



SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
TÜRKİYAT ARAŞTIRMALARI ENSTİTÜSÜ

Prof. Dr.
ÉMİLE TYAN



NOTERLİK
VE
İSLAM HUKUKU UYGULAMASINDA
YAZIYLA İSPAT REJİMİ



Çeviren
Dr. Öğr. Üyesi
Ahmet Ziya ÇALIŞKAN



SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
TÜRKİYAT ARAŞTIRMALARI ENSTİTÜSÜ

YAYIN NO: 11

Prof. Dr. Émile TYAN

**NOTERLİK VE
İSLAM HUKUKU UYGULAMASINDA
YAZIYLA İSPAT REJİMİ**

Çeviren

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Ziya ÇALIŞKAN

Editör

Dr. Öğr. Üyesi İbrahim ÜLKER

KONYA-2019

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ TÜRKİYAT ARAŞTIRMALARI ENSTİTÜSÜ
YAYIN NO:11

•
ISBN 978-975-448-230-0

•
ÇEVİREN
Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Ziya ÇALIŞKAN

•
EDİTÖR
Dr. Öğr. Üyesi İbrahim ÜLKER

•
BASKI
Selçuk Üniversitesi Basımevi
Selçuk Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi
Güzel Santalar Fakültesi Basım Yayın Teknolojileri Atölyesi
Alaeddin Keykubat Yerleşkesi 42130 Selçuklu / KONYA

•
İLETİŞİM
Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü
Alaeddin Keykubat Yerleşkesi 42031 Selçuklu / KONYA
Telefon: +90 0332 241 05 62 Belgeç / Fax: 241 04 47
web: <http://sutad.selcuk.edu.tr/sutad>
e-mail: selcukturkiyat@gmail.com

•
Orijinal eserin tüm hakları NADY TYAN'a aittir.
(tyanasso@dm.net.lb)

•
Ocak 2019, KONYA

Para ile Satılamaz.

Çevirenin Notu

Orijinal ismi Le Notariat et le "Régime de la Preuve Par Ecrit Dans la Pratique du Droit Musulman" olan ve 1945 yılında Emile TYAN tarafından yazılan bu eser, son derece orijinal bir çalışma olması sebebiyle ve bu alanda çalışmalar yapan araştırmacı ve bilim insanlarına faydalı olacağı düşüncesiyle, bilim dünyamıza kazandırılmak istenmiştir.

Noterlik gibi önemli bir müessesenin bir nevi ortaya çıkışının anlatıldığı bu eser, konuya ilişkin orijinal kaynakların incelemesinin bir ürünü olarak karşımıza çıkmaktadır. Noterlik kurumunun ne denli büyük bir öneme sahip olduğu, eserin incelenmesinden anlaşılacaktır. İbn Haldûn'un da ifade ettiği gibi; noterlik adaletin yardımcısıdır ve onun yönetiminin de parçalarından biridir.

Elinizdeki eserin çevirisi yapılırken, orijinal metne mümkün olduğunca sadık kalınmaya çalışılmıştır. Yazarın anlatım tarzına ve vurgulama yöntemine uyularak, yerine göre dilimiz açısından çok edebi olmasa dahi metinde kullanılan kavramların gerçek karşılıkları birebir verilmeye çalışılarak özgünlüğe hat safhada riayet edilmiştir. Bu şekilde her bir okuyucunun kendi yorumunu yapmasına imkân verilmek istenmiştir.

Yazarın, eserin büyük bir kısmını sohbet havasında yazmış olması, çevirinin de aynı tarzda olması sonucuna götürmüştür.

Çeviri yaparken her bir dildeki özdeyişlere, söyleyiş şekillerine hâkim olmak ve ifade edileni, kullanılan dildeki tam karşılığıyla çevrilen dile aktarmak gerektiği için, kaynak dildeki birtakım ifadeleri, hedef dildeki söyleyiş şekilleriyle bir nevi yeniden yorumlamak gerekmektedir. Bir meslektaşımın

talebi üzerine hazırlanan bu çalışmada, yer yer bu yöntemde de başvurmak suretiyle, anlamlı bir bütün oluşturmaya çalışılmıştır.

Okuyuculara kolaylık sağlama adına, orijinal nüshadan farklı olarak "İçindekiler" tablosu oluşturulmuştur. Eserden faydalanacak olanların karşılaştırma yapabilmesi için de çevrilen her bir sayfa orijinal nüshadaki sayfasıyla birebir aynı sayfa numarası altında verilmiştir. Kitabın sonuna da orijinal metin aynen eklenmiştir.

Eserin telif haklarını elinde bulunduran ve Türkçeye çevrilmesine izin veren Nady TYAN'a (tyanasso@dm.net.lb), eserin üniversite yayını olarak basılmasına imkân tanıyan Selçuk Üniversitesi Rektörü Prof. Dr. Mustafa ŞAHİN Hocama ve çevirinin tashihlerini yapan Arş. Gör. Nedime Tuğçe YİĞİT'e teşekkürlerimi ayrı ayrı ifade etmek isterim. Faydalı olması temennisiyle.

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Ziya ÇALIŞKAN
Konya-2019

Editörün Notu

Osmanlıda noterlik işlemleri üzerine çalışma yaparken Fahrettin ATAR hocanın “İslam Adliye Teşkilatı” isimli eseri başta olmak üzere bazı eserlerde bu kitaba atıf yapıldığı görülmüştür. İslam hukukunda noterlik üzerine Fransızca bir eser yazılmış olması bizim için dikkat çekici bir durumdu. Esere ulaşmaya çalıştık. Kütüphane kataloglarında yaptığımız taramada İsam Kütüphanesi’nde bir nüsha bulunduğunu tespit ettik. Eserin bir kopyasını elde ettikten sonra çeviri için çalışmalara başlandı. Her ne kadar eserin 1953 yılı baskısı olsa da; ikinci baskının ilk baskıya göre on sahife kadar kısa olması ve telif hakları yönünden bazı tereddütler, bizi ilk baskısı üzerinden çalışmaları yürütmeye itmiştir.

Bu eserin ilk bölümünde yazarın nasla içtihadın sanki birbiri ile yarışarak meydana geldiği şeklindeki yorumları bulunmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki nas ile içtihat İslam hukukunun ilk döneminden itibaren birlikte var olmuşlar ve bu sayede İslam hukuku yüzyıllar boyunca uygulanmış ve güncelliğini kaybetmemiştir.

Kitabın çevirisini yapan Dr. Öğretim Üyesi Ahmet Ziya ÇALIŞKAN hocamızın eserin meydana gelişindeki katkısı takdire şayandır. Hem hukukçu olması, hukuk literatürüne hâkim olması hem de Fransızca’yı iyi derecede bilmesi nedeniyle bu zor işin üstesinden gelmiştir. Kendisine teşekkür ediyoruz. Ayrıca desteklerinden ve teşviklerinden ötürü Prof. Dr. Mustafa AVCI hocamıza ve Konya 3. Noteri Keramettin ORHAN beye de teşekkürlerimizi sunuyoruz.

Dr. Öğr. Üyesi İbrahim ÜLKER

Önsöz

Orijinal ismi “Le Notariat et le Régime de la Preuve Par Ecrit Dans la Pratique du Droit Musulman” olan ve 1945 yılında Emile TYAN tarafından Fransızca olarak yazılan bu eser, İslam Hukuku’nda yazıyla ispat müessesesi açısından son derece orijinal bir çalışma olarak karşımıza çıkmaktadır.

Mevcut eser bu alanda çalışmalar yapan araştırmacı ve bilim insanlarına faydalı olacağı düşüncesiyle, Üniversitemiz Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Dr. Ahmet Ziya ÇALIŞKAN tarafından Türkçeye çevrilerek bilim dünyamıza kazandırılmak istenmiştir.

Eserde, İbn Haldûn’dan İbn Ferhûn’a, Beydavi’den Maverdi’ye varıncaya kadar, daha birçoklarıyla birlikte, İslam Hukuku’nun genel hususlarına olduğu kadar yazıyla ispat konusuna ilişkin de çalışmalar yapan birçok bilim adamının orijinal el yazmalarına atıflar yapılmıştır. Bu açılardan bakıldığında eserin ne denli orijinal ve kıymetli bir çalışma olduğu, bir o kadar da Türkçeye çevrilmeye ve bilim dünyamıza kazandırılmaya değer olduğu ortadadır.

Eserin Türkçeye çevrilmesi ve yazarın tek varisi olan Nady TYAN’dan çevirinin kitaplaştırılması için gerekli iznin alınması üzerine, bu eseri Selçuk Üniversitesi yayını olarak bastırmaya karar verdik. Eserin çevirisini yapan Ahmet Ziya Beye teşekkürlerimi ifade ediyor, faydalı olacağını ümit ediyorum.

Prof. Dr. Mustafa ŞAHİN
Selçuk Üniversitesi Rektörü

İÇİNDEKİLER

Çevirenin Notu	iii
Editörün Notu.....	v
Önsöz.....	vii
İÇİNDEKİLER	vii
I. Genel Kavramlar.....	3
II. Noterlik Mesleği	16
Mesleğin düzenlenmesi.-	19
Yüksek otoritenin müdahalesi.-	28
Noterlik, kamu görevi.-	29
Atamaya özel şartlar.-	33
Noterlik bilimi.-	37
Mesleğin icra edildiği yerler.-.....	39
Noterlerin yetkileri.-.....	40
Mesleğin toplumsal önemi.-	44
III. Yazım Kuralları.....	46
§ 1. Şekle İlişkin Kurallar.....	47
§ 2. Esasa İlişkin Kurallar	60
1. Tarafların kimliğinin doğrulanması.-	60
2. Tarafların yeteneğinin doğrulanması.....	63
3. İşlemin hukuken geçerliğinin denetimi ve muhtelif şartlar.....	64
IV. İspatın Doğasının Noter İşlemlerinden Kaynaklanan Dönüşümü ve Yazıyla İspatın Zaferi	72
V. Noterlik Uygulaması ve Mahkemeler.....	93
(§) ORJİNAL METİN	100

Bu eserde kullanılan Arapça karakterlerin dönüştürme
(transkripsiyon) sistemi

ا	e	ض	d
ب	b	ط	t
ت	t	ظ	z
ث	s	ع	a
ج	c	غ	ğ
ح	ha	ف	f
خ	hı	ق	g
د	d	ك	k
ذ	z	ل	l
ر	r	م	m
ز	z	ن	n
س	s	و	v
ش	ş	ه	h
ص	s	ي	y

NOTERLİK
ve
İSLAM HUKUKU UYGULAMASINDA
YAZIYLA İSPAT REJİMİ

I. Genel Kavramlar

Noterlik sisteminin incelenmesi, bir defa daha, İslam dünyasındaki doktrinal hukukla bir taraftan skolâstik hukuk ve diğer taraftan hukuk kuralları yaratan hukuk uygulaması arasındaki ayrışmayı, açıkça ortaya koymaya imkân veren incelemelerden biridir.

Müslüman milletlerin tümünün hukuk uygulamalarındaki bu iki branşı hukuk kaynaklarının klasik ve bilindik kategorilerinden birine yerleştirmek istersek, galiba, –en geniş anlamında- yazılı hukukla örfi hukuk ayırımına başvurabiliriz. Yazılı hukuk, -yani şeriat- geleneksel anlayışa uygun olarak; yasama organı tarafından resmen ve pratik ihtiyaçlar doğrultusunda peyderpey yazılmış kurallar bütünü olmanın aksine –ki kural olarak yasama organının varlığı kabul edilmez-;

>

aslında tam olarak, asli kaynağını İslam'ın kutsal Kitabı'nda ve Peygamber'in açık veya zımni öğretisinde bulan, cumhur tarafından da kıyasla geliştirilmiş olan kurallar bütünüdür. Bilindik skolâstik formülün de ifade ettiği budur: hukukun kaynakları *-usûl el-fıkıh-*; *Kitap, Sünnet, Kıyas* ve *İcma'dır*. Aynı anlayışa göre, oldukça eskiye dayanan belli bir çağdan beri, daha da öteye götürülemeyecek, zamana ve mekâna göre değişecek ihtiyaçlar doğrultusunda yazılacak yeni kuralların ona dâhil edilmesine ve uyarlanmasına gerek duymayacak bu yasal bütünlüğün, bu hukuk bünyesinin, bütün bu ihtiyaçları karşılamayacak bir duruma gelmekten uzak bir mükemmelliğe ulaştığı kabul edilir.

Bu arada bu gereksinimlerin de etkili olması gerekirdi. Nitekim bu kurallar bütününe nazaran, hukuk kuralı haline gelen birçok pratik uygulama, ya Ekol tarafından boş bırakılan yerleri doldurmak için ya da onun öğrettiği kurallarla rekabet etmek ve esasında ona hâkim olmak için gelişmiştir. Bu şekilde oluşan kurallar, örf ve adetler tarafından getirilenlerdir. Bu şekilde oluşan kurallar ilke olarak şeriatın, doktrinal hukukun içerisine bir bölüm olarak dâhil olmaktan ziyade, ayrı bir bölüm olarak resmiyet kazanmışlardır. Örneğin İslam dünyasında uygulanan ceza hukukunun, yabancı kurallarla ve birçok zaman doktrinal eğitime aykırı bir şekilde, *şûrta* adı altında düzenlenmesi bu şekilde olmuştur. Bu kurallar, iktidar tarafından herhangi bir nitelendirme yapılmadan resmen kabul edilmektense, işleyişleri ve bizzat uygulanmaları sonucu kabul edilmiş ve resmen tanınmıştır.

Başka somut bir örnek olarak, noterlik sistemi verilebilir. O ki genellikle doktrinal hukukun dışında kalsa da özgün birtakım kurallar bütününe sahip olarak, hukuk biliminden ayrı ve özel bir dalın doğumuna sebep olmuştur.

Yine de bu gelenek hukukunun birçok kuralı, yazılı hukukun kapılarını zorlama aşamasına gelir, ona dâhil olur, onun tarafından tanınır ve ona entegre olur: nitekim sonuçta yazılı hukuk kuralına dönüşür. Fakat bu fenomen halinde, başlı başına nitelikli bir durum olarak, gelenek kuralları doktrinal hukuka yabancı veya aykırı oldukları zaman, bunların tanınmasının diğerlerinin yerine geçip onları dışlamak gibi bir sonucu olmaz, –bütün ekollerde veya mezheplerde birebir aynı olmayacak birtakım uygulamalar olsa da- geçmiş çağların hukuk biliminin dışlamadığı sözlü ve skolastik bir beceriyle bu kurallar onlarla bir arada var olur. Bu nedenle, Şeriat hukuki yaşantının değişen ihtiyaçlarına göre şekil almıştır ve bu şekilde bu ihtiyaçlar, yazılı hukukun, geleneksel anlayıştan hareketle verdiğimiz tanımında var olan çok katı kısımlarını törpülemiştir.

Nitekim bu hukuki tekniğin uygulamasının en çarpıcı örneklerinden birisi de, burada incelemeye çalıştığımız konu ve özellikle de yazılı ispat konusudur.

İslam Hukuku tarihi boyunca, doktrinin ittifakla ve kesintisiz olarak okuttuğu genel ve temel ilke “yazılı olanın tek başına hiçbir değeri yoktur; yazılılık tek başına delil oluşturmaz¹” ilkesidir.

¹ İbn Abidin, III, 559; IV, 518; Ramli, II, 12; cf., Tyan, İslam ülkelerinde yargı örgütü tarihi, I, 349. – İşte bu ilke, bana göre, görünürde anlaşılmayan bazı çözümleri açıklar, şunlar gibi mesela: “Şayet birisi: ben başka bir kişiye karşı bin dirhem borçlu olduğuma dair bu işlemi kendi elimle yazdım, derse,- bu yazının da çok biri değeri olmaz: لوقال وجدت في كتابي ان لفلان علي الف درهم او قال: كتبت بيدي ان لفلان علي الف درهم فكل ذلك باطل كذا في الظهيرية” (Hindiye, N., 167) Dahası, talep sahibi, savunan konumunda olanın eliyle yazılmış olan bir yazıdan hareketle mesela, yazı sorgulaması yaptırmak suretiyle kabul gören bir sıfat oluşturursa, savunan kişi bu durumdan ötürü mahkûm edilmez (Fetevâ-yı Bezâziye, II, Fetâvâ-yı Hindiye Şerhi, V, 450).

Bu prensipten hareketle, bütün yazarlar tarafından klişe haline getirilmiş ve çok yaygın olan bazı açıklamalar yapılmaktadır: yazılı olan (bir yazılı delil) başka bir yazılı olan (yazılı delil) tarafından kolayca çürütülebilir الكتاب ايشبه الكتاب; bir işlem sadece deneme amacıyla yazılabilir, sadece bir taslak oluşturabilir: الكتابة قد تكون للتجربة قديعمل على الخاتم; yazılı metin hatalı yapılmış olabilir, mühür taklit edilmiş olabilir ويحرف الكتاب³. Yazılı bir işlem yapılmışsa, onun bizzat kabul edilen yöntemlerle ispat edilmesi gerekir. لا يثبت الا بحجة⁴. Bu şekilde yazılı delil ispat araçları kategorisinden silinmiştir. “Kanunen tanınan ispat araçları sadece üç çeşittir: şahitle ispat, kabul ve yemin⁵”.

¹ Merginani, III, 85.

² İbn Nüceym, VII, 69; *Kurrat 'uyun el-ahbar*, I, 77; İbn Abidin, IV, 518.

³ Şafi'i, Amin, VI, 216; İbn Abidin, IV, 428.

⁴ Merginani, III, 85.

⁵ Ramli, II, 12.

Bu son iki ispat aracının uygulaması son derece sınırlı olup şahitle ispat en genel geçer, yaygın ve gündelik hukuki ilişkilerin genel ispat aracı olarak kullanılan yöntemdir. Bu anlamda kurumun kesp ettiği olağanüstü önem anlaşılmaktadır: buna ikna olmak için ise sadece hukuk kitaplarına bakmak, onların en ince detaylarına kadar şahitle ispata ayırdıkları hatırı sayılır gelişmeyi görmek gerekir. Yaygın olarak kullanılan hukuk dilinde ise delil teriminin anlamı (بينة *beyyine*), başka tamamlayıcı bir belirtece ihtiyaç duyulmadan, sadece şahitle ispat kurumuna indirgenmiştir¹.

Oysaki Müslüman-Arap dünyasında hukuki işlemlerde yazının kullanımı –özel hukuk işlemlerinde olduğu kadar, kamusal işlemlerde de- çok eskilere dayanır: kendi kökenlerine kadar uzanır. Müslüman vakanüvislerin kendilerine göre bile, 1. Asrın ilk yarısından itibaren (Hristiyanlık çağının VII. ve VIII. Asrı) mahkemeler bünyesinde, hukuki sürecin yazılı olarak tespitini yapmak için kalemler oluşturulmuştu².

¹ Bu arada bu bozulma, bir açıklığa kavuşturma ihtiyacı olduğuna inanan bazı müellifleri etkilemiştir. Bu şekilde Maliki Ekolünden olup büyük bir zekâya sahip ve büyük bir uygulama kabiliyeti olan, İslam Hukuku'nun en iyi eserlerinden birinin yazarı olan hukukçu İbn Ferhûn, delil konusuna ayırdığı bir bölüme şu uyarıyı koyarak başlıyor: "Biliniz ki ispat, gerçeği ortaya çıkarmaya çalışan her şeyi ifade eden bir kelimedir"; sadece şahit aracılığıyla ispatla sınırlandırılmamıştır. Yazarımız Kur'an-ı Kerim'e dahi değinerek bu hususu dile getirmektedir: "Kur'an-ı Kerim ispat konusunu münhasıran şahit konusunda kullanmamaktadır, aksine ihdas etmeye, belirtmeye, ispat etmeye yarayan her şey anlamında kullanmaktadır..." (İbn Ferhûn, I, 161).

² Tyan, *op. cit.*, I, 373 vd.

Emirnameler, yani aynı çağın idari otoritesinin kararları, yazılı olarak yapılmaktaydı¹. Bireyler arasındaki sözleşmeler yaygın bir şekilde yazılı olarak yapılmaktaydı. Oldukça eskiye dayanan ve özellikle papirüs üzerine yazılan önemli sayılacak miktarda işlemler yakın zamanda keşfedilip yayınlandı; ileriki kısımlarda bunlardan bahsetme imkânımız olacak.

Bununla birlikte, bir bakış açısına göre hukuk uygulamasından veya ona dayanan birtakım spesifik eserlerden daha da ilgi çekici olan genel literatüre ilişkin birtakım anekdotlar sayacağız, çünkü bunlar yazının günlük âdetlere ne kadar girdiğini kanıtlamaktadır. Arap dünyasında ünlü bir şair olan Kumayt (60/689-126/743), bir mekânın kendine ait olduğunu iddia ederken, iddiasını 4.000 dinarlık bir alım sözleşmesi olan yazılı mülkiyet belgesine dayandırmaktadır². Kadın bir köle satın alan Emevi Halifesi Velid İbn Yezid (88/707-98/715), satıcıya anlaşıkları ücreti tahsil edebileceğine dair bir yazı vermektedir³. Velid İbn Yezid döneminde bir şair olan Ahwas, bu yeteneğini, şerefiyle tanınmış bir kadının aleyhine alaycı bir şekilde konuşturmuştu. İftiraya uğrayan kadın, intikam almak için, iftiracısını herkesin içinde kötü niyetli bir borçlu olmakla suçlamaktan daha iyi bir yol bulamamıştı. Bunun için, şairin kendi kabilesinden olan kalabalıkça bir grubun içerisinde bulunduğu bir andan faydalanarak, kendini tanıtıp yüksek sesle ondan alacağını ödemesini talep eder. Bunu ispat etmek için de yazılı bir işlem oluşturur.

¹ Becker, *Papyri, Schott-Reinhardt*, I, 78, N. IV.

² Mesudi, *Murûj*, VI, 40.

³ *Ağani*, yeni bası., VI, 26.

Bu, durumun gerekleri için oluşturduğu sahte bir belgeydi. Fakat yazıya dayalı bir borç olduğu için, kimse bunun gerçekliğini tartışmayı düşünmedi ve oradakilerin tamamı, şairin borcunu ödemesi için ısrar ettiler¹.

Başka türlü de olamazdı zaten. Öyle ki Araplar tarafından Bizans topraklarından fethedilen ve İslam Huku-ku'nun ve yargı uygulamasının gelişeceği yerlerde, yazının kullanımı çok uzun zamandır son derece yaygındı ve toplu-mların âdetlerine de girmişti.

Kendileri değişmeksizin, sadece din ve dil değiştirmiş olan bu toplumlar, gündelik ilişkileri için atalarından kalan bu uygulamaya karşı çıkacak değillerdi. Üstelik hukuki ilişkile-rinin güvenliği ve uygunluğu için bu derece büyük kolaylıklar sağlayan bu uygulamayla ilgili olarak, bu yeni dinin öğre-nilmesinde farklı bir kuralla da karşılaşmayacaklardı. Aksine, kendilerini bu eğitim için tamamen uygun görüyorlardı. Nitekim Kur'an açıkça, İslam dininin mensuplarına akitlerini yazılı olarak yapmalarını öğütlüyor. يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه Büyük ihtimalle, burada Arap dünyasında zaten var olan yaygın kullanımın resmen teyidi söz konusuydu, öyle ki fetihler sonucu Bizans kırsallarına yerleşen toplulukların zaten var olan uygulamanın aksi bir durumu düşünmeleri dahi söz konusu olmadı.

¹ *Agani*, yeni bası., VI, 258.

Bay Joseph Schacht'ın da ifade ettiği gibi¹, yazıya karşı küçümseyici davranan doktrin, Kutsal Kitabın bu kuralına tosladı; ancak yine de bakış açısını değiştirmede; aksine, Kur'an'ın emrinin şiddetini azaltmaya çalıştı. Doktrin, Kur'an'ın bu bahsi geçen kısmını emredici bir düzenleme olarak görmekten ziyade, burada basit bir tavsiyenin bulunduğunu belirtti **استحباب**².

Bu çalışma açısından, bahsedilen kuralın tarihsel sürecinin nasıl geliştiği sorununu anlamak gibi bir niyetimiz bulunmamaktadır. Burada sadece, yazılı uygulamanın yaygınlığını ortaya koyarak, kendimize birinci noktada, doktrin tarafından da tamamen kabul görmüş yazılılığın genel uygulaması ile onu her türlü değerden mücerret tutan kanuni kural arasında nasıl bir uyum sağlandığını ve gene nasıl ve hangi şartlarda yazılılığın bütün hukuki ilişkilerde geçerli olarak uygulanabildiğini, sormamız gerekiyor.

Bu sorunun cevabı kolay gözükmemektedir. Bu amaçla, pratiğin uyguladığı ve doktrinin öngördüğü hukuki teknik, şahitle ispatın bizzat kendinde bulundu. Yazıya dayanan hukuki bir işlemin, sadece bu şekilde ispatı yapılmış sayılmaz; fakat onu yazıya dayanmayan bir hukuki işlemde ayrı bir muameleye de tabi tutamayız; her nasıl ki herhangi bir hukuki işlemi şahitle ispat edebiliyorsak; >

¹ Joseph Schacht, *Das kitab as-sufa'a aus dem al-gam' al-kabir fiş-şurut des abû-Ca'far Ahmed İbn Muhammad at-Tahawi*, IV.

² Beydavi, *Kur'an-ı Kerim Tefsiri*, Fleish yay. sub. v. 282, b. II.

yazıya dayanan bir hukuki işlemin ispatını da en az iki kişinin (İslam Hukuku'nda kabul edilen kural gereği, *testis unus testis nullus*) bu işleme şahit olmalarını istemek suretiyle, yapabiliriz.

İster kendinden ister katı hukuk kuralından kaynaklansın, hukuki işlemin ispatı onu içeren yazıya değil, şahitliğe dayanmaktadır. Dolayısıyla, kural olarak, ispat açısından yazılı işleme yazılı olmayan işlem arasında hiçbir fark olmayacaktır: iki durumda da ispatı oluşturan etken mutlak olarak şahitlik olacaktır. Fakat yazım, işlemin maddi olarak muhafazasını sağlamaya yarayacaktır.

Ancak bu uygulamanın özgün bir boyutu yoktu; bu yeni bir şey değildi. Sistemimizin önceki hangi uygulamasına bakarsak bakalım, bu uygulamayı görebiliyoruz. Roma-Bizans kanun ve uygulamasında, noterliğin en yaygın olduğu dönemlerde dahi, kâtipler tarafından yazılan işlemlerde, zorunlu olarak en az iki kişinin şahit sıfatıyla katılımı gerekiyordu. Noterlik kararnamesinde Justinianus'un açıkça hatırlattığı bu kural¹, Suriye-Roma² mevzuatında da yer almaktaydı.

İslamiyet öncesi Arap uygulaması da Kur'an da benzer bir usul öngörmüştü. Bahsedilen metinde³ İslam'ın Kutsal Kitabı, yazının kullanımını öğütledikten sonra, bu şekilde yazılan sözleşmelerin taraflarına sözleşmeyi onurlu iki kişinin şahitliğinde yapmayı tavsiye ediyor.

¹ L. 6, C., De re jud. ve Nov. 73.

² Cf. Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht*, 177.

³ Bkz. *supra*, s. 7.

Uygulama bu şekilde olup, özel hukuka ilişkin olan işlemler kadar kamu hukukuna ilişkin işlemlere de yani bütün yazılı işlemlere, aynı şekilde yaklaşmaktadır. Böylelikle, hukuki işlemlerin, özellikle yargılamaların ispatı, hâkim tarafından yazıya bağlanmak suretiyle veya mahkeme kayıtlarıyla değil de hâkimin yargılamasına şahit olarak dâhil ettiği kişilerin tanıklığıyla yapılmaktadır¹.

En yüksek otoriteler tarafından düzenlenen işlemlerin, özellikle birilerini özel olarak ilgilendirmeleri durumunda, ispatın mümkün olabilmesi için, şahitler huzurunda yapılması gerekiyordu. Örnek olarak seçim işlemleri, halifelerin görevden alınmaları, mürtet sayılma işlemleri vs. verilebilir.

Bu arada, böyle bir sistem, şahitliğe özgü birtakım pratik engeller içeriyordu. Şahitler reddedilebilir, suçlanabilir; bir kişinin şahitliğini sakatlayan ve daha sonra ortaya çıkacak bir durum, sözleşmenin tarafları tarafından yazım esnasında bilinmiyor olabilir. Hassaten, her türlü şahitliğin geçerlik şartı şahidin saygınlığına bağlıydı ve bu saygınlık da münhasıran hâkim tarafından takdir edilirdi. Böylelikle hukuki muamelelerin kaderi en ağır tehlikelere karşı açıldı.

¹ Bkz. *infra*, s. 98.

Taraflar arasında bir ihtilafın çıkması ve hâkimin tarafların dayandığı şahitlikleri yok sayması, sözleşmenin ispat gücünün sıfıra inmesi için yeterliydi. Dolayısıyla hukuki işlemlerin ispatını sağlamaya yarayan tanıklıklar hakkında çıkabilecek bir ihtilafı baştan engelleyecek bir yöntem bulmak gerekiyordu.

Bu yönteme *şahâdet* müessesesinin *katı anlamından* hareketle ulaşıldı. Bu müessese bir usul kuralı olarak, hâkimin bir kimsenin ahlakını sorguladıktan sonra, onu bundan böyle adil şahit olarak belirlemesi ve artık o kişinin tanıklığının kural olarak tartışılmamasıdır. Bu şekilde nitelenen kişiler, *şuhud udul* (*şahid adl* kavramının çoğulu, شاهد عدل), veya kısaltma olarak *şahid* veya kısaca *udl*, adını alacak, sabit ve emin şahitler haline geliyordu.

Buraya kadar, ispata ilişkin umumi hukukun hiçbir uygulaması yok: herkes, özellikle de ilgilisi, işlemi bizzat yazabilir; reddedilmeyi göze alarak sıradan şahit sıfatıyla veya sabit şahit sıfatıyla, herkes bu işleme şahitlik edebilir. Bu aşamada müstakil bir noterlik uygulamasından bahsedemeyiz. Fakat birtakım gelişmeler bu yönde bir dönüşümün temellerini atmıştır. Bir taraftan noterliğin sunduğu pratik faydalar; hukuki işlemlerin yazımının genelleştirilmesi gibi, aynı zamanda yazının ve özellikle de hukuki işleyişin öğrenilmesindeki zafiyet, buna sebep olmuştur. Bir diğer taraftan da herkesin bilmek durumunda olmadığı, mevzuatın ve hukuki işlemlerin geçerliğini düzenleyen kuralların artan karmaşıklığı, buna sebep olmuştur.

Bir sözleşmenin herhangi bir kimse tarafından kaleme alınması, sözleşmenin taraflarını hukuki bir hata veya ihmalden koruyamazdı. Nihayet, bu gelişmelerden biri de her bir sözleşme için, ispatını sağlama adına, şahit olarak üçüncü kişilere başvurulması oldu. Fakat aynı zamanda bu şahitlerin sayısının sınırlı olması söz konusuydu. Sadece kendileri kesin delil imkânı sunan bu şahitlere de "udûl" deniyordu. Bunların belirlenmesindeki etken, sosyal durumlarıyla ilgiliydi. Bu "udûl" denilen kişiler eğitimli ve hukuk bilgisine de sahipti.

Halk genel itibariyle hukuki muamelelerin yapımı ve yazımı için bu insan kategorisine başvuruyordu, burada gayet doğal bir durum vardı: Bu "şuhûd" denilen kişiler ilgililerine edebi, hukuki ve iradelerine uygun bir yazım ve aynı zamanda bu iradelerin ispatını sağlıyordu.

İşte burada özgün ve özerk olarak noterlik kurumundan bahsedebiliriz. Gelecek sayfalarda, bu uygulamanın nasıl bir meslek halini aldığını detaylı bir şekilde inceleyeceğiz.

II. Noter İşlemlerinin Kesin Delil Gücü

İslam Hukuku'ndaki noterliğin en temel özelliklerinden biri, geçerlik şartı olarak herhangi bir kamu idaresinin müdahalesine ihtiyaç olmaması, yine aynı şekilde hukuki işlemlerin ilanına da ihtiyaç duyulmamasıdır; burada noterlik sadece doğru olarak yazmaktan ve bu işlemlerin ispatının olmasından ibarettir. Müslüman yazarların noterlik tarifinden çıkan sonuç budur. İbn Ferhûn, noterliğin amacı bireylerin hukuki muamelelerini yasal düzenlemelerle uyumlu hale getirmek ve onların haklarını korumaktır, demektedir.

ضبط امور الناس على القوائين الشرعية وحفظ دماء المسلمين
الناس فيما لهم وعليهم تحملا عند الاشهاد واداء عند التنازع وكتبا
في السجلات تحفظ به حقوق الناس واملاكهم وديونهم وسائر
معاملاتهم².

Noter tarafından yapılan yazılı işlemin sağladığı ispat gücü, kural olarak, olağan olarak yapılan şahitle ispatın gücünü geçmez. Bir taraftan, sadece bir tek noterin katılımı işlemin ispatı için yeterli olmaz: şahitlik konusunda genel kuralı düşünürsek, *-testis unus testis nullus-* işlemin ispatı sadece yazıcının şahitliğine en azından ikinci bir kişinin şahitliği eklenirse, gerçekleşir; gerçekte bu sayının genellikle üstüne çıktığını göreceğiz. Bir diğer taraftan, yazılı hale getirilmiş şahitlikler işlemin ispatını kati olarak sağlamazlar; bir uyuşmazlık halinde, şahit olmuş kişilerin, kural olarak, şahitle ispatın genel kurallarına göre yargı önünde aynı doğrultuda ifade vermeleri gerekiyor. Az önce gördüğümüz gibi İbn Haldûn böyle söylüyor: noterliğin, işlemin yazımı anındaki şahitlik kadar, yargı aşamasını da kapsamı gerekir.

¹ İbn Ferhûn, I, 188.

² İbn Haldûn, *Prolég.*, Beyrut yay. 187.

Dolayısıyla burada, temel özelliği mündemiç bir değere sahip olmak olan yazılılık açısından, gerçek anlamda bir ispat karanesi yoktur.

Dolayısıyla, İslam medeniyetine sahip ülkelerde noterlik sistemi, sadece hukuki işlemlerin gerçekliğini temin adına kurulmuş ve örgütlenmiş özel bir rejim kurmamıştır. Umumi hukukun ispat alanındaki olağan imkân ve kurallarının özel bir uygulamasının sonucu olarak ortaya çıkmıştır.

II. Noterlik Mesleği

Umumi hukuktaki şahitle ispat uygulamasının yazıyla birleştirilmiş hali, özel bir amaç ve belirlenmiş sosyal bir ihtiyacın giderilmesi için, bu kullanım ve imkâna etki edip, -esasa, şekle ve yapıya ilişkin-, büyük öneme sahip hukuki ve pratik birtakım sonuçlara götürecektir.

Esasa ilişkin sonuçlar kategorisinde, şimdiden, noterden geçmiş işlemlerin ispatın doğasına ve genel olarak ispat konusundaki geleneksel kurallara yaptıkları etkiden bahsedebiliriz. İkinci kategoride ise, bir taraftan, yazım şekline ilişkin kurallar bütününün oluşumunu ve bunun sonucunda, noterlik diye ayrı bir bilimin oluşumunu görürüz; üçüncü kategori ise ayrı bir özerkliği ve varlığı bulunan yeni bir mesleğin örgütlenişine ilişkindir.

Nihayetinde, hukuki gelişim umumi hukuktaki noterlik-ten ayrılarak, kendine özgü kuralları olan özerk bir kurumun ortaya çıkmasıyla sonuçlandı; işlev, organı ortaya çıkardı.

Şimdilik bu sonuçlardan birini inceleyeceğiz: yani meslek haline gelen noterliği.

Yukarıda hukuki işlemlerin yazımını yapabilecek kişiler kategorisinin sınırlandırılmasına sebep olacak unsurları belirttik.

İbn Haldûn muhtemel karışıklıklara karşı her şeyi yerli yerine koyuyor: hukuki işlemlerin yazımı için gerekli niteliklerden ötürü –yazıcının iyi ahlaklı olması (*adalet*), kanunun ve usul kurallarının bilinmesi vs.- sınırlı sayıda bir insan kesimi bu uygulamayı yapabildi ve bu sebeple, yazarımız diyor ki, sanki sadece bu insanlar adaletliymiş gibi bir sonuç çıktı ortaya, oysaki durum böyle değildi¹. Daha açık bir dille, *adalet* duygusuna sahip büyük bir çoğunluk bulunduğu halde, adil şahit olarak (*şuhud udul*), bunlar arasından sadece birkaçı noterlik işine kendini veriyordu, işte bunlar, sınırlı anlamda, (*udul*) denilenlerdi; sadece bunların yaptığı mesleğe *adalet* mesleği deniyordu.

¹ İbn Haldûn, *op. cit.*, 187.

Böylece bu meslek ayrı bir alan olarak sınıflandırılma hakkı kazanmıştır. Bazı hukuk kitaplarında, müstakil ve geniş bazı bölümler, bir meslek olarak kabul ettikleri noterlik uygulamasından bahsederler ve onu doğal olarak صناعة¹ olarak tanımlarlar. Bazı kanuni metinler onu bu şekilde düzenlemektedir². Tarihi süreçten de aynı sonuca ulaşıyor. Bazı meşhur insanların hayatlarından veya tesadüfen bazı olaylardan söz ederken, vakanüvisler noterlik mesleğinden bahsederler: Örneğin, falanca kişi *adalet*³ mesleğini icra ediyordu; bir diğeri *adalet*⁴ mesleğini icra ederek büyük bir servet edindi; prens veya hâkim bu mesleğin kurallarını belirler ve denetimini yapar vs. gibi.

Aynı şekilde, açık bir terminoloji özel olarak noterlik uygulamasını belirlemek üzere ortaya çıkıyor. Şüphesiz, *şahâdet*, *şuhud*, terimleri noterliği ve noterleri ifade etmek üzere bazen kullanılmaktadır⁵. Fakat bu terimlerin çok genel bir anlam içermelerinden ötürü ve belirsizlikleri önleme adına yazarlar, hangi alandan olursa olsun, başka tabirler kullanıyor. *Adalet* ve *'udul* (*'adl'in* çoğulu) kavramları çok yaygın. İbn Haldûn'un da bunları kullandığını gördük.

¹ İbn Ferhûn, I, 188 vd.; *Fetavayı Hindiyeye*, VI, 160 vd.

² İbn 'Abdûn, *Journal Asiatique*, 1934, 203, 246.

³ İbn Al-Zübeyr, *Şilat al-şila*, 44, 121, 138.

⁴ İbşîhi, *Mustatraf*, II, Kahire yay., 1308/1890, 216.

⁵ İbn Abbâr, *Takmilat al-şila*, I, 331; İbn Tağribardi, V, 302; cf. Quatrèmere, *Hist. des sultans Mamluks*, II, 111 *جلس للشهادة*; İbn 'Asakir, IV, 286, 357.

Yozlaşmış bir kavram olan *ta'dil* تعديل kelimesine de rastlandığı oluyor¹.

Bir başka tabir ise *şûrût* شروط tabiri noterliği ifade etmek için ve *şûrûti* شروطی *şerrat* ve *katib el şûrût* noteri ifade etmek üzere kullanılmaktadır². Özellikle Doğu'da kullanılmış gibi gözükken bir diğer terim ise *sakkâk* tabiridir (*sakları* yazanlar; hukuki işlem veya belge³). Müslüman Batı'da ise وثائق *kitabet el vesaik*,- توثيق *tevsik*,- وثائق *vesaik*,(وثيقة) *vesika* kelimesi: hukuki temel, hukuki belge) noterliği belirtmek üzere, موثق *muvasık*,- وثاق *vessak*,- صاحب الوثائق *vesaiki*,- كاتب الوثائق *katib al vesaik*,- صاحب الوثائق *sahib al vesaik* terimleri ise noterleri belirtmek üzere daha yaygın kullanılıyor⁴.

Mesleğin düzenlenmesi.- Şu ana kadar, *Şahâdet*, genel anlamıyla, tıpkı *şuhûdların* göreve gelmesinde olduğu kadar kendilerine tanınan yetkilerin kullanımında da olduğu gibi, kanuni ve idari açıdan detaylı bir düzenlemeye tabi tutulmuştu.

¹ Quatremère, *eod. loc.*

² Haji-Halfa, IV, 45; İbn Hallikân, I, 580; Nuveyri, IX, 1 vd.; İbn Abbâr, *op. cit.*, I, 263, 285, 307, 312, 315, 331, II, 570, 577; İbn Baskuwâl, *Kitâb al-şîla*, 16, 114, 266, 517; İbn Al-Faradi, *Tarih 'ulama Al-Andalus*, I, 50; İbn Asakir, IV, 357, 359; Dozy, *Supplément*, V° وثق

³ *Fetavayı Hindiyeye*, IV, 167; İbn Nujaym, II, 199; İbn 'Abidin, V, 77.

⁴ İbn Al-Faradi, *op. cit.*, 202, 300, 337, 347; Husani, *Kudat Kurtuba*, 198; İbn Abbar, *op. cit.*, I, 340, II, 560; İbn Baskuwâl, *op. cit.*, 16, 135, 507, 591; İbn 'Adari, *Al-bayan al-Muğrib*, I, 212, 213, 219; İbn Ferhûn, I, 188 vd. İbn 'Abdun, *eod. loc.*; İbn Al-Zubeyr, 44, 121, 138; Dozy, *eod. loc.*

Şahâdet, bu çalışmada kastedildiği anlamda, daha katı bir kurallandırmaya tabi tutulacaktı. İlke olarak; önemi göz önünde bulundurulursa, mesleğin çok önemli menfaatlerle ilişkili olduğunu kabul etmek gerekir, çünkü bireylerin hukuki ilişkilerinin tamamı bu alana girmektedir. Kamu yararını bu şekilde ilgilendirdiği için, kamu otoritesinin doğal olarak bu mesleğin icrâsına müdahalesi gerekiyordu. Bu türden birtakım müdahale örneklerimiz var: kural olarak serbest olan meslekler, *futya* (*fetva veren; müftü*) gibi mesela, kamu yararına olan etkilerinden ötürü, kamu gücünün dikkatini çekiyor¹.

Dolayısıyla noterlik tamamen serbest olan bir meslek olmayacak. Kamu gücünün müdahalesi kendisini iki şekilde gösterecek: kabule ilişkin genel şartları düzenlemek, mesleğin icrasına yönelik kuralların konulması vb. amaçları güden kanuni formatta bir müdahale ve özel durumlarda yasal kuralların uygulanmasını sağlayacak idari bir formatta bir müdahalede bulunmak.

İdari faaliyet kural olarak yargı erkinin yetkisindedir. Yargı erkinin bu alandaki yetkisi son derece doğaldır. *Şahâdet* müessesesi, genel itibarıyla, her zaman için yargıya bağlı olmuştur; bu kurumun özel bir görünümü olan noterlik için başka türlü bir durum söz konusu olamazdı. İbn Haldûn, noterlik adaletin yardımcısıdır ve onun yönetiminin de parçalarından biridir, *العَدَالَةُ... تَابِعَةٌ لِلْقَضَاءِ وَمِنْ مَوَادِّ تَصْرِيفِهِ* demektedir.

¹ Cf. Tyan, *op. cit.*, I, 325, 328.

Gerçekten de noterlerin yaptığı hukuki işlemler bireylerin haklarının belirlenmesini sağlar ve bu işlemlerin sıhhati, uyumsuzluk durumunda davaların sonucunu belirler.

Yargı erkinin bu müdahalesinin temel iki yönü vardır: mesleğe kabulün denetlenmesi ve mesleğin bizzat icrasının denetimi.

Hâkimin noterlik mesleğine alımda tek yetkili olmasının temelinde öncelikle, *şahâdet* konusundaki genel yetkisinin bulunması vardır: bir kimse ancak bir yargı kararının etkisiyle sabit şahit –‘*adl*– olarak kabul edilebilir. Fakat bu kararın, genel itibarıyla, hâkimin iradesinden çok şahitlik konusundaki yasal şartların sağlanmasına bağlı olduğu söylenebilir: bu şartların bir kişide bulunması, hâkimin kişisel denetiminden geçtikten ve *tezkiye* usulünün de uygulanmasından sonra, o kişi hakkında kabul kararı sonucuna götürmesi gerekir. Fakat noterlik alanında, daha fazlası var: hâkimin takdir yetkisi. Nitekim adil şahit olarak kabul edilmiş herkesin profesyonel noter olarak halkın karşısına çıkması söz konusu değildir. Hâkimin bir seçim yetki ve –ödevi– vardır. İşte bu sebeple, İbn Haldûn özellikle *şuhud*-noterlerden bahsederken, onları “*şuhud*” lardan ayırt ederek, bunlar için adil şahit olarak kabul edilme kararının yanı sıra, bir de hâkimin özel izin şartının arandığını belirtir: *أحقيقة هذه الوظيفة القيام عن اذن القاضي بالشهادة*.

¹ İbn Haldûn, Prolég., Beyrut yay., 187.

Muhtelif çağlarda *şuhudları* atama hakkı, genellikle hâkimlerin atama beratlarında belirtiliyordu¹. Şüphesiz burada kastedilen genellikle tanıklardır; fakat bu yetki doğal olarak noterleri de kapsadı. Bazı atama belgeleri bu özel tanık kategorisi için ayrı bir nitelendirme bile yapmaktadır².

Yine de hâkimlerin bu yetkisine getirilmiş bazı kısıtlamalar vardır. Bir taraftan, Memlûk dönemine ait bir belgede, *şuhudların* atamasının sadece yetki sahibi kadılar tarafından yapılabileceği ve bunların altındakiler tarafından yapılamayacağı belirtilmektedir³. Bir diğer taraftan da aynı yetki özel yetkili hâkimlere tanınmamışa benziyor, *kazaskerler* gibi mesela⁴. Yine bir ülkede birden fazla *mezhep* resmi olarak tanınmış ise, sadece en ağır basan mezhebin hâkimine, özel olarak, şahitleri ve noterleri atama yetkisi tanınmaktadır. En azından, Şafi Mezhebinin ağır bastığı Memlûk döneminde durum bu şekilde gözükmektedir. Sadece bu mezhebin *kadulkudatının* görevlendirme belgesinde böyle bir yetki yer almaktadır⁵.

Bir diğer kısıtlama kuralı ise yüksek otoritenin denetim yetkisinden kaynaklanıyor. Hatta bir metinde bu durum açıkça düzenlenmektedir:

>

¹ Kalkaşandi, *Subh el-a'ş'a*, X, 270, 283, 387, 389; XI, 197, XII, 41, 47, 48, 52.

² Kalk., *op. cit.*, XII, 47, 52.

³ Kalk., *op. cit.*, XIV, 343.

⁴ Kalk., *op. cit.*, XI, 206.

⁵ Kalk., *op. cit.*, XII, 41 vd. Bu arada İbn Haldûn, Kahire'de Maliki Mezhebinin baş kadısı olarak böyle bir yetkiyi kullanabilmiştir (İbn Haldûn, *Tarih*, VII, 454).

Fatîmi Halifesi El-Hakim tarafından verilen bir beratta, yeni atanan hâkimden tanıkların kabul veya reddine ilişkin bütün kararlarından halifenin haberdar edilmesi isteniyordu¹.

Başka bir deyişle, noterlerin “adil şahitler” arasından hâkimin seçimiyle atandıkları söylenebilir. Burada sadece genel bir düzenlemenin içerisinde daha katı bir düzenleme var. *Udul* olarak kabul edilen kişiler, her türlü işlemi şekillendirmeye yetkili genel geçer bir sığata sahip değiller –ya da her zaman sahip olmadılar-. Bir çeşit uzmanlaşma söz konusu oldu. Uzmanlar ve noterler için, Memlûk Krallığında h. VIII. asır’da kesin olan bir durum bu (Hristiyanlık çağının XIV. asrı). Bu durum hâkimlerin atamasına ilişkin berat modelinden ve hâkime bizzat verilen belgenin kendinden kaynaklanıyordu².

¹ Kalk., *op. cit.*, X, 387. Başka bir bakış açısına göre, hakimlerin ne tür yetkilere sahip olduklarının görülebilmesi açısından, istismar mahiyetindeki bazı uygulamalardan kaynaklanan diğer etkenlerin de göz önünde bulundurulması gerekir. Güçlü şahsiyetlerin talimatları, *adalet teşkilatına* kabul edilmek için neredeyse kesin teminat mahiyetindeydi ve böyle olunca da hâkimler için benzer durumdaki bir şahidi görevden almak oldukça zordu. İbn Haldûn Kahire’deki benzer bir suistimali not düşüyor (Tarih, VII, 454). Veraset uygulaması da bu mesleğe zarar vermiştir. Bir adli atama diplomasında buna açıkça dikkat çekilmekte ve bu uygulamaya karşı koymak için yeni hak sahibine çağrı yapılmaktadır *واصبح (منصب الشهادة) وهو يورث عن الأبياء والأولاد والوراثة تكون في الأموال* (Suyuti, *Husn-al muhadara*, II, 94). Bütün bunlarda noterliğe özgü herhangi bir şey söz konusu değildi.

² Kalk., *op. cit.*, XII, 52: ... *وليمعن النظر في امر الشهود* Kalk., *op. cit.*, XII, 47: *واحقهم بامعان القيمة والعماثر الذين يقطع بقولهم في املاك الاوقاف*: şahit kategorilerinden biri için aranan şartların bir başkası için aranmadığını da not etmek gerekir; örneğin şahit-uzmanın görev yaptığı şehrin sakinleri arasından olması gerekirken şahit-noter için bu şart aranmamaktadır.

Tanıklar, hâkimlerin kâtipleri, gaipeler, vakıf mallarının muhafazasından sorumlu tanıklar, vs. için de aynı şey geçerli olacaktır.

Bütün bunlardan şu sonuç çıkıyor ki kabul edilmeleri için aranan yasal şartlardan ötürü *şuhud* sayısı sınırlıysa, noterler açısından sayı daha da daraltılmış durumdadır.

Aynı sorun, özellikle Maliki Mezhebinde, acaba iktidarın mesleğin icrasını birkaç kişiyle veya iki kişiyle hatta bir kişiyle sınırlama hakkı var mıdır diye, doktrinde dahi tartışılmış; -ve yazarlar “şayet kamu yararı bunu gerektiriyorsa” demek suretiyle bunu teyit ederek cevap vermişlerdir¹. Yine fiiliyatta, kaynaklar, diğer bütün tanıkları dışlamak suretiyle, noterlik görevini yerine getiren belli sayıda insanın durumundan bahsederler. Bu duruma, oldukça eski bir dönemden beri, Müslüman İspanya’da daha sık rastlanmaktadır. H. Çağının III. asrının ikinci yarısında, Sa’id İbn Yahya ((Öl.)273/886), Kasım İbn Muhammed ile rekabet halinde olmak üzere, yüksek otorite tarafından Kurtuba noteri olarak tayin edilmişti; onun ölümünden sonra da şehrin tek noteri olarak kalmıştı².

¹ İbn Ferhûn, I, 178, 188, *من يشهد في قيمة المثل ويتعين... ومنهم (الشهود) ان يكون من اهل البلد الامثل... ومنهم من اذن له العقود*

² İbn Al-Faradi, I, 139. *قال ابن المناصف : وان رأى السلطان من الظر للمسلمين قصر الوثائق على انسان بعينه او اثنين*

Çok daha sonra, VI. h. asrının sonuna ve VII. h. asrının başlarına doğru, kronikler Danya şehrinin iki noterinden bahseder¹. Yine IV. h. asrına ait başka metinlerde, şu şahıs şu şahsa noterlik görevi için şu yerde halef oldu derken, burada yine özellikle bu bahsedilen şahıslara verilen bir görevin kastedildiğinin anlaşılması gerekir². Zira, Müslüman Batının (Endülüs) tarihinden alınan belgelerde kullanılan resmi sıfat son derece nitelendiricidir. Ayrıca her bir idari kesimde sadece bir kişinin bu mesleği icra ediyor olması şeklindeki sınırlamanın genel geçer bir uygulama şeklinde olduğu intibası da oluşmuştur. Nitekim birtakım şahısların biyografilerinde, şu bölgede veya şu şehirde *sahib el vesaik* idi şeklinde belirtilmektedir³. Zira *sahib* sıfatı kamu görevine özgüdür ve bu sıfatı taşıyan, genellikle bir tek kişi olmaktadır.

Noterlerin atanması konusunda yargının yetkisi, denetim ve disiplin hakkını da kapsıyordu. Noterler de adalet hizmetinin diğer yardımcıları gibi bu uygulamaya tabiydiler⁴. İbn Haldûn bu yetkinin dayanağı olarak oldukça özel bir niteliğinden daha bahseder; yargısal sorumluluk. Hâkimin, bireylerin menfaatlerini koruma yükümlülüğünden ötürü, bu durumu (noterlerin denetimi) ihmal etmemesi gerekir; >

¹ İbn Abbar, I, 307.

² İbn Al-Faradi, I, 300, 302.

³ İbn 'Adari, I, 212, 213; II, 219; Husani, 198.

⁴ Bkz. Tyan, *op. cit.*, I, 361.

denetim sorumluluğu hâkime aittir ve kendisi her türlü zarardan sorumludur (mesleğin icrasından kaynaklanan¹).

Şöyle devam eder İbn Haldûn; "sonuç olarak, hâkim noterlerin davranışlarını denetlemeli ve onların ahlaki durumları konusunda bilgi edinmelidir". Ondan çok daha önce Maverdi, *şuhudları* denetim hak ve ödevini bizzat hâkimlerin yetkileri arasında sayardı². Burada sadece teorik bir kural yoktur. Şüphesiz, İbn Haldûn, yetki alanlarının genişliğinden ötürü, hâkimlerin kendi otoritesi altındaki bütün noterler üzerinde etkili bir denetim yapmasının mümkün olmadığına dikkati çeker; fakat bu kural genel itibarıyla adetlere iyiden iyiye dâhil olmuştu. Bu noktada yine hâkimlerin görevlendirme beratları bolca ve değerli bilgiler vermektedir. Bu belgelerin *Şuhudların* atanmasına ilişkin bütün bölümleri denetim ve disiplin yetkisini de öngörür³. Hâkim kendisi bizzat, idari açıdan, *şuhudların* davranışlarını denetleyebilir. Fakat yine biliyoruz ki hâkimlerin yardımcı personelinden biri olan *muzekki*, özellikle yetki alanına dâhil tanıkların davranışlarını denetlemek üzere ihdas edilmişti⁴.

¹ İbn Haldûn, edo. loc., لا يعمل ذلك لما يتعين عليه من حفظ حقوق الناس وهو ضامن دركه فالعهدة عليه في ذلك وهو ضامن دركه bu sorumluluk ilkesinin uygulamada nasıl gerçekleştiğini söyleyemeyeceğiz çünkü bir noterin kanuni yükümlülüklerini yerine getirmediği için mağdur olmuş bireyler tarafından tazminat istemek üzere görevli hakim huzurunda dava edildiği herhangi bir hadiseye rastlayabilmiş değiliz.

² Maverdi, *El-ahkam el-sultaniyye*, 67.

³ Bkz. *supra*, s. 23, dipnot 2.

⁴ Hisbeye ilişkin ve Hristiyanlık Çağının XIII. veya XIV. yüzyılına ait bir kitapta anlatıldığına göre, noterler hala muhtesiplerin denetimine tabiydiler (bkz. Tyan, *op. cit.*, 471).

Yanlış yapılması durumunda uygulanacak olan müeyyide göreve son vermedir. Kabahatin ağırlığına göre değişecek, daha yumuşak başka bir disiplin cezasının varlığı söz konusu olmamışa benziyor. Müessesenin bizzat kendi kurallarına bakarak bu durum anlaşılabilir. Kusur tanığın doğruculuğuna zarar vermediği sürece, bu sıfatı devam eder ve görevini yerine getirir; fakat aksi durumda, bu doğruculuğuna dair bir şüphe oluştuğu takdirde tamamen saf dışı kalır.

Fakat uygulamada müeyyide bazen daha ağırdı: görevden alınmaya bir de bedeni ceza eklenebilirdi. İbn Haldûn bizzat kendisinin, 782/1382 yılında Maliki Mezhebi için Memlûk Krallığının baş kadısı olarak atandıktan sonra, birçok *şuhuda* "acı verici cezalar" uyguladığını anlatıyor¹.

Daha eski bir dönemde, h. III. asırda Husani, Kurtuba'nın yanlış yapmaktan mahkûm olmuş bir noterinin durumunu anlatıyor. Kadilkudat ona karşı takip başlatıyor. Noter ancak dönemin görevli bakanına sığınarak kendini kurtarabiliyor². Anlaşılan basit bir göreve son verme müeyyidesinden kaçmıyordu!

Genel olarak Şuhudların ve özel olarak noterlerin ahlak durumuna gelince, belgeler çok sert değerlendirmeler içeriyor. "Bir görev belgesinde okuduğumuz kadarıyla, işledikleri kabahatler sınırsız sayıda ve yaptıkları kötülüğün de telafisi yok"³. İbn Haldûn yetki alanındaki tanıkların davranışlarını incelemeye başladığında, "kötülerin iyilere karıştığını" görür...

¹ İbn Haldûn, *Tarih*, VII, 454 vd.

² Husani, 135.

³ Kalk., XII, 47.

Noterlerin çok yaygın olarak işledikleri kabahatlerden suçlu bulunmaları sebebiyle, yapılan kötülük artık vahim hale gelmişti. فقد كان البر منهم مختلطا بالفاجر فاعضل دأهم وفتت المفاسد بالتزوير بين الناس منهم¹

Husani tarafından not düşülen noter, mesleğinin icrasında yaptığı yanlışlardan ötürü kötü bir şöhret edinmişti². كان كثير الغش والتدليس

H. IV. asrında Kurtuba'da bir noter aynı sebeple görevden alınmıştı. كان يضرب على الخطوط في الشهادات ويدلس في العقود³

Bazı yazarlar noterlerin dürüstlüğünü o kadar sorgularlar ki, görevlerinin asli kökenini bilmemekten kaynaklanan tuhaf bir sebeple, bunların yargı önünde şahitliklerinin kabul edilebilir olmadığını öğretirler, "çünkü bunlar (işlemleri) gerçeğe aykırı olarak kâğıda geçirirler"⁴.

Yüksek otoritenin müdahalesi.- Hâkimlerin üzerindeki denetim yetkisinin dışında, yüksek otorite –prens, bakan, vali-doğrudan noterlik mesleğinin yasal düzenlemelerine de müdahale etmiştir.

¹ İbn Haldûn, Tarih, VII, 455.

² Bkz. bir diğer hadise: İbn 'Adari, I, 213.

³ İbn Al-Faradi, I, 186.

⁴ Damad Efendi, II, 199. Noterler de, yazar tarafından: والصحيح قبولها (شهادة الشهود) başlığı altında değerlendirilen kısımda, inhitat halindeki hukuk bilimi tarafından oluşturulan ve ufak tefek farklılıklarla bütün eserlerde bulabildiğimiz uzunca listede yer almaktadır, -bu listedekiler muhtelif sebeplerle adalet önünde şahitlikleri kabul edilmeyen kişilerdir, özellikle de meslek veya sanatları, özel hayatlarındaki bazı tutum ve davranışları dürüstlüklerini şüpheli hale getirmektedir. Çok acayip şeylere rastlanılmaktadır. Örneğin, adalet önünde savunan (günümüzde *avukat* adı altında bilinen.), güvercin besleyen (güvercinleri uçurmak ve güvercinliğe geri katmak için evinin terasına çıkması gerektiği ve bu şekilde komşunun kadınlarına bakma imkânı bulunduğu için!...) bunlardan bazılarıdır.

Bu husus kesindir, en azından İslam dünyasının batı kısmı için. Şu ana kadar Maliki doktrininde noterlik mesleğinin icrasının bir veya iki tanıkla sınırlanabileceğinin resmen kabul edildiğini gördük¹. Endülüs tarihinin h. III. ve IV. asrından gelen bazı metinler bize, doğrudan noter atayıp farklı şehirlerde görevlendiren egemenlerin olduğunu gösteriyor.

İktidarın bu fiili², hâkimlerinkinden tamamen ayrı mıydı? Öyle gözüküyor, çünkü hâlâ hâkimlerin noterler üzerinde disiplin yetkilerini kullandıklarını ve hatta görevlerine son verdiklerini görebiliyoruz ki şayet noterlerin ataması hâkimlere dayanmasaydı, bu durumun anlaşılması güç olurdu.

Noterlik, kamu görevi.- Bütün bu çizgilerden ötürü, noterliğin kamu görevine dönüştüğünü mü kabul etmemiz gerekiyor? İbn Haldûn bu mesleği İslam Devleti'nin kamusal görevleri arasında sayıyor *الخطط الخلافية* ve ona özel olarak ayırdığı kısımda, onu resmen bir görev olarak tanımlıyor *وظيفة*.

¹ *Supra*, s. 24, dipnot 2.

² İbn Al-Faradi, I, 139, 348; İbn 'Adari, I, 213.

Kamu görevlerinin, dini görevler ve idari görevler şeklinde yapılan âli sınıflandırmasında, noterlik birinci kategoride yer alıyor. Bu dini bir görevdir *وظيفة دينية* diyor İbn Haldûn. Yargının yardımcısı olarak kabul edilen bu görev, ona, esasında dini temelli olan doğal niteliğinin bir gereği olarak katkı sağlıyor. Ve belirtmek gerekir ki hâkimlerin atanması konusunda da olduğu gibi, doktrinde bir kişiye noterlik görevi için istekli olmaya imkân verilmesinin ahlâken ve hukuken mümkün olup olmadığı tartışılıyor: buna olumsuz bir cevap verilerek, bu doğrultuda birtakım girişimlerde bulunan bir adayın atanmasının, ilke olarak, geçersiz olacağı ekleniyor¹.

Terminoloji aynı zamanda son derece belirleyicidir, özellikle Müslüman batı literatüründe. Mesleğin adı yaygın olarak, kamu görevine özgü bir kavram olan *hitta* ismiyle anılmaktadır. Metinler bir kişinin noter olarak belirlendiğini ifade etmek için, sadece resmi bir sıfatın verilmesini, kamu gücüne dayanan bir mesleği ifade etmek için kullanılan *تولية* (atama) kavramını kullanırlar. Aynı şekilde, notere *sahip el vesaik* denilmektedir (*vesaik* sahibi) ki bu *sahip* terimi sadece kamu görevi bulunanlar için kullanılır, tıpkı *sahib al şurta*, *sahip el mezalim*, *sahip el medine*, *sahip el bab*² vs. kullanımlarında olduğu gibi.

¹ İbn Ferhûn, I, 178, 188.- Binaenaleyh, hukuki işlemleri kaleme alacak başka birisi bulunmadığı takdirde, birey için bu görevin kabulünün zorunlu olduğu öğretilmektedir (İbn Ferhûn, II, 90).

² Cf. özellikle, İbn-Faradi, I, 202, 348; II, 88; İbn Ahbar, I, 263, 307; II, 623; İbn Başkuval, 142, 301, 567; İbn Adari, I, 213; Husani, 198.

Bu arada, noterlik görevinin kamusal niteliği üzerindeki her türlü belirsizliği giderme adına bazı açıklamalar yapmak gerekir. İktidar tarafından atanıp onun idari denetimi altında hareket eden noter, mesleğinin işlemlerini bu otorite adına yapmamaktadır. İşin esasında, hukuki işlemlerin yazımının ve delilinin oluşturulmasının, Devlet tarafından kendi görevlilerinden biri olan noter aracılığıyla sağlandığı kabul edilmemektedir. Bu açıdan noter basit bir birey olarak kalmaktadır. Devlet noterler üzerinde bir denetim yapıyorsa, bunu sadece idari açıdan ve disiplin açısından yapmaktadır. O yazılan işlemlerin geçerliliği konusuna dâhil olmuyor ve otoritesini böyle bir yükümlülüğün altına sokmuyor. Dolayısıyla noterin müdahalesi işleme gerçekliği konusunda resmi bir nitelik kazandırmıyor.

A fortiori (evleviyetle) noterin katılımı, ilke olarak, zorunlu değildir. Bireyler hukuki muamelelerinin ispatı için genel hukuk uygulaması olan sıradan sözlü şahitlikle yetinebilirler. Yazıya başvurmak isterlerse, iradelerini kendileri bizzat yazabilecekleri gibi, "adil şahit" olarak kabul edilmiş fakat noter olmayan, başka bir bireye de bunu yaptırabilirler. Özel idari bir düzenlemeyle mesleğin icrası sınırlandırılmış ve sadece bir tek kişiye bu yetki verilmiş olsa dahi, bir işlemin başka bir birey tarafından yazılı hale getirilmiş olması onun geçerliliğine bir zarar getirmez. Buradaki düzenlemenin tek etkisi, iktidar tarafından atanan kişi dışında birilerinin hukuki işlemlerin yazımını meslek edinmelerini yasaklamaktır.

Dahası, noterle müşteri arasındaki ilişki özel hukuk ilişkisi olarak kalmaktadır.

Doktrinde sadece noterle müşterisi arasında açıkça ve zimnen yapılan sözleşmenin niteliği konusunda tartışma vardır. Bu noktada, İbn Ferhûn'da çok ilginç açıklamalar buluyoruz¹. Noterin ücretinin açıkça belirlenip belirlenmediğine göre bir ayırım yapmak gerekir. Birinci durumda, anlaşma bir kira sözleşmesi (hizmet için) olarak ele alınmaktadır ve bu sözleşmenin en önemli iki unsuru, işin yerine getirilmesi kaydıyla –bir işin yerine getirilmesi ve ücret- olmaktadır. Fakat ikinci durum uygulamada daha yaygındır, çünkü mesleğin onurundan ötürü, “hicap duygusuna istinaden” noterler yaptıkları işlerle ilgili olarak paradan bahsetmekten kaçınırlar, çünkü bu durum akçalı meslek ve sanatlarda olduğu gibi birtakım pazarlık işlerine sebep olabilir. Her ne kadar bu uygulama uygun görülse de, ilke olarak, artık kira işinden bahsetme imkânı kalmamaktadır, çünkü işin karşılığı belirlenmiş değildir. Diğer taraftan, burada basit ve açık bir cömertlikten bahsedemeyiz, çünkü noter müşterisine sunduğu hizmeti, onun da kabul edeceğini düşünerek, belirli bir karşılık –parasal olarak- almak niyetiyle yapmaktadır. Bu durumda sözleşmeyi, Arap terminolojisinin هبة الثواب *hibe el sevab*² şeklinde adlandırdığı ve ücret karşılığı bağış şeklinde çevirebileceğimiz bir sözleşme olarak incelemek gerekecektir³.

¹ İbn Ferhûn, I, 191.

² Bkz. bu bağış çeşidi konusunda, İbn Salamun, *İbn Ferhûn hakkında marjinal değerlendirme*, II, 120.

³ İbn Ferhûn bu ücret karşılığı bağışı, ücret şartı aramadan bir işi yapmaya razı olan bir hizmetçinin, işçinin, zanaatkârın durumuna benzetir (İbn Ferhûn, *eod. loc.*).

Bu durumda kural olarak, ücretin miktarı müşteri tarafından serbestçe belirlenmektedir, fakat bunun benzer bir işlem için ödenen rayiçten daha düşük olmaması gerekir *اجرة المثل*. Müşteri daha düşük bir ücret verirse, bu durumda noterin bu miktarı kabul etmekle, müşterinin hakkının bu belgede mündemiç olmamış olması kaydıyla düzenlediği belgeyi geri almak konusunda seçim hakkı vardır, örneğin belgenin geçerliliği için gereken şahitliklerin yapılmamış olması kaydıyla. Bu son ihtimalde, sadece rayiç bedelin ödenmesi söz konusu olur. Bu ücretin ödenmesi gerektiği gibi, noterin o bölgede bu işi yapabilecek tek kişi olması durumunda, onun da belgeyi geri alma hakkı bulunmaz¹.

Atamaya özel şartlar.- Bütün noterler zorunlu olarak *şahid 'adl* olurlar, fakat bütün *şahid 'adl* olanlar mutlaka noter olmazlar: Bu durumu yine noterlik mesleğinin icrası için gereken ve "*şahâdetin*" genel şartlarına eklenen şartlarda görüyoruz. Bunlar noterlik kurumunun kendi doğasının gerektirdiği ve onda karşılık bulması gereken zorunluluklardandır.

¹ Noterin ücretinin miktarı yerel adetlere göre değişmektedir. Geçen asrın doktrininin eserlerinde yine de birkaç emare bulunmaktadır. Mesela, İbn Kadi Samawana'nın eserinde (Jami ' al-fuşulayn, II, 153) noterlik hakları sözleşmenin konusu olan muamelenin değerine göre nispi olarak belirlenmektedir: bu hak on bine kadar binde 5; daha fazlası için ise binde 1'e düşmektedir.

Noterlik haklarının maliyetinin kime ait olduğu konusuna gelince, burada yine bölgeden bölgeye değişiklik gösterebilen bir uygulama çeşitliliği söz konusudur. Yukarıda bahsedilen eserde "Adetlerimize göre, masraflar belgeyi elde edene aittir", denilmektedir (*eod. loc.*). Satışta, masraflar alıcıya aittir (Baz, Notlu Mecelle, sub md. 292).

Nûveyri'nin eserinde, mahkemede kâtiplik görevi yapan şahit-noter olmak için gereken şartların bir listesi bulunuyor¹. Bu şartlar, kâtiplik görevinin iyi bir şekilde yerine getirilmesi için arandığı anlaşılan bir tanesi haricinde, bizzat noterlere de uygulanmaktadır².

Noterin iyi bir kaligrafisinin bulunması gerekir. Çünkü genellikle birçok insan tarafından okunmak üzere hazırlanan hukuki işlemleri kaleme alan odur ve bu yazının güzel bir surette veya en azından kolayca anlaşılabilen bir şekilde olması gerekir. İbn 'Abdun "yazısının güzelliği ile bilinmeyen noterlik mesleğini yapmaması gerekir" demektedir³. Aynı şekilde kroniklerde, bu özelliği bulunan noterlerin biyografisinden bahsedilirken, yazının mükemmelliği konusu, özenle iltifat edilen özel durumlardan biri olarak göze çarpmaktadır⁴.

İkinci şart ise Arapçaya olan hâkimiyettir.

¹ Nûveyri, IX, 1 vd.

² Burada kastedilen güzel diksiyon şartıdır (ve doğru yazım) طلاقة العبارة وزلاقة اللسان (Nûveyri, IX, 3). Bu şartın kâtipte arandığını belirtir Nûveyri, çünkü kâtibin mahkeme önünde dosyanın eklerini okuma görevi bulunmaktadır... Nûveyri aynı zamanda iyi ahlak şartını da saymaktadır; fakat biliyoruz ki bu bahsedilen şahâdetin genel şartlarından biridir.

³ İbn Abdun, op. cit., 203. Aynı şekilde: İbn Ferhûn, I, 188.

⁴ Bkz. ör. İbn Abbar, *Takmila*, I, 312, (كان حسن الخط يعقد الشروط), II, 9 (من ابرع اهل زمانة خط)

Nitekim Arapça İslam ülkelerinde resmi dildir, özellikle mahkemelerde bu böyledir ve aynı zamanda da günlük kullanılan dildir. Noter bu dili iyi biliyorsa ancak bu durumda hukuki işlemleri düzgün bir şekilde kaleme alabilir, sadık bir şekilde tarafların iradelerini ifade edebilir ve taahhütlerine niyetlerini tam olarak yansıtabilir.

Sadece Arap tarzının bilinmesi yeterli değildir. Noterde buna bir de *Viraka* صناعة الوراقه (noterlik stili) dediğimiz sanatın eklenmesi gerekir: noterlik uygulamasında kullanılan özdeyişler, dil bilgisi kuralları, cümle tarzları, sözleşmenin muhtelif taraflarının sunulma düzeni vs.

“Yazarın tarzının niteliği ve hukuki bilgisi ne olursa olsun, diyor Nûveyri, eğer *viraka* sanatına yeterince hâkim değilse, kaleme aldığı işlemler mesleki bir sakatlıkla malûl olur”¹. Herhangi bir meşhur noteri methetmek için, biyografılar özellikle onun *viraka* sanatını överler².

Dördüncü aşamada noterin kanunu iyi bilmesi gerekir; *fakih* olması gerekir. Bu şartın aranması çok doğaldır, çünkü noter bireylerin kendisine sadece iradelerini yazılı hale getirmesi için başvurdukları biri değil, aynı zamanda bu iradelerine kanunun aradığı ve herkesten bilmesi beklenmeyecek olan karmaşık şekil ve esas kurallarını da uygulamasını bekledikleri biridir³.

¹ Nûveyri, IX, 6.

² İbn Abbar, I, 9 من ابرع اهل زمانه خطأ واحسنهم وراقه

³ Taraflara, yasal şartları taşımayan ve neticede geçersiz olan bir işlem tevdi eden noterin sorumluluğu ne olur? Nûveyri'ye göre, noterin müşterisine sadece kullanılan kâğıdın veya boşa giden parşömenin bedelini tazmin etmesi gerekir. (IX, 4-5).

Bu hukuki kültür çok gereklidir, çünkü bu yaygın hukuki ilişkilerden kaynaklanan birçok hukuki sorun doktrinde tartışmalara sebep olmaktadır: noterin hukuk bilimine son derece hâkim olması, özel formülleri ve cümle kurgularını maharetle kullanarak işlemlerin geçerliliğinin benzer tartışmalardan darbe yemesini önleyebilmesi gerekir. Noterin günlük uygulamada çok yaygın olan *hile-i şer'iyye* الحيل الشرعية dediklerimizi de iyi bilmesi gerekir; yani yasal görünen birtakım ampirik uygulamalar bütünü olup bazı kanuni yasakları uygun hale getiren veya teorik olarak kabul edilmeyen bazı çözümleri kabul edilebilir hale getiren suni hususları. Noter, herhangi bir sonuca ulaşmak isteyip de bunun için gerekli kanuni dolambacı bilmeyen müşterilerini tatmin edecek yetenekte olmalıdır.

Yine hukuk kültürleriyle ve pratik maharetleriyle fark oluşturmuş noterlere ilişkin birçok biyografik not, onları *fakih* olarak nitelendirmekten geri kalmamaktadır. İşte bu sebeple, yakında da göreceğimiz gibi, noterler bu müktesebatlarına istinaden başkaca hukuk mesleklerini de icra etmişlerdir.

Nûveyri ve İbn Ferhûn gibi yazarlarca sayılan dördüncü şart, bir öncekinin bağıntısıdır: “noter aritmetiği ve miras rejiminin kurallarını bilmelidir”. Böylelikle olağan bir şekilde şirket ve miras tasfiye işlemlerini, payların doğru dağıtım işlemlerini yapabilir¹.

Noterlik bilimi.- Noterlik mesleğine hâkim olan bütün bu kurallar sadece uygulamanın elinde kalamazdı. Bütün bunların, doğal olarak ve tez elden hukuk biliminin, muhtelif uygulamalarındaki tekniği de belirlemek suretiyle, yeni bir çeşidinin doğumuna sebep olması gerekirdi. Bu *ilm el şuruttur*, *şurut* bilimi; bu alandaki yazarlara *ehli şurut* veya *şurutuyyun* denilmektedir. H. III. asrında, bu bilim dalı büyük bir gelişme aşamasındadır, çünkü takdir edilecek kitaplara konu olmaktadır, tıpkı bir kısmı yakın zamanda oryantalist bilgin Joseph Schacht tarafından yayınlanan Tahavi'nin eserinde olduğu gibi².

¹ Bazı müelliflere göre, noterin mesleğini icra ettiği yerin örf ve adetlerini de iyi bilmesi gerekir (İbn Ferhûn, I, 191).

² *Das kitab adkar al-huquq war-ruhun aus dem al-gami' al-kabir fis-surut des abu-Ga'far Ahmad İbn Muhammad al-Tahavi*. Ve, aynı eserden elde edilmiş ve aynı yazar tarafından kaleme alınmış *Das kitab as-suf'a*.- Bu iki eserden birincisinin giriş kısmında, M. Joseph Schacht, sadece noterlik biliminden bahsedeceği yeni bir eserin haberini veriyordu. Maalesef bu eserin yayınlanıp yayınlanmadığını öğrenebilmiş değiliz.

Fakat bu eserler, Ebu Hanife, Ebu Yusuf, İmam-ı Muhammed gibi h. II. asrının en saygınlarından olan bazı yazarların, hukuk kültürünün bu dalına el attıklarına ilişkin birçok bilgi ve referans içermektedir¹. Bu arada, Hacı Halfa insan biliminin muhtelif alanlarından bilgiler verdiği terminolojide (nomenclature), ayrı bir bölümde noterlik bilimini saymakta ve bu alanda ilk eser sahibi yazar olarak Hanefi Mezhebinden, 235/849 yılında vefat eden Hilal İbn Yahya el Beşri'den bahsetmektedir².

Bu yeni bilim dalı doğal olarak buna ilişkin bir eğitimi de getirecektir. Bundan böyle birinin, bu bilim dalının kurallarını öğrenmeden halkın önüne noter olarak çıkması zor olacaktır. Noterlik biliminin öğretilmesinin her hangi bir kişi tarafından yapıldığı veya bu eğitimin daha sonra mesleği icra edecek herhangi biri tarafından takip edildiği hususları, tarihi kroniklerde özel olarak değerlendirilmeyi hak edecek kadar, ziyadesiyle önemli görülmüştür.

¹ Bkz. Tahavi'nin eserinde ve Fetavayı Hindiyye isimli eserde bu yazarlara ve başkaca yazarlara atfedilen görüşler, VI, s. 248 vd.

Şafi Mezhebinde bu türden eserler ancak bir asır sonra kaleme alınacaktı (İbn Hallikan, I, 580, hukuk bilgini Abu-Bakr Al-Şayrafî'nin biyografisi, Öl. 330/941).

² Yine de belirtmek gerekir ki her ne kadar bu noterlik bilimi, Hacı-Halfa'nın da dikkat çektiği gibi (هو فرع من الفقه) hukuk biliminin bir dalı olsa da özellikle hukuk doktrini genel itibarıyla bu küçük kız kardeşi inkâr edermiş gibi davranmaktadır. Sadece ender eserlerde, Fetavayı Hindiyye'de olduğu gibi mesela, ona bazı kısımlar ayrılmaktadır. Maliki Mezhebi'nde durum böyle değildir: İbn Ferhûn mesela, noterlik mesleğinin icrasına ilişkin kurallarla ilgili çok uzun ve derin açıklamalar yapmaktadır.

Mesleğin icra edildiği yerler.- Halka yönelik olduğu için, noterlik mesleği çok rahat bir şekilde ulaşılabilecek yerlerde icra edilmiştir. İbn Haldûn der ki: "Onların (noterlerin) bütün ülkelerde üzerine oturdukları *masateblerin* (geniş ve alçak oturak) olduğu dükkânları vardır; ve müşterileri onları gelip orada bulurlar". Yaygın literatürde sıklıkla " حوانيت التعديل (dükkan, noter bürosu)" kavramına rastlanılır¹. İbn Haldûn'un belirttiği gibi İslam ülkelerinde bu genel bir kullanımdır. Özellikle Endülüs tarihinden alınmış birçok belgede bu bilgi teyit edilmektedir².

Bu söz konusu bürolar için noterler doğal olarak halk tarafından en sık uğranılan yerleri tercih ederler. İbn Anhar, Malaga noteri Muhammad el-Ensari'nin, mesleğini şehrin kapılarından birinin yakınında icra ettiğini belirtiyor³.

Fakat muhakkak ki en çok tercih edilen yer camilerin yakınıydı. Birçok metin noterlerin şu veya bu caminin yakınında "yer aldığından" bahseder⁴. Yaygın bir diğer uygulama olarak noterler bürolarını camilerin bizzat içerisine de açmaktadırlar⁵.

¹ Quatremère, *op. cit.*, II, 111.

² Örneğin: İbn Abbar, II, 708 كان يعقد الشروط بدكان

³ İbn Abbar, I, 263.

⁴ VIII. yy.nin sonunda Kahire'nin bir noteri احد العدول الجالسين بالقرب من جامع احمد بن طولون

⁵ Bkz. *İslam Ansiklopedisi*, V. *Masjid*, s. 399 in fine; Sadece Doğu için: İbn Tağribardi VII, 302; İspanya için, V. yy. h., İbn Baskuval, 135, 266, VI. yy. h., İbn Abbar, II, 492.

Camilerin içi olsun etrafı olsun, noterlik mesleğinin icrası için buraların seçilmesi çok rahat açıklanabiliyor: camiler hem inancın gereklerini yerine getirmek için halk tarafından çok yaygın olarak kullanılan yerlerdir, hem de biliyoruz ki buralar hâkimlerin yargılamalarını yaptıkları yerlerdir ve davalık olanlar da noterlerin en iyi müşteri kesimini oluşturmaktadır. Noterlerin aynı zamanda "tanık" veya mahkemeler nezdinde kâtip olarak, sıklıkla, görev yaptıklarını, camilerde verilen eğitimi uyguladıklarını da kabul edecek olursak, bu yerlerin tercih edilmesindeki temel etkenleri belirlemiş oluruz.

Bay Grohmann'ın¹ da dikkat çektiği gibi, noterler tarafından yapılan hukuki işlemlerde sıklıkla fazladan bir şahit olarak *müezzinlerin* de yer almasının şaşırtıcı bir yanı yoktur. Caminin hizmetine bağlı olan bu görevliler, bu anlamda, sözleşmelerinin geçerliliği için şahide ihtiyaç duyan bireylere bir el uzaklığında bulunmaktadırlar.

Fakat bu uygulamalarda zorunlu olan hiçbir husus söz konusu değildi, çünkü hala mesleklerini bizzat kendi meskenlerinde icra eden noterler görmekteyiz².

Noterlerin yetkileri.- Noterin asli ve temel yetkisi hukuki işlemlere tanıklık etmektir: fakat pratik olarak en önemli yetkisi bu işlemlerin yazımıdır; şüphesiz o işlemin tanığı olarak kalacaktır, fakat müessesenin büyük gelişim gösterdiği bu aşamada, bu görev ikinci plana düşmektedir.

¹ Adolph Grohmann, *Arabic papyrus* I, 137. N. 14.

² İbn Başkuval, 16.- *بيوت العدل*: Makrizi, *Kitab el-suluk*, Ziada yay. I, 273.

Noterlerin her türlü hukuki işlemi inşa etme yeteneği bulunmaktadır: sözleşme, evlilik akdi, mehir işlemi, azat etme işlemi, şirket ve miras tasfiyesi, taksim işlemi vs.¹.

Meslekleri bu anlamda kamuya açıktır ve noterler kendilerine gelip başvuran herkese hizmet sunarlar; ilke olarak, hiç kimsenin kişisel hizmetine bağlı değildirler. Bu arada, bu kuralın bazı istisnaları vardır. Güçlü kimselerin, büyük maliklerin, yüksek ve zengin memurların, menfaatlerinin sayı ve öneminden ötürü, sadece kendileri için bir noteri görevlendirmeyi daha uygun buldukları olmaktadır. Kendi çağında h. VIII. asrında İbn Haldûn böyle bir uygulamanın Mısır'da olduğunu belirtmektedir. "Emirlerin sözleşmelerinin yazımı için onların hizmetine girmiş" noterler vardı². Fakat bu uygulama daha eski ve daha geneldir. H. III. asrından itibaren Müslüman İspanya'da halifeler sadece kendi hizmetleri için kendilerine bağlı noterler oluşturma alışkanlığını edinmişlerdi. İşte kronik yazarı İbn El-Faradi, Halife Abdurrahman İbn Muhammed'in *sahib el vesaike* olan İbn El Janab (Öl. 320/932) isimli kişinin durumundan bahseder³.

¹ Belli bir uzmanlaşma dahi gelişmiş olacaktır. Alanın öneminden ve sebep olduğu hatırı sayılır sözleşme miktarından ötürü, sadece evlilik merasimlerine bakan ve sözleşmelerini yazan noterler olacaktır; bunlar *ukkad-el-ankiha* denilen kişilerdir عقاد الانكحة (bkz. Tyan, op. cit., II, 344, n. 1)

² İbn Haldûn, tarih, VII, 454.

³ İbn El-Faradi, I, 337.

Noterlerin hükümdarın özel hizmeti için görevlendirilmesi, ayrı bir noterlik görevinin doğmasına sebep olmuştur: metinlerin hattat el-vesaik essultaniyye (kraliyet noterliği) şeklinde adlandırdığı görev. Bu sığata sahip olanların bir kısmı kronik yazarları ve biyograflar tarafından sayılmaktadır: İbn El Massat tarafından h. IV. asrının ikinci yarısında¹, Husayn El Tacibi tarafından h. IV. çağının sonunda² ve h. V. asrının başında; İbn el Hida tarafından h. V. asrının ilk yıllarında³.

Bunun yanı sıra, noterlik mesleği başkaca mesleklerden ve kamu görevinden tamamen ayrı değildir. Başkaca kamu görevleriyle birleşmesi konusu, noterliğe özgü bir durum değildir. İslam'da bir tek kişiye birden fazla görev tevdi edilmesi, bu kişinin temsil hakkının olması kaydıyla, genel bir uygulamadır⁴.

Noterlere en sık verilen görevler, birikimlerinin onlara yatkınlık kazandırdıklarıdır, yani adli görevler. *Consilium* kurumunun oldukça yaygın olduğu Müslüman İspanya'da, aynı zamanda hâkimlerin *müşaviri* olarak da görevlendirilmiş noterler sıklıkla görülmektedir⁵.

Şûraya الشورى çok yaklaşan ve birçok zaman onunla karıştırılan *futya* الفتيا (*fetva veren*) görevi de yaygın olarak noterlere emanet edilmektedir.

¹ İbn Başkuval, 301.

² İbn Başkuval, 142.

³ İbn El-Faradi, II, 88.

⁴ İbşhi noterlikle beraber dokuz ayrı görevi yürüten bir kişinin durumundan bahseder (*Mustatraf*, II, 216).

⁵ İbn Al-Faradi, I, 50, 331; İbn Abbar, I, 331; II, 723; İbn Abbar, *Mu'cam*, 287.

Bu durum resmi bir *müftü* pozisyonu olabileceği gibi, münferit olarak yapılan *futya* görevi de olabilir¹.

Kraliyet noteri sıfatını taşıyan kimsenin aynı zamanda *surtanın* veya kримinel adaletin başı olduğu durumları dahi görmekteyiz².

Dahası noterler bazen mahkemeler nezdinde kâtip olarak görevlendirilmekteydi veya hâkimler tarafından yargılama yapmak için yetkilendirildikleri dahi oluyordu³. Hâkimlik pozisyonu ile noterlik pozisyonunun bazen aynı kişiye verildiği oluyordu⁴.

Bazı noterlerin icra ettiği özel adli meslekler arasında, *futya* mesleğinin yanında hukuk eğitimciliğini de sayabiliriz⁵.

Noterlik mesleğinin icrası hukuk alanı dışında, başka bir meslekle bir arada yürütülmeye engel değildi, örneğin hekimlik gibi⁶, kitap ticareti gibi⁷, hatta sıradan ticaret gibi⁸.

¹ İbn Al-Faradi, I, 50; İbn Başkuval, 114, 560.

² İbn Başkuval, 301.

³ İbn Abbar, II, 691; Zübeyr, 138 كان يتحرف بالتوثيق وينوب في الاحكام بغر ناطه

⁴ İbn 'Adari, 31. Buradaki, hâkimlerin hukuki işlemleri kaleme almalarına ilişkin yetkileri dışında olup daha sonra inceleyeceğimiz bir husustur.

⁵ Bel ve Cheneb, 129.

⁶ VI. h. asrının sonundan ve VII h. asrının başından bir Endülüs noteri; Zübeyr, 44.

⁷ VI. h. asrının ortalarından bir Endülüs noteri; İbn Abbar, II, 570.

⁸ VII h. asrından başka bir Endülüs noteri; İbn Abbar, I, 340.

Mesleğin toplumsal önemi.- Noterliğin toplumsal hiyerarşide büyük öneme sahip bir yer işgal etmiş olması şaşırtıcı olmamaktadır. Noterliğin İbn Haldûn tarafından, kriminal adaletin hemen ardına, *hisbenin* veya belediye yönetiminin ve para basılması hizmeti olan *sikkanın* bile önüne konularak, İslam Devleti'nde "halifelîğın dinî" en önemli dokuz görevinden biri olarak sayılmış olması dahi, tek başına belirleyicidir.

Aynı zamanda yazarlar noterliğı yüksek, onurlu, takdire şayan meslek olarak nitelendirmektedirler¹ *صناعة جلیلة شریفة* و *بضاعة عالیة منیفة*.

Gördüğümüz gibi, noterlerin müşterileriyle ücret işini konuşma alışkanlıklarının olmaması, aslında tam olarak mesleklerini diğer iş veya mesleklerin yanında değersizleştirme-
mek amacından kaynaklanmaktadır.

Bu durumda anlıyoruz ki tarihçiler, -vakanüvisler, kronik yazarları, biyograflar- noterlere takdir edilecek bir yer ayırırlar. Bunlar arasından, meşhur hâkimler ve diğer yüksek memurların yanı sıra, mesleklerinin icrasında fark yaratanların isimlerinin gelecek kuşaklara aktarılacağını öngörürler.

İtibarlarını daha da artıracak bir husus olarak, noterler genellikle muhitte yaşarlar ve yüksek şahsiyetlerin korumasından faydalanırlar. İbn Haldûn da aslında tam olarak bundan şikâyet etmiş, Kahire'ye *kadulkudat* olarak atandıktan sonra, görevlerinin icrası esnasında suiistimallerde bulunan noterlere sert davranmak istemiştir: >

¹ İbn Ferhûn, I, 188.

ama onların güçlü koruyucularının direnişiyile karşılaşmıştır¹.

Noterlerin toplumsal konumlarının öneminin bir diğer etkeni de mesleğin icrasının birçoğuna elde etme imkânı sağladığı zenginliktir. İbn Başkuval, örneğin Toledo'da "hukuki işlemlerin yazımında son derece maharetli" olup bundan ötürü büyük bir servet elde eden bir noterin durumundan bahseder². Şu da bir gerçek ki doktrinde, özellikle Maliki Mezhebinde, noterin düzenlediği bir işlem karşılığında ücret almasının meşru olup olmadığı tartışılmaktadır; ve bir görüş bu soruya olumsuz cevap vermektedir, fakat bir başka görüşte, dini açıdan noter için ücret talep etmemenin daha uygun olacağı da belirtilerek, ücretin meşruluğu kabul edilmektedir³. Birçok meslek veya kamu görevi açısından, özellikle hâkimlik de dâhil olmak üzere, doktrinin yaklaşımının bu doğrultuda olduğunu biliyoruz. Ama bütün bunlar tamamen teoriden ibarettir: noterler sundukları hizmet karşılığında, her zaman için belli bir ücret almışlardır.

¹ İbn Haldûn, *Tarih*, VII, 454.

² İbn Başkuval, 560; *bkz.* bir diğer örnek: Hallikan, I, 23.

³ İbn Ferhûn, I, 192. Ödemeyi kimin yapacağı da tartışılan bir husustur: Hanefi Mezhebi'nde kabul edilen bir teamüle göre, işlemi elde eden kişi veya kişilerin yapması gerekir.

III. Yazım Kuralları

Tanıklığın noterlik mesleğine dönüşmesinin, hukuki işlemlerin yazımı yöntemleri üzerinde önemli sonuçları olacaktır. Nitekim noterlik uygulaması, kendisine başvuran taraflardan duyduklarını yazıya geçirmekten ibaret olan sıradan bir tanıklık olmaktan çıkmıştır. Noterlik bu pasif rolün çok üstüne çıktı: hukuk kurallarının karmaşıklığından ötürü, âkitlerin iradelerinin açık ve kesin olarak ifade edilmesi için gereken teknik terimlerin kullanılmasının gerekliliği, hukuki işlemleri doktrinal tartışmaların tehdidinden ve içtihadı aykırılıklardan kurtarma ihtiyacı, ileride göreceğimiz gibi kendinden menkul bir delil haline gelen yazılılığın doğasındaki değişim gibi etkenlerden ötürü, noter-tanık artık aktif bir rol üstlenmektedir. Noter hukuki işlemi, sadece tarafların ifadelerinin içeriğine göre değil de mesleğe özgü ve sadece kendisinin bildiği bir takım kurallara ve yöntemlere uygun olarak yazılı hale getiriyor; tarafların ehliyetinin olup olmadığına, muamelenin konusunu oluşturan hakların gerçekliğine veya en azından gerçek gibi görünüp görünmediğine bakıyor ve böylelikle müşterilerinin danışmanı haline geliyor.

Yine bazı yazarlar noterlerin görevlerinin konusuna ilişkin açıklamalar yaparken bu gerçeği de göz önünde bulunduyorlar. İbn Ferhûn, "noterlik mesleği bireylerin hukuki işlemlerinin yasal geçerliliğinin sağlanmasını konu edinmektedir...

Noteri, ona sırlarını açıklayan müşterilerinin mahremine dâhil eder¹...” demektedir. Daha ilerde, mesleklerini kötüye kullanan noterlerin durumlarından bahsederken, aynı yazar, bu tür noterlerin bu işe özgü dilin becerilerini kullanmadaki, görünürde yasal gözükken dolambaçları kullanmadaki maharetlerinin, birçok zaman emredici hükümleri bertaraf ettiği eklemektedir² ve bu durum noterin kendilerine başvuran bireylerin işlemlerinin yazımındaki aktif rolünü tahmin etmemiz için yeterli olmaktadır. Yine aynı şekilde, noterin şahsında fiilen iki farklı niteliğin bir arada bulunması sebebiyle –tanıklığı ve işlemin yazarlığı-, noterlik mesleğinin icrasını ilgilendiren kurallar bu niteliklerin birinden veya diğerinden ileri gelmekte ve kökenleri açısından bakıldığında, iki kategoriye ayrılmaktadır. Konuları açısından bakıldığında, bu arada bu aynı kurallar yine iki kategoriye ayrılabilir: şekle ve esasa ilişkin kurallar.

§ 1. Şekle İlişkin Kurallar

Bu kuralların genel bir karakteristiği, mutlak anlamda bir şekilciliğin olmayışıdır. Her ne kadar birtakım terimler, formüller, cümle kurguları genellikle kullanılıyor olsa da; hatta bu yazım usullerine hâkim olmak mesleğe uygunluğun şartlarından biri olarak kabul edilse de daha önce de gördüğümüz gibi, bu anlamda bu tarz formüllerin kullanımı zorunlu değildir ve herhangi bir geçersizliğe de sebep olmamaktadır.

¹ İbn Ferhûn, I, 189.

² İbn Ferhûn, I, 190.

Hiçbir metin böyle bir müeyyideyi öngörmüyor ve nitekim noterlik uygulamasının birçok dokümanında, görevlerinin yazımında belli bir çeşitlilik görülmektedir. Noterlik usulü kitabı yazarları, bazen kendileri bizzat, muhtelif formüllerin kullanımında seçim hakkını tanırlar. Aranan tek şart âkitlerin niyetinin sarih olarak ifade edilmiş olmasıdır¹.

Noter tarafından yapılan işlemin başlığı için dahi farklı isimler kullanılmaktadır. *Kitab* كتاب kelimesinin yanı sıra, çok yaygın bir şekilde şu terimler de kullanılmaktadır: *vesika* وثيقة; *sak* صك , *zıkr hak*² ذكر حق , *mestur* مسطور , *bera'e* براءة;- noter sıfatıyla hareket eden mahkeme kâtiplerinin yazdıkları işlemlere ise *mahzar* محضر ismi verilmektedir.

Noterden geçmiş işlemlerin üslubu, tam anlamıyla özetlenmişliği ve vuruculuğu ile nitelendirilemez. Aksine, aynı fikri ifade etmek için, aynı kaydı formüle etmek için, bir şartın yerine getirildiğini teyit etmek için noterler, yazımı şişirme riski bile olsa, tarafların niyetlerini veya taahhütlerinin kapsamının kesinliğini teyit etme adına, aynı anlamda veya eşdeğer tabirleri, terimleri arka arkaya dizerek, uzun uzun yazarlar.

¹ Schacht, *Kitab adkar el-hukuk*, 18; *Fetavayı Hindiyeye*, VI, 241, 244 vs.

² Bu son ifade noterlik bilimine bizzat ismini dahi verdi: علم انكار علم الحقوق deniyor, علم الوثائق denildiği gibi ve علم الشروط vs.

Mesela, bir evin satış sözleşmesinde, noter bu ev hakkında tam ve kapsayıcı bir tanımlama yapmakla yetinmez, lakin bu satışın “bütün evi, yukarısını, aşağısını, ona bağlı her türlü hakkı kapsadığını”¹ söyler; alım bedelinin satıcıya ödendiğini söylemek için, bu ücretin satıcıya ödendiğini belirtmek yeterli olmaz, çünkü aynı zamanda satıcının da bunu eline geçirdiğini belirtmek gerekir²;- bir teknenin kiralınmasına ilişkin bir sözleşmede, noter bu teknenin “oturaklarıyla, raflarıyla, kürekleriyle, yelkenleriyle, hasırlarıyla vs.” kiralandığını söyler³.

Birinin görevine son verilmesi şu söyleyişi içerir: عزله
4. عن ذلك كله و صرفه عنه و اخرج منه و قصر يده عنه

Sözleşmenin sonunda taraflar arasındaki bütün hakların tasfiye edildiğini, karşılıklı olarak kesin bir şekilde ibra olduklarını ifade etmek için: اقرا طائعين انه لم يبق لكل واحد منهما على صاحبه ولا عنده ولا قبله ولا معه ولا في يده ولا باسمه ولا باسم وكيل له ولا قبل احد بسببه من جميع ما جرى بينهما من الوجوه كلها حق ولا دعوى ولا خصومة ولا طابة بوجه من الوجوه وسبب من الاسباب لا قديم ولا حديث⁵, yazılır.

Kullanılan dil Arapçadır. Bu arada (etnik) kökenlerin dönemine göre bu kuralın bazı istisnaları vardır.

¹ Fetavayı Hindiyeye, VI, 275 vd.

² Fetavayı Hindiyeye, VI, 280 vd.

³ Fetavayı Hindiyeye, VI, 314 vd.

⁴ Fetavayı Hindiyeye, VI, 328 vd.

⁵ Fetavayı Hindiyeye, VI, 359.

Bu dönemin birçok belgesi, özellikle otoritelere dayanan belgeler, Yunanca veya Mısır açısından ulusal dil olan Kıptice yazılmaktadır¹. Sıklıkla tarihin Yunan rakamlarıyla² yazıldığı veya ifadesini Kıptice³ vermiş olan birkaç şahidin olduğu, h. III. asrındaki noter işlemlerine kadar, bu (etnik) kökenlerin izlerine rastlanılmaktadır.

Yazım tarzı her zaman için çok iç açıcı değildir. Grohmann tarafından derlenen ve III. IV. V. h. asrına ait olan işlemlerde, bir sürü sözdizimi hatası, hatta yazım hatası bulunmaktadır.

Yazım tarzının iyi olması gerekir. Noterlerin kaleme aldıkları işlemlerin iyi sunulmasına dikkat etmeleri gerekir. Ama birçok zaman bunu yapamıyorlar: Grohmann koleksiyonundaki işlemlerin birçoğu vasat ve bazen okunamaz bir yazıyla yazılmıştır. Nitekim yazarların özellikle ısrar ettikleri konu, yazının sadece okunaklı olması ve her türlü karışıklığı, hatayı ve belirsizliği önleme adına açık olmasıdır. Bu şekilde, noterin özellikle işlemde yer alan isimlerin, bazı isimler kolaylıkla başka şekilde anlaşılabilmesi veya başkasına dönüştürülebileceği için, düzgün aktarılmasına dikkat etmesi gerekir, *عائشة مظهر مظفر* isimlerinde olduğu gibi. Rakamların aktarılması da noterlerin dikkatini gerektirir. Değiştirilmeye veya bozulmaya müsait rakamlar için, yazıldıktan hemen sonra arkalarına yarılarını belirtmeleri gerekir.

¹ Steinwenter, *Die Bedeutung der Papyrologie für die koptische Urkundenlehre, in Papyrie und Altertumswissenschaft*, Walter Otto ve Léopold yay. s. 306.

² Grohmann, *op. cit.* I, (84, v., örneğin 383/896 (105-111) yılına ait bir işlem.

³ 289/853 yılına ait bir satış işlemi (Grohmann, I, 161).

Bu şekilde noter, bin sayısından sonra “yarısı olan beş yüzü¹” ardına ekler. Bu yöndeki uygulama genelleşmiştir; neredeyse bütün rakamların ardından yarımaları belirtilmiştir².

Resmi işlemlerin yanı sıra, özel metinler ve hatta literatüre ilişkin eserler, noter işlemleri, Kur’an’daki bilindik ifadeyi içeren dini bir başlıkla başlar, Yaradana yapılan yakarış: بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ Bağışlayıcı olan Allah’ın adıyla³. Nuwayri tarafından getirilen formda, bu düsturu Peygambere salâvat getirilen diğer geleneksel düsturla devam ettirmek gerekir⁴.

Goldziher’e göre, bu son formülün kamusal işlemlerde kullanımını emreden ilk olarak Halife Harun Reşit olmuştur⁵. Noterlik işlemlerinde de kullanımına doğal olarak başlanmıştır. Fakat bütün noterlik işlemlerinde ona mutlaka rastlanmaz; birçoğu sadece Yaradana yakarışını içerenle yetinmiştir; bu durumda büyük bir kullanım çeşitliliği söz konusu olmuştur.

Muhtelif terimler de içermesinin yanı sıra, uzatıldığı gibi, şunlar gibi başkaca ifadelerle de devam ettirilir بِسْمِ اللّٰهِ

¹ İbn Ferhûn, I, 187.

² Ö. Bıtmn Qdrh mn l'ain Rıbnar nııvıf mn zlk ımn (Grohmann, I, 152, n. 8) dınar... arbıa aradb balkıil nııvıf mızlk ar dııın (8)

³ İbn Ferhûn, I, 189.

⁴ Nüveyri, IX, 7. Bkz. h. V. asrının ortalarından bir işlem بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ وصلی اللّٰه سیدنا محمد رسوله وسلم بالسلام (Grohmann, I, 186).

⁵ Grohmann, I, 186.

¹الرحمن الرحيم وما توفيقى الا بالله عليه توكلت واليه انيب
بسم الله الرحمن الرحيم veya ²بسم الله الرحمن الرحيم veya
³الحمد لله الحق vs.-; bazen de ⁴الموفق للصواب
gibi tabirlerle devam ettirilir.

Bu arada birçok noter işleminde, dini formülü, belgenin içeriğinin sıhhatini ve yazıcı-noterin ismini belirten bir formül takip eder. Üslup oldukça çeşitlidir: “Bu belge doğrudur ve İbrahim İbn Ali onu kendi el yazısıyla yazmıştır⁵”. “Bu mevcutlarda var olanların hepsi benim önümde oluşturuldu ve Ubeydullah İbn Hafs onu kendi el yazısıyla yazdı⁶”.

Bu benzer formüllerin konumunun ne olduğunu ileriki sayfalarda söylemeye çalışırız. Fakat bir taraftan da dikkat çekelim ki bütün noterlik işlemlerinde onlara mutlaka rastlanmaz; bir diğer taraftan da, bunlar yazarlar tarafından işlemlerde zorunlu olarak yer alması gereken hususlardan olarak sayılmazlar.

¹ h. V. asrının ortalarından bir işlem (Grohmann, I, 203).

² h. V. asrının ortalarından bir işlem (Grohmann, I, 267).

³ h. IV. asrının sonlarından bir işlem (Grohmann, I, 67).

⁴ h. V. asrının ortalarından bir işlem (Grohmann, I, 122).

⁵ هذا الكتاب صحيح و كتب ابراهيم بن علي كتب نجته h. V. asrının sonlarından bir işlem (Grohmann, I, 63).

⁶ ثبت عندي جميع ما نص وشرح فيه وكتب محمد بن عبيدالله بن حفص نخطه h. V. asrının ortalarından bir işlem (Grohmann, I, 186). Başkaca örnekler: هذه الوثيقة محجة وكتب ادريس بن جعفر بيده-اعرفا البايعين (sic) بالا حازة وكتب سليمان بن ادريس في تاريخه (sic) بقبض الثمن من المشتريان اعرف عندي البايع بقبض من المشتري بالسلم وكتب (Grohmann, I, 167); سليمان ابن ادريس في تاريخه (Grohmann, I, 122)

Bazı oryantalistler tarafından bu benzer formüller, bazı belgelerde gördüğümüz ve ileride göreceğimiz gibi başka amaçlarla kullanılan صح (doğru) formülüyle karıştırılmıştır¹.

Giriş kısmından sonra işlemin bizzat kendinin yazımı başlar. Bu yazım tarzının genellikle bir beyan veya taahhüt altına giren kişi veya kişilerin ağzından dökülen bir beyan değişimi şeklinde olmadığı, dikkate değer bir durumdur. Noterlik işlemi özünde şahit-noter tarafından yapılan bir ifade verme işleminden ibaret olduğu için, üslup burada tamamen objektif bir şekil alır. Böylelikle bir satış işleminde noter şöyle yazar: "X bu işlemle Y'den ... satın almıştır"² veya formül daha da objektif ve kişilik dışı olur: "bu X'in Y nazarındaki hakkı olan N miktarındaki paraya ilişkindir"³...

Başkaca yuvarlamalar yazının tanıklığa ilişkin yönünü daha da iyi bir şekilde ortaya koyar. Şu şekilde yapılır: >

¹ Bkz. *infra*, s. 58.

² هذا ما اشترى المكننا بابن السري بن زمزفيل النصراني من ثيدس بن كيل ... الاجير... اشتر منه... جميع ما ذكر انه له (Grohmann;122; bkz. aynı üsluba sahip başka işlemler için: Grohmann, I, 205, 185, 124.

³ ذكر حق فلان بن فلان الفلاني على فلان بن فلان الفلاني له عليه كذا كذا ديناراً
عينا جيادا مثاقيل ذهباً

"*Kitab adkar el-hukuk*, bkz. h. III. asrının sonlarından bir işlem (Grohmann, I, 109).

"Altında imzası bulunan şahitler, X'in Y'ye karşı ... borçlandırıldığına şahitlik ederler"¹. Daha az kullanılan bir şekilde şu örnekte olduğu gibi, başka bir formülü buluruz: "X kölesini azat etti...²".

Sözleşmeciler tarafların kimliğine gelince, formlar noterin işleme kimliklerinin belirlenebilmesi için gerekli her türlü bilgiyi yazması gerektiğini bildirirler: o da onların adını, babalarının ve dedelerinin adını, bunun yanı sıra meslekleriyle ikametgâhlarını belirtir³. Gerektiği durumlarda, taraflardan birinin veya her ikisinin, körlük gibi, çiçek hastalığından kalma izler gibi, cüzam izleri vs. gibi ayırt edecek fiziksel özelliklerini veyahut da sadece dış görünüşlerinin belli bir yönünü belirtmek durumu söz konusu olur⁴. –Devredenin isminin ardından⁵ devralanın ismi belirtilmelidir, borçlunun isminin ardından da alacaklının ismi belirtilmelidir⁶.

¹ شهد من اثبت شهادته في اخر هذه البراءة (Grohmann, 118, 134). *Adde:Kitab adkar el-hukuk*, 18.

² اسطور هيوه ابنت سرجه بن بليدة... انها اعتقت bir işlem (Grohmann, I, 67).

Bu gayri şahsi formül noterlik biliminin kullandığı formüldür. Fakat eski müellifler ve uygulamacılar rahatlıkla dolaysız bir dil kullanıyorlardı. Böylelikle, Ebu Hanife'ye atfedilen bir görüşe göre, bedeni faaliyete ilişkin sözleşmelerin bazılarının, ödünç alanın ödünç verene yönelik bir bildirim yapması şeklinde yapılması gerekir: "Sen bana ödünç verdin..." (*Fetavayı Hindiyeye*, VI, 354).

³ Nüveyri, IX, 7; İbn Ferhûn, I, 190.

⁴ İbn Ferhûn, I, 193.

⁵ İbn Ferhûn, I, 192.

⁶ Schacht, *Adkar*, 7.

Bu durumun ardından gelen yazım tarzı işlemin konusunu belirler. Eğer bir miktar para borcu söz konusuysa, noter borcun rakamını, ödeme aracının türünü (altın veya gümüş), niteliklerini ve ağırlıklarını açık olarak belirtir¹. Yapısal bir konu ise, noter onu mümkün olduğunca kişiselleştirir; bir köle ise kendi ve sahibinin ismiyle teşhis edilir; bir taşınmaz konumu ve sınırları ile belirtilir.

Bu nitelemeler bittikten sonra, noter işlemin üzerine düzenleme tarihini yazar. Bu tarih gün, ay ve yıl olarak tespit edilir, sadece beş istisnai durumda saatin de eklenmesi gerekmektedir².

Tanıklıkların da eklenmesiyle belge nihayet tamamlanır³.

Asgari tanık sayısı, umumi hukuka uygun olarak, iki erkektir; azami sayı için herhangi bir sınırlama yoktur: yirmi dört hatta kırk iki tanık ifadesi içeren noter işlemleri bulunmaktadır. Tanıklardan ilki, işlemin yazarı olarak noterin bizzat kendisidir, her ne kadar yazıcı sıfatının belirtilmesine ihtiyaç olmasa da. Taraflar böylelikle noterin müdahalesinden imtina edemezler. Ama başlığın yazımı esnasında diğer tanıkların mevcut olması gerekmemektedir. Bu kısmın yazılmasından sonra, taraflar gerekli şahitleri aramaya gidebilirler ve huzurlarında işlemin içeriğini teyit etmek suretiyle onlardan işleme ifadelerini dâhil etmelerini isterler.

¹ كذا ديناراً متقابل ذهباً عينا وازنة حيداً (Schacht, *Adkar*, 1).

² İbn Ferhûn, I, 190.

³ Bu arada şahitlik beyanı içermeyen işlemlere de rastlanılmaktadır. M. Grohmann'ın da telkin ettiği gibi, burada ya ayrılmış bir sıfattan hareketle elde edilen ya da sadece suretten ibaret belgelerden elde edilen şahitliklerin olduğu durumlar söz konusu (*Arab. Urkund.*, 347).

Tarihi kronikte, ellerinde yazılı sözleşmeleriyle 'udulların huzuruna gidip ona tanıklıklarını eklemelerini isteyen âkitlerin olduğu birtakım anekdotlar bulunmaktadır¹.

Bir diğer taraftan, tanıklığın eklenmesi illa ki sözleşmenin yapıldığı tarihe rastlamayabiliyor. Grohmann koleksiyonunda bunun tipik bir örneği bulunmaktadır: bir bağışlama sözleşmesinde, *propter nuptias*, sadece iki tanığın şahitliği bulunur; noterinki ve yapıldığı tarihteki bir diğer şahidinki. Oysaki sayıları yirmi iki olan diğer tanıklıklar başkaca tarihlere dayanır: hatta bunlardan bazıları sözleşmenin yapımından tam on iki sene sonra söz konusu olmuştur².

Bu durum nasıl açıklanmaktadır? Muhtemelen, tarafların fazladan bir teminat sağlamak istedikleri işlemlerden ibaret bir durum olsa gerek –evvelki tanıkların vefat etmiş veya kaybolmuş olması durumunda; işlemlerin içeriğini teyit ederek onları yeni şahitlere sunarlar.

Tanıklık bir imzadan değil de şahidin işleme tanıklık ettiğini bildiren ve bizzat kendi eliyle yazdığı bir açıklamadan ibarettir.

¹ İbn Hallikan, II, 451; Husani, 198.

² Grohmann, I, 105.

Bu açıklamanın adına *resm* الشهادة رسم denilmektedir. Bu amaçla kullanılan formüller oldukça çeşitlidir. ..شهد بذلك شهد.; بجميع ما في هذا الكتاب وكتب بخطه، شهد على اقرارهما جميعا vs.¹. بجميع ما في هذا الكتاب وكتب شهادته

Yazmayı bilmeyen bir tanığın, uygulamada, bir üçüncü kişiyi kendi yerine tanıklığının belirtisini işleme dâhil etmekle görevlendirebileceği kabul edilmektedir. Tanığın beyanından sonra, bir üçüncü kişinin, bu üçüncü kişinin isminin belirtilmesine de ihtiyaç duyulmadan, onun isteği üzerine ve huzurunda bu ifadeyi yazdığı ifade edilir².

Kural olarak tanıklık, işlemin içeriğinin bütününe yöneliktir. Fakat daha fazla katiyet sağlama açısından, vakıaların genelinde, şahitler sözleşmede yer alan bütün hususlara tanık olduklarını özenle belirtirler³. Yazarlar, sözleşmenin bir miktar parayı veya başka bir şeyin sayısını içermesi durumunda, bu rakamların beyanlarda tekrar edilmesini dahi tavsiye ederler⁴.

İmza sahibinin sözleşmenin şartlarının sadece bir kısmına şahit olması durumunda –örneğin taraflardan sadece birinin ifadelerini duymuş olması durumunda- bunu beyan etmesi ve şahitliğinin kapsamını belirtmesi gerekir.

¹ Noterlik uygulamasına ilişkin eserlerde, belgelerin içeriğinin kaleme alınışı konusunda muhtelif görüşler yer almaktadır (bkz. *Fetavayı Hindîyye*, VI, 285)

² شهد فلان بجميع ما سمى ووصف فيه وكتب عنه بأمره ومحضره (Grohmann, 205, 167, 185).

³ Bkz. dipnot *supra*. Benzer başka formüller. شهد بجميع ما في هذا الكتاب. - شهد على اقرارهما جميعا بجميع ما في هذا الكتاب vs.

⁴ İbn Ferhûn, I, 189.

Nitekim tanığın beyanını açıkça satıcının veya alıcının ifa-deleriyle sınırladığı vakıalarla karşılaşmaktayız, oysaki başka şahitler iki tarafın da beyanlarına şahitlik ettiklerini belirtirler¹.

Başlığın yazımında hiçbir beyazın hiçbir boş alanın olmaması, satırların kâğıdın ucuna kadar uzatılması gerekir. Noterin satırın sonunda bir boşluk bırakmak zorunda kalması durumunda, örneğin son terimin o kısma sığmayacak kadar uzun olması durumunda, (Arapça'da satır sonu ekleme tiresi bulunmamaktadır) formlarda, boşluğu gidermek için en yaygın olanlardan olarak, herkesçe kabul görmüş olan صح (doğru) kelimesinin veya (ص) 'ın veyahut da sadece boşluğun durumuna göre yarım daire çizilmesinin yeterli olacağı şeklinde muhtelif yöntemler belirtilmektedir². Eğer başlığın sonunda son satırda bir boşluk kalırsa, yazıcının onu الله حسبي gibi veya الحمد لله gibi bir bitiş ifadesiyle doldurması gerekecektir³. Ve şahitlerin, bunun hemen ardından tanıklıklarını devam ettirmeleri gerekir⁴.

¹ Grohmann, 79, 153, 267.

² Buradan şu sonuç çıkıyor, Grohmann gibi bazı yazarların düşündüğünün aksine, (*Die papyrologie in ihrer Beziehung zur arabischen Urkundenlehre*, in *Papyrie und Altertumswissenschaft*, s. 346), صح terimi noterden geçmiş işlemlerin teyidinin formülünü oluşturmuyor; bu amaç için kullanılan başkaca formüller var (bkz. supra, s. 52, d. 5 ve 6).

³ Ya da beyanını yazmak üzere birinci şahidi davet eder.

⁴ İbn Ferhûn, I, 189. Bu benzer tabirler şahitlerin beyanlarının sonunda boş bırakılmış olan yerleri doldurmaya yarıyor. Bkz. bir örnek için, Grohmann, I, 122).

Yazının kural olarak hiçbir silme, düzeltme veya ekleme içermemesi gerekir. Bu arada, bir hata veya ihmal söz konusu olursa, notere gereksiz kelimenin üstünü çizerek veya unutulmuş kelimeyi ekleyerek, metnin sonuna -tarihten sonra ve tanıklıktan önce- üstü çizilen veya eklenen kelimelerin net olarak belirtildiği bir ibare ve düzeltmelerin açıkça teyit edildiği bir formül eklemek suretiyle, bu durumu düzeltme imkânı tanınmaktadır وهو صحيح في موضعه معمول به معتنز¹ عند بخط كاتبه.

Düzeltilmeler, sözleşmenin miktarı veya tarihi gibi işlemin elzem kısımlarını ilgilendirirse sadece bu durumda bu kurallar titizlikle uygulanır. Hatta bu durumda dahi –düzeltmelerin düzenli olarak yapılmaması halinde- işlemin şahitlerine hâkim huzurunda bu düzeltmelerin sıhhatini teyit etmeleri suretiyle kendi sıfatlarını ibraz etme yükümlülüğü, âkitlere düşmektedir².

İşlem birden fazla kâğıda yazılırsa, noterin her bir kâğıda mührünü علامته basması veya ismini yazması ve belgenin sonuna bu kâğıtların sayısını belirtmesi gerekir³.

¹ Nüveyri, IX, 8; İbn Ferhûn, I, 189. Bu şekilde, h. V. asrının ortalarından bir sözleşmede şu ifadeye rastlıyoruz: "صح: söz konusu belgede üzeri çizilmiş harfler bulunmaktadır; ve bu doğrudur" (Grohmann, I, 267). Bkz. benzer bir formül için: Grohmann, I, 157.

² İbn Ferhûn, I, 208.

³ Nüveyri, IX, 6; İbn Ferhûn, I, 189.

Katıyetle istenmese de belgenin satır sayısının yazılması daha da iyi olur¹. Birden fazla nüsha söz konusu ise yazımı yapanın nüsha sayısını belirtmesi ve bunların her birinin birbirleriyle uyumlu olduğunu da teyit etmesi gerekir².

§ 2. Esasa İlişkin Kurallar

1. Tarafların kimliğinin doğrulanması.- Esasa ilişkin kuralların ilkinin tarafların kimliği ilgilendirir: noterin bizzat kendisinin bu hususu doğrulaması gerekir. Bu şart doğal olarak noterin şahit sıfatıyla hareket etmesinden kaynaklanır: bir kimse başka birinin lehinde veya aleyhinde ancak onun kimliğinden emin olması kaydıyla şahitlik edebilir. İbn Ferhûn bu hassasiyete uyulmamasının sebep olabileceği zarar doğurabilecek sonuçlarından bahseder: sahte bir kimlikle bir noterin önüne giden bir kişi, danışıklı olduğu bir üçüncü kişiye bir miktar para borcunun olduğunu bildirir; bu dolandırıcılık yöntemiyle bu üçüncü kişi kimliği sahtecilik yaparak kullanılan kişiden haksız yere bu parayı isteyebilir³.

¹ Nüveyri, IX, 6; İbn Ferhûn, I, 189.

² İbn Ferhûn, eod. loc. Nüveyri, IX, 9. Bazı formüllerle göre buna bir de her bir suretten her bir sözleşmeciye birer örnek verildiği ibaresi eklenmektedir. Bkz. şu formül *وفيه احرف مخطوط عليها بطلالة وهو صحيح* (Schacht, *Das kitab as-sufa'a*, 39). Bir sözleşmenin sözleşmeci adedince suretinin yazılması gerektiği konusunda bir zorunluluk olmadığı, bunun taraflara bırakılmış bir keyfiyet olduğu gözüküyor. (Schacht, *op. cit.*, 39).

³ İbn Ferhûn, I, 190.

–Veyahut da bir kişi gerçek malikin kimliğiyle bir taşınmazı vs. satar¹. İşte bu sebeptendir ki bazı toplumsal âdetlerin, tarafların teşhisinin gerekliliğine katlanması gerekir. Bu şekilde, noter önünde hukuki bir işlem yapmak isteyen kadının, noterin onu tanıyabilmesi için, yüzünü açması gerekir². Noterden yazımı istenen işlemin geçerliği tarafların kimliğinin yanı sıra hukuki yeteneklerinin de doğrulanmasını gerektiriyorsa, bu niteliğin de noter tarafından doğrulanması gerekir. Noterin huzuruna karı-koca olarak gelip de eskisini yitirdikleri iddiasıyla, kendilerine bir evlenme işlemi hazırlamalarını isteyen iki kişinin durumu böyledir: noter ancak bu kişilerin evli olduklarından emin olduktan sonra bu işleme müdâhil olur³.

Kimliğin doğrulanması hususu, işlemin sadece taraflardan birine bir borç yüklediği durumlarda dahi, her iki âkidin şahsına da ilişkin olmalıdır: >

¹ İbn Ferhûn, I, 286.

² Maliki ekolünün, en azından, başının öğretisi de bu şekildeydi, Malik *قال مالك وتكشف من لا تعرف يشهد على رؤيتها ويثبت في شخصها* (İbn Ferhûn, I, 185); fakat sonraki dönemlerdeki uygulama bu zorunluluğa çok bağlı kalmadı. Maliki Mezhebinde Hanefi Mezhebindeki örf ve âdete daha saygılı olan, ilkesel uygulamaya benzer bir yöntem benimsenmiştir: kadın yüzünü açmak zorunda değildir; örtülü olarak da olsa şahidin önünde ayırt edilebilmesi, başkaca iki şahit tarafından da kimliğinin teyit edilmesi yeterlidir (Damad Efendi, II, 191).

³ Damad Efendi, II, 191.

noterin sadece borçlunun kimliğini doğrulamakla yetinmesi gerekir¹.

Buna istinaden, hukuki işlemlerin yazımı için noter huzurunda ilgili tarafların sorgulanması, gerekli bir formalite olarak karşımıza çıkmaktadır.

Noterin doğrulama yapmak için sahip olduğu imkânlar, ispat açısından genel hukukta var olanlara tam olarak uymamaktadır. En önemli yöntem, aslında, kişisel olarak tanımadığı noterin tanımadığı kişilerin işlemine katkı sağlamayı reddetmesine izin verilmektedir². Çok istisnai durumlarda, kişisel olarak tanımadığı halde, özellikle yüksek otoritenin bir kararı sebebiyle herhangi birileri için görevini yerine getirme zorunluluğu bulunursa, noter başka bir yönteme başvurabilir. Bu durumda noterin tanıklık deliline başvurması gerekir: sözleşmeye yabancı olan ve adil şahit olarak bilinen iki kişiden sözleşmeci tarafların kimliğini teyit etmesini ister. Hatta bir tek şahidin doğrulaması veya 'udul olmayan bir şahitten veya tarafların sorgulanmasından elde edilecek, basit bilgilerin dahi yeterli olacağı kabul edilir. Bu çözüm "zaruret" ile açıklanmaktadır ³ لانه موضع ضرورة. Son tahlilde, aranan tek şart, ne şekilde olursa olsun noterin tarafların kimliği konusunda gerçekçi bir inanca sahip olmasıdır.

¹ Damad Efendi, II, 184.

² Damad Efendi, II, 183.

³ İbn Ferhûn, I, 183.

Zaruret kavramı genel kurala dahi istisnalar getirmektedir. Daha önce de gördüğümüz üzere, işlem yapılması için notere başvuran eşlerin bu sıfatlarının denetlenmesi gerektiği gibi, ilgililerin şehrin yabancıları olmaları durumunda da bu kural aynen uygulanır: bunların beyanları kendinde hiçbir şüphe uyandırmıyorsa, ancak bu durumda noter iddialarını kabul edebilir¹.

2. Tarafların yeteneğinin doğrulanması

Noterlik işlemlerinde var olan bir söylem biçiminde noter, tarafların sözleşmeyi “fiziki ve zihni keyfiyetlerine uygun olarak, hukuki yetenekleriyle; kendi iradeleriyle, her türlü baskıdan uzak bir şekilde” yaptıklarını temin eder².

Dolayısıyla noterin, ilke olarak, âkitlerin hukuki yeteneklerinin bütün şartlarını denetlemesi gerekir. Bu doğrultuda noter, tarafların huzurunda belgeyi baştan sona okur. Yine bütün noter işlemleri olağan olarak öncekini takip eden ve “işlem taraflara okundu ve onlar da tamamını anladıklarını kabul ettiler³” veya “işlem taraflara harfi harfine okundu...”⁴ şeklindeki diğer bir söylemi de içerir.

Bu kuralın uygulaması olarak yazarlar şu bilgiyi verirler;

¹ İbn Ferhûn, I, 190.

² في صحة عقولهما وابدانها وجواز امورهما طابعين غير مكرهين ولا مجبرين ولا مضطرين

³ بعد ان قرئ عليهما فاقرأ بفهمه ومعرفة جميعه

⁴ بعد ان قرئ عليهم حرفا حرفا عرفوا ما فيه فاقرأ وا بفهمه ومعرفة ما فيه

şayet bir kadın bir noterden kocasını mehir borcundan veya nafaka yükümlülüğünden muaf tutacak bir işlem hazırlamasını talep ederse, noter bunu, ancak kadının haklarının tam anlamıyla sahibi olduğuna kanaat getirirse, yerine getirir¹.

Şayet bir sözleşmenin yapımında taraflar bizzat kendileri olmazlar da vekil kullanırlarsa, noterin bunların yetkilerini denetlemesi ve başlıkta buna, genellikle şu şekilde ifade edilen bir söylemle yer vermesi gerekir; *حسب ما يشهد بذلك كتاب الوكالة الذي بيده الثابت حكمه بمجلس الحكم العزيز بالمكان الفلاني*². Özellikle evlilik akitlerinde, kadın her zaman için vekil aracılığıyla temsil edilmektedir; ve bu akitlerin bazılarında vekilin yetkileri evliliğin gerçekleştirilmesi aşamasında iki 'udul şahit tarafından teyit edilmektedir³.

3. İşlemin hukuken geçerliğinin denetimi ve muhtelif şartlar. Noter müşterilerinin iradesinin pasif görevlisi olmadığı gibi, bir işlemi onların istediği bütün şartları eklemek suretiyle yazmak zorunda da değildir. Aksine, kanunun amir hükmüne aykırı her türlü şartın yazımını reddetmek zorundadır⁴. Böylelikle noter, Müslümanlar arasında alkollü içecek satışına ilişkin bir sözleşmeyi düzenleyemez.

¹ İbn Ferhûn, I, 190.

² Nüveyri, IX, 43.

³ بعد ان فوضت امرها الى جدها يعقوب بن اسحق واشهدت له شهودا بتوكيلها (Grohmann, I, 273). اياه فقبل وكالتها

⁴ İbn Ferhûn, I, 188.

İbn Ferhûn başka bir örnek verir: noterden malvarlığının üçte birini aşan bir miktar için tasarruf yetkisinin yazılmasını isteyen evli bir kadının durumunda; noterin bu talebi reddetmesi gerekir, çünkü böyle bir yetki kocanın muhtemel haklarına ve izin verilen kotaya ilişkin kurala aykırılık teşkil edecek mahiyette olur¹.

Daha önceden yazılmış ve kapatılmış bir belgeye her şahidin –özellikle de noterin- tanıklık etmemesi gerektiği kuralına dayanarak, burada yazarlar, kanunen “yasaklanmış²” düzenlemeler içerebileceğini, yine hatırlatma sebebi olarak görürler.

Dolayısıyla noterin, düzenlediği işlemlerin geçerliğine, içerğine dikkat etmesi gerekir. Aynı düşünceden hareketle, doktrinde tartışmalara ve içtihat farklılıklarına konu olan, hukuki sorunlara sebep olan, sözleşmenin içine birtakım şartlar eklenmesi şeklindeki noterlik uygulaması usulüne de değinmemiz gerekir.

Noterin, sözleşmenin bu tartışmalardan ötürü geçersiz sayılmasını önleyecek şekilde hareket etmesi gerekir: bir görüş, daha genel bile olsa, örneğin bir işlemin geçerliği için veya bir hakkın yerine getirilmesi için, diğer bir görüş tarafından kabul edilmeyen bir şartın yerine getirilmesini isterse, sözleşmenin bu ikinci görüşün taraftarı olup sözleşmeyi geçersiz sayacak bir hâkimin bakacağı bir davanın konusunu oluşturabileceği ihtimali göz önünde bulundurularak, noter tarafından sözleşmenin içeriği, ihtiyaten احتياطاً - احترازاً daha katı olan görüşün taleplerine uygun şekilde düzenlenir.

¹ İbn Ferhûn, I, 190.

² İbn Ferhûn, I, 186.

Bu şekilde, rehin konusunda, bir görüşe göre rehin sahibi-alacaklı borcun ödenmesi için, rehinin bizzat icrasına başvurmadan, borçluya karşı takip başlatabilir; oysaki başka yazarlar, sözleşmede borçlunun şahsen takip edilebilmesi keyfiyeti tanıyan aksi yönde bir düzenleme olmadığı takdirde, alacaklının önce rehinin konusunu gerçekleştirmesi gerektiğini savunurlar. Muhtemel tartışmalara son vermek için, noter uygulamalarında her zaman için, rehin sözleşmelerine rehin sahibi-alacaklıya rehinin icrasından önce borçluya karşı takip başlatma imkânı veren bir şart eklenmiştir¹.

Yine rehin konusunda, Hanefi ekolünün öğretisine göre, rehin olarak verilen malın ürün ve getirileri rehine dâhil olur; oysaki Şafi ve Maliki ekolüne göre ürün ve getiriler rehine dâhil olmazlar ve her türlü yükten ari vaziyette borçluya iade edilmelidir. Sözleşmeye eklenecek herhangi bir şartın, böyle bir şartın geçerliğinin aksi yönünde bir görüşe sahip bir hâkime denk gelmesi durumunda, geçersiz sayılması söz konusu olur. Bu sebeple noter, rehin sözleşmelerine eşyanın ürün ve getirilerine ilişkin bir şart eklemekten imtina eder; öyle ki davanın Hanefi, Maliki veya Şafi bir hâkimin önünde görülmesine göre ürün veya mamullerin rehine dâhil olduğu veya olmadığı şeklinde değerlendirilir; her halükarda rehinin ilkelerine aykırı bir şart içermeyen sözleşmeler için iptal edilme riski söz konusu olmaz².

¹ Schacht, *Adkar*, 28.

² Schacht, *Adkar*, 33.

Yani böylelikle noterler, temel görevlerinin yanı sıra müşterilerinin gerçekten de hukuki danışman rolünü icra ederler¹.

Satış sözleşmelerinde noterlere tarafların sözleşme konusu eşyayı gördükleri yönünde bir ibare eklemeleri tavsiye edilir, çünkü bir görüşe göre satışın geçerli olması için, eşyanın satıcı ve alıcının -bir diğerinde en azından alıcının- gözü önünde olması gerekir². –Yine noterlere, satış sözleşmesinin sonuna, anlaşmalarını tamamladıktan sonra tarafların bu konuya geri dönmeksizin ayrıldıklarını içeren bir ibare eklenmesi tavsiye edilir: bu تفرق العاقدین بالابدان şartıdır; bu şart, tarafların ayrılıncaya kadar vazgeçme hakkını saklı tuttuklarını savunan görüş taraftarı bir hâkim tarafından sözleşmenin iptalini engellemek için gerekli olan şarttır³.

Bu tarz şartlardan noterlik formlarında kesin olarak tespit edilmiş ve neredeyse sonsuza kadar gidecek sayıda bulunmaktadır.

¹ Böylelikle yine, bir bireyin düzenlemek istediği işleme ilişkin bir hususun, kendisinin öngöremeyeceği sonuçlar doğuracak olması ihtimallerinin tamamında, noterin böyle bir düzenlemenin tam olarak neye ilişkin olduğu konusunda müşterisini aydınlatması gerektiği tavsiye ediliyor. Bkz. nitekim, Schacht, *op. cit.*, 14; adde, 11, I. 14 فان ائرت ان تكتب في ذلك كتابا اعلمت كل واحد من المغصوب ومن الغاصب ما يذهب اليه اهل العلم فيما هما فيه وبينت له اختلافهم فيه واضفت كل قول من هذين القولين الى قائلين فان اجتمعا في ذلك على الاخذ بواحد من القولين كتبت

² Fetavayı Hindiyye, VI. 281.

³ Fetavayı Hindiyye, VI. 281.

Noter işlemlerinde oldukça sık rastlanılan bir şart ise, uygulanabilecek hukuka ilişkin bir atfın olmasıdır. Bu şart taraflar arasında yapılan sözleşmeye uygulanacak hukuk olan İslam Hukuku'nu belirlemeye ilişkindir¹. Böyle bir şartın faydası nedir? İslam Kamu Hukuku'nun, Müslüman olmayan toplulukların kendi şahsi haklarına tabi olarak kaldıkları kuralını hatırlayacak olursak (hukukların şahsiliği ilkesi), bu kural ki yine de bu toplulukların mensuplarına kendi hukuki ilişkilerinde İslam Hukuku'na tabi olma imkânı tanıyordu, buradaki şartın gayrimüslimlerin taraf oldukları sözleşmelere eklenmesi halinde ki bunlar doğal olarak bir kanunlar ihtilafına sebep olurlar, uygulanacak yetkili hukukun taraflarca belirlenmesiyle bu ihtilafa bir çözüm bulunması açısından konulduğu kanaatine sahip olabiliriz. Bu yorumu güçlendiren ise bu söz konusu şartın konulduğu belgelere baktığımızda, taraflardan birinin gayrimüslim gibi gözükmemesidir; bazı işlemler taraflardan birini "Hıristiyan"² olarak dahi nitelendirmektedir.

¹ 459/1066 yılında ait bir satış işleminde فتبايعا ذلك بينهما على ما يوجبه (Grohmann, I, 122) حكم بيع الاسلام وعهده وضمن دركه وتمام شروطه 448/1055 yılına ait bir satış sözleşmesinde: (Grohmann, I, 122) شرا على شرط بيع الاسلام وانفذ احكامهم

² Grohmann, I, 122. Bu yorumu sadece basit bir hipotez kabildinden ileri sürüyorum. Ait oldukları topluluğa bakmaksızın bütün sözleşmelere yarayacağı öngörülen başkaca hukuki işlem çeşitlerinde de bu şarta rastlandığı düşüncesiyle, bu fikir zayıflamaktadır. (bkz. Fetavayı Hindiyeye, VI. 279).

Noter işlemlerinde, hukuken geçerli olmalarına ilişkin olarak var olan bir diğer şekil şartı da işlemin kemali için gerekli olan bütün gereklerin yerine getirildiğinin noter tarafından teyit edilmesidir. Söz konusu olan bir satış ise sözleşmede, birkaç farklı şekilde de olsa, : "geçerli, kanuni, eksiksiz, icraî, teslim ve kabz (kabul) ile takip eden bir satış¹", şeklinde ifade edilen bir şart bulunur; bir eşya malen ödeme yapmak maksadıyla devredilirse, başlıkta bu ödemenin "taflara birinin diğeri nazarında herhangi bir hak, bir talep bırakmayan geçerli, kanuni...²" şeklinde belirtilir.

Bilinmesi gereken özel bir durum olarak, noterin hakların gerçekliğini, ilişkinin konusunu sorgulamasının gerekip gerekmediğidir. Bir eşyanın devri söz konusu ise, noterin devredenin mülkiyet hakkını sorgulaması gerekir mi? Bu noktada doktrinle –en azından Maliki Mezhebi açısından– genel uygulama arasında bir farklılık gözlemlenmektedir. İbn Ferhûn noterin "bir satış sözleşmesini ancak satıcının iktisap belirtilerini sunması şartıyla yapabileceğini: bu belirtiler alım, miras veya başka bir iktisap yoluyla satıcıyı gerçek malik olarak gösterirse", noter sözleşmeyi düzenler. Kira sözleşmeleri için de aynı şey geçerlidir. Satıcı veya kiralayan bu sıfatını ortaya koyamazsa, noter sözleşmenin yazımına dâhil olmayı reddeder³.

¹ Nüveyri, IX, 24 vd.

² Nüveyri, IX, 39.

³ İbn Ferhûn, I, 190.

Yine de bu sıfatların ortaya konulması zorunluluğundan kaynaklanan bazı pratik engellerin bulunması durumunda, doktrin bu kurala bir esneklik getirmektedir. Bazı uygulamalarını gördüğümüz genel kuraldan hareketle, noterin kendinin bizzat muamelenin konusu olan hakkın gerçekliği konusunda kanaat getirmesinin yeterli olacağı kabul edilir. Örneğin, satıcının hak sahibi olduğuna şahitlik eden kişilerle birlikte noterin huzuruna gelmesi veya noterin bu kişiyi iyi niyetli ve onurlu bir kişi olarak bilmesi durumunda olacağı gibi. Nitekim bazı satış işlemlerinde, noterin bizzat kendisinin satılan eşyanın satıcının mülkünde olduğunu onayladığı bir ibare bulunmaktadır¹.

Fakat buradakiler istisnai durumlardır ve uygulama tam tersi bir yönde sabitlenmiştir.

¹ 459/1066 senesine ait bir işlem: جميع المنزل باسره وكماله الذي اعلمه انه له ويملكه وفي يده ملكا صحيحا وحقا واجبا (Grohmann, I, 122). Birçok zaman, adli usulü göre hâkime onay için sunulan işlemlerde (bkz. *infra*, s. 71), alıcıya her türlü teminatı verme adına taraflar, satıcının hakkı konusunda hâkimin hüküm vermesi konusunda mutabık olurlar. Hâkim bu durumda satıcının mülkiyet hakkının varlığını, taraflar tarafından getirilen şahitlerin beyanlarıyla doğrulattırır ve buna göre karar verir. (bkz. Nüveyri'de bir yöntem, IX, 149 vd. يثبت عنده... بشهادة عدلين... ان البائع المذكور لم تنزل يده متصرفا فيما باعه الى حين انتقاله من يده الى يد هذا المشتري المسمى باطنه... وحكم... بصحة ملك البائع لما باعه Böyle bir hipotezde, satıcının mülkiyet hakkının teyidinden ibaret bir yargılama olduğu için ve satıcının hakkının varlığından ibaret olan ve alıcı tarafından da kabul edilen bir beyanın söz konusu olmaması sebebiyle, üçüncü bir kişi tarafından öne sürülecek muhtemel bir iddianın artık mümkün olmaması söz konusudur veya bu durum en azından satıcıya karşı davası reddedilen alıcıyı fiyatın indirilmesi konusunda bir talepte bulunmaktan mahrum bırakmaz.

Nitekim Grohmann koleksiyonunda bulunan satış işlemlerinin neredeyse hiçbirinde, satıcının hakkının gerçekliği konusunda noter tarafından getirilmiş bir onay bulunmamaktadır. *Fetavayı Hindîyye*, *Nihayat al Arab* gibi eserlerde yer alan formüllerde rastlanılan işlem şekillerinde yine, istisnasız bir şekilde durum aynıdır; tip-sözleşme olarak kabul edilen satış sözleşmelerinde noterler, satılan eşya için satıcı “kendi mülkü olup zilyetliğinde bulunduğunu bildirir¹” şeklinde durumu özenle belirtirler.

Bu arada bazen satıcının kendiliğinden veya alıcının isteği üzerine, malik sıfatını açıkladığı olur. Bu durumda bile noter satıcının hakkının gerçekliği hususunu onaylamaya yanaşmaz. Sadece sözleşmeye satıcının malik sıfatını ortaya koyduğunu ve alıcıya onu ihtiyaten ibraz ettiğini bildiren bir ibare eklemekle yetinir².

¹ التي ذكر البائع انهاله وفي ملكه ويده وتصرفه (Nüveyri, IX, 14, 20, 21, 24), جميع ما ذكر انه له وملكه (Grohmann, I, 122; *adde*, I, 151, n. 4). Bu formülün üçüncü bir kişinin istihkak iddiasına karşı alıcının haklarını korumak gibi pratik bir faydası bulunmaktadır. “Alıcının haklarını korumak için, satılan eşyanın satıcının malı olduğunu yazmamak gerekir diye belirtiyor yazarlar, çünkü böyle bir ibare alıcının satıcının mülkiyet hakkını tanıdığı sonucunu doğurur ve ilerde bir gün üçüncü bir kişi istihkak iddiasında bulunursa, bu durumda alıcının satıcıya karşı fiyatın indirilmesi konusunda herhangi bir dava hakkı kalmaz” (*Fetavayı Hindîyye*, VI, 274). Şüphesiz, doktrinin sadece bir kesimi, (Zufar ve Medine Ekolü: bkz. *Fetavayı Hindîyye*, *eod. loc.*) öngörülen hipotezde, alıcıya rücu davası açma hakkı tanımaz, fakat bu durum bile noterleri, taraflardan birinin haklarını tehlikeye atmamaya yarayacak bir formül bulmak için harekete geçirmek için yeterlidir. Burada yine noterlik pratiğinin, hukuki işlemleri içtihat ayrılıklarından ve doktrinal tartışmalardan korumaya çalıştığı bir durum söz konusudur.

² Nüveyri, IX, 26.

IV. İspatın Doğasının Noter İşlemlerinden Kaynaklanan Dönüşümü ve Yazıyla İspatın Zaferi

Yazının ispat gücü, daha önce de gördüğümüz gibi, kural olarak, yazının bizzat kendinden değil, ona eklenen tanıklıklardan kaynaklanır, öyle ki belgenin içeriği reddedilirse, ispatı ancak tanık deliliyle, özellikle işlemin yapımında yer alan tanıkların bu ifadelerini yenilemeleriyle gerçekleştirilebilir. Benzer bir yaklaşımın, yazının pratik faydasının en büyük kısmını ortadan kaldırması gerekir. Nitekim gaiplik, ölüm veya herhangi bir sebeple, işlemin yapımında yer alan şahitlerin bulunamaması durumunda, tarafların oluşturmak istedikleri ispat bütün değerini kaybetmiş, bir hiçe dönüşmüş olur.

Pratik ihtiyaçlar böyle bir sonucu kabul edemezdi. Doktrin ve içtihat, ilkeleri feda ederek, sadece şahitle desteklenen yazıya değil –ki aslında bunlar da birer yazılı tanıklıktır– tarafların bizzat şahsından zuhur eden yazılı işlemlere dahi ispat gücü tanıyan, fiilen hatta hukuken aksi yönde birtakım çözümler geliştirdiler.

Bu ikili gelişmeyi sırasıyla inceleyelim.

I.- Doktrindeki ve yargı içtihatlarındaki çalışmalar, yukarıda bahsi geçen ve işlemde yer alan şahitlerin ifadelerinin yargı önünde yenilenmesinin imkânsız olduğu durumlar göz önünde bulundurularak yapıldı.

Bu işlem değerini kaybetmeyecektir. Hangi yöntemle temel ilkelere böyle açıkça aykırı bir çözüme ulaşılabilir? Maliki doktrininde bu durum, genel hukuktaki tanıkla ispat rejiminin bizzat kendinden gelen çok basit bir usulle yapılacaktır. Yazı, “gözün gördüğü ve aklın bütün resim ve eşyaları ayırt ettiği gibi ayırt ettiği” maddi bir obje değilse nedir, denilir? Zira tanıklığın, birbirlerine benzeme riski bulunmasına rağmen eşya ve resimlerin tanınması için de kabul edildiği gibi, çok genel bir durum olmasa da farklı yazılar arasında olabilecek benzerliklere rağmen, yazının tanınması ve ispat gücünün de kabul edilmesi gerekir¹.

Şu da bir gerçek ki burada yazarların “yazı خط” kelimesiyle kastettikleri, hukuki işlemin kayıtlarını içeren yazının tamamı değil, açıkça, bu belgenin alt kısmında imza edilmiş tanıklıklardır.

¹ İbn Ferhûn, I, 284 الخط عندنا شخص قائم ومثال مماثل تقع العين عليه ... ان الخط شخص يميزه العقل ويميزه العقل كما يميز سائر الاشخاص والصور... ان الخط شخص يميزه العقل كما يميز الاشخاص مع جواز الاشتباه بها فلذلك تجوز (الشهادة) في الخطوط... تجوز الشهادة عليها (الخطوط) وان كان يشبه بعضها بعضا اذ الاختلاف فيها اغلب Islam'ın tarihi geleneğinden elde edilen kanıtlar da ileri sürülmektedir: Osman İbn Affan, Ali İbn Ebu-Talib ve İslam'ın ilk yıllarından hatırı sayılır başkaca kimseler de Mervan İbn al-Hakam tarafından yazılan bir mektubun kendi el yazısıyla yazıldığına şahitlik ettiler (İbn Ferhûn, I, 287). Bkz. bu konuda ve başkaca maliki müelliflerin “yazı üzerinden tanıklık” konusunda takip eden kısımlarında, özellikle Harasi, VII, 242 vd.

Yine metinler “şahidin yazısından *خط الشاهد*” bahsederler. Uygulanacak usulün konusunu bu durumda, işlemin içeriği değil de ona tanıklık eden şahitlerin gerçekten işlemin tanığı olup olmadıkları hususu oluşturacaktır.

Yazının bir eşya veya resim olması durumunda ispatı olağan bir şekilde yapılabilirse, bir işlemin alt kısmında yer alan tanık imzalarının bizzat burada ismi geçen şahitlere ait olduğunun ispatının, başka bir tabirle, bu tanıklıkların gerçekliğinin ispatının da yapılabilmesinin mümkün olduğunu kabul etmek gerekir. Umumi hukukun dışına çıkılmaksızın, bu delili üretmeye yarayacak bir yöntem aranır; bu bir defa daha yine şahitlik olacaktır. Dolayısıyla burada sadece, tanıkların olduğu iddia edilen yazının gerçekten onların olduğunu ortaya koyarak, tanık delilini elde etmek gerekir. Buna işlemin delili denilebilir, ama bu ikinci derecede bir delildir. Buna rağmen pratik sonucu aynıdır; dolaylı yoldan, yazılı olan hukuki işleme aynı değer verilmiş olur. Modern bir hukuk dili kullanılacak olursa –ki bu, bu usulün sadeliğini daha da iyi ortaya koyar– yazılı sözleşmelerin ispatı sadece *yazıların doğrulanmasından* ibarettir: doğrulama elemanı olan bir uzmanı çağdırmaktansa, bir şahit çağdırılır¹.

¹ Tabi ki şahitten istenilen bu hassas çalışmadan ötürü, kendisinde fazladan özel birtakım nitelikler aranmaktadır. *شترط ان يكون الشاهد على الخط من اهل اليقظة والفتنة والمعرفة التامة وحسن التمييز* (İbn Ferhûn, I, 286) *ان يكون الشاهد من اهل التبريز في العدالة والفتنة والنباهة وصحة التمييز* (*Ibid.*, 30)

Bu o kadar açıktır ki “yazı şahitlerinin” işlemin şahitlerini, tanıklıklarını ifade ederken görmüş olmalarının gerekmediği kabul edilir; sadece, –genel olarak uygulamada durum böyledir- bunların kesin bir bilgiyle, işlemin şahitlerinin yazısını tanımaları ve bu yazıyla belgedeki yazının kıyasını yaparak, bu yazının aynı elden çıktığını teyit edebilmeleri gerekir¹. Aynı sonuca yazarlar tarafından geliştirilen ve “yazı şahitlerinin” kendi beyanlarını: -yani ekspertiz raporlarını, ifade etmeleri gerekir şeklinde olan söylemden de ulaşılabilmektedir. Bu formül şu şekilde sunulmaktadır: “bu imza sahipleri mevcut belgenin altında bulunan şahidin yazısını gördüler **وقف على**: onu ayrıntılı olarak incelediler. Bu şahidin beyanının, kesin olarak, onun olağan bir şekilde kullandığı yazısıyla yazıldığına kanaat getirdiler; bu şahidi daha önceden de sık sık kendi önlerinde yazarken gördükleri gibi, bu noktada hiçbir şüphe duymamaktadırlar ve tereddütsüz olarak bunu doğrulamaktadırlar”².

Bu arada bazı yazarlara göre ve birtakım uygulamalarda “yazı üzerinden tanıklık” için ikili doğrulama şartı kullanılmaktadır: >

¹ İbn Ferhûn, I, 284-285.

² وقف من يوقع اسمه بعد هذا من الشهداء علي خط فلان بن فلان الواقعة شهادته العقد في البياض الذي في اوله بعد سطر افتتاحه كذا وتاملوه في اسفل هذا واتقنوا النظر فيه فتبين لهم وتحقق عندهم ان شهادته المذكورة بخط يده المعهود عنه لايشكون في ذلك ولا يمترون فيه لرؤيتهم له يكتب المرة بعد المرة (Ibn Ferhûn, I, 288). Bkz. başka bir yöntem: İbn Selman, İbn Ferhûn hakkında değerlendirme, II, 209.

tanığın bir taraftan, işlemin şahidinin tanıklığının beyanı anında şahitliğinin gerçekliğini, *şahid 'adl* olduğunu teyit emesi; bir taraftan da bu şahidin sözleşmenin taraflarının kimliklerinden emin olduğunu doğrulaması gerekir. Birinci noktaya bakarsak, uygulamanın bu yönde sabitlendiği izlenimi oluşuyor çünkü, "ekspertiz raporu" modelleri; "uzman", işlemin şahidinin "yazımı esnasında 'adil bir şahit olduğunu ve ölümüne kadar (veya gaipliğine kadar¹) da böyle kaldığını" teyit eder, şeklinde nihai bir ibare içeriyorlar. Fakat bu durum istisnasız değildir: çünkü (işlemin) şahidinin, hâkimin 'adil olarak bildiği biri veya mesleğini halka açık olarak icra eden biri olması durumlarında, böyle bir ibarenin her zaman için zorunlu olmayacağı kabul edilir².

İkinci şart daha önemli şerhler içerir³. Bu şart sadece bazı yazarların öğretisinden hareketle talep ediliyor. Başka yazarlara göre, bu şartın sadece şahitlerin sözleşmenin taraflarını tanıdıklarına dair bir ibarenin bulunmadığı durumlarda aranması gerekir⁴. Üçüncü bir görüşe göre ise, nihayet, işlemin tanıkları açısından, sözleşmenin taraflarının tanınması olmasına ilişkin bir kanıtın varlığı her halükarda gereksizdir.

¹ Bkz. *supra* s. 75, no. 1'de sayılan atıflar.

² İbn Ferhûn, I, 288.

³ İbn Ferhûn, I, 286.

⁴ Bu durumda, sözleşmenin şahidi tarafından tarafların kimliği konusunda yapılan teşhis delili, "yazının tanıkları"nın görev alanına girmez; bu ancak sadece bu iş için çağırılmış başkaca şahitlerin beyanlarıyla mümkün olabilir.

Bu görüşte, şahidin bizzat 'adil olması sebebiyle, tanıklığını ancak sözleşmeci tarafların kimliğinden emin olduktan sonra sözleşmeye yansıtacağına farz edileceği değerlendirilir. Uygulama da nitekim –en azından Maliki ekolünde- bu yönde sabitlendi, çünkü "ekspertiz raporları" modellerinde bu bahsedilen şarta ilişkin hiçbir ibare yer almamaktadır¹.

Her halükarda "yazı şahidinin" ifadesinin, bizzat kişisel olarak doğrudan tanınmasına dayanması gerekir. Böyle bir şart, yazılı ve şahitli hukuki işlemleri bertaraf edilmesi imkânsız olan şaibelere müsait bir hale getirmeye yönelik türden olabilir. Uyuşmazlık esnasında şahitlerin ölmüş olmaları veya aynı şekilde, bu insanların yazısını tanıyan kimsenin kalmadığı varsayımlarında durum bu şekilde olurdu. Bu sebeple Maliki ekolünde, bir sözleşmenin şahitlerinin ölmesi durumunda, tanıklıklarının ispatının umumi söylentiyle yapılabileceği kabul edilir².

Yazının doğrulanması için çağrılan şahit bir üçüncü kişidir, bir uzman yani. Fakat işlemin şahidinin, bizzat yazısı tartışılan kişinin, bu doğrulamayı yapacak niteliğe sahip olup olamayacağı, kendine atfedilen yazı üzerinden şahitlik yapabiliyor yapamayacağı sorusuna cevap bulmak gerekiyor. Bu durum genel itibariyle kabul edilmektedir³ ve rahatça da anlaşılmaktadır.

¹ Bkz. İbn Ferhûn'da başka bir kanıt, I, 286, 1. 23 vd. Başka bir yazar kendi bölgesi olan Kuzey Afrika'da da aynı uygulamanın söz konusu olduğunu belirtiyor, (İbn Ferhûn *eod. loc.*).

² İbn Ferhûn, I, 279, 285.

³ İbn Ferhûn, I, 291 vd. Bu شهادة الشاهد على خط نفسه şeklinde adlandırılan tanıklıktır.

Doğrulanacak olan yazı taraflardan birinin değil ilgisiz bir üçüncü kişinkidir ve bu kişinin hiçbir engel olmadan söz konusu yazının kendinin olup olmadığını değerlendirebileceği kabul edilmektedir. Hatta bu yöntemde, üçüncü bir kişinin kendisinin olmayan bir yazıyı denetlemesi durumuna göre, daha fazla katiyet temini söz konusu olur.

Bu arada, doktrinin yazıya karşı olan eski ilkesel soğukluğundan birtakım çizgiler kalmıştır. Hatırlatalım ki bir noter işlemini yazılı beyan vermek suretiyle geçerli kılmak, sadece şahitlerinin ölmüş olması veya gaiplikleri durumunda kabul edilmektedir. Müellifler bu durumdaki gaipliğin tanımında hemfikir değiller. Bazılarına göre burada kastedilen asli şahidin uzak bir ülkede olmasıdır, tıpkı mesela Mısır'da olup da uyumsuzluğun Tunus'ta çıkması gibi: başkalarına göre, kastedilen üç günlük yürüme mesafesindeki bir uzaklıktır. Bu uzaklık, *مسافة القصر* adı altında bilinen uzaklıktır¹.

Diğer taraftan doktrin, huzurunda "yazı üzerinden şahitlik" yapılan hâkime, bu durumu özel bir titizlikle incelemesini; yargılamasını tanıklığa dayanarak yapmak için acele etmesini tavsiye eder².

¹ İbn Ferhûn, I, 288 ve değerlendirmesi, II, 209. Kabul edilen en yaygın görüşe göre, bu mesafe 18 fersah yani 103 km.dir. 716^m(Damad Ef., I, 161-162).

² İbn Ferhûn, I, 286-287.

Nihayet ve özellikle, kuralın kapsamı konusunda büyük tartışmalar vardır. Bir görüşe göre, yazı üzerinden tanıkla ispatın sadece katı bir şekilde belirlenmiş bazı alanlarda kabul edilmesi gerekir: birilerine göre sadece vakıflar konusunda, başkalarına göre ise genel olarak eşyalar konusunda. Başka bir görüşe göre bu delilin her türlü alanda kabul edilmesi gerekir. Dahası, tartışmada büyük bir kargaşa görülmektedir, çünkü bazen Maliki ekolünün başıymış gibi otorite kabul edilen bir yazara, aynı konuda tamamen tezat oluşturan görüşler atfedilmektedir.

Her ne kadar, bazı yörelerde uygulamada kısıtlayıcı görüşlerden herhangi biri takip edilmiş olsa da, doktrin ve genel uygulama nihai olarak en liberal yönde sabitlenir. Son tahlilde yazarlar, "yazı üzerinden şahitle ispat" uygulamasının bazı alanlarda kabul edilirken bazı alanlarda kabul edilmesinin mantıksızlığına vurgu yaparlar.

Yazının ispat gücünün noterlik uygulamasının terminolojisinde yer alması çok zaman almadı.

Noterden geçmiş işleme vesika وثيقة denilmektedir, -bu da harfiyen içeriğini oluşturan, temin eden bir belge anlamına gelir-, حجة delil vs... Sıklıkla noter işlemlerinin tepesinde şu şekilde çok açıklayıcı formüller bulunur هذه ثبتت عندي جميع ما نص وشرح فيه الوثيقة محجة (bu belge bir delildir, mevcut işlemin içerisinde yer alan her şey benim huzurumda ihdas edildi).

Noter bir sözleşmeyi iki veya üç surette düzenlediği takdirde, bu formalitenin yerine getirildiğini gösteren formüle, delil aracı olarak kullanabilmeleri için âkitlerin her birine birer suret verildiğini belirten bir ibare ekler *فسخة منهما في يد فلان اثقة له وحجة ونسخة في يد فلان ثقة له وحجة*.

Fakat bu formüllerin kapsamını iyi belirlemek gerekir: bunların amacı şüphesiz şahit-noter tarafından işlemin doğruluğunun teyit edilmesidir; fakat işleme özel olarak belli bir karakter bahşeden, mesela belli bir resmi makam tarafından verilen bir onay türünden bir onay değildir. İşlem esasen özel onay altında kalmaktadır; ona sağlanan tek avantaj, her ne kadar sorgulanabilir olsa da mevcut bir delile sahip olmasıdır, fakat bu sorgulama da yazının doğrulanmasıyla aşılabilir. Bunun en büyük delili de bu tür onay formüllerinin noter işlemlerinin zorunlu bir unsuru olmamaları ve bunlardan sadece bazılarında bulunmalarıdır: şayet bunlar açıkça onay formülü olsalardı, bazı işlemlerde yer alıp da bazılarında yer almamaları açıklanamazdı, oysaki şahitlerin niteliği, özellikle de noterinki ve diğer yazım formaliteleri bütün işlemler için aynı kalmaktadır. Bu formüller fuzulidir; sadece yazı tarafından mündemiç hale getirilen değeri ortaya koydukları takdirde ilgi çekici olmaktadır.

II.- Bu arada, noter işlemlerinin ispat edici gücünü temin etmek için uygulama tarafından düşünülen yöntem, kendi içerisinde, bir çelişki kabilinden, muhataplarına yönelik vahim bir tehlike barındırıyordu; işlemin mahkûm edilmesi. Bu durum yazının bizzat kendi değerini ilgilendiren önemli sonuçlara sebep olacaktır.

¹ Schacht, *Kitab as-sufa'a*, 39.

Bütün yöntem bir çelişki üzerine kurulmuştu. Nitekim bir taraftan yazı delil oluşturmaz, sadece tanıklıklar delil oluşturur demek; bir diğer taraftan da yazılı şahitliklerin bu delil gücüne sahip olduklarını kabul etmek, gerçekten de bir çelişkidir; *oysaki aslında bu şahitlikler de bizzat birer yazıdurlar.*

Bu çelişkinin üstüne bir de *şahâdet* (tanıklık) teriminin içeriğine ilişkin bir belirsizlik ekleniyordu. Tanıklık, şahitle ispat, hukuken bir işlemin veya bir eylemin tanığının hâkim önünde, dava esnasında (birinci unsur) söz konusu işlem veya eylem (ikinci unsur) hakkında sahip olduğu ön bilgiye dayanarak verdiği ifadedir. Oysaki uygulama tarafından düşünülen sistemde, tanıklık kavramının sadece bu ikinci unsuru alıyor ve buna, kayıtsız şartsız, şahitlik deniliyor¹. Yine de bazı yazarlar uygulamanın tanıklık olarak adlandırdığı ile bizzat tanıklık arasındaki farkın bilincindedeler. İbn Ferhûn iki çeşit tanıklık arasındaki farkı açıkça ifade ederek, zihinleri muhtemel bir kargaşaya karşı uyarıyor: >

¹ Doktrin şahitlik konusunda yaptığı analizde, iki unsur ortaya koyar: bunlardan birincisi bir üçüncü kişinin, muhtemel bir durumda adalet önünde şahitlik yapmak iradesiyle bir işlem veya eylem hakkında bilgi sahibi olmasıdır, -buna التحمل denilmektedir, -ikinci unsur ise bizzat adalet önünde yapılan beyandır, buna da الأداء denilmektedir.

adalet önünde hâkim huzurunda sözlü bir beyan şeklinde yapılan tanıklıkla, yazılı metin üzerinde yer alıp bu şekliyle hâkime sunulan tanıklık; yine her ikisinin de özel bir rejime tabi tutulduğunu ekliyor¹.

Oysaki bir hukuki işlemin yapımı esnasında var olan kişilerin katılımıyla, onun gerçekliğinin ispatının yapılabildiğinin kabul edildiği yerde, neden bu hukuki işlemin doğrudan sözleşmecî tarafların kendi yazılarıyla tesis edildiğinin ispatının yapılabileceği kabul edilmesin? Başka bir tabirle, neden şahitlerin şahitliğini içeren kendi yazılarının ispat imkânı kabul edilirken, tarafların bizzat mutabakatlarını da içeren yazılarının ispat imkânı kabul edilmesin?

Bu teşhisin, bir yandan işlemin yazarının yazdığının münhasır bir ispat gücü olacağının kabulüne, bir yandan da şahidin bu işleme katılımının gereksiz bir formaliteden, bir karmaşadan ibaret olduğu gibi ikili bir sonuca götürmesi gerekir.

Bu arada, yazının zaferinin tezahürü, ekollere göre kendini farklı şekillerde göstermektedir. Maliki doktrininde bu tezahür aşikâr bir şekilde ifade edilmektedir ve ilke olarak yazıyla ispatın zaferi kabul edilmiştir².

¹ İbn Ferhûn, I, 195. اداء الشهادة على نوعين الاول عبارة با للسان يصرح بها الشاهة عند الحكم فيتلقى منه الحاكم الشهادة بحسب لفظه الثاني رفع شهادات قد ارتسمت في كتاب والشاهد ميت او غائب

² İbn Ferhûn, I, 288 vd.

Şahitlerin “yazısı” konusunda yaşanan gelişmeleri takiben, Maliki Mezhebi’ne ait eserlerde “borçlunun yazısı *خط المقر*” şeklinde adlandırılan bir bölüm yer almaktadır. Bütün genelliğinde ve tekrar edilen muhtelif şekillerde soruların hepsi şu yöndedir: bir şahıstan zuhur eden bir yazılı işlem onun kendisine karşı delil oluşturur mu¹? Evet, cevabını veriyor yazarlar². Borçlu, gerçekten de yazıyı reddedebilir; fakat burada yazının doğrulanması yoluyla aşılabilecek basit bir inkâr söz konusu olur. Bu varsayımı öngörerek, yazarlar şunu öğretirler: “şayet bir kişi bir borç için bir başka kişiye karşı onun eliyle yazılmış ve kendisi tarafından inkâr edilen bir belgeye istinaden bir takip başlatır ve hâkimden borçluyu *’udul* şahitler (yazı uzmanları diyelim) huzurunda yazı yazmaya çağırmasını talep ederse ki bunlar bu yeni yazılanla uyumsuzluk konusu yazıyı karşılaştıracaklardır, Ebû-Hasan El-Lahmi bu durumda hâkimin alacaklının talebini kabul etmesi gerektiği görüşünü savunur; borçlu bu durumda, kendi yazısından başka bir yazıyı taklit edemeyecek kadar uzunca bir sürede, yazı yazmaya davet edilir.

¹ Bu arada not etmek gerekir ki soru esasa ilişkin bir ayrıma sebep olmuyor çünkü yazılı delil şahitle ispatın karşısına çıkıyor. Şahitle ispatın çatısı altında, aksine, ona dâhil oluyor ve böylelikle sadece dolaylı olarak kabul edilebiliyor.

² لم يختلف مالك واصحابه فيجواز الشهادة على خط المقر والاتفاق حكاه ايضا ابن هشام في منبر الحكام (Ibn Ferhûn, I, 288). Şüphesiz, bu alanda da birtakım tartışmalar var, bazı yazarlar yazının etkisini, eşya gibi, sadece bazı belirli alanlarla sınırlamak istiyor. Fakat bu kısıtlayıcı görüşler çok fazla tercih edilmemektedir.

'Udullar bu durumda bu yazıyla uyuşmazlık konusu olanı karşılaştırırlar ve ya benzer olduklarından ya da farklı olduklarından bahsederler. Yazarların geneli El-Lahmi'nin görüşü doğrultusunda tavır koyarlar¹."

Hanefi Mezhebi'nin uygulaması farklıdır. Bu ekolün müellifleri hala yazının –hangi şekilde olursa olsun- delil oluşturmadığı ilkesini savunurlar; ve Malikiler tarafından bulunan ve yazının tanıklıkla ispatı veya yazının doğrulanması yöntemine başvurmayı düşünmezler².

Fakat gerçekler ve pratik gereksinimler böyle bir tutuma çok aykırıydı. Nitekim yine Hanefi Mezhebi'ni, çok az farkla Maliki Mezhebi'nin çözümünü benimsemeyi kabul ettiğini ve nihayet yazının delil gücünü kabul ettiğini göreceğiz. Bu amaçla kullanılan yöntemler çeşitlidir ve genellikle eğretidir; gerekçeler bazen skolâstik, hatta ciddiyetsiz bir şekil alır. Yine ilginçtir ki kabul edilen çözümler bazen tartışmalı hatta çelişkilidir. Bu sebeple Hanefi müelliflerin yazı konusundaki bütün açıklamalarında, neredeyse içinden çıkılmaz bir belirsizlik, büyük bir karmaşa ve büyük bir bulanıklık meydana geliyor³.

¹ İbn Ferhûn, I, 290.

² عليه العامة ان لا تحل الشهادة بالخط ان مشايخنا ردوا على مالك في عمله اضطرب كلامهم في مسألة العمل (‘Ala’ al-din Abidin, I, 78). بالخط للمشابهة بالخط (Damad Efendi, II, değerlendirme, 192).

³ Bu karmaşa yazarlar tarafından da kabul edilmektedir اضطرب كلامهم في مسألة العمل بالخط (Tenkîh Fetevayi Hindiye, II, 18; ‘Ala’ al-din Abidin, Kurrat ‘uyun al-ahyar, I, 77).

Öğretileri hakkında yeterince açık bir fikir vermek amacıyla, Maliki doktrinin izahıyla da uyumlu bir şekilde, noterlik işlemleriyle, genel olarak, bir taraftan bir tanık beyanı şeklinde sunulan işlemler ile bir diğer taraftan da tarafların bizzat kendilerine dayanan ve kendileri tarafından yazılan işlemler arasındaki ayrımı ele alalım.

I.- Birinci kategori açısından, kural katıyetle vurgulanmaktadır: şahitlerin beyanlarını içeren işlem kendiliğinden hiçbir şeyi ispat edemez, şahitlerin beyanlarını hâkim önünde sözlü olarak tekrarlamaları gerekir. Hatta uç bir görüşe göre şahitlerin, tarafların sözlü olarak iradelerini açıkladıklarını duymaları ve açıkça bu tarafların beyanatlarına tanıklık etmeleri gerekir. Bunun yanı sıra daha liberal bir görüş, şahitlerin sadece işlemin yazımını görmüş olmalarının yeterli olacağını savunur.

Fakat şahitlerin gaip olduğu veya herhangi bir sebeple karşılaştırmanın mümkün olmadığı türden bir durumda, soruna çözüm bulunamıyordu. İşte bu durumda Hanefi müellifler kurala bazı istisnalar getirdiler. Mademki derler; yazının delil oluşturmaması ona karşı; yazıların benzeşmesi, teşhisinin imkânsız olması, tahrif edilme ihtimalinin bulunması gibi sebeplerle oluşan şüpheden ileri geliyor, yazının teşhisinin mümkün olduğu her durumda ve herhangi bir tahrif ihtimalinin öngörülemeyeceği durumlarda, bu kuralı devre dışı bırakmak gerekir. İşlemin tarafların elinde kalmayıp bizzat şahidin, yani işlemle ilgisi olmayan bir üçüncü kişinin, elinde bulunduğu ihtimallerde uygulama bu şekildedir.

Resmi arşivlerde özellikle de yargı arşivlerinde (duruşma محاضر) saklanan işlemler veya orijinal bir kopyasının benzer arşivlerde saklandığı işlemler için de durum böyledir. İşlemlerin çok yaygın bir şekilde hâkim huzurunda yazıldığını ve yargı arşivlerinde saklandığını göz önünde bulundurursak, getirilen bu istisnanın boyutlarını ve uygulamaya sağladığı önemli katkıları görmüş oluruz¹.

II.- Kural, tarafların bizzat kendi yazdıkları için de aynı katiyette geçerlidir. Bir kişi açıkça yazıyı kabul etse bile, yani “bu yazı benim yazım, bu işlemi ben kaleme aldım” dese bile, buna rağmen borçlu olduğunu inkâr ederse, bu yazı dahi ona karşı delil olarak kullanılamaz². “İki yazı arasında çok bariz bir benzerlik olsa bile (borçlunun yazısıyla işlemdeki yazı), bu durum dahi yargılama için temel teşkil etmez³”.

Fakat bu kuralın şartları yukarıda anlatıldığı gibiyseleler de bu şartların ortadan kalktığı andan itibaren veya yazımın, sahteliğine ilişkin hiçbir makul sebep olmadığı gibi birtakım teminatlarla kuşatılmış olduğu durumlarda, bu kural devre dışı bırakılır. Bu çözüm, *istihsan* yoluyla kanıtlamanın uygulanmasıyla kabul edilmektedir⁴.

¹ Bkz. *infra*, s. 89, n. 1.

² ‘Ala’ el-din Abidin, I, 76; *Fetevayı Hindîyye*, IV, 167.

³ Damad Efendi, II, 192 (-hakkında değerlendirme).

⁴ İstihsan; uygulama kolaylığı sağlama için gereken bir çözümü ikame etmek maksadıyla, teorik ilkeler tarafından dayatılan bir çözüm yolu bulmak için yapılan mantıksal sağlama usulüdür (*bkz.* Serahsi, X, 145).

Egemenlerin kamu görevlerine البرآت السلطانية atama kararlarına ve kıyas yoluyla, bütün iktidar işlemlerine, mahkemelerin arşivlerinde saklanan işlemlere¹, “hâkim mektuplarına²” da yukarıda bahsedilene eklenen husus eklenir ve de hukuken geçerliği bu şekilde kabul edilmektedir.

Bu arada istisnanın uygulama alanı kişisel imza altındaki sıradan işlemlere de uzanır. Borçluma karşı onun elinden çıkmış bir yazılı belgeyle takip başlatıyorum; acaba alacağımı ispat etmiş gibi değerlendirilir miyim?

¹ Doktrin yine de bir şerh koymaktadır: “eski” arşivlerin olması gerekir; çünkü sadece bunlar hakkında tahrif şüphesi söz konusu olabilir ve sadece “eski” arşivler için şahitle ispat yöntemine başvurulamaz.

² Hâkimin mektubuna كتاب القاضي adı verilir ve bu mektup –uyuşmazlığı çözmeye yetkisi olmayıp sadece şahidi dinleme yetkisi tanınmış olan- bir hâkim tarafından dinlenen bir şahidin beyanının kapatılması ve uyuşmazlığı çözmeye yetkili olabilecek bir hâkime gönderilmesi şeklinde gerçekleştirilir. Bir görüşe göre, bu mektup sadece söz konusu şahidin beyanını dinleyen hâkim tarafından bizzat yazıldığına şahitlik eden kişiler tarafından iletildiği takdirde etkili olabilir. Fakat özgürlükçü bir görüşe göre, metinlerin ifadesi doğrultusunda بلاينة mektup “(şahitle) ispat deliline” ihtiyaç duymaksızın kendiliğinden sonuç doğurur (Kadıhan, II, 539).

Şayet söz konusu olan, uyuşmazlığı çözmeye yetkili hâkimin talebi doğrultusunda, bir hâkim veya yetkili bir başka kişi tarafından alınmış bir beyan ise, doktrinın görüşünün aksine, uygulamada bu beyanı içeren işlem kendinden menkul olarak delil oluşturur (Kadıhan, II, 353-354).

Resmî bir karşılığı bulunan işlemlerin geçerliği kabul edilir. Bkz. Yazıların kabul ettikleri bir durum olarak: bir hâkim tarafından valiye gönderilen bir mektubun durumu örneğin (İbn Nüceym, VII, 5).

Özel bir durum olarak eman أمن mektuplarının durumu vardır, tıpkı bir yabancı gücün kendisiyle ilgili hususlar açısından geçiş belgesi istediği mektupların durumunda olduğu gibi; bunlar da kendilerinden menkul bir geçerliğe sahiptir. Fakat bu çözüm yolu, bu söz konusu mektuplar açısından herhangi bir zorunluluğun bulunmadığı belirtilerek açıklanmaktadır (İbn Nüceym, VII, 5).

Böyle bir işleme git gide daha genel hale gelen bir değer katabilmek için, Hanefi doktrini tarafından bir dizi gerekçe kullanıma sunulmuştur.

Yazıya ispat gücü tanıyan en önemli alanlardan biri olan ticaret alanında bunlardan bahsederiz. Metinlerin kullandığı tabire göre, "bankacının, komisyoncunun, tüccarın yazısı delildir. ¹خط الصراف والسمسار والبيع يعمل به". Nitekim yazarlar, bu insan kategorileri açısından, muamelelerini kişisel imza altında yazıyla, şahide başvurmaksızın yapmanın, genel bir uygulama olduğunu belirtirler. Burada var olan, ticaretin gereklerinden, ticari muamelelerin ivedilik gerektirmesinden kaynaklanan bir uygulamadır. Bu tür yazılara hiçbir değer atfedilmeseydi, bireyler arasındaki iş ilişkilerine çok büyük bir zarar verilirdi. Demek ki burada hesaba katılması gereken bir zaruret var ²مصدر، معنون. Diğer yandan, yazıya karşı genel olarak duyulan şüphenin burada olmaması gerekir: ticari muamelelerin büyük çoğunluğunun yazılı olarak yapıldığı düşünülürse, tüccarların sözleşmelerinin samimi olmayacakları varsayılmaz; burada aksi yönde bir varsayımı kabul etmek gerekir ²مستبين، مرسوم.

¹ Bu tabirle kastedilen, tüccarlar tarafından oluşturulan unvanlar kadar evraklarının nitelikleri ve kayıtları olmaktadır. Fakat bunların bizzat kendilerinin muhafaza ettiği şahsi evrak ve kayıtların olması gerekir. Ayrıca bu tarz ibarelerin sadece tüccarın kendine karşı delil teşkil ettiği ve lehlerinde kullanılamayacağı da belirtilmektedir (İbn 'Abidin, IV, 491).

² 'Ala al-din 'Abidin, I, 78.

Nihayet, yargısal gerekçelendirme tekniği alanında, geleneğin, *istihsan* uygulamasıyla bazı durumlarda katı hukukun ve *kıyas* tarafından dayatılan çözümlerin üstüne çıkabildiğinden bahsederiz¹. Şüphesiz analogi –*kıyas*- yoluyla sağlama uygulamasının dayattığı ilke, yazının dışlanması öngörür, fakat bunun bireylerin karşılıklı olarak birbirlerini alacaklı ve borçlu gördükleri, yazılı metin düzenlemeleri şeklinde yaygın bir uygulama olduğunu kabul etmek gerekir. Zira var olan bu uygulamaya karşı çıkmamak *iyi olur*, aksine bunu yazılı metinlerde tahrif varsayımını öngörmeyecek kadar fazla yaymak gerekir ki bu sabit ve genel uygulama aracılığıyla yazılı metinlerin gerçekçi bir yönde kullanıldığı kabul edilsin². Böylelikle, “bankacının, komisyoncunun, tüccarın yazısı”nın geçerliği doktrinde ittifakla kabul edilmektedir.

Birtakım tartışmalar da yok değildir ve özellikle bu alanda büyük bir karmaşa söz konusudur. Bu arada, yine de başı çeken bir akımın, istisna alanına giren konuların belirlenmesinde yazarlara yol göstermiş benzeyen bir kural haline geldiğini söyleyebiliriz.

¹ Bazı durumlarda, bu benzer argümanların, resmi işlemlerin veya resmi arşivlerde saklanan işlemlerin de lehinde olmasından bahsedilir: *علة العمل بما في دواوين القضاة الماضية الضرورة وهنا كذلك فانه يتعذر اقامة البيئة على ما يكتبه السلطان من البراءت لاصحاب الوظائف ونحوهم وكذا منشور الوالي والقاضي وعامة الاوامر السلطانية مع جريان العرف والعادة بقبول ذلك بمجرد كتلته وامكان تزويرها على السلطان* (İbn 'Abidin, IV, 489).

² Serahsi, XVIII, 172 vd.; İbn 'Abidin, IV, 489 vd.; İbn Nüceym, VII, 4 vd.

Bu kural yine gelenekten ve doğruluk karinesinden elde edilen bir ilkedir. Uygulamada yaygın olarak kullanılan şekillerde yazılan işlemlerin tamamında, bireylerin, gerçeğe aykırı amaçlarla bu şekilleri kullandıkları yönünde suçlanması artık mümkün olmayacaktır. Bu sebeple, genel olarak, hukuki işlemlerin yapım şekillerine uygun olarak yazılanın ispat değeri olduğu kabul edilmektedir¹. Bu (مصدر-معنون *musaddar, mu'anvan*) şeklinde veya (مستبين-مرسوم *müstebin, mersum*) şeklinde nitelendirdiğimiz yazılı olandır. Mektup şeklinde yazılan işlem açısından durum böyledir: “şu kişiden şu kişiye; işbu ki size şu kadar para borcum var², veya şu formülle: “borçlu olduğumu kabul ediyorum” veya şu formülle: “mevcut yazılanların sebebi ...'nun yükümlülüğüne ...'nun nazarında ... miktarının borç olarak oluşturulmasına ...³”.

Fakat bu yola girildikten sonra, liberal çözümler genelleşme eğilimine girerler. İbrayı öngören işlemlerin geçerliği kabul edilir الوصل; yine bir kişinin, bir başkasının bir hakkının varlığını kabul eden kayıt ve evrakları, ona karşı delil kabul edilir⁴.

¹ İbn 'Abidin, IV, 490 vd.; İbn 'Abidin, *Tenkih el-hamidiyye*, II, 18; 'Ala el-din 'Abidin, I, 74 vd.; Serahsi, XVIII, 172.

² من فلان الى فلان اما بعد فان لك على من قبل فلان كذا وكذا درهما (Serahsi, XVIII, 172).

³ سبب تحريره هو انه ترتب - ان في ذمتي لفلان

⁴ Burada evinde üzerinde başkasına ait olduğu ibaresi yer alan bir çanta bulunan kişinin durumu söz konusudur (İbn 'Abidin, IV, 491).

Geçen asrın eserlerinde nihayet son derece genel, eski yazarların geleneksel yazım usullerine uygun olarak, başkaca kısıtlayıcı çözümlere karışmış bir formüle rastlanılmaktadır, - fakat yine de fikirlerin gelişmesinin eriştiği derece hakkında fikir veren bir formül. Genel kullanım sonucu ulaşılan kuralın uygulanması neticesinde, artık sınırlı sayıda bir çözüm yolunun kabul edilmesiyle yetinilmemektedir. Bu çözüm yolları belirtildikten sonra, genel bir formül dile getirilmektedir; "bireylerin kendi aralarında kaleme aldıkları bütün işlemler (kullanım şekillerine uygun olarak) gelenek kuralları gereği delil niteliğindedir *كذلك ما يكتب الناس فيما بينهم يجب ان يكون ا حجة للعرف*". Hâkime düşen, kendi alanına girdiğini düşündüğü bütün hallere bu formülü uygulamaktır.

Diğer yandan, yazıyla ispatın uygulama alanı belirli birtakım konularla sınırlı kalmamaktadır; eşyaya, şahsi hale ve yine "bütün haklara *سائر الحقوق*", suç konuları hariç, teşmil edilmektedir².

Borçlunun borcunu inkâr etmesi durumunda, yazının gerçekliğinin ispatı, yazıların doğrulanması için kullanılan olağan yöntemle yapılacaktır³.

Yazının zaferi bu şekilde, eski ilkelerin geri kalmış taraftarlarına rağmen, tamamen tesis edilmişti. Modern bir pozitif hukuk metninde bu durumun açıkça onaylanması söz konusudur: İslam Hukuku'nun son haliyle kanunlaştırılmasına ilişkin olan Mecelle'de, özellikle 1736. maddesinde şöyle bir düzenleme bulunmaktadır: >

¹ İbn 'Abidin, IV, 490

² في الطلاق والعناق وسائر الحقوق ما عدا القصاص والحد... لا نها عقوبات تدرأ بالشبهات (Serahsi, XVIII, 172).

³ ان جدد وشهدت البينة انه كتبه او املاه جاز عليه (Serahsi, eod. loc.).

“yazı ve mühür sadece her türlü yanlıştan ve tahrifattan arındırılmış olmak kaydıyla tek başlarına bir değere sahiptir”. Metnin menfi yazım tarzı sadece tedavülden kalkmış bir âdete karşı olan nihai bir saygıdan ibarettir¹.

Peki, bu durumda noterlik uygulamasının durumu ne olacaktı? Hukuki işlemlerin gerçekliğinin tespiti açısından noterin müdahalesinin zorunlu olmadığı, aksine sadece iyi bir yazımın ve yazılı şahitliğin faydalarını sunduğu düşünülürse, bu kolaylıkların da söz konusu müdahale olmadan, taraflarca bizzat kendi tutumları sonucu elde edilebileceklerine göre, bu müdahalenin nasıl bir fayda sağlayacağı sorusu akla gelebilir.

Ve bu arada, müessese hayatta kalmaya devam etmektedir. Takdir edilecek pratik faydalar, tali de olsa, ona bağlanmaya ve bu hayatta kalmanın sebebi olmaya devam etmektedir. Sadece noterler, cahil bireylere yazının hukuki işlemlerine ilişkin maddi ve hukuki teminatlarını sağlayabilmeye devam etmektedir. Diğer yandan, işlemin yapımına şahitlerin katılımı neticesinde, bu şahitler ölmediği veya kaybolmadığı sürece, işlemin tarafı açısından onu inkâr etmek her zaman için daha zor olmaktadır: tarafların taahhütlerini inkâr etmeleri nafi bir çaba olur çünkü şahitler gelip gerçeği açıklarlar.

¹ Bu arada, uygulamada eski usule sadık kalındı; kişisel şekilde mühürlenmiş işlemlerin üzerine, tarafların imza veya mührünün yanına, iki veya daha fazla şahidin imzası eklenir. Bu şüphesiz eski bir uygulamanın yaşatılmasıdır; fakat bu aynı zamanda katlamalı bir ispat gücü oluşturma amacı güden fazladan bir teminattır.

V. Noterlik Uygulaması ve Mahkemeler

Noterlik mesleğini sadece kendi hesaplarına çalışan *'udullar* yerine getirmiyor. Onlarla yarışma halinde ve birtakım kurallara tabi olarak, kısım kısım, farklı şekillerde, mahkemeler de benzer bir yetkiyi kendilerine tanıdılar. Şüphesiz bu yetki çeşidi, öğretici eserlerinde yer aldığı şekliyle, yargısal yetkiler listesinde yer almamaktadır. Fakat yargı yetkisinin doğasında dahi bu ilkenin varlığını keşfetmenin bir zorluğu yoktur, tıpkı yazılı delil konusunda kabul edilen kurallar açısından da olduğu gibi.

Hâkim özel menfaatlerin koruyucusudur ve nizalı hakları hüküm altına almak kadar güncel bir ihtilafa konu olmayan ve korunmaya muhtaç hakların korunmasını temin etmek için de görev yapmaktadır. Hâkimin, bireylerin haklarının ispatının muhafazasını temin etmek için ihtiyaç duydukları imkânları onlara sunması da son derece doğaldır. Hâkim, genel otoritesinin ona tanıdığı bazı kişileri *"'udul şahit"* olarak ihdas etme yetkisinden ötürü ve bunların da neticede noterlik mesleğini ifa etmeleri sebebiyle, bu görevi dolaylı olarak zaten yerine getirmektedir. Bu *'udullerin* hukuki işlemleri yazılı olarak düzenleme yetkileri varsa, onları ihdas eden ve üstelik onlar üzerindeki denetimi devam ettiren hâkimin evleviyetle aynı görevi yapacak güç ve niteliğe sahip olması gerekir¹.

¹ Bu durumun sonucu olarak, doktrin bile hâkime, profesyonel noterler gibi yaptığı işlemler karşılığında belli bir ücret alma hakkı tanıyor, çünkü hukuki işlemlerin yazımının hâkimlerin adli görevlerinin doğal yükümlülükleri arasında bulunmadığı belirtilmektedir (İbn Kadi Samawana, *Jami' al-fusulayn*, II, 153).

Kadılık örgütünün son halinde, adli noterlik işlevini tam bir gelişme içerisinde görmekteyiz. Hâkimlerin kâtipleri aynı zamanda, temel görevlerinin de bunu gerektirmesinden ötürü, noter olarak görev yapmaktadırlar; hatta onlara bazı metinlerde kâtip-noter **الكتاب الشروطيون** denilmektedir¹. Eserler kâtiplerin, bireylerin menfaatleri açısından, noterlik mesleğiyle uyumlu olarak faaliyette bulunmaları için gereken niteliklere değinir. Formülerlerde yer alan hukuki işlem çeşitleri özellikle onların kullanımına uygun olarak öngörülür. Hâkimlerin görevlendirme belgelerinde kâtip atama yetkilerine ilişkin olarak yer alan kısımlar, bu kâtiplerde başkaca görevleri de arasında, "sözleşmelerin yazımına" ve ilgili belgelerin muhafazasına ilişkin olarak bulunacak nitelikler konusuna vurgu yaparlar². Ve bir hâkim bir kâtip tayin ettiğinde, atama belgesinde özellikle bu kâtibin hukuki işlemleri yazma konusundaki yetkisini belirtir³.

¹ Nüveyri, IX, 11 vd.

² Fetavayı Hindiyeye, VI, 386.

³ Bkz. bu tarz belgeler için Rustum, *Materials for a corpus of arabic documents relating to the history of Syria under Mehmet Ali Paşa*, V, 129.

Mahkemelerin hukuki işlemlerin yazımındaki müdahalesi birbirinden çok farklı iki yöntemle gerçekleştirilir.

1.- Olağan yöntem olarak nitelendirebileceğimiz birinci yöntemde, noter tarafından düzenlenen işlemi mahkeme tarafından düzenlenen işlemden ayırt edecek hususi bir özellik yer almaz. Tek farklılık burada işlemin hâkimin kontrolünde onun kâtabi tarafından yazılmış olmasıdır. Dahası işlem aynen noter tarafından yazılan işlemin görünümüne sahiptir.

2.- İkinci yöntem ise hâkimin doğrudan bir müdahalesini içerir; ve hukuki işlemlerin ispatı gereksinimini aşarak, bu işlemlerin içerdikleri taahhütlere mahkeme ilamı niteliği kazandırma özelliğini barındırır. Olağan noterlik yönteminden bağımsız değildir, fakat onu güçlendirmek için onun üzerine eklenir.

Bu uygulama farazi bir davadan ibarettir. Noter işlemlerinin olağan şekliyle yazılmış ve tarafların taahhütlerini saptayan bir işlemin var olduğunu farz eder. Bu durumda taraflar, iddiacı ve savunmacı sıfatıyla hâkim huzuruna gelirler, sıfatlarını ibraz ederler ve karşılıklı olarak borçlarının konusuna göre hüküm altına alınmalarını isterler. Hâkim tarafları duruşmaya alır, beyanlarını dinler, sözleşmenin ve ona tanıklık eden *şuhudların* beyanlarının içeriğini denetler ve saptar, bu şahitler ifadelerini sözlü olarak tekrarlar; hâkim bu ifadelerin taraf iddialarıyla uyumlu ve kabul edilebilir olduklarına karar verir.

Bu noktada isteyen konumundaki taraf, hâkimin işlemin içeriğini kabul ettiğini ve bu içeriğin ispat edilmiş olduğunu ve sözleşmeden doğan borçlarına ilişkin olarak kendi açısından olduğu kadar rakibi açısından da hüküm verildiğini, kabul ederek noktayı koyar. –Bazı hallerde, fazladan bir tedbir mahiyetinde, hâkim savunan konumundaki tarafı sorgular-satış sözleşmesindeki satıcıyı mesela- ve kendisine yöneltilen iddialara karşı kendini savunmasını emreder; o da söyleyecek hiçbir şeyinin olmadığını beyan eder.

Hâkim bu durumda, her iki tarafın da taahhütlerinin sözleşmede yer aldığı şekliyle hüküm altına alınmasına yönelik olarak kararını açıklar¹.

Aynı uygulama iddiacı ve savunmacı tarafların olmayacağı tek taraflı işlemlerde de gerçekleştirilmektedir. Bilindik vasiyet örneğinde olduğu gibi. Bir ilgili, olağan olarak vasiyetin infazını yapan kişi, yalnız başına adli süreci başlatır. İşlem ibraz edilir, şahitler dinlenir, işlemin onaylanması ve hüküm altına alınması beyan edilir ve yukarıda bahsedilen usûl aynı şekilde devam eder.

Vasiyet konusunda hüküm altına alınmak istenen, vasiyetin infazını yapacak olana vasiyetin tenfizini takip için izin verilmesi hususudur.

¹ Nüveyri, IX, 108. –Hâkimin kararını içeren belgenin adı sicildir سجل veya اسجل (bkz. Latince kelime olan sigillum).

Kurgusal davanın uygulaması bizzat özel bir çeşitlilik arz eder. Boşandığını hukuken tanıtmak isteyen bir kadının veya belli bir ücret karşılığında kölesini azat ettiğine dair işlemin iptalini hukuken tanıtmak isteyen köle sahibinin durumunu farz edelim¹. Olağan bir şekilde istek sahibinin hâkimden bizzat evliliğin veya azat işleminin iptalini açıklaması şeklinde talepte bulunması yönteminin yerine, istek sahibi hâkimden kendisine, evliliği bizzat iptal etmek veya yine azat işlemini bizzat ortadan kaldırmak için izin vermesini talep eder. Hâkim bu izni verir ve ilgili kendisi bizzat söz konusu işlemin iptalini açıklar.

...سألت الحاكم الانن لها في فسخ نكاحها من زوجها المذكور فحين زالت الاعذار من اجابتها انن لها الحاكم المذكور في فسخ نكاحها واشهدت على نفسها شهود هذا الاسجال انها فسخت نكاحها من زوجها المذكور² ... حينئذ سألا الحاكم المذكور الحكم لهما بما يوجبه الشرع الشريف فانن له الحاكم المذكور في فسخ المكاتبه المذكوره.. فحينئذ فسخ السيد المكاتبه المذكوره فسحا شرعيا³.

Şunu da göz ardı etmemek gerekir ki tek taraflı işlemlerde tarafların mahkemeye çıkması katiyetle aranmış değildir. İlgili taraflardan biri tek başına, geçerli olacak olan usulü başlatabilir. Hâkim beyanlarını dinler, nihayetinde hükmünü verir⁴.

¹ Bu, *mükatebe* (مكاتبه) denilen azat etme işidir.

² Nüveyri, IX, 133.

³ Nüveyri, IX, 115.

⁴ Aynı farazi dava uygulaması sıklıkla af (lütuf) yargılamasında da uygulanmaktadır. Böylelikle, talep halinde ve yargı kararı olması kaydıyla *şuhûdların* kabulü söz konusu olmaktadır. (bkz. bu tarz bir örnek için Nüveyri, IX, 150).

Kurgusal dava usulünün temel amacı ispattan çok esası ilgilendirir. Burada söz konusu olan, tarafların akdî yükümlülüklerini mahkeme tarafından hüküm altına alınmış, dolayısıyla kural olarak ihtilafsız, yükümlülükler haline getirmektir¹. Bu açıdan bu yöntem, modern yargılama usulündeki uzlaşmaya ilişkin yargılamaya büyük bir benzerlik göstermektedir.

İspata gelince, kurgusal dava açıkça bir doğrulama yöntemi oluşturmamaktadır. Hâkim, kararını içeren belgeyi verirken, resmi bir nitelendirme yapan bir tanık sıfatıyla hareket etmemektedir. Kural olarak –bu durum açıkça nızalı kazalar için de geçerlidir- yargılamanın ispatı münhasıran tanıklığa dayanmaktadır. Bu her bir mahkeme bünyesinde ihdas edilmiş *şuhud* müessesesinin temel varlık sebebidir: *şuhudların* temel görevi mahkemeler tarafından verilen kararlarda tanık olarak yer almaktır. Bu sebeple bütün yargı hükümleri şu özdeyişle başlar: “هذا ما أشهد على نفسه” bu işlem (hâkimin) *şuhudları* tanık olarak aldığı işlemidir”. Ve kararlar, tıpkı noter işlemlerinde olduğu gibi, tanıkların imzasını taşırlar.

¹ Şüphesiz, hâkimin kararı, *in fine*, tarafların haklarına ilişkin bir şerh içerir, şu formülle *وابقى كل ذي حجة على حجة* veya *وابقى كل ذي حجة على حجة* veya *معتبرة على حجة* Bu ilke her bir tarafın, hâkimin kararına karşı ileri sürebileceği yeni bir iddia elde ettiği gün itibarıyla o kararı gündeme getirmeye ilişkin hakkını içerir. Fakat buradaki şerh hukuki işlemlerin resmi olarak onaylanmasına ilişkin kararlara özgü değildir; ona bizzat nızalı yargılamalarda dahi rastlanmaktadır (Fetevayı Hindiye, VI, 163. *وتركت المحكوم عليه هذا وكل ذي حق وحجة ودفع على* (حجته ودفعه وحقه متى اتى به يوما من الدهر

Gerçekte bu usul, hukuki işlemlerin ispat gücüne kendinden menkul bir yenilik getirmemektedir. Bu güç dolaylı olarak –tıpkı adli arşivlerde saklanan diğer işlemlerde de olduğu gibi- hukuki işlemlerin mahkeme hükmü haline getirilmesinden ve bunlar gibi yazılıp hâkimin arşivlerinde saklanmasından kaynaklanır. Her türlü tahrifata karşı emniyette olması sebebiyle, adli arşivlerde saklanan herhangi bir işleme karşı duyulan güven, aynı sebeplerle, özellikle nizalı olup da kurgusal dava usulü sonucu verilen kararlara da olmak üzere, mahkeme kararlarına da duyulur.

Bu usul aslında, açıkça hukuki işlemlerin gerçekliğinin teyidi için var olan bir usul değildir. Böyle bir yöntem İslam Hukuku uygulamasında var olmuş gibi gözüküyor.

§ ORIJINAL METİN

◆ UNIVERSITÉ DE LYON ◆
ANNALES DE LA FACULTÉ DE DROIT
DE BEYROUTH

ÉMILE TYAN

Professeur à la Faculté de Droit de Beyrouth



LE NOTARIAT
ET LE RÉGIME DE LA PREUVE PAR ÉCRIT
DANS LA PRATIQUE DU
DROIT MUSULMAN

ANNÉE 1945

N. 2

UNIVERSITÉ DE LYON
ANNALES DE LA FACULTÉ DE DROIT
DE BEYROUTH

ÉMILE TYAN

Professeur à la Faculté de Droit de Beyrouth



DANS LA PRATIQUE DU
DROIT MUSULMAN

ANNÉE 1945

N° 2

**Système de transcription des caractères arabes
adopté dans le présent ouvrage**

ض	d	ض	d
ط	t	ط	t
ظ	z	ظ	z
ع	'	ع	'
غ	ğ	غ	ğ
ف	f	ف	f
ق	k	ق	k
ك	k	ك	k
ل	l	ل	l
م	m	م	m
ن	n	ن	n
ه	h	ه	h
و	w	و	w
ي	y	ي	y

◌̣ : état absolu a, état construit at.

Voyelles et diptongues : بَ ba ; بِ bi, be ; بُ bu, bo ;

بَا bā ; بِي bī, bē ; بُو bū, bō ; بَي bay ; بَو baw.

LE NOTARIAT
ET
LE RÉGIME DE LA PREUVE PAR ÉCRIT
DANS LA PRATIQUE DU DROIT MUSULMAN

I. — Notions générales

I. — L'étude du système notarial est une de celles qui permettent de relever, une fois de plus, la scission bien nette qui s'est produite, dans le monde musulman, entre le droit doctrinal et scolastique, d'une part, et, d'autre part, la pratique juridique, créatrice de règles de droit.

Si l'on veut répartir ces deux branches de l'activité juridique de l'ensemble des nations islamiques dans les catégories connues et classiques des sources du droit, on peut, semble-t-il, faire appel à la distinction entre le droit écrit — dans son acception la plus large — et le droit coutumier. Le droit écrit, — la *šarī'a* — c'est, suivant la conception traditionnelle, non point l'ensemble des règles juridiques édictées formellement par le pouvoir législatif au fur et à mesure des nécessités pratiques — pouvoir législatif dont l'existence

n'est, en principe, pas reconnue — ; c'est, plus exactement, l'ensemble des règles dont le principe originel se trouve dans le Livre saint de l'Islam et l'enseignement formel ou tacite du Prophète et qui ont été développées par la spéculation analogique dans l'accord général. C'est ce qu'exprime la formule scolastique bien connue : les sources du droit — *uṣūl al-fikḥ* — sont : le *kitāb*, la *sunna*, le *kiyās*, le *ijmā'*. Suivant la même conception, cet ensemble législatif, ce corps de droit a atteint, depuis une certaine époque, relativement reculée, une perfection telle qu'il n'a plus été admis qu'il pût évoluer encore davantage ; que de nouvelles règles, postulées par les nécessités changeantes des temps et des milieux, y fussent introduites et intégrées ; qu'il pût ne pas correspondre exactement à toutes ces nécessités et pleinement y satisfaire.

Cependant, ces nécessités devaient prévaloir. De fait, en regard de ce corps de droit, un grand nombre d'usages pratiques auront cours, qui se transformeront en règles juridiques, soit pour combler les places vides laissées par l'École, soit pour faire concurrence aux règles qu'elle enseigne et, en réalité, prévaloir sur elles. Ces règles ainsi élaborées, c'est ce que l'on pourrait désigner par la coutume. Elles seront admises officiellement, non pas en principe, comme partie intégrante de la *šari'a*, du droit doctrinal, mais comme dans un compartiment séparé. C'est ainsi, par exemple, que la justice pénale appliquée en fait dans le monde musulman sera organisée, sous le nom de *surṭa*, par des règles étrangères et bien souvent contraires à l'enseignement doctrinal, mais admises et sanctionnées, moins par une reconnaissance de principe formelle de l'autorité, non qualifiée, au reste, pour le faire, que par

leur fonctionnement et leur application mêmes. Un autre exemple topique est fourni par le système notarial, resté, en général, en dehors du droit doctrinal, mais qui comporte tout un ensemble de règles propres, et qui a donné naissance à une branche particulière et séparée de la science juridique.

Toutefois, un grand nombre de ces règles coutumières finiront par forcer les portes du droit écrit. Elles y seront admises, reconnues, intégrées ; elles se transformeront en règles de droit écrit. Mais ce qu'il y aura de particulièrement caractéristique dans ce phénomène, c'est que cette reconnaissance n'aura pas pour effet, lorsque les règles coutumières ainsi admises sont étrangères ou contraires aux règles doctrinales, de les substituer à ces règles en faisant rejeter celles-ci, mais de coexister avec elles, par un artifice verbal et scolastique, — suivant des modalités qui ne seront pas exactement les mêmes dans toutes les écoles ou *madhabs* — auquel ne répugnait pas la science juridique des époques révolues. A ce prix, la *šarī'a* s'est bien pliée aux nécessités changeantes de la vie juridique ; et ceci doit corriger ce qu'il y a de trop rigide dans la définition que, d'après la conception traditionnelle, nous avons donnée du droit écrit.

Or, une des applications les plus frappantes de ce procédé de technique juridique est celle qui a été faite dans la matière que nous nous proposons de traiter et, plus spécialement, en matière de preuve écrite.

Le principe général, fondamental, qu'enseigne la doctrine unanime et ininterrompue, au cours de toute l'histoire du droit musulman, est « que l'écrit en soi n'a aucune valeur ; que le titre écrit ne peut pas cons-

tituer une preuve¹ ». De ce principe, certaines justifications, devenues très courantes et reproduites comme des clichés par tous les auteurs, sont présentées : un écrit peut être confondu facilement avec un autre écrit *يشبه الكتاب الكتاب*² ; un acte peut être rédigé dans une simple intention d'essai, ne constituer qu'un projet : *الكتابة قد تكون للتجربة*³ ; l'écrit peut être entaché de faux ; le cachet peut être contrefait *قد يعمل على الخاتم ويحرف الكتاب*⁴. Que si un acte écrit est produit, il faut qu'il fasse lui-même l'objet d'une preuve par les moyens admissibles *لا يشبث إلا بحجة*⁵. L'écrit a donc été rayé de la catégorie des modes de preuve. « Les preuves légales sont exclusivement au

(1) Ibn 'Abdīn, III, 559 ; IV, 518 ; Ramli, II, 12 ; cf. Tyan, *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam*, I, 349. — C'est ce principe qui, à mon sens, expliquerait certaines solutions, apparemment incompréhensibles, telles que celles-ci : « Si quelqu'un dit : j'ai bien rédigé de ma main un acte qui porte que je déclare me reconnaître débiteur d'une somme de mille dirhems envers telle personne, — cet écrit n'en resterait pas moins dépourvu de toute valeur : *لو قال وجدت في كتابي ان لفلان علي الف درهم او قال : وجدت في ذكرى او في حسابي او بخطي او قال : كتبت بيدي ان لفلان علي الف درهم فكل ذلك باطل كذا في الظهيرية* » (Hindyia, N., 167)

A plus forte raison, si le demandeur produit un titre reconnu, par une vérification d'écritures, comme rédigé de la main du défendeur, celui-ci ne saurait être condamné sur la foi du titre (*Al-fatāwa al-bazāzyya*, II, glose sur *Al-fatāwa al-hindyia*, V, 450).

(2) Margīnāni, III, 85.

(3) Ibn Nujaym, VII, 69 ; *Ḳurraṭ 'uyūn al-aḥbār*, I, 77 ; Ibn 'Abdīn, IV, 518.

(4) Šāfi'i, *Amm*, VI, 216 ; Ibn 'Abdīn, IV, 428.

(5) Margīnāni, III, 85.

ET LE RÉGIME DE LA PREUVE PAR ÉCRIT

7

nombre de trois : la preuve (testimoniale), l'aveu, le serment¹ ».

Ces deux derniers modes étant de portée pratique relativement restreinte, le témoignage est devenu la preuve par excellence, la preuve de droit commun, courante. On conçoit alors l'importance extraordinaire qu'elle a acquise : il n'y a, pour s'en convaincre, qu'à parcourir les traités de droit, à constater les développements considérables qui lui y sont consacrés, dans les détails les plus infimes. Dans le langage juridique courant, le terme même de preuve (بَيِّنَةٌ *bayyina*), sans autre indication complémentaire, a fini par voir son sens restreint à la preuve testimoniale et par désigner exclusivement cette preuve².

Pourtant, l'usage de l'écriture dans les actes juridiques — aussi bien dans les actes privés que dans les actes publics — est très ancien dans le monde arabo-musulman : il remonte à ses origines mêmes. D'après les annalistes musulmans eux-mêmes, dès la première moitié du 1^{er} siècle h. (VII-VIII^e siècle de l'ère chrétienne), des greffes étaient déjà institués auprès des tribunaux pour la constatation écrite de la procédure³.

(1) Ramli, II, 12.

(2) Cependant, cette déformation a frappé certains auteurs, qui ont éprouvé la nécessité d'une mise au point. Ainsi Ibn Farḥūn, de l'école malékite, juriste d'une grande sagacité et d'un grand sens pratique, auteur d'un des meilleurs traités de droit musulman, commence un chapitre consacré à la preuve par cet avertissement : « Sachez que la preuve est un mot qui sert à indiquer tout ce qui tend à manifester la vérité » ; il n'est pas restreint à la preuve par témoins. Notre auteur invoque à l'appui le Coran même : « Le Coran n'emploie pas le terme de preuve dans le sens spécial de témoignage, mais de tout ce qui sert à établir, à indiquer, à prouver... » (Ibn Farḥūn, I, 161).

(3) Tyan, *op. cit.*, I, 373 et ss.

Les ordres, décisions de l'autorité administrative de la même époque sont établis par écrit¹. Les contrats entre particuliers font couramment l'objet de rédaction. Un nombre considérable, remontant à une époque reculée, notamment, des actes rédigés sur papyrus, en a été découvert et publié récemment ; nous aurons l'occasion d'en parler plus loin.

Nous citerons, cependant, quelques anecdotes tirées, non de la pratique juridique ou d'ouvrages spéciaux s'y référant, mais de la littérature générale, ce qui est, à un certain point de vue, plus intéressant encore parce que démontrant combien l'usage de l'écrit était entré dans les mœurs courantes. En Arabie, le fameux poète Kumayt (60/689-126/743), en revendiquant un domaine, produit à l'appui de sa prétention son titre écrit de propriété, un contrat d'achat, au prix de 4.000 dinars². — Le calife umayyade Walid ibn Yazid (88/705-98/715), ayant acheté une esclave, délivre au vendeur un écrit qui lui permettra d'encaissier le prix convenu³. Un poète, Aḥwaṣ, contemporain de Walid ibn Yazid, avait malicieusement exercé sa verve aux dépens d'une femme honorablement connue. Pour se venger, la personne calomniée ne trouva rien de mieux que d'accuser publiquement son calomniateur d'être un débiteur de mauvaise foi. A cet effet, profitant d'un moment où le poète se trouvait au milieu d'un grand nombre de ses contribuables, elle se présenta et réclama à haute voix le paiement de sa créance. Et, pour la prouver, elle produisit un acte

(1) Becker, *Papyri*, Schott-Reinhardt, I, 78, N. IV.

(2) Mas'ūdi, *Murūj*, VI, 40.

(3) *Aḡāni*, nouv. éd., VI, 26.

heurtée à ce texte du Livre saint ; elle n'a pas modifié pour autant son attitude ; elle s'est évertuée, au contraire, comme le remarque M. Joseph Schacht¹, à diminuer la portée de la prescription coranique. La doctrine refuse, en effet, de voir dans le passage précité du Coran une disposition impérative, mais l'indication d'un simple conseil استحياب².

Il n'entre pas dans notre intention, pour les besoins de la présente étude, d'examiner la question de savoir comment s'est formée historiquement la règle précitée. Nous devons simplement, constatant la large diffusion de la pratique de l'écrit, nous demander, en un premier point, comment, dans la doctrine telle qu'elle s'est définitivement constituée, on a pu concilier la pratique générale de l'écrit avec la règle légale qui lui dénie toute valeur, comment et suivant quelles conditions l'écrit a pu être valablement employé dans les transactions juridiques.

La réponse à cette question paraît aisée. Le procédé de technique juridique qu'a appliqué à cet effet la pratique et qu'a consacré la doctrine, elles sont allées le chercher dans la preuve testimoniale même. L'acte juridique contenu dans un écrit ne peut pas être considéré comme prouvé par ce moyen ; mais on ne saurait le traiter autrement qu'un acte juridique qui n'a pas fait l'objet d'une rédaction ; tout comme on peut assurer la preuve d'un acte juridique quelconque par la preuve testimoniale ordinaire, on assurera la

(1) Joseph Schacht, *Das kitāb as-sūfa'a aus dem al-ġāmi' al-kabir fiš-šurūf des abū-Ġa'far Aḥmad ibn Muhammad al-Tahāwi*, IV.

(2) Baydawī, *Commentaire du Coran*, éd. Fleish, sub. v. 282, s. II.

ET LE RÉGIME DE LA PREUVE PAR ÉCRIT 11

preuve de l'acte juridique contenu dans un écrit en demandant à deux personnes au moins (en raison de la règle, admise en droit musulman, *testis unus testis nullus*) de se poser d'ores et déjà en témoins de cet acte.

En soi et en droit strict, la preuve de l'acte juridique ne résultera pas du titre écrit qui le contient, mais du témoignage. D'où il résulte qu'en principe, au point de vue de la preuve, il n'y aura aucune différence entre l'acte écrit et l'acte non-écrit : dans les deux cas, l'élément qui en constitue la preuve, c'est le témoignage exclusivement. Mais la rédaction présente cet avantage d'assurer la conservation matérielle de l'acte.

Le procédé n'avait rien d'original; il n'était pas nouveau. Que l'on se réfère à tous les précédents possibles de notre système, on l'y trouve également employé. Dans la loi et la pratique romano-byzantines, même aux périodes de la plus large diffusion du notariat, les actes rédigés par les tabellions comportaient nécessairement la participation de deux personnes, au moins, agissant en qualité de témoins. Dans la réglementation du tabellionat, Justinien rappelle expressément cette règle¹ qui se retrouve également dans le recueil syro-romain².

La pratique arabe préislamique avait suivi et le Coran avait consacré un procédé analogue. Dans le texte précité³, le Livre saint de l'Islam, après avoir recom-

(1) L. 6, C., *De re jud. et Nov.* 73.

(2) Cf. Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht*, 177.

(3) V. *supra*, p. 7.

mandé l'usage de l'écrit, exhorte les parties contractantes à faire témoigner deux personnes honorables au contrat ainsi rédigé.

Le procédé étant tel, il est appliqué à tous les écrits, aussi bien à ceux qui contiennent des actes privés qu'à ceux qui contiennent des actes publics. Ainsi, la preuve des actes judiciaires, notamment les jugements, est faite, en principe, non par l'expédition écrite délivrée par le juge ou par les registres des tribunaux, mais par le témoignage des témoins que le juge a pris soin de faire assister à son audience¹.

Des actes officiels émanés des plus hautes autorités, tout au moins lorsque des personnes y étaient individuellement intéressées, requéraient, pour qu'en soit établie la preuve, la participation de témoins. On peut citer à titre d'exemples les actes d'élection ou de déchéance des califes, les actes de déclaration d'impunité etc...

Cependant, un tel système comportait de graves inconvénients pratiques, ceux-là mêmes qui sont inhérents au témoignage. Les témoins peuvent être récusés, reprochés ; un vice entachant le témoignage d'une personne peut être inconnu des contractants au moment de la rédaction de l'acte, vice qui se révélera par la suite. En particulier, la condition de tout témoignage étant l'honorabilité du témoin et l'honorabilité étant souverainement appréciée par le juge, le sort des transactions juridiques se trouvait ainsi exposé aux aléas les plus graves. Il suffisait qu'une contestation s'élevât entre les parties contractantes et que

(1) V. *infra*, p. 98.

ET LE RÉGIME DE LA PREUVE PAR ÉCRIT 13

le juge rejetât les témoignages dont elles s'étaient munies pour que la preuve du contrat fût réduite à néant. Il était donc nécessaire de trouver un moyen propre à écarter par avance le risque d'une contestation des témoignages ayant servi d'élément de preuve des actes juridiques.

Ce moyen fut tiré de l'institution de la *šahāda* au sens strict. Cette institution consiste en une voie de procédure suivant laquelle le juge, après vérification de la moralité d'une personne, la reconnaît d'ores et déjà comme témoin véridique, dont les dépositions ne seraient pas, en principe, récusables. Les personnes ainsi qualifiées devenaient des témoins fixes et sûrs, qui porteront le nom de *šuhūd 'udūl* (pl. de *šāhid 'adl* شاهد عدل) ou, par abréviation, *šuhūd* ou, simplement, *'udūl*.

Jusque là, il n'y a qu'une application du droit commun de la preuve : toute personne, à commencer par l'intéressé même, peut rédiger l'acte juridique ; toute personne peut se porter témoin à cet acte, soit à titre de témoin ordinaire, soumis éventuellement au risque de récusation, soit à titre de témoin fixe. On ne peut pas parler encore d'une institution spéciale de notariat. Mais une série de faits concurrents allaient contribuer à déclencher une évolution dans ce sens. D'une part, c'est, en raison des avantages pratiques considérables qu'il présente, la généralisation de l'usage de l'écrit dans les actes juridiques, mais, en même temps, la faible diffusion de la connaissance de l'écriture et, spécialement, du style juridique. C'est, d'autre part, la complexité croissante de la loi, des règles nombreuses qui régissent les conditions de validité des actes juridiques, qu'il n'était pas donné à tout

le monde de connaître. La rédaction d'un contrat par n'importe quelle personne ne pouvait pas prémunir les contractants contre les conséquences d'une erreur ou d'une omission juridique. Enfin, c'est la nécessité de recourir, pour chaque contrat, en vue d'en assurer la preuve, à des tiers, comme témoins, mais, en même temps, le nombre limité de ces témoins qui, seuls, fournissent les avantages d'une preuve sûre et qui sont les *'udūl*. Par le fait du choix qui préside à leur désignation, de leur situation sociale, ces *'udūl* sont des personnes instruites, possédant des connaissances juridiques.

Que le public fût généralement porté à s'adresser à cette catégorie de personnes pour la conclusion et la rédaction des accords juridiques, il n'y avait là qu'un phénomène tout naturel : ces *shūhūd* assuraient aux intéressés une rédaction, littéraire et juridique, correcte de leurs conventions et la preuve de ces conventions tout à la fois.

C'est alors que l'on peut parler d'une institution propre et autonome de notariat. Nous étudierons plus loin, en détail, cette transformation d'une pratique en profession.

II. — La force probante des actes notariés. — Une caractéristique essentielle du notariat musulman est qu'il ne comporte pas une authentification fournie par l'intervention d'une autorité publique, ni une publicité des actes juridiques ; il s'agit simplement de rédaction correcte et de preuve de ces actes. C'est ce qui résulte de la définition que les auteurs musulmans donnent du notariat. Il a pour but, dit Ibn Farhūn, de mettre les transactions juridiques des particuliers en

conformité avec les prescriptions légales et ainsi de préserver leurs droits. ضبط امور الناس على القوانين الشرعية. ¹ وحفظ دماء المسلمين واموالهم. Ibn Haldūn est plus explicite encore. Le notariat consiste, d'après cet auteur, à se porter témoin des engagements des particuliers, tant au moment de la conclusion de ces engagements qu'éventuellement, en justice, en cas de litige, ainsi qu'à établir, dans les actes écrits, ces engagements en vue de leur préservation. الشهادة بين الناس فيما لهم وعليهم تحملاً. عند الاشهاد واداء عند التنازع وكتباً في السجلات تحفظ به حقوق الناس واملاكهم وديونهم وسائر معاملاتهم. ²

La portée de cette preuve fournie par l'acte écrit dressé par le notaire ne dépasse pas, en principe, celle de la preuve testimoniale ordinaire. D'une part, la participation d'un seul notaire ne suffira pas à assurer la preuve de l'acte : étant donné la règle générale en matière de témoignage, — *testis unus testis nullus* — la preuve de l'acte ne sera assurée que si, au témoignage du rédacteur, vient s'ajouter celui d'un deuxième témoin, au moins ; — nous verrons qu'en fait, ce nombre était souvent dépassé. D'autre part, les témoignages figurant à l'écrit ne constitueront pas définitivement la preuve de l'acte ; s'il s'élève à son sujet une contestation, les personnes qui en ont été témoins devront, en principe, reprendre leur déposition en justice suivant les règles de l'administration ordinaire de la preuve testimoniale. Ibn Haldūn le dit bien, comme on vient de le voir : le notariat comporte néces-

(1) Ibn Farhūn, I, 188.

(2) Ibn Haldūn, *Prolég.*, éd. Beyrouth, 187.

sairement tout aussi bien le témoignage au moment de la rédaction de l'acte que, par la suite, la déposition en justice. Il n'y a donc pas là une véritable preuve préconstituée, caractéristique de l'écrit possédant une valeur intrinsèque.

Le régime notarial n'a donc pas constitué, dans les pays de civilisation musulmane, un régime spécifique, institué et organisé spécialement en vue de l'authentification des actes juridiques. Il est le résultat d'une application particulière des règles et des moyens ordinaires du droit commun, en matière de preuve.

II. — La profession notariale

La mise en œuvre du moyen de droit commun de la preuve testimoniale, combinée avec l'usage de l'écrit, en vue d'un but spécial et pour répondre à un besoin social déterminé, devait réagir sur cet usage et ce moyen et aboutir à des conséquences pratiques et juridiques, — de fond, de forme et de structure, — de la plus haute importance.

Dans la catégorie des conséquences de fond, on peut indiquer dès maintenant la répercussion qui s'est produite sur la nature de la preuve résultant des actes notariés et, en général, sur les règles traditionnelles admises en matière de preuve. Dans la deuxième catégorie, on relèvera, d'une part, la constitution de tout un ensemble de règles concernant les formes de rédaction et, par voie de conséquence, l'avènement d'une

ET LE RÉGIME DE LA PREUVE PAR ÉCRIT 17

science distincte de notariat ; la troisième catégorie correspond à l'organisation d'une profession nouvelle, douée d'une vitalité et d'une autonomie propres.

En somme, on peut dire que l'évolution juridique a abouti, en détachant la pratique notariale du droit commun, à la création d'une institution autonome, assortie de règles propres ; — la fonction a créé l'organe.

Pour le moment, nous examinerons l'une de ces dernières conséquences : le notariat devenu profession.

Nous avons indiqué plus haut les raisons qui devaient avoir pratiquement pour effet de restreindre à une catégorie spéciale de personnes la fonction de rédaction des actes juridiques. Ibn Ḥaldūn met les choses au point en prévenant contre des confusions possibles : en raison des qualités requises pour la rédaction des actes juridiques — bonne moralité (*'adāla*) du rédacteur, connaissance de la loi et des règles de style etc. — un nombre limité de personnes ont pu s'adonner à cette pratique et, pour cette raison, ce fut, dit notre auteur, comme si, seules, ces personnes jouissaient de la *'adāla* alors qu'il n'en était rien¹. En langage plus clair, disons que s'il existe un grand nombre de personnes qui jouissent de la *'adāla*, c'est-à-dire, qui sont reconnues comme témoins véridiques (*ṣuhūd 'udūl*), seules, parmi elles, quelques-unes s'adonnent à la pratique du notariat, et ce sont celles-là que, dans un sens restreint, on désigne du nom de *'udūl* ; celles-là, seules, dont on désigne la profession du nom de *'adāla*.

(1) Ibn Ḥaldūn, *op. cit.*, 187.

Cette profession acquiert ainsi droit de cité. Dans certains ouvrages de droit, des chapitres distincts et étendus traitent de la pratique notariale qu'ils considèrent bien comme une profession et ils la qualifient, en conséquence, de صناعة¹. Des textes législatifs la réglementent comme telle². La même constatation est tirée de la chronique historique. Exposant la biographie de certains hommes célèbres ou, incidemment, à propos de quelque événement, les annalistes parlent d'une profession de notariat : telle personne « exerçait la profession de la 'adāla³ » ; telle autre a acquis une grande fortune par l'exercice de la profession de la 'adala⁴ ; le prince ou le juge réglemente et contrôle cette profession etc.

Par le fait même, une terminologie bien nette se fixe pour servir à désigner tout spécialement la pratique notariale. Sans doute, les termes de *šahāda*, *šuhūd*, sont parfois employés pour désigner le notariat et les notaires⁵. Mais, en raison du sens très général de ces termes et pour éviter les équivoques, les auteurs, de quelque ordre qu'ils soient, emploient d'autres expressions. Celles de 'adāla et 'udūl (pl. de 'adl) sont très fréquentes. Nous avons vu que ce sont celles qu'emploie Ibn Ḥaldūn. On rencontre aussi l'ex-

(1) Ibn Farḥūn, I, 188 et ss. ; *Alfatāwa al-hindyya*, VI, 160 et ss.

(2) Ibn 'Abdūn, *Journal asiatique*, 1934, 203, 246.

(3) Ibn Al-Zubayr, *Šilat al-šila*, 44, 121, 138.

(4) Ibšihī, *Mustatraf*, II, éd. du Caire, 1308/1890, 216.

(5) Ibn Abbār, *Takmilat al-šila*, I, 331 ; Ibn Tağribardi, V, 302 ; cf. Quatremère, *Hist. des sultans mamluks*, II, 111 *جلس لاشهادة* ; Ibn 'Asākir, IV, 286, 357.

ET LE RÉGIME DE LA PREUVE PAR ÉCRIT

19

pression corrompue de *ta'dil* تعديل¹. Une autre expression est celle de *šurūṭ* شروط pour désigner le notariat avec *šurūṭi* شروطي, *šarraṭ* شرائط, et *katib al-šurūṭ*² pour désigner le notaire. Une autre expression, qui paraît avoir eu cours spécialement en Orient, est celle de *šakkāk* (qui rédige les *šaks* : actes ou documents juridiques³). Dans l'Occident musulman, les termes de *kitābat al-waṭā'ik* كتابة الوثائق, — *tawṭik* توثيق, — *waṭā'ik* وثائق (du mot وثيقة : titre, document juridique) pour désigner le notariat, — *muwattik* موثق, — *wattāk* وثائق, — *waṭā'iki* وثائقي, — *katib al-waṭā'ik* كاتب الوثائق, — *šāḥib al-waṭā'ik* صاحب الوثائق pour désigner les notaires, sont les plus courants⁴.

Réglementation de la profession. — Déjà, la *šahāda*, dans son sens général, avait été soumise à une réglementation, légale et administrative, détaillée, aussi bien quant aux conditions de recrutement des *šuhūd*

(1) Quatremère, *eod. loc.*

(2) Haji-Ḥalfa, IV, 45; Ibn Ḥallikān, I, 580; Nuwayri, IX, 1 et ss.; Ibn Abbār, *op. cit.*, I, 263, 285, 307, 312, 315, 331, II, 570, 577; Ibn Baṣkuwāl, *Kitāb al-šila*, 16, 114, 266, 517; Ibn Al-Faraḍi, *Tārīḥ 'ulamā' Al-Andalus*, I, 50; Ibn 'Asākir, IV, 357, 359; Dozy, *Supplément*, V^o وثق.

(3) *Al-fatāwa al-hindyga*, IV, 167; Ibn Nuḡaym, II, 199; Ibn 'Abdīn, V, 77.

(4) Ibn Al-Faraḍi, *op. cit.*, 202, 300, 337, 347; Ḥuṣani, *Ḳuḍāt Ḳur-tuba*, 198; Ibn Abbār, *op. cit.*, I, 340, II, 560; Ibn Baṣkuwāl, *op. cit.*, 16, 135, 507, 591; Ibn 'Aḍari, *Al-bayān al-Muḡrib*, I, 212, 213, 219; Ibn Farḥūn, I, 188 et ss. Ibn 'Abdūn, *eod. loc.*; Ibn Al-Zubayr, 44, 121, 138; Dozy, *eod. loc.*

qu'en ce qui concerne l'exercice de leurs diverses attributions. La *šahāda*, dans le sens restreint envisagé dans la présente étude, devait être soumise à une réglementation plus stricte encore. On l'admettra bien *a priori* si l'on tient compte de l'importance de la profession, des intérêts considérables qu'elle mettait en jeu puisqu'elle avait pour domaine l'ensemble des transactions juridiques entre particuliers. L'intérêt public s'y trouvant ainsi engagé, le pouvoir social était naturellement appelé à intervenir dans l'exercice de cette profession. Nous avons des exemples d'interventions de ce genre : des professions, libres en principe, telles que la *futya*, mais qui, en raison de leur répercussion sur l'intérêt général, attirent l'attention des pouvoirs publics¹.

Le notariat ne restera donc pas une profession entièrement libre. L'intervention des pouvoirs publics se produira sous deux formes : une forme légale, ayant pour objet la détermination des conditions générales d'aptitude, l'établissement des règles d'exercice de la profession etc ; — et une forme administrative, ayant pour objet d'assurer, en fait, l'application, dans les cas particuliers, des conditions légales.

L'action administrative est, en principe, du ressort du pouvoir judiciaire. La compétence du pouvoir judiciaire en cette matière est toute naturelle. L'institution de la *šahāda*, en général, a toujours été rattachée à la magistrature ; il n'en pouvait pas être autrement en ce qui concerne un des aspects particuliers de cette institution, le notariat. Le notariat, dit Ibn Ḥaldūn, est l'auxiliaire de la justice et un des éléments de son

(1) Cf. Tyan, *op. cit.*, I, 325, 328.

ET LE RÉGIME DE LA PREUVE PAR ÉCRIT 21

العدالة . . . تابعة للقضاء ومن مواد تصريفه ،
 administration, En effet, les actes juridiques qu'établissent les notaires servent à la détermination des droits des individus et de la régularité de ces actes dépend l'issue des procès, en cas de contestation.

Cette intervention du pouvoir judiciaire a deux objets principaux : le contrôle de l'admission à l'exercice de la profession et le contrôle de son exercice même.

Que le juge ait la haute main sur le recrutement du notariat, cela résulte, tout d'abord, de son pouvoir général en matière de *ṣahāda* : une personne ne peut être établie comme témoin fixe — *'adl* — que par l'effet d'une décision judiciaire. Mais on peut dire que cette décision dépend, en principe, moins de la volonté du juge que de la réalisation des conditions légales requises en matière de témoignage : l'existence chez l'impétrant de ces conditions, vérifiée par l'examen personnel du juge et par la procédure de la *tazkiya*, doit entraîner nécessairement une décision d'admission. Mais, en matière de notariat, il y a plus : le juge possède un pouvoir discrétionnaire. En effet, ce n'est pas toutes les personnes, reconnues comme témoins véridiques, qui vont pouvoir se présenter au public comme notaires professionnels. Le juge a un pouvoir — et un devoir — de choix. C'est pourquoi, Ibn Ḥaldūn, parlant spécialement des *ṣuhūd*-notaires et les distinguant des *ṣuhūd*, en général, indique pour ceux-là comme une condition supplémentaire s'ajoutant à la décision d'admission comme témoin véridique, la condition d'une autorisation spéciale du juge :
 احقية هذه الوظيفة القيام عن اذن القاضي بالشهادة.

(1) Ibn Ḥaldūn, *Prolég.*, éd. Beyrouth, 187.

Le droit de nomination des *šuhūd* est indiqué généralement dans les diplômes d'investiture des magistrats, de diverses époques¹. Sans doute, il s'agit des témoins, en général ; mais ce pouvoir s'étend naturellement aux notaires. Certains diplômes même font une mention spéciale de cette catégorie de témoins².

Toutefois, cette compétence des magistrats comporte quelques réserves. D'une part, il ressort d'un diplôme de l'époque mamlūk que le pouvoir de nomination des *šuhūd* n'appartient qu'aux *kādīs* titulaires de ressorts et non à leurs vicaires³. D'autre part, il ne semble pas que le même pouvoir appartient aux juges d'exception, comme les *kādīs-al-askar*⁴. Et lorsque, dans un pays, il existe plus d'un *madhab* admis officiellement, c'est, seul, le magistrat du *madhab* prédominant qui possède le pouvoir de nomination des témoins et des notaires, en particulier. C'est, du moins, ce qui semble être le cas à l'époque mamlūk, où, le *madhab* šafite étant prédominant, seul, le diplôme d'investiture du *kādi-al-kuḍāt* de ce rite contient ce chef de compétence⁵.

Un autre ordre de restrictions découle du droit de contrôle de l'autorité supérieure. Un texte en fait même expressément mention : un diplôme délivré par le

(1) Kalkaşandı, *Şubḥ al-a'sa*, X, 270, 283, 387, 389 ; XI, 197 ; XII, 41, 47, 48, 52.

(2) Kalk., *op. cit.*, XII, 47, 52.

(3) Kalk., *op. cit.*, XIV, 343.

(4) Kalk., *op. cit.*, XI, 206.

(5) Kalk., XII, 41 et ss. Cependant, Ibn Ḥaldūn, nommé *kādi* en chef du *madhab* malékite, au Caire, a pu exercer un tel pouvoir (Ibn Ḥaldūn, *Tārīḥ*, VII, 454).

devait être de même pour les témoins, les greffiers du juge, les témoins chargés de la garde des biens des absents, des wakfs, etc...

Il résulte de ce qui précède que, si le nombre des *shuhūd* est déjà, en fait, limité en raison des conditions légales requises pour leur admission, le nombre des notaires est plus limité encore. La question est même posée en doctrine, spécialement dans le *madhab* malékite, de savoir s'il est du droit de l'autorité de restreindre l'exercice de la profession à quelques personnes, à deux ou à une seule, même ; — et les auteurs y répondent par l'affirmative, « si tel est l'intérêt public¹ ». Et, de fait, les sources citent le cas d'un certain nombre de personnages qui ont exercé, à l'exclusion de tous autres témoins, la charge de notaire. Le cas se rencontre le plus fréquemment dans l'Espagne musulmane, dès une époque relativement reculée. Dans la deuxième moitié du III^e siècle h. Sa'īd ibn Yahya († 273/886) avait été désigné par l'autorité supérieure comme notaire de Cordoue, en concours avec Kāsim ibn Muḥammad ; après la mort de ce dernier, il resta seul notaire de la ville². Beaucoup plus tard, vers la fin

... ومنهم (الشهود) من يشهد في قيمة المثل وبشعين : Kalk., *op. cit.*, XII, 47 :
ان يكون من اهل البلد الامثل . . . ومنهم من اذن له في العقود

A remarquer les qualités exigées spécialement pour une catégorie de témoins et qui ne le sont pas pour une autre ; ainsi le témoin-expert doit être pris parmi les habitants de la ville où il exerce sa profession ; cette condition n'est pas requise pour le témoin-notaire.

(1) قال ابن المناصف : وان رأى السلطان من
النظر للمسلمين قصر الوثائق على انسان بعينه او اثنين . . . فذلك سائق

(2) Ibn Al-Faraḡi, I, 139.

ET LE RÉGIME DE LA PREUVE PAR ÉCRIT

25

du VI^e et le début du VII^e s. h. la chronique rapporte le cas de deux personnages qui étaient les deux notaires de la ville de Dānya¹. Et lorsque, d'autres textes, du IV^e s. h., disent que telle personne a succédé à telle autre dans la charge du notariat dans telle circonscription, il est à présumer qu'il s'agit d'une charge qui avait été réservée à ces personnes exclusivement². D'ailleurs, le titre officiel employé par les textes tirés encore de l'histoire de l'Occident musulman est très significatif et porte à croire que la restriction à une personne de l'exercice de la profession dans chaque circonscription était le fait général. La biographie de tel ou tel personnage indique, en effet, qu'il était le *ṣāhib al-waṭā'ik*, dans telle région ou telle ville³. Or, le titre de *ṣāhib* est propre aux fonctions publiques dont le titulaire est généralement unique.

La compétence judiciaire en matière de nomination des notaires comportait comme autre conséquence le pouvoir de contrôle et de discipline. Les notaires y sont soumis à l'instar des autres auxiliaires de justice⁴. Ibn Ḥaldūn indique une autre considération de caractère assez particulier, comme fondement de cette compétence ; c'est celle de la responsabilité judiciaire. Le juge « ne doit pas négliger cela (le contrôle des notaires) en raison de son devoir de veiller à la sauvegarde des intérêts des particuliers ; la responsabilité à cet égard lui incombe et il est garant de

(1) Ibn Abbār, I, 307.

(2) Ibn Al-Faraḍi, I, 300, 302.

(3) Ibn 'Adari, I, 212, 213 ; II, 219 ; Ḥuṣāni, 198.

(4) Cf. Tyan, *op. cit.*, I, 361.

tout dommage (résultant de l'exercice de la profession¹) ».

« En conséquence, poursuit Ibn Ḥaldūn, le juge doit contrôler la conduite des notaires, se renseigner sur l'état de leur moralité ». Bien avant lui, déjà, Māwardi citait le pouvoir et l'obligation de contrôle des *šuhūd* parmi les chefs mêmes d'attributions des juges². Il n'y a pas là seulement une règle théorique. Sans doute, Ibn Ḥaldūn observe qu'en raison de l'étendue des ressorts, il n'est pas possible à un magistrat d'exercer un contrôle effectif sur tous les notaires relevant de son autorité ; mais il n'en reste pas moins que la règle était généralement bien entrée dans les mœurs. Sur ce point encore les diplômes d'investiture des magistrats fournissent de nombreux et précieux renseignements : tous les passages de ces documents, relatifs à la nomination des *šuhūd*, comportent en même temps le pouvoir de contrôle et de discipline³. Le magistrat peut vérifier par lui-même, administrativement, la conduite des *šuhūd* ; mais nous savons qu'un de ses agents auxiliaires, le *muzakki*, était spécialement institué pour rendre compte de la conduite des témoins du ressort⁴.

(1) Ibn Ḥaldūn, *cod. loc.*, لا يضمن ذلك لما يتهين عليه من حفظ حقوق الناس فالعهدة عليه في ذلك وهو ضامن دركه .

Comment ce principe de responsabilité s'est traduit dans la pratique, nous ne saurions le dire car nous n'avons pu relever des cas où des particuliers, victimes d'un notaire ne présentant pas les garanties légales, se seraient retournés contre le juge du ressort en une action en dommages-intérêts.

(2) Māwardi, *Al-ahkām al-sulṭānyya*, 67.

(3) Cf. *supra*, p. 23, n. 2.

(4) D'après un traité de ḥisba, du XIII^e ou XIV^e s. de l'ère chrétienne, les notaires étaient encore soumis au contrôle des muhtasibs (cf. Tyan, *op. cit.*, 471).

ET LE RÉGIME DE LA PREUVE PAR ÉCRIT 27

En cas de faute, la sanction applicable est la destitution. Il ne semble pas avoir existé des peines disciplinaires moins rigoureuses, variant suivant la gravité de la faute. On le comprendra bien si l'on se réfère aux principes mêmes de l'institution. Tant que la faute n'affecte pas la véracité du témoin, celui-ci reste qualifié à exercer ses fonctions ; mais, par contre, il se trouve entièrement disqualifié dès que cette véracité est mise en doute.

Mais, dans la pratique, la sanction, parfois, était plus grave : à la révocation pouvait s'ajouter un châtiement corporel. Ibn Ḥaldūn raconte de lui-même qu'ayant été nommé, en l'an 784/1382, *kaḍi* en chef du royaume mamlūk, pour le *madḥab* malékite, il eut à infliger à de nombreux *ṣuhūd* de « douloureuses corrections¹ ».

A une époque beaucoup plus reculée, au III^e s. h., Ḥuṣāni rapporte le cas d'un notaire de Cordoue, coupable de faux. Le *kaḍi al-kuḍāt* fit exercer des poursuites contre lui. Le notaire dut se sauver en demandant refuge au ministre en fonction à l'époque². Très vraisemblablement, il ne fuyait pas une simple mesure de révocation !

Sur l'état de moralité des *ṣuhūd*, en général, et des notaires, en particulier, les documents comportent des appréciations sévères. « Les abus qu'ils (les *ṣuhūd*) commettent, lit-on dans un diplôme d'investiture, sont innombrables et le mal qu'ils font est irrémédiable³ ». Lorsque Ibn Ḥaldūn se mit à examiner la con-

(1) Ibn Ḥaldūn, *Tārīḥ*, VII, 454 et ss.

(2) Ḥuṣāni, 135.

(3) Kalk., XII, 47.

duite des témoins de son ressort, il constata que « les mauvais étaient mêlés aux bons. . . Le mal était devenu grave par suite des faux très fréquents dont les notaires se rendaient coupables. فقد كان البر منهم مختلطاً بالفاجر فاعضل دائمهم وفشت المقاسد بالتزوير والتدليس بين الناس منهم¹ ».

Le notaire, mentionné dans Hūṣānī, s'était fait une mauvaise réputation à cause des faux qu'il commettait dans l'exercice de sa profession. كان كثير الغش والتدليس².

Un notaire de Cordoue, au IV^e s. h., est destitué pour le même motif : كان يضرب على الخطوط في الشهادات ويدأس في العقود³.

Certains auteurs suspectent tellement la probité des notaires que, par une méconnaissance étrange de la nature originelle de leur office, ils enseignent que leur témoignage en justice n'est pas admissible, « parce qu'ils rédigent (les actes) contrairement à la réalité⁴.

L'intervention de l'autorité supérieure. — En dehors du contrôle qu'elle se réservait sur l'action des magistrats, l'autorité supérieure — prince, ministre, gouver-

(1) Ibn Ḥaldūn, *Tārīḥ*, VII, 455.

(2) Cf. un autre cas : Ibn 'Adārī, I, 213.

(3) Ibn Al-Faraḡī, I, 186.

(4) Dāmād effendi, II, 199. Les notaires, sous la réserve indiquée par l'auteur : والصحيح قبولها (شهادة الشهود) إذا غلب عليهم الصلاح : — rentrent ainsi dans cette longue série dressée par la science juridique décadente, et qu'on trouve, à quelques différences près la même dans tous les traités, — des personnes dont le témoignage n'est pas admissible en justice, pour des raisons diverses, principalement, parce que l'exercice de leur métier ou profession même, certaines habitudes de

ET LE RÉGIME DE LA PREUVE PAR ÉCRIT 29

neur — est intervenue directement dans la réglementation de la profession des notaires. Ce fait est certain, tout au moins, pour la partie occidentale du monde musulman. Nous avons déjà vu, en effet, qu'en doctrine malékite, on reconnaît formellement le droit de limiter à un ou deux témoins l'exercice de la profession notariale¹. Des textes tirés de l'histoire d'Andalousie aux III^e et IV^e s. h. nous montrent des souverains désignant directement des notaires et les affectant à différentes villes.

Cette action du pouvoir exécutif² était-elle exclusive de celle des magistrats ? Il ne semble pas, puisqu'on voit encore des magistrats exercer l'action disciplinaire sur les notaires et, notamment, les révoquer ce qui se comprendrait difficilement si la nomination de ces notaires n'était pas émanée de ces magistrats.

Le notariat, fonction publique. — En raison de tous ces traits, doit-on admettre que le notariat s'est transformé en fonction publique ? Ibn Ḥaldūn cite bien cette profession parmi les fonctions publiques de l'État musulman *الخطاط الخلافية* et dans le passage qu'il lui consacre spécialement, il la définit formellement comme une fonction *وظيفة*.

leur conduite privée, rendent suspecte leur probité. On y relève des choses assez cocasses. Sont récusables, par exemple, le défenseur en justice, « connus de nos jours sous le nom d'avocat... celui qui possède des pigeons, parce que, pour les faire voler et les faire rentrer au pigeonnier, il doit monter sur la terrasse de sa maison et qu'ainsi il a l'occasion de regarder les femmes du voisin !... ».

(1) *Supra*, p. 24, n. 2.

(2) Ibn Al-Farāḍī, I, 139, 348 ; Ibn 'Adārī, I, 213.

Dans la grande classification des fonctions publiques en fonctions religieuses et fonctions administratives, le notariat est rangé dans la première catégorie. C'est une fonction religieuse, *وظيفة دينية* dit Ibn Ḥaldūn. Considérée comme auxiliaire de la magistrature, elle participe naturellement de son caractère qui est traditionnellement religieux. Et il est significatif que, comme on le fait en matière de nomination à la magistrature, on discute, en doctrine, s'il est moralement et juridiquement permis à un individu de briguer un poste de notariat ; et on y répond par la négative en ajoutant même que la nomination d'un candidat ayant fait des démarches en ce sens ne serait pas, en principe, valable¹.

La terminologie est aussi très significative, surtout dans la littérature de l'Occident musulman. La profession y est couramment désignée du nom de *ḥiṭṭa*, terme spécialement réservé à la fonction publique. Pour relater la désignation d'une personne comme notaire les textes emploient le terme de *تولية* (investiture) qui ne s'applique qu'à la collation d'une dignité officielle, d'une profession qui participe de l'autorité publique. De même, le notaire est appelé *ṣāḥib al-watā'ik* (le titulaire des *watā'ik*) ce terme de *ṣāḥib* n'étant employé que pour les titulaires des fonctions publiques, comme dans les appellations *ṣāḥib al-šurṭa*, *ṣāḥib al-madīna*, *ṣāḥib al-maḥālim*, *ṣāḥib al-bāb*², etc.

(1) Ibn Farḥūn, I, 178, 188. — Par contre, on enseigne que l'acceptation de la fonction serait une obligation pour un individu s'il ne s'en trouve pas un autre, capable de rédiger les actes juridiques (Ibn Farḥūn, II, 90).

(2) Cf. notamment, Ibn-Faraḍī, I, 202, 348 ; II, 88 ; Ibn Abbār, I, 263, 307 ; II, 623 ; Ibn Baṣkuwāl, 142, 301, 567 ; Ibn 'Adari, I, 213 ; Ḥusani, 198.

ET LE RÉGIME DE LA PREUVE PAR ÉCRIT 31

Cependant, quelques précisions sont nécessaires pour écarter toute équivoque sur le caractère public de la fonction notariale. Désigné par l'autorité et agissant sous son contrôle administratif, le notaire, toutefois, n'exerce pas les actes de sa profession au nom de cette autorité. Au fond, ce n'est pas l'État qui est considéré comme pourvoyant par l'organe de l'un de ses agents, le notaire, à la rédaction des actes juridiques et à la constitution de leur preuve. A ce point de vue le notaire reste un simple particulier. L'État, s'il exerce un contrôle sur les notaires, ne le fait qu'à titre administratif et disciplinaire. Il ne s'immisce pas dans le contrôle de la validité même des actes qu'il rédige, il n'y engage pas son autorité. D'où il suit que l'intervention du notaire ne confère à l'acte aucun caractère officiel d'authenticité.

A fortiori, l'office du notaire n'est pas, en principe, obligatoire. Déjà, les particuliers peuvent se contenter, pour la preuve de leurs transactions, du mode de droit commun, le témoignage oral ordinaire. Que s'ils préfèrent recourir à l'écrit, ils peuvent rédiger eux-mêmes leurs conventions ou les faire rédiger par un autre particulier reconnu comme « témoin véridique » mais non institué spécialement comme notaire. Même dans les cas où l'exercice de la profession est restreint, par une réglementation administrative spéciale, à une seule personne, la rédaction d'un acte, en particulier, par une autre personne ne porterait aucune atteinte à sa validité. Le seul effet de la réglementation est d'interdire à d'autres personnes qu'à celle désignée par l'autorité de s'adonner professionnellement à la rédaction des actes juridiques.

Au surplus, les rapports entre notaire et client restent des rapports de droit privé. Il y a seulement dis-

cussion, en doctrine, sur la nature du contrat qui intervient, formellement ou tacitement, entre le notaire et son client. On trouve, sur ce point, dans Ibn Farhūn des développements très intéressants¹. Il y a lieu de distinguer suivant que la rémunération du travail du notaire a été ou n'a pas été formellement stipulée. Dans le premier cas, la convention s'analyse en un contrat de louage (de services) les deux éléments essentiels de ce contrat — accomplissement d'un travail et salaire — y étant réalisés. Mais le deuxième cas est le plus fréquent en pratique, car, en raison de la dignité de la profession, les notaires évitent, « par pudeur », de parler d'argent à l'occasion de l'exercice d'un des actes de leur charge, ceci pouvant donner lieu à des marchandages pareils à ceux qui se produisent dans les professions et les métiers à base de lucre. Quoique cette manière d'agir soit approuvée, en principe, on observe qu'on ne peut plus alors parler exactement de louage étant donné que la contrepartie du travail n'est pas déterminée. D'autre part, on ne peut pas dire qu'il s'agit d'une libéralité pure et simple, car le notaire a instrumenté avec l'intention d'obtenir une rémunération, comptant que son client reconnaîtra — pécuniairement — le service qui lui est rendu. Le contrat devra alors s'analyser en ce que la terminologie juridique arabe appelle هبة الثواب *hibbat al-tawāb*² qu'on pourrait traduire par donation rémunératoire³. Le montant de la rémunération est dans

(1) Ibn Farhūn, I, 191.

(2) Cf., sur cette variété de donation, Ibn Salamūn, *glose marginale sur Ibn Farhūn*, II, 120.

(3) Ibn Farhūn rapproche ce cas de donation rémunératoire de celui d'un serviteur, ouvrier, artisan qui consent à accomplir un travail sans stipuler une rémunération (Ibn Farhūn, *op. cit.*).

ET LE RÉGIME DE LA PREUVE PAR ÉCRIT 33

ce cas, en principe, librement fixé par le client, mais elle ne devrait pas être inférieure à celle qu'il est d'usage de payer pour un acte similaire (اجرة المثل). Si le client offre une somme inférieure, le notaire a le choix entre l'acceptation de cette somme ou la reprise du document qu'il a rédigé, à moins que le droit du client ne s'y soit déjà attaché, du fait, par exemple, que le document a déjà été revêtu des témoignages nécessaires pour sa validité. Dans cette dernière hypothèse, la rémunération d'usage est, seule, due. Ce montant de rémunération est aussi, seul, dû, et le notaire n'a pas la faculté de reprendre le document, dans les cas où ce notaire se trouve être le seul agent, dans la région, habilité à instrumenter¹.

Conditions spéciales de nomination.— Tout notaire est nécessairement *šāhid 'adl*, mais tout *šāhid 'adl* n'est pas nécessairement notaire : on le constate encore quant aux conditions requises pour l'exercice de la profession notariale, qui viennent s'ajouter aux conditions générales de la *šahāda*. Elles sont imposées par la nature propre de l'institution notariale et par les nécessités auxquelles elle doit répondre.

(1) Le montant de la rémunération du notaire dépend des usages locaux. On trouve, cependant, quelques indications dans certains ouvrages de doctrine de la dernière époque. Ainsi, dans le traité de Ibn Kāḍī Samawāna (*Jāmi' al-fuṣūlayn*, II, 153) les droits notariaux sont proportionnels à la valeur de la transaction, objet du contrat : 5 pour mille jusqu'à concurrence de la somme principale de dix mille ; pour le surplus, le droit est abaissé à 1 pour mille.

A qui incombe la charge des droits notariaux, c'est là aussi une question d'usages qui peuvent différer suivant les régions. « Suivant nos usages, lit-on dans l'ouvrage précité, les droits sont à la charge de celui qui retire le document (*cod. loc.*). Dans la vente, les droits incombent à l'acheteur (Baz, *Majalla annotée*, sub art. 292).

On trouve dans le Traité de Nuwayri une énumération des conditions requises du šahid-notaire qui fait fonction de greffier de tribunal¹. Elles s'appliquent également au notaire proprement dit sous réserve d'une seule dont la nécessité ne se fait sentir que pour le bon accomplissement des fonctions du greffe².

Le notaire doit avoir une bonne calligraphie. Puisque c'est lui qui rédige les actes juridiques, destinés souvent à être lus par un nombre considérable de personnes, il faut bien que cette rédaction se présente sous une forme sinon agréable tout au moins facilement accessible. « Nul ne doit exercer la profession de notaire, dit Ibn 'Abdūn, que s'il est connu pour avoir une bonne calligraphie³ ». Aussi n'est-il pas étonnant de constater que l'excellence de la calligraphie est un des mérites particuliers que les chroniques prennent soin d'indiquer dans la biographie des notaires qui ont fait preuve de cette qualité dans l'exercice de leur profession⁴.

La deuxième condition est la connaissance de la langue arabe. La langue arabe est, en effet, dans

(1) Nuwayri, IX, 1 et ss.

(2) Il s'agit de la condition de bonne diction (et de lecture exacte) طلاقة العبارة وزلاقة اللسان (Nuwayri, IX, 3). Cette condition est requise du greffier, dit Nuwayri, parce que le greffier a à lire devant le tribunal les pièces du dossier. . . Nuwayri cite aussi la condition de bonne moralité ; mais nous savons que c'est là une des conditions de la *šahāda* en général.

(3) Ibn 'Abdūn, *op. cit.*, 203. Dans le même sens : Ibn Farḥūn, I, 188.

(4) Cf. par ex. Ibn Abbār, *Takmila*, I, 312, (كان حسن الخط بمقد (من ابرع اهل زمانه خطأ) (الشروط), II, 9

ET LE RÉGIME DE LA PREUVE PAR ÉCRIT 35

les pays musulmans, la langue officielle, notamment, celle des tribunaux, en même temps qu'elle est la langue usuelle. Ce n'est que si le notaire possède bien cette langue qu'il peut rédiger correctement les actes juridiques, exprimer fidèlement la volonté des parties, donner à leurs engagements leur portée exacte.

La simple connaissance du style arabe n'est pas suffisante. Il doit s'y ajouter, chez le notaire, l'art de ce qu'on appelle la *wirāka* صناعة الوراق (le style notarial) : l'ensemble des expressions, constructions grammaticales, tours de phrases, l'ordre de présentation des diverses parties du contrat etc., en usage dans la pratique notariale.

« Quelles que soient la qualité du style de l'écrivain « et sa science juridique, dit Nuwayri, s'il ne possède « pas suffisamment l'art de la *wirāka*, les actes qu'il « rédigerait resteraient entachés d'un vice profession- « nel¹ ». Pour faire l'éloge de tel notaire célèbre, les biographes vantent, notamment, son art de la *wirāka*².

Le notaire doit, en quatrième lieu, connaître la loi ; il doit être un *fakīh*. Condition bien naturelle, encore, puisque le notaire est devenu le professionnel auquel s'adressent les particuliers non seulement pour donner à leurs conventions la forme écrite mais aussi pour assurer à ces conventions la garantie des conditions de forme et de fond d'une loi com-

(1) Nūwayri, IX, 6.

(2) Ibn Abbār, I, 9 من ابرع اهل زمانه خطاً واحسنهم وراقه

plexe qu'il n'est pas à la portée de tout le monde de connaître¹.

Cette culture juridique est d'autant plus nécessaire que beaucoup de questions de droit, qui sont à la base des transactions juridiques les plus courantes, sont objet de controverses doctrinales : le notaire doit être suffisamment versé dans la connaissance de la science juridique et suffisamment habile pour éviter, par l'emploi de tournures et formules appropriées, que la validité des actes ne subisse pratiquement le contre-coup de telles controverses. Il est, aussi, important pour le notaire de connaître ce qu'on appelle les *hiyal sar'yya* الحيل الشرعية, si largement répandues dans la pratique courante, c'est-à-dire, cet ensemble de procédés empiriques qui, par des artifices apparemment légaux, servent à tourner des interdictions légales ou à rendre admissibles des solutions non consacrées théoriquement. Le notaire doit être en mesure de donner satisfaction à ceux de ses clients qui, voulant atteindre tel résultat, ne connaissent pas le détour légal propre à l'assurer.

Aussi, beaucoup de notices biographiques de notaires, qui se sont distingués par leur culture juridique et leur habileté pratique, ne manquent-elles pas de les qualifier de *fakih*. C'est pourquoi aussi, comme nous le verrons bientôt, les notaires cumuleront, souvent, avec leur charge, l'exercice d'autres professions juridiques.

(1) Quelle serait la responsabilité du notaire qui délivrerait aux parties un acte ne répondant pas aux conditions légales et nul par conséquent ? D'après Nuwayri, le notaire devrait simplement dédommager ses clients du prix du papier ou du parchemin employé ainsi en vain. (IX, 4-5).

Une quatrième condition, citée par des auteurs comme Nuwayri et Ibn Farḥūn, est un corollaire de la condition précédente : le notaire doit connaître « l'arithmétique et les règles du régime successoral ». Il sera ainsi capable d'établir régulièrement les actes de liquidation de sociétés et de succession, de répartition exacte des parts¹ ».

La science du notariat. — Tout cet ensemble de règles qui régissent l'exercice de la profession notariale ne pouvaient pas rester dans le domaine de la pratique pure. Elles devaient naturellement et de bonne heure donner naissance à une variété particulière de science juridique en en déterminant la technique dans ses différentes applications. C'est le *'ilm al-šurūf*, la science des *šurūf* ; les auteurs en cette matière sont les *'ahl al šurūf* ou *šurūfyyūn*. Dès le III^e s. h., cette science apparaît en plein développement puisque déjà elle donne matière à des traités considérables et restés classiques, comme l'ouvrage de *Ṭahāwi*, dont une partie a été récemment éditée par le savant orientaliste Joseph Schacht². Mais ces traités contiennent de multiples renseignements et références qui révèlent que des auteurs du II^e s. h., parmi les plus

(1) D'après certains auteurs, le notaire doit, aussi, bien connaître les usages et coutumes de la localité où il exerce sa profession (Ibn Farḥūn, I, 191).

(2) *Das kitāb aḍkar al-ḥuqūq war-ruhūn aus dem al-ġāmi' al-kabīr fi-šurūf des abū-Ga'far Aḥmad ibn Muḥammad al-Ṭahāwi*. Et *Das kitāb aš-šuf'a*, extrait du même traité et édité par le même auteur. — Dans l'introduction de la première de ces deux publications, M. Joseph Schacht annonçait un prochain ouvrage dans lequel il traiterait spécialement de la science notariale. Nous n'avons malheureusement pas pu savoir si cet ouvrage a été effectivement publié.

considérables, comme Abū-Ḥanīfa, Abū-Yūsuf, Muḥammad, s'étaient déjà adonnés à cette branche de la culture juridique¹. Cependant, d'après Ḥāji-Ḥalfa qui, dans la nomenclature qu'il donne des diverses branches du savoir humain, cite, sous une rubrique distincte, la science notariale, le premier auteur ayant rédigé un traité de cette matière est Hilāl Ibn Yaḥya al-Baṣri, du *madḥab* ḥanafite, mort en 235/849².

Cette nouvelle discipline donnera naturellement matière à un enseignement correspondant. Il sera dorénavant difficile à une personne de se présenter au public comme notaire si elle ne s'est pas formée préalablement aux règles de cette discipline. L'enseignement de la science notariale donné par telle personne ou l'enseignement suivi par tel autre qui a pratiqué par la suite la profession de notaire sont, au surplus, considérés comme assez importants pour mériter une mention spéciale dans les chroniques historiques.

(1) Cf. les opinions couramment attribuées à ces auteurs et à d'autres dans le traité de *Ṭahāwī* et dans le traité *Al-fatāwa al-hindyya*, VI, p. 248 et ss.

Ce ne devait être qu'un siècle plus tard qu'allèrent être rédigés des traités de ce genre dans le rite *ṣāfi'ite* (Ibn Ḥallikān, I, 580, biographie du jurisconsulte Abū-Bakr Al-Ṣayrafi, † 330/941).

(2) Il est à noter, toutefois, que, quoique cette science notariale soit, en réalité, une branche de la science juridique, comme l'observe, d'ailleurs, Ḥāji-Ḥalfa (هو فرع من الفقه), la doctrine juridique proprement dite a, en général, feint d'ignorer cette sœur cadette. Quelques rares traités seulement, comme celui des *Fatāwa Hindyya*, lui consacrent quelques développements. Il n'en est pas ainsi dans la doctrine malékite : Ibn Farḥūn, par exemple, consacre de longs et substantiels développements aux règles d'exercice de la profession notariale.

ET LE RÉGIME DE LA PREUVE PAR ÉCRIT

39

Les lieux d'exercice de la profession. — S'adressant au public, la profession notariale sera exercée dans des endroits facilement accessibles « Ils (les notaires) ont, dans tous les pays, dit Ibn Ḥaldūn, des boutiques, dans lesquelles ils s'installent sur des *masāteb* (sièges étendus et bas) ; et c'est là que viennent les trouver les clients ». On trouve souvent, dans la littérature courante, l'expression « حوانيت التعديل (boutiques, bureaux de notaires¹) ». Cet usage est général dans les pays musulmans, comme le note Ibn Ḥaldūn. Beaucoup de textes tirés spécialement de l'histoire d'Andalousie confirment le renseignement².

Pour l'emplacement de ces « bureaux », les notaires choisissent naturellement les lieux les plus fréquentés par le public. Ainsi Ibn Abbār indique que le notaire Muḥammad al-Anṣāri, de Malaga, exerçait sa profession près d'une des portes de la ville³.

Mais, certainement, le lieu préféré était le voisinage des mosquées. Beaucoup de textes parlent de notaires « établis près » de telle ou telle mosquée⁴. Suivant un autre usage très courant, les notaires tiennent leurs bureaux à l'intérieur même des mosquées⁵.

A l'intérieur des mosquées et dans leur voisinage,

(1) Quatremère, *op. cit.*, II, 111.

(2) Par exemple : Ibn Abbār, II, 708 كان يعقد الشروط بدكان

(3) Ibn Abbār, I, 263.

(4) Un notaire du Caire de la fin du VIII^e s. h. احد العدول الجالسين بالقرب من جامع احمد بن طولون

(5) Cf. *Encyclopédie de l'Islam*, V^o Masjid, p. 399 in fine ; pour l'Orient spécialement : Ibn Tağribardi VII, 302 ; pour l'Espagne, au V^e s. h., Ibn Baškuwāl, 135, 266, au VI^e s. h., Ibn Abbār, II, 492.

on s'explique très bien ce choix comme lieu d'exercice de la profession notariale : non seulement les mosquées sont des lieux très fréquentés par le public pour l'accomplissement des actes du culte, mais on sait qu'elles sont aussi le lieu où les juges tiennent leurs audiences, et les plaideurs constituent la meilleure clientèle des notaires. Si l'on considère aussi que souvent les notaires remplissent en même temps les fonctions de « témoins » ou de greffiers auprès des tribunaux ; qu'ils exercent l'enseignement qui se donne dans les mosquées, on aurait relevé les principaux motifs de la préférence marquée pour ces lieux.

Il n'est donc pas étonnant que, sur les actes juridiques dressés par les notaires, on voie souvent figurer, comme le remarque M. Grohmann¹, des *mu'addins*, à titre de témoins supplémentaires. Agents attachés au service de la mosquée, ils sont, pour ainsi dire, à portée de main des particuliers en quête des témoins nécessaires pour la validité de leurs contrats.

Mais, dans tous ces usages, il n'y avait rien d'obligatoire, puisqu'on voit encore des notaires exercer leur profession à leur domicile privé même².

Attributions des notaires. — L'attribution originelle et de principe du notaire est de se porter témoin des actes juridiques ; mais son attribution pratiquement la plus importante est la rédaction de ces actes ; il en restera, sans doute, le témoin, mais, dans le plein dé-

(1) Adolph Grohmann, *Arabic papyri*, I, 137, n. 14.

(2) Ibn Baskuwāl, 16. — *بيوت العدل* : Makrizi, *Kitāb al-sulūk*, éd. Ziada, I, 273.

ET LE RÉGIME DE LA PREUVE PAR ÉCRIT 41

veloppement de l'institution, cette fonction passe au second plan.

Les notaires sont qualifiés pour dresser toutes sortes d'actes juridiques : contrats, actes de mariage, de constitution de dot, d'émancipation, de liquidation d'hérités, de sociétés, de partage etc¹.

Leur profession est publique en ce sens encore, que leurs services sont offerts à toutes personnes qui viennent les requérir ; ils ne sont, en principe, attachés au service particulier de personne. Cependant, cette règle comporte quelques réserves. De puissants personnages, grands propriétaires, hauts et riches fonctionnaires, peuvent, en raison du nombre et de l'importance de leurs intérêts, trouver plus commode de s'assurer exclusivement l'office d'un notaire. A son époque (VIII^e s. h.), Ibn Ḥaldūn signale la diffusion d'une pratique de ce genre en Égypte. Il y avait des notaires qui « étaient entrés au service des émirs pour la rédaction de leurs contrats² ». Mais cette pratique est encore plus ancienne et plus générale. Dès le III^e s. h., au moins, dans l'Espagne musulmane, les califes avaient pris l'habitude d'attacher des notaires à leur service exclusif. Ainsi, le chroniqueur Ibn Al-Faraḡi cite le cas d'un nommé Ibn Al-Janāb, († 320/932) qui « était le *ṣāhib al-waṭā'ik* du calife Abd Al-Raḥmān ibn Muḥammad³ ». L'affectation de notaires au service

(1) Il se produira même une certaine spécialisation. En raison de l'importance de la matière et du nombre considérable de contrats auxquels elle donne lieu, il y aura des notaires spécialement affectés à la célébration des mariages et à la rédaction de leurs contrats ; ce sont les *'uḳkād al-ankiḥa* *عقود النكاح* (cf. Tyan, *op. cit.*, II, 344, n. 1).

(2) Ibn Ḥaldūn, *Tārīḥ*, VII, 454.

(3) Ibn Al-Faraḡi, I, 337.

spécial du prince donnera naissance à une fonction notariale distincte : c'est la fonction que les textes appellent *hiṭṭat al-waṭā'ik al-sultānyya* (notariat royal). Un certain nombre de titulaires de cette charge sont cités par les biographes et chroniqueurs : Ibn Al-Maš-šāṭ, dans la deuxième moitié du IV^e s. h.¹, Ḥusayn Al-Tajibi, à la fin du IV^e s. h. et au début du V^e s. h.² ; Ibn Al-Ḥiḍā', dans les premières années du V^e s. h.³.

Par ailleurs, la fonction notariale n'est pas exclusive d'autres professions ou fonctions publiques. En ce qui concerne le cumul avec d'autres fonctions publiques, il n'y a là rien de spécial au notariat. C'est une pratique générale, en Islam, de conférer des fonctions multiples à un seul titulaire sous réserve du droit de subdélégation de ce dernier⁴.

Les fonctions le plus couramment attribuées aux notaires sont celles auxquelles leur culture les prédisposent, savoir, les fonctions judiciaires. Dans l'Espagne musulmane, où l'institution du *consilium* s'était largement répandue, on voit souvent des notaires désignés, en même temps, comme *mušāwar* de magistrats⁵. Une autre fonction qui se rapproche beaucoup de la *šūra* الشورى et qui souvent se confond avec elle, la *futya* الفتيا, est aussi, fréquemment, confiée aux notaires,

(1) Ibn Baškuwāl, 301.

(2) Ibn Baškuwāl, 142.

(3) Ibn Al-Faraḍi, II, 88.

(4) Ibsīhi cite le cas d'un personnage qui cumulait avec le notariat neuf autres fonctions (*Mustaṭraf*, II, 216).

(5) Ibn Al-Faraḍi, I, 50, 331 ; Ibn Abbār, I, 331 ; II, 723 ; Ibn Abbār, *Mu'jam*, 287.

et il peut s'agir tant d'un poste officiel de *muflī* que de la *futya* exercée à titre privé¹.

On trouve même des cas où le titulaire du notariat royal est en même temps chef de la *šurfa* ou justice criminelle².

A plus forte raison les notaires étaient-ils quelquefois appelés à remplir les fonctions de greffiers auprès des tribunaux ou même à recevoir délégation de magistrats pour l'exercice de la justice³. Un poste de magistrat en titre et un poste de notaire étaient aussi, parfois, attribués à un même titulaire⁴.

Parmi les professions juridiques privées qu'exerçaient certains notaires on peut citer, à côté de la *futya*, l'enseignement du droit⁵.

L'exercice de la fonction notariale n'était même pas incompatible avec l'exercice d'une profession étrangère au droit, telle que la médecine⁶ ou le commerce des livres⁷ ou même le commerce ordinaire⁸.

(1) Ibn Al-Farađi, I, 50 ; Ibn Baškuwāl, 114, 560.

(2) Ibn Baškuwāl, 301.

(3) Ibn Abbār, II, 691 ; Zubayr, 138 كان يتحرف بالتوثيق وينوب في الاحكام بقرناطه

(4) Ibn 'Adari, 31. C'est une autre question que celle de la compétence des magistrats à rédiger les actes juridiques, que nous examinerons plus loin.

(5) Bel et Cheneb, 129.

(6) Un notaire d'Andalousie de la fin du VI^e s. h. et du début du VII^e s. h. ; Zubayr, 44.

(7) Un notaire d'Andalousie du milieu du VI^e s. h. ; Ibn Abbār, II, 570.

(8) Un autre notaire d'Andalousie du VII^e s. h. ; Ibn Abbār, I, 340.

L'importance sociale de la profession. — Il n'est donc pas étonnant que la profession notariale ait occupé dans la hiérarchie sociale une place de grande importance. Le fait que le notariat est cité, par Ibn Ḥaldūn, parmi les neuf principales fonctions « religieuses califales » de l'État musulman, immédiatement après la juridiction criminelle et avant même la *ḥisba* ou administration municipale et la *sikka*, service de la frappe de la monnaie, est déjà à lui seul très significatif.

Aussi les auteurs qualifient-ils le notariat de haute, honorable, considérable profession¹. صناعة جليلة شريفة
وبضاعة غالية منيعة

Si, comme nous l'avons vu, les notaires n'ont pas l'habitude de discuter de leurs honoraires avec les clients, c'est précisément parce qu'ils ne veulent pas dégrader leur profession au rang des autres professions ou métiers.

On comprend alors que les historiens, — annalistes, chroniqueurs, biographes, — réservent une place considérable aux notaires. Ils estiment que le nom de ceux qui, parmi eux, se sont distingués dans l'exercice de leur profession, est digne de passer à la postérité à l'instar des magistrats et autres hauts fonctionnaires célèbres.

Ce qui contribue encore à rehausser le prestige des notaires, c'est que, souvent, ils vivent dans l'entourage et jouissent de la protection de hauts personnages. C'est de cela, d'ailleurs, que se plaint Ibn Ḥaldūn, lorsque, nommé *kādi-al-kuḍāt* au Caire, il voulut sé-

(1) Ibn Farḥūn, I, 188.

ET LE RÉGIME DE LA PREUVE PAR ÉCRIT 45

vir contre les notaires qui commettaient des abus dans l'exercice de leurs fonctions : il se heurta à la résistance de leurs puissants protecteurs¹.

Un autre facteur de l'importance de la situation sociale des notaires, c'est la richesse que l'exercice de la profession permettait à beaucoup d'entre eux de constituer. Ibn Baškuwāl cite, par exemple, le cas d'un notaire de Tolède qui « particulièrement habile dans la rédaction des actes juridiques » en retira une grande fortune². Il est vrai qu'on discute, en doctrine, spécialement dans le *madhab* malékite, s'il est légitime pour un notaire de percevoir une rémunération pour les actes qu'il rédige ; et une opinion tranche cette question par la négative, tandis que, dans une autre opinion, on admet la légitimité de la rémunération, tout en enseignant, cependant, qu'au point de vue religieux, il reste préférable pour le notaire de ne pas en percevoir³. Nous savons que telle est l'attitude de la doctrine pour beaucoup d'autres professions ou fonctions publiques, notamment, la magistrature. Mais tout cela, c'est de la théorie pure : les notaires ont toujours perçu une rémunération pour les services qu'ils rendaient.

(1) Ibn Ḥaldūn, *Tārīḥ*, VII, 454.

(2) Ibn Baškuwāl, 560 ; cf. un autre cas : Ḥallikān, I, 23.

(3) Ibn Farḥūn, I, 192. On discute aussi la question de savoir qui doit le salaire : d'après une coutume, admise dans le *madhab* ḥanafite, c'est la ou les personnes qui retirent l'acte (Ibn 'Abdūn, V, 77).

III. — Les règles de rédaction

La transformation du témoignage en une profession notariale allait produire encore des conséquences importantes quant aux procédés de rédaction des actes juridiques. La pratique notariale, en effet, n'est plus un témoignage ordinaire où le témoin ne fait que constater par écrit ce qu'il entend des parties qui ont recours à son office. Elle dépasse de beaucoup ce rôle passif : du fait de la complexité des règles juridiques, de la nécessité de l'emploi de termes techniques précis pour la claire et sûre manifestation de la volonté des contractants, de la nécessité de soustraire les actes juridiques aux aléas des controverses doctrinales et des divergences jurisprudentielles, du fait aussi de la transformation de la nature de l'écrit qui devint, comme nous le verrons plus loin, un mode de preuve par lui-même, le notaire-témoin assume dorénavant un rôle actif. Il rédige l'acte juridique, non point suivant la teneur même des déclarations des parties, mais d'après des procédés et conformément à des règles qui sont propres à sa profession et qu'il est seul à connaître ; il vérifie la capacité des parties, la réalité ou, tout au moins, la vraisemblance des droits qui font l'objet de la transaction ; et il devient le conseil de ses clients.

Aussi certains auteurs tiennent-ils compte de cette réalité dans les explications qu'ils donnent sur l'objet de l'office des notaires. « La profession notariale, dit Ibn Farhūn, a pour objet d'assurer aux actes juridiques des particuliers leur validité légale. . . Elle met

le notaire dans l'intimité de ses clients qui lui révèlent leurs secrets¹. . . » Parlant un peu plus loin des notaires qui font un mauvais usage de leur profession, le même auteur ajoute que c'est parce que de tels notaires sont habiles dans l'emploi d'artifices de langage appropriés, de tournures juridiques apparemment légales que, souvent, les prescriptions impératives de la loi sont tournées², ce qui nous laisse deviner le rôle actif que joue le notaire dans la rédaction des actes pour lesquels les particuliers recourent à son office. Aussi, du fait que dans la personne du notaire il se superpose deux qualités différentes — celle de témoin et celle de rédacteur de l'acte —, les règles qui concernent l'exercice de la profession notariale procèdent-elles de l'une ou de l'autre qualité et se répartissent, à ce point de vue de leurs origines, en deux catégories. Au point de vue de leur objet, cependant, ces mêmes règles peuvent encore être réparties en deux catégories : les règles de forme et les règles de fond.

§ 1^{er} — Les règles de forme.

Une caractéristique générale de ces règles, c'est l'absence de formalisme proprement dit. Non point que des termes, formules, tournures de phrases, consacrés, ne soient employés très généralement ; c'est même une des conditions d'aptitude à la profession notariale que la connaissance de ces procédés de ré-

(1) Ibn Farḥūn, I, 189.

(2) Ibn Farḥūn, I, 190.

daction, comme nous l'avons déjà vu, mais en ce sens que l'emploi de telles formules n'est pas exigé à peine de nullité. Aucun texte n'édicte une telle sanction et, en fait, on constate, dans les divers documents de la pratique notariale, une certaine variété dans le libellé de leurs dispositions. Les auteurs d'ouvrages de pratique notariale donnent eux-mêmes, parfois, le choix entre l'emploi de diverses formules, la seule condition requise étant que l'intention des contractants soit clairement exprimée¹.

L'acte notarié, le titre écrit lui-même porte des noms divers. Outre le terme générique de *kitāb* كتاب on emploie très couramment les termes suivants : *watīka* وثيقة ; *ṣak* صك , *dikr-ḥakḥ*² ذكر حق , *masṭūr* مسطور , *barā'a* براءة ; — l'acte rédigé par les greffiers des tribunaux agissant en qualité de notaires porte le nom de *maḥḍar* محضر .

Le libellé des actes notariés ne se caractérise pas précisément par sa brièveté et sa concision. Au contraire, pour exprimer une même idée, formuler une même stipulation, constater l'accomplissement d'une condition, les notaires, au risque d'alourdir le style, s'y étendent longuement, en alignant, les uns à la suite des autres, des termes, des expressions synonymes ou équivalentes en vue de préciser et d'assurer le plus

(1) Schacht, *Kitāb adkār al-ḥukūk*, 18 ; *Al-fatāwa al-hindyya*, VI, 241, 244 etc.

(2) Cette dernière expression a donné même son nom à la science même du notariat : on dit علم اذكار الحقوق comme on dit علم الوثائق et علم الشروط etc.

possible l'intention des parties et l'étendue de leurs obligations. Ainsi, dans un contrat de vente d'une maison, le notaire ne se contentera pas de donner une désignation exacte et concise de cette maison, mais il dira que la vente comprend « toute la maison, le haut et le bas, tous les droits quelconques qui y sont attachés¹ »; pour dire que le prix d'achat a été payé au vendeur, il ne suffit pas d'indiquer que l'acheteur a versé ce prix mais il faut ajouter que le vendeur l'a aussi touché²; — dans un contrat de louage d'un navire, le notaire dira que ce navire a été loué « avec ses bancs, ses rayons, ses rames, ses voiles, ses nattes » etc.³. La révocation d'un mandataire contiendra les formules : *عزله عن ذلك كله* ⁴ Pour dire, en fin de contrat, que tous droits sont liquidés entre les parties, qu'elles sont définitivement quittes entre elles, on écrira : *اقررا طائعين انه لم يبق لكل واحد منهما على صاحبه ولا عنده ولا قبله ولا معه ولا في يده ولا باسمه ولا باسْم وكييل له ولا قبل احد بسببه من جميع ما جرى بينهما من الوجوه كلها حق ولا دعوى ولا خصومة ولا طلبه بوجه من الوجوه وسبب من الاسباب لا قديم ولا حديث* ⁵.

La langue employée est la langue arabe. Cependant, cette règle comporte quelques réserves quant à la période des origines. Beaucoup de documents de cette période, en particulier, des documents émanant

- (1) *Al-fatāwa al-hindyya*, VI, 275 et ss.
- (2) *Al-fatāwa al-hindyya*, VI, 280 et ss.
- (3) *Al-fatāwa al-hindyya*, VI, 314 et ss.
- (4) *Al-fatāwa al-hindyya*, VI, 328 et ss.
- (5) *Al-fatāwa al-hindyya*, VI, 359.

des autorités, sont rédigés en grec ou, pour ce qui est de l'Égypte, en copte, langue nationale¹. Il a subsisté des traces de ces origines dans des actes notariés jusqu'au III^e s. h. où l'on trouve souvent la date inscrite en chiffres grecs², ou bien quelque témoin rédige sa déposition en langue copte³.

La correction du style laisse souvent à désirer. Dans les actes recueillis par M. Grohmann, et qui sont des III^e, IV^e et V^e s. h., on relève beaucoup de fautes de syntaxe, même d'orthographe.

La calligraphie doit être bonne. Les notaires doivent soigner la bonne présentation des actes qu'ils rédigent. Mais, souvent, ils n'y arrivent pas : la plupart des actes de la collection Grohmann, sont rédigés d'une écriture médiocre et, quelquefois, illisible. En fait, ce sur quoi insiste particulièrement les auteurs c'est simplement que l'écriture soit lisible et bien nette afin d'éviter toute possibilité d'altération, erreur ou équivoque. Ainsi, le notaire doit veiller tout spécialement à la bonne transcription des noms qui figurent dans l'acte, certains noms pouvant facilement être pris pour d'autres ou transformés en d'autres, tels que ceux de *مظفر* et *مظهر*, *عائشة* et *عائكة*. La transcription des chiffres doit aussi retenir l'attention des notaires. Ils doivent, pour les chiffres susceptibles de transformation ou d'altération, ajouter, immédiatement après leur li-

(1) Steinwenter, *Die Bedeutung der Papyrologie für die koptische Urkundenlehre*, in *Papyrie und Altertumswissenschaft*, éd. Walter Otto et Léopold Wenger, p. 306.

(2) Grohmann, *op. cit.* I, (84, v., par exemple, un acte de l'année 383/896 (105-111)).

(3) Un acte de vente de l'année 239/853 (Grohmann, I, 161).

bellé, l'indication de leur moitié. Ainsi, le notaire ajoutera après le chiffre mille : « sa moitié étant cinq cents¹ ». La pratique en ce sens se généralise ; presque après tous les chiffres leur moitié est indiquée².

A l'instar des actes officiels, des écrits privés et des ouvrages même de littérature, les actes notariés comportent un préambule religieux consistant en la formule coranique bien connue, l'invocation à la Divinité : بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ Au nom de Dieu très miséricordieux³. D'après le formulaire rapporté par Nuwayri, on doit faire suivre cette formule par cette autre formule traditionnelle qui appelle les bénédictions divines sur le Prophète⁴.

D'après Goldziher, ce fut le calife Hārūn Al-Rašīd qui, le premier, ordonna l'emploi de cette dernière formule dans les actes publics⁵. Son emploi dans les actes notariés devait suivre naturellement. Cependant, en fait, on ne la rencontre pas nécessairement dans tous les actes notariés ; beaucoup d'entre eux se limitent à celle contenant l'invocation à la Divinité ; on y relève alors une grande variété. Non point qu'elle comporte des termes divers, mais elle est souvent allon-

(1) Ibn Farḥūn, I, 187.

(2) Ex. : . . . بَشْمَن قَدْرَهُ مِنْ (الْعَيْنِ رِبْعِ دِينَارِ النِّصْفِ مِنْ ذَلِكَ ثَمَنٌ مِنْ ذَلِكَ ثَمَنٌ . . . دِينَارًا . . . — اَرْبَعَةَ اَرْدَابٍ بِالْكَفْلِ (النِّصْفِ مِنْ ذَلِكَ اَرْدَابَيْنِ (Grohmann, I, 152, n.8)

(3) Ibn Farḥūn, I, 189.

(4) Nuwayri, IX, 7. Cf. un acte du milieu du V^e s. h. بِسْمِ اللَّهِ (الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ وَصَلَّى اللَّهُ عَلَى سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ رَسُولِهِ وَسَلَّمَ بِالسَّلَامِ (Grohmann, I, 186).

(5) Grohmann, I, 186.

gée et suivie d'autres expressions telles que celles-ci :
¹ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ وَمَا تَوْفِيقِي إِلَّا بِاللَّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ ou
² بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ou بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ الْمَوْفِقِ لِلصَّوَابِ
³ اللَّهُ تَوَكَّلْتُ عَلَى اللَّهِ etc. — ; elle est parfois précédée d'expressions telles que الحمد لله الحقيق⁴.

Cependant, dans beaucoup d'actes notariés, la formule religieuse est précédée d'une formule qui porte tout à la fois certification du contenu du document et indication du nom du notaire-rédacteur. Le libellé en est assez varié : « Ce document est exact et Ibrāhīm ibn 'Alī l'a rédigé de sa propre écriture⁵ ». « Tout ce qui est contenu dans les présentes a été établi devant moi et Muḥammad ibn 'Ubayd-Allah ibn Ḥafṣ a écrit de sa propre écriture⁶ ».

Quelle est la portée de telles formules, nous essaierons de le dire plus loin. Mais remarquons, d'une

(1) Un acte du milieu du V^e s. h. (Grohmann, I, 203).

(2) Un acte du milieu du V^e s. h. (Grohmann, I, 267.).

(3) Un acte de la fin du IV^e s. h. (Grohmann, I, 67).

(4) Un acte du milieu du V^e s. h. (Grohmann, I, 122).

(5) هذا الكتاب صحيح وكتب ابراهيم بن علي كتب بخطه : acte de la fin du IV^e s. h. (Grohmann, I, 63).

(6) ثبت عندي جميع ما نص وشرح فيه وكتب محمد بن عبيدالله بن حفص بخطه acte du milieu du V^e s. h. (Grohmann, I, 186). Autres variétés : هذه الوثيقة صحيحة وكتب ادريس بن جعفر بيده . — اعرفا البايعين (sic) بقبض الثمن من المشترين (sic) بالاحازة وكتب سليمان بن ادريس في تاريخه (Grohmann, I, 167) : — اعرف عندي البايع بقبض من المشتري بالسلم وكتب سليمان ابن ادريس في تاريخه (Grohmann, I, 122)

ET LE RÉGIME DE LA PREUVE PAR ÉCRIT

53

part, qu'elles ne se rencontrent pas nécessairement dans tous les actes notariés ; et, d'autre part, qu'elles ne sont pas citées, par les auteurs, parmi les mentions qui doivent obligatoirement être insérées dans les actes.

De telles formules ont été confondues par certains orientalistes avec la formule صح (c'est exact) que l'on trouve dans quelques documents, et qui sert à d'autres usages, comme on le verra plus loin¹.

Après le préambule commence le libellé du corps même de l'acte. Il est remarquable qu'en général, ce libellé ne se présente pas sous la forme d'une déclaration ou d'un échange de déclarations émanées de la bouche de celui ou de ceux qui s'engagent. De ce que, dans son principe originel, l'acte notarié consiste en une déposition faite par le témoin-notaire, le libellé prendra une forme toute objective. Ainsi, dans un acte de vente, le notaire écrira : « ceci est l'acte par lequel X a acheté de Y². . . » Ou bien, la formule sera encore plus objective et impersonnelle : « Ceci est l'indication du droit de X à l'égard de Y qui consiste en N pièces d'argent³. . . ».

D'autres tournures font encore mieux ressortir le caractère testimonial de l'écrit. Elles sont ainsi con-

(1) Cf. *infra*, p. 58.

(2) هذا ما اشترى المكنا بابن السري بن زمر فيل النصراني من ثيدس بن كيل الأجير . . . اشترى منه . . . جميع ما ذكر انه له . . . (Grohmann, 122 ; . . . cf. d'autres actes ayant le même libellé : Grohmann, I, 205, 185, 124.

(3) ذكر حق فلان بن فلان الفلاني على فلان بن فلان الفلاني له عليه كذا Kitāb adkār al-ḥuqūq, cf. un « . . . كذا ديناراً مثاقيل ذهباً عيناً جيداً . . . » acte de la fin du III^e s. h. (Grohmann, I, 109).

ques : « Les témoins soussignés portent témoignage de ce que X a reconnu être débiteur envers Y de... »¹
 Dans une variante moins fréquente, on trouve une autre formule, comme dans cet exemple : « X dit qu'il a affranchi son esclave². . . »

Quant à la personne des parties contractantes, les formulaires enseignent que le notaire doit porter sur l'acte toutes les indications nécessaires pour leur identification : il mentionnera leur nom, celui de leurs père et grand-père, ainsi que leur profession et domicile³. Le cas échéant, il y aura lieu de mentionner les marques physiques distinctives de l'un ou des deux contractants, telles que la cécité ou des traces de variole, de lèpre etc. . . ou même simplement telle conformation particulière d'un de leurs traits⁴. — La mention du nom de l'aliénateur doit précéder celle du nom de l'acquéreur⁵, la mention du nom du débiteur celle du nom du créancier⁶.

(1) شهد من اثبت شهادته في اخر هذه البراة (Grohmann, 118, 134).
Adde : *Kitāb adkār al-ḥuqūq*, 18.

(2) اسطورهيه ابنت سرجه بن بليدة . . . انما اعتقت (*Acte de la fin du IV^e s. h.* : Grohmann, 67).

Cette forme impersonnelle est celle à laquelle s'est arrêtée la science notariale. Mais les anciens auteurs et praticiens usaient volontiers du langage direct. Ainsi, d'après une opinion attribuée à Abū-Ḥanīfa, le contrat de prêt de corps certains devait être libellé sous la forme d'une déclaration faite par l'emprunteur à l'adresse du prêteur : « Tu m'as prêté. . . » (*Al-fatāwa al-hindyga*, VI, 354).

(3) Nuwayri, IX, 7 ; Ibn Farḥūn, I, 190.

(4) Ibn Farḥūn, I, 193.

(5) Ibn Farḥūn, I, 192.

(6) Schacht, *Adkār*, 7.

ET LE RÉGIME DE LA PREUVE PAR ÉCRIT

55

Le libellé déterminera ensuite l'objet de l'acte. S'il s'agit d'une obligation de somme d'argent, le notaire précisera le chiffre de la dette, la nature des pièces (or ou argent), leur qualité et leur poids¹. S'il s'agit d'un objet corporel, le notaire l'identifiera autant que possible ; un esclave sera identifié par son nom et celui de son maître ; un immeuble sera identifié par sa situation, ses limites.

Ces mentions terminées, le notaire portera sur l'acte la date de rédaction. Cette date sera fixée par jour, mois et année, sauf cinq cas exceptionnels où l'indication de l'heure doit être ajoutée².

Le document sera enfin clos par l'apposition des témoignages³.

Le nombre minimum des témoins est, suivant le droit commun, de deux hommes ; mais il n'y a pas de limite pour le maximum : on trouve des actes notariés portant vingt-quatre, et même, quarante-deux témoignages. Le premier parmi les témoins est le notaire lui-même, rédacteur de l'acte, quoiqu'il ne soit pas nécessaire que sa qualité de rédacteur y soit indiquée. Les parties ne peuvent donc pas se contenter de l'intervention du notaire. Mais il n'est pas nécessaire que les autres témoins soient présents à la rédaction du titre. Après cette rédaction, les parties peuvent al-

(1) كذا ديناراً مثاقيل ذهباً عيناً وازنة جياداً (Schacht, *Adkār*, 1).

(2) Ibn Farhūn, I, 190.

(3) On rencontre, cependant, les actes qui ne portent pas de témoignages. Comme le suggère M. Grohmann, ou bien il doit s'agir de cas où les témoignages sont recueillis sur un titre séparé, ou bien de documents qui ne sont que des copies (*Arab. Urkund.*, 347).

ler trouver les témoins supplémentaires requis pour leur demander, en confirmant devant eux le contenu de l'acte, d'y apposer la marque de leur déposition. On relève, dans la chronique historique, un certain nombre d'anecdotes où l'on voit des contractants qui se présentent, leur contrat déjà écrit en main, devant des *'udūl* pour leur demander de le revêtir de leur témoignage¹.

D'autre part, l'apposition du témoignage n'intervient pas nécessairement à la date même de la conclusion du contrat. Un cas typique de ce genre se trouve rapporté dans la collection Grohmann : un acte de donation *propter nuptias* porte le témoignage de deux témoins seulement, celui du notaire et un autre témoignage intervenu à la date de sa rédaction ; tandis que les autres témoignages, qui sont au nombre de vingt deux, sont de dates différentes : parmi eux, même, il y en a qui ne sont intervenus que douze ans après la conclusion du contrat².

Comment cela s'explique-t-il ? Il s'agit probablement d'actes auxquels leurs auteurs veulent conférer un surcroît de garantie — les précédents témoins étant décédés ou disparus ; ils les présentent à de nouveaux témoins en en confirmant devant eux le contenu.

Le témoignage ne consiste pas en une signature mais en une mention écrite de la main du témoin même qui déclare avoir été témoin de l'acte. Cette mention porte le nom de *rasm* رسم الشهادة . Les formules

(1) Ibn Ḥallikān, II, 451 ; Ḥuṣānī, 198.

(2) Grohmann, I, 105.

employées à cet effet sont assez diverses *شهد بذلك...; — شهد بجميع ما في هذا الكتاب وكتب بخطه؛ شهد على اقرارها جميعاً etc.¹.*

S'il s'agit d'un témoin qui ne sait pas écrire, on admet, dans la pratique, qu'il peut charger un tiers d'apposer la marque de son témoignage à sa place. On ajoute alors, à la suite de la déposition du témoin, une mention indiquant qu'un tiers a rédigé cette déposition sur son ordre et en sa présence, sans, d'ailleurs, que le nom de ce tiers soit indiqué².

En principe, le témoignage porte sur l'ensemble des dispositions de l'acte. Mais, pour plus de certitude, les témoins, dans la plupart des cas, prennent soin de spécifier qu'ils ont été témoins de toutes les stipulations contenues dans le contrat³. Les auteurs recommandent, même, pour les cas où le contrat contient l'indication de sommes d'argent ou de nombre de quelque autre chose que le chiffre en soit reproduit dans la déposition⁴.

Si le signataire n'a été témoin que d'une partie des stipulations du contrat — par exemple, il n'a entendu que les déclarations d'une des deux parties — il doit

(1) Dans les ouvrages de pratique notariale diverses opinions sont émises quant au libellé des dispositions (*cf. Al-fatāwa al-hindyya*, VI, 285).

(2) *شهد فلان بجميع ما سمى ووصف فيه وكتب عنه بامرّه ومحضره* (Grolmann, 205, 167, 185).

(3) V. note *supra*. D'autres formules similaires *شهد بجميع ما في هذا الكتاب . — شهد على اقرارها جميعاً بجميع ما في هذا الكتاب etc...*

(4) *Ibn Farhūn*, I, 189.

le déclarer et préciser ainsi la portée de son témoignage. On rencontre, en fait, des cas où le témoin restreint formellement sa déposition aux déclarations du vendeur ou à celles de l'acheteur, tandis que d'autres témoins spécifient qu'ils témoignent des déclarations des deux parties à la fois¹.

La rédaction du titre ne doit comporter aucun blanc, aucun espace vide, les lignes doivent être prolongées jusqu'à l'extrémité de la feuille. Si le notaire est forcé de laisser une place vide à la fin de la ligne, du fait, par exemple, que le dernier terme est trop long pour pouvoir y tenir tout entier, (les traits d'union n'étant pas connus en arabe) les formulaires indiquent, pour combler le vide, divers procédés dont les plus courants consistent à écrire le mot conventionnel « صح » (c'est exact) ou la lettre ص ou même simplement, à dessiner un demi-cercle, suivant l'étendue de la place vide². Si, à la fin du titre, il reste un vide dans la dernière ligne, le rédacteur devra le combler par une expression terminale comme حسي الله ou الحمد لله³. Et les témoins doivent immédiatement faire suivre leurs dépositions⁴.

(1) Grohmann, 79, 153, 267.

(2) Il en ressort que, contrairement à ce que pensent certains auteurs tels que Grohmann, (*Die papyrologie in ihrer Beziehung zur arabischen Urkundenlehre*, in *Papyrie und Altertumswissenschaft*, p. 346), le terme صح ne constitue pas la formule de certification des actes notariés; il existe à cet effet d'autres formules (cf. *supra*, p. 52, n. 5 et 6).

(3) Ou bien il invitera le premier témoin à y rédiger sa déposition.

(4) Ibn Farhūn, I, 189. Ces mêmes expressions servent à combler les places laissées vides à la fin des dépositions des témoins. cf. un exemple, Grohmann, I, 122).

ET LE RÉGIME DE LA PREUVE PAR ÉCRIT

59

L'écrit ne doit, en principe, comporter aucune rature, aucune correction ou addition. Cependant, si une erreur ou une omission se produit, il est loisible au notaire de la réparer en rayant le mot inutile ou en ajoutant le mot omis, à la condition de reproduire à la fin du texte — après la date et avant le témoignage — une mention portant indication précise des mots rayés ou ajoutés, suivie d'une formule de certification expresse de ces corrections وهو صحيح في موضعه¹ et معمول به معتمد عنه بخط كاتبه.

Cependant, ces formalités ne sont requises rigoureusement que si les corrections concernent des passages essentiels de l'acte, tels que ceux qui ont pour objet le montant de l'obligation ou la date du contrat. D'ailleurs, même dans ce dernier cas, il resterait aux contractants — si les corrections ne sont pas faites régulièrement — la possibilité de faire valoir leur titre en demandant aux témoins de l'acte de confirmer devant le juge la véracité des corrections².

Si l'acte est rédigé sur plus d'une feuille, le notaire doit porter sur chacune des feuilles son cachet علامته ou son nom et, à la fin du document, il doit indiquer le nombre de ses feuilles et, ce qui serait mieux sans être rigoureusement exigé, le nombre des lignes du

(1) Nuwayri, IX, 8; Ibn Farhūn, I, 189. On rencontre ainsi, dans un contrat de vente du milieu du V^e s. h., la mention suivante : « وفيه : احرف مخطوط عليها بطلالة وهو صحيح » : il y a dans le document des lettres rayées ; et ceci est exact » (Grohmann, I, 267). Cf. une formule similaire : Grohmann, I, 157.

(2) Ibn Farhūn, I, 208.

document¹. Si le titre est rédigé en plus d'un exemplaire, le rédacteur doit indiquer le nombre de ces exemplaires et certifier leur conformité entre eux².

§ 2. — Règles de fond.

1. — **Vérification de l'identité des parties.** — La première des règles de fond concerne l'identité des parties : le notaire doit vérifier lui-même cette identité. Cette condition résulte naturellement de la qualité de témoin en vertu de laquelle agit le notaire : une personne ne peut témoigner pour ou contre quelqu'un que si elle est sûre de son identité. Ibn Farḥūn cite quelques-unes des conséquences préjudiciables qui pourraient résulter de l'inobservation de cette règle : un individu, se présentant devant un notaire sous le couvert d'une fausse identité, se reconnaît débiteur d'une somme d'argent envers un tiers complice ; la fraude permettrait à ce tiers de réclamer injustement cette somme à la personne dont l'identité aurait été frauduleusement empruntée³. — Ou bien, c'est un in-

(1) Nuwayri, IX, 6 ; Ibn Farḥūn, I, 189.

(2) Ibn Farḥūn, *eod. loc.* Nuwayri, IX, 9. On ajoute, d'après certains formulaires, mention de la remise à chaque contractant d'un des exemplaires. Cf. la formule suivante وقد كتب هذا الكتاب نسختين نظماً واحداً ونسقاً واحداً لا تزيد نسخة منها على نسخة حرفاً يغير حكماً ولا يزيد معنى فنسخة منها في يد فلان ثقة له وحجة ونسخة في يد فلان ثقة له وحجة (Schacht, *Das kitāb as-šufa'a*, 39). Il ne semble pas que la rédaction du contrat en autant d'exemplaires qu'il y a de parties soit une obligation, mais une faculté laissée aux parties. (Schacht, *op. cit.*, 39).

(3) Ibn Farḥūn, I, 190.

ET LE RÉGIME DE LA PREUVE PAR ÉCRIT 61

dividu qui, sous le couvert de l'identité du véritable propriétaire, vend un immeuble etc.¹...

C'est pourquoi, certaines coutumes sociales doivent plier devant la nécessité de l'identification des parties. Ainsi, on admet que la femme qui veut conclure un acte juridique doit découvrir son visage devant le notaire, pour lui permettre de la reconnaître².

Si la validité de l'acte dont on demande au notaire la rédaction exige la vérification non seulement de l'identité des contractants mais aussi de leur qualité juridique, cette qualité doit aussi être vérifiée par le notaire. Tel serait le cas de deux personnages qui, se présentant comme mari et femme, demandent à un notaire de leur rédiger un acte de mariage aux lieu et place de leur contrat qu'ils prétendent avoir perdu : le notaire n'y prêtera son concours qu'après s'être assuré de la qualité d'époux de ces personnes³.

La vérification de l'identité doit porter sur la personnalité des deux contractants à la fois, même dans les cas où l'acte ne doit donner naissance à une obli-

(1) Ibn Farhūn, I, 286.

(2) Tel était, du moins, l'enseignement du chef de l'école malékite, Mālek *وَتَكشِف من لا تعرف يشهد على رؤيتها ويتثبت في شخصها* (Ibn Farhūn, I, 185) ; mais la pratique ultérieure ne s'est pas trop attachée à cette exigence. Il semble qu'on a admis dans le madhhab malékite un procédé analogue à celui pratiqué dès le principe, par les ḥanafites, plus respectueux de la coutume : la femme n'est pas obligée de dévoiler son visage ; il suffit qu'elle comparaisse, voilée, devant le témoin et que deux autres témoins assurent son identité (Dāmād effendi, II, 191).

(3) Dāmād effendi, II, 191.

gation qu'à la charge de l'un d'eux : le notaire ne doit pas se contenter de s'assurer de l'identité du débiteur¹.

D'où il suit que, pour la rédaction des actes juridiques, la comparution des parties intéressées devant le notaire constitue une formalité nécessaire.

Les moyens de vérification dont dispose le notaire ne sont pas exactement conformes aux principes admis en matière de preuve de droit commun. Le principal moyen est, en effet, la connaissance personnelle ; le notaire est autorisé à refuser son concours à des particuliers qui lui seraient inconnus². Ce n'est qu'à titre exceptionnel, qu'à défaut de connaissance personnelle, le notaire peut recourir à un autre moyen de preuve, dans le cas, notamment, où, par une décision de l'autorité supérieure, le notaire se trouve obligé d'instrumenter au profit de toute personne qui requiert son office. Le notaire doit alors recourir à la preuve testimoniale : il demandera à deux personnes, étrangères au contrat et reconnues comme témoins véridiques, de certifier l'identité des parties contractantes. On admet même que la certification d'un témoin unique ou, encore, de simples renseignements recueillis de témoins non *'udûl* ou résultant de l'interpellation des parties peuvent suffire. Cette solution est justifiée par la « nécessité » *لأنه موضع ضرورة*³. En dernière analyse, la seule condition exigée est que le notaire acquière la conviction intime, par quelques moyens que ce soit, de l'identité des parties.

(1) Dāmād effendi, II, 184.

(2) Dāmād effendi, II, 183.

(3) Ibn Farḥūn, I, 183.

ET LE RÉGIME DE LA PREUVE PAR ÉCRIT 63

La notion de nécessité impose même des exceptions à la règle générale. Si, comme nous l'avons déjà vu, le notaire, requis d'instrumenter pour des époux, doit vérifier leur qualité, cette règle cède dans le cas où les intéressés sont étrangers à sa ville : le notaire peut alors admettre leur prétention si leurs déclarations ne soulèvent en lui aucun doute¹.

2. — **Vérification de la capacité des parties.** — C'est une formule de style dans les actes notariés que celle par laquelle le notaire certifie que les parties ont conclu leur contrat « dans la plénitude de leurs facultés mentales et physiques, de leur capacité juridique, volontairement, en dehors de toute contrainte² ».

Le notaire doit donc, en principe, vérifier toutes les conditions de capacité juridique des contractants. A cet effet, le notaire relit en présence des parties tout le document. Aussi tous les actes notariés contiennent-ils cette autre formule, qui précède ordinairement la formule précitée, certifiant que « l'acte a été lu aux parties qui reconnurent l'avoir compris tout entier³ » ou que « l'acte a été lu aux parties, lettre après lettre⁴... »

Par application de cette règle les auteurs enseignent que si une femme demande à un notaire de lui rédiger un acte par lequel elle voudrait décharger

(1) Ibn Farhūn, I, 190.

(2) « في صحة عقولهما وإبداهما وجواز أمورهما طابيين غير مكرهين ولا مجبرين ولا مضطرين »

(3) « بعد ان قرئ عليهما فاقرأ بفهمه ومعرفة جميعه »

(4) « بعد ان قرئ عليهم حرفاً حرفاً عرفوا ما فيه فاقرأ بفهمه ومعرفة ما فيه »

son époux de l'obligation au paiement de la dot ou d'une pension alimentaire, le notaire ne pourrait instrumenter que s'il acquiert la conviction que cette femme est pleinement maîtresse de ses droits¹.

Si, dans la conclusion d'un contrat, les parties ne comparaissent pas en personne mais par mandataires, le notaire doit vérifier les pouvoirs de ces derniers et en faire mention dans le titre, suivant une formule qui est généralement ainsi conçue : حسب ما يشهد بذلك كتاب الوكالة الذي بيده الثابت حكمه بمجلس الحكم العزيز بالمكان الفلاني². En particulier, dans les contrats de mariage, la femme est toujours représentée par un mandataire ; et, dans certains de ces contrats, les pouvoirs du mandataire sont certifiés, au moment de la conclusion du mariage, par deux témoins 'udūl³.

3. — Vérification de la validité juridique de l'acte et clauses diverses. — Le notaire n'est pas l'agent passif de la volonté de ses clients, il n'est pas obligé de rédiger un acte quelles que soient les clauses que ceux-ci veulent y faire porter. Bien au contraire, il est dans l'obligation de refuser la rédaction de toute clause qui serait contraire à une disposition impérative de la loi⁴. Ainsi, un notaire ne pourrait pas rédiger un contrat de vente de boissons alcooliques entre musul-

(1) Ibn Farhūn, I, 190.

(2) Nuwayri, IX, 43.

(3) بعد ان فوضت امرها الى جدها يعقوب بن اسحق واشهدت له شهوداً (Grohmann, I, 273). بتوكيلها اياه فقبل وكالتها

(4) Ibn Farhūn, I, 188.

ET LE RÉGIME DE LA PREUVE PAR ÉCRIT

65

mans. Ibn Farḥūn donne un autre exemple : une femme mariée qui requiert l'office d'un notaire pour la rédaction d'une libéralité excédant le tiers de son patrimoine; le notaire devra lui refuser sa collaboration, parce qu'une telle libéralité porterait atteinte aux droits éventuels du mari, et à la règle concernant la quotité disponible¹.

C'est là aussi une des raisons que les auteurs invoquent à l'appui de la règle suivant laquelle tout témoin — et, en particulier, un notaire — ne doit pas apposer son témoignage sur un document déjà écrit et fermé : il peut contenir des dispositions « interdites » légalement².

Le notaire doit donc veiller à la validité, au fond, des actes qu'il rédige. Dans ce même ordre d'idées, on doit faire mention du procédé suivi dans la pratique notariale dans les cas où il y a lieu d'insérer dans le contrat des clauses qui touchent à des questions juridiques qui font l'objet de controverses doctrinales et de divergences jurisprudentielles. Le notaire doit faire de telle sorte que le contrat échappe à tout risque de nullité du fait de ces divergences : telle opinion exigeant, par exemple, pour la validité d'un acte ou la réalisation d'un droit, une condition qui n'est pas requise dans une autre opinion, même suivie plus généralement, le notaire conformera les dispositions du contrat aux exigences de l'opinion la plus stricte, par précaution احتياطاً — احترازاً, en considération de l'éventualité où le contrat ferait l'objet d'un procès soumis à un juge, partisan de cette dernière opinion, d'après laquelle le contrat serait nul. Ainsi,

(1) Ibn Farḥūn, I, 190.

(2) Ibn Farḥūn, I, 186.

en matière de gage, une opinion enseignait que le créancier-gagiste a le droit de poursuivre le débiteur en paiement de la dette, sans poursuivre l'exécution du gage même ; tandis que d'autres auteurs soutenaient que le créancier doit tout d'abord réaliser son gage, sauf stipulation contraire du contrat reconnaissant au créancier la faculté de poursuivre personnellement le débiteur. Pour écarter toute discussion possible, la pratique notariale introduisait toujours, dans les contrats de gage, une clause reconnaissant au créancier-gagiste le droit de poursuivre le débiteur avant la poursuite de l'exécution du gage¹.

Toujours, en matière de gage, d'après l'enseignement de l'école hanafite, les fruits et revenus du bien donné en gage rentrent dans le gage ; tandis que, dans l'école šāfiite et l'école malékite, on enseigne que les fruits et revenus sont exclus du gage et doivent être remis, libres de toute charge, au débiteur. Introduire une clause, dans un sens ou dans l'autre, dans le contrat, l'exposerait à être déclaré nul par le juge qui appartiendrait à une école enseignant l'opinion contraire à la validité d'une telle clause. C'est pourquoi, le notaire s'abstiendra d'introduire dans un contrat de gage une clause relative aux fruits et revenus de la chose ; de telle sorte que, suivant que le procès est porté devant un juge hanafite ou devant un juge malékite ou šāfiite, les fruits ou produits seront considérés comme rentrant ou ne rentrant pas dans le gage ; mais, en tout cas, le contrat, ne contenant pas une clause contraire aux principes du gage, ne courrait pas le risque d'annulation².

(1) Schacht, *Adkār*, 28.

(2) Schacht, *Adkār*, 33.

ET LE RÉGIME DE LA PREUVE PAR ÉCRIT 67

Ainsi donc, en plus de leur rôle principal, les notaires exercent véritablement le rôle de conseillers juridiques de leurs clients¹.

Dans les actes de vente, il est recommandé aux notaires d'inclure une mention portant que les parties ont vu la chose, objet du contrat, parce que, dans une opinion, la vente n'est valable que si vendeur et acheteur — d'après une variante, l'acheteur, au moins — ont eu sous les yeux la chose vendue². — Il est encore recommandé aux notaires d'inscrire en fin du contrat de vente une mention spécifiant que les parties se sont séparées, après la conclusion de leur accord et sans être revenues sur lui: c'est la clause *تفرق العاقدین بالابدان*; clause nécessaire pour éviter d'exposer le contrat à une annulation que ne manquerait pas de prononcer un juge partisan de l'opinion qui enseigne que les parties au contrat de vente conservent la faculté de dénoncer leur accord jusqu'à leur séparation³.

On pourrait multiplier presque à l'infini les clauses de ce genre définitivement fixées dans les formulaires de notariat.

(1) Ainsi, encore, dans tous les cas où une disposition de l'acte qu'un particulier projette de conclure est susceptible d'entraîner des conséquences que celui-ci peut ne pas être en mesure de prévoir, il est recommandé au notaire d'éclairer son client sur la portée exacte d'une telle disposition. Cf. notamment, Schacht, *op. cit.*, 14; *adde*, 11, l. 14
فان اثرت ان تكتب في ذلك كتابا اعلمت كل واحد من المصوب ومن الغاصب ما يذهب اليه اهل العلم فيما هما فيه وبينت له اختلافهم فيه واضفت كل قول من هذين القولين الى قائليه فان اجتمعا في ذلك على الاخذ بواحد من القولين كتبت .

(2) *Al-fatāwa al-hindyya*, VI, 281.

(3) *Al-fatāwa al-hindyya*, VI, 281.

Une clause qui se rencontre assez fréquemment dans les actes notariés est celle qui a trait à la loi applicable. Elle consiste à désigner la loi qui doit régir le contrat intervenu entre les parties et qui est la loi musulmane¹. Quelle est l'utilité d'une telle clause ? Si l'on se rappelle la règle du droit public musulman d'après laquelle les communautés non-musulmanes restaient régies par leurs lois personnelles (principe de la personnalité des lois), comportant, cependant, la possibilité pour les membres de ces communautés de se référer, dans leurs transactions juridiques, à la loi musulmane, on pourrait être tenté de croire que la clause dont il s'agit, insérée dans des contrats auxquels étaient parties des non-musulmans, contrats qui soulevaient, par conséquent, un conflit de lois, avait pour but de fournir une solution à ce conflit par la désignation conventionnelle de la loi compétente. Ce qui renforce cette interprétation c'est le fait que dans des documents où l'on voit figurer la clause en question une des parties paraît être de religion non-musulmane ; certains actes même qualifient l'un des contractants de « chrétien² ».

Une autre clause de style des actes notariés, rela-

(1) Dans un acte de vente de l'année 459/1066 فتبايما ذلك بينهما على ما يوجبہ حکم بیع الاسلام وعہدته وضمان درکہ وقام شروطہ (Grohmann, I, 122) Dans une vente de l'année 448/1055 : (Grohmann, I, 122)
شرا علی شرط بیع الاسلام وانفذ احکامہم .

(2) Grohmann, I, 122. Je n'avance cette interprétation qu'à titre de simple hypothèse. Elle est affaiblie par la considération qu'on rencontre aussi la clause dans des modèles d'actes juridiques, supposés, donc, devoir servir à tous contractants sans considération de la communauté à laquelle ils appartiennent. (Cf. *Al-fatāwa al-hindyya*, VI, 279).

tive à leur validité juridique, est celle par laquelle le notaire constate l'accomplissement de toutes les conditions nécessaires pour la perfection de l'acte. S'il s'agit d'une vente, on trouvera dans le contrat une clause dont la formule, à quelques variantes près, est ainsi conçue : « vente valable, légale, parfaite, exécutoire, suivie de délivrance et de réception¹ » ; si un bien est aliéné à titre de dation en paiement, le titre constatera que cette dation est « valable, légale... ne laissant subsister aux parties, l'une à l'égard de l'autre, aucun droit, aucune réclamation²... »

Une question spéciale est celle de savoir si le notaire doit vérifier la réalité des droits, objet de la transaction. S'il s'agit de l'aliénation d'une chose, le notaire doit-il vérifier le droit de propriété de l'aliénateur ? On relève sur ce point une divergence entre la doctrine — tout au moins, dans le *madhab* malékite — et la pratique générale. Ibn Farḥūn enseigne que le notaire, « ne doit rédiger un contrat de vente que si le vendeur produit devant lui ses titres d'acquisition : si ces titres font apparaître le vendeur comme le véritable propriétaire, par achat, succession ou par l'effet d'une autre cause d'acquisition », le notaire rédigera le contrat. Et il en est de même pour les contrats de louage. Si le vendeur ou le bailleur ne produit pas ses titres, le notaire refusera de prêter son concours à la rédaction du contrat³.

Cependant, en raison des inconvénients pratiques

(1) Nuwayri, IX, 24 et ss.

(2) Nuwayri, IX, 39.

(3) Ibn Farḥūn, I, 190.

qui résulteraient de l'exigence de la production des titres, la doctrine admet un tempérament à la règle. Suivant le principe général, dont nous avons déjà vu quelques applications, on admet qu'il suffit que le notaire acquière lui-même la conviction de la réalité du droit, objet de la transaction. Tel serait le cas, par exemple, si le vendeur se fait accompagner de personnes qui témoigneraient de son bon droit devant le notaire ou, même, si celui-ci reconnaît le vendeur pour une personne honorable et de bonne foi. En fait, on trouve dans certains actes de vente une mention par laquelle le notaire certifie lui-même savoir que le bien vendu est la propriété du vendeur¹.

Mais ce sont là des cas exceptionnels, et la pratique générale s'est fixée dans un sens contraire. En fait, presque tous les actes de vente recueillis dans la collection Grohmann ne comportent aucune certifi-

(1) Un acte de l'année 459/1066 : جميع المنزل باسره وكماله الذي اعلمه : انه له ويملكه وفي يده ملكاً صحيحاً وحقاً واجباً (Grohmann, I, 122). Il arrive aussi, souvent, que, dans les actes juridiques présentés au juge pour homologation suivant la forme judiciaire (v. *infra*, p. 71), les parties, en vue de donner toutes garanties à l'acheteur, tombent d'accord pour faire statuer par le juge sur le droit du vendeur. Le magistrat fait alors administrer la preuve du droit de propriété du vendeur, par la déposition des témoins amenés par les parties, et il juge en conséquence (cf. un modèle dans Nuwayri, IX, 149 et ss. . . . ثبت عنده . . . بشهادة عدلين . . . ان البائع المذكور لم ترل يده متصرفاً فيما باعه الى حين انتقاله من يده الى يد هذا المشتري المسمى باطنه . . . وحكم . . . بصحة ملك البائع Comme il s'agit, dans une telle hypothèse, d'un jugement qui confirme le droit de propriété du vendeur, et non d'une simple affirmation faite par ce vendeur de son droit et admise par l'acquéreur, une action éventuelle en revendication de la part d'un tiers ne serait plus possible ou, tout au moins, ne priverait pas l'acheteur évincé de son recours contre le vendeur, en restitution du prix.

ET LE RÉGIME DE LA PREUVE PAR ÉCRIT 71

cation, de la part du notaire, de la réalité du droit du vendeur. Et il en est de même, sans exception, dans les modèles d'actes rapportés dans les formulaires tels que ceux figurant dans *Al-fatāwa al-hindyya*, *Nihāyat al-arab* : les notaires prennent soin de spécifier dans les contrats de vente, pris comme contrats-types, que la chose vendue est une chose que le vendeur « a dit être sa propriété et être en sa possession¹ ».

Il peut arriver, cependant, que le vendeur, spontanément ou sur la demande de l'acheteur, produise ses titres d'acquisition. Dans ce cas, même, le notaire ne prend pas sur lui de certifier la réalité du droit du vendeur. Il se contente d'inclure dans le contrat une mention indiquant que le vendeur a produit son titre de propriété et qu'il l'a remis à l'acquéreur, pour plus de sûreté².

(1) (التي ذكر البائع انها له وفي ملكه ويده وتصرفه) (Nuwayri, IX, 14, 20, 21, 24), جميع ما ذكر انه له وملكه (Grohmann, I, 122; *adde*, I, f51, n. 4).

Cette formule a pour utilité pratique de réserver les droits de l'acquéreur en cas d'éviction par l'action d'un tiers. « Pour sauvegarder les intérêts de l'acheteur, on ne doit pas, disent les auteurs, écrire que la chose vendue est la propriété du vendeur, car une telle mention impliquerait une reconnaissance de la part de l'acheteur du droit de propriété du vendeur et si, un jour, le bien est revendiqué par un tiers, l'acheteur ne serait plus qualifié à exercer contre son vendeur un recours en restitution du prix ». (*Al-fatāwa al-hindyya*, VI, 274). Sans doute, ce n'est qu'une partie de la doctrine, (Zufar et l'école de Médine : cf. *Al-fatāwa al-hindyya*, eod. loc.) qui, dans l'hypothèse envisagée, refuse à l'acheteur l'action récursoire, mais cela suffit pour inciter les notaires à écarter une formule qui risquerait de compromettre les droits d'une des parties au contrat. C'est là encore un cas où la pratique notariale cherche à mettre les actes juridiques à l'abri des divergences jurisprudentielles et des controverses doctrinales.

(2) Nuwayri, IX, 26.

IV. — La transformation de la nature de la preuve résultant des actes notariés et le triomphe de la preuve par écrit

La force probante de l'écrit, nous l'avons déjà constaté, résulte, en principe, non de l'écrit en soi, mais des témoignages qui y sont apposés, de telle sorte que, si le contenu du document est contesté, la preuve ne pourrait en être faite que par la preuve testimoniale même, notamment, par la déposition renouvelée des témoins qui avaient figuré à l'acte. Une telle attitude devait enlever à l'écrit la plus grande partie de son utilité pratique. Notamment, en cas d'impossibilité de retrouver les témoins qui ont figuré à l'acte, par suite d'absence, de décès ou d'une autre cause quelconque, la preuve qu'avaient voulu se ménager les parties perdait toute valeur, était réduite à néant.

Les nécessités pratiques ne pouvaient pas s'accommoder d'un tel résultat. Sacrifiant les principes, la doctrine et la jurisprudence arriveront à consacrer en fait sinon en droit des solutions contraires qui consisteront à reconnaître force probante non seulement aux actes écrits, revêtus de témoignages, — qui, en d'autres termes, sont des témoignages écrits, — mais aussi aux actes écrits émanés de la personne même des contractants.

Nous examinerons successivement cette double évolution.

I. — Le travail doctrinal et jurisprudentiel s'est

opéré en considération du cas susmentionné d'impossibilité de reproduire en justice les dépositions des témoins ayant figuré à l'acte. Cet acte ne perdra pas sa valeur. Par quel procédé arrivera-t-on à consacrer une solution si nettement contraire aux principes originels ?

En doctrine malékite, ce sera un procédé très simple, tiré du droit commun, du régime même de la preuve testimoniale. Qu'est-ce, dira-t-on, qu'un écrit sinon un objet matériel que « la vue perçoit et que distingue l'intelligence comme elle distingue tous les objets et les images » ? Or, de même que le témoignage est admis pour la reconnaissance des objets et des images, malgré la ressemblance qui peut exister entre eux, il doit être admis pour la reconnaissance et la preuve de l'écrit, malgré la ressemblance qui peut exister entre les différentes écritures, cette ressemblance n'étant pas le cas général¹.

Il est bien entendu que ce que les auteurs désignent ici par le mot « écrit خط » , ce n'est pas l'ensemble de l'écrit contenant les clauses de l'acte juridique,

(1) Ibn Farḥūn, I, 284 الخط عندنا شخص قائم ومثال مماثل تقع العين عليه . . . ان الخط شخص يميزه العقل كما ويميزه العقل كما يميز سائر الاشخاص والصور . . . ان الخط شخص يميزه العقل كما يميز الاشخاص مع جواز الاشتباه بما فلذلك تجوز (الشهادة) في الخطوط . . . تجوز الشهادة عليها (الخطوط) وان كان يشبه بعضها بعضاً اذ الاختلاف فيها اغلب

On invoque aussi des arguments tirés de la tradition historique de l'Islam : 'Utmān ibn 'Affān, 'Alī ibn abī-Ṭālib et d'autres personnages considérables de l'Islam primitif ont témoigné de ce qu'une lettre écrite par Marwān ibn al-Ḥakam est de sa propre écriture (Ibn Farḥūn, I, 287). Cf. sur ce point et ceux qui suivent les passages des autres auteurs malékites sur « le témoignage sur l'écrit » notamment Ḥaraṣī, VII, 242 et ss.

mais, précisément, les témoignages souscrits au bas de ce document. Aussi bien, les textes parlent de « l'écriture du témoin *خط الشاهد* ». Le procédé employé aura donc pour objet la preuve, non des dispositions de l'acte, mais du fait que les témoins qui y figurent en ont réellement été les témoins.

Si l'écriture est un objet ou une image dont la preuve peut être normalement rapportée, on devra admettre qu'il est possible de rapporter la preuve que la souscription des témoignages apposés au bas d'un contrat émane bien des témoins qui y sont nommés, en d'autres termes, la preuve de la réalité de ces témoignages. Sans sortir du droit commun on y cherchera, au contraire, le moyen qui servira à administrer cette preuve ; ce sera une fois de plus le témoignage. Il y aura donc lieu, tout simplement, à administrer la preuve par témoins de ce que l'écriture attribuée aux témoins est bien leur écriture propre. C'est, pourrait-on dire, la preuve de l'acte, une preuve au deuxième degré. Mais le résultat pratique est le même : indirectement, on arrive à donner sa valeur à l'acte juridique écrit. Pour employer un langage juridique moderne, — ce qui fera encore mieux ressortir la simplicité du procédé — la preuve des contrats écrits consiste en une *vérification d'écritures* : au lieu d'appeler l'agent de vérification un expert, on l'appelle le témoin¹.

(1) Mais, bien entendu, en raison même du travail délicat demandé à ce témoin, on exige chez lui des qualités spéciales supplémentaires *يُستَطرَقُ أن يكون الشاهد على الخط من أهل اليقظة والفطنة والمعرفة التامة وحسن التمييز* (Ibn Farhūn, I, 286) *أن يكون الشاهد من أهل التبريز في العدالة والفطنة والنباهة وصحة التمييز* (*Ibid.*, 30)

Cela est tellement évident qu'il est admis qu'il n'est pas nécessaire que « les témoins de l'écriture » aient vu les témoins de l'acte rédiger leurs dépositions ; il suffit — et c'est ce qui, en fait, est le cas général — que ce soit des personnes qui connaissent, de science sûre, la calligraphie des témoins de l'acte et que, par comparaison entre cette calligraphie et celle qu'elles voient suivie dans le document, elles puissent affirmer que l'écriture émane de la même main¹. La même constatation ressort de la formule arrêtée par les auteurs et suivant laquelle « les témoins de l'écriture » doivent exprimer leur déposition, — disons : leur rapport d'expertise. Cette formule se présente ainsi : Les soussignés ont vu وقف على l'écriture du témoin figurant au bas du présent document : ils l'on examinée minutieusement. Il leur est alors apparu avec certitude que la déposition de ce témoin est bien de son écriture ordinaire ; ils n'éprouvent aucun doute sur ce point, et l'affirment sans aucune hésitation, ayant vu précédemment ce témoin rédiger souvent devant eux² ».

Cependant, d'après certains auteurs et dans quelques pratiques, « le témoignage sur l'écriture » doit aussi comporter une double affirmation : le témoin doit affirmer, d'une part, qu'il sait que le témoin de

(1) Ibn Farḥūn, I, 284-285.

(2) وقف من يوقع اسمه بعد هذا من الشهداء على خط فلان بن فلان الواقعة شهادة في أسفل هذا العقد في البياض الذي في أوله بعد سطر افتتاحه كذا وتأماره واتقنوا النظر فيه فتبين لهم وتحقق عندهم أن شهادته المذكورة بخط يده المعهود عنه لا يشككون في ذلك ولا يمترون فيه لرويتهم له يكتب المرة بعد المرة (Ibn Farḥūn, I, 288). Cf. un autre modèle : Ibn Salmūn, glose sur Ibn Farḥūn, II, 209.

l'acte était, au moment de l'apposition de son témoignage, un témoin dont la véracité était établie, un *šāhid 'adl* ; d'autre part, que ce témoin était assuré de l'identité des parties au contrat. Quant au premier point, il semble bien que la pratique soit fixée dans le même sens car les modèles de « rapports d'expertise » comportant une mention finale par laquelle « l'expert » affirme qu'il sait que le témoin de l'acte « était, au moment de sa rédaction, un témoin 'adl et l'est resté jusqu'à son décès (ou son absence¹) ». Mais cela ne va pas sans réserve ; car on admet qu'une telle mention ne serait pas nécessaire toutes les fois qu'il s'agit d'un témoin (de l'acte) que le juge connaît comme ayant été un témoin 'adl ou d'un témoin qui pratiquait sa profession publiquement².

La deuxième condition comporte des réserves plus importantes³. Elle n'est exigée que suivant l'enseignement de quelques auteurs. D'après d'autres auteurs, cette condition ne devrait être requise que dans le cas où le contrat ne contient pas une mention portant que les témoins connaissent les parties contractantes⁴. Dans une troisième opinion, enfin, on enseigne que la preuve concernant la connaissance, par les témoins de l'acte, des parties contractantes est en tout cas inutile. On fait valoir dans cette opinion que, par le fait même

(1) V. références citées *supra*, p. 75, n. 1.

(2) Ibn Farḥūn, I, 288.

(3) Ibn Farḥūn, I, 286.

(4) Dans ce cas, la preuve de la connaissance, par le témoin du contrat, de l'identité des parties, ne rentrerait pas dans le rôle des « témoins de l'écriture » ; elle pourrait être constituée par les dépositions d'autres témoins, appelés spécialement à cet effet.

que le témoin est *'adl*, on doit présumer qu'il n'a pu apposer son témoignage sur le contrat qu'après s'être assuré de l'identité des parties contractantes. Et c'est bien dans ce dernier sens que la pratique — tout au moins, dans l'école malékite — s'est fixée, puisque les modèles de « rapport d'expertise » ne comportent aucune mention relative à la condition dont il s'agit¹.

En tout cas, la déposition du « témoin de l'écriture » doit résulter de sa connaissance personnelle directe. Une telle condition pouvait encore être de nature à exposer les actes juridiques écrits et revêtus des signatures des témoins à des contestations qu'il ne serait pas possible d'écarter. Tel serait le cas dans l'hypothèse où les témoins de l'acte seraient décédés au moment du litige, ou, tout au moins, dans celle où il n'y aurait plus de personnes ayant connu l'écriture de ces témoins. C'est pourquoi, on admet, dans l'école malékite, que, dans les cas où les témoins d'un contrat sont décédés, la preuve de leurs témoignages peut se faire par la commune renommée².

Le témoin appelé pour vérifier l'écriture est un tiers, un expert, disons-nous. Mais la question s'est posée de savoir si le témoin de l'acte, celui-là même dont on conteste l'écriture, ne serait pas qualifié pour opérer cette vérification, témoigner lui-même sur l'écriture qui lui est attribuée. On l'admet en général³ ;

(1) Cf. un autre argument dans Ibn Farḥūn, I, 286, l. 23 et ss. Un autre auteur précise même que tel était aussi l'usage suivi dans sa région, en Afrique du Nord (Ibn Farḥūn *eod. loc.*).

(2) Ibn Farḥūn, I, 279, 285.

(3) Ibn Farḥūn, I, 291 et ss. . C'est le témoignage appelé شهادة

الشاهد على خط نفسه .

et cela se comprend aisément, l'écriture à vérifier n'étant pas celle d'une partie à l'acte mais celle d'un tiers désintéressé, qui, sans inconvénient, peut être admis à constater si l'écriture dont il s'agit est ou n'est pas la sienne. Il y aurait même, dans ce procédé, plus de garantie de certitude que s'il s'agissait d'un tiers ayant à vérifier une écriture qui n'est pas la sienne.

Cependant, il est resté de l'ancienne défaveur de principe de la doctrine à l'égard de l'écrit nombre de traces. Rappelons que la possibilité de faire valoir un acte notarié par la preuve des dépositions écrites des témoins qui y figurent n'est admise que dans le cas de décès de ces témoins ou de leur absence. Les auteurs ne sont pas d'accord dans l'interprétation de l'absence dans ce cas. D'après les uns, il s'agirait de la présence du témoin originaire en un lieu éloigné, dans un autre pays, tel que l'Égypte alors que le litige a lieu en Tunisie ; d'après d'autres, l'absence résulterait d'un éloignement à une distance de trois jours de marche. C'est la distance connue sous le nom de مسافة القصر¹.

D'autre part, la doctrine recommande au juge, devant lequel est produit un « témoignage sur l'écriture » de l'examiner avec une particulière vigilance ; de ne pas se hâter pour rendre son jugement en conséquence de témoignage².

(1) Ibn Farḥūn, I, 288 et sa glose, II, 209. D'après l'opinion la plus généralement admise, cette distance représente dix-huit farsaḥs soit 103 kilom. 716^m (Dāmād eff., I, 161-162).

(2) Ibn Farḥūn, I, 286-287.

ET LE RÉGIME DE LA PREUVE PAR ÉCRIT

79

Enfin et surtout, il existe de grandes controverses sur la portée de la règle. D'après une opinion, la preuve par témoins de l'écrit ne devrait être admise que dans certaines matières strictement déterminées : seulement, en matière de wakfs, suivant les uns, en matière de biens, en général, suivant d'autres. D'après une autre opinion, cette preuve doit être admise en toutes matières. Au demeurant, on constate une grande confusion dans le débat puisqu'on attribue parfois, sur le même sujet, à un même auteur faisant autorité, comme le chef de l'école malékite, des opinions absolument contradictoires.

Bien que telle ou telle des opinions restrictives ait été suivie, en pratique, dans quelques régions, la doctrine et la pratique générales se fixèrent définitivement dans le sens le plus libéral, les auteurs relevant, en dernière analyse, l'illogisme qu'il y aurait à admettre le procédé de « la preuve par témoins de l'écriture » dans une matière ou quelques matières déterminées à l'exclusion des autres.

La force probante de l'écrit n'a pas tardé à se révéler dans la terminologie de la pratique notariale. L'acte notarié est appelé une *watika* وثيقة, — ce qui signifie, littéralement, une pièce qui sert à établir, assurer ce qu'elle contient, — حجة preuve etc. . . On trouve souvent, en tête des actes notariés, des formules très significatives telles que celles-ci هذه الوثيقة محجة ou ثبت عندي جميع ما نص وشرح فيه (ce document est une preuve, tout ce qui est contenu dans le présent acte a été établi devant moi). Lorsque le notaire rédige un contrat en deux ou plusieurs exemplaires, il ajoute à la formule qui constate l'accomplissement de cet-

te formalité une mention spécifiant qu'il a été remis un exemplaire à chacun des contractants pour qu'il lui serve de moyen de preuve *فمنسخة منها في يد فلان ثقة له وحجة* à lui *وحجة ونسخة في يد فلان ثقة له وحجة*⁽¹⁾.

Mais il faut bien préciser la portée de ces formules : elles ont pour objet d'affirmer la véracité de l'acte, par le notaire-témoin, sans doute ; mais elles ne comportent pas une homologation conférant un caractère authentique particulier à l'acte, tel que celui qui résulterait d'une homologation accordée par une autorité officielle. L'acte reste, essentiellement, un acte sous seing-privé ; le seul avantage qui s'y attache consiste en ce qu'il comporte une preuve d'ores et déjà établie, qui pourrait sans doute être contestée mais qui prévaudrait par une opération de vérification d'écriture. La meilleure preuve en est que la mention de telles formules de certification ne constitue pas une condition nécessaire des actes notariés et qu'elles ne se trouvent que dans quelques-uns d'entre eux : si elles constituaient des formules d'authentification proprement dites on ne s'expliquerait pas pourquoi elles figureraient dans certains actes plutôt que dans d'autres alors que la qualité des témoins, en particulier, du notaire et les autres formalités de rédaction restent également les mêmes. Ces formules sont superfétatoires ; elles ne sont intéressantes qu'en ce qu'elles révèlent la valeur intrinsèque acquise par l'écrit.

II. — Cependant, le procédé qui a été ainsi imaginé par la pratique pour assurer leur valeur probatoire aux actes notariés recélait, par une sorte de paradoxe,

(1) Schacht, *Kitāb as-šafa'a*, 39.

ET LE RÉGIME DE LA PREUVE PAR ÉCRIT 81

un grave danger pour ses destinées, le principe même de sa condamnation. Il devait entraîner des conséquences très importantes quant à la valeur de l'écrit en soi.

Tout le procédé reposait sur une contradiction. C'est bien une contradiction, en effet, d'une part, de dire que l'écriture ne peut pas faire preuve, que, seuls, les témoignages peuvent faire preuve; et, d'autre part, d'admettre que des témoignages écrits puissent avoir cet effet de preuve; *étant donné que ces témoignages sont eux-mêmes des écrits.*

A cette contradiction se mêlait, au surplus, une équivoque portant sur le terme *šahāda* (témoignage). Le témoignage, la preuve testimoniale, c'est, juridiquement, la déposition du témoin d'un acte ou d'un fait devant le juge, au moment du litige, (premier élément), tirée de la connaissance préalable qu'a eue ce témoin de l'acte ou du fait (deuxième élément). Or, dans le système imaginé par la pratique, on retient de la notion de témoignage ce dernier élément, exclusivement, et on lui applique, sans réserves, l'appellation de témoignage¹. Cependant certains auteurs sont conscients de la différence entre ce que la pratique notariale appelle témoignage et le témoignage proprement dit. Ibn Farḥūn prévient les esprits contre une confusion possible, en exprimant formellement la distinction entre deux sortes de témoignages : le té-

(1) La doctrine, dans l'analyse qu'elle fait du témoignage, y discerne deux éléments : le premier consiste dans la connaissance qu'acquiert un tiers de l'acte ou du fait, avec la volonté d'en rendre éventuellement témoignage en justice, — c'est ce qu'on appelle التَّحْمِيلُ, — le deuxième élément consiste dans la déposition même en justice, ce qu'on appelle الشَّهَادَةُ.

moignage consistant en une déposition orale, faite en justice devant le juge et le témoignage figurant sur un écrit et présenté sous cette forme au juge; et il ajoute que chacune de ces variétés est soumise à un régime spécial¹.

Or, du moment que l'on admettait que la réalité d'un acte juridique pouvait être établie par la preuve de la souscription des personnes qui ont été présentes à sa conclusion, pourquoi ne pas admettre que cet acte juridique pouvait être établi directement par la preuve de l'écriture même des parties contractantes? En d'autres termes, pourquoi admettre la possibilité de faire la preuve de l'écrit émané de témoins et contenant leurs témoignages et ne pas admettre la possibilité de faire la preuve de l'écrit qui émanerait des parties et qui contiendrait la teneur même de leurs accords?

Cette constatation devait entraîner une double conséquence: tout en aboutissant à faire reconnaître à l'écrit de l'auteur de l'acte juridique une valeur probatoire propre, elle allait en même temps faire apparaître la participation de témoins à cet acte comme une formalité inutile, une complication.

Les manifestations du triomphe de l'écrit apparaissent, cependant, sous des formes différentes suivant les écoles. Dans la doctrine malékite, elles s'expriment ouvertement et le triomphe de la preuve par écrit est consacré par voie de principe². A la suite des déve-

(1) Ibn Farhūn, I, 195. أداء الشهادة على نوعين الاول عبارة باللسان يصرح بها الشاهد عند الحكم فيتلقى منه الحاكم الشهادة بحسب لفظه الثاني رفع شهاداته قد ارتسمت في كتاب والشاهد ميت او غائب .

(2) Ibn Farhūn, I, 288 et ss.

loppements sur « l'écriture » des témoins, figure, dans les ouvrages du *madhab* malékite, une rubrique intitulée « l'écriture du débiteur *خط المقر* ». La question est posée dans toute sa généralité, sous des formes répétées et diverses mais qui se ramènent toutes à celle-ci : un acte écrit émané d'une personne fait-il preuve contre elle¹ ? Oui, répondent les auteurs². Le débiteur pourrait, il est vrai, prétendre faire rejeter l'écrit ; mais il n'y aurait là qu'une simple dénégation qui pourrait être écartée par la procédure de vérification d'écritures. Prévoyant cette hypothèse, les auteurs enseignent : « Si une personne actionne une autre en paiement d'une dette en faisant valoir un titre écrit de la main du défendeur et que ne veut pas reconnaître celui-ci et si le créancier demande au juge d'inviter le défendeur à écrire devant des témoins *'udūl* (disons : des experts en écritures) qui auront à comparer entre cette dernière rédaction et celle de l'acte litigieux, Abū-Ḥasan Al-Laḥmī a, dans ce cas, émis l'opinion que le juge devra donner suite à la demande du créancier ; le défendeur sera, en conséquence, invité à écrire pendant un temps assez long qui ne lui laisserait pas la possibilité d'imiter une autre écriture

(1) Remarquons, cependant, que la question ne donne pas lieu à une distinction de base, la preuve par écrit étant opposée à la preuve par témoins. Elle s'insinue, au contraire, sous le couvert de la preuve testimoniale et ainsi ce n'est qu'indirectement qu'on arrive à la faire admettre.

(2) لم يختلف مالك وأصحابه في جواز الشهادة على خط المقر والاتفاق حكاها (Ibn Farḥūn, I, 288). أيضاً ابن هشام في منبر الحكماء. Sans doute, en cette matière aussi, il y a eu des controverses, certains auteurs voulant limiter les effets de l'écrit à quelques matières déterminées, telles que les biens. Mais ce ne sont pas ces opinions restrictives qui prévalurent.

que la sienne. Les 'udūl compareront alors entre cette écriture et celle du titre litigieux et témoigneront soit de leur conformité, soit de leur disparité. La majorité des auteurs se prononcent en faveur de l'opinion de Al-Laḥmi¹ ».

Le procédé du *madhab* ḥanafite est différent. Les auteurs de cette école continuent toujours à affirmer le principe d'après lequel l'écrit — sous quelque forme que ce soit — ne vaut pas preuve ; et ils ne pensent pas recourir au moyen trouvé par les malékites, celui de la preuve de l'écrit par le témoignage ou la vérification d'écritures².

Mais les réalités et les nécessités pratiques étaient trop contraires à une telle attitude. Aussi verrons-nous le *madhab* ḥanafite aboutir, en fait, à consacrer, à peu de chose près, les mêmes solutions que le *madhab* malékite ; et à reconnaître, en définitive, valeur probante à l'écrit. Les moyens employés à cet effet sont divers et, souvent, des moyens de fortune ; les justifications présentées prennent, parfois, une tournure scolastique, sinon même, puérile. Aussi n'est-il pas étonnant que les solutions adoptées soient, parfois, divergentes, même contradictoires. D'où un enchevêtrement presque inextricable, une grande confusion, et une grande obscurité dans tous les développements que les auteurs ḥanafites consacrent à la matière de l'écrit³.

(1) Ibn Farḥūn, I, 290.

(2) عليه العامة ان لا تجل الشهادة بالخط ('Alā' al-dīn 'Ābdīn, I, 78).
ان مشايخنا ردوا على مالك في عمله بالخط للمشاجة (Dāmād effendi, II, glose, 192).

(3) Cette confusion est reconnue par les auteurs mêmes اضطرب كلامهم في مسألة العمل بالخط (*Tankīh al-fatāwa al-hindyya*, II, 18; 'Alā' al-dīn 'Ābdīn, *Ḳurrat 'uyūn al-aḥyār*, I, 77).

ET LE RÉGIME DE LA PREUVE PAR ÉCRIT

85

Pour présenter une idée suffisamment claire de leur enseignement, cadrant avec l'exposé de la doctrine malékite, nous reprendrons la distinction entre les actes notariés, et, en général, les actes qui se présentent sous la forme d'une déposition, d'une part, et, d'autre part, les actes émanés des parties elles-mêmes et rédigés par elles.

I. — En ce qui concerne la première catégorie, le principe est affirmé rigoureusement : l'acte contenant les dépositions des témoins ne peut rien prouver par lui-même, il faut que les témoins reprennent leurs dépositions, oralement, devant le juge. D'après une opinion extrême même, il faut que les témoins aient entendu les parties exprimer oralement leurs volontés et qu'ils aient été portés expressément témoins des déclarations de ces parties. Une opinion plus libérale enseigne, cependant, qu'il suffit que les témoins aient constaté la rédaction de l'acte.

Mais, de la sorte, la question ne se trouvait pas résolue pour les actes dont les témoins sont disparus ou qu'il n'est pas possible, pour une autre cause quelconque, de faire comparaître. C'est alors que les auteurs hanafites admettent des exceptions au principe. Puisque, disent-ils, la raison pour laquelle l'écrit ne peut pas valoir comme preuve est tirée de la suspicion qui s'attache à lui, du fait de la ressemblance des écritures entre elle, de l'impossibilité de son identification, des possibilités de falsification, ce principe devrait être écarté toutes les fois que l'identification de l'écriture est possible et que l'hypothèse d'une falsification ne peut pas être envisagée. Tel est le cas des actes qui ne seraient pas restés entre les mains des parties mais du témoin lui-même, qui est un tiers dé-

sintéressé. Tel est aussi le cas des actes conservés dans les archives officielles, notamment, les archives judiciaires, (procès-verbaux محاضر) ou des actes dont une copie ou l'original se trouvent dans de telles archives. Si l'on considère la pratique très courante de la rédaction des actes devant les juges et leur conservation dans les archives judiciaires, on mesurera l'étendue de l'exception ainsi admise et les résultats satisfaisants qu'elle fournissait à la pratique¹.

II. — Le principe est affirmé aussi rigoureusement pour l'écrit rédigé par les parties elles-mêmes. Même si une personne reconnaît formellement l'écrit, même si elle dit : « Cette écriture est la mienne, c'est moi qui ai rédigé cet acte » mais refuse de se reconnaître débiteur, l'écrit ne pourrait pas valoir comme preuve contre elle². « Même s'il existe une ressemblance évidente entre les deux écritures (celle du défendeur et l'écriture de l'acte), le titre ne pourrait pas servir de base à un jugement³ ».

Mais si les raisons du principe sont celles indiquées plus haut on écartera ce principe dès que ces raisons n'existent plus, dès que la rédaction de l'écrit est entourée de garanties telles que toute possibilité de faux n'est pas à envisager raisonnablement. On admet cette solution par application du procédé d'argumentation du *istihsān*⁴.

(1) V. *infra*, p. 89, n. 1.

(2) 'Alā'-al-dīn 'Ābdīn, I, 76 ; *Al-fatāwa al-hindyya*, IV, 167.

(3) Dāmād effendi, II, 192 (glose sur —).

(4) Le *istihsān* est le procédé de raisonnement qui consiste à écartier une solution imposée par les principes théoriques pour lui substituer une solution commandée par l'utilité pratique (cf. Sarāḥsī, X, 145).

ET LE RÉGIME DE LA PREUVE PAR ÉCRIT

87

C'est ainsi que l'on admettra la validité juridique des décisions des souverains portant nomination aux fonctions publiques البراآت السلطانية et, par analogie, de tous les actes émanés de l'autorité supérieure, les actes conservés dans les archives des tribunaux¹, les « lettres du juge² », motif qui s'ajoute, quant à ces actes, à celui indiqué plus haut.

Cependant, le domaine de l'exception sera étendu aux actes ordinaires sous seing-privé. J'actionne mon débiteur en vertu d'un billet écrit de sa main ; serai-je

(1) La doctrine maintient, toutefois, une réserve : il faut qu'il s'agisse d'archives « anciennes » ; car c'est d'elles seules que le soupçon d'altération peut être certainement écarté et c'est seulement pour des actes « anciens » qu'on ne peut plus recourir à la preuve par témoins.

(2) On appelle lettre du juge (كتاب القاضي) l'acte renfermant la déposition d'un témoin entendu par un magistrat — qui n'a pas juridiction pour juger le litige mais qui a, seul, pouvoir d'entendre ce témoin — et envoyé au magistrat qui peut être saisi compétemment du litige. D'après une opinion, la lettre ne pourrait sortir effet que si elle est remise par des personnes qui témoignent qu'elle est émanée du juge qui a entendu la déposition qui y est contenue. Mais, d'après une opinion libérale, la lettre fera preuve par elle-même « sans preuve (testimoniale) بلا بينة » suivant l'expression des textes (Kāḍihān, II, 539).

S'il s'agit d'une déposition entendue par un magistrat ou une autre personne qualifiée, sur commission donnée par le magistrat saisi du litige, une pratique admet contrairement à l'enseignement de la doctrine que l'acte contenant la déposition vaudra comme preuve par lui-même (Kāḍihān, II, 353-354).

La validité des actes contenant une correspondance officielle est admise. Cf. le cas sur lequel raisonnent les auteurs : celui d'une lettre adressée par un magistrat au gouverneur (Ibn Nujaym, VII, 5).

Un cas assez particulier est celui des lettres de aman *امان*, telles que les lettres par lesquelles une puissance étrangère demande un sauf-conduit pour ses sujets ; elles sont reconnues valables par elles-mêmes. Mais on justifie cette solution en disant que ces lettres ne comportent aucune obligation (Ibn Nujaym, VII, 5).

considéré comme ayant fait la preuve de ma créance ? Une série d'arguments sont mis à contribution par la doctrine hanafite pour arriver à faire reconnaître à un tel acte une valeur de plus en plus générale.

Nous les exposerons à propos d'une des matières les plus importantes dans lesquelles un effet probatoire est reconnu à l'écrit, en matière commerciale. Suivant l'expression des textes, « l'écrit du banquier, du courtier, du marchand, vaut preuve *خط الصراف* *« والسمسار والبيع يجعل به* ». En effet, disent les auteurs, c'est une pratique générale chez ces catégories de personnes de constater leurs transactions par des écrits sous seing-privé, sans avoir recours à des témoignages. C'est là un procédé imposé par les nécessités du commerce, de la célérité de conclusion des transactions commerciales. Si l'on devait refuser toute valeur à de tels écrits, on porterait un grave préjudice aux rapports d'affaires entre particuliers. Il y a donc là une nécessité *حاجة, ضرورة*, dont il faut tenir compte. D'autre part, la suspicion qui s'attache à l'écrit, en général, doit ici être écartée : étant donné que la plupart des transactions commerciales sont constatées par écrit, on ne peut plus présumer que les contrats des commerçants ne sont pas sincères ; c'est une présomption contraire qu'il faut retenir *ان المدار على انتفاء الشبهة*.

(1) On entend par cette expression, aussi bien que les titres rédigés par les commerçants, les mentions de leurs papiers et registres. Mais il faut qu'il s'agisse de papiers et registres conservés par devers eux, sous leur garde personnelle. D'autre part, on spécifie bien que de telles mentions ne font preuve que contre le commerçant et non en sa faveur (Ibn 'Abdīn, IV, 491).

(2) 'Alā' al-dīn 'Abdīn, I, 78.

Enfin, sur le terrain de la technique de l'argumentation juridique, on fera état de la coutume que, par le procédé du *istihsān*, on arrive, dans certaines circonstances, à faire prévaloir sur le droit strict, sur les solutions imposées par le *kiyās*¹. Sans doute, dit-on, le principe imposé par le procédé du raisonnement par analogie — le *kiyās* —, commande le rejet de l'écrit, mais on doit constater qu'il existe un usage général suivant lequel les particuliers s'adressent mutuellement des écrits par lesquels ils se reconnaissent débiteurs et créanciers. Or, *il est bon* de ne pas contrarier un tel usage constant, mais au contraire de le consacrer d'autant qu'on ne peut plus présumer le faux dans des écrits qui, par le fait de cet usage constant et général, sont précisément employés dans un sens véridique². Ainsi, la validité de « l'écrit du banquier, courtier, marchand », est admise unanimement par la doctrine.

Pour le surplus, il subsiste des controverses, et c'est dans ce domaine, en particulier, que règne une grande confusion. Cependant, on peut bien arriver à dégager un fil directeur, un principe qui semble avoir guidé les auteurs dans la détermination des cas rentrant dans le domaine de l'exception. Ce principe est

(1) On invoque, parfois, aussi, ces mêmes arguments en faveur des actes officiels ou contenus dans les archives officiels :

علة العمل بما في دواوين القضاة الماضين الضرورة وهنا كذلك فانه يتمذر إقامة
 البينة على ما يكتبه السلطان من البراءات لاصحاب الوظائف ونحوهم وكذا منشور
 الوالي والقاضي وعمامة الاوامر السلطانية مع جريان العرف والعادة بقبول ذلك
 بمجرد كتابته وامكان تزويرها على السلطان (Ibn 'Abdīn, IV, 489).

(2) Sarāḥsī, XVIII, 172 et ss. ; Ibn 'Abdīn, IV, 489 et ss. ; Ibn Nujaym, VII, 4 et ss.

tiré, encore une fois, de la coutume et d'une présomption de véracité. Dans tous les cas où il s'agit d'actes rédigés suivant des formes qui sont employées couramment dans la pratique, on ne peut plus soupçonner les particuliers de faire usage de telles formes à des fins non-véridiques. C'est ainsi que l'on admet généralement que l'écrit rédigé suivant les formes d'usage des actes juridiques a valeur probante¹. C'est l'écrit que l'on qualifie de *مصَدَّرٌ، مَعْنُونٌ* (*muṣaddar, mu'anwan*) ou de *مَسْتَبِينٌ، مَرْسُومٌ* (*mustabīn, marsūm*). Tel est le cas de l'acte rédigé sous forme de lettre : « De telle personne à telle personne ; ceci dit, je vous dois telle somme d'argent², ou de la formule : « Je déclare devoir » ou de la formule : « La raison de la rédaction des présentes est qu'il s'est établi à la charge de... à l'égard de... la somme de...³ »

Mais, une fois sur cette voie, les solutions libérales tendront à se généraliser. On admettra la validité des actes contenant quittances *الوصول* ; on admettra aussi que les registres et papiers d'une personne contenant une reconnaissance d'un droit à l'égard d'une autre font foi contre elle⁴.

On trouve enfin dans les ouvrages de la dernière

(1) Ibn 'Abdīn, IV, 490 et ss. ; Ibn 'Abdīn, *Tanqīḥ al-fatāwa al-ḥāmidyya*, II, 18 ; 'Alā' al-dīn 'Abdīn, I, 74 et ss. ; Sarāḥsī, XVIII, 172.

(2) من فلان الى فلان اما بعد فان لك علي من قبل فلان كذا وكذا درهما (Sarāḥsī, XVIII, 172).

(3) سبب تحريره هو انه ترتب . - ان في ذمتي لفلان

(4) C'est le cas d'une personne chez qui on trouve un sac sur lequel elle a inscrit une mention indiquant que ce sac appartient à telle autre personne (Ibn 'Abdīn, IV, 491).

ET LE RÉGIME DE LA PREUVE PAR ÉCRIT 91

époque une formule tout à fait générale, mêlée, sans doute, suivant les procédés traditionnels de rédaction des anciens auteurs, à d'autres solutions restrictives, — mais qui reste révélatrice du degré atteint par l'évolution des idées. On ne se contente plus d'admettre, par application du principe tiré de l'usage général, des solutions énumérées limitativement. Après l'indication de ces solutions, on avance une formule générale : « Et de même, tous les actes que les particuliers rédigent (suivant les formes d'usage) entre eux doivent valoir comme preuve en vertu de la coutume كذلك ما يكتب الناس فيما بينهم يجب ان يكون حجة للعرف¹ ». Il appartient au juge de faire application de cette formule à tous les cas qui lui paraîtraient rentrer dans son domaine.

Par ailleurs, le domaine d'application de la preuve par écrit ne se restreint pas à quelques matières déterminées ; il s'étend aux biens, au statut personnel, ainsi qu'à « tous les droits سائر الحقوق » sauf les matières criminelles².

En cas de dénégation du débiteur, la preuve de la sincérité de l'écrit sera faite par la procédure ordinaire de la vérification d'écritures³.

Le triomphe de l'écrit était ainsi, en dépit de partisans attardés des vieux principes, définitivement établi. On en trouve la consécration formelle dans un texte de droit positif moderne : la *Majalla*, qui avait

(1) Ibn 'Abdīn, IV, 490.

(2) في الطلاق والعتاق وسائر الحقوق ما عدا القصاص والحد . . . لانها عقوبات (Sarajsi, XVIII, 172). تدرأ بالشبهات

(3) ان جحد وشهدت المينة انه كتبه او املاه جاز عليه (Sarajsi, eod. loc.).

porté codification du droit musulman tel qu'il se présentait dans son dernier état, dispose, notamment dans son article 1736, ce qui suit : « L'écriture et le cachet n'ont de valeur à eux seuls que s'ils sont exempts de tout faux et altération ». La forme négative du texte n'est qu'un hommage ultime à une tradition périmée¹.

Mais alors qu'allait-il advenir de la pratique notariale ? Si l'on considère que l'intervention notariale n'a pas essentiellement pour effet de conférer aux actes juridiques un caractère d'authenticité, mais simplement de leur assurer les avantages d'une bonne rédaction et des témoignages écrits, on peut se demander quelle utilité elle conservait alors que ces mêmes avantages pouvaient être acquis plus directement même, en dehors de cette intervention, par l'action exclusive des parties elles-mêmes.

Et, cependant, l'institution survivra. Des avantages pratiques considérables quoique accessoires continueront à s'y attacher et seront cause de cette survivance. Seuls, les notaires continueront à pouvoir fournir aux particuliers profanes les garanties d'une rédaction, matérielle et juridique, correcte de leurs actes juridiques. D'autre part, du fait de la participation de témoins à la conclusion de l'acte, il sera toujours plus difficile à son auteur de le dénier, tant que ces témoins ne seraient pas décédés ou disparus : ce serait en vain qu'il dénierait ses engagements, les témoins viendraient témoigner de leur réalité.

(1) Cependant, dans la pratique, on est resté fidèle à l'ancien procédé ; on fait apposer sur les actes sous seing-privé, à côté de la signature ou du cachet des parties, celles de deux ou plusieurs témoins. Survivance d'usages anciens, sans doute ; mais aussi garantie supplémentaire ayant pour objet de se ménager un surcroît de preuve.

V. — La pratique notariale et les tribunaux.

Ce n'est pas seulement les *'udül*, établis pour leur propre compte, qui exercent la profession notariale. En concours avec eux et suivant des modalités, en partie, différentes, les tribunaux se sont reconnu une compétence analogue. Sans doute, ce chef de compétence n'est pas indiqué dans l'énumération des attributions judiciaires, telle qu'elle figure dans les ouvrages de doctrine. Mais il est aisé d'en découvrir le principe dans la nature même du pouvoir judiciaire aussi bien que dans les règles admises en matière de preuve écrite.

Le juge est le gardien des intérêts privés, il est institué aussi bien pour sanctionner des droits contestés que pour assurer la conservation de droits qui, en dehors de toute contestation actuelle, requièrent protection. Il est naturel que ce juge prête aussi son concours aux particuliers pour leur fournir les moyens destinés à leur assurer la conservation de la preuve de leurs droits. Le juge remplit déjà cet office, d'une façon indirecte, par la qualité que son autorité générale lui permet de conférer à certaines personnes, établies comme « témoins *'udül* » et pratiquant, en conséquence, la profession de notaires. Si de tels *'udül* sont qualifiés pour dresser par écrit les actes juridiques, à plus forte raison le juge qui les a institués et qui continue, au surplus, à exercer le contrôle sur eux, devra-t-il

avoir qualité et pouvoir pour exercer le même office¹.

Dans le dernier état de l'organisation kadiale, nous voyons cette fonction notariale judiciaire en plein développement. Les greffiers des juges sont, en même temps et par le fait même de leurs fonctions principales, des notaires ; ils sont même appelés, dans certains textes, les greffiers-notaires ² الكتاب الشروطين. Les traités s'étendent sur les qualités qui sont requises des greffiers en vue de l'exercice adéquat de la profession notariale au profit des particuliers. Les modèles d'actes juridiques contenus dans les formulaires sont établis principalement à leur usage. Le passage des diplômes de nomination de magistrats, qui porte mention de leur pouvoir de désigner leurs greffiers, insiste sur les qualités qui doivent être requises chez ces greffiers pour le bon accomplissement de leurs fonctions lesquelles consistent, entre autres, à « rédiger les contrats », et à en conserver les documents³. Et lorsqu'un juge désigne un greffier, il mentionne expressément dans le diplôme de nomination la compétence de ce greffier pour la rédaction des actes juridiques⁴.

(1) En conséquence, la doctrine même reconnaît au magistrat le droit de percevoir, à l'instar des notaires professionnels, une rémunération pour les actes qu'ils rédigent, parce que, dit-on, la rédaction des actes juridiques ne fait pas partie des obligations naturelles de leur fonction judiciaire (Ibn Kāḍi Samawāna, *Jāmi' al-fuṣūlayn*, II, 153).

(2) Nuwayri, IX, 11 et ss.

(3) *Al-fatāwa al-hindyya*, VI, 386.

(4) Cf. des documents de ce genre dans Rustum, *Materials for a corpus of arabic documents relating to the history of Syria under Mehemet Ali pascha*, V, 129.

ET LE RÉGIME DE LA PREUVE PAR ÉCRIT

95

L'intervention des tribunaux dans la rédaction des actes juridiques s'opère suivant deux modes très différents.

1. — Un premier mode qu'on pourrait qualifier de mode ordinaire ne présente aucune particularité intrinsèque qui distinguerait l'acte dressé en justice de l'acte dressé par un notaire ordinaire. La seule différence consiste en ce que l'acte est rédigé par le greffier du juge sous l'autorité de ce dernier. Pour le surplus, l'acte se présente exactement sous les mêmes apparences que l'acte rédigé par un notaire.

2. — Le deuxième mode comporte une intervention directe du magistrat ; et, dépassant les besoins de preuve des actes juridiques, il a pour objet de donner aux engagements que ces actes comportent le caractère de condamnations judiciaires. Il n'est pas indépendant du mode notarial ordinaire, mais se superpose à lui, pour le renforcer.

Le procédé consiste en un procès fictif. Il suppose qu'il existe déjà un écrit rédigé en la forme ordinaire des actes notariés, constatant les engagements des parties. Celles-ci se présentent alors devant le juge, à titre de demandeur et défendeur, produisent leur titre et demandent leur condamnation réciproque à l'objet même des obligations de chacune d'elles. Le juge fait comparaître les parties à son audience, entend leurs déclarations, vérifie et constate la teneur du contrat et des dépositions des *shuhūd*, qui y sont portés comme témoins, ces témoins renouvellent oralement leurs dépositions ; le juge déclare ces dépositions recevables et conformes aux prétentions des parties.

A ce point, la partie qui joue le rôle de demandeur conclut à ce que le juge déclare établi et prouvé le contenu de l'acte et à sa propre condamnation aussi bien qu'à celle de son adversaire à l'objet de leurs obligations contractuelles. — Dans certains cas, par un surcroît de précaution, le juge interpelle alors la partie qui joue le rôle de défendeur — le vendeur, dans le contrat de vente — et la somme de formuler ses moyens contre les dépositions produites contre elle ; et cette partie déclare n'en avoir aucun.

Le juge prononce alors son jugement, portant condamnation de chacune des deux parties à l'objet même de son engagement tel qu'il est libellé dans le contrat¹.

Le même procédé est employé pour les actes unilatéraux dans lesquels il n'existe pas de parties pouvant jouer les deux rôles de demandeur et de défendeur. Tel est le cas, classique, du testament. Un intéressé, ordinairement, l'exécuteur testamentaire, entreprend, seul, la procédure judiciaire. L'acte est produit, les témoins sont entendus, la demande de confirmation de l'acte et de condamnation est formulée, le tout suivant la procédure décrite plus haut.

Dans le cas de testament, la demande de condamnation a pour objet d'autoriser l'exécuteur testamentaire à poursuivre l'exécution du testament.

Le procédé du procès fictif comporte lui-même une variété particulière. Supposons le cas d'une fem-

(1) Nuwayri, IX, 108. — Le document écrit contenant la décision du juge porte le nom de sijill *سجل* ou *اسجال* (Cf. le mot latin *sigillum*).

mè qui veut faire constater judiciairement son divorce ou un maître qui veut faire constater judiciairement la révocation de l'acte d'affranchissement de son esclave fait sous condition de paiement d'une somme d'argent¹. Au lieu du procédé habituel dans lequel le demandeur sollicite du juge de prononcer lui-même l'annulation du mariage ou l'annulation de l'affranchissement, le demandeur conclut à ce que le juge l'autorise à annuler lui-même le mariage ou à révoquer lui-même l'affranchissement. Le juge accorde cette autorisation et l'intéressé prononce lui-même l'annulation de l'acte dont il s'agit الاذن . . . سألت الحاكم

لها في فسخ نكاحها من زوجها المذكور فحين زالت الاعذار من اجابتها اذن لها الحاكم المذكور في فسخ نكاحها واشهدت على نفسها شهود هذا الاسجال انها فسخت نكاحها من زوجها المذكور² .

. . . حينئذ سأل الحاكم المذكور الحكم لها بما يوجبه الشرع الشريف فاذن له الحاكم المذكور في فسخ المكاتبه المذكورة . . . حينئذ فسح السيد المكاتبه المذكورة فسحاً شرعياً³ .

Il est à remarquer que la comparution des parties, dans les cas d'actes bilatéraux, n'est pas rigoureusement nécessaire. Une des parties intéressées peut, valablement, entreprendre, seule, la procédure. Le juge entend ses déclarations, les dépositions des témoins et prononce, en conséquence, la condamnation⁴.

(1) C'est l'affranchissement qui porte le nom de مكاتبه (mukātaba).

(2) Nuwayri, IX, 133.

(3) Nuwayri, IX, 115.

(4) Le même procédé du procès fictif est employé souvent dans l'exercice de la juridiction gracieuse. Ainsi, c'est sous forme de demande et de décision contentieuse que l'admission des suhūd est prononcée (cf. un modèle du genre dans Nuwayri, IX, 150).

Le but principal de la procédure du procès fictif concerne le fond plutôt que la preuve. Il s'agit de transformer en des obligations sanctionnées judiciairement et, par conséquent, incontestables, en principe, entre les parties, des obligations contractuelles¹. A ce point de vue, notre procédure présenterait une grande analogie avec la procédure moderne des jugements d'expédient.

Quant à la preuve, le procès fictif ne constitue pas un moyen d'authentification proprement dite. Le juge, en délivrant le document écrit contenant sa décision, n'agit pas en qualité de témoin qualifié accordant une certification officielle. En principe — et ceci est aussi vrai pour les jugements contentieux proprement dits — la preuve du jugement résulte exclusivement du témoignage. C'est la raison d'être principale de l'organisme des *šuhūd*, institué auprès de chaque tribunal : ces *šuhūd* ont précisément pour fonction de se porter témoins des décisions rendues par le tribunal. C'est pourquoi, toutes les sentences judiciaires commencent par la formule : « هذا ما أشهد على نفسه » ceci est l'acte pour lequel il (le juge) a pris à témoins les *šuhūd* ». Et les jugements portent, comme les actes notariés ordinaires, les signatures de témoins.

(1) Sans doute, la décision du juge comporte, *in fine*, une réserve des droits des parties dont la formule consacrée est la suivante وإبقى كل ذي حجة معتبرة على حجته ou وإبقى كل ذي حجة معتبرة على حجته. Cette formule contient le principe du droit de revenir sur la décision judiciaire le jour où elle pourrait faire valoir un moyen nouveau contre elle. Mais la réserve dont il s'agit n'est pas propre aux décisions portant homologation d'actes juridiques ; on la rencontre même dans les jugements contentieux proprement dits (*Al-fatāwa al-hindyā*, VI, 163. وتركت المحكوم عليه هذا وكل ذي حق وحجة ودفع على حجته ودفعه وحقه متى أتى به يوماً من الدهر).

ET LE RÉGIME DE LA PREUVE PAR ÉCRIT

99

En réalité, notre procédure n'ajoute rien, par elle-même, à la force probante des actes juridiques. Cette force résultera, indirectement, — comme pour les autres actes conservés dans les archives judiciaires — du fait que les actes juridiques, transformés en jugements, sont rédigés et conservés comme tels dans les archives du juge. La foi qui s'attache ordinairement aux actes quelconques conservés dans les archives judiciaires, en raison des garanties assurées de ce fait contre toute possibilité d'altération, s'attachera, pour les mêmes raisons, aux jugements, et, en particulier, aux jugements rendus ensuite d'une procédure contentieuse fictive.

Cette procédure n'est donc pas une procédure proprement dite d'authentification des actes juridiques. Une telle procédure ne paraît pas avoir existé dans la pratique du droit musulman.



SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
TÜRKİYAT ARAŞTIRMALARI ENSTİTÜSÜ

NOTERLİK VE
İSLAM HUKUKU UYGULAMASINDA
YAZIYLA İSPAT REJİMİ

Orijinal eserin tüm hakları NADY TYAN'a aittir.
(tyanasso@dm.net.lb)
Para ile Satılmaz.