük Karaman nâm mevzi’de sâkin İbrahim b. Durak nâm hayyât muvâcehesinde üzerine taktırî-i da’vâ edip işbu İbrahim târih-i kitâbdan bir gün mukaddem bir vakıf arsada mevzi’-i mezbûrda Aydın Çavuş Bozahânesi’nin ocağı kurbunda sol

Hükümün sebebi ve şartları tamamlandıktan sonra hakimin hüküm vermeyi geciktirmesi caiz değildir³⁵¹.

1. Hükümün Verilebilmesi İçin Gerekli Şartlar

a. Açılmış Bir Davanın Olması

Mecelle’de “*Hükümde sebk-i da’va şarttır.*”³⁵² denilerek hükümün verilebilmesi için açılmış sahil bir davanın olması şart koşulmuştur. Bu davanın da şahıs haklarına ilişkin bir dava olması gerekir³⁵³. Zira hakim, kişilerin davasını bilemez ve haklarını aramaları için de onları zorlayamaz. Bu yüzden şahıs haklarına ilişkin konularda hak sahibi olan kişi, isterse hakkını aramak için dava açar isterse açmaz³⁵⁴.

Allah haklarına ilişkin konularda ise hakimin hüküm vermesi için açılmış bir davanın olması şart değildir. Bu konularda dava re’sen var kabul edilir ve hakim de re’sen hüküm verebilir³⁵⁵. Mesela, iki kişi “Falan kimse karısını üç talakla boşadığı halde hala yanında tutuyor.” diye şahitlik etse, hakim talak ile hükmederek o kişileri ayırır³⁵⁶.

sağranımdan **amden bıçak ile vurup beni mecrûh eyledi**. Suâl olunup müceb-i şer’-i şerîf olunması matlûbumdur dedikde, gıbbe’s-suâl mezbûr İbrahim cevâbında fi’l-hakîka müdde’î-i mezbûr Ali benî ta’cîz etmekle **ben dahi vech-i muharrer üzre bıçak ile amden vurdum deyû tav’an ikrâr ve i’tirâf etmeğın** mezbûr İbrahim üzerine ta’zîr ve ile’l-ber’ mecrûh-ı mezkûrun ücret-i cerrâh ve kıymet-i edviyesiyle ilzâm olunup, mâ hüve’l-vâki’ bi’t-taleb ketb olundu.” Rumeli Mahkemesi 80 Numaralı Sicil, Metin No: 49b-1, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 15, İSAM Yayınları, İstanbul 2011, s. 199.

³⁵¹ MAA, m. 1828.

³⁵² MAA, m. 1829.

³⁵³ **Bayındır**, s. 112; **Bilmen**, C. 8, s. 229.

³⁵⁴ **Ali Haydar**, C. 4, s. 492; **Hacı Reşit Paşa**, C. 8, s. 245.

³⁵⁵ **Bilmen**, C. 8, s. 229.

³⁵⁶ **Ali Haydar**, C. 4, s. 493; “Vech-i tezkire oldur ki Nefs-i Üsküdar’da olan Yahşi b. Abdullah ve Mehmedî b. Musa şer’-i şerîf meclisine hâzırân olup işbu sipâhi oğlanları bölüğünden Muslihiddin sâbikan zevcesi Nefise’ye kemâl-i aklında iken üç talâk boşadı el-ân mezkûre avret zikr olan **Muslihiddin’den üç talâk boşdur deyu şehâdet ettikleri sebebden mezkûre avretin tefrîkine hüküm olundu.**” Üsküdar Mahkemesi 2 Numaralı Sicil, Metin No: 19a-3, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 2, İSAM Yayınları, İstanbul 2010, s. 125.

b. Hüküm Verilirken Tarafların Mahkemede Hazır Olması

Yargılama sırasında tarafların mahkemede hazır olmasının yanında hüküm verilirken de hazır olmaları gerekmektedir³⁵⁷. Fakat iki durumda davalının huzuru şart değildir. Bunlar:

1) Bir kimse diğer bir kimseyi dava ettiğinde, davalı davacının iddiasını ikrar ettikten sonra hüküm verilmeden gaip olsa hakim onun yokluğunda ikrarına binaen hüküm verebilir³⁵⁸. Bunun gibi davacı da mahkeme huzurunda davalıyı ibra ettikten sonra davalı kayboldu, hakim yine hüküm verebilir. Bu şekilde olan hüküm, yüze karşı verilmiş sayılır³⁵⁹.

2) Davalı davacının iddiasını inkar edip de davacı da iddiasını şahitlerle ispat ettikten sonra, şahitlerin güvenilirlik soruşturmasından ve hükümden önce davalı gaip olsa ya da ölse, hakim güvenilirlik soruşturmasını yaptıktan sonra hüküm verebilir³⁶⁰.

Tarafların hüküm verilmesi sırasında mahkeme huzurunda olmayıp yerlerine naiplerinin olması, bu şartı yerine getirmektedir³⁶¹.

Davalı vekilinin yüzüne karşı beyyine ileri sürüldükten sonra davalı bizzat mahkeme huzuruna gelse, hakim o beyyine ile davalı aleyhine hükmedebilir. Aynı şekilde davalının yüzüne karşı beyyine ileri sürüldükten sonra davalı vekili mahkeme huzuruna gelse, hakim yine vekilin yüzüne karşı davalı aleyhine hükmedebilir³⁶².

Bütün mirasçılardan davalı olduğu bir davada, mirasçılardan sadece birisinin mahkeme huzurunda bulunduğu bir zamanda beyyine ileri sürülerek iddia ispatlandıktan sonra ve hüküm verilmeden önce o mirasçı kayboldu, hakim diğer mirasçılardan yüzüne karşı hüküm verebilir. Davacının yeniden beyyine getirmesine gerek yoktur³⁶³.

³⁵⁷ **Bilmen**, C. 8, s. 229.

³⁵⁸ MAA, m. 1830; **Bilmen**, C. 8, s. 229.

³⁵⁹ **Ali Haydar**, C. 4, s. 494.

³⁶⁰ MAA, m. 1830; **Bilmen**, C. 8, s. 229.

³⁶¹ **Ali Haydar**, C. 4, s. 494; **Hacı Reşit Paşa**, C. 8, s. 247.

³⁶² MAA, m. 1831; **Bilmen**, C. 8, s. 229, 230.

³⁶³ MAA, m. 1832; **Bilmen**, C. 8, s. 230.

2. Çeşitleri

a. Davanın Kabulü (Kazâ-i İstihkâk / Kazâ-i İlzâm)

Davacının davasında haklı çıkması sonucu verilen hükme “kazâ-i istihkak” denilir³⁶⁴. Hakim “Hükmettim, iddia olunan şeyi bu kimseye ver.” gibi sözlerle dava konusu olan şeyi davacıya verme ya da yapma konusunda davalıyı mahkum etmesidir³⁶⁵.

Kazâ-i istihkâk, kesin hükümdür. Bu konuda yeni bir iddia olmadıkça aynı konu için tekrar dava açılmaz. Mesela, A, B’nin elinde bulunan malın kendisine ait olduğunu iddia ve ispat ettikten sonra lehine hükmedilirse, C “Bu mal benimdir.” diyemez. Çünkü sözü edilen mal aidiyeti kesin hüküm vardır. Fakat C, “Mahkemenin kararından sonra o malı A’dan satın almıştım.” diyerek aynı mal hakkında fakat mülkiyetin geçişine yeni bir sebep göstererek malı dava ederse davası dikkate alınır³⁶⁶.

b. Davanın Reddi (Kazâ-i Terk)

Davacının davasında haksız çıkması sonucu davasının reddedilmesiyle verilen hükme “kazâ-i terk” denilir³⁶⁷. Hakim “Hakkın yoktur, münâza’adan (uyuşmazlıktan) memnûsun.” gibi sözlerle davacıyı davalıya karşı uyuşmazlıktan men etmesidir³⁶⁸.

³⁶⁴ **Ali Haydar**, C. 4, s. 422. Günümüz Medeni Yargılama Hukukunda davanın kabulüne ilişkin hüküm çeşitleri: eda davasının kabulü ve tespit davasının kabulüdür. Bkz. **Kuru / Arslan / Yılmaz**, s. 451; Ceza Yargılaması hukukunda ise mahkûmiyet kararı ve güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın kabulüne ilişkindir. (CMK m. 223)

³⁶⁵ **Akgündüz**, Şer’iye Sicilleri, Mahiyeti, Toplu Kataloğu ve Seçme Hükümler, C. 1, s. 71; “Mahalle-i Cedfide’den Mustafa b. Abdullah, Mustafa b. Kulu mahzarında da’vâ edip oğlu Halil gâib oldukda bizi ayarttın deyû tazyik edip def- i tazyik için altı yüz akçem aldı hâlâ taleb ederim dedikde gibbe’s-suâl dört yüz doksan beş akçe aldım deyû ikrâr edip meblağ-ı mezbûr ile **müdde’â Ali’ye ilzâm olundu.**” Üsküdar Mahkemesi 51 Numaralı Sicil, Metin No: 31b-3, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 8, s. 165.

³⁶⁶ **Ali Haydar**, C. 4, s. 424.

³⁶⁷ Günümüz Medeni Yargılama Hukukunda davanın reddine ilişkin hüküm çeşitleri: eda davasının reddi ve tespit davasının reddidir. Bkz. **Kuru / Arslan / Yılmaz**, s. 451; Ceza Yargılaması hukukunda ise beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, davanın reddi ve düşmesi kararı, davanın kabulüne ilişkindir. (CMK m. 223)

³⁶⁸ **Akgündüz**, Şer’iye Sicilleri, Mahiyeti, Toplu Kataloğu ve Seçme Hükümler, C. 1, s. 72; “...da’vânın **istimâ’ı memnû’ olmağın** mezbûre Teslîme babasından irs-i şer’le intikâl eden muhallefât husûsiçin yefimân-ı mezbûrân ile **mu’ârazadan men’ olunup** ve mâ hüve’l-vâki‘ bi’t-taleb tahrîr olundu.” Üsküdar Mahkemesi 84 Numaralı Sicil, Metin No: 35a-2, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 10, s. 248.

Kazâ-i terk kesin hüküm değildir. Davacı iddiasında gerçekten haksız olabileceği gibi haklı olup ispat edememiş de olabilir. Bu durumda yeni bir beyyine getirmesi durumunda aynı sebebe dayanarak dava açabilir.³⁶⁹

3. Gıyâbî Hüküm

Davalı mahkemeye gelmekten veya vekil göndermekten imtina ederse, kendisinin zorla getirilmesi de mümkün olmazsa, davacının talebiyle mahkemeye ait olan davetiye evrakı, ayrı ayrı günlerde üç defa davalıya gönderilerek mahkemeye davet edilir; gelmediği takdirde hakim ona bir vekil tayin edeceğini ve davacının davasını ve beyyinesini dinleyeceğini bildirir. Bunun üzerine davalı yine mahkemeye gelmez ve vekil de göndermez ise hakim onun hukukunu koruyacak bir kimseyi vekil tayin eder ve duruşmaya davalının yokluğunda devam eder³⁷⁰. Bu vekilin görevi, davacının iddiasını kabul etmemektir. Yani davacının davayı ispat edebilmesi için öncelikle davalının iddiayı reddetmesi gerekmektedir. Yoksa davalı vekili, karşı dava açarak müvekkilini müdafaa edemez³⁷¹.

Davacının iddiasını ispat etmesiyle birlikte dava sabit olur ve davalının gıyabında aleyhine hükmedilir. Davalının vekili huzurunda verilen bu gıyabi hüküm, davalıya tebliğ edilir³⁷². Gıyabi hüküm kendisine tebliğ edilen davalı, bu hükme itiraz etmezse hüküm icra edilir; itiraz ederse hükmün icrası ertelenir³⁷³. Bundan sonra davalı mahkeme huzuruna gelip de karşı dava açarsa davası dinlenir³⁷⁴.

II. İSPAT HUKUKUNA İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR

A. Genel Kavramlar

1. İspat Kavramı ve İspatın Konusu

İslam Yargılama Hukukunda ispat, mahkemede ileri sürülen ve hukukî sonuçları bulunan bir iddianın gerçekliği konusunda kesin bilgi ya da zannı galip oluşturacak

³⁶⁹ Ali Haydar, C. 4, s. 423.

³⁷⁰ MAA, m. 1834; Bilmen, C. 8, s. 231, 232.

³⁷¹ Ali Haydar, C. 4, s. 502.

³⁷² MAA, m. 1835.

³⁷³ Ali Haydar, C. 4, s. 504.

³⁷⁴ MAA, m. 1836; Bilmen, C. 8, s. 232.

şekilde beyyine getirmek demektir³⁷⁵. İspatın konusu ise, mahkemede taraflar arasında çekişmeye konu olan hak veya hakkın sebebidir³⁷⁶.

Bir davada davanın taraflarından birisi, ancak kendisinin dayandığı vakıaların doğru olduğunu veya karşı tarafın dayandığı vakıaların doğru olmadığını ispat ederek davayı kazanabilir veya davanın reddini sağlayabilir. Davacı iddiasında ne kadar haklı olursa olsun, davasını dayandırdığı vakıaları ispat edemezse davayı kaybeder. Bu yüzden bir davada ispatın çok büyük bir önemi vardır³⁷⁷. İşte tarafların iddialarını ispatlamakta kullandıkları ispat araçları, tezimizin asıl konusunu oluşturmaktadır.

2. İspat Yükü ve Dayanağı

İspat yükü, mahkemede ileri sürülen iddianın hangi tarafça ispatlanacağı sorunudur. Başka bir deyişle, iddianın ispat edilememesi halinde aleyhine karar verilecek olan tarafın yükümlülüğüdür³⁷⁸.

İslam Yargılama Hukukunda ispat yükü, iddia sahibi üzerindedir³⁷⁹. Bu konudaki genel kuralın delili, “*Beyyine getirmek davacıya, yemin etmek ise davalıya düşer.*” hadisidir³⁸⁰. Bu kuralı Mecelle de aynı şekilde ifade etmiştir: “*Beyyine müdde’i için ve yemin münkir üzerinedir.*”³⁸¹. Buna göre davacı konumundaki iddia sahibi, mevcut/zahirî durumun aksini ileri sürdüğü ve yeni bir şey ortaya koymak istediği için kendisinden iddiasını ispat edici kuvvetli bir delil getirmesi istenmiştir. Davalı için ise

³⁷⁵ Ali **Bardakoğlu**, “İsbat”, DİA, C. 22, TDV Yayınları, İstanbul 2000, s. 492; **Yılmaz**, s. 324. Günümüz Medeni Yargılama Hukuku kapsamında yapılan ispat tanımları, İslam Hukukundaki tanımlara benzerlik göstermektedir. Buna göre ispat, dava konusu hakkın ve buna karşı yapılan savunmanın dayandığı vakıaların var olup olmadıkları hakkında hakimde kanaat uyandırmak üzere yapılan ikna faaliyetidir. Bkz. **Kuru / Arslan / Yılmaz**, s. 351.

³⁷⁶ **Başözen**, s. 12; Gökçen **Topuz**, Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 31.

³⁷⁷ **Kuru / Arslan / Yılmaz**, s. 351.

³⁷⁸ **Yılmaz**, s. 324; **Topuz**, s. 36.

³⁷⁹ Günümüz Medeni Yargılama Hukukunda ispat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakiya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir. (MK m. 6, HMK m. 190). Ceza Yargılaması Hukukunda ise masumiyet karinesi ve susma hakkının bir sonucu olarak, sanığın suçsuzluğunu ispat yükü yoktur. İspat yükü, soruşturma safhasında iddia makamına, kovuşturma safhasında da re’sen takip edilen davalarda yargılama makamına, takibi şikayete bağlı davalarda ise müştekiye aittir. Bkz. Mehmet **Yavuz**, “Ceza Muhakemesinde İspat Sorunu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 9, Ankara 2012, s. 153.

³⁸⁰ **Mavsili**, C. 2, s. 159.

³⁸¹ MAA, m. 165.

böyle bir durum söz konusu olmadığından onun sadece yemin etmesi yeterli görülmüştür³⁸².

Osmanlı Yargılama Hukukunda ispat yüküyle ilgili kurallar Mecelle’de şu şekilde ifade bulmuştur: 1) Delil, görünürdeki durumun aksini ispat için; yemin, aslı devam ettirmek için kullanılır³⁸³. 2) Bir şeyin bulunduğu hal üzere kalması asıldır³⁸⁴. 3) Beraet-i zimmet asıldır³⁸⁵. 4) Arızî sıfatlarda asıl olan yokluktur³⁸⁶. Tüm bu kurallardaki ortak çıkarım, bir şeyin görüldüğü hali gibi olmasıdır. Yani mevcut görünür durum nasılsa o hale göre hüküm verilir, o hal gerçek hal sanılır. Mesela, bir kimsenin elinde bir mal olsa, görünürde mal ona ait olduğu için, aslen de onun sayılır. Ancak malın ona ait olmadığı iddiası, görünürdeki durumun tersi bir durum olduğu için ispatlanması gerekir. İşte bu durumda ispat yükü, mevcut duruma aykırı iddiada bulunan kişiye aittir.

İspat yükünün iddia edene ait olması durumu, genel olarak hukuk davaları için geçerli olup ceza davalarında bazı hallerde ispat yükü hakime ait olmaktadır³⁸⁷.

B. İftaî Kavramlar

1. Delil

Delil, “gerçeğe ulaştırılan şey” anlamına gelen, kelâm ve fıkıh ilimlerinde kullanılan bir terimdir. Üzerinde doğru düşünüldüğünde, şer’î hükmü bilmeyi sağlayan şey şeklinde tanımlanabilir³⁸⁸. Şer’î hükümler ise dinsel emirlerin tamamına denmektedir. Bunların sistemleştirilmesiyle İslam Hukuku doğmuştur³⁸⁹.

Şer’î delillerle şer’î hükümler arasında sıkı bir bağ mevcut olup, dinî literatürde şer’î delil denince, İslam şeriatına ait hükümlerin doğrudan veya dolaylı olarak elde edildiği tafsilî ve icmâlî deliller anlaşılmaktadır. Tafsilî (cüz’î) deliller, özel bir meseleyle ilgili belirli bir şer’î hükmü bildiren delillerdir. Mesela boşanan kadının iddet süresi³⁹⁰, domuz etinin ve kendiliğinden ölen hayvanın etinin haram oluşu³⁹¹, miras

³⁸² Bardakoğlu, “İsbat”, s. 493; Mustafa Yıldırım, s. 165.

³⁸³ MAA, m. 77.

³⁸⁴ MAA, m. 5.

³⁸⁵ MAA, m. 8.

³⁸⁶ MAA, m. 9.

³⁸⁷ Atar, İslâm Adliye Teşkilatı, s. 194; Bardakoğlu, “İsbat”, s. 493.

³⁸⁸ Ali Bardakoğlu, “Delil”, DİA, C. 9, TDV Yayınları, İstanbul 1994, s.138.

³⁸⁹ Yılmaz, s. 646.

³⁹⁰ Bakara, 2/231.

payları ile ilgili ayetler³⁹² ve şüfa hakkı ile ilgili hadisler, birer tafsilî (cüz'î) delildir. İcmâlî deliller ise şer'î hükümlerin genel kaynaklarıdır³⁹³. İşte İslam Hukukunun kaynakları derken anlaşılması gereken, bu hukukun dayandığı esaslar, başka bir ifadeyle İslam hukukçularının bu hukukun normlarını tespit ederken başvurdukları kaynaklardır. Bu kaynaklara klasik metinlerde “şer'î deliller” (edille-i şer'iyye) denmektedir³⁹⁴. Aslında İslam Hukukunun ana konusu da şer'î hükümle şer'î delilden ve bu ikisi arasındaki bağdan oluşmaktadır.

İslam Hukukunun asıl delilleri (kaynakları) Kuran, sünnet ve icmâ olup, diğer deliller bunlar baz alınarak ortaya konmaktadır. Bu deliller ise genelde önceki şeriatler, sahabe sözü ve örf olup bunların kaynak olarak kullanılıp kullanılmaması mezheplere göre farklılık göstermektedir.

Çeşitli fıkıh usulü kitaplarında yer alan, “bizim delilimiz”, “bu meselenin delili” gibi ifadelerden anlaşılması gereken, şer'î hükme kaynaklık eden delil veya bunlardan hüküm elde etmede kullanılan metot ve kurallardır³⁹⁵.

Delil, muamelât hukukunda³⁹⁶ terim anlamından çok, sözlük anlamına paralel olarak “Bir şeyi bilmeye yarayan alâmet ve karine” anlamında kullanılmaktadır³⁹⁷. Nitekim “*Bir şeyin umûr-u bâtınada delili ol şeyin makamına kâim olur.*”³⁹⁸ ifadesinde kullanılan delil sözcüğü de “alâmet” anlamındadır. Maddenin açık anlamı şu şekildedir: “Bir şeyin bilinmeyen durumunu gösteren alâmeti, o şeyin yerine geçer”. O halde gerçek durumun anlaşılmasına imkân bulunmayan durumlarda, görünen alâmete göre hüküm verilir. Mesela kasten adam öldürme sonucunda kişiye kısas uygulanır. Fakat kasıt, bâtınî bir bilgi olduğundan, öldürme aleti ve öldürme şekli kasıt olup olmadığına dair alâmet olarak kabul edilir³⁹⁹. Bu durumda günümüz yargılama hukukunda delil,

³⁹¹ Mâide, 5/3.

³⁹² Nisâ, 4/ 11, 12.

³⁹³ **Bardakoğlu**, “Delil”, s. 139.

³⁹⁴ **Aydın**, THT, s. 31.

³⁹⁵ **Bardakoğlu**, “Delil”, s. 139.

³⁹⁶ Geniş anlamda muamelât, fikhın ibadetler dışında kalan kısmını, yani hukukun tamamını ifade eder; dar anlamda ise mâmelek hukukunu, medeni hukuku ve özel hukuku ifade eder. Bilal **Aybakan**, “Muâmelât”, DİA, C. 30, TDV Yayınları, İstanbul 2005, s. 318.

³⁹⁷ **Bardakoğlu**, “Delil”, s. 139.

³⁹⁸ MAA, m. 68.

³⁹⁹ Mustafa **Yıldırım**, s. 157.

davada tarafların iddialarını ispat için dayandıkları ispat araçları anlamına gelmektedir⁴⁰⁰.

2. İctihat

İctihat kelimesinin kökü “cehd” olup, “zorluk”, “meşakkat” anlamlarına gelmektedir⁴⁰¹. Bu bağlamda ictihat sözlükte “Herhangi bir iş hususunda çaba sarf etmek ve olanca gücünü harcamak” anlamındadır⁴⁰². Terim anlamı ise, bir kimsenin şer’î hükümlerden birini zannî derecede elde etmek için bütün gücüyle uğraşmasıdır. Bunu yapan kişiye de “müçtehit” denir⁴⁰³.

Nassların sayıca sınırlı, hukukî ihtiyaç ve sorunların ise neredeyse sınırsız sayıda ve çeşitte olması, bu sınırlı nassların, sınırsız ve çok çeşitli hayat olaylarına nasıl yeterli olacağı ve bu nasslarda çözümü açıkça yer almayan problemlerin nasıl çözüleceği sorusunu gündeme getirmiştir. İşte ictihat, bu soruların cevabı olarak ortaya çıkmıştır⁴⁰⁴. İctihat, nassların lafız, mana ve bilinçli boşluklarında var olan şer’î-amelî hükümleri ortaya çıkarmaya ilişkin beşerî çabayı ifade etmekte ve bu işlevi itibariyle akli temsil etmektedir. İctihat her halükarda nasslar üzerinden yürütülen bir faaliyet olmakla beraber, esas itibariyle insan aklının ve birikiminin devreye girdiği beşeri bir faaliyettir. “Şahsî akıl yürütme” anlamında re’y icthadının faaliyet göstermeye başlamasıyla birlikte fikhin rasyonel prensipleri de oluşmaya başlamış, fıkhıta sistemleştirme dönemine geçilmiş ve İslam Hukukunun sistemleştirilmesi ve uygulanması büyük ölçüde bu ictihat faaliyetinin sonucunda gerçekleşmiştir⁴⁰⁵.

İctihadın, fıkhı usulünün temel kavramlarından biri haline gelip bu konuda zengin doktriner tartışmaların ortaya çıkması, mezheplerin teşekkül ettiği dönemde yapılan fikhî faaliyetlerin bir sonucudur. Ancak ictihat fikrî bir çabadan oluştuğu için, Hz. Peygamber (s.a.v) döneminde yapılmaya başlandığı görüşünde olanların⁴⁰⁶ yanı sıra, Hz. Peygamber’in (s.a.v.) ictihat etmek durumunda olmadığı ve zaten onun tüm sözleri

⁴⁰⁰ **Yılmaz**, s. 155.

⁴⁰¹ **Hallâf**, s. 63.

⁴⁰² **Yılmaz**, s. 291.

⁴⁰³ **Hallâf**, s. 63; **Ebu Zehra**, s. 325; **Şaban**, s. 373; **Gazalî**, s. 315.

⁴⁰⁴ Hayrettin **Karaman**, İslam Hukukunda İctihad, DİBY, Ankara YYB, s. 30.

⁴⁰⁵ **Apaydın / Türcan / Okur / Hacak / İltas**, İslam Hukukuna Giriş, s. 129.

⁴⁰⁶ **Karaman**, İslam Hukukunda İctihad, s. 33.

vahiy kaynaklı olduğu için, vahiy sürecinin tamamlanmasından sonra başladığı görüşünde olanlar da vardır⁴⁰⁷.

Sünnî, Mutezîlî ve Şîî bütün fıkıh mezhepleri arasında, hükmün yalnızca Allah'a ait olduğu, bütün hükümlerin ise insanların maslahatları için konulduğu, karşılaşılan her olayın hükmünün nasslarda doğrudan veya dolaylı biçimde bulunduğu ve din hususunda delilsiz konuşmanın yanlış olduğu konularında görüş birliği vardır. Böylece onlar için içtihat etmek hem meşru hem de gereklidir. Ancak dolaylı olarak bulunduğu varsayılan hükümlerin çıkarılmasının nasıl ve hangi yollarla olacağı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır⁴⁰⁸.

Hukukî bir mesele hakkında Kuran ya da sünnette hüküm bulunsa bile bunu herkesin anlaması ve meselelere uygulaması mümkün değildir. İşte bu noktada müçtehitlere ihtiyaç duyulmuştur. Bir müçtehidin içtihat edebilmesi için de kendisinde bazı özellikler aranmıştır. Bu özelliklerden ilki, şer'î hükümlerin kaynaklarını çok iyi bilmektir. Buna göre öncelikle delilleri anlayabilmek için Arapçayı, Kuran'daki şer'î hükümleri (ezberden olmamakla birlikte ihtiyaç anında yerlerini bulabilecek derecede bilmek), sünnetten yine şer'î hükümlerle ilgili olanları, Kuran ve sünnetteki neshleri, üzerinde icmâ olunmuş meseleleri, kendisinden önceki müçtehitlerin kıyas ve içtihatlarını ve içtihat usullerini bilmek gerekmektedir. Bunun dışında içtihadının dinlenmesi için de müçtehidin adil olması, adalette leke sayılan günahlardan kaçınması gerekmektedir⁴⁰⁹.

İçtihadın hangi konularda edilebileceği konusuna gelince, bu konudaki sınırlama esas olarak, Kuran ve sünnette açıkça hüküm bulunan konularda içtihat edilemeyeceğidir. “*Mevrid-i nassta içtihadı mesâğ yoktur.*”⁴¹⁰ kuralı, içtihadın özellikle nassların düzenlemediği alanlarda olabileceğini anlatır. Hakkında kesin delil bulunmadığı için içtihadı açık olan ve hükmü içtihatla beyan edilen meseleye, “müctehedün fihi” ya da “içtihadî mesele” denilir. Böylece içtihat, konuyla ilgili bir nassın bulunmadığı zaman yukarıda anlatılan yöntemlerle yeni bir hüküm çıkararak,

⁴⁰⁷ **Apaydın / Türçan / Okur / Hacak / İltaş**, İslam Hukukuna Giriş, s. 130; İçtihadın Hz. Peygamber (s.a.v.) döneminde yapılmaya başlanıp başlanmadığına dair tartışma ve görüşler için bkz. **Gazalî**, s. 315-326.

⁴⁰⁸ **Apaydın / Türçan / Okur / Hacak / İltaş**, İslam Hukukuna Giriş, s. 131.

⁴⁰⁹ **Ekinci**, Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk, s. 123; **Hallâf**, s. 66, 67; **Ansay**, s. 26; **Ebu Zehra**, s. 325-332; **Gazalî**, s. 315.

⁴¹⁰ MAA, m. 14.

karşılaşılan fikhî meseleyi doğrudan düzenleyen fakat farklı biçimde anlaşılmaya müsait bir nassın bulunması durumunda da o hükmü anlatarak ve mevcut meseleye tatbik ederek yapılabilir. Bazen de hakkında kesin delil bulunan meseleler doğrudan içtihadla açık olmamakla birlikte, ayrıntıları içtihadla açık olabilir⁴¹¹. Mesela abdestin su ile sahih olacağı konusunda görüş birliği bulunmakla beraber gül suyu vb. sıvılarla abdest almanın caiz olup olmadığı içtihadla açık bir meseledir⁴¹².

3. Fetva

Fetva⁴¹³, İslam Hukukuna dair bir meselenin hükmünü bildiren fakih görüşüdür. Bir içtihadın somut olaya uygulanmasıdır⁴¹⁴. İctihat yapabilecek birikim ve yeterliliğe sahip olmayan kimseler, karşılaştığı olayın dinî-hukukî hükmünü öğrenmek amacıyla içtihat ehliyetine sahip ve dinî duyarlılığı olan müftîye başvururlar. Burada fetva almak için başvuran kişiye “müsteftî”, fetva alma işlemine de “istiftâ” denilir⁴¹⁵.

İstiftânın meşruluğunu temellendirmek için “*Bilmiyorsanız bilenlere sorun.*”⁴¹⁶ ayetine atıf yapılmakla beraber, bu uygulamanın asıl temeli sahabe uygulamasıdır. Sahabe döneminden itibaren içtihat yeterliliğine sahip olmayanlar, karşılaştıkları meselelerin dinî hükmünü öğrenmek için müçtehitlere başvurmuş ve onlardan fetva almışlardır. Gerek Sahabe döneminde gerekse sonraki dönemlerde hiçbir müçtehidin fetva vermeyi reddederek fetva isteyenleri içtihat etmeye yönlendirdiği bilinmemektedir. Zira herkesi içtihat etmeye yönlendirmek mümkün olmadığı gibi doğru da değildir⁴¹⁷.

Fetvalar iki kısımdan oluşmaktadır. Öncelikle çözülmesi istenen hukukî mesele sual şeklinde yazılır, altına da müftînin cevabı çok kısa bir şekilde yazılır. Bu cevap

⁴¹¹ **Karaman**, İslam Hukukunda İctihad, s. 22; **Şaban**, s. 379-381; **Gazalî**, s. 320.

⁴¹² **Apaydın / Türcan / Okur / Hacak / İltaş**, İslam Hukukuna Giriş, s. 137, 138; **Cin / Akgündüz**, THT, s. 176.

⁴¹³ Yukarıda “Fetva Kitapları” adlı başlıkta fetva ile ilgili ayrıntılı bilgi verildiği için burada sadece fetva-kaza arasındaki ilişkiye değinilecektir.

⁴¹⁴ **Ekinci**, Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk, s. 128.

⁴¹⁵ **Apaydın / Türcan / Okur / Hacak / İltaş**, İslam Hukukuna Giriş, s. 141; **Ebu Zehra**, s. 343; **Bilmen**, C. 8, s. 253.

⁴¹⁶ Enbiya 21/7.

⁴¹⁷ **Apaydın / Türcan / Okur / Hacak / İltaş**, İslam Hukukuna Giriş, s. 142; **Fahrettin Atar**, “İfta Teşkilatının Ortaya Çıkışı”, MÜİFD, S. 3, İstanbul 1985, s. 36; **Bilmen**, C. 8, s. 266.

genelde “Olur.” ya da “Olmaz.”, “Evet.” ya da “Hayır.” şeklindedir. Cevabın yanına ise bunun hangi geçerli kaynaktan alındığı yazılarak müftînin imzası ve mührü vurulur⁴¹⁸.

Yukarıda da incelendiği üzere fetva, İslam Hukukundaki meselelerin hükmünü bildiren bir fakih görüşüdür. Buna benzer olarak kadılar da insanlar arasında meydana gelen uyuşmazlık ve ihtilafları usulüne uygun olarak sonuçlandırır ve bu işleme de kaza denilir. Meselelerin çözümü noktasında her iki kurumda da bir benzerlik bulunmakla beraber, İslam Hukukunda fetva ve kaza ayırımı yapmak temel prensiplerden olmuştur. Gerek müftî gerekse kadı, İslam Hukuku kurallarına göre hüküm vermekle birlikte, aralarında temel farklılıklar bulunmaktadır. Bu farklılıklar şunlardır:

1) Fetva şer’î hükmü açıklamak ve haber vermektir. Bu yüzden müftî kendisinden fetva alıp bununla amel etmeyen müstefîyi amel etmeye zorlayamaz. Kaza da şer’î hükmü haber verip açıklamakla birlikte resmîyette bağlayıcıdır. Bu yüzden taraflar kadı’nın verdiği hükmü yerine getirmek zorundadırlar. Aksi halde hüküm devlet gücüyle icra edilir⁴¹⁹.

2) Fetva, dini hükmün açıklanması ve kapsamının belirlenmesi demek olduğundan, açıklanan hüküm geneldir; aynı durumda olan herkes için geçerlidir. Kaza sonucu verilen hüküm ise sadece tarafları bağlayıcıdır. Çünkü bu hükmün esası, tarafların beyinelerinden oluşmaktadır⁴²⁰.

3) Fetva meselenin uhrevî hükmünü bildirmekle beraber, kazada dünyevî hüküm verilir. Buna göre fetvada kişinin niyeti önem taşırken kazada kişilerin zahirdeki davranışlarına bakılır. Mesela alacaklısı tarafından 15 yıl takip edilmeyen bir borcun borçludan talep edilip edilemeyeceği müftîye sorulsa “*Zamanın geçmesiyle hak düşmez.*” ilkesi gereği müftî, borcun devam ettiğine dair fetva verir. Ancak aynı dava kadıya getirilirse kadı, zamanaşımından dolayı davayı dinlemez. Bu şekilde borçlunun dünyevî olmamakla birlikte uhrevî sorumluluğu devam eder⁴²¹.

⁴¹⁸ **Ekinci**, Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk, s. 129; **Atar**, “İfta Teşkilatının Ortaya Çıkışı”, s. 35.

⁴¹⁹ **Atar**, “Fetva”, s. 488; Ömer Nasuhi **Bilmen**, Hukukî İslamiyye ve İslahatı Fıkhiyye Kamusu, Bilmen Yayinevi, C. 1, İstanbul 1985, s. 253.

⁴²⁰ **Ekinci**, Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk, s. 130; **Bilmen**, C. 1, s. 253.

⁴²¹ **Ekinci**, Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk, s. 130; **Atar**, “Fetva”, s. 488; **Atar**, “İfta Teşkilatının Ortaya Çıkışı”, s. 40.

4) Fetvada müftî, meseleyi soranın beyanlarına göre cevap verir, meselenin doğru olup olmadığını araştırmaz. Ancak kazada tarafların kadı huzurunda bir araya gelmesi ve meselenin doğruluğunun iyice araştırılması gerekir. Kadı tarafların beyanlarıyla bağlı değildir⁴²².

5) Fetva, şer'î hüküm ve meselelerin tümünü kapsadığından, yargılamayla ilgili konularda olduğu gibi ibadette ve benzeri dini konularda da geçerlidir⁴²³. Kaza ise yalnız yargılama ve kanunlaştırma konusu olabilecek meselelerde yapılır. Çünkü ibadetler, kişinin özel hayatına, irade ve sorumluluğuna aittir ve bu yüzden yargılama konusu olamaz ve kazaî anlamda da hüküm altına alınamaz. Mesela kadı “Bu namaz sahihtir, şu namaz batıldır.” diye hüküm veremez⁴²⁴.

6) Kaza esas itibariyle devletin hakkı olup kadı devlet otoritesi adına hükmeder. Bu sebeple kendisine kaza görevi verilmeyen bir kişi müçtehit olsa bile hüküm veremez. Ayrıca bir kişinin kazaya ehil olabilmesi için, şahitliğe de ehil olması gerekir. Buna göre şahitlik ehliyetine sahip olmayan kadınlar, köleler ve çocuklar kazaî hüküm veremez. Fetva vermek içinse bazı şartlar⁴²⁵ aranmakla birlikte bu şartları haiz kadın, erkek, özgür veya köle her Müslüman fetva verebilir⁴²⁶.

C. Kazaî Kavramlar

1. Beyyine

Beyyine, sözlükte “ayrılmak”, “uzaklaşmak”, “ayırarak” ve “uzaklaştırmak” anlamlarındaki “beyn” veya “açık seçik olmak”, “açık seçik hale getirmek” anlamlarındaki “beyan” kökünden türeyen bir sıfat olup “apaçık delil”, “hüccet”, “kesin belge” demektir. Kelimenin kökünde bulunan “ayrılmak” ve “açık seçik olmak” anlamları birbirini tamamlayıcı niteliktedir. Çünkü tamamen bilinmeyen ya da az çok kapalı olan bir bilginin konusu önce benzerleri arasından ayırt edilir. Sonra da rahatlıkla bilinebilecek açık seçik bir hale getirilir. Bu niteliği taşıyan bir husus, tamamen veya kısmen bilinmeyen başka hususlara da kılavuzluk yaparak onların bilinmesini sağlar ve

⁴²² **Ekinci**, Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk, s. 130.

⁴²³ Hafsa **Kesgin**, “Nevâzil Kavramı Ve Fetvâ, Kazâ İlişkisi (Kavramsal Bir Analiz)”, ATAÜİFD, S. 40, Erzurum 2013, s. 378; **Bilmen**, C. 1, s. 253.

⁴²⁴ **Atar**, “Fetva”, s. 488.

⁴²⁵ Bu şartlar için bkz. **Atar**, “İfta Teşkilatının Ortaya Çıkışı”, s. 35.

⁴²⁶ **Atar**, “Fetva”, s. 488; **Aydın**, THT, s. 94; **Atar**, “İfta Teşkilatının Ortaya Çıkışı”, s. 41; **Bilmen**, C. 1, s. 253.

bu sebeple ona “doğruyu yanlıştan, hakkı bâtıldan ayıran belge” anlamında beyyine denir⁴²⁷. Daha geniş anlamda ise delil, kanıt, belli olmak, herhangi bir olayın veya hukukî ilişkinin doğruluğunu ortaya çıkarmak için başvuru her türlü araçtır⁴²⁸.

İslam Muhakeme Hukukunda ise beyyine, kesinlik ifade eden, belli ispat vasıtalarına verilen genel bir isim olup, bir hakkın veya kendisine hukukî sonuç bağlanan bir olayın ispatını sağlayan özel kesin delil demektir⁴²⁹. Kuran ve sünnette en önemli ispat vasıtası olarak şahitliğe dikkat çekildiği için klasik fıkıh anlayışında beyyine, genel olarak şahit anlamında kullanılmıştır. İslam hukukçularının beyyineye bu anlamı yüklemelerindeki sebep Hz. Peygamber’den (s.a.v.) rivayet edilen hadislerdir⁴³⁰.

Hz. Peygamber’in (s.a.v.) beyyineyi şahit anlamında kullandığı, bu yüzden beyyineye şahitlikten başka anlam yüklenemeyeceği görüşünde olan fakihler vardır. Bunlar delil olarak genellikle şu hadislere dayanmışlardır: “Hz. Peygamber (s.a.v.), hanımına zina isnadında bulunan Hilal B. Umeyye’ye “Ya beyyine getirirsin ya da sana had cezası uygularım.” demiştir.⁴³¹ Bir kişinin zina ettiğini iddia eden biri, bunu dört erkek şahitle ispatlaması gerektiğinden⁴³² burada beyyine şahit anlamında kullanılmıştır. Bir başka hadiste de Hz. Peygamber (s.a.v.), “*Beyyinesiz nikâh olmaz.*”, (Şahitsiz nikâh olmaz.) diyerek beyyineyle şahitliği eşanlamda kullanmıştır⁴³³.

Ancak İbn Teymiyye, İbnu’l Kayyim gibi bazı fakihlere göre beyyine, sadece şahitlikle sınırlandırılmaz. Bunlara göre beyyineyi sadece şahitle sınırlandıranlar, bu kavramla kastedilen anlamın hakkını tam anlamıyla verememiş olurlar⁴³⁴. Zira Kuran’da beyyine, hüccet, delil ve burhan anlamlarında da kullanılmıştır⁴³⁵. Öyleyse beyyineden

⁴²⁷ Bekir Topaloğlu, “Beyyine”, DİA, C. 6, TDV Yayınları, İstanbul 1992, s. 96.

⁴²⁸ Yılmaz, s. 97.

⁴²⁹ Ali Bardakoğlu, “Beyyine”, DİA, C. 6, TDV Yayınları, İstanbul 1992, s. 97.

⁴³⁰ “Eğer insanlara sırf iddialarından dolayı istedikleri verilse, onlardan bir topluluk diğer topluluğun kanını ve malını ister. Lâkin davacının beyyine getirmesi, davalının da yemin etmesi gerekmektedir.”, “Beyyine getirmek davacıya, yemin etmek de davalıya düşer.” **Mavsilî**, C. 2, s. 159, 165.

⁴³¹ Sahip Beroje, “İslâm Ceza Muhâkemesi Hukukunda Beyyine Külfeti ve İspata Hakim Esaslar”, Atatürk Üniversitesi SBE, Erzurum 1999 (Yayımlanmamış Doktora Tezi), s. 15.

⁴³² Nur, 24/4.

⁴³³ **Demir**, Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi, s.112.

⁴³⁴ **Beroje**, s. 17.

⁴³⁵ A’raf, 7/73; Mâide, 5/32; Fatır, 35/25; Enfal, 8/42.

kasıt, mahkeme önünde gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlayan her türlü kesin ispat vasıtasıdır⁴³⁶.

Mecelle beyyineyi, “Şerh-i Kitâbi'l-Beyyinât Ve't Tahlîf” adlı bölümünde incelemiştir. Buna göre beyyine, “*hüccet-i kaviyyedir*”⁴³⁷; yani kuvvetli delildir. Bu tanıma göre, ispat kuvvetine sahip her türlü delil beyyine olabilir şeklinde yorum yapmak mümkündür. Ancak Ali Haydar Efendi “Mecelle Şerhi”nde özel bir yorum yaparak; tanımda yer alan hüccet lafzının cins anlamda kullanıldığını, bu yüzden kapsamına şahitliğin yanı sıra ikrar ve yeminin bir türü olan nükûlün de dâhil edileceğini, ancak hüccet-i kaviyye dendiği zaman ikrar ve nükûlün bu kapsama giremeyeceğini, böylece beyyineden anlaşılması gerekenin sadece şehadet olması gerektiğini söylemektedir. Hatta bu yorumunu ispatlamak için, klasik kaynaklarda hüccetin beyyine, ikrar ve nükûlden ibaret olduğundan bahsetmektedir⁴³⁸. Böylece Mecelle, yukarıda söz edilen görüşlerden genel görüş olan, beyyinenin sadece şahitlikten ibaret olması gerektiği görüşünü desteklemektedir.

Beyyinelerin değerlendirilmesi hususunda, aynı konuda birbiriyle çatışan birden çok beyyinenin bulunması durumunda, hangisinin tercih edileceğine dair bazı kurallar ve ölçütler getirilmiştir. Bu ölçütlere örnek olarak şahitlerin daha adil olması, şahit sayısındaki fazlalık, beyyinenin ayrıntılı ya da özlü olması, tarafların dava konusu şeyin zilyedi olup olmaması gibi durumlar gösterilebilir⁴³⁹.

Bu anlatılanlar çerçevesinde, beyyine teriminin Türkçeye delil olarak çevrilmesi pek uygun değildir. Çünkü İslam Hukuku terminolojisinde delil kavramıyla, İslam Hukukunun asli kaynakları olan Kuran, sünnet ve icmâ kastedilir⁴⁴⁰. O yüzden tezimizde incelenecek olan ispat vasıtaları, şimdiki hukukumuzda var olan deliller ile paralellik gösterse de İslam Hukukunda bunlara beyyine ve hüccet dendiğinden, ilgili bölümde de bunlara delil yerine beyyine ve hüccet denilecektir.

⁴³⁶ Celal **Erbay**, İslâm Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat Vasıtaları, İÜİFVY, İstanbul 1999, s. 51; **Bardakoğlu**, “Beyyine”, s. 97; **Akman**, s. 63.

⁴³⁷ MAA, m. 1676; Ahmed **Akgündüz**, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Külliyatı, DÜHFY, Diyarbakır 1986, s. 741.

⁴³⁸ **Ali Haydar**, C. 4, s. 236.

⁴³⁹ Bu kurallar için bkz. **Ali Haydar**, C. 4, s. 238; **Mavsıfı**, C. 2, s. 176-189.

⁴⁴⁰ Şeyh **Bedreddin**, Yargılama Usulüne Dair Câmiu'l-Fusûleyn, s. 1201.

2. Hücçet

Sözlükte “senet”, “delil”, “belge” anlamlarına gelen hücçet,⁴⁴¹ İslamî literatürde bütün delillere ve kıyas şekillerine verilen isim⁴⁴²; Osmanlı Hukuk terminolojisinde ise kadı huzurunda taraflardan birinin ikrarını, diğçerinin de bu ikrarı tasdikini iççeren ve herhangi bir hükmü iççermeyen hususlara dair düzenlenmiş belgeye verilen isimdir⁴⁴³. Mecelle’de de hücçet, şahitlik, ikrar, yemin ve nükûl anlamında kullanılmıştır⁴⁴⁴. Böylece hücçet kelimesini her türlü anlamını kapsayacak biçimde, bir hakkı ispat edici bir ispat vasıtası şeklinde anlayabiliriz. Bu şekilde anlam bakımından beyyineden daha geniş bir alanı kapsadığı görülmektedir.

Hücçetler, aslında mahkemelerin noterlik çalışmalarının bir ürünüdür. Bunların mahkeme ilamlarından farkı, hakimin hükmünün bu belgede olmamasıdır⁴⁴⁵. İki taraflı işçlemlerde mahkemede her iki taraf da hazır olup, ifade ve ikrarları yazılır. Tek taraflı işçlemlerde ise tasarrufta bulunanın ikrarı yeterlidir. Mesela vasiyette varisin, vekil tayininde müvekkilin, borç ikrarında da ikrar edenin orada bulunması ve ifadesi yeterlidir⁴⁴⁶.

Hücçetlerin konusu, hakimler tarafından verilmiş her türlü kazaî olaydır. Başlıca hücçet çeşitleri şunlardır: köle ve köle azadı, evlenme, karşılıklı rıza ile boşanma, nikâhın feshi, nafaka, terbiye velâyeti, miras, rehin, rehini kaldırma, borçla ilgili ihtilafli konular, alım satım sözleşmeleri, vesayet, vekâlet, emanet, sulh, hacr-iflas, lukâta, gasp, cinayet⁴⁴⁷.

⁴⁴¹ **Yılmaz**, 279.

⁴⁴² Yusuf Şevki **Yavuz**, “Hücçet”, DİA, C. 18, TDV Yayınları, İstanbul 1998, s. 446.

⁴⁴³ Mustafa **Oğuz** / Ahmed **Akgündüz**, “Hücçet”, DİA, C.18, TDV Yayınları, İstanbul 1992, s. 450; **Akgündüz**, Şer’iye Sicilleri, Mahiyeti, Toplu Kataloğu ve Seçme Hükümler, C. 1, s. 21.

⁴⁴⁴ **Ali Haydar**, C. 4, s. 236.

⁴⁴⁵ **Bayındır**, s. 12.

⁴⁴⁶ Ali Himmet **Berki**, “Eski Vesikalar, İlâm, Hücçetler, Ferman, Beratler Ve Kaydı Hakanî”, Adalet Dergisi, S. 5, Ankara 1962, s. 441.

⁴⁴⁷ **Oğuz** / **Akgündüz**, s. 446; **Bayındır**, s. 12-18; **Akgündüz**, Şer’iye Sicilleri, Mahiyeti, Toplu Kataloğu ve Seçme Hükümler, C. 1, s. 26.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

OSMANLI YARGILAMA HUKUKUNDA İSPATA YÖNELİK ARAÇLAR

I. İSPAT VASITALARI

İspat vasıtası, bir hususu kanıtlamak için ortaya atılan her türlü araçtır. Mahkeme önünde ortaya atılan her bir iddianın, yine mahkeme önünde hukukun tanıdığı araçlarla ispat edilmesi gerekmektedir. Kural bu olmakla birlikte, İslam Hukukunda ispata elverişli ve hukuken tanınan araçların neler olacağı konusu eskiden beri fakihler arasında tartışılmaktadır. Buna göre klasik dönem fakihlerinin çoğunluğu, ispat vasıtalarını belli tür delillerle sınırlandırma ve bu sınırlı deliller karşısında hakimin takdir yetkisini de sınırlandırma eğilimindedir. Bunlar “*Beyyine getirmek davacıya, yemin etmek ise davalıya düşer.*” hadisine ve sünnetten uygulamalara dayanarak, davanın ancak şahitlerle ispat edilebileceği, şahit bulunamazsa davacının davalıya yemin teklif edebileceği ve davalının yemin etmesi ya da yeminden kaçınması sonucunda da yargılamanın sonuçlanacağı görüşündedir. Bunun dışında davalının ikrar etmesini de yargılamayı sonuçlandırabilecek bir husus olarak saymışlar ancak bu hasmın iddiayı kabul etmesi anlamına geldiği için ikrarı bir ispat vasıtası olarak kabul etmemişlerdir⁴⁴⁸. Böylece ispat vasıtalarını şahitlik, yemin ve yeminden kaçınma olmak üzere üç ana gurupta toplamışlardır⁴⁴⁹.

Çoğunluğun görüşü böyle olmakla birlikte, aralarında İbn Teymiyye, İbn Kayyim el-Cevziyye, İbn Ferhûn’un da bulunduğu bir kısım fakihler beyyineye, “mahkeme önünde gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlayan her türlü kesin delil” şeklinde geniş bir anlam vermişlerdir. Bunlara göre, gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi ve adaletin temin edilebilmesi için hakime geniş takdir yetkisi verilmeli ve gerçeği ortaya

⁴⁴⁸ Bayındır, s. 142.

⁴⁴⁹ Bardakoğlu, “İsbat”, s. 492.

çıkartabilecek her türlü ispat vasıtası da kullanabilmelidir. Eğer mevcut deliller yeterli değilse hakime mevcut delilleri değerlendirme yetkisi de verilmelidir. Mesela, İslam Ceza Hukukunda kural olarak, bir suçun ispatı için iki erkek şahidin şehadeti gerekmektedir. Ancak olayın görgü tanığı olarak tek erkek şahit bulunuyorsa ve bu kişi de doğruluğuyla tanınan bir kişi ise hakim takdir yetkisini kullanarak bu kişinin şehadetiyle birlikte hüküm verebilmelidir. Nitekim Hz. Peygamber (s.a.v.), bir müşrikin öldürülmesi olayında doğruluğu ile bilinen Ebû Katâde dışında şahit bulunamaması durumunda onun şahitliğiyle yetinilmesi kararı vermiştir. Aynen bunun gibi Hulefâ-i Râşidîn döneminde de şarap içme suçunu ispat için de iki erkek şahit yerine davalının ağzının kokması şarap içmeye karine olarak kabul edilmiş ve ispat için yeterli görülmüştür. Sonuç olarak bu fakihlere göre, hakimin sadece şahitlerin beyanlarıyla sınırlı kalıp maddi gerçeği ortaya çıkarabilecek diğer delillere başvurmaması, İslam Hukukunun adalet ilkesine ters düşecektir⁴⁵⁰.

Hukuk davalarının ve zina suçunun ispatının ne şekilde olacağı konusu Kuran ve sünnette apaçık bir şekilde ifade edildiğinden, bu konuların ispatı aslî delillerde ifade edilen şekliyle tatbik edilecektir. Fakat bunlar dışında Kuran’da, suç gibi tüm toplumu ilgilendiren ve failinin cezasız kalmasını kimsenin istemeyeceği bir konunun nasıl ispat edileceği hususunda hüküm bulunmaması ve Hz. Peygamber (s.a.v.) dönemi ile ilk dönem uygulamaları da göz önünde bulundurulduğunda, ceza yargılaması konusunda ispat vasıtalarına belirli bir sınırlama getirilmediği kanaatini uyandırmaktadır. Böylece keyfiliğe kaçmamak şartıyla hakime takdir yetkisi verilmesi, gerek tarafların gerekse toplumun menfaati açısından daha isabetli olacaktır⁴⁵¹.

Beyyinenin ne anlama geldiği ve hakimin takdir yetkisinin olup olmadığı konularındaki görüş ayrılıkları, pratikte çok da belirleyici olmamış ve fıkıh kitaplarında “dava ve beyyinât” bölümlerinde bir ispat vasıtası olarak şahitlikle birlikte yemin, yeminden kaçınma, ikrar, hakimin şahsi bilgisi, karine, yazılı belge, bilirkişi ve keşif de incelenmiştir⁴⁵². Nitekim Mecelle’de de aynı başlık altında önce şahitlik, daha sonra da

⁴⁵⁰ **Erbay**, s. 51, 52.

⁴⁵¹ **Erbay**, s. 53, 54; **Beroje**, s. 56.

⁴⁵² Günümüz Medeni Yargılama Hukukunda ispat vasıtaları, kesin deliller ve takdiri deliller olmak üzere iki kısma ayrılmıştır. Bu kapsamda kesin deliller: ikrar, senet ve yemin; takdiri deliller ise tanık, bilirkişi, keşif, uzman görüşüdür. Bkz. **Kuru / Arslan / Yılmaz**, s. 366-445. Ceza Yargılaması Hukukunda ise ispat vasıtaları, beyan delilleri, belge delilleri ve belirti delilleri olmak üzere üç kısma ayrılmıştır. Bu kapsamda beyan delilleri, sanık ve tanık beyanları; belge delilleri, somut olayı

diğer ispat vasıtaları incelenmiştir. Bu bölümde de aynı usul benimsenerek öncelikle şahitlik, daha sonra ise maddi gerçeği ortaya koyabilecek her türlü ispat vasıtası incelenecektir.

A. Şahitlik

1. Kavram

Şehadet, fıkıh literatüründe bir kimsenin başka bir kimsede olan hakkını ispat etmek için hakim huzurunda ve davalının karşısında şehadet ettiğini belirten ifade kalıbıyla haber vermesidir⁴⁵³.

Bir kimsenin verdiği haberin şehadet sayılabilmesi için şu unsurların bir araya gelmesi gerekmektedir:

Şehadet, ancak başka bir kimsede olan hak için söz konusu olur⁴⁵⁴. İkrarda başkasının kendisinde olan hakkını haber verdiği için ikrar, davada kendisinin başkasında olan hakkını haber verdiği için dava ve hakim yardımıyla hakime verdiği haberler şehadet sayılmaz⁴⁵⁵. Şahitlik bir hakkın ispatı için yapıldığından bir olayın gerçekleşmediğini ya da bir hakkın olmadığını haber vermek de şehadet sayılmaz⁴⁵⁶.

Şehadet, hakim huzurunda yapılmalıdır. Yani haberin, hüküm verilecek mecliste verilmesi gerekmektedir. Bu meclis dışında verilen haber, şehadet sayılmaz⁴⁵⁷.

Şehadet, davalının karşısında yapılmalıdır. Bu yüzden davalının da hüküm meclisinde olması gerekmektedir⁴⁵⁸.

Şahitlerin haber verdikleri hususu “Şehadet ederim” şeklinde söylemeleri gerekmektedir⁴⁵⁹.

birebir temsil eden deliller; belirti delilleri de bilirkişi ve keşiftir. Bkz. Nur **Centel** / Hamide **Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 205-292.

⁴⁵³ MAA, m. 1684; **Mevkûfâtî**, C. 2, s. 113; İbrahim **Halebî**, İzahlı Mültekâ El Ebhur Tercümesi, (Trc. Mustafa **Uysal**), C. 3, Kanaat Matbaası, İstanbul 1970, s. 235; **Çelik**, C. 4, s. 480.

⁴⁵⁴ **Hacı Reşit Paşa**, C. 8, s. 15.

⁴⁵⁵ **Ali Haydar**, C. 4, s. 251.

⁴⁵⁶ Kemal **Yıldız**, İslam Yargılama Hukukunda Şahitlik, Hâcegân Akademi Kitaplığı, İstanbul 2005, s. 40.

⁴⁵⁷ MAA, m. 1687; **Bilmen**, C. 8, s. 140.

⁴⁵⁸ MAA, m. 1618, 1830, 1834.

Bir şahidin bir hakkı ya da olayı haber verebilmesi için bunu müşahede etmiş olması yani bizzat kendisi görmesi ya da akit ve ikrarlardaki gibi bizzat işitmesi gerekmektedir⁴⁶⁰.

Şehadet meselesinde olayı ya da hakkı haber veren kişiye “şahit”, lehine şahitlik edilen kişiye “meşhûdun-leh”, aleyhine şahitlik edilen kişiye “meşhûdun-aleyh” ve iki hasmın arasında şahitlik edilen hakka da “meşhûdun-bih” denilir⁴⁶¹.

Şahitlik iki sebeple yapılır. Öncelikle hak sahibi şahitten şehadet etmesini talep edebilir. Kendisinden şahitlik talep edilen kişinin şahitliğini gizlemesi dinen yasaktır: *“Ey şahitler! Şehadeti gizlemeyiniz. Zira onu kim gizlerse onun kalbi günahkârdır.”*⁴⁶²

Diğer bir sebep ise kul haklarına ilişkin bir olayda bir kimsenin hak sahibinin haklı olduğuna bizzat müşahede etmiş olmasına rağmen hak sahibinin şahidi olmadığını sanması ve bu sebepten de hakkının ortaya çıkmayacağından korku duyması durumunda, şahidin müşahedesini o kişiye haber vererek şahitlik yapmayı talep etmesidir. Bu durumda şahidin hakim huzurunda şahitlik yapması vacip olur. Ancak hak sahibi hakkını aramaktan vazgeçerse vacip olmaktan çıkar⁴⁶³.

Allah haklarına ilişkin bir davada ise talebe gerek olmaksızın şahitler şehadet etmelidir. Çünkü Allah hakkında şehadet, talepsiz vacip olur⁴⁶⁴. Had suçlarında ise şahit, şahitlik yapıp yapmama hususunda serbesttir ancak şehadetini gizlemesi daha iyidir. Çünkü Müslümanın kusurunu örtmek, İslamın ilkelerindedir⁴⁶⁵. Buna dair Hz. Peygamber (s.a.v.): *“Eğer sen o ayıbı gizleyeydin senin için daha hayırlı olurdu.”* demiştir⁴⁶⁶. Bu sebeple bir kişi hırsızlığa şahit olunca hem malı çalınan kişinin hakkını korumak için hem de hırsızın suçunu örtmek için mahkeme huzurunda “Falan kişi malı aldı.” der, “Çaldı.” demez⁴⁶⁷.

2. Dayanağı

⁴⁵⁹ Bilmen, C. 8, s. 141; Çelik, C. 4, s. 496.

⁴⁶⁰ MAA, m. 1688; Çelik, C. 4, s. 480.

⁴⁶¹ MAA, m. 1684; Halebî, C. 3, s. 235.

⁴⁶² Bakara, 2/283.

⁴⁶³ Ali Haydar, C. 4, s. 247; Çelik, C. 4, s. 481.

⁴⁶⁴ Molla Hüsrev, Gürer ve Dürer Tercümesi, (Trc. Arif Erkan), Kit-San Yayınları, C. 4, İstanbul 1980, s. 244.

⁴⁶⁵ Mavsîlî, C. 2, s. 224; Mevkûfâtî, C. 2, s. 114.

⁴⁶⁶ Molla Hüsrev, C. 4, s. 245; Çelik, C. 4, s. 483.

⁴⁶⁷ Mavsîlî, C. 2, s. 224; Çelik, C. 4, s. 483.

Şehadetin bir ispat vasıtası olarak kullanılması gerektiği, Kuran ve sünnette açıkça belirtilmiştir⁴⁶⁸. Buna dair “*Erkeklerinizden iki kişiyi şahit tutun... Şahitler de davet edildiklerinde bundan kaçınmasınlar.*”⁴⁶⁹, “*Ve içinizden adalet sahibi iki kişiyi şahit tutun.*”⁴⁷⁰ ayetleri ve “*Ya iki şahit getirirsin ya da davalıya yemin ettirirsin.*”⁴⁷¹, “*Size şahitlerin en hayırlısını haber vereyim mi? Şehadeti kendisinden istenmeden eda eden kimsedir.*”⁴⁷² hadisleri örnek gösterilebilir.

3. Kısımları

Şehadet, hukuken şahit olabilmek ve şahitlik yapabilmek olmak üzere iki kısma ayrılır. Fıkıh literatüründe şahit olabilmeye “tahammül-i şehadet”; şahitlik yapabilmeye de “edây-ı şehadet” denilir.

Tahammül-i şehadet, bir kimsenin kendisinden şehadet etmesi istenilecek hususu muhafaza etmesi ve bu hususa şehadetlik yaparken vâkıf olması demektir. Sözleşme yapılacağı sırada sözleşmenin tarafları bir kimseden buna şahit olmasını istediklerinde ve onun yanına geldiklerinde o kişinin şahitlik yapması -eğer yerine başka bir kimse bulunamazsa- dinen zorunludur. Bunun zorunlu olması icmâ ile sabittir. Ancak taraflar şahit olabilecek başka birini bulabileceklerse bu kişi şahit olmaktan kaçınabilir⁴⁷³.

Edây-ı şehadet ise, bir kimsenin önceden bildiği ve muhafaza ettiği şahitliğini yerine getirmek için çağrıldığında bu işi hakim huzurunda yapmasıdır. “*Şehadetinizi saklamayınız.*”⁴⁷⁴ şeklindeki ayetin hükmü gereğince, şahitlik yapmak dinen zorunludur. Bu zorunlu bir iş olduğu için de şahitler lehine şahitlik yaptığı kimseden ücret isteyemezler. İsterlerse şehadetleriyle verilen hüküm geçerli olmaz⁴⁷⁵. Fakat şahit, şahitlik yapmaya hukuken zorlanamaz. Şöyle ki; davacının hakim huzuruna getirdiği şahit eğer şahitlik edilecek hakla ilgili bir bilgisi olmadığını beyan ederse hakim o

⁴⁶⁸ Günümüz Medeni Yargılama Hukukunda ve Ceza Yargılaması Hukukunda şahitlik, “tanık” şeklinde ifade edilmekte olup şahitliğe dair hükümler, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda ve Ceza Muhakemeleri Kanunu’nda düzenlenmektedir. (HMK m. 240-265, CMK m. 43-61)

⁴⁶⁹ Bakara, 2/282.

⁴⁷⁰ Talak, 65/2.

⁴⁷¹ Yıldız, s. 54.

⁴⁷² Halebî, C. 3, s. 236.

⁴⁷³ Ali Haydar, C. 4, s. 248; Çelik, C. 4, s. 481.

⁴⁷⁴ Bakara, 2/283.

⁴⁷⁵ Bilmen, C. 8, s. 124.

şahide yemin teklif edemez. Çünkü şahit bu kez yeminden kurtulmak için şehadet eder ancak bu şekilde yapılan şehadet kabul edilmez⁴⁷⁶.

Şahitlik yapmanın zorunlu olması için bazı şartlar gerekmektedir. Bunlar:

1) Kul hakları ile ilgili davalarda davacının şahitlik edecek kişiye talepte bulunması gerekmektedir. Allah haklarına ilişkin davalarda ise talebe gerek yoktur. Kişinin şahitlik yapması vaciptir.

2) Şahidin, hakimin kendisinin şahitliğini kabul edeceğini bilmesi gerekmektedir.

3) Hakimin inancı ve mezhebiyle şahidin inancı ve mezhebinin aynı olması gerekmektedir.

4) Şahitlik yapılacağı o şahidin üzerine vazife olmasının belli edilmesi gerekmektedir. Zira şahitler bir topluluk olursa ve bunlardan iki kişinin şahitlikleri kabul edilirse diğerlerinin üzerinden bu vazife kalkar.

5) Adil iki kişinin şahide, şahitlik edilecek hakkın butlanını haber vermemesi gerekmektedir.

6) Şahidin, huzurunda şahitlik yapacağı hakimin adil olması gerekmektedir. Adil olmayan bir hakimin huzurunda kendisinden şehadet etmesi talep olunan şahit bundan imtina edebilir.

7) Şahit bir ikrara şahitlik edeceği zaman, ikrar edenin ikrarının korkuyla olduğuna vâkıf olmamalıdır. Aksi durumda şahitlik etmez.

8) Şahidin mahkemeye yakın olması gerekmektedir. Buna göre mesafe, evinden mahkemeye gidip orada şahitlik yaptıktan sonra eve dönüşünde ailesiyle geceleyemeyecek kadar uzak olursa şahit, şehadetten imtina edebilir.

9) Şahidin kendi can güvenliğinden endişe etmemesi gerekmektedir⁴⁷⁷.

⁴⁷⁶ Ali Haydar, C. 4, s. 248.

⁴⁷⁷ Ali Haydar, C. 4, s. 248-250; Çelik, C. 4, s. 482.

4. Şahitlerin Sayısı

Bir davada tarafların iddialarını ispatlaması için gerekli şahit sayısına fıkıh literatüründe “nisab miktarı” denir⁴⁷⁸. Bu miktar, her davanın türüne göre değişmekte olup bazı miktarlar Kuran ve sünnette açıkça belirlenmiştir. Kesin delillerle belirlenen bu miktarlar asgari sınır olup bunlardan fazla şahidin de şehadeti kabul edilmektedir⁴⁷⁹.

a. Zina Davasında Şahitlerin Sayısı

Zina suçu İslam Hukukuna göre ağır bir suç olduğu için cezası da (muhsan⁴⁸⁰ kişilerin zinasında) taşıyarak öldürmek şeklinde ağır bir cezadır⁴⁸¹. Bu ceza uygulandıktan sonra geri dönüşü mümkün olmadığından ispatı için zor bir şekil şartı aranmıştır. Buna göre bu suçun sübutu için ya kişinin ikrar etmesi ya da dört erkeğin bu konuda şahitlik etmesi gerekmektedir⁴⁸². Kuran’da buna dair birden çok ayet vardır: “Kadınlarınızdan fuhuş yapanlara karşı aranızdan dört şahit getirin.”⁴⁸³, “Namuslu kadınlara zina isnadında bulunup da sonra bunu ispat için dört şahit getiremeyenlere seksen sopa vurun.”⁴⁸⁴.

⁴⁷⁸ Günümüz Medeni Yargılama Hukukunda ve Ceza Yargılaması Hukukunda şahitlik takdiri delillerden sayıldığı için mahkemeler, gösterilen şahitlerden bir kısmının şahitliği ile ispat edilmek istenen husus hakkında yeter derecede bilgi edindiği takdirde geri kalanların dinlenilmemesine karar verebilir. Yani İslam Hukukunda olduğu gibi bir iddianın ispatlanması için gerekli şahit sayısı yoktur. (HMK m. 241)

⁴⁷⁹ Murat Şen, “Önceki Hukukumuzda Şahitliğin Tanımı, Şartları ve Nisabı”, AÜEHFD, C. 2, S. 1, Erzincan 1998, s. 309.

⁴⁸⁰ Zina suçunda muhsan, faile recm cezasının uygulanabilmesi için taşıması zorunlu görülen niteliği ifade eder. Bu nitelikler: failin özgür, Müslüman ve evli (evliliğin devam ediyor olması şart değildir) olmasıdır. Bir kimsenin bu nitelikleri taşıması onu muhsan yapacağından bunlar ayrıca zina suçunda recmin uygulanma şartları ya da cezayı ağırlaştırıcı sebep olarak da görülebilir. Ağırlaştırıcı sebep olarak görülmesi de bu özelliklerin kişiyi zinaya düşmekten alıkoyucu güzel hasletler olduğu, bu imkanlara rağmen işlenen suçun daha ağır biçimde cezalandırılması gerektiği düşüncesinden kaynaklanır. Bkz. Şamil Dağcı, “Muhsan”, DİA, C. 21, TDV Yayınları, İstanbul 2000, s. 546, 547.

⁴⁸¹ Recm cezasından Kuran’da açıkça bahsedilmemiştir. Recm hükmü, Hz. Peygamber’in hadis ve uygulamalarına dayanmaktadır. Hz. Peygamber’in Mâiz’e recm uygulamasından sonra, muhsan olmayan için yüz sopa hükmü ayet gereği sürdürülmüş, muhsan olan için de recm cezası hükmü sünnetle yerleşmiştir. Bkz. Hüseyin Esen, “Zina”, DİA, C. 44, TDV Yayınları, İstanbul 2013, s. 442, 443.

⁴⁸² Abdullah B. Mahmud El-Mavsilî, el-İhtiyar li-ta’lîli’l-Muhtâr (Trc. Mehmet Keskin), C. 3, Hikmet Neşriyat, İstanbul 2012, s. 418, 419; Çelik, C. 4, s. 484.

⁴⁸³ Nisâ, 4/15.

⁴⁸⁴ Nur, 24/4.

b. Had ve Kıyas Davalarında Şahitlerin Sayısı

Zina suçu dışında kalan had ve kıyas suçlarında ispat için gerekli şahit, iki erkek şahittir. Bu suçlarda kadınların şahitliği kabul edilmez⁴⁸⁵. Kuran'da buna dair ayetler şunlardır: “*Erkeklerinizden iki kişiyi şahit tutun.*”⁴⁸⁶, “*Ve içinizden adalet sahibi iki kişiyi de şahit tutun.*”⁴⁸⁷.

c. Hukuk Davalarında Şahitlerin Sayısı

Hukuk davalarında ispat için gerekli şahit sayısı kural olarak iki erkek ya da bir erkekle birlikte iki kadındır⁴⁸⁸. Bu kural Kuran'daki “*Eğer iki erkek bulunamazsa bir erkek ile iki kadın olsun.*”⁴⁸⁹ ayeti ile düzenlenmiştir. Mecelle'de aynı hüküm şu şekilde belirtilmiştir: “*Hukûk-ı ibâdda şehâdetin nisabı iki er yahut bir er ile iki hâtun*

⁴⁸⁵ **Mavsulî**, C. 2, s. 225; **Çelik**, C. 4, s. 485; “Mahmiye-i İstanbul'da Enserci Şecâaddin mahallesi sâkinelerinden râfi'atü'l-kitâb Raciye Hâtun bt. Abdullah mahfil-i kazâda, Receb b. Abdullah nâm kimesne mahzarında üzerine da'vâ edip, işbu târih-i kitâb günü mahalle-i merkümede vâki' evimi kilitleyip, ba'zı mesâliha gidip geldiğimde, kapının kilidi kırılıp, evimin içerisinde sandığım içinde mahfûz olan bin yüz akçem zikri âti olan esbâbım **sirkat olunmuş** bulup... **Abdülgaâffar Efendi ve Mehmed Bey b. Abdülcebbâr ve Sinan Bey b. Abdullah ve Süleyman b. Musa nâm kimesneler dahi mahfil-i kazâya hâzırûn olup**, fi'l-hakîka işbu meclisde mevcûd olan eşyâ-i merkümenin cümlesi müdde'iyeye-i mersûme Raciye'nin mülküdür, biz bu husûsa şâhidleriz, **şehâdet dahi ederiz** deyû edâ-i şehâdet-i şer'iyeye ettiklerinde, gıbbe't-ta'dil ve't-tezkiye şuhûd-ı mezbûrûnun şehâdetleri makbûle olup, mücebi ile hükm olunup, mâ vaka'a ketb ü tahrîr olundu.” İstanbul Mahkemesi 3 Numaralı Sicil, Metin No: 27a-5, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 13, İSAM Yayınları, İstanbul 2010, s. 201.

⁴⁸⁶ Bakara, 2/282.

⁴⁸⁷ Talak, 65/2.

⁴⁸⁸ **Çelik**, C. 4, s. 487; “Dergâh-ı âlî yeniçerilerinden işbu hâmilü'l-kitâb Hızır Beşe b. Abdullah er-râcil mahfil-i kazâda Mustafa b. Mehmed nâm kimesne mahzarında takrîr-i da'vâ edip, bundan akdem mezbûr Mustafa orta boylu açık kaşlı kara gözlü Çerkeziyye Sâliha bt. Abdullah nâm câriyeyi mülkü olmak üzere yirmi dört bin akçeye bana **bey' edip**, ben dahi alıp Ayşe Hâtun bt. Abdullah'a yirmi dört bin akçeye bey' edip ol dahi **iştirâ eyleyip**, yedinde iken merküme Sâliha Sabiha nâm hâtunun mu'takası olduğun hâkim-i şer'î huzûrunda şuhûd-ı udülle isbât edip hükm-i hâkimü's-şer'le sebîli tahliyye olunmağın, mezbûre Ayşe semeni ile bana mürâca'at edip semenini tamamen benden ahz etmeğın, hâlâ ben dahi semen için mezbûr Mustafa'ya teslim eylediğim meblağ-ı merkûm yirmi dört bin akçeyi talep ederim dedikde, gıbbe's-suâl mezbûr Mustafa cevâbında, fi'l-hakîka mezbûr Hızır Beşe'ye evsâf-ı merküme ile mevsûfe câriyeyi semen-i merkûm ile bey' eyledim, lâkin mezbûre Ayşe Hâtun yedinde iken isbât-ı hürriyet eden câriye 'iş ile mezbûr Hızır Beşe'ye bey' ettiğim câriyeyi aldığı ma'lûmum değildir deyip müdde'î-i mezbûrdan da'vâsına muvâfik beyyine talep olundukda, udül-i Müslimînden **Ali b. Abdullah nâm kimesne ve nisâ tâ'ifesinden Teslîme bt. Ali ve Huri bt. Ali nâm hâtunlar mahfil-i kazâya li ecli's-şehâde hâzırûn olup...**” İstanbul Mahkemesi 3 Numaralı Sicil, Metin No: 6a-3, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 13, s. 93.

⁴⁸⁹ Bakara, 2/282.

*kişidir*⁴⁹⁰. Şaflere göre bir erkek ve iki kadının şahit olabileceği durumlarda, bir erkek şahit ve davacının yemini ile de dava sabit olur⁴⁹¹.

d. İstisnai Durumlar

Bazı durumlarda iki erkek şahit ya da bir erkekle birlikte iki kadın şahit bulmak mümkün olmayabilir ve bu sebeple kişilerin haklarının zayı olma tehlikesi söz konusu olabilir. İşte bu durumlarda genel kuralın dışına çıkılarak istisnai kurallar getirilmiştir. Bu kurallar şunlardır:

aa. Sadece Kadınların Şahitliği

Erkeklerin bilemeyeceği bazı durumlarda sadece kadınların şahitliği kabul edilmektedir. Bunlar genelde kadınların vâkıf olabileceği durumlarla ilgilidir. Buna delil olarak “*Erkeklerin bakamayacakları yerler hakkında kadınların şahitliği caizdir.*” hadisi gösterilmiştir. Ancak sadece kadınların şahitlik yapabilecekleri durumlarda bunların sayılarının ne kadar olacağı konusunda ihtilaf vardır. Hanefiler özgür ve adalet sahibi bir kadının aşağıda sayılan konulardaki şahitliğini kabul etmektedirler⁴⁹²:

1) Doğumdan hemen sonra bebek ölürse, onun sağ olarak doğduğuna bir kadının şahitlik etmesi durumunda bebeğin cenaze namazı kılınır⁴⁹³. Ancak o bebeğe miras düşeceği konusunda kadınların şahitliğini sadece imameyn (Ebu Yusuf ve İmam Muhammed) kabul etmiştir⁴⁹⁴.

2) Bakire bir kadınla bir erkek evlendikten sonra erkeğin iktidarsızlığı yüzünden eşler ayrılmak isterseler bunlara bir sene mühlet verilir, bir sene sonra kadınlar gelinin halen bakire olduğuna şahitlik ederlerse hakim ayrılık kararı verebilir⁴⁹⁵.

⁴⁹⁰ MAA, m. 1685.

⁴⁹¹ **Bilmen**, C. 8, s. 125; **Erbay**, s. 136.

⁴⁹² **Yıldız**, s. 158; **Çelik**, C. 4, s. 485, 486.

⁴⁹³ **Mavsılı**, C. 2, s. 227; **Ali Haydar**, C. 4, s. 257; **Hacı Reşit Paşa**, C. 8, s. 25.

⁴⁹⁴ **Mavsılı**, C. 2, s. 227; **Halebi**, C. 3, s. 238; **Ali Haydar**, C. 4, s. 258; **Çelik**, C. 4, s. 487.

⁴⁹⁵ **Mavsılı**, C. 2, s. 226; **Ali Haydar**, C. 4, s. 258; **Çelik**, C. 4, s. 486.

3) Kadınların, erkeklerin bakamayacakları organları hususundaki şahitlikleri geçerlidir. Nitekim bir cariye bakire olma şartı ile satın alındıktan sonra bakire olmadığına dair davada kadınlar bu duruma şahitlik ederler⁴⁹⁶.

4) Bir kadın evlendikten altı ay veya sonrasında bir çocuk getirip bu çocuğun kocasından olduğunu beyan ederse ve kocası da karısının doğum yapmadığını dava ederse adil bir kadının şahitliği ile doğum sabit olur⁴⁹⁷.

5) Ölen eşin hamile olduğunu kocası iddia ettiğinde bir kadının ölenin hamile olduğuna dair şahitliği kabul edilir⁴⁹⁸.

6) Kadın hamamlarında vuku bulan öldürme ve yaralama olaylarında da diyet cezası⁴⁹⁹ vermek için kadınların şahitlikleri kabul edilmiştir. Ancak kısas yapmak için bu şahadet yeterli görülmemiştir⁵⁰⁰.

bb. Bir Erkeğin Şahitliği

Sadece bir kadının şahit olabileceği durumlarda bir erkeğin şahitliği de kabul edilmiştir. Zira erkeklerin şahadeti daha kuvvetli kabul edildiğinden, bir konuda kadın tek şahit ise o konuda tek erkek de şahit olabilmektedir⁵⁰¹.

cc. Bir Kişinin Şahitliği

Kadın ya da erkek olması fark etmeksizin sadece bir kişinin şahitliğinin kabul edildiği durumlar şunlardır:

1) Okulda öğrenciler arasında çıkan olaylarda orada bulunan bir öğretmenin şahitliği,

2) Tarafların ve şahitlerin ifadelerini tercüme eden bir kişinin şahitliği,

⁴⁹⁶ **Ali Haydar**, C. 4, s. 258; **Çelik**, C. 4, s. 486; "...Halil'in kızı mezbûre Fatıma'ya mu'teddün-bihâ sâliha ve müstakîme ve mütedeyyine **hâtun kişiler gönderilip görüldükde gelip anasından nice doğduysa heman öyledir ve bâkire ve sâlime bulduk** deyu haber verdikleri..." Üsküdar Mahkemesi 2 Numaralı Sicil, Metin No: 10a-1, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 2, s. 96.

⁴⁹⁷ **Ali Haydar**, C. 4, s. 258; **Şen**, "Önceki Hukukumuzda Şahitliğin Tanımı, Şartları ve Nisabı", s. 311.

⁴⁹⁸ **Ali Haydar**, C. 4, s. 256, 257; **Demir**, Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi, s. 142, 143.

⁴⁹⁹ İslam Hukukunda diyet, bir şahsın haksız olarak öldürülmesi, sakat bırakılması veya yaralanması halinde ceza ve kan bedeli olarak ödenen mal veya parayı ifade eder. Bkz. Ali **Bardakoğlu**, "Diyet", DİA, C. 9, TDV Yayınları, İstanbul 1994, s. 473.

⁵⁰⁰ **Bilmen**, C. 8, s. 123; **Ali Haydar**, C. 4, s. 258; **Yıldız**, s. 158; **Erbay**, s. 138.

⁵⁰¹ **Şen**, "Önceki Hukukumuzda Şahitliğin Tanımı, Şartları ve Nisabı", s. 312; **Yıldız**, s. 162.

- 3) Gizli yapılan güvenilirlik soruşturmasında bir kişinin şahitliği,
- 4) Hakimin müzekkâye ve müzekkânin hakime yazdığı mektup hakkında bir kişinin şahitliği,
- 5) Telef edilen bir malın değerinin tespitinde bir kişinin şahitliği,
- 6) Hakim müflisi hapsedtikten sonra bunun iflas ettiğini başka bir hakime ihbar ettiğinde hakimın şahitliğidir⁵⁰².

5. Şartları

Şahitlik, kişilerin sözleriyle yapıldığından doğru ya da yalan olma olasılığı olan bir haberdur. Dolayısıyla şehadete dayalı bir haberin mahkemede ispat vasıtası olarak kullanılabilmesi için doğruluk yönünü kuvvetlendirecek ve yalan olma ihtimalini en aza indirebilecek bir takım objektif şartlar konulmuştur. Bu şartlar öncelikle şahit olabilmek (tahammül-i şehadet) ve bu şahitliği yapabilmek (edây-ı şehadet) için olmak üzere iki kısma ayrılmaktadır⁵⁰³.

a. Şahit Olabilmenin Şartları

Bir hukukî işleme ya da bir olayın meydana gelişine kanunen şahit olabilmek için şu şartlar gerekmektedir:

aa. Temyiz Kudreti

Temyiz kudreti, insanların makul bir şekilde hareket edebilme, iyiyi kötünden, doğruyu yanlıştan ayırabilme yeteneğidir⁵⁰⁴. Buna göre yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk gibi sebeplerle akla uygun biçimde hareket etme yeteneğinden yoksun olmayan herkes, ayırt etme gücüne sahiptir⁵⁰⁵. Bir olayda şahitliği üstlenebilmenin en doğal ve zorunlu şartı akıldır. Çünkü şahitlik yapabilmek, gördüğü bir olayı iyice anlayıp kavramaya, zihinde muhafaza etmeye bağlıdır⁵⁰⁶. Bu da ancak akıllı insanların yapabileceği bir iştir. O halde akıl hastalarının ve temyiz kudreti

⁵⁰² **Ali Haydar**, C. 4, s. 256, 257; **Demir**, Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi, s. 142, 143.

⁵⁰³ **Yıldız**, s. 63.

⁵⁰⁴ **Şen**, “Eski Hukukumuzda Gerçek Kişilerin Hak ve Fiil Ehliyeti”, s. 210.

⁵⁰⁵ **Yılmaz**, s. 688.

⁵⁰⁶ **Bayındır**, s. 150.

olmayan çocukların şehadetleri kabul edilmez. Hatta temyiz kudretinden yoksun oldukları bir dönemde müşahede ettikleri bir olaya, akıl hastası hastalığından kurtulduğu zaman ve gayrimümeyyiz çocuk da temyiz kudretine eriştikten sonra dahi şehadet edecek olsa kabul edilmez. Akıl zayıflarının ise tam olarak akıllı insanların idrak yeteneği kadar olmasa da mümeyyiz çocukları kadar temyiz kudretleri vardır. O yüzden akıl zayıfı olan bir insan iyileştikten sonra, önceden üstlenmiş olduğu şehadetini eda edebilir⁵⁰⁷.

bb. Görebilme Yeteneği

Şahitlik yapacak olan kişinin hem olay ya da akit sırasında hem de bu şehadetini eda ederken gözlerinin görmesi gerekmektedir. Ebu Hanife ve İmam Muhammed'e göre şahidin davacıyı teşhis etmesi ve ifade verirken ona işaret etmesi lazımdır. Bu esnada kör olan bir kişi, davacıyı göremeyeceği için ancak sesinden tanıyabilir. Fakat insan sesleri birbirine benzediği için kişiler tam olarak ayırt edilemeyeceğinden şüphe oluşur ve bu yüzden kör olan bir kişi şahitlik yapamaz. Ebu Yusuf ve İmam Züfer'e göre ise bir kişinin gözleri görürken müşahede ettiği bir olaya daha sonra şehadet edeceği zaman gözleri görmez olursa ve dava da lehine şahitlik edilen hakka işaret etmeye gerek olmayan bir dava olursa, bu kişinin şehadeti kabul edilir. Ancak lehine şahitlik edilen hakka işaret edilmesi gereken bir davada şahidin gözlerinin görmesi gerektiği tüm mezheplerce kabul edilmiştir⁵⁰⁸.

cc. Bizzat Müşahede

Bir kişi mahkemede şahitlik yaparken kendisinin bizzat müşahede ettiği olayı anlatmalıdır. Bunu anlatırken de müşahede ve muayene kelimelerinin anlamlarını içinde barındıran “Şehadet ederim” ifadesini kullanmalıdır. Müşahede, bir şeyi bizzat görüp onun ne olduğunu iyice anlayıp kavramak; muayene de bir şeyin ne olduğunu tespit edip iyice anlamaktır. Böylece bizzat müşahede, aslında şahitliğin özünde bulunan bir şart olmaktadır⁵⁰⁹. Bunun dışında zan ya da tahmin ile ihbar, şehadet sayılmaz. Bununla ilgili bir hadis şu şekildedir: “Güneş kadar açık biliyorsan şahitlik et, yoksa bırak.”⁵¹⁰.

⁵⁰⁷ Yıldız, s. 65.

⁵⁰⁸ Bayındır, s. 151; Ali Haydar, C. 4, s. 259.

⁵⁰⁹ Ali Haydar, C. 4, s. 251; Çelik, C. 4, s. 480.

⁵¹⁰ Mavsîlî, C. 2, s. 221.

Bizzat müşahede etmek yerine işittiğini söylemenin istihsanen caiz olduğu bazı durumlar vardır. Bu durum şahidin lehine şahitlik edilen hakka tesâmu' ile vâkıf olmasıdır. Tesâmu' insanlar arasında yaygın olan haberlerin kulaktan kulağa duyularak ortaya çıkan bilgi iletişimine denir⁵¹¹. Tesâmu' ile yapılan haber üç kısımdır: tevatür, şöhret ve âhâd haber. Tevatür, yalan ihtimali düşünülemez kadar çok sayıda insanın verdiği haberdır⁵¹² ve ilim sayılır⁵¹³. Mecelle'nin ifadesi ile *“Tevâtürde muhbirlerin aded-i muayyeni yokdur. Ancak akıl anların kizb üzre ittifaqlarını tecviz etmiyecek mertebe bir cemm-i gafîr olmaları lâzımdır.”*⁵¹⁴. Bu yüzden iki şahidin şahitliğinden daha üstündür. Şöhret, halk arasında hakkında çok konuşulan haberlerin yaygınlaşmasıdır. Şöhret de şehadetten töhmeti kaldıran bir ilim olup iki kişinin şahitliğinden daha üstün sayılmıştır. Âhad haber ise sözüne güvenilen adil bir kişinin haber vermesi demektir. Böyle bir kişiden haberi alan kişide, muhbirin doğru söylediği konusunda zann-ı galip oluşmalı ya da bu konuda bir karine olmalıdır⁵¹⁵. Âhad haberler genelde nesep, ölüm, bir kimsenin ailesiyle cinsi münasebeti, nikah, hakim velayeti ve vakfın aslına dair davalarda⁵¹⁶ görülür. Çünkü bu durumlar ancak hususi bir topluluğun önünde gerçekleşir. Sayılan bu durumlara sürekli bazı hükümler bağlandığından ve istenilen miktarda şahit bulunamayacağından hak kaybını önlemek için söz konusu olayı bizzat müşahede eden adil bir kişiden duyulan haberle yapılan şehadet kabul edilmektedir⁵¹⁷.

b. Şahitlik Yapabilmenin Şartları

aa. Şahitlerde Aranılan Şartlar

aaa. Ergenlik

İslam Hukukunda mükellefiyetler, ergenlik döneminden itibaren başlar. Şahitlik yapmak da bir mükellefiyet olduğu için, buluğa ermeyen çocuklar şahit olamazlar. Ancak hukuken şahit olabilmek için sadece temyiz kudreti şartı arandığından buluğa

⁵¹¹ Yıldız, s. 67.

⁵¹² Yılmaz, s. 696; Ali Haydar, C. 4, s. 271.

⁵¹³ MAA, m. 1733.

⁵¹⁴ MAA, m. 1735.

⁵¹⁵ Yıldız, s. 67, 68.

⁵¹⁶ MAA, m. 1688; Şeyh Bedreddin, Yargılama Usulüne Dair Câmiu'l-Fusûleyn, s. 296, 297.

⁵¹⁷ Ali Haydar, C. 4, s. 271.

ermemiş mümeyyiz çocuk mahkemede şahitlik yapamazken, buluğa erdikten sonra tahammül ettiği şahitliğini eda edebilir⁵¹⁸.

bbb. Görebilme ve Konuşabilme Yeteneği

Görebilme yeteneği hukuken şahit olabilmek için gerekli bir şart olduğundan bu ön şartı yerine getiremeyen bir kişi mahkeme huzurunda şahitlik de yapamaz.

Dilsizin şهادeti de Hanefî, Şafî ve Hanbelî mezheplerince kabul edilmemiştir. Çünkü mahkeme huzurunda şahitlik yapabilmenin şekil şartı “Şهادet ederim” ifadesinin söylenmesidir. Dilsiz bu sözü söyleyemeyeceği için kastettiği şeyi işaret yoluyla anlatır, ancak bunda da bir şüphe oluşur. Bu yüzden şهادeti kabul edilmez⁵¹⁹. Malikî mezhebinde ise dilsizin işareti anlaşılınca şهادeti kabul edilmektedir⁵²⁰.

ccc. Özgürlük

Şahidin mahkeme huzurunda şahitlik yapabilmesi için özgür olması şarttır. Çünkü şahitlik bir mükellefiyettir ve köle kendi şahıs hakları üzerinde bile söz sahibi değilken şahitlik yapması mümkün olamayacaktır⁵²¹. Ancak azat edilmiş bir köle, kölelik zamanında tahammül ettiği şahitliğini eda edebilir⁵²².

ddd. Adalet

Şهادet doğru ya da yanlış olma olasılığı olan bir haber olduğundan dolayı, bu haberin doğru olma ihtimalini artırmak için şahidin adil bir kimse olması şart koşulmuştur. Bu şart Şari’ (kanun koyucu Allah ve Peygamber) tarafından koşulduğu için bu konuda mezhepler arasında bir ihtilaf yoktur⁵²³. Buna “*Sizden adalet sahibi iki kişiyi şahit tutun.*”⁵²⁴ ayeti delil olarak gösterilir.

Adalet; doğruluk ve dürüstlüktür. Adaletin son noktasında bir sınır yoktur ama en alt sınırı, kişinin dininde haram olan şeyleri yapmaktan uzak durması olarak

⁵¹⁸ Yıldız, s. 80.

⁵¹⁹ MAA, m. 1686; Hacı Reşit Paşa, C. 8, s. 26.

⁵²⁰ Serahsî, Mabsût, (Edt. Mustafa Cevat Akşit), C. 16, Gümüşev Yayınları, İstanbul 2008, s. 198.

⁵²¹ Mavsulî, C. 2, s. 228.

⁵²² Halebî, C. 3, s. 245.

⁵²³ Çelik, C. 4, s. 489; Erbay, s. 86; Bayındır, s. 153.

⁵²⁴ Talak, 65/2.

belirlenmiştir⁵²⁵. Mecelle adaletli bir kimseyi, “*Hasenatı seyiyatına galip olan kimsedir.*” şeklinde tarif etmiştir⁵²⁶. Adaletin zıddı ise fâsıklıktır. Fâsıklık, bazı görevlerin ifasına engel olacağından hukukçular kişilere bu sıfatın isnat edilebilmesi için objektif ölçüler belirlemeye çalışmışlardır. Buna göre, davranışlarında dinin koyduğu sınırları aşan bir Müslümana ve ayrıca Yahudi, Hristiyan, müşrik ve münafıklara fâsık denilir⁵²⁷ ve bunların şahitliği kabul edilmez. Çünkü haram olduğuna inandığı halde bu yasakları çiğnemekten sakınmayan bir kişi, yalancı şahitlik yapmaktan da sakınmayabilir⁵²⁸. O yüzden Kuran’da fâsık bir kişinin verdiği haber ile ilgili “*Ey iman edenler! Bir fâsık size haber getirirse onun iç yüzünü araştırın...*”⁵²⁹ şeklinde bir hüküm vardır. Buna göre fâsıkların şahitliği her durumda reddedilmemekle birlikte doğruluğu araştırılmaktadır.

Hangi davranışların kişileri fâsık yapacağı konusu ise tartışılmaktadır. Fâsıklık alameti olarak kabul edilen davranışlar genel olarak şunlardır: İslamın şartlarını bilmemek, içki içmek, rakkaslık, hokkabazlık, şarkıcılık gibi işlerle uğraşmak, tavla ile oynamak, yalancılıkla tanınmak, hamama peştamalsız girmek, erkeğin kadına benzemesi⁵³⁰. Fâsıkların şehadetleri kural olarak kabul edilmemekle birlikte, tövbe edip aradan bir müddet geçtikten sonra tövbe ettikleri davranışlarına yansırса; yani fâsık olmalarını gerektirecek durumlarını düzeltmiş olurlarsa artık şehadetleri kabul edilir. Ancak yalan söylemekle bilinmiş kimseler, tövbe etseler dahi şehadetleri kabul edilmez⁵³¹.

eee. Zina İftirası Suçundan Dolayı Ceza Almış Olmamak

İffet sahibi ve namuslu bir kadın ya da erkeğe zina isnadında bulunan ya da zina mahsulü olduğu ithamında bulunup da bunu dört erkek şahitle ispat edemeyen kişiye

⁵²⁵ Serahsî, C. 16, s. 170; Çelik, C. 4, s. 489.

⁵²⁶ MAA, m. 1705.

⁵²⁷ Erbay, s. 104.

⁵²⁸ Bayındır, s. 153; “...mezbûr Zülfikâr Reis’in keyf-i hâline kemâl-i vukûfları olup mahmiye-i İstanbul’da Odunkapısı kundakçılarından Kasab Timurhan mahallesinde sâkin Hüseyin Beşe b. Abdullah ve Siyavuş Bey b. Abdullah ve Uzun Hüseyin Ağa menziline sâkin Rıdvan b. Abdullah nâm kimesnelere sırran istihbâr olundukda mezbûrlardan her biri merkûm Zülfikâr Reis iyi âdem değildir, kâziben şehâdetden ictinâbı yokdur, her vechile sû-i hâline muttali’iz deyû şehâdet eylediklerinden, şehâdetleri mücebince mezbûr Zülfikâr Reis’in şehâdetden red olunup...” Rumeli Mahkemesi 80 Numaralı Sicil, Metin No: 57b-2, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 15, s. 225.

⁵²⁹ Hucurat, 49/2.

⁵³⁰ Hacı Resit Paşa, C. 8, s. 53; Halebî, C. 3, s. 247, 248; Mevkûfâtî, C. 2, s. 120, 121; Serahsî, C. 16, s. 199, 200; Erbay, s. 105.

⁵³¹ Bilmen, C. 8, s. 130; Serahsî, C. 16, s. 200.

zina isnat edilen kişinin talebi doğrultusunda, ceza olarak seksen sopa vurulur. Bu cezanın adına “hadd-i kazf” denilmektedir⁵³².

Zina isnadında bulunan kişiye had cezası uygulandıktan sonra tövbe etmezse bu kişinin şahitliğinin kabul edilmeyeceği konusunda ihtilaf yoktur. Çünkü buna dair Kuran’da “İffetli kadınlara zina isnat edip de sonra dört şahit getiremeyenlere seksen sopa vurun, ebediyen onların şahitliğini de kabul etmeyin. İşte onlar yoldan çıkmış kimselerdir. Ama bundan sonra tövbe edip düzelenler bunun dışındadır. Şüphesiz Allah bağışlar ve merhamet eder.”⁵³³ denmiştir. Ayette geçen “tövbe edip düzelenler” lafzından dolayı tövbe ettikten sonra bu kişilerin şahitliklerinin kabul edilip edilmeyeceği konusunda mezhepler arasında ihtilaf çıkmıştır. Buna göre Şafî, Malikî ve Hanbelîler tövbe ettikten sonra şahitliklerinin kabul edileceği görüşündedir⁵³⁴. Hanefîler ise şahitliklerinin ebediyen kabul edilmeyeceği görüşündedir. Ancak bunlara göre iftira eden tövbe etmese de had uygulanmadan önce şehadeti kabul edilir⁵³⁵. Şaflilere göre ise kişi tövbe etmezse iftira suçu sabit olur olmaz yani had cezası uygulanmadan önce dahi şehadeti kabul edilmez⁵³⁶.

Kâfir iken hadd-i kazf cezası alan bir kişi sonradan Müslüman olsa Müslüman olduktan sonra şehadeti kabul edilir. Çünkü İslamiyet, Müslüman değilken Müslüman olan kimsenin bundan önceki günahlarını temizler⁵³⁷.

fff. Dikkatsiz Olmamak ve Uluorta Konuşmamak

Şahitlik, mahiyeti gereği dikkat isteyen bir iştir. Şehadet edecek kişi olayı iyice anlayıp kavramalı ve bunu eda edeceği zamana kadar muhafaza etmelidir. Bu yüzden çok dikkatsiz olan ve uluorta konuşan bir kişinin şehadeti kabul edilmez⁵³⁸. Dikkatsiz olan bir kişinin şehadet edeceği meselede de dikkatsiz olacağından korkulur ve bu

⁵³² Aydın, THT, s. 191, 192.

⁵³³ Nur, 24/4, 5.

⁵³⁴ Serahsî, C. 16, s. 191.

⁵³⁵ Ali Haydar, C. 4, s. 261.

⁵³⁶ Yıldız, s. 96.

⁵³⁷ Halebî, C. 3, s. 246; Mevkûfâtî, C. 2, s. 120; Molla Hüsrev, C. 4, s. 260.

⁵³⁸ Bayındır, s. 155.

yüzden şehadetine güvenilmez⁵³⁹. Ayrıca bu kişilerin saflığından yararlanılarak kendisine yapılacak telkinlere göre ifade vermesinden de korkulur⁵⁴⁰.

Her duyduğunu ve gördüğünü uluorta konuşup bu konuda ölçülü olmayanların da şهادeti kabul edilmez. Çünkü bu kişiler sözlerinin meşru ya da gayrimeşru olup olmadığını düşünmeksizin dini ve ahlaki yönden hoş karşılanmayacak biçimde konuştuklarından şهادetlerinde de laubali olacaklarından endişe edilir ve bu yüzden onların şهادetleri kabul edilmez⁵⁴¹.

Dikkatsizlik ve uluorta konuşmanın bir ölçüsü olmayıp bu halleri halk arasında belirgin hale gelenler şahitliğe ehil kabul edilmezler⁵⁴².

ggg. Şahitlik Yapmaya Aşırı Hırslı Olmamak

Şahitlik gerçeklerin ortaya çıkarılması için yapıldığından bu konuda aşırı hırslı olmak şهادete engel olur. Çünkü şahidin aşırı hırslı ve arzulu gözükmesi, başka amaçlar için şهادet edeceği anlamına gelebilir. Bunda da töhmet yani suçlama vardır. Bu yüzden şahitliğin tahammülünde ve edasında aşırı hırslı olmamak gerekir⁵⁴³. Aynı sebeplerden dolayı daha dava açılmadan ya da dava açılrsa bile davacının kendisinden şahitlik yapmasını talep etmeden şهادete koşan kişilerin de şهادeti kabul edilmez. Ancak hisbe şahitliği istisnadır⁵⁴⁴. Hisbe şahitliği, Allah haklarına ilişkin davalarda bir kişinin kendisinden talep olunmaksızın şahitlik yapmasına denilmektedir⁵⁴⁵.

hhh. Cinsiyet

İslam Yargılama Hukukunda şahitlerin cinsiyetine önem verilmiş ve bu konuda erkekler kadınlara göre daha ehil kabul edilmiştir. Çünkü kadınlar yaratılış bakımından erkeklere göre daha narin ve hisli, yanılma ve unutma ihtimalleri de daha yüksektir⁵⁴⁶. Bunun dışında kadınlar İslamiyete göre namahrem kabul edildiklerinden, bir akde ya da olaya şahit olmaları pek mümkün olmayabilir. Tüm bu sebeplerden dolayı İslam

⁵³⁹ Yıldız, s. 100.

⁵⁴⁰ Bilmen, C. 8, s. 167; Ali Haydar, C. 4, s. 261.

⁵⁴¹ Bilmen, C. 8, s. 167.

⁵⁴² Bayındır, s. 155.

⁵⁴³ Yıldız, s. 102.

⁵⁴⁴ Bilmen, C. 8, s. 134.

⁵⁴⁵ Bilmen, C. 8, s. 118.

⁵⁴⁶ Yıldız, s. 101; Çelik, C. 4, s. 487.

Yargılama Hukukunda şahitler kural olarak erkektir. Ancak erkeklerle birlikte kadınların ve sadece kadınların şahit olabileceği durumlar da vardır. Bu durumlar “Şahitlerin Sayısı” bölümünde ayrıntılarıyla incelenmiştir⁵⁴⁷.

iii. Bizzat Müşahede

Hanefî ve Hanbelîlere göre mahkeme huzurunda şahitlik yapabilmek için aranan bizzat müşahede şartı, şahit olabilme şartındaki gibi esnek olmayıp, had ve kıyas davalarında bizzat görgü tanığının şهادeti şarttır. Çünkü bu tarz davalarda şüphe ile hadlerden vazgeçilir. Görgü tanığı dışında başkasından naklen şahitlikte bulunmak şüpheden uzaklaştırmaz⁵⁴⁸.

bb. Şahitlerin Taraflarla Olan İlişkisi Bakımından Şartlar

aaa. Müslüman Olmak

Bir davada davalı Müslüman ise davalının aleyhine şahitlik yapacak kişinin de Müslüman olması şarttır. Bununla ilgili Kuran’da “*Ve Allah kâfirler için müminler aleyhine asla bir yol vermeyecektir.*”⁵⁴⁹ denmiştir. Çünkü şهادet, lehine şahitlik yapılan kimse hakkında söz söyleme yetkisi verdiği için velayet gibidir. Velayet, bir başkasını bağlayıcı söz söyleyebilme yetkisi olduğundan ve bir gayrimüslimin Müslüman üzerinde böyle bir yetkisi olamayacağından şهادeti de kabul edilmez. Ancak Müslüman olmadığı için tahammül ettiği bir şahitliği eda edemeyen bir gayrimüslim, Müslüman olursa bu şahitliğini eda edebilir⁵⁵⁰.

Davanın taraflarının gayrimüslim olması durumunda şahitlerin Müslüman olması şartı aranmamaktadır. Bu gayrimüslimler ya ülke vatandaşı olan zimmiler ya da ülkede geçici olarak yaşayan müste’menler olabilir. Bunların davalarında Müslümanlar

⁵⁴⁷ Bkz. s. 84.

⁵⁴⁸ Yıldız, s. 106.

⁵⁴⁹ Nisâ, 4/141.

⁵⁵⁰ Bayındır, s. 159; “...Raciye Hâtun bt. Abdullah mahfil-i kazâda, Receb b. Abdullah nâm kimesne mahzarında üzerine da’vâ edip... **udûl-i Müslimînden** Mehmed Bey b. Abdullah el-cündî ve Hasan Bey b. Abdullah el-cündî ve Abdülgaffâr Efendi b. Abdüllatif el-imâm ve Ömer b. Hasan nâm kimesneler hâzırûn olup... alâ tarîki’ş-şehâde haber verdiklerinden sonra...” İstanbul Mahkemesi 3 Numaralı Sicil, Metin No: 27a-5, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 13, s. 96.

evleviyetle şahit olabilirler⁵⁵¹. Ancak birbirlerine yapacakları şahitlik konusunda çeşitli durumlar söz konusudur:

Dinleri farklı da olsa zimmilerin birbirleri hakkında yapacakları şهادetleri adil olmaları şartıyla kabul edilmektedir⁵⁵². Zira bunlar kendi aralarında yaptıkları muamelelerde kendileri gibi olan gayrimüslimleri şahit göstermektedir⁵⁵³.

Zimmilerin müste'menler hakkında yapacakları şهادetleri de kabul edilmektedir. Zira zimmiler, müste'menlerden daha üstün konumdadırlar. Ancak müste'menlerin zimmiler hakkında yapacakları şهادetleri kabul edilmez⁵⁵⁴.

Müste'menlerin birbirleri hakkında yapacakları şهادetlerin kabul edilebilmesi için ise bunların aynı ülke vatandaşı olmaları şarttır. Eğer aynı ülke vatandaşı değillerse birbirleri hakkında yapacakları şهادetleri kabul edilmez⁵⁵⁵.

bbb. Menfaat Sağlamamak

Mecelle'de “*Şهادette def'-i mağrem ve cerr-i mağnem yani def'-i mazarrat ve celb-i menfa'at dâ'iyesi olmamak şarttır.*”⁵⁵⁶ denilerek şahidin şهادetinden dolayı bir zarara uğramaması ve bir menfaat da sağlamaması gerektiği belirtilmiştir⁵⁵⁷. Buna göre öncelikle menfaat sağlamanın hangi şekillerde olabileceğini incelemek gerekmektedir:

⁵⁵¹ “Kazıyye oldur ki **Udûl-i müslimînden Murad Çelebi b. Mevlânâ İsa ve Hızır b. Ramazan meclis-i şer'a hâzırın olup** Kite kazâsından karye-i Derikli'de mutavattın olan **Mihal en-Neccâr ez-zimmî** nefs-i Üsküdar'da keçe dükkânı önünde an tav' ikrâr edip işbu **Evrenos b. Yorgi nâm zimmîye** mâbeynimizde mu'âmelât-ı şer'iyeden ba'de'l-muhâsebe yedi yüz elli akçe deynim kaldı deyu ikrâr etti el-ân zıkr olan akçe mezkûr Mihal üzerinde deyn-i lâzımı'l-edâdir deyu **şehâdet ettiler.**” Üsküdar Mahkemesi 2 Numaralı Sicil, Metin No: 26b-3, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 2, s. 149.

⁵⁵² **Halebî**, C. 3, s. 249; **Mevkûfâtî**, C. 2, s. 122; **Molla Hüsrev**, C. 4, s. 201.

⁵⁵³ **Yıldız**, s. 111; “Tafsîl budur ki **Yani b. Mihal** meclis-i şer'**de Kosta b. Nikola** mahzarında sâbikan sana bir yıla hizmet etmek üzere altı yüz akçeye ücrete tuttun, dedikde mezkûr Kosta bi'l-inkâr cevâb **verdikde zimmîlerden Yani b. Todora, Luka b. Duka şehâdet ettikleri** ba'de'l-yemîn hayyiz-i kabûlde vâkı' olup mezkûrun talebiyle deftere sebt olundu.” Üsküdar Mahkemesi 5 Numaralı Sicil, Metin No: 7b-1, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 3, İSAM Yayınları, İstanbul 2010, s. 70.

⁵⁵⁴ **Halebî**, C. 3, s. 249; **Mevkûfâtî**, C. 2, s. 122; **Molla Hüsrev**, C. 4, s. 257.

⁵⁵⁵ **Halebî**, C. 3, s. 249; **Mevkûfâtî**, C. 2, s. 122; **Molla Hüsrev**, C. 4, s. 257.

⁵⁵⁶ MAA, m. 1700.

⁵⁵⁷ Günümüz Medeni Yargılama Hukukunda bu mantıktan hareketle ortaya çıkan bir uygulama “tanıklıktan çekinme” uygulamasıdır. Tanıklıktan çekinme, bazı sebeplerle olaya şahit olmuş kişinin tanıklık yapmaktan vazgeçmesidir. Bir davada tanık olacak kişi, iki taraftan birinin nişanlısı, evlilik bağı ortadan kalkmış olsa dahi iki taraftan birinin eşi, kendisi veya eşinin altsoy veya üstsoy, taraflardan biri ile arasında evlatlık bağı bulunanlar, üçüncü derece de dâhil olmak üzere kan veya kendisini oluşturan evlilik bağı ortadan kalkmış olsa dahi kayın hısımları, koruyucu aile ve onların çocukları ile koruma altına alınan çocuk ise tanıklıktan çekinebilir. Aynı zamanda tanığın beyanı

aaaa. Usul ve Furuun Birbirleri Lehine Şahitliği

Bir kimsenin kendi usulü ya da furuu lehine şahadeti kabul edilmez. Yani ne kadar yukarı çıkarsa çıksın babaları, dedeleri, anaları ve nineleri lehine; bunların da ne kadar aşağı inerse insin çocuklarının ve torunlarının lehine şahadetleri kabul edilmez. Bu konuda Hz. Peygamber (s.a.v.): “Çocuğun babası lehine, babanın da çocuğu lehine ... şahadeti kabul edilmez.” demiştir. Bu kural Mecelle’de “Aslın fer’a ve fer’in asla ya’ni âbâ ve ecdâd ve ümmehât ve ceddâtı lehlerine... şahadeti makbul olmaz.” şeklinde ifade bulmuştur⁵⁵⁸. Çünkü bu kişilerin menfaatleri ortaktır. Hatta bu yüzden birbirlerine zekât vermeleri dahi caiz değildir. Bunların birbirleri lehine şahadetleri caiz olsaydı kendi nefisleri için şahitlik yapmış gibi olurlardı⁵⁵⁹. Ancak aralarında dünya adına bir düşmanlık bulunmazsa birbirleri aleyhine şahadetleri kabul edilir⁵⁶⁰. Mesela bir kişinin babasının başka bir kişiye borcu olduğuna dair şahadeti kabul edilir⁵⁶¹.

Bunların dışında yansoy ve diğer akrabaların birbirleri lehine şahadetleri kabul edilir. Yani kardeş, amca, dayı, sütanne ve baba lehine şahadet kabul olunduğu gibi kaynana, kayınbaba, baldız, üvey kız, damat ve gelin lehine de şahadet kabul edilir. Çünkü bu kişilerin birbirlerinin malında tasarruf hakları yoktur, mülkleri ayrıdır⁵⁶². Bu durum Mecelle’de “*Amma bunlardan mâadâ akrabanın yekdiğeri lehine şahadetleri makbul olur.*”⁵⁶³ şeklinde ifade bulmuştur.

kendisine veya yukarıda sayılan kimselerden birine doğrudan doğruya maddi bir zarar verecekse, bu kimselerin şeref veya itibarını ihlal edecek ya da ceza soruşturmasına veya kovuşturmasına sebep olacaksa, meslek veya sanatına ait olan sırların ortaya çıkmasına sebebiyet verecekse yine tanıklıktan çekinebilir. (HMK m. 248, 250). Ceza Yargılaması Hukukunda ise bir davada tanık olacak kişi, şüpheli veya sanığın nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile şüpheli veya sanığın eşi, şüpheli veya sanığın kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyu, şüpheli veya sanığın üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları, şüpheli veya sanıkla aralarında evlâtlık bağı bulunanlar ise tanıklıktan çekinebilir. Aynı zamanda tanıklar, meslekleri ve sürekli uğraşları sebebiyle öğrendikleri bilgiler hususunda tanıklıktan çekinebilir. Tanık, kendisini veya yukarıda sayılan kişileri ceza kovuşturmasına uğratabilecek nitelikte olan sorulara cevap vermekten de çekinebilir. (CMK m. 45, 46, 48). Ancak her iki hukuk dalındaki tanıklıktan çekinme, bir görev değil; bir haktır. Yani yukarıda tanığın sayılan kişiler ve durumlar hakkında tanıklık yapmaması zorunluluk değil; seçimlik bir haktır. İşte bu noktada İslam Hukukundaki uygulamadan farklılık arz etmektedir.

⁵⁵⁸ MAA, m. 1700.

⁵⁵⁹ **Mevkûfâtî**, C. 2, s. 120; **Ali Haydar**, C. 4, s. 289; **Hacı Reşit Paşa**, C. 8, s. 43.

⁵⁶⁰ **Bilmen**, C. 8, s. 133.

⁵⁶¹ **Ali Haydar**, C. 4, s. 292.

⁵⁶² **Ali Haydar**, C. 4, s. 293; **Molla Hüsrev**, C. 4, s. 259; **Bilmen**, C. 8, s. 135.

⁵⁶³ MAA, m. 1700.

bbbb. Eşlerin Birbirleri Lehine Şahitliği

Usul ve fûruun birbirleri lehine şehadetlerinin kabul edilmemesi gibi eşlerin de birbirleri lehine şehadetleri kabul edilmez. Bu konuda Hz. Peygamber (s.a.v.): “... kocanın karısı lehine, karının da kocası lehine şehadeti kabul edilmez.” demiştir⁵⁶⁴. Mecelle’de de bu kural “...ahad-i zevceynin diğeri lehine şehadetleri makbul olmaz.” şeklinde ifade bulmuştur⁵⁶⁵. Çünkü bunların da birbirlerinin malında tasarruf hakları vardır.

Şaflere göre ise eşlerin birbirleri lehine şehadetleri kabul edilir. Çünkü nikah geçicidir, her an bitebilir. Ancak bir kimse eşinin zinasına şehadet edemez. Zira bu aralarındaki düşmanlığı gösterir⁵⁶⁶.

cccc. Diğer Durumlar

Usul-fûruu ve eşlerin dışında aralarında menfaat birliği olan başka bazı kimseler vardır ki bunların da birbirleri lehine şehadetleri kabul edilmez. Bunlar:

1) Bir kimsenin hususi işçisinin kendisi lehine şehadeti kabul edilmez⁵⁶⁷. Bu konuda Hz. Peygamber (s.a.v.): “... ücretlinin ücretle çalıştırmanın lehine şehadeti kabul edilmez.” demiştir⁵⁶⁸. Aynı zamanda bu kural Mecelle’de de “...ecîr-i hassının kendi lehine şehadetleri makbul olmaz.” şeklinde düzenlenmiştir⁵⁶⁹.

2) Mecelle’nin “Bir kimsenin infakı ile teaayyüş eden adamın kendi lehine şehadetleri makbul olmaz.” hükmü gereği, bir kimsenin yardımıyla geçinenin yardım eden lehine şehadeti kabul edilmez⁵⁷⁰. Çünkü bu kişi şahitlik etmek için ücretle tutulmuş gibi olur.

3) Bir ortağın diğer ortağının lehine kendi ortak malları ile ilgili şehadeti kabul edilmez. Bu konuda Hz. Peygamber (s.a.v.): “... ortağın ortağı lehine şehadeti kabul edilmez.” demiştir. Aynı zamanda bu kural Mecelle’de de “...şeriklerin mal-i şirkette

⁵⁶⁴ **Mevkûfâtî**, C. 2, s. 120; **Hacı Reşit Paşa**, C. 8, s. 43.

⁵⁶⁵ MAA, m. 1700.

⁵⁶⁶ **Bilmen**, C. 8, s. 134.

⁵⁶⁷ MAA, m. 1700.

⁵⁶⁸ **Mevkûfâtî**, C. 2, s. 120; **Hacı Reşit Paşa**, C. 8, s. 43.

⁵⁶⁹ MAA, m. 1700.

⁵⁷⁰ MAA, m. 1700.

yekdiğeri lehine şehadetleri makbul olmaz.” şeklinde düzenlenmiştir⁵⁷¹. Zira şehadet eden ortak bundan bir menfaat sağlar ve kendisi lehine şehadet etmiş gibi olur⁵⁷². Fakat kendi ortak malları ile ilgili olmayan bir davada birbirleri lehine şehadetleri kabul edilir⁵⁷³.

4) Mecelle'nin “*Kefil bi-mâl olan kimsenin asil tarafından mekfül-ün-bihin edâ olunduğuna şehadeti makbul olmaz.*” hükmü gereği, bir mala kefil olanın, kefil olduğu malın kefil olduğu kişi tarafından sahibine iade edildiği hususundaki şehadeti kabul edilmez⁵⁷⁴. Zira burada da kendi nefsi adına şehadet etmiş gibi olur.

5) Bir vakfın gelirinden faydalananların, o vakfın geliri ile ilgili bir davada lehteki şehadetleri kabul edilmez⁵⁷⁵.

6) Bir dostun dostu lehine şehadeti kabul edilir. Ancak aralarındaki dostluk birbirlerinin malında tasarruf etme mertebesine varırsa birbirleri lehine şehadetleri kabul edilmez⁵⁷⁶.

ccc. Davalıyla Arasında Düşmanlık Olmaması

Aralarında açık bir şekilde dünya adına bir düşmanlık (adâvet-i dünyeviyye) bulunan kişilerin birbirleri aleyhine şehadetleri kabul edilmez. Mecelle'de bu husus “*Şahid ile meşhûd-ün-aleyh beyninde adâvet-i dünyeviyye olmamak şarttır. Adâvet-i dünyeviyye örf ile bilinir.*” şeklinde ifade edilmiştir⁵⁷⁷. Çünkü bunlar yalan yere şehadet ederek birbirlerinden intikam almak isteyebilirler⁵⁷⁸. Bu halde yapılan şehadette de töhmet olur⁵⁷⁹. Ancak düşmanlık, bu kişilerin babaları ya da oğulları arasında ise şehadetleri kabul edilir. Zira babasının ya da oğlunun düşmanlığından dolayı, oğlunun ya da babasının da düşman olması gerekmeyeceği kabul edilir⁵⁸⁰.

⁵⁷¹ MAA, m. 1700.

⁵⁷² **Mavsîlî**, C. 2, s. 242.

⁵⁷³ **Mevkûfâtî**, C. 2, s. 120; **Hacı Reşit Paşa**, C. 8, s. 43.

⁵⁷⁴ MAA, m. 1700.

⁵⁷⁵ **Bayındır**, s. 156, 157.

⁵⁷⁶ MAA, m. 1701.

⁵⁷⁷ MAA, m. 1702.

⁵⁷⁸ **Mavsîlî**, C. 2, s. 243.

⁵⁷⁹ **Hacı Reşit Paşa**, C. 8, s. 49.

⁵⁸⁰ **Bilmen**, C. 8, s. 134.

Dünya adına düşmanlıktan kasıt, bir kimsenin başka bir kimseye buğz etmesi, onun mutluluğuyla üzülməsi ve üzüntüsüyle mutlu olmasıdır. Bu düşmanlık can ya da mal gibi sebeplerden kaynaklanabilir ve örfen bilindir⁵⁸¹. Ehl-i örf, bir kimseyi aleyhinde şahadet edeceği kimsenin düşmanı sayarsa onun bu şahadeti kabul edilmez. Bu bakımdan yaralananın yaralayana, öldürülenin yakınlarının katile, zina isnadında bulunulmanın isnat edene karşı şahadetleri kabul edilmez⁵⁸².

Aralarındaki düşmanlık dini sebeplerden dolayı olanların ise birbirleri aleyhine şahadetleri kabul edilir. Çünkü düşmanlık din adına olursa şahadetten töhmet kalkar. Mesele bir fâsığa fâsıklığından dolayı buğz eden bir kimsenin, fâsık aleyhine yapacağı şahadet kabul edilir. Çünkü yalan yere şahadet de bir fâsıklık olduğundan, fâsığa sırf bu sebepten buğz edenin yalan yere şahadet etmeyeceği kabul edilir⁵⁸³.

ddd. Kendi Davası ve Fiili Olmaması

İnsanların kendi lehine yapacağı şahadeti kabul edilmez. Bu sebeple bir kimse açacağı davada hem davacı hem de şahit olamaz. Bunun yanında vasinin yetimin lehine ve vekilin müvekkili lehine şahadetleri de kabul edilmez⁵⁸⁴.

Vasi ve vekil arasındaki fark şudur ki; vasi, vesayeti kabul ettikten sonra azledilirse şahadeti kabul edilmez; ancak vekil azledilirse şahadeti kabul edilebilir. Özel vekâlet ile yetkilendirilmiş vekilin şahadetinin kabul edilebilmesi için vekâlet verme işleminin hakim huzurunda yapılmış olması ve azil işleminin de duruşmadan önce yapılmış olması gerekmektedir. Vekâlet verme işlemi hakim huzurunda yapılmamış ise şahadeti hiçbir şekilde kabul edilmez. Genel vekâlet ile yetkilendirilmiş vekilin şahadetinin kabul edilebilmesi için de yine vekâlet verme işleminin hakim huzurunda yapılmış olması ve azil işleminin de duruşmadan önce yapılmış olması gerekmektedir. Azil duruşmadan sonra yapılmış ise vekil, ancak davanın geri kalanı hakkında şahadet edebilir. Ayrıca vekâlet verme işlemi hakim huzurunda yapılmayıp beyyine ile ispat

⁵⁸¹ MAA, m. 1702; **Bilmen**, C. 8, s. 134.

⁵⁸² **Ali Haydar**, C. 4, s. 296; **Hacı Reşit Paşa**, C. 8, s. 49.

⁵⁸³ **Bilmen**, C. 8, s. 134; **Ali Haydar**, C. 4, s. 297; **Hacı Reşit Paşa**, C. 8, s. 49.

⁵⁸⁴ MAA, m. 1703.

edilmişse de vekil, o müvekkiline vekil olduğu zamandaki hiçbir hakkına şهادet edemez⁵⁸⁵.

Bir alacağın tahsiline (kabz-ı deyn) vekil olanın o alacak konusunda müvekkili lehine şهادeti kabul edilir. Bu kapsamda karz, kefalet, vedia ve ariyet gibi alacak davalarında da şهادeti kabul edilir⁵⁸⁶.

Bir şahidin kendi fiiline ya da kendi fiili hükmünde olan bir şeye yapacağı şهادeti kabul edilmez. Aynı şekilde vekillerinin ve dellâllerinin de kendi fiillerine şهادetleri kabul edilmez⁵⁸⁷. Mesela bir kişi başkasının elinde olan bir mal için dava açtığında “Bu mal benimdir. Bu malı senden ya da vekilinden satın aldım.” dese ve vekili de “Evet biz bu malı ona satmıştık.” dese, vekilin şهادeti kabul edilmez. Burada dikkat edilmesi gereken husus, şahitlik eden vekilin kendi fiili için şahitlik etmesinin kabul edilmeyeceğidir. Eğer vekilliğini söylemeksizin “Bu o kimsenin malıdır. Şu kişiden satın aldım.” diye şهادet etse kabul edilir⁵⁸⁸.

Bir hakim görevinden ayrılmadan önce kendi verdiği hükme şهادet edemez. Yani hakim “Orada hakimliğim sırasında huzurunda şu davacı şu kimseden bu malı dava etti ve beyyine getirerek ispat etti. Ben de o malı davacı için hükmettim.” diye şهادet etse kabul edilmez. Fakat görevden ayrılmadan önce bir kimsenin kendi huzurunda ettiği ikrara görevden ayrıldıktan sonra şهادet etse kabul edilir. Çünkü ikrar, hakim değil ikrar edenin fiilidir⁵⁸⁹.

cc. Şahitliğin Esası Bakımından Şartlar

aaa. Şekil Şartı

Şahitliğin şekil şartı, “Şهادet ederim” ifadesinin kullanılmasıdır. Bu ifade ile “Allah’a yemin ederim ki ben bunu gözlemleyerek öğrendim ve şimdi onu haber veriyorum.” denildiği kastedilir⁵⁹⁰. Şahit bunun yerine “Bu hususu böyle bilirim.”, “Haber veririm.” ya da “Bunun böyle olduğuna yakînim vardır.” dese, bu ifadeleri

⁵⁸⁵ Bilmen, C. 8, s. 130, 131; Ali Haydar, C. 4, s. 297, 298.

⁵⁸⁶ Ali Haydar, C. 4, s. 298.

⁵⁸⁷ MAA, m. 1704.

⁵⁸⁸ Ali Haydar, C. 4, s. 299.

⁵⁸⁹ MAA, m. 1704; Ali Haydar, C. 4, s. 299.

⁵⁹⁰ Ali Haydar, C. 4, s. 251; Çelik, C. 4, s. 489, 490.

şehadet sayılmaz⁵⁹¹. Fakat şahit bu şekilde şahitlik ederse hakim ona “Böyle şehadet eder misin?” diye sormalıdır. Şahit “Evet buna şehadet ederim.” derse, şehadeti kabul edilir⁵⁹².

bbb. Şahidin Tarafları ve Şehadet Konusunu Belli Etmesi

Şahit mahkeme huzurunda lehine ve aleyhine şehadet edeceği kişileri ve şehadet konusu eşyayı (ayn) eliyle işaret edip göstermelidir. Mesela şahit “Bu mal bu davacının mülküdür ve bunu bu davalı haksız yere elinde tutuyor. Buna şehadet ederim.” diye işarette bulunursa bu işaret, tarafları ve dava konusu eşyayı belirlemek için yeterli görülmüştür. Bunun dışında tarafların adlarını, babalarının ve dedelerinin de adlarını söylemesi gerekmez⁵⁹³.

Şehadet edilecek taraflar gaip ya da ölmüş olursa tarafları tam olarak belirlemek için şahit, bunların adları ile baba ve dedelerinin de adlarını söylemelidir. Sadece tarafın adını ve babasının adını ya da bunlarla birlikte kişinin işini söylemesi yeterli olmaz. Ancak kişi meşhur ve bilinen biri ise şahidin bu kişinin adını, şöhretini ya da lakabını söylemesi yeterli olur. Zira baba ve dedenin adlarını söylemek kişiyi benzerlerinden ayırt etmek içindir⁵⁹⁴.

Şehadet konusu eğer bir taşınmaz ise şahidin söz konusu taşınmazın üç ya da dört sınırını söylemesi gerekmektedir. Ancak sınırlarını söyleyemeyip, taşınmazı yerinde tayin edip göstererek şehadet ederse de kabul edilir. Ayrıca taşınmazın sınır komşularını bilip belirtmesine gerek yoktur. Bunun dışında taşınmazın sınırlarını

⁵⁹¹ **Bilmen**, C. 8, s. 141; **Çelik**, C. 4, s. 490.

⁵⁹² MAA, m. 1689.

⁵⁹³ MAA, m. 1690; **Bilmen**, C. 8, s. 142; **Molla Hüsrev**, C. 4, s. 248; “...dül-i müslimînden Şaban b. Ramazan ve Mehmed b. Süleyman biz şâhidleriz, **işbu bey’ olunan arz sâir kimesneler mülkü gibi mülküdür**, diye şehâdet etdikleri...” Üsküdar Mahkemesi 5 Numaralı Sicil, Metin No: 6a-3, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 3, s. 66.

⁵⁹⁴ MAA, m. 1690; **Bilmen**, C. 8, s. 142; **Molla Hüsrev**, C. 4, s. 248; “...mahmiye-i İstanbul’da sâbıkan Defterdâr olan izzetlü Yusuf Efendi’nin hizmetinde iken **fevt olan Hüseyin b. Receb b. Ahmed** ile mezbûrûn Hasan ve Mahmud ve Meryem ve Mustafa ve Ahmed li ebeveyn karındaşlar olup, **babaları ismi Receb b. Ahmed ve anaları ismi Mümine ve maskat-ı re’sleri medîne-i mezbûredir**. Müteveffâ-yı mezbûrun verâseti mezbûrûna münhasıradır, gayrı vârisi ve terekesine müstahik olduğu ma’lûmumuz değildir, tereke-i müteveffâ-yı mezbûru vaz’-ı yed edenlerden mezbûrûn için hakk-ı taleb ve ahz vardır. Biz bu **husûsa bu vech üzre şâhidleriz, şehâdet dahi ederiz...**” Bab Mahkemesi 54 Numaralı Sicil, Metin No: 68a-1, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 20, İSAM Yayınları, İstanbul 2011, s. 328.

bilmediği gibi yerinde de gösteremezse şهادeti kabul edilmez. Herkesçe tanınan ve bilinen bir taşınmaz dava konusu ise şahidin sınırları belirlemesine gerek yoktur⁵⁹⁵.

Davacı senedindeki sınırlara dayanarak bir taşınmaz hakkında dava açtığında şahitler sınır belirtmeksizin “Bu senette sınırları yazılı olan taşınmaz davacının mülküdür.” diye şهادet etseler kabul edilir⁵⁹⁶. Çünkü senedin söylenmesi dava konusunun belirlenmesi gibidir⁵⁹⁷.

Şهادet konusu eğer bir borç (deyn) ise şahitlerin “Davalının davacıya şu kadar kuruluş borcu vardır.” diye şهادet etmeleri yeterlidir. Ancak şahitlerin bu borcun hala devam ettiğini bilmesi gerekmektedir. Aksi durumda şهادetleri kabul edilmez⁵⁹⁸.

Bir kimse murisinin diğer bir kimse zimmetinde belli bir miktar alacağı ya da malı olduğuna dair dava açarsa şahitlerin, ölen kişinin o şahısta şu kadar alacağı ya da malı olduğuna dair şهادetleri yeterli olmaktadır. O alacağın ya da malın varislerine miras düştüğünü söylemelerine gerek yoktur. Çünkü murisinin o kimsede alacağı sabit olduğunda varislerine intikal etmesi mecburi bir durumdur. Bu durumda şahitlerin “Murisin ölümü sırasında şu kişiden şu kadar alacağı vardı.” diye şهادet etmeleri yeterlidir. Ancak bu şهادetin yeterli olması Ebu Yusuf’a göredir. Ebu Hanife ve İmam Muhammed’e göre ise dava konusu alacağın varislere miras yoluyla intikal ettiğinin belirtilmesi gerekmektedir⁵⁹⁹.

Bir kimse ölen kişinin terekesinde belli bir miktar alacağı ya da malı olduğuna dair dava açarsa şahitlerin, murisin davacıya şu kadar alacağı ya da malı olduğuna dair şهادetleri yeterli olmaktadır. O alacağın ya da malın murisin ölümüne kadar zimmetinde olduğunu söylemelerine gerek yoktur⁶⁰⁰. Çünkü böyle bir açıklama şart olsa insanlar şahit bulmakta zorlanır ve çoğu hak zayi olabilir⁶⁰¹.

⁵⁹⁵ MAA, m. 1691; **Ali Haydar**, C. 4, s. 277, 278; **Hacı Reşit Paşa**, C. 8, s. 36; **Bilmen**, C. 8, s. 142.

⁵⁹⁶ MAA, m. 1692.

⁵⁹⁷ **Ali Haydar**, C. 4, s. 278; **Bilmen**, C. 8, s. 143.

⁵⁹⁸ MAA, m. 1695; **Bilmen**, C. 8, s. 143; “...Hüseyin b. Murad ve Veli b. Habip ve Câbi b. Aslıhan hâzırûn olup şöyle edâ-i şehâdet-i şer‘iyye kılıp eyittiler ki, biz şehâdet ederiz **mez-kûr [vasî] Todora’nın mezbûr Hoca Emir’e sekiz bin akçe deyni ve alım vardır, evi ve bağı rehindir**, diye şehâdet ettikten sonra...” Üsküdar Mahkemesi 5 Numaralı Sicil, Metin No: 36b-1, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 3, s. 186.

⁵⁹⁹ MAA, m. 1693; **Ali Haydar**, C. 4, s. 279; **Bilmen**, C. 8, s. 143.

⁶⁰⁰ MAA, m. 1694.

⁶⁰¹ **Ali Haydar**, C. 4, s. 280; **Bilmen**, C. 8, s. 143.

ccc. İfadenin Açık Gerçeklere Aykırı Olmaması

Şehadet ederken verilen ifadenin açık gerçeklere aykırı olmaması lazımdır. Gerçek dışı demek, beş duyu organıyla hissedilen ve bilinen gerçeklere aykırı olmak demektir. Böyle bir durum, mütevâtir dahi olsa geçerli olmaz. Mesela yaşadığı görülen bir adamın vefat ettiğine dair, yerinde duran bir evin yıkıldığına dair edilen şahadet kabul edilmez. Yine şahitler “Şu küpün içindeki yağın on kilosu davacınıdır.” deseler ve küpten sadece beş kilo yağ çıksa şahadetleri kabul edilmez. Çünkü bu ifade gerçek duruma aykırıdır⁶⁰².

ddd. İfadenin Mütevâtire Aykırı Olmaması

Mütevâtir, yalan ihtimali düşünülemez kadar çok sayıda insanın verdiği haberle gelen bilgidir ve buna aykırı olarak verilen ifade kabul edilmez. Zira mütevâtir haber ilm-i yakîn olduğu için buna aykırı olan bir ifade, yakînen bilinen bir şeyin reddi sayılır ve aynen açık gerçeklere aykırı olan ifadeler gibi kabul edilmez⁶⁰³.

Davacı ve davalı tarafların her biri tevatür iddiasıyla şahitler getirirse hakim bu şahitleri inceler. Hangi tarafın şahitleri tevatür şartlarını taşıyorsa onu kabul eder ve diğerinkini reddeder. Zira iki tarafın şahitlerinin aynı anda, aynı konuda ve fakat birbirine zıt bir şekilde tevatür teşkil etmesi akla uygun olmaz. Bunun yanında hakim iki tarafın da şahitlerinin tevatür şartlarını taşımadığına hükmedebilir. Böyle bir durumda getirilen şahitler, normal bir beyyine olarak değerlendirilir⁶⁰⁴.

eee. İfadenin Çelişkili Olmaması

Şehadette tenakuz yani çelişki bulunmaması şarttır. Buna göre şahitler dava konusu mal için “Bu Amr’ındır.” diye şahadet ettikten sonra “Zeyd’indir.” diye şahadet etseler her iki ifade arasında çelişki bulunduğundan şahadetleri kabul edilmez⁶⁰⁵.

Şahitlerin ifadelerinde çelişki bulunması, onların dava konusu olayla ilgili bilgilerinde tereddüt ve şüphe içinde olduklarını gösterir. Diğer taraftan çelişkili bir

⁶⁰² MAA, m. 1697; **Ali Haydar**, C. 4, s. 286, 287; **Hacı Reşit Paşa**, C. 8, s. 40; **Bilmen**, C. 8, s. 128.

⁶⁰³ MAA, m. 1698; **Ali Haydar**, C. 4, s. 287.

⁶⁰⁴ **Ali Haydar**, C. 4, s. 287; **Bilmen**, C. 8, s. 128; **Hacı Reşit Paşa**, C. 8, s. 41.

⁶⁰⁵ **Bilmen**, C. 8, s. 131; **Bayındır**, s. 169; **Erbay**, s. 124, 125; Şeyh **Bedreddin**, Yargılama Usulüne Dair Câmîu'l-Fusûleyn, s. 132.

ifade, şahidin şehadetini bir menfaat sonucunda değiştirmiş olduğu izlenimini de uyandırır. Böylece ilk durumda şahitlerin bilgilerinin kesin olmamasından, ikinci durumda ise töhmet olmasından dolayı şehadetleri kabul edilmez⁶⁰⁶.

fff. İfadenin Dava Konusu Olaya Aykırı Olmaması

Kul haklarına ilişkin davalarda şahitlerin verdikleri ifadeler davaya uygun olmalıdır. Çünkü şehadet, davacının iddiasının doğruluğunu ispat etmek için yapılır. Dava konusu olay ile şehadet arasında bir uygunluk olamazsa yapılan şehadetle o davayı ispat etmek mümkün olmaz⁶⁰⁷. Şahitlerin ifadelerinin dava konusu olaya uygun olması gerektiği şer'iyye sicillerinde “*müdde'înin kelâmuna mutâbık şehâdet-i sahîha-i şer'iyye eylediler*”⁶⁰⁸, “*da'vâsına mutâbık beyyine taleb olundukda*”⁶⁰⁹, “*takrîr-i meşrûhuna mutâbika beyyine taleb olundukda*”⁶¹⁰ gibi ifadelerle açıkça vurgulanmıştır.

Dava konusu olay ile şehadet arasındaki uygunluk; tam uygunluk (mutâbakat), mana yönüyle uygunluk (muvâfakat) ve şahidin belirttiği miktarın dava konusundan az olması şeklinde üç kısımda incelenebilir⁶¹¹.

Şahitlerin ifadelerinin dava konusu ile tam olarak uygun olması, konunun sebebinde uygunluk olarak karşımıza çıkmaktadır⁶¹². Mesela satış sebebiyle alacak iddiasında bulunan davacının şahitleri, bu alacağın sebebinin ödünç verme olduğunu belirtse bu şehadetleri kabul edilmez⁶¹³.

Şahitlerin ifadelerinin dava konusu olay ile mana yönünde uygun olması yeterlidir. Bu konuda sözlerin uygunluğu değil, mananın uygunluğuna bakılır. Mesela gasp iddiasında bulunan davacının şahitleri, davalının gaspı ikrar ettiğine şehadet etseler kabul edilir⁶¹⁴.

⁶⁰⁶ Yıldız, s. 119; “...ihzâr ettiği şâhidlerinin tenâkuzları zâhir olmağın şehâdetleri makhbûle olmayıp...” Hasköy Mahkemesi 5 Numaralı Sicil, Metin No: 142-1, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 23, s. 213.

⁶⁰⁷ Demir, Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi, s. 154.

⁶⁰⁸ Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, Metin No: 35b-1, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 1, s. 175.

⁶⁰⁹ Hasköy Mahkemesi 5 Numaralı Sicil, Metin No: 151-2, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 23, s. 222.

⁶¹⁰ Rumeli Mahkemesi 56 Numaralı Sicil, Metin No: 25b-3, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 14, s. 149.

⁶¹¹ MAA, m. 1707; Bayındır, s. 174.

⁶¹² MAA, m. 1711.

⁶¹³ Yıldız, s. 121.

⁶¹⁴ MAA, m. 1706; “İsbât-ı mehr Mahmiye-i İstanbul'da Keçeci Pîrî mahallesinde sâkine Ayşe bt. Ahmed nâm hâtun meclis-i şer' de zevc-i mutallıkı Hasan b. Mahmud mahzarında üzerine da'vâ edip

Şahitlerin ifadelerinin dava konusundan daha az olması ile de davaya uygunluk meydana gelir. Bu durumda şahitlerin şehadet ettikleri miktar, bir yönüyle davacının iddia ettiği kapsama girmiş olur⁶¹⁵. Mesela bin lira alacağı olduğunu iddia eden davacının şahitleri, bu alacağın beş yüz lira olduğuna şehadet etseler kabul edilir ve davacı için beş yüz liraya hükmedilir⁶¹⁶. Ancak şahitlerin ifadelerinin dava konusundan daha fazla olması durumunda şehadetleri kabul edilmez⁶¹⁷.

ggg. Şehadetin İddia Edilen Hakkı İspat İçin Yapılması

Şehadet, hakkı ortaya çıkarmak ve ispat etmek için meşru kılınmıştır. Yoksa hakkı bertaraf etmek için (nefy) meşru değildir. Bu husus Mecelle’de şu şekilde ifade edilmiştir: *“Beyyine bir hakkı izhar için meşru’ kılınmıştır. Binaenaleyh filân kimse o işi işlemedi veya filân şey filân kimesnenin değildir ve filânın filâna borcu yoktur gibi nefy-i sırfa şehadet makbul olmaz. Fakat nefy-i mütevâtir beyyinesi makbuldür.”*⁶¹⁸.

Bu kuralın iki istisnası vardır. Öncelikle mütevâtir haber ispatta hüccet olduğu gibi nefiyde de hüccettir. Buna göre davacı “Şu zamanda, şu kimseye, şu yerde, şu kadar kuruş borç verdim.” dese ve davacının dediği vakitte orada olmadığı tevatüren ispat edilse, bu mütevâtir haber kabul edilip davacının davası dinlenmez⁶¹⁹.

Diğer bir istisna da şudur ki; olumsuz şart üzerine getirilen şehadet kabul edilir. Mesela bir kimse “Bugün karım falan yere gitmezse boş olsun.” diye yemin etse ve şahitler de karısının denilen yere gitmediğine şehadet etseler kabul edilir. Zira burada şehadet her ne kadar nefy için yapılmış gibi görülse de asıl amaç talakın gerçekleştiğini ispat etmektir⁶²⁰.

dd. Şahitliğin Geçerliliği Bakımından Şartlar

mezbûr Hasan mukaddemâ zevcim olup beş gün mukaddem beni talâk-ı selâse ile tatlik eyledikde zimmetinde on bin akçe mehr-i müeccelim olup hattâ on bin akçe mehr-i müeccelim olduğunu beyne’l-müslimîn ikrâr dahi etmiş idi... mezbûr Hasan mezbûre Ayşe ile gâh ü bî-gâh beynlerinde şikâk vâkı’â oldukda mezbûreyi tatlik eylesen olmaz mı dediğimizde, nice tatlik **edeyim zimmetimde on bin akçe mehr-i müecceli vardır, on bin akçeyi nice vereyim deyû huzûrumuzda ikrâr eyledi biz bu husûsa bu vech üzre şâhidleriz** şehâdet dahi ederiz deyû her biri edâ-i şehâdet-i şer’iyye eylediklerinde...” İstanbul Mahkemesi 12 Numaralı Sicil, Metin No: 48a-2, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 16, İSAM Yayınları, İstanbul 2010, s. 438.

⁶¹⁵ Bayındır, s. 176.

⁶¹⁶ MAA, m. 1707.

⁶¹⁷ MAA, m. 1708.

⁶¹⁸ MAA, m. 1699.

⁶¹⁹ MAA, m. 1699.

⁶²⁰ Ali Haydar, C. 4, s. 288; Bilmen, C. 8, s. 128.

aaa. Kul Haklarına İlişkin Davalarda Davanın Önceden Açılmış Olması

Mecelle'nin “*Hukuk-u nâsa şehadetde sebk-i dava şarttır.*” hükmü gereği, kul haklarına ilişkin davalarda şehadet edebilmek için davanın açılmış olması gerekmektedir⁶²¹. Çünkü şehadet, davacının iddiasını ortaya koymak için gereklidir⁶²². Ortada mahkeme önünde aranmayan bir hak olmazsa şehadete gerek kalmaz. Bunun yanında açılmış olan davanın sahil bir dava olması gerekmektedir⁶²³.

Allah haklarına ilişkin davalarda ise şehadet edebilmek için davanın açılmış olması gerekmez. Çünkü bu hakları dava etmek her Müslümanın vazifesidir. Bu hakların ihlaline şahit olan bir kimse, mahkemeye başvurur. Mahkeme bunu bir ihbar olarak değerlendirir ve dava hükmen açılmış kabul edilir⁶²⁴.

bbb. Davanın Zamanaşımına Uğramamış Olması

Hanefilere göre, davanın açılmış olması şartı aranmadan şehadet edilebilecek konulardaki davalarda zamanaşımına kadar özürsüz olarak şehadet edilmezse dava zamanaşımına uğradıktan sonra şahitler dinlenmez. Çünkü bu konularda dava hükmen açılmış kabul edildiğinden, şahitler mahkeme huzurunda şahitlik yapmakta serbesttirler. Böylece şahit olduğu olaydan uzun süre geçmiş fakat şahitliğini gizlemiş bir kimsenin, bu olayı açığa vurmamak istemediği anlaşılır. Ancak uzun süreden sonra kararını değiştirip olay hakkında şahitlik etmek istemesi, içinde bir kin ve düşmanlık hissini olduğunu düşündürür. Bu şekilde yapılacak şehadette ise töhmet vardır ve bu yüzden özürsüz olarak belirli bir zaman şehadet etmeyen bir kimsenin daha sonradan şehadeti kabul edilmez. Bir özür sebebiyle şahit olduğu olayı eda etmekte geciken kimsenin şehadeti ise kabul edilir⁶²⁵.

Şehadetin kabul edilmeyeceği zamanaşımı süresi konusunda iki görüş vardır. Ebu Hanife'ye göre bu süre hakimın takdirine bağlıdır. İmam Muhammed ve Ebu Yusuf'a göre ise bu süre bir aydır⁶²⁶.

⁶²¹ MAA, m. 1696.

⁶²² **Bayındır**, s. 167.

⁶²³ **Ali Haydar**, C. 4, s. 285.

⁶²⁴ **Yıldız**, s. 126; **Atar**, İslâm Adliye Teşkilatı, s. 189.

⁶²⁵ **Yıldız**, s. 126; **Bayındır**, s. 161.

⁶²⁶ Tuncay **Başoğlu**, “Tezkiye”, DİA, C. 41, TDV Yayınları, İstanbul 2012, s. 77; **Yıldız**, s. 127; **Bayındır**, s. 162.

6. Güvenilirlik Soruşturması

a. Kavram

İslam Yargılama Hukukunda şahitliğin bir ispat vasıtası olarak kullanılabilmesi için bazı şartlar gerekmektedir. İşte şahitlerin bu şartları taşıyıp taşımadıklarını bilmek, şehadetle verilecek hükmün doğru olabilmesi için önemli bir husustur. Bunun için şahitleri iyi tanıyan ve mahkeme tarafından adil oldukları bilinen kişiler aracılığıyla şahitlerin bu şartları taşıyıp taşımadıkları araştırılır. Bu araştırma işlemine “tezkiye” ya da “güvenilirlik soruşturması”, araştırmayı yapan kişiye “müzekkî” ve araştırılan şahide de “müzekkâ” denir⁶²⁷.

Şahitler hakim huzurunda ifadelerini verdikten sonra hakim davalıya “Ne dersin? Şahitlerin verdikleri ifadeler doğru mudur değil midir?” diye sorar. Davalı bu soruya eğer “Şahitlerin verdikleri ifadeler doğrudur.” ya da “Şahitler dürüstlerdir.” şeklinde bir cevap verirse dava konusunu ikrar etmiş olur. Böylece hakim bu ikrara dayanarak hüküm verir. Ancak davalı “Bunlar yalancı şahitlerdir.”, “Bunlar adil adamlardır fakat bu konuda hata ediyorlar.”, “Şahitler olayı unutmuşlar.” ya da “Bunlar dürüst adamlardır.” demekle beraber dava konusunu inkar etse hakim hemen hükmetmez. Şahitlerin adaletli olup olmadıkları konusunda güvenilirlik soruşturması başlatır⁶²⁸ ve bu soruşturma sonrasında adil kimseler oldukları anlaşılırsa onların ifadelerine göre hükmünü verir.

Bir davada şehadet edecek tüm şahitlerin güvenilirlik soruşturmasının yapılıp yapılmayacağı konusunda İslam hukukçuları arasında görüş ayrılığı vardır. Hakimin şahitlerin adil kimseler oldukları ya da olmadıkları hakkında bilgi sahibi olması durumunda bu bilgi gereğince hükmedebileceği konusunda görüş birliği vardır. Ancak hakimin şahitlerin adaleti hakkında bilgi sahibi olmaması durumunda da bu soruşturmanın gerekli olup olmayacağı konusunda farklı görüşler vardır⁶²⁹.

Bu görüşlerin ilki, davalı şahitlerin ifadelerini yalanlasa (ta'n) da yalanlamasa da güvenilirlik soruşturmasının yapılması gerektiğidir. Çünkü şahitlerin ifadelerinin hükme tesir edebilmesi için adil olduklarının bilinmesi gereklidir. İmam Muhammed, Ebu

⁶²⁷ Yıldız, s. 129; Bilmen, C. 8, s. 129.

⁶²⁸ MAA, m. 1716.

⁶²⁹ Yıldız, s. 130, 131.

Yusuf ve İmam Mâlik bu görüştedir. Mecelle de aynı görüşü esas almıştır⁶³⁰. Zira Osmanlı Devleti'nde de bu şekilde uygulanmıştır⁶³¹.

İkinci görüş, davalı şahitlerin ifadelerini yalanlamadığı sürece, şahitler hakkında güvenilirlik soruşturması yapılmasına gerek kalmadan bunların görünürdeki adaletlerine göre hüküm verileceğidir. Çünkü bir kişinin adil olup olmadığı, dışa vurduğu davranışları itibarıyla anlaşılabilir. Müzekkî dahi soruşturma yaparken şahidin bu davranışlarına bakarak karar verir⁶³².

Son görüş olan Ebu Hanife'nin görüşüne göre ise, had ve kısas davalarında davalı, şahitlerin ifadelerini yalanlasa da yalanlamasa da güvenilirlik soruşturması yapılır; diğer davalarda da sadece davalı bunları yalanladığında yapılır⁶³³.

b. Müzekkî Kavramı

Müzekkîler kural olarak soruşturulacak şahitlerin mensup olduğu yerlerden seçilir. Mesela şahitler medrese öğrencileri ise müzekkî bu medresenin müderrisi ile güvenilir ahalisinden, asker ise tabur subaylarından ve katiplerinden, memur ise amirlerinden ve bunun haleflerinden, tüccar ise onu tanıyan güvenilir tüccarlardan, esnaf ise esnaf başından (kethüda) ve lonca ustalarından, bunların dışındaki kişilerden ise de mahalle ve köyünün güvenilir kişilerinden seçilir⁶³⁴. Eğer şahit, o beldede misafir olarak kalan yabancı birisi ise hakim ona burada kendisini kimlerin tanıdığını sorar. Şahidin beyan ettiği kimseler, müzekkî olma vasfına sahiplerse şahidin güvenilirlik soruşturmasını bunlar yapar. Ancak şahidi tanıyan kimse yoksa ya da beyan ettiği kişiler gerekli vasıflara sahip değillerse ve şahit de hakimin kaza bölgesinde oturmuyorsa, kendi oturduğu kazanın hakimi şahidi soruşturur⁶³⁵.

Hakim tarafından talep edildiğinde müzekkînin şahitle ilgili bilgi vermesi dinen zorunlu kabul edilmiştir⁶³⁶.

⁶³⁰ MAA, m. 1716; **Hacı Reşit Paşa**, C. 8, s. 70; **Başoğlu**, s. 77.

⁶³¹ **Ali Haydar**, C. 4, s. 329; **Çelik**, C. 4, s. 490.

⁶³² **Ali Haydar**, C. 4, s. 329.

⁶³³ **Halebî**, C. 3, s. 239; **Mevkûfâtî**, C. 2, s. 116; **Molla Hüsrev**, C. 4, s. 248; **Çelik**, C. 4, s. 490; **Başoğlu**, s. 77.

⁶³⁴ MAA, m. 1717.

⁶³⁵ **Ali Haydar**, C. 4, s. 330; **Bilmen**, C. 8, s. 154; Murat **Şen**, "Şahitliğin Geçerlilik Şartlarının Önceki Hukukumuzdaki Düzenleniş Biçimi", AÜEHFD, C. 3, S. 1, Erzincan 1999, s. 107, 108.

⁶³⁶ **Başoğlu**, s. 78.

Müzekkîlerde şu vasıfların bulunması gerekmektedir: 1) Adil, şahidin reddini gerektirecek hususlara vâkîf, mal ile kandırılmayacak kadar zengin olmalıdır. Bu vasıflara sahip Müslüman bir müzekkî, gayrimüslim bir şahidi soruşturabilir. 2) Müzekkî ile şahit arasında düşmanlık olmamalıdır. 3) İki şahitten biri diğerini soruşturmamalıdır. Zira bu güvenilirlik soruşturmasının amacının kendi şahadetinin kabul edilmesi olmasından korkulur⁶³⁷. Ayrıca müzekkîler şahitlerin durumlarına tamamen vâkîf olmadıkça soruşturmadan kaçınmalıdır⁶³⁸.

c. Çeşitleri

Güvenilirlik soruşturması, açıktan ve gizli olmak üzere iki şekilde yapılmaktadır. Ancak bu soruşturma, İslamiyetin ilk dönemlerinde açıktan yapılmakta idi. Gizli güvenilirlik soruşturması ise Hz. Ömer'in atadığı Kufe Kadısı Şüreyh⁶³⁹ tarafından uygulamaya konulmuş ve açık güvenilirlik soruşturması ile birlikte gizli güvenilirlik soruşturması da yapılmaya başlanmıştır⁶⁴⁰.

aa. Gizli Güvenilirlik Soruşturması

Hakimin, şahitleri iyi tanıyan ve mahkeme tarafından adil oldukları bilinen müzekkîler aracılığıyla şahitlerin durumlarını gizliden soruşturmasına “gizli güvenilirlik soruşturması” denir⁶⁴¹.

Gizli güvenilirlik soruşturması, “mestûre” adı verilen bir belge ile yürütülür. Bu belgede şu bilgiler yazar: 1) Davacı ve davalının isimleri ile dava konusu 2) Şahitlerin isimleri, baba ve dedelerinin isimleri, şöret ve meslekleri (Eğer tanınmış kimselerden iseler sadece isim ve şöretleri yeterlidir.) 3) Davacı, davalı ve şahitlerin adresleri⁶⁴².

Hakim, mestûreye gerekli olan bilgileri yazdıktan sonra bunu bir zarf içerisine koyar, üzerini mühürler ve kendisi tarafından müzekkî olarak seçilen kişilere gönderir. Müzekkîler bu mestureyi alıp okuduktan sonra şahitler hakkındaki kanaatlerini aynı belgeye yazarlar. Buna göre eğer şahitler adil kimselerse “Adillerdir.”, “Şehadet için makbüllerdir.” gibi şahitlerin adil kimseler olduğuna delalet eden sözler ya da adil

⁶³⁷ Ali Haydar, C. 4, s. 330; Bilmen, C. 8, s. 153; Başoğlu, s. 78.

⁶³⁸ Ali Haydar, C. 4, s. 333.

⁶³⁹ Aydın Taş, “Şüreyh’in Hayatı, İlmî, Mevkî ve Kadılığı”, FÜİFD, S. 1, Elazığ 1996, s. 350.

⁶⁴⁰ Başoğlu, s. 77.

⁶⁴¹ Çelik, C. 4, s. 491.

⁶⁴² MAA, m. 1718; Bilmen, C. 8, s. 154.

kimseler değilse de “Adil değildir.”, “Şehadet için makbul değildir.”, “Hallerini bilmeyiz.”, “Allah bilir.” gibi şahitlerin adil kimseler olmadığına delalet eden sözler yazabilirler. Daha sonra bunu yine zarfa koyup üzerini mühürler ve içindekiler hakkında kimseye bilgi vermeden hakime iade ederler⁶⁴³. İşte müzekkîlerin şahitlerin şehadete ehil ve adil kimseler olduklarına karar vermesine “ta’dîl”, ehil ve adil kimseler olmadıklarına karar vermesine de “cerh” denir⁶⁴⁴.

Müzekkîler, şahitlerin adil kimseler olmadıklarına karar verirlerse ya da mestûreye adil kimseler olmadıklarına dair bir şey yazmadan hakime gönderirlerse artık o şahitlerin şehadetleri kabul edilmez. Hakim bunun üzerine davacıya “Senin şahitlerinin adil kimseler olmadıklarına karar verildi.” demeyip sadece “Başka şahitlerin varsa getir.” der. Çünkü hem şahitlerin haysiyetleriyle oynamak istemez hem de şahitlerle müzekkîler arasında düşmanlık olsun istemez⁶⁴⁵. Şahitleri soruşturma sonucunda şahitliğe uygun görülmeyen davacı, bunları başka güvenilir kişilerin soruşturabileceklerini iddia eder ya da bunların hallerinin, beyan edeceği başka kişilerden sorulmasını hakimden talep ederse hakim bunu kabul eder. Yeni müzekkîler, gerekli vasıflara sahip kimseler olup şahitlerin adil kimseler olduklarına karar verirlerse hakim, ilk müzekkîlere şahitlerin adil kimseler olmadıklarına nasıl ve neden karar verdiklerini sorar. Bunların bu karara gerekçe olarak gösterdikleri sebep, şahitliğin reddini gerektirecek bir sebep ise hakim ilk soruşturma sonrası verilen kararı kabul edip ikinci soruşturma sonrası verilen kararı reddeder. Ancak geçerli bir sebep gösteremezlerse ikinci yapılan soruşturma kabul edilir⁶⁴⁶.

Müzekkîler şahitlerin adil kimseler olduklarına karar verirlerse bu kişilerin şehadetleri kabul edilir ve ikinci iş olarak alenen soruşturma işlemine geçilir⁶⁴⁷. Şahitlerin adil kimseler olduklarına karar verilmesine dair şer’iyye sicillerinde “*ba’de’t-ta’dîl ve’t-tezkiye şehâdetleri hayyiz-i kabûlde ve mahall-i irtizâda vâki’ oldukdan sonra*”⁶⁴⁸, “*Şehâdetleri ba’de’t-ta’dîli’ş-şer’î ve’t-tezkiyeti’ş-şer’iyye inde’ş-şer’*

⁶⁴³ MAA, m. 1718; **Molla Hüsrev**, C. 4, s. 249; **Çelik**, C. 4, s. 491; Abdullah **Demir**, Günümüz Mesajlarıyla Osmanlı Devleti Karınca Hakkını Arayınca, Yitik Hazine Yayınları, İstanbul 2012, s. 92; **Başoğlu**, s. 77.

⁶⁴⁴ **Bilmen**, C. 8, s. 119, 120.

⁶⁴⁵ MAA, m. 1719; **Ali Haydar**, C. 4, s. 332.

⁶⁴⁶ **Ali Haydar**, C. 4, s. 332; **Bilmen**, C. 8, s. 155; **Başoğlu**, s. 77.

⁶⁴⁷ MAA, m. 1719.

⁶⁴⁸ Hasköy Mahkemesi 5 Numaralı Sicil, Metin No: 259-1, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 23, s. 340.

*mu'teber ve makbûl oldukdan sonra*⁶⁴⁹, *“ba'de't-ta'dîl ve't-tezkiye şehâdetleri makbûle ve mesmû'a olmağın*⁶⁵⁰ gibi ifadeler yer almaktadır.

Gizli güvenilirlik soruşturması şahadet türünden değildir. O yüzden şahitleri bir kişinin soruşturması yeterli görülmüştür. Ancak ihtiyatlı olmak için müzekkîlerin en azından iki kişi olması daha iyi görülmüştür⁶⁵¹. Bu husus Mecelle' de *“Sırrın tezkiyede bir müzekkî kâfi ise de ihtiyata riayeten lâekal iki olmalıdır.”*⁶⁵² şeklinde ifade edilmiştir. İmam Muhammed'e göre ise bunların en az iki kişi olması şarttır⁶⁵³.

bb. Açık Güvenilirlik Soruşturması

Hakimin, şahitleri iyi tanıyan ve mahkeme tarafından adil oldukları bilinen en az iki müzekkîye şahitlerin durumlarını mahkeme huzurunda sormasına “açık güvenilirlik soruşturması” denir⁶⁵⁴.

Açık güvenilirlik soruşturmasını yapmak üzere hakim, müzekkîlerle birlikte davacıyı, davalıyı ve şahitleri huzuruna çağırır. Hakim müzekkîlere “Sizin soruşturduğunuz şahitler bunlar mıdır?” ya da “Bu şahitler adil ve şahadet için makbul kimselerden midir?” diye sorar. Ya da şahitler, davacı ve davalı ile birlikte, naip eşliğinde müzekkîlerin yanlarına gönderilerek yerlerinde açık soruşturmaları yapılabilir⁶⁵⁵. Bunun üzerine müzekkîler, şahitleri alenen soruşturup onların güvenilir kimseler olduklarına karar verirlerse hakim, müzekkîlerin ifadelerine dayanarak hüküm vermek zorunda kalır. Zira bu şahitlerin ifadeleri sübjektif olmaktan çıkmış; objektif bir delil haline gelmiştir⁶⁵⁶.

Açık güvenilirlik soruşturması yapanlarla gizli güvenilirlik soruşturması yapanların aynı kişiler olabileceği kabul edildiği gibi farklı kişiler olması da kabul edilmiştir⁶⁵⁷.

⁶⁴⁹ Balat Mahkemesi 2 Numaralı Sicil, Metin No: 6a-2, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 11, s. 67.

⁶⁵⁰ Eyüb Mahkemesi 61 Numaralı Sicil, Metin No: 8a-2, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 27, İSAM Yayınları, İstanbul 2011, s. 74.

⁶⁵¹ **Başoğlu**, s. 77.

⁶⁵² MAA, m. 1721.

⁶⁵³ **Bilmen**, C. 8, s. 155; **Çelik**, C. 4, s. 493; **Başoğlu**, s. 78.

⁶⁵⁴ **Çelik**, C. 4, s. 491.

⁶⁵⁵ MAA, m. 1720.

⁶⁵⁶ **Bayındır**, s. 185.

⁶⁵⁷ **Ali Haydar**, C. 4, s. 333; **Bilmen**, C. 8, s. 155.

Açık güvenilirlik soruşturması şahadet türünden olup burada şahitliğin şartları ve şahitlik için gerekli sayı aranır. Buna göre şahitleri muamelât davalarında en az iki kişinin ve zina davasında ise dört kişinin soruşturması gerekmektedir. Bunun dışında müzekkîlerin şahadet için belirlenen ifadeleri söylemelerine gerek yoktur⁶⁵⁸. Bu husus Mecelle’de “*Tezkiye-i aleniyye şahadet kabilinden olup şahadetin şurût ve nisabı bunda dahi mu’teberdir. Şu kadar var ki müzekkîlerin şahadet lâfzını zikretmeleri lâzım değildir.*”⁶⁵⁹ şeklinde ifade edilmiştir.

cc. Güvenilirlik Soruşturmasının Hukukî Sonuçları

Gizli ve açık güvenilirlik soruşturmalarına bağlanan bazı hükümler vardır. Buna göre öncelikle müzekkîler zaten güvenilir kişiler arasından seçildikleri için soruşturulmazlar. Böyle olursa onları soruşturanları da soruşturmak gerekir ki bu şekilde bir kısır döngü oluşur ve bu kurum işlemez hale gelir⁶⁶⁰.

Davalı ile davacı belli bir kişinin müzekkî olmasına razı olursa yalnız o kişinin yaptığı güvenilirlik soruşturması geçerli olur. Bu konuda bütün mezheplerde görüş birliği vardır⁶⁶¹.

Kadınlardan halk arasına karışıp çeşitli muamelelerde bulunanların müzekkî olabilecekleri Hanefî mezhebince kabul edilmiştir. Bunlara göre iki kadın, bir erkek yerine müzekkî olabilir⁶⁶².

Gayrimüslim şahitlerin de güvenilirlik soruşturması yapılır. Çünkü onlar da kendi dinlerine göre güvenilir, dini emir ve yasaklara uyan ve adil kişiler olabilir⁶⁶³.

⁶⁵⁸ Çelik, C. 4, s. 494.

⁶⁵⁹ MAA, m. 1722.

⁶⁶⁰ Bilmen, C. 8, s. 154.

⁶⁶¹ Bilmen, C. 8, s. 154.

⁶⁶² Yıldız, s. 136; Bilmen, C. 8, s. 153.

⁶⁶³ Bilmen, C. 8, s. 154; “Vech-i tahrîr-i sicil budur ki Cafer b. Abdullah meclis-i şer‘a hâzır olup karye-i Çengel’de fevt olan Kutuş Yani b. Dimitri nâm zimmîde bin üç yüz akçe hakkım, fevt olup zimmetinde kaldı deyicek yetîmeleri cânibinden kîbel-i şer‘den vasiyyeleri olan Margarika bt. Yuvan muvâcehesinde mezbûre Margarika inkâr edip **Mihal b. Manol ve Yorgi b. Yani nâm zimmîler dediler ki mezkûr Yani zimmetinde bin üç yüz akçe hakkı kaldı dedikde **ba‘de’t-ta‘dîl şehâdetleri hayyiz-i kabûlde vâki’ olup** bi’t-taleb sicil olundu.” Üsküdar Mahkemesi 14 Numaralı Sicil, Metin No: 64a-3, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 5, s. 224.**

Güvenilirlik soruşturması işlemleri bittikten sonra hakim şahitlerden hala şüphe duyarsa bunların ifadelerine göre hüküm vermeyi erteleyip durumlarını tekrardan araştırabilir⁶⁶⁴.

Güvenilirlik soruşturması yapılmış şahitler, yine aynı hakimin baktığı başka davalarda şahit gösterilirse ve aradan uzun bir süre geçmemişse bunlar yeniden soruşturulmaz. Bu sürenin ne kadar olacağı konusunda iki görüş vardır. İlk görüşe göre bu süre altı ay, diğer görüşe göre ise hakimin takdirine bırakılmıştır⁶⁶⁵.

Müzekkilerden bir kısmı şahitlerin adil kimseler olduklarına, bir kısmı da adil kimseler olmadıklarına karar verirse hakim, olumsuz olarak verilen kararı tercih ederek şahitlerin şهادetleri ile hükmetmez. Mesela olumlu karar verenler on kişi olsa ve olumsuz karar verenler de iki kişi olsa, yine olumsuz olarak verilen karar seçilir. Ancak üç kişiden ikisi olumlu, birisi de olumsuz karar verirse şahitlerin şهادetleri kabul edilir. Zira iki kişi, şahitlik sayısındır ve bu da kesin bir hüccettir⁶⁶⁶.

Kul haklarına ilişkin davalarda şahitler, ifade verdikten sonra ölseler ya da kaybolsalar, hakim onları soruşturarak şهادetleriyle hükmedebilir⁶⁶⁷. Nitekim şahitlerin güvenilirlik soruşturması ile güvenilir kimseler oldukları anlaşılrsa ancak soruşturmadan sonra ölseler ya da kaybolsalar hakim yine onların şهادetleriyle hükmedebilir⁶⁶⁸.

7. Şهادette İhtilaf

Bir davada yapılan şهادetin kabul edilebilmesi için, şahitlerin dava konusundaki ifadelerinin birbiriyle uyuşması gerekir. Uyuşmadığı takdirde davaya uygun olan ifade kabul edilir ve diğerinin ifadesi ise davacı tarafından yalanlanmış olur. Bu durumda gerekli şahit sayısına ulaşılamayacağından ve tek kişinin şهادetiyle de dava ispatlanamayacağından, şahitlerin şهادetleri kabul edilmez⁶⁶⁹.

⁶⁶⁴ Bayındır, s. 186.

⁶⁶⁵ MAA, m. 1723; Yıldız, s. 135; Bilmen, C. 8, s. 156.

⁶⁶⁶ MAA, m. 1725; Ali Haydar, C. 4, s. 337; Başoğlu, s. 78.

⁶⁶⁷ MAA, m. 1726.

⁶⁶⁸ Ali Haydar, C. 4, s. 337.

⁶⁶⁹ Bilmen, C. 8, s. 145; Ali Haydar, C. 4, s. 312.

Şer'iyeye sicillerinde şahitlerin ifadelerinin birbirleriyle uyduğunu belirtmek için bazen “*müttehüdü'l-lafz ve'l-ma'nâ ve müttefikatü'l-ibâre ve'l-fehvâ*”⁶⁷⁰, “*müttefikü'l-lafz ve'l-ma'nâ şehâdet-i şer'iyeye kaldıklarından*”⁶⁷¹ gibi ifadeler kullanılmıştır.

Şahitlerin ifadelerindeki ihtilaf ya dava konusunda ya da dava konusu ile ilgili bir hususta olabilir.

a. Dava Konusunda İhtilaf

Şahitler dava konusunda ihtilaf ederlerse şehadetleri kabul edilmez⁶⁷². Dava konusundaki ihtilaf konunun cinsinde, miktarında ve sebebinde olabilir.

aa. Dava Konusunun Cinsinde İhtilaf

Şahitlerin dava konusunun cinsinde ihtilaf etmeleri durumunda şehadetleri kabul edilmez. Mesela bir kefalet davasında şahitlerden biri “Davalı yüz mecidiyeye kefil oldu.” dese ve diğeri de “Davalı yüz altına kefil oldu.” dese şehadetleri kabul edilmez⁶⁷³. Yine şahitler gasp edilen büyükbaş bir hayvanın renginde ya da cinsiyetinde ihtilaf etseler şehadetleri kabul edilmez. Mesela gasp edilen bir at hakkında biri kır at, diğeri yağız at ya da biri at, diğeri kısarak diye şehadet etseler şehadetleri kabul edilmez⁶⁷⁴. Ancak şahitler hayvanın erkek ya da dişi olduğunu beyan edip rengini söylemeseler şehadetleri kabul edilir⁶⁷⁵.

bb. Dava Konusunun Miktarında İhtilaf

Satım, kira, rehin ve nikah gibi akde bağlı bir davada, şahitlerin dava konusunun miktarında ihtilaf etmeleri durumunda -dava konusu, şahitlik edilen miktardan ister az ister çok olsun- şehadetleri kabul edilmez. Mesela bir satıcı “Malımı davalıya beş yüz kuruşa sattım.” dese ve şahitlerden biri beş yüz kuruşa, diğeri de üç yüz kuruşa sattığına şehadet etseler şehadetleri kabul edilmez⁶⁷⁶. Bu Ebu Hanife'nin görüşüdür. Ancak Ebu

⁶⁷⁰ Üsküdar Mahkemesi 5 Numaralı Sicil, Metin No: 67a-1, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 3, s. 272.

⁶⁷¹ Üsküdar Mahkemesi 5 Numaralı Sicil, Metin No: 105a-3, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 3, s. 344.

⁶⁷² MAA, m. 1712.

⁶⁷³ **Ali Haydar**, C. 4, s. 314.

⁶⁷⁴ MAA, m. 1714.

⁶⁷⁵ **Ali Haydar**, C. 4, s. 320.

⁶⁷⁶ MAA, m. 1715; **Çelik**, C. 4, s. 535.

Yusuf ve İmam Muhammed'e göre şahitlerin az olan miktarda uyuşmaları durumunda şahadetleri kabul edilir. Mesela şahitlerden biri "Bu kişi karısını bir talakla boşadı." dese ve diğeri de "Bu kişi karısını üç talakla boşadı." dese az olan miktarda uyuştukları için, o kişinin karısını bir talakla boşadığına dair şahadetleri kabul edilir⁶⁷⁷. Mecelle bu konuda "*Da'va-yı akidde şahidler bedelin mikdarında ihdilâf etseler şahadetleri kabul olunmaz.*"⁶⁷⁸ diyerek Ebu Hanife'nin görüşünü esas almıştır.

cc. Dava Konusunun Sebebinde İhtilaf

Dava konusunun sebebindeki ihtilaf, mülkiyetin sebebinde ve borcun sebebinde olmak üzere iki türde olabilir.

Şahitlerin mülkiyet davasında mülkiyetin sebebinde ihtilaf etmeleri durumunda şahadetleri kabul edilmez. Mesela bir kimse elindeki bir evin kendisine ait olduğuna dair iki şahit getirirse ve şahitler o evin davalıya ait olduğunda uyuşsalar ancak biri mülkiyetin satış yoluyla diğeri de bağışlama yoluyla davalıya geçtiğine şahadet etseler şahadetleri kabul edilmez⁶⁷⁹.

Şahitlerin borç davasında borcun sebebinde ihtilaf etmeleri durumunda da şahadetleri kabul edilmez. Mesela davacı "Şu kimseye ödünç olarak verdiğim bin kuruş alacağım var." diye dava etse, şahitlerden biri davacının karzdan dolayı alacağı olduğuna, diğeri de vediadan dolayı alacağı olduğuna şahadet etseler şahadetleri kabul edilmez⁶⁸⁰.

b. Dava Konusu İle İlgili Bir Hususta İhtilaf

Şahitlerin dava konusu ile ilgili bir hususta ihtilaf etmeleri, dava konusunda ihtilafa sebep olursa şahadetleri kabul edilmez; ihtilafa sebep olmazsa kabul edilir⁶⁸¹. Dava konusu ile ilgili hususlar yer, zaman, olay ve ikrar hakkında olabilir.

⁶⁷⁷ Halebî, C. 3, s. 252; Mevkûfâtî, C. 2, s. 125; Çelik, C. 4, s. 537.

⁶⁷⁸ MAA, m. 1715.

⁶⁷⁹ Serahsî, C. 16, s. 257.

⁶⁸⁰ Ali Haydar, C. 4, s. 314.

⁶⁸¹ MAA, m. 1713.

aa. Yer ve Zaman Konusunda İhtilaf

aaa. Fiili Tasarruflarda

Bir şeyin gasp edilmesi, bir kişinin öldürülmesi, bir borcun ödenmesi gibi fiili tasarruflarda, şahitlerin yapılan işin yer ve zamanı konusunda ihtilaf etmeleri durumunda şهادetleri kabul edilmez⁶⁸². Çünkü farklı yer ve zamanlarda yapılan fiillere şهادet edenler, aslında farklı olaylara şahit olmuş olduklarından dava konusunda ihtilaf meydana gelir⁶⁸³. Mesela iki şahit, falan kişinin eşini boşadığına şهادet etse ancak biri “Cuma günü Basra’da boşadı.” dese diğeri de “Cuma günü Kufe’de boşadı.” dese şهادetleri kabul edilmez⁶⁸⁴.

bbb. Sözlü Tasarruflarda

Satım, kira, kefalet, havale, vekâlet, ikrar, sulh gibi sözlü tasarruflarda, bu tasarrufların yapıldığı yer ve zaman konusunda şahitlerin ihtilaf etmeleri durumunda şهادetleri kabul edilir. Mesela bir kişi falan şahıstan bir mal satın alsa ve o malın kendisine teslimi için dava açsa, şahitlerden biri satış işleminin evde yapıldığına, diğeri ise dükkanda yapıldığına şهادet etseler kabul edilir. Çünkü satım akdi sözlü bir tasarruf olduğu için, bu akde dair sözler farklı yer ve zamanlarda tekrar edilmiş olabilir. Ancak fiiller böyle değildir⁶⁸⁵.

bb. Olay ve İkrara Şahitlik

Bir davada şahitlerden biri dava konusu olaya, diğeri de dava konusu ile ilgili ikrara şahit olup şهادetlerinde ihtilaf söz konusu olursa şهادetlerinin kabulü, tasarrufun fiili ya da sözlü olmasına göre değişir.

aaa. Fiili Tasarruflarda

Fiili tasarruflarda dava konusu olay, bir fiilden ibarettir. Bunun için bu tasarruflara ilişkin bir davada şahitlerden biri fiile, diğeri ise ikrara şهادet etse kabul edilmez. Zira ikrar, sözlü olarak yapılır. Mesela bir kimse gasp davası açsa, şahitlerden

⁶⁸² MAA, m. 1713.

⁶⁸³ Ali Haydar, C. 4, s. 317; Çelik, C. 4, s. 538.

⁶⁸⁴ Serahsî, C. 16, s. 256.

⁶⁸⁵ MAA, m. 1713; Bilmen, C. 8, s. 147.

biri gasp fiiline, diğeri de davalının gaspı ikrar ettiğine şehadet etse şehadetleri kabul edilmez⁶⁸⁶.

bbb. Sözlü Tasarruflarda

Sözlü tasarruflarda dava konusu olay, bir sözden ibarettir. İkrar da sözlü olarak yapıldığından şahitlerden biri sözle yapılan olaya, diğeri de ikrara şehadet etse kabul edilir. Çünkü ikisi de aynı ifadeleri taşıyan bir söze şehadet etmiş olur. Mesela bir kimse satım akdinden dolayı alacak davası açsa, şahitlerden biri satış olayına, diğeri de davalının satışı ikrar ettiğine şehadet etse şehadetleri kabul edilir⁶⁸⁷.

8. Naklen Şahitlik

a. Kavram

Günümüz yargılama hukukunda bulunmayan ancak İslam ve Osmanlı Yargılama Hukuklarında kabul edilen ve oldukça yaygın bir şekilde kullanılan bir müessese naklen şahitlik müessesesidir⁶⁸⁸. Bir davada dava konusuna şahit olan bir kişinin, hastalık gibi bir sebepten dolayı duruşma günü mahkeme huzuruna gelip şahitlik yapamayacağı için hukuken şahitlik yapabilecek iki kişiye tahammül ettiği şehadetini bildirmesi (işhad etmesi) ve buna binaen o kişilerin de bu yönde mahkeme huzurunda şehadet etmelerine “naklen şahitlik” ya da “şahitlik üzerine şahitlik”, klasik fıkıh literatüründeki tabiri ile “şehâdet aleşşehâde” denir⁶⁸⁹. Burada kendilerine asıl şahit tarafından şahitlik konusunun aktarıldığı kişiler, bu duyduklarını olduğu gibi yani duyduklarına yeni bir şey eklemeyen ya da çıkartmadan aktardıkları için bu şehadete “naklen şahitlik” demek uygundur. Bu durumda gerçek görgü şahidine “asıl”, asıl tarafından kendilerine işhad edilenlere de “fer” denir⁶⁹⁰.

Naklen şahitlik istihsanen caiz görülmüştür. Kıyas yapıldığı zaman ise caiz olmaz. Çünkü tahammül edilen şahitlik, asıl şahidin kendisi tarafından yapılması gereken bir görevdir. Bu tür görevlerde ise inâbet⁶⁹¹ geçerli olmaz. O yüzden lehine

⁶⁸⁶ Ali Haydar, C. 4, s. 316; Molla Hüsrev, C. 4, s. 270; Çelik, C. 4, s. 539.

⁶⁸⁷ Ali Haydar, C. 4, s. 316; Bayındır, s. 181.

⁶⁸⁸ Murat Şen, “Eski Yargılama Hukukumuzda Şahidin Yükümlülükleri ve Başkasından Naklen Şahitlikte Bulunma”, AÜEHFD, C. 4, S. 1-2, Erzincan 2000, s. 195.

⁶⁸⁹ Çelik, C. 4, s. 546, 547.

⁶⁹⁰ Erbay, s. 139, 140; Bilmen, C. 8, s. 148.

⁶⁹¹ Bir kimseyi başka birinin yerine geçirmek, görevi ona yaptırmak.

şahadet edilecek kişi için şahitliğin yapılması bir hak değildir. Ancak bu şahitliğin yapılmasına cevaz verilmediği zaman bir hak kaybı söz konusu olabileceği için şüphe ile düşmeyen haklara dair yapılan naklen şahitlik istihşanen caiz görülmüştür⁶⁹².

Naklen şahitliğin hangi davalar için caiz olacağı konusunda mezhepler arasında görüş ayrılığı vardır. Hanefî ve Hanbelîlere göre had ve kısas davalarında caiz değildir. Şafilere göre ise kazf suçu dışındaki had davalarında caizdir. Çünkü bu davalar şüphe ile düşen davalardır ve bu tür şahadette de şüphe ihtimali yüksektir. Ayrıca had cezasını gerektiren davalarda şahitliğin gizlenmesi tavsiye edilmiştir. Bu durumda şahitlik bile yapamayacakken bu şahitliği başkalarına işhad edip suçun ifşa olmasına sebep olma durumu söz konusu olur. Bu ise tavsiye edilen ilkenin ruhuna aykırı bir durumdur. Malikî mezhebine ve Şafilere göre ise naklen şahitlik her türlü davada caizdir. Çünkü bu tür şahadet tercümanlık gibidir. Tercüman aracılığıyla verilen ifade nasıl kabul ediliyorsa naklen şahitlikte de aynı şekilde kabul edilmelidir. Burada asıl olan asıl şahidin şahadetidir⁶⁹³.

b. Şartları

aa. Aslın Hakim Huzurunda Şahitlik Yapamayacağı Bir Mazeretinin Olması

Aslın mahkeme huzurunda şahitlik yapacağı zamanda bu görevini ifa etmesini engelleyecek bir mazeretinin olması gerekmektedir⁶⁹⁴. Çünkü bu görevin onun üzerinden düşmesi için bir zaruret ya da özür durum söz konusu olmalıdır. Bu durumlar şunlardır: aslın mahkemeye gelemeyecek kadar hasta olması, tutuklu olması, evi ile mahkemenin mesafesinin evinden mahkemeye gidip şahitlik yaptıktan sonra eve

⁶⁹² **Molla Hüsrev**, C. 4, s. 276; **Mevkûfâtî**, C. 2, s. 129; **Ali Haydar**, C. 4, s. 322; **Çelik**, C. 4, s. 546, 547.

⁶⁹³ **Erbay**, s. 141; Hacı Yunus **Apaydın**, “Şahit”, DİA, C. 38, TDV Yayınları, İstanbul 2010, s. 282.

⁶⁹⁴ Günümüz Medeni Yargılama Hukukunda şahidin görevini ifa etmesini engelleyecek bir mazeretinin olması durumunda, eğer dava toplu mahkemelerde görülüyor ise mahkeme üyelerinden bir tanesi mahkemenin yargı çevresi içinde bulunan bu şahidi yerinde dinlemek üzere naip hakim olarak görevlendirir. Bkz. **Kuru / Arslan / Yılmaz**, s. 193, 194. Ceza Yargılaması Hukukunda ise şahidin ifadesinin dinlenilmesi, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunlu ise, görevini ifa etmesini engelleyecek bir mazeretinin olması durumunda ifadesi, duruşmada dinlenilmek üzere görüntü ve ses kaydı ile kaydedilir. (CMK m. 52/3)

dönüşünde ailesiyle geceleyemeyecek kadar uzak olması ve erkekler arasına karışmayan bir kadın olmasıdır⁶⁹⁵.

bb. Aslın Fer'e Şehadetini Tahmil Etmesi ve Fer'in Bunu Kabul Etmesi

Asıl şahidin fer'e şehadetini tahmil etmesi, yani ona bu görevini devretmesi gerekmektedir. Bu tahmil işlemi şu ifadelerle olur: "Falan oğlu falanın şu kimseye on altın borcu olduğunu benim yanımda ikrar ettiğine şahadet ederim ve bu şahadetime sen şahadet et." Bu şekilde tahmilden sonra fer'in de bu görevi kabul etmesi ya da sükût etmesi gerekmektedir⁶⁹⁶.

cc. Fer'in Şehadet Sırasında Aslın Kendisini Tahmil Ettiğini ve Bu Şehadet İçin Belirlenen İfadeleri Söylemesi

Fer', şehadet sırasında aslın kendisini tahmil ve işhad ettiğini, bir de aslın adıyla baba ve dedesinin adını söylemelidir. Bunun yanında aslın şahitliğini de aynen aktarmalıdır. Bu edâ işlemi şu ifadelerle olur: "Falanın oğlunun oğlu falan, bu davalının davacıya karz sebebiyle yüz kuruş borcu olduğunu ikrar ettiğine şahadet ediyor. Beni de bu şahadetine şahit tuttu. Ben de onun bu şekildeki şahadetine şahadet ederim." Fer'in bunları söylemesi, bilerek şahadette bulunduğunun anlaşılması içindir⁶⁹⁷.

⁶⁹⁵ Ali Haydar, C. 4, s. 323; Molla Hüsrev, C. 4, s. 276; Çelik, C. 4, s. 547, 548.

⁶⁹⁶ Bilmen, C. 8, s. 149; Mavsîlî, C. 2, s. 249; Çelik, C. 4, s. 549; "Hâlâ Şehr-i Zol kadısı olan kıdvet-i kuzât-ı ümem Mevlânâ İbrahim Efendi b. Zahireddin ve Hüseyin b. Gulâm nâm kimesneler Hasan b. Resûl ve Mustafa b. Mehmed, Şemseddin [b.] Sâdık, Mehmed b. Behrâm nâm kimesneler mahzarlarında takrîr-i kelâm edip bâ'isü'l-kitâb Nebi Bâli nâm kimesneyi sâbıkan Şehr-i Zol beylerbeyisi olan emîrû'l-ümerâi'l-kirâm Mahmud Paşa hazretleri ahz edip ve odasın basıp bir gümüşlü eğer ve bir gümüşlü oyanı ve bir gümüşlü sine bend ve üç harmânî doru at ve elli dört bin nakid akçe ve bir kırmızı tavşan kürklü ferâce ve bir kemha zencefilli lâciverd ferâce ve uzun yenlü bir mor ferâce ve bir kırmızı atlas kaftan ve bir Mısır alacası kaftan ve beyaz atlas kaftan ve iki tüfenk ve nice hurde esbâbını gasb eyleyip küllî zulm eylemiştir **biz şahidleriz bu husûsa şehâdet ederiz bizim ağzımızdan mezbûrun kimesneler dahi şehâdet etsinler deyu işhâd ettiklerinde mezbûrun kimesneler dahi mezbûrânın ağzından şehâdeti kabûl eylediklerinden** sonra mâ vaka'a bi't-taleb tahrîr olundu." Üsküdar Mahkemesi 84 Numaralı Sicil, Metin No: 20b-3, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 10, s. 182.

⁶⁹⁷ Bilmen, C. 8, s. 149; Mavsîlî, C. 2, s. 249; Çelik, C. 4, s. 550; "...udûl-i müslimînden Yahya b. Nebi ve Ali b. Murad edâ-i şehâdet-i şer'iyeye edip mezbûr Mehmed hâl-i hayâtında bizi işhâd edip hârunum mezbûre Ayşe'ye karzdan bin akçe ve bin akçe mehr-i mü'ecceli cem'an iki bin akçe deynim vardır **dedi bu husûsa şahidleriz şehâdet dahi ederiz dediklerinde...**" Üsküdar Mahkemesi 51 Numaralı Sicil, Metin No: 48b-3, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 8, s. 220.

dd. Her Asıl İçin Fer'in, Şahitler İçin Belirlenen Sayı Kadar Olması

Asıl şahit ister kadın ister erkek olsun, onun yerine şهادet edecek fer'lerin şahitlik için gereken sayıda olmaları gerekmektedir. Yani her asıl için iki erkek ya da bir erkekle iki kadın fer' olması gerekmektedir. Bu konuda Hz. Ali "*Bir erkeğin şهادeti üzerine şهادet, ancak iki erkeğin şهادeti ile caiz olur.*" demiştir⁶⁹⁸. Bununla birlikte bir aslın şهادetine şهادet eden iki fer', diğer aslın şهادetine de şهادet edebilir⁶⁹⁹. Böyle bir durumda bu iki fer', usulüne uygun olarak önce birinin yerine, sonra da diğerinin yerine şهادet eder⁷⁰⁰.

ee. Aslın Diğer Aslın Yerine Fer' Olmaması

Bir davada asıl ve fer' şahitlerin farklı kişiler olması gerekmektedir. Yani asıl şahit olan bir kimse, diğer asıl şahit yerine fer' olamaz. Diğer bir deyişle, asıl şahit kendi yerine asaleten, diğer aslın yerine de fer'an şهادette bulunamaz⁷⁰¹.

ff. Duruşma Sırasında Aslın Şهادet Ehliyetinin Tam Olması

Fer' duruşma sırasında şهادet ederken asıl şahidin şهادet ehliyetinin tam olması gerekmektedir. Buna göre fer' daha şهادet etmeden asıl kör olsa, temyiz kudretini yitirse ya da fâsik olsa fer'in şهادeti kabul edilmez⁷⁰².

gg. Asıl Şahitlerle Birlikte Fer' Şahitlerin Güvenilirlik Soruşturmalarının Yapılması

Asıl şahitlerin gizli ve açık güvenilirlik soruşturmaları yapıldığı gibi fer' şahitlerin de aynı şekilde güvenilirlik soruşturmalarının yapılması gerekmektedir. Zira asıl şahitler duruşmada hazır olsalardı soruşturulurlardı. Buna göre hakim, bu şahitlerin güvenilirlik soruşturmalarını yapmadan hüküm verirse bu hüküm geçerli olmaz⁷⁰³.

⁶⁹⁸ Molla Hüsrev, C. 4, s. 277; Çelik, C. 4, s. 548.

⁶⁹⁹ Ali Haydar, C. 4, s. 324; Mavsûlî, C. 2, s. 249; Çelik, C. 4, s. 548.

⁷⁰⁰ Bilmen, C. 8, s. 150.

⁷⁰¹ Bilmen, C. 8, s. 149; Ali Haydar, C. 4, s. 324; Serahsî, C. 16, s. 211.

⁷⁰² Bilmen, C. 8, s. 149; Ali Haydar, C. 4, s. 324.

⁷⁰³ Molla Hüsrev, C. 4, s. 278; "...bizi işhâd edip işbu müşârün-ileyh Şirmerd b. Abdullah nâm kulumu ben ölmezden evvel kırk gün evvel âzâd olsun deyû şهادet-i şer'iyeye edâ ettiklerinde **ba'de't-tezkiyye...**" Üsküdar Mahkemesi 17 Numaralı Sicil, Metin No: 9a-3, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 6, s. 88; "...bizim huzûrumuzda ikrâr edip bundan müşârünileyh hazretlerinden otuz beş guruş da'vâ eylemiş idim yirmi guruşa ıslâh eyleyip bedel-i sulh olan yirmi guruşu bi't-

hh. Naklen Şahitliğin Butlanını Gerektirecek Bir Sebebin Olmaması

Fer' şahadet etmeden önce şahitliğin butlanını gerektirecek bir sebep meydana gelmemelidir. Bu sebepler: Asıl şahidin fer'leri şahadetten men etmesi, şahadet ehliyetinin kaybolması, fer'lere tahmil ettiği şahadetinde hata ettiğini söylemesi, kendi şahitliğini inkar etmesi ve fer'lerin şahadetleriyle hüküm verilmeden önce mahkeme huzuruna gelmesidir⁷⁰⁴.

c. Naklen Şahitliğe Engel Olmayan Durumlar

Naklen şahitliğin şartlarının dışında ortaya çıkabilecek bazı durumlar vardır ki bunlar bu şekilde yapılacak şahitliğe engel değildir. Bu durumlar:

- 1) Şahitlerin tamamı asıl olabildiği gibi iki aslın yerine de tüm şahitler fer' olabilir.
- 2) Naklen şahadetin bir derece olması şart değildir. Yani asıl şahit tahammül ettiği şahitliğini fer'lere işhad ettikten sonra o fer'ler de tahmil ettikleri şahadetlerini başka fer'lere işhad edebilirler.
- 3) Fer'lerin davalıyı tanımaları şart değildir.
- 4) Bir davada asıl şahit baba, fer' şahit de oğlu olabilir⁷⁰⁵.

9. Şahitlikten Dönme

a. Kavram

Fıkıh literatüründe “rücû' ani'-ş-şehâde” olarak bilinen şahitlikten dönme, bir kimsenin şahadetiyle ispat ettiği bir şeyi nefyetmesidir. Yani şahidin mahkeme huzurunda verdiği ifadesinden vazgeçmesidir. Bu uygulama Hz. Ömer'in bir kadıya gönderdiği mektuba dayanmaktadır. Mektupta “*Bir mesele hakkında hüküm verdikten sonra o hüküm konusunda nefisine müracaat ettiğinde hakikati bulursan, hüküm vermiş olman o konuda hakka dönmene engel olmasın. Çünkü hak kadîmdir, bâtil olmaz.*

tamâm alıp kabz edip husûs-ı mezbûr için zimmetini ibrâ'-i âm ile ibrâ' eyledim şâyed vilâyetimiz beyi olup bir ihsân? görem dedi bu husûsa şâhidleriz şehâdet ederiz dediklerinde **ba'de't-ta'dil...**” Üsküdar Mahkemesi 84 Numaralı Sicil, Metin No: 73b-2, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 10, s. 422.

⁷⁰⁴

Bilmen, C. 8, s. 150; **Mevkûfâtî**, C. 2, s. 130; **Ali Haydar**, C. 4, s. 325; **Çelik**, C. 4, s. 552.

⁷⁰⁵

Ali Haydar, C. 4, s. 324, 325; **Çelik**, C. 4, s. 546, 548.

Hakka dönmek, bâtilda devam etmekten daha hayırlıdır.” yazılmıştır. Şahitlikte de durum aynıdır. Bâtil bir şهادetten dönmek, hakka dönmek demektir⁷⁰⁶.

Bir şahidin şahitliğinden dönmesinin farklı amaçları vardır. Şahit önceden verdiği ifadesindeki beyanlarının yaşanmış olaya tam uymadığını sonradan fark etmiş olabilir ya da yalan söylemiş olabilir. İşte şahit yanlış ya da yalan ifadesinden dolayı pişman olup hakim huzurunda bu ifadesini geri alabilir. Bunu da “Ben şهادetimden rücu ettim.”, “Daha önce huzurunuzda yaptığım şahitlikte yalan söyledim ya da hata ettim ya da öyle olduğunu zannettim.” şeklindeki ifadelerle beyan eder⁷⁰⁷.

b. Şartı

Şahidin verdiği ifadeden geri dönmesinin hukukî bir sonuç doğurabilmesi için, bu geri dönüş beyanını hakim huzurunda vermesi gerekmektedir. Mecelle bu hususu “*Rücuun şartı huzur-u hâkimde olmaktır. Şahidlerin başka mahalde rücuuna i'tibar yokdur.*”⁷⁰⁸ diyerek ifade etmiştir. Şahitlik nasıl ki mahkemede yapılıyorsa şahitlikten geri dönme de aynı şekilde mahkemede yapılmalıdır. Çünkü şahitlikten dönmek tövbedir. Bir suçun tövbesi de işleniş şekli gibi olur; açık işleneninki açık, gizli işleneninki ise gizlidir. Yalan ya da yanlış şهادet etmek açıktan yapıldığı için geri dönüşü de açıktan yapılmalıdır⁷⁰⁹.

Hakim huzurunda yapılmayan geri dönüş geçerli değildir⁷¹⁰. Buna göre meşhûdun-aleyh, şahidin şahitlikten geri döndüğüne dair beyyine getirse kabul edilmez ya da bu konuda şahitlere yemin teklif edemez. Çünkü beyyine ve yemin ancak sahih

⁷⁰⁶ **Erbay**, s. 147; **Apaydın**, “Şahit”, s. 282; **Mavsîlî**, C. 2, s. 253.

⁷⁰⁷ **Çelik**, C. 4, s. 556.

⁷⁰⁸ MAA, m. 1731; **Çelik**, C. 4, s. 556.

⁷⁰⁹ **Molla Hüsrev**, C. 4, s. 281; **Mavsîlî**, C. 2, s. 253; **Hacı Reşit Paşa**, C. 8, s. 91.

⁷¹⁰ “Mahrûsa-i Galata’da Abacı tâifesiinden Dimitri v. Yorgi nâm zimmî mahfil-i kazâda tâife-i merkûmeden işbu hâmilü’s-sifr Vangeli v. Varsam ve Yorgi v. Süryani nâm zimmîler muvâcehelerinde üzerlerine da’vâ ve takrîr-i kelâm edip bundan akdem işbu hâzır bi’l-meclis Simo v. Nikola nâm zimmî benden sekiz yüz elli akçe karzdan da’vâ ve taleb edip ben dahi inkâr eylediğimde merkûmân şهادet edip şهادetleri ile hükmü şer’î lâhik olup üzerime ba’de’l-ilzâm meblağ-ı merkûmu mezbûr Simo yedinden ahz ü kabz eyledikten sonra **şâhidân-ı merkûmân Vangeli ve Yorgi meclis-i şer’-i şerîfin gayrıda bu şهادetimizde kâzibler idik deyû ikrâr ve şهادetlerinden rücu’ etmişlerdir** hâlâ suâl olunup şâhidân-ı merkûmândan meblağ-ı mezbûr tazmîn ettirilmesi matlûbumdur dedikte gıbbe’s-suâl şâhidân-ı merkûmân cevâblarında vech-i muharrer üzre olan **şهادetlerimizde musırlarız demekle müdde’î-i merkûmun vech-i mübeyyen üzre şâhidân-ı merkûmân meclis-i şer’-i şerîfin gayrıda şهادetlerinden rücu’larını ikrâr etmişler idi deyû da’vâsı meşrû’a olmamağla müdde’î-i mezbûr bî-vech mu’ârazadan men birle mâ vaka’a bi’t-taleb ketb ve terkîm olundu.” Galata Mahkemesi 90 Numaralı Sicil, Metin No: 46b-3, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 40, İSAM Yayınları, İstanbul 2012, s. 273.**

bir davada geçerli olur. Bunun dışında şahidin kendisi başka bir hakimin huzurunda şahitliğinden geri döndüğünü ikrar etse kabul edilir⁷¹¹.

c. Hukukî Sonuçları

Şahitler, şahitlik yaptıktan sonra ve henüz hüküm verilmeden önce hakimin huzurunda şahitliklerinden dönseler şahitlikleri hiç yapılmamış gibi olur. Artık onların şهادetlerine göre hüküm verilmez. Çünkü şahitlerin şهادetleriyle geri dönüşleri arasında tenakuz vardır. Şahit ifadelerinde tenakuz olmaması ise şahitliğin esas şartlarındandır⁷¹². Bu durumda şahitlere ta'zir cezası verilir⁷¹³.

Şahitler hüküm verildikten sonra hakimin huzurunda şahitliklerinden dönseler verilen hüküm bozulmaz. Sadece hakkında hüküm verilmiş olan şey onlara tazmin ettirilir⁷¹⁴. Bunun yanında bir de ta'zir cezası verilir. Ancak dava had ya da kısas davası ise ve henüz hüküm infaz edilmemişse artık infaz edilmez⁷¹⁵.

Hakkında hüküm verilmiş olan şey mal ise tazmin ettirilir. Mal değilse tazminine gerek yoktur. Mal sayılmayan şeyler: menfaat, nikah, kısas ve vasi tayinidir⁷¹⁶.

Kısas davalarında hüküm verilip infaz edildikten sonra şahitler şahitliklerinden dönseler onlara kısas yapılmaz. Sadece ölen kişinin ya da kısas edilen organın diyetini öderler. Ancak adam öldürme davasında şahitler, maktülün velisinin kısıstan vazgeçtiğine dair şهادet ettikten sonra bundan dönerlerse tazminat ödemezler. Zira kısas mal değildir⁷¹⁷.

Had davalarından zina isnadından dolayı hüküm verildikten sonra henüz infaz edilmeden önce şahitlerin tamamı ya da bir kısmı şahitliklerinden dönseler ya da yalancı çıksalar bunların hepsine zina isnadından dolayı ceza verilir. Ancak hüküm infaz

⁷¹¹ MAA, m. 1731; **Molla Hüsrev**, C. 4, s. 281; **Mavsîlî**, C. 2, s. 253; **Çelik**, C. 4, s. 557.

⁷¹² **Halebî**, C. 3, s. 260; **Mevkûfâtî**, C. 2, s. 131; **Çelik**, C. 4, s. 557.

⁷¹³ MAA, m. 1728; **Molla Hüsrev**, C. 4, s. 282; “Şer‘-i şerîf-i Muhammedî meclisinde Davud nâm Yeniçeri Todora b. Terzi[‘ye] **sen yalan şهادât edersin deyecek ta‘zîr olunup** deftere sebt olundu.” Üsküdar Mahkemesi 2 Numaralı Sicil, Metin No: 56b-3, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 2, s. 246; “...Mezkûr **yalan söylediği için ta‘zîr olunması** hükm olunup...” Üsküdar Mahkemesi 9 Numaralı Sicil, Metin No: 91b-2, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 4, s. 305.

⁷¹⁴ MAA, m. 1729; **Molla Hüsrev**, C. 4, s. 282; **Mevkûfâtî**, C. 2, s. 132; **Çelik**, C. 4, s. 558, 559.

⁷¹⁵ **Erbay**, s. 152; **Bayındır**, s. 194; **Çelik**, C. 4, s. 558.

⁷¹⁶ **Ali Haydar**, C. 4, s. 324, 325.

⁷¹⁷ **Mavsîlî**, C. 2, s. 253; **Çelik**, C. 4, s. 567.

edildikten sonra sadece şahitlikten dönene ceza verilir. Zina isnadı dışındaki had davalarında ise şahitlikten dönenlere had cezası verilmez⁷¹⁸.

Müzekkiler güvenilirlik soruşturması sonrasında verdikleri karardan dönerlerse Ebu Hanife'ye göre hakkında hüküm verilmiş olan şey bunlara da tazmin ettirilir. Zira güvenilirlik soruşturması sonucunda verilen karar, hükmün illeti olmaktadır ve hüküm buna dayandırılmaktadır. Ancak Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'e göre bunların tazminat ödemesine gerek yoktur⁷¹⁹.

d. Şahitlerden Bir Kısımın Şehadetten Dönmesi

Şahitlerden bir kısmı hüküm verildikten sonra şahitliklerinden dönseler bakılır, şahitlikten dönmeyenler şahitlik sayısına erişebiliyorsa dönen tazminat ödemez. Sadece yalancı şahitliğinden dolayı tövbe etmezse ta'zir cezası verilir. Ancak dönmeyenler şahitlik sayısına erişemiyorsa ve dönen sadece bir kişi ise hakkında hüküm verilmiş olan şey mal ise yarısını tazmin eder. Birden çok kişi ise kişi sayısına göre tazminat miktarı paylaşılır⁷²⁰. Burada şahitlikten dönene değil, dönmeyene itibar edilir⁷²¹.

Mesela üç şahitten biri şahitliğinden dönerse dönene tazminat cezası verilmez. Bu şahitlerden ikisi dönerse artık dönen iki şahit, hakkında hüküm verilmiş olan şeyin yarısını kendi aralarında bölüşerek tazmin eder⁷²².

Bir erkek ile iki kadın şahitten bir kadın şahitliğinden dönerse dönen kadın, hakkında hüküm verilmiş olan şeyin dörtte birini öder⁷²³.

Bir erkek ile on kadın şahitten sekiz kadın şahitliğinden dönerse dönen kadınların bir şey ödemesi gerekmez. Çünkü kalanlar şahitlik için kalan şahitlik sayısını sağlarlar. Fakat dokuz kadın şahitliğinden dönerse dokuzu, hakkında hüküm verilmiş olan şeyin dörtte birini öderler. Kadınların tamamı şahitliklerinden dönerse hakkında hüküm verilmiş olan şeyin yarısını öderler. Bu şahitlerin hepsi şahitliklerinden dönerse Ebu Hanife'ye göre erkek şahit, hakkında hüküm verilmiş olan şeyin altıda birini,

⁷¹⁸ Bayındır, s. 95.

⁷¹⁹ Mavsîlî, C. 2, s. 259; Çelik, C. 4, s. 569.

⁷²⁰ MAA, m. 1730; Çelik, C. 4, s. 560.

⁷²¹ Bilmen, C. 8, s. 161.

⁷²² Halebî, C. 3, s. 262; Mevkûfâtî, C. 2, s. 132; Molla Hüsrev, C. 4, s. 282, 283; Çelik, C. 4, s. 560.

⁷²³ Halebî, C. 3, s. 262; Mevkûfâtî, C. 2, s. 132; Molla Hüsrev, C. 4, s. 282, 283; Çelik, C. 4, s. 561.

kadınlar altıda beşini; Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'e göre ise erkek yarısını ve kadınlar da yarısını öderler⁷²⁴.

İki erkek ve bir kadın şahidin tamamı şahitliklerinden dönseler iki erkek şahit hakkında hüküm verilmiş olan şeyin tamamını öder. Çünkü kadının tek başına şahitliği kabul edilmez⁷²⁵.

10. Hukukî Sonuçları

Şahitliğin hukukî sonuçlarına, hakimi bağlayıcılığı yönünden bakılmaktadır. Buna göre şahitlerin güvenilirlik soruşturması yapıldıktan sonra bütün şartları haiz bir davada hakimın hüküm vermesi vaciptir. Geciktirilerek verilen hüküm zulüm sayılmıştır. Bu yüzden İslam Yargılama Hukukunda davaların mümkün olabilen en kısa sürede sonuçlandırılması temel kuraldır⁷²⁶. Ancak şu sebeplerden dolayı hükmün geç verilmesi caizdir: Akraba arasındaki davalarda sulh olma ümidi varsa, davalı def' davası beyan ederek müddet istiyorsa ve hakim şahitlerden şüphe duyuyorsa hüküm vermekte acele etmeyebilir⁷²⁷.

B. İkrar

1. Kavram

İkrar sözlükte "ispat etmek ve sallantıda olan bir şeyi yerinde durdurmak" anlamındadır. Şer'i literatürde ise bir kimsenin kendi üzerinde olan başkasına ait bir hakkı haber vermesi şeklinde tanımlanır⁷²⁸. Bu yönüyle ikrar, inkârın zıddıdır⁷²⁹.

⁷²⁴ **Halebî**, C. 3, s. 262; **Mevkûfâtî**, C. 2, s. 132; **Molla Hüsrev**, C. 4, s. 282, 283; **Çelik**, C. 4, s. 561, 562.

⁷²⁵ **Halebî**, C. 3, s. 262; **Mevkûfâtî**, C. 2, s. 132; **Molla Hüsrev**, C. 4, s. 282, 283; **Çelik**, C. 4, s. 563.

⁷²⁶ **Yıldız**, s. 57, 58.

⁷²⁷ **Ali Haydar**, C. 4, s. 247.

⁷²⁸ Günümüz Medeni Yargılama Hukukunda ikrar, bir tarafın diğer tarafın ileri sürdüğü bir vakianın doğru olduğunu bildirmesi şeklinde tanımlanır. Davalı, davacının ileri sürdüğü vakiayı ikrar edebileceği gibi davacı da davalının ileri sürdüğü vakiayı ikrar edebilir. İkrar olunan vakıalar, artık çekişmeli sayılmaz ve ispatı da gerekmez. Bu bakımdan Medeni Yargılama Hukukunda ikrar, kesin delillerden sayılmıştır. Bkz. **Kuru / Arslan / Yılmaz**, s. 366; (HMK m. 188). Ceza Yargılaması Hukukunda ise ikrar, şüpheli veya sanığın, isnat edilen eylemi tamamen veya kısmen ya da eylemlerden birini bizzat veya başkalarıyla birlikte yaptığını ifade etmesidir. İkrar bir ispat vasıtası olarak CMK'da sanık veya şüphelinin ifadesi şeklinde düzenlenmiştir. Ancak bu ifadelerin doğrudan hükme esas alınıp alınmayacağı hususunda doğrudan bir hüküm bulunmadığından mahkemeler ikrarı, diğer ispat vasıtalarıyla birlikte değerlendirip takdirini bir delil olarak kullanmaktadırlar. Bkz. Yener **Ünver / Hakan Hakeri**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 116. Buna dair Yargıtay'ın bir kararında "...Amacı isnada konu maddi gerçeği ortaya çıkarmak olan ceza yargılamasında, somut olaya münhasır delillerden biri de beyan delilidir. Beyan, tanığa,

Mecelle ikrarı “*Bir kimse diğer kimesnenin kendisinde olan hakkını haber vermektir.*”⁷³⁰ şeklinde tarif etmiştir. İkrarın bu şekilde tanımı daha çok Hanefilere göre olup burada ihbar unsuru öne çıkarılmıştır⁷³¹. İslam hukukçularının büyük çoğunluğu ikrarın ihbar, yani var olan bir hakkın haber verilmesi, diğerleri ise inşaî yani yenilik doğuran bir işlem olduğunu ileri sürmüşlerdir⁷³². İkrar, aslı itibariyle bir ihbar olsa da hukukî dünyada sonuç doğurabilmesi için inşaî niteliğinin de olması gerekmektedir.

Burada ikrar eden kişiye “mukır”, lehine ikrar edilen kişiye “mukarrun-leh” ve ikrar konusu hakka da “mukarrun-bih” denilir⁷³³.

2. Dayanağı

İkrarın hukukî bir ispat vasıtası olarak kullanılması, aklî ve naklî delillere dayandırılmıştır. Aslında ikrar, doğru ya da yalan olma ihtimali bulunan bir haberdır. Ancak ikrarın doğru olma ihtimali, yalan olma ihtimalinden yüksektir. Çünkü kişi kendi aleyhine ettiği ikrarından dolayı itham edilemez ve bu yüzden de eğer kendi aleyhine ikrar ettiyse bunun doğru olma ihtimali ağır basar⁷³⁴. Bu bakımdan ikrar, aklî delil ile kâsır hüccet⁷³⁵; yani kişiye özel ve başkasını ilgilendirmeyen hüccet sayılmıştır⁷³⁶.

İkrarın bir ispat vasıtası olarak kullanılabileceği konusundaki naklî deliller ise kitap, sünnet ve icmâdır⁷³⁷. Bu delilleri tek tek incelemekte fayda vardır.

sanığa veya sanığın dışındaki taraflardan birine ait olabilir. Sanığın isnat bakımından önemli görülen olayları beyanıyla kabul etmesi şeklinde tanımlanabilecek olan ikrar; eylem hakkında en çok bilgisi bulunanın beyanı olması, soruşturmayı esaslı surette kolaylaştırması, özgür iradeyle verilip gerçeğe de uygun olduğunun saptanması halinde yargıcın vicdani kanaatinin oluşumunda olumlu katkısının bulunması itibariyle önemli bir sübut vasıtasıdır...” denilmiştir. **YCGK.**, 17.11.2009, E. 2009/7-160, K. 2009/264, <http://www.sinerjimevzuat.com.tr> e.t. 12.07.2015.

⁷²⁹ Elmalılı M. Hamdi **Yazır**, Alfabetik İslâm Hukuku ve Fıkıh İstılâhları Kamusu, C. 2, Eser Neşriyat, İstanbul 1996, s.479; **Zuhaylî**, C. 8, s. 348; A. Fikri **Yavuz**, İslâm Fıkhı ve Hukuku, İrfan Yayınevi, İstanbul YYB, s. 189; Mehmet **Çelik**, Büyük İslam Hukuku Mecme’ül Enhur (Mültekâ’l-Ebhur’un Şerhi) Damad Tercümesi, C. 5, Yasin Yayınevi, İstanbul 2011, s. 5, 6.

⁷³⁰ MAA, m. 1572.

⁷³¹ Ahmet **Duran**, “İslam Hukukunda Muhtevası ve Hukuki Mahiyeti Bakımından İkrar Kavramı”, İHAD, S. 21, Konya 2013, s. 238.

⁷³² Ferhat **Koca**, “İkrar”, DİA, C. 22, TDV Yayınları, İstanbul 2000, s. 38; **Şeyh Bedreddin**, Et-Teshîl Şerhu Letâîfi’l-İşârât, (Edt. Hacı Yunus **Apaydın**), C. 1, T.C. Kültür Ve Turizm Bakanlığı Yayınları, Ankara 2012, s. 621. İkrarın ihbar ya da inşa sayılmasının gerekçeleri için bkz. **Bilmen**, C. 8, s. 39; **Yazır**, s. 481, 482.

⁷³³ MAA, m. 1572; **Halebî**, C. 3, s. 319; **Molla Hüsrev**, C.4, s. 215.

⁷³⁴ **Serahsî**, C. 17, s. 268; **Hacı Reşit Paşa**, C. 7, s. 15; **Zuhaylî**, C. 8, s. 348.

⁷³⁵ **Molla Hüsrev**, C. 4, s. 216; **Hacı Reşit Paşa**, C. 7, s. 15.

⁷³⁶ <http://osmanlicaturkce.net/54394/kasir> e.t. 10.03.2015.

⁷³⁷ **Çelik**, C. 5, s. 5.

Kuran’da ikrarın hüccet olmasına dayanak teşkil eden ayetler şunlardır:

“*Ey iman edenler! Adaleti titizlikle ayakta tutan, kendiniz, ana babanız ve yakın akrabanız aleyhine de olsa yalnız Allah için şahitlik eden kimseler olunuz.*”⁷³⁸. Bu ayette geçen kişinin kendi ve yakınları aleyhine şahitliğini tefsirciler, ikrar olarak beyan etmişlerdir⁷³⁹.

“*Üzerinde hak olan kimse (borçlu) de yazdırsın. Her biri yazarken Rabbi olan Allah’tan korksun da haktan bir şey eksiltmesin.*”⁷⁴⁰. Bu ayette geçen borcun kayıt altına alınması güçlü bir ispat kuvvetine sahip olan yazılı ikrardır⁷⁴¹.

“*Allah peygamberlerden şöyle söz almıştı: ‘Ant olsun ki kitap ve hikmet verdim. Sonra yanınızda bulunan kitapları doğrulayıcı bir peygamber geldiğinde ona muhakkak inanacak ve yardım edeceksiniz. Bunu ikrar (kabul) ettiniz ve üzerinize aldınız mı?’ demişti. Onlar da ‘İkrar ettik.’ dediler. Allah da dedi ki: ‘Öyleyse şahit olun. Ben de sizinle birlikte şahit olanlardanım.’*”⁷⁴². Bu ayette ise gerekli olduğu için Allah peygamberlerden ikrar etmelerini istemiştir. Şayet ikrar ispat için kullanılmasaydı onlardan bunu istemezdi⁷⁴³.

Sünnette ikrarın hüccet olmasına dayanak teşkil eden en önemli örnek şudur:

Hz. Peygamber (s.a.v.), Mâiz ve suç ortağı Ğâmidiyye’nin zina suçunu işlediklerine dair ikrarlarını kabul etmiş ve bu ikrarlarına istinaden onlara recm cezası vermiştir⁷⁴⁴. Bu olay, ikrarın şüphe ile düşen had davalarında bile ispat vasıtası olarak kullanıldığını, şüphe ile düşmeyen davalarda ise evleviyetle kullanılacağını gösterir⁷⁴⁵.

İslam ümmeti, Hz. Peygamber döneminden bu yana ikrarın hüccet olduğu üzerinde icmâ etmişlerdir ve bu konuda da karşı çıkan olmamıştır⁷⁴⁶.

⁷³⁸ Nisâ, 4/135.

⁷³⁹ **Mavsîlî**, C. 2, s. 198.

⁷⁴⁰ Bakara, 2/282.

⁷⁴¹ **Duran**, s. 242.

⁷⁴² Âli İmran, 3/81.

⁷⁴³ **Zuhaylî**, C. 8, s. 349.

⁷⁴⁴ Şeyhülislam Burhanüddin Ebu’l-Hasan Ali B. Ebu Bekir **Merginânî**, El Hidâye Tercemesi, (Terc. Ahmed **Meylanî**), Kahraman Yayınları, İstanbul 1986, s. 313; **Mavsîlî**, C. 2, s. 198.

⁷⁴⁵ **Serahsî**, C. 17, s. 269; **Molla Hüsrev**, C. 4, s. 216.

⁷⁴⁶ **Zuhaylî**, C. 8, s. 349.

3. Şartları

İkrarın unsurları ikrar eden kişi, lehine ikrar edilen kişi, ikrar konusu hak ve kişinin ikrar ettiğini belirten ifadedir. İkrarın hukuken geçerli olabilmesi için bu unsurların bir takım şartlar taşıması gerekmektedir. Bu şartlar şunlardır:

a. İkrar Eden Kişiye Yönelik Şartlar

aa. Tam Eda Ehliyeti

İkrar eden kişinin ikrarının hukuken geçerli olabilmesi için öncelikle temyiz kudretinin bulunması, buluğa ermiş olması⁷⁴⁷ ve kısıtlı olmaması⁷⁴⁸ gerekmektedir. Bu yüzden gayri mümeyyiz çocuğun, delinin, bunağın, uyuyan ve baygın kişilerin ikrarı geçerli değildir⁷⁴⁹. Ancak veli ya da vasileri tarafından ticaret yapmasına izin verilen mümeyyiz çocukların, izinli oldukları konulardaki ikrarları geçerlidir⁷⁵⁰. Bu konular genellikle alım-satım, borç, vedia, ariyet, gasp gibi ticaretle ilgili olan konulardır⁷⁵¹.

Mübah bir sebeple sarhoş olanlar da bu konuda baygın hükmündedir. Bu sebeple Allah haklarına ilişkin konularda mübah bir şekilde sarhoş olanların ikrarı geçerli değildir ancak kul haklarına ilişkin konularda geçerlidir⁷⁵².

Burada ölüm hastasının ikrarını da incelemek gerekir. Ölüm hastalığı (maraz-ı mevt), kişileri rutin işlerini yapmaktan alıkoyan ve hastalığın başlangıcından itibaren bir sene geçmeden ölüme sonuçlanan hastalıktır⁷⁵³. Ölüm hastasının ikrarı kural olarak geçerlidir. Ancak bu kişilerin içinde bulunduğu ruh hali ile normalde bulunmayacağı davranışlarda bulunması ve bu sebepten dolayı da mirasçılarının ya da kendisiyle hukukî işlem yapan kimselerin zarar görmesi ihtimaline binaen, bazı durumlarda ikrarları mevkûf yani askıda hükümsüz sayılmıştır⁷⁵⁴.

Hiçbir varisi olmayan ya da eşinden başka varisi olmayan bir kimsenin ölüm hastalığındaki ikrarı bir nevi vasiyet olarak kabul edilip geçerli olur. Buna göre varisi

⁷⁴⁷ MAA, m. 1573.

⁷⁴⁸ MAA, m. 1576.

⁷⁴⁹ MAA, m. 1573; **Duran**, s. 248; **Çelik**, C. 5, s. 8.

⁷⁵⁰ MAA, m. 1573; **Çelik**, C. 5, s. 8.

⁷⁵¹ **Ali Haydar**, C. 4, s. 65.

⁷⁵² **Bilmen**, C. 8, s. 42; **Çelik**, C. 5, s. 8.

⁷⁵³ MAA, m. 1595; **Aydın**, THT, s. 221.

⁷⁵⁴ **Aydın**, THT, s. 222.

olmayan bir kişi bütün malını yabancı bir kimse için ikrar etse ya da eşinden başka varisi olmayan kişi bütün malını eşi için ikrar etse geçerli olur⁷⁵⁵.

Bir kimse ölüm hastası iken varislerden birine mülkiyeti kendisine ait olan bir ayn ya da deyn ikrar ettikten sonra ölse -bu kişi gerek borçlu gerek borçsuz olsun- bu ikrarın geçerliliği varislerin icazetine bağlıdır. Bu durumdaki ikrar mevkuf sayılır. Varisler bu ikrara icazet verirse ikrar geçerli olur; vermezse geçerli olmaz. Ancak varisler bu kimsenin ikrarını o hayattayken onaylamışlarsa artık o vefat ettikten sonra onaylarını geri alamazlar ve ikrar geçerli olur. Ölüm hastasının varise emanet ikrarı ise, diğer varisler icazet vermese bile geçerlidir⁷⁵⁶.

Bir kimsenin ölüm hastası iken sağlıklı olduğu bir zamana istinaden varisine yapacağı mal ikrarı, hasta iken yaptığı ikrar hükmündedir. Mesela ölüm hastası, varisinden kira bedeli olarak alacağını sağlıklı iken almış olduğunu ikrar etse bu ikrarına diğer varisler icazet vermedikçe geçerli olmaz⁷⁵⁷.

Ölüm hastasının varisi olmayan birine ayn ya da deyn ikrarı da -bu ikrar bütün malını kapsasa bile- istihsanen geçerlidir. Bu konuda Hz. Peygamber (s.a.v.): “*Şayet bir adam hastalığında varisten başka bir adam için borcu olduğunu ikrar ederse bütün malını kapsasa bile bu ikrar caizdir.*” demiştir⁷⁵⁸.

Ölüm hastasının sağlıklı iken sahip olduğu borçlar, ölüm hastalığında iken ikrar etmiş olduğu borçlardan önce alınıp ödenir. Bu kişinin geriye malı kalırsa hastayken ikrar etmiş olduğu borçlar da ödenir⁷⁵⁹.

Ölüm hastası kendisinin varisi olmayan birindeki alacağını ibra ettiğini hasta iken ikrar ederse bakılır; eğer bu alacak, kişi hasta iken o kimsenin zimmetine geçmişse ikrarı geçerli olur. Ancak bu kişinin alacaklıları varsa ve bunlar ikrar için onay vermezlerse ikrar geçerli olmaz⁷⁶⁰.

⁷⁵⁵ MAA, m. 1596.

⁷⁵⁶ MAA, m. 1598; **Bilmen**, C. 8, s. 63, 64; **Çelik**, C. 5, s. 44.

⁷⁵⁷ MAA, m. 1600; **Bilmen**, C. 8, s. 65.

⁷⁵⁸ MAA, m. 1601; **Molla Hüsrev**, C. 4, s. 236; **Merginânî**, s. 328; **Çelik**, C. 5, s. 45.

⁷⁵⁹ MAA, m. 1602; **Mavsılî**, C. 2, s. 216; **Molla Hüsrev**, C. 4, s. 235; **Merginânî**, s. 326, 327; **Çelik**, C. 5, s. 41.

⁷⁶⁰ MAA, m. 1603; **Bilmen**, C. 8, s. 66.

bb. İrade Serbestliği ve Ciddiyet

Temyiz kudreti bulunan ikrar eden kişinin serbest irade ile ikrar etmesi ve bu ikrarında ciddi olması gerekmektedir. Yani ikrar eden kişinin ikrarı her hangi bir zorlama olmaksızın rızası ile etmesi ve ikrarın her türlü muvazaa, alay, şaka ve hileden uzak olması gerekmektedir⁷⁶¹.

cc. Görülen Duruma ve Kanuna Uygun Olması

İkrar eden kişinin ikrarının, görünen ve bilinen durumlara uygun olması gerekmektedir. Mesela bedenen buluğa erme imkânı olmayan bir çocuk, buluğa erdim diye ikrar etse bu ikrarı görülen duruma uygun olmadığı için geçerli olmaz⁷⁶². Yine bir varis, diğer bir varis için miras payını aşacak miktarda hisse ikrar etse bu ikrarı kanuna uygun olmadığı için geçerli olmaz⁷⁶³.

dd. Belirlenmiş Olması

İkrar eden kişinin belirlenmiş olması gerekmektedir. Şer’iyye sicillerinde ikrar eden kişiyi belirlemek için ikrar edenin baba ve dede adı ya da mesleği gibi bilgiler yazılmaktadır⁷⁶⁴. Aksi durumda ikrar konusu hakkın talep edileceği kimse bulunamaz. Mesela iki kimse birine hitaben “Senin ikimizden birinde şu kadar alacağın vardır.” dese, bu ikrarları geçerli olmaz. Çünkü bu durumda lehine ikrar edilen kişi, ikrar konusu hakkı talep edeceği kişiyi belirleyemez ve bu şekilde yapılan ikrarın bir anlamı kalmaz⁷⁶⁵.

ee. Töhmüt Altında Olmaması

İkrar eden kişinin ikrar ederken töhmüt altında olmaması gerekmektedir. Buna göre, bir kimsenin ölümle sonuçlanan hastalığı sırasında yabancılar lehine yapacağı

⁷⁶¹ MAA, m. 1575; **Ali Haydar**, C. 4, s. 67; **Hacı Reşit Paşa**, C. 7, s. 129, 130.

⁷⁶² MAA, m. 1577.

⁷⁶³ **Ali Haydar**, C. 4, s. 68.

⁷⁶⁴ “...**İmâret mütevellîsi olan Taceddin Bey** meclis-i şer‘a gelip ikrâr-ı sahîh edip dedi ki...” Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, Metin No: 5a-1, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 1, s. 113; “**Vilâyet-i Anadolu’da Niğde Sancağı’nda Develi kazâsına tâbi’ Sindelhöyük nâm karye ahâlîsinden el-Hâc Kasım b. el-Hâc Maksud** meclis-i şer‘-i hatîr-i lâzımda, sâbikan karye-i mezbûre zâbiti olan Sefer Ağa b. Bayram tarafından sulh-ı âti’l-beyâna vekîl olup vekâleti bi mâ hüve nehcü’s-sübût şer‘an sâbite olan işbu râfi‘ül-kitâb Mustafa Bey b. Abdullah mahzarında bi’t-tav‘i’s-sâf ikrâr ve i’tirâf edip...” Rumeli Mahkemesi 80 Numaralı Sicil, Metin No: 17a-1, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 15, s. 90.

⁷⁶⁵ **Bilmen**, C. 8, s. 43; **Duran**, s. 249.

ikrarında töhmet ve şüphe olmadığı için bu ikrarı geçerlidir. Ancak bu kişinin varisleri lehine yapacağı ikrarın geçerliliği konusunda mezhepler arasında tartışma vardır. Hanefilere ve Hanbelilere göre, töhmete engel bir delil, diğer varislerin muvafakati ya da hakimin izni olmadığı sürece, hastanın kendi varisleri lehine ikrarı geçerli değildir. Malikîlere göre, ikrar eden kişinin töhmet altında olmaması şartıyla bu durumdaki ikrarı geçerlidir. Şafilere göre ise ölüm hastasının yabancılar gibi kendi varislerine yapacağı ikrar geçerlidir⁷⁶⁶.

b. Lehine İkrar Edilen Kişiye Yönelik Şartlar

aa. Belirlenmiş Olması

İkrarın hukuken geçerli olabilmesi için ikrar eden kişinin yanında lehine ikrar edilen kişinin de belirlenmiş olması gerekmektedir. Şer'iyeye sicillerinde lehine ikrar edilen kişiyi belirleyebilmek için bu kişinin baba ve dede adı ya da mesleği gibi bilgiler yazılmaktadır⁷⁶⁷.

Lehine ikrar edilen kişinin belirli olması kuralı, katı bir şekilde uygulanmamaktadır. Eğer lehine ikrar edilen kişinin bilinmezliği, ikrar konusu hakkın o kişiye verilmesine imkan tanıyorsa ikrar geçerli olur; fakat böyle bir imkan yoksa geçersizdir. Mecelle bu konuyu “*Mukarrun-lehin cehâlet-i fâhişe ile meçhul olmaması şarttır. Amma cehâlet-i yesîre ikrârın sıhhatine mâni' olmaz.*”⁷⁶⁸ şeklinde düzenlemiştir. Mesela bir kimse elindeki mala işaret edip “Bu mal bir adamındır.” dese ikrarı geçerli olmaz. Çünkü buradaki belirsizlik cehâlet-i fâhişedir. Ancak “Bu mal şu iki kişiden birinindir.” dese geçerli olur çünkü artık belirsizlik cehâlet-i yesîre şeklinde olup malın gerçek sahibine ulaşma imkanı vardır⁷⁶⁹.

⁷⁶⁶ Koca, s. 38.

⁷⁶⁷ “Gülüstü bt. Abdullah meclis-i şer‘de şöyle ikrâr-ı sahîh kılıp dedi ki işbu **Mehmed b. İsa’ya** bir mülk bağım ki Selman Ağa mahallesindedir ma‘lûmü’l-hudûddur inde’l-cîrân içinde olan çardağıyla nısf-ı şâyi’ini dört bin beş yüz akçeye bey‘-i şer‘î edip verdim dedikde mukarrun-leh mezbûr dahi mukarr-ı mezkûru ikrârında bi’l-müşâfehe tasdîk edip sebt olundu.” Rumeli Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, Metin No: 101b-4, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 1, s. 369.

⁷⁶⁸ MAA, m. 1578.

⁷⁶⁹ MAA, m. 1578; **Hacı Reşit Paşa**, C. 7, s. 130; **Koca**, s. 38; **Bilmen**, C. 8, s. 44; **Çelik**, C. 5, s. 6, 7.

bb. İstihkaka Ehil Olması

İkrar, lehine ikrar edilen kişiye bir hak kazandırır. Buna göre lehine ikrar edilen kişinin, ikrar sonucu kazanmış olduğu hakkı istihkak ve temellüke ehil bir kimse olması gerekmektedir. Bunun için de en azından eksik vücut ehliyetine sahip olmalıdır. Temyiz kudretinin olmasına ise gerek yoktur. Bu yüzden cansız varlıklar ve hayvanlar lehine yapılan ikrar geçersiz; gayrimümeyyiz çocuk, köle, bunak ve deliler lehine yapılan ikrar ise geçerlidir⁷⁷⁰.

İkrar eden kişinin gayrimümeyyiz lehine yaptığı ikrar geçerli olacağı için ikrar konusu hakkın lehine ikrar edilen kişiye teslim edilmesi gerekmektedir. Bunun için ikrarın sebebini beyan etmek gerekmez⁷⁷¹.

Cenin lehine ikrarda ise ikrar konusu hakkın sebebine göre ikrarın geçerliliği tartışılmıştır. Buna göre eğer ikrar eden kişi, ikrar konusu hakka uygun bir sebep belirtirse cenin lehine ikrar geçerli olur. Bu uygun sebepler: miras, vasiyet, nesep ve vakıftır. Mesela bir kimse “Falan kadının karnındaki çocuğun bende bin dirhemi vardır. Bu dirhemler ona babasından miras kaldı. Ben de onları harcadım.” diye ikrar etse bu ikrarı geçerli olur⁷⁷².

İkrar eden kişi, ikrar konusu hakka uygun bir sebep belirtmezse cenin lehine ikrar geçerli olmaz. Mesela bir kimse, “Satın aldığım bir malın bedeli olmak üzere falan kadının karnındaki çocuğa bin dirhem borcum vardır.” diye ikrar etse geçerli olmaz. Zira ceninin ne gerçek anlamda ne de hükmen satış yapması düşünülemez⁷⁷³.

Son olarak ikrar eden kişi, ikrar konusu hak için hiçbir sebep belirtmezse cenin lehine yapılacak ikrarın geçerli olup olmayacağı konusu tartışmalıdır. Mesela bir kimse sebebini belirtmeksizin “Falan kadının karnındaki çocuğa bin dirhem borcum vardır.”

⁷⁷⁰ MAA, m. 1574; **Duran**, s. 250; **Demir**, Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi, s. 173.

⁷⁷¹ MAA, m. 1574; **Ali Haydar**, C. 4, s. 65.

⁷⁷² **Serahsî**, C. 17, s. 289; **Ali Haydar**, C. 4, s. 66; **Hacı Reşit Paşa**, C. 7, s. 127; **Mavsûlî**, C. 2, s. 206; **Mevkûfâtî**, C. 2, s. 175; **Molla Hüsrev**, C. 4, s. 225; **Çelik**, C. 5, s. 22.

⁷⁷³ **Serahsî**, C. 17, s. 290; **Merginânî**, s. 318; **Şeyh Bedreddin**, Et-Teshîl Şerhu Letâifi'l-İşârât, C. 1, s. 632; **Mevkûfâtî**, C. 2, s. 176; **Molla Hüsrev**, C. 4, s. 226; **Çelik**, C. 5, s. 23.

diye ikrar etse, bu ikrar Ebu Yusuf'a göre geçersiz; İmam Muhammed'e göre ise geçerli bir ikrardır⁷⁷⁴.

cc. İkrarı Reddetmemesi

İkrarın geçerliliği, lehine ikrar edilen kişinin kabulüne bağlı değildir. Zira ikrar, inşa değil ihbardır. Ancak onun ikrarı reddetmesiyle ikrar hükümsüz olur. Fakat ikrarın yalnız bir miktarını reddederse, o zaman reddettiği miktar hükümsüz olup diğer kısım için ikrar geçerli olur⁷⁷⁵.

c. İkrar Konusu Hakka Yönelik Şartlar

aa. İkrar Eden Kişinin İkrar Konusu Hakkı Kendisine Nispet Etmemesi

İkrar, ikrar konusu hakkın lehine ikrar edilen kişiye ait olduğunu haber vermektir; yoksa bu kişinin ikrar konusu hak üzerindeki mülkiyet hakkını ortadan kaldırmak demek değildir. Bu sebeple ikrarın hukuken geçerli olabilmesi için ikrar eden kişinin ikrar konusu hakkı kendisine nispet etmemesi gerekmektedir. İkrar eden kişinin bu şekilde yaptığı ikrar hibe sayılmaktadır. Mesela bir kimse “Şu evimde bulunan bütün eşyalar oğlumundur.” diye ikrar etse, bu ikrar zamanında o evde bulunan bütün eşyaları oğluna hibe etmiş olur. Hibenin tamamlanması için de o eşyaları teslim etmesi gerekmektedir⁷⁷⁶.

bb. Mevcut Olması

İkrar konusu hakkın ikrar edilmesi sırasında ikrar eden kişinin elinde mevcut olması gerekmektedir. Aksi takdirde bu ikrar, başkasının elinde olan bir şeyi başkası adına ve onun izni olmadan dava etmek veya başkası lehine şهادette bulunmak gibi olur. Ancak bu şart ikrarın geçerliliğinden çok uygulanabilmesi için gereklidir. İkrar eden kişi, ikrar sırasında mevcut olmayan bir şeyi ikrar eder de sonradan o şeye sahip olursa ikrarın gereği yapılır. Bunun dışında ikrar konusu hakkın varlığı muhtemel bir

⁷⁷⁴ Serahsî, C. 17, s. 290; Merginânî, s. 318; Şeyh Bedreddin, Et-Teshîl Şerhu Letâifi'l-İşârât, C. 1, s. 632.

⁷⁷⁵ MAA, m. 1581.

⁷⁷⁶ MAA, m. 1591; Bilmen, C. 8, s. 61; Demir, Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi, s. 174.

şey olması halinde de ikrar geçerli olur. Teslimi mümkün bir şey olması şart değildir. Bu durumda ikrar konusu hakkın bedeli ödenir⁷⁷⁷.

İkrar konusu hakkın belirli olması, ikrarın geçerliliği için şart değildir⁷⁷⁸. Mecelle’de bu husus “*Ma’lûmu ikrar sahih olduğu gibi meçhulü ikrar dahi sahihtir. Fakat bey’ ve icâre gibi ma’al-cehâle sahih olmayan ukûdde mukarr-un-bihin meçhul olması ikrarın sıhhatine mâni’dir.*”⁷⁷⁹ şeklinde ifade edilmiştir. Belirsiz bir şeyin ikrarı halinde, ikrar eden kişiden onu açıklaması istenir. Açıklamazsa zorlanır ve gerekirse açıklayana kadar hapsedilir⁷⁸⁰. Mesela bir kimse “Ben falan şahsın malını gasp ettim.” diye ikrar etse, ikrar eden kişiden gasp ettiği şeyin ne olduğunu açıklaması istenir. Ancak bu kural, satım, kira, bağış gibi sözleşmeler için geçerli değildir. Bu gibi durumlarda ikrar konusu hakkın tam olarak belirlenmiş olması gerekmektedir⁷⁸¹.

d. Şekil Şartı

İkrarın geçerli olabilmesi için şهادetteki gibi belirli bir şekil şartı aranmamıştır. Buna göre bir kimse, mahkeme huzurunda ikrar anlamına gelebilecek her hangi bir ifade ile ikrar edebilir. Bu ifade açık ya da kapalı bir şekilde olabileceği gibi yazılı bir şekilde de olabilir. Burada önemli olan, ikrar eden kişinin örfen ikrar maksadının açıklanmış olmasıdır⁷⁸². Şer’iyye sicillerinde bir kimsenin ikrar ettiğini belirtmek için “*ikrâr-ı tâm ve takrîr-i kelâm edip*”, “*ikrâr-ı sahîh ile ikrâr edip*”, “*ikrâr-ı sahîh edip*” gibi ifadeler kullanılmaktadır.

4. Çeşitleri

İkrar, bir hakkın varlığını ya da yokluğunu itirafa mahsus olan herhangi bir tabirdir ki açık ya da dolaylı olabilir⁷⁸³. Bu sebeple de farklı çeşitlere ayrılabilir.

⁷⁷⁷ Bilmen, C. 8, s. 44; Koca, s. 38, 39.

⁷⁷⁸ Mevkûfâtî, C. 2, s. 171; Serahsî, Mabsût, (Edt. Mustafa Cevat Akşit), C. 18, Gümüşev Yayınları, İstanbul 2008, s. 88.

⁷⁷⁹ MAA, m. 1579.

⁷⁸⁰ Çelik, C. 5, s. 9.

⁷⁸¹ Bilmen, C. 8, s. 44.

⁷⁸² Duran, s. 252.

⁷⁸³ Bilmen, C. 8, s. 40.

a. Beyan Şekline Göre İkrar

aa. Sarih İkrar

Bir kimsenin, diğer kimsenin kendisinde olan hakkını açıkça haber vermesine “sarih ikrar” denir. Sarih ikrar sözle olabileceği gibi yazı ya da işaretle de olabilir.

aaa. Sözlü İkrar

Bir kimsenin, diğer kimsenin kendisinde olan hakkını açık sözlerle haber vermesidir. Açık bir şekilde yapılan ikrarda ikrar konusu hak, lehine ikrar edilen kimse için sabit olur. “Falan kişiye şu kadar borcum var.” şeklinde yapılan ikrar hem kişiyi hem borcu hem de borcun miktarını tam olarak içerdiği için sözlü sarih bir ikrardır⁷⁸⁴.

bbb. Yazılı İkrar

Mecelle'nin ifadesiyle “*Kitâbetle ya 'ni yazı ile ikrar, lisan ile ikrar gibidir.*”⁷⁸⁵. Nasıl ki söz ile ikrar eden kimse ikrarıyla itham edilebilirse yazı ile ikrar eden kimse de o ikrarıyla itham edilebilir. Yazı ile ikrar eden gerek konuşabilen bir kimse gerekse sağır ve dilsiz olsun bununla bağlıdır⁷⁸⁶. Mecelle'de ilmühaber, mahkeme sicili, mektup, ticari defter ve diğer özel evraklar, yazılı ikrar olarak kabul edilmektedir⁷⁸⁷.

ccc. İşaretle İkrar

Dilsiz kimselerin belli olan ve anlaşılın işaretleri, söz ile beyan gibidir⁷⁸⁸. Bu kimselerin işaretlerinin sözlü beyan sayılacağı konular alım-satım, kira, bağış, nikah, talak, ibra, ikrar, yemin ve vasiyet gibi muamelâta dair konular ve kısastır⁷⁸⁹.

Bu genel kuraldan hareketle, yine aynı konularda dilsiz kimselerin belli olan ve anlaşılın işaretleri ile yaptığı ikrar -bu kişi yazı yazmayı bilse dahi- sarih ikrar sayılır⁷⁹⁰.

⁷⁸⁴ **Bilmen**, C. 8, s. 37; **Duran**, s. 243; “Tafsîl Vech-i tezkire oldur ki Herekedone emîni olan Mevlânâ Şemseddin b. Ömer **ikrâr-ı sahîh edip dedi ki mâl-i pâdişâhîden âmil Mehmed b. İsa ma‘rifetiyle üç bin iki yüz akçe alıp kendi masrafıma sarf etdim** deyu ikrârını mezkûr âmil tasdik edip sebt olundu.” Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, Metin No: 11a-2, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 1, s. 126.

⁷⁸⁵ MAA, m. 1606; **Serahsî**, C. 18, s. 257.

⁷⁸⁶ **Ali Haydar**, C. 4, s. 118.

⁷⁸⁷ MAA, m. 1607-1612.

⁷⁸⁸ MAA, m. 70.

⁷⁸⁹ **Mustafa Yıldırım**, s. 159.

⁷⁹⁰ MAA, m. 1586.

Belli olan ve anlaşılan işaretler el ve kaş gibi organlar ile olur. Hakim bu işaretlerin ne anlama geldiğine vakıf olsun ya da olmasın, bunların ne anlama geldiğini dilsizin adil ve sözleri kabul gören yakın dostlarından ve komşularından sorar. Bunlar hakim huzurunda dilsizin maksadını açıklarlar. Bunun dışında dilsizin anlaşılmayan işaretleri ve konuşabilen kişilerin işaretleri ile hüküm verilmez. Mesela bir kimse konuşabilen bir kimseye “Falanın sende şu kadar kuruş hakkı var mıdır?” diye sorsa ve o kişi de ikrar mahiyetinde başını sallasa ikrar etmiş sayılmaz⁷⁹¹.

bb. Zımnî İkrar

aaa. Zımnî Sözle İkrar

İkrar her zaman açık sözlerle değil, bazen onu ifade edecek kapalı ya da dolaylı sözlerle de olabilir. Buna “zımnî ikrar” ya da “delâleten ikrar” denir. Mesela bir kimse borçlusuna “Benim sende şu kadar alacağım var.” dese ve buna karşılık borçlu da “Bana yeniden vade ver.” dese, borcunu zımnî ikrar etmiş olur⁷⁹². Yine bir kimse borçlu olduğu bir mal için sulh talep etse, o borcunu zımnî ikrar etmiş olur. Ancak o mal davasında sulh talep etmek ikrar sayılmaz. Şöyle ki bir kimse bin kuruş alacağı için borçluya dava açsa ve borçlu dava sırasında yedi yüz kuruşa sulh olalım dese, o bin kuruşluk borcunu ikrar etmiş olur. Ancak davanın kendisi için sulh talep etse bu ikrar sayılmaz⁷⁹³.

bbb. Sükût

İslam Hukukunda bir konu hakkında hüküm verilebilmesi için mutlaka söz ya da fiilin olması gerekmektedir. Susan bir kimseye söz isnat edilmez. Ancak bir kimsenin beyanda bulunmasının gerekli görüldüğü ya da beklendiği durumlarda susması, zımnî bir ikrar ve beyan olarak kabul edilir⁷⁹⁴.

⁷⁹¹ **Ali Haydar**, C. 4, s. 83; **Hacı Reşit Paşa**, C. 7, s. 139.

⁷⁹² **Duran**, s. 243; **Zuhayfî**, C. 8, s. 351, 352.

⁷⁹³ MAA, m. 1582.

⁷⁹⁴ MAA, m. 67; **Mustafa Yıldırım**, s. 155. Günümüz Medeni Yargılama Hukukunda sükût ikrar sayılmaz. Ancak bu kuralın bazı istisnaları vardır. Bunlar: İsticvabına (sorgusuna) karar verilen taraf sorguya özürsüz olarak gelmediği veya gelip de soruları cevapsız bıraktığı takdirde, mahkemece sorulan vakıalar ikrar edilmiş sayılır. (HMK m. 170). Taraflar, kendilerinin veya karşı tarafın delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan tüm belgeleri mahkemeye ibraz etmek zorundadırlar. İbrazı istenen belgenin, ileri sürülen hususun ispatı için zorunlu ve bu isteğin kanuna uygun olduğuna mahkemece kanaat getirildiği ve karşı taraf da bu belgenin elinde olduğunu ikrar ettiği veya ileri

Mecelle'nin “*Sâkit'e bir söz isnad olunmaz. Lâkin ma'rız-ı hacette sükût beyandır.*”⁷⁹⁵ hükmü gereği, bir ihtiyaçtan (ma'rız-ı hâcet) dolayı sükût etmek beyan sayılır. Ma'rız-ı hâcet sayılan durumlar belirlenirken sükûtun rıza olarak yorumlanmasında şu etkenlerin dikkate alındığı görülür: Sükûtun rızaya delalet edeceğine dair açık bir hükmün veya bu hususta taraflar arasında özel bir uygulamanın bulunması, sükût edenin psikolojik yapısı, işin mahiyeti, işlemin sükût edene hak sağlaması fakat borç yüklememesi, örf ve maslahat⁷⁹⁶.

ccc. Nükûl

Nükûl, bir davada yemin teklif edilen tarafın yeminden kaçınması olarak tarif edilir. Kural olarak davacı bir iddiada bulunup davalı bu iddiayı reddettikten sonra iddiasını ispat edemezse davalıya yemin teklif edebilir. Bu durumda davalı ya yemin eder ya da yemin etmekten kaçınır. İşte burada davalının yemin etmekten kaçınmasına “nükûl” denilmektedir.

Yeminden kaçınmak davalının ya açıkça “Yemin etmiyorum.” demesiyle ya da sağır ve dilsiz değilse susmasıyla olur⁷⁹⁷.

Yeminden kaçınmak, Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'e göre ikrar hükmündedir⁷⁹⁸. Çünkü bu kaçış, davalının inkârında yalancı olduğunu gösterir. Ebu Hanife'ye göre ise, davayı düşürmek için dava edilen şeyi bağışlamaktır⁷⁹⁹. Bu yüzden sadece muamelâta dair konularda yeminden kaçınmayla hükmedilebilir⁸⁰⁰. Bu durumda

sürülen talep üzerine sükût ettiği yahut belgenin var olduğu resmî bir kayıtle anlaşıldığı veya başka bir belgede ikrar olunduğu takdirde, mahkeme bu belgenin ibrazı için kesin bir süre verir. (HMK m. 219, 220)

⁷⁹⁵ MAA, m. 67.

⁷⁹⁶ Saffet Köse, “Sükût”, DİA, C. 38, TDV Yayınları, İstanbul 2010, s. 52.

⁷⁹⁷ MAA, m. 1751; Mavsîlî, C. 2, s. 164.

⁷⁹⁸ Serahsî, C. 18, s. 75; “...yemîn teklîf olundukda ol dahi yemîn bi'llâhdan nükûl eylemeğın mezbûr Hasan Bey'in nükûlü İmâmeyn-i Hümâmeyn Ebû Yusuf ve Mehmed b. el-Hasan mezhepleri üzere karâr olmağın mücebince iddi'â olunan hibenin sıhhatine ve da'vâ-yı meşrûhasından mezbûr Hasan Bey'in men'ine mahzarında üzerine hükm olunup...” Rumeli Mahkemesi 80 Numaralı Sicil, Metin No: 63b-2, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 15, s. 245. Günümüz Medeni Yargılama Hukukunda da buna benzer bir uygulama vardır. Bu uygulamaya göre yemin için davet edilen kimse, tayin edilen gün ve saatte mahkemede geçerli bir özrü olmaksızın bizzat hazır bulunmaz yahut hazır bulunup da yemini iade etmez ya da yemini eda etmekten kaçınırsa yemin konusu vakıaları ikrar etmiş sayılır. (HMK m. 229)

⁷⁹⁹ Merginânî, s. 281; Serahsî, C. 18, s. 75; Şeyh Bedreddin, Et-Teshîl Şerhu Letâifi'l-İşârât, (Edt. Hacı Yunus Apaydın), C. 2, T.C. Kültür Ve Turizm Bakanlığı Yayınları, Ankara 2012, s. 1584.

⁸⁰⁰ MAA, m. 1751; “karye-i Maltepe'den Yorgi şer'at mahfilinde meclis-i şer' de karye-i mezbûrdan Ödege bt. () muvâchesinde takrîr-i da'vâ kılıp eyitdi ki seksen üç vakiyye tulum peyniri üçer akçeye verdim dedikde mezbûre Ödege kırk yedi vakiyye aldım dedikde mezbûr Yorgi'den beyyine

yeminden kaçınmak, ikrar ya da onun yerine geçen bir şey olur ki bu durumda ikrara hükmolunur⁸⁰¹.

Davalı yeminden kaçındıktan sonra nasıl hüküm verileceği konusunda mezhepler arasında tartışma vardır. Hanefiler ve Hanbelîlere göre, muamelâta dair konularda yeminden kaçınmayla hükmedilebilir ancak diğer çoğunluğa göre yeminden kaçınmayla hükmedilmez; yemin davacıya geri çevrilir⁸⁰². Hanefiler, yeminin davacıya geri çevrilmeyeceğini “*Beyyine getirmek davacıya, yemin etmek de davalıya düşer.*” hadisine dayandırmışlardır⁸⁰³.

b. Kapsamına Göre İkrar

aa. Somut İkrar

Somut ikrar, belirli bir şey hakkında yapılan ikrardır. Mesela “Bu kitap falan kişininindir.” demekle ikrar konusu tam olarak belirlenmiş olmaktadır⁸⁰⁴.

bb. Soyut İkrar

Soyut ikrar, bir şeyin ayrıntı ve parçalarına bakılmaksızın bütününe bulunduğu hal hakkında yapılan ikrardır. Mesela “Elimde bulunan bütün mallar falan kişininindir.” demekle ikrar konusu genel olarak belirlenmiş olmaktadır⁸⁰⁵.

taleb olunup âciz olup mezbûre Ödege’ye yemîn teklîf olunup [yemînden] nükûl ettikde seksen üç vakıyye hükm olunup...” Üsküdar Mahkemesi 41 Numaralı Sicil, Metin No: 16a-2, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 5, s. 106; “...müdde’î-i mezbûr Abdi Çavuş’dan ziyâdeyi mübeyyine beyyine taleb olundukda ityân-ı beyyineden izhâr-ı acz ile istihlâf etmeğin mütevellî-i mezbûr Osman Ağa mezbûr Mehmed Çelebi’ye meblağ-ı mezbûr bin yüz elli akçeden ziyâde havâle etmediğine yemîn teklîf olundukda ol dahi yemînden nükûl etmeğin mücebince meblağ-ı bâkî bin on akçeyi müdde’î-i mezbûra edâ ve teslîme mezbûr Mehmed Çelebi’ye tenbîh birle mâ vaka’a bi’t-taleb kayd şüd.” Eyüb Mahkemesi 90 Numaralı Sicil, Metin No: 43a-2, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 31, İSAM Yayınları, İstanbul 2011, s. 279.

⁸⁰¹ Mavsîlî, C. 2, s. 164; Merginânî, s. 280.

⁸⁰² Zuhaylî, C. 8, s. 342.

⁸⁰³ Mavsîlî, C. 2, s. 165; Merginânî, s. 279.

⁸⁰⁴ Duran, s. 246; Bilmen, C. 8, s. 37; “Yahya Bey b. Abdullah nâm kimesne mahzarında tav’an ikrâr ve itirâf edip mahalle-i mezbûrede bir cânibi Kapıcı Behrâm Bey ve bir cânibi Yahya Bey ve bir cânibi Arab sâkin olduğu evler hudûdu ile mahdûd olan menzil ki beş ocaklı evleri müştemildir zikr olunan menzil Şâtr Dilsiz’dan oğlu Mustafa’ya ve Mustafa’dan li üm er karındaşı olan mezbûr Mehmed’e ve kız karındaşı mezbûre Meryem’e ve vâlidesi mezbûre Hatice’ye intikâl edip hâlâ ziyâde harâb olup ta’mîre dahi kudretleri olmayıp sâir evleri ta’mîr etmek için içlerinden mezbûr Yahya Bey ahırına muttasıl olan evi mezbûr Yahya Bey beş bin akçeye bey’-i bât ile bey’ edip teslîm-i mebî’ ve kabz-ı semen eyledim dedikde...” Üsküdar Mahkemesi 4 Numaralı Sicil, Metin No: 5a-1, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 10, s. 110.

⁸⁰⁵ Duran, s. 247; Bilmen, C. 8, s. 41.

c. Konusunu Oluşturan Hakka Göre İkrar

aa. Allah Haklarına İlişkin İkrar

Allah haklarına ilişkin ikrar, zina, hırsızlık ya da şarap içme suçları dolayısıyla had cezasını gerektiren durumlarda yapılan ikrardır. Bu ikrarın sarih ikrar olması gerekmektedir⁸⁰⁶. Bu yüzden dilsizin işaret ile yapacağı ikrar had davalarında geçerli değildir⁸⁰⁷.

İkrar eden kişi eğer had cezası infaz edilmeden önce ikrarından dönerse bu ceza düşer. Çünkü ikrarından dönmesi, doğru söyleme ihtimalini ortaya çıkarır. Bu durumda bir şüphe oluşur ve kural gereği hadler şüpheyle düşer⁸⁰⁸.

Hanefilere göre, had davalarında zina suçu dışındaki suçlarda ikrarın bir kez yapılması yeterli görülmüştür. Zina suçunda ise dört kez ikrar gerekmektedir⁸⁰⁹.

bb. Kul Haklarına İlişkin İkrar

Kul haklarına ilişkin ikrar, kısas, para, mal, boşanma, nesep vb. haklara ilişkin yapılan ikrardır. Bu ikrarda Allah haklarına ilişkin ikrardaki gibi şartlar aranmaz. Bu tür hakların dilsiz⁸¹⁰ ya da mübah bir şekilde sarhoş olanlar tarafından ikrar edilmesi sahih olduğu gibi hadlerdekinin aksine, şüphe bulunması durumunda dahi sahihtir⁸¹¹.

⁸⁰⁶ “Nefs-i Üsküdar’dan Mahmud b. Acem şer‘-i şerif meclisine [Hüsam Bey kulu] Bilal[’i] ihzâr edip şöyle takrîr-i da‘vâ kılıp dedi ki gece ile dükkânım açılıp (...) esbâbdan bir kutuyla bir mikdâr akçem bir mikdâr asel ve bir sicim sirkat olunmuş senin (...) kuşağın sicimi benimdir deyicek mezkûr **Bilal Arab ikrârıyla mukâbelede cevâb verip dedi ki zikr dükkâm ben Hoca Saltuk’un Atik İsmail ile varıp açdık ben içeri girdim bir mikdâr akçe bulup bir sicim ve bir mikdâr asel bulup İsmail’e verdim zikr olan akçeden bana üç akçe verdi ama dükkân [kilidin] mezkûr İsmail bir nacağla bozdu ben içeri girdim deyu ikrâr eyledikten sonra** deftere sebt olundu.” Üsküdar Mahkemesi 2 Numaralı Sicil, Metin No: 62b-1, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 2, s. 261.

⁸⁰⁷ **Koca**, s. 39.

⁸⁰⁸ **Zuhaylî**, C. 8, s. 355.

⁸⁰⁹ **Zuhaylî**, C. 8, s. 355; Hz. Peygamber döneminde Mâiz adında bir erkekle Gamidli bir kadına, ikrarlarına dayanılarak recm cezasının uygulanmasından dolayı, kişinin kendi aleyhindeki gönüllü ikrarının zina suçu için bir ispat vasıtası olduğu, müctehidler tarafından ittifakla kabul edilir. Ancak Mâlikî ve Şâfîlilere göre tek ikrar yeterliyken Hanefî ve Hanbelîlere göre şahitlikle ilgili özel hükmün yansımaları ve sünnetteki uygulama sebebiyle ikrarın dört defa tekrarlanması ve Hanefîlere göre bunların farklı meclislerde, mahkemede ise hakim önünde ve her defasında hakim reddetmesi şeklinde yapılması gerekmektedir. İkrar, olayın gerçekten yaşanmış olduğunu hiçbir şüphe ve karışıklık bırakmayacak ölçüde ve kesin biçimde açıklayıcı olmalıdır. Bkz. **Esen**, s. 441, 442.

⁸¹⁰ MAA, m. 1586.

⁸¹¹ **Zuhaylî**, C. 8, s. 356.

5. İkrarda İstisna

a. Kavram

İkrarda istisna, bir kimsenin bir hususu ikrar edip bunun içinden de başka bir hususu istisna etmesidir⁸¹². Mesela ikrar eden kişi, lehine ikrar edilen kişiye “Benim ona on dirhem vereceğim var ancak bir dirhem müstesna.” derse, dokuz dirhem ikrar etmiş olur⁸¹³.

b. Dayanağı

İkrarda istisna etmenin delili: “*O, bin yıldan elli sene eksik olmak üzere onların arasında kaldı.*”⁸¹⁴, “*Şüphesiz kullarım arasında senin bir hakimiyet hakkın yoktur. Ancak azgınlardan sana uyanlar müstesna.*”⁸¹⁵ ayetleridir.

c. Şartları

aa. İstisnanın Kendisinden İstisna Edilen Şeyin Hemen Ardından Söylenmesi

İstisnanın, kendisinden istisna edilen şeyin hemen ardından söylenmesi gerekmektedir. Yani istisna, kendisinden istisna edilen şey ile örfen tek bir sözmüş gibi bitişik olmalıdır. Uzun süre susmak ya da arada ilgisi olmayan sözler söylemek gibi ikrar ile istisna arasına başka bir şeyin girmesi durumunda istisna geçerli olmaz. Ancak nefes almak, hatırlamak, öksürmek gibi bir sebeple kısa bir süre susmanın istisnanın geçerliliğine bir etkisi yoktur⁸¹⁶.

bb. İkrar Edilen Hakkın Tamamından Bir Kısımının İstisna Edilmesi

İkrar edilen hakkın tamamından sadece bir kısmını istisna etmek gerekmektedir. İkrar edilen şeyin tamamının istisna edilmesi durumunda geriye bir şey kalmayacağı

⁸¹² Zuhaylî, C. 8, s. 364.

⁸¹³ Molla Hüsrev, C. 4, s. 228; “...iki vakıf dükkanını zeyilde yer alan târihten **on iki sene -her seneden üç gün istisnâsı ile-** tamâmına iki bin akçe icâre-i mü’eccele ve sekiz bin altı yüz kırk akçe icâre-i mü’eccele ile, ilk seneden başlamak ve istisnâ edilen günler dışında olmak üzere her senenin kirâsı yedi yüz yirmi akçe, son senenin kirâsı da yedi yüz yirmi akçe olmak üzere Yaya Mustafâ’ya uzun süreli kirâ ile kirâladığını **ikrâr etti...**” Üsküdar Mahkemesi 84 Numaralı Sicil, Metin No: 117a-1, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 10, s. 606.

⁸¹⁴ Ankebut, 29/14.

⁸¹⁵ Hicr, 15/42.

⁸¹⁶ Zuhaylî, C. 8, s. 364; Ali Haydar, C. 4, s. 89; Çelik, C. 5, s. 27.

için bu istisna ikrardan dönme kabul edilir ve geçerli olmaz. Bu durumda ikrarın tamamını istisna etmek geçersiz olur ve ikrar da olduğu gibi kalır⁸¹⁷. Tamamından bir kısmının istisna edilmesinde ise istisna edilen şeyin tamamına göre az ya da çok olması konusunda mezhepler arasında görüş ayrılığı vardır. Buna göre çoktan azın istisnasının geçerli olduğu konusunda ittifak vardır. Mesela bir kimse “Falanın benim üzerimde üç dirhem müstesna, on dirhemi vardır.” dese, yedi dirhemi ikrar etmiş olur. Ancak azdan çoğun istisnasının geçerli olacağını sadece Hanefiler kabul etmiştir. Bunlara göre istisna, istisna sonrası geri kalanı söylemektir. İstisna edilen şeyin az ya da çok olması arasında fark yoktur. Mesela bir kimse “Falanın benim üzerimde on dirhem müstesna, dokuz dirhemi vardır.” dese, on dirhemi ikrar etmiş olur⁸¹⁸.

cc. İstisna Edilen Şeyin Manen İkrara Dahil Olmaması

İstisna edilen şey lafzen değil manen ikrara dahil olmamalıdır. Mesela bir kimse bir daireyi ikrar eder de binasını istisna ederse geçerli olmaz çünkü bina, daireye mana bakımından dahildir. İstisna, lafzen yapılan bir tasarruftur. Ancak mesela binanın üçte biri istisna edilirse bu geçerli olur. Çünkü bunlar ikrara lafzen dahildir⁸¹⁹.

dd. İstisna Edilen Şeyin İkrar Edilen Şeyle Aynı Cinsten Olması

İstisna edilen şeyin ikrar edilen şeyle aynı cinsten olmasıdır. Bu şart hakkında mezhepler arasında görüş ayrılığı vardır. Ebu Hanife ve Ebu Yusuf’a göre istisna edilen şey ile ikrar edilen şey aynı cinsten değil ise durum değerlendirilir. Mesela bir kimse “Falanın benim üzerimde bir elbise müstesna, on dirhemi vardır.” derse, istisna edilen elbise aynî bir mal olduğu için bunun istisnası geçerli olmaz. Ayrıca elbisenin dirhem olarak miktarı da bilinmeyeceği için istisna edilen miktar da bilinemez ve böylece geriye kalan da hesaplanamaz. Ancak istisna edilen şey kilo ile ölçülen ve fiyatı hesaplanabilen şeylerden olursa istisna geçerli olur. Mesela bir kimse “Falanın benim üzerimde bir dinar müstesna, yüz dirhemi vardır.” dese, istisnası geçerli olur. İmam Muhammed ve Hanbelîlere göre, istisna edilen şey ile ikrar edilen şeyin aynı cinsten olmaması durumunda istisna mutlak olarak geçersizdir. Son olarak İmam Mâlik ve

⁸¹⁷ Mavsîlî, C. 2, s. 208.

⁸¹⁸ Zuhaylî, C. 8, s. 364, 365; Mavsîlî, C. 2, s. 207; Ali Haydar, C. 4, s. 90; Merginânî, s. 319.

⁸¹⁹ Ali Haydar, C. 4, s. 90, 91; Merginânî, s. 320; Mavsîlî, C. 2, s. 213; Serahsî, C. 18, s. 112; Çelik, C. 5, s. 32, 33.

İmam Şaffî'ye göre ise, istisna edilen şey ile ikrar edilen şeyin aynı cinsten olması şart değildir⁸²⁰.

d. Hukukî Sonuçları

Bir kimse bir şeyi ikrar etse ve bundan da başka bir şeyi istisna etse, istisnadan geriye kalanı ile ikrar etmiş sayılır⁸²¹.

İkrarda Allah'ın ya da başka birinin dilemesini istisna etme durumunda ikrar geçerli olmaz. Mesela bir kimse "Falana Allah'ın dilemesi müstesna, şu kadar borcum vardır." ya da "Falana inşallah şu kadar borcum vardır." ya da "Falan isterse falanın benim üzerimde şu kadar kuruş alacağı vardır." dese, bu ikrarı geçerli olmaz⁸²².

İkrarda istisnadan istisna yapmak geçerlidir. Bu şekilde istisna, hemen istisna yapılan sözden sonra yapılır⁸²³. Bu hükmün delili olarak "*Ancak Lut ailesi hariç. Onların hepsini kurtaracağız. Fakat Lut'un karısı müstesna.*"⁸²⁴ ayeti gösterilmektedir.

6. İkrardan Dönme

İkrardan dönme, geçerli olarak yapılan bir ikrardan sonra, ikrar eden kişinin ikrarından herhangi bir sebeple vazgeçmesidir⁸²⁵. Kul haklarına ilişkin meselelerde ikrardan dönme geçersiz; Allah haklarına ilişkin meselelerde ise geçerlidir. Mesela bir kimse "Falan kimseye şu kadar kuruş borcum vardır." dedikten sonra "İkrarımdan döndüm, hata ettim." dese bu dönüş geçerli olmayıp önceki ikrarıyla bağlıdır. Bunun dışında, bir kimse belirsiz bir şeyi ikrar ettikten sonra, bunu kıymeti olmayan bir şey ile açıklarsa bu ikrardan dönmek sayılır ve o kimse o şeyin kıymeti olan başka bir şey ile açıklaması için zorlanır. Allah haklarına ilişkin meselelerde ise ikrar eden kişinin

⁸²⁰ **Mavsîlî**, C. 2, s. 209; **Ali Haydar**, C. 4, s. 91, 92; **Merginânî**, s. 319.

⁸²¹ **Zuhaylî**, C. 8, s. 354.

⁸²² **Merginânî**, s. 320; **Mavsîlî**, C. 2, s. 208; **Bilmen**, C. 8, s. 53; **Serahsî**, C. 18, s. 139; **Çelik**, C. 5, s. 31.

⁸²³ **Zuhaylî**, C. 8, s. 366; **Mavsîlî**, C. 2, s. 210.

⁸²⁴ Hicr, 15/59, 60.

⁸²⁵ Günümüz Medeni Yargılama Hukukunda ikrar eden kişi, ikrar edilen vakıanın gerçeğe aykırı olduğunu ve maddi bir hata sonucunda yapıldığını ispat ederek ikrarından dönebilir. Ancak bu hususları ispat edemezse ya da ikrarın sonucunu bilmede hata (hukukî hata) ederse bu ikrardan dönüş geçerli olmayacaktır. Bkz. **Kuru / Arslan / Yılmaz**, s. 367, 368.

ikrarından dönmesi ile bir şüphe oluşur. Hadler de şüphle düştüğünden buradaki ikrardan dönme geçerli olur ve ceza verilmişse bu ceza düşer⁸²⁶.

7. Hükümü

İkrarın hükümü, ikrar konusu hakkın ortaya çıkmasıdır; yoksa yoktan var olması değildir. Bu yüzden ikrar, mülkiyeti kazanma sebebi olamaz⁸²⁷. Mecelle’de bu husus “*İkrarın hükümü mukarr-un-bihin zuhururdur, yoksa hudûsu değildir. Bu cihetle ikrar sebab-i mülk olamaz. Binaenaleyh müddei mücerred müddeâleyhin ikrarını sebab tutarak andan bir şey da’va etse istima’ olunmaz.*”⁸²⁸ şeklinde ifade edilmiştir. İkrar eden kişi, ikrarıyla ortaya çıkan ikrar konusu hak ile bağlıdır⁸²⁹; yani kendi ikrarıyla suçlanabilir⁸³⁰. Ancak ikrar ile ortaya çıkan şey, hakimin verdiği bir hüküm ile yalanlanırsa o zaman ikrarın bir hükümü kalmaz⁸³¹.

İkrar eden kişi, ikrarına ek olarak iddiada bulunursa sadece ikrarıyla bağlı olur, iddiasını ispat etmesi gerekir. Burada ikrar eden kişinin ikrarının bir kısmının ikrar bir kısmının ise dava olması durumu söz konusudur. Mesela bir kimse “Falana on lira borcum vardır.” diye ikrar edip “Fakat borcum müecceldir.” diye iddiada bulunursa, bu iddiayı lehine ikrar edilen kişi kabul etmedikçe ya da kendisi ispat etmedikçe borç muaccel sayılır. Ancak “Falana on lira müeccel olarak borcum vardır.” diye ikrar etse, ikrarı sadece müeccel bir borç için yapılmış sayılır ve lehine ikrar edilen kişi bunu kabul etmezse aksini ispat etmesi gerekir⁸³².

İkrar, kişiye özel ve başkasını ilgilendirmeyen (kâsır) hüccet olduğu için başkasının hakkını iptal etmez. Mesela vefat eden bir kimsenin bir şahısta yüz lira alacağı olsa ve iki de oğlu olsa, oğullarından biri bu alacağın yarısını babası hayattayken aldığını ikrar etse, bu ikrarı kendi hissesi olan elli lira için geçerli olur. Ancak kardeşi bunu bilmediğine dair ikrar eden kişiye yemin ederse o ikrar kendisi için bağlayıcı olmaz ve kalan elli lirayı alır⁸³³.

⁸²⁶ MAA, m. 1588; **Ali Haydar**, C. 4, s. 88, 89; **Bilmen**, C. 8, s. 58; **Yazır**, s. 485.

⁸²⁷ **Hacı Reşit Paşa**, C. 7, s. 140; **Çelik**, C. 5, s. 7.

⁸²⁸ MAA, m. 1628.

⁸²⁹ MAA, m. 1587.

⁸³⁰ MAA, m. 79; **Zuhaylî**, C. 8, s. 349.

⁸³¹ MAA, m. 1587.

⁸³² **Ali Haydar**, C. 4, s. 85, 86; **Bilmen**, C. 8, s. 56.

⁸³³ **Bilmen**, C. 8, s. 56.

İkrarın birden çok kez olması durumunda bu ikrarların sebebine bakılır; sebebi beyan edildiyse ve yalnız bir sebep varsa bir ikrar var sayılır, birden çok sebep varsa sebep sayısınca ikrar var sayılır. Mesela bir kimse “Falan kimseye şu at için on altın borcum vardır.” dese ve sonradan aynı ya da farklı bir mecliste tekrardan “Bahsettiğim at için o kimseye on altın borcum vardır.” dese sadece bir borç ikrar edilmiş olur. Ancak at için borcunu ikrar ettikten sonra “Falan kimseye kumaş için on altın borcum vardır.” dese borç sebebi iki tane olduğu için iki borç ikrar edilmiş olur. Tekrar eden ikrarların sebebini beyan etmeksizin bir kimse “Falan kimseye on altın borcum vardır.” dese ve her birine ayrı ayrı ikişer kişi şahitlik etse ve lehine ikrar edilen kişi de bunların ayrı ayrı iki alacak olduğunu iddia etse Ebu Hanife’ye göre iki borç ikrar edilmiş olur. Ebu Yusuf ve İmam Muhammed’e göre ise ikrar edilen borçlar birbirine denk ise bir borç ikrar edilmiş olur. Biri birinden fazla ise de fazla olan borcun ikrarı kabul edilir⁸³⁴.

İkrarda muhayyerlik geçersizdir. Muhayyerlik, bir sözleşme ile bağlı olmamayı, o sözleşmeyi feshetme hakkına sahip olmayı ifade eder. İkrarda ise fesih ihtimali yoktur⁸³⁵.

İkrarın şarta bağlanması da kural olarak geçersizdir. Ancak ikrar, teamülen gerçekleşmesi mümkün olan bir vaktin gelmesi şartına bağlanırsa bu ikrar, müeccel bir borcun ikrarı olarak geçerlilik kazanır. Mesela bir kimse diğer bir kimseye “Ben falan yere varırsam sana şu kadar borcum vardır.” dese bu ikrarı geçerli olmaz. Ancak “Kasım ayında sana şu kadar kuruş borcum vardır.” dese bu ikrarı müeccel bir borcun ikrarı sayılarak geçerli olur⁸³⁶.

İkrar eden kişi ve lehine ikrar edilen kişi, ikrarın sebebinde ihtilaf ederlerse ikrar geçerliliğini korur. Zira ikrarın geçerliliği, sebebin beyan edilmesine bağlı değildir. Mesela bir kimse karzdan dolayı bin kuruş alacağını dava etse ve davalı da satıştan dolayı bin kuruş borcu olduğunu ikrar etse ikrar geçerli, ikrar sebebi ise geçersiz olur⁸³⁷.

⁸³⁴ **Ali Haydar**, C. 4, s. 86, 87; **Bilmen**, C. 8, s. 57, 58.

⁸³⁵ **Mavsili**, C. 2, s. 198, 199; **Yazır**, s. 481; **Molla Hüseyin**, C. 4, s. 230.

⁸³⁶ MAA, m. 1584; **Yazır**, s. 484.

⁸³⁷ MAA, m. 1581; **Ali Haydar**, C. 4, s. 75.

C. Yemin

1. Kavram

Sözlükte “sağ el”, “sağ taraf”, “kuvvet”, “bereket” ve “ant” anlamlarına gelen yemin, terim olarak bir kimsenin kararlılığını pekiştirmek ya da başkalarını ikna etmek amacıyla söz ve beyanını Allah’ın adını veya bir sıfatını zikrederek kuvvetlendirmesini ifade eder⁸³⁸. Bir ispat vasıtası olarak kullanılan yemin ise, davacı ya da davalının bir olayın doğruluğu hakkında hakim huzurunda Allah’ın adını anarak beyanda bulunmasıdır⁸³⁹. Davacı ile davalıdan birine yemin vermeye “tahlîf”, yemin edene “hâlif”, yemin edilen şeye “mahlûfun aleyh”, yemin ettirmeye ve yemin istemeye “istihlâf”, yemin teklif eden hâkime “müstahlif”, tarafların karşılıklı yemin etmesine ise “tehâlûf” denir⁸⁴⁰.

2. Dayanağı

Yeminin bir ispat vasıtası olarak kullanılabilmesi konusundaki naklî deliller Kitap ve sünnettir. Yeminle ilgili ayetler direkt olarak yargılamayla ilgili olmasa da insanların birbirleriyle olan ilişkilerinde sözlerinin doğruluğunu yeminle kuvvetlendirmelerine izin verilmesi ve karşısındakileri inandırmak için yalan yere yemin edenlere uhrevi cezalar öngörülmesi, yargılama sırasında yapılan yeminler için de geçerli olacaktır⁸⁴¹. Bu konuyla ilgili bir ayette “*Allah sizin sehven yaptığınız yeminlerden dolayı sorumlu tutmaz. Fakat kalplerinizin azmettiği yeminler yüzünden sorumlu tutar.*”⁸⁴², yine bir hadiste “*Şayet insanlara iddia ettiklerine göre istedikleri verilecek olursa bazıları bazılarının kanları ve malları üzerinde hak iddia ederler. Fakat beyyine davacıya, yemin ise davalıya düşer.*”⁸⁴³ denmiştir.

⁸³⁸ Ertuğrul **Boynukalın**, “Yemin”, DİA, C. 43, TDV Yayınları, İstanbul 2013, s. 417.

⁸³⁹ Günümüz Medeni Yargılama Hukukunda yemin kesin delillerden olup; bir vakıayı ispat yükü kendisine düşen taraf, o vakıayı başka delillerle ispat edemezse diğer tarafa yemin teklif edebilir. Bkz. **Kuru / Arslan / Yılmaz**, s. 406. Ceza Yargılaması Hukukunda ise yemin, müstakil bir ispat vasıtası olarak sayılmamış, sadece soruşturma ve duruşma sırasında şahitlere verecekleri ifadelerin doğru olmasına dair yemin ettirileceği konusu düzenlenmiştir. (CMK m. 54-60)

⁸⁴⁰ **Boynukalın**, s. 419; **Zuhaylî**, C. 8, s. 329.

⁸⁴¹ H. Tekin **Gökmenoğlu**, “İslam Muhakeme Usulü Hukukunda Bir İspat Vasıtası Olarak Yemin Delili”, SÜSBED, S. 3, Konya 1994, s. 181.

⁸⁴² Mâide, 5/89.

⁸⁴³ **Zuhaylî**, C. 8, s. 330.

Söz konusu hadisin de ifadesiyle yemin, davalının kullanacağı bir ispat vasıtasıdır. Çünkü davacı, görünüşe aykırı bir iddiada bulunduğundan zayıf bir konumdadır. Bu yüzden kuvvetli bir ispat vasıtası olan şahit getirme yükü ona yüklenmelidir. Davalı ise görünüşe göre suçsuz ve borçsuz olduğundan⁸⁴⁴ kuvvetli bir konumdadır. Böylece zayıf bir ispat vasıtası olan yeminle kendini savunması yeterli olacaktır⁸⁴⁵. Ancak bu Hanefilerin görüşüdür. Şafilere göre yemin, hem davacının hem de davalının kullanabileceği bir ispat vasıtasıdır⁸⁴⁶.

3. Davalıya Yemin Teklif Edebilmek İçin Gerekli Şartlar

a. Davanın Önceden Açılmış Olması

aa. Kural

Davalıya yemin teklif edebilmek için gerekli olan ilk şart, usulüne uygun olarak açılmış sahit bir davanın olmasıdır. Ortada mahkeme önünde aranmayan bir hak olmazsa yemine de gerek kalmaz.

bb. İstisna

Sahit davanın şartlarından birisi, dava konusunun belli olmasıdır. Dava konusu belli olmadığı zaman kural olarak dava dinlenmez. Ancak bazı durumlarda dava konusu tam olarak belirlenemese dahi davalıya yemin teklif edilebilir. Bu durumlar: 1) Kadı'nın, yetimin vasisini haksızlık yapmakla suçlaması, 2) Kadı'nın, bir vakfın mütevellisini haksızlıkla suçlaması, 3) Miktarı belli olmayan bir şeyin rehin olarak verildiğinin iddia edilmesi, 4) Miktarı belli olmayan malların çalınması durumunda hırsızlık davası, 5) Gasp davası, 6) Emanete hıyanet edilmesidir⁸⁴⁷.

b. Davalının İddiayı Reddetmiş Olması

Aleyhinde iddiada bulunulan davalı bu iddiayı ya kabul eder ya da reddeder. Kabul etmesi durumunda hakim, davalının ikrarına göre hüküm verir. Reddetmesi

⁸⁴⁴ MAA, m. 8.

⁸⁴⁵ Bayındır, s. 206.

⁸⁴⁶ Gökmenoğlu, s. 182; Çelik, C. 4, s. 661.

⁸⁴⁷ Bayındır, s. 207, 208.

durumunda ise davacıdan iddiasını ispat etmesi için şahit getirmesini ister. Ancak davacının iddiasını ispat edemediği durumda davalıya yemin teklif edilebilir⁸⁴⁸.

c. Davacının İddiasını İspat Edememesi

Davalının hakkındaki iddiayı reddetmesinden sonra davacının iddiasını ispatlaması için şahit getirmesi gerekmektedir. Ancak iddiasını ispatlamaktan aciz kalırsa davalıya reddettiği konu hakkında yemin teklif edebilir⁸⁴⁹. Davacının iddiasını ispatlamaktan aciz kalması ya hiç şahidi olmaması ya şahitlerin şahitlik yapmaktan imtina etmesi ya da şehir dışında olmaları durumunda söz konusu olur⁸⁵⁰.

Davacı iddiasını ispatlamakta aciz kalırsa ve davalı da yemin ederek davayı kazanırsa, bu yeminle -eğer varsa- davacının hakkı bâtil olmaz. Buna göre davalı yemin ettikten sonra davacı davasını ispat edecek şahit bulursa iddiası kabul edilir. Zira Hz. Ömer bu konuda “*Yalan yemin reddedilmeye, adil şahitten daha layıktır.*” demiştir⁸⁵¹.

d. Hasmın Yemin Talebinde Bulunmuş Olması

aa. Kural

Mecelle'nin ifadesiyle “*Yemin, ancak hasmın talebi üzerine verilir.*”⁸⁵² Dava vekillerinin talebiyle de hasma yemin teklif edilebilir⁸⁵³.

⁸⁴⁸ Çelik, C. 4, s. 658; *Mevkûfâtî*, C. 2, s. 150.

⁸⁴⁹ MAA, m. 1742; *Merginânî*, s. 279; “...mezbûr Mustafa'dan **takrîrine mutâbık beyyine taleb olundukda ityân-ı beyyineden izhâr-ı acz edip** mezbûr Mustafa meblağ-ı mezkûr sekiz yüz elli akçeyi mesfûr Akive benden almadığına tahlîf olunsun dedikde, Akive mersûm dahi meblağ-ı mesfûre sekiz yüz elli akçeyi almadığına yemîn billâhi'l-azîz ellezî enzele't-Tevrâte alâ Musa -aleyhi's-selâm- ettikde...” Hasköy Mahkemesi 5 Numaralı Sicil, Metin No: 81-1, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 23, s. 138; “...merkümeden **beyyine taleb olundukda izhâr-ı acz edip istihlâf etmeğın**, mezbûr Sinan Bâşe'ye meblağ-ı mezbûru merküme hâtundan vech-i tarîk ile ahz u kabz etmediğine yemîn teklîf olundukda mezbûr Sinan Bâşe alâ vefki'l-mes'ûl yemîn billâhi'l-azîm edicek...” İstanbul Mahkemesi 3 Numaralı Sicil, Metin No: 11a-1, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 13, s. 118.

⁸⁵⁰ *Ali Haydar*, C. 4, s. 361.

⁸⁵¹ *Ali Haydar*, C. 4, s. 362; *Serahsî*, C. 16, s. 181; *Mevkûfâtî*, C. 2, s. 151.

⁸⁵² MAA, m. 1746.

⁸⁵³ *Mavsulî*, C. 2, s. 163; MAA, m. 1745; “...mezbûr **İsmail'e yemîn teklîf olundukda** ol dahi alâ vefki'l-mes'ûl yemîn billâhi'l-aliyyi'l-a'lâ etmeğın mücebiyle...” Eyüb Mahkemesi 90 Numaralı Sicil, Metin No: 31ba-4, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 31, s. 226; “...mezbûr Hüseyin Bey'e **vech-i şer'î üzre yemîn teklîf olundukda** ol dahi alâ vefki'l-mes'ûl yemîn billâhi'l-aliyyi'l-a'lâ etmeğın mücebince...” Bab Mahkemesi 3 Numaralı Sicil, Metin No: 102a-3, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 17, İSAM Yayınları, İstanbul 2011, s. 848; “...**bi't-taleb merküm Kurd Beşe'ye yemîn teklîf olundukda**...” İstanbul Mahkemesi 3 Numaralı Sicil, Metin No: 26a-4, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 13, s. 195; “...**hasmının yemîn taleb eyledikde** mezbûr Osman Bey izin vermediğine yemîn billâh

bb. İstisna

Bazı durumlarda talep olmaksızın hakim davacıya yemin teklif edebilir. Bu durumlar:

1) Bir kimse bir terekeden bir alacak ya da bir şey dava edip bunu şahitlerle ispat ettikten sonra hakim davacıya, bu hakkını vefat eden kişiden bir şekilde alıp almadığına, onu bu hakkının tamamından ya da bir kısmından ibra edip etmediğine ya da bir başkasına havale edip etmediğine, başkası tarafından ifa edilip edilmediğine dair yemin verdirir. Bu yemine “yemin-i istizhar” denir. Bununla gerçeğin tam olarak ortaya çıkması amaçlanmıştır. Ola ki alacaklı hakkını almıştır da şahitler bunu bilmeksizin şahadet etmişlerdir. O yüzden bu yemin, terekenin hakkıdır. Varisler bunu talep etmeseler dahi hakim alacaklıya bu şekilde yemin verdirir⁸⁵⁴.

2) Bir kimse bir mal için istihkak davası açıp dava sonucunda o mala sahip olursa hakim davacıya, o malı önceden başkasına satmadığına, hibe etmediğine ya da herhangi bir şekilde mülkünden çıkarmadığına dair yemin verdirir⁸⁵⁵.

3) Bir müşteri satın aldığı malın ayıplı olduğunu iddia ederek bu malı ret davası açarsa hakim ona, malın ayıbını fark ettikten sonra sözlü olarak ya da dolaylı olarak bu ayıba razı olmadığına dair yemin verdirir⁸⁵⁶.

edip...” Üsküdar Mahkemesi 26 Numaralı Sicil, Metin No: 16-2b-3, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 7, s. 154.

⁸⁵⁴ MAA, m. 1756; **Bilmen**, C. 8, s. 180; “...bundan akdem mezbûr Hüseyin Ağa’ya on kıt’a sahanı safka-i vâhide ile bin dört yüz otuz akçeye **bey’ ve teslim edip, kabz-ı semen etmeden mezbûr Hüseyin Ağa vefât edip, terekesi veresesine müntakil oldukda**, vasî muhalledâtına bi’l-vesâye vaz’-ı yed etmeğin, deyn-i merkûmu mezbûr Hüseyin Ağa’nın muhalledâtından vasiyy-i mezbûrdan talep ederin dedikde, gıbbe’s-suâl vasiyy-i mezkûr husûs-ı mezkûru münkir olıcak, gıbbe’l-istişhâd udûl-i Müslimînden el-Hâc Mehmed b. Mustafa ve Mahmud b. Osman nâm kimesneler mahfil-i kazâya li ecli’ş-şehâde hâzırân olup, fi’l-vâki’ müdde’î-i mezbûr müteveffâ-yı mezbûr Hüseyin Ağa’ya hâl-i sıhhatinde on bakır sahanı safka-i vâhide ile bin dört yüz otuz akçeye bizim huzûrumuzda bey’ ve teslim edip, ol dahi tesellüm etti, biz bu husûsa şahidleriz, şehâdet dahi ederiz dediklerinde, gıbbe’t-ta’dil ve’t-tezkiye şehâdetleri makbûle olup, **müdde’î-i mezbûra meblağ-ı merkûmdan küllen ve ba’zan müteveffâ-yı mezbûrdan almayıp ve vücûh-ı ibrâdan bir vechile zimmetini ibrâ ve ıskât etmediğine yemîn billâhi te’âlâ etmeğin, mûcebi ile hükm birle...**” İstanbul Mahkemesi 3 Numaralı Sicil, Metin No: 54a-4, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 13, s. 330; “...zıkr olunan akçeyi **sıhhatinde müteveffâ-yı mezbûr Mehmed Çelebi’den küllen ve ba’zan ahz u istîfâ veya hibe ve taraf-ı şer’iyyeden bir tarîk ile zimmetini ibrâ eylemediğine yemîn teklîf olundukda** ol dahi alâ vefki’l-mes’ûl yemîn billâhi’l-aliyyi’l-a’lâ eyledikten sonra...” İstanbul Mahkemesi 12 Numaralı Sicil, Metin No: 38a-4, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 16, s. 372.

⁸⁵⁵ MAA, m. 1746; **Bilmen**, C. 8, s. 181.

⁸⁵⁶ MAA, m. 1746; **Hacı Reşit Paşa**, C. 8, s. 112; **Bilmen**, C. 8, s. 181; “...mezbûrenin sâkine olduğu menzile varıp **câriye-i mezbûreyi ayb-ı mezbûr[a] muttali’a oldukdan sonra istihdâm ve bey’a**

4) Hakim, şufa hakkının doğduğuna hükmedeceği zaman hak sahibine, bu hakkını hiçbir şekilde düşürmediğine dair yemin veririr⁸⁵⁷.

5) Bir kadın, gaip olan kocası aleyhine nafaka davası açtığı zaman hakim nafakaya hükmetmeden önce kadına, kocasının kendisini boşamamış, kendisine nafaka vermemiş ve mal bırakmamış olduğuna dair yemin veririr⁸⁵⁸.

e. Yeminin Hakim ya da Naibin Huzurunda Verilmesi

Yemin ancak hakimin ya da naibin huzurunda verilirse geçerli olur. Bunun dışında başka kimselerin yanında edilen yemin geçerli değildir⁸⁵⁹.

Hakim huzuruna geçerli bir mazeretinden dolayı gelemeyen davalının yemin vermesi gerekirse hakim, onun yanına naibini ve iki adil kimseyi gönderir⁸⁶⁰. Naip, davalıya yemin veririr ve bu iki adil kişiler de davalının yemin ettiğine ya da yeminden kaçındığına şahitlik ederler⁸⁶¹.

Yemin teklif ve tevcihi hakimin yetkisinde olduğu için, hakim huzurunda davacının talebi üzerine ancak henüz hakim tarafından davalıya yemin teklif edilmeden davalı kendi kendine yemin ederse bu yemini geçerli olmayıp tekrar hakim tarafından yemin verdirilmesi gerekmektedir⁸⁶².

arz ve müdâvât etmediğine müvekkile-i mezbûreye yemîn verdiği...” İstanbul Mahkemesi 12 Numaralı Sicil, Metin No: 125a-1, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 16, s. 867.

⁸⁵⁷ MAA, m. 1746; **Bilmen**, C. 8, s. 181.

⁸⁵⁸ MAA, m. 1746; **Bilmen**, C. 8, s. 181; “...Kalender Hâtun bt. Abdülvehhâb nâm hâtun uzun bir süreden **beri gâib olan Murad Beşe b. Ali nâm zevcinin kendisine nafaka, kiske ve nafaka cinsinden bir şey bırakmadığına dâir yemîn ettikde**, hâkim-i muvakkî-i a’lâ hâze’l-kitâb bi tevkî’ihi’ş-şerîf el-müstetâb, nafakası, kisvesi ve sâir zarûri levâzımı için zeyilde mezkûr târihten i’tibâren zevc-i gâibi üzerine yevmî râyicü’l-vakt beş akçe farz ve takdîr etti...” Rumeli Mahkemesi 56 Numaralı Sicil, Metin No: 14b-3, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 14, s. 97.

⁸⁵⁹ MAA, m. 1744; “...Yani v. Manol **meclis-i şer’de** karye-i İstavros’dan Todora v. Nikola mahzarında da’vâ edip dedi ki, mezbûr Todora’da üç yüz elli akçem var idi taleb ederim dedikde, mezbûr Todora’ya suâl olundukda cevâb verip dedi ki, mezbûr Yani b. Bâli nâm muhzıra sâbıkâ havâle edip vermiş idim dedikde, mezbûr Yani bana vâsıl olmadı deyu inkâr edip mezbûrun da’vâsına mutâbık beyyine taleb olundukda beyyineden âciz olup hasmının yemîn taleb eyledikde mezbûr Yani bana vâsıl olmadı ve ben almadım deyu **yemîn billâh edip...**” Üsküdar Mahkemesi 26 Numaralı Sicil, Metin No: 17b-4, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 7, s. 158.

⁸⁶⁰ Günümüz Medeni Yargılama Hukukunda da buna benzer bir uygulama vardır. Buna göre yemin edecek kimse, mahkemeye gelemeyecek kadar hasta veya engelli ise hakim, o kimseye bulunduğu yerde yemin ettirir. Bu sırada isterlerse taraf vekilleri ve karşı taraf da hazır bulunabilir. (HMK m. 235)

⁸⁶¹ **Ali Haydar**, C. 4, s. 366; **Hacı Reşit Paşa**, C. 8, s. 110.

⁸⁶² MAA, m. 1747.

f. Yeminin Bizzat Davalıya Verilmesi

Yemin talebi davacı ya da vekili tarafından yapılabilmeyle birlikte yemin edecek kişinin bizzat davalı olması gerekmektedir⁸⁶³. Yani davacının yerine velisi, vasisi ya da vekili yemin edemez⁸⁶⁴. Bu durumda davalı, çocuk ya da gaip olursa çocuk buluşa erinceye ve gaip de bulununcaya kadar yemini ertelenir⁸⁶⁵.

g. Davanın Davalının Yemin Etmesini Gerektirecek Bir Konuda Olması

Kural olarak, davacı iddiasını ispattan aciz kaldığı zaman onun talebiyle davalıya yemin verdirilir. Ancak bazı konularda davalı yemin etse de sonuç değişmeyeceğinden davalının yemin etmesine gerek yoktur⁸⁶⁶. Mesela bir kimse diğer bir kimseyi “Sen falanın vekilisin.” diye dava etse ve diğeri de bu iddiayı inkâr etse kendisine yemin teklif etmeye gerek kalmaz. Zira iddia edildiği gibi vekil dahi olsa kendisini bu şekilde vekâletten azledebilir. Böylece bu inkâr vekâletten istifa sayılır⁸⁶⁷.

Davalının ikrarının geçerli olmadığı durumlarda yine yemin etmesine gerek yoktur. Çünkü yeminden kaçınması ikrar sayılacağından ve ikrarı da geçerli olmayacağından buradaki yemine de ihtiyaç duyulmaz. Mesela iki kimse diğer bir kimsenin elindeki malı ondan satın aldığına dair dava etseler ve davalı da bu malı onlardan birine sattığını ikrar ederek diğerinin iddiasını reddetse kendisine yemin verilmez. Çünkü yeminden kaçınması ikrar sayılacak ve önceki ikrarı sebebiyle son ikrarı geçersiz olacaktır⁸⁶⁸.

⁸⁶³ Günümüz Medeni Yargılama Hukukunda da yemin, tarafa teklif olunur ve tarafça eda yahut iade olunur. Taraflardan biri tüzel kişi yahut ergin olmayan veya kısıtlı bir kimse ise onlar adına yapılmış bir işleme ilişkin vakıanın ispatı için yemin, tüzel kişiyi temsile yetkili kişi veya organ yahut kanuni mümessil tarafından eda ya da iade olunabilir. Ergin olmayan veya kısıtlı kimselere bizzat dava hakkı tanınan hâllerde ise kanuni mümessil, bunların yerine yemini eda ve iade edemez. (HMK m. 232)

⁸⁶⁴ MAA, m. 1745; **Hacı Reşit Paşa**, C. 8, s. 110.

⁸⁶⁵ **Ali Haydar**, C. 4, s. 367.

⁸⁶⁶ Günümüz Medeni Yargılama Hukukunda da buna benzer bir düzenleme vardır. Buna göre yemine konu olamayacak vakıalar şunlardır: Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği vakıalar, bir işlemin geçerliliği için, kanunen iki tarafın irade açıklamalarının yeterli görülmediği haller, yemin edecek kimsenin namus ve onurunu etkileyecek veya onu ceza soruşturması ya da kovuşturması ile karşı karşıya bırakacak vakıalar. (HMK m. 226)

⁸⁶⁷ MAA, m. 1742; **Ali Haydar**, C. 4, s. 362.

⁸⁶⁸ MAA, m. 1742; **Ali Haydar**, C. 4, s. 362.

h. Dava Konusunun Devredilebilir Türden Olması

Davalıya yemin teklif edebilmek için dava konusunun devredilebilir türden olması gerekmektedir. Bazı davalarda dava konusu şey istenilse de devredilmeyeceğinden bu konularda yemin de verdirilmez. Bu davalar: nikah, ric'a⁸⁶⁹, ilâ'dan fey'⁸⁷⁰, istîlâd⁸⁷¹, nesep, kölelik ve velâdır⁸⁷². Mesela nikaha ilişkin davada bir erkek mahkeme huzurunda bulunan kadınla nikahlı olduğunu iddia etse ve kadın da bu iddiayı reddetse davacıdan iddiasını ispat etmesi istenir. İspat edemezse karşı tarafa yemin teklif edilmez. Zira kadın yeminden kaçınırsa bu ikrar sayılacak ve bu yüzden hakim tarafların nikahlı olduğuna hükmetmek durumunda kalacaktır. Bunun gibi kölelik davasında da bir kimse özgürlük durumu belli olmayan diğer bir kimseyi mahkemeye getirerek onun kendi kölesi olduğunu iddia etse ve karşı taraf da bu iddiayı reddettikten sonra davacı iddiasını ispat edemese davalıya yemin teklif edilmez. Zira davalı yeminden kaçınırsa bu ikrar sayılacak ve bu yüzden hakim onun davacının kölesi olduğuna hükmetmek durumunda kalacaktır⁸⁷³.

Sayılan bu yedi dava türünde davalıya yemin teklif edilememesi Ebu Hanife'nin görüşüdür. Ona göre bu davalarda yeminden kaçınma, hakkından feragat etme anlamına gelir. Ebu Yusuf, İmam Muhammed ve diğer üç mezhep imamlarına göre ise bu davalarda dahi davalıya yemin teklif edilebilir⁸⁷⁴.

⁸⁶⁹ Ric'a, eşlerin ric'i talakla boşanmasından sonra, erkeğin iddet süresi içerisinde evliliklerini devam ettirme kararıyla karısına dönmesidir.

⁸⁷⁰ İlâ', kocanın karısıyla dört ay cinsel ilişki kurmamak üzere yemin etmesidir. İlâ'dan fey' ise, kocanın bu süre bitmeden karısıyla birleşmesidir.

⁸⁷¹ İstîlâd, cariyenin ya da eşin bir çocuk doğurması durumunda kocanın, doğan çocuğun kendisinden olduğunu iddia etmesi ya da kadının bir çocuk doğurması durumunda doğan çocuğun kocasından olduğunu iddia etmesidir.

⁸⁷² Velâ, bir kimsenin kölesi üzerindeki haklarıdır. **Serahsî**, C. 16, s. 177; **Mavsîlî**, C. 2, s. 167, 168; **Şeyh Bedreddin**, Et-Teshîl Şerhu Letâifi'l-İşârât, C. 2, s. 1583; **Mevkûfâtî**, C. 2, s. 151, 152; **Çelik**, C. 4, s. 662-664.

⁸⁷³ **Bayındır**, s. 210, 211; **Mevkûfâtî**, C. 2, s. 152; "Rumeli vilâyeti Ustrumca kasabası ahâlîsi udûl-i Müslimîninden Mehmed Efendi b. Mustafa ve silahdâr Ali Bey b. Mehmed ve Bâli b. İbrahim ve Nasûh b. İbrahim nâm hür kimesneler meclis-i şer'-i şerîfde aşağıda zikri geçeceği üzere **davacının hürriyetini reddeden ve köle zannıyla ona el koyan Mehmed Çelebi b. Ömer nâm kimesne mahzarında bâ'is-i hâze'l-kitâb emred, iri kara gözlü, açık kaşlı ve bey' ve teslimle davacıya âid olduğunu itiraf eden Mahmud b. Pervâne'den sâdir olan da'vâ-yı sahîha-i şer'iyede gibbe'l-istişhâd şöyle şehâdet ettiler ki, müdde'iyeye-i mezkûr aslen hürdür**; Hayâlî-zâde diye meşhûr Ustrumcî Hüseyin Efendi'nin âzâd ettiği Âfitâb bt. Abdullah adlı hür bir anneden doğmuştur. Annesi Afîtab bt. Abdullah, babası Pervâne b. Abdullah'tır. Şehâdetin kabûl şartlarına uygunluğunun ardından mücibince hükmedildi." İstanbul Mahkemesi 3 Numaralı Sicil, Metin No: 45b-2, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 13, s. 289.

⁸⁷⁴ **Bayındır**, s. 212; **Serahsî**, C. 16, s. 177; **Mavsîlî**, C. 2, s. 168; **Çelik**, C. 4, s. 664.

i. Dava Konusunun Allah Haklarına İlişkin Olmaması

Allah haklarına ilişkin suçlar ancak şahitle ya da davalının ikrarı ile sabit olur. Yeminden kaçınma ise her ne kadar ikrar kabul edilse de onun yerine kullanılan bir ispat vasıtasıdır. Hadler ise şüpheyle düşmektedir. Bu yüzden sırf Allah haklarına ilişkin olan zina, içki içme, hırsızlık ve zina isnadı suçlarıyla liânı gerektiren davalarda davalıya yemin teklif edilmez. Sadece hırsızlık davasında davalıya çalınan mal konusunda yemin teklif edilir. Eğer yeminden kaçınırsa çalındığı iddia edilen mal kendisine tazmin ettirilir fakat had cezası uygulanmaz⁸⁷⁵.

4. Çeşitleri

a. Sebebe ve Sonuca İlişkin Yemin

Yemin ya yemin edilen hususun sebebine ya da sonucuna olur. Bir hususun meydana gelip gelmediğine yemin vermeye “sebebe yönelik yemin”; meydana gelen şeyin hala devam edip etmediğine yemin vermeye ise “sonuca yönelik yemin” denir. Mecelle’de bu husus “*Yemin ye sebebe yahut hâsıla olur. Şöyle ki bir hususun vâki’ olup olmadığına yemin yemin etmek sebebe yemindir ve bir hususun hâlâ bakî olup olmadığına yemin etmek hâsıla yemindir.*” şeklinde ifade edilmiştir⁸⁷⁶. Mesela bir alım satım davasında satım sözleşmesinin hiç yapılmadığına yemin etmek sebebe yönelik yemin, yapılmış olan sözleşmenin hala devam ettiğine yemin etmek de sonuca yönelik yemindir⁸⁷⁷.

b. Kendi Fiiline ve Başkasının Fiiline İlişkin Yemin

Bir kimsenin kendi fiiline ya da başkasının kesin olarak bildiği fiiline dair verdiği yemine “kendi fiiline ilişkin yemin” (betâte yemin) denir. Yani o kimse “Bu

⁸⁷⁵ **Bayındır**, s. 212; **Serahsî**, C. 16, s. 177; **Mavsilî**, C. 2, s. 168; **Şeyh Bedreddin**, Et-Teshîl Şerhu Letâifil-İşârât, C. 2, s. 1583; **Merginânî**, s. 281; **Çelik**, C. 4, s. 665, 666; “Karye-i Kadı’dan İlyas b. Ali meclis-i şer’â Hamza b. Abdullah nâm yava Rumelili’yi ihzâr edip bundan **akdem beş koyunum sirkat olundu**. İki koyunumu iletip Luka nâm zimmînin koyununa benim ma’rifetimsiz katmışsın. Hâliyâ cümlesin senden taleb ederim dedikde mezkûr Hamza vâki’â senin iki koyunun kayınatan elinden alıp senin ma’rifetinle mezkûr kâfire iletip koyununa katdım deyu da’vâ edip gıbbe’l-inkâr ve’l-istişhâd ve’l-acz an ikâmeti’l-beyyine **mezkûr İlyas’a yemîn müteveccih olup yemîn billâh ettikten sonra** mezkûr Hamza’ya ikrârı mücebince zikr olan koyunlar tazmîn ettirilip ehl-i örf eline verilip muhkem te’dîb olundu.” Üsküdar Mahkemesi 2 Numaralı Sicil, Metin No: 15b-2, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 2, s. 115.

⁸⁷⁶ MAA, m. 1749.

⁸⁷⁷ **Hacı Reşit Paşa**, C. 8, s. 116.

böyledir ya da böyle değildir.” şeklinde kesin bir söylemle yemin verir. Bir kimsenin diğer bir kimsenin fiiline yani kesin (kat’î) olarak bilmediği bir şeye dair verdiği yemine de “başkasının fiiline ilişkin yemin” (adem-i ilme yemin) denir. Mecelle’de bu husus “*Bir kimse kendi fiiline dâir yemin edecek oldukda betâte yemin verilir, ya’ni bu husus böyledir yahut değildir diye kat’iyyen yemin ettirilir. Amma diğer bir kimsenin fiili hakkında yemin edecek oldukda adem-i ilme yemin verilir, ya’ni o şeyi bilmediğine yemin ettirilir.*” şeklinde ifade edilmiştir⁸⁷⁸.

Bir kimse tamamen kendi fiili için yemin verebileceği gibi hem kendisinin hem de başkasının fiilinden oluşan bir şey için de yemin verebilir. Mesela bir kimse sebebini beyan etmeksizin diğer bir kimseyi “Sende şu kadar kuruş alacağım var.” diye dava etse ve davalıya yemin verdirmek gerekse davalı “Vallahi benim ona o kadar ya da daha az kuruş borcum yoktur.” diye yemin etse, bu yemin tamamen kendi fiili ilişkin ve sonuca yönelik yemin olur. Yine bir kimse diğer bir kimseyi “Sen benden şu malı satın aldın.” diye dava etse ve davalı da bu iddiayı reddedip yemin etse yine bu betâte yemin olur. Burada satım akdi hem davacının hem de davalının fiiliyle oluşmaktadır. Bunun dışında bir kimse başkasının kesin olarak bildiği fiiline dair de betâte yemin verebilir. Mesela bir vedia akdinde emanet alan kişi emanet bırakılan şeyi emanet veren kişinin aldığına dair yemin etse bu da başkasının fiili için betâte yemindir⁸⁷⁹.

5. Yemin Verme Usulü

a. Şekil Şartı

Davalı ya hakim huzurunda ya da hakim tarafından gönderilen naip huzurunda, davacının yüzüne karşı yemin eder. Buna göre hakim ya da naip davalıya yemin edeceği hususu açıklayarak “Bu hususa yemin eder misin?” diye sorar. O da “Evet yemin ederim.” dedikten sonra hakim ona yeminin şekil ve özelliğini belirterek “Vallahi” ya da “Billahi” diye Allah’ın ismi üzerine yemin ettirir⁸⁸⁰. Allah’ın ismi dışında başka bir

⁸⁷⁸ MAA, m. 1748.

⁸⁷⁹ Ali Haydar, C. 4, s. 370, 371.

⁸⁸⁰ “...yemîn billâhi te‘âlâ etmeğın mücebince...” İstanbul Mahkemesi 12 Numaralı Sicil, Metin No: 48b-5, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 1, s. 444; “...öyle niyet etmediğine yemîn billâh ettikten sonra...” Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, Metin No: 22a-1, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 1, s. 143. Günümüz Medeni Yargılama Hukukunda da yeminin şekil şartı, bu uygulamaya benzemektedir. Buna göre yemin, mahkeme huzurunda eda olunur. Hakim, yeminin icrasından önce yemin edecek kimseye, hangi konuda yemin edeceğini açıklar, yeminin anlam ve önemini anlatır ve yalan yere yemin etmesi hâlinde cezalandırılacağı hususunda dikkatini çeker. Yemin edecek kimse, yemin

şeye yemin edilmez. Mesela “Karım boş olsun ki...”, “Kölem azat olsun ki...” şeklinde edilecek yemin geçerli değildir.⁸⁸¹

Davalı “Vallahi”, “Billahi” ya da “Tallahi” şeklinde Arapça, “Allah’a and içerim ki” şeklinde Türkçe, “Be Hudâ sevgend mîhorem” şeklinde Farsça ya da kendi dili hangisi ise onunla yemin edebilir⁸⁸².

Davalı ister Müslüman, ister Hristiyan ya da Yahudi gibi ehli kitap, ister müşrik, isterse de putperest olsun Allah adına yemin eder. Bu konuda bir hadisi şerifte “Bir kimse yemin edecekse ya Allah adına yemin etsin ya da hiç etmesin.” denmiştir⁸⁸³. Buna göre Yahudiler “Musa’ya Tevrat’ı indiren Allah adına yemin ederim ki...”, Hristiyanlar “İsa’ya İncil’i indiren Allah adına yemin ederim ki...”, diğerleri ise sadece “Allah adına yemin ederim ki...” şeklinde yemin ederler⁸⁸⁴.

b. Yemin Şeklinin Kuvvetlendirilmesi

Yemin etmeye dair ifadeler, Allah’ın sıfatları eklenerek kuvvetlendirilebilir. Mesela “Kendisinden başka hiçbir ilah olmayan, gizliyi ve açığı bilen, Rahman ve Rahim olan Allah adına yemin ederim ki...” şeklinde olabilir⁸⁸⁵. Çünkü Hz. Peygamber

konusunun yeterli açıklıkta olmadığını ileri sürerse; hâkim, karşı tarafın görüşünü aldıktan sonra derhâl bu konuda kararını verir. Sonra “Size sorulan sorular hakkında, gerçeğe uygun cevap vereceğinize ve hiçbir şey saklamayacağınıza namusunuz, şerefimiz ve kutsal saydığınız bütün inanç ve değerler üzerine yemin eder misiniz?” diye sorar. O kimse de “Bana sorulan sorular hakkında gerçeğe uygun cevap vereceğime ve hiçbir şey saklamayacağıma namusum, şerefim ve kutsal saydığım bütün inanç ve değerlerim üzerine yemin ediyorum.” demekle yemin eda edilmiş sayılır. Yemin eda edilirken, hakim de dâhil olmak üzere hazır bulunan herkes ayağa kalkar. (HMK m. 233). Ceza Yargılaması Hukukunda ise şahide verilecek yemin, şahitlikten önce ise “Bildığimi dosdoğru söyleyeceğime namusum ve vicdanım üzerine yemin ederim.” ve şahitlikten sonra ise “Bildığimi dosdoğru söylediğime namusum ve vicdanım üzerine yemin ederim.” şeklinde olur. Yemin edilirken herkes ayağa kalkar. (CMK m. 55)

⁸⁸¹ MAA, m. 1743; **Bayındır**, s. 214; **Ali Haydar**, C. 4, s. 365; **Şeyh Bedreddin**, Et-Teshîl Şerhu Letâifi’l-İşârât, C. 2, s. 1586; **Çelik**, C. 4, s. 672; **Mevkûfâtî**, C. 2, s. 154.

⁸⁸² **Ali Haydar**, C. 4, s. 365.

⁸⁸³ **Şeyh Bedreddin**, Et-Teshîl Şerhu Letâifi’l-İşârât, C. 2, s. 1519.

⁸⁸⁴ **Mavsîfî**, C. 2, s. 170-172; **Serahsî**, C. 16, s. 180; **Şeyh Bedreddin**, Et-Teshîl Şerhu Letâifi’l-İşârât, C. 2, s. 1585; **Çelik**, C. 4, s. 674; **Mevkûfâtî**, C. 2, s. 154; “...merküm Yasef dahi zikr olunan bin yüz guruşu mekrûm Avraham’ın yedinden alıp kabz ve istîfâ etmediğine gibbe’l-istihlâf **yemîn billâhi’llezî enzele’t-Tevrâte alâ Musa aleyhi’s-selâm** edicek...” Rumeli Mahkemesi 56 Numaralı Sicil, Metin No: 56b-2, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 14, s. 262; “...müdde’î-i mezbûra yemîn teklîf olundukda, ol dahi alâ vefki’l-mes’ûl **yemîn billâhi’llezî enzele’l-İncîle alâ İsa aleyhi’s-selâm** etmeğin mücibi ile hükm olunup...” İstanbul Mahkemesi 3 Numaralı Sicil, Metin No: 13b-1, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 13, s. 129; “...**yemîn billâhi’l-aliyyi’l-a’lâ ve zimmiyûn-ı mezbûrun half billâhi’llezî enzele’l-İncîle alâ İsa -aleyhi’s-selâm-** eylediklerinde...” İstanbul Mahkemesi 12 Numaralı Sicil, Metin No: 76b-1, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 16, s. 630.

⁸⁸⁵ “...zimetini ibrâ etmediğine dâir **yemîn-i billâhi’l-azîm** verilmesinden sonra...” Galata Mahkemesi 37 Numaralı Sicil, Metin No: 63b-1, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 37, İSAM Yayınları,

(s.a.v.) bir kimseye “*Kendisinden başka ilah olamayan Allah adına, onun senin yanında alacak bir şeyi olamadığına dair yemin et.*” demiştir. Bununla yemin eden kişiyi psikolojik olarak etkileyerek onun yalan söyleme ihtimali azaltılmak istenir⁸⁸⁶.

Yemin ifadelerinin kuvvetlendirmesi, hakimin takdirine bırakılmıştır. Hakim bu ifadeye dilediği gibi ekleme ya da çıkarma yapabilir. Ancak onun bu konudaki takdiri bağlayıcı değildir. Davalı sadece Allah adına yemin etmek isterse yeminden kaçınmış sayılmaz⁸⁸⁷.

Hanefilere göre yemin, lafız dışında zaman ve mekan ile kuvvetlendirilemez. Mesela davalı cuma günü ikinci vaktinde camide yemin etmeye zorlanamaz. Gayrimüslimlere de kendi ibadethanelerinde yemin ettirilemez⁸⁸⁸. Ancak Şaflilere göre yeminin zaman ve mekan ile kuvvetlendirilmesi caizdir. Bunlara göre eğer yeminin gecikmesinde sakınca yoksa cuma günü ikinci vaktinde davalının bulunduğu şehrin en kutsal bölgesinde yemin ettirilir. Buna göre kişi Mekke’de ise Hacerü’l-esved ile Makam-ı İbrahim arasında, Medine’de ise Hz. Peygamber’in (s.a.v.) minberi ile kabri arasında yemin eder⁸⁸⁹.

6. Hukukî Sonuçları

Davalı yemin ettikten sonra, davacı şahit getirip iddiasını ispat edinceye kadar davalının lehine karar verilir ve davanın takibine son verilir⁸⁹⁰.

İstanbul 2012, s. 165; “...**yemîn-i billâhi’l-aliyyi’l-azîm** etmeğin mûcebi ile hükm olundu...” Galata Mahkemesi 46 Numaralı Sicil, Metin No: 23a-2, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 38, İSAM Yayınları, İstanbul 2012, s. 81; “...yemîn teklif olundukda ol dahi alâ vekfi’l-mes’ûl **yemîn billâhi’l-aliyyi’l-a’lâ** ettikten sonra...” İstanbul Mahkemesi 12 Numaralı Sicil, Metin No: 132a-2, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 16, s. 896.

⁸⁸⁶ **Zuhaylî**, C. 8, s. 335; **Serahsî**, C. 16, s. 179; **Şeyh Bedreddin**, Et-Teshîl Şerhu Letâifi’l-İşârât, C. 2, s. 1585; **Çelik**, C. 4, s. 673; **Mevkûfâtî**, C. 2, s. 154.

⁸⁸⁷ **Bayındır**, s. 215; **Ali Haydar**, C. 4, s. 366; **Bilmen**, C. 8, s. 179.

⁸⁸⁸ **Mavsilî**, C. 2, s. 171, 172; **Bilmen**, C. 8, s. 179; **Şeyh Bedreddin**, Et-Teshîl Şerhu Letâifi’l-İşârât, C. 2, s. 1585; **Çelik**, C. 4, s. 674.

⁸⁸⁹ **Zuhaylî**, C. 8, s. 337.

⁸⁹⁰ “Hüseyin b. Yusuf meclis-i şer‘a gelip bilesine Baylu? nâm çingene ihzâr edip dedi ki benim bir atım zâyî‘ oldu mezkûr yüz yirmi beş akçeye ve hem görmedin dedi atım taleb ederim dedikde mezbûr inkâr edip sıdk-ı da‘vâsına beyyine taleb olunup **beyyineden âciz olup ba‘de’t-taleb yemîn billâh ettirip da‘vâlar ve nizâ‘ları fasl olunduğu** sebebden mezkûr Baylu?’nun talebiyle deftere ketb olundu.” Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, Metin No: 19a-2, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 1, s. 138; “...beyyine taleb olundukda şâhidden âciz olup mezkûr Kara Hacı’ya **yemîn ettirilip fasl-ı husûmete hükm olunup** deftere sebt-i sicil olundu.” Üsküdar Mahkemesi 2 Numaralı Sicil, Metin No: 95a-2, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 2, s. 361. Günümüz Medeni Yargılama Hukukunda ise bir taraf yemin ederse, bununla yemin teklif eden tarafın iddia ettiği vakianın mevcut olmadığı kesin olarak

Davacı “Hiç şahidim yoktur.” dedikten sonra şahit getirecek olsa ya da “Falan ve falandan başka şahidim yoktur.” dedikten sonra “Başka şahidim vardır.” dese İmam Muhammed ve Ebu Yusuf’a göre kabul edilmez. Zira davacının “Hiç şahidim yoktur.” dedikten sonra şahit getirmesi şüpheye sebep olur. Ancak Ebu Hanife bunu kabul etmektedir⁸⁹¹.

Muamelâta dair davalarda davalı “Yemin etmem.” diye açıkça ya da susarak dolaylı olarak yeminden kaçınırsa bu davranışı ikrar sayılır ve hakim onun yeminden kaçınmasıyla hükmünü verir. Hüküm verildikten sonra davalı yemin edecek olsa kabul edilmez⁸⁹².

Kural olarak, davalıya bir kez yemin teklif edildikten sonra yeminden kaçınırsa aleyhine hüküm vermek geçerlidir. Ancak uygulamada kendisine üç kez yemin teklif edilir⁸⁹³. Hakim her seferinde “Sana yemin teklif ediyorum. Yemin edersen ne ala. Etmezsen aleyhinde hükmedeceğim.” demelidir. Davalı üç tekliften sonra da yemin etmez ancak hakim hükmünü vermeden hemen önce yemin ederse artık aleyhine hüküm verilmez⁸⁹⁴.

Kendisine yemin teklif edilen taraf, yemin etmek için üç gün süre talep ederse hakim onun bu talebini kabul eder, yeminden kaçınmış sayılmaz⁸⁹⁵.

Dilsiz kimselerin belli olan ve anlaşılabilir işaretleri söz ile beyan gibi olduğundan⁸⁹⁶, bunların belli olan ve anlaşılabilir işaretleriyle yapacağı yemin ve

ispat edilmiş olur. İslam Hukukundan farklı olarak kişi yemin ettikten sonra, yemin teklif eden taraf, yemin ile mevcut olmadığı kesin olarak ispat edilmiş olan vakıyı ispat etmek için başka delil gösteremez. Bkz. **Kuru / Arslan / Yılmaz**, s. 410.

⁸⁹¹ MAA, m. 1753; **Ali Haydar**, C. 4, s. 375.

⁸⁹² MAA, m. 1751; **Bilmen**, C. 8, s. 183; **Serahsî**, C. 18, s. 78; “...yemin teklif olundukda mezbûre Kahraman **yeminden nükûl etmeğın mücebince** müdde’iyân-ı mezbûretâna menzil-i mezbûrun süknâsında mezbûre Kahraman’a müşârikeleri olmak üzere **hükm olunmağın...**” Bab Mahkemesi 3 Numaralı Sicil, Metin No: 107a-3, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 17, s. 695.

⁸⁹³ “Dursun b. Ali meclis-i şer’de Resul b. Turahan mahzarında da’vâ kılıp dedi ki, mezbûr Resul beni boğazıma yapışıp boğup beni vurdu dedikde, mezbûr Resul’e suâl olundukda inkâr edip beyyineden âciz olup hasmının yemin taleb eyledikde **üç kerre yemin teklif edip** yeminden nükûl eyleyip vukû’ı üzerine gibbe’-t-taleb kayd-ı sicil olundu.” Üsküdar Mahkemesi 26 Numaralı Sicil, Metin No: 14b-4, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 7, s. 139.

⁸⁹⁴ **Ali Haydar**, C. 4, s. 375; **Bilmen**, C. 8, s. 183; **Serahsî**, C. 18, s. 77; **Mavsîlî**, C. 2, s. 164; **Şeyh Bedreddin**, Et-Teshîl Şerhu Letâif’i-l-İşârât, C. 2, s. 1582; **Merginânî**, s. 280.

⁸⁹⁵ **Ali Haydar**, C. 4, s. 375; **Serahsî**, C. 18, s. 78.

⁸⁹⁶ MAA, m. 159.

yeminden kaçınma da geçerli olur⁸⁹⁷. Böyle bir durumda hakim dilsiz “Eğer davacının senin üzerinde şu hakkı varsa Allah’ın ahdi senin üzerine lazım olsun mu?” diye sorar, o da evet manasında başını sallarsa yemin etmiş olduğu kabul edilir⁸⁹⁸.

Bir kimsenin diğer bir kimseden çeşitli sebeplerle aynı anda davacı olması durumunda davalının, bütün iddialar için bir kez yemin etmesi yeterli olur⁸⁹⁹. Ancak bir iddianın çözüme kavuşturulması diğer iddianın dinlenip hükmedilmesine bağlı ise her bir iddia için ayrı ayrı yemin edilmesi gerekmektedir⁹⁰⁰.

7. Özel Yemin Çeşitleri

a. İslam ve Osmanlı Ceza Yargılaması Hukukunda Adam Öldürme Suçuna Özgü Yemin: Kasâme

aa. Kavram

Sözlükte “yemin etmek”, “yemin eden topluluk” anlamlarına gelen kasâme, İslam Hukukunda genel olarak failin kesin bir delille belirlenemediği bir cinayet sonucunda suçun işlendiği mahalden sınırlı sayıda bir topluluğun haklarındaki suç isnadını defetmek veya maktulün yakınlarının suç isnadında bulunmak amacıyla mahkeme huzurunda yaptığı özel yemine denir⁹⁰¹.

Kasâmenin mahiyeti ve işlevi konusunda Hanefî mezhebiyle diğer mezhepler arasında büyük bir görüş ayrılığı olduğundan fıkıh literatüründe bu kurumun iki farklı tanımı bulunmaktadır⁹⁰². Hanefîler’e göre kasâme, bir mahalde faili meçhul bir maktul bulunduğu o mahal halkından elli erkeğin maktulü öldürmediklerine ve kimin öldürdüğünü de bilmediklerine dair yemin etmesidir⁹⁰³. Buna göre kasâme, bir ispat

⁸⁹⁷ MAA, m. 1752; Günümüz Medeni Yargılama ve Ceza Yargılaması Hukuklarında da sağır ve dilsizlerin yemini geçerli kabul edilmiştir. Buna göre bu kişiler, eğer okuma ve yazma biliyorlarsa yemin biçimini yazarak ve imzalarını koyarak yemin ederler. Okuma ve yazma bilmiyorlarsa, bunların işaretlerinden anlayan bir bilirkişi aracılığıyla ve işaretle yemin ederler. (HMK m. 234, CMK m. 56)

⁸⁹⁸ Ali Haydar, C. 4, s. 375; Mavsulî, C. 2, s. 172.

⁸⁹⁹ MAA, m. 1750.

⁹⁰⁰ Ali Haydar, C. 4, s. 374; Hacı Reşit Paşa, C. 8, s. 117.

⁹⁰¹ Ali Bardakoğlu, “Kasâme”, DİA, C. 24, TDV Yayınları, İstanbul 2001, s. 528.

⁹⁰² Bardakoğlu, “Kasâme”, s. 529.

⁹⁰³ Serahsî, Mebsût, (Edt. Mustafa Cevat Akşit), C. 26, Gümüşev Yayınları, İstanbul 2008, s. 159; Molla Hüsrev, Gürer ve Dürer Tercümesi, (Trc. Arif Erkan), Kit-San Yayınları, C. 3, İstanbul 1980, s. 144; Mevkûfâtî, C. 2, s. 491; İbrahim Halebî, İzahlı Mültekâ El Ebhur Tercümesi, (Trc. Mustafa Uysal), C. 4, Ahmet Sait Matbaası, İstanbul 1973, s. 339-341; Abdurrahman Cezîrî, Dört

aracı değil, suçun işlendiği mahaldeki insanlara üzerlerindeki kisası gerektiren suç isnadını defetmek üzere tanınmış özel bir yemin hakkıdır. Buna doktrinde “nefy kasâmesi” denir ve bu şekliyle beyyinenin davacıya, yeminin de davalıya ait olduğu genel kuralına aykırı düşmez⁹⁰⁴.

Diğer mezheplere göre ise kasâme, maktûlün vekillerinin cinayeti belli bir kimsenin işlediğine dair yeterli bir delil bulamadıklarında elli kez ettikleri yemindir. Buna da doktrinde “ispat kasâmesi” denir⁹⁰⁵.

bb. Dayanağı

Kasâmenin bir ispat vasıtası olarak kullanılacağına dair delil şu hadislerdir: Abdullah b. Sehl Hayber’deki kuyulardan birinde ölü olarak bulunmuştur. Kardeşi Abdurrahman ile amcaları Huveyse ve Mahisa Hz. Peygamber’e (s.a.v.) gelmişler ve “Ya Rasulallah, biz onu Hayber kuyularından birinde öldürülmüş olarak bulduk.” demişlerdir. Hz. Peygamber (s.a.v.): “Elli Yahudi onu öldürmediklerine yemin ederek kendilerini size karşı ibra ederler.” demiştir. Ancak onlar: “Yahudilerin yeminlerine nasıl razı oluruz? Onlar müşriktir.” deyince Hz. Peygamber (s.a.v.): “Onu Yahudilerin öldürdüklerine sizden elli kişi yemin eder mi?” diye sormuş ve “Görmediğimiz bir şey üzerine nasıl yemin ederiz.” cevabını alınca da maktûlün diyetini kendisi ödemiştir. Bundan başka adamın biri Hz. Peygamber’e (s.a.v.) gelerek: “Ya Rasulallah, kardeşimi falan oğullarının yurdunda öldürülmüş olarak buldum.” demiş ve Hz. Peygamber (s.a.v.): “Onlardan elli adam topla, kardeşini öldürmediklerine ve katilini de bilmediklerine dair yemin etsinler.” demiştir. Bunun üzerine adam: “Kardeşim için bundan başka bir hakkım yok mudur?” diye sorunca Hz. Peygamber (s.a.v.): “Hayır, yüz deve alırsın.” demiştir⁹⁰⁶.

Bu tanımlardan da anlaşıldığı üzere bu kurum, faili meçhul bir cinayetin ardından maktûlün diyetinin, suçu işlemiş olacağı düşünülen kimselerce yemin edilerek ödenmesi şeklinde işlemektedir. Mahalle halkının mahallelerine sahip çıkmalarını ve

Mezhebe Göre İslâm Fıkhı, (Trc. Mehmet **Keskin**), C. 8, Çağrı Yayınları, İstanbul 1992, s. 3425; Mehmet **Çelik**, Büyük İslam Hukuku Mecme’ül Enhur (Mültekâ’l-Ebhur’un Şerhi) Damad Tercümesi, C. 6, Yasin Yayınevi, İstanbul 2011, s. 396.

⁹⁰⁴ **Bardakoğlu**, “Kasâme”, s. 529.

⁹⁰⁵ **Bardakoğlu**, “Kasâme”, s. 529.

⁹⁰⁶ Abdullah B. Mahmud El-Mavsilî, el-İhtiyar li-ta’lîlî’l-Muhtâr (Trc. Mehmet **Keskin**), C. 4, Hikmet Neşriyat, İstanbul 2012, s. 305, 306; **Serahsî**, C. 26, s. 160; **Cezîrî**, s. 3426.

mahalle güvenliğine azami özen göstermelerini sağlamak amacıyla böyle bir uygulama söz konusu olmuştur. Bu sebeple bir mahallede bir katilin bulunması, o mahalle halkının görevini tam olarak yerine getiremediğini göstermekte ve böylece haklarında bir nevi ceza olarak kasâme ve diyet gerekmektedir⁹⁰⁷. Sonuç olarak bu uygulama, toplumda can güvenliğinin sağlanması ve korunmasında bölge halkının duyarlılık kazanması ve ortak sorumluluk bilincinin güçlenmesi, cinayet zanlılarının haksız şüphe ve suçlamalardan kurtulması, maktulün yakınlarının acısının hafifletilmesi, adaletin gerçekleşmesi ve kamu vicdanının rahatlatılması gibi önemli işlevler üstlenmektedir⁹⁰⁸.

Kasâme kurumuna Osmanlı kânunnâmelerinde de yer verilmiştir. Kanunî'nin Umumi Kânunnâmesinde “*Ve eğer mahalle içinde veyahud köy arasında maktûl bulunsa elbetde teftiş edüb kanlıyı bulduralar veya diyet çekdüreler. Ve eğer eser-i katl yoğ ise mücerred bulunmak sebebiyle incitmeyeler.*”⁹⁰⁹ şeklinde bir düzenleme vardır. Mecelle’de ise kasâmeden bahsedilmemiş ancak bu kanunu hazırlayan Mecelle Cemiyeti, 15 ve 16. kitaplar olan kitabü’l-beyyinât ve kitabü’l-kazâ’dan sonra kasâmeyle ilgili bir çalışma yapmıştır⁹¹⁰. Bu çalışma sonrasında çıkarılan 3 Ramazan 1293 tarihli Hatt-ı Hümayûn şöyledir:

“(Mücebince muamelesi icra olunsun) Bir mahalle içinde kimesnenin mülkü olmayan hâlî yerde maktûl bulunan kimesnenin katili bir vecihle malum olmasa ol mahalle ahalisine kasâme ve diyet lazım olur. Ve eğer katili beyyine ya ikrar ile sabit olsa veyahud marûf olsa ol mahalle ahalisine kasâme ve diyet lazım olmaz. Ve bir de maktûlün varisi, maktûlün bulunduğu mahalle ahalisinin gayrı bir şahs-ı muayyenden mûrisimizi sen katl itdin deyû dava itdükde ol mahalle ahalisinden kasâme ve diyet sâkıt olduğu gibi varis eğer maktûlün bulunduğu mahalle ahalisinden olan şahs-ı muayyenden mûrisimizi sen katl itdin deyû dava itdüğü suretde dahi ol mahalle

⁹⁰⁷ Akman, s. 96; Mavsîlî, C. 4, s. 307; Ömer Nasuhi Bilmen, Hukukî İslamiyye ve Islahatı Fıkhiyye Kamusu, Bilmen Yayınevi, C. 3, İstanbul 1985, s. 157; Aybars Pamir; “İslâm ve Osmanlı Hukuku’nda Kasame Müessesesi”, AÜHFD, C. 54, S. 4, Ankara 2005, s. 346.

⁹⁰⁸ Bardakoğlu, “Kasâme”, s. 528.

⁹⁰⁹ Kanunî'nin Umumi Kânunnâmesi I, m. 18, Ahmed Akgündüz, Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri, C. 4, Sey Yayınları, İstanbul 1992, s. 299.

⁹¹⁰ Osman Kaşıkçı, İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle, OSAV Yayınları, İstanbul 1997, s. 320.

*ahalisinden kasâme ve diyet sâkıt olur. Ve iki suretde dahi ol mahalle ahalisi varisin bu davasına şehadet etseler şehadetleri kabul olunur.”*⁹¹¹

cc. Şartları

aaa. Adam Öldürme Suçunun İşlenmesi

İslam hukukçularının çoğunluğuna göre kasâme sadece adam öldürme suçunun işlenmesi sonucunda uygulanabilir, adam yaralama suçu için uygulanamaz⁹¹².

bbb. Ölü Olarak Bulunan Kimsenin Kendiliğinden Ölmemiş Olması

Ölü olarak bulunan kimsede öldürülmüş olduğuna işaret eden cinayet karinelerinin olması gerekmektedir. Bir kimsenin kendi eceliyle ölmesi durumunda kasâme uygulanmaz. Bu karineler yara, darp veya boğma izi, gözünden, kulağından kan çıkması olabilir. Ancak ağızından, makatından ya da zekerinden kan çıkması durumunda

⁹¹¹ **Kaşıkcı**, s. 320; “Havâss-ı Aliyye kazâsı müzâfâtından merhûm ve mağfûrun-leh Fâtih Sultan Mehmed Hân -tâbe serâhû- kemeri demekle ma’rûf su kemeri kurbunda vâki’ Kabasakal Mehmed Efendi’nin çiftliği hüddâmından bir kaç nefer zimmîler bir zimmî çoban katl eylediler deyû ihbâr olunmağla teccüss ve tefahhus ve keşf ve tahrîr için savb-ı şer’-i kavîmden mevlânâ Receb Efendi irsâl olunup ol dahi bi’l-fi’l Havâss-ı mezkûre subaşısı olan Ahmed Bey ve zeyl-i kitâbda mastûrû’l-esâmî olan müslimîn ile târih-i kitâbdan yirmi beş gün mukaddem zikr olunan çiftliğe varıp çiftlik kethüdâsı olan Mustafa nâm kimesne ve mezbûr Mustafa’nın ortağı Andriye ve hizmetkârlarından işbu Yako ve Kiro nâm zimmîlerden suâl olundukda cevâblarında bu etrâfdan ol makûle âdem katl olunduğu ma’lûmumuz değildir hâlâ sizden mesmû’ olunur [13b] demeleriyle mahall-i mezbûrda zikr olunan çiftlik etrâfında mazanna olan ba’zı mevâzi’ teccüss olundukda çiftlik civârında merhûm ve mağfûrun-leh Sultan Bayezid Hân -aleyhi’r-rahmetü ve’l-gufrân- vakfi’ndan olup bundan akdem vefât eden Kabakulak Hüseyin Ağa hâtununun tasarrufunda olan ma’lûmû’l-hudûd çayırın zikr olunan çiftliğe âvaz yetişir yerinde zimmî-i mezbûr alında ve çenesinin sol tarafında balta cerâhati ile maktûlen medfûn bulunup mezbûrûn Mustafa ve Andriye ve İstoyko ve Kiro istintâk olunduklarında, mezbûr Mustafa husûs-ı mezbûru bi’l-küllîye münkir olup lâkin merkûmûn Andriye ve İstoyko ve Kiro cevâblarında zimmî-i mezbûru mevzi’-i merkûmda vech-i meşrûh üzere mecrûhan maktûl bulup ehl-i örf tarafından havfımızdan kaldırıp bu mahalle biz defn **eyledik kâtili kim olduğu ve ismi ve şahsı ma’lûmumuz değildir** dediklerini mevlânâ-yı mezbûr mahallinde ketb ve tahrîr ba’dehû gelip meclis-i şer’de vukû’u üzere ihbâr ve takrîr eylediğinden sonra bu hakîre hitâben buyruldu-yı şerîf vârid olup mazmûn-ı münîfnde bi’z-zât kendiniz mahall-i mezbûra varıp diyeti lâzım gelir şer’an ne lâzım gelirse göresiz buyurulmağın imtisâlen li’l-emri’l-âli bi’z-zât zeyl-i kitâbda muharrerû’l-esâmî olan müslimîn ile mahall-i mezbûra varıp sâlifü’z-zikr çayırın vasatında maktûl-i mezbûr tekrâr keşf ve müşâhede olundukda zimmî-i mezbûr minvâl-i merkûm üzere mecrûhan maktûl olup kim olduğu ve ismi ve şahsı kimesne ma’lûmu olmayıp ve kemâ yenbağî dikkat ve ihtimâm olunur kâtili dahi ma’lûm olmamağla beytûlmâl tarafından diyet talep olunup ve mahall-i mezbûrdan zikr olunan çiftliğe âvaz yetişdiği muhakkak olmağla çiftlikde sâkin olanlar üzerlerine **ba’de’l-kassâme şer’an diyet müte’ayyin** olmağın mâ hüve’l-vâki’ gıbbe’t-taleb ketb yaudu.” Eyüb Mahkemesi 37 Numaralı Sicil, Metin No: 13a-3, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 25, İSAM Yayınları, İstanbul 2011, s. 113.

⁹¹² **Bardakoğlu**, “Kasâme”, s. 529; **Serahsî**, C. 26, s. 171; **Cezîrî**, s. 3431.

başkası tarafından öldürüldüğü kabul edilmez. Zira bu yerlerden başkasının müdahalesi olmaksızın kan çıkması normal sayılmıştır⁹¹³.

ccc. Maktulün Cesedinin Yarısından Fazlasının Bulunmuş Olması

Kasâme ile ilgili nass, maktulün gövdesi hakkındadır. Bu yüzden kasâmenin uygulanabilmesi için ya maktulün gövdesi ya yarısından fazlası ya da başıyla beraber yarısı bulunmalıdır. Bunun dışında sadece elleri, ayakları, başı ile beraber gövdesinin yarısından azı ya da başka bir organı bulunursa kasâmeye gerek kalmaz. Zira bu organlar için kasâme ve diyet gerekirse, başka bir organın bulunması ya da gövdenin yarısının bulunması halinde yine kasâme ve diyet gerekecektir. Bu durumda tek bir maktul için birden çok kasâme uygulanmış ve diyet ödenmiş olacaktır⁹¹⁴.

ddd. Failin Meçhul Olması

Kasâmenin uygulanabilmesi için cinayeti işleyen kişinin bilinmemesi gerekmektedir. Katil bilinirse, kim olduğu hakkında kesin delil bulunursa ya da katilin velileri tarafından belirli bir kimsenin cinayeti işlediği iddia olunursa kasâmenin uygulanmasına gerek kalmaz⁹¹⁵.

eee. Maktulün Yaşama Hakkına Sahip Kimselerden Olması

Maktulün Müslüman ya da gayrimüslim⁹¹⁶, akıllı ya da deli, erkek ya da kadın olması, kasâmenin uygulanması açısından bir fark teşkil etmemekte, yaşama hakkına sahip her hangi biri olması yeterli olmaktadır. Malikîlere göre maktulün köle veya gayrimüslim olması, Ebu Yusuf'a göre de köle olması durumunda kasâme caiz olmamaktadır⁹¹⁷. Yaratılışı tamamlanmış bir ceninin de aynı şekilde bulunması durumunda kasâme gerekmektedir⁹¹⁸.

⁹¹³ Bilmen, C. 3, s. 158, 159; Mavsîlî, C. 4, s. 304; Serahsî, C. 26, s. 171; Molla Hüsrev, C. 3, s. 148; Mevkûfâtî, C. 2, s. 493; Halebî, C. 4, s. 343; Cezîrî, s. 3425; Çelik, C. 6, s. 397.

⁹¹⁴ Bilmen, C. 3, s. 160; Mavsîlî, C. 4, s. 308, 309; Cezîrî, s. 3427; Çelik, C. 6, s. 403.

⁹¹⁵ Bilmen, C. 3, s. 159; Hadi Sağlam, "İslam Hukuk Tarihinde Faili Meçhul Cinayetler Meselesi (Kasâme Müessesesi)", e-Akademi Dergisi, S. 108, s. 10, 11. <http://www.e-akademi.org/arsiv.asp?sayi=108>, e.t. 05.05.2015.

⁹¹⁶ Pamir, s. 344.

⁹¹⁷ Bilmen, C. 3, s. 159; Bardakoğlu, "Kasâme", s. 529.

⁹¹⁸ Serahsî, C. 26, s. 174; Molla Hüsrev, C. 3, s. 148; Cezîrî, s. 3427; Çelik, C. 6, s. 398.

fff. Maktulün Bir Kimsenin Mülkiyetinde ya da Zilyetliğinde Olan Bir Yerde Bulunması

Hanefilere göre maktul, bir kimsenin mülkiyetinde ya da zilyetliğinde olan bir yerde ya da mahalle, köy gibi bir yerde bulunmalıdır. Bunun dışında kamuya ait olan büyük cami⁹¹⁹, köprü, cadde gibi yerlerde bulunursa buraların koruması devlete ait olduğundan maktulün diyeti de devlet hazinesi olan beytülmalden ödenir. Ancak bu durumda kasâmeye gerek yoktur⁹²⁰.

Maktulün köy veya şehirden sesi duyulmayacak kadar uzak ve kimsenin mülkiyetinde ve tasarrufunda olmayan bir yerde bulunması durumunda kasâme ve diyet gerekmez. Fakat sesi duyulabilecek bir yerde bulunan maktulden dolayı, buraya en yakın mahalle ya da köy halkına kasâme ve diyet gerekir⁹²¹.

Maktulün nehir veya çöl gibi kimsenin mülkiyetinde olmayan bir yerde bulunması durumunda da kasâme ve diyete gerek yoktur. Ancak maktul, nehrin kenarında bulunmuş ise oraya en yakın ve sesi duyulabilecek olan mahalle ya da köy halkına kasâme ve diyet gerekir. Nehir, sahipleri belli, küçük bir nehirse sorumluluk o nehir sahiplerine aittir⁹²².

ggg. Maktulün Velilerinin Dava Açması ve Kasâme Talep Etmesi

Kasâme özel bir yemin türü olduğundan, kasâmenin uygulanabilmesi için şüpheliler hakkında açılmış bir davanın olması gerekmektedir. Adam öldürme suçu sonucunda, öldürülen kimsenin yakınlarının şahsi bir hakkı ihlal edildiğinden, dava açma hakkı da onlara aittir. Bu kişilerin, şüpheliler hakkında dava açtıktan sonra kasâme uygulanması için ayrıca talepte bulunmaları gerekmektedir⁹²³.

⁹¹⁹ Maktul mahalle camisinde bulunursa sorumluluk o mahalle halkındır. **Serahsî**, C. 26, s. 176; **Mavsîlî**, C. 4, s. 313.

⁹²⁰ **Bilmen**, C. 3, s. 160; **Bardakoğlu**, “Kasâme”, s. 529; **Mavsîlî**, C. 4, s. 314; **Molla Hüsrev**, C. 3, s. 152; **Çelik**, C. 6, s. 412, 413, 414.

⁹²¹ **Bilmen**, C. 3, s. 161; **Mevkûfâtî**, C. 2, s. 495; **Halebî**, C. 4, s. 345; **Molla Hüsrev**, C. 3, s. 149; **Çelik**, C. 6, s. 414.

⁹²² **Mavsîlî**, C. 4, s. 315; **Serahsî**, C. 26, s. 175, 176; **Mevkûfâtî**, C. 2, s. 494, 495; **Halebî**, C. 4, s. 345; **Molla Hüsrev**, C. 3, s. 152; **Çelik**, C. 6, s. 415.

⁹²³ **Bilmen**, C. 3, s. 159; **Bardakoğlu**, “Kasâme”, s. 529; **Sağlam**, s. 11.

Kasâmeyi gerektiren bir durum olduktan sonra maktulün dava açacağı bir velisi bulunmadığı takdirde şüpheliler hakkında davayı beytülmal emini açar. Çünkü velisi olmayan kişilerin velisi, devletin o yerdeki temsilcisidir⁹²⁴.

hhh. Şüphelilerin Davayı Reddetmesi

Kasâme özel bir yemin türü olduğundan ve yemin ettirmek için davalının inkar etmesi gerektiğinden, kasâmenin uygulanabilmesi için de şüphelilerin haklarındaki iddiayı reddetmeleri gerekmektedir. Zira davalı konumunda bulunanlardan biri maktulü öldürmüş olduğunu ikrar ederse artık kasâmenin uygulanmasına gerek kalmayacaktır⁹²⁵.

dd. Usulü

Sayılan şartlar altında bir maktul bulunduğu ve maktulün velileri şüphelilere karşı dava açtığı anda davanın seyri, mezhepler arasındaki görüş ayrılığından dolayı farklı şekillerde işler. Hanefilere göre, yemin etmek davalıya düştüğünden maktulün velileri yemin etmek üzere kasâmeden sorumlu bölge halkından elli kişiyi seçer. Burada öncelikle cinayetten şüphelenilen, cinayetin işlenişine yardım edebileceği düşünülen ya da salih kimseler seçilir ki bunlar yeminden sakınsın ve katil de ortaya çıksın⁹²⁶. Bunun dışında kadınlar, çocuklar, deliler ve köleler kasâme için seçilemezken, gayrimüslimler kasâmeye iştirak edebilirler⁹²⁷. Hanefiler dışında kalan çoğunluğa göre ise kasâmede yemin etmek öncelikle davacılara düşer⁹²⁸.

Kasâmede kural olarak elli kişinin yemin etmesi gerekmekte ise de tüm mezheplere göre yemin edecek kişi sayısı elliden az olursa mevcut kişiler kalan yeminleri tekrar ederek yemin sayısını elliye tamamlarlar⁹²⁹. Hanefilere göre, maktulün velileri kalan kimselerden istediklerini seçerek yemini onlara tekrarlatırlar. Diğer

⁹²⁴ Bilmen, C. 3, s. 161.

⁹²⁵ Bilmen, C. 3, s. 159, 160.

⁹²⁶ Mavsîlî, C. 4, s. 315; Mevkûfâtî, C. 2, s. 491; Halebî, C. 4, s. 341; Serahsî, C. 26, s. 165; Cezîrî, s. 3426; Çelik, C. 6, s. 397.

⁹²⁷ Bardakoğlu, "Kasâme", s. 529; Mevkûfâtî, C. 2, s. 493; Halebî, C. 4, s. 343; Molla Hüsrev, C. 3, s. 148; Serahsî, C. 26, s. 178; Cezîrî, s. 3427; Çelik, C. 6, s. 396.

⁹²⁸ Bilmen, C. 3, s. 170, 174, 181, 182; Cezîrî, s. 3432, 3433, 3437.

⁹²⁹ Mavsîlî, C. 4, s. 309; Mevkûfâtî, C. 2, s. 492; Halebî, C. 4, s. 342; Molla Hüsrev, C. 3, s. 147; Serahsî, C. 26, s. 165; Cezîrî, s. 3427; Çelik, C. 6, s. 399.

mezheplerde ise bu konuda görüş birliği olmayıp her biri farklı kimselerin yemini tekrarlayacağını savunurlar⁹³⁰.

Kasâme yemini, Hanefilere göre davalılardan her birinin Allah'ın adını anarak "Billahi maktulü ben öldürmedim ve kimin öldürdüğünü de bilmiyorum." demesiyle olur⁹³¹. Diğerlerine göre ise maktulün velilerinden her biri Allah'ın adını anarak maktulü falan şahsın öldürdüğüne yemin etmesiyle olur. Şafilere göre bu sırada öldürmenin kasten mi hataen mi olduğunun da belirtilmesi gerekmektedir⁹³².

Kendisine yemin yöneltilen kimselerin ya ikrar etmesi ya da yemin etmesi gerekmektedir. Yemin etmekten kaçınırlarsa yemin edinceye kadar hapsedilirler⁹³³.

Maktulün velileri, maktulün bulunduğu mahallenin halkı dışında başka birinin katil olduğunu iddia ederlerse o halktan kasâme düşer ve bu şekilde onları ibra etmiş olurlar. Ancak bu durumda bu davaya, Ebu Hanife'ye göre o mahalle halkından birileri şahadet edemez. Çünkü bunlar ibradan önce hasım olarak kabul edilmişlerdir. Ayrıca velinin bunları ibra etmesi, açacağı diğer davada şahadet etmelerini temin etmek için olabilir. Bu nedenle onların şahadetinde töhmet olacağı için şahadetleri kabul edilmez. Ancak Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'e göre şahadetleri kabul edilir çünkü ibra ile töhmet ortadan kalkmıştır⁹³⁴.

Ebu Hanife'den gelen bir rivayete göre maktulün velileri, maktulün bulunduğu mahalleden birinin ya da birkaçının katil olduğunu iddia ederse o halktan kasâme düşmez. Ayrıca bu davada şahadetleri de kabul edilmez. Çünkü bu konudaki şahadetleri kendilerini kasâme ve diyetten kurtarmak için olabileceğinden töhmet olur. Ancak Ebu Hanife'den gelen başka bir rivayete göre ve Ebu Yusuf ile İmam Muhammed'e göre ise böyle bir iddia sonucunda o halktan kasâme ve diyet düşer⁹³⁵.

⁹³⁰ Bardakoğlu, "Kasâme", s. 530; Molla Hüsrev, C. 3, s. 145.

⁹³¹ Mavsîlî, C. 4, s. 305; Mevkûfâtî, C. 2, s. 491; Halebî, C. 4, s. 341; Molla Hüsrev, C. 3, s. 145; Serahsî, C. 26, s. 159; Cezîrî, s. 3425; Çelik, C. 6, s. 397.

⁹³² Bardakoğlu, "Kasâme", s. 530; Cezîrî, s. 3430.

⁹³³ Mavsîlî, C. 4, s. 309; Bilmen, C. 3, s. 161; Mevkûfâtî, C. 2, s. 492; Halebî, C. 4, s. 342; Molla Hüsrev, C. 3, s. 147; Serahsî, C. 26, s. 167, 180; Cezîrî, s. 3427; Çelik, C. 6, s. 400.

⁹³⁴ Mavsîlî, C. 4, s. 310, 311; Bilmen, C. 3, s. 169; Mevkûfâtî, C. 2, s. 492; Halebî, C. 4, s. 342, 343; Molla Hüsrev, C. 3, s. 147; Serahsî, C. 26, s. 172, 173; Çelik, C. 6, s. 400, 401.

⁹³⁵ Mavsîlî, C. 4, s. 308; Bilmen, C. 3, s. 169, 170; Mevkûfâtî, C. 2, s. 492; Halebî, C. 4, s. 343; Molla Hüsrev, C. 3, s. 147; Serahsî, C. 26, s. 171; Cezîrî, s. 3429; Çelik, C. 6, s. 402.

ee. Hukukî Sonuçları

Kasâmenin hükmü, davalıların yemin etmeleri durumunda maktulün velilerine diyet ödemenin vacip olmasıdır⁹³⁶. Hz. Ömer döneminde yaşanan bir olayda davalılar “Hem yemin ediyoruz, hem de malımızı mı vereceğiz.” deyince Hz. Ömer “Ya bu adamın kanı nereye gidecek? Heder mi olacak!” şeklinde cevap vermiştir⁹³⁷.

Maktul, iki köyün ya da mahallenin arasında bulursa, hangi köy ya da mahalle maktulün bulunduğu yere yakınsa kasâme ve diyet de o kimselere uygulanır⁹³⁸.

Kasâme sonucu diyete hükmedildiğinde diyeti suçlunun kendisi mi yoksa âkilesinin mi ödeyeceği konusu mezheplere göre değişmektedir⁹³⁹.

b. İslam ve Osmanlı Aile Hukukuna Özgü Yemin: Liân

aa. Kavram

Sözlükte “la’n”, “kovmak” ve “Allah’ın rahmetinden uzaklaştırmak” anlamlarındadır. Bu kökten türeyen liân ve mülâane terimleri de “karşılıklı lanetleşme” demektir. Fıkıh terimi olarak ise özel bir sebeple ve özel bir şekilde karı koca arasında geçen lanetleşmedir. Bu lanetleşme, karısının zina ettiğini veya doğacak çocuğun zina ürünü olduğunu iddia eden kocanın, hakim huzurunda bunu yeminle teyit etmesi, kadının da kocasının yalan söylediğine ve kendisinin masum olduğuna aynı tarzda yemin etmesi şeklinde olur⁹⁴⁰.

⁹³⁶ **Cezîrî**, s. 3426; **Çelik**, C. 6, s. 397; **Mevkûfâtî**, C. 2, s. 491; **Halebî**, C. 4, s. 341; **Molla Hüsrev**, C. 3, s. 147.

⁹³⁷ **Mavsîlî**, C. 4, s. 309.

⁹³⁸ **Mavsîlî**, C. 4, s. 309; **Bilmen**, C. 3, s. 165, 170; **Mevkûfâtî**, C. 2, s. 494; **Halebî**, C. 4, s. 345; **Molla Hüsrev**, C. 3, s. 148; **Serahsî**, C. 26, s. 167; **Cezîrî**, s. 3428; **Çelik**, C. 6, s. 411.

⁹³⁹ **Bardakoğlu**, “Kasâme”, s. 530.

⁹⁴⁰ Mehmet Akif **Aydın**, “Liân”, DİA, C. 27, TDV Yayınları, İstanbul 2003, s. 172; **Mavsîlî**, C. 3, s. 208; Ömer Nasuhi **Bilmen**, Hukukî İslamiyye ve Islahatı Fıkhiyye Kamusu, Bilmen Yayınevi, C. 2, İstanbul 1985, s. 325; Mehmed **Mevkûfâtî**, Mültekâ Tercümesi Mevkûfât (Yazar: İbrahim **Halebî**, Sadeleştiren: Ahmet **Davutoğlu**), Sağlam Yayınları, C. 1, İstanbul 1980, s. 573; **Molla Hüsrev**, Gürer ve Dürer Tercümesi, (Trc. Arif **Erkan**), Kit-San Yayınları, C. 2, İstanbul 1980, s. 241; Celal **Yıldırım**, Kaynaklarıyla İslam Fıkhı (İbadât, Muamelât, Ferâiz), Uysal Kitabevi, C. 3, Konya YYB, s. 102.

bb. Dayanağı

Bir kimseyi zina suçuyla itham eden kişi, bu iddiasını kural olarak dört erkek şahitle ispat etmek zorundadır. “*Namuslu kadınlara zina isnadında bulunup da sonra bunu ispat için dört şahit getiremeyenlere seksen sopa vurun. Onların şahitliklerini ebediyen kabul etmeyin.*”⁹⁴¹ ayetine göre, herhangi bir kadına ya da kendi karısına zina isnadında bulunanlara bundan dolayı ceza verilirdi. Ancak bir gün, Hilal b. Ümeyye, Hz. Peygamber’in (s.a.v.) yanına gelerek kendi karısı Havle’nin Şüreyk b. Semha ile zina ettiği iddiasında bulunmuştur. Bunu da “Ben bunu gözümle gördüm kulağımla işittim.” şeklinde ifade etmiştir. Hz. Peygamber (s.a.v.), “Ya şahit getirirsin ya da senin sırtına iftira cezası uygulanır.” deyince Hilal “Ya Rasulallah! Bizden biri karısının üstünde bir erkek gördüğünde koşup şahit aramaya mı gidecek?” diye sormuştur. Hz. Peygamber (s.a.v.) yine “Ya şahit getirirsin ya da senin sırtına iftira cezası uygulanır.” demiştir. Hilal ise “Seni hak peygamber olarak gönderen Allah’a yemin ederim ki ben doğruyu söylüyorum. Allah benim sırtımı cezadan kurtaracak bir hüküm buyuracaktır.” demiştir. Bunun üzerine “*Karılarına zina isnadında bulunup da kendilerinden başka şahitleri olamayanlara gelince, onların her birinin şahitliği, kendisinin doğru söyleyenlerden olduğuna dair dört defa Allah’ın adına yemin ederek şahitlik etmesi, beşinci defa da ise eğer yalan söyleyenlerden ise Allah’ın lanetinin kendi üzerine olmasını dilemesidir. Kadının, kocasının yalan söyleyenlerden olduğuna dair dört defa Allah adına yemin ve şahitlik etmesi, beşinci defada da eğer kocası doğru söyleyenlerden ise Allah’ın gazabının kendi üzerine olmasını dilemesi, kendisinden cezayı kaldırır.*”⁹⁴² ayeti nazil olmuřtur⁹⁴³. Böylece karısının zina ettiğini iddia eden kişi, bunu dört erkek şahit yerine liân yoluyla da ispat edebilecektir.

Liân gibi şer’î bir hükümün getirilmesindeki amaç; masum bir kadının kendisi hakkında yapılan zina isnadından dolayı duyduğu utancı bertaraf etmesi, tarafların iffetsiz bir eşten kurtulması, gayrimeşru çocukların aileye katılmasının engellenmesi,

⁹⁴¹ Nur, 24/4.

⁹⁴² Nur, 24/ 6-9.

⁹⁴³ **Mavsili**, C. 3, s. 209, 210; **Molla Hüsvrev**, C. 2, s. 240, 241; **Serahsi**, Mebsüt, (Edt. Mustafa Cevat **Akşit**), C. 7, Gümüşev Yayınları, İstanbul 2008, s. 59; Vehbe **Zuhayli**, İslâm Fıkı Ansiklopedisi, (Trc. Ahmet **Efe** / Beşir **Eryarsoy** / H.Fehmi **Ulus** / Abdurrahim **Ural** / Yunus Vehbi **Yavuz** / Nurettin **Yıldız**), C. 9, Risale Yayınları, İstanbul 1994, s. 436; Celal **Yıldırım**, s. 103.

eşlerin birbirlerinin haklarına tecavüz niteliğinde olan bu kötü olaydan dolayı kesin bir ayrılık ile cezalandırılması, başkalarına da bu olayların bir ibret teşkil etmesidir⁹⁴⁴.

cc. Şartları

aaa. Eşlerin Arasında Sahih Bir Nikahın Olması

Liânın yapılabilmesi için öncelikli şart, eşlerin arasında sahih bir nikâhın olmasıdır. Buna göre fasit bir nikâhla evli olanların, ölüm ya da büyük ayrılık ile (beynûnet-i kübra)⁹⁴⁵ evlilikleri sona erenlerin yapacakları liân geçerli olmaz⁹⁴⁶.

bbb. Kocanın Karısına Zina İsnadında Bulunması ya da Evlilik İçinde Doğan Çocuğun Kendisinden Olmadığını İddia Etmesi

Liân, sadece evli bir kadının zina etmesi durumunda başvuru olan bir işlemdir. Kocanın zina etmesi halinde karısı liâna başvuramaz. Böyle bir durumda bunu ancak dört erkek şahit getirerek ispat edebilir⁹⁴⁷.

Bir erkek karısına açık bir şekilde “Ey zaniye (zina eden)!”, “Sen zina ettin”, “Ben senin zina ettiğini gördüm.”, “Bu çocuk benden değildir⁹⁴⁸.” ya da “Bu çocuk zinadandır.” dese liânı gerektiren bir zina isnadında bulunmuş olur. Zira kadın hakkındaki bu isnat, söz konusu ayet dolayısıyla kazf haddini gerektirmez⁹⁴⁹.

⁹⁴⁴ **Bilmen**, C. 2, s. 343.

⁹⁴⁵ Koca karısını -ister dönülebilir isterse de dönülemez talakla olsun- toplamda üç kez boşayabilir. Üç boşama hakkını da kullanan koca, eşine tekrar dönmek isterse boşanmış olduğu eşinin başka biriyle bir evlilik yapması ve bu evliliğin de ölüm veya boşanma ile sona ermesi gerekmektedir. İşte bu sonuçla karşılaşılacak üçüncü boşamaya İslam Hukukunda büyük ayrılık (beynûnet-i kübra) denilmektedir.

⁹⁴⁶ **Mavsîlî**, C. 3, s. 211; **Bilmen**, C. 2, s. 331; **Aydın**, “Liân”, s. 172; **Molla Hüsrev**, C. 2, s. 243; **Zuhaylî**, C. 7, s. 438; **Celal Yıldırım**, s. 105.

⁹⁴⁷ **Aydın**, “Liân”, s. 172.

⁹⁴⁸ “Gekvize’de nâibü’ş-şer’ olan Bekir Halife b. İshak zevcesi olan Hatun Paşa bt. Hamza’yı meclis-i şer’a ihzâr edip dedi ki, **hâliyâ senin hamlin benden değildir, selb-i neseb ederin, li’ân dahi ederin**, dedikte hâkimü’ş-şer’ olan li’ân hükmüyle mezkûreyin birbirlerine li’ân eyledikleri sebt-i sicil olundu.” Üsküdar Mahkemesi 5 Numaralı Sicil, Metin No: 68b-4, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 3, s. 277.

⁹⁴⁹ **Bilmen**, C. 2, s. 327, 328.

ccc. Kadının Hakkındaki Zina İsnadını Reddetmesi

Bir erkek karısına zina isnat ettikten sonra liâna başvurabilmeleri için kadının bu isnadı reddetmiş olması gerekmektedir. Zira bu isnadı kabul ederse ikrar etmiş olur ve liâna gerek kalmadan kendisine zina haddi uygulanır⁹⁵⁰.

ddd. Eşlerden En Az Birinin Liânı Talep Etmesi

Bir erkeğin karısına zina isnat etmesi durumunda iki durum söz konusu olur: kadın ya zina etmiştir ya da etmemiştir. Kadın zina ettiyse ve kocanın şahidi yoksa liâna başvurur ki bunu ispat edebilsin. Kadın zina etmediyse bu kez o liâna başvurur ki kendisi hakkındaki bu iftirayı bertaraf edebilsin. Bunun dışında hakim taraflara resen liân uygulanmasını talep etmez⁹⁵¹.

Kadın mahkemeden liân yapılmasını talep ettikten sonra erkek bundan çekinirse liân yapıncaya kadar hapsedilir. Çünkü zina isnadından sonra liân yapması kendisine vacip olmuştur. Ancak kendisini yalanlarsa bu kez de ona kazf haddi cezası verilir. Aynı şekilde erkek liân yapınca kadının da yapması vacip olur. Yapmaktan çekinirse yapana kadar hapsedilir. Ancak kocasını doğrularsa bu kez liâna gerek kalmaz. Fakat kendisine zina haddi cezası da verilmez. Zira bu cezanın verilebilmesi için ikrarın dört defa yapılmış olması gerekmektedir⁹⁵².

eee. İsnat Edilen Zina Hakkında Şahitlerin Olmaması

Karısı zina eden erkek bunu ispatta zorlanabilir. İşte ancak böyle bir durumda ilgili ayet gereği kişi liâna başvurabilir. Bununla birlikte erkek eğer bu isnadını dört erkek şahitle ispat edebilirse liâna gerek kalmaz⁹⁵³.

⁹⁵⁰ **Bilmen**, C. 2, s. 331.

⁹⁵¹ **Mavsîlî**, C. 3, s. 210; **Bilmen**, C. 2, s. 331; **Molla Hüsrev**, C. 2, s. 243; **Serahsî**, C. 7, s. 64.

⁹⁵² **Mavsîlî**, C. 3, s. 211; İbrahim **Halebî**, İzahlı Mültekâ El Ebhur Tercümesi, (Terc. Mustafa **Uysal**), C. 2, Dizerkonca Matbaası, İstanbul 1968, s. 130, 131; **Mevkûfâtî**, C. 1, s. 573, 574; **Molla Hüsrev**, C. 2, s. 243; **Serahsî**, C. 7, s. 69; **Zuhaylî**, C. 7, s. 449; **Aydın**, “Liân”, s. 172; Mehmet **Çelik**, Büyük İslam Hukuku Mecme’ül Enhur (Mültekâ’l-Ebhur’un Şerhi Damad) Tercümesi, C. 3, Yasin Yayınevi, İstanbul 2010, s. 75; **Şeyh Bedreddin**, Et-Teshîl Şerhu Letâifî’l-İşârât, C. 2, s. 1272.

⁹⁵² **Mavsîlî**, C. 3, s. 211, 212.

⁹⁵³ **Bilmen**, C. 2, s. 332; **Aydın**, “Liân”, s. 172.

fff. Eşlerin Şahitliğe Ehil Kimselerden Olması

Hanefilere göre liân, bir tür şahitliktir. Çünkü ilgili ayette “*Kendilerinden başka şahitleri olmayanlara gelince, onların her birinin şahitliği...*”⁹⁵⁴ şeklinde bir ifade vardır. Bu yüzden eşlerden her biri akıllı, buluğa ermiş, özgür, Müslüman, kazf suçundan dolayı şahitliği engellenmemiş kimselerden olmalıdır⁹⁵⁵. Koca şehadete ehil bir kimse değilse karısına zina isnadında bulunduğu için liâna da başvuramadığından kendisine kazf haddi cezası verilir. Ancak koca şehadete ehil fakat karısı değilse, bu durumda kocaya ne had cezası verilir ne de liân yaptırılır. Sadece karısının iffetini lekelediği için kendisine ta’zir cezası verilir⁹⁵⁶.

Aynı zamanda liân, kazf (zina isnadı) yerine ikame edilen bir işlemdir. Zira liân, kadın hakkında kazf haddi gibidir. Bunun sonucu olarak kimlere kazf suçu işlenebiliyorsa ancak o kimselere karşı liân söz konusu olur. Böylece daha önce zina ettiği sabit olan kadına liân uygulanmaz⁹⁵⁷.

Hanefilerin dışındakilere göre ise liân, kazften bağımsız bir işlemdir ve şahitlik değil yemin sayılır. Dolayısıyla kazf suçunun oluşması için gerekli olan şartlar aranmadığı gibi şahitlikle ilgili hükümlerle de bağılı değildir⁹⁵⁸.

dd. Usulü

Liânın sebebi, kocanın karısına kazfte bulunması yani zina isnat etmesi ya da kadının doğurduğu çocuğun nesebini reddetmesidir. Kazf sonrasında eşlerden her hangi biri mahkemeye başvurup liân yapılmasını talep edebilir. Ancak liân konusunda ihtiyatlı davranmak gerekmektedir. Çünkü bazen kazf, gerçek olduğu için değil de öfke sebebiyle söylenmiş olabilir. İşte bu yüzden liânda, şehadet ve yeminden farklı olarak, şehadetin dört defa yapılması istenmiş ve yalan söyleyen erkek hakkında Allah’ın

⁹⁵⁴ Nur, 24/ 6.

⁹⁵⁵ **Mavsilî**, C. 3, s. 210; **Bilmen**, C. 2, s. 330, 331; **Mevkûfâtî**, C. 1, s. 573; **Zuhaylî**, C. 7, s. 438; **Çelik**, C. 3, s. 72; **Şeyh Bedreddin**, Et-Teshîl Şerhu Letâifi’l-İşârât, C. 2, s. 1271.

⁹⁵⁶ **Mavsilî**, C. 3, s. 211, 212; **Halebî**, C. 2, s. 131; **Serahsî**, C. 7, s. 62, 63; **Şeyh Bedreddin**, Et-Teshîl Şerhu Letâifi’l-İşârât, C. 2, s. 1272; **Molla Hüsrev**, C. 2, s. 243, 244.

⁹⁵⁷ **Mavsilî**, C. 3, s. 210; **Bilmen**, C. 2, s. 331, 332; **Aydın**, “Liân”, s. 172; **Molla Hüsrev**, C. 2, s. 242; **Çelik**, C. 3, s. 74.

⁹⁵⁸ **Aydın**, “Liân”, s. 172.

laneti, kadın hakkında da Allah'ın gazabı istenilerek inanan her insanı vicdani yönden etkileyecek bir yemin usulü belirlenmiştir⁹⁵⁹.

Eşler liân yapılması için mahkemeye başvurduğunda hakim her birine yalan yere şehadetin günahından ve dünyada verilecek olan cezanın ahirettekine göre çok daha hafif olacağından bahsederek onları uyarır. Bu uyarılara rağmen eşler liân yapılmasında ısrar ederlerse artık hakim liâna başlar⁹⁶⁰.

Liâna öncelikle erkek başlar. Erkek “Eşhedü Billah ben senin hakkında bulunduğum zina isnadımda muhakkak doğrulardanım.” ya da “Çocuğın nesebini reddetmek suretiyle sana olan isnadımda doğrulardanım.” diyerek dört defa şehadet eder. Bundan sonra “Eğer zina isnadımda ya da çocuğın nesebini reddetmem hususunda yalancılardan sam Allah Teâlâ'nın laneti üzerime olsun.” diyerek her defasında karısına işaret eder⁹⁶¹.

Kadın ise “Eşhedü Billah o benim için bulunduğu zina isnadında ya da çocuğımın nesebini reddetmesi hususunda yalancılardandır.” diyerek dört defa şehadet eder. Bundan sonra “Eğer o zina isnadında ya da çocuğın başkasından olduğu hususunda doğrulardan ise Allah Teâlâ'nın gazabı üzerime olsun.” der⁹⁶².

Eğer erkek karısına hem zina isnadı hem de çocuğın nesebini reddetmek suretiyle kazftan bulduysa o zaman “Eşhedü Billah ben senin hakkında bulunduğum zina isnadımda ve çocuğın nesebini reddetmek hususunda doğrulardanım.” diyerek dört defa şehadet eder. Bundan sonra “Eğer zina isnadımda ve çocuğın nesebini reddetmem hususunda yalancılardan sam Allah Teâlâ'nın laneti üzerime olsun.” diyerek kendisine lanet okur⁹⁶³.

Kadın ise “Eşhedü Billah o benim için bulunduğu zina isnadında ve çocuğımın nesebini reddetmesi hususunda yalancılardandır.” diyerek dört defa şehadet eder.

⁹⁵⁹ **Bilmen**, C. 2, s. 341; **Zuhaylî**, C. 7, s. 447.

⁹⁶⁰ **Bilmen**, C. 2, s. 341, 342.

⁹⁶¹ **Mavsulî**, C. 3, s. 212; **Bilmen**, C. 2, s. 325; **Halebî**, C. 2, s. 131; **Mevkûfâtî**, C. 1, s. 574; **Molla Hüsrev**, C. 2, s. 244; **Serahsî**, C. 7, s. 64; **Zuhaylî**, C. 7, s. 446; **Çelik**, C. 3, s. 77; **Şeyh Bedreddin**, Et-Teshîl Şerhu Letâifi'l-İşârât, C. 2, s. 1273.

⁹⁶² **Mavsulî**, C. 3, s. 213; **Bilmen**, C. 2, s. 326; **Halebî**, C. 2, s. 131; **Mevkûfâtî**, C. 1, s. 574; **Molla Hüsrev**, C. 2, s. 244; **Serahsî**, C. 7, s. 65; **Zuhaylî**, C. 7, s. 446; **Çelik**, C. 3, s. 77; **Şeyh Bedreddin**, Et-Teshîl Şerhu Letâifi'l-İşârât, C. 2, s. 1273.

⁹⁶³ **Mavsulî**, C. 3, s. 212, 213; **Bilmen**, C. 2, s. 326; **Mevkûfâtî**, C. 1, s. 574; **Çelik**, C. 3, s. 78; **Şeyh Bedreddin**, Et-Teshîl Şerhu Letâifi'l-İşârât, C. 2, s. 1274.

Bundan sonra “Eğer o zina isnadında ve çocuğun başkasından olduğu hususunda doğrulardan ise Allah Teâlâ’nın gazabı üzerime olsun.” der⁹⁶⁴.

Liâna önce kadın başlayıp daha sonra erkek devam ederse şer’î usule uygun olması için kadına yeniden liân yaptırılır. Ancak kadının yeniden liân yapmaması durumunda da liân geçerli olur. Zira burada maksat tarafların lanetleşmeleridir ve bu maksat da gerçekleşmiştir⁹⁶⁵.

ee. Hukukî Sonuçları

Eşler liân yaptıktan sonra hakim onları birbirinden ayırır. Hanefilere göre hakim liân yapıldıktan sonra, eşler hakkında ayrılık kararı vermedikçe evliliğin hüküm ve sonuçları devam eder. Buna göre bu süreçte eşlerden birisi ölürse diğeri ona mirasçı olur. Şafilere göre, kadın liân yapmasa dahi sadece kocanın liânıyla ayrılık gerçekleşir. Malikîler ve Hanbelîlere göre ise eşler hakimin ayırmasına gerek kalmadan liân yapılmasıyla ayrılmıştır⁹⁶⁶.

Ebu Hanife ve İmam Muhammed’e göre liân sonucunda eşlerin ayrılması, bir bâin talakla ayrılma gibidir. Ebu Yusuf ve Cumhura göre ise liân bir fesih sebebidir ve eşler ebediyen birbirine haram sayılırlar. Bunun delili “*Liân yapanlar ebediyen birleşemezler.*” hadisidir. Bu ayırımın sonucu şudur ki; eğer liân bir bâin talakla ayrılık ise koca kendisini yalanlarsa ona kazf haddi cezası verilir ve artık eşiyile evlenmeye tekrardan talip olabilir. Ancak liân bir fesih ise eşler ebediyen bir araya gelemeyeceklerine göre kocanın kendisini yalanlaması, liânın sonucunu ortadan kaldırmayacaktır⁹⁶⁷.

Liân nesebin reddi sebebiyle yapılmışsa ayrılıkla birlikte çocuğun nesebi kocadan alınıp annesine nispet edilir. Nesebin anneye geçmesiyle artık çocukla baba birbirlerine varis olamazlar ve birbirlerine karşı nafaka yükümlülükleri ortadan kalkar. Ancak baba ve çocuğun birbirleri için şahitlik yapamayacakları, birbirleri arasındaki

⁹⁶⁴ **Mavsîlî**, C. 3, s. 213; **Bilmen**, C. 2, s. 326; **Mevkûfâtî**, C. 1, s. 575.

⁹⁶⁵ **Mavsîlî**, C. 3, s. 211; **Bilmen**, C. 2, s. 326; **Serahsî**, C. 7, s. 74.

⁹⁶⁶ **Zuhaylî**, C. 7, s. 453; **Mavsîlî**, C. 3, s. 213; **Halebî**, C. 2, s. 131; **Mevkûfâtî**, C. 1, s. 575; **Molla Hüsrev**, C. 2, s. 244, 245; **Serahsî**, C. 7, s. 65; **Çelik**, C. 3, s. 78; **Şeyh Bedreddin**, Et-Teshîl Şerhu Letâîfî'l-İşârât, C. 2, s. 1274.

⁹⁶⁷ **Zuhaylî**, C. 7, s. 453, 454; **Bilmen**, C. 2, s. 336; **Halebî**, C. 2, s. 131; **Mevkûfâtî**, C. 1, s. 575; **Molla Hüsrev**, C. 2, s. 245; **Serahsî**, C. 7, s. 67; **Çelik**, C. 3, s. 79-81; **Şeyh Bedreddin**, Et-Teshîl Şerhu Letâîfî'l-İşârât, C. 2, s. 1274.

mahremiyetin devam edeceği gibi kurallar geçerliliğini korur; zira nesebi reddedilen çocuğun o adamdan olma ihtimali vardır⁹⁶⁸.

D. Hakimın Şahsi Bilgisi

1. Kavram

İslam Hukukunda geçerliliği tartışmalı olan ispat vasıtalarından bir tanesi, hakimın şahsi bilgisidir. Hakimın şahsi bilgisinden kasıt, meslekî, hukukî ya da fikhî bilgisi değil; onun muhakeme süreci dışında bakmakta olduğu ya da daha sonra bakacağı bir dava ile ilgili öğrendiği şahsi bilgisidir. Bu bilgiyi ister gözle görerek isterse de ikrarı duyarak öğrenmiş olsun fark etmez. Mesela tesadüfen bir cinayete ya da borç ikrarına tanık olması gibi bilgiler bu kapsamdadır⁹⁶⁹.

Hakimin baktığı bir dava hakkındaki şahsi bilgi ve kanaatini hükmüne dayanak yapıp yapmayacağı konusu mezhepler arasında tartışmalıdır. Fakihlerin bir kısmı hakimın bu bilgisi ile hüküm vermesini caiz görürken bir kısmı da bunun tam aksine sadece tarafların getirdiği delillerle hüküm vermesi gerektiğini savunmuşlardır. Diğer bir kısım fakihler ise hakimın baktığı davanın türüne bağlı olarak bu bilgiyi kullanabileceğini söylemişlerdir⁹⁷⁰. Buna göre Allah haklarına ilişkin konularda hakimın şahsi bilgisi ile hüküm vermesi kabul edilmezken, kul haklarına ilişkin konularda kabul edilmiştir.

⁹⁶⁸ **Zuhaylî**, C. 7, s. 454; **Mavsîfî**, C. 3, s. 211; **Bilmen**, C. 2, s. 336, 337; **Halebî**, C. 2, s. 132; **Mevkûfâtî**, C. 1, s. 575; **Çelik**, C. 3, s. 80; **Şeyh Bedreddin**, Et-Teshîl Şerhu Letâifi'l-İşârât, C. 2, s. 1275.

⁹⁶⁹ Alâeddin Ebubekir b. Mes'ûd **Kâsanî**, Bedâiu's-Sanâi fî Tertîbi's-Şerâi', C. 7, Dâru'l Kutubil İlmîyye, Beyrut 1986, s. 52; Feyza **Tenger**, "İslam Hukukunda Hakimın Takdir Yetkisi Bağlamında Kendi Bilgisiyle Hüküm Vermesi", Ankara Üniversitesi SBE, Ankara 2006 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 52; **Beroje**, s. 239; **Erbay**, s. 234; **Ali Haydar**, C. 4, s. 358.

⁹⁷⁰ Ebû'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Muhammed b. Ahmed el-Hafîd **İbn Rüşd**, Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid, C. 4, Dâru'l Hadis, Kahire 2004, s. 253; **Tenger**, s. 53; **Erbay**, s. 234.

2. Hukukî Sonuçları

a. Allah Haklarına İlişkin Konularda

Hanefî, Malikî, Hanbelî mezheplerine ve Şafî mezhebinin baskın görüşüne göre zina, hırsızlık, içki içme gibi Allah haklarına ilişkin konularda hakimin şahsi bilgisi ile hüküm verilemez⁹⁷¹.

Hakimin bu konularda şahsi bilgisiyle hükmetmesinin geçerli olmayacağına dair Hz. Ebu Bekir ve Hz. Ömer'den görüşler nakledilmiştir. Hz. Ömer Abdurrahman b. Avf'a "Emiru'l-mü'minin olduğun halde bir insanı had cezası gerektiren bir suç işlerken görersen ne yaparsın?" diye sormuştur. O da "Bu durumda emiru'l-mü'minin ile beraber bir şahidin daha şahitliği gerekir." demiştir. Hz. Ömer de "Doğru söyledin." diyerek onu tasdik etmiştir⁹⁷². Hz. Ebu Bekir'in de "Şayet bir insanı had gerektiren bir suç işlerken görürsem benden başka şahit bulmadan hükmetmem." dediği nakledilmiştir⁹⁷³.

Bu rivayetlerden ve had cezalarının şüphe ile düşeceği genel kuralından hareketle fakihler, Allah haklarına ilişkin konularda hakimin şahsi bilgisini hükmüne dayanak yapmasını caiz kabul etmemişlerdir. Zira bu şekilde hüküm verilmesi, bir töhmet ve şüphe oluşturmaktadır⁹⁷⁴.

b. Kul Haklarına İlişkin Konularda

Hanefilere göre, sırf kul haklarına ilişkin konular ile kul hakkı ile Allah hakkının birleştiği konularda hakim şahsi bilgisiyle hüküm verebilir. Ancak bunun için hakimin bu bilgiyi fiilen hakimlik görevinde iken öğrenmiş olması gerekmektedir. Eğer hakim göreve atanmadan önce bu bilgiyi öğrenmişse bunu hükmüne dayanak yapamaz⁹⁷⁵.

Şafilerin çoğunluğuna göre de kul haklarına ilişkin konularda hakim -göreve atanmadan önce öğrendiği bir bilgi olsa dahi- bu bilgisiyle hükmedebilir. Ancak onlara

⁹⁷¹ **Kâsanî**, C. 7, s. 52; **İbn Rüşd** C. 4, s. 254; Abul Hasan Ali B. Muhammed **Maverdî**, El-Havi'l-Kebir, C. 16, Darul Kutubil İlmiyye, Beyrut 1994, s. 322.

⁹⁷² **Serahsî**, C. 16, 157.

⁹⁷³ **Maverdî**, C. 16, s. 323.

⁹⁷⁴ **İbn Rüşd**, C. 4, s. 254; **Ali Haydar**, C. 4, s. 358; **Serahsî**, C. 16, 157; **Bilmen**, C. 8, s. 177.

⁹⁷⁵ **Kâsanî**, C. 7, s. 52; **Şeyh Bedreddin**, Et-Teshîl Şerhu Letâifi'l-İşârât, C. 2, s. 1549; **İbn Rüşd** C. 4, s. 254; Ebû Abdillâh Şemsuddîn Muhammed b. Ebî Bekr b. Eyyûb **İbn Kayyim El-Cevziyye**, et-Turuku'l-Hükmiyye fi's-Siyâseti's-Şer'iyye, C. 1, Mektebetu Dâru'l Beyan, Yersiz YYB, s. 164; **Serahsî**, C. 16, 157; **Bilmen**, C. 8, s. 177.

göre hakim, gördüğü dava ile ilgili bir bilgiye erişmişse bu bilgisinin aksine hükmedemez⁹⁷⁶.

Hakimin şahsi bilgisiyle kul haklarına ilişkin konularda hüküm verebileceği görüşünde olan fakihlerin bu konuda dayandıkları en önemli delil, Hz. Âişe'den rivayet edilen ve Hind kıssası olarak bilinen hadistir. Bu hadise göre Hind, Hz. Peygamber'e (s.a.v.) gelerek kocası Ebû Süfyân hakkında "Ebû Süfyân cimri bir adamdır, benim ondan gizlice aldığının haricinde bana ve çocuğuma yetecek miktarda nafaka vermiyor, ondan böyle gizlice almamda bir mahzur var mıdır?" diye sorunca Hz. Peygamber (s.a.v.) "Sana ve çocuğuna örfü uygun bir şekilde yetecek nafakayı kocanın malından al." diye cevap vermiştir⁹⁷⁷. Burada Hz. Peygamber (s.a.v.) davalı Ebu Süfyân'ı dinlemeden onun hakkındaki bilgisine dayanarak hüküm vermiştir⁹⁷⁸.

Malikîlerde ve Hanbelîlerdeki meşhur görüşe göre ise hakim, hiçbir konuda şahsi bilgisi ile hükmedemez⁹⁷⁹.

E. Karine

1. Kavram

Karine sözlükte, bilinen bir olgudan bilinmeyen bir olgunun çıkartılması şeklinde tanımlanmaktadır⁹⁸⁰. Yargılama Hukukunda kullanılan anlamıyla ise iki farklı olay arasında akıl yürütme yoluyla sebep-sonuç ilişkisi kurularak elde edilen ve bilinmeyen bir durumu ortaya çıkaran ispat vasıtasıdır⁹⁸¹.

2. Dayanağı

Karineye dayanarak hüküm vermenin delili, hem aklî ve örfî hem de naklî delillere dayanır. Kuran'da Hz. Yusuf kıssası anlatılırken kardeşlerinin Yusuf'u kurdun yediği iddiasıyla getirdiği kanlı gömleğin parçalanmamış olduğunu gören Hz. Yakup'un

⁹⁷⁶ **Maverdî**, C. 16, s. 322.

⁹⁷⁷ **Hacı Reşit Paşa**, C. 8, s. 254.

⁹⁷⁸ **İbn Rüşd**, C. 4, s. 254.

⁹⁷⁹ **İbn Kayyım**, C. 1, s. 163, 164; **Bilmen**, C. 8, s. 177.

⁹⁸⁰ **Yılmaz**, s. 359; **Kuru / Arslan / Yılmaz**, s. 358.

⁹⁸¹ Davut **Yaylalı**, "Karîne", DİA, C. 24, TDV Yayınları, İstanbul 2001, s. 492; **Demir**, Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi, s. 181.

bu iddiaya inanmadığına işaret edilir⁹⁸². Aynı kıssanın devamında, Hz. Yusuf'un Aziz'in karısının iftirasına maruz kaldığında suçsuzluğunu ispat için gömleğinin arkadan yırtılmış olmasını karine olarak gösterir⁹⁸³. Hz. Peygamber (s.a.v.) de Bedir Gazvesinde sahabeden iki kardeşin de Ebu Cehil'i kendisinin öldürdüğü iddialarını, kılıç üzerindeki kan lekesinden hareketle sonuca bağlamıştır⁹⁸⁴.

3. Çeşitleri

İspat edici gücü itibariyle karine, “kat’î”, “zannî” ve “zayıf” olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Bir karinenin ispat gücü örf ve âdete, her olayın kendine mahsus şartlarına, davanın türüne göre değişebilir olduğundan karinelerin kat’î, zannî ve zayıf şeklinde tasnif edilmesi Yargılama Hukuku açısından bağlayıcı olmamaktadır. Ancak İslam Hukukunda bir ispat vasıtası olarak kullanılan karine, kat’î karinedir⁹⁸⁵. Mecelle’ye göre de “*Esbab-ı hükümden birisi dahi karine-i katıadır.*”⁹⁸⁶

Kat’î karine, yakîn derecesine ulaşmış bir emare⁹⁸⁷ olup müstakil bir delil kabul edilerek hükmün dayanağı olabilir⁹⁸⁸. Klasik kaynaklarda evli olmayan bir kadının hamile kalması zinaya, ağızdaki içki kokusu ya da içki kusulması içki içmeye, çalınan bir malın sahibinden başka bir kimsenin yanında çıkması hırsızlığa⁹⁸⁹, bir kimsenin, içinde yeni öldürülmüş bir ceset bulunan evden elinde kanlı bir bıçakla çıkması, bu kimsenin üzerinde korku ve dehşet halinin olması ve o çevrede de başka kimselerin olmaması durumu cinayet suçuna delalet eden kat’î karine örnekleri olarak verilir. Bunların kat’î karine olması, aksinin ispat edilemeyeceği anlamına gelmeyip aksine bir delil bulunmadıkça bunlara dayanılarak hüküm verilebileceği anlamına gelir⁹⁹⁰.

⁹⁸² Yusuf, 12/18.

⁹⁸³ Yusuf, 12/25-28.

⁹⁸⁴ **Zuhaylî**, C. 8, s. 381; **Atar**, İslâm Adliye Teşkilatı, s. 213.

⁹⁸⁵ **Yaylalı**, s. 493.

⁹⁸⁶ MAA, m. 1740.

⁹⁸⁷ MAA, m. 1741.

⁹⁸⁸ **Ansay**, s. 344.

⁹⁸⁹ “Yaycı Reis nâm kimesne şer‘-i şerîf meclisine Ferhad b. Abdullah[’ı] ihzâr eyleyip takrîr-i merâm kılıp eyitdi ki **işbu Ferhad’ın elinde olan yay benim dükkânımdan sirkat olunmuş idi** hâliyâ buldum benimdir deyicek Berber Hasan ve Alâaddin şehâdetleri sâbit olup mezbûr yay hükm olundu.” Üsküdar Mahkemesi 9 Numaralı Sicil, Metin No: 31a-4, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 4, s. 151.

⁹⁹⁰ **Hacı Reşit Paşa**, C. 8, s. 103; **Mes’ûd Efendi**, s. 792; **İbn-i Âbidin Muhammed Emin**, Reddül-Muhtar Ale’d Dürrü’l Muhtar, C. 8, Dâru Alemil-kutub, Riyad 2003, s. 23; **Yaylalı**, s. 493; **Zuhaylî**, C. 8, s. 379-381; **Bilmen**, C. 8, s. 176.

4. Hukukî Sonuçları

Hanefî ve Şafilere göre, had ve kısas davalarında (kasâme istisna) karine ile hüküm verilemez. Zira hadlerin şüphe ile düşeceği kuralı esas alınmıştır. Ancak Malikîler ve Hanbelîler zina, hırsızlık, içki içme hadlerinde yukarıda belirtilen karinelerin varlığı halinde sanık aleyhine hüküm verilebileceğini savunmuşlardır. Malî ve şahsî davalarda ise asli bir ispat vasıtasının olmaması durumunda kat'î karineye başvurulabileceği konusunda görüş birliği vardır⁹⁹¹.

F. Yazılı Belge

1. Kavram

Yazılı belge, uyuşmazlık konusu olan olayı saptayan ve karşı tarafı bağlayan yazılmış şeydir⁹⁹². Bu belgeler daha çok Medeni Yargılama Hukuku alanında kullanılmakta olup bu kapsamda borç ikrarı, vekâletname, vasiyetname, tapu kaydı ve mahkeme ilamı gibi belgelere rastlanmaktadır⁹⁹³.

2. Dayanağı

Kuran'da yazılı belge ile ilgili “*Ey iman edenler! Belli bir vade ile karşılıklı borç alışverişinde bulunduğunuz vakit onu yazın. Hem aranızda doğruluğuyla tanınmış, yazı bilen biri yazsın. Bir de hak kendi üzerinde olan adam söyleyip yazdırsın ve her biri yazarken Rabbi olan Allah'tan korksun da haktan bir şey eksiltmesin. Şayet borçlu, bir bunak veya küçük bir çocuk veya söyleyip yazdıramayacak durumda biri ise velisi*

⁹⁹¹ **Zuhaylî**, C. 8, s. 380; **Erbay**, s. 221-228; Günümüz Medeni Yargılama Hukukunda karineler, fiili ve kanunî olmak üzere ikiye ayrılır. Fiili karine, belli bir olaydan belli olmayan bir olayın hakim tarafından çıkarılması demektir ve bu karine lehine olan taraf, o vakiayı ispat etmiş sayılır. Kanunî karine ise, belli bir olaydan belli olmayan bir olay için kanun tarafından çıkarılan sonuçlardır. Bu karine, ispat yüküne istisna teşkil eder ve eğer bir olayda kanunî karine varsa bu karine lehine olan taraf, o olayı ispat etmekle yükümlü olmaz. Bkz. **Kuru / Arslan / Yılmaz**, s. 358, 359.

⁹⁹² **Yılmaz**, s. 756, 757.

⁹⁹³ **Demir**, Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi, s. 183; Günümüz Medeni Yargılama Hukukunda yazılı belgeler adi senet ve resmi senet olmak üzere iki kısma ayrılır. Adi senetler, resmi bir makam veya memurun katılması olmaksızın düzenlenen senetlerdir. Mahkeme huzurunda ikrar olunan veya mahkemece inkâr edenden sadır olduğu kabul edilen adi senetler, aksi ispat edilmedikçe kesin delil sayılırlar. (HMK m. 205). Resmi senetler ise, resmi bir makam veya memurun katılması ile düzenlenen senetlerdir. Buna göre mahkeme ilamları ile düzenleme şeklindeki noter senetleri, sahteliği ispat olunmadıkça kesin delil sayılırlar. (HMK m. 204). Ceza Yargılaması Hukukunda ise bir açıklamayı ve görüşü içeren resmî belge ve diğer yazılar ve fennî muayene ve doktor raporları duruşmaya getirilir ve tartışılırsa, hakim bunları kararına dayanak teşkil edebilir. Bu deliller de diğer deliller gibi hakim vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edilir. (CMK m. 214, 216)

doğrusunu söyleyip yazdırsın. Erkeklerinizden hazırda olan iki kişiyi de şahit yapın. Şayet iki tane erkek hazırda yoksa o zaman doğruluğunuza güvendiğiniz şahitlerden bir erkekle iki kadın -ki birisi unutulunca öbürü hatırlatsın- şahitler de çağırıldıklarında kaçınmasınlar. Siz yazanlar da az olmuş, çok olmuş, onu vadesine kadar yazmaktan usanmayın. Bu Allah katında adalete daha uygun olduğu gibi hem şahitlik için daha sağlam hem de şüpheye düşmemeniz için daha elverişlidir.”⁹⁹⁴ denilmektedir. Buradan yazılı belgenin, adaleti sağlamak ve doğru olanı tespit etmek gibi işlevlerinin olduğu anlaşılmaktadır. Ancak bu ayet sebebiyle İslam hukukçuları, yazılı belgenin ancak şahitlerle hukukî bir vasıf kazanabileceğini söylemişlerdir. Çünkü yazı, mahiyeti itibariyle tahrif edilebilir. Meşhur söze göre “Yazı yazıya benzeyebilir.”⁹⁹⁵

3. Hukukî Sonuçları

Mecelle yürürlüğe girmeden önce, yazılı bir belgenin mahkemede delil olarak kullanılabilmesi için söz konusu ayet gereği bunun iki erkek şahit tarafından doğrulanması ya da belgenin sahibi tarafından ikrar edilmesi gerekmektedir⁹⁹⁶. Mecelle yürürlüğe girdikten sonra ise “*Yalnız hatt ve hâtem ile amel olunmaz. Fakat şüphe-i tezvîr ve tasnî’den sâlim ise ma’mûlün-bih yani medâr-ı hüküm olur. Başka veçhile sübuta hâcet kalmaz.*”⁹⁹⁷ düzenlemesiyle birlikte, doğruluğu hakkında şüphe

⁹⁹⁴ Bakara, 2/282.

⁹⁹⁵ **Atar**, İslâm Adliye Teşkilatı, s. 213, 214; **Ali Haydar**, C. 4, s. 354.

⁹⁹⁶ “Sipâhi oğlanı zümresinden Mustafa b. İbrahim nâm kimesne mahfil-i kazâya Emine bt. Hızır nâm hâtunu ihzâr ve bi’l-muvâcehe takrîr-i da’vâ edip mahrûse-i Üsküdar mahallâtından Gerede mahallesinde bundan akdem fevt olan karındaşım Üstâd Halil b. İbrahim’in mezkûre Emine zevcesi olmağla mahalle-i mezbûrede vâki’ hudûdunun bir tarafı ... bir evini altında ahırıyla ve bir mikdâr havlusu ile ve nısf kuyusu ve kenîfi müştemil olan menzilden şer’le **hakkım talep ederim dedikde** merkûme Emine’ye ne temessük ile talep edersin deyu suâl olundukda **dokuz yüz seksen dokuz Muharremü’l-harâmı’nın on yedinci günü* târihiyle müverrah ve Sinan Efendi b. Cafer imzası ve hatmi ile mahtûm hüccet ibrâz edince nazar olundukda** menzil-i mezbûr bundan akdem müteveffâ olan Arpacı Yusuf’un mülkü olup Kamer nâm sagîre kızına değıp ba’dehû zarûret-i deyn için merkûme Kamer’in kibel-i şer’-i şerîfden vasîsi olan Üstâd Halil [b.] Murad’a verip bey’-i men yezîd olup on bin akçeye merkûme Emine’nin üzerinde karâr eylemeğın iftirâ eylediğı musarrah ve meşrûh olunduğı mezbûr **Mustafa Bey mazmûn hücceti inkâr edecek merkûme Emine’den beyyine talep olundukda Murad Durak b. Abdullah ve Ali Çelebi b. Mahmud nâm kimesneler hâzırân olup fi’l-vâki’ hudûd-ı mezbûr ile mahdûd olan menzil müteveffâ Arpacı Yusuf’un mülkü olup ba’de’l-fevt kızı sagîre Kamer’e intikâl edip zarûret-i deyn için mezkûre Emine’ye on bin akçeye sagîre-i mezkûrenin vasîsi olan Üstâd Halil’e bey’ edip teslim-i mebî’ ve kabz-ı semen ettikden sonra târih-i mezbûrda mûmâileyh Sinan Efendi’den hüccet dahi aldım deyu edâ-yı şehâdet ettiklerinden sonra menzil-i mezbûr merkûmenin yedinde ibkâ eyleyip mâ vaka’a bi’t-taleb kayd şud.” Üsküdar Mahkemesi 84 Numaralı Sicil, Metin No: 116a-2, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 10, s. 603. *Mecelle’nin yürürlüğe girmesinden önceki bir tarih.**

⁹⁹⁷ MAA, m. 1736.

bulunmayan ve usulüne uygun olarak hazırlanmış yazılı belgeler, mahkemede bir ispat vasıtası olarak kullanılmaya başlanmıştır. Buna göre bu belgeler şunlardır:

1) Berat-ı sultânî ve kuyûd-ı defter-i hâkânî denilen tapu tahrir defterleri, Dîvân-ı Hümâyûn tarafından düzenlendiği ve doğruluğunda şüphe bulunmadığı için içeriğini ispatlamaya gerek kalmaksızın mahkemede bir ispat vasıtası olarak kullanılabilir⁹⁹⁸.

2) Hile ve fesattan uzak olarak tutulan mahkeme sicilleri, mahkemede şahitsiz bir şekilde ispat vasıtası olarak kullanılabilir⁹⁹⁹. Ancak doğruluğu hakkında şüphe bulunan sicillerin, bir ispat vasıtası olarak kullanılabilmesi için mahkeme huzurunda sicilde yazılı olan şahitler tarafından doğrulanması gerekmektedir¹⁰⁰⁰. Ayrıca usulüne uygun ve doğruluğu hakkında şüphe bulunmayan, hakim tarafından verilen ilam ve senetler içeriğini ispatlamaya gerek kalmaksızın mahkemede bir ispat vasıtası olarak kullanılabilir¹⁰⁰¹.

3) Mahkeme siciline kaydedilmiş vakfiye (vakfin şartlarını bildiren belge), içeriğini ispatlamaya gerek kalmaksızın mahkemede bir ispat vasıtası olarak kullanılabilir¹⁰⁰².

4) Ticari defterler, yazılı ikrar niteliğinde olup tacirin kendisi aleyhine delil olarak kullanılabilir¹⁰⁰³.

⁹⁹⁸ MAA, m. 1737; **Ali Haydar**, C. 4, s. 355; **Hacı Reşit Paşa**, C. 8, s. 96; “Tabîb Sinan b. Güresne meclis-i şer‘a Mihal b. Yani nâm zimmîyi ihzâr edip bundan akdem karye-i Çengel’de Mihal nâm zimmîden bir kıt‘a ev yerini sâbıkan mütevellî Seferşah Çelebi ma‘rifetiyle alıp kabz etmiş idim. Şimdi sen üzerine binâlar ihdâs edip bana dahl edip vermezsin dedikde mezkûr Mihal cevâb verip ben Seferşah Çelebi’den sonra mütevellî olan Pîri Çelebi’den tapulayıp üzerine binâ yaptım deyecek mezkûr Sinan’ın elinde olan Salih Çelebi hüccetiyle ve mütevellî-i sâbık Seferşah Çelebi’nin **tapunâme hüccetiyle amel olunup** sebt-i defter olundu.” Üsküdar Mahkemesi 2 Numaralı Sicil, Metin No: 14a-3, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 2, s. 110.

⁹⁹⁹ MAA, m. 1738.

¹⁰⁰⁰ **Ali Haydar**, C. 4, s. 357.

¹⁰⁰¹ MAA, m. 1821. Mahkeme sicillerinin, ilamların ve senetlerin mahkemelerde şahitsiz olarak kullanılabilmesi ve bunlara dayanarak hüküm verilebilmesi için 4 Cemâziye’l-ûlâ 1296 tarihinde bir irâde-i seniyye yayınlanmıştır. Bu irâde-i seniyye için bkz. **Ali Haydar**, C. 4, s. 520-524.

¹⁰⁰² MAA, m. 1739; “Kulağuz b. Aslıhan meclis-i şer‘de Semerci Yusuf b. Abdullah mahzarında takrîr-i merâm kılıp eyitti ki, hâliyâ taht-ı tasarrufunda olan kuyu vakıftır, sen mâlikâne mutasarrıfsın ve **vakfiyyetine dahi hüccetim vardır**, sâbıkda Kadı olan Mevlâna Sinan Halife’nin **imzâsı ile hüccet ibrâz eyledikde mazmûnun sâbit eyleyip...**” Üsküdar Mahkemesi 5 Numaralı Sicil, Metin No: 17b-3, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 3, s. 104.

¹⁰⁰³ MAA, m. 1608.

5) Bir kimsenin kendisi ya da bir katip tarafından yazılan ve kendi imzası ya da mührüyle mühürlenmiş borç senedi, usulüne uygun olarak yazılmışsa yazılı ikrar niteliğinde olur ve o kimsenin şahsen ikrarı gibi geçerli olur¹⁰⁰⁴.

G. Bilirkişi

1. Kavram

Bir davada çözümü hakim tarafından bilinmeyen, özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde görüşüne başvurulmuş üçüncü kişi ya da kişilere bugünkü tabirle “bilirkişi” denilmektedir¹⁰⁰⁵. İslam hukukuna dair klasik Arapça kaynaklarda ise “ehlü'l-ilm”, “ehlü'l-basar ve'l-ma'rife”, “ehlü'l-basire”, “ehlü'l-hibre” gibi aynı anlama gelen tabirlere rastlanır¹⁰⁰⁶. Hakimlerin, bütün ilimleri bilmeleri zorunlu olmadığından uzmanlık gerektiren durumlarda o alanın uzmanlarından ilmî görüş almaları, maddi problemin çözümü açısından kaçınılmazdır ve gerekli görülmüştür¹⁰⁰⁷. Bu yüzden her hukuk sisteminde olduğu gibi İslam Hukuk sisteminde de bilirkişilerin varlığı tartışılmaz bir gerçektir.

2. Dayanağı

Kuran'da bu konuya dayanak olduğu düşünülen “...Eğer bunu bilmiyorsanız zikir ehline sorun.”¹⁰⁰⁸ ayeti ile bilinmeyen hususların bilenlerden sorulması ve “... Bilmediğin şeyin ardına düşme¹⁰⁰⁹”, “...Zannın birçoğundan kaçın.”¹⁰¹⁰ ayetleri ile de bilgisizlikle, zanla ve şüpheli bilgiyle hareket edilmemesi gerektiği tavsiye edilmiştir¹⁰¹¹. Kuran'ın bu tavsiyeleri ışığında Hz. Peygamber (s.a.v.) de kaza fonksiyonunu icra ederken kul haklarına ilişkin konularda bilirkişi tayin etmiş ve bu kişilerin görüşleri doğrultusunda hüküm vermiştir¹⁰¹².

¹⁰⁰⁴ MAA, m. 1609.

¹⁰⁰⁵ **Kuru / Arslan / Yılmaz**, s. 451; **Yılmaz**, s. 101.

¹⁰⁰⁶ **Ali Şafak**, “Ehl-i Vukuf”, DİA, C. 10, TDV Yayınları, İstanbul 1994, s. 532.

¹⁰⁰⁷ **Serahsî**, C. 16, s. 119; **Bilmen**, C. 8, s. 219.

¹⁰⁰⁸ Nahl, 16/43; Enbiya, 21/7.

¹⁰⁰⁹ İsrâ, 17/36.

¹⁰¹⁰ Hucurat, 49/12.

¹⁰¹¹ **Şafak**, “Ehl-i Vukuf”, s. 532.

¹⁰¹² Bu örnekler için bkz. **Atar**, İslâm Adliye Teşkilatı, s. 208; “Çengel köyü sığirtmacı şerî'ata gitdikde ben giderim sığırımıza tımar edin deyu tenbîh ettiği sâbit olup mütenebbih olmadıkları ecilden (...) kabağı bostanına girip ve bağına girip ziyân ettiklerinde **ehl-i hibre üzerine varıp ekall sığırın ettiği ziyân iki yüz akçelik var deyu şehâdet eylediklerinden sonra** deftere sebt olundu.” Üsküdar

3. Bilirkişide Aranan Şartlar

Bir davada bilirkişi olarak görevlendirilecek bir kimsede aranan şartlar, bu kimsenin alanında uzman olması ve görüş bildireceği olayla ilgili tarafsız olmasıdır. Mecelle’de bilirkişide aranan şartlar “*Noksan semen bîgaraz ehl-i vukufun ihbarıyla mâlum olur.*”¹⁰¹³ hükmü ile düzenlenmiştir. Şer’iyye sicillerinde de bilirkişilerin bu şartları haiz olduğunu belirtmek için “*cânib-i şer’den ehl-i hibre ve bî-garaz Müslimîn*”¹⁰¹⁴ ifadeleri kullanılmaktadır. Bilirkişi olarak tayin edilen kimselerin tarafsız olmadığının anlaşılması durumunda ise bu görev kendilerinden alınmaktadır¹⁰¹⁵. Bunun dışında bu kimselerin erkek, kadın, Müslüman, gayrimüslim, dindar ya da fâsık olması, bilirkişilik yapmasına engel değildir¹⁰¹⁶.

4. Hukukî Sonuçları

İlk dönemlerde yargılama hukukundaki ispat vasıtalarının sınırlı tutulması sebebiyle bilirkişilerin görüş ve beyanları bazı kaynaklarda bir nevi şahitlik sayılıp bu başlık altında incelenirken sonraki devirlerde ayrı bir ispat vasıtası olarak ele alınmaya başlanmıştır¹⁰¹⁷. Mecelle’de bu konuyla ilgili açık bir ifadeyle “...*ehl-i hibrenin ihbarı gibi sırf tahkik ve durumu aydınlatmak için alınan ifadelerde şehadet sıygası şart*

Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, Metin No: 28a-6, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 1, s. 155; “Karye-i Kadı’dan Mihâl b. Dimitri ve Yorgi b. İstefan ve Aleksi b. Todora ve Dimitri b. Toma şer’-i şerîf meclisine hâzîrûn olduklarında mezbûrân Mihâl ve Yorgi işbu Kalamuç nâm mevzi’de vâki’ olan İskender Paşa bostanlarında bir kıt’a bostanda ekilmiş havuç ve lahanayı biz ekdik tohum bizimidir dedikde hâsıl-ı tohum onların olduğuna mezbûrân Aleksi ve Dimitri dahi ikrâr edip tohum sizindir ve siz ekdiniz deyip hâsıl mezbûrân Mihâl ile Yorgi’ye hükm olduğdan sonra mezbûrân Aleksi ve Dimitri’nin zikr olunan [hâ]sılı sulayıp ve otun **ehl-i hibre üç yüz akçe karâr edip üç yüz akçe hükm olundu**”.” Üsküdar Mahkemesi 14 Numaralı Sicil, Metin No: 20b-2, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 5, s. 117.

¹⁰¹³ MAA, m. 346.

¹⁰¹⁴ İstanbul Mahkemesi 3 Numaralı Sicil, Metin No: 76b-4, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 13, s. 426.

¹⁰¹⁵ “Akzâ kuzâtî’l-Müslimîn İstanbul kadısı olan Mevlânâ Seyyid Mehmed -zîdet fezâ’iluhu- südde-i sa’âdetime mektûb gönderip, mahmiye-i İstanbul’da Bitpazarı ahâlîsi meclis-i şer’-i şerîfe varıp, **ehl-i hibreleri olan Abdullah oğlu Ahmed nâ-ehil olup ve sâhib-i garaz olmakla, vâki’ olan ahvâllerine vukûf ve şu’ûru olmayıp ref’ olunup**, yerine Abdullah oğlu dârende-i fermân-ı vâcibü’l-iz’ân Mehmed ehl-i hibre nasb olmak ricâ eylediklerin ve mezbûr Ahmed dahi kendi ihtiyârıyla mezbûr Mehmed[‘e] fâriğ olmağın, bu nişân-ı hümâyûn-ı izzet-makrûnu verdim ve buyurdum ki, mezbûrun yerine tâ’ife-i mezbûreye ehl-i hibre olup şol ki, vezâif hidemât-ı Bitpazarı ehl-i hibrelîğidir, kadîmden olageldiği üzere mü’eddâ kıla ve hâne-i avârizdan ise avârizı vere, ol bâbda hiç ahad mâni’ ve dâfi’ olmaya, şöyle bileler âlâmet-i şerîfe i’timâd kılalar.” İstanbul Mahkemesi 3 Numaralı Sicil, Metin No: 87a-1, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 13, s. 467.

¹⁰¹⁶ Erbay, s. 231.

¹⁰¹⁷ Şafak, “Ehl-i Vukuf”, s. 532.

*değildir. Bunlar şer'î şahitlik olmayıp sırf haber vermek kabilindedir.*¹⁰¹⁸ denilerek şahidin ifadesiyle bilirkişinin ifadesinin farklı olduğu belirtilmiştir.

Hakim bir davada uzman görüşü alma ihtiyacı hissettiğinde en azından bir tane bilirkişi görevlendirir. Ancak hakimin her konuda mümkün olduğunca birden fazla bilirkişi görevlendirmesi tavsiye edilmiştir¹⁰¹⁹. Had cezasını gerektiren suçlarla ilgili davalarda bilirkişi sayısının en az iki olması hususunda ise fakihler arasında görüş birliği vardır. Mesela çalınan bir malın değerinin nisap miktarına ulaşip ulaşmadığının tespitinde en az iki bilirkişinin görev yapması istenir¹⁰²⁰.

Bilirkişilerin görüşleri, bütün hukuk sistemlerinde olduğu gibi¹⁰²¹ İslam Hukukunda da takdiri delillerden olup hakimi bağlayıcı nitelikte değildir¹⁰²². Mecelle'de bu konu "*Hakimin ihtiyaç duyduğunda başkalarından fetva istemesi caiz kabul edilir.*"¹⁰²³ şeklinde düzenlenmiştir. Ancak metinde "Hakimin ihtiyaç duyduğunda başkalarından fetva istemesi gerekmektedir." denilmediğinden, bunun takdirî bir delil olduğu anlaşılmaktadır.

Bir dava için görevlendirilen bilirkişinin görüşü ile hakimin kendi görüşü aynı olur ise hakim bununla hükmeder. Bir dava için birden fazla bilirkişi görevlendirilir ve bunlar arasında görüş ayrılığı olursa hakim çoğunluğun görüşüne göre hükmeder. Bilirkişilerin görüşleri arasında eşitlik olursa hakim takdir hakkını kullanarak hükmeder ya da yeni bir bilirkişi görevlendirir. Hadlerle ilgili davalarda ise böyle bir eşitlik söz konusu olduğunda hakim sanık lehine olan görüş ile hükmeder¹⁰²⁴.

¹⁰¹⁸ MAA, m. 1689.

¹⁰¹⁹ "...taraf-ı şehriyârîden **ehl-i hibre ta'yîn olunan Mehmed Efendi b. Mustafa ve Abdullah Efendi b. Mustafa** nâm kimesnelere irâet olundukda..." İstanbul Mahkemesi 18 Numaralı Sicil, Metin No: 41b-2, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 18, İSAM Yayınları, İstanbul 2010, s. 209; "...saltanat-ı aliyyeden **ehl-i hibre ta'yîn olunan Hüseyin Beşe b. Da[vud] ve Receb b. Musa** nâm kimesnelere irâet olundukda..." Bab Mahkemesi 46 Numaralı Sicil, Metin No: 79a-1, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 19, İSAM Yayınları, İstanbul 2011, s. 417.

¹⁰²⁰ **Şafak**, "Ehl-i Vukuf", s. 532.

¹⁰²¹ Günümüz Medeni Yargılama ve Ceza Yargılaması Hukuklarında da bilirkişilik takdiri delillerden olup hem bilirkişiye başvurmak hem de başvuru sonrası bilirkişinin oy ve görüşleri hakimi bağlamaz; hakim bilirkişilerin oy ve görüşlerini serbestçe takdir eder. Bkz. **Kuru / Arslan / Yılmaz**, s. 432; **Centel / Zafer**, s. 254.

¹⁰²² **Demir**, Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi, s. 192.

¹⁰²³ MAA, m. 1811.

¹⁰²⁴ **Ali Haydar**, C. 4, s. 457; **Şafak**, "Ehl-i Vukuf", s. 532.

H. Keşif

1. Kavram

Keşif; dava konusu yer, olay ya da kişiler hakkında hakimin bütün duyuları ile bilgi edinmesidir¹⁰²⁵. Bu anlamda keşif, aslında doğrudan bir ispat vasıtası olmamaktadır. Ancak hem diğer ispat vasıtaları ile birlikte değerlendirildiğinde gerçeğin ortaya çıkmasında yardımcı olduğu için hem de günümüz hukukunda takdirî delillerden sayıldığı için¹⁰²⁶ keşfin, bu başlık altında incelenmesi uygun görülmüştür.

2. Dayanağı

Bazı uyuşmazlıkların çözümü için Hz. Peygamber'in (s.a.v.) ve Hulefâ-i Râşidîn'in keşif yöntemine başvurduğu bilinmektedir¹⁰²⁷. Nitekim Osmanlı Devleti'nde de keşif yoluyla davaların çözüme kavuşturulduğu şer'iyeye sicillerinden anlaşılmaktadır¹⁰²⁸.

3. Usulü

Keşfi bizzat hakimin kendisi yapabileceği gibi naibi¹⁰²⁹ ya da diğer yardımcılarından biri¹⁰³⁰ de yapabilir. Keşif, daha çok mahkeme dışında dava

¹⁰²⁵ Yılmaz, s. 374.

¹⁰²⁶ Keşif gerçekten de hem Medeni Yargılama Hukukunda hem de Ceza Yargılaması Hukukunda takdirî delillerden sayılıp hakim, keşif sonucu elde ettiği bilgileri serbestçe takdir eder. Bkz. **Centel / Zafer**, s. 291; (HMK m. 198).

¹⁰²⁷ Bu örnekler için bkz. **Atar**, İslâm Adliye Teşkilatı, s. 208, 209.

¹⁰²⁸ "...yaralarım keşif olunup tahrîr olunmasın taleb eylerim dedikde meclis-i şer' de keşif olundukda başında nukra-i kafa beş parmak mikdârı kalkıp mağazı göründüğü ve ağzının tül tarafından çeneye varınca ve altı dişi dökülüp ve iki dişi dahi yerinden ayrıldığı zeyl-i kitâbda vaz' u def' olundu." Üsküdar Mahkemesi 84 Numaralı Sicil, Metin No: 80b-4, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 10, s. 452.

¹⁰²⁹ "...keşif nâibi olan Mevlânâ Mer'î? Mustafa Efendi b. Şemseddin ta'mîr ve meremmet eylediğim mevâzi'i ebniye ve sukûf ahvâline kemâ-yenbağî vukûfu olan bî- taraf müslümânlar keşif ve tahrîr ve vech-i meşrûh üzere elli bin sekiz yüz kırk akçeye takvîm-i sahîh ile takvîm eyleyip yedine hat ve hâtemini müstemile hüccet verip menzil-i merkûmda altı bin sekiz yüz kırk beş akçe icâre-i mu'accele mütেকarrîre oldukdan sonra menzil-i mezbûru mütevellî-i mezbûr Müstedâm bana beher şehir yetmiş akçe ücret-i müeccele ile icâr edip, ben dahi isticâr ve kabûl eyledim ol ecilden vaz'-ı yed ederim deyü takrîr-i meşrûhuna muvâfık hüccet ibrâz edip nazar olundukda..." Rumeli Mahkemesi 56 Numaralı Sicil, Metin No: 12b-2, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 14, s. 87.

¹⁰³⁰ "...benim evimden tarafım olan yüzü bir kat binâ olunup ocak yeri dahi konup mezbûretân zimmîyelerin kat'â alâkaları yok iken benim duvarımın üzerine ba'zı kereste koymak ile ve kazıklar kakmak ile dahl ederler üzerine varılıp vukû'ı üzere keşif olunmasın taleb ederim dedikde hâssa mi'mârlardan Muslihiddin ve mahkeme kâtibi Mevlânâ Mehmed irsâl olunup..." Üsküdar Mahkemesi 84 Numaralı Sicil, Metin No: 39b-2, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 10, s. 267.

konusunun geçtiği yerde¹⁰³¹ yapılmakla birlikte duruşmada da yapılabilir. Dava konusunun incelenmesi uzmanlık gerektirecek türden olursa keşfe bilirkişiler de katılabilmektedir¹⁰³².

4. Hukukî Sonuçları

Keşif, mahiyeti itibariyle bir ispat vasıtası olmamakla birlikte gerçeğin ortaya çıkmasında yardımcı olduğundan, hakim keşifte edindiği bilgileri değerlendirerek hükmüne dayanak yapabilir¹⁰³³.

¹⁰³¹ “...**mârrü’z-zikr bahçenin** taraf-ı şer‘den üzerine varılıp **ba‘de’l-keşf...**” Bab Mahkemesi 3 Numaralı Sicil, Metin No: 38b-3, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 17, s. 273.

¹⁰³² “...Kıbel-i şer‘den **ehl-i hibre ile üzerine varılıp**, ta‘mîr olunan mevâzi‘inin mertebe-i tahammülü tahmîn olunup ketb ve tahrîr olunmağın taleb ederin dedikde, savb-ı şer‘den Mevlânâ İsmail Efendi b. Ömer ve Hâssa mi‘mârlarından Üstâd Fazlı Bey b. Hüsameddin irsâl olunup, zeyl-i kitâbda mastûrî’l-esâmi olan ahâlî ile mahall-i mezbûre varıp ve **keşf eylediklerinde...**” İstanbul Mahkemesi 3 Numaralı Sicil, Metin No: 90b-1, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 13, s. 476.

¹⁰³³ “Oldur ki Üsküdar subaşı olan fahrü’l-akrân Müstedâm Bey b. Abdülmennân nâm kimesne mahfil-i şer‘de takrîr-i merâm kılıp Toygar Hamza mahallesinde Mustafa nâm kimesnenin evinde fâhişeler vardır mübârek günlerde fi‘l-i şenî‘ etmek ihtimâli vardır üzerine varılıp **keşf olunmasının taleb eylerim dedikde** kıbel-i şer‘den Mevlânâ Mehmed b. İbrahim el-müstaid varıp zikr olunan odada Satılmış b. Hızır ve Fâtıma bt. İbrahim ve Hûri bt. Hüner Çelebi nâm avretleri üçü bir dösekte iken tutulup kendilere suâl olundukda şeytan belâsına uğradık deyu **ikrâr eylediklerinde ta‘zîr olunmağa işâret olunduğu** kayd şud.” Üsküdar Mahkemesi 84 Numaralı Sicil, Metin No: 39b(2)-4, İstanbul Kadı Sicilleri, C. 10, s. 272.

SONUÇ

İslam Hukuku, İslam dinine dayanan bir hukuk sistemidir. İslam dininin hükümlerini de şeriat denilen ilim bildirmektedir. Şeriat; iman, amel ve ahlâk olmak üzere üç kısma ayrılır. İşte şeriatin amel denilen kısmını, yani insanların yapması ve kaçınması gereken hususları bildiren ilim dalına “fıkıh ilmi” denilmektedir. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’nin birinci maddesinde fıkıh, “İlm-i fikh, mesâil-i şer’iyye-i ameliiyyeyi bilmektir.” şeklinde tanımlanmıştır. Günümüzde ise fıkıh terimi yerine İslam Hukuku tabiri kullanılmaktadır. Ancak İslam Hukuku ile fıkıh terimleri, anlam olarak birbirlerini karşılamamaktadır. Fıkıh yerine İslam Hukuku tabirinin kullanılması, muhtemelen son yenileşme hareketleri ve Avrupa’nın etkisiyle tercüme yoluyla olmuştur.

Diğer Türk ve İslam Devletlerinde olduğu gibi, Osmanlı Devleti’nde de uygulanan hukuk esas itibarıyla İslam Hukukudur. Bunun sebebi, İslam dininin sadece inanç ve ibadetlerden oluşmayıp, hukuku da içerisine alarak hayatın tüm alanlarını düzenlemesidir. Bu yüzden İslamiyeti kabul eden devletler, bunun bir gereği olarak İslam Hukukunu benimsemişlerdir. Ancak Osmanlı Devleti, salt olarak İslam Hukukunu uygulamak yerine, bu hukukun devlet başkanına tanıdığı takdir ve düzenleme yetkisinden yararlanarak zamanın gerektirdiği düzenlemeleri de hukuk sistemlerine ilave etmiştir. Böylece Osmanlı Devleti’nde şer’î hukukun yanında örfî hukuk da uygulanmıştır. Şer’î hukuk, klasik fıkıh kitapları içinde yer alan ve devletin müdahalesinden bağımsız olarak var olan hukuktur. Örfî hukuk ise İslam Hukukunun devletin yüksek otoritesine olan ulül-emre verdiği yasama yetkisiyle ortaya konulan hukuktur. Osmanlı Devleti’nde şer’î hukukun yanında örfî hukukun da uygulanmasının genel olarak sebepleri, devletin içinde bulunduğu mali, askeri ve idari şartlardır.

Osmanlı Devleti’nin esas olarak şer’î hukuka dayanıp, örfî hukukun zamanla oluştuğu göz önüne alınca bu hukukun, şer’î hukukla uyum içinde olmasına ve çatışmamasına itina gösterilmiştir. Buna göre örfî hukuk ortaya konulurken şer’î hukukun ayrıntılı olarak düzenlediği konularda hüküm verilmemiş; şer’î hukuk tarafından düzenlenen alanlarda da ihtiyaç hâsıl olduğunda hüküm verilecekse bu hukukunun genel prensiplerine ters düşülmemiştir. Örfî hukuk kurallarının şer’î hukuka uygunluğu bir taraftan da şeyhülislam tarafından kontrol edilmiştir. Şer’î ve örfî

hukukun birbirleriyle uyum içerisinde olmasını sağlayan etkenlerden biri de örfî hukukun düzenlenmesinde başrol sahibi olan nişancılarıdır. Medrese kökenli ve İslam Hukukunu iyi bilen kişiler olan nişancılar, örfî hukukla ilgili normların konmasında veya değiştirilmesinde söz sahibi olmuştur.

İslam Hukuku tarihinde Mecelle'ye kadar resmî bir kanunlaştırma faaliyetine rastlanmamaktadır. Ancak bundan dolayı, kadıların İslam ve Osmanlı Hukuku tarihi boyunca aradıkları hukuk normunu bulmakta zorlandıkları ya da tespitte güçlük çektikleri ve bu durumun uygulamada bir dağınıklığa yol açtığı söylenemez. Aksine hem şer'î hukuk hem de örfî hukuk alanında kadıların kolayca başvurabilecekleri bilgi kaynakları ve örfî hukuk alanında da resmî yürürlük kaynakları daima var olmuştur. Bu kaynaklardaki konular, mevcut kanunlar gibi maddeler halinde değil de, kendine has bir sistematik içerisinde düzenlenmiştir. Bu kaynaklar fıkıh ve fetva kitaplarıyla şer'îyye sicil defterleridir.

İslam Hukukunun kanunlaştırılmasıyla birlikte Ceza Yargılaması Hukuku ve Medeni Yargılama Hukuku ayrımı yapılmaksızın Yargılama Hukuku, fıkıh kitaplarında "dava", "de'âvî", "beyyinât", "kazâ", "akziye" gibi başlıklarla ayrı bölümler halinde yer alan ve bu alanda yazılan "edebü'l-kâdi", "âdâbü'l-kazâ" adlı müstakil eserlerle incelenmeye başlanmıştır. Böylece İslam Yargılama Hukukunda ve dolayısıyla Osmanlı mahkemelerinde, tüm davalar esas itibarıyla aynı usullerle yürütülmüştür. Bu bağlamda şer'îyye mahkemeleri, her türlü hukukî ihtilafın görüldüğü bir yargı mercii olmuştur.

Dava, hukukî bir terim olarak bir kimsenin, hakim huzurunda başka bir kimseden hakkını istemesi anlamına gelmektedir. Bir davada taraflar, haklarını bizzat kendileri arayabilecekleri gibi vekilleri aracılığıyla da arayabilirler. Bu vekiller, günümüz hukukundaki avukatlara benzese de İslam hukuk literatüründe avukatın bugün ifade ettiği anlamı karşılayacak bir terime rastlanmamaktadır. Ancak vekil terimi, avukatın ifade ettiği anlamı da içine almaktadır.

Bir davada davanın taraflarından birisi, ancak kendisinin dayandığı vakıaların doğru olduğunu veya karşı tarafın dayandığı vakıaların doğru olmadığını ispat ederek davayı kazanabilir veya davanın reddini sağlayabilir. Davacı iddiasında ne kadar haklı olursa olsun, davasını dayandırdığı vakıaları ispat edemezse davayı kaybeder. Bu yüzden bir davada ispatın çok büyük bir önemi vardır. Hukukî bir terim olarak ispat,

mahkemede ileri sürülen ve hukukî sonuçları bulunan bir iddianın gerçekliği konusunda kesin bilgi ya da zannı galip oluşturacak şekilde beyyine getirmek demektir. İspat yükü ise, mahkemede ileri sürülen iddianın hangi tarafça ispatlanacağı sorunudur. İslam Yargılama Hukukunda ispat yükü, iddia sahibi üzerindedir. Bu konudaki genel kuralın delili, “Beyyine getirmek davacıya, yemin etmek ise davalıya düşer.” hadisidir.

Günümüz Yargılama Hukukunda delil, davada tarafların iddialarını ispat için dayandıkları ispat araçları anlamına gelmektedir. İslam Hukukunda ise delil, “gerçeğe ulaştırıcı şey” anlamına gelen, kelâm ve fıkıh ilimlerinde kullanılan bir terimdir. Üzerinde doğru düşünüldüğünde, şer’î hükmü bilmeyi sağlayan şey şeklinde tanımlanabilir. Çeşitli fıkıh usulü kitaplarında yer alan, “bizim delilimiz”, “bu meselenin delili” gibi ifadelerden anlaşılması gereken, şer’î hükme kaynaklık eden delil veya bunlardan hüküm elde etmede kullanılan metot ve kurallardır.

Beyyine de kesinlik ifade eden, belli ispat vasıtalarına verilen genel bir isim olup, bir hakkın veya kendisine hukukî sonuç bağlanan bir olayın ispatını sağlayan özel ve kesin ispat vasıtası demektir. Kuran ve sünnette en önemli ispat vasıtası olarak şahitliğe dikkat çekildiği için klasik fıkıh anlayışında beyyine, genel olarak şahit anlamında kullanılmıştır. İslam hukukçularının beyyineye bu anlamı yüklemelerindeki sebep, Hz. Peygamber’den (s.a.v.) rivayet edilen hadislerdir. Ancak İbn Teymiyye, İbnu’l Kayyim gibi bazı fakihlere göre beyyine, sadece şahitlikle sınırlandırılmaz. Bunlara göre beyyineyi sadece şahitle sınırlandıranlar, bu kavramla kastedilen anlamın hakkını tam anlamıyla verememiş olurlar. Zira Kuran’da beyyine, hüccet, delil ve burhan anlamlarında da kullanılmıştır. Öyleyse beyyineden kasıt, mahkeme önünde gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlayan her türlü kesin ispat vasıtasıdır.

Bu anlatılanlar çerçevesinde, beyyine teriminin Türkçeye delil olarak çevrilmesi pek uygun değildir. Çünkü İslam Hukuku terminolojisinde delil kavramıyla, İslam Hukukunun asli kaynakları olan Kuran, sünnet ve icmâ kastedilir. O yüzden çalışmamızda incelenen ispat vasıtaları, şimdiki hukukumuzda var olan deliller ile paralellik gösterse de İslam Hukukunda bunlara beyyine ve hüccet dendiğinden, ilgili bölümde de bunlara delil yerine beyyine ve hüccet denilmiştir.

İslam Yargılama Hukukundaki ve dolayısıyla Osmanlı Yargılama Hukukundaki beyyine ve hüccetler: şahitlik, ikrar, yemin, yeminin özel türleri kasâme ve liân, hakimın şahsi bilgisi, karine, yazılı belge, bilirkişi ve keşiftir.

Şehadet, fıkıh literatüründe bir kimsenin başka bir kimsede olan hakkını ispat etmek için hakim huzurunda ve davalının karşısında şehadet ettiğini belirten ifade kalıbıyla haber vermesidir. Bir davada tarafların iddialarını ispatlaması için gerekli şahit sayısına fıkıh literatüründe “nisab miktarı” denir. Bu miktar, her davanın türüne göre değişmekte olup zina davasında dört erkek şahit, had ve kısas davalarında iki erkek şahit ve hukuk davalarında da iki erkek ya da bir erkekle iki kadın şahittir. Bazı durumlarda iki erkek şahit ya da bir erkekle birlikte iki kadın şahit bulmak mümkün olmayabilir ve bu sebeple kişilerin haklarının zayi olma tehlikesi söz konusu olabilir. İşte bu durumlarda genel kuralın dışına çıkılarak istisnai kurallar getirilmiştir. Mesela erkeklerin bilemeyeceği bazı durumlarda sadece kadınların şahitliği kabul edilmiştir.

Şahitlik, kişilerin sözleriyle yapıldığından doğru ya da yalan olma olasılığı olan bir haberdır. Dolayısıyla şehadete dayalı bir haberin mahkemede ispat vasıtası olarak kullanılabilmesi için doğruluk yönünü kuvvetlendirecek ve yalan olma ihtimalini en aza indirecek bir takım objektif şartlar konulmuştur. Bu şartlar şahit olacak kimselerde aranan şartlar, şahitlerin taraflarla olan ilişkisi bakımından şartlar, şahitliğin geçerliliği ve esasıyla ilgili şartlardır. İşte şahitlerin bu şartları taşıyıp taşımadıklarını bilmek, şehadete verilecek hükmün doğru olabilmesi için önemli bir husustur. Bunun için şahitleri iyi tanıyan ve mahkeme tarafından adil oldukları bilinen kişiler aracılığıyla şahitlerin bu şartları taşıyıp taşımadıkları araştırılır. Bu araştırma işlemine “tezkiye” ya da “güvenilirlik soruşturması”, araştırmayı yapan kişiye de “müzekkî” denir. Müzekkîler kural olarak soruşturulacak şahitlerin mensup olduğu yerlerden seçilir. Güvenilirlik soruşturması, açıktan ve gizli olmak üzere iki şekilde yapılmaktadır. Müzekkîler, gizli güvenilirlik soruşturması sonrasında şahitlerin adil kimseler olmadıklarına karar verirlerse artık o şahitlerin şehadetleri kabul edilmez. Adil kimseler olduklarına karar verirlerse bu kişilerin şehadetleri kabul edilir ve ikinci iş olarak alenen soruşturma işlemine geçilir. Açık güvenilirlik soruşturması sonrasında da şahitlerin adil kimseler oldukları anlaşılırsa artık şehadetleri kabul edilir.

İslam Yargılama Hukukunda şahitlik kesin delil sayıldığından ve onların şahadetlerine göre hüküm bina edileceğinden şahitlerde nitelikli şartlar aranmıştır. Hatta şahitlerin bu şartları taşıyıp taşımadıklarını kontrol etmek amacıyla yapılan güvenilirlik soruşturması, verilecek olan hükmün doğruluğunu neredeyse kesin derecesine ulaştırmaktadır. Ayrıca kural olarak bir kişinin şahitliği ile de yetinilmemiş ve şahitler için asgari sayı sınırı getirilmiştir. Ancak günümüz Yargılama Hukukunda ne şahitlerde böyle şartlar aranmakta ne de şahitlerin doğru söyleyip söylemeyecek kişilerden olduğuna dair bir araştırma yapılmaktadır. Bu açılarından İslam Yargılama hukukundaki şahitlik müessesesi, günümüzdeki şahitlik müessesesinden çok daha üstün konumdadır. Şahitlerin güvenilirlik soruşturması yapıldıktan sonra ise bütün şartları haiz bir davada hakimin hüküm vermesi vaciptir.

İkrar, bir kimsenin kendi üzerinde olan başkasına ait bir hakkı haber vermesi şeklinde tanımlanır. İkrar eden kişinin ikrarının hukuken geçerli olabilmesi için öncelikle temyiz kudretinin bulunması gerekmektedir. Yani kişinin ikrarı, tam olarak idrak ederek, serbest irade ile yapması gerekmektedir. Bir kimse, mahkeme huzurunda ikrar anlamına gelebilecek her hangi bir ifade ile ikrar edebilir. Bunu ister sözlü iterse de yazılı olarak yapabilir. Dilsiz kimseler de bilinen ve anlaşılan işaretleri ile ikrar edebilir. İkrar her zaman açık sözlerle değil, bazen onu ifade edecek kapalı ya da dolaylı sözlerle de olabilir. İkrarın hükmü, ikrar konusu hakkın ortaya çıkmasıdır; yoksa yoktan var olması değildir. İslam Yargılama Hukukunda ikrarın tanımı, şartları ve çeşitleri incelendiğinde, günümüz Yargılama Hukukundaki düzenlemeler ile çok benzer olduğu görülmektedir.

Bir davada aleyhinde iddiada bulunulan davalı bu iddiayı ya kabul eder ya da reddeder. Kabul etmesi durumunda hakim, davalının ikrarına göre hüküm verir. Reddetmesi durumunda ise davacıdan iddiasını ispat etmesi için şahit getirmesini ister. Ancak davacının iddiasını ispat edemediği durumlarda davalıya yemin teklif edilebilir. Hukukî bir terim olarak yemin, davacı ya da davalının bir olayın doğruluğu hakkında hakim huzurunda Allah'ın adını anarak beyanda bulunmasıdır. Davalı ya hakim huzurunda ya da hakim tarafından gönderilen naip huzurunda, davacının yüzüne karşı yemin eder. Buna göre hakim ya da naip davalıya yemin edeceği hususu açıklayarak "Bu hususa yemin eder misin?" diye sorar. O da "Evet yemin ederim." dedikten sonra hakim ona yeminin şekil ve özelliğini belirterek "Vallahi" ya da "Billahi" diye Allah'ın

ismi üzerine yemin ettirir. Günümüz Medeni Yargılama Hukukunda da yeminin şekil şartı, bu uygulamaya benzemektedir. Buna göre yemin, mahkeme huzurunda eda olunur. Hakim, yeminin icrasından önce yemin edecek kimseye, hangi konuda yemin edeceğini açıklar, yeminin anlam ve önemini anlatır ve yalan yere yemin etmesi halinde cezalandırılacağı hususunda dikkatini çeker. Sonra “Size sorulan sorular hakkında, gerçeğe uygun cevap vereceğinize ve hiçbir şey saklamayacağınıza namusunuz, şerefimiz ve kutsal saydığınız bütün inanç ve değerler üzerine yemin eder misiniz?” diye sorar. O kimse de “Bana sorulan sorular hakkında gerçeğe uygun cevap vereceğime ve hiçbir şey saklamayacağıma namusum, şerefim ve kutsal saydığım bütün inanç ve değerlerim üzerine yemin ediyorum.” demekle yemin etmiş sayılır. Ceza Yargılaması Hukukunda ise şahide verilecek yemin, şahitlikten önce ise “Bildiğimi dosdoğru söyleyeceğime namusum ve vicdanım üzerine yemin ederim.” ve şahitlikten sonra ise “Bildiğimi dosdoğru söylediğime namusum ve vicdanım üzerine yemin ederim.” şeklinde olur. Burada dikkat edilmesi gereken husus, İslam yargılama hukukundaki yemin ile günümüz Yargılama Hukukundaki yeminin şekil şartının mahiyeti itibariyle nerdeyse aynı olduğudur. Yalnız İslam Yargılama Hukukunda yemin sadece Allah adına edilirken günümüz hukukunda namus, şeref ve kutsal sayılan bütün inanç ve değerler üzerine edilmektedir. Bu hükmü düzenleyen kanun metninin gerekçesi incelendiğinde, yeminin her kesim tarafından kabul edilebilecek ve bütün inanç ve değerler yelpazesini kapsayacak bir şekilde olmasının daha isabetli olduğu belirtilmiştir.

İslam Yargılama Hukukunda davalı yemin ettikten sonra, davacı şahit getirip iddiasını ispat edinceye kadar davalının lehine karar verilir ve davanın takibine son verilir. Günümüz Medeni Yargılama Hukukunda ise bir taraf yemin ederse, bununla yemin teklif eden tarafın iddia ettiği vakıanın mevcut olmadığı kesin olarak ispat edilmiş olur. İslam Hukukundan farklı olarak kişi yemin ettikten sonra, yemin teklif eden taraf, yemin ile mevcut olmadığı kesin olarak ispat edilmiş olan vakıayı ispat etmek için başka bir delil gösteremez.

İslam ve Osmanlı Ceza Yargılaması Hukukunda adam öldürme suçuna özgü bir yemin olan kasâme, bir mahalde faili meçhul bir maktul bulunduğu o mahal halkından elli erkeğin maktülü öldürmediklerine ve kimin öldürdüğünü de bilmediklerine dair yemin etmesidir. Bu kurum, faili meçhul bir cinayetin ardından maktulün diyetinin, suçu işlemiş olacağı düşünülen kimselerce yemin edilerek ödenmesi

şeklinde işlemektedir. Aslında bu uygulama, cezaların şahsiliği ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Ancak mahalle halkının mahallelerine sahip çıkmalarını ve mahalle güvenliğine azami özen göstermelerini sağlamak amacıyla böyle bir uygulama sözkonusu olmuştur. Bu sebeple bir mahallede bir katilin bulunması, o mahalle halkının görevini tam olarak yerine getiremediğini göstermekte ve böylece haklarında bir nevi ceza olarak kasâme ve diyet gerekmektedir. Sonuç olarak bu uygulama, toplumda can güvenliğinin sağlanması ve korunmasında bölge halkının duyarlılık kazanması ve ortak sorumluluk bilincinin güçlenmesi, cinayet zanlılarının haksız şüphe ve suçlamalardan kurtulması, maktulün yakınlarının acısının hafifletilmesi, adaletin gerçekleşmesi ve kamu vicdanının rahatlatılması gibi önemli işlevler üstlenmektedir.

İslam ve Osmanlı Aile Hukukuna özgü bir yemin olan liân, özel bir sebeple ve özel bir şekilde karı koca arasında geçen lanetleşmedir. Bu lanetleşme, karısının zina ettiğini veya doğacak çocuğun zina ürünü olduğunu iddia eden kocanın, hakim huzurunda bunu yeminle teyit etmesi, kadının da kocasının yalan söylediğine ve kendisinin masum olduğuna aynı tarzda yemin etmesi şeklinde olur. Eşler liân yaptıktan sonra hakim onları birbirinden ayırır. Hanefilere göre hakim liân yapıldıktan sonra, eşler hakkında ayrılık kararı vermedikçe evliliğin hüküm ve sonuçları devam eder.

Liân gibi şer'î bir hükmün getirilmesindeki amaç; masum bir kadının kendisi hakkında yapılan zina isnadından dolayı duyduğu utancı bertaraf etmesi, tarafların iffetsiz bir eşten kurtulması, gayrimeşru çocukların aileye katılmasının engellenmesi, eşlerin birbirlerinin haklarına tecavüz niteliğinde olan bu kötü olaydan dolayı kesin bir ayrılık ile cezalandırılması, başkalarına da bu olayların bir ibret teşkil etmesidir.

İslam Hukukunda geçerliliği tartışmalı olan ispat vasıtalarından bir tanesi, hakimın şahsi bilgisidir. Hakimın şahsi bilgisinden kasıt, meslekî, hukukî ya da fikhî bilgisi değil; onun muhakeme süreci dışında bakmakta olduğu ya da daha sonra bakacağı bir dava ile ilgili öğrendiği şahsi bilgisidir. Hakimın baktığı bir dava hakkındaki şahsi bilgi ve kanaatini hükmüne dayanak yapıp yapmayacağı konusu mezhepler arasında tartışmalıdır. Fakihlerin bir kısmı hakimın bu bilgisi ile hüküm vermesini caiz görürken bir kısmı da bunun tam aksine sadece tarafların getirdiği delillerle hüküm vermesi gerektiğini savunmuşlardır. Diğer bir kısım fakihler ise hakimın baktığı davanın türüne bağlı olarak bu bilgiyi kullanabileceğini söylemişlerdir.

Buna göre Allah haklarına ilişkin konularda hakimin şahsi bilgisi ile hüküm vermesi kabul edilmezken, kul haklarına ilişkin konularda kabul edilmiştir. Günümüz Yargılama Hukukunda ise hakimin taraflarla bir ilişkisi olduğunda dahi davaya bakamayacağı öngörülmüşken, kendi şahsi bilgisiyle hüküm vermesi söz konusu bile olamaz.

Yargılama Hukukunda kullanılan anlamıyla karine, iki farklı olay arasında akıl yürütme yoluyla sebep-sonuç ilişkisi kurularak elde edilen ve bilinmeyen bir durumu ortaya çıkararak ispat vasıtasıdır. Hanefî ve Şafilere göre, had ve kısas davalarında (kasâme istisna) karine ile hüküm verilemez. Zira hadlerin şüphe ile düşeceği kuralı esas alınmıştır. Malî ve şahsî davalarda ise asli bir ispat vasıtasının olmaması durumunda kat'î karineye başvurulabileceği konusunda görüş birliği vardır. Günümüz Yargılama Hukukunda da karine, hakimin serbestçe değerlendirebileceği takdiri bir ispat vasıtasıdır.

İslam Yargılama Hukukunda “yazı yazıya benzeyebilir” görüşünden dolayı yazılı belgelerin ispat vasıtası olarak kullanılmasına pek sıcak bakılmamıştır. Buna göre Mecelle yürürlüğe girmeden önce yazılı belgelerin ispata konu olabilmesi için, bunun iki erkek şahit tarafından doğrulanması ya da belgenin sahibi tarafından ikrar edilmesi gerekmektedir. Ancak Mecelle yürürlüğe girdikten sonra doğruluğu hakkında şüphe bulunmayan ve usulüne uygun olarak hazırlanmış yazılı belgeler, mahkemede bir ispat vasıtası olarak kullanılmaya başlanmıştır. Günümüz Yargılama Hukukunda ise resmi makamlarca düzenlenmiş ya da onaylanmış resmi senetler ve mahkeme huzurunda ikrar olunan veya mahkemece inkâr edenden sadır olduğu kabul edilen adi senetler, aksi ispat edilmedikçe kesin delil sayılırlar.

Bir davada çözümü hakim tarafından bilinmeyen, özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde görüşüne başvurulmuş üçüncü kişi ya da kişilere bugünkü tabirle “bilirkişi” denilmektedir. Hakimlerin, bütün ilimleri bilmeleri zorunlu olmadığından uzmanlık gerektiren durumlarda o alanın uzmanlarından ilmî görüş almaları, maddi problemin çözümü açısından kaçınılmaz ve isabetli görülmüştür. Bu yüzden her hukuk sisteminde olduğu gibi İslam Hukuk sisteminde de bilirkişilerin varlığı tartışılmaz bir gerçektir ve görüşleri, diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi İslam Hukukunda da takdiri delillerden olup hakimi bağlayıcı nitelikte değildir.

Keşif; dava konusu yer, olay ya da kişiler hakkında hakimin bütün duyuları ile bilgi edinmesidir. Bu anlamda keşif, aslında doğrudan bir ispat değildir. Ancak hem diğer ispat vasıtaları ile birlikte değerlendirildiğinde gerçeğin ortaya çıkmasında yardımcı olduğu için hem de günümüz hukukunda takdirî delillerden sayıldığı için hakim, keşifte edindiği bilgileri değerlendirerek hükmüne dayanak yapabilir.

Sonuç olarak İslam ve Osmanlı Yargılama Hukukundaki ispat vasıtaları değerlendirildiğinde, bu hukuk sistemlerinin uygulandığı dönemlerde dava konusu vakıayı kesin olarak ortaya çıkarabilecek kamera, ses kayıt cihazları vb. teknolojik imkanlar bulunmadığından ispat, sadece insanlar üzerinden yürütülen bir faaliyet olmuştur. Bundan dolayı ispata yarayacak her bir vasıtada nitelikli şartlar aranmıştır. Ancak şer'iyeye sicilleri incelendiğinde o dönem insanların dini değerleri ön planda tuttuğu ve kul hakkına girmekten korktukları anlaşılmıştır. Bundan dolayı eğer ortada bir dava varsa genel olarak ya doğru sözlü şahitlerle ya da davalının ikrarı, yemini ya da yeminden kaçınmasıyla davanın ispatlandığı görülmüştür.

KAYNAKLAR

- ACAR**, İsmail, “Osmanlı Kanunnameleri ve İslam Ceza Hukuku”, Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S. 13-14, İzmir 2001.
- AKBULUT**, İlhan, “Osmanlı Devletinde Adalet Düzeni”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C, 4, S. 1-2, Erzincan 2000.
- AKDAĞ**, Mustafa, “Osmanlı Müesseseleri Hakkında Notlar”, Ankara Üniversitesi Dil Tarih ve Coğrafya Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 1-2, Ankara 1955.
- AKGÜNDÜZ**, Ahmed, “İslam Hukukunun Osmanlı Devletindeki Tatbiki, Şer’iye Mahkemeleri ve Şer’iye Sicilleri”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S. 14, Konya 2009.
- AKGÜNDÜZ**, Ahmed, “Osmanlı Hukuku’nda Şer-î Hukuk-Örfî Hukuk İkilemi ve Yasama Organının Yetkileri”, İslami Araştırmalar Dergisi, C. 12, S. 12, İstanbul 1999.
- AKGÜNDÜZ**, Ahmed, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Külliyyatı, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır 1986.
- AKGÜNDÜZ**, Ahmed, Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri, C. 4, Sey Yayınları, İstanbul 1992.
- AKGÜNDÜZ**, Ahmed, Şer’iye Sicilleri, Mahiyeti, Toplu Kataloğu ve Seçme Hükümler, C. 1, Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul 1988.
- AKMAN**, Mehmet, Osmanlı Devleti’nde Ceza Yargılaması, Eren Yayınları, İstanbul 2004.
- ALİ HAYDAR EFENDİ**, Dürerü’l-Hukkâm Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm (Trc. Raşit **Gündoğdu** / Osman **Erdem**) C. 1, 4, Gül Neşriyat, İstanbul YYB.
- ANSAY**, Sabri Şakir, Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, Birinci Kısım, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, Ankara 1954.

- APAYDIN**, Hacı Yunus / **AYDIN**, Mehmet Akif / **BARDAKOĞLU**, Ali / **ÇAĞRICI**, Mustafa, İlmihal – İslâm ve Toplum, C. 2, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 2009.
- APAYDIN**, Hacı Yunus / **TÜRCAN**, Talip / **OKUR**, Kaşif Hamdi / **HACAĞ**, Hasan / **İLTAŞ**, Davut, İslam İslam Hukukuna Giriş, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir 2013.
- APAYDIN**, Hacı Yunus, “Kıyas”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 25, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 2002.
- APAYDIN**, Hacı Yunus, “Siyâset-i Şer’iyye”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 37, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 2009.
- APAYDIN**, Hacı Yunus, “Şahit”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 38, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 2010.
- ASLAN**, Nasî, “Klasik Dönem Ceza Kanunnâmeleri Bağlamında Osmanlı Hukukunun Şer’iliği Üzerine”, Çukurova Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 2, Çukurova 2003.
- ATAR**, Fahrettin, “Avukat”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 4, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 1991.
- ATAR**, Fahrettin, “Fetva”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 12, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 1995.
- ATAR**, Fahrettin, “İfta Teşkilatının Ortaya Çıkışı”, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S. 3, İstanbul 1985.
- ATAR**, Fahrettin, “Kadı”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 24, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul.
- ATAR**, Fahrettin, “Kaza”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 25, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 2002.
- ATAR**, Fahrettin, İslâm Adliye Teşkilatı, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 1999.

- AVCI**, Mustafa, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, Mimoza Yayınları, Konya 2010.
- AVCI**, Mustafa, Türk Hukuk Tarihi Dersleri, Mimoza Yayınları, Konya 2012.
- AYBAKAN**, Bilal, “Muâmelât”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 30, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 2005.
- AYBAKAN**, Bilal, “Vekâlet”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 43, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 2013.
- AYDIN**, Mehmet Akif, “İslam Hukuku’nun Osmanlı Devleti’nde Kanun Hukukuna Doğru Geçirdiği Evrim”, Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, S. 1, İstanbul 2006 (Bahar).
- AYDIN**, Mehmet Akif, “Liân”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 27, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 2003.
- AYDIN**, Mehmet Akif, “Osmanlı Hukukunun Genel Yapısı ve İşleyişi”, Türkler Ansiklopedisi, C. 10, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara 2002.
- AYDIN**, Mehmet Akif, Türk Hukuk Tarihi, Beta Yayınları, İstanbul 2012.
- BARDAKOĞLU**, Ali, “Beyyine”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 6, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 1992.
- BARDAKOĞLU**, Ali, “Delil”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 9, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 1994.
- BARDAKOĞLU**, Ali, “Diyet”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 9, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 1994.
- BARDAKOĞLU**, Ali, “Fıkıh”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C.13, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 1996.
- BARDAKOĞLU**, Ali, “İsbat”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 22, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 2000.

- BARDAKOĞLU**, Ali, “İstihsan”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 23, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 2001.
- BARDAKOĞLU**, Ali, “İstishâb”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 23, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 2001.
- BARDAKOĞLU**, Ali, “Kasâme”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 24, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 2001.
- BARKAN**, Ömer Lütfi, “Osmanlı İmparatorluğu Teşkilât ve Müesseselerinin Şer’iliği Meselesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 11, S. 3-4, İstanbul 1945.
- BAŞOĞLU**, Tuncay, “Tezkiye”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 41, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 2012.
- BAŞÖZEN**, Ahmet, Medenî Usûl Hukukunda İlk Görünüş İspatı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.
- BAYINDIR**, Abdülaziz, İslam Muhakeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması), İslami İlimler Araştırma Vakfı Yayınları, İstanbul 1986.
- BERKİ**, Ali Himmet, “Eski Vesikalar, İlâm, Hüccetler, Ferman, Beratler Ve Kaydı Hakanî”, Adalet Dergisi, S. 5, Ankara 1962.
- BERKİ**, Ali Himmet, “İslamda Kaza Tarihi”, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. 6, S.1, Ankara 1957.
- BEROJE**, Sahip, “İslâm Ceza Muhâkemesi Hukukunda Beyyine Külfeti ve İspata Hakim Esaslar”, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum 1999 (Yayımlanmamış Doktora Tezi).
- BİLMEN**, Ömer Nasuhi, Hukukî İslamiyye ve Islahatı Fıkhiyye Kamusu, Bilmen Yayınevi, C. 1-3, 8, İstanbul 1985.
- BOYNUKALIN**, Ertuğrul, “Yemin”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 43, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 2013.

- CENTEL**, Nur / **ZAFER**, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2013.
- CEZİRÎ**, Abdurrahman, Dört Mezhebe Göre İslâm Fıkıhı, (Trc. Mehmet **Keskin**), C. 8, Çağrı Yayınları, İstanbul 1992.
- CİCİ**, Recep, “Osmanlı Klasik Dönemi Fıkıh Kitapları”, Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, C. 3, S. 5, İstanbul 2005.
- CİN**, Halil / **AKGÜNDÜZ**, Ahmed, Türk Hukuk Tarihi, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul 2011.
- ÇELİK**, Mehmet, Büyük İslam Hukuku Mecme’ül Enhur (Mültekâ’l-Ebhur’un Şerhi) Damad Tercümesi, C. 3-6, Yasin Yayınevi, İstanbul 2010, 2011.
- DAĞCI**, Şamil, “Muhsan”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 21, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 2000.
- DEMİR**, Abdullah, Günümüz Mesajlarıyla Osmanlı Devleti Karınca Hakkını Arayınca, Yitik Hazine Yayınları, İstanbul 2012.
- DEMİR**, Abdullah, Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi, Yitik Hazine Yayınları, İzmir 2010.
- DEMİR**, Abdullah, Türk Hukuk Tarihi, Yitik Hazine Yayınları, İstanbul 2011.
- DERDİMAN**, R. Cengiz, Anayasa Hukuku, Alfa Aktüel Yayınları, Bursa 2011.
- DÖNMEZ**, İbrahim Kâfi, “İcmâ”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 21, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 2000.
- DÖNMEZ**, İbrahim Kâfi, İlmihal, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, C. 1, Ankara 2010.
- DÖNMEZ**, Kâfi, “Sedd-i Zerâi”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 36, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 2009.
- DURAN**, Ahmet, “İslam Hukukunda Muhtevası ve Hukuki Mahiyeti Bakımından İkrar Kavramı”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S. 21, Konya 2013.

- DURHAN**, İbrahim, “Divan-ı Hümayun’un Yargı Yetkisi”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 1-2, Erzincan 2000.
- DURHAN**, İbrahim, “Osmanlı Hukukunun Yapısı Üzerine Bir Etüd”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, Erzincan 1999.
- DÜZENLİ**, Pehlul, “Şeyhülislâm Ebussuûd Efendi, Bibliyografik Bir Değerlendirme”, Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, C. 3, S. 5, İstanbul 2005.
- EBU ZEHRA**, Muhammed, İslâm Hukuku Metodolojisi Fıkıh Usûlü, (Trc. Abdülkadir Şener), Fecr Yayınevi, Ankara 1994.
- EKİNCİ**, Ekrem Buğra, “Osmanlı Devleti’nde Mahkemeler ve Kadılık Müessesesi Literatürü”, Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, C. 3, S. 5, İstanbul 2005.
- EKİNCİ**, Ekrem Buğra, İslam Hukuku Umumi Esaslar, Arı Sanat Yayınları, İstanbul 2006.
- EKİNCİ**, Ekrem Buğra, Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk, Arı Sanat Yayınları, İstanbul 2008.
- ERBAY**, Celal, İslâm Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat Vasıtaları, İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul 1999.
- ESEN**, Hüseyin, “Zina”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 44, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 2013.
- FENDOĞLU**, Hasan Tahsin, Türk Hukuk Tarihi, Filiz Kitabevi, İstanbul 2000.
- GAZALÎ**, İslam Hukukunda Deliller ve Yorum Metodolojisi, (Trc. Hacı Yunus Apaydın), C. 2, Rey Yayıncılık, Kayseri 1994.
- GEDİKLİ**, Fethi, “Osmanlı Hukuk Tarihi Kaynağı Olarak Şer’iyye Sicilleri”, Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, C. 3, S. 5, İstanbul 2005.
- GÖKMENOĞLU**, H. Tekin, “İslam Muhakeme Usulü Hukukunda Bir İspat Vasıtası Olarak Yemin Delili”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S. 3, Konya 1994.

- HACI REŞİT PAŞA**, Rûhu Mecelle, C. 7, 8, Dâru'l Hilâfeti-l Aliyye, İstanbul H. 1326.
- HALEBÎ**, İbrahim, İzahlı Mültekâ El Ebhur Tercümesi, (Trc. Mustafa Uysal), C. 2-4, Kanaat Matbaası, İstanbul 1968, 1970, 1973.
- HALLÂF**, Abdulvahhâb, İslam Hukuk Felsefesi (İlm-i Usûli-l Fıkh), (Trc. Hüseyin Atay), C. 13, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, Ankara YYB.
- HEYD**, Uriel, “Eski Osmanlı Ceza Hukukunda Kanun ve Şeriat” (Trc. Selahaddin Eroğlu), Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. 26, S. 1, Ankara 1984.
- İBN KAYYIM EL-CEVZİYYE**, Ebû Abdillâh Şemsuddîn Muhammed b. Ebî Bekr b. Eyyûb, et-Turuku'l-Hükmiyye fi's-Siyâseti's-Şer'iyye, C. 1, Mektebetu Dâru'l Beyan, Yersiz YYB.
- İBN RÜŞD**, Ebû'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Muhammed b. Ahmed el-Hafîd, Bidâyetu'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid, C. 4, Dâru'l Hadis, Kahire 2004.
- İBN-İ ÂBİDİN**, Muhammed Emin, Reddü'l-Muhtar Ale'd Dürrü'l Muhtar, C. 8, Dâru Alemil-kutub, Riyad 2003.
- İNALCIK**, Halil, “Kanunnâme”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 24, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 2001.
- İNALCIK**, Halil, “Osmanlı Hukukuna Giriş, Örfî-Sultanî Hukuk ve Fatih'in Kanunları”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 2, Ankara 1958.
- İNALCIK**, Halil, “Şeriat ve Kanun, Din ve Devlet”, İslâmiyât Dergisi, S. 4, Ankara 1998.
- İNALCIK**, Halil, “Türk Devletlerinde Sivil Kanun Geleneği”, Türkiye Günlüğü Dergisi, S. 58, Ankara, Kasım-Aralık 1999.
- İNALCIK**, Halil, Osmanlı'da Devlet, Hukuk, Adâlet, Eren Yayınları, İstanbul 2000.

İstanbul Kadı Sicilleri, C. 1-38, İSAM Yayınları, İstanbul 2008-2012.

İŞPİRLİ, Mehmet, “Kazasker”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 25, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 2002.

KARAMAN, Hayrettin, “Âdet”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C.1, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 1998.

KARAMAN, Hayrettin, “Fıkıh”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 13, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 1996.

KARAMAN, Hayrettin, İslam Hukukunda İctihad, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara YYB.

KÂSANÎ, Alâeddin Ebubekir b. Mes'ûd, Bedâiu's-Sanâi fi Tertîbi's-Şerâi', C. 7, Dâru'l Kutubil İlmiyye, Beyrut 1986.

KAŞIKÇI, Osman, İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle, Osmanlı Araştırma Vakfı Yayınları, İstanbul 1997.

KAYA, Süleyman, “Mahkeme Kayıtlarının Klavuzu, Sakk Mecmuaları”, Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, C. 3, S. 5, İstanbul 2005.

KAZICI, Ziya, “Osmanlı Devletinde Din ve Hukuk”, İslam San'at, Tarih, Edebiyat ve Mûsikîsi Dergisi, S. 1, Konya 2003.

KENANOĞLU, M. Macit, “Osmanlı Kanunnâmeleri Neşriyatı Üzerine Bir Tahlil”, Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, C. 3, S. 5, İstanbul 2005.

KESGİN, Hafsa, “Nevâzil Kavramı Ve Fetvâ, Kazâ İlişkisi (Kavramsal Bir Analiz)”, Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S. 40, Erzurum 2013.

KOCA, Ferhat, “İkrar”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 22, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 2000.

KOÇ, Yunus, “Erken Dönem Osmanlı Hukuku”, Hacette Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi, Osmanlı Devleti'nin Kuruluşunun 700. Yılı Özel Sayısı, Ankara 1999.

- KOŞUM**, Adnan, “Osmanlı Örfi Hukukunun İslam Hukukundaki Temelleri”, Selçuk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S. 17, Konya 2004.
- KÖSE**, Saffet, “Sükût”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 38, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 2010.
- KUDURÎ EL-BAĞDADÎ**, Ebû'l-Hasen Ahmed b., İbâdât Münâkehât Muâmelât Ukubât, (Trc. Süleyman **Fâhir**), Kitsan Yayınları, İstanbul 1979.
- KUNTER**, Nurullah / **YENİSEY**, Feridun / **NUHOĞLU**, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2010.
- KURU**, Baki / **ARSLAN**, Ramazan / **YILMAZ**, Ejder, Medenî Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- MAVERDÎ**, Abul Hasan Ali B. Muhammed, El-Havi'l-Kebir, C. 16, Darul Kutubil İlmîyye, Beyrut 1994.
- MAVSİLÎ**, Abdullah B. Mahmud, el-İhtiyar li-ta'lîli'l-Muhtâr (Trc. Mehmet **KESKİN**), C. 2-4, Hikmet Neşriyat, İstanbul 2012.
- MERGİNÂNÎ**, Şeyhülislam Burhanüddin Ebu'l-Hasan Ali B. Ebu Bekir, El Hidâye Tercemesi, (Trc. Ahmed Meylanî), Kahraman Yayınları, İstanbul 1986.
- MES'ÛD EFENDÎ**, Mir'ât-ı Mecelle, Matbaa-i Osmaniye, İstanbul H. 1299.
- MEVKÛFÂTÎ**, Mehmed, Mültekâ Tercümesi Mevkûfât (Yazar, İbrahim **Halebi**, Sadeleştiren, Ahmet **Davutoğlu**), Sağlam Yayınları, C. 1, 2, İstanbul 1980.
- MOLLA HÛSREV**, Gürer ve Dürer Tercümesi, (Trc. Arif **Erkan**), Kit-San Yayınları, C. 2-4, İstanbul 1980.
- MUMCU**, Ahmet, “Dîvân-ı Hümâyun”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 9, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 1994.
- OĞUZ**, Mustafa / **AKGÜNDÜZ**, Ahmed, “Hüccet”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C.18, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 1992.

- ORTAYLI**, İlber, “Osmanlı Devleti’nde Kadı”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 24, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 2001.
- ÖZEL**, Ahmet, “Fıkıh”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 13, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 1996.
- ÖZEN**, Şükrü, “İstislâh”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 23, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 2001.
- PAMİR**, Aybars, “İslâm ve Osmanlı Hukuku’nda Kasame Müessesesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 54, S. 4, Ankara 2005.
- SCHACHT**, Joseph, “Osmanlı Devletinde İslam Hukuku” (Trc. Hulusi **Yavuz**), Diyanet Dergisi, C. 17, S. 5, Ankara 1978.
- SCHACHT**, Joseph, İslam Hukukuna Giriş (Trc. Mehmet **Dağ** / Abdulkadir **Şener**), Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, Ankara 1977.
- SERAHSÎ**, Mebsût, (Edt. Mustafa Cevat **Akşit**), C. 7, 16-18, 26, Gümüşev Yayınları, İstanbul 2008.
- ŞABAN**, Zekiyüddîn, İslâm Hukuk İlminin Esasları, (Trc. İbrahim Kâfi **Dönmez**), Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 1990.
- ŞAFAK**, Ali, “Ehl-i Vukuf”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 10, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 1994.
- ŞEN**, Murat, “Osmanlı Hukukunun Yapısı”, Yeni Türkiye Dergisi, 701 Osmanlı Özel Sayısı (Siyaset ve Teşkilat), S. 31, Y. 6, Ankara 2000.
- ŞEN**, Murat, “Osmanlı Hukukunun Yapısı”, Türkler Ansiklopedisi Osmanlı (Teşkilat) Sayısı, Yeni Türkiye, C. 6, Ankara 1999.
- ŞEN**, Murat, “Eski Hukukumuzda Gerçek Kişilerin Hak ve Fiil Ehliyeti”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 1998 (Yayımlanmamış Doktora Tezi).

- ŞEN**, Murat, “Eski Yargılama Hukukumuzda Şahidin Yükümlülükleri ve Başkasından Naklen Şahitlikte Bulunma”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 1-2, Erzincan 2000.
- ŞEN**, Murat, “Önceki Hukukumuzda Şahitliğin Tanımı, Şartları ve Nisabı”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, Erzincan 1998.
- ŞEN**, Murat, “Şahitliğin Geçerlilik Şartlarının Önceki Hukukumuzdaki Düzenleniş Biçimi”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, Erzincan 1999.
- ŞEN**, Murat, “The Historical Development Of Turkish Law”, Hufs Global Law Review, C. 6, Sayı 2, Ağustos 2014.
- ŞENER**, Abdulkadir, İslâm Hukuku Dersleri I, İstiklâl Matbaası, İzmir 1987.
- ŞENER**, Abdülkadir, Kıyas İstihsan İstislah, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 1974.
- ŞEYH BEDREDDİN**, Et-Teshîl Şerhu Letâifi'l-İşârât, (Edt. Hacı Yunus **Apaydın**), C. 1-2, T.C. Kültür Ve Turizm Bakanlığı Yayınları, Ankara 2012.
- ŞEYH BEDREDDİN**, Yargılama Usulüne Dair Câmiu'l-Fusûleyn (Edt., Hacı Yunus **Apaydın**), T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı Yayınları, Ankara 2012.
- TAŞ**, Aydın, “Şureyh'in Hayatı, İlmi, Mevkii ve Kadılığı”, Fırat Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S. 1, Elazığ 1996.
- TENGER**, Feyza, “İslam Hukukunda Hakimin Takdir Yetkisi Bağlamında Kendi Bilgisiyle Hüküm Vermesi”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2006 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- TOPALOĞLU**, Bekir, “Beyyine”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 6, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 1992.
- TOPUZ**, Gökçen, Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.

- ÜNVER**, Yener / **HAKERİ**, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- YAMAN**, Ahmet / **ÇALIŞ**, Halit, İslam Hukukuna Giriş, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul 2013.
- YAVUZ**, A. Fikri, İslâm Fıkhı ve Hukuku, İrfan Yayınevi, İstanbul YYB.
- YAVUZ**, Cevdet, “Dava”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 9, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 1994.
- YAVUZ**, Mehmet, “Ceza Muhakemesinde İspat Sorunu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 9, Ankara 2012.
- YAVUZ**, Yusuf Şevki, “Hüccet”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 18, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 1998.
- YAYLALI**, Davut, “Karîne”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 24, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 2001.
- YAZIR**, Elmalılı M. Hamdi, Alfabetik İslâm Hukuku ve Fıkıh İstılâhları Kamusu, C. 2, Eser Neşriyat, İstanbul 1996.
- YILDIRIM**, Celal, Kaynaklarıyla İslam Fıkhı (İbadât, Muamelât, Ferâiz), Uysal Kitabevi, C. 3, Konya YYB.
- YILDIRIM**, Mustafa, Mecelle'nin Küllî Kâideleri, İzmir İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İzmir 2012.
- YILDIZ**, Kemal, İslam Yargılama Hukukunda Şahitlik, Hâcegân Akademi Kitaplığı, İstanbul 2005.
- YILMAZ**, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara 2006.
- ZEYDAN**, Abdülkerim, İslam Hukukuna Giriş Genel Hükümler ve Müesseseleri (Trc. Ali Şafak), Kayıhan Yayınevi, İstanbul 1995.

ZUHAYLÎ, Vehbe, İslâm Fıkıhı Ansiklopedisi, (Trc. Ahmet **Efe** / Beşir **Eryarsoy** / H.Fehmi **Ulus** / Abdurrahim **Ural** / Yunus Vehbi **Yavuz** / Nurettin **Yıldız**), C. 8-9, Risale Yayınları, İstanbul 1994.

İnternet Kaynakları

<http://osmanlicaturkce.net/54394/kasir> e.t. 10.03.2015.

<http://www.etarih.net/tr/islam tarihi/ilkmuslimanturkdevletleri.html> e.t. 14.03.2014.

<http://www.insanihakuk.com/hukuk/ceza-muhakemesi-hukuku/> e.t. 08.07.2015.

SAĞLAM, Hadi, “İslam Hukuk Tarihinde Faili Meçhul Cinayetler Meselesi (Kasâme Müessesesi)”, e-Akademi Dergisi, S. 108, <http://www.e-akademi.org/arsiv.asp?sayi=108>, e.t. 05.05.2015.

ÖZGEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Adı Soyadı : İmran AKTÜRK
Uyruğu : Türkiye (TC)
Doğum Tarihi ve Yeri: 01.01.1989, Develi/Kayseri
Medeni Durumu : Evli
Tel : 0546 416 75 49
e-mail : ifidan@melikshah.edu.tr
Yazışma Adresi : Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi 38280 Talas/Kayseri

EĞİTİM

Derece	Kurum	Mezuniyet Tarihi
Lisans	Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi	2011
Lise	Ayşe Melahat Erkin Anadolu Lisesi Alanya/Antalya	2007

İŞ DENEYİMLERİ

Yıl	Kurum	Görev
2012 - Halen	Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Araştırma Görevlisi

YABANCI DİL

İngilizce (B2), Almanca (A1)

YAYINLAR

İmran AKTÜRK, “I. Meşrutiyet Döneminde Osmanlı Hükümet Sistemi”, Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, Kayseri 2013.