



Interpretation of Mudayene Verse in terms of Roman and Turkish Low of Obligations

Hüseyin Yaşar^{1,a}, Mehmet Bilal Tiryakioğlu^{1,b,*}

¹Department of Basic Islamic Sciences, Faculty of Islamic Sciences, Uşak University, 64000 Uşak, Turkey

*Corresponding Author

ARTICLE INFO

Research Article

Received : 26/06/2020

Accepted : 30/06/2020

Keywords:

Inspector (Borrowing)

Writing the debt

Kâtib-i adl

Testimony

Roma

ABSTRACT

The Quran, sent as a guide to humanity, has brought a number of regulations in the commercial field as well as in all areas of life. In this sense, the verse, which regulates all kinds of mutual debt futures in detail, has also put some provisions on cash purchases. Before proceeding with the legal provisions introduced, a brief overview of the verse, name, reason of reason, sika-sibakı, views of the verse and its important concepts was made, then the provisions in the verse, especially in the context of today's Turkish Code of Obligations and the Roman Law of Obligations, by using the sources and works of today's authors, their comments on current law are tried to be conveyed. In particular, the present effects of today's commercial life by making some comparisons of the verses in accordance with the laws in force in Turkey have been examined in the article limits.

Türk Akademik Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi, 3(1): 73-84, 2020

Müdâyene Ayetinin Roma ve Türk Borçlar Hukuku Açısından Yorumu

MAKALE BİLGİSİ

Araştırma Makalesi

Geliş : 26/06/2020

Kabul : 30/06/2020

Anahtar Kelimeler:

Müdâyene (Borçlaşma)

Borcun yazılması

Kâtib-i Adl

Şahitlik

Roma

ÖZ

İnsanlığa rehber olarak gönderilen Kur'an-ı Kerim, hayatın her alanında olduğu gibi ticari alanda da bir takım düzenlemeler getirmiştir. Bu anlamda karşılıklı borç doğuran her türlü vadeli işlemleri ayrıntılı olarak düzenleyen müdâyene ayeti aynı zamanda peşin alış-verişler konusunda da bazı hükümler koymuştur. Getirilen hukuki hükümlere geçmeden önce ayetin meâli, ismi, nüzül sebebi, siyak-sibakı, neshine dair görüşleri ve önemli kavramlarının kısaca genel bir tanıtımı yapılmış, daha sonra ayette geçen hükümleri, özellikle günümüz Türk Borçlar Hukuku ve ona kaynaklık eden Roma Borçlar Hukuku bağlamında klasik tefsir kaynakları ve günümüz yazarlarının eserlerinden istifade edilerek onların güncel hukuka dair yorumları aktarılmaya çalışılmıştır. Özellikle de günümüz Türkiye'sinde yürürlükte bulunan kanunlar çerçevesinde bazı mukayeseler yapmak suretiyle ayetin günümüz ticari hayatına etkileri makale sınırları içinde incelenmeye çalışılmıştır.

^a huseyin.yasar@usak.edu.tr

^b <https://orcid.org/0000-0002-1043-3729> | av.bedirhan@hotmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-0461-7636>



Giriş

Ayetin Meali

“Ey iman edenler! Belirlenmiş bir süre için birbirinize borçlandığınız vakit onu yazın. Bir kâtip onu aranızda adaletle yazsın. Hiçbir kâtip Allah'ın kendisine öğrettiği gibi yazmaktan geri durmasın; (her şeyi olduğu gibi) yazsın. Üzerinde hak olan kimse (borçlu) da yazdırsın, Rabbinden korksın ve borcunu asla eksik yazdırmassın. Şayet borçlu sefih veya akli zayıf veya kendisi söyleyip yazdıramayacak durumda ise, velisi adaletle yazdırsın. Erkeklerinizden iki de şahit bulundurun. Eğer iki erkek bulunamazsa rıza göstereceğiniz şahitlerden bir erkek ile -biri yanırlarsa diğerinin ona hatırlatması için- iki kadın (olsun). Çağırıldıkları vakit şahitler gelmemezlik etmesin. Büyük veya küçük, vâdesine kadar hiçbir şeyi yazmaktan sakın üşenmeyin. Böyle yapmanız Allah nezdinde daha adaletli, şahadet için daha sağlam, şüpheye düşmemeniz için daha uygundur. Ancak aranızda yapıp bitirdiğiniz peşin bir ticaret olursa, bu durum farklıdır. Bu durumda onu yazmamanızda sizin için bir sakınca yoktur. (Genellikle) alış-veriş yaptığınızda şahit tutun. Ne yazan, ne de şahit zarara uğratılsın. Eğer bunu yaparsanız (zarar verirsiniz) şüphe yok ki bu, sizin yoldan çıkmanız demektir. Allah'tan korkun. Allah size gerekli olanı öğretiyor. Allah her şeyi bilmektedir.”¹

İsmi

Bakara Suresinin 282. ayeti Kur'an'ın en uzun ayeti olup², “Müdâyene Ayeti” olarak bilinmektedir.³ Bu isim ayetin hemen başında yer alan “tedâyentüm” fiilinin müfaale babında mastarıdır ve bu veznin ifade ettiği manaya göre iki taraftan her birinin borcunun olması, tarafların karşılıklı borçlanması anlamına gelmektedir.⁴ İbn Kesir'in rivayetine göre “Kur'an'ın, Arş'a en yakın ayetidir”, yani en son inen ayet budur.⁵

Nüzul Sebebi

İbn Abbas'tan gelen rivayete göre ayetin nüzul sebebi selem akdidir.⁶ Selem sözlükte “teslim etmek, teslim olmak, peşin bedelle vadeli mahsul almak” gibi anlamlara gelen selem kelimesi fıkıh terimi olarak nitelikleri belirlenen vadeli malın peşin bedelle satımını ifade eder.⁷ Ancak ayetin geliş sebebinin hususi olmasının, hükmünün umumi olmasına mani olmayacağını belirten müfessirler bu ayetin vadeli tüm borçlanmaları ihtiva ettiği konusunda icma etmişlerdir.⁸

Siyâk ve Sibâkı

Bu ayetin hemen öncesinde Allah yolunda infakın önemi üzerinde uzun uzadıya durulmuş⁹, ardından faizin

terkedilmesi gerektiği, aksi takdirde bunun Allah ve Rasulü'ne karşı açılmış bir savaş ilanı olduğu belirtilerek¹⁰, hesap günü hatırlatılmış ve Allah'a karşı sorumluluk bilinciyle hareket edilerek, emir ve yasaklarına karşı duyarlı olunması emredilmiştir.¹¹ Bu uyarıdan sonra her türlü vadeli borçlanmaya ilişkin ayrıntılar olarak hükümler getiren 282.ayet zikredilmiştir. Borçlanma ile ilgili tüm ayrıntılar zikredildikten sonra göklerde ve yerde ne varsa hepsinin Allah'a ait olduğu vurgulanarak İnsanın Allah'tan hiçbir şeyi gizleyemeyeceği, gizlediğini zannettiği şeylerden de sorguya çekileceği, Allah'ın dilediğini, layık gördüğünü affedeceği, dilediğini, hak edeni de cezalandıracağı uyarısıyla son bulmuştur.¹²

Görüldüğü üzere önceki ayetlerde Allah yolunda infakın, malları artıracağı dile getirilerek infak teşvik edilirken, faiz, malları eksilteceği uyarısıyla yasaklanmaktadır. Bu bahisten sonra borçlanma durumunda nelerin yapılması gerektiği üzerinde ayrıntılı olarak durulmuş ve akabinde göklerde ve yerde ne varsa hepsinin Allah'a ait olduğu vurgusuyla adeta insanoğluna dünya malına tamah etmemesi, neticede sahip olunduğu zannedilen malların da Allah'a ait olduğu hatırlatılmıştır.

Neshine Dair Görüşler

Silmek, bozmak, iptal etmek, değiştirmek gibi anlamlara gelen “Nesih” kavramı; “bir şeyi kendisinden sonra gelen bir şeyle bertaraf etmek” demektir.¹³

Kur'an-ı Kerim'in kendisinden önceki ilahi kitapların hükümlerini nesh ettiği konusunda ittifak olmakla birlikte Kur'an ayetlerinin birbirini neshi konusu tartışmalıdır. Bu bağlamda Müdâyene ayetinin “Eğer yolculukta iseniz ve bir yazıcı da bulamazsanız, alınan rehinler yeterlidir. Birbirinize güveniyorsanız, kendisine inanılan kişi, Allah'tan korkup üzerindeki emaneti ödesin. Bir de şahitliği gizlemeyin, onu kim gizlerse, kesinlikle kalbi vebal içindedir. Allah, bütün yaptıklarınızı bilir.”¹⁴ mealindeki bir sonraki ayetle neshedildiği, Hasan-ı Basri, Şa'bi, Hakem b. Uyeyne gibi bazı müfessirlerce ifade edilirken, müfessirlerin çoğunluğu İbn Abbas'tan gelen “Müdâyene ayetinde nesih yoktur, ayet muhkemdir.” şeklindeki rivayetleri dikkate alarak ayette nesih olmadığını ifade etmişlerdir.¹⁵

Ayrıca, ayetin nesh edildiği görüşüne karşı çıkanlar, öncelikle neshin birbirine zıt ahkam ayetleri arasında gerçekleştiğini, bu ayetlerde böyle bir durumun olmadığını, 282.ayette Yüce Allah'ın vadeli borçlanmaların yazılmasını ve şahitlendirilmesini emrederken, 283.ayette yolculuk sırasında bunların mümkün olmaması halinde alternatif olarak rehin

¹ <http://www.kuranmeali.com/AyetKarsilastirma.php?sure=2&ayet=282>

² es-Sâbûnî, Muhammed Ali, *Safvetü't-Tefâsîr*, Çev. Sadreddin Gümüş, Nedim Yılmaz, İstanbul, Ensar Yayıncılık, 1990, c.1, s.329.

³ Bayraklı, Bayraktar, *Yeni Bir Anlayışın Işığında Kur'an Tefsiri*, İstanbul, Bayraklı Yayınları, 2013, c. 3, s. 415.

⁴ Fahreddin Râzî, *Tefsir-i Kebir*, Çev. Suat Yıldırım ve diğerleri, Ankara, Huzur Yayınevi, 1989, c. 6, s. 46, El- Mâtürîdî, *Te'vilatü'l Kur'an*, Çev. Bekir Topaloğlu-Kemal Sandıkçı, İstanbul, Ensar Neşriyat, 2015, c. 2 s. 233

⁵ İmam Kurtubî, *el-Camiu li Ahkâm'l-Kur'an*, Çev. M. Beşir Eryarsoy, İstanbul, Buruc Yayınları, 2003, c. 4, s. 8

⁶ İmam Kurtubî, c. 4, s. 8, Râzî, c. 6, s. 45

⁷ Aybakan, Bilal, “Selem”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, Ankara, 2009, c.36, s.402.

⁸ İmam Kurtubî, c. 4, s. 8, Karaman, Hayreddin ve diğerleri, *Kur'an Yolu Türkçe Meal ve Tefsir*, Ankara, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2007, c.1, s.446.

⁹ Bakara, 2/261-274.

¹⁰ Bakara, 2/275-279.

¹¹ Bakara, 2/280.

¹² Bakara, 2/284.

¹³ El İsfahânî, Rağîb, “N-s-h”, *El-Müfredat Fi Ğaribi'l-Kur'an*, Çev. Abdulkaki Güneş, Mehmet Yolcu, İstanbul, Çıra Yayınları, 2010, s.1050.

¹⁴ Bakara, 2/283.

¹⁵ Yazır, M. Hamdi Elmalılı, *Hak Dini Kur'an Dili*, İstanbul, Eser Neşriyat, 1979, c.2, s.266.

uygulaması getirdiğini, ayrıca nasih ayetin mensuh ayetten sonra nazil olması gerektiğini, ancak buna ilişkin bir rivayetin olmadığını ifade etmişlerdir.¹⁶

Kavramları

Deyn (دين)

Bulunmayan o anda hazır olmayan anlamına gelir.¹⁷ Fiil olarak kullanıldığında borç almak ve vermek anlamında kullanılır.¹⁸ Ayette geçen ve aynı kökten türeyen “tedayentüm” fiili ise müfaale vezninden olup müşareket bildirir ve “borçlaşma” manasındadır. Bu veznin ifade ettiği esas mana iki taraftan her birinin borcunun olmasıdır. Bundan maksat, tarafların içinde borç bulunan bir muamele yapması şeklindedir.¹⁹

Ecel (اجل)

Bir şey için belirlenmiş süredir.²⁰ Borçlanma açısından kullanıldığında borcun gelecekte ödenmesi için kararlaştırılan süresidir. Müccel borç zamana bırakılmış, vade tanınmış borç demektir. İnsan hayatı için belirlenmiş olan süreye de ecel denmiştir. Eceli yaklaştı deyimi, ölümünün yaklaştığı yani hayat süresinin tamamlanması anlamındadır.²¹

Kâtib-i Adl (كاتب العدل)

“Katip” k-t-b (ك ت ب) kökünden ism-i fail olup yazıcı anlamına gelmektedir.²² Ayette geçtiği şekilde “Kâtib-i Adl”, iki taraftan birine meyletmeksizin her iki tarafın haklarını ve sorumluluklarını olduğu gibi kayda geçirecek tarafsız ve güvenilir bir kişiyi ifade etmektedir.²³

Şehadet/Şehid/İstişhad (شهادة/شاهد/استشهاد)

Şehid, fail vezninde şahit isminden mübalağadır. Hazır olmak, bir şeye şahitlik etmek anlamında kullanılır. Şehid kelimesinin çoğulu şühud ve eşhad ya da şühedadır. Ayette şüheda şeklinde geçmiştir.²⁴ Şehadet dilde ve esasta olduğu şekilde kesin haberdirdir.²⁵ “Şehadet”; Basiret veya gözle görmekten meydana gelen bir bilgiden kaynaklanan sözdür. Göz veya basiretle görerek hazır olmak anlamına gelmektedir.²⁶

Veli (ولي)

v-l-y (و ل ي) kökünden türeyen kelime, düşmanın zıddı²⁷, bir kişinin işlerini üstlenen kimse anlamındadır.²⁸ Terim olarak “veli” hukuki anlamda tasarruflarını herhangi bir sebeple yerine getiremeyen kimselerin yerine atanan ve onun adına hukuki işlemleri yapmaya yetkili kişidir. Bu kişi vasi, vekil, tercüman da olabilir.²⁹

Ayetin Getirdiği Hükümler

Borcun Yazılması Emri

Ayetteki “yazın” emrinin bağlayıcı bir emir olup olmadığı tartışmalıdır. Dört mezhep imamının da içinde bulunduğu çoğunluğa göre yazma emri mendup, yani tavsiye, yapılırsa daha iyi olur kabilinden bir hüküm ihtiva etmektedir.

Buna mukabil Taberî, Davud ez-Zâhîrî, Atâ gibi bazı fakih ve müfessirler ise bu emrin bağlayıcı bir hüküm getirdiği dolayısıyla yazmanın farz olduğu ve terk edenin günahkar olduğu görüşündedirler.³⁰ İmam Taberî, Dehhak, İbn Cüreyc, Rebi bin Enes ve Katade’ye göre yazma emrinin farziyet ifade ettiğini, Şabi, İbn Zeyd, Hasan-ı Basri ve Ebu Said el-Hudri’ye göre ise daha önce farz iken Bakara 283. Ayetiyle neshedildiğine dair görüşlerini aktardıktan sonra tercihe şayan görüş olarak borcun yazılmasına dair emrin farziyet ifade ettiğini ve mensuh da olmadığını beyan etmektedir. Ona göre Allah’ın emirleri farziyet ifade etmektedir. Ancak emrin farz olmayıp mendup olduğuna veya irşat edici mahiyette olduğuna daire bir delil bulunması hainde farziyetin ortadan kalkacağı, mendubiyet veya irşat hükmü ortaya çıkacağı, ancak ayeti kerimede böyle bir delilin olmadığı, dolayısıyla ayeti kerimede yazma emrinin hem borçlanan tarafların borcu yazdırmaları, hem de borcu yazmaya çağrılan katibin de bunu yazmasının farz olduğu şeklindedir. Ayrıca Taberî, Bakara Suresi 283. ayetin bunu neshettiğine dair görüşün isabetli olmadığını zira bu ayeti kerimede borcu yazdırmaya bir imkan olmadığı ya da borcu yazacak bir katibin bulunmadığı durumları ifade ettiğini belirtir.³¹

Zemahşerî ve İmam Mâtürîdî ise yazma emrinin farz olmadığı görüşündedir. Zemahşerî borcun yazılmasının emredilmiş olmasını yazma işleminin unutmaya ihtimaline karşı en emin ve güvenilir ayrıca inkar ihtimalinden en uzak yol olması sebebiyle teşvik anlamında kullanıldığını beyan eder.³² İmam Mâtürîdî unutmamanın çekismeyi çekismenin de ayrılığı doğuracağını ve huzurun bozulmasına sebep olacağından bahisle Cenab-ı Allah’ın kötü sonuçların defî, hakkın yerine getirilmesi ve çekismelerin ortadan kaldırılması hikmetine bağlı olarak yazmayı emrettiğini ancak bunun farziyet ifade etmediğini beyan eder. Mâtürîdî’ye göre, Cenab-ı Allah’ın yolculuk halinde ve yazıcı bulunmadığı takdirde borçludan rehin almanın yeterli olduğunu, şayet taraflar birbirine güvenirse rehin de alınmayacağına dair hüküm koyduğunu beyan etmiştir. Ona göre borçluya güven halinde borcun yazılması yerine geçen rehin almanın terkinin mümkün olduğu gibi yine güven halinde borcun yazılmasının terk

¹⁶ Elmalılı, c. 2, s. 266.

¹⁷ Halil b. Ahmed, *Kitabu'l-Ayn*, Tahkik Mehdi el-Mahzumi, İbrahim es-Semrai, Dar'u Mektebet'ül-Hilal, c. 8, s. 72, İmam Kurtubî, c. 4, s. 9

¹⁸ El İsfahânî, *Müfredat*, d-y-n md, s. 393

¹⁹ Fahreddin Râzî, *Tefsir-i Kebir*, c. 6, s. 46

²⁰ İbn Manzur, *Lisan*, e-c-l md, c. 11, s. 11, İsmâil b. Hammâd el-Cevherî, *Tacü'l-luğa ve şihâhu'l-'Arabiyye*, Tahkik Ahmed Abdülğafur Attar, Beyrut, Daru'l İlmî li'l-Meyleyin, 1987, c. 4, s. 1621

²¹ El İsfahânî, e-c-l md, s.69.

²² İbn Manzur, *Lisan*, k-t-b md.

²³ Elmalılı, c.2, s.259.

²⁴ İbn Manzur, *Lisan*, c. 3, s. 235, Halil b. Ahmed, *Kitabu'l-Ayn*, c. 3, s. 398

²⁵ Ebü'l-Feyz Muhammed el-Murtazâ b. Muhammed b. Muhammed b. Abdîrrezzâk el-Bilgrâmî el-Hüseynî ez-Zebîdî, *Tacü'l-'Arus*, Daru'l-Hidaye, c. 8, s. 252

²⁶ El İsfahânî, ş-h-d md. s.564.

²⁷ El-Cevherî, es-Sihâh, c. 6, s. 2529

²⁸ El İsfahânî, v-l-y md, s.1181-1185.

²⁹ Elmalılı, c.2, s.260.

³⁰ Karaman ve diğerleri, c.1, s.447.

³¹ Ebu Cafer Muhammed b. Cerir et-Taberî, *Taberî Tefsiri*, Çev. Hasan Karakaya-Kerim Aytekin, İstanbul, Hisar Yayınevi, 1996, c. 2, s. 170

³² Ez-Zemahşerî, Ebü'l-Kâsım Mahmûd b. Ömer b. Muhammed el-Hârizmî, *Tefsiru'l-Keşşâf An Hakaiki Ğavamidi't-Tenzili Ve Uyuni'l-Ekavili Fi Vücu'it-Te'vil*, Terc. Muhammed Coşkun ve diğerleri, İstanbul, Mega Basım Yayın, 2016, c. 1, s. 846

edilmesi de mümkündür. Zira bir şeyin aslı farz olma özelliği taşıyorsa güven niteliğine dayanılarak onun bedelini terk etmek ihtimal dahilinde olmaz.³³

Süleyman Ateş, “yazın” emrinin vücub ifade ettiğini ileri sürenlerin bu ayetle farz kılınan hükmün bir sonraki ayette “Birbirinize güvenirsiniz, güvenilen kimse emaneti ödesin” sözüyle neshedilip emirlerin nedbe çevrildiği görüşünde olduklarını, ancak bu görüşün zayıf bir görüş olduğunu, çünkü ikinci ayetin daha sonra indigine dair bir bilgiye sahip olunmadığını dile getirmektedir. Cumhurun mendup şeklindeki değerlendirmesini ise isabetli bulduğunu, zira sahabe, tabiun ve İslam ülkelerinin fakihlerinin borcun yazılması ve şahit bulundurmak hususunda titiz davranmadıklarını, onların aralarındaki alışverişlerin ve borç işlemlerinin genellikle yazısız ve şahitsiz gerçekleştiğini ve içlerinden hiçbirinin bu tutuma itiraz etmemiş olmasını da ayetteki emirlerin nedbe ifade ettiğini gösterdiğini beyan etmiştir.³⁴

Türk Hukukunda Sözleşme Serbestisi

Türk Hukukuna bakıldığında bugün yürürlükte bulunan 1982 Anayasası’nın 48. Maddesi vatandaşlara sözleşme serbestisi tanımıştır.³⁵ Türk Borçlar Kanunu’nun (BK) 26. maddesinde “Sözleşme Özgürlüğü” başlığı altında, bir sözleşmenin içeriğinin, bu sözleşmenin taraflarınca kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirlenebileceği düzenlenmiştir. Bu hükmün hemen sonrasında BK m. 27/1’de kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmelerin kesin olarak hükümsüz olduğu belirtilmiştir. BK m. 27/2’de ise sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olmasının, diğerlerinin geçerliliğini etkilemeyeceği, ancak bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamının kesin olarak hükümsüz olduğu düzenlenmiştir.³⁶

Türk ve İsviçre borçlar hukukunda temel bir ilke olarak kabul edilen sözleşme özgürlüğünün sözleşme yapıp yapmama, sözleşmenin karşı tarafını seçme, sözleşmenin içeriğini, tipini ve şeklini belirleme, sözleşmenin içeriğini değiştirme ve sözleşmeyi ortadan kaldırma gibi görünüm şekilleri bulunmaktadır. Modern hukuk sistemlerinde sözleşme özgürlüğü temel bir ilke olarak kabul edilse de bunun bazı sınırlarının olduğu da kabul edilmektedir.³⁷

Türk Hukukunda her ne kadar sözleşme serbestisi genel ilke olarak düzenlenmiş ise de bunun istisnaları ayrıca belirlenmiştir. Burada konumuz olmadığı için hangi sözleşmelerin yazılı ve resmi şekle tabi olduğu hususlarına girmeyecektir. Ancak Borç ilişkilerinde yazılı olma şartının bir geçerlilik şartı olmayıp ispat şartı olduğunu belirtmek isteriz. “Senetle ispat zorunluluğu” başlığını taşıyan HMK 200. maddesi şöyledir: “Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri iki bin beş yüz Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat

olunması gerekir. Bu hukuki işlemlerin miktar veya değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle iki bin beş yüz Türk Lirasından aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz.”³⁸

Görüldüğü üzere Türk Hukuku borçlandırıcı işlemlerin yazılı olmasını bir geçerlilik şartı olarak zorunlu kılmamakta, ancak borç konusunun belli bir miktarı aşması halinde ispat için zorunlu kılmaktadır. Bu miktar her yıl için güncellenmektedir.

Müdâyene ayetine bakıldığında borcun miktarına bakılmaksızın büyük olsun, küçük olsun vadeli borçlanmaları içeren tüm sözleşmelerin mutlaka yazılı yapılmasının tavsiye edildiği bundan üşenilmemesi gerektiği görülmektedir.

Borcun Kâtime Yazdırılması

Ayette “yazın” emrinden sonra gelen “bir katip yazsın emri” taraflar okuma yazma biliyorlarsa kendileri yazsın, bilmiyorlarsa okuma yazma bilen biri onların yerine hak hukuku gözeterek doğru dürüst yazsın anlamında anlaşılmıştır. Kendisine başvurulmuş yazıcının yazma zorunluluğu bulunup bulunmadığı konusunda da alimler arasında ihtilaf vardır.

Taberî; Mücahit, Ata ve Amir eş-Şa’bi’nin borcu yazmaya çağrılan katibin yazma görevini yerine getirmesinin farz olduğu görüşünde olduklarını, onlara göre ayeti kerimede “Katip onu yazmaktan çekinmesin” buyrulduğunu nakleder. Yine Taberî; İbn Cüreyc, İbn Zeyd, Hasan-ı Basri, Ebu Said el-Hudri, Dehhak ve Rebi b. Enes’e göre çağrılan katibin yazmasının önceden farz olduğunu ancak ayette geçen “Katibe de şahide de zarar verilmesin” hükmü uyarınca sonradan neshedildiğini aktarır. Süddî’ye göre ise çağrılan katibin işi olmadığı takdirde üzerine farz olduğu şayet meşgul ise farz olmadığı şeklindedir. Taberî bu görüşleri aktardıktan sonra kendi kanaati olarak borçlanan tarafların borçlarını yazdırmalarını ve bunu yazmaya çağrılan katibin de yazmasının farz olduğu görüşünü belirtir.³⁹

İmam Mâtürîdî; bazılarının İslam’ın ilk yıllarında yazı yazanların sayısının azlığı sebebiyle çağrılan katibin yazmaktan kaçınmalarının yasaklandığını zira bu durumda insanların meşru hukukunun ortadan kalkıp yok olması tehlikesinin olduğunu belirttiklerini nakleder. Devamında kendi dönemi için yazmaktan vazgeçmede bir sakınca olmadığını çünkü ihtiyaç sahibinin ücret karşılığında yazacak kimseleri bulabileceğini ve hakkını zayi olmaktan koruyabileceğini belirtir.⁴⁰

İmam Kurtubî; Yüce Allah’ın “Aranızda bir katip adaletle yazsın” emrindeki adaletin hak ve doğruluk anlamına geldiğini yani yazıcının hak sahibi olan kimsenin söylediğinden fazla veya daha azını yazmaması gerektiğini belirtir. Bunları yazmak üzere tayin edilen kimselerin yöneticiler tarafından ancak adaletili ve razı olunan kimseler olarak görevde tutulmaları gerektiğini, Malik’in “İnsanlar arasında belgeleri ancak yazmayı bilen ve bizatihi adaletili ve güvenilir kimseler yazsın çünkü Yüce Allah “aranızda bir katip adaletle yazsın” buyurduğunu nakleder.⁴¹

³³ El- Mâtürîdî, c. 2 s. 235

³⁴ Ateş, Süleyman, *Kur’an’ın Yüce Meali ve Çağdaş Tefsiri*, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, 1982, c.1, s.339

³⁵ M. Kılıçoğlu, Ahmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2009, s. 63
<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf>

³⁶ <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6098.pdf>

³⁷ Kılıçoğlu, s.63-67.

³⁸ <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6100.pdf>

³⁹ Taberî, c. 2, s. 170

⁴⁰ Mâtürîdî, c.2, s. 236

⁴¹ Kurtubî, c. 4, s. 17

Zemahşerî de Keşşâf’ında “aranızda bir katip adaletle yazsın” ifadesinde “adaletle” ifadesinin katibe taalluk etmekte olduğunu ve katibin sıfatı olduğunu bildirir. Yani yazdığına güvenilecek düzgün ve ihtiyatlı bir şekilde yazan, yazması gereken şeye ilave ya da eksiltme yapmadan yazan bir katip yazsın anlamına geldiğini beyan eder. Buradan hareketle bu emrin borç alışıverişinde bulunan kimselere yönelik bir emir olduğunu, onlara katibi iyi seçmelerini ve ancak dindar ve kavrayış sahibi bir kimseye yazdırmaları gerektiğini belirtir.⁴²

Elmalılı, okuma yazma bilen herhangi birine müracaat edildiğinde, yazmasının farz-ı kifaye olduğunu, fakat bu işle görevlendirilmiş biri olması halinde ona farz-ı ayn olacağını, bu nedenle “katib-i adl” bu günkü anlamda “noter” tayin etmenin hükümetlerin görevi olduğunu, böylece katiplerin kendilerine müracaat olunduğunda yazmaktan imtina edemeyeceğini, yazmanın kendilerine farz olduğunu beyan etmektedir.⁴³

Bayraktar Bayraklı borcu yazan kişinin üçüncü bir kişi olması halinde Yüce Allah’ın yazıcıda adalet sıfatını şart koştuğunu, böylece Kur’ân’da “adil katip” kavramını gündeme getirdiğini belirtir. Ayrıca Bayraklı “adil katip” kavramının kapsamına hukuku bilen teriminin de sokulması gerektiğini çünkü hukuku bilmeyen kişinin farkında olmadan hukuku çiğneyebileceğini ifade eder. Diğer taraftan katibin taraflar arasındaki borç senedini yazmaktan kaçınamayacağını, bu görevin birden fazla katibin olduğu yerde farz-ı kifaye, birden fazla katibin bulunmadığı yerde farz-ı ayn olduğunu bu emirle günümüzdeki avukatlık ve hukukçuluğun da temellerinin atıldığını, günümüzde borçlanma hukukunu bilen hukukçuların bu işi yapmasının gereğini ve böylece borçlar hukukunda kaydın zorunluluğunun yanı sıra, avukatlık ve noterlik kurumunun da gerekliliğine işaret edildiğini, ayetteki emri günümüzdeki noterlik müessesesine götürülebileceğini belirtir.⁴⁴

Bizde bu görüşe katılarak günümüzde sadece noterlerin değil hukuku bilen olarak avukatların da yazma işlemini yerine getirebileceklerini belirtmek isteriz. Zira avukatlık kanunu 35/A maddesi taraf vekili olan avukatların karşılıklı olarak müvekkilleriyle birlikte uzlaşıp birlikte imzaladıkları belgelerin ilâm niteliğinde olduğunu hükme bağlamıştır. Yasa maddesi şöyledir. “Avukatlar dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler. Karşı taraf bu davete icabet eder ve uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanak, avukatlar ile müvekkilleri tarafından birlikte imza altına alınır. Bu tutanaklar 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesi anlamında ilâm niteliğindedir.”⁴⁵

Türk Hukukundaki Karşılığı Noterlik Kurumu

Batı dillerinde ve günümüz Türkçesinde kullanılan noter (Fr. notaire) kelimesinin kökeni, “not tutan, süratli yazı yazan” anlamındaki Latince notariidir.⁴⁶ Tarihî her döneminde insanlar arasındaki hukukî ilişkilerin belirli şekillere uygun olarak düzenlenmesi ve bunlara resmiyet verilmesi gereği doğmuş ve böylece günün şartlarına ve ihtiyaçlarına göre gelişim göstererek bugünkü noterlik müessesesi oluşmuştur.⁴⁷

Günümüze geldiğimizde Noterler hukukî güvenliği sağlamak ve hukukî anlaşmazlıkların oluşumunu önlemek amacı ile kamusal yetki kullanan, serbest meslek erbabıdır. Kısacası noterlik bir meslektir.⁴⁸

Roma Hukukunda Noterlik Hizmeti

“Modern hukuk sistemlerindeki noterlik müessesesinin temelini oluşturan kişiler arasındaki özel hukuk işlemlerine resmiyet verilmesine bu günkü şekilde olmasa da ilk olarak Roma Hukukunda ve bölge olarak da Kuzey İtalya’da rastlanmaktadır.

Bu müessese, özellikle ilk dönemlerde birbirinden bağımsız iki ayrı kökten doğmuştur. Bir taraftan, hem hızlı hem de güzel yazı yazanlar arasından seçilen kimseler (genellikle köleler), ki bunlar daha sonraki gelenek çerçevesinde “tabellio” olarak adlandırılırlar, kamusal yazılar yanında özel kişiler arasındaki hukukî işlemleri de belgelendirmişler ve sözleşmeleri tanzim etmişlerdir. Bu kimselerin bugünkü anlamına yakın olarak, serbest meslek erbabı olduğu söylenebilir. Müessesenin diğer kökü ise, özellikle kilise kalemleri ile şehir idareleri (belediyeler) nezdinde görev yapan “resmi katiplere” dayanmaktadır. Bu resmi katiplerle nezdinde görev yaptıkları kurumlar arasında bağımlı bir hizmet ilişkisi bulunmaktaydı. Bu kimseler aynı zamanda kişiler arasındaki özel belgelerin kaydı ile özel hukuk işlemlerinin yazıya dökülmesi görevini de yürütmüşlerdir.”⁴⁹

Borcu Yazdırma Görevi

Borçlunun Bizzat Yazdırması

Müfessirler ayetin metninden hareketle borcun yazılması (imlal) görevini borçlu tarafa yüklemişlerdir. Çünkü yazılacak senedin muhtevası onun ikrarı olacak ve inkarı halinde şahitler de onun aleyhine şahitlik edeceklerdir. O halde yazıya geçecek ifade borçlunun ikrarı şeklinde olmalı ve senedin düzenlenmesini borçlu taraf talep etmelidir.⁵⁰

Taberî, ayetin manasından borcu yazdırma yükümlülüğünün borçluya ait olduğunu ve onun borcu yazdırmasının üzerine farz olduğunu, borcunu yazdırırken alacaklısının hakkında herhangi bir şeyi eksiltmemesinin emredildiğini ifade etmiştir. Taberî’ye göre ayet-i kerimde “borçlu akli ermez veya zayıf ya da yazdırmaya güç yetiremeyen bir kimse ise onun yerine velisi doğru olarak yazdırsın” ifadesinde borcu yazdırmaktan aciz olan kimseler üç gruptur. Birinci grup akli ermeyen diye tercüme edilen “sefeh”, Mücahide göre yazdırmayı ve

⁴² Zemahşerî, c. 1, s. 846

⁴³ Elmalılı, c.2, s.259.

⁴⁴ Bayraklı, c.3, s.417.

⁴⁵ <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.1136.pdf>

⁴⁶ Atar,Fahrettin , *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, “Noter” C. 33, 2007, s. 210

⁴⁷ Şişman,Güneş, *Noter ve Noterlik Nedir*. Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, 2001, sayı 110, s. 67

⁴⁸ Gören,Ömer, *Karşılaştırmalı Avukatlık - Noterlik Hukuku*, Adalet Yayınevi, 2010, s.6

⁴⁹ Ulukapı, Ömer, *Noterlik Mesleği ,Noterin Hak ve Yükümlülükleri*, Mimoza Yayıncılık, 2003.

⁵⁰ Taberî, c. 2, s. 172, Râzî, c. 6, s. 52, Kurtubî, c. 4, s. 19 Elmalılı, c.2, s.259; Bilmen, c.1, s.306; es-Sâbüni, c.1, s. 330

diğer işleri kavramayan kimse demektir. Suddi ve Dehhak'a göre ise küçük çocuktur. Taberî sefihten maksadın yazdırmayı bilemeyen kişi olduğunu söyleyen görüşün daha doğru olduğunu küçük çocuğun bu ifadenin kapsamına girmediğini beyan eder. İkinci grup zayıf olan kimseden maksadın dilindeki pelteklilikten veya konuşmaktan acizliğinden dolayı katibe yazdıramayan kimse anlamında olduğunu buna mukabil Dehhak, Süddi ve Mücahide göre zayıf kimseden maksadın ahmak olan kimse olarak anlaşıldığını nakleder. Yazdırmaya gücü yetmeyen üçüncü grup kimselerden maksadın ise yazma anında orada bulunmayan veya hapsedilmiş kimseler olarak niteler.⁵¹

İmam *Mâtürîdî* karşılıklı borçlanmada asıl söz sahibinin borçlu olduğunu bu nedenle de borcu yazdırma görevinin ona ait olduğunu beyan ederek şayet borçlunun akli veya bedeni bir zaafı bulunur yahut bizzat yazdırmaya gücü yetmiyorsa menfaatini korumakla yükümlü bulunan kimsenin adil bir şekilde yazdırması gerektiğini belirtir. *Mâtürîdî* bazılarının ayette belirtilen insan tiplerinin hepsinin aynı kategoride olduğunu ileri sürdüklerini nakleder. Ona göre sefihi zayıf ve yazdırmaya gücü yetmeyen kimsedir. Diğerlerinin ise sefihi çocuk olarak zayıf yazdırmaya gücü yetmeyen hasta, yazdırmaya gücü yetmeyen ise yazdırmasını bilmeyen cahil kimse olarak nitelediklerini nakleder.⁵²

Fahreddin Râzî ayeti kerimede geçen “sefihi”, “zayıf”, “yazdırmaya gücü yetmeyen” ifadelerinin başına veyahut anlamına gelen “و” edatının getirilmesini bu ifadelerin birbirinden farklı şeyler olduğunu gösterdiğini belirtir. Ona göre sefihi buluşa ermiş kimselerden akli noksan ve görüş olarak zayıf olan kimsedir. Zayıf küçük, deli ve bunak manasına gelir. Bunlar tamamen akıldan yoksun kimselerdir. Yazdırmaya gücü yetmeye gelince, onlar dilsiz olduğu için yazdıramayan veya lehine ve aleyhine olan şeyleri bilmeyen kimselerdir.⁵³

Zemahşerî sefihi, saçıp savurması ve malda tasarruf etme konusundaki cehaleti sebebiyle mülk edinme ehliyetine sahip olmayan kişi olarak tanımlar. Zayıfı, küçük bir çocuk ya da yaşlı pir-i fani olarak, yazdıramayacak durumda olanı ise bitkin ya da dilsiz olduğu için kendisi yazamayan olarak tanımlar. Ayrıca “kendisi yazdıramayacak durumda ise” ifadesinde bu kişinin kendisinin yazamadığını ancak başkasına yazdırabildiğini bu kişinin de tercüman olduğunu ifade eder.⁵⁴

İmam Kurtubî “üzerinde hak olan yazdırsın” ifadesinden hareketle borcu yazdıracak olan kişinin borçlu olduğunu beyan eder. Kurtubî ayette geçen sefihi mal ile ilgili görüşü yerinde olmayan, kendisi adına doğru dürüst karar alamayan ve mallardan bir şey veremeyen kimse olarak tarif eder. Zayıf kimseleri ise akli pek yerinde olmayan, tabiatı itibarıyla eksik ve yazdırmaktan aciz olan kimse, yazdırmaktan acizliği ise ya konuşamamasından ya dilsizliğinden ya da doğru dürüst ifade edememesinden kaynaklandığını belirtir.⁵⁵

Bayraktar Bayraklı ise ayette geçen “sefihi” kavramıyla aklın hafifliğinin, “zayıf” kavramıyla çocukluk halinin,

“yazmaya güç yetirememe” ifadesiyle de anlaşmanın yapılacağı dili bilmeme, hukuku bilmeme, muamelenin nasıl yapılacağını bilmemenin kastedilmiş olabileceğini belirterek günümüzdeki avukatlık kurumunun bu güçsüzlüğün yerini doldurabileceğini ifade eder.⁵⁶

Müdâyene ayetinde müfessirlerin ittifakla belirttikleri borcu yazdırma görevinin borçluya ait olmasına karşın Türk Hukukunda durum bunun tam tersidir. Yukarıda zikredildiği üzere Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) 200. Maddesi senetle ispat yükümlülüğünü düzenlemektedir. Buna göre bir kimseden alacağı olduğunu iddia eden alacaklı taraf, yasal olarak belirlenen limitin üzerindeki alacağını yazılı senetle ispat etmek durumundadır. Bu durumda alacağın varlığını ispat edecek senedin düzenlenmesini alacaklı taraf talep etmek zorundadır. Zira ispat yükü borçlu da değil alacaklı taraftadır.

Müdâyene ayetinde borcu yazdırma görevi yüklenen borçlu tarafa, borcunu tam olarak yazdırması ondan hiçbir şeyi eksiltmemesi istenmektedir. Bu hususta Rabbine karşı sorumluluğunun bilincinde olması ve duyarlı davranması emredilmektedir. Borca veya borçluya karşı değil de Allah’a karşı sorumluluk duygusunun hatırlatılması dikkat çeken bir husustur. Burada seküler hukuk sistemlerinde yer almayan borçlunun vicdani duyguları harekete geçirilmekte ve borçlunun öncelikle Rabbine karşı sorumlu ve duyarlı olması gerektiği hatırlatılarak alacaklı tarafı zarara uğratabilecek davranışlardan kaçınması istenmektedir.

Velinin Yazdırması

Borçlunun akıl zayıflığı, tecrübesizlik ve kullanılan ticari terminolojiye aşina olmaması veya akli ve bedeni zaaf nedeniyle borcunu yazdıramayacak olması halinde velisi tarafından yazdırılması istenmektedir.

Taberî, veliden maksadın İbn Abbas, Mukatil ve Rebi’ye göre alacaklının velisi olduğu görüşünü naklederek bu görüşün uzak bir ihtimal olduğunu belirtir.⁵⁷ *Mâtürîdî* de bazılarının velinin alacaklı olduğunu söylediklerini diğerlerinin ise veliden maksadın çocuğun vasisi yahut nesep yoluyla yakını olduğunu ifade eder.⁵⁸

Zemahşerî küçük bir çocuk ya da mahcur “kısıtlı” yani mülk edinme ehliyetine sahip olmayan kimsenin velisinin adilane yazdırması gerektiğini, yaşlı bir kimsenin ya da dilsiz olduğu için kendisi yazdıramayacak durumda olanların vekili ya da onun yerine yazacağı ve kendisinin de tasdik edeceği tercümanının yazması gerektiğini ifade eder.⁵⁹

Bayraklı, ayette geçen “sefihi” kavramıyla aklın hafifliği, “zayıf” kavramıyla çocukluk hali, “yazmaya güç yetirememe” ifadesiyle de anlaşmanın yapılacağı dili bilmeme, hukuku bilmeme, muamelenin nasıl yapılacağını bilmemenin kastedilmiş olabileceğini, Yüce Allah’ın bunların yerini veli ile doldurmakta olduğunu bu nedenle de borcun yazılmasında asla hata istemediğini, borç verenin hakkını korumak, borçlunun haram yemesini önlemek konusunda çok titiz davrandığını ifade eder.⁶⁰

Veli kavramından borçlunun babası, vasisi veya işlerini yürütmeye vekil kılınmış bugünkü anlamda avukatı, muhasebecisi, mali müşaviri, vs. anlaşılabileceği düşüncesindeyiz.

⁵¹ Taberî, c. 2, s. 172

⁵² Mâtürîdî, c. 2, s. 237

⁵³ Râzî, c. 6, s. 52

⁵⁴ Zemahşerî, c. 1, s. 848

⁵⁵ Kurtubî, c. 4, s. 19

⁵⁶ Bayraklı, c. 3, s. 420

⁵⁷ Râzî, c.6, s. 53

⁵⁸ Mâtürîdî, c. 2, s. 237

⁵⁹ Zemahşerî, c. 1, s. 848

⁶⁰ Bayraklı, c. 3, s. 420

Borcun Yazılmasında Şahitlerin Bulunması

Müdâyene ayetinde sadece borcun yazılması değil aynı zamanda şahitlendirilmesi de istenmektedir. Ayetin metninde, “..Erkeklerinizden iki de şahit bulundurun. Eğer iki erkek bulunamazsa rıza göstereceğiniz şahitlerden bir erkek ile -biri yanırlsa diğerinin ona hatırlatması için- iki kadın (olsun). Çağırıldıkları vakit şahitler gelmemelik etmesin.” buyrulmaktadır.

Erkeklerin Şahitliği ve Kölenin Durumu

“Erkeklerinizden” ibaresiyle şahitlerin çocuk olamayacağı, ergenlik çağına ulaşmış olması gerektiği ayrıca şahitlerin Müslüman olması gerektiği sonucu çıkarılmıştır. Taberî, erkekleriniz ifadesinden maksadın Müslüman ve hür olan erkeklerin kastedildiğini kölelerin ve kafirlerin bu ifadenin dışında kaldığını onların şahitliğinin söz konusu olmayacağını belirtir.⁶¹

İmam Kurtubî, “erkeklerinizden” ifadesinden kafirlerin, çocukların ve kadınların şahitliğinin reddedileceği hususunda açık bir nas olduğunu ancak kölelere gelince lafzın onları da kapsadığını ifade etmektedir. Mücahit ve Ebu İshak’ın emirden kastın hür kimseler olduğunu uzun uzun anlattıklarına değinerek kölelerin şahitliği hususunda farklı görüşler olduğunu beyan eder. Şureyh, Osman el-Betti, Ahmed, İshak ve Ebu Sevr’in kölenin şahitliğinin, adil olduğu takdirde caiz olduğunu bunu da ayetin lafzına ağırlık vererek böyle bir hükme vardıklarını belirtir. Malik Ebu Hanife, Şafî, ve ilim adamlarının çoğunluğunun ise kölenin şahitliğini caiz görmediklerini belirtir.⁶²

Fahreddin Râzî; Kadı Şureyh, İbn Sirin, ve Ahmed ibn Hanbel’e göre kölenin şahadetinin caiz olduğunu İmam Şafî ve İmam Ebu Hanife’ye göre ise caiz olmadığını söyler. Kölenin şahitliğini caiz görenlerin delilinin ayetin lafzından anlaşılan umumi bir ifadeye dayandığını, kölenin şahitliğini caiz görmeyenlerin delilinin ise ayetteki “şahitler çağırıldıkları zaman kaçınmasın” ifadesinde şahit olan herkesin şahitlik yapacağı yere gitmesinin vacip olduğunu, gitmemesinin ise haram olduğunu gösterdiğini, icmada ise kölenin gitmesinin vacip olmadığını bu nedenle kölenin şahit olmaması gerektiğini ve yapılan bu istidlalin güzel olduğunu belirtir.⁶³

Zemahşerî; alimlerin geneline göre şahitlerin taşıması gereken şartlar içerisinde Müslüman olmanın yanı sıra hür ve balığ olmaları gerektiği Hz. Ali’nin “kölenin şahitliği hiçbir konuda kabul edilemez” dediğini, Ebu Hanife’ye göre kafirlerin birbirlerine karşı şahitliklerinin geçerli olduğunu nakleder.⁶⁴

Bayraktar Bayraklı ayet-i kerimede yazılı vesikanın yanında şahit de istenmesinin hikmetini, baskı ve zorla senet imzalatırılmasının önüne geçmek olarak zikreder. Böylece senet şahitlerle geçerli kabul edilecektir. İki şahidin olduğu yerde bir kimseye zorla senet imzalatırmak mümkün değildir. Ayrıca şahit bulunması halinde borçlunun kendisine baskı yapılarak senedin imzalatırıldığı iddiası da geçerliliğini kaybedecektir.⁶⁵

Kadınların Şahitliği

İki erkeğin bulunmaması halinde bir erkekle birlikte iki kadının şahit olması meselesi, batılı çevrelerce ve feminist

akımlar tarafından günümüzde dahi İslam’a bir eleştiri konusu yapılmaya devam etmiştir. Ayetin ilgili bölümü sanki iki kadın bir erkeğe denkmiş gibi algılanmıştır. Oysa ayette iki kadından bahsedilirken birinin unutmaması ya da yanılması halinde ikincisinin ona hatırlatmasından söz edilmektedir.

Taberî; ayet-i kerimede “kadınlardan biri unutursa diğerinin hatırlaması için” şeklinde geçen ibarenin üç farklı şekilde okunduğunu bütün Hicaz ve Medine halkı ile Irak halkının bir kısmının ayetin bu ibaresini Kur’ân-ı Kerim’de tespit edilmiş haliyle okuduğunu bu halde ayetin manasının “Şayet şahitlik edecek iki erkek bulunmazsa bir erkek iki de kadın şahitlik etsinler. Kadınların iki oluşunun sebebi onlardan birinin meseleyi toparlayamaması halinde diğerinin ona hatırlatması içindir.” Şeklinde olduğunu belirterek kendisinin de bu görüşte olduğunu söylemiştir. Taberî bu kıraat şeklini tercih etmesinin sebebini bu kıraatin yaygın bir kıraat olduğu, önceki ve sonraki kurraların ayeti bu şekilde okumalarına bağlar. Taberî, iki kadının bir erkeğin yerini tutacağı, kadınlardan birinin diğerini erkek gibi yapacağı görüşünü dile getiren Süfyan bin Üyeyne’nin bütün müfessirlerin aksine bir yorumda bulunduğunu ve bu yorumun doğru olmadığını çünkü kadınlardan birinin meseleden sapsması erkeklerde olduğu gibi onu unutmamasıyla olacağını diğer kadının onu erkek haline getirmeyip sadece unuttuğunu ona hatırlatacağını beyan eder. Fahreddin Râzî’de aynı görüştedir. Zemahşerî, “فَتَذَكَّرُ” ifadesinin kadın şahitlerden biri diğerini erkek kılsın yani iki kadın bir araya geldiğinde bir erkek konumunda olurlar şeklindeki açıklamanın tefsire sonradan dahil edilen bidat yorumlardan olduğunu ifade eder.⁶⁶

İmam Mâtürîdî ve Fahreddin Râzî kadınların yaratılıştan fazlaca yanılma ve hata etme özelliklerine sahip bulunduklarından kadın şahide ikincisinin eklendiğini ta ki biri unuttuğunda diğeri ona hatırlatsın şeklinde yorumlar.⁶⁷

Sâbûnî de, kadınlardaki zabt eksikliğini, bir erkeğin yerine iki kadının şahitliğinin vacip olmasının sebebi olarak görür.⁶⁸

Elmalılı tefsirinde; “Bir erkek yerine iki kadının tanıklık etmesi, kadının erkekten aşağı telâkki edilmesinden değildir. İslam, kadını erkekle eşit yapmıştır. Ancak yaratılış itibarıyla kadın erkekten daha hassastır. Olaylardan daha çok etkilenir. Çocuklarla uğraşmak, yemek pişirmek, ev işlerini yapmak gibi bir yığın meşguliyet onun zihnini yorar. Bu hassasiyet ve meşguliyet, ona doğrudan kendisini ilgilendirmeyen işleri unutturur. İşte kadının bu unutma ihtimalinden dolayı yüce Allah, bir erkek şahit yerine iki kadın şahit emretmekte ve bu emrinin hikmetini de “ta ki biri şaşırıp unuttuğu zaman diğeri hatırlatsın” sözüyle açıklamaktadır.” şeklinde izah eder.⁶⁹

Muhammed Esed, Abduh’un Menar tefsirinden aktarımla bir erkek şahidin yerine iki kadının ikame edilmesi hükmünün, kadının akli ya da ahlaki eksikliğinden kaynaklanmadığını, genel olarak kadınların ticari konularda erkeklere nazaran daha tecrübesiz olmalarından dolayı hata yapmaya müsait olmaları gerçeğinden kaynaklandığını belirtir.⁷⁰

⁶¹ Taberî, c. 2, s. 172,

⁶² Kurtubî, c. 4, s. 24

⁶³ Râzî, c. 6, s. 53-54

⁶⁴ Zemahşerî, c. 1, s. 850

⁶⁵ Bayraklı, c. 3, s. 420

⁶⁶ Taberî, c. 2, s. 173, Râzî, c. 6, s. 56, Zemahşerî, c. 1, s. 850

⁶⁷ Mâtürîdî, c. 2, s. 245, Râzî, c. 6, s. 55

⁶⁸ es-Sâbûnî, c.1, s.331.

⁶⁹ Elmalılı, c.2, s.261.

⁷⁰ Esed, Muhammed, *Kur’ân Mesajı Meal-Tefsir*, Çev.Cahit Koytak, Ahmet Ertürk, İstanbul, İşaret Yayınları,1999, c.1, s.85.

Bayraktar Bayraklı da tefsirinde bu görüşün doğru kabul edilmesi gerektiğini, Yüce Allah'ın "hata yapma" ihtimaline dikkat çekmekle borçlar hukukundaki şahitlikte bilgiyi/bilmeyi merkeze koyduğunu, erkekten daha bilgili, konunun uzmanı olan bir kadının bir erkek şahide denk olacağını belirtir.⁷¹

Mustafa Öztürk, bu ayetteki hükmü iki kadının şahitliğinin bir erkeğe denk düştüğü şeklinde yorumlar. Ancak bu hükmün illetinin kadının erkeğe nispetle daha unutkan olduğu değil, Kur'an'ın nazil olduğu dönemdeki toplumsal yapıda kadınların özellikle ticari işlemlere aşina olmaması olgusuna dayandığını, bu nedenle de bu hükmün her zaman ve zeminde uygulanmasını gerektirecek bir muhtevaya sahip olmadığını belirterek tarihi bağlama uygun bir okuma yapmaktadır.⁷²

Mustafa İslamoğlu ise, Kur'an'ın bire iki oranını şahitlikte nisap olarak belirlemediğini, Nisa 15 ve Nur 4-8 ayetlerini delil göstererek zina davasında cinsiyete bakılmaksızın dört tanık, Talak 2.ayette de boşanma için iki şahit istendiğini dile getirerek şahitlik kurumunda önemli olanın cinsiyet değil, adaleti sağlama konusundaki titizlik olduğunu, bu nedenle adil yargılamayı sağlamak için bazı durumlarda erkeğin değil, sadece kadının şahitliğinin yeterli kabul edilebileceğini beyan eder.⁷³

Roma Hukukunda Kölelerin ve Kadınların Toplumsal Ve Hukuki Durumu

Eski Çağlarda kölelik olgusuna bütün kavimlerde rastlanır. Adeta kölesiz bir toplum düşünülemez. Zira o zamanki toplumların ekonomik hayatının olmazsa olmaz bir ögesidir. Toplumun bütün maddi ihtiyaçlarını köleler giderir, evde, tarlada, o günkü sanayi dallarında çalışırlardı. O kadar ki günümüzün saygın meslekleri olan doktörlük, avukatlık gibi hizmetleri dahi köleler görürlerdi. Çünkü bu tür hizmetlerin para karşılığında hür insanlar tarafından yerine getirilmesi ayıp ve utanç verici olarak kabul edilirdi.⁷⁴

Roma döneminde farklı siyasi ve ekonomik nedenler ve çeşitli düşünce akımlarının etkisiyle toplumsal durumları farklılık gösterse de Roma Tarihi boyunca kölelerin ve kölelik kurumunun varlığını devam ettirdiği bilinmektedir. Yine kölelik kurumunun yakın tarihimize kadar devam ettiği de bir gerçektir. Nitekim Amerika'da son zenci köleler mücadelesinin 1865'te sona erdiği, Osmanlı İmparatorluğunda da her ne kadar Abdülmecid döneminde zenci ticareti yasaklanmış olsa da kölelik ve cariyeliğin imparatorluğun sonuna kadar devam ettiği kabul edilmektedir.⁷⁵

Hukuki bakımdan hakkın öznesi değil nesnesi kabul edilen, bu nedenle de mal statüsünde sayılan köleler, yine de insan olmalarından dolayı kendilerine özgü hukuki kapsamda değerlendirilmişlerdir. Köleler hukuken şahıs sayılmadıkları için haklardan yararlanamazlar, hak sahibi olamazlar ve borç altına giremezlerdi. Hukuken mal statüsünde olmalarından dolayı da gerek kadın ve erkek kölelerin kendi aralarında yaptıkları evlilikler, gerekse de bir hür ile yaptıkları evlilikler hukuken geçerli kabul

edilmiyor, buna bağlı olarak hukuki sonuçlar doğurmayacağı, örneğin akrabalık ilişkilerinin oluşmayacağı kabul ediliyordu.⁷⁶

Kölelerin dava ehliyeti de bulunmamaktaydı. Yani ne dava açabiliyorlar ne de kendilerine karşı dava açılabilirdi. Ancak işledikleri kamu suçlarından yani devletin ve kamunun çıkarlarına zarar verdiği kabul edilen suçlardan dolayı kamu makamlarınca cezalandırılıyorlardı. Genellikle cezalar, özgürlere verilen cezalara oranla daha ağır olmaktaydı. Kölelerin özel hukuk alanına giren yani kişilere karşı verdikleri zararlardan dolayı sorumlu tutulmaları kabul edilmişti. Ancak kendilerine karşı dava açılmadığı için çoğu zaman bu zararların tazmini mümkün olmuyordu. Daha sonra bu sorunu gidermek için kölelerin haksız fiillerden doğan zararlarının tazmini için efendisine karşı dava açılabilmesi kabul edildi. Böylece suçtan zarar gören kişi, zararının tazmini için efendiye karşı ya köleyi kendisine vermesini ya da onun sebep olduğu zararı gidermesini talep etmek hakkına kavuştu.⁷⁷

Roma hukukunda hak ehliyetine sahip olmanın yani hukuken "şahıs" sayılabilmenin üç şartı bulunmakta ve bunlardan biri de baba egemenliği altında bulunmamaktır. Kadınların hak ehliyeti açısından hukuki durumunu belirlemek için öncelikle onların o dönemde aile içindeki yerinin belirlenmesi gerekir. Hak ehliyetine sahip özgür Roma vatandaşları iki grupta ele alınır.

- Sui iuris, yani başkasının hakimiyeti altında olmayıp kendi hukukuna ait olanlar. Bununla kastedilen aile içinde baba egemenliğine bağlı olmamaktır. Bu kimseler bizatihi aile babası statüsünde oldukları kabul edilir. Yaşla bir ilgisi bulunmamakla birlikte egemenliği altında kimsenin bulunma zorunluluğu da yoktur. Ancak bu statü kadınlar için kullanılmaz.
- Alieni iuris ise başkasının hakimiyeti altında, onun hukukuna bağlı olanlardır.

Diğer bir ifadeyle aile içinde baba egemenliği altında bulunan kimselerdir. Bunlar ister erkek olsun ister kadın olsun, yaşı ne olursa olsun ve isterse torun sahibi olsalar dahi eğer babası ya da baba tarafından bir usulü yaşıyorsa aile evladı statüsünde yani alieni iuris kabul edilirler. Usulüne uygun olarak evlenmiş kadınlar da kocalarının aileleri içinde aile evladı statüsüne girerler. Dolayısıyla evlenmekle aile evladı statüsü sona ermeyip sadece bağlı olduğu aile değişmektedir.⁷⁸

Görüldüğü üzere Roma hukukunda klasik hukuk dönemi boyunca aile evladı statüsünde bulunan kadınlar ve erkekler hak ehliyetine sahip değillerdir. Roma ailesinde hak ehliyetine sahip olan yani hukuken 'şahıs' sayılan tek kişi aile reisi statüsünde olan kişidir. Sadece o, hak ve borçlanmalara ehil kabul edilir. Ayrıca aile reisinin mameleke dair hak ve borçlanma ehliyetlerinin yanı sıra aile evladı üzerinde de mutlak otorite sahibidirler. Kadınlar bu dönemde hiç bir zaman aile reisi statüsüne sahip olamazlar. Dolayısıyla da hak ve borçlanmalara ehil olamazlar.⁷⁹

⁷¹ Bayraklı, c.3, s.421.

⁷² Öztürk, Mustafa, *Kur'an-ı Kerim Mealî (Anlam ve Yorum Merkezli Çeviri)*, İstanbul, Düşün Yayıncılık, 2013, s.68.

⁷³ İslamoğlu, Mustafa, *Hayat Kitabı Kur'an Gereğeli Meal-Tefsir*, İstanbul, Düşün Yayıncılık, 2009, c.1, s.99-100

⁷⁴ Karadeniz Çelebicin, Özcan, *Roma Hukuku*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1989, s. 130

⁷⁵ Karadeniz s. 130

⁷⁶ Karadeniz s. 130-135

⁷⁷ Karadeniz s. 138-139, Tahiroğlu, Bülent, *Roma Borçlar Hukuku*, İstanbul, Der Yayınları, 2009, s. 328

⁷⁸ Karadeniz s. 155-156

⁷⁹ Karadeniz s. 160

Kadınlara kamu hukuku alanında hiçbir hak tanınmamıştı. Özel hukuk alanında ise hakları son derece kısıtlıydı. Örneğin kadınlara vasi olma hakkı tanınmamıştı. Borçlar hukuk alanında üçüncü kişiler lehine borç altına giremezlerdi. Mameleke dair işlemleri tek başlarına yapma hakları yoktu. Aile babası egemenliğinde değillerse kendilerine hukuki işlemlerde yardımcı olmak üzere vasi atanıyordu.⁸⁰

Roma hukukunun ilk dönemlerinde kadınların hukuki işlem ehliyetini sınırlayan hükümlerde Iustinianus döneminde bazı iyileştirmelere gidildiği görülmektedir. Örneğin bazı şekil şartlarına uyulmak şartıyla kadınların üçüncü kişiler lehine borç altına girme imkanı sağlanmasına rağmen o dönemde bile kadınların kocaları lehine borç altına girmeleri kendiliğinden hükümsüz kabul ediliyordu. Rado, bu kısıtlamaların kadınları koruma amacıyla getirildiğini ve Iustinianus döneminde de korunduğu ifade eder.⁸¹

Yine kadınlar kendilerini borç altına sokan hukuki işlemleri yani taahhüt muamelelerini, hak devirlerini içeren hukuki işlemleri, ancak vasilerinin izniyle yapılabiliyorlardı. Vasiyetname düzenlemede, mirasın kabulünde kölelerin azat edilmesinde kadınların vasilerinin izni gerekliydi. Kadınların dava açma ehliyetleri de yoktu.⁸²

Kadınların hukuki işlem ehliyetlerinin kısıtlanma nedeninin onların yapısının zayıflığı değil, toplumsal hayata çok fazla karışmamaları nedeniyle tecrübesizlikleri gösterilmektedir. Nitekim kadınlar sosyal hayata ve iş hayatına katıldıkça zamanla bu kısıtlamaların hafifletilmeye başlandığı kaynaklarda ifade edilmektedir.⁸³

Şahitlikten Çekinme

Şahitlikten çekinme meselesine gelince; Ayetteki, “Şahitler, çağrıldıkları vakit çekinmesin.” İbaresinden hareketle şahitlik yapmanın lüzumu ve şahitlikten çekinmenin doğru olmadığı sonucuna varılmıştır.

Taberî, müfessirlerin şahitlerin çağrılmaları halinde hangi tür şahitlikten kaçınmalarının yasaklandığı hususunda farklı görüşlerde olduğunu, bir kısmının şahitliği, bir yazışma veya herhangi bir hak için şahit olmaya çağrılanların şahitlikten kaçınmamaları şeklinde anladığını, zira Rebi b. Enes’in “kişi birçok topluluklar geziyor, şahit tutacak birini arıyor fakat kimse onun çağrısını kabul etmiyordu. Bunun üzerine Cenab-ı Allah bu ayeti indirdi.” İfadesini delil kabul ettiklerini, diğerlerinin ise şahitliği, “şahitler daha önce şahit tutuldukları mesele hakkında şahitliğe çağrıldıkları zaman şahitlik yapmaktan kaçınmasınlar” şeklinde anladıklarını kendisinin bu görüşü tercihe şayan bulduğunu ve buradaki şahitlikten maksadın kişinin bildiği bir şey hakkında idarecinin veya hakimnin huzurunda şahitlik etmesi ve böylece hak sahibinin hakkının yükümlü olandan alınmasına vasita olduğunu belirtir. Kişi bu takdirde şahitlik yapmaya davet edildiğinde bu davete icabet etmesi gerekir. Taberî bu görüşü tercih etmesinin sebebini ayet-i kerimde geçen bu insanlara “şahitler” denmesi olduğunu belirtir. Ona göre insanlar ancak olaylara şahit tutulmaları ve olayları daha önce bilmeleri halinde kendilerine “şahit” denilir. İnsanlar belli bir olay için şahit tutulmadan önce kendilerine şahit adı vermek caiz değildir. Ayrıca “şahitler” kelimesinin

başında harf-i tarifi bulunması bunların belli şahitler olduklarını yani olayı daha önceden bilen kişiler olduklarını ifade eder. Taberî her ne kadar ayetin bu bölümünde zikredilen şahitlerden maksadın daha önce geçen bir olaya şahit tutulan kimseler olduğunu dile getirirse de, insanların belli bir mesele veya hak hususunda şahit tutulmaya çağrılmaları halinde şayet kendilerinden başka şahitlik etmeye müsait birinin bulunmaması halinde, şahitlik çağrılarının kabul etmelerinin farz olduğunu, şahit olma davetine icabetten imtina edemeyeceklerini belirtir.⁸⁴

Râzî, Katade’nin ve Kaffal’ın tercih ettiği görüşü en doğru görüş olarak kabul ettiğini belirterek şهادetten maksadın mutlak anlamda şهادeti üstlenmek olduğunu Cenab-ı Allah’ın katibe yazmaktan kaçınmamasını emrettiği gibi şahide de şهادeti üstlenmekten kaçınmamasını emrettiğini, çünkü bunlardan her birinin birbiriyle ilgili olduğunu, şهادet ve kitabetin bir arada olmadığında hakların zayı olabileceğini belirtir. Ayrıca şهادeti üstlendikten sonra onu bil fiil eda etmenin ise herkese farz olduğunu Bakara Suresi 283. Ayetteki “Şahitliği gizlemeyiniz” emriyle de tekit edildiğini zikreder.⁸⁵

Kurtubî, bu ayet-i kerime ile şahitlik konusunda iki hususun bir arada ifade edildiğini Hasan-ı Basri’den naklen şöyle zikreder: “Bir şeye şahit olmak üzere çağrıldığın zaman yüz çevirmeyeceksin, şahit olduğun bir şey hakkında şahitlikte bulunmak üzere çağrıldığında da yine yüz çevirmeyeceksin.” Kurtubî, İbn Abbas’ın da aynı görüşte olduğunu, Mücahid’in ise ayetteki emrin, bir şeye şahit olunmuş ise şahitlikten çekinmeyeceksin anlamında olduğunu ve en-Nekkaş’dan rivayetle Allah Resul’ünün ayet-i kerimeyi bu şekilde tefsir ettiğini belirtir. Ayrıca yine Mücahid’e nispetle ilk olarak şahit olmak üzere çağrılanların arzu ederlerse gideceklerini etmezlerse gitmeyebileceklerini, bu görüşe Ebu Miclez, Ata, İbrahim, İbn Cübeyr, es-Süddi, İbn Zeyd ve daha başkalarının da bu görüşte olduklarını belirtir. Onlara göre şahitlerin akdi yapan tarafların yanında hazır olmaları vacip değildir. Buna mukabil borçlanan tarafların şahitlerin yanında hazır olma yükümlülükleri vardır. Kurtubî, İbn Atiyye’nin ayet-i kerimde Hasan-ı Basri’nin dediği gibi mendup olmak üzere iki hususun bir arada zikredildiği görüşünde olduğunu, müslümanların kardeşlerine yardımcı olmak hususunda teşvik edildiğini eğer şahitlerin rahatlıkla bulunabildiği bir genişlik hali var ise şahitlik için çağrılan kimsenin gitmesinin mendup olduğunu, gitmeme hakkının da bulunduğunu, gitmeyecek olursa günah kazanmayacağını, ancak ortada bir zorunluluk var ve şahitlikten geri durulması sebebiyle bir hakkın zayı olacağı bilinir ise o takdirde bu şahitliği yapmanın vacip olacağını belirttiğini nakleder.⁸⁶

Türk Hukukunda Şahitlik ve Şahitlikten Çekinme Hakkı

Türk hukukunda şahitlik kurumu HMK’nın dördüncü kısmının dördüncü bölümünde “Tanık” başlığıyla ve yasanın 240-265. Maddeleri arasında düzenlenmiştir. HMK Hukuk Mahkemelerindeki şahitliği, yani tarafların bildirmesi üzerine Mahkemece yapılan çağrı üzerine yapılan şahitliği düzenlemiştir. Yasanın 240.maddesinin ilk iki fıkrası şöyledir: “Davada taraf olmayan kişiler tanık

⁸⁰ Karadeniz s. 175-176

⁸¹ Rado, Türkan, *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2001, s. 216

⁸² Karadeniz s. 214-215

⁸³ Karadeniz s. 215

⁸⁴ Taberî, c. 2, s. 174-175

⁸⁵ Râzî, c. 6, s. 57

⁸⁶ Kurtubî, c. 2, s. 35-36

olarak gösterilebilir. Tanık gösteren taraf, tanık dinletmek istediği vakıyı ve dinlenilmesi istenen tanıkların adı ve soyadı ile tebliğe elverişli adreslerini içeren listeyi mahkemeye sunar. Bu listede gösterilmemiş olan kimseler tanık olarak dinlenemez ve ikinci bir liste verilemez.”⁸⁷ Buna göre taraflar bizzat tanık sıfatıyla dinlenemezler. Ancak Mahkemeye verecekleri tanık listesi ile dinletmek istedikleri kişilerin Mahkeme tarafından çağrılarak dinlenilmesini talep edebilirler.

Çağrıya Uyuma Zorunluluğu

Türk hukukunda kanunda gösterilen bazı istisnalar dışında, Mahkeme tarafından yapılan şahitlik çağrısına uymak zorunludur. Çağrıya uyulmadığı takdirde zorla getirilmenin yanı sıra bazı yaptırımlar da konulmuştur. Yasanın 245. Maddesi bu hususu düzenlemiştir: “Kanunda gösterilen hükümler saklı kalmak üzere, tanıklık için çağrılan herkes gelmek zorundadır. Usulüne uygun olarak çağrıldığı hâlde mazeret bildirmeksizin gelmeyen tanık zorla getirilir, gelmemesinin sebep olduğu giderlere ve beş yüz Türk Lirasına kadar disiplin para cezasına hükmolunur. Zorla getirtilen tanık, evvelce gelmemesini haklı gösterecek sebepleri sonradan bildirirse, aleyhine hükmedilen giderler ve disiplin para cezası kaldırılır.”⁸⁸

Her ne kadar tanığın bizzat mahkemeye gelerek sözlü şahitlik yapması kural ise de bazı durumlarda yazılı beyanda bulunmak suretiyle şahitlik yapmak mümkündür. Yasanın 246. Maddesi bu hususu düzenlemiştir: “Hâkim gerekli görülen hâllerde, sözlü olarak dinlenmesi yerine, belirlenecek süre içinde cevaplarını yazılı olarak bildirmesi için tanığa soru kâğıdı gönderilmesine karar verebilir. Bu şekilde işlem yapılması, tanığın vereceği cevabın hükme yeterli olup olmadığı hususunu hâkimin takdir etmesine engel olamaz. Hâkim, verilen yazılı cevapların yetersiz olması hâlinde, tanığı dinlemek üzere davet edebilir.”⁸⁹

Yasada Şahitlikten Çekinme

HMK yasada belirtilen bazı sebeplerin varlığı halinde şahitlere şahitlikten çekinme, yani şahitlik yapmama hakkı tanınmıştır. Hatta böyle bir hakkın varlığı halinde bunun bizzat hakim tarafından hatırlatılacağı yasanın 247. Maddesinde düzenlenmiştir: “Kanunda açıkça belirtilmiş olan hâllerde, tanık olarak çağrılmış bulunan kimse, tanıklık yapmaktan çekinebilir. Kişisel nedenlerle tanıklıktan çekinme sebeplerinin varlığı hâlinde, hâkim tanık olarak çağrılmış kimsenin çekinme hakkı bulunduğunu önceden hatırlatır.”⁹⁰

Hangi durumlarda şahitlikten çekinme hakkının doğacağı yasanın 248,249 ve 250. Maddelerinde ayrı ayrı başlıklarla düzenlenmiştir. Buna göre “kişisel nedenlerle tanıklıktan çekinme” başlığıyla düzenlenen 248.maddeye göre;

“Aşağıdaki kimseler tanıklıktan çekinebilirler:

- İki taraftan birinin nişanlısı.
- Evlilik bağı ortadan kalkmış olsa dahi iki taraftan birinin eşi.
- Kendisi veya eşinin altsoy veya üstsoyu.
- Taraflardan biri ile arasında evlatlık bağı bulunanlar.
- Üçüncü derece de dâhil olmak üzere kan veya kendisini oluşturan evlilik bağı ortadan kalkmış olsa dahi kayın hısımları.
- Koruyucu aile ve onların çocukları ile koruma altına alınan çocuk.”⁹¹

Görüldüğü üzere burada şahitlik yapacak kişinin taraflarla olan yakın akrabalık bağı kendisine şahitlikten çekinme hakkı vermektedir.

Yasanın 250.maddesi ise “Menfaat ihlali tehlikesi nedeniyle tanıklıktan çekinme” başlığıyla gerek tarafların, gerekse bizzat şahidin, yapılacak tanıklıkla zarar görme ihtimaline binaen tanıklıktan çekinme hakkını düzenlemiştir. Buna göre;

“Aşağıdaki hâllerde tanıklıktan çekinebilir:

- Tanığın beyanı kendisine veya 248 inci maddede yazılı kimselerden birine doğrudan doğruya maddi bir zarar verecekse.
- Tanığın beyanı kendisinin veya 248 inci maddede yazılı kimselerden birinin şeref veya itibarını ihlal edecek ya da ceza soruşturmasına veya kovuşturmasına sebep olacaksa.
- Tanığın beyanı, meslek veya sanatına ait olan sırların ortaya çıkmasına sebebiyet verecekse.”⁹²

Görüldüğü üzere yasa, tarafların ya da tanığın aleyhine olabilecek durumlarda tanığa tanıklıktan çekinme hakkı tanımıştır. Hemen burada konuya dair Nisa suresinin 135.ayetini hatırlatmakta fayda buluyoruz. Zira Cenab-ı Allah bu ayeti kerimede insanlara her ne şekilde olursa olsun Allah için şahitlik yapmayı ve kendisi ya da en yakınlarının aleyhine bile olsa şahitlikten çekinmeyip adaleti ayakta tutmayı emretmiştir. İlgili ayetin meali şöyledir. “Ey iman edenler! Kendiniz, ana babanız ve en yakınlarınızın aleyhine de olsa, Allah için şahitlik yaparak adaleti titizlikle ayakta tutan kimseler olun. (Şahitlik ettikleriniz) zengin veya fakir de olsalar (adaletten ayrılmayın). Çünkü Allah ikisine de daha yakındır. (Onları sizden çok kayırır.) Öyle ise adaleti yerine getirmede nefsinize uymayın. Eğer (şahitlik ederken gerçeği) çarpıtırmanız veya (şahitlikten) çekinirsiniz (bilin ki) şüphesiz Allah, yaptıklarınızdan hakkıyla haberdardır.”⁹³

Şahitlerin Zarar Görmemesi

Ayetle “لا يُضَارُّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ” “Katibe de şahide de zarar verilmesin” ifadesi müfessirler tarafından farklı şekillerde yorumlanmıştır. Taberî, ayetteki bu ifadenin Tavus, Hasan-ı Basri, Katade ve İbn Zeyd’e göre “Katip de şahit de, yazdıran ve şahitlik yaptıran kimselere zarar vermesinler yani katip, yazdırılardan daha fazla veya daha eksik yazarak kendisine yazdıran tarafa ve karşı tarafa zarar vermesin, tutulan şahit de, şahitlik ederken doğruyu söylemeyerek tarafların hakkını zayı etmesin.” anlamına geldiğini, Ata, Abdullah b. Abbas, ve Mücahid’in de ayetteki ifadeyi aynı şekilde tefsir ettiklerini ancak katip ve şahidin taraflara zarar vermelerinin yazmaktan ve şahitlik yapmaktan kaçınmakla meydana geleceğini söylediklerini nakleder. Taberî kendisinin de tercih ettiği görüş olarak beyan ettiği Hz. Ömer, Abdullah b. Mesud, Mücahid, Abdullah b. Abbas, İkrime, Dehhak, Süddi, Rebi b. Enes ve Tavus’dan nakledilen görüşe göre ayetin bu bölümünün manası “Yaptıkları muameleyi yazdırmak isteyen ve bu muameleye şahit tutmak isteyen kimseler, yazacak olan katibe ve şahitlik yapacak olan şahide zarar vermesinler” şeklindedir. Katip ve şahide zarar verilmesi ise bunları yapacak başka insanların bulunmasına ve bunların meşgul

⁸⁷ <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6100.pdf>

⁸⁸ <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6100.pdf>

⁸⁹ <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6100.pdf>

⁹⁰ <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6100.pdf>

⁹¹ <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6100.pdf>

⁹² <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6100.pdf>

⁹³ Nisa 4/135

olmalarına rağmen muameleyi yazmaya ve şahit olmaya zorlanmaları ile olur. Taberî, bu görüşü tercih etmesinin gerekçesi olarak Cenab-ı Allah'ın ayet-i kerimede başından sonuna kadar borçla muamele yapan kimselere hitap ettiğini, onlara bir kısım şeyleri emrettiğini, bir kısım şeylerden de nehyettiğini belirtir.⁹⁴

Zemahşerî ve Râzî, ayetin bu bölümünün her iki anlamda anlaşılmasının Arapça açısından mümkün olduğunu, buradaki anlam farkının لَا يُضَارُّ وَلَا يُضَارُّ fiilinin malum ya da meçhul olarak okunabileceğinden kaynaklandığını beyan ederler.⁹⁵

Mâtürîdî, her iki görüşü naklettikten sonra, “katip, hak sahibine eksik veya fazla yazmak suretiyle zarar vermesin. Şahit de mevcut olan hakka herhangi bir ekleme veya çıkarma yaparak ya da şahitliği gizleyerek zarar vermesin” şeklindeki yorumu ilahi iradeye daha yakın gördüğünü ifade etmiştir.⁹⁶

Zarardan kastın, sadece şahitlerin kendisine baskı yapılmaması şeklinde anlaşılmalı, onların bu iş için uzak yerlerden gelmesi halinde veya işinden gücünden alıkonuldukları için kendilerine münasip bir şahitlik ücretinin verilmesi şeklinde anlayanlar da olmuştur.⁹⁷

Türk Hukuku'nda Şahitlik Ücreti

Bu gün Türkiye'de, gerek Ceza Muhakemeleri Kanunu'nda, gerekse Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda olsun şahitlik için bir ücret takdiri yasa koyucu tarafından yapılmaktadır. Buna göre 04.12.2004 Tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun “Tanığa verilecek tazminat ve giderler” başlığı altında düzenlenen 61.Maddesi şöyledir: (1) “Cumhuriyet savcısı veya mahkeme başkanı veya hâkim tarafından çağrılan tanığa, her yıl Adalet Bakanlığınca hazırlanan tarife göre kaybettiği zaman ile orantılı bir tazminat verilir. Tanık hazır olmak için seyahat etmek zorunda kalmışsa, yol giderleriyle tanıklığa çağrıldığı yerdeki ikamet ve beslenme giderleri de karşılanır. (2) Birinci fıkra hükmüne istinaden ödenmesi gereken tazminat ve giderler, hiçbir vergi, resim ve harç alınmaksızın, ödenir.”⁹⁸

Şahitlik ücretine dair düzenleme 12.01.2011 Tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 256. Maddesinde Hukuk Davaları için de ayrıca düzenlenmiştir.⁹⁹

Görüldüğü üzere şu an yürürlükte bulunan yasalara göre belli şartlarda şahide tanınmış bulunan çekinme hakkı ve şahitlik için uygulanan ücret takdiri, Müdâyene ayetindeki “Şahide zarar verilmesin” ilkesiyle uyusmaktadır denilebilir.

Peşin Alış-Verişlerde Yazma ve Şahit Bulundurma

Gerek taraflar arasında gerekse de ticari ve sosyal hayatta güven ortamı öylesine önemli ki; ayetin devamında peşin alışverişlerde yazma zorunluluğu kaldırılmakla birlikte, şahit bulundurma emri devam etmektedir.

Peşin alışverişlerde şahitlerin bulunması ileride doğabilecek ihtilafların önüne geçilmesi ve taraflar arasında güvenin tesisine yönelik bir tavsiyedir. Bu nedenle peşin alışverişlerin dahi gizli yapılmaması şahitler huzurunda aleni yapılması, böylece ileride doğması

muhtemel bir takım uyuşmazlıkların çözümünde ispat kolaylığı sağlanması hedeflenmiştir.

Bu tavsiyenin hemen ardından لَا يُضَارُّ وَلَا يُضَارُّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ ibaresinin gelmesi sanki peşin alışverişlerin dahi yazılı yapılmasının gerektiği şeklinde yorumlanabilir. Zira sadece şahide değil, yazıcıya da zarar verilmemesi zikredilmiştir.

Taberî, peşin alışverişlerde şahit tutulması emrinin mendubiyet mi yoksa farziyet mi ifade ettiği hususunda müfessirlerin iki görüş belirttiklerini taktırr. Hasan-ı Basri ve Şa'bi'ye göre ayetin bu bölümündeki şahit tutma emri mendubiyet ifade eder. Peşin alışveriş yapanlar ister şahit tutarlar isterse tutmazlar. Bu görüşte olanlar Bakara Suresi 283. Ayetteki “Şayet birbirinize güveniyorsanız, güvenilen kimse emaneti yerine versin” beyanını birbirine güvenen kimselerin şahit tutmaktan muaf tutulduğuna delil olarak görürler. Dehhak'a göre ise şahit tutun ifadesi farziyet ifade eder. Peşin alışveriş yapanlar muamelelerini yazmak zorunda değillerse de mutlaka şahit tutmak zorundadırlar. Taberî de bu görüşü tercih etmiş ve tercih sebebini şöyle ifade etmiştir. “Allah'ın bütün emirleri farziyet ifade eder ancak bu emirlerin mendubiyet ve irşad ifade ettiklerine dair kesin bir delil bulunması halinde bu emirler mendubiyet veya irşad ifade ederler. Burada buna dair herhangi bir delil bulunmadığına göre her satıcı ve müşterinin alışverişe şahit tutmaları farzdır. Bu farziyeti ortadan kaldıran herhangi bir delil yoktur.”¹⁰⁰

Mâtürîdî, şahitlerin hazır bulundurulması emrinin bağlayıcı nitelikte olmadığını, rehin, kayıt altına alınma ve şahit bulundurma emirlerinin borçluyu inkardan alıkoymayı hedeflediğini unutma ve gaflet halinde hatırlattığını, bu işlemlerin tamamının taraflar arasında sonradan meydana gelebilecek tartışmaların bertaraf edilmesi için olduğunu beyan eder.¹⁰¹ Zemahşerî de aynı şekilde bunun en ihtiyatlı ve ihtilaf çıkma ihtimalini en aza indiren yol olduğunu belirterek peşin alışverişlerde yazmaya gerek olmadığı sadece şahit tutmanın yeterli olduğunu beyan eder.¹⁰²

Bayraktar Bayraklı; peşin alışverişlerin yazılı yapılmasında tarafların bir menfaati olmasa da devletin vergi hakkı için kamunun bir menfaati olduğu kanaatindedir. Bu nedenle Ayetteki “Onu yazmamanızda bir mahzur yoktur” ifadesini şöyle yorumlamaktadır:

“Devlete ödenecek verginin yazılması gerektiğine işaret için yazmayın yerine "yazmamanızda mahzur yoktur" deniliyor ki bu, yazmamanın mahzurlu olacağı durum ve ortamların olabileceğini gösterir. Alış-veriş yapan taraflar için yazılmamasında mahzur olmayabilir ama, toplumun sosyal hizmetlerini gören devlete karşı ödenecek vergilerin yazılmaması mahzurlu olabilir. "Yazmamanızda mahzur yoktur" ifadesi, "yazsanız da olur" anlamına da gelmektedir. Yüce Allah'ın ayette kullandığı ifade, farklı uygulamalar için açık kapı bırakmaktadır.”¹⁰³

Burada peşin alış-verişlerin şahitlerin huzurunda yapılması ve yazılmasının daha iyi olacağı tavsiyesinden, alış-verişlerin gizli yapılmaması, ticari hayatın aleni

⁹⁴ Taberî, c. 2, s. 176-177

⁹⁵ Zemahşerî, c. 1, s. 854, Râzî, c. 6, s. 63

⁹⁶ Mâtürîdî, c. 2, s. 247

⁹⁷ Bilmen, Ömer Nasuhi, *Kur'an-ı Kerim'in Türkçe Meâli Âlisi ve Tefsiri*, İstanbul, Bilmen Yayınevi, 1964, c.1, s.307

⁹⁸ <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5271.pdf>

⁹⁹ <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6100.pdf>

¹⁰⁰ Taberî, c. 2, s. 176

¹⁰¹ Mâtürîdî, c. 2, s. 247

¹⁰² Zemahşerî, c. 1, s. 854

¹⁰³ Bayraklı, c.3, s.423.

olması, devlet otoritesinin denetimine açık olması, ticari işlemlerin hileden uzak olması gerektiği sonucu çıkartılabilir. Bu şekilde yapılan ticari işlemler ticari ve sosyal alanda güven ve hukuk açısından bir tedbir mahiyetindedir.¹⁰⁴

Sonuç

İncelemeye çalıştığımız Müdâylene ayetinden, güncel ticari hayat açısından çıkarabildiğimiz sonuçları şöyle sıralayabiliriz:

- Her türlü vadeli ya da vadesiz ticari muameleler yazılı şekilde ve şahitler huzurunda yapılmalıdır.
- Sözleşmelerin düzenlenmesinde yetersiz kalınması halinde işin uzmanı olan kişilerden yardım alınmalıdır. Devlet her beldeye yeterli sayıda noter, Kur'an'ın tabiriyle "Katib-i adl" görevlendirmelidir.
- Sözleşmelerde işlemin değerine ve vadenin uzun veya kısa oluşuna bakılmaksızın işleme dair tüm hususlar kayda geçirilmeli, hiçbir ayrıntıdan kaçınılmamalıdır.
- Sözleşmelerin yazımında yardımcı olan uzman kişilere ve şahitlere baskı yapılmamalı, onlara zarar verilmemeli, hatta yaptıkları işe münasip bir ücret ödenmelidir.
- Ticari sözleşmelerin yazılı ve şahitli olarak aleni ve denetime açık yapılması, Kamu Hukuku açısından en adil, ispatlama açısından en güvenilir, ticari ve sosyal hayatta belirsizliği ortadan kaldırarak güven ortamının oluşmasında en etkili yoldur.
- Bu hükümler, insanı yaratan ve onun faydasına olan şeyleri en iyi bilen Allah tarafından konulmuştur. Bu nedenle de insanlar her şeyden önce yaratıcısına karşı duyarlı ve sorumluluk bilinciyle hareket etmelidir. Yaratıcısının emir ve yasaklarına karşı sorumluluk duymayanların başkalarına karşı sorumlu davranmaları beklenemez.
- Müdâylene ayetinin, Kur'an'ın en uzun ayeti olması, zımnen ticari ve sosyal hayatın uzun bir süreç olduğunu ve toplumların huzur ve güvenliğinin ekonomik ve ticari hayatın güvenliğine bağlı olduğunu göstermektedir.

Kaynaklar

- Atar, Fahrettin , Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, "Noter" C. 33, 2007
- Ateş, Süleyman Kur'an-ı Kerim'in Yüce Meali ve Çağdaş Tefsiri, I-XIII, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları,1982
- Aybakan, Bilal, "Selem" , Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Ankara, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2009, c.36
- Bayraklı, Bayraktar Yeni Bir Anlayışın Işığında Kur'an Tefsiri, I-XXI, İstanbul,Bayraklı Yayınları, 2013.
- Bilmen, Ömer Nasuhi Kur'an-ı Kerim'in Türkçe Meali Âlisi ve Tefsiri, I- VIII İstanbul,Bilmen Yayınevi,1964.
- Ebu Cafer Muhammed b. Cerir et- Taberî, Taberî Tefsiri, Çev. Hasan Karakaya-Kerim Aytekin, İstanbul, Hisar Yayınevi, 1996, c. 2

- Ebü'l-Feyz Muhammed el-Murtazâ b. Muhammed b. Muhammed b. Abdurrezzâk el-Bilgrâmî el-Hüseynî ez-Zebîdî, Tacü'l- Arus, Daru'l-Hidaye, c. 8
- El İsfahânî, Rağîb El-Müfredat Fi Ğaribi'l-Kur'an, Çev.Abdulbaki Güneş, Mehmet Yolcu, İstanbul,Çıra yayınları,2010.
- el- Mâtürîdî, Ebu Mansur Muhammed b. Muhammed b. Mahmud, Te'vilatü'l-Kur'an Tercümesi, Çev. Bekir Topaloğlu, Kemal Sandıkçı, İstanbul, Ensar Yayıncılık 2015.
- Esed, Muhammed Kur'an Mesajı Meal-Tefsir, I- III, Çev.Cahit Koymak, Ahmet Ertürk, İstanbul, İşaret Yayınları,1999.
- es-Sâbüni, Muhammed Ali Safvetü't-Tefâsir, I- VII, Çev.Sadreddin Gümüş, Nedim Yılmaz, İstanbul, Ensar Yayıncılık,1990.
- ez-Zemahşerî, Ebu'l-Kasım Carullah Mahmud b.Ömer b. Muhammed El-Harizmi, el-Keşşâf an hakaiki gavamizi't-tenzil ve uyuni'l-ekavil fi vücuhit-te'vil', I- VI, Çev.Muhammed Çoşkun, Ömer Çelik, Necdet Çağlı, Adil Bebek, İstanbul, Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı, 2016
- Fahreddin Râzî, Tefsir-i Kebir, Çev. Suat Yıldırım ve diğerleri, Ankara, Huzur Yayınevi, 1989, c. 6
- Gören,Ömer, Karşılaştırmalı Avukatlık - Noterlik Hukuku, Adalet Yayınevi, 2010
- Halil b. Ahmed, Kitabu'l-Ayn, Tahkik Mehdi el-Mahzumi, İbrahim es-Semrai, Dar'u Mektebet'ül-Hilal, c. 8
- İbn Manzur Muhammed b. Mükrim b. Ali Ebu'l -Fazl, Lisani'l-Arap, I-XV, Daru Sadr, Beyrut, 1993,
- İslamoğlu, Mustafa, Hayat Kitabı Kur'an Gerekeçli Meal-Tefsir, I- II, İstanbul,Düşün Yayıncılık,2009.
- İsmâil b. Hammâd el-Cevherî, Tacü'l-luğa ve şihâhu'l-'Arabiyye, Tahkik Ahmed Abdülgafur Attar, Beyrut, Daru'l İlmi li'l-Meleyn, 1987, c. 4
- Karadeniz Çelebican, Özcan, Roma Hukuku, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1989
- Karaman Hayreddin ve diğerleri, Kur'an Yolu Türkçe Meal ve Tefsir, I- V, Ankara,Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları,2007.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. Borçlar Hukuk Genel Hükümler,Ankara, Turhan Kitabevi,2009.
- Kurtubî, el-Câmiu li Ahkâmî'l-Kur'an, Çev. M. Beşir Eryarsoy, İstanbul, Buruc Yayınları, 2003, c. 4
- Okuyan, Mehmet Kur'an-ı Kerim'de Çok Anlamlılık,İstanbul,Düşün Yayıncılık,2013.
- Öztürk, Mustafa Kur'an-ı Kerim Meali (Anlam ve Yorum Merkezli Çeviri),İstanbul, Düşün Yayıncılık,2013.
- Rado, Türkan, Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2001
- Şişman,Güneş, Noter ve Noterlik Nedir. Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, 2001, sayı 110
- Tahiroğlu, Bülent, Roma Borçlar Hukuku, İstanbul, Der Yayınları, 2009
- Ulukapı, Ömer, Noterlik Mesleği ,Noterin Hak ve Yükümlülükleri, Mimoza Yayıncılık, 2003
- Yazır, M.Hamdi, Elmalılı, Hak Dini Kur'an Dili, İstanbul, Eser Neşriyat,1979.
- <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf>
- <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6098.pdf>
- <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5271.pdf>
- <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6100.pdf>
- <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6102.pdf>
- <http://www.kuranmealı.com/AyetKarsilastirma.php?sure=2&aye t=282>

¹⁰⁴ Elmalılı, c.1, s.263.