



T.C.
GAZİOSMANPAŞA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

İSLÂM CEZA MUHÂKEMESİ USÛLÜNDE
İSPAT VÂSİTALARI VE DEĞİŞİM

Hazırlayan
Muhammed Emin AK

Temel İslâm Bilimleri Anabilim Dalı
İslâm Hukuku Bilim Dalı
Yüksek Lisans Tezi

Danışman
Doç. Dr. Ahmet İNANIR

TOKAT - 2017

BİLİMSEL ETİK SAYFASI

Gaziosmanpaşa Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü tez yazım kılavuzuna göre, Doç. Dr. Ahmet İNANIR danışmanlığında hazırlamış olduğum "İslâm Ceza Muhâkemesi Usûlünde İspat Vâsıtaları ve Değişim" adlı Yüksek Lisans tezimin bilimsel etik değerlere ve kurallara uygun, özgün bir çalışma olduğunu, aksinin tespit edilmesi halinde her türlü yasal yaptırımını kabul edeceğimi beyan ederim.

... / ... / ...

Muhammed Emin AK

İmza



Zorlukları kolaylaştıran Anne ve Babama...

ÖNSÖZ

İnsan sosyal bir varlıktır. Fertler zaman zaman menfaat çatışması yaşamaktadırlar. Sorunların âdil bir şekilde halledilebilmesi için hukuka ihtiyaç vardır. Hukukun amacı ise toplumda düzeni sağlayarak, güven ve huzuru tesis etmektir. Bundan dolayı her hukuk sistemi suçluyu doğru bir şekilde tespit edip cezalandırmak, yani adaleti temin etmek için ispat vâsıtalarına ihtiyaç duymaktadır. Bu vâsıtalar yaşanan çağın bilimsel ve teknolojik imkânları doğrultusunda şekillenmektedir. Dolayısıyla zamanın değişmesi ile bazı ispat vâsıtaları da değişime uğramaktadır.

Çağımızdaki bazı bilimsel ve teknolojik gelişmeler ispat vâsıtaları sahasına büyük katkılar sağlamaktadır. Bu katkının İslâm hukuk sistemi içerisinde değerlendirilmesi de önem arz etmektedir. Çünkü İslâm hukukunun olduğu çağlarda bulunmayan, suçlunun tespitini sağlayacak yeni vâsıtalar bulunmaktadır. Ayrıca klasik dönemde var olan ispat vâsıtalarının bugünkü gelişmeler ışığında değerlendirilmesini gerektirmektedir.

Bu tezde yeni ortaya çıkan ispat vâsıtalarının ve imkânların klasik dönemde had, kısas ve ta'zir alanlarında var olan ispat vâsıtalarına etkileri ve sebep olduğu değişim incelenmeye çalışılacaktır. Bu değişim, İslâm ceza muhâkemesinde ispata esas olan vâsıtaların günümüz ceza muhâkemesi hukukundaki ispat vâsıtalarıyla mukayese edilerek incelenmeye çalışılacaktır.

Tez; giriş, iki bölüm ve sonuçtan oluşmaktadır. Girişte araştırmanın konusu, sınırları, metodu, kaynakları ve kavramsal çerçeve yer almaktadır. Birinci bölümde, İslâm ceza muhâkemesi usûlü başlığı altında, muhakemeyi yürüten memurlar, dava, karşı dava, hüküm, İslâm ceza muhâkemesinin genel kaideleri ve nizâmı yer almaktadır. İkinci bölümde ise İslâm ceza muhâkemesinde ve günümüz ceza muhâkemesinde ispat, şahitlik, yemin, ikrar, hâkimin şahsî bilgisinin ispat değeri ve karîne konuları değişim açısından değerlendirilmektedir. Sonuç bölümünde ise ulaşılan sonuçlara yer verilmektedir.

Bu çalışmanın belirlenmesi ve tamamlanmasında ilgi ve yardımını esirgemeyen tez danışmanım değerli hocam Doç. Dr. Ahmet İnanır'a, yine tezle ilgilenen hocalarım Yrd. Doç. Dr. Halis Demir, Yrd. Doç. Dr. Nazım Büyükbaş, Yrd. Doç. Dr. Hilal Özay ve yardımlarını esirgemeyen Prof. Dr. Sabri Erturhan, Yrd. Doç. Dr. Sezayi Bekdemir ve Yrd. Doç. Dr. Adem Çiftçi'ye ve yardımı geçen diğer bütün arkadaşlarıma teşekkürü bir borç bilirim.

Muhammed Emin AK

Tokat - 2017



ÖZET

Tezin konusu İslâm ceza muhâkemesi usûlünde ispat vâsıtaları ve değişimdir. Amaç bilimsel ve teknolojik gelişmelerin sağladığı imkânların, çeşitli suçların ispatı için öngörülen ispat vâsıtalarında yapabileceği değişimi tespit etmeyi amaçlamaktadır.

Bu tezde, İslâm hukukunun kabul ettiği, "zamanın değişmesiyle hükümlerin değişebileceği" ilkesinin, İslâm ceza muhâkemesindeki şahitlik, yemin, ikrar, hâkimin şahsî bilgisinin ispat değeri ve karîne konularındaki boyutu incelenmeye çalışılmıştır.

Bu çalışmada İslâm ceza muhâkemesi hukukunun ispata esas kabul ettiği vâsıtalar ile bu vâsıtaların günümüz ceza muhâkemesi hukukundaki durumu incelenmiştir. Bu inceleme ile iki hukuk sisteminin konuya yaklaşımları değerlendirilmeye çalışılmıştır. Böylece değişim imkânı değerlendirilmeye çalışılmıştır.

İslâm ceza muhâkemesinin ispata esas aldığı vâsıtalar nasslarla belirlenmiştir. Dolayısıyla hadlerde, nasslar tarafından belirlenen suçlar, nasslar tarafından belirlenen ispat vâsıtalarıyla ispatlanarak, nasslar tarafından belirlenen cezalarla cezalandırılmalıdır. Hadler, nasslarla belirlenmemiş bir ispat vâsıtasıyla ispatlanmışsa, bu suç ta'zir grubuna dâhil edilerek cezalandırılmalıdır. Kısas konusuna gelince, aynı durum söz konusu olduğunda diyet ile hükmedilmelidir. Ta'zir gerektiren suçlarda hadler ve kısastaki sebepler söz konusu olmadığından, nasslarla belirlenmemiş ispat vâsıtalarıyla ispatlandığı hallerde gereğiyle hüküm verilmelidir.

Anahtar Kelimeler: Muhâkeme, Suç, Ceza, İspat, Değişim

ABSTRACT

The subject of the thesis is the means of proofs and change in Islamic Penal Procedure. It aims at determining the change in the anticipated means of proofs for various crimes which can be made by the possibilities provided by technological and scientific development.

In this thesis, the principle that Islamic law has accepted that "As the time changes *ahkam* (Denotes a judgment, authority and specific Quranic rules, positive fiqh laws derived from Islamic legal methodology, and rules or edicts.) changes" has been studied. This principle was studied within the context of testimony, oath, acknowledgement, the probative value of judge's personal knowledge and presumption in Islamic penal procedure.

In this thesis, means which Islamic penal procedure has accepted as the base of proof and the state of these means in today's penal procedure were studied. With this thesis, it was tried to evaluate two legal systems' approaches to the subject. So, the possibility of change was evaluated.

Means which Islamic penal procedure has accepted as the base of proof were determined by *nass* (Used in Islamic law to refer to an explicit statement within the *Quran* or hadith upon which a ruling is based.) So, in *hadd*, (Limit or prohibition; pl. *hudud*. A punishment fixed in the *Quran* and hadith for crimes considered to be against the rights of God.) the crimes determined and proved by *nass* should be punished with punishments determined by *nass*. If the *hadd* were not proved by means of proof that were not determined by *nass*, this crime should be punished by including to *ta'zir* group (Punishment for crime not measuring up to the strict requirements of *hadd* punishments, although they are of the same nature, or those for which specific punishments have not been fixed by the *Quran*.) As for *qisas*, (Retribution. Prescribed in Islamic law for murder, voluntary manslaughter, involuntary killing, intentional physical injury, and unintentional physical injury) when the same situation is in question it should be adjudged by *diya* (the payment by an aggressor to his victim of a sum of money to thus

avoid qisas) Since there are no hadd or reasons for qisas for the crimes requiring ta'zir, it should be adjudged when they are proved by means of proof that were determined by nass.

Key words: Adjudgement, crime, punishment, proof, change



İÇİNDEKİLER

| | |
|---|-----|
| ÖNSÖZ | i |
| ÖZET | iii |
| ABSTRACT | iv |
| İÇİNDEKİLER | vi |
| KISALTMALAR | x |
| GİRİŞ | 1 |
| 1. Araştırmanın Konusu, Sınırları ve Metodu | 1 |
| 2. Araştırmanın Kaynakları | 1 |
| 3. İslâm Hukukunda Suç ve Ceza Kavramları | 3 |
| 3.1. Suçun Unsurları | 4 |
| 3.2. İslâm Hukukunda Cezalar | 6 |
| 3.3. Cezaların Tasnifi | 9 |
| 3.3.1. Hadler | 10 |
| 3.3.2. Kısas | 12 |
| 3.3.3. Ta'zir | 14 |
| BİRİNCİ BÖLÜM | 16 |
| İSLÂM CEZA MUHÂKEMESİ USÛLÜ | 16 |
| 1. Muhâkeme | 17 |
| 1.1. Mahkemede Görevli Memurlar | 22 |
| 1.1.1. Hâkim | 22 |
| 1.1.2. Mahkemede Yardımcı Konumdaki Memurlar | 33 |
| 1.2. Dava | 38 |
| 1.2.1. Dava Çeşitleri | 40 |
| 1.2.2. Davanın Kabul (Sihhat) Şartları | 40 |
| 1.2.3. Davanın Tarafları ve Vazifeleri | 42 |
| 1.2.4. Davayı Sonlandıran Taraf Muameleleri | 43 |
| 1.2.5. Karşı Dava | 45 |
| 1.3. Hüküm (Kazâ) | 47 |
| 1.3.1. Hüküm Verilebilmesi İçin Gerekli Şartlar | 48 |

| | |
|---|-----|
| 1.3.2. Hüküm Çeşitleri | 50 |
| 1.3.3. Gıyâbî Hüküm..... | 51 |
| 1.4. İslâm Ceza Muhâkemesinin Genel Kaideleri..... | 52 |
| 1.4.1. Zanlının Hak ve Hürriyetlerinin Korunması | 53 |
| 1.4.2. Düzenin Muhafaza Edilmesi | 57 |
| 1.4.3. Hakikatin Tespiti..... | 59 |
| 1.4.4. Verilecek Ceza İle Muhâkeme Arasındaki Münasebet | 60 |
| 1.4.5. Muhâkemede Zaman ve Maliyet..... | 61 |
| 1.5. İslâm Ceza Muhâkemesi Düzeni..... | 61 |
| 1.5.1. İslâm Ceza Muhâkemesinde Dava Açma ve Yürütme Hakkı | 62 |
| 1.5.2. İslâm Ceza Muhâkemesinin Yürütülebilmesi İçin Aranılan Şartlar..... | 63 |
| 1.5.3. Suçluluğun Saptanması ve Müeyyidenin Tayini İşlemlerinin Birbirinden Ayrılması..... | 66 |
| İKİNCİ BÖLÜM..... | 69 |
| İSPAT VÂSİTALARI VE DEĞİŞİM..... | 69 |
| 1. İspat Vâsıtaları ve Değişim | 70 |
| 1.1. Şâhitlik | 73 |
| 1.1.1. Şâhitliğin Şartları | 75 |
| 1.1.2. Davalarda Aranılan Şâhit Sayısı..... | 82 |
| 1.1.3. Şehâdetin Mahkemece Kabulü İçin Gerekli Şartlar | 84 |
| 1.1.4. Şâhitlik Yapma Usûlü | 86 |
| 1.1.5. Şâhitlik ile Dava Uyumu | 87 |
| 1.1.6. Şehâdetlerde İhtilaf | 89 |
| 1.1.7. Şâhitlerin Tezkiyesi (Güvenilirlik Soruşturması)..... | 90 |
| 1.1.8. Şâhitlere Yemin Ettirmek..... | 98 |
| 1.1.9. Yalancı Şâhitlik..... | 98 |
| 1.1.10. Şâhidin Sorumlulukları | 101 |
| 1.1.11. Davalının Mahkemeye Getirdiği Şâhitlerin Durumu | 102 |

| | |
|--|-----|
| 1.1.12. Başkasından Duyulanla Yapılan Şâhitlik (Şehâdeh ale's-Şehadeh) | 102 |
| 1.1.13. Şâhitlikten Dönme..... | 107 |
| 1.1.14. Günümüz Ceza Muhâkemesi Hukukunda Şâhitlik | 108 |
| 1.1.15. Şâhitliğin İslâm Ceza Muhâkemesinden Günümüz Ceza Muhâkemesine Geçirdiği Değişim ve Değerlendirilmesi..... | 112 |
| 1.2. Yemin..... | 117 |
| 1.2.1. Yeminden Nükûl | 122 |
| 1.2.2. Günümüz Ceza Muhâkemesinde Yemin..... | 123 |
| 1.2.3. Yeminin İslâm Ceza Muhâkemesinden Günümüz Ceza Muhâkemesine Geçirdiği Değişim ve Değerlendirilmesi..... | 124 |
| 1.3. İkrar | 127 |
| 1.3.1. İkrarda Şekil..... | 129 |
| 1.3.2. İkrarda Şümûl..... | 135 |
| 1.3.3. İkrarın Konusu Açısından Sınıflandırılması | 135 |
| 1.3.4. İkrarın Rükünleri..... | 136 |
| 1.3.5. İkrarda Tekrar..... | 138 |
| 1.3.6. İkrardan Dönme | 139 |
| 1.3.7. İkrar ve Şâhitliğin İspat Gücü Açısından Kıyası..... | 140 |
| 1.3.8. Günümüz Ceza Muhâkemesi Hukukunda İkrar | 141 |
| 1.3.9. İkrarın İslâm Ceza Muhâkemesinden Günümüz Ceza Muhâkemesine Geçirdiği Değişim ve Değerlendirilmesi..... | 142 |
| 1.4. Hâkimin Şahsî Bilgisinin İspat Değeri..... | 145 |
| 1.4.1. Hâkimin Şahsî Bilgisini Elde Etme Yolları | 146 |
| 1.4.2. Hâkimin Şahsî Bilgisinin İspat Değeri..... | 147 |
| 1.4.3. Günümüz Ceza Muhâkemesi Hukukunda Hâkimin Şahsî Bilgisi..... | 149 |
| 1.4.4. Hâkimin Şahsî Bilgisinin İslâm Ceza Muhâkemesinden Günümüz Ceza Muhâkemesine Geçirdiği Değişim ve Değerlendirilmesi | 150 |
| 1.5. Karfne..... | 150 |
| 1.5.1. İslâm Muhâkeme Hukukuna Göre Karfne Çeşitleri..... | 151 |

| | |
|--|-----|
| 1.5.2. İspat Vâsıtası Olabilmesi Açısından Karînelerin Değeri | 159 |
| 1.5.3. Günümüz Ceza Muhâkemesinde Karîne..... | 166 |
| 1.5.4. Karînenin İslâm Ceza Muhâkemesinden Günümüz Ceza Muhâkemesine Geçirdiği Değişim ve Değerlendirilmesi..... | 168 |
| SONUÇ | 170 |
| KAYNAKLAR | 174 |
| ÖZGEÇMİŞ | 183 |



KISALTMALAR

| | |
|---------------|--|
| a.e. | : Aynı Eser |
| a.g.e. | : Adı geçen eser |
| a.g.m. | : Adı geçen makale |
| a.m. | : Aynı Makale |
| AÜİFD | : Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi |
| b. | : Bin, ibn |
| bkz. | : Bakınız |
| bs. | : Baskı Sayısı |
| c. | : Cilt |
| CMK | : Ceza Muhâkemesi Kanunu |
| CMUK | : Ceza Muhâkemesi Usûlü Kanunu |
| DİA | : Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi |
| Ed. | : Editör |
| HMK | : Hukuk Muhâkemeleri Kanunu |
| Hz. | : Hazreti |
| md. | : Madde |
| s. | : Sayfa |
| ss. | : Sayfa Sayısı |
| sav | : Sallallahu Aleyhi ve Sellem |
| sy. | : Sayı |
| TCK | : Türk Ceza Kanunu |
| thk. | : Tahkik eden |
| trc. | : Tercüme, tercüme eden |
| ty. | : Basım Tarihi Yok |
| vb. | : Ve benzeri |
| vd. | : Ve devamı |
| yy. | : Basım yeri yok |

GİRİŞ

1. Araştırmanın Konusu, Sınırları ve Metodu

Tezin konusu, İslâm ceza muhâkemesi usûlünde ispat vâsıtaları ve değişimdir. İslâm ceza muhâkemesinin ispata esas kabul ettiği hükümlerinde değişimin söz konusu olabilmesi, bilim ve teknolojinin ispat sahasına sağladığı imkânlarla ilgili yeni bir durumdur. Tezde bu vâsıtalarındaki değişim tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu amaçla İslâm hukukunda hadler, kısas ve ta'zir suçlarının ispatında esas olan şahitlik, yemin, ikrar, hâkimin şahsî bilgisi ve karîne konuları Hanefî mezhebi esas alınarak incelenmiştir. Bazen diğer mezheplerin görüşlerine de yer verilmiştir. Sonra bu ispat vâsıtalarının günümüz ceza muhakemesindeki durumu tespit edilmiştir. Ardından şahitlik, ikrar, yemin, hâkimin şahsî bilgisi ve karîneler alanındaki değişim tespit edilmeye çalışılmıştır.

2. Araştırmanın Kaynakları

İslâm ceza muhâkemesi usûlünde ispat vâsıtaları, klasik fıkıh literatüründe çeşitli bölümlerde konunun özelliğine göre yer verilmiştir. Bu sebeple çalışmada Hanefî fıkıh eserlerinin edebü'l-kâdı, hudûd, kısas, ta'zir, şehâdât, ikrar, yemin, nükûl ani'l-yemin ve ilmu'l-kâdî bölümleri tezin kaynaklarıdır. Bunların yanı sıra diğer ekollerden de istifade edilmiştir.

Ceza muhâkemesi usûlü vb. başlıklar altında yazılan çeşitli kitap, tez, makale, araştırma ve ansiklopedi maddeleri de faydalanılan kaynaklar arasındadır. Bu kaynaklardan bazıları şunlardır: Tarablusî'nin *Mu'înü'l-Hukkâm*'i¹, Mecelle-i *Ahkâm-ı Adliyye*, Ali Haydar'ın *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*'i,² İbnü'l-Kayyim'in *et-Turuku'l-Hükmiyye*'si,³ İbn Ferhûn'un *Tebşiratü'l-Hükkâm*'i,⁴ Behnesî'nin *Nazariyyetü'l-İsbât*'i,⁵ Terhûnî'nin *Hucciyetü'l-Karâin*'i,⁶ Zeydân'ın *Nizâmu'l-Kazâ*'sı,⁷

¹ Trablusî, Ebû'l-Hasen Alaaddin Ali b. Halil, *Mu'înü'l-Hukkâm fî mâ Yeteraddedü beyne'l-Hasmeyni mine'l-Ahkâm*, yy., Dâru'l-Fikir, ty..

² Ali Haydar, Hoca Emin Efendizade, *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, İstanbul, Hukuk Matbaası, 1330.

³ İbnü'l-Kayyim, Ebî Abdullah Muhammed b. Ebî Bekr b. Eyyûb el-Cevziyye, *et-Turuku'l-Hükmiyye fî Siyâseti's-Şer'iyye*, yy., Dâru'l-Alemi'l-Fevâid, ty..

⁴ İbn Ferhun, İbrahim b. Ali b. Muhammed, *Tebşiratü'l-Hükkâm fî Usûli'l-Ekdiyeti ve Menâhic'il-Ahkâm*, 1. bs., yy, Mektebetü'l-Külliyatu'l-Ezheriyye, 1986.

⁵ Behnesî, Ahmed Fethî, *Nazariyyetü'l-İsbât fî'l-Fıkhî'l-Cinâiyi'l-İslâmî*, 5. bs., Kâhîre, Dâru's-Şurûk, 1989.

Bilmen'in *Hukuk-u İslâmiyye ve Istilahatı Fıkhiyye Kamusu*,⁸ Bayındır'ın *İslâm Muhâkeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması)*⁹; Beroje'nin *İslâm Ceza Muhâkemesi Hukukunda Beyyine Külfeti ve İspata Hâkim Esaslar*¹⁰ isimli tezi ve aynı yazarın "*Günümüz İspat İmkânları ve Anlayışı Işığında Kadının Şâhitliğinin Yeniden Değerlendirilmesi*"¹¹ isimli makalesi, Çetinkaya'nın "*İslâm Muhâkeme Hukukunda Hâkim Şahsî Bilgisi İle Hüküm Verebilir mi?*"¹² isimli makalesi, Duran'ın "*İslâm Hukukunda Muhtevası ve Hukukî Mahiyeti Bakımından İkrar Kavramı*"¹³ isimli makalesi, Gökmenoğlu'nun "*İslâm Muhâkeme Usûlü Hukukunda Bir İspat Vâsıtası Olarak Yemin Delili*"¹⁴ isimli makalesi ve Yaylalı'nın "*İslâm Hukukunda Karine*"¹⁵ isimli makalesi yararlanılan kaynaklar arasında zikredilebilir.

Günümüz pozitif hukuk ceza muhâkemesi alanında da yararlanılan bazı eserler vardır. Meselâ Kunter'in *Muhâkeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhâkemesi Hukuku*,¹⁶ Özbek ve diğerleri tarafından hazırlanan *Ceza Muhâkemesi Hukuku*,¹⁷ Yurtcan'ın *Ceza Yargılaması Hukuku*,¹⁸ Soyaslan'ın *Ceza Muhâkemesi Hukuku*¹⁹ eserleri başta olmak üzere; Kurt'un "*Ceza Yargılamasında Tanıklık*"²⁰ isimli tezi; Güngör'ün "*Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanının Delil Değeri Üzerine Bazı Tespit ve*

⁶ Terhûnî, Muhammed Ahmed Dav, *Hucciyetü'l-Karâin fi'l-İsbâtî'l-Cinâiyyi fi'l-Fıkhî'l-İslâmiyyi ve'l-Kânûnî'l-Vad'î*, 1. bs., Bingazi, Câmîâtü'l-Karnûs, 1993

⁷ Abdülkerim Zeydân, *Nizâmu'l-Kazâ fi's-Şerîati'l-İslâmiyye*, 2. bs., Beyrut, Müessesetü'r-Risale, 1989.

⁸ Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukukî İslâmiyye ve Istilahatı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul, Bilmen Basım Yayın Evi, 1967-1970.

⁹ Abdülaziz Bayındır, *İslâm Muhâkeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması)*, İstanbul, İslâmî İlimler Araştırma Vakfı Yayınları, 1986.

¹⁰ Sahip Beroje, *İslâm Ceza Muhâkemesi Hukukunda Beyyine Külfeti ve İspata Hâkim Esaslar*, (Doktora Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1999).

¹¹ Sahip Beroje, "Günümüz İspat İmkânları Ve Anlayışı Işığında Kadının Şâhitliğinin Yeniden Değerlendirilmesi", *Ekev Akademi Dergisi*, s. 19, (Bahar 2004).

¹² Ahmet Çetinkaya, "İslâm Muhâkeme Hukukunda Hâkim Şahsî Bilgisi İle Hüküm Verebilir mi?", *Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, c. 2, (2015).

¹³ Ahmet Duran, "İslâm Hukukunda Muhtevası ve Hukukî Mahiyeti Bakımından İkrar Kavramı", *İslâm Hukuku Araştırmalar Dergisi*, sy.21, (2013).

¹⁴ Hüseyin Tekin Gökmenoğlu, "İslâm Muhâkeme Usulü Hukukunda Bir İspat Vasıtası Olarak Yemin Delili", *Selçuk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sy.3, (1994).

¹⁵ Davut Yaylalı, "İslâm Hukukunda Karine", *İslâmî Araştırmalar Dergisi*, Ankara, c.2, sy.6, (1988).

¹⁶ Nurullah Kunter, *Muhâkeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhâkemesi Hukuku*, 6. bs., İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1978.

¹⁷ Veli Özer Özbek vd., *Ceza Muhâkemesi Hukuku*, 6. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014.

¹⁸ Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 9. bs., İstanbul, Alfa Basım Yayım Dağıtım, 2002.

¹⁹ Doğan Soyaslan, *Ceza Muhâkemesi Hukuku*, 5. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.

²⁰ Derya Kurt, "Ceza Yargılamasında Tanıklık", (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Niğde Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014)

Değerlendirmeler"²¹ isimli makalesi, Kiper'in "*Ceza Usûlünde İkrar*"²² isimli makalesi olmak üzere günümüz ceza muhâkemesi ve ispat hukukuyla ilgili kanun maddelerinden, çeşitli kitap, makale ve sözlükler yararlanılan eserler arasında yer almaktadır.

3. İslâm Hukukunda Suç ve Ceza Kavramları

Suç sözlükte "*törelere ve ahlâk kurallarına aykırı davranış ya da bir toplumda haksız sayılıp yazılı yazısız kurallarla yasaklanan ve yaptırma bağlanan eylem*"²³ anlamına gelmektedir. Diğer bir ifadeyle suç, "*hukukun yasakladığı ve cezaî bir müeyyideye bağladığı eylem*"²⁴ şeklinde de tanımlanmaktadır. Fıkıhta ise suç kelimesini genel olarak cürm ve cerîme kelimeleri karşılamaktadır. Sözlükte c-r-m kökünden türeyen kelimeler "*günah, suç, çalışmak ve kesmek*"²⁵ anlamlarına gelmektedir. Bu kelime fıkıhta günah, suç ve haksız fiili kapsayacak genişlikte kullanılmaktadır.²⁶ Cinayet kelimesi "*suç*" anlamını da içermekle birlikte "*kişinin kendisine ya da başkalarına verdiği zararı kapsayan yasak fiillerin hepsi*"²⁷ olarak da tarif edilmektedir. Âyet ve hadislerde de c-r-m kökünden türeyen kelimeler suç ve günah işlemeyi ifade etmek üzere sıkça geçmektedir.²⁸

Klasik İslâm hukukunda suç geniş ve dar olmak üzere iki şekilde tanımlanmaktadır. Dar manada suç, dini ve ahlaki değil, sadece cezaî müeyyide ile desteklenmiş hukuk kurallarını ihlal eden ve cezası yargı kararına bağlı olarak devlet tarafından uygulanan davranışları ifade etmektedir. Geniş manada suç ise, ilahi irade tarafından belirlenen emir ve nehiyleri ihlal eden günah kavramına giren her türlü fiili ifade etmektedir. Bu mana da kullanılan suç, dünyevi ya da uhrevi bir müeyyideye sahip olabilmektedir. Bu durumda suç; din, ahlak ve hukuk kurallarını ihlal eden her türlü fiil sonucunda teşekkül etmektedir.²⁹

²¹ Devrim Güngör, "Ceza Muhâkemesinde Tanık Beyanının Delil Değeri Üzerine Bazı Tespit ve Değerlendirmeler", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c.6, sy.2, (2015).

²² Osman Kiper, "Ceza Usulünde İkrar", *Ankara Barosu Dergisi*, c.32, sy.2, (1981).

²³ Mehmet Boynukalın, "Suç" md., *DİA*, XXXVII, İstanbul, 2009, 453.

²⁴ Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 4. bs., İstanbul, Ensar Neşriyat, 2013, s. 512.

²⁵ İbn Manzûr, Ebî Fazl Cemâleddin Muhammed b. Mükerrrem, *Lisânu'l-Arab*, Beyrut, Dâru Sâdir, ty., XII, 90.

²⁶ Şâzelî, Hasen Ali, *el-Cinâyâtü fi'l-Fıkhî'l-İslâmiyyi Dirâseten ve Mukâraneten beyne'l-Fıkhî'l-İslâmi ve'l-Kânûn*, 2. bs., yy., Dâru'l-Kitâbi'l-Câmîî, ty., s.12.

²⁷ Cürçânî, Seyyid Şerif, *et-Ta'rifât*, 4. bs., Beyrut-Lübnan, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 2013, s. 83.

²⁸ el-En'âm, 6/124; el-Hûd, 11/89; et-Tâhâ, 20/74; el-Meâric, 70/11; es-Sebe', 34/25.

²⁹ Talip Türçan ve Ünal Yerlikaya, "Ceza Hukuku", (Ed. Talip Türçan), *İslâm Hukuku*, 1. bs., Ankara, Grafiker Yayınları, 2012, s. 304.

Bazı fakihler suçu "*Allah'ın had ya da ta'zir ile cezalandırdığı yasak fiiller*"³⁰ şeklinde tarif etmişlerdir. Bu bağlamda had ve kısas/diyet suçları dışında kalan hukuka aykırı her fiil, ta'zir suçu olarak nitelenmektedir.³¹ Kamu otoritesinin bu fiillerle ilgili yasal düzenleme yapabileceği kabul edilmektedir. Günümüzde disiplin suçu ve idarî suç diye nitelenen fiillerin cezalandırılması fıkıh eserlerinde belirli kişilerin tedip hakkı ile muhtesibin yetkilerinin söz konusu edildiği yerlerde ta'zir kavramı kullanılarak incelenmiştir.³²

İslâm hukukunda her bir suç türü ayrı ayrı değerlendirilmektedir. Suçlara ilişkin bazı umûmî prensiplere de yer verilmiştir. Genel olarak kanuni unsur, maddî unsur, hukuka aykırılık unsuru ve manevi unsur ortaya çıkmaktadır.

3. 1. Suçun Unsurları

XVIII. asırdan beri Batı hukuklarının kabul ettiği suç ve cezanın kanuniliği unsuru, İslâm hukukunun başından beri uyguladığı bir prensiptir.³³ Modern hukukta fiilin suç sayılabilmesi için söz konusu fiili suç olarak düzenleyen ve buna bir cezaî müeyyide belirleyen kanun maddesinin olması gerekir. Buna suçun kanunilik unsuru denmektedir.³⁴ İslâm hukukunda bir fiilin suç sayılabilmesi için bu fiilin Allah'ın şeriatında suç olarak kabul edilmiş ve karşılığında cezanın da bildirilmiş olması gerektiği sonucu çıkarılmaktadır.

Bu açıdan hadlere ve kısas cezalarına baktığımızda suç ve karşılığında cezası nasllar tarafından net olarak tayin edilmiştir. Ancak suç ve ceza çeşidi bakımından daha geniş bir alanı kapsayan ta'zir cezalarının kanuni olmadığı, hadler ve kısaslarda net olan

³⁰ İbnü'l-Ferrâ, Muhammed b. el-Huseyn b. Muhammed b. Halef Ebû Ya'la, *el-Ahkâmü's-Sultâniyye* (thk. Muhammed Hâmid el-Fakî), 2. bs., Beyrut, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 2000, s. 257; Şâzelî, *a.g.e.*, s. 12; Abdülkâdir Udeh, *et-Teşrîu'l-Cinâiyyü'l-İslâmî Mukâranen bi'l-Kânûni'l-Vad'î*, Beyrut, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, ty., I, 66; Komisyon, *el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye*, 2. bs., Kuveyt, Kuveyt Evkaf Bakanlığı, 1986, XVI, 59; Hayreddin Karaman, *Anahatlarıyla İslâm Hukuku*, 15. bs., İstanbul, Ensar Neşriyat, 2011, I, 224.

³¹ İbnü'l-Hümâm, Muhammed b. Abdilvâhid b. Abdilhamîd es-Sivâsî el-İskenderî, *Fethü'l-Kadir*, yy, Daru'l-Fikr, ty., V, 343-344; *el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye*, XII, 254.

³² Boynukalın, *a.g.e.*, XXXVII, 454.

³³ Karaman, *İslâm Hukuku*, I, 225.

³⁴ Mustafa Cevat Akşit, *İslam Ceza Hukukunda İnsanî Esaslar Üzerine Bir Deneme*, (Doktora Tezi, Atatürk Üniversitesi, İslâmî İlimler Fakültesi), s. 38; Hakan Hakeri, *Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, 3. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005, s. 79.

suç ve karşılığındaki cezaya bakarak iddia edilebilmektedir. Fakat ta'zir cezalarında suç ve karşılığında ceza belirtilmemişse de İslâm'da suç teşkil edebilecek şeyler ve bunlara verilebilecek cezalar İslâm hukuk gayesi ve siyaseti açısından belirlenebilmektedir. Örneğin, ta'zirden uygulanabilecek cezanın üst sınırı belirlenmiş olmakla birlikte³⁵ cezayı gerektirecek bir şekilde suç teşkil eden şeylerde de genel olan kaideler belirlenmiştir.³⁶

Bir suçun maddî unsuru, suç oluşturabilecek bir niyetin ya da düşüncenin eyleme dönüşerek dış dünyamızda vuku bulmasını ifade etmektedir. Dış âlemde suç teşkil edecek bir şekilde değişiklik oluşturmayan niyet ya da düşünce suç oluşturmamaktadır.³⁷ Şöyle ki "*Siz içinizdekini (niyet-düşünce) gizleseniz de saklasanız da Allah bundan dolayı sizi hesaba çeker*"³⁸ ayeti nazil olduğu zaman Müslümanlara ağır gelmiştir. Hz. Peygamber'in (sav) yanına gelerek diz çökmüşler ve "*Ey Allah'ın Resülü! Biz şimdiye kadar gücümüzün yettiği amellerle; namaz, oruç, cihat, sadaka ile mükellef kılınmıştık. Şimdi ise sana şu ayet nazil oldu ki bizim buna gücümüz yetmez. Biz içimizden geçirdiklerimiz sebebiyle de cezalandırılacak mahvolduk!*"³⁹ demişlerdir. Bundan sonra ise "*Allah bir kişiye ancak gücünün yeteceğini yükler.*"⁴⁰ ayeti nazil olmuştur. Bu iki ayet birlikte değerlendirildiği zaman, artık bir kişinin niyet/düşünce boyutundaki suç oluşturabilecek ancak madde âleminde eyleme dönüşmeyen şeylerin suç olmaktan çıkarıldığı anlaşılmaktadır.⁴¹ Aynı zamanda niyet/düşünce boyutundaki suçun işlenmesi için harekete geçmek fakat henüz suçu işlememiş olmak durumunda o suç işlenmiş gibi ceza verilemez.⁴²

Hukuka aykırılık unsuru, bir fiilin işlenmesinin şer'an (kanunen) yasaklanmış olmasına karşın, bu hareketin herhangi bir kanun tarafından hukuka uygun sayılmamış olmasıdır.⁴³ Bir diğer ifadeyle, ceza kanununda formüle edilmiş bir yasağın başka bir hukuk kuralı yoluyla ihlaline izin verilmemiş ve bu yolla haksız fiilin hukuka uygun

³⁵ Bkz. Serahsî, Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed, *el-Mebsût*, Mısır, 1324, XXIV, 35-36; Kâsânî, Alaaddin Ebî Bekir b. Mes'ûd, *Bedâi' u 's-Sanâi' fi Tertîbi 'ş-Şerâi*, Beyrut, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, 1982, VII, 64.

³⁶ Udeh, *a.g.e.*, I, 148.

³⁷ Akşit, *a.g.e.*, s. 39; Hakeri, *a.g.e.*, s. 87.

³⁸ Bakara, 2/284.

³⁹ Müslim, "İman", 199.

⁴⁰ Bakara, 2/286.

⁴¹ Bkz. İbnü'l-Arabî, Ebû Bekir Muhammed b. Abdillâh b. Muhammed el-Meâfirî, *Ahkâmu'l-Kur'an* (thk. Muhammed Abdülkâdir Atâ), 1. bs., Beyrut, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 2014, I, 205; Akşit, *a.g.e.*, s. 39.

⁴² *a.e.*, s. 39.

⁴³ *a.e.*, s. 40.

hale getirilmemiş olması gerekmektedir.⁴⁴ Örneğin, gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hâl ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.⁴⁵ Burada görüldüğü gibi yasak olan bir fiil başka bir kanun tarafından belirli bir şarta bağlanarak suç olmaktan çıkarılmıştır. Bir suçu suç olmaktan çıkaracak olan şeyler kısaca, hakkın icrası (ebeveynin çocuğunu te'dip için dövmesi), mağdurun rızası (sahibinin çalınan malını hırsıza hibe etmesi ya da hırsız affetmesi), vazifenin ifası (hırsızın eli kesen memurun görev icabı bu fiili yapması), meşrû müdafaa ve zaruret (zorla şarap içirmek) halleridir.⁴⁶

Bir diğer unsur kusurdur. Failin kusurlu sayılabilmesi için hem kusurlu hareket etmeye ehil hem de somut olayda kusurlu hareket etmiş olması gerekir. Bu açıdan manevi unsur; isnat yeteneği ve kusurluluk olarak ikiye ayrılır. Anlama ve davranışları yönlendirme yeteneği anlamına gelen isnat yeteneğini ortadan kaldıran sebepler yaş küçüklüğü ve akıl hastalığı ile sağır/dilsizliktir. Kusur, bir fiilin isnat yeteneği bulunan bir kimse tarafından bilerek ve isteyerek veya en azından bilerek yapılmasıdır. Ceza hukukunun en önemli ilkelerinden, "Kusursuz suç ve ceza olmaz" ilkesi faili hak etmediği aşırı yaptırımlara karşı korur.⁴⁷ Suçun manevi unsurunun ilk kısmını oluşturan kusur yeteneği ise, failin, kusurlu bir şekilde hareket edebilme yeteneğidir.⁴⁸ Bir kimsenin kusur kabiliyeti, o kimsenin akıllı ve bülûğa ermiş olup olmamasına göre belirlenir. İslâm ceza hukukunda bülûğ çağı kusur yeteneğinin tespitinde temyiz kudretiyle beraber temel bir ölçü olarak kabul edilmiştir.⁴⁹

3.2. İslâm Hukukunda Cezalar

Ceza, sözlükte isim olarak ceza "*bir şeyin mükâfatı, karşılığı*", mastar olarak da "*iyi ya da kötü olan bir fiil ve davranışın tam olarak karşılığını vermek*"⁵⁰ anlamına gelmektedir.

Ceza, İslâmî kaynaklarda terim olarak biri genel, diğeri özel olmak üzere başlıca iki anlamda kullanılmaktadır. Genel anlamda ceza, dünyevî veya uhrevî mahiyette

⁴⁴ Hakeri, *a.g.e.*, s. 122

⁴⁵ TCK md., 25/1.

⁴⁶ Akşit, *a.g.e.*, s. 40-43.

⁴⁷ Boynukalın, *a.g.e.*, XXXVII, 456.

⁴⁸ Hakeri, *a.g.e.*, s. 160, 161.

⁴⁹ Akşit, *a.g.e.*, s. 40-43, 78-80; Türcan ve Yerlikaya, *a.g.e.*, s. 315.

⁵⁰ Fîrûzâbâdî, *a.g.e.*, I, 251.

özendirici veya caydırıcı müeyyideden ibarettir. Özel anlamda ise dünyada hukuk düzeni tarafından suçluya tatbik edilecek maddî ve manevî müeyyideyi ifade eder. Bu anlamdaki cezayı Arap dilinde ukûbet kelimesi,⁵¹ İslâm ceza hukukunda ise suç kavramında olduğu gibi el-fikhü'l-cinâî veya et-teşrû'l-cinâî terimleri karşılamaktadır.⁵²

Cezanın amacı, meşrû uygulamalarla insanlara fayda sağlamaktır. Örneğin, kısas cezası can güvenliğini sağlamak; zina cezası nesepleri ve meşru aile hayatını korumak; hırsızlık cezası malları güvence altına almak; iftira cezası iffetlere dil uzatılmasını önlemek içindir.⁵³

İslâm'da cezaların amacı insanlığı korumak, ıslah etmek, kanunlara itaati sağlamak ve sosyal düzeni korumaktır.⁵⁴ Bu amaçlara ulaşabilmek için ceza hukukunda şu ilkeler hâkim olmuştur:

1) Ceza suçu önlemeli, suçluyu ıslah etmeli ve başkalarını da bu suçu işlemekten caydırıcı olmalıdır.

2) Cezanın miktarı, amacın gerektirdiği kadar olmalıdır. Bundan eksik ya da fazla olmamalıdır.

3) Cezanın amacı hapis ve ölümün de ceza olarak devreye girmesini gerektiriyorsa bu cezalar verilmelidir.

4) Amaca ulaştırmayan cezaları vermekte ve uygulamakta ısrar edilmemelidir.

5) Suçluyu ıslah etmek ve akıllandırmak, ona işkence etmek ve ondan intikam almak demek değildir.⁵⁵

Bir eylemin cezalandırılabilmesi için onun kanunda suç olarak belirtilmesi ve karşılığında da cezasının bildirilmesi gerekmektedir. Örneğin, zina suç olarak bildirilmekle birlikte cezası da bildirilmiştir.⁵⁶

⁵¹ Bkz. Udeh, *a.g.e.*, I, 609.

⁵² Adil Bebek, "Ceza" md., *DİA*, VII, İstanbul, 1993, 469.

⁵³ Serahsî, *a.g.e.*, X, 110.

⁵⁴ Behnesî, Ahmed Fethî, *es-Siyâsetü'l-Cinâiyyetü fi'ş-Şeriatü'l-İslâmiyye*, 2. bs., Kâhire, Dâru'ş-Şurûk, 1988, s. 334-335.

⁵⁵ Akşit, *a.g.e.*, s. 31-36; Karaman, *İslâm Hukuku*, I, 226-227.

⁵⁶ Bkz. en-Nûr, 24/2; Müslim, "Hudûd", 12; Ebû Dâvûd, "Hudûd", 23.

İslâm hukuku suç ve cezanın kanuniliği prensibini benimsemiştir. Ancak teferruatta ve tatbikatta had ve kısas ile ilgili suçlarda ifadeler kesin ve kapsamı da dardır. Yalnız belirli suçları içine almaktadır. Cezalar ikili üçlü bir tarzda değil tek bir ceza tarzındadır. Ta'zirde ise suçlar genel ve kapsamlı ifadelerle verilmiş hem de cezalarda takdire yer verilmiştir.⁵⁷

Cezalarda şahsîlik prensibi, belli bir suçun karşılığında belirtilmiş olan bir cezanın ancak o suçu işleyen kimseye verilebileceğini ifade etmektedir.⁵⁸ İslâm hukukuna göre herkesin kendi işlediği suçun cezasını kendi çekmesi, suçludan başka birisinin bu suçun cezasını çekmemesi esastır.⁵⁹

İslâm ceza hukukunda diyet bazı durumlarda suçlu tarafından değil de, suçlu ile âkilesi tarafından beraber veya yalnızca âkile tarafından ödenmektedir.⁶⁰ Diyetin ceza değil de bir tür tazminat özelliği taşıyan hukukî bir müeyyide olduğu dikkate alındığında söz konusu uygulamanın cezaların şahsîliği ilkesi ile çelişmediği ve şahsîlik ilkesinin bir istisnası olarak değerlendirilebileceği anlaşılmaktadır.⁶¹

Umûmîlik prensibi cezaların uygulanmasında şahısların eşitliğini ifade etmektedir. Yani ceza kurallarına uymakla mükellef olan herkesin işlediği suçtan dolayı cezalandırılmasını ifade eden bir prensiptir.⁶²

Cezada eşitlik, cezanın suça uygun olması, aynı suçu işleyenlere aynı cezanın verilmesi; suçlunun zenginlik, makam, mevki ve benzeri vasıflarının cezayı etkilememesidir. İslâm hukukunda uygulanan bu ilkeye göre kanun önünde herkes eşittir.⁶³ Toplumda sayılır bir yeri olan bir kadın hırsızlık yapmıştır. Hz. Peygamber'den (sav) bu kadının yaptığı hırsızlık sonucunda kendisine verilecek cezanın affedilmesi talep edilmiştir. Bunun üzerine Hz. Peygamber (sav) "*Allah'a yemin ederim ki! Bu durumda Muhammed'in kızı Fatıma da olsa cezayı uygulardım.*"⁶⁴ buyurmuşlardır. Bu

⁵⁷ Udeh, *a.g.e.*, I, 119-126.

⁵⁸ Akşit, *a.g.e.*, s. 49.

⁵⁹ el-En'âm, 6/164; el-Fâtır, 35/38; en-Necm, 53/39; en-Nisâ, 4/123.

⁶⁰ Bkz. Bardakoğlu, "Kasâme" md., *DİA*, XXIV, 528-530.

⁶¹ Türcan ve Yerlikaya, *a.g.e.*, s. 317.

⁶² Akşit, *a.g.e.*, s. 49-50; Türcan ve Yerlikaya, *a.g.e.*, s. 317.

⁶³ Akşit, *a.g.e.*, s. 49-50.

⁶⁴ Buhârî, "Fedâilu Ashâbi'n-Nebî", 18, "Meğâzi", 53, "Hudûd", 11, 12, "Enbiyâ", 54; Müslim, "Hudûd", 8, 9.

hadis, kanunlar önünde herkesin eşit olmasının, yani cezaların umûmîlik ilkesinin bir delilidir.⁶⁵

3.3. Cezaların Tasnifi

Cezalar aralarındaki ilgiye göre asli cezalar, bedel cezalar, ek cezalar ve tamamlayıcı cezalar olmak üzere dördü bir sınıflandırmaya tabi tutulurlar. Asli cezalar kısas, recm ve el kesme gibi suç için asıl olarak belirlenmiş cezalardır. Bedel cezalar, asıl cezaların uygulanamadığı durumlarda bu asli cezaların yerine belirlenmiş cezalardır. Ek cezalar, suç için asıl olarak belirlenmiş cezaya karar kılınmasıyla doğrudan açığa çıkan ve ayrıca hükmedilmesine gerek duyulmayan cezalardır. Örneğin, murisini öldüren kişinin katl suçundan hüküm yemesiyle birlikte mirastan da mahrum olması ek cezadır. Tamamlayıcı cezalara gelince, suç için belirlenmiş olan asıl cezaya bağlı bir şekilde verilen fakat hâkimin ayrıca hüküm vermesiyle kesinleşen cezalardır. Örneğin, hâkimin zina eden bir kimseye zina cezasını uygulamakla birlikte tamamlayıcı bir nitelikte hapis cezası vermesi tamamlayıcı cezadır.⁶⁶

Tatbik tarzı açısından cezalar, cisme karşı (bedeni), hürriyeti bağlayıcı, malî ve manevi olmak üzere dördü bir tasnife tabi tutulmaktadır. Bedeni cezalar, ölüm ve el kesme gibi suçlunun cisminde vuku bulan cezalardır. Ruhi cezalar, kınama, teşhir etme, tehdit etme tarzındaki suçu işleyen kimseye manevi olarak baskı oluşturan cezalardır. Hürriyeti bağlayıcı cezalar, hapis cezalarıdır. Malî cezalar, para cezası ve müsadere⁶⁷ olmak üzere iki kısımdır.⁶⁸

Cezalar Kitap ya da Sünnet tarafından belirlenmiş olup olmamasına göre ve Allah hakkı (kamu hakkı) ya da kul hakkı olmasına göre had, kısas ve ta'zir biçiminde üçlü bir sınıflandırmaya tabi tutulurlar. Had ve kısas cezaları nasslarla belirlenirken ta'zir cezaları ise devlet başkanı ya da hâkim tarafından belirlenir.⁶⁹ Ancak ta'zir

⁶⁵ Akşit, *a.g.e.*, s. 50.

⁶⁶ Udeh, *a.g.e.*, I, 632-633.

⁶⁷ Müsadere, devletin suçlunun malına el koymasındır. (Türk Hukuk Kurumu, *Türk Hukuk Lügatı*, 3. bs., Ankara, Başbakanlık Basımevi, 1991, s. 258)

⁶⁸ Udeh, *a.g.e.*, I, 633-634; Türcan ve Yerlikaya, *a.g.e.*, s. 318-319.

⁶⁹ Kudûrî, Ebi'l-Huseyn Ahmed b. Muhammed, *Şerhu Muhtasari'l-Kudûrî* (thk. Mevlana Gulâm Mustafa es-Sindî el-Kâsımî), 2. bs., Beyrut, Dâru İbni'l-Kesîr, 2014, s. 431, 451, 459; Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 33; İbn Nuceym, Zeynüddin b. İbrahim b. Muhammed b. Muhammed, *el-Bahrü'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, 2. bs., yy., Dâru'l-Kütübü'l-İslâmî, ty., V, 2, 44; Meydânî, Abdülğani b. Talib b. Hammade el-Guneymî, *el-Lübâb fi Şerh'il-Kitâb* (thk. Abdürrezzak el-Hindî), Beyrut, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, 2012, III, 57; Türcan ve Yerlikaya, *a.g.e.*, s. 318.

cezalarındaki belirleme keyfiyet/nitelik olarak değil, bilakis kemmiyet/nicelik olaraktır.⁷⁰ Yani ta'zir suçları ve cezaları naslardan iktibas edilmektedir. Burada devlet başkanı ya da hâkime bırakılan belirleme hakkı, İslâm'ın suç saydığı konularda olmak üzere İslâm'ın cezalandırmada kullandığı yöntemleri kullanarak devlet başkanının ya da hâkimin bu cezaların kemmiyet/nicelik boyutunu tayin etmesini ifade etmektedir.

İslâm hukukunda suçlar ve cezalar, hadler, kısas ve ta'zir olmak üzere üçlü bir tasnife tabi tutulmaktadır.

3.3.1. Hadler

Had kelimesi sözlükte "*iki şeyin arasını ayırmak, bir şeyin sonu, bitimi, engel olmak*"⁷¹ gibi anlamlara gelmektedir. Engel olmak anlamından hareketle, ceza gerektiren suçları işlemeye engel olmalarından ötürü cezalara "hudûd" denmiştir.⁷²

Had kelimesi (çoğulu hudûd) İslâm hukukunda: "*Allah hakkı olarak yerine getirilmesi gereken, miktar ve keyfiyeti nassla belirlenmiş cezaî müeyyideleri*"⁷³ ifade etmektedir. Tarifte haddin Allah hakkı olarak ifade edilmesinin nedeni, bu cezaların Allah'ın bir emri olarak yerine getirilmesi ve bu cezaların tatbikinde kişilerin ve toplumun herhangi bir müdahalesinin mümkün olmamasıdır.⁷⁴ Bu özelliği ile had, kul hakkı olan kısas cezasından; miktarının belirlenmiş olmasıyla da, miktarı belirlenmemiş olan ta'zir cezasından ayrılmaktadır.⁷⁵

Hadler konusunda mezhepler arasında ittifak yoktur. Hanefî mezhebine göre haddi gerektiren suçlar zina, hırsızlık, şarap içmek, kat'ı tarik ve kazf olmak üzere beş tanedir. Hanefî fukahâsından bazıları kat'ı tarik suçunu hırsızlık suçuyla bir değerlendirdiklerinden dolayı bu sayı dörde düşmektedir.⁷⁶

⁷⁰ Udeh, *a.g.e.*, I, 148.

⁷¹ Fîrûzâbâdî, Ya'kub b. Muhammed, *el-Kâmûsü'l-Muhît* (thk. Mahmûd Mes'ûd Ahmed), 1. bs., Beyrut, el-Mektebetü'l-Asriyye, 2009, I, 316.

⁷² Serahsî, *a.g.e.*, 1324, IX, 36.

⁷³ *a.e.*, IX, 36; *el-Mevsûatü'l-Fıkhıyye*, XVII, 129; Ali Bardakoğlu, "Had" md., *DİA*, XIV, İstanbul, 1996, 574.

⁷⁴ İbrahim Çalışkan, "İslâm Ceza Hukukunda Ceza Kavramı ve Hadd Cezaları", *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Ankara, sy.36, (1989), s. 373.

⁷⁵ Kudûrî, *a.g.e.*, s. 451; Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 33; İbn Nüceym, *a.g.e.*, V, 2; Meydânî, *a.g.e.*, III, 57.

⁷⁶ Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 33; İbn Nüceym, *a.g.e.*, V, 3.

Mâlikî mezhebinde haddi gerektiren suçlar, cana ve bedene yönelik işlenen suçlar, isyan, zina, kazf, hırsızlık, irtidat, hırâbe, içki içmek üzere sekiz tanedir.⁷⁷

Şâfiî mezhebinde haddi gerektiren suçlar yedi tanedir. Bunlar, yaralama/kıyas/diyet gibi kıyasın kapsamında olan suçlar, isyan, irtidat, zina, kazf, hırsızlık, haram olan içkileri içmedir.⁷⁸

Hanbelîler, kul hakkı olarak uygulanması gereken kıyası had suçu olarak kabul etmelerinden dolayı sınıflandırmaları Şâfi' ve Mâlikîlerin tasnifinden farklı değildir.

Had gerektiren suçlar (cerâimü'l-hudûd) ve cezaları maddeler halinde şöyledir:

1) Hırsızlık suçu (sirkat): Hırsızlık suçunun cezası sağ elin bilekten kesilmesidir.⁷⁹

2) Zina suçu: Zina suçunun cezası zâni muhsan, zâniye muhsana ise recmdir.⁸⁰ Zina suçunun cezası zâni muhsan, zâniye muhsana değilse yüz celdedir.⁸¹ Zina eden kölelerin cezası ise elli celdedir.⁸²

3) Zina iftirası suçu (kazf): Kazf suçunun cezası hürlere seksen, kölelere kırk celdedir.⁸³

4) İçki içme suçu (şürib): İçki içmenin cezası hürlere seksen, kölelere kırk celdedir.⁸⁴

5) Yol kesme/eşkıyalık suçu (kat'ı tarik/hırâbe): Yol kesme suçunun cezası suçun teşekkülüne göre değişmektedir. Bu değişkenliğe göre uygulanabilecek cezalar, sırasıyla ta'zir, sağ el ve sol ayağın çaprazlama kesilmesi ve ölümdür.⁸⁵

⁷⁷ Cezîrî, *a.g.e.*, V, 7.

⁷⁸ Abdurrahman Cezîrî, *el-Fıkhü ale'l-Mezâhibi'l-Erbâa*, Beyrut, el-Mektebetü'l-Asriyye, 2013, V, 7.

⁷⁹ el-Mâide, 5/38; Merğınânî, Burhânüddin Ebû'l-Hasan Ali b. Ebûbekir, *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mübtedî*, Beyrut, Dâru'l-Erkam b. Ebi'l-Erkam, ty., II, 407.

⁸⁰ Buhârî, "Vekâlet", 13, "Hudûd", 13; Müslim, "Hudûd", 25; Tirmîzî, "Hudûd", 5; İbn Mâce, "Hudûd", 7; Ebû Dâvûd, "Hudûd", 24; es-Serahsî, *a.g.e.*, IX, 37; Mâverdî, Ebû'l-Hasan Ali b. Muhammed b. Hanîb el-Basrî el-Bağdâdî, *el-Ahkâmu's-Sultâniyye ve'l-Vilâyeti'd-Dîniyye* (thk. Hâlid Abdullatîf se-Sıbgî el-Alemî), Beyrut, Dar-i Kitâbi'l-Arabi, 1999, s. 368.

⁸¹ en-Nûr, 24/2-3.

⁸² Mâverdî, *a.g.e.*, s. 367; Mevsilî, Abdullah b. Mahmud, *el-İhtiyâr li't-Ta'lîli'l-Muhtâr*, Beyrut, Dâru'l-Erkam b. Ebi'l-Erkam, ty., IV, 318.

⁸³ en-Nûr, 24/4; Mevsilî, *a.g.e.*, IV, 329.

⁸⁴ Merğınânî, *a.g.e.*, II, 399-400; Vehbe Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletuhû*, 2. bs., Dîmeşk, Dâru'l-fikr, 1985, VI, 151.

⁸⁵ el-Mâide, 5/33-34; Serahsî, *a.g.e.*, IX, 195-199; Merğınânî, *a.g.e.*, II, 421-422; Mevsilî, *a.g.e.*, IV, 355.

6) İsyân suçu (bağy): Bâğilerle savaşılr. Bu esnada öldürme eylemi olabilir. Ancak isyan edenler kaçarsa kovalanmazlar. Canlı olarak ele geçirilenler ise öldürülmezler. Fakat bunlar ta'zirle cezalandırılır.⁸⁶

7) Dinden dönme suçu (irtidat/riddet): Dinden dönme suçunun cezası müctehitlerin çoğunluğuna göre idamdır.⁸⁷ Fakat Hanefî mezhebine göre dinden dönen erkekler hapsedilir, kendilerine İslâm arz edilir. Şüpheleri varsa giderilir. Bu işlemlerden sonra tövbe edip iman etmezlerse öldürülürler. Kadınlar ise tövbe edip İslâm'a dönünceye kadar hapsedilirler.⁸⁸

3.3.2. Kısas

İslâm hukukunda diğerk bir suç türü ise kısastır. Kısas sözlükte mastar olarak, "iz sürmek, arkasından gitmek, kesmek, eşitlemek" gibi anlamlara gelmektedir.⁸⁹ Fıkıhta kısas, bir kişiye yaptığı suçun misliyle karşılık verilmesidir.⁹⁰ Daha geniş bir ifadeyle kısas, kasıtlı olarak işlenen adam öldürme ya da yaralama suçunun fâilinin işlediği fiil cinsinden ve ona denk bir ceza ile cezalandırılmasını, fıkıhtaki teknik kullanımıyla kasten öldürdüğü kişiye karşılık öldüren kişinin öldürülmesini, kasıtlı olarak yaralama sonucu mağdurda bedenî-fizikî zarar meydana getiren kimsenin benzeri şekilde cezalandırılmasını ifade eder.⁹¹

Kısas suçlarının cezası Kitap ve Sünnet tarafından belirlenmiştir. Genel olarak kul haklarını ihlal eden suçlardır. Kısas suçlarını hadlerden ayıran özelliği, kul haklarına tealluk etmesidir.⁹²

Kısas yaralama ve öldürme suçlarında uygulanan ve genel olarak misilleme (göze göz; dişe diş) esasına istinat eden ceza türüdür. Kısas da hadler gibi sınırları belirli bir cezadır. Fakat kısasta kul hakkı hâkimdir. Bu durum, mağdurun ya da yakınlarının affi halinde cezanın düşmesi ya da mahiyet değiştirmesi ile kendisini göstermektedir.⁹³

⁸⁶ Serahsî, *a.g.e.*, X, 124-128; Merğınâni, *a.g.e.*, II, 462-465.

⁸⁷ Buhârî, "Cihâd", 149; İbn Rüşd, Ebû'l-Velîd el-Kurtubî el-Endülüsi, *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Müktesid*, Beyrut, Mektebetü'l-Asriyye, 2010.

⁸⁸ Mevsilî, *a.g.e.*, IV, 399.

⁸⁹ Fîrûzâbâdi, *a.g.e.*, IV, 1258-1259.

⁹⁰ Cürânî, *a.g.e.*, s. 176; *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, XXXIII, 259.

⁹¹ Şamil Dağcı, "Kısas" md., *DİA*, XXV, İstanbul, 2002, 488.

⁹² Kudûrî, *a.g.e.*, s. 451; Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 33; İbn Nuceym, *a.g.e.*, V, 2; Meydânî, *a.g.e.*, III, 57.

⁹³ Karaman, *İslâm Hukuku*, I, 214.

Kıyas bağlamında öldürme suçu: Öldürme peşinden ruhun çıktığı yaralamadır.⁹⁴ Başka bir tanımla öldürme, canın cesetten çıkmasına sebep olan bir fiildir. İnsanlar tarafından yapılan ve o sebeple hayatın izale edildiği, yani insan bünyesini yıkmaya sebep olan bir fiildir.⁹⁵

Hanefî mezhebi, adam öldürme suçunu kusur unsurunu esas alınarak beşli bir tasnife tabi tutmuştur. Bunlar, kasten (amden), kasıt benzeri (şibh-i amd), hatâen, hata benzeri (mâ cerâ mecra'l-hata) ve sebebiyet verme (tesebbüb) şeklinde öldürmedir.⁹⁶

Yukarıdaki tasniften kasten adam öldürme dışındaki diğer dördünün müeyyidesi diyettir.⁹⁷ Bu suçlar bakımından diyet, asli yaptırım olup bir tür tazminat niteliğindedir. Diyetin ağırlaştırılmış olup olmaması kusurun derecesine göre belirlenmektedir.⁹⁸ Hanefilere göre diyeti katil ve katilin âkilesi birlikte öderler.⁹⁹

Kasten adam öldürme katilin kılıç, bıçak, mızrak ya da kurşun gibi bir silahla ya da silah yerine geçecek sivriltilmiş tahta, taş, ateş kullanarak, can alıcı yerlere iğne batırarak bir insanı haksız yere öldürmesini ifade etmektedir.¹⁰⁰

Kasten adam öldürmenin cezası: Büyük günah. Kasten adam öldüren ebediyyen cehennemdedir. Ayette şöyle buyrulmaktadır: "*Kim bir mümini kasten öldürürse cezası, içinde ebediyyen kalacağı cehennemdir. Allah ona gazap etmiş, onu lanetlemiştir.*"¹⁰¹ Diğer bir cezası kıyas ayeti dolayısıyla kısastır.¹⁰² Aynı zamanda "*Katil mirastan hiçbir şey alamaz*"¹⁰³ hadisi mucibince mirastan mahrumiyettir.

Kıyasın herhangi bir sebebe dayanarak düşmesi durumunda da diyet gerekmektedir. Diyet, Hz. Peygamber (sav) ve sahabe devirlerinde yüz deve ya da bin miskal (dinar) altın ya da on bin dirhem gümüş ya da iki yüz sığır ya da iki bin koyun ya

⁹⁴ Serahsî, *a.g.e.*, XXVI, 147.

⁹⁵ Zuhaylî, *a.g.e.*, VI, 217.

⁹⁶ Mevsilî, *a.g.e.*, V, 474.

⁹⁷ Serahsî, *a.g.e.*, XXVI, 123.

⁹⁸ Türcan ve Yerlikaya, *a.g.e.*, s. 328.

⁹⁹ Serahsî, *a.g.e.*, XXVII, 125.

¹⁰⁰ *a.g.e.*, XXVI/122-125; Meydânî, *a.g.e.*, III, 26.

¹⁰¹ en-Nisâ, 4/93.

¹⁰² Bakara, 2/178; el-İsrâ, 17/33.

¹⁰³ Ebû Dâvûd, 'Diyât', 18.

da iki yüz kat elbise olarak belirlenmiştir. Bu miktarlar maktulün erkek olması durumundadır. Kadın olması durumunda ise bahsedilen miktarlar yarıya düşmektedir.¹⁰⁴

Müessir fiillerin cezası: Müessir fiil, bir organın kesilmesi, yaralanması veya kullanılamaz hale getirilmesi gibi vücut bütünlüğüne yönelik olup kişinin ölümüne sebep olmayan fiillerdir.¹⁰⁵

Bazı yaralamalar ve sakatlamalar da kısas cezasını gerektirmektedir. Örneğin, telef edilen uzuvlar ve kemiğe kadar dayanarak kemiği ortaya çıkaran yaralamalarda kısas uygulanmaktadır. Bunun delili "*yaralar da kısastır*"¹⁰⁶ ayeti kerimesidir. Müessir fiillerde kısasın tatbik edilebilmesi için telef edilen ya da yaralanan uzuv ile buna karşı kısas edilecek uzuv ve yara arasında benzerlik ve eşitlik (mümâselât) bulunması gerekmektedir. Eşitlik temini mümkün değilse kısas uygulanamaz.¹⁰⁷ Bunun delili "kemikte kısas yoktur" hadisi şerifidir. Çünkü kırılan kemiğe karşı kısas uygulandığında aynı yerden eşit bir şekilde kemiği kırmak mümkün olamayabileceğinden dolayı kısas uygulanmaz.¹⁰⁸

Kısas herhangi bir sebeple uygulanamazsa diyet gerekir.¹⁰⁹ Vücutta tek bulunan uzuvların kesilmesi ya da sakat bırakılması durumunda katildeki diyetin aynısı gerekir. Çift uzuvlardan birisinin telefinde mevzubahis diyetin yarısı, dört adet olan uzuvlardan birisi içinse mevzubahis diyetin dörtte biri gerekmektedir.¹¹⁰ Şer'an belirtilmeyen ve sınırlandırılmayan yaralama ve sakatlamalardaki diyeti (erş) devletin yetkili organları belirlemektedir.¹¹¹

3.3.3. Ta'zir

İslâm hukukunda hadler ve kısas suçları dışında kalan diğer suçlar ta'zir suçları bağlamında incelenir. Ta'zir kelimesi sözlükte "*menetmek, engellemek, edeplendirmek, kınamak, sert dövmek*"¹¹² gibi anlamlara gelmektedir. Ta'zir fıkhıta, had suçları ve

¹⁰⁴ Serahsî, *a.g.e.*, XXVI, 75-84.

¹⁰⁵ Türcan ve Yerlikaya, *a.g.e.*, s. 329.

¹⁰⁶ el-Mâide, 5/45.

¹⁰⁷ Serahsî, *a.g.e.*, XXVI, 135; Mevsilî, *a.g.e.*, V, 484.

¹⁰⁸ Serahsî, *a.g.e.*, XXVI, 135.

¹⁰⁹ Mevsilî, *a.g.e.*, V, 485.

¹¹⁰ Serahsî, *a.g.e.*, XXVI, 75-84.

¹¹¹ Karaman, *İslâm Hukuku*, I, 217.

¹¹² Fîrûzâbâdî, *a.g.e.*, III, 1026.

cinayetlerde olduğu gibi hakkında belirli bir ceza tayin edilmeyen suçlara verilecek, miktarı ve uygulanması yöneticiye ya da hâkime bırakılmış cezaları ifade eder.¹¹³

Ta'zir suçları iki kısımdan oluşmaktadır. Birinci kısmı, Kitap ya da Sünnet tarafından yasaklanmış olmakla birlikte hakkında herhangi bir ceza müeyyide tayin edilmemiş fiiller oluşturmaktadır. İkinci kısmı ise, Kitap ve Sünnet'te doğrudan düzenlenmemiş olmakla birlikte belirlenmeleri toplumsal koşullara göre yetkili mercie bırakılmış suçlar oluşturmaktadır.¹¹⁴

Ta'zir cezaları, ölüm, sopa, hapis, sürgün, kınama, tehdit, nasihat, teşhir ve malî ceza gibi cezalardan oluşur.¹¹⁵ Ta'zirden hangi suça hangi cezanın uygulanacağı, belirtildiği üzere, yöneticinin ya da hâkimin takdirine bırakılmıştır. Ancak takdire bırakılan cezada alt sınır, üst sınır doktrinde tartışılmıştır.¹¹⁶ Çoğunluğa göre hiçbir ta'zir suçu karşılığında ölüm cezasıyla cezalandırılmaz.¹¹⁷ Ancak İmam Mâlik'e göre devletin bekası, kamu düzeni ve güvenliğinin korunması için had cezalarından daha fazla cezalar da tatbik edilebilir.¹¹⁸

Ta'zirlerde, ceza miktarları tayin edilmemiş olması, nassların tayin etmediği ispat vasıtalarıyla da cezalandırılabilmesi (şüpheyle ispatlanabilmesi olarak da ifade edilmektedir), mümeyyiz çocukların da bu suçları işleyebilmesi, bu suçlarda affin geçerli olması özellikleri bulunmaktadır.¹¹⁹

Ta'zir bir ceza ve te'dipten ibaret olmasından dolayı bu hususta hür ile köle, erkek ile kadın, Müslüman ile zimmi, bâliğ ile gayri bâliğ denktir. Şu kadar var ki, gayri bâliğin mümeyyiz olması şarttır.¹²⁰

¹¹³ İbnü'l-Hümâm, *a.g.e.*, V, 343-344; *el-Mevsûatü'l-Fıkhıyye*, XII, 254; Tuncay Başoğlu, "Ta'zir" md., *DİA*, XL, İstanbul, 2011, 198.

¹¹⁴ Türcan ve Yerlikaya, *a.g.e.*, s. 306.

¹¹⁵ Bilmen, *a.g.e.*, III, 306-309; Zuhaylî, *a.g.e.*, VI, 201-202, 205-207.

¹¹⁶ Serahsî, *a.g.e.*, IX, 71-72, XX, 108, XXIV, 36-37.

¹¹⁷ Türcan ve Yerlikaya, *a.g.e.*, s. 330.

¹¹⁸ Karaman, *İslâm Hukuku*, I, 223.

¹¹⁹ İbn Âbidîn, Muhammed Emin b. Ömer b. Abdülaziz, *Reddü'l-Muhtâr ale'd-Dürri'l-Muhtâr Şerhu Tenvîr'ul-Ebsâr*, ty., yy., IV, 60.

¹²⁰ Bilmen, *a.g.e.*, III, 310.



BİRİNCİ BÖLÜM

İSLÂM CEZA MUHÂKEMESİ USÛLÜ

İslâm adliye teşkilatının başlangıcından itibaren muhâkeme hukuku, İslâm medeni muhâkeme hukuku ve İslâm ceza muhâkemesi hukuku gibi bir ayrıma tabi tutulmamıştır. Fakat İslâm muhâkeme hukuku incelendiğinde ceza muhâkemesine taalluk eden bir takım husûsî hükümler vardır.¹²¹ Ceza muhâkemesine taalluk eden husûsî hükümler derlendiğinde bir İslâm ceza muhâkemesi hukuku teşekkül etmektedir.¹²² Bu başlık altında muhâkeme hukukuna dair genel bilgiler verildikten sonra İslâm ceza muhâkemesiyle ilgili husûsî hükümlere yer verilmeye çalışılacaktır.

¹²¹ Geniş bilgi için bkz. Akşit, *a.g.e.*, s. 29-30.

¹²² Bayındır, *a.g.e.*, s. 79.

1. Muhâkeme

Muhâkeme kelimesi sözlükte "*yargılamak, koğuşturmak, soruşturmak, mahkemeye çağırarak, suçlamak, dava açmak*"¹²³ gibi anlamlara gelmektedir. Terim olarak, "*hukuki bir uyuşmazlığı çözmek üzere yargılama organlarının ifa ettikleri faaliyet dolayısıyla meydana gelen hukuki ilişkilerin öznelere tarafından yapılan işlemlerin bütünüdür.*"¹²⁴

Günümüz Türkçesinde yargılama kelimesiyle de karşılanan muhâkeme Arapça'da, kazâ kelimesiyle ifade edilmektedir.¹²⁵ Kazâ kelimesi muhâkeme anlamında şöyle tarif edilmiştir: "*İnsanlar arasında meydana gelen niza ve ihtilâfları usûlüne uygun olarak sonuçlandırmak; şer'î hükümlerin yargı yetkisine sahip kimselerce taraflar arasında vuku bulan nizalı olaylara uygulanmasıdır.*"¹²⁶ Bazen de yargı kararına ağırlık verilerek "*yargı yetkisi bulunan bir kişiden sâdir olup tarafların uymakla mükellef tutulduğu söz (hüküm)*"¹²⁷ şeklinde tanımlanmaktadır.

Muhâkemeye ilgili genel kavramlar Hanefî fıkıh kitaplarının kaza, dava, şehâdet, ikrar, beyyinat, yemin, sulh ve vekâlet bölümlerinde geçen hükümlerle, her bab ve kitabın kendilerine özel yargılama usûlleriyle ilgili bölümlerinde yer verilmiştir. Mecelle bu hükümlerin birçoğunu buralardan iktibas etmiştir. Burada Mecelle'nin iktibas ettiği bu esaslara yer verilecektir.¹²⁸

1) Salâhiyet: Hâkimlerin yargılama yetkileri coğrafi olarak bir yerleşim yeri ile sınırlandırılmıştır. Bu sınırları devletin idari kurumları belirlemektedir.¹²⁹ Mesela, A şehrinin hâkimi sadece A şehrinin merkezinde yargılama salahiyetine haizdir. A şehrinin dışındaki bir kazada yargılama yetkisine haiz değildir. Bölge itibariyle yetkili mahkeme, davalının ikamet ettiği bölge mahkemesidir. Fakat bu ikamet süresinde devamlı ikamet etme şartı yoktur. Bir yerleşim yerinde misafir olarak bulunan kişinin aleyhine, o yerleşim yerinin mahkemesinde dava açılabilir.¹³⁰

¹²³ İlyas Karlı, *Arapça-Türkçe Yeni Sözlük*, 1. bs., İstanbul, Ensar Neşriyat, 2013, s. 608.

¹²⁴ Özbek vd., *a.g.e.*, s. 41.

¹²⁵ Firûzâbâdî, *a.g.e.*, IV, 1264.

¹²⁶ Fahrettin Atar, "Kazâ" md., *DİA*, XXV, İstanbul, 2002, 114.

¹²⁷ Mevsîlî, *a.g.e.*, II, 343.

¹²⁸ Bayındır, *a.g.e.*, s. 80

¹²⁹ Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 691.

¹³⁰ Mecelle, md., 1807; Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 708-709.

2) Görev: Bir hâkim, kaide olarak bölgesi sınırları içindeki tüm davalara bakmaya yetkilidir. Ancak hâkimlerin yetkileri, ulü'l-emr ya da onun yetkilendirdiği bir görevli tarafından sınırlandırılabilir. Mesela A şehrindeki birtakım mahkemeler bazı davalara bakmakla yetkilendirilmiş olduklarında diğer mahkemeler bu davalarda karar veremezler.¹³¹

3) Davacı ve davacının belirlenmesi: Dava, mahkemede bir şahsın diğer bir şahıstan hakkını istemesidir. Hakkını isteyene davacı, hakkı yerine getirmek zorunda olana da davalı denmektedir.¹³² Herhangi bir mahkemenin bir davaya bakabilmesi için davanın bir kişi tarafından mahkemeye arz edilmiş olması gerekmektedir. Davanın açılabilmesi için davalının bir dilekçe vermesi şart değildir. Davanın muhâkeme işlemine konması için davacı olan kişinin hâkime başvurması yeterlidir. Bir bölgede birden fazla mahkeme olur ve taraflardan biri, bir mahkemede diğeri ise diğer mahkemede dava açar ve aralarında hangi mahkemede yargılanacakları hususunda anlaşamazlarsa davalının istediği mahkemede yargılama işlemi yürütülür.¹³³ Çünkü beraet-i zimmet asıldır.¹³⁴ Nitekim davalı, davacının iddia ettiği şeyle alakasının olmadığını ortaya çıkarılmasını istemektedir. Davacı da davalı üzerindeki hakkını almak istemektedir. Ayrıca davalı davacının seçmiş olduğu mahkeme veyahut da hâkim hakkında şüphe sahibi de olabilir. Bundan dolayı davalının isteğini uygulamak, davacının isteğini uygulamaya tercih edilir.¹³⁵

4) Muhâkeme: Fitne ve töhmete mahal verebileceğinden ötürü hâkimin mahkemede yalnız başına bulunması doğru değildir. Öte yandan vermiş olduğu hükümler daha sonra tekrardan incelenmek ve ispat edilmek zorunda kalacağından dolayı hâkim mahkeme huzurunda şahitlik yapabilecek vasıflara sahip olan, dürüst ve güvenilir kimseleri huzurunda buldurmaya ihtimam göstermelidir. Bu nedenden dolayı mahkemeler muhâkemeleri herkese açık olarak yapmak mecburiyetindedirler. Bunun uygulandığının bir kanıtıdır ki, kadı sicillerinde bulunan tüm delil ve bildirimlerin (ilâm) sonunda şuhûdu'l-hâl adı altında muhâkeme esnasında

¹³¹ Mecelle, md., 1801; Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 689; Ahmet İnanır, *İbn Kemal'in Fetvaları Işığında Osmanlı'da İslâm Hukuku*, 1. bs., Ankara, Gece Kitaplığı, 2015, s. 152-153.

¹³² Mecelle, md., 1613.

¹³³ Mecelle, md., 1803.

¹³⁴ Mecelle, md., 8.

¹³⁵ Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 702.

muhâkemeye dinleyici vasfıyla iştirak eden insanlardan bir kısmının isimleri kaydedilir. Ceza davaları içinde aynı uygulama söz konusudur.¹³⁶

İslâm mahkemelerinde yargılama işlemi son derece sadedir. Mahkemelerde davaların uzamasına sebep olacak gereksiz unsurlar özenle ayıklanmıştır. Bu yüzden gecikmiş adaletin ferde ya da topluma vereceği zarardan ve bu gecikmenin doğuracağı adaletsizlikten oldukça uzaktır. Bir hâkim, eğer davayı gereksiz yere uzatıyor ve muallakta bırakıyorsa bu, onun hâkimlik görevini sonlandırmayı gerektirmektedir.¹³⁷

Davacı davasını ya kendisi bizzat ya da vekili aracılığıyla yürütür. Bir şahsın muhâkemede davacının vekili olduğu hâkim huzurunda iki şahitle ya da vekâletname ile ispatlanır.¹³⁸

Taraflar mahkemeye geldiklerinde hâkim davacıdan önce davasını anlatmasını ister. Davacının ifadesini kayıt altına alır. Ancak hâkim, davayı düzeltmesi için davacıya herhangi bir yardımda bulunmaz. Fakat dava açmasını bilmeyen bir zata gereken usûlü öğretmesi için bilirkişiyi yönlendirebilir.¹³⁹

Bir dava önceden kayıt altına alınmış ise bu, davacının yüzüne okunur ve içerik kendisine onaylatılır. Bunu müteakiben hâkim, davalıya döner ve davacının kendisinden istemiş olduğu şeye karşı söylemek istediklerini söylemesini talep eder. Bunun üzerine davalı da dava konusunu itiraf ya da kabul ederse hâkim, bu kabul üzerine hükmünü verir. Davalıya ayrıca davacının hakkını iade etmesini ifade eder. Kendilerine kararın bir suretini de teslim eder.¹⁴⁰ Davalı davacının iddiasını kabul etmezse hâkim, davacıdan iddialarını ispat etmesini talep eder.¹⁴¹

Davayı ispat etmek için gereken deliller: Davayı ispat etmek için gerekli olan deliller *şâhitlik, ikrar, yemin ve yeminden nükûl* olarak sıralanmaktadır. Mecelle'nin yürürlüğe konmasına kadar (1877) yazılı olan ispat vâsıtalarının doğru olup olmadığı şahitle ispat edilmek zorundaydı. Bu uygulamanın sebebi sahte belgelerle mahkemenin aldatılmasının önüne geçmekti. Çünkü ispat denilince kabul edilmeyen bir dava ya da

¹³⁶ İbn Âbidîn, *a.g.e.*, IV, 581; Mecelle, md., 1815; Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 676.

¹³⁷ Dâmâd, Şeyhîzâde Abdurrahman b. Muhammed b. Süleyman, *Mecmâu'l-Enhûr Şerhu Mülteka'l-Ebhûr*, İstanbul, Matbaayı Amire, 1289, II, 160.

¹³⁸ Mecelle, md., 1736-1739, 1821.

¹³⁹ Dâmâd, II, 159; Mecelle, md., 1816.

¹⁴⁰ Molla Hüsrev, Muhammed b. Ferâmuz b. Ali, *Dürerü'l-Hükkâm fî Şerhi Ğureri'l-Ahkâm*, yy., ty., II, 409; Mecelle, md., 1816, 1817; Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 721-728.

¹⁴¹ Dâmâd, *a.g.e.*, II, 244.

iddianın doğru olduğunu ortaya koymak için gerekli olan şeyler akla gelmektedir. İkrara gelince, ikrar karşı tarafın iddialarının kabul edilmesini ifade etmektedir. Bir iddia kabul edildikten sonra artık onun ispat edilmesine ihtiyaç yoktur.¹⁴² Şâhitliğe gelince, şâhitlik davacının delilidir. Çünkü İslâm hukukunda delil getirmek ya da iddiasını ispatlamak davacıya düşer. Çünkü davacı gizli olan bir şeyi iddia etmektedir. Dolayısıyla bunu açığa çıkarması gerekmektedir. Delil getirmesi ya da iddiasını ispat edecek şeylerden diğer bir şeyi getirmesi de iddiasını ispatlaması anlamına gelir. Bu vâsıtalardan birisi de şâhitliktir. Yemine gelince bu da davalının delili kabul edilmektedir. Çünkü İslâm hukukunda yemin davalıya düşer. Eğer davalı yemin edecek olursa, davacı iddiasını ispat edebilecek bir delil getirinceye kadar hâkim davanın sona erdiği hükmünü verir ve böylece sona erer.¹⁴³ Yeminden nükûla gelince, Hanefiler ve meşhur görüşlerinde Hanbelîlere göre yemin davacıya geri çevrilmez. Hâkim davalının yemin etmek istememesi halinde onun aleyhine hüküm verir ve davacının hakkındaki iddiasının gereğini yerine getirmeye onu icbar eder.¹⁴⁴

5) Karşı dava: Muhâkemedede davalı, davacının davasını kabul etmez ya da reddetmez ancak davacının davasını sonuçsuz bırakmak için yeni bir dava açarsa bu açtığı yeni davaya karşı dava denmektedir. Tüm davalıların karşı dava açma hakkı vardır. Karşı dava, diğer normal davalar gibi, muhâkemenin sonucunda karara bağlanabilir.¹⁴⁵

6) Sulh teklifi: Hâkim, davacı ve davalının anlaşmaya meylini anladığı anda ya da akrabalar cihetinden birbiri aleyhine açılan davalarda hüküm vermek için acele etmez. Yargılama sırasında taraflara birkaç defa karşılıklı olarak anlaşmalarını tavsiye edebilir. Zira vereceği karar isabetli olsa bile bu karar, tarafların arasında husumetin meydana gelmesine sebep olabilir. Bu gibi birbirinden şikâyetçi olan akrabalar arasında ya da böyle bir bağ bulunmayan taraflar arasında karşılıklı anlaşmanın yapılması husumetin doğmasını engelleyeceğinden dolayı daha uygun olur.¹⁴⁶

Eğer davacı ve davalı karşılıklı anlaşmayı kabul ederlerse, hâkim anlaşmayla alâkalı hükümlere bağlı kalarak tarafları anlaştırır. Anlaşmalarıyla ilgili kendilerine bir

¹⁴² *a.e.*, II, 157; Mecelle, md., 1821; Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 676.

¹⁴³ Zuhaylî, *a.g.e.*, VI, 517.

¹⁴⁴ *a.e.*, VI, 517.

¹⁴⁵ Mecelle, md., 1631.

¹⁴⁶ Serahsî, *a.g.e.*, XVI, 110; Mecelle, md., 1826; Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 763.

belge verir. Fakat taraflar davayı uzatacaklarsa hâkim, taraflara ikiden çok anlaşma teklifi yapmaz. Eğer taraflar mahkemede anlaşmak istemiyorlarsa o takdirde hâkim, normal yargılamasına devam ederek kanunlara göre hükmünü verir ve dava sonlanır.¹⁴⁷

7) Hüküm: İslâm devletinin mahkemelerinde hâkim, İslâm hukukunun hükümlerini uygulayarak davayı nihayete erdirerek hükme bağlamak zorundadır. Hâkim muhâkemenin sonucunda kararını verdikten sonra hem kendisini hem de davanın taraflarını ilzam eder. Hâkim muhâkemede hükmünü vermesiyle muhâkemeyi sonlandırmış olur. Daha sonra mahkeme kararı düzenlenerek taraflara verilir. Bu karar içeren mahkeme ilâmını taraflara ulaştırılması hükmün tamamlanması için gerekli olan unsur değildir.¹⁴⁸

Bir davada hükmü şartları ve sebebi kesin olarak tespit edildikten sonra hâkimin kararını daha sonraya bırakması ya da geciktirmesi caiz değildir.¹⁴⁹ Ancak herhangi bir sebep olmaksızın hâkim hükmünü sonraya bırakırsa bu sebepten dolayı günaha girmiş olur. Çünkü şartları oluşan ve sebebi kesin olarak tespit edilen bir hükmü geciktirmeksizin açıklamak vaciptir. Ortada bir sebep yokken hâkimin, hükmünü geciktirmesi görevden alınmasına da sebep olabilir. Çünkü adaletin geciktirilmesi bir zulümdür ve geciktirilmiş adalet, adalet değildir.¹⁵⁰

Hüküm ancak belli başlı deliller incelenerek ortaya koyulur. Hâkimin hükme götüren vâsıtaları gerekçeli olarak taraflara bildirmesi gerekmektedir.¹⁵¹

8) Bildirinin taraflara iletilmesi: Hâkim, muhâkemenin sonucunda kararını verince, gerekçeli olarak hükmünü içeren ilâm düzenleyip taraflara iletir. Bu ilâmın bir kopyasını da kendi koruması altında muhafaza eder. Toplum, genelde hâkimler hakkında ileri geri laflar ederler. Bundan dolayı taraflardan birinin hâkimin aleyhinde haksız olarak propagandada bulunmasına engel olmak için verilen hükmün gerekçesini ilâma yazması gerekir. Hâkim, ilâmı gerekçeli olarak taraflara verdiğiğinde, aleyhine hüküm verilen taraf eğer bu kararın adaleti yansıttığına inanmıyorsa bu kararın şer'î hükümlere ve İslâm muhâkeme usûllerine uygun olup olmadığını kontrol etmek için ilâmı İslâm hukukunu iyi bilen bir âlime gösterebilir. Bu surette İslâm hukukçuları

¹⁴⁷ Dâmâd, *a.g.e.*, II, 160; Mecelle, md., 1826.

¹⁴⁸ Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 727.

¹⁴⁹ Mecelle, md., 1828.

¹⁵⁰ Dâmâd, *a.g.e.*, II, 160.

¹⁵¹ *a.e.*, II, 158; Ali Haydar *a.g.e.*, IV, 767.

muhâkemeyi denetlemiş olurlar. Bazı zamanlarda devletinde bu konuya müdahale etmesine ihtiyaç duyulabilir. Muhâkemedeki yanlışlık ispatlanırsa tekrar mahkemede dava açılması mümkündür.¹⁵²

1.1. Mahkemede Görevli Memurlar

Yargılama, dava, ceza muhâkemesi, mahkeme gibi ifadeler kullanılınca akla ilk gelen hâkim kavramıdır. Hâkim mahkemede gerekli incelemeler yapıp, bilgi toplamaları gerçekleştirdikten sonra bunları kontrol eden ve sanık hakkında kararı veren yetkilidir. Hâkim bu işlemi gerçekleştirirken pek çok yardımcıya ihtiyaç duyar. Bu ihtiyaca cevaben de mahkemede görev alanların sayısı doğal olarak artmıştır. Burada önce hâkim ve daha sonra da hâkime yardımcı konumdaki görevlilere yer verilecektir.

1.1.1. Hâkim

Sözlükte "*hüküm veren, yönetici, kadı*"¹⁵³ anlamlarına gelen hâkim kelimesi Kur'ân-ı Kerîm'de ilk anlamda beş âyette çoğul şekliyle¹⁵⁴ geçmektedir. "*Yönetici ve kadı*" anlamında ise muhtelif hadislerde kullanılmıştır.¹⁵⁵

Hâkim ıstılahta, "*insanlar arasında meydana gelen dava ve muhasamayı, ahkam-ı meşruasına uygun olarak fasl ve hasm için veliyyü'l-emr tarafından nasb ve tayin olunan zattır.*"¹⁵⁶ Hâkim mahkemede yargılama görevini yöneten asıl unsurdur. Devletin kendisine verdiği yetkiyle karar verme makamıdır. Bu makamda oturan şahısların bir takım özellikleri haiz olması gerekmektedir. Bu özellikler Mecelle'de "*Hâkim: Hakîm, fehîm, müstekîm, emîn, mekîn ve metin olmalıdır*"¹⁵⁷ şeklinde sıralanmıştır.

Hz. Peygamber'in (sav) Medine'ye hicret etmesiyle birlikte bir İslâm devleti teşekkülü süreci başlamıştır. Hz. Peygamber (sav) bu teşekkül eden devlette devletin kurucusu, başkanı, komutanı ve benzeri görevleri icra etmenin yanında bizzat hâkimlik görevini de icra etmiştir. Bu süreç içerisinde vahiy destekli bir İslâm muhâkeme usûlü

¹⁵² Feyzullah Efendi, *Fetâvâyı Feyziyye*, yy., ty., s. 286-287; Mecelle, md., 1837-1840; Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 868.

¹⁵³ Firûzâbâdî, *a.g.e.*, I, 364.

¹⁵⁴ el-A'râf, 7/87; Yûnus, 10/109; Hûd, 11/45; Yûsuf, 12/80; et-Tîn, 95/8.

¹⁵⁵ Buhârî, "İ'tisam", 21, "Ahkam", 15, 16, 21, 29, 39, 40; Müslim, "Akdîye", 15; Ebû Dâvûd, "Akdîye", 2, 8.

¹⁵⁶ Mecelle, md., 1785.

¹⁵⁷ Mecelle, md., 1792.

oluşum süreci başlamış ve Hz. Peygamber (sav) de bu süreçte fiilî ve kavî bir şekilde yol göstererek İslâm muhâkeme usûlünün temellerini atmıştır. Örneğin: "*Rasulullah her iddia ve talep için genel olarak iki şahit isterdi. Az rastlanan ve özellik arz eden bazı davalarda ise, iddia sahibinin isteğini özel bir törene tabi tutulan yemin ile desteklemesi şartıyla bir tek şahitle yetindiği de olurdu.*"¹⁵⁸ Bu uygulama İslâm muhâkeme usûlünde, davalarda iki şahidin getirilmesi zorunluluğunu göstermektedir. Bazı özel durumlarda ise bir şahit ve yeminle de yargılama yapılabileceğini göstermektedir.

Hz. Peygamber'e (sav) hâkimlik yetkisinin Allah-u Teâlâ tarafından verildiğini "*Sana da o kitabı hak, önündeki kitapları doğrulayıcı, onları gözetici olarak indirdik. Bundan sonra Allah'ın indirdiği ile aralarında hükmet ve sana gelen haktan ayrılıp da onların arzularına uyma*"¹⁵⁹ ayetinden anlamaktayız. Buradan da anlaşılmaktadır ki Allah'ın indirdiği ile yargılama yapılarak adaletle hüküm verilecek ve dünyevi bir takım sebeplere istinaden adaletten taviz verilmeyecektir.

Hz. Peygamber (sav) kurduğu adlî sistemde bizzat kendisi yargılamada bulunmakla birlikte verilen hükmün de uygulayıcısı ve takipçisidir. Yani bu adlî sistem devlete bağlı ve verilen hükümler de devlet tarafından uygulanmaktadır.¹⁶⁰

Medine'de Hz. Peygamber'in (sav) hazırladığı Medine Anayasası'ndaki bazı maddeler muhâkeme ile ilgilidir. Medine Anayasası'nın 23. maddesi "*Üzerinde ihtilafa düşüğünüz herhangi bir şey Allah'a ve Muhammed'e götürülecektir.*"¹⁶¹ buna örnektir.

Hz. Peygamber (sav), kısa zamanda yeni yerlerin fethedilmesiyle birlikte bu yerlere, yargılamada bulunabilecek bilgi ve yetenekteki bazı sahabeleri, görevlendirildikleri bölgede yargı faaliyetini gerçekleştirmeleri için göndermiştir. Ma'kil b. Yesar, Hz Ali, Muaz b. Cebel bunlardandır.¹⁶²

Hz. Ebu Bekir'in halifeliği dönemindeki uygulamaları şeklen Hz. Peygamber'in dönemiyle hemen hemen aynıdır. Tek farklılık arz eden durum ise bir mesele hakkında Kur'an ya da Sünnet'te bir çözüm bulunamadığında içtihat yoluna gidilmesidir. Hz.

¹⁵⁸ Müslim, "Akdiye", 1; Ebû Dâvûd, "Akdiye", 21.

¹⁵⁹ el-Mâide, 5/48.

¹⁶⁰ Gazi Barut, "İslâm Hukuku'nda Edebü'l-Kâdî ve Günümüz Hâkimlik Mesleği İle Karşılaştırılması", (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006) s. 24.

¹⁶¹ Muhammed Hamidullah, İslâm Anayasa Hukuku (Ed. Vecdi Akyüz), İstanbul, Beyan Yayınları, 2005, s. 281.

¹⁶² Mâverdî, a.g.e., s.132.

Peygamber (sav) bu uygulamayı zaten bizzat kendisi hâkim olarak görevlendirdiği ashabına öğretmiştir.¹⁶³

Hz. Ebu Bekir'den Hz. Ali dönemine kadar, bir meseleyle karşılaşıldığında, sahabeler çağırılır ve onlara bu konuda Hz. Peygamber'den (sav) bir şey işitip işitmedikleri sorulurdu.¹⁶⁴ Böylece meseleler çözüme kavuşturulabilirdi.

Hz. Ömer dönemiyle birlikte fetihler çoğalmış, devletin sınırları genişlemiştir. Böylece idarî ve yargı işleri çoğalmıştır. Mısır, Suriye ve Irak'a hâkimler görevlendirilmiştir. Valiler sınır ve cinayet işlerine bakarken, hâkimler medenî davalara ve ta'zir grubundan davalara bakmışlardır. Daha sonra ise valiler yargı işlerinin tamamını hâkimlere yüklemişlerdir. Hz. Ömer böyle bir hâkim tayin eden ilk halifedir.¹⁶⁵

Hulefâ-i râşidîn ve Emevîler döneminde hâkimler davalara evlerinde bakmaktaydılar. Daha sonra ise mescitlerde bakmaya başlamışlardır.¹⁶⁶ Hz. Osman zamanında Medine'de dâru'l-kazâ (adalet sarayı) yapıldığı kaynaklarda yer almaktadır.¹⁶⁷

Hâkim olabilmek için belli başlı vasıfları haiz olmak gerekmektedir. Bu vasıflar, o makamın çok önemli bir makamda olması sebebiyledir. Aynı zamanda çok büyük bir sorumluluğu haizdir. Tabi bu sorumluluk beraberinde dünyevî ve uhrevî boyutları da taşımaktadır. Hz. Peygamber (sav) bu konuda "*İnsanlar arasında hâkim olarak tayin edilen kimse bıçaksız olarak boğazlanmıştır.*"¹⁶⁸ buyurmuştur. Efendimizin bu hadisi, bu makamın ciddiyetine, zorluğuna ve çetinliğine işaret etmektedir.

Hâkimlerin esasen görevleri kanunları sosyal ilişkilere uygulamak ve fertlerin müşahhas haklarının muhafaza edilmesini temin eden tedbirleri almaktır. Bundan dolayı hâkim olacak kişinin hukuk ilmini derinlemesine öğrenmiş ve kavramış olması gerekmektedir. İyi bir şekilde toplumun kültürüne vakıf olmalıdır. Aynı zamanda dışarıdan gelebilecek olan baskılara ve tesirlere karşı sağlam kişilik ve karakter sahibi

¹⁶³ Bkz. Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, Mısır, ty., IV, 205.

¹⁶⁴ Nebhân, Muhammed Fazl, *İslâm Anayasası İdare Hukukunun Genel Esasları* (trc. Servet Armağan), İstanbul, Sönmez Neşriyat, 1980, s. 561.

¹⁶⁵ Nebhân, *a.g.e.*, s. 559.

¹⁶⁶ Hayreddin Karaman, *İslâm Hukuk Tarihi*, 6. bs., İstanbul, İz Yayıncılık, 2009, s. 245.

¹⁶⁷ Fahreddin Atar, *İslâm Adliye Teşkilatı*, Ankara, TDV Yayınları, s. 81.

¹⁶⁸ Ebû Dâvûd, "Akdiye", 1; Tirmîzî, "Ahkam", 1.

olmalıdır. Kaza fonksiyonunun sorumlulukları fazla olduğu için, bu fonksiyonu eda edecek şahıslarda teknik, manevi ve ahlaki vasıflar aranmaktadır. Çünkü bu vasıflara sahip olmayan bir hâkimin topluma vereceği zararlar çok ciddi ve onarılmaz olacaktır.¹⁶⁹

Müslüman mahkemelerinde yargılanan Müslümanların hâkiminin de Müslüman olması gerekmektedir.¹⁷⁰ Ebu Hanife'ye dayandırılan bir görüşe göre kâfirler, Müslümanların yargılama işlemlerine bakamaz. Bu iş için de tayin edilemezler. Ancak kendi din gruplarına ait bir mahkemede dindaşlarını yargılamak üzere tayin edilebilirler.¹⁷¹

Erkekler velayetin her çeşidine sahiptirler. Ancak kadınlar velayet yönünden nakıstırlar.¹⁷² Kadınlar ceza davaları haricinde kadı olarak tayin edilebilirler.¹⁷³ Bu konu İslâm âlimleri arasında tartışılmıştır. Ancak tatbikatta kadınların kadı tayin edilmesine rastlanılmamaktadır.¹⁷⁴

Bu konu etrafındaki tartışmalarda Kur'an ve Sünnet'ten deliller sunulmaktadır. "*Erkekler kadınlar üzerinde hâkim dururlar, çünkü bir kere Allah birini diğerinden üstün yaratmış, bir de erkekler mallarından infak etmektedirler...*"¹⁷⁵ İran Kısrası vefat edince yerine kızı geçmiştir. Hz. Peygamber (sav) bu hadiseden haberdar olunca, "*İşlerini kadına tevdi eden bir millet payidar olamaz.*"¹⁷⁶ buyurmuşlardır.

Hz. Peygamber (sav) bir hadisi şerifinde "*akıl hastası, uyku halinde, bülûğa ermemiş insanların yaptıklarından mesul olmadığını*" buyurmuştur.¹⁷⁷ Bu hadisten anlaşılıyor ki bülûğa ermemiş insanların yaptığı işlemlerin sonucunda mesul olmamaları temyiz gücüyle alakalıdır. Çocuklar kötü niyet beslemek, kasıtlı kötülükte bulunmak, erişkinler gibi doğruyu ve yanlış ayırmak gibi, insanın bülûğa erdikten sonra kazandıkları beyinsel fonksiyonlardan nakıstırlar. Bundan dolayı yaptıkları şeylerin

¹⁶⁹ Atar, *Adliye Teşkilatı*, s. 99.

¹⁷⁰ Dâmâd, *a.g.e.*, II, 143.

¹⁷¹ Mâverdi, *a.g.e.*, s.131.

¹⁷² Mâverdi, *a.g.e.*, s. 130.

¹⁷³ Atar, *Adliye Teşkilatı*, s. 103.

¹⁷⁴ *a.e.*, s.104.

¹⁷⁵ en-Nisâ, 4/34.

¹⁷⁶ Nesâî, "Âdâb'ul-Kudât", 8; ; Beyhakî, "Edebü'l-Kadı", 21.

¹⁷⁷ Tirmîzî, "Hudûd", 1; Ebû Dâvûd, "Hudûd", 17.

sonucundan sorumlu olmadıkları gibi hâkimlik gibi bir işinde sorumluluğunu alamazlar.¹⁷⁸

Bülûğ bahsinde geçen hadiste akıl hastalığı mefhumu da geçmektedir. Yani mecnun olan insanlara da sorumluluk yüklenemez, yaptıkları işlerin sonucunda da bir cezaya muhatap olmazlar. Bunun yanında bunaklık olarak tarif edilen hastalığa müptela olanlar ve benzeri akıl noksanlığı bulunan insanlar da hâkim olamazlar.¹⁷⁹

Köleler hâkim olamazlar. Köle ister mukateb¹⁸⁰ ister müdebber¹⁸¹ olsun eşittir. İki halde de hâkim olarak görevlendirilemezler.¹⁸²

Hâkimde aranan bir diğer vasıfta adalet vasfıdır. Adalet mefhumu çok geniş bir yelpazesi olan bir kavramdır. Doğru olan, haksızlık ve zulümden kaçınan, bunları korumakta istikrarlı olan kişiye, aynı zamanda ferdi ve sosyal düzende düzeni ve dirliği koruyan, eşitlik esaslarına uygun şekilde hareket eden, hakkaniyetli davranan kişilere âdil denir. Aynı zamanda bu vasıfla muttasıf kişiler her bağlamda, her kişiye layık olduğu değeri verir, hakkı sahibine iade eder. Her bağlamda hakkı ve doğruyu taraf edinirler.¹⁸³

Hanefiler hâkimlerde adalet sıfatına farklı açıdan bakmışlardır. Hanefilere göre hâkimde adalet sıfatı şart değil bu göreve getirilecek kişiler arasında tercih sebebidir.¹⁸⁴

Hz. Peygamber (sav) ve sahabe dönemlerinde Kur'an'ı ve Sünnet'i iyi bilenler kadı olarak tayin edilebiliyordu.¹⁸⁵ Sonraki dönemlerde, fıkha vakıf olan, yargılama hukukunu iyi bilen ve bunları mahkemede, yani pratik sahada, uygulayabilecek kişiler hâkim olabilmekteydiler.¹⁸⁶ Hâkim Mecelle'de şu şekilde tanımlanmaktadır: "*Hâkim, mesâil-i fikiyyeye ve usûl-i muhâkemeye vâkıf ve deâvi-i vakıayı anlara tatbikan fasl ve hasme muktedir olmalıdır.*"¹⁸⁷

¹⁷⁸ Mecelle, md., 1794.

¹⁷⁹ Dâmâd, *a.g.e.*, II, 151; Mecelle, md., 1794.

¹⁸⁰ Efendisi ile kitabet akdi yapmış köle. (Erdoğan, *a.g.e.*, s. 417)

¹⁸¹ Azat olması efendisinin ölümüne bağlanmış köle. (Erdoğan, *a.g.e.*, s. 413)

¹⁸² Mâverdi, *a.g.e.*, s. 130.

¹⁸³ Mâverdi, *a.g.e.*, s.130; Erdoğan, *a.g.e.*, s. 11.

¹⁸⁴ Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 3.

¹⁸⁵ Mâverdi, *a.g.e.*, s.131-132.

¹⁸⁶ Dâmâd, *a.g.e.*, II, 153.

¹⁸⁷ Mecelle, md., 1793.

Hukuk bilgisine vakıf olmayan bir kişinin bu görevi üstlenmesi doğru değildir. Eğer cahil bir kişi göreve getirilirse bilgisiz olarak hüküm vermesinde bir mecburiyet yoktur. Çünkü o konuda öğrenme yolunu tercih edebilir ya da ilim sahiplerine danışarak onların fetvalarıyla hüküm verme imkânı elde edebilir. Bundan dolayı cahil bir kişi araştırmadan bilgisiz bir şekilde hüküm verirse ahirette azapla cezalandırılır.¹⁸⁸

Hanefilere göre cahil bir kişi hâkim olarak tayin edilirse, bu atama caizdir. Bunun sebebi hâkim cahil olsa bile başkalarının fetvalarını esas alarak "hak sahibine hakkını ulaştırmaya" muktedir olabilmesidir.¹⁸⁹

Hâkim olacak kişilerde temyiz kudreti aranır. Kişinin temyiz kudretinde olabilmesi için çocuk (bülûğa ermemiş) ve mecnun olmaması gerekir. Bu ikisine yukarıda müstakil başlık olarak yer verilmiştir. Diğerlerine gelince bunlar, bunak olması, ama olması, dilsiz olması, muhâkeme esnasında tarafların seslerini duyamayacak kadar sağır olmasıdır. Bu hastalıklara ve kusurları haiz olan kişiler hâkim olamazlar.¹⁹⁰

Mecelle'nin bu konudaki maddesi şöyledir: "*Hâkimin temyiz-i tâmmе muktedir olması lazımdır. Binâenaleyh sağır, ma'tuh ve âmâ ve tarafeynin savt-ı kavilerini işitemeyecek mertebe sağır olan kimsenin kazası caiz değildir.*"¹⁹¹

Hâkimlerin birtakım ahlaki kurallara uyması zorunludur. İslâm dininin öğrettiği adaleti yaymak, haksızlığı, zulmü ortadan kaldırmak, görevinde herhangi bir dünyevi meyle kapılmamak, şer'î hadleri yerine getirmek ve Sünnet'e ittiba etmek hâkimin uyması gereken kurallardır.¹⁹²

Hâkim başında bulunduğu kurumun ciddiyetinden dolayı mahkemede şahsî bir satın alma ya da bir şey satma işlemi bulunmamalıdır. Hâkim muhâkeme ortamında taraflarla ya da herhangi birisiyle şakalaşmamalıdır.¹⁹³ Hâkim muhâkeme meclisinde yalnız oturmamalıdır.¹⁹⁴ Hâkim düğün, sünnet düğünü; cenaze, hasta ziyareti gibi

¹⁸⁸ Serahsî, *a.g.e.*, XVI, 72.

¹⁸⁹ İbnü'l-Hümâm, *a.g.e.*, VII, 256.

¹⁹⁰ Dâmâd, *a.g.e.*, II, 151.

¹⁹¹ Mecelle, md., 1794.

¹⁹² Mevsilî, *a.g.e.*, II, 343.

¹⁹³ Mecelle, md., 1795.

¹⁹⁴ Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 675.

ziyaretler haricinde, hakkında yargılamada bulunduğu kimselerin davetine icabet etmemelidir.¹⁹⁵

Hâkim, muhâkeme bir karara bağlanmadan, taraflardan herhangi birisini tek başına evine kabul etmek, muhâkemede taraflardan birisiyle yalnız kalmak, taraflardan birine el, göz ve benzerleri aracılığıyla işaret etmek, gizli bir konuşma yapmak, taraflardan birinin bildiği ancak öbürünün bilmediği bir dil ile konuşmak, taraflardan birine delilini telkin etmek gibi fitne çıkaracak ve töhmet altında bırakacak hal ve davranışlarda bulunamaz.¹⁹⁶

Hâkim muhâkemede ve sonrasında taraflar arasında hal ve hareketlerinde eşit olmalıdır. Birine sesini yükseltip öbürüne yumuşak davranmak, birine bakıp öbüründen yüz çevirmek ve benzeri davranışlardan kaçınmalıdır.¹⁹⁷

İslâm'ın ilk dönemlerinde hâkimin göreve getirilmesi işlemi merkezi yönetim tarafından gerçekleştirilmiştir.¹⁹⁸ Osmanlı döneminde ise hâkimler sultanlar tarafından göreve getirilmiştir.¹⁹⁹ Hâkimler bu görevlerini ifa ederken sultanın vekili olarak bu görevi yerine getirmişlerdir.²⁰⁰

Bu tarihi uygulamalara değindikten sonra ifade edilmelidir ki; yargı ümmetin temsilcisi olması itibarıyla halifeden gücünü alan velayet alanlarından birisidir. Bundan dolayı hâkimin en üst yetkiliden (halife) ya da onun vekalet verdiği birinden alınacak bir karar ile tayin edilmesi gerekmektedir. Bu en üst yöneticinin âdil ya da zâlim olması arasında fark yoktur. Hâkimin kendi kendisini tayin etmesi ya da raiyyeden bir topluluğun onu o makama getirmesi sahih değildir.²⁰¹

Hâkimi göreve getiren otorite, hâkimin görevine istediği zaman son verebilmektedir. Görevden alınması bir sebebe bağlı olabildiği gibi sebepsiz de olabilmektedir. Ancak evlâ olan, bir sebebe dayanarak hâkimin görevden alınmasıdır. Aynı zamanda hâkim kendisi de görevi bırakabilmektedir.²⁰²

¹⁹⁵ Mevsilî, *a.g.e.*, II, 349; Meydânî, *a.g.e.*, III, 160; Dâmâd, *a.g.e.*, II, 158.

¹⁹⁶ Merginânî, *a.g.e.*, III, 104; Mevsilî, *a.g.e.*, II, 348-349; Meydânî, *a.g.e.*, III, 161; Mecelle, md., 1789.

¹⁹⁷ Mecelle, md., 1799; Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 685-688.

¹⁹⁸ Muhammed Hamidullah, *İslâm Peygamberi* (trc. Salih Tuğ-Said Mutlu), İstanbul, İrfan Yayınevi, 1969, II, 197.

¹⁹⁹ Mecelle, md., 1785.

²⁰⁰ Mecelle, md., 1800.

²⁰¹ Zuhaylî, *a.g.e.*, VI, 752.

²⁰² *a.e.*, VI, 752.

Hâkimlerinin geçimi devlet tarafından karşılanmıştır. Ömer b. Hattab'tan rivayet edilmiştir ki o, Süleyman b. Rebâa el-Bahilî'ye hâkimlik maaşı olarak aylık beş yüz dirhem maaş vermiştir. Bu da göstermektedir ki, hâkimlik görevine tayin edilen kişinin kendisinin, ailesinin, geçiminden mesul olduğu kimselerin ve yardımcılarının geçimleri beytül-malden karşılanır. Yani geçimini devlet üstlenir.²⁰³ Bu yaptığı işin kamu görevi olmasından dolayıdır. Aynı zamanda görevinde zafiyete düşmemesi içindir.

1.1.1.1. Hâkimin Yargılayacağı Kişiler

Hâkimin âdil ve tarafsız olması her zaman için geçerlidir. Bazı durumlarda ve kişilerde hâkimin, eğer bu yargılamayı yaparsa, o zaman taraflardan birine meyletmesi, bazı durumlarda da aleyhine meyletmesi söz konusu olabilir. Hâkim böyle davalara bakarak âdil ve tarafsız olarak hüküm verse de ortaya çıkabilecek bir fitneyi ve zannı def etme amacıyla bu davadan çekilmesi gerekmektedir.²⁰⁴

Hâkim, lehine şahitlik yapması kabul olunmayan birisi için hüküm vermesi caiz değildir. Çünkü onun lehine şahitlik yapmasını engelleyen sebepler, muhâkemedede daha güçlü bir şekilde bulunmaktadır.²⁰⁵

1) Hâkim, usûl ve fûrû'undan olan kimselerden birinin ve karısının lehine hükmedemez. Eğer böyle bir muhâkeme gerçekleşirse hâkimin verdiği hüküm geçersizdir.²⁰⁶

2) Kendi yerine tayin ettiği vekilinin ya da vekiline vekâlet eden kimsenin lehine hükmedemez. Eğer hükmederse bu hüküm de geçersiz sayılır.²⁰⁷

3) Mahkemede hükme konu edilen malda, kendisiyle ortak olan kişinin lehine hükmedemez.²⁰⁸

4) Hâkim, davaya konu olan malda, kendisine ya da usûl ve fûrû'una vekâlet eden bir kimsenin ya da vekilinin vekiline lehinde hüküm veremez.²⁰⁹

²⁰³ Serahsî, *a.g.e.*, XVI, 102.

²⁰⁴ Bayındır, *a.g.e.*, s. 92.

²⁰⁵ Mevsilî, *a.g.e.*, II, 351; Mecelle, md., 1808; Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 709.

²⁰⁶ Serahsî, *a.g.e.*, XVI, 107; Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 709; Atar, *Adliye Teşkilatı*, s. 121.

²⁰⁷ Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 709.

²⁰⁸ *a.g.e.*, IV, 709;.

²⁰⁹ *a.g.e.*, IV, 709.

5) Hâkim, geçimini sağladığı kimsenin ve kendi işinde çalıştırdığı kimsenin lehine hüküm veremez.²¹⁰

6) Hâkimin çocuğu birinin davasına vekâlet etse, o davada vekil olan çocuğunun lehinde hükmedemez.

7) Hâkim, ölen bir kimsenin mirasçısına vekil olsa, onun lehine hüküm veremez.

8) Menfaati kendisine şart koşulmuş olan vakfın aslına ve menfaatine hükmedemez.²¹¹

Hâkimin, yukarıda açıklanan kimselerin lehine hüküm verememekle beraber aleyhine vereceği hüküm geçerlidir. Çünkü töhmet ihtimali bulunmamaktadır ve bu husustaki şehâdet de geçerli olur.²¹²

Hâkimin, hasmının aleyhine hüküm vermesi caiz değildir. Çünkü kendisi bu konuda töhmet altında kalabilir. Ancak hasmının lehine hüküm verirse, verdiği hüküm geçerli ve caiz olur; zira burada töhmet altında kalma ihtimali yoktur. Hâkimin, bu sebeplerle bu kişiler hakkında hüküm vermesi caiz olmadığından dolayı, bu kişiler hakkında halife veya başka bir hâkim hüküm verir. Böylece hükümdeki itham ihtimali ortadan kalkmış olur.²¹³ Bu durumun İslâm tarihindeki örneklerine baktığımız zaman Hz. Ömer, Hz. Osman, Hz. Ali gibi halifeler bu şekildeki davalara kendileri değil, zamanlarının hâkimleri bakmışlardır. Hâlbuki kendileri aynı zamanda birer hâkimdirler. Töhmet olacağı düşüncesiyle başka hâkimlere davalarını havale etmişlerdir.²¹⁴

1.1.1.2. Toplu Hâkim Sistemi

İslâm'da yaygın olan muhâkeme sistemi, hâkimin muhâkemedede tek olmasıdır. Buna göre bir bölgeye tayin edilen hâkim, o bölgedeki davaları tek başına hükme bağlar.²¹⁵ Ancak Hanefî fakihlerine, bazı Hanbelî ve Şâfi' fakihlerine göre topluluğun hüküm vermesinde bir mahzur yoktur. Topluluğun hüküm vermesi ise birden çok hâkimin beraberce davalara bakmasını ifade etmektedir. Birden fazla hâkimin davalara bakabilmesinin sebebi, hâkimin, yöneticinin nâibi ya da vekili olmasıdır. Hâkim bu

²¹⁰ Mecelle, md., 1808; Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 709.

²¹¹ *a.e.*, IV, 710.

²¹² Merğînânî, *a.g.e.*, III, 108.

²¹³ Bekir Bektaş, "İslâm Yargılama Hukukunda Hâkim", (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012), s. 86.

²¹⁴ Atar, *Adliye Teşkilatı*, s. 122.

²¹⁵ Zuhaylî, *a.g.e.*, VI, s. 754.

durumda müvekkil olmasından dolayı başkasına vekâlet verme yetkisine sahiptir.²¹⁶ O takdirde davalara bakma halinde, vekâlet verilenlerin hepsinin davaya katılmaları ve şura usûlünce hüküm vermeleri zorunlu olur.²¹⁷ Ancak bir mahkemeye iki hâkim tayin edildiği halde, hâkimlerden her birine tek başına muhâkeme yetkisi verilirse o halde hâkim tek başına diğersinin gelmesi şart olmaksızın muhâkemedede bulunabilir.²¹⁸

Osmanlı mahkemelerinde de tek hâkim sistemi hâkimdir. Genel olarak tek hâkim sisteminin olmasının yanında bazı mahkemelere müşavir ve muâvinler atanmış ve bunlara da hüküm verme yetkisi verilmiştir.²¹⁹

1.1.1.3. Hâkimin Muhâkeme Yetkisinin Sınırlandırılması

Hâkimin yetkileri çeşitli suretlerde sınırlandırılabilir. Örneğin zaman açısından bir hâkim sınırlandırılabilir. Ulu'l-emr bir hâkimi bir sene görevlendirmiş ise, bu bir sene dolduktan sonra hâkimin hükmü artık geçersiz olur. Çünkü görev süresi dolmuştur. Tekrar görevlendirilmez ise kazâ faaliyeti sonlanır. Kazânın takyit edilme şekillerine beş başlık altında yer verilecektir. Bunlar şöyledir:

Ulu'l-emr tarafından kazâ faaliyetini yürütmek üzere atanan hâkim zaman itibarıyla sınırlandırılabilir. Mesela bir bölgeye kazâ faaliyetini yürütmek üzere iki sene müddetle gönderilen hâkim bu süre ile kısıtlanmıştır. Bu süre başlamadan önce hükmedemez. Eğer takdir edilen süreden önce kazâ faaliyetinde bulunursa hükmü geçersizdir. Aynı zamanda bu sürenin dolmasından sonra da kazâ faaliyetinde bulunamaz. Aynı şekilde eğer hüküm verirse hükmü geçersizdir. Ancak Osmanlı devletinin son zamanlarında bir hâkimin görevlendirilmesinde süre şartına pek rastlanmamaktadır. Genel olarak göreve getirilmekte ve herhangi bir görevden alma ya da başka yerde bir göreve tayin olma ve benzeri durumlar olmadıkça hâkim görevine devam etmektedir.²²⁰

²¹⁶ *a.e.*, VI, 754.

²¹⁷ Mecelle, md., 1802.

²¹⁸ Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 701.

²¹⁹ *a.e.*, IV, 701.

²²⁰ Mecelle, md., 1801; Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 689-690.

Muhâkeme mekân ile de sınırlandırılabilir. Belirli bir bölgeye hâkimlik yapmak üzere görevlendiren kişi, o bölgenin tamamına hükmeder.²²¹ O bölge dışında herhangi bir yerde muhâkemede bulunamaz. Bölge kavramı coğrafi yerleşim yerlerini ifade eder. Örneğin hâkim bir bölgeye atandığı zaman o bölgeye bağlı köylere de hükmeder. Hemen kendi bölgesine bağlı bir köyün yanında bulunan ancak başka bir bölgeye bağlı bulunan köye hükmedemez. O bölgede muhâkemede bulunabilmesi için ulu'l-emr tarafından yetkilendirilmesi gerekmektedir.²²²

Muhâkeme konu açısından da sınırlandırılabilir. Muhâkemenin konu açısından sınırlandırılması kamu menfaati açısından, adaleti muhafazaya binaen, ulu'l-emr tarafından hâkimin falan konuya ait muhâkemeyi yürütmemesine karar verilmesidir. Hâkim hakkında muhâkeme yapamayacağına dair belirlenen konuda hüküm verir ise bu hükmü geçersizdir. Çünkü kamu menfaatine ve adaletin korunmasına yönelik böyle bir karar alınmıştır.²²³

Bazı davaların mahkeme tarafından dinlenmeleri menedildiği zaman, muhâkeme makamları konu açısından umûmî bir takyide tabi tutulmuşlar demektir. Örneğin, üzerinden on ya da on beş sene geçmiş bir davanın dinlenmesinden hâkimler menedilmişlerdir. Mecelle'nin 1160. ve sonrasındaki maddeler bu konuları hükme bağlamışlardır. Örneğin, "*On beş sene önce borç olarak verdiğim beş altını isterim*" diyerek bir kişi dava eder ve davalı da bunu reddederse, hâkim davacıya davayı dinleyemem der. Bu konuda davalının "*dava mürur-u zamana uğradı*" demesini beklemez. Aksi durumda verdiği hüküm geçersiz olur. Eğer isterlerse taraflar bu konuda hâkimi hakem olarak tayin edebilirler. Bu şekilde de davalarını çözüme kavuşturabilirler. Çünkü mürur-u zamana uğrayan davanın dinlenmesinin menedilmesi ulu'l-emrin koyduğu yasaktan dolayıdır. Bu yasak hâkimin yetkisi ile alakalıdır. Verilecek hükümle alakalı değildir.²²⁴

Muhâkemede husûsî sınırlama da mümkündür. Ulu'l-emr bir zatın davasının dinlenmesini yasakladığı takdirde, hâkimler o zatın davasını dinleyemezler. Aynı zamanda falan kişinin davası falan zamana kadar dinlenmeyecek emri de bu kabildendir. Başka bir durumda hâkim, bir bölgeye o bölgede bulunan iki şahsın

²²¹ Mecelle, md., 1801; Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 691.

²²² *a.e.*, IV, 691.

²²³ *a.e.*, IV, 691.

²²⁴ Mecelle, md., 1801; Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 691-692.

arasındaki bir davayı (örneğin miras davası) çözmek üzere müvellâ olarak tayin edilse, sadece o davayı muhâkeme edebilir. O bölgedeki başka kişilerin davasına bakamayacağı gibi, özel bir davalarına bakmak üzere görevlendirdiği kişilerin başka bir davalarına (örneğin alacak davası) da bakamaz.²²⁵

1.1.2. Mahkemede Yardımcı Konumdaki Memurlar

Sorumluluğu ve yetkileri oldukça geniş olan hâkimlerin, bütün sorunları tek başlarına çözebilmeleri muhaldir. Hâkim görevlendirildiği yere kendi kapı halkıyla beraber gider ve gittiği bölgeden kendisine yardımcıları atayabilir. Bunlar hâkim tarafından belirli bir süre ya da belirli bir için görevlendirilen yardımcılarıdır. Hâkimin kendilerine verdiği yetki ile hareket ederler.²²⁶ Şimdi bunlara yer verilecektir.

1.1.2.1. Müftü

Muhâkemede yardımcı konumdaki görevli memurların ilki müftüdür. Müftü kelimesi günümüzde kullanılan kalıptır. Arapça da müfti şeklindedir. Müftüler İslâm muhâkeme hukukunda önemli bir yer işgal etmektedirler. Müftü hâkimin danışmanı mesabesinde-dir.

Müftü fetva veren, şer'î bir meselenin hükmünü açıklayan ehil kişi²²⁷ demektir. Fetva da aynı kökten türemiştir. Fetva şer'î, dini-hukuki bir meselenin çözümlenmesi ve açıklanması bağlamında vâki olan sorunun cevabıdır. Şer'î meselelere dair soruların cevaplarına fetva denilmiştir. Hukuki ve dini soruya cevap vermeye de ifta denmektedir. İstifta, fetva istemek demektir. Müstefti bir konuda hüküm soran kişiye denmektedir.²²⁸

İslâm'ın ilk dönemlerin de ifta teşkilatı özel bir teşkilat idi. Emevi Halifesi Ömer b. Abdülaziz döneminde, yani hicri birinci asrın sonlarında, resmî bir teşkilat haline geldi. Eyyub b. Şurahbil, Ömer b. Abdülaziz tarafından Mısır'a vali olarak atandığında, Cafer b. Rebiâ, Yezid b. Ebi Habib ve Ubeydullah b. Ebi Cafer'i resmî olarak müftü tayin etmiştir.²²⁹

²²⁵ a.e., IV, 914.

²²⁶ İnanır, a.g.e., s. 161.

²²⁷ Erdoğan, a.g.e., s. 415.

²²⁸ Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul, Bilmen Basım ve Yayınevi, 1967-1970, VIII, 206.

²²⁹ Atar, *Adliye Teşkilatı*, s. 122.

Hâkim ihtiyaç duyduğu zamanlarda müftü ve fikhî iyi bilen zatlara danışabilmektedir.²³⁰ Müftüler aynı zamanda muhâkeme sırasında hâkimin yanında bulunabilmektedirler. Hâkimler aktif olarak davayı gören kişilerdir. Yani zamanının büyük bir kısmı resmî işlemlerle geçen kimselerdir. Müftüler ise zamanın büyük bir kısmını ilmi mülâhazalarla geçirmektedirler. İşte bundan dolayı hâkimler gerek gördüklerinde müftü ya da fikhî çok iyi bilen zatlara danışarak daha isabetli karar verebilirler.

İslâm fikh geleneğinde fetva veren kimselerin, yaklaşık olarak hâkimlerde aranan bir takım ahlaki ve ilmi vasıflara sahip olmaları gerekmektedir. Bu vasıflar İslâm, akıl, adalet, bülûğ, ilimdir.²³¹ Bu konu hâkimlerde aranan vasıflar başlığı altında açıklanacağından dolayı burada sadece bu vasıfların isimleri zikredilmekle yetinilmiştir.

1.1.2.2. Savcı

Muhâkemede yardımcı konumdaki görevli memurların ikincisi savcıdır. Savcı kelimesi, Osmanlı'da Tanzimat'tan sonra çıkarılan 1286 tarihli nizamnamenin 71. maddesinde müdde-i umûmî olarak kullanılmıştır.²³² Türkiye Cumhuriyeti'nde bir süre kullanıldıktan sonra bu kelimenin yerini savcı kelimesi almıştır.

Savcının görevi, kamu davası açmak, ceza davalarının büyük bir kısmında kamunun temsilcisi sıfatıyla taraf olarak bulunmak, bazı hukuk davalarında kamu menfaatlerini temsil etmek ve sonunda verilen hükümlerin icrasını izlemek ve sağlamaktır.²³³

İfade edilen bu görevler İslâm hukukunda özel bir yetkili tarafından yerine getirilmiş midir, getirilmemiş midir? İslâm adliye teşkilatında ve Avrupa'da savcılıkların yapmış oldukları görevleri yerine getiren herhangi bir memuriyet yoktur. Savcılık görevini İslâm devletlerinde Halife, kadı (hâkim), muhtesip, güvenlik görevlileri ve sivil Müslümanlar yapmışlardır.²³⁴

1.1.2.3. Mübaşir

²³⁰ Mecelle, md., 1811; Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 714

²³¹ İbnü'l-Hümâm, *a.g.e.*, VII, 252-253.

²³² Coşkun Üçok, "Savcılıkların Avrupa Hukukunda Gelişmesi ve Türkiye'de Kuruluşu", *Ord. Prof. Sabri Şakir ANSAY'ın Hatırasına Armağan*, Ankara, 1964, s.35

²³³ Üçok, *a.g.e.*, s.46

²³⁴ Atar, *Adliye Teşkilatı*, s. 137.

Mübaşir, mahkemenin idare ve inzibatı ile alakalı hâkimin emirlerini ifa etmek, duruşma sırasında davanın taraflarını ve şahitleri çağırarak ve adlî evrakları tebliğ etmek gibi görevlerle görevli adliye memurudur.²³⁵ İslâm adliye teşkilatında bu görevleri yapan kişilere rastlanmaktadır. Ancak mübaşir ismi kullanılmamaktadır. Tahminen Bilal b. Ebi Bürde (Basra kadısı) Âzin isminde mahkemede görevlendirdiği kişiler aşağı yukarı mübaşirin görevini yapmışlardır.²³⁶ Başka bir kaynakta ise duruşmada tarafların yerlerine geçirilmesi, duruşma vakti gelenlerin çağırılması gibi görevlerle mahkemede yardımcı görevlilerin edinilmesi gerektiği yazmaktadır.²³⁷

1.1.2.4. Kâtip

Kâtip, İslâm adliye teşkilatında hâkimin yardımcılardan biridir. Bu memurların görevleri, dava dosyalarını düzenlemek, korumak ve duruşmada ifadeler alınırken bu ifadeleri yazmak, kayda geçirmektir.²³⁸

Davaların kayda geçirilmesi, kâtiplerin İslâm adliye teşkilatında yer alması İslâm'ın ilk devirlerinde görülmektedir. Hz. Peygamber (sav) ve Hulefa-i Râşidin döneminde davaların az olması sebebiyle bu dava işlemlerinin kayda geçirmek gerekmiyor ve kâtiplere ihtiyaç duyulmuyordu.²³⁹ Hz. Ali'nin hilafeti zamanında bir duruşmanın kaydedildiği, bu duruşmada ifadelerin kayıt altına alındığı kaynaklarda geçmektedir.²⁴⁰ Bu dönemden sonra kâtiplik resmî memuriyet halini almaya başlamıştır. Örneğin Fâtımîler döneminde zabıt kâtiplerine 300 dirhem maaş verilmiştir.²⁴¹

Kâtiplik, muhâkemede geçen olayların ve konuşmaların yazılması için hâkimin ihtiyaç duyduğu bir görevdir. Çünkü hâkimin olayların ve konuşmaların hepsini yazması mümkün değildir. Kâtip, dürüstlükte ve iffette hâkim gibi olmalıdır.²⁴² Aynı zamanda kâtipin fikhî bilmesi de gerekli görülmüştür. Çünkü fikhî bilmeyen bir kâtip, sicilleri ve hâkimin ihtiyaç duyduğu hükümleri yazmayı beceremez. Kâtip, davalı ya da

²³⁵ Erdoğan, *a.g.e.*, s. 408.

²³⁶ Veki', Muhammed b. Halef b. Hayyân, *Ahbâru'l-Kudât*, Kahire, 1947, I, 37, 41.

²³⁷ Nüveyrî, Ahmed b. Abdülvahhab, *Nihâyetü'l-Ereb fi Fünûni'l-Edeb*, 1. bs., Kahire, Daru'l-Kütüb ve'l-Vesâiki'l-Kavmiyye, 1423, VI, 260-261.

²³⁸ Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 12; Trablusî, *a.g.e.*, s. 16.

²³⁹ Kettâni, Abdulhayy, *et-Terâtib 'ul-Idâriyye*, Rabad, 1346, I, 276.

²⁴⁰ İbnü'l-Kayyim, *a.g.e.*, I, 48-49.

²⁴¹ Adam Mez, *el-Hadârat 'ül-İslâmiyye*, (trc. Muhammed Abdulhadi), Kahire, 1957, I, 401.

²⁴² Serahsî, *a.g.e.*, XVI, 90.

davacılaran rüşvet alarak hile yapmaması için yazdığı ve yaptığı hâkim tarafından görülebilecek bir yere oturtulur.²⁴³

Görüldüğü gibi kâtiplik, İslâm adliye teşkilatında çok önemsenmektedir. Bundan dolayı sadece yazmayı güzel bilen kişilere bu görevin tevdi edilmesi uygun görülmemiştir. Çünkü kâtip davayı kayda geçirerek unutulmasını engelleyen kişidir. Aklın unuttuğu ileriki bir zaman diliminde hâkime bir itham yöneltildiğinde bu kayıtlar incelenerek gereken yapılacaktır. Bundan dolayı kâtiplik müessesesi çok önemlidir.

1.1.2.5. Müzekkî

Müzekkî şahitlerin şahitlik etmeye uygun olup olmadığını araştıran, tespit eden kişidir.²⁴⁴

Şahitlik mefhumunun İslâm Hukukunda çok önemli bir yeri vardır. Hâkimin karar vermesinde önemli bir katkısı bulunmaktadır. Ancak her şahit gelişi güzel kabul edilememektedir. Âdil ve gerçeği yansıtan şahitlik kabul edilebilmektedir. Bu noktada şahitlerin âdil, güvenilir olup olmadıklarını araştırmak İslâm kültüründe bir adet haline dönüşmüştür.²⁴⁵

Taraflardan birisi, şahidin şehâdetini reddetmediği durumlarda, Ebu Hanife'ye göre, şahitlik yapan kimsenin şehâdetini reddetme nedeninin olup olmadığının araştırılması gerekli değildir. Taraflardan birisi şahidi herhangi bir şeyle itham etmediği sürece hâkimin ek bir tezkıyeye ihtiyaç duymaksızın görünürde olan adalete istinaden hüküm vermesi doğru kabul edilmiştir.²⁴⁶

Ancak Ebu Yusuf ve İmam Muhammed, taraflardan birisinin şahit hakkında olumsuz bir şey söylememesi durumunda da hâkimin şahitleri güvenilirlik soruşturmasına tabi tutması gerektiği görüşündedirler. Ebu Hanife ile Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'in ifade edilen görüş farklılıklarının sebebi zamandır. Ebu Hanife hicrî üçüncü asırda fetva vermekteydi.²⁴⁷ Bu bağlamda Rasulullah "*İnsanların en hayırlısı benim dönemimdeki insanlardır. Sonra onu izleyenler. Sonra da onu*

²⁴³ Mevsilî, *a.g.e.*, II, 348.

²⁴⁴ Atar, *Adliye Teşkilatı*, s.148; Erdoğan, *a.g.e.*, s.442.

²⁴⁵ Atar, *Adliye Teşkilatı*, s.148.

²⁴⁶ Serahsî, *a.g.e.*, XVI, 88.

²⁴⁷ *a.e.*, XVI, 88.

izleyenlerdir"²⁴⁸ buyurmuştur. Bu hadise dayanarak Ebû Hanife dönemindeki şâhitlere bir şüphe ya da kötüleme olmaksızın bir güvenilirlik soruşturması açılmasına ihtiyaç duyulmamıştır.

Daha sonra ki dönemler de ise Rasulullah'ın "*Sonra yalan yayılır. Öyle ki bir kimseden tanıklık etmesi istenmediği halde tanıklık eder*"²⁴⁹ hadisi delil gösterilerek şâhidin herhangi bir şüpheye ya da kötülemeye ihtiyaç duyulmaksızın tezkiyeye tabi tutulması gereklidir denmiştir.²⁵⁰

Hicrî ilk üç asırda müzekkîliğin sistematik bir hal almadığı anlaşılmaktadır. Çünkü müzekkîye ancak ihtiyaç duyulduğunda başvurulmaktadır. Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'in döneminden itibaren artık her şâhit hakkında tezkiye işlemi yapılmış ve o dönemden itibaren müzekkî muhâkeme sistemindeki yerini almıştır.

Muhâkemede yardımcı konumdaki görevli memurların altıncısı tercümândır. İslâm coğrafyasının belli bölgelerinde birden fazla dil kullanılabilmekteydi. Böyle bir bölgede çalışan hâkimlerin bu bölgede konuşulan bütün dilleri bilmesi mümkün değildir. Böyle durumlarda tarafların ifadelerini hâkimin diline aktaracak tercümânlara ihtiyaç duyulmaktadır. Bu işlemi yapanlara ise tercümân denmektedir.²⁵¹

Tercümân tutma ihtiyacı cahiliye döneminde bulunan ve İslâm'ın gelmesiyle de devam eden bir uygulamadır. Hz. Peygamber (sav) Zeyd b. Sâbit'e İbranice'yi öğrenmesini buyurmuştur. Zeyd b. Sâbit böylece Hz. Peygamber'in (sav) huzuruna gelerek İbranice konuşanların konuşmalarını tercüme etmiştir.²⁵²

Tercümânın âdil ve Müslüman olması konusunda ittifak vardır.²⁵³ Muhâkemede tercümânın, tercüme edilen kişinin sözünü güvenilir bir şekilde tercüme etmesi için adalet sıfatını haiz olması gerekmektedir. Aynı zamanda tercümânın Müslüman olması da gerekmektedir. Çünkü kâfirler Müslümanın düşmanıdırlar. Bu sebeple böyle ciddi konularda hainlik etme ihtimalleri çok yüksektir.

²⁴⁸ Buhârî, "Şehâdât", 9, "İman ve Nüzûr", 10; Müslim, "Fedâilu's-Sahâbe", 210; Ebû Davud, "Sünne", 9; Tirmizî, "Fiten", 45; İbn Mâce, "Ahkâm", 27.

²⁴⁹ Buhârî, "Şehâdât", 9, "İman ve Nüzûr", 10; Müslim, "Fedâilu's-Sahâbe", 210; Ebû Davud, "Sünne", 9; Tirmizî, "Fiten", 45; İbn Mâce, "Ahkâm", 27.

²⁵⁰ Serahsî, *a.g.e.*, XVI, 88.

²⁵¹ *a.e.*, XVI, 89.

²⁵² *a.e.*, XVI, 89.

²⁵³ *a.e.*, XVI, 89.

Ebû Hanife ve Ebû Yusuf'a göre tercüme işlemi için bir kişi yeterlidir. Ancak iki kişi olması tedbir açısından daha iyidir. İmam Muhammed ise bu konuda "şehâdette ki şartlar tercümân içinde geçerlidir" demiştir. Bu ise iki erkek ya da bir erkek iki kadın, özgürlük, adalet, İslâm gibi şartlardır.²⁵⁴

Muhâkemede yardımcı konumdaki görevli memurların yedincisi askeri güçtür. Askeri güç tabiriyle, hâkimin gerekli gördüğü zamanlarda, gerekli gördüğü kişileri mahkemeye, hâkimin huzuruna getirmekle görevli kişiler kastedilmektedir. Bu görevi günümüzde savcılık emrinde polis ya da jandarma yerine getirmektedir. Daha önceleri de farklı güvenlik güçleri kullanılmaktadır. Biz burada genel bir isim olarak askeri güç ismini tercih ettik. Osmanlı'da muhzir ve hademeler bu türlü faaliyetleri gerçekleştiren görevlilerdir.²⁵⁵

1.2. Dava

Sözlükte "çağırarak, seslenmek, dua etmek, getirilmesini istemek" manalarına gelen da'vâ (çoğulu deâvî, deâvâ), fıkhıdaki terim anlamıyla bir kimsenin başka bir kimseden hâkim huzurunda hakkını istemesini ifade etmektedir.²⁵⁶ Buradaki "hak" kelimesiyle hem hakkın tespit edilmesi ve temin edilmesi, hem de haksız taleplere karşı kişinin hukuken korunması ve hakkının ihlâl edilmesinin önlenmesi kastedilmektedir. Davacıya müddei, davalıya müddeâ aleyh, dâva konusu hakka müddeâ veya müddeâ bih denilir. Tarafları ifade için hasım, tâlib ve matlûb gibi tabirler de kullanılabilir. Bir dâvanın mahkemede dinlenip sonuca bağlanması işlemine de murâfaa, muhâsame ve daha yaygın bir tabirle muhâkeme adı verilir.²⁵⁷

Dava, bir kimsenin hâkimin huzurunda başkasının yanında bulunan bir hakkını bildirmek ya da sahibi olduğu ve başkasında bulunan hakkını talep edilmesini yahut o hakkının korunmasını veya bu hakkının verilmesine icbar edilmesini talep etmek niyetiyle söylenen ve hâkim tarafından kabul edilebilir olan bir sözdür.²⁵⁸

²⁵⁴ *a.e.*, XVI, 89-90.

²⁵⁵ Bayındır, *a.g.e.*, s. 81.

²⁵⁶ Cürcânî, *a.g.e.*, s. 108; Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 81.

²⁵⁷ Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 81; Cevdet Yavuz, "Dâva" md., *DİA*, IX, İstanbul, 1994, 12.

²⁵⁸ Zuhaylî, *a.g.e.*, VI, 772.

Mecelle’de dava, "*bir kimsenin, diğer bir kimseden huzur-u hâkimde hakkını talep etmektir.*" şeklinde tarif edilmiştir.²⁵⁹

Genel olarak dava hakkındaki tariflere bakıldığında şu maddeler ortaya çıkmaktadır:

1) Dava, hem iddia hem de talep içermelidir. Kullanılan ifadede uyuşmazlık konusu olan hak beyan edilip teslimi talep edilmiyorsa dava açılmamış kabul edilir. Mesela bir kimsenin, "*falandan bir milyon alacağım var, ama o inkâr ediyor; zaten ben de istemiyorum*" gibi bir açıklamada bulunması, dava açmak için yeterli değildir. Çünkü kullanılan ifadede bir hak iddia edilmekle birlikte, onun teslimi talep edilmemektedir.

2) Dava, iddia ve talep edilen mevcut bir hakkı konu edinmelidir. İddia ve talep edilen hakka "*müddeâ*" denmektedir. Uyuşmazlık konusu olan bu hak yani müddeâ, hukuken bir değere sahip olmalıdır. Aksi takdirde yapılmış olan talep dava hüviyetini kazanamamaktadır. Örneğin bir kimsenin "*falandan önümüzdeki ay meydana gelecek alacaklarımı talep ediyorum*" şeklinde bir talepte bulunması, dava olarak değerlendirilememektedir. Çünkü henüz oluşmamış alacakların şu anda hukuken herhangi bir değeri yoktur.

3) Uyuşmazlık konusu hakkın sahibi olduğunu iddia eden bir kişi veya makam bulunmalıdır.

4) Üzerinde hak iddiasında bulunulan bir kimse vardır ki ona "*müddeâ aleyh*" (davalı) denmektedir. Müddeâ aleyh belirtilmeksizin veya belli olmaksızın ileri sürülen iddialar dava olarak kabul edilmemektedir.

5-Yukarıdaki özelliklere sahip olan iddianın, davaları sonuçlandırmakla yetkili bir kimsenin önünde yapılması gerekmektedir. Bu yetkili kimse, toplumun idaresini temsil eden halife (devlet başkanı) veya onun tayin ettiği hâkimler olabileceği gibi bazı konularda tarafların birbirleriyle anlaşıp tayin edecekleri hakemler de olabilmektedir.

6) Tanımlardan davanın sözlü ya da yazılı açılabilmesi anlaşılmalıdır. Ancak dava talebinin geçerli olabilmesi için davanın sıhhat şartlarını taşıması zorunludur. Hâkim ancak sıhhat şartlarını taşıyan bir davaya bakmakla mesuldür.²⁶⁰

²⁵⁹ Mecelle, md., 1613.

²⁶⁰ Kemal Yıldız, ‘İslâm Muhâkeme Hukukunda Dâvanın Şartları ve Muhâkeme Süreci’ Ekev Akademi Dergisi, Erzurum, sy.24, (2005), s. 119.

İslâm hukukuna göre dava yazılı ya da sözlü olarak açılabilmektedir. Şöyle ki, hakkı ihlal edilen kişi bir dava dilekçesiyle mahkemeye müracaat ederek hakkının belirlenmesini ve geri verilmesini ister. Mahkeme bu durumda dava dilekçesinin gelmesiyle faaliyete geçer. Hakkı ihlal edilenin hakkını belirlemeye çalışır. Ancak, her dava dilekçesi işleme konulmaz. Bütün işlemlerden önce dava dilekçesinin şekil yönünden usûlüne uygun olarak düzenlenmesi gerekir.²⁶¹ Dava dilekçesinde dava edilen şeyin kıymet ve vasfı belirtilecek, dava edilen şey taşınamaz mal ise sınırları belirtilecek ve davalının oturduğu yer ile birlikte açık adresi gösterilecektir. Aksi halde, dava şekilsel özelliklerinin usûlüne uymaması sebebiyle kabul edilemez.²⁶²

1.2.1. Dava Çeşitleri

Sahih dava: Tüm şartlarına uygun olarak açılan davadır. Sahih davaya, dava ile alakalı bütün hükümler tatbik edilir.²⁶³ Yani hasım çağırılır ve ondan cevap istenir. Yemin ya da beyyine²⁶⁴ cihetine gidilir.²⁶⁵

Şartları eksik dava (fâsit dava): Aslı bakımından sahîh, ancak bazı eksiklikleri nedeniyle usûlüne uygun olarak gerçekleştirilmemiş olan davadır. Örneğin, açılan dava mevzusunun bilinmemesi gibi. Bu şekilde açılan davalar tashih edilebilmektedir.²⁶⁶

Bâtıl dava: Aslı bakımından eksik ya da bozuk olan davadır. Bâtıl davaların düzeltilmesi mümkün değildir.²⁶⁷ Örneğin, komşusunun beş tane dairesi olan ancak kendisi kirada oturan birisi, komşusunun evlerinden bir tanesini kendisine vermesi yönünde dava açamaz. Bu davanın temelindeki kusuru düzeltmek de mümkün değildir.

1.2.2. Davanın Kabul (Sıhhat) Şartları

Her şeyden önce davacı iddia ya da talep ettiği şeyin kendisine ait olduğunu sarîh bir şekilde belirtmelidir. Davacı, eğer bir alacak davası açacaksa alacağının mahiyetini ve onu talep ettiğini, menkul bir mal davası açacaksa, davalının haksız bir şekilde malını zapt ettiğini, malının kendisine iade edilmesini, bir gayrimenkul davası açacaksa gayrimenkulün davalının elinde bulunduğunu açık bir şekilde belirterek

²⁶¹ Atar, *Adliye Teşkilatı*, s. 188

²⁶² Mevsîlî, *a.g.e.*, II, 378.

²⁶³ Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 195; Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 86.

²⁶⁴ Beyyine: Delil, şahit, bir davayı ispat etmek için ortaya konulan hüccettir. Bkz. Mevsîlî, *a.g.e.*, II, 377.

²⁶⁵ Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 195; Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 86;.

²⁶⁶ Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 195; Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 86.

²⁶⁷ Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 195; Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 86.

ispatlamalıdır. Bu zikredilen şeyler, davanın esas ve aslı ile alakalı olduğu için eğer bunlar dilekçede belirtilmez ise söz konusu davalar baştan reddedilir.²⁶⁸

1) Davalı ve davacının akıllı olmaları ve temyiz çağına gelmiş olmaları gerekmektedir. Akıllı olmayanın, akıl hastası (deli, mecnun) olanın ve henüz temyiz kudretine erişmemiş çocukların davanın tarafları olmaları sahih değildir. Ancak bir veli ya da vasi çocuk ya da deli için davacı ve davalı olabilirler. Çünkü davaya taraf olabilmeleri, veli ya da vasi olmalarından dolayıdır.²⁶⁹

Bir kimsenin davada taraf olabilmesinin sahih olabilmesi için bülûğa ermiş olması zorunlu değildir. Temyiz kudretine erişmiş, ticaret yapabilecek akli kudrette olan bir çocuk mahkemede davacı ya da davalı olabilir.²⁷⁰

2) Davalının malum olması şarttır. Yani davalının kimliğinin bilinmesi gerekmektedir. Örneğin, birisi bir köyde bulunan insanlardan birisinin kimliğini belirtmeksizin şu kadar meblağ alacağını bulduğunu iddia etse sahih olmaz. Çünkü alacaklının kimliği bilinmekle beraber borçlunun kimliği muğlak kalmaktadır.²⁷¹

3) Davalının dava, şehâdet ve hüküm zamanında asaleten ya da niyabeten hazır bulunması şarttır. Çünkü dava ve beyyine davalının bulunmasıyla dinlenilir.²⁷² Eğer davalı mahkeme tarafından yapılan davete icabet edip, muhâkemeye katılmazsa o zaman dava ortamına zorla da olsa celp edilir. Eğer davalının mahkemeye zorla celp edilmesi de mümkün olmazsa vekil-i musahhar tayin edilir.²⁷³

4) Davanın konusunun cins ve miktar olarak bilinmesi şarttır. Cins ve miktar olarak meçhul olan bir şey hakkındaki dava sahih olmaz. Çünkü bu durumda hüküm vermenin imkânı yoktur. Ancak bu durumdan beş mesele müstesnadır. Şöyle ki, iddia edilen taşınabilir bir mal mahkeme meclisindeyse ona el ile işaret etmek yeterlidir. Mahkeme meclisinde değil ise vasfını ve kıymetini belirtmek yeterlidir. Böylece malum kabul edilerek hakkında dava açılabilir.

Gayrimenkul bir mal ise sınırlarını belirtmek yeterlidir.

²⁶⁸ Kâsânî, *a.g.e.*, VI, 222; İbn Âbidîn, *a.g.e.*, IV, 581.

²⁶⁹ Mecelle, md., 1616; Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 83.

²⁷⁰ Kâsânî, *a.g.e.*, VI, 222; Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 199; Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 83;.

²⁷¹ Mecelle, md., 1617; Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 83.

²⁷² Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 201; Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 83.

²⁷³ Mecelle, md., 1791; Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 665.

Davaya konu olan şey borç ise, borcun cinsini, vasfını, türünü ve miktarını açıklamak gerekmektedir. Aksi takdirde dava açılmaz.²⁷⁴

5) Dava konusunun gerçekleşebilmesi muhtemel olan şeylerden olması gerekmektedir. Dolayısıyla düşünüldüğünde olması imkân dâhilinde olmayan şeyler hakkında dava açılmaz. Örneğin bir kimsenin yaşça kendisinden büyük birisinin kendi çocuğu olduğunu dava etmesi bu kabildendir.²⁷⁵

6) Dava sabit olunca ve ispat edilince davalı aleyhine bir şey ile hükmedilebilmesi şarttır. Örneğin, bir zat başka bir zata, ödünç olarak arabasını verse ve başka bir zat da ortaya çıkıp "ben onun akrabasıyım, o arabayı bana ödünç olarak versin ben kullanacağım" diyerek dava açsa bu sahih olmaz. Böyle bir durumla karşılaşıldığında davalı aleyhine hüküm verilemez.²⁷⁶

7) Davada herhangi bir tenakuz bulunmamalıdır. Tenakuz, davacının kendi söylemini hükümsüzleştirecek bir söz söylemesidir.²⁷⁷

8) Davanın kazâ meclisinde ya da muhâkeme için belirlenen yerde yapılması şarttır. Hâkimin hazır bulunduğu bir mecliste muhâkemenin yapılması gerekmektedir.²⁷⁸

1.2.3. Davanın Tarafları ve Vazifeleri

Davacı, şartlarına uygun bir şekilde dava açar ise hâkim, davalıya iddia edilen şey hakkındaki görüşlerini sorar. Ya da kendisine isnat edilen eylem hakkında ne söyleyeceğini sorar. Davalı hakkındaki iddiaları kabul ederse hâkim, davalının ikrar ya da itirafına dayanarak hükmünü açıklar. Fakat davalı, dava konusunu (müddeâ bih) reddederse ya da sessiz kalırsa ki, bu kabul ettiğini de reddettiğini de açıklamamakla olur, hâkim bu durumda davacıdan iddiasını ispat etmesini ister. Binaenaleyh davacı iddiasını şahitle ispat ederse hâkim davalıyı mahkûm eder. Böylece davacının iddiasının doğruluğu ortaya çıkmış olur. Aynı zamanda davanın konusu da kesin olarak ortaya çıkmış olur. Ancak, davacı iddiasını şahitle ispat edemezse bu durumda hâkim davacıdan yemin etmesini isteyebilir. Yemin de davacının isteği üzere hâkim tarafından ettirilir. Çünkü Hz. Peygamber (sav), "Eğer yalnızca dava açmalarıyla insanlara iddia

²⁷⁴ Mecelle md., 1620, 1621; Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 84.

²⁷⁵ Mecelle, md., 1629; Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 84.

²⁷⁶ Mecelle, md., 1630; Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 85.

²⁷⁷ Mecelle, md., 1615; Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 85.

²⁷⁸ Dâmâd, *a.g.e.*, II, 250.

ettikleri her şey verilmiş olsaydı birçok kimse, diğerlerinin canlarını ve mallarını dava açarak alırlardı. Yani davacı dava etti diye ona istediği verilmez. Ancak yemin etmek davalıya düşer"²⁷⁹ buyurmuştur. Yeminin gerekliliğinin hukuki ifadesi şöyledir: "*Beyyine müddei için ve yemin münkir üzerinedir*"²⁸⁰

Şayet davalı, yemin ederse davacı da iddia ettiği şeyi şahit ya da yazılı belge ile ispat edemez ise dava ortadan kalkar.²⁸¹ Hâkim yemin teklif etse davalıda yeminden kaçsa (nükûl etmek) ya da gerekmediği halde sussa ve yemin etmese hâkim onun yeminden kaçması üzerine aleyhine hükmeder.²⁸²

Bu durumda davalı, davanın konusunu inkâr etse, davacı iddiasını ispatlamakla mükelleftir. Mahkemede davalıdan suçsuz ya da haksız olduğunu ispat etmesi talep edilemez. Çünkü beraet-i zimmet asıldır.²⁸³

1.2.4. Davayı Sonlandıran Taraf Muameleleri

Davayı sonlandıran taraf muameleleri, mahkemeye ulaşmadan önce ya da ulaştıktan sonra bir takım şekillerle, hâkimin hükmüne gerek kalmadan, davanın sonlanmasını ifade eder. Örneğin, davalı olabilecek kişi karşı tarafa borç para vermiştir ve hakkını istemektedir. Bu mahkemeye ulaştıktan sonra davacı davasından vazgeçerek, "*verdiğim borç parayı karşı tarafa hibe ettim*" dediğinde dava sonlanmış olur.

Af ve hakkından feragat etmek, İslâm mahkemelerine ulaştırılan kısas ve diyet cezalarının haricinde söz konusu değildir. Yani hudûd davalarında söz konusu değildir.²⁸⁴ Örneğin, Mekke fethedildiğinde, soylu bir kabileye mensup birisi hırsızlık yapmıştır. Bu olay Hz. Peygamber'e (sav) ulaşmıştır. Hz. Peygamber (sav) muhâkemeyi yürütmüş ve sonucunda hırsız el kesme cezasına çarptırmıştır. Muhâkeme sonucunda böyle bir hükme ulaşılmca bazıları araya girip cezanın affını Hz. Peygamber'e (sav) arz etmişlerdir. Hz. Peygamber (sav) bu talep karşısında had davlarında aftan bahsedilemeyeceğini belirtmiştir.²⁸⁵ Buna benzer başka bir hadisede de, davalının

²⁷⁹ Müslim, "Akdiye", 1.

²⁸⁰ Mecelle, md., 67.

²⁸¹ Dâmâd, *a.g.e.*, II, 224.

²⁸² *a.e.*, II, 243-244.

²⁸³ Mecelle, md., 8.

²⁸⁴ Fahreddin Atar, "Af" md., *DİA*, I, İstanbul, 1988, 395.

²⁸⁵ Ebû Dâvûd, "Hudûd", 4; İbn Mâce, "Hudûd", 6.

affedilmesi istenince Hz. Peygamber (sav) şöyle cevap vermiştir: "*Bir hırsızlık sonucu cezaya çarptırılmış bir suçluyu ben affetsem dahi Allah affetmez.*"²⁸⁶

Af ve hakkından feragat etmek hukuk davalarında mevzu bahis olabilir. Yani kamu hakkı ya da Allah hakkı denen hudûd davaları dışında kalan davalarda söz konusu olabilir. Örneğin, davacı, davalı üzerindeki kişisel hakkından vaz geçebilir. Böylece dava sonlanmış olur. Hz. Peygamber'e (sav) gelen böyle bir davada, davacı hakkından feragat etmiş ve dava sonlanmıştır.²⁸⁷

Hz. Peygamber (sav) dönemi ve sonrası incelendiğinde, kısas ve diyet davalarında af ya da hakkından feragat görülmektedir.²⁸⁸ Ancak hudûd davası söz konusu olduğunda hakkından feragat ve af söz konusu olmamıştır.²⁸⁹

Bu bağlamda dikkat edilmesi gereken bir husus daha vardır ki o da hudûd davalarında davanın mahkemeye ulaşmadan önce ki ve sonraki durumudur. Hudûd davalarında tarafların ihtilafı mahkemeye gelmeden önce aralarında haktan feragat ya da af şeklinde çözülebilir. Ama dava mahkemeye intikal ettikten sonra af mevzubahis olamaz. Muhâkeme sonucunu verilen hüküm tenfiz edilir.²⁹⁰

Ta'zir grubu cezalara gelince, af mevzubahis olabilir. Fakat bazı hallerde taraflar af ya da hakkından feragat yolunu tutsalar da, hâkim kamu menfaatini düşünerek muhâkeme sonucunda varılan hükmü uygulayabilir.²⁹¹

Davayı sonlandıran bir başka muamele sulhtür. Allah Teâlâ sulhü hayır olarak nitelemiş ve "*sulh daima hayırlıdır*"²⁹² buyurmuştur. Bu ayet sulhün caiz olduğunu göstermektedir. Hz. Peygamber (sav) bu konuda "*Müslümanlar arasında helali haram, haramı da helal kılmamak şartıyla sulh kabul edilebilir*"²⁹³ buyurmuştur. Aynı şekilde Hz. Peygamber (sav) kendisine arz edilen davalardan bazısında karşılıklı anlaşmaları için tarafları bu cihete davet etmiştir.²⁹⁴ Hz. Ömer de bu bağlamda, "*Müslümanlar*

²⁸⁶ Ebû Dâvûd, "Hudûd", 15; İbn Mâce, "Hudûd", 28.

²⁸⁷ Beyhakî, "Sulh", 1.

²⁸⁸ Buhârî, "Sulh", 7; İbn Mâce, "Diyet", 16, 34, 35; Nesâî, "Kasâme", 15-16.

²⁸⁹ Vekî', *a.g.e.*, III, 128.

²⁹⁰ Ebû Dâvûd, "Hudûd", 6.

²⁹¹ İbn Ferhûn, *a.g.e.*, II, 298.

²⁹² en-Nisâ, 4/128.

²⁹³ Ebû Dâvûd, "Akdiye", 12; Tirmîzî, "Ahkâm", 17; İbn Mâce, "Ahkâm", 23.

²⁹⁴ Beyhakî, "Sulh", 1, 5.

arasında yapılan sulh caizdir. Fakat haramı helal kılan sulh bu hükmün dışındadır."²⁹⁵ demiştir.

Taraflar muhâkemededen önce ya da muhâkeme hâlihazırda sürerken davayı kendi aralarında anlaşarak çözebilirler. Eğer davalarını mahkemeye arz etmişlerse hâkim de tarafları aralarında anlaşmaya davet edebilir. Böyle bir şeyin İslâm hukukunda mümkün olması davanın daha çabuk görülmesine ya da feshedilmesine yardımcı olur. Böylece mahkemenin yükü bu açıdan biraz daha hafiflemiş olur. Ancak karşılıklı anlaşma hukuk davalarında söz konusu olabilirken hudûd davalarında mümkün değildir.²⁹⁶

İmam Şâfi', "*Müslümanlar arasında helali haram, haramı da helal kılmamak şartıyla sulh kabul edilebilir*" hadisinde bulunan istisnanın durumuna bakarak, iddiayı inkâr ettikten sonra gerçekleşen sulhün geçersiz olduğunu söylemiş ve şöyle demiştir: "*İnkârdan sonra sulh helali haramlaştıran, haramı helalleştiren bir sulhtür. Bunun sebebi, davacı haksız ise iddia ettiği malı alması haramdır. Sulh bunu helal kılmaktadır. Haklı ise sulh genellikle hakkın bir kısmında olur. Yani haklı olan kimse hakkının birazını alır, birazından feragat eder. Sulhten önce hakkının tamamını alması helalken sulh nedeniyle bir kısmını alması haram olmuştur. Davalıya da sulhten önce hak sahibine hakkını vermemesi haram iken sulh ile helal kılınmıştır.*"²⁹⁷

Hanefilere göre bu hadisteki haramı helal, helali haram kılmaktan maksat İmam Şâfi'nin dediği gibi değil, kendisi aslen haram olan bir şeyin helal kılınması ya da kendisi helal olan bir şeyin haram kılınmasıdır. Mesela şarap üzerine sulh yapmak, domuz üzerine sulh yapmak, hanımıyla cinsel ilişkiye girmemek üzere sulh yapmak gibi sulhler haramı helal, helali haram kılan sulhtür.²⁹⁸

1.2.5. Karşı Dava

Karşı dava, İslâm fihhında ıstılah olarak def'in karşılığıdır. Davacının iddiasını kabul etmemek üzere davalı tarafından açılan davaya karşı dava (def) denmektedir.²⁹⁹ Sıhhat şartlarından birini taşımayan bir davaya da, karşı dava açılabilir. Şayet davacının davasındaki eksiklikleri ortadan kaldırmasına gerek kalmadan bu şekildeki davayı,

²⁹⁵ Serahsî, *a.g.e.*, XVI, 61.

²⁹⁶ *a.e.*, XVI, 61.

²⁹⁷ *a.e.*, XVI, 61-62.

²⁹⁸ *a.e.*, XVI, 62.

²⁹⁹ Mecelle, md., 1631.

davalı bir karşı dava ile reddedecek ya da delillendirecek olsa davası mahkemece kabul edilir.³⁰⁰

Bir davada tenakuz bulunması durumunda karşı dava açılmaz. Örneğin bir kimse, "falancanın bana olan bin lira borcuna kefil olmuştun, o parayı bana ver" diyerek davacı olsa ve bu kefaleti o şahsın inkârına bağlı olarak ispat ederek o şahıs " sen beni bu kefaletten ibra etmiştin" diye müdafaada bulunsa bu karşı davası mahkeme tarafından dinlenmez.³⁰¹

Dava çeşitlerine göre karşı dava kabul edilen iddialar vardır.

1) Alacak iddiasında bulunan kişi, kendisinin borç verdiği ve miktarı belli bir bedel için dava açtığında borçlu kişi aşağıda gelecek olan ifadelerden herhangi birisini dillendirse, bu durumda karşı dava açmış kabul edilir.

2) Kefil olan bir şahıstan borç iddiasını ileri süren bir şahıs, kefile "*A kişisinden alacağım şu miktardaki paraya sen kefil olmuştun*" iddiasında bulunarak dava açar ve kefil olan şahısta borçlu olan kimsenin davaya konu olan borcu ödediğini iddia ederse böylece karşı dava açmış olur.³⁰²

3) Bir şahıs diğer bir şahsın zilyesinde bulunan bir malın kendisine ait olduğunu iddia ederse ve bu iddiasını da ispat ederse, karşı taraf, "*bundan daha önce bu söz konusu malı benden falanca şahıs dava ettiğinde sen de onun bu iddiasında şahitlik etmiştin*" derse karşı dava açmış bulunur.³⁰³

4) Bir şahıs ölen bir şahsın bırakmış olduğu mirasından malum bir meblağı alacak olduğu iddiasında bulunsa, mirasçılardan bu iddiayı inkârı üzerine iddiasını ispat ettikten sonra, ölen şahıs hayattayken o borcu ödediğini ya da alacaklının ölüyü ibra ettiğini, mirasçısı iddia etmiş olsa bu durumda karşı dava açmış olmaktadır.³⁰⁴

Bir şahıs karşı dava açar ve bunu da ispat edebilirse hâlihazırda yürüyen dava (esas dava) nihayete erer. Bu şahıs açtığı karşı davayı ispatlayamazsa davacıya yemin ettirilir. Davacı bu yeminden kaçındığı takdirde karşı dava sübut bulur. Esas dava da

³⁰⁰ Muhammed b. Hüseyin, *Fatâvâ 'l-Ankaravî*, Matbaayı Amire, 1281, II, 154.

³⁰¹ Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 101.

³⁰² Feyzullah Efendi, *a.g.e.*, s. 351.

³⁰³ *a.e.*, s. 350.

³⁰⁴ Çatalcalı, Ali Efendi, *Fetâvâyı Ali Efendi*, yy., ty., II, 430; Mecelle, md., 1632; Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 99.

yine bu durumda düşmüş olur. Davacı yemin ederse bu durumda da karşı dava düşer. Esas dava devam eder. Karşı dava açılması söz konusu olduğunda, karşı dava açan kişiye davasını ispatlaması için yeteri kadar süre tanınır. Genel olarak karşı dava açan davalı, esas davayı itiraf etmiş kabul edileceğinden dolayı, şayet kendi iddiasını ispatlayamazsa davacının davasını ispat etmesine gerek kalmaksızın esas dava sübut bulur.³⁰⁵

Karşı dava açmak için belirlenen herhangi bir zaman dilimi söz konusu değildir. Muhâkeme yürürken karşı dava açılabileceği gibi muhâkeme sonuçlandıktan ve hüküm uygulandıktan sonra da karşı dava açabilmek mümkündür.³⁰⁶

Karşı davaya karşı ikinci bir karşı dava açılmasına fıkıh istilahında def'üd-def' denmektedir. Karşı dava açmak mümkün olduğu gibi bu karşı davaya karşı ikinci bir karşı dava açmakta sahihtir.³⁰⁷

1.3. Hüküm (Kazâ)³⁰⁸

Hüküm kelimesinin çoğulu ahkâm'dır. Sözlükte "*karar vermek, bir şeyi diğer şeye ispat etmek ya da nefî' suretiyle isnat etmek*" anlamlarına gelmektedir.³⁰⁹ Hüküm (kazâ) terim olarak, "*yargı yetkisi bulunan bir kişiden sâdır olup tarafların uymakla mükellef tutulduğu söz*"³¹⁰ şeklinde tanımlanmaktadır.

Hüküm Mecelle'de kazâ anlamında şöyle açıklanmaktadır: "*Hüküm, hâkimin muhâkemeyi kat' ve hasm etmesidir.*"³¹¹ Yani hüküm, hâkimin muhâkemeyi karara bağlayıp bitirmesini ifade etmektedir.

Hüküm, özel bir yetki üzerine terettüp eden mahkeme kararıdır. Başka bir ifadeyle bir kimseyi, bir şeyi yaptırmaya yetkili olan hâkimin şer'î bir karar ile bir şeyi yapmaya mahkûm etmesidir. Daha sade bir şekil de ifade etmek gerekirse hüküm, davacı ile davalı arasında dava konusu olan çekişmeyi çözen hâkim kararıdır. Hüküm verildiği takdirde dava sonlanmış demektir.³¹²

³⁰⁵ Mecelle, md., 1633; Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 117-119.

³⁰⁶ Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 99.

³⁰⁷ *a.e.*, VIII, 98.

³⁰⁸ Arapça'da kazâ kelimesi hüküm anlamında da kullanılmaktadır. (İbn Manzûr, *a.g.e.*, XV, 186).

³⁰⁹ Firûzâbâdî, *a.g.e.*, I, 364; Erdoğan, *a.g.e.*, s. 207.

³¹⁰ Mevsîlî, *a.g.e.*, II, 343.

³¹¹ Mecelle, md., 1786.

³¹² Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 654-657.

İslâm fıkıh ıstılahatında fetva ile hüküm kelimeleri arasında bir yakınlık olduğu aşikârdır. Burada akla "ikisi de aynı manayı mı ifade etmektedir?" sorusu gelmektedir. Fetva kelimesiyle hüküm kelimesi hemen hemen aynı anlamlara gelmektedir. Ancak aralarında bir fark vardır ki o da hükmün bağlayıcı olmasıdır.³¹³ Örneğin, birisi kafasında oluşan bir soru hakkında yolda geçen bir hâkime soru sorsa, hâkimin vereceği cevaba fetva denmektedir. Burada soru soran kişi hâkimin fetvasını dilerse hayata tatbik eder, dilerse tatbik etmez. Tercih hakkı vardır. Ancak hüküm mahkemede bağlayıcı olarak verilen karardır. Hüküm verildikten sonra hakkında hüküm verilen kişinin tercih hakkı yoktur. Verilen hüküm, aleyhine olan kişi tarafından istense de istenmesen de ilgili makamlar tarafından uygulanır.

1.3.1. Hüküm Verilebilmesi İçin Gerekli Şartlar

Mahkeme tarafından bir hükmün verilebilmesi için önceden bir davanın açılması gerekmektedir. Aynı zamanda davalı ve davacının da muhâkeme esnasında mahkeme huzurunda bulunması gerekmektedir. Muhâkemenin yürütüldüğü sırada davalı ve davacının mahkemede bulunması gerektiği gibi hüküm sırasında da davalı ve davacının mahkemede bulunması gerekmektedir.

Kul hakkına taalluk eden hukuk (hukuk-ı ibâd/şahıs hukuku) ile kamu hakkına taalluk eden hukuk (hukukullah) alanına dâhil olan zina iftirası (hadd-i kazif) ve hırsızlık suçları alanında bir hüküm verebilmek için kişisel dava açılmış olması şart koşulmuştur. Bunun sebebi ise, hâkimin halkın hukukunu bilmemesi ve haklarını istemeleri için halkı zorlayamamasıdır. Halk, hakkını aramak ya da hakkından feragat etme konusunda hürdür. Hâkim bu konuda halkı tercihe zorlayamaz. Halk isterse dava açar hakkını talep eder, isterse bu konuyu hukuk alanına taşımaz.³¹⁴

Bir hırsızlık suçunun ortaya çıkarılması için her şeyden önce çalınmış olan şeyin bir başkasına ait olduğunun belirlenmesi gerekir. Mahkeme tarafından bu işin yürütülebilmesi için eşyası çalınmış olan kişinin, mahkemeye resmî bir talepte bulunması gerekmektedir. Aynı şekilde birinin, diğer birine "sen zina eden birisin" diyerek zina iftirasında bulunduğunda, iftiraya uğrayanın böyle bir iftiradan kurtulması

³¹³ Serahsî, *a.g.e.*, XVI, 86.

³¹⁴ Mecelle, md., 1829; Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 771; Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 229.

için mahkemeye başvurması gerekmektedir. Bu suçun gerçek olup olmadığı, ancak bu müracaat üzerine mahkemenin incelemesi neticesinde ortaya çıkar.³¹⁵

Bu halde kişisel davaların mahkemelerde görülebilmesi için mağdurun bir dava açması gerekmektedir. Mahkemelerin kamuyu ilgilendirmeyen konularda doğrudan doğruya dava açmak gibi bir görevi yoktur.

Tarafların muhâkemenin sonuçlanması anlamına gelen hüküm verme işlemi sırasında mahkemede hazır bulunmaları şarttır.³¹⁶ Taraflardan biri bizatihi hüküm sırasında mahkemede bulunamıyorsa, o takdirde hukuki olarak vekili bulunabilir.³¹⁷

Hanefî fukahâsından bir kısmına göre gaip aleyhine hüküm verilmesi sahih değildir. Hanefî mezhebinde meşhur görüş budur. İmam Muhammed'e göre böyle bir durumda verilen hüküm geçerli değildir. Ancak genel olarak kabul edilen görüşe göre gaibin aleyhine hüküm verilebilir.³¹⁸

Hâkim davacının davası doğrultusunda davalıyı mahkemeye çağırır. Bu durumda davalı makbul bir mazereti olmaksızın mahkemeye gelmekten ya da vekil göndermekten kaçınırsa mahkemeye cebren getirilir. Eğer cebren getirilmesi de mümkün olmazsa hâkim, davacının isteğiyle mahkemeye mahsus olan davetiye yaprağını ayrı ayrı günlerde üç defa göndererek davalıyı mahkemeye davet eder. Eğer davalı mahkemeye gelmez ise davalıya bir vekil tayin edilir ve muhâkeme yürütülür.³¹⁹

Bununla beraber, bir şahıs başka bir şahıstan bir konuyu dava ettiği zaman davalı, hâkimin önünde dava konusu iddiayı kabul ve itiraf ederse ve bu durumda hüküm verilmeden önce mahkemeden ayrılırsa, hâkim davalının ikrarına dayanarak, davalı mahkeme huzurunda olmasa da hüküm verebilir.³²⁰

Aynı zamanda davacı, hâkimin önünde davalıyı davasından ibra ettikten sonra davalı ortadan kaybolursa, hâkim ibra bildiriminde bulunabilir. Hâkim böyle bir tasarrufta bulunduğu zaman hüküm davalının yüzüne karşı verilmiş addedilir. Aynı zamanda hâkimin böyle bir durumda verdiği hüküm kesin hüküm olmuş olacağından artık itiraz

³¹⁵ İbn Âbidîn, *a.g.e.*, III, 158; Molla Hüsrev, *a.g.e.*, II, 85.

³¹⁶ Mecelle, md., 1618.

³¹⁷ Mecelle, md., 1830; Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 775; Zuhaylî, *a.g.e.*, VI, 497.

³¹⁸ Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 229.

³¹⁹ *a.g.e.*, VIII, 229-230.

³²⁰ Mecelle, md., 1830; Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 774.

edilemez. Karşı dava açılmaz. Çünkü bu kararın kaldırılabilmesi için hukuki bir yol yoktur.³²¹

Davalının hüküm verilirken mahkemede bulunması şart olmayan ikinci bir husus şöyledir: Davacının açtığı dava, davalı tarafından inkâr edilse ve davacı bu davayı ispat etse, hali hazırda şâhitlerin şâhitliğe ehil olup olmadıkları (tezkiye-i şühûd) araştırılıp hüküm verilmeden davalı mahkemeyi terk etse ya da ölse, böylece gıyabında şâhitler hakkında tezkiye işlemleri yürütülüp güvenilir oldukları anlaşıldıktan sonra mahkeme davalının gıyabında kararını verebilir. Bu şekilde verilen hüküm de davalının huzurunda verilmiş addedilir.³²²

Davalının naibine karşı delil ortaya koyulduktan sonra, davalı bizatihi gelip muhâkemeye katılsa, hâkim şâhitleri tekrar dinlemeden davalı aleyhine hükmedebilir. Yine davalının yüzüne karşı delil ortaya koyulduktan sonra davalının naibi yargılamaya katılsa, hâkim önceden dinlediği şâhitlerle nâib aleyhine hüküm verebilir.³²³

Vefat eden bir kimsenin mirasçılarından her birinin taraf olabileceği bir davada, varislerden sadece birinin yüzüne karşı şâhit dinlendikten sonra o mirasçı kaybolursa ve mahkemeye başka bir mirasçı alınsa, hâkim bu ikinci mirasçının yüzüne karşı önceden dinlenmiş olan şâhitlerin ifadesine istinat ederek hüküm verebilir. Şâhitlerin tekrardan dinlenmesi icap etmez.³²⁴

1.3.2. Hüküm Çeşitleri

Muhâkemenin sonucunda varılan hüküm iki çeşittir. Bunlar kazâ-i istihkak ve kazâ-i terktir.

Kazâ-i istihkak, hâkimin duruşmayı belirli bir şekil üzere sonuca bağladıktan sonra "*şu şekilde hükmettim, iddia konusu olan şeyi davacıya ver*" şeklinde bir sözle dava konusu olan şeyi davalıya lazım kılmasıdır.³²⁵ Burada dikkat edilmesi gereken nokta, davacının davasında haklı çıkmış olmasıdır. Başka bir deyişle, davacının davasında haklı çıkması sonucu verilen hükme kazâ-i istihkak denmektedir.³²⁶ Böyle bir durumda

³²¹ a.e., IV, 774.

³²² Mecelle, md., 1830; Ali Haydar, a.g.e., IV, 770; Bilmen, a.g.e. VIII, 229.

³²³ Mecelle, md., 1831; Bilmen, a.g.e., VIII, 229-230; Bayındır, a.g.e., s. 113.

³²⁴ Mecelle, md., 1832; Bilmen, a.g.e., VIII, 230; Bayındır, a.g.e., s. 113.

³²⁵ Erdoğan, a.g.e., s. 298.

³²⁶ Mecelle, md., 1786; Ali Haydar, a.g.e., IV, 659.

dava şâhitler aracılığıyla ya da davalının ikrarı veyahut da yeminden nükûl etmesiyle ispatlanmıştır.³²⁷

Kazâ-i istihkak ile dava kesin hüküm (kazıyye-i muhkeme) şeklini alır. Artık yeni bir delil ortaya çıkmadıkça, aynı konuda yeni bir davanın açılması mümkün değildir. Örneğin, A, B'nin elinde olan bir eşyanın kendisine ait olduğunu mahkemede hâkim önünde iddia etse ve bu iddiasını da ispat etse ve bundan dolayı da hüküm A'nın lehine verilmiş olsa fakat sonrasında C söz konusu eşyanın kendisine ait olduğu iddiasıyla A'nın aleyhine bir alacak davası açsa bu dava kabul edilemez. Çünkü bu dava artık kesinleşmiştir. Fakat mahkeme hükmünden sonra davaya konu olan eşyayı C, A'dan satın aldığı iddia ederek mülkiyetin kendisine iade edilmesini yeni delillerle ispat etse bu takdirde bu dava mahkemede karara bağlanabilir.³²⁸

Kazâ-i terk, mahkemeye arz edilen dava da hâkimin "*hakkın yoktur, nizadan vazgeçeceksin*" gibi bir sözle davacıyı husumetten menetmesidir.³²⁹ Kazâ-i terkte davacının davasını ispat edememesi söz konusudur. Yani davacı hukuk prensipleri açısından haksız yere bir davada bulunmuştur. Kazâ-i terk kesin hüküm değildir. Yani davacı olan kimse davasını daha sonra ispat edebilecek vâsıtaları bulduğu takdirde tekrar dava açarak mahkemeden lehine bir karar çıkartabilir. Örneğin, A B'nin elinde olan bir malın kendisine ait olduğunu iddia etmektedir. B ise iddiayı reddetmektedir. A bu durum üzerine iddiasını ispat edemeyerek B'ye yemin teklif etmektedir. B de yemin ettiği için hâkim kazâ-i terk ile A'nın aleyhine hüküm verecek olsa, A tekrar dava açıp iddiasını ispat etmek suretiyle lehine hüküm verilmesini sağlayabilir.³³⁰

1.3.3. Gıyâbî Hüküm

Hanefî fukahâsından bir kısmına göre gaip aleyhine hüküm verilmesi sahih değildir. Hanefî mezhebinde meşhur görüş budur. İmam Muhammed'e göre böyle bir durumda verilen hüküm geçerli değildir. Ancak genel olarak kabul edilen görüşe göre gaibin aleyhine hüküm verilebilir.³³¹

³²⁷ Dâmâd, *a.g.e.*, II, 253.

³²⁸ Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 659 vd.; Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 238.

³²⁹ Mecelle, md., 1786; Erdoğan, *a.g.e.*, s. 299.

³³⁰ Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 661-664.

³³¹ Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 231.

Davacı mahkemeye dava dilekçesini arz ettiği zaman davalı bundan haberdar edilir ve mahkemeye muhâkeme için davet edilir. Eğer davalı bu daveti almasına rağmen mahkemedeki muhâkemeye kendi rızası ile iştirak etmez ise mahkeme tarafından mahkemedeki muhâkemeye katılmaya icbar edilir. Davalının mahkemeye zorla getirilmesi mümkün olmaz ise ya da muhâkemeye katılmaktan kaçıp saklanırsa davacının isteği üzere mahkemenin davet yapıp farklı farklı günlerde olmak üzere üç kere davalıya gönderilir. Bütün bunlar yapıldıktan sonra davalı mahkemeye gelmezse mahkeme tarafından yerine bir nâib tayin edilir. Bu naibin fıkıh ıstılahatındaki ismi vekil-i musahhar'dır.³³² Mahkeme tarafından tayin edilen vekil-i musahhar ile muhâkeme asıl davalının gıyabında yürütülür.³³³

Mahkeme tarafından muhâkemeyi asıl davalının gıyabında yürütmek üzere tayin edilen vekil-i musahharın vazifesi, davacının dava ettiği iddiasını kabul etmemektir. Vekil-i musahharın iddiayı kabul etmemesi, muhâkemedeki şekilsel usûlü yerine getirmek içindir. Çünkü davacının iddiasını ispatlaması için davalının iddiayı reddetmesi icap etmektedir. Ancak vekil-i musahhar karşı dava açarak vekili olduğu asıl davalıyı müdafaa edemez.³³⁴

Vekil-i musahharın tayin edilmesiyle vekil-i musahharın yüzüne, asıl davalının gıyabında verilen hüküm yani gıyâbî hüküm davalıya bildirilir.³³⁵ Gıyâbî hüküm eğer davalının aleyhine verilmişse, bu halde davalı mahkemeye başvuru yaparak davacının iddiasına karşı yeni bir dava açarsa bu dava dinlenir. Böylece bu dava hukuk usûlüne uygun bir şekilde yürütülerek sonuca kavuşturulur. Gıyabında hüküm verilen davalı karşı dava açmaz ise ya da karşı dava açmak istemesine rağmen davası uygun görülmeyip reddedildiği takdirde verilen hüküm infaz edilir.³³⁶

1.4. İslâm Ceza Muhâkemesinin Genel Kaideleri

Batı Avrupa'da XVIII. yüzyılın ilk yarısına kadar, muhâkeme hukuku açısından, zanlı ile kesin suçlu aynı kabul ediliyordu. İtham edilen ya da suçu işlediği kesin olarak

³³² Vekil-i musahhar: Davalının rızasıyla mahkemenin davetini kabul ederek muhâkemeye katılmadığı gibi icbar ile de mahkemeye getirilmesinin mümkün olmaması üzerine, bu davalıyı temsil etmek üzere mahkeme tarafından tayin edilen kişiye vekil-i musahhar denmektedir. (Mecelle, md., 1791)

³³³ İbn Âbidîn, *a.g.e.*, IV, 465-471; Mecelle, md., 1791, 1834, 1844; Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 788; Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 231-232.

³³⁴ Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 788; Bayındır, *a.g.e.*, s. 116.

³³⁵ Mecelle, md., 1835.

³³⁶ Mecelle, md., 1836; Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 232.

belli olmayan zanlının suçsuz çıkabileceği fikri amaca ters görülüyordu.³³⁷ XVIII. yüzyılın ikinci yarısından başlayan süreçle o dönemin felsefi ve hürriyetçi akımlarının tesiriyle zanlının da korunması dönemine ulaşılmıştır. Bu şekilde hareket edilerek devletin gücünün suistimal edilmesinin engellenmesi ve şahsı koruma hedefine varmak amaçlanıyordu. Hâkimlerin gerekçesiz olarak hüküm vermelerine ve zanlıyı kesin olarak suçlu görme ve cezalandırma eğilimlerine karşı bir aksülamel olan bu ikinci merhalenin hukuki ifadesi, "zanlı, mahkeme kararıyla, suçlu olduğu ortaya konulup kesinleşinceye kadar suçsuz kabul edilir" prensibidir. Bu prensip daha sonraları İnsan Hakları Sözleşmesi'nin bir esası olarak bugün de yürürlükte dir.³³⁸

Zamanımızda insan haklarını konu edinen uluslararası İnsan Hakları Sözleşmeleri, bütün davaların tamamıyla eşitlik esasıyla, tarafsız ve bağımsız mahkemelerce, adaleti geciktirmeksizin kanuna, hukuka ve hakkaniyete uygun bir biçimde herkese açık olarak karara bağlanmasını bir insan hakkı olarak kabul etmiştir.³³⁹

İslâm ceza muhâkemesi hukukunun temel amacı hem şahısların hem de toplumun hak ve hukukunu güvence altına almaktır. Aynı zamanda toplumun düzenini korumaktır. İslâm hukukunun ortaya koyduğu ve İslâm hukukçularının uyguladığı muhâkeme hukuku bu kuralları içerisinde barındırmaktadır. İslâm muhâkeme hukuku ortaya çıktığı andan itibaren merhametli ve objektif muhâkeme kurallarını beraberinde getirmiştir. İslâm'ın ortaya koyduğu muhâkemenin en temel özelliklerinden biri de delillere dayalı olmak suretiyle süratli bir muhâkeme sonucu adaletin en kısa zamanda temin edilmesidir.³⁴⁰

1.4.1. Zanlının Hak ve Hürriyetlerinin Korunması

İslâm hukukunun temel prensipleri muvacehesinde, bir suçla itham edilen şahıs mahkeme kararını verinceye kadar bu suçu işlemiş gibi muamele göremez. Aynı zamanda bu ithamla da özgürlüğü kısıtlanamaz ve hakları elinden alınamaz.

³³⁷ Kunter, *a.g.e.*, s. 17-18.

³³⁸ *a.e.*, s. 18-19.

³³⁹ *a.e.*, s. 22-23; Hakkı Aydın, *İslâm ve Modern Hukukta İşkence*, 1. bs., İstanbul, Beyan Yayınları, 1997, s. 19-43.

³⁴⁰ Dâmâd, *a.g.e.*, II, 160.

Berâet-i zimmet asıldır.³⁴¹ Zimmet, insanları borçlanmaya ehil kılan vücub ehliyetinin gerektirdiği bir şey olup, bu ehliyet sebebiyle hukukun insanlarda var saydığı manevî bir varlıktır.³⁴² Usûlcülere göre zimmet, kişinin leh ve aleyhine olan şeyler konusunda kendisiyle ehil sayıldığı vasıftır. Örneğin, bir şahıs bir malı satın aldığı anda o mala sahip olma menfaatine ehil olduğu gibi, parasını satıcıya vermek zorunda olması sebebiyle sorumluluk yüklenmeye de ehil olmaktadır.³⁴³

İnsanlar her türlü borç ve sorumluluktan beri olarak dünyaya gelirler. Kişinin zimmetini meşgul eden durumlar, doğumdan sonra oluşan ârizî-geçici şeylerdir. Ârizî olan işlerde ise esas olan âdemdir. Buna göre bir kimse, başkası hakkında bir suç iddia eder ve davalı da bunu reddederse, davacı iddiasını ispat etmek zorundadır. Çünkü davalı için zimmetten beri olma temel kuralı söz konusudur. Dolayısıyla davalının berâetinin tersine bir delil olmadıkça görünen hal onun lehinedir.³⁴⁴

Şek ile yakîn zâil olmaz.³⁴⁵ Şek, yakînin aksi olan şeydir.³⁴⁶ Yani kesin olarak bilinen bir şeyin aksi olan bir şeydir ki, bu da kesin olarak bilinmeyen, doğruluğu hakkında şüphe bulunan şeydir. Başka bir şekilde tarif edecek olursak şek, doğru olup olmadığı tam olarak yüzde elli oranında olan bilgi.³⁴⁷ Yani şek, yüzde elli doğru olma, yüzde elli yanlış ihtimali olma durumudur. Zanlı dava başlangıcında böyle bir durum içerisindedir.

Yakîn ise, bir bilgide şekkin, şüphenin olmamasıdır.³⁴⁸ Yani kesin bilgi anlamına gelmektedir.³⁴⁹ Her olayda, durumda veyahut da bilgide yüzde yüz doğru bir şekilde bilgi sahibi olmak mümkün değildir. Böyle bir durumla karşılaşıldığı zaman zann-ı galib esastır.³⁵⁰ Bu durumda muhâkemenin başlangıcında zanlının suçsuz olma halini ifade etmektedir. Çünkü kişiler doğduklarında dünyaya suçsuz olarak gelirler. Genel kabul gören bu yargıda kimsenin şüphesi yoktur. Her insan suç işlemeye müsaittir.

³⁴¹ Mecelle, md., 8.

³⁴² Karaman, *İslâm Hukuku*, II, 31-32.

³⁴³ Ali Haydar, *a.g.e.*, II, 48.

³⁴⁴ Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Medhalu'l-Fıkhiyyu'l-Âmm el-Fıkhu'l-İslâmî fi Sevbihî'l-Cedîd*, Dimeşk, Dâru'l-Kalem, 1998, II, 981.

³⁴⁵ Mecelle, md., 4.

³⁴⁶ Firûzâbâdî, *a.g.e.*, III, 831.

³⁴⁷ Erdoğan, *a.g.e.*, s. 524

³⁴⁸ Firûzâbâdî, *a.g.e.*, IV, 1700.

³⁴⁹ Erdoğan, *a.g.e.*, s. 609.

³⁵⁰ Bkz. Ali Haydar, *a.g.e.*, I, 39.

Ancak az önce ifade edilen durumdan dolayı kişilerin suç işledikleri bir delil ile ispat edilemedikçe suçsuzluğu esastır.³⁵¹

Yüzde yüz kesin bilgi anlamına gelen yakîne ulaşılamadığı zaman zann-ı galib esastır. Zann-ı galib ise yakîn derecesine yakın bilgi³⁵² demektir. İki ihtimalden ikincisi ihtimal dâhilinde görülmediği takdirde birinci ihtimal hakkında varılan kanaate zann-ı galib denmektedir. Zann-ı galib de kesin bilgi değerindedir. Çünkü her durumda bir şeyi yüzde yüz bilmek insanların kudretinde değildir. Bu durum ise, suçluluğun iki dürüst ve güvenilir şahitle ispat edilme halidir. Şâhitlerin yalan söylemesi de imkân dâhilindedir. Ancak genellikle şahitlerin itibara alınmasından başka yapacak bir şey yoktur.³⁵³

Bir kimsenin, diğer bir kimsenin borçlu ya da suçlu olduğunu iddia etmesi durumunda ya da bu konuda suç duyurusunda bulunması halinde bunu kabul edilebilir delillerle ispat etmesi gerekir. Çünkü davacının mahkemeye delil sunması, suçsuzluğun aksine suçluluğun ispat edilmesidir. Mecelle'nin ifadesiyle "*beyyine, hilâf-ı zâhiri ispat içindir.*"³⁵⁴ İddianın kesin delil (yakîn) ile desteklenmesi, bu da mümkün değilse zann-ı galib ile ispat edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle Hanefî mezhebinde tek şahitle borcun ya da suçun ispatı uygun görülmemiştir. İspat için en az iki şahit istenmektedir.³⁵⁵

Ayrıca İslâm hukukuna göre herkesin şahitliğinin kabul edilmemesi, şahitlerin şahitlik ehliyetine sahip olup olmadığının araştırılması ve buna karar verilmesinin lüzumu, hâkimin gerçek ve müşahhas delillerle hüküm vermesinin temini, İslâm ceza muhâkemesinin baştan itibaren hemen her safhasında açıktan yapılması zanlının hak ve özgürlüklerinin korunması için konulmuş kurallardır. Mecelle'nin diğerlerinin yanı sıra şu iki külli kaidesi de önem arz etmektedir.

1) Bir şeyin bulunduğu hal üzere kalması asıldır.³⁵⁶ Yani geçmişte sabit olduğu kesin olarak bilinen bir şeyin, aksine delil olmadıkça geçmişteki kesin olarak bilinen hali üzerinde bulunduğuna itibar edilmesi esastır.

³⁵¹ Bayındır, *a.g.e.*, s. 125.

³⁵² Erdoğan, *a.g.e.*, s. 616.

³⁵³ Bayındır, *a.g.e.*, s. 125.

³⁵⁴ Mecelle, md., 78.

³⁵⁵ Bakara, 2/282; en-Nisâ, 4/15; et-Talâk, 65/2; en-Nûr, 24/4.

³⁵⁶ Mecelle, md., 5.

Bu maddedeki "şey" ifadesi sadece maddî varlıkları kapsamamaktadır. Genel olarak, var olabilen, düşünülebilen, iddia, savunma ve hükme konu olabilen her şeyi kapsamaktadır.³⁵⁷ Bu madde de iddia anlamında konumuzla alakalı düşünüldüğünde zanlı, iddia edilen şey ispat edilinceye kadar asıl olan suçsuzluk halinin devam etmesi ve buna göre muamele görmesini ifade etmektedir.

2) Sıfat-ı ârizada asl olan ademdir.³⁵⁸ Sıfat ya aslidir ya da arızîdir. Bir şeyin zatıyla kaim (örneğin sağlık, bir maddede kusursuzluk) olan sıfatlar aslî olarak isimlendirilirler. Bir şeyde sonradan meydana gelebilen sıfatlar ise (örneğin hastalık, bir malda kusur bulunması) ârizî olarak ele alınır.³⁵⁹

Mecelle'nin bu maddesinde ifade edilen "sıfat-ı âriza" ile kastedilen asıl ya da umûmî özelliği yokluk olan sıfattır. Çünkü yokluk onun için doğal bir durumdur. Varlık sahasına çıkması şüpheli ve ârizîdir.³⁶⁰

Bir kimse başka bir kimsenin suç işlediğini iddia ederse, o kişi de bu iddiayı inkâr ederse, davacı iddiasını ispatlayıncaya kadar söz davalının olur. Çünkü suçsuzluk asl, suçluluk ârizîdir.

İslâm muhâkeme hukuku şüpheyi daima sanık lehine değerlendirmiştir. Her türlü ceza konusunda, özellikle de had ve kısas cezaları konusunda şüphe, davayı düşürücü rol oynamıştır. "*Gücünüz yettiği kadar Müslümanlardan cezaları kaldırınız*" ve "*elinizde beraat etmesi için delil varsa, sanığı serbest bırakınız*" ve "*hâkimin af konusunda yanılması ceza konusunda yanılmasından hayırlıdır*"³⁶¹ hadis-i şerifleri bu konuda, İslâm muhâkeme hukukunda iyi değerlendirilmişlerdir.

Had ve kısas cezaları ağır cezalar olmasından dolayı hâkimin, bu türlü davaların soruşturmasını yürütürken bir şüpheyeye rastladığı zaman cezayı düşürmesi gerekmektedir. Hatta bu konuda sanığa ve şahitlere sorulacak sorular bile fıkıh kitaplarımızda teferruatlı bir şekilde yer almıştır.³⁶²

³⁵⁷ Mustafa Yıldırım, *Mecelle'nin Küllî Kâideleri*, 3. bs., İzmir, İzmir İlahiyat Fakültesi Yayınları, 2012, s. 39.

³⁵⁸ Mecelle, md., 9.

³⁵⁹ Yıldırım, *a.g.e.*, s. 46.

³⁶⁰ Zerkâ, *a.g.e.*, II, 982.

³⁶¹ Tirmîzî, "Hudûd", 2, 3, 5.

³⁶² Molla Hüsrev, *a.g.e.*, II, 81; Dâmâd, *a.g.e.*, I, 544-545.

1.4.2. Düzenin Muhafaza Edilmesi

Sanının, adalet ve hakkaniyetle muamele görmesi için objektif muhâkeme kaideleri belirlenmiş olduğu gibi, İslâm toplumunun düzeninin korunması için de gereken tedbirler alınmış, düzenlemeler yapılmış, hükümler konulmuştur. Şimdi bunlara değinelim:

Önceden ceza almış bir kimse (sabıkalı), ta'zir cezasını gerektiren bir suçtan dolayı mahkemeye sevk edilirse bu durumda hâkim, tek şahitle ya da kendi mâlûmâtıyla onun hakkında hafif ceza verebilir.³⁶³

Bir kimse cezayı gerektirecek bir suç işlerken suçüstü yapıldığında, suçüstü yapanlar tarafından da cezalandırılabilir. Eğer kanunlar çerçevesinde kalınmışsa ve suçüstü yapan kişi, suçüstü hal ispat edilebilirse cezalı duruma da düşmeyebilir. Örneğin, gece vakti bir evin kapısını açarak eve giren bir yabancı kimseyi evin sahibi öldürse, suçlu sayılmaz. Yalnız suç işlendikten sonra ceza verme konusunda mahkemeler yetkilidir.³⁶⁴

Kasâme, kim tarafından öldürüldüğü bilinmeyen fakat üzerinde öldürme eseri görülen bir maktulün bulunduğu yer halkından elli kişinin onu öldürmediklerine, öldüreni bilmediklerine dair yemin etmeleridir.³⁶⁵ Bu elli kişinin adı geçen kimseyi öldürmediklerine dair yemin etmeleri üzerine onun diyetini ödemeleri gerekir. Kasâmenin sebebi, canların korunması, maktulün kanının heder olmaması ve herkesin içinde yaşadığı ortama sahip çıkmasının teminidir.

Kasâme şöyle yapılmaktadır:

Örneğin, bir mahallede herhangi bir kimseye ait olmayan bir yerde öldürülmüş bir insanın cesedi bulunur. Bu ölünün velisi, mahalle halkına karşı bu ölümden onları sorumlu tutarak dava açar. Böylece hâkimden kasâme isteğinde bulunur. Hâkim bu durum karşısında mahalle sakinlerine bu durum hakkındaki görüşlerini sorar. Mahalleliler bu iddiayı reddederseler, ölünün velisi olan kişi mahallenin erkeklerinden elli kişiyi seçer. Bu kişileri hâkime arz eder. Hâkim kasâme için seçilen elli erkeğe yemin teklifinde bulunur. Mahallenin bu elli erkeği ölüyü kendilerinin öldürmediğine ve

³⁶³ Bilmen, *a.g.e.*, III, 323.

³⁶⁴ İbn Âbidîn, *a.g.e.*, III, 181; Muhammed b. Hüseyin, *a.g.e.*, I, 144.

³⁶⁵ Erdoğan, *a.g.e.*, s. 293; Ali Bardakoğlu, "Kasâme" md., *DİA*, XXIV, İstanbul, 2001, 528.

katilini de bilmediklerine yemin ederler. Eğer hepsi böyle yemin ederlerse, mahallenin tüm halkına ölünün diyeti bölüştürülerek bu diyetin ödenmesi sağlanır. Bu elli kişi içerisinde yeminden sakınanlar olursa hâkim, eğer ölen kişinin velisi kısas gerektiren bir iddiada bulunmuşsa bu kişiler yemin edinceye kadar ya da öldürdüklerini itiraf edinceye kadar bu yeminden sakınan kişileri hapse atar. Ancak ölen kişinin velisi diyet cezası verilmesini gerektirmeyen bir iddiada bulunmuşsa o zaman, yemin etmekten kaçınan kim ise, bütün diyet ona ödettirilir.

Katilin kim olduğunu yemin eden kişilerden biri bilirse, yeminde "onu ben öldürmedim, falancadan başka onu öldüreni de bilmem" diye yemin eder.

Kasâme suretiyle yemin edecek kişilerin sayısı mahalledeki nüfustan dolayı elliye ulaşmıyorsa, o takdirde kendilerine elliye kadar yemin yöneltilir.³⁶⁶ Örneğin kırk sekiz kişiye içlerinden seçilecek iki kişiye artı olarak birer yemin ettirilebilir.

Bir kimse hata ile bir kişiyi öldürürse, öldürenin yakın erkek akrabaları, ölenin varislerine ortaklaşa diyet öderler. Burada suç işlenmesine mani olmak için, suç ve cezaların şahsîliği kuralına bir istisna getirilmiştir. Doğacak zararın kendisine dokunmaması için herkes yakınlarını ya da iş arkadaşlarını ikaz etmek ve suç işlemelerine mani olmak üzere bir çaba içine girerler. Ve böylece bazı suçların işlenmesinin önüne geçilmeye gayret edilir.³⁶⁷

Eğer bir İslâm ülkesinde kamu hakları³⁶⁸ ihlal ediliyorsa ve suç işleniyorsa bunu gören herkes harekete geçebilir ve hukuku ihlal etmeksizin gücü yetiyorsa suçluyu hâkim önüne çıkarır ya da en uygunu emniyet mensuplarına bu bilgiyi ulaştırır. Eğer kamu hukukuyla ilgili bir dava açılmışsa bunu takip edebilir.³⁶⁹

Bunların hepsi, düzeni muhafazaya yönelik ve toplumda otokontrol mekanizmasının oluşturulup yürütülmesini amaçlayan prensiplerdir. Bu yolla herkes, kendisini toplumun hakkının savunucusu ve koruyucusu addedecek ve hiçbir kimse, nemelazım demeyerek hadiseleri görmezden gelmeyecek ve takibini bırakmayacaktır.

³⁶⁶ Bilmen, *a.g.e.*, III, 156.

³⁶⁷ Molla Hüsrev, *a.g.e.*, II, 156; Bilmen, *a.g.e.*, III, 53.

³⁶⁸ Kamu hakkı: İslâm hukuku literatüründe kamu menfaatinin yerine Allah hakkı (Hukukullah) tabiri de kullanılmaktadır.

³⁶⁹ İbn Âbidîn, *a.g.e.*, IV, 601; Molla Hüsrev, *a.g.e.*, II, 85; Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 692.

Aksi bir durumda zarar hem kendisine hem de etrafındaki sevdiğilerine doğrudan ya da dolaylı olarak muhakkak dokunacaktır.³⁷⁰

1.4.3. Hakikatin Tespiti

İslâm'a göre insanın onuru ve şerefi çok değerlidir. Açık, kesin, müşahhas, akl-ı selim tarafından kabul edilebilir deliller olmaksızın vicdani kanaatle hiçbir insanın aleyhine hüküm verilemez. İslâm ceza muhâkemesinde hâkimlerin takdir hakkı son derece sınırlıdır. Çünkü vicdanî kanaat, herkes tarafından kabul edilebilir şekilde açık, doğru ve âdil olmayabilir. Hâkimlerin de insan olma cihetleriyle yanlış, taraflı ve keyfî karar vermeleri olağandır. Bundan dolayı kesin ve müşahhas deliller ile hâkimlerin yanlış karar vermelerinin önüne geçilmesi gerekmektedir. İslâm fihkî, tarihin şehâdetiyle, diğer konular gibi en ince teferruatına kadar bu konuyu da düzenlemiş ve devlet, hâkimlerin yetişmesi için her türlü gayreti ve imkânı seferber etmiştir.

İslâm muhâkeme hukuku tamamen eşitlik, tarafsızlık ve adalet üzerine kurulmuştur. Ayrıca muhâkeme hukukunun aşamalarının dileyen herkese açık olması teminat altına alınmıştır. Böylece davayı dileyen herkes takip ederek muhâkemenin adalet dağıtıp dağıtmadığını bizzat kendi kulakları ve gözleriyle takip edebilir.

Hz. Peygamber (sav), "*Ben de bir insanım. Bana bir davacı davasını getirir. Belki biriniz, diğerinden daha güzel konuşur ve delilini daha iyi ortaya koyabilir ve savunmasını daha iyi yapabilir. Ben de onun doğru olduğunu zanneder ve lehine karar verebilirim. Şurası bir hakikattir ki ben bir Müslüman'ın bir hakkını bu şekilde diğerine vermek üzere hükmedersem, bu hak onun için cehennem ateşinden bir parçadır. İster onu alsın, isterse bıraksın*"³⁷¹ buyurmuşlardır. Bu hadisi şerifte gösteriyor ki, mahkemede hâkimler adalet üzere hüküm vermek için çabalamalarına rağmen, bu hâkimlerin insan olmaları hasebiyle bazen bazı deliller ya da davada hakikati tespit ettirebilecek şeyler dikkatten kaçabilir. Hâkim de böylece delillere dayanarak zahiren adaleti sağlamış olur. Ancak davanın taraflarından haksız olan taraf, bu zahiri adaletin kendisine verdiği hakkın esasen karşı tarafa ait olduğunu bilmektedir. Böyle bir durumda ise tercih kendisine kalmıştır. Dilerse hakkı iade ederek zulümden sakınır,

³⁷⁰ Bayındır, *a.g.e.*, s. 128.

³⁷¹ Buhârî, "Mezâlim", 16; "Müslim", "Akdiye", 5.

dilerse zahiren verilen âdil hükümle zulmü kabul eder. Sonucundan mutlak adaletin olduğu ahiret yurdunda sorumlu tutulur.

1.4.4. Verilecek Ceza İle Muhâkeme Arasındaki Münasebet

Allah ve Resulünün en âdil bir şekilde belirledikleri suç ile ceza arasında çok sıkı bir oran ve ölçü vardır. Ayrıca ceza verilirken takip edilecek muhâkeme kurallarıyla suç arasında da bir ölçülü sistem mevcuttur. Nitekim ağır cezalarla hafif cezalarda bir olmaz. Örneğin, suçluya verilecek olan el kesme cezası ile ta'zir bağlamında verilecek olan birkaç sopa ya da tokat aynı değildir. Hapis cezası ile recm cezası ağırlık ve mahiyet itibarıyla birbirinden tamamen farklıdır. İslâm fikhının belirlediği had³⁷² ve kısas cezaları çok ağır cezalardır. Suçlu zannedilerek insanlara bu ağır cezalar uygulandıktan sonra muhâkeme sırasında yanlış yapıldığı tespit edilirse eski hali getirmek mümkün olmaz.

İslâm hukukunda şüpheyile yakînin zail olmaması prensibinin Avrupa'da muhâkemede bir prensip olarak kabul görmemesi, yargı tarihlerinde pek çok yanlış ve eski haline döndürülmesi mümkün olmayan sonuçlar doğurmuştur. Bundan dolayı muhâkeme esnasında hâkimin çok dikkatli hareket etmesi, savunma için davanın taraflarını her türlü imkânı sağlaması, ceza vermeden önce yardımcılılarıyla ya da gerekli görüldüğü takdirde İslâm hukukunu çok iyi bilen diğer hukukçularla istişare etmesi ve delilleri inceden inceye güzel bir şekilde değerlendirmesi gerekmektedir. Bundan dolayı, zina cezası verebilmek için dört âdil erkeğin zina olayını bizzat gözleriyle gördüklerine dair hepsi ayrı ayrı ve aynı celsede yemin etmeleri gerekir. Davada şüpheli bir durum varsa hâkimin bunu derhal dikkate alıp ona göre hüküm vermesi icap eder.

Âdil olduğu kadar merhametli de olan İslâm hukuku, hâkimin sanığa karşı bir baba şefkati ile yaklaşmasını emretmiştir. Nitekim Allah Resulü, "*Gücünüz ve imkânınız varsa şüphelerle had cezalarını düşürünüz. Zira hâkimin yanılarak affetmesi, yanılarak ceza vermesinden hayırlıdır*"³⁷³ buyurmuştur.

Doğru bir şekilde ceza verebilmek için had ve kısas cezalarında hanımların şahitliği kabul edilmemiştir. Zira belki onlar yaratılışlarından gelen bir duygusallık aşırı merhamet ve benzeri kadına has özelliklerle yanılabilirler. Bunun haricindeki

³⁷² Had hakkında geniş bilgi için bkz. Bardakoğlu, 'Had' md., XIV, ss. 547-551.

³⁷³ Tirmîzî, "Hudûd", 2.

cezalandırmalar, medeni muhâkemedede olduğu gibi iki erkek ya da iki kadın bir erkeğin şahitliğine dayanılarak yapılabilir. Aynı şekilde bir kısım hafif cezalarda güvenilir bir şahidin şahitliğine ya da hâkimin tecrübesine istinaden ceza verilebilir. Ancak suçların ağır ya da hafifliğine bakmaksızın, her zaman kanuna bağlı kalarak davaları karara bağlamak en önemli dini farizalardan biridir.³⁷⁴

1.4.5. Muhâkemedede Zaman ve Maliyet

Günümüzde pek çok basit davalarda bile yargılama süresi makul zamanı aşmaktadır.³⁷⁵ Böylece zamanında gelmeyen adalet insanlara tam anlamıyla adalet dağıtamamaktadır.

Osmanlı döneminde yargılama esnasında, gerçeğin ortaya çıkarılmasına vesile olan araştırmalara azamî önem verilmekle birlikte, yargılamanın bir an önce nihayete erdirilmesi bu muhâkeme sisteminin ayırıcı ve çok önemli bir özelliğidir. Osmanlı bu özelliğini İslâm muhâkeme hukukundan elde etmiştir. Muhâkeme sade ve basit yöntemlerle yapılır. Muhâkemenin süresini uzatan ve hükmü geciktiren şeyler tamamen ortadan kaldırılmıştır. Bundan dolayı da muhâkemenin sonucuna süratle varılmaktadır.³⁷⁶

Davayı uzatacak ve yoracak bütün fazlalıkların ayıklanması elbette davanın devlete ve fertlere maliyetini düşürecektir. Hem zaman açısından uzun olmayan, hem maliyet açısından pahalı olmayan ve uygulamalar açısından pratik bir muhâkeme sistemi toplumu ve adliye teşkilatını rahatlatacaktır.

1.5. İslâm Ceza Muhâkemesi Düzeni

İslâm hukukunun bütünü gibi, ceza muhâkemesi hukuku da kendine özgü bir hukuktur. İslâm ceza muhâkemesi hukuku Dünya'da diğer hukuk sistemlerinin hiçbirisine benzememektedir.

Batı kaynaklı hukuklarda üç türlü muhâkeme sistemi bulunmaktadır. Bunlar sırasıyla itham, tahkik ve işbirliği sistemidir.³⁷⁷

³⁷⁴ Molla Hüsrev, *a.g.e.*, II, 81; Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 396-400; Bilmen, *a.g.e.*, III, 323.

³⁷⁵ Bkz. <http://www.kgm.adalet.gov.tr/DUYURULAR/YARGILAMA%20S%C3%9CRELER%C4%B0N%C4%B0N%20UZUNLU%C4%9EU.pdf>

³⁷⁶ Bayındır, *a.g.e.*, s. 129.

³⁷⁷ Kunter, *a.g.e.*, s. 44 vd.

İslâm muhâkeme hukukuna göre halka açık olan mahkemede dava, hâkim, savcı, davacı, davalı ve bunların varsa vekilleri arasında açık, sözlü olarak ve her türlü savunmaya yer verilerek yapılır. Yalnız bu sayılan şahıslardan her birinin görevleri ayrı ayrıdır. Bunlardan hiçbiri bir diğerrinin görevini ifa edemez. Şahıs haklarıyla (hukuk-u ibâd) alakalı olarak herhangi bir dava açılmadan hâkim işe el koyamaz. Genellikle İslâmî muhâkeme savcılık müessesesi yoktur. Hakaret, küfretme, yaralama ve öldürme gibi şahsî suçlarda hâkimin davaya bakabilmesi için mağdurun dava açması gerekmektedir. Hırsızlık ve zina iftirası gibi kamuyu ilgilendiren suçlarda da davaya bakılması için şahsî dava açılması gerekmektedir. Topluma karşı işlenmiş suçlarda dava re'sen açılmış kabul edilir. Bütün Müslümanlar bu suçları mahkemeye bildirmek ve ihbar etmekle mükelleftir.³⁷⁸

Had ve kısas cezalarını gerektiren suçlarda şahitler, şahitlikte bulunduktan sonra tezkiye edilinceye kadar, zanlı tutuklanabilir. Bu bir emniyet tedbiri olarak uygulanmaktadır.³⁷⁹ Adı geçen suçlardan başka suçlar için emniyet tedbiri olarak tutuklama, ancak sabıkalı olan ve kaçmasından ya da suç delillerini yok etmesinden korkulan kimseler hakkında uygulanır. Yalnız kefilin varlığı halinde her tutuklu serbest bırakılabilir.³⁸⁰ Tutuklama arızî bir tedbirdir. Eğer bir dava iki şahit ile ispat edilemiyorsa hâkim, mevcut delillerle zanlıyı suçlu olarak değerlendirirse ona hafif cezalar verebilir.³⁸¹

1.5.1. İslâm Ceza Muhâkemesinde Dava Açma ve Yürütme Hakkı

Suç konusu olay öldürme, adam yaralama, küfretme ve hakaret gibi kişisel davayı açmayı gerektiriyorsa o zaman iddia hakkı ve suçla ilgili uyuşmazlık mevzuu hak ayrı ayrı şeyler sayılmazlar. İddia hakkı ile suç konusu olan hakla alakası dava türüne göre değişir. Kamu davası açılması icap eden konularda iddia hakkı ile dava konusu olan suç mutlak olarak birbirinden ayrı sayılmıştır. Bunlardan ikincisinde dava re'sen var kabul edilmiştir. Mahkemede davayı takip etme konusunda tüm Müslümanlar görevli ve mükellef sayılmışlardır.³⁸²

³⁷⁸ Mecelle, md., 31, 1616, 1829, 1830, 1832; İbn Âbidîn, *a.g.e.*, IV, 601; Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 770-775; Bilmen, *a.g.e.*, III, 18.

³⁷⁹ İbn Âbidîn, *a.g.e.*, III, 177.

³⁸⁰ Mecelle, md., 612, 642, 663, vd.

³⁸¹ Bilmen, *a.g.e.*, III, 323.

³⁸² Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 46 vd.; Molla Hüsrev, *a.g.e.*, II, 85; Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 692.

1879 tarihinde usûl-i muhâkemât-ı cezâiyye kanunu çıkarılarak Osmanlı Devleti'nde ilk olarak savcılık müessesesi kurulmuştur.³⁸³ Bu tarihten itibaren artık kamu davası açma ve takip etme görevi savcılara verilmiştir.

Batı kaynaklı hukuklar incelendiğinde görülecektir ki, iddiaya konu olan hak ile iddia hakkı ayrı ayrı değerlendirilmektedir. Bu kabule göre iddia, kişisel menfaate değil, muhâkeme işlemi gibi kamu faydasına istinat etmektedir. Bunun sebebi muhâkemenin de iddianın da amacı, hukuki düzenin kurulması ve yürütülmesidir. Muhâkeme görevini yerine getirmek için nasıl hâkimler görevlendiriliyorsa kamu adına da dava açıp takip etmek için savcılar görevlendirilmektedir. Dava açma hakkının bazen mağdur tarafa bırakılması, dava konusundaki kamu hakkının kişisel hak sahibi tarafından daha iyi muhafaza edileceği düşüncesinden dolayıdır.³⁸⁴

1.5.2. İslâm Ceza Muhâkemesinin Yürütülebilmesi İçin Aranılan Şartlar

Mahkemede muhâkemenin yürütülebilmesi için bir takım şartlar bulunmaktadır. Bu şartlar yerine getirilmeksizin muhâkemenin yürütülebilmesinden bahsedilemez. Şimdi İslâm ceza muhâkemesinin yürütülebilmesi için gereken şartlara yer verilecektir.

Ceza davalarında mağdur olan kişinin mahkemeye başvurarak dava açması gerekmektedir. Bu davalar diyet, kısas, hırsızlık, zina iftirası, hakaret, küfretme, adam dövme ve tazminatı mucip ta'zir grubu ve benzerleridir. Bu ceza davalarına dikkat edildiğinde hukuk-u ibad (kişisel) davalarıdır. Kamu davalarına taalluk eden had davalarıyla beraber birtakım ta'zir suçlarına bakmak için dava açılmış olması şartı aranmaz. Kamu hakkına taalluk eden konularda zaten dava kendiliğinden var kabul edilmektedir.³⁸⁵

Bir diğer şart, davanın zamanı içerisinde açılmış olmasıdır. Mağdurlar eğer kişisel bir dava açacaklarsa bu davalar için zamanaşımı söz konusu değildir. Mağdur, davasını istediği bir zaman diliminde açabilir. Fakat devlet, zamanaşımı ile ilgili bir süre belirlemişse işte bu durumda bu süreye dikkat etmek gerekmektedir. Sadece kamu aleyhine irtikâp edilmiş olan suçlarda davanın görülmesi için mazeretsiz olarak üzerinden uzun bir zamanın geçmemesi lazımdır. Daha önce de kaydettiğimiz gibi bu

³⁸³ Kunter, *a.g.e.*, s. 391.

³⁸⁴ *a.e.*, s. 125-137.

³⁸⁵ Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 692; Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 127; Bayındır, *a.g.e.*, s. 133.

tür suçlarda dava açmak tüm Müslümanların üzerinde bir yükümlülüktür. Bu gibi suçlar had cezasını gerektiren suçlarla, herhangi bir haramın işlenmesiyle alakalı eylemlerdir.³⁸⁶

Günah-ı kebâirden birinin işlendiğine şahit olan Müslümanların mahkemeye başvurması gerekmektedir. Böyle bir durumda mahkemeye başvuru süresi en az beş gün olarak tayin edilmiştir. Dikkat edilmesi gereken bir husus, böyle bir durumla karşılaşan Müslümanların bu süreyi geçirmemeleridir. Eğer mazeret bulunmaksızın bu süre geçirilmiş ise, o takdirde hâkime başvuruda bulunamazlar. Aynı zamanda bahsi geçen davada şahitlik de yapamazlar. Örneğin, evli olmayan bir erkek ve kadının nikâhlı gibi yaşadıklarına şahit olanlar beş gün içerisinde mahkemeye bu durum hakkında başvuruda bulunmadıklarında, daha sonra bu durum hakkında mahkemeye şikâyetle bulunamadıkları gibi bu durum hakkında şahitlik de yapamazlar. Çünkü vaktinde mahkemeye başvurmamak ya da şahitlikte bulunmamak bir günahın işlenmesine göz yummak manasını taşır. Büyük günahların işlenmesine göz yuman ve bunun işlenmesine de karşı çıkmayanların şahitlikleri de dinlenmez.³⁸⁷

Kamu hakkını ilgilendiren suçlara şahit olan Müslümanlar, bu suçları hâkime bildirmekle bildirmemek arasında muhayyerdirler. Eğer suçu hâkime bildirmek istiyorlarsa hemen mahkemeye müracaat etmeleri gerekmektedir. Bir şahıs suçu haber vermeyerek gizledikten sonra hâkime haber verirse, bu haliyle o karşısındaki şahsa bir kininin ya da düşmanlığının olduğuna işaret sayılabilir. Aynı zamanda haber vermediği süre içerisinde suçu işleyen kişiyi "ya bana şu kadar para vereceksin ya da işlediğin suçu mahkemeye götürürüm" gibi şeylerle tehdit edebilir. Bu ve benzeri töhmetlere sebep olabilir. Bu haliyle suça şahit olan kişi, şüpheli ya da müttehem durumuna düşmüş olacağından adı geçen suçla alakalı olarak şahitliği ve ihbarı geçerli sayılmaz.³⁸⁸

Öte yandan bu gecikmede kayda değer bir mazeret söz konusu ise, o takdirde mahkemeye gelen bu gecikmeli başvuru kabul edilir ve davaya bakılır. Örneğin, bir köyde suç işlenmiştir ve şehir merkezinde bulunan mahkemeye gidecek yollar kar sebebiyle bir hafta boyunca kapanmıştır. Yollar açılınca kişi bu davayı mahkemeye

³⁸⁶ Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 692.

³⁸⁷ Molla Hüsrev, *a.g.e.*, II, 85.

³⁸⁸ Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 46; Molla Hüsrev, *a.g.e.*, II, 85.

götürürse, mahkeme bu mazereti gecikme için geçerli bir mazeret kabul ederek davaya bakar.

Gecikme süresi konusunda İmam-ı Azam belli bir zaman tayin etmemiştir. Bunu hâkimin takdirine bırakmıştır. Gecikme bir mazeret sebebiyle vuku bulduğu ve mazeretin de farklı farklı değerlendirmelere tabi olduğu gerekçesiyle belirli bir süre belirlenmemiştir. İmam-ı Azam bu meselenin hâkimin takdirine bırakılmasını uygun görmüştür.

İmam Ebu Yusuf ve İmam Muhammed, suçun işlenmesinden itibaren ortaya çıkacak bir aylık gecikmenin, davaya engel olacağı görüşündedirler.³⁸⁹ Pratikte ise bir aylık gecikme esası uygulanmıştır.³⁹⁰

Hırsızlık suçunu işlemiş bir kimse zaman aşımından dolayı el kesme cezasına çarptırılmasa dahi mal sahibinden çalmış olduğu malı tazmin etmekle mükelleftir.

Bir kimse namuslu bir kimseye karşı zina iftirasında bulunsa, bunun mahkemede karara bağlanması ve iftira edene ceza verilebilmesi için iftira edilen mağdurun hadiseyi mahkemeye taşınması gerekmektedir. Bu davanın mürur-u zamanla düşmesi mümkün değildir.³⁹¹

Şâribu'l-hamrın (şarap içenin) bu suçunun davasına bakılabilmesi için içki kokusunun henüz ağzında devam ediyor olması şart koşulmuştur. İmam Muhammed bu konuda da bir aylık gecikmeyi esas almıştır.³⁹² Davanın mürur-u zamana uğramasıyla zanlı tamamen cezadan kurtulamamaktadır. Bu durumda hâkim, değerlendirmeleri sonucu gerekirse ta'zir cezası uygulayabilir.

Suçun üzerinden zaman aşımı oluşturacak kadar bir süre (en az beş gün, İmam Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'e göre bir ay) geçmesine rağmen kişinin suçunu itiraf etmesi durumunda mürur-u zamana bakılmaz.³⁹³

Muhâkemenin yürütülebilmesi için aranan şartlardan bir diğeri gâipliğin ortadan kalkmış olmasıdır. Yangın, harp, su baskını, deniz kazası vr benzeri afetlerin sonucunda

³⁸⁹ Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 47.

³⁹⁰ Akşit, *a.g.e.*, s. 51.

³⁹¹ Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 47; Molla Hüsrev, *a.g.e.*, II, 85.

³⁹² İbn Âbidîn, *a.g.e.*, II, 158-159.

³⁹³ Molla Hüsrev, *a.g.e.*, II, 85; Akşit, *a.g.e.*, s. 51.

ölüm tehlikesi bulunan haller içinde kayıp olan ya da nerede olduğu bilinmeyip kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan kimseye gâip denmektedir.³⁹⁴

Gaipliğin kalkması ceza muhâkemesi için şart olduğu gibi medeni muhâkeme için de şarttır. Davalı mahkemeye iştirak etmekten ya da nâib göndermekten kaçındığı, aynı zamanda zorla getirilmesi de imkân dâhilinde olmadığı durumlarda muhâkeme usûlü uygulanır. Bu konuya daha önce yer verilmiştir.³⁹⁵

Muhâkemenin yürütülebilmesi için aranan şartlardan bir diğeri dokunulmazlığın kaldırılmasıdır. Osmanlı Devleti'nde bir çeşit dokunulmazlık bulunmaktadır. Bazı kimseleri bazı mahkemeler işlemiş oldukları suçlardan dolayı muhâkeme edememektedirler. Suçları sabit olduğu halde onlar hakkında tutuklama kararı verememektedirler. Örneğin, IV. Mehmed'in Ceza Kanunnamesi'nin birinci faslında şunların kayıtlı olduğu nakledilmektedir: "Muhâkeme, eğitim-öğretim, valilik, komutanlık, şeyhülislâmlık, imamlık, irşat faaliyeti gibi vazifelerde görevli olanlara ta'zir gerekse onlar ta'zir edilmezler. Hâkim onlara bir kere sertçe söylese onlara bu ceza olarak yeter. Hâkim onları hapsedmek yerine saraya göndersin. Ancak ismi zikredilen bu meslek gruplarında çalışanlar suç işlemişlerse, kefil göstermemişlerse ve firar ihtimalleri de varsa o zaman hapsedilirler."³⁹⁶

Kamu hukuku alanına dâhil suçlarda halifenin dokunulmazlığının olduğu kabul edilmiştir. Fakat şahıslarla ilgili diyet, kısas davalarında devlet başkanının herhangi bir dokunulmazlığı söz konusu değildir.³⁹⁷

1.5.3. Suçluluğun Saptanması ve Müeyyidenin Tayini İşlemlerinin Birbirinden Ayrılması

Her hukuk sistemi adalet için ihdas edilmiştir. Amacı ve prensipleri adaletle hizmet etmek zorundadır. Bu nokta da İslâm ceza hukukunda eyleme dönüşen suç ile bu suçun cezası arasında adaletin ihdas edilmesi önemli bir prensiptir. İslâm ceza hukukunda amaç suçlunun sadece cezalandırılması değil, o suçun da eylem sahasına çıkmadan engellenmesidir. Bundan dolayı cezalarda caydırıcılık temeldir. İnsanlar

³⁹⁴ Erdoğan, *a.g.e.*, s. 152.

³⁹⁵ Bkz. s. 50-51.

³⁹⁶ Ahmed Lütfi, *Mir'ât-ı Adâlet*, İstanbul, 1306, s. 78-79.

³⁹⁷ İbn Âbidîn, *a.g.e.*, III, 158.

farklı farklı karakter ve yapılaraya sahip olmalarından dolayı uygulanacak cezalar da farklılık arz edebilecektir.

Had grubu ve kısas grubu cezaları gerektiren suç işlemiş şahısların toplumsal durumları ceza konusunda dikkate alınmamaktadır. Fakat ta'zir grubundan bir suç işlemiş şahısları bazı fıkıhçılar şu dört bölümde değerlendirirler:

1) Eşrafa uygulanacak ta'zir. Eşraf tabiri, aşiret reisleri, yerel idareciler ve komutanları kapsamaktadır. Bu ta'zir, hâkimin bir görevlisini o kişiye göndererek "*Senin şöyle şöyle yaptığın benim kulağıma geldi*" dedirterek uyarmasıdır.

2) Eşraf'ül-eşrafa tatbik edilecek olan ta'zir cezası. Bunlar, Hz. Peygamber'in (sav) soyundan olan kişiler ve fakihlerdir. Bu ta'zir cezasında kişi hâkimin huzuruna getirilir ve hâkim o kişiyle yüz yüze görüşerek uyarır.

3) Orta sınıfa uygulanacak ta'zir. Bunlar ise esnaflardır. Bu ta'zir cezasında bildiri, celp ve hapis olabilir.

4) Halka tatbik edilecek ta'zir. Bu sınıfta ise celp, dayak ve hapis olabilir.³⁹⁸

Bu konu Osmanlı ceza kanunlarında da görülmektedir.³⁹⁹

Ta'zir cezalarında aslolan işlenen suç karşılığında kişiyi zecr etmek/ azarlamaktır. İnsanların azarlanması bu dört vechile olmaktadır. Ayrıca ta'zir cezalarının miktarının sınırı had cezalarının miktarının altında olmak zorundadır. Çünkü Hz. Peygamber (sav) "*Had suçunun dışındaki bir konuda hadde ulaşan, haddi aşanlardır*" buyurmuştur. Bundan dolayı Ebu Hanife ve Muhammed ta'zir cezalarında üst sınırı otuz dokuz celde, Ebu Yusuf yetmiş beş, başka bir rivayete göre yetmiş dokuz celde olduğu yönünde görüş bildirmişlerdir.⁴⁰⁰

Hâkim ta'zir bağlamında ceza verirken hevasına göre hareket edemez. İki durumla mukayyettir.

³⁹⁸ Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 64; İbnü'l-Hümâm, *a.g.e.*, V, 345; Behnesî, *es-Siyâsetü'l-Cinâiyye*, s. 355.

³⁹⁹ Bkz. Ahmed Lütfî, *a.g.e.*, s. 170.

⁴⁰⁰ Serahsî, *a.g.e.*, XXIV, 35-36; Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 64.

1) Suç olma yönüyle takyit: Hâkim her fiili cezalandıramaz. Sadece suç olan bir fiili yapanı cezalandırabilir. Ve günümüzde suç oluşturan şeyler kanunlarla belirlenen suçlardır.⁴⁰¹

2) Ceza yönüyle takyit: Fukahâ ta'zir cezasının miktarını tartışmıştır. Ancak ta'zir miktarında bir ittifaka ulaşamamıştır. Ama uygulanacak cezalar konusunda ittifak etmişlerdir. Ayrıca Hâkim, Kur'an'da, Sünnet'te örneği bulunan ve halifelerin uygulamada birleştiği cezalar haricinde cezalar veremez.⁴⁰² Örneğin, bir kişi kızgın şişe millenerek cezalandırılmaz.

Birinci bölümde İslâm ceza muhakemesi hukuku sistemi ve temel kavramlarına yer verildi. Böylece tezin ikinci bölümünde yer verilen ispat vâsıtaları ve değişim konusunun, İslâm ceza muhakemesi hukuku sistematığı ve temel kavramları göz önünde bulundurularak değerlendirilmesine imkân verilmiş oldu.

⁴⁰¹ Behnesî, *es-Siyâsetü'l-Cinâiyye*, s. 355.

⁴⁰² *a.e.*, s. 356.

İKİNCİ BÖLÜM

İSPAT VÂSİTALARI VE DEĞİŞİM

İslâm hukukuna göre muhâkemenin her aşaması her şahsa açıktır. Soruşturmalar güvenilir insanların da bulunduğu oturumlarda yapılır. Hâkime sınırlı takdir hakkı tanınmıştır. Soruşturma ve delilleri değerlendirme meselesinde yeterli kurallarla muhâkeme ince noktasına kadar hukuk tarafından düzenlenmiştir. Genel kurallar konularak hâkimin bunları istediği gibi değerlendirmesine fazla imkân tanınmamıştır. İslâm muhâkeme hukukunda asıl olan hâkimin vicdani kanaati değil, objektif delillerdir. Yani hâkimi yönlendiren ve karar vermesini sağlayan kesin delillerdir. İslâm muhâkeme hukuku açık, kesin, net ve objektif deliller olmadıkça had, kısas ve bazı diyetlere tam cezanın yerine ta'zir cezalarının verilmesi ya da hiç ceza verilmemesi yönünde uygulamaların yapılmış olmasıdır.

Hâkimin ceza verecekken suçluyu affetmesi, affedecekken yanlışlıkla ceza vermesinden evladır. Ceza vermek kesin delile ve kesin reye dayanmalıdır. Şüphe ile hiçbir had cezası verilemez. Şüphe halinde hâkim had cezasını uygulamaz ve cezayı düşürür. Mecelle'ye göre senedin bile kesin delil olabilmesi için her türlü şüphe ve şâibeden uzak ve usûlüne uygun olarak düzenlenmiş olması lazımdır.⁴⁰³

Değişim Dünya gerçeklerindedir. Zamanın değişmesiyle şartlar değişebilmektedir. Şartlar değişince de hükümlere etkisi olabilmektedir. Bundan dolayı Mecelle'de değişim fikri "ezmânın tağayyürü ile ahkâmın tağayyürü inkâr edilemez"⁴⁰⁴ şeklinde ifade edilmektedir.

İslâm hukukunda hükümlerin değişebilmesi, nassın olmadığı konularda maslahat ilkesine dayanmaktadır. Bu konu, hak olanı tahakkuk ettirebilmeyi ve faydalı olanı elde edip zararlı olanı izale etmeyi ilke edinen İslâm hukukunda, Şâri'in gayesine ulaştıracak

⁴⁰³ Mecelle, md., 1736.

⁴⁰⁴ Mecelle, md., 39.

vesilelerin değişmesi olarak düşünülebilmektedir. İslâm hukuku bu vesileleri tek tek belirlememiştir. Böylece zaman içerisinde uygun olanın tercih edilmesine olanak tanımıştır.⁴⁰⁵ Bu bölümde bu açıdan ispat vâsıtalarına yer verilecektir.

1. İspat Vâsıtaları ve Değişim

İspat sözlükte "*delil getirmek, gerçekleştirmek, kaydetmek, sağlam yapmak*"⁴⁰⁶ gibi anlamlara gelmektedir. İstilah olarak "*başka bir şeyin varlığından hareketle elde edilen hüküm*"⁴⁰⁷ anlamına gelmektedir.

Bu istilah anlamı, kelam ve mantık gibi diğer ilim dalları da dikkate alınarak verildiğinden dolayı hukuktaki terim anlamından daha kapsamlı bir tariftir. Tarifte özellikle ispatın mahiyetine yer verilmektedir. Bu tanıma göre ispat dolaylı bir faaliyettir. Bu durum ceza muhâkemesi açısından şöyle değerlendirilebilir: Maddî olaylar bir vâsıtayla belli bir zaman periyodu içerisinde meydana gelir. Olay vukûu bulduktan sonra zaman geri döndürülemez. Bu durumda ispat doğrudan doğruya ihtilaf mevzuu olayı değil de o olaya işaret eden başka olayların ispatı olacaktır. Bu da hâkimi zihnî bir işlem sonrasında ispatı gerekli olan olaya götürecektir. Bu durum ilmi bir ispat olmayıp, hukuken kabul görmüş ölçülere göre yapılmış bir ispattır. Bu sebeple ceza muhâkemesindeki bu ispat iddiası hiçbir zaman laboratuvarlarda tecrübe ile elde edilen ilmi ispatın kesinliğini vermez.⁴⁰⁸

Terhûnî, ceza muhâkemesi açısından ispatı şöyle tanımlamıştır: "*İspat, belli bir şahsa nispet edilen suç irtikâbının ispatı için ispat yükünü taşıyan tarafça (itham makamı) mahkeme önünde delil ikamesidir.*" "*Delil ikamesi*" ifadesiyle, ceza vermede hâkime kanaat verebilecek her türlü delil kastedilmiştir. Bir şartla ki bu delil meşru olacak ve mahkeme meclisinde ortaya konacaktır. İspat yükünü taşıyan tarafla kastedilen, bu delili ikame ile görevli olan itham makamıdır. Bu makam savcı veya sanığın, kanunda belirtilen suçu işlediğini iddia eden kişi de olabilir.⁴⁰⁹

⁴⁰⁵ Bkz. Zerkâ, *a.g.e.*, II, 941 vd.

⁴⁰⁶ İbn Manzûr, *a.g.e.*, II, 19-20; Karlı, *a.g.e.*, s. 319; *el-Mevsûatü'l-Fıkhıyye*, I, 232; Ali Bardakoğlu, "İsbat" md., *DİA*, XXII, İstanbul, 2000, 492.

⁴⁰⁷ Cürcânî, *a.g.e.*, s. 13.

⁴⁰⁸ M. Salih Yavuzer, *İslâm Yargılama Usûlünde Deliller ve Takdiri*, (Basılmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1985), s. 8-9.

⁴⁰⁹ Terhûnî, *a.g.e.*, s. 30-31

Kur'an-ı Kerim'deki bazı ayetlerden anlaşılmaktadır ki ispat yükü davacıya (iddia sahibine) yüklenmiştir. Bu ayetlerden bazıları mealen şöyledir: "...*Alışveriş yaptığınızda şahit tutun. Ta ki yazana da şahitlik edene de zarar verilmesin...*"⁴¹⁰; "...*mallarını kendilerine teslim edin... Mallarını kendilerine teslim ettiğiniz zaman da karşılarında şahit bulundurun...*"⁴¹¹; "*Ey iman edenler! Herhangi birinize ölüm hali geldiği o vasiyet zamanı şahitlik; ya kendinizden âdil iki erkek ya da yolculuk halindeyseniz sizin gayrinizden iki kişidir...*"⁴¹²; "*Müddetlerini doldurmaya yaklaştıklarında onları güzellikle tutun yahut güzellikle ayırın ve sizden âdil iki erkeği şahit tutun...*"⁴¹³ âyetinde şahit tutulması tavsiye edilmektedir.

Beyyine külfetine esas olması açısından bu ayetlerden çıkarılacak sonuç şöyledir: Yüce Allah borç konularında ve medeni ilişkilerimizde bizden ispat araçlarını önceden hazırlamamızı istemektedir. İspat araçlarının taraflardan istenmiş olması, ileride bir anlaşmazlık durumunda, davacının davasında ispat yükü altında olduğunun en açık delilidir. Aksi takdirde bu ilahi talebin bir anlamı kalmazdı. İkinci bir husus önceden yazı ya da şahitle tespiti istenen ilişkilerin hepsi ya borçlar hukuku ya da aile hukukuna taalluk eden davalarla ilgilidir. Buradan hareketle Kur'an'ın şahsî davalarda beyyine külfetini öngördüğü söylenebilir.⁴¹⁴

Kur'an'da had cezalarına gelince, zina isnadında bulunan bir kimsenin bu iddiasını dört erkek şahitle ispat etmesi gerekmektedir.⁴¹⁵ Burada da bir ispat mükellefiyeti mevzubahistir. İspat mükellefiyeti denilmesinin sebebi, zina isnadında bulunan kimsenin bu iddiasını dört şahitle ispatlama mecburiyetidir. Diğer taraftan şahsî davalarda ispat mecburiyeti olmamakla birlikte zina isnadında ispat bir mecburiyettir. Aksi takdirde kazf cezasına müstahak olunur.

Bir erkeğin karısına zina isnadında bulunması durumunda ise liân söz konusu olmaktadır. Buradaki yeminleşmede dört defa Allah'ı şahit tutmak ve beşinci seferde yalancı için lanet dilemek şeklinde mahkeme önünde gerçekleştirilen bir işlemdir.⁴¹⁶ Bu

⁴¹⁰ Bakara, 2/282.

⁴¹¹ en-Nisâ, 4/6.

⁴¹² el-Mâide, 5/106.

⁴¹³ et-Talâk, 65/2.

⁴¹⁴ Beroje, a.g.e., s. 53-54.

⁴¹⁵ en-Nûr, 24/4; en-Nisâ 4/15.

⁴¹⁶ en-Nûr, 24/6-9.

durumda eşlere ispat mükellefiyeti olarak yemin ve lanetleşme yüklenmiştir. Liândan kaçınılması durumunda bir ceza söz konusu olmaktadır.

Diğer had, cinayet ve hırâbe suçlarının ne şekilde ve kim tarafından ispat edilmesi gerektiği konusunda Kur'an'da sarîh bir hüküm bulunmamaktadır. Şahsî hukukta beyyine külfeti, zina konusunda ise sıkı bir beyyine mükellefiyeti getiren Kur'an'ın diğer suçların ispatı konusunda da sarîh bir hüküm koymaması, Kur'an'ın ceza muhâkemesi hukukunda ispata yarayacak ya da kolaylık sağlayacak tüm delil ve yöntemlere açık olduğu ve buna imkân verdiği şekilde anlamak mümkündür.⁴¹⁷

Konuyla ilgili delil getirilen hadis şöyledir: "*Beyyine davacı, yemin ise inkâr eden üzerinedir*"⁴¹⁸ İspat yükü konusunda muhâkeme hukukunun temele yerleştiği hadis budur. Bu hadisi mana ve uygulama açısından destekleyen başka sahih hadislerde bulunmaktadır.⁴¹⁹

Bu hadiste ispat yükü iddia sahibine yüklenmiştir. Yani, bir kimse herhangi bir iddiada bulunduğunda mahkemeye ya beyyine getirecek ya da davalının yeminine rıza gösterecektir.

Genel olarak şöyle bir değerlendirme yapılabilir: İslâm ceza muhâkemesinde cinayet ve müessir fiiller bu suçların zararına muhatap olan fertleri ilgilendirmektedir. Bundan dolayı bu suçların kovuşturulabilmesi için şahsî davanın açılması gerekmektedir. Çünkü bu türdeki suçlardan zarar gören mağdur ya da mağdurun velileridir. Bundan dolayı suçtan zarar görenler kısas talep edebildikleri gibi suçluyu affedebilir ya da kısas cezasını diyete çevirebilirler. Yani şahsî davalarda davacının şahsî bir hakkı söz konusudur. Dolayısıyla bu nevi davaları takip etmenin bir kamu görevi olmadığından hareket ederek, ispat yükünü de şahsî olarak iddia sahibinin yüklenmesi gerekmektedir.⁴²⁰

O günlerde toplum hayatı sadedir. Adlî tıp, kriminalistik, sorgu taktik ve teknikleri gibi suç ispat araçları gelişmediği için devlet suçluları tespit ve suçları ispatta fazla bir imkâna sahip değildir. Böyle bir ortamda en kuvvetli ispat araçları şahitlik,

⁴¹⁷ Beroje, *a.g.e.*, s. 56.

⁴¹⁸ Beyhaki, "Dava ve Beyyinât", 1.

⁴¹⁹ Buhârî, "Ahkâm", 19; "Husûmât", 4; Müslim, "Eymân", 220, 223, 224; Ebû Dâvûd, "Akdiye", 23; İbn Mâce, "Ahkâm", 7.

⁴²⁰ Beroje, *a.g.e.*, s. 66.

ikrar, yemin ve kesin karînedan ibarettir. Beyyine getirmenin davacının görevi olduğu şeklindeki anlayışa, istenen delillerin ikamesinin davacı açısından aşırı bir külfet getirmemiş olması, cinayet davalarında da beyyine külfetinin davacıya düştüğü şeklindeki anlayışın yerleşmesine zemin hazırlamıştır. Devletin suç ispatında günümüzde olduğu gibi büyük imkân ve teknolojiye sahip olmaması, devletin suç kovuşturmasındaki önemini azaltmıştır.⁴²¹

Ceza muhâkemesinde ispat vâsıtaları konusunda ikrar, şâhitlik, yemin, yeminden nükûl, hâkimin şahsî bilgisi, karîne konularına yer verilecektir. Her müstakil başlıkta önce İslâm ceza muhâkemesi ardından günümüz ceza muhâkemesi açısından konuya yer verilecek ve sonunda iki hukuk sistemi arasında değişim açısından mukayese yapılacaktır.

1.1.Şâhitlik

Şâhit, "*hazır olmak, tanık olmak, görmek, kesin haber, bilgi*" gibi anlamlara gelen şehâdet kelimesinin ism-i fâilidir.⁴²²

Hukuk ve ceza davalarında hüküm dayanaklarından biri kabul edilen şehâdet Mecelle'de "*bir kimsenin başka bir kimsede bulunan hakkını ispat etmek için hâkimin huzurunda ve tarafların yüzüne şehâdet lafızlarıyla yani şâhitlik ederim lafzıyla haber vermesidir*" şeklinde tarif edilmiştir. Ve ayrıca onunla alakalı ıstılahlar "*işte bu haber verene şâhit ve lehine şâhitlik edilene meşhûdun leh ve aleyhine şâhitlik edilene meşhûdun aleyh ve o hakka meşhûdun bih denir*" şeklinde tarif edilmiştir.⁴²³

"*Şâhitler, şâhitlik yapmak için çağırıldıklarında kaçmasınlar*"⁴²⁴ ayeti ve "*Şâhitliği gizlemeyin. Kim onu gizlerse muhakkak onun kalbi günah içindedir*"⁴²⁵ ayeti mucibince, davacının istemesi şartıyla, şâhitlikte bulunmak farzdır. Davacının istemesi şartının sebebi ise şâhitliğin onun hakkı olmasıdır. Bundan dolayı diğer haklar gibi o da hak sahibinin isteğine bağlıdır.⁴²⁶

⁴²¹ a.e., s. 66.

⁴²² İbn Manzûr, a.g.e., III, 239; Fîrûzâbâdî, a.g.e., III, 846; H. Yunus Apaydın, "Şahit" md., DİA, XXXVIII, İstanbul, 2010, 278.

⁴²³ Mecelle, md., 1683; Benzer tarifler için bkz. Serahsî, a.g.e., XVI, 11, 112; Molla Hüsrev, a.g.e., II, 456; Erdoğan, a.g.e., s. 522.

⁴²⁴ Bakara, 2/282.

⁴²⁵ Bakara, 2/283.

⁴²⁶ Merğînânî, a.g.e., III, 115.

Şehâdet delili İslâm hukukunda en önemli delillerden biridir. Kur'an-ı Kerim'in birçok yerinde şehâdete değinilmektedir.⁴²⁷ Yine Kur'an-ı Kerim'de bazı davaların şehâdetle ispat edilebileceği belirtilmiştir.⁴²⁸ Peygamber Efendimiz kendisine dava getirildiği zaman şahit istemiştir.⁴²⁹ Bu da şahitliğin ispat vâsıtaları içerisinde çok önemli bir yerinin olduğunu bizlere göstermektedir.

Şehâdet usûlüne uygun bir şekilde muhâkemedede gerçekleştirildiğinde, hâkim şahit hakkında güvenlik soruşturması yaptırır. Akabinde ise bu şehâdete uygun olarak davayı sonuçlandırması hâkime zorunlu olur.⁴³⁰

Muhâkemedede taraflardan birisi diğerinden bir hak talebinde bulunduğu ve kendisinden hak talep edilen de bu talebi reddettiğinde iddia sahibi iddiasını ispat etmek için ispat vâsıtalarından biri olan şahitliğe başvurması gerekmektedir. Şahit yoksa kendisinden hak talep edilene yemin teklifinde bulunabilir.⁴³¹

Davada bir ispat aracı olarak şehâdete başvurulması mantık kurallarına uygun değildir. Çünkü şehâdet doğru ve bir o kadar da yanlış olabilecek bir pozisyondadır. Her iki durumu da üzerinde taşıyan bir olgu bağlayıcı delil olamaz. Şahitlerde aranan sayı alt sınır olarak zina davasında dört, diğer davalarda iki erkektir. Bu sayıdaki kişinin ise verdiği habere haber-i vâhid denmektedir. Haber-i vâhid ise kesin bilgi ifade etmez. Hal böyleyken hâkimin verdiği karar kesin ve aynı zamanda bağlayıcıdır. Bu duruma göre yargının kesin bilgi ifade eden bir delile dayanması gerekmektedir. Çünkü şahitlik, yargıdan daha aşağıda bulunmasına rağmen kesin bilgi gerektiren bir sebebe, hadiseyi bizzat görmüş olmaya bağlıdır. Öyleyse yargının öncelikle kesin bilgiye dayalı olması gerekmektedir.⁴³²

Hal böyleyken, hâkimlerin kararlarında şahitliğe göre hareket etmelerini emreden naslar⁴³³ ve bu yönde oluşan icma⁴³⁴ sebebiyle bu mantık kuralı terkedilmiş ve şahitlik muhâkemedede delil olarak kullanılmıştır. Burada genel bir ihtiyaca cevap verme düşüncesi olabilir. Çünkü insanlar arasında çekişme ve anlaşmazlık çok vuku bulur.

⁴²⁷ Bakara, 2/282-283;el-Mâide, 5/8, 106; et-Talâk, 65/2.

⁴²⁸ en-Nûr 24/4; en-Nisâ 4/15.

⁴²⁹ Buhârî, "Musâkât", 6.

⁴³⁰ Molla Hüsrev, *a.g.e.*, II, 457.

⁴³¹ Kâsânî, *a.g.e.*, VI, 224.

⁴³² Bayındır, *a.g.e.*, s. 143.

⁴³³ Bakara, 2/282; et-Talâk, 65/2.

⁴³⁴ Molla Hüsrev, *a.g.e.*, II, 457.

Böylece her dava için mahkemeye kesin bilgi sunmakta imkân dâhilinde değildir.⁴³⁵ Ancak iki şâhit getirmek genel olarak mümkündür.

1.1.1. Şâhitliğin Şartları

Hâkim şâhidin ifadesiyle bir nevi bağlanmıştır. Yani şâhidin ifadelerini izlemek zorundadır. Bundan dolayı bir kişinin şâhitlik yapacağı muhâkeme ortamına şâhit olarak katılabilmesi için bir takım şartlar koşulmuştur. Bu şartların koşulma sebebi ise şâhitlikte sahtekârlığı, yalancı şâhitliği defetmektir. Bu sağlanamadığı takdirde hâkim yanlış yönlendirilmiş ve bir zulme sebep olunmuş olunacaktır.

Hâkim, şâhidin verdiği ifadenin doğruluğundan şüpheyeye düşürecek bir sebep görse, bu şâhitliği kabul etmeyerek başka şâhitlerin getirilmesini isteyebilir.⁴³⁶ Şâhitlikte aranan şartlar iki başlık altında incelenecektir. Birincisi tahammül-i şehâdet ikincisi ise eda-i şehâdetdir. Tahammül-i şehâdet, bir kimsenin, kendisinden hakkında şehâdet etmesi istenilecek hususu ihata etmesi anlamına gelmektedir.⁴³⁷ Bunlar şunlardır:

1) Akıllı olmak: Mecnunlar ve mümeyyiz olmayan çocuklar şâhit olamazlar. Bunun sebebi, bir akit gerçekleştirilirken ya da olay olurken bunları doğru bir şekilde anlayıp akılda koruyabilmektir.⁴³⁸ Böylece olayı doğru bir şekilde anlamış ve mahkemeye kadar da aklında tutabilmiş ve doğru anlatmış olur.

Mümeyyiz olmayan çocuk ve mecnun, akli yetmezken şâhit olduğu bir olaya akli ermeye başladıktan ya da deliliğinden iyileştikten sonra şâhitlik etse kabul edilmez. Böyle bir durumda olmasına rağmen bunu mahkemeden gizlerse yalancı şâhit olmuş olur.⁴³⁹

2) Görmek: Şâhidin kelime anlamlarından bir tanesi de olayı görendir. Şâhitlik yapacak kimsenin olay esnasında gözlerinin görmesi şarttır. Bu gerçekleşen olayda tarafları görmelidir. Sesler birbirine benzeyebileceğinden dolayı şâhidin olayı işitmesi yeterli görülmemiştir.⁴⁴⁰ Bir kişi, gözleri görmezken işitmiş olduğu bir olay hakkında

⁴³⁵ Serahsî, *a.g.e.*, XVI, 122; Bayındır, *a.g.e.*, 143-144.

⁴³⁶ Bkz. Mecelle, md., 1719.

⁴³⁷ Erdoğan, *a.g.e.*, s. 534.

⁴³⁸ Kâsânî, *a.g.e.*, VI, 266; Molla Hüsrev, *a.g.e.*, II, 456.

⁴³⁹ Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 378.

⁴⁴⁰ Kâsânî, *a.g.e.*, VI, 266; Mecelle, md., 1686; Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 403.

gözleri görmeye başladıktan sonra şâhitlik etse kabul edilmez. Böyle bir durumda olmasına rağmen bunu mahkemeden gizlerse yalancı şâhit olmuş olur.⁴⁴¹

3) Olaya şâhit olmak: Şâhitlik yapacak kişinin, şâhitlik yapacakları şeyi ya da delillerini bizzat kendisinin görerek müşahede etmesi şarttır. Başka bir kimsenin sözüne istinaden şâhitlik yapılamaz.⁴⁴² Örneğin, bir şahıs, iki kişi arasında gerçekleşen alış-verişi görmemesine rağmen, iki şahıs o iki kişinin arasında alış veriş yaptıklarını o kimseye şâhitlik yapmak suretiyle bildirirse, bu davaya kendisi görmüş gibi şâhitlik yapamaz. Böyle bir durumda şâhitlik yaparsa yalancı şâhit konumundadır. Eğer başkasından duyduğu için şâhitlik yaptığını ifade ederse şâhitliği kabul edilmez.⁴⁴³ Fakat zifaf, mehir, vali ya da hâkim olma, vakıf, ölüm, nikâh ve nesep davalarında olayı bizzat görme ve müşahede etme şartı yoktur. Bu durumlarda şâhit duyduklarıyla da şâhitlik yapılabilir.⁴⁴⁴

Şâhitlikte aranan şartların ikincisi edâ-i şehâdetdir. Edâ-i şehâdet, bir şahsın bilgisi dâhilinde olan bir şey hakkında mahkemede fiilen şâhitlikte bulunmasıdır.⁴⁴⁵ Şâhitler bildiklerini mahkemede, hâkimin huzurunda söylemeleri gerekmektedir. Mahkemenin dışında yapılan şâhitlikler geçersizdir.⁴⁴⁶ Örneğin, mahkeme dışında herhangi bir yerde bazı kimselerin kendi davalarına şâhitlik ettiklerini hâkimin önünde iki şâhit ile ispatlasalar kabul edilmez.⁴⁴⁷

Kişilerin mahkemede şâhitlik yapabilmeleri için belli başlı şartları haiz olmaları gerekmektedir. Bu şartlar husûsî ve umûmî olarak incelenmiştir.

1) Şâhitliğin husûsî şartları

Mahkemede davalının Müslüman olması halinde şâhitlerin Müslüman olması gerekmektedir. Müslüman olmayan birinin Müslümana şâhitliği kabul edilmemiştir. Bunun nedeni ise şehâdette velayet manasının olmasıdır. Velayet bir başkasını bağlayıcı söz söyleyebilme yetkisidir. Müslüman olmayanın Müslümana böyle bir durumda

⁴⁴¹ *a.e.*, IV, 379.

⁴⁴² *Kâsânî, a.g.e.*, VI, 266-267; *Mecelle, md.*, 1688; *Ali Haydar, a.g.e.*, IV, 380, 412; *Bayındır, a.g.e.*, 146.

⁴⁴³ *Ali Haydar, a.g.e.*, IV, 379.

⁴⁴⁴ *Serahsî, a.g.e.*, XVI, 149; *Kâsânî, a.g.e.*, VI, 266; *Molla Hüsrev, a.g.e.*, II, 460; *Ali Haydar, a.g.e.*, IV, 378-412.

⁴⁴⁵ *Erdoğan, a.g.e.*, s. 112.

⁴⁴⁶ *Mecelle, md.*, 1687.

⁴⁴⁷ *Ali Haydar, a.g.e.*, IV, 411.

velayeti söz konusu değildir. Bundan dolayı da Müslüman bir kimsenin aleyhine olarak bir gayri müslimin şâhitlik yapması kabul edilmemiştir.⁴⁴⁸ Başka bir sebep tayini de Mebcut'ta şöyle yapılmıştır: Gayri Müslimler durduk yere Müslümanlara düşmanlıkta bulunurlar. İşte bundan dolayı da Müslümanın aleyhine yalan uydurma mecburiyetinde kalırlar. Bu da gayri Müslimlerin şâhitliğinin kabul edilmemesine bir sebeptir.⁴⁴⁹

Ölmüş bir gayri müslim adına açılmış ve vesayet ve nesep davası, ifade edilen hükümden istisna edilmiştir. Örneğin, bir kişi ölmüş bulunan bir Yahudi'nin bir Müslümanı mirasçısı tayin ettiğini iddia edip davasını iki Yahudi şâhitle ispat etse kabul edilir.⁴⁵⁰ İslâm devletinde yaşayan, Müslüman olmayan kişilerin birbirleri aleyhine mahkemede yaptıkları şâhitlik kabul edilmiştir. Dinlerinin aynı ya da farklı olması arasında fark yoktur.⁴⁵¹

Diğer bir şart da İslâm hukukunda had ve kısas davalarında şâhitlerin erkek olması şartıdır. Binaenaleyh kadınların şâhitliğiyle had ve kısas cezası verilmez. Bunun sebebi kadınların şehâdetinde şüphenin olmasıdır. Kadın unutkan ve yanılmaya çok müsait olarak değerlendirilmiştir. Bu ve benzeri sebeplerden dolayı had ve kısas davalarında cezaların verilmesi ve doğabilecek şüphelerle bu cezaların uygulanmaması İslâm ceza muhâkemesinde esastır. Şüphe ile uygulanmayan ceza şüphe ile de sabit olmaz. Bu cezanın düşmesinin kolaylaştırılması içindir.⁴⁵²

Bununla birlikte had ve kısas davaları dışında kadınların şâhitliği kabul edilmektedir.⁴⁵³ Örneğin, hırsızlık davasında bir kadın iki erkek şâhitlik etse zanlının çalınan malı tazmin etmesi yönünde karar verilir. Bu suç had davası bağlamında görüldüğü için ve kadının da bu davada şâhitlik edememesinden dolayı el kesme cezası uygulanamaz.⁴⁵⁴

Bir diğer şart davanın mürûr-u zamana uğramamış olmasıdır. Had davalarında ve herhangi bir haramın işlenmesine neden olan durumlara yapılan şehâdetin geçerli olabilmesi için mürûr-u zamana uğramamış olması gerekmektedir. Had davalarında şâhitlik etmek için önceden dava açılmış olması şart değildir. Şâhit olayı saklamakla

⁴⁴⁸ Kâsânî, *a.g.e.*, VI, 280; Bayındır, *a.g.e.*, s. 159.

⁴⁴⁹ Serahsî, *a.g.e.*, XVI, 135.

⁴⁵⁰ Molla Hüsrev, *a.g.e.*, II, 466.

⁴⁵¹ Kâsânî, *a.g.e.*, VI, 280-281.

⁴⁵² *a.e.*, VI, 279; Bayındır, *a.g.e.*, s. 158.

⁴⁵³ Mecelle, md., 1685; Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 396-401.

⁴⁵⁴ *a.e.*, IV, 397.

şâhitlik etmek konusunda muhayyerdir. Öncelikle olayı saklayıp daha sonra şâhitlikte bulunmaya kalkışması, içindeki bir art niyetten olabilir. Böyle bir durum da şâhidin daha sonra şâhitlik etmesi şâhidi zan altında bırakabilir.⁴⁵⁵

Mürur-u zaman konusundan haddi kazif istisna edilmiştir. Çünkü bu konuda şâhitlik yapabilmek için önceden bir davanın açılmış olması şart koşulmuştur. Hırsızlık olayının üzerinden uzun bir zaman geçmiş ise hırsızın eli kesilmez. Ancak tazmin ettirilebilir.⁴⁵⁶

Nikâh ve talak konusunda da aynı hüküm geçerlidir. Bir erkekle kadının karı koca gibi yaşadığına, görmesine rağmen ses çıkarmayan kimseler, bir başka kimsenin o kadının kendi nikâhlısı olduğu doğrultusundaki davasına şâhitlik yapamazlar.⁴⁵⁷

İçki içme suçunda şâhitlik yapılabilmesi için içki içenin sarhoş olması ya da ağzında içki kokusunun alınması gerekmektedir. Fakat mahkemeye ulaşıncaya kadar ağız kokusu geçecek kadar mahkemeden uzak bir yerde bulunanlarda bu şart aranmamaktadır.⁴⁵⁸

Bir diğer husus, had ve kısas davalarında başka bir şahıstan naklen şâhitlikte bulunulamamasıdır. Şâhidin suçu bizzat gözleriyle görmüş olması gerekmektedir. Hâkim mektupları da had ve kısas davalarında delil olarak kullanılmaz.⁴⁵⁹

2) Şâhitliğin umûmî şartları

Şâhitlerde aranan umûmî şartlar akıl, ergenliğe girmiş olma, görme, konuşma, hürriyet, adalet, haddi kazifle cezalandırılmamış olmak, gafil ve mücazif olmamak, davada şâhidin bir menfaatinin olmaması, şâhidin taraflarla husumetinin olmaması ve davanın şâhidin davası olmaması olarak belirlenmiştir. Şimdi bunlara yer verilecektir.

Akıl olayları değerlendirmek, olduğu gibi doğru anlamak ve muhafaza etmek için gereklidir. Akıllı olmayan insan şâhitliği bilemez. Aynı zamanda şâhitlik yapacak akıllı da haiz değildir. Bundan dolayı akıllı olmayan insanların şâhitliği kabul edilmez.⁴⁶⁰

⁴⁵⁵ Molla Hüsrev, *a.g.e.*, II, 85.

⁴⁵⁶ *a.e.*, II, 85.

⁴⁵⁷ Kâsânî, *a.g.e.* VII, 46; Molla Hüsrev, *a.g.e.*, II, 85.

⁴⁵⁸ *a.e.*, II, 85.

⁴⁵⁹ Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 47.

⁴⁶⁰ Kâsânî, *a.g.e.*, VI, 267; Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 167; Behnesî, *Nazariyyetü'l-İsbât*, s. 32.

Şâhit olacak kimsenin bülûğa ermiş olması şart koşulmuştur. Bir çocuğun aklı başında olsa bile şâhitliği kabul edilemez.⁴⁶¹

Bir kimsenin şâhit olabilmesi için gözünün görüyor olması gerekmektedir.⁴⁶² Gözleri görmeyen kimsenin şâhitliği kabul edilmemektedir. Davaya konu olan olay meydana geldiğinde gözlerinin görmesi ile görmemesi arasında fark yoktur. Bu görüş Ebu Hanife ve İmam Muhammed'e göredir. Bu konuda Ebu Yusuf'un görüşü, olay meydana geldiği sırada gözleri gören kimsenin dava sırasında gözleri görmese de şâhitliğinin kabul edilmesi yönündedir.⁴⁶³ Bu görüş, davada şâhitlik yapılacağı zaman davaya konu olan şeye işaret edilmesi gerekmediği durumlarda geçerlidir. Ancak şâhitlikte dava konusu olan şeye işaret etmek gerekiyorsa o takdirde Ebu Hanife ve İmam Muhammed'in zikrettiğimiz görüşünde ittifak edilmiştir. Ebu Hanife ve İmam Muhammed'in bu görüşteki dayanakları şöyledir: Muhâkemede şâhitlik yapan kimsenin davacıyı görmesi ve ifade verirken ona işaret etmesi şarttır. Gözleri görmeyen kişi davacıyı başkalarından ayıramayacağından dolayı şâhitlikte bulunamaz. Ebu Yusuf'un bu görüşündeki dayanağı da şöyledir: Dava konusunu bilebilmek için gözlerin görür halde olması şarttır. Olay olduğu sırada gözleri gören kimsenin olayı gözleriyle görmesinden dolayı bu şart gerçekleşmiş olmaktadır.⁴⁶⁴

Dilsiz kimse ifadesini yazılı olarak verse ya da malum işaretlerle işaret etse şâhitliği kabul edilmez.⁴⁶⁵ Bunun sebebi, şehâdetin sahih olması için ifade verilirken şehâdet kelimesinin söylenmesinin şart olmasıdır.⁴⁶⁶ Dilsiz olan kimse bunu dillendiremeyeceğinden dolayı şâhitlik yapamaz.⁴⁶⁷

Bir kimsenin şâhitlikte bulunabilmesi için özgür olması şarttır. Binaenaleyh, kölelerin şâhitliği kabul edilmemektedir. Ancak kölenin, özgürlüğüne kavuşmasının akabinde, köleyken vakıf olduğu bir olay hakkında şâhitliği kabul edilmektedir.⁴⁶⁸

⁴⁶¹ Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 167; Behnesî, *Nazariyyetü'l-İsbât*, s. 31-32; Geniş bilgi için bkz. Bayındır, *a.g.e.*, s. 150-151.

⁴⁶² Mecelle, md., 1686.

⁴⁶³ Serahsî, *a.g.e.*, XVI, 129; Kâsânî, *a.g.e.*, VI, 268.

⁴⁶⁴ *a.g.e.*, VI, 268; Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 167.

⁴⁶⁵ Kâsânî, *a.g.e.*, VI, 268; Mecelle, md., 1686.

⁴⁶⁶ Mevsilî, *a.g.e.*, II, 413.

⁴⁶⁷ Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 402; Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 167.

⁴⁶⁸ Kâsânî, *a.g.e.*, VI, 267; Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 167.

Şâhidin âdil olması şarttır.⁴⁶⁹ "*Ve içinizden adaletli iki kişiyi de şâhit tutun*"⁴⁷⁰ ayetinde şâhide sıfat olarak adalet kelimesi kullanılmıştır. Bu da şâhidin âdil olması gerektiğini göstermektedir. Mecelle'de adaletli kimsenin tanımı "*âdil, hasenâtı seyyiatına galib olan kimsedir*"⁴⁷¹ şeklinde yapılmıştır. Yani bu tanıma göre bir kimsenin âdil olarak değerlendirilebilmesi için yaptığı iyi ve güzel şeylerin kötü ve çirkin şeylerden daha fazla olması gerekmektedir. Şâhitlikte kişide adalet sıfatının aranmasının sebebi mahkemeye doğru haber sunmasıdır. Mahkemede, verilen haberin, delil olabilmesi için bu haberin doğru olması gerekmektedir. Her insan yalan söyleyebilmektedir. Yani insanlar Allah tarafından yalan söylemekten korunmuş değillerdir. Bundan dolayı insanların verdikleri habere güvenebilmenin başka bir yolu yoktur. Adalet, dürüstlüğü ifade etmektedir. Dürüstlük için tam anlamıyla bir sınır çizilmemiştir. Bundan dolayı normal bir ölçü kullanılır. Bu ölçü de insanın inandığı dinindeki yasaklardan sakınmasıdır.⁴⁷²

Haddi kazifle cezalandırılmamış olmak şarttır. Hadd-i kazif, mükellef, hür, Müslüman ve zinadan uzak bilinen bir kimseye (muhsan) dâr-ı adlde zina isnad eden mükellef bir şahıs hakkında uygulanacak bir cezadır ki, hürlere seksen, kölelere kırk celdedir.⁴⁷³ Namuslu bir kimseye zina isnadında bulunan bir kimsenin dört erkek şâhit getirmesi gerekmektedir. Eğer böyle bir isnatta bulunarak dört şâhit getiremezse, bu iftiraya uğrayanın talebiyle, bu iddianın sahibine hür ise seksen değnek,⁴⁷⁴ köle ise kırk değnek vurulur.⁴⁷⁵ Hadd-i kazifle cezalandırılmış bir kimsenin artık ebediyyen şâhitliği kabul edilmez.⁴⁷⁶ Hadd-i kazifle cezalandırılmış kimsenin şâhitliğinin ebediyyen kabul edilmemesi konusunda ulema ihtilaf etmiştir. Bu ihtilaf tevbe ettikten sonra şâhitliği kabul edilip edilmeyeceği noktasındadır. Hanefilere göre tevbe etse bile şâhitliği kabul edilmez. Diğer mezheplere göreyse tevbe ettikten sonra şâhitliği kabul edilir.⁴⁷⁷

⁴⁶⁹ Mevsilî, *a.g.e.*, II, 413; Mecelle, md., 1705.

⁴⁷⁰ et-Talâk, 65/2.

⁴⁷¹ Mecelle, md., 1705.

⁴⁷² Serahsî, *a.g.e.*, XVI, 113.

⁴⁷³ Erdoğan, *a.g.e.*, s. 167.

⁴⁷⁴ en-Nür, 24/2.

⁴⁷⁵ Molla Hüsrev, *a.g.e.*, II, 89-94.

⁴⁷⁶ en-Nür, 24/2.

⁴⁷⁷ İbn Rüşd, *a.g.e.*, II, 423.

Gafil ve mücazif olmamak da şarttır. Şöyle ki, fazlaca gafil olup şâhitlik edilen şey hakkında yapılan telkinlere binaen şâhitlik etmesinden korkulan kimsenin şâhitliği kabul edilmez. Böyle bir kimsenin saflığından kötü anlamda yararlanılabilir.⁴⁷⁸

Mücazife gelince, bu kimse sözünün meşrû ya da gayri meşrû olduğunu düşünmeden dinen ve ahlaken tasvip edilmeyen sözleri söyleyip duran kimsedir. Böyle bir kimsenin de şâhitlikte laubali olacağından korkulduğundan dolayı şehâdeti kabul edilmemektedir. Örneğin, Ebu Yusuf bir hadiseye dair şâhitlikte bulunmuş, Vezir Fazıl İbni Rebi'nin şâhitliğini reddetmiştir. Bunun sebebi sorulduğunda şöyle demiştir: "*Bu adam bir mecliste halifeye –kulunuz- diyordu. Şayet bu sözünde sadıksa (ki bu durumda köle oluyor) şâhitliği kabul edilmez. Yok eğer bu sözünde sadık değilse bu durumda da yalancı olmuş oluyor. Ve yalancıların şâhitliği kabul edilmez.*"⁴⁷⁹

Davada şâhidin bir menfaatinin bulunmaması şarttır. Şehâdette def'i mağrem ve cerri mağnem, yani şehâdetler için def'i mazarrat ve celbi menfaat dâisi olmamak şarttır.⁴⁸⁰ Bundan dolayı bir kişinin usûl ve fûrû'unun lehteki şâhitlikleri kabul edilmemektedir. Baba ve dedeler, anne ve nineler lehine yapılan şâhitlikle, evlat ve torunlar lehine yapılan şâhitlikler kabul edilmez.⁴⁸¹ Bunun sebebi, bunlar normal bir şekilde aralarında birbirlerinin mallarından istifade ederler. Böylelikle bunların birbirlerine yapacakları lehteki şâhitliklerde bir menfaat sağlama töhmeti mevcuttur. Usûl ve fûrû'dan olmayan diğer akrabalar ise bu durum çerçevesinde değerlendirilmemektedir. Usûl ve fûrûdan olmayan akrabaların birbirleri lehindeki şâhitlik dinlenir.⁴⁸² Birbiri lehine şâhitlikleri kabul edilmeyecek başka bir grup ise karı kocadır.⁴⁸³ Bir erkek karısını talâk-ı bainle boşadığında ya da boşanmasının ardından iddetinin bitmesiyle o kadının lehine şâhitlikte bulunabilir. Böyle bir durumda aralarında töhmete mahal verecek bir bağ kalmamıştır.⁴⁸⁴ Bir kimse tarafından geçimi sağlanan kişi, geçimini sağlayan kişi lehine şâhitlikte bulunamaz.⁴⁸⁵ Aynı bağlamda işçisi işverenin lehine şâhitlikte bulunamaz.⁴⁸⁶ Ortakların, ortaklıkları bulunan konuda

⁴⁷⁸ Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 167.

⁴⁷⁹ *a.e.*, VIII, 167.

⁴⁸⁰ Mecelle, md., 1700; Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 447.

⁴⁸¹ Kâsânî, *a.g.e.*, VI, 272; Mecelle, md., 1700; Bayındır, *a.g.e.*, s. 155.

⁴⁸² Kâsânî, *a.g.e.*, VI, 272; Bayındır, *a.g.e.*, 155.

⁴⁸³ Serahsî, *a.g.e.*, XVI, 122-123; Mecelle, md., 1700.

⁴⁸⁴ Serahsî, *a.g.e.*, XVI, 137.

⁴⁸⁵ Çatalca, *a.g.e.*, I, 359.

⁴⁸⁶ *a.e.*, I, 359; Mecelle, md., 1700.

birbirleri lehine yaptıkları şâhitlik kabul edilmez.⁴⁸⁷ Bir mala kefil olan bir kişinin malın, kefil olunan kişi tarafından sahibine geri verildiği konusundaki şâhitliği kabul edilmez.⁴⁸⁸ Bir vakfın geliriyle alakalı konuda bu gelirden istifade eden ya da edecek olan kimseler bu konuda lehteki şâhitlikleri kabul edilmez.⁴⁸⁹ Bir diğer şart, şâhidin taraflardan aleyhine olduğu kişi ile arasında düşmanlık olmaması gerekmektedir.⁴⁹⁰ Çünkü böyle bir durum töhmet sebebidir. Bu husumet dinî bir nedene istinat ediyorsa birinin diğeri aleyhine yaptığı şâhitliği dinlenir.⁴⁹¹

Bir kimsenin kendi davasında şâhitliği kabul edilemez. Bundan dolayı vasiinin yetime, vekilin vekâlet ettiği kimseye şâhitlikleri dinlenmez.⁴⁹² Bunun sebebi bir kimsenin kendi davasında kendi lehine şâhitlikte bulunmasıdır ki böyle bir şey kabul edilemez. Bu konuda Hz. Peygamber (sav): "*Davada taraf olanın ve şüpheli kişinin şâhitliği geçersizdir*"⁴⁹³ buyurmuştur. Aynı bağlamda bir kimse kendisinin icra ettiği işe şâhitliği dinlenmez. Örneğin, bir hâkim görevden alındıktan sonra, görevli olduğu zamanda vermiş olduğu bir hükme şâhitlik yapamaz.⁴⁹⁴

1.1.2. Davalarda Aranan Şâhit Sayısı

Bu başlık altında yer verilecek sayılar, davalarda aranan şâhit sayısının alt sayılarıdır. Alt sayılar nass ile tayin edildiğinden⁴⁹⁵ dolayı tayin edilen miktardan az olamamakla beraber fazla olmasında bir sakınca yoktur.

Zina davasında aranan şâhit sayısı dört erkektir.⁴⁹⁶ İslâm ceza davalarında zina haricindeki davalara bakıldığında dört şâhit aranmamıştır. Dört şâhidin arandığı tek dava zina davalarıdır. Bu ise zina davalarının ciddiyetini göstermektedir. Şöyle ki, Allah-u Teâlâ bununla kullarının suçunu dünyada örtmek istiyor. Bu tür ahlaksızlığın insanlar arasında duyulmasına ve yayılmasına rıza göstermiyor. Bundan dolayıdır ki, bir kimse bir kimsenin zina ettiğini iddia eder de akabinde dört erkek şâhit getiremezse

⁴⁸⁷ Kâsânî, *a.g.e.*, VI, 272; Mecelle, md., 1700.

⁴⁸⁸ Çatalcalı, *a.g.e.*, I, 364; Mecelle, md., 1700.

⁴⁸⁹ Çatalcalı, *a.g.e.*, I, 362-363.

⁴⁹⁰ Mecelle, md., 1702.

⁴⁹¹ Serahsî, *a.g.e.*, XVI, 133.

⁴⁹² Kâsânî, *a.g.e.*, VI, 272; Mecelle, md., 1703; Bayındır, *a.g.e.*, s. 157.

⁴⁹³ Kâsânî, *a.g.e.*, VI, 272.

⁴⁹⁴ Mecelle, md., 1704; Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 462.

⁴⁹⁵ Bakara, 2/282; et-Talâk, 65/2; en-Nisâ, 4/15; en-Nûr, 24/4; vs.

⁴⁹⁶ en-Nisâ, 4/15; en-Nûr, 24/4; Kudûrî, *a.g.e.*, s. 451, 504.

haddi kazif bağlamında seksen değneğe müstahak olur.⁴⁹⁷ Ve bununla birlikte artık tevbe etse bile ebediyyen şâhitliği kabul edilmez.⁴⁹⁸

İslâm ceza muhâkemesinde eşler arası zina isnadında ise farklı bir uygulama söz konusudur. Çünkü bir erkek evine girdiğinde karısının zina ettiğini görse dışarıdan dört şâhit toplaması garip bir iş olacaktır ve aynı zamanda da onur incitici olacaktır. Bu ve benzeri sebeplere istinaden bu noktada farklı bir muhâkeme usûlü ortaya koyulmuştur ve bunun ismi de mülâ'ane/liândır. Liânın kelime manası karşılıklı olarak lanetleşmektir. Terim olarak liân, kocanın karısına zina isnadında bulunması ve dört şâhit getirememesi sonucunda karı ile kocanın, hâkim huzurunda şer'î usûlüne uygun olarak dörder defa şehâdetinde bulunduktan sonra kendilerine lanet ve gazap okumalarıdır. Koca "*zina isnadında doğru olduğuna, eğer yalancılardan ise Allah Teâlâ'nın lanetinin üzerine olmasını*"; kadında da "*kocasının kendisine zina isnadında yalancı olduğuna, eğer doğru ise Allah Teâlâ'nın gazabının üzerine olmasını*" yeminle ifade eder.⁴⁹⁹ Yapılan bu yeminler, koca hakkında haddi kazif, karı hakkında da haddi zina yerine geçer ve hâkim tarafından araları ayrılır.⁵⁰⁰

Zina davalarında kadınların şâhitliği kabul edilmemektedir. Şâhitlerin erkek olması gerekmektedir.⁵⁰¹ Had ve kısas davalarında iki erkek şâhidin olması şarttır. Bir önce ki başlıkta ifade edildiği gibi zina da had grubunda olmasına rağmen alt şâhit sayısı dört erkek şâhittir. Had ve kısas davalarında da şâhitlerin erkek olması şarttır.⁵⁰²

Hırsızlık davasında bir erkek ve iki kadın şâhitlik etseler zanlıya elini kesme cezası verilmez. Ancak davaya konu olan mal tazmin ettirilir.⁵⁰³ Yukarıda belirtilenler dışındaki davalarda iki erkek ya da bir erkekle iki kadın şâhidin olması yeterlidir. Dava konusunun mal olmasıyla nikâh, talak, vekâlet, vasiyet ve tazmin gibi şeyler olması arasında fark yoktur.⁵⁰⁴

⁴⁹⁷ en-Nûr, 24/4; Kudûrî, *a.g.e.*, s. 457; Behnesî, *Nazariyyetü'l-İsbât*, s. 109.

⁴⁹⁸ en-Nûr, 24/4.

⁴⁹⁹ en-Nûr, 24/6-9.

⁵⁰⁰ Erdoğan, *a.g.e.*, s. 327.

⁵⁰¹ en-Nisâ, 4/15; en-Nûr, 24/4.

⁵⁰² Kudûrî, *a.g.e.*, s. 504.

⁵⁰³ Çatalcalı, *a.g.e.*, I, 346; Behnesî, *Nazariyyetü'l-İsbât*, s. 113.

⁵⁰⁴ Kudûrî, *a.g.e.*, s. 504; Mecelle, md., 1685.

Sadece kadınların şâhitliğinin kabul edilebileceği konular, çocuğun diri olarak doğduğuna şâhitlik,⁵⁰⁵ kadınların erkeklerin bakamayacakları organlarındaki kusurları hakkındaki şâhitlik,⁵⁰⁶ doğuma şâhitlik,⁵⁰⁷ bekâret,⁵⁰⁸ kadın hamamlarında bir adam öldürme hadisesinin meydana gelmesiyle buna dair diyet konusundaki şâhitlik⁵⁰⁹ olarak belirlenmiştir. Kadınların bilebilecekleri mal hakkındaki konularda kadınların şâhitlikleri kabul edilmektedir.⁵¹⁰ Bu hükmün kaynağı, Huzeyfe (r.a)'ın rivayet ettiği, "*Rasulullah ebenin doğum konusundaki şâhitliğini kabul etti ve şöyle buyurdu: Erkeklerin bulunmaları mümkün olmayan yerlerde kadınların şâhitliği geçerlidir*"⁵¹¹ hadisidir.

Yukarıda bahsi geçen olayların sadece bir kadının şâhitliğiyle sabit olması gibi yalnız bir erkeğin şâhitliğiyle de sabit olur. Bunun sebebi, şehâdet konusunda erkeklerin şâhitliğinin kadınların şâhitliğinden daha kuvvetli olmasıdır. Bir kadının şâhitliğiyle bir konu sabit oluyorsa, aynı konu bir erkeğin şâhitliğiyle öncelikli olarak sabit olabilir anlamına gelmektedir.⁵¹²

1.1.3. Şehâdetin Mahkemece Kabulü İçin Gerekli Şartlar

Şehâdetin mahkemece kabul edilebilmesi için belli başlı şartlar belirlenmiştir. Bunlar, önceden bir davanın açılması, şehâdetin gerçeklerle çelişmemesi, şehâdetin mütevatire aykırı olmaması, şehâdette çelişkinin olmaması ve şehâdetin ispat için olmasıdır. Şimdi bunlara kısaca yer verilecektir:

Şahıs hukukuyla alakalı davalarda şehâdette bulunabilmek için önceden bir davanın açılmış olması şarttır.⁵¹³ Çünkü şâhitlik bir iddiayı doğru çıkarmak içindir. Bu iddianın ortaya çıkma ihtiyacının doğması için de davacının ya da vekilinin dava açması gerekmektedir.⁵¹⁴

Allah hakkına (kamu hukuku) ilişkin davalarda şehâdette bulunmak için ortada bir dava açılmış olmasına gerek yoktur. Çünkü bu kamuya ait bir davadır. Ve kamu hakkını

⁵⁰⁵ Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 400.

⁵⁰⁶ Serahsî, *a.g.e.*, XVI, 142.

⁵⁰⁷ Behnesî, *Nazariyyetü'l-İsbât*, s. 123.

⁵⁰⁸ Kâsânî, *a.g.e.*, II, 322-325.

⁵⁰⁹ Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 40; Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 123.

⁵¹⁰ Kudûrî, *a.g.e.*, s. 504; Mecelle, md., 1685;.

⁵¹¹ Serahsî, *a.g.e.*, XVI, 142.

⁵¹² *a.g.e.*, XVI, 144; Bayındır, *a.g.e.*, s. 166; Geniş bilgi için bkz. Behnesî, *Nazariyyetü'l-İsbât*, s. 121-123.

⁵¹³ Mecelle, md., 1696.

⁵¹⁴ Kâsânî, *a.g.e.*, VI, 272.

savunmak her Müslümanın görevidir. Müslümanların hepsi bu tür davada hasım addedildiğinden dolayı dava fiili olarak ortaya çıkmamış olsa da hükmen mevcuttur.⁵¹⁵

Dava açılmadan şehâdette bulunulabilecek konular esbâb-ı hurûmât, esbâb-ı hudûd ve vakıf olarak tayin edilmiştir. Esbâb-ı hurûmât, talak ve benzeri davalardır. Örneğin, iki şâhit hâkim huzurunda: "*Şu Ahmet burada bulunmayan hanımı Ayşe'yi üç talak ile boşadı*" diye şehâdette bulunsa kabul edilir.⁵¹⁶ Esbâb-ı hudûd ise, zina, sarhoşluk, şarap içme, yol kesme suçlarıdır. Had davaları içinde sadece hırsızlığa ve zina iftirası davasına şehâdette bulunabilmek için dava açılmış olması gerekmektedir.⁵¹⁷ Vâkıfa gelince, fakirler ve mescit için yapılan vakıflar konusunda şehâdette bulunabilmek için önceden bir davanın açılmış olması şartı aranmaz.⁵¹⁸ "*Mahsusun hilafına ikame olunan beyyine makbul olmaz.*"⁵¹⁹ Yani, gerçeklerle çelişen şehâdet kabul edilemez. Hatta yalan söylemek üzere birleşmeleri mümkün olmayan bir grup tarafından bile bu beyyine ortaya konulmuş olsa kabul edilemez. Bu başlık altında yer verilen gerçeklerle çelişmek, duyu organlarıyla bilinene aykırı şehâdette bulunmayı ifade etmektedir.⁵²⁰ Örneğin, bir adamın hayatta olduğu ortada olmasına rağmen, adamın vefat ettiği yönündeki şehâdet bu bağlamdadır.

Şehâdetin mütevatir habere aykırı olmaması gerekmektedir. Mütevatir haber, yalan söylemek üzere ittifaklarını âdeten aklın kabul etmeyeceği kalabalık cemaatin, yine kendileri gibi kalabalık cemaatlerden naklettikleri haberdır.⁵²¹ Başka bir deyimle, herkesçe bilinen hususlar da denebilir.⁵²²

Bu tanıma göre, mütevatir habere aykırı bir biçimde yapılan şâhitlik kabul edilemez. Çünkü tevatür yakîn bilgi ifade etmektedir. Mütevatir haberin hilafına yapılacak bir şehâdet yalan olacağından dolayı reddedilir.⁵²³

⁵¹⁵ Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 442; Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 127.

⁵¹⁶ Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 443; Bayındır, *a.g.e.*, s. 167.

⁵¹⁷ Molla Hüsrev, *a.g.e.*, II, 85; Bayındır, *a.g.e.*, s. 167.

⁵¹⁸ *a.e.*, s. 168.

⁵¹⁹ Mecelle, md., 1697.

⁵²⁰ Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 443.

⁵²¹ Erdoğan, *a.g.e.*, s. 440.

⁵²² Bayındır, *a.g.e.*, s. 169.

⁵²³ Mecelle, md., 1698.

Şehâdette tenâkuz olmamalıdır.⁵²⁴ Bir kimse ilk başta bir malın sahibi olarak Ahmet'i ifade ettikten sonra bu malın sahibi Mehmet dese bu takdirde şehâdeti reddedilir.

Şehâdet bir hakkı ortaya çıkarmak içindir. Bundan dolayıdır ki falan kişi o işi işlemedi ve falan şey falan kimsenin değildir, ya da falanın falana borcu yoktur gibi bir şeyin olmadığı ve meydana gelmediği yolunda yapılan şâhitlik reddolunur.⁵²⁵

Ancak bir iddianın olmadığı yönündeki tevatür delili kabul edilir. Örneğin, bir kişi "A'ya iki hafta önce şu yerde on lira ödünç verdim" diye bir davada bulunsa da, A'nın o vakitte belirtilen yerde olmayıp başka bir yerde olduğu tevatürle ispat edilse, bu tevatür beyyinesi kabul edilerek davacının davası dinlenmez.⁵²⁶

1.1.4. Şâhitlik Yapma Usûlü

Mahkemede muhâkeme yapılırken şâhitlerin yerine getirmesi gereken bir takım usûller vardır. Meselâ şâhitler şehâdette bulunurken "*şâhitlik ederim ya da şehâdet ederim*" kelimelerini kullanırlar. Bu sözlerden birisini söylemek şarttır.⁵²⁷ Yalnız şehâdet ederim demeden "*bu konuyu böyle bilirim*" ya da "*haber veririm*" gibi ifadeler kullansa şehâdette bulunmuş olmaz. Ancak bunun üzerine hâkim bu kişiye "*buna şehâdet eder misin?*" şeklinde soru yöneltse ve o kişi de "*evet böylece şehâdet ederim*" dese bu surette şehâdette bulunmuş olur.⁵²⁸

"*Şâhitlik ederim ya da şehâdet ederim*" lafzını kullanmanın sebebi Kur'an-ı Kerim'de emredilmesinden dolayıdır. Bu ayet "*şâhit bulundurun*"⁵²⁹ şeklindedir. Bu ayet şâhitliği şâhitten istemenin gerekliliğini açık bir şekilde bildirmektedir. Öyleyse şâhitliği "*şehâdet ederim ya da şâhitlik ederim*" lafzıyla uygulamak gerekmektedir. Çünkü şehâdet yemin lafızlarındandır.⁵³⁰

Şâhit ifade verirken taraflar ve dava konusu olan şeye, hali hazırdaki mecliste bulunuyorsa, eliyle işaret eder. Bu işaretiyle kimin lehine, kimin aleyhine ve neye şâhitlik ettiği kesin olarak anlaşılacağından dolayı davacı ile davalının isimlerini,

⁵²⁴ Mecelle, md., 80.

⁵²⁵ Serahsî, a.g.e., XVI, 148-149; Mecelle, md., 1699; Bayındır, a.g.e., s. 169.

⁵²⁶ Mecelle, md., 1699; Bayındır, a.g.e., 169-170.

⁵²⁷ Kâsânî, a.g.e., IV, 273; Mevsilî, a.g.e., II, 413.

⁵²⁸ Mecelle, md., 1689.

⁵²⁹ Bakara, 2/282.

⁵³⁰ Mevsilî, a.g.e., II, 413.

babalarının ve dedelerinin isimlerini söylemesi ve konusunu tarif etmesi gerekmemektedir.⁵³¹

Şâhit işaret yoluyla şehâdetini yaptığında tarafların isimlerini bilmese, bu durum şahitliğine zarar vermez.⁵³² Ancak taraflardan birinin muhâkemedede bizzat kendisi değil de kendisine vekâlet eden biri olsa ya da dava ölmüş birinin davası olsa şâhit, müvekkil ve ölünün baba ve dedelerinin isimlerini söylemelidir.⁵³³

Şâhidin dava konusunu tam olarak bildiğinin anlaşılması bağlamında dava konusu ne ise onu kâfi derecede tanımlaması ya da işaret ederek yerinde göstermesi gerekmektedir.⁵³⁴ Bu tanımlama davanın türüne göre değişmektedir.⁵³⁵

1.1.5. Şâhitlik ile Dava Uyumu

Davalardaki şehâdetin geçerli olabilmesi için davaya uygun olması ve şahitlerin ifadelerinde çelişki olmaması gerekmektedir. Şehâdetin davaya uygun olması, aralarında uygunluk olması gereken yerlerde aranmaktadır. Yoksa bunların arasında söylenmesi gerekmeyen konulardaki fazlalık ya da eksiklik açısından aykırılık olması şehâdetin kabulüne engel ifade etmemektedir.⁵³⁶ Örneğin, davacı, Ahmet'e iki ay önce Ahmet'in evinde bin lira emanet ve teslim etmiş olduğunu iddia ettiği halde şahitler sadece bin lirayı davacının Ahmet'e emanet ve teslim ettiğine şahitlik etseler ve yerini ve zamanını bilmeseler şahitlikleri geçerlidir.

Allah hakkıyla alakalı davalarda şehâdetin davaya uygunluğu şart değildir. Çünkü bu alana dâhil şehâdetlerde davaların daha önceden açılmış olması ya da daha önceden açılmamış olması denktir. Örneğin, bir kadın "*kocam beni boşaması için falan kişiyi vekil tayin etmişti ve o da beni boşadı*" diye dava ettiği halde şahitler, bizzat kocasının boşadığına şehâdetinde bulunsalar kabul olunur.⁵³⁷

Özel hukukta (şahıs hukuku) şehâdetin davaya uygunluğu şarttır. Bu alanda şehâdet davaya uygun olmadığı takdirde reddolunur.⁵³⁸ Alacağın sebebinde, mülkiyetin

⁵³¹ Muhammed b. Hüseyin, *a.g.e.*, s. 403; Bayındır, *a.g.e.*, s. 170.

⁵³² Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 427.

⁵³³ Mecelle, md., 1690; Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 428.

⁵³⁴ Muhammed b. Hüseyin, *a.g.e.*, I, 403; Bayındır, *a.g.e.*, s. 171.

⁵³⁵ Bkz. Mecelle, md., 1623, 1691, 1692, 1693, 1694.

⁵³⁶ Bayındır, *a.g.e.*, s. 174.

⁵³⁷ Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 136.

⁵³⁸ *a.e.*, VIII, 136.

sebebinde ve sebebe istinat eden mülkiyet davasında şehâdet ile dava arasında uygunluğun tam olması gerekmektedir.

Şehâdet eğer alacağın sebebinde davaya aykırı olursa reddolunur. Örneğin, davacı, bir şahsın kendisinden bin lira borç aldığı yönünde bir iddiada bulunsa ve şahitlerde bu açıdan bin liraya şehâdette bulunsalar şehâdetleri kabul olunur. Ancak şahitler bu davadaki paranın, satılan bir malın bedeli olduğuna şehâdette bulunsalar şehâdetleri reddolunur.⁵³⁹

Mülkün sebebi konusunda davaya aykırı olan şahitlik reddolunur.⁵⁴⁰ Örneğin, bir kimse "*bu miras babamdan kalma*" şeklinde bir iddiada bulunsa, şahitlerde bu mirasın annesinden kalma olduğu doğrultusunda şehâdette bulunsalar reddolunur.⁵⁴¹

Davacı örneğin bir tarlada mülk-i mukayyed⁵⁴² dava ettiğinde bakılır. Satın aldığı kimseyi ya da ismini söylemeden "*ben bu tarlayı satın aldım*" derse bu mülk-i mutlak⁵⁴³ davasını hükmüne girer. Buna göre şahitler, "*bu bağ davacının mülküdür*" diyerek mülk-i mutlaka şahitlik etseler kabul edilir. Ancak davacı "*ben bu tarlayı falan kimseden satın aldım*" diye satın aldığı kişinin adını zikrettiğinde şahitler mülk-i mutlaka şahitlik etseler şehâdetleri reddolunur.⁵⁴⁴

Şehâdetin davaya manen uyması da yeterlidir. Bu konuda lafza itibar olunmaz. Örneğin, davacı emanet ya da gasp davasında bulunduğu halde şahitler davalının emaneti ya da gaspı ikrar ettiğine şehâdette bulunsalar yeterli olur. Aynı şekilde borçlu borcunu ödediğini iddia eder de şahitler alacaklının borçluyu ibra ettiğine şahitlik ederlerse kabul edilir.⁵⁴⁵

Şahitliğin davaya uygunluğu, şahidin belirttiği miktarın dava konusundan daha az olmasıyla da ortaya çıkar. Bunun sebebi, bu halde şahitlerin şehâdette buldukları miktar bir yönüyle davacının davası kapsamına girmiş olmaktadır.⁵⁴⁶ Örneğin, davacı "*bu mala iki senedir mâlikîm*" diye iddia edip de şahitler o malın bir seneden beridir

⁵³⁹ Mecelle, md., 1711; Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 137.

⁵⁴⁰ Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 471.

⁵⁴¹ Mecelle, md., 1711.

⁵⁴² İrs, satın alma, hibe gibi mülkiyet sebeplerinden biriyle kayıtlı olan malikiyettir. "Bu evi falancadan satın aldım" denilmesi halinde yapılan bir iddia, bir mukayyed mülk davasıdır. (Erdoğan, *a.g.e.*, s. 419).

⁵⁴³ Miras gibi, satın almak gibi mülk sebeplerinden biriyle kayıtlı olmayan malikiyettir. "Bu ev benimdir" denilmesi halinde bir mülk-i mutlak iddiasında bulunulmuş olur. (Erdoğan, *a.g.e.*, s. 419).

⁵⁴⁴ Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 139.

⁵⁴⁵ Mecelle, md., 1706; Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 137; Bayındır, *a.g.e.*, s. 176.

⁵⁴⁶ Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 472; Bayındır, *a.g.e.*, s. 176.

onun olduğuna şehâdette bulunsalar kabul edilir. Davacı bin lira dava edipte şâhitler beş yüz liraya şehâdette bulunsalar, şehâdetleri beş yüz lira hakkında kabul edilir.⁵⁴⁷ Ancak şâhidin ifade ettiği miktar dava konusunda fazla olduğu zaman bu şehâdet reddolunur. Çünkü davacı bu halde şâhitlerini bu fazlalık ile yalanmış olur. Ancak şehâdetle dava arasını uyuşturmak mümkün olduğunda davacı gereken uyuşmayı sağlarsa o zaman şâhitlik kabul edilir.⁵⁴⁸

1.1.6. Şehâdetlerde İhtilaf

Şehâdetin makbul olabilmesi için mahkemede yapılan şehâdetin ikisinin de birbiriyle uyum içerisinde olması gerekmektedir. Bu iki şehâdet arasında uyum yoksa reddedilir. Çünkü şehâdetlerin birbirine ihtilaf etmesi şâhitlik ile davanın birbirine aykırı olmasını gerektirir. Böyle bir durum söz konusu olduğunda davaya uygun olan şehâdet muteberdir. Öbürü ise kabul edilmez. Bu durumda ise şâhitlerin sayısı düşer ve gerekli nisap sağlanamamış olur.⁵⁴⁹ Şehâdet dava konusuna uyum sağlamazsa reddolunur.⁵⁵⁰ Örneğin, şehâdetin biri bin dolar diğeri ise bin riyal şeklinde olsa bu şehâdet reddolunur. Şehâdetin dava konusuna uyum sağlamaması, cinste, malda, miktarda ve sebepte vuku bulur. Şimdi bunlara değinelim:

Cinste ki uyumsuzluk ya akdin cinsinde ya da malın cinsinde olur. Akdin cinsindeki uyumsuzluk, şâhitlerden birinin satım akdine diğeri şâhidin de hibeye şâhitlik etmeleri şeklinde olur. Her iki akit şeklen ve manen ayrı ayrıdır. Bundan dolayı şâhitlerden her biri farklı farklı konularda şâhitlikte bulunmuş olurlar.

Maldaki uyumsuzluğa gelince, şâhitlerden biri ağırlık ölçüsüyle işlem gören bir mala şâhitlikte bulunurken diğeri ise hacim ölçüsüyle işlem gören bir mala şehâdette bulunması ya da birinin altına diğeri gümüşe şâhitlik etmesidir.⁵⁵¹

Miktardaki uyumsuzluğa gelince, şâhitlerden biri bir eşyanın beş yüz liraya diğeri ise 250 liraya satıldığına şehâdette bulunmasıdır. Böyle bir durumda da şâhitlikleri reddolunur.⁵⁵² Çünkü bedellerin farklı olması akitlerin farklı olmasını gerektirir. Bu

⁵⁴⁷ *a.e.*, s. 176.

⁵⁴⁸ Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 138; Bayındır, *a.g.e.*, s. 176.

⁵⁴⁹ Kâsânî, *a.g.e.*, VI, 278.

⁵⁵⁰ Mecelle, md., 1712.

⁵⁵¹ Kâsânî, *a.g.e.*, VI, 278; Bayındır, *a.g.e.*, s. 177.

⁵⁵² Mecelle, md., 1715.

durumda da şâhitlerin her biri ayrı bir akde şâhitlikte bulunmuş olurlar. Böylece de akitlerden hiçbiri iki şâhitle ispat edilmiş olmaz.⁵⁵³

Sebepteki uyumsuzluğa gelince bu da malda ve borçta vuku bulur.

Maldaki uyumsuzluk, mal davasında şâhitler mülkiyetin sebebinde ihtilaf etseler şehâdetleri reddolunur. Örneğin, şâhitlerden biri mülkiyet sebebine satın alma diğeri ise bağış dese şehâdetleri reddedilir. Böyle bir durumda davacı şâhitlerden hangisini kabul etse diğeri yalanlamış durumuna düşer.⁵⁵⁴ Böylece şâhitlerin sayısı bire düşecek ve gerekli nisaba ulaşılmamış olacaktır.

Borca gelince, borcun sebebindeki uyumsuzlukta şehâdetin reddedilmesini gerektirir. Örneğin, alacak davasında şâhitlerden birisi bu borca, emanet olduğu doğrultusunda şehâdetinde bulursa reddolunur. Ancak, davacı sebep göstermeksizin bin kuruş dava etse ve şâhitlerden birisi bin kuruş borcu, diğeri de bin kuruş emaneti davacının ikrar ettiğine şâhitlikte bulunsalar kabul edilir.⁵⁵⁵

1.1.7. Şâhitlerin Tezkiyesi (Güvenilirlik Soruşturması)

Bir şâhidin şehâdetini reddetmeye esas olacak bir kusurunu meydana çıkarmaya cerh,⁵⁵⁶ mahkemede şâhidin dini bütün, sözünde güvenilir olduğunu ortaya koymaya ta'dîl ya da tezkiye denmektedir.⁵⁵⁷

Mahkemede şehâdetinde bulunacak kimselerin dürüst olup olmadıklarını ortaya koymak önemlidir. Çünkü yapılan şehâdet mahkemenin seyrini etkileyecek ve nihayetinde verilecek kararın doğru ya da yanlış olmasında katkıda bulunacaktır. Muhâkemede, şâhidin dünyevî bir menfaat için yalancı şâhitlikte bulunabileceği göz önünde bulundurularak bu tür bir şehâdeti mümkün olduğu kadar bertaraf edebilmek için böyle bir yöntem ortaya koyulmuştur. Bu bağlamda yapılan işlemlere Arapça'da ta'dîl ya da tezkiye; Türkçe'de ise güvenilirlik soruşturması denmektedir.

Mahkemede şâhitler ifadesini verdikten sonra hâkim davalıya "*ne söylersin, şâhitlerin ifadeleri doğru mudur?*" şeklinde soru yöneltir. Davalı da hâkimin yönelttiği bu soruya "*evet ifadeleri doğrudur ya da şâhitler şehâdetlerinde dürüsttürler*" şeklinde

⁵⁵³ Kâsânî, *a.g.e.*, VI, 279; Bayındır, *a.g.e.*, s. 178.

⁵⁵⁴ Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 487.

⁵⁵⁵ Mecelle, md., 1581; Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 487-488.

⁵⁵⁶ Erdoğan, *a.g.e.*, s. 71; Tuncay Başoğlu, "Tezkiye", md., *DİA*, XLI, İstanbul, 2012, 77.

⁵⁵⁷ Erdoğan, *a.g.e.*, s. 533; Başoğlu, "Tezkiye", md., XLI, 77.

cevap verirse dava konusunu ikrar ve itiraf etmiş olur. Böyle bir durumda hâkim kararını yapılan şehâdete değil, davalının ikrar ve itirafına istinat eder. Ancak davalı, "bu şâhitler yalancı şâhitlikte bulunuyorlar" ya da "bu şâhitler dürüsttürler" demesine rağmen dava konusunu kabul etmeyecek olsa hâkim bu durumda karar vermeyip şâhitlere gizli ve açık güvenilirlik soruşturması açar.⁵⁵⁸ Bu soruşturmayı yapmaksızın hâkimin vereceği karar geçersizdir.⁵⁵⁹ Had ve kısas davalarından başka davalarda şâhitlik edenlere davalı tarafından ta'n edilmezse Ebu Hanife'ye göre tezkiye gerekmez. İmam Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'e göre de her hal ve şartta şâhitlerin tezkiye edilmeleri lazımdır. Şâhitler tezkiye edilmeksizin verilen kararlar sahih olmaz. Eğer davalı, şâhitleri tan eder ya da had ve kısas davalarına ait davalarda şâhitlik edilirse şâhitlerin tezkiyesi icma gereği lazımdır.⁵⁶⁰ Mecelle 1716'ncı maddesi İmam Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'in bu husustaki görüşlerini esas almıştır.

Şâhitlerin açık ve gizli tezkiyeleri bağlı buldukları yerlerden yapılır. Öğrenci ise hocalarından ve o kurumun güvenilir mensuplarından, asker ise taburunun subay ve memurlarından, memur ise amiri ve görevlilerinden, ticaret erbabı ise o kişiyi tanıyan güvenilir tüccarlardan, bunların haricinden ise mahalle ya da köyünün güvenilir halkından soruşturulup tezkiye edilirler.⁵⁶¹

İstisnaî bir durumu yabancılar oluştururlar. Böyle bir durumda şâhit yabancı ise (örneğin davaya şâhit olarak katıldığı yere turist olarak ya da misafir olarak gelen kimseler böyledir) hâkim şâhide kendisini o bölgede tanıyanın olup olmadığını sorar. Eğer şâhit isim zikrederse ve aynı zamanda bu kişiler de güvenilir ise bunlara sorularak şâhit tezkiye edilir. Ancak güvenilir bulunmazlarsa ya da şâhit o yöreden kendisini tanıyan kimse ismi zikredemezse, o şâhit, hâkimin mükellefiyetinde bulunan bölge haricinden gelmiş ise o bölgenin hâkimi aracılığıyla tezkiye ettirilir.⁵⁶²

Tezkiye işlemleri hem açık hem de gizli olarak yapılmaktadır.

Gizli tezkiye işlemleri mestûre ismi verilen belge ile yapılır. Bu belgede şunlar yazılıdır:

⁵⁵⁸ Mecelle, md., 1716.

⁵⁵⁹ Çatalcalı, *a.g.e.*, I, s. 357.

⁵⁶⁰ Molla Hüsrev, *a.g.e.*, II, 459.

⁵⁶¹ Mecelle, md., 1717.

⁵⁶² Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 512.

1) Davacının ve davalının isimleri ve dava konusu

2) Şâhitlerin isimleri, baba ve dedelerinin isimleri, şöhret ve sanatlarıyla eşkâli.

Eğer bir bölgede gayet iyi tanınan biriyse sadece isim ve şöhretlerinin yazılması yeterli görülmüştür. Yani bu tarifte esas olan şâhitleri başka insanlardan ayıracak şeylerin ifade edilmesidir.

3) Bunlardan her birinin ikametgâhı yazılır.

Belge böylece hazırlandıktan sonra hâkim tarafından bir zarf içine konur. Üzeri de mühürlenir. Şâhitlerin tezkiye işlemlerinin yürütecek kişilere (müzekkî) gönderilir. Müzekkîler mestûreyi açıp okurlar. Mesturede isimleri zikredilen şâhitler güvenilir kimselerse müzekkî tarafından isimleri altına "*âdil ve şehâdetleri makbuldür*" yazılır ve imzalanır. Sonrasında mestûre kimseye gösterilmeden zarfa konur ve zarfın üzeri müzekkîye ait bir mühürle mühürlenerek hâkime gönderilir.⁵⁶³

Müzekkîler, mesturede şâhitler hakkında "*âdil değillerdir, hallerini bilmeyiz, Allah bilir*" gibi lafızlar kullanmışlarsa ya da hiçbir şey yazmayarak mesture iade edilmişse bu durumda şâhitler güvenlik soruşturmasından olumsuz not almışlardır ve hâkim tarafından şehâdetleri reddolunur.⁵⁶⁴

Davacı, cerh edilen şâhitlerini güvenilir başka kişiler tarafından tezkiye edileceğini iddia eder ya da şâhitlerimin durumunu başka kimselerden sor derse hâkim bu talebi kabul eder. O şahıslar dürüst ve güvenilir olup şâhitleri tezkiye ederlerse hâkim önceki müzekkîlere şâhitleri uygun görmemelerinin sebeplerini sorar. Eğer bu müzekkîlerin belirtecekleri sebepler şehâdetin reddini gerekli kılacak şeyler ise hâkim önceden yapılan cerhi kabul ederek ikinci tezkiyeyi reddeder. Ancak hâkim, birincilerin belirttikleri sebepler makbul olmazsa ikinci tezkiyeyi kabul eder. Gizli tezkiye işlemi böylece sona erer.⁵⁶⁵

Gizli soruşturma yürütüldükten sonra mesturede şâhidin güvenilir olduğu ifade edilirse açık tezkiye işlemi başlatılır.⁵⁶⁶ Açık tezkiye şöyledir: Hâkim müzekkîleri

⁵⁶³ Mecelle, md., 1718.

⁵⁶⁴ Mecelle, md., 1719; Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 514; Bayındır, *a.g.e.*, s. 183.

⁵⁶⁵ Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 155; Bayındır, *a.g.e.*, s. 183.

⁵⁶⁶ Mecelle, md., 1719.

çağırır. Davalı, davacı, şahitlerde hazır bulunurlar.⁵⁶⁷ Hâkim müzekkîlere "*sizin tezkiye ettiğiniz şahitler bunlar mıdır?*" der. Ya da "*bunlar âdil ve makbulü 'ş-şehade midirler?*" sorusuna açıklık getirirler.⁵⁶⁸

Bundan başka, şahitler, davacı ve davalıyla tezkiye memurunun refakatiyle müzekkîlerin yanlarına gönderilerek yerinde açık tezkियeleri yapılabilir.⁵⁶⁹ Açık tezkियeye de şahitlerin güvenilir oldukları tespit edildikten sonra hâkim onların şehâdetlerine istinat ederek hükmünü vermek mecburiyetindedir.⁵⁷⁰ Çünkü artık şahitlik delil olarak kullanılabilir kadar objektif boyut kazanmıştır.⁵⁷¹

Gizli soruşturma şahitlik gibi olmadığından dolayı sadece bir şahsın bilgisine başvurulması yeterli olsa da ihtiyat gereği iki kişi olmalıdır.⁵⁷² Gizli soruşturmada bulunacak kişiler şahitlerin anne-babası ve evladı-torunları gibi usûl ve fûrûdan kimseler olabileceği gibi eşlerden birisi de olabilmektedir.⁵⁷³

Açık tezkiyeye gelince bu şehâdet kabilinden olduğu için burada şahitliğin şartları ne nisabı aranır.⁵⁷⁴ Buradan da anlaşılıyor ki açık soruşturma yapacak kimsenin dürüst, bülûğa ermiş, hür, gözleri görür, hadd-i kazifle cezalandırılmamış olması ve deli olmaması gerekmektedir.

Davacı ve davalının belirli bir kimsenin yapacağı güvenilirlik soruşturmasına razı olurlarsa bu durumda o belirli kişinin yapacağı tezkiye yeterlidir. Bu hükümde icma oluşmuştur.⁵⁷⁵ Açık tezkiyede bulunan kimselerin şehâdet cümlelerini kullanmaları gerekmez. Bu, tezkiyenin bilirkişilik bağlamında değerlendirilmesinden dolayıdır.⁵⁷⁶ Yukarıdaki ifadelerden de anlaşılacağı gibi gizli ve açık tezkiyede bulunan kimselerin aynı kişiler olması gerekmemektedir.⁵⁷⁷

Müzekkî dürüst, güvenilir, şehâdetin reddini mucip hususlara vakıf, maddî durumu iyi olmalıdır. Aynı zamanda dünya hırsı olmayan biri olmalıdır. Fakir bir

⁵⁶⁷ Mecelle, md., 1720.

⁵⁶⁸ Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 155.

⁵⁶⁹ Mecelle, md., 1720.

⁵⁷⁰ Molla Hüsrev, *a.g.e.*, II, 457.

⁵⁷¹ Bayındır, *a.g.e.*, s. 185.

⁵⁷² Mecelle, md., 1721.

⁵⁷³ Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 155.

⁵⁷⁴ Mecelle, md., 1722.

⁵⁷⁵ Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 512.

⁵⁷⁶ Mecelle, md., 1722.

⁵⁷⁷ Bayındır, *a.g.e.*, s. 185.

kimsenin dünya malıyla aldatılabilme tehlikesi vardır.⁵⁷⁸ Bu hususları haiz bir Müslüman tarafından Müslüman olmayan bir şahit bile tezkiye edilebilir.⁵⁷⁹

Şâhitle onu tezkiye edecek kimseler arasında husûmet bulunmamalıdır. Aralarında bilinen bir husûmet varsa müzekkîye şahit tezkiye ettirilmez.⁵⁸⁰ Tezkiyede bulunacak kimseler tezkiye edilmezler.⁵⁸¹

İki şahitten biri diğerini tezkiye edebilir.⁵⁸² Ancak bu tezkiye kendi şahitliğinin kabul edilmesi amacına yönelik bir töhmetten beri olmayacağından dolayı bazı fakihler tarafından kabul edilmemiştir.⁵⁸³

Müzekkîler halk arasına girip onların durumlarına vakıf olabilen kadınlardan da olabilir. Bir kadın kendi kocasına ya da bir başkasını gizli olarak tezkiye edebilir. Tezkiye, dini konulardan addedildiğinden dolayı bu konuda erkek-kadın birdir. Ancak şahit kadın olursa onun kadınlara tezkiye ettirilmesi daha makbuldür. Çünkü kadınların evlerde olan durumlarını aslında kadınlardan daha iyi bir şekilde erkekler bilemez. Ancak halk arasına girmeyen kadınların tezkiyeleri muteber olmaz. Çünkü halkın durumunu bilmezler.⁵⁸⁴

Tezkiye işlemlerinin tamamlanmasından sonra dahi hâkimin şahitlerden şüphesi olursa ifadelerine göre hüküm vermeyi biraz daha erteleyip şahitlerin durumunu tekrar araştırabilir. Örneğin, davacı davasını şahitlerle ispat ettiği ve şahitler usûlüne uygun bir biçimde gizli ve açık tezkiyeye tabi tutularak soruşturulduğu zaman hâkim meşru bir sebebe istinaden şahitlerin yalancılığından şüphelenirse durumlarını soruşturmak için güvenilir bir görevlisini şahitlerin içli-dışlı buldukları ve sözlerine güvenilir kimselere göndererek iyice soruşturabilir. Sonuçta güvenilmeyecek bir durumda oldukları ortaya çıkarsa şehâdetlerini reddeder.⁵⁸⁵

Müslüman olmayan şahitlerde tezkiye işlemine tabi tutulurlar. Kendi dinlerine göre dindar, elinden ve dilinden emin olunan, ahlaklı ve güvenilir bir ehl-i kitap zahiren güvenilir ve dürüst sayılır. Bunun sebebi, yalan söylemek her dinde yasaklanmıştır.

⁵⁷⁸ Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 511.

⁵⁷⁹ *a.e.*, IV, 511.

⁵⁸⁰ *a.e.*, IV, 511.

⁵⁸¹ Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 353.

⁵⁸² Molla Hüsrev, *a.g.e.*, II, 480.

⁵⁸³ Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 511; Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 153; Bayındır, *a.g.e.*, s. 186.

⁵⁸⁴ Bayındır, *a.g.e.*, s. 186.

⁵⁸⁵ Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 770; Bayındır, *a.g.e.*, s. 187.

Kendisinde bu özellikler bulunan bir gayrı müslim de görünüşte yalan söylemek istemez.⁵⁸⁶

Bir hukuk davasında şahitler ifadelerini vermelerinin akabinde vefat etseler ya da kaybolsalar, hâkim bu durumda şahitleri soruşturarak karar verebilir.⁵⁸⁷ Her ne kadar açık soruşturma yapılırken şahitlerin hâkim huzurunda hazır bulunmaları şartsa da bu madde istisna tutularak kabul edilmiş ve şahitler doğal bir sebeple hazır bulunamadıkları takdirde gizli ve açık soruşturmalarının yapılması caiz kabul edilmiştir. Ancak şehâdette bulunduktan sonra âmâ, dilsiz ya da fasık olsalar bundan sonra şehâdetleriyle hüküm verilemez.⁵⁸⁸

Had ve kısas davalarına şehâdette bulunan kimseler ölseler ya da kaybolsalar hâkim onların şehâdetlerine istinat ederek bu davalarda hüküm veremez. Hüküm verdikten sonra cezanın uygulanması konusunda da hüküm aynıdır. Henüz ceza uygulanmadan şahitlerde körlük ya da dilsizlik gibi şehâdete engel bir durum ortaya çıkarsa bu durumda verilen hüküm uygulanamaz. Tekrardan yargılama yapılması ve şahit dinlenmesi gerekmektedir.⁵⁸⁹

Müzekkîlerden bir kısmı şahidi cerh ederek şehâdetini reddetse, bir kısmı da tezkiye etse hâkim cerhi tercih eder ve onların şehâdetiyle hüküm vermez.⁵⁹⁰ Tezkiyede bulunanlar on kişi olmaları durumunda, cerh edenler de iki kişi olsalar yine de cerh tarafı ihtiyar olunur. Ancak şehâdette bulunanları bir kişi cerh etse ve iki kişi tezkiye edecek olsa bu durumda şehâdet kabul olunur.⁵⁹¹

Bir hâkim yanında bir husus için güvenilirliği sabit olan şahitler, yine o hâkimin huzurunda başka bir hususa şehâdette bulursalar, eğer aradan altı ay geçmişse hâkim onları tekrar soruşturmaya tabi tutmayabilir.⁵⁹² Müzekkîler şahitlerin durumuna tamamen vakıf olmadıklarında tezkiyeden kaçınmalıdırlar. İmam Muhammed bu konuda şöyle görüş beyan etmiştir: "*Şâhitliklerini kabul edeceğim birçok kişi vardır ki, tezkiyelerini kabul etmem.*"⁵⁹³

⁵⁸⁶ a.e., s. 187.

⁵⁸⁷ Mecelle, md., 1726.

⁵⁸⁸ Ali Haydar, a.g.e., IV, 524.

⁵⁸⁹ a.e., IV, 524.

⁵⁹⁰ Mecelle, md., 1725.

⁵⁹¹ Bilmen, a.g.e., VIII, 156.

⁵⁹² Mecelle, md., 1723.

⁵⁹³ Ali Haydar, a.g.e., IV, 516.

Müzekkî tezkiyede bulunmak için aşağıda yer verilecek şartların var olup-olmadığına bakmalıdır:

- 1) Şâhitlik adaletli bir hâkimin huzurunda yapılmış olmalıdır.
- 2) Müzekkî, şâhitle ortaklık ya da yolculuk gibi bir şey yapmış olmalı ve o şekilde şâhidin halini tecrübe etmiş olmalıdır.
- 3) Şâhit Müslümansa, cami ve mescitlerde namaza devam ettiğini bilmelidir.
- 4) Şâhit alış-verişte doğru dürüst biri olmalıdır.
- 5) Şâhit, emanete ihanet etmemelidir.
- 6) Şâhit doğru sözlü olmalıdır.
- 7) Günah-ı kebâirden uzak, günah-ı sağâiri de sürekli işlemeyen ve onur kırıcı davranışlardan sakınan bir kimse olmalıdır.
- 8) Mahalleye yeni gelmiş ve kısa süreli tanışıklığı olan bir kimse olmamalıdır.⁵⁹⁴

Tezkiye kapsamında olan bir başka kavram vardır ki o da cerhtir. Cerh, "*bir şâhidin şehâdetinde redde esas olacak bir kusurunu ortaya çıkarma*"⁵⁹⁵ anlamına gelmektedir. Aynı zamanda davalı, şâhitleri herhangi bir biçimde suçluyorsa buna cerh denmektedir. Ali Haydar'ın tanımıyla da cerh, şâhidin dürüstlüğüne zedeleyen ve fiskını gösteren herhangi bir şeyi meydana çıkarmaktır.⁵⁹⁶

Muhâkemede şâhitlerin tezkiyesinden önce ya da sonra, davalı şâhitleri, bir menfaat elde etmek ya da kendilerine dokunacak bir zararı defetmek için şâhitlik yaptıklarıyla itham ederse, hâkim davalıdan bu iddiasını ispat etmesini ister. Bundan sonra davalı bu iddiasını ispat edebilirse şâhitler reddedilir. Ancak davalı bu iddiasını tezkiyeden önce ispat edemezse şâhitler tezkiye edilir. Bu iddia tezkiyeden sonra olmuşsa o takdirde yapılan tezkiye geçerlidir. Ve tezkiyenin akabinde hâkim şâhitlerin şehâdetine dayanarak hükmünü verir.⁵⁹⁷

Cerh, cerhi mücerret ve cerhi mürekkep olmak üzere iki başlık altında incelenmektedir. Cerhi mücerret, şâhidi fasık durumuna düşüren ancak haklarında

⁵⁹⁴ *a.e.*, IV, 516-517.

⁵⁹⁵ Erdoğan, *a.g.e.*, s. 71.

⁵⁹⁶ Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 521.

⁵⁹⁷ Mecelle, md., 1724.

herhangi bir dava açılmasını mucip olmayan suçlamalardır.⁵⁹⁸ Örneğin, davalının şahit hakkında *"fasıktır, ya da faiz yemektir ya da davacı şahitleri ücretli tutmuştur"* şeklindeki suçlamaları bu kapsamdadır. Çünkü bu iddialara dayanılarak mahkemede dava açılıp bir hükme varılamaz. Çünkü fasık, tevbe ettiğinde fasıklığından kurtulur. Şâhitlerin ücret mukabilinde tutulduğu iddiası, ithamdan öte bir iddia olmakla beraber, bunu ispat etmek için bir davacının bulunması gerekmektedir. Çünkü bu sözü söyleyen davalının, verildiğini iddia ettiği ücretle bir ilişkisi bulunmamaktadır.⁵⁹⁹ Davalının bu iddialarını ispat etmesi tamamen sonuçsuz kalmaz. Şâhidin ilgili konudaki şehâdeti kabul edilmediği gibi ücret mukabili şehâdetinde bulunduğu ispat olunursa kendisine ta'zir grubundan bir ceza uygulanır.⁶⁰⁰

Cerhi mürekkebe gelince, mahkemede karar altına alınabilecek surette ya kamu hakkının (hukukullah) ya da şahıs hukukunun ihlal edilmiş olmasını gerektiren bir suçlamadır. Davalının *"bu şahitler şu kadar paramı çaldılar ya da aleyhime şahitlik etmemek üzere benden şu miktarda rüşvet aldılar"* şeklinde iddiada bulunması gibi. Çünkü davalı bu iddiayı ispat ederse o parayı şahitlerden geri alabilir.⁶⁰¹ Davacının şahitler hakkında *"fasık olduklarını ya da yalancı şahitlikte bulduklarını ya da bu şehâdeti para karşılığında yaptıklarını, bizzat şahitlerin kabul ve itiraf ettiklerini"* iddia etmesi durumunda da durum aynıdır.⁶⁰² Bu iddiaları ispat etmek üzere gelen şahitler dinlenir. Çünkü bunların bir kısmı şahıs hakkı bir kısmı da Allah hakkı ile alakalıdır. Bu hakların korunması gerekmektedir.⁶⁰³

Davalı yaptığı suçlamayı ispat edemezse, iddia, şahıs hakkı ile alakalıysa şahitlere yemin ettirilir. Örneğin, davalı aleyhinde şehâdetinde bulunmamaları için şahitlere kendisinin rüşvet verdiğini iddia ettiği halde bu iddiayı ispat edemezse şahitlere parayı almadıklarına dair yemin ettirilir. Yemin ederlerse davalının yaptığı suçlama geçersiz olur ve şahitler kabul edilir.⁶⁰⁴ Hâkimin şahitleri tezkiye ederek karar vermesinden sonra yapılan her türlü suçlama geçersizdir.⁶⁰⁵

⁵⁹⁸ Molla Hüsrev, *a.g.e.*, II, 470.

⁵⁹⁹ *a.e.*, II, 470; Bayındır, *a.g.e.*, s. 190.

⁶⁰⁰ *a.e.*, s. 190.

⁶⁰¹ Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 157; Bayındır, *a.g.e.*, s. 191.

⁶⁰² Molla Hüsrev, *a.g.e.*, II, 471.

⁶⁰³ *a.e.*, II, 471.

⁶⁰⁴ Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 157.

⁶⁰⁵ Çatalcalı, *a.g.e.*, I, 357; Bayındır, *a.g.e.*, s. 191.

1.1.8. Şâhitlere Yemin Ettirmek

Hz. Ali ve fukahâdan İbn Ebî Leylâ şâhîde, ifadesinin yalan olmadığı mevzusunda yemin ettirilmesi görüşündeydiler.⁶⁰⁶ Bu görüş, birçok fıkıhçı tarafından muteber görülmemiştir. Mecelle ve fetva kitaplarının bazılarında şâhîde yemin ettirilmesi kabul edilmiştir.⁶⁰⁷

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin bu konudaki ifadeleri şu şekildedir: Hüküm henüz verilmeden karşı taraf hâkimden şâhitlere şehâdetlerinde yalancı olmadıkları hususunda yemin ettirilmesini isteyebilir. Böyle bir durumda yapılan şehâdetin yemin ile kuvvetlendirilmesine ihtiyaç duyulursa, hâkim şâhitlere yemin ettirebilir. Hatta hâkim şâhitlere "*yemin etmeniz durumunda şehâdetinizi kabul ederim yoksa reddederim*" diyebilir.⁶⁰⁸

1.1.9. Yalancı Şâhitlik

Bir şâhidin yalancı çıkması ya kendi kendini yalanlamasıyla ya da mahkemeye verdiği ifadenin gerçeklere aykırılığının ortaya çıkmasıyla olmaktadır.⁶⁰⁹ Şâhidin kendi kendisini yalanlaması hâkimin huzuruna çıkarak, yalancı şâhitlik ettiğini ya da ifadesinin yanlış olduğunu ifade etmesiyle meydana çıkar.⁶¹⁰ Şâhitlerin yalancılıkla ilgili ikrar ve itirafları hâkim önünde olursa bir hukuki netice ortaya çıkarır. Hâkim huzuru dışındaki yerlerde yaptıkları ikrar ve itirafları muteber değildir.⁶¹¹ Bu konuda dava açılıp şâhit dinlenemez. İnkâr halindeyse, karşı tarafa yemin teklif edilemez.⁶¹²

Mahkeme dışındaki yerlerde şâhitlikten dönüş sahih olmadığına göre, aleyhinde şehâdette bulunan kişi iki şâhidin yaptıkları şehâdetten döndüğünü iddia edecek yahut şehâdetlerinden dönemediklerine dair yemin etmelerini isteyecek olursa, bu durumda yemin etmezler. Aynı şekilde aleyhinde şehâdette bulunan kişi böylece bir dönüşe dair delil getirecek olursa kabul edilmez. Çünkü o batıl bir dönüşün yapıldığı iddiasındadır. Zira bu şehâdetten dönüş mahkemeden başka bir yerde yapılmıştır. Delilin ortaya koyulması ve yemin yapılmasının istenmesi ise ancak sahih bir iddia

⁶⁰⁶ Serahsî, *a.g.e.*, XVI, 118; Ali Haydar, *a.g.e.*, VI, 524.

⁶⁰⁷ Serahsî, *a.g.e.*, XVI, 119.

⁶⁰⁸ Mecelle, md., 1721.

⁶⁰⁹ Bayındır, *a.g.e.*, s. 192.

⁶¹⁰ Molla Hüsrev, *a.g.e.*, II, 482.

⁶¹¹ Kâsânî, *a.g.e.*, VI, 285; Mecelle, md., 1731.

⁶¹² Kâsânî, *a.g.e.*, VI, 285.

hakkında kabul edilmektedir. Bunun delili, eğer fiilen beldenin hâkiminin huzurunda şâhitlikten döndüğüne ve hâkimde onun aleyhinde mal tazminatı hükmünü verdiği dair delil ortaya koyacak olursa o zaman onun bu delili kabul edilir.⁶¹³

Bazı fıkıhçılar şâhitlerin yalancı şâhitlikte bulduklarını itiraf ettiklerinin davalı tarafından ispat edilmesini kabul etmişlerdir. Bunlara göre davalının getireceği şâhitler, esas davaya şâhit olanların yalancı şâhitlikte bulduklarını ya da yanlış ifade verdiklerini hâkim huzurunun dışında bir yerde ikrar ve itiraf ettiklerine şehâdette bulunurlarsa bu şâhitlerin gelerek hâkim önünde kendilerini yalanlamaları gibi kabul edilmektedir.⁶¹⁴

Şâhitlerin yalancı çıkmasının bir diğer şekli de verdikleri ifadenin gerçeklere aykırı olduğunun ortaya çıkmasıyla olmaktadır. Bu duruma "hükmen ikrar" denmektedir. Örneğin, Bir kimsenin ölümüne şâhitlikte bulunmuşken o kimsenin yaşadığının ortaya çıkması bu bağlamdadır.⁶¹⁵ Mecelle'nin 1731. maddesine göre bir kimse, bir hâkimin önünde şehâdette bulunmasının akabinde başka bir hâkimin önünde kendini yalanlarsa bu da geçerlidir.

Şâhitler hâkim kararını vermeden önce şehâdetlerinden dönerlerse verdikleri ifadeler hüküm için değerlendirilmeyip kendilerine ta'zir cezası uygulanır.⁶¹⁶ Ancak, şâhitler hâkimin hükmünü vermesinden sonra şehâdetlerinden dönerseler bu sahih değildir. Böyle bir durumda verilen hüküm bozulmaz ve hâkimde hükmünü feshetmez. Bu konu da fukahâ ittifak etmişlerdir.⁶¹⁷

Hükmün verilmesinden sonra şâhitlikten dönüş şu sonuçları doğurur: Şâhitler aleyhinde şâhitlik ettikleri kimsenin şehâdetleri sebebiyle telefine sebep oldukları mal ya da diyetin tazminatını öderler.⁶¹⁸ Çünkü şâhitler tazminat sebebinin kendi aleyhlerine ikrar etmişlerdir. Çünkü şâhitler haksız yere aleyhinde şehâdette bulunduğu kimsenin elinden malın çıkmasına sebep olmuşlardır. Böyle bir durumda tazminat şâhitler arasında paylaşılır. Şayet aleyhinde şâhitlik ettikleri kimse telef edilen şeyinin bedelini almış ise şâhitlerin tazminat ödemeleri gerekmez. Eğer şehâdet, örneğin hadd-i

⁶¹³ Zuhaylî, *a.g.e.*, VI, 577.

⁶¹⁴ Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 526.

⁶¹⁵ *a.e.*, IV, 526.

⁶¹⁶ Molla Hüsrev, *a.g.e.*, II, 483.

⁶¹⁷ Zuhaylî, *a.g.e.*, VI, 577.

⁶¹⁸ Mecelle, md., 1729; Molla Hüsrev, *a.g.e.*, II, 483.

zinaya dair olursa, sonra şâhitlerin tamamı ya da bir kısmı şehâdetlerinden dönecek olurlarsa bu durumda da onlara hadd-i kazif uygulanır.⁶¹⁹ Eğer hâkimin verdiği hüküm had ve kısas cezalarıyla ilgili olup henüz uygulanmamışsa bu durumda ceza uygulanmaz.⁶²⁰

Mahkemede yalancı şâhitlikte bulunan ve bu yalancı şâhitliği tespit edilen şâhitlere birtakım cezalar uygulanmaktadır. Zina davasında şehâdette bulunan kişilerin yalancı oldukları ispatlanırsa, bu kişilere zina iftirası cezası tatbik edilir. Zina davası haricindeki bir davada yalan şehâdette bulunanlar için had cezası uygulanmamaktadır.⁶²¹

Zina, ancak dört erkeğin şâhitliği ile hüküm altına alınabilen bir davadır. Hâkim kararını vermeden önce, şâhitlerin tamamının ya da bir kısmının yalancı şâhitlikte buldukları ispatlanırsa hepsine de hadd-i kazif tatbik edilir.⁶²²

Hâkim hükmünü vermiş ve ceza henüz tatbik edilmemiş ise, bu durumda da şâhitlerin hepsine hadd-i kazif tatbik edilir. İmam Muhammed'e göre bu durumda yalnız kendini yalanlayana hadd-i kazif uygulanır.⁶²³ Ancak zanlıya hadd-i zina cezası uygun görülüp de tatbik edildikten sonra, şâhitlerden kendisini yalanlayan olursa, yalnızca kendisini yalanlayan şâhide hadd-i kazif cezası tatbik edilir.⁶²⁴

Hâkimin hüküm vermesinden önce şâhitler yalancı çıkarlarsa kendilerine ta'zir cezası tatbik edilir.⁶²⁵ Şâhidin yalancı çıkması, kasıtlı olarak yalancı şâhitlikte bulunması anlamına gelmektedir. Zina davası haricinde yalancı şâhitlikte bulunmanın kesin olarak belirlenmiş bir cezası bulunmamaktadır. Ebu Hanife'ye göre şâhide uygulanacak ta'zir cezası onu teşhir etmektir. Şâhit yalan yere (zûr) şehâdette bulunduğunu itiraf ve ikrar edecek olursa Ebu Hanife'ye göre, pazar esnafındansa pazarlarda teşhir edilir. Bu da ikinci namazından sonra insanların yoğun olduğu bir yerde icra edilir. Onunla beraber olan bir kişi şöyle der: "*Biz bunun yalan yere şehâdette bulunduğunu gördük. Bundan sakınınız. İnsanlara da bundan sakınmalarını söyleyiniz.*" Dövmekle ya da hapsedilmekle ta'zir edilmez. Çünkü bundan maksat yalancı şâhitlikte

⁶¹⁹ Serahsî, *a.g.e.*, XVI, 177; Zuhaylî, *a.g.e.*, VI, 577.

⁶²⁰ Molla Hüsrev, *a.g.e.*, II, 87; Bilmen, *a.g.e.*, III, 249, 257-258.

⁶²¹ Zuhaylî, *a.g.e.*, VI, 577-582.

⁶²² Molla Hüsrev, *a.g.e.*, II, 87.

⁶²³ Bayındır, *a.g.e.*, s. 195.

⁶²⁴ Kâsânî, *a.g.e.*, VI, 289; Zuhaylî, *a.g.e.*, VI, 582.

⁶²⁵ Dâmâd, *a.g.e.*, II, 221; Mecelle, md., 1728.

bulunan kimsenin bundan vaz geçmesini temin etmektir. Bu da teşhir ile gerçekleşir. Hatta insanlara göre bu teşhir o kimseyi dövmekten daha da etkilidir. Bu bakımdan bu teşhir ceza olarak kâfidir.⁶²⁶ Ebu Yusuf ve Muhammed'e göre, yukarıdaki uygulamayla beraber kendisine birkaç değnek vurulur ve ayrıca hapsolünür.⁶²⁷ Bu ihtilaf, yaptığına pişman olduğu durumdadır. Yalancı şehâdetine pişman olmayıp "*ben yalan yere şehâdette bulundum, yine de bulunurum*" derse o zaman dövülerek cezalandırılması noktasında icma oluşmuştur.⁶²⁸ Hâkimin hüküm vermesinden sonra yalancı çıkan şâhitlere tazminatın yanında ta'zir cezası da tatbik edilir.

Şâhitler karar verdikten sonra hâkimin önüne varıp kendi kendilerini yalanlarsa, hâkim verdiği hükmü bozmaz. Hüküm konusu şeyi şâhitlere tazmin ettirir. Burada tazminatın sebebi malın ya da canın itlafıdır. Çünkü şâhitler hâkimin hüküm vermesinin akabinde kendilerini yalanlamaları sebebiyle dava hakkında telefe sebep oldukları anlaşılır. Tazmin konusunda itlafa sebep olma bizzat itlaf addedilir.⁶²⁹ Bu da malın ya da canın telef edilmesi şeklinde ortaya çıkar. Her birinde ödenecek tazminat farklıdır.

Şâhitler aleyhinde şâhitlik ettikleri kimsenin şehâdetleri sebebiyle telefine sebep oldukları mal ya da diyetin tazminatını öderler.⁶³⁰ Çünkü şâhitler tazminat sebebini kendi aleyhlerine ikrar etmişlerdir. Çünkü şâhitler haksız yere aleyhinde şehâdette bulunduğu kimsenin elinden malın çıkmasına sebep olmuşlardır. Böyle bir durumda tazminat şâhitler arasında paylaştırılır. Şayet aleyhinde şâhitlik ettikleri kimse telef edilen şeyinin bedelini almış ise şâhitlerin tazminat ödemeleri gerekmez.⁶³¹

1.1.10. Şâhidin Sorumlulukları

Bir akit sırasında ya da bir olayın gerçekleşmesi sırasında şehâdette bulunacak kimseler yoksa kişinin şehâdetten kaçınması caiz değildir. Şâhit olduktan sonra da talep edildiğinde mahkemeye gelerek şehâdette bulunması o kimseye farz olur. Kendisinden başka şehâdette bulunacak kimselerin olması durumunda o takdirde şehâdetten kaçınabilir.⁶³²

⁶²⁶ Kâsânî, *a.g.e.*, VI, 289; Zuhaylî, *a.g.e.*, VI, 582.

⁶²⁷ *a.e.*, VI, 583.

⁶²⁸ Kâsânî, *a.g.e.*, VI, 289.

⁶²⁹ *a.e.*, VI, 283; Bayındır, *a.g.e.*, s. 196.

⁶³⁰ Molla Hüsrev, *a.g.e.*, II, 483; Mecelle, md., 1729;.

⁶³¹ Serahsî, *a.g.e.*, XVI, 177.

⁶³² Dâmâd, *a.g.e.*, II, 185-186.

Kişilerin, hadlerle ilgili davalarda şâhit olduğu şeyi gizleyerek o konuda şehâdette bulunmaması daha uygundur. Hadlerden hırsızlık davasına şehâdette bulunurken de "*malı aldı*" demeli "*çaldı*" dememelidir.⁶³³ Had cezasını gerektirecek davaların dışındaki Allah hakkına (kamu hukuku) hiç kimsenin isteği olmadan şehâdette bulunulması dini bir görevdir. Örneğin, kadını kocasının boşaması, köleyi efendisinin özgürlüğüne kavuşturması gibi konular böyledir.⁶³⁴ Mahkemeye davet edildiği halde mazeretsiz olarak şehâdetten kaçınan bir kimse bu hali ile günaha girmiş ya da fasık olmuş olacağından dolayı daha sonra şehâdette bulunmaya kalkacak olsa bu durumu kabul edilemez.⁶³⁵

1.1.11. Davalının Mahkemeye Getirdiği Şâhitlerin Durumu

Davalı, karşı dava açtığı takdirde iddiasını şâhitlerle ispat edebilir. Karşı dava açılmadıkça davalının getireceği şâhitler kabul edilmez. Örneğin, bir kimse hakkını talep etmek için dava açıp şâhitlerle ispat ettiği için hâkim, lehine hüküm verdiğinde aleyhine karar verilen taraf, "*o malın benim olduğu konusunda şâhit getirebilirim*" dese hâkim onun bu sözünü dinlemez. Ancak dinleyecek olsa, aynısını karşı tarafta tekrar eder ve dava uzar.⁶³⁶

1.1.12. Başkasından Duyulanla Yapılan Şâhitlik (Şehâdeh ale's-Şehadeh)

Bazı davalarda başka birisinden alınan bilgiler ve duyularla da şehâdette bulunabilir. Asıl şâhit hastalık, şehir merkezinden uzakta olma, hapiste olma yahut ölüm gibi sebeplerle mahkemeye gelerek ifade veremeyecek bir halde olursa bir başkasının, onun ağzından aldığı ya da ondan duyduğu bilgiyi hâkime şehâdet yoluyla haber vermesine şehâdeh ale's-şehadeh denmektedir.⁶³⁷ Bu nevi şehâdet, İslâm hukuku haricindeki hukuk sistemlerinde mevcut değildir.⁶³⁸

Bu başlık altında başkasından naklen şehâdette bulunabilme usûlü, şehâdeti yüklenme usûlü, başkasından naklen şehâdette bulunabilmenin şartları, böyle bir duruma mani olmayan haller, böyle bir durumda şehâdeti iptal eden haller, şâhitler

⁶³³ Bayındır, *a.g.e.*, s. 198.

⁶³⁴ Kâsânî, *a.g.e.*, VI, 282.

⁶³⁵ Bayındır, *a.g.e.*, s. 198.

⁶³⁶ Serahsî, *a.g.e.*, XVI, 148.

⁶³⁷ *a.e.*, XVI, 115; İbn Âbidîn, *a.g.e.*, IV, 608; Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 500-506; Bilmen, *a.g.e.*, VIII, s. 148.

⁶³⁸ Bayındır, *a.g.e.*, s. 199.

hakkında güvenilirlik soruşturması açma usûlü ve başkasından naklen şehâdette bulunanların yalancı çıkmalar incelenecektir.

Herhangi bir mazeretten dolayı mahkemeye giderek ifade veremeyecek bir halde olan şâhit, iki kişiyi çağırıp, *"ben şu mevzuya şu şekilde şâhidim, benim adıma siz şu şekilde şehâdette bulununuz"* diyerek kendisinin üzerinde bulunan şahitlik vazifesini o çağırıldığı iki kişiye verir. O iki kişi de bu görevi üstlenmeyi kabul ederseler, mahkemeye giderek asıl şâhitten duyduklarıyla şehâdette bulunabilirler. Burada şâhide "asıl", asıl şâhitten duyduklarıyla şehâdette bulunacaklara da "fer" ismi verilir. Şahitliğin üstlenilmesi, asıl ile fer'ler arasında bir akitle olur. Asıl şâhit, hangi konuya, ne şekilde şehâdette bulunduğunu açıkladıktan sonra fer' şahitlerden kendi adına bu şekilde şehâdette bulunmalarını talep eder. Fer' şahitlerde bu talebi kabul eder ya da susarak karşılarırsa görevi üstlenmiş kabul edilirler. Örneğin, asıl şâhit *"falan kızı falanın, benim yanımda falan kimseye on altı borcu olduğunu ikrar ve itiraf ettiğine şehâdette bulunurum. Bu şehâdetime sizde şehâdette bulunun"* şeklinde konuştuğunda fer' konumunda olan şâhit bu talebi kabul eder ya da susarak karşılarırsa, o kişiden naklen şehâdette bulunma vazifesini üstlenmiş olur.⁶³⁹

Başkasından duyulanla şehâdette bulunmanın da bir usûlü vardır. Buna göre fer' konumunda olan şahitler hâkim önünde aslın adı ile baba ve dedesinin adını söyleyerek *"falan oğlu falan oğlu falan, bu davalının bu davacıya on altın borcu olduğunu ikrar ettiğine şahitlik etti ve beni kendi şehâdetine şahit tuttu. Bende onun bu surette ki şehâdetine şahitlik ederim"* diyerek ifadesini verir.⁶⁴⁰

Başkasından duyulanla şehâdette bulunabilmek için gerekli şartlar şunlardır:

1) Asıl şâhidin mahkemeye gelmesini önleyen bir mazeret olmalıdır. Bu mazeret olmadığı durumda şahitlikte bulunmak asıl olan şâhide farzdır. Bu farzın düşmesi, ancak bir mazeretin ve zaruretin varlığına dayalıdır.⁶⁴¹ Bu mazeretler şöyledir:

a) Asıl konumunda olan şahidin ölmesi.

b) Asıl konumunda olan şahidin mahkemeye gelemeyecek kadar hasta olması.⁶⁴²

⁶³⁹ Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 504-505.

⁶⁴⁰ İbn Âbidîn, *a.g.e.*, IV, 608; Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 505.

⁶⁴¹ Muhammed b. Hüseyin, *a.g.e.*, I, 451.

⁶⁴² Kâsânî, *a.g.e.*, VI, s. 282; Muhammed b. Hüseyin, *a.g.e.*, I, 451.

c) Asıl Konumunda olan şâhidin bir sefer mesafesi uzakta olması. Sefer mesafesi uzaklık, Mecelle'nin 1664'üncü maddesine göre, normal bir yürüyüşle üç günlük, yani on sekiz saatlik bir mesafedir.

d) Asıl konumunda olan şâhidin erkekler arasına girmeyen bir kadın olması da mazeret kabul edilir. Bu durumdaki bir kadının işini yürütmek ya da hamama gitmek için evinden ayrılması buna engel değildir.⁶⁴³

2) Fer' konumunda olan şâhit, şehâdetinde bulunduğu zaman, asıl şâhidin şahitlik ehliyetinin devam etmesi şarttır. Buna göre fer' daha şehâdetinde bulunmadan asıl şâhit kör olsa ya da delirse yahut fasık durumuna düşse fer'in şehâdeti kabul edilmez.⁶⁴⁴

3) Fer' konumunda olan şâhit, şahitlikte bulunurken asıl şâhidin adını, dedesinin ya da babasının isimlerini söylemeli ve kendisine şahitlik görevini verdiğini söylemelidir. Bu surette, bilerek şehâdetinde bulunduğu anlaşılır. Eğer şahitlik yapma vazifesini kendisine yüklediğini söylemezse şehâdeti kabul edilmez.⁶⁴⁵

4) Şehâdetinde bulunanların tamamının fer'en şâhit olması şart değildir. Ancak şehâdetinde bulunanlardan birinin kendi yerine asaleten, diğerinin yerine de fer'en şahitlikte bulunması reddedilir. Çünkü bu durumda şahitliğe konu olan şeyin yarısı kendisinin asaleten yaptığı şahitlikle dörtte biri de başkasından yaptığı şahitlikle sabit olmuş olur. Hâlbuki bir şâhitle şahitlik konusu şeyin dörtte üçünün sabit olması meşru değildir.⁶⁴⁶

5) Kadın ya da erkek olsun, her asıl şâhit adına şehâdetinde bulunacak fer'lerin iki erkek ya da bir erkek iki kadın olmaları şarttır.⁶⁴⁷

Aşağıda üç maddede yer verilecek durumların olması başkasından duyulanla şahitlikte bulunmaya engel değildir. Bunlar şöyledir:

1) Bir dava da iki şâhitten biri, asıl şâhit olarak, diğerinin yerine de fer' şâhitler dinlenebilir.

⁶⁴³ İbn Âbidîn, *a.g.e.*, IV, 608.

⁶⁴⁴ *a.e.*, IV, 610; Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 149.

⁶⁴⁵ Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 502.

⁶⁴⁶ Serahsî, *a.g.e.*, XVI, 138; Bayındır, *a.g.e.*, s. 201.

⁶⁴⁷ Serahsî, *a.g.e.*, XVI, 138-139.

2) Bir asıl şahidin adına şehâdette bulunan fer' şahitler aynı davada ikinci asıl şahidin adına da şehâdette bulunabilirler.⁶⁴⁸ Böyle bir halde, yöntemine uygun bir şekilde, ilk olarak birincinin sonra da ikincinin adına şehâdette bulunurlar.⁶⁴⁹

3) Fer' konumunda olan şahitler davalıyı tanımayabilirler. Bu halde aleyhinde şehâdette bulunacakları kişinin kim olduğunu davacının ispat etmesi gerekmektedir.⁶⁵⁰

Başkasından duyulanla yapılan şahitlik had ve kısas davaları dışında bütün davalarda geçerlidir.⁶⁵¹ Had ve kısas insana uygulanabilecek en ağır cezalardır. Beraat-i zimmet asıl⁶⁵² olduğundan dolayı bir insana böyle ağır bir ceza uygulayabilmek için suçun bütün şüphelerden arınmış bir şekilde ispatlanması gerekmektedir. Ancak başkasından duyularak yapılan şahitlik hiçbir durumda şahsın bizzat tanık olduğu bir olaya yaptığı şahitlik gibi değildir. Haber, ağızdan ağıza dolaşınca, onda ufak tefek fazlalıklar ya da eksiklikler olması mümkündür. Başka bir kimseden duyularak icra edilen şehâdet bir erkek ve iki kadın tarafından yapılan şahitlik kadar bile güçlü değildir. Çünkü burada kadınlar bizzat gördükleri hadiseye şehâdette buldukları halde başkasından duyduklarıyla şehâdette bulunanların hadiseye tanık olmadıkları ortadadır. Kadınların erkeklerle beraber yapacakları şehâdete istinat ederek had ve kısas cezaları uygulanılamamaktadır. Çünkü kadınların yanılma ve unutmaları şüpheyi beraberinde getirmektedir. Başkasından duyularak icra edilen şahitliğin olaya tam bir uyum sağlaması konusunda daha çok şüphe edileceğinden dolayı bunun had ve kısaslarda öncelikle kabul edilmemesini gerektirir.⁶⁵³

Her şahidin hâkim önünde ifade vermesinden önce aşağıda yer verilecek şeylerden biri gerçekleşirse, başkasından duyularak icra edilecek şahitlik geçersiz olur. Bunlar şöyledir:

- a) Asıl şahidin şahitlik ehliyetini kaybetmesi.
- b) Asıl şahidin şahitliğinde hata ettiğini söylemesi.
- c) Asıl şahidin şahitliğini hal ile ya da sözü ile inkâr etmesi.

⁶⁴⁸ *a.e.*, XVI, 138-139.

⁶⁴⁹ Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 149-150.

⁶⁵⁰ İbn Âbidîn, *a.g.e.*, IV, 610.

⁶⁵¹ Serahsî, *a.g.e.*, XVI, 115.

⁶⁵² Mecelle, md., 8.

⁶⁵³ Serahsî, *a.g.e.*, XVI, 155; Bayındır, *a.g.e.*, s. 202.

d) Fer' konumunda olan şâhitlerin şehâdetiyle karar verilmeden asıl şâhitlerin mahkemeye gelmesi durumunda.⁶⁵⁴

Başkasından duyularak yapılan şâhitlikte hem asıl şâhitlerin hem de fer' şâhitlerin tezkiyeleri lazımdır. Bu tezkiye uygulanmadıkça yapılan şâhitlik ispat için kullanılamaz.⁶⁵⁵ Fer' konumunda olan şâhitlerin asıl konumunda olan şâhitleri tezkiye etmeleri mümkündür. Çünkü eğer güvenilir kimselerse, tezkiyeleri kabul edilir. Eğer güvenilir değillerse şehâdetleri reddolunur. Fer' şâhitlere asıl şâhitlerin durumu sorulduğunda sükût ederek bir şey söylemezlerse hâkim asıl şâhitleri güvenilir olan kimselerden soruşturarak tezkiye eder. Eğer güvenilir oldukları tespit edilirse kararını verir; yoksa karar vermeyerek başkaca şâhitlerin getirilmesini ister.⁶⁵⁶ Fer' konumunda olan şâhitler şehâdetlerinde yalancı çıkarlarsa sebep oldukları zararı öderler. Bunun sebebi şâhitlik yaparak davalının zararına sebep olmalarıdır. Bunların şehâdetine istinat edilerek hüküm verildikten sonra asıl olan şâhitler şehâdetlerinden rücû' etseler ve "*biz fer' şâhitleri kendi şehâdetimize şâhit tutmadık*" deseler, hâkimin verdiği hüküm bozulmadığı gibi şâhitlere de tazminat ödetirilmez. Çünkü asıl konumunda olan şâhitlerin verdikleri bilgiyle fer' konumunda olan şâhitlerin vermiş olduğu bilgi arasında teâruz ortaya çıkmıştır. Hâkimin hükmünü vermesinin akabinde artık böyle şeylere dikkat edilmez.⁶⁵⁷

Hüküm verildikten sonra asıl olan şâhit şehâdetinde yanıldığını ve böylece fer' şâhitlere aktardığını beyan etse, bu durumda tazminatı asıl şâhidin ödemesi gerekir. Çünkü fer' konumunda olan şâhitler asıl olan şâhidin kendilerine verdiği malumatla şehâdette bulunmuşlardır.⁶⁵⁸ Hâkimin kararından sonra asıl ve fer' şâhitlerin ikisinin de yalancı oldukları tebâruz etse, Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'a göre tazminatı sadece fer' konumunda olan şâhitler öderler. İmam Muhammed'e göreyse davacı asıl ve fer' şâhitlerden hangisini isterse ona ödettirir.⁶⁵⁹

⁶⁵⁴ İbn Âbidîn, *a.g.e.*, IV, 610; Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 504; Bayındır, *a.g.e.*, s. 202.

⁶⁵⁵ Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 150.

⁶⁵⁶ Molla Hüsrev, *a.g.e.*, II, 480.

⁶⁵⁷ *a.e.*, II, 486.

⁶⁵⁸ Dâmâd, *a.g.e.*, II, 220.

⁶⁵⁹ *a.e.*, II, 220.

1.1.13. Şâhitlikten Dönme

Şâhitlikten dönme, şâhidin mahkemede yapmış olduğu beyanından "*yapmış olduğum şahitlikten döndüm, beyanımı geri aldım*" gibi ifadelerle vazgeçmesidir.⁶⁶⁰ Şâhidin şahitlikten dönmesi, hakikate dönmenin bâtilı devam ettirmekten hayırlı olduğu fikriyle ve sebebiyet verilen zararın telâfisine imkân vermesi sebebiyle muteber sayılmıştır.⁶⁶¹

Şâhitlikten dönmenin sahih olması için şâhidin mahkemede, hâkim huzurunda beyanından vaz geçmiş olması şarttır.⁶⁶² Aleyhinde şâhitlikte bulunulan kişi, şâhitlerin mahkeme haricinde şâhitlikten döndüklerini söylese ve şâhitlerin yemin etmesini talep etse, şâhitlere yemin ettirilmez. Çünkü yemin sahih bir davada istenir. Şâhitlikten dönme mahkeme dışında olduğu için, bâtilıdır. Ancak şâhitlerin, davanın muhâkeme edildiği mahkemeden başka bir mahkemede, şâhitliklerinden dönmeleri muteberdir.⁶⁶³ Böylece mağduriyet giderilmiş olacaktır.

Hâkim hüküm vermeden önce şâhitlikten dönülmesi durumunda, hüküm şâhitlikten dönmeye göre verilir.⁶⁶⁴ Fakat hüküm verildikten sonra şâhitlikten dönülürse şu hükümler uygulanır: Genel olarak ceza davalarında hüküm infaz edilmeden önce şâhitlikten dönülürse hüküm infaz edilmez.⁶⁶⁵ Mal ve mala taalluk eden davalarda, hüküm verildikten sonra bu hüküm bozulmaz. Böylece sebep olunan zararın bir kısmı⁶⁶⁶ şâhitliğinden dönen şâhide ödetilir.⁶⁶⁷ Ceza davalarında şâhitlikten dönme, hüküm infaz edildikten sonra olursa, zarar ister bedenî olsun ister malî olsun, tazminle hükmolunur.⁶⁶⁸ Bu hükümden zina davasında hüküm infaz edilmeden önce şâhitlikten dönme istisna tutulmuştur. Bu durumda şahitler hadd-i kazf ile cezalandırılırlar.⁶⁶⁹

⁶⁶⁰ İbn Nüceym, *a.g.e.*, VII, 127.

⁶⁶¹ Apaydın, *a.g.e.*, XXXVIII, 282.

⁶⁶² Serahsî, *a.g.e.*, XVI, 177.

⁶⁶³ Merğmânî, *a.g.e.*, III, 132; Zuhaylî, *a.g.e.*, VI, 577.

⁶⁶⁴ Serahsî, *a.g.e.*, XVI, 180; Behnesî, *Nazariyyetü'l-İsbât*, s. 131.

⁶⁶⁵ Serahsî, *a.g.e.*, XVII, 23; Mevsilî, *a.g.e.*, IV, 313.

⁶⁶⁶ Şâhitlikten dönme sonucu tahakkuk eden tazminat miktarları ve oranı hakkında geniş bilgi için bkz.

Merğmânî, *a.g.e.*, III, 132-134; Zuhaylî, *a.g.e.*, VI, 578-582.

⁶⁶⁷ Serahsî, *a.g.e.*, XVI, 178-179.

⁶⁶⁸ *a.g.e.*, XVI, 178, 180.

⁶⁶⁹ Mevsilî, *a.g.e.*, IV, 313. (Şâhitlikten dönme konusunda geniş bilgi için bkz. Cemil Liv, *İslam Muhakeme Usûlünde Şahitlikten Dönmenin Kararlara Etkisi*, (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006).

İslâm hukukunda şahitlik konusu kısaca incelendi. Şimdi günümüz ceza hukukunda şahitlik konusuna kısaca yer verilecektir.

1.1.14. Günümüz Ceza Muhâkemesi Hukukunda Şâhitlik

Günümüz hukukunda tanıklık (şâhitlik) şöyle tanımlanmaktadır: Tanık, yargılamanın tarafı olmayan ve beş duyusu ile elde ettiği bilgileri hâkim önünde anlatan kişi olup; yaptığı açıklamalar ise tanık beyanı olarak adlandırılır.⁶⁷⁰

17/12/2004 tarihinde resmî gazetede yayımlanan 5271 numaralı ceza muhâkemesi kanununda tanıklığın işleyiş esasları şöyle maddeleştirilmiştir: (md. 43): Tanıkların çağırılması; (md. 44): Çağrıya uymayan tanıklar; (md. 45): Tanıklıktan çekinme; (md. 46): Meslek ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinme; (md. 47): Devlet sırrı niteliğindeki bilgilerle ilgili tanıklık; (md. 48): Kendisi veya yakınları aleyhine tanıklıktan çekinme; (md. 49): Tanıklıktan çekinme sebebinin bildirilmesi; (md. 50): Yemin verilmeyen tanıklar; (md. 51): Tanıklıktan çekinebilecek kimsenin çekinmemesi; (md. 52): Tanıkların dinlenmesi; (md. 53): Tanığa görevinin önemini anlatma; (md. 54): Tanıklara yemin verilmesi; (md. 55): Yeminin biçimi; (md. 56): Yeminin yerine getirilmesi, sağır veya dilsizin yemini; (md. 57): Tanığın tekrar dinlenmesi; (md. 58): Tanığa ilk önce sorulacak hususlar ve tanığın korunması; (md. 59): Tanığa söylenecek şeyler ve sorulacak sorular; (md. 60): Tanıklıktan ve yeminden sebepsiz çekinme; (md. 61): Tanığa verilecek tazminat ve giderler.

Vicdani delil sisteminin geçerli olduğu CMK'da bütün deliller serbestçe değerlendirilmektedir.⁶⁷¹ Bir vâsitanın delil olabilmesi için öncelikle olayı temsil etmesi, akla, maddî gerçeğe ve hukuka uygun olması şartları aranmaktadır.⁶⁷² Günümüz ceza muhâkemesini medeni muhâkemededen ayıran belki de en önemli özelliği delil serbestliğinin bulunmasıdır. Delil sertbestliği, modern ceza muhâkemesinde şâhit beyanının delil değerinin olmasını da kapsamına almaktadır. Hâlbuki medeni muhâkemede şâhitlerin dinlenmesi bir kaç istisna haricinde mümkün değildir. Şüphesiz delil serbestliğinin olması ceza muhâkemesinde bir ispat kolaylığı sağlamaktadır.⁶⁷³

⁶⁷⁰ Kunter, *a.g.e.*, s. 449; Özbek vd., *a.g.e.*, s. 659.

⁶⁷¹ Soyaslan, *a.g.e.*, s. 438.

⁶⁷² Özbek vd., *a.g.e.*, s. 723.

⁶⁷³ Güngör, *a.g.m.*, s. 308.

Günümüz hukukunda tanıklık gerçeğin ortaya çıkarılmasında hâkime ışık tutan delil kaynaklarından biri olarak değerlendirilmektedir.⁶⁷⁴ Burada tanıklık bir delil ya da delil aracı olarak değil, delilin kaynağı olarak kabul edilmiştir. Bu açıdan delil olan, tanığın yetkili makamlar önünde verdiği beyanıdır.⁶⁷⁵

Günümüz ceza muhâkemesi hukukunda delillerin serbestliği söz konusudur. Dolayısıyla maddî gerçeğe götürecek her türlü delil ileri sürülebilir. Ve bu ilke aynı zamanda delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi ile birlikte düşünülmelidir. Bu anlamda bu ceza muhâkemesi hukukunda her şey delil kaynağı olmakla birlikte hâkim bu kaynakları hüküm verirken serbestçe değerlendirir.⁶⁷⁶ Tanık beyanı, en çok başvuru delil kaynaklarından olmasına rağmen güvenilir bir delil olarak kabul görmemiştir. Tanıkların beyanlarının kıymeti olayı hafızalarda gerçek bir şekilde canlandırabilmesine göre farklılık göstermektedir. Bazı nedenlerden dolayı tanık beyanı ispat konusu olayı tam olarak aksettirmeyebilir. Bazen tanık istemeden olayı yanlış açıklayabilir ya da hatırlamadığı kısımları uydurabilir, bazen de yanlış duymuş ya da başkasının etkisiyle duymadığı ve/veya görmediği olayı duymuş ve/veya görmüş gibi beyanatta bulunabilir. Bazen tanıklar bilerek yalan/yanlış beyanatta da bulunabilirler.⁶⁷⁷ Bundan dolayı Türk Ceza Kanunu'nun 272. maddesinde yalancı tanıklık suç olarak düzenlenmiş olup yaptırıma bağlanmıştır.

Tanık olabilmek için bizzat tanığın kendisinde bir takım özellikler aranmamıştır. Tanık olabilmek için ehliyet şartı aranmamıştır. Buna göre herkes tanık olabilmektedir. Kadın/erkek; akıllı/deli; bulüğe ermiş/ermemiş; müslim/gayr-i müslim herkes tanıklık yapabilmektedir. Bunun temelinde yatan sebep ise tanığın ifadesinin hâkim için bağlayıcı olmayıp, olayın aydınlatılması için ışık tutan bir vâsita olmasıdır.⁶⁷⁸

Günümüz ceza muhâkemesi hukukunda tanıklık bir görev olarak görülmüştür. Bundan dolayı bir olaya tanık olan kişinin mahkemeye beyanda bulunması bazı istisnalar hariç mecburi olarak görülmüştür. Bu mecburiyet CMK md. 44/1'de şöyle maddeleştirilmiştir: " *Usûlüne uygun olarak çağrılıp da mazeretini bildirmeksizin gelmeyen tanıklar zorla getirilir ve gelmemelerinin sebep olduğu giderler takdir*

⁶⁷⁴ Yurtcan, *a.g.e.*, s. 443; Soyaslan, *a.g.e.*, s. 438.

⁶⁷⁵ Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhâkemesi Hukukunda Tanıklık*, Ankara, US-A Yayıncılık, 1996, s. 26.

⁶⁷⁶ Özbek vd., *a.g.e.*, s. 712-713.

⁶⁷⁷ Feyzioğlu, *a.g.e.*, s. 3.

⁶⁷⁸ Yurtcan, *a.g.e.*, s. 443; Özbek vd., *a.g.e.*, s. 660; Soyaslan, *a.g.e.*, s. 438; Kurt, *a.g.e.*, s. 16.

edilerek, kamu alacaklarının tahsili usûlüne göre ödettirilir. Zorla getirilen tanık evvelce gelmemesini haklı gösterecek sebepleri sonradan bildirirse aleyhine hükmedilen giderler kaldırılır."

Bununla birlikte bazı durumlarda tanıklıktan çekinme bir yasal hak olarak tanınmıştır. Bu durumlar ise şöyle maddeleştirilmiştir:

CMK md. 45'e göre:

1) Aşağıdaki kimseler tanıklıktan çekinebilir:

- a) Şüpheli veya sanığın nişanlısı.
- b) Evlilik bağı kalmasa bile şüpheli veya sanığın eşi.
- c) Şüpheli veya sanığın kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyu.
- d) Şüpheli veya sanığın üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları.
- e) Şüpheli veya sanıkla aralarında evlatlık bağı bulunanlar.

2) Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle tanıklıktan çekinmenin önemini anlayabilecek durumda olmayanlar, kanunî temsilcilerinin rızalarıyla tanık olarak dinlenebilirler. Kanunî temsilci şüpheli veya sanık ise, bu kişilerin çekinmeleri konusunda karar veremez.

3) Tanıklıktan çekinebilecek olan kimselere, dinlenmeden önce tanıklıktan çekinebilecekleri bildirilir. Bu kimseler, dinlenirken de her zaman tanıklıktan çekinebilirler.

CMK md. 46'ya göre

1) Meslekleri ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinebilecekler ile çekinme konu ve koşulları şunlardır:

a) Avukatlar veya stajyerleri veya yardımcılarının, bu sıfatları dolayısıyla veya yüklendikleri yargı görevi sebebiyle öğrendikleri bilgiler.

b) Hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler.

c) Malî işlerde görevlendirilmiş müşavirler ve noterlerin bu sıfatları dolayısıyla hizmet verdikleri kişiler hakkında öğrendikleri bilgiler.

2) Yukarıdaki fıkranın (a) bendinde belirtilenler dışında kalan kişiler, ilgilinin rızasının varlığı halinde, tanıklıktan çekinemez.

CMK md. 48:

1) Tanık, kendisini veya 45. maddenin 1. fıkrasında gösterilen kişileri ceza kovuşturmasına uğratabilecek nitelikte olan sorulara cevap vermekten çekinebilir. Tanığa cevap vermekten çekinebileceği önceden bildirilir.

Yukarıda sıralanan maddeler tanıklıktan çekinme hakkı bulunanlarla ilgilidir. Yani bu maddelerde sıralanan kimseler isterlerse tanıklıkta bulunabilirler. İstemezlerse tanıklıktan çekinebilirler. Ancak bir husus vardır ki o da, hâkim tarafından, tanığın sanığa yakınlık derecesinin, ifadenin sıhhati değerlendirilirken göz önünde bulundurulmasıdır.⁶⁷⁹

Günümüz ceza muhâkemesinde herkes tanık olabilmekle beraber, bu durumdan bir kaç kişi usûlen ayrı tutulmuştur. Bu anlamda tanık olamayacak kişilerin başında sanık gelir. Çünkü bu durum sanığın susma hakkının bulunması ve daha sonra da tanığın objektif taraflar dışında olması mecburiyeti ile bağdaşmaz. Ayrıca hâkim aynı zamanda tanıksa, tanıklık görevi hâkimlik görevinden önce gelir. Çünkü bir davada başka tanık bulunmadığı durumlar vardır. Böylece tanıklık görevini üstlenen hâkime görev yasağı oluşur.⁶⁸⁰ Yine benzer düşünce savcılar için geçerlidir. Yine tanığın

⁶⁷⁹ Soyaslan, *a.g.e.*, s. 440.

⁶⁸⁰ CMK md., 22/1-h.

tarafsız olması gereğinin bir sonucu olarak müdafinin ya da vekilinde tanıklık yapamayacağı söylenmelidir.⁶⁸¹

Başka bir konu tanıkların dinlenmesi konusudur. Tanıklar, dava konusu olayla ilgili bildikleri mâlûmâtları doğru ve tam olarak anlatmakla sorumlu olmalarından dolayı tanıkların dinlenmesinde temel kural tanıkları ayrı ayrı ve sonradan dinlenecek tanıklar yanında bulunmadan dinlenmesidir. Bu usûl tanıkların beyanları dinlenirken birbirlerine telkinde bulunmalarının engellenmesi için belirlenmiştir. Dinlenen tanık mahkeme başkanının çıkmasına izin verinceye kadar beyanının alındığı yerde bekler. Böylece diğer dinlenecek tanıkların hangi soruların sorulduğunu öğrenmesi engellenmiş olur.⁶⁸²

Soruşturma ve koğuşturma evrelerinde tanığa yemin verdirilmektedir. CMK md. 54/1'de bu konu "*Tanıklar tanıklıktan önce ayrı ayrı yemin ederler. Gerektiğinde ya da bir kimsenin tanık sıfatıyla dinlenilmesinin uygun olup olmadığında tereddüt varsa yemin, tanıklığından sonraya bırakılabilir.*" şeklinde kanunlaştırılmıştır.

Yemin, Medeni Usûl Hukuku'nun aksine Ceza Muhâkemesi Hukuku'nda bir delil ya da delil vâsıtası değil, delil vâsıtası tanık beyanının doğruluğunu sağlamayı amaç edinen bir tedbir olarak benimsenmiştir.⁶⁸³

Ceza muhâkemesi hukukunda yeminin içeriği dini değil, vicdanidir. Buna göre tanıklıktan önce verilen yemin "*bildiğimi dosdoğru söyleyeceğime namusum ve vicdanım üzerine yemin ederim*" şeklinde iken, tanıklıktan sonraysa "*bildiğimi dosdoğru söylediğime namusum ve vicdanım üzerine yemin ederim*" şeklindedir.⁶⁸⁴

1.1.15. Şâhitliğin İslâm Ceza Muhâkemesinden Günümüz Ceza Muhâkemesine Geçirdiği Değişim ve Değerlendirilmesi

İslâm ceza muhâkemesinde şâhitliğin kabul edilebilmesi için erkek olma, âdil olma, bülûğa ermiş olma şartları aranmıştır. Bir diğer şart şâhitlikte nisaptır. Şâhitliğin nisabı zina cezasında dört âdil, bâliğ, hür, akıllı erkek iken diğer had cezalarında ise iki âdil, bâliğ, hür, akıllı erkektir.

⁶⁸¹ Özbek vd., *a.g.e.*, s. 660-661.

⁶⁸² CMK md., 52/1; Özbek vd., *a.g.e.*, s. 675-676; Soyaslan, *a.g.e.*, s. 448.

⁶⁸³ Feyzioğlu, *a.g.e.*, s. 130.

⁶⁸⁴ Özbek vd., *a.g.e.*, s. 678-679.

Günümüz ceza muhâkemesinde şâhitlik için bir şart öngörülmemiştir. Çünkü günümüz ceza muhâkemesi hukukunda vicdanî delil sisteminin benimsenmesi hâkime neyin delil olabileceği, neyin delil olamayacağı konusunda takdir yetkisi vermiştir.

İslâm ceza muhâkemesine göre hâkimin, şartlarını haiz şâhitlerin ifadeleri doğrultusunda hüküm vermesi mecburidir. Örneğin hâkimin, bir zina davasında, soruşturma yaptırması sonucunda güvenilir bulunan dört erkek, âdil, bâliğ, hür, akıllı şâhidin şek ve şüphe olmaksızın bir zinaya şâhitlik etmeleriyle zâniyi gerekli cezaya çarptırması mecburidir. Çünkü bir ceza davasında nelerin ispata esas olacağını belirleyen naslar ve icthadlar şâhitliği doğrudan bir delil kabul etmiştir. Bundan dolayı da nasların delil kabul ettiği delillerle amel etmek mecburidir. Bu sisteme de kanuni delil sistemi denilmektedir.

Günümüz ceza muhâkemesinde ise vicdani delil sisteminin CMK'da kabul edilmesinden dolayı tanık beyanları hâkim için bağlayıcı bir delil olmayıp, hâkime yol gösteren delil kaynaklarından biri olarak kabul edilmiştir. Örneğin tecavüze uğrayan bir kadına, falanca kişinin tecavüz ettiği yönündeki tanık beyanları neticesinde doğrudan hâkim o sanığa ceza vermez. Bu tanık beyanları hâkime yol gösterir. Hâkim de hukukî, teknolojik ve bilimsel açıdan gerekli araştırmaları yaptırır ve sonunda bir karara varır.

İslâm ceza muhâkemesinde âdil şâhitlik ispata esas kabul edilen delillerdendir. Bu delil klasik dönemin ispat ve delil anlayışını oluşturmaktadır. Hukuk davalarında ispata esas kabul edilen şehâdet aynı zamanda ceza davalarında da ispata esas olmuştur. Bu durum o zamanın şartları muvacehesinde değerlendirilmelidir.

Günümüz ceza muhâkemelerinde adlî tıp, iz bilimi ve benzeri ispata yardımcı bilimsel buluşlar ispat vâsıtalarının kapsamının içine girmiştir. Binaenaleyh günümüz ispat vâsıtalarında bu gelişmelerin dikkate alınması gerekmektedir. Bu durum İslâm'ın ispat vâsıtalarını kökten değiştireceği anlamına gelmemektedir. Bilakis adaletle götürülen yardımcı unsurlar olarak değerlendirilmelidirler. Örneğin zina suçunun ispatı için naslarla tayin edilen dört âdil, bâliğ, hür, akıllı, erkek şâhidin şehâdetlerinin kabul edilip edilmeyeceği bir güvenilirlik soruşturmasıyla belirlenmekteydi. Günümüzün gelişmeleri de bu şâhitlerin iddialarının güvenilirliğini kendi usûl ve yöntemleriyle inceleyebilir. Hatta doğruya daha emin adımlarla ilerlenmesi açısından iddiaların güvenilirliğinin incelemesi günümüzün şartlarında mecburi olduğu da söylenebilir.

Günümüz ceza hukukunu besleyen felsefe açısından bakıldığında kendi içerisinde tutarlıdır. Çünkü modern hukukta akılcılık ve objektivizm esastır. Bundan dolayı adalet, erkek olmak, ergin olmak gibi subjektif ölçüler anlam ifade etmemektedir. Bu bakış açısı, evreninde manevi değerlere yer vermeyen seküler bir zihniyetin ürünüdür.⁶⁸⁵

Değişim bağlamında incelenecek bir husus da ceza davalarında kadının şahitliğidir. Zina davasında dört erkek şahit, diğer hadlerde iki erkek şahit davanın sübutu için şart koşulmuş, bu konuda kadınların şahitliği kabul edilmemiştir. Ceza davalarında kadınların şahitliğinin kabul edilmemesinin temelinde Bakara Suresi'nin iki yüz seksen ikinci ayetine "*eğer iki erkek bulamazsanız bir erkek ve iki kadın şahit tutun...*" getirilen o zamanın ispat şartlarındaki bakış açısıdır. Bu bakış açısına göre, kadınların şahitliğinin kabul edilmesi, erkeklerin bulunmaması koşuluna bağlanmıştır. Şahitlikte asıl olan erkek olmaktır. Burada kadının şahitliği erkeğin şahitliğinin yerine konulmuştur. Bu yerine koymanın beraberinde getirdiği şüpheden dolayı kadınların hadler ve kısas davalarında şahitlikleri kabul edilmemiştir. Çünkü şüphelerle had ve kısas cezaları düşmektedir.⁶⁸⁶ Ayrıca aynı ayette kadının unutkan olmasından⁶⁸⁷ bahsedilmesi de kadının şahitliğinde bir şüphe oluşturduğunu göstermektedir.⁶⁸⁸

Günümüzde ise bu konuda farklı yorumlar yapılmıştır. "*Kadının fitratından kaynaklanan hassas psikolojisi nedeniyle olaylar karşısında çok etkilenmesi ve bu çok etkilenmenin unutkanlığa neden olduğu*"⁶⁸⁹ yorumu yapılmıştır. Bu yoruma karşıt, kadının şahitliğinin reddinin yaratılışıyla alakasının olmadığı, ancak bu konunun, kadının o dönemdeki sosyal ve kültürel durumu ve ticari sahada nadiren bulunmasıyla alakalı olduğu yorumunu savunanlar olmuştur. Zamanımızda kadının sosyal, kültürel düzeyinin değiştiği, ticarî sahada daha yoğun bulunduğu ve dolayısıyla illetin değişmesiyle hükmün de değiştiği görüşü de vardır.⁶⁹⁰

⁶⁸⁵ Beroje, *a.g.e.*, s. 207.

⁶⁸⁶ Serahsî, *a.g.e.*, XVI, 114-115; IX, 38; Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 46.

⁶⁸⁷ "...Eğer iki erkek bulamazsanız bir erkek ve iki kadın şahit tutun ki biri unuttuğunda diğeri hatırlatsın..." (Bakara, 2/282)

⁶⁸⁸ Serahsî, *a.g.e.*, XVI, 114.

⁶⁸⁹ Elmalılı Hamdi Yazır, *Hak Dini Kur'an Dili*, İstanbul, Eser Kitabevi, ty., II, 982.

⁶⁹⁰ Ali Bulaç, "Mekasidu'-ş-Şeria Bağlamında Kadının Şahitliği Konusu", *İslâmî Araştırmalar*, c.5, sy.4, (Ekim 1991), s. 306; Hayreddin Karaman, "Kadının Şahitliği, Örtünmesi ve Kamu Görevi", *İslâmî Araştırmalar*, c.10, sy.4, (1997), s. 274.

Bakara Sûresi'nin 282. ayetinde iki kadın şâhidin istenmesinin illeti, kadınlarda genel olarak daha çok bulunan unutmama/yanılma/sapmadan kaynaklanacak muhtemel şüphenin ortadan kaldırılmasına yöneliktir.⁶⁹¹ Bu durum ayette ifade edilmektedir. Bir kadının şâhitliğinde bulunan şüphenin giderilmesi için ikinci bir kadın şâhit istenmiştir. İki kadının birlikte yaptığı şâhitlikte şüphe devam ediyor olsaydı Allah-u Teâlâ'nın iki kadının birlikte yaptığı şâhitliği de kabul etmemesi gerekirdi. Hâlbuki fukahâ ayette tek kadın için söz konusu olan unutmama/yanılma/sapma ihtimalini iki kadın için de geçerliymiş gibi kabul etmiştir. Yani fukahâ burada aşırı bir ihtiyatla hareket etmiştir.⁶⁹² Bu ihtiyatın o zamanın ispat şartlarında tabii olduğu düşünülebilir. Çünkü hadler ve kısas cezalarına bakıldığında ağır ve geri dönüşü olmayan cezalar olduğu görülmektedir. Bu durumda her ne kadar titiz davranılırsa, adalete o kadar hizmet edilmiş olunur. Ancak günümüz şartlarında ceza davalarında, kadınların şâhitliğinin Bakara Sûresi 282. ayetindeki şekliyle, yani bir erkekle beraber iki kadının şâhitliğinin de (zina hariç) kabul edilmesi gerektiği kanaatine ulaşılmıştır.⁶⁹³ Ancak bu durumun muhâkemeye yardımcı teknolojik ve bilimsel unsurların ispatta destekleyici olma durumuyla sınırlı olması gerektiği düşünülmektedir. Zira klasik dönem ispat şartları düşünüldüğünde, hadlerde olması gereken aşırı ihtiyat neticesinde bir erkekle beraber iki kadının şâhitliğinin ceza davalarında muteber olmamasıydı. Günümüzde de klasik dönemin ispat şartlarının üzerine hadlerde olması gereken bu aşırı ihtiyatı karşılayacak, kadınların şâhitliğinde bulunan unutmama/yanılma/sapma durumunda bu yanlışlığı düzeltecek bilimsel ve teknolojik verilerin olmaması durumunda klasik dönemle günümüz arasında bir fark kalmamaktadır. Bundan dolayı da günümüzde ceza davalarının (zina hariç) ispatında kullanılan teknolojik ve bilimsel unsurları, bu olması gereken aşırı ihtiyatı karşılayan bir yöntem olarak kabul edilebilir.

Zina davasında bir erkekle birlikte iki kadının şâhitliğinin kabulünün mümkün olmamasının sebebi şudur: Fukahâ, Nisâ' Sûresi'nin 15. ayetinde zina iftirasının isbatı için istenen "*sizden dört şâhit*" (erbeaten minkum) lafzının erkekleri kastettiğini ifade etmişlerdir. Buradaki *kum* (siz) zamiri erkekler için kullanılan bir zamirdir.⁶⁹⁴ Arapça'da bir kural olarak sayı ile temyiz durumunda olan ismin (aded-ma'dûd) arasında

⁶⁹¹ Zuhaylî, *a.g.e.*, VI, 570; Karaman, "Kadının Şâhitliği", s. 273.

⁶⁹² Beroje, *a.g.m.*, s.115.

⁶⁹³ *a.m.*, s. 127.

⁶⁹⁴ İbnü'l-Arabî, *a.g.e.*, I, 271.

cinsiyet bakımından bir zıtlık söz konusudur.⁶⁹⁵ Sayı müzekkerse isim müennes; sayı müennes ise isim müzekkerdir. Dolayısıyla ayette geçen erbeaten sayısı müennestir ve isim müzekker olmaktadır. Yani bu dört şâhidin erkek olması gerekmektedir. Rivayetler ve uygulama da bu durumu teyit etmektedir. Bu durumu teyit eden başka bir delil ise şu ayetlerdir: "*İffetli kadınlara zina isnat edip sonra dört şâhit getirmeyenlere...*"⁶⁹⁶ ve "*Onlar bu iddialarına (zina iddiası) dair dört şâhit getirselerdi ya!*"⁶⁹⁷ Zinanın ispatı için dört erkek şâhit getirilmesi istenmiştir.⁶⁹⁸ Binaenaleyh zinada dört şâhit getirilmesi taabbudî bir hüküm⁶⁹⁹ olmasından dolayı bu sayıda ve erkek olması konusunda bir değişim söz konusu değildir.

Günümüz ispat imkânları açısından had, kısas ve hadlerin içerisinde olmasına rağmen şâhitlikte sayı ve cinsiyet bakımından farklı olan zina davalarının ispatında şâhitlikte ısrar edilmesinin sebebi İslâm ceza siyasetinin gayesidir. Modern dönem ispat imkânları açısından suçların ispat imkânlarına bakıldığında genel olarak şâhitsiz de bir çok suç şüpheye mahal bırakmayacak şekilde ispatlanabilmektedir. Böyle olmasına rağmen neden had ve kısaslarda nassların tayin ettiği şekliyle cezanın infazı için şâhit şartı aranması kanaatine ulaşılmıştır?

Çünkü had ve kısas cezaları oldukça ağır cezalardır. Hırsızlık sonucu el kesme cezası, zina sonucu bekâr ise yüz celde, evli ise recm cezaları, kat'ı tarik sonucu en ağır şekliyle çapraz olarak el ve ayak kesme cezaları hadlere; amden bir adam öldürme sonucu öldüren kişinin de öldürülmesi kısas cezasına örnektir. Görüldüğü gibi bu cezaların telafisi yoktur. Ayrıca had ve kısas cezalarında alt ve üst şeklinde bir sınır yoktur. Bunlar nass tarafından tayin edilmiş olup cezası sabittir. Aynı zamanda bu cezalar için hafifletici bir sebep de yoktur. Ehliyetli olarak suçu işlemiş olduğu ispat edilenler sabit/değişmez olan cezaya çarptırılırlar. Had cezaları affedilemez, herhangi bir bedel karşılığında veya bedelsiz bir şekilde (örneğin sulh yoluyla) kaldırılamaz. Çünkü bu cezalar Allah hakkı kapsamına (kamu hakkı) girmekte ve Allah hakkı (kamu hakkı) namına verilmektedir.⁷⁰⁰

⁶⁹⁵ Hüseyin Günday ve Şener Şahin, *Arapça Dilbilgisi-Nahiv Bilgisi*, 8. bs., İstanbul, Alfa Yayın Dağıtım, 2014, s. 287.

⁶⁹⁶ en-Nûr 24/4

⁶⁹⁷ en-Nûr 24/13.

⁶⁹⁸ Serahsî, *a.g.e.*, IX, 37.

⁶⁹⁹ Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 50.

⁷⁰⁰ Karaman, *İslâm Hukuku*, I, 218.

Böylesine net ve ağır bir ceza şekli olan hadlerin ispatı son derece güçleştirilmiştir. Hz. Peygamber (sav) ve sonraki dönemler incelendiğinde hadler en ufak bir şüpheyle düşürülmüş, adeta uygulanmamak için sebepler aranmıştır.⁷⁰¹ Ve İslâm ceza hukukunda hadlerde aslolan setretmektir, yani örtmektir prensibi benimsenmiştir.⁷⁰² Buda göstermektedir ki had cezaları suçluyu cezalandırmaktan çok suçları engellemeye yöneliktir.⁷⁰³

Hadlerin en önemli özelliği nass tarafından tayin edilmesidir. Yani bu suçlar kanuni, cezaları kanuni ve ispat tarzı da kanunidir. Dolayısıyla suçluları, bu cezaların tatbikatı için kanuni olmayan (nasslar tarafından bildirilmeyen) bir delil sistemini uygulayarak *nassların tayin ettiği ağır cezalarla* cezalandırmak şüpheli bir eylemdir. Ve dolayısıyla şüpheler hadleri düşürür. Ancak şunu belirtmeliyiz ki teknolojik ve bilimsel yöntemler sanığın lehine kullanılmalıdır. Örneğin, şahitlik konusuyla ilgili olarak, bir sanık yeterli sayıda ve şekilde şahit bulundu diye hemen cezası infaz edilmemelidir. Bu dava bilim ve teknoloji kullanılarak da incelenmeli ve daha güvenilir bir sonuca ulaşılmalıdır. Çünkü, daha önce de belirttiğimiz gibi, had ve kısas cezaları son derece ağır ve telafisi olmayan cezalardır.

"Buna karşılık sanık, suçu nasslar tarafından tayin edilmeyen bir delil sistemiyle (örneğin adlî tıp yardımıyla) ispat edildiğinde, cezasız mı kalacak? Cezasız kalması ya da bir hak mağduriyetinin giderilmemesi hukuk ve ferdî/ictimâî maslahatlar açısından doğru değildir. Bu konuda gerekli hukuksal düzenlemeler ta'zir grubunda düzenlenebilir. Dava konusu mal olduğu durumlarda da (hırsızlık sonucu bir malın telef olması gibi) tazmin ile hükmedilebilir. Kısas olması durumunda da diyet ile hüküm verilebilir.

1.2. Yemin

Yemin sözlükte "*sağ el, sağ taraf, gerçek, ant, kuvvet ve bereket*" gibi anlamlara gelmektedir. Yeminin kelime anlamlarından biri kuvvet demektir. Yemin, bir haberin müspet ya da menfi olan iki tarafından birini, Allah Teâla'nın ismini anarak ya da bir

⁷⁰¹ Bkz. Serahsî, *a.g.e.*, IX, 38.

⁷⁰² Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 187; Behnesî, *Nazariyyetü'l-İsbât*, s. 109; Muhammed Mustafa Zuhaylî, *Vesâilu'l-İsbât fi's-Şerîati'l-İslâmiyye fi'l-Muâmelâti'l-Medeniyye ve'l-Ahvâli'sh-Şahsiyye*, 1. bs., Beyrut, Mektebetü'l-Dâri'l-Beyan, 1982, I, 380; Hafenâvî, Mansur Muhammed Mansur, *eş-Şubuhâtü ve Eseruhâ fi'l-Ukubâti'l-Cinâiyyeti fi'l-Fıkhi'l-İslâmî Mukâranen bi'l-Kânûn*, 1. bs., yy., Matbaatü'l-Emâne, 1986, s. 233-235.

⁷⁰³ Geniş bilgi için bkz. Nazım Büyükbaş, *Klasik İslam Hukukçularına Göre Cezalandırmanın Gayesi*, (Basılmamış Doktora Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012), s. 58 vd..

şeye bağlayarak takviye etmektir. Örneğin, "*Vallahi bu iş şöyledir*" ifadesi bir yemin olduğu gibi "*bu iş böyle değilse kölem azat olsun*" ifadesi de bir yemindir. Allah'ın mukaddes ismi söylenerek edilen yemine kalem de denmektedir. Yemin, haberin iki tarafından birini Allah'ın yüce isimlerinden birini kullanarak takviye etmeye denir. Yeminin birçok çeşidi vardır.⁷⁰⁴

Yemin hukuk davalarında hükümlere dayanak olacak delillerden biri olarak kabul edilmektedir.⁷⁰⁵ Hz. Peygamber (sav), "*delillerle davasını ispat etmek davacıya, yemin ise iddiayı reddeden kişiye düşer*"⁷⁰⁶ hadisi ile yeminin taraflardan hangisine yöneltileceğini beyan etmektedir. Aynı zamanda Mecelle'nin bu konuyla ilgili maddesi şöyledir: "*Beyyine müddei için ve yemin münkir üzerinedir.*"⁷⁰⁷

Hz. Peygamber (sav), Hadramut ve Kinde'li iki kişinin arazi davasında önce davacıdan delil ile davasını ispat etmesini istemiştir. Davacı, davasını ispat edecek bir delil sunamayınca Hz. Peygamber (sav), davalıya yemin teklif etmiştir.⁷⁰⁸ Tek şahidi bulunan bir davacıya Hz. Peygamber'in (sav) yemin teklif ettiğini hadisler arasında görmekteyiz.⁷⁰⁹

Müellifler şahitlere doğru şehâdette bulunacaklarına dair yemin ettirilebileceğini söylemektedirler.⁷¹⁰ Hanefî mezhebi fukahâsı, yeminin ispat için değil, müdafaa için bir karîne olduğunu iddia ederek yeminin ancak davalının üzerine olduğunu söylerler.⁷¹¹ Şâfiî mezhebi fukahâsı yeminin hem ispat hem de müdafaa için bir delil olabileceğini iddia ederek yeminin hem davacıya hem de davalıya teklif edileceği kanaatindedirler.⁷¹²

İslâm hukukuna göre yemin ederken bir takım şekil ve prensiplere uyulması gerekmektedir. Hz. Peygamber (sav) Allah'ın adına yemin ettirmiştir.⁷¹³

Davacıya yemin teklif edilebilmesi için aşağıdaki şartlar gerekmektedir:

Davacının dava açmasından sonra hâkim davalıya, "*Davacı senin aleyhine şu iddialarda bulunmaktadır, ne dersin*" der. Bu durumda davalı iddiayı kabul ederse dava

⁷⁰⁴ Cürcânî, *a.g.e.*, s. 255; Ertuğrul Boynukalın, "Yemin" md., *DİA*, XLIII, İstanbul, 2013, 417-420.

⁷⁰⁵ Serahsî, *a.g.e.*, XVI, 116-117.

⁷⁰⁶ Tirmîzî, "Ahkâm", 12; Buhârî, "Rehin", 6; İbn Mâce, "Ahkâm", 7.

⁷⁰⁷ Mecelle, md., 76.

⁷⁰⁸ Tirmîzî, "Ahkâm", 12; Buhârî, "Musakat", 5.

⁷⁰⁹ Ebû Dâvûd, "Akdiye", 2; Tirmîzî, "Ahkâm", 13.

⁷¹⁰ İbnü'l-Kayyim, *a.g.e.*, I, 372.

⁷¹¹ Serahsî, *a.g.e.*, XVII, 35.

⁷¹² *a.g.e.*, XVII, 29, 32.

⁷¹³ Ebû Dâvûd, "Akdiye", 24.

bu ikrar ve itirafa dayanılarak hükme bağlanır. Ancak davalı, davacının iddiasını reddederse, davacıdan iddiasının ispatı istenir. Eğer davacı iddiasını ispat edebilirse bu ispata istinaden hüküm verilir. Eğer davacı iddiasını ispat edemezse, davacının talebiyle, hâkim davalıya yemin ettirir.⁷¹⁴

Davalı yalan yere yemin ettiği durumda⁷¹⁵ davacıyı maddî bir zarara sokmuş olur. Ancak kendisini de manevî olarak bir felakete sürüklemiş olur. Böyle bir durumda da davacı maddî, davalı da manevi bir zarara uğramış olmaktadır. Yani iki tarafta zarara uğramış olmaktadır. Hz. Peygamber (sav) bu konuda şöyle buyurmuştur: "*Bir kimse yemin ve mücadelesiyle bir Müslümanın bir parça malını alırsa, Allah ona cenneti haram eder.*" Eğer aldığı az bir şey ise diye Efendimiz'e sorulduğunda şöyle cevap vermiştir: "*İsterse bir ağaçtan kopmuş bir dal parçası olsun.*"⁷¹⁶

Davalıya yemin teklif edilebilmesi için şu şartların tahakkuk etmiş olması gerekmektedir:

- 1) İlk olarak usûlüne uygun bir davanın açılmış olması gerekmektedir.
 - 2) Davalının, davacının yapmış olduğu iddiayı reddetmesi gerekmektedir.
 - 3) Davacının iddiasını delille ispat edememesi gerekmektedir.
 - 4) Davacının yemin teklifinde bulunmuş olması gerekmektedir.
 - 5) Yeminin hâkimin ya da naibinin önünde verilmesi gerekmektedir.
 - 6) Yeminin bizzat davalının kendisine verdirilmesi gerekmektedir.
 - 7) Dava konusunun ikrara elverişli türden olması gerekmektedir.
 - 8) Dava konusunun devredilebilir türden olması gerekmektedir. Örneğin, nikâh, kölelik ve nesep davalarında davalıya yemin verilmez.
 - 9) Davanın Allah hakkına (kamu davası) ilişkin olmaması gerekmektedir.⁷¹⁷
- Esasen konuyu teşkil etmesinden dolayı bu maddeyi açılacaktır.

Allah hakkı ikiye ayrılmaktadır. Birinci kısmı hadler oluşturmaktadır. Bunlardan sırf Allah hakkına tealluk eden hırsızlık, zina ve içki içme suçları; Allah hakkının

⁷¹⁴ Dâmâd, *a.g.e.*, II, 253-254.

⁷¹⁵ Bilerek yalan yere yemin etmeye yemin-i ğâmûs denmektedir. (Cürçânî, *a.g.e.*, s. 255)

⁷¹⁶ Serahsî, *a.g.e.*, XVI, 116.

⁷¹⁷ Mecelle, md., 1742-1746, Gökmenoğlu, *a.g.m.*, s. 184-186; Bayındır, *a.g.e.*, s. 207.

galiben bulunduğu zina iftirası (kazf) suçu ve lian konusuyla hâkim önüne çıkma halinde tüm mütehidlerin ittifakıyla yemin ispat vâsıtası olamaz ve bunlardan birinde yemin verdirilemediği gibi yemin teklifinde de bulunulamaz. Hakeza kasame haricindeki kısas davalarında da aynı durum söz konusudur.⁷¹⁸

Allah hakkına müteallik olmasına rağmen malî boyutu olan konularda, örneğin resmî olarak zekât toplamakla görevlendirilen memur, mal sahibinin aleyhine "*malının üzerinden bir sene geçtiği ve nisabın tamamlandığı*" iddiasıyla dava açmış olsa, Hanbelîlere göre mal sahibinin sözü muteberdir. Kendisine yemin teklifinde bulunulmaz. Burada delil bu konunun da hadler gibi Allah hakkına müteallik olması ve namaz gibi, yemin teklifinde bulunamayacak bir ibadet addedilmesidir. İmam Şâfi', Ebu Yusuf ve Muhammed'e göreyse bu konu, şahsî hak olan bir davaya benzeyen ve lehdarı fakirler olan bir davadır. Bundan dolayı da bu davada mal sahibine yemin teklifinde bulunulabilir.⁷¹⁹

Hırsızlık suçunda, davacı sadece çalınan malının geri verilmesi ya da malî değerinin geri verilmesi için dava açtığında, bu durumda davalıya yemin teklif edilebilir. Çünkü burada had ve ceza istenmemektedir. Sadece şahıs hakkına tealluk eden kısım dava edilmektedir.⁷²⁰

Yemin davalının üzerindedir.⁷²¹ Ancak bazı durumlarda davacıya da yemin teklif edilebilmektedir. Davacıya yemin ettirilmek mevzu bahis olduğunda davalının bu yöndeki bir talebine ihtiyaç duyulmaksızın hâkim yemin teklif edebilir.

Davacıya yemin teklif edilebilen hususlar:

1) Bir şahıs, ölmüş bir kişinin mirasından alacak iddiasında bulunur ve davasını ispat ederse hâkim bu hususta davacıya, "*bu hakkını ölüden tamamen ya da kısmen, hiçbir surette almadığına ya da başkaları aracılığıyla aldırmadığına, onu ibra ya da havale etmediğine, mevzu bahis alacağın başkaları tarafından ödenmediğine ve bu alacağın karşılığında ölen kimsenin sen de bir rehininin olmadığına yemin et*" der.⁷²² Böyle bir yemini varisler teklif etmeseler bile hâkim bu yemini davacıya ettirir.⁷²³

⁷¹⁸ Zeydân, *a.g.e.*, s. 202-203; Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 187.

⁷¹⁹ Zeydân, *a.g.e.*, s. 204.

⁷²⁰ *a.e.*, s. 204.

⁷²¹ Tirmîzî, "Ahkâm", 12; Buhârî, "Rehin", 6; İbn Mâce, "Ahkâm", 7; Mecelle, md., 76.

⁷²² Bu şekilde bir yemine, yemin-i istizhâr denmektedir. (Dâmâd, *a.g.e.*, II, 254)

⁷²³ *a.e.*, II, 254; Mecelle, md., 1746.

Davacı bu konu da bu şekilde yemin etmediği takdirde lehine karar verilmeyeceği gibi eğer yemin etmeden maldan almış ise bu mal geri alınır.⁷²⁴

2) Bir şahıs bir malı sahiplenerek davasını ispat ettiğinde, *"o malı hiçbir kimseye satmadığına, hibe etmediğine ve hiçbir surette mülkünden çıkarmadığına"* hâkim tarafından yemin ettirilir.⁷²⁵

3) Şüf'a hakkının doğduğu yönünde karar verileceğinde hâkim, bu hakkın sahibine *"şüf'a hakkını hiçbir surette üzerinden devretmediğine"* dair yemin ettirir.⁷²⁶

4) Bir şahıs satın aldığı malı, bu maldaki bir ayıp sebebiyle iade edecek olduğunda, bu konudaki davaya bakıp karar verecek olan hâkim malı satın alan kişiye *"malın kusurlu olduğunun farkına vardıktan sonra sözlü ya da malı sahibi gibi kullanarak üstü kapalı bir biçimde ayıplarına rıza göstermediğine"* dair yemin ettirir. Davacı bu konuda böylece yemin etmez ise lehine hüküm verilemez.⁷²⁷

5) Bir şahıs, davacının istediği borcu hâkim huzurunda ikrar ve itiraf ettikten sonra ve henüz karar verilmeden önce *"ikrarımda yalancıydım"* diyerek vazgeçecek olsa hâkim davacıya davalının ikrarında yalancı olmadığına ve kendisinin hakkı olmayan bir istekte bulunmadığına yemin ettirir.⁷²⁸

6) Kaybolan kocasının aleyhine bir kadın, nafaka davası açtığına, hâkim hükmünü vermeden önce, kocasıyla boşanmamış olduğuna ve aynı zamanda kendisine bir nafaka vermediğine ve mal da bırakmadığına yemin ettirir.⁷²⁹

Muhâkemedede davalıya yemin verilmesi gerektiğinde davanın yürütüldüğü mahkemede ya da o mahkemece görevlendirilen nâibin önünde ve davacının yüzüne karşı davalıya yemin ettirilir. Bu yemin ettirme şöyle olur: Hâkim ya da nâib konuyu açıklar. Sonra davalıya, *"Bu konuda yemin eder misin?"* şeklinde soru yöneltir. Davalı da, *"evet yemin ederim"* dedikten sonra, hâkim, yeminin şekil ve özelliğini belirterek, *"vallahi"* diye Allah'ın ismine yemin ettirir.⁷³⁰

⁷²⁴ Bayındır, *a.g.e.*, s.213.

⁷²⁵ Dâmâd, *a.g.e.*, II, 254; Mecelle, md., 1746.

⁷²⁶ Dâmâd, *a.g.e.*, II, 254; Mecelle, md., 1746.

⁷²⁷ Mecelle, md., 1746; Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 576.

⁷²⁸ Molla Hüsrev, *a.g.e.*, II, 417; Bayındır, *a.g.e.*, s. 214.

⁷²⁹ Molla Hüsrev, *a.g.e.*, II, 417.

⁷³⁰ Mecelle, md., 1743; Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 570.

Taraflardan birisi gerek Müslüman olsun gerek Hristiyan ya da Yahudi gibi ehli kitap ya da müşrik olsun yemin ettirilecek olduğunda "*vallahi, billahi, tallahi*" gibi Arapça lafızlarla ya da "*Allah'a ant içerim*" gibi Türkçe ya da başka dillerde aynı manaya gelen lafızlarla Allah'ın ism-i şeriflerinden biri üzerine yemin ettirilir. Başka isim ve lafızlar üzerine yemin ettirilmez. Hatta başka isim ya da lafızlar üzerine yemin ettirilse ve daha sonra nükûl etse aleyhine verilecek bir hüküm sahih olmaz.⁷³¹

Davalı mahkemede yemin ettiğinde, davacı şâhitlerle iddiasını ispat edene dek davanın yürütülmesine son verilir. Davacı şâhit getirdiği zaman dava ve şâhitler kabul edilir.⁷³²

Davacı "*bu davamda hiçbir şâhit yoktur*" demesine rağmen şâhit getirirse ya da "*şu kimselerden başka şâhit yoktur*" dedikten sonra başka şâhitler de vardır dese, Ebu Hanife'ye göre kabul edilir. Ancak, İmam Muhammed bu görüşü reddetmektedir. Mecelle ise, İmam Muhammed'in görüşünü kabul etmiştir.⁷³³

1.2.1. Yeminden Nükûl

Davalı ya da davacının kendisine tevcih edilen yemine yanaşmaması, yemin etmekten kaçınmasına nükûl ani'l-yemîn denmektedir. Bu anlamda yeminden kaçınan kimseye de "*nâkil*"⁷³⁴ denmektedir.

Hâkim, davalı ya da davacıya yemin tevcih ettikten sonra "*yemin etmem*" şeklinde açık bir ifadeyle ifade ettiğinde ya da yemin teklifini mazeretsiz olarak susarak karşıladığında davalı ya da davacı yeminden nükûl etmiş olur ve hâkim onun bu nükûlüyle karar verir.⁷³⁵ Bu bağlamda Hz. Osman bir davada, davalının yeminden nükûl etmesi neticesinde, davalının aleyhine hüküm vermiştir.⁷³⁶ Hz. Ömer de bir davada yeminden nükûl ile hükmetmiştir.⁷³⁷ Çünkü yeminden kaçınmak ya davacının davasını ikrar ya da dava konusu şeyin davacıya iade edilmesine rıza göstermek olarak itibar edilir.⁷³⁸

⁷³¹ *a.e.*, IV, 569.

⁷³² Kâsânî, *a.g.e.*, VI, 229.

⁷³³ Mecelle, md., 1753.

⁷³⁴ Erdoğan, *a.g.e.*, s. 459.

⁷³⁵ Mecelle, md., 1751.

⁷³⁶ İbnü'l-Kayyım, *a.g.e.*, I, 231-232.

⁷³⁷ Atar, *Adliye Teşkilatı*, s. 211.

⁷³⁸ Dâmâd, *a.g.e.*, II, 254-255.

Mahkemede davalı ya da davacıya yöneltilen yeminden kaçınıldıktan sonra hâkim bu nükûle göre hükmünü verse ve hüküm verildikten sonra nâkil yemin etmeye kalkışsa, buna itibar edilmez ve hâkimin hükmünde bir değişme olmaz.⁷³⁹

Hâkimin bir kere teklif etmiş olduğu yeminden kaçınan tarafın aleyhine karar verilir. Ancak yemin teklifinin uygun olanı hâkimin üç kere tekrar etmesidir. Hâkim davalıya üç kere, "*sana yemin teklif ediyorum, şayet yemin etmezsen aleyhine hükmederim*" demelidir. Böylece üç kere gerçekleştirilen yemin teklifi üzerine davalı, "*yemin etmem*" diyerek açıkça yeminden kaçınmışken, hâkim henüz kararını vermeden, "*yemin edeceğim*" derse, davalı yemin ettirilir ve aleyhine de bir hüküm verilmez. Çünkü hâkim henüz kararını vermeden yemin yapılmıştır.⁷⁴⁰ Kendisine yemin teklif edilen taraf karar vermesi için üç gün süre isteyebilir. Hâkim bu talebi kabul ederek yeminden kaçınmış saymaz.⁷⁴¹

Kasten adam öldürme ya da bir organı kesme iddiasıyla açılan kısas davasında, sanık iddiayı reddedip davacı ispattan aciz kalınca sanığa yemin verilir. Eğer yemin etmekten kaçınırsa Ebu Hanife'ye göre suçunu itiraf edinceye ya da yemin edinceye kadar hapsedilir. Ebu Yusuf ve Muhammed'e göre sanığın yeminden kaçınması üzerine, kendisine diyeti ödeme cezası verilir.

Kasıtlı olarak bir organ kesme iddiasıyla yargılanan sanık yeminden kaçınırsa Ebu Hanife'ye göre kısas cezası uygulanır. Ebu Yusuf ve Muhammed'e göre suçun durumuna göre diyet ya da erş⁷⁴² ile hükmolunur.⁷⁴³

1.2.2. Günümüz Ceza Muhâkemesinde Yemin

Günümüz ceza muhâkemesinde sadece tanık ve bilirkişi yemini söz konusuysen, hukuk muhâkemeleri usûlünde kesin delil kabul edilen "*taraf yemini*" ile "*ifade, beyan ve mütalaanın doğruluğunu te'kid yemini*" olmak üzere, iki tür yemin bulunmaktadır.⁷⁴⁴ Ancak konumuz itibariyle hukuk davalarındaki yemin kavramına yer verilmeyecektir.

⁷³⁹ a.e., II, 254; Mecelle, md., 1751.

⁷⁴⁰ Dâmâd, a.g.e., II, 254; Ali Haydar, a.g.e., IV, 585.

⁷⁴¹ Dâmâd, a.g.e., II, 254-255.

⁷⁴² Erş: Yaralanan ve kesilen organdan dolayı verilmesi gereken diyet. (Erdoğan, a.g.e., s. 125).

⁷⁴³ Dâmâd, a.g.e., II, 257; Bayındır, a.g.e., 221.

⁷⁴⁴ Ali Türkmen, "Türk Özel Hukuk Yargı Sisteminde Yemin Müessesesi", *International Journal Of Legal Progress*, c.1, sy.2, (2015), s. 121.

Günümüz ceza muhâkemesinde bir şeyin delil olarak kabul edilebilmesi için bu şeylerin rasyonel ve realist olması şartı aranmıştır.⁷⁴⁵ Bundan dolayı, delillerde rasyonel ve realist olma şartı arandığında, yeminin delil olamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

Yemin Medenî Usûl Hukukunun aksine Ceza Muhâkemesi Hukukunda bir delil ya da delil vâsıtası değil, tanık beyanı delil vâsıtasının doğruluğunu sağlamayı amaç eden bir tedbir olarak benimsenmiştir.⁷⁴⁶ Yani ceza yargılamalarında yeminde müstakil bir beyine rolü ve kuvveti bulunmamaktadır.⁷⁴⁷

Ceza muhâkemesi hukukunda tanıklara verdirilecek yeminin içeriği dini değil, vicdanidir.⁷⁴⁸ Buna göre tanıklıktan önce verilen yemin "bildiğimi dosdoğru söyleyeceğime namusum ve vicdanım üzerine yemin ederim" şeklinde iken, tanıklıktan sonraysa "bildiğimi dosdoğru söylediğime namusum ve vicdanım üzerine yemin ederim" tarzındadır.⁷⁴⁹

Günümüz ceza muhâkemesi hukukunda hâkim, bir kişiyi ceza soruşturması ya da koğuşturmasıyla karşı karşıya bırakacak konularda yemin teklifinde bulunamamaktadır.⁷⁵⁰

1.2.3. Yeminin İslâm Ceza Muhâkemesinden Günümüz Ceza Muhâkemesine Geçirdiği Değişim ve Değerlendirilmesi

Hadlerde yemin bir ispat vâsıtası olarak kabul edilmemiştir. Çünkü esasen bu suçlarda Allah hakkı (kamu hakkı) galiptir. Bu da suçun şahıslardan çok kamuya karşı işlenmiş bir suç olması anlamına gelmektedir. İslâm ceza muhâkemesinde yeminin ya davayı sonlandırıcı bir işlevi ya da bir hak (mal, tazmin vb.) sağlama işlevi bulunmaktadır. Binaenaleyh, İslâm hukukunda sırf kul hakkı ya da kul hakkı galip olan davalar ya mal davalarıdır ya da mala dönüştürülebilen davalardır. Mal davalarında ve mala dönüştürülebilen davalarda yemin bir delil görevi görmüştür. Örneğin, bir yaralama suçunda, ceza malla tazmine dönüştürülmüşse burada yemin bir delil olarak

⁷⁴⁵ Kunter, *a.g.e.*, s. 417-418.

⁷⁴⁶ Feyzioğlu, *a.g.e.*, s. 130.

⁷⁴⁷ Sabri Şakir Ansay, "Mahkemelerimizde Yemin", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c.11, sy.3-4, (1954), s. 115.

⁷⁴⁸ *a.m.*, s. 116.

⁷⁴⁹ Özbek vd., *a.g.e.*, s. 678-679.

⁷⁵⁰ HMK 226/1-c.

kabul edilmiştir. Başka bir örnekte çalınan malın el kesme cezası olmaksızın tazmin ettirilmesi durumudur.⁷⁵¹

Günümüz ceza muhâkemesinde devletin kendisini ve sınırları dâhilinde beraber yaşayan fertlerini muhafaza etmek için suçluları cezalandırma hakkı vardır. Bu hakkın kullanılması ve bunun amaçlarına ulaşılabilmesi, suçu koğuşturma vazifesinin ve hakkının da devlete verilmesi ile tahakkuk edebilir. Suçu koğuşturma hakkı devlete verilmediği takdirde, devletin suçluyu cezalandırma hakkı ve bununla hedeflenen sonuçlar eksik kalmış olur. Binaenaleyh koğuşturmanın devlet tarafından yürütülmesi, suçu koğuşturmada o suçtan zarar gören şahsın koğuşturma yapılması ya da yapılmaması hususundaki iradesini önemsememe neticesini verir. Yani bir suç işlendiğinde, o suçtan zarar gören ya da o suça hedef olan kişi sanıkların koğuşturulmaya uğratılmasını istemese bile, devlet koğuşturmayı yürütülecektir. Burada suçtan zarar gören kişi suçu ihbar edebilir. Bu durumda da suç haberi koğuşturma yapacak organlara ulaşmış olur. Suçtan zarar gören kişi bu suçu koğuşturma yapacak olan organlara bildirmemesine rağmen, ilgili organ bu suçtan haberdar olduğunda koğuşturma işlemine kendisi başlayacaktır.⁷⁵²

İki hukuk sistemi arasında meseleye koğuşturma açısından bakıldığında bir farklılık görülmektedir. İslâm ceza muhâkemesi hukuku her suçu kamuya karşı işlenmiş olarak değerlendirmez. Suçlar sırf Allah hakkı olan (kamu hakkı), Allah hakkı galip olan (yine kamu hakkı), içerisinde Allah hakkı (kamu hakkı) bulunmakla birlikte şahıs hakkı galip olan ve en son sırf şahıs hakkı olan suçlar şeklindedir. Günümüz ceza muhâkemesinde kanunlar tarafından belirlenen her suç kamuya karşı işlenmiş olarak kabul edilerek koğuşturulmaya başlanır. Bundan dolayı kamuya karşı işlenilmiş bir suçta (İslâm hukukunda da olduğu gibi) bir şahsın yemini bir delil olarak değerlendirilememektedir.

İslâm ceza muhâkemesinde yeminin bir delil olarak değerlendirilmesi, mal davalarında ve tazmini mümkün suçlarda söz konusudur. Burada bir kişi yemin etmemesi durumunda malî bir zarara uğrayacaktır ya da malî bir zarardan kurtulacaktır. Hz. Peygamber (sav) bu konuda şöyle buyurmuştur: "*Bir kimse yemin ve mücadelesiyle bir Müslümanın bir parça malını haksız yere alırsa Allah ona cenneti haram eder.*"

⁷⁵¹ M. Zuhaylî, *a.g.e.*, I, 380-381; Zeydân, *a.g.e.*, s. 204.

⁷⁵² Yurtcan, *a.g.e.*, s. 121-122.

"*Aldığı az bir şey ise*" diye Hz. Peygamber'e (sav) sorulduğunda şöyle cevap vermiştir: "*İsterse bir ağaçtan kopmuş bir dal parçası olsun.*"⁷⁵³ İslâm'da kişi yemin ederek bir kişiden haksız yere bir mal alma karşısında cennete giremeyecektir. Genel olarak dinin hayatın merkezinde olduğu dönemlerde yeminin malî davalarda bir delil olma özelliği olarak bir gerçekliğinin bulunduğunu söylemek mümkündür. Ancak günümüz ceza muhâkemesinde aynı perspektiften yemine bakarak, yeminin delil olma özelliğinin bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Çünkü ilk başta bu hukuk sisteminde dini değerler delil olarak bir şey ifade etmemektedir. Hatta tanık ve bilirkişilere verdirilen yeminler dahi dini değil vicdanidir. Aynı zamanda delil değil, buradaki beyanın doğru söylenmesi için etkili olacağı düşünülen psikolojik bir muharriktir. Günümüz ceza hukukunda delillerin objektifliği kuralı da düşünüldüğünde yemin bir delil olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

26.09.2004 tarihli 5237 numaralı Türk Ceza Kanunun'da (TCK) suçlara öngörülen ceza hapis cezasıdır. Kısa süreli hapis⁷⁵⁴ cezaları da bir yaptırım bağlamında adlî para cezasına dönüştürülebilmektedir.⁷⁵⁵ Bu yönüyle İslâm ceza hukukunda bazı suçlarda söz konusu olan diyet, erş, tazmin gibi malî cezalar günümüz ceza hukukunda bulunmamaktadır. Örneğin, bir kavga sonucu parmağının birinin kaybetmiş bir kişi davacı olsa, İslâm hukukunda bu kişinin parmağının erşi ödetilir. Yani bedeni bir ceza, para cezasına dönüştürülebilir. Bu durumda da dava şahsî bir hak davası olmuştur. Mağdurun bu davada beyyinesi yoksa ya da yeterli beyyinesi yoksa davayı sonlandırmak için yemine başvurabilir.

İslâm ceza muhâkemesinde meseleye birde yeminden nükûl boyutundan bakılmıştır. Yeminden nükûl aslen ikrar gibi değerlendirilmiştir. Çünkü davalıya yemin teklif edilmesiyle amaçlanan onun yeminden nükûlüdür. Yeminden nükûl ettiğinde de bir nevi ikrarda bulunmuş olmaktadır. Bu ikrar şüpheli bir ikrar olmasından dolayı hadler gibi kat'î delil aranan ceza davalarında etkili değildir.

İslâm Muhâkeme hukukunda beyyine külfeti davacıya yüklenmiştir. Kat'î olsun, olmasın davayı sonlandırmak için bir takım makul ve dini ispat vâsıtaları belirlenmiştir. Birtanesi de yemindir. Günümüz ceza hukukunda yeminin bir şey ifade etmemesinin

⁷⁵³ Serahsî, *a.g.e.*, XVI, 116.

⁷⁵⁴ TCK md., 49/2: "*Hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezasıdır.*"

⁷⁵⁵ Bkz. TCK md., 45-50.

temelinde bugün beyyine külfetini yargı organının aracılığıyla ilgili kurumların üstlenmesinin etkisi vardır. Asıl sebep ise bilimsel ve teknolojik yöntemlerle beyyine temininin yeterli ve objektif olmasıdır. Bilimsel ve teknolojik yöntemlerle kesin beyyine temini mümkün iken zannî ve subjektif beyyinelerle işgal etmek, davalarda meşruiyetini tartışmak bugün için manasızdır.

1.3. İkrar

İkrar sözlükte "*sabit kılmak*,⁷⁵⁶ *yerine getirmek, ispat etmek, itiraf etmek, bir şeyi haber vermek*"⁷⁵⁷ gibi anlamlara gelmektedir. İkrar eden kimseye mukırr, lehinde ikrarda bulunan kimseye mukarrun leh ve ikrar edilen hakka mukarrun bih denilmektedir.⁷⁵⁸

İkrar ıstılahta, bir kimsenin, diğer bir kimsenin kendisinde olan hakkını haber vermesidir.⁷⁵⁹ Hanefiler genel olarak ikrarı bu şekilde tarif etmişlerdir. İkrarda haber vermek söz konusudur. Yani hakkı gasp eden kimsenin üzerinde bulunan hakkı ilgili makamlara haber vermesi, bildirmesi, itiraf etmesidir. Bu hukuk davaları esas alınarak yapılmış bir tariftir. "Başkasının kendi üzerindeki hakkı" hadleri kapsamdan çıkarmaktadır. Çünkü hadlerde Allah hakkı söz konusudur. Zaten klasik kaynaklar incelendiğinde ikrar bahsi altında tamamen hukuk davalarıyla alakalı ikrar konuları incelenmiştir.⁷⁶⁰ Had ve kıstastaki ikrara ilgili konular altında yer verilmiştir.

İkrar doğru ve yalan olma ihtimali bulunan bir haber vermedir. Ancak ikrar akli delil ile de ispat vâsıtası kabul edilmiştir. Bu da doğru olma ihtimalinin yalan olma ihtimalinden açık bir şekilde daha yüksek olmasındandır. İnsana kendi aleyhine ikrar ettiği şeylerden dolayı ithamda bulunulmaz.⁷⁶¹ Çünkü insan doğal olarak kendi aleyhine bir itirafta bulunmaz.⁷⁶² Bu açıdan yalan yere başkası lehine ve kendi aleyhine mal ikrarında bulunmaz. Buna dayanarak ikrarda itham ve şüphe galiben bulunmaz.

⁷⁵⁶ el-Hâc, 22/5. (Bu ayette bu anlamda kullanılmıştır.)

⁷⁵⁷ Fîrûzâbâdî, *a.g.e.*, IV, 1233; Ferhat Koca, "İkrar" md., *DİA*, XXII, İstanbul, 2000, 39.

⁷⁵⁸ Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 92; Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 37.

⁷⁵⁹ Cürcânî, *a.g.e.*, s. 36; Serahsî, *a.g.e.*, XVII, 184; Mecelle, md., 1572; Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 37.

⁷⁶⁰ Merğînânî, *a.g.e.*, III, 179-185; Mevsilî, *a.g.e.*, II, 398-410.

⁷⁶¹ Serahsî, *a.g.e.*, XVII, 185.

⁷⁶² İbn Kudâme, Muvaffakuddîn el-Makdisî, *el-Muğnî*, yy., Mektebetü'l-Kahire, 1968, V, 109.

Fukahâ şartlarını haiz olan bir ikrar ile hüküm vermenin vacip olduğu yönünde fikir birliği etmişlerdir.⁷⁶³ Onlar Kur'an-ı Kerim'deki bazı ayetleri ikrara mesnet olarak değerlendirmişlerdir. Bir ispat vâsıtası olarak ikrarın hükme mesnet olacak şer'î bir delil olduğunu gösteren ayette "*hak üzerinde olan kimse (borçlu) de yazdırsın. Rabbinden çekinsin ve borcunu asla eksik yazdırmasın...*"⁷⁶⁴ denilmektedir. Bu ayette borçlu olan kimsenin borcunu yazıya dökerek kayıt altına alması emir kipiyle ifade edilmektedir. Bu emir borcun kayıt altına alınmasının önemli ve dolayısıyla gerekli olduğunu göstermektedir. Borcun yazıya geçirilerek kayıt altına alınması (imlâl) ise, oldukça güçlü ispat kuvvetine sahip bir yazılı ikrardır. Başka bir ayet ise şöyledir: "...*adaleti titizlikle ayakta tutun, kendiniz, anneniz, babanız ve yakınlarınız aleyhinde de olsa Allah için şahitlik eden kimseler olun...*"⁷⁶⁵ Bu ayette yer alan "*kişinin kendi aleyhindeki şehâdeti*" ifadesi ise bir ikrardır.⁷⁶⁶ Diğer bir ayet ise şöyledir: "*Allah peygamberlerden şöyle söz almıştı: 'Bakın, size kitap ve hikmet verdim, sonra nezdinizdekileri tasdik eden bir peygamber geldiğinde, ona mutlaka inanıp yardım edeceksiniz; Bunu ikrar (kabul) ettiniz ve bu ahdimi üzerinize aldınız mı?' demişti. 'İkrar ettik' dediler. Bunun üzerine Allah : 'O halde şahit olun, ben de sizinle beraber şahit olanlardanım' dedi.*"⁷⁶⁷ Burada da iltizam için ikrarın istendiği görülmektedir.⁷⁶⁸

Sünnet'te ikrarın bir ispat vâsıtası olduğuna dair çok sayıda uygulamadan söz etmek mümkündür. Hz. Peygamber (sav) bir zina davasına bizzat bakmış, bu davada zina suçunu işleyenlerin zina ettiklerine dair ikrarlarını kabul etmiş ve bu ikrarlarına dayanarak ceza uygulanmıştır.⁷⁶⁹ Şüphe halinde tatbik etmekten kaçınılması emredilen had cezalarını gerektiren davalarda ikrar hüccet kabul edilirse, hadlerin dışındaki davalarda ikrarın, evleviyetle bir ispat vâsıtası kabul edilmesi gerekir. Sünnet'te, Hz. Peygamber'in (sav) uygulamasında zina, cinayet, hırsızlık ve genel anlamda had

⁷⁶³ İbn Rüşd, *a.g.e.*, II, 450.

⁷⁶⁴ Bakara, 2/282.

⁷⁶⁵ en-Nisâ, 4/135.

⁷⁶⁶ İbnü'l-Arabî, *a.g.e.*, I, 373; Mevsilî, *a.g.e.*, II, 398.

⁷⁶⁷ Âl-i İmrân, 3/81.

⁷⁶⁸ Zuhaylî, *a.g.e.*, VI, 611.

⁷⁶⁹ Buhârî, "Hudûd", 28; Müslim, "Hudûd", 16, 22; Ebû Davûd, "Hudûd", 24, 25; Nesâî, "Cenâiz", 65.

davalarında⁷⁷⁰ ikrarın ispat vâsıtası olarak hükmün tesisine dayanak oluşturduğu açıkça görülmektedir.⁷⁷¹

Hz. Peygamber (sav) döneminden bugüne kadar Müslümanlar, ikrarın sıhhati ve onun bir ispat vâsıtası olduğu noktasında icma etmişlerdir.⁷⁷² Kıyas ile de ikrarın ispat vâsıtası olduğu sabittir. Şöyle ki, Bizler kişinin başkasına şehâdetini kabul ettiğimize göre mutlak olarak ikrarı kabul etmemiz öncelikle söz konusudur.⁷⁷³

1.3.1. İkrarda Şekil

İkrarın bir hukuki sonuç doğurabilmesi için bir takım şekli şartları vardır. İkrar söz, yazı, işaret, delâlet ve sükût gibi farklı şekillerde ifade edilebilir. İkrar beyanının en üst seviyedeki ifade aracı, ikrara açıkça ya da zımnen delâlet eden sözdür. Kişi, sarîh lafızla ikrarda bulunabileceği gibi işaret, delâlet ve sükût gibi vâsıtalarla da ikrar beyanında bulunması mümkün olabilir. Burada mühim olan örf olarak mukırrın amacını beyan etmiş olmasıdır.⁷⁷⁴

İcâp ve ilzam ifade eden lafızlarla yapılan ikrarlara "sarîh", bu şekilde olmayan ikrarlara da "zımnî" (delâleten) ikrar denir.⁷⁷⁵ Sarîh ikrar, ikrarın sarîh söz ile ifade edilmesidir. Sarîh lafız, açık, her türlü şâibeden uzak, hakikat olsun mecaz olsun kendisinden ne kastedildiği apaçık anlaşılan lafızdır.⁷⁷⁶ Örneğin, "*Ahmet'e yüz lira borcum var*" denmesi gibi. İkrarı ifade etmek için birçok tabir, kelime, yazı veya işaret kullanılabilirse de bunların tamamı ikrar ifade etmeyebilir. İcâp ve ilzam ifade eden lafızlarla yapılan ikrarlara "sarîh" ikrar denmektedir. Fıkıh kitapları, meseleci özelliklerinden dolayı ikrarla ilgili kelimelerin kullanımına ait çok sayıda örnek verirse de bu lafızları kullanmada Arapça gramerinin incelikleri değil örfteki kullanım önemlidir.⁷⁷⁷

⁷⁷⁰ Bkz. Buhârî, "Hudûd", 22; "Ahkâm", 19; "Diyet", 4, 21; Müslim, "Hudûd", 16, 23, 25; Tirmîzî, "Hudûd", 8, 9; Ebû Davûd, "Hudûd", 9; İbn Mâce, "Hudûd", 24.

⁷⁷¹ Duran, *a.g.m.*, s. 242.

⁷⁷² Mevsilî, *a.g.e.*, II, 398; Zuhaylî, *a.g.e.*, VI, 611.

⁷⁷³ *a.e.*, VI, 611.

⁷⁷⁴ Duran, *a.g.m.*, 252.

⁷⁷⁵ Koca, *a.g.e.*, XXII, 39.

⁷⁷⁶ Erdoğan, *a.g.e.*, s. 495.

⁷⁷⁷ Koca, *a.g.e.*, XXII, 39.

Had ve kısas cezasını gerektirecek davalarda ikrarın sarîh lafızla ifade edilmesi şart görülmüştür.⁷⁷⁸ Çünkü sarîh olmayan ikrarda şüphe söz konusudur. Kişi had gerektirmeyen bir haddi gerektiriyor zannedebilir. Suç fiilinin açık ve net itirafı gerekir. Nitekim Mâiz b. Mâlik zina suçunu işlediğine dair ikrarını bu şekilde açık bir sözle beyan etmiştir. Mâiz, Hz. Peygamber'e (sav) gelip açık bir ifadeyle "*Ey Allah'ın Peygamberi, ben zina ettim*" demiştir. Mâiz'in bu sarîh ifadelerle ikrarı sonucunda Hz. Peygamber (sav) gereken cezayı tatbik etmiştir.⁷⁷⁹

İkrarın bir şekli de yazılı ikrardır. İkrar bir kimsenin, diğer bir kimsenin kendisinde olan hakkını haber vermesidir. Bu haber verme söz ile olabileceği gibi yazı ile de olabilmektedir. Yazıyla yapılan ikrar daha çok tevsîkî özellikte olmasından dolayı farklı bir öneme sahiptir. Bundan dolayı insanların pek çok muameleleri senetle tevsîk edilerek ihtilaflar giderilmiş olur.⁷⁸⁰ Hatta dil ile yapılan ikrarın unutulma durumu söz konusuysen; yazılı olarak yapılan ikrarın unutulması söz konusu değildir.⁷⁸¹ Fukahâya göre "*mükâtebe, muhataba gibidir*."⁷⁸² Bu temel prensipten hareketle "*kitabette ikrar lisan ile ikrar gibidir*" prensibi kabul edilmiştir.⁷⁸³ Bu bağlamda ilmühaber, mahkeme sicilleri, mektup ve ticarî defterlerle diğer husûsî evrak gibi yazılı belgeler ikrar vâsıtası olarak kabul edilmektedir.⁷⁸⁴

Had ve kısas cezasını gerektirecek davalarda ikrarın sarîh lafızla ifade edilmesi şart görülmüştür.⁷⁸⁵ Nitekim Mâiz b. Mâlik zina suçunu işlediğine dair ikrarını bu şekilde açık bir sözle beyan etmiştir. Mâiz, Hz. Peygamber'e (sav) gelip açık bir ifadeyle "*Ey Allah'ın Peygamberi, ben zina ettim*" demiştir. Bunun üzerine Hz. Peygamber (sav) Mâiz'e: "*Sen öpmüş, dokunmuş ya da bakmış olabilir misin?*" şeklinde soru yöneltmiştir. Mâiz "*Hayır Rasulallah*" şeklinde cevap vermiştir. Bunun üzerine Hz. Peygamber (sav) Mâiz'e tekrar zina yaptım ifadesiyle kinâyeli bir anlatım yapıp yapmadığını sormuş, Mâiz de kinâyeye yapmadığını ifade etmiştir. Böylece ikrarın

⁷⁷⁸ Serahsî, *a.g.e.*, XVIII, 172.

⁷⁷⁹ Buhârî, "Hudûd", 28; Müslim, "Hudûd", 16; Ebû Davûd, "Hudûd", 24.

⁷⁸⁰ Duran, *a.g.m.*, 243.

⁷⁸¹ Serahsî, *a.g.e.*, XVIII, 172.

⁷⁸² Mecelle, md., 69.

⁷⁸³ Mecelle, md., 1606.

⁷⁸⁴ Mecelle, md., 1606-1612.

⁷⁸⁵ Serahsî, *a.g.e.*, XVIII, 172; Koca, *a.g.e.*, XXII, 39.

mahiyeti iyice soruşturulmuş ve şüpheler giderilerek netleştirilmiştir. Mâiz'in bu sarih ifadelerle ikrarı sonucunda Hz. Peygamber (sav) gereken cezayı tatbik etmiştir.⁷⁸⁶

İkrarın bir şekli de delâlet yoluyla yapılan ikrardır. Bu şekildeki ikrarda dolaylı bir anlatım söz konusudur. Ancak dolaylı da olsa doğrudan ikrara işaret etmektedir. Bu tür ikrara ikrar-ı zımnî de denmektedir.⁷⁸⁷ Örneğin, A şahsı B şahsından bin lira borcunu istese, B şahsı da tamam öderim dese, bu ifade borcu ikrardır. Çünkü buradaki "tamam" kelimesi tek başına kullanılmamaktadır. Bu kelime cevap olmaya uygun olduğundan, bu kelimeyle daha önce ki konuşmada geçen şey tekrar edilmiş olmaktadır. "Tamam" cevabını veren şahıs, bu cevapla "tamam ben sana bin lira olan borcumu ödeyeceğim" demiş olmaktadır.⁷⁸⁸

Ayrıca bir hakta sulh ya da ibra istemek ikrar demektir.⁷⁸⁹ Mecelle'de: "Bir maldan sulha talip olmak ol malı ikrar demek olur. Amma bir malın davasından sulha talip olmak ol malı ikrar emek olmaz. Şöyle ki bir kimse diğer kimseye, 'zimmetinde bin kuruş alacak hakkımı ver' der, o kimse de 'mezkûr paradan yedi yüz kuruşa sulh olalım' diyerek sulha talip olsa, matlup olan bin kuruşu ikrar etmiş olur. Ama 'şu bin kuruş davasından sulh olalım' diye mücerret münazaayı defetmek için sulha talip olsa zikredilen meblağı ikrar etmiş olmaz"⁷⁹⁰ denmektedir. Mecelle'nin diğer bir maddesinde: "Bir kimsenin yedindeki malı diğer kimsenin şirâya veya isticâra veya istiâreye talip olması yahut bu malı bana hibe et veya vedi'a olarak ver demesi veyahut ol kimse ona bu malı vedia olarak al deyip de onun dahi kabul etmesi ol mal kendisinin olmadığını (zımnem) ikrardır"⁷⁹¹ denmektedir.

Görüldüğü üzere delâlet yoluyla yapılan ikrar hadler ve kısas davaları için geçerli değildir. Yapılan incelemelerde bu başlıkla alakalı bölümlerde hadler ve kısas konusunda bir örnek ya da bir açıklamaya rastlanılmamıştır. Daha öncede geçtiği gibi hadler ve kısas davalarında ikrarın sarih lafızlarla ortaya konması şart koşulmuştur.

Delâlet yoluyla yapılan ikrar çeşidinden birisi işaretle ikrardır. İşaret, beyanın bir türüdür. Dilsizin (ahras) işareti, fukahânın ittifakıyla, eğer yazı bilmiyorsa, bilinen ve anlaşılabilir işaretlerin yer aldığı bütün sözlü teâmülî tasarruflarında normal olarak

⁷⁸⁶ Buhârî, "Hudûd", 28; Müslim, "Hudûd", 16; Ebû Davûd, "Hudûd", 24.

⁷⁸⁷ Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 37.

⁷⁸⁸ Serahsî, *a.g.e.*, XVIII, 15.

⁷⁸⁹ Zuhaylî, *a.g.e.*, VI, 614.

⁷⁹⁰ Mecelle, md., 1582.

⁷⁹¹ Mecelle, md., 1583.

gerçekleşen dil ile konuşmanın yerine geçer.⁷⁹² Bu fikirden hareketle Mecelle’de şu kaide konulmuştur: "*Ahrasın işaret-i ma’hûdesi lisan ile beyan gibidir.*"⁷⁹³

Yazı bilmeyen dilsizin ma’hut işaretleriyle ikrarı, fukahânın ittifakıyla makbuldür. Ancak ahras yazı yazmayı biliyorsa, tercih edilen görüşe göre, ikrarı ancak yazı ile sahih olabilir. Çünkü yazmak her açıdan konuşmak gibidir. Yazma imkânı varsa o halde işaret kabul edilmez.⁷⁹⁴

Dilsizler için hüküm böyleyken, konuşabilmesine rağmen, işaret ile ikrarda bulunan bir kimsenin ikrarı muteber değildir. Örneğin, bir kimse konuşabilen bir şahsa "*falanın sende şu kadar malı var mıdır?*" dediğinde o şahıs bir şey söylemeden başını eğse, bu işaretiyle o sorulan şeyi ikrar etmiş olmaz.⁷⁹⁵ Mecelle’nin ilgili maddesinde bu kural şöyledir: "*Dilsizin işaret-i ma’hûdesi ile ikrar muteberdir. Ama nâtık olan kimsenin işareti ile olan ikrarı muteber değildir.*"⁷⁹⁶

İşaret ile ikrar, ceza davalarında kısas ve başka kişilere ait haklar konusunda geçerli olmakla birlikte hadler konusunda geçersizdir. Çünkü hadlerde zina, hırsızlık gibi kelimeleri sarâhaten söylemek gerekmektedir. Bunlar işaretle yerine gelmez. Bu durumda oluşan şüpheyle hadler düşer. İçinde işaretle anlatamayacağı bir şüphe bulunabilir. Bu durumda delille sabit olması durumunda bile dilsizlere hadler uygulanmaz. Çünkü bu halde uygulanan hadler, şüphe bulunduğu halde uygulanmış olmaktadır.⁷⁹⁷

Sükûtun ikrar değeri konusu tartışılmıştır. Bir insan sükût ile bir şey beyan etmiş olmaz. Yani kişinin sükûtuna bir mana yüklenmez.⁷⁹⁸ Bu genel bir kaide olmakla birlikte konuşulması gereken bir yerde suskunluk yerine göre bir şey ifade edebilir. Yerine göre sükût olumlu ya da olumsuz olarak maksada işaret eden bir araç olabilir. Fakat dikkatsizlik, dalgınlık, öfke, hayret, ciddiye almama, ret, alaya alma, yok sayma, kabul, inkâr, ikrar, rıza gösterme ya da nezaket gibi çok farklı tavırların göstergesi olabilecek sükûtta baskın karakter ret ve inkâr olmasından dolayı kişinin sükûtuna, kaide düzeyinde değil, sadece belirli hallerde irade beyanı olarak kabul edilebilir.⁷⁹⁹

⁷⁹² Zerkâ, *a.g.e.*, I, 413.

⁷⁹³ Mecelle, md., 70.

⁷⁹⁴ Zerkâ, *a.g.e.*, I, 413.

⁷⁹⁵ Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 49.

⁷⁹⁶ Mecelle, md., 1586.

⁷⁹⁷ Serahsî, *a.g.e.*, XVIII, 172.

⁷⁹⁸ Zerkâ, *a.g.e.*, I, 436.

⁷⁹⁹ Saffet Köse, ‘‘Sükût’’ md., *DİA*, XXXVIII, İstanbul, 2010, 52.

İslâm hukuku genel olarak sükûta itibar etmemekle birlikte kişinin, konuşması gereken yerde konuşmayı sükût etmesini zımnî ikrar kabul etmiştir.⁸⁰⁰ Bu beyanda Mecelle'de "*Sâkite bir söz isnat olunmaz; lâkin ma'riz-i hâcette sükût beyandır.*"⁸⁰¹ şeklinde ifade edilmiştir. Yani sükût eden kimseye şu sözü söyledi denilemez. Fakat konuşmak gereken yerde sükût etmesi ikrar ve beyan olarak kabul edilir. Örneğin, bir tacirin, malının satıldığını görmesine rağmen buna ses çıkarmaması satışı onayladığı anlamını iktiza etmez. Ancak aynı tacirin, müşterinin bu malı alarak götürmesine de sessiz kalması, bir beyan sayılarak, tacirin malı sattığına hükmedilir.⁸⁰²

Sükûta sözün olmadığı kesindir ve tercih edilen karfîneler onu desteklemedikçe, sükûtun delâleti, sükût içinde şüphelidir.⁸⁰³ Çünkü daha önce geçtiği gibi, sükût pek çok sebebe dayanabilir. Bu açıdan sükûtu bir manada almak ve ona belli bir netice ve hüküm bağlamak uygun olmaz.⁸⁰⁴ Mecelle'de şöyle bir madde vardır: "*Mu'irin (âriyet verenin) sükûtu kabul sayılmaz. Binaenaleyh bir kimse birinden bir şey âriyet isteyip de sahibi sükût eylemiş olduğu halde alsa gâsıp (gaspeden) olur.*"⁸⁰⁵

"*Sâkite bir söz isnad olunmaz*" genel kaidesinin haricinde sükûtun ikrar kabul edildiği istisnâî durumlar Mecelle'de ve kavâid kitaplarında maddeler halinde yazılmıştır.⁸⁰⁶ Bu maddeler incelendiğinde sükûtun rıza olarak kabul edilmesinde özellikle şu etkenlerin etkili olduğu görülür: "*Sükûtun rızaya delâlet 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, yani icap sahibinin tek taraflı fedakârlığına dayanması, örf ve maslahat ilkesi.*"⁸⁰⁷

Fukahâ, davalının yeminden kaçınmasının ikrar olup olmayacağı konusunda ihtilaf etmişlerdir. Hanefîler ve Hanbelîlerin meşhur görüşlerine göre davalının yeminden nükûlüyle, malî konularda, davacının davasını ikrar ettiği kabul edilir ve bu nükûl ile davalının aleyhine hükmedilir. Hanefîler burada yemin teklifinin hâkim

⁸⁰⁰ Duran, *a.g.m.*, 245.

⁸⁰¹ Mecelle, md., 67.

⁸⁰² Yıldırım, *a.g.e.*, 155.

⁸⁰³ Zerkâ, *a.g.e.*, II, 986.

⁸⁰⁴ Duran, *a.g.m.*, 245.

⁸⁰⁵ Mecelle, md., 805.

⁸⁰⁶ İbn Nüceym, Zeynüddin b. İbrahim b. Muhammed b. Muhammed, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir* (thk. Muhammed Muti' el-Hâfiz), 1. bs., Dimeşk, Dâru'l-Fikir, 1983, s. 178-180.

⁸⁰⁷ Köse, *a.g.e.*, XXXVIII, 52.

tarafından davalıya üç kere yinelenmesini usûl olarak kabul etmişlerdir.⁸⁰⁸ Bu görüşte olan Fukahâ, Hz. Peygamber'in (sav), "*Beyyine davacıya, yemin de inkâr edene düşer*"⁸⁰⁹ hadisini delil göstermektedirler. Ayrıca Hz. Ömer bir davada yeminden nükûlü ikrar olarak değerlendirerek davalı aleyhine hükmetmiştir.⁸¹⁰ Hz. Osman da Abdullah b. Ömer'in yeminden kaçınmasını ikrar saymış ve bununla aleyhine hüküm vermiştir.⁸¹¹ Kûfe kadısı Şureyh Hz. Ali'nin de bulunduğu bir davada, davalı yemin etmek istemeyince bunu davacının davasını ikrar saymış ve nükûl etmesi sebebiyle davalının aleyhine hüküm vermiştir. Bunun üzerine Hz. Ali kendisine "*doğru yaptın*" demiştir.⁸¹²

Hanefî fukahâsına göre malî konuların haricinde ya da kendisinde mal amacı olmayan nikâh, nesep, talâk, kısas, vesayet ve vekâlet gibi konularda davalının yeminden kaçınmasıyla davalı aleyhine hükmedilmez.⁸¹³ Hırsızlık davasında, hırsız olarak yargılanan tanığa yemin teklif edilir. Eğer yemin etmekten kaçınırsa kendisine had uygulanmaksızın tazmin ile aleyhine hükmedilir. Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'e göre kısas davasında, dava ister adam öldürme, ister yaralamadan dolayı açılmış olsun, nükûl ile kısasa hükmedilmeksizin erş ya da diyet ödemeye hükmedilebilir. Adam öldürmeden dolayı açılan kısas davasındaki nükûl konusunda Ebu Hanife'nin görüşü ise kısas ile de diyet ile de hükmedilemeyeceğidir. Nâkil bu durumda ya ikrar edinceye ya da yemin edinceye kadar hapsedilir. Ebu Hanife'nin yaralamadan dolayı açılan kısas davasındaki nükûl konusundaki görüşüne gelince, bu tür davaların cezası mal olabildiğinden dolayı, amden yaralamalarda kısasla, hatâen yaralamalarda ise diyet olarak davalının nükûlü ile aleyhine hüküm verilebilir.⁸¹⁴

Hadlerde davalının nükûlü ile davalıya had cezası verilemez. Ta'zir grubundan cezalarda ise, davalının nükûlüyle, davalının aleyhine hükmedilebilir.⁸¹⁵ Görüldüğü gibi yeminden nükûl malî konularda ikrar olabilirken, kısas davalarında bazı durumlarda ikrar olabilmekte, bazı durumlarda olamamaktadır. Yeminden nükûl hadlerde ikrar olarak değerlendirilememektedir.

⁸⁰⁸ İbn Rüşd, *a.g.e.*, II, 448.

⁸⁰⁹ Beyhakî, "Dava ve Beyyinât", 1. Buhârî, "Rükun", 6; Nesâî, "Kudât", 35.

⁸¹⁰ Atar, *Adliye Teşkilatı*, s. 211.

⁸¹¹ İbnü'l-Kayyim, *a.g.e.*, I, 231-232.

⁸¹² Serahsî, *a.g.e.*, XVII, 34.

⁸¹³ Zuhaylî, *a.g.e.*, VI, 519.

⁸¹⁴ *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, XLI, 361.

⁸¹⁵ *a.e.*, XLI, 361.

1.3.2. İkrarda Şümül

İkrarda şümül konusu, ikrar konusunu olan şeyi (mukarrun bih) açıklayan ve belirleyen lafzın şümülünü ifade etmektedir. İkrar-ı hâss ve ikrar-ı âmm olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

1) İkrar-ı Hâss: Hâss lafız, tek bir manayı ifade etmek için konulan ve tek bir ferde delâlet eden lafızdır.⁸¹⁶ Bu tanımdan hareketle ikrar-ı hâss, muayyen bir şey hakkında yapılan ikrardır. "*Bu kitap Ahmet'indir*" denilmesi gibi.⁸¹⁷

2) İkrar-ı Âmm: Âmm lafız, delâlet ettiği fertlerin tamamını sınırsız ve sayısız bir şekilde içine alan lafızdır.⁸¹⁸ İkrâr-ı Âmm ise, bir takım şeylerin bütünü hakkında yapılan ikrardır. "*Elimde bulunan az çok her mal Ahmet'indir*" demek gibi.⁸¹⁹

1.3.3. İkrarın Konusu Açısından Sınıflandırılması

Bu başlık altında Allah hakkına müteallik ikrarlar ve kul haklarına müteallik ikrarlar olmak üzere ikrarlar iki konu açısından incelenecektir.

Allah hakkına müteallik ikrarların başında sırf Allah hakları kapsamına giren zina, hırsızlık, alkollü içki kullanmak, irtidat, yol kesme gibi hadlerin uygulanmasını gerekli kılan ikrarlar gelir. Bu ikrarlar sahihtir.⁸²⁰ Mukırr, had cezasının tatbikinden önce ya da had uygulanırken yapmış olduğu ikrardan dönerse had cezası artık tatbik edilmez.⁸²¹ Çünkü ikrarından dönmesinde yalan söyleme ihtimali bulunmakla birlikte doğru söyleme ihtimali de bulunduğundan dolayı ortaya bir şüphe çıkmıştır.⁸²² Hadiste bildirildiği üzere, hadler şüphe ile düşer.⁸²³

Hanefiler kişinin, zina haddi dışında kalan davalarda, bir kere ikrarda bulunmasının hukuken bağlayıcı olması açısından yeterli olduğu görüşündedirler. Zina haddinde ise kişinin, ikrar beyanını dört kere huzurda ikrar etmesini zorunlu görürler. Zina ikrarında dört kere tekrar prensibi taabbudî bir hüküm olarak vaz olunmuştur.⁸²⁴ Nitekim Hz. Peygamber (sav) Mâiz'e ikrarını dört defa tekrar ettirmiştir.⁸²⁵

⁸¹⁶ Abdülkerim Zeydân, *el-Vecîz fî Usûli'l-Fıkh*, Dımeşk, Müessesetü'r-Risâle Nâşirûn, 2014, s. 260.

⁸¹⁷ Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 37.

⁸¹⁸ Zeydân, *el-Vecîz*, s. 283.

⁸¹⁹ Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 37.

⁸²⁰ Bkz. Cezîrî, *a.g.e.*, V, 72, 138.

⁸²¹ Serahsî, *a.g.e.*, IX, 94; Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 50; Mevslî, *a.g.e.*, IV, 316.

⁸²² Cezîrî, *a.g.e.*, V, 76.

⁸²³ Tirmîzî, "Hudûd", 2.

⁸²⁴ Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 50.

⁸²⁵ Buhârî, "Hudûd", 28; Müslim, "Hudûd", 16; Ebû Davûd, "Hudûd", 24.

Kul hakkına müteallik ikrarlar kısas, diyet, mal, talâk, nesep ve benzeri haklarla ilgili ikrarlardır. Bu tür ikrarlarda Allah hakkına ait ikrardaki şartlar aranmamaktadır. Örneğin, ikrarın birden fazla olması, mahkemede hâkim huzurunda ve sarih lafızla yapılması şart değildir. Dilsizin, sarhoşun bu tür ikrarları muteberdir. Şüphe ile bu haklar düşmediği gibi bunlara dair yapılan ikrardan dönmek de geçersizdir.⁸²⁶

Kanûnen ikrar iki kısımdır. Bunlar dava içi resmî ikrar ve dava dışı resmî olmayan ikrarlardır. Dava içi resmî ikrardan maksat, yargı süreci içerisinde ve mahkeme huzurunda yapılan ikrardır. Dava dışındaki resmî olmayan ikrar ise yargı süreci içerisinde ve mahkeme huzurunda olmayan ikrardır.⁸²⁷ Özel mektuplardaki beyanlar, idari makamlara verilen dilekçeler, kişinin bir başka davadaki ikrarı, savcılıkta veya zabıtada gerçekleşen beyanlar, dava dışı ikrar için birer örnek teşkil eder. Dava içi resmî ikrara da, dava evraklarında ya da yargı sürecinde hâkim önünde yapılmış ikrarlar örnek teşkil eder.⁸²⁸

1.3.4. İkrarın Rükünleri

İkrarın dört rüknü vardır. Bunlar, ikrar eden (mukırr), lehine ikrarda bulunulan (mukarrun leh), ikrar konusu (mukarrun bih), ikrar siygasıdır.⁸²⁹ Burada rükünler sadece İslâm ceza muhâkemesi açısından incelenecektir.

İkrarda bulunan kişi âkil ve bâliğ olmalıdır. Bu bağlamda çocuğun, delinin, baygın kimsenin aynı zamanda uyuyanın ikrarı muteber değildir.⁸³⁰ Genel olarak hadler çocuğun ikrarıyla delillendirilmiş olmamaktadır. Çünkü çocuğun fiili cinayet olarak nitelendirilemezken,⁸³¹ çocuktan sadır olan sözler ve fiiller gayesiz olarak nitelendirilmiştir.⁸³²

Ceza davalarında sarhoşun ikrarının geçerli olup olmaması noktasında ihtilaf vardır. Mâlikîler'e,⁸³³ Şâfiî fukahâsının cumhurunun ve Hanbelîlerin de sahih kabul edilen görüşüne göre sarhoşun ikrarı sahihtir. Bir kişi baygınlık geçiren biri gibi oluncaya kadar içip sarhoş olsa bile, lehine ve aleyhine olan diğer tasarrufları gibi ikrarı

⁸²⁶ Serahsî, *a.g.e.*, IX, 205; Zuhaylî, *a.g.e.*, VI, 388, 619.

⁸²⁷ Behnesî, *Nazariyyetü'l-İsbât*, s. 164-165; M. Zuhaylî, *a.g.e.*, I, 285.

⁸²⁸ Erol Cihan, "Ceza Muhâkemesi Hukukunda İkrar", *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, c.31, sy.1-4, (1965), s. 116-117.

⁸²⁹ *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, VI, 49; Muhammed Rafet Osman, *en-Nizâmu'l-Kazâî fî Fıkhı'l-İslâmî*, 2. bs., yy., Dâru'l-beyan, 1994, s. 276.

⁸³⁰ M. Zuhaylî, *a.g.e.*, I, 248.

⁸³¹ Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 49.

⁸³² Osman, *a.g.e.*, s. 276.

⁸³³ *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, VI, 50-51.

da geçerlidir. Çünkü haram olan bir fiili gerçekleştirerek akılını izale etmiştir. Sarhoş olmadan önce de bu durumun farkındadır.⁸³⁴

Hanefî mezhebine göre zina, şübh, hırsızlık gibi hadlerde sarhoşunun ikrarı sahih değildir. Ebu Hanife, sarhoşun akli tamamen izale olmuşsa, ikrarının geçersiz olacağı görüşündedir. İmam Ebu Yusuf ve İmam Muhammed, sarhoşun konuşması hezeyan boyutuna ulaşmışsa, ikrarının geçersiz olacağı görüşündedirler. Bu durumla şüphe oluşur ve şüpheler de haddin düşmesi için yeterlidir. Sarhoşun kısas, diyet ve kazif haddinde yaptığı ikrarı sahihtir. Çünkü bunlar kul haklarıdır ve kul haklarındaki ikrarlar, malî ve medenî tasarruflar gibi, mukırr sarhoş olsa da geçerlidir. Sarhoş ayıldığında ikrarına devam ederse bu durumda ikrarı sahih olur ve had tatbik edilir. İnkâr ederse inkârı rücû olarak değerlendirilir. Yani rücû Allah hakkına ilişkin davalarda kabul edilir, ancak kazif ve amden katilde kabul edilmez.⁸³⁵

Bir kişinin ikrarının sahih olabilmesi için tam ehliyet sahibi olması gerekmektedir. Bu kaideyi âlimler "*inşaya muktedir olan ikrara da muktedirdir*"⁸³⁶ şeklinde tarif etmişlerdir.

İkrar mahiyeti açısından bir suçu ya da başkasının kendisi üzerinde bulunan bir hakkını itiraftır. Bu itirafta kişinin gerçeği yansıtarak işlediği bir suçu itiraf etmesi esastır. Ancak bazı durumlarda kişi tehdit edilerek işlemediği bir suçu kabullenmeye zorlanmaktadır. Kişi bundan dolayı kendisine dokunabilecek büyük bir zarardan kurtulmak için kabule zorlandığı suçu kendisi işlemiş gibi mahkeme huzurunda ikrar edebilmektedir. Aslında bu durumda mukırr işlememiş olduğu bir suçu ikrar ederken suçsuzdur. Hangi açıdan bakılırsa bakılsın mukırrın ikrah altında yaptığı ikrarda bir şüphe doğmaktadır. Bundan dolayı mukırrın suçunu ikrar ederken bu ikrarını tamamen hür bir iradeyle yapmış olması şarttır. İkrah ile (başkasının zorlamasıyla) yapılan ikrar muteber değildir.⁸³⁷ Mecelle'de bu kural "*ikrarda mukırrın rızası şarttır. Binaenaley cebren ve ikrah ile vaki olan ikrar sahih olmaz*"⁸³⁸ şeklinde kanunlaştırılmıştır. Ayrıca Mecelle'nin 1006'ncı maddesinde ikrah ile geçerli olmayacak uygulamalar arasında "ikrar" da ifade edilmiştir.

⁸³⁴ Şirbînî, Şemseddin Muhammed b. el-Hatîb, *Muğni'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Meânî Elfâzi'l-Minhâc*, 1. bs., Beyrut, Dâru'l-Marife, 1997, III, 369; Osman, *a.g.e.*, s. 277.

⁸³⁵ Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 50.

⁸³⁶ Şirbînî, *a.g.e.*, II, 308.

⁸³⁷ *a.g.e.*, II, 311.

⁸³⁸ Mecelle, md., 1575.

İkrar, kişinin kendisinin aleyhine yaptığı şahadetidir. Allah-u Teâlâ ayet-i kerimede: "*Ey inananlar, adaleti tam yerine getirerek Allah için şahitlik edenler olun, kendinizin.. aleyhinde bile olsa...*"⁸³⁹ buyurmuştur. Şahadet ise töhmetle reddedildiğinden dolayı aynı şekilde üzerinde töhmet olan bir kimsenin ikrarı da muteber olmayıp reddedilir.⁸⁴⁰ Örneğin, ağır hastanın ya da borcu bütün malını kapsayan sefih bir borçlunun kendi yakınlarına yapacağı ikrar töhmetten beri olmayacağından dolayı sahih olmaz.⁸⁴¹

Mukırr, hadlerde ceza uygulanıncaya kadar ki zaman diliminden herhangi bir zamanda ikrarından rücu ederse had cezası uygulanmaz. Had cezalarının infaz edilebilmesi için davada herhangi bir şüphenin bulunmaması gerekmektedir. Bundan dolayı mukırr ikrarından rücu ettiğinde ortaya bir şüphe çıkar. Bu şüphede cezanın infazına mani olur.⁸⁴² Ancak kul hakkına taalluk eden suç ve haklarda ikrardan rücu kabul edilmez.⁸⁴³

1.3.5. İkrarda Tekrar

Hanefî fuhakası hırsızlık, içki ve sarhoşluk cezasını gerektiren suçların ikrarının adedinde ihtilaf etmiştir. Ebu Yusuf hırsızlık, içki ve sarhoşluk cezasını gerektiren suçların ikrarının iki kere tekrarını farklı meclislerde olmak üzere koşul olarak görürken, Ebu Hanife ve Muhammed tek bir ikrarı yeterli görmüşlerdir. Yol kesme, kazif, kısas ve diyet suçunda bir kere ikrar cezanın tatbiki için yeterli görülmüş; zina ikrarının haddi mucip olması için ikrarın dört farklı mecliste dört kere tekrarın gerektiği konusunda da ittifak edilmiştir.⁸⁴⁴ Hanefiler bu hükme Mâiz b. Mâlik'in dört farklı mecliste dört kere ikrar etmesi sonucunda cezalandırılması olayını delil göstermişlerdir.⁸⁴⁵ Ancak cumhura göre (İmam Mâlik, İmam Şâfi', Davud, Ebu Sevr, Taberi de bunların içindedir) ikrarın cezayı mucip olması için tekrar şart değildir. Bunun delili Hz. Peygamber (sav) zamanında yaşanan şu olaydır: Bir adam oğlunu para karşılığı çalışması için bir adamın yanına verir. Bu işçi yanında para karşılığı çalıştığı adamın karısıyla zina eder. İşçinin babasıyla kadının kocası bu olayı Hz. Peygamber'e

⁸³⁹ en-Nisâ, 4/135.

⁸⁴⁰ Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 223; M. Zuhaylî, *a.g.e.*, I, 249.

⁸⁴¹ Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 46.

⁸⁴² Zuhaylî, *a.g.e.*, VI, 387; Behnesî, *Nazariyyetü'l-İsbât*, s. 186.

⁸⁴³ Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 50; Zuhaylî, *a.g.e.*, VI, 388; Behnesî, *Nazariyyetü'l-İsbât*, s. 186.

⁸⁴⁴ Serahsî, *a.g.e.*, XVIII, 171, IX, 204, IX, 91; Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 50.

⁸⁴⁵ Buhârî, "Hudûd", 28; Müslim, "Hudûd", 16; Ebû Davûd, "Hudûd", 24.

(sav) bildirirler. Bunun üzerine Hz. Peygamber (sav) Hz. Enes'e, "*bu adamın karısına git, eğer suçunu itiraf ederse onu recmet*" buyurur. Bunun üzerine kadın Hz. Enes'e suçunu itiraf edince Hz. Enes kadını cezalandırmıştır.⁸⁴⁶ Bu hadisten yola çıkan fukahâ burada ikrar için "adedin" zikredilmediğini ifade etmektedirler.⁸⁴⁷

Cumhurun görüşünün aklî açıdan değerlendirilmesine gelince, ikrarın muhâkeme hukukunda delil sayılması, doğru olma ihtimalinin yalan olma ihtimaline göre kuvvetli olmasıdır. Çünkü ikrar ihbardır. Haberin tekrar edilmesi doğru olma ihtimalini artırmaz. Şâhitlikte ise durum farklıdır. Şâhitlerin fazla olması davacının iddiasının doğru olma zannını kuvvetlendirir. Zinadaki dört şâhit şartı tabbudîdir.⁸⁴⁸ İkrar, sayı açısından zinadaki şâhit sayısı ile kıyaslanamaz. Çünkü diğer davalarda da şâhitlik için bir nisap konulmuşken aynı davalarda ikrar için sayı açısından bir nisap bulunmamaktadır. Sayı açısından ikrarın şâhitlikle kıyaslanması gerekiyorsa aynı kıyası diğer şartlar için de yapmak gerekmektedir. Örneğin, had davalarında şâhitlerin âdil ve erkek olmaları şart koşulduğu halde, mukırrda böyle şartlar aranmamaktadır.⁸⁴⁹

1.3.6. İkrardan Dönme

İkrardan dönme, sanığın suç ikrarında bulunduktan sonra ikrarından dönmesini ya da ikrarını inkar etmesini ifade etmektedir.⁸⁵⁰ İkrardan dönme hukuk ve ceza davalarında olabilmektedir.

Kul hakkına müteallik ikrarlar kısas, diyet, mal, talâk, nesep ve benzeri haklarla ilgili ikrarlardır. Bu tür ikrarlarda Allah hakkına ait ikrardaki şartlar aranmamaktadır. Bundan dolayı şüphe ile bu haklar düşmediği gibi bunlara dair yapılan ikrardan dönmek de geçersizdir.⁸⁵¹

Allah hakkına müteallik ikrarların başında sırf Allah hakları kapsamına giren zina, hırsızlık, alkollü içki kullanmak, irtidat, yol kesme gibi hadlerin uygulanmasını gerekli kılan ikrarlar gelir. Bu ikrarlar sahihtir.⁸⁵² Mukırr, had cezasının tatbikinden önce yapmış olduğu ikrardan dönerse had cezası artık tatbik edilmez.⁸⁵³ Çünkü

⁸⁴⁶ Buhârî, ‘‘Hudûd’’, 30; Müslim ‘‘Hudûd’’, 25; Tirmîzî, ‘‘Hudûd’’, 8. Nesai, ‘‘Kudat’’, 22; İbn Mâce, ‘‘Hudûd’’, 7.

⁸⁴⁷ İbn Rüşd, *a.g.e.*, II, 418; İbnü'l-Hümâm, *a.g.e.*, V, 228-221.

⁸⁴⁸ Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 50.

⁸⁴⁹ Serahsî, *a.g.e.*, IX, 91.

⁸⁵⁰ Koca, *a.g.e.*, XXII, 40.

⁸⁵¹ Serahsî, *a.g.e.*, IX, 205; Zuhaylî, *a.g.e.*, VI, 388, 619.

⁸⁵² Bkz. Cezîrî, *a.g.e.*, V, 72, 138.

⁸⁵³ Serahsî, *a.g.e.*, IX, 94; Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 50; Mevslî, *a.g.e.*, IV, 316.

ikrarından dönmesinde yalan söyleme ihtimali bulunmakla birlikte doğru söyleme ihtimali de bulunduğundan dolayı ortaya bir şüphe çıkar.⁸⁵⁴ Hadiste bildirildiği üzere, hadler şüphe ile düşer.⁸⁵⁵ Bu genel kâidenin istisnası hadd-i sükrdür. İçki içen birisi, üzerinde sarhoşluk alâmeti olmasına rağmen ikrarından dönerse, kabul edilmez. Kendisine had tatbik edilir.⁸⁵⁶

1.3.7. İkrar ve Şâhitliğin İspat Gücü Açısından Kıyası

İkrarla şâhitlik arasında bir takım farklar vardır. İkrarın bizzat kendisi hüccet-i kâmilemdir. Bu açıdan hüküm ikrarın gereğine göre sabit olur. Şehâdetin ise bizzat kendisi bir hüccet değildir. Bundan dolayı mücerret şehâdet üzerine hüküm terettüp etmez. Ancak şehâdet yargıyla birlikte bir hüccet olabilir. Bu sebepledir ki hüküm vermeden önce şehâdetten rücû sahihtir. İkrarda ise hükümden önce de sonra da rücû sahih olmamaktadır. Çünkü şâhitlikle yapılan yargılama zanna dayanmaktadır.⁸⁵⁷ İkrarla yapılan yargılama ise, ikrarla hâsıl olan galip zanna dayanır. Bundan dolayı ikrar şehâdete göre daha güçlü bir ispat aracıdır ve ikrarın doğru olma ihtimali yalan olma ihtimaline daha ağır bastığından dolayı şehâdete göre daha güçlü beyyinedir.⁸⁵⁸

İkrar şahısları şümulü açısından da şehâdetten farklıdır. İkrar mukırrdan başkasını kapsamazken şehâdet, şâhidin lehine ya da aleyhine şehâdette bulunduğu kişiyi kapsayan bir hüccettir.⁸⁵⁹ Bu konu Mecelle'de, "*Beyyine teaddî eden, ikrar kâsır delildir*"⁸⁶⁰ şeklinde maddeleştirilmiştir. Yani ikrar sadece mukırrı bağlayan, mukırr haricinde birine etki etmeyen bir delildir.⁸⁶¹

Fukahâ muhâkeme hukukunda ikrarın genellikle töhmetin bulunmamasından dolayı en güçlü şer'î delil olduğunda ittifak etmişlerdir. Bu bağlamda Hanefîler ikrarı şehâdetin üzerinde, Mâlikîler en kuvvetli, Şâfiîler şehâdete oranla kabulü evlâ bir hüccet olarak görürken, Hanbelîler ikrarın olduğu yerde şâhitlerin dinlenmeyeceğini ifade

⁸⁵⁴ Cezîrî, *a.g.e.*, V, 76.

⁸⁵⁵ Tirmîzî, "Hudûd", 2.

⁸⁵⁶ Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 50.

⁸⁵⁷ M. Zuhaylî, *a.g.e.*, I, 257.

⁸⁵⁸ Serahsî, *a.g.e.*, XVII, 184.

⁸⁵⁹ Behnesî, Nazariyyetü'l-İsbât, s. 162; M. Zuhaylî, *a.g.e.*, I, 257.

⁸⁶⁰ Zeylaî, Fahrüddîn Osman b. Ali, Tebyînü'l-Hakâik Şerhu Kenzi'd-Dekâik ve Hâşiyetü's-Şelebî, 1. bs., Kâhire, Matbaatü'l-Kübra'l-Emîrî, 1313, IV, 273; Mecelle, md., 78.

⁸⁶¹ İbnü'l-Hümâm, *a.g.e.*, VIII, 321.

ederek ikrarın delil olma açısından şehâdete oranla daha güçlü olduğuna işaret etmişlerdir.⁸⁶²

1.3.8. Günümüz Ceza Muhâkemesi Hukukunda İkrar

Günümüz ceza muhâkemesinde ikrar kesin bir delil olarak kabul edilmemiştir. Duruşma salonunda ifa edilen ikrar, günümüz ceza muhâkemesinin diğer delillere yaklaşımında da olduğu gibi, hâkimi bağlamaz. Bir şahsın, suçlu olmadığı durumlarda kendisini suçlu kabul etmesi ya da bir başkasının suçunu üzerine alması mümkündür. Vicdani delil sisteminde, tüm deliller serbest bir şekilde değerlendirilmekte birlikte, bazılarının tek başına delil olup olamayacağı düşünülebilir. Bu bağlamda zanlının kendi aleyhindeki açıklamalarının yalnız başına delil olmaması bir teminat oluşturmaktadır.⁸⁶³ Fakat ikrar, hukuk davalarında ceza muhâkemesinin aksine, kesin bir delil olarak kabul edilmiştir. İlgili madde şöyledir: "*Taraflarının veya vekillerinin mahkeme önünde ikrar ettikleri vakıalar, çekişmeli olmaktan çıkar ve ispatı gerekmez.*"⁸⁶⁴

Ceza davalarında ikrarın kesin delil kabul edilmemesi kişinin işlemediği bir suçu üstlenmesi ve benzeri durumlar için teminat olarak görülürken; hukuk davalarında hâkim, kişilerin vazgeçebildikleri çıkarlarını korumaya yetkili görülmemiş, hâkimin bizzat kendisi ikrarın tam aksi bir kanaate ulaşsa bile, taraflardan birinin yaptığı ikrarı kesin bir delil olarak kabul etmekle yükümlü tutulmuştur.⁸⁶⁵

Günümüz ceza muhâkemesinde maddî hakikat aranmaktadır. Bundan dolayı hâkim her vakıayı ve delili vicdani kanaate göre serbest bir şekilde değerlendirecektir. Bu değerlendirmede hâkim yine ikrar edilen olayın gerçeğe uyup uymadığını serbest bir şekilde araştıracaktır. Bundan dolayı sanığın ikrarı hâkimi bağlamamaktadır.⁸⁶⁶ İkrarın günümüz ceza hukukunda kesin bir delil olmadığına şu beraat kararını örnek verebiliriz: Bir kişi başka suçlardan hakkında başlatılan soruşturma gereği, Cumhuriyet Savcılığı'na verdiği ifadesinde, esrar kullanmakta olduğunu belirtmesi nedeniyle hakkında kamu davası açılan sanığın, kendisine ait uyuşturucu madde ele geçirilemediği gibi uyuşturucu madde kullandığının tıbben de saptanamaması sonucunda beraat kararı

⁸⁶² *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, I, 235.

⁸⁶³ Kunter, *a.g.e.*, s. 462-463.

⁸⁶⁴ HMK, 188/1.

⁸⁶⁵ Kiper, *a.g.m.*, s. 243.

⁸⁶⁶ Cihan, *a.g.m.*, s. 111.

verilmiştir. Bu karara gerekçe olarak "*İkrarın delil niteliğinin yetersizliği*" ifadesi yazılmıştır.⁸⁶⁷

Sanığın salt ikrarına dayanarak ceza verilememiştir. Çünkü ikrar delil olma niteliği kazanamamıştır. İkrarın delil niteliği kazanabilmesi için kişinin yanında ikrar ettiği uyuşturucu maddenin bulunması ve aynı zamanda geçirildiği muayene sonucunda da bir belirtiyeye rastlanması gerekmektedir. İkrara delil niteliği kazandıracak takviye unsurlara rastlanmadığı için de ceza verilememiştir.

Günümüz ceza muhâkemesinin ikrara bakış açısı, ilk olarak ikrarın olay hakkında en çok bilgisi olanın (sanığın) beyanı olmasıdır. İkinci olarak ikrar soruşturmayı ciddi anlamda kolaylaştırıcı bir delil kaynağıdır. Üçüncü olarak, zor kullanılmadan elde edilen ve hakikate uygun olan ikrarın, hâkimin vicdani kanaatinin oluşturulmasında çok kıymetli bir hizmet görmesidir. Dördüncüsü, hakikate uygun ikrar adlî hata ihtimallerini de bertaraf edebilecektir. Beşincisi, hâkimin mahkûmiyet kararını vermesinde daha çok bir vicdan rahatlığı temin edecektir.⁸⁶⁸

Günümüz ceza muhâkemesi hukukunda ikrarın kesin bir delil olarak kabul edilmemesinin temelinde sebebi hakikati yansıtıp yansıtmadığı noktasındaki şüphedir. Kişiyi suçlu olmadığı halde, ikrara sevkeden sosyal ve psikolojik faktörler olabilmektedir. İşsizlerin hapis haneye girmek için aslı olmayan suç ikrarında bulunmaları, bazı durumlarda kamuoyunun hayranlığını kazanmak, meşhur olmak için buna uygun suçların failliğini üstlenmek, bazen de kişinin kendi yakınına cezadan kurtarmak için onların işlediği suçu üstlenmek, maruz kalınan tehditten dolayı ailesine gelecek bir zararı önlemek amacıyla suçu üstlenmek ve benzeri olaylar akla gelenlerdir.

Günümüz ceza muhâkemesi hukukunda mukırr ikrarından dönebilir. Fakat hâkim ikrarı değerlendirme konusunda nasıl yetkili ise, aynı şekilde ikrardan dönülmesi durumunda da bu durumu değerlendirmek üzere yetkilidir.⁸⁶⁹

1.3.9. İkrarın İslâm Ceza Muhâkemesiden Günümüz Ceza Muhâkemesine Geçirdiği Değişim ve Değerlendirilmesi

İslâm ceza muhâkemesi hukukunda şartlarını haiz bir şekilde yapılan ikrarın, gerek ceza davalarında gerek hukuk davalarında, hâkimi bağlayacağı noktasında bir ihtilaf yoktur. Buna göre bir kimsenin bir kimseyi öldürdüğünü ikrar etmesi ile, borç

⁸⁶⁷ www.kazanci.com.tr, Y10. CD, 15.2.2010, E. 2008/834, K. 2010/3241.

⁸⁶⁸ Cihan, *a.g.m.*, s. 112.

⁸⁶⁹ *a.m.*, s. 127-128.

alıp ödemediğini ikrar etmesinin İslâm ispat sistemi açısından bir farklılığı yoktur. Şu var ki, hadlerde ikrardan rücû bir şüphe doğurması hasebiyle muteber kabul edilmiştir.

Günümüz ceza muhâkemesinde, hukuk davalarında ikrar hâkimi bağlayıcı kesin bir delil kabul edilmişken ceza davalarında salt ikrar kesin bir delil kabul edilmemiştir.⁸⁷⁰ Bunun sebebi ise hukuk davalarında hâkimin şahısların feda edebildikleri çıkarlarını korumakla mükellef olmaması; ancak, ceza davalarının kamusallığı itibariyle kamu menfaatlerinin korunması sorumluluğunun bir gereği olarak ikrarın hakikati yansıtıp yansıtmadığı noktasında ikrarı takviye edici unsur aranması şartıdır. Bu perspektiften bakıldığında bir ikrar sonucu şahıs kendi hakkını feda ediyorsa hâkim bu ikrarın kabul etmeye mecbur tutulmuştur. Ancak ceza davalarında feda edilen kamu hakkı olduğu için ikrarın gerçeği yansıtıp yansıtmadığının diğer delillerle doğrulanması ya da yalanlanması gerekmektedir.

Günümüz ceza muhâkemesinde hukuk davalarındaki ikrar ile İslâm muhâkeme hukukunda mala taalluk eden davalardaki ikrar arasında bir farklılık yoktur. İki sistemde de ikrar hâkimi bağlayıcı kesin bir delil olarak kabul edilmiştir. Ancak ayrılık ceza hukuku konusundadır. Günümüz ceza muhâkemesi hukuku bu alanda salt ikrarı kesin delil kabul etmemişken, İslâm ceza muhâkemesi hukuku kesin bir delil kabul etmiştir.

TCK'nın öngördüğü ceza türleri ile İslâm ceza hukukunun cezaları arasında farklılıklar vardır. TCK'da cezalar en ağır şekliyle hapis iken; İslâm ceza hukukunda celde cezaları, el kesme cezası, el ve ayakları çaprazlama kesme cezası, idam cezası, recm cezası gibi çok ağır ceza türleri bulunmaktadır. Hapis cezası bağlamında yalan ikrar ile kişiler birtakım amaca binaen suçu üstlenebilseler bile İslâm ceza hukuku bağlamında ifade edilen cezalar karşısında yalan ikrar ile bu ağır cezaları göze almak pratik sahada gerçekten çok zor olacağı kanaatindeyiz.

Ayrıca bu suçların cezaları ağır olduğu gibi, bu suçları işleyenlere, İslâm ahlakıyla ve mantığıyla yoğurulmuş bir toplumun bakış açısının getirdiği zorluklar da ağırdır.⁸⁷¹ Bu yönüyle hadlerde kimsenin kahraman olma ya da meşhur olma gibi

⁸⁷⁰ HMK, 188/1; Kiper, *a.g.m.*, s. 243.

⁸⁷¹ Tezde bahsedilen psikoloji suçlunun içine itilmesi benimsenen değil, suçlunun doğal olarak hissedeceği psikolojidir. Yoksa İslâm'da suçun cezasını çeken kişinin toplumdan dışlanmaması, onun

toplumun dikkati çekmek için ikrarda bulunabileceği düşünülemez. Ayrıca hadler ve kısas cezaları bağlamında işsizlerin, evsizlerin, kışın soğuktan kurtulmak isteyenlerin, bu cezaların ikrarla ispatı sonucunda cezası hapis olmayıp bedenî ya da malî bir ceza olacağından ötürü, suç ikrarında bulunabilecekleri düşünülemez.

Had cezalarında yapılan ikrar konusunda ikrarın sıhhatine açıkça aykırı bir delil bulunmadığı durumlarda hâkime takdir hakkı tanımak mümkün olmadığı gibi gerekte görülmemelidir. Çünkü hadler Allah hakkına mütealliktir. Allah ile kul arasındadır. Herhangi bir kişi hadlere müteallik bir suçu ikrar etmemişse ve bu suç şahitlerle de ispat edilememişse, bu suçu ispat etmek için çaba sarfetmekte bir fayda olmadığı düşünülmüştür. Bu suçların gizli kalmaları toplumun muhafazası için daha doğru olduğu kabul edilmiştir. Bu açıdan araştırma olmadığı için bu suçlarla alakalı sanıkların diğer suçlarda olduğu gibi uzun bir şekilde sorgulanmaları, baskı altında kalmaları gibi bir durumda olmayacağı için ikrarın psikolojik ve maddî baskı altında yapılmış olması gibi bir etkenden de söz edilemeyecektir. Öyle ki bu tür ikrarlarda ikrarda bulunanların, ikrarlarından rücû etmeleri için hâkimin telkinde bulunması bile şart koşulmuştur. Bu suçları ikrar eden cezanın uygulanacağı anda bile rücû edebilir ve bu kabul edilir.⁸⁷²

Had cezalarında şahısların hakikati yansıtmayan ikrarda bulunmalarının nadir olacağı düşünülmektedir. Velez ki nadir olarak mümkün olsa bile, bu nadirat ikrar delilinin hâkimin takdirine bırakmayı düşündürecek kadar ciddi değildir. Binaenaleyh fukahânın, hadler bağlamında ikrarın cezayı gerektirecek şekilde sübut bulması halinde hâkimin bu durumda bir takdir yetkisinin olmadığı şeklindeki görüşleri doğrudur. Takdir yetkisi yerine, nadir karşılaşılan durumların kanun tarafından tanzim edilmesi daha münasip olacaktır.⁸⁷³

Günümüz ceza muhâkemesi hukukunda ikrarın kesin bir delil olmasını engelleyen gerekçeler, genel olarak İslâm ceza muhâkemesinde kısas, diyet ve ta'zir grubu suçlar için öne sürülebilir. Ancak İslâm ceza hukukunda katl ve yaralama suçları kısas ile cezalandırılmaktadır. Bu durumda ceza idam, bir uzvun kesilmesi ve ya darp şeklinde uygulanabilmektedir. Bu cezaların ağırlığı bakımından düşünüldüğünde, yine bu cezalarda, günümüz ceza muhâkemesinde ikrarın kesin delil olması önünde engel

dışlanarak suçluluk psikolojisiyle şeytanın kucağına itilmemesi, onun tekrardan topluma kazandırılmaya çalışılması bir ilke olarak benimsenmiştir. (Büyükbaş, *a.g.e.*, s. 121)

⁸⁷² Beroje, *a.g.e.*, s. 163.

⁸⁷³ *a.g.e.*, s. 164.

teşkil eden ihtimallerle, suçlu olmamasına rağmen bir kişinin ikrarda bulunması durumu çok zordur. Fakat hadlere nazaran ihtimal daha yüksektir. Örneğin, birisi katledildiğinde bu kişinin katilini bulmak için koğuşturma kaçınılmazdır. Kısaslar bu yönüyle hadlerden farklıdır. Koğuşturma bağlamında zanlılar sorgulanırlar. Sorguda elde edilen itirafın psikolojik ya da maddî bir baskı sonucunda olma ihtimali bulunmaktadır. Böyle bir durumda hâkime takdir yetkisi verilmesi uygun olacaktır. Bu alanda hiçbir koğuşturma olmaksızın kendiliğinden yapılan ikrarlarda hâkime takdir yetkisi verilmesi uygundur. Çünkü bazı durumlarda insanlar yakınlarına gelecek bir zararı engellemek için bir cinayeti üstlenebilmektedirler. Bu durum hadlerde mümkün olmamakla birlikte kısas suçlarında mümkün olabilmektedir.

Ta'zir suçlarında hâkime takdir yetkisi vermenin bir sakıncası yoktur. Hatta ta'zirlerde hâkimlere takdir yetkisi verilmesi daha doğru bir uygulama olacaktır. Çünkü ta'zir suçları ağırlığı ve katlanılabilirliği bakımından günümüzde takdir edilmiş ceza çeşitlerine uymaktadır. Yani ta'zir grubu cezalarda günümüz ceza muhâkemesi hukukunun varsayımlarının olma ihtimali yüksektir. Bu bağlamda hâkime takdir yetkisinin verilmesiyle bu alandaki vuku bulacak hakikati yansıtmayan ikrarların önüne geçilmiş olunacaktır.

Tazmini mümkün kısas suçlarında diyetle tazmini mecburi olan ya da diyete çevrilmiş kısas cezalarında, ikrar kesin bağlayıcı bir delil olarak kabul edilmelidir. Bu davalar bir yönüyle hukuk davaları gibidir. Kişinin ikrarıyla borçlu duruma düşmesinin araştırılmasında bir kamu menfaati bulunmamaktadır. Bununla beraber ikrarda bulunan kişi başka birini kurtarmak için böyle bir ikrarda bulduysa gerçek faillerin diyetini ödeyecekleri de bir gerçektir. Bu durum ikrar eden açısından da gerçek bir mağduriyet doğurmayacaktır. Suç mağdurları ya da velileri için de değişen bir şey olmayacaktır. Çünkü diyete hükmedildiğinde önemli olan diyetin ödenmesidir. Diyetin suçu işleyen tarafından ödenmesiyle, yalan ikrarda bulunan tarafından ödemesi arasında bir hak mağduriyeti doğmamaktadır. Önemli olan diyetin ödenmesidir.⁸⁷⁴

1.4. Hâkimin Şahsî Bilgisinin İspat Değeri

Hâkimin şahsî bilgisiyle kastedilen kavram, hâkimin meslekî, hukukî ve fikhî bilgileri değildir. Bu kavramla hâkimin görevi deruhte etmeden önce ya da sonra,

⁸⁷⁴ a.e., s. 166.

yargılamakla mükellef olmadığı zaman ve mekânda, bakmakta olduğu ya da daha sonra bakacağı bir davayla alakalı olarak edindiği gözleme, duyuma ve hislere dayanan bir bilgidir. Bu bağlamdaki bilgiler yakîn ve kesinlik ifade etmekte olup zan ifade etmeyen bilgilerdir.⁸⁷⁵

Hâkimin şâhitliği, hâkimin muhâkeme süreci ve mekânı dışında şâhit olduğu herhangi bir suçtur. Hâkim muhâkeme süreci ve mekânı dışarısında görev alanına giren bir suç bizzat görebilir. Böylece hâkimin bir zinayı görmesi ya da bir zina ikrarını duyması buna örnektir. Fıkıh kitaplarımızda hâkimin şahsî bilgisi hakkında bazen de herhangi bir tanımlama yapılmadan hâkimin şahsî bilgisine dayanarak hüküm verip veremeyeceğiyle alakalı konulara yer verilmiştir.⁸⁷⁶

Hâkimin şahsî bilgisini muhâkeme süreci ve mekânı içerisinde elde etmesi konumuzun kapsamı dışındadır. Çünkü hâkim muhâkeme meclisinde davanın vakıalarını ve sübutunu öğrenmesi, örneğin bir suç ikrarını dinlemesi, bizzat kendileri birer ispat vâsıtalarıdır.⁸⁷⁷ Hâkim böyle bir durumla karşılaştığında buna göre hüküm verebilir mi? Verebilirse hangi davalarda hüküm verebilir?

İslâm ceza muhâkemesinde fukahâ hâkimin kendi şehâdetiyle yargılamada bulunup bulunamayacağı konusuna suça ilişkin hak açısından bakmışlardır. Bu bağlamda konumuz "Allah hakkı ve kul haklarına ilişkin davalarda hâkimin şâhitliği/ şahsî bilgisi" şeklinde yer verilecektir.

1.4.1. Hâkimin Şahsî Bilgisini Elde Etme Yolları

Hâkim suçu bizzat kendisi görerek ya da duyarak bilgi edinebileceği gibi, bir kişiden ya da bir topluluktan öğrenerek de bilgi edinebilir. Hâkimin bizzat görme ve duyma yoluyla elde ettiği bilginin şahsî bilgi olduğunda bir şüphe yoktur. Ancak başkalarından duyma yoluyla elde ettiği bilginin "hâkimin şahsî bilgisi" kavramıyla ne kadar bağlantılı olduğu açıklanmaya muhtaçtır.

Hâkim insan olması hasebiyle sosyal hayatın bir ferdidir. Binaenaleyh hâkim, ceza ya da hukuk suçlarına bizzat şâhit olabilir veyahutta duyabilir. Hâkimin bu şekilde mahkemeye ulaşan uyuşmazlıkla ilgili daha önceden edindiği bilgi, mahkeme dışında

⁸⁷⁵ Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 6-7; Behnesî, *Nazariyyetü'l-İsbât*, s. 207.

⁸⁷⁶ Serahsî, *a.g.e.*, XVI, 104.

⁸⁷⁷ Zeydân, *a.g.e.*, s. 209.

bizzat şahit olarak ya da duyarak elde etmiş olduğu bilgi olup hükme dayanak olup olmaması tartışılan hâkimin şahsî bilgisi kapsamındadır.⁸⁷⁸

Hâkimin davaya konu olan şeyin bilgisinin toplumda yaygın olarak bilinen bir malumata dayanması ya da şahitler dışında belirli sayıdaki kişilerden dinlediği malumata dayanması halinde, bu malumata dayanarak hüküm vermesinin sıhhati konusunda bir ayırım yapılmamıştır. Hâkimin (hukuk davalarında) gerçekleştirdiği yönünde şüphe olmayan, toplumda yaygınlaşmış bir haberi duymasına istinaden yargılama yapabileceği söylenmiştir. Çünkü toplum tarafından bilinen ya da gerçekliğinde şüphe bulunmayan bilgi şahsî bilgi olmaktan çıkmıştır.⁸⁷⁹

1.4.2. Hâkimin Şahsî Bilgisinin İspat Değeri

Hanefî, Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelî mezheplerine göre zina, hırsızlık, şübh, hırâbe gibi sırf Allah hakkına müteallik suçlarda hâkim şahsî bilgisine istinaden hüküm veremez.⁸⁸⁰

İmam Şâfi'den "*Kötü niyetli hâkimlerin korkusu olmasaydı hâkimlerin şahsî bilgisiyle hüküm vermelerine fetva verecektim*" sözü nakledilmiştir. Şâfiî'lerde tercih edilen görüşe göre hâkim sırf Allah haklarına müteallik suçlarda şahsî bilgileriyle hükmedemez.⁸⁸¹

Hâkimin sırf Allah haklarına müteallik suçlarda şahsî bilgisine istinaden hüküm verememesi temelde şu iki rivayete dayanmıştır: Hz. Ömer Abdurrahman b. Avfa "*Birisini had cezasını gerektiren bir şey yaparken görsen sonra oradan ayrılсан ona had cezası uygular mısınız?*" diye sormuştur. Abdurrahman b. Avfa: "*Benimle birlikte başkası şahit olmadıkça, hayır!*" diye cevap vermiştir. Bunun üzerine Hz. Ömer: "*Doğru söyledin!*"⁸⁸² buyurmuştur. İkinci rivayet ise, Hz. Ebubekir'e aittir. Şöyle buyurmuştur: "*Eğer birisini had gerektiren bir suç işlerken görürsem, benimle birlikte başka bir şahit bulunmazsa, hükmetmem!*"⁸⁸³

Fukahâ hâkimin sırf Allah haklarına müteallik suçlarda şahsî bilgisiyle hüküm verememesi konusunu farklı şekillerde açıklamışlardır. Fukahânın açıklamaları

⁸⁷⁸ Serahsî, *a.g.e.*, XVI, 104.

⁸⁷⁹ Çetinkaya, *a.g.m.*, s. 161.

⁸⁸⁰ Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 52; İbn Rüşd, *a.g.e.*, II, 449-450; Zuhaylî, *a.g.e.*, VI, 490-492; Zeydân, *a.g.e.*, s. 210-214.

⁸⁸¹ *a.e.*, s. 211-212.

⁸⁸² Buhârî, "Ahkam", 21.

⁸⁸³ Beyhakî, "Âdâbü'l-Kâdı", 60.

incelendiğinde hâkimin şahsî bilgisiyle hüküm verememesi temelde töhmete dayanmaktadır. Hâkimin bu töhmet altına girecek olması da hadleri düşürmektedir.⁸⁸⁴

Kur'an-ı Kerim'de şahitlik açısından Müslümanlar eşittirler. Hâkim haricinde bir kişinin şehâdetiyle hadler tatbik edilmediği gibi hâkiminde tek kaldığı şahitlikte hadler tatbik edilemez.⁸⁸⁵

Hanefî mezhebine göre kul hakkı ve Allah hakkının birleştiği ve kısas, diyet gerektiren suçlarla tazmin gerektiren hırsızlık gibi yalnız kul hakkının olduğu yargılamalarda hâkim şahsî bilgisiyle hüküm verebilmektedir. Burada şart koşulan hâkimin bu bilgiyi fiilen hâkimlik görevindeyken öğrenmiş olmasıdır. Hâkim bu bilgiyi eğer göreve getirilmeden önce öğrenmişse burada bilgisiyle hüküm veremez. Fakat hâkimin yargıya memur olduğu bölgenin dışında öğrendiği bilgiyle veyahutta görevdeyken öğrenmiş olmasına rağmen görevden azledilmiş ancak tekrar göreve getirilmiş olduğu durumda bu bilgiyle hüküm verip veremeyeceği konusunda Hanefî fukahâsı arasında ihtilaf vardır. Ebu Hanife hâkimin böyle bir durumda edindiği bilgiyle hüküm veremeyeceği görüşündedir.⁸⁸⁶

Hâkimin şahsî bilgisiyle hüküm verip veremeyeceği konusunda Şâfîliler de ihtilaf etmişlerdir. Ancak Şâfîlilerde muteber olan görüş hâkimin hudûd dışındaki davalarda şahsî bilgisiyle amel edebileceği yönündedir. Bu bilginin, hâkimin görevi deruhte etmesinden önce ve sonra olma arasında bir ayrım gözetilmemiştir. Şâfîliler başka bir boyuta değinerek hâkimin şahsî bilgisinin aksine hüküm veremeyeceğini ifade etmişlerdir.⁸⁸⁷ Örneğin bir mahkemede öldürmekle suçlanan birisinin masum olduğunu delillerin aksine de olsa hâkim biliyorsa, bu durumda delillerle değil, kendi bilgisiyle hareket ederek masum olarak bildiği kişinin aleyhine hüküm vermez.

Mâlikî ve Hanbelî mezhebinde muteber olan görüş, hâkimin şahsî bilgisiyle ceza ya da hukuk davalarında hüküm veremeyeceğidir.⁸⁸⁸ Bunun delili Hz. Peygamber'in

⁸⁸⁴ Behnesî, *Nazariyyetü'l-İsbât*, s. 209-210; M. Zuhaylî, *a.g.e.*, II, 571.

⁸⁸⁵ Trablusî, *a.g.e.*, s. 121.

⁸⁸⁶ Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 52; Trablusî, *a.g.e.*, s. 122.

⁸⁸⁷ Şîrbînî, *a.g.e.*, IV, 531-533.

⁸⁸⁸ Kurtubî, Ebû Amr Yusuf b. Abdullah b. Muhammed b. Abdu'l-Berr b. Âsım en-Nemirî, *el-Kâfi fi Fikhi Ehli Medîne* (thk. Muhammed Muhammed Ehîd Veled Mâdik el-Murîtanî), 2. bs., Riyâd, Mektebetü'l-Riyâd el-Hadise, 1980, II, 957; İbn Rüşd, *a.g.e.*, II, 449; Zerkeşî, Şemseddin Muhammed b. Abdullah, *Şerhu 'z-Zerkeşî alâ Muhtasari'l-Hirakî*, 1. bs., yy., Dâru'l-Abîkân, 1993, VII, 253.

(sav) münafıkları bilmesine rağmen onları cezalandırmamasıdır.⁸⁸⁹ Çünkü Hz. Peygamber (sav) bunu sadece kendisi biliyordu.

Mâlikîlere göre hâkim bir suçu görürse bu şahsî bilgisiyle hüküm veremez. Fakat bu suçu hâkimle birlikte başka bir gören de varsa, hâkimin bir şahit olarak diğer şahitlerle birlikte bir üst mahkemeye başvurması gerekmektedir.⁸⁹⁰

Zâhirîlerden İbn Hazm, hâkimin (ister ceza olsun ister hukuk davalarında olsun) şahsî bilgisiyle hüküm vermesinin hâkime bir mecburiyet olarak görür. Hâkimin bu bilgiyi, görevi deruhte etmesinden önce ya da sonra edinmiş olması arasında bir fark görmez. Hatta hâkimin bilgisini ikrar ve beyyineden daha evla bir delil olarak değerlendirir.⁸⁹¹

Yukarıda verilen tartışmalara yer verdikten sonra hâkimin şahsî bilgisiyle hüküm veremeyeceği görüşü tercih edilmiştir. Çünkü hâkimin şahsî bilgisiyle hüküm vermesine cevaz verilirse mahkemede hüküm verilmeden önce delillerin doğruluğunun saptanması için yapılan münakaşa ve değerlendirmelere imkân tanımadan hüküm doğrudan sıhhat derecesi bilinmeyen hâkimin şahsî bilgisi üzerine bina edilmiş olacaktır. Hâlbuki hâkimin mahkeme dışında elde ettiği bilgide yanılma ve hataya düşme ihtimali her zaman bulunmaktadır. Hâkim görmede ve duymada yanılabilirliği gibi gördüğü karînelere de yanlış değerlendirmiş olabilir.⁸⁹²

Hanefîlerin sonraki dönem âlimleri şöyle söylemişlerdir: Fetvaya esas olan görüş, günümüz hâkimlerinin bozulması sebebiyle zamanımızda hâkimlerin edindikleri şahsî bilgileriyle hükmetmelerinin mutlak olarak caiz olmadığı yönündeki görüştür.⁸⁹³

1.4.3. Günümüz Ceza Muhâkemesi Hukukunda Hâkimin Şahsî Bilgisi

Hâkimin şahsî bilgisiyle kastedilen, hâkimin bir olayı görmesi, duyması ya da gören ya da duyan kimselerden dinlemesidir. Yani hâkimin bir davada kendi şahitliğine dayanarak hüküm verip verememe meselesidir. Ve bu bilginin muhâkeme mekânının dışında elde edilmiş olmasıdır.

⁸⁸⁹ İbnü'l-Kas, Ebû'l Abbas Ahmed b. Ebi Ahmed, *Edebü'l-Kâdi*, 1. bs., Mektebetü's-Sıddık, Taif, 1989, I, 147-148.

⁸⁹⁰ Kurtubî, *a.g.e.*, II, 957.

⁸⁹¹ İbn Hazm, Ebû Muhammed b. Ahmed b. Saîd el-Endülüsî, *el-Muhallâ bi'l-Âsâr*, Beyrut, Dâru'l-Fikr, ty., VIII, 523.

⁸⁹² Zeydân, *a.g.e.*, s. 218.

⁸⁹³ *a.e.*, s. 214; Zuhaylî, *a.g.e.*, VI, 492.

Günümüz ceza muhâkemesinde hâkimin kendi şahsî bilgisine istinaden hüküm vermesi kabul edilmemiştir. Çünkü hâkimin şahsî bilgisi subjektif bir bilgidir. Bu bilginin objektif öğelerle desteklenmesi gerekmektedir.⁸⁹⁴ Aynı kural günümüz ceza muhâkemesinde tanıklıklar için de geçerli olan bir kuraldır.

Ayrıca hâkimin şahsî bilgisiyle, hâkimin olaya bizzat şahit olmasının kastedildiğini ifade etmiştik. Günümüz yargılama hukukunda hâkim aynı zamanda tanıkta, tanıklık görevi hâkimlik görevinden önce gelmektedir. Çünkü bir davada başka tanık bulunmadığı durumlar vardır. Böylece tanıklık görevini üstlenen hâkime görev yasağı oluşmaktadır.⁸⁹⁵ Hâkim bir olaya şahit olduğunda kendi bilgisiyle hüküm vermesini bırakalım, aynı davada hâkimlik görevini bile, tanıklık görevinin hâkimlik görevinden önce gelmesine binaen, sürdürememekte, kendisine görev yasağı doğmaktadır.

1.4.4. Hâkimin Şahsî Bilgisinin İslâm Ceza Muhâkemesinden Günümüz Ceza Muhâkemesine Geçirdiği Değişim ve Değerlendirilmesi

Mâlikî, Hanbelî, Şâfîîlerin bir kısmı davalarda hâkimin şahsî bilgisiyle hüküm veremeyeceği görüşündedirler. Hanefîler sırf Allah hakkına müteallik konularda hâkimin şahsî bilgisiyle hüküm veremeyeceği görüşündedirler. Bu konuda günümüz açısından fetvaya esas alınacak olan görüş, hâkimin gerek ceza, gerek hukuk davalarının hiçbirisinde şahsî bilgisiyle hüküm veremeyeceğidir.⁸⁹⁶

Günümüz ceza muhâkemesinde de aslolan, hâkimin şahsî bilgisiyle hüküm veremeyeceğidir. Ancak iki hukuk sisteminin hareket noktası aynı olmamakla birlikte sonuç aynıdır. İslâm ceza muhâkemesinde hareket noktasını, hâkimin hüküm vermesi konusunda oluşan töhmet ve kısmen algıda yanılgı ihtimali oluştururken; günümüz ceza muhâkemesinin hareket noktasını, hüküm vermek için gerekli delillerin özellikleri ve hâkimin tanık olduğu davada hâkimlik görevini sürdürememesi konuları oluşturmaktadır.

1.5. Karîne

Karîne kelimesi karn kökünden gelmektedir. Sözlükte karn kelimesi "*bir şeyin beraberinde, yakınında, yanında olmak, ona eşlik etmek, onunla birlikte bulunmak, bir*

⁸⁹⁴ Bkz. Kunter, *a.g.e.*, s. 417-422.

⁸⁹⁵ CMK md., 22/1-h; Kunter, *a.g.e.*, s. 255; Özbek vd., *a.g.e.*, s. 571.

⁸⁹⁶ Kurtubî, *a.g.e.*, II, 957; Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 52; İbn Rüşd, *a.g.e.*, II, 449-450; Zerkeşî, *a.g.e.*, VII, 253; Trablusî, *a.g.e.*, s.122; Zeydân, *a.g.e.*, s. 210-214, 218; Zuhaylî, *a.g.e.*, VI, 490-492.

şeyi bir şeye bağlamak veya yaklaştırmak" anlamlarına gelmektedir. Karîne, "bu beraberlik nedeniyle başka bir şeye işaret eden durum, maksada delâlet eden ipucu, alâmet, emâre" gibi anlamlara gelmektedir.⁸⁹⁷ "Kelimenin dil ve belâgat, mantık ve fıkhıta kazandığı terim mânaları da bu sözlük anlamına dayanır. Karînenin hükme delâleti, bilinen bir durumdan hareketle bilinmeyen bir durum hakkında fikir yürütme şeklinde olduğundan dil, belâgat ve mantık ilimlerini yakından ilgilendirir. Arap dilinde karîne, lafızla anlam arasında ilişki kurulurken zihni lafzın gerçek anlamından vazgeçirip mecâzi anlama yönelten durumun adı olup lafzın içinde yer alan bir unsur olduğunda lafzî, lafız haricinden geldiğinde aklî, mânevî, hâlî karînedir söz edilir."⁸⁹⁸

Karîne fıkıh ıstılahında farklı şekillerde tarif edilmiştir. Karîne bu tariflerde genel olarak, emâre kelimesiyle eşanlamlı olarak kullanılmıştır.⁸⁹⁹ Mecelle'de karîne "kesin bilgi ifade eden emâre"⁹⁰⁰ şeklinde tarif edilmiştir. Cürcânî karîneyi "elde etmek istenilen şeye işaret eden alâmet, belirti" şeklinde tarif ederken emâreyi "zan yoluyla bilinmeyen bir şeye işaret eden bilinen bir emâre"⁹⁰¹ şeklinde tarif etmiştir. Başka bir tarif "gizli olan bir şeyle ilişkili olup bu gizli olan şeye işaret eden her türlü açık emâreye karîne denir"⁹⁰² şeklindedir.

Cürcânî'nin tarifinden karîne de şu iki özelliğin bulunması gerektiği anlaşılmaktadır.

- 1) Esasen itimat edilerek güvenilmeye uygun olan ve zahir bir durumun varlığı.
- 2) Zahir olan durum ile gizli olan durum arasında buna işaret eden bir ilişkinin bulunması.⁹⁰³

1.5.1. İslâm Muhâkeme Hukukuna Göre Karîne Çeşitleri

Karîneler farklı yönlerden çeşitlere ayrılmaktadır. Bu başlık altında farklı yönleriyle karîneler incelenerek ilgili başlık altında yer verilecektir. Bunlar kaynağı bakımından, ispat kuvveti bakımından, medlulü bakımından karîneler olmak üzere üç başlıktan oluşmaktadır.

⁸⁹⁷ İbn Manzûr, *a.g.e.*, XIII, 336-337; Fîrûzâbâdî, *a.g.e.*, IV, 1245.

⁸⁹⁸ Davut Yaylalı, "Karîne" md., *DİA*, XXIV, İstanbul, 2001, 492; Bkz. Cürcânî, *a.g.e.*, s. 175.

⁸⁹⁹ Fâiz, İbrahim b. Muhammed, *el-İsbâtu bi'l-Karâin fi'l-Fıkhî'l-İslâmî*, 2. bs., Riyâd, el-Mektebetü'l-Esâme, 1983, s. 62.

⁹⁰⁰ Mecelle, md., 1741.

⁹⁰¹ Cürcânî, *a.g.e.*, s. 175, 39.

⁹⁰² Zerkâ, *a.g.e.*, II, 936.

⁹⁰³ Zuhaylî, *a.g.e.*, VI, 644-645.

1.5.1.1. Kaynağı Bakımından Karîneler

Kaynağı bakımından karîneler üçe ayrılmaktadır. Bunlar "nassa ve kanuna dayanan, ictihada dayanan ve kazâî karinler"dir. Nassa dayanan karîne, Şari'in muayyen bir şeye emâre kıldığı, Kur'an ve/veya Sünnet'te beyan edilen karînelerdir.⁹⁰⁴ Kanunî karîne ise, kanun koyucunun bir olayı başka bir olayın olduğuna ya da olmadığına delil olarak kabul etmesi ya da yaptığı istidlale denmektedir.⁹⁰⁵ Tanımdan anlaşıldığı üzere nassa dayanan karîne şeklinde asıl olan Kur'an'da ve/veya Sünnet'te bir örneğinin olmasıdır. Aynı zamanda kanunî karîne kavramı da nassa dayanan karîne kavramını şümülüne almakla beraber arasındaki fark modern dönem kanunlarının karîne olarak belirlediği maddeleri de içine almasıdır. İslâm'da hüküm koymada Kur'an ve Sünnet ilk hareket noktasını oluşturduğundan dolayı nassa dayanan karîne doğrudan Kur'an ve Sünnet'i; kanuna dayanan karîne Kur'an ve Sünnet'i de içine alabilecek bir nitelikte olmakla birlikte, ayrıca kanun koyucu olarak belirlenen başka bir kurum ya da kuruluşu da içine alabilecek niteliktedir.

Nassa dayanan karînelerin örnekleri:

"Onların secde izlerinden olan alâmetleri yüzlerindedir"⁹⁰⁶ Bu ayetten anlaşılmaktadır ki, yüzünde secde izinin olması namaz kılmaya ve mümin olmaya karînedir.⁹⁰⁷

"Eğer o (Hz. Yusuf)'un gömleği önden yırtılmışsa kadın doğrudur. O yalancılardandır. O (Hz. Yusuf)'un gömleği arkadan yırtılmışsa o doğrudur. Kadın yalancılardandır."⁹⁰⁸ Hz. Yusuf'un gömleğinin arkadan yırtılmış olması Hz. Yusuf'un kadının isteğine cevap vermeyerek kaçtığına dair bir karîne olarak değerlendirilmiştir.⁹⁰⁹ Buna benzer bir olay vuku bulduğunda buradaki nassi karîne ile amel edilebilmektedir.⁹¹⁰

Nassa dayanan karîneler sadece ispat hukuku bağlamında kullanılmamıştır. Örneğin, Kur'an-ı Kerim'deki "*Yol bulmada yararlanacağınız daha birçok alâmetler*

⁹⁰⁴ Fâiz, *a.g.e.*, s. 70.

⁹⁰⁵ Osman, *a.g.e.*, s. 459.

⁹⁰⁶ el-Feth, 48/29.

⁹⁰⁷ İbnü'l-Arabî, *a.g.e.*, IV, 1197-1198.

⁹⁰⁸ Yûsuf, 12/26-27.

⁹⁰⁹ Cessâs, Ahmed b. Ali Ebû Bekr er-Râzi, *Ahkâmu'l-Kur'ân* (thk. Muhammed Sâdık el-Kamhâvi), Beyrut, Dâru İhyâi't-Turâsi'l-Arabî, 1405, IV, 385.

⁹¹⁰ İbnü'l-Arabî, *a.g.e.*, III, 770-771.

koydu. Yıldızlarla da bir takım insanlar yol bulurlar."⁹¹¹ ayeti gereğince yıldızların insanların yönlerini tespit etmede bir nassa dayanan karîne olduğunu ifade eden âlimler de olmuştur.⁹¹² Kıbleyi tespit etmede Allah'ın koyduğu bir takım alâmetler, Hz. Peygamber'in (sav) "*Bir kişinin mescide sürekli olarak gelip gittiğinde onun mümin olduğuna şehâdette bulununuz.*"⁹¹³ ve "*Münafığın alâmeti üçtür: Konuştuğunda yalan konuşur, söz verdiği sözünde durmaz, emanete ihanet eder.*"⁹¹⁴ hadislerinin işaret ettiği kişinin mümin ya da münafık olmasını gösteren alâmet ve karîneler de nassa dayanan karînelerdir.

İctihada dayanan karîneler, fukahânın karşılaştıkları olaylara yaptıkları icthadları sonucunda elde edilen, fıkıh kitaplarında belirtilen karîne örnekleridir. İctihada dayanan karîneler aynı zamanda fıkhi karîneler olarak da isimlendirilmektedir.⁹¹⁵

Bu karîneler muhâkemeyi ilgilendiren bir çok meselede delil olarak kullanılmıştır. Örneğin fukahâ, ölüm döşeğinde olan kişinin malının hepsini satmasını mirasçılarının tümünün iznine bağlamışlardır. Ölüm döşeğindeki insanın böyle bir tasarrufunun sağlıklı kişilere oranla daha duygusal olabileceğini ve bu durumun mirasçılara zarar verirken alıcının da büyük menfaat elde edebileceğini karîne olarak göstermişlerdir.⁹¹⁶ Aynı zamanda ağzında ya da kusmuğunda içki kokan birisi için bu kokunun içki içtiğine karîne olduğu ve kocası olmayan bir kadının hamile kalması kadının zina yaptığına bir karîne olarak değerlendirilmiştir.⁹¹⁷

Kazâî karîneler, hâkimin kendisine arz edilen davada, kendi yetenek ve zekâsına istinaden hakikati tespit etmek için elde ettiği bir takım karînelerdir. Bu karîneler aslen Kur'an'da, Sünnet'te ya da fıkıh kitaplarında örnek olarak bulunan karînelerden biri değildir. Bu tür karîneler tamamen hâkimin kendi kıvrak zekâsına istinat ederek elde ettiği karînelerdir. Kazâî karîneler hâkimlerin istidadına, davaların mahiyetine göre farklılık arz ederler.⁹¹⁸

⁹¹¹ en-Nahl, 16/16.

⁹¹² İbnü'l-Arabî, *a.g.e.*, III, 817.

⁹¹³ İbn Mâce, "Mesâcid ve'l-Cemâat", 19.

⁹¹⁴ Buhârî, "İmân", 23; Müslim, "İmân", 25.

⁹¹⁵ Fâiz, *a.g.e.*, s. 72; Aclân, Abdullah b. Süleyman b. Muhammed, *el-Kazâ bi'l-Karâini'l-Muâsıra*, 1. bs., Riyâd, Silsiletü'r-Resâil'l-Câmiyye, 2006, I, 115.

⁹¹⁶ Fâiz, *a.g.e.*, s. 72

⁹¹⁷ İbnü'l-Kayyım, *a.g.e.*, I, 11-12; İbn Ferhûn, *a.g.e.*, 120.

⁹¹⁸ Fâiz, *a.g.e.*, s. 73; Aclân, *a.g.e.*, I, 117.

Örneğin, Bedir savaşında adı Afra olan bir sahabenin iki oğlu vardır. İkisi birden Ebu Cehil'in selebine⁹¹⁹ sahip olabilmek için onu kendisinin öldürdüğü iddia etmiştir. Hz. Peygamber (sav) onlara "*kılıçlarınızı temizlediniz mi?*" diye sormuştur. Onlar "*hayır*" derler. Bunun üzerine Hz. Peygamber (sav) "*bana kılıçlarınızı gösterin*" buyurur. Kılıçları incelediğinde üzerinde kan olan kılıcın sahibine Ebu Cehil'in selebini alma hakkını verir. Hz. Peygamber (sav) burada kanı bir karîne olarak değerlendirerek hakkı sahibine teslim etmiştir.⁹²⁰

Bir diğer örnek Hz. Peygamber'in (sav) anlattığı şu hadisedir: İki kadın yanlarında birer çocuk yolculuğa çıkarlar. Yolculukta çocuğun birini kurt götürür. İki kadında çocuğun kendine ait olduğunu savunurlar. İki kadın birden Hz. Davut'a giderler. Hz. Davut çocuğu, gerçekte annesi olmayan büyük kadına, ona benzemesinden ve onun elinde olmasından dolayı⁹²¹ verir. Sonra Hz. Süleyman'a giderler. Bunun üzerine Hz. Süleyman "*bana bir bıçak getirin çocuğu ikinize pay edeyim*" der. Bunun üzerine küçük kadın Hz. Süleyman'a "*Allah sana merhamet versin, o onun çocuğudur*" der. Bu kadındaki çocuğa olan şefkati gören Hz. Süleyman çocuğun küçük kadına ait olduğuna hükmeder.⁹²² Hz. Süleyman bu olayda bir hile ve latifeye anne şefkatini bir karîne olarak belirlemiş ve bu karîne üzerinden hüküm vermiştir.⁹²³

1.5.1.2. İspat Kuvveti Bakımından Karîneler

Karîneler ispat kuvveti bakımından üçe ayrılmaktadır. Delâleti kesin olan karîneler ki buna karîne-i kâtia da denmektedir, delâleti zannî olan karîneler ve zayıf olan karînelerdir.

Mecelle delâleti kesin olan karîneyi (karîne-i kâtia) "*haddi yakîne bâliğ olan emâre*"⁹²⁴ şeklinde tarif etmiştir. Burada da yakîn kelimesiyle kesin olan bilgi,⁹²⁵ emâre kelimesiyle de alâmet, belirti⁹²⁶ anlamı kastedilmektedir. Sade bir ifadeyle, kesin bilgi seviyesine ulaşan belirtiye karîne-i kâtia denmektedir. Karîne-i kâtia farklı bir şekilde şöyle tarif edilmiştir: Karîne-i kâtia, delâleti yakîn derecesine ulaşacak kadar güçlü olan

⁹¹⁹ Seleb: Öldürülen kimseye ait olan elbise, para, kılıç, binek gibi şeylerin hepsi. (Erdoğan, a.g.e., s. 500-501).

⁹²⁰ İbnü'l-Kayyim, a.g.e., I, 24-25; İbn Ferhûn, a.g.e., II, 120.

⁹²¹ Nevevî, Ebû Zekeriyya Muhyiddîn Yahyâ b. Şerîf, *el-Minhâc Şerhu Sahîhi Müslim*, 2. bs., Beyrut, Daru İhyâi't-Turâsi'l-Arabî, 1392, XII, 18.

⁹²² Buhârî, "Enbiyâ", 40; Müslim, "Akdiye", 10; Nesâî, "Kazâ", 14.

⁹²³ Nevevî, a.g.e., XII, 18.

⁹²⁴ Mecelle, md., 1741.

⁹²⁵ Erdoğan, a.g.e., s. 609.

⁹²⁶ a.e., s. 120.

karînedir.⁹²⁷ Meselâ bir kişi elinde kanlı bir bıçakla ve yüzünde bir dehşetle bir evden çıksa ve orda kimse bulunmasa bu olay görülür görülmez bu eve girilse ve evde daha yeni boğazlanmış birisi bulunsa o kişinin boğazlanan kişinin katili olduğuna hükmedilir.⁹²⁸ Şayet o kişi intihar etmiş ya da başka birisi gelip öldürmüş ve sonra da duvarı yıkıp kaçmış gibi bir ihtimal ya da zan olsa da itibar edilmez.⁹²⁹ Ancak hâkim böyle bir durumda hüküm verirken çok dikkatli hareket etmeli ve olayı teferruatlı bir şekilde incelemeli ve araştırmalıdır. Zira Hz. Ali zamanında buna benzer bir olay gerçekleşmiş, elinde kanlı bir bıçak olan kişinin kasap olduğu, ihtiyacını gidermek için harabe bir yere gittiği, bu harabede ölü olarak bulunan kişiyle bu cihette hiçbir alakasının olmadığı ortaya çıkmıştır.⁹³⁰

Karînelere amel etmenin, Makâsıd-ı Şerî'a açısından, vacip olduğu savunulmuştur. Bu görüşte olanlar tarafından bazı karînelerin, beyyine olarak ifade edilen en üst şahitlik türünden dahi güçlü olduğu savunulmuştur. Örneğin, bir hırsız çaldığı mal ile yakalandığında el kesme cezasına çaptırılır. Bu elindeki mal bir karînedir, beyyine ve ikrardan daha kuvvetlidir. Çünkü beyyine ve ikrar doğruluğa ve yalana ihtimali olan bir ispat vâsıtasıdır. Hırsızın çaldığı mal ile yakalanması ise üzerinde şüphe taşımaz.⁹³¹

Hâkimlerin hükümlerine mesnet yapabilecekleri karîneler karîne-i kâtıadır.⁹³² Mecelle'de bu görüş karîne-i kâtıa'nın tarifinden önce "*Esbâb-ı hükümden birisi dahi karîne-i kâtıadır*" şeklinde ifade edilmiştir.⁹³³

Karîne-i kâtıa, hakkında aksine imkân olmayacak bir şekilde kesin emâre gibi bir fikir oluşmaktadır. Ancak bu durum karîne-i kâtıanın mevcudiyetiyle hemen hüküm verilebileceği hükmünü haiz değildir. Şöyle ki karîne-i kâtıanın tek başına bir suçlunun ya da hak davasında haklının tam ve kesin olarak tespiti için yeterli olmasının ancak gerekli tahkikat ve yeterli inceleme yapılması sonucunda olacağına dikkat çekilmektedir. Bundan dolayı aksini ispat edecek bir delil olmadığında ancak bu karînelere amel edilebileceği anlayışı bulunmaktadır. Öyle ki karînenin hem ceza hem

⁹²⁷ Osman, *a.g.e.*, s. 449.

⁹²⁸ İbn Ferhûn, *a.g.e.*, II, 125; *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, XXXIII, 157; Fâiz, *a.g.e.*, s. 72; Osman, *a.g.e.*, s. 449.

⁹²⁹ Mecelle, md., 24: "*Mâni' zâil oldukça memnû' avdet eder.*"

⁹³⁰ İbnü'l-Kayyim, *a.g.e.*, I, 140-143.

⁹³¹ *a.g.e.*, I, 12-13.

⁹³² Zerkâ, *a.g.e.*, II, 936; Zuhaylî, *a.g.e.*, VI, 645; Osman, *a.g.e.*, s. 472; Terhûnî, *a.g.e.*, s. 132-133.

⁹³³ Mecelle, md., 1740.

de hukuk davalarında tek başına delil olabilecek nitelikte olduğunu ifade eden âlimler de bu yöne dikkat çekici örnekler vermişlerdir. Nitekim bu başlık altında verilen Hz. Ali ile kasap arasında geçen olay karîne-i kâtianın bu yönüne dikkat çeken bir olaydır.

Delâleti zannî olan karîneler, başka bir delil ile aksinin ispatı mümkün olan karînelerdir.⁹³⁴ Bu türden karînelerde aslolan zannı galiptir.⁹³⁵ Genel olarak, hâkimin hüküm verirken değerlendirebileceği ancak sadece kendisine istinaden hüküm veremeyeceği bir karînedir. Fukahâ delâleti zannî olan karîneleri hükme mesnet olabilmesi açısından karîne-i katıadan sonra değerlendirirler. Zannî olan bu karîneler davacı ve davalı arasında, zannî olan karîne kimin lehineyse, lehine hüküm verilmesinde etkileyici olabilmektedir.⁹³⁶ Bu anlamda örfî karîneler, davanın vakıaları, davanın tarafları arasında gerçekleşen tasarruflar bu türden karînelerdir.⁹³⁷

Delâleti zannî olan karîneler hâkime, davada bir hüküm vermek için kat'î bir surette kanaat sunmayan karînelerdir.⁹³⁸ Davada (özellikle hukuk davalarında) bu türden bir karînesi olan taraf yemin etmesi durumunda iddiasının doğruluğu yönündeki kanaati güçlendirir. Fakat elinde böyle zannî bir karîne olmasına mukabil karşı tarafın daha güçlü bir beyyine getirmesi halinde zannî karîneye artık bakılmaz.⁹³⁹

Delâleti zannî olan karînelerin muhâkemedede kullanılmasını için çok dikkatli bir şekilde incelenmesi ve mümkün mertebe bu tür karînelere ihtiyatla yaklaşılması gerekmektedir.⁹⁴⁰ Genel olarak bakıldığında sadece bu karîneye istinat ederek hüküm vermek pek mümkün değildir. Kendisine ilaveten başka karîne ya da delillerle takviyesi gerekmektedir. Eğer diğer bir delil bu zannî karîne ile tearuz ediyorsa, bu mütearız delil zannî karînedен kuvvetli ise bu karîne ile amel etmemek gerekmektedir. Ancak karîne daha kuvvetli ise bu durumda muteârız olan delil değerlendirilmez.⁹⁴¹

Delâleti zannî olan karînelerle adlî davalarda amel etmek, diğer karînelerde de olduğu gibi, hâkimin bilgi ve yeteneğine bağlıdır. Hukuk yetkinliğini haiz bir hâkim

⁹³⁴ Aclân, *a.g.e.*, I, 125.

⁹³⁵ *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, XXXIII, 157.

⁹³⁶ Zerkâ, *a.g.e.*, II, 937; Zuhaylî, *a.g.e.*, VI, 645; Terhûnî, *a.g.e.*, s. 133.

⁹³⁷ *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, XXXIII, 157-158.

⁹³⁸ Terhûnî, *a.g.e.*, s. 134.

⁹³⁹ Zerkâ, *a.g.e.*, II, 937-938; Yaylalı, *a.g.m.*, s. 55.

⁹⁴⁰ İbn Ferhûn, *a.g.e.*, II, 131; Terhûnî, *a.g.e.*, s. 133.

⁹⁴¹ *a.e.*, s. 133.

önüne gelen davalarda her türlü zahir durumu değerlendirmeye alarak hakkı sahibine vermeye gayret eder.⁹⁴²

Zayıf olan karîneler, delâleti yok hükmünde addedilecek kadar düşük ihtimale istinat eden karînedir.⁹⁴³ Bu karîneler delâlet açısından kat'î ve zannî olmayan karînelerdir. Bu karînelerde karşısında daha kuvvetli bir delilin bulunması söz konusudur. Karînelerin delâlet açısından en zayıf olanıdır. Zayıf karîneler yargıda delil olarak kullanılmazlar. Çünkü zayıf karînelerde şüphe galiptir. Ve yargıda hükümler şüphe üzerine bina edilemezler.⁹⁴⁴

Zayıf karîneye şu ayetten örnek verilmiştir: "*Onlar Yusuf'un gömleğine sahte bir kan bulaştırarak getirmişlerdi. Babaları Yakub: 'Hayır!' dedi, nefisleriniz sizi aldatmışta bu işe sevketmiştir. Artık bana ümitvar olarak sabretmek düşer.*"⁹⁴⁵ Oğulları tarafından Hz. Yakup'u Hz. Yusuf'un kurtlar tarafından yendiğine inandırmak üzere getirilen Hz. Yusuf'un kanlı gömleğinin üzerinde kan bulunmasına rağmen sapa sağlam olması zayıf bir karînedir. Gömlek Hz. Yusuf'u kurtların yediğine dair bir karîne olarak sunulmuş ancak gömlekte yırtıklığın bulunmaması onun üzerine yalancı bir kanın bulaştırıldığına ve Hz. Yusuf'un kurt tarafından yenilmediğine karîne olmuştur. Bu durumda bir karîneye daha güçlü bir karînenin tearuz etmesi sonucunda güçlü karîne diğer karîneyi zayıf bir karîne kılmıştır.⁹⁴⁶

1.5.1.3. Medlûlü Bakımından Karîneler

Medlûlü bakımından karîneler ile, delâlet ettiği şey ile arasında olan ilişki bakımından karîneler kastedilmektedir. Bu ilişki ya aklî olur ya da örfî olmaktadır.

Aklî karîne, medlûlü ile arasında genel olarak aklî ve mantiki açıdan münasebet bulunan karînelerdir.⁹⁴⁷ Örneğin, çalınan bir malın hırsızlıkla suçlanan birinin elinde bulunması o kişinin hırsız olduğuna işaret eden, evli olmayan bir kadının hamile kalması o kadının zina ettiğine işaret eden,⁹⁴⁸ bir yerden dumanın çıkması oradaki ateşe işaret eden, öldürülen bir kimsenin cesedinde kesik izinin bulunması o kişinin kesici bir

⁹⁴² Yusuf Şen, "*İslâm Muhâkeme Hukukunda Bir İspat Vasıtası Olarak Karine*", (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1997), s. 51.

⁹⁴³ Osman, *a.g.e.*, s. 449; Fâiz, *a.g.e.*, s. 68.

⁹⁴⁴ Terhûnî, *a.g.e.*, s. 134; Aclân, *a.g.e.*, I, 125; M. Fatih Turan, "*İslâm Hukukunda Karine*", (Basılmamış Doktora Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011) s. 236.

⁹⁴⁵ Yûsuf, 12/18.

⁹⁴⁶ Cessâs, *a.g.e.*, IV, 382; İbnü'l-Arabî, *a.g.e.*, III, 766.

⁹⁴⁷ Zerkâ, *a.g.e.*, II, 936; Aclân, *a.g.e.*, I, 121; Turan, *a.g.e.*, s. 238; Şen, *a.g.e.*, s. 52

⁹⁴⁸ İbnü'l-Kayyim, *a.g.e.*, I, 11-12.

aletle katledildiğine işaret eden,⁹⁴⁹ bir kişinin ağzında alkol kokması o kişinin alkol aldığına işaret eden birer aklî karînelerdir.⁹⁵⁰

Nassa ve kanuna dayanan kariler ile kazâî karîneler bir yönüyle aklî karînelerin kapsamına girmektedir. Çünkü bunlarda daima medlûlüyle aklen ve mantıken bir uyum vardır. Bu durumda hâkim de karîne ile bir hüküm verirken delil ile medlûl arasında olan bu uyuma dikkat etmek zorundadır.⁹⁵¹

Örfî karîneler, delil ile medlûlünün arasındaki uyumun örfle ya da adetle sabit olmasıdır. Örneğin Müslümanların kurban bayramı öncesinde bir koyun almaları, kurban bayramına işaret eden bir karînedir. Bir sarrafın altından ve gümüşten mallar alması onun bunları ticaret amaçlı aldığını gösteren bir karînedir. Kurban kesme ve sarraflık örfte olmasaydı bu anlamda bir karîne de olmayacaktı.⁹⁵²

Örfe dayanan karîneler aklen alışlagelmiş örfî bir halin teyit ettiği ilişki ve bağlara istinaden bir ihtimalin öbürüne tercih edildiği kazâî delillerdir. Dolayısıyla akılla bilinirler. Örfe dayanan karîneler ispat kuvveti bağlamında zannî karîneler kısmına dahil edilebilirler. Çünkü örfî karîneler bir durumun zahiridirler. Ve zahirin delâleti zannîdir. Mesela yemin ile beraber tarafeynden birisinin durumunun kuvvet kazanmasına ve aksi ispat edilmedikçe onun lehine karar verilmesine sebep olmaktadır.⁹⁵³ Örfe dayanan karîneler başka bir açıdan kazâî karîneler kısmına da dâhil edilebilirler. Çünkü hâkim hakikati ortaya koyabilmek için örften de yararlanabilmektedir.⁹⁵⁴

Şer'î karîneler açısından örfî karîneler değerlendirildiğinde şunları söylemek mümkündür: Şer'î karîneler ile delâlet ettiği şey arasındaki uyum her zaman bulunmaktadır. Koşullara ya da zamana göre değişmemektedir. Örfe dayanan karînelerde ise örf ya da âdetin değişmesi söz konusu olduğunda bu karînelerde de bir değişim söz konusudur. Bu bağlamda örfî karînelerde delâlet ettiği şey ile arasındaki uyum koşullar ya da zaman değiştiğinde ortadan kalkabilmektedir.⁹⁵⁵

⁹⁴⁹ Aclân, *a.g.e.*, I, 121-122.

⁹⁵⁰ İbnü'l-Kayyim, *a.g.e.*, I, 12; Yaylalı, *a.g.m.*, s. 56.

⁹⁵¹ Terhûnî, *a.g.e.*, s. 134; Turan, *a.g.e.*, s. 238.

⁹⁵² Zerkâ, *a.g.e.*, II, 936; Terhûnî, *a.g.e.*, s. 135; Aclân, *a.g.e.*, I, 122; Turan, *a.g.e.*, s. 239; Şen, *a.g.e.*, s. 53.

⁹⁵³ Zerkâ, *a.g.e.*, II, 937; Turan, *a.g.e.*, s. 239-240.

⁹⁵⁴ *a.e.*, s. 240.

⁹⁵⁵ Aclân, *a.g.e.*, I, 122-123; Turan, *a.g.e.*, s. 240.

1.5.2. İspat Vâsıtası Olabilmesi Açısından Karînelerin Değeri

Fukahâ, muhâkeme hukuku alanında karînelere ikrar, şâhit, yemin gibi beyyinelere verdikleri değeri vermemişlerdir. Çünkü klasik fıkıh kaynaklarında ikrar, şâhit, yemin gibi beyyineler bizzat özel başlıklar altında mütalaa edildikleri halde karîne bu tarzda incelenmemiştir.⁹⁵⁶ Hatta Avad Abdullah karînenin tanımını yaparken, klasik fıkıh kitaplarında, et-Ta'rifât'ın haricinde, karînenin tarifine rastlayamadığını ifade etmiştir.⁹⁵⁷

Klasik fıkıh kaynaklarında karîne bahsine özel başlıklar altında yer verilmemiş olmasına rağmen karînelere amel edildiğine dair örnekler mevcuttur. Karîneye en fazla değer veren mezhep Mâlikî ve Hanbelî mezhepleridir. Hanefîler Mâlikî ve Hanbelîlere göre daha az, Şâfiîler ise en az değer veren mezheptir.⁹⁵⁸

Karîneler konusunda hukuk davaları ve ceza davaları olarak ayırım yapılarak bir değerlendirme yapıldığında görülmektedir ki hukuk davalarında karînelerin bir delil olarak değerlendirilmesinde ihtilaf bulunmamaktadır. Ancak ceza davalarında karînelerin bir delil olması noktasında ihtilaf bulunmaktadır.⁹⁵⁹

Bu noktada ceza davaları açısından karînelerin ispata esas olabilir diyenler ile olamaz diyenlerin delillerine yer verilecektir.

Karînelerin ispata esas olabileceği görüşünde olan âlimler Kur'an-ı Kerim'den, Hz. Peygamber'in (sav) Sünnet'inden, sahabe ve selef-i ümmetin uygulamalarından örnekler sunmuşlardır. Şimdi biz bunları ceza muhâkemesinin kapsamına girdiği kadarıyla örneklendirelim. "Eğer o (Hz. Yusuf)'un gömleği önden yırtılmışsa kadın doğrudur. O yalancılardandır. O (Hz. Yusuf)'un gömleği arkadan yırtılmışsa o doğrudur. Kadın yalancılardandır."⁹⁶⁰ Hz. Yusuf'un gömleğinin arkadan yırtılmış olması Hz. Yusuf'un kadının isteğine cevap vermeyerek kaçtığına dair bir karîne olarak değerlendirilmiştir.⁹⁶¹ Buna benzer bir olay vuku bulduğunda buradaki nassa dayanan karîne ile amel edilebilmektedir.⁹⁶² Yüce Allah'ın indirdiği her bir ayet insanlığın

⁹⁵⁶ Terhûnî, *a.g.e.*, s. 14; Beroje, *a.g.e.*, s. 249; Turan, *a.g.e.*, s. 245.

⁹⁵⁷ Avad, Abdullah Ebû Bekir, "el-Hüküm bi'l-Ferâseti ve'l-Karâin", *Mecelletü Câmiati'l-İslâmiyye*, sy.62, (Medînetü'l-Münevvera, 1404), s.126.

⁹⁵⁸ *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, XXXIII, 159; Zeydân, *a.g.e.*, 221-222; Osman, *a.g.e.*, s. 478; Ebû Bekir, *a.g.m.*, s. 129; Beroje, *a.g.e.*, s. 249; Turan, *a.g.e.*, s. 246.

⁹⁵⁹ Trablusi, *a.g.e.*, s. 166-167; İbn Ferhûn, *a.g.e.*, II, 121-126; Beroje, *a.g.e.*, s. 249; Turan, *a.g.e.*, s. 246.

⁹⁶⁰ Yûsuf, 12/26-27.

⁹⁶¹ Cessâs, *a.g.e.*, IV, 385.

⁹⁶² İbnü'l-Arabî, *a.g.e.*, III, 770-771.

faydasıdır. Bu ayetlerde de emâre ve alâmetlerle beyyine olmadığına hüküm verilebileceğine dair bir işaret vardır.⁹⁶³

Asr-ı saadette bir kadın kafasına taş vurularak yaralanmıştır. Bu eylemi kimin yaptığı da bilinmemektedir. Kadın can çekişmekte ve konuşamaz bir haldedir. Hz. Peygamber (sav) kadına bu işi yaptığına dair şüphe duyduğu kişilerin isimlerini sayarak bunların hangisinin yaptığını sormuştur. İsimler zikredildikçe kadın kafasıyla hayır anlamına gelen işaret yapmıştır. Bir Yahudi'nin ismi zikredildiğinde kadın evet anlamına gelen bir işaret yapmıştır. Bunun üzerine adam hapsedilip sorguya çekilince kadının kafasına taşla vurduğunu itiraf etmiştir.⁹⁶⁴

Sünnet'ten bir başka örnek ise şudur: Hz. Peygamber (sav) beytü'l-malın çobanlarını öldüren Ureynelileri cezalandırmıştır.⁹⁶⁵ Hz. Peygamber (sav) burada şevâhid-i hal deliline istinaden, onların yaptıklarını gösterir bir beyyine istemeksizin, hatta cezalandırmak için onların ikrarını da talep etmeden onları cezalandırmıştır.⁹⁶⁶

Hz. Ömer, Hz. Osman ve Hz. Abdullah b. Mesud ağzında ya da kusmuğunda içki kokan birisi için bu kokuyu içki içtiğine karîne kabul ederek had uygulamışlardır.⁹⁶⁷

Hz. Ömer ve onunla birlikte sahabe tarafından, kocası olmayan bir kadının hamile kalması, kadının zina yaptığına bir karîne olarak değerlendirilmiş ve recm edilmiştir.⁹⁶⁸

Hulafa-i Raşidîn, hırsızlık suçuyla suçlanan bir kimsenin yanında çalınan malın bulunması halinde ona had uygulamışlardır. Hatta İbnü'l-Kayyim bu durumu beyyineden de ikrardan da daha kuvvetli bir ispat vâsıtası olarak açıklamaktadır. Çünkü beyyine ve ikrarda doğru ve yalan olma ihtimali bulunurken, müttehem'in elinde çalınan malın bulunması şüpheye mahal bırakmayacak bir beyyinedir.⁹⁶⁹

⁹⁶³ İbn Ferhûn, *a.g.e.*, II, 118.

⁹⁶⁴ Tirmîzî, "Diyât", 6; Müslim, "Kasâme", 3; İbnü'l-Kayyim, *a.g.e.*, I, 37.

⁹⁶⁵ Buhârî, "Hudûd", 17, 18; "Diyât", 66; Müslim, "Hudûd", 10; Ebû Dâvûd, "Hudûd", 3; Tirmîzî, "Tahâret", 55, Nesai, "Tahrîmu'd-Dem", 7-8.

⁹⁶⁶ İbnü'l-Kayyim, *a.g.e.*, I, 37; İbn Ferhûn, *a.g.e.*, II, 120.

⁹⁶⁷ İbnü'l-Kayyim, *a.g.e.*, I, 11-12; İbn Ferhûn, *a.g.e.*, II, 120.

⁹⁶⁸ İbnü'l-Kayyim, *a.g.e.*, I, 11-12; İbn Ferhûn, *a.g.e.*, II, 120.

⁹⁶⁹ İbnü'l-Kayyim, *a.g.e.*, I, 11-12.

Bir başka delil, Hz. Peygamber'in (sav) kasamede levse⁹⁷⁰ istinaden, Hanefilere göre tanıklara yemin ettirilmesi, cumhura göreyse davacılara yemin ettirilmesi temelde karîne ile amel etmektir.⁹⁷¹

Yemin teklifinde bulunulan tarafın yeminden nükûlü ile aleyhine hükmedilebileceği meselesi karîne-i zahire ile hüküm vermektir. Eğer davalı yeminden nükûl ediyorsa, bu davacının doğruluğuna işaret etmektedir. Bu da bir delil olarak değerlendirildiğinden dolayı beraati zimmet kaidesinin önüne geçmiştir.⁹⁷²

Karînenin ispat vâsıtalarından birisi olduğunu ve hükümlere dayanak olabileceği görüşünü savunanlardan İbnü'l-Kayyim Kur'ân-ı Kerim'den, Sünnet'ten ve sahabi uygulamalarından getirdiği deliller yanında bazı aklî deliller de sunmuştur. İbnü'l-Kayyim aynı zamanda delillerin sınırlandırılmaması gerektiği görüşünü savunmuştur. Bu konudaki aklî açıklamaları da genelde delillerin sınırlandırılmasının, dolayısıyla karînenin ispat vâsıtalarından biri olarak kabul edilmemesinin oluşturacağı sıkıntıları açıklamak şeklinde olmuştur. İbnü'l-Kayyim'a göre beyyine hakkı ve hakikati ortaya çıkaran her şeyin ismi olup, her türlü ispat vâsıtası bunun şumulündedir. Beyyinelerin sınırlandırılmasına dayanak olabilecek herhangi bir delil bulunmamaktadır ve bu şekilde bir sınırlandırmayla hataya düşülmüş olunur. Delilleri sadece birkaç tane ile sınırlandırmak ve karîneyi delil olarak değerlendirmemek, birçok hakkın ortaya çıkarılmayıp yitirilmesine sebep olacaktır. Örneğin her işlenen cinâyet için iki şahit bulmak çok zordur ya da her suç işleyenin itirafta bulunması mümkün değildir. Ayrıca kimi insanlar yalan yere yemin de edebilmektedirler. Aynı zamanda bazı karînelerin şahitlikten ya da diğer başka delillerden daha güçlü olduğu durumlar da vardır. Allah Teâlâ, peygamberlerini ve kitaplarını insanlar arasında, göklerin ve yerin dirliği için gerekli olan adaletin sağlanması için göndermiştir. Hangi yoldan adalet emâreleri belirir, ortaya çıkarsa işte Allah'ın dini ve şeriatı o yoldur. En iyi bilen, en iyi hüküm veren Allah, bazı alâmetler ve emârelerin adalete götürdüğünü buyurup, diğer daha güçlü bazı emâre ve deliller ile hüküm verilemeyeceğini buyurmamıştır. Bilakis Allah, dini göndermekten amacının insanlar arasında adaleti sağlamak olduğunu belirtir. Dinin maksatlarına, ruhuna ve özüne bakıldığında adaleti ortaya çıkaracak yolların mubah

⁹⁷⁰ Levs: Bir maktulün velilerinin iddialarında doğru olduklarına dair bir zann-ı galip husule getiren bir hal ya da fiil karinesidir. Örneğin katl zanlısının yakalandığında üzerinde kan bulunması gibi. (Erdoğan, *a.g.e.*, s. 326)

⁹⁷¹ İbn Ferhûn, *a.g.e.*, II, 119; Terhûnî, *a.g.e.*, 158; Beroje, *a.g.e.*, s. 252.

⁹⁷² İbnü'l-Kayyim, *a.g.e.*, I, 13-14; Trablusî, *a.g.e.*, s. 167; Beroje, *a.g.e.*, s. 252.

olduğu görülmektedir. Şu halde adaletin temin edildiği her yol dine uygun olup, ona zıt değildir. Bu yollardan birisi olan karînenin delil olmadığı kabul edilir ve hüküm vermede karînelere itibar edilmezse, kimi zaman adaletle uyuşmayacak hükümler verilebilecektir. Bundan dolayı karînelere delil olarak itibar edilmemesi dinin maksatlarına aykırı olacaktır. Bu yüzden dinin temel maksatları dikkate alındığında, insanların haklarının zayi olmaması için karînelere delil olarak itibar edilmesi gerekmektedir.⁹⁷³

Hanefîler, Şâfiîler ve Hanbelîlerden bazıları ceza davalarında karîne ile hüküm verilemeyeceği görüşündedirler.⁹⁷⁴ Bu görüşlerini aşağıda verilecek delillere dayandırmaktadırlar.

Ceza davalarında, özellikle de had cezalarında, karînelere amel edilemeyeceğini savunan fukahânın hareket noktasını hadlerin şüphe ve töhmet bulunduğu takdirde tatbik edilemeyeceği hususu oluşturmaktadır.⁹⁷⁵ Karînelerde şüphenin bulunduğu ise daha öncede geçen Hz. Ali'nin yaşadığı bir olay örnek gösterilmektedir. Bu olayda Hz. Ali'ye, cesedin başında üzeri kanlı ve elinde bıçakla yakalanan bir adam getirilmiş ve Hz. Ali de adama durumu sorunca öyle ki adam da onu öldürdüğünü ikrar etmiştir. Daha sonra cezası verilmek üzere götürülürken başka bir adam gelerek adamı onun değil kendisinin öldürdüğünü söylemiştir. Daha sonra Hz. Ali üzeri kanlı, elinde bıçakla yakalanıp adamı da öldürdüğünü söyleyen kişiye, öldürmediği halde neden öldürdüğünü söylediğini sorunca adam da cesedin başında elim kanlı yakalandım ne diyebilirdim ki demiştir. Burada adamın kasap olduğu, ihtiyacını gidermek için harabe bir yere girdiği, o anda da oradaki cesedin başında dehşete kapıldığı ve bu haldeyken başkaları tarafından yakalandığı ortaya çıkmıştır.⁹⁷⁶ Bu olaya bakıldığında aslında kat'î olarak görünen bir karîne bile daha sonra zayıf bir karîne olduğu ortaya çıkabilmektedir. Buradan hareket eden bazı fukahâ karînenin tamamen zan, şüphe ve tahmine göre hüküm verme olduğunu ifade etmiş ve hükümlerin sağlam ve kesin olan deliller üzerine kurulabileceğini söylemişlerdir.

İbn Abbas'tan nakledilen bir rivayette, Medine'de fuhuş yaptığı bilinen bir kadın vardı. Kadının fuhuşu, kadının konuşmasından, durumundan, yaygın olan söylentilerden

⁹⁷³ İbnü'l-Kayyim, *a.g.e.*, I, 25-27, 29-32; Beroje, *a.g.e.*, s. 253-254; Turan, *a.g.e.*, s. 262-263; Yaylalı, *a.g.m.*, s. 58.

⁹⁷⁴ Terhûnî, *a.g.e.*, s. 202; Behnesî, *Nazariyyetü'l-İsbât*, s. 196-202; Osman, *a.g.e.*, s. 478.

⁹⁷⁵ Terhûnî, *a.g.e.*, 203; Osman, *a.g.e.*, s. 487.

⁹⁷⁶ İbnü'l-Kayyim, *a.g.e.*, I, 140-143.

ve ayrıca evine uğrayan erkeklerden dolayı bilinmekteydi. Bu duruma Hz. Peygamber (sav) "*Şayet bir beyyine olmadan birini recmedecek olsaydım falancayı* (sözü edilen kadını) *recmederdim*"⁹⁷⁷ buyurmuşlardır. Burada Hz. Peygamber (sav) kadının fuhşunu bilinmesine rağmen, kadın suçunu ikrar etmiyor ya da zinasına bir beyyine bulunmuyor ve Hz. Peygamber (sav) de had tatbik etmiyorsa bu durumda yalnız söylenti karînesine istinaden hüküm verilemeyeceği sonucu çıkarılmaktadır.⁹⁷⁸ Ayrıca bu hadisten hareketle, had ve kısas suçlarında Şâri'in naslarda açıkça belirtmediği delillerle hükmedilemeyeceği sonucunu çıkaranlarda olmuştur.⁹⁷⁹

Karînelere hükmedilemeyeceğine dair getirilen bir başka delil⁹⁸⁰ ise "*Şüphenin bulunması durumunda hadleri düşürünüz*"⁹⁸¹ hadisidir.

Karînelere amel edilmeyeceğine dair serdedilen iki görüşe şöyle cevap verilmiştir: Hz. Peygamber'in (sav) bu kadın hakkında karîneyle hüküm vermemesinin nedeni karîneyle hükmedilemeyeceğinden değil, bizzat bu karînelerin zayıf olması hasebiyledir. Şayet bu karîneler bir kadının kocası olmadığı halde hamile kalması kadar kuvvetli olsaydı Hz. Peygamber (sav) böyle kuvvetli bir karîneyle hükmederdi.⁹⁸² Ayrıca "*Onlar zanna ve nefislerin arzusuna tabi oluyorlar*"⁹⁸³ bu ve buna benzer manayı ifade eden ayetler,⁹⁸⁴ karînelere hüküm verilemeyeceğine delil getirilmiştir. Çünkü karîneler zanna istinat etmektedir. Binaenaleyh zanlar da şüphe ifade ettiklerinden dolayı hadler tatbik edilemez.⁹⁸⁵

Zan ile amel edilmesini nehyeden ayet ve hadisler değerlendirildiğinde görülmektedir ki burada nehyedilen zan ya itikadi mevzularla ilgilidir ki inanç esasları gaybla alakalı olmasından dolayı zanla sabit olmaz, bu konularda kat'î delillerle sabit olabilir. Ya da bir delile istinat etmeden birisinin suç işlediğine ya da bir kötülük yaptığına dair sui zan taşımaktır. Nasslarda yasaklanan işte bu iki zan şeklidir. Bu konuların dışındaki şer'î konularda zannî delillerle istidlalde bulunulabileceği

⁹⁷⁷ Buhârî, "Hudûd", 43; "Talâk", 31.

⁹⁷⁸ Askalânî, Ahmed b. Ali b. Hacer Ebû'l-Fadl, *Fethu'l-Bârî Şerhu Sahîhi'l-Buhârî*, Beyrut, Daru'l-Ma'rife, 1379, XII, 181.

⁹⁷⁹ Şevkânî, Muhammed b. Ali b. Muhammed b. Abdullah, *Neylü'l-Evtâr* (thk. İsamü'd-Dîn es-Sabâbetî), 1. bs., Mısır, Daru'l-Hadîs, 1993, VII, 124.

⁹⁸⁰ Terhûnî, *a.g.e.*, 203; Osman, *a.g.e.*, s. 488.

⁹⁸¹ Tirmîzî, "Hudûd", 2.

⁹⁸² Osman, *a.g.e.*, s. 486-487.

⁹⁸³ en-Necm, 53/23.

⁹⁸⁴ Bkz. Âl-i İmrân, 3/154; en-Nisâ, 4/157; en-Necm, 53/28.

⁹⁸⁵ Serahsî, *a.g.e.*, IX, 52.

mevzusunda fukahâ arasında ittifak bulunmaktadır.⁹⁸⁶ İtikadi konularda ya da herhangi bir delile müstenit olmaksızın ortaya konulan zanlar haricinde şerî konularda zanlarla amel edilmiştir. Çünkü böyle durumlardaki zannın yanılığsı nâdirâtan; doğruluğu galibendir. Eğer nâdirât kısmına itibar edilerek bu zanlarla amel etmenin getireceği fesattan korkulur ve amel edilmezse o zaman genel olarak elde edilecek maslahatlar zayi edilmiş olacaktır. Bu durum şeriatı maslahatlar üzerine bina eden Şârî'nin hikmetine aykırı bir davranış olacaktır. Ancak her zanla da amel etmek caiz değildir. Çünkü zanlar da kendi arasında zayıf, orta ve güçlü kısımlarına ayrılır.⁹⁸⁷ Böylece zannı galip ifade eden şeyler yakın olarak değerlendirilir ve yakın ile amel etmek gerekir.⁹⁸⁸

İspat vâsıtalarının hiçbirisi kat'î (yani tam anlamıyla şüpheden ârî) değildir. Genel olarak ispata esas olan beyyinelerin özelliği doğru olma ihtimalinin yalan olma ihtimaline ağır basmasıdır. Bunun akside mümkün olabilmektedir. Ancak bu durum sadece karînelere has bir durum değildir. Bundan dolayıdır ki, kendisiyle birlikte olması uzak olan bütün ihtimalleri galiben çürüten kat'î delilleri hüküm vermek için kullanmak bir zarurettir. Zannî delillere gelince, bunlar da detaylı bir incelemeden geçirildikten sonra güçlü olan zayıf olana tercih edilir.⁹⁸⁹ Buradan hareketle zaten karînelere amel edileceğini savunan İslâm âlimleri karîneleri de gruplara ayırarak hangileriyle amel edilip edilmeyeceğini ortaya koymuşlardır. Had ve kısas davalarında amel edilecek karînelerde ihtimal ve şüphe olmamasını şart koşmuşlardır.⁹⁹⁰ Bundan dolayı amel edilebilecek kadar kat'î olan karînelerin de İslâm'da genel olarak beyyine kabul edilen ispat vâsıtalarıyla (özellikle çağımızın şartlarıyla bu meseleye bakıldığında) zanniyet ve kat'iyet açısından aynı olduğu görülmektedir. Dolayısıyla şartlarını haiz karîneler, ister ceza olsun ister hukuk olsun, her türlü davalarda muterberdir.

Karînerle amel edilir ve edilmez diyen fukahâ ayetlerden, hadislerden, selef-i ümmet tatbikatından örnekler vermişlerdir. Bu örnekler incelendiğinde karînelere bazı durumlarda amel edildiği ve bazı durumlarda amel edilmediği görülmektedir. Bu

⁹⁸⁶ Aclân, *a.g.e.*, I, 177-178.

⁹⁸⁷ Sülemî, Ebû Muhammed İzze'd-Dîn Abdulaziz b. Abdusselam b. Ebi'l-Kâsım el-Hasen, *Kavâidu'l-Ahkâm fi Mesâlihî'l-Enâm* (thk. Taha Abdu'r-Raûf Said), Kahire, Mektebetü'l-Külliyâti'l-Ezheriyye, 1991, II, 27.

⁹⁸⁸ İbn Nüceym, *a.g.e.*, s. 64.

⁹⁸⁹ Ahmed İbrahim Bek ve Vâsıl Alâaddin Ahmed İbrahim, *Turuku'l-İsbâti's-Şer'iyyi me Beyâni'l-İhtilâfi'l-Mezâhibi'l-Fıkhıyye Vüsûku'l-Edilleti ve'l-Muvâzeneti beynehâ sümme Mukâraneti bi'l-Kânûn*, 4. bs., yy., 2003, s. 710-711; Aclân, *a.g.e.*, s. 180.

⁹⁹⁰ Terhûnî, *a.g.e.*, s. 204.

örnekler bir bütün şeklinde değerlendirildiğinde karînelerle amel edilmeyeceğinden ziyade zayıf karînelerle amel edilemeyeceğinin anlaşılması daha makuldür. Aksi bir anlayışta karînelerle amel edildiğine dair sunulan örnekler bir zemine oturtulamamaktadır. Ve bu durumda bir tearuz oluşmaktadır. Bu tearuz da ancak beyyine kuvvetine ulaşan karilerle amel edilir; beyyine kuvvetine ulaşamayan karînelerle amel edilemez şeklinde bir anlayışla giderilebilir.

Hukuk siyaseti açısından karînelerin hükme esas olabilmesi gereklidir. Çünkü kanun koyucu suçluların cezalandırılmasını emretmiştir. Kat'î karînelerle suçluluğu tespit edilen bir suçlunun cezalandırılmaması, ilahi emre aykırı davranmaktır. Aynı zamanda suçlunun cezasız kalmasına sebep olur ki, bu da cezayla amaçlanan sonuçlara ulaştırılmaz. Böylece hem suçluların artmasına bir zemin oluşturulmuş hem de suçluların cezalandırılmamasından dolayı mağdurların kin ve nefretlerinin artmasına, intikam duygularının kabarmasına sebep olacağından toplumsal barış zedelenmiş olur.⁹⁹¹

Bu meseleyi bir de ispat şartlarının ve ceza muhâkemesinin günümüzde kaydettiği ilerlemeyle değerlendirmek gerekmektedir. Günümüz ceza yargılamasında objektif verilerle hakikate ulaşmak için sadece şahit ve güçlü karîneler gibi delillerle birlikte diğer deliller de değerlendirilmelidir. İster zayıf, ister güçlü olsun suç ve suçluyla delâlet eden her karîne, ipucu, iz, emâre gibi delil olmaya uygun bütün unsurlar toplanarak hepsinin incelenmesinden suçlunun kim olduğu ve suçun nasıl işlendiği ortaya çıkarılmaya çalışılmalıdır. Çünkü zamanımızda birçok iz, belirti ve zayıf kabul edilen karîneler kriminalistik ve adlî tıp bilimi yardımıyla suçluyla ispat eden delil olabilmektedir. Artık deliller güçlü olsa da, diğer deliller, ipuçları ve izler incelenmeden tek başına baştan kesin bir delil olarak kabul görmemelidir. Bundan dolayı ceza yargılamasında kat'î karînelerle hüküm verilip verilemeyeceğini tartışmak zamanımızın şartlarında manasızdır. Bu çeşit karînelerin delil olup olamayacağının takdiri hâkime bırakılmalıdır. Hâkim bu çeşit karînelerin delil olup olamayacağını gerekli olması halinde bilirkişi raporları, sorgu teknikleri ve başka delillerle karşılaştırdıktan sonra takdir etmelidir.⁹⁹²

⁹⁹¹ Beroje, *a.g.e.*, s. 262.

⁹⁹² *a.e.*, s. 263.

Hz. Ali zamanında yaşanan harabe bir yerde maktülün yanında, üzeri ve elindeki bıçağı kanlı olarak yakalanan adamı bu çağdaki teknolojik ilerlemeler zaviyesinden değerlendirilecektir. Bu adam bir kasaptı. Harabe bir yerde bir maktül vardı. Kasap ihtiyacını gidermek üzere bu harabeye girince maktülün yanında dehşete kapılmış bir vaziyette bazı kimseler tarafından yakalandı. Maktül kesici bir aletle öldürülmüştü. Kasapın da üzerinde ve bıçağında kan bulunmaktaydı. Hz. Ali'nin yanına götürülüp olay anlatıldığında adam suçu işlememesine rağmen söyleyecek bir söz bulamayıp cinayeti kabullenmişti. Bu olay günümüzde yaşanmış olsaydı kasapın üzerinde ve bıçağında bulunan kan ile maktülün kanı incelemeye alınarak bu iki kanın aynı kan olup olmadığı tespit edilebilirdi. Ayrıca kasapın elinde bulunan bıçak ile maktülün üzerinde bulunan bıçak yaraları incelemeye alınarak bu yaraları kasapın elinde bulunan bıçağın açıp açmadığı tespit edilebilirdi. Sözün özü bu ve buna benzer modern teknoloji ile gerçekleştirilen teftişatın nihayetinde kasapın katil olmadığı ortaya çıkardı. Bu da bize göstermektedir ki, karîneler ile amel etme, günümüz teknolojisiyle birlikte değerlendirildiğinde aslında diğer beyyinelerden daha kuvvetli bir ispat vâsıtası olarak önümüze çıkmaktadır.

Günümüzde bilimsel gelişmeler sayesinde bir karînenin güvenilirlik derecesini belirlemek mümkündür. Bu imkânlar mevcut iken karîne ile hüküm verilip verilmeyeceğini, hangi karînelerle hüküm verilebileceğini, hangisiyle hüküm verilemeyeceğini belirlemek üzere baştan konacak mücerret bir hüküm aslında bir anlam ifade etmemektedir. Ceza muhâkemesinde bilimsel araçlar ve yöntemler kullanılmadan hangi karînenin kuvvetli, hangi karînenin zayıf olduğunu dışa yansıyan görüntüsünden teşhis etmek yanıltıcı olabilecektir.

1.5.3. Günümüz Ceza Muhâkemesinde Karîne

Türk Hukuk Lügati'nde karîne kavramının tanımına bakıldığında, İslâm hukukundaki karîneyle aynı kapsamda tanımlandığı görülmektedir. Hatta bazı tanımlarını Mecelle'den iktibas ettiği anlaşılmaktadır.⁹⁹³ Başka bir tanımla karîne, bir hüküm vermek için "tecrübe kuralıyla karşılaştırma" denilen faaliyetin daha önceden benzer olaylar dolayısıyla yapılması ve gelecekteki tüm vakıalarda tatbik edilecek mücerret sonucun önceden çıkarılmasıdır. Çıkarılan bu sonuca da karîne

⁹⁹³ Bkz. *Türk Hukuk Lügati*, s. 215

denmektedir.⁹⁹⁴ Bir meyhaneden çıkan ve sağa sola yalpalayarak yürüyen kimsenin sarhoş olduğu sonucunun çıkarılması bu tanıma bir örnektir.

Günümüz ceza muhâkemesi hukukunda karîneler kendi başına bir delil olarak değerlendirilmemiştir. Çünkü karîneler bir ihtimal hükmüne dayanmaktadır.⁹⁹⁵ Bu durum aynı zamanda günümüz ceza yargılamasında delillerin özelliği kavramıyla da alakalıdır. Meyhaneden çıkan adam sarhoş olmamasına rağmen başka nedenlerden dolayı sağa sola yalpalayarak yürüyor olabileceği ihtimali, ihtimal hükmüne örnektir.

Kunter, karîne kavramının çoğu zaman belirti/emâre kavramlarıyla karıştırıldığını ifade etmektedir. Günümüz ceza muhâkemesinde belirtiler bir delil kabul edilirken yukarıdaki tanımın kapsamı dahilindeki karîneler kendi başlarına bir delil olarak kabul edilmemiştir.⁹⁹⁶

İslâm hukukundaki karîne kavramı aynı zamanda belirti/emâre kavramlarını da içine almaktadır. Zira karîneler günümüz ceza muhâkemesinde kriminalistik ve bilimsel çalışmaların sonucunda bir delil değeri kazanmaktadır. Buradan hareketle, günümüz ceza muhâkemesinde belirti/emâre kavramlarına yer verilecektir.

Belirti, ispat edilecek olan vakıanın dolaylı bir surette ispatına yardımcı olan vakialara ve izlere denmektedir. Mesela suç mahallinde bulunan kan, kıl, tükürük, meni, mermi kovani vakıanın aydınlatılabilmesi için çok önemlidir. Bununla beraber bazı belirtiler teknolojinin yardımıyla delil olma niteliği kazanabilmektedir. Örneğin olay mahallinden elde edilen kan, kıl, tükürük, meni örneği DNA analizine sokulmuş olması durumunda önemli bir delil niteliği kazanmaktadır.⁹⁹⁷

Belirti delilleri, vakıadan geriye kalan bütün izler ve eserlerdir. Suçu işleyenin iradesi dışında arda kalan tabanca üzerindeki izler ve olay mahallindeki ayak izleri ve benzeri izler ve eserlere tabii (doğal) belirti denmektedir. Suçu işleyenin iradesiyle ya da bir kişi tarafından belirli bir maksatla hazırlanmış olan düğme, tabanca, bıçak gibi nesnelere ise suni (yapay) belirti denmektedir. Vakıadan arda kalan kan, meni, parmak izi, tükürük, izmarit, saç gibi kalıntılar elde edilip analiz edildiğinde vakıanın aydınlatılmasında çok önemli rol üstlenmektedir. İz/belirti bilimi olarakta isimlendirilen

⁹⁹⁴ Kunter, *a.g.e.*, s. 433.

⁹⁹⁵ *a.e.*, s. 433.

⁹⁹⁶ *a.e.*, s. 433.

⁹⁹⁷ Özbek vd., *a.g.e.*, s.690.

kriminalistik biliminin verilerine göre belirti delilleri değerlendirilmekte ve bilimsel olarak ispata büyük katkılar sağlamaktadır.⁹⁹⁸

1.5.4. Karînenin İslâm Ceza Muhâkemesinden Günümüz Ceza Muhâkemesine Geçirdiği Değişim ve Değerlendirilmesi

Karînenin/belirtinin ceza davalarında bir delil olup olamayacağı konusunun günümüzde tartışılması manasızdır. Çünkü modern yöntemler karînenin/belirtinin şahitlikten, yeminden hatta ikrardan bile daha güvenilir bir delil olduğunu ortaya koymuştur. Güvenilirliği yüksek olan deliller ceza muhâkemesinde elbette delil olabilirler.

İslâm muhâkeme hukukunun karîne/emâre/belirti anlayışı ile günümüzdeki belirti kavramı arasında büyük fark vardır. Bu fark, teknolojik gelişmeler sonucunda oluşmuştur. Örneğin Hz. Ali zamanında yaşanan olayda kasabın katil olduğuna hükmedilmiştir. Elinde kanlı bir bıçak, cesedin başında, dehşete kapılmış olması kasabın katil olduğunun karîneleri kabul edilmiştir. O zamanın şartlarında hüküm ancak bütün bu durumlara bakılarak verilmiş ve bu durumlar bir karîne oluşturmuştur. Günümüz ispat imkânları açısından olayı değerlendirecek olursak, kasabın elindeki bıçağın üzerindeki kan, cesedin üzerinde bir boğuşma esnasında katilden arda kalabilecek olan deri kalıntısı, kan kalıntısı, kıl ve benzeri bütün kalıntılar, maktûlün kesiklerinin kasabın elindeki bıçak tarafından olup olmadığı gibi konular bilimsel olarak araştırılmaktadır. Mesela böyle bir çalışmanın ardından, kasabın elindeki bıçakta ve üzerinde bulunan kanın, maktûle değil herhangi bir hayvana ait olduğu ortaya koyulacaktır. Daha sonrasında yargılamada bir delil olarak kullanılacak ve bu delillerden hareketle katile ulaşılmaya çalışılacaktır.

İslâm ceza muhâkemesi hukuku bağlamında mezheplerin karînelere yaklaşımına daha önce yer verildi. Buna göre Hanefiler, Şâfiîler ve Hanbelîlerin de bir kısmına göre, hadler ve kısalarda karînelerin hükme mesnet edilememesi esas alınmaktadır. Yukarıda karînelere amel edilip edilemeyeceği konusundaki tartışmalarda İslâm'ın hadler ve kısas bağlamındaki cezalara bakış açısına yer verilmektedir. Daha önce açıklandığı üzere meseleye bir de İslâm ceza siyaseti ve makâsıdı açısından bakmak gerekmektedir. Bu açıdan bakıldığında böylesine net ve ağır bir ceza şekli olan hadlerin ispatı son

⁹⁹⁸ Şenel Sarsıkoğlu, "Ceza Muhâkemesinde Delil ve İspat Hukuku Açısından Elektronik Delil (E-Delil) Kavramı", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 6, sy.22, (Temmuz 2015), s. 443.

derece güçleştirilmektedir. Hz. Peygamber (sav) ve sonraki dönemler incelendiğinde hadler en ufak bir şüpheyle düşürülmekte, adeta uygulanmamak için sebepler aranmaktadır.⁹⁹⁹ İslâm ceza hukukunda hadlerde aslolan setretmektir, yani örtmektir prensibi benimsenmektedir.¹⁰⁰⁰ Buda göstermektedir ki had cezaları suçluyu cezalandırmaktan çok suçları engellemeye yöneliktir.

Hadlerde ve kıyaslarda nasslar tarafından tayin edilen suçların, nasslar tarafından tayin edilen cezalarla cezalandırılması için nasslar tarafından tayin edilen beyyinelerin aranması gerektiği kanaatine ulaşılmıştır. Burada aslolan bir suçu ispat etme imkânı değil, ceza ile amaçlanan hedefdir. Binaenaleyh İslâm'ın belirlediği suçların, İslâm'ın öngördüğü ispat vâsıtalarının haricinde yeni imkânlar ile ispatlanabileceği konusunda bir endişe yoktur. Buradaki endişe nassların tayin ettiği suçların, nassların tayin ettiği cezalarla cezalandırılırken nassların tayin etmediği ispat imkânlarının kullanılmasıdır. Burada yapılması gereken modern imkânların sanığın lehine kullanılması ve suçsuz ise bu suçsuzluğunun ispatlanmasıdır. Nassların suç saydığı konular, eğer nassın tayin etmediği ispat imkânları ile ispat edilmişse (ki çağımızda muhakkak modern yöntemler kullanılmalıdır), bu durumda yapılması gereken bu suçların ta'zir grubu kapsamında cezalandırılması, bu yolla suçun cezasız kalmaması, haksızlıkların ve zulmün giderilmesi hedeflenmelidir. Kıyaslarda ise aynı durum söz konusu olduğunda diyet ile hüküm verilmelidir.

⁹⁹⁹ Bkz. Serahsî, *a.g.e.*, IX, 38.

¹⁰⁰⁰ M. Zuhaylî, *a.g.e.*, I, 380; Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 187; Hafenâvî, *a.g.e.*, s. 233-235.

SONUÇ

Suçlarda ve suç aletlerinde her geçen gün çeşitlilik artmaktadır. Bu durum beraberinde ispat vâsıplarında da değişimi ve çeşitliliği getirmektedir. Bu nedenle "İslâm Ceza Muhâkemesi Usûlünde İspat Vâsıpları ve Değişim" başlıklı tezde bu sahadaki değişim, tarihi arkaplanıyla birlikte incelenmiş ve aşağıdaki sonuçlara ulaşılmıştır:

İslâm'ın ilk devirlerinden Osmanlı devrinin sonlarına kadar İslam hukukunun hâkim olduğu dönemler incelendiğinde suçlarda ve suç aletlerinde büyük bir değişimin olmadığı bununda beraberinde ispat vâsıplarındaki değişimi sınırlandırdığı anlaşılmaktadır. Bu dönem ispat vâsıplarının genellikle şahitlik, ikrar, yemin, yeminden nukûl ve karîne-i katia ile sınırlı olduğu görülmektedir. Ancak bu durum İslam ceza muhâkemesinin o dönemdeki ispat vâsıplarıyla sınırlı olduğu anlamına gelmemektedir. Zira adalete, değerler hiyerarşisinde en üst seviyede yer veren bir dinin, değişen şartlara göre adaleti temin etmeye yardımcı olacak her türlü yeni vâsıpları da sistemine katabilecek esnekliğe sahip olduğu açıktır.

Zamanın değişmesiyle hükümlerin değişmesi kaçınılmazdır. Burada önemli olan neyin değişip neyin değişmeyeceği konusunda İslâmî ölçülere ve makasıda riayet etmektir. Bu değişim nasrlara ve İslâmî makasıda aykırı olmamalıdır.

Çalışmada değişimin çift yönü bulunduğu tespit edilmektedir: Birincisi yeni ispat vâsıplarının kabul edilmesi; diğeri ise bunların hâkimi bağlayıcı olup olmayacağı konusudur. Günümüzde bilimsel ve teknolojik yeni yöntemlerin keşfedilmesi ispat sahasına da yansıtılmaktadır. Bunun sonucunda ceza muhâkemesi hukuku alanında şahitlik, ikrar ve yemin gibi deliller tarihte sahip olduğu ispat değerini yitirmiş, özellikle de şahitlik ve ikrar hâkime, sadece davayı ispat etme yolunda ışık tutan birer delil kaynağı olarak işlev görür hale gelmiştir. Yemin ise tamamen delil olmaktan çıkarılmıştır.

İslâm ceza muhâkemesinde bir kişinin şahitlik yapabilmesi için şart koşulan adalet, bülûğ, akıl ve erkeklik şartlarının hadlerde ve kısas suçlarında aranması gerekmektedir. Yalnız erkeklik konusunda, zina suçu hariç, eğer günümüzdeki teknolojik ve bilimsel imkânlar kullanılıp suçun ispatında bir veri sağlayarak Bakara

Sûresi 282'nci ayetinde kadınların şâhitliklerinde bulunan unutma/yanılma/sapma ihtimalinin ortadan kaldıracı bir görev yaptığı durumlarda bir erkekle beraber iki kadının şâhitliği de geçerli olmalıdır. Fakat hadler ve kısas suçlarında suçun ispatında da bilimsel ve teknolojik yöntemlerle bir veriye ulaşamadıysa bu durumda bir erkekle beraber iki kadının şâhitliğiyle had ya da kısas cezası verilmemelidir.

Zina suçunda ise, zina suçuna özel nasslarda geçen dört erkek şâhit şartı bulunmasından dolayı bu türden davaların had gerektirecek şekilde sonuçlanması için dört erkek şâhit aranmalıdır. Aksi halde nasslara aykırı davranılmış olacaktır. Ancak hadler ve kısas davaları haricinde kalan ta'zir grubu suçlar ve cezalarda kadının şâhitliği kabul edilmelidir. Çünkü çağımız imkânları açısından konuya baktığımızda, aslında davayı ispat görevini üstlenen salt şâhitlik değil, bilimsel ve teknolojik verilerdir. Binaenaleyh kadının şâhitliği bu durumda hâkime yol gösterici bir görev üstlenecektir. Hâkim de bu şâhitlikten hareketle bilim ve teknoloji yardımıyla müşahhas delillere ulaşabilecek ve dolayısıyla davayı kadının şâhitliği değil, hâkimin bilim ve teknoloji aracılığıyla ulaştığı müsahhas veriler ispat etmiş olacaktır. Bu fikirden hareketle bülûğa ermemiş, gayri müslim, akılsız ve âdil olmayan şâhitlerde de durum aynı olmalıdır.

Şâhitlikle ilgili bir diğer konu ise şâhitliğin hâkimi bağlayıcı olup olmaması konusudur. Delil serbestisinin bulunduğu günümüz ceza muhâkemesinde şâhitler hâkimi bağlayıcı değildir. Ancak İslâm hukukunda asıl olan şâhitlerin kendilerinde, şâhitliğinde ve şâhit olduğu konuda zahiren bir kusur bulunmadığında hâkimi bağlayıcı olmasıdır. Bu durum günümüz şartlarında düşünüldüğünde hadler, kısas ve ta'zirlerde hâkimin şâhitlerin şâhitliğiyle hüküm vermesinde mecbur tutulması gerekmektedir. Bir farklı İslâm'daki tezkiye faaliyetiyle şâhitlerin güvenilirliğinin araştırılması gibi hâkimin bilim ve teknolojinin gereğiyle şâhitlerin iddiasının doğruluğunun araştırması gerekmektedir. Böylece Şâri'in delil kabul ettiği şâhitliğin delil olma özelliği reddedilmemiş olacak ve diğer taraftan da şâhitlerin iddialarının hakikatı yansıtmıyorsa, bu durumda da şâhitler değil, bilim ve teknoloji esas alınmalıdır.

Yemin konusuna gelince, İslâm ceza muhâkemesinde yemin Allah hakkına müteallik suçlarda bir ispat vâsıtası olarak değerlendirilmemiştir. Diğer taraftan sırf kul

hakkı ya da kul hakkı galiben bulunan davaların ortak noktasının mal davası ya da mala dönüştürülen bir dava olmasına binaen yemine bir ispat gücü atfedilmiştir. Fakat günümüzde dini hassasiyetlerin zayıflaması, ceza hukuku alanında beyyine külfetini devletin üstlenmesi, bilim ve teknolojinin sağladığı alternatif ve sağlam ispat yöntemlerinin bulunması ve benzeri sebeplere binaen yemine bir ispat gücü atfedilmemelidir.

İkrar konusunda ise bir değişim söz konusu değildir. Her ne kadar günümüz ceza muhâkemesinde ikrar hâkimi bağlayıcı bir delil olarak değerlendirilmemiş olsa da, İslâm ceza muhâkemesi açısından, günümüz ceza muhâkemesinde ikrarın delil olma özelliği üzerinde öne sürülen şüpheler mevzu bahis değildir. Fakat günümüz yargı sisteminde, ceza hukuku alanında, devletin beyyine külfetini üzerine almasından dolayı şüphe uyandıran ikrarlar kamu menfaatinin korunması için soruşturulmasında bir sıkıntı yoktur.

Karîneler konusu ise en çok değişimin söz konusu olduğu alandır. İslâm muhâkeme hukukunda doğduğu ve geliştiği dönemin şartları gereği bir delil teşkil etmeyen birçok unsur günümüz şartlarında şâhitlikten hatta bazı durumlarda ikrardan daha güvenilir bir delil olma özelliği kazanmıştır. Bunun sebebi ise bilim ve teknolojinin ispat sahasına sağladığı objektif verilerdir. Örneğin, klasik dönemde bir şey ifade etmeyen kan, deri parçaları, kıl, meni, bıçak yaraları, ayak izleri ve benzeri belirtiler günümüzde doğrudan suçlunun kimliğine ulaştıran ispat vâsıtalarıdır.

Karîneler bilim ve teknolojinin sağladığı imkânlarla güvenilir bir delil olma özelliği kazanmıştır. Hatta güvenilirlik açısından bir sıralamaya koymak gerekirse, klasik dönem ispat vâsıtaları olan şehâdet, ikrar ve yemin arasında ilk sırayı alacağı, bu ispat vâsıtalarına göre daha objektif olmasından dolayı, muhakkaktır. Bu da karîne/belirti/emâre ile elde edilen verilerin ceza hukuku alanında bir delil olarak kullanılabileceği sonucuna götürmektedir.

Fakat suç, ceza ve ispat yöntemi naslarla belirlenen konularda karîne/belirti/emâre ile ispat edilmesi konusuna gelince şöyle bir sonuca ulaşıldı: Hadlerde ve kısaslarda naslar tarafından tayin edilen suçların, naslar tarafından tayin edilen cezalarla cezalandırılması için naslar tarafından tayin edilen beyyinelerin aranması gerektiği düşünülmektedir. Burada aslolan bir suçu ispat etme imkânı değil,

ceza ile amaçlanan hedefdir. Binaenaleyh İslâm'ın belirlediği suçların, İslâm'ın öngördüğü ispat vâsıtalarının haricinde modern imkânlar ile şüpheyeye mahal bırakmayacak bir kesinlikte ispatlanabileceği konusunda bir endişe yoktur. Buradaki endişe nassların tayin ettiği suçların, nassların tayin ettiği cezalarla cezalandırılırken nassların tayin etmediği ispat imkânlarının kullanılmasıdır. Burada yapılması gereken yeni imkânların sanığın lehine kullanılması ve suçsuz ise bu suçsuzluğunun ispatlanmasıdır. Nassların suç saydığı konular, eğer nassın tayin etmediği ispat imkânları ile ispat edilmişse (ki çağımızda modern yöntemler kullanılmalıdır), bu durumda yapılması gereken bu suçların ta'zir grubu kapsamında cezalandırılması, bu yolla suçun cezasız kalmaması, haksızlıkların ve zulmün giderilmesi hedeflenmelidir. Kısaslarda ise aynı durum söz konusu olduğunda diyet ile hüküm verilmelidir.

KAYNAKLAR

- Aclân, Abdullah b. Süleyman b. Muhammed, *el-Kazâ bi'l-Karâini'l-Muâsıra*, 1. bs., Riyâd, Silsiletü'r-Resâili'l-Câmiyye, 2006.
- Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, Mısır, ty..
- Ahmed Lütfi, *Mir'âtı Adâlet*, İstanbul, 1306.
- Akşit, Mustafa Cevat, *İslam Ceza Hukukunda İnsanî Esaslar Üzerine Bir Deneme*, Doktora Tezi, Atatürk Üniversitesi İslâmi İlimler Fakültesi, 1975.
- Ali Haydar, Hoca Emin Efendizâde, *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, İstanbul, Hukuk Matbaası, 1330.
- Ansay, Sabri Şakir, "Mahkemelerimizde Yemin", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c.11, sy.3-4 (1954), ss. 115-118.
- Apaydın, H. Yunus, "Şahit" md., *DİA*, XXXVIII, İstanbul, 2010, ss. 278-283.
- Askalânî, Ahmed b. Ali b. Hacer Ebu'l-Fadl, *Fethu'l-Bârî Şerhu Sahîhi'l-Buhârî*, Beyrut, Dâru'l-Ma'rife, 1379.
- Atar, Fahreddin, *İslâm Adliye Teşkilatı Ortaya Çıkışı ve İşleyişi*, Ankara, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 1999.
- _____ "Kazâ" md., *DİA*, XXV, İstanbul, 2002, ss. 113-117.
- _____ "Af" md., *DİA*, I, İstanbul, 1988, ss. 395-396.
- Avad, Ebû Bekir Abdullah, "el-Hükm bi'l-Ferâseti ve'l-Karâin", *Mecelletü Câmiati'l-İslâmiyye*, Medînetü'l-Münevvera, sy.62, (1404), ss. 126-139.
- Aydın, Hakkı, *İslâm ve Modern Hukukta İşkence*, 1. bs., Beyan Yayınları, İstanbul, 1997.
- Bardakoğlu, Ali, "Had" md., *DİA*, XIV, İstanbul, 1996, ss. 547-551.
- _____ "Kasâme" md., *DİA*, XXIV, İstanbul, 2001, ss. 528-530.
- _____ "İsbat" md., *DİA*, XXII, İstanbul, 2000, ss. 492-495.
- Barut, Gazi, *İslâm Hukukunda Edebü'l-Kâdî ve Günümüz Hâkimlik Mesleği ile Karşılaştırılması*, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.

Baçođlu, Tuncay, "Ta'zîr" md., *DİA*, XL, İstanbul, 2011, ss. 198-202.

_____ "Tezkiye", md., *DİA*, XLI, İstanbul, 2012, ss. 77-79.

Bayındır, Abdülaziz, *İslâm Muhâkeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması)*, İstanbul, İslâmî İlimler Araştırma Vakfı Yayınları, 1986.

Bebek, Âdil, "Ceza" md., *DİA*, VII, İstanbul, 1993, ss. 469-470.

Behnesî, Ahmed Fethî, *Nazariyyetü'l-İsbât fi'l-Fıkhî'l-Cinâiyyi'l-İslâmî*, 5. bs., Kâhire, Dâru's-Şurûk, 1989.

_____ *es-Siyâsetü'l-Cinâiyyetü fi's-Şerîati'l-İslâmiyye*, 2. bs., Kâhire, Dâru's-Şurûk, 1988.

Bek, Ahmed İbrahim ve Vâsıl Alâaddin Ahmed İbrahim, *Turuku'l-İsbâti's-Şer'îyyi mea Beyâni'l-İhtilâfi'l-Mezâhibi'l-Fıkhîyye Vüsûku'l-Edilleti Ve'l-Muvâzeneti Beynehâ Sümmе Mukâraneti bi'l-Kânûn*, 4. bs., yy., 2003.

Bektaş, Bekir, *İslâm Yargılama Hukukunda Hâkim*, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012.

Beroje, Sahip, *İslâm Ceza Muhâkemesi Hukukunda Beyyine Külfeti ve İspata Hâkim Esaslar*, Doktora Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1999.

_____ "Günümüz İspat İmkanları Ve Anlayışı Işığında Kadının Şâhitliğinin Yeniden Değerlendirilmesi", *Ekev Akademi Dergisi*, sy.19, (Bahar 2004), ss. 111-134.

Beyhakî, Ebî Bekr Ahmed b. El-Huseyn b. Ali, *es-Sünenü'l-Kübrâ* (thk. Muhammed Abdülkâdir ATÂ), Beyrut-Lübnan, Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1994.

Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuk-u İslâmiyye ve Istilahatı Fıkhîyye Kamusu*, İstanbul, Bilmen Basım ve Yayın Evi, 1967-1970.

Boynukalın, Ertuğrul, "Yemin" md., *DİA*, XLIII, İstanbul, 2013, ss. 417-420.

Boynukalın, Mehmet, "Suç" md., *DİA*, XXXVII, İstanbul, 2009, ss. 453-457.

Buhârî, Muhammed b. İsmail, *Sahîhu'l-Buhârî* (thk. Abduazîz b. Abdullah b. Bâz), yy., Dârü'l-Fikr, 1991.

Bulaç, Ali "Mekasıdu's-Şeria Bağlamında Kadının Şâhitliği Konusu", *İslâmî Araştırmalar*, c.5, sy.4, (Ekim 1991), ss. 292-309.

- Büyükbaş, Nazım, *Klasik İslam Hukukçularına Göre Cezalandırmanın Gayesi*, Basılmamış Doktora Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012.
- Cessâs, Ahmed b. Ali Ebu Bekr er-Râzi, *Ahkâmu'l-Kur'an* (thk. Muhammed Sadık el-Kamhavi), Beyrut, Dâru İhyai't-Turasi'l-Arabi, 1405.
- Cezîrî, Abdurrahman, *el-Fıkhu ale'l-Mezâhibi'l-Erbaa*, Beyrut, el-Mektebetü'l-Asriyye, 2013.
- Cihan, Erol, "Ceza Muhâkemesi Hukukunda İkrar", *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, c.31, sy.1-4, (1965), s. 116-117.
- Cürcânî, Seyyid Şerif, *et-Ta'rifât*, 4. bs., Beyrut-Lübnan, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 2013.
- Çalışkan, İbrahim, "İslâm Ceza Hukukunda Ceza Kavramı ve Hadd Cezaları", *AÜİFD*, sy.31, (1989), ss. 367-397.
- Çatalcalı, Ali Efendi, *Fetâvâyı Ali Efendi*, yy. ty.
- Çetinkaya, Ahmet, "İslâm Muhâkeme Hukukunda Hâkim Şahsî Bilgisi İle Hüküm Verebilir mi", *Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, c.2, (2015), ss. 153-188.
- Dağcı, Şamil, "Kıyas" md., *DİA*, XXV, İstanbul, 2002, ss. 488-495.
- Dâmâd, Şeyhîzâde Abdurrahman b. Muhammed b. Süleyman, *Mecmâu'l-Enhûr Şerhu Mülteka'l-Ebhûr*, İstanbul, Matbaayı Amire, 1289.
- Duran, Ahmet, "İslâm Hukukunda Muhtevası ve Hukukî Mahiyeti Bakımından İkrar Kavramı", *İslâm Hukuku Araştırmalar Dergisi*, sy.21, (2013), ss. 235-257.
- Ebû Dâvûd, Süleyman b. el-Eş'as, *Sünenu Ebu Dâvûd*, Dımeşk, Risâletü'l-Âlemiyye, 2009.
- Ebu Ya'la İbnü'l-Ferra, Muhammed b. el-Huseyn b. Muhammed b. Halef, *el-Ahkâmu's-Sultâniyye* (thk. Muhammed Hâmid el-Fakî), 2. bs., Beyrut, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 2000.
- Erdoğan, Mehmet, *Fıkah ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 4. bs., İstanbul, Ensar Neşriyat, 2013.

- Fâiz, İbrahim b. Muhammed, *el-İsbâtu bi'l-Karâin fi'l-Fıkhî'l-İslâmî*, 2. bs., Riyâd, el-Mektebetü'l-Esâme, 1983.
- Feyzioğlu, Metin, *Ceza Muhâkemesi Hukukunda Tanıklık*, Ankara, US-A Yayıncılık, 1996.
- Feyzullah Efendi, *Fetâvâyı Feyziyye*, yy., ty..
- Fîrûzâbâdî, Yakub b. Muhammed, *el-Kâmûsü'l-Muhît* (thk. Mahmûd Mes'ûd Ahmed), 1. bs., Beyrut, Mektebetü'l-Asriyye, 2009.
- Gökmenoğlu, Hüseyin Tekin, "İslâm Muhâkeme Usûlü Hukukunda Bir İspat Vâsıtası Olarak Yemin Delili", *Selçuk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sy.3, (1994), ss. 179-195.
- Günday, Hüseyin ve Şener Şahin, *Arapça Dilbilgisi-Nahiv Bilgisi*, 8. bs., İstanbul, Alfa Yayın Dağıtım, 2014.
- Güngör, Devrim, "Ceza Muhâkemesinde Tanık Beyanının Delil Değeri Üzerine Bazı Tespit ve Değerlendirmeler", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c.6, sy.2, (2015), ss. 307-318.
- Hafenâvî, Mansur Muhammed Mansur, *eş-Şubuhâtü ve Eseruhâ fi'l-Ukubâtî'l-Cinâiyyeti fi'l-Fıkhî'l-İslâmî Mukâranen bi'l-Kânûn*, 1. bs., yy., Matbaatü'l-Emâne, 1986.
- Hakeri, Hakan, *Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, 3. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005.
- Hamidullah, Muhammed, *İslâm Anayasa Hukuku* (Ed. Vecdi AKYÜZ), İstanbul, 2005.
- _____ *İslâm Peygamberi* (trc. Salih TUĞ-Said MUTLU), İstanbul, İrfan Yayınevi, 1969.
- İbn Âbidîn, Muhammed Emin b. Ömer b. Abdülaziz, *Reddü'l-Muhtâr ale'd-Dürri'l-Muhtâr Şerhu Tenvîru'l-Ebsâr*, yy., ty..
- İbn Ferhun, İbrahim b. Ali b. Muhammed, *Tebsıratu'l-Hükkâm fi Usûli'l-Ekdıyeti ve Menâhici'l-Ahkâm*, 1. bs., yy., Mektebetü'l-Küllıyyatu'l-Ezherıyye, 1986.
- İbn Kudâme, Muvaffakuddîn el-Makdisî, *el-Muğnî*, yy., Mektebetü'l-Kahire, 1968.
- İbn Nüceym, Zeynüddin b. İbrahim b. Muhammed b. Muhammed, *el-Bahru'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, 2. bs., yy., Dâru'l-Kütübü'l-İslâmî, ty..

- _____ *el-Eşbâh ve'n-Nezâir* (thk. Muhammed Mutî' el-Hâfız), 1. bs., Dımeşk, Dâru'l-Fikir, 1983.
- İbn Rüşd, Ebu'l-Velîd el-Kurtubî el-Endülüsî, *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Müktesid*, Beyrut, Mektebetü'l-Asriyye, 2010.
- İbn Hazm, Ebû Muhammed b. Ahmed b. Saîd el-Endülüsî, *el-Muhallâ bi'l-Âsâr*, Beyrut, Dâru'l-Fikr, ty..
- İbnü'l-Arabî, Ebû Bekir Muhammed b. Abdillâh b. Muhammed el-Meâfirî, *Ahkâmu'l-Kur'an* (thk. Muhammed Abdülkâdir Atâ), 1. bs., Beyrut, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 2014.
- İbnü'l-Kas, Ebu'l Abbas Ahmed b. Ebi Ahmed, *Edebu'l-Kâdî*, 1. bs., Mektebetü's-Sıddık, Taif, 1989.
- İbn Mâce, Ebî Abdullâh Muhammed b. Yezîd el-Kazvînî, *Sünenü İbn-i Mâce* (thk. Muhammed Fuâd Abdülbâkî), Kahire, Dâru'l-Hadîs, 1994.
- İbn Manzûr, Ebî Fazl Cemâleddin Muhammed b. Mûkerrem, *Lisânu'l-Arab*, Beyrut, Dâru Sâdır, ty..
- İbnü'l-Hümâm, Muhammed b. Abdolvâhid b. Abdülhamid b. Mes'ûd es-Sîvâsî el-İskenderî, *Fethü'l-Kadir*, yy., Dâru'l-fikr, ty..
- İbnü'l-Kayyım el-Cevziyye, Ebî Abdullâh Muhammed b. Ebî Bekr b. Eyyûb, *et-Turuku'l-Hükmiyye fî Siyâseti's-Şer'iyye*, yy., Dâru'l-Alemi'l-Fevâid, ty..
- İnanır, Ahmet, *İbn Kemal'in Fetvaları Işığında Osmanlı'da İslâm Hukuku*, 1. bs., Ankara, Gece Kitaplığı, 2015.
- Karaman, Hayreddin, *Ana Hatlarıyla İslâm Hukuku*, 15. bs., İstanbul, Ensar Neşriyat, 2011-2013.
- _____ *İslâm Hukuk Tarihi*, 6. bs., İstanbul, İz Yayıncılık, 2009.
- _____ "Kadının Şâhitliği, Örtünmesi ve Kamu Görevi", *İslâmî Araştırmalar*, c.10, sy.4, (1997), ss. 271-278.
- Karlı, İlyas, *Arapça-Türkçe Yeni Sözlük*, 1. bs., İstanbul, Ensar Neşriyat, 2013.
- Kâsânî, Alaaddin Ebî Bekir b. Mes'ûd, *Bedâi'u's-Sanâi' fî Tertîbi's-Şerâi*, Beyrut, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, 1982.

- Kettâni, Abdülhayy, *et-Terâtibu'l-İdâriyye*, Rabad, 1346.
- Kiper, Osman, "Ceza Usûlünde İkrar", *Ankara Barosu Dergisi*, c.32, sy.2 (1981), ss. 243-252.
- Koca, Ferhat, "İkrar" md., *DİA*, XXII, İstanbul, 2000, ss. 38-40.
- Komisyon, *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, 2. bs., Kuveyt, Kuveyt Evkaf Bakanlığı, 1986.
- Köse, Saffet, "Sükût" md., *DİA*, XXXVIII, İstanbul, 2010, ss. 51-53.
- Kudûrî, Ebi'l-Huseyn Ahmed b. Muhammed, *Şerhu Muhtasari'l-Kudûrî* (thk. Mevlana Gulâm Mustafa es-Sindî el-Kâsımî), 2. bs., Beyrut, Dâru İbn-i Kesir, 2014.
- Kunter, Nurullah, *Muhâkeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhâkemesi Hukuku*, 6. bs., İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1978.
- Kurt, Derya, "Ceza Yargılamasında Tanıklık", Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Niğde Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.
- Kurtubî, Ebû Amr Yusuf b. Abdullah b. Muhammed b. Abdu'l-Berr b. Âsım en-Nemirî, *el-Kâfi fî Fıkhi Ehli Medîne* (thk. Muhammed Muhammed Ehıd Veled Mâdık el-Murîtânî), 2. bs., Riyâd, Mektebetü'l-Riyâd el-Hadise, 1980.
- Mâverdî, Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed b. Hanîb el-Basrî el-Bağdâdî, *el-Ahkâmü's-Sultâniyye ve'l-Vilâyetü'l-Dîniyye* (thk. Hâlid Abdullatîf se-Sıbgî el-Alemî), Beyrut, Dar-i Kitâbu'l-Arabi, 1999.
- Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, İstanbul, 1299.
- Merginânî, Burhânüddin Ebu'l-Hasan Ali b. Ebubekir, *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mübtedî*, Beyrut, Dârü'l-Erkam b. Ebi'l-Erkam, ty..
- Mevsılî, Abdullah b. Mahmud, *el-İhtiyâr li't-Ta'lîli'l-Muhtâr*, Beyrut, Dârü'l-Erkam b. Ebi'l-Erkam, ty..
- Meydânî, Abdulgani b. Talib b. Hammade el-Guneymî, *el-Lübab fî Şerhi'l-Kitab* (thk. Abdürrezzak el-Hindî), Beyrut, Dârü'l-Kitâbi'l-Arabî, 2012.
- Mez, Adam, *el-Hadâratü'l-İslâmiyye* (trc. Muhammed Abdülhadî), Kâhire, 1957.
- Molla Hüsrev, Muhammed b. Ferâmuz b. Ali, *Dürerü'l-Hükkâm fî Şerhi Gureri'l-Ahkâm*, yy.. ty..

- Muhammed b. Hüseyin, *Fetâvâ'l-Ankaravî*, M. Amire, 1281.
- Müslim, Ebu'l-Hüseyin Müslim b. Haccâc el-Kuşeyri, *Sahîhu'l-Müslim*, Beyrut-Lübnan, Dârü'l-Ma'rife, 1998.
- Nebhân, Muhammed Fazl, *İslâm Anayasası İdare Hukukunun Genel Esasları* (trc.Servet Armağan), İstanbul, Sönmez Neşriyat, 1980.
- Nesâî, Ebu Abdurrahman Ahmed b. Şuayb, *Sünenü'n-Nesâî* (thk. Ebû Fettah Ebû Ğudde), Beyrut, Dârü'l-Beşeri'l-İslâmiyye, 1994.
- Nevevî, Ebû Zekerîyya Muhyiddîn Yahyâ b. Şerif, *el-Minhâc Şerhu Sahîhi Müslim*, 2. bs., Beyrut, Dâru İhyâi't-Turâsi'l-Arabî, 1392.
- Nüveyrî, Ahmed b. Abdülvahhab, *Nihâyetü'l-Ereb fî Fünûni'l-Edeb*, 1. bs., Kahire, Dârü'l-Kütüb ve'l-Vesâiki'l-Kavmiyye, 1423.,
- Osman, Muhammed Rafet, *en-Nizâmu'l-Kazâi fî Fıkhı'l-İslâmî*, 2. bs., yy., Dâru'l-Beyân, 1994.
- Özbek, Veli Özer, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, *Ceza Muhâkemesi Hukuku*, 6. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Sarsıkoğlu, Şenel, "Ceza Muhâkemesinde Delil ve İspat Hukuku Açısından Elektronik Delil (E-Delil) Kavramı", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 6, sy.22, (Temmuz 2015), ss. 427-454.
- Serahsî, Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed, *el-Mebsût*, Mısır, 1324.
- Soyaslan, Doğan, *Ceza Muhâkemesi Hukuku*, 5. bs, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.
- Sülemî, Ebû Muhammed İzzeddin Abdulaziz b. Abdusselam b. Ebi'l-Kâsım el-Hasen, *Kavâidu'l-Ahkâm fî Mesâlihi'l-Enâm* (thk. Taha Abdu'r-Raûf Said), Kahire, Mektebetü'l-Külliyâti'l-Ezheriyye, 1991
- Şâzelî, Hasen Ali, *el-Cinâyâtü fî'l-Fıkhı'l-İslâmiyyi Dirâseten ve Mukâraneten beyne'l-Fıkhı'l-İslâmî ve'l-Kânûn*, 2. bs., yy., Dâru'l-Kitâbi'l-Câmiî, ty..
- Şen, Yusuf, *"İslâm Muhâkeme Hukukunda Bir İspat Vasıtası Olarak Karine"*, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1997.

- Şevkânî, Muhammed b. Ali b. Muhammed b. Abdullah, *Neylü'l-Evtâr* (thk. İsbâmu'd-Dîn es-Sabâbetî), 1. bs., Mısır, Dâru'l-Hadîs, 1993.
- Şirbînî, Şemseddin Muhammed b. el-Hatîb, *Muğni'l-Muhtâc ilâ Marifeti Meânî Elfâzi'l-Minhâc*, 1. bs., Beyrut, Dâru'l-Marife, 1997.
- Terhûnî, Muhammed Ahmed Dav, *Hucsiyyetü'l-Karâin fi'l-İsbati'l-Cinaiyyi fi'l-Fıkhi'l-İslâmiyyi ve'l-Kânûni'l-Vad'î*, 1. bs., Bingazi, Câmiâtu'l-Karnûs, 1993.
- Tirmîzî, Muhammed b. İsa, *Sünenu Tirmîzî*, Beyrut-Lübnan, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, ty..
- Trablusî, Ebu'l-Hasen Alaaddin Ali b. Halil, *Mu'în'ül-Hukkâm fi mâ Yeteradedü beyne'l-Hasmeyni mine'l-Ahkâm*, yy., Dâru'l-Fikr, ty..
- Turan, M. Fatih, "*İslâm Hukukunda Karine*", Basılmamış Doktora Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011.
- Türcan, Talip, Ünal Yerlikaya, "Ceza Hukuku", (Ed. Talip Türcan), *İslâm Hukuku*, 1. bs., Ankara, Grafiker Yayınları, 2012, ss. 303-331.
- Türk Hukuk Kurumu, *Türk Hukuk Lügati*, 3. bs., Ankara, Başbakanlık Basımevi, 1991.
- Türkmen, Ali, "Türk Özel Hukuk Yargı Sisteminde Yemin Müessesesi", *International Journal Of Legal Progress*, c.1, sy.2, (2015), ss. 107-132.
- Udeh, Abdülkâdir, *et-Teşrîu'l-Cinâiyyü'l-İslâmî Mukâranen bi'l-Kânûni'l-Vad'î*, Beyrut, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, ty..
- Üçok, Coşkun, "Savcılıkların Avrupa Hukukunda Gelişmesi ve Türkiye'de Kuruluşu", *Ord. Prof. Sabri Şakir ANSAY'ın Hatırasına Armağan*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1964.
- Veki', Muhammed b. Halef b. Hayyân, *Ahbâru'l-Kudât*, Kahire, 1947.
- Yavuzer, M. Salih, *İslâm Yargılama Usûlünde Deliller ve Takdiri*, Basılmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1985.
- Yaylalı, Davut, "Karîne" md., *DİA*, XXIV, İstanbul, 2001, ss. 492-493.
- _____, "İslâm Hukukunda Karine", *İslâmi Araştırmalar Dergisi*, Ankara, 1988, c.2, sy.6, ss. 54-60.
- Yazır, Elmalılı Hamdi, *Hak Dini Kur'an Dili*, İstanbul, Eser Kitabevi, ty..

- Yıldırım, Mustafa, *Mecellenin Küllî Kâideleri*, 3. bs., İzmir, İzmir İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2012.
- Yıldız, Kemal, "İslâm Muhâkeme Hukukunda Dâvanın Şartları ve Muhâkeme Süreci", *Ekev Akademi Dergisi*, Erzurum, sy.24, (2005), ss. 117-134.
- Yurtcan, Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 9. bs., İstanbul, Alfa Basım Yayım Dağıtım, 2002.
- Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Medhalu'l-Fıkhıyyu'l-Âmm el-Fıkhü'l-İslâmî fî Sevbihî'l-Cedîd*, 1. bs., Dımeşk, Dâru'l-Kalem, 1998.
- Zerkeşî, Şemseddin Muhammed b. Abdullah, *Şerhu'z-Zerkeşî alâ Muhtasari'l-Hirakî*, 1. bs., yy., Dâru'l-Abîkân, 1993.
- Zeydân, Abdülkerim, *Nizâmu'l-Kazâ fî Ş-Şerîati'l-İslâmiyye*, 2. bs., Beyrut, Müessesetü'r-Risale, 1989.
- _____ *el-Vecîz fî Usûli'l-Fıkh*, Dımeşk, Müessesetü'r-Risâle Nâşirûn, 2014.
- Zeylaî, Fahrüddîn Osman b. Ali, *Tebyînü'l-Hakâik Şerhu Kenzi'd-Dekâik ve Hâşiyetü'ş-Şelebî*, 1. bs., Kâhire, Matbaatü'l-Kübra'l-Emîrî, 1313.
- Zuhaylî, Muhammed Mustafa, *Vesâilu'l-İsbât fî Ş-Şerîati'l-İslâmiyye fî'l-Muâmelâti'l-Medeniyye ve'l-Ahvâli'ş-Şahsiyye*, 1. bs., Beyrut, Mektebetü'l-Dâri'l-Beyan, 1982.
- Zuhaylî, Vehbe, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletuhû*, 2. bs., Dımeşk, Dâru'l-Fıkr, 1985.
- www.kazanci.com.tr, Y10. CD, 15.2.2010, E. 2008/834, K. 2010/3241.

ÖZGEÇMİŞ

Adı Soyadı : Muhammed Emin AK

Doğum Yeri ve Tarihi : Adana /1991

Eğitim Durumu

Lisans Öğrenimi : Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

Yüksek Lisans Öğrenimi : Gaziosmanpaşa Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Yabancı Dili : Arapça (E)

İş Deneyimi : Müezzin-Kayyım

İletişim

E-Posta Adresi : m.eminak38@gmail.com