

**TÜRK HUKUK TARİHİ
ARAŞTIRMALARI**

Journal of Turkish Legal History

ISSN: 1306-6889

Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları

Journal of Turkish Legal History

Sayı 30, 2020 (Güz)

Sahibi ve Yazı İşleri Müdürü	Fethi Gedikli (İstanbul Üniversitesi Sadri Maksudi Arsal Hukuk Tarihi Uygulama ve Araştırma Merkezi Müdürü)
Kurucular	M. Âkif Aydın, Mehmet Akman, Ekrem B. Ekinci, Fethi Gedikli, M. Macit Kenanoğlu, Mustafa Şentop, Mürteza Bedir
Yayın Kurulu	M. Âkif Aydın, Mehmet Akman, Ekrem B. Ekinci, Fethi Gedikli, M. Macit Kenanoğlu, Mürteza Bedir, Sami Erdem, Ayhan Ceylan, Cihan Osmanağaoğlu Karahasanoğlu
Danışma Kurulu	İdris Bostan (İstanbul Ü.), Feridun Emecen (İstanbul 29 Mayıs Üni.), Mehmet İpşirli (İstanbul Medipol Üni.), İsmail E. Erünsal (İstanbul 29 Mayıs Üni.), M. Emin Artuk (İstanbul Medipol Üni.), İbrahim Kâfi Dönmez (İstanbul 29 Mayıs Üni.), Kemal Beydilli (İstanbul 29 Mayıs Üni.), Engin Deniz Akarlı (İstanbul Şehir Üni.), Sevgi Gül Akyılmaz (Ankara Hacı Bayram Veli Üni.), Mustafa Avcı (Ankara Sosyal Bilimler Üni.), Yusuf Karakoç (Dokuz Eylül Üni.), Nevin Ünal Özkorkut (Ankara Üni.)
Editör	Fethi Gedikli
Yardımcı Editörler	Ali Adem Yörük, Abdullah İslamoğlu
Sekreterlik	Furkan Şahan, Ridvan Abdurrahman Demirtaş
Baskı	İlbey Matbaa, Matbaa Kağıt Reklam Org. Mücellit San. ve Tic. Ltd. Şti. 2. Matbaacılar Sitesi, 3 NB 3 Topkapı/Zeytinburnu/İstanbul 0 212 613 83 63 (Sertifika No. 17845)
Baskı Tarihi	Aralık 2020

Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları yılda iki sayı yayımlanan hakemli bir dergidir. Dergide yer alan yazıların ilmi ve fikrî sorumluluğu yazarlarına aittir.

Yönetim

İstanbul Üniversitesi Sadri Maksudi Arsal
Hukuk Tarihi Uygulama ve Araştırma Merkezi
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Merkez Bina
Oda 58 Beyazıt/İstanbul/Türkiye
e-posta: hukuktarihimerkezi@istanbul.edu.tr

Bu sayı Bahçelievler Belediyesi'nin katkılarıyla basılmıştır.
Belediye Başkanı Dr. Hakan Bahadır'a teşekkür ederiz.

Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları

Sayı 30 • 2020 (Güz)

İçindekiler

Erken Cumhuriyet Döneminde Hukuk Dilinin Özleşmesine Yönelik Sivil Arayışlar <i>Tarık Özcan</i>	5
<i>Tarihçi Hukuk Bilimi Mecmuası'nın Amacı Üstüne</i> <i>Friedrich Carl von Savigny - çev. Serhan Yıldırım</i>	55
İttihad ve Terakki İçinde Muhalefet ve <i>Hizb-i Cedit</i> Krizi - Kont Léon Ostorog'un Sir Eyre Crowe'a Sunduğu Rapor (30 Nisan 1911) <i>Çev. Abdurrahman Nur</i>	65
<i>Belgeler/Notlar</i>	75
Hattat Mustafa Halim Özyazıcı'nın Hukuk Konulu Grafik Çalışmaları <i>Halûk Perk</i>	75
Cumhurbaşkanlığı Osmanlı Arşivi Tasnifi Üzerine Bir Not <i>Fethi Gedikli</i>	101
<i>Tarihçi Hukuk Bilimi Mecmuası'nın Tarihçesi</i> <i>Serhan Yıldırım</i>	105
İstanbul Barosu'nun İlk Genel Kurul Toplantısı, İlk Levhası ve Kostaki Sardenski'nin Nutku (5 Nisan 1878) <i>Tugay Aydın</i>	113
Türkiye'nin İlk Avukat Ajandası <i>İstanbul Barosu Ajandası 1928</i> ve Avukatlara Meslekî-Ahlâkî Öğütler <i>Tugay Aydın</i>	129
"Her Türü Yoksulluk İçinde Tekemmüle Doğru Bir Hatve": <i>Ceride-i Adliye</i> , Makale Fihristi ve Yazar Dizini <i>Ercan Karaismailoğlu - Rıdvan Abdurrahman Demirtaş - İbrahim Enes Onat</i>	137
Hukuk Reformu Metinleri 19: Sanat-ı Taknin ve Usûl-i Tedvin (1925) <i>Haz. Ercan Karaismailoğlu</i>	217

Hukuk Reformu Metinleri 20: <i>Droit</i> ile Usûl-i İslâmiyeyi Cem' - Ali Suavi'nin Duruva: <i>İlm-i Usûlü'l-Hukuk'u</i> (1870) <i>Haz. Yasin Yılmaz</i>	221
Beyyinâtın Şerâit-i Kabul ve Takdiri <i>Mustafa Reşit Belgesay - haz. Fatma Zehra Yavuz - Beyza Nur Byık</i>	229
Serbestî-i Mukavelât <i>Mişon Ventura - haz. Mert Burak Ersan</i>	247
Mesuliyet-i Akdiye ve Mesuliyet-i Cürmiye <i>Sıddık Sami Onar - haz. Niyazi Varođlu - Zeynep Aygür</i>	267
Kavânîn-i Esasiyenin Tekevvünü: İngiliz Kanun-ı Esasîsi <i>Celâleddin Arif - haz. Fatih Selim Bayram - Kevser Çetin</i>	279
Kaza-yı İdarî <i>Charles Crozat, trc. Mustafa Hâmid - haz. Zeynep Aygür - Niyazi Varođlu</i>	297
Sahtelikte İstimal <i>Diren Yerganyan - haz. Mert Burak Ersan</i>	315

BEYYİNÂTIN ŞERÂİT-İ KABUL VE TAKDİRİ*

Mustafa Reşit Belgesay** , haz. Fatma Zehra Yavuz*** - Beyza Nur Bıyık****

I. [Usul-i Beyyinât]

Huzur-ı mahkemede bir hal-i tabî veya vaziyet-i müktesebenin yani zâhirin, hilâfını iddia eden her kimse müddeâsını ispat ile mükelleftir. Beyyine, vâsi mânasıyla, müddeâ-bihe hakimi ikna için istimal edilebilen her türlü vesâittir.

Hakimi bir meseleye ikna için ancak kanunun şâyân-ı kabul addettiği delâil istimal olunabilir. Beyyinâtın şerâit-i kabul ve takdirini tayin hususunda iki muhtelif usul vardır. Birincisi, beyyinât-ı kanuniye usulü olup hakimin kabulüne mezun olduğu delâili ve her birinin hüküm ve kuvvetini tayin eder. Hakim, ne delâil-i muayyene haricinde delil istimâ edebilir, ne de işbu delâili bî't-takdir mücebince amelden imtina edebilir.

İkincisi, beyyinât-ı takdiriye usulü olup hiçbir delilin hüküm ve kuvvetini ber-vech-i peşin tayin etmez, hükkâmı ancak kendilerini ikna edebilen delâil ile amele mecbur eder.

Hakim, kanunen şerâit-i ikame ve kabulü muayyen beyyinât haricinde delil istimâ'ından memnu olur ise, şerâit-i muayyeneyi haiz hüccet tedarikine imkan bulunmayan ahvâlde hiçbir kusuru olmadığı halde müddeâ ızzar edilmiş olur. Ale'l-umum vekâyi'in ispatı gibi ki daima ne müddeâ-aleyhe ikrar ettirmek

* Mustafa Reşit Belgesay, Mişon Ventura, Sıddık Sami Onar, Celâleddin Arif, Charles Crozat ve Diran Yerganyan'ın bu sayıdaki makaleleri; İstanbul Hukuk Fakültesi, Osmanlı Türkçesi Seminerleri bünyesinde oluşturduğumuz Hukuk Metinleri Atölyesi'ne devam eden öğrenciler tarafından, nezaretim altında hazırlanmıştır. Katkıları için İbrahim Enes Onat, Rıdvan Abdurrahman Demirtaş ve Furkan Şahan'a teşekkür ederiz (ed. Ali Adem Yörük). Bu yazının künyesi: Mustafa Reşid, "Hukuk-ı Medeniye Tedkikâtı: Beyyinâtın Şerâit-i Kabul ve Takdiri", *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, sy. 3, Temmuz 1332, s. 256-274.

** Mustafa Reşid, Hukuk Fakültesi *usul-i muhakemât-i hukukiye* mukarriri.

*** Stajyer avukat, Bursa Barosu.

**** Lisans öğrencisi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

kâbil olur ve ne de daima vakanın şahideyn-i âdileyn huzurunda cereyan etmiş olmasına imkan bulunur.

Beyyinât-ı kanuniye usul-i mutlakının istilzâm ettiği ikinci netice de delâil-i muayyenenin hüküm ve kuvvetini takdire hakim muktadir olamamasıdır. Gerçi bazı ahvâlde hakimi bir dereceye kadar takyidde isabet var ise de daima onu takyid etmek, kanaat-i vicdaniyesi hilâfına hükme icbar eylemek doğru olamaz. Zira hiçbir delil, müddeâ-bihin hüccetine daima suret-i kat'iyede delâlet edemez. İbraz edilen evrak sahte, şahitler şهادetlerinde kâzib olabilir. Hükkâmın sıdkında tereddüt ettiği delili redde muktadir olamaması, müzevver delâili tezyide hâdim olur. Beyyinât-ı takdiriye usul-i mutlakı da şâyân-ı tavsiye olamaz. Zira hakime tensib ettiği delili muvâfık gördüğü şekil ve tarzda istimâ'a ve evvelce itina-yı mahsus ile tertib ve ihzar edilmiş olan hüccetleri redde selâhiyet verilir ise büyük sû'-i istimalâta yol açılmış olur; muamelâtta emniyet ve istikrar kalmaz.

Al'e'l-umum kavânîn-i cedidenin usul-i beyyinât hakkında vaz' ettiği bazı esasât ber-vech-i âtî arz olunur:

Evvelen: Mahkemelerce şâyân-ı kabul olacak delâil tayin edilmiştir; hükkâm, bu delâil haricinde münasip gördüğü vesâitin tedkikiyle temin-i vicdan edemez. Mesela hakim hariçte istihsâl edeceği malumat üzerine hükmedemez.

Sâniyen: Al'e'l-umum vekâyi gibi evvelce tarafeyn için hüccet tedarikine imkan olmayan mesâilin kanunen şâyân-ı kabul her türlü vesâit ile ispatı kâbidir. Ez-cümle şهادet veya karine-i kâtia ile mesâil-i mezkurenin ispatı mümkün olur. Tarafeynin bi'l-iltizam hüccet tedarik etmedikleri nazar-ı dikkate alınarak vekây-i mezkurenin ispatı zımnında ikame edilecek delâilin ihtiva edeceği şerâit, hadd-i asgarîye tenzil olunmuştur.

Sâlisen: Tarafeyn için evvelce hüccet tedarikine imkan olan hususâtın, mukavelâtın ispatı için edille-i makbule-i kanuniye pek mahduddur. Suret-i umumiyede şهادet ve karâin-i kâtia esbâb-ı hükümden ma'dud değildir.

Râbian: Hükkâm, ikame edilmek istenilen delâili kanunen muayyen olan usule tevfiқан istimâ ve tedkik edebilirler.

Hâmisen: Ekser-i delâili takdir için hakim serbest olup kâni olmadığı delâil ile amele mecbur değildir. Maahazâ senedât-ı resmiye veya hatt ve imzası inkâr edilmeyen senedât gibi bazı delâili takdire hükkâm muktadir olmayıp mücebine amel ve hükmetmeye mecburdurlar.

II. [Kanunlarımıza Göre Usul-i Beyyinât]

Ahkâm-ı kanuniyemizce şâyân-ı ihticac olan beyyinâtın bazıları kanunî, diğer

bazıları takdirîdir. İkrar, şehadet, yemin ve yeminden nükûl, beyyinat-ı kanuniyedendir. Kanun, işbu delâilin usul-i ikame ve şerâit-i kabul ve hüküm ve kuvvetini suret-i kat'iyede tayin etmekle hükkâm, şerâit-i muayyeneyi haiz olmayan delâil-i mezkureden hiçbirisiyle temin-i vicdan edemediği gibi işbu delâilin hilâfına hükme de mezun değildir. Hakim yek-diğerini münâkız iki beyyine karşısında bulununca kanaat-i vicdaniyesinin ve zâhir-i halin teyid ettiği tarafın beyyinesini tercihe muktedir olmayıp tercih-i beyyinat için kanunun vaz' ettiği ahkâma ittiba' mecburdur. (Hakimin beyyinat-ı kanuniyeyi ne dereceye kadar takdire mezun olduğunu aşağıda izah edeceğim).

Rü'yet-i dava esnasında hakimin, keşf-i mahall veya ehl-i hibreden istîzâh-ı keyfiyet tarikiyle istihsâl edeceği malumat, karine-i kâtıa, tevâtür, beyyinat-ı takdriyedendir. Yani delâil-i mezkure ancak hakimi ikna ettiği takdirde vâcibu'l-amel olur. Karine-i kâtıa ile tevâtürün neden ibaret olduğu ve ne gibi şerâiti ihtiva etmesi lâzım geleceği de kanunen tayin edilmemiştir. Elverir ki bazı âsâr-ı maddiye veya bazı muhbirlerin ifadeleri, müddeâ-bihin sıhhatine delâlet ettiğine hakimce kanaat gelsin.

Mecelle mücebince vekayi'-i âdiye olsun, mukavelât olsun, her mesele beyyinat-ı kanuniye ve takdiriye ile ispat olunabilir.

Mecelle ve me'hazı olan ahkâm-ı fikhiyemize nazaran beyyinat-ı kanuniyenin en mühimmi şehadet olup ona binâen verilecek hüküm, eşhâs-ı sâireye te'addî eder. Mecelle ve ahkâm-ı fikhiyemiz mücerred şehadet-i kâzibenin önünü almak maksadıyla, şehadetin kabulünde o kadar şerâit aramıştır ki şerâit-i mezkurenin cem'ine el-yevm imkan olmadığı gibi istişhâd eden tarafın, şehadeti[n] şâyân-ı kabul olup olmadığına evvelce vâkıf olması da gayr-ı mümkündür. Fi'l-hakika âdil zannıyla birini iştişhâd eden kimse, şahidinin kendince meçhul olan bazı esbâbdan nâşî, müzekkilerce tezkiye edilmediğini görebilir. Binâberîn şehadetin kabulü bu gibi nice şerâite tâbi tutulur ise kimse hakkından emin olmaz ve muamelâtta istikrar kalmaz. Halbuki şeriatın şahitlerde aradığı ekser-i şerâitin fikdâmı takdirinde o şahide pek de emniyet caiz değildir.

İzahât-ı sâlifeden müstebân olduğu vechile -zamanımızda- şehadetin beyyinat-ı kanuniyeden addedilmesi caiz olmayıp ancak bazı delâil ve emârâtı takviye ettiği veya hakimi ikna eylediği takdirde esbâb-ı hükümden addolunabilir. Tabir-i âharla şehadet, beyyinat-ı kanuniyeden değil, beyyinat-ı takdriyeden olmalıdır. Beyyinat-ı kanuniye resmen tanzim edilmiş olan veya hatt ve imzası inkâr edilmeyen senedâta hasredilmelidir.

Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanunu, 80'inci maddesinde evvelce delil tedarikine imkan olan ve bin kuruşu müteceviz bulunan mevâdda şهادeti beyyînât-ı kanuniye idâdından ıskât eylemiştir. Hususât-ı mezkurenin şهادet ile ispatı el-yevm kâbil değildir. Bin kuruşa kadar olan de'âvînin el-yevm şهادet ile kâbil-i ispat olmasına sebep, ekseriya muamelât-ı cüz'iyeye için senet tedariki müşkil olmasıdır. Sâniyen, yazısı olmayan kimseleri her muamele için yazıcı ücreti i'tâya icbar etmek de münasip değildir.

Şهادetin Şerâit-i Kabulü

Mecelle, şهادetin şerâit-i makbuliyetini biraz ifrat derecede tayin etmiştir ki asıl mevzu-ı makalemiz şerâit-i mezkurenin teşrih ve tenkidi olacaktır.

1. Adet Şartı

Mecelle, 1685'inci maddesinde, nisâb-ı şهادeti iki erkek veya bir erkek ile iki kadın olarak tayin etmiştir. Ancak erkeklerin ıttılâ'ı mümkün olmayan yerlerde ve yalnız mal hakkında kadınların şهادeti makbul olur.

Müddeî için müzevver bir şahit bulmak ne kadar sehl ise müteaddid şahit ve hatta adetleri hadd-i tevâtüre bâliğ olacak mertebe müzevver muhbirler bulmak da o kadar sehl olduğuna nazaran, mantıkan şهادetin kabulünde adedin meşrut olmaması iktiza eder ise de "...erkeklerinizden iki hâzırı şahit de yapın, şayet ikisi de erkek olamıyorsa o zaman doğruluğuna emin olduğunuz şahitlerden bir erkekle iki kadın ki biri unutulunca diğeri hatırlatsın, şahitler de çağırıldıklarında kaçınmasınlar..." âyet-i celilesinde iki şahit ile istişhâd lüzumu emredildiğinden Mecelle, her hususta adedi şart etmiştir. F'l-hakika iki müzevver şahit tedariki de şahid-i vâhidin tedariki kadar sehl ise de esna-yı şهادette, ekseriya beynlerinde ihtilaf vâki olmamak kâbil olmaz. Hakimin her iki şahidi isticvâbı ile, hakikate daha kat'î bir surette vâsil olması muhtemeldir. İki şهادetin yek-diğesine tevâfuku takdirinde mesele bütün vuzûhuyla meydana çıkmış olur, şahitler tarafından yanlış tefsir edilmiş olması ihtimali kalmaz. Şu kadar ki şahit tedarikine imkan olmayan mevâdda müddeîyi iki şahit ile isbat-ı müddeâyâ mecbur etmek caiz değildir. Zira ale'l-umum vekayî'in hadd-i yakîne bâliğ olan emârât-ı maddiye ile ispatı kâbil iken, hakimi ikna edebilen bir tek şahit ile ispatını gayr-ı caiz addetmek doğru olamaz. Bu takdirde cemiyet, hakikat-i mutlakaya vusûlün ta'azzürü bahanesiyle ihkâk-ı haktan istinkâf etmiş olur; memlekette vuku bulup birçok kimseleri ızrar

¹ Bakara, 2/282. âyetten nâkıs iktibas.

eden bir hayli vekayi'e nazar-ı iğmâz ile bakılmak icab eder ki intizam-ı âimme nokta-i nazarından asla şâyân-ı tecviz olamaz.

Onun içindir ki fukahâ, bu gibi bazı mesâilde, vâhidin ve hatta mer'e-i vâhidinin şهادeti makbul olacağını ictihad eylemişlerdir. Nitekim sıbyan mekteplerindeki vekayi'e tek bir muallimin şهادeti ve âdeten erkeklerin ıttılâ'ı mümkün olmayan mahalde cereyan eden vekayi'e kadın olsun, erkek olsun, vâhidin şهادeti makbul olur. Fakat zannımıza göre fukahânın şahid-i vâhidin şهادeti şâyân-ı kabul olacak mesâili tayin için kaide-i umumiye vaz' etmeyip envâ'-ı mesâili ta'dâd ile iktifa etmelerinde isabet yoktur; fi'l-hakika âdeten mesâil-i mezkurede nasıl şahideyn tedariki kâbil değil ise bir kırdâ, تنها bir mahalde de adl ve makbulü'ş-şehade iki şahidin daima tedarik edilmesi kâbil değildir. Ve zaten bir kimsenin diğerine karşı mûcib-i damân bir fiili esna-yı icrasında tesadüfen bulunabilecek kimselerin tahammül-i şهادete de mecburiyetleri yoktur.

İzahât-ı sâlifeden müstebân olduğu üzere şart-ı aded, ancak rıza-yı tarafeyn ile icra edilen muamelât-ı hukukiyenin ispatı için talep edilmelidir. Ancak bu takdirde tarafeyn için makbulü'ş-şehade iki şahit tedarikine imkan vardır.

İmam Şafii rahimehullâh müddeînin yalnız bir şahidi mevcut ise, hakimim müddeîyi tahlif ederek lehine hükmedebileceğini ictihad etmiştir. Vekâyi'in ispatı için imam-ı müşarun-ileyhin ictihadı ile amel olunmak ihtiyac-ı asra muvâfıktır zannederim. Roma ve Fransa hukuk-ı kadîmesinde dahi nisâb-ı şهادet iki olarak tayin edilmiş ise de bugünkü Fransa Kanunu, şهادeti kat'iyen beyyinat-ı takdiriye meyânına idhal ederek hakimi ikna edebilen vâhidin şهادetini esbâb-ı hükümden addetmiştir.

2. Ehliyet Şartı

Tezvirât ve sût-i istimalâtı mümkün mertebe tahdid maksadıyla kanun, şهادetlerinde şüphe-i tezvir gördüğü kimselerin şهادetlerini gayr-ı makbul addetmiştir. Bazı kimselerin davada olan menfaat-i maliyeleri kendilerini yalan şهادete sevk eder. Şهادât-ı mezkurenin kabulü, nev'ammâ bir kimsenin kendi lehine şهادetini kabul menzilesinde olur. Hakimi, şahitlerin menfaat-i maliyesini nazar-ı dikkate alarak takdir-i şهادete mezun etmek ile hakikate vusûl temin edilmiş olmaz. Zira hakim, takdirâtına ekseriya şهادât-ı vâkıanın kâffesini esas ittihaz eder. Binâberîn mukavelesini şahit ile ispat etmek arzu eden kimse, kanunun bî-taraf addettiği kimseleri istişhâd etmelidir.

Maahazâ itiraf edilmek lâzımdır ki hayat-ı hakikiyede cereyan eden vekâyi'in

ekserisi için istişhâd edilmez. Belki lede'l-icab vekâyi'-i mezkure, bi't-tesadüf orada bulunmuş kimselerin şهادetiyle ispat edilmek zaruri olur. Binâberîn kanun, vekâyi'in ispatı için hükkâmı takdirâtında serbest bırakmak şartıyla şahitlerin haiz olması lâzım geleceği şerâit-i ehliyeti hadd-i asgarîye tenzil etmelidir.

Şهادete Ehil Olmayanlar

Evvelen, hukuk-ı medeniyeden sâkit olanlar veya cünha ile mahkum olup mahkemece şهادete ehliyetten ıskât olunanlardır. (Kanun-ı Ceza, madde 38).

Mahkumiyet-i cezâiye ile şهادete ehliyetten sâkit olan kimselerin, hukuk-ı memnuaları iade olunmadıkça, şهادetleri mesmu olmaz; velev ki bilahare tashih-i ahlak ile vasf-ı adaleti ihraz ettiklerini ispat etmek istesinler. Fransa Kanun-ı Cezası'ndan muktebes olan hükm-i mezkur müellifince tenkit edilmiştir. Ez-cümle Bentham diyor ki: "Kanun, vakanın yegane şahidi olan mücrimi şهادete ehliyetten ıskât eder ise, aynı zamanda bir bî-günahın, meşhûdun-lehin vücuduna bir kılınç saplamış olur".

Kanun-ı Ceza'nın 31'inci maddesi mücebince hukuk-ı medeniyeden ıskât edilenler, ifadeleri bayağı malumat kabîlinden addedilmek üzere bir davanın esna-yı tahkikinde istimâ olunabilirler, fakat hükkâm bu gibileri tahlif edemez ve ifadelerini lafz-ı şهادet ile tevsik ettiremez. Mücerred ifadeleri üzerine hükmeyleyemez. Şu kadar ki ifadeleri âsâr-ı maddiyeyi teyid ve tevsik eder ise karine-i kâtianın husûlüne hâdim olabilir. Hukuk-ı medeniyeden ıskât edilen kimselerden edilen istîzâhın, vicdan-ı hükkâma tesir-i azîmi gayr-ı münker iken kendilerinin şahit olmamalarına binâen yalan şهادet cürmüyle mahkum olmalarına imkan yoktur. Binâberîn kanunun karine-i kâtia ile kâbil-i ispat olan de'âvîde hukuk-ı medeniyeden sâkit olanları, şهادetleri hakimın takdirine tâbi olmak üzere, şهادete ehil addetmesi temenni olunur.

Fransa Kanunu mücebince hukuk-ı medeniyeden sâkit olanlar iade-i itibar etmedikçe asla şهادete ehil değillerdir. İade-i itibar etmiş olanlar her ne kadar ehil iseler de kendilerine bu sebepten dolayı meşhûdun-aleyh ta'n ederek şهادetlerinin istimâ edilmemesini talep edebilir.

Sâniyen, Âdil Olmayanlar: Seyyiâtı hasenâtına galip olan yani kizb ile maruf veya mesâvî-i sâire-i ahlakiyeyi itiyad eden kimselerin yalan şهادet etmeleri ihtimalinin ziyade olmasına mebni vâzı'-ı kanun bu misillülerin şهادetini gayr-ı makbul addetmiştir. Tarafeynin ancak ahlak-ı memduha sahibi olmakla maruf kimseleri istişhâd etmeleri lâzımdır. Şu kadar ki kanunun, adaletin ispatı için

kabul ettiği şekil, tezkiye, şâyân-ı itiraz görülmektedir. Tezkiyeden başka bir tarik ile adaletin ispatı kâbil olmazsa en namuslu kimseler bile ifa-yı şهادetten bi-hakkın imtina edebilirler. Şeriat-ı garrâmız, şهادetin adem-i kabulünden havf eden şahidi eda-yı şهادete icbar etmemiştir.

Müzekkîler, ya şahide veya meşhûdun-lehe olan sût-i zanlarından veya bir adâvet-i hafiyelerinden veya ahvâl-i hususiyelerine adem-i vukûf cihetiyle vesveselerinden nâşî mestûreyi bilâ-işare iade edebilirler. Ve şu selbî muamele ile şahitlerin namusuna tecavüz edilmiş olur; mütecavizun-aleyh kendisince meçhul olan mütecavize karşı hiçbir şey yapamaz ve namuslu ve mürüvvet sahibi olduğunu umûm muvâcehesinde ispat edemez. Buna mukabil müzekkî, şahide olan hüsn-i zannından veya onunla hem-ayar olmağla bir gün dahi kendisinin şahitten tezkiye edileceğini teemmül etmesinden dolayı şahidi adaletle tezkiye edebilir. Buna da ale'l-amyâ itimad caiz olmaz. Zamanımızda ekseriya tezkiyenin neticesi, şahit ile müzekkînin derece-i münasebâtına tâbi olup şahidin adaletine tâbi olmadığı müşahede edilmektedir. Çünkü zamanımızın ahlâkî eslâfın ahlâkına müşâbih olmadığı gibi herkesin ahlâkî mahallesinde veya idaresinde eskisi kadar müştehir değildir. Şهادetleri mücebince hükmedildikten sonra yalan şهادetle mahkum olan şahitler az değildir. Hele hüsn-i sıyt sahibi kimselerin tezkiyesi pek bî-mana idi. Onun için Sulh Hakimleri Kanunu, hakimleri şahitlerin tezkiyesinde muhtar bırakmıştır. Mehâkim-i sulhiyede şهادetin mecburi olduğu nazar-ı dikkate alınırsa buradaki lüzum-ı teceddüd derhal teslim edilir. Mehâkim-i nizamiyede de, ziyâ'-ı hakka sebebiyet vermemek için, şهادetin mecburi olması ve tezkiye usulünün tadil ve hatta hazfî temenni olunur.

3. Def'-i Mağrem veya Cerr-i Mağnem Dâ'iyesine Binâen Gayr-ı Makbul Olan Şهادât

Mecelle'nin 1700'üncü maddesi kaide-i umumiye olarak def'-i mazarrat veya celb-i menfaat dâ'iyesi mevcut olan şهادetin makbul olmadığını beyan ettikten sonra işbu dâ'iyenin mevcut olduğu ahvâlî ta'dâd etmiştir.

İnsanlar hep melek-haslet olmadıkları için, kendi menfaatleri icab ettirdiği veya tarafeynden birine karşı muhabbet veya adâvetleri olduğu takdirde beyan edecekleri ifadelerine itimad caiz olmaz.

Şهادet, sıdk ve kizbe ihtimali bulunan bir haberden ibarettir. Bu haberdeki cihet-i sıdk, ancak muhbirin bî-taraf, tarafeynin her ikisine karşı aynı vaziyette bulunduğu ve davada alakadar olmadığı takdirde tereccüh eder. Namuslu ve

mevsûku'l-kelim kimselerin bile böyle bir menfaat karşısında vakayı yanlış telakki etmiş olmalarına ihtimal vardır.

Esbâb-ı ma'rûzadan nâşî bazı kavânîn-i ecnebiyede def'-i mazarrat veya celb-i menfaat dâ'iyesinin mevcut olduğu ahvâlde şahadeti gayr-ı muteber addedilmiştir. Maahazâ vakanın ispatı zımnında şahit ikame eden kimse, şahitlerini serbestçe intihab etmiş olmadığından ve ancak tesadüfen vakayı müşahade eden kimseyi işhâd etmek mecburiyetinde bulunduğu müddeî bilhassa ailesi arasında cereyan eden vekâyi'i ekseriya ispattan âciz kalır. Onun için müellifin-i Garbiyeden birçokları, celb-i menfaat dâ'iyesinin mâni'-i kabul-i şahadet olmaması fikrinde-dirler. İhtimal burada, yukarıda izah ettiğimiz gibi, vaka ile mukavelâtın tefrik edilmesinde ve mukavelâtın bî- taraflığında şüphe olunan kimseler ile ispatına müsaade edilmemesinde isabet vardır.

A- Usul ve fûrû'un ve zevceynin yek-diğeri lehine şahadeti muteber değildir. Fî'l-hakika zevceyn veya ebeveyn ile evlad arasındaki ihtiramât ve muhabbet-i tabîye bunları yek-diğeri lehine şahadete temayül ettirir. Ve zaten evlad ve ahfâd ile ebeveyn ve zevceyn âdeten birbirinin malından müntefi' olduklarından burada def'-i mazarrat ve celb-i menfaat dâ'iyesi de vardır. Mecelle işbu akrabânın yek-diğeri aleyhine şahadetini, def'-i mazarrat ve celb-i menfaat dâ'iyesi mülâhaza etmediği cihetle, muteber addetmiştir.

Bugün âlem-i hakikide görülüyor ki ebeveyni ve evladı veya zevc ve zevcesi aleyhine şahadet edenler, mehâfetullah için değil, belki onlara karşı besledikleri adâvetten dolayı şahadet etmektedirler. Fî'l-hakika bir kimsenin bir muhabbet-i cibilliyesi olması iktiza eden bir kimse aleyhine şahadet için mahkemeye koşması, zıddiyet-i menâfi'in iki karîb arasında muhabbet yerine adâvet ikame ettiğini ispat eder.

Eğer şahit mücerred ihkâk-ı hakka hizmet kastıyla o zahmeti ihtiyar etmiş ise nezakete muhalif olan şu muamele, iki karîb arasında hiss-i münâferet husûle getirir. Vâzı'-ı kanunun hüsn-i maîşet-i aileyi ihlal edecek ahvâlden mücânebet etmesi lâzımdır. Binâenaleyh zannımıza göre ebeveyn ile evlad veya zevceyn-den her biri yek-diğeri aleyhine şahadete mecbur olmamak ve hatta şahadetleri intizam-ı âmmeyi muhafazaten gayr-ı makbul olmak lâzımdır ve zaten ahvâl-i ictimaiyemize nazaran ebeveyn aleyhine şahadetle bir nev' adâvet-i dünyeviye zâhir olmuş addolunabilir zannındayım.

Usul ve fûrû'dan mâadâ akraba arasında derece-i irtibat zayıftır. Ekseriya muhabbet mevcut olsa da iştirak-i menâfi yoktur ve aralarında mevcut olan ihti-

ram, ebeveyn ile evlad arasındaki muhabbete makîs değildir. Onun için Mecelle “bunlardan mâadâ akraba” arasındaki şehadeti tecviz etmiştir.

Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanunu’nun 62’nci maddesinde mahkeme azâsından birinin tarafeynden biriyle kardeş veya ‘am veya ‘amzâde olmak gibi dördüncü dereceye kadar karâbet veya sıhriyeti olması, redd-i hakim esbâbından addedildiği halde bu misillü akrabanın yek-diğeri leh ve aleyhine şehadeti Mecelle mücebince caiz olmaktadır. Halbuki hükkâmın işgal etikleri mevki-i ictimaînin ehemmiyeti, alenen cereyan edecek bir muhakeme ve münakaşa üzerine hüküm vermek ve verdikleri hükmü esbâb ve ilele istinâd ettirmek mecburiyetleri onların kolayca hissiyâta mağlup olmalarına mâni olur. Şahitlerin sıdklarını temin için ise buna mümâsil ahkâm mevcut değildir. Şahitlerin sıdkı kontrol edilemediği halde, âmme davayı hakim ile beraber kendi sıralarında muhakeme ederler. Kanunlarımız arasında şu tezatın izâle edilmesi temenni olunur.

“Bir şahs-ı hükmîyi terki eden efrâddan birinin usul ve fûrû veya zevc ve zevcesi o şahs-ı hükmî lehine şehadet edebilir mi?” meselesi cây-ı teemüldür. Şahs-ı hükmî farazî ve nazarî bir şahıstan ibaret olmayıp belki efrâdının heyet-i mecmuasından ibarettir². Binâberîn şürekâdan her birinin evlad ve ahfâdının o şirket lehine şehadeti kısmen ebeveyni lehine şehadet olur ki caiz olamaz. Maahazâ anonim şirketleri gibi sermayesi eshâma münkasım olan şirketlerde şürekânın şahsı bir ehemmiyeti haiz olmadığından ve her bir şerik temettü’ün tevzi’inden mukaddem hissesini âhara devir hakkına mâlik olduğundan şirket lehine şehadet, şerik lehine şehadet addolunamaz; meğr ki şürekâdan birinin bilhassa şirkette bir menfaati mevcut ola. O halde evlad ve ahfâd veya ebeveyni istişhâd edemez. Mesela müdirân-ı şirketten bazıları beraat-ı zimmetlerini icab ettiren muamelât-ı şirketi akrabalarının şehadeti ile ispat edemezler. Şahitlerin yek-diğeri ile karîb olmaları şehadetlerine mâni olmaz.

B- Bir kimsenin infakıyla ta’ayyüş eder adamının ve ecîr-i hâssının kendi lehine şehadeti makbul olmaz. Diğerinin infakıyla ta’ayyüş etmekte olan bir kimse üzerinde sahib-i nafakanın nüfuz-ı manevisi olması pek tabiidir. Şahidin veliyyü’n-nimetinin lehine şehadetten imtina ettiği takdirde teveccühünü kaybederek elindeki nimeti kaçırmaktan havf etmesi ihtimali vârid olmağla şehadetini kanun bî-taraf addetmemiştir.

Mecelle’deki infakıyla ta’ayyüşten maksat, mutâd vechile ta’ayyüş demek olup, şehadete davetinden sonra[sın]da, şahidin meşhûdun-lehin ziyafetine

² Bazıları bu fikre muhaliftir, meselenin tafsili sadedden hariçtir.

gitmiş olması veya onunla beytütet etmiş olması mâni-i şehadet olamaz. Fransa Kanunu şahidin istimâ'ına karar verildikten sonra tarafeynden birinin ziyafetine gitmiş veya evinde yemiş içmiş olmasını esbâb-ı ta'ndan addetmiştir. Kanun-ı mezkur istimâ'a karardan sonra şahidin böyle bir ziyafeti kabul etmesini töhmetli bulmuştur. Maahazâ mehâkim ve müellifinin ictihadlarına nazaran şahit istikametiyle tanınmış ve müddeînin hanesine nâzil olması sırf bir mecburiyet veya âdetten nâşî olmuş veya ziyafette hasım dahi hâzır bulunmuş ise, töhmet mevcut olmadığından, şehadetlerinin kabulü caizdir.

Ecîr-i hâssın efendisine sıkı bir rabita ile merbût olması, lehine şehadet takdirinde ücretinin ve rabitasının tezyidi ve aleyhine şehadet takdirinde rabitanın zayıflaması ve kendisine izin verilmesi ihtimaline binâen vâzı'-ı kanun bu şahidin bî-terafılığından şüphe etmiştir.

Mecelle, ecîr-i hâss tabiriyle ecîr-i müşterekten ihtirâz ediyor. Ecîr-i müşterekin müste'cirîne olan rabitası pek zayıftır. Eğer böyle bir rabita mâni-i şehadet olsa en âdî muâmelât-ı hukukiyeyi akdetmiş olan iki kimsenin de menâfi'-i mütekâbilelerini sıyânet maksadıyla yalan şehadet edebileceklerini farz etmek lâzım gelir ki bu dereceye kadar ileri gitmekte isabet yoktur.

C- Bir kimsenin kendi fiiline şehadet etmesi: Mecelle'nin 1704'üncü maddesi, bir kimsenin kendi fiiline şehadetini gayr-ı makbul addetmiştir. Kanun bir kimsenin kendi fiilini ispat arzu etmesinde töhmet mevcut farz ediyor. Bir kimse bazen kendi fiilini ispat suretiyle müteneffi' olur. Mesela dellal ve simsarlar, ancak akd-i bey'in sübûtu takdirinde ücrete kesb-i istihkâk ederler. Maahazâ töhmet daima mevcut değildir. Ücretini tamamıyla kabz etmiş ve bu cihetle hiçbir alakası kalmamış dellallar veya malı teslim eden hamallar veya nakline bir vechile yardım etmiş olan kimseler, akd-i bey'e şehadetlerinde asla töhmetli değildirler; bazen de muamelenin yegâne şahidi bunlar olabilir ve bunların şehadetlerine müracaat mecburi olur. Fukahâ, kendi fiilini zikretmeksizin fiil-i mezkura binâen şehadet-i mutlakayı tecviz etmişlerdir. Belki şahitlerin meşhûdun-bihe suret-i itilâ'larını tefsir etmelerine müsaade etmek ve kendi fiiline şehadeti suret-i mutlakada gayr-ı makbul addetmemek daha doğrudur. Zira bu takdirde hakim meseleye etrafiyla kesb-i vukuf eder ve şahitlerin şehadetlerinde celb-i menfaat dâ'iyesi mevcut olup olmadığını müşahede eder.

Mecelle'nin zikrettiği esbâb-ı ta'n tahdidî midir, yoksa vukû'î midir? Yani Mecelle'de mezkur olmayan ve mamafih def-i mazarrat ve celb-i menfaat dâ'iyesi mevcut olan ahvâl-i sâirede hükkâm şehadeti reddedebilir mi? Mecelle'nin zâhir-i

ibaresinden hükkâmın bu bâbda serbest oldukları anlaşılabilir. Zira Mecelle, evvela bir kaide-i umumiye vaz' etmiş ve âdetâ misal kabîlinden dâ'îye-i menfaat mevcut olan ahvâli ta'dâd etmiştir; şu kadar ki hakime bu bâbda serbestî-i tâm vermek, bazı nukât-ı nazardan ne kadar zaruri olursa olsun, diğer cihetten şâyân-ı tecviz olmayacak mehâzîri dâ'î olabilir.

Zira hükkâmın takdirâta girişip en âdî münasabâtta celb-i menfaat dâ'îyesi müşâhede edebilmelerine imkan vardır. Fransa'nın eski hukuku, bu bâbda Mecelle gibi bir kaide-i umumiye vaz' etmiş idi. İşbu kaideyi tefsiren ekser-i hükkâm, şahitlerin fakirü'l-hal olmasını veya tarafeynden birinin dâyin veya medyûnu bulunmasını töhmetli addettiler.

Kanunu bu vechile tefsir, sût'-i istimalâta bâdî olabileceğinden Mecelle'nin ta'dâd ettiği esbâb-ı töhmeti tahdidî addetmek daha münasiptir. Maksud-ı kanun da böyledir. Eğer kanun bu fikirde olmasa idi, şehadetin makbul olmadığı ahvâli mufassalan beyan etmezdi.

Mecelle 174'üncü maddesinin fıkra-ı ûlâsında kaide-i umumiye vaz' etmemiş, belki mutâdî olduğu vechile vaz' ettiği ahkâma delil-i mantıkî göstermek istemiştir.

Binâenaleyh şahitlere meşhûdun-lehin ikram etmesi veya mesârif-i zaruriyelerini tesviye etmesi şehadetlerinin kabulüne mâni olmaz. Kezâlik asl-ı vakf hakkında mürtezikanın, bir şehir merâsı hakkında o şehir sekenesinden merâda hayvanını otlatmayanların şehadeti makbul olur. Her ne kadar Mecelle'nin 1700'üncü maddesi tahdidî olarak tefsir edilmek ve hükkâm hod be-hod esbâb-ı ta'n kabul edememek lâzım gelir ise de zannımıza göre delil-i evleviyet veya teşâbüh ile bazı esbâb-ı ta'n kabul edebilirler. Zira mesela zevceynin yek-diğeri lehine şehadeti, onlar arasındaki iştirak-i menâfi ve muhabbetten dolayı reddolunmak lâzım gelirken gayr-ı meşru bir surette yaşayan kadın ve erkeğin yek-diğeri lehine şehadetini kabul etmek hiçbir vechile makul olmaz. Kezâlik pederin evlad lehine olan şehadetini ona muhabbetten ve ihtimâlen vâris olabilmesinden dolayı reddederken meşhûdun-lehin vâris-i muhtemeli olan mesela bir karındaşının şehadetini kabul etmek pek mânasız olur.

Bunun gibi veled-i gayr-ı meşru'un kendisini terbiye ve infak eden ve tanıyan pederi lehine şehadeti de caiz olmamak lâzım gelir. Kezâlik cemî'-i emvâlini veya cemî'-i emvâlinin bir cüz'-i şâyî'ini vasiyet eden kimse lehinde mûsa-lehinin şehadeti makbul olmaz. Emvâl-i mevkûfenin hasılatını iddiada mürtezikanın şehadeti muteber değildir.

Mukâyese-i Kavânîn

Fransa Kanunu yukarıda arz ettiğimiz esbâba binâen bazı kimseleri şهادete nâ-ehil (*indigne*) veya gayr-ı muktedir (*incapable*) addetmiştir.

Şهادete nâ-ehil olanlar şهادet hakkından mahrumiyeti mûcib bir mahkumiyet-i cezaiyeye dûçar olanlardır. Bunların hiçbir davada şهادetleri kabul edilmez ise de ifadeleri bayağı malumat kabîlinden olmak üzere istimâ olunabilir.

Neseben veya sıhren usul ve fûrû, velev ba'de't-talak zevceyn yek-diğeri leh ve aleyhine şهادete gayr-ı muktedirdir.

Şهادete adem-i iktidar ile adem-i ehliyet arasında fark şudur ki gayr-ı muktedir olanların ifadesi bayağı malumat kabîlinden olarak dahi istimâ olunamaz. Gayr-ı muktedir olanların şهادetlerinin istimâ'ındaki memnuiyet, îcâbî yani intizam-ı âmmeyi muhafaza için olduğundan tarafeyn rızalarıyla işbu memnuiyeti ref' edemezler. Müddeî-i umumînin itirazı üzerine mahkemece bu misillü şahitlerin şهادeti mesmu olmadığına karar verilmek iktiza eder.

Fransa Kanunu mûcebince "*reprochable*" denilen diğer bazı kimseler daha vardır ki onların şهادeti ancak hasmın itirazı üzerine mahkemece kıraat olunamaz³. Kanun-ı mezkur esbâb-ı ta'nı ta'dâd etmiştir. Bu esbâb da celb-i menfaat veya def-i mazarrat dâ'iyesi mûlahazasıyla vaz' edilmiştir. Esbâb-ı ma'dûdenin tahdidî veya vukû'î olduğunda ihtilaf edilmiştir. Ekser-i müellifin esbâb-ı muayyeninin tahdidî olduğunu kabul ederler ise de Fransa Mahkeme-i Temyizi esbâb-ı mezkureyi vukû'î addetmektedir.

Esbab-ı ta'n nasıl ispat edilebilir? Kanun esbâb-ı ta'nın suret-i ispatını tayin etmediği cihetle kavâid-i umumiyeye tevfikan ya bir beyyine-i tahririye veya beyyine-i şahsiye ile ispat edilebilir. Maahazâ meselenin beyyine-i şahsiye ile ispatı bazı kerre müşkilât ihdas eder; olabilir ki def-i mağrem veya cerr-i mağnem dâ'iyesini ispat için müddeâ-aleyhin ikame edeceği şuhûda da müddeî ta'n eder. Eğer müddeînin de meşhûdun-aleyhin şahitlerine ta'nını ispat için şahit ikamesine müsaade ediyor ise bu şahitlere bir defa daha müddeâ-aleyhin ta'n edebilmesi muhtemeldir. Bu teselsül ilâ-nihâye gidebilir. Sarâhat-i kanuniyenin

³ Fransa'da şahit mahkemece alenen istimâ edilmeyip belki istimâ için azâdan biri "*judge commissaire*" tayin olunur. "*Reprochable*" olan şahitler, "*judge commissaire*" tarafından istimâ olunur, fakat mahkemece esbâb-ı ta'n beyan ve ispat olunarak "*judge commissaire*" tarafından tanzim olunan raporun kıraat olunmaması talep olunabilir.

fikdânı cihetiyle hükkâm her şahit hakkında dermeyan edilen esbâb-ı ta'nı tedkik mecburiyetindedir. Fransa Kanunu mücebince esbâb-ı ta'nı ispat için ikame olunan şuhûda edilecek ta'n ancak vesâik-i tahririye ile ispat olunabilir.

4. Sebk-i Dava Şartı

Mecellenin 1696'ncı maddesi mücebince hukuk-ı nâsa şehadetin sıhhatinde sebk-i dava şarttır. Hemân bi'l-umûm kavânîn-i mütemeddine, tarafeynden biri cânibinden talep vâki olmadıkça bir davanın re'sen rü'yet edilebilmesini tecviz etmezler. Derdest-i rü'yet bir dava mevcut değil iken hod be-hod bir kimsenin hasbeten şehadet etmesi bî-mânadır. Hakim abes ile iştigal etmez.

Fakat Mecelle'nin ibaresinden mahkemede bir kimsenin ikame-i şuhûd edebilmesi için mutlaka esas-ı hakkını iddia etmesi lüzumu istihraç olunur. (Zira Mecelle'ye göre dava, bir kimsenin diğerinden huzur-ı hakimde hakkını talep etmesidir). Bu itibarla madde-i mezkure şâyân-ı itirazdır. Çünkü olabilir ki müddeî henüz şerâit-i mukavelenin tahakkuk etmemesinden ve mesela henüz deynin vâcibi't-tediye olmamasından dolayı fi'l-hal ikame-i davaya muktedir olmaz. Fakat şahitlerinin ziyâ'ından havf eder. Veya mesela sahib-i imzanın fevt veya gâip olacağından şüphe ederek fi'l-hal tahkik-i imza ettirmekte kendisi için menfaat-i azîme bulur. Kendisinin esas-ı hakkını fasl ettirmemek üzere derhal şuhûdunu istimâ ve senedinin imzasını tedkik ettirebilmesi, intizam-ı âmme için hiçbir mahzuru dâî olmadığı gibi muhafaza-i hukuka hâdim olmak itibarıyla menâfi'i haizdir.

Fukahâ-yı ızâm hazerâtı müddeînin hakkının zâyi olmamasına çare olmak üzere şehade ale's-şehadeyi tecviz etmişlerdir. Şahitler tarafından tahmil edilen şehadete binâen hüküm caiz olur ise bi-tarîki'l-evlâ huzur-ı mahkemede edecekleri şehadete binâen bilahare hükmetmek iktiza eder ve çünkü şehade ale's-şehadede ihtimal-i kizb ziyadedir. Huzur-ı mahkemede ve muvâcehe-i hasmda, velev esas-ı hak talep edilmediği halde edilecek şehadatta ihtimal-i kizb nisbeten pek noksandır.

III. Takdir-i Beyyinat

Şerâit-i kanuniyeyi haiz olarak ikame edilen bir beyyinenin kabulüne hakimi icbar edip etmemekteki menâfi ve mehâzîri ve bu bâbdaki fikrimizi fıkra-i sâlifede izah ettik. Burada yalnız ahkâm-ı mevzuamıza nazaran meseleyi tedkik edeceğiz.

1. Beyyînât-ı Tahririyenin Takdiri

Mevâdd-ı hukukiyede, hükkâmın ikrar-ı sarîh-i kitâbîyi de takdir etmeksizin mantûkunca hükmetmeleri iktiza eder. Hükkâm, mukırrın kâzib olduğu kanaatinde bulunarak ikrarın hilâfına hükmedemezler.

Fakat hakimin hakk-ı takdiri olmaması, ancak ikrarın mukırrdan sudûru gayr-ı münker olan ahvâldedir. Eğer mukırr, senedin kendisinden sudûrunu inkâr eder ise nazar olunur: Senet, kanunun tayin ettiği usul ve merasim dairesinde tanzim olunmuş ve binâenaleyh resmî ise hükkâmın yine hakk-ı takdiri yoktur; senet imza sahibinindir. Fi'l-hakika hükkâmın bu gibi senedâtı takdir edebilmelerine müsaade edilmiş olsa o cemiyette kat'î nazarıyla bakılabilecek hiçbir hak mevcut olmaz ve her hak, hakimin takdirine tâbi olur. Hakimin senedât-ı resmiye ile amel etmesindeki vücûb, ol senedin resmiyeti inkâr edilemediği takdirdedir. Eğer senedin resmiyeti inkâr olunur yani resmî olduğu iddia olunan senedin hakikat-i halde müddeî tarafından tasnî' edildiği veya memur-ı mahsusunun hilâf-ı hakikat olarak sened-i mezkuru tanzim ettiği iddia olunur ise mahkeme, sened-i mezburu hakikat olarak kabule mecbur değildir.

Mahkemenin bu hususta vâsi selâhiyeti vardır. Sahtekârlık hakkında Usul-i Muhakemât-ı Cezaiye'de muayyen olan usule tevfiikan dava rü'yet edilerek netice-i muhakemede hükkâm, vicdanlarının emrettiği vechile karar verirler. Ancak sahtekârlık davası, hukuk-ı umumiye davası kâbil-i ikame iken, mahkeme-i hukukta rü'yet edilemeyip ceza mahkemesinde rü'yet edilmek iktiza eder ve ceza mahkemesinin bu bâbda vereceği hüküm, hukukta kaziyeye-i muhkeme teşkil eder; yani mahkeme-i hukukiye, mahkeme-i cezaiyenin mukarrerâtı hilâfında karar veremez.

Sahtekârlık bahsinde halletmek istediğimiz mühim bir mesele vardır: Ceza mahkemesi, sahtekârlık davasını rü'yet edebilmek için hukuk-ı umumiye davasının ikame edilebilmesi şarttır. Yani evvelâ, asıl sahtekarın veya muininin taayyün etmesi, ber-hayat olması ve dava-yı umumînin mürûr-ı zamanla sâkıt olmamış bulunması şarttır. Hukuk mahkemesinde sahte bir senedin istimali esnasında hukuk-ı umumiye davasının ikamesine bir mâni bulunabilir. Mesela vâris, mûrisinin sahte olarak tanzim ettiği bir senedi sahih zannıyla istimal edebilir. Müsta'melin, sahteliğine vâkıf olmadığı halde, hasmın "senet sahtedir, istimal edecek misin?" diye sualine rağmen sened-i münâza'un-fih ile ihticâda ısrar etmesi, niyet-i cürmiyesine ve binâberîn muin olduğuna delâlet edemez. Kanun, bu sualin lüzum-ı îrâdını başka bir sebebe mebni talep ediyor. Eğer bazılarının

iddiası gibi böyle bir suale rağmen sened-i münâza'un-fihin istimali bir cürüm teşkil etse, hakkını kolay kolay ve hasmın sözüne, tehdidine binâen feda etmek istemeyen bî-günahlar cezalandırılır veyahut eğer sahib-i hak tab'an cebîn ise sû'-i niyete mâlik imza sahipleri teşcî' edilir. Kezâlik sahtekârlık davası on veya üç sene mürûruyla sâkit olduğu halde senedin mutazammın olduğu hak, on beş sene mürûruna değin dava edilebilir.

Esbâb-ı mebhûseden nâşi ceza mahkemesinde sahtekârlık davasının ikamesi kâbil olmazsa hukuk mahkemesi, sahtekârlık davası rü'yet edebilir mi?

Biz, hukuk-ı umumiye davası sâkit olmuş ise hukuk mahkemesinin sahtekârlık davasını rü'yet edebileceğini zannediyoruz. Sahtekârlık iddiası, Usul-i Muhakemât-ı Cezâiye'de muayyen olan şekilde dermeyan edildiği ve mahkemece sahte olduğuna cezâ edildiği takdirde mehâkim-i hukukiye, tedkik-i hatt u hâtem kavâidine tevfiikan sened-i mezkurun sahib-i imzadan sâdir olup olmadığını tahkik edebilir.

Mehakim-i hukukiyenin işbu selâhiyetine karşı bazılarının dermeyan etmek istedikleri itirazât kat'iyen vârid görülemez.

Zira evvelen, Usul-i Muhakeme-i Cezâiye Kanunu'nun ikinci maddesi mücebince mehâkim-i hukukiye, hukuk-ı umumiye davasının sâkit olup hukuk-ı şahsiyenin bâki kaldığı ahvâlde, mesela maznûnun-aleyhin vefatı takdirinde, hukuk-ı şahsiye davasını rü'yet edebilirler.

Sâniyen, Kanun-ı mezkurun 365'inci maddesinin mütalaasından münfahim olur ki: Sahtekârlık iddiası, esas-ı davayı rü'yet eden mahkemede dava-yı hâdise kâbilinden olmak üzere rü'yet olunur, meğer ki hukuk-ı umumiye davası kâbil-i ikame olsun (Madde 366). O takdirde kanunun sarâhati vechile "Maslahat, cinayet hakkında câri olan usule tevfiikan rü'yet olunur". Bu ifade ile kanun, sahtekârlık davasının ceza mahkemesinde rü'yet olunacağını söylemek istemiştir. Eğer hukuk mahkemesi, dava-yı umumî ikamesiyle zâhire ihraç mümkün olmayan sahtekârlık mesâilini rü'yete muktedir olmasa, mahkeme sahteliği ihtimali pek âşikar olan bir senetle amele icbar edilecektir ki buradaki tehlike ednâ bir mülâhaza ile anlaşılır.

Senedât-ı Hususiye: Senedât-ı hususiyenin hatt veya hâtemi inkâr edildiği takdirde hakimin derece-i selâhiyeti nedir? Hakk-ı takdiri var mıdır?

Bir senedin imza veya hattı inkâr edilir ise mahkeme, usulüne tevfiikan tedkikat icrasıyla netice-i mütalaasını bildirmek üzere senedi ehl-i hibreye havale ve bu işe nezaret etmek üzere azâsından birini de memur eder.

Bize göre mahkeme, ehl-i hibre raporu üzerine vereceği kararda serbesttir. Tarafeyni ve lede'l-hâce sened-i münâza'un-fihin yazıldığını gören kimseleri

bir daha istimâ ile kanaat-i vicdaniyesinin âmir olduğu vechile hükmeder. Zira ehl-i hibre, ancak icra-yı tahkikatta hakimın vekilidir. Onların vazifesi vicdan-ı hakimi tenvidir. Ehl-i hibre hiçbir vakit la-yuhtî addedilemez. Yek-diğere nice müşabih nice hatlar olduğu gibi bir kimsenin bi'l-iltizam hattını tebdil etmesi de müsteb'ad değildir. Ehl-i hibre ve naib, senedin yazıldığını müşahade eden kimselere müracaatla istihsâl edecekleri malumatı takdirlerine esas ittihaz ederler.

Mahkeme, lüzum görürse şahitleri bizzat da istimâ edebilir. Maahazâ mahkemeyi bizzat istimâ'-ı şuhûda mezun edecek bir madde-i sarîha-i kanuniye olmadığından mahkemenin bizzat şuhûdu istimâ edebilmesi cây-ı tereddüddür. Ahîren neşredilen Sulh Hakimleri Kanunu mücebince hakimler, şuhûdu istimâ ve lede'l-icab ehl-i hibre ile birlikte münâza'un-fih olan senedi mukayese ederek tedkik-i hatt u hâteme mezun kılınmışlardır.

2. Beyyinât-ı Şahsiyenin Takdiri

Hükkâm, şuhûdun şehadetini bi't-takdir sıdkına kanaat hâsıl etmedikleri halde redde selâhiyetdar mıdır? Mesele muhtelefun-fihdir.

Bazı ulemâmız, hükkâmın beyyinât-ı şahsiyeyi takdire muktedir oldukları fikrindedir. Diğer bazıları ise aksi fikri iltizâm etmektedirler. Bize göre Mecelle, beyyinât-ı şahsiyenin takdirine hükkâmı mezun etmemiştir. Fîl-hakika Mecelle'nin 1700'üncü maddesi, şehadet davaya muvafık ise kabul olunacağını söylüyor. Ve madde-i müteâkibesinde ne vakit şehadetin davaya muvafık olabileceğini dakik bir surette tayin ediyor. Eğer hükkâma serbestî bahşetmek isteseydi, bi't-tab' şehadetin davaya muvafakati için bir fasıl tahsisine lüzum görmez idi.

Mecelle'nin 1710'uncu maddesi mücebince milk-i mutlakı iddia eden müddeînin şahitleri ol vechile şehadet etseler kabul olunur. Fakat tesadüfen müddeî, sebep-i mülkiyetini beyan etmiş ise şehadetleri reddolunmak iktiza eder. Eğer Mecelle takdir-i şehadette hakime hakk-ı takdir tanımış olsaydı böyle bir şehadeti gayr-ı makbul addetmezdi. Mecelle, şehadetin reddi için sebep olarak işbu şehadet ile ziyadenin sâbit olacağı ve ziyadeye şehadette ise davaya muvafakat bulunmadığını izah ediyor. Esasen şahideynin milk-i mutlaka şehadet etmesiyle müddeînin iddia etmediği bir şeye hükmedilemez. Ve zaten şahidin milk-i mutlaka şehadetten maksadı, o malın dünyada mevcudiyeti anından beri müddeîye aidiyetini ispat etmek değildir. Binâberîn milk-i mutlaka şehadet takdirinde ziyadeye şehadet de yoktur. İmdi madde-i mezkurede beyan edilen sebep vârid değildir. Fakat şu madde, Mecelle'nin hükkâmı ne dereceye kadar şehadette takyid etmek istediğine

vâzıh bir delil teşkil eder.

Mecelle, takdir-i beyyinatta hükkâmı serbest bırakmadığı için evvela envâ'-ı beyyinatın, sâniyen her iki tarafın beyyinesinin te'âruzu halinde hangisinin şâyân-ı tercih olduğunu tayin etmiştir. Mesela hakim, tevâtüre karşı şehadet ile amel edemez. Tarafeynden her ikisi de ikame-i şuhûd etseler, hakim, Mecelle'nin tercih-i beyyinat faslında muayyen olan kavâide tevfikân icab eden tarafın beyyinesini tercih eder, yoksa şahitlerin ifadâtına ve delâil-i sâireye nazaran sahih olduğuna daha ziyade ihtimal verdiği beyyineyi değil.