

**TÜRK HUKUK TARİHİ
ARAŞTIRMALARI**

Journal of Turkish Legal History

ISSN: 1306-6889

Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları

Journal of Turkish Legal History

Sayı 31-32, 2021 (Bahar-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 Editör	Ali Adem Yörük - Abdullah İslamoğlu
Sekreterlik	Furkan Şahan - Rıdvan Abdurrahman Demirtaş
Baskı	Özlem Matbaacılık ve Reklamcılık Ltd. Şti. Litros Yolu 2. Matbaacılar Sit. A Blok No: 1BA11 Topkapı/İstanbul www.ozlemmatbaa.com.tr (Sertifika No: 45257)
Baskı Tarihi	Aralık 2021

Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları yılda iki sayı yayımlanan hakemli bir dergidir.
Dergide yer alan yazıların ilmî 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 31-32 • 2021 (Bahar-Güz)

İçindekiler

Sebülürreşâd Dergisi'nin Türkiye Cumhuriyeti'nin Kuruluş Sürecinde Batılılaşma ve Laiklik Düşüncesine Yaklaşımı <i>Nevin Ünal Özkorkut</i>	5
On Sekizinci Yüzyılda Kuzey Ege Adalarında Mala Tasarruf Hakkına İlişkin Bazı İhtilaflar <i>Osman Safa Bursalı</i>	41
<i>Belgeler/Notlar</i>	
Mekteb-i Kuzât İmtihanları Üzerine Bir Değerlendirme <i>Mustafa Çakıcı-Haluk Perk</i>	65
Reform Sürecinde Kadı Âdâbına Dair Bir Risale: İskilipli Müftî ve Müderris Hacı Emin Efendi'nin <i>Tenvîrül-Ahkâm'ı</i> <i>Mustafa İnce-Rukiye Yiğit</i>	91
Bilinen İlk <i>Contrat Social</i> Tercümesi: Ahmed Midhat'ın <i>Mukavele-i İctimâiye'si</i> (1876) <i>Rıdvan Abdurrahman Demirtaş</i>	123
Ahmed Cevdet Paşa'nın <i>Muhtıra-ı Hususiye</i> Adlı Tezkire Defteri <i>İlhami Yurdakul</i>	163
Son Osmanlı Ceza Kanunnamesi'nde Iskat-ı Cenin <i>Mine Doğan</i>	177
Ahmed Esad Arsebük'ün <i>Hâkimlerin Hakk-ı Takdiri ve Hüsn-i Niyet</i> Adlı Risalesi <i>Serhan Yıldırım</i>	185
Charles Crozat'nın Vichy Fransasına Dair Öngörülleri: <i>Yeni Fransız Kanun-ı Esasîsi</i> Başlıklı Gazete Yazısı <i>Emre Partalçı</i>	223
Hukuk Reformu Metinleri 21: Ahmed Midhat'ın Tahkiyesiyle Şeriattan Muktebes Modern Avrupa Hukukunun Gelişimi ve Esasları (1876) <i>Ali Adem Yörük - Furkan Şahan</i>	245

Hukuk Reformu Metinleri 22: Abdurrahman Talat'ın Kaleminden 1274/1858 Tarihli Ceza Kanunu'nun Meşruiyeti Meselesi (Tazir-i Şer'î Mecmuası Olarak Ceza Kanunu, 1911) <i>Ali Adem Yörük-İbrahim Enes Onat</i>	257
Hukuk Reformu Metinleri 23: Hoca Emin Efendi'nin Gözünden Mekteb-i Fünûn-ı Mülkiye'nin İlk Yılları (1860) <i>Haz. Abdurrahman Nur</i>	285
Kanun-ı Esasîmize Göre Muahedât Akdi <i>Cemil Bilsel-haz. Rumeysa Ş. Demir</i>	291
Şahitlerin Tezkiyesiyle İlgili İki Eleştirel Metin (1917, 1922) <i>Haz. Melikşah Aydın-Yasin Yılmaz</i>	309
Hukuk-ı Ticaretin Tekevvünü (1923) <i>Mehmed Vehbi Sarıdal, haz. Yasin Yılmaz</i>	321
Şahsiyet-i Hukukiye Nazariyesi <i>Şevket Memedali Bilgişin, haz. Rıdvan Abdurrahman Demirtaş</i>	331
Yarım Kalmış Bir Sigorta Risalesi: Sigortaların Memâlik-i Osmaniyedeki Hal-i Sâbık ve Hâzır <i>Nazaret Haçaryan, haz. Kübra Kara</i>	347
Ankara Hukuk Mektebi'nin İlk Talebe Rehberi (1926) <i>Haz. Tugay Aydın</i>	355
<i>Kitabiyat</i>	
Tuba Yıldız, <i>Geleneğin Hukuku Osmanlı'nın Adaleti Dürzîler ve Mârûnîler</i> <i>Mehmet Çetinkaya</i>	409

ŞAHİTLERİN TEZKİYESİYLE İLGİLİ İKİ ELEŞTİREL METİN (1917, 1922)

Haz. Melikşah Aydın* - Yasin Yılmaz**

Bu çalışmada şahitlerin tezkiyesiyle ilgili *Ceride-i Adliye*'de yayımlanan iki makaleyi biraraya getirdik. İlk makale "Tezkiye-i Şuhûd Mesâiline Dair" başlığını taşımaktadır. Yazarını tespit edemediğimiz bu makale, *Ceride-i Adliye*'nin birinci döneminin 154-155 numaralı sayısında yayımlanmıştır.¹ Makalede tezkiye kurumu ile ilgili Mecelle'de düzenlenen esaslardan bahsedilmiş; tezkiyenin amacı, hangi durumlarda ve ne şekilde uygulandığı aktarılmıştır. Daha sonra tezkiye kurumundan esas alınması gereken faydanın alınmadığı, tezkiye usulünün zamanın değişmesi gerekçesiyle değiştirilmesi gerektiği anlatılmıştır. Makalenin sonunda da tezkiye kurumunda yapılması önerilen değişiklikler on maddede belirtilmiştir. İkinci makale ise "Tezkiye-i Şuhûd" başlığıyla İsmail Hakkı tarafından yazılmıştır. Yazının sonunda "10 Şubat [1]338, Ankara Kadısı İsmail Hakkı" imzası bulunmaktadır.² Makalede tezkiye kurumunun tarihi seyri üzerinde durulmuş, İslamiyet'in ilk yıllarında uygulanmadığı, daha sonra İmameyn zamanında insanların ahlaken gerilemesi ile uygulamasına başlandığı açıklanmıştır. Tezkiyenin gerekli olup olmadığına dair görüşler ele alınmış, tezkiye bir merasim halini aldığı için faydasının bulunmadığı, müzekki olarak belirlenen kimselerin -özellikle imamların- kişileri olumlu yönde tezkiye etmeye mecbur kaldıklarından bahsedilmiş, tezkiye usulünün ortadan kaldırılarak yerine daha basit uygulamaların getirilmesi önerilmiştir.

*

Tezkiye-i Şuhûd Mesâiline Dair (1917)

İhtiyacât-ı hâzıra-ı hukukiyemizin tamamı-i tatmini için Kanun-ı Medenimizin müstaid olduğu gaye-i tekamüle îsâli lüzumu teemmül olduğu zaman

Geliş/Received: 29.03.2021 * Kabul/Accepted: 05.04.2021.

* Arş. Gör. Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı.

** Arş. Gör., Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı.

Yazıları okuyarak tashihlerini paylaşan Dr. Ali Adem Yörük hocamıza şükranlarımızı sunuyoruz.

¹ Makalenin tam künyesi şöyledir: "Tezkiye-i Şuhûd Mesâiline Dair", *Ceride-i Adliye*, sy. 154-155, *Kânûnısnânî, Şubat 1332 [Ocak, Şubat 1917]*, s. 396-402 .

² Makalenin tam künyesi şöyledir: İsmail Hakkı, "Tezkiye-i Şuhûd", *Ceride-i Adliye*, sy. 2, *Şubat 1338 [1922]*, s. 77-79.

mevzubahis edilecek mesâilden biri de tezkiye-i şuhûd meselesidir.

Şehadeti hüccet-i kaviyye mevkiine is‘ad eden kanun-ı kadim-i mukaddes³ şahitlerin adaletle ittisafı lüzumunu da tasrih buyurmuştur. Mevrid-i nassda ictihada mesağ olmamak hasebiyle her türlü münakaşa şaibesinden münezzehten olan bu esas-ı âlînin aynı zamanda nazariyat-ı akliye ve mantıkiyeye tamami-i tevafukunda dahi zerre kadar şüphe edilemez; çünkü mahiyeten sıdk ve kizbe ihtimali siyyân bir haberden ibaret olan hadise-i şehadetin medar-ı hükm bir delil ve hüccet teşkil etmesi ancak muhbirlerin tahakkuk-ı adaletleri neticesinde sıdk cihetinin kuvvet ve rüchaniyet kazanmasıyla kâbil olabileceği tabiidir.

Binaenaleyh burada mevki-i münakaşaya koymak istediğimiz cihet yalnız adalet-i şuhûdun sübut ve tahakkuku için icmaen kabul edilen tezkiye usulünün Mecelle’de münderic eşkal ve suver-i icraiyesine aittir.

Acaba Mecelle’nin bu babdaki ahkâmı istihdaf ettiği gayeyi saha-yı tatbikatta bi-hakkın temin edebiliyor mu?

Sâniyen, yine mesâil-i müctehedun-fihâ dairesinde ve fakat ihtiyacât ve ilcaât-ı hâzıra nazara alınmak üzere bu maksadın daha basit ve daha müfid bir surette istihsaline imkan var mıdır?

Evveleminde şu cihet şayan-ı kayddır ki şuhûdun tahkik-i adaleti emrinde mevzu olan ahkâm-ı kanuniyenin tatbikatça bu gayeyi temin edemedikten başka bazı suistimalâta da sebebiyet verdiği hakkındaki telakkiyât; yalnız kanaat ve hayat sahasında kalmamış, pek çok evvel vâzî‘-ı kanunun da nazar-ı dikkatini davet ederek şuhûd-ı şahsiye istima‘ının tahdidine dair bazı ahkâm vaz‘ına bile saik olmuştur.

Kitabü’l-Beyyinât’ın ferdâ-yı intişarı (1293 [1876]) denebilecek bir fasıla ile vaz‘ ve neşredilen Usul-ı Muhakeme-i Hukukiye Kanunu’nun (1296 [1879]) sekseninci maddesinde senedâta rabtı örf ve adet olan her türlü taahhüdât ve mukavelât ile şirket ve ilzam ve ikraza dair olup da beş bin kuruşu mütecaviz olan iddiaların senetle lüzüm-ı isbatı ve hususât-ı mezkureye dair bir senede karşı dermeyan olunan dava beş bin kuruşu tecavüz etmediği halde bile şuhûd-ı şahsiye ile ispat edilemeyeceği esası vaz‘ olunmuş ve bu tahdidat, şüphe yoktur ki vesâit-i hâzıra-ı kanuniye ile şuhûdun sübut-ı adaletine imkan-ı salim elde edilememesinden ileri gelmiştir.

Geçen sene (14 Teşrinievvel 1331 [27 Ekim 1915]) madde-i mezkureyi tadilen

³ “İçinizden adaletli iki kişiyi şahit tutun.” [Talak, 65/2. âyetten kısmi iktibas].

beş bin kuruşun bin kuruşa tenzili suretiyle tahdidât-ı sabıkanın bir kat daha teşdidî ve adeta şuhûd-ı şahsiyenin deâvi-yi cüz'iyeye hasrı cihetine gidilmesi vâzı'-ı kanunu tahdidât-ı maruzaya sevk ve icbar eden mülâhazanın pek ciddi ve gayr-ı kabil-i ihmal bir mahiyet almış olduğunu iraeve kafidir.

Maahaza vâzı'-ı kanunun doğrudan doğruya tezkiye mesâiline temas ile müsebbit bir netice istihsali tarikine tevessül etmeyerek yalnız tahdid-i şuhûd suretiyle bi'l-vasıta menfi bir faide temini cihetini tercih eylemesi ve halbuki senedâta rabtı örf ve âdet olmayan veyahut emri, kefaleti isbat gibi bi'l-vasıta nakdi tazmin eden birçok hususât ve ukudâta yine şuhûd-ı şahsiye ikamesine mesağ bulunması muhassenât-ı matlubenin tevsi'-i daire-i şumulüne mani olmaktan hali değil idi. Ahîren ru'yeti sulh hâkimlerine tevdi edilen mevad hakkındaki usul-i muhakemenin tayini sırasında vâzı'-ı kanun doğrudan doğruya tezkiye-i şuhûd mesâiline temas etmek cesaretini de göstermiş ve şayan-ı takdir bir hatve ile hem tezkiye-i şuhûdun lüzum ve adem-i lüzumunu hem de müzekkilerin intihabını hakimin takdirine bırakmıştır. Bu esasın ihkak-ı hak noktasından hiçbir mahzuru görülmediği gibi bilakis sürat ve selamet-i muamelece birçok fevâid ve muhasenâtı da iktifat edildiğini Sulh Hâkimleri Kanun-ı Muvakkatinin üç senelik tatbikatı isbat ve irae etmiştir.⁴

Usul-ı Muhakeme-i Hukukiye'de şuhûd-ı şahsiye ikamesinin kısmen tahdid ve Sulh Hâkimleri Kanunu'nda tezkiye-i şuhûdun takdir-i hükkama tevdi edilmiş bulunması bidayet ve istinaf mehakiminde tezkiye-i şuhûdun hal-i hâzırıyla devamından artık büyük bir mahzur kalmadığı mülâhazasını tevlid edemez. Mademki usul-ı muhakeme ile mevzu tahdidâtın daire-i şumulü mahdud ve Sulh Hâkimleri Kanunu'ndaki salahiyet-i takdiriye yalnız deâvi-yi cüz'iyeye maksur bulunuyor, bunlar haricinde kalan mevaddın bu vasıta-i sürat ve suhuletten müstağni tutulmasında hiçbir sebep-i sahih mevcut değildir. Esasen hâkim-i münferit olan sulh hâkimlerine verilmekte beis görülmeyen salahiyet-i takdriyenin bidayet ve istinaf mehakiminden diriğ edilmesinde bir hikmet-i mantikiye de yoktur. Filvaki ru'yeti bidayet mehakiminde kalan deâvinin ehemmiyet-i kemmiye ve keyfiyesi kâbil-i inkar değilse de bidayet ve istinaf mehakimi heyetinin gerek kemmiyet-i adediye ve gerek tecrübe-i ilmiye noktasından hakk-ı takdiri de o nisbette mühimdir.

⁴ Kanun-ı muvakkatimiz gerek bazı mevaddını tadil ve tevsi için nezaret-i celilece teşkil buyrulan komisyon-ı mahsus, şahitlerin ihbar edecekleri müteammidun-bih zevattan dahi tezkiyenin cevazı esasını vaz etmiştir. Neticesi tarafeyne taalluk eden bir hâdisenin bir şahs-ı sâlisin arzu ve iradesine rabtı mahzurdan salim olmadığı gibi tervic-i şehadet töhmetinden de hâlî bulunmadığına nazaran bu esasın refi şayan-ı temennidir.

Şimdi saded-i bahse irca-ı nazar edelim:

Mecelle-i celile -şahitlere ta'n vuku bulsun bulmasın- muamelâtta⁵ sırren ve alenen lüzum-ı tezkiye esasını kabul etmiştir.

Şahitlere ta'n vuku bulduğu takdirde lüzum-ı tezkiye müttefakun-aleyh ise de ta'n vuku bulmadığı surette tezkiyeleri İmameyn hazretlerinin ictihadıdır. Çünkü kable't-tezkiye adalet-i şuhûdun sübutu zahir-i hâle müstenit ve binaenaleyh hüccet teşkiline gayr-ı müstaid bulunmak hasebiyle hükmü butlandan sıyanet ve burhan-ı kavî üzerine tesis için adalet-i şuhûdun tezkiye tarikiyle tahkikine ihtiyaç vardır.

İmam-ı Azam hazretlerinin ictihadına göre adalet-i şuhûd -aksi iddia edilmedikçe- zahiren sabittir. Zaten zahir-i hâle mübteni bir delaletten ibaret olan müzekkilerin beyanâtı ile de adalet-i şuhûdun kat'iyet-i tahakkukuna imkân yoktur. Madem ki tezkiye ile de şahitlerin adaletsizliği ihtimali tamamen mündefi olmuyor, o halde ta'n edilmeyen şahitlerin şhadâtı zahir-i adaletlerine binaen medar-ı hükm olur.

Bazı fukahaya göre bu ihtilaf tağayyür-i ezmana ait olup hüccet ve burhana müstenit değildir. İmam-ı Azam hazretlerinin bulunduğu karn-ı sâliste nâsın salah ve adaleti galip idi. İmameyn hazerâtı zamanında ise ahlak-ı umumiyeye fesat târi olmaya başlamış idi. Bundan dolayıdır ki İmameyn hazretleri ta'n vuku bulmasa dahi şahitlerin her halde tezkiyeleri lüzumuna kail olmuş ve Mecelle de bu kavli kabul etmiştir.

Zamanımızda fesad-ı ahlak İmameyn zamanıyla kâbil-i kıyas olmayacak derecede tekâsür ve tekâsüf etmiş olmasına nazaran İmameyn kavli maslahata daha muvafık görünüyorsa da mesele diğer bir nokta-i nazardan düşünüldüğü takdirde İmameyn'in kavlini muvafık gösteren esbabın -ki fiskın tekessüründen ibarettir- aynı zamanda İmam-ı Azam kavlini evfak gösterecek bir mahiyet iktisap etmiş olduğunu da nazara almak zarureti yüz gösterir.

Zamanımızda fiskın tekessürü bütün insanlara sârî olmak hasebiyle yalnız şuhûdun ahlakına tesir etmekle kalmayıp aynı zamanda müzekkilerin ahlakına da tesir edeceğine nazaran sıdk ve adaletle muttasıf şahit bulunması ne kadar müşkil ise bunların adaletini tahkik ve istifsar için şayan-ı vusûk ve itimad-ı müzekki bulunması ondan daha müşkildir. Bâ-husus tezkiye umûr-ı diniyeden

⁵ Hudud ve kıyasda şuhûdun tezkiyesi bi'l-ittifak lazım ise de kıyas davaları pek nadir ve ru'yeti mehakim-i cezaiyeye muhavvel olan ukubat mesâilinin suver-ı subutiyesi usul-ı muhakeme-i mahsusaya tabi bulunduğundan bunlardan bahse lüzum görülmemiştir.

ma‘dud olmağla müzekkiler salabet-i diniye, cesaret-i medeniyeye malik, esbab-ı cerhe arif, şahitlerin ahvaline vâkıf ve her türlü mülâhaza-i menfaatten müte-
cerrid olmaları gibi şahitlerde aranılmayan bazı evsâf-ı mühimme ile muttasıf
olmaları lüzumu da bu müşkilâtı adeta istihale derecesine îsâl etmektedir.⁶ Bu
halde denilemez mi ki; gerek İmam-ı Azam ve İmameyn hazerâtı zamanlarında
ve gerek bunu takip eden a‘sâr ve edvârda ahlak-ı umumiyenin salahı fiskına
galip olduğundan evsâf ve şerâit-i lazıme haiz müzekkiler bulunabiliyordu ve
bu suretle şuhûdun bir dereceye kadar tahkik-i adaletine imkân var idi. Halbuki
fesad-ı ahlak o derece taammüm etmiştir ki -hilaf-ı hakikat ihbar ve beyanâttan
dolayı maneviyetten başka kuvve-i te‘yidiyesi mevcut olmayan tezkiyeyi bi-hakkın
ifa edecek- şayan-ı vusûk ve itimad müzekki bulmak imkânı pek azalmıştır. Ma-
dem ki mechuliyet-i adalette şahitlerle hemhal olan müzekkiler tarafından vuku
bulan tezkiyenin sübut-ı adalet için teminat-ı kat‘iye teşkilinden uzaklaştığı bir
zamanda bulunuyoruz; “Bir iş dâk oldukça müttesi‘ olur.” kaide-i umumiyesine
binaen vüsat ve ruhsat ciheti nazara alınarak şuhûdun adaletini tahkik için a‘sar-ı
salifede kabul ve tatbik edilen tezkiye usulünün ihtiyacât-ı hâzıraya göre tadil
ve ıslahı icap etmez mi? Müstenid olduğu örf ve âdetin tebdiliyle mevzu olduğu
maksadı mütekeffil başka ahkâm kabulü “Ezmanın tağayyürü ile ahkâmın ta-
ğayyürü inkar olunamaz.” kaidesine muvafık değil midir?

Filhakika, ahkâm-ı diniyesi gibi desâtir-i hukukiye ve ictimaiyesi de her asırda
ve her zamanda akıl ve mantıktan tebaüd etmeyen şeriat-ı ğarra-i İslamiye esasâtı
dairesinde ahkâm-ı hukukiyemizden bazısının ihtiyacât-ı hazıraya göre tanzimi
lüzumu cây-ı tereddüd değildir. Usul-ı tezkiye dahi bu meyanda nazar-ı teemmüle
alınmaya şayandır. Mütalaât-ı maruza tezkiye mesâilinin heyet-i mecmuasına
atfedilen bir nazar-ı umumî mahsulü olup teferruatının suver-i icraiyesi de bu
babdaki kanaatleri daha ziyade takviye edecek bir mahiyettedir.

Mecelle-i celile icabınca tezkiye sırren ve alenen muzâ‘af bir usule tabi tutul-
muş ve tezkiye-i aleniyenin fesat ve husumeti celp edeceği mütalaasına istina-
den tezkiye-i sırriyenin kifayeti hakkındaki kavil nazara alınmamıştır. Sırren
tezkiye adil olmayan şuhûdun cerhi emrinde müzekkinin daha emin ve serbest
bir surette idare-i kelama iktidarı ve mütehasımeynin vesâit-i gayr-ı meşrua ile
tadil veya cerhi temin için müzekki nezdinde teşebbüsât ve müdahalâta bulu-
nabilmelerinin izalesi mülâhazâtından mütevellittir. Alenen tezkiye dahi tadile

⁶ Hatta İmam Muhammed hazretleri “Şehadetlerini kabul edeceğim birçok zevat vardır ki tezkiyelerini kabul etmem.” buyurmuştur.

müstahik olmayan şuhûdun adaleti maruf zevatın namını istiare etmelerinden veya tesadüfen isim ve şöhret müşabehetinden dolayı başka şahıs zannıyla sehven tezkiye edilmeleri ihtimalinin nez'î maksadından münbaisdir.

Esbab-ı mucibe-i maruzaya müsteniden kabul edilen ahkâm-ı mezkure acaba bu gayeyi temin ediyor mu? Tatbikât ve hadisâtın delaletiyle bu suale maalesef menfî bir cevap vermek mevkiinde bulunuyoruz. Mecelle, müzekkilerin alakadarınca bilinmemesi esasını kabul etmekle beraber müzekkilerin kimlerden ibaret olması lazım geleceğinin de birer birer tasrih ve ta'dadı suretiyle tezkiye-i sırriyenin hikmet-i vaz'ı hakkındaki esasî ihlal ediyor.

Hâkim zaruret-i kanuniye hasıl olmadıkça sarahat-i kanuniyeden tebaüd edemeyeceğine nazaran daha henüz mesture yazılmazdan evvel müzekkilerin hüviyeti alakadarınca malum bulunuyor ve bundan dolaydır ki mesturenin meşhudun-leh vasıtasıyla müzekkilere verildiğine tesadüf etmek bile kâbildir. İşte görülüyor ki tarafeynin kable't-tezkiye sırren müzekkilere muttali bulunmaları hasebiyle mesture usulü tatbikatça bir unvan-ı mücerret derecesini geçemiyor ve mevzû'uyla mütenasip bir faide-i ameliye temini şöyle dursun bilakis erbab-ı tezvir elinde bir alet-i menfaat, bir alet-i fesad mahiyetini almaktan geri kalmıyor.

Filvaki müzekki olacak kimselerin Mecelle'de tasrih edilmesi müzekkilere şuhûdun ahvaline vukufları mütalaasından ileri gelmekte ise de bu ancak tabii bir şartı beyandan ibaret kalıp mahiyeten daha mühim olan şerâit-i saireyi muhildir. Müzekkilerin şahitlerin ahvaline vukufları maksud-ı bizzat değildir. Asıl maksud, şahitler hakkındaki malumatlarını vâkie mutabık olarak beyan edebilmelerini temindir, bu da müzekkilerin hiss-i menfaatten azade ve salabet-i diniye ve ahlakiye ile mücehhez ve tarafeynin kendi nokta-ı nazarına göre tervic-i meram için vuku bulacak müdahalât-ı gayr-ı meşrualarından mütessir bulunmamalarıyla mümkünül-husûldür. Madem ki Mecelle, tezkiye-i sırriyeye müzekkilerini yalnız şuhûdun ahvaline vukuf noktasından tayin etmiştir, bunların şerâit ve evsâf-ı saireyi haiz olmalarını temin için elde hiçbir kuvvet yok demektir. Çünkü bir şahidin ahvalini tahkik için hakim evsâf-ı lazımevi haiz müzekki arayamayacak, kanunda gösterilen mahallere müracaat ızdırarı altında ve kanaat-ı vicdaniyesi hilafında vuku bulan tezkiye karşısında ser-fürûya mecbur kalacaktır. Bu hal ise adalet dairesinde ihkak-ı hak için kafi ve salim bir teminat addedilemez.

Şuhûdun hüviyeti hakkında sehv ve iştibaha mahal kalmamak maksadıyla mevzu olan tezkiye-i aleniyyeye gelince: Şuhûdun hüviyeti evvelce zabt ve inde'l-iştihad isticvab ve istizah edilegelmesi itibariyle yanlışlık vukuu pek ender ola-

bileceğinden sarf-ı nazar esasen temin-i kanaat edemeyen tezkiye-i sırriyenin tezkiye-i aleniye ile teyidi de külfet-i zaideden başka bir faide intac edemeyeceği kâbil-i inkar değildir. Elhasıl eşkal-i hâzırasıyla tezkiye-i sırriyeye ve aleniye usulü mevzû maksadı teminden pek uzaktır. Şahidin zahir-i adaletlerine adem-i itimattan tevellüd eden bu usul tatbikatca telkin-i itimat edecek bir mahiyette değildir, bundan dolayıdır ki, gerek tadil ve gerek cerh hususunda alakadarânınca tevessül edilegelen müdahalâtın men'ine imkan bulunamıyor.⁷

Mesrudât-ı salifeye nazaran zamanımızda şahitlerin sübut-ı adaletinden ziyade tarafeynin ihdas-ı tezviratına alet olan tezkiye-i sırriyeye ve aleniye usulü yerine mesâil-i müctehedun-fiha dairesinde daha basit ve daha müfid ahkâm kabulüne cidden ihtiyaç vardır. Çünkü mevzu olduğu gayeyi temin edemeyen bir usulü idamede hiçbir faide yoktur. Bu babdaki ahkâm-ı kanuniyenin tadiline lüzum hissedildiği zaman teemmülü muktezi görünen cihât şunlardır:

1- Şuhûda ta'n vuku bulunmadığı takdirde İmam-ı Azam hazretlerinin ictihad-ı âlîleri vechile tezkiyenin adem-i lüzumu ve şuhûddan daha şayan-ı itimat oldukları kâbil-i iddia bulunmayan müzekkilerin işe karıştırılmaması,

2- Şuhûda ta'n vuku bulunduğu surette evvelemirde meşhudun-leh ile meşhudun-aleyhin bi'l-ittifak bir müzekki tayin ve tahkim etmeleri esasının kabulü ve bu suretle tarafeynin mukadderat-ı hukukiyelerinin bir dereceye kadar inzımam-ı itimat ve muvafakatlerine rabtı,

3- Muhasımeyn müzekki tayininde ittifak edemedikleri halde şahitlerin zahir-i ahvaline göre tezkiyelerine lüzum olup olmadığı hususunun takdir-i hükkama tevdi,

4- Hükkam tezkiyeyi tensip ettiği takdirde şayan-ı itimat gördükleri zevatı müzekki intihabında serbesti-i tamma malik olmaları,

5- Müzekki gerek muhasımeyn tarafından tahkim gerek hakim tarafından tayin edilmiş olsun vuku bulacak cerh veya tadillerinin kat'i olup ikinci derecede bir daha tahkik-i adalet tarikine müracaat edilememesi,

6- Hükkama verilecek hakk-ı takdirin netayic-i zarurîyesinden olmak üzere -cihet-i cezaiyede kabul edildiği gibi- ifade ve şehadât-ı vakıya karşı kanaat-ı vicdaniye temin edebilecek derecede şuhûdun istizah ve isticvabı ve zat-ı maddenin teferruatından olan bazı nukâtın da istiknahı emrinde hükkama salahiyet i'tası,

⁷ Tezkiye ile şahitlerin sübut-ı adaleti imkansızlığının bariz bir delili de ahîren görülmüştür. Yalan şahitliğini sanat-ı mahsusa ittihaz eden ve tezkiye usulüyle izale-i mazarratına imkan bulunamayan bazı eşhas hakkında meşihat-ı celile-i İslamiye idareten ittihaz-ı muamele mecburiyetinde kalmış idi. Bu da gösteriyor ki tezkiyenin hal-i hazırdaki şekli şuhûdun adaletini izhara kafi gelmiyor.

7- Tezkiye-i şuhûda -herhangi tarikle olursa olsun- lüzum görüldüğü zaman tezkiye-i sırriye ve aleniye gibi muzâ'af bir usulü tatbiki hacet olmayıp icab-ı hale göre tahriren veya huzur-ı mahkemede şifahen tezkiyeden biriyle iktifa olunması,

8- Tarafeynin tahkim veya hakimnin tensip ettiği her şahıs umûr-ı diniyeden olan tezkiyeyi ifaya salahiyet kazanmış olacağından müzekkilerde -tezkiye-i sırriyede olduğu gibi- artık nisap ve şerâit-i şehadet aranılmaması,

9- Şuhûdun hüviyetini şüpheyne mahal kalmayacak derecede tayin ve zaptetmek zaten hükkamın vazifesi iktizası olmağla nadiren vukuu muhtemel müşahebet-i isim mahzurundan dolayı hîn-i tezkiyede şuhûdun müzekki ile muvacehesine mahal görülmemesi,

10- Her şahsın derece-i idrakine göre tarz-ı beyanı başka başka olduğundan ibare-i tadilin yalnız âdil ve makbulu'ş-şehade cümlesine hasrı cihetine gidilmeyerek "İyi adamdır. Doğru adamdır. Şehadeti şayan-ı kabuldür." gibi maksadı ifade edecek her ibarenin kabulü.

Bu hususta takip edilen gaye şunlardır:

Evvelen, muamelâtın suhulet ve selametle kabiliyet-i idaresini temin edecek bir besâtat;

Sâniyen, davada alakadar olmayan gayr-ı mes'ul bir şahs-ı sâlisin müdahalesini kendi haklarında tasarrufa salahiyetdar olan tarafeynin muvafakatine ta'lik;

Sâlisin şuhûdun tahkik-i adaleti, onların ifadâtına bina-yı hükm eden ve velayet-i ammesi bulunan hakimnin takdirine tefviz.

Filvaki şuhûdun tahkik-i adaleti, bîtarafılığı, vicdanı, kifayet-i kanuniye ve safvet-i ahlakiyesi kendilerine tevcih-i kaza ile müeyyed ve muamelâtından mesul olan hükkamın takdirine bırakmak bunu gayr-ı mes'ul menbalardan taharrîye mecbur olmaktan daha itminan-bahşır.

*

Tezkiye-i Şuhûd (1922)
İsmail Hakkı (Ankara kadısı)

Bidayet-i İslam'da gayr-ı mevcut iken müctehidîn-i ızâm hazerâtı asrında vücud bulup pek çok ihtilafâta maruz kalan mesâilden biri de unvan ittihaz ettiğimiz tezkiye ve ta'dil-i şuhûd maddesidir. Kütüb-i fikihiye ve mevzuat-ı hukukiyemizi tedkik ve mütalaa buyuran zevata malumdur ki "tezkiye" usulü ömr-i sad-sâlini beyne'n-nâs fasl ve hasm-ı deâvi ve kat'-ı husumâta hasrederek Kadı Şureyh unvanıyla iştihar eylemiş olan ulema-yı a'lâmdan Kufe kâdısının mahsul-ı

ictihadı olup nassa müstenid olmadığından nâşi beyne'l-müctehidîn ihtilafâta menşe olmuştur. Ezcümle İmam-ı Azam hazretleri ile hem-asr müctehidînden olup hayli zaman Bağdat kadılığında bulunmuş olan Abdurrahman bin Ebi Leyla nezd-i hakimde mechulü'l-ahval olan şuhûdu tezkiye edecek müzekkilerin dahi ahvali mechul ve adaleti gayr-ı malum olması tezkiyeden matlub faideyi hasıl edemeyeceği cihetle hakimin şüphe ettiği şuhûdu tahlif etmesi lüzumunu ictihat ederek tezkiyenin meşruiyetine zâhib olmamıştır.

Tezkiyenin müteazzir olduğu zamanlarda işbu ictihadın muteber olduğu *Tehzibu'l Kalanisî*'de dahi masturdur.⁸ Fukaha-yı Hanefiye'den *Sayrafiye* sahibi dahi tahlif-i şuhûdu re'y-i hakime tefviz ile mezheb-i Hanefi'de tezkiyesiz hüküm i'tasına cevaz-ı şer'î mevcut olduğuna kail olmuş ise de ümmehât-ı kütüb-i Hanefiye'den *Eşbah* müellifi İbn Nüceym merhum "Hatta ulu'l-emr tahlif-i şuhûdu hükkama emrettikte ulema-yı din üzerine vacibdir ki: Hilaf-ı şer' olan işbu emre teba'iyet hükkamı gazab-ı ilahîye düçar eyleyeceğinden bahisle ulu'l-emri ikaz edeler." diyor ve bununla tahlif-i şuhûdun adem-i meşruiyetini i'lam ediyor.

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'de kısmen tahlif-i şuhûdu kabul eden 1727'nci madde ile *Tehzib* ve *Sayrafiye* ile takviye olunan İbn Ebi Leyla mezhebinin muvafık-ı maslahat olacağına ima olunmuştur.

İmam-ı Azam rahmetullahi aleyh hazretleri nâsda asıl olan adalet, emanet, sıdk, rüşd olmasına zâhib olarak meşhudun-aleyh olan şahıs, şuhûda ta'n etmedikçe -ukubat müstesna olmak üzere- hakimin istima eylediği şahitleri tezkiyesiz kabul ve lazım gelen hükmün i'tasını ictihad eylediği halde İmameyn hazerâtı nâsda fısk galib olduğu zamanda buldukları için bila-tezkiye hükmün adem-i cevazını ictihad etmişlerdir. İbn Kemal gibi bazı zevat yalnız sırren tezkiyenin diğer bazı zevat da yalnız alenen tezkiyenin lüzumuna zâhib olmak suretiyle ictihadât-ı muhtelifede bulunmuşlardır.⁹

⁸ "Ve fi Tehzibi'l Kalanisî yuhallefu'l şuhûdu fi zamanina li-taazzürî't tezkiyeti iz el-mechul la-yuarrifu'l-mechule kemâ huve muhtaru İbn Ebi Leyla."

⁹ "Ve la yus'elü an şâhidin bilâ-ta'nin mine'l-hasmi illa fi haddin ve kavedin, feinnehû yus'elü 'anhum li'l-ihiyati fi iskâtihâ feyustaksâ li-enne's-şübhetê dâriyatun fihâ ve 'indehüma yus'elü fi'l-küllî ve huve ihtilafu zamanin, velev iktefâ bi's-sırri câze ve ba'zu bi'l-'alanyyeti" (Reddu'l-Muhtar). [İbn Abidin, Reddu'l Muhtar 'Ale'd-Dürrü'l Muhtar, Daru's-Sikâfeti ve't Türas, Dimeşk, 2000, c. 17, s. 83-84; "Hasım tarafından şâhidlere ta'n edilmedikçe, şâhid hakkında bir araştırmaya soruşturmaya gerek yoktur. Ancak hudud ve kısas konusunda şübhe olabileceğine binaen şâhidleri araştırması gerekir, Bu da Ebû Hanîfe'ye göredir. Ama sahibeyne göre her konuda bilinmeyen şâhidler hakkında soruşturma yapması, onların durumunu öğrenmesi gerekir. Bu soruşturma da hem gizli, hem de aleni olarak yürütülür. Fetva da buna göre verilmiştir. Bu da Ebû Hanîfe'yle talebeleri arasında delilden kaynak-

Tezkiyenin lüzumuna kail olanlar diyorlar ki:

Esbab-ı hükmün akvâsı şهادettir. Şهادet ise bir kimsenin âhar kimse üzerinde bir hakkı bulunduğunu huzur-ı hakimde haber vermekten ibaret ve sıdk ve kizbe muhtemel bulunduğundan sıdk tarafının tercihiyle hakim üzerine i'ta-yı hükmün vücubu muhbirin ahvalini bilmeye tevakkuf eder. Şuhûdun ahvaline vakıf olamayacağı tabii olan hakim haberlerini "ve eşhidu zevey adlin"¹⁰ nazm-ı celili muktezasınca hükme delil ve hüccet ittihaz edebilmek için tahkik-i adaletlerine, tabir-i âharla tezkiyelerine muhtaçtır. Yoksa hakim eda-yı şهادet eden zatın adil olduğuna vakıf ise bila-tezkiye şهادetini kabul eyleyeceği gibi fıskını bildiği kesânın şهادetlerini reddeder.¹¹

Bu müsaade-i fukahayı, hükkam la-yüs'el-i zamana tefviz müşkil ise de i'lamlarında esbab-ı mucibe irae etmeleri şart konulsa bir gûna mahzur kalmaz zannederim.

Keyfiyet-i tezkiyeye atf-ı nazar olununca görülür ki müctehidîn-i ızâm hakim, eda-yı şهادet eden şahsın adil olup olmadığını bilmediği takdirde adaleti, sıdkı, emaneti hakimın nezdinde müselleme ve sabit ve şahidin ahvaline vakıf bulunan zevattan şahidi tahkik ve tezkiye ederek tebeyyün edecek hale göre hükmünü iktâ eder diyorlar, yoksa keyfiyet-i tezkiye zamanımızda olduğu gibi merasim halini iktisap eden şekl-i malum u acîb değildir. Filvaki bugün olduğu gibi mesela bir karyenin ağniyasından bulunan bir şahidi ücretle müstahdem imam ve muhtardan tezkiye etmek kadar abes ve faidesiz bir şey olamaz. Kezalik bir mahallenin eşrafından bulunan bir şahidi mahalle imamından tezkiyede de faide mutasavver değildir. Çünkü zamanımızın imamları malum olduğu üzere mahalle veya karyesinde ismi okunur bir kimsenin şهادetini cerh edecek iktidarda olmadıklarından velev ki şahid-i merkum her türlü fısk ile me'luf olsun onu tadil ve tezkiye etmeye mecburdur, aksi takdirde der-akab imametten mahrum edilir. Ve zaten ekseriya garibu'd-diyar olmaları itibariyle karyeden kovuluyorlar... Kezalik bir kalem efen-

lanan bir ihtilâf olmayıp zamandan kaynaklanan bir ihtilâfdır." (İbn Abidin, Reddu'l-Muhtar, çev. Mehmet Savaş, Şamil Yayınevi, İstanbul, c. 12, s. 450)].

¹⁰ "Sürelerinin sonuna ulaştıklarında onları ya uygun biçimde tutun yahut onlardan uygun biçimde ayrılın; içinizden adaletli iki kişiyi şahit tutun..." [Talak, 65/2. âyetten kısmî iktibas].

¹¹ "Ve mahallu's-suali inde ceħli'l-kâdî bi-hâlihim fe lev arafehum bi-fiskin ev adaletin la yes'elu" [İbn Abidin, Reddu'l Muhtar Ale'd-Dürrü'l Muhtar, Daru's-Sikâfeti ve't Tûras, Dîmeşk, 2000, c. 17, s. 83; "Onlar hakkında soru sormaya ihtiyaç duyulması, onların hakkında kâdının bilgisi olmaması halindedir. Eğer kâdı onların şâhidliklerinin kabul edilmeyeceği veya adil oldukları hakkında yeterli bilgiye sahipse haklarında soruşturmaya gerek yoktur." (İbn Abidin, Reddu'l-Muhtar, çev. Mehmet Savaş, Şamil Yayınevi, İstanbul, c. 12, s. 457-458)].

disi kalem müdüründen veyahut bir küçük zabıt mafevkinden tezkiye olundukda maiyetini cerh etmek zamanımızda münafi-i nezaket addolunmakla behemehal tadil ve tezkiye olunacağı tabiidir. Bu halde bunlardan tezkiyenin lüzum-ı ifası merasim icrasından başka bir şeyi müfid değildir. Şahitlerin ismi ve hüviyetlerini ketm ve başka nam ve sıfatlarla eda-yı şehadet etmeleri ihtimalinin azalması için tedabir-i ihtiyatiye kabîlinden olarak “aleni tezkiye” namı verilen merasim dahi mevzuat-ı hukukiyemize muvafık olmamakla beraber mehakimimizde büsbütün gülünç bir hal almıştır. Şöyle ki, mütearef olduğu üzere meşhudun-leh bulunan zat şahitleriyle beraber diğer iki kimseyi müsteshiben mahkemeye gelir. “Güya bu iki kimsenin adaleti nezd-i hâkimde müsellemdir.”. Tarafeyn ve şuhûd muvacehesinde hâkim bunlardan şuhûdun adil ve makbulü’ş-şehade olup olmadıklarını sual eder. Halbuki meşhudun leh onlara lazım gelen tenbihatı i-ka ve onlar da kabul ettikten sonra mahkemeye götürmüştür. Ve artık bu müzekkilerin şahitleri huzur-ı hakimde cerh etmek imkanı kalmamıştır. Tedkikat, tahkikat-ı mükemmele icra ederlerse tezkiye-i aleniyede müzekkilerin şahitleri cerh ettiği asr-ı hâzır mehakiminde asla vaki olmadığı tezahür eder.

Bununla beraber bazı fukaha-yı ızam tezkiye-i aleniyenin fitne ve fesada bâis olacağından cihetle adem-i lüzumunu istinbat ederek diyorlar ki; huzur-ı hakimde müzekkiler şahitleri cerh ile şehadetlerinin reddine bâdî olsa bu hal meşhudun-leh ve şuhûd ile müzekkiler arasında husûl-i münaferet ve husumete sebep olur. Bu ise emr-i münkerdir.

Şayan-ı dikkattir ki; ahkâm-ı şer‘iyyenin ukubat kısmında tezkiye bi’l-ittifak emr-i lazım iken cezaya müteallik kavanin-i mevzuamızda cây-ı kabul görememiş ve terki bir gûna mazarrata sebep olmamış olduğu halde cihet-i hukukiyede esasen muhtelefun-fih olup bî-faide merasim halini iktisap eden tezkiyenin şekl-i hâzırıyla idame ve ibkası hükkamı da ahab-ı hukuku da müteessir etmektedir.

Tafsilat-ı mesbutadan müstefad olduğu vechile tezkiye esasen gayr-ı mevcut iken ezmanın tebeddülü ve ahlak-ı nâsın tağayyürü hasebiyle şuhûd-ı kâzibenin önüne sedd çekmek maksad-ı ulvîsiyle mücerred tedbir-i ihtiyatî kabîlinden olarak vaktiyle içtihad olunmuş ise de zamanımızda faidesi meşhud olmadığına binaen usul-i tezkiyenin mehakimden selb ve ref‘iyle usul-ı istima‘-ı davayı sadr-ı İslamda olduğu gibi basit şekillere bi’l-ifrağ umûr-ı nâsı teshil ve adaleti tesri suretiyle ihkak-ı hak kazıyye-i mu‘tena-bihasına sarf-ı makderet eylemek evliya-yı umûrun ahdlerine müfevvazdır. Kullukum râ‘in ve kullukum mes‘ulun ‘an ra‘iyyetihî [“Hepiniz çobansınız ve güttüklerinizden de sorumlusunuz.”].