



T.C.

RECEP TAYYİP ERDOĞAN ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI

İSLAM HUKUKU BİLİM DALI

İSLAM YARGILAMA HUKUKUNDA HÂKİM

(Yüksek Lisans Tezi)

Bekir BEKTAŞ

RİZE – 2012

T.C.
RECEP TAYYİP ERDOĞAN ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI

İSLAM YARGILAMA HUKUKUNDA HÂKİM

(Yüksek Lisans Tezi)

Bekir BEKTAŞ

Tez Danışmanı

Doç. Dr. Şevket TOPAL

RİZE – 2012

T.C.
RECEP TAYYİP ERDOĞAN ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI

İSLAM YARGILAMA HUKUKUNDA HÂKİM

Tezin Yazarı

Bekir BEKTAŞ

Tez Danışmanı

Doç. Dr. Şevket TOPAL

Tez Savunma Tarihi

15/08/2012

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı	İmza
Başkan : Doç. Dr. Şevket TOPAL
Üye : Yrd. Doç. Dr. Ali KUMAŞ
Üye : Yrd. Doç. Dr. Bayramali NAZIROĞLU

Enstitü Müdürü

Prof. Dr. Salih Sabri YAVUZ

İmza

.../.../2012

Onay Tarihi

RECEP TAYYİP ERDOĞAN ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu tezi bilimsel metotlara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak hazırlayıp sunduğumu, tezde bana ait olmayan tüm bilgi, düşünce ve sonuçları belirttiğimi ve kaynağını gösterdiğimi beyan ederim.

.../.../2012

Bekir BEKTAŞ

ÖNSÖZ

Toplumsal hayat insanların bir arada yaşamalarını zorunlu kılmaktadır. Hiçbir insan toplumdaki bağımsız bir şekilde hayatını devam ettiremez. Kişinin hayatını normal şartlarda sürdürebilmesi için insanlarla çeşitli münasebetler içerisinde bulunması gerekir. Bu münasebetler çerçevesinde de bazen bir takım anlaşmazlıkların, uyuşmazlık doğuran durumların meydana gelmesi kaçınılmaz olur. Beşeri münasebetlerin sağlam bir şekilde kurulabilmesi ve toplumun refah ve düzen içerisinde varlığını devam ettirebilmesi için, insanların birbirleriyle olan ilişkilerinde ortaya çıkabilecek problemlerin çözüme kavuşturulmasının ancak güvenli ve adil bir yargı ile mümkün olacağı açıktır. İşte bu sebepten dolayı bir toplumda huzur ve barıştan söz edebilmek için öncelikle o toplumun yargı sisteminin sağlam temeller üzerine oturtulması gerekir.

Yargı sistemi sağlam olmayan toplumlarda her türlü adaletsizlik, adam kayırma ve rüşvet gibi sıkıntılarla karşılaşmak kaçınılmaz olur. Bu türlü sıkıntılara meydan vermemek için de hâkimlere oldukça büyük görevler düşer. İşte bu çalışma, İslam hukukunun önemli konularından birisi olan ve klasik fıkıh kaynaklarında 'kaza' başlığı altında ele alınan bir bölümü incelemeyi amaçlamıştır.

Tezimiz, bir giriş, üç ana bölüm ve sonuç kısmından oluşmaktadır. Giriş bölümünde çalışmanın konusu, amacı, sınırları, varsayımları ve önemi hakkında kısa bilgi verilmiştir.

Birinci bölümde, İslam hukukunun öngördüğü çerçevede tarafsız, adil ve hakkı hak sahibine verecek şekilde bir yargılama yapması beklenen hâkimin taşıması gereken vasıfları ve hâkim kelimesinin tanımını İslam hukukunun temel kaynaklarından faydalanarak inceledik. Zira İslam dini, toplumsal huzur ve barışa oldukça büyük önem vermektedir. Bunun neticesinde de İslam dini hâkim olarak tayin edilecek kimselerde bir takım şartlar öne sürmüştür. Bu şartları belirlemesindeki temel gaye elbette daha adil ve daha huzurlu bir toplum oluşturmaktır. Böyle bir toplum da ancak bu şartlar'a haiz olan hâkimler vasıtasıyla gerçekleşir.

İkinci bölümde ise, hâkimliğin usul ve esasları hakkında bilgi verilmiştir. Buradaki maksat hâkim olmak için gerekli vasıflara haiz olan bir kimsenin gerek yargı görevinde ve gerekse gündelik hayatında yapması veya yapmaması uygun olan davranışları açıklamaktır. Zira hâkim, bu davranış kurallarına uymadığı müddetçe mahkemede vereceği hüküm toplum tarafından sorgulanacaktır. Bu sorgulama sebebi ise, hâkimin toplumda sûi zanna sebep olan davranışlardan uzak durmamasından kaynaklanmış olur. Örneğin bir kimse hâkimin rüşvet aldığını görse o hâkimin vermiş olduğu karara saygı duyar mı? İşte bundan dolayı hâkim bu davranışlara titizlikle dikkat etmesi gerekir.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde ise, İslam hukukuna göre hâkimlerin gerek yargılamadan önce ve gerekse yargılama esnasında yapmakla yükümlü oldukları görevlerden bahsettik. Hâkimlerin bu görevleri eksiksiz olarak yerine getirmesi durumunda toplumda adaletsizlikten söz edilemez. Çünkü İslam hukukunun temel kaynaklarına baktığımız zaman bu konu hakkında gayet titiz davranıldığını görürüz. Elbette bunun sebebi de hiçbir haksızlığa ve adaletsizliğe meydan vermeden adil bir yargılama yapmak ve yeryüzünde adaleti sağlamaktır. Zira Yüce Allah (c.c) bir âyette şöyle buyurmaktadır: “Ey iman edenler! Allah için hakkı titizlikle ayakta tutanlar olun” (Maide: 5/8). Bu ayette de beyan edildiği üzere İslam dini adaletli bir toplum oluşturmayı arzu etmektedir.

Çalışmamızın kusursuz olduğu iddiasında değiliz. Ancak elimizden geldiğince ana kaynaklara inmeye ve konuyu etraflıca ortaya koymaya çalıştık. Bunun için de gerekli çabayı sarf ettiğimizi söyleyebiliriz. Tez çalışmalarım esnasında olumlu katkıları ve teşvikleri ile yardımlarını daima yanımda hissettiğim başta danışman hocam Doç. Dr. Şevket TOPAL’a, tüm fakültemiz hocalarına, Recep Tayyip ERDOĞAN Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Kütüphanesi çalışanlarına ve bu arada konuyla ilgili bazı metinlerin birlikte müzakeresini yaptığımız Abdulkerim AYDIN’a teşekkürlerimi arz ederim.

Bekir BEKTAŞ

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	I
İÇİNDEKİLER.....	III
KISALTMALAR	VI
GİRİŞ	1
I. Araştırmanın Konusu ve Amacı	1
II. Araştırmanın Önemi ve Sınırları	2
III. Araştırmanın Varsayımları ve Yöntemi.....	3

BİRİNCİ BÖLÜM

İSLAM HUKUKUNDA HÂKİMLİĞİN TARİHİ GELİŞİMİ VE FİKİH LİTERATÜRÜNDE HÂKİMLİĞİN TANIMI, DELİLLERİ, ŞARTLARI VE HÜKMÜ

I. İSLAM HUKUKUNDA HÂKİMLİĞİN TARİHİ GELİŞİMİ	5
A. HZ. PEYGAMBER DÖNEMİNDE HÂKİMLİK (610-632).....	5
B. HULEFÂ-İ RAŞİDİN DÖNEMİNDE HÂKİMLİK (11/632-41/661)	6
C. EMEVİLER DÖNEMİNDE HÂKİMLİK (41/661-133/750).....	7
D. ABBASİLER DÖNEMİNDE HÂKİMLİK (133/750-656/1258)	8
E. SELÇUKLULAR DÖNEMİNDE HÂKİMLİK (430/1038-641/12439).....	10
F. OSMANLILAR DÖNEMİNDE HÂKİMLİK (699/1299-1341/1922)	10
II. FİKİH LİTERATÜRÜNDE HÂKİM (KÂDÎ) KAVRAMI	13
A. Sözlük Anlamı	13
B. Terim Anlamı	14
III. HÂKİMLİK GÖREVİNİN DELİLLERİ	15
A. Kitap.....	15
B. Sünnet.....	17
C.Sahabe Uygulaması.....	19
D. Akıl	20
E.Örf	21
IV. YARGININ UNSURLARI.....	22
A. Hâkim.....	22
B. Davacı (Müddeî).....	22
C. Davalı (Müddeâ' Aleyh)	22
D. Hüküm	23

V. HÂKİMDE BULUNMASI GEREKEN ŞARTLAR	26
A. Müslüman Olmak	26
B. Erkek Olmak	27
C. Akıllı ve Ergen Olmak	29
D. Hür Olmak.....	30
E. Adaletli Olmak	30
F. Duyu Organları Sağlam ve Sihatli Olmak	31
G. Müçtehit Olmak	31
VI. HÂKİMDE BULUNMASI GEREKEN BAZI AHLÂKÎ VE MESLEKÎ	
ÖZELLİKLER.....	35
A. Takva Sahibi Olması.....	35
B. Riyakâr Olmaması	36
C. Güvenilir Olması.....	37
D. Fakir Olmaması	38
VII. HÂKİMLİK MAKAMINI KABUL ETMENİN HÜKMÜ	40
A. Hâkimliğin Farz Olduğu Durumlar	40
B. Hâkimliğin Mendub Olduğu Durumlar	42
C. Hâkimliğin Mekruh Olduğu Durumlar	43
D. Hâkimliğin Haram Olduğu Durumlar	44
IX. HÜKÜM VERME KONUSUNDA HÂKİM İÇİN HARAM OLAN	
DURUMLAR.....	45

İKİNCİ BÖLÜM

HÂKİMLİĞİN USÛL VE ESASLARI

I. GENEL ANLAMDA USÛL VE ESASLAR.....	48
A. İstişare.....	48
B. Oturma Yerlerinde Hasımlar Arasında Eşitlik.....	49
C. Hediye Kabul Etmemek.....	51
D. Davete İcabet Etmek.....	53
E. Cenazede Bulunmak ve Hasta Ziyareti.....	54
II. ÖZEL ANLAMDA USÛL VE ESASLAR.....	54
A. Yargı Yeri	54
B. Hâkimin Yardımcıları.....	56
1. Kâtip	56
2. Hacib ve Mübaşir.....	57
3. Tercüman	58

C. Anlaşmazlık Konusunun Tetkiki.....	59
D. Şahitlerin Tezkiye Edilmesi.....	59
E. Hasımları Barıştırmak.....	60

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YARGILAMA USÛLÜ AÇISINDAN İSLAM HUKUKUNDA VE BEŞERİ HUKUKTA HÂKİM

I. YARGILAMA USÛLÜ AÇISINDAN İSLAM HUKUKUNDA HÂKİM	62
A. HÂKİMİN TAYİNİ	62
B. HÂKİMİN GÖREVLERİ.....	65
C. HÂKİMİN ÖNCELİKLE BAKMASI GEREKEN DAVALAR.....	67
D. DURUŞMA İÇİN ZAMAN TAYİNİ.....	68
E. HÂKİMİN DELİL GETİRMELERİ İÇİN TARAFLARA SÛRE VERMESİ ...	69
F. HÂKİMİN HÛKÛM VERİRKEN DAYANAKLARI.....	71
G. MAHKEME ÖNÜNDE HAKKI İSPAT ETME YOLLARI	75
1. Hâkimin Kendi Şahitliğiyle Hüküm Vermesi	76
2. Hâkimin Bir Başka Hâkimin Kendisine Yazmış Olduğu Mektup Gereğince Hüküm Vermesi	77
3. Hâkimin Şahitliğe Dayalı Olan Bir Şahitlikle Hüküm Vermesi.....	80
H. HÂKİMİN YANILMASI	82
İ. HÂKİMİN BAKAMAYACAĞI DAVALAR.....	85
J. HÂKİMİN LEHİNE HÛKÛM VERİLEN ŞAHSA KARŞI GÖREVLERİ.....	86
K. HÂKİMİN ALEYHİNE HÛKÛM VERİLEN ŞAHSA KARŞI GÖREVLERİ ...	87
L. HÂKİMİN AZLEDİLMESİ.....	89
II. YARGILAMA USÛLÜ AÇISINDAN BEŞERİ HUKUKTA HÂKİM	91
A. HÂKİMİN TAYİNİ	91
B. HÂKİMİN BAĞIMSIZLIĞI.....	92
C. HÂKİMİN BAKAMADIĞI DAVALAR.....	93
D. HÂKİMİN TUTUM VE DAVRANIŞLARI	94
E. HÂKİMLİĞİN SONA ERMESİ.....	95
SONUÇ	96
KAYNAKÇA.....	99
ÖZET	108
ABSTRACT.....	109
ÖZ GEÇMİŞ	110

KISALTMALAR

As.	:Aleyhi's-Selâm
b.	:Bin, ibn
bk.	:Bakınız
c.	:Cilt
cc.	:Celle Celâlûhu
CMK	:Ceza Muhakemeleri Kanunu
Çev.	:Çeviren
DİA	:Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi
h.	:Hicri
H.z.	:Hazreti
HSK	:Hâkimler ve Savcılar Kanunu
HSYK	:Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu
HUMK	:Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İFAV	:Marmara Üniversitesi İlahiyat Vakfı
Mad.	:Madde
MÜ	:Marmara Üniversitesi
nr.	:Numarası
nşr.	:Neşreden
ö.	:Ölümü, ölüm tarihi
r.a.	:Radıyellahu Anh
Sav	:Sallallahu Aleyhi Ve sellem
s.	:Sayfa
ss.	:Sayfadan sayfaya
ŞİA	:Şamil İslam Ansiklopedisi
şrh.	:Şerh eden
tah.	:Tahkik eden
TDV	:Türkiye Diyanet Vakfı
trc.	:Tercüme eden
ts.	:Basım tarihi yok
vb.	:Ve benzeri
v.dğr.	:Ve diğerleri
ys.	:Basım/Yayın yeri yok.

GİRİŞ

I. Araştırmanın Konusu ve Amacı

Toplumda adaletin tesis edilmesi ve her türlü haksızlığın ortadan kaldırılması ancak yargı yoluyla mümkün olur. Bir toplumun yargı sistemi ne kadar sağlam temeller üzerine oturtulursa o toplumun huzur ve refahı da o derecede artar. Yargı sisteminin gelişemediği toplumlarda her türlü haksızlık, gasp, hırsızlık, adam kayırma, rüşvet gibi hem dinin hem de insanların tasvip etmediği durumların görülmesi kaçınılmaz olur. İşte “İslam Yargılama Hukukunda Hâkimlik” adlı bu çalışma adaletli bir yargı sisteminin oluşturulmasında hâkimlik mesleğiyle ilgili olarak İslam dininin ortaya koyduğu hükümleri incelemek maksadıyla hazırlanmıştır.

Toplumda adaletin tesis edilmesinde öncelikle hâkimlere büyük görevler düşer. Temel görevi insanlar arasında meydana gelen anlaşmazlıkları şer’i hükümlerle çözüme kavuşturmak¹ olan hâkimin bu görevi yerine getirirken oldukça titiz davranması gerekir. Adaletle büyük önem veren İslam hukuku da bu nedenle hâkimliğe atanacak şahıslarda bir takım genel ve özel şartlar aramıştır. Bu şartların belirlenmesindeki temel amaç daha mutlu bir toplum oluşturmaktır. Zira Yüce Allah (c.c) bir ayetinde “*Ey iman edenler! Adaleti ayakta tutanlar olun*”² buyurmaktadır. Toplumda adaleti tesis edecek olanlar hâkimlerdir. Bu yüzden biz bu çalışmamızda İslam hukukunun öngördüğü çerçevede hâkimliğin önemini, hâkimliğe tayin edilecek şahıslarda aranan şartları, hâkimler için uygun olan ve olmayan davranışları ve hâkimin yargılama esnasında tutunması gereken tavırları ele aldık.

Biz bu çalışmada hâkimlik ile ilgili hususları İslam Hukukunun temel kaynaklarından ve fakihlerin konuyla ilgili görüşlerinden istifade ederek ortaya koymaya çalıştık. Zira çalışmamızda görüleceği gibi İslam Hukukunun bu konuda belirtmiş olduğu hükümler, toplumda tam anlamıyla adaleti tesis etmeye yöneliktir. İşte bu çalışma esas itibarıyla bu konuya bir nebze de olsa katkı sağlamak amacıyla hazırlanmıştır.

¹ Ali Haydar, *Şerhu Mecelleti'l-ahkâm*, Daru'l-kütübü'l-ilmîyye, Beyrut 1991, XVI, 518.

² Nisa, 4/135.

II. Araştırmanın Önemi ve Sınırları

Araştırmamızın konusu olan hâkimlik, insanlığın ilk dönemlerine dayandırılabilir kadar uzun bir geçmişe sahiptir. Zira insanın olduğu her yerde tartışmaların ve anlaşmazlıkların görülmesi muhtemeldir. Bu yüzden insanlar arasında meydana gelen bu anlaşmazlıkları çözecek bir hâkime her zaman ihtiyaç duyulmuştur. Bu ihtiyaç neticesinde bir takım insanların bu görevi yerine getirmesi gerekmiştir ki, bu görev bugünkü bildiğimiz adıyla hâkimlik mesleğidir.

Hukuk kuralları toplumların varlıklarını devam ettirebilmeleri için vazgeçilmezdir. Zira hukuk kurallarından ve yargı sisteminden yoksun bir toplumun varlığını devam ettirebilmesi oldukça zordur. Bundan dolayı her toplum kendi hukuk kurallarına göre toplumsal huzuru tesis etmiş ve varlığını devam ettirme gayreti içinde olmuştur. Bu kapsamda Fıkıh da toplumda adalet gerçeğini göz ardı etmemiş; bu amaçla huzur ve adaleti temine yönelik bazı hükümleri devreye sokmuştur. Bu hükümlerin bir kısmı ayet ve hadislerle, bir kısmı ise İslam'ın temel ilkeleri doğrultusunda fakihler tarafından tespit edilen düzenleyici nitelikteki hükümlere dayandırılmıştır. Biz de tezimizde böylesine hassas bir konuda fikhin konuya yaklaşımını tespit etmeye, ulaştığımız neticeleri derli toplu bir şekilde ortaya koymaya ve fikhin öngördüğü çerçevede konuya açıklık getirmeye çaba gösterdik.

Zira Yüce Allah (c.c) bir ayeti kerimede: *“Ona dedik ki: “Ey Dâvud! Gerçekten biz seni yeryüzünde halife yaptık. İnsanlar arasında adalet ile hüküm ver. Nefsin arzusuna uyma, yoksa seni Allah'ın yolundan saptırır. Allah'ın yolundan sapanlar için hesap gününü unutmaları sebebiyle şiddetli bir azap vardır”*³ buyurarak Dâvud (a.s) için halife ismini kullanmıştır.⁴ Zira Davud (a.s) bir hükümdardı. İyiliği emretmek ve kötülüğü nefyetmek için Allah tarafından hükümdar olarak tayin edildi. Allah kendisine insanlar arasında adaletle hükmetmesini emretti.⁵ Davud (a.s)'a verilen emir dolaylı olarak hâkimlere de

³ Sad, 38/26.

⁴ Şemsü'l-Eimme Ebû Sehl Ebû Bekir Muhammed b. Ahmed es- Serahsî, *Mebsut*, Çağrı yayınları, İstanbul 1982, XVI, 60.

⁵ Ebu Abdullah Muhammed b. Ahmed el-Ensârî el-Kurtûbî, *el-Camiu li Ahkâmi'l-kur'an*, Daru'l-hadis, Kahire 2002, VIII, 160.

verilmiştir. Çünkü onlar insanlar arasında meydana gelen anlaşmazlıkları adaletle halletmeleri için devlet başkanı tarafından tayin edilmiş kişilerdir. İşte bu tayinden dolayı hâkimler de adaletli bir şekilde ve Allah (c.c)'ın bildirmiş olduğu hükümlerle yargılama yaparak Allah (c.c)'ın emirlerini yeryüzünde uygulamakla görevlidirler. Bu yüzden biz de konuya hassas bir şekilde yaklaşarak İslam hukukunun sınırları çerçevesinde bu mesleğe açıklık getirmeye çalıştık.

III. Araştırmanın Varsayımları ve Yöntemi

Hâkimlik bütün toplumlarda bulunması zorunlu olan bir meslektir. Bugün bütün dünyadaki devletlere baktığımızda her bir devlet adaletin tesisi için hâkimler tayin ediyor. Gerek mevcut hukuk sistemleri gerekse fıkıh bu mesleğin adaletli bir şekilde yürütülebilmesi için belli başlı bir takım kurallar öne sürer. Bizim üzerinde durmak istediğimiz husus ise hâkimlik icrasında fıkıhın ne gibi düzenlemeler getirdiğidir. Zira son zamanlarda İslam yargılama usulü hakkında bir takım haksız iddialar öne sürülmektedir. Bu iddialardan bir kısmı hırsızlık ve zina suçu hakkında fıkıhın öngördüğü cezalarla ilgilidir. Muhakkak ki bu iddiaların sürekli olarak gündeme taşınması farklı mülahazalara dayanmaktadır. Ancak bu cezalardaki asıl maksat toplumun huzur ve refahını sağlamak olup İslam dini hiçbir zaman şiddet mülahazasıyla fertleri cezalandırmaktan yana olmamıştır. Her ne kadar İslam'ın bazı kural, kâide ve tarih boyunca süregelen bir takım uygulamaları ile Hz. Peygamberin hadislerinin şiddete sebebiyet verdiğini iddia edenler bulunsa da; İslam her zaman şiddet ve zulmün karşısında yer almış; sevgiyi, kardeşliği ve hoşgörüyü merkeze almıştır. Şiddetin uygulanmasının uygun görüldüğü durumların arkasında ise mutlaka insanlığın bir faydasının olduğunu belirtmiştir. Zira mahkeme kayıtlarına baktığımız zaman bugünkü hırsızlık olaylarının sayısı ile asrı saadetteki hırsızlık olaylarının sayısı arasında kıyaslanamayacak derecede fark bulunmaktadır. Bu nedenle İslam dininin uygulamadaki amacı daima huzur ve sukûnu temine yöneliktir.

Bu konuyu araştırırken öncelikle İslam hukuku alanına ait umumi fıkıh kitaplarını inceledik. Özellikle bu kitapların edebu'l-kadî veya kadâ bölümlerine yoğunlaşarak konuya açıklık getirmeye çalıştık.

Bunun yanında fikhın öngördüğü çerçevede hâkimlik ile ilgili yazılan edebu'l-kadî ve ahkamu's-sultaniyye türü eserlerden de faydalandık. Ayrıca bu konu ile ilgili ve yine fikhın öngördüğü çerçevede son dönemlerde yazılan eserlerden de yararlandık. Tezimizi esas itibarıyla dört mezhebin görüşlerinden faydalanarak ve her mezhebin kendi kaynağına başvurarak oluşturmaya gayret gösterdik. Araştırmamızı yürütürken klasik ve muasır fıkıh kaynaklarının yanında Tefsir, Hadis, Kelam, İslam tarihi gibi bilim dallarının temel eserlerinden de yararlandık. Ayrıca İslam fikhı ansiklopedileri, çeşitli Arapça sözlükler gibi eserlerden de faydalanarak tezimizi zenginleştirmeye ve konunun daha iyi bir şekilde anlaşılması için bir takım değerlendirme ve sonuçlara ulaşmaya çalıştık.

BİRİNCİ BÖLÜM
İSLAM HUKUKUNDA HÂKİMLİĞİN TARİHİ GELİŞİMİ VE
FIKİH LİTERATÜRÜNDE HÂKİMLİĞİN TANIMI,
DELİLLERİ, ŞARTLARI VE HÜKMÜ

I. İSLAM HUKUKUNDA HÂKİMLİĞİN TARİHİ GELİŞİMİ

A. HZ. PEYGAMBER DÖNEMİNDE HÂKİMLİK (610-632)

Hâkimlik ilk insan ve ilk Peygamber olan Hz. Âdem (a.s)'den itibaren yerine getirilen bir meslektir. Tarih boyunca insanlar arasında meydana gelen anlaşmazlıkları çözmek için hâkimler görev yapmışlardır. Anlaşmazlıklar bazen dini esaslara göre ve bazen de örf ve adet kurallarına göre çözümlenirdi. Hz. Peygamberden önce cahiliye devri Araplarında düzenli bir yargı teşkilatı bulunmamaktaydı. Kabileler halinde yaşayan halk, aralarında meydana gelen anlaşmazlığı kabile reisine götürürdü. Kabile reisi herhangi bir hukuk sistemine bağlı olmaksızın örf ve adetlere ve kendi çevrelerinden ve inançlarından doğan geleneklere göre hüküm verirdi. Kabile reisleri Arapların barışta hâkimleri, savaşta komutanlarıydı.⁶

Hz. Peygamberin tebliğ görevi ile görevlendirilmesinden sonra yeni bir hukuk sistemi oluşmaya başlamış ve bizzat Hz. Peygamber bu hukuk sistemi ile insanlar arasında meydana gelen anlaşmazlıkları karara bağlamıştır. Bunun yanında Hz. Peygamber muhakeme usulü ve adâbı ile ilgili kurallar koymuş ve açıklamalar yapmış, böylelikle Kur'an-ı Kerim'in ışığında İslam Yargılama müessesesinin temelini atmıştır. Bu konuda Yüce Allah (c.c) Kur'an'da “(Ey Muhammed!) Sana da o Kitab'ı (Kur'an'ı) hak, önündeki kitapları doğrulayıcı, onları gözetici olarak indirdik. Artık Allah'ın indirdiği ile aralarında hükmet ve sana gelen haktan ayrılıp ta onların arzularına uyma”⁷ buyurmuştur. Hz.

⁶ Muhammed Hamidullah, *İslam Anayasa Hukuku*, Çev. Vecdi Akyüz, Beyan Yayınları, İstanbul 1998, s. 21.

⁷ Maide, 5/48.

Peygamber de bu ayet uyarınca bizzat yargı işlerine bakar ve insanlar arasında meydana gelen anlaşmazlıkları adaletle karara bağlardı.⁸

Hz. Peygamberin verdiği hükümler bağlayıcıdır. Çünkü Yüce Allah bir ayette şöyle buyurmaktadır: “Allah ve Resûlü bir iş hakkında hüküm verdikleri zaman, hiçbir mü’min erkek ve hiçbir mü’min kadın için kendi işleri konusunda tercih kullanma hakları yoktur. Kim Allah’a ve Resûlüne karşı gelirse şüphesiz ki o apaçık bir şekilde sapmıştır.”⁹ Dolayısıyla Hz. Peygamber bir hüküm verdiği zaman verilen hüküm geçerli olacak ve artık yeni hüküm almak için davayı herhangi bir hakeme götürmek söz konusu olmayacaktır.

Hz. Peygamber’in İslâm toplumunun genişlemesine ve görülecek davaların sayısındaki artışa paralel olarak Hz. Ömer (ö. 23/643), Amr b. Âs (ö. 43/663), Ukbe b. Âmir (ö. 58/678), Huzeyfe b. Yemân (ö. 36/656) gibi sahabelere Medine’de yargı yetkisi verdiği, bazılarını cezaların infazına memur ettiği, Hicaz bölgesinde ve Güney Arabistan’da yeni fethedilen şehir ve bölgelere idarî işleri tedvir etmek üzere valiler tayin ettiği ve onlara yargı görevi de verdiği bilinmektedir. Mesela Muaz b. Cebel’i (ö. 17/638) Cened bölgesine, Hz. Ali’yi (ö. 40/660) Yemen’e, Osman b. Ebu’l-As’ı Taif’e, Muhacir b. Ebu Ümeyye’yi San’a bölgesine, Ziyad b. Lebid’i Hadramut’a, hâkim ünvanıyla göndermiştir.¹⁰

B. HULEFÂ-İ RAŞİDİN DÖNEMİNDE HÂKİMLİK (11/632-41/661)

Hz. Ebû Bekir (ö. 13/634) devrinde yargı şekil bakımından Hz. Peygamber devrindekinden pek farklı değildi. Ancak meselelerin çözümü Kur’an’da ve sünnette bulunmadığı takdirde mesele hâkimlerin içtihadı ile karara bağlanıyordu. Başta Hz. Ebû Bekir olmak üzere ilk dört halifenin hepsi de halifelikleri döneminde, bir meselede güçlülükle karşılaşırlarsa, sahabeleri toplar ve onlara Hz. Peygamberin bu mesele hakkında bir hükmünün bulunup bulunmadığını sorardı.¹¹

Hz. Ömer (ö. 25/646) döneminde devlet teşkilatı yapısal olarak önemli değişimler geçirmiş, artan fetihlerle birlikte idari ve kazâ-i işlerin çoğalmasıyla

⁸ Muhammed Abdulhay Kettânî, *et-Teratibü’l-idariyye*, Çev. Ahmet Özel, İz Yayıncılık, İstanbul 1991, II, 13; Fahrettin Atar, “Kâdî” *DİA*, TDV Yayınları, İstanbul 2001, XXIV, 66.

⁹ Ahzâb, 33/22.

¹⁰ Kettânî, *et-Teratibü’l-idariyye*, II, 13; Atar, “Kâdî” *DİA*, XXIV, 66.

¹¹ Muhammed Fazl Nebhân, *İslam Anayasası İdare Hukukunun Genel Esasları*, Çev. Servet Armağan, Sönmez Neşriyat, İstanbul 1980, s. 561.

Mısır, Irak ve Suriye'deki şehirlere hâkimler tayin edilmiştir. Bu dönemde valiler sınır ve cinayet davalarına bakarken, hâkimler medeni davalara ve ta'zir cezası gerektiren davalara bakıyorlardı. Daha sonra valiler yetkilerini tamamen hâkimlere devretmişlerdir. İslam topraklarının genişlemesi ve davalardaki artış ile beraber sadece yargı görevine bakacak hâkimler tayin edilmiştir. Hulefâ-i Raşidin döneminde hâkim tayin eden ilk kişi Hz. Ömer'dir.¹²

Hâkimlerin, yönetime karşı bağımsızlığı, dört halife döneminde güçlendirilmiştir. Öyle ki, gerek Müslüman, gerekse Müslüman olmayan herhangi bir kişinin halifeden şikâyeti olması durumunda kişi, bunu hâkime iletebiliyordu. Halife, savunma için hâkimin huzuruna çıkardı. Aynı şekilde halife kendisi hakkında hüküm veremeyeceğinden bir kimsede bir alacağı olsa, bunu doğrudan alamazdı. Bilakis hâkime başvurması gerekirdi. Özellikle Hz. Ebû Bekir (ö. 13/634) döneminden itibaren bunun pek çok örneğini görüyoruz. Ancak başka milletlerde böyle bir durum pek söz konusu olmamıştır.¹³ Örneğin İngiliz hukukunda bugün dahi “*Kral yanılmaz*” ilkesi geçerli olmaktadır.¹⁴ Bu inanişâ göre kral her durumda haklıdır ve hata yapması düşünülemez.

C. EMEVİLER DÖNEMİNDE HÂKİMLİK (41/661-133/750)

Emeviler döneminde hâkimlik ile ilgili uygulama ve esaslar Hulefa-i Raşidin dönemindeki usulden pek fazla farklı değildir. Hâkim bir mesele hakkında hüküm vereceği zaman önce Kur'an'a ve sünnete ve daha sonra delil bulamazsa kendi ictihadına göre hüküm verirdi. Çünkü bu dönemde mezhepler henüz ortaya çıkmamıştı.¹⁵

Bu dönemde hâkimler, idari, mali ve eğitim ile ilgili görevler ile yetim ve vakıf mallarını koruma görevlerini de yürütmüşlerdir. Emevi halifeleri, hâkimleri denetimi altında tutmuş ve görevlerini ihmal edenlerle, adaletsiz bir şekilde yargılama yapanları görevden uzaklaştırmıştır.¹⁶

¹² Nebhân, *İslam Anayasası İdare Hukukunun Genel Esasları*, s. 559.

¹³ Gazi Barut, *İslam Hukukunda Edebu'l-kâdî ve Günümüz Hâkimlik mesleği ile Karşılaştırılması*, Yüksek Lisans Tezi, Bursa 2006, s. 28.

¹⁴ Hamidullah, *İslam Anayasa Hukuku*, s. 30.

¹⁵ Nebhân, *İslam Anayasası İdare Hukukunun Genel Esasları*, s. 563.

¹⁶ Hasan İbrahim Hasan, *İslam Tarihi*, Çev. İsmail Yiğit, Sadrettin Gümüş, Kayıhan Yayınları, İstanbul 1987, II, 199.

Emevi halifelerinden hiçbirisi hâkimin yargılamadaki hükmüne müdahale edememiştir. Ancak Emevilerin son dönemlerinde adli idare, hükümet baskısı altında kalarak hukuka uygun bir faaliyet zemininden uzak kalmıştır. Bundan dolayı hâkimlerin bağımsızlığı kısmen rencide edilmiştir. Bu dönemde mülki idarenin temsilcisi olan valiler, hâkimleri tayin etme ve azletme yetkisine sahiptiler.¹⁷

Emeviler döneminde halifeler de bazen bizzat kendileri davalara bakmıştır. Örneğin halife Abdulmelik b. Mervan (ö. 87/705) haftada bir gününü yargı işine tahsis etmiş, önemli davalara başkadısından da yardım alarak bizzat kendisi bakmıştır. Halifenin bu uygulaması zamanla gelişerek, Divanü'l-mezalim adı ile meşhur olmuştur. Divanü'l-mezalim'in bugünkü karşılığı Yüce Divan, Danıştay ve Temyiz Mahkemeleridir.¹⁸ Halife Ömer b. Abdulaziz (ö.101/720) döneminde adli idarenin faaliyetlerinden insanların haksızlığa uğramamasını garanti altına almak gayesiyle, çeşitli konuları içeren talimatlar hâkimlere gönderiliyordu.¹⁹

Endülüs Emevileri'nde, bütün hâkimlerin başı anlamında ve Abbasilerdeki Kâdı'l-kudâtlik teşkilatına karşılık gelen Kâdı'l-cemâa teşkilatının kurulduğu görülmektedir.²⁰ Kâdı'l-cemâa'nın tayini hükümdar veya halife tarafından gerçekleştirilirdi. Aynı zamanda bu dönemde mezhebler ortaya çıkmaya başlamıştı. Bu itibarla orada Maliki mezhebinin yayılması ile beraber hâkimler Maliki Mezhebine göre hüküm vermeye başlamışlardı.²¹

D. ABBASİLER DÖNEMİNDE HÂKİMLİK (133/750-656/1258)

Abbasiler döneminde gerek fıkıh, gerek hadis ve gerekse diğer şer'i ilimler alanında önemli gelişmeler kaydedilmiştir. Buna bağlı olarak da yargı alanında da önemli değişiklikler olmuştur. Bunun sebebi ise, içtihat hareketleri ile beraber çeşitli mezheplerin ortaya çıkması ve buna bağlı olarak tedvin hareketlerinin başlamasıdır.

¹⁷ Ebû Cafer Muhammed b. Cerir Taberî, *Tarihu'l-umem ve'l-mulûk*, Daru suveydab, Beyrut ts, IV, 13.

¹⁸ Hayrettin Karaman, *İslam Hukuku Tarihi*, İz Yayıncılık, İstanbul 2001, s. 245.

¹⁹ Fahrettin Atar, *İslam Adliye Teşkilatı Ortaya Çıkışı ve İşleyişi*, DİB Yayınları, Ankara 1999, s. 84.

²⁰ Atar, *İslam Adliye Teşkilatı Ortaya Çıkışı ve İşleyişi*, s. 32.

²¹ Barut, *İslam Hukukunda Edebu'l-kâdi ve Günümüz Hâkimlik mesleği ile Karşılaştırılması*, s. 30.

Fıkıh Mezheplerinin teşekkülünden önce hâkimler, müçtehit âlimler arasından seçilmekteydi. Âlimler, kitap, sünnet ve kendi görüşleriyle beraber etrafındaki âlimlerle iştişare ederek davaları karara bağlarlardı. Bu dönemde halk hâkimlere verdikleri hüküm konusunda güvenmekteydi. Ancak içtihat ruhunun zayıflaması, bazı hâkimlerin olumsuz tutum ve davranışlar sergilemesi sebebiyle hâkimlere duyulan güven gittikçe azalmıştı. Dolayısıyla hukuki anlamda meydana gelen güvensizliği ortadan kaldırmak için hükmedilecek esasların önceden tespit edilmesi gerekli kılınmıştı. İşte Abbasiler döneminde mezheplerin ortaya çıkmasıyla beraber bu ihtiyaç neticesinde o bölgede hangi müçtehidin mezhebi tedvin edilmiş ise, hâkimin o mezhepten tayini veya hükmün o mezhebe göre verilmesi istenir olmuştu.²² Bunun neticesinde de mezheplerin ortaya çıktıkları bölgelere bağlı olarak Irak'ta bulunan bir hâkim, Hanefî mezhebine göre, Mısır da bulunan bir hâkim de Şafii mezhebine göre hüküm vermeye başladı.²³

Bu dönemde halifeler ve valiler hangi mezhebi benimsemiş iseler orada hâkimler, o mezhep âlimlerinden seçilmekteydi. Mesela Abbasiler Hanefî mezhebine yakınlığından dolayı Bağdat kadılığına Ebû Yusuf (ö. 182/798)'u getirmişlerdi. Mahkemeye hâkimin mezhebi dışında bir davacının başvurusu durumunda ise, onun davasına bakacak kendi mezhebinden âlim olan bir yardımcı tayin edilmişti.²⁴

Bu dönemde hâkimlerin görev alanlarında da değişiklik olmuştu. Daha önce medeni ve ceza davalarına bakan hâkimler artık vakıflar, vasiler, emniyet ve belediye işleri, darphane, beytü'l-mal gibi kurumlarla da meşgul olmaya başlamışlardı.²⁵

Harun Reşid (ö. 193/809) döneminde, bugünkü Adalet Bakanlığına karşılık gelen Kâdî'l-Kudâtlık (baş hâkimlik) makamı oluşturularak Ebû Yusuf (ö. 182/798) bu göreve getirilen ilk hukukçu olmuştu.²⁶

²² Karaman, *İslam Hukuku Tarihi*, s. 238.

²³ Nebhân, *İslam Anayasası İdare Hukukunun Genel Esasları*, s. 563.

²⁴ Barut, *İslam Hukukunda Edebu'l-kâdî ve Günümüz Hâkimlik mesleği ile Karşılaştırılması*, s. 31.

²⁵ Nebhân, *İslam Anayasası İdare Hukukunun Genel Esasları*, s. 564.

²⁶ Barut, *İslam Hukukunda Edebu'l-kâdî ve Günümüz Hâkimlik mesleği ile Karşılaştırılması*, s. 31

E. SELÇUKLULAR DÖNEMİNDE HÂKİMLİK (430/1038-641/12439)

Selçuklular'ın kurulduğu ilk yıllarda yargı Abbasiler dönemine benzemektedir. Daha sonraki yıllarda iki türlü yargı sistemi meydana geldi. Bunlardan birincisi, kadılar ve kadı'l-kudâtlar'ın oluşturduğu adli yargı mahkemeleri; ikincisi, Divanü'l-Mezalim denilen, idari yargı görünümünde yüksek mahkemelerdir. Ayrıca orduya mensup kimseler ile alakalı şer'i davalara bakan kazaskerler (ordu kadılığı) de vardı.²⁷

Selçuklular da Abbasiler gibi benimsedikleri mezhep doğrultusunda hâkimleri tayin etmişlerdir. Selçuklu Devletinde Hanefî mezhebinin yanında Şafîî âlimlerinin de söz sahibi olmaları ancak Nizamü'l-mülk (ö. 485/1092) zamanında mümkün olmuştur.²⁸

Anadolu Selçuklu Devleti'nin adli sistemi de, genel İslam prensiplerine uygundur. Hâkimlerin en üstünü, Konya kadısı idi ve ona başkadı anlamında Kâdî'l-kudât adı verilirdi. Askeri kişilerin yargı işlerini ise kazaskerler (ordu kadılığı) görürlerdi. Bunlara Kâdî Leşker denirdi. Osmanlı kazaskerlerinin kökeninin buradan geldiği belirtilmektedir.²⁹

F. OSMANLILAR DÖNEMİNDE HÂKİMLİK (699/1299-1341/1922)

Osmanlılar, bir taraftan kendilerinden önceki Müslüman devletlerin geleneklerinden faydalanarak, bir taraftan da yeni uygulamalar geliştirerek hâkim tayininde çok titiz davranmışlardır. Hâkim tayin edilebilmek için bir takım niteliklere sahip olmanın yanında belirli bir tahsili de tamamlamayı şart koşmuşlardır. Buna bağlı olarak hâkimlik başlı başına bir meslek olarak görülmektedir.³⁰

Osmanlı'nın ilk dönemlerinde sancak ve daha küçük yerlerin idari ve adli işleri hâkimlere bırakılmıştı. Bu dönemde en büyük ilmiye makamı Bursa kadılığıydı. Ancak I. Murad (ö. 791/1389) zamanında kadıları ve müderrisleri

²⁷ Halil Cin, Ahmet Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya 1989, s. 222.

²⁸ Karaman, *İslam Hukuku Tarihi*, s. 238.

²⁹ Coşkun Üçok, *Türk Hukuk Tarihi Dersleri*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1972, s. 157.

³⁰ İlber Ortaylı, *Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı döneminde Kâdî*, Turhan Kitabevi, Ankara 1994, s. 12.

atayan ve en büyük adalet memuru olan kazaskerlik makamı kurulunca, Bursa kadılığı üstünlüğünü kaybetmişti.³¹

Osmanlıda kazaskerler, Divan-ı Hümayun'un üyesi olarak kadı ve müderris tayin etmenin yanında askerlerin davalarına, miras işlerine ve bütün sivil adli işlere de bakıyorlardı.³² Ayrıca kazaskerler, sefere çıkan orduya eşlik eder, askerler arasında veya orduya mensup biri aleyhine halktan biri tarafından açılan hukuk ve ceza davalarını çözüme kavuşturur, savaş ganimetlerinin dağıtılmasına da başkanlık ederlerdi.³³

Fatih Sultan Mehmed (ö. 886/1481) zamanında işlerin çoğalması sebebiyle kazaskerlik Anadolu ve Rumeli olmak üzere ikiye çıkartılmıştı. İstanbul'un fethinden sonra, İstanbul kadısı ile kazaskerin büro ve görevleri birbirinden ayrılmıştı.³⁴ İlmiye mensuplarının tayin, azl ve nakil işlemlerini, Anadolu ve Rumeli Kazaskerlikleri yaparlardı. Bu dönemde hâkimlerin tayin süreleri ve atandığı yerdeki görevleri kısa tutulmuştur. Mevleviyet payesini almış büyük kadılar genellikle bir sene, kaza kadıları ise 20 ay süreyle tayin edilmekteydi.³⁵ Hâkimlerin bu kadar kısa süreli tayinlerinin sebebi mahalli halk ile yakınlaşmalarını sağlamak içindi.

18. Yüzyıldan itibaren mevleviyetler beş kategoriye ayrılmıştı. Bunlar; Mevleviyetliğin en alt derecesi olup, Maraş, Antep, Bosna, Sofya, Belgrad ve Bağdat gibi şehirlere ait Devriye Mevleviyeti; Kudüs, Haleb, Tırhala, Galata ve İzmir gibi yerlerdeki Mahrec Mevleviyeti; Edirne, Bursa, Şam, Mısır ve Filibe şehirlerini içine alan Bilad-ı Hamse Mevleviyeti; Mekke ve Medine'yi içine alan Harameyn Mevleviyeti ve İstanbul Kadılığıdır.³⁶

³¹ Ziya Kazıcı, *İslam Medeniyeti ve Müesseseleri Tarihi*, Kayıhan Yayınları, İstanbul 1999, s. 192.

³² Kazıcı, *İslam Medeniyeti ve Müesseseleri Tarihi*, s. 201.

³³ Ali Himmet Berki, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, Örnek Matbaası, Ankara 1955, s. 50.

³⁴ Osman Keskiöğlü, *Fıkıh Tarihi ve İslam Hukuku*, D.İ.B. Yayınları, Ankara 1999, s. 292.

³⁵ Ortaylı, *Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı döneminde Kâdî*, s. 16.

³⁶ Kazıcı, *İslam Medeniyeti ve Müesseseleri Tarihi*, s. 194.

Osmanlı döneminde kadı hem bir hukukçu hem de bir idare adamıydı.³⁷ Kadıların yetkilerinin sınırı çok genişti. Medeni, ticari, ceza davalarına bakar, bir çeşit noterlik ve savcılık yapar, bazı idari ve mali vazifeleri de yerine getirirdi.³⁸

Hâkimler önceleri fetvâ işleri ile de meşgul olurken, Yavuz Sultan Selim (ö. 926/1520) zamanında Şeyhu'l-İslamlık makamı kurulmuş ve zamanla bu makam sadrazamlık görevi ile eşit tutulmuştur. Şeyhu'l-İslam, ilmiye sınıfının başkanı ve şer'î mahkemelerin de bakanıdır.³⁹

Osmanlılar döneminde hâkimler yargılamayı Hanefî Mezhebinin usul ve esaslarına göre yapmaktaydılar. Ancak davacının diğer üç mezhepten birisinin kurallarına ve içtihatlarına göre davasının bakılmasını talep etmesi durumunda, onun isteğine uyma zorunluluğu vardı. Osmanlılarda, mahkemelerin bağımsızlığına oldukça dikkat edilmiştir. Hukuk davalarında Padişah bile hâkimin verdiği hükmü kabul etmek hususunda mecbur tutulmuştur. Buna örnek olarak Molla Gürani'nin (ö. 894/1488) verdiği bir hükme Padişah tarafından müdahale edilince, mahkemenin bağımsızlığına gölge düştüğü gerekçesiyle Gürani'nin hâkimlik görevinden istifa etmesini gösterebiliriz.⁴⁰

Hâkimler, ilk dönemlerde fıkıh ve hukuk bilgisi olan şahıslar arasından seçiliyordu. Ancak daha sonra hâkimlerin yetişmesi için medrese kurulmuştur. İlk medrese 1326 yılında Orhan Gazi (ö. 734/1328) tarafından İznik'te kuruldu. Daha sonra Fatih Sultan Mehmed Sahn-ı Seman medresesini kurarak hâkimlerin yetiştirilmesi burada devam etmiştir. Bu medreselerin bugünkü anlamda karşılığı Hukuk Fakülteleri'dir. Bugün nasıl ki, hâkim olmak için bu fakültelerden mezun olmak şart koşulduysa, Osmanlılarda da bu medreselerin kurulmasıyla beraber hâkim olmak için bu medreselerden mezun olmak şartı aranmıştı.⁴¹

Tanzimattan sonra çağın getirmiş olduğu yeniliklerle beraber yeni kanunların çıkarılması ve adli yapıda değişiklikler yapılması ihtiyacı ortaya çıktı. Bunun sonucunda İslam Hukukuna dayanan yargılama usulü yeni kanunları uygulamaya çalışan yeni mahkemelere yetmemeye başlamış ve bunun neticesinde

³⁷ Ortaylı, *Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı döneminde Kâdî*, s. 8.

³⁸ Karaman, *İslam Hukuku Tarihi*, s. 299.

³⁹ Karaman, *İslam Hukuku Tarihi*, s. 299.

⁴⁰ Keskiöglü, *Fıkıh Tarihi ve İslam Hukuku*, s. 292.

⁴¹ Üçok, *Türk Hukuk Tarihi Dersleri*, s. 153.

de 1879 tarihinde, 1807 tarihli Fransız Hukuk Yargılama Usulü Kanunu'na dayanılarak Usul-i Muhakeme-i Hukukiye kanunu çıkarılmıştır.⁴² Yine aynı yıl 1808 tarihli Fransız Ceza Yargılama Kanunu çevrilip yürürlüğe girmiş ve modern ceza mahkemeleri ve 1879 tarihli bir kanun ile savcılık kurumu da ilk defa Osmanlı Devleti'ne girmiş oldu. Bu kanun cumhuriyet döneminde de 1929 yılına kadar yürürlükte kalmıştı.⁴³

Bununla birlikte, İslam Hukukunu uygulayan şer'i mahkemelerin yanında Avrupadan alınan kanunları uygulayan Nizamiye Mahkemeleri oluşturulmuştur. Böylece 19. Yüzyılın sonlarına doğru Osmanlı İmparatorluğunda kapitülasyonların gereği olarak azınlık mahkemeleri ile birlikte; Nizamiye Mahkemeleri, Ticaret Mahkemeleri, Şer'iyeye Mahkemeleri ve Gayri Müslimlerin Dini Mahkemeleri varlıklarını devam ettirmişlerdir.⁴⁴

Sultan Mahmud (ö. 1255/1839) tarafından kurulan Meclis-i Ahkâm-ı Adliye hem bir yüksek mahkeme, hem de kanun hazırlayan bir çeşit teşrî meclisi olarak görev yapıyordu. Daha sonra Sultan Abdulaziz (ö. 1876/1292) zamanında Divan-ı Ahkâm-ı Adliye ile Şuray-ı Devlet kurulmuştur. Bunlardan birincisi tüm mahkemelerin üzerinde yüksek bir adli yargı ve temyiz müessesesidir. İkincisi ise hem yüksek idari müessese, hem de bir kanun koyma meclisi görünümündedir. Daha sonra çeşitli alanlar için başka mahkemeler de kurulmaya devam etmiştir.⁴⁵

Osmanlı Devletinin dağılmasıyla birlikte tanzimattan sonra yargı alanında yapılan değişikliklerle birlikte sağlanan birikim, yeni kurulan Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ne devredilmiş oldu.⁴⁶

II. FIKİH LİTERATÜRÜNDE HÂKİM (KÂDÎ) KAVRAMI

A. Sözlük Anlamı

Hâkimliği ifade etmek üzere klâsik literatürde kâdî kelimesinin kullanıldığını görürüz. Kâdî kelimesi ise arapça k-d-y (ك-د-ي) fiilinin ismi fâili

⁴² Üçok, *Türk Hukuk Tarihi Dersleri*, s. 154.

⁴³ Barut, *İslam Hukukunda Edebu'l-kâdî ve Günümüz Hâkimlik mesleği ile Karşılaştırılması*, s. 37.

⁴⁴ Üçok, *Türk Hukuk Tarihi Dersleri*, s. 191.

⁴⁵ Karaman, *İslam Hukuku Tarihi*, s. 300.

⁴⁶ Barut, *İslam Hukukunda Edebu'l-kâdî ve Günümüz Hâkimlik mesleği ile Karşılaştırılması*, s. 38.

olup sözlükte; “*hükmedip işi ayıran, karar verdiği zaman da onu sağlam yapan, yerine getirip tamamlayarak o işi bitirip ayıran kimse*”⁴⁷ anlamlarına gelir. Ayrıca kâdî sözcüğü yargı organlarında görevli kişi anlamında da kullanılmaktadır.⁴⁸ Hâkim veya müradifi kâdî sözcüğü başka anlamlarda da kullanılmıştır. Örneğin, hâkim sözcüğü tekil olarak kullanılırsa halife, sultan veya devlet başkanını ifade eder; Hükâm şeklinde çoğul olarak kullanılması halinde ise halife, vali, kumandan gibi kamu görevlilerini, alanlarıyla ilgili hüküm verme ve uygulama gücüne sahip bulunan üst düzey yöneticileri ifade eder. Hâkim kelimesi mutlak olarak kullanıldığı takdirde ise, genellikle kadî anlamına gelir.⁴⁹ Günümüzde hâkim kelimesinin kâdî anlamı ön plana çıkmış olup, yargılama işini yerine getiren kimse anlamında kullanılmaktadır.

B. Terim Anlamı

Hâkim kelimesi için klasik fıkıh eserlerinde birbirine yakın tanımlar yapılmıştır. Bu tanımlardan bazıları şu şekildedir: “*Hâkim, insanlar arasında vuku bulan anlaşmazlıkları şer’i hükümlere uygun olarak çözümlmek üzere veliyyü’l-emr tarafından tayin olunan kimsedir.*”⁵⁰ Başka bir tanımda ise: “*Dinin gösterdiği adaleti yayan, zulmü yok eden ve hiçbir tarafa meyletmeksizin şer’i hadleri yerine getiren kimsedir.*”⁵¹ Diğer bir tanımda ise hâkim, “*Anlaşmazlıkları gideren, anlaşamayan kimseleri ayıran kimsedir.*”⁵² Bu tanımlardan da anlaşılacağı üzere klasik eserlerde hâkim sözcüğünün tanımı birbirine yakın anlamlarda kullanılmıştır.

Arapça olan kâdî kelimesi yerine bugün hâkim sözcüğü kullanılmaktadır. Ancak hâkim kelimesi kâdî tabirinden daha umumdur. Çünkü hâkim unvanı,

⁴⁷ İbn Manzûr Muhammed b. Mükerrrem, *Lisanu’l-arab*, Daru’s- sadr, Beyrut ts, XV, 186.

⁴⁸ Elmalılı Hamdi Yazır, *Alfabetik İslam Hukuku ve Fıkıh İstılahları Kâmusu*, Eser Neşriyat, İstanbul 1997, III, 48.

⁴⁹ Heyet, *el-Mevsu’atü’l-fikhiyye*, Vizaretü’l-Evkaf ve’ş-Şuuni’l-İslamiyye, Kuveyt 1989, XVI, 268; Fahrettin Atar, “*Kadî*” *DİA*, TDV Yayınları, İstanbul 2001, XXIV, 66.

⁵⁰ Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuki İslamiyye ve İstılahatı Fikhiyye Kâmusu*, Bilmen Yayınevi, İstanbul 1970, VIII, 204.

⁵¹ Abdullah b. Mahmud b. Mevdud el-Mavsılî, *el-İhtiyar li Ta’lîlî’l-Muhtar*, Çağrı Yayınları, İstanbul 2005, II, 82.

⁵² Muhammed Emin İbn Âbidin, *Reddü’l-muhtar Ale’d-Dürri’l-Muhtar*, Daru’l-alemi’l-kütüb, Riyad 2003, VIII, 20.

kâdî'ye verildiği gibi veliyyü'l-emr'e de verilir.⁵³ Biz çalışmamızda hâkim ile kâdî sözcüğünü aynı anlamda kullanacağız.

III. HÂKİMLİK GÖREVİNİN DELİLLERİ

Fakihler eserlerinde hâkimlik mesleğinin meşruiyetine ve mahiyetine ilişkin pek çok açıklamalarda bulunmuş, konuyu yer yer naslarla delillendirme yoluna gitmişlerdir. Burada sözkonusu delilleri ve fukahanın konuya yaklaşımı verilmeye çalışılmıştır. Bu yaklaşımları da açıklarken deliller önem sırasına göre ele alınmıştır.

A. Kitap

İslam hukukunun birinci kaynağı Kur'an-ı Kerim'dir. Dolayısıyla fukaha hâkimlik mesleğinin delillerini öncelikle Kur'an'a dayanarak ortaya koymaya çalışmıştır.

Yüce Allah Kur'an-ı Kerim'de hâkimliğin önemine işaret eden bir ayette şöyle buyuruyor: *“Ben yeryüzünde bir halife yaratacağım”*⁵⁴

Buradaki halifeden kasıt İbn Mesud (ö. 32/652) ve İbn Abbas'a (ö. 68/687) göre ve bütün tefsircilere göre Hz. Âdem (a.s)'dir. Çünkü o Allah'ın emirlerini yerine getirmede Allah'ın yeryüzündeki halifesidir.⁵⁵ Allah'ın emirlerini yeryüzünde uygulamak ve Allah için adaleti yeryüzünde tesis etmekle görevlendirilmişti. Bilinmelidir ki, hak ile hüküm vermek Allah'a imandan sonra en kuvvetli farzlardan birisidir. Hak ile hüküm vermek en yüce ibadetlerdendir. Bundan dolayı Allahû Teâlâ Hz. Âdem'e halife ismini vermiştir. Bu ayet sözü dinlenen ve itaat edilen bir hükümdarın tayin edilmesinin gerekliliğine bir delildir.⁵⁶ Hâkim de bulunduğu bölgede hükümdarın temsilcisidir. Dolayısıyla hükümdara vekâleten orada Allah'ın emirleriyle hüküm verme görevini yerine getirir.

Yüce Allah adaletle hüküm vermenin önemine işaret eden bir ayette şöyle buyuruyor: *“Ona dedik ki: “Ey Dâvud! Gerçekten biz seni yeryüzünde halife*

⁵³ Bilmen, *Hukuki İslamiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kâmusu*, VIII, 204.

⁵⁴ Bakara, 2/30.

⁵⁵ Kurtubî, *el-Camiu li Ahkâmi'l-kur'an*, I, 248.

⁵⁶ Serahsî, *Mebcut*, XVI, 60.

yaptık. İnsanlar arasında adalet ile hüküm ver. Nefsin arzusuna uyma, yoksa seni Allah'ın yolundan saptırır. Allah'ın yolundan sapanlar için hesap gününü unutmaları sebebiyle şiddetli bir azap vardır”⁵⁷ buyurarak Dâvud (a.s) için de halife ismini kullanmıştır.⁵⁸ Zira Dâvud (a.s) bir hükümdardı. İyiliği emretmek ve kötülüğü nefyetmek için Allah tarafından hükümdar olarak tayin edildi. Ve insanlar arasında adaletle hükmetmesini Allah kendisine emretti.⁵⁹ Dâvud (a.s)’a verilen emir hâkimlere de dolaylı olarak verilmiştir. Çünkü onlar insanlar arasında meydana gelen anlaşmazlıkları adaletle, hiç bir haksızlığa meydan vermeden ve Allah’ın bildirdiği ile hüküm vermeleri için hükümdar tarafından tayin edilmiş kişilerdir.

Hâkimlerin Allah’ın indirdiği ile hüküm vermelerini gerektiren başka bir ayet-i kerime’de ise yüce Allah şöyle buyuruyor:

“Şüphesiz Tevrat’ı biz indirdik. İçinde bir hidayet ve bir nur vardır. Allah’a teslim olmuş nebiler, onunla Yahudilere hüküm verirlerdi. Kendilerini Rabbe adanmış kimseler ile âlimler de öylece hükmederlerdi. Çünkü bunlar Allah’ın kitabını korumakla görevlendirilmişlerdi. Onlar Tevrat’ın hak olduğuna da şahit idiler. Şu halde, siz de insanlardan korkmayın, benden korkun ve ayetlerimi az bir karşılığa değişmeyin. Allah’ın indirdiği ile hükmetmeyenler kâfirlerin ta kendileridir.”⁶⁰ Bu ayette Yüce Allah insanlar arasında adaletle hükmetmeyi emretmekte ve Allah’ın indirdiği ile hükmetmeyenleri kâfir olarak nitelendirmektedir. Ayrıca Peygamber efendimizin bir Yahudi hakkında Tevrat’a göre anlaşmazlığı gidererek hüküm bildirdiğine dair deliller de vardır.⁶¹ Peygamberimizin Tevrat’a göre hüküm bildirmesinin sebebi ise, taraflardan birinin Yahudi olmasından kaynaklanmaktadır. Buradan da şu sonucu çıkarabiliriz ki, herkes kendi dinine göre yargılanma hakkına sahiptir.

Hâkimlerin yargılama esnasında başkalarının arzularına uymamalarını bildiren başka bir ayette ise Yüce Allah şöyle buyuruyor: “Aralarında Allah’ın

⁵⁷ Sad, 38/26.

⁵⁸ Serahsî, *Mebcut*, XVI, 60.

⁵⁹ Kurtubî, *el-Camiu li Ahkâmi'l-kur'an*, VIII, 160.

⁶⁰ Mâide, 5/44.

⁶¹ Ebu'l-Fida İsmail b. Ömer İbn Kesir el-Kureyşi ed-Dimeşki, *Tefsiru'l-kur'ani'l-azim*, Daru't-tayyibe, Riyad 1999, III, 116.

indirdiği ile hükmet ve onların arzularına uyma.”⁶² Tefsircilerin açıklamalarına göre bu ayette Yüce Allah Peygamber Efendimize şu talimatı vermektedir: Sana indirilen bu kitapla ve senin şeriatında nesh olunmayan hükümlerden senin için kararlaştırmış olduğu şeylerle hükmet.⁶³ Sakın Yahudilerin kendi heva ve heveslerine uygun olarak vermiş oldukları hükümlere uyma.⁶⁴ Bu takdirde hak yerini bulur ve adalet tecelli eder. Adalet sayesinde de gökler ve yer ayakta durur. Zulüm ortadan kalkar. Haksızlığa uğrayan kişinin hakkı, haksızlık yapan kişiden alınmış olur. Hak, hak sahibine ulaşır. İyilik emredilmiş, kötülük yasaklanmış olur.⁶⁵ Peygamber Efendimize yapılan bu uyarı, dolaylı olarak hâkimlere de yapılmaktadır. Çünkü onlar da adaleti tesis etmekle mükelleftir. Bundan dolayı hâkim, adaletle hükmetmeyip nefsinin ve başkalarının haksız isteklerine uyduğu müddetçe Allah’ın yolundan ve cennet’ten uzaklaşacağını da bilmelidir.

B. Sünnet

İslâm hukukunun ikinci kaynağı Peygamber efendimizin hayatı, sözleri ve uygulamalarıdır. Bu nedenle İslâm hukukunda hangi konu olursa olsun Kur’an-ı Kerimden sonra başvurulacak ikinci kaynak Resûlullah (s.a.v)’ın sünnetidir. Bu konuya temel teşkil edebilecek nitelikte hadislerde pek çok hüküm ya da uygulama örnekleri mevcuttur. Nitekim fakihler bunlara eserlerinde işaret etmişlerdir. Biz burada konuya delil teşkil edebilecek bazı hadislerle yer vermek istiyoruz.

Peygamber Efendimiz, Müçtehit olan bir hâkimin hüküm verirken içtihadta bulunmasının gerekliliğini bildiren bir hadis-i şeriflerinde: “*Hâkim, hüküm verirken içtihadta bulunur; sonra isabet de ederse, ona iki ecir vardır. Fakat içtihadta bulunur ve hata ederse, ona bir ecir vardır*”⁶⁶ buyurmuştur. Âlimler, bu hadiste geçen hâkimin âlim ve hüküm verme ehliyetine sahip olması konusunda ittifak etmişlerdir. Buradaki iki ecrin birincisi çabasından dolayı, ikincisi ise

⁶² Mâide, 5/49.

⁶³ İbn Kesir, *Tefsiru’l-Kur’ani’l-Azim*, III, 128.

⁶⁴ Muhammed b. Cerir Ebu Cafer et-Taberî, *Camiu’l-beyan fi Tevili’l-kur’an*, Müessesetü’r-risale, Beyrut 2000, X, 392.

⁶⁵ Serahsî, *Mebcut*, XVI, 60.

⁶⁶ Buhari, *Kitabu’l-İtisam li Kitabi ve’s-Sünne*, 21, Hadis no: 6919; Müslim, *Akziyye*, 6, Hadis no: 1716.

kararında isabetli olduğundan dolayıdır. Hata eden ise çabası ve içtihadından dolayı mükâfatı kazanmıştır.⁶⁷

Hâkimin yargılama esnasında öfkeli olmaması gerektiğini bildiren başka bir hadis-i şeriflerinde ise Hz. Peygamber: *”Öfkeli iken hiç kimse iki kişi arasında hükmetmesin”*⁶⁸ buyurarak hâkimin öfkeli halde iken hüküm vermemesini, öfke halinin kendisinin yanlış karar vermesine sebep olabileceğini vurgulamaktadır.

Hâkimlerin, kiminin cennette kiminin ise cehennemde olacağını bildiren başka bir hadis-i şeriflerinde ise Hz. Peygamber: *“Hâkimler üç çeşittir. İkiisi cehennemde biri cennettedir. Cennette olan hakkı bilerek onunla hükmeden kişidir. Cehennemde olanlar ise hakkı bilen, ancak onunla hükmetmeyerek hükmünde zulüm eden ile hakkı bilmediği halde halka cehaletle hüküm verendir”*⁶⁹ buyurarak adaletle ve hakkı bilerek onunla hüküm verenleri cennetle müjdelemektedir. Ancak hakkı bildiği halde hakkı gizleyen, onunla hüküm vermeyip hükmünde zulüm eden ile hakkı bilmediği halde halka cehaletle hüküm veren cahilleri de cehennem ile uyarmaktadır.

Adaletle bir cezanın yerine getirilmesinin öneminden bahseden başka bir hadisi şeriflerinde ise Hz. Peygamber: *“Yeryüzünde yerine getirilen bir ceza yeryüzü halkı için otuz gün veya kırk gün yağmur yağdırılmasından daha hayırlıdır”*⁷⁰ buyurarak adaletle bir cezanın yerine getirilmesinin önemini vurgulamaktadır.

Adaletle hükmetmenin ne derece sorumluluk isteyen, zor bir iş olduğunu bildiren başka bir hadis-i şeriflerinde ise Hz. Peygamber: *“Kim insanlar arasında kâdı tayin edilmiş ise, bıçaksız boğazlanmış demektir.”*⁷¹ buyurarak iki kişi arasında hükmetmenin ne derecede tehlikeli bir iş olduğunu,⁷² aralarındaki anlaşmazlığı adaletle gidermenin, hiçbir haksızlığa meydan vermeden o işi

⁶⁷ Ebu Zekeriyya b. Şeref en-Nevevî, *el-Minhac Şerhu Sahihi'l-müslim*, Daru'l-ihyai't-türasi'l-Arabî, Beyrut h. 1392, XII, 14.

⁶⁸ Buhârî, *Ahkâm*, 13, Hadis no: 6739; Ebû Davûd, *Akziyye*, 9, Hadis no: 3591.

⁶⁹ Ebû Davûd, *Akziyye*, 2, Hadis no: 3575; Tirmizî, *Kitabu'l-Ahkâm el-Kadî*, 1, Hadis no: 1322.

⁷⁰ Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, XIV, Hadis no: 8738; Muhammed b. Hibban b. Ahmed et-Temimi, *Hudûd*, 1, Hadis no: 4398.

⁷¹ Ebû Davûd, *Akziyye*, 1, Hadis no: 3573; İbn Mace, *Ahkâm*, 1, Hadis no: 2303.

⁷² Muhammed Şemsu'l-Hak el-Âzim Âbâdi, *Avnu'l-mabud*, Daru'l-kütübü'l-ilmiyye, Beyrut h. 1415, VI, 354.

çözmenin ne kadar zor olduğunu belirtmektedir. Bu sebeple hâkimler görevlerine diğer mesleklerde çalışan insanlara nazaran daha çok dikkat etmeli, görevlerini hakkıyla yerine getirmelidirler. Aksi takdirde ahiret hayatlarının hüsrana olacağını da bilmeleri gerekir.

C.Sahabe Uygulaması

İslâm Hukukunun üçüncü delili ise, sahabe uygulamasıdır. Çünkü sahabe Peygamber efendimizi bizzat görmüş, onun uygulamalarına birebir tanık olmuştur. Dolayısıyla sahabenin fetvâ ve kavli'nin sünnet olma ihtimali vardır. Fakihlerin çoğunluğuna göre sahabenin amel ve görüşleri bir hüccet ve delildir.⁷³ Ayrıca Peygamber efendimiz de birçok hadis-i şeriflerinde sahabenin yolundan gitmemizi bizlere tavsiye etmektedir. Örneğin bir hadis-i şeriflerinde Hz. Peygamber: *“Benim ahabım gökteki yıldızlar gibidir. Hangisine uyarsanız doğru yolu bulursunuz”*⁷⁴ buyurarak sahabenin uygulamalarına tabi olmayı bizlere tavsiye etmektedir.

Onlar hayatlarını ve yaptıkları işleri Resûlullah'tan nasıl gördüler ve duydularsa ona göre düzenlemişlerdir. Şayet bir hata yaptılarsa da bizzat Hz. Peygamber tarafından uyarılarak hataları düzeltilmiştir.

Sahabe insanlar arasında hüküm vermiştir. Yani hâkimlik mesleğini icra etmişlerdir. Örneğin Hz. Ömer Muhacir ve Ensar arasında meydana gelen anlaşmazlıkları bir hâkim sıfatıyla hükme bağlamıştır.⁷⁵ Aynı şekilde Hz. Ali (ö. 40/660) Yemen bölgesinde, Zeyd b. Sabit (ö. 45/665) Medine'de, Ebu Musa el-Eş'ari (ö. 42/662) Basra'da, Ebu Ubeyde b. Cerrah (ö. 18/639) Şam'da, Muaz b. Cebel (ö. 17/638) ise Yemen'in Cened bölgesinde hâkimlik mesleğini yerine getirmiştir. İlk dört halife hâkimlik görevini hem yerine getirmiş hem de çeşitli bölgelere hâkimler tayin etmişlerdir. Mesela Hz. Ömer (ö. 23/643) Ebu Musa el-Eş'ari'yi (ö. 42/662) Basra'ya,⁷⁶ Abdullah b. Mes'ud'u da (ö. 32/652) Kûfe'ye

⁷³ Fahrettin Atar, *Fıkıh Usulü*, M.Ü.İ.F. Yayınları, İstanbul 2008, s. 93.

⁷⁴ Cezerî, *Camû'l-usul fi Ehadisi'r-resul*, VIII, Hadis no: 6369.

⁷⁵ İmam Ebi Abdillâh Muhammed İdris eş-Şaffî, *el-Ümm*, Daru'l-marife Beyrut, h. 1393, VII, 231.

⁷⁶ Ebu'l-Fida İsmail b.Ömer İbn-i Kesîr, *el-Bidaye ve'n-nihaye*, Daru'l-fikri'l-arabî, Kahire 1932, VIII, 65.

hâkim olarak tayin etmiştir.⁷⁷ Hz. Ömer hâkim olarak tayin ettiği kişilere zaman zaman hâkimlik mesleği hakkında bilgiler de vermiştir. Mesela Hz. Ömer Ebû Musa el-Eş'ari'ye yazdığı mektupta: "*Hâkimlik muhkem bir farz, tabi olunan bir sünnettir*"⁷⁸ buyurarak hâkimlik mesleğinin önemine işaret etmiştir. Burada geçen "muhkem" kelimesi kesinlik ifade eder. Başka bir şeye özgü kılma, başka anlam vermeye kalkışma ihtimali yoktur. "*Tabi olunan bir sünnettir*" sözü ise, dinde girilen bir yoldur, her durumda uyulması gerekir anlamına gelmektedir.⁷⁹ Sahabenin bu türlü sözleri ve uygulamaları hâkimlik mesleğinin hem geçerliliği hem de uygulanması bakımından bizler için bir delil olur.

Ancak bazı sahabelerin hâkimlik mesleğinin kendilerine verilmiş olmasına rağmen, bu mesleğin sorumluluğundan dolayı bu görevden uzak durmaya çalıştıklarını da görmekteyiz. Nitekim Abdurrahman b. Ebi Leyla'nın (ö.148/765) şu gözlemi bunu çok güzel bir şekilde yansıtmaktadır: "*Resulullah'ın ashabından yüz yirmi kişiye ulaştım. Onlardan birine bir şey sorulunca, biri diğerine, o da başkasına gönderirdi. Sonunda soru ilk gönderene tekrar gelirdi.*"⁸⁰ Bu da gösteriyor ki, sahabe hüküm bildirme konusunda oldukça titiz davranmıştır.

Yine tâbiûn âlimlerinden Ata b. es-Saib'den (ö. 136/753) nakledildiğine göre o, "*Ben öyle insanlara (sahabe) yetiştim ki, onlardan birine bir şey sorulduğunda, titreyerek konuşturlardı*"⁸¹ demiştir. Bu da gösteriyor ki, sahabe işin öneminden dolayı oldukça hassas davranıp, sorumluluktan uzak durmaya gayret göstermiştir.

D. Akıl

Hâkimlik mesleğinin İslâm hukukundaki bir başka delili ise, aklî delildir. Aklî delil, insan aklının doğal olarak kavradığı bir delildir. Örneğin, âlemin

⁷⁷ Hamdi Döndüren, "*Kâdî-Kâdîlik*" ŞİA, Şamil Yayınevi, İstanbul 1991, III, 265.

⁷⁸ Dârekutnî, *Kitabu'l-akziyyeti ve'l-ahkâm*, 2, Hadis no: 1.

⁷⁹ Serahsî, *Mebcut*, XVI, 60.

⁸⁰ Ebû Amr Osman b. es-Salâh eş-Şehrezûrî, *Edebu'l-fetva ve Şerûtu'l-müfti ve Sıfatü'l-müstefti ve Ahkâmuhu ve Keyfiyyetü'l-fetva ve'l-istifta*, (Tah. Rifat Fevzi Abdulmuttalib), Mektebetü'l-hancı, Kahire 1992, 58.

⁸¹ Ahmed b. Hamdân el-Harrânî, *Sıfatü'l-fetva ve'l-müfti ve'l-müstefti*, Mektebetü'l-İslami, Beyrut 1984, 9.

sonradan meydana geldiğine delil getirmek için yapmış olduğumuz kıyas, akli delilin bir örneğidir.⁸²

Diğer bir örnekte ise, insanlar arasında adaletsizliği gidermek için hüküm vermek; iyiliği emredip, kötülükten alıkoymaktır. Zira Yüce Allah bir ayet-i kerimede müminlerin şu özelliğine değindi: “*Onlar iyiliği emreder, kötülükten alıkoyarlar.*”⁸³

Başka bir akli delil ise; İnsanların tabiatlarında çekişme ve üstün gelme arzusundan ve fitratlarında olan tartışma ve münakaşa dürtüsünden dolayı aralarında genelde münakaşa meydana gelmekte, barış ve anlaşmaya ise, az rastlanmaktadır. İnsanlar böyle olunca onların tartışmalarını ortadan kaldıracak, doğruya yönlendirecek ve adaletli olmalarını sağlayacak delillerle onları adalete yönlendirmek zorunlu hale gelmiştir. Bunun için de, hâkimliğin gerekliliği ortaya çıkmaktadır.⁸⁴

Yine hâkimliğin bir başka akli delili ise, insanların kendi içtihatları ile verdikleri hükümlerde genelde farklı düşüncelere rastlamak mümkündür. Bu açıdan iki farklı görüşten birini tayin etmek için doğru ve kesin bir hüküm vermek gereklidir.⁸⁵ Bu doğru ve kesin hükmü de ancak hâkimler verebilir.

E.Örf

Hâkimlik mesleğinin İslâm Hukukundaki bir diğer delili ise, örfi delildir. Örfi delil, insanlar arasında alışkanlıkla yapılagelen ve akli selimin yanında güzel kabul edilen şeydir.⁸⁶ Tarih boyunca bütün milletlerin adetlerinde ve hukuk sistemlerinde hâkimlik mesleğinin örneklerine rastlamak mümkündür. Hz. Âdem (a.s)’den itibaren bütün milletlerde hâkimlik mesleği yerine getirilmiştir. İnsanların tarih boyunca yapmış oldukları bu uygulamalar İslam hukukunun temel değerlerine aykırı olmadıkları müddetçe bir delil olarak kullanılabilirler.⁸⁷

⁸² Ali b. Muhammed el-Âmidî, *el-İhkâm fi Usuli'l-ahkâm*, Daru's-semii, Riyad 2003, I, 24.

⁸³ Tevbe, 9/112.

⁸⁴ Ebu'l-Hüseyn Ali Muhammed b. Habib Mâverdî, *Edebu'l-kâdî*, İrşad Matbaası, Bağdat 1981, I, 135.

⁸⁵ Mâverdî, *Edebu'l-kâdî*, I, 136.

⁸⁶ Atar, *Fıkıh Usulü*, 86.

⁸⁷ Mâverdî, *Edebu'l-kâdî*, I, 136.

IV. YARGININ UNSURLARI

A. Hâkim

Hâkim, insanlar arasında vuku bulan anlaşmazlıkları şer'i hükümlere uygun olarak çözümlenmek üzere veliyyü'l-emr tarafından tayin olunan kimsedir.⁸⁸ Hâkimin bu görevi yerine getirmesi esnasında bir takım kazai ve adli yetkisi vardır.⁸⁹

B. Davacı (Müddeî)

Davacı; hak iddia eden kimseye denir. Kişi, hukuk davalarında kendi hür iradesiyle, hiçbir baskı altında kalmaksızın hakkını savunmak üzere mahkemeye başvurabilir.⁹⁰ Ceza davalarında hakkı gasp edilen kişi bizzat şikâyetle bulunacağı gibi, tüm Müslümanlar ve ilgili mahkeme de re'sen dava açabilmektedir. Davacının davacı olarak kabul edilebilmesi için duruşma sırasında hazır bulunması ve dava açıp hâkimin hükmünü istemesi gerekli olan şartlardandır.⁹¹

C. Davalı (Müddeâ' Aleyh)

Davalı, kendisinden hak talep edilen kimseye denmektedir. Davalının aleyhine karar verilmesi durumunda ise kişi, mahkûm olarak isimlendirilir. Davalı kimsenin aleyhine karar verildiği sırada mahkeme salonunda hazır bulunup bulunmaması konusunda fakihler arasında ihtilaf vardır. Ebu Hanife'ye (ö. 150/757) göre hâkim, gaip olan bir kimse aleyhine mahkemede hazır bulunmadığı müddetçe hüküm veremez. Ancak İmam Malik (ö. 179/795) ve İmam Şafii'ye (ö. 204/819) göre ise, hâkimin gaip olan bir kimsenin aleyhinde hüküm vermesi caizdir.⁹² Eğer taraflar mahkemeye çağrılıp da mazeretsiz olarak gelmezlerse, kolluk kuvvetleri onları bulur ve zorla mahkemeye getirir. Bu uygulama günümüz mahkemelerinde de yapılmaktadır.

⁸⁸ Bilmen, *Hukuki İslamiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kâmusu*, 204.

⁸⁹ Mehmet Erdoğan, "Kâdi", *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Ensar Neşriyat, İstanbul 2005, s. 283.

⁹⁰ İmam Alâud'din Ebu Bekir İbn Mesud el-Kâsâni, *Bedâiu's-sanâi*, Daru'l-kütübu'l-ilmîyye, Beyrut ts, VII, 8.

⁹¹ Nebhân, *İslam Anayasası İdare Hukukunun Genel Esasları*, s. 582.

⁹² Vehbe Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-islamiyye*, Daru'l-fıkr, Dimeşk 1989, VI, 497.

D. Hüküm

Arapça bir kelime olan hüküm kavramının lügat manaları; bir kimseyi bir şey yapmaktan engellemek, bir olayı veya bir kişiyi kontrol altına almak, bir olay veya bir iş hakkında karar vermek anlamlarına gelir. Bu tanımlar kelimenin mastar anlamlarıdır. İsim anlamında hüküm kelimesinin tanımları ise, hikmet, kaza (İnsanlar arasında yargılama yapmak),⁹³ ilim ve fıkıh (Din hakkında derin bir bilgiye ve anlayışa sahip olmak)⁹⁴ anlamlarında kullanılır. Biz konumuzu ilgilendirmesi açısından hüküm kelimesinin kaza anlamına daha çok ağırlık vereceğiz. Kaza anlamında hüküm, bağlayıcı bir şekilde emretmek demektir.⁹⁵ Zira hâkimin yargılama esnasında verdiği karar bağlayıcıdır, insanların bu karara uyması gerekir.

Hüküm lafzının lügat anlamının dışında ıstılahî anlamı da mevcuttur. Biz konunun daha iyi anlaşılması açısından önce şer’i hükmün anlamını açıklayıp daha sonra yargılama usûlünde hükmün ıstılahî anlamını ele alacağız. Öncelikle şer’i hükmü açıklarken Kelamcı âlimlerle Hanefilerin iki farklı bakış açısıyla hareket ettiği görülür.

Kelamcılar, ilk dönemlerde şer’i hükmü açıklarken şöyle bir tanım yapmışlardır: “*Hüküm koyucu olan Yüce Allah (c.c)’in insanların fiillerine yönelik beyanıdır.*”⁹⁶ Ancak bu tanım dar olduğu için ve hüküm kelimesini tam olarak ifade edemediği için tenkit görmüştür.⁹⁷ Bundan dolayı daha sonra, kelamcılarının çoğunluğu tarafından şöyle bir tanım yapılmıştır: “*Hüküm koyucu olan Yüce Allah’ın kullarından bir şeyin yapılmasını istemesi ve kullarına seçenek vermesi bakımından mükelleflerin fiillerine yönelik beyanıdır*”⁹⁸

⁹³ Hüseyin b. Muhammed Rağib İsfahânî, *el-Müfredât fî Garibi’l-kur’an*, Matbaa Hıdemât Çapı, h. 1404, s.s. 126-127.

⁹⁴ Muhibuddîn Ebi Feyz Muhammed Murteza el-Hüseyînî el-Vasitî ez-Zebidî, *Tacu’l-arûs min Cevahir’l-kâmus*, Daru’l fikr, Beyrut ts. VIII, 253.

⁹⁵ Mavsilî, *el-İhtiyar*, II, 82.

⁹⁶ Gazzalî, *el-Mustasfâ min İlmi’l-usûl*, Matbaa-i Emiriyye, Bulak 1322, I, 55.

⁹⁷ Cemalüddin Osman b. Ömer İbnü’l-Hâcib, *Muhtasaru’l-münteha’l-usuli*, Daru’l-kütübi’ilmîyye, Beyrut 1983, I, 220.

⁹⁸ Muhammed b. Ali eş-Şevkânî, *İrşadü’l-fuhûl ilâ Tahkiki İlmi’l-usul*, Daru’l-fikr, Beyrut ts., 25.

Hanefiler ise şer’i hükmü: “*Yüce Allah’ın, mükelleflerin fiillerine yönelik hitabının sonucudur*”⁹⁹ şeklinde tanımlamışlardır.

Bu tanımlardan yola çıkarak Usulcülerle Hanefiler arasında şöyle bir değerlendirme yapmak yerinde olacaktır. Kelamcılar, Yüce Allah’ın kendisiyle akitlerin yerine getirilmesini istediği “*akitleri yerine getirin*”¹⁰⁰ ayetinin bizzat kendisine hüküm derken, Hanefiler bu delilden çıkarılan akitleri yerine getirmenin farz olduğuna hüküm demektedirler.¹⁰¹ Bu açıklamalardan da anlaşılıyor ki, Kelamcılar Allah (c.c) ile nass arasında bağlantı kurarak; Hanefiler ise, nass ile kulların fiilleri arasında bağlantı kurarak hükmü tarif etmişlerdir.¹⁰² Ancak her ne kadar teoride tanımlar farklı da olsa bu farklılığın pratikte herhangi bir etkisi yoktur.¹⁰³

Hüküm kelimesinin kaza (yargılama) anlamındaki tarifi ise şöyledir: “*Hâkimin, insanlar arasındaki husumeti ayırmak üzere vermiş olduğu bağlayıcı karardır.*”¹⁰⁴ İslam yargılama usulünde hâkimin vermiş olduğu bu karara hüküm adı verilir.

Hüküm lafzı Kur’an’da otuz yerde geçmekte olup, türevleriyle beraber, Allah’a, Peygamberlere ve diğer insanlara nispet edilmiştir.¹⁰⁵ Bu ayetlere göre Allah (c.c), mutlak olarak hükmün kaynağıdır¹⁰⁶ ve hüküm verenlerin en hayırlısıdır.¹⁰⁷ Allah (c.c) dilediği hükümleri koyar¹⁰⁸ ve en güzel hükümleri verir.¹⁰⁹ O’nun kitaplar aracılığıyla gönderdiği hükümler, insanların anlaşmazlığa düştükleri konularda çözümler içermektedir.¹¹⁰ İşte burada hâkimlere düşen görev adaletle ve Allah’ın bildirdiği ile hükmederek bu anlaşmazlıkları gidermektir.

⁹⁹ Abdulvehhab Hallâf, *İlmu Usuli’l-fikh*, Dâru’l-muttahide, Dımeşk 1992, 254.

¹⁰⁰ Maide, 5/1.

¹⁰¹ Hallâf, *İlmu Usuli’l-fikh*, 111.

¹⁰² Zekiyuddin Şaban, *İslam Hukuk İlminin Esasları*, Terc. İ.Kâfi Dönmez, TDV Yayınları, Ankara 1990, 226.

¹⁰³ Muhammed b. Ali Tehânevî, *Keşşâfu İstilahati’l-fünun*, Daru’l-kütübü’l-ilmîyye, Beyrut 1998, I, 519.

¹⁰⁴ Şemseddin el-Hatib Muhammed b. Ahmed Şirbinî, *Muğnil Muhtaç ilâ Marifeti Meani Elfazi’l-minhac*, Daru’l-fikr, Beyrut ts, IV, 271.

¹⁰⁵ M. Fuad Abdulbâkî, *el-Mucemu’l-müfehres li Elfazi’l-kur’ani’l-kerim*, Mektebetü’l-islamiyye, İstanbul 1982, 213.

¹⁰⁶ En’âm, 6/57, 62; Yusuf, 12/40, 76.

¹⁰⁷ A’râf, 7/87; Yunus, 10/ 109, Yusuf, 12/80.

¹⁰⁸ Mâide, 5/1; Rad, 13/41; Mümtehine, 60/10.

¹⁰⁹ Mâide, 5/50.

¹¹⁰ Âl-i İmran, 3/55; Şûrâ, 42/10.

İnsanların dünyada bu hükümlere uyup uymadıklarını belirlemek ve ihtilafli konularda doğru olanı göstermek üzere, ahrette son hükmü verecek olan yine Allah'tır.¹¹¹

Hükümlerin, Peygamberlere nispet edildiği ayetlerde, onların ilâhî hükümleri dikkate alarak, insanlar arasında hükmetmekle, bunu yaparken de, beşeri duygulara kapılmaktan sakınmakla emrolundukları¹¹² ve onların da, bu talimata uymaya çalıştıkları¹¹³ açıklanmıştır. Ayrıca aynı emrin son Peygamber Hz. Muhammed'e de verildiği ifade edilmiştir.¹¹⁴ Bu açıdan hâkimler de, insanlar arasında hüküm verme konusunda Peygamberlerin bir vekili olarak beşeri duygulara kapılmaktan son derece sakınmalıdırlar.

Ayrıca bazı ayetlerde hüküm kavramı insanlara nispet edilmiştir. Bu ayetlerde insanlardan, kendi aralarında hükmederken hakkaniyetle davranmaları istenmiş,¹¹⁵ ilâhî hükümlere uymaya çağrılan müminlerin, bunu teslimiyetle karşılamalarına dikkat çekilmiş,¹¹⁶ ayrıca ilâhî hükümlerle hükmetmeyenler zalim, kâfir ve münafık gibi çeşitli kötü vasıflarla sıfatlanmıştır.¹¹⁷

İslam dininde şer'i hükümleri koyma yetkisi bizzat Allah (c.c)'a aittir. Çünkü İslam dini vahye dayanan bir dindir. Bu konuda İslam bilginleri arasında herhangi bir görüş farklılığı bulunmamaktadır.¹¹⁸ Kur'an'da, "*Hüküm ancak Allah'ındır,*"¹¹⁹ "*Allah hâkimlerin hâkimi değil midir!*"¹²⁰ ayetleriyle de Allah'ın hüküm bildirme konusundaki hâkimiyeti üzerinde ısrarla durulmuştur.

Allah, hükümlerini, Cebrail (a.s) vasıtasıyla Peygamberlerine ve onların tebliğ ettiği ilâhî kitaplar aracılığıyla insanlara bildirir. Buna göre, genel olarak bütün Peygamberlerin,¹²¹ özel olarak da Hz. Peygamber'in bu husustaki vazifesi,

¹¹¹ Bakara, 2/113.

¹¹² Mâide, 5/49; Kehf, 18/28; Sad, 38/26.

¹¹³ Mâide, 5/44; Zümer, 39/46.

¹¹⁴ Nisa, 4/105; Yunus, 10/109.

¹¹⁵ Nisa, 4/58.

¹¹⁶ Âl-i İmran, 3/79; Nûr, 24/51.

¹¹⁷ Mâide, 5/44

¹¹⁸ Muhibbullâh İbn Abdışşekür, *Müsellemü's-sübût*, Matbaa-i Emîriyye, Bulak h. 1322, I, 25.

¹¹⁹ En'am, 6/57; Yusuf, 12/40, 67.

¹²⁰ Tîn, 95/8.

¹²¹ Nahl, 16/35; Ahzâb, 33/39.

Allah'ın hükümlerini tebliğ etmek¹²² ve açıklamaktan¹²³ ibarettir.¹²⁴ Bu nedenle sünnetin dahi Allah'tan bağımsız hüküm koyma yetkisi bulunmamaktadır ve neticede o da Kur'an'a dayanmaktadır. Bu yüzden Şafii (ö. 204/820) başta olmak üzere bütün âlimler delilsiz rey'e dayanan görüşlere şiddetle tepki göstermişlerdir.¹²⁵ Buna göre müçtehitlerin vazifesi, Kur'an'a ve sahih sünnetlere uygun kaide ve esaslar çerçevesinde bu hükümleri tanıyıp ortaya koymak, yani keşfetmektir.¹²⁶

Müminlerin görevi ise, inançla bağlandıkları kuralları yaşantılarına yansıtmaktır.¹²⁷ Bu konuda Kur'an, onlara herhangi bir muhayyerlik hakkı tanımadığını¹²⁸ ve dini hükümleri hiç bir sıkıntı duymadan kabul etmenin iman gereği olduğunu¹²⁹ belirtmiştir.¹³⁰

V. HÂKİMDE BULUNMASI GEREKEN ŞARTLAR

Hâkimliği yerine getirecek şahısta bir takım şartlar aranır. Nitekim herkesin hâkimlik yapabileceğini düşünmek pek doğru olmaz. Çünkü bu meslek ağır sorumluluk gerektiren bir meslektir. Bu ağır sorumluluğu da ancak şartlarını taşıyan kimseler yerine getirebilir. İslâm hukukunda hâkimde bulunması gereken şartlar yedi tanedir.

A. Müslüman Olmak

İslâm Hukukuna göre hâkimlik yapacak kişinin Müslüman olması şarttır.¹³¹ Kâfirin Müslüman hakkında hüküm vermesi ise caiz değildir. Çünkü Yüce Allah Kur'an-ı Kerimde: “Allah, kâfirlere, müminlerin aleyhinde asla bir yol ve imkân bahşetmez”¹³² buyurmuştur. Bu ayeti İbn-i kesir şöyle

¹²² Mâide, 5/67, 92, 99; Ar'âf, 7/2; Ra'd, 13/40; Nahl, 16/35, 82; Nûr, 24/54; Ankebut, 29/18; Şûra, 42/48;

¹²³ Mâide, 5/15, 19; Zuhuf, 43/63; Nahl, 16/44, 64.

¹²⁴ Fazlurrahman, *Ana Konularıyla Kur'an*, (terc. Alpaslan Açıkgenç), Fecr Yayınları, Ankara 1993, ss. 168-169-173.

¹²⁵ Muhammed İdris eş-Şafî, *el-Ümm*, Daru'l-Marife, Beyrut 1973, VII, ss. 294-304.

¹²⁶ Fahrettin Atar, *Fıkıh Usulü*, İFAV Yayınları, İstanbul 1992, 105.

¹²⁷ Ali İmran, 3/32, 132; A'râf, 7/3; Nisa, 4/64; Haşr, 59/7; Nisa, 4/59.

¹²⁸ Ahzâb, 33/36; Mehmet Erdoğan, *İslam Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*, İFAV Yayınları, İstanbul 1994, 20.

¹²⁹ Nisa, 4/65.

¹³⁰ Osman Şahin, *İslam Hukukunda Fetva Usulü*, Doktora Tezi, Samsun 2002, , ss. 36-41.

¹³¹ Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, VII, 3.

¹³² Nisa, 4/141

açıklamaktadır: Dünyada Allah (c.c) kâfirler için müminler üzerine bir yol kılmayacaktır.¹³³ İbn- i Abbas'a göre buradaki yol kâfirlerin aleyhine bir delil anlamı taşımaktadır.¹³⁴ Bu delile göre kâfirlerin Müslümanlar üzerine herhangi bir kalıcı üstünlükleri söz konusu olmayacaktır. Bundan dolayı kâfir, ne müminlere ve ne de kâfirlere hâkimlik edemez ve tayin olunamaz. Ancak Ebu Hanife'ye (ö. 150/767) göre kâfir olan bir hâkim, kendi dininden olanlara hâkim olarak tayin edilebilir. Her ne kadar bu görüş örf ve âdete dayanıyorsa da, tatbikatta reis ve komutan olarak kâfirlerin kendi dininden olanları tayin edilmiş; ancak hâkim olarak tayinleri yapılmamıştır. Çünkü hâkimin hükmü kesinlik ifade eder. Hâlbuki kabile reisliğinin, komutanlığın emir ve hükmü kesin değildir, kabul edilmeyebilir. Kâfirin verdiği hükme zorlanılamaz. Geçerli ve tesirli olan Müslüman hâkimin verdiği hükümlerdir. Kâfirin Müslüman hakkında verdiği hiçbir hükmün geçerliliği yoktur. Zira onlar Kur'an'ın emirlerine göre hüküm vermeyeceğinden dolayı Müslüman için hiçbir bağlayıcılığı olamaz. Müslüman için ancak Müslüman bir hâkimin verdiği hüküm geçerli olabilir.¹³⁵

B. Erkek Olmak

Hâkimliğin bir diğer şartı ise hâkimin erkek olmasıdır. Erkekler her türlü velayete sahiptirler. Kadınlar ise velayet yönünden noksandırlar. Bu itibarla erkekler her türlü amme hizmetlerini yürütebilirler. Hâlbuki kadınlar velayetlerinin noksan olması hasebiyle her türlü amme hizmetinde istihdam edilemezler. Kadınlar, ceza davalarının dışındaki davalara bakmak üzere hâkim tayin edilebilirler. İmam-ı Azam'a (ö. 150/767) göre ise kadınlar, şahadetleri kabul edilen davalar için hâkim tayin edilebilirler. Şahadetleri kabul edilmeyen ceza davaları için hâkim tayin edilemezler.¹³⁶ İbn Cerir et-Taberi'ye (ö. 224/839) göre ise, kadınlar hem ceza hem de hukuk davaları için hâkim tayin edilebilirler.¹³⁷ Ancak Kur'an'ı Kerim'de Yüce Allah "*Erkekler kadınların koruyup kollayıcılarıdır. Çünkü Allah, insanların kimini kiminden üstün*

¹³³ İbn Kesir, *Tefsiru'l-kur'ani'l-azim*, II, 437.

¹³⁴ Ebu Muhammed Hüseyin Mesud el-Beğavî, *Mealimu't-tenzil*, Daru't-tayyibe, Riyad 1997, II, 302.

¹³⁵ Ebu'l-Hüseyin Ali Muhammed b. Habib Mâverdi, *Ahkâmu's-sultaniyye*, Daru'l-kitabi'l-arabi, Beyrut 1990, 131.

¹³⁶ Mâvsilî, *el-İhtiyar*, II, 85.

¹³⁷ Fahrettin Atar, *İslam Adliye Teşkilatı*, DİB Yayınları, Ankara 1999, 103.

*kılmıştır*¹³⁸ buyurarak erkeklerin kadınlar üzerinde onları terbiye etmede ve Allah adına onlara yapmaları gereken şeylerde, ellerinden tutmada, onları yönetmede erkeklerin sorumlu olduklarını beyan etmektedir.¹³⁹ İbn Kesir (ö. 775/1373) de bu ayeti delil göstererek erkeklerin kadınların yöneticisi olduğunu, bu yüzden Peygamberlik ve devlet yöneticiliğinin erkeklere verildiğini vurgulamaktadır.¹⁴⁰ Maverdi de (ö. 450/1058), Kur'an'dan bu ayet ile icmanın Taberî'nin bu konudaki görüşünün doğru ve isabetli olmadığını ortaya koyduğunu söylemektedir.¹⁴¹ Ayrıca Peygamber Efendimizin şu hadisi de bu görüşü desteklemektedir: “*İşlerini kadına tevdi eden bir toplum payidar olamaz.*”¹⁴² Bu hadis de kadının hükümdar ve hâkim olamayacağına dair bir delildir.¹⁴³ Zira İslam tarihindeki uygulamalara baktığımızda kadınlardan hâkim tayin edildiğine dair bir bilgiye rastlayamıyoruz. Sadece Hz. Peygamber'in Semra binti Nüheyki'l-esediyye isminde bir hanım sahabeyi Medine'de muhtesip olarak görevlendirdiğini görüyoruz. Muhtemeldir ki, bu hanım sahabe muhtesiplik görevini ifa ederken sahabe arasındaki ihtilafları çözmüştür. Makrizi (ö. 845/1442), Hz. Ömer (ö. 23/643) zamanında da Semra'nın aynı görevde kaldığını zikretmektedir. İslam hukuku ve teşkilatları üzerinde araştırmalar yapan müellif Hamidullah (ö. 2002), Şifa binti Abdullah için “*Bu hanım sahabe en azından ticari ihtilaflar üzerinde muhakeme yetkisini kullanmıştır*”¹⁴⁴ fikrini ileri sürdü.¹⁴⁵ Sonuç olarak şunu söyleyebiliriz ki, kadının hâkimlik edemeyeceğini söyleyenler, hâkimliği devlet başkanlığına, kadını da köleye kıyas etmişlerdir. Zira kadın da köle gibi erkeğe nispetle toplumdaki az saygı görmektedir. Bunun bir sebebi de kadının toplumdaki kirli işlerle fazla yüz göz olmaması ile alakalıdır. Kadının hukuk davalarında hâkimlik edebileceğini söyleyenler ise, hukuk davalarında kadın şahitlik edebildiği için hâkimliği de şahitliğe kıyas etmişlerdir. Kadının bütün davalara hâkimlik edebileceğini söyleyenler ise “*Kim anlaşmazlıkları halledebiliyorsa, hâkimlik edebilir ve*

¹³⁸ Nisa, 4/34.

¹³⁹ Taberî, *Camiu'l-beyân fi Tevili'l-kur'an*, VIII, 290.

¹⁴⁰ İbn Kesir, *Tefsiru'l-kur'ani'l-azim*, II, 292.

¹⁴¹ Mâverdi, *Edebu'l-kâdi*, I, 626.

¹⁴² Buhârî, *Meğâzi*, 77, Hadis no: 4163; Tirmizi, *Fiten*, 75, Hadis no: 2262.

¹⁴³ Ebu'l-Ferac İbnu'l-Cezvi, *Keşfu'l-müşkil min Hadisi's-sahiheyn*, Daru'n-neşr, Riyad 1997, I, 325.

¹⁴⁴ Muhammed Hamidullah, *İslam Peygamberi*, trc. Salih Tuğ, İrfan Yayınevi, İstanbul 1990, II, 935.

¹⁴⁵ Atar, *İslam Adliye Teşkilatı*, 104.

*şeriatın istisna ettiği devlet başkanlığı dışında bütün adlî ve idari görevleri yerine getirebilir” demişlerdir.*¹⁴⁶

Ancak İslam hukukçuları, hâkimliğe tayin edilmesi hususunda erkeğin kadına tercih edilmesine dair Kur’an’dan ve hadisten delil getirirler. Bu deliller neticesinde de fakihlerin hâkimliğe erkeklerin daha uygun olduğunu, kadınların ise, ceza davalarının dışındaki davalara bakabileceklerini ifade ettiklerini söylemek mümkündür.

C. Akıllı ve Ergen Olmak

Hâkimlik yapacak kimsede aranan diğer bir şart ise, hâkimin buluğ çağına ermiş olması ve akıllı olmasıdır. Buluğ çağına ermeyen bir çocuk tam olgunlaşmamış olması hasebiyle ve kararlarını doğru bir şekilde verme yeteneğine sahip olamamasından dolayı hâkim olamaz. Aynı şekilde akıllı olmayan bir kimsenin de adaletli bir yargılama yapabileceğini düşünmek doğru değildir. Çünkü bunlar yapmış oldukları işlerden sorumlu tutulamaz. Zira Peygamber Efendimiz (s.a.v) bir hadis-i şeriflerinde: “*Akıl hastası, çocuk ve uyku halinde iken insanlar, yaptıkları işlerin sonucundan sorumlu değildirler*”¹⁴⁷ buyurmuştur. Böylelikle çocuğun buluğ çağına erişinceye kadar, akıl hastasının da akıllanıncaya kadar hâkimliğe tayin edilmesi uygun değildir.¹⁴⁸ Bu tür insanların böyle sorumluluk gerektiren bir işi yapmaları da doğal olarak düşünülemez.

Hâkimin belli bir yaşta olması ise şart değildir. Buluğ çağına erişmiş olması hâkimliğe tayini için yeterlidir. Çünkü Hz. Peygamber Hz. Ali’yi (ö. 40/660) Yemen’e hâkim olarak gönderirken Hz. Ali ona “*Benim yaşım küçük*” demiştir. Buna rağmen Hz. Peygamber yine de onu hâkim tayin etmiştir. Aynı şekilde Hz. Peygamber Taif’i fethedince, yaşlı küçük olmasına rağmen Osman b. Ebi el-As’ı (ö. 19/640) hâkim tayin etti. Çünkü Osman, İslam’ı en iyi bilen şahıstı. Üstelik ilme de sempatisi vardı.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Muhammed b. Ahmed İbn Rüşd el-Kurtûbî, *Bidayetü'l-müctehid ve Nihayetü'l-muktesid*, Matbaatü'l-mustafa el-Babi, Mısır 1975, II, 460.

¹⁴⁷ Muhammed b. İshak b. Huzeyme Ebu Bekir es-Süleni en-Nisaburi, *Vudû*, IV, Hadis no: 1003; Ebu Ömer Yusuf bin Abdullah b. Abdulber el-Kurtubî, *Ukûd*, III, Hadis no: 36711.

¹⁴⁸ Ebu Ömer Yusuf b. Abdullah b. Abdulber el-Kurtubî, *el-İstizkâr*, Daru'l-kuteybe, Dimeşk 1993, XXV, 31.

¹⁴⁹ Atar, *İslam Adliye Teşkilatı*, 105.

D. Hür Olmak

Hâkimlik için diğer bir şart ise, kişinin hür olmasıdır. Hürriyeti olmayan bir kimse hâkim olamaz. Çünkü iradesi noksandır. İradesi noksan olan kimsenin ise bir başka kimsenin iradesine etkisi söz konusu olamaz. Bu yüzden kölelik şahitliğe engeldir. Bu durum hâkimliğe, yerine getirilmesine önemle tesir eder. Bu sebeplerden dolayı köle hâkim olamaz. Ancak köle azâd edilirse hâkimliği caiz olur. Çünkü nesep hâkimlikte aranan bir şart değildir. Bundan dolayı azâd edilmiş bir kölenin, şartlarını taşıdığı takdirde hâkimlik yapmasında İslam hukuku açısından bir sakınca yoktur.¹⁵⁰

E. Adaletli Olmak

Hâkim olacak kişide aranan bir diğer şart da adalettir. Hâkim, insanlar arasında meydana gelen anlaşmazlıkları şer'i hükümlerle¹⁵¹ ve adaletle hükmetmek için görevlendirilen kişidir. Dolayısıyla adil olmayan bir kimse insanlar arasında adaletle hüküm veremez. Adaletten maksat, doğru sözlü, iffetli, emanete uyan, haramdan ve günahlardan sakınan, şüpheli işlerden uzak duran, rızalı ve rızasız işleri ayırt eden, din ve dünya işlerinde aynı şahsiyetini koruyan kimse demektir.¹⁵² Aynı zamanda bunların yanında güzel muamelede bulunan ve hukuka riayet ederek inat etmeyen kimsedir. Bazı âlimler hâkimin şehirli olup, evinin bulunması; mal sahibi olsa bile garip ve göçmen olmamasını da adaletli davranması yönünden şart koşmuşlardır.¹⁵³

Ayrıca Peygamber efendimiz bir hadis-i şeriflerinde “*Müslümanlar birbirleri hakkında adildir*”¹⁵⁴ buyurarak Müslümanları özellikle yargılama esnasında kızma, tedirginlik ve insanlara diyet verme gibi durumlardan uzak durup, adaletli olmaları yönünde teşvik etmektedir. Çünkü adil yargılama ile Yüce Allah insanlara mükâfat vereceğini bildirmiştir.¹⁵⁵ Böylece bu hadis bütün Müslümanların adil olmalarını tavsiye ederken, insanlar arasında adaleti

¹⁵⁰ Mâverdî, *Ahkâmu's-sultaniyye*, 130.

¹⁵¹ Ali Haydar, *Şerhu Mecelleti'l-ahkâm*, XVI, 518

¹⁵² Mâverdî, *Ahkâmu's-sultaniyye*, 131.

¹⁵³ Heyet, *el-Fetâvâ'l-Hindiyye*, Daru'l-kütübü'l-ilmîyye, Beyrut 2000, III, 327.

¹⁵⁴ Dârekutnî, *Kitabu'l-Ömer Ebu Musa el-Eş'ari*, 1, Hadis no: 15; Beyhakî, *Şahâdet*, 1, Hadis no: 21351.

¹⁵⁵ Muhammed b. İsmail es-Senani, *Subulü's-selam*, Mektebetü'l-mustafa el-Babi, Halep 1960, IV, 119.

sağlayacak olan hâkimin adaletten yoksun olması düşünülemez. Böyle bir hâkimin yapacağı yargılama da adaletten uzak olacaktır. Bu türlü yargılamada ise, verilmiş olan hükümlere uyulmaz. Ayrıca böyle bir hâkim de tayin olunamaz. Bu yüzden hâkim olacak şahısta adalet sıfatının bulunması şart koşulur.

F. Duyu Organları Sağlam ve Sıhhatli Olmak

Hâkimlik mesleğini yerine getirecek kimsede bulunması gereken bir diğer şart ise, vücudunun sağlam ve sıhhatli olmasıdır. Özellikle göz ve kulağı sağlam olmalıdır. Çünkü hakkın ispatı, alacaklı ve borçlunun ayırt edilmesi, ikrar edenle inkâr eden, doğru ile yalan, haklı ile haksız ancak görme ve işitme yoluyla anlaşılır. Gözü ve kulağı sağlam olmayan kimse idareci ve hâkim olarak atanamaz. Ancak İmam Malik (ö. 179/795), “*Âmâ olan şahit olduğu gibi, hâkim de olur*” der.¹⁵⁶ Zira o kimsenin kulakları ve dili karar vermeye yeterlidir. Ancak diğer mezheb imamlarının çoğunluğuna göre kabul edilen görüş, hâkimin gözünün sağlam olması yönündedir. Çünkü hâkim kör olursa, göze taalluk edecek hususları bilemez. Bundan dolayı hâkimin gözünün sıhhatli olması tercih edilir. Hâkim sağır da olmamalıdır. Çünkü sağır olur ise, muhakeme esnasında konuşulanları dinleyemez. Aynı zamanda hâkim dilsiz de olmamalıdır.¹⁵⁷ Zira dilsiz olan bir hâkim yargılama esnasında hakkı ortaya çıkarmak için taraflara soru soramaz, bu da hakkın ortaya çıkarılmasına engel olur.

G. Müçtehit Olmak

Hâkimliği yerine getirecek kimsenin mümkünse müçtehit olması şart koşulur. Müçtehit demek, içtihat edebilecek yeteneğe, bilgiye sahip olan kimse demektir. Klasik literatürde içtihat ise, bir müçtehidin kastetmiş olduğu şeyde bütün çabasını ve maksudunu araştırmasıdır.¹⁵⁸ Hâkimliğe tayin edilebilmek için Müçtehit olmak isteyen kimse gerekli ilimleri tahsil etmeli ve bu ilimlerde açıkça beyan edilmeyen konularda hüküm vermek için elinden gelen çabayı sarf etmelidir. Hz. Peygamberden itibaren Abbasilerin ilk dönemine kadar hâkimler müçtehitler arasından seçiliyordu. Onlar da nasslardan hüküm çıkararak, nassların

¹⁵⁶ Mâverdî, *Ahkâmu's-sultaniyye*, 131.

¹⁵⁷ Atar, *İslam Adliye Teşkilatı*, 106.

¹⁵⁸ İmam Ahmed b. Ali er-Razi el-Cassâs, *el-Fusûl fi'l-usul*, Vizaretü'l-evkaf, Kuveyt 1994, IV, 11.

bulunmadığı konularda ise içtihat ederek davaları karara bağlıyordu. İctihatlarında tamamen serbesttiler.¹⁵⁹ Ancak daha sonra mezheplerin ortaya çıkmasıyla hâkimler mezhep imamlarının görüşleriyle hüküm vermeye başlamışlardır.

Hâkimin müçtehit olması şartı mezhep imamları arasında tartışılmıştır. İmam-ı Şafii, hâkimin mutlaka müçtehit olmasını şart koşar.¹⁶⁰ Bir kimsenin, müçtehit derecesinde bir bilgiye sahip olmadığı takdirde hâkimlik yapmasını uygun görmez. Malik b. Enes de (ö. 179/795) İmam-ı Şafii'nin (ö. 204/820) görüşüne yakın bir görüş bildirerek, hâkimlik görevinin sadece ilim ve takva vasıflarını şahsında toplayan şahıslara tevdi edileceğini söylemek suretiyle, hâkimin bilgili olması gerektiğine işaret etmektedir. İmam-ı Azam (ö. 150/767) ise, câhil bir şahsın âlim bir müçtehidin görüş ve reyleriyle hükmetmek üzere tayinini caiz görür. Ancak Hanefilerde içtihat vasfına sahip olmak hâkimliğe tayin için evleviyet sebebidir.¹⁶¹ Bu görüşlerden de anlaşılıyor ki, mümkünse hâkimin müçtehit olması şart koşulur, ancak bulunmadığı takdirde bilgili olmayan bir şahsın âlim bir müçtehidin vermiş olduğu hükümleri taklit ederek, hâkimlik yapması uygun görülmüştür.

Bir kimsenin müçtehit derecesine ulaşabilmesi için kendisinde bir takım şartlar aranır.¹⁶² Bu şartlar klasik fıkıh eserlerinde fazla bir fark bulunmamakla birlikte değişik açılardan zikredilmiştir.

Hâkimlik yapacak şahsın yargılama esnasında hüküm verirken ilk olarak başvuracağı kaynak Kur'an-ı Kerim'dir. Dolayısıyla müçtehit olacak kimsenin Kur'an-ı Kerim'i iyi bilmesi gerekir.¹⁶³ Kur'an-ı Kerim'de mevcut bulunan hükümleri iyice öğrenerek yargılamasını bu hükümlere uygun vermelidir. Özellikle Kur'an-ı Kerim'in;

1. Nasih ve Mensuhunu

¹⁵⁹ Atar, "Kâdi" DİA, XXIV, 67.

¹⁶⁰ Ebu'l-Hasan Ebu'l-Hüseyin Yahya İbni Ebi'l-Hayr el-İmrânî, *el-Beyan fi Mezhebi's-şafiiyyi*, Daru'l-minhac, Beyrut 2000, XIII, 17.

¹⁶¹ Damad Abdurrahman Efendi, *Mecmeu'l-ehur fi Şerhi'l-multeka'l-ebhur*, Mektebetü'l-hanefiyye, İstanbul ts, II, 154; Atar, *İslam Adliye Teşkilatı*, 107.

¹⁶² Ebu'l-Muzaffer Mansur b. Muhammed es-Sem'ani, *Kavaidü'l-edille fi'l-usul*, Daru'l-kütübü'l-ilmiiyye, Beyrut 1999, II, 303.

¹⁶³ Şirbînî, *Muğni'l-muhtaç ilâ Mârifeti Meani Elfazi'l-minhac*, IV, 376; Muhammed b. Abdulvahid, *Şerhu Fethu'l-kadir*, Daru'l-ihyâit-türâsi'l-arabî, Beyrut ts., VI, 361.

2. Muhkem ve Müteşabihini

3. Umum ve Hususunu

4. Mücmel ve Müfesserini¹⁶⁴; iyi bir şekilde bilmelidir. Bunları bilmediği takdirde o kişinin müçtehit olması söz konusu olamaz. Çünkü Kur'an-ı Kerim bizim ilk ve temel kaynağımızdır. İlk dönemlerde de müçtehitler Kur'an-ı Kerim'in hükümlerine dayanarak davaları karara bağlamışlardır.

Müçtehit olacak kimsenin Resulullah'ın sünnet'ini de iyi bilmesi gerekir. Müçtehit, taraflar arasındaki anlaşmazlığı karara bağlayacağı zaman şayet o hükmü Kuran'ı Kerim'de bulamazsa Resulullah'ın sünnetine başvurmak zorundadır. Çünkü Yüce Allah Kur'an'ı Kerimde: “*Aranızda herhangi bir şeyde anlaşmazlığa düştüğünüz zaman, onun hükmünü Allah'a ve Peygamber'e havale edin*”¹⁶⁵ buyurmuştur. Bu ayetten de anlaşılıyor ki, müminler din hususunda ihtilafa düştüğü zaman bunun hükmünü önce Allah (c.c)'in kitabı Kur'an'a daha sonra Resulullah (s.a.v)'in sünnetine göre çözümlenmelidir.¹⁶⁶ Ayrıca bu ayete göre Yüce Allah (c.c) şayet bir anlaşmazlık meydana gelirse onun hükmünü Kur'an ve Sünnet'e havale etmeyi emretmektedir. Bu anlaşmazlığın hükmünü de âlimlerden başkasının bilmesi mümkün değildir.¹⁶⁷ Bu nedenle müçtehit vasfına sahip olacak kimse Resulullah'ın sünnetini ve uygulamalarını iyi bilmelidir. Özellikle Resulullah (s.a.v)'in sabit olan sözlü veya fiili sünnetlerini, tevatür, meşhur veya ahad yolla geliş tarzını, fasitlerini, mutlak ve mukayyed olanlarını bilmelidir.¹⁶⁸ Bunları bildiği takdirde Resulullah'ın sünnetini iyice anlamış olur. Yoksa her hadisi sağlam diyerek ele alırsa, içeriğinin neye delalet ettiğini bilmezse, bu kimsenin yapacağı yargılama pek de isabetli olmayacaktır. Çünkü hadisin ne kastettiğini ve nasıl uygulandığını iyi bilmesi gerekir ki, İslam hukukuna uygun hüküm verebilsin.

Müçtehit vasfına sahip olacak kimsenin sahabenin icmada buldukları hükümleri de iyi bilmesi gerekir. Zira her şey Kur'an'da ve sünnette mevcut olmayabilir. Bu durumda müçtehit, sahabenin üzerinde görüş birliğine vardığı

¹⁶⁴ Atar, *İslam Adliye Teşkilatı*, 106.

¹⁶⁵ Nisa, 4/59.

¹⁶⁶ Taberî, *Camii'l-beyan fi Tevili'l-kur'an*, VIII, 504.

¹⁶⁷ Kurtubî, *el-Camiu li Ahkâmi'l-kur'an*, III, 230.

¹⁶⁸ Mâverdî, *Ahkâmu's-sultaniyye*, 132.

icmaya bakar. Şayet orada bulursa ona göre hüküm verir. Aynı zamanda sahabenin ihtilafa düştükleri konuları da iyi bilmelidir ki, kendi görüşü ile davayı karara bağlayacaksa, bu ihtilaf sebeplerini göz önünde bulundurarak kararını vermelidir.¹⁶⁹

Müçtehit olarak hâkim tayin edilecek kimsenin kıyası ve bunun sebeplerini de bilmesi gerekir. Klasik literatürde kıyas, değişik açılardan tarif edilmiştir. Biz burada fıkıh usulü eserlerinden kıyasın birkaç tanımını zikretmek istiyoruz. Kıyas: *“Sadece lügat ile anlaşılmayan iki hükümden bir tanesinin illetini alarak diğer hükümde aynı illetin olduğunu açıklamaktır.”*¹⁷⁰ Bir diğer tanımda ise kıyas: *“Kendisi ile aynı hükmü gerektiren bir şeye ortak illete bakarak hükmetmektir.”*¹⁷¹ Başka bir tanımda ise kıyas: *“Şer’i ıstılahta zikredilen iki hükümden bir tanesinin illetini alarak diğer hükümde aynı illetin olduğunu açıklamaktır.”*¹⁷² Müçtehit, kıyasın sebeplerini ve yöntemini iyi bilmelidir ki, davaları çözüme kavuştururken kıyas yapabilsin. Çünkü her türlü dava kendisine gelebilir. Hakkında açık hüküm bulunmayan davalarda kıyas yapmak zorunda kalabilir. Bundan dolayı kıyas’ı ve sebeplerini bilmeyen bir kimsenin müçtehit olması düşünülemez ve vereceği kararların da İslam hukukuna uygunluğu tartışmalı olur.

Kıyasın önemini vurgulamak için burada Hz. Ömer ’in (ö. 23/643) hâkim Şurayh’e (ö. 79/698) yazmış olduğu mektubun bir bölümüne yer veriyoruz. Hz. Ömer mektubunda şöyle buyuruyor: *“Eğer sana bir dava gelirse, Allah’ın kitabında bulduğun ile hükmet. Hiçbir şey seni Allah’ın kitabından başka bir şey ile hüküm vermeye sevk etmesin. Eğer bir mesele hakkında Allah’ın kitabında bir hüküm bulamazsan, Peygamber’in sünnetine ve uygulamasına bak ve onunla hükmet. Sana Kitap ve Sünnette hükmü bulunmayan davalar gelirse, âlimlerin üzerinde görüş birliği ettiği icmâya bak, onunla hüküm ver. Eğer aradığını icmâda da bulamazsan ya hemen rey’inle hükmet veya biraz daha düşün. Acele etmeksizin düşünerek vereceğin hüküm, senin için daha hayırlı olur*

¹⁶⁹ Mâverdi, *Ahkâmu’s-ultaniyye*, 132.

¹⁷⁰ Saduddin et-Taftâzanî, *et-Telviḥ*, Daru’l-erkân, Beyrut 1998, II, 120.

¹⁷¹ Cassas, *el-fusûl fi’l-usul*, IV, 9.

¹⁷² Molla Hüsrev, *Mir’atü’l-usul*, Mektebetü’l-furkan, İstanbul ts, 433.

kanaatindeyim."¹⁷³ Hz. Ömer'in bu mektubundan da anlıyoruz ki, müçtehit olmak için kıyası iyi bilmek gerekir.

VI. HÂKİMDE BULUNMASI GEREKEN BAZI AHLÂKÎ VE MESLEKİ ÖZELLİKLER

Bu bölümde hâkimlerde bulunması gereken bazı şahsi özelliklerden ve bu özelliklerin onun ahlâkî ve mesleki durumlarıyla ilişkisinden söz edilmiştir. Esasında bu özellikler hâkimlik için şart değildir. Ancak bu özellikler bir hâkimde bulunduğu takdirde daha güven telkin edici ve mesleğe kabulde tercih sebebi olur.

A. Takva Sahibi Olması

Hâkimin takvalı olması güzel bir haslettir. Takva, ıstılahta samimi olmak demektir. Günah işleyenler hakkında takva ise, günahı terk etmek ve sakınmak demektir. Aynı şekilde kulun Allah'ın dışındaki şeylerden sakınması ve şeriatın adabını muhafaza etmesidir. Burada takvadan kastedilen şey, kişinin ahirette kendisine zarar verecek şeylerden sakınmasıdır. Bu sıfatı takınanlara ise muttaki denir. Takva sahibi bir kimse ise kendisini günaha götüren şeylerden sakınır.¹⁷⁴ Bu da onun Allah'ın emirlerini tutup, yasaklarından kaçınmasıyla hatta küçük günahlar konusunda hassasiyet göstermesiyle gerçekleşir.¹⁷⁵ Bu nedenle hâkimin takvası kendisinin hem ahretini kazanması hem de Allah'tan korkarak yargılamasını adaletli bir şekilde yapması açısından önemlidir. Zira Allah'tan korkan ve ahretini düşünen bir hâkim bilerek haksızlığa göz yumamaz ve haksız bir yargılama yapması da düşünülemez. Ancak gösteriş meraklısı bir hâkim, yaptığı iş ile övgü kazanmayı ve insanların elindeki bazı şeyleri elde etmeyi ister. İçtenliği terk edince yitireceği sevabın ise hiç de farkında olmaz. Akliselim sahibi olan kimse, Allah'tan korkup sırf Allah rızası için yargılama yaptığı zaman, Allah'ın kendisine vaat ettiği şeyleri insanlardan gelmesini beklediği şeylerle karşılaştırmıca mutlak surette Allah'ın vaat ettikleri ağır basar.¹⁷⁶ Allah'ın vaat

¹⁷³ Beyhakî, *Edebu'l-kâdî*, 20, Hadis no: 20839; Ebu Bekir Muhammed b. Halef el-Bağdâdî, *el-Ahbaru'l-kudât*, Mektebetü't-ticariyye, Mısır 1947, II, 190.

¹⁷⁴ Ebu'l-Kasım el-Hüseyn b. Muhammed el-İsfehânî, *el-Müfredat fi Garibi'l-kur'an*, Daru'l-marife, Beyrut ts, I, 531.

¹⁷⁵ Seyyid Şerif Cürcânî, *Kitabu't-tarifât*, Mektebetü'l-lübnan, Beyrut 1885, I, 74; Geniş Bilgi için bkz, Mahmud Ustaosmanoğlu, *Ruhu'l-furkan Tefsiri*, Sıraç Kitabevi, İstanbul 2007, I, 124.

¹⁷⁶ Serahsî, *Mebcut*, XVI, 65.

ettiği şey, dünyada rızıktır. Nitekim Allah Teâlâ; “*Kim Allah’tan korkarsa Allah ona bir çıkış yolu ihsan eder. Ona beklemediği yerden rızık verir*”¹⁷⁷ buyurmuştur. Yani her kim ki, emirleri hususunda Allah’tan korkarsa ve Allah’ın emretmiş olduğu şeylerden sakınırsa Allah ona işlerinde bir çıkış yolu tutar ve onu ummadığı yerden rızıklandırır.¹⁷⁸ Allah’ın vaat ettiği diğer şey ise, bağışlama ve rahmettir. Nitekim Allah Teâlâ: “*Muhakkak ki, iyilik edenlere (takva sahibi ve ihlâslı olan kimselere) Allah’ın rahmeti çok yakındır*”¹⁷⁹ buyurmuştur. Bu ayette emirlerine uyan ve yasakladığı şeylerden sakınan kimseler için Allah’ın rahmetinin hazırlandığı bildirilmektedir.¹⁸⁰ Bundan dolayı hâkimin takva ehli olması hem kendisinin dünya ve ahiret saadeti için hem de Allah korkusundan dolayı adaleti tesis etmesi için önemlidir. Hz. Ömer de (ö.23/643) Şam’da vali olarak görev yapan Ebu Ubeyde b. Cerrah (ö. 18/639) ve Muaz b. Cebel’e (ö. 18/638) yazmış olduğu mektupta “*Takva sahibi salih şahıslar arasından âlim olanları hâkim tayin ediniz ve onlara bolca maaş veriniz*” buyurarak hâkimin tayininde, mevcut olması halinde, takva sahibi kişilerin göreve getirilmelerinin gerektiğine işaret etmiştir.¹⁸¹

B. Riyakâr Olmaması

Hâkim için güzel vasıflardan bir diğeri de, kendisinin riyakâr olmamasıdır. Her ne kadar riyakâr bir insanın hâkimlik yapması caiz ise de, bu vasıflardan uzak bir kimsenin hâkimlik yapması daha uygundur. Zira Hz. Ömer (ö. 23/643), Ebû Musa el-Eş’ari’ye (r.a) (ö. 42/662) yazmış olduğu mektupta şöyle buyuruyor: “*Her kim Allah’ın aksini bildiği bir konuyu insanlara süsleyerek gösterirse (yani riyakârlık yaparsa) Allah ona gazap eder.*”¹⁸²

Dinimizde riyakârlık yerilen bir vasıftır. Zira Yüce Allah (c.c) riyanın kötü bir haslet olduğunu bildiren bir ayetinde şöyle buyurmaktadır: “*Bunlar, mallarını*

¹⁷⁷ Talâk, 65/2.

¹⁷⁸ İbn Kesîr, *Tefsiru’l-kur’ani’l-âzim*, VIII, 146.

¹⁷⁹ Arâf, 7/56.

¹⁸⁰ İbn Kesîr, *Tefsiru’l-kur’ani’l-âzim*, III, 429.

¹⁸¹ Atar, *İslam Adliye Teşkilatı*, 108.

¹⁸² Dârekutnî, *Kitabu’l-akziyyeti ve’l-ahkâm*, 2, Hadis no: 1.

gösteriş için harcayan, Allah'a ve ahiret gününe de inanmayan kimselerdir. Şeytan kime arkadaş olursa, o ne kötü arkadaşdır."¹⁸³

Serahsî (ö. 483/1091): "*İnsanlar için riyakârlık bu kadar kötü bir haslet iken hâkim için bu riyakârlık çok daha kötü bir vasıf olur*"¹⁸⁴ der. Çünkü hâkim, insanlar arasında hüküm vermek konusunda bir anlamda Resulullah (s.a.v)'ın temsilcisi olarak bu görevi icra etmektedir. Dolayısıyla hâkim, mümkün mertebe Resûlullah (s.a.v)'ın ahlâkı ile ahlâklanmaya ve onun hassasiyet gösterdiği değerleri korumaya çalışmalıdır. Resulullah (s.a.v) ise, insanların ikiyüzlü olanlarını ve münafık kimseleri asla sevmezdi.¹⁸⁵ Ayrıca Hz. Peygamber (s.a.v) bir hadisi şeriflerinde "*Her kim iki yüzlülük yaparsa Allah onu kıyamet gününde insanların gözü önünde rezil eder. Her kim süm'a yaparsa (yani yaptığı şeyleri insanlar duysun, ismi dillerde dolaşsın diye yaparsa) Allah onu da kıyamet gününde rezil eder*"¹⁸⁶ buyurarak riyakârlığın ne derecede kötü bir haslet olduğunu vurgulamaktadır. Bu nedenle riya gibi kötü bir özelliğin hâkimde bulunmaması gerekir. Ayrıca bu husus hâkimlerin hem adaletli hem de gösterişten uzak bir yargılama yapmaları açısından da önemlidir.

C. Güvenilir Olması

Hâkimde bulunması gereken özelliklerden birisi de güvenilir olmasıdır. Kendisine güvenilmeyen bir hâkimin adaletine de şüphe ile bakılır. Bu yüzden hâkimin, kendisine güvenilen, günahlardan sakınan, kişiliğini zedeleyen davranışlardan sakınmış birisi olması gerekir. Burada güvenilirlikten maksat akli başında, kâmil ve ehliyetli birisi olmasıdır. Hafif meşrep, akıl noksanlığı veya kötü işlerden kaçınmayanlar bu göreve tayin edilmemelidir. Ayrıca hâkim, suça bulaşmamış, şahsiyeti zedelenmemiş, şaibeden uzak, istikamet sahibi, toplumda hüsnu kabul gören, eziyet etmekten uzak duran birisi olması gerekir. Hâkim olan bir kimse bu vasıfların yanında içki vb. gibi haramlardan da uzak durmalı, bunları

¹⁸³ Nisa, 4/38.

¹⁸⁴ Serahsî, *Mebcut*, XVI, 65.

¹⁸⁵ Serahsî, *Mebcut*, XVI, 65

¹⁸⁶ Muhammed b. Hibbân b. Ahmed et-Temimi, *Kitabu'l-birri ve'l-ihsan*, 5, Hadis no: 406.

kullananların sohbetinde de bulunmamalıdır. Bu özelliklere sahip olmayan bir kimsenin hâkim olması caiz ise de tayin edilmemesi daha uygundur.¹⁸⁷

D. Fakir Olmaması

Hâkimlik mesleği için güzel vasıflardan biri de hâkimin fakir olmamasıdır. Çünkü fakirlik onu yargılama esnasında değişik sebeplerden dolayı yanlış hüküm vermeye sevk edebilir. Örneğin hâkimin verdiği hüküm karşılığında rüşvet alması muhtemel olur. Rüşvet ise, dinimizce haram kılınmıştır. Çünkü Peygamber efendimiz bir hadis-i şeriflerinde: “*Rüşvet alan da veren de cehennemdedir*”¹⁸⁸ buyurarak rüşveti kesin olarak yasaklamıştır.¹⁸⁹ Burada rüşvet veren kimse, bir işinin olması için rüşveti vermesi sebebiyle, rüşvet alan kişi ise rüşveti kabul etmesi sebebiyle cehenneme müstahak olur.¹⁹⁰ İbn Mes’ud (r.a)’a (ö. 32/652) “*Hüküm karşılığında rüşvet almak haram kazançtır*” denilince o, “*Hüküm karşılığında rüşvet almak küfürdür. Haram kazanç, muhtaç olduğun kimseye, ihtiyacını elde etmek için rüşvet vermendir*”¹⁹¹ dedi. Bu delillerden de anlaşılıyor ki, hâkimin rüşvet alması kesinlikle haramdır.

Hâkim, kendisini rüşvet almaya sevk edebilecek her türlü davranışlardan uzak tutmalıdır. Bundan dolayı hâkim olacak kişi zengin olmalıdır ki, insanların mallarında gözü olmasın, onların mallarına ihtiyacı olmasın. Bu takdirde hâkim, insanların su-i zanlarına da maruz kalmaz.¹⁹² İslam tarihindeki uygulamasına baktığımız zaman Hz. Ömer (ö. 23/643), Basra kadısı Ebu Musa el-Eş’ari ’ye (ö. 42/662) yazdığı mektupta şöyle buyuruyor: “*Şayet hâkim asil, soylu ve zengin ise onu tayin et. Çünkü zengin olan şahıs başkasının malına göz dikmez, soylu asil olan kimse ise insanlar arasında vereceği kararların neticesinden korkmaz.*”¹⁹³ Zira fakir bir hâkimin, zengin olan bir hâkime kıyasla rüşvet alması daha kuvvetli

¹⁸⁷ İbn Âbidîn, *Reddü'l Muhtar ale'd-dürrü'l-muhtar*, VIII, 38.

¹⁸⁸ Tirmizî, *Ahkâm*, 9, Hadis no: 1336.

¹⁸⁹ Muhammed b. Abdurrahman Mubarek el-Furi, *Tuhfetü'l-ahfezi*, Daru'l-kütübü'l-ilmîyye, Beyrut ts, IV, 471.

¹⁹⁰ Ebi Yâ'lâ Muhammed İbn Hüseyin el-Ferrâ, *Ahkamu's-sultaniyye*, Daru'l-kütübü'l-ilmîyye, Beyrut 1983, 72.

¹⁹¹ Serahsî, *Mebcut*, XVI, 67.

¹⁹² Bilmen, *Hukuki İslamiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kâmusu*, VIII, 215.

¹⁹³ Dârekutnî, *Kıtabu'l-akziyyeti ve'l-ahkâm*, 2, Hadis no: 1; İbn Kayyim el-Cevzî, *İ'lamu'l-muvakkiin*, Daru'l-cil, Beyrut 1973, I, 85; Cemaluddin Yusuf b. Muhammed ez-Zeylâi, *Nasbu'r-raye li Ehadisi el-hidaye*, Müessesetü'r-reyyan, Beyrut 1997, IV, 81; Atar, *İslam Adliye Teşkilatı*, 108;

bir ihtimaldir. Bu ihtimalleri ortadan kaldırmak ve hiçbir fitne ve fesada meydan vermemek için hâkimin zengin olması daha uygun görülmüştür.

Bütün bu özelliklerin yanında hâkimlik mesleğine atanacak şahısta şu özelliklerin de bulunması tavsiye edilmiştir.

1. Hâkim, Allah'tan korkmalıdır ve hak ile hüküm vermelidir, eğlenceli ve bozuk hüküm vermemelidir.

2. Rabbin tâatını her şeyin üstünde tercih etmelidir.

3. Yaptıklarını tamamen sevap kazanmaya yönelik yapmalıdır.

4. Hakkın elem verici azabından kaçınmalıdır.

5. Hikmete ve açık konuşmaya uymalıdır.¹⁹⁴ Bunların yanında hâkimde bir takım özellikler de olmalıdır ki, Müzahim b. Züfer (ö. 158/775) bu konuda şöyle der: 'Ömer b. Abdulaziz (ö. 101/720) bize şöyle dedi: “Beş şey vardır ki, onlardan biri hâkimde bulunmazsa bu onun için bir ayıp sayılır: Anlayış, iffet, sebat, ilim ve ilmî meseleleri sorup araştırmak.” Bu sıfatlar, hüküm vermede basireti açar, halka hâkimi sevdirebilir ve güvenilir yapar.¹⁹⁵

Ayrıca hâkim, yargılama esnasında hüküm bildirirken şu durumlara dikkat etmelidir ve bu durumlarda hüküm bildirmekten kaçınmalıdır:

a. Öfkeli olduğu zaman

b. Acıktığı zaman.

c. Susadığı zaman.

d. Aşırı üzgün olduğu zaman.

e. Aşırı sevinçli olduğu zaman.

f. Hasta olduğu zaman.

g. Uyukladığı zaman.

h. Aşırı sıcak ve aşırı soğuk olduğu zaman. Aynı şekilde nefiste sarsıntı ve ızdırıp meydana getiren benzeri haller de bunlara kıyas edilmiştir. Bunun için

¹⁹⁴ Heyet, *el-Fetâvâ'l-Hindiyye*, III, 313.

¹⁹⁵ Mustafa el-Hin v.dğr., *el-Fıkhü'l-menheciyyu a'la Mezheb-i İmam Şafî*, Daru'l-kalem, Dimeşk ts., VIII, 172.

hâkim, ahlaki kötüleştigi, fikrinde karışıklık meydana geldiği zaman da hüküm vermekten kaçınmalıdır.¹⁹⁶ Zira Hz. Peygamber şöyle buyurmuştur: “*Hiçbir kimse kendisi öfkeli haldeyken iki kişi arasında hüküm vermesin.*”¹⁹⁷ Bu hadisteki nehiy, kerahet üzerine haml edilmiştir. Ancak Hanbelî mezhebine göre düşünmeyi olumsuz etkileyecek olan öfke, aşırı açlık veya soğuk gibi durumlarda, yani hüküm vermek için uygun olmayan bir psikoloji içinde hüküm vermek haramdır.¹⁹⁸ Şu halde insan, böyle durumlarda hüküm vermemelidir. Fakat hâkim bu durumda hüküm verirse, hükmü geçerli olur. Hâkimin kendisinin alış veriş yapması da uygun değildir. Hâkimin kalbi esas mesleğiyle meşgul olmalıdır. Çünkü eğer satıcı veya alıcı hâkime suhulet gösterir, sonra da hâkime işi düşerse, hâkimin kalbi ona meyledebilir.¹⁹⁹

VII. HÂKİMLİK MAKAMINI KABUL ETMENİN HÜKMÜ

Fakihler hâkimlik görevini kabul etmenin hükmünün şartlara göre değişiklik arz edebileceğini ifade etmişlerdir. Zira herkesin hâkimlik mesleğini icra edebileceğini düşünmek pek doğru olmaz. Hakkıyla hâkimlik mesleğini yerine getirenler ve hak etmediği halde hâkim olanlar elbette aynı kategoride değerlendirilmeyecektir. Hâkimliğin yerine getirilmesi duruma göre bazen farz, bazen mendub, bazen mekruh ve bazen de haram olabilmektedir. .

A. Hâkimliğin Farz Olduğu Durumlar

Hâkimlik, bazı durumlarda farzdır. Fakihler ittifakla şunu kabul etmişlerdir: Herhangi bir belde hâkimlik yapabilecek daha ehil bir kimse yoksa o takdirde söz konusu kişinin hâkimlik görevine talip olması veya kendisine görev verildiği takdirde bunu kabul etmesi gerekir. Eğer böyle yapmayacak olursa günahkâr olur. Ancak bununla birlikte devletin yöneticileri kendisini bu görevi kabul etmesi için zorlayabilir. Çünkü insanların onun ilmine ve meselelere eğilmesine zorunlu bir ihtiyacı vardır. O bakımdan bu, zaruret içerisinde bulunan

¹⁹⁶ Camisab Özbek, *Dört Mezhebe göre İslam Fıkhı ve Müçtehitlerin Farklı Görüşleri*, Ravza Yayınları, İstanbul 2000, IV, 714.

¹⁹⁷ Buhârî, *Ahkâm*, 13, Hadis no: 6739; Ebû Davûd, *Akziyye*, 9, Hadis no: 3591.

¹⁹⁸ Yunus el-Buhûti, *Keşşafu'l-kına' an Metni'l-ikna*, (Tah. Muhammed Emin), Alemü'l-kütüb, Beyrut 1997, IV, 261.

¹⁹⁹ Özbek, *Dört Mezhebe Göre İslam Fıkhı ve Müçtehitlerin Farklı Görüşleri*, IV, 714.

bir kimseye, yanında bulunan yiyeceği vermeyen kişinin durumuna benzer.²⁰⁰ Bu da gösteriyor ki, her bölgede insanlar arasındaki ihtilafları çözümlenmek ve hasımlar arasında hüküm vermek için bir hâkimin tayin edilmesi farz-ı kifayedir. Çünkü Yüce Allah (c.c) Kur'an-ı Kerim'de: “*Ey iman edenler! Adaleti ayakta tutanlar olun*”²⁰¹ buyurmaktadır. Bu bakımdan hâkimlik görevi “*emri bi'l-ma'ruf ve'n-nehyi ani'l-münker*” yani iyiliği emredip kötülükten nehyetmek çerçevesine girer. Bu ise farz-ı kifayedir.²⁰² Nasıl ki bir belde bir kişi cenaze namazını kıldığında diğer insanlar da yükümlü olmaktan kurtulursa, hâkimlik mesleğinin bir bölgede bir kişi tarafından yerine getirilmesi de bu şekildedir. Yani ehliyetli bir kişi tarafından yerine getirildiği takdirde diğer insanlar da bu işin sorumluluğundan kurtulmuş olur.

Bu konuda hüküm, bir ülkede veya belde birden fazla ehliyetli kimseler bulunması durumuna göre değişir. Şayet bir belde'de sadece bir tek ehliyetli kimse varsa, onun bu görevi üstlenmesi farz-ı kifaye değil farz-ı ayn olur.²⁰³

Eğer bir belde hâkimlik yapabilecek çok sayıda kimse varsa, bu görevin kabul edilmesi de terk edilmesi de caizdir. Böyle bir durumda kabul mü, yoksa terk mi daha faziletlidir?

Dört mezheb imamının çoğunluğuna göre, terk etmek daha faziletlidir. Çünkü Hz. Peygamber (s.a.v.): “*İnsanlar arasında hâkim olarak tayin edilen bir kimse, bıçaksız olarak kesilmiş gibidir*”²⁰⁴ buyurmaktadır. İbn Ömer (ö. 23/643) gibi sahabelerden bir kısmı hâkimlik görevini üstlenmekten kaçınmışlardır. Ebu Hanife (ö. 150/767) gibi bir kısım fakihler de aynı yolu izleyerek hâkimlik görevini istememişlerdir. Çünkü bu konuda varit olmuş ifadeler işi oldukça sıkı tutmaktadır. Muhtemelen bu davranışın arka planında işin dini yükümlülüğünü vurgulayan naslar etkili olmuştur. Ancak bunu tek sebebe bağlamak ve bu konuda kesin bir kanaat belirtmek oldukça zordur.²⁰⁵

²⁰⁰ Zuhayli, *el-Fıkhü'l-islamiyye*, VI, 485.

²⁰¹ Nisa, 4/135.

²⁰² Mustafa el-Hin v.dğr, *el-Fıkhü'l-menhecıyyu a'la Mezheb-i İmam Şafî*, VII,156.

²⁰³ Cemâlüddin el-Kasimî, *el Fetva fi'l-islam*, Daru'l-kütübü'l-ilmıyye, Beyrut 1986, 75.

²⁰⁴ Ebû Davûd, *Akziyye*, 1, Hadis no: 3573; İbn Mâce, *Ahkâm*, 1, Hadis no: 2303.

²⁰⁵ Zuhayli, *el-Fıkhü'l-islamiyye*, VI, 485.

Kimi âlimler de şöyle demiştir: Hâkimliği kabul etmek daha faziletlidir. Çünkü peygamberler, resüller, hulafa-i raşidin bizzat hâkimlik yapmışlardır. Onlar ise bizim önderlerimizdir. Diğer taraftan yargı ile Allah rızası gözetilecek olursa, katıksız halis bir ibadet olur.²⁰⁶ Hatta ibadetlerin en hayırlısı olur. Çünkü Hz. Peygamber (s.a.v) bir hadislerinde: “*Adaletli bir imamın (İslam devlet yöneticisinin) bir günü, altmış yıllık ibadetten daha faziletlidir. Yeryüzünde hakkı ile uygulanan bir had (Allah’ın öngördüğü ceza) orası için kırk günlük yağmurdan daha hayırlıdır*”²⁰⁷ buyurmaktadır.

Yine Hz. Peygamber bu konu ile ilgili şöyle buyurmuştur: “*Adil olanlar Rahman olan Allah’ın sağ tarafında nurdan minberler üzerindedirler. Zaten onun her iki eli de sağdır (yani hayır ve bereket kaynağıdır). O adil olanlar ise, hem verdikleri hükümlerde, hem aileleri hakkında, hem de velayetleri altında olanlar hakkında adaletli davrananlardır.*”²⁰⁸

Yine ilim adamları hâkimliği yeren veya kerih gören hadislerin esas itibariyle cahil hâkim yahut âlim olmakla birlikte fasık konumunda olan ya da rüşvet konusunda kendisine güvenemeyen hâkimleri işaret etmiş olmalıdır²⁰⁹ demişlerdir. Bu yüzden kendisine güvenen ve bu mesleğe ehil olan bir kimsenin bu görevi Allah rızası için kabul edip, adaleti tesis etmesi ve bu sayede Allah’ın ahirette rızasını kazanması bu hususta söylenebilecek en doğru yaklaşım olacaktır.

B. Hâkimliğin Mendub Olduğu Durumlar

Hâkimlik bazı durumlarda ise mendub olur. Örneğin meşhur olmayan bir âlim kendi ilminden faydalanılsın diye insanlar arasında ilmini yaymayı umarsa, böyle kimselerin hâkimlik talebinde bulunması mendub olur. Nitekim geçinme ihtiyacı bulunan bir kimsenin de böyle bir talepte bulunması aynı şekildedir. Çünkü adaletli bir şekilde yargılamak bir tür ibadettir. Zira adaletin uygulanmasında pek çok sevap da vardır.²¹⁰ Bu şekilde hâkimliğe tayin edilecek

²⁰⁶ Zuhayli, *el-Fıkhü'l-İslamiyye*, VI, 485.

²⁰⁷ Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, XIV, Hadis no: 8738; Muhammed b. Hibban b. Ahmed et-Temimî, *Hudûd*, 1, Hadis no: 4398.

²⁰⁸ Muhammed b. Hibban b. Ahmed et-Temimi, *Kitabu's-siyer*, 1, Hadis no: 4484.

²⁰⁹ Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, VII, 4; Zuhayli, *el-Fıkhü'l-İslamiyye*, VI, 485.

²¹⁰ Zuhayli, *el-Fıkhü'l-İslamiyye*, VI, 485

kimse, hem maddi ihtiyacını karşılayacak hem de insanlar arasında adil yargılama yapacağından, Allah Teâlâ'nın rızasına da muvafık bir iş yapmış olacaktır.

C. Hâkimliğin Mekruh Olduğu Durumlar

Hâkimlik mesleğini talep etmek bazı durumlarda mekruh olur. Örneğin şayet acizliğe düşeceğinden yani meşru olan şekilde yerine getireceğinden yana korkusu olan ve zulmetmemekten yana da emin olmayan bir kimsenin hâkimliği talep etmesi mekruhtur.²¹¹ Aynı şekilde bir bölgede kendisine denk veya kendisinden üstün biri bulunduğu takdirde bu kimsenin hâkimlik makamını talep etmesi de mekruh olur. Çünkü Hz. Peygamber, hâkimliği talep etmekten sakındırmıştır. Bu konuda Hz. Peygamber şöyle buyurmaktadır: *“Bir kimse hâkimlik görevine talip olur ve hâkim olmak için yardım isterse, hâkimlikte kendi başına bırakılır. Kim hâkimliği istemeden ve aracı koymadan hâkimlik kendisine verilirse, Allah bir melek indirir ve ona doğruyu gösterir.”*²¹² Malum olduğu üzere günah ne kadar büyük olursa onun zıddı olan işlerde de mükâfat o kadar büyük olur.²¹³ Çünkü velayet ve bir bakıma hâkimlik, zayıflıktan sonra kuvvetli olmayı, acizlikten sonra da güçlü olmayı ifade eder. Kötülük üzere olan hâkimler de bu makamı düşmandan intikam almak için bir vesile ve dostunu gözetmek için bir araç yapabilir.²¹⁴ Bundan dolayı bu hadis bize hâkimliği talep etmenin pek doğru bir yol olmadığını ve dolayısıyla ehliyetli bir kişinin kendisi talip olmadan bu göreve getirilmesinin daha uygun olacağını bildirmektedir.

Ebu Musa el-Eş'ari (ö. 42/663) bu konuyla ilgili şöyle buyurmaktadır: *“Ben bir kere beraberimde amcaoğullarımdan iki kişi ile birlikte Peygamber'in huzuruna girdim. Bu iki kişiden biri Resulullah'a şöyle dedi”:*

“Ey Allah'ın Resülü! Aziz ve Celil olan Allah'ın seni tevliye ettiği vazifelerden biri üzerine beni memur tayin et.”

“Diğeri de bunun gibi bir memuriyet istedi. Bunun üzerine Resûlullah (s.a.s) şöyle buyurdu”:

²¹¹ Zuhayli, *el-Fikhu'l-islamiyye*, VI, 486.

²¹² Ebû Davûd, *Akziyye*, 3, Hadis no: 3580; Beyhakî, *Adâbu'l-kâdî*, 5, Hadis no: 20746.

²¹³ İbn Abdî'l-ber, *el-İstizkâr*, Daru'l-kütübü'l-ilmîyye, Beyrut 2000, VII, 298.

²¹⁴ Muhammed b. İsmail es-Senânî, *Subulü's-selam*, Mektebetü'l-mustafa el-Babi, Halep 1960, IV, 117.

“Vallahi biz memuriyet isteyen bir kimseyi ve memuriyete haris olan bir kişiyi bu işler üzerine memur tayin etmeyiz”²¹⁵ Bundan dolayı hâkimliği talep etmek pek doğru bir davranış kabul edilmemektedir.

Ancak Şafii âlimleri, hâkimlik mesleğini istemenin mekruh olması durumundan şu üç hususu istisna etmişlerdir. Bunlar meşhur olmayan bir âlimin, fakir bir âlimin ve hâkimlerin acizlikleri nedeniyle zayi olan hakları yerine getirmek isteyen bir âlimin hâkimliğe talip olmalarını kerahetten istisna tutmuşlardır.²¹⁶

Zira her meslekte olduğu gibi hâkimlikte de en ehil olanların göreve getirilmesi esastır. Bu konuda Yüce Allah Kur’an’ı Kerimde şöyle buyurmaktadır: “Allah, size emanetleri mutlaka ehline vermenizi ve insanlar arasında hükmettiğiniz zaman adaletle hükmetmenizi emrediyor. Doğrusu Allah, bununla size ne güzel öğüt veriyor! Şüphesiz ki Allah, hakkıyla işitendir, hakkıyla görendir.”²¹⁷ Hz. Ali (r.a)’ye göre bu ayet Müslümanların hâkimlerine hitap etmektedir.²¹⁸ Ayrıca Hz. Ali devlet başkanının adaletle hükmetmesi ve emaneti sahibine vermesi gerektiğini de vurgular. Bu takdirde Müslümanların ona itaat etmesi zorunlu olur.²¹⁹

D. Hâkimliğin Haram Olduğu Durumlar

Hâkimliğin haram olduğu durumlar ise şöyledir: Eğer hâkimliğe talip olmanın sebebi düşmanlarından intikam almak veya zengin olmak veya hâkimlik mevkisiyle gururlanıp insanlara çalım satmak olursa, hâkimlik zulme ve harama vasıta olur.²²⁰ Yani maksat haram ise, hüküm de haram olur. Oysa İslam hukuk düşüncesinin genel yapısı içerisinde, iyiliğe vesile olan şeyler teşvik edilir, kötülüğe sevk eden yollar da engellenmeye çalışılır. Bunun İslam hukukundaki kavramsal ifadesi sedd-i zerâidir.²²¹ Gerek naslar yoluyla ve gerekse diğer istidlâl yollarıyla mefsedete yol açması aşikâr olan zerâilerin haramlığı konusunda ise,

²¹⁵ Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, XXXII, Hadis no: 19741; Ebû Evâne Yakub b. İshak el-İsfrânî, *Müsned-i Ebi Evâne*, IV, Hadis no: 7019.

²¹⁶ Mustafa el-Hin v.dğr, *el-Fıkhü'l-Menheciyyu a'la Mezheb-i İmam Şafî*, VII, 157.

²¹⁷ Nisa, 4/58.

²¹⁸ Kurtubî, *el-Camiu li Ahkâmi'l-kur'an*, III, 226.

²¹⁹ Kurtubî, *el-Camiu li Ahkâmi'l-kur'an*, III, 229.

²²⁰ Mustafa el-Hin v.dğr, *el-Fıkhü'l-Menheciyyu a'la Mezheb-i İmam Şafî*, VII, 156.

²²¹ Şevket Topal, *İslâm Hukuk Düşüncesinde Sedd-i Zerâi*, Ahenk Yayınları, Van 2007, s. 97.

bütün fâkihler hemfikirdirler.²²²

Aynı şekilde hâkimin rüşvet almak için hâkimliğe talip olması da haramdır. Çünkü Hz. Peygamber (s.a.s) bir hadis-i şeriflerinde: “*Rüşvet alan da veren de cehennemdedir*”²²³ buyurarak hâkimlikte rüşvet almayı kesin olarak yasaklamıştır.²²⁴

IX. Hüküm verme konusunda hâkim için haram olan durumlar

1. Hâkimliğe ehil olmayan bir kimsenin insanlar arasındaki anlaşmazlığı gidermek için hüküm bildirmesi haramdır. Vermiş olduğu hüküm isabet etse dahi böyledir.²²⁵ Bunda herhangi bir görüş ayrılığı da yoktur.

2. Hâkimin hükmünü bilmediği bir konuda, zanla hüküm vermesi haramdır.²²⁶ Şayet zanla hüküm verirse vereceği hükmün sorumluluğu üzerinde kalacaktır ve eğer yanlış bir hüküm verdiyse hakkı yenen kimsenin günahını yüklenecektir.

3. Hâkimin heva ve heveslerine kapılarak hüküm bildirmesi de haramdır.²²⁷ Çünkü Allah Teâlâ, “*Sonra seni din konusunda bir şeriat (düzen) sahibi kıldık. Sen ona uy; bilmeyenlerin isteklerine uyma*”²²⁸ buyurarak hâkimleri ve hüküm bildirmeye yetkili kimseleri uyarmakta, dini konularda başkasının arzularına kapılmayı yasaklamaktadır.

4. Hâkimin, dini bir gerekçe olmadan, halka ağır hükümlerle, ayrıcalıklı kişilere ise hafif hükümlerle yargılama yapması da aynı şekilde haramdır.²²⁹ Bu bir çifte standart uygulaması olur ki, bunun dinde hiçbir dayanağı olamaz.

Kadı Ebu'l-Velid el-Bâcî'nin (ö. 474/1081) naklettiğine göre, kendi zamanındaki kimi hâkimlerin “*Bir arkadaşımın mahkemelik veya fetvalık bir*

²²² Topal, *İslâm Hukuk Düşüncesinde Sedd-i Zerâi*, s. 106.

²²³ Tirmizî, *Ahkâm*, 9, Hadis no: 1336.

²²⁴ Muhammed b. Abdurrahman Mubarek el-Furî, *Tuhfetü'l-ahfezi*, IV, 471.

²²⁵ A. Meyhûb Uveys, *Ahkâmü'l-ifta ve'l-istifta*, Daru'l-kitabi'l-camii, Kahire 1984, 149.

²²⁶ İbnu'l-kayyim, *İlâmu'l-muvakkîin An Rabbi'l-âlemin*, II, 161.

²²⁷ Ahmed b. Hamdân el-Harranî, *Sıfatü'l-fetva ve'l-müfti ve'l-müstefi*, 6.

²²⁸ Casiye, 45/18.

²²⁹ Şihâbuddin Ebi'l-Abbas Ahmed b. İdris Kârafî, *el-İhkâm fî Temyizi'l-fetevâ ani'l-ahkâm ve Tasarrufati'l-kâdî ve'l-imam*, (Tah. Abdul Fettah Ebû Gude), Daru'l-beşairi'l-islamiyye, Beyrut 1995, 247.

meselesi olsa ona uygun rivayetle hüküm vermem, onun üzerimdeki hakkıdır”²³⁰ şeklindeki ifadeleri de bu yaklaşımın bir parçasıdır.

5. Hüküm verme konusunda gevşek davranmak, işin önemini önemsememek de haramdır.²³¹ Çünkü verilecek hüküm bağlayıcıdır ve herhangi bir gevşekliliğe tahammülü yoktur. Aksi takdirde gevşek davranılmasından dolayı yanlış hüküm verilebilir ve adalet hakkıyla tecelli etmeyebilir. Aşağıdaki durumlar görevi ihmal (tesahül) kapsamında değerlendirilmiştir:

a. Hâkimin acele ederek, olay hakkında yeterince araştırma yapmadan hüküm bildirmesi görevi ihmal kapsamında değerlendirilir. Ancak hâkimin o konu hakkında önceden bilgisi varsa, hemen hüküm bildirmesinde bir sakınca yoktur. Fıkıh bilgini İbn Salah’a (ö. 643/1245) göre önceki âlimlerin sorulara hemen cevap vermelerine dair rivayetler de bu şekilde yorumlanmalıdır.²³²

b. Hâkimin, hüküm bildirirken niyeti kötü olan insanların etkisiyle haram veya mekruh sayılan hilelerin peşine düşmesi de görevi ihmalden sayılmıştır.²³³

c. Hâkimin, meşru olmadığı bilinen şeylerin caiz olduğuna dair hüküm vermesi de görevi ihmal kapsamında değerlendirilir. Yani hâkim, İslam dininin temel esaslarına aykırı olarak hüküm veremez. Çünkü bu durumda hâkim Allah’a karşı yalan isnat etmiş olur.²³⁴

d. Hâkimin, hatırı sayılır kişilerden fayda sağlamak için zayıf, şazz vb. kabul görmeyen görüşlerle hüküm vermesi de görevi ihmal kapsamında değerlendirilir.²³⁵ Yani hâkimin, menfaat elde etmek istediği kişiye ruhsat vermek veya zarar vermek istediğini zora sokmak amacıyla, sağlam olmayan görüşlerle hüküm vermesi haramdır. İbnü’l-Kayyim (ö. 751/1350) bu şekilde hüküm vermenin haram olduğu konusunda bütün ümmetin ittifakı olduğunu beyan

²³⁰ İbnu’l-Kayyim, *İlâmu’l-muvakki’in An Rabbi’l-âlemin*, IV, 185.

²³¹ Ebû Zekerriyya Yakub b. Şeref, *Adâbu’l-fetva ve’l-müfti ve’l-müstefti*, (Nşr. Bessam Abdulvehhab el-Cabi), Daru’l-fikr, Dimeşk 1988, 37.

²³² Şehrezûrî, *Edebu’l-fetva ve Şûrûtu’l-müfti ve Sıfatü’i-müstefti ve Ahkâmuhu ve Keyfiyyetü’l-fetva ve’l-istifta*, (Tah. Rıfat Fevzi Abdulmuttalib), 65.

²³³ Subhî Mahmasânî, *Felsefetü’l-teşri fi’l-islam*, Mektebetü’l-keşşaf, Beyrut 1946, ss. 192-202.

²³⁴ Hasan b. Ali el- Hüseyini el-Kannuci Sıddık Han, *Zuhru’l-muhti min Adâbi’l-müfti*, Matbaa-i Sıddiki, Bhopal h. 1293, 36.

²³⁵ İbnu’l-Kayyim, *İlâmu’l-muvakki’in An Rabbi’l-âlemin*, IV, 201.

etmiştir.²³⁶ Sıddık Hasan (ö. 1307/1890) ise, şayet hâkim böyle bir hata yaparsa en büyük günahlardan birini işlemiş olur görüşünü ileri sürmüştür.²³⁷

²³⁶ İbnu'l-Kayyım, *İlâmu'l-muvakki'in An Rabbi'l-âlemin*, IV, 185.

²³⁷ Sıddık Han, *Zuhru'l-muhti min Adabi'l-müftî*, ss. 48-49.

İKİNCİ BÖLÜM

HÂKİMLİĞİN USUL VE ESASLARI

I. GENEL ANLAMDA USUL VE ESASLAR

Bu bölümde hâkimliğin genel anlamda usul ve esasları incelenmiştir. Bu usul ve esaslar hâkimliğin adaletli bir şekilde yerine getirilmesi ve hâkimlerin tarafsız bir şekilde yargılama yapmaları için fakihler tarafından tavsiye edilen davranışlardır. Bu açıdan hâkimlerin bu usul ve esaslara titizlikle dikkat etmesi gerekir.

A. İstişare

Hâkim olan kimse istişareye açık olmalıdır. Yani hakikatin tecellisini gaye edinen bir hâkim, bir hadisenin hükmü hakkında tereddüt ederse bu hususta ehli ilim ile istişare etmelidir. Çünkü bu kendisine yardım eder ve kendisini sevaba kavuşturur.²³⁸ Ayrıca müşkil olan meselelerde onlarla istişare etmek için fakihlerin yargılama meclisinde hazır bulunması da müstehaptır.²³⁹ Nitekim Yüce Allah (c.c) bir ayet-i kerimede şöyle buyurmaktadır: “*İş hususunda onlarla istişare et*”²⁴⁰ Buradaki müşaveret sadece Müslümanlara özel bir şeydir. Yani yumuşak davrandığın kişiler arasında Müslüman olanlarla istişare et. İstişare eden kişilerin görüşlerinden yardım al.²⁴¹ Onların görüşlerine uy²⁴² demektir. Ayrıca Tirmizi de (ö. 279/893) Ebu Hureyre'nin (ö. 58/678) şöyle dediğini rivayet etmektedir: “*Ben ashabi ile Resulullah (s.a.v) 'tan daha çok müşavere eden bir kimse görmedim*”²⁴³

Burada ihtilaf edilen konu hâkimin vermiş olduğu hüküm hakkında mecliste bulunan fakihlerin o hüküm hakkında farklı görüşlerinin bulunup bulunmadığı hakkındadır. Eğer Hulefa-i Raşidin'in yaptığı gibi hâkimin vermiş olduğu bir hüküm hakkında, fakihler ittifakla görüş belirtmişlerse mesele yoktur. Şayet fakihler ittifak etmeyip farklı görüşler ortaya koyarsa, hâkim de o görüşlerin

²³⁸ Bilmen, *Hukuki İslamiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kâmusu*, VIII, 216.

²³⁹ Ebi İshak Cemaleddin İbrahim b. Ali b. Yusuf Şirazî, *el-Mühezzeb fî Fıkhi'l-imami's-şafi'iyyi*, Daru'l-kalem, Dimeşk 1996, V, 495.

²⁴⁰ Âl-i İmran, 3/159.

²⁴¹ Muhammed b. Tahir et-Tunusî, *et-Tehrir ve't-tenvir*, Daru't-tunusiye, Tunus 1984, IV, 147.

²⁴² Beğavî, *Mealimu't-tenzil*, II, 124.

²⁴³ Beyhakî, *Nikâh*, 11, Hadis no: 13684; Şafî, *Müsned-i Şafî*, I, Hadis no: 625.

en güzelini alır ve doğru gördüğüne göre hüküm verir.²⁴⁴ Bunu da hâkim, ancak müçtehit olması durumunda yapabilir.²⁴⁵ Müçtehit olmaması durumunda ise, orada bulunan kimselerden daha fakih olanın görüşünü alması ve kendi şahsi görüşünü terk etmesi caiz olur. Şayet fakihlerden birisinin görüşüne dayanıp daha sonra bir başkasının görüşünün doğru olduğunu anlarsa, birinci görüşten vazgeçme hakkına sahiptir. Çünkü içtihadî hususlarda hâkimin, hükmün verilmesinden önce görüşlerden herhangi birisini alma yetkisi vardır. Hükmü verdikten sonra ise, daha önce vermiş olduğu hükmü iptal etme hakkına sahip değildir. Çünkü artık hüküm verilmekle üzerinde ittifak edilmiştir. Ancak gelecekte önceki görüşünün dışında bir görüş ile amel etme hakkına sahiptir.²⁴⁶

Bu uygulama günümüz mahkemelerinde bilirkişi olarak adlandırılmaktadır. Bazı durumlarda hâkim yargılamasını bilirkişilerin beyanlarına göre yapar. Adli yargı kurumlarında bilirkişi incelemesine ilişkin yasal düzenleme 5271 sayılı ceza muhakemesi kanunu'nun ikinci bölümünde düzenlenmiştir. Buna göre;

1. Çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına re'sen, Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafinin veya kanunî temsilcinin istemi üzerine karar verilebilir. Ancak hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgi ile çözülmesi olanaklı konularda bilirkişi dinlenemez.

2. Bilirkişi atanması ve gerekçe gösterilerek sayısının birden çok olarak saptanması, hâkim veya mahkemeye aittir. Birden çok bilirkişi atanmasına ilişkin istemler reddedildiğinde de aynı biçimde karar verilir.

3. Soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı da bu maddede gösterilen yetkileri kullanabilir.²⁴⁷

B. Oturma Yerlerinde Hasımlar Arasında Eşitlik

Hâkim, mahkemeye gelen hasımları eşit yerlere oturtur ve eşit ilgi gösterir.

²⁴⁴ Zuhayli, *el-Fıkhu'l-islamiyye*, VI, 499.

²⁴⁵ İbn Muhammed Abdullah İbn Ahmed b. Muhammed b. Kudâme, *el-Muğnî*, Daru'l-kütübü'l-ilmîyye, Beyrut 1994, IX, 39.

²⁴⁶ Zuhayli, *el-Fıkhu'l-islamiyye*, VI, 499.

²⁴⁷ Ceza Muhakemeleri Kanunu, mad. 63.

Çünkü Peygamber efendimiz (s.a.v) bir hadis-i şeriflerinde: “*Biriniz hâkimliğe getirildiğinde oturuşta, işarette ve bakışta hasımlara eşit davransın*”²⁴⁸ buyurmuştur. Bu hadisten de anlaşılıyor ki, hâkim, hasımlardan biriyle gizlice konuşamaz, işarette bulunamaz ve delil telkin edemez. Çünkü bu, ithama yol açtığı gibi ötekinin kalbinin kırılmasına ve bu yüzden hakkından vazgeçmesine de yol açabilir. Aynı şekilde hâkim, bir tarafın yüzüne gülüp diğerine yüzünü ekşitemez. Çünkü bu, kişinin hasmına karşı cesaret kazanmasına sebep olabilir. Hasımlardan hiçbirisiyle şakalaşamaz. Çünkü bu hareket, mahkemenin saygınlığını zedeler.²⁴⁹ Aynı şekilde birisine ziyafet verip diğerini terk edemez ve hasımlardan birisi ile latife yapamaz. Ayrıca hâkimin tanığa telkinde bulunması da mekruhtur. Yani hâkimin tanığa: “*Şöyle şöyle tanıklık eder misin*” demesi mekruhtur. Çünkü bu hasımlardan birine yardım etmektir. Bu nedenle hasımlardan birine telkinde bulunmak gibi hasımlardan birine yardım etmek de mekruh olur.²⁵⁰

Ancak İmam Ebu Yusuf (ö.182/798): “*İtham ihtimali bulunmayan durumlarda tanığa telkinde bulunmak istihsânen caizdir*” demiştir. Çünkü tanık, bazen mahkemenin mehabetinden konuşamamaktadır. Bu nedenle hakkın kaybolmaması için tanığa telkinde bulunmak, hasmı getirmeye adam göndermek veya birisine kefil tutturmak gibidir.²⁵¹

Hâkimin mahkeme önünde taraflar arasında eşit davranmasının önemini açıklamak üzere burada İmam Ebu Yusuf’un (r.a) (ö.182/798) sözlerini hatırlamak yerinde olacaktır. Rivayete göre Ebu Yusuf vefatı sırasında Allah’a yalvarırken, “*Allah’ım! Biliyorsun ki ben, bir olay dışında davada taraflar arasında adaletli olmayı terk etmiş değilim. O tek olaydaki adaleti terk etmemi affeyle*” demiştir. Ebu Yusuf (r.a)’a o olayın ne olduğu sorulunca şöyle demiştir: “*Bir Hıristiyan müminlerin emirini dava etmişti. Ben halifeye yerinden kalkmasını ve dava eden diğer kimse ile eşit seviyede olmasını emredemedim. Fakat imkânım ölçüsünde Hıristiyan’ı tahtın yanına yükselttim. Davayı, onları oturuşta eşit*

²⁴⁸ Dârekutnî, *Kitabu’l-akziyyeti ve’l-ahkâm*, Hadis no: 10; Beyhakî, *Adâbi’l-kâdî*, 48, Hadis no: 20962.

²⁴⁹ Merginânî, *el-Hidaye*, III, 103.

²⁵⁰ Halebî, *Mülteka’l-ebhur*, I, 287.

²⁵¹ Merginânî, *el-Hidaye*, III, 103.

*konuma getirmemden önce dinledim. Benim haksızlığım buydu.*²⁵² Bundan dolayı bilinmelidir ki bu konu, hâkimin dikkat etmesi gereken en önemli şeylerden birisidir. Nitekim Hz. Ömer (r.a) Ebu Musa el-Eş'ari'ye yazmış olduğu mektupta şöyle buyurmaktadır: *“Makam sahibi olan, senin haksızlık yapmanı ve kendisini kayırmanı beklemesin. Güçsüz olan kimse de haksızlık yapmandan korkmasın.”*²⁵³ Hâkim, makam sahibi olan kimseyi öne alırsa o, hâkimin haksızlık yaparak kendini kayırmasını bekler. Hâkimin bu davranışı davadaki güçsüz tarafın kalbini incitir. Ve dolayısıyla hâkimin kendisine haksızlık yapmasından korkar. Aynı şekilde hâkimin makam sahibi kimseyi öne alması, onun hak giysisine bürünerek konuşmasına zemin oluşturur. Bundan dolayı güçsüz kimse hakkını delil ile ispat etmekten aciz olur. Böylece hâkim taraflardan birine yönelerek eşit davranmayı terk ettiği için, buna zemin hazırlamış olur.²⁵⁴ İşte bu türlü yanlış sonuçların meydana gelmemesi için hâkimlerin bu türlü davranışlardan kaçınması gerekir.

C. Hediye Kabul Etmemek

Hâkim, yakın akrabaları ile hâkimlikten önce hediyeleşmeyi adet haline getirdiği kişiler dışında hiç kimseden hediye alamaz. Çünkü birincisi akrabalık hakkı, ikincisi de hâkimlik için değil eski âdetin devamıdır. Bunların dışındaki hediyeleri ise, hâkimlikten ötürü almış olur. Fakat akrabasının bir davası olunca onun da hediyesini almaması gerekir. Aynı şekilde öteden beri hediyeleştiği kişi hediye normalin üstüne çıkarırsa veya bir davası olursa onun da hediyesini kabul etmesi caiz olmaz. Çünkü bu, hâkimlik için olduğundan yargılama esnasında hâkim onu kollayabilir.²⁵⁵ Bu hediye ile kişi galip olmayı kastedebilir.²⁵⁶ Yine hâkimin yargılamadan önce bir kimse tarafından kendisine hediye verilmesi adet olmadığı halde, bu kimse hâkime hediye verirse hâkimin bunu da kabul etmesi caiz olmaz.²⁵⁷ Zira Peygamber Efendimiz (s.a.v) bir hadislerinde: *“Amirlere hediye vermek ihanettir, onları doğruluktan*

²⁵² Serahsî, *Mebhut*, XVI, 61.

²⁵³ Dârekutnî, *Kitabu'l-akziyyeti ve'l-ahkâm*, 2, Hadis no: 1; İbn Kayyim, *I'lamu'l-muvakkiin*, I, 85. Zeylâi, *Nasbu'r-riyâ li Ehadisi el-Hidaye*, IV, 81.

²⁵⁴ Serahsî, *Mebhut*, XVI, 61.

²⁵⁵ Merginânî, *el-Hidaye*, III, 103.

²⁵⁶ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 57.

²⁵⁷ Abdulvahid, *Şerhu Fethu'l-kadir*, VI, 371.

sapıtmadır”²⁵⁸ buyurmuştur. Şayet hâkim, hediye kabul etmişse ve mallarıyla karışmışsa kendisine bırakılır. Şahsına ait mallarla karışmamışsa hazine alır. Hediye edene verilemiyorsa veya verme imkânı yoksa hazinenin alması tercih edilir.²⁵⁹

Hâkimin geçimini karşılamasına gelince, Ömer b. Hattab (r.a), Süleyman b. Rebia el-Bahili’ye (29/649) hâkimlik maaşı olarak ayda beş yüz dirhem veriyordu. Bu uygulama, devlet başkanının hâkime hazineden geçimlik verdiği ve hâkimin bunu almasında bir sakınca olmadığını göstermektedir. Çünkü o, zamanını Müslümanların işi için ayırmıştır. Bu yüzden kendinin ve ailesinin geçimini devletten alır.²⁶⁰

Hâkim servet sahibi olup maaş almaz ve hâkimliği Allah (c.c) rızası için yaparsa bu daha hayırlıdır. Zira Yüce Allah (c.c) bir ayette: “*Zengin olan iffetli olmaya çalışsın, yoksul olan da (ihtiyaç ve emeğine) uygun olarak yesin*”²⁶¹ buyurmuştur. Bu ayet vasi²⁶² hakkındadır. Yani her kim yetimin malına ihtiyacı yoksa ondan yemesin. Yetimin malı o kişiye leş ve kan yemek gibi olur.²⁶³ Ayrıca bu ayet zenginlere yetimlerin mallarını harcamamalarını, fakirlere ise baktıkları yetimlerin mallarından ihtiyacı kadar iyilikle almalarını vurgulamaktadır.²⁶⁴ Nasıl ki hâkim, Müslümanlar için çalışıyorsa vasi de, yetim için çalışır. Ancak burada vasiden farklı olarak hâkimin zengin olması durumunda da ücret almasında herhangi bir sakınca yoktur. Almaması durumunda ise, bu kendisi için daha hayırlı olur.

Bu hükmün İslam tarihindeki uygulamasına baktığımız zaman, sahabelerin, Hz. Ebu Bekir’e (ö. 13/634) hazineden kendisine ve ailesine yetecek kadar maaş ayırdıklarını görürüz. Ancak O, Hz. Ayşe ‘ye (ö. 57/676) bu malların tümünü geri vermesini emretmiştir. Bunun üzerine Hz. Ömer: “*Allah sana rahmet*

²⁵⁸ Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 4, Hadis no: 1714; Bezzâr, *Müsned-i Bezzâr*, 9, Hadis no: 3723.

²⁵⁹ Mâverdi, *Ahkâmü’s-sultaniyye*, 146.

²⁶⁰ Serahsî, *Mebcut*, XVI, 102.

²⁶¹ Nisa, 4/6.

²⁶² Vasi: Sahip oldukları mallar üzerinde tasarruf hakkı bulunmayıp velileri olmayan kimselerin menfaatlerini korumak ve onlar adına tasarrufta bulunmak üzere mahkeme tarafından tayin edilen kanuni temsilci demektir.

²⁶³ İbn Kesîr, *Tefsiru’l-kur’ani’l-azim*, II, 216.

²⁶⁴ Kurtûbî, *el-Camiu li Ahkâmi’l-kur’an*, III, 41.

*etsin. Kendinden sonrakileri yordun” demiştir.*²⁶⁵

Hz. Ömer kendisine ve ailesine yetecek kadar maaş alıyordu. Hz. Ali de alıyordu. Nitekim O: “*Sizin malınızda benim her gün bir kap tirid alma hakkım vardır*” derdi. Hz. Osman ise, zengin olduğu için maaş almıyordu. Buradan da anlaşılıyor ki, hâkimin kendisine ve ailesine yetecek miktarda maaş almasında hiçbir sakınca yoktur. Ancak zengin olduğu takdirde alması caiz olduğu halde almaması daha hayırlı olur. İmam Muhammed kayıtları tutmak ve çeşitli görevleri yerine getirmek üzere hâkimin maaş almasını uygun görmektedir. Uygulama da bu şekilde yapılmıştır. Hz. Peygamberden itibaren bütün İslam ülkelerinde hâkimlere görevleri karşılığında maaş verilmiştir.²⁶⁶

D. Davete İcabet Etmek

Hâkimin toplu davetlere katılmasında bir sakınca yoktur.²⁶⁷ Çünkü Hz. Peygamber bir hadislerinde: “*Davete gitmeyen kimse Ebû'l-Kasım'a (Peygambere) karşı gelmiştir*”²⁶⁸ buyurmuştur. Ancak, hâkimin hususi davetlere katılması caiz değildir.²⁶⁹ Çünkü böyle davetlere katılmak hâkimi töhmet altında bırakır. Şöyle ki, taraflardan birisi: “*Davalımın vekili olan falanca, falancanın davetinde hâkimle konuştu. Rüşvet vermek için onunla anlaştı*” diyebilir. Ayrıca özel davetlere katılmak insanların hâkimden beklediği şeylerdendir. Bundan dolayı hâkim, özel davetlerden sakınması gerekir.²⁷⁰

Özel davet ile genel davet arasındaki fark şu şekilde tespit edilir: Sahih olan görüşe göre ziyafet sahibi, eğer hâkimin davetine geleceğini bilirse davet yapar, geleceğini bilmeyince davet yapmaz ise, bu davet özel davet olur. Şayet hâkimin gelmeyeceğini bilerek davet ederse, bu davet de genel davet olmuş olur. Çünkü davetin sırf hâkim için yapılmadığı böyle bilinir. Davet hususunda akraba ile yabancı arasında bir fark yoktur.²⁷¹

Şayet davet sahibi, hâkim göreve gelmeden önce ona davet vermeyi adet

²⁶⁵ Serahsî, *Mebcut*, XVI, 102.

²⁶⁶ Serahsî, *Mebcut*, XVI, 102.

²⁶⁷ Meydânî, *el-Lübab fi Şerhi'l-kitap*, IV, 81.

²⁶⁸ Zeylâî, *Nasbu'r-raye*, II, 155.

²⁶⁹ Halebî, *Mülteka'l-ebhur*, I, 287.

²⁷⁰ Serahsî, *Mebcut*, XVI, 81

²⁷¹ Heyet, *el-Fetâvâ'l-hindiyye*, III, 315.

durumuna getirmemişse, bu takdirde hâkim bu özel davete gidemez. Hâkim göreve gelmeden önce onu davet etmek davet sahibinin âdeti idiye hâkimin onun davetine gitmesinde bir sakınca yoktur.²⁷²

E. Cenazede Bulunmak ve Hasta Ziyareti

Hâkimin cenazeye gitmesinde, hasta ziyaret etmesinde bir sakınca yoktur.²⁷³ Çünkü Hz. Peygamber ve Raşid halifeler bunu yapardı. Ayrıca bu, Müslüman'ın Müslüman üzerindeki haklarından. Zira Hz. Peygamber bir hadislerinde: “Müslüman'ın Müslüman üzerinde beş hakkı vardır: Bunlar, selamını almak, hapşırana “Elhamdülillah” demesi halinde “Yerhamükellah” demek, davetine icabet etmek, hastayı ziyaret etmek, cenazelerin arkasından gitmek ve nasihat istediği takdirde ona nasihat vermektir.”²⁷⁴ buyurmaktadır. Bu hadiste de açıklandığı üzere Müslüman'ın hastalanması halinde onu ziyaret etmek ve cenazesinin arkasından gitmek Müslüman'ın Müslüman üzerindeki haklarından. Bundan dolayı hâkimin göreve gelmesi nedeniyle insanların bu haklarını yerine getirmesine engel olunmaz.²⁷⁵

II. ÖZEL ANLAMDA USÛL VE ESASLAR

Bu usul ve esasların bir kısmı yargılamanın yapılacağı yer hakkında, bir kısmı ise hâkimin yargılama esnasında takınması gereken durumlar hakkında olacaktır. Fakihler, İslam hukukunun kaynaklarına dayanarak bu durumlar hakkında hâkimin sağlıklı bir yargılama yapabilmesi için belli başlı bir takım hükümler bildirmişlerdir.

A. Yargı Yeri

Günümüzde insanlar arasındaki ihtilafları çözmek için hâkimler yargılama işini mahkemelerde yapmaktadırlar. Ancak İslam hukukundaki uygulamalara baktığımızda her zaman bu yargılama işinin mahkemelerde yapıldığını söyleyemeyiz. Bunun sebebi yargı henüz kurumsallaşmasını tamamlamadığından kaynaklanmıştır. Biz konumuzu ilgilendirmesi açısından bu konu ile ilgili fakihlerin görüşlerini ele alıyoruz. Buna göre hâkim, yargılama yapmak için

²⁷² Serahsî, *Mebcut*, XVI, 81.

²⁷³ Halebî, *Mülteka'l-ebhur*, I, 287.

²⁷⁴ Bûharî, *Cenâiz*, 2, Hadis no: 1183; Müslîm, *Selâm*, 3, Hadis no: 2162.

²⁷⁵ Serahsî, *Mebcut*, XVI, 81.

herkesin bileceği bir şekilde camide oturur.²⁷⁶ Böylece hem yabancılar hem de bazı yerliler hâkimin yerini şaşırmamış olurlar. Hâkimin çok tanınan camide oturması ise tercih edilir. Zira Hz. Peygamber hasımların davalarını mescitte halledip karara bağlardı. Ondan sonra gelen raşid halifeler de böyle yaparlardı. Hz. Ali 'nin (ö.40/660) üzerine oturup davaları karara bağladığı kanepesi halen Kûfe mescidinde bulunmaktadır.²⁷⁷ Aynı uygulama sahabe ve tabiin devrinde de devam etmiştir.²⁷⁸ Şayet hasım hayızlı ve nifaslı bir kadın olursa, hâkim mescidin kapısına çıkarak onun davasına bakar. Ya da onunla davalı arasındaki anlaşmazlığı halledip karara bağlaması için birine emir verir. Aynı şekilde dava konusu bir hayvansa, hâkim yine mescidin kapısına çıkar ki, davayı dinlesin ve şahitlik durumunda da o hayvanı işaret edip gösterebilsin.²⁷⁹

Hâkim, davalara evde oturarak da bakabilir. Ama bu durumda o eve girilmesine izin vermesi gerekir. Oraya giren bir kimseye de mani olmaması lazımdır. Mescitte kendisiyle beraber oturanlar o evde de kendisiyle beraber oturabilmelidir.²⁸⁰ Ancak İmam Şafii'ye (ö. 204/820) göre mahkeme için camide oturmak mekruhtur.²⁸¹ Çünkü mahkemeye, necis olduğu ayetle sabit olan²⁸² gayri Müslimlerle, camiye girmesi yasaklanan aybaşı halindeki kadınlar da gelebilir.²⁸³ İşte bundan dolayı Şafilere göre mescitte davaya bakmak mekruhtur.

Netice olarak denilebilir ki, İslam'ın ilk zamanlarında davaların azlığı sebebiyle camide, evde, pazarda hatta yollarda dahi davalar görülmüştür. Ancak sonraları davaların artması, İslam devletinin genişlemesi ve cami, ev gibi yerlerin yargı faaliyetlerinin merkezi olma hususunda yetersiz hale gelmesi sebebiyle, adaletin yerine getirilmesinin daha hızlı ve kolay yapılabilmesi için özel binaların yapılmasına ihtiyaç hissedilmiş, hızlı bir şekilde "*Daru'l-Kaza*" denilen binalar meydana getirilmiştir.²⁸⁴

²⁷⁶ Merginânî, *el-Hidaye*, III, 103.

²⁷⁷ Mavsilî, *el-İhtiyar*, II, 85.

²⁷⁸ Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, VII, 13.

²⁷⁹ Mavsilî, *el-İhtiyar*, II, 85.

²⁸⁰ Mavsilî, *el-İhtiyar*, II, 85.

²⁸¹ Mustafa el-Hin v.dğr, *el-Fıkhü'l-menhecıyyu a'la Mezheb-i İmam Şafî*, VII, 169.

²⁸² Tevbe, 9/28.

²⁸³ Mâverdî, *Edebu'l-kâdî*, I, 210.

²⁸⁴ Barut, *İslam Hukukunda Edebu'l-kâdî ve Günümüz Hâkimlik mesleği ile Karşılaştırılması*, s. 89.

B. Hâkimin Yardımcıları

Hâkim, mahkemede yargılama işini daha hızlı ve daha sağlam bir şekilde yerine getirebilmek için birtakım yardımcılarına ihtiyaç duyar. Bu yardımcıları yargılama esnasında mahkemede hâkimin yanında hazır bulunur. Zira hâkimin davalılar arasında isabetli hüküm verebilmesinde bu yardımcıların da etkisi büyüktür. Örneğin mahkemeye başvuran davalılardan birinin farklı bir dili kullanması muhtemel olabilir. İşte bu durumda hâkim, onun söylediklerini anlayabilmek için bir tercümana ihtiyaç duyar. Bundan dolayı hâkimin birtakım yardımcıları edinmesi bir yerde zorunludur. Şimdi bu yardımcıları sırayla ele alalım.

1. Kâtip

Hâkimin ihtiyaç halinde kâtip edinmesi sünnettir. Çünkü Hz. Peygamber bizzat kendisi için kâtipler edinmiştir. Bu kâtiplerin sayısı bazen kırka ulaşırdı. Bunların arasında Ali b. Ebû Talib (ö. 40/660) ve Zeyd b. Sabit de (ö. 45/665) vardır.²⁸⁵ Hâkimin bir kâtime ihtiyaç duyması onun meşguliyetinin çok olmasındandır.²⁸⁶ Zira hâkim, hüküm ve içtihat ile meşgul olduğundan, bir de yazmakla uğraşırsa işler aksar. Bu meşguliyetinin arasında kâtipliğe zaman ayırması neredeyse mümkün değildir. Çünkü kâtiplik işi meşakkatli bir iştir.²⁸⁷ Bu zor işi de herkesin yapabileceğini düşünmek de pek gerçekçi olmayacaktır. Bundan dolayı da fakihler bu meslek için birtakım şartlar belirtmişlerdir.

a.) Kâtip, Müslüman, adil, hür ve erkek olmalıdır.²⁸⁸ Çünkü Müslüman değilse, şeriatın uygun görmediği şeyleri yapmasından korkulur. Adaletli değilse hıyanetinden korkulur. Zira hâkim, bazen gaflet edebilir ve kâtibin yazdığını okumayabilir. Bundan dolayı hâkimin bu şartları taşıyan bir kâtip edinmesi gerekir.

b.) Fıkıhı bilmelidir. Çünkü fıkıhı bilmezse, sicilleri (mahkeme kayıtlarını) ve hâkimin ihtiyaç duyduğu ahkâmı yazmayı beceremez.²⁸⁹

²⁸⁵ Şirazi, *el-Mühezzeb*, V, 487.

²⁸⁶ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 53.

²⁸⁷ Kâsânî, *Bedâiu 's-sanâi*, VII, 12.

²⁸⁸ Mustafa el-Hin v.dğr, *el-Fıkhü 'l-menhecıyyu a 'la Mezheb-i İmam Şafî*, VII, 167.

²⁸⁹ Mavsilî, *el-İhtiyar*, II, 86.

c.) Yanlışığa düşmemesi için hattı güzel olmalıdır. Zira bu konuda Hz. Ali şöyle buyurmuştur: “*Güzel hat, açıklık bakımından hakkı açtırır.*”

d.) Hesap (matematik) bilmelidir. Zira miras taksiminde ve vasiyetlerin tevziinde ona ihtiyaç vardır.

e.) Hasımların dillerini iyi anlayan biri olmalıdır.²⁹⁰

Hâkim, kâtibi yazdığını ve yaptığını göreceği yere oturtur. Bunun sebebi ise, hâkim her olayda kâtibin elinde olan yazılı belgelere başvurmaya gerek duyabilir. Bundan dolayı kâtip, hâkimin gözü önünde olmalıdır. Aynı zamanda hâkim, gözü önünde olmayınca bazı tarafların rüşvet vererek kâtibi aldatmalarından güvende olur.²⁹¹

Kâtibin ücretine gelince, bu hâkimin isteğine göredir. Hâkim isterse, onun ücretini davacı ve davalıdan alır; isterse, beytü'l-mal'den alır. Bunda bir beis yoktur. Şayet beytü'l-malde genişlik varsa, oradan alması daha iyidir.²⁹²

2. Hacib ve Mübaşir

Hâkim için hacib (kapıcı) edinmek mekruh, mübaşir edinmek ise, caizdir.²⁹³ Hacib, hüküm zamanında halkı içeri sokmayan kapıcıdır. Hâkimin kapısının açık olması gerekir. Şayet hâkim, halkın kendisine müracaat edebilmesi için bir kapıcı edinirse bu mekruh olur. Zira Resûlü Ekrem (s.a.v.) şöyle buyurmuştur:

*“Allah bir kimseyi Müslümanların işleri üzerine vali kılar; Vali de onların ihtiyaçları, zaruretleri ve fakirlerinin önüne perde çeker; dileklerine kulak asmaz ise, Allah Teâlâ da kıyamet günü o valinin ihtiyacı, zarureti ve fakirliği önünde perde çeker (dileklerini kabul etmez).”*²⁹⁴

Ancak hâkimin kapısında izdiham söz konusu ise, halkın düzgün bir biçimde hâkimin huzuruna girmesini sağlamak için kapıcı edinmesi mekruh değildir.

²⁹⁰ Mustafa el-Hin v.dğr, *el-Fıkhü'l-menhecıyyu a'la Mezheb-i İmam Şafîi*, VII, 167.

²⁹¹ Serahsî, *Mebcut*, XVI, 90.

²⁹² Heyet, *el-Fetâvâ'l-Hindiyye*, III, 315.

²⁹³ Özbek, *Dört Mezhebe göre İslam Fıkhı ve Müçtehitlerin Farklı Görüşleri*, IV, 712.

²⁹⁴ Ebû Davûd, *Harâc*, 13, Hadis no: 2948.

Mübaşir ise, davacı ve davalıları sıraya sokup onların isimlerini teker teker okuyarak hâkimin huzuruna çağırın kişidir. Buna aynı zamanda nakib de denir. Hâkimin böyle bir yardımcı edinmesinde herhangi bir sakınca yoktur.²⁹⁵ Zira davaların çok olduğu bir ortamda karışıklığı önlemek için böyle bir yardımcıya ihtiyaç vardır. Aksi takdirde davalar karışabilir ve ortalıkta bir karmaşalık söz konusu olabilir. Bu uygulama günümüz mahkemelerinde de mevcuttur. Mübaşir, sırası gelen davacı ve davalıların isimlerini zikrederek herhangi bir karışıklığa meydan vermeden hâkimin huzuruna çıkmalarını sağlar.²⁹⁶

3. Tercüman

Hâkimin konuştuğu dilden farklı bir dilde konuşan kimseler, hâkime dava getirirse, güvenilir ve Müslüman bir kimsenin, konuşmayı hâkim için tercüme etmesi gerekir.²⁹⁷ Bundan dolayı hâkimin tercüman edinmesi menduptur. Tercüman, hasımların sözlerini tercüme eder ve hâkim de ona göre hükmünü verir.²⁹⁸

Zira Hz. Peygamber Zeyd b. Sabit'e İbranice'yi öğrenmesini emretmiştir. O, Hz. Peygamber'in huzurunda İbranice konuşanların konuşmalarını tercüme ederdi.²⁹⁹

Tercümanın adil ve Müslüman olması konusunda fakihler arasında bir ayrılık yoktur. Çünkü haberin kendisi doğru olabileceği gibi yanlış da olabilir. Doğruluk tarafı ancak haber verenin adil olmasıyla ağırlık kazanır. Müslüman olmak da şarttır. Çünkü kâfirler Müslümanların düşmanıdır. Bundan dolayı böyle durumlarda hainlik ederler. Nitekim Yüce Allah (c.c) bir ayeti kerimede: *“Kendi dışınızdakileri sırdaş edinmeyin. Çünkü onlar size kötülük etmekten (sizin işlerinizi bozmaktan) asla geri durmazlar”*³⁰⁰ buyurmuştur. Bu ayette Yüce Allah (c.c) Müslümanların etrafında bulunan ehli kitabın içlerinde barındırdığını ortaya çıkarmaktadır. Müslümanları onların aldatmasından sakındırmakta ve onları

²⁹⁵ Özbek, *Dört Mezhebe göre İslam Fıkhi ve Müçtehitlerin Farklı Görüşleri*, IV, 712.

²⁹⁶ Tebligat Kanunu, Mad. 2.

²⁹⁷ Serahsî, *Mebcut*, XVI, 89.

²⁹⁸ Mustafa el-Hin v. dğr, *el-Fıkhu'l-menheciyyu a'la Mezheb-i İmam Şafîi*, VII, 168.

²⁹⁹ Serahsî, *Mebcut*, XVI, 89.

³⁰⁰ Âl-i İmran, 3/118.

sevmeyi men etmektedir.³⁰¹ Çünkü kişinin sırdaşı demek onun özel arkadaşı demektir. Özel arkadaş ise, kişinin özel şeylerini bilmekte ve başkalarının bilmediği şeyleri elde etmektedir.³⁰² Bu nedenle hâkim ancak Müslüman ve adil olan bir kimsenin tercümesini kabul eder.³⁰³

C. Anlaşmazlık Konusunun Tetkiki

Hâkimin anlaşmazlık konusu olan davayı bütün incelikleriyle anlaması gerekir. O bakımdan bütün dikkatini, kulağını, kalbini tamamen tarafların sözlerine yönlendirmelidir.³⁰⁴ Çünkü Hz. Ömer (r.a), Ebu Musa el-Eş'ari'ye yazmış olduğu mektubun başlangıcında şöyle buyurmaktadır: “*Sana bir şey söylenecek olursa, onu iyice anla ve belle. Çünkü herhangi bir geçerliliği olmayan bir hakkın söylenmesinin faydası yoktur.*”³⁰⁵ Bundan dolayı hâkimin kendisine gelen davayı öncelikle iyi anlayıp, eksiksiz bir şekilde kavradıktan sonra karar vermesi gerekir. Aksi takdirde vereceği kararın pek bir geçerliliği olmayacaktır. Çünkü konu anlaşılmamıştır ve anlaşılmayan bir konu hakkında hüküm bildirmek pek de isabetli olmayacaktır.

D. Şahitlerin Tezkiye Edilmesi

Mahkeme salonunda hakkın ortaya çıkması için ve delillerini açıkça beyan etmeleri için şahitlerin hazır bulunması gerekir.³⁰⁶ Hâkimin, halini bilmediği şahitleri ve davacıları kendisine tanıtacak, onların durumunu kendisine anlatacak iki kişi tayin etmesi mendubdur. Çünkü hâkimin bizzat onların durumunu araştırması mümkün değildir. Bu bakımdan hâkim, bu hususta kendisine yardımcı olacak kişilere muhtaçtır.³⁰⁷

Tezkiye için tayin edilen kişi, cerh ve tadil ilmini bilmelidir ki, adili cerh, fasıkı da tezkiye etmesin, tezkiye ettiği kişinin geçmişini, sohbet, komşuluk veya alış veriş yapmak suretiyle bilmesi gerekir. Tezkiye için tayin edilecek kişinin sözüne güvenilmesi, itibar edilmesi için onun Müslüman, akil, baliğ ve adil olması

³⁰¹ Tunusi, *et-Tehrir ve 't-tenvir*, IV, 62.

³⁰² Beğavî, *Mealimu 't-tenzil*, II, 95.

³⁰³ Serahsî, *Mebhut*, XVI, 89.

³⁰⁴ Zuhayli, *el-Fıkhu 'l-islamiyye*, VI, 504.

³⁰⁵ Dârekutnî, *Kitabu 'l-akziyyeti ve 'l-ahkâm*, 2, Hadis no: 1; İbn Kayyım, *I'lamu 'l-muvakkiin*, I, 85; Zeylâi, *Nasbu 'r-riye li Ehadisi el-Hidaye*, IV, 81.

³⁰⁶ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 39.

³⁰⁷ Mustafa el-Hin v.dğr, *el-Fıkhu 'l-menheciiyyu a 'la Mezheb-i İmam Şafî*, VII, 167.

da şarttır.³⁰⁸

Hâkim, hadler ve kıyaslar dışında şahitlikte şahitlerin hallerine dair soru sormaz. Bu Ebu Hanife'ye göre yargının adabındandır. Çünkü ona göre yargı zahiren adalete göre yapılır. Ancak Ebu Yusuf ile İmam Muhammed buna ihtilaf etmişlerdir. Onlara göre şahitlerin hallerine dair soru sormak yargının vaciplerindedir. Soru sormak önce gizlice yapılır. Daha sonra hile ve yalan korkusu ile açıkça yapılır. Çünkü adil olmayan bir kimse adil diye adlandırılabilir. Eğer adaletli iki veya daha fazla kişi bir kişiyi ittifakla tezkiye edecek olurlarsa, hâkim o kişinin sözünü kabul eder ve onun sözü ile amel eder.

Bir kişinin adaleti hakkında söz söyleyen iki kişi farklı kanaat belirterek birisi adil olduğunu söyler, öteki tenkit edecek olursa, hâkim bir başkasına daha sorar. Eğer bu üçüncü kişi onun adil olduğunu söyleyecek olursa hâkim tezkiyeyi geçerli kabul eder. Bu üçüncü kişi tenkit ederse tenkidi esas alır. Çünkü iki kişinin haberini kabul etmek, tek bir kişinin haberini kabul etmekten daha evladır.³⁰⁹

Günümüzde bu uygulamaya baktığımız zaman mahkemede hâkimler olayı daha iyi kavrayıp doğru olanı ortaya çıkarabilmek için şahitlerin beyanlarına da ihtiyaç duymaktadır. Bugün mahkemelerde daha çok şahitlik edenlere yemin yaptırılarak onların şahitliklerine başvurulmaktadır.

E. Hasımları Barıştırmak

Hâkimin, eğer barışacaklarını ümit edecek olursa hasımları barışa teşvik etmesinde bir mahzur yoktur. Çünkü Yüce Allah (c.c) bir ayetinde: “*Sulh daha hayırlıdır*”³¹⁰ buyurmaktadır. Yani anlaşma ayrılıktan daha hayırlıdır.³¹¹ Dolayısıyla sulhun istenmesi hayrın istenmesi demektir. Ayrıca Hz. Ömer: “*Müslümanlar arasında yapılan sulh caizdir, ancak haramı helal kılan sulh bu hükümün dışındadır*” buyurmuştur. Hz. Ömer'in bu sözünden de sulh yapmanın cevazı ve bir de hâkimin tarafları sulh olmaya davet etmekle görevli olduğu anlaşılmaktadır.³¹²

³⁰⁸ Özbek, *Dört Mezhebe göre İslam Fıkı ve Müçtehitlerin Farklı Görüşleri*, IV, 710.

³⁰⁹ Zuhayli, *el-Fıkhu'l-islamiyye*, VI, 505.

³¹⁰ Nisa, 4/128.

³¹¹ İbn Kesîr, *Tefsiru'l-kur'ani'l-azim*, III, 229.

³¹² Serahsî, *Mebcut*, XVI, 61.

Aynı şekilde Hz. Ömer de davalılar arasında sulh yapmanın önemine işaret ederek şöyle buyurmaktadır: “*Davalıları birbirleriyle sulh yapıncaya kadar geri çeviriniz. Çünkü yargı yoluyla verilen hüküm aralarındaki kinin yeşermesine sebep olur.*” Eğer hâkim hasımların sulh yapıp barışacaklarını ümit etmez ve sulhu kabul etmedikleri ortaya çıkarsa, sulh için onları geri çevirmez ve onların davalarını böylece bırakarak kimin aleyhine delil ortaya konursa o kişi hakkında hüküm geçerlilik kazanır.³¹³

³¹³ Zuhayli, *el-Fıkhü'l-islamiyye*, VI, 506.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YARGILAMA USÛLÜ AÇISINDAN İSLAM HUKUKUNDA VE BEŞERİ HUKUKTA HÂKİM

I. YARGILAMA USÛLÜ AÇISINDAN İSLAM HUKUKUNDA

HÂKİM

A. HÂKİMİN TAYİNİ

Hâkimin tayin edilmesi, İslam hukukunda farzdır. Hâkim tayini, Müslümanların işlerinin en mühimi ve en kuvvetlisidir. Müslümanların hâkim tayin etmeleri icab eder.³¹⁴ Bundan dolayı Müslüman olan her belde, aralarındaki anlaşmazlığı gidermek için bir hâkim tayin etmek zorundadır.

İslam hukukunda hâkimlerin tayin edilme işlemlerine baktığımız zaman çeşitli devirlerde bir takım farklılıklara rastlamaktayız. İlk devirlerde hâkimin görev yerine tayin edilmesi her zaman merkezi hükümetin salahiyetinde idi. Hz. Peygamber Ma'kil b. Yesar (ö. 59/679), Hz. Ali (ö. 40/660), Hz. Muaz (ö. 17/638) gibi hâkimlerini bizzat kendisi tayin etmiştir. Hâkimlerin azil işleriyle de yine kendisi ilgileniyordu. Hz. Peygamberin hâkimlerin tayininde tatbik ettiği usulü Hz. Ebu Bekir de (ö. 13/634) uygulamıştır. O da Medine'ye Hz. Ömer'i hâkim olarak bizzat kendisi tayin etmiştir. Ancak Hz. Ömer'in hilafeti zamanında İslam devletinin genişlemesine de paralel olarak hâkimlerin tayini hususunda değişik bir usul tatbik edilmiştir. Hz. Ömer (ö. 23/643), vilayet hâkimlerinin tayini işiyle bizzat kendisi meşgul olduğu gibi, Madun mevkiindeki hâkimlerin tayin edilmesi için valilere de hâkim tayin etme yetkisi vermişti. O, Basra valisi Ebu Musa el-Eş'ari'yi (ö. 42/662), Şureyh 'i (ö. 79/698) ve Ka'b b. Sur'u (ö. 33/653) bizzat kendisi tayin etmişti. Aynı zamanda Hz. Ömer, Mısır valisi Amr b. el-As'a (ö. 43/663) bir mektup göndererek oraya bir hâkim tayin etmesini emretmişti. Amr da bu mektup uyarınca Ka'b b. Yesar'ı o bölgeye hâkim olarak tayin etti.³¹⁵ Bu uygulama da gösteriyor ki, Hz. Ömer, bizzat kendisi hâkim tayin ettiği gibi bazı

³¹⁴ Heyet, *el-Fetâvâ'l-hindiyye*, III, 296.

³¹⁵ Atar, *İslam Adliye Teşkilatı*, 107.

valilere de hâkim tayin etme yetkisi vermiştir. Bu uygulamayı diğer halife ve devlet başkanları da sürdürmüştür. Onlar da bizzat kendileri hâkim tayin ettikleri gibi başka bölgelerde bulunan valilere de hâkim tayin etme yetkisi vermişlerdir. Ancak Mâverîdî (ö.450/1058) ve Ebu Yâ'lâ el-Ferrâ (ö. 458/1066) gibi hukukçular tarafından hâkim tayininde ek bir usul daha öne sürülmektedir. Onlar halife veya vekilleri tarafından hâkim tayini yapılmayan bölgelerde, halka kendi aralarındaki ihtilafları çözmek için hâkim tayin etme yetkisini tanırlar.³¹⁶

Hâkimlerin tayin edilmelerinin usulüne gelince, hâkimlerin tayin edilmesi genellikle sözlü veya yazılı olurdu.³¹⁷ Hâkimliğe tayin işlemi tayin edenle tayin olunacak kişiler hazırlarsa sözlü tayin yapılır. Gaibler arasında ise yazışma, kararname ya da mektupla yapılır. Tayin edenle tayin olunanlar üzerinde bu hususa ait bir takım deliller, belirtiler olmalı, durum anlaşılmalıdır. Tayin işlemine ait sözler iki çeşittir.

a) Açık sözler

b) Kapalı (kinayeli) sözler³¹⁸

Açık sözler de dört çeşittir;

1. Muhakkak seni tayin ettim,³¹⁹
2. Muhakkak seni idareci tayin ettim,
3. Muhakkak seni işlerimi yürütmeye halef yaptım,
4. Muhakkak seni yardımcı tayin ettim.³²⁰

Tayin eden bu sözlerden birini söylese hâkimliğe tayin tamam olur. Diğer gurup idareciliklere tayinde, tayin için bir şarta vesaireye ihtiyaç yoktur. Tekitli söylese de söylemese de oralardaki tayin sahihtir.

Kapalı sözler ise; bazı Şafii hukukçulara göre yedi çeşittir.³²¹

1. Muhakkak sana güvendim,

³¹⁶ Mâverîdî, *Edebu'l-kâdî*, I, 136.

³¹⁷ Atar, "Kâdî" *DİA*, XXIV, 68.

³¹⁸ el-Ferrâ, *Ahkâmu's-sultaniyye*, 64.

³¹⁹ Muhammed Uleyş, *Minehu'l-celil Şerhun a'la Muhtasar Seyyid Halil*, Daru'l-fikr, Beyrut 1989, I, 37.

³²⁰ Mâverîdî, *Ahkâmu's-sultaniyye*, 136.

³²¹ el-Ferrâ, *Ahkâmu's-sultaniyye*, 64.

2. Muhakkak sana meylettim,
3. Muhakkak sana işleri gönderdim,
4. Muhakkak işleri sana bıraktım,
5. Muhakkak seni yetkili kıldım,
6. Muhakkak seni vekil tayin ettim,
7. Muhakkak sana itimat ettim.³²²

Bu türlü kapalı sözlerin önünde veya sonunda hâkimlikle, hüküm vermeyle ilgili sözler mevcutsa hâkimliğe tayin anlamındadır. Böyle bir belirti yoksa tayin anlamına gelmez. Mesela: “*Sana güvendiğim hususlarda hüküm ver*” veya “*Seni vekil kıldığım konularda hüküm ver*” cümleleri hâkimliğe tayin sayılır.³²³ “*Bazı hususlarda sana güvendim*” cümlesi ise hâkimliğe tayin anlamına gelmez.

Gerek açıkça, gerek kapalı yolla, gerekse yazışmayla yapılan tayinlerde tayin işlemi kabul ile tamam olur. Sözlü tayinde kabul hemen bildirilmelidir. Mektupla, yazışmalı tayinlerde ise gecikmenin olması normaldir. Sözle veya yazı ile kabulünü normal bir süre içinde bildirir.

Bazı hukukçular yazışmayla olan tayini sözlü gibi kabul ederler. Diğerleri ise böyle şey olmaz demişlerdir. Kabul beyanının yanında tayinin tamam olması için dört şart vardır.³²⁴

1. Tayin eden tayin edeceği şahsı tanımalıdır. Bilmeden yapılan tayin muteber değildir. Tayin edilenin durumunu sonradan öğrenirse, bu tayine itibar edilmez. Bu takdirde yeniden tayin işleminin gerçekleştirilmesi gerekir.

2. Tayin eden tayin edeceği şahsın hâkimliğe ehil olup olmadığını ve bu kişinin vasıflarını bilmesi gerekir. Bu vasıfları bazen umumi haberlere dayanarak da öğrenebilir.

3. Tayin eden şahsın tayine ait söz ve yazılarından neye tayin ettiği anlaşılmalıdır. Mesela; hâkim olarak mı, idareci olarak mı yoksa vergi toplamak için mi? Eğer tekliften bu anlaşılmıyorsa tayin fasit olur.³²⁵

³²² Uleyş, *Minehu'l-celil Şerhun a'la Muhtasar Seyyid Halil*, I, 37.

³²³ el-Ferrâ, *Ahkâmu's-sultaniyye*, 64.

³²⁴ Mâverdî, *Ahkâmu's-sultaniyye*, 136.

4. Tayin olunanın tayin olduğu yeri bilmesi gerekir. Bu yerin adı da tayin işleminde açıkça belirtilmelidir. Belirtilmediyse tayin yine muteber değildir.

Bu sayılan şartlar neticesin tayin işi tamam olur. Başka şartlara ihtiyaç yoktur. Bunların yanında hâkimin tayin edene itaatli olması, hürmette bulunması ve vazifeli olduğunu halka ilan etmesi gibi şartlar tayin işleminin icabıdır. Tayin işlemi bu şekilde tamamlanınca vekâlet akdi gibi bir akit yapılmış sayılır. Ve hâkim devlet başkanına vekâleten hâkimlik görevini yerine getirir.³²⁶

B. HÂKİMİN GÖREVLERİ

Hâkimin temel görevi insanlar arasında meydana gelen anlaşmazlıkları şer’i hükümlerle çözüme kavuşturmaktır.³²⁷ Hâkimin görevlerini fakihler genel olarak on başlık altında değerlendirmişlerdir.

1. Anlaşmazlıkları, ihtilafları, düşmanlıkları ya barış yolu ile yahut zorla verdiği kararı tatbik suretiyle çözüme kavuşturmak.³²⁸

2. İhlâl edilen hakları haksızdan alıp hak sahibine vermek. Bu da delillerle veya ikrarla olur. Burada hâkimin, olay hakkında bilgisiyle hüküm verip vermeyeceği hususunda ihtilaf vardır. İmam Şâfiî (ö. 204/820) ve İmam Malik’e (ö. 179/795) göre hâkim, kendi bilgisiyle hükmedebilir. Diğer bir görüşe göre hüküm veremez. Ebû Hanife’ye (ö. 150/767) göre ise, hâkim olduktan sonra hâdise hakkında bilgisi olması gerekir. Hâdise hakkındaki bilgisi hâkim olmadan önceye dayanıyorsa hükmedemez.³²⁹

3. Yetimlerin ve delilerin mallarına nezaret etmek ve mallarını korumak maksadı ile bunlara vasiler tayin etmek.³³⁰

4. Yetim ve kimsesiz olanları denkleri ile evlendirmek yahut velileri tarafından engellenmeleri durumunda kadınların nikâh akitlerini yapmak.³³¹

³²⁵ Mâverdî, *Ahkâmu’s-sultaniyye*, 136.

³²⁶ Mâverdî, *Ahkâmu’s-sultaniyye*, 136.

³²⁷ Ali Haydar, *Şerhu Mecelleti’l-ahkâm*, XVI, 518.

³²⁸ Zuhayli, *el-Fıkhu’l-islamiyye*, VI, 487.

³²⁹ Mâverdî, *Ahkâmu’s-sultaniyye*, 137.

³³⁰ Zuhayli, *el-Fıkhu’l-islamiyye*, VI, 487.

³³¹ Şemseddin el-Hatib Muhammed b. Ahmed Şirbînî, *Muğni’l-muhtaç ilâ Mârifeti Meani Elfazi’l-minhac*, Daru’l-fikr, Beyrut ts, IV, 379.

Ancak Ebû Hanife (ö. 150/767) bu yetkiyi hâkime tanımaz. Çünkü ona göre nikâh akdinde özel velayet aranır.³³²

5. Vakıflara bakmak, aslını korumak, vakfi alıp vakfin gayesine uygun sarf etmek.

6. Vasiyetleri yerine getirmek: Vasiyet dinin şartlarına uygunsa, hâkim vasiyet yapanın şartlarına riayet etmelidir. Belirli şahıslara verilecekse vasiyet konusu şeyi onlara vermelidir. Şahıs belirtilmişse, şartları da yoksa hâkim durumu re'sen takdirle vasiyeti yerine getirir.³³³

7. Suçluları cezalandırmak. Şayet Allah'ın hakkını ihlal sonucu verilen bir ceza ise, hâkim tek taraflı yani davacı bulunmaksızın işi ele alır. Suçlunun ikrarıyla veya delillerle cezayı verir ve yerine getirir. Şayet insanların hakkını ihlal sonucu ise, davacının şikâyeti üzerine işi ele alır ve cezayı verir. Ancak Ebû Hanife'ye (ö. 150/767) göre, her iki tür cezayı da hâkim, davacının şikâyeti üzerine verir.³³⁴

8. Hasımsız, nizasız da olsa iyi olan işleri kontrol etmek, yollara tecavüzleri ve yollardaki fenalıkları men etmek, haksızları çıkarmak, tespit etmek. Ancak Ebû Hanife'ye göre hâkim, hasımsız olarak bu işlere bakamaz. Hâlbuki bunlar Allah'ın haklarıdır. Her zaman hasım aranmaz.³³⁵

9. Şahitlerden ve emniyet kuvvetlerinden yüz çevirmek, dostlarından nâib (yardımcı) tayin etmemek. Bununla beraber onların desteğinden mahrum kalmamak, bazı suçların ortaya çıkmasında şahitlerden, emniyet kuvvetlerinden, naiblerden yardım sağlamak gerekir. Bu kuvvetlerden zayıf olan hâkim ise, ya daha kuvvetli ile değiştirilir yahut daha kuvvetli biri yardımına yollanır.³³⁶

10. Kuvvetli ile zayıf, üstün olanla aşağı olanlar arasında eşit ve adaletli bir şekilde hükmetmek. Bir takım hislerle taraf tutmamak, arzusuna uymamak hâkimin temel görevlerindedir. Hâkimler yukarıda saydığımız bu görevleri

³³² Mâverdi, *Ahkâmu's-sultaniyye*, 139.

³³³ Mâverdi, *Ahkâmu's-sultaniyye*, 139.

³³⁴ Abdurrahman b. Muhammed İbn Haldun, *Mukaddime*, Çev. Halil Kendir, Yeni Şafak Yayınları, Ankara 2004, I, 310.

³³⁵ Mâverdi, *Ahkâmu's-Sultaniyye*, 139

³³⁶ İbn Haldun, *Mukaddime*, I, 310.

insanlar arasında adaletin tesis edilmesi için eksiksiz bir şekilde yerine getirmekle mükelleftirler.³³⁷

C. HÂKİMİN ÖNCELİKLE BAKMASI GEREKEN DAVALAR

Hâkim yargılama görevini yerine getirirken öncelikle hapiste olanların davalarına bakmalıdır. Zira hapis bir eziyettir.³³⁸ Hâkim hapiste yatanların dosyalarını inceleyip hapiste kalıp kalmamaları gerektiğine karar vermelidir. Bu takdirde haksız yere hapiste yatanlar daha fazla eziyet çekmeden özgürlüğüne kavuşturulmalıdır. Yargı kurumsallaşmadan önce İslam devletlerinde şehirde, “*Hâkim, haftanın falan günü hapishanede olanların davalarına bakacaktır. Kimin hapishanede adamı varsa hâkime müracaat etsin*” diye ilan eden tellallar bulunurdu. Bugün böyle bir uygulamaya gerek yoktur. Mahkemelere dilekçe ile başvurulabilir veya mahkeme kendi usulünce bu davalara bakabilir. Hâkim bu türlü davalara iyice bakmalıdır. Örneğin: Ceza verilmesi gerekenlere ceza vermelidir, tahliye edilmesi gerekenleri ise tahliye etmelidir. Şayet bir kimse ben zulme uğrayarak hapsedildim derse hâkim bu kimsenin hasmından delil istemeli, şayet bu kimse delil getiremezse yemin etmek şartıyla hapsedilen kişiyi tahliye etmelidir.³³⁹

Hâkim hapiste olanların davalarını inceledikten sonra çocukların, delilerin ve sefihlerin vasisi olan kişileri araştırmalıdır.³⁴⁰ Zira bu vasiler, bu kimselerin malına sahip olmakta ve hakkını aramaktan aciz olan bu insanların mallarında tasarruf etme yetkisine sahip bulunmaktadırlar. Bu yüzden davalarının öne alınması gerekir. Hâkim vasilerden adil ve kuvvetli gördüğü kimseleri vasilik görevinde bırakmaya devam eder.³⁴¹ Onlardan fâsık gördüğü kimseleri ise, vasilikten azl edip onların yerine daha adil ve kuvvetli gördüğü kişileri vasi olarak tayin eder. Şayet vasi olan kimseler adil olup fakat zayıf olurlarsa hâkim, zayıf olan bu vasileri takviye etmelidir, onlara daha sağlam kimseleri yardımcı kılmalıdır.

³³⁷ Mâverdi, *Ahkâmu's-sultaniyye*, 139.

³³⁸ Mahmud eş-Şirbînî, *el-Kaza fi'l-islam*, Heyetü'l-mısıriyyetü'l-ammetü li'l-kitap, Mısır 1999, I, 173; Mustafa el-Hin v.dğr, *el-Fıkhü'l-menhecıyyu a'la Mezheb-i İmam Şafî*, VII, 166.

³³⁹ Özbek, *Dört Mezhebe göre İslam Fıkhı ve Müçtehitlerin Farklı Görüşleri*, IV, 709.

³⁴⁰ Şirbînî, *el-Kaza fi'l-islam*, I, 173.

³⁴¹ Şirbînî, *el-Kaza fi'l-islam*, I, 173.

Hâkim bu türlü davalara baktıktan sonra umumi vakıfların ve mütevellilerin durumunu incelemeli, sonra özel vakıfların ve mütevellilerin durumunu araştırmalıdır.³⁴² Şayet herhangi bir usulsüzlük görürse bunu şer'i kurallara göre düzenler ve adaletsizliği ortadan kaldırır. Bugün hepsinin durumunu ayrı ayrı ele alan ihtisas mahkemeleri mevcuttur.

Bunlardan sonra da halkın maslahatı ve hakları için bütün gücüyle dürüst ve adil bir şekilde çalışmalıdır. İhmalkârlık ve zulüm yapmamalı, halk için kolaylık göstermelidir. Zira Hz. Peygamber bir hadis-i şeriflerinde şöyle buyurmuştur: “Allah, haksızlık (zulüm) yapmadığı müddetçe hâkim ile beraberdir. Haksızlık yaparsa, ondan vazgeçer ve (bu kez) şeytan ondan ayrılmaz.”³⁴³ Yani zulmetmediği müddetçe Allah (c.c) hâkime yardım eder ve onu görevinde başarılı kılar.³⁴⁴ Şayet hükmünde zalim olursa Allah (c.c) ondan uzaklaşır ve bu kez de şeytan ona yakınlaşır ve onu her an saptırmakla uğraşır.³⁴⁵ Bundan dolayı hâkim hükmünde adil olmalı ve her türlü haksızlıktan uzak olmalıdır. Ancak bu şekilde Yüce Allah'ın yardımına nail olur ve görevinde başarılı olur.

D. DURUŞMA İÇİN ZAMAN TAYİNİ

Hâkimin duruşmayı hangi günlerde yapacağı onu tayin eden kişi tarafından belirlenir. Şayet tayin eden kişi tarafından duruşma günleri tespit edilmemişse haftanın her günü veya istediği bir günde duruşma yapar. Ancak tayin eden “*Seni yalnız Cumartesi günleri davalara bakmak üzere tayin ettim*” derse o gün bütün davalara bakar. Güneşin batması ile hâkimin davalara bakma yetkisi sona ermiş olur. Veya “*Her Cumartesi, davalara bakmak üzere seni tayin ettim*” derse yalnız o günler davalara bakar. Diğer günler hâkimliği ortadan kalkmaz. Çünkü haftanın Cumartesi günleri tekerrür eder, gider. Her ne kadar diğer günler bakmasa dahi durum böyledir.³⁴⁶

Hakimi tayin eden devlet başkanı şayet herhangi bir şahıs ismi vermeden “*Cumartesi günleri davalara bakan benim hâkimimdir*” derse bu tarz bir tayin

³⁴² Özbek, *Dört Mezhebe göre İslam Fıkhı ve Müçtehitlerin Farklı Görüşleri*, IV, 709.

³⁴³ İbn Mâce, *Ahkâm*, 2, Hadis no: 2312; Tirmizî, *Ahkâm*, 4, Hadis no: 1330.

³⁴⁴ Abdurrahman b. Abdurrahman Mubarek el-Furi, *Tuhfetü'l-Ahfezi*, Daru'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut ts, IV, 467.

³⁴⁵ Zeynuddin Abdurrauf el-Münâvî, *et-Tesir bi şerhi el-Camiu's-seğir*, Mektebetü İmam Şafîi, Riyad 1988, I, 530.

³⁴⁶ Mâverdî, *Ahkâmu's-sultaniyye*, 143.

muteber değildir. Çünkü muhtemelen ehil olmayan da o gün davalara bakabilir. Bilinmeyen birini tayin etmek hukuken muteber değildir. Aynı şekilde “*İçtihat edebilme ehliyetine sahip kim Cumartesi günleri davaya bakarsa benim hâkimimdir*” denilse yine muteber olmaz. Çünkü şahıs bilinmemektedir. Hâkim olan müçtehidin isim olarak belirtilmesi gerekir. Tayin edecek olan “*Şafii hocalarından veya Hanefi müftülerinden kim davaya bakarsa o benim hâkimimdir*” derse yine geçerlilik kazanmaz. Yine aynı şekilde “*Şu, şu, şu şahıslardan kim ihtilafları çözerse benim hâkimimdir*” derse, sayıları az veya çok da olsa tayin işlemi yine muteber değildir. Çünkü tayin olunan yine kesin olarak bilinmemektedir.

Ancak, “*Şu, şu, şu şahısları davalara bakmak üzere tayin ettim*” derse, sayıları az veya çok da olsa tayin işlemi muteber olur. Onlardan biri davalara bakınca hâkimliği kesinleşir. Diğerlerinden davalara bakmak yetkisi kalkar. Ancak onlardan birisi hâkim olur. Eğer hepsi bakarsa, sayıları da çok olursa tayin işlemleri muteber olmaz. Şayet sayıları az olursa, aralarında ihtilaf da bulunmazsa, hepsi hâkim olur.³⁴⁷

E. HÂKİMİN DELİL GETİRMELERİ İÇİN TARAFLARA SÜRE VERMESİ

Hâkimin mahkemede isabetli karar verebilmesi amacıyla davacı ile davalıya kendilerini savunacak delillerini mahkemeye sunmaları için belli bir süre tanınması gerekir. Bu süre zarfında taraflar delillerini mahkemeye arzetmelidirler. Bu konuda Hz. Ömer(r.a)’in (ö. 23/643) Ebû Musa el-Eş’ari (r.a)’ye (ö. 42/662) yazmış olduğu mektup bir delil mahiyetindedir. Hz. Ömer mektubunda: “*Davacıya delil getirmesi için yeterli bir süre tanı. Davacı o süre içinde delil getirirse hakkını alır. Getiremezse onun aleyhine hüküm verirsin. Çünkü süre tanımak kapalılığı daha iyi dağıtır. Mazeret beyanında daha etkilidir*”³⁴⁸ buyurmuştur. Hz. Ömer (r.a)’in bu sözü hâkimin taraflardan her birine delil getirebilecek kadar bir süre vermesi gerektiğini göstermektedir. Davacı “*Benim delilim hazırdır*” deyince hâkim ona delilini getirmesi için bir süre verir. Davacı

³⁴⁷ Mâverdî, *Ahkâmu’s-sultaniyye*, 143.

³⁴⁸ Dârekutnî, *Kitabu’l-akziyyeti ve’l-ahkâm*, 2, Hadis no: 1; İbn Kayyim el-Cevzi, *İ’lamu’l-muvakkiin*, I, 85; Zeylâi, *Nasbu’r-raye li Ehadisi el-Hidaye*, IV, 81.

iddia ettiği konu ortada olduğu için, dava ettiği kişinin kendi hakkını inkâr etmeyeceğini düşünerek, delilini birinci celsede getirmemiş olabilir. Dolayısıyla delil getirmesi için bir süreye gerek duyar. Davacı delil getirdikten sonra karşı taraf, savunma iddiasında bulununca bu iddiasını ispatlaması için hâkim ona da süre verir. Çünkü hâkim adalet için taraflar arasında eşit davranmakla görevlidir. Ancak verdiği süre diğer tarafın zarara uğramasına yol açmamalıdır. Sürenin az olması, savunma iddiasında bulunan kimseye zarar verir. Çok olması ise, hakkını ispat eden tarafa zarar verir. İşlerin hayırlısı ortası olandır. Hz. Ömer'in "*Davacı o süre içinde delil getirirse hakkını alır. Getiremezse onun aleyhine hüküm verirsin.*"³⁴⁹ sözü ile karşı iddiayı kastetmiş ise bu açıktır. Çünkü o, karşı iddiasını ispatlayamayınca hâkim davacının deliline göre hüküm verir. Karşı iddiada bulunan tarafın iddiasını ispatlamaktan aciz olduğu anlaşılmadığı sürece, hâkim onun aleyhinde hüküm vermez. Çünkü davalının, davacının getirdiği delili çürütmek veya onun deliline karşı delil öne sürmek yollarından birisi ile karşı iddiasını ispatlamaktan aciz olduğu anlaşıldıktan sonra, davacının delili geçerli olur.

Hz. Ömer (ö. 23/643) bu sözü ile davacı tarafını kastetmişse "*Onun aleyhine hüküm verirsin,*" sözü "*onu insanlara sıkıntı vermekten ve delili olmadan bir kimse hakkında davacı olmaktan engellersin,*" demek olur.³⁵⁰

Hz. Ömer'in, "*Süre tanımak kapalılığı daha iyi dağıtır,*"³⁵¹ sözü, hâkimin taraflara süre vermesiyle belirsizlik ortadan kaldırılmış olur anlamındadır. Aleyhinde hüküm verilen kimse açısından hâkim için uygun bir davranış olur. Çünkü hâkim kendisine süre tanıdığı halde o, karşı iddiasını ispat etmekten aciz olduktan sonra, hâkim kendisinin aleyhine hüküm verince, mahkemeden hâkime teşekkür ederek ve itiraz etmeden ayrılır. Hâkimin süre tanımaması durumunda ise, şikâyet ederek ve "*Hâkim diğer tarafı kayırdı. Benim delilimi dinlemedi. Huzurunda karşı iddiamı ispatlamama imkân tanımadı*" diyerek gider.³⁵² İşte hâkimin bu gibi sorunlara meydan vermemesi açısından taraflara delil getirmeleri

³⁴⁹ Dârekutnî, *Kitabu'l-akziyyeti ve'l-ahkâm*, 2, Hadis no: 1; İbn Kayyim el-Cevzi, *I'lamu'l-muvakkiin*, I, 85; Zeylâi, *Nasbu'r-raye li Ehadisi el-Hidaye*, IV, 81

³⁵⁰ Serahsî, *Mebcut*, XVI, 63.

³⁵¹ Dârekutnî, *Kitabu'l-akziyyeti ve'l-ahkâm*, 2, Hadis no: 1; İbn Kayyim el-Cevzi, *I'lamu'l-muvakkiin*, I, 85; Zeylâi, *Nasbu'r-raye li Ehadisi el-Hidaye*, IV, 81.

³⁵² Serahsî, *Mebcut*, XVI, 63.

için belli bir müddet süre vermesi uygun olan bir davranış olacaktır.

F. HÂKİMİN HÜKÜM VERİRKEN DAYANAKLARI

İslam hukukunda hâkimler şer’i hükümleri vermek için İslam hukukunun kaynaklarına başvurmak zorundadırlar. Bu nedenle İslam hukukuna göre bir hâkimin yargılamada hüküm verebilmesi için başvuracağı kaynaklar İslam hukukunun temel kaynakları olması gerekir. Bu konuda bizim için geçerli olan delil Resulullah’ın Muaz b. Cebel’i (ö. 17/638) Yemen’e hâkim olarak gönderirken ona söylemiş olduklarıdır. Resulullah (s.a.v) Muaz b. Cebel’e şöyle buyurmuştur: “*Hüküm vermek için bir mesele sana arz edildiğinde ne yaparsın?*” Muaz b. Cebel (r.a); “*Allah’ın kitabındaki hükümlerle hükmederim.*” dedi. Bunun üzerine Hz. Peygamber (s.a.v); “*O meseleyle alâkalı hükmü Allah’ın kitabında bulamazsan, ne yaparsın?*” Muaz b. Cebel (r.a); “*Resulullah’ın sünneti ile amel ederim.*” dedi. Yine efendimiz; “*Meseleyi orada da bulamazsan, ne yaparsın?*” buyurunca, Muaz b. Cebel; “*Kendi reyimle içtihat ederim*” dedi. Bunun üzerine Hz. Peygamber şöyle buyurdu: “*Resulullah’ın elçisini, Allah ve Resulünün razı olduğu şeyi bulmakta muvafık kılan Allah’a hamd olsun.*”³⁵³ Bu Hadis-i şerif de İslam hukukunda hâkimlerin yargılamada hüküm verirken başvuracakları delilleri bizlere bildirmektedir. Şimdi bunları sırasıyla ele alıyoruz.

Hâkim, kendisine gelen bir dava hakkında hüküm açıklamak üzere hazır bulunduğu vakit hükmünü Allah Teâlâ’nın kitabında olana göre açıklamalıdır.³⁵⁴

Şayet hâkime Allah’ın kitabında bulamadığı bir olay gelirse, o konuda Resulullah’tan gelen sünnet ile hüküm vermesi gerekir.³⁵⁵ Ancak hâkim, hadislerin de nasih ve mensuhunu iyi bilmelidir. Eğer hâkim haberlerde ihtilafa düşerse, en sağlamını almalı ve onunla ictihad etmelidir. Aynı zamanda hâkimin hadis-i şeriflerin mütevatir ve meşhur olanlarını bilmesi ve ravisi tek olanları tanınması da gerekir. Bunların yanında hadis-i şeriflerin ravilerinin mertebelerini de bilmesi, bu ravilerden daha adil ve daha âlim olanları da bilmesi lazımdır. Hâkim, kimlerin Peygamber (s.a.v) efendimiz ile daha çok sohbet ettiğini ve onlardan zabt

³⁵³ Ebû Davûd, *Akziyye*, 11, Hadis no: 3594; Beyhakî, *Edebi’l-kâdî*, 20, Hadis no: 20836.

³⁵⁴ Serahsî, *Mebcut*, XVI, 161; İbn Kudâme, *el-Muğni*, IX, 38; Heyet, *el-Fetâvâ’l-hindiyye*, III, 311

³⁵⁵ Serahsî, *Mebcut*, 83.

sahiplerini bilmelidir. Hadis'i alırken daha bilgin ve daha evlâ olanların rivayetlerini alması; iyi tanımadığı ravilerden hadis almasından daha iyidir. Hâkimin, Peygamber (s.a.v) efendimiz ile daha çok sohbet edenlerin rivayetlerini alması, sohbeti daha az olanların hadislerini almasından üstündür.³⁵⁶ Hâkim, kendisine gelen davayı şayet Resullullah'ın sünnetine göre karara bağlayacaksa bu hususlara dikkat etmelidir.

Şayet hâkime Resulullah'ın sünnetinde bulamadığı bir olay gelirse, Resulullah'ın sahabelerinden gelen nakillere bakması ve onlarla hüküm vermesi gerekir.³⁵⁷ Öncelikle Sahabenin üzerinde icma ettiği görüşe göre hükmeder. Çünkü sahabenin icmâsı ile amel etmek vaciptir.³⁵⁸ Şayet icma bulunmayıp da Sahabelerin tanınmışlarından birisinin görüşü hâkimin yanında sabit olursa onunla hüküm vermelidir. Onu kıyasın önüne geçirmelidir. Çünkü Peygamber (s.a.v) "*Sahabelerim yıldızlar gibidir. Hangisine uyarmanız doğru yolu bulursunuz*"³⁵⁹ buyurmuştur. Ayrıca Sahabeden ulaşan bir bilginin Peygamber (s.a.v)'den duyulmuş olma olasılığı da vardır. Çünkü sahabeler (r.ahm) bazen Resulullah (s.a.v)'tan duyup onunla fetva veriyor, bazen de onu rivayet ediyorlardı. Diğer yandan sahabelerin görüşlerinin doğru olma olasılığı kuvvetlidir. Çünkü onlar kendilerinden sonra hiç kimsenin bilemediği şeyleri bilmişlerdir.

Sahabeler (r.ahm) görüş ayrılığına düşmüşse, hâkim onların görüşlerinden en güzelini almak konusunda serbesttir. Onların hepsine aykırılık edip kendine ait yeni bir görüş söyleme hakkı olamaz. Çünkü Sahabeler bir görüşte ittifak edince, kimsenin onlara aykırı davranma hakkı yoktur. Sahabeler birkaç farklı görüşte birleşince, bu uyuşmazlıkları, doğrunun, söyledikleri dışında olamayacağı konusunda bir icma'dır. Bu nedenle bir kimsenin onların görüşlerine aykırılık edip kendiliğinden yeni bir görüş belirtmesi caiz değildir. Hâkimin yapacağı, o konudaki sahabelere ait en güzel görüşü benimsemektir. Çünkü onlar uyuşamayıp aralarında Peygamber (s.a.v)'den rivayete dayanan bir delil olmayınca (yani hiçbirisi o konuda hadis rivayet etmeyince) konunun hükmünün Peygamber (s.a.v)'den duyulma olasılığı sona ermiştir. Görüşlerin kişisel reye dayandığı

³⁵⁶ Heyet, *el-Fetâvâ'l-Hindiyye*, III, 299.

³⁵⁷ Serahsî, *Mebcut*, 83.

³⁵⁸ Heyet, *el-Fetâvâ'l-hindiyye*, III, 299.

³⁵⁹ Cezerî, *Cami'u'l-usul fi Ehadisi'r-resul*, VIII, Hadis no: 6369.

belirginleşmiştir. Dolayısıyla sahabenin görüşlerinin çelişmesi kıyasların çelişmesi gibidir. Kıyaslar çelişince hâkim tercihe yönelir. Herhangi bir görüşü tercih etmek için bir delil bulamazsa istediği görüşle uygulama yapabilir. Çünkü aralarındaki çelişki nedeniyle Sahabelerin görüşlerinin delil olma özelliği kaybolmaz. Bu yüzden hâkim görüşlerin en güzel olanını uygulamaya niyet eder. Bu, hâkimin delile göre uygulaması olur.³⁶⁰

Şayet hâkim, kendisine gelen olayın hükmünü sahabelerden gelen nakillerde bulamazsa müçtehit olması durumunda kendi görüşüyle hüküm verir.³⁶¹ Burada kendi görüşünden maksat kitapta ve sünnette olmayan ve akla gelen görüş değildir. Bilakis hükümleri kıyas yoluyla kitap ve sünnetin manasına uygun bir şekilde yorumlamaktır.³⁶² Hâkim, bu meseleyi, hakkında hüküm verilmiş olan meselelere kıyas eder. Sonra kanaati hangi hükümde yoğunlaşmış ve hangisini doğru görmüşse, onunla hüküm verir. Çünkü hâkim, problemleri çözmekle görevlidir. Yükümlülük ise, kişinin gücü ölçüsündedir. Diğer deliller bulunmadığı zaman hâkimin gücünün yettiği şey ise, rey içtihadıdır. Bu nedenle ehil ise, onunla uğraşır. Çünkü hâkim, deliller olmadığı için kibleyi karıştıran kimse gibi, (başka bir çözüm yolu olmadığı için) ictihada ehil olmuştur. Bu konuda kural Allah Teâlâ'nın "*Ey akıl sahipleri, itibar edin*"³⁶³ buyruğudur. Yani Yahudilerin başına gelen şeylere bakıp ibret alın.³⁶⁴ Bu ayette geçen itibar kelimesi, bir şeyi benzeri olan şeylere döndürmek demektir. İbret ise beyandır. Nitekim Yüce Allah başka bir ayette "*Eğer rüya yorumluyorsanız (beyan ediyorsanız)*"³⁶⁵ buyurmuştur. Yani rüya tabir eden rüyanın nereye döndüğünü, tevilinin ne olduğunu ifade edendir.³⁶⁶ Bu açıdan beyan bir şeyi benzeri olan şeylere döndürmek demek olur. Böylelikle hâkim de bir hükmü benzeri bir hükme kıyas ederek karar verebilir.

³⁶⁰ Serahsî, *Mebcut*, 83.

³⁶¹ Mahmud b. Ahmed Sadru'ş-şehid, *el-Muhid el-Burhâni*, Daru'l-ihyai't-türasi'l-arabî, Beyrut ts, VI, 759; Cemalüddin Muhammed b. Abdulvahid es-Sivasi, *Şerhu Fethu'l-kadir*, Daru'l-fikr, Beyrut ts, VI, 363.

³⁶² Ebu Muhammed Hüseyin Mesud Beğavî, *Şerhu's-sünne*, Mektebetü'l-islami, Dımeşk 1983, X, 117.

³⁶³ Haşr, 59/2.

³⁶⁴ Beğavî, *Mealimu't-tenzil*, II, 302

³⁶⁵ Yusuf, 12/43.

³⁶⁶ Kurtûbî, *el-Camiu li Ahkâmi'l-kur'an*, V, 181.

Burada akıllara şu soru gelebilir: Acaba müçtehit olan hâkim, kendisinden daha fakih olan bir başka müçtehidin görüşü ile hüküm verebilir mi? İmam Ebu Hanife (ö. 150/767) onun görüşü ile hüküm verilebileceği görüşündedir. Ebu Yusuf (ö. 182/798) ile İmam Muhammed (ö. 189/805) ise “*O görüş ile hüküm veremez*” demişlerdir. Görüş ayrılığının sebebi ise, müçtehitlerden birisinin ötekinden daha fakih olmasının tercih için bir sebep olamayacağı hususu ile alakalıdır. Bu, Ebu Hanife’ye (ö. 150/767) göre tercih sebebi olabilir. Çünkü onun içtihadı doğruya daha yakındır. İmameyn’e göre ise, tercih edici sebep olamaz. Çünkü bir âlimin başkasından daha fakih olması hüküm istinbatında mesnet kabul edilebilecek delil türünden değildir.³⁶⁷

Şayet hâkim müçtehit değilse, fakihlerle danışmada bulunması gerekir. Çünkü hüküm verebilmek için hükmü bilmeye muhtaçtır. Ancak kendisi hükmü bilmekten aciz olunca bilene başvurur.³⁶⁸ Nasıl ki, bir şeyin değerini bilmeyince bilirkişiye soruyorsa, hükmü bilemeyince de bilen kimselere sormalıdır. Fıkıh bilginleri o konuda uyuşmazlarsa hâkim onların görüşlerinden en güzeline ve doğruya en uygun olana bakıp onu alır. Ancak hâkimin fıkıh bilginlerinden farklı bir görüşü olsa ve bu görüşünü güzel ve hakka en yakın görüş olarak görse kendi görüşünü uygular. Çünkü hâkimin görüşü olmaksızın fıkıh bilginlerinin icması oluşmaz. Çünkü hâkim de onlardan birisidir. Diğer yandan hâkimin görüşü kendisi açısından diğerlerinin görüşlerinden daha kuvvetlidir. Kendi görüşüyle hükmederse, kendine göre doğru olan ile hüküm vermiş olur. Başkasının görüşüyle hükmetmesi durumunda ise, kendisine göre yanlış olan görüşle hükmetmiş olur. Kendisine göre doğru olan görüş ile hüküm vermesi daha uygundur.³⁶⁹

Hâkim, rey içtihat’ına ehil olmadığı için fıkıh bilginlerinin görüşlerini değerlendirecek durumda değilse, fıkıh bilginleri içinde kendine göre en bilgili ve en takvalı olan kişiye bakar. Onun verdiği fetvayı uygular. Hâkimin bu yaptığı da görüşlerden birisini tercih etmek gibi bir içtihatır.³⁷⁰

³⁶⁷ Serahsî, *Mebcut*, 83; Zuhayli, *el-Fıkhu'l-islamiyye*, VI, 488.

³⁶⁸ Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, VII, 5.

³⁶⁹ Serahsî, *Mebcut*, 84.

³⁷⁰ Serahsî, *Mebcut*, 84.

Hâkim, olay açıklığa kavuşmadığı sürece, konuyu düşünüp fıkıh bilginleri ile danışmalarda bulunmadan, hüküm vermekte acele etmez. Çünkü o, hak ile hüküm vermekle görevlidir. Hak ile hüküm vermesi ise ancak düşünmek ve danışmak yoluyla sağlanabilir.³⁷¹ Nitekim Hz. Peygamber bir hadis-i şeriflerinde “*Dikkatli davranmak Allah’tan, acele ise şeytandandır.*”³⁷² buyurmuştur. Hâkim acele etmeden, iyice düşünerek kararını vermelidir. Aksi takdirde acele ile karar verirse, hükmünde yanılma ihtimali yüksek olacaktır. Bu hususlara dikkat ederek yargılamasını adil bir şekilde yapmalıdır.

G. MAHKEME ÖNÜNDE HAKKI İSPAT ETME YOLLARI

Hâkimin, şer’i ispat yolları ile kendisince sabit olana uygun olarak hüküm vermesi icab eder. Şer’i ispat yolları ise, ya açık delil ile ya ikrar ile ya yemin ile ya da yemin etmeyi kabul etmemek ile olur.³⁷³ Ortada açık bir delil var ise, ittifakla bu hakkı ortaya çıkartır. Ancak hâkimin nazarında onların gizli ve açık durumlarını bilen kimseler hakkında soru sormak suretiyle şahitlerin adaletlerinin kendisine göre sabit olması şartı vardır.

İkrar, mutlak olarak bir delildir.³⁷⁴ Çünkü insanın kendisi aleyhine yalan yere ikrar etmesi alışılmış bir şey değildir ve bu hususta kişi itham altında tutulamaz.

Açık delili bulunmayan davacının davası yemin ile sakıt olur. Aynı şekilde İmam Malik’e (ö. 179/795) göre karşı tarafın kabul etmediği davacının hakkı da yemin ile sabit olur. Davacının yemini kabul etmemesi ile Ebû Hanife’ye (ö. 150/767) göre mali konularda davacının hakkı sabit olur.³⁷⁵

Acaba hâkim kendi bilgisine göre yahut bir başka hâkimin kendisine yazmış olduğu mektup ile veya şahitlik üzerine yapılan şahitlik ile hüküm verebilir mi? Şimdi bunları sırasıyla ele alalım.

³⁷¹ Serahsî, *Mebcut*, 84.

³⁷² Beyhakî, *Edebu’l-kâdî*, 9, Hadis no: 20767; Ahmed b. Ali Ebu Yâ’lâ el-Mevsilî et-Temimî, *Müsned-i Ebi Yâ’lâ*, VII, Hadis no: 4256.

³⁷³ Muhammed b. Ahmed İbn Rüşd el-Kurtûbî, *Bidayetü’l-müctehid ve Nihayetü’l-muktesid*, Matbaatü’l-mustafa el-Babi, Mısır 1975, II, 462; Heyet, *el-Mevsu’atü’l-fikhiyye*, Vizaretü’l-evkaf ve’ş-şuuni’l-islamiyye, Kuveyt 1989, I, 233.

³⁷⁴ Heyet, *el-Mevsu’atü’l-fikhiyye*, I, 233.

³⁷⁵ İbn Rüşd, *Bidayetü’l-müctehid ve Nihayetü’l-muktesid*, II, 462; Şirbînî, *Muğni’l-muhtaç ilâ Mârifeti Meani Elfazi’l-minhac*, Daru’l-kütübi’l-arabiyyetü’l-kübra, Mısır h. 1329, IV, s. 444; Zuhayli, *el-Fıkhü’l-islamiyye*, VI, 490.

1. Hâkimin Kendi Şahitliğiyle Hüküm Vermesi

Hâkim, hüküm meclisinde veya başka bir yerde iken zina eden veya hırsızlık yapan ya da şarap içen birini görse ve o kişi mahkemeye çıkarılsa ona had cezasını kıyasa göre uygulayabilir. Çünkü ona had cezası vermeyi gerektiren olayı işlediğini kesin olarak bilmiştir. Olayı görerek elde ettiği bilgi ise, tanıklıkla gerçekleşen bilginin üstündedir. Çünkü tanıklıkla sabit olan bilginin doğru ya da yalan olma olasılığı vardır. İstihsan deliline göre ise, huzurunda buna tanıklık etmedikçe veya zanlı kendisi ikrar etmedikçe ona had cezası uygulayamaz. Çünkü Hz. Ömer'in Abdurrahman b. Avf'a (ö. 32/652): *“Birini had cezasını gerektiren bir şey yaparken görsen sonra oradan ayrılсан ona had cezası uygular mısın?”* dediği ve onun, *“Benimle birlikte başkası tanık olmadığı sürece hayır!”* diye cevap verdiği, bunun üzerine Hz. Ömer'in *“Doğru söyledin!”*³⁷⁶ dediği rivayet edilmiştir. Ayrıca hâkim cezayı uygulamakta sırf kendi bilgisiyle yetinse insanlar onu, zulüm yapmakla ve cezayı haksız yere uygulamakla suçlayabilir. Hâkim ise, kendini böyle şeylerden korumakla görevlidir.³⁷⁷

Hâkimin kendi bilgisiyle hüküm vermesi konusunda fakihler arasında ihtilaf vardır. Maliki ve Hanbelîlere göre, hâkim ister had, ister başka hususlarda olsun, ister görev başına gelmezden önce olsun bizzat bildiği şeylerle hüküm veremez.³⁷⁸ Ancak mahkemede bildiği şeyler gereğince hüküm vermesi onun için caizdir. Bu da onun huzurunda isteyerek yapılan ikrar ile olur. Bilgisine göre hüküm vermesinin caiz olmadığına dair delilleri Hz. Peygamber'in şu hadisidir: *“Ben bir insanım. Sizler ise benim önümde davallaşıyorsunuz. Belki kiminiz ötekinden delilini daha açık bir dille ortaya koyabilir. Ben de işittiğime göre hüküm veririm. Her kime kardeşinin hakkından bir şey hükmedecek olursam onu almasın. Çünkü ben aslında ona ateşten bir parça kesip veriyorum.”*³⁷⁹ İşte bu emir hâkimin bildikleriyle değil, işittikleri ile hüküm vermesi gerektiğinin delilidir.³⁸⁰

³⁷⁶ Serahsî, *Mebcut*, XVI, 104.

³⁷⁷ Serahsî, *Mebcut*, XVI, 104.

³⁷⁸ Şemsuddin Muhammed b. Abdullah Zerkeşi, *Şerhu 'z-zerkeşi ala Muhtasarı 'l-hirakî alâ mezhebi 'l-imam Ahmed b. Hanbel*, y.s, Riyad 1993, VII, 353; Ebû Berekât Ahmed b. Muhammed b. Ahmed Derdir, *eş-Şerhu 's-seğir alâ Ekrabi 'l-mesalîk ilâ Mezhebi 'l-imam Malik*, Daru'l-meârif, Kahire ts, IV, 230.

³⁷⁹ Müslîm, *Akziyye*, 3, Hadis no: 1713.

³⁸⁰ Zuhayli, *el-Fıkhü 'l-islamiyye*, VI, 490.

Hanefilere göre ise, Allah hakkı bulunan durumlarda hâkimin kendi bilgisi gereğince hüküm vermesi caiz değildir. Çünkü Allah'ın hakları kolaylık ve hoşgörü temeli üzerinde yükselir. Aynı şekilde Ebu Hanife'ye (ö. 150/767) göre hâkimin insanların medeni haklarına ait hususlarda, görevi başına gelmesinden önce bildiği şeylere göre hüküm vermesi de caiz değildir.³⁸¹ Ancak Ebu Yusuf (ö. 182/789) ile İmam Muhammed'e (ö. 189/805) göre, Allah'a ait olan hadler dışındaki hususlarda hâkimin kendi bilgisi gereğince hüküm vermesi caizdir. Bunu da, hâkimliği döneminde sahip olduğu bilgiler ile hükmü caiz olan şeylere kıyas etmişlerdir. Şayet görevinin başında bulunduğu dönemde olay meydana gelirse, bildiği şeyler gereğince hüküm verebilir.³⁸²

Şafiilere göre ise, hâkim ister velayetinden önce, ister velayeti esnasında, ister velayet mahalli dışında sahip olduğu kendi bilgisi gereğince olay hakkında açık bir delil bulunsun ya da bulunmasın Yüce Allah'ın hadleri dışında kendi bilgisine göre hüküm verebilir. Buna göre hâkimin mali konularda bilgisine göre hüküm vermesi kesinlikle caizdir. Daha açık kabul edilen görüşe göre de, kısas ve kazif haddinde de hüküm verebilir. Çünkü o zan ifade eden şeyle hüküm verebildiğine göre kendi şahsi bilgisi ile de hüküm vermesi öncelikle söz konusu olur. Hırsızlık, yol kesicilik, sarhoşluk verici şeylerin içilmesi gibi Allah için halis haklardan olan hadler konusunda kendi bilgisi gereğince hüküm veremez. Çünkü bu gibi bilgiler şüphelerle bertaraf edilir ve bunların kapatılması, örtülmesi menduptur. Fakat bir kimse hüküm meclisinde haddi gerektiren bir itirafta bulunacak olursa, bu konuda kendi bilgisine dayanarak hüküm verir.³⁸³ Çünkü Hz. Peygamber: “*Şayet itiraf edecek olursa onu recmediniz*”³⁸⁴ buyurmuştur.

2. Hâkimin Bir Başka Hâkimin Kendisine Yazmış Olduğu Mektup

Gereğince Hüküm Vermesi

Bir hâkimin bir olayın hükmünün açıklığa kavuşturması ve geçerliliği olabilmesi için başka bir hâkime mektup yazması caizdir.³⁸⁵ Şüphe ile düşmeyen bütün hukuk davalarında bir hâkimin başka bir hâkime gönderdiği yazı kabul

³⁸¹ Serahsî, *Mebhut*, XVI, 104.

³⁸² Serahsî, *Mebhut*, XVI, 104.

³⁸³ Şirazî, *el-Mühezzeb*, V, 517; Zuhayli, *el-Fıkhu'l-islamiyye*, VI, 490.

³⁸⁴ Müslîm, *Hudût*, 5, Hadis no: 1691; Ebû Davûd, *Hudût*, 24, Hadis no: 4428.

³⁸⁵ Şirazî, *el-Mühezzeb*, V, 520.

edilir. Çünkü buna ihtiyaç vardır. Bu ihtiyaç da hasımlarla şahitleri bir araya getirememeye durumudur.³⁸⁶ Hâkim, o mektubu şahitler huzurunda açar ve onu hazırda bulunan kişilere okur.³⁸⁷ Ancak had ve kıyas davalarında bir hâkimin başka bir hâkime mektup yazması kabul edilemez.³⁸⁸ Çünkü bu gibi davalarda şüphe söz konusudur.

Hâkimler arasında yazışmanın caiz oluşunun delili şudur: Mektup; ihtiva ettiği ifadelerin şifahen söylenmesinin yerine geçer. Şundan dolayıdır ki; Allah (c.c)’ın Resulullah (s.a.v)’a gönderdiği kitap, onun Resulüne emir, yasak ve diğer hususlarda bulunacağı hitabın yerine geçer. Resulullah (s.a.v)’ın da; Bizans ve Fars hükümdarlarına, çeşitli beldelerde vazife yapan kendi valilerine gönderdiği mektuplar da böyle olup, bunlar Resulullah’ın alâkadarlara hitabı yerine geçer. Bu mektuplarında yer alan yazılı emirlere onların adeta şifahi emir gibi uymaları gerekir.³⁸⁹

Bu hakikat böyle sabit olduğuna göre, bir hâkimin başka bir hâkime gönderdiği yazı onun ona hitabı gibidir.³⁹⁰ Ona söylemek istediklerini şifahen söyleyip bildirirse, sahih olur. Yazılı olarak bildirmesi de böyledir. Bu şöyle olur; şahitler hâkimin huzuruna gelerek; “*Hazırdaki şu adamın gıyaptaki şu adamdan şu kadar alacağı vardır*” diye şahadette bulunurlar. Hâkim de davalının bulunduğu şehrin hâkimine bunu bir yazı ile bildirir. Bu şahitliğin naklidir. Yazıyı alan hâkim de bu sebeple kendi görüşüyle hükmeder. Şahitlik, hazırdaki bir adamın aleyhine yapılırsa, hâkim onun aleyhine hüküm verir ve bu hükmünü de başka şehirdeki hâkime yazılı olarak bildirirse, buna da sicil denilir.³⁹¹

Menkul mallarla alakalı davalarda bu yazışma kabul edilmez. Çünkü işaret için bu davalarda şahitliğe ihtiyaç vardır. İmam Muhammed’e (ö. 189/805) göre ise, bütün menkul davalarda yazışma kabul edilir ve fetva da buna göre

³⁸⁶ Mavsilî, *el-İhtiyar*, II, 91.

³⁸⁷ Şafîî, *el-Ümm*, Daru’l-marife, Beyrut h. 1393, VI, 211.

³⁸⁸ Meydanî, *el-Lübâb*, IV, 87.

³⁸⁹ Ebu’l-Hasan Ali b. Hüseyin b. Muhammed es-Suğdî, *en-Nutef fi’l-fetava*, Müessesetü’r-risale Beyrut, 1984, II, 637.

³⁹⁰ Muhammed b. Hasan eş-Şeybanî, *Camii’s-seğir ve Şerhuhu en-Nafiu’l-kebir*, Alemlî’l-kütüb, Beyrut h. 1406, I, 392; Suğdî, *en-Nutef fi’l-fetava*, II, 637.

³⁹¹ Mavsilî, *el-İhtiyar*, II, 91.

verilmiştir. Buna ihtiyaç vardır. O'na göre vasfı, miktarı ve diğer bazı şeyleri söylenerek menkul malın tarif edilmesi mümkündür.³⁹²

Başka şehrin hâkimi tarafından gönderilen yazı ancak iki erkeğin veya bir erkekle iki kadının tanıklığıyla geçerli olur. Çünkü yazılar birbirine benzediğinden ancak tam bir delil ile kesinleşir. Kaldı ki, bu yazı bağlayıcı olduğundan kesin delille kanıtlanması gerekir. Düşmanın gönderdiği güvence dileme mektubu ise, bağlayıcı olmadığından böyle değildir. Aynı şekilde hâkimin, birisinin suçsuzluğunu ileri süren kişiye gönderdiği elçi ile bu kişinin hâkime gönderdiği elçinin durumu da böyle değildir. Çünkü gönderilen yazının gereği suçsuzluğunu ileri sürmekten ötürü değil, tanıklıktan ötürü yapılır.

Muhtevasını bilmeleri için hâkimin, yazdığı yazıyı ya tanıklara okuması veya anlatması gerekir.³⁹³ Çünkü bilgisiz tanıklık yapılamaz. Sonra yazıda değişiklik yapıldığı şüphesini önlemek için hâkim, yazıyı tanıkların yanında mühürleyerek kendilerine teslim eder. Bu İmam Ebu Hanife (ö. 150/767) ile İmam Muhammed'e (ö. 189/805) göredir. Çünkü tanıkların yazıdaki bilmeleri ve yazıyı gözleri önünde mühürlemeleri şarttır. Bu iki imama göre aynı şekilde yazıdaki muhtevayı korumak da gerekir. Bu amaçla da kendilerine mühürlenmemiş bir nüsha daha verilir. Beraberlerinde bulunacak bu nüsha, mühürlü nüshayı korumalarına yardımcı olacaktır.

İmam Ebu Yusuf (ö. 182/798) ise, bunlardan hiç birinin şart olmadığını, şart olan tek şeyin hâkimin onları yazının ve mührün kendisine ait olduklarına şahit kılması olduğunu söylemiştir. İmam Ebu Yusuf'tan ayrıca mühürlemenin de şart olmadığını söylediği rivayet edilmiştir.³⁹⁴

Hasım mahkemede hazır bulunmadıkça hâkim, kendisine ulaşan yazıyı kabul edemez. Çünkü yazıyı kabul etmek, şahitliği yerine getirmek gibi olduğundan hasmın hazır bulunması gerekir. Yazıyı gönderen hâkimin asıl tanıkları dinlemesi ise, hasmın mahkemede hazır bulunmasını gerektirmez. Çünkü o, tanıkları karar vermek için değil ifadelerini öbür hâkime aktarmak için dinlemektedir. Tanıklar, yazıyı hâkime verdiklerinde hâkim, yazının mührüne

³⁹² Mavsîlî, *el-İhtiyar*, II, 91.

³⁹³ Halebî, *Mülteka'l-ebhur*, I, 293.

³⁹⁴ Merginânî, *el-Hidaye*, III, 105.

bakar ve tanıklar; “Bu yazı falanca hâkimin olup kendisi, makamında yazıyı yanımızda okuyup mühürledikten sonra bize teslim etti” diye ifade verdikten sonra yazıyı açarak hasma okur ve kendisine yazının gereğini yaptırır.³⁹⁵

Yazı varması gereken yere varmadan yazıyı gönderen hâkim ölür veya azledilir yahut delirerek yahut bayılarak ya da başka bir sebeple kazaî ehliyetini kaybederse, bu yazı batıl olur. Çünkü yerine ulaşıncı, mektup da hitap gibidir. Göndericisi ölünce, hitap etme ehliyetini kaybeder. Hâkim, azl ve diğer sebeplerle de sıradan reâyâ mevkiine dâhil olur. Yazının gönderildiği hâkim de ölürse, yine batıl olur. Ancak yazının altında gönderilen hâkimin adından sonra; “Müslümanların hâkimlerinden bu yazının kendilerine ulaştığı herkese” diye bir kayıt konulmuş ise, ismi yazılı olan hâkim ölse de, bu yazı geçerli olur.³⁹⁶

Hasmın vefatıyla yazı batıl olmayıp, mirasçılara geçer. Çünkü mirasçılar onun yerine geçerler. Hasım, yazının gönderildiği hâkimin bölgesinde yoksa ve davacı onun delilini dinlemek ve onun için hasmının bulunduğu yerdeki hâkime bir mektup yazmak isterse, yazar. Çünkü buna ihtiyaç vardır. Bu mektuba ilk gelen yazının bir nüshasını veya o manada bir yazı koyar ki, kendi nezdinde sabit olan şeyi yazsın.³⁹⁷

3. Hâkimin Şahitliğe Dayalı Olan Bir Şahitlikle Hüküm Vermesi

Şahitler, hâkimin huzurunda hazır bulunan bir hasmın üzerine şahitlik etseler, hâkim o şahitlerin şahadetleriyle hükmeder.³⁹⁸ O hâkimin verdiği karar zamanla unutulmayıp hatırlanması için sicil defterine yazılır.³⁹⁹

Burada önemli olan husus yalancı şahitlerin şahadetine dayanarak hüküm verilebilir mi ve bu hüküm geçerli olur mu? Bu konuda fakihler ayrılığa düşmüştür. Örneğin nikâh, boşanma, alışveriş gibi akitlerde ve mevcut bir akdin feshi hususunda yalancı şahitlerin şahadetine dayanarak verilmiş olan bir hüküm zahiren de, bâtinen de İmam Azam’a (ö. 150/767) göre geçerli olur. Hibe ve mirasta da böyledir. Ancak İmam Muhammed (ö. 189/805) ve Ebu Yusuf’a (ö.

³⁹⁵ Merginânî, *el-Hidaye*, III, 105.

³⁹⁶ Mavsilî, *el-İhtiyar*, II, 93.

³⁹⁷ Mavsilî, *el-İhtiyar*, II, 93.

³⁹⁸ Meydânî, *el-Lübâb*, I, 380.

³⁹⁹ Halebî, *Mülteka'l-ebhur*, I, 293.

182/798) göre ise, bu hüküm bâtinen yani Allah katında geçerli olmaz. Mesela iki kişi bir kadının bir erkekle evlenmiş olduğuna dair yalan şahadette bulunurlarsa, hâkim de onların şahadetlerine dayanarak hüküm verirse; İmameyn'in hilafına, Ebu Hanifeye göre bu hüküm geçerli olur. Öyle ki, bu karara istinaden kocanın o kadınla cinsi münasebette bulunması da helal olur. Bu iki kişi bir adamın karısını bâin talakla boşadığına dair yalan şahadette bulunurlarsa, hâkim de bu yalan şahadete dayanarak kadının boşandığına hükmederse, sonra başka bir erkek o kadınla evlenirse; bu evlilik Ebu Hanife'ye göre caiz olur. İmameyn'e göre ise, ikinci koca şahitlerin yalancı olduklarını bilmiyorsa, kadınla cinsi münasebette bulunması zahire uyularak helal olur. Çünkü o, batını bilmekle mükellef değildir.⁴⁰⁰

Ebu Hanife'nin bu husustaki dayanağı şudur; Rivayet edildiğine göre adamın biri asalette kendisinden daha üstün bir kadınla evlenmeye talip olmuş, ancak kadın onunla evlenmeye yanaşmayınca, adam o kadınla evlenmiş olduğunu iddia ederek, bu hususta kendini doğrulayıcı iki şahidi Hz. Ali (r.a)'nin (ö. 40/660) huzuruna götürmüştü. Hz. Ali de (ö. 40/660) onların şahitliklerine dayanarak kadının o erkekle evli olduğuna hükmetmişti. Kadın: *“Ben o adamla evlenmedim, o şahitler de yalancı şahitlerdir. O benimle evlendiğini iddia ediyor, ama bunun aslı yoktur”* deyince Hz. Ali (ö. 40/660) *“Şahitlerin seni evlendirdiler”* demiş ve nikâhı geçerli kılmıştı. Çünkü o, kendisi için karar verme salahiyetinin bulunduğu bir meselede şer'i delillere dayanarak Allah (c.c)'ın emri ile hükmetmişti.⁴⁰¹

İmameyn'in dayanağı ise, Peygamber efendimizin şu hadis-i şerifidir. *“Ben bir insanım. Sizler ise benim önümde davalaşıyorsunuz. Belki kiminiz ötekenden delilini daha açık bir dille ortaya koyabilir. Bende işittiğime göre hüküm veririm. Her kime kardeşinin hakkından bir şey hükmedecek olursam onu almasın. Çünkü ben aslında ona ateşten bir parça kesip veriyorum”*⁴⁰² Bu hadisin malla alakalı hükmü açıktır. Çünkü hâkimin yalan şahadete dayanarak, başkalarının mülkü hakkında verdiği karar, bu hadisten dolayı geçerli olmaz. Ayrıca bu hususta Allah

⁴⁰⁰ Halebî, *Mülteka'l-ebhur*, I, 293.

⁴⁰¹ Mavsilî, *el-İhtiyar*, II, 88.

⁴⁰² Müslîm, *Akziyye*, 3, Hadis no: 1713.

(c.c) şöyle buyurmuştur: “*Mallarınızı aranızda haksız yere yemeyiniz*”⁴⁰³ Yani Allah’ın helal kıldığı yolların dışında birbirinizin mallarını yemeyin.⁴⁰⁴ Buna hakkı inkâr yoluyla yiyilen mallar da girer.⁴⁰⁵ Rivayet edildiğine göre; bu ayet-i kerime bunun için nazil olmuştur.⁴⁰⁶

Şahitler, hâkimin huzurunda gâib olan şahsın üzerine şahitlik etse, onların ifadeleri ile hâkim, gâib olan şahsın üzerine karar veremez, belki o ifadeleri, hâkimin kendi vilayetinde bulunan diğer hâkime yazar, ta ki o mektup kendisine gelen ikinci hâkim onunla karar verebilsin.⁴⁰⁷ Aynı şekilde şayet şahitler ölü bir kimse üzerine şahitlik edecekse ölünün varisleri mahkemede hazır bulunmalıdır ki, hâkim kararını verebilsin.⁴⁰⁸

Hanefiler, Hanbelîler ve Şafiîlere göre Allah’a ait olan hadlerde şahadet üstüne şahitlik yapılmaz. Çünkü hadlerde esas olan onların setredilmeleri ve şüphelerle bertaraf edilmeleridir. Ayrıca şahadet üzerine şahitlikte bir şüphe vardır. Çünkü yanlışlığın, yanılmanın ve yalan söylemenin asıl şahitler hakkında söz konusu olması yanında, fer’i şahitler hakkında da söz konusu olma ihtimali vardır.

İmam Malik (ö. 179/795) de şöyle demektedir: Hadlerde ve bütün mali haklarda şahadet üstüne şahitlik kabul edilir. Çünkü haddi gerektiren şey, aslın şahadetiyle sabit olur. Dolayısıyla mallarda olduğu gibi, şahadet üzerine şahitlik de sabit olur.⁴⁰⁹

H. HÂKİMİN YANILMASI

Hâkim, vermiş olduğu bazı kararlarda hata yapmış olabilir. Zira hâkimin vermiş olduğu her kararın kesin olarak doğru olduğunu söylemek pek gerçekçi olmayacaktır. Bu yüzden şayet hâkim verdiği hükümde hata ettiğini anlarsa bu takdirde esas olan onu açıklamasıdır.⁴¹⁰

Şayet hâkim, herhangi bir dava hakkında hüküm verir, daha sonra da bu

⁴⁰³ Bakara, 2/188.

⁴⁰⁴ Beğavî, *Mealimu't-tenzil*, I, 210.

⁴⁰⁵ Kurtûbî, *el-Camiu li Ahkâmi'l-kur'an*, II, 711.

⁴⁰⁶ Mavsilî, *el-İhtiyar*, II, 88.

⁴⁰⁷ Halebî, *Mülteka'l-ebhur*, I, 293.

⁴⁰⁸ Ebu Bekr Hassâf b. Ömer eş-Şeyban, (şrh. Ömer b. Abdülaziz), *Edebu'l-kâdî*, Daru'l-kütübü'l-ilmîyye, Beyrut 1994, I, 65.

⁴⁰⁹ Zuhayli, *el-Fıkhu'l-islamiyye*, VI, 495.

⁴¹⁰ Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, VII, 16.

hükmünden döner de başka bir hüküm verirse, bu hüküm bundan sonraki davalar için mi geçerli olur, yoksa önceki ve sonraki meselelerin tümünde mi geçerli olur?

Buna iki şekilde cevap verebiliriz. Birinci şekilde şayet hâkim, herhangi bir davada karar verir, sonra bu kararının Kur'an'a, mütevatir hadîse, sahih olan ahad hadîse veya asıl ile fer arasındaki ayrılığı giderecek kadar kesin olan kıyas-ı celi'ye muhalif olduğunu görür de kendisinin veya başkasının tashihi ile bu kararından dönüp yeni bir karar verirse, daha önce verdiği hüküm geçerli olmaz.⁴¹¹ Hâkimin daha önce verdiği hüküm üzerine terettüb eden asılların tashih edilmesi vacibdir; Zira Hz. Peygamber şöyle buyurmuştur: “*Kim bizim şu işimizin (dinimizin) içinde, ondan olmayan bir şeyi ihdas ederse o (ihdası), red olunmuştur.*”⁴¹²

Ayrıca ashab ve tabiinin verdikleri hükümler ve bunlardan dönmeleri hakkında da birçok rivayet vardır. Onlardan bazılarını zikredelim:

Hz. Ömer, parmakların yararlarını dikkate alarak diyet hususunda parmaklar arasında farklılık yapmış ve buna göre hüküm vermiştir. Ancak kendisine Hz. Peygamber'in parmakların diyeti hususunda eşit hüküm verdiği bildirilince, kendi kararından dönmüştür.⁴¹³

Yine aynı şekilde Ömer b. Abdulaziz (ö. 101/720), bir kusur nedeniyle geri verilen köle ile beraber haraç da verilmesi gerektiğine hükmetmişti. Ancak Urve (ö. 94/712), Hz. Aişe'den (ö. 57/676) Rasûlulah'ın “*Haraç, kefaletledir*”⁴¹⁴ buyurduğunu rivayet edince, Ömer b. Abdulaziz (ö. 101/720) kendi görüşünden vazgeçmiştir.⁴¹⁵

Başka bir örnekte ise, Hz. Ali (ö. 40/660), Kadı Şureyh'in (ö. 79/698) biri anabir kardeş olan iki amcaoğlu ile ilgili olarak “*Mal kardeşe aittir*” şeklinde verdiği hükmü bozmuştur. Kadı Şureyh bu hükmü “*Rahim sahipleri, Allah'ın kitabında birbirlerine (mirasçı olma bakımından) daha yakındırlar*”⁴¹⁶ ayetinden çıkardığını söyleyince, Hz. Ali ona şu ayeti okuyarak cevap vermiştir:

⁴¹¹ Mustafa el-Hin v.dğr, *el-Fıkhü'l-menheciyyu a'la Mezheb-i İmam Şafî*, VII, 175.

⁴¹² Buhârî, *Sulh*, 5, Hadis no: 2550; Ebu Davûd, *Kitabu's-sünne*, 6, Hadis no: 4608.

⁴¹³ Mustafa el-Hin v.dğr, *el-Fıkhü'l-menheciyyu a'la Mezheb-i İmam Şafî*, VII, 175.

⁴¹⁴ Şafî, *Müsned*, Hadis no: 916; Tirmizî, *Buyû*, 53, Hadis no: 1285.

⁴¹⁵ Mustafa el-Hin v.dğr, *el-Fıkhü'l-menheciyyu a'la Mezheb-i İmam Şafî*, VII, 175.

⁴¹⁶ Enfâl, 8/75.

“Babası, annesi ve evladı olmadığı halde vefat eden bir erkek veya kadının erkek veya kız kardeşi varsa, vasiyeti ve borcu çıktıktan sonra onların her birine terekenin altında biri düşer.”⁴¹⁷ Bu cevaptan sonra Kadı Şüreyh’in verdiği hüküm geçerliliğini kaybetmiştir.

İkinci şekilde ise, şayet hâkimin verdiği birinci hüküm içtihadı veya gizli kıyasa dayanıyorsa, bu hükmünden vazgeçip yine içtihat veya gizli kıyasa dayanarak ikinci bir hüküm daha verirse, birinci hükmü bozulmuş olmaz.⁴¹⁸

Ancak bundan sonraki meselelerde ikinci hükmü geçerli olur; Zira her iki hükmü de zan durumundadır, dolayısıyla biri diğerinden daha evlâ değildir. Eğer zanların bir kısmının diğerini bozmuş olacağı kabul edilirse, hiçbir hüküm devam edemez. İşte bu nedenle “İçtihat, içtihat ile bozulmaz”⁴¹⁹ kaidesi çıkmıştır. Bu kaideye binaen birinci hüküm, geçerliliğini muhafaza eder, bozulmuş olmaz.

Rivayet edildiğine göre Hz. Ömer (ö. 23/643), ölünün ana-baba bir olan kız kardeşini -ferâiz ilminde el-müştereke diye bilinen meselede- mirastan mahrum etmiştir. Bu mesele şu şekildedir: Ölen bir kişi geride kocasını, annesini, ana bir erkek kardeşlerini ve baba bir kardeşlerini bırakıyor. Ferâiz kaidelerine göre burada koca, malın yarısını alır (çünkü ölenin çocuğu yoktur). Anne malın altında birini, ana bir kardeşler malın üçte birini alır. Ana-baba bir olan kardeşe ise bir şey kalmaz. Çünkü o, asabedir; yani pay sahipleri hisselerini aldıktan sonra geriye kalan onundur. Oysa burada geriye bir şey kalmamıştır.

İşte bu meselede Hz. Ömer (ö. 23/643) önce bu şekilde hükmetmiş, sonra bu hükümden vazgeçmiştir. Ana-baba bir olan kardeşle ana bir olan kardeşleri mirasın üçte birine ortak yapmıştır.

Kendisine, “Daha önce neden başka şekilde hükmettin?” diye sorulunca, Hz. Ömer (ö. 23/643) şöyle cevap vermiştir: “Önceki hükmümüz de geçerlidir, şimdiki hükmümüz de geçerlidir.”⁴²⁰ Hz. Ömer’in vermiş olduğu bu cevaptan da şunu anlayabiliriz ki, daha önce içtihadı dayanılarak verilmiş olan bir hüküm

⁴¹⁷ Nisa, 4/12.

⁴¹⁸ Mustafa el-Hin v.dğr, *el-Fıkhü'l-menhecıyyu a'la Mezheb-i İmam Şafî*, VII, 176.

⁴¹⁹ Ahmed b. Muhammed Alaüddin el-Buhârî, *Keşfu'l-esrar an Usuli Fahri'l-islam Pezdevi*, Daru'l-kütübü'l-ilmiyye, Beyrut 1997, III, 28; Hallâf, *İlmü'l-usuli'l-fikh*, I, 221.

⁴²⁰ Mustafa v.dğr, *el-Fıkhü'l-menhecıyyu a'la Mezheb-i İmam Şafî*, VII, 176.

hakkında, şayet onun bozulmasını gerektirecek açık bir delil bulunursa, bu hüküm geçerliliğini devam ettiremez. Şayet bu hüküm, içtihadî meselelere dayanılarak verilmiş olursa ve onun bozulmasını gerektirecek açık bir delil bulunmazsa hâkimin bir görüşten diğer bir görüşe geçerek hüküm bildirmesi caiz olur.⁴²¹

İ. HÂKİMİN BAKAMAYACAĞI DAVALAR

İslam Hukukuna göre, hâkimler, tayin edildikleri bütün bölge halkının her çeşit davasına bakmak salahiyetine haizdirler. Hâkimler kaza bölgelerindeki yerlilerin davalarına bakabilme salahiyetine haiz oldukları gibi kaza bölgelerinde bulunan yolcuların da davalarına bakabilirler. Ancak hâkimlerin insan olmaları düşünülürse bazı kimselerin davasına bakarken hislerinin tesiri altında kalabilecekleri akla gelebilir. Bu sebeple hislerine kapılarak tarafsız kalamayacağı durumlarda onun davaya bakması yasaklanmıştır. Fakihler, hâkimlerin tesir altında kalabilecekleri ve taraf tutmaları ihtimal dâhilinde olan kimseleri tespit etmişlerdir. Hâkim, şahsi hislerinin tesiriyle kendilerine karşı tarafsız davranması şüpheli sayılan şahısların davalarının mahkemeye getirilmesi halinde hemen görevsizlik kararı alır ve davaya başkasının bakmasını sağlar. Hâkim, davaya bakmaktan geri durmaz ise, taraflardan her biri hâkimi reddedebilir.⁴²² Hâkim, aşağıda maddeler halinde sıralayacağımız kimselerin davalarına bakamaz.

1. Hâkimin, kendi nefsi için hüküm vermesi caiz olmadığı gibi, hükümde töhmet (itham) söz konusu olduğu için geçerli de sayılmaz.

2. Hâkimin, ortağı için hüküm vermesi de caiz değildir. Çünkü kendisinin ortağı olmasından ötürü, onun lehine hüküm verme ihtimali söz konusudur.⁴²³

3. Hâkimin, çocukları, oğulları ve kızlarından olan torunları, ana-babası, her iki taraftan dedeleri, eşi, mükâtep kölesi ve köleleri lehine hüküm vermesi caiz değildir. Çünkü hâkimlik yetkisi tanıklık yetkisinin üstündedir. Kişinin bunlar lehine tanıklık yapması caiz olmadığına göre lehlerine hüküm vermesi de caiz olmaz. Bunlar dışındaki yakınlar ve başkaları lehine tanıklık etmesi caiz olduğu

⁴²¹ Heyet, *el-Fetâvâ 'l-hindiyye*, III, 325.

⁴²² Atar, *İslam Adliye Teşkilatı*, 121.

⁴²³ Mustafa el-Hin v.dğr, *el-Fıkhu 'l-menhecıyyu a'la Mezheb-i İmam Şafî*, VII, 172.

gibi, hüküm vermesi de caizdir.⁴²⁴

4. Hâkim, işçisinin ve vekilinin davalarına da bakamaz.⁴²⁵

Bununla birlikte hâkimin, yukarıda adı geçenlerin aleyhine vereceği karar geçerlidir. Çünkü töhmet ihtimali bulunmadığından bu husustaki tanıklık da geçerli olur.⁴²⁶

5. Hâkimin, düşmanı aleyhine hüküm vermesi de caiz değildir. Çünkü kendisi bu konuda itham edilebilir. Ancak düşmanı lehine hüküm verirse, verdiği hüküm geçerli ve caiz olur; zira burada itham edilme ihtimali yoktur. Hâkimin, bu nedenlerle bu kişiler hakkında hüküm vermesi yasaklandığından, bu kişiler hakkında halife veya başka bir hâkim hüküm verir. Böylece hükümdeki itham ihtimali ortadan kalkmış olur.⁴²⁷ Bu durumun İslam tarihindeki uygulamalarına da baktığımız zaman Hz. Ömer (ö. 23/643), Hz. Osman (ö. 35/656), Hz. Ali (ö. 40/6609) gibi halifeler bu türlü davalara kendileri değil, zamanlarının hâkimleri bakıyordu. Hâlbuki kendileri aynı zamanda birer hâkimdiler. Töhmet olacağı düşüncesiyle başka hâkimlere davalarını havale ediyorlardı. Yine aynı şekilde Abbasi halifesi Me'mun (ö. 217/833), oğlu ile ilgili bir davaya bakmaktan haya ederek davayı kadısı Yahya b. Eksem'e (ö. 242/856) havale etmiştir.⁴²⁸

J. HÂKİMİN LEHİNE HÜKÜM VERİLEN ŞAHSA KARŞI

GÖREVLERİ

Öncelikle lehine hüküm verilen kimsenin, hâkimin lehine şahitliği kabul edilen kişilerden olması gerekir. Yani yukarıda saymış olduğumuz kişiler hakkında, hâkimin lehlerine hüküm vermesi caiz değildir. Çünkü onların lehine hüküm vermek, bir bakıma kendi lehine hüküm vermek gibidir. O bakımdan kaza mücerret bir hüküm olmaz, onda bir tür hikmet söz konusu olur. Bu durumda da yargı sahih olmaz.⁴²⁹

Yine yargılama esnasında lehine hüküm verilen kimse, hazır olmalıdır.

⁴²⁴ Serahsî, *Mebcut*, XVI, 107.

⁴²⁵ Atar, *İslam Adliye Teşkilatı*, 121.

⁴²⁶ Merginânî, *el-Hidaye*, III, 109.

⁴²⁷ Mustafa el-Hin v.dğr, *el-Fıkhü'l-menheciyyu a'la Mezheb-i İmam Şafî*, VII, 172.

⁴²⁸ Atar, *İslam Adliye Teşkilatı*, 122.

⁴²⁹ Zuhayli, *el-Fıkhü'l-islamiyye*, VI, 496.

Şayet hazır değilse, onun yerine birinin kaim olması gerekir ki, bu da vekil, veli veya vasiyle olur. Hâkim, ancak bunlardan biri bulunduğu takdirde hüküm verebilir. Çünkü Hanefilere göre hazır olmayan hakkında hüküm vermek caiz değildir. Dolayısıyla gaibin lehine de hüküm vermek yine caiz olmaz.⁴³⁰

Yine hâkimden insanların haklarına dair hüküm vermesini istemek gerekir. Çünkü yargı, hakka götüren bir yoldur. İnsan hakkı ise, ancak istenerek elde edilebilir.⁴³¹

K. HÂKİMİN ALEYHİNE HÜKÜM VERİLEN ŞAHSA KARŞI GÖREVLERİ

Hâkimlerin aleyhine hüküm verdikleri kimselere karşı da bir takım görevleri vardır. Bunların başında aleyhine hüküm verilen kimsenin mahkeme huzurunda hazır bulunmasıdır. Hanefilere göre gaib olan kimsenin aleyhine, şayet onun adına hazır bir vekili bulunmuyor ise, açık bir delil ile hüküm vermek caiz değildir. Vekili yahut vasisi veya velisi hazır bulunduğu durumda hüküm vermesi caiz olur.⁴³² Çünkü Hz. Peygamber (s.a.v) Hz. Ali (r.a)'yi Yemen'e gönderdiğinde şöyle buyurmuştur: “*Hasımlardan herhangi birisinin lehine ötekinin sözlerini işitmedikçe hüküm verme!*”⁴³³ Diğer taraftan o şekilde verilmiş olan bir hüküm, sadece iki hasımdan birisi hakkında verilen hüküm olur; bu ise caiz olmaz. Aynı şekilde gaib olan bir kimsenin, öbürünün açık delillerini iptal edecek yahut tenkit edip değerinden düşürecek delilleri bulunabilir. Bundan dolayı hakkında hüküm vermek caiz olmaz.⁴³⁴

Hanefilere göre, hazırda olmayan hakkında hüküm vermek ancak zaruret halinde caiz olabilir. Nitekim hasım aleyhinde hüküm yöneltilecek ve o da bu takdirde saklanacak olursa bu takdirde caiz olur.⁴³⁵

Maliki, Şafii ve Hanbelîlere göre ise; uzaklarda bulunan bir gaib aleyhine

⁴³⁰ İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtar ale'd-Dürri'l-muhtar*, VIII, 22.

⁴³¹ Zuhayli, *el-Fıkhü'l-islamiyye*, VI, 496.

⁴³² İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtar ale'd-Dürri'l-muhtar*, VIII, 22.

⁴³³ Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 3, Hadis no: 882; Ahmed b. Ali İbn Hacer Askalânî, *Fethu'l-bâri Daru'l-marife*, Beyrut h. 1379, VIII, 65; Muhammed b. Ali b. Muhammed eş-Şevkânî, *Kitabu'l-akziyyeti ve'l-ahkâm*, Hadis no: 2.

⁴³⁴ İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtar ale'd-Dürri'l-muhtar*, VIII, 22.

⁴³⁵ Zuhayli, *el-Fıkhü'l-islamiyye*, VI, 497.

hüküm vermek caizdir. Ancak davacının, bu konuda açık bir delilinin olması şarttır. Bu da insanların medeni haklarında söz konusu olur. Allah'ın halis hakkı olan hadlerde ise, hazırda bulunmayan kimsenin aleyhinde hüküm verilemez. Çünkü bu haklar müsamaha, bertaraf edilmek ve düşürülmek temeli üzerindedirler. Çünkü yüce Allah (c.c)'ın bunların yerine getirilmesine ihtiyacı yoktur. İnsanların hakkı ise böyle değildir. Eğer hazır olmayan kişi hakkında bir malı çaldığına dair açık bir delil bulunursa, elinin kesilmesi hükmü değil, o malın tazminatı ile aleyhine hüküm verilir.⁴³⁶ Fakihler, gaib olan hakkında hükmün caiz oluşuna Hind'in (ö. 15/635) rivayet ettiği şu hadisi delil göstermişlerdir. Hind, Resulullah'a şöyle dedi: *"Ey Allah'ın Resülü! Ebu Süfyan cimri bir adamdır ve o bana ve çocuğuma yetecek kadarını vermiyor."* Bunun üzerine Hz. Peygamber şöyle buyurdu: *"Kendine ve çocuğuna maruf ölçüler içerisinde yetecek kadarını al"*⁴³⁷ Burada Resulullah (s.a.v), Hind'in lehine kocası da hazır değilken hüküm vermiştir. Bu hadis-i şerifte onların delili olabilecek bir taraf yoktur. Çünkü Ebu Süfyan (ö. 32/652) Mekke'de hazır bulunuyordu. Bu olay da Medine'de, Hind'in Resulullah (s.a.v)'a biat etmek üzere geldiğinde olmuştu.

Bu konuda İbn Hazm (ö. 456/1064) şöyle der: Hz. Osman (r.a)'ın (ö. 36/656) hazır olmayan bir kişi hakkında hüküm verdiği sabit olduğu gibi; Hz. Ömer (r.a)'ın kocası kaybolmuş olan bir hanım hakkında dört yıl ve ayrıca dört ay on gün bekleyeceği hükmünü vermiştir. Ashab-ı kiramdan bu konuda onlara muhalefet eden de olmamıştır. Bu konuda aklî delilleri arasında da şu vardır: Açık delilin dinlenmesi gerekir. Böyle bir durumda açık delil gaibin aleyhinde dinlenir. Dolayısıyla hazır olup ta susan, sesini çıkarmayan ve dinlenen açık bir delil gibi, gereğince hüküm verilir. Yine ölmüş bir kimse ve küçük bir çocuk hakkında da hüküm vermek caiz olur. Bunlar ise, gaibden daha çok kendilerini müdafaa edemeyecek durumdadırlar. Ayrıca gaib hakkında hükmün verilmesine mani olmak hâkimler tarafından korunmaları teşvik edilmiş bulunan hakların zayi edilmesi sonucunu verir.⁴³⁸

⁴³⁶ Zuhayli, *el-Fıkhu'l-islamiyye*, VI, 497.

⁴³⁷ Müslîm, *Zekât*, 60, Hadis no: 2542; Nesâî, *Edebu'l-kâdi*, 48, Hadis no: 20962.

⁴³⁸ Zuhayli, *el-Fıkhu'l-islamiyye*, VI, 497.

L. HÂKİMİN AZLEDİLMESİ

1. Halife tarafından azledilmesi,⁴³⁹ Hâkimler, kendilerini tayin eden halife tarafından azl edilebilir veya değiştirilebilir. Bazen maslahat-ı amme bunu gerektirebilir. Bu azl etme veya değiştirme, esasen halife tarafından değil, belki de onun temsil ettiği halk tarafından yapılır. Çünkü devlet başkanı halkı temsil etmektedir. Bundan dolayıdır ki, halife vefat etse tayin etmiş olduğu hâkimler, azl edilmezler.⁴⁴⁰ Çünkü yargıyı tatil etmekte Müslümanlar için zarar söz konusu olur.⁴⁴¹ Halifenin hâkimi azletmesi ancak belli şartlar çerçevesinde mümkün olur.

a. Şayet bir hâkim rüşvet alsa azl edilmeye müstahak olur. Azl edilmedikçe görevden alınmış olmaz. Fakat Hanefilere göre böyle bir hâkim azl edilmese dahi, hâkimlikten çıkar ve hükmen azl edilmiş sayılır. İmam Şafii'ye (ö. 204/820) göre de görevden alınması beklenmeksizin azl edilmiş olur. Nitekim fiska bulaşmış olan bir hâkim de Hanefilerce azle müstehak olup halife tarafından azl edilir. İmam Şafii'ye göre ise, böyle bir hâkim halife tarafından görevden alınması beklenmeksizin azl edilmiş olur. Çünkü İmam Şafii 'ye (ö. 204/820) göre adalet, şahadete ehliyet için şart olduğu gibi kazaya ehliyet için de şarttır. Fısk ise bu adaleti ortadan kaldırır ve artık kazaya ehliyet de batıl olur.⁴⁴² Bundan dolayı bu hâkimin halife tarafından görevden alınması beklenmeden görevi sona ermiş olur.

b. Hâkimde kendiliğinden azl olunmasına neden olan sıfatlar bulunmadığı halde halife başka nedenlerden dolayı da hâkimi azl edebilir. Mesela pek çok kişinin şikâyet etmesi sebebiyle halife hâkimi azledebilir. Ancak adaletle meşhur bir hâkimi hakkındaki bir şikâyetten dolayı azl etmek uygun değildir, durumu tetkik ve teftiş etmek lazımdır. Şayet bu şekilde araştırma yapmaksızın görevden alınan bir hâkim olursa, insanların bu hâkim hakkında su'î zanda bulunmaması için onun suçsuzluğunu halka açıklamak da lazım olur.⁴⁴³

c. Maliki fukahasına göre; halife, hâkimleri bir maslahat için, mesela: Başkalarını kazaya daha layık gördüğü için azl edebilir. Nitekim Hz.Ömer (r.a) (ö. 23/643), kadı Şureyh'i (ö. 79/698) azl etmişti. Şureyh, "Ya emirel'müminin!

⁴³⁹ Özbek, *Dört Mezhebe göre İslam Fıkhı ve Müçtehitlerin Farklı Görüşleri*, IV, 720.

⁴⁴⁰ Bilmen, *Hukuki İslamiyye ve Istılahatı Fıkhıyye Kâmusu*, VIII, 247.

⁴⁴¹ Özbek, *Dört Mezhebe göre İslam Fıkhı ve Müçtehitlerin Farklı Görüşleri*, IV, 720.

⁴⁴² Bilmen, *Hukuki İslamiyye ve Istılahatı Fıkhıyye Kâmusu*, VIII, 247.

⁴⁴³ Nebhân, *İslam Anayasası İdare Hukukunun Genel Esasları*, s. 588.

Beni bir kusurumdan dolayı mı azl ettin” diye sordu, Hz. Ömer de, “Hayır, fakat uygunluk bakımından senin benzerini, benim işlerimi görmekte ise, daha kuvvetlisini buldum da bana ondan daha fazla yardımda bulunacak kimse göremediğimden dolayı seni azlettim” dedi. Şüreyh, “Öyle ise ya emire'l-Müminin! Benim mazur olduğumu insanlara haber ver, senin beni azl edişin, benim için bir ayıptır, beni bu töhmetten kurtar” diye rica etti. Hz. Ömer de onu öyle bir maslahata binaen azl ettiğini halka haber verdi.⁴⁴⁴ Böylece halkın onun hakkında su-i zanda bulunmasını engelledi.

Yukarıda saydığımız sebeplerden biri olmadığı halde halifenin keyfi olarak hâkimi azletmesi haramdır. Çünkü bu faydasız ve yasaklanmış bir harekettir. Fakat buna rağmen halife keyfi olarak hâkimi azlederse bu azletme halifeye itaat ilkesine riayetten geçerli olur. Eğer onun yerine hâkimlik yapacak uygun birisi yoksa halifenin hâkimi azletmesi geçerli olmaz. Çünkü bunda Müslümanların herhangi bir maslahatı olmadığı gibi zararı söz konusudur.⁴⁴⁵

2. Bazı durumlarda hâkim, halife tarafından azledilmesi beklenmeksizin kendiliğinden azledilmiş olur.

a. Şayet hâkim delirir, iki gözünü kaybeder, dilsiz veya sağır olursa,⁴⁴⁶ devamlı baygınlık geçirir veya içtihat ehliyeti ortadan kalkar veya gaflet ve unutkanlık sebebiyle zapt etme kabiliyetini kaybederse, verdiği hükümler geçerli sayılmaz ve kendiliğinden azledilmiş olur. Bu durumlardan biri sebebiyle azl olan hâkim, daha sonra bu hali ortadan kalkarsa da, en sahih kavle göre hâkimlik sıfatı geri gelmez.⁴⁴⁷

b. Hâkim, irtidat ederse (İslam dininden çıkarsa) kendiliğinden azl edilmiş olur. Çünkü İslam dininden çıkan kişi kâfir olur. Kâfirin ise Müslümanlar üzerinde herhangi bir velayeti (hâkimiyeti) yoktur.⁴⁴⁸

c. Müslümanların haklarını ihlal edici bir durum varsa o takdirde de hâkim azledilir. Azletme yahut azlolunmada azil işlemi açıklanmalı ki, bundan

⁴⁴⁴ Bilmen, *Hukuki İslamiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kâmusu*, VIII, 248.

⁴⁴⁵ Özbek, *Dört Mezhebe göre İslam Fıkhı ve Müçtehitlerin Farklı Görüşleri*, IV, 721.

⁴⁴⁶ Heyet, *el-Fetâvâ'l-hindiyye*, III, 305.

⁴⁴⁷ Nevevî, *Minhacu't-talibin ve Umdetü'l-muttakin*, Daru'l-minhac, Beyrut 2005, I, 558.

⁴⁴⁸ Özbek, *Dört Mezhebe göre İslam Fıkhı ve Müçtehitlerin Farklı Görüşleri*, IV, 720.

sonra azlolunan hâkime davalar gelmesin, verdiği hükümler geçerli olmasın. Azledilen hâkim bunu bildiği halde hükmederse hükmü geçerli değildir. Azledildiğini bilmeden hükmetmişse verdiği hüküm geçerlidir.⁴⁴⁹

II. YARGILAMA USÛLÜ AÇISINDAN BEŞERİ HUKUKTA HÂKİM

A. HÂKİMİN TAYİNİ

Hâkimler, mahkemelerde görev yapan ve adalet dağıtan devlet memurlarıdır.⁴⁵⁰ Hâkimler yargı yetkisi gibi çok önemli bir devlet gücünün uygulayıcıları oldukları için diğer devlet memurlarına göre daha farklı bir hukuki statüleri vardır. Anayasanın 140. Maddesine göre; “*Hâkimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler*” denilmektedir.⁴⁵¹ Bu itibarla hâkimlerin mesleğe atanmaları özel hükümlerle düzenlenmiştir.⁴⁵²

Adli yargıda hâkimlerin ataması Hâkim ve Savcılar Yüksek Kuruluna aittir.⁴⁵³ Buna göre hâkimler, adaylık, yardımcılık döneminden sonra hâkim olarak görevlerine başlarlar. Bir kimsenin hâkim adayı olabilmesi için belli şartlar aranır. Bunlar: Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmak, hukuk fakültesi mezunu olmak, kamu haklarından yasaklı olmamak, yabancı biri ile evli olmamak, hâkimlik mesleğine yakışmayacak tutum ve davranışlarda bulunmamış olmak.⁴⁵⁴ İki yıl adaylık süresinden sonra her adayın vazifesini yapmakta gösterdiği kabiliyet ve başarı ile görevine bağlılığı ve ahlaki gidişine dair bilgi, çalıştığı daire amirleri tarafından düzenlenir.⁴⁵⁵ Adaylık süresi içindeki davranışlarında hâkimlikle bağdaşmayacak tutumları, göreve devamsızlığı bilgi ve iş yapma kabiliyetibakımından yeterli olan ve stajını tamamlayan ve engel hali görülmeyen adayların mesleğe kabullerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca karar

⁴⁴⁹ Mâverdi, *Ahkâmu's-sultaniyye*, 137.

⁴⁵⁰ Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku*, Sevinç Matbaası, Ankara 1979, s. 13.

⁴⁵¹ 1982 Anayasası, mad. 140.

⁴⁵² Necip Bilge, Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, Sevinç Matbaası, Ankara 1978, s. 72.

⁴⁵³ HSYK, mad. 4.

⁴⁵⁴ HSYK, mad. 8.

⁴⁵⁵ HSYK, mad.11.

verilir.⁴⁵⁶ Mesleğe kabullerine karar verilen adli ve idari yargı hâkim adaylarının, adli ve idari yargı teşkilatının ihtiyacı ile eş durumu ve diğer durumları göz önünde bulundurulmak suretiyle tespit edilerek, görevleri ve görev yerleri, HSYK tarafından yapılacak ad çekme ile belirlenir.⁴⁵⁷

B. HÂKİMİN BAĞIMSIZLIĞI

Hâkimlerin bağımsızlığı Anayasa Hükümleri ile teminat altına alınmıştır. Anayasanın 138. Maddesine göre; *“Hâkimler görevlerinde bağımsızdırlar. Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler. Hiçbir organ, makam, mevki veya kişi yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez. Genelge gönderemez. Tavsiye ve telkinde bulunamaz.”*⁴⁵⁸

Yargı bağımsızlığının korunmasına yönelik bu anayasa kuralı ile hâkimlerin yargı faaliyetlerinde dış etkilerden uzak kalması amaçlanmaktadır. Yine Hâkimler ve Savcılar Kanunu’un 4. maddesi, hâkimlerin bağımsızlığı konusunda benzer hükümler getirmektedir. Buna göre: *“Hâkimler mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev yaparlar. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez, genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde bulunamaz. Hâkimler görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler.”*⁴⁵⁹

Görüldüğü üzere bir kamu görevlisi olan hâkimlerin hukuki statüleri diğer kamu görevlilerine kıyasla değişik bir biçimde düzenlenmiştir. Bunun sebebi hâkimlerin esas görevi olan yargı işinin her türlü dış etkiden uzak ve bütünüyle hukuka ve kanunlara uygun olmasını sağlamaktır.⁴⁶⁰ Aynı şekilde; *“Görülmekte olan bir dava hakkında yasama meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz. Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır;*

⁴⁵⁶ HSYK, mad. 13.

⁴⁵⁷ HSYK, mad. 13.

⁴⁵⁸ 1982 Anayasa mad. 138. II. Bend.

⁴⁵⁹ HSK, mad. 4.

⁴⁶⁰ Necip Bilge, Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, s. 83.

*Bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.*⁴⁶¹

Hâkimlerin bağımsızlığının kendileri üzerinde hiçbir denetim yapılmaması anlamına da gelmez. Adalet Bakanlığının bütün hâkimler üzerinde bir denetim hakkı vardır.⁴⁶²

C. HÂKİMİN BAKAMADIĞI DAVALAR

İslam hukukunda olduğu gibi beşeri hukukta da hâkimler bir takım davalara bakamazlar. Bunlar Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 28. Maddesinde belirtilmiştir. Buna göre;

1. Hâkim kendisine ait olan veya doğrudan doğruya veya dolaylı olarak ilgili bulunduğu davalara,

2. Aralarında evlilik bağı kalkmış olsa bile karısının davasında ve soy bakımından kendi usul ve fûrûnun veya üçüncü dereceye kadar soy bakımından kendisi ile akrabalığı bulunan kimselerin ve aralarında evlatlık bağı bulunan kimselerin davalarına,

3. İki taraftan birinin vekili veya vasisi veya kayyımı sıfatıyla hareket ettiği davalara,

4. Dava aşamasında idare kurulunda bulunduğu bir cemiyetin davası ile belediyeye veya diğer hükmi bir şahsa ait davalara bakamaz. Kendisinden bu davalara bakmaması istenmese bile bizzat çekilmesi gerekir.⁴⁶³ Çekilmemesi durumunda yasaklama nedeninin doğduğu halden itibaren yapılan işlemler Yargıtay tarafından geçersiz kılınabilir.⁴⁶⁴

Ceza Muhakemeleri Kanunu'nda da hâkimin hangi ceza davalarına bakamayacağı belirtilmiştir. Buna göre, hâkim;

1. Suçtan kendisi zarar görmüşse,

2. Sonradan kalksa bile şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlilik, vesayet veya kayyımlık ilişkisi bulunmuşsa,

⁴⁶¹ 1982 Anayasası, mad. 138, IV. Bend.

⁴⁶² HSK, mad. 82.

⁴⁶³ HUMK, mad. 28.

⁴⁶⁴ HUMK, mad. 30.

3. Şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlat edinme bağlantısı varsa,
4. Şüpheli, sanık veya mağdurun kan veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyundan biri ise,
5. Şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında üçüncü derece dâhil kan hısımlığı varsa,
6. Evlilik sona ermiş olsa bile, şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında ikinci derece dâhil kayın hısımlığı varsa,
7. Aynı davada Cumhuriyet savcılığı, adli kolluk görevi, şüpheli veya sanık müdafiliği veya mağdur vekilliği yapmışsa,
8. Aynı davada tanık veya bilirkişi sıfatıyla dinlenmişse, hâkimlik görevini yapamaz.⁴⁶⁵

D. HÂKİMİN TUTUM VE DAVRANIŞLARI

Hâkimler görevlerini; kanun, tüzük, yönetmeliklere ve genelgelere uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme; görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hal ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma, Adalet Bakanlığı'nın izni ile adalet müfettişleri tarafından yapılır. Adalet bakanı soruşturma ve inceleme işlemlerini, hakkında soruşturma ve inceleme yapılacak olandan daha kıdemli hâkim eliyle de yaptırabilir.⁴⁶⁶

Hâkimlik mesleği, hâkimin bazı şeylerden kesin olarak vazgeçmesini ve hiç değilse belirli bazı çevrelerle veya kimselerle dostça bile olsa ilişki kurmamasını gerektirir. Gerçekten hemen, her yerde ahlak mutaasıpları hâkimlerin mahkemeleri veya resmi görevleri dışında sosyal ve kişisel pek çok temaslardan mümkün olduğu kadar kaçınmalarını isterler. Bu itibarla, hâkimlerin meslek faaliyetleri dışında kalan kişisel hayatlarını tam bir maharetle düzenlemeleri ve mümkün olduğu kadar münzevi bir yaşantıya katlanmaları gerekmektedir. Bunu yapabildikleri zaman tesirlerden uzak ve dolayısıyla meslekte tarafsız hareket edebildikleri inancı doğar. Kamuoyuna göre ancak

⁴⁶⁵ CMK, mad. 22.

⁴⁶⁶ 1982 Anayasası, mad. 144.

münzevi yaşantısı olan hâkimler herkesin menfi ve şüpheli nazarlarına maruz kalmaktan kurtulurlar.⁴⁶⁷

E. HÂKİMLİĞİN SONA ERMESİ

1982 Anayasasına göre; “*Hâkimler ve savcılar azlolunamaz, kendisi istemedikçe anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz. Bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz. Meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olanlar, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılanlar veya meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler hakkında kanundaki istisnalar saklıdır.*”⁴⁶⁸ Bu itibarla hâkimler, Adalet Bakanlığı’na yazılı olarak başvurmak suretiyle mesleklerinden çekilmek isteğinde bulunabilirler. Çekilme isteğinde bulunan hâkim, isteğinin kabulüne kadar görevine devam eder, ancak istem tarihinden itibaren bir ay içinde cevap gelmediği takdirde görevini bırakabilir.⁴⁶⁹ Olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde o bölgelerde görevli hâkimin çekilme istekleri kabul edilmedikçe veya yerlerine atanacaklar gelip işe başlamadıkça görevlerini bırakamazlar. Buna aykırı hareket edenler bir daha mesleğe alınmazlar ve kamu kurum ve kuruluşlarında görev alamazlar.⁴⁷⁰

Hâkimler siyasi partilere girmeleri durumunda da meslekten çekilmiş sayılırlar.⁴⁷¹ Hâkimlerin bu kanun hükümlerine göre meslekten çıkarılmaları veya meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilmesi, haklarında soruşturma ve kovuşturma bulunması halleri hariç olmak üzere, mesleğe alınma koşullarından herhangi birini taşımadıklarının sonradan anlaşılması, istek, yaş haddi veya malullük nedenlerinden biriyle emekliye ayrılmaları ve ölmeleri halinde görevleri sona erer.⁴⁷²

⁴⁶⁷ Necmettin Berki, *Hâkimler ve Savcılar Hukukuna Yenilik Getiren Hükümler*, İ.Ü.H.F. Dergisi, Güray Matbaası, İstanbul 1987, s. 342; Barut, *İslam Hukukunda Edebu'l-kâdî ve Günümüz Hâkimlik mesleği ile Karşılaştırılması*, s. 138.

⁴⁶⁸ 1982 Anayasası, mad. 139.

⁴⁶⁹ HSK, mad. 51.

⁴⁷⁰ HSK, mad. 52.

⁴⁷¹ Barut, *İslam Hukukunda Edebu'l-kâdî ve Günümüz Hâkimlik mesleği ile Karşılaştırılması*, s. 145.

⁴⁷² HSK, mad. 53.

SONUÇ

Hâkimlik mesleği, insanlık tarihinin en eski mesleklerinden biridir. Zira ilk dönemlerden beri insanlar arasında anlaşmazlıklar meydana gelmiştir. İşte bu anlaşmazlıkları gideren bir hâkime her zaman ihtiyaç duyulmuştur. Bundan dolayı ilk devirlerden beri her toplumda adaleti tesis eden ve anlaşmazlıkları gideren hâkimler görev yapmıştır. Hâkimlerin görevlerini yerine getirmedeki temel gayeleri elbette toplumda huzur ve adaleti tesis etmek olmuştur. Toplumlarda adaleti tesis etme şekli ise, bazı dönemlerde farklılık göstermiştir. Adalet, insanlığın ilk dönemlerinde toplumun örf ve adet kurallarının uygulanmasından ibaret olmuştur. Bir hâkimi yargılama konusunda bağlayan şey kendisinin de içinde yaşadığı toplumun örf ve adet kurallarıydı. Ancak daha sonraki dönemlerde yazılı kanunlar devrine gelindiğinde hâkimin vereceği hükümlerde bu kanunlar belirleyici olmaya başlamıştır.

Tarih boyunca hâkimler gerek örf ve âdet kurallarına göre ve gerekse dini kurallara göre hüküm bildirerek bu görevi yerine getirmiştir. İslam'ın gelmesiyle birlikte ise, yeni bir hukuk sistemi oluşmuş ve bu hukuk sistemi ile hâkimler, insanlar arasında yargılama yapmıştır. Ancak burada şunu ifade etmek gerekir ki, İslam dini konuya aşırı bir şekilde önem vermiştir. Zira İslam dini, adaletli bir şekilde yargılama yapmayı Allah (c.c)'a imandan sonra farzların en güçlülerinden saymıştır. Bundan dolayıdır ki, İslam hukukçuları toplumun huzur ve güvenliğinin sağlanması ve adaletin tesis edilmesi için hâkim tayin etmenin devlet başkanı üzerine farz bir görev olduğunu belirtmişlerdir. Biz de çalışmamızda böylesine önemli bir konuyu incelemeye ve açıklamaya çalıştık. Çalışmamız neticesinde de konuyu aydınlatacak hükümlerden hareketle fikhın konuya bakışını inceleyerek şu sonuçlara ulaştık:

1-Kur'an-ı Kerimde Yüce Allah (c.c) birçok ayetinde adalete vermiş olduğu önemden dolayı Peygamberlere kendi heva ve heveslerine kapılmadan insanlar arasında adaletle hükmetmelerini emretmekte ve onları yeryüzünde Allah (c.c)'ın emirlerini yerine getirmede halife kıldığını bildirmektedir. Dolayısıyla hâkimlerde devlet başkanı tarafından bu görevi yerine getirmek üzere tayin edildiklerinden dolayı bir nevi Allah (c.c) adına toplumda adaleti tesis etmekle

yükümlü tutulmuşlardır. Bu açıdan hâkimlik mesleği diğer meslek guruplarına nazaran sorumluluk bakımından oldukça büyük bir önem arz etmektedir. Zira İslamın hedeflediği mutlu ve huzurlu bir toplum ancak adaletli hâkimler vasıtasıyla gerçekleşir.

2-Hz. Peygamber de birçok hadisinde ve uygulamalarında hâkimlik mesleği ile ilgili bir takım kurallar bildirmiştir. Bu kurallar neticesinde hâkimlik mesleğinin daha sağlıklı ve güvenilir bir şekilde yerine getirilmesi mümkün kılınmıştır. Zira her şeyi Kur'an da aramak isabetli bir düşünce değildir. Bunun için bir nevi Kur'an'ın açıklayıcısı olan Hz. Peygamberin hadislerine ve uygulamalarına başvurmak zorundayız. Hâkimlik mesleğinin temel kaidelerini Kur'an koymuş, Hz. Peygamber ve Sahabeler de bunu hem açıklayıp ve hem de uygulayıp geliştirmişlerdir. Burada Hz. Peygamberin hadislerinden en fazla dikkat çeken ise, bu mesleği hakkıyla yerine getirenlerin mükâfatlanacağı, görevini suistimal eden hâkimlerin ise cezalandırılacağına yapılan vurgudur.

3-İslam yargılama hukukunda hâkim olabilmek için fakihler bir takım şartlar öne sürmüşlerdir. Öncelikle fakihler hâkimin Müslüman, akıllı, hür, adalet sahibi ve bulûğ çağına ermiş olmasını şart koşmuşlardır. Hâkimin erkek olması konusunda ise fakihler farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. Bir kısım fakihler hâkimin erkek olmasını şart koşarken, diğer bir kısmı kadının had ve kısas davaları dışındaki davaların hepsinde hâkim olabileceğini ileri sürmüştür. Hatta diğer bir kısım fakihlere göre ise kadın, bütün davalara bakmak üzere hâkim tayin edilebilir. Ancak uygulamaya baktığımızda İslam hukukunda kadının hâkim olarak tayin edildiğine dair bir bilgiye rastlayamıyoruz.

4-Fakihler hâkim olmak için gerekli olan şartları belirtirken bunların yanında da bir takım özellikler bildirmişlerdir ki, bu özellikler hâkim olmada şart koşulmayıp hâkim tayininde tercih sebebi kılınmıştır. Bu özelliklerden bir kaç hâkimin takva sahibi olması, riyakâr olmaması ve güvenilir bir kişi olması hakkındadır. Şayet hâkim olmak için gerekli şartları taşıyan kimseler çok olursa, bu özelliklere sahip olan kişilerin tercih edilmesi gerekir. Çünkü bu özellikler daha adaletli bir yargılamanın meydana gelmesinde önemli ölçüde bir değere sahiptir.

5-Hâkimlik makamını kabul etmenin hükmünü fakihler bir takım kısımlara ayırmışlardır. Hâkimliği kabul etmek durumuna göre farz, mendub, mekruh veya haram olabilir. Bu durumları fakihler belirtirlerken mesleğin aslına uygun bir şekilde, ehliyetli kimseler tarafından yürütülmesi esasını ön planda tutmuşlardır.

6-İslam Hukukunun kaynaklarına göre hâkimin tayin edilmesi veya görevinden alınması konularında da fakihler bir takım görüşler ileri sürmüşlerdir. Muhakkak ki, bu görüşlerin temelinde İslamın öngördüğü çerçevede hâkimlik mesleğinin toplumda işlevini adil bir şekilde devam ettirebilmesi yatmaktadır. Zira fakihler, hâkimlerin bazı yanlış davranışlarından dolayı görevlerinden alınmaları gerektiği hakkında görüş bildirmişlerdir. Bunların arasında hâkimin fasık olması veya rüşvet alması durumlarını örnek olarak gösterebiliriz.

7-Hâkimlerin yargılama esnasında yapmakla yükümlü oldukları bir takım görevler hakkında da fakihler görüş bildirmişlerdir. Bunlar arasında hâkimin şer'i hüküm verirken dayanaklarının neler olduğu, mahkemede hakkı ispat etme yolları ve hâkimin lehine hüküm veremeyeceği kimseler yer almaktadır. Bu hususlar hakkında belirtilen görüşlerin temelinde davayı adaletle sonuçlandırmak gayesi yatmaktadır.

8-Fakihler, mahkeme esnasında hâkimlerin uymakla zorunlu oldukları kuralları bildirmelerinin yanında, mahkeme dışında da hâkimlerin uymakla zorunlu oldukları bir takım hükümleri de bildirmişlerdir. Hâkimin hediye kabul etmesi, davetlere icabet etmesi, cenazede bulunması ve hasta ziyareti bu hükümler arasında yer alır.

9-Fakihlerin İslam Hukukunun kaynaklarına göre hâkimlik mesleği hakkında bildirmiş olduğu hükümler, toplumda adaletin tam anlamıyla sağlanmasına yöneliktir. Bugün dünyadaki mevcut yargı sistemlerine baktığımızda bazen haksız uygulamalara rastlayabiliyoruz. Güçlünün suçu oranında az ceza alması buna karşılık hakkını savunamayan güçsüzün ise, ağır cezalarla cezalandırılması buna bir örnektir. Kanaatimize göre bugün yeryüzünde fikhin öngördüğü çerçevede bir yargı sistemi oluşturulur ise, toplumda adaletsizlik büyük oranda ortadan kalkacak ve herkes suçu oranında cezalandırılacaktır. Bu da elbette toplumun huzur ve refahının artmasına vesile olacaktır.

KAYNAKÇA

- ABDURRAHMAN, Damad Efendi (ö. 1078/1667), *Mecmeu'l-enhur fi Şerhi'l-multeka'l-ebhur*, I-II, Mektebetü'l-hanefiyye, İstanbul ts.
- ABDULBAKİ, M. Fuad, *el-Mucemu'l-müfehres li Elfazi'l-kur'ani'l-kerim*, Mektebetü'l-islamiyye, İstanbul 1982.
- AHMED B. HANBEL, Ebû Abdullah Ahmed b. Muhammed eş-Şeybani (ö. 241/855), *el-Müsned*, I-L, Müessesetü'r-risale, Beyrut 1999.
- ALİ HAYDAR (ö. 1355/1935), *Şerhu Mecelleti'l-ahkâm*, I-XVI, Daru'l-kütübü'l-ilmiiyye, Beyrut 1991.
- ÂMİDÎ, Ali b. Muhammed (ö. 631/1233), *el-İhkam fi Usuli'l-ahkâm*, I-IV, Daru's-semii, Riyad 2003.
- ATAR, Fahrettin, *Fıkıh Usulü*, İFAV Yayınları, İstanbul 1992.
- _____, *İslam Adliye Teşkilatı*, DİB. Yayınları, Ankara 1999.
- _____, *Fıkıh Usûlü*, İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul 2008.
- _____, "Kadı" *DİA*, XXIV, ss. 66-69, TDV Yayınları, İstanbul 2001.
- ASKALÂNÎ, Ahmed b. Ali İbn Hacer(ö. 852/1549), *Fethu'l-bari* I-XIII, Daru'l-marife, Beyrut h. 1379.
- ÂZÎMÂBÂDÎ, Muhammed Şemsu'l-Hak (ö.1329/1911), *Avnu'l-mabud*, I-XIV, Daru'l-kütübü'l-ilmiiyye, Beyrut h. 1415.
- BAĞDÂDÎ, Ebu Bekir Muhammed b. Halef (ö. 350/961), I-III, *el-Ahbaru'l-kudât*, Mektebetü't-ticariyye, Mısır 1947.
- BARUT, Gazi, *İslam Hukukunda Edebu'l-kâdî ve Günümüz Hâkimlik mesleği ile Karşılaştırılması*, Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bursa 2006.
- BEĞAVÎ, Ebu Muhammed Hüseyin Mesud (ö. 516/1122), *Meâlimu't-tenzil*, I-VIII, Daru't-tayyibe, Riyad 1997.
- _____, *Şerhu's-sünne*, I-XV, Mektebetü'l-islami, Dimeşk 1983.
- BERKİ, Ali Himmet (ö. 1396/1976), *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, Örnek

Matbaası, 1955.

- BERKÎ, Necmettin, *Hâkimler ve Savcılar Hukukuna Yenilik Getiren Hükümler*, İ.Ü.H.F. Dergisi, Güray Matbaası, İstanbul 1987.
- BEYHAKÎ, Ebû Bekir Ahmed b. el-Hüseyin (ö. 458/1066), *es-Sünenü'l-kübra*, I-X, Meclisu Daireti'l-mearif, Haydarabad h. 1344.
- BEZZÂR, Ebu Bekir Ahmed b. Amr b. Abdulhalik (ö. 292/904), *Müsned-i Bezzâr*, I-XVIII, Mektebetü'l-ulum ve'l-hikem, Medine 2009.
- BİLGE, Necip, ÖNEN, Ergun, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, Sevinç Matbaası, Ankara 1978.
- BİLMEN, Ömer Nasuhi (ö. 1391/1971), *Hukuki İslamiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kâmusu*, I-VIII, Bilmen Yayınevi, İstanbul 1970.
- BUHÂRÎ, Ahmed b. Muhammed Alâuddin (ö. 730/1330), *Keşfu'l-esrar an Usuli Fahri'l-islam Pezdevi*, I-III, Daru'l-kütübü'l-ilmiiyye, Beyrut 1997.
- BUHÂRÎ, Ebu Abdullah Muhammed b. İsmail (ö. 256/869), *el-Camiu's-sahihi'l-buhârî*, I-IX, Daru't-tevkin en-Necat, Beyrut H. 1422.
- BUHÂRÎ, Mahmud b. Ahmed Sadru's-Şehid (ö. 616/1219), *el-Muhid el-Burhânî*, I-X, Daru'l-ihyai't-türasi'l-arabî, Beyrut ts.
- BUHÛTÎ, Mansur b. Yunus (ö. 1052/1641), *Keşşafu'l-kına 'an Metni'l-ikna*, I-IV, (Tah.Muhammed Emin), Alemü'l-kütüb, Beyrut 1997.
- CESSÂS, Ebu Bekr Ahmed b. Ali er-Razî (ö. 370/980), I-IV, *el-Fusûl fi'l-usul*, Vizaretü'l-evkaf, Kuveyt 1994.
- CEZA MUHAKEMESİ KANUNU, Kanun no: 5271.
- CEZERÎ, Mecduddin Ebu Saadat el-Mubarek İbn-i Muhammed İbnu'l-Esir (ö. 606/1209), *Camîu'l-usul fi Ehadisi'r-resul*, I- XII, Mektebetü'l-hilvan, Beyrut 1972.
- CİN, Halil, AKGÜNDÜZ, Ahmet, *Türk Hukuk Tarihi*, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya 1989.
- CÛRCÂNÎ, Ali b. Muhammed (ö. 816/1413), *Kitâbu't-tarifât*, Mektebetü'l-lübnan, Beyrut 1885.
- DÂREKUTNÎ, Ali b. Ömer Ebu'l-Hüseyin (ö. 385/995), *Sünen-i Dârekutnî*, I-IV, Daru'l-marife, Beyrut 1966.

- DERDÎR, Ebû Berekât Ahmed b. Muhammed b. Ahmed (ö. 1201/1786), *eş-Şerhu's-seğir alâ Ekrabi'l-mesalîk ilâ Mezhebi'l-imam Malik*, I-IV, Daru'l-meârif, Kahire ts.
- DÖNDÜREN, Hamdi, “*Kâdi-Kadılık*”*ŞİA*, III, ss, 264-268, Şamil Yayınevi, İstanbul 1991.
- EBÛ DAVÛD, Süleyman b. el-Eş'as b. İshak el-Ezdi Ebû Davud es- Sicistani (ö. 275/889), *Sünen-i Ebû Davûd*, I-IV, Daru'l-Kitap el-Arabî, Beyrut ts.
- ERDOĞAN, Mehmet, *İslam Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*, İFAV Yayınları, İstanbul 1994.
- _____, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Ensar Neşriyat, İstanbul 2005
- FAZLURRAHMAN (ö. 1988), *Ana Konularıyla Kur'an*, (Terc. Alpaslan Açıkgenç), Fecr Yayınları, Ankara 1993.
- FERRÂ, Ebi Yâ'lâ Muhammed İbn Hüseyin (ö. 458/1065), *Ahkâmu's-sultaniyye*, Daru'l-kütübü'l-ilmîyye, Beyrut 1983.
- GAZZÂLÎ, Ebû Muhammed b. Muhammed (ö. 505/1111), I-II, *el-Mustasfâ min İlmi'l-usûl*, Matbaa-i Emiriyye, Bulak h.1322.
- HÂKİMLER VE SAVCILAR YÜKSEK KURULU KANUNU, Kanun no: 2461.
- HÂKİMLER VE SAVCILAR KANUNU, Kanun no: 2082.
- HALEBÎ, İbrahim b. Muhammed b. İbrahim (ö. 956/1549), *Mülteka'l-ebhur*, Salah bilici Kitabevi, İstanbul ts.
- HALLÂF, Abdulvehhab (ö. 1375/1956), *İlmu Usuli'l-fikh*, Dâru'l-muttahide, Dimeşk, 1992.
- HAMİDULLAH, Muhammed (ö. 2002), *İslam Peygamberi*, I-II, trc. Salih Tuğ, İrfan Yayınevi, İstanbul 1990.
- _____, *İslam Anayasa Hukuku*, Çev. Vecdi Akyüz, Beyan Yayınları, İstanbul 1998.
- HASAN, İbrahim Hasan (ö. 1968), *İslam Tarihi*, I-VI, Çev. İsmail Yiğit, Sadrettin Gümüş, Kayıhan Yayınları, İstanbul 1987.
- HASSÂF, Ebu Bekr Hassaf b. Ömer eş-Şeyban (ö. 261/874), (şrh. Ömer b. Abdülaziz), *Edebu'l-kâdi*, Daru'l-kütübü'l-ilmîyye, Beyrut 1994.
- HEYET, *el-Mevsu'atü'l-fikhiyye*, I-XLV Vizaretü'l-evkaf ve'ş-Şuuni'l-

islamiyye, Kuveyt 1989.

HEYET, *el-Fetâvâ 'l-hindiyye*, I-VI, Daru'l-kütübü'l-ilmîyye, Beyrut 2000.

HİN, Mustafa v.dğr., *el-Fıkhu 'l-menheciyyu a'la Mezheb-i İmam Şafîi*, I-VIII, Daru'l-kalem, Dimeşk ts.

HUKUK USULÜ MUHAKEMELERİ KANUNU, Kanun no: 1086.

İBN ABDİŞŞEKÜR, Muhibbullâh (ö. 1031/1622), *Müsellemi's-sübût*, I-II, Matbaa-i Emîriyye, Bulak h. 1322.

İBN ABDULBER, Ebu Ömer Yusuf b. Abdullah el-Kurtûbî (ö. 463/1071), *el-İstizkâr*, I-XXVII, Daru'l-kuteybe, Dimeşk 1993.

İBN ÂBİDÎN, Muhammed Emin (ö.1252/1836), *Reddü'l-muhtar ale'd-Dürri'l-muhtar*, I-XIII, Daru'l-alemi'l-kütüb, Riyad 2003.

İBN HAMDÂN, Ahmed el-Harranî, *Sıfatü'l-fetva ve'l-müfti ve'l-müstefti*, el-Mektebetü'l-islami, Beyrut 1984.

İBN HALDUN, Abdurrahman b. Muhammed (ö. 808/1406), *Mukaddime*, Çev. Halil Kendir, Yeni Şafak Yayınları, Ankara 2004.

İBN HİBBÂN, Muhammed b. Hibban b. Ahmed et-Temimi (ö. 354/965), *Sahih İbn Hibban*, I-XVIII, Müessesetü'r-risale, Beyrut 1993.

İBN KESİR, Ebu'l-Fida İsmail b. Ömer el-Kureyşi ed-Dimeşki (ö. 774/1372), *Tefsiru'l-kur'ani'l-âzim*, I-VIII, Daru't-tayyibe, Riyad 1999.

_____, *el-Bidaye ve'n-nihaye*, I-XIV, Daru'l-fikri'l-arabî, Kahire 1932.

İBN KUDÂME, Ebû Muhammed Abdullah İbn Ahmed b. Muhammed (ö. 620/1233), *el Muğni a'la Muhtasari'l-harakî*, I-IX, Daru'l-kütübü'l-ilmîyye, Beyrut 1994.

İBN MÂCE, Muhammed b. Yezid Ebu Abdillâh el-Kazvini (ö. 273/887), *Sünen-i İbn Mâce*, I- II, Daru'l-fikr, Beyrut ts.

İBN MANZÛR, Ebü'l-Fazl Muhammed b. Mükerrerem b. Ali el-Ensarî (ö. 711/1311), *Lisanu'l-arab*, I-XV, Daru's-sadr, Beyrut ts.

İBN RÜŞD, Muhammed b. Ahmed el-Kurtûbî (ö. 595/1198), *Bidayetü'l-müctehid ve Nihayetü'l-muktesid*, I-II, Matbaatü'l-mustafa el-Babi, Mısır 1975.

İBN SALÂH, Ebû Amr Osman eş- Şehrezûrî (ö. 643/1245), *Edebu'l-fetva ve Şurûtu'l-müfti ve Sıfatü'l-müstefti ve Ahkâmuhu ve Keyfiyyetü'l-*

fetva ve'l-istifta, (Tah. Rifat Fevzi Abdulmuttalib), Mektebetü'l-hanci, Kahire 1992.

İBNU'L-KAYYİM, Ebu Abdillâh Muhammed b. Ebi Bekr el-Cevziyye (ö. 751/1350), *İlâmu'l-muvakkiin An Rabbi'l-âlemin*, I-IV, Daru'l-kitabi'l-arabî, Beyrut 1998.

İBNU'L-HÜMÂM, Kemaleddin Muhammed b. Abdulvahid (ö. 861/1457), *Şerhu Fethu'l-kadir*, I-IX, Daru'l-ihyai't-türasi'l-arabî, Beyrut ts.

İBNU'L-CEZVÎ, Ebu'l-Ferac (ö. 597/1201), *Keşfu'l-müşkil min Hadisi's-sahiheyn*, I-IV, Daru'n-neşir, Riyad 1997.

İBNÜ'L-HÂCİB, Cemalüddin Osman b. Ömer (ö. 646/1249), *Muhtasaru'l-münteha'l-usuli*, I- II, Daru'l-kütübü'l-ilmîyye, Beyrut 1983.

İMRANÎ, Ebu'l-Hasan Ebu'l-Hüseyn Yahya İbn Ebi'l-Hayr (ö. 635/1163), *el-Beyan fi Mezhebi's-şafîyyi*, I-XIV, Daru'l-minhac, Beyrut 2000.

İSFAHÂNÎ, Ebu'l-Kasım el-Hüseyn b. Muhammed Ragıb (ö. 502/1108), *el-Müfredat fi Garibi'l-kur'an*, Daru'l-marife, Beyrut ts.

İSFİRANÎ, Ebû Evane Yakub b. İshak, *Müsned-i Ebi Evane*, I-V, Daru'l-marife, Beyrut ts.

KARÂFÎ, Şihabuddin Ebi'l-Abbas Ahmed b. İdris (ö. 684/1285), *el-İhkâm fi Temyizi'l-fetevâ ani'l-ahkâm ve Tasarrufati'l-kâdî ve'l-imam*, (Tah. Abdul Fettah Ebû Gudde), Daru'l-beşairi'l-islamiyye, Beyrut 1995.

KARAMAN, Hayrettin, *İslam Hukuku Tarihi*, İz Yayıncılık, İstanbul 2001.

KÂSÂNÎ, Ebû Bekr Alâeddin Ebû Bekr b. Mes'ud b. Ahmed el-Hanefi (ö. 587/1191), *Bedâiu's-Sanâi*, I-VII, Daru'l-kütübü'l-ilmîyye, Beyrut ts.

KÂSİMÎ, Cemâlüddin (ö. 1332/1914), *el-Fetva fi'l-islam*, Daru'l-kütübü'l-ilmîyye, Beyrut 1986.

KAZICI, Ziya, *İslam Medeniyeti ve Müesseseleri Tarihi*, Kayıhan Yayınları, İstanbul 1999.

KESKİOĞLU, Osman, *Fıkıh Tarihi ve İslam Hukuku*, DİB. Yayınları, Ankara 1999.

KETTÂNÎ, Muhammed Abdulhay (ö. 1962), *et-Teratibü'l-idariyye*, Çev. Ahmet Özel, I-III, İz Yayıncılık, İstanbul 1991.

- KURTÛBÎ, Ebu Abdullah Muhammed b. Ahmed el-Ensârî (ö. 671/1273), *el-Camiu li Ahkâmi'l-kur'an*, I-XX, Daru'l-hadis, Kahire 2002.
- MAHMÂSÂNÎ, Subhi, *Felsefetü't-teşri fi'l-islam*, Mektebetü'l-keşşaf, Beyrut 1946.
- MÂVERDÎ, Ebu'l-Hüseyn Ali Muhammed b. Habib (ö. 450/1058), *Edebu'l-kâdi*, I-II, İrşad Matbaası, Bağdat 1981.
- _____, *Ahkâmu's-sultaniyye*, Daru'l-kitabi'l-arabî, Beyrut 1990.
- MAVSİLÎ, Abdullah b. Mahmud b. Mevdud (ö. 683/1248), *el-İhtiyar li-Ta'lîl'l Muhtar*, I-IV, Çağrı Yayınları, İstanbul 2005.
- MERGİNÂNÎ, Ebu'l-Hasan Burhaneddin Ali b. Ebi Bekr b. Abdu'l-Celil er-Rüşdanî (ö. 593/1196), *el-Hidaye*, I-IV, Mektebetü'l-islamiyye, Riyad ts.
- MEYDÂNÎ, Abdu'l-Gani el-Ganimi ed-Dımaşk el-Hanefî (ö. 1292/1881), *el-Lübâb fi Şerhi'l-kitap*, I-IV, Mektebetü'l-ilmiiyye, Beyrut 1980.
- MOLLA HÛSREV (ö. 882/1480), *Mir'atü'l-usul*, Mektebetü'l-furkan, İstanbul ts.
- MÛBÂREKFÛRÎ, Muhammed b. Abdurrahman, *Tuhfetü'l-ahfezi*, I-X, Daru'l-kütübü'l-ilmiiyye, Beyrut ts.
- MÛNÂVÎ, Zeynuddin Abdurrauf (ö. 1030/1621), *et-Tesir bi Şerhi el-Camiu's-sağir*, I-II, Mektebetü İmam Şaffî, Riyad 1988.
- MÛSLÎM, Ebü'l-Hüseyn el-Kuşeyri en-Nişaburi Müslim b. el-Haccac (ö. 261/875), *Sahihi Müslîm*, I-V, Daru'l-ihyai't-türasi el-Arabî, Beyrut ts.
- NEBHÂN, Muhammed Fazl, *İslam Anayasası İdare Hukukunun Genel Esasları*, Çev. Servet Armağan, Sönmez Neşriyat, İstanbul 1980.
- NESÂÎ, Ahmed b. Şuayib Ebû Abdurrahman (ö. 303/915), *el-Müşteba Mines's-sünen*, I-VIII, ektebu'l-metbuatü'l-islamiyye, Halep 1987.
- NEVEVÎ, Ebû Zekeriyya Yakub b. Şeref (ö.676/1277), *Adabu'l-fetva ve'l-müfti ve'l-müstefi*, (Nşr. Bessam Abdulvehhab el-Cabi), Daru'l-fikr, Dimeşk 1988.
- _____, *Minhacu't-talibin ve Umdetü'l-muttakin*, Daru'l-minhac, Beyrut 2005.
- _____, *el-Minhac Şerhu Sahihi'l-müslim*, I- XVIII, Daru'l-ihyai't-türasi'l-

arabî, Beyrut h. 1392.

NİSABURÎ, Muhammed b. İshak b. Huzeyme Ebu Bekir es-Sülenî (ö. 368/979), *Sahihu İbn-i Huzeyme*, I- IV, Mektebetü'l-islami, Beyrut 1970.

ORTAYLI, İlber, *Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı döneminde Kâdî*, Turhan Kitabevi, Ankara 1994.

ÖNEN, Ergun, *Medeni Yargılama Hukuku*, Sevinç Matbaası, Ankara 1979.

ÖZBEK, Camisab, *Dört Mezhebe göre İslam Fıkhı ve Müçtehitlerin Farklı Görüşleri*, I-IV, Ravza Yayınları, İstanbul 2000.

SEM'ANÎ, Ebu'l-Muzaffer Mansur b. Muhammed (ö. 489/1097), *Kavaidü'l-edille fi'l-usul*, I-II, Daru'l-kütübü'l-ilmiiye, Beyrut 1999.

SENANÎ, Muhammed b. İsmail, *Subulü's-selam*, I-IV, Mektebetü'l-mustafa el-Babi, Halep 1960.

SERAHSÎ, Şemsü'l-Eimme Ebû Sehl Ebû Bekir Muhammed b. Ahmed (ö.483/1091), *Kitabu'l-mebsut*, I- XXX, Çağrı yayınları, İstanbul 1982.

SİDDİK HAN, Hasan b. Ali el- Hüseyini el-Kannuci (ö. 1307/1889), *Zuhru'l-muhti min Adabi'l-müftî*, Matbaa-i Sıddiki, Bhopal h. 1293.

SUĞDÎ, Ebu'l-Hasan Ali b. Hüseyin b. Muhammed (ö. 461/1068), *en-Nutef fi'l-fetava*, I-II, Müessesetü'r-risale, Beyrut 1984.

ŞABAN, Zekiyuddin, *İslam Hukuk İlminin Esasları*, (Terc. İ.Kâfi Dönmez), TDV Yayınları, Ankara 1990.

ŞÂFÎ, İmam Ebi Abdillâh Muhammed b. İdris (ö. 204/819), *Müsnedü's-şafîyyi*, Daru'l-kütübü'l-ayniyye, Beyrut ts.

ŞAHİN, Osman, *İslam Hukukunda Fetva Usulü*, Doktora Tezi, 19 Mayıs Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Samsun 2002.

ŞEVKÂNÎ, Muhammed b. Ali b. Muhammed (ö. 1250/1834), *Neylü'l-evtar*, I-IX, İdaretü't-tibae el-Müniriyye, ys, ts.

ŞEYBÂNÎ, Muhammed b. Hasan (ö. 189/805), *Camîu's-seğir ve Şerhuhu en-Nafiu'l-kebir*, Alemlü'l-kütüb, Beyrut h. 1406.

_____, *İrşadü'l-fuhûl ilâ Tahkiki İlmi'l-usul*, Daru'l fikr, Beyrut ts.

ŞÎRÂZÎ, Ebi İshak Cemaleddin İbrahim b. Ali b. Yusuf (ö. 476/1083), *el-Mühezzeb fi Fıkhî'l-imami's-şafîi*, I-VI, Daru'l-kalem, Dimeşk

1996.

ŞİRBÎNÎ, Şemseddin el-Hatib Muhammed b. Ahmed Kahiri Şaffî (ö. 977/1570), *Muğni'l-muhtaç ilâ Mârifeti Meani Elfazi'l-minhac*, I-IV, Daru'l-fikr, Beyrut ts.

ŞİRBÎNÎ, Mahmud, *el-Kaza fi'l-islam*, Heyetü'l-misriyyetü'l-ammütü li'l-Kitap, Mısır 1999.

TABERÎ, Muhammed b. Cerîr Ebu Cafer (ö. 310/923), *Camiu'l-beyan fi Tevili'l-kur'an*, I-XXIV, Müessesetü'r-risale, Beyrut 2000.

_____, I-XI, *Tarihu'l-umem ve'l-mulûk*, Daru suveydab, Beyrut ts.

TAFTÂZÂNÎ, Saduddin (ö. 792/1389), *et-Telviḥ*, I-II, Daru'l-erkan, Beyrut 1998.

TEHÂNEVÎ, Muhammed b. Ali (ö. 1158/1745), *Keşşâfu İstilahati'l-funun*, I-IV, Daru'l-Kütübi'l-ilmiyye, Beyrut 1998.

TEMİMÎ, Ahmed b. Ali Ebu Yâ'lâ el-Mevsilî (ö. 307/989), *Müsned-i Ebi Yâ'lâ*, I-XIII, Daru'l-eman, Dimeşk 1984.

TİRMİZÎ, Ebû İsa Muhammed b. İsa b. Serve es-Sülem (ö. 279/892), *Süneni Tirmizî*, I-V, Daru'l-ihyai't-türasi'l-arabî, Beyrut ts.

TOPAL, Şevket, *İslâm Hukuk Düşüncesinde Sedd-i Zerâi*, Ahenk Yayınları, Van 2007.

TUNUSÎ, Muhammed b. Tahir (ö. 1973), *et-Tehrîr ve't-Tenvir*, I-XXX, Daru't-tunusiye, Tunus 1984.

ULEYŞ, Muhammed (ö. 1299/1882), *Minehu'l-celil Şerhun a'la Muhtasar Seyyid Halil*, I-IX, Daru'l-fikr, Beyrut 1989.

USTAOSMANOĞLU, Mahmud, *Ruhu'l-furkan Tefsiri*, I-XIV, Sıraç Kitabevi, İstanbul 2007.

UVEYS, A. Meyhûb, *Ahkâmu'l-İfta ve'l-İstifta*, Daru'l-kitabi'l-camii, Kahire 1984.

ÜÇÖK, Coşkun, *Türk Hukuk Tarihi Dersleri*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1972.

YAZIR, Elmalılı Hamdi (ö. 1942), *Alfabetik İslam Hukuku ve Fıkıh İstilahları*

Kâmusu, I-V, Eser Neşriyat, İstanbul 1997.

ZEBÎDÎ, Muhibuddin Ebi Feyz Muhammed Murteza el-Hüseynî el-Vasitî (ö. 1205/1790), *Tacu'l-arûs min Cevahir'l-kâmus*, I-X, Daru'l-fikr, Beyrut ts.

ZERKEŞÎ, Şemsuddin Muhammed b. Abdullah (ö. 772/1370), *Şerhu'z-zerkeşi ala Muhtasari'l-hirakî alâ mezhebi'l-imam Ahmed b. Hanbel*, I-VII, y.s, Riyad 1993.

ZEYLÂÎ, Abdullah b. Yusuf b. Muhammed (ö. 762/1360), *Nasbu'r-raye*, I-IV, Müessesetü'r-reyyan, Beyrut ts.

ZUHAYLÎ, Vehbe, *el-Fıkhu'l-islami ve Edilletihu*, I-IX, Daru'l-fikr, Dimeşk 1989.

1982 ANAYASASI, 7 Mayıs 2004 tarih ve 5170 Sayılı Değişikliklerle Birlikte.

ÖZET

İSLAM YARGILAMA HUKUKUNDA HÂKİM Bekir BEKTAŞ

Yüksek Lisans Tezi: Temel İslâm Bilimleri Anabilim Dalı
Danışman: Doç. Dr. Şevket TOPAL
Ağustos 2012, 110 Sayfa

“İslam Yargılama Hukukunda Hâkim” adlı bu çalışma ‘Giriş’ ve ‘Sonuç’ dışında üç bölümden oluşmaktadır.

Giriş kısmında; tezin konusu, amacı, önemi ve sorumluluğu ile araştırmada ele alınan yöntem hakkında bilgi verilmiştir.

Birinci bölümde; Fıkıh literatüründe hâkim ve hâkimde bulunması gereken şartlar konusu ele alınmış, bu bağlamda hâkim kelimesinin tanımı ve hâkimde bulunması gereken şartlar hakkında bilgi verilmiştir.

İkinci bölümde ise; hâkimlik mesleğinin usul ve esasları konusu incelenmiştir. Bu bölümde öncelikle hâkimlik mesleğinin usul ve esasları konusu işlenerek, bu bağlamda hâkimlerin bu görevi yürütürken genel olarak takınmaları gereken durumlar hakkında bilgi verilmiştir. Örneğin günümüzde de oldukça dikkat çeken hâkimin hediye kabul etmesi, davetlere katılması, yargılama esnasında taraflara eşit davranması gibi konular bu bölümde işlenmiştir. İkinci olarak da yargılamanın usul ve esasları konusu işlenerek bu kapsamda gerek yargı yeri, gerek mahkemede hâkimin yardımcıları, gerekse hâkimin yargılama esnasındaki ruhi durumu gibi konular hakkında bilgi verilmiştir.

Üçüncü bölümde ise; yargılama usulü açısından hâkim konusu işlenerek bu açıdan hâkimlik mesleğinin içeriği hakkında bilgi verilmiştir. Bu kapsamda hâkimlerin tayinleri, azilleri, görevleri ve kendisine gelen davalar hakkında yapmakla yükümlü olduğu görevler konusu işlenmiştir. Bunların yanında hâkimin, hüküm bildirirken dayanakları ve taraflara karşı görevleri konusu hakkında da bilgi verilmiştir.

Anahtar Sözcükler: İslam hukuku, Usûl-i Fıkh, Fetva, Hâkim, Yargı, Hüküm, İçtihat.

ABSTRACT

The Judge in The Islamic Jurisdiction

Bekir Bektaş

Master Thesis; The Department of The Basic Islamic Sciences

Supervisor: Doç. Dr. Şevket TOPAL

August 2012, 110 Pages

This work under the title of “The Judge in The Islamic Jurisdiction” consists of three sections apart from “Introduction” and “Conclusion.”

In the introduction section, information about the subject, aim, importance and responsibility of the thesis together with the method used throughout the research.

In the first section, discussing the issue of judge in Law Literature and conditions a judge must possess, information in this context about the definition of the word “judge” and the conditions which a judge must possess.

In the second section, the issue of the manner and essentials of judgeship is examined. In this section, dealing with the manner and essentials of judgeship primarily, information about the attitudes they should have generally while performing this service in this context is given. For instance, issues which also attract great attention today such as judge’s admission of presents, attending invitations, behaving equally to the parts while judging are discussed in this section. Secondly, dealing with the manner and essentials of judgement, information about the issues like the judgement place, assistants of the judge in the court, judge’s psychological condition while judging is given.

In the third section, treating the issue of judge in terms of judgement manner information about the contents of judgeship in this context is given. Within this scope, the issue of judges’ appointments, dismissals, missions and tasks they have to fulfill for cases coming to them. In addition to these, information about the references while judging and their duties towards parts is given.

Key Words: Islamic Law, Usūl al-Fiqh, Fatwa, Judge, The Judiciary, Provision, Ijtihad.

ÖZ GEÇMİŞ

Bekir BEKTAŞ, 13.08.1982'de Trabzon'un Çaykara ilçesinde dünyaya geldi. İlkokulu Trabzon'un Çaykara ilçesine bağlı Uzungöl Elmalı Mahallesiinde, Ortaokulu ise, Taşkıran beldesinde tamamladı. 1999'da Çaykara İmam-Hatip Lisesinden mezun oldu. 2004 yılında Diyanet İşleri Başkanlığı bünyesinde Gümüşhane'de İmam Hatip olarak göreve başladı. 2006 yılında Anadolu Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Önlisans Programını, 2008 Yılında da Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesini bitirdi. 2007 Yılında Trabzon'un Çaykara ilçesi Eğridere Köyü'ne naklini aldırdı. Halen burada İmam Hatip olarak görevi sürdürmekte olup evli ve iki çocuk babasıdır.