

T.C.
ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI

İSLAM HUKUKU'NDA EDEBÜ'L-KÂDÎ
VE
GÜNÜMÜZ HÂKİMLİK MESLEĞİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

DANIŞMAN: Prof Dr. Hamdi DÖNDÜREN

Gazi BARUT

BURSA 2006

T.C.
ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

**Gazi Barut'a ait İslam Hukuku'nda Edebü'l-Kâdî ve
Günümüz Hâkimlik Mesleği İle Karşılaştırılması**
adlı çalışma, jürimiz tarafından Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı, İslam Hukuku Bilim Dalında Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

DANIŞMAN: Prof Dr. Hamdi DÖNDÜREN

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ:

ADI SOYADI

İMZASI

Prof. Dr. Hamdi DÖNDÜREN

.....

Yrd. Doç. Dr. Ali KAYA

.....

Yrd. Doç. Dr. Salih PAY

.....

**TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI**

Gazi BARUT

TEZ ÖZETİ

Edebü'l-Kâdî, İslam muhakeme hukukunun genel adıdır. Hâkimin gerek muhakeme sırasında, gerekse özel yaşantısında uyması gereken kuralları ihtiva eden kitapların da genel adı olmuştur. Bu kitaplarda hâkimin kişiliği, insanlarla ilişkileri, söz ve davranışları, giyim ve kuşamı da dâhil olmak üzere özel hayatı, beşeri münasebetleri ve resmi görevleriyle ilgili hususlar yol gösterici ve düzenleyici bir şekilde ele alınmıştır.

İslam hukukçuları, adaletli bir şekilde yargılama görevini Allah'a imandan sonra yapılması gereken farzların en güçlülerinden saymışlardır. Dolayısıyla devletin asli görevleri arasında yargı organı bulunmasının şart, toplumun huzur ve güvenliğinin sağlanması için hâkim tayin etmenin, devlet başkanı üzerine farz bir görev olduğunu belirtmişlerdir.

İslam Yargılama Hukuku'na göre bir hâkim, kendisine getirilen bir davada öncelikle Kur'an-ı Kerim'e, yoksa Hz. Peygamber'in uygulamalarına, yine bulamamış ise hukukçu sahabelerin uygulamalarına müracaat edecek, burada da bulamazsa kendi aklı ve bilgisi ile ictihad yapacak ve anlaşmazlığı bir karara bağlayacaktır. Yargılama usulünün özü budur. Beşeri hukukta kanunlar uygulanmakla birlikte, kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.

Bu çalışmada öncelikle, İslamiyet öncesi başka milletlerdeki hukuk sistemlerinde hâkimliğin tarihsel seyri hakkında genel bilgi verilmiştir. Eski devletlerde tüm yetkiler kralda toplandığı için yargı erki de kral tarafından kullanılmaktadır.

İkinci bölümde, Edebü'l-Kâdî konusu ele alınmış, hâkimin tayini, hâkimlik şartları, hâkimin yardımcıları ve hâkimin azledilmesi konularından bahsedilmiştir.

Üçüncü bölümde beşeri hukuktaki yargı sistemi üzerinde durulmuş, özellikle adli yargıda hâkimlerin atanması, bağımsızlığı, idari denetimleri gibi konularda İslam yargılama hukukundaki hâkimlik ile karşılaştırmalar yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Edebü'l-Kâdî, Hâkim, Adalet, Kazâ, Hüküm, Yargılama.

Danışman: Prof. Dr. Hamdi DÖNDÜREN

Sayfa: 160

**DEPARTMENT OF BASIC İSLAMIC SCIENCES
İSLAMIC JURISPRUDENCE
EDEBÛ'L-QÂDÎ IN İSLAMIC LAW
AND
İTS COMPARİSON WITH TODAY'S JUDGESHIP OF HUMAN LAW**

Gazi BARUT

ABSTRACT

“EdEbû'l-Kadi” is generally known as İslamic Judgement Law. It is also the name given to books containing the rules that must be obeyed by the Judge both during his professional and personal life. These books mention about the judge's human relationships. This includes his private life, subjects concerning his official position, his personality, his relations with people, his behaviour, and his dress and finery.

According to the Muslim lawyers, the act of judging correctly or upholding justic is one of the most important religious duties (farz) after the belief in God (iman). So, they say that judgement and nominating a judge for a state are the two main responsibilities of the head of state.

In İslamic Judgement Law, a judge successively appeals to Quran-ı Kerim, the Prophet's Hadiths and the practices of the old Muslim lawyers. But if he is still unable to find the answer, he then uses his own reason and knowledge to make a decision. This is the core of the Judgement Procedure.

This thesis gives general information about the historical background of judgeship according to the system of laws in other nations. In old states, the monarchs were given total authority. Therefore, judicial power was also entirely in the hands of these rulers.

The second chapter thoroughly discussed the subject of “EdEbû'l-Qadi,” and the appointment of the judge, judicial conditions, assistants of the judge and discharging of duties are also mentioned.

In the third chapter, the system of judgment of human law was discussed, and particularly some juridical comparisons were made between İslamic Judgement Law and human law concerning the appointment of judges, independence of judges and their administrative control.

Key words: EdEbû'l-Qadi, Judge, Justice, Qadâ, Award, Judgement.

Advisor: Prof. Dr. Hamdi DÖNDÜREN

Page: 160

ÖNSÖZ

Gerek İslam yargılama hukukunda gerekse beşerî hukukta hâkimlik ciddî bir meslek olarak karşımızda durmaktadır. Böylesine ciddi ve önemli bir konunun hazırlanması da ciddi anlamda araştırmalarla neticelendirilebilirdi. Açık yüreklilikle belirlemek gerekirse elimizden geldiği kadar konuyu derli toplu sunmak bir hayli zor oldu. Çünkü yargının kapsama alanı alabildiğince geniştir.

Üç bölüm olarak sunulacak olan çalışmamızda, hazırlayanın da insan olması sebebiyle birtakım eksikliklerin bulunacağı muhakkaktır. Konunun araştırma safhasından bitiş safhasına kadar, gerek özel hayatımızda, gerekse içinde yaşadığımız çevrede meydana gelen değişiklikler çalışmamızı bazen olumlu, bazen de olumsuz olarak etkilemiştir. Çalışma bu alanda yapılacak daha geniş araştırmalara küçük de olsa katkıda bulunabilse, amacına ulaşmış olacaktır.

Bu çalışmada çok emeği geçen özellikle değerli Prof. Dr. Hamdi Döndüren hocama, değerli fakülte hocalarıma teşekkürü bir borç bilirim. Ayrıca bir süre zabıt kâtabi olarak kendisiyle çalıştığımız ve geçen yıl aramızdan ayrılan Merhum Bursa Hâkimi Hasan Basri Aktepe'ye de Allah'tan rahmet diliyorum.

Gazi BARUT

BURSA

İÇİNDEKİLER

ABSTRACT.....	IV
ÖNSÖZ.....	V
KISALTMALAR.....	IX
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

HÂKİMLİĞİN TARİHÇESİ

I- İSLAMİYET ÖNCESİ HUKUK SİSTEMLERİNDE HÂKİMLİK.....	6
A- HİNTLİLERDE HÂKİMLİK.....	6
B- MİSİRLİLERDE HÂKİMLİK.....	7
C- SÜMERLERDE HÂKİMLİK.....	9
D- İBRANİLERDE HÂKİMLİK.....	9
E- ASURLULARDA HÂKİMLİK.....	11
F- BABİLLERDE HÂKİMLİK.....	11
G- İRANLILARDA HÂKİMLİK.....	13
H- ETİLERDE HÂKİMLİK.....	14
İ- YUNANLILARDA HÂKİMLİK.....	15
J- İSPARTALILARDA HÂKİMLİK.....	17
K- ROMALILARDA HÂKİMLİK.....	18
1) Krallık Döneminde Hâkimlik:.....	18
2) Cumhuriyet Döneminde Hâkimlik:.....	18
3) İmparatorluk Döneminde Hâkimlik:.....	20
L- CAHİLİYE DÖNEMİ ARABİSTAN'DA HÂKİMLİK.....	22
II- İSLAM HUKUKU'NDA HÂKİMLİĞİN TARİHİ GELİŞİMİ.....	23
A- HZ. PEYGAMBER DÖNEMİNDE HÂKİMLİK (610/632).....	23
B- HULEFÂ-İ RAŞİDİN DÖNEMİNDE HÂKİMLİK (11/632-41/661).....	27
C- EMEVİLER DÖNEMİNDE HÂKİMLİK (41/661-133/750).....	28
D- ABBASİLER DÖNEMİNDE HÂKİMLİK (133/750-656/1258).....	30
E- SELÇUKLULAR DÖNEMİNDE HÂKİMLİK (430/1038-641/1243).....	32
F- OSMANLILAR DÖNEMİNDE HÂKİMLİK (699/1299-1341/1922).....	33

İKİNCİ BÖLÜM

EDEBÜ'L-KÂDÎ

EDEBÜ'L-KÂDÎ.....	40
I- KAZA VE FETVA KAVRAMLARI.....	40
A- KAZA (YARGILAMA):.....	40
1) Yargının Meşruiyeti ve Hukuksal Dayanakları.....	42
a- Kitap.....	42
b- Sünnet.....	44
c- İcma.....	45
d- Akıl.....	45
2) Yargı Erkinin Hükmü.....	46
3) Yargı'nın Unsurları.....	47
a- Hâkim.....	47
b- Davacı (Müddeî').....	47
c- Davalı (Müddeâ' Aleyh).....	47
d- Hüküm.....	48

B- FETVA.....	48
1) Fetvanın tanımı ve hukuktaki yeri.....	48
2) Müftî.....	49
3) Müftîde Aranan Şartlar.....	49
4) Kaza ve Fetva Arasındaki Farklar.....	50
II- KÂDÎ'L-KUDÂT.....	51
III- HÂKİM.....	53
A- HÂKİMDE ARANAN ÖZELLİKLER.....	55
1) Müslüman Olmak.....	55
2) Akıllı ve Ergen Olmak.....	55
3) Hür Olmak.....	56
4) Adaletli Olmak.....	56
5) Erkek Olmak.....	57
7) Müctehid Olmak.....	58
6) Duyu Organlarının Sağlam ve Sıhhatli Olması.....	60
B- HÂKİMİN TAYİNİ.....	61
1) Halkına Zulmeden Yöneticinin Hâkim Tayin Etmesi.....	63
2) Hâkimin Şarta Bağlı Olarak Tayini.....	64
3) Aynı Yere Birden Fazla Hâkim Tayini.....	64
4) Hâkimliğe Tayin Olunma İsteği.....	65
IV- HÂKİMİN GÖREV VE YETKİLERİ.....	67
A- YETKİLERİNE GÖRE HÂKİM ÇEŞİTLERİ.....	68
1) Genel Yetkili Hâkimler ve Yetkileri.....	68
2) Sınırlı Yetkili Hâkimler.....	70
a) Yetkinin Zaman İtibariyle Sınırlandırılması.....	70
b) Yetkinin Yer ve Konu İtibariyle Sınırlandırılması.....	71
B- MUHAKEME USULÜ.....	71
V- HÂKİMİN AZLEDİLMESİ VE GEREKÇELERİ.....	75
VI- HÂKİMİN MAAŞI.....	76
VII- HÂKİMİN YARDIMCILARI.....	77
A- MÜFTÎ.....	77
B- DAVA VEKİLİ (AVUKAT).....	78
C- ZABIT KÂTİBİ.....	80
D- NOTERLER.....	81
E- MÜZEKKİ.....	82
F- JÜRİ (ŞUHÛDÛ'L-HAL).....	84
G- TERCÜMAN.....	85
H- HACİP (MÛBAŞİR).....	86
İ- KÂSİM (MİRAS DAĞITIM MEMURU).....	87
VIII- MAHKEME SALONU.....	88
IX- HÂKİMİN TUTUM VE DAVRANIŞLARI (EDEBÛ'L-KÂDÎ).....	89
A- HÂKİMİN TARAFLARA EŞİT DAVRANMASI.....	91
B- HÂKİMİN İSABETLİ KARAR VERMESİ.....	92
C- HÂKİMİN BİLGİ VE KANAATİ.....	92
D- HÂKİMİN BAKAMAYACAĞI DAVALAR.....	93
X- HÂKİMLİK GÖREVİNİN SONA ERMESİ.....	94
XI- DİĞER YARGI MERCİİLERİ.....	95
A- HİSBE TEŞKİLATI.....	95
B- ŞURTA.....	97
C- MEZALİM MAHKEMELERİ.....	98

D- TEMYİZ	101
E- TAHKİM	102
1) <i>İslam Hukukunda Tahkim</i>	103
a) Tahkim'in Dayandığı Deliller	103
aa) Kitap	103
ba) Sünnet	104
ca) Akıl	104
b) Tahkimin Konusu	105
c) Yargı ile Tahkim Arasındaki Farklar	106
d) Hakem Tayini	106
e) Hakemlerin Yetkileri	107
f) Hakemliğin Sona Ermesi	108
g) Tahkim'de Temyiz	109

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BEŞERİ HUKUK VE İSLAM HUKUKUNDA HÂKİMLİK MESLEĞİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

I- BEŞERİ HUKUK'TA YARGI SİSTEMİ	112
A- YARGI TEŞKİLATI	113
B- ADLİ YARGI SİSTEMİ	113
1) <i>Tek Hâkimli Ve Çok Hâkimli Mahkemeler</i>	115
2) <i>İlk Derece Ve Üst Derece Mahkemeler</i>	116
3) <i>Genel Mahkemeler- Özel Mahkemeler</i>	117
4) <i>Yargıtay</i>	117
5) <i>Bölge Adliye Mahkemeleri (İstinaf Mahkemeleri)</i>	118
6) <i>Temyiz</i>	119
II- YARGI GÖREVLİLERİ	120
A- HÂKİM VE SAVCILAR YÜKSEK KURULU	120
B- ADLİYE'DE GÖREVLİ MEMURLAR	121
1) <i>Hâkimler</i>	121
2) <i>Savcı</i>	122
3) <i>Zabıt Kâtipleri</i>	124
4) <i>Mübaşirler</i>	125
C- AVUKATLAR	126
D- BAROLAR	128
E- NOTERLER	129
F- POLİS	130
III- ADLİ YARGI'DA HÂKİMLERİN GÖREV VE YETKİLERİ	132
A- HÂKİMLERİN TAYİN VE TERFİLERİ	132
B- HÂKİMLERİN BAĞIMSIZLIĞI	134
C- HÂKİMLERİN BAKAMADIĞI DAVALAR	137
D- HÂKİMLİK TEMİNATI	138
E- HÂKİMLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU	139
F- HÂKİMLERİN İDARİ DENETİMLERİ	141
G- HÂKİMLERİN İDARİ GÖREVLERİ	143
H- HÂKİMLERİN TUTUM VE DAVRANIŞLARI	144
İ- HÂKİMLİK MESLEĞİNİN SONA ERMESİ	145
SONUÇ	147
BİBLİYOGRAFYA	150

KISALTMALAR

A.Ü.H.F.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Adli Kol. Y.	Adli Kolluk Yönetmeliği
age.	Adı geçen eser
agm.	Adı geçen makale
Any.	Türkiye Cumhuriyeti 1982 Anayasası
Av. K.	Avukatlık Kanunu
By.	Baskı yok
c.	Cilt
CMK	Ceza Muhakemeleri Kanunu
Çev.	Çeviren
D.İ.B.	Diyanet İşleri Başkanlığı
DİA	Diyanet İslam Ansiklopedisi
HSK	Hâkimler ve Savcılar Kanunu
HSYK	Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulu
HSYK.K.	Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu
h.	Hicrî
HMUK.	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
Hz.	Hazreti
İ.Ü.H.F.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
m.	Mîlâdî
mad.	Madde
N.K.	Noterlik Kanunu
ö.	Vefatı
s.	Sayfa
sav.	Sallallahu Aleyhi ve Selem
T.T.K.	Türk Tarih Kurumu
Teb. K.	Tebliğat Kanunu
Ts.	Tarihsiz
vd.	Ve Diğerleri
Y.K.	Yargıtay Kanunu

GİRİŞ

İnsanların birlikte yaşamaya başladıkları ilk çağlardan itibaren oluşmaya başlayan adalet kavramı, sosyal ve ekonomik ilişkilerin yoğunlaşmasıyla giderek önem kazanmış ve artık çağımızda bir amaç durumuna gelmiştir. Hukuk kuralları, adalet kavramının toplum içindeki somut görüntüleri olduklarından bunların uygulama usulleri yanında yargı organlarının kuruluşları da büyük önem arz etmektedir.

İslam hukukunun kamu hukuku bölümünde yer alan Edebü'l-Kâdî, İslam yargılama hukukunun genel adıdır. Ancak daha dar anlamda bir tanım yapılacak olursa Edebü'l-Kâdî; hakimin resmi görevi, tayini, terfii, teftişi, azledilmesi, yine hakimin kişiliği, insanlarla ilişkileri, söz ve davranışları, giyim ve kuşamı da dahil olmak üzere özel hayatı, beşeri münasebetleri ile ilgili konuları içeren bir ilim dalının da adıdır. Bu çalışmada özellikle İslam yargılama hukukunda “hakim” merkeze alınmış, çalışmanın sınırları bu çerçevede çizilmeye çalışılmış, yakın ilişki sebebiyle yargılama hukukunun diğer konularına da yeri geldiğinde değinilmiş, çalışmada daha çok İslam yargılama hukukunda hakimin yeri, tayin ve terfiileri, görev ve yetkileriyle birlikte kişiliği, özel hayatı gibi konular üzerinde durulması amaçlanmıştır.

İslam hukukçuları, genellikle kitaplarında açtıkları Edebü'l-Kâdî bölümlerinde de yukarıda tanımını verdiğimiz hem genel anlamda hem de özel anlamda ele almışlardır. Yine bu başlık altında hâkimlerin davranışlarında beşeri münasebetleri ve resmi görevlerinde nasıl bir yol izlemesi gerektiği üzerinde durmuşlardır. Çünkü hâkimin kişiliğinin ve özel hayatının, yargılamanın başarısı ve verilen hükmün saygınlığı ile yakın ilişkisi bulunmaktadır. Başlıktaki “edeb” kelimesinin kullanılmasının da ayrı bir anlam ve öneminin olduğu da muhakkaktır. Çünkü hukukçular, hukuki görevleri yanında hâkimleri, dini ve ahlaki yönleriyle de bir bütün olarak ele almışlardır.

İslam hukukçuları, devletin asli görevleri arasında yargı organının bulunmasının şart, toplumun huzur ve güvenliğinin sağlanması için hâkim tayin etmenin, devlet başkanı üzerine farz bir görev olduğunu belirtmişlerdir. İslam hukukunda yargının, yasama ve yürütmeden ayrı bir fonksiyonu bulunduğu ve bağımsız olduğu kabul edilmiştir. Devletin yargı alanındaki görev ve yetkisi, yürütmenin müdahalesinden uzak tutulmuştur. Bağımsızlığını kaybeden bir hakimin görevden ayrılması kendisi üzerine vacip ola-

rak görülmüştür. Nitekim, verdiği bir hükme sultan tarafından müdahale edilince, mahkemenin bağımsızlığına gölge düştüğü gerekçesiyle Molla Gürani'nin (ö.894/1488) istifa ettiği bilinmektedir.

Bu çalışmamızda, başta Kur'an-ı Kerim olmak üzere sahih hadis kitaplarının "Ahkâm", "Kitâbu'l-Akdiyye", "Kitâbu Edebi'l-Kâdî", "Kitâbu Edebi'l-Kudât" bölümleri direkt olarak konumuzla ilgisi olduğundan incelenmiş, kaynak olarak gösterilmiştir. Daha sonra ise klasik İslam hukuku kitapları ikinci başvuru kaynağımız olmuştur. Bu konuda özellikle, Hanefilerden İmam Serahsî'nin el-Mebsût'u ile Kâsânî'nin Bedâiyu's-Sanâyî isimli eseri ve Şâfiîlerden Mâverdî'nin el-Ahkâmus's-Sultaniyye'si ile Edebü'l-Kâdî isimli eseri bize ışık tutmuştur. Bu alanda yazılmış diğer müelliflerin kitaplarına da başvurulmuştur. Karşılaştırma yaptığımız bölümde ise, 1982 Anayasası başta olmak üzere, Hakimler ve Savcılar Kanunu, HUMK, CMK gibi temel kanunların konumuzla ilgili bölümleri incelenmiş, AÜHF ile İÜHF dergileri taranmış, hakimlerin bağımsızlığı, teminatı, idari denetimleri gibi konularda günümüz hukukçularının görüşlerinden de istifade edilmiştir.

Araştırmamız üç bölümden oluşmaktadır: Birinci bölümde, İslamiyet öncesi başka milletlerdeki hukuk sistemlerinde hâkimliğin tarihsel seyri hakkında genel bilgi verilmiştir. Buna göre hâkim ve hâkimliğe bakış açısı milletlere göre değişiklik arz etmektedir. Devletin başında bulunan kralın en yetkili hâkim olduğu görülmektedir. Yasama ve yürütme gibi güçler dâhil yargı gücünün de kralın kendisinde bulunduğu anlaşılmaktadır. Eski medeniyetlerde insanlar arasındaki sınıflar çok belirgindir. Örneğin hindistanda, kast sisteminin en zirvesinde bulunan bir brahman yargılanmak üzere hakim önüne geldiğinde, kendisi ifade vermeye zorlanamaz, ancak kendisinden "lütfen söyleyiniz" şeklinde rica edilirdi. Brahmanlara hiç bir şekilde idam cezası verilemezken, vaysya sınıfından birinin idam cezası alması sıradan bir olaydı. İbranilerde, adaletli davranmak ve rüşvet almamak konusunda hakimleri uyaran Tevrat'ın hükümleri açıkça ortadayken hakimler rüşvet alır yan tutarlardı. (Ahd-i Atîk, I. Samuel, 8/1-5) Ancak İbranilerdeki yalancı şahitliğin büyük suç sayılması ile kısas prensibi, İslam yargılama hukuku ile benzerlik arz etmektedir. Atina'da Solon'un (MÖ. 640/559) kurmuş olduğu mahkemelerde, hakimler 30 yaşına gelmiş her Atina vatandaşı arasından kura ile belirlenirdi. Hiçbir hukuk bilgisine sahip olmayan halktan seçilmiş bu cahil hakimler topluluğu Sokrates gibi büyük bir filozofu idama mahkum etmişlerdir. Bu halk mahkemeleri

hukukçular tarafından eleştirilere maruz kalmışlardır. Ispartalılar medeniyetini istisna tutulursa İslamiyetin doğuşuna kadar tarihte kurulmuş hiçbir medeniyette hakimler kralı yargılayamamışlardır. Cahiliye dönemi Arabistanında da düzenli bir yargı teşkilatı olmamıştır.

Hz. Muhammed (sav) peygamber olarak gönderildikten sonra, peygamberlik ve devlet başkanlığı yanında bizzat yargılama görevini de yürütmüş, fiilen hakimlik yapmış, muhakeme usulü ve adabı ile ilgili kurallar koymuş, devletin sınırları genişlemeye başlayınca Mekke, Yemen gibi önemli şehir ve bölgelere bizzat hakim tayininde bulunmuş, böylelikle Kur'an-ı Kerim ışığında İslamî yargı sisteminin temellerini atmıştır. Dört halife ve sonrasında kurulan İslam devletleri de Hz. Peygamber'in temellerini attığı yargı sistemini geliştirerek devam ettirmiş, özellikle hakimin bağımsızlığı konusunda hassasiyet göstermişlerdir.

İkinci bölümde; kaza ve fetva kavramları incelenmiş, yargılamanın hukuksal dayanakları üzerinde durulmuş, Kur'an-ı Kerim ve Hz. Peygamberin uygulamalarından deliller getirilmiştir. Hâkim ile müfti arasındaki benzerlikler ve farklar hakkında bilgi verilmiştir. Müftinin aynı zamanda hüküm vermede hâkimin yardımcılardan olduğu belirtilmiştir. Abbasiler zamanında ihdas edilen Kâdî'l-Kudâtık müessesesinin önemi üzerinde durulmuştur. Kâdî'l-Kudât, devletin diğer şehirlerine gönderilen hakimlerin tayin ve terfiileri, teftişleri gibi konularda söz sahibi olmuş, bugünkü Adalet Bakanlığı ile Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu'nun görevlerine benzer bir görev üstlendiği belirtilmiştir. Müslüman bir hâkimde bulunması gereken özellikler ile onun tayini konusuna da değinilmiştir. İkinci bölümde yine hâkimin görev ve yetkileri, hâkimin yardımcıları, maaşı, yargılama yapacağı mahkeme salonu, hâkimin tutum ve davranışları hâkimlik görevinin sona ermesi konularında bilgi verilmiştir. Yargılama hukukunda diğer yargı mercilerine de değinilmiş; Hisbe, şurta, mezalim, tahkim ve temyiz gibi konular üzerinde durulmuştur.

Hz. Ömer'in, vali-kadı olarak Küfe'ye atadığı Ebû'l-Musa el-Eş'arî'ye (ö.44/664) yazdığı ve İslam hukukçuları nezdinde "*Kâzâî Talimatname ve Hüküm Vermenin Esasları*", "*Siyâsî Tâlimatname*" olarak nitelendirilen mektubu İslam yargılama hukukunda çok önemli bir yere sahiptir. Hz. Ömer, mektubunda yargılama yapacak ha-

kimin nasıl davranması gerektiği üzerinde önemle durmuş, Ebû'l-Musâ el-Eş'ârî'ye tavsiyelerde bulunmuştur.

Üçüncü bölümde; günümüz beşeri hukukundaki yargı sistemi hakkında genel bilgi verilmiş, özellikle adli yargıda hâkimlerin bağımsızlığı, idari denetimleri gibi konularda gereken yerlerde İslam yargılama hukuku ile benzerlikler ve farklar belirtilmeye çalışılmıştır. İslam hukukunda geçerli bir sebep olmaksızın hakimlerin azledilemeyeceği, beşeri hukuktaki "*hakimlik teminatı*" kavramıyla karşılaştırılmış bu konuda benzerlikler olduğu tespit edilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM
HÂKİMLİĞİN TARİHÇESİ

I- İSLAMİYET ÖNCESİ HUKUK SİSTEMLERİNDE HÂKİMLİK

Adalet insanlığın ilk zamanlarında örf ve âdetin uygulamasından ibaret idi. İlk zamanlarda hâkimi yargılama konusunda bağlayan şey kendisinin yaşadığı örf ve adetleri idi. Ancak yazılı kanunlar devrine gelindiğinde hâkimin vereceği hükümlerde yazılı kanunlar belirleyici olmaya başlamıştır. Dolayısıyla hâkimin verdiği hükmün adil olup olmadığını kendi vicdanında aramak yerine kanunda aramak gereği ortaya çıkmıştır.

Bu bölümde, eski devirlerde yaşamış ve bir medeniyet ortaya koymuş bazı milletlerde hâkimlik müessesesinin durumu tarihsel açıdan ele alınacaktır.

A- HİNTLİLERDE HÂKİMLİK

Eski Hindistan, küçük devletler halinde bölünmüştü. Bu devletlerin her birinin başında irsiyet yoluyla gelen, askeri sınıfa mensup ve Brahman ruhanileri tarafından seçilen bir kral bulunurdu. Kral bütün kazâ yetkilere sahipti. Ancak kral bu yetkisini kendisinin tayin ettiği ruhanilere verebilirdi.¹

Hindistan'da hâkim olan kast sistemi yargılama konusunda da etkisini göstermiştir. Hâkimin yargıladığı kimselere karşı tavrı kast sistemindeki sınıflara göre değişirdi. Kast sisteminin en zirvesinde bulunan bir kişi (Brahman) mahkeme önüne gelince, hâkim onları cevap vermeye zorlayamaz, sadece “*lütfen söyleyiniz*” demekle yetinirdi. Yine Kşatriya sınıfına mensup olanların da yargılama konusunda birtakım ayrıcalıkları vardı.² Ancak hâkimler daha alt sınıfta bulunanları istedikleri şekilde sorguya çekebilirdi.³ Verilen cezalar kast sistemindeki sınıflara göre değişirdi. Brahmanlara idam cezası hiçbir şekilde verilemezken, Vaysya sınıfına mensup olanlara, çoğunlukla idam cezası

¹ Arsal, Sadri Maksudi, *Umumi Hukuk Tarihi*, T.A.O. İstanbul, 1948, s. 37.

² Okandan, Recai Galip, *Umumi Hukuk Tarihi Dersleri*, İ.Ü.H.F. Fakülteler Matbaası, İstanbul 1951, s. 71.

³ Arsal, age, s. 42.

verilir veya malları müsadere edilirdi.⁴ Hatta aşağı sınıfa mensup bir kimse, üst sınıfa mensup bir kimsenin davasında şahitlik bile yapamazdı.⁵

Brahmanlar kast sistemi içerisinde en yüksek sınıf idi. Bunlar ruhani bir sınıf olup esas görevleri mukaddes kitap sayılan Vedalar'ı tefsir etmek ve Brahman dinini öğretmekten ibaret idi. Ancak yüksek otoriteleri sayesinde sosyal hayatın tüm alanlarında etkileri vardı. Yargılama işlerine katıldıkları gibi, bazı mahkemelerde Brahman ruhanelerinin bulunması gerekli görülürdü. Hâkimlerin Brahmanlara karşı büyük bir nezaket ve saygı göstermeleri gerekirdi. Yargılama işlerinde kral, kendisine yardımcı tayin edebilirdi. Kral mahkemelerin hepsine başkanlık edemeyeceğinden mahkeme işlerinin yürütmesi için, üç veya dört hâkim krala yardımcı olurdu. Kral verdiği kararlardan sorumlu tutulurdu.

Kaynaklara göre, eski Hint hukukunda ceza mahkemesi ile hukuk mahkemesi birbirinden ayrı değildir.⁶ Adlî müesseselerde görülecek işlerle ilgili bir görev taksimi yapılmamıştır. Mevcut yargı müesseselerinin her biri gerek hukuki ve gerekse cezai işleri icra etme hususunda tam bir yetkiye sahiptir.⁷

Suçluların tespit edilmesi ve cezalandırılması konusunda tatbik edilen bir takım usullerin bulunduğu belirtilmektedir. Örneğin, suçlu zannedilen bir sanık önce tartılır, daha sonra suçun yazılı olduğu kâğıt başına konmak suretiyle tekrar tartılır; eğer ilk tartılma ve ikinci tartılma arasında fark varsa sanık suçlu sayılır yoksa beraat ederdi.⁸

B- MISIRLILARDA HÂKİMLİK

Mısır'da yargı fonksiyonun başında diğer eski devletlerde olduğu gibi kral bulunmaktaydı. Yargı erki, bu amaçla kurulmuş diğer kurumlar tarafından kral adına yerine getirilmekte idi. Bazen kral bir davayı mahkemeden alarak bizzat karara bağladığı gibi, uygun gördüğü bir yargı müessesesine de havale edebilirdi.⁹

Mısır'da, özellikle Tinit krallığı devrinin sonlarından itibaren, belirli esaslara bağlanmış bir yargı teşkilatının meydana getirildiği ve bu teşkilatın aşamalı olarak geliş-

⁴ Arsal, age, s. 42.

⁵ Okandan, age, s. 71.

⁶ Arsal, age, s. 42.

⁷ Okandan, age, s. 71.

⁸ Okandan, age, s. 72.

⁹ Okandan, age, s. 97.

tirildiği belirtilmektedir.¹⁰ Kaynaklara göre, Mısır'da hukuki ve cezai davalara bakan yüksek bir mahkemenin varlığı anlaşılmaktadır. Bu mahkemede taraflar şikâyetlerini yazılı olarak bildirirler, kararı da yazılı olarak alırlardı. Davacının, hasmına verilmesi gereken cezayı ve istediği tazminatın miktarını dilekçesinde belirtmesi gerekmektedir. Mahkeme üyeleri evrakı inceledikten sonra, gerekçelerini belirtmeden dava dilekçesinin altına “olur” veya “olmaz”, “evet” veya “hayır” şeklinde şerh düşmekle yetinirlerdi.

Mısırda, yargı müesseselerinin yanında, anlaşmazlıkların hakem yoluyla da çözüldüğü görülmektedir. Taraflar, aralarındaki bir ihtilafın hakeme müracaat suretiyle çözümünü kararlaştırabilirlerdi. Hakem tarafından verilen karar kesin olup buna karşı hiçbir kuruma müracaat edilemezdi. Verilen karar devletin yetkili makamları tarafından infaz edilirdi.

Mısırlılarda idare merkezi sarayda bulunurdu. Bütün devlet işlerinin “Tati” adında bir vezire verildiği nakledilmektedir.¹¹ Tati devletin idari ve siyasi teşkilatında da önemli bir rol oynamaktadır. Tati, Mısırda kraldan sonra ikinci adam idi. M.Ö. 2750–2625 yılları arasında adlî sahada yapılan esaslı ıslahatın sonucu olarak yüksek mahkemenin bünyesinde bir değişim meydana gelmiş ve mahkemeye “Altı Büyük Daire Mahkemesi” adı verilmiştir. Bu mahkeme bir temyiz mahkemesi görünümündedir. Mahkeme, aynı zamanda bir icra ve idare organı olan hükümet reisinin (Tati) başkanlığı altında toplanırdı. Hukuk ve Ceza davalarında ayırım yapılmaksızın bütün davalara bakma yetkisine sahiptir. Bu mahkeme üyelerinin bir kısmı bazı tahkikat işleri ile ilgilenirlerdi. Mahkeme üyeleri, yargı faaliyetlerini yürütmekle birlikte aynı zamanda bir idare organı olarak görev yapmaktaydılar. Anlaşıldığı kadarıyla yargı erki yürütme erkinden ayrı tutulmamıştır. Mahkeme tarafından verilen kararlar direkt olarak kral adına verilirdi. Yine bu mahkemenin duvarlarında derlenmiş kanunlar sekiz büyük levha halinde asılı durur ve hâkimler gerekli gördükleri zaman bu kanunlara bakarlardı.¹²

Mısırda, hâkimlerin ve adlî teşkilattaki personelin, kraldan sonra devletin en ileri gelen memurları olarak bilinmektedirler. Kralların hâkimlere dini ayrıcalıklar vererek kendilerini asiller sınıfından saydıkları ve hatta bunların çocuklarının da, babalarının mesleklerine katılmalarını mümkün kılacak tedbirler aldıkları görülmektedir.¹³

¹⁰ Okandan, age, s. 96.

¹¹ Özer, Yusuf Ziya, *Mısır Tarihi*, T.T.K. Yayınları, Ankara 1939, s. 99.

¹² Okandan, age, s. 97.

¹³ Okandan, age, s. 97.

C- SÜMERLERDE HÂKİMLİK

Sümerlerin adli teşkilatı ve muhakeme usulü hakkında elimizde ayrıntılı bilgiler mevcut değildir. Ancak adaleti dağıtacak ve hukuki sorunları çözüme kavuşturacak yargılama müessesesinin varlığı bilinmektedir. Yargı fonksiyonu, ya tek hâkim, ya da üç, dört hâkim tarafından kurulan mahkemeler tarafından icra edilirdi. Davalar, davacının veya onun adına hareket eden diğer bir şahsın (vekil) yargı organlarına müracaatı ile açılırdı. Hâkim, öncelikle tarafların iddia ve savunmalarını dinlerdi. Davaya ilişkin delilleri inceleyip, delillerin yetersiz görülmesi durumunda taraflara gereken yemini yaptırdıktan sonra kararını verir ve bunu taraflara bildirirdi. Hâkimin verdiği karar kesin olup, bundan sonra o kararı veren hâkim veya mahkeme tarafından hiçbir değişiklik yapılamazdı.¹⁴

Sümerlerde suçluların cezalandırılması tamamen devletin yetkisi altında tutulmuştur. Suçlulara verilen cezalar suçlunun hür olup olmadığına göre değişirdi.¹⁵

D- İBRANİLERDE HÂKİMLİK

Eski devirlerde, İbranîlerin yargılama faaliyetleri ile ilgili olarak Tevrat bizi aydınlatmaktadır. Tevrat'a göre peygamberler hem kavimlerinin siyasi lideri, hem de onların hukuki davalarına bakan hâkimleridir. Hz. Davud'un, İsrail oğullarına hükümdarlık ve hâkimlik yaptığı, kavmine adaletle hükmettiği Ahd-i Atik'te bildirilmektedir.¹⁶ Kur'an'ı Kerim'de de Hz. Davud'un halkı arasında adaletli hükümler verdiği anlatılmaktadır.¹⁷

İbranilerde adli faaliyetler ve muhakeme usulleri hakkında Tevrat'a ait hükümlerden bazı bilgiler edinilmesi mümkündür. Şöyle ki hukuki anlaşmazlıkları çözüme kavuşturacak, cezayı gerektiren hususlarda gereken kararları verecek yargılama organlarının ve hâkimlerin bulunduğu anlaşılmaktadır. İbranilere ait her şehrin kapısında adaleti yerine getirecek hâkimlerin bulunduğu belirtilmektedir. Söz konusu hâkimler o şehrin seçkin kişileri arasından çıkmış kimselerdir. Bu hâkimlerin görev ve faaliyetlerinde, yargılama yaparken dikkate alacakları belli esasların belirlendiği görülmektedir.

¹⁴ Okandan, age, s. 116.

¹⁵ Okandan, age, s. 114.

¹⁶ Ahd-i Atik, II. *Samuel*, VIII/15.

¹⁷ Sa'd, 38/26.

Bazı hukukçular, Yahudilerde muhakeme usulünün temel prensibi olan kısas ile yalancı şahitliğin büyük suç sayılması¹⁸ gibi konularda İslam muhakeme usulü ile aynı olduğunu ifade etmektedirler.¹⁹

Ahd-i Atik'in 1. Samuel bölümünde yargı ile ilgili bazı bilgiler bulunmaktadır: *Samuel yaşlanınca oğullarını İsraille önder olarak atadı. Beer- Şeva 'da görev yapan ilk oğlunun adı Yoel, ikinci oğlunun adı Aviya idi. Ama oğulları onun yolundan yürümediler. Tersine, haksız kazanca yönelip rüşvet alıp, yargıda taraf tuttular.*²⁰ Buna göre Tevrat'ta, Samuel'in oğullarının, İsrail oğulları arasına hüküm vermek üzere hâkim tayin edildikten sonra, hak yoldan saptıkları, halka eziyet ettikleri, rüşvet aldıkları, insanlar arasında hüküm verdikleri zaman taraf tuttıkları ifade edilmektedir.

Halk, Samuel'den kendilerini yönetecek bir kral atmasını istediler.²¹ Hamidullah, Tevrat'ta geçen bu olayla ilgili İsrail oğullarının bu isteklerinin nedenini şöyle açıklamaktadır. İsrail oğullarının diğer milletler gibi güçlü olabilmesi, aralarındaki davalarını karara bağlayacak ve halkı ile birlikte savaşacak bir krallarının olmasını arzu etmekteydiler.²²

Tevrat, hâkimlerin yargılama usulü hakkında da birtakım hükümler getirmiştir. Davaların adalet çerçevesi içinde, hükümlerde haksızlık edilmeden, yabancı ve yetimlerin hakları korunarak, kişilerin toplumsal konumlarına göre hareket edilmeden herkese eşit davranarak ve rüşvete meyil etmeksizin görülmesi öngörülmüştür.²³ Tevrat'ta hâkimlere hürmet gösterilmesi, hâkimler hakkında kötü sözler söylenmemesi de istenir.²⁴

Tevrat'ta şöyle emredilmektedir: “Muhakeme edilen şahsın gösterişine asla kıymet vermeyiniz. Büyüğü dinlediğiniz kadar küçüğü de dinleyiniz. Kimseden korkmayın, zira hüküm Allah'ındır. Sizin için çok güç olan davayı bana getireceksiniz. Onu ben dinleyeceğim”²⁵ Bu ayete göre Tevrat'ta, yargılama konusunda eşitlik prensibine vurgu yapılmış, hâkimlerin, nüfuzlu kimselerin şerrinden çekinmemeleri öğütlenmiştir.

¹⁸ Ahd-i Atik, Tensiye, 19/18–19.

¹⁹ Ekinci, Ekrem Buğra, *İslam Hukuku ve Önceki Şeriatler*, Arısanat Yayınevi, I. Baskı, İstanbul 2003, s. 114.

²⁰ Ahd-i Atik, I. Samuel, 8/1–5.

²¹ Ahd-i Atik, I. Samuel, 8/20.

²² Hamidullah, Muhammed, *İslam Anayasa Hukuku*, Çev. Vecdi Akyüz, Beyan Yayınları, İstanbul 1998, s. 14–15.

²³ Ahd-i Atik, *Levililer*, 19/15.

²⁴ Okandan, age, s. 191, *Çıkış*, 22–28.

²⁵ Ahd-i Atik, *Tensiye*, 1/17.

Tevrat'ta adaletin önemine vurgu yapılmış, rüşvet almanın yasaklandığı üzerinde durulmuştur. Rüşvetin hâkimleri adaletten ayrılmaya zorladığı belirtilir: “*Adaletten asla yüz çevirmeyeceksin, kişilerin görünüşlerine asla itibar etmeyeceksin. Hiçbir rüşvet almayacaksın, zira rüşvet, hâkimlerin gözlerini körleştirir ve doğru olanların sözlerini eğriltir.*”²⁶

Kutsal kitabın başka bölümlerinde de adaleti korumanın gerekliliği üzerinde durulmuştur. Tesniye'de; “*Tamamıyla adaleti gözeteceksin...*”²⁷ “*Bir davada çoğunluktan yana konuşarak adaleti saptırmayacaksınız. Duruşmada yoksula karşı adaleti saptırmayacaksınız*”²⁸ buyrulmaktadır. Bu ayetlerden anlaşılan odur ki, işleyen bir yargı müessesesinin yanlışlığına dikkat çekilmiş, duruşmaların adaletli bir şekilde yapılması gerektiği belirtilmiş ve yargı görevlileri uyarılmıştır.

E- ASURLULARDA HÂKİMLİK

Asurlularda adli teşkilatın başında kral gelmektedir. Ancak kralın vekilleri olarak kral adına yargı görevini ifa eden diğer organlar da mevcuttur. Bu organlara, şehrin belediye başkanı, bazen eşraftan bazı kimseler de katılırlardı.

Devletin bu kaza organlarının yanında, aile şefleri de mensup buldukları ailede, bir kaza organı görevini görmekte idi. Aile şefleri, kendi ailelerine mensup olan ve suç işleyen, suçlu oldukları belli olan kimseler hakkında uygun gördükleri cezayı verirdi. Ancak aile şeflerinin bu yetkileri kanunla belirlenen sınırlamalar çerçevesinde kalırdı.²⁹

F- BABİLLİLERDE HÂKİMLİK

Mezopotamya bölgesindeki kavimlerden biri olan Babilliler milattan önce 2225 tarihinde bir beylik olarak kurulmuştur. Devletin altıncı hükümdarı Hammurabi tarafından devlet imparatorluk haline getirilmiş, milattan önce 539 senesine kadar varlığını sürdürmüştür.³⁰

Hammurabi kanunlarında adli teşkilat ve muhakeme usulü hakkında ayrıntılı hükümler bulunmamaktadır. Bununla birlikte Hammurabi zamanının adli teşkilatı hakkın-

²⁶ Ahd-i Atik, *Tesniye*, 16/19.

²⁷ Ahd-i Atik, *Tesniye*, 16/20.

²⁸ Ahd-i Atik, *Çıkış*, 23/2-3.

²⁹ Okandan, *age*, s. 166.

³⁰ Okandan, *age*, s. 116-117.

da bizleri aydınlatacak bazı bilgilere rastlanılmaktadır. Diğer eski devletlerde de olduğu gibi yargı teşkilatının başında devleti yöneten kral bulunurdu. Kral adına yargı fonksiyonunu yerine getiren hâkimlerin bulunduğu, özellikle Kral Hammurabi'nin girişimleriyle yargı işine hız kazandıracak önemli bazı tedbirlerin alındığı görülmektedir.³¹

Hammurabi'den önce Babil'de, rahiplerden oluşan ruhani yargı müesseselerinin varlığı bilinmektedir. Hammurabi zamanında meslekten yetişmiş hâkimlerden oluşan adli yargı müesseseleri oluşturulmuştur. Ruhani yargı müesseseleri de kendi varlıklarını korumuşlardır. Ancak bu müesseselerin, adaletin yerine getirilmesi işine sınırlı olarak katıldıkları belirtilmektedir. Miras taksimi, ortak malların tasfiyesi gibi belirli hususlarda karar verdikleri anlaşılmaktadır. Yine adli yargı çerçevesinde uzlaşmayan tarafların davalarını rahiplerden oluşan ruhani yargı müesseselerine götürdüğü bilinmektedir.³²

Mahkemelerde hâkim tarafından verilen kararlar taraflara bildirildiği ve bu kararların bir kâğıda yazılarak hâkim tarafından mühürlendikten sonra mahkemede saklanırdı. Mahkemede hâkimin verdiği bir hükmü, kasten imha eden hâkim görevden alınır ve ilgili hükmün gerektirdiği maddi tutarın da, on iki katını ödemekle cezalandırılırdı.³³

Yaptığı hukuki düzenlemeler ve kanunlarla tanınan Babil Kralı Hammurabi, hazırladığı kanunlarında suçların cezalarını tayin etme hususunda genellikle kısas esasının devlet tarafından tatbik edildiği görülmektedir. Bir adamı öldüren ölüm cezasına çarptırılır, bir kişinin gözünü çıkarmanın gözünün çıkarılmasına hükmedilirdi. Ancak ilgili suçun kasten işlenmiş olması esası getirilmiştir. Kasıt bulunmaksızın işlenen bir suçun cezası bazen tazminat, bazen de suçlunun beraat etmesi gibi sonuçlar doğurmuştur.³⁴

Hammurabi kanunları, zina suçlarında sanıkların suçlu olup olmadıklarını belirlemek sadedinde birtakım farklı metotlardan da bahsetmektedir. Mesela zina suçu ile suçlanan kadın kocasının talebi üzerine suya atılır, eğer batarsa kadının suçlu olduğuna, batmazsa suçsuz olduğuna hükmedilirdi.³⁵

Hammurabi Kanunlarında ideal hukuka aykırı hükümler de bulunmaktadır. Mesela bir kimse başkasının kızını öldürmüştü, Hammurabi kanunlarına göre suçu işleyen kişi cezalandırılmaz onun kızı cezalandırılırdı. Yani suçluyu cezalandırma cihetinde kısas uygulanmakta ancak suçun şahsiliği prensibi göz önüne alınmamaktaydı. Oysa

³¹ Okandan, age, s. 150.

³² Okandan, age, s. 150.

³³ Okandan, age, s. 148. (*Hammurabi Kanunları*, mad.5)

³⁴ Okandan, age, s. 143–144.

³⁵ Okandan, age, s. 151. (*Hammurabi Kanunları*, mad. 2)

İslam hukukunda suçun şahsiliği prensibi ile hukuk âlemine yenilik getirilmiştir. Kur'an'da; hiçbir kimsenin başkasının günahını çekmeyeceği vurgulanmakta³⁶ kişinin ancak kendi yaptıklarından sorumlu tutulacağı belirtilmektedir.

G- İRANLILARDA HÂKİMLİK

Eski İran hakkında en çok bilgi veren kişinin, Yunan tarihçisi Herodote (Herodot) olduğu belirtilir. İran'ın eski dönemlerinde kuzey ve kuzeybatısında Medler, güneyinde ise Farslar hâkim olmuşlardır.

Eski İran hukukunun kaynaklarını oluşturan temel eserlerden biri Zerdüş't dininin esaslarından bahseden Zend-Avesta isimli kitaptır. Bu kitap, asırlar boyu İran halkının dini ve sosyal hayatında adeta rehber olmuştur.

Diğer eski devletlerde olduğu gibi İran'da da en yüksek yetkili hâkim, hükümdarın kendisidir. Devletin düzenini bozacak önemli olaylar olduğu zaman kurulan mahkemeye bizzat hükümdarın kendisi hâkimlik yapmıştır. Ancak hükümdar tarafından tayin edilen hâkimler de vardır.³⁷

İran'da suçların çeşitlerine göre iki tür yargı müessesesi bulunmaktadır. Birincisi Tanrı'ya karşı suç işleyenleri yargılamak için kurulan müessese, ikincisi de devlete, şahıslara ve mülkiyete karşı suç işleyenleri yargılamak için kurulan ayrı adli merciler bulunmaktadır. Birincisinde, yargılamayı ruhban sınıfına mensup hâkimler, ikincisinde ise yargılamayı bizzat hükümdar veya onun tayin ettiği hâkimler yapmaktadırlar.³⁸

İran'da, Ari'ler tarafından kurulan Akamenid devletinin hükümdarları, tayin ettikleri hâkimlerden, insanlar arasında adaletle hükmetmelerini talep etmişlerdir. Adaletsizlik yapan hâkimler barbarca cezalara çarptırılmışlar, rüşvet alan hâkimlerin idam edilerek derileri yüzülmüş ve oturdukları koltuklara yüz olarak kaplandığı belirtilmiştir.³⁹

Akamenidler'den sonra kurulan Sasaniler de, hâkimlerin ruhanilerden oluştuğu ve her nahiyede bir hâkimin bulunduğu bilinmektedir. Yine ilk Sasani hükümdarları ilkbahar ve sonbahar ortasında olmak üzere senede iki defa açık oturumlar düzenleyerek kişilerin davalarını bizzat karara bağladıkları nakledilmektedir. Her köyün muhtarına

³⁶ İsrâ, 17/15.

³⁷ Arsal, age, s. 71.

³⁸ Okandan, age, s. 223.

³⁹ Arsal, age, s. 71.

(dehkan), o köyde küçük davalara bakma hakkı da verilmiştir. Ruhaniler gibi Asiller sınıfı olan askeri sınıf da, genel mahkemelere tabi olmamış kendi aralarında zuhur eden davalara bakmak üzere aralarından hakem seçmişlerdir.⁴⁰

Sasaniler Devletinde ruhban sınıfı mensuplarının yargılanma konusunda bazı ayrıcalıklarının bulunduğu görülmektedir. Bu gibi kimselerin genel kanunların dışında tutulduğu bilinmektedir.

İran’da yargı organları tarafından verilen kararlarda gerekçelerin zikredilmemesi de ayrı bir konudur. Hâkimler gerekli incelemeleri yaptıktan sonra vardıkları sonuç ve edindikleri kanaate göre sanığın suçlu olup olmadığını, suçlu olduğu takdirde, sadece karar kıldıkları cezayı bildirirler, yine hukuki ihtilaflarda da aynı şekilde gerekçe zikretmeksizin kararlarını verirlerdi.⁴¹

Genel olarak İran hukukunda, Tanrı’ya ve Devlete karşı yapılan suçların cezası ölüm olmuştur. İran’da hâkim olan ceza sistemine göre, suçluların cezalandırılmasında intikam esası geçerli olup devlet kontrolünde bulunmaktadır.

H- ETİLERDE HÂKİMLİK

M.Ö. İXX. Yüzyılın başlangıcından itibaren geniş bir imparatorluk haline gelen Etiler’de monarşik bir yapı hâkimdir.⁴²

Etiler’de kanun yapma, hukuki anlaşmazlıkları çözme yetkileri öncelikle hükümdarın kendisinde toplanmaktadır. Hükümdar hür vatandaşlar tarafından işlenen ve ölüm cezasını gerektiren suçlara bakar, devletin ileri gelen şahısları aleyhindeki davalar üzerinde hüküm verirdi. Yargılama hususunda krala yardımda bulunan diğer organların olup olmadığı konusu tam olarak bilinmemektedir.⁴³ Ancak, yargı faaliyetlerine katılan diğer adli müesseselerin varlığı, krallık memurları ile valilerin ve ileri gelen kumandanların davalarına bakan “Ayan Mahkemesi”, gerçek ve tüzel kişilerin davalarına bakan “Ak Sakallar Mahkemesi” isminde adlî müesseselere rastlanmaktadır. Hâkimlerin muhakeme sırasında adaleti gözeterek hükmetmeleri hususuna önem verildiği anlaşılmaktadır.⁴⁴

⁴⁰ Arsal, age, s. 71; Okandan, s. 223.

⁴¹ Okandan, age, s. 224–225,

⁴² Okandan, age, s. 193.

⁴³ Okandan, age, s. 212.

⁴⁴ Okandan, age, s. 212.

İ- YUNANLILARDA HÂKİMLİK

Başlangıçta yönetim biçimi krallık olan Atina site devletinde kral, aynı zamanda hem devlet başkanı, hem komutan, hem de dini başkan idi. Daha sonra aristokrasi gelmiş ve önceleri tek bir kral tarafından yönetilen Atina site devleti, “**Arhontlar Heyeti**” adı altında dokuz kişilik bir heyet tarafından yönetilmeye başlanmıştır.

Arhontlar heyeti üyelerinden bir kısmı hem yürütme, hem yargı işlerine bakarlardı. Arhont **Eponime** denilen bir grup, aile ve miras işlerinden doğan davalara bakarlardı, dul kadınları ve öksüzleri koruma altına alırlardı. Arhont **Polemark** denilen grup askeri suçlar ile vatandaş olmayan Atinalıların davalarına bakmakla yükümlüydüler. Arhontlar Heyetinden **Tesmotheteler** denilen bir grup ise, bütün yargı konularında tahkikat yaparlardı. Günümüzde savcıların görevlerini yapmakla yükümlüydüler.

Yönetme, yargılama ve kanun koyma yetkilerini elinde bulunduran önemli bir müessese de “**Areopag**” meclisidir. Bu meclisin mahkeme sıfatıyla bazı önemli davalara bakma yetkisine sahip olduğu belirtilmektedir.⁴⁵ Areopag’ın mahkeme yeri açık havada, Areopag ismini taşıyan bir tepe üzerinde idi. Areopag Meclisi her zaman adaleti temsil eden, tarafsız bir kurum olarak tanınmış, halkın gözünde yüksek manevi konumunu muhafaza etmiştir.⁴⁶ Solon, (M.Ö. 640–559) Areopag Meclisi’ne geniş yetkiler tanımış, yargılama hususunda ise yetkilerini sınırlandırmıştır. Örneğin, bazı önemli davalara bakmak, ahlaka aykırı hareket edenlere para cezaları vermek ve dini konuda işlenen suçlardan doğan ceza davalarına bakmak gibi görevlerle sınırlandırmıştır.

Aeropag, ancak kendisine başvurulduğu zaman davalara bakardı. Muhakeme usulünde aşama şu şekilde olmuştur: Öncelikle suçtan zarar görenin akrabası veya kendisi, Kral Arhont’a şikâyet eder, Kral Arhont üç ay içinde üç defa inceleme yapar, sonra davayı Areopag’a havale ederdi. Areopag’da mahkeme üç gün sürer, suçlu bulunanlar suçun derecelerine göre çeşitli cezalara çarptırılırlardı. Areopaglar tarafından verilen kararlara karşı temyiz mümkün değildi.⁴⁷

Adaleti sağlama konusunda gerek Arhontlar heyeti, gerekse Areopag meclisini oluşturan zümre tam olarak başarılı olamamıştır. Dolayısıyla zulüm üzerine kurulu bu meclislere başkaldıran halk hareketleri sonucu, yine asiller sınıfına mensup âdil bir hâkim olan Solon (M.Ö. 640–559) tarafından Atina’da demokratik idarenin temelleri atıl-

⁴⁵ Arsal, age, s. 91,110.

⁴⁶ Arsal, age, s. 111.

⁴⁷ Okandan, age, s. 297.

mıştır.⁴⁸ Hamidullah, Solon'un kanunlaştırma girişimlerinin kapsamlı bir anayasa ortaya koymak değil, kısmi anayasa değişikliği olduğunu belirtmektedir.⁴⁹

Aeropaglardan başka ceza mahkemeleri de vardı. Yargılama fonksiyonunu yerine getiren müesseselerden biri de Bule (Beşyüzler Meclisi) dir. Ceza davalarına bakan mahkemelerden örneğin, kasıtsız öldürme, katle teşvik, vatandaş olmayan kimseyi öldürme gibi suçlara Palladion Mahkemesi, oyun sırasında meydana gelen katl, savaşta düşman zannederek yapılan katl gibi olaylara Delfinion Mahkemesi, bir suç sonucu ülkesinden sürgün edilmiş bir kimsenin Atina sitesi sınırları dışında işlediği suçlara Phreattys Mahkemesi, faili meçhul suçları ve insanlara zarar veren hayvanları muhakeme eden, Prytanee Mahkemesi vardı.⁵⁰

Atina'da meydana gelen halk hâkimiyeti, yargılama işlerinde de kendini hissettirmektedir. Artık yargı işlerinde son kararı veren halk içtimaları ve halk mahkemeleridir. Yargılama ile görevli memurların görevi şikâyetleri kabul etmek, inceleme yapmak ve bazı mahkemelere başkanlık etmekten ibaret olduğu halde, davanın çözümü ve cezaların tayini halk mahkemelerine ait olmuştur. Meydana gelen hukuki bir ihtilafta olduğu gibi, suç sayılan konularda da, dava açılmadan, re'sen hukuki tahkikat başlatılmazdı. Ancak haksızlığa uğramış bir vatandaş veya onun vekili tarafından dava açılması gerekiyordu. Kısacası Atina'da kamu adına suçluları, re'sen takip hakkını elinde bulunduran günümüzdeki "Savcı" gibi bir devlet memuru yoktu.⁵¹

Heliastlar Mahkemesi (Halk Mahkemesi):

Solon (M.Ö. 640–559) tarafından kurulan ve Atina'nın en önemli mahkemesi sayılan Heliastlar Mahkemesi de teşkilat bakımından çok demokratik bir mahkemedir. **Heliast**, mahkeme üyelerinin her birine verilen isimdir. Mahkemeye de **Heliee** denirdi. Atina Devleti içinde on adet halk mahkemesi ve her mahkemede de beş yüz hâkimin bulunduğu bildirilmektedir.

Bu mahkemede hâkimler Atina vatandaşı olup otuz yaşını tamamlamış olanlar arasından kura çekmek suretiyle yapılırdı. Her kazadan altı yüz kişi olmak üzere altı bin hâkim seçilir, bunlardan beş bin'i görev alır diğer bin tanesi ise mahkemede hazır bulunmadığı zaman katılamayan hâkimlerin yerine davalara bakarlardı. Hâkimler bir yıl

⁴⁸ Arsal, age, s. 92.

⁴⁹ Hamidullah, age, s. 18.

⁵⁰ Arsal, age, s. 114.

⁵¹ Arsal, age, s. 113; Okandan, age, s. 300.

müddetle seçilirlerdi. Büyük davalarda beş yüz hâkim birden davaya bakar, küçük davalarda ise beş yüz hâkim şubelere ayrılırdı. Hâkimler görevlerine başlarken yemin ederlerdi. Perikles zamanında devlet hazinesinden belli bir miktar (3 obolos) ücret almaya başlamışlardır.⁵² Halk mahkemelerinin kararı yazılı değildi. Bu mahkemede zabıt tutulmazdı. Dolayısıyla Atina'da mahkeme kararlarından ibaret hukuk kaideleri de meydana gelmemiştir. Halk mahkemesi doğrudan davalara baktığı gibi diğer mahkemelerden gelen şikâyetlere de, temyiz mahkemesi sıfatıyla bakardı. Mahkemenin uyguladığı hukuk yazı ile tespit edilmemiş örfi hukuk idi.

Hukuk tarihinde medeni bir toplumda yargılama işinin doğrudan doğruya hukuk tahsili yapmamış olan halka verilmesi hadisesi ilk defa Atina'da görülmüştür. Solon'un (M.Ö. 640–559) kurduğu hukuki kurumlar arasında en çok eleştiri alan kurumun halk mahkemeleri olduğu belirtilmektedir. Yargı işinin bir ilim ve uzmanlık işi olduğu, dolayısıyla yargının hukuk alanında uzmanlığı olmayan halka bırakılmasının pek isabetli olmadığı belirtilmektedir.⁵³ Büyük filozof Sokrates'in Atina'nın bu sıradan halkın oluşturduğu cahil hâkimleri tarafından idama mahkûm edilmiş olması bütün Atina aydınları ve Sokrates'in öğrencileri tarafından Atina demokrasisine karşı derin bir nefret uyandırdığından bahsedilmektedir.⁵⁴

J- ISPARTALILARDA HÂKİMLİK

Yunanistan'ın güneyinde M.Ö. VI. asrın ortalarında kurulmuş bir medeniyet olan Sparta Krallığı'nın hukuki açıdan diğer batılı medeniyetlere benzemeyen orijinal bir teşkilatlanmanın olduğu belirtilmektedir.

Isparta'da kanunları tatbik etmek kralların görevlerinden birisidir. Ancak kralın tek başına kanun koyma yetkisi bulunmamaktadır. Sparta'da otuz kişiden oluşan senato (gerusia) bir tür meclis olup yüksek mahkeme sıfatı ile bütün önemli cezai davalara bakmaktadır. Mahkeme sıfatıyla Gerusia, kralları bile mahkemeye çağırabilmektedir.⁵⁵

Apella ismi verilen ve otuz yaşını tamamlamış bütün Ispartalı vatandaşların katıldığı halk kitlelerinin bir yıl süreyle seçtiği Eforlar Heyeti'nin de adlî manada bazı görevleri vardır. Örneğin Eforlar Heyeti bir vatandaşın kanuna aykırı olan bir hareke-

⁵² Arsal, age, s. 115.-116.

⁵³ Arsal, age, s. 116.

⁵⁴ Arsal, age, s. 149.

⁵⁵ Arsal, age, s. 138.

tinde derhal müdahale eder, suçu sabit olan kimseler hakkında ceza tatbik ederlerdi. Eforlar Hey'eti birçok medeni davalara bakma hakkını da ellerinde bulundurmaktadırlar. Yine bu heyet hâkim sıfatıyla kanunları yorumlama hakkına da sahiptirler.⁵⁶

K- ROMALILARDA HÂKİMLİK

Romalılarda hâkimliği, konunun daha kolay anlaşılması için Krallık, Cumhuriyet ve İmparatorluk dönemi olmak üzere üç alt başlık halinde incelemek yerinde olacaktır. Çünkü bu üç dönemin arz ettiği farklılıklar belirgindir.

1) Krallık Döneminde Hâkimlik:

Romalılarda krallık döneminin ilk başlarında bireylerin hukukunun devlet tarafından tanınmasını ve korunmasını temin edecek yargı organların bulunmadığı görülmektedir. İnsanlar fiziki kuvvetlerine dayanarak haklarını alma yoluna gitmişlerdir. Ancak bu uzun sürmemiş, bir adalet sistemi ve yargı teşkilatı kurulmuş, hukuki anlaşmazlıkların çözümüne Civitas'ın* müdahalesini mümkün kılan sosyal adalet sistemine doğru bir gelişme kendisini göstermiştir.

Halk Meclisleri (Comitia Curiata)'nın en yüksek yargı müessesesi olduğu bilinmektedir. Bu halk meclislerinin görevi, en yüksek yargı müessesesi sıfatıyla kralın kazâî kararlarını tasdik etmek⁵⁸ idi. Aile reisleri hâkim sıfatıyla aile bireylerinden her birinin işlediği suçlara bakar onları cezalandırabilirdi. Bazen idama bile mahkûm edebilirdi. Ancak idamın infazının akrabalarından oluşan aile meclisi üyelerinin onayı gerekirdi.

Kralın bu devirde bazı cezai konularda yetkili olduğu, ancak özel hukuk alanındaki anlaşmazlıklara karışmadığı belirtilmektedir. Bazı yargılama faaliyetlerine ruhani şahısların da katıldıkları konusunda görüşlerde öne sürülmüştür.⁵⁹

2) Cumhuriyet Döneminde Hâkimlik:

Cumhuriyet devrinde bütün yürütme, yargı ve askeri alanda hâkimiyetin en yüksek temsilcisi Konsüllerdir. Bununla birlikte yargılama hakkı sadece konsüllerde toplanmamıştır. Roma'da birbirinden farklı halk meclisleri bulunmaktadır. Bu meclislerden krallık döneminde de faaliyet gösteren Comitia Curiata görevine devam etmektedir.

⁵⁶ Arsal, age, s. 160.

⁵⁷ Yunanca polis, arapça ise medine'dir. ius civile'nin kökenidir. Dolayısıyla medine de, medeni hukuk'un kökenidir. Bu kelime "devlet" anlamı da içermektedir. <http://sourtimes.org/show.asp?t=civitas> 25.06.2006.

⁵⁸ Arsal, age, s. 181.

⁵⁹ Okandan, age, s. 503.

Bunun yanında başka bir halk meclisi olan Comitia Çenturiata, ağır cezalara çarptırılmış vatandaşların müracaatında görüş belirtmek hakkını elinde bulundurmaktadır.⁶⁰

Cumhuriyet devrinin ilk yıllarında konsulların yetkili olduğu yargılama hakkı M.Ö. 367 senesinde Pretorluk ismiyle yüksek rütbeli bir kuruma geçtiği görülmektedir. Bu makamdaki kişilere ise **Pretor** denilmekteydi.⁶¹

Yargılamada tamamıyla bağımsız olan Pretor bir ili idare ederken hem vali, hem de hâkimlik görevini yürütmektedir. Romalıların hâkimiyet sahası genişleyince Pretorların da sayısı artmıştır. İtalya'da hukuki işlere bakan iki pretor vardı. Bunlar; Pretor Urbanus ve Pretor Peregrinus ismi ile bilinirdi. Pretorların seçimi, konsullerin seçiminde takip edilen usullere göre olmaktadır. Pretorları Comitia Çenturiata (Halk Komisyonu) seçerdi. Pretorluk kurumunun ortaya çıktığı sıralarda, pretorlar bir yıllık görev için seçilirlerdi. Ancak sonraları Roma'da bir senelik görevini tamamlayan pretorlar, yetkileri genişletilerek İtalya dışındaki vilayetlere vali olarak gönderilmeye başlanmıştır. Vali, vilayetlerde bütün idari, askeri ve yargı organlarını elinde bulunduran yetkili olmuştur. Pretorlar vilayetlere atanmakla birlikte hâkimiyet hakkını da kazanmışlardır. Pretorların, müracaat üzerine vatandaşların davalarına bakmak hakkından başka genel manada yeni hukuki kuralları ortaya koymak ve bunları halka ilan etmek gibi hakları da vardır. Yine her pretor, seçildikten sonra işe başlamadan yargılama yapacağı zaman uygulayacağı yeni hukuki kuralları bir beyanname (edictum) ile halka açıklardı.⁶²

Devlete ihanet suçu dışında, bütün ceza davalarına hâkim sıfatıyla **Kvestorlar** bakardı. Kvestorluk Cumhuriyet döneminden itibaren kurulmuş bir yargı kurumudur. Çarşı, pazarlarda meydana gelen küçük cezâ ve hukukî davalara da Ediller ismi verilen Pleblerin yardımcıları bakardı.⁶³ Başlangıçta sayıları yüz beş üyeden oluşan, sonraları yüz seksen üyeye çıkarılan Çentumvirler Mahkemesi ile on üyeden oluşan ve şahsi hürriyete ait davalara bakan Decemvirler Mahkemesi de vardı.⁶⁴

Cumhuriyet döneminde Romada muhakemenin iki aşaması vardır: birinci aşama davanın mahiyetini tesbit etme, davacının delillerini ve davalının cevaplarını dinleme aşamasıdır. Buna **İnjure** (dava hakkını tespit) safhası denmektedir. Bu aşamada

⁶⁰ Arsal, age, s. 196.

⁶¹ Arsal, age, s. 207.

⁶² Karaman Hayreddin, *İslam Hukuku Tarihi*, İz Yayıncılık, İstanbul 2001, s. 33; Arsal, age, s. 209.

⁶³ Arsal, age, s. 218.

⁶⁴ Arsal, age, s. 249.

Pretorların görevi, davanın mahiyetini tespit ettikten sonra tarafları bir hâkime göndermekten ibaretti. Pretorlar karar veren hâkim değillerdi ama tarafları hâkime gönderirken; “şu şekilde karar verilsin, aksi takdirde davanın reddine hükmedilsin” şeklinde açıklamada bulunmakta idiler. Bu usule **sacramentum** usulü denmektedir. Ancak daha sonraları pretorlar kendilerine getirilen davaları tespit ettikten sonra hâkime göndermek sizin bizzat karar verdiği de olmuştur. İkinci aşama ise davanın mahiyeti, iki tarafın delilleri ve netice itibariyle karar ve hüküm verme aşamasıdır. Bu safhaya da **İnjudicio** (hüküm) safhası denmektedir. Bu aşamada hâkimler asıl olarak davaya bakarlar ve tarafları dinledikten sonra karar verirlerdi.

Hâkimler de iki türlü idi. Birincisi özel şahıslardan meydana gelen hâkimler, diğeri ise bizzat pretorlar tarafından hazırlanmış listelerde isimleri yazılı hâkimlerdir. Davacı ve davalı taraf bu listeden istedikleri hâkime davalarını götürürlerdi.⁶⁵

Hâkimler, yargılama görevlerini şehrin en kalabalık olduğu yerde, Roma’da, forum meydanında, gündüz ifa ederlerdi. Yargılamanın açık olması Roma hukukunun esaslarından sayılırdı. Hâkim, hukukçulardan oluşan yardımcıları tayin edebilirdi. Yine dava konusunda bir fikri oluşmazsa “vaziyet benim için açık değildir” der, karar vermekten kaçınabilirdi.⁶⁶

Roma hukukunun gelişmesinde hâkimlerin büyük bir etkisi görülmektedir. Yukarıda da bahsettiğimiz gibi Pretorların yargılama görevleri dışında yeni hukuki kurallar ortaya koymak gibi yetkileri de vardı. Başlangıçta hukuki kuralları açıklama ve yorumlama görevleri Ruhanelerin elinde olmakla birlikte, sonraları kanunları izah ve yorumlama hak ve görevi, pretorlar ile hukuk âlimlerine geçmiştir. Dolayısıyla bu dönemde oluşturulan hukuka pretorlar hukuku adı verilmektedir.⁶⁷

3) İmparatorluk Döneminde Hâkimlik:

İmparatorluk döneminde ülkenin yönetimi elinde bulunduğu gibi yargı alanında da en yüksek hâkim imparatorudur. İmparator hukuk esaslarını açıklama yetkisine sahip olan en yüksek merciidir. Halk, davalarını direkt olarak imparatora götürebildiği gibi, imparatorun atanmış olduğu başka bir hâkime de götürebilmektedir. Yine imparator tarafından atanan hâkimin verdiği kararı temyiz için de halk, imparatora müracaat edebilmekteydi. Adliye teşkilatı ve hâkimlik müessesesinin İmparatorluk devrinde de muğlâk

⁶⁵ Arsal, age, s. 249.

⁶⁶ Arsal, age, s. 257.

⁶⁷ Arsal, age, s. 292.-293.

olduğu belirtilmektedir. Gerek hâkimlerin durumları gerekse yargılama ile yetkili kurumlar görev yönünden kesin olarak açık değildir. Cumhuriyet devri müesseselerinden konsül, pretor ve edillerin yargılama hakkı devam etmekle birlikte görevleri sınırlandırılmıştır. Bunun yanında imparatorluk devrinde yeni kurulan Prefektus'lara da bazı alanlarda yargılama yetkisi verilmiştir.⁶⁸ Prefektus, imparator Roma dışına çıktığında onun yerine geçen ve görevini yürüten kişilere verilen isimdir. Prefektuslar idari görevleri yanında, hâkim sıfatıyla birçok hukuki ve cezai davalara bakma yetkisini elinde bulundurmuştur.⁶⁹ Prefektus bir bakıma imparatorun yardımcısıdır.

Roma dışındaki Roma'ya bağlı sitelerde hâkimlik yapmak için atanmış site hâkimleri vardı. Site hâkimlerinin bulunmadığı yerlerde valiler hâkimlik görevini yaparlardı.⁷⁰ Bu durum Roma'da idare ile yargımın bazı yerlerde tek elden yürütüldüğüne kanıt teşkil etmektedir. Valiler yargılama görevini başkalarına da havale edebilirlerdi.

Temyiz: İmparatorluğun başlangıcında istinaf –bir derece aşağı bir hâkimin kararını kendisinden yüksek bir hâkime şikâyet usulü- yoktu. Daha sonra bu usul benimsendi. Bir üst hâkim derece bakımından kendinden aşağıda bulunan bir hâkimin kararını kaldırmakla kalmaz, yerine başka bir hüküm verebilirdi. İmparatorluk devrinde birkaç dereceli istinafin mümkün olduğu belirtilmektedir Bu devirde valilerin kararlarına itiraz olduğunda şikâyet bizzat imparatorun kendisine götürülürdü.⁷¹ İmparator kendisine getirilen bir davayı başka bir hâkime de havale edebilirdi.⁷² Verilen kararı temyize götürmek isteyen taraf belli bir süre içinde kararı bir yüksek hâkime götürürdü. Son temyiz mercii, İmparatordu.⁷³

Daha sonraları Diokletianus (M.S.285) devrinde Prefectus Pretorio'lar tarafından verilmiş hüküm ve kararların istinaf edilemeyeceği belirtilmiştir.

Muhakeme Usulü: İmparatorluk devrinde muhakeme usulü iki türdür. Biri cumhuriyet devrinde kalma Formula Usulü (Cognitio Ordinaria) idi. Diğer muhakeme usulü ise Cognitio Ekstraordinaria ismi ile bilinmektedir. Aرسال bu muhakeme usulünü fevkalade muhakeme usulü diye adlandırmaktadır. Bu usulde diğer Formula usulünde

⁶⁸ Aرسال, age, s. 381.

⁶⁹ Aرسال, age, s. 364.

⁷⁰ Okandan, age, s. 511.

⁷¹ Aرسال, age, s. 382.

⁷² Aرسال, age, s. 385.

⁷³ Okandan, age, s. 545.

olduğu gibi muhakemenin iki safhası zorunlu değildi. Yargılama hakkı bulunan yargı memuru davayı bizzat kendisi halledebilirdi.

İmparatorluk döneminde mahkemeye çağırma hâkimin görevidir. Celp de iki şekilde olabilirdi; birincisi davacının talebi üzerine davalıya bir mektup gönderilirdi; ikincisinde ise davalının yeri belli olmadığı zaman hâkimin kendisi davalının mahkemeye gelmesi gerektiğini özel bir “ediktum” ile ilan ederdi.⁷⁴ Üç defa çağrıldığı halde gelmeyen tarafın yokluğunda hâkim karar verirdi.

L- CAHİLİYE DÖNEMİNDE ARABİSTAN’DA HÂKİMLİK

Cahiliye devri Araplarında düzenli bir yargı teşkilatı bulunmamaktadır. Kabileler halinde yaşayan halk içinde meydana gelen anlaşmazlıklar, yetkiyi elinde bulunduran kabile reisine götürülürdü. Kabile reisi herhangi bir hukuk ve kanun düzenine bağlı olmaksızın örf ve adetlere ve kendi çevrelerinden ve inançlarından doğan geleneklere göre hüküm verirdi. Hamidullah, Kabile reislerinin Arapların barışta hâkimleri, savaşta komutanları olduğunu belirtir.⁷⁵

Kureyş kabilesinde âdet olarak yetki ve sorumluluklar büyük aileler arasında dağıtılmıştı. Benû Sehm (Sehm Oğulları) Kureyş içinde hüküm ve yargı yetkisine sahipti.⁷⁶ İslamiyetten önce yargı faaliyeti ile meşhur olanların arasında, Hacib b. Zürare, Akra b. Habis, Abdü’l-Muttalib b. Hâşim, Ebû Talib b. Abdu’l-Muttalib, Hz. Ebû Bekir’i sayabiliriz.

Cahiliyye döneminde anlaşmazlıkların çözümü için bir kâhin’e başvurdukları da görülmektedir. Nitekim Hz. Peygamber (sav)in dedesi Abdu’l-Muttalib ile Mekke’nin ileri gelenleri, zezem kuyusunun kazılması hususunda bir kâhine müracaat etmek istemişlerdir.⁷⁷ Abdu’l-Muttalib’in bir yemini üzerine oğlu Abdullah’ı kurban etmek istemesi sonucu ortaya çıkan meselede, bir kâhine danışılarak Abdullah yerine yüz devenin kurban edilmesi olayı da bu çerçevede değerlendirilebilir.

Benû Teym Kabilesi, hususi ve ceza hukukunun icrası, yani Aşnâk (adli işler) görevi ile ilgilenirdi.⁷⁸ Anlaşmazlıklarda müracaat edilen hakemlerin yargılama esnasın-

⁷⁴ Aرسال, age, s. 383.

⁷⁵ Hamîdullah, age, s. 21.

⁷⁶ Nebhân, Muhammed Fazl, *İslam Anayasa İdare Hukuku'nun Genel Esasları*, Çev. Servet Armağan, Sönmez Neşriyat, İstanbul 1980, s. 554.

⁷⁷ Algül, Hüseyin, *İslam Tarihi*, C. I-IV, Gonca Yayınevi, İstanbul, I, 118.

⁷⁸ Hamîdullah, age, s. 88.

da tatbik edecekleri tedvin edilmiş kanunlar yoktu. Hakemler şahsi rey, örf ve âdete göre hükmediyorlardı. Verdikleri hükümleri infaz etmek gibi kuvvetleri de bulunmaktaydı.⁷⁹

Yine bu devirde zulüm gören, kendisini destekleyecek güçlü akrabalarından yoksun olan insanların uğradıkları haksızlıkları telafi etmek amacıyla kurulmuş olan Hılfu'l-Fudul ismi verilen bir müesseseden bahsedilmektedir. Peygamberlik gelmezden evvel oluşturulan bu birliğe Hz. Peygamber'in de katıldığı bilinmektedir. Bu birlik haksızlıkları ve anlaşmazlıkları bertaraf etmek, haklıya hakkını iade etmek amacıyla kurulduğundan bir bakıma mahkeme görevi gördüğü mütalaa edilebilir.

Hamidullah, Mekke şehir devletinin bir vergi kaynağı olarak kabul edilen ve her yıl kurulan Ukaz Panayırında iki hâkimin bulunduğunu, birisinin panayır muamelelerinden doğan ticari davalara, diğeri Arabistan'ın hangi bölgelerinde olursa olsun meydana gelen bütün davalara bakan iki hâkimin bulunduğunu belirtir.

Düzenli bir yargı teşkilatı olmamakla birlikte cahiliye döneminde bir muhakeme usulü de takip edilmiştir. Şöyle ki davacı iddiasını ispat etmek için delil veya şahit getirmesi, davalı da iddiayı reddetmek için yemin etmesi gerekirdi. İslamiyet, cahiliye dönemindeki bu prensibi kabul etmiş ve muhakeme usulünü adaletin kısa sürede gerçekleşmesini sağlayacak şekilde geliştirmiştir.⁸⁰

Cahiliye devrinde anlaşmazlıkların çözümü için başvuru hakemin tabiatüstü bilgilerine dayanan batıl inanç veya şahadet ve yemin yahut da kura çekmek ve nihayet İslam öncesi Arabistan'da hukuka galebe çalan üstün güç, davaları sonuçlandırıyor. Bu ülkede taraflar bir hakeme gitmeyi reddederse, ne mecburi kaza, ne de adalet işlerini idare etmekle görevli teşkilat vardı.⁸¹

II- İSLAM HUKUKU'NDA HÂKİMLİĞİN TARİHİ GELİŞİMİ

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

Hz. Peygamber (sav), peygamberlik ve devlet başkanlığı görevi yanında bizzat yargılama görevini de yürütmüş, fiilen hâkimlik yapmış, muhakeme usulü ve adabı ile

⁷⁹ Atar, Fahreddin, *İslam Adliye Teşkilatı Ortaya Çıkışı ve İşleyişi*, D.İ.B. Yayınları, Ankara 1999, s. 38.

⁸⁰ Karaman, age, s. 48.

⁸¹ Hamidullah, *İslam Anayasa Hukuku*, s. 276.

ilgili kurallar koymuş ve açıklamalar yapmış, böylelikle Kur'an-ı Kerim'in ışığında İslam yargılama müessesesinin temelini atmıştır.

Allah Teala şöyle buyurmaktadır:

"و انزلنا اليك الكتاب بالحق مصدقا لما بين يديه من الكتاب و مهيمنا عليه فاحكم بينهم بما انزل الله و لا تتبع اهواءهم عما جاءك من الحق"⁸²

"(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."

Hz. Peygamber (sav), bu ayet uyarınca, yargı işlerine bakar, insanlar arasında adaletle hükmederdi. Hz. Peygamber'in, müslümanlar arasındaki anlaşmazlıkları, hâkim sıfatıyla çözüme kavuşturduğuna ilişkin bize kadar birçok örnek gelmiştir.

Hz. Peygamber'in (sav) eşi Ümmü Seleme'den şöyle bir hadis rivayet edilmiştir: "Allah'ın Elçisi buyurdu ki: Şüphesiz bende sizin gibi bir insanım. Siz bana anlaşmazlıklarınızı getiriyorsunuz; olur ki bazılarınız delilini bazılarınızdan daha ustalıkla ve anlaşılır bir şekilde ifade eder ve ben de onun lehine hüküm veririm. Bununla birlikte kimin lehine, kardeşinin hakkından bir şeye hükmedersem sakın ondan bir şey almış olmasın. Ben verdiğim hükümle ona ancak bir ateş parçası vermiş olurum."⁸³

Bu rivayetten Hz. Peygamber'in (sav) bizzat yargılama görevini yürüttüğü anlaşılmaktadır. Bunun yanında hüküm verirken O, haksız yere iddiasını süslü delillerle haklıymış gibi gösterenleri uyarılmış, kendilerine âhret sorumluluğunu hatırlatmıştır.

Hz. Peygamber'in (sav) kurduğu adlî sistem devlet otoritesine bağlı olarak yürümektedir. Dolayısıyla verilen hüküm bizzat hükmü veren tarafından infaz edilmektedir. Oysa cahiliye döneminde hakemler tarafından verilen kararların icra edilemediği, güçlünün haksızlığı ortaya çıksa bile aleyhine verilen bir hükmü uygulayacak bir otoritenin yokluğu bilinmektedir. Bu da cahiliye döneminde adlî sistemin oluşmasını engellemiştir.

Kur'an'da; "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,"⁸⁴ buyrulmaktadır.

⁸² Maide, V/48.

⁸³ Buhârî, Ahkâm, 20.

⁸⁴ Ahzab, 33/22.

Hız. Peygamber'in (sav) verdiği hükümlerin bağlayıcılığını Kur'an bizzat ifade buyurmuştur. Dolayısıyla peygamber bir hüküm verdiği zaman verilen hüküm geçerli olacak ve artık yeni hüküm almak için davayı herhangi bir hakeme götürmek söz konusu olmayacaktır. Yine Kur'an'da, peygamberden hüküm aldıktan sonra uygulamayanların gerçek mü'min sayılmayacağı,⁸⁵ Allah ve Peygamberinin hükmüne itaat edenlerin gerçek mü'min oldukları, onların mutluluğa erecekleri⁸⁶ belirtilmektedir. Hız. Peygamber (sav)'in Medine'ye geldikten kısa bir süre sonra hazırladığı Medine Anayasası'nın bazı maddeleri yargılama ile ilgilidir. Bu anayasanın 23. maddesi şöyledir:

— *Üzerinde ihtilafa düştüğünüz herhangi bir şey, Allah'a ve Muhammed'e götürülecektir (Selam olsun ona).*⁸⁷

Hız. Peygamber (sav) Medine'ye geldiğinde, Medine ve çevresinde bulunan kabilelerle yaptığı anlaşma gereğince, kabile içinde çıkan bir anlaşmazlıkta taraflar, merkeze değil, kendi aralarında hâkim olan kabile başkanlarına başvururlardı. Eğer taraflar ayrı kabileden olurlarsa, bu durumda anlaşmazlığın çözümü için merkeze (Medine'ye) başvurmak gerekliydi.⁸⁸

Dünyada ilk anayasa olarak kabul edilen Medine anayasasında adalet konusunda bazı açıklamalar vardır. Bu anayasadan önce Araplar arasında adalet kişisel bir mesele olarak anlaşılımış, haksızlığa uğrayan kişinin kendi kabilesi ve dostlarından başka yardımcı olmamıştır. Ancak kabul edilen anayasa gereği, adalet merkezî bir mesele olmuştur. Artık Medine'de gerek Yahudiler gerekse Araplar kendi aralarındaki anlaşmazlıklarını kabile reislerine götürecektir, anlaşmazlık iki ayrı kabile arasında cereyan etmişse devlet reisi olan Hız. Peygamber'e (sav) müracaat edilecektir. Hız. Peygamber'in (sav) adlı açıdan temyiz mahkemesine benzer bir yer işgal ettiği görülmektedir.⁸⁹

Hız. Peygamber'e (sav) gelen hırsızlık, zina, sarhoşluk, adam öldürme, yaralama ve buna benzer toplumun huzurunu kaçıran olaylarda, suçlulara Kur'an'ın tespit ettiği cezalar uygulanmaktaydı.

Hız. Peygamber, (sav) gelecek asırlardaki İslam hâkimlerinin takip etmesi gerekli muhakeme usulü hakkında prensipler ortaya koyuyordu.⁹⁰ Hız. Peygamber'in (sav) yargı

⁸⁵ Nisa, 4/65.

⁸⁶ Nur, 24/51.

⁸⁷ Hamîdullah, age, s. 277.

⁸⁸ Hamîdullah, age, s. 23.

⁸⁹ Hamîdullah, age, s. 84.

⁹⁰ Atar, age, s. 47.

faaliyetinde dayandığı temel usule göre; İddia eden ispat etmelidir, yemin ise inkâr edene verdirilmelidir.⁹¹

İslam devletinin sınırları kısa zamanda genişleyince, Hz. Peygamber (sav) daha sağlığında müslümanların fethettikleri yerlere, hukuk bilgisi bulunan sahabeleri bizzat yargılama görevini yerine getirmek üzere görevlendirmiştir. Bunlardan Hz. Ali (ö.41/661) ve Hz. Muaz b. Cebel'i (ö.18/639) Yemen'e göndermiştir. Hz. Muaz'ı gönderirken de kendisini yargılamanın niteliği hususunda küçük bir sınavdan geçirmiştir. Muaz b Cebel de: “*Öncelikle Kur'an-ı Kerim, sonra Peygamberin sünneti ve kendi içti-hadım ile yargılama yaparım*” cevabını verince Hz. Peygamber bu cevaptan dolayı memnun olmuştur. Hz. Ali'yi (ö.41/661) Yemen'e hâkim olarak görevlendirirken Hz. Peygamber (sav) kendisine şöyle dua etmiştir: “*Allahım onun kalbine hidayet ver ve dilini güçlendir.*” Daha sonra da Hz. Ali'ye dönerek: “*Önüne iki taraf oturduğu zaman, ilk defa işitiyormuş gibi, her iki tarafı dinlemeden sakın karar verme. Bir taraf sana meseleyi değişik göstermek isteyebilir*”⁹² diye tenbihte bulunmuştur.

Hz. Peygamber'in hâkim olarak görevlendirdiği kişilere yargılama usulleri konusunda da bilgi verdiği bu rivayetten ve diğer rivayetlerden anlaşılmaktadır. İki kişinin davacı olarak Hz. Peygamber (sav)e geldiğinde, Allah'ın elçisi Ukbe b. Amir'e; “*Kalk, davaya bak ve hükmünü ver,*” buyurdu. Ukbe: “*Ya Rasulallah siz bu işe benden daha layıksınız,*” deyince; Hz. Peygamber (sav): “*Öyle olsa da sen yine de hükmet,*” dedi. Ukbe neye göre hüküm vereceğini sorunca da; “*İctihad et, eğer isabet edersen on sevap alırsın, ictihad eder de hataya düşersen bir sevap alırsın*”⁹³ buyurdu. Yine, Hz. Peygamber'in (sav) Amr b. As'a (ö.43/663) da böyle bir görev verdiği, eğer isabet ederse on sevap, hata ederse bir sevap alacağını belirttiği hadis kitaplarında zikredilmektedir.⁹⁴

İslam hukukçularının gerek bağımsız olarak yazdıkları eserlerde, gerekse “*Edebü'l-Kadı*” başlıklı bölümler halinde yazdıkları kitaplara bakıldığında, İslam yargılama hukukunun temellerinin, ilk olarak Hz. Peygamber (sav) tarafından atıldığı ortaya çıkmaktadır. İslam hukuku temel esaslar açısından bütünüyle Kur'an'ı Kerim ve Hz. Peygamber'in (sav) sünnetine dayandığı söylenebilir.

⁹¹ البينة للمدعي و اليمين علي من انكر

⁹² Ebû Davud, Akdiye, 6.

⁹³ Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, IV, 205.

⁹⁴ Hanbel, *age*, IV, 205.

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

Hz. Peygamber (sav) zamanında hâkimlik görevi bizzat peygamberin kendisi tarafından icra edilmekteydi. Yeni fethedilen yerlere hâkim olarak görevlendirdiği kişiler de vardı. Bu görevlendirilen kişiler sadece hâkimlik görevini icra için değil, aynı zamanda o bölgeyi yönetmekle görevlendiriliyorlardı. Yukarıda bu konuya değinilmişti.

Hz. Ebû Bekir (ö.13/634) devrinde yargı, şekil bakımından Hz. Peygamber (sav) devrindekinden pek farklı değildi. Ancak meselelerin çözümü Kur'an'da ve sünnette bulunamıyorsa hâkimlerin içtihadıyla karara bağlanıyordu. Bu metodu hâkimlere, Hz. Peygamber'in kendisi bizzat öğretmişti.

Başta Hz. Ebû Bekir olmak üzere ilk dört halifenin hepsi de halifelikleri döneminde, bir meselede güçlkle karşılaşırlarsa, sahabeleri toplar ve onlara Hz. Peygamber'in bu mesele hakkında bir hükmünün veya tarzının olup olmadığını sorardı.⁹⁵ Bu dönemde bazı sahabeler fetva vermek ve hâkimlik yapmakla tanınmıştır. Hz. Ömer'in (ö.25/646) bu dönemde hâkimlik yaptığı hukuk kitaplarında zikredilmektedir.⁹⁶

Hz. Ömer döneminde devlet teşkilatı yapısal olarak önemli değişimler geçirmiş, artan fetihlerle birlikte idari ve kazâî işlerin çoğalmasıyla Mısır, Irak ve Suriye'deki şehirlere kadılar tayin edilmiştir. Bu dönemde valiler sınır ve cinayet davalarına bakarken, kadılar medeni davalara ve ta'zir cezası gerektiren davalara bakıyorlardı. Daha sonra valiler yargı yetkilerini tamamen hâkimlere devretmişlerdir. Memleketin genişlemesi, adli olayların çoğalmasıyla sadece yargı görevine bakacak kadılar tayin edilmiştir. Hz. Ömer, Hulefa-i Raşidin döneminde özellikle hâkim tayin eden ilk kişidir.⁹⁷

Hz. Ömer yargı faaliyetlerinin düzenlenmesine ait temel bir kanun hazırlamış, bu kanun, yargı faaliyetlerinde, buna göre hareket edecekleri bir Anayasa olarak kabul edilmiştir. Hz. Ömer'in, Ebû Musa el-Eş'ari'ye (ö.44/664) gönderdiği mektubun tam metnine "Muhakeme Usulü" başlıklı bölümde yer verilecektir.

Gerek bu dönemde, gerekse Emeviler döneminde hâkimler davalara önceleri evlerinde bakarken, sonra mescitlerde bakmaya başlamışlardır.⁹⁸ Kaynaklarda, Hz. Osman (ö.36/656) döneminde Medine'de muhakeme salonu olarak Daru'l-Kaza (adliye sarayı)

⁹⁵ Nebhân, age, s. 561.

⁹⁶ Nebhân, age, s. 559.

⁹⁷ Nebhân, age, s. 559.

⁹⁸ Karaman, age, s. 245.

isminde bir bina hazırlandığı⁹⁹ belirtilmektedir. Hz. Ali (ö.41/661) yargılama hususunda belirli bir gün tayin etmemekle birlikte, şikâyet olduğunda ilgilenir, adaletin gerçekleşmesini sağlardı.¹⁰⁰

Hâkimlerin, yönetime karşı bağımsızlığı, dört halife döneminde daha da güçlendirilmiştir. Öyle ki, gerek müslüman, gerekse müslüman olmayan herhangi bir kişinin halifeden şikâyeti varsa, bunu hâkime iletebiliyordu. Halife, savunma için hâkimin huzuruna çıkardı. Kendisi hakkında hüküm veremeyeceğinden halifenin, 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. Devlet başkanı kanunun üstünde görülür. Sözgelimi bugün dahi İngiliz hukukunda hala “*kral yanılmaz*” ilkesi geçerlidir.¹⁰¹

Kur’an-ı Kerim’e,¹⁰² hadislere ve Peygamber zamanından bu yana devam eden uygulamaya göre, İslam ülkesinde ikamet eden, gayri müslimler, adli muhtariyetten yararlanırlar. Onların kendi hukuk ve hâkimleriyle faaliyet gösteren Hristiyan, Musevi ve aynı dinlerin çeşitli mezheplerine mahsus mahkemeler kurulmuştur. Taraflar aynı cemaatten oldukları takdirde, bu mahkemelere müracaat ederler. Bununla birlikte gayri müslimler kendi cemaatlerine ait mahkemeye müracaat edebildikleri gibi, kendi serbest iradeleriyle İslam mahkemesine davalarını getirecek olsa, bu hak kendilerinden esirgenmezdi.¹⁰³ İslam Devleti’nde yaşayan gayri müslimlerin, davalarını Müslüman hâkimlere getirdiklerine dair hukuk kitaplarında sayısız örnekler mevcuttur.

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

Emeviler devrinde ki hâkimlik ve yargılama usulü de, Hulefâ-i Râşidin dönemindeki usulden farklı değildir. Hâkim bir mesele hakkında sırasıyla Kur’an ve sünnette delil bulamazsa içtihadıyla hüküm verirdi. Bu dönemde mezhepler henüz ortaya çıkmadığından, her hâkim diğer yargı mensuplarını bağlamayan kendi görüş ve ilmine dayanarak hüküm veriyordu.¹⁰⁴

⁹⁹ Atar, age, s. 81.

¹⁰⁰ Karaman, age, s. 245.

¹⁰¹ Hamidullah, *İslam Anayasa Hukuku*, s. 30.

¹⁰² Maide, 5/48.

¹⁰³ Hamidullah, age, s. 198.

¹⁰⁴ Nebhân, age, s. 563.

Yine bu dönemde kadılar, ayrıca idari, mali ve eğitimle ilgili görevler ile yetim ve vakıf mallarını koruma görevlerini de yürütmüşlerdir.

Emevî halifeleri, hâkimleri denetimi altında tutmuş ve adaletsizlik gösterenleri, görevlerini ihmal edenleri görevden uzaklaştırmıştır. Emevilerin Mısır'daki kadısı olan Yahya b. Meymun el-Hadramî'nin yaptığı bir adaletsizlikten dolayı devrin halifesi Hişam b. Abdülmelik tarafından, azledilmesi yönünde Mısır valisine bir emir gönderilmiştir.¹⁰⁵

Emevî halifelerinden hiç birisi, yargının inceliği ve insanların ona güveni sebebiyle, hâkimin hükmüne müdahale edememiştir. Bu sebeple Ömer b. Abdülaziz (ö.101/720) şöyle demiştir: “*Kadı'da beş özellik bulunursa, kemale ermiş sayılır; Bunlar, ilim, tamah etmemek, yumuşak huyluluk, imamlara iktida etmek (Hz. Peygamber ve raşid halifelerin görüşlerine tabi olmak), bilginlerle birlikte oturmaktır.*”¹⁰⁶

Ancak yine de bu dönemde adlî idare hususunda evvelki zamanlara kıyasla herhangi bir ilerleme kaydedilmediği belirtilmektedir. Üstelik Emevilerin son dönemlerinde adli idare, hükümet baskısı altında kalarak hukuka uygun bir faaliyet zemininden uzak kalmıştır. Adlî idare hükümetin baskısından uzak kalmadığı için hâkimlerin bağımsızlığı kısmen rencide edilmiştir. Mülki idarenin temsilcisi olan valiler, hâkimleri tayin ve azletme yetkisine sahiptiler.¹⁰⁷

İlk Emevî halifesinin, “*müslümanı kâfire mirasçı kılma*” yönündeki kanaati Hz. Peygamber'in açık sözlerine rağmen Kadı Şüreyh (ö.79/698)'e bir emirname ile iletilmiş ve miras davalarında artık bu yönde karar vermesi istenmiştir. Bundan sonra Şüreyh, bu konuda gelen davalara bu çerçevede hüküm vermiş, ancak “*Bu benim değil, Müslümanların Emiri'nin hükmüdür*” şeklinde muhalefet şerhi kaydını düşmüştür.¹⁰⁸

Hamidullah, bu dönemde, hâkimlerin, gerek halife, gerekse vali ve komutan gibi büyük görevliler hükümetten hiçbir müdahale olmaksızın davalara baktıklarını kaydeder. Yukarıda, hâkimlerin bağımsızlığına müdahale edildiği belirtilmişti. Anlaşılan odur ki; Emeviler devrine genel olarak baktığımızda hâkimlerin bağımsızlığı korunmuştur.

¹⁰⁵ Hasan, Hasan İbrahim, *İslam Tarihi*, C. I-VI, Çev. İsmail Yiğit, Sadrettin Gümüş, Kayıhan Yayınları, II. Baskı, İstanbul 1987, II, 199.

¹⁰⁶ Nebhân, age, s. 563.

¹⁰⁷ Taberî, Ebu Cafer Muhammed b. Cerîr, *Târihu'l-Umem ve'l-Mulûk*, I-XI, Dâru Suveydan, Beyrut Ts, IV, 13.

¹⁰⁸ Cassâs Ebubekir, Ahmed b. Ali er-Râzî, *Ahkâmü'l-Kur'an*, Dâru'l-İhyâi't-Türâsü'l-Arabî, Beyrut, 1985, III, 36.

Ancak bazı halifelerin keyfi uygulamalarının sonucunda bazı aksaklıkların meydana geldiği de anlaşılmaktadır.

Emeviler döneminde, halife Abdulmelik b. Mervan (ö.87/705) haftada bir gününü yargı işine tahsis etmiş, başkadısından da istifade ederek önemli davalara bizzat bakmıştır. Halifenin bu teşebbüsü zamanla gelişerek, Divanü'l-Mezalim adı ile meşhur olmuştur. Divanü'l-Mezalim, Yüce Divan, Danıştay ve Temyiz Mahkemelerinin görevini üstlenen bir kurum olarak anlaşılmaktadır.¹⁰⁹ Mezalim mahkemeleri, ileride ayrı bir başlık halinde incelenecektir. Halife Ömer b. Abdilaziz (ö.101/720) döneminde adli idarenin faaliyetlerinden fertlerin haksızlığa uğramamasını temin gayesiyle, çeşitli konuları içeren talimatlar hâkimlere gönderiliyordu.¹¹⁰

Halife, ölüm, hapis ve para cezalarını genellikle hâkimlere ve müftülere danışmaksızın verirdi. Halifeler, bazen güven duydukları valilere tam bir özgürlük verirdi. Haccac b. Yusuf (ö.95/714) Halifeye danışmaksızın ölüm cezalarını uygulardı. Ömer b. Abdilaziz (ö.101/720) halife olunca, kendisine başvurulmaksızın ölüm cezası uygulanmamasını bütün vali ve komutanlara emretmiştir.¹¹¹

Endülüs Emevileri'nde, Abbasilerdeki kâdı'l-kudâtlik teşkilatına karşılık gelen Kâdı'l-Cemâa teşkilatının kurulduğu belirtilmektedir.¹¹² Kâdı'l-Cemâa, hükümdar veya halife tarafından tayin edilir, Kurtuba'da otururdu. Endülüs'te kadılar Maliki Mezhebine göre hüküm verirler, idareciler ve valiler bu hükümleri uygularlardı. Burada da kadıların üstün bir konumu vardı. Hâkimin fıkıh ilminde derin, her türlü ayıptan uzak ve doğrulukla tanınmış olması şarttı. Endülüs'te kadıların Arap olma şartı yoktu. Nitekim bu makam çok defa İspanyol asıllı Müslümanlara ve Mağrip kökenli berberîlere verilmiştir.

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

Abbasiler devrinde yargı önceki dönemlere göre çok büyük bir gelişme göstermiştir. Buna içtihat hareketleri ve çeşitli içtihat mezheplerinin ortaya çıkması ve buna bağlı olarak tedvin hareketleri sebep olmuştur. Mezhepler İslam dünyasına yayılmadan önce hâkimler, müctehid âlimler arasından seçilmekteydi. Âlimler, kitap, sünnet ve kendi görüşleri (رأى) ile hükmederler, çevresindeki âlimlerle de istişare ederlerdi. Sözü ettiğimiz dönemdeki hâkimlere halk tarafından büyük güven duyuluyordu.

¹⁰⁹ Karaman, age, s. 245.

¹¹⁰ Atar, age, s. 84.

¹¹¹ Hamîdullah, *İslam Anayasa Hukuku*, s. 56.

¹¹² Atar, age, s. 32.

nü ettiğimiz dönemdeki hâkimlere halk tarafından büyük güven duyuluyordu. Ancak zamanla içtihat ruhu zayıflamış, bazı kadıların olumsuz davranışları veya hatalarının ortaya çıkışı, bu güvenin sarsılmasına neden olmuştur. Dolayısıyla hukuki anlamda güven, hükmedilecek esasların önceden tespit edilmesini gerekli kılmıştır. Böyle bir ihtiyaç ortaya çıkınca hangi müçtehidin mezhebi tedvin edilmiş ise hâkimin o mezhepten tayini veya hükmün o mezhebe göre verilmesi istenir olmuştur.¹¹³ Irak'ta bulunan bir kadı, Ebû Hanife'nin (ö.150/767) mezhebi ile Mısır'daki bir kadı, İmam Şâfî'nin (ö.204/819) mezhebi ile hüküm veriyordu.¹¹⁴ Yine devlet başkanları ve valiler hangi mezhebi benimsemiş iseler orada hâkimler, benimsenen mezhep âlimlerinden seçilmekteydi. Mesela Abbasiler Hanefi mezhebine yakınlığından dolayı Bağdat kadılığına Ebû Yusuf (ö.182/798)'u getirmişlerdir.

Abbasiler devrinde birmahkemeye hâkimin mezhebi dışında bir davacının başvurusu durumunda, onun davasına bakacak kendi mezhebinden bir âlim naip tayin edilmiştir. Mâverdî (ö.450/1058), hâkim tayin edilirken mezhebin gözetilmesinin gerekli olmadığını belirtir. Tayin eden hangi mezhebden olursa olsun, isterse Hanefi hâkim tayin edebilir, isterse Şafii hâkim tayin edebilir.¹¹⁵

Bu devirde siyaset, -Emeviler'de olduğu gibi- yargıyı etkilemiş, Abbasi halifeleri yaptıkları işleri onaylamaları için hâkimlerden yararlanmışlardır. Âlimlerden çoğu hak ve adalete aykırı hüküm vermeye mecbur tutulmamak için, hâkimlik görevini kabul etmekten kaçınmışlardır. Ebû Hanife (ö.150/757) bu durumun en açık örneklerindedir.

Bu devirde kadıların görev ve yetkileri genişlemiş, daha önce medeni ve ceza davalarına bakan kadılar artık vakıflar ve vasiler, emniyet ve belediye işleri, darphane, beytü'l-mal gibi kurumlarla da meşgul olmuşlardır.¹¹⁶

Harun Reşit (ö.193/809) zamanında, bugünkü Adalet Bakanlığı'na karşılık gelen **Kâdî'l-Kudâtık** (baş hâkimlik) makamı oluşturulmuştur. Ebû Yusuf (ö.182/798), bu ünvanla anılan ilk hukukçudur. Edebü'l-Kadı bölümünde bu konuya değinilecektir.

¹¹³ Karaman, age, s. 238.

¹¹⁴ Nebhân, age, s. 563.

¹¹⁵ Mâverdî, Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed eş-Şâfîi, *Edebü'l-Kâdî*, Tab'atü'l-İrşâd, Bağdat, 1971, I-II, I, 184.

¹¹⁶ Nebhân, age, s. 564.

E- SELÇUKLULAR DÖNEMİNDE HÂKİMLİK (430/1038–641/1243)

Başlangıçta yargı Abbasiler dönemine benzetilmektedir. Selçuklular zamanında iki tür yargı organından bahsedilmektedir. Birincisi, kadılar ve kâdî'l-kudâtlar'ın oluşturduğu adlî yargı mahkemeleri; ikincisi, Divânü'l-Mezâlim denilen, idari yargı görünümünde yüksek mahkemelerdir.¹¹⁷ Selçuklularda şer'î mahkemelerin dışında “Örfî Mahkemeler”in de bulunduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca orduya mensup kimseler ile alakalı şer'î davalara bakan kazaskerler de vardı.

Selçuklular da benimsedikleri mezhep doğrultusunda hâkimleri tayin etmişlerdir. Hanefî mezhebi dışında, Şâfiî (ö.204/819) âlimlerin Selçuklu Devletinde söz sahibi olmaları ancak Nizamü'l-Mülk (ö.485/1092) zamanında mümkün olmuştur.¹¹⁸

Alâu'd-Din Keykubat devri âlimlerinden Urmiye'li Kadı Siraceddin (ö.682/1283)¹¹⁹ ile meşhur Selçuklu kumandanlarından Kemâlüddin Kâmyar'ı zikretmek gerekir. H.682, M.1283 senesinde doksan yaşında iken vefat eden Siracüddin, Konya'da Kâdî'l-Kudât denilen en yüksek mertebeye yükselmiştir.¹²⁰ Mevlâna Celâleddin Rumî'nin cenaze namazını da bu şahsın kıldırıldığı zikredilmektedir.

Selçuklular İktâ sistemi ile askerlerini imparatorluğun her tarafına dağıtarak toprak vergilerine bağlı bir ordu meydana getirmişlerdir. Bu iktâ usulü ile hem Selçuklular devletin temelini oluşturan Türkmenlerin geçimlerini sağlıyor hem de memleketin imarına ve idaresine de yeni bir imkân buluyorlardı.¹²¹ Selçuklularda iktâ sahipleri emirleri altında bulunan askerlerin sadece amiri değildir. Aynı zamanda hem idarî hem de adlî anlamda geniş yetkilere sahiptirler. Selçuklulardaki büyük iktalarda yargı işleri devletin baş kadısının (Kâdîl-Kudât) emir ve gözetiminde idi. Bununla birlikte şer'î davaların dışındakiler, Divân-ı Mezâlim (Dâru'l-Adl) müessesesinde görülmektedir.

İktalara ve askerlere ait işlere bakan idari hâkimlere Harzemşahlar devrinde “Yolak”, Moğollar devrinde “Yargucu” adı veriliyordu. XII. Yüzyılın başlarından itibaren Selçuklularda ve daha sonraki devletlerde meydana gelen Ordu Kadılığı (Kazasker)

¹¹⁷ Cin Halil, Akgündüz Ahmet, *Türk Hukuk Tarihi*, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya 1989, s. 222–223.

¹¹⁸ Karaman, age, s. 238.

¹¹⁹ Asıl adı Ebu's-Senâ Mahmud b. Ebi Bekr'dir.

¹²⁰ Uzunçarşılı, İsmail Hakkı, *Osmanlı Tarihi*, T.T.K. Yayınları Ankara 1983, I, 26.

¹²¹ Turan, Osman, *Selçuklular Tarihi ve Türk İslam Medeniyeti*, Dergah Yayınları, III. Baskı, İstanbul 1980, s. 312.

vardır. Kazasker'in eski Türklerdeki "Yolak" veya "Yargucu" isimlerinin İslami şekil almasından ibaret olduğunu belirten kimseler vardır.¹²²

Anadolu Selçuklu Devleti'nin adalet örgütü de, genel İslam prensiplerine uygundur. Hâkimlerin en üstünü, Konya kadısı idi ve ona Kâdi'l-Kudat adı verilirdi. Bütün ilmiye mensuplarının başı bu kişi idi. Askeri kişilerin yargı işlerini ise ordu kadıları görürlerdi. Bunlara "Kâdi Leşker" denirdi. Osmanlı kazaskerlerinin kökeninin buradan geldiği belirtilmektedir.¹²³

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

Osmanlılar, kendilerinden önceki Müslüman devletlerin geleneklerine uyarak kadı tayininde çok titiz davranmışlardır. Osmanlılarda kadı tayin edilmek bir takım niteliklere sahip olmak kadar, belirli bir tahsil düzeni ve hiyerarşik geçiş işlemine dayanmaktaydı. Dolayısıyla Osmanlılarda adliye, klasik İslam devletlerine göre daha gelişmiş esaslara dayanan bir sistemdir. Buna paralel olarak hâkimlik de başlı başına bir meslek olarak görünmektedir.¹²⁴

Osmanlılarda, başlangıçta sancak ve daha küçük yerlerin idari ve adli işlerinin kadılara bırakıldığı belirtilmektedir. Karacahisar fethedilince, buraya Dursun Fakih'in, ilk Türk hâkim olarak tayin edildiği bilinmektedir.¹²⁵ Bu dönemde en büyük ilmiye makamı Bursa kadılığıdır. Ancak I. Murad (ö.791/1389) zamanında kazaskerlik makamı kurulunca, Bursa kadılığı üstünlüğünü kaybetmiştir. Bursa'da bulunan Yeşil ve Yıldırım Camileri, ayrıca muhakeme salonu olarak kullanılmak için bu duruma uygun bir şekilde yaptırılmıştır. Yeşil Cami'de biraz yüksek olan minberle mihrap arası namaza, fiskiye-nin bulunduğu ve nispeten alçak olan yer davacılar, iki tarafındaki odalar da davaları görecek olan kadı ve kadı askerlere ayrılmıştır.¹²⁶

Kazaskerler, Osmanlı devletinde askerlerin davalarına, miras işlerine bakan ve ayrıca kadıları ve müderrisleri atayan en büyük adalet memuruna verilen isimdir.¹²⁷ Sözlük anlamı, "asker kadısı" demek olan kazaskerlik, Osmanlı ilmiye teşkilatında önemli bir yer tutar. Divan-ı Hümayun'un üyesi de olan kazaskerlerin görevleri sadece askeri

¹²² Turan, s. 313–314.

¹²³ Üçok, Coşkun, *Türk Hukuk Tarihi Dersleri*, A.Ü.H.F. Yayınları, Ankara 1972, s. 157.

¹²⁴ Ortaylı, İlber, *Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devleti'nde Kâdi*, Turhan Kitabevi, Ankara 1994, s. 12.

¹²⁵ Karaman, age, s. 260.

¹²⁶ Kazıcı Ziya, *İslam Medeniyeti ve Müesseseleri Tarihi*, Kayıhan Yayınları, İstanbul 1999, s.192.

¹²⁷ Üçok, Coşkun, age, s. 145.

saha ile sınırlı değildir. Kazaskerler aynı zamanda bütün sivil adli işlere de bakıyorlardı. Keza bunlar, kadı ve bazen de onların naiblerini tayin ediyorlardı.¹²⁸ Osmanlı Devleti'nde kazaskerlik Sultan I. Murad (ö.792/1389) zamanında, Bursa Kadısı Çandarlı Kara Halil Hayreddin Paşa (ö.789/1387)'nın bu vazifeye getirilmesi ile başladığı belirtilmektedir.¹²⁹ Osmanlı Devleti'nde kazasker yargı teşkilatının en büyük organlarından biri idi. Sefere çıkan orduya eşlik eden kazasker ganimetlerin dağıtılmasında başkanlık eder, askerler arasında veya orduya mensup biri aleyhine halktan biri tarafından açılan hukuk ve ceza davalarını çözüme kavuştururdu.¹³⁰

Osmanlı İmparatorluğu'nun yargı işlerini, sadece Kazaskerlerin ve şeyhülislâm fetvalarının çözemeyeceği açıktır. Dolayısıyla küçük kasabalara kadar dal budak salmış olan bir yargı örgütü vardır. Bu örgütün en önemli unsuru hâkimlerdir. Hâkimlerin kendi aralarında Kazaskerden aşağıya doğru giden bir hiyerarşileri vardır. Hâkimlerin başında “Molla” denilen hâkimler gelir ve bunlar da kendi aralarında guruplara ayrılırlar. Mollalardan sonra “Menasib-i Devriye” hâkimleri, ardından “Müfettişler” daha sonra da asıl “Hâkimler” gelmektedir. Hâkimlerden sonra “Naip”ler gelmektedir.¹³¹ Bu sınıflardan başka iki olağanüstü hâkim daha vardır. Bunlara, *Mahmel Kadısı*” ve “*Ordu Kadısı*” denilmektedir. Mahmel Kadısı, her yıl Mekke'ye giden büyük Hac kervanının başında bulunur. Ordu kadısı ise, Ege Denizinde dolaşmaya çıkan filonun başında bulunan hâkime denilmektedir.¹³²

Kazaskerlik makamı ihdas edildiğinde kadıların tayini kazaskerler tarafından yapılmaya başlanmıştır.¹³³ Ancak kadıların tayininin yapılması padişahın beratı ile gerçekleşmiştir. Fatih Sultan Mehmet (ö.886/1481) zamanında işlerin çoğalması sebebiyle kazaskerlik Rumeli ve Anadolu olmak üzere ikiye çıkartılmıştır. İstanbul'un fethinden sonra, İstanbul Kadısı ile kazaskerin büro ve görevleri birbirinden ayrılmıştır.¹³⁴ İlmiye mensuplarının tayin, azl ve nakil işlemlerini, Anadolu ve Rumeli Kazaskerlikleri yapardı. Kadıların tayin süreleri ve atandığı yerdeki görevleri kısa tutulmuştur. Mevleviyet payesini almış büyük kadılar genellikle bir sene, kaza kadıları ise 20 ay süreyle tayin edilmekteydi. Ortaylı, kadıların bu kadar kısa süreli tayinlerinin sebeplerini; mahalli

¹²⁸ Kazıcı, age, s. 201.

¹²⁹ Kazıcı, age, s. 200.

¹³⁰ Berki, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, s. 50.

¹³¹ Üçok, age, s. 152–153.

¹³² Üçok, age, s. 153.

¹³³ Keskiöğlü Osman, *Fıkıh Tarihi ve İslam Hukuku*, D.İ.B. Yayınları, Ankara 1999, s. 292.

¹³⁴ Ortaylı, age, s. 12.

halk ile yakınlaşmalarını sağlamak için olduğunu belirtir.¹³⁵ Prensipite her yeni padişahın cülûsundan sonra, kadıların görevlerinin yeniden tayin ve tasdiki gerekliydi. Örneğin Kanunî Sultan Süleyman, tahta çıktığında kadıların tayin ve tasdiki işleminden önce bütün kadıları teftiş etmiştir.¹³⁶

Osmanlı döneminde kadı hem bir hukukçu hem de bir idare adamıdır.¹³⁷ Kadıların yetkilerinin sınırı çok geniş idi. Medeni, ticari, ceza davalarına bakar, bir çeşit noterlik ve savcılık yapar, bazı idari ve mali vazifeleri de yerine getirirlerdi.¹³⁸ Osmanlılarda hâkim gerek görev, gerekse otorite ve yetki bakımından daha gelişkin bir yönetim ve hukuk adamı kişiliğine sahiptir.

Kadıların görevlerini şöyle sıralayabiliriz:

- 1) Naib, müteveli, imam, hatib vb. nin tayini,
- 2) Noterlik görevleri, vakfiye tanzim ve tescili, vasi tayini, yetim mallarının idaresi, nafaka tayini, alacak senedi (hüccet) ve kefalet gibi senetlerin tanzimi
- 3) Miras, evlilik akdi tanzimi,
- 4) Tapu sicil muhafızlığı, (kent arazisi üzerinde emlak alım satım kaydı)
- 5) İnfaz hâkimliği görevi,
- 6) Mülki görevler, vüzera haslarının kontrolü, narh tespiti, lonca teftişi, iaşe, kale dizdarları teftişi, mukataa' işlerinin kontrol ve kaydı, ordunun iaşe ve ibatesine yardım, birtakım dini grup ve zaviye ve tekkelerin durumlarını teftiş ve gözetme gibi ¹³⁹ görevleri vardır. Kadıların atamış oldukları naiplerin görevleri ise; kadı adına onun görevlerini ifa etmektir. Davalara bakmak, gerektiğinde keşfe çıkmak, görevlerinin başlıcalarıdır.¹⁴⁰

Kadıların asayiş işlemi için işbirliğinde bulunduğu memurlar ve diğer görevliler ise şunlardır; 1- Subaşı, 2- Yasakçılar, 3- Kale Dizdarları.¹⁴¹ Subaşılar, kolluk görevi görerek kadıya yardımcı olmaktadır. Kolluk görevi aslında geleneksel idare sisteminde yargı bölümünden bir görev olup, hâkime ait olduğu telakki edilmektedir. Ancak hâkimin kolluk görevini vekâleten Subaşı'ya bıraktığı bilinmektedir. Bu çerçevede **subaşı**; kadının hükümlerinin ve merkezden gelen emirlerin uygulanmasını sağlamak,

¹³⁵ Ortaylı, age, s. 16.

¹³⁶ Ortaylı, age, s. 20.

¹³⁷ Ortaylı, age, s. 8.

¹³⁸ Karaman, age, s. 299.

¹³⁹ Ortaylı, age, s. 28–29.

¹⁴⁰ Ortaylı, age, s. 31.

¹⁴¹ Ortaylı, age, s. 34 vd.

suçları önlemek ve suç işleyenleri takip edip yakalamak, kovuşturmak ve kadı'nın suçlu görüp hüküm verdiklerini cezalandırmak gibi görevlerini yürütmektedir. Subaşı, şüpheli kimseleri takip edip, yakalayabildiği halde hâkimin hükmü olmaksızın cezalandıramaz. Ancak böyle kimseleri gece gündüz mahkemeye sevk etme yetkisi vardır. Subaşı bir anlamda adli zabıta, bir anlamda en yüksek emniyet görevlilerinden biri ve infaz memurudur.¹⁴²

Naiplerden sonra kadıların en önemli yardımcısının “imam” olduğu belirtilir. İmamın hukuk adamı ve yargı görevlisi olarak hiçbir rolü olmamasına rağmen, bazı anlaşmazlıkları, bir cemaat üyelerinin yakınlık havası içinde çözmekte rolü vardır.¹⁴³

Önceleri kadılar fetva işleriyle de meşgul olurken, Yavuz Sultan Selim zamanında Şeyhülİslamlık makamı kurulmuş ve zamanla bu makam sadrazamlık görevi ile eşit tutulmuştur. Şeyhülİslam, ilmiye sınıfının başkanı ve şer’i mahkemelerin de nazırıdır.¹⁴⁴ 1838 yılında yapılan bir değişiklikle kadılar meşihat makamına bağlanmış,¹⁴⁵ Padişah II. Mahmud (1785/1839) zamanında mahkemeler kurularak, kadıların davalara evlerinde bakmalarına son verilmiştir. Tanzimat devrinden sonra, kadıların yetkileri daraltılarak sadece şer’i mahkemelere bakmaya yetkili kılınmıştır.

Osmanlı kadısı yargılamayı Hanefi mezhebinin kurallarına göre yapmaktadır. Ancak davacı, davasının diğer üç mezhepten birinin kurallarına ve içtihatlarına göre bakılmasını talep ederse, buna uymak zorunluluğu vardı. Osmanlılarda, mahkemelerin bağımsızlığı temel prensip olarak görülmektedir. Hukuk davalarında Padişah bile kadı hükmünü kabule mecbur tutulmuştur. Molla Gürani'nin (ö.894/1488) verdiği bir hükme sultan tarafından müdahale edilince, mahkemenin bağımsızlığına gölge düştüğü gerekçesiyle Gürani'nin istifa ettiği nakledilmektedir.¹⁴⁶

Hâkimlerin yetişmesi için ilk medrese 1326 yılında Orhan Gazi tarafından İznik'te kurulmuştur. Daha sonra Fatih Sultan Mehmet, “Sahn-ı Seman” medresesini kurmuştur.¹⁴⁷

Hâkimler, diğer devlet memurlarından başka bir statüye tabi tutulmuşlardır. Görevlerini çeşitli baskılardan uzak bir şekilde yapabilmeleri için kendilerine bazı teminat-

¹⁴² Ortaylı, age, s. 35.

¹⁴³ Ortaylı, age, s. 32.

¹⁴⁴ Karaman, age, s. 260.

¹⁴⁵ Keskiöglü, age, s. 292.

¹⁴⁶ Ortaylı, age, s. 62.

¹⁴⁷ Üçok, age, s. 153.

lar sağlanmış ve mahkemelerin bağımsızlığı kabul edilmiştir. Devletin çıkarmış olduğu ve iktisadi hayatın en ince noktalarını bile düzenleyen “İhtisap Ağaları” çarşı ve pazarlardaki hayatı düzenler ve denetlerlerdi.¹⁴⁸

XVIII. yüzyıldan itibaren mevleviyetler beş kategoriye ayrılmıştır. Bunlar; Mevleviyetliğin en alt derecesi olup, Maraş, Antep, Bosna, Sofya, Belgrad ve Bağdat gibi şehirlere ait **Devriye** Mevleviyeti; Kudüs, Halep, 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 Kadılığı**’dır. Mevleviyetlerin görev süresi 1 yıldır.¹⁴⁹

Tanzimattan Sonra:

Üçok’un belirttiğine göre; Tanzimattan sonra yeni kanunların çıkarılması ve adli yapıda değişiklikler yapılması sonucunda İslam Hukuku’na dayanan eski yargılama usulü de yeni kanunları uygulamaya çalışan yeni mahkemelere yetmemeye başlamış ve bir Hukuk Yargılama Usulü Kanunu Hazırlanması zorunluluğu doğmuştur. Bunu için dir ki 1879 tarihinde, 1807 tarihli Fransız Hukuk Yargılama Usulü Kanunu’na dayanılarak “*Usul-i Muhakeme-i Hukukiyye*” kanunu çıkarılmıştır.¹⁵⁰ Yine aynı yıl 1808 tarihli Fransız Ceza Yargılama Kanunu çevrilip yürürlüğe girmiş ve modern ceza mahkemeleri ve savcılık kurumu da Osmanlı Devleti’ne girmiştir. Bu kanun cumhuriyet döneminde de 1929 yılına kadar yürürlükte kalmıştır.

Bu durumla birlikte, İslam hukukunu uygulayan Şer’i Mahkemelerin yanında Avrupa’dan alınan kanunları uygulayan Nizamiye Mahkemeleri meydana gelmiştir. Böylece XIX. Yüzyılın sonlarına doğru Osmanlı İmparatorluğunda kapitülasyonların gereği olarak konsolosluk mahkemeleri bir yana bırakılırsa, azınlık mahkemeleri ile birlikte; Nizamiye Mahkemeleri, Ticaret Mahkemeleri, Şer’iyye Mahkemeleri ve Gayri Müslimlerin Dini Mahkemeleri,¹⁵¹ varlıklarını sürdürmüşlerdir.

Sultan Mahmud (ö.1255/1839) tarafından kurulan “Meclis-i Ahkâm-ı Adliye” hem yüksek bir mahkeme, hem de kanun ve nizâmât hazırlayan bir çeşit teşrî meclisidir. Daha sonra Sultan Abdülaziz (1830/1876) zamanında “Divan-ı Ahkam-ı Adliye” ile “Şûrây-ı Devlet” kurulmuştur. Bunlardan birincisi tüm mahkemelerin üzerinde yüksek

¹⁴⁸ Üçok, age, s. 154.

¹⁴⁹ Kazıcı, age, s. 194.

¹⁵⁰ Üçok, age, s. 189.

¹⁵¹ Üçok, age, s. 191.

bir adli yargı ve temyiz müessesesidir. Şûrây-ı Devlet ise hem yüksek idari müessese, hem de bir teşrî meclisi görünümündedir.¹⁵² Daha sonra çeşitli alanlar için başka mahkemeler kurulmaya devam etmiştir. 1879 tarihli bir kanun ile ilk defa müddeî-i umumi-lik (savcılık) kurulmuştur.

Osmanlı devletinde bir yüksek mahkeme olan Divân-ı Ahkâm-ı Adliyye'nin 14 Şubat 1870 tarihinde nezarete çevrilmesiyle Adliye Nezareti kuruldu. 23 Mart 1837'de ihtiyaç duyulan kanunname ve nizamnameleri hazırlamak üzere kurulmuş olan Meclis-i Vâlâyı Ahkâm-ı Adliye, 1868 de Şurâ-ı Devlet ve Divan-ı Ahkam-ı Adliye reislikleri olmak üzere ikiye ayrıldı. Divanı Ahkâmı Adliye başlangıçta bir yüksek mahkeme olarak düşünülmüş ve esas itibariyle birisi "temyiz", diğeri "istinaf" olmak üzere iki kısım halinde düzenlenmişti. Kısa bir süre sonra Divan-ı Ahkâm-ı Adliye nizamnamesiyle reislik nezarete dönüştürülerek Adliye Nezareti kuruldu. İlk nazırlığa da Ahmed Cevdet Paşa getirildi. Nazır aynı zamanda temyiz mahkemesi başkanı idi.¹⁵³

Nizamiye ve ticaret mahkemelerinin yanı sıra 13 Mart 1917 tarihli bir kanunla şer'iyye makemeleri de Adliye Nezareti'ne bağlanmış ise de bu durum devam etmemiş, 1919'da bu mahkemeler tekrar şeyhülİslamlığa bağlanmıştır. Konsolosluk mahkemeleriyle gayri Müslim azınlıkların cemaat mahkemeleri ise adliye nezareti dışında tutulmuştur.¹⁵⁴

Adliye Nezareti, 1873'ten 06 Ekim 1901'e kadar Ceride-i Mehâkim, 13 Ekim 1901'den 10 Mart 1907'ye kadar Ceride-i Mehâkim-i Adliyye adıyla haftalık, 1909'dan itibaren Ceride-i Adliyye ismiyle onbeş günlük bir dergi çıkarmıştır: Ceride-i Adliyye, Adalet Dergisi adıyla bugün de yayın hayatına devam etmektedir.¹⁵⁵

Osmanlı devletinin dağılması ile birlikte tazminattan sonra yapılan yeniliklerle birlikte, yargı alanında sağlanan birikim yeni kurulan Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ne devredilmiş oldu.

¹⁵² Karaman, age, s. 300.

¹⁵³ Yavuz, Hulusi, "Adliye Nezareti", *DİA*, I, 389.

¹⁵⁴ Yavuz, Hulusi, agm, I, 390.

¹⁵⁵ Yavuz, Hulusi, agm, I, 390.

İKİNCİ BÖLÜM
EDEBÜ'L-KÂDÎ

EDEBÜ'L-KÂDÎ

Edebü'l-Kâdî, İslam Muhakeme Hukuku'nun genel adıdır. Hâkimin gerek muhakeme sırasında, gerekse özel yaşantısında uyması gereken kuralları ihtiva eden kitapların da genel adı olmuştur. Bu kitaplarda hâkimin kişiliği, insanlarla ilişkileri, söz ve davranışları, giyim ve kuşamı da dâhil olmak üzere özel hayatı, beşeri münasebetleri ve resmi görevleriyle ilgili hususlar yol gösterici ve düzenleyici bir şekilde ele alınmıştır. Şöyle ki, hâkimin kişiliğinin ve özel hayatının yargılamanın başarısı ve verilen hükmün saygınlığı ile yakın ilişkisi olduğunda kuşku yoktur. Aynı zamanda İslam hukuk literatüründe Edebü'l-Kâdî, yargılama usulü ve adliye teşkilatıyla ilgili konuların ele alındığı özel bir ilim dalının adıdır.

Kur'an-ı Kerim'de yargılama hukukuna genel ilkeler çerçevesinde değinilmiş, sünnette ise daha ayrıntılı olarak, birçok emir ve tavsiye ile temas edilmiştir. Bir ayette “*İnsanların aralarında ihtilaf ettikleri konularda (adaletle) hükmetmek için Kur'an'ı hak üzere indirdi*”¹⁵⁶ buyrulmaktadır.

Hukuk ekollerinin oluşumu ve fıkıh kitaplarının tedviniyle birlikte hâkimlerin tayini, görev ve sorumlulukları, hak ve yetkileri, yargılama usul ve esasları, hâkimi ve tarafları ilgilendiren genel ve özel tavsiyeler çok defa, “Edebü-Kâdî”, “Edebü'l-Kadâ” gibi başlıklar altında incelenmiştir. Şahitlik, yemin, ikrar gibi konularında yargılama hukuku için ayrı bölümler açıldığı da olmuştur. Bu tarz eserler fıkıh kitaplarındaki ilgili bölümlere nispetle daha hacimli olmalarının yanı sıra, yargılama usulü ve adliye teşkilatıyla ilgili bütün asli ve tali konulara bütünlük içinde yer verilmiş ve uygulamaya yönelik pratik bilgi ve örneklerle dikkati çekmiştir.

I- KAZA VE FETVA KAVRAMLARI

A- KAZA (YARGILAMA):

Kazâ, sözlükte hüküm anlamına gelir. Terim olarak ise, şeriat hükümlerine uygun olarak, taraflar arasındaki anlaşmazlığı gidermek anlamında kullanılır.¹⁵⁷ Fetâvâyı

¹⁵⁶ Bakara, 2/213.

¹⁵⁷ Nebhân, age, s. 553.

Hindiyeye'de, "*Kazâ; toplumun velayetini üzerinde bulunduran şahıstan sudur eden ve kendisine uyulması lazım gelen sözdür*"¹⁵⁸ denilmektedir. Yine kazâ bağlayıcı olmak üzere şeriatin hükmünü bildirmektir. "*Kâdî hüküm verdi*" sözünün anlamı, "*hakki ehline bağladı,*" demektir.

İslam hukukçuları, devletin asli görevleri arasında yargı organı bulunmasının şart, toplumun huzur ve güvenliğinin sağlanması için, hâkim tayin etmenin, devlet başkanı üzerine farz bir görev olduğunu belirtmişlerdir. Hâkimlerin tayini başlığı altında bu konuya değinilecek, burada yargı faaliyetinin mutlaka ihmal edilmemesi gereken bir konu olduğu üzerinde durulacaktır.

Cahiliyye döneminde ortaya çıkan anlaşmazlıklarda güçsüz olanların haklarının gasp edildiği, güçlü ve zengin olanların, zayıf ve fakir olanları ezdiği tarih kitaplarında anlatılmaktadır. Hz. Peygamber (sav) İslam öncesi mevcut olmayan, adli gereksinimleri çeşitli yollardan sağlamaya çalışan toplum için yargı fonksiyonunu, devletin bir görevi olarak ilan etti. Medine'de, İslam devleti kurulmadan önceki meydana gelen karışıklıklar bu şekilde kaldırılmış oldu. Kur'an-ı Kerim de adlî işlerin yürütülmesinde başta peygamberleri sorumlu tutmuş, bu çerçevede Kur'an'da, Hz. Davud'a,¹⁵⁹ Süleyman'a¹⁶⁰ ve Hz. Muhammed'e¹⁶¹ bu görevin verildiği belirtilmiştir.

İsmail Hakkı İzmirli, kazâ konusunda şunları belirtmektedir: "Hakk ile kazâ etmek adaleti ortaya çıkarır, adalet ile de âlemin düzeni ayakta durur, zulüm ortadan kalkar. Hak, hak edene ulaşır, fesadın çıkışını hazırlayan tartışmalar (münâzaat) kesilir, iyilik emredilir, kötülük sakındırılır ki, peygamberler bu sebeplerden dolayı gönderilmiştir. Kazâ sünnet-i peygamberî'dir. Dolayısıyla kazâyı terk etmek dalâlet, kazâyı icra etmek hidayettir."¹⁶²

Kadı hükm-ü şeriyye'yi ispat etmesi ile şahit; emir ve nehiy etmesi yönüyle müftî; hükm-ü şeriyye'yi ilzam ve ihbar etmesi cihetiyle de sultan'dır.¹⁶³ Hz. Peygamber (sav) ilk zamanlarda adli, idari, askeri ve siyasi işleri bizzat kendisi yürütmekteydi. Ancak sonraları İslam ülkesinin genişlemesiyle bu görevlerden bazılarını arkadaşlarına havale etmek mecburiyetinde kalmıştır. İslam topraklarına katılan Yemen, Bahreyn,

¹⁵⁸ Fetâvâyi Hindiyeye, (Çev. Komisyon), I-XVI, Huzur Yayınları, İstanbul Ts, VI, 217.

¹⁵⁹ Sa'd, 38/26.

¹⁶⁰ Neml, 27/16.

¹⁶¹ Mâide, 5/48.

¹⁶² İzmirli, İsmail Hakkı, *Kitâbu'l-İftâ ve'l-Kazâ*, Evkâf Matbaası, By 1919, s. 18.

¹⁶³ İzmirli, age, s. 18.

Umman, Necran gibi bölgelere anlaşmazlıkları çözecek hâkimler göndermiştir. Hz. Ali, (ö.41/661) Muaz b. Cebel (ö.18/639) gibi sahabeler kadı olarak görevlendirilenler arasındadır.

İslam hukukçularına göre, İslam'da kazâ müessesesi başlangıçta bölümlere ayrılmış değildir. Sadece bir çeşit kadılık vardır. Gerek sulh ceza, gerekse hukuk, ticaret davalarına aynı hâkim bakar.¹⁶⁴ Daha sonraları bazı İslam devletlerinde çeşitli konularda hâkimler tayin edilmiştir. Hatta adlî faaliyetlere dair bazı işler kadılıklara bağlı olmayan memurlara verilmiştir.

1) Yargının Meşruiyeti ve Hukuksal Dayanakları

İslam hukukçuları yargılama görevini devlet başkanının görevleri arasında sayarlar. Allah Teala, Hz. Muhammed'den (sav) önce gönderdiği bazı peygamberlere yargılama işinin yerine getirilmesini bizzat emretmiştir.¹⁶⁵ Serahsî (ö.483/1090), Allah'a iman etmekten sonra, adalete uygun olarak yargılama yapmanın farzların en güçlüsü, ibadetlerin en şerefli olduğunu belirtir.¹⁶⁶ Yargılama faaliyetinin hukuksal dayanaklarını ve meşruluğunu aşağıda delilleri ile izah etmeye çalışacağız.

a- Kitap

Kur'an-ı Kerim'de şöyle buyrulmaktadır:

يا داود انا جعلناك خليفة في العرض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله... (الي اخ)¹⁶⁷

“Ey Davud! Gerçekten biz seni yeryüzünde halife yaptık. İnsanlar arasında hak ile hüküm ver. Nefis arzusuna uyma yoksa seni Allah'ın yolundan çevirir.”

Elmalılı Hamdi Yazır, bu ayetin açıklamasını şöyle ifade etmektedir: “Ey Davud! Şüphesiz ki biz seni yeryüzünde bir halife yaptık. Yani kendi keyfine göre asaleten hüküm vermek için değil, Allah Teâlâ'nın adına izafetle, O'nun hükümlerini yürütmekle görevli ki, Âdem'in yaratılışının hikmeti de bu idi. Şimdi insanlar arasında gerçek ile hüküm ver. Çünkü halifeliğin mânâsı budur. Ve hevaya tabi olma. Nefsin arzusu arkasından gitme, keyfe göre hükmetme ki, bu durum seni Allah'ın yolundan şaşırmasın. Çünkü Allah yolundan sapanlar; Firavunlar gibi hüküm kendilerinin zannederek Allah'ın hükümlerinden başkasını tatbik çalışanlar, hesap gününü unuttukları için kendilerine çok şiddetli bir azab vardır. Bunun üzerine şu üç ayet, iki kıssa arasında

¹⁶⁴ Keskiöglü, age, s. 294.

¹⁶⁵ Sa'd, 38/26.

¹⁶⁶ Serahsî, Muhammed b. Ebî Sehl, *el-Mebsût*, II. Baskı Dâru'l-Mârifê, Beyrut 1406, XVI, 59.

¹⁶⁷ Sa'd, 38/26.

fasıla ayetleri, yani bir fasl-ı hitabdır. Bunların da Hz. Davud'a hitab olma ihtimali var ise de "sabret, hatırla!" gibi Hz. Muhammed 'e (sav) hitab olması daha doğrudur.¹⁶⁸

Allah insanı halifesi seçtiğine göre, yargılama yapan kimsenin yargılamasında Allah adına hareket ettiği anlamı ortaya çıkmaktadır. Yine ayetteki emrin Hz. Peygamber (sav)'i de kapsadığı belirtilmektedir. Serahsî (ö.483/1090) de, buradaki emrin son peygamber Hz. Muhammed'e kadar geçerli olduğunu belirtir. Yine Allah, yargılamanın hakkıyla gerçekleşmesi, adaletin ortaya çıkması, bu adaletle göklerin ve yerin ayakta durması ve zulmün kaldırılması içindir ki Allah, akli olanları, akla, zulümden mazlumu kurtarmaya, hakkı hak edenle buluşturmaya ve iyiliği emredip kötülüğü yasaklamaya çağırır.¹⁶⁹

Kur'an-ı Kerim'de, bir ayette yine şöyle buyrulmaktadır:

و ما كان لمؤمن و لا مؤمنة اذا قضى الله و رسوله امرا ان يكون لهم الخيرة من امرهم...¹⁷⁰

“Allah ve peygamberi bir işe hüküm verdiği vakit, erkek ve kadın hiçbir mü'min için kendi işlerinde seçme hakkı (muhayyerlik) yoktur. Olamaz. Kim Allah'a ve Peygamberine isyan ederse, muhakkak açıkça doğru yoldan ayrılmış olur.”

Hz. Peygamber'in (sav) bir hükmüne itirazdan dolayı inen bu ayetten, peygamberin verdiği hükme itiraz edilmemesi gerektiği bizzat Allah tarafından bildiriliyor.

و ان احكم بينهم بما انزل الله و لا تتبع اهواءهم واحذرهم ان يفتنوك عن بعض ما انزل الله اليك...¹⁷¹

“Ey Muhammed, onların aralarında Allah'ın indirdiği ile hükmet. Onların arzularına uyma. Onlardan sakın ki, Allah'ın sana indirdiği hükümlerin bir kısmından seni şaşırtmasınlar.”

Elmalılı, bu âyetin tefsirinde, âyetin iniş sebebini anlattıktan sonra, Allah'ın indirdiği ile verilen hükmü kabul etmemenin büyük bir günah olduğunu, böyle yapanların Allah tarafından şaşırtılacağını ve hüsrana uğratılacağını belirtmiştir.¹⁷² İslâm'da yargının meşruiyeti konusunda Kur'an'da birçok ayet vardır. Mâide suresinin 42–43–48–49–50. ayetleri, Nisa suresinin 59–65–105 ayetleri Hz. Peygamber'i (sav) ve dolayısıyla biz Müslümanları, ihtilaflar ve anlaşmazlıklar karşısında nasıl yargılama yapılacağı hususunda aydınlatmaktadır.

¹⁶⁸ Yazır, Elmalılı Hamdi, *Hak Dini Kur'an Dili*, I-VIII, Eser Kitabevi, İstanbul, Ts, VI, 4091.

¹⁶⁹ Serahsî, age, XVI, 60.

¹⁷⁰ Ahzab, 33/36.

¹⁷¹ Maide, 5/49.

¹⁷² Yazır, age, III, 1697-1698.

b- Sünnet

Aşağıda mealini vereceğimiz ayet, Hz. Peygamber'in (sav) yargı görevini yürüttüğünü pek açık bir şekilde ortaya koymaktadır:

*“Ey Muhammed, onların aralarında Allah'ın indirdiği ile hükmet. Onların arzularına uyma. Onlardan sakın ki, Allah'ın sana indirdiği hükümlerin bir kısmından seni şaşırtmasınlar.”*¹⁷³

Hz. Peygamber (sav) tarafından Muaz b. Cebel'in (ö.18/639) Yemen'e hâkim olarak gönderilişi olayını, yargılama konusu geçen tüm kitaplarda bulmak mümkündür. Bu hadis “*Muaz hadisi*” diye de meşhur olmuştur. Hz. Peygamber (sav), Muaz b. Cebel'i uğurlarken onu bir sınava tâbi tutmuş ve yargılama yaparken ne ile hükmedeceğini sormuştur. Muaz bu soruya; “*Allah'ın kitabı ile hükmederim,*” diye cevap vermiştir. “*Eğer Kur'an'da bulamazsan ne yapacaksın*” diye sorunca; “*Allah'ın elçisinin bu konuda verdiği hükümlere bakarım*” cevabını vermiştir. Hz. Peygamber (sav): “*Allah'ın elçisinin uygulamalarında da bulamazsan ne ile hükmedeceksin*” deyince; “*kendi ictihadımla hükmederim*” demiştir. Hz. Peygamber (sav) bu cevaplar karşısında, Allah'a dua etmiş ve mutlu olmuştur.¹⁷⁴

Bu rivayette yargılama usulü özetle belirtilmiştir. Şöyle ki bir hâkim yargılama yaparken öncelikle Kur'an'a, sonra sünnete bakacak, eğer aradığı hükmü bulamazsa kendi mevcut bilgisiyle ictihad edecek ve kararını verecektir. Bu hadisten ayrıca, Hz. Peygamber'in (sav) yargı görevine çok büyük önem verdiği anlaşılmaktadır. Bizzat kendisi insanlar arasındaki ihtilafları çözmekle kalmamış, civar şehirlere bilgili arkadaşlarını göndererek yargı görevinin aksamaması için çalışmıştır. Hadisten çıkarılacak bir diğer hüküm ise, hâkimlerin tayinini yapmadan önce onları bir sınavdan geçirmenin gerekliliğidir. Hz. Peygamber (sav), Muaz'a sorular sorarak onu bir bakıma sınava tabi tutmuş ve sonuçta hâkim olarak görevlendirmiştir.

Kettânî, Hz. Peygamber'in (sav) kendisinin de yargılama yaptığını belirterek, bu konuda yazılmış eserlerden bahsetmektedir. İbnü't-Tallâ'nın Kitâbu Akdiyeti'r-Resul isimli kitabı ile Ebû Bekr b. Ebî Şeybe'ye ait Kitabı Akdiyeti Resulillah isimli kitaptan bahsetmektedir.¹⁷⁵

¹⁷³ Maide, 5/49.

¹⁷⁴ Mâverdî, Ebi'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Hubeyb el-Barsî eş-Şafî, *el-Ahkâmu's-Sultâniyye vel-Vilâyâti'd-Dîniyye*, Mektebet-ü Dâr-i İbn Kuteybe, Kuveyt 1989, s.55.

¹⁷⁵ Kettânî, Muhammed Abdulhay, *et-Terâtibu'l-İdâriyye*, Çev. Ahmet Özel, İz Yayıncılık, İstanbul 1991, II, 13.

Hz. Peygamber (sav) zamanında Hz. Ömer (ö.23/643), Hz. Ali (ö.41/661), Abdullah b. Mes'ûd (ö.32/652), Übey b. Ka'b, (ö.30/651) Zeyd b. Sâbit (ö.45/665) ve Ebû Musa el-Eş'ârî (ö.44/664) kadılık yapan kimselerdendir.¹⁷⁶ Hz. Ali'den rivayet edilen bir hadise göre; Hz. Peygamber (sav), kendisini Yemen'e kadı olarak tayin etmiştir. Gönderirken Hz. Ali, yaşının küçüklüğünü mazeret göstererek tayinden affedilmesini istemiş, Hz. Peygamber (sav), Allah'ın kalbine hidayet vereceğini, dilini kuvvetlendireceğini belirtmiş ve “*senin önünde oturan hasımlar arasında hüküm vermeden önce iki tarafı da dinle*”¹⁷⁷ buyurmuştur.

c- İcma

Yukarıda bahsi geçtiği üzere Hz. Peygamber bizzat yargı faaliyetlerinde bulunmuş ve gerekli gördüğü yerlere bilgisine güvendiği kimseleri hâkim tayin etmiş ve yargı faaliyetleri kesintiye uğramadan devam etmiştir.

Hz. Ebû Bekr'den (ö.13/634) itibaren râşid halifeler zamanında yargı faaliyetleri durmamış bütün hızıyla devam etmiştir. Hz. Ebû Bekr zamanında, Hz. Ömer kadılık yapmaya başlamıştır.¹⁷⁸ Yine Hz. Ebû Bekr Bahreyn'e bir hâkim tayin etmiş, Dihyetü'l-Kelbi'yi (ö.52/672) de Yemen'in bir nahiyesine yargı faaliyetini yürütmesi için göndermiştir. Hz. Ömer zamanında yargı faaliyetleri hızlanmış, Ebû Musa'l-Eş'ârî'yi (ö.44/664) Basra'ya, Abdullah b. Mes'ud'u (ö.32/652) Küfe'ye hâkim tayin etmiş, Hz. Osman ve Hz. Ali (ö.41/661) de seleflerinin bu uygulamalarını devam ettirmişlerdir.¹⁷⁹

Gerek Hz. Peygamber'in gerekse onun arkadaşlarının yargı faaliyetlerine önem vermesi ve uygulaması Müslümanlar arasında uygulanması gereken bir farz takip edilmesi gerekli bir sünnet olduğu yönünde icmanın oluşmasını sağlamıştır.

d- Akıl

Hâkim'in bir anlaşmazlığın çözümü için öncelikle Kur'an-ı Kerim'e, bulamazsa Hz. Peygamber'in (sav) uygulamalarına, onda da bulamazsa, halifelerin uygulamalarına, yine bulamazsa aklına müracaat etmesi, İslâm'ın ruhuna uygun bir şekilde çözümünü bulması gerekir. Her olayın çözümünün Kur'an'da olamayacağı açıktır. Olaylar sonsuz Nass ise sınırlıdır. Sınırlı olan Nass'tan hareketle akıl, sonsuz olaylar karşısında çözümler üretecek ve hukuk canlılığını devam ettirebilecektir.

¹⁷⁶ Kettânî, age, II, 13.

¹⁷⁷ Ebû Davud, Akdiye, 6.

¹⁷⁸ Kettânî, age, II, 20.

¹⁷⁹ Mâverdî, *Edebü'l-Kâdî*, I, 132–135.

Ayrıca devletin kuruluş amaçlarından birisi de toplum halinde yaşayan insanların aralarında meydana gelen anlaşmazlıkları üstün gücü vasıtasıyla çözüme kavuştur- maktır. Devlet Başkanı'nın, halkın sorunlarını çözmekle görevli olduğunu, anlaşmazlık- lara kayıtsız kalamayacağını aklen de kabul etmekteyiz.

Akıl, kazanın meşruiyetini ve zaruretini idrak etmektedir. Bir toplum içinde iyi insanların bulunmasının yanında başkalarının hakkını ve hukukunu çiğneyen insanlar da vardır. Toplumun düzeninin korunması ve zalimin zulmüne engel olunması için hukuk kuralları konulmuştur. Eğer kanunlar konulmasaydı adaleti ve hukukun üstünlüğü koru- namazdı.

Hayat ihtilafsız, dosdoğru devam etmediği için yargı-kazâ sosyal hayatın zaru- retlerindedir. Çünkü ihtilaf ve kavga insanlar arasında mutlaka meydana gelecektir. Aynı şekilde ihtilafları hak ve adaletle halletmeyi tanzim etmek de mutlaka şarttır. İslam hukukçuları da bu sebeple ayrıntılı bir şekilde yargı işlerini düzenlemiş bütün unsurları ve şartlarını belirtmiştir.

2) Yargı Erkinin Hükümü

İslam hukukçularından Kâsânî (ö.587/1191), yargı fonksiyonunu yerine getire- cek bir kurumun varlığının, toplumun huzur ve sükûnunu sağlanması bakımından şart olduğunu belirtmektedir.¹⁸⁰ İnsanlar arasında meydana gelen anlaşmazlıkları çözmek, İslam devletinin bizzat görevidir. Devlet başkanı ise devletin bütün idari ve yargı görev- lerine tek başına yetişemeyeceğinden, ilgili bölgelerde, şehirlerde, anlaşmazlıkları çö- züme kavuşturmak için hâkimler tayin etmesi gereklidir. Hz. Peygamber'in (sav) Ye- men, Mekke gibi bazı şehirlere kadılar tayin ettiğini yukarıda bahsetmiştik.

Hz. Ömer'in (ö.23/643) Ebû Musa'ya (ö.44/664) gönderdiği mektupta, yargıla- ma işinin farz ve uyulması gerekli bir sünnet olduğu¹⁸¹ belirtilmiştir. Ayrıca adil bir yar- gılama işinin, yapılan ibadetlerin en önemlilerinden ve şerefliyelerinden birisi olarak kabul edilmiştir.¹⁸² İzmirli, Kitâbu'l-İftâ ve'l-Kazâ isimli eserinde şöyle demektedir:

“Şeriat-i Celilemizin emrettiği kazâ bi'l-hakk, imân-ı billah'tan sonra akvâ-i farâizden biridir.”¹⁸³ Yani İslam hukukuna göre adaletli bir şekilde yargılama görevi,

¹⁸⁰ Kâsânî, Atâuddin Ebî Bekr b. Mes'ud, *Bedâyi'u's-Sanâyi' fi Tertibi'sh-Sherâi*, Matbaatu'l-İcmâiyye, Mısır, 1910, VII, 2.

¹⁸¹ Hamidullah, *İslam Anayasa Hukuku*, s. 288.

¹⁸² Mavsîlî, Abdullah b. Muhammed b. Mevdûd, *el-İhtiyar li-Ta'lîli'l-Muhtar*, Pamuk Yayınları, İstanbul, Ts, s. 258.

¹⁸³ İzmirli, age, s. 17.

Allah'a iman etmekten sonra farzların en önemlilerinden sayılmaktadır. İzmirli, devamla; yargının dini bir görev olduğunu, hâkimin birçok konuda velisi olmayanların velisi olduğunu, Allah Teala'nın, Hz. Âdem'e "*halife*" ismini vermesinin kazâ göreviyle yakından ilgili olduğunu belirtir.¹⁸⁴

3) *Yargı'nın Unsurları*

a- Hâkim

İnsanlar arasında vuku bulan anlaşmazlıkları, şer'î hükümlere uygun olarak çözümlenmek üzere veliyyü'lemir tarafından tayin olunan kazaî ve adlî yetkisi bulunan kimseye Hâkim denir.¹⁸⁵

b- Davacı (Müddeî')

Davacı; kısaca "hak iddia eden kimseye" denir. "Müddeî" kelimesi de bu anlamda kullanılmıştır. Davacı, hiçbir zorlama olmaksızın hür iradesiyle mahkeme şikâyetinde bulunabilmelidir. Bu konuda davacıyı zorlama olmaz. Hukuk davalarında bu böyledir.¹⁸⁶ Ceza davalarında hakkı gaspedilen kişi bizzat şikâyetinde bulunacağı gibi, tüm Müslümanlar ve ilgili mahkeme de re'sen dava açabilmektedir. Davacının davacı olabilmesi için şahadet ehlinde olması, duruşma sırasında hazır bulunması, dava açıp hâkimin hükmünü istemesi gibi şartlar bulunmaktadır.¹⁸⁷

c- Davalı (Müddeâ' Aleyh)

Literatürde "müddeâ aleyh" tabiri ile de karşılanan davalı, kendisinden hak talep edilen kimseye denmektedir. Davalının aleyhine karar verilmesi durumunda ise "mahkûmun aleyh" tabiri kullanılır.

Davalı kimsenin aleyhine karar verildiği sırada mahkeme salonunda olması veya vekil ile temsil edilmesi gerekir. Ebû Hanife'ye (ö.150/757) göre gaip olan kimse aleyhine hüküm verilemez. Ancak İmam Malik (ö.179/795) ve Şâfi'ye (ö.204/819) göre gaip olan aleyhine hüküm verilmesi caizdir.¹⁸⁸ Davalının gıyabına hüküm verilebilir diyen hanefilere karşı diğer üç mezhep gâib hakkında hüküm verilemeyeceğini söyler. Eğer taraflar çağırılıp da mazeretsiz olarak gelmemişlerse, kolluk güçleri onları bulur ve zorla mahkemeye getirir.

¹⁸⁴ İzmirli, age, s. 17.

¹⁸⁵ Erdoğan, Mehmet, "*Kâdî*", *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Ensar Neşriyat, İstanbul 2005, s.283.

¹⁸⁶ Kâsânî, age, VII, 8.

¹⁸⁷ Nebhân, age, s. 582.

¹⁸⁸ Nebhân, age, s. 528.

d- Hüküm

Hüküm kelimesi sözlükte; hükmetmek, ihtilafları çözmek, menetmek anlamlarına gelir. Hüküm kelimesinde, ilim, fıkıh ve adaletle hükmetmek manaları da vardır. Hüküm'ün terim anlamı ise; davaları hall ve fasl etmek anlaşmazlıkları ortadan kaldırmak demektir. Yine hüküm kelimesi terim olarak iki farklı anlamda kullanılmaktadır. Hukuk Muhakemeleri usulünde; hâkimin, tahkikat ve muhakeme sonucunda, taraflara yükletilen külfeti, vazifeyi veya tanınan hakları ve yetkileri gösteren beyanıdır. Nizâ ve ihtilafi neticelendiren kararıdır. Ceza muhakemeleri usulünde ise, hâkimin son tahkikatı bitiren ve sanığın beraatına veya mahkûmiyetine veya duruşmanın tatiline veya da davanın düşmesine dair beyanı,¹⁸⁹ olarak tarif edilmektedir.

Mecelle'de, "*Hüküm*" kelimesinin iki anlamı olduğunu belirtir. Birincisi, "*hâkimin, "hükmettim" lafzı ile mahkûmun bihi, mahkûmun aleyhe mecbur tutması, zorlaması*", ikincisi, "*hâkimin "senin hakkın yok" lafzı ile müddei'yi münazadan men etmesi*"dir. Buna "*Kazai't-Terk*" denilir.¹⁹⁰

B- FETVA

1) Fetvanın tanımı ve hukuktaki yeri

İftâ, fetva vermek, genellikle bir soru üzerine dinin hükmünü bildirmek anlamına gelmektedir. Fetva verene de "*Müftî*" denilir. Hz. Peygamber (sav) zamanında bu terim yerine "âlim", "fakih", "zü'r-re'y" gibi terimler kullanılmıştır.¹⁹¹

Fetva terim olarak; "Bir meselenin hall ve beyanı zımında vaki olan sualin cevabı", "Şer'i meselelere dair suallerin cevapları" şeklinde tarif edilmiştir. *Fetva, fütva* gibi terimler; "genç ve kuvvetli anlamına gelen "fetâ" maddesinden alınmışlardır. Çünkü fetva ile bir meselenin hükmü açıklanmış bir müşkil hadise hal ve takviye edilmiş olur. Müftî, bir olayı tahkik etmekle meşgul olmayıp, anlatılana göre hükmünü açıklar. Müftünün açıklaması sırf ilmîdir. Müftinin görüşünü alanlar isterlerse kabul ederek gereğini yerine getirirler. İstemezlerse kabul etmezler. Bu takdirde aralarındaki anlaşmazlığı hâkime giderek çözüme kavuşturabilirler. Müftinin açıklaması resmi bir görevi olmayan bir ilim adamının açıklaması gibidir.

¹⁸⁹ Erdoğan, Mehmet, "hüküm" age, s. 207.

¹⁹⁰ Mecelle, I, 365.

¹⁹¹ Karaman, age, s. 99.

Hz. Peygamber (sav) zamanında fetva verecek seviyede bulunan yüz kırk üç kişinin bulunduğu hukuk kitaplarında belirtilmektedir.¹⁹² Ömer b. Abdilaziz (ö.101/720) zamanında fetva verme teşkilatı resmi bir devlet teşkilatı haline geldiği belirtilmektedir.¹⁹³

2) Müftî

Sözlükte; “*fetva veren, şerî meselenin hükmünü beyan eden ehil zat*” olarak belirtilmektedir.¹⁹⁴ el-İkna’ isimli eserde; *Müftî, şer’i hükmü açıklayan ve zorlama olmaksızın haber veren kişidir*, denilmektedir.¹⁹⁵ Hz. Peygamber (sav) zamanında bu terim yerine “âlim, fakih, zü’r-re’y” gibi terimler kullanılmıştır.¹⁹⁶ Serahsî, (ö.483/1090) İslâm’ın ilk zamanlarında hâkimlerin, müftî olarak da adlandırıldığını belirtmektedir.¹⁹⁷

Kadınların hüküm için kanun yerine başvurdukları kaynaklar arasında fıkıh ve fetva kitaplarının önemli bir yeri vardır.¹⁹⁸ Bazı âlimler, hâkimin bütün fıkıh meselelerine muvaffak olamayacağından müftîden fetva alabileceğini belirtmişlerdir. Özellikle hanefî mezhebi hukukçularından bazıları, cahil bir kimsenin kadı olabileceği hususunda cevaz vermektedirler. Bununla birlikte Ebû Hanife (ö.150/757), “*Bir kimsenin, delillerimizi bilmeden bizim sözümüzle fetva vermesi helal olmaz*”¹⁹⁹ demiştir. İsmail Hakkı İzmirli; icthad ehli olmayan hâkimlerin müftinin fetvasıyla hüküm verebileceğini belirtir.²⁰⁰ Ancak Şafiîlere göre icthad ehli olmayan kimsenin hâkim olmasının caiz olmadığını belirtelim. Mecelle, hâkimin fıkhi meselelere, yargı usulüne vâkıf, davaları onlara uygulayarak hall ve fasletmeğe muktedir olmasını şart koşturmuştur.²⁰¹

3) Müftîde Aranılan Şartlar

Bir kimsenin fetva vermeye ehliyetli olması için beş şart öne sürülmektedir:

1- İyi niyet sahibi olmak,

¹⁹² İbn Kayyim el-Cevziyye, *Şemseddin Ebu Abdullah Muhammed b. Ebi Bekr, İ’lamu’l-Muvakkîn an Rabbi’l-A’lemîn*, I-II, Mekketü’l-Mükerrreme Ts, I, 12.

¹⁹³ İbn Sa’d, Ebû Muhammed Abdullah b. Müslim, *et-Tabakâtü’l-Kübra*, I-VIII, Dâru’s-Sâdır, Beyrut, Ts, II, 2.

¹⁹⁴ Erdoğan, “Müftî”, age, s.416.

¹⁹⁵ Makdisî, Şerefüddin Musa b. Ahmed, *el-İkna li-Talebi’l-İntifâ*, Dâru Âlemi’l-Kutub, Riyad, 1999, s. 400.

¹⁹⁶ Karaman, age, s. 99.

¹⁹⁷ Serahsî, age, XVI, 109.

¹⁹⁸ Karaman, age, s. 262.

¹⁹⁹ Muhammed Hanefî, İbrahim b. Ebi’l-Yemen, *Lisanü’l-Hükkâm fi Ma’rifeti’l-Ahkâm*, el-Bâbiyyü’l-Halebî, Kahire, 1973, I, 218.

²⁰⁰ İzmirli, age, s. 27.

²⁰¹ Mecelle, mad. 1793.

- 2- İlim, hilm, vakar ve ciddiyet sahibi olmak,
- 3- Kendinden ve bilgisinden emin olmak,
- 4- Halka kendi otoritesini kabul ettirmek,
- 5- İnsanları iyi tanımak.²⁰²

Fetâvâyi Hindiyeye'de, “*müftî her şeyden önce müctehid olmalıdır. Eğer müctehid değil de, müctehidlerin sözlerini naklediyorsa bu müftî değildir.*” denilmektedir. Bununla birlikte müftî Müslüman ve akıllı olmalıdır. Bazı âlimler müftînin uyanık olmasını da şart koşmuşlardır. Müftînin erkek olması şart değildir. Kadın her konuda hâkim olamaz ise de fetva verebilir. Bu konuda herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Fetva vermenin şartlarından biri de, müftînin adaletli olmasıdır. Müftînin, yumuşak sözlü, güler yüzlü olması gerekir. Farazi meseleler üzerine fetva vermemesi gerektiği de belirtilmiştir. Bir müftînin ahlakı değiştiği ve doğru yoldan çıktığı zaman kendisinde fetva verme ehliyeti kalmaz. Yine müftî eğer hata ederse, çekinmeden hatasından dönüş yapmalı ve doğru olanı ifade etmelidir. Belde ehlinin manasını bilmediği kelimelerle fetva vermesi de caiz değildir. Müftî hâkimlerin aksine, hem davetlere icabet edebilir hem de kimden olursa olsun hediyeleri kabul edebilir.²⁰³

4) Kaza ve Fetva Arasındaki Farklar

Gerek fetva, gerekse kazâ İslam'ın en önemli kurumlarından. İzmirli'nin belirttiğine göre fetva ve kaza arasında başlıca beş fark bulunur:

1- *Fetva zorlayıcı değil, kazâ zorlayıcıdır.* Gerek fetva veren müftî, gerekse yargılama yapan kadı, ikisi de Allah'ın ve Peygamberinin hükmünü bildirirler. Ancak lehine hüküm verilen ile aleyhine hüküm verilen kimse hâkimin hükmünü kabule mecburdur. Fakat fetva alan kişi, müftînin hükmünü kabule mecbur değildir. Dolayısıyla hâkimlik müftîlikten daha zor ve sevabı daha çoktur. Buna mukabil tehlikeli bir iştir.

2- *Fetva mahza ihbar, kazâ, ihbar ile inşâ'dır.* Yani Müftî Allah'ın bildirdiklerinden yola çıkarak direkt olarak sorulan soruya sadece bir hüküm verir. Ancak kadı buna ilave olarak o verdiği hükmünü infaz eder.

3- *Fetva geneldir, Şeriat-ı Âmme'dir; Kadâ Şeri'at-ı Hâssa'dır.* Yani müftî tarafından verilen fetva hem fetva isteyene hem de diğer Müslümanlara geçerlidir. Ancak Kadı'nın verdiği hüküm, kendi lehine hüküm verilen (*mahkûmun leh*) kişiyi ilgilendirir.

²⁰² Ebu Zehra, Muhammed, *İslam Hukuk Metodolojisi*, Çev. Abdulkadir Şener, Fecr Yayınları, Ankara, 1994, s. 343.

²⁰³ Fetâvâyi Hindiyeye, VI, 224–225.

Diğer insanları bağlamaz. Kadı tarafından verilen hüküm, belirli bir şahıs için belirli bir hüküm olur. Burada belirtelim ki, hâkimin verdiği karar davalı ve davacıyı ilgilendirdiği gibi, bazen üçüncü şahısları da bağlayıcı olabilir. Ancak müftünün verdiği fetva daha geneldir.

4- *Fetva ahkâm-ı şer'iyeye'nin tamamı ile ilgilidir. Kaza ise ancak ahkâm-ı şer'iyeye'nin bir kısmına taalluk eder.* Fetva gerek ibadetler, muamelât, gerek ukubât olsun, gerekse dünya ve ahiretle ilgili işler olsun hepsini kapsamaktadır. Ancak kazâ, ibadet ve ahiret ile ilgili işlerle ilgilenmez. Sadece muamelât ve ukubât'a dair konularla ilgilenir.

5- *Fetvanın kapsama alanı, kazânın kapsama alanından daha geniştir. Fetva rivayetten, kazâ ise şehadettendir.* Köle, kadın, ahras (dilsiz) -ancak yazı yazabilme özelliği olacak- müftî olabilir, fakat şehadet şartlarını taşımadıkları için hâkim olamazlar.²⁰⁴

Bunların dışında müftî ile hâkim arasında başka farkların da bulunduğu muhakkaktır. Örneğin, müftî kendi annesine, babasına yakınlarına, şahitliği kabul edilmeyenlere fetva verebildiği halde, hâkimin hükmü kendi usul ve furûuna geçerli olmamaktadır. Yine iftâ vazifesi belli bir zamanda devlet başkanı tarafından belli kişilere verilemez. Oysa bir kimseye kadılık görevi ancak bir devlet başkanı tarafından ya da onun izin verdiği valiler tarafından verilmesi gerekir. Müftünün verdiği fetva, aynı şartları taşıyan olaylar tekrar edince aynı fetva verilir.²⁰⁵ Oysa hâkimin hükmü sadece bir davaya ait olur. Başka bir zamanda aynı olaya benzer hüküm farklı olabilir.

Müftüler hediye alabildikleri halde hâkimler bu durumdan sakındırılmışlardır. Yine müftüler kendileri için –fetva meclisinde olsalar bile- alışveriş yapabildikleri halde hâkimler bunu yapamazlar.²⁰⁶

II- KÂDÎ'L-KUDÂT

Sözlükte “kadılar kadısı” anlamına gelen bir terkiptir. Kadı'l-Kudat, halifenin temsilcisi olması dolayısıyla “kâdî'l-halife” ismiyle de anılmaktadır.²⁰⁷ Fıkıh kitaplarında kadı'l-kudatlık müessesesi kadılarda aranan nitelikler ve ehliyet şartları kâdılkudâtlar

²⁰⁴ İzmirli, age, s. 6–7–8.

²⁰⁵ Makdisî, age, IV, 401.

²⁰⁶ Makdisî, age, IV, 412.

²⁰⁷ Özen, Şükrü, “Kâdî'l-Kudât” *DİA*, 24, 77.

için de aynen geçerli kabul edildiğinden ayrı bir başlık altında incelenmemiştir. Burada tarihsel süreci hakkında bilgi verilecektir.

Devlet idaresi tarafından müstakil kadı tayini Hulefâ-yı Raşidîn devrinde yapılmış olmakla birlikte kadılar arasındaki hiyerarşinin ortaya çıkışı Abbasiler dönemine rastlar.²⁰⁸ Harun Reşit (ö.193/809) zamanında, bugünkü Adalet Bakanlığı'na karşılık gelen **Kâdî'l-Kudâtlık** (baş hâkimlik) makamı oluşturulmuştur. Ebû Yusuf (ö.182/798), bu ünvanla anılan ilk hukukçudur. Bu görevde büyük hizmetlerde bulunmuştur. Kâdî'l-Kudâtlık makamı kurulduktan sonra, Ebû Yusuf, öncelikle Bağdat hâkimlerini, daha sonra da bütün ülkedeki hâkimleri tayin etmeye başlamıştır. Abbasiler ile aynı devirde varlığını sürdüren Endülüs'te ve Mısır'da Halifeler bu durumdan etkilenecek, kendileri kâdî'l-kudâtları, kâdî'l-kudâtlar da diğer hâkimleri tayin etmeye başlamıştır. Bu kurumun büyük bir dairesi, kâtibi, mübaşiri, muhafızı ve sicil muhafızı gibi memurları vardır. Baş hâkim, bütün şehirlere kendisine bağlı kadıları tayin etmektedir.

Fatimiler ve Eyübbiler zamanında da Kâdî'l-Kudât'lık müessesesi vardı. Hatta Fatimiler'in hilafetine son veren Selahaddin Eyyübi (ö.567/1171), görevde bulunan Kâdî'l-Kudât'ı görevinde bırakmış, daha sonra olumsuz davranışlarından dolayı azletmiştir.²⁰⁹

Mağrip ve Endülüs'te kurulan İslam devletlerinde yargının idari yapılanması, doğudaki İslam dünyasından farklı biçimde gelişmiştir. Batı İslam dünyasında merkez kadılığı saygın bir görev olup bu göreve getirilenlere "Kâdî'l-Cemâa" ünvanı verilmiştir.²¹⁰ Kâdî'l-Kudâtlık müessesesinin Gazneliler, Karahanlılar, Atabeylikler, Anadolu beyliklerinde ve Osmanlılar da mevcut olduğu bilinmektedir. Osmanlılar döneminde Kahire, Şam, Halep gibi şehirlere merkezden tayin edilen kadılar, bu vilayetlerin diğer kadılarını tayin ve azletme yetkisine sahip buldukları için Arap kaynaklarında "Kâdî'l-Kudât" olarak zikredildiği belirtilmektedir.²¹¹

Kâdî'l-Kudât'ların tayini ve azli bizzat halife tarafından yapılmaktadır. Kâdî'l-Kudât'ların görevlerine son verilmesi kolay değildi. Ancak ciddi bir görev ihmali veya yolsuzluk yahut aşırı ihtiyarlık, hastalık gibi sağlık sebepleriyle azledilebilirlerdi. Bunların dışında kendileri istifa etmezlerse ömür boyu görevde kalırlardı.²¹²

²⁰⁸ Özen, agm, 24, 78.

²⁰⁹ Özen, agm, 24, 78.

²¹⁰ Özen, agm, 24, 79.

²¹¹ Özen, agm, 24, 80.

²¹² Özen, agm, 24, 81.

İslam Hukukçularına göre Kadı'l-Kudât'lık teşkilatının kurulmasıyla, bir anlamda yargı ile yürütme birbirinden ayrılmış, yargılama tam bağımsız bir hüviyete kavuşmuştur.²¹³ İlk zamanlarında her ilde bir kadı bulundurulurken, devletin genişlemesiyle bu illerden her birine dört mezhebi temsil eden ve kendi mezheplerinden olanlar arasındaki anlaşmazlıklara bakan birden fazla kadı bulundurulmaya başlanmıştır.²¹⁴

Bağdat'ta "Kâdı'l-Kudât Dairesi" diye bilinen bir resmi daire vardı. Bu dairenin en meşhur görevlilerinden; kâtibin, ayda üç yüz dirhem, hacibin, yüz elli dirhem, mübaşirin yüz dirhem, mahkeme bekçileri ve yardımcılarının ise altı yüz dirhem maaş aldıkları belirtilmektedir. Bu dönemde Ebû Yusuf, hâkimlere özel bir elbise hazırlatmıştır.²¹⁵ Hâkimler siyah cübbe giyer, uzun bir kavuk üzerine siyah sarık sararlardı.²¹⁶

Müsteşrikler Kâdı'l-Kudât'lık makamının, İranlıların "Mobez-Mobezan" isimli kurumunun bir taklidi olduğunu ileri sürmektedirler. Ancak kaynaklara göre İslam hukukunda da yargı müessesesinin temelini bizzat Hz. Peygamber atmış, daha sonra yargı çok hızlı gelişmelerle yoluna devam etmiştir. Bu müessesenin Sasaniler'den alındığını ileri sürenler, İslam öncesi Sasani devlet yapısında mevcut bir sistemin kaynaklarında Arapça olarak ifade edilişinden hareketle böyle bir kanaate varmış görünmektedirler. Ancak iki müessesenin işlevleri bakımından aralarında farklar bulunmaktadır. Sasani devlet protokünde vezirlerden sonra gelen mobez mobezan, hâkimler ve din görevlileri olmak üzere iki sınıftan oluşan mobedlerin reisi konumunda idi; bunlar dini konularda görüş bildirir, din görevlilerine ve hâkimlere nezaret ederlerdi. Aynı zamanda ruhani görevlileri tayin ve azil yetkisine sahiptiler. Ayrıca şaha danışmanlık eder ve onun maiyetinde bulunurlardı. Kâdı'l-Kudâtlar ise zamanla adalet sisteminin başı durumuna gelmekle beraber bilhassa ilk dönemlerde bütün din işlerinden sorumlu değildi ve ulemanın reisi olarak da görülmemekteydi.²¹⁷

III- HÂKİM

²¹³ Atar, age, s. 31.

²¹⁴ Hasan, Hasan İbrahim, age, s. 244.

²¹⁵ Zeydan, Corci, *İslam Medeniyeti Tarihi*, Çev. Zeki Meğâmiz, Üçdal Neşriyat, İstanbul 1976, I, 326.

²¹⁶ Karaman, age, s. 245.

²¹⁷ Özen, agm, 24, 78.

İnsanlar arasında vuku bulan anlaşmazlıkları şer'î hükümlere uygun olarak çözümlenmek üzere veliyyü'lemir tarafından tayin olunan kazai ve adli yetkisi bulunan kimseye kâdî denir.²¹⁸

Hâkim; Halife, Baş Hâkim (Kâdî'-Kudât) veya Adalet Bakanı gibi veya onun yerine bu işleri gören kimseler tarafından, kendisine yargı yetkisi verilen şahıstır. Bir kimse kendisine yargı yetkisi verilmemişse, taraflar aralarında anlaşıp onu hakem tayin etmiş olsa da o kimse hâkim sayılmaz.²¹⁹

Kur'an-ı Kerim'de kâdî kelimesi Tahâ Suresi 72. ayette geçmekte, yine hükkam kelimesi de Bakara suresinin 188. ayetinde "*kendisinde yargı yetkisi bulunan yöneticiler*" anlamında kullanılmaktadır. Geçmiş peygamberlerden bahsedilirken kendilerinin aynı zamanda yargı işleriyle de görevlendirildiklerine işaret edilir.²²⁰ Yine Maide suresi 49. ayette Hz. Peygamber (sav)'e hitaben mü'minler arasında Allah'ın indirdiği ile hükmetmesi, onların arzularına uymaması, bu konuda uyanık olması öğütlenmiştir.

Hâkim yargılama faaliyetini yürütürken Kur'an ve Sünneti kanun olarak uygulamak zorundadırlar.²²¹ Hz. Peygamber'in çeşitli bölgelere gönderdiği kadınlara, yargılama usulünde uyması gerekli kuralları belirtmişti. Buna göre hâkim, kendisine bir dava geldiğinde öncelikle Kur'an-ı Kerim'e bakarak hükmünü verecek, eğer burada bir hüküm bulamıyorsa, Hz. Peygamber'in uygulamalarına göre hüküm verecektir. Bu iki temel kaynakta da bir hüküm bulamadığı zaman kendi bilgi ve kanaatiyle içtihad ederek davaları çözüme kavuşturacaktır. Esasında bu metod İslam yargılama usulünün temelini oluşturmaktadır.

Kadı aynı zamanda bir idare adamı olarak görünmektedir. Hâkimin yetkileri anlatılırken genel yetkili hâkimlerin görevlerinden bahsederken bu konuya değinilecektir. Kadı halkın hukukunu idare karşısında savunma hak ve yetkisine de sahiptir. Osmanlı devrinde mahalli halkın talepleri veya şikâyet ettikleri bir uygulamadan dolayı durumun tespitini istediği, bunun için arz yetkisini kullanarak merkeze bir arzuhal gönderdiği ve maruzatta bulunduğu nakledilmektedir.²²²

²¹⁸ Erdoğan, "*Kâdî*", age, 283.

²¹⁹ Nebhân, age, s. 581.

²²⁰ Sa'd, 38/26; Maide, 5, 44.

²²¹ Serahsî, age, XVI, 83-84.

²²² Ortaylı, age, s. 8-9.

A- HÂKİMDE ARANAN ÖZELLİKLER

Mâverdî (ö.450/1058), hâkimliğin yedi şartı olduğunu belirtir. Bunlar; erkek olmak, zeki olmak, hür olmak, Müslüman olmak, adaletli, sağlıklı olmak ve hukuk bilgisine sahip olmaktır. Şüphesiz ki hâkimlik gibi önemli bir göreve atanan kimselerin belli özelliklerinin olması gerekmektedir. Aşağıda hâkimlerde aranan özelliklerden ayrıntılı olarak bahsedilecektir.

1) Müslüman Olmak

Kur'an-ı Kerim'de; "*Allah, kâfirlere, mü'minlerin aleyhinde galebeye asla bir yol ve imkân bahşetmez*"²²³ buyrulmuştur. Kâfirin Müslümanlara hâkimlik yapması caiz görülmemiştir.

Ebû Hanife'ye (ö.150/757) göre kâfir olan kendi dininden olanlara hâkimlik etse de müslümanlara hâkimlik yapamaz. Maverdi, (ö.450/1058) örf ve âdete dayalı olarak ortaya konulan Ebû Hanife'nin bu görüşüne karşılık olarak tatbikatta kâfirin hâkim olarak atandığının vaki olmadığını, hâkimin hükmünün kesinlik ifade ettiğini, dolayısıyla geçerli ve tesirli olan kararın, Müslüman bir hâkimin verdiği hükümler olduğunu, kâfirin hiçbir surette hâkim olamayacağını belirtmiştir.²²⁴

2) Akıllı ve Ergen Olmak

Hâkim olacak kimsenin çocukluk devresinden çıkmış belli bir olgunluğa erişmiş olması gerekir. Temyiz gücü olmayanların, doğruyu yanlış birbirinden ayıramayanların hâkim olamayacağı İslam hukukçuları tarafından belirtilmiştir. Yargı makamına geçen kimsenin zekâsı ve akli ile hüküm verme konusunda güçlükleri kolayca izah edebilmesi için hatadan ve gafletten uzak, uyanık olması gerekir.

Hz. Peygamber'in, (sav) Hz. Ali'yi (ö.41/661) Yemen'e kadı olarak görevlendirdiğinde, Hz. Ali'nin yaşının küçük olduğunu öne sürdüğünü, ancak Hz. Peygamber'in (sav) buna rağmen ilgili görev ile kendisini Yemen'e gönderdiği bilinmektedir. Yine Attab b. Esîd, (ö.13/634) Hz. Peygamber (sav) tarafından Mekke'ye kâdı ve emir olarak görevlendirildiğinde yaşı küçük idi.²²⁵ Bazı rivayetlerde on sekiz bazı rivayetlerde ise yirmi iki, yirmi üç yaşlarında idi. Hz. Ömer'de (ö.23/643) Suriye'ye on sekiz yaş-

²²³ Nisâ, IV/141.

²²⁴ Mâverdî, *el-Ahkâmu's-Sultâniye*, s. 89.

²²⁵ Serahsî, age, XVI, 67.

larında genç bir zat tayin etmişlerdi.²²⁶ Hz. Ömer'in Şam bölgesine atadığı bu yaşı küçük hâkim hakkında yapılan eleştiriler yüzünden, ilgili kişiyi yargılama usulünden sınav yaptıktan sonra, yaşının küçük olmasına rağmen bilgili olmasından dolayı kadı olarak tayin etmiştir.

Halife Me'mun, (ö.218/833) Yahya b. Eksem'i, (ö.242/857) Basra'ya kadı olarak atadığı zaman O, on sekiz yaşında idi. İnsanlardan bazıları yaşı küçük olması sebebiyle bu durumu eleştirdiler ve Halife Me'mun'a kadının kaç yaşında olduğunu sordular. Me'mun cevaben, atadığı kadının Hz. Peygamber'in (sav) Mekke'ye kâdı olarak atadığı Attab b. Esîd'in (ö.13/634) yaşında olduğunu söyledi.²²⁷ O zaman Attab b. Esîd'in yaşı bazı rivayetlere göre on sekiz idi.²²⁸ Serahsî, (ö.483/1090) bu örneği verdikten sonra; eğer yaşı küçük bir kimse bilgili ve akıllı ise hâkim olarak atanabilir,²²⁹ demektedir.

3) Hür Olmak

Kendi iradesi üzerinde tam hâkim olamayan bir insanın başkasının üzerinde hüküm veremeyeceğini belirten İslam hukukçuları, hâkim olan kişinin hür olması gerektiğini belirtirler.²³⁰

Köleler şahitlik yapamadıkları gibi hâkimlik de yapamazlar. Ancak köle olan insan fetva vermeye ve rivayetlerde bulunmaya ehil olmada hür insandan farkı yoktur. Çünkü bu işlerde idari ve adli bir yön yoktur. Ancak köle azad olursa hâkim olabilmektedir.

4) Adaletli Olmak

Hâkimlerde adalet vasfı, dini literatürde üzerine en çok vurgu yapılan temel kavramlardan biridir. Kur'an-ı Kerim'de emanetin ve sorumlulukların ehliyetli kimselere tevdi edilip insanlar arasında adaletle hüküm verilmesi üzerinde ısrarla durulur. Kur'an'da "*Hiç şüphesiz Allah size, emanetleri ehline vermeyi ve insanlar arasında hükmettiğiniz zaman adaletle hükmetmenizi emreder,*"²³¹ buyrulmaktadır. Hz. Peygamber (sav) de şöyle buyurmuştur: "Adaletli hâkimler, Allah'ın yüksek huzurunda rahman olan Allah'ın sağında, nurdan minberler üzerinde olacaklardır. Onlar hükümlerinde ak-

²²⁶ Berki, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, s. 37.

²²⁷ Serahsî, age, XVI, 67.

²²⁸ Berki, age, s. 37.

²²⁹ Serahsî, age, XVI, 67.

²³⁰ Maverdî, *el-Ahkâmu's-Sultâniyye*, s. 74.

²³¹ Nisâ, 4/58.

rabalarında ve aralarında hüküm verdiği insanlara karşı da olsa adaletten ayrılmazlar.”²³²

Kâsânî (ö.587/1191), adaletin, bir memuriyete tayin için şart olmadığını, belki kemal (olgunluk) şartı olduğunu, şer’î sınırı aşmadığı zaman bir fasıkın da verdiği hükümlerin infaz edilebileceğini belirtmektedir. Ancak bir fasıkın tayin edilmemesi gerekir. Fasık birini tayin edenin günah işlediği belirtilmiştir.²³³ Çünkü yargı büyük bir emanettir. Ancak İmam Şafi’ye (ö.204/819) göre bir fasık şهادette bulunamayacağı için hâkim de olamaz.²³⁴ Yine Hassaf (ö.261/874)’ın Edebü’l-Kadı Şerhinde, fâsık birinin kadı olarak atanamayacağını eğer bir şekilde atanmışsa kadı olduğu, verdiği hükümün de infaz edilmesi gerektiği belirtilir.²³⁵

5) Erkek Olmak

Kadınların hâkim olabilmesi konusunda İbn-i Cerir et-Taberi (ö.310/923) ve Hasan-ı Basri (ö.110/728) gibi bazı âlimler yargı işini, fetva verme işine benzeterek kadınların da hukuk ve ceza davalarına bakmak üzere hâkim olarak tayin edilebileceğini savunmuşlardır.²³⁶ Hanefiler ve İbn-i Hazm (ö.456/1078) ise kadınların sadece şahitliklerinin kabul edildiği hukuk davalarına bakmak üzere hâkim tayin edilebileceğini belirtmişler. Ebû Hanife’ye (ö.150/757) göre de kendisinden şahitlik kabul edilen kadının hâkimlik yapması caizdir.²³⁷

Kâsânî (ö.587/1191): “Esasen bir vazifeye tayin etmek için erkeklik şart değildir. Çünkü kadın şهادette bulunabilen bir kimsedir. Ancak kadın hadler ve kısas kararı veremez. Çünkü o, bu hususlarda şهادette bulunamaz. Yargı ehliyeti ise şهادet ehliyeti ile birlikte rol oynar”²³⁸ demektedir.

Hz. Ebû Bekre’den (ö.52/672) gelen bir rivayete göre Hz. Peygamber (sav) “işlerini bir kadına tevdi eden kavim iflah olmaz”²³⁹ buyurmaktadır. Hâkim olan şahsın erkekler meclisinde ve âlimler meclisinde bulunması gerekir. Şahitler ve taraflar arasında oturur. Kadın ise fitne sebebiyle bu durumdan men’ edilmiştir. Ebû Hanife’ye

²³² Nesâî, Ahmed b. Şuayb Ebu Abdurrahman, *Sünenü’n-Nesâî*, Mektebetü’l-Matbûâtü’l-İslâmiyye, I-VIII, Halep 1986, VIII, 221.

²³³ Halebî, İbrahim, *Mülteka’l-Ebhur*, Çev. Ahmet Davutoğlu, Saadet Yayınevi, İstanbul 1986, II, 96.

²³⁴ Kâsânî, age, VII, 3.

²³⁵ Buhari, Hüsameddin Ömer b. Abdilaziz b. Mâze, *Kitâbu Şerhi Edebi’l-Kâdi Li’l-Hassâf*, I, 129.

²³⁶ Beğavî, Ebu Muhammed Hüseyin b. Mes’ud el-Ferra, *Kitâbu Edebi’l-Kâdi*, Dâru’l-Menar, Medinetü’l-Munavvara, 1992, age, s. 118.

²³⁷ Beğavî, age, s. 118–119.

²³⁸ Kâsânî, age, VII, 3.

²³⁹ Buhârî, Megâzî, 82, Fiten, 18; Tirmizî, Fiten, 75; Nesâî, Kudât, 8; A. İbn Hanbel, V, 43, 51, 38, 47.

(ö.150/757) göre kendisinden şahitlik kabul edilen kadın belli davalarda hâkimlik yapabilir. Ahnaf'a göre de sınırsız ve kayıtsız bir şekilde kadının hâkimlik yapması caizdir. Çünkü kadının şahitliği her alanda kabul edilmiştir.

Hadler ve kısas hususunda ise şahitliği caiz olmadığı gibi hâkimlik yapması da caiz değildir. İbr-i Cerir et-Taberi'ye (ö.310/923) göre kadınlar her alanda hâkimlik yapabilirler. Fetva vermeleri ve şahitlik yapmaları sebebiyle bu böyledir. Ancak Mâverdî (ö.450/1058) "*icmayı reddeden kavle itibar edilmez*" diyerek bunu kabul etmemiştir. Allah Teala: "*Allah'ın insanlardan bir kısmını diğerlerine üstün kılması sebebiyle ve mallarından harcama yaptıkları için erkekler kadınların yöneticisi ve koruyucusudur....*"²⁴⁰ buyurmaktadır.

Kadınların hâkim olamayacağını savunanlar Kur'an'daki bu ayeti delil olarak zikretmişlerdir. Mâverdî, (ö.450/1058) kadınların sözleri her ne kadar hüküm ifade etse de, idari işlerde derece bakımından erkeklerden aşağıda bulunduğunu, dolayısıyla İbn-i Cerir et-Tâberi'nin (ö.310/922) sözüne itibar edilmeyeceğini belirtir.²⁴¹ Merğînâni'ye göre, şer'i cezalar ve kısas dışındaki her konuda kadının hâkim olması caizdir.²⁴²

Yukarıda Hz. Peygamber'e atfedilen "*işlerini bir kadına tevdi eden kavim iflah olmaz*" hadisi hakkında bazı görüşler vardır. Hz. Peygamber'in bu sözü Sasanilerle ilgili olarak söylediği, dolayısıyla genel bir ifadenin bulunmadığı belirtilmiştir. Kaldı ki Hz. Peygamber Medine'ye gelir gelmez Semra bnt. Nuheyk el-El Esediyye isimli bayanı muhtesip olarak görevlendirdiği bilinmektedir.

Hanbelîlere göre de kadın, hâkim olamaz. Muğni'de, Hz. Peygamber ve halifelerin uygulamaları bu duruma delil olarak zikredilmektedir.²⁴³

7) Müctehid Olmak

Hâkimin ictihad ehlinde olması,²⁴⁴ Kur'an'ı bilmesi, Kur'an'ın nâsih ve mensuhunu, muhkem ve müteşabihini, umum ve hususunu, mücmel ve müfesserini, sünnetin söz, dil ve takriri kısımlarını, hadisin varid oluş ve nakil sebeplerini, mütevatir, âhad ve meşhur kısımlarını, selefî kavillerini, icmalarını ve ihtilaflarını, arap dilini ve

²⁴⁰ Nisâ, IV/34.

²⁴¹ Mâverdî, age, s. 88.

²⁴² Merğînâni, Ali b. Ebi Bekir, *el-Hidayetü Şerhi Bidayeti'l-Mübtedî*, I-III, Mektebetü'l-İslamiyye, Medinetü'n-Neşr, Beyrut Ts, III, 107.

²⁴³ İbn Kudâme, Ebu Muhammed Abdullah b. Ahmed b. Muhammed, *el-Muğni*, I-XV, Dâru Âlemi'l-Kutub, Riyad, 1999, XIV, 13.

²⁴⁴ Merğînâni, age, III, 101.

kıyas türlerini de bilmesi icap eder.²⁴⁵ Fetâvâyi Hindiyeye’de hâkimin bilmesi ve uyması gerekli usuller geniş bir şekilde açıklanmaktadır. Mesela hâkimin, hadisleri değerlendirenken, Hz. Peygamber (sav) ile daha fazla sohbet edenin rivayetini diğer sahabelerin rivayetlerine tercih edilmesi gerektiği belirtilmektedir.²⁴⁶

el-Beğavî’ye göre hâkim tayin edilecek şahsın hukuk ilmi tahsil etmesi gereklidir. İmam Şâfîî, (ö.204/819) hâkimin mutlak müctehid olmasını şart koşarken, Ebû Hanîfe (ö.150/757) Cahil bir şahsın âlim bir müctehidin görüş ve reyleriyle hükmetmesinin caiz olduğunu belirtmektedir. Mecelle’de Hâkimin vasıflarından bahsedilirken; “*Hâkim, hakîm, fehîm, müstakim ve emin, mekîn, metin olmalıdır. Mesaili fikhîyye ve usul-ü muhakemeye vakıf ve devai-i vakıayı anlara tatbikan fasl ve hamse muktedir olmalıdır*”²⁴⁷ denmektedir. Buna göre, hâkim, anlayışı derin, doğru, güvenilir, sağlam, kuvvetli, fikhî meseleleri ve muhakeme usulünü iyi bilen, davaları bu usule göre çözümlmeyi başaran biri olmalıdır.

İslam hukukunda, hâkimlerin derin bilgi birikiminin bulunması şartı olmakla birlikte müctehid mertebesinde âlim olmaları konusunda hukukçular arasında görüş ayrılığı vardır. Hz. Peygamber (sav) dönemi ve hemen sonraki devirde yaşayan kâdîlar serbest bir şekilde içtihad yaparlarken bu durum daha sonraları müctehidlik şartlarını taşımayan birinin kâdî olamayacağı düşüncesinin yerleşmesine sebep olmuştur. Hanefiler, Malikilerden bazıları ve Zeydiler her zaman ve mekânda müctehid seviyesinde kâdî bulunamayacağını öne sürerek müctehid olma şartını dikkate almamışlardır.

Hâkimin okuryazar olması şartı âlimler arasında tartışmalıdır. Bu konuda iki görüş vardır. Birincisi, “Hâkimin okuryazar olması gerekmez, çünkü Hz. Peygamber de okuryazar değildi” demişlerdir. İkinci görüşe göre hâkim okuryazar olmalıdır. Hz. Peygamber (sav)in yazıyı bilmemesi onun mucizelerinden sayılmaktadır.²⁴⁸

Merğînânî, eserinde, şahitliğe ehil olan herkesin hâkim olabileceğini zikretmektedir. Yine bir kimsenin içtihat ehli olması tercih sebebi olup şart değildir. Ancak İmam Şâfîî’ye göre şarttır. Şâfîî’nin (ö.204/819) “hâkimliğe tayin edilecek bir kimsenin bunu yapabilecek güçte olması gerekir. İlim olmadan da bu güç olamaz” dediğini nakleder.²⁴⁹

²⁴⁵ Beğavî, age, s. 120.

²⁴⁶ Fetâvâyi Hindiyeye, VI, 232.

²⁴⁷ Berki, Ali Himmet, *Açıklamalı Mecelle*, s. 407.

²⁴⁸ el-Beğavî, age, s. 121.

²⁴⁹ Merğînânî, age, s. 101.

Nisâ suresi 59. ayette, Müslümanlara hitap edilerek, Allah'a, Resulüne ve Ulü'l-Emr'e itaat etmeleri, bir problem ortaya çıktığında Allah ve Resulünün çizdiği çerçeve içerisinde çözmeye çalışmalarından bahsedilmektedir. Hz. Peygamber (sav) kamu görevlerinin ehil kimselere verilmesi ilkesine atfettiği önemin bir parçası olarak yargı görevini üstlenecek sahabelerin buna uygun meziyetlere sahip olmasını istemiştir. Bu kişileri hüküm verirken elinden gelen çabayı sarf etmesi halinde tıpkı müctehid gibi yanılabilir yine ecir alacağını bildirerek göreve teşvik etmiş, yeterli şartlara haiz olmayanların görev taleplerini de reddetmiştir.

Hz. Peygamber (sav) şöyle buyurmuştur:

"من ولي القضاء فقد ذبح بغير سكين"²⁵⁰

"Kim kadılık görevine atanmışsa o bıçaksız boğazlanmıştır"

Diğer bir hadiste;

"القضاة ثلاثة واحد في الجنة واثنان في النار فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق ففضي به ورجل

عرف الحق فجار في الحكم فهو في النار ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار."²⁵¹

"Üç hâkim vardır, onlardan birisi cennete diğer ikisi cehenneme gider. Cenneti hak eden kadı doğruyu bilip onunla hükmeden kişidir. Cehennemi hak edenler ise hakkı bilip hükmünde zulmeden kişi ile bilgisiz olup bu şekilde hüküm veren kişidir."

Hz. Peygamber'den (sav) rivayet edilen diğer hadislerde de hâkimliğin zor ve çetin bir meslek olduğu, hâkimlik mesleğini ehil insanlar tarafından yürütülmesi gerektiği vurgulanmaktadır.

İslam hukukçuları, hâkimlik nitelik ve şartlarından en önemlileri olarak; derin hukuk bilgisi, vücut bütünlüğü, sosyal ilişkileri, halkın ihtiyaçları ve örf ve adetlerini kavramaya elverişli kültürü, yüksek ahlak, karakter ve seciyeye sahip olmalarını belirtirler. Hâkimin helali, haramı bilmesi, koruyucu olması, kendisini töhmetten kötü huy-lardan uzak tutması gerekir. Çünkü yargı insanlar arasında hak ile hükmetmektir.²⁵²

6) Duyu Organlarının Sağlam ve Sıhhatli Olması

Hakkı batıldan, haklıyı haksızdan ayırabilmesi için hâkimin işiten, gören sağlam vücut sahibi bir kişi olması gerekmektedir. Hâkimin iki gözü kör olmaması, ahras (dil-

²⁵⁰ Ebû Davud, Akdiye, 1.

²⁵¹ Ebû Davud, Akdiye, 2.

²⁵² Kâsânî, age, VII, 3.

siz) olmaması gerekir.²⁵³ Mâverdî'ye (ö.450/1058) göre de hâkimin işitme ve görme hususunda bir sorununun olmaması gerekir.²⁵⁴

B- HÂKİMİN TAYİNİ

İslam toplumlarının siyaset geleneğinde yargı halifelikle ilgili görevlerden biri kabul edildiğinden, kadı tayin yetkisi siyasi otoriteyi temsil eden devlet başkanına aittir. Hulefa-i Raşidin döneminden itibaren valilere, Harun Reşid'den (ö.193/809) sonra ise Kadı'l-Kudat'lara bu yetkinin devredildiği görülür. Bir ülkenin hâkimi yoksa o ülkenin halkı kendi aralarında hâkim tayini yapabilirler. Halife varsa halkın hâkim tayin etmesi geçersizdir. Halife olmadan halk tarafından tayin edilen hâkimin görevi halifenin gönderdiği hâkim o bölgeye ulaşınca sona erer. Halkın tayin ettiği hâkimin önceden verdiği kararlar ise geçerlidir.²⁵⁵

İzmirli İsmail Hakkı'nın belirttiğine göre, yargılama nasıl bir farz ise, kadı tayin etmek de o ölçüde farzdır. Çünkü kazâ'nın yerine getirilmesi için bu gereklidir.²⁵⁶ İbn-i Haldun'un (ö.808/1405) da belirttiğine göre, yargı işi halifeliğin görevleri kapsamındadır. Çünkü bu makam, insanlar arasındaki anlaşmazlıkları, Kur'an ve sünnet hükümlerine göre çözümlenme makamıdır. İslâm'ın ilk dönemlerinde halifeler bu görevi bizzat kendileri yerine getiriyorlar ve başkalarına havale etmiyorlardı. Daha önce Hz. Peygamber'in, çeşitli beldelere hâkimler tayin ettiğini biliyoruz. Ancak sadece hâkimlik işlerine bakmak üzere sistemli olarak ilk defa hâkim atayan Hz. Ömer'dir. Kadılık görevine Medine'de Ebû'd-Derda'yı, (ö.32/652) Basra'da Kâdî Şüreyh'i (ö.79/698) ve Küfe'de ise Ebû'l-Musa el-Eşari'yi (ö.44/664) atamıştır.²⁵⁷

Hz. Peygamber'in, (sav) çeşitli şehirlere hâkim olarak görevlendirdiği kimselere öncelikle nasıl yargılama yapacağını sormuş aldığı cevaplar neticesinde tayin etmiştir. Muaz hadisi bunun için en güzel örnektir. Hz. Peygamber, öncelikle nasıl yargılama yapacağını sormuş, Hz. Muaz b. Cebel (ö.18/639) de bu sorulara uygun cevaplar vermiştir. Hz. Peygamber (sav) de verilen cevaptan memnuniyet duymuş, Allah'a hamdetmiş ve Muaz'ı Yemen'e kadı olarak göndermiştir.

²⁵³ Fetâvâyi Hindiyeye, VI, 219.

²⁵⁴ Mâverdî, *el-Ahkâmü's-Sultâniyye*, s. 89.

²⁵⁵ Mâverdî, age, s. 98.

²⁵⁶ İzmirli, age, s. 18.

²⁵⁷ İbn Haldun, age, I, 308.

İmam Serahsî, (ö.483/1090) hâkimlerin tayin edilmezden önce bir imtihana tabi tutulması gerektiğini belirterek Muaz hadisini örnek olarak zikretmiştir.²⁵⁸ Bir ülkede devlet başkanına bağlı bir şehrin valisi o şehre hâkim tayin etmekle görevli değildir. Eğer devlet başkanı bu yetkiyi kendisine özel bir emirle tanımış ise vali tarafından hâkim tayini yapılabilir aksi halde hâkim tayini yetkisi yoktur.²⁵⁹

Edebü'l-Kâdî bölümünde açıklanacağı üzere Hz. Ömer bir mektup ile Küfe'ye hâkim olarak atadığı Ebû Musa'ya yargılamanın genel hükümlerini bir mektup ile sıralamıştır. Yine Hz. Ömer Ebû'l-Musa'l-Eşari'ye (ö.44/664) kadı tayin etme yetkisi verdiği zaman ona birtakım tenbihlerde de bulunmaktadır: “Eğer bir kimse asil, soylu ve zengin ise kadı tayin et. Çünkü zengin olan şahıs başkasının malına göz dikmez. Soyu asil olan kimse ise insanlar arasında vereceği kararların neticesinden korkmaz” demiştir.

Kadı tayini hem sözlü hem de yazılı olabilir.²⁶⁰ Tayinde kadıların nerede göreve atandıkları, hangi davalara bakabilecekleri, hangi usule göre hüküm verecekleri açıkça belirtilmelidir. Hâkimliğe tayin eğer sözlü yapılmışsa bu da ikiye ayrılmaktadır. Birincisi açıktan, doğrudan doğruya maksada işaret eden sözlerdir. Bunlar; “*seni tayin ettim,*” “*seni işbaşına getirdim,*” “*seni halef tayin ettim,*” “*seni naip tayin ettim*” gibi açık sözlerle olur.²⁶¹ Bu durumda hâkimliğe tayin tamam olmuş olur.

İkinci tayin şekli ise kinayeli sözlerle olabilir. Bunlar ise; “*Sana güvendim*”, “*işleri sana bıraktım*”, “*seni vekil tayin ettim*” gibi kinayeli sözlerle olur. Burada bu sözlerden anlaşılacak muhtemel diğer anlamları bertaraf eden bir karine olması gerekir.²⁶² Sözlerle yapılan tayinde, tayin edilen kimsenin teklifi kabul etmesi gerekir. Eğer tayin sözlü ise kabul hemen olur, tayin yazılı ise kabul biraz gecikebilir. Tayin edilen kimsenin bu hususta biraz düşünmesi için de bir süre verilebilir. Buna göre hâkimlik görevi, diğer akitler gibi, icap, kabul ve akde işaret eden özel sözlerle tamamlanan bir tür akit-tir.

Mâverdî (ö.450/1058), tayin işinin kesinleşmesi için dört şart ileri sürmektedir. Bunlar:

²⁵⁸ Serahsî, age, XVI, 70.

²⁵⁹ Fetâvâyi Hindiyye, age, VI, 243.

²⁶⁰ el-Ferrâ, Ebû Ya'lâ Muhammed b Hüseyin, *el-Ahkâmu's-Sultaniyye*, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut 1983, s. 64; İbn-i Ebi Dem, eş-Şafîi, Kâdî Şihâbuddin, *Edebu'l-Kâdî*, Matbaatü'l-İrşad, Bağdad 1984 s. 138.

²⁶¹ Mâverdî, *Edebü'l-Kâdî*, I, 178–179.

²⁶² Mâverdî, age, I, 178–179.

1- Tayin eden tayin edeceği şahsı tanımalıdır. Bilmeden yapılan tayin geçerli değildir. Tayin eden, tayin ettiği kişiyi sonradan öğrenirse bu tayine itibar edilmez. Yeniden tayin gerekir.

2- Tayin eden tayin edeceği şahsın hâkimliğe ehil olup olmadığını ve vasıflarını bilmesi gerekir. Bu vasıfları bazen genel haberlere dayanarak da öğrenir.

3- Tayin eden şahsın tayine ait söz ve yazılarından hangi göreve tayin ettiği anlaşılmalıdır. Mesela: hâkim olarak mı; idareci olarak mı? Eğer teklif açık değilse tayin fasid olur.

4- Tayin olunanın tayin olduğu yeri bilmesi, tayin işleminde, yerin de belirtilmesi gerekir. Bilinmiyorsa tayin yine geçerli olmaz.²⁶³

Devlet başkanının hâkime; “*Seni hâkim tayin eyledim*” der ve fakat nereye tayin edildiğini belirtmezse, bu şahıs bulunduğu yere hâkim tayin edilmiş olmaz. Tercih edilen görüşe göre, o devletin hüküm sürdüğü yerlere hâkim tayin edilmiş olur.²⁶⁴

Hâkimliğe tayin edilen kimseye kendisinden önceki hâkimin divanı (arşivi) teslim edilir. Hâkim bu divandan yeri geldikçe yararlanır. Yeni hâkim kendisine teslim edilen bu evrakları eski hâkim veya kâtibinin huzurunda teslim almak üzere iki kişi görevlendirir.²⁶⁵ Görevine yeni atanan hâkim öncelikle hapis olan kişilerin işi ile görev başlaması müstehaptır. Mahpusların isimlerini, nerede hapsedildiğini, kendilerini kimin hapsettiğini öğrenir. Bölge halkına da açıklamada bulunur.²⁶⁶

1) Halkına Zulmeden Yöneticinin Hâkim Tayin Etmesi

İslam hukukçuları, bir kimsenin adil veya zalim bir devlet başkanı tarafından hâkim olarak tayin edilmesinin caiz olduğunu belirtmektedirler.²⁶⁷ Ancak bu durum bir şarta bağlanmıştır. Şöyle ki; zalim bir devlet başkanının hâkim tayin etmesi durumunda, tayin edilen hâkimin hak ile hüküm vermesinin mümkün olması gerekmektedir.²⁶⁸ Başka bir ifadeyle zalim devlet başkanının atamış olduğu hâkimin verdiği doğru kararlara kendi menfaati için müdahale etmemesi gerekmektedir. Şayet hâkim hak ile hükmedemez veya verdiği hükümleri infaz etmeye gücü yetmezse, bu durumda hâkimin görevden kaçınması gerekmektedir. Hukukçular, zalim bir sultan tarafından kişinin hâkimliğe

²⁶³ Mâverdî, *Ahkâmu's-Sultâniyye*, s. 92.

²⁶⁴ Fetâvâyi Hindiyîye, VI, 241.

²⁶⁵ Mâverdî, *Edebü'l-Kâdî*, I, 770; Merğînâni, age, III, 102.

²⁶⁶ Makdisî, age, IV, 420.

²⁶⁷ Hassâf, Ebu Bekr Ahmed b. Ömer b Muheyr, *Edebü'l-Kâdî*, A.Ü.İ.F. Yayınları Ankara 1982, s. 129.

²⁶⁸ Fetâvâyi Hindiyîye, VI, 220.

atanması ancak yargılamayı hakkıyla yapması durumunda caiz olur demişlerdir.²⁶⁹ Bazı İslam hukukçuları hâkim tayininde devlet başkanının Müslüman olması şartını da aramazlar. Bir İslam beldesi isyancılar tarafından zor ile işgal ve istila edilip oraya bir de hâkim tayin edilse, hâkimin verdiği hükümler daha sonra, meşru hükümet tarafından atanan adaletli bir hâkim bu hükümleri tetkik eder, hüküm adaletli verilmiş ise uygulanabilir, verilen hüküm adaletli değilse meşru hükümetin hâkimi bu hükmü değiştirir.²⁷⁰

2) Hâkimin Şarta Bağlı Olarak Tayini

Bir devlet başkanı bir kimseye; “Seni, şeriata aykırı bir hüküm vermemek, içki içmemek, rüşvet almamak şartıyla, hüküm vermek üzere tayin ettim” dese, bu tayin ve bu şartlar geçerli olur. Eğer hâkim bu şartlardan birine uymazsa hükmü geçerli olmaz.²⁷¹

3) Aynı Yere Birden Fazla Hâkim Tayini

Devlet başkanı bir şehre iki veya daha fazla hâkim tayin edebilir. Bu tayinin gerekliliği birkaç sebeple ortaya çıkar. Mâverdî (ö.450/1058), bir yere görevlendirilen birden fazla hâkimin tayinin geçerli olması için üç sebep zikretmektedir. Birincisi, aynı şehirde her iki hâkime de ayrı ayrı yer göstererek görevleri belirtilir, o yerlerde hâkimlik yaparlar, ikincisi, aralarında görev taksimi yapmak suretiyle tayinleri yapılır. Örneğin birine borçlar hukuku, diğerine de aile hukuku ihtilaflarını verir. Her ikisi de aynı şehirde kendilerine ait özel görevlere bakarlar. Üçüncü olarak da her iki hâkime aynı şehirde bütün anlaşmazlıklara bakma yetkisi verilebilir. Şafilerin bir kısmı karışıklık çıkabileceği gerekçesiyle üçüncü tip tayinin hukuken doğru olmayacağını belirtirler. Bu durumda anlaşmazlık çıkıyorsa ilk atananın tayini geçerli olur. Şafilerin çoğunluğu ise üçüncü tip tayinin geçerli olduğunu belirtmişlerdir.²⁷²

Hanefilere göre de birden fazla hâkim tayini geçerlidir. Prensip olarak, bir yere birden fazla hâkimin tayini caizdir. Caiz olmadığını belirtenler, her hâkim kendi görüşüne tabi olur, hükümler arasında aykırılık görülür, bu da hükümlerin tatbikinde güçlüğüne sebep olur diye çekinmektedirler.

Bir şehirde birden fazla hâkimin bulunması durumunda, hâkimlerin yargı konusunda görevlerinin sınırları tespit edilir. Her hâkim kendi görevi çerçevesinde davalara

²⁶⁹ Hassâf, age, s. 131.

²⁷⁰ Fetâvâyi Hindiyye, VI, 221.

²⁷¹ Fetâvâyi Hindiyye, VI, 242.

²⁷² Mâverdî, *Edebü'l-Kâdî*, I, 96.

bakar. Eğer görev taksimi yapılmamışsa davacılar bu hâkimlerden istediklerine müracaat edebilirler. Davalının hâkimi reddetme hakkı yoktur.²⁷³

Merğînânî'ye göre, kendisine yetki verilmedikçe bir hâkim, yerine başka bir hâkim alamaz. Bu vekilin kendisi için vekil tayin etmesi demektir ki hâkimlikte bu geçerli olmaz. Çünkü hâkim sadece orada hüküm vermekle görevlendirilmiştir. Vekil tayin etmekle görevlendirilmemiştir. Eğer hâkime böyle bir izin verilmiş ise bu geçerlidir. Yine yerine atadığı hâkimi görevden alma yetkisi verilmedikçe tayin ettiği hâkimi görevden de alamaz.²⁷⁴

4) Hâkimliğe Tayin Olunma İsteği

Bir bölgede hâkimliğe ehil olması bakımından bir kişi bulunsa, o bölgenin valisi o kişiyi hâkimlik makamına getirmesi gerekir. O zat bunu kabul etmezse bir görüşe göre zorlanması icap eder. Çünkü farz-ı kifaye olan kadılık makamı boş kalacaktır. Diğer bir görüşe göre vali o kişiyi zorlayamaz. Çünkü Hz. Peygamber (sav) “*hükmetmek konusunda hiçbirinizi zorlayamam*” buyurmaktadır. Yargı işi Müslümanlar üzerine farz-ı kifaye olduğu için zorlanmaması gerektiğini belirtmişlerdir. Eğer bir bölgede hâkim olmaya ehil birden çok kişi olursa en faziletlisinin vali tarafından hâkimlik makamına atanması gerekir. Âlimler bazı sebeplerle faziletli birinin, daha faziletli biri varken de hâkim olarak atanmasının caiz olduğunu belirtmişlerdir. Eğer bu bölgedeki ehil kişilerden hiçbirisi hâkim olmaya yanaşmasa günah işlemiş olurlar. Çünkü Kur'an'ın birçok yerinde önemle üzerinde durulan “*emr-i bi'l-maruf, nehy-i ani'l-münker*” den uzaklaşmış olur. Fetâvâyî Hindiyîye'de hâkimlik görevi karşısında insanlar beş kısımda değerlendirilir. Bunlar:

1-Hâkim olması vacip olan kimseler: hâkimliğe kendisinden daha ehliyetli bir kimsenin bulunmadığı zaman hâkim olması vacip olan kimselerdir.

2- Hâkimliğin kendisine müstehap olduğu kimseler: Hâkimliğe kendisinden daha ehil bir kimsenin bulunduğu halde, bunlardan birinin bu görev bakımından daha ehil ve daha kuvvetli olması halinde, hâkimliği o şahsın yapması müstehaptır.

3- Hâkim olup olmama konusunda muhayyer kimseler: O toplumda göreve layık olma ve yetki bakımından kendisine eşit durumda kişilerin bulunması halinde bir kimsenin hâkimlik görevini kabul etmesi ya da etmemesi konusunda muhayyerdur.

²⁷³ Berki, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, s. 40.

²⁷⁴ Merğînânî, age, III, 107.

4- Hâkimliğin kendisine mekruh olduğu kimseler: Bir kimse hâkimliğe ehil olduğu halde, o toplumda kendisinden daha ehil ve kuvvetli kimseler bulunursa, o kimsenin hâkimlik makamını işgal etmesi mekruh olur.

5- Hâkimlik yapması haram olan kimseler: kendisinin aciz olduğunu, insafsız olduğunu, heva ve hevesine uyduğunu bilen bir kimsenin hâkimlik görevine gelmesi haramdır.²⁷⁵

Ancak bir şehirde hâkimliğe daha layık bir kimse varken, hâkimliğe layık olmayan birinin devlet başkanı tarafından atanması durumunda sorumluluk ve günahı devlet başkanına aittir.²⁷⁶ Hassaf'a (ö.261/874) göre, kadı olmayı tercih etmek ruhsat, ondan kaçınmak ise azimettir.²⁷⁷

İslam hukukçuları, hâkimlik talebinde bulunanın kendisinden daha layık biri bulunduğu zaman hâkimlik talebini kerih görmüşlerdir. Ancak talepte bulunan kişi bu göreve layık ise tayininin yapılması gerektiğini bildirmişlerdir.²⁷⁸ Kâsânî (ö.587/1191), hâkimlik talebinde bulunan kişinin tayin edilmesinin caiz olduğunu belirtmekle birlikte istekli olması sebebiyle tayininin yapılamayacağını bir hadisle örneklendirmektedir. Hadis şöyledir: “*Biz işlerimizin başına onu isteyen kimseyi tayin etmeyiz*”²⁷⁹ Hz. Peygamber’in (sav) devlet işlerine talip olanlara görev vermeyişinin sebebinin, idari işlere ancak dünya menfaatleri için talip olunacağındandır. Mâverdî (ö.450/1058), kadı olmak isteyen müçtehit olması durumunda talebinin caiz olduğunu, diğer durumlarda caiz olmadığını belirtmektedir.

Merğînâni, bir kimsenin hâkimliği kalbiyle arzulamaması, diliyle de istememesi gerektiğini, kendi isteği ile hâkimliğe talep olan kişinin Allah’ın yardımından mahrum olacağını belirtir.²⁸⁰ İslam hukuk tarihi, kendilerine verilen hâkimlik görevini kabul etmeyen birçok âlimden bahsetmektedir. Daha ilk asırlardan itibaren âlimlerin çoğu yargı görevine atanmaktan çekinmişler, hatta birçoğu hâkim olmak için zorlanmıştır. Hz. Peygamber’in (sav) hâkimlik görevinin ağır sorumluluğu bulunduğunu, bu göreve atananın “*bıçaksız boğazlanmış*”²⁸¹ gibi olacağını anlatan rivayetleri vardır.

²⁷⁵ Fetâvâyi Hindiyye, VI, 218–219.

²⁷⁶ Fetâvâyi Hindiyye, VI, 230.

²⁷⁷ Hassâf, age, I, 134.

²⁷⁸ Nebhân, age, s. 569.

²⁷⁹ Kâsânî, age, VII, 3;

²⁸⁰ Merğînâni, age, s. 102.

²⁸¹ Ebû Davud, *Akdiye*, 1.

Ebû Hanife (ö.150/757) gibi bazı âlimler de bundan dolayı işkence görmüştür.²⁸² İslam âlimlerinin bazıları, Ebû Hanife'nin (ö.150/757) kendisine verilen Bağdat Kadılığı görevini reddetmesini, Hz. Peygamber'in (sav) kadılık görevinin mesuliyetinin ağır olduğu yönünde açıklamalarına dayandırmaktadır. Bazı âlimler ise hem söz konusu sebepten hem de devlet yönetimine olan antipatisinden dolayı görevi kabul etmediğini belirtmektedirler. Dönemin Halifesi Mansur'un, (ö.158/775) Ebû Hanife'nin (ö.150/757) sadakatini bu yolla sınadığı, verdiği görevi kabul etmediğinden dolayı işkence ettirdiği bilinmektedir. Kadılık görevi teklifi üzerine Ebû Hanife, Halife'ye şöyle cevap vermiştir: "Allah'tan kork! Vazifeye sadece Allah'tan korkanları getir. Allah'tan korkmayanlara iş verme. Benden daima memnun kalacağınızdan emin değilim. Böyle iken nasıl olur da beni cezalandırmayacağınızdan emin olabilirim. Bir davada aleyhinize hüküm vermem gerekirse, çekinmez veririm Fırat nehrinde boğmakla tehdit etseniz bile bu, beni etkilemez. Verdiğim doğru bir karardan dönmektense Fırat'ta boğulmayı terci ederim."²⁸³ Ebû Hanife'nin sözlerinden, eğer hâkim olursa verdiği kararların uygulanmasından şüphe ettiği veya halifenin kendi işlerine karışacağını sezdiği anlaşılmaktadır.

IV- HÂKİMİN GÖREV VE YETKİLERİ

Hâkimlerin esas görevleri insanlar arasında meydana gelen hukuki ihtilafları sonuçlandırmak, hukuka aykırı davranışların cezasını hükme bağlamak, verdikleri hüküm ve cezaları icra ve infaz etmektir. Ancak hukuk tarihine baktığımızda hâkimlerin yargılama görevleri yanında dini, mali, idari, eğitim ve öğretim gibi görevleri de üstlendikleri olmuştur.

İlk halifeler döneminde hâkimin görevi sadece insanlar arasındaki anlaşmazlıkları çözmektir. Ancak daha sonra halifelerin ve hükümdarların yönetimle meşgul olmalarından dolayı aşamalı olarak kendilerine başka görevler de havale edildi. Hâkim, asıl görevinin yanında, delilerin, yetimlerin, müflislerin ve sefihlerin hacir altına alınması; müslümanların vasiyet ve vakıf işleri; kendilerini evlendirecek velilerin bulunmaması durumunda dulların evlendirilmesi; yolların ve binaların iyileştirilip onarılması; kendilerine güven duyulması için bilgi, tecrübe ve adalet yönünden şahitlerin, memurların ve

²⁸² Serahsî, age, XVI, 69, Ebû Zehra, Muhammed, age, s. 64.

²⁸³ Hasan, Hasan İbrahim, age, III, 112.

vekillerin durumunun araştırılması gibi müslümanların genel maslahatlarıyla ilgili işleri de yürütür. Hâkimlerin, bazen askerinin başına komutan olarak da atandığı görülmüştür.²⁸⁴

A- YETKİLERİNE GÖRE HÂKİM ÇEŞİTLERİ

Hâkimler kendilerine verilen göreve göre çeşitlere ayrılmaktadırlar. Bu görev verilen yetkilere göre genişlemekte veya daralmaktadır. Mâverdî (ö.450/1058), hâkim çeşitlerinden bahsetmekte, onları yetkilerine göre üç kısma ayırmaktadır. Bunlar:

- 1- Genel yetkili hâkim,
- 2- Belirli bir yerde genel yetkili hâkim,
- 3- Belirli bir meselede hâkim,

Buradaki hâkimlik çeşitleri bu taksime göre aşağıda ayrı ayrı ele alınacaktır.

1) Genel Yetkili Hâkimler ve Yetkileri

Mâverdî (ö.450/1058), genel yetkili hâkimlerin görevlerini on madde halinde sıralamıştır. Bunlardan bazıları; anlaşmazlıkları karara bağlamak, ihlal edilen hakları haksızlardan alıp hak sahibine vermek, delilik ve küçüklük gibi hukuki işleri yapmaya engel durumları olanlara veli tayin etmek, vakıflara bakmak, vasiyetleri yerine getirmek, yetim ve kimsesiz olanları denklere ile evlendirmek, şehrin emniyet ve asayişini sağlamaktır.

Genel yetkili hâkimin anlaşmazlıkları karara bağlaması iki şekilde olabilir. Bunlardan biri sulhün caiz olması şartı ile –ki taraflar arasında her zaman sulh etmek caiz olmayabilir- taraflar arasında sulh yoluyla, ikincisi ise taraflar arasında bir hüküm vererek anlaşmazlıkları çözebilir.²⁸⁵ Hâkimler hüküm vermeden önce, taraflar arasında öncelikle uzlaşma sağlamaya çalışması onları barıştırmayı, sulh etmesi gerekir. Sulh ancak haramı helal kılmaması durumunda caizdir.²⁸⁶ Serahsî de (ö.483/1090); hâkim yargılamaya başlamazdan önce tarafları barışa çağırır, demektedir. Hz. Peygamber (sav); “*Anlaşmazlıkları barışa yöneltin. Çünkü aralarında yargılama yapmak onlara kini miras bırakır*” buyurmuştur.²⁸⁷

²⁸⁴ İbn Haldun, age, I, 309–310.

²⁸⁵ Mâverdî, age, s. 94.

²⁸⁶ Kâsânî, age, VII, 13; Serahsî, age, XVI, 61.

²⁸⁷ Serahsî, age, XVI, 66.

Hâkim, emanetlere ve vakıflara da bakar. Bunlarda da mevcut delile göre veya elinde bulunduranın ikrarına göre tasarrufta bulunur.²⁸⁸ Vakıfların belirli bir yerde, koruma, gelirlerini artırma ve vakfın amacına uygun bir şekilde harcama gibi işleri genel yetkili hâkim yürütebildiği gibi özel hâkim de bu konuda hüküm verebilir.

Delilik veya yaşının küçüklüğü gibi bir sebeple hukuki işleri yapmaya engel durumları olanlara veli tayin etmek, sefih ve iflas etmiş olanların mallarını, haklarını korumak, yaptıkları anlaşmaları düzeltmek de genel yetkili hâkimin görevleri arasındadır.

Vasiyetleri yerine getirmek de bu hâkimin görevlerindedir. Vasiyet yapanın şartları eğer dini ölçülere uyuyorsa buna riayet ederek, eğer vasiyet belirli bir şahsa verilecekse ilgili vasiyet konusu şeyi vermek, ya da hâkim sıfatıyla re'sen takdirle vasiyeti yerine getirmek gibi görevleri de vardır.

Yine velisi olmayan dul kadınları veya yetim ve kimsesiz olanları evlendirmek de genel yetkili hâkimin görevlerindedir. Ebû Hanife'ye (ö.150/757) göre hâkimin böyle bir yetkisi yoktur. Çünkü nikâh akdinde özel velayet aranmaktadır.

Kamu yararına ait işlere bakmak, yollardaki fenalıkları engellemek, ülkede geçerli kanunları, kuralları kamu yararına uygun olarak tatbik eder. Nebhân, genel menfaati korumak amacıyla birinin bu kuralları tatbik yolunda dava açmasına gerek olmadığını belirtir. Bu sözüyle Nebhân, İslam adliye teşkilatında savcılık kurumunun olmayışının bir eksiklik olmadığını vurgulamaktadır.²⁸⁹

Şahitleri, yed-i eminleri kontrol etmek, yardımcılarında onlara naip tayin etmek, bir sorun olmadığı sürece onlarla çalışmak, yoksa onları değiştirmek de genel yetkili hâkimin görevlerindedir.

Hâkim, kuvvetli ile zayıf, üstün olanla aşağı olanlar arasında eşit ve adaletli hareket etmek mecburiyetindedir. Birtakım hislerle arzusuna uymamak, taraf tutmamak gerekir.²⁹⁰ Nitekim bu hususta Allah Teâlâ, adaletle hükmetmesi konusunda Hz. Dâvud'a uyarıda bulunmuştur.²⁹¹ Eşitlik prensibi çerçevesinde hâkim huzurunda devlet başkanının dahi ayrı bir konumunun olmadığını, yargılama esnasında halktan bir vatandaşla eşit muamele gördüğünü belirtmek gerekir. İslam devleti başkanlarının İslam mahkemeleri önünde sıradan bir insan olarak muhakeme edildikleri anlatılır.²⁹²

²⁸⁸ Merğînâni, age, III, 102.

²⁸⁹ Nebhân, age, s. 577.

²⁹⁰ Mâverdî, *el-Ahkâmu's-Sultâniyye*, s. 95.

²⁹¹ Sa'd, 38/26.

²⁹² Kâsânî, age, VII, 9.

Ömer b. Abdilaziz'in Medine valisi Ebû Bekir b. Muhammed'e adliye önünde eşitliği emreden talimatı aynen şöyledir:

— Seni evinde tarafları kabul edip yargı faaliyetini yürütmekten men' ettim. İnsanlar arasında duruşma salonunda eşit muamele et. Hiç kimseyi diğerine tercih etme. Hiçbir zaman için bu ehl-i beyttir diye özel ve farklı bir muamele yapma. Çünkü bugün için ehli beyt ile diğer şahıslar kanun ve adliye önünde eşit haklara sahiptirler.

Hâkim, suçları sabit olanlar için verilen cezaları tatbik etmekle de görevlidir. Allah Teala'nın hakkı ihlal edilmişse hâkim tek taraflı olarak, yani davacısız işe el koyar. Suçlunun ikrarı ile veya delillere göre cezayı verir ve infaz eder. İnsanların hakları ihlal edilmiş ise, davacının davası üzerine işe el koyar. Gerekli cezayı verir. Ebû Hanife'ye (ö.150/757) göre her iki durumda da hâkim, cezaları davacının davası üzerine verir²⁹³

2) *Sınırlı Yetkili Hâkimler*

Bu hâkimlerin yetkileri, bir şehir veya bir mahalleye bakmakla görevli olmakla beraber buradaki bütün işlere bakmaktır. Hâkim sadece tayin edildiği bölgenin işlerine bakmak hakkına sahiptir. Mâverdî, (ö.450/1058) bu hâkimlerin durumlarından bahsederken şunları zikretmektedir:

Bir ülkenin herhangi bir yerinde veya bir mahallede bütün işlere bakmak üzere hâkim tayin olunabilir. Orada bulunan veya oraya gelen her şahsın işine bakar. Eğer oraya geçici olarak gelenlerin işlerine bakamayacağı belirtilmişse o zaman bakamaz. Bir ülkenin herhangi bir yerinde veya mahallesinde kararlar vermek üzere tayin edilirse, o ülkenin her yerinde hüküm verebilir. Ama yalnız evinde veya mescitte muhakeme yapacağı şartı koşulmuşsa bu şartlar geçerlidir. Başka yerde duruşma yapamaz.²⁹⁴

Ebû Abdillahi'z-Zübeyrî der ki: zamanımızda uzun müddet Cuma mescitlerinde hükümler veren hâkimler vardı. Kendilerine “Kadıyü'l-Mescid” denirdi. İki yüz dirhem yahut yirmi dinar veya daha ağır davalara bakarlar, nafakaları ve zekâtı dağıtırlardı. Yerlerini değiştirmezler, belirtilen miktardan fazla davalara da bakmazlardı.²⁹⁵

Sınırlı yetkili hâkimler, zaman veya yer veya konu itibariyle sınırlandırılabilir.

a) *Yetkinin Zaman İtibariyle Sınırlandırılması*

Bir hâkim haftanın sadece belli günlerinde davalara bakmak üzere yetkilendirilmiş olabilir. Hâkim kendisine tahsis edilmiş günde bütün davalara bakabilir. Güneşin

²⁹³ Mâverdî, *el-Ahkâmu's-Sultâniyye*, s. 94.

²⁹⁴ Mâverdî, *Edebü'l-Kâdî*, I, 155.

²⁹⁵ Mâverdî, *el-Ahkâmu's-Sultâniyye*, s. 97.

batmasıyla hâkimin davaya bakma yetkisi sona ermiş olur. Fetâvâyî Hindiyîye’de, bir devlet başkanının bir şahsı, bir gün için hâkim tayin etmesinin mümkün olduğu hâkimin görevini belli bir zaman veya mekânla kayıtlamasının caiz olduğu belirtilir. Mecelle’nin 1801. maddesi bu konu ile ilgilidir: “*Kazâ, zaman ve mekân ile ve bazı hususatın istisnası ile tekayyüd ve tahassus eder,*” denilmektedir.

Buna göre bir sene süreyle hükme memur olan hâkim ancak o yıl içinde hüküm verebilir. Yine belli bir yerde hükmetmek üzere ataması yapılan hâkim o yerin dışındaki yerlerde davalara bakamaz hüküm veremez.

b) Yetkinin Yer ve Konu İtibariyle Sınırlandırılması

İslam Hukukçuları, yargı alanında görev ayırımı konusunda görüş birliği içindedirler. Hâkim belli bir şehre tayin edilebildiği gibi bir şehirde belli bir bölgeye de bakmaya yetkilendirilebilir.²⁹⁶ Belli bir yer için hâkim tayin edilen kişi diğer yerlerde meydana gelen anlaşmazlıklara bakamaz. Eğer bakmışsa hükmü infaz edilmez.²⁹⁷

Bir bölgede veya şehirde görevli hâkimler konular itibariyle de farklı yetkilendirilebilirler. Bu konuda görev ayırımına gitmek de caizdir. Mesela bir hâkim, evlenme ve boşanma işlerine, diğer bir hâkim ise suçlara ve cezalara, üçüncü bir hâkim ise medeni münasebetler, muamelat, eşya hukuku ve halen mahkemelerde mevcut olan diğer ihtilaf çeşitlerine bakabilir.²⁹⁸

B- MUHAKEME USULÜ

Yargılama usulü konusunda en temel bilgileri Hz. Peygamber (sav)’den almaktayız. Gerek Muaz Hadisi’nde olsun gerekse Hz. Peygamber’in diğer uygulamalarında olsun, İslam yargılama usulü bize kadar rivayetle nakledilmiştir.

Buna göre İslam Yargılama Hukuku’na göre bir hâkim, öncelikle anlaşmazlığın çözümü için Allah Teala’nın insanlara gönderdiği Kur’an-ı Kerim’e, eğer çözümü yoksa Hz. Peygamber’in (sav) uygulamalarına bakacaktır. Çözümü yine bulamamış ise hukukçu sahabelerin uygulamalarına bakacak, yine bulamazsa kendi aklı ve bilgisi ile icihad yapacak ve anlaşmazlığı bir karara bağlayacaktır. Yargılama usulünün özü budur. Hz. Ömer’in, Küfe Kâdîsı Ebû Musa El-Eş’ari’ye (ö.44/664) gönderdiği mektup,

²⁹⁶ Nebhân, age, s. 578.

²⁹⁷ İbn Ebî Dem, age, s. 141

²⁹⁸ Nebhân, age, s. 580; İbn Ebî Dem, age, s. 141.

muhakeme usulünde temel prensipleri ortaya koyma açısından çok önemlidir. Aşağıda bu mektubun tam metni bulunmaktadır. Mektup Şöyledir:

“Bismillahirrahmanirrahim...

*Emirü'l-Müminin Ömer'den, Abdullah b. Kays'a,
Selamün Aleyke, Amma Ba'd.*

Yargı tatbik edilecek muhkem bir farz, tabi olunacak bir sünnettir. Sana bir iş gelince, iyi anla ve dinle. Çünkü tatbiki mümkün olmayan bir mevzuda konuşmanın faydası yoktur. İnsanlar arasında, durumunla, adaletinle ve meclisinde eşit davran, ta ki asiller iltifatını istismar etmesin, zayıf adaletinden ümitsizliğe düşmesin. Davacı iddiasını ispat etmelidir, yemin ise inkâr edene verdirilir. Müslümanlar arasında sulh caizdir, ancak haramı helal veya helâli haram kılmamak şartı ile. Verdiğin bir hükümden sonra aklına müracaat eder de, doğrusunu bulursan seni hakka dönmekten bir şey alıkoymasın. Hak asıldır (kadimdir). Hakka müracaat, batılda devam etmekten hayırlıdır.

Allah'ın kitabı ve Peygamberi'nin sünnetinde bulunmayan ve kalbinde tereddüde yol açan hususları iyi araştır ve anla. Sonra misaller ve benzerlerini bul ve benzenleri birbirine kıyas et.

Davacıya, deliller getirene ve bu suretle hakkını ispat edene hakkını ver. Hak ispat edenindir. İspat edemezlerse, senin hükmüne bağlıdır. Bu durum tereddüt etmekten ve hiçbir hüküm vermemekten daha iyidir.

Müslümanlar birbirlerine karşı çok adildirler. Şahitlikleri muteberdir. Ancak, zina iftirası cezasına çarptırılan, yalancı şahitliği denenmiş olan, yakın akraba olması sebebiyle yalan söyleyeceği zannedilenler hariçtir. Allah, böylelerine yemin verdirmekten ve delillerini kabul etmekten hâkimleri uzaklaştırmıştır.

Kalbine vesvese veren şeylerden, dar kalplilikten ve taraflara öfkelenip kızmaktan kaçın. Adalet makamında hak ile hareket edeni Allah mükâfatlandırır. İyilerden yapar. Kendi aleyhine de olsa, kendisi ile Allah arasında olan şeylerde niyetini ıslah edeni, onun ile insanlar arasında olan şeylerde Allah ona kâfi gelir. Allah'tan bildiği ve öğrendiği şeylerde insanlar lehine çalışana Allah yeter.”

Hz. Ömer'in Ebû Musa'ya adlî idare ve muhakeme usulü hakkında gönderdiği bu mektup için Serahsî (ö.483/1090); *“Kazai Talimatname ve hüküm vermenin esasları,”*²⁹⁹ Kâsânî; *“Siyasi Talimatname”*³⁰⁰ olarak adlandırmışlardır. Aslında bu mektup İs-

²⁹⁹ Serahsî, age, XVI, 60.

lam muhakeme hukukunun özünü ifade etmekte, yargılamada temel prensipler belirtmektedir.

Hamîdullah, Hz. Ömer'in bu mektubu üzerinde yapılan tenkitleri, bir makalesinde ele alarak, İslam Hukukçularından Mâverdî (ö.450/1058) ve İbn Hazm (ö.456/1063) ile müsteşriklerden Emile Tyan, Milliot ve Joseph Schacht'ın (ö.1969) tenkitlerini sıraladıktan sonra bilimsel olarak mektubu savunur.³⁰¹

Beğavî'nin eseri olan Edebü'l-Kâdı'da hâkimlerin gerek yargılama esnasında gerekse sosyal hayatlarında nasıl bir yol takip etmesi gerektiği detaylı bir şekilde anlatılmaktadır. Merğînânî, eserinde, hâkim, hazır olmayan ve yerinde başkası bulunmayan bir kimse aleyhine karar veremeyeceğini belirtmiştir. İmam Şâfî (ö.204/819)'ye göre karar vermek caizdir. Çünkü delil mevcut olduğundan bir tarafın haklılığı ortaya çıkmıştır. Ancak hanefilere göre davalı iddiayı inkâr etmeden anlaşmazlık meydana gelmez. İmam Şâfî'nin (ö.204/819) dediğinde ise inkar mevcut değildir. Yine hasım iddiayı inkâr edebildiği gibi kabul de edebilir. Bu durumda verilecek kararın şekli değişmektedir.³⁰² Hâkim sadece davacıyı dinleyip verdiği karar batıl olur. Hüküm infaz edilemez.³⁰³

Serahsî (ö.483/1090) yargılama usulü hakkında ayrıntılı bilgiler vermektedir:

Hâkim'in taraflardan her birine delillerini ortaya koyacak kadar bir süre vermesi gerekir. Davacının delili hazır ise, hâkim davalıya delilini getirecek süre verir. Çünkü davalının delil getirmek için süreye ihtiyacı vardır. Eğer hasım davayı reddederse hâkim delil getirmesini ister. Hâkimin adalet açısından iki hasım arasında eşitliği gözetmesi gerekir bir tarafa süre verirken bir tarafa da zarar vermemesi gerekir. Çünkü acele etmek, adaletin ortaya çıkmasını engelleyebilir. Süreyi uzun tutmak da doğrunun ortaya çıkmasına zarar verir. İşlerin en hayırlısı orta yoldur. Eğer kadı kişiye davasını savunması için süre verir de kişi savunursa mutlu olur. Eğer kendisine süre verilmezse isyan eder ve “hâkim benim hasmımı benden üstün tuttu ona meyletti. Benim delilimi dinlemedi dolayısıyla savunmamı ve davamı ispatlayamadım” der.³⁰⁴

³⁰⁰ Kâsânî, age, VII, 9.

³⁰¹ Hamîdullah, “Halife Hz. Ömer Devrinde Adli Teşkilât”, *İslam Anayasa Hukuku*, s. 284.

³⁰² Merğînânî, age, III, 107–108.

³⁰³ San'ânî, el-Emîr Muhammed b. İsmail, *Sübülü's-Selam Şerhi Bulûğî'l-Merâm, Min Edilleti'l-Ahkâm*, I-IV, Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, Beyrut 1379, IV, 121.

³⁰⁴ Serahsî, age, XVI, 63.

Halife Mehdî (ö.169/785), aralarında anlaşmazlık olan bir kişi ile Basra'da hâkim olan Ubeydullah b. el-Hasen el-Anberî'nin huzuruna gelir. Taraflar oturuncaya kadar hâkim yerinden kalkmaz. Dava görülüp hüküm verildikten sonra ayağa kalkar. Mehdî (ö.169/785) bu durumda hâkime şöyle der: “*Eğer ben geldiğimde ayağa kalksaydın seni azledecektim. Yine hükmü verirken ayağa kalkmasaydın yine seni azledecektim.*”³⁰⁵

Hâkimin yargılamayı uzun tutup kendini yormaması da gerekir. Yorulunca muhtemelen hasımların ne dediklerini, ne delil getirdiklerini anlayamaz ve doğru karar veremez.³⁰⁶ Hz. Ömer (ö.23/643) bir anlaşmazlığı karara bağladıktan bir süre sonra aynı anlaşmazlık kendisine gelir. Bu sefer önceki verdiği karardan farklı bir karar verir. Taraflar önceki kararı hatırlatarak, konunun aynı olduğu halde neden aynı kararı vermediğini sorarlar. Hz. Ömer der ki: o karar o zamanki anlaşmazlığın kararı, bu karar da şimdiki anlaşmazlığın kararıdır. Yine Şa'bî şöyle demiştir: Hz. Ömer'den hadd konusunda yetmiş mesele (hüküm) hıfzettim. Kararların hiç biri de birbirini tutmuyordu. Bu gösteriyor ki bir icthad kendisinden önceki bir icthadı kaldırmaz.³⁰⁷

Hâkimin, ifadesini aldığı şahitlerin söylediklerini kâtime yazdırdıktan sonra kendilerine tekrar okutması lazımdır. Kâtipler, şahitlerin söylediklerinden ne fazla ne eksik yazmalıdır. İhtiyaten, yazılan ifadelerin şahitlere okutulması gerekir. Hatta şahitlerin kullandıkları kelimeler aynen yazılmalıdır, başka dile çevrilemez,³⁰⁸ denilmektedir.

Davada karar verildikten sonra, hâkim taraflara kararını yazılı olarak bildirir. Kendisi de kararın bir nüshasını mahkemede muhafaza eder.

Mahkemenin belli bir gün ve belli bir saatte yapılması konusunda da hukukçular görüşlerini belirtmişlerdir. Serahsî, hâkimin çalışma saatlerini hâkimin kendisine bırakmanın uygun olduğunu ifade etmek üzere, “hâkim yoruluncaya kadar yargı görevini yürütür. Güneş doğduktan sonra, öğleye kadar çalışması yeterlidir. Bununla beraber mahkemede işler çok ise davaların bakılmasını günlere taksim ettikten sonra davaları taksim edişine göre inceler”³⁰⁹ demektedir.

Yargılama alenî yapılır; bazı hallerde gizli de olabilir. Önce davacı söz alır, sonra davalı konuşur, taraflar konuşurlarken birbirlerine müdahale edemezler, dilsiz olanla-

³⁰⁵ Mâverdî, *Edebu'l-Kâdî*, I, 248.

³⁰⁶ Serahsî, age, XVI, 79.

³⁰⁷ Serahsî, age, XVI, 84.

³⁰⁸ Serahsî, age, XVI, 94.

³⁰⁹ Serahsî, age, XVI, 78, 80.

ra tercüman sağlanır. Bazı davalarda hâkim sulh teklif eder. Muhakeme tamamlanınca hâkim hükmünü taraflara açıklar, sonra onlara hükmün yazılı olduğu "ilâmı" verir, hüküm tehir edilmez.

V- HÂKİMİN AZLEDİLMESİ VE GEREKÇELERİ

Hâkim, devlet başkanı tarafından azledilebilir. Çünkü devlet başkanı halkı temsil ettiği için azl hakkına sahiptir. Hâkim kendi istediği zaman da kendisini azlettirebilir. Ancak devlet başkanının hâkimi rasgele azletmesi mümkün değildir. Devlet başkanının dışında valiler ve diğer idare adamları tarafından kadıların azledilmesi mümkün değildir. Bir hâkimin vali tarafından azli, ancak kendisine devlet başkanı tarafından verilen özel bir izinle mümkün olabilmektedir.

Berki, hâkimlerin hükümlerinde tamamen bağımsız olduğunu, azledilemediğini belirtir. Örnek olarak da Kadı Şüreyh'in, (ö.79/698) Hz. Ömer, (ö.23/643) Hz. Osman, Hz. Ali ve Emeviler devrinde altmış sene kadılık yaptığı, çok badireli zamanlarda bile azledilmediği, ancak altmış sene sonra kendi isteği ile istifa ettiği bilinmektedir.³¹⁰

Hâkimlerin geçerli bir sebep olmadan ve esaslı bir teftiş yapılmadan görevlerine son verilemez. Müslümanların haklarını ihlal edici bir durum varsa hâkim azledilebilir. Azl sebepleri, kadının adalet vasfını kaybettirecek haram bir fiil veya cezayı gerektirecek bir suç işlemesi, görevini kötüye kullanması, sağlık açısından görevini sürdüremez duruma gelmesi halinde muteber olur. İslam hukukçuları ve mezhep fakihleri, kadıların rüşvet alması durumunda hemen azledilip azledilmeyeceği üzerinde tartışmışlar, bazıları hemen azledilmesi gerektiğini savunmuşlar, bazıları ise yerine yeni hâkim gelinceye kadar görevinde bırakılacağını belirtmişlerdir.³¹¹

Mâverdî'ye (ö.450/1058) göre, hâkim azledildikten sonra, hükmü geçerli olmaz. Azledildiğini bilen hâkim yine de davalarda hüküm verirse bu hüküm geçerli değildir. Azledildiğini bilmeden hükmetmiş ise verdiği hüküm geçerlidir.³¹² Devlet başkanı, bir hâkimi görevden aldığı anda, görevden alındığı haberi hâkime ulaşmadıkça azledilmiş sayılmaz. Hâkimin azledilmesiyle, bu azl haberinin kendisine ulaşacağı zamana kadar

³¹⁰ Berki, age, s. 37.

³¹¹ Nebhân, age, s. 588.

³¹² Mâverdî, age, s. 79.

geçen sürede verdiği hükümler geçerlidir. İnfaz edilir.³¹³ Yine Ebû Yusuf'a (ö.182/798) göre görevden alınan hâkim, yerine yeni hâkim gelinceye kadar görevine devam eder.

Hâkim ölürse vekil tayin ettikleri de azlolunmuş sayılır. Ancak halife ölürse hâkimleri azlolunamaz.³¹⁴ Çünkü hâkimler halifenin vekilleri değildirler. Ancak Mecelle'de Hâkim ölürse yerine diğer hâkim gelinceye kadar, ölen hâkimin naibi hüküm verebilir,³¹⁵ denilmektedir. Yine görevi başında olan bir hâkimin gözlerinin kör olması, kulaklarının sağır olması, aklının gitmesi veya irtidat etmesi durumunda da azledilmiş olur.³¹⁶

Hâkim şartlı olarak tayin edilebildiği gibi şartlı olarak azledilebilmektedir.³¹⁷

Merğînânî, eserinde, yeni atanan hâkimin tutuklulara bakmakla da yükümlü olduğunu, dolayısıyla daha önce çeşitli sebeplerle tutuklanmış olanların durumunu gözden geçirmesi gerektiğini zikreder. Örneğin bir tutuklu suçunu inkâr eder ve bu durumda açık delil olmadıkça da eski hâkimin o kişi hakkındaki sözü geçersiz olur. Çünkü görevden alınan hâkim artık halktan biridir. Yeni hâkim tutuklunun durumunu yeniden tetkik etmedikçe de onu tahliye edemez.³¹⁸

VI- HÂKİMİN MAAŞI

Yargı bir kamu hizmeti olduğundan hâkimlere bunun için zamanlarını sarf edip hizmet görmelerine karşılık devlet bütçesinden maaş ödenir. Genellikle maaşların hayat şartları ve sosyal mevkileri göz önünde tutularak belirlendiğini biliyoruz. Örnek olarak Hz. Peygamberin, (sav) Attab b. Esîd'e (ö.13/634) yılda dört yüz dirhem³¹⁹ maaş verdiğini belirtmek gerekir.³²⁰ Hâkimin, kayıtları tutmak ve çeşitli görevleri yerine getirmek için ücret almasına İmam Muhammed'in cevaz verdiği bildirilmektedir.³²¹ Kadı Şüreyh'in, (ö.79/698) hâkimlik hizmetine karşılık ücret aldığı bildirilmektedir.³²² Hz. Ömer kendisini Küfe'ye gönderdiği sırada yüz dirhem maaş vermekteydi.³²³ İbn Sa'd,

³¹³ Fetâvâyi Hindîyye, VI, 244.

³¹⁴ Mâverdî, age, s. 101.

³¹⁵ Mecelle, mad. 1805.

³¹⁶ Fetâvâyi Hindîyye, VI, 245.

³¹⁷ Fetâvâyi Hindîyye, VI, 240.

³¹⁸ Merğînânî, age, III, 102.

³¹⁹ Bu dönemde 10 dirhem gümüş ile iki tane koyun alınabilmektedir.

³²⁰ İbn-i Ebî Dem, age, s. 138.

³²¹ Muhammed Hanefî, age, I, 219.

³²² Buhârî, Ahkâm, 17.

³²³ Hasan, Hasan İbrahim, age, II, 206.

Tabakât'ta şu bilgiyi kaydeder. Hz. Ali'nin Kadı Şüreyh'e beş yüz dirhem vermiştir.³²⁴ Yine Hz. Ömer'in, Zeyd b. Sabit'i (ö.45/665) kadılığa tayin ettiğinde kendisine maaş verdiği bilinmektedir.³²⁵ Bazı âlimlere göre, hâkim maaşını yalnız görev yaptığı şehrin hazinesinden alır, başka yerden alamaz. Çünkü o şehrin halkının işini yapmaktadır.³²⁶

Emeviler zamanında devlet gelirlerinin artmasıyla hâkimlerin maaşı da buna paralel olarak artmıştır. Hâkimler, yargı görevleri dışında yürüttüğü görevlerden de ayrıca ücret almaktaydılar.³²⁷ Abbasiler döneminde, Mısır kadısının maaşı aylık otuz dinara çıkarılmıştır. Sonra Me'mun zamanında hâkimlerin maaşı daha da artırılmıştır. Fatimiler devrinde bir hâkimin maaşının yıllık bin iki yüz dinara yükseldiği belirtilmektedir.³²⁸

VII- HÂKİMİN YARDIMCILARI

Hâkimlerin hüküm verme konusunda, ortada Kur'an, sünnet, icmâ' ve açık kıyasta bir bilgi varsa, ilim ehline danışması ve görüş alışverişinde bulunmasına gerek yoktur. Ancak konu hakkında bilgi eksikliği olduğunda bilgili kişilere danışılmalıdır. Nitekim Hz. Peygamber'in gerek Bedir esirleri hakkında, gerekse hendek savaşının nasıl yapılacağı hususunda ve diğer konularda arkadaşlarıyla görüş alışverişinde bulunduğu bilinmektedir.³²⁹ İbni Kudâme'nin de belirttiği gibi, hâkimin görüş alışverişinde bulunmasının, kişileri taklit etmesi anlamına gelmemektedir. Çünkü müşaverenin amacı delillerin ortaya çıkmasını sağlamaktır. Mâverdî de (ö.450/1058) yukarıdaki örnekleri sıraladıktan sonra hâkimlerin de görüş alışverişinde bulunması gerektiğini belirtir.³³⁰

Anlaşmazlıkların daha çabuk ve daha doğru çözüme kavuşturulması için hâkimin mutlaka yardımcılarının olması gerektiği hukukçular tarafından belirtilmiştir. Burada hâkimin yardımcılarının bazılarına temas edeceğiz.

A- MÜFTÎ

Müftî hüküm verme hususunda, verdikleri fetvaları ile hâkimin en önde gelen yardımcısıdır. Hâkimler hükümlerinde tamamen bağımsızdırlar. Hâkimlerin müctehid

³²⁴ İbn Sa'd, age, VI, 138.

³²⁵ İbn Sa'd, age, II, 359.

³²⁶ Fetâvâyi Hindiyeye, age, VI, 267.

³²⁷ Hasan, İbrahim, age, II, 206.

³²⁸ Zeydan, Corci, age, I, 329-330.

³²⁹ İbni Kudâme, age, XIV, 28.

³³⁰ Mâverdî, *Edebü'l-Kâdî*, I, 255-260.

olması halinde, mahkemede danışacakları kimselerin bulunması şart olarak belirtilmemişse de, müctehid olmayan hâkimlerin mutlaka görüş alışverişinde bulunacağı kimse-leri yanlarında bulunması gerekmektedir. Ancak herhangi bir hukuki hata olur düşünce- siyle de fakih ve hukuku iyi bilen müftîleri muhakeme esnasında yanlarında bulundur- maktadırlar.³³¹

Müftîlerin dini ve hukuki sorulara cevap vermeleri hem halkın aydınlanmasını, hem de İslam kanunlarının neşrini sağlamıştır. Dolayısıyla bir kimse suç işlese de mah- kemeye celbedilse “benim bu kanundan haberim yoktu” deme hakkını kaybetmiş ol- maktadır.³³² Günümüz beşerî hukukunda da “*kanunu bilmemek mazeret değildir*” pren- sibi geçerlidir. Bu çerçevede beşerî hukuk ile İslam hukuku örtüşmektedir.

Hâkimlerin de müftî sıfatıyla fetva verebileceğini burada belirtmek lazımdır. Eğer hâkim fetva verme konusunda ehil ise ister kazâ konularına dâhil olsun isterse iba- detler gibi kazâ konusunun dışında bulunsun her konuda fetva verebilir. İzmirli İsmail Hakkı, bu konuda hiçbir ihtilafın bulunmadığını belirtmektedir.³³³

B- DAVA VEKİLİ (AVUKAT)

Hâkimin yardımcılardan biri de dava vekilidir. İslam hukukçuları günümüz beşerî hukukundaki “*avukat*”ın İslam hukuku’ndaki “*vekil*” kelimesi ile karşılandığı belirtilmiştir. Kâsânî’ye (ö.587/1191) göre İslam hukukunda gerek davalı ve gerekse davacı, davasını takip etmek için bir vekil tayin etmekte serbesttir.³³⁴

Hz. Peygamber’e (sav) arz edilen bir davada taraflardan biri kanunları ve muha- keme usulünü iyi bilen –haksız olduğu halde- müdafaasını iyi yapan ve davayı kazanan kişiye Hz. Peygamber, yalan deliller ileri sürerek davayı kazanan ve kardeşinin hakkını alan kişinin cehennemden bir ateş parçası almış olacağını söylemiştir. O zaman davayı kazanan kişi gerçeği söylemek suretiyle haklı olan kişi hakkına kavuşmuştur.³³⁵ Kanun- ları iyi bilmemesiyle birlikte hitabeti de olmayan haklı taraf eğer kendisine bir vekil tayin etseydi davayı kazanacak, Hz. Peygamber (sav)in bu konuda bir uyarıda bulunma- sına gerek olmayacaktı.³³⁶

³³¹ Serahsî, age, XVI, 79.

³³² Atar, age, s. 124.

³³³ Serahsî, age, XVI, 85, İzmirli, age, s. 14.

³³⁴ Kâsânî, age, VI, 22.

³³⁵ Buhârî, Ahkâm, 20.

³³⁶ Atar, age, s. 132.

“*Tarafların anlaşmazlıklarında kendilerinin varlığında veya yokluğunda vekil tutması*” şeklinde bir başlık açan Beyhakî (ö.470/1077), Hz. Peygamber’in (sav) bir cinayet davasında önce maktulün varislerinin vekilini dinlediğini kaydeder. Yine Hz. Ali’nin mahkemelerde kendi adına davayı takip etmesi için kardeşi Akîl b. Ebi Talib’i vekil olarak atadığı belirtilir.³³⁷

İslam hukukunda her türlü dava için vekil tayin edilebileceği kabul edilmektedir.³³⁸ Ancak hukuk davalarında, vekili bulunan bir şahsın muhakeme esnasında hazır bulunması şart olmadığı halde hadler ve kısas davalarında diğer bir ifade ile ceza davalarında müvekkilin vekili ile birlikte duruşma salonunda bulunması şart koşulmuştur. Çünkü had ve kısas davalarında şüphe ve af ile ceza düşer,³³⁹ denilmektedir.

Ebû Hanife’ye (ö.150/757) göre, ihtiyar, hasta, kadın ve yolcu olanlar hariç diğer kişilerin tayin edecekleri vekilin kabul veya reddedilmesi diğer tarafın rızasına bağlıdır. Ancak İmam Şâfiî (ö.204/819), Ebû Yusuf (ö.182/798) ve İmam Muhammed, (ö.189/805) bir kimsenin avukat tutmak için karşı tarafın rızasına bağlı olmadığını söylemişlerdir.³⁴⁰ Mecelle de “*Müddei ve müddeaaaleyhden her biri dilediğin husumete tevkil edebilir, diğerinin rızası şart değildir,*”³⁴¹ diyerek bu görüşe göre hareket edilmesini kabul etmiştir.

Vekillerin de, kendileri için çalıştıkları davacı veya davalıdan bir ücret alması gerekli görülmüştür. Hatta vekillerin her duruşma için iki dirhemden fazla alamayacağı belirtilmiştir.³⁴² İslam hukukunda vekâlet teşkilatı var olmakla birlikte sırf para kazanmak amacıyla her türlü davaların vekil tarafından kabul edilip yürütülmesi meşru ve makbul değildir. Vekil meşru ölçüler çerçevesinde haklı tarafı hukuktaki bilgisizliğiyle tamamen baş başa bırakmaz ve hakların kolayca ortaya çıkması için faaliyet gösterirse göreceği vazife İslam hukukunda tasvip görür,³⁴³ denilmektedir.

³³⁷ Beyhakî, *Sünenü'l-Beyhakî'l-Kübrâ*, Mektebetü Dâri'l-Bâz, Mekketü'l-Mükerreme 1994, VI, 81.

³³⁸ Serahsî, age, XIX, 9.

³³⁹ Serahsî, age, XIX, 9; Kâsâni, age, VI, 21.

³⁴⁰ Serahsî, age, XIX, 3.

³⁴¹ Berki, *Açıklamalı Mecelle*, s. 318.

³⁴² Muhammed Hanefî, age, I, 220.

³⁴³ Atar, age, s. 135.

C- ZABIT KÂTİBİ

Hâkimin yardımcılardan en önemlilerinden birisi de zabıt kâtipleridir. Zabıt kâtipleri dava dosyalarını düzenleyip, muhafaza eder ve duruşma esnasında ifadeler alınırken, tarafların konuşmalarını yazar, kayda geçirir.³⁴⁴

İslam hukukçuları, Hz. Peygamber (sav) döneminde, peygambere gelen vahiyleri hemen kayda geçiren vahiy kâtipleri olduğu halde, adlî davaların az olması sebebiyle mahkemede zabıt kâtibine ihtiyaç duyulmadığını belirtir. Ancak halifeler döneminde zabıt kâtiplerinin olduğunu bilmekteyiz. Örneğin, Basra vali ve kadısı Ebû Musa el-Eş'ari'nin (ö.44/664) müslüman olmayan bir kâtibi vardır. Hz. Ömer (ö.23/643) çeşitli sebeplerden bu kâtibi azletmiş ve yerine müslüman olan bir kâtip tayin etmiştir.³⁴⁵ Hamidullah, rivayetlere dayanarak, bu kâtibin resmi dil olan Arapçaya vukufu olmadığını, azledilme sebeplerinden birisi olarak gösterir.³⁴⁶

Serahsî, (ö.483/1090) kâtiplik hususunda şunları belirtmektedir: bir hâkimin kâtibinin olması gereklidir. Çünkü mahkemede olup bitenleri kaydetmeye ihtiyaç vardır. Çünkü kadı kendisi bütün bu işlere tek başına yetişemez. Kâtip hâkimin naibidir. Kâtip de kendisi gibi temiz ve erdemli olması gerekir. Kâtip, hâkimin kendisine güvendiği en önemli kimselerdendir.³⁴⁷

İslam hukukçularına göre bir zabıt kâtibi bazı şartları da taşıması gerekir. Buna göre zabıt kâtibi, Müslüman, âdil, hukuk bilgisi bulunan, akıllı, buluş çağına gelmiş ve hür kimselerden olabilir. Bunların yanında bir kimsenin zabıt kâtibi olabilmesi için; hayatında yüz kızartıcı suç işlememiş, iffetli, dindar olması da gerekir. Başka bir kaynakta zabıt kâtibi, Müslüman, mükellef, adil, zeki, verâ sahibi, temiz, güvenilir, fakih, hafız, yazısı güzel, “yedisi” “dokuza” benzemeyen, doğru yazan, hür kimselerden olur.³⁴⁸

Kaynaklarda zabıt kâtibinin mahkeme esnasındaki konumu ile ilgili bilgilerde bulunmaktadır. Hâkimin tam önünde yazıcısı oturur. Böylece, hâkimin yazıcısı görmesi, rüşvet sebebiyle kâtibin aldatılmasını engellemesi ve şahidin söylediklerini fazla veya noksan yazmaması sağlanmış olur³⁴⁹ denmektedir. Hâkim tarafları dinledikten sonra

³⁴⁴ Kâsânî, age, VII, 12.

³⁴⁵ Serahsî, age, XVI, 94.

³⁴⁶ Hamidullah, *İslam Anayasa Hukuku*, s. 199.

³⁴⁷ Serahsî, age, XVI, 90–94.

³⁴⁸ Makdisî, age, IV, 418.

³⁴⁹ Fetâvâyi Hindiyeye, VI, 251.

cevaplarını yazmasını kâtime emreder. Kâtip önce besmeleyi yazar. Sonra da “filan oğlu filan, şu gün geldi şikâyet eyledi. Sene şu ay şu gündür” diye kaydeder.³⁵⁰ Buradan kâtibin mahkemede hazır bulunup, kayıtları titizlikle tuttuğu anlaşılmalıdır.

Fetâvâyî Hindiyîye’de kâtibin maaşı hakkında şöyle denilmektedir: Kâtibin ve mübaşirin ücreti hâkimin takdirine göre olur. Hâkim isterse onların ücretini davacı ve davalıdan alır, isterse beytül-mal’den alır. Ancak bütçe uygun ise kâtibin ve mübaşirin maaşının beytül-mal’den karşılanması daha iyi olur.³⁵¹ Burada hâkimin bir de idari görevi olduğu anlaşılıyor. Çünkü kâtibin ve mübaşirin ücret takdiri hâkim tarafından belirlenmektedir. Günümüzde mahkeme kâtipleri ve mübaşirlerinin ücret takdirleri devlet tarafından belirlenmekte, hâkimin bu hususta bir yetkisi olmamaktadır. Yapılan keşiflerde zabta geçirilen kâtime takdir edilen yolluk ücretinin de devlet tarafından takdir edildiği ancak masrafların taraflardan karşılandığı bilinmektedir.

Müsteşrikler, mahkeme zabıt kâtiplerinin de İran’dan örnek alındığını iddia etmektedirler. Oysa İslam’da kâtiplik bizzat peygamberimize gelen vahiyleri kayıt altına almakla görevli kimselerle başlamıştır. Kur’an’da ilk inen ayet yazı ile ilgilidir.³⁵² Yine insanlar arasında meydana gelen hukuki anlaşmaların tespit edilip yazılmasını³⁵³ Kur’an-ı Kerim bizzat emretmektedir. Dolayısıyla söz konusu iddia geçerli görünmemektedir.

D- NOTERLER

Kur’an-ı Kerim’de, karşılıklı borç ilişkilerinin yazıya geçirilmesi, hakların zayı olmaması ve gerektiğinde ispat edilebilmesi için gerekli tedbirlerin alınması emredilmiştir: “*Ey iman edenler, belli bir vadeye kadar karşılıklı borçlandığınız zaman onu yazın. Bir yazıcı, onu aranızda adaletle yazsın, iki de şahit bulundurun!*”³⁵⁴ emri gereği, daha Hz. Peygamber (sav) zamanında söz konusu borç ilişkileri, anlaşma ve antlaşmalar yazıya geçirilmiş, bu durumdan noterlik müessesesi (*kâtib-i âdil*) meydana gelmiştir.

Hz. Peygamber noterlik işi ile ilgili olarak, Zeyd b. Erkam, Alâ b. Ukbe, Muğire b. Şûbe, Huseyn b. Nümeyr gibi uzman kişiler görevlendirmiştir. Yine Hz. Ömer zama-

³⁵⁰ Fetâvâyî Hindiyîye, VI, 258.

³⁵¹ Fetâvâyî Hindiyîye, VI, 268.

³⁵² Alak, 96/1-5.

³⁵³ Bakara, 2/282.

³⁵⁴ Bakara, 2/282.

nında divanların meydana gelmesi ile bazı memurların noter olarak çalıştırıldığı bilinmektedir.³⁵⁵

İslam noterlik müessesesi bizzat peygamber zamanında Kur'an-ı Kerim'in ayetlerine bağlı olarak ortaya çıkmıştır. İmam Serahsî (ö.483/1090), ticarî, hukukî, akit ve muameleler ile idarî tasarruf ve siyasi antlaşmaların yazı ile tespitinin bir gelenek halinde ta Hz. Peygamber (sav) zamanından itibaren kendi yaşadığı zamana kadar devam ettiğini kitabında zikretmiştir.³⁵⁶ Emeviler ve Abbasiler zamanında da her hükümet, kamu yararı ile ilgili olması nedeniyle gerekli yerlerde noter tayininde bulunmuşlardır.³⁵⁷

İbn Haldun (ö.808/1405) noterlikle ilgili olarak şöyle demektedir: “Hâkimler, şehadete özen göstermek için ilim ve adalet, doğruluk ve diyanetle tanınmış bazı kimşeleri, halk arasında meydana gelen şer’i hak ve muameleleri yazıp zabt ve gerektiğinde şahitlik etmek üzere tayin ederler”.³⁵⁸ İslam hukukçuları “*noter*” tabirini, “*Kâtibi Adil*”, “*Kâtibi’ş-Şurut*” gibi kelimelerle de ifade etmişlerdir.

Osmanlılar zamanında noterlik hizmeti hâkimler tarafından yerine getirilirken 1295 tarihlerinde Mukâvelât Muharrirliği kurulmuş, Mukâvelât Muharrirliği Nizamnamesi tanzim edildikten sonra bazı değişikliklerle 1329 senesinde Kâtib-i Adl Kanunu geçici olarak kaldırılmıştır.

Noterlik mesleğini yürütecek şahısların, iyi bir hukuk bilgisinin (noterlik bilgisi) olması, âdil olması ve yazı sanatını iyi bilmesi,³⁵⁹ şeriatın ölçülerine göre hareket etmesi³⁶⁰ gerekli görülmüştür.

E- MÜZEKKİ

Hâkimin yardımcılardan biri olan *Müzekki* davalarda şahitlik yapacak olanların adil olup olmadıklarını araştıran ve tespit eden memurlara verilen isimdir. Sözlükte; “*Tezkiye*” veya “*Tezkiye-i Şuhûd*” hâkimin bir olay hakkında tanıklık edecek kimselerin şahitliğe ehil olup olmadıklarını, güvenilir kimselerden sorarak tespit etmesi,³⁶¹ demektir.

³⁵⁵ Atar, age, 138–140.

³⁵⁶ Serahsî, age, XXX, 168.

³⁵⁷ Berki, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, s. 47.

³⁵⁸ İbn Haldun, age, I, 312.

³⁵⁹ Serahsî, age, XXX, 168.

³⁶⁰ İbn Haldun, age, I, 312.

³⁶¹ Erdoğan, “*Tezkiye-i Şuhud*” age, s.579.

Bilindiği gibi İslam mahkemelerinde; doğru, emin, kendisine had cezası tatbik edilmemiş, yüz kızartıcı suçları işlememiş, adil bir kişinin şahitliği kabul edilebilir. İslam hukukunda da şahitlerin adil olup olmadıklarını araştırmak, tespit etmek çok yaygın bir şekilde devam etmiş hatta gelenek halini almıştır. Abbasiler Devrinde, Harun Reşid (ö.193/809) tarafından Mısır kadılığına tayin edilen Umerî, şahitlerin isimlerini defterine yazmıştır. Daha sonraki hâkimler bu usulü devam ettirmişlerdir. Bazı kadılar şahitlerin durumlarına çok önem verdikleri için kıyafet değiştirerek şahitler hakkında bizzat araştırma dahi yapmışlardır.³⁶²

Tezkiye işlemi başlangıçta açık olarak yapıldığı halde, ilk defa gizli tezkiye usulünü kabul edip uygulayan Küfe Kadısı Şüreyh'tir.³⁶³ Artık hâkimler iki tür tezkiye yapmışlardır. Şahitler önce gizli tezkiyeye tabi tutuluyorlar, ardından hâkimin huzurunda açık tezkiye yapıyordu. Ancak Serahsî (ö.483/1090), daha sonra hâkimlerin açık tezkiyeyi terk edip gizli tezkiye ile yetindiklerini belirtir.³⁶⁴

İslam hukukçuları, -müzekki, şahitlerin tezkiyesinde hâkimi temsil ettiği için-hâkim olmak için gereken şartların müzekkide de aranması gerektiğini belirtirler. Buna göre müzekki, Müslüman olan, şهادetleri kabul edilen, köle olmayan, adil kimselerden seçilebilir.

Davalı taraf şahitlerin tanıklığını kabul etmediği zaman, şahitlerin gizli ve açık tezkiyesi yapılarak adil olup olmadığı tahkik edilir. Gizli tezkiyenin yapılışı şöyledir. Hâkim, mesture denilen varakaya davacının, davalının adlarını ve dava konusu ile şahitlerin isimlerini, ne işle uğraştıklarını, eşkâlini, açık adreslerini yazar ve bu belgeyi mühürlü zarfla birlikte müzekki olarak seçilen kimselere gönderir. Müzekki, zarfı aldıktan sonra açıp içinde adları yazılı şahitlerinin adlarının altına, eğer adil iseler; "*Adildir ve şهادetleri geçerlidir,*" adil değilse; "*adil değildir*" diye yazar, imzalar ve mesturenin içeriğinden kimse haberdar olmaksızın yine mühürlü zarfla hâkime iade eder. Yapılan tezkiyenin olumsuz olması durumunda, hâkim, ilgili şahitlerin şهادetlerini kabul etmez, davacıdan başka şahitler göstermesini ister. Gizli tezkiyede adil ve şهادetleri makbuldür diye yazılırsa, o zaman hâkim açık tezkiye yapar. Adil bir şahidin mahkeme huzurunda tezkiyesi yapıldıktan sonra, altı ay süre içinde yeniden tezkiye yapılmaksızın

³⁶² Hasan, Hasan İbrahim, age, III, 114.

³⁶³ Serahsî, age, XVI, 91.

³⁶⁴ Serahsî, age, XVI, 91.

şahitlik yapabilirler. Altı ay geçtikten sonra halleri değişebileceğinden yeniden tezkiye yapılmalıdır.³⁶⁵

Burada Şahitlerin adaletli olma şartı hususunda hukukçular arasında görüş ayrılığı vardır. İmam Şafiî, (ö.204/819) Ebû Yusuf, (ö.182/798) İmam Muhammed'e (ö.189/805) göre şahitlerde adalet şartının olması gerekir. Müslüman olması yetmez. Ancak diğer bir görüşe göre kişinin Müslüman olması şahitlik yapması için yeterlidir. Adalet şartı aranmaz. Bu görüşün sahipleri şöyle bir delil getirmişlerdir: Hz. Peygamber'e bir kişi gelerek Ramazan hilalini gördüğünü söyledi. Hz. Peygamber, kendisine; Allah'tan başka tanrı olmadığına inanıp inanmadığını sordu. O adam: Evet inanıyorum, dedi. Hz. Peygamber bu sefer; "Benim peygamber olduğuma inanıyor musun" dedi. O adam: "Evet inanıyorum" dedi. O zaman Hz. Peygamber oruç tutmak için niyetlenmiş ve Müslümanlara da oruç tutmalarını emretmiştir.³⁶⁶

F- JÜRİ (ŞUHÛDÜ'L-HAL)

Hâkimin Yardımcılarından birisi de jüri'dir. "Jüri" ve "Şuhudü'l-Hal" terimleri arasında farklar bulunduğunu belirtenler olduğu gibi, ikisini aynı anlamda kullanan İslam hukukçuları da vardır. "Şuhudü'l-Udul" terimi de sıfat olarak kullanılmış, yukarıdaki terimler ile aynı anlama geldiği ve "adil şahitler" şeklinde anlam verilebileceği belirtilmiştir.³⁶⁷ Bakara Suresi'nin 282. ayetinde geçen ifade bu anlama gelmektedir.

Şuhûd kelimesi adliye teşkilatı içinde, diğer mahkeme görevlilerinde olduğu gibi hâkimin yargılama faaliyetindeki yardımcılarından biridir. Şuhûd'un, hâkime yardımcı olması, tarafların bir ispat vasıtası olarak başvurdukları şehadetten öte, verilen hükme şahit tutulan müşâhid ve görüşlerine başvuru müşavir heyet (jüri) şeklinde anlaşılmalıdır.³⁶⁸ İslam yargı tarihinde eskiden müşavir ve müftilerin duruşmalarda hazır buldukları bilinmektedir. Bununla birlikte hâkim dava dosyalarını müftiye göndererek görüş isteyebilmekteydi.

Ziya Kazıcı, Osmanlılarda hâkimlik müessesesinden bahsederken "Şuhûdü'l-hal"i hâkimin yanında hazır bulunan "jüri" olarak değerlendirmektedir.

³⁶⁵ Keskiöglü, age, s. 304.

³⁶⁶ İbni Kudâme, age, XIV, 43.

³⁶⁷ Aslan, Nâsi, *İslam Yargılama Hukukunda –Şühüdü'l-Hal- Jüri Osmanlı Devri Uygulaması*, Beyan Yayınları İstanbul 1999 s. 13.

³⁶⁸ Aslan, age, s. 16.

Yargı devletin en önemli organlarından biridir. Hâkimlerin de bir insan olduğu dikkate alınınca, unutmaları, hataya düşmeleri, bazılarının hevalarına uyup doğruluk ve haktan ayrılmaları her zaman mümkün olabilir. Bu sebeple hâkimleri gözetim altında tutacak yargı çerçevesinde bir organın gerekliliği açığa çıkmaktadır. İşte şuhûdü'l-hal veya jüri diye isimlendirilen yardımcı organ bu ihtiyaca cevap vermektedir.

Netice itibariyle hâkim de bir insan olduğundan hata etmesi kaçınılmazdır. İsmail Hakkı İzmirli bu konu üzerinde durmuş ve hâkimin gözetim altında bulunması gerektiğini bildirmiştir. Şöyle ki; “Kadıyı murakabe lazımdır, çünkü hükmünde ve hükmünün infazında mutlak olarak serbest değildir. Kafasına göre hüküm veremeyeceği açıktır. Sanıkları İslam yargılama usullerine göre yargılayıp buna göre hüküm vermesi gerektiğinden kendisini gözetim altında tutmanın gereğini belirtmiştir.³⁶⁹

Jüri, hâkimin hükmü konusunda görüş alışverişinde bulunmak için mahkemede hazır bulunduğu gibi, bilirkişilik görevi, şahitlik görevi, noterlik ve yedieminlik görevi gibi görevlerinin de olduğu hukuk kitaplarında belirtilmektedir.

G- TERCÜMAN

Bir hâkim birden çok dil bilmesi şart değildir. Bilmesi faydalı olmakla birlikte pratikte bunun mümkün olamayacağı durumlar olabilir. Hâkimin yargı faaliyetinde bulunduğu bölgede farklı dilleri de konuşan kimseler ile iletişim kurabilmek amacıyla bir tercümana ihtiyaç duyulmuştur. Hâkim davacı veya şahit olarak mahkemeye gelen kimselerin dillerini anlamadığı zaman onların ifadelerini, isteklerini bir tercüman aracılığıyla öğrenirdi.³⁷⁰

Hz. Peygamber'in, (sav) bu çerçevede bazı faaliyetlerde bulunduğunu, Zeyd b. Sâbit'e (ö.45/665) İbranice öğrenmesini emrettiğini, Zeyd b. Sâbit'in mahkemelerde İbranice konuşanların tercümanı olduğunu³⁷¹ bilmekteyiz.

Serahsî (ö.483/1090), tercümanlık yapan kimsenin, Müslüman, adil, güvenilir olması gerektiğini belirtir.³⁷² Yine tercümanın Müslüman olması gerektiğini, Hz. Peygamber'den (sav) bir rivayette bulunarak anlatır. Şöyle ki: Selman-ı Farisî'nin

³⁶⁹ İzmirli, age, s. 27.

³⁷⁰ Serahsî, age, XVI, 89.

³⁷¹ Buhârî, Ahkâm, 40.

³⁷² Serahsî, age, XVI, 89.

(ö.35/657) sözlerini bir Yahudi Hz. Peygamber'e (sav) farklı çevirmiş, Hz. Peygamber (sav) ayetle uyarılmıştır.³⁷³

Mahkemede bulundurulacak tercüman sayısı hakkında ihtilaf bulunmaktadır. Ebû Hanife (ö.150/757) ve Ebû Yusuf'a (ö.182/798) göre bir tercümanın olması yeterlidir. Ancak iki tane olmasının daha güzel olacağını kaydederler. Ancak İmam Muhammed (ö.189/805) ve İmam Şâfiî'ye (ö.204/819) göre en az iki tercümanın bulunması gerektiğini belirtirler.³⁷⁴

H- HACİP (MÜBAŞİR)

Mahkemeye başvuruların sıra ile içeri alınmasını düzenleyen kimseye denir. Hacip, günümüzdeki mübaşirlerin vazifesini yerine getiren bir kimse olarak hâkimin yardımcılarındandır.³⁷⁵ Mübaşire, "sahibu'l-meclis" veya "cilvaz" denildiği de olmuştur.

Şafiîler mahkemede hacip görevlendirmenin mekruh olduğunu belirtirler. Mâverdî (ö.450/1058), Edebü'l-Kâdî isimli eserinde bu hususta örnekler de vermiştir. Şöyle ki: Hz. Ömer, (ö.24/644) Sa'd b. Ebî Vakkas'ı (ö.55/677) Küfe'ye tayin etmiştir. Sa'd orada bir süre hâcib olmadan yargı faaliyetlerinde bulunmuş, ardından bir hâcib görevlendirmiştir. Hz. Ömer bu hâcibi görevinden almıştır. Muhtemelen hacib kendi heva ve hevesine göre davranıp zulmetmiştir.³⁷⁶ Şafiîlerin bu konuda farklı düşünmesinin sebebi, prensip olarak mahkemenin herkese açık olarak faaliyet göstermesi gerektiğinden ve hacibin mahkemeye giriş çıkışlarda engel teşkil ettiği için olabilir.

Ancak Mâverdî (ö.450/1058) mahkeme salonunun dışında hacib görevlendirmenin bir sakıncasının bulunmadığını da belirtmektedir.³⁷⁷ Mâverdî, mahkeme salonu için görevlendirilecek hacibte bulunması gerekli şartları da belirtmiştir. Buna göre hacip; adil, alçakgönüllü ve güvenilir bir kimse olması, titiz, iyi giyimli, anlayışlı, heva ve hevesten uzak biri olması gerekir.³⁷⁸

Mübaşirlerin ücreti hususunda Lisânü'l-Hükkâm'da aydınlatıcı bilgiler bulunmaktadır. Şöyle ki; Sâhibu'l-Meclis veya Cilvaz ismi verilen kişinin, şahitleri bir düzen içinde mahkeme salonuna çağırarak ve mahkeme salonunda düzeni sağlamak görevle-

³⁷³ Buhârî, Ahkâm, 40;

³⁷⁴ Serahsî, age, XVI, 89.

³⁷⁵ Kazıcı, age, s. 191.

³⁷⁶ Mâverdî, *Edebü'l-Kâdî*, I, 200.

³⁷⁷ Mâverdî, age, I, 201.

³⁷⁸ Mâverdî, age, I, 204.

rinden dolayı davacıdan, İki dirhemden fazla olmayacak bir ücret alabileceği belirtilmektedir.³⁷⁹

Osmanlı döneminde bazı mübaşirlerin sorgu hâkimi olarak görev yaptıkları da kaydedilmektedir.³⁸⁰

İ- KÂSİM (MİRAS DAĞITIM MEMURU)

Sözlükte “bölmek” anlamındaki kısmet masdarından türeyen **kasım** veya **kassâm**, “taksim eden, bölüştüren” manasına gelmektedir.³⁸¹ Miras davalarında bizzat dava mahalline giderek, gerekli tahkikatı yapıp ihtilaf hakkında bir neticeye vardıldıktan sonra davayı hükme bağlayan ve ev, tarla, arsa gibi gayrimenkulleri varisler arasında taksim eden memura kâsım veya kassâm denir.³⁸²

Kassamlar ikinci derecede adliye görevlilerinden olup hâkimin yardımcılarıdır. İslam hukukçuları, hâkimlerin görevlerinden bir kısmını kassâmın yerine getirdiğinden, hâkimin taşınması gerekli şartların kassâmın da taşınması gerektiği üzerinde dururlar. Buna göre bir kassâm, müslüman, adil, Kur’an, sünnet, fıkıh ve özellikle miras hukukunu iyi bilen, ilim sahibi, hür, kazf suçu sebebiyle had cezası uygulanmamış, fasık olmayan kimse olması, sağlıklı ve organlarının tam olması gerekir.³⁸³ İmam Şafî, (ö.204/819) hâkimin ifa ettiği kaza fonksiyonunun bir bölümünü üstlendiklerinden kassâmları da hâkimler gibi görmektedir.³⁸⁴

Kassâmın, İslam’ın ilk zamanlarından beri İslam yargı hukukundaki yeri bilinmektedir. Serahsî (ö.483/1090), Hz. Ali’nin (ö.41/661) kassâmının, Abdullah b. Yahya el-Kindi olduğunu belirtir. Bu şahıs ev, arazi gibi gayrimenkulleri varisler arasında taksim etmekte ve çalışmasının karşılığı olarak devletten maaş almaktadır.³⁸⁵ Yine Harice b. Zeyd, Emeviler zamanında bu vazifeyi ifa etmekteydi. Kassâmlık Osmanlı Devleti’nde daha bağımsız bir şekil almış, askeri ve reaya olarak ikiye ayrılmıştır. Birincisi, yönetici zümreye mensup kişilerin miraslarını kazasker adına varisler arasında taksim eden askeri kassâm, ikincisi de reayanın terekesini vilayet ve sancak kadıları adına va-

³⁷⁹ Muhammed Hanefî, age, I, 220.

³⁸⁰ Bayındır Abdülaziz, *İslam Muhakeme Hukuku Osmanlı Devri Uygulaması*, İ.İ.A.Ö. Yayınları, İstanbul 1986, s. 52.

³⁸¹ Öztürk Sait, “Kassâm” *DİA*. XXIV, 579.

³⁸² Atar, age, s. 146.

³⁸³ Serahsî, age, XVI, 104.

³⁸⁴ Şafî, Muhammed b. İdris, *el-Ümm*, Dâru’l-Mârifê, Beyrut 1973, III, 227.

³⁸⁵ Serahsî, age, XVI, 102.

risler arasında paylaştıran şehri kassâmıdır. Bu dönemde kassâm bulunmayan kaza ve nahiyelerde kassâmın görevini naibler ifa ederlerdi.³⁸⁶

VIII- MAHKEME SALONU

Hz. Peygamber (sav) döneminde duruşmaların yapıldığı belirli bir bina mevcut değildir. O, camide, pazarda, evde taraflar arasında hüküm verirdi.³⁸⁷ Hz. Osman zamanında duruşmaları yapmak için hazırlanmış adliye sarayından (Daru'l-Kazâ) bahsedilmektedir.³⁸⁸ Fetâvâyi Hindiyeye'de hâkimin hüküm vermesi için, herkese açık olduğundan dolayı mescitte oturması gerektiği bahsedilir. Hatta bu mescidin şehrin tam ortasında, herkesin kolayca gelebileceği yere kurulması gerekir. İlgili kaynak ayrıca, hüküm vermek için belirli bir yer tahsis edilmesi gerekmediğini, hâkimin istediği yerde hüküm verebileceğinden de bahsetmektedir.³⁸⁹

İslam hukukçuları, camilerin mahkeme salonu olarak kullanılıp kullanılmayacağı hususunda ihtilaf etmişlerdir. Bazı hukukçular mescitte yargılama yapmanın caiz olmadığını, çünkü yargılamanın gürültülü olmasının mescit adaplarına aykırı olduğunu, yine hayızlı kadınların mescide giremeyeceklerini belirtirler. Hz. Peygamber'in, (sav) mescitte yargılama yapmasının sebebini, o bölgenin korunması ve tartışma ve gürültünün çok olmadığı bir yer olduğunu belirtirler. Bazı âlimlere göre her ne kadar hâkim mescitte hüküm verebilirse de, had ve ta'zir cezalarını tatbik edemez.³⁹⁰

İmam Şâfiî (ö.204/819) de mescitte yargılama yapmanın mekruh olduğunu belirtir.³⁹¹ Şâfiî hukukçular, mescide hayızlı kadınlarla müslüman olmayanların girmelerinin sakıncalı olduğunu düşündükleri için, caminin muhakeme salonu olarak kullanılmayacağı üzerinde ısrar etmektedirler. İmam Şâfiî, hadlerin mescitte infaz edilmesinin de mekruh olduğunu belirtir.³⁹² Mâverdî'nin (ö.450/1058) İbni Abbas'tan (ö.68/687) naklettiği bir rivayete göre Hz. Peygamber, "*Mescidde hadler uygulanamaz*"³⁹³ buyurmuştur.

³⁸⁶ Öztürk Sait, "*Kassâm*" *DİA*, XXIV, 580.

³⁸⁷ Buhârî, *Ahkâm*, 20.

³⁸⁸ Taberî, *age*, III, 300.

³⁸⁹ Fetâvâyi Hindiyeye, *age*, VI, 251.

³⁹⁰ Fetâvâyi Hindiyeye, *age*, VI, 251.

³⁹¹ Şâfiî, *age*, VI, 198.

³⁹² Mâverdî, *Edebü'l-Kâdî*, I, 210.

³⁹³ Mâverdî, *age*, I, 211; Kâsânî, *age*, VII, 13; Merğînâni, *age*, III, 103.

Hanefilere göre ise mescidde yargılama yapmanın bir sakıncası yoktur. Çünkü Hz. Peygamber, sahabeler, tabiûn hepsi mescidde yargılama yapmışlardır. Onlara uymak ise vaciptir.³⁹⁴ Ebû Hanife, (ö.150/757) her ne kadar davaların camide görülebileceğini belirtmiş ise de, hükümlerin infazının camide mümkün olmayacağını vurgulamış, bu sebeple mescitte had vurmasından dolayı zamanın Küfe kadısı Abdurrahman İbn Ebi Leyla'yı (ö.148/765) eleştirmiştir.³⁹⁵ Hz. Ömer'in, üzerine ceza gereken, yani hüküm giymiş kimsenin mescitten dışarı çıkarılması hususunda emir verdiği bilinmektedir.³⁹⁶

Hukukçular, yargılama yapılacak yerin (mahkeme salonu) geniş olması, tarafların birbirlerine zarar vermeden düzenli bir şekilde gireceği kapılarının olmasını gerekli görürler. Günümüzde bu sistemi, yeni kurulan adliye binalarının bazılarında hayata geçirilmeye çalışılmaktadır.

Bazı İslam devletlerinde “*Kâdi'l-Mescid*” ismiyle yetkileri sınırlı hâkimler de vardı. Bunlar Cuma ve Bayram namazları kılınan camilerde iki yüz dirhem gümüş ve yirmi dinar altın alacak davalarına ve nafaka takdiri gibi ufak ve basit davalara bakardı. Kâdi'l-Mescidler idari bakımdan ülke hâkimlerinin gözetimi altında idiler.³⁹⁷

Netice olarak denilebilir ki, İslam'ın ilk zamanlarında davaların azlığı sebebiyle camide, evde, çarşıda, pazarda, hatta yolda 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 hususi binalarının yapılmasına ihtiyaç hissedilmiş, hızlı bir şekilde “*Dârü'l-Kazâ*” denilen binalar meydana getirilmiştir.

IX- HÂKİMİN TUTUM VE DAVRANIŞLARI (EDEBÜ'L-KÂDÎ)

Edebü'l-Kâdî tabiri, hâkimin kişiliği, insanlarla ilişkileri, söz ve davranışları, giyim ve kuşamı da dâhil olmak üzere özel hayatı, beşeri münasebetleri ve resmi görevleriyle ilgili hususları ihtiva etmektedir. İslam hukukçuları bu başlık altında hâkimlerin davranışlarında beşeri münasebetleri ve resmi görevlerinde nasıl bir yol izlemesi gerektiği üzerinde durmuşlardır. Çünkü hâkimin kişiliğinin ve özel hayatının, yargılamanın başarısı ve verilen hükmün saygınlığı ile yakın ilişkisi bulunmaktadır.

³⁹⁴ Kâsânî, age, VII, 13.

³⁹⁵ Ebu Zehra, Muhammed, *Ebu Hanife*, (Çev. Osman Kesioğlu) D.İ.B. Yayınları, Ankara 1997, s. 61.

³⁹⁶ Buhârî, Ahkâm, 19.

³⁹⁷ Berki, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, s. 41.

Hâkimin kaba olmayacak biçimde güçlü olması, zayıflık göstermeyecek tarzda yumuşak huylu olması ve uyanık olması lazımdır. Kendisinden önceki hâkimlerin hükümlerini bilmesi, Allah'tan korkması, gafil olmaması, sağlam görme ve duyma özelliğinin olması, görevlendirildiği bölgenin halkının dilini iyi bilmesi, ahde vefa göstermesi gerekir.³⁹⁸ Hâkim kızgınken yargılama yapmamalıdır. Hz. Ebû Bekir'den (ö.13/634) gelen bir rivayete göre Hz. Peygamber (sav) “hâkim sinirli olduğu zamanlarda iki kişi arasında hüküm vermesin” buyurmuştur.³⁹⁹ Yine hâkim, açlık, aşırı tokluk, hastalık, korku, hüznün, sevinç, uyuklama, uyuşukluk, huzursuzluk ve can sıkıntısı gibi durumlarda da hüküm vermekten kaçınmalıdır. Bununla birlikte bu hallerde vermiş olduğu hüküm de sahih⁴⁰⁰ kabul edilmiştir.

Hâkim, yargılamayı belli bir güne, belli bir vakte atması da caizdir. Ancak bu durumda hasımlar arasında bir husumet vuku bulması ihtimali varsa yargılamayı ertelemesi caiz değildir.

Hâkimin kendisi için alışveriş yapmasının mekruh olduğu da belirtilir. Bilinmeyen birini bu iş için görevlendirmesi gerekir. Hatta bu şahıs deşifre edilirse derhal başka bir kişiyi görevlendirmesi gerekir. Serahsî (ö.483/1090), Mahkemede alışveriş yapmanın, mahkemenin yüceliğini kaybettireceğini belirtir. Ancak mahkeme dışında alışveriş yapmanın hâkim için bir sakıncası olmadığını da kaydeder.⁴⁰¹

Kadı Şüreyh (ö.79/698), şöyle demiştir: “Ömer, beni hâkim olarak tayin ederken, kendim için alışveriş yapmamak, rüşvet almamak ve sinirli iken hüküm vermemek üzere şartlar öne sürmüştür.⁴⁰² İslam hukukçuları hâkimin rüşvet almalarının haram olduğunu, adeten kendisine hediye getirmeyen birinden hediye almasının caiz olmadığını belirtirler.⁴⁰³ Hz. Peygamber'in (sav) zekât toplamak üzere görevlendirdiği bir kişinin kendine özel hediyeler ile dönmesine sinirlendiği, “eğer annenin evinde otursaydın bunlar yine de sana gelir miydi” diye çıkıştığı rivayet edilir.⁴⁰⁴

Merğînâni'ye göre, hâkim akrabaları ve hâkimlikten önce hediyeleşmeyi adet haline getiren kimseler dışındakilerden hediye alamayacağı gibi, halkın geneline açık

³⁹⁸ Makdisî, age, VI, 411.

³⁹⁹ Buhârî, age, Ahkâm 13.

⁴⁰⁰ Beğavî, age, s. 142.

⁴⁰¹ Serahsî, age, XVI, 77.

⁴⁰² Mâverdî, *Edebü'l-Kâdi*, I, 238.

⁴⁰³ Serahsî, age, XVI, 82.

⁴⁰⁴ Müslim, *İmare*, 26–30.

olmayan düğün merasimlerine de gidemez. Yine hâkim hasımlardan yalnız birisini evinde misafir edemez.⁴⁰⁵

Fetâvâyi Hindiyeye'ye göre bir hâkimin oğlu, kâtibi gibi kimseler rüşvet alır ve o şahıslar bu rüşveti hâkimin emri ile almış bulunurlarsa, hâkimin kendisi rüşvet almış gibi kabul edilir. Dolayısıyla verdiği hükümler geçersizdir.⁴⁰⁶

Hâkimin sünnet ve düğün yemeklerine davet edildiği halde gitmemesi doğru değildir. Bir topluluğun davetine katılıp diğerine katılmamak da doğru değildir. Hâkimin adalet vasfı bunu gerektirmektedir. Yine fakirleri bırakıp sadece zenginlere gitmesi de doğru değildir. Hasta ziyaretlerine ve cenazelere katılması, gelenleri karşılaması Hz. Peygamber (sav)'in sünneti olduğu için caizdir.⁴⁰⁷

A- HÂKİMİN TARAFLARA EŞİT DAVRANMASI

İslam hukukuna göre hâkim taraflar arasında güçlü, zayıf, zengin fakir ayrımı yapmadan hepsine eşit davranmak ve adaletle karar vermek zorundadır. Hâkim, insanların işinde çok ihtiyatlı hareket etmeli, hasımlar arasında fark gözetmemeli, kayırma yapmamalıdır. İslam hukukçuları eşitlik konusunda çok hassas olmuşlardır. Ebû Yusuf (ö.182/798) vefatına yakın bir sırada yaptığı münacatında şöyle demiştir: “*Allah'ım, hâkimliğim sırasında bir olay dışında taraflar arasında hiçbir zaman adaletten ayrılmadım. Bu olay sebebiyle beni affet.*” Bu konu ile ilgili Serahsî'nin (ö.483/1090) rivayetinde⁴⁰⁸ Ebû Yusuf, zamanın halifesi ile bir hristiyanı yargılamak, Halife'yi ayağa kaldırmak için emretmez ama hristiyana emreder. Bu durumda yargılamaya başlamadan tarafların duruşları hususunda eşitlik sağlamadığı için kendisinin zulmettiğini, eşitlikten ayrıldığını belirterek ölüm döşeğine kadar bu olayı hiç unutmaz.

Hâkimin yargılama bölgesinde bulunan ve mahkemede davası bulunan kişiye karşı hâkim dikkatli olmak zorundadır. Hâkimin, taşradan gelmiş kimselerin davasını öne alması da gerekir.⁴⁰⁹

⁴⁰⁵ Merğînâni, age, III, 103.

⁴⁰⁶ Fetâvâyi Hindiyeye, VI, 231.

⁴⁰⁷ Serahsî, age, XVI, 81.

⁴⁰⁸ Serahsî, age, XVI, 61.

⁴⁰⁹ Serahsî, age, XVI, 66.

B- HÂKİMİN İSABETLİ KARAR VERMESİ

Hâkim bir hüküm verdikten sonra, verdiği hükmün isabetli olmadığını düşünerek yeniden hüküm vermeye dönerse bu mümkündür. İctihadi meselelerde bir görüşten diğer bir görüşe dönmek caizdir. Hz. Ömer'in, Ebû Musa el-Eş'ari'ye (ö.44/664) yazdığı mektupta tenbihlerinden birisi de bu konu ile ilgilidir:

*“Verdiğin bir hükümden sonra aklına müracaat eder de, doğrusunu bulursan seni hakka dönmekten bir şey alıkoymasın. Hak asıldır.(kadimdir) hakka müracaat, batılda devam etmekten hayırlıdır.”*⁴¹⁰

Serahsî (ö.483/1090), bu hususu şöyle dile getirmektedir:

*“Eğer hâkim verdiği kararda bir hatanın olduğunu fark ederse, insanlardan utanmadan, çekinmeden hatasından dönmesi gerekir. Allah Teala o hâkimi insanların eziyetinden korur. Ama (hâkim yanlış olduğunu bildiği kararından dönmemesi durumunda) Allah'ın azabından onu kimse koruyamaz.”*⁴¹¹

Buna göre hâkim önceden hüküm verdiği bir davayı tekrar düşündükten ve anladıktan sonra önceki kararını kaldırarak yeniden yargılama yapması gerekir. Serahsî (ö.483/1090), *doğru kadimdir, doğruya dönüş batılda zaman harcamaktan hayırlıdır. Bir hâkim, Nâs ve icmaya aykırı bir hüküm verdiği zaman bu hata ortaya çıkarsa hâkimin o kararı kaldırması ve insanlardan utanmaması gerekir. Muhakkak ki Allah'ı gözetmek kendisi için daha hayırlıdır,*⁴¹² demiştir. İbni Kudâme'ye göre de bir hâkimin hükmünün, kitaba, sünnete, icmâya ve açık kıyasa aykırı olduğu zaman infazı mümkün değildir.⁴¹³ Kâsânî'ye göre, verilen hüküm kanunlara uygun olmadığı için bozulunca, hâkimin verdiği hükmünde şahsi kusurundan dolayı meydana gelen zararlar hâkimin kendisinde tazmin ettirilir.⁴¹⁴

C- HÂKİMİN BİLGİ VE KANAATI

İslam hukukçuları, hâkimin kendi bilgisi ve kanaati ile hüküm vermesi hususunda farklı görüşlere sahiptirler.

⁴¹⁰ Hamîdullah, agm, *İslam Anayasa Hukuku*, s. 284.

⁴¹¹ Serahsî, age, XVI, 62.

⁴¹² Serahsî, age, XVI, 62.

⁴¹³ İbni Kudâme, age, XIV, 34.

⁴¹⁴ Kâsânî, age, VII, 16.

Hanefî hukukçulara göre hâkim bilgisi ile cezalar dışındaki konularda hüküm verebilir. Hâkim delil ile hüküm verdiğine göre, kendi bilgisi ile hüküm vermesi de caizdir. Çünkü delil olayla ilgili bilginin ortaya çıkardığı neticedir. Hâkimin bizzat görmesi ise, şehadetin ortaya çıkardığı bilgiden kuvvetlidir. Çünkü şehadetle ortaya çıkan bilgi, daha çok görüş, kanaat ve kuvvetli zandır. Buhârî’de (ö.256/870) geçen bir hadiste bu konuda aydınlatıcı bilgi vardır. Şöyle ki, Ebû Sufyan’ın cimri bir adam olduğunu ve malını insanlardan esirgediğini Hz. Peygamber bilmektedir. Ebû Sufyan’ın hanımı Hind, Hz. Peygambere gelerek, Ebû Sufyan’ı şikâyet eder ve: Kocamın malından o görmeden alıp istifade edebilir miyim? diye sorar. Bunun üzerine Hz. Peygamber, Hind’e, kocasının malından kendisine yetecek miktarda almasına izin verir.⁴¹⁵ Burada Hz. Peygamber kendi bilgisine dayanarak hüküm vermiştir.

Şafîîlerden bir görüşe göre, hâkim kendi şahsî bilgisi ile hüküm veremez. Şafîîlerden başka bir görüşe göre ise, hâkim kendi bilgisi ile hüküm verebilir⁴¹⁶ Ancak hâkimin kendi bilgisi ile ceza tatbik edemeyeceği, çünkü cezalar konusunda çok dikkat ve itina ile hareket etmesi gerektiği, hâkimin bu konuda kendi bilgisinin yetmeyeceği belirtilmektedir.⁴¹⁷

Ebû Hanife’ye (ö.150/757) göre, hâkimin, hakimlik görevine atanmadan önceki bilgisi ile hüküm vermesi caiz değildir. Ebû Yusuf ve İmam Muhammed’e göre ise hâkimin, hâkim olmadan önce elde ettiği bilgisi ile hüküm verebilirler.⁴¹⁸

D- HÂKİMİN BAKAMAYACAĞI DAVALAR

Hâkimlerin de birer insan oldukları düşünüldüğü zaman bazı kimselerin davasına bakarken hislerinin tesiri altında kalabileceği akla gelir. Dolayısıyla kendisine yakın bazı kimselerin davaları hakkında tarafsız kalamayacağından ilgili davalara bakması yasaklanmıştır.

Bir hâkim kendi kendisine şahitlik yapamayacağı gibi kendisi için hüküm de veremez.⁴¹⁹ Kendisiyle ilgili bir davada karar veremeyeceği gibi o hâkim tarafından atanan naibinin (vekili) de vereceği hüküm geçerli olmaz. Çünkü hâkimin vekilinin hükmü

⁴¹⁵ Buhârî, Ahkâm, 14–28.

⁴¹⁶ İbni Kudâme, age, XIV, 31.

⁴¹⁷ Nebhân, age, s. 585.

⁴¹⁸ Kâsânî, age, VII, 4; İbni Kudâme, age, XIV, 31.

⁴¹⁹ İbni Kudâme, age, XIV, 91.

hâkimin hükmü gibidir.⁴²⁰ Hâkim kendi vekili, ana-babası ve evladı hakkında hüküm veremez. Onların taraf olduğu davaya bakamaz. Yine onların leh veya aleyhinde şahit de dinleyemez. Şahit olarak dinlenemez.

Hz. Ömer, kendisi ile Übeyy b. Ka'b arasında meydana gelen bir anlaşmazlıkta, kendilerinin davalarını çözüme kavuşturması için Zeyd b. Sâbit'i (ö.45/665) görevlendirmiştir. Hz. Ömer halife olduğu ve yargı görevi de halifeye ait olduğu halde, kendisiyle ilgili davaya bakmamış, olayı başka birine havale etmiştir. Yine Hz. Ali, bir Yahudi ile aralarındaki anlaşmazlık yüzünden Kadı Şüreyh'in (ö.79/698) hâkimliğinde anlaşmazlıkları karara bağlanmıştır.⁴²¹ Mâverdî'nin belirttiğine göre bu olay, devlet başkanının hâkim huzurunda yargılanması konusunda da delil oluşturmaktadır.⁴²²

Hâkim düşmanı lehine karar verebildiği halde, düşmanı aleyhine karar veremez.⁴²³ Yine ölen bir şahısta alacağı varsa onun hakkında da hüküm verme selahiyetine sahip değildir. Yine hâkim, kendi vekili ile vekilinin vekili hakkında hüküm vermesi caiz değildir. Kendisi için şahitlik yapması caiz olmayan herhangi bir şahıs hakkında da hâkimin hüküm vermesi caiz değildir.⁴²⁴ Bazı kitaplarda, "bir hâkimin, karısı hakkında verdiği hüküm, ikinci bir hâkimin, tasdik ve infazına kadar bekletilir"⁴²⁵ denilmiştir.

X- HÂKİMLİK GÖREVİNİN SONA ERMESİ

Hâkimin görevinin sona ermesi birkaç yoldan mümkün olmaktadır:

- 1- Devlet başkanının görevden alması,
- 2- Kendisinin istifa etmesi,
- 3- Hâkimlik şartlarından birini kaybetmesi durumunda hâkimin görevi son bulmuş olur.

Devlet başkanının hâkimi görevden almasında gücünü Müslümanlardan yani halktan almaktadır. Hukukçular hâkimin görevden alınmasını gerektirecek bir durumun olması gerektiğini, aksi takdirde hâkimin keyfi olarak azledilmesinin caiz olmadığını belirtirler. Bunun yanında hâkim bizzat kendisi de istediği zaman görevden çekilebilir.

⁴²⁰ Fetâvâyi Hindiyeye, VI, 248.

⁴²¹ İbn-i Kudâme, age, XIV, 91.

⁴²² Mâverdî, *Edebü'l-Kâdi*, II, 416.

⁴²³ Mâverdî, *el-Ahkâmu's-Sultâniyye*, s. 101.

⁴²⁴ Fetâvâyi Hindiyeye, VI, 336–337.

⁴²⁵ Fetâvâyi Hindiyeye, VI, 338.

Hâkimin azledilmesinin gerekçeleri yukarıda bahsedilmiştir. Dolayısıyla burada tekrar değinmenin yersiz olacağı düşünülmüştür.

XI- DİĞER YARGI MERCİÛLERİ

A- HİSBE TEŞKİLATI

İslam muhakeme hukukunda, adliye teşkilatından başka, toplumun asayişini sağlamak, dine ve ahlaka aykırı hareket edenleri ta'zir ve te'dip etmek, yollarda gelip geçenleri rahatsız eden kötülükleri yolsuz hareketleri genel toplum ahlakına aykırı şeyleri kaldırmak, hayvanlara, hamallara fazla yük yüklemeyi önlemek, kamuya zarar veren şeylere meydan vermemek, yiyecekleri, içecekleri tartı ve ölçüleri kontrol ederek bunlarda bir hile, düzensizlik, bozukluk bulurlarsa derhal cezalandırmak gibi belediye idaresine ait birtakım işleri yerine getirmekle görevli **Hisbe** adını taşıyan memurlar vardır.⁴²⁶

Hisbe kelimesi “حسب” kökünden gelen isimdir. İhtisab ve muhtesip de aynı kökten gelmektedir. Hisbe; “sevap”, “ecir”⁴²⁷ ve “hüsn-i tedbir” anlamında kullanılmaktadır. “İhtisab” (احتساب), “ecir talep etmek” anlamına gelir.⁴²⁸

Muhtesiplik görevi gerek Hz. Peygamber zamanında, gerekse raşid halifeler zamanında ayrı bir görev olarak vardı. Hz. Peygamber’in, Hz. Ömer’i Medine’ye ve Said b. Sa’d b. As’ı Mekke’ye muhtesip olarak tayin ettiğini biliyoruz. Sonradan gelen İslam devletleri de bu görevi yerine getirmek için muhtesib ve özel memurlar tayin etmişlerdir.⁴²⁹

İslam dünyasında, Hz. Peygamber (sav) devrinden itibaren varlığı bilinen hisbe, Hz. Ömer’in halifeliği zamanında tam teşkilatlı bir müessese haline gelmiştir. İyilikleri emretmek ve kötülüklerden vazgeçirmek gayesi ile kurulan bu müessesenin başında bulunan ve muhtesib, ihtisab emini, ihtisab ağası gibi isimlerle anılan görevli, İslam’ın hoş karşılamayıp çirkin gördüğü her türlü kötülüğü (münker) ortadan kaldırmaya çalışmaktadır.

Muhtesipliğe tayin edilecek kimselerde bazı şartlar aranmaktadır. Bunlardan en başta gelen şart, Müslüman olmak, daha sonra, yetişkin olmak, erkek olmak, adil olmak,

⁴²⁶ Keskiöğlü, age, s. 294.

⁴²⁷ Devellioğlu Ferit, “Hisbe”, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat*, Aydın Kitabevi, Ankara 1998.

⁴²⁸ Kazıcı, age, s. 215.

⁴²⁹ Berki, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, s. 45.

kudretli olmak, âlim olmak, ilmiyle amel olmak, davranışlarında Allah rızasını gözetmek, takva sahibi olmak, iyi ahlak sahibi olmaktır.⁴³⁰

Hız. Peygamber (sav) Medine'ye gelir gelmez, çarşı pazarda görevlendirmek üzere iki kişiyi tayin ettiğini biliyoruz. Bunlardan birisi Semra bnt. Nuheyk el-Esediyeye isminde bir bayandır. Muhtesibin erkek olması şartı konusu tartışmalıdır. Ancak prensipte erkek olması gerektiğini belirten hukukçular vardır. Fâtîmîler ve Endülüs Emevilerinde bu görevin hâkimler tarafından yürütüldüğü nakledilmektedir.⁴³¹

Muhtesibin tayini hususunda hukukçular farklı görüşler ileri sürmektedirler. Bazı hukukçulara göre, muhtesibin tayininin bizzat devlet başkanı veya onun tarafından atanmış vali tarafından yapılır. İmam Gazâlî (ö.505/1111) ve diğer bazı âlimler ise muhtesipliğe tayin için herhangi bir izin gerekmez, çünkü bir kötülüğü gören hangi Müslüman olursa olsun derhal müdahale etmelidir, bunu yapmadığı takdirde günahkâr olur, demektedirler.⁴³² Bununla birlikte halife tarafından, söz konusu görevler için özellikle resmi görevli olarak memurlar tayin edilmiştir.

Toplum huzurunun sağlanmasında önemli derecede rol oynayan bir görevli olan muhtesip geniş yetkilerle donatılmıştır. Muhtesibin temel görevi geniş anlamda “Emr-i bi'l-Mâruf, Nehy-i ani'l-Münker” dir. Yani “İyiliği emretmek, kötülükten alıkoymak”tır. Mâverdî (ö.450/1058), bu prensibi üçe ayırmıştır. Bunlar; Allah'ın hakları ile alakalı olanlar (*hukukullah*), insanların hakları ile alakalı olanlar (*hukuku'l-İbâd*) ve her ikisi ile de alakalı olan haklardır.

Muhtesibin kul haklarını ilgilendiren görevleri; ölçü ve tartılardaki eksikliklerden meydana gelen anlaşmazlıklarda, satılan mal veya ücret hakkında hile ve aldatmayla ilgili davalarda, borçlunun ödeme gücü varken ödememesi durumunda meydana gelen anlaşmazlıklarda çözümler üretmektir.⁴³³ Bunların yanında muhtesibin, dîne aykırı davranışları yapanları hesaba çekmek ve gerekirse cezalandırmak, yollardan geçenler için engel oluşturan durumları yok etmek, hamallara ve gemilere taşıyacakları miktarın üzerinde yük yüklenmesine engel olmak, okullarda eğitim ve öğretim yerlerinde öğrencilere şiddet kullanan öğretmenlere uyarıda bulunmak, yiyecek ve içeceklerle hile karış-

⁴³⁰ Kazıcı, age, s. 221–222.

⁴³¹ Berki, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, s. 45.

⁴³² Kazıcı, age, s. 221.

⁴³³ Nebhân, age, s. 623.

tırılmasını önlemek, bunları takip etmek, eksik tartı kullananları cezalandırmak, belediyelere ait işlerin bazılarını yürütmek gibi görevleri vardı.⁴³⁴

1) Hisbe İle Yargı Arasındaki Farklar

Mâverdî (ö.450/1058), Hisbenin, yargı ve mezalim hükümleri arasında bir yerde bulunduğunu belirtir.⁴³⁵ Hisbe, açıkça ortaya çıkan kötülöklere ait davalara bakar. Onun işi “*Emr-i bi'l-Mâruf, Nehy-i ani'l-Münker*”dir. Muhtesip açık bir hüküm ile görevlendirilmedikçe yukarıda sayılan görevlerinin haricindeki davalara bakamaz.

Muhtesib, delil, ispat ve yemine ihtiyaç duyulan inkâr ve kaçınma ihtiva eden davalara bakamaz. Bu davalara yargı bakar.

Muhtesib, görevinde şiddet kullanabilirse de hâkim taraflarla olan yargılama işleminde şiddet kullanamaz. Çünkü hâkimin işi taraflar arasındaki anlaşmazlığı sabır, vakar ve ağırbaşlılık ile çözmesi gerekir.

Muhtesip görevi gereği kendisine dava açılmaksızın anlaşmazlıklara direkt olarak müdahale edebilir. Ancak hâkim, mahkemeye bir dava açılmadığı müddetçe anlaşmazlıklara bakamaz.⁴³⁶

B- ŞURTA

Hâkimin yardımcılarından birisi de Şurta'dır. Görevi adli çerçevede olup hâkimlerin makamlarına saygı duyulduğundan, hâkimlere verilmeyen bazı görevler şurtaya verilmiştir.⁴³⁷ Fetâvâyî Hindiyîye'de, hâkimin yanında koruyucusunun bulunması, terbiye kamçısının bulunması ve güvenliği sağlaması gerekir,⁴³⁸ denilmektedir. Şurta, günümüzdeki adli polislerin yaptığı görevi yerine getiren, bunun yanında, tahkikat yapma, hapisanelerin idaresi görevini yürütme ve umumi asayişini sağlamak için cezaları infaz etme gibi görevi vardır. Ayrıca mahkeme esnasında hâkimlere yardım etmek hükümleri icra etmek gibi görevleri de vardır. İbn-i Ferhun'un (ö.799/1397) belirttiğine göre şurta; hacr davaları, gaib aleyhine açılan davalar, hadleri yerine getirme ve miras davalarına bakar. Şurta, had cezalarını uygulayan ta'zir eden, suçların işlenmesini önlemek için tedbir alan, asayiş ve inzibatı sağlayan bir çeşit zabıta, emniyet memuru olarak görev

⁴³⁴ Zeydan, age, I, 335.

⁴³⁵ Mâverdî, *Edebü'l-Kâdî*, I, 242.

⁴³⁶ Mâverdî, age, I, 242.

⁴³⁷ Zeydan, age, I, 337.

⁴³⁸ Fetâvâyî Hindiyîye, VI, 251.

yapmaktadır.⁴³⁹ Hâkimler tarafından verilen hükümleri infaz etmek, suçları meydana gelmeden önlemeye çalışmak ve gerekli birtakım tedbirler almak, suç işlemekten çekinmeyenleri uyarmak ve gerekirse güç kullanmak gibi görevleri de vardır.⁴⁴⁰

Şurta'nın, hâkimden bazı farkları vardır Şöyle ki: Şurta zan ve karineler üzerine şüpheli olanları cezalandırdığı halde hâkim zan üzere hüküm ve ceza veremez.⁴⁴¹ Bu yönüyle şurta bir bakıma muhtesibe de benzemektedir.

Hassaf'ın (ö.261/875) Ümmü Davud el-Vâbisiyye'den rivayet ettiğine göre; Şüreyh'in (ö.79/698) hemen yanında, elinde kamçısı olan bir şurta durmaktaydı. Hassaf'ın, Amr b. Kays'tan rivayet ettiğine göre, Şüreyh'in yanı başında bir adam duruyordu. Mahkemeye hasımlar geldiğinde "*hanginiz müddeî'? Konuşsun!*" diye soru sordurdu. hassaf bu polisi "*cilvaz*" olarak isimlendirmektedir. Hatta kitabında, "*Cilvazın hâkimin yanı başında bulunması ile ilgili bab*" isminde bir bölüm açmıştır.⁴⁴²

C- MEZALİM MAHKEMELERİ

Mezalim, devlet içinde yetki ve nüfuz sahibi şahısların fertlere karşı işlediği ve fakat normal yargının hükme bağlaması ve onu rü'yet etmesi imkânı olmayan zulüm vakalarına bakan yüksek yargı yetkisi⁴⁴³ olarak tanımlanmaktadır. Daha açık sayılabilecek bir tanımı ise şöyledir:

"Mezalim, İslam devletlerinde, adaletli bir toplum düzeni kurmak amacıyla, genel idarenin merkez ve taşra teşkilatlarında yer alıp, hem siyasi, hukuki ve ekonomik alanlarda, hem de idari ve adlî yargı alanlarında devletin yüksek memurlarının katıldığı, kurul halinde görev yapan bir devlet organıdır."⁴⁴⁴

Hukukçular, Mezalim Yetkisi'ni, beşerî hukuktaki "İdari Yargı" veya "Yüksek Mahkeme," "İstinaf mahkemesi," "Yargıtay" seviyesinde bir yetki olarak nitelendirmektedirler. Mezalim, genel yönetimin merkez teşkilatında, çoğunlukla, devlet başkanları nezdinde yürütülmüştür. Bununla birlikte, bazen, devlet başkanları yetkilerinin bir

⁴³⁹ Osman, age, s. 294.

⁴⁴⁰ Zeydan, age, I, 337.

⁴⁴¹ Berki, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, s. 48.

⁴⁴² Hassâf, *Edebü'l-Kâdı*, s. 54–55.

⁴⁴³ Nebhan, age, s. 593.

⁴⁴⁴ Akyüz, Vecdi, *İslam Hukukunda Yüksek Yargı ve Denetim, Dîvan-ı Mezâlim*, M.Ü.İ.F. Yayınları, İstanbul 1995, s. 19.

kısmını vezir, hâkim ve sahibu'l-mezalim unvanını taşıyan kamu görevlilerine de devretmişlerdir.⁴⁴⁵

Mâverdî'nin (ö.450/1058) belirttiğine göre; "Mezalim Hâkimi, zalimlere korku ve dehşet vererek onları insafa getiren ve başkasının hakkını inkârdan vazgeçirten bir koruyucudur. Bu yetkiyi kullanacak kimsenin, kudretli, emri tatbik kabiliyeti, heybet sahibi, iffetli, tamahkâr olmayan ve takva sahibi biri olması lazımdır. Çünkü bu şahsın zabitanın üstün kudretine ve hâkimlerin ilmi üstünlüğüne ihtiyacı vardır. Aynı zamanda iki tarafın sıfatları arasında birleştirici olmaya ve iki tarafa da emrini tatbik kudretine muhtaçtır."⁴⁴⁶

Mezalim görevi, delilleri değerlendirme, gerçeği itiraf etmeye zorlama, karine ve emarelere dayanma, hakkın ortaya çıkmasına dek hükmü erteleme, hasmı sulhe yöneltme ve şahitlere yemin verdirmekten ibarettir.⁴⁴⁷

Hz. Peygamber (sav) insanlar arasında meydana gelen anlaşmazlıkları bir hâkim sıfatıyla çözüme kavuşturduğu gibi, devlet başkanı sıfatıyla da insanların uğradığı haksızlıklara karşı derhal harekete geçer ve haksızlığa uğrayanların haklarını iade ederdi. Nebhân'a (ö.1350/1931) göre; bazı tarihi rivayetler, mezalimler için oturum yapanların ilki olarak Hz. Ali'yi (ö.41/661) göstermektedir. Hz. Ali kendisine mazlumlar tarafından arzedilen şikâyetleri dinler ve çözüme kavuştururdu.⁴⁴⁸ Abdülmelik b. Mervan'ın (ö.83/705) mezalim işlerine bakmak için bir gün tayin ettiği belirtilir.⁴⁴⁹ Terâtibu'l-İdâriye isimli eserde, halifelerin, Mühtedî-billah zamanına kadar mezalim davalarına baktıkları bazen de hâkimlere bu görevi verdikleri belirtilmektedir.⁴⁵⁰

Mâverdî (ö.450/1058), Mezalim Mahkemesi'nin kurulması için bazı görevlilerin bulunmasını gerekli görür. Bunlar; Kuvvetliyi mahkemeye getirmek ve belalıları korkutmak için bekçiler, ortaya çıkan durumları ve mahkemede ele alınan konuları sorup öğrenmek için hâkimler, gerektiği zaman danışmak için fakihler, taraflar arasında geçenleri kaydetmek için kâtipler, görevli olduğu konularda doğru şahitlik yapmaları için şahitlerdir. Mezalim Mahkemelerinin görevleri hususunda Mâverdî (ö.450/1058) şunları belirtmektedir:

⁴⁴⁵ Akyüz, age, s. 76, Hasan, Hasan İbrahim, age, II, 202.

⁴⁴⁶ Nebhân, s. 593-594.

⁴⁴⁷ Kettânî, age, II, 26.

⁴⁴⁸ Nebhân, age, s. 595.

⁴⁴⁹ Nebhân, age, s. 595.

⁴⁵⁰ Kettânî, age, II, 26.

- 1- Halka karşı sert davranarak hak ve adalet yolundan sapan zalim idareciler hakkındaki şikâyetlerin incelenmesi,
- 2- Memurların vergi ve diğer devlet mallarını tahsil ederken yaptıkları haksızlıkların giderilmesi,
- 3- Divan kâtiplerinin denetlenmesi,
- 4- Devletten maaş alanların maaşlarının gecikmesi veya eksik ödenmesiyle ilgili şikâyetlerin incelenmesi,
- 5- Yöneticilerin veya güçlü kişilerin gasp ettiği mallarla ilgili şikâyetlerin incelenmesi,
- 6- Kamu vakıflarının ve hususi vakıfların denetlenmesi,
- 7- Kadı mahkemelerinin verdiği kararların uygulanması,
- 8- Muhtesibin yerine getiremediği kararların uygulanması,
- 9- Cuma ve bayram namazları, hac, cihad gibi açık ibadetlerin yerine getirilmesini sağlamak,
- 10- Normal adlî ihtilaflara bakmak⁴⁵¹ gibi görevleri vardır.

1) Mezalim ile yargı arasındaki farklar:

Mezalim yetkisi halifenin yetkileri kapsamındadır. Hâkimin yetkilerine benzer yetkileri olsa da, mezalimin faaliyeti sadece yargı alanında olmayıp, yargı ile birlikte yürütme faaliyetini de içermektedir. Mâverdî (ö.450/1058), yargı ile mezalim arasındaki farkları şöyle belirtmiştir:

- 1- Mezalim Mahkemelerinin hâkimi, kuvvete başvuracak davalıların saldırılarını önleyebilmek için, diğer hâkimler de bulunmayan kuvvet ve heybete sahiptirler.
- 2- Mezalim mahkemesi hâkimi, dava konusunu doğru olarak ortaya çıkarabilmek için, şahitleri dinleme ve delilleri arama hususunda korkutma ve tazyik yoluna başvurabilir.
- 3- Tarafların aralarındaki anlaşmazlığı çözmek için mezalim hâkimi onların aralarını bulması için güvenilir kişilere re'sen gönderebilir. Ancak hâkim, sadece iki tarafın rızası halinde tarafları hakeme gönderebilir.
- 4- Mezalim hâkimi şahitlerden şüphelendiğinde, yeniden yemin ettirebilir ve şüphesini gidermek için şahitlerin sayısını artırabilir. Hâkim ise bunu yapamaz.

⁴⁵¹ Akyüz, age, s. 105–106.

5- Mezalim hâkimi önce şahidleri dinleyip sonra tarafları dinleyebilir. Hâkimin âdeti ise davacı delillerini getirdikten sonra şahide müracaat eder.⁴⁵²

D- TEMYİZ

İslam hukukunda, mahkemeler tek dereceli olarak faaliyette bulunmuşlardır. Bir hâkim tarafından verilen hüküm ikinci dereceli bir mahkeme tarafından yani istinaf mahkemeleri tarafından tekrar görülemez.⁴⁵³ Ancak hükümler usul yönünden tetkik edilebilmektedir.

Hz. Peygamber'in (sav), fethedilen yerlerin artması sebebiyle çeşitli beldelere kadılar tayin ettiğini daha önce belirtmiştik. Hamîdullah'a göre, adlî işlerin artması sonucu Hz. Peygamber (sav) hâkim sıfatıyla taşımakta olduğu yetkilerden bir kısmını başkalarına devretmek ve yargılama konusunda sadece temyiz yetkisini kullanmakla yetinmiştir.⁴⁵⁴ Hz. Peygamber'in, (sav) iki kişinin davasına bakan âlim birisinin verdiği hükmü onaylayıp infaz ettiğini⁴⁵⁵ Buhârî (ö.256/870) nakletmektedir.

Yine Hz. Ömer ve Hz. Osman'ın hac mevsimlerinde Mekke'de bir temyiz mahkemesi kurarak, devletin her köşesindeki hâkimler tarafından verilmiş yargı kararlarına yapılacak itirazları temyizen tetkik ettikleri bilinmektedir.⁴⁵⁶

Hz. Ömer hac mevsimlerinde bir temyiz mahkemesi kuruyordu ve orada kadıların kazâî hükümlerine karşı itirazlar olursa onları temyizen tetkik ediyordu. Yine Hz. Ömer, temyiz mahkemesi kurduğuna dair vilayet vali ve kadılarına bir genelge gönderiyordu.⁴⁵⁷

İslam hukukçularına göre günümüz beşerî hukukunda yürürlükte olan temyiz mahkemesi, İslam hukukundaki temyiz mahkemesine benzer bir görünüm arz etmektedir. Çünkü temyiz, hâkim tarafından hükmü verilen bir davaya yeniden bakmak değildir. İslam hukukunda da beşerî hukukta da temyiz, verilen hükümde muhakeme usulü ve kaidelerine uyulup uyulmadığını, verilen kararın hukuka uygun olup olmadığını tetkik etmek ve araştırmaktır.

⁴⁵² Mâverdî, *el-Ahkâmü's-Sultâniyye*, s. 87.

⁴⁵³ Kâsânî, age, VII, 14.

⁴⁵⁴ Hamidullah, *İslam Peygamberi*, II, 183.

⁴⁵⁵ Buhârî, Sulh, 5; Ahkâm, 39.

⁴⁵⁶ Taberî, age, III, 235–427.

⁴⁵⁷ Atar, age, s. 79.

E- TAHKİM

Tahkim bir hak üzerinde anlaşmazlığa düşen iki tarafın anlaşarak, anlaşmazlığın çözümünü özel kişilere bırakmaları ve uyuşmazlığın özel kişiler tarafından incelenip karara bağlanmasıdır.

Beşerî hukuk, taraflar aralarındaki anlaşmazlığın çözümü için resmi sıfatları olmayan kimselere yetki vermelerine izin vermiştir.

HUMK'un 516.-517.-518. Maddelerine göre iki taraf aralarındaki anlaşmazlıkları çözmek için bir hakem tayin edebilirler. Tahkim hususi bir anlaşma ile yapılacağı gibi herhangi bir mukaveleye bundan ortaya çıkması muhtemel anlaşmazlıkların hakemler aracılığıyla çözümüne dair bir şart da eklenebilir.⁴⁵⁸

Tahkimin ilk başlangıcı kuvvetlerin konuşması yani düello şeklindeydi.⁴⁵⁹ Tahkimin, resmi yargılama kurumlarının oluşmasından daha eskiye dayandığı belirtilmektedir. Tarihçiler en eski tahkim uygulamalarının Akdeniz Medeniyetlerinde, Yunan ve Roma hukuklarında bulunduğunu belirtmektedirler.

Romalılarda taraflar davayı direkt olarak mahkemeye götürmeyip pretorlardan kendi sorunlarını çözmek için bir hakem tayin etmesini isteyebilirdi. Bu usule Judicis Postulatio denirdi.⁴⁶⁰

Cahiliye döneminde bir adli teşkilatın olmadığı, zayıfların haklarının gasp edildiği, bir konuda anlaşmaya varılsa bile onu uygulayacak bir üstün gücün -devletin- olmadığı nakledilmektedir. Bu dönemde hakemin kararının infaz edilmesinin tarafların iyi niyetlerine ve taraflardan lehine hüküm verilen kişinin üstün kuvvetine bağlı idi.⁴⁶¹ Gücünün aleyhine verilen bir hükmün ise hiçbir bağlayıcılığının olmadığını yukarıda açıklamıştık. Bu dönemde insanlar anlaşmazlıkların çözümü için hakeme başvurmaktaydılar. Hakemlerin de uygulayacakları, sistemli bir şekilde hazırlanmış kanunları yoktu.

Hz. Peygamber'in, peygamber olmadan önceki yapmış olduğu Kâbe hakemliği bir tür tahkime örnek olarak verilebilir. Bu olayda sel suları ile yerinden sürüklenen ve kutsal kabul edilen Hacerü'l-Esved'i tekrar yerine koymak için aralarında anlaşamayan Mekke'nin ileri gelenleri Hz. Peygamber'in hakemliğinde çözüme ulaşmışlardır.⁴⁶²

⁴⁵⁸ HUMK, 516–517–518.

⁴⁵⁹ Akgündüz, Ahmet, *Umumi Hukuk Tarihi*, Mimoza Basım Yayım ve Dağıtım AŞ, Konya 1991, s. 25.

⁴⁶⁰ Arsal, age, s. 255.

⁴⁶¹ Atar, age, s. 27–28.

⁴⁶² Algül, age, I, 119.

1) *İslam Hukukunda Tahkim*

İslam hukuku hakem usulünü kabul etmiştir. Kur'an'ı Kerim aile geçimsizliği halinde hakeme müracaat etmeyi emretmiştir.⁴⁶³ Bazı âlimler tahkim'i hâkimliğin bir kolu olarak görmüşlerdir. Davacı ile davalı aralarında hükmetmek için hükmetmeye ehliyetli bir kimseyi hakem tayin etseler bu sahih olur, demişlerdir. Merginâni'ye göre, iki kişi başka birini hakem seçer ve hakem seçilen kişinin verdiği kararı kabul ederlerse bu caizdir. Ancak seçilen hakemin, hâkimde bulunması gerekli nitelikleri taşıması gerekir. Müslüman olmayan, köle, zımmî, zina iftirasından ceza alan kimse ile çocuk hakem olarak tayin edilemez.⁴⁶⁴ Yine hakem haklarında karar vermedikçe bu iki kişiden her biri onu hakemliğini kabul etmekten vazgeçebilir. Hakem hakkında her iki tarafında rızasının olması gerekir.

Mecelle'nin 1790. maddesi tahkimi tanımlamaktadır; "Tahkim iki taraf arasında meydana gelen davaları çözüme kavuşturmak için kendi istekleri ile bir kimseyi hakem tayin etmelerinden ibarettir." İbn Ebî Demm, tahkimi; İki kişinin aralarındaki mâli haklar hususundaki anlaşmazlıkları çözüme kavuşturması için bir kimseyi hakem tayin etmesi, olarak tanımlamaktadır.⁴⁶⁵ Mecelle'de; "*Hukuk-i Nâs'a müteallik mal davalarında tahkim caizdir*,"⁴⁶⁶ denilmektedir. Yine muhakkemin teaddüdü caizdir.⁴⁶⁷ Yani bir hususa iki veya daha fazla hakem bakabilir.

Şer'i cezalar ve kısas konusunda hakem tayin etmek caiz değildir. Merginâni'ye göre hakem tayin etmek talak, nikah ve ictihad konusu olan tüm meselelerde caizdir.⁴⁶⁸ İslam hukukçuları tarafından, kısas ve hadlerde hakem usulünün caiz olmadığı belirtilmiştir.⁴⁶⁹

a) Tahkim'in Dayandığı Deliller

aa) *Kitap*

Kur'an'ı Kerim'de "*Eğer karı-kocanın aralarının açılmasından korkarsanız, erkeğin ailesinden bir hakem ve kadının ailesinden bir hakem gönderin. Bunlar barışmak*

⁴⁶³ Nisâ, 4/3.

⁴⁶⁴ Merginâni, age, III, 108.

⁴⁶⁵ İbn Ebî Dem, age, s. 144.

⁴⁶⁶ Mecelle, mad. 1841.

⁴⁶⁷ Mecelle, mad. 1843.

⁴⁶⁸ Merginâni, age, III, 108.

⁴⁶⁹ Halebî, age, II, 106.

*isterlerse Allah aralarını bulur, şüphesiz Allah her şeyi bilen, her şeyden haberdar olanıdır.*⁴⁷⁰

Bu ayet açıkça göstermektedir ki eşler arasında problem çıktığında, hakem müessesesinin işletilmesi Allah'ın onayladığı hatta açıkça emrettiği bir husustur. Bu ayetin kapsamını, bire bir insanlar veya devletle insanlar arasında, hatta devletlerin kendi aralarında meydana gelen anlaşmazlıklara kadar genişletmeye dini ve hukuki açıdan hiçbir engel bulunmamaktadır.

Tahkimle ilgili Kur'an'da diğer bir delil ise şudur:

*“Hep yalana kulak verir, durmadan haram yerler. Sana gelirlerse, ister aralarında hüküm ver istersen onlardan yüz çevir, eğer onlardan yüz çevirirsen sana hiçbir zarar veremezler. Ve eğer hüküm verirsen, aralarında adaletle hükmet. Allah adil olanları sever. İçinde Allah'ın hükmü bulunan Tevrat yanlarında olduğu halde nasıl seni hakem kılıyorlar da sonra bunun arkasından yüz çevirip gidiyorlar? Onlar inanmış kimseler değildir.”*⁴⁷¹

Hz. Peygamber'e Müslümanlar arasında hüküm verme yetkisi tanınmakla birlikte burada, Müslüman olmayanların anlaşmazlıklarına hakem sıfatıyla bakma hususunda Hz. Peygamber serbest bırakılmaktadır. Hukukçular bu ayeti ihtiyârî tahkime delil göstermektedirler.

ba) Sünnet

Hz. Peygamber zamanında, Müslümanlara ihanet eden ve Yahudilerin bir kolu olan Kurayza halkı Medine'de yaşamaktaydı. İhanetlerinden dolayı cezayı hak ettiklerinden Yahudiler hakem olarak Sa'd b. Muaz'ın vereceği hükmü kabul edeceklerini belirttiler. Sa'd b. Muaz'ın verdiği hükmü Hz. Peygamber tasvip etmiş ve “Allah Tealanın hükmüne uygun olarak hükmettin”⁴⁷² buyurmuştur.

Serahsî (ö.483/1090), Hz. Ömer'in Übeyy b. Ka'b ile ilgili anlaşmazlığında meseleyi Zeyd b. Sâbit'e (ö.45/665) götürmesini tahkimin cevazına delil olarak zikretmektedir.⁴⁷³ Hz. Ali ile Muaviye, aralarındaki anlaşmazlık için tahkime başvurmuşlardır.⁴⁷⁴

ca) Akıl

⁴⁷⁰ Nisâ, IV/3.

⁴⁷¹ Mâide, V/95.

⁴⁷² Buhârî, Cihad, 168.

⁴⁷³ Serahsî, age, XVI, 73.

⁴⁷⁴ İbn Ebî Dem, age, s. 144.

İnsanların kendi aralarındaki ilişkilerin bir düzen içinde yürütülmesi hukukun asıl amaçlarından biridir. Dolayısıyla insanların oluşturduğu aile, toplum ve devlet düzeni için de geçerlidir. İnsanlar arasında meydana gelen anlaşmazlıkların çözümleri için devletler yargı faaliyetlerinde bulunurlar. Hatta yargı devletin en üst üç erkenden biridir. Ancak meydana gelen anlaşmazlıkların günden güne artmasıyla ilgili kurumlarca çözümlenmesinin zor olduğu görülmektedir. Çünkü resmi yargı iş yoğunluğu ile tıkanmakta, davalar uzamakta, bunun yanında artan dava masrafları ile taraflar için zorluklar meydana gelmektedir. Bu açıdan anlaşmazlığa taraf olan kimselerin güvenilir masrafsız olduğu ve daha çabuk sonuca gidilebildiği için üçüncü şahısları hakem kabul ettikleri görülmektedir. Toplum huzurunun sağlanması ve anlaşmazlıkların daha kısa sürede çözüme kavuşturulması için imkân sağlayan özel bir merciinin olması aklen mümkün ve gereklidir.

b) Tahkimin Konusu

Tahkimin yapılacağı konular üzerinde İslam hukukçuları ittifak ettiği ve ihtilaf ettiği hususlar vardır. Öncelikle tahkim, hukukçular tarafından, anlaşmazlığın mahkemeye intikal etmesinden önce hakem yoluyla çözüme ve hakemin vereceği karara razı olma konusunda anlaşmaları sebebiyle, bir sulh olduğu hususunda görüş birliği içindedirler.

Kesin olarak tahkimin caiz olduğu konular arasında; alım-satım, kefalet, şüf'a, nafaka, yaralama ve diğer bedelli sözleşmeler gibi içtihadı konu olabilen hususlardır. Allah hakları (kamu davaları) tahkime konu olmaz. Serahsî'ye göre bu tür davalar devletin yetki alanı içindedir.⁴⁷⁵ Hukukçular tahkimde sadece tarafları bağlayan özel anlaşmazlıkların çözümü için tahkime başvurulabileceğini belirtmektedirler. Kısas, iftira cezası (kazf), nikâh, talak, nesep, lian ve akilenin ödeyeceği diyet ile ilgili hususlardır ki, bunlar Allah ve kul haklarının birlikte bulunduğu konulardır. Bu hususta hukukçular arasında farklı görüşler vardır.

Özet olarak İslam hukukunda tahkime konu olabilecek haklar, insanların üzerinde ki tasarruf yetkilerine göre belirlenmiştir. Buna göre, anlaşmazlığa taraf olan kişi ya da kişilerin tamamen kendilerini ilgilendiren hususlarda tahkime gitmesinde hiçbir sa-

⁴⁷⁵ Serahsî, age, XVI, 111.

kınca yoktur. Tarafların dışında başkalarını da etkileyen anlaşmazlıklarda, yani kamuyu ilgilendiren davalarda ise tahkime gidilmesi doğru görülmemiştir.⁴⁷⁶

Beşerî hukukta ise, HUMK'un 518. maddesinde “*Yalnız iki tarafın arzularına tabi olmayan mesailde tahkim cereyan etmez*” denilmektedir. Bu kanun İslam hukukçularının görüşlerini destekler niteliktedir. Çünkü anlaşmazlık iki tarafın dışındaki kimse-leri de bağlayan meselelerde tahkim mümkün olmayacaktır.

c) Yargı ile Tahkim Arasındaki Farklar

Hukukçular, özel bir yargılama usulü olan tahkim ile genel yargı, yani resmi hâkimlerin yargılması arasında önemli farklılıkların bulunduğunu belirtmektedirler. Bu farklılıklardan bazılarını burada zikretmekte fayda vardır.

*Hakemin yetkisi, kendisini hakem olarak kabul edenler için geçerli olduğu halde, hâkimin yetkisi, kendisini atayan siyasi bir otorite adına genel bir velayet sıfatı taşıdığı için hüküm verdiği bölgedeki tüm insanlar için bağlayıcıdır. Yine hakem tayini için tarafların rızası gerektiği halde hâkim için böyle bir şart bulunmamaktadır.

*Hâkimin verdiği karar üçüncü şahısları da bağlayıcı olduğu halde hakemin verdiği karar sadece iki tarafı bağlar. Yine tahkimin konuları sınırlıdır. Had cezaları ile kısas cezaları tahkime dava konusu olamaz.⁴⁷⁷

*Taraflar karar verilmezden önce hakemi azledebildikleri halde, hâkimin taraflarca azledilmesi mümkün değildir.

d) Hakem Tayini

Hakem tayin etmenin ve hakemin hükmünün caiz olduğu belirtilmiştir. Ancak bir hakemin hükmünün caiz olması için kendisinde öncelikle şahadet ehliyetinin bulunması gerekir.⁴⁷⁸ Mecelle'ye göre bazı durumlarda hakem devlet tarafından tayin edilebilir. Tarafların tayin ettiği hakeme, hâkim tarafından yetki verilirse, bu hakem onun naibi gibi olur.⁴⁷⁹

Müslüman olmayanın, kölenin, zimmînin, kazf cezasına çarptırılmış kimsenin, fâsıkın, sabînin hakemliği caiz değildir. Ancak zimmînin Müslüman olanlara hakemliği

⁴⁷⁶ Yıldırım, Mustafa, *İslam ve Medeni Yargılama Hukukunda Tahkim*, İzmir İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İzmir 2002, s. 61- 62.

⁴⁷⁷ Yıldırım, age, s. 74.

⁴⁷⁸ Fetâvâyi Hindiyeye, VI, 386.

⁴⁷⁹ Mecelle, mad. 1847.

caiz olmadığı halde Müslüman olmayanlara hakemlik yapmasında bir sakınca yoktur.⁴⁸⁰ Yine köleler hakem olamazlar. Ancak kadınlar hakem olabilirler.⁴⁸¹

İslam hukukçuları, hakem seçilen kimsede bazı şartların olması gerektiğini belirtmişlerdir. Hakem; Müslüman olmalıdır. İslam'ın diğer dinlerden üstünlüğü ve bunun neticesinde Müslüman olmayanların Müslüman olanlar üzerinde yetkili olamayacağı⁴⁸² gerekçesiyle bu şart ileri sürülmüştür. Hakem olmak için eda ehliyetine sahip olmak, adil olmak, hukuku bilmek belli başlı şartlardandır.

Hanefiler'e göre, hakem, hâkim ile aynı şartları taşıması gerekir. Hukuk bilgisi yetersiz olan hakemin başka hukukçulardan görüş alarak hüküm verebileceğini ileri sürmüşlerdir. Bununla birlikte hukuku hiç bilmeyen birinin hakem yapılması uygun görülmemiştir. Çünkü cahil olan birinin doğruyu yanlışla karıştırması kaçınılmazdır.⁴⁸³

Beşerî hukukta da taraflar hakem tayininde serbest iradeleriyle hareket edebilmektedirler. HUMK, bu hususta sınırlamalar getirmemekte, hakemlerin tayin şeklini, zamanını ve adedini tarafların serbest iradelerine bırakmaktadır. Ancak sözü edilen kanun hakem tayininde unutma, eksik bırakma veya kötü niyet sebebiyle meydana gelebilecek gelişmeleri önlemek için birtakım kurallar koymuştur.

Beşerî hukukta hakem olma şartları MK'nın 9. ve 10. maddesi çerçevesinde belirlenmiştir. Buna göre hakemin temyiz kudretine sahip olması, reşit olması ve kısıtlı bulunmaması gerekir.

e) Hakemlerin Yetkileri

Hakemler yetkilerini uyuşmazlığa taraf olan kişilerin iradesinden alır.

İslam hukukuna göre hakemler uyuşmazlığı çözümlenme aşamalarında İslam hukukunun genel prensiplerine göre hareket etmek zorundadır. Ancak İslam hukukçuları, hakemin uymak zorunda olduğu kurallar koymamışlardır. Hz. Peygamber resmi bir yetkisi bulunmayan Sa'd b. Muaz'ı hakem tayin ettiğinde ona yetkilerini belirleyen sınırlar koymamış, aksine serbest icihad yetkisi tanımıştır.⁴⁸⁴ Taraflar hakeme hangi konuda hüküm vermek üzere yetki vermişse o konu dışında hüküm vermesi mümkün değildir.

Hakemlerin yetkilerini kötüye kullanarak veya işi kavrayamayarak kanuna veya adalete aykırı karar vermeleri ihtimali de çok olduğundan tahkim mukavelesi akdi için

⁴⁸⁰ Fetâvâyi Hindiyeye, VI, 386–387.

⁴⁸¹ Keskiöglü, age, s. 308.

⁴⁸² Nisâ, 4/141.

⁴⁸³ Kâsânî, age, VII, 3.

⁴⁸⁴ Yıldırım, age, s. 130.

ilgililerin çok düşünmeleri gerekir. Kanun onların düşünmelerini temin için tahkim mukavelesini yazılı şekle tabi tutmuştur.⁴⁸⁵ Beşerî hukukta hakemler, yetkilerini tarafların yaptıkları tahkim şartından veya tahkim nameden alırlar. Bu itibarla kendi yetkilerini kendilerinin tayin etmeleri mümkün değildir. Yetkileri dışında karar da veremezler. Hakemlerin yetkileri dışında hareket ederek verdiği kararlar temyize tabi tutulmaktadır.⁴⁸⁶

f) Hakemliğin Sona Ermesi

İslam hukukçuları, hakemin ne kadar zaman içinde davayı sonuçlandıracağı konusunda belli bir süre belirtmemişlerdir. Bu sürenin genelde hakemler hükmünü verinceye kadar devam edeceği anlaşılmaktadır. Mecelle, tarafların tahkim hakkında bir süre belirlemeleri halinde, bu sürenin bitmesiyle hakemliğin de sona ereceğini hükme bağlamıştır.⁴⁸⁷ Sürenin bitiminden sonra verilen karar geçerli olmaz.

Beşerî hukukta ise hakemlerin ilk toplantısından itibaren altı aylık süre içinde uyuşmazlık konusunda bir karar vermek zorunda oldukları hükme bağlanmıştır.⁴⁸⁸ Hakemliğin bitmesi durumunda süre tayin edilmesinin amacı genel yargıya nispetle hakemlerin daha hızlı karar almasını sağlamaya yöneliktir.

Sürenin sona ermesi taraflar arasındaki tahkim şartı veya tahkim sözleşmesi ortadan kalkar ve hakemler yetkisiz hale gelmiş olurlar. Yetkisiz hakemin verdiği kararların batıl olduğu için süre bitiminden sonra yapılan bütün işlemler geçersiz sayılır. Bu durumda taraflar arasındaki uyuşmazlığın yetkili mahkemede görülmesi gerekir.⁴⁸⁹

Hakem hükmünü vermeden önce taraflardan her ikisi ya da bir tarafın rızası olmadan diğeri hakemi azletme yetkisine de sahiptir. Taraflar sözleşmede hakemin azledilemeyeceğini şart koşmuş olsalar dahi bu şart geçersizdir.⁴⁹⁰

HUMK'a göre, *“tahkim müddeti zarfında iki tarafın muvafakati olmadıkça hakemler azlolunamaz. Hakemlerden biri red veya istifa sebebiyle ayrılırsa yerine diğeri intihap olunur. Bu halde hâkim tahkim müddetini temdid edebilir.”*⁴⁹¹ Bu maddeye göre hakemlerin seçim şekli ne olursa olsun, ancak tarafların birlikte karar vermeleri suretiyle azledilebileceği anlaşılmaktadır. Artık hakem seçildikten sonra hakem, bir tarafın

⁴⁸⁵ HUMK, mad. 517.

⁴⁸⁶ HUMK, mad. 533/3.

⁴⁸⁷ Mecelle, mad. 1846.

⁴⁸⁸ HUMK, mad. 529.

⁴⁸⁹ Yıldırım, age, s. 139.

⁴⁹⁰ Yıldırım, age, s. 140.

⁴⁹¹ HUMK, mad. 522.

değil tarafların ortak hakemi sayılmaktadır. Azil ve istifanın nasıl yapılacağı bir şekle bağlı değildir.⁴⁹²

g) Tahkim’de Temyiz

İslam hukukçularına göre, İslam adliye teşkilatında, mahkemeler tek dereceli olarak yargı faaliyetlerini yürütmüşlerdir. Mahkemeler tarafından verilen hükümler kesinlik arz ettiğinden (kaziye-i muhkeme) ikinci dereceli bir mahkeme tarafından hükümler tekrar görülemez. Ancak daha aşağı derecedeki mahkemeler tarafından verilen kararlar kesinlik arz etmekle birlikte üst derece mahkemeler tarafından usul yönünden tetkik edilmektedir. İslam mahkemeleri Hz. Peygamber zamanından itibaren bu şekilde faaliyet göstermişlerdir.⁴⁹³

Hakem kararları kesin olmakla birlikte usul yönünden muhtemel hatalar ve yanlışların izalesi için temyiz yolunu açık tutmak, hakkın gerçek yerini bulması açısından önemlidir. İslam hukukçularının çoğunluğuna göre İslam dininin genel prensiplerine aykırı olmayan hakem kararları yetkili makamlarca bozulamaz.⁴⁹⁴ Ancak Hanefiler, hakemler tarafından verilen kararın o bölgede yargı ile görevli bulunan resmi yetkilinin hukuk ekolu ile uyuşması şartını getirmişlerdir. Buna göre hakem kararı hâkimin mezhebine uygun değilse karar bozulur.⁴⁹⁵ Çünkü tahkim sözleşmesi, hâkim adına yapılmış bir akit hükmündedir. Kendi onayına bağlanmış bir akitte olduğu gibi hâkim bozma ya da onaylamaya yetkilidir.⁴⁹⁶

Beşerî hukukta, hakem kararlarına karşı iki tür müracaat yolu vardır. Biri temyiz diğeri ise muhakemenin iadesi yoludur.⁴⁹⁷ Bir hakem kararının temyiz edilebilmesi için de ilgili kararın mahkemeye tevdi edilmesi gerekir.⁴⁹⁸ Mahkeme tarafından zabta geçirilmeyen kararın temyizi mümkün olmamaktadır.

Temyiz edilme şartları HMUK, m.533’de belirtilmiştir. Buna göre;

- 1- Tahkim müddetinin geçmesinden sonra karar verilmiş olması,
- 2- Talep edilmemiş bir şey hakkında karar verilmesi,
- 3- Hakemlerin yetkileri dâhilinde olmayan meseleye karar vermeleri,
- 4- Hakemlerin iki tarafın iddialarından her biri hakkında karar vermemeleri.

⁴⁹² Yıldırım, age, s. 141.

⁴⁹³ Atar, age, s. 150.

⁴⁹⁴ İbn Kudâme, age, XI, 484.

⁴⁹⁵ Serahsî, age, XVI, 111.

⁴⁹⁶ İbn Kudâme, age, XI, 484.

⁴⁹⁷ HUMK, mad. 533–534.

⁴⁹⁸ HUMK, mad. 532.

Tarafların hakem kararını temyiz etmeyeceklerine dair anlaşmaları geçersizdir.⁴⁹⁹

⁴⁹⁹ HUMK, mad. 535.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
BEŞERİ HUKUK VE İSLAM HUKUKUNDA HÂKİMLİK
MESLEĞİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

I- BEŞERÎ HUKUK'TA YARGI SİSTEMİ

Çalışmamızın bu bölümünde daha çok üzerinde duracağımız ve izahına çalışacağımız konu adli yargı konusudur. Ancak genel bir fikir edinmek amacıyla Türkiye'de yürürlükte olan tüm yargı organlarının işleyişine özet olarak değinmek istiyoruz.

Devletler, **yasama** (teşri) organı ve fonksiyonu, **yürütme** (icra) organı ve fonksiyonu ve **yargı** (kaza) organı ve fonksiyonu olmak üzere üç temel organ ve fonksiyona sahiptirler. Bugün Türkiye'de yasama fonksiyonu TBMM tarafından, yürütme ve idare fonksiyonu Cumhurbaşkanı başta olmak üzere Başbakan ve Bakanlar kurulu ve bütün devlet memurları tarafından, yargı fonksiyonu ise bağımsız mahkemeler tarafından gerçekleştirilmektedir.

Yargı organını temsil eden mahkemeler Adalet Bakanlığı'na bağlı olarak faaliyet gösterirler. Ülkemizde yargı faaliyeti tek elden yürütülmemektedir. Bu hususta yargı faaliyetini yürüten üç organdan bahsedebiliriz. Bunlar adli yargı, idari, yargı ve askeri yargı'dan oluşur.

Adli yargı, başta temyiz mahkemesi konumunda bulunan Yargıtay ile Adli Yargı Adalet Komisyonu Başkanlığı çerçevesinde kurulmuş adliye mahkemelerinden ibarettir.

İdari yargı, kamu hizmetlerinden dolayı birey ile idare arasında meydana gelen anlaşmazlıkları incelemek ve çözüme kavuşturmak amacıyla oluşturulmuş, başta Danıştay olmak üzere idare mahkemeleridir. İdari yargı da, genel idari yargı ve askeri idari yargı olarak ikiye ayrılmaktadır.

Askeri yargı ise, askeri mahkemelerin askeri yargı alanındaki yargılama faaliyetlerini düzenleyen yargı çeşididir. Bu yargı erkinin başında ise Askeri Yargıtay bulunur.

1961 Anayasası ile yüksek mahkeme niteliğinde olmak üzere bir Anayasa Mahkemesi kurulması öngörülmüş ve 1982 Anayasasınının 146. ve 153. maddelerinde buna ilişkin hükümler tekrarlanmıştır. Türkiye'de Anayasa Mahkemesi en yüksek yargı organı olarak on bir asil ve dört yedek üyeden oluşur.⁵⁰⁰ Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler. Bununla birlikte olağanüstü hallerde, sıkı-

⁵⁰⁰ 1982 Any, mad. 146.

yönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz.

Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı; Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır. Şekil bakımından denetleme, Cumhurbaşkanınca veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin beşte biri tarafından istenebilir. Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra, şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açılmaz; def'i yoluyla da ileri sürülemez.

Anayasa Mahkemesi Cumhurbaşkanını, Bakanlar Kurulu üyelerini, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Başkan ve üyelerini, Başsavcılarını, Cumhuriyet Başsavcı vekilini, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Sayıştay Başkan ve üyelerini görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatıyla yargılar. Yüce Divan kararları kesindir.⁵⁰¹ Yüce Divanda, savcılık görevini Cumhuriyet Başsavcısı veya Cumhuriyet Başsavcı vekili yapar.

A- YARGI TEŞKİLATI

Yargı teşkilatı denilince bağımsız mahkemeler teşkilatını anlamak gerekir. Mahkemeler devlet kuruluşlarıdır. Mahkemelerin görevi, devlete ait olan yargı hakkını kullanmaktır. Bu görev mahkemelerce uyuşmazlıkların çözülmesi ve adalet dağıtımını şeklinde gerçekleştirilir. Mahkemelerin tüzel kişiliği olmadığından yargı faaliyeti doğrudan doğruya devletin yargı faaliyetidir.⁵⁰² Mahkemeler kuruluş ve işleyiş biçimlerine göre bazı ayrımlara tabi tutulurlar. Bunları; adlî yargı, idarî yargı, askerî yargı olmak üzere üçe ayırabiliriz. Bu çalışmada adlî yargı üzerinde durulacaktır.

B- ADLİ YARGI SİSTEMİ

Adli yargı, genel olarak adalet mahkemelerinin ve askeri mahkemelerinin yargı faaliyetidir. Genel yargı olarak da bilinir. Adli yargı iki ana bölümden oluşur. Bunlar ceza yargısı ve hukuk yargısıdır. Hukuk yargısı'na medeni yargı da denilmektedir.

Medeni hukuk usulü ile Ceza hukuku usulü arasında farklar vardır. Medeni hukuk usulünde özel hakların araştırılması, gerçekleştirilmesi, ceza hukukunda ise devletin

⁵⁰¹ Türkiye Cumhuriyeti 1982 Anayasası, mad. 148.

⁵⁰² Bilge-Önen, Necip-Ergun, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, Sevinç Matbaası, Ankara 1978, s. 29.

ceza hakkının yerine getirilmesi amaçtır. Birincisinde konu, özel hukuk anlaşmazlıkları, ikincisinde konu, cezaî fiillerdir.⁵⁰³

Ceza yargısı, Adli Ceza Yargısı ve Askeri Ceza Yargısı olmak üzere ikiye ayrılır:

Adli Ceza Yargısı, sulh ceza, asliye ceza ve ağır ceza mahkemelerince Türk Ceza Kanunu hükümlerinin ve diğer kanunlarda yer alan cezai hükümlerin, Ceza Muhakemeleri Kanunu'ndaki (CMK) esaslara göre genel olarak suç teşkil eden fiillere uygulanması faaliyetidir. Bu yargı alanında verilen hükümler Yargıtay'ın denetimine tabiidir.⁵⁰⁴

Askeri ceza Yargısı ise, Anayasanın 145. maddesine göre askeri mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülen ceza yargısıdır. Askeri Mahkemelerce verilen hüküm ve kararların son inceleme mercii Askeri Yargıtay'dır.⁵⁰⁵

Hukuk yargısı (medeni yargı), Medeni Yargılama Hukuku'nun konusunu teşkil eden ve genel olarak kişilerin özel hukuka ilişkin sorunlarının ve uyuşmazlıklarının düzenlenmesi ve çözümlenmesi amacını güden yargı faaliyetidir. Medeni yargı alanında bu görev Hukuk mahkemelerince (Sulh Hukuk-Asliye Hukuk) yerine getirilir. Bu mahkemelerce verilen hüküm ve kararlar, yüksek mahkeme sıfatıyla Yargıtay'da incelenir.⁵⁰⁶ Hukuk yargısı da iki bölümden oluşmaktadır:

1- Çekişmeli Yargı (Nizâlı Kazâ): Çekişmeli yargı, medeni yargının asıl konusunu teşkil eden hukuk dalıdır. HUMK'un hükümleri çekişmeli yargı esaslarına göre sevk edilmiştir. Çekişmeli Yargı'da uyuşmazlığın tarafları (süjeleri) olarak daima en az iki kişi bulunur. Yani bunlar davacı ve davalıdır. Çekişmeli yargıda taraf (davacı) dava açmadıkça, hâkim meseleyi kendiliğinden ele alamaz. Davanın açılması yanında yine taraflarca takip edilmesi de gerekir.⁵⁰⁷

2- Çekişmesiz Yargı (Nizasız Kazâ):

Beşerî hukukta bu yargı türü fazla gelişmemiştir. Çekişmesiz yargı işlerini düzenleyen ayrı bir yargılama kanunu yoktur. Ancak çekişmeli yargı esaslarına göre hazırlanmış HUMK çekişmesiz yargı işlerinde de uygulanır. İsim tashihi, gaiplik kararı, ev-

⁵⁰³ Ansay, Sabri Şakir, *Hukuk Yargılama Usulleri*, A.Ü.H.F. Yayınları, Ankara 1957, s. 24.

⁵⁰⁴ Bilge-Önen, age, s. 26.

⁵⁰⁵ 1982 Any. mad.156.

⁵⁰⁶ Bilge-Önen, age, s. 27.

⁵⁰⁷ Bilge-Önen, age, s. 28.

lenmeye izin verme, evlat edinmeye izin verme, velayetin kaldırılması gibi konular çekişmesiz yargı çerçevesinde görülür.⁵⁰⁸

1) Tek Hâkimli Ve Çok Hâkimli Mahkemeler

Tek hâkimli mahkeme, bir tek hâkim tarafından yönetilen mahkemedir. Bu tek hâkim, o mahkemede açılan bütün davaları başından sonuna kadar tek başına yürütür. Medeni yargılama hukuku alanında Asliye Hukuk ve Sulh Hukuk Mahkemeleri tek hâkimli mahkemelerdir.

Tek hâkimli mahkeme usulü Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti yargı sistemine miras kalmış bir usul olduğu belirtilmekte ve tek hâkimle yapılan muhakeme usulü bazı beşeri hukukçular tarafından eleştirilmektedir.⁵⁰⁹

Çok hâkimli mahkeme ise, birden çok (en az üç) hâkimin görev yaptığı mahkemedir. Bu durumda yargılama bu hâkimler kurulu tarafından yapılır.⁵¹⁰ İçlerinden bir hâkim mahkeme başkanıdır. Asliye Ticaret Mahkemeleri üç hâkimli toplu mahkemelere örnek olarak verilebilir.⁵¹¹

Hukukçular tarafından gerek tek veya gerekse çok hâkimli mahkemelerin fayda ve zararları tartışılmıştır. Belgesay, bu hususta çeşitli görüşler nakletmektedir. Buna göre tek hâkim ile yönetilen mahkemelerde, taraflar veya vekillerden sadır olan parlak sözler hâkimi tesir altında bırakarak hataya düşürebilir. Hâkim nice hallerde belagatle söylenmiş sözlerin tesiri altında kendini taraflardan birine karşı sempatik veya itici hislere kaptırabilir. Tatbikatta, bazı avukatlar, hâkimi överek icabında açık veya kapalı tehdit ederek âmme efkârında heyecan uyandırarak, hâkimin hükmüne tesire çalışmakta, hakkı izhardan ziyade davayı kazanma ile ilgilenerek hasmına karşı hâkimin nefret hislerini tahrik için alay ile ciddiyeti karıştırmaktadırlar. Adli muafiyetten faydalanarak hasmının şerefi ile oynayan ona iftira eden taraf, avukat da vardır.

Tecrübeli hâkimler fikir alışverişleri ile avukatların belagatla söyledikleri sözleri tahlil ederek kötü tesirlerden kendilerini koruyabilirler. Ancak tek olarak adaleti icra eden hâkimin hadiseyi soğukkanlılıkla tahlil etmesi kolay olmaz.⁵¹²

⁵⁰⁸ Bilge-Önen, age, s. 28–29.

⁵⁰⁹ Özer, age, s. 601–602.

⁵¹⁰ Bilge-Önen, age, s. 30.

⁵¹¹ Önen, Ergun, *Medeni Yargılama Hukuku*, Sevinç Matbaası, Ankara 1979, s. 7.

⁵¹² Belgesay, Mustafa Reşit, *Kur'an Hükümleri ve Modern Hukuk*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1953, s. 137.

Hâkimler, diğer devlet memurlarından başka bir statüye tabi tutulmuşlardır. Görevlerini çeşitli baskılardan uzak bir şekilde yapabilmeleri için kendilerine bazı teminatlar sağlanmış ve mahkemelerin bağımsızlığı kabul edilmiştir.⁵¹³

2) İlk Derece Ve Üst Derece Mahkemeler

İlk derece mahkemesi, davanın ilk açıldığı yargı merciidir. Bu mahkemeye hadise mahkemesi veya hüküm mahkemesi de denilir.⁵¹⁴ Asliye Hukuk, Asliye Ticaret ve Sulh Hukuk Mahkemeleri buna örnek verilebilir.

Üst Derece Mahkemesi, davayı üst düzeyde ele alan mahkemedir. Türkiye’de yargı sistemi iki dereceli olup adalet yargısında medeni yargılama hukuku alanına giren uyuşmazlıklar yönünden üst derece mahkemesi Yargıtay’dır.⁵¹⁵ Önen, İsviçre, Almanya ve Avusturya gibi ülkelerde yargı sisteminin üç dereceli olduğunu belirtmektedir. Bu ülkelerde ilk derece ile üst derece mahkemeleri arasında Eyalet Mahkemeleri bulunur.⁵¹⁶

İslam hukukunda mahkemeler tek dereceli olarak faaliyette bulunmuşlardır. Bir hâkim tarafından verilen hüküm ikinci dereceli bir mahkeme tarafından yani istinaf mahkemeleri tarafından tekrar görülemez.⁵¹⁷ Ancak bir hâkim tarafından verilen karar usul yönünden incelemeye tabi tutulabilir ve temyiz edilebilir.⁵¹⁸ Osmanlı İmparatorluğu zamanında Şer’iyye mahkemeleri tek dereceli idi. Sonraları bunların üstünde ve kararlarını tasdik veya reddetme yetkisi ile fetvahaneye ve şer’î tahkikat meclisi kabul edildi. Tanzimat’tan sonra açılan nizamiye adı verilen mahkemeler, 1295-1878 tarihli mahkemelerin teşkili hakkındaki kanun ile üç dereceli hale getirilmiştir. Bunlar; İlk derece mahkemeleri (bidâyet), İkinci derece mahkemeleri (istînâf), üçüncü derece mahkemeleri (temyiz) idi.⁵¹⁹

Osmanlı İmparatorluğu tarafından kabul edilen üç dereceli mahkeme sisteminde 1924 senesinde bir değişikliğe gidilerek ikinci derece mahkemeleri (istînâf) kaldırıldı. Günümüze iki dereceli mahkeme kalmış oldu. Beşeri hukuktaki temyiz mahkemesinin bir hüküm mahkemesi olmadığı ve kararları ancak usulen incelediği⁵²⁰ göz önüne alınırsa, bu bağlamda İslam yargılama sistemiyle benzerlik arz etmektedir.

⁵¹³ Bayındır, age, s. 63.

⁵¹⁴ Bilge- Önen, age, s. 31.

⁵¹⁵ Önen, age, s. 7.

⁵¹⁶ Önen, age, s. 7.

⁵¹⁷ Kâsâni, age, VII, 14.

⁵¹⁸ Atar, age, s. 150.

⁵¹⁹ Ansay, age, s. 40.

⁵²⁰ Ansay, age, s. 40.

3) Genel Mahkemeler- Özel Mahkemeler

Adalet yargısı alanına giren her türlü uyuşmazlığı çözmeye yetkili mahkemelere **genel yetkili mahkemeler** denilir. Medeni yargılama hukuku alanına genel mahkemeler Asliye Hukuk ve Sulh Hukuk Mahkemeleridir.

Adalet yargısı alanında ancak belli tür ve belli kişiler arasındaki uyuşmazlıklara bakan, görevleri belli nitelikte olan mahkemelere **Özel Mahkemeler** denir. Tapulama Mahkemeleri, İş Mahkemeleri ve İcra Tetkik Mercii Mahkemeleri örnek olarak verilebilir.⁵²¹

4) Yargıtay

Adalet yargısı alanında genel ve özel hukuk mahkemelerinden verilen hükümlerin temyiz edilmesi söz konusu olduğunda, üst derece mahkemesi olan Yargıtay'da (Temyiz Mahkemesi) incelenir ve kesin biçimini alır. Yargıtay bir anayasa kuruluşu olup, Yargıtay'ın kuruluşu ve görevleri Yargıtay Yasası ve Yargıtay İç Yönetmeliği ile düzenlenmiştir.

Anayasa'nın 159. Maddesi Yargıtay'ın görevi ve üyelerinin seçimi hakkında bize bilgi vermektedir. Buna göre "*Yargıtay, adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adli yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme mercii olup, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile bu kanun ve diğer kanunların hükümlerine göre görev yapan bağımsız bir yüksek mahkemedir.*"⁵²²

Yargıtay üyeleri birinci sınıfa ayrılmış, Adli yargı hâkim ve Cumhuriyet savcılarını ile bu meslektan sayılanlar arasında Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca üye tam sayısının salt çoğunluğu ile ve gizli oyla dört yıl için seçilirler.

Yargıtay'da 21'i hukuk ve 11'i ceza işlerinde görevli olmak üzere otuz iki çalışma ünitesi vardır.⁵²³ Her bir dairede, bir başkan, dört üye ve yeteri kadar inceleme hâkimi bulunur. Her dairenin kanunla belirlenmiş ayrı görevleri vardır.⁵²⁴ Yargıtay'ın görevleri şunlardır:

1. *Adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adli yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümleri ilk ve son merci olarak inceleyip karara bağlamak,*

⁵²¹ Önen, age, s. 7–8.

⁵²² Yrg. K. mad. 1.

⁵²³ Yrg. K. mad. 5.

⁵²⁴ Yrg. K. mad. 14.

2. *Yargıtay Başkan ve üyeleri ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı vekili ve özel kanunlarında belirtilen kimseler aleyhindeki görevden doğan tazminat davalarına ve bunların kişisel suçlarına ait ceza davalarına ve kanunlarda gösterilen diğer davalara ilk ve son derece mahkemesi olarak bakmak,*

3. *Kanunlarla verilen diğer işleri görmek.*⁵²⁵*tir.*

Hz. Peygamber, yargı faaliyetleri için hâkimler görevlendirdikten sonra kendisi, günümüzdeki yargıtayın faaliyetlerine benzer bir görev üstlenmiş oldu. Çünkü yerel hâkimler tarafından verilen kararlar bazen Hz. Peygamber'e getirilmiştir. Hz. Ebû Bekr, Hz. Ömer ve Hz. Osman gibi halifeler de her yıl hac aylarında Mekke'de temyiz mahkemeleri kurmuşlardır.⁵²⁶

İslam yargılama hukukundaki mezalim mahkemelerini, yüksek mahkeme olması açısından günümüz beşeri hukukundaki Yargıtay'a benzeten hukukçular olmuştur. Gerçekten de Mezalim Mahkemeleri, Yargıtay gibi yüksek bir yargı çeşididir. Ancak Mezalim, devlet içinde yetki ve nüfuz sahibi şahısların fertlere karşı işlediği ve fakat normal yargının hükme bağlaması ve onu rü'yet etmesi imkânı olmayan zulüm vakalarına bakan yüksek yargı mahkemesidir. Burada davalar ayrı olarak görüşülür ve karara bağlanır. Halife bu mahkemede baş hâkimdir. Oysa Yargıtay'daki hâkimlerin tamamı HSYK tarafından birinci sınıfa yükselmiş hâkimlerden seçilir. Yine Mezalim Mahkemelerinin yargının yanında yürütme erkini de kullandığı bilinmektedir. Yargıtay'ın ise yürütme görevi söz konusu değildir.

5) Bölge Adliye Mahkemeleri (İstinaf Mahkemeleri)

Ülkemiz Adli yargı sisteminde istinaf mahkemelerinin varlığı mevcut değildir. 24 Nisan 1924 tarih ve 469 sayılı kanunla yargı işlerini uzattığından bahisle bu mahkemeler kaldırılmıştır. Ancak Bakanlar Kurulu tarafından 03.12.2002 tarihinde TBMM'ye sunulan Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin kuruluş, görev ve yetkileri hakkındaki kanun Meclis genel kurulunda görüşüldükten sonra 26.09.2004 tarihinde kabul edilmiştir. Ancak yürürlüğe girememiştir. Bölge adliye mahkemelerinin kurulmasıyla ilgili genel gerekçe şöyle zikredilmiştir:

Ülkemizde iki dereceli yargılama sistemi vardır. Kararların hem hukuka hem de olaylara uygunluğunu ise Yargıtay denetlemektedir. Oysa adli yargı ilk derece mahke-

⁵²⁵ Yrg. K. mad. 13.

⁵²⁶ Taberî, age, III, 235–427.

melerince verilen kararlar, bölge adliye mahkemeleri tarafından ispat ve hukuka uygunluk yönlerinden denetlenmeli ve yargıtayca sadece hukuka uygunluk bakımından incelenmelidir. Yani Yargıtay, bir içtihat mahkemesi olarak işlevini sürdürmelidir. Günümüzde hemen hemen bütün ülkelerde bizdeki yargıtayın karşılığı olan yüksek mahkemeler, birer içtihat mahkemesi olarak görev yapmakta, ilk derece mahkemelerince verilen kararların olaylara, kanuna ve usule uygunluğunu denetlemek için istinaf mahkemeleri varlığını korumaktadırlar. Ülkemizde Yargıtay ve ilk derece mahkemeleri arasında süzgeç görevi yapacak bir ara mahkeme (istinaf) olmadığı için, Yargıtay hem istinaf hem içtihat görevini yürütmek zorunda kaldığından, yargılamanın güvenli ve hızla sonuçlandırılması bakımından istinaf kanun yolu incelemesini yapmak üzere bölge adliye mahkemelerinin kurulmasının bir ihtiyaç haline geldiği görülmektedir.⁵²⁷ Tasarının gerekçesi bu olmakla birlikte karşı oy yazısında, istinaf mahkemelerinin gerekli koşullar oluşmadan, alt yapısı hazırlanmadan kurulduğu takdirde, işler Yargıtay yerine kısa sürede istinafta birikeceğinden, vatandaşın davasının görülmesinde sürat sağlanmış olmayacağından, adli yargıda hâkim ve savcı yetersizliğinden, ayrıca istinaf mahkemelerinin kurulması durumunda içtihat birliğini sağlamanın zorlaşacağından bahisle istinaf mahkemelerinin kurulmasının gereksiz olduğu savunulmuştur.⁵²⁸

İlgili kanun tasarısı meclis genel kurulunda görüşüldükten sonra bir ara geri çekilmiş ancak daha sonra tekrar meclise getirilen tasarı 26.09.2004 tarih ve 5236 kanun numarası ile kabul edilmiş, 07.10/2004 tarihli resmi gazetede yayınlanmıştır.01.04.2005 tarihinde yürürlüğe girecek olan kanun henüz yürürlüğe konmamıştır.

6) Temyiz

Beşerî hukukta temyiz edilebilen kararlar HMUK'un 427. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre temyizi kabil kararlara karşı 15 gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir. Temyiz edilemeyecek kararlar hakkında HMUK'un 428. maddesi açıklayıcıdır. Buna göre:

- 1- Miktar veya değeri beş milyar lirayı geçmeyen davalara ilişkin kararlar,
- 2- 8. maddede gösterilen davalar ile (Kat Mülkiyeti Kanunundan doğup gayrimenkulün aynına ilişkin olan davalar hariç) özel kanunlarda sulh hukuk mahkemesinin görevine girdiği belirtilen davalarla ilgili kararlar.

⁵²⁷ Noyan, Erdal, *Adli Yargı Mahkemeleri*, Adil Yayınevi, 2004, s. 8.

⁵²⁸ Noyan, Erdal, age, s. 12.

3- Yargı çevresi içinde bulunan ilk derece mahkemeleri arasındaki yetki ve görev uyuşmazlıklarını çözmek için verilen kararlar ile merci tayinine ilişkin kararlar.

4- Çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlar.

5- İrs ve soy bağına ilişkin sonuçlar doğuran davalar hariç olmak üzere, nüfus kayıtlarının düzeltilmesine ilişkin davalarla ilgili kararlar.

6- Yargı çevresi içindeki ilk derece mahkemeleri hâkimlerinin davayı görme-ye hukukî veya fiilî engellerinin çıkması hâlinde, davanın o yargı çevresi içindeki başka bir mahkemeye nakline ilişkin kararlardır.⁵²⁹

İslam hukukçularına göre günümüz beşerî hukukunda yürürlükte olan temyiz mahkemesi, İslam hukukundaki temyiz mahkemesine benzer bir görünüm arz etmektedir. Çünkü temyiz, hâkim tarafından hükmü verilen bir davaya yeniden bakmak değildir. İslam hukukunda da beşerî hukukta da temyiz, verilen hükümde muhakeme usulü ve kaidelerine uyulup uyulmadığını, verilen kararın hukuka uygun olup olmadığını tetkik etmek ve araştırmaktır.

II- YARGI GÖREVLİLERİ

A- HÂKİM VE SAVCILAR YÜKSEK KURULU

Anayasanın 159. maddesi, hâkimler ve savcılar yüksek kurulunun görev ve sorumluluklarını belirtir. Buna göre Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulur ve görev yapar.⁵³⁰ Kurulun başkanı Adalet Bakanıdır.

İlgili kanuna göre kurulun üç asıl ve üç yedek üyesi Yargıtay Genel kurulu'nun, iki asıl ve iki yedek üyesi Danıştay Genel Kurulunun kendi üyeleri arasından, her üyelik için gösterecekleri üçer aday içinden Cumhurbaşkanınca, dört yıl için seçilirler. Süresi biten üyeler yeniden seçilebilirler.

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, adli ve idari yargı hâkim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme, geçici yetki verme, yükselme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma işlemlerini yapar. Adalet bakanlığı'nın, bir

⁵²⁹ CMK, mad. 428.

⁵³⁰ 1982 Any, mad. 159.

mahkeme veya bir hâkimin veya savcının kadrosunun kaldırılması veya bir mahkemenin yargı çevresinin değiştirilmesi konusundaki tekliflerini karara bağlar. Ayrıca ve kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirir. Kanuna göre kurul kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz.

Adalet Bakanlığı'nın merkez kuruluşunda geçici veya sürekli olarak çalıştırılacak hâkim ve savcılarının muvafakatlerini alarak atama yetkisi Adalet Bakanına aittir.

İslam Devletlerinde HSYK'nın görevlerini başlangıçta halifeler yerine getirirken, ilk olarak Abbasiler zamanında kurulan Kâdı'l-Kudâtlık makamı bu görevleri ifa etmeye başlamışlardır. Devlet idaresi tarafından müstakil kadı tayini Hulefâ-yı Raşidîn devrinde yapılmış olmakla birlikte kadılar arasındaki hiyerarşinin ortaya çıkışı Abbasiiler dönemine rastlar.⁵³¹ Kâdı'l-Kudâtlık makamı kurulduktan sonra, Ebû Yusuf, öncelikle Bağdat hâkimlerini, daha sonra da bütün ülkedeki hâkimleri tayin etmeye başlamıştır. Abbasiler ile aynı devirde varlığını sürdüren Endülüs'te ve Mısır'da Halifeler bu durumdan etkilenerek, kendileri kâdı'l-kudâtları, kâdı'l-kudâtlar da diğer hâkimleri tayin etmeye başlamıştır. Bu kurumun büyük bir dairesi, kâtibi, mübaşiri, muhafızı ve sicil muhafızı gibi memurları vardır. Baş hâkim, bütün şehirlere kendisine bağlı kadıları tayin etmektedir.

Kâdı'l-Kudâtlık müessesesinin Gazneliler, Karahanlılar, Atabeylikler, Anadolu beyliklerinde ve Osmanlılar da mevcut olduğu bilinmektedir. Osmanlılar döneminde Kahire, Şam, Halep gibi şehirlere merkezden tayin edilen kadılar, bu vilayetlerin diğer kadılarını tayin ve azletme yetkisine sahip buldukları için Arap kaynaklarında "Kâdı'l-Kudât" olarak zikredildiği belirtilmektedir.⁵³²

B- ADLİYE'DE GÖREVLİ MEMURLAR

Mahkemelerde çalışan yargı görevlileri başta hâkimler ve savcılar olmak üzere yazı işleri müdürleri, zabıt kâtipleri ve mübaşirlerden oluşmaktadır.

1) Hâkimler

Hâkimler, yargı kuruluşlarında (Mahkemelerde) görev yapan ve adalet dağıtan devlet memurlarıdır.⁵³³ Hâkimler yargı yetkisi gibi çok önemli bir devlet gücünün uygulayıcıları oldukları için bunların diğer devlet memurlarından farklı bir hukuki statüleri

⁵³¹ Özen, Şükrü, agm, 24, 78.

⁵³² Özen, Şükrü, agm, 24, 80.

⁵³³ Önen, age, s. 13.

vardır. Anayasanın 140. Maddesine göre; “*Hâkimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler.*” denilmektedir. İlgili maddenin diğer bentlerinde, Hâkim ve savcılarının nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri, aylık ve ödenekleri, meslekte ilerlemeleri, görevlerinin ve görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilmesi, haklarında disiplin kovuşturması açılması ve disiplin cezası verilmesi, görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlarından dolayı soruşturma yapılması ve yargılanmalarına karar verilmesi, meslekten çıkarmayı gerektiren suçluluk veya yetersizlik halleri ve meslek içi eğitimleri ile diğer özlük işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.⁵³⁴ Hâkimler ve savcılar altmış beş yaşını bitirinceye kadar hizmet görürler; Askerî hâkimlerin yaş haddi, yükselme ve emeklilikleri kanunda gösterilir.

Hâkimler ve savcılar idarî görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlıdırlar. Kanunda belirtilenlerden başka, resmî ve özel hiçbir görev alamazlar. Hâkim ve savcı olup da adalet hizmetindeki idarî görevlerde çalışanlar, hâkimler ve savcılar hakkındaki hükümlere tâbidirler. Bunlar, hâkimler ve savcılara ait esaslar dairesinde sınıflandırılır ve derecelendirilirler, hâkimlere ve savcılara tanınan her türlü haklardan yararlanırlar. İleride hâkimlerin tayin ve terfileri ve hâkimlikle ilgili diğer konulara değinileceğinden burada tekrar edilmesi yerinde olmayacaktır.

2) *Savcı*

Savcılık mesleği Anayasanın 140. maddesinde hâkimler ile birlikte görev ve sorumlulukları tespit edilmiştir. Savcılık makamı, devlet adına ceza iddiası görevini yapan ve yürüten bir makamdır. Savcılarının asıl görevleri ceza yargılaması alanında olmakla birlikte, hukuk yargılaması alanında da birtakım görevleri mevcuttur. Savcılık makamı, tarafsız ve bağımsız bir makam değildir. Savcı, çalışmaları esnasında Adalet Bakanlığı’ndan emirler alabilir. 1982 Anayasası, mahkemelerin bağımsızlığı haricinde kalan bütün hükümlerde hâkimle savcıyı aynı şekilde değerlendirmiş, hâkimlik teminatı aynen savcılar için de geçerli kılınmıştır.⁵³⁵ Bilge’ye göre; “Savcılarının, savcılık görevi dolayısıyla sebep oldukları zararlar için aynı şey söz konusu olacak ve devlete sorumluluk yöneltilebilecektir. Zira savcılarının adli faaliyetleri hukuki değil, idari niteliktedir. Bu

⁵³⁴ 1982 Any. mad. 140.

⁵³⁵ 1982 Any, mad. 139–144,

nedenle savcıların sebep oldukları zararlar için devlet (Adalet Bakanlığı) aleyhine Danıştay'da tam yargı davası açılacaktır,⁵³⁶

Savcılık müessesesi, ilk olarak Fransa'da kurulmuştur.⁵³⁷ Ülkemizde 1295/1878 tarihi itibarıyla Sait Paşa'nın Adliye Bakanlığı zamanında ilk defa müdde-i umumîlik (savcılık) kurulmuştur.⁵³⁸ Daha önce İslam Yargılama Hukuku'nda "Savcı" bulunmamaktadır. Ancak beşerî hukuktaki savcılarının görev ve sorumlulukları İslam Hukuku'nda "Kâdî-Hâkim" in görevleri ve sorumlulukları arasındadır. Edebü'l-Kadı bölümünde hâkimin görevlerinden bahsederken, kamu yararına ait işlere baktığını, yollardaki fenalıkları engellemek, ülkede geçerli kanunları, kuralları kamu yararına uygun olarak tatbik etmek gibi görevleri bulunduğunu zikretmiştik. Nebhân, eserinde, "*genel menfaati korumak amacıyla birinin bu kuralları tatbik yolunda dava açmasına gerek yoktur*" demektedir. Bu sözüyle Nebhân, İslam adliye teşkilatında savcılık kurumunun olmayışının bir eksiklik olmadığını vurgulamaktadır.⁵³⁹ Kaldı ki kadılarla birlikte bütün Müslümanlar, kamu yararı adına kamu davası açmakla dinen yükümlü tutulmuştur. Yani İslam yargılama hukukunda, Ceza davalarında hakkı gasp edilen kişi bizzat şikâyetinde bulacağı gibi, tüm Müslümanlar ve ilgili mahkeme de re'sen dava açabilmektedir.

Osmanlı döneminde kadı hem bir hukukçu hem de bir idare adamıdır.⁵⁴⁰ Kadıların yetkilerinin sınırı çok geniş idi. Medeni, ticari, ceza davalarına bakar, bir çeşit noterlik ve savcılık yapar, bazı idari ve mali vazifeleri de yerine getirirlerdi.⁵⁴¹ Osmanlılarda hâkim gerek görev, gerekse otorite ve yetki bakımından daha gelişkin bir yönetim ve hukuk adamı kişiliğine sahiptir.

Savcılık, Montesquieu, tarafından övülmüştür. "Kanunların Ruhı" isimli kitabında şöyle belirtir: Bugün bizim mükemmel bir kanunumuz vardır. Bu kanuna göre kanunları tenfiz ettirmekle mükellef olan hükümdar, suçları kendi namına takip ettirmek için her mahkemede bir icra memuru bulundurur ve bu suretle bizim aramızda casusluk yoktur. Kamunun tarafı olan bu kimse vatandaşları korur, gözetir, onlar huzur içindedir.⁵⁴²

⁵³⁶ Bilge-Önen, age, s. 99.

⁵³⁷ Ansay, age, s. 61.

⁵³⁸ Ansay, age, s. 62.

⁵³⁹ Nebhân, age, s. 577.

⁵⁴⁰ Ortaylı, age, s. 8.

⁵⁴¹ Karaman, age, s. 299.

⁵⁴² Ansay, age, s. 62.

Savcılık müessesesinin eleştirildiği de olmuştur. Büyük bir kuvvet olan hâkimlerin verdiği kararlar hakkında nasihatte bulunacak bir kimsenin olmasının yargılamanın kudretine gölge düşüreceği belirtilmektedir. Ya hâkimler yapacakları şeyi bilmiyorlar idraksizler ve savcılar onların bu eksikliklerini tamamlıyorlar, ya da hâkimler yapacaklarını biliyorlardır. O halde savcının nasihatlerine ihtiyaçları yoktur.⁵⁴³

3) Zabıt Kâtipleri

Adli yargıdaki her mahkeme bünyesinde büro işlerini yürütmek üzere bir tutanak bürosu (mahkeme kalemi) bulunmaktadır.⁵⁴⁴ Dolayısıyla her mahkemede bir kalem ve bu kalemin ihtiyacına göre zabıt kâtipleri vardır. Zabıt kâtipleri devlet memuru statüsünde çalışmaktadırlar. Ancak çalıştıkları mahkeme hâkiminin emri ve denetimi altında görev yaparlar. Zabıt kâtiplerinin üzerinde, eskiden “başkâtip” olarak isimlendirilen, yeni ismiyle Yazı İşleri Müdürü bulunmaktadır. Yazı işleri müdürü, mahkeme işlerinin düzenli olarak yürütülmesinden sorumludur.

Yazı işleri müdürünün görevleri, ihtiyati haciz niteliğinde olmayan ihtiyati tedbirleri uygulamak,⁵⁴⁵ istek üzerine taraflara verilecek yargılama tutanak suretlerine mahkeme mührünü basmak ve suretlerin aslına uygun olduğunu imza etmek ve onaylamak,⁵⁴⁶ kararların asıllarını evrak dolabında saklamak⁵⁴⁷ gibi görevleri vardır. Yine mühürlenmiş yerlerin anahtarlarını muhafaza etmek ve anahtarları aldığını tutanakta belirtmek, davetiyeleri hazırlamak, tebliğ işlerini yürütmek, açılan davalar dolayısıyla alınacak harç ve masrafları hesap ve tahsil etmek, noter bulunmayan yerlerde de geçici yetkili noter yardımcısı adıyla noterlik işlerini yapmak⁵⁴⁸ gibi görevleri vardır.

Zabıt kâtipleri de hâkimin nezareti ve emri altında bulunur ve tahkikat ve yargılamanın cereyanını tutanağa geçirirler. Duruşma sonrası tutanak hâkim ve zabıt kâtibi tarafından imza edilirler. Yargıtay’da, zabıt kâtibinin imzasının bulunmadığı bir tutanak geçersiz sayılmış ve ilgili karar bozulmuştur.⁵⁴⁹

İslam hukukunda zabıt kâtipliği görevinin Hz. Peygamber zamanından itibaren başladığını yukarıda belirtmiştik. Zabıt kâtibi, görev itibariyle beşeri hukuktaki duru-

⁵⁴³ Ansay, age, s. 62.

⁵⁴⁴ Önen, age, s. 20.

⁵⁴⁵ HUMK, mad.106.

⁵⁴⁶ HUMK, mad.155.

⁵⁴⁷ HUMK, mad.391.

⁵⁴⁸ Noterlik K. mad.32.

⁵⁴⁹ Yargıtay 9. Huk. Dairesi, 26.02.1965, Karar No: 1258/1739.

muyla aynıdır. Ancak zabıt kâtibî olma şartları arasında bazı farklar bulunmaktadır. Örneğin İslam hukukunda zabıt kâtibinin taşıdığı şartlar itibariyle hâkim ile aynı olması gerektiği belirtilmektedir.⁵⁵⁰ Zabıt kâtibinin Müslüman olması İslam hukukunda bir şart olarak öne sürülmekte iken,⁵⁵¹ beşeri hukukta böyle bir şart aranmamakta, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olması yeterli görülmektedir.⁵⁵² Bunların dışında görev ve sorumluluk itibariyle kayda değer bir fark bulunmamaktadır.

4) Mübaşirler

Mübaşirler Mahkemelerde, hâkimlerin emir ve denetimi altında hizmet gören görevlileridir. Devlet memurudur ve maaşları vardır. Taraflar için yapacağı işlere ait masraflar yazı işleri müdürü tarafından ilgililerden alınarak kendilerine verilir.

Mübaşirlerin başlıca görevleri, bazı tebliğ işlerini yapmak⁵⁵³ hâkim tarafından dava ile ilgili olmak üzere çağrılan kişilerin sıraları geldikçe duruşma salonuna almak, bir davanın taraflarınca veya duruşmaya davet edilen diğer kişilerce mahkemeye sunulmak istenen belgeleri hâkime vermek, duruşmalarda güvenliği sağlamak ve hâkimin bu konuda vereceği emirleri yerine getirmektir. Özellikle duruşma güvenliğinin sağlanması düşüncesiyle mübaşirler, sadece mahkeme binası içinde değil mahkeme dışında hâkim tarafından dava ile ilgili olarak yapılacak iş ve işlemler sırasında hazır bulundurulur ve bu görev için kendisine ayrıca yolluk da verilir.⁵⁵⁴

Mübaşirlik mesleği, İslam hukukunda “*hâciblik*” terimi ile karşılanmaktadır. Dolayısıyla beşerî hukuktaki “mübaşir” İslam hukukunda “*hâcib*” olarak karşımıza çıkmaktadır. Osmanlı Devleti’nde, Şer’iyye Mahkemelerinde mübaşirin görevlerini yapan kimseye “*muhzır*” denilirdi. Muhzır; ilgilileri huzura getiren, mahkemelerde hazır bulunduracak kimse demektir.⁵⁵⁵ Mübaşirlere bir ara “*Adliye çavuşu*” da denilmiştir.⁵⁵⁶ Osmanlı döneminde bazı mübaşirlerin sorgu hâkimi olarak görev yaptıkları da kaydedilmektedir.⁵⁵⁷

⁵⁵⁰ Serahsî, age, XVI, 90–94.

⁵⁵¹ Serahsî, age, XVI, 94.

⁵⁵² Kâsânî, age, VII, 12.

⁵⁵³ Teb. K. mad. 2.

⁵⁵⁴ Harçlar K. mad. 34; Bilge- Önen, age, s. 121–122.

⁵⁵⁵ Ansay, age, s. 59.

⁵⁵⁶ Ansay, age, s. 59.

⁵⁵⁷ Bayındır, age, s. 52.

C- AVUKATLAR

Avukat tabiri Latince bir kelimedir. Avukatlar hakların korunmasında ve adaletin dağıtılmasında önemli bir yer tutarlar. Bu sebeple hâkimin yardımcıları arasında sayılmıştır. Avukatlık serbest bir meslek olmakla beraber ödevleri ve durumları gereği ekonomik bir faaliyetle kazanç güden bir kimse sayılamaz.⁵⁵⁸

Ülkemizde avukatlık mesleği 1136. sayılı Avukatlık Kanunu ile düzenlenmiştir. Bu kanuna göre, Avukatlık, kamu hizmeti, fakat serbest icra edilen bir meslek olup, avukat, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder.⁵⁵⁹

Avukatlığın amacı; hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır.⁵⁶⁰ Avukat bu amaçla hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eder.

Yargı organları, emniyet makamları, diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüsleri, özel ve kamuya ait bankalar, noterler, sigorta şirketleri ve vakıflar avukatlara görevlerinin yerine getirilmesinde yardımcı olmak zorundadır. Kanunlarındaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu kurumlar avukatın gerek duyduğu bilgi ve belgeleri incelemesine sunmakla yükümlüdür. Bu belgelerden örnek alınması vekâletname ibrazına bağlıdır.

Avukatlık Kanunu'nun 3. maddesi avukat olabilmenin şartları üzerinde durmaktadır. Buna göre avukatlık mesleğine kabul edilebilmek için;

- a) Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmak,
- b) Türk hukuk fakültelerinden birinden mezun olmak veya yabancı memleket hukuk fakültesinden mezun olup da Türkiye'deki hukuk fakülteleri programlarına göre noksan kalan derslerden başarılı sınav vermiş bulunmak,
- c) Avukatlık stajını tamamlayarak staj bitim belgesi almış bulunmak,
- d) Avukatlık sınavını başarmış olmak.
- e) Levhasına yazılmak istenen baro bölgesinde ikametgâhı bulunmak,
- f) Bu Kanuna göre avukatlığa engel bir hali olmamak⁵⁶¹ gerekir.

⁵⁵⁸ Ansay, age, s. 64.

⁵⁵⁹ Av.K. mad. 1, (Değişik fıkra: 02.05.2001 – 4667/1. md.).

⁵⁶⁰ Av.K. mad. 2, (Değişik fıkra: 02.05.2001 – 4667/2. md.).

⁵⁶¹ Av.K. mad. 3, (Ek bend: 02.05.2001 – 4667/1. md.).

İlgili kanunun 5. maddesinde ise avukatlığa engel oluşturacak durumlar sıralanmıştır. İki yıldan fazla hapis veya bir yıldan fazla ağır hapis cezası almak, zimmet, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanmak yüz kızartıcı suç işlemek, ihaleye fesat karıştırmak gibi suçlardan hüküm giymiş olmak, avukatlık mesleğine yakışmayacak tutum ve davranışları olmak, avukatlığa sürekli olarak gereği gibi yapmaya engel beden veya akılca malul olmak avukat olmaya engel hallerdendir.

Avukatlık süresince yapılamayacak birtakım işlerde ilgili kanunun 12. maddesinde ayrıntılı olarak belirtilmiştir. Avukat olmak isteyenlerden 3. maddedeki şartları tamamlayanlar buldukları yer barosuna başvurabilirler. Mesleğe kabul edilen adaya ruhsatname verilir ve durum ilgili baro tarafından, Türkiye Barolar Birliği'ne bildirilir.⁵⁶² Bir yıl stajyerlik yapma zorunluluğunu yerine getiren⁵⁶³ avukat Barolar Birliğinin yaptığı sınava katılmak zorundadır. Her avukatın baro levhasına yazıldıktan sonra üç ay içinde büro açmak zorunluluğu vardır.⁵⁶⁴

İslam hukukunda da avukatlık mesleği icra edilmekteydi. Beyhakî (ö.470/1077), Hz. Peygamber'in (sav) bir cinayet davasında önce maktulün varislerinin vekilini dinlediğini kaydeder. Yine Hz. Ali'nin mahkemelerde kendi adına davayı takip etmesi için kardeşi Akîl b. Ebi Talib'i vekil olarak atadığı belirtilir.⁵⁶⁵

İslam hukukunda her türlü dava için vekil tayin edilebileceği kabul edilmektedir.⁵⁶⁶ Ancak hukuk davalarında, vekili bulunan bir şahsın muhakeme esnasında hazır bulunması şart olmadığı halde hadler ve kısas davalarında diğer bir ifade ile ceza davalarında müvekkilin vekili ile birlikte duruşma salonunda bulunması şart koşulmuştur. Çünkü had ve kısas davalarında şüphe ve af ile ceza düşer,⁵⁶⁷ denilmektedir.

İslam hukukunda vekâlet teşkilatı var olmakla birlikte sırf para kazanmak amacıyla her türlü davaların vekil tarafından kabul edilip yürütülmesi meşru ve makbul değildir. Vekil meşru ölçüler çerçevesinde haklı tarafı hukuktaki bilgisizliğiyle tamamen baş başa bırakmaz ve hakların kolayca ortaya çıkması için faaliyet gösterirse yapacağı ve göreceği vazife İslam hukukunda tasvip görülür,⁵⁶⁸

⁵⁶² Av.K. mad. 9/I-III. bend.

⁵⁶³ Av.K. mad. 15, (Değişik madde: 30.01.1979 – 2178/4 md.).

⁵⁶⁴ Av.K. mad. 43.

⁵⁶⁵ Beyhakî, age, VI, 81.

⁵⁶⁶ Serahsî, age, XIX, 9.

⁵⁶⁷ Serahsî, age, XIX, 9; Kâsânî, age, VI, 21.

⁵⁶⁸ Atar, age, s. 135.

Ülkemizde 1292 (m.1875) tarihine kadar avukatlığın “*meslek*” olarak bulunmadığı belirtilmektedir. Mahkemede herhangi bir kimse vekil tayin edilebilirdi. O zamanlarda avukatlara dava vekili denirdi. Fıkıh hükümlerine göre iki kişi arasında yapılan vekâlet akdi dava vekilliği için yeterdi. Mecelle de 1516. maddesinde bunu böyle kabul etmektedir. Ancak 1292 tarihinde “Dersaâdet Dava Vekilleri Cemiyeti Nizamnamesi” adıyla bir tüzük çıkarılarak dava vekilliği bir meslek olarak tanındı.⁵⁶⁹

Avukatlık mesleğinde, Cumhuriyetten sonra hızlı gelişmeler olmuş, çeşitli değişikliklere uğradıktan sonra, günümüzde de geçerli olan 1136 Kanun numaralı “Avukatlık Kânunu” kabul edilmiştir.

Avukatlık mesleğinin meşruiyeti çerçevesinde de eskiden beri olumlu ya da olumsuz eleştiriler yapıla gelmiştir. Ansay’ın belirttiğine göre, Prusya’da avukatlık müessesesi kaldırılmıştır. Avukatlardan hoşlanmayan ediplerden biri; “*Vasiyetimde karışık bir nokta yoktur. Avukatlar son dileklerimin açıklanmasında tartışıp para kazanamayacaklardır*” demektedir.⁵⁷⁰ Dinimize göre de avukatlığın sırf para kazanmak amaçlı olmaması, haklı tarafa yardımcı olunması gerektiği vurgulanmıştır. Kuran’da “sakın hainlerin savunucusu olma”⁵⁷¹ ayetine göre batıl davaların avukat tarafından yürütülmesinin meşru olmadığı ortaya çıkmaktadır.

D- BAROLAR

Barolar; avukatlık mesleğini geliştirmek, meslek mensuplarının birbirleri ve iş sahipleri ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni sağlamak; meslek düzenini, ahlakını, saygınlığını, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak, avukatların ortak ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla tüm çalışmalarını yürüten, tüzel kişiliği bulunan, çalışmalarını demokratik ilkelere göre sürdüren kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarıdır.⁵⁷² Bölgesi içinde en az otuz avukat bulunan her il merkezinde bir baro kurulur. Kurulmuş olan barolarda avukat sayısının otuzun altına düşmesi halinde de ikinci fıkra hükmü uygulanır.

Baro kurulmayan yerlerin en yakın baroya bağlanmasına veya bunların birleştirilerek bir baro kurulmasına ve merkezlerinin belirlenmesine Türkiye Barolar Birliği ka-

⁵⁶⁹ Ansay, age, s. 66.

⁵⁷⁰ Ansay, age, s. 65.

⁵⁷¹ Nisâ, 4/105.

⁵⁷² Av.K. mad. 76, (Değişik fıkra: 02.05.2001 – 4667/46. md.).

rar verir. Türkiye Barolar Birliği yeni kurulacak baro bölgesinde bürosu bulunan levha-ya kayıtlı avukatların listesini düzenleyerek bunlardan en kıdemli avukatı, yeni baroyu kurmakla görevlendirir. Görevli avukatın seçeceği ve başkanlığını yapacağı dört kişilik kurucu kurul en geç altı ay içinde yeni baronun kuruluşunu tamamlar ve Türkiye Barolar Birliğine bildirir. Baro yönetim kurulunun yedekleri ile birlikte istifa etmesi halinde baroyu üç ay içinde seçime götürmek kaydıyla aynı kurul oluşturulur.⁵⁷³

E- NOTERLER

Ülkemizde noterlik kanunu, 18.01.1972 tarih ve 1512 sayılı kanun ile noterlerin görevleri, noterlik şartları, görev süreleri kayıt altına alınmıştır. Buna göre her asliye ve münferit sulh mahkemesinin bulunduğu yerde, o mahkemenin yargı çevresindeki noterlik işlerini görmeye yetkili olmak üzere bir noterlik kurulur.⁵⁷⁴ Noterler, Adalet Bakanlığı tarafından sınıflandırmaya da tabi tutulurlar.⁵⁷⁵ Noter olabilmek için birtakım şartlar da kanunda zikredilmiştir. Buna göre, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan, Hukuk fakültesi mezunu, yüz kızartıcı suç işlememiş kimseler noter olabilmektedirler.⁵⁷⁶ Noterler belli bir staja da tabi tutulurlar. Stajı bitiren ve noterlik belgesi almış olanlar noterliğe atanırlar. Noterlik binası da resmi kurum olarak kabul edilmektedir.⁵⁷⁷ Noterlerin işlemleri resmi nitelik taşımaktadır.⁵⁷⁸

Noterlerin görevlerinden bazıları şunlardır: Yapılması kanunla başka bir makam, merci veya şahsa verilmemiş olan her nevi hukuki işlemleri düzenlemek, protesto, ihbarname ve ihtarname göndermek, kanunlarda resmi olarak yapılmaları emredilen ve mercileri belirtilmemiş olan bütün hukuki işlemleri bu kanun hükümlerine göre yapmaktır.⁵⁷⁹ Noterin yapamadığı noterlik işlemi o yerde başka bir noter yoksa bu kanun hükümlerine göre Asliye Hukuk Hâkimi, o yerde Asliye Hukuk Hâkimliği mevcut değilse Sulh Hukuk Hâkimi tarafından yapılır.⁵⁸⁰

Edebü'l-Kadı bölümünde de bahsedildiği üzere, İslam hukukunda bu konunun üzerinde önemle durulmuştur. Şöyle ki; Bakara suresinin 282. ayeti borçların kayda

⁵⁷³ Av.K. mad. 77, (Değişik madde: 08.05.1984 – 3003/2 md.).

⁵⁷⁴ N.K. mad. 2.

⁵⁷⁵ N.K. mad. 5.

⁵⁷⁶ N.K. mad. 5 vd.

⁵⁷⁷ N.K. mad. 40.

⁵⁷⁸ N.K. mad. 82.

⁵⁷⁹ N.K. mad. 60.

⁵⁸⁰ N.K. mad. 77.

geçirilmesini emretmiş, Hz. Peygamber devlet adına yapılan işlemlerin yazı ile tespiti için görevli atamıştır.⁵⁸¹ İmam Serahsi, (ö.438/1090) ticarî, hukukî akit ve muameleler ile idari tasarruf ve siyasi anlaşmaların yazı ile tespitinin bir gelenek halinde ta Hz. Peygamber (sav) zamanından itibaren kendi yaşadığı zamana kadar devam ettiğini kitabında zikretmiştir.⁵⁸² Emeviler ve Abbasiler zamanında da her hükümet, kamu yararı ile ilgili olması nedeniyle gerekli yerlerde noter tayininde bulunmuşlardır.⁵⁸³ Görülüyor ki noterlik, İslam Medeniyetinin başlarından itibaren İslam devletleri kurumlarının önemli bir parçası olmuştur.

F- POLİS

Mahkemelerin disiplin ve düzeni, mahkeme koridorunda, mahkeme avlusunda meydana gelen kavga ve kargaşaları bertaraf etmek o mahkemenin hâkiminin görev ve sorumluluğu altındadır. Hâkim polisten yardım isteyerek bu düzenin sağlanmasında polisten yardım alabilir.⁵⁸⁴ Dolayısıyla adli yargıda polis de hâkimin yardımcılarında biridir.

Ceza Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 167. maddesine istinaden çıkarılan Adli kolluk yönetmeliğine göre soruşturma işlemleri, Cumhuriyet savcısının emir ve talimatları doğrultusunda öncelikle adlî kolluğa yaptırılır. Adlî kolluk görevlileri Cumhuriyet savcısının adlî görevlere ilişkin emirlerini gecikmeksizin yerine getirir. Adlî kolluk görevlileri, kendilerine yapılan bir suça ilişkin ihbar veya şikâyetleri; el koydukları olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan tedbirleri derhâl Cumhuriyet savcısına bildirir ve Cumhuriyet savcısının emri doğrultusunda işin aydınlatılması için gerekli soruşturma işlemlerine başlar.⁵⁸⁵ Olay yerinde görevine ait işlemlere başlayan adlî kolluk görevlisi, bunların yapılmasına engel olan veya yetkisi içinde aldığı tedbirlere aykırı davranan kişileri, işlemler sonuçlanıncaya kadar önce sözlü olarak ikâz eder; uyulmaması hâlinde zor kullanarak olay yerinden uzaklaştırır. İlgilinin ısrarı hâlinde yakalama işlemi uygu-

⁵⁸¹ Atar, age, s. 138–140.

⁵⁸² Serahsî, age, XXX, 168.

⁵⁸³ Berki, age, s. 47.

⁵⁸⁴ Ansay, age, s. 56.

⁵⁸⁵ Adli Kol. Y. mad. 6.

lanır.⁵⁸⁶ Adlî kolluk, bağlı bulunduğu kolluk teşkilâtının bir parçası olup, öncelikli görevi, karşılaştığı suçun işlenmesini önlemektir.⁵⁸⁷

Ülkemizde kurulmak istenip de henüz kurulamayan “adli kolluk” kurumunun daha önceki İslam devletlerinde mevcut olduğunu görüyoruz. II. bölümde ele aldığımız “şurta” bahsi incelenecek olursa tarihte kurulan Müslüman devletlerinde, polisin bir çeşit “adli kolluk” olarak görev yaptığı ortaya çıkmaktadır. İbn-i Haldun Abbasilerdeki polis teşkilâtının görevlerinden bahsederken; polisin, suçları zorlayıcı ikrara dayalı olarak açığa çıkarıp, sonra da gereken cezaları tatbik ettiğini, bir hâkim suçu itiraf ettirmeye yanaşmadığı için bu işin polis tarafından yürütüldüğünü belirtir. Bu tür konularda hüküm vermenin polise verildiğini, dolayısıyla ithama dayalı hüküm verme işinden hâkimlerin uzak tutulduğunu belirtmiştir. Endülüs Emevi Devletinde, büyük polislik ve küçük polisliğin bulunduğunu, büyük polisin özel kişiler ve devlet görevlileri hakkında hüküm verme yetkisine sahip olduğunu belirtir.⁵⁸⁸

Selçuklularda da bir tür adli kolluğun müstakil olarak bulunup işlediğine dair bilgiler mevcuttur. Türk Polis Teşkilâtının kuruluşunun 158. yıldönümü anısına hazırlanan bir makalede bu konuda kayda değer bilgiler bulunmaktadır. Büyük Selçuklular ve Anadolu Selçukluları’nda polisin görevlerinden bahsedilirken Subaşı’nın il merkezlerinde askeri ve mülki işleri yürüten komutan olarak bilindiğini, buldukları yerlerin kamu düzen ve güvenliğini sağladığı belirtilmiştir. Hâkim, savcı ve belediye başkanı gibi görevlerin sahibi olan kadıların aynı zamanda zabitanın da amiri durumunda olduğu belirtilmiş, kadıya, gece bekçisi görevini yerine getiren Şurtaların yardım ettiği, devlet teşkilatı büyüdükçe öneminin arttığı ve “Sahibi Şurta” adı verilen görevlilerin kadıya vekâlet eder duruma geldikleri anlatılmaktadır. Bugünkü Emniyet Müdürü yetkileriyle donatılan “Sahib-i Şurtalar”, kadılar tarafından çıkarılan hükümlerin yerine getirilmesinde hükümetin icra organı görevini üstlenmişlerdir.⁵⁸⁹

Kanaatimizce ülkemiz adli kolluğun bulunmamasının sıkıntısını yaşamaktadır. Suçun tespiti, suçluların yakalanması ve adaletin tesisinde adliyelere yardımcı olması için söz konusu kuruma şiddetle ihtiyaç vardır.

⁵⁸⁶ Adli Kol. Y. mad. 6.

⁵⁸⁷ Adli Kol. Y. mad. 5.

⁵⁸⁸ İbn Haldun, age, c.I, s.340.

⁵⁸⁹ Kızılkaya Adem, Sönmez Nevzat, “Geçmişten Günümüze Güvenlik İhtiyacı ve Türk Polis Teşkilatı” adlı makale. <http://www.w3.org/TR/REC-html40.htm> 02.05.2005.

III- ADLİ YARGI'DA HÂKİMLERİN GÖREV VE YETKİLERİ

A- HÂKİMLERİN TAYİN VE TERFİLERİ

Adli yargıda hâkimler, adli yargı kuruluşları olan mahkemelerde göre yapan ve adalet dağıtan devlet memurlarıdır. Hâkimler yargı yetkisi gibi çok önemli bir devlet gücünün uygulayıcıları oldukları için bunların diğer devlet memurlarından farklı bir hukuki statüleri vardır. Her şeyden önce hâkimler bağımsızdırlar ve teminat altındadırlar. Ayrıca hâkimlerin mesleğe atanmaları ve meslekte ilerlemeleri gibi özlük işleri özel hükümlerle ve titizlikle düzenlenmiştir.⁵⁹⁰ Hâkimlerin meslekte ilerlemeleri Hâkimler ve Savcılar Kanunu hükümlerine uygun biçimde kıdem ve liyakat esasına göre Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca yapılır.⁵⁹¹ Anayasanın 140. maddesinin 3. bendine göre de; “Hâkim ve savcılarının nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri, aylık ve ödenekleri, meslekte ilerlemeleri, görevlerinin ve görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilmesi, haklarında disiplin kovuşturması ve disiplin cezası verilmesi, görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı soruşturma yapılması ve yargılanmalarına karar verilmesi, meslekten çıkarmayı gerektiren suçluluk veya yetersizlik halleri ve meslek içi eğitimleri ile diğer özlük işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.”⁵⁹² Anayasanın, hâkimler ve savcılarla ilgili 138. ve devamı maddeleri, Hâkimler ve Savcılar Kanunu’nda ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır.

Adli yargıda hâkimlerin ataması Hâkim ve Savcılar Yüksek Kurulu’na aittir.⁵⁹³ Buna göre hâkimler, adaylık, yardımcılık döneminden sonra hâkim olarak görevlerine başlarlar. Bir kimsenin hâkim adayı olabilmesi için Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmak, hukuk fakültesi mezunu olmak, kamu haklarından yasaklı olmamak, yabancı ile evli olmamak, hâkimlik mesleğine yakışmayacak tutum ve davranışlarda bulunmamış olmak⁵⁹⁴ gibi bazı şartlar belirtilmiştir. İki yıl adaylık⁵⁹⁵ süresinden sonra her adayın vazifesini yapmakta gösterdiği kabiliyet ve başarı ile görevine bağlılığı ve ahlaki gidişine

⁵⁹⁰ Bilge-Önen, age, s. 72.

⁵⁹¹ HSK. mad. 29.

⁵⁹² Any, mad. 140.

⁵⁹³ HSYK mad. 4.

⁵⁹⁴ HSK mad. 8.

⁵⁹⁵ HSK mad. 10.

dair bilgi, çalıştığı daire amirleri tarafından düzenlenir.⁵⁹⁶ Adalık süresi içindeki davranışlarında hâkimlikle bağdaşmayacak tutumları, göreve devamsızlığı bilgi ve iş yapma kabiliyeti bakımından yeterli olan ve stajını tamamlayan ve engel hali görülmeyen adayların mesleğe kabullerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca karar verilir.⁵⁹⁷ 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 edilecek ve görevleri ve görev yerleri, HSYK tarafından yapılacak ad çekme ile belirlenir.⁵⁹⁸

Adli yargıda, hâkimlik ve savcılık mesleği; üçüncü sınıf, ikinci sınıf, birinci sınıfa ayrılmış ve birinci sınıf olmak üzere dört sınıfa ayrılır.⁵⁹⁹ HSYK, yükselmeye layık gördüğü hâkim ve savcılar; 1- Yükselmeye layık, 2- Tercihli yükselmeye layık, 3- Mümtazen yükselmeye layık olmak üzere üç kısımda değerlendirir. HSYK her kısım içindekileri kendi arasında sıraya koyar ve kendilerine tebliğ eder, resmi gazetede yayınlar.⁶⁰⁰ Hâkimlerin birinci sınıfa ayrılmaları için, birinci dereceye yükselmiş olmaları, mesleğinde on yılını doldurmuş olmaları, yer değiştirme cezası almamış olmaları, kınama, kademe ilerlemesinin durdurulması veya derece yükselmesinin durdurulması cezalarını aynı neviden olmasa bile birden fazla almamış olmaları, mesleğin vakar ve onuruna dokunan veya kişisel haysiyet ve itibarını kıran veya görevle ilgili herhangi bir suçtan affa uğramış olsa bile hüküm giymemeleri durumunda birinci sınıfa yükselebilirler.⁶⁰¹

İslam toplumlarının siyaset geleneğinde yargı halifelikle ilgili görevlerden biri kabul edildiğinden, kadı tayin yetkisi siyasi otoriteyi temsil eden devlet başkanına aittir. Hulefa-i Raşidin döneminden itibaren valilere, Harun Reşid'den (ö.193/809) sonra ise Kadı'l-Kudat'lara bu yetkinin devredildiği görülür. Bir ülkenin hâkimi yoksa o ülkenin halkı kendi aralarında hâkim tayini de yapabilirler. Halife varsa halkın hâkim tayin etmesi geçersizdir. Halife olmadan halk tarafından tayin edilen hâkimin görevi halifenin

⁵⁹⁶ HSK mad. 11.

⁵⁹⁷ HSK mad. 13.

⁵⁹⁸ HSK mad. 13, (Değişik 25.06.1992-3825/1. mad.).

⁵⁹⁹ HSK mad. 15.

⁶⁰⁰ HSK mad. 29.

⁶⁰¹ HSK mad. 32.

gönderdiği hâkim o bölgeye ulaşınca sona erer. Halkın tayin ettiği hâkimin önceden verdiği kararlar ise geçerlidir.⁶⁰²

B- HÂKİMLERİN BAĞIMSIZLIĞI

Yargı bağımsızlığının devletin bağımsızlığı ile ilişkisi bulunmaktadır. Devlet bağımsız değilse, yargı da bağımsız olamaz. Devleti, gerçek devlet veya hukuk devleti haline getiren araçların başında yargı bağımsızlığı gelmektedir.⁶⁰³

Hâkimlerin bağımsızlığı Anayasa Hükümleri ile teminat altına alınmıştır. 1924 anayasasının 8. maddesi: *“Hakkı kaza, millet namına, usulü ve kanunu dairesinde müstakil mehakim tarafından istimal olunur”* hükmünü getirerek yargının bağımsızlığına önem vermiştir. 1982 Anayasasının 9. maddesi, *“Yargı yetkisi Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır”* demektir. Buradaki “bağımsız mahkemeler” sözünü “bağımsız hâkimler” olarak anlamak gerekir. Çünkü “mahkeme” ve “hâkim” terimleri çoğu kez –burada olduğu gibi- eş anlamda kullanılmaktadır.⁶⁰⁴ Anayasanın 138. maddesine göre de; *“Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar. Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler”* denilmektedir. İlgili maddenin devamında; *hiçbir organ makam, mevki veya kişi yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez. Genelge gönderemez. Tavsiye ve telkinde bulunamaz.*⁶⁰⁵

Yargı bağımsızlığının korunması amacıyla yönelik bu anayasa kuralı ile hâkimlerin yargısal faaliyetlerinde dış etkilerden uzak kalması sağlanmaktadır. Buna göre, hâkimlere, adalet dağıtımında herhangi bir mercii veya kişi tarafından emir ve talimat verilmesi hiçbir şekilde söz konusu olamayacağı gibi, genelge gönderilmesi veya tavsiyede, telkinde bulunulması da mümkün olamayacaktır.⁶⁰⁶ HSK'nın 4. maddesi, hâkimlerin bağımsızlığı konusunda benzer hükümler getirmektedir:

“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

⁶⁰² Mâverdî, age, s. 98.

⁶⁰³ Fendoğlu, Hasan Tahsin, *İslam ve Osmanlı Anayasa Hukukunda Yargı Bağımsızlığı Anayasa Hukuku Açısından Mukayeseli Bir İnceleme*, Beyan Yayınları, İstanbul 1996, s. 34.

⁶⁰⁴ Bilge-Önen, age, s. 82.

⁶⁰⁵ Any, mad. 138. II. Bend.

⁶⁰⁶ Bilge-Önen, age, s. 83.

telkinde bulunamaz. Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler.”

Görüldüğü gibi bir kamu görevlisi olan hâkimlerin hukuki statüleri diğer kamu görevlilerine kıyasla tamamen değişik bir biçimde düzenlenmiştir. Bunun sebebi hâkimlerin başlıca görevi olan yargı dağıtım işinin her türlü dış etkiden uzak ve bütünüyle hukuka ve kanunlara uygun olmasını sağlamaktır.⁶⁰⁷ Yine; *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; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.*⁶⁰⁸

Yasama ve yürütme organlarının, mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştirilemeyeceğine ilişkin genel nitelikteki bu anayasa ilkesine, yine anayasa hükümleriyle bazı istisnalar getirilmiştir. Mesela Anayasanın 87. maddesinde yasama organına genel veya özel af ilan etme yetkisi tanınmaktadır. Aynı şekilde cumhurbaşkanı da yine anayasa uyarınca⁶⁰⁹, sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle belirli kişilerin cezalarını hafifletebilme veya kaldırabilme imkânına sahiptir. İşte yasama ve yürütme organının bu gibi tasarruflarıyla, mahkemelerce verilen kararların hiçbir suretle değiştirilemeyeceği, dolayısıyla yargı organının bağımsızlığı ilkesinin zedelendiği düşünülmektedir. Yasama ve yürütme organlarının bu gibi tasarrufları, yargı bağımsızlığı ilkesinin dışına çıkmakta ise de, af gibi yetkiler çok zorunlu ve gerçekten istisnaî durumlarda kullanılabilir. Özellikle genel af ilanı yetkisi çoğu kez politik amaçlara dayandığı ve ülkemizde çok sık kullanıldığı için yasama organının bu yetkisinin, yine anayasal bazı kurullarla son derece kısıtlanmasının ve hatta belki de tamamen bertaraf edilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.⁶¹⁰

Hâkimlerin bağımsızlığının, otoriter düzenlemelerde bile tamamen silinemediği görülmektedir. Hitler'in bu konudaki eğilimleri ve açıkça “yargının bağımsızlığını” yadsıması, bu çerçeve içinde öğretici oluşturacak hukukçuların ortaya çıkması, yine de bağımsızlığını tümünden silebilmesi sonucunu sağlayamamıştır.⁶¹¹ Hâkimlerin tarafsız olması da gerekir. Aksi halde kişilerin haklarını, ülkede genel emniyet ve güveni koru-

⁶⁰⁷ Bilge-Önen, age, s. 83.

⁶⁰⁸ 1982 Any, mad. 138, IV. Bend.

⁶⁰⁹ 1982 Any, mad. 104.

⁶¹⁰ Bilge-Önen, age, s. 85.

⁶¹¹ Özek Çetin, *Yargının İdarî Denetimi*, İ.Ü.H.F. Dergisi, XLV-XLVIII, 919.

mak mümkün olmaz. Bundan dolayı bütün ülkelerde hâkimlerin bağımsızlığı ve taraf-sızlığını sağlayacak prensipler kabul edilmiştir.

Hâkimler verdiği hükümlerle toplum düzenini koruyan ve ayakta tutan kimselerdir. Halk üzerinde yargı gücü kadar doğrudan doğruya etkili bir güç yoktur. Volter, hâkimliği, insanlığın en güzel mesleği olarak tanımlamaktadır. Bundan dolayı bütün sosyal görevler içinde en çok meziyet ve faziletlerin bir araya gelmesine gerek duyulur. Bunların başlıcaları ilim, kabiliyet, temizlik, fedakârlık ve kanaatlerde sağlamlıktır.⁶¹²

Hâkimlerin bağımsızlığının kendileri üzerinde hiçbir denetim yapılmaması demek de değildir. Her şeyden önce Adalet Bakanlığı'nın bütün hâkimler üzerinde bir denetim hakkı vardır.⁶¹³ İslam hukukunda da, Kâdî'l-Kudât denilen, hâkimlerin başkanı, ülkedeki tüm hâkimler üzerinde idari yetkiye sahiptir. Hâkimlerin tayini, terfisi, maaşı gibi konular Adalet Bakanı sıfatıyla, Kâdî'l-Kudât'lar tarafından yerine getirilmektedir.

Kur'an-ı Kerim'de peygamberlerin halkına bağımsız ve adil bir yargı güvencesi verdikleri belirtilir.⁶¹⁴ İslam hukukunda hâkimin bağımsızlığı, hâkim için hem hak hem de görevdir. Hâkime bu hakkı naslar vermiştir. Hâkimin her tür müdahaleden uzak olarak görev yapmasının kaynağı bizzat ayet ve hadislerdir. Yoksa bir başkasının bağışığı değildir.⁶¹⁵

İslam hukukunda yargının, yasama ve yürütmeden ayrı bir fonksiyon ve bağımsız olduğu kabul edilmiştir. Devletin yargı alanındaki görev ve yetkisi, yürütmenin müdahalesinden uzaktır. Yürütmenin yargıya ima, telkin ve tavsiyesi suçtur. Bağımsızlığını kaybeden kadının görevinden ayrılması vaciptir.

Abbasiler döneminde Adudu'd-Devle'nin ordu kadısı, adil kimselerden birinin oğluna yardımcı olmak için, onu yargılayacak hâkimin yanına gitmek istemişti. Bunun üzerine Adudu'd-Devle kedisine, hâkimin görüşüne saygının derecesini ve hâkimin işlerine devletin en yüksek idari organlarının bile müdahale etmeyişini açıklayan şu sözleri söylemiştir: “Bu senin işin değildir. Seni ilgilendiren şey, ancak bir komutanın tayini, bir askerin rütbesinin yükselmesi veya alçalması ile ilgili işlerdir. Şahitlik ve onun kabulüne gelince o hâkimin bizzat kendisine aittir. Bu hususta söz söylemek bize de sana da düşmez.”⁶¹⁶

⁶¹² Ansay, age, s. 41

⁶¹³ HSK. mad. 82.

⁶¹⁴ Hadîd 57/25.

⁶¹⁵ Fendoglu, age, s. 35.

⁶¹⁶ Hasan, Hasan İbrahim, age, III, 245.

Osmanlılarda, mahkemelerin bağımsızlığı temel prensip olarak görülmektedir. Hukuk davalarında Padişah bile kadı hükmünü kabule mecbur tutulmuştur. Molla Gürani'nin (ö.894/1488) verdiği bir hükme sultan tarafından müdahale edilince, mahkemenin bağımsızlığına gölge düştüğü gerekçesiyle Gürani'nin istifa ettiği nakledilmektedir.⁶¹⁷

Çetin Özek, Osmanlı devletindeki yargı bağımsızlığının mükemmelliğini haklı olarak överek şu sözleri söylemiştir: Yargı bağımsızlığının görkemliliği ile ilgili tarihsel ve masallaşmış olgulardan, Osmanlı'nın büyüdüğü zamanlarda “adalete” verilen en üst değer anlamı, güçlü ve mutlu toplumlarda adaletin ve bu mutluluğun sağlanmasında bağımsız yargının gücünü ve payını göstermektedir.⁶¹⁸

C- HÂKİMLERİN BAKAMADIĞI DAVALAR

HUMK'un 28. maddesinde hâkimin hangi davalara bakamayacağı belirtilmiştir. Kendisinden davaya bakmaması istenmese bile bizzat çekilmesi gerekir. Buna göre:

- 1- Hâkim kendisine ait olan veyahut 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 kendisiyle 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.⁶¹⁹

Bu durumlarda hâkimin davaya bakmasına olanak bulunmadığından, kendiliğinden çekilmesi gerekir. Aksi halde, yani hâkimin buna rağmen davaya bakması halinde, yasaklama nedeninin doğduğu halden itibaren yapılan işlemler Yargıtay tarafından geçersiz kılınabilir.⁶²⁰

CMK'nın 22. maddesinde de hâkimin hangi ceza davalarına bakamayacağı belirtilmiştir. Şöyle ki, Hâkim;

- 1- Suçtan kendisi zarar görmüşse,

⁶¹⁷ Ortaylı, age, s. 62.

⁶¹⁸ Özek, agm, s. 920.

⁶¹⁹ HUMK, mad. 28

⁶²⁰ HUMK, mad. 30.

2- Sonradan kalksa bile şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlilik, vesa-yet veya kayımlık ilişkisi bulunmuşsa,

3- Şüpheli, sanık veya mağdurun kan veya kayın hısımlığından üstsoy veya alt-soyundan biri ise,

4- Şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlât edinme bağlantısı varsa,

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.

İslam yargılama hukukunda hâkimin bakamayacağı davalar ikinci bölümde açıklanmıştır. Bu hususta beşeri hukuktaki hâkimlerin bakamayacağı davalar ile benzerlik arz etmektedir.

D- HÂKİMLİK TEMİNATI

Anayasanın 139. maddesine göre; “Hâkimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri 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.”⁶²¹

Yukarıda da belirtildiği gibi, hâkimlerin icra organı tarafından azil ve anayasada gösterilen altmış beş yaşından evvel emekliye sevk edilmemeleri, herhangi bir sebeple aylıklarının kesilmemesi, memuriyet görevlerinin lağvedilerek açıkta bırakılmaması anayasal güvence altına alınmıştır. Önceden bu teminat, yüksek dereceli hâkimler lehine

⁶²¹ 1982 Any, mad. 139.

olarak, muvafakatlerinin alınmadan yerlerinin de değiştirilmemesi şeklinde anlaşılmaktadır.⁶²²

İslam yargılama hukukunda hâkim, devlet başkanı tarafından azledilebilir. Çünkü devlet başkanı halkı temsil ettiği için azl hakkına sahiptir. Hâkim kendi istediği zaman da kendisini azlettirebilir. Ancak devlet başkanının hâkimi rasgele azletmesi mümkün değildir. Devlet başkanının dışında valiler ve diğer idare adamları tarafından kadıların azledilmesi mümkün değildir. Bir hâkimin vali tarafından azli, ancak kendisine devlet başkanı tarafından verilen özel bir izinle mümkün olabilmektedir.

Hâkimlerin geçerli bir sebep olmadan ve esaslı bir teftiş yapılmadan görevlerine son verilemeyeceği bilinmektedir. Müslümanların haklarını ihlal edici bir durum varsa hâkim azledilebilir. Azl sebepleri kadının adalet vasfını kaybettirecek haram bir fiil veya cezayı gerektirecek bir suç işlemesi, görevini kötüye kullanması, sağlık açısından görevini sürdüremez duruma gelmesi halinde muteber olur. İslam hukukçuları ve mezhep fakihleri, kadıların rüşvet alması durumunda hemen azledilip azledilmeyeceği üzerinde tartışmışlar, bazıları hemen azledilmesi gerektiğini savunmuşlar, bazıları ise yerine yeni hâkim gelinceye kadar görevinde bırakılacağını belirtmişlerdir.⁶²³

Yine görevi başında olan bir hâkimin gözlerinin kör olması, kulaklarının sağır olması, aklının gitmesi veya irtidat etmesi durumunda da azledilmiş olur.⁶²⁴

İslam yargılama hukukunda hâkim şartlı olarak tayin edilebildiği gibi şartlı olarak azledilebilmektedir.⁶²⁵

E- HÂKİMLERİN HUKUKÎ SORUMLULUĞU

Hâkimlerin sorumluluğu, hâkimlik mesleği için kabul edilen bağımsızlık ve teminat ilkelerine uygun biçimde diğer kamu görevlilerinin sorumluluklarından farklı olarak özel hükümlerle düzenlenmiştir.

HMUK'un 573–576. maddelerinde düzenlenen sorumluluk, hâkimlerin hukuki yönden sorumluluğu olup, hâkimler aleyhine özel şekilde sevk edilmiş hukuk hükümlerine göre, tazminat davası açılmasını gerektirir. Hâkimler hakkında böyle bir sorumluluk, hâkimlerin yargı dağıtım görevini yaparken fertlere vermiş oldukları zararlar nede-

⁶²² Berkin, Necmeddin, *Hâkimler ve Savcılar Hukukuna yenilik getiren hükümler*, İ.Ü.H.F. Dergisi, LII 344.

⁶²³ Nebhân, age, s. 588.

⁶²⁴ Fetâvâyi Hindiyeye, VI, 245.

⁶²⁵ Fetâvâyi Hindiyeye, VI, 240.

niyle söz konusu olur ve zarar gören kişi tarafından hâkime karşı tazminat davası açılmasını gerektirir. Bu tazminat sorumluluğu doğrudan doğruya hâkimin sorumluluğu olup, hâkimi atayan organ olarak devlete sorumluluk düşmez,⁶²⁶ denilmektedir. Bunun sebebi hâkim ile devlet arasında doğrudan doğruya sorumluluğu gerektirecek idare hukuku anlamında bir hiyerarşik ilişki yoktur.⁶²⁷

Hâkimler devlet adına yapmış oldukları yargısal faaliyetler sebebiyle, bu faaliyetlerden devletin sorumlu olması konusu tartışmalıdır.⁶²⁸ Bilge, kanunlarda bu konuyu açıklayan bir hükmün bulunmadığını bildirmekte, teoride tartışmalı olduğunu belirtmektedir. Bazı hukukçular yargı dağıtım sırasında fertlerin uğramış oldukları zararlar için devletin, vesayet organlarının sorumluluğunda olduğu gibi⁶²⁹ ikinci derece sorumlu olması gerektiği görüşündedirler. Belgesay, hâkim tarafından verilen bir karardan dolayı zarar gören tarafın hâkim aleyhine hukukî mesuliyet davası açılmaması gerektiğini belirtmektedir. Hâkimler, hükümlerinden memnun olmayanların saldırısına karşı korunmalıdır. Aksi durumda hâkimlerin davacılara karşı korku içinde görev yapacaklarını ve sonuç olarak tarafsızlıklarının kalmayacağını belirtmektedir. Ancak bununla birlikte hâkimlerin ağır bir ihmal veya kusur ile fertlerin onuruna, hürriyetine dokunması da kabul edilemez. Bilgisizlikleri, lakaytlıkları, ihmalleri ile vatandaşları mahveden hâkimin sorumlu tutulmaması da düşünülemez.⁶³⁰

İkinci görüşe göre ise yargı fonksiyonunun gereği gibi ifa edilmemesinden dolayı devletin mesul olamayacağı yönündedir.⁶³¹ Bu görüşe göre devletin birinci derecede bir sorumluluğunun söz konusu olmaması gerekir. Zira her ne kadar yargı dağıtım devlet adına yapılmaktaysa da burada yargı organları (hâkimler) ile devlet arasında, devletin doğrudan doğruya sorumlu olmasını gerektirecek, idare hukuku anlamında bir hiyerarşik ilişki yoktur. Hâkimler yargısal faaliyetlerinde tamamen bağımsızdırlar ve onların haiz buldukları özel statü, hukuken böyle bir devlet sorumluluğunun doğmasını gerektirmez.⁶³²

⁶²⁶ Önen, age, s. 17.

⁶²⁷ Önen, age, s. 17.

⁶²⁸ Bilge, s. 97.

⁶²⁹ MK, mad. 410 vd.

⁶³⁰ Belgesay, age, s. 169

⁶³¹ Bilge- Önen, age, s. 98.

⁶³² Bilge- Önen, age, s. 98.

Yargıtay, yargı fonksiyonunun ifa edilmesi dolayısıyla devletin sorumlu tutulmayacağı esasını benimsemiştir.⁶³³ Ancak bakılmakta olan davanın taraflarından birinin kayırılması veya kin ve düşmanlık nedeniyle taraflardan biri zararına yasaya ve adalete karşı bir karar veya hüküm verilmiş olması, yasaya aykırı karar verilmiş olması, hakkın yerine getirilmesinden kaçınılması ve benzeri sebeplerden hâkime tazminat davası açılabileceği belirtilmiştir.⁶³⁴

HSYK'ya göre hâkimlerin ceza yasalarına göre suç sayılan rüşvet alma veya başka bir yarar sağlama gibi eylemleri nedeniyle ceza sorumlulukları vardır. Bu gibi suçlardan dolayı hâkimler hakkında soruşturma açılmasına ve cezai işlem yapılmasına karar vermek yetkisi Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulu'na aittir.⁶³⁵ Yargıtay üyesi ise bu gibi suçlar nedeniyle yüce divan hâkimliğiyle Anayasa Mahkemesince yargılanır.⁶³⁶

İslam hukukunda da hâkimler verdikleri kararlardan sorumlu tutulmuş ancak, verilen karardan meydana gelen zararın devlet hazinesinden karşılanacağı hukukçular tarafından belirtilmiştir. Kâsânî'ye göre, hâkimler prensip olarak verdikleri kararlardan ve hatta mutad icthad ve takdir hatalarından sorumlu değildir. Ancak fahiş ve kasıtlı hatalardan sorumlu tutulmalıydılar. Hâkimin bu çeşit hataları davanın delillerinde meydana gelmiş ise (şahitliği kabul edilmeyeceklerin şahitliğinin kabul edilmesi gibi), bakılır, dava konusu şahsi ve mali bir hak ise, hâkim davalının zararını tazmin eder. Mali bir hak değil ise karar geçersiz olur. Dava konusu kamu haklarından ise (hukukullah), hüküm infaz edilmez, infaz edilmişse tazminat söz konusu olur.⁶³⁷

İbn Kudâme'ye (ö.620/1223) göre, bir hâkim, iki kişinin şahitliği ile bir kimse- nin elini kesse, sonradan şahitlerin kâfir veya fâsık olduğunu öğrense – ki bunların şahitlikleri İslam mahkemelerinde geçersizdir- kesilen elin diyetinin devlet hazinesinden ödenmesi gerekir. Çünkü devlet başkanı Müslümanların naibi veya vekilidir.⁶³⁸

F- HÂKİMLERİN İDARİ DENETİMLERİ

Bir devlet örgütlenmesi içinde, siyasal sistem ne olursa olsun, mevcut kuvvetlerin idari olarak denetimi kuraldır. Kuvvetler ayrılığı düzenlemesinde, yasama, yürütme

⁶³³ Bilge- Önen, age, s. 97.

⁶³⁴ Önen, age, s. 17–18.

⁶³⁵ HSYK mad. 4.

⁶³⁶ Y.K. mad. 46.

⁶³⁷ Kâsânî, age, VII, 16.

⁶³⁸ İbn-i Kudâme, age, XIV, 256–257.

ve yargının birbirini denetleyici yetki ve görevlerle sistemleştirilmesi, bu üç ayrı kuvvetin uyumlu ve bir bütünlük içinde çalışmayı gerçekleştirebilmeleri için zorunludur.

Hâkimler ve diğer yargı fonksiyonunun görülmesiyle ilgili görevliler de, esas itibariyle “memur” niteliğine sahiptirler. Yani hâkimler de dâhil diğer yargı görevlileri yasal nitelikleri açısından memur statüsündedirler. Ancak devletin diğer organlarındaki memurların disiplin hukuku ile yargı organı içinde yer alan memurlar hakkındaki disiplin hukuku birbirinden başka esas ve usullere bağlanmıştır. Bu farklılık “yargının bağımsızlığı” kuralının doğal bir sonucu olarak kabul edilmektedir.⁶³⁹ Hâkimin verdiği kararların norma uygunluğu, isabetli olup olmadığı, yargı fonksiyonunun görülmesi usulleri içinde denetlenmelidir. Hâkimin denetlenmesi gereksinimleri ile hâkimin bağımsızlığını sağlama zorunluluğu arasında bir dengenin oluşturulması hâkim bağımsızlığını zedelemeyen sürekli denetim sisteminin oluşturulması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Adalet müfettişleri; hâkim ve savcılarının görevlerini, kanun, tüzük, yönetmelik ve genelgelere uygun olarak yapıp yapmadıklarını ve adalet daireleri personelinin görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hal ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma işlemlerini yaparlar.⁶⁴⁰

Adalet Bakanının siyasi iktidarın bir temsilcisi olması, müsteşar ve müfettişlerin de bakanlığa bağlı olmaları karşısında mevcut düzenlemenin bağımsız ve tarafsız yargı ilkesine uygun olmadığı açıkça anlaşılmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kararlarında, hâkimlerin yürütme organına karşı tam bağımsız olması, atanma, görevden alma ve görev süreleri konusunda güvence sağlanması ve hâkimlere emir verilmemesi yargı bağımsızlığının temel koşulu olarak vurgulanmaktadır. Bu itibarla madde yeniden düzenlenerek, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’na bağlı Teftiş Kurulu oluşturulmalı, hâkim ve savcılarının denetimi, haklarında inceleme ve soruşturma yapılması Kurulun izni ile Kurul müfettişleri veya gerektiğinde kıdemli hâkimler tarafından yapılmalıdır.⁶⁴¹

Öte yandan bazı hukukçulara göre hâkimlerin kendi içinde denetimini yapmasını sağlayan sistem, genellikle kamuoyuna güven vermemekte, yargı görevlilerinin birbirini kolladığı ve gerekli denetimi yapmadığı inancını yaratmaktadır. Kaldı ki, denetim ya-

⁶³⁹ Özek, agm, XLV-XLVIII, 915.

⁶⁴⁰ HSK, mad. 100.

⁶⁴¹ 2005–2006 Adli yılının açılışında konuşan Yargıtay 1. Başkanı Osman Arslan’ın konuşmasından alınmıştır.

panla, denetlenenin aynı organ içinde yer alışı, belirli aksaklıkların her iki taraf için de söz konusu olması sonucunu da doğurmaktadır. Günümüzde bazı ülkelerde hâkimlerin denetlenmesi yürütme organı tarafından bazı ülkelerde ise yasama organı tarafından gerçekleştirilmektedir. Örneğin Danimarka, Portekiz, İrlanda, Hollanda gibi ülkelerde hâkimlerin kral veya icra organı başkanı tarafından atanması ve denetlenmesi söz konusudur.⁶⁴²

İslam yargı sisteminde hâkimlerin denetimi devlet başkanının görev ve sorumlulukları arasındadır. Kâdî'l-Kudâtlık makamı ihdas edildikten sonra hâkimlerin idari denetimleri Kâdî'l-Kudâtlara verilmiştir.

G- HÂKİMLERİN İDARİ GÖREVLERİ

Hâkimler sadece yargısal değil, idari birtakım işler de yaparlar. Bu işlerin yapılmasının yargı dağıtımını ile en küçük bir ilgisi yoktur. Mahkemelerin iç işleri, özellikle kalem işlerinin sevk ve idaresi bu tip işlere örnek teşkil eder. Bu işlemlerde mahkemeler (hâkimler) bir yargı organı gibi değil, idari bir merci gibi faaliyet gösterdikleri için, Adalet Bakanlığı'nın yapılan işleri denetlemek, tedbir almak, genelge göndermek hakkı vardır. Bakanlığın yargı anlamında olmasa da idari anlamda hâkimlere müdahaleleri vardır. Ancak bu durumun hâkimlerin bağımsızlığına gölge düşürdüğünü belirten hukukçular da vardır. Anayasa'nın 140. maddesinin 6. fıkrası, hâkimlerin idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığı'na bağlı olduğu hükmünü öngörmektedir. Hâkimin tarafsız biçimde kanunlara uygun olarak karar verebilmesinin ilk güvencesi, onun mahkeme dışı etkilere karşı korunmasıdır. Bağımsızlık hiçbir makam ve merciden emir almamayı gerektirir. Bu açıdan bakıldığında, hâkimlerin görevlerinin adli ve idari diye bölünüp, idari görevleri bakımından Adalet Bakanlığı'na bağlanmaları bağımsızlık ilkesi ile bağdaştırılamaz.⁶⁴³

Hâkimler, kalem işlerinin yürütülmesi ve personelin yönetimi için işlem yaparlar. Ancak bu işlemlerde, hâkim sıfatıyla değil, bir idari görevli olarak hareket ederler. Bunlar adalet bakanlığı adına yapılır. Bu işlemlerin hâkimlik sıfatıyla hiçbir ilişkisi yoktur.

⁶⁴² Özek, agm, XLV-XLVIII, 928.

⁶⁴³ 2005–2006 Adli yılının açılışında konuşan Yargıtay 1. Başkanı Osman Arslan'ın konuşmasından alınmıştır.

İslam yargılama hukukunda hâkimin idari görevlerine ikinci bölümde ayrıntılı olarak değinilmiştir. Burada özet olarak değinmek gerekirse; ilk halifeler döneminde hâkimin görevi sadece insanlar arasındaki anlaşmazlıkları çözmektir. Ancak daha sonra halifelerin ve hükümdarların yönetimle meşgul olmalarından dolayı aşamalı olarak kendilerine başka görevler de havale edildi. Hâkim, asıl görevinin yanında, delilerin, yetimlerin, müflislerin ve sefihlerin hacir altına alınması; Müslümanların vasiyet ve vakıf işleri; kendilerini evlendirecek velilerin bulunmaması durumunda dulların evlendirilmesi; yolların ve binaların iyileştirilip onarılması; kendilerine güven duyulması için bilgi, tecrübe ve adalet yönünden şahitlerin, memurların ve vekillerin durumunun araştırılması gibi Müslümanların genel maslahatlarıyla ilgili işleri de yürütür. Hâkimlerin, bazen askerinin başına komutan olarak da atandığı görülmüştür.⁶⁴⁴

Osmanlı döneminde kadıların yetkilerinin sınırı çok geniş idi. Medeni, ticari, ceza davalarına bakar, bir çeşit noterlik ve savcılık yapar, bazı idari ve mali vazifeleri de yerine getirirlerdi.⁶⁴⁵ Osmanlılarda hâkim gerek görev, gerekse otorite ve yetki bakımından daha gelişkin bir yönetim ve hukuk adamı kişiliğine sahiptir. Naib, mütevellî, imam, hatib vb. nin tayini, noterlik görevleri, vakfiye tanzim ve tescili, vasi tayini, yetim mallarının idaresi, nafaka tayini, alacak senedi (hüccet) ve kefalet gibi senetlerin tanzimi, miras, evlilik akdi tanzimi, tapu sicil muhafızlığı, (kent arazisi üzerinde emlak alım satım kaydı), infaz hâkimliği görevi, mülki görevler, vüzera haslarının kontrolü, narh tespiti, lonca teftişi, iaşe, kale dizdarları teftişi, mukataa' işlerinin kontrol ve kaydı, ordunun iaşe ve ibatesine yardım, birtakım dini grup ve zaviye ve tekkelerin durumlarını teftiş ve gözetme gibi⁶⁴⁶ görevleri vardır.

H- HÂKİMLERİN TUTUM VE DAVRANIŞLARI

Hâkim ve savcılarının görevlerini; kanun, tüzük, yönetmeliklere ve genelgelere (Hâkimler için idarî nitelikteki 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 Bakanlığının izni ile adalet müfettişleri tara-

⁶⁴⁴ İbn Haldun, age, I, 309–310.

⁶⁴⁵ Karaman, age, s. 299.

⁶⁴⁶ Ortaylı, age, s. 28–29.

findan yapılır. Adalet Bakanı soruşturma ve inceleme işlemlerini, hakkında soruşturma ve inceleme yapılacak olandan daha kıdemli hâkim veya savcı eliyle de yaptırabilir.⁶⁴⁷

Hâkimlik mesleğinin, hâkimlerin özel hayatlarını da etkilemekte olduğunu ve onları bu meslekte kaldıkları süre içinde daima büyük fedakârlıklara katlanmak zorunda bıraktığını da unutmamalıdır. Hâkimlik mesleği, hâkimin her şeye rağmen bazı şeylerden kesin olarak vazgeçmesini ve hiç değilse belirli bazı çevrelerle veya kimselerle dostça bile olsa ilgi veya ilişki kurmamasını gerektirir. Gerçekten, hemen her yerde ahlak mutaassıpları 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 münzevi yaşantısı olan hâkimler herkesin menfi ve şüpheli nazarlarına maruz kalmaktan kurtulurlar.⁶⁴⁸

İ- HÂKİMLİK MESLEĞİNİN SONA ERMESİ

Anayasanın 140. Maddesinde; “*Hâkimler ve savcılar altmış beş yasını bitirinceye kadar hizmet görürler*” denilmektedir. Bununla birlikte hâkimler ve savcılar, Adalet Bakanlığı’na yazılı olarak başvurmak suretiyle mesleklerinden çekilmek isteğinde bulunabilirler. Çekilme isteğinde bulunan, isteğinin kabulüne kadar görevine devam eder, ancak, istem tarihinden itibaren bir ay içinde cevap gelmediği takdirde görevini bırakabilir.⁶⁴⁹ Olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde o bölgelerde görevli hâkim ve savcıların çekilme istekleri kabul edilmedikçe veya yerlerine atanacaklar gelip işe başlamadıkça görevlerini bırakamazlar. Bu fıkraya aykırı hareket edenler bir daha mesleğe alınmazlar ve kamu kurum ve kuruluşlarında görev alamazlar.⁶⁵⁰ Hâkimler ve savcılar siyasi partilere girmeleri durumunda da meslekten çekilmiş sayılırlar.

Hâkimler ve savcılarının; 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

⁶⁴⁷ 1982 Any, mad. 144.

⁶⁴⁸ Berkin, Necmeddin, *Hâkimler ve Savcılar Hukukuna yenilik getiren hükümler*, İ.Ü.H.F. Dergisi LII, 342–343.

⁶⁴⁹ HSK mad. 51.

⁶⁵⁰ HSK mad. 52.

birini taşımadıklarının sonradan anlaşılması, istek, yaş haddi veya malullük nedenlerinden biriyle emekliye ayrılmaları ve ölmeleri halinde görevleri sona erer.⁶⁵¹

İslam yargılama hukukunda hâkimin görevinin sona ermesi birkaç yoldan mümkün olmaktadır. Bunlar, devlet başkanının kendisini görevden alması, kendisinin istifa etmesi veya hâkimlik şartlarından birini kaybetmesi durumunda görevleri sona ermektedir. Bununla birlikte bir hâkimin azledilmesi kolay olmadığı için genellikle hâkimlerin vefat etmelerine kadar görevlerini sürdürdükleri bilinmektedir. Hâkimlerin hangi sebeplerden dolayı azledilebileceği Edebü'l-Kâdı bölümünde değinilmiştir.

Kadı'l-Kudâtın görevlerinin sona ermesi için ancak ciddi bir görev ihmali veya yolsuzluk yahut aşırı ihtiyarlık, hastalık gibi sağlık sebepleri öne sürülebilirdi. Bunların dışında kendileri istifa etmezlerse ömür boyu görevde kalırlardı.⁶⁵²

⁶⁵¹ HSK mad. 53.

⁶⁵² Şükrü Özen, *DİA*, “*Kâdı'l-Kudât*” mad. 24, 81.

SONUÇ

Adalet, insanlığın ilk zamanlarında örf ve âdetin uygulamasından ibaret olmuştur. Bir hakimi yargılama konusunda bağlayan şey kendisinin de içinde yaşadığı örf ve adetleri idi. Ancak yazılı kanunlar devrine gelindiğinde hakimin vereceği hükümlerde bu kanunlar belirleyici olmaya başlamıştır.

İnsanlık tarihinin ilk dönemlerinde devletler monarşik bir yapı arzettiğinden üç önemli erk olan yasama, yürütme ve yargı kralın kendisinde toplanmaktaydı. Öneme binaen kral yargı faaliyetlerinin yürütülmesinden sorumluydu. Sonraları hukuk alanında yetişmiş ehil kişilere bu görev emanet edilmiştir. Hâkimliğin tarihsel süreci günümüze doğru hep bir gelişme kaydetmiştir. Zamanımıza kadar hâkim, statüsünde değişiklikler geçirmiş, asli görevinin dışında bazen şehirleri yöneten bir vali, bazen dul ve yetimleri koruma altına alan şefkatli bir devlet adamı olarak karşımıza çıkmıştır.

Eski medeniyetlerde adlî müesseselerde görülecek işlerle ilgili bir görev taksimi yapılmamış, hakimin gerek hukukî gerekse cezâî işleri icra etme hususunda tam bir yetkiye sahip olduğu müşahade edilmiştir. Ayrıca davalar hukuk veya ceza davaları şeklinde bir ayrıma tabi tutulmamıştır. Genel olarak eski devletlerde halk sınıflara ayrıldığından suçlulara verilen cezalar da suçlunun hür olup olmadığına göre değişmektedir. Babillilerde mahkeme kararlarının mühürlendikten sonra arşivlendiği, İrânlılarda hakimler tarafından verilen kararlarda gerekçe zikredilmediği bilinmektedir.

İslam hukukçuları, adaletli bir şekilde yargılama görevini Allah'a imandan sonra farzların en güçlülerinden saymışlardır. Dolayısıyla devletin asli görevleri arasında yargı organı bulunmasının şart, toplumun huzur ve güvenliğinin sağlanması için hâkim tayin etmenin, devlet başkanı üzerine farz bir görev olduğunu belirtmişlerdir.

Hız. Peygamber (sav), Medine'ye hicret ettikten sonra müslümanlar adına orada bulunan gayri müslimlerle bir anlaşma imzalamıştır. Tarihe ilk anayasa olarak geçen Medine Anayasası'nda anlaşmazlıkların çözüm yeri olarak her kabilenin kendi mahkemeleri gösterilmiş, anlaşmazlığın farklı kabileler arasında meydana gelmesi durumunda Hız. Peygamber'in bizzat kendisine müracaat edilmesi kayıt altına alınmıştır. Daha ha-

yatta iken yargı müessesesinin önemi dolayısıyla çeşitli şehirlere hakim atamalarında bulunmuş, kendisi de bizzat Medine merkezinde, yargılama konusunda hem ilk başvuru mercii, hem de temyiz mercii olarak hakimlik görevini yürütmüştür. Hâkimlerin bağımsız olarak karar verebilmeleri ve devlet başkanının hâkime müdahale edememesi belki de ilk olarak Hz. Peygamber'in temellerini attığı İslam devletinde mümkün olmuştur. Hâkimlerin bağımsızlığı konusunda İslam hukuku kitaplarında sayısız örnekler bulunmaktadır. Hz. Ali'nin devlet başkanı olduğu halde iddiasını ispat edemediği için Kadı Şüreyh tarafından aleyhine hüküm verilmesi bu durumun en bariz örneğidir. Çünkü bu döneme kadar bir hâkimin, bağımsız olarak devlet başkanını yargılaması söz konusu olamazdı. Molla Gürânî, verdiği bir karara sultanın müdahale etmesi üzerine görevinden istifa etmiştir. Hulefâi Râşidîn zamanında hakimlerin bağımsızlığı güçlenmiş, Halife Ömer aleyhine karar veren Kadı Şüreyh, Hz. Ömer'in takdirini kazandığı için Basra'ya kadı olarak tayin edilmiştir. Hâkimlerin hükümlerinde tamamen bağımsız olduğu, Kadı Şüreyh'in, Hz. Ömer, Hz. Osman, Hz. Ali ve Emeviler devrinde altmış sene kadılık yaptığı, çok badireli zamanlarda bile azledilmediği, ancak altmış yıl sonra kendi isteği ile istifa ettiği bilinmektedir.

İslam Yargılama Hukuku'nda hakimlerin yargılama görevleri dışında idari görevlerinin de olduğu anlaşılmaktadır. İlk zamanlarda atandığı şehirlerde valilik görevlerini de yürüten kadılar, sonraları sadece yargı alanında görevlendirilmekle birlikte, Osmanlılarda hukuk adamı oluşunun yanında aynı zamanda da bir idare adamıdır. Onların bu dönemde görevleri arasında; naib, mütevellî, imam ve hatibin tayini, noterlik, vakfiye tanzim ve tescili, yetim mallarının idaresi, miras ve evlilik akdi tanzimi, tapu sicil muhafızlığı, narh tespiti, lonca teftişi sayılabilir. Günümüz beşeri hukukunda da hakimlerin buna benzer idari görevleri olmakla birlikte mahkemede görevli memurlar da idari olarak kendisine bağlıdır. Hakim de idari yönden Adalet Bakanlığı'na karşı sorumlu tutulmuştur.

İslam yargılama hukukunda hakim olabilmek için hukukçular tarafından birtakım şartlar öne sürülmüştür. Öncelikle hakimın müslüman, akıllı ve ergen olması, adil ve yeterli hukuk bilgisine sahip bulunması gerekli görülmüştür. Hakimlerin kadın olması konusu tartışılmış, had ve kısas davaları dışındaki davaların hepsinde hakim olabileceği belirtilmiştir. Hatta bazı hukukçular, kadının her alanda hakimlik yapabileceğini de kaydetmişlerdir. İslam devlet başkanları hakim tayininde de çok titiz davranmışlar, her

görev isteyen, hukuk bilgisi yetersiz, kudretli olmayanları hakim tayin etmemişler, hakeden kimseleri göreve atamışlardır. Hz. Peygamber'in hakim tayin edeceği kimseyi bir sınava tabii tuttuğu da söylenebilir. Muaz b. Cebel'in tayini bu durumun en güzel örneğidir.

Bu çalışmada ayrıca kadı mahkemelerinin dışında birtakım yargı müesseselerine de değinilmiştir. Çünkü hisbe, mezalim, şurta ve tahkim gibi müesseseler de bir tür yargılama kurumlarıdır. Hakimleri meşgul etmemek için birtakım küçük anlaşmazlıklara bakmakla hisbe teşkilatı yükümlü tutulmuş, hakimlerin makamlarındaki saygınlık sebebiyle kendilerine verilemeyen bazı görevler de şurtaya verilmiştir. Hakimlerin gücünü aşan ve devlet içinde yetki ve nüfuz sahibi şahısların fertlere karşı işlediği ve fakat hakimlerin hükme bağlaması ve onu rü'yet etmesi imkanı olmayan zulüm davalarına bakan yüksek yargı seviyesinde mezalim mahkemeleri de kurulmuştur. Hukukçular mezalim mahkemelerini beşeri hukuktaki İdari Yargıya ya da Yargıtay'a benzetmişlerdir.

Beşeri hukuktaki adli yargı sistemi genel olarak ele alınmakla birlikte zaman zaman İslam muhakeme hukuku ile karşılaştırılmış, aralarındaki benzerlikler ve farklar belirtilmeye çalışılmıştır. Beşeri hukuktaki yargı sisteminde hâkimin bağımsızlığı anayasal güvence altına alınmıştır. Hakimin bağımsızlığının devletin bağımsızlığı ile ilişkisi bulunmaktadır. Eğer devlet bağımsız değil ise hakim de bağımsız olamaz. Yine hakimlerin icra organı tarafından azil ve anayasada gösterilen altmış beş yaşından evvel emekliye sevk edilmemeleri, herhangi bir sebeple aylıklarının kesilmemesi, memuriyet görevlerinin lağvedilerek açıkta bırakılmaması da anayasal güvence altına alınmıştır. Bu tür tedbirler bağımsız hakimlerin görevlerini kimseden çekinmeden yapmalarını, adaletin gücünün yanında değil haklının yanında yer almasını sağlamaya yöneliktir.

BİBLİYOGRAFYA

- 1982 ANAYASASI**, 7 Mayıs 2004 Tarih ve 5170 Sayılı Değişiklikler ile Birlikte.
AHMED b. Hanbel (ö.241/855)
 el-Müsned, Müesseset-ü Kurtuba, Mısır ts.
- AKGÜNDÜZ**, Ahmet,
 Umumi Hukuk Tarihi, Mimoza Basım, Yayım ve Dağıtım AŞ, Konya 1991.
- AKYÜZ**, Vecdi,
 İslam Hukukunda Yüksek Yargı ve Denetim Divân-ı Mezalim, M.Ü.İ.F. Yayınları, İstanbul 1995.
- ALGÜL**, Hüseyin,
 İslam Tarihi, Gonca Yayınevi, İstanbul ts.
- ANSAY**, Sabri Şakir,
 Hukuk Yargılama Usulleri, A.Ü.H.F. Yayınları, VI. Baskı, Ankara 1957.
- ARSAL** Sadri Maksudi,
 Umumî Hukuk Tarihi, İstanbul Matbaacılık T.A.O. İstanbul 1948.
- ASLAN**, Nâsi,
 İslam Yargılama Hukukunda –Şühûdü'l-Hal- Jüri Osmanlı Devri Uygulaması, Beyan Yayınları, İstanbul 1999.
- ATAR**, Fahrettin,
 **İslam Adliye Teşkilatı Ortaya Çıkışı ve İşleyişi**, D.İ.B. Yayınları, Ankara 1999.
 **“Kâdî”**, *DİA*, XXIV, 66-69. Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara.
- BAYINDIR**, Abdülaziz,
 İslam Muhakeme Hukuku Osmanlı Devri Uygulaması, İ.İ.A.Ö. Yayınları, İstanbul 1986.
- BEĞAVÎ**, Ebû Muhammed Hüseyin b. Mes'ud el-Ferra,
 Kitâbu Edebi'l-Kâdî, Dâru'l-Menar, Medinetü'l-Munavvara, 1992
- BELGESAY**, Mustafa Reşit,
 Kur'an Hükümleri ve Modern Hukuk, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1963.
- BERKÎ**, Ali Himmet,
 **Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye)**, Hikmet Yayınları, Ankara 1982.
 **Hukuk Tarihinde İslam Hukuku**, Örnek Matbaası, Ankara 1955.
- BERKİN**, Necmeddin M.
 Hâkimler ve Savcılar Hukukuna Yenilik Getiren hükümler, İ.Ü.H.F. Dergisi, Sayı:1-4, Güray Matbaası, İstanbul 1987.
- BEYHAKÎ**, Ahmed b. el-Hüseyin b. Alî b. Musa b. Ebî Bekr (ö.470/1077),
 Sünenü'l-Kübrâ, Mektebetü Dâri'l-Bâz, Mekketü'l-Mukerreme 1994.
- BİLGE**, Necip, **ÖNEN**, Ergun,
 Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Sevinç Matbaası, Ankara 1978.
- BİLMEN**, Ömer Nasuhi,
 Hukuk-ı İslâmiyye ve Istilâhât-ı Fıkhiyye Kâmusu, “Hâkimlerin Âdâbı” Maddesi.
- BUHÂRÎ**, Ebû Abdullah Muhammed bin İsmâil (ö.256/870),
 Sahîhu'l-Buhârî, Dâr-u İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, Beyrut ts.
- CASSÂS Ebûbekir**, Ahmed b. Ali er-Râzî (ö. 370/980),
 Ahkâmu'l-Kur'an, I-V, Dâru'l-İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, Beyrut 1985.
- CEZA MUHAKEMESİ KANUNU**, Kanun No. 5271.

- CİN**, Halil, **AKGÜNDÜZ**, Ahmet,
Türk Hukuk Tarihi, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya 1989.
- DEVELLİOĞLU**, Ferit,
Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Aydın Kitabevi, Ankara, 1998.
- EBÛ DAVUD**, Süleyman b. Eş'as es-Sicistânî el-Ezdî (ö. 275/888),
Sünenü Ebî Dâvud, Dâru İhyâ-i es-Sünneti'n-Nebeviyye, Ts.
- EBÛ ZEHRA**, Muhammed (1394/1974),
.....**Ebû Hanife**, (Çev. Osman Keskiöglü), D.İ.B. Yayınları, II. Baskı, Ankara 1997.
.....**İslam Hukuk Metodolojisi Fıkıh Usulü**, (Çev. Abdulkadir Şener), Fecr Yayınları,
6. Baskı, Ankara 1994.
- EKİNCİ**, Prof. Dr. Ekrem Buğra,
İslam Hukuku ve Önceki Şeraitler, I. Baskı, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul, Ekim 2003.
- ERDOĞAN**, Mehmet,
Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, Ensar Neşriyat, İstanbul 2005.
- FENDOĞLU**, Hasan Tahsin,
İslam ve Osmanlı Anayasa Hukunuda Yargı Bağımsızlığı Anayasa Hukuku Tarihi Açısından Mukayeseli Bir İnceleme, Beyan Yayınları, İstanbul 1996.
- el-FERRÂ**, Ebû Ya'lâ Muhammed b. el-Huseyn,
el-Ahkâmu's-Sultâniyye, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut 1983.
- FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, (Çev. Mustafa Efe), Huzur Yayınları, İstanbul ts.
- HÂKİMLER VE SAVCILAR KANUNU**, Kanun No. 2082.
- HÂKİMLER VE SAVCILAR YÜKSEK KURULU KANUNU** Kanun No. 2461.
- HALEBÎ**, İbrahim,
Mültekâl-Ebhur, (Çev. Ahmet Davutoğlu), Saadet Yayınevi, İstanbul 1986.
- HAMÎDULLAH**, Muhammed,
.....**İslam Anayasa Hukuku**, (Çev. Vecdi Akyüz), Beyan Yayınları, İstanbul 1998.
.....**İslam Peygamberi**, (Çev. Salih Tuğ) I-II, İrfan Yayıncılık, İstanbul 1993.
- HASAN**, Hasan İbrahim,
İslam Tarihi, I-VI. (Çev. İsmail Yiğit, Sadrettin Gümüş), Kayıhan Yayınları, II. Baskı, İstanbul 1987.
- HASSÂF**, Ebû Bekr Ahmed b. Ömer b. Muheyr,
Edebü'l-Kâdi, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, Ankara 1982.
- HUKUK USULÜ MUHAKEMELERİ KANUNU**, Kanun No. 1086.
- HUKUK USULÜ MUHAKEMELERİ KANUNU VE İLGİLİ MEVZUAT**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004.
- İBN EBÎ DEM, EŞ-ŞÂFİÎ**, Kâdî Şihâbüddin,
Kitabu Edebi'l-Kâdi, Matbaatü'l-İrşad, Bağdad 1984.
- İBN HALDUN**, Abdurrahman b. Muhammed,
Mukaddime, (Çev. Halil Kendir), I-II, Yeni Şafak Yayınları, Ankara 2004.
- İBN KAYYIM EL-CEVZİYYE**, Şemseddin Ebû Abdullah Muhammed b. Ebî Bekr,
İlamu'l-Muvakkîn an Rabbi'l-A'lemîn, I-II, Mekketü'l-Mükerreme Ts.
- İBN KUDÂME**, Ebû Muhammed Abdullah b. Ahmed b. Muhammed (ö.620/1223),
el-Muğni, I-XV, Dâru Âlemi'l-Kutub, Riyad 1999.
- İBN SA'D**, Ebû Muhammed Abdullah b. Müslim,
et-Tabakâtü'l-Kübrâ, I-VIII, Dâru's-Sâdir, Beyrut, ts.
- İZMİRLİ**, İsmail Hakkı,
Kitâbu'l-İftâ ve'l-Kazâ, Evkâf Matbaası, By 1919.

- KALLEK** Cengiz,
 “Hisbe”, *DİA*, XVIII, 133-142. Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara.
- KARAMAN**, Hayreddin,
İslam Hukuku Tarihi, İz Yayıncılık, İstanbul 2001.
- KÂSÂNÎ**, İmam Alaüddin Ebî Bekr b. Mes’ud (ö.587/1191),
Bedâiyü’s-Sanâi’ fî Tertîbi’ş-Şerai’, Matbaatu’l-İcmaliyye, Mısır 1910.
- KAZICI**, Ziya,
İslam Medeniyeti ve Müesseseleri Tarihi, Kayıhan Yayınları, İstanbul 1999.
- KESKİOĞLU**, Osman,
Fıkıh Tarihi ve İslam Hukuku, D.İ.B. Yayınları, 5. Baskı, Ankara 1999.
- KETTÂNÎ**, Muhammed Abdülhay,
et-Teratibü’l-İdâriyye, (Çev. Ahmet Özel), İz Yayıncılık, İstanbul 1991.
- KUTSAL KİTAP**, Tevrat, Eski ve Yeni Antlaşma (**Tevrat, ZEBÛR, İncil**), Ohan Matbaacılık Ltd. Şti, İstanbul 2001.
- MAKDÎSÎ**, Şerefüddin Musa b. Ahmed,
el-İkna’ li-Talebi’l-İntifâ, II. Baskı, Dâru Alemlî’l-Kutub, Riyad, 1999.
- MÂVERDÎ**, Ebi’l-Hasen Ali b. Muhammed b. Hubeyb el-Barsî eş-Şafîî (ö.364/975),
**el-Ahkâmu’s-Sultâniyye**, Mektebet-ü Dâr-i İbn Kuteybe, Kuveyt 1989.
**el-Ahkâmu’s-Sultâniyye**, (Çev. Ali Şafak), Bedir Yayınları, İstanbul 1976.
**Edebü’l-Kâdî**, Tab’atü’l-İrşâd, Bağdad 1971.
- MAVSİLÎ**, Abdullah b. Mahmud b. Mevdûd,
el-İhtiyar li-Ta’lîli’l-Muhtar, Pamuk Yayınları, İstanbul Ts.
- MERĞİNÂNÎ**, Alî b. Ebî Bekir b. Abdilcelil,
el-Hidaye Şerhu Bidâyeti’l-Mübtedî, I-III, el-Mektebetü’l-İslâmiyye, Medînetü’n-Neşr, Beyrut ts.
- MİRAS**, Kâmil,
Sahih-i Buhârî Muhtasarı Tecrîd-i Sarîh Tercemesi ve Şerhi, I-XII, D.İ.B. Yayınları, Ankara ts.
- MUHAMMED HANEFÎ**, İbrahim b. Ebi’l-Yemen,
Lisânü’l-Hükkâm fî Ma’rifeti’l-Ahkâm, II. Baskı, el-Bâbiyyü’l-Halebî, Kahire 1973.
- NEBHÂN**, Muhammed Fazl,
İslam Anayasası İdare Hukukunun Genel Esasları, (Çev. Servet Armağan), Sönmez Neşriyat, İstanbul 1980.
- NESÂÎ**, Ahmed b. Şuayb Ebû Abdurrahman (ö.303/915),
Sünenü’n-Nesâî, Mektebetü’l-Matbûâtü’l-İslâmiyye, I-VIII, Haleb 1986.
- NOYAN**, Erdal,
Adli Yargı Mahkemeleri, Adil Yayınevi, I. Baskı, Ankara 2004.
- OKANDAN**, Recai Galip,
Umûmî Hukuk Tarihi Dersleri, İ.Ü.H.F. Fakülteler Matbaası, İstanbul 1951
- ORTAYLI** İlber,
Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devletinde Kadı, Turhan Kitabevi, Ankara, Eylül 1994.
- ÖĞÜT**, Salim,
 “Edebü’l-Kâdî”, *DİA*, X, 408-410. Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara.
- ÖKÇESİZ**, Hayrettin,
Adli Yargıda Yolsuzluk Araştırması İstanbul Barosu Çevresi, 2. baskı, Eko Kitaplığı Yayınları, İstanbul 2001.

- ÖNEN**, Ergun,
Medeni Yargılama Hukuku, Sevinç Matbaası, Ankara 1979.
- ÖZEK**, Çetin,
Yargının İdari Denetimi, İ.Ü.H.F. Mecmuası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.
- ÖZEN**, Şükrü,
“Kâdı'l-Kudât”, *DİA*, XXIV, 77-82. Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara.
- ÖZER**, Yusuf Ziya,
Mısır Tarihi, T.T.K. Yayınları, Ankara 1939.
- ÖZTÜRK**, Sait,
“Kassâm, *DİA*, XXIV, 579,582. Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara.
- SAN'ÂNÎ**, el-Emîr Muhammed b. İsmail,
Sübülü's-Selâm Şerhu Bulûği'l-Merâm min Edilleti'l-Ahkâm, I-IV, Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, Beyrut 1960.
- SERAHSÎ**, Ebû Bekr Muhammed b. Ebî Sehl (ö.490/1097),
el-Mebsût, II. Baskı, Dâru'l-Marife, Beyrut 1986.
- ŞÂFİÎ**, Muhammed b. İdrîs (ö.204/819),
el-Ümm, II. Baskı, Dâru'l-Marife, Beyrut 1973.
- TABERÎ**, Ebû Cafer Muhammed b. Cerîr (301/923).
Târihu'l-Umem ve'l-Mulûk, I-XI, Dâru Suveydan, Beyrut ts.
- TEBLİGAT KANUNU**, Kanun No. 7201.
- TİRMİZÎ**, Muhammed b. İsa b. İsa Es-Sülemî (ö.279/892),
Sünenü't-Tirmizî, Dâru'l-İhyai't-Türâsi'-Arabî, Beyrut ts.
- TURAN**, Osman,
Selçuklular Tarihi ve Türk İslam Medeniyeti, Dergâh Yayınları, İstanbul 1980.
- TÜRK CEZA KANUNU**, Kanun No. 5237.
- ÛDEH**, Abdülkâdir,
Mukâyeseli İslam Hukuku ve Beşerî Hukuk, (Çev. Ali Şafak), Rehber Yayınları, Ankara 1990.
- UĞUR**, Müctebâ,
“Hâkim”, *DİA*, XV, 182-183. Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara.
- UZUNÇARŞILI**, İsmail Hakkı,
Osmanlı Tarihi, T.T.K. Yayınları, Ankara 1983.
- ÜÇOK**, Coşkun,
Türk Hukuk Tarihi Dersleri, A.Ü.H.F. Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara 1972.
- YAZIR**, Elmalılı Muhammed Hamdi,
Hak Dini Kur'an Dili, I-VIII, Eser Kitabevi, İstanbul ts.
- YARGITAY KANUNU**, Kanun No. 2797.
- YAVUZ**, Hulusi,
“Adliye Nezareti” *DİA*, I, 389-390. Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara.
- YENİÇERİ**, Celal,
“Mezâlim”, *DİA*, XIX, 515-518. Maddeleri. Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları.
- YILDIRIM**, Mustafa,
İslam ve Medeni Yargılama Hukukunda Tahkim, İzmir İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İzmir 2002.
- ZEYDAN**, Corci,
İslam Medeniyeti Tarihi, (Çev. Zeki Meğâmiz), Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1976.