

IDA. Baskısı

Yıl : 1969

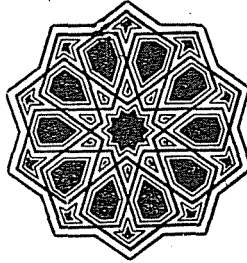


Cilt : XVII

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

İLÂHİYAT FAKÜLTESİ DERGİSİ

ANKARA ÜNİVERSİTESİ İLÂHİYAT FAKÜLTESİ
TARAFINDAN YILDA BİR ÇIKARILIR



İSLÂMDA KAZA TARİHİ

ALİ HİMMET BERKİ

Hukuk tarihi ne kadar mühim ise, kaza, yani hüküm ve hâkimlik tarihi de o kadar, hattâ daha çok mühimdir. Çünkü himaye olunmayan bir hak, gerek fert gerek amme hakkı olsun, mücerret bir hak olmakdan başka bir şey ifade etmez ve adâlet ve düzeni temin kıymetinde bulunmaz., fert ve cemi-yet için bir faide ve teminat teşkil etmez. Bunun içindir ki, milletler medenî-leştikçe kaza mevzuu üzerinde durarak Hakemler, Hakem Hey'etleri ve di-vanlar, geçici ve dâimî mahkemeler kurmuşlardır.

İptidai kavimler dahi bu ihtiyaçdan vâreste kalamamışlardır. Tarihlerin beyanlarına göre İslâmiyetden evvel Cahili devirde Arablarda hakkı ih-kak ve teaddî ve tecavüzü men ve tecziye edecek bir hükûmet ve hüküm-dar yoktu. Kabile hayatı yaşanmakta idi. Her kabilenin bir şeyhi (Reisi) vardı. Bu şeyh emir ve nehiylerini icra ve infaz edecek bir kudrete malikdi. Bu şeyh bu kudreti bir ordudan değil, kabile efradının kendisine olan hür-met ve itimatlarından alıyordu, sözü dinlenir, emirleri yerine getirilirdi. Müc-rimleri tecziye ve aralarındaki hukukî ihtilafları hal, ve fasl için fertlerin ka-bul ve tasvibiyle aralarında bir hâkim bulunurdu. Bazı defa aralarında tahad-düs eden ihtilafları tâyin edecekleri bir hakeme havale ederlerdi. Gerek hâ-kim gerek hakem için ihtilafları hal hususunda ne müdevven bir kanun ne hukukî bir kaide vardı. Bunlar bazı hâdiselerde âdetlerine ve bazen itikad-larına, bazen de yahudilerden öğrendikleri Tevratın hükümlerine müracaat ederek o hükümlerle amel ederlerdi.

Hâkimler, bilgisi ve doğruluğu ile ün salmış kimselerden intihap olunur-du. Cahili devrin sonuna doğru Mekkede içtimai bir uyanış belirmiş ve ara-larında taksimi a'mâl yaparak bu meyanda hâkimlik vazifesi kavmi arasında doğruluğu, metaneti ve re'inin isabeti ile temayüz eden Hz. Ebubekire tevdi olunmuştu.

Verilecek hükümleri cebren icra için bir mercî yoktu. Kavim ve kabile-nin ve kabile reisinin arzu ve sultası hükmün icrası için kâfi geliyordu.

İslâmiyetin, kaza mevzuunda neler getirdiğini anlamak için yukardaki bilgileri arz etmiş bulunuyorum. Asıl maksadımız, İslâm Kaza tarihi hakkında mevsuk menbalara müstenit bilgi vermekten ibarettir.

Fıkıh, yani islâm hukuku istilâhatında kaza, insanlar arasında tahaddüs eden davâ ve münazaaları usulüne uyarak hal ve fasletmektir.

Mecelle 1784 ve 1785 inci maddelerinde kaza mefhumunu şöyle izah etmiştir: “kaza, hüküm ve hâkimlik manâlarına gelir. Hâkim, nâs arasında vuku bulan davâ ve muhasamayı ahkâmı meşruasına tevfiikan fasl ve hal için tarafı sultaniden nasb ve tâyin olunan zattır.

Hüküm, hâkimin muhasamayı kat ve hasım (sona erdirmesi) eylemesidir. Bu dahi iki kısımdır. Kısmı evvel hâkimin hükmettim iddia olunan şeyi ver demek gibi sözlerle mahkûmun bihi mahkûmun aleyhe ilzam kılmasıdır. işte buna kazai ilzam denir. Kısmı sâni, hakkın yoktur, münazaadan memnûsun demek gibi sözlerle hâkimin davâcıyı münazaadan men etmesidir; buna kazai terk denir”.

Kazai ilzam maddede tasrih olunduğu gibi iddia olunan şey’i vermeye münhasır değildir; müddeabihe müdahelenin men’ine müddeinin hissesinin teslimine gibi müddeabihin mahiyetine göre muhtelif beyanlarla da hükmlenabilir. Kazai terkde, keza maddede beyan olunduğu gibi, davânın reddine bilâbeyyine müdahale veya mvarazanın men’ine gibi beyanlarla da hükmlenabilir. Buna kazai terk denmesi davâ kabul olunmayarak durum hali üzere bırakılmak itibariyledir.

Biraz evvel her topluluğun mutlak surette hâkime ihtiyacı bulunduğuna işaret edilmişti. Kaza müessesesi cemiyet idaresinde mukaddes tutulması gerekli bir müessesedir. Medeniyetde hangi merhalede olursa olsun kazayı zarurî ve muhterem tutmayan bir kavim yoktur. Çünkü beşerî topluluklarda fertler arasında tecavüz, husumet ve ihtilâf vukuu beşerin yaradılışı icabıdır. İnsanlar akıl ve idrâki yanında bir takım temayül ve kuvvetlerle halk olunmuştur. Menfaatine düşkün ve merhametsizdir. Kendi başına bırakılsa tecavüz ve tasallûta başlar, huzur ve sükûn içinde ceryanı matlup olan içtimâî hayat esasından bozulur. Mütemeddin cemiyetlerde dahi fertler her biri kendisinin haklı olduğunu iddia eder. Âlimlerin beyanları kendilerini tatmin etmez. Hukukî meseleler daima basit değildir; öyle girift ve müdîl meseleler vardır ki, hukuk ilmi ile oğraşanlar dahi isabetli bir hüküm vermekde güçlük çekerler. Bu cihetle kaza gibi haklı ve haksızı ayıracak, zaifi koruyacak, zulüm ve cinayeti tecziye edecek bir kuvvete ihtiyaç âşikârdır.

Gâyesi beşerin selâmeti, hayatın emniyet ve sükûn içinde ceryanı olan İslâmiyet, kazaya lâayk olduğu derecede ehemmiyet vermiş ve onu imandan sonra efdali ibadet saymıştır. Hz. Resulü Ekrem (S.V.S) “bir an adâlet, altmış sene nafilâ namazdan hayırlıdır” buyurmuşlardır.

Cenabı Hak tarafından Resulü Ekreme kaza ile emrolunmuştur¹. Nitekim evvelce gelmiş olan resullerin kaza ve hükmettikleri Kur'anı kerimde Hz. Davud' tarafı ilâhiden kaza ile emir buyrulduğu beyan olunmaktadır².

Kaza (Hâkimlik), bir amme müessesesidir. Mevki ve ilmî mertebesi ne olursa olsun bir ferdin diğeri üzerinde hükmetmek selâhiyeti yoktur. Bu hak amme velâyetini hâiz Cemiyete aittir. Kadılar (Hâkimler) gerek cemiyeti teşkil eden fertler, gerek hükümdar veya devlet reisi tarafından intihap olunsun cemiyetin vekilidirler. Yani icrayı kazada cemiyeti temsilen hareket eylerler. Tasarruf ve her türlü hareketleri cemiyet namınadır. Bu esas Fıkha müteallik eserler şu suretle izah ederler. Hicrî altıncı Asırda yetişen fukahânın büyüklerinden İmam Alâaddin Ebubekir Kâsânî “Bedayıüssenayî fi ter-tibişşerâî” adlı meşhur ve muazzam eserinde der ki: kadı (Hâkim) vekile benzer, fakat aralarında fark vardır. Vekil müvekkilin vekâletiyle ve onun adına hareket eder. ve müvekkilin ehliyeti zâil olunca münazil olur. (yani vekâlet nihayet bulur); lâkin kadı Halife velâyetiyle ve onun namına hareket etmez., belki müslümanların vekâletiyle onlar namına hareket eder. Halife, aralarında bir vâysıtan ibarettir. Kadının emir ve hükmü, ammenin emir ve hükmü menzilesindedir. Bunun içindir ki Halife vefat eder veya hal' (azil) olunursa, tâyin ettiğ kadılar münazil olmaz. Halife kadıyı azil edebilir; bu azil de hakikatde halifenin değil, ammenin azil etmesi demektir. Yine Halife arada bir vâsitadır. Nâib tâyinine mezun kadının nâib tâyininde de hüküm böyledir. Kadının ölmesi veya azil edilmesi halinde nâib mün'azil olmaz. Kadı nâibinin tasarruf ve hareketi de cemiyet namınadır.

Fıkha dâir diğ er eserlerde o cümleden olarak “Mepsutu serahsı” de mesele bu veçhile izah olunmuştur. Görülüyor ki, bazı kimselerin zannı gibi, kadılar, ne Halifenin ne Allahın vekilidir, belki müslümanların, müslümanhalkın mümessilidirler. On dört Asır evvel Allah tarafından gönderilen is-lâmiyetin hükmü budur.

Kadılar amme namına hareket ettikleri içindir ki, emir ve hükümlerine her kes tarafından uyulmak ve muktezasını yerine getirmek icab eder. Aksi

1 “Habibim insanlar arasında Allahın gönderdiği ile hükmet: Mâide sûresi, Âyet: 49.

2 Ya Dâvud biz seni yer yüzünde halife kıldık bu halde nâs arasında hükmet”: Sâd sûresi, Âyet: 26.

halde bu emir ve hükümler kimin aleyhine ise, icra organlarınca zorla yerine getirilir. Kadı ile müfti arasındaki en bârız fark bu noktada görülür.

Kadılar vilâyeti ammeyi hâiz oldukları cihetle kendilerine arz olunan hâdiseyi tahkik ederek ne suretle sâbit olursa o dairede hüküm verirler. Müftiler ise hâdiseyi tahkik ile meşgul olmayıp, anlatışa, kendilerine arz edilen şekle göre meselenin hükmünü beyan ederler. Bu beyan sırf ilmîdir, alakalılar isterlerse kabul ederler, isterlerse etmezler; bu halde mahkemeye müracaat ederler.

Kaza, bir amme vazifesi olduğundan, hükmedecek olan kimsenin amme makamından bu yetki ile mücehhez kılınmış olması lâzımdır. Tefviz vâki olmadıkça hiç bir ferd kazaya, hükme tasaddî edemez³. Müftilik için böyle bir tefvize lüzum yoktur. Gerçi İslâmiyetin başlangıcından beri ifta ile meşgûl olacak şahısların ifta ehliyeti olup olmadığı arana gelmiştir. Bu, müftiliğin bir amme hizmeti olduğundan değil, halkı yanlış iftâlardan siyanet içindir. Son zamanlarda müftiliğe resmîyet verilmiş olması da yine bu maksada, yani halkı siyanet gâyesine mebnîdir.

İslâmda İlk Kadı. (Hâkim)

İslâm dininde ve hukukunda kazanın farz ve Allaha imandan sonra ef-dali ibadet olduğunu ve Hz. Resulü Ekrem'in nâs arasında kaza ile vazifeli bulunduğunu kayd etmiştik. Resulü Ekrem emri ilâhiye imtisalen islâmiyetde kazayı ilk evvel kendileri ifa buyurmuştur. İslâm ülkesi genişledikçe lüzum görülen yerlerde kaza selâhiyetini hâiz memurlar tâyin olunmuştur. Muaz bin Cebel, Attâb ibni Esiyd Resulü Ekrem tarafından tâyin buyrulan kadılardandır. Muaz bin Cebel Yemene, Attâb bin Esiyd Mekkeye gönderilmiş Medine ve civarındaki davâları bizzat hal ve fasl buyurmuşlardı. Attâb Mekkeye ve Muaz Yemene vali olarak tâyin olunmuş ve aynı zamanda kaza vazifesiyle vazifelendirilmiş idiler.

Attâb bin Esiyd, kavmi arasında zekâsı, isabeti re'yi ve hüsnü idaresiyle tanınmış bir zât olduğu gibi Hz. Muaz zamanının en bilgili alimi ve mübarek bir zât idi. Resulü Ekrem kendisini Yemene gönderirken orada ne ile hük-

3 Hakem, hâkim gibidir. Yalnız hakemler hüküm selâhiyetini taraflardan, yani kendilerini intihap edenlerden alırlar; verdikleri kararlar da ancak kendilerini intihap edenleri ilzam eder. Mahaza, Hakemlerin hükümlerinin zorla icrası hâkimin kabul ve tasdikine mütevakkıftır. Hakemlerin kararlarının hâkimin kabul ve tasdikine muhtaç olması, meşrû hükümlere uygun olup olmadığını kontrol içindir. Muvafık ise, hâkim tenfiz ve icrasına hükmeder. Değil ise iptal eder. Bundan başka bazı ihtilâflar vardır ki hakeme havale edilemez.

medeceksin diye sormuş, o da "Allahın kitabıyla" ya kitabda bulamazsan deyince "Resulün hadisiyle", ya bundada bulamazsan deyince, "İçtihadımla hükmederim" diye cevap vermişti. Resulü Ekrem bu zâtın yüksek şuur ve idrâkını tahsin eylemişti. Attab bin Esiyd, Hz. Ebubekirin irtihaline kadar vâlik vazifesini ifa eylemiş, Ebubekirin vefatı haberi Mekkeye vâsıl olmadan vefat eylemiş; Hz. Muaz da Hicretin 18 inci yılında vuku bulan koleradan irtihal etmiştir.

İşte kaza ve hüküm vermek selâhiyeti böyle ehil ve mümtaz zevata tevdi buyruluyordu ki, sonraları da aynı selâhiyet ve liyakatli ilim ve irfan sahibi zâtlara tevdi olunmuştur.

Zamanı Saadetde müslümanlarda görülen yüksek idrâk ve şuur islâm feyzinin eseri idi. Bu zâtlar ne hukuk ilmi ne usulü muhakeme tahsil etmişlerdi. Onların yegâne idrâk ve irfan menbaaları Kur'anı kerim ve sünneti seniyye idi. Asrı Saadet ve Hülefai Râşidîn devrindeki âlimlerin fetva ve hükümlerine bakıp da hayran olmamak kabil değildir. Câhil bir muhitde çok az bir zaman içinde görülen nûru irfan elbetde ilâhî idi.

Hz. Peygamberin irtihalinden sonra ve Hülefai Râşidîn ve onlardan sonra bazı Halifeler kaza ve imamet gibi vazifeleri Devlet Merkezinde (Makarrı Hilâfet) bizzat kendileri ifa ve icab eden yerlere kadılar tâyin ederlerdi.

Hz. Peygamber ve birinci Hilfe Hz. Ebubekir ve ikinci Halife Hz. Ömerin hilâfeti başlangıçlarında, Vâliklik ile Kaza bir zâta tevdi olunurdu. Hz. Ömer zamanında bir müddet böyle devam etti. Bilâhare kaza vazifesi ayrıldı. İcab eden yerlere muktedit ve müstakil kadılar tâyin olunmaya başlandı.

Hülefai Râşidîn mazeretleri zuhurunda merkezde kendilerine arz olunan bazı davâları ehil bir zâta havale ederlerdi. Havale edilen davâ maddî ve manevî mes'uliyeti kendisine ait olmak üzere bu zât tarafından bakılıp hükme bağlanırdı. Kadılar da Halifeler gibi, mazeretleri vukuunda her hangi bir davâyı görmek üzere Nâib tâyin edebilirlerdi. Halifeler kadıların, kadılar da tâyin ettikleri Nâiblerin muhakeme ve hükümlerine müdahale etmezlerdi. Kadı ve Nâibler tam müstakil bir halde bulunurlardı. Şu vâkıa bu hususta ne derece itina olunduğuna delâlet eder: Hz. Ömer, meşgûliyetinin pek fazla olduğu bir zamanda işleri Ebuddarda ya bırakmışlardı. Ebuddarda biri aleyhine hüküm vermişti. Aleyhine hüküm verilen zât bu hükmün yanlış olduğu kanaatinde idi. Hz. Halifeye hâdiseyi ve mürafaanın ceryan tarzını anlattı. Hz. Ömer, bu davâyı ben bakmış olsa idim senin lehine hükmederdim dedi. O zât siz Halifesiniz davâyı siz bakınız dedi. Halife içtihadıya re'y müsterek-

tir. birinin diğeri üzerine rûhçanı yoktur. diyerek davâya bakmaktan imtina etti. Hz. Halife ya Ebudradanın rey ve içtihadı doğru ise bu işin vebalini alamam demek istemişti (6).

Kaza, bir amme selâhiyeti olduğunda Kadılar Halifeler tarafında tâyin olunurdu. Yalnız bazı vâililere kadı tâyinine izin verilmişti. Ezcümle Mısırdaki Mısır Vâililerinin selâhiyetleri cümlesindedir. Bu usul, yani kadıların Halife ve Vâililer tarafından tâyini usulü, "Kazil kuzat" ve Endülüste "Kadilcema" müesseseleri ihdas oluncaya kadar devam etti. "Kazil kuzat" Abbasiler devrinde Hicrî 170 tarihinde Harunur Reşid tarafından ve "Kaziül cema" Endülüste birinci Abdurrahman zamanında 117 tarihinde ihdas olunmuştu.

Kadılar evvelce Hilâfet Makamına bağlı iken Kadilkuzat tâyin olunduktan sonra bu makama bağlanmıştır. Kadilkuzatları Halifeler ve kadıları da kazilkuzatlar nasb ve tâyin ederlerdi.

"Kazil kuzat" ve "Kazil cema"lar Halifeden sonra en yüksek ve şâyanı hürmet mevkide tutulur ve bunlar ammenin hürmet ve itimadını kazanan en büyük âlimlerden intihap olunurlardı. Bunların hal tercemelerinden keyfiyet vâzihan anlaşılır.

Kazilkuzat ve Kazilcema tâyini, kuvvei kazaiyyeyi siyasi ve idari iktidardan uzaklaştırmak içindir. Filhakika bu müesseselerin adâlet yönünden pek büyük faydaları görülmüştür. Zâlim ve müstebit bazı hükümdarlar zulümlerini bu mukaddes makama kadar götürmeye kendilerinde cesaret bulamamışlardır.

Abbâsilerden sonra diğer İslâm Devletlerinde selâhiyetleri farklı Kazilkuzat müessesesi devam etmiş, Osmanlılarda bu vazife Kazıaskerlere tevdi olunmuştur. İstanbul, Haremeyn, yani Mekke ve Medine ve Edirne gibi mahallerden başka yerlere gidecek kadılar Kazaskerler tarafından tâyin olunurdu. Rumeline tâyin olunacak kadıları Rumeli Kazıaskeri ve Anadoluya tâyin olunacak kadıları "Anadolu Kazıaskeri tâyin ederdi."⁴

Kazâ, bir tefviz nevinden olduğu için vekâlet gibi bu vazife bir veya müteaddit kimselere tevdi olunabilir. Müteaddit kimselere tevdi edilmiş olurda birlikde hükmetmeğe mezuñ kılınmışlarsa münferiden hükmedemezler; ederse hükümleri muteber ve nâfiz olmaz.

4 Bidayetlerde Kazaskerler Padişahın kanunî müşaviri olmakla beraber ganimet malların tevziine riyasat ederler ve ordu efradı arasında tahaddüs eden veya orduya mensup biri aleyhine ahaliden birinin ikame ettiği davâları hal ve fasleyleylerdi.

Geçmiş islâm Devletlerinde münferit hâkim usulü câri olduğu gibi Osmanlı Devletinde Şer'iyye Mahkemelerinde münferit hâkim usulü vardı⁵. Gerçi Heremeyn yani Mekke ve Medine ve İstanbul Kadılıklarında müşavir ve Nâib ünvaniyle hâkimler var idi ise de bunlardan her biri münferiden hükme mezun idiler.

Bir şehirde ihtiyaca göre bir veya bir kaç hâkim (kadı) tâyin olunabilir. Müteaddit olarak tâyin olunan kadıların kazâları Dairesi tesbit edilir, veya edilmez. Bir hâkim tâyin edilmiş ise, bu hâkim ancak kazası Dairesinde tahaddüs eden devâlara bakar. Hattâ bazı Fukahanın içtihadına göre müdde al-leyh velev misafir olarak kendi kazası dahilinde olmak şartıyla diğer bir kaza dahilinde bulunan akara müteallik davâyâ da bakabilir. Diğer bir içtihad göre a'kar dâvasında gayrimenkulün davâyı görececek hâkimin kazâsı hudedu dahilinde olması şarttır.

Mülga Mecellede birinci içtihad tercih olunmuş ve 1807 inci maddede "Bir kaza hâkimi başka bir kazâ dahilindeki arâzi dâvasını istîma edebilir" denmiştir.

Mecellenin bu tercihi şu esasa müstenittir: Kazâ selâhiyeti şahıslar hakkındadır. Binaenaleyh, müddeabihin başka bir yerde olması bu esası değiştiremez. Bazı Fukaha bu tercihi tenkit etmişlerdir.

Müteaddit kadı tâyin olunan şehirlerde Kazâ Daireleri tesbit olunmuş ise, ancak bu hudut içindeki ahali arasında tahaddüs eden dâvalara bakılabilir. Kaza daireleri tâyin olunmamış ise dâvacı bunlardan her hangi birine müracaat edebilir.

Kazâ vilâyet tefvizi kabilinden olduğundan kaza tevcihi mutlak olabileceği gibi, zaman ve mekân ve bâzı hususların istisnasıyla takyid olunabilir. Mutlak olduğu takdirde mutlak hükmü ceryan eder. ancak teâmül ve hal delâletiyle takayyüd eder. Takyid suretinde mukayyet hükmü câri olup kayıt veçhile amel olunur.

Kazâ selâhiyeti zamanla takyid edilmiş ise, bu müddetin hitamı ile nihayet bulur. Meselâ bir sene müddetle bir Kazâda vazife ifasıyle kazâyâ mezun kimse, bir sene geçtikden sonra hiç bir davâyâ bakamaz. Hattâ bakmakta olduğu dâvanın muhakemesi bu müddet zarfında hitam bulmamış ise ikmal edemez.

5 Mısırdaki tab olunan "Tarihi kazâfilislâm" adlı eserin Bağdat tarihinden naklen yazdığına göre Abbâsîlerden Mehdi zamanında iki zât müçtemian hükmetmek üzere Basraya kadı tâyin olunmuşlardı. Mezûr eser, sa: 94. Bu eser Ankarada Millî Kütüphane de mevcuttur

Bir Kazada hüküm için tâyin olunan hâkim, o mahal ahalisinden olan kimseler arasında tahaddüs eden davâlara bakabilir. Başka şehir ve Kasaba halkı arasında tahaddüs eden dâvalara bakamaz. Bunun gibi muayyen bir yerde hükmetmek üzere tâyin olunan hâkim ancak davâlara o yerde bakar. Başka yerde celse yaparak bakamaz.

Kazâ hasren bazı nevî dâvalarla veya bâzı dâvaların istisnasıyla takyid olunabilir. Meselâ şu veya bu nevî dâvalara bakmak üzere tâyin olunan hâkim selâhiyetinden hâriç bırakılan davâları rüiyet edemez. Müruruzamana uğrayan davâları dinlemekten men bu kabildendir⁶. Şu hususu ilâve edelim ki, yalnız bir hususu hal ve fasletmek için hâkim tâyini câizdir. Meselâ iki köy arasında tahaddüs eden bir ihtilâfı hal ve fasletmek üzere hükme mezun hâkim tâyini câizdir. Buna Müvellâ denir ve kendisine tevdi olunan hâdiseyi hal ve fasletmekle vazifesi nihayet bulur.

Hâkimde bulunması lâzımgelen vasıflar.

Hâkimlik çok vebal taşıyan bir vazifedir. Milyonlarca insanın hayat, şeref ve hakları ve cemiyetin emniyet ve selâmeti ona mevdû olduğundan hâkimin gâyeyi temin edecek vasıfları hâiz olması lâzımdır. Şöyle ki:

1) Hâkimde ehliyet bulunmalıdır: Hâkim mesâili hukukiyeye ve usulî muhakemeye vâkıf olup kendisine arz olunan dâvaları onlara tatbikan hal ve fasla muktedir olmalıdır. Müçtehit olması, yani içtihad kudretinde bulunması şart değildir. Bu kemalinin şartıdır. Diğer şartlarla birlikde bu kudreti hâiz olan varsa o tercih olunur. İctihad kudretini hâiz kimse yoksa, cemiyet ve insan münasebetleridevam ettiği müddetce Kazâ mevkii boş kalamayacağından mevcutdan intihab olunur. Nitekim hâkimin halkın muaşeret usullerini örf ve âdetlerini bilmesi ve her türlü töhmetden âri bulunması kemal ve evleviyetin şartıdır. Gerçi örf ve âdet muteber ve örfe ma'ruf olan şart kılınmış gibi olduğundan iddia halinde bunun Bilirkişilerden tahkiki icab eder. Şunu ilâve edelim ki, hâkim çok karışık ve halli müşkil hâdiselerde hukuk ilminde yüksek bilgi sahibi zevatla istişare ve onlardan istifta edebilir. Bunların re'yi kendisinin anlayışına muvafık ise onunla amel eder; kendisi bir fikir sahibi değilse istişare ettiği zevatdan en mütedeyyin ve âlim olanın re'yi ve fetvası ile amel eder.

⁶ Zamanımızda hâkimlerin selâhiyetleri zamanla takyid edilmeyip, mekânla ve bazı hususların istisnası ile takyid edilmektedir.

2) Hâkimin tam temyize muktedir olması şarttır. Binaenaleyh, küçüklere matuh ve âmâ ve ahreslere ve tarafların yüksek seslerini işitemeyecek derecede sağır olan kimselere kazâ tevcih edilemez. Edilirse kazâ ve hükümleri bâtil olur. Bunlar izaha muhtaç değildir.

3) Hâkim, âdil, müstakim ve metîn olmak lâzımdır.

Adâlet, beşer hayatının emniyetle seyrinde en başda gelen bir esastır. Selâmet ve huzur ancak adâletle mümkündür. Şu halde hâkimlerin (kadıların) elbetde âdil olması lâzımdır. Cenabı Hak kitabı keriminde müteaddit yerlerde adâletle emir buyurmuşlardır⁷.

Adâlet, hak ile hükmetmektir. Hak ile hüküm, bütün niyet ve çalışmanın Allahü Taâlânın rızası istikametine müteveccih olmasıyla mümkündür. Binaenaleyh, adâletinde şüphe olan kimselere kazâ tevcih olunmamalı ve bu istikametde hareket etmeyenler hemen kazâ mevkiinden uzaklaştırılmalıdır.

Hâkimin müstakim olması lazımdır. Yani dâima doğru yolda yürümek, doğru yoldan sapmamak lâzımdır. Çünkü doğru yol aynı zamanda adâlete götüren yoldur. Cenabı Hak kitabı celilinde müteaddit yerlerde kullarına adâleti emretmiştir.

Hâkim, metîn olacaktır. Metânet sahibi olmayan, vereceği hükümden dolayı melhuz tehlike ve zararlardan korkan hâkimden doğru dürüst bir vazife beklenemez. Hâkim, kimsenin ta'n ve teşniinden korkmayacak, hakkaniyet ve adil dâiresinde hükmünü verecektir. Allah böyle hâkimleri melhuz her türlü tehlike ve zarardan korur. Kazı Şüreyh kısmen fitne ile geçen zamanlara tesadüf ettiği 60 seneyi mütecâviz bir zaman kazâ vazifesinde nasıl muvaffak oldun diye soranlara Ben çok kimselerin taan ve teşnii karşısında kaldım, fakat hak ve adâletten ayrılmadım, bu sayede Allah beni her türlü tehlike ve belâdan korudu diye cevap vermiştir.

Hakimlikde vekar ve âdâp.

Bazı hareketler vardır ki bunlar mubah olduğu halde mahzurlarından dolayı hâkimlerin çekinmeleri lâzımdır. Gerçi bunlar hâkimlik tevcihine ve tevcih edilmiş olan hâkimliğin devamına mâni değilse de, hâkimlik âdâb ve şiarına aykırıdır. İhtar olunduğu halde bu hallerde ısrarı takdirinde vazi-

⁷ Allah adâleti emreder. Nahil Süresi, Âyet: 90. "Nâs arasında hükmettiğiniz zaman adâletle hükmediniz." Nisâ Süresi, Âyet: 57.

fesine nihayet verilebilir. Bu hareketleri Mecelle 1790, 1796, 1798 nci maddelerinde hülâsa olarak beyan eylemiştir:

Md. 1795 "Hâkim Meclisi Muhakemede alış veriş ve mülatafa gibi mehabeti Meclisi izale edecek ef'âl ve harekâtdan iktinab etmelidir.

Md. 1796 "Hâkim iki hasımdan hiç birisinin hediyesini kabul etmez.

Md. 1797-Hâkim hiç birisinin ziyafetine gitmez.

Md. 1798-Esnâyı muhâkemede hâkim tarafından yalnız birisini hânesine kabul etmek ve Meclisi Muhâkemede biriyle halvet etmek (birisi ile yalnız kalmak) veya ikisinden birine el veya göz veya baş ile işaret eylemek veya anlardan birine gizli lâkırdı yahut diğerinin bilmediği lisan ile söz söylemek gibi töhmet ve sui zanna sebeb olacak hal ve hareketde bulunmamalıdır."

Bu hallerden her biri diğer taraf için şüpheyi mûcip olabileceğinden hâkimin bunlardan çekinmesi lazımdır. Ancak hâkim, davâları olmayan kimseleri ziyaret ve bunların ziyaretlerini kabul edebilir. Ve bu gibilerle görüşebilir.

İslâmda kazâ tarihi bir makale çerçevesine sığmayacak kadar teferruatı muhtevî olduğundan bu kadarla iktifa ederek, fevkal'âde ehemmiyetine mehnî Halifei muhterem Hz. Ömerin Basra kadısı Ebu Musel eş'arî ye usulü muhâkemeye dâir yazdığı mektubu terceme ve izah ederek makaleye nihayet vereceğiz. Bu mektup, "Mepsutu Serahsî, Bedâ'yi'üssenayî ve İlâ mülmüvekkîn ve "İbnî Haldun mukaddimesi" gibi meşhur eserlerde münderiçtir.

MEKTUP

Birinci Fıkra:

"Allaha hamd ve senâ ve Nebii kerîme salât selâmdan sonra bilki kazâ muhkem bir farıza ve uyulması lâzım bir sünneti celîledir. Ey kadı sana bir dâva arz edিলence çok dikkat et hasımlardan birinden diğerinin hakkını ik-rara delâlet edecek bir söz sâdır olursa, ikrarı ile ilzâm et, ikrar sayılmayacak söz ve beyanlara kıymet verme."

Hız. Ömerül Fâruk bu ilk fıkrada kazânın ehemmiyetine işaret ettikten sonra, kadıya, tarafların sözlerine dikkat etmesini tavsiye ediyor. Filhakika muhâkemede iki tarafın iddia ve müdafalarına dikkat lâzımdır. Anlatılmak istenilen hukukî vâkıaların mahiyetleri anlaşılmadıkça muhâkemeye doğru istikamet vermeye ve binnetice, doğru bir neticeye varmaya imkân olamaz.

Bu cihetle söylenen söz çok mühimdir. İfadeler vâzih değilse, noksan cihetler istîzah olunur. Vâkıalar tam bir suretde anlaşıldıktan sonra mürafaa sâkim bir istikamet alır. Meselâ müddei müddei aleyhe... lira verdim, bunun hüküm altına alınmasını isterim dese, bu dâvâ bu şekli ile dinlenmez. Çünkü bir para hibe suretiyle, ödünç olarak verebilir, bir borcu eda için verilebilir, emanet olarak verilebilir. Bunlar ayrı ayrı hükümlere tâbidir. Binaenaleyh, parayı ne sebeble verdiği sorulur. Bunun gibi, bir mebî semeninden alacak dâvasında satılan şey'in ne olduğu, teslim edilip edilmediği araştırılır. Ödenmesi gerekli bir para olduğu anlaşılırsa diğer taraftan ne diyeceği sorulur. İkrar ederse ikrarı ile ilzam olunur, yani müddea bihi vermesine hükmedilir. İnkâr ederse müddeiden ve müddei aleyh istimaa şâyan defide bulunursa bu def'i müddei kabul etmediği takdirde müddeialehyden delil istenir.

Bu fıkranın mazmumundan da anlaşılacağı üzere, dikkate ve sıhhati tefekküre mâni bir hal vukuunda hâkimin mürafaa ve hükme tasaddî etmemesi muvâfık olur⁸.

İkinci Fıkra:

Meclisi kazâda karşında ve hükmünde bulunan nâsı müsâvi tut, tâki şerefli olanlar zulmünden ümitvâr ve zaif olanlar adlinden ümitsiz olmasınlar.

Bu fıkrada Halifei mükerrerem hasımlar arasında adâlete ve müsâvata riayet lüzumuna işaret ediyor. Nâs tâbirinden de anlaşılacağı üzere, taraflar kim olursa olsun, biri bir millete ve diğeri başka bir millete mensup olsun veya biri eşrafdan diğeri ahadî nâsdan bulunsun mutlaka muhâkeme esnâsında tarafları oturtmak, kendilerine tevcihi hitap etmek gibi muhâkemeye taalluk eden hususlarda hâkim müsâvata riayetle mükelleftir⁹. Ancak bu suretledir ki, taraflar ve hususiyle zaif olan bir gûna şüpheye düşmez. İslâmiyetin başlangıcından itibaren islâm hâkimleri bu hususa son derece itinâ etmişlerdir. Halifeler dahi lehlerinde olan hareketlerden dolayı hâkimlere karşı ihtarda bulunmuşlardır. Bunun sayısız misalleri vardır. Bir vâkıayı kayıtla ıktifa edeceğiz:

8 Mecellede mesele şu suretle ifade olunmuştur:

Madde. 1812:-Hâkim gam ve gussa ve açlık ve galebe-i nevm gibi sıhâti tefekküre mâni olabilecek bir ârıza ile zihni müşevveş olduğu halde hükme tasaddî etmemelidir."

9 Hâkim, taraflardan birini sağ ve diğerini sol tarafa oturtmaz; belki kolayca kendisinin ve onların sözleri işidilebilecek bir mahalde ve karşısında oturtur. Müddei, hâkimin sağ hizasında ve müddei aleyh sol hizasında bulunur. Hâkim ile taraflar arasında iki metrelik bir mesafe bulunur.

Hazreti Ömer ile Übey ibni Kâab arasında bir ihtilâf ve dâva tahaddüs etmişti. Muhâkeme için zamanın Medîne kadısı olan Zeyid bin Sâbitin huzuruna gittiler. Zeyid Size bir kavmin 'kerîmi gelirse ikram ediniz" mealinde olan Hadisi şerife imtisâlen Hz. Ömeri mevkîi ikramda bulundurmak istedi; Halife Ömer "tarafgirliğin ilk alâmetidir" diye kabul etmedi. Hasım Übey ibni Kâabın yanına oturdu.

Kazâya ne büyük itimad ve hürmettir ki, zammîler dahi Halife aleyhinde davâ açabiliyordu. Bahsi uzatmamak için misaller vermeye devama lüzum görmüyoruz.

Üçüncü Fıkra: Beyyine müddeiye ve yemin münkire düşer.

Bu terceme ettiğimiz fıkra isbat hakkına taallûk eden çok mühim bir meseleyi beyan ediyor. Bu kaide mütevâtir bir Hadisi Şerifin tekrarıdır. Bu esas her milletin muasır hukukunda yer almıştır. Ancak müddei ve münkir kimdir, bunu ayırmak kolay değildir. Nitekim bu Hadisi şerifi izah için müteaddit eserler yazılmıştır. "Hukuk Mantığı" adlı eserimizde mesele izah olunmuştur. Arzu eden müracaat edebilir.

Dördüncü Fıkra: Helâl olan bir şey'i haram ve haram olan bir şey'i helâl kılmamak şartıyla sulh câizdir.

Bu fıkroda Hz. Halife taraflara sulh teklif edilmesini tavsiye ediyor. ve Şâm Vâlisi Hz. Muaviyeye yazdığı mektubun bir fıkrasında da bu tavsiyeyi tekrarlar beraber şüpheli hususlarda bilhassa sulh teklifi hakkında nazarı dikkati celb etmiştir.

Sulhun delili "Vessulhü hayr" nazmı celili ile İcmaı ümmettir. Filhakika, bir işin hükmen halli bilhassa adâlete muvafık olmayan hükümler, hasımlar arasında adâvet ve kin doğurabilir. Bu cihetle sulh olmaları elbetde hayırlıdır. Ancak yapılacak olan sulh, Şâr'i tarafından men olunan mahiyette, yani helâli haram ve haramı helâl kılacak mahiyette olmayacaktır. Böyle olursa sulh ya fâsid veya bâtil olur. Tafsilât için "Adâlet Dergisi"nin 1969 senesi 12. nci sayısında münderic "Sulh ve ibra" başlıklı makalemize bakınız.

Mektubun beşinci fıkrası:

Müddei dâvasını, müddeialeyh def'ini isbat için mühlet isterse beyyine ikame edecek kadar müsaade et bu müddet zarfında beyyine ikame ederse hakkını ver, aksi, halde aleyhine hükmet. Bu tarzı hareket kadı için bir özürdür, şüpheyi bertaraf eder.

Bu fıkra izaha muhtaç değildir.

Altıncı Fıkra:

Bir mesele hakkında hükmettikden sonra hükmünün yanlış olduğu anlaşırsa hakka rücû et; hakka rücû bâtılâ ısrardan hayırlıdır.

Bu fıkra içtihad mevzuunda mühim bir meseleye temas etmektedir: Müçtehid içtihadında bazen isabet ve bazen de hatâ edebilir. Hatâsından dolayı mes'ul olmaz. Ancak meselenin içtihadî bir mesele olması lâzımdır. Hükmü mansus olan bir meselede içtihad bahis mevzuu olmaz. Çünkü, Mevr-ridi nasda içtihada mesâ yoktur. Yani Kur'an ve sünnetde hükmü mansus veya hakkında icma vârid olan meseleler içtihada mevzû olamaz.

İçtihad kudret ve şartlarını hâiz olan hâkim bir hâdisede bir türlü hükmettikden sonra sonradan içtihadı değişir, evvelki içtihadının hatâlı olduğu neticesine yarırsa benzeri hâdiselerde son içtihadı ile amel ve hükmeder. Birinci içtihadı ile verdiği hüküm bozulmaz. Çünkü içtihadla içtihad nakzedilmez. Çünkü her iki içtihad da zannîdir. Hususiyle birinci içtihad hüküm ile teeyyüd etmiştir. Benzeri hâdiselerde ikinci içtihadla hükmün lüzumu, son kanaati ilmiyesine göre ikinci içtihadın hak ve birincinin bâtıl olmasındandır. Bir defa Hz. Ömer bir hâdisede bir türlü hüküm ettiği halde sonra diğer benzer bir hâdisede hilâfiyle hükmetmişti. Bir zât "Ya Emirel mü'minin siz evvelce bunun hilâfına hükmetmişsiniz" deyince Hz. Ömer, "evet biliyorum, fakat evvelki hükmüm o zamanki içtihadımın, bu hüküm bu günkü içtihadımın neticesidir. buyurmuşlardır. Bunun gibi, bir çok müçtehidler hâkimler muhtelif içtihadlarda bulunmuş ve son içtihadları ile amel ve hükmetmişlerdir. Şunu tekrar edelim ki, bu hükümler içtihad selâhiyet ve kudretinde olan hâkimler ve âlimler hakkındadır.

Mektubun yedinci fıkrası: Müslümanlar âdildirler. Onların yekdiğeri aleyhine şahâdetleri makbuldür; meğer ki yalan şahâdetle mâruf olmak veya hakkında haddi kazf icra edilmiş bulunmak veya velâ, karabet sebebiyle def'i mazarrat ve celbi menfaat dâiyesi (şüphesi) bulunmak gibi şahâdete mâni halleri ola. Bu gibilerin şahâdetleri kabul olunmaz.

Bu fıkra kimlerin şahâdetleri kabul edilip kimlerin şahâdetlerinin kabul edilmeyeceğine ve isbat hukukuna aittir.

Fıkradaki "Müslümanlar âdildirler, yekdiğeri aleyhine şahâdetleri kabul olunur" cümleleri, Hz. Resulü Ekremden menkul Hadisi şeriftir. Â'dil, ha senâtı, yani eyi amelleri seyyiatına, yani kötü amellerine gâlip olan kimse demektir. Müslümanları adâletle tavsif şunun içindir ki, İslâm dininde yalan şahâdet kat'îyen memnûdur. Bir müslüman, müslüman olarak itikad

ve imanı icabı memnû olan şeylerden kaçınır, meğer ki, dininde mubalâtsizliği ve islâmî hükümlere muhalif hareketleri görülsün. Binaenaleyh, yalan şahitlikle ma'ruf ve meşhur olan kimselerle nâmuslu bir kadına zina isnadı sebebiyle üzerine haddi şer'î icra edilen kimselerin şahâdetleri kabul olunmayacağı gibi, karabet gibi bir sebeble def'i mazarrât, celbi menfaat dâiyesi (şüphesi) olanların şahâdetleri kabul olunmaz. Bu bahsin tafsîlâtı için Mecelenin 1700, 1701 ve 1702 inci maddelerine bakınız.

Sekizinci Fıkra:

Ey Kadı sana kitap ve sünnetde bulunmayan bir mesele getirilirse son derece basiret üzere ol. Bir birinin benzeri olan şeylere dikkat et. Emsali emsale kıyas eyle, Allahın rızasına ve şâriin maksadına uygun olan re'yi ihtiyar et.

Bu fıkra, hukuk ilminde pek mühim ve içtihad mevzuunda bahis ve münakaşayı mûcip olan bir esasa aittir. Ehemmiyetine binaendir ki, fıkra dikkat tavsiyesi ile başlamaktadır. "Hukuk Mantığı ve Tefsir" adlı eserimizde izah ettiğimiz veçhile şeriatı islâmiyede hukukî teşrî yalnız esasların ve ana meselelerin beyanı suretiyle vâki olmuş ve değişebilecek hâdiselerle teferruat ümmetin içtihadına bırakılmıştır. Beşerî teşrîlerde de hal böyledir. Kanunlar bu tarzda tanzim, muhtemel hâdiseler ve teferruatla iştigâl olunmayıp umumî kaide ve küllî meselelerin tesbiti ile iktifa olunur. Kanunların sarahat ve delaletiyle hal edilemeyen hâdiseler ve teferruat hukuk âlimleri ve hâhâkimlerin anlayışıyla hallolunur. Zâten insan münasebetlerini başka türlü tatmine imkân da yoktur. Hiç bir hâdiseler Kur'an ve Hadisde beyan olunmamıştır diye ihmâl edilemez. Mutlaka hal ve fasletmek icab eder.

Fıkranın sarahatine göre hâkim Kur'an ve Sünnetde mansus olmayan hâdiselerde kıyas yoluna müracaat edecektir. İşte Hz. Halife bu müşkil husus hakkında dikkat nazarları celb ediyor. Filhakika, hukukun gelişmesinde Kıyas mühim bir vâsıta'dır. Boşlukların doldurulmasına ve hukuk ilminin inkişafına medar olan kıyasdır. Kıyasın cevazına kail olan müctehidlerin delillerinden biri de bu mektuptur. Hanefî, Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelîlerle Cumhuru fukaha kıyasın lüzumuna kail olmuşlardır. Ehli-Sünnetden zâhiriye mezhebi fukahasıyla Mûtezileden Nezzam ve ona tâbî olanlar ve Şiilerden İmamiye üleması kıyası ahkâm istinbatında ihticaca sâlih görmezler.

Dokuzuncu Fıkra:

Esnâyı muhakemede gazab ve hiddetden, bağırıp çağırmaktan ve işlerin çokluğundan sıkıntı getirmekten ve ekşi yüzlü olmak

tan sakın; çünkü kazâ fazileti ahlakiyedir. Allah yanında sevabı, halk yanında eyilikle yâd olunmayı icâb ettirir. O kadı ki hükmü hüsnüniyete makrun ola Allah halk ile kendi arasında vukuu melhuz tehlikelerden korur; nefsinde olmayan şey'i sureti hakdan görünerek hüsnüniyeti ihlâl edenleri Allah halk yanında rezil ve rusvâ eder, çünkü Allah ancak hüsnüniyetle olan amelleri kabul eyler.

Bu Fıkırada, Hz. Fâruk-u âzam, kazâ âdâb ve faziletlerinden, tahammül, metânet ve hulûsü niyet gibi yüksek vasıflar üzerinde duruyor. Filhakika, kazâ hizmetinin ecir ve sevabına nâil olabilmek için mutlaka tahammül şarttır. Bağırıp çağırarak, işlerin çokluğundan sıkıntı duyarak ekşi, asık yüz gösterecek derecelerde tahammülsüzlük Meclisde bulunanlara ezâ vermekle beraber selâmeti fikir ve cem'iyet-i hâtırı ihlâl eder.

Mektubda metânet ve hüsnü niyetin dünya ve ahiretde mûcib olacağı mükâfat ve riyânın fenalığı izah olunuyor. Metin olmayan, vereceği hükümden dolayı melhuz tehlike ve zararlardan korkan hâkimlerden doğru dürüst vazife beklenemez.

Burada yazımıza son veriyoruz. Eğer ilim ve tarih sevenler için fâideli olursa, bundan sonraki Dergide Kazâ tarihi ile alâkalı İctihad, Kıyas, tâlî delil ve müesseselere dâir izahat vermeye çalışacağız. Muvaffakiyet Cenabı Haktandır.