

T.C
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

İSLAM VE OSMANLI HUKUKUNDA HÂKİMLİK
VE HÂKİMLERİN NİTELİKLERİ

MELİKŞAH AYDIN
YÜKSEK LİSANS TEZİ

Danışman
Prof. Dr. Mustafa AVCI

Konya 2015



T. C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Bilimsel Etik Sayfası

Öğrencinin

Adı Soyadı	Melikşah AYDIN
Numarası	134234001036
Ana Bilim / Bilim Dalı	KAMU HUKUKU
Programı	Tezli Yüksek Lisans <input checked="" type="checkbox"/> Doktora <input type="checkbox"/>
Tezin Adı	İslam ve Osmanlı Hukukunda Hâkimlik ve Hâkimlerin Nitelikleri

Bu tezin proje safhasından sonuçlanmasına kadarki bütün süreçlerde bilimsel etiğe ve akademik kurallara özenle riayet edildiğini, tez içindeki bütün bilgilerin etik davranış ve akademik kurallar çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu, ayrıca tez yazım kurallarına uygun olarak hazırlanan bu çalışmada başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda bilimsel kurallara uygun olarak atıf yapıldığını bildiririm.

Öğrencinin imzası
(İmza)

Melikşah Aydın



T. C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Yüksek Lisans Tezi Kabul Formu

Öğrencinin	Adı Soyadı	Melikşah AYDIN
	Numarası	134234001036
	Ana Bilim / Bilim Dalı	KAMU HUKUKU
	Programı	Tezli Yüksek Lisans <input checked="" type="checkbox"/> Doktora <input type="checkbox"/>
	Tez Danışmanı	Prof. Dr. Mustafa AVCI
Tezin Adı	İslam ve Osmanlı Hukukunda Hâkimlik ve Hâkimlerin Nitelikleri	

Yukarıda adı geçen öğrenci tarafından hazırlanan **İslam ve Osmanlı Hukukunda Hâkimlik ve Hâkimlerin Nitelikleri** başlıklı bu çalışma 19/08/2015 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği ile başarılı bulunarak, jürimiz tarafından yüksek lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

Ünvanı, Adı Soyadı

Danışman ve Üyeler

İmza

Prof. Dr. Mustafa AVCI

Danışman

Yrd. Doç. Dr. Nurşen AYAN

Üye

Yrd. Doç. Dr. Mehmet AYKANAT

Üye



T. C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Öğrencinin

Adı Soyadı	Melikşah AYDIN
Numarası	134234001036
Ana Bilim / Bilim Dalı	KAMU HUKUKU
Programı	Tezli Yüksek Lisans <input checked="" type="checkbox"/> Doktora <input type="checkbox"/>
Tez Danışmanı	Prof. Dr. Mustafa AVCI

Tezin Adı İslam ve Osmanlı Hukukunda Hâkimlik ve Hâkimlerin Nitelikleri

ÖZET

Hâkimlik bütün hukuk sistemlerinde önemli ve dikkate değer bir yere sahiptir. İnsanların tarihin başlangıcından beri yaşadıkları ortak kültürün bir parçası da uyuşmazlıklardır. Dolayısıyla insanlık bu uyuşmazlıkları çözecek hâkimlere ihtiyaç duymuştur. Bizim tezimizde ise tarihin akışı içinde ve özellikle de İslam ve Osmanlı Hukuku çerçevesinde hâkimlerin gelişimleri ve bu gelişim içinde hâkim olmak için aranan niteliklerin değişimi izlenecektir.

İslam hukukunda ilk hâkim Hz. Muhammed'dir. İslam ve Osmanlı hukukunda hâkimlerde olması istenen niteliklere bakıldığında ise Hz. Peygamber bu konuda müelliflere örnek olmuştur. İslam hukukuna göre iyi bir hâkimde bulunması gereken nitelikler, Hz. Peygamber'de bulunan niteliklerdir. Kuşkusuz hiçbir kimsenin Hz. Peygamber'in bütün niteliklerine sahip olması düşünülemez. Fakat hâkimler veya hâkim olmayı düşünenler Hz. Peygamber'in bu niteliklerini öğrenmeli ve hâkimlik yaparken de bu davranışları örnek almalıdırlar.

Hâkimlerde bulunması gereken nitelikler bakımından İslam hukukunda müellifler arasında bazı farklılıklara rastlanmaktadır. Bu durum oldukça normaldir. İslam hukukundaki dört temel mezhep hâkimlerde bulunması gereken nitelikler açısından birbirinden farklı içtihatlarla sahiptirler. Osmanlı hukukundaki uygulamaya bakarsak, bahsedilen dört mezhepten Hanefî okulunun görüşlerini benimseyen Osmanlı devleti de bu okulun görüşlerine bağlı kalmış ve Hanefî mezhebi bakımından hâkimlerde aranan nitelikleri benimsemiş ve hâkimlerin atanmasında da bu görüşlere uymuştur.



T. C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Öğrencinin

Adı Soyadı	Melikşah AYDIN
Numarası	134234001036
Ana Bilim / Bilim Dalı	KAMU HUKUKU
Programı	Tezli Yüksek Lisans <input checked="" type="checkbox"/> Doktora <input type="checkbox"/>
Tez Danışmanı	Prof. Dr. Mustafa AVCI
Tezin İngilizce Adı	Judgeship And Qualities of Judges in İslamic and Ottoman Law

SUMMARY

Judgeship have a significant and important place in all the legal systems. Conflicts are the part of the common culture which people has been lived since the beginning of History. Thus, humanity needed judges who could solve that conflicts. In our thesis, it will be watched that development of judges and change of the qualities wanted for becoming a judge within the framework of especially İslamic and Ottoman law.

First judge in İslamic law is Prophet Mohammed. When we look at the Qualities wanted in judges in İslamic and ottoman law, prophet Mohammed is an example for the authors. For İslamic law, the Qualities needed in a good judge, is the same Qualities which Prophet Mohammed already had. Certainly, it is unthinkable no one could have all the Qualities Prophet Mohammed had. But, judges and people that want to be a judge should learn the Qualities of Prophet Mohammed and should take example behaviors of Prophet Mohammed.

There is some differences between thinkers about the Qualities that judges have to have in İslamic law. This situation is quite normal. There is different thoughts about Qualities to be found in judges in four main sects in İslamic law. If we look at practice in Ottoman law, Ottomans adopts the opinios of Hanafi school about qualities to be found in judges. And they abide by these thoughts in appointment of judges.

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR CETVELİ	vi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ESKİ DEVİRLERDE HÂKİMLİK VE NİTELİKLERİ

I. TARİH ÖNCESİ TOPLUMLARDA HÂKİMLİK VE NİTELİKLERİ	4
A. ESKİ HİNT HUKUKUNDA HÂKİMLİK VE NİTELİKLERİ	4
B. ESKİ MISIR HUKUKUNDA HÂKİMLİK VE NİTELİKLERİ	5
C. SÜMER HUKUKUNDA HÂKİMLİK VE NİTELİKLERİ	7
D. BABİL HUKUKUNDA HÂKİMLİK VE NİTELİKLERİ	7
E. ASUR HUKUKUNDA HÂKİMLİK VE NİTELİKLERİ	9
F. ESKİ İBRANİ HUKUKUNDA HÂKİMLİK VE NİTELİKLERİ	9
G. HİTİT HUKUKUNDA HÂKİMLİK VE NİTELİKLERİ	11
H. ESKİ İRAN HUKUKUNDA HÂKİMLİK VE NİTELİKLERİ	12
İ. ESKİ ÇİN HUKUKUNDA HÂKİMLİK VE NİTELİKLERİ	14
J. ESKİ YUNAN HUKUKUNDA HÂKİMLİK VE NİTELİKLERİ	14
K. ISPARTA HUKUKUNDA HÂKİMLİK VE NİTELİKLERİ	18
L. ROMA HUKUKUNDA HÂKİMLİK VE NİTELİKLERİ	18
1. Krallık Döneminde	18
2. Cumhuriyet Döneminde	19
3. İmparatorluk Döneminde	22
M. CAHİLİYE DÖNEMİNDE ARAP HUKUKUNDA HÂKİMLİK VE NİTELİKLERİ	23

N.	ESKİ TÜRKLERDE HÂKİMLİK VE NİTELİKLERİ	24
II.	İSLAM DEVRİNDE HÂKİMLİK VE NİTELİKLERİ	25
A.	HZ. PEYGAMBER DEVRİNDE HÂKİMLİK VE NİTELİKLERİ .	25
B.	DÖRT HALİFE DEVRİNDE HÂKİMLİK VE NİTELİKLERİ	28
C.	EMEVİLER DEVRİNDE HÂKİMLİK VE NİTELİKLERİ.....	30
D.	ABBASİLER DEVRİNDE HÂKİMLİK VE NİTELİKLERİ.....	32
E.	SELÇUKLULAR DEVRİNDE HÂKİMLİK VE NİTELİKLERİ	33

İKİNCİ BÖLÜM

HÂKİM KAVRAMI, HÂKİMLİK YAPMANIN DAYANAKLARI VE HÂKİMLERİN NİTELİKLERİ

I.	HÂKİM KAVRAMI VE HÂKİMLİK YAPMANIN DAYANAKLARI.....	36
A.	HÂKİM KAVRAMI	36
B.	HÂKİMLİK YAPMANIN DAYANAKLARI	39
1.	Kur'an	39
2.	Sünnet	40
3.	İcma	41
4.	Akıl	42
II.	GENEL OLARAK HÂKİMLERİN NİTELİKLERİ	42
A.	GİRİŞ.....	42
B.	BAĞIMSIZLIK.....	44
1.	Yasama Organına Karşı Bağımsızlık.....	45
2.	Yürütme Organına Karşı Bağımsızlık	45
3.	Yargı Organına Karşı Bağımsızlık	54
4.	Bağımsızlığın Sağlanabilmesi için Gerekli olan Hususlar.....	55
a)	Hâkimlerin Atanma ve Tayin İşlemleri Bakımından Bağımsızlık... 56	

	b) Hâkimlerin Görev Süresi ve Şartları Bakımından Bağımsızlık.....	57
	c) Hâkimlerin Mali Durumları Bakımından Bağımsızlık.....	60
	d) Hâkimin Dış Baskılardan Korunmasına Yönelik Bağımsızlık.....	62
	e) Hâkimlerin Vicdani Kanaatlerine Göre Hüküm Vermeleri Bakımından Bağımsızlık	65
	f) Mahkemenin Toplum Gözünde Bağımsız Olarak Görünmesi	67
	5. Bağımsızlık Niteliğinin Sağlanabilmesi Bakımından Hâkimin Sorumluluğu.....	69
C.	TARAFSIZLIK.....	73
	1. Genel Olarak	73
	2. Hâkimin Devam Eden Bir Davanın Taraflarıyla Özel İletişimi.....	78
	3. Hâkimin Devam Eden Bir Davanın Hakkında Görüş Beyanı.....	78
	4. Hâkimin Özel Hayatında, İnsanlarla Olan İlişkileri	79
	5. Hâkimin Mali Faaliyetleri.....	80
D.	DÜRÜSTLÜK	81
	1. Hâkimin Hukuk Kurallarına Bağlılığı	82
	2. Yargılama Faaliyeti Esnasında Hâkimin Davranışları	85
	3. Hâkimlerin Toplumdaki Görünümünü Olumsuz Etkileyecek Durumlar.....	87
	4. Hâkimin Özel Hayatında Dürüst Olması	90
E.	MESLEĞE UYGUNLUK – YERİNDELİK	94
	1. Genel Olarak	94
	2. Hâkimlerin Taraflara Farklı Muamele Yapması	95
	3. Hâkimlerin Sır Saklama Yükümlülüğü.....	96
	4. Hâkimlerin Yargı Makamının İtibarını Kötüye Kullanması.....	96

5.	Hâkimlerin Hediye Alması, Alış-veriş Yapması ve Davetlere Katılması.....	98
6.	Hâkimlerin Sosyal İlişkileri Bakımından Mesleğe Uygunluk	104
7.	Hâkimlerin Toplumun Eleştirileri Karşısındaki Tutumları.....	106
F.	EŞİTLİK	109
1.	Giriş	109
2.	Hâkimlerin Eşitlik Vasfını Korumaya Yönelik Negatif Yükümlülükleri	110
3.	Hâkimlerin Eşitlik Vasfını Korumaya Yönelik Pozitif Yükümlülükleri	114
G.	EHLİYET ve LİYAKAT SAHİBİ OLMAK	118
1.	Genel Olarak	118
2.	Hâkimlere Gereken Eğitim Bakımından.....	123
3.	Hâkimlerin Yargılama Ehliyetine Sahip Olması Bakımından.....	128
III.	İSLAM HUKUKUNA ÖZEL NİTELİKLER.....	129
A.	MÜSLÜMAN OLMAK	129
B.	KÖLE OLMAMAK (HÜR OLMAK)	130
C.	ERKEK OLMAK.....	131
D.	DUYU ORGANLARININ SAĞLAM VE SIHHATLİ OLMASI	133
E.	MÜÇTEHİD OLMAK	134

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HÂKİMLİK MESLEĞİNE ATANIRKEN VE MESLEĞİ SÜRDÜRÜRKEN ARANAN NİTELİKLER

I.	HÂKİM ATANMASINDA ARANAN NİTELİKLER.....	136
A.	HÂKİMLERİN ATANMASI	136
1.	GENEL OLARAK HÂKİMLERİN ATANMASI.....	137

2.	HÂKİMİN ŞARTA BAĞLI OLARAK ATANMASI	143
3.	GENEL VE ÖZEL YETKİLİ HÂKİM OLARAK ATANMA.....	145
	a) Genel Yetkili Hâkimler	145
	b) Sınırlı Yetkili Hâkimler	148
	i. Genel Olarak Sınırlı Yetkilendirme	148
	ii. Yetkinin Zaman İtibariyle Sınırlandırılması.....	149
	iii. Yetkinin Yer ve Konu İtibariyle Sınırlandırılması	149
4.	AYNI BÖLGEYE BİRDEN FAZLA HÂKİM ATANMASI.....	151
5.	HÂKİMLİĞE ATANMA İSTEĞİ	152
6.	ZALİM YÖNETİCİNİN HÂKİM ATAMASI	157
7.	YENİ ATANAN HÂKİMİN YAPACAĞI İŞLER.....	158
II.	NİTELİKLERİ KAYBETMENİN SONUÇLARI	160
A.	SORUMLULUK.....	160
	1. HUKUKİ SORUMLULUK	160
	2. CEZAİ SORUMLULUK.....	166
B.	HÂKİMİN DAVADAN YASAKLILIĞI.....	168
C.	AZİL.....	173
	SONUÇ	179
	KAYNAKLAR	190

KISALTMALAR CETVELİ

A.Ü.D.T.C.F	Ankara Üniversitesi Dil-Tarih-Coğrafya Fakültesi
A.Ü.H.F.D	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
A.Ü.İ.F.D	Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
akt.	Aktaran
Bkz.	Bakınız
BM	Birleşmiş Milletler
C.	cilt
çev.	çeviren
e.t.	Erişim tarihi
ed.	Editör
F.Ü.İ.F.D	Fırat Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
H.	Hicri
HSYK	Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu
İ.Ü.H.F.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İHAM	İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi
M.	Miladi
MAA	Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye
md.	Madde
No:	numara
s.	sayfa
S.B.E	Sosyal Bilimler Enstitüsü

Sy.	Sayı
T.T.K	Türk Tarih Kurumu
DİA	Türk Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi
terc.	Tercüme eden
TUBA	Türkiye Bilimler Akademisi
Ty.	Tarih yok
Vol.	Volume
y.y.	yüzyıl

GİRİŞ

İslam dinine göre devletin varlık sebebi adaletin ihkakı, hak sahiplerinin hakkını eksiksiz alması, aşırılıklardan uzak dengeli bir toplum oluşturulması ve bu sayede nizam-ı âlemin gerçekleştirilmesi amacıdır.¹

Tarih boyunca yaşamış ve yaşayacak olan tüm medeniyetlerde elzem olan ve düzgün çalışması medeniyetin devamına ve devletin yaşam süresine doğrudan etki eden kurumların başında adliye teşkilatı gelmektedir. İşte çalışmamıza esas teşkil eden bu kurum da adliye teşkilatının değişmez unsuru olan hâkimler yani İslam coğrafyasındaki adıyla kadıdır.

Hâkimlik kurumunun İslam toplumuyla beraber oluştuğunu ve ortaya çıktığını söylemek çok büyük bir yanıltır. Hakeza, bilhassa hâkimlik kurumu, İslam toplumunda yakın çevresindeki Bizans, Sasani ve Pers medeniyetlerinden etkilenmiş, dolayısıyla kadılık ve mahkeme ile ilgili kuramların çoğu bu kültürlerdeki karşılıklarına benzer şekilde adlandırılmışlardır. Bunun haricinde diğer eski medeniyetlerde de hâkimlik teşkilatı bulunmaktadır ve günümüzdeki hâkimlik mesleğiyle benzerlikler göstermektedir.

İslam ve Osmanlıda hâkim, sadece adli olarak uyuşmazlıkları çözmekle görevlendirilmemiş, İslam devletinin sınırlarının büyümesiyle bu görevlerine idari görevler de eklenmiştir. Adli olarak kural ve içtihat koyan hâkim, idari olarak da bu kuralların uygulanıp uygulanmadığından ve uygulanmasındaki aksaklıklardan da sorumluydu. Hz. Peygamber devrinde, yeni yeni oluşmaya başlayan hukuk kurallarının etkisiyle bizzat kendisi, sonraları ise kendi görevlendirdiği kimseler, hem hâkimlik hem de valilik yapmaktaydılar. Osmanlılar devrinde de hâkimin adli ve idari fonksiyonları sürekli iç içe olmuştur.

Çalışmamızın birinci bölümünde eski devirlerde hâkimlik konusuna bir başlangıç yapıyoruz. Bu bölümde eski Hint, Mısır, Sümer, Babil, Asur, İbrani, Hitit, İran, Çin, Yunan, Isparta, Roma, Türk, cahiliye devri Arap dönemlerinde hâkimlik nasıldı, yargılama fonksiyonu nasıl işlemekteydi, bu konu üzerine duracağız. Daha

¹ YAZIR, Elmalılı M. Hamdi, Hak Dini Kur'an Dili, İstanbul, Ty, C. III, 3117.

sonra ise, İslam devri ile nasıl bir değişiklik yaşandı. Hz. Peygamber'in İslam devletini kurması ile yargılama teşkilatı içerisinde hâkimler nasıl rol aldı. Kimler hâkim olarak atandı, hâkim olarak atanan bu kişilerde ne gibi nitelikler arandığı konusu üzerine duracağız. Daha sonra ise dört halife, Emeviler ve Abbasiler devrindeki değişimler ve gelişimleri inceleyeceğiz. Türk uygarlıklarından Büyük Selçuklu ve Anadolu Selçuklu devletlerindeki hâkimlik teşkilatını inceleyerek birinci bölümü sonlandıracağız.

İkinci bölüm ise çalışmamızın en önemli bölümüdür diyebiliriz. Bu bölümde hâkim kavramına bir giriş yaptıktan sonra, tezimizin esas konusu olan İslam ve Osmanlı hukukunda hâkimlerin nitelikleri mevzusuna değineceğiz. Bu anlamda modern hukuktaki hâkimlerde bulunması gereken nitelikler bakımından başvuru en önemli kaynaklardan BM Bangalor Yargı Etiği İlkeleri'nde benimsenmiş olan altı temel değer bağlamında İslam ve Osmanlı hukukunda hâkimlerin sahip oldukları nitelikleri bağımsızlık, tarafsızlık, dürüstlük, mesleğe uygunluk, eşitlik ve ehliyet başlıkları altında inceleyeceğiz. Bu başlıklar dışında hâkimlerde bulunması gereken nitelikler bakımından İslam hukukunda benimsenmiş olup, modern hukukta karşılığı bulunmayan Müslüman olmak, erkek olmak, köle olmamak, duyu organlarının sağlıklı olması ve müçtehid olmak gibi nitelikleri de inceleyeceğiz. Bu nitelikler bakımından mezhepler arasındaki görüş farklılıklarına da değinilecektir.

Üçüncü bölümde ise bu niteliklere sahip olan kişilerin bir sonuç olarak hâkimliğe atanabilmesi ve bu nitelikleri kaybeden hâkimlerin ise geçici olarak davadan yasaklı olması ve tamamen hâkimlikten azledilmesi başlıkları üzerinde durulacaktır. Bu bölümde ayrıca fıkıh kitaplarında yer alan hâkimlerin atanması bakımından önemli olan, hâkimlik görevini isteme, zalim devlet başkanı tarafından tayin edilme, şarta bağlı hâkim tayini, aynı bölgeye birden fazla hâkim tayini, genel ve özel yetkili hâkim tayini ve yeni atanan hâkimin yapması gereken işler gibi başlıklardan da bahsederek ile çalışmamızı sonlandıracağız.

Çalışmamızda İslam ve Osmanlı hukuku ile günümüzdeki modern hukuk kavramları ilişkilendirilmeye çalışılmıştır. Bazı bölümlerde konunun modern hukuktaki karşılıkları sadece dipnotlarda belirtilmiş, bazı bölümlerde ise metin kısmında da modern hukuktaki karşılıklar verilmiştir. Şu hususu da belirtelim ki,

çalışmamız hâkimlik ve hâkimlerin nitelikleri kavramlarını İslam hukuku ve Osmanlı Klasik devir hukukunu kapsamaktadır. Osmanlı devletinin klasik devirden sonraki gelişmeler ele alınmamıştır. Çalışmamızın yürütülmesinde temel aldığımız kaynaklar ise İslam ve Osmanlı hukukundaki kaynaklardan, Maverdi'nin Ahkamu's-Sultaniyye, Ömer Nasuhi Bilmen'in Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye, İbn Abidin'in Reddü'l Muhtar, Serahsi'nin Mebsud, Halebi'nin Mülteka'sı ve şerhi, fetva kitaplarından ise Fetâvâyi Hindiyye, Fetâvâyi Ali Efendi ve Ebussuud Efendi'nin çeşitli fetvalarıdır. Bu temel kaynaklar dışında Fahrettin Atar, İlber Ortaylı, Hasan Tahsin Fendoğlu, Nasi Aslan, Abdullah Demir'in konu ile alakalı kitap ve makaleleri de çalışmamızda bize yön vermiştir. Modern hukuk kısmında ise BM Bangalor Yargı Etiği İlkeleri başta olmak üzere diğer uluslararası metinler ve Recep Akcan ve Sibel İnceoğlu'nun kitaplarından çokça faydalanılmıştır.

Bu çalışmayı yapmamda emeği geçen başta ailem olmak üzere paha biçilmez tecrübelerini bizden esirgemeyen değerli hocam Prof. Dr. Mustafa Avcı'ya, bana yol gösteren yine değerli hocam Yrd. Doç. Dr. Mehmet Aykanat'a ve Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi araştırma görevlileri İbrahim Ülker ve Süleyman Emre Zorlu'ya teşekkürü bir borç bilirim.

BİRİNCİ BÖLÜM

ESKİ DEVİRLERDE HÂKİMLİK VE NİTELİKLERİ

I. TARİH ÖNCESİ TOPLUMLARDA HÂKİMLİK VE NİTELİKLERİ

A. ESKİ HİNT HUKUKUNDA HÂKİMLİK VE NİTELİKLERİ

Eski Hindistan'da tek başlı ve üniter bir devlet bulunmamaktaydı. Ülke küçük küçük krallıklara bölünmüştü. Bu küçük ülkelerin kralları ise ülke genelinde yüksek mevkiye sahip olan Brahman (ruhban) sınıfı tarafından seçilmekteydi. Yargılama yetkisi asıl olarak Kral'ındı.² Kral isterse bu yetkilerini kendi atadığı hâkimlere devredebilirdi.³ Yargılama yetkisine sahip olan makamlar aile içindeki uyuşmazlıklarda aile reisi, köy içindeki uyuşmazlıklarda köy reisi, kast içindeki uyuşmazlıklarda kast başkanı, lonca düzeyinde lonca kurulu, eyalet içindeki uyuşmazlıklarda vali ve önemli davalarda kralın bakanları ve bazen de bizzat kralın kendisi idi.⁴ Yargılama işini yaparken krala üç veya dört hâkim yardımcı olurdu. Bu hâkimler ise genel olarak ruhani sınıfındandı.⁵ Kral yargılama alanında tek yetkili olduğu gibi istediği suçluyu koşulsuz affedebilirdi.⁶ Fakat bu af sonucunda işlenen suçun manevi sorumluluğunu da üzerine almış bulunuyordu.⁷

Yargılama sürecinde yaşanan bu farklılıklar cezalandırma sürecinde de kendini göstermekteydi.⁸ Brahman (rahip) sınıfına idam cezası verilmesi yasaktı. Vaysya sınıfı ise genelde idam, müsadere gibi cezalara çarptırılırlardı. Şahitlik bakımından

² OKANDAN, Recai Galip, Umumi Hukuk Tarihi Dersleri, İ.Ü.H.F. Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1952, s.70.

³ ARSAL, Sadri Maksudi, Umumi Hukuk Tarihi, T.A.O. İstanbul, 1948, s.37.

⁴ KOZAK, İbrahim Erol, Kadim Dönemler Genel Hukuk Tarihi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s.486.

⁵ OKANDAN, s.71.

⁶ ARSAL, Umumi Hukuk Tarihi, s.41.

⁷ MAHMUD ESAD, Seydişehir, Tarih-i İlm-i Hukuk, İstanbul, 1331, s.144.

⁸ ARSAL, Umumi Hukuk Tarihi, s.42.

da alt sınıflar, üst sınıfların davalarında şahitlik yapamamaktaydılar. Yargılamanın başı olan kral, verdiği kararlardan dolayı sorumsuz değildi. Verdiği kararların mesuliyeti kendisine aitti.⁹ Ancak bu mesuliyetten kurban keserek kurtulduğuna inanılırdı.¹⁰ Buradaki sorumluluk ise hukuki anlamdan çok manevi anlamda bir sorumluluktur. Hâkimin yine de hukuki olarak sorumsuz olduğunu söyleyebiliriz.

Hindistan'da hâkim olan kast sistemi yargılama konusunda da kendini göstermekteydi, sınıflar farklılaştıkça hâkimin taraflara olan tavrı da değişmekteydi. Üst sınıf olan brahman (rahip) sınıfından bir kimse hâkim önüne geldiğinde, hâkim bu kişiyi cevap vermeye zorlayamazdı. Hâkimler, Brahmanlara karşı yargılama sırasında son derece saygılı davranmak zorundaydılar.¹¹ Alt sınıflardan bir kimse mahkemeye geldiğinde ise hâkim bu kişiyi rahatça sorgulayabilirdi.¹² Yargılama hukuk veya ceza gibi sınıflara ayrılmamıştı.¹³

B. ESKİ MISIR HUKUKUNDA HÂKİMLİK VE NİTELİKLERİ

Eski hukuk sistemlerinin çoğunda olduğu gibi eski Mısır'da da yargı fonksiyonunun başında kral (firavun) bulunuyordu.¹⁴ Diğer yargı görevlileri bu görevlerini kral adına kullanıyorlar ve onun adına yargılama yapıyorlardı. Kral bazen bu yargılama yetkisini bizzat da kullanabiliyordu.¹⁵ Eski Mısır'da düzenli bir yargı teşkilatı Tinit krallığı devrinin sonlarından itibaren ortaya çıkmıştır. Bu devirde yargılama belirli esaslara bağlanmıştır.¹⁶ Hukuk ve ceza davası ayrımı yapılmaksızın faaliyet gösteren bir yüksek mahkeme bu devirde bulunmaktadır. Bu mahkemeye

⁹ OKANDAN, s.71.

¹⁰ KOZAK, s.487.

¹¹ EKİNCİ, Ekrem Buğra, Hukukun Serüveni, İstanbul, 2011, s.86.

¹² ARSAL, Umumi Hukuk Tarihi, s.42.

¹³ KOZAK, s.486.

¹⁴ EKİNCİ, Hukukun Serüveni, s. 39; VAN BLERK, Nicolaas Johannes, The Concept of Law and Justice In Ancient Egypt, with Specific Reference to *The Tale Of The Eloquent Peasants*, University of South Africa, 2006, s. 31

¹⁵ OKANDAN, s.97.

¹⁶ OKANDAN, s. 96. Bu esaslardan birisi de yargılamanın aleniliği ilkesiydi. VAN LOON, A. J., "Law and Order in Ancient Egypt The Development of Criminal Justice from the Pharaonic New Kingdom until the Roman Dominate", Leiden University, MA Thesis, s. 16<https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/30196/Law%20and%20Order%20in%20Ancient%20Egypt.pdf?sequence=1.e.t.11.08.2015>

başvuru yapan davacı bu başvurusunu yazılı olarak yapar ve yazılı bir cevap alırdı. Davacı dava dilekçesinde taleplerini belirtir, eğer dava ceza davası ise davalının almasını istediği cezayı da bu dilekçesinde yazardı. Mahkeme ise bu talebe olumlu veya olumsuz bir cevap verir, kararında gerekçe göstermezdi. Eski Mısır’da hâkimler yargılama esnasında eşitlikçi bir tutum sergilemek zorundadırlar.¹⁷

Yargılamanın hâkim önüne getirilmesinin yanı sıra hakem’e başvurma da eski Mısır’da yaygın bir yöntemdi.¹⁸ Hakem’in verdiği kararlar hâkimin verdiği kararlardan düşük seviyede tutulmazdı ve bu kararların icrası da devlet eliyle sağlanırdı. Hakem tarafından verilen karar nihai ve kesindi, bu karar karşı başka hiçbir merciye başvurulamazdı.¹⁹ M.Ö. 2750-2625 yılları arasında, Mısır’ın kraldan sonraki en yüksek seviyedeki devlet görevlisi olan veziri “Tati”²⁰ başkanlığında, “Altı Büyük Daire Mahkemesi” adıyla bir mahkeme en yüksek yargı mercii olarak yargılama yapmıştır. Bir nevi en yüksek temyiz mercii idi. Bu mahkemenin üyeleri en yüksek seviyedeki rahipler arasından seçilirdi.²¹ Bu rahipler göreve başlamadan önce tarafsız bir şekilde hüküm verebilmeleri ve hiçbir baskı altında kalmamaları için kendi amirlerinden gelse dahi hiçbir kimseden emir ve talimat almayacaklarına krala yemin verirdi.²² Bu mahkemede bazı üyeler idari görevler ile ilgilenirdi. Yani bu mahkemenin idari görevleri de bulunmaktaydı. Bu mahkemenin duvarında, sekiz büyük levha halinde derlenen kanunlar asılı olurdu ve mahkeme üyeleri gerektiğinde bu yazılı kanunlardan yararlanırlardı.²³ Hâkimlerin, kraldan sonra devlet içindeki en yüksek rütbeli memurlar olarak kabul edildiği bir devlet olan eski Mısırlılarda

¹⁷ VAN BLERK, s. 24

¹⁸ VAN LOON, s. 15.

¹⁹ OKANDAN, s.98.

²⁰ ÖZER, Yusuf Ziya, Mısır Tarihi, T.T.K Yayınları, Ankara, 1939, s.99, akt. BARUT, Gazi, İslam Hukukunda Edebü’l Kadı ve Günümüz Hâkimlik Mesleği ile Karşılaştırılması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bursa, 2006, s.8.

²¹ MAHMUD ESAD, Tarih-i İlm-i Hukuk, s.50.

²² KOZAK, s.263.

²³ OKANDAN, s.99.

hâkimler o derece saygın bir konumdaydılar ki kendi çocuklarını da hâkim yapmaları için gerekli önlemler alınmıştır.²⁴

C. SÜMER HUKUKUNDA HÂKİMLİK VE NİTELİKLERİ

Sümer hukukunda hâkimlik ve adli teşkilatla ilgili kesin bilgiler bulunmamakla beraber halkın arasında meydana gelen hukuki uyuşmazlıkları çözecek ve yargılama faaliyetini üstlenecek hâkimlerin varlığı bilinmektedir. Sümerlerde mahkeme 1,3 veya 4 hâkimden oluşmaktaydı. Dava açılması ya davacının bizzat kendisi veya davacının vekili aracılığıyla başvuru yapılması suretiyle olabilirdi. Hâkimlerin verdiği kararlar kesindi. Bu kararlara karşı başka bir merciye başvurulamazdı ve verilen bu kararlar değiştirilemezdi.²⁵

Yargılama tapınaklarda yapılmaktaydı. Bunun sebebi ise hâkimlerin genel olarak ruhban sınıfından seçilmesiydi.²⁶ Meslekten hâkim olan kişiler ise üst mercii yargılaması olarak temyiz mahkemelerinde görev yapmaktaydılar. Taraflar arasındaki uyuşmazlıklar önce resmi arabuluculara götürülürdü. Eğer burada uyuşmazlık çözülemezse hâkim önüne götürülürdü.²⁷ Cezalandırma yetkisi devletin kontrolündeydi. Cezalar kişinin köle veya hür olup olmamasına göre değişkenlik gösterirdi.

D. BABİL HUKUKUNDA HÂKİMLİK VE NİTELİKLERİ

Babil devleti hukukunda gelmiş geçmiş en önemli kanunlar devletin altıncı hükümdarı ve devleti imparatorluğa dönüştüren Hammurabi'nin koymuş olduğu kanunlardır. Bu kanunlar adli teşkilat ve muhakeme usulü hakkında geniş bilgiler vermemektedir.

Babillilerde, Hammurabi döneminden önce yargılama işini ruhani grup olan rahipler yürütmekteydi.²⁸ Dolayısıyla duruşmalar da tapınakların içinde

²⁴ OKANDAN, s.101.

²⁵ GÜNALTAY, Şemseddin, Yakın Şark, s.379-381, akt. OKANDAN, s.116.

²⁶ EKİNCİ, Hukukun Serüveni, s.45.

²⁷ KOZAK, s. 55. DURANT, Will, The Story of Civilization, Simon and Schuster, New York, 1942, s. 127.

²⁸ EKİNCİ, Hukukun Serüveni, s.53.

görülmekteydi.²⁹ Hammurabi döneminde sadece hüküm verme faaliyetiyle uğraşacak Dayanu adı verilen hâkim meslek grupları oluşturulmuş ve bunlar tüm şehirlere atanmıştır³⁰; ancak ruhaniler sınıfı da miras, aile hukuku gibi uyuşmazlıklarda belli bazı sınırlamalar dâhilinde yargılama yaparak sınırlı oranda yargı erkinde faaliyetlerini sürdürmüşlerdir. Adli yargı organı olan hâkimler önünde uzlaşamayan insanlar, bir üst mercii gibi rahipler önünde de uyuşmazlıklarını çözebiliyorlardı.³¹

Hammurabi kanunlarının 5. Maddesine göre; hâkimlerin mahkemede verdikleri kararlar taraflara bildirilirdi. Verilen bu kararlar mahkeme defterlerine kaydedilirdi.³² Hâkim, kendisinin verdiği bir kararı kasten iptal ederse veya yok ederse hüküm konusu şeyin değerinin 12 mislini ödemekle cezalandırılırdı.³³ Bu bakımdan hâkimlerin hüküm verirken adil olmalarına sıkı bir şekilde riayet edilmiş ve adilliği sağlamayan hâkimlere büyük cezalar verilmiştir.

Hammurabi kanunlarına göre cezalandırmada da kısas prensibi diğer antik devletlerde olduğu gibi benimsenmiştir. Bu kısas cezası devlet eliyle icra edilen bir cezadır. Kanunlara göre bir kimseyi öldüren kişi öldürülür, birinin gözünü çıkarmanın gözü çıkarılır. Kuşkusuz bu kısas cezası, kasten işlenen suçlarda verilebilmekteydi. Taksirle işlenen suçlarda ise tazminat cezası öngörülmüştü.³⁴

Hammurabi kanunlarında cezaların şahsiliği ilkesi de benimsenmemiştir. Bir kişinin kızını öldüren adam cezalandırılmaz, bu adamın kızı onun yerine cezalandırılırdı.

²⁹ KOZAK, s.108.

³⁰ AKGÜNDÜZ, Ahmet, Umumi Hukuk Tarihi Ders Notları, Mimoza Yayınları, Konya, 1991, s. 41; GENCA, Elif, “Eski Mezopotamya’da Hukuk Hareketleri ve Düzenlemeler (Sümer, Babil ve Eski İsrail Hukuku)”, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009, s. 157.

³¹ OKANDAN, s.150.

³² MAHMUD ESAD, Tarih-i İlm-i Hukuk, s.63.

³³ OKANDAN, s.148; GENCA, s. 31.

³⁴ OKANDAN, s.144.

E. ASUR HUKUKUNDA HÂKİMLİK VE NİTELİKLERİ

Asurlularda yargılama “karum” adı verilen pazar yerlerinde³⁵, “tanrı kapısı” isimli mahkemelerde ve “yaşlılar meclisi” veya “şehir meclisi” adındaki organlar tarafından yapılmaktaydı. Bu meclislerin başında devletin o bölgeye atadığı bir vali de bulunmaktaydı.³⁶ Diğer uygarlıklarda olduğu gibi Asurlularda da devletin yargı erkinin başında kral bulunuyordu. Yargılama müesseselerinin içinde bazen bölge halkından saygı duyulan kimselerin ve bölgenin belediye başkanlarının da yer aldığı kurullar bulunmaktadır. Kral, ülkenin her yerinde uyuşmazlıklara bakamayacağı için onun adına yetkili hâkimler hüküm verirlerdi.³⁷

Bu hâkimlerden başka, aile reisleri de kendi aile ve sülalelerini ilgilendiren uyuşmazlıklarda hüküm verirlerdi. Aile reislerinin bu yetkileri sadece belli uyuşmazlıklarla sınırlıydı.³⁸

F. ESKİ İBRANİ HUKUKUNDA HÂKİMLİK VE NİTELİKLERİ

İbranilerin kutsal kitabı olan Tevrat ve kutsal kitabımız Kur’an-ı Kerim, İbranilerde yargılama faaliyetine ışık tutmaktadır. Gelmiş geçmiş bütün peygamberlerin içinde kendisine yargılama yetkisi verilmemiş olan peygamber yoktur. Bütün peygamberler gönderildikleri bölgelerde yargılama yapmış, hüküm vermişlerdir. Kendilerine çok sayıda peygamber gönderilmiş olan İbraniler de bu bakımdan oldukça gelişmiş yargılama kurallarına sahiptirler. Tevrat’ta da peygamberlerin hem devlet başkanı hem de hâkim oldukları söylenmektedir. Hz. Davud’un devlet başkanı sıfatıyla hüküm verdiği ve adil bir hâkim olduğundan bahsedilmektedir.³⁹

İbranilerde hahamlar yargıç, mabetler de mahkeme statüsündeydi.⁴⁰ İbrani hukukunda, her şehirde hâkimlerin olduğu ve hâkimlerin hüküm verirken bağlı

³⁵ EKİNCİ, Hukukun Serüveni, s.58.

³⁶ KOZAK, s.146.

³⁷ OKANDAN, s.166.

³⁸ CUQ, Edouard, Etudes sur le droit Babylonien, Paris, 1929, s.452, akt. OKANDAN, s.166.

³⁹ Tevrat, II. Samuel, 8/15.

⁴⁰ KOZAK, s.346.

oldukları kurallar bulunduğu bilinmektedir.⁴¹ Bu kurallar Tevrat'ta şu şekilde sayılmıştır: davalar adalet çerçevesinde, hükümlerde haksızlık edilmeden, yabancı ve yetimlerin hakkı korunmak suretiyle, kişilerin toplumsal konumlarına bakılmaksızın, herkese eşit davranılarak ve rüşvet alınmaksızın⁴² görülmelidir.⁴³ Ruhban sınıfına mensup olan bu hâkimlerin dışında her şehirde bulunan İhtiyarlar Heyeti de yargılama yetkisine sahipti. Bu kurum ise önemli nitelikte olmayan davalara, hafif ve basit suçlara bakardı. Önemli nitelikteki davalara ise hâkimler bakmaktaydılar.⁴⁴

Tevrat'ın 1. Samuel bölümünde yargı ile ilgili bazı bilgiler bulunmaktadır: *“Samuel yaşlanınca oğullarını İsrail'e önder olarak atadı. Beer- Seva'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.”*⁴⁵ Buna göre Tevrat'ta, Samuel'in oğullarının, İsrailoğulları arasında hüküm vermek üzere hâkim tayin edildikten sonra, hak yoldan saptıkları, halka eziyet ettikleri, rüşvet aldıkları, insanlar arasında hüküm verdikleri zaman taraf tuttıkları ifade edilmektedir. Tevrat'ta hâkimlere saygı gösterilmesi ve hâkimlere kötü söz söylenmemesi de emredilmiştir.⁴⁶ Öyle ki, hâkimin verdiği hükmü tanımayanların ağır şekilde cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır.⁴⁷ Tevrat'ın Tensiye bölümünde ise; *“Muhakeme edilen şahsın gösterişine asla kıymet vermeyiniz. Büyüğü dinlediğiniz kadar küçüğü de dinleyiniz. Kimseden korkmayınız, zira hüküm Allah'ındır. Sizin için çok güç olan davayı bana getireceksiniz. Onu ben dinleyeceğim”*⁴⁸ diyerek yargılama boyunca hâkimlerin taraflara eşit olarak davranması gerektiğinden bahsedilmiş ve ayrıca başka bir yerde de *“Tamamıyla*

⁴¹ OKANDAN, s.191.

⁴² Tevrat'ın yine Tesniye 16/19 kısmında *“Adaletten asla yüz çevirmeyeceksin, kişilerin görüşlerine asla itibar etmeyeceksin. Hiçbir rüşvet almayacaksın, zira rüşvet, hâkimlerin gözlerini körleştirir ve doğru olanların sözlerini eğiltir .”* denerek rüşvet almamanın, adil bir yargılama yapılabilmesinin şartlarından olduğu belirlenmiştir.

⁴³ Tevrat, Levililer, 19/15; GENCA, s. 162.

⁴⁴ KOZAK, s. 347.

⁴⁵ Tevrat, I. Samuel, 8/1-5.

⁴⁶ Tevrat, Çıkış, 12/28; OKANDAN, s. 191.

⁴⁷ “...tanrınız önünde görev yapan hahamı ya da yargıcı dinlemeyip saygısızlık ederse öldürülmeli..”
Tevrat, Tesniye, 17/8-13.

⁴⁸ Tevrat, Tesniye, 1/17.

*adaleti gözeteceksin...*⁴⁹ diye belirtilerek yargılamanın adil bir şekilde yapılması için kurallar konulmuştur.⁵⁰ Ayrıca Tevrat'ta her şehirde hukuki uyuşmazlıkları çözmekle görevli hâkimler ve görevliler atanması emredilmiştir.⁵¹

G. HİTİT HUKUKUNDA HÂKİMLİK VE NİTELİKLERİ

Etiler devletinde monarşik bir yapı bulunmaktadır.⁵² Dolayısıyla devletin başı olan Kral, kanun yapma, hukuki uyuşmazlıkları çözüme konusunda tek yetkili konumundaydı. Hâkimler kral adına yargılama yaparlardı.⁵³ Devlet başkanı olan Kral, soylular veya yüksek mevkideki idarecilerle alakalı olan veya köle olmayan vatandaşlar tarafından işlenen ve cezası ölüm olan suçların yargılmasını bizzat “Kral Mahkemesi” adı verilen mahkemede yapardı. Devletin ileri gelen memurlarından olan prenslerin vazifelerini yerine getirmemeleri durumunda onları yargıladı. Devletin diğer önemli şahsiyetlerinin taraf olduğu davalara da bizzat bakmaktaydı.⁵⁴ Kral Mahkemesi'nin verdiği karara karşı gelen kişi hane halkı ile birlikte yok edilir, kralın görevlendirdiği hâkimin kararına karşı çıkan kimsenin ise başı kesilirdi. Bu durum Kral Mahkemesi'nin ne denli saygı duyulan ve önemli bir kurum olduğunu ortaya koymaktadır. Ayrıca diğer hiçbir antik devlette görülmeyen bir şekilde Kral Mahkemesi oldukça sık başvurulmuş bir müesseseydi. Kral onca idare işlerinin yanında yargılama faaliyetine de dikkate değer bir şekilde zaman ayırmaktaydı.⁵⁵

“Kral Mahkemesi” dışında yargılama faaliyetinde görevli olan diğer kurumlar ise krallık memurları, valiler ve ileri gelen kumandanların davalarına bakan “Ayan Mahkemesi”, gerçek ve tüzel kişilerin davalarına bakan “Ak Sakallar Mahkemesi” dir. Soruşturma, delillerin toplanması, şahitlerin dinlenmesi yapılmadan davanın görülmesine başlanmaz. Bu soruşturma aşamasını kimin yaptığı belirli değildir. Bu

⁴⁹ Tevrat, Tesniye, 16/20.

⁵⁰ GENCA, s. 162.

⁵¹ Tevrat, Tesniye, 16/18; EKİNCİ, Hukukun Serüveni, s.210.

⁵² OKANDAN, s. 193.

⁵³ EKİNCİ, Hukukun Serüveni, s.63.

⁵⁴ OKANDAN, s.212.

⁵⁵ KOZAK, s.210-211.

soruşturma bitmeden davanın görülmesine geçilmediği için hâkimlerin yargılama yaparken adaleti gözetmelerine de çok önem verdikleri anlaşılmaktadır.⁵⁶

Hititlerde hâkimlerin görevlerini yerine getirirken adaletten ve tarafsızlıktan ayrılmamalarına, rüşvete yeltenmemelerine oldukça önem verilmiştir ki Kral II. Tuthaliya'nın hâkimlere göndermiş olduğu aşağıdaki talimatname bunun en güzel örneğidir. *“Ülkenin hukuk sorunlarıyla ilgili karar verecek olan sen, kararını iyi ver. Ekmek ve bira uğruna, (kararlarını) onun (suçlunun) hanesi, biraderi, karısı, bir aile üyesi, sülalesi, hısım ya da dostları lehine çevirme. Karar veremediğin bir davayı efendin kralın önüne getir ki kararı Kral versin.”*⁵⁷

H. ESKİ İRAN HUKUKUNDA HÂKİMLİK VE NİTELİKLERİ

Eski İran hukukunun kaynağı, o dönemde İran'da ortaya çıkan ve yayılan Zerdüştlük dininin kurallarının yer aldığı Zend-Avesta isimli kutsal kitaplarıdır. İranlılarda da yine diğer devletlerde olduğu gibi devlet başkanı yargılama fonksiyonunun başı ve asıl yetkilisiydi. Kral, bu yetkisini de yine hâkimler eliyle kullanmaktaydı. Önemli davalarda ise devlet başkanının bizzat hüküm verdiğine de rastlanmaktadır.⁵⁸

Hükmü verecek organ bakımından eski İran'da suçları ikiye ayırabiliriz: Tanrıya karşı işlenen suçları ruhban sınıfından rahipler soruştururlar ve bu soruşturma sonucunda gerekli hükmü verirlerdi.⁵⁹ Diğer suçlar bakımından ise eski İran'da kurulmuş olan Akamenid ve Sasani devletleri bakımından bir ayrıma gitmek lazımdır. Akamenid devletinde, devlet başkanının şahsına karşı işlenen suçlara, devletin düzenini bozacak önemli suçlara ve idari bazı hususlara büyük kral mahkemesi bakardı. Diğer davalara ise hükümdarın atadığı ve hükümdara vekâleten yargılama yapan hâkimler bakmaktaydı.⁶⁰ Yine bu devlet egemenliğinde, hüküm

⁵⁶ GÜNALTAY, Şemseddin, Yakın Şark, s.162-163, akt. OKANDAN, s.212.

⁵⁷ KOZAK, s.209.

⁵⁸ ARSAL, Umumi Hukuk Tarihi, s.71.

⁵⁹ KOZAK, s.403.

⁶⁰ GÜNALTAY, Şemseddin, Yakın Şark, s.263,264, akt. OKANDAN, s.223.

verirken haksızlık eden, rüşvet alan hâkimler en ağır şekilde cezalandırılmışlardır. Hatta bu hâkimlerin derilerinin yüzüldüğü bilinmektedir.⁶¹

Akamenidlerden sonra kurulan Sasaniler devletinde ise, devlet başkanı olan Kral yine diğer devletlerde olduğu gibi en yüksek dereceli hâkimdir. Devlet başkanı ilkbahar ve sonbahar ortasında olmak üzere senede iki defa halktan kişilerin davalarına bakardı.⁶² Bu celseler halka açık olarak yapılır ve bir şenlik edasında devam ederdi. Bu devlet döneminde ise devlet başkanının bu istisnai yargılama faaliyeti dışındaki diğer bütün yargılamaları ruhban sınıfı yapmaktaydı. Bir diğer deyişle bütün hâkimler ruhban sınıfındandı.⁶³ Bu ruhbanların dışında ise, küçük yerleşim yeri niteliğindeki yerlerde köy muhtarı gibi vazife gören Dehkanların da, buldukları yerde bazı önemli olmayan davalarda hâkimlik yapıp hüküm verdikleri nakledilmektedir.⁶⁴ Saraydan gönderilen bazı hadım edilmiş kimselerin de yargılama alanında faaliyet gösterdiklerini belirten yazarlar bulunmaktadır.⁶⁵

Sasaniler devrinde, üst sınıf olan ruhaniler ve askerler, aralarında çıkan uyuşmazlıklarda genel yetkili mahkemelere gitmeyip kendi aralarında hakem seçip davalarını bu şekilde görmüşlerdir.⁶⁶ Mahkemelerde verilen kararlar gerekçelendirilmemiştir. Hâkimler hüküm verdikten sonra açıklama yapma gereği duymamışlardır.

Hâkimlerin hüküm verirken adaletli, tarafsız ve bağımsız bir şekilde hüküm vermelerine oldukça özen gösterilirdi. Rüşvet alan hâkimler ise oldukça ağır cezalara çarptırılmışlardı. *“Kral II. Kambises, rüşvet alan yargıç Sisamnes’in derisini yüzdürerek öldürmüş ve Sisamnes’in oğlu Ottanes’i aynı göreve atamış, atarken eski yargıcın derisini yargıçlık sandalyesinin üzerine gerdirmiş ve yeni yargıca da, nasıl bir sandalye üzerinde oturduğunu unutmamalısın, demiştir.”*⁶⁷

⁶¹ ARSAL, Umumi Hukuk Tarihi, s.71.

⁶² EKİNCİ, Hukukun Serüveni, s.76.

⁶³ ARSAL, Umumi Hukuk Tarihi, s.75.

⁶⁴ OKANDAN, s.223-224.

⁶⁵ DURANT, s.359.

⁶⁶ ARSAL, Umumi Hukuk Tarihi, s.75; OKANDAN, s.223.

⁶⁷ KOZAK, s.404.

İ. ESKİ ÇİN HUKUKUNDA HÂKİMLİK VE NİTELİKLERİ

Eski Çin'de hâkimlikle alakalı çok fazla bilgi bulunmamakla birlikte mahkemelerde sözlülük prensibinin yerini tamamıyla yazılılık prensibine bıraktığını söyleyebiliriz. Taraflar dava açacakken kendileri veya kendilerinin yazdığı tarafından noterlere yazdırılan dilekçeler vasıtasıyla dava açabilmekteydiler. Bu metinler genellikle klişeleşmiş dava metinleriydi.⁶⁸ Yargılama esnasında işkence oldukça sık başvurulan bir yöntemdi. Taraflara doğruyu söyletmek için bu tarz insanlık dışı metotların uygulandığı başka hiçbir antik dönem uygarlığı bulunmamaktadır.⁶⁹ Mahkemeler tek derecelidir. Hâkimler ise ayrıca bir hukuk eğitimi görmemekle beraber edebiyat alanında bilgi sahibi kişiler arasından seçilmekteydi. Hâkimler yargılama usulü konusunda kendilerinde bulunan ve bu alanda yazılmış kitaplardan faydalanmaktaydılar. Hâkim ise lüzum hâsıl olduğunda hukuki görüşünden faydalanmak için uzmanlar çalıştırabiliyordu.⁷⁰

J. ESKİ YUNAN HUKUKUNDA HÂKİMLİK VE NİTELİKLERİ

İlk zamanlarda Atina site devletinde yönetim biçimi krallıktı. Bu sebeple yargılama yetkisine de devlet başkanı olan kral sahipti. Krallık kan bağıyla geçiyordu.⁷¹ Aristokrasi'nin gelmesi ile oluşturulan Arhontlar heyeti, bu site devletini yönetmeye başladı. Bu heyet dokuz kişiden oluşmaktaydı ve üyeler kendi içlerinde de gruplara ayrılmışlardı. Arhont Eponime adı verilen bir Arhont, diğer bütün Arhontların başkanı idi. Aile ve miras hukukuyla ilgili davalara bakar, dul kadınları ve öksüz çocukları koruma altına alırdı. Arhont Kral (Basileus) isimli Arhont dini nitelikli ceza davalarına bakar, ayrıca kasten adam öldürme suçunun soruşturmasını yürütürdü. Arhont Polemark adı verilen grup ise askerlerin işledikleri suçlara ve Atina vatandaşı olmayan kimselerin davalarına bakardı. Arhont

⁶⁸ EKİNCİ, Hukukun Serüveni, s.109.

⁶⁹ KOZAK, s.591-592.

⁷⁰ EKİNCİ, Hukukun Serüveni, s.110.

⁷¹ ARSAL, Umumi Hukuk Tarihi, s.90.

Tesmotheteler adındaki bir diğere grup ise, bütün yargılama işlerinin soruşturmalarını günümüz savcılık kurumu gibi yürütmekteydiler.⁷²

Yasama, yürütme ve yargı yetkilerinin önemli bir kısmını üstlenen Areopag Meclisi ise mahkeme sıfatıyla önemli davalara bakabilmekteydi. Bu meclis Areopag adı verilen bir tepe üzerine kurulur ve önemli davalara birinci derece veya üst derece yargı mercii olarak bakardı. Solon zamanından önce sadece asillerden oluşan bu meclis, Solon zamanından sonra ise Arhontluğu zamanında faydalı işler yapmış eski Arhontlardan meydana geliyordu.⁷³ Bu meclis temyiz yargılamasından da sorumluydu. Bu meclis yüksek yargı mercii sıfatından dolayı halk arasında saygın bir konumda bulunmaktaydı.⁷⁴ Bu mahkeme re'sen değil, şikâyete bağlı olarak yargılama yapabiliirdi. Suçtan zarar gören kimsenin kendisi veya bunun akrabaları⁷⁵, şikâyetini Kral Arhont'a bildirirdi. Kral Arhont üç ay içinde toplam üç defa inceleme yapar, daha sonra davayı Areopag'a gönderirdi. Burada da dava üç gün boyunca görülür ve hüküm verilerek suçlu bulunanlar cezalandırılırdı. Areopag tarafından verilen bu kararlar kesin olup, bunun üzerine başka bir mercie başvurulamazdı.⁷⁶

Yargılama faaliyetinde esas olarak etkinlik gösteren bu Arhontlar heyeti ve Areopag meclisine rağmen yargılamada adaleti sağlama konusundaki açıklıklar, Solon tarafından Areopag meclisinin yetkilerinin bir kısmının kademeli olarak azaltılmasına sebep olmuştur. Asiller sınıfından büyük, merhametli ve adil bir hâkim olan Solon, daha sonra ise halk mahkemelerini kurarak adil bir mahkeme düzeninin sağlanmasını amaçlamıştır.⁷⁷

Atina site devletinde Solon'un yaptığı icraatlardan sonra halkın yönetimi esas alındığı için yasama, yürütme ve yargı şeklinde tezahür eden üçlü sacayağının her seviyesinde halkın etkin katılımı sağlanmaktaydı. Halk mahkemeleri adı verilen,

⁷² ARSAL, Umumi Hukuk Tarihi, s.108-109.

⁷³ ARSAL, Umumi Hukuk Tarihi, s.110.

⁷⁴ ARSAL, Umumi Hukuk Tarihi, s.111.

⁷⁵ EREM, Faruk, "Eski Yunan'da ve Roma'da Avukatlık", Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 1976 Sayı 5, s. 849.

⁷⁶ OKANDAN, s.297.

⁷⁷ ARSAL, Umumi Hukuk Tarihi, s.92.

halktan insanların oluşturduğu mahkemeler, genel yetkili mahkemelerdi.⁷⁸ Yargılama faaliyetinden önceki şikâyetleri alma, inceleme aşamalarında bu alanda uzman devlet memurları faaliyet gösterirken, yargılamanın esas faaliyeti olan hüküm verme aşamasında ise halk mahkemeleri yetkiliydi. Bu halk mahkemeleri ise halktan gelen şikâyet üzerine çalışırlardı, resen soruşturma başlatma yetkileri bulunmamaktaydı. Bu durumun istisnası ise eskiden kalma bazı ceza mahkemeleriydi. Bunlar şikâyet olmaksızın da soruşturmaya başlayabiliyorlardı.⁷⁹

Yargılama yetkisi olan mahkemelere bir göz atacak olursak:

Areopag: En yüksek mahkeme Areopag'dır. Ancak devlet içinde Areopag'dan başka eskiden kalma ceza mahkemeleri de bulunmaktaydı.

Palladion: Bu mahkeme Atina site devleti vatandaşları tarafından işlenen⁸⁰ taksirle adam öldürme, adam öldürmeye azmettirme, vatandaş olmayan kimseleri öldürme gibi suçlarla alakalı davalara bakmaktaydı. Bu mahkemenin verdiği cezalar ise sürgün ve mal müsaderesi cezasıydı.

Delfinion: Bu mahkeme ise meşru görülen adam öldürme suçlarına bakardı.⁸¹ Oyun esnasında adam öldürme, savaşta yanlışlıkla kendi safındaki kişiyi öldürme, karısına, kızına veya kız kardeşine tecavüz eden adamın öldürülmesi gibi davalara bakardı. Bu devirdeki yunan hukukunda yukarıda sayılanlar gibi affedilecek sebep olarak öngörülen durumlarda faile ceza verilmezdi.

Phreattys Mahkemesi: İşlediği bir suçtan dolayı Atina devletinden sürgün edilmiş bir kimsenin, daha sonra site devletine karşı işlediği suçlarda görevli mahkeme burasıydı. Bu mahkeme deniz kenarında bulunmaktaydı.

⁷⁸ EKİNCİ, Hukukun Serüveni, s.130.

⁷⁹ ARSAL, Umumi Hukuk Tarihi, s.113; OKANDAN, s.300.

⁸⁰ OKANDAN, s.297.

⁸¹ OKANDAN, s.298.

Prytane: Faili meçhul cinayetleri ve insanlara zarar veren hayvan veya diğer şeylerin yargılamasını yapan mahkemedir. İnsana zarar veren eşya ise denize atılırdı.⁸²

Heliastlar Mahkemesi (Halk Mahkemesi): Solon (M.Ö. 640-559) tarafından ilk defa kurulmuş olan bu halk mahkemeleri, üyelerini halktan seçerlerdi. Bu mahkemelerdeki halktan seçilmiş üyelere Heliast, mahkemenin kendisine de Heliee adı verilmişti. Atina site devleti içinde bu mahkemelerden on adet vardı ve bir mahkemede 500 üye bulunmaktaydı.⁸³

Bu mahkemelere hâkim yani üye seçimi 30 yaşını doldurmuş, devlet hazinesine borçlu olmayan ve medeni haklara sahip olan Atina devleti vatandaşları arasından kura yöntemiyle belirlenirdi. Her bölgeden 600 kişi hâkimlik yapmak üzere seçilirdi, yani ülke genelinde toplamda 6000 hâkim seçilmekteydi.⁸⁴ Bu 600 kişinin 500 tanesi mahkemede hazır bulunur, diğer 100 kişi ise katılmayan kişilerin yerlerine ikame edilirdi. Bu hâkimlerin görev süresi bir yıl ile sınırlıydı. Bu 500 hâkimden, önemli davalarda hepsi, önemli olmayan davalarda ise belirli bir kısmı görev yaparlardı. Hâkimliğe başlamadan evvel yemin etme şartı bulunmaktaydı. Perikles zamanında bu hâkimler devlet hazinesinden 3 obolus ücret almaya başlamışlardır.⁸⁵ Bu mahkemede verilen kararlar yazılı olmazdı. Yargılamada sözlülük ilkesi esastı. Dolayısıyla yargılama sırasında bir kayıt da tutulmamaktaydı. Halk mahkemeleri davaları bizzat görebilecekleri gibi diğer mahkemelerde verilmiş olan kararlara itiraz edilmesi durumunda temyiz mahkemesi sıfatıyla inceleme yapar, hüküm verirdi.⁸⁶

Hâkimlerin davalara bakarken esas aldıkları kurallar bulunmamaktaydı, halk arasında zamanla kanunlaşmış olan yazısız örf ve adet kuralları hâkimler tarafından hüküm kurulurken esas alınmaktaydı. Bu mahkemeler sayesinde hukuk tarihinde ilk kez bir toplumda halk arasından kura ile seçilen ve hâkimlik tecrübesi ve bilgisi

⁸² ARSAL, Umumi Hukuk Tarihi, s.113-114.

⁸³ BARUT, s. 16.

⁸⁴ OKANDAN, s.298.

⁸⁵ ARSAL, Umumi Hukuk Tarihi, s.115-116.

⁸⁶ OKANDAN, s.299.

olmayan kimseler yargılama yapmışlardır. Sonuç olarak hukuk bilgisi olmayan kimselerin hüküm vermeleri pek isabetli bir değişiklik olamamıştır. Bu durum bu mahkemenin kararlarında adaletsiz ve hukuka aykırı sonuçların ortaya çıkmasına sebep olmuştur.⁸⁷

K. ISPARTA HUKUKUNDA HÂKİMLİK VE NİTELİKLERİ

Ispartalılar devrinde devlet başkanı olarak bir kral bulunuyordu. Kanunları uygulamak da Kral'ın görevleri arasındaydı; ama Kral, yargılama faaliyetinde tek başına yetki sahibi değildi. İki kral ve 28 üye olmak üzere toplam 30 kişiden oluşan Gerusia isimli bir ihtiyarlar meclisi yüksek mahkeme sıfatıyla önemli ceza davalarında hüküm vermekteydi.⁸⁸ Bu meclisin yetkileri Kral'ın da üstündeydi; öyle ki bu Gerusia meclisi Kral'ı bile mahkemeye çağırabilirdi.⁸⁹

Otuz yaşını bitirmiş bütün Isparta vatandaşlarının kendi aralarından bir yıl süreliğine seçtiği vatandaşlardan oluşan Eforlar heyeti de, ceza hukuku ve medeni hukuk ile ilgili belli bazı davalarda görevli yargı mercii idi. Bu Eforlar Heyeti kanunlardaki ihtilafları çözerek, kanun yorumlama faaliyeti de yapmaktaydı.⁹⁰

L. ROMA HUKUKUNDA HÂKİMLİK VE NİTELİKLERİ

1. Krallık Döneminde

Romalılarda Krallık devrinin ilk başlarında halkın aralarında çıkan uyuşmazlıkların çözümü için gidebilecekleri bir yargı mekanizması bulunmamaktadır.⁹¹ Bu durumda da halk, aralarında çıkan uyuşmazlıklarda, haklarını kendi bireysel çabaları ile alma yoluna gidiyorlardı veya aralarında bir hakem tayin ediyorlardı.⁹² Dolayısıyla aralarında uyuşmazlık olan taraflardan güçlü olan davayı

⁸⁷ ARSAL, Umumi Hukuk Tarihi, s.116.

⁸⁸ EKİNCİ, Hukukun Serüveni, s.139.

⁸⁹ ARSAL, Umumi Hukuk Tarihi, s. 158.

⁹⁰ ARSAL, Umumi Hukuk Tarihi, s.159.

⁹¹ OKANDAN, s. 502.

⁹² EKİNCİ, Hukukun Serüveni, s.184.

kazanıyor, güçsüz olan ise hakkını alamıyordu.⁹³ Bu durum ise geçici olarak devam etmiştir. Yargı teşkilatı ve adalet sistemi en kısa sürede kurulmuştur. Bu kurulan yargı teşkilatı kendisini devlet başkanı olan Rex'in şahsında göstermektedir.⁹⁴

Bu devirde en yüksek yargı müessesesi Comitia Curiata adı verilen Halk Meclisleri idi. Bu meclisin yetkileri o kadar genişti ki, Kralın yargılamaya ilişkin kararlarını tasdik ederlerdi.⁹⁵ Ailenin reisi olan baba, aile üyelerini işledikleri bir fiilden dolayı yargılar, hatta idama bile mahkûm edebilirdi. Bu idam cezasının infazı içinse diğer akrabalarından oluşan aile meclisinin onayı gerekmektedir. Bu devirde ruhban sınıfından olan kişilerin de bazı yargılama işlerini yürüttükleri söylenebilir.⁹⁶ Kralın yargılamaya ilişkin yetkileri ceza alanıyla kısıtlanmıştır. Hukuk davalarında ise bir yetkisi bulunmamaktadır. Kralın bu alandaki yetkileri ceza hukuku uyumsuzlukları ile sınırlıydı. Özel hukuk alanındaki uyumsuzluklara ise devletten bağımsız olan hâkimlerin (Judex) bakmakta oldukları söylenmektedir. Bazı müellifler ise Kral'dan başka, ruhani niteliklere haiz kişilerin de yargılama faaliyetinde görev aldıklarını söylemektedirler.⁹⁷

2. Cumhuriyet Döneminde

Cumhuriyet devrinin başından itibaren hak sahipleri devlet tarafından bir koruma görmekteydiler. Bu devirde yürütme, yargı alanında ve askeri alanda devletten yüksek mevkiye Konsüller sahipti; ancak yargılama alanında tek yetkili mercii Konsüller değildi. Krallık devrinde de faaliyet gösteren Comitia Curiata isimli halk meclisleri, bu dönemde de faaliyetlerine devam etmişlerdir. Bu meclisin yanına bu devirde bir de Comitia Çenturia isimli bir başka meclis daha kurulmuştur. Yargılama sonucunda ağır bir cezaya çarptırılmış olan vatandaşlar, bu meclise başvurarak kendilerine verilen ceza hakkında görüş isteyebilmektedirler.⁹⁸ M.Ö. 367 senesinde Praetorluk makamının ortaya çıkmasıyla ilk yıllarda Konsüllerin sahip

⁹³ OKANDAN s. 502.

⁹⁴ OKANDAN, s.503.

⁹⁵ ARSAL, Umumi Hukuk Tarihi, s.181.

⁹⁶ OKANDAN, s.503.

⁹⁷ OKANDAN, s.503.

⁹⁸ ARSAL, Umumi Hukuk Tarihi, s.196.

olduğu yetkiler Praetorlara geçmiştir. Konsüllerin sahip oldukları yetkilere sahip olan Praetorlar, vali sıfatıyla bir bölgenin yöneticisi olabilirken aynı zamanda bu bölgede ortaya çıkan uyuşmazlıklarda hâkimlik de yapmaktaydılar. Devletin sınırları genişledikçe yeni bölgelere yeni yöneticiler atanması gerekeceğinden Praetorların sayısı da buna mukabil artmıştır. Praetorluk kurumunun ilk oluştuğu yıllarda Praetorlar bir yıllığına Comitia Çenturia tarafından seçilirdi. Hukuk işlerine bakan Praetorlar ise iki taneydi: Praetor Urbanus ve Praetor Peregrinus. İlk önce bir yıllığına seçilen Praetorlar bu süre bittikten sonra ise İtalya dışındaki devletin diğer hâkim olduğu topraklara vali olarak atanmaktaydılar. Bu sayede bu atandıkları bölgelerde askeri, idari ve yargısal birçok görev edinmişlerdir. Praetorlar göreve seçildiklerinden itibaren önüne gelebilecek uyuşmazlıklarda uygulayacakları hukuk kurallarını bir “edictum” ile halka bildirirlerdi. Dolayısıyla isteyen vatandaşlar uyuşmazlıklarını Praetorlara götürüp, hükme bağlanmasını isteyebilmekteydiler.⁹⁹

Ceza davalarında davaya bakmakla görevli kişiler ise hâkim sıfatına haiz Kvestorlardı. Vatana ihanet suçuna ise bunlar bakamazlardı. Kvestorluk kurumu cumhuriyet devri ile beraber kurulmuştur. Halkın alışveriş yaptığı çarşı, pazar gibi yerlerde meydana gelen uyuşmazlıkları çözmekle görevli mercii ise Pleblerin yardımcıları olan Ediler idi.¹⁰⁰

Cumhuriyet devri Roma’ında Konsüllerin yargılama alanındaki yetkileri in jure ismi verilen dava hakkının tespit edilmesi ve tanınması aşamasında kendini göstermektedir. Asıl aşama olan ve in judicio denilen kararın verilmesi aşamasında devletten bağımsız olan Judex ismindeki hâkim ve hakemler yetkili organlardı. Bu hususi hâkimlerin, hukuk alanında eğitim görme zorunlulukları da bulunmamaktadır. Bu hâkimlerin işlerine Konsüller de dâhil olmak üzere kimse karışamazdı.¹⁰¹ Bu usulün adı sacramentum usulüdür. İlerleyen zamanlarda önlerine gelen

⁹⁹ KARAMAN, Hayreddin, İslam Hukuk Tarihi, İz yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 33.

¹⁰⁰ ARSAL, Umumi Hukuk Tarihi, s. 218.

¹⁰¹ OKANDAN, s. 504.

uyuşmazlıklarda Praetorların tarafları hâkime göndermek yerine kendilerinin de hüküm verdikleri görülmüştür.¹⁰²

Bu devirde hâkimler iki türlü idi. Birinci tür kendileri özel olarak devlet görevinde olmaksızın hâkimlik yapanlar, diğerleri ise Praetorlar tarafından hâkim olarak belirlenen resmi görevlilerdi. Taraflar aralarındaki uyuşmazlığı istedikleri hâkime götürmekte özgürdüler.¹⁰³ Eğer taraflar davalarını özel hâkimlere götürmek konusunda anlaşamazlarsa Praetor'un listesindeki hâkimlerden biri davacı tarafından davalıya bildirilir, ancak davalı bu hâkimi istemezse, özel hâkim Praetor tarafından belirlenirdi.¹⁰⁴

Bu devletten bağımsız özel hâkimler çoğu zaman tek hâkim olarak görev yapmaktaydılar; ancak arazi sınırını tespit davalarında üç kişi olarak da görev yapmışlardır. Sonraki devirlerde ise vatandaşlarla yabancılar ve yabancıların kendi aralarındaki davalarda üç, beş ve yedi kişiden müteşekkil mahkeme heyetini oluşturmaktaydılar. İlk önceleri bu heyetlerdeki hâkimler Majistra tarafından belirlenmişlerse de sonradan kur'a yolu ile belirlenmişlerdir. Bu hâkimlerin görevleri sürekli değildi. Görevlendirildikleri dava sonuçlandığı zaman bu hâkimlerin görevleri de sona ermekteydi. Sonraki devirlerde yine 105 kişiden oluşan ve sürekli olarak görev yapmak üzere belirlenen Centumvirler Mahkemesi önceleri sadece miras işlerine bakmasına rağmen sonradan vazifeleri genişletilmiştir. Ayrıca yine heyet halinde ve sürekli olarak yargılama yapmak üzere belirlenen Decemviri stlitibus judicandis isimli bir mahkeme de on kişiden oluşmaktaydı. Bu on üyenin belirlenme yetkisi ise halk meclislerindeydi.¹⁰⁵

Bu devirde yargılamanın yapıldığı yer ise halkın rahatça gelebildiği şehir merkezindeki forum meydanıydı. Bu meydana herkes istediği gibi girip, çıkabilir ve yargılama faaliyetini izleyebilirdi. Yargılamanın açıklığı ilkesi roma hukukunun temel esasları arasında yer almaktadır. Hiçbir kimse davayı izlemekten, takip etmekten alıkonulamazdı. Yargılama gece saatlerinde yapılmazdı. Eğer uyuşmazlık

¹⁰² OKANDAN, s. 507.

¹⁰³ ARSAL, Umumi Hukuk Tarihi, s.249.

¹⁰⁴ OKANDAN, s. 507.

¹⁰⁵ OKANDAN, s. 507-508.

hâkimin bilgisinin olmadığı bir konu ile ilgiliyse veya hâkim uyuşmazlığı çözemeyeceğine kanaat getirirse yargılama yapmaktan çekinebilirdi.¹⁰⁶ Burada şunu da belirtelim ki, bu devirde yargılama ücretsiz olarak icra edilmekteydi. Taraflardan herhangi bir ücret alınmazdı.¹⁰⁷

Romalılarda cumhuriyet devrinde ortaya çıkan hukuka Praetorlar hukuku adı verilmektedir. Bunun nedeni ise her yeni gelen Praetor yeni düzenlemeler yapmış, yeni hukuk kuralları meydana getirmiş ve yorumlamıştır. Bu çeşitlilik ortamı da Romalılarda bu devirde hukukun gelişmesinde temel etken olmuştur.¹⁰⁸

3. İmparatorluk Döneminde

İmparatorluk devrinde ise yasama, yürütme ve yargı alanında ülkedeki en yüksek ve yetkili mercii İmparator'du. İmparator hukuk kuralları koyar ve bu kuralları yorumlardı. İmparator'un yargılamaya ilişkin bu yetkileri sadece Roma şehrinde değil, imparatorluğun her bölgesinde kendini göstermektedir.¹⁰⁹ Hâkimler, İmparator adına yargılama yapmaktaydılar. Bazen halk davalarını direk olarak da İmparator'a götürebilmekteydiler. Hâkimler tarafından verilen kararı temyiz etmek isteyen taraflar davayı temyiz mercii olarak İmparator'a götürebilirlerdi. Bu devirdeki hâkimlik teşkilatı ile alakalı açığa çıkmamış olan noktalar da oldukça çoktur. Önceki devirlerdeki Praetor, Konsül ve Ediller gibi müesseseler varlıklarını sürdürmekle beraber bu devirde yetkileri kısıtlanmıştır.¹¹⁰

Bu devirde yeni olarak ortaya çıkan bir kurum ise Prefektus müessesesi idi. Prefektus'lar, imparator Roma dışına çıktığında onun yerine geçer ve ona vekâlet ederlerdi. Dolayısıyla İmparator olmadığı zaman, onun adına Roma'da yargılama faaliyetlerine de bakmaktaydılar. Pek tabii İmparator'a ilk derece veya temyiz yargılama mercii olarak götürülecek davalara da Prefektus'lar bakmaktaydılar.¹¹¹ Merkezi devlete bağlı olan bölgelerde eğer ayrıca atama yapılmışsa hâkimler, eğer

¹⁰⁶ ARSAL, Umumi Hukuk Tarihi, s.257.

¹⁰⁷ EREM, s. 852.

¹⁰⁸ ARSAL, Umumi Hukuk Tarihi, s.292-293.

¹⁰⁹ OKANDAN, s.510.

¹¹⁰ OKANDAN, s.509.

¹¹¹ ARSAL, Umumi Hukuk Tarihi, s.364.

hâkim ataması yapılmamışsa hâkim sıfatıyla valiler yargılama yapmaktaydılar.¹¹² Yani İslam ve Osmanlı hukukunda olduğu gibi bir yerin yöneticisi konumundaki kişiler, eğer o bölgede hâkim bulunmuyorsa hâkimin yerine hukuki uyumsuzluklara bakar, hüküm verirlerdi.

İmparatorluk devrinin ilk zamanlarında verilen hükmü bir üst yargı merciine gönderme, yani temyiz veya istinaf yargılaması bulunmamaktaydı. Üst mercii yargılaması benimsendikten sonra ise yapılan usul istinaf yargılamasıydı. Yani alt derece hâkim tarafından verilen hükmü beğenmeyen taraflardan biri, bir üst derece hâkime gittiğinde bu üst derece hâkimi hükmü bozmakla kalmaz; ayrıca yeni bir hüküm de verirdi. Üst derece yargılama mercii bazen İmparator da olabilirdi.¹¹³ İmparatorun önüne getirilen bir davayı, İmparator hükme bağlaması için başka bir hâkime de gönderebilirdi. İmparator en son temyiz merciiydi.¹¹⁴ Diokletianus (M.S. 285) zamanında ise Prefektus Pretorio'lar tarafından verilen hükümlere karşı başka bir merciye başvurulamayacağı hususu kural haline gelmiştir.

İmparatorluk devrinde davalının mahkemeye çağırılması iki şekilde yapılmaktaydı. Birincisi davacı bizzat kendisi bir mektup ile davalıyı çağırabilirdi. İkinci usul ise davalının nerede olduğu bilinmiyorsa hâkim bizzat “edictum” isimli bir celp çıkarırdı. Üç defa çağrı yapıldığı halde mahkemeye gelmeyen davalının yokluğunda karar verilebilirdi.¹¹⁵

M. CAHİLİYE DÖNEMİNDE ARAP HUKUKUNDA HÂKİMLİK VE NİTELİKLERİ

İslamiyet öncesi, cahiliye dönemi denilen zamanda Araplar içinde bir kral, devlet başkanı olmadığı gibi düzenli bir yargı teşkilatı da yoktu. Toplum kabileler halinde yaşıyordu. Kabilelerin kendi içinde ortaya çıkan uyumsuzluklara kabile reisi hâkim sıfatıyla bakıyordu. Araplarda kabile reisleri barışta kabilenin hâkimleri,

¹¹² OKANDAN, s.512.

¹¹³ ARSAL, Umumi Hukuk Tarihi, s.382.

¹¹⁴ ARSAL, Umumi Hukuk Tarihi, s.385; OKANDAN, s.546.

¹¹⁵ ARSAL, Umumi Hukuk Tarihi, s.383; OKANDAN, s.551.

savaşta ise komutanlarıydı.¹¹⁶ Bu devirde bazı uyuşmazlıkların kâhin ve büyücülere götürüldüğü de görülmüştür. Taraflar arasındaki uyuşmazlıklarda kura çekmek de oldukça yaygın bir yöntemdi.¹¹⁷

Kabile reislerinin davalara bakarken esas aldıkları herhangi bir kanun vb. yazılı kaynak bulunmamaktaydı. Kabile reisi davayı eskiden beri toplumda kurallaşmış, kanunlaşmış olan örf ve adet kurallarına göre çözümlerdi. Uyuşmazlığın taraflarının davanın görülmesi için hakeme başvurmaları da oldukça yaygın bir yöntemdi. Bu hakemler ise şöhret ve şeref sahibi, emin ve adil olan kişilerden seçilmekteydi.¹¹⁸

Davalar görülürken, kabilelerdeki güçlü insanlar davanın taraflarından biri oldukları zaman, haklı veya haksız olmalarına bakılmaksızın davayı kazanıyorlardı. Bu durumu önlemek, güçlü bir sosyal statüde bulunmayan insanları korumak ve kollamak ve kimsesizlere yardımcı olmak amacıyla Hilfü'l Fudûl isimli bir müessese kurulmuştur. Hz. Peygamber de, peygamberliğinden önce bu örgüte üye olmuş, insanlara burada yardım etmiştir.¹¹⁹

Cahiliye devrindeki davayı ispat vasıtaları İslam hukukunda da benimsenmiştir. Bu kurallara göre davacının iddiasını ispat için delil veya şahit göstermesi, davalı da bu iddialara karşılık olarak yemin vermesi gerekmektedir.¹²⁰ Sonuç olarak cahiliye devri Arabistan'ında, yargı birliği ve ayrı bir hâkimlik mesleğini icra eden kişiler yoktu. Taraflar aralarındaki uyuşmazlıkları kabile reislerine, tarafsız hakemlere veya büyücülere danışarak bazen de kura çekerek çözümlenmekteydiler.

N. ESKİ TÜRKLERDE HÂKİMLİK VE NİTELİKLERİ

Eski Türklerde adliye teşkilatına koni adı verilmekteydi. Göktürklerde ise bu teşkilat daha da gelişmiş bir şekilde tezahür etmektedir. Göktürklerde “Yargu” adı verilen yüksek mahkeme görevini yürüten mahkeme, devlet başkanı olan Hakan'ın

¹¹⁶ HAMİDULLAH, Muhammed, İslam Anayasa Hukuku, Beyan Yayınları, İstanbul, 1998, s. 21.

¹¹⁷ EKİNCİ, Hukukun Serüveni, s.68-69.

¹¹⁸ BARIŞ, Mustafa Necati, “Cahiliye Döneminde Yargı Sistemi”, F.Ü.İ.F.D, C.17, Sy.1, s.161.

¹¹⁹ HAMİDULLAH, Muhammed, “Hilfü'l Fudul”, DİA, C.XVIII, s. 31-32.

¹²⁰ ZEYDAN, Abdülkerim, İslam Hukukuna Giriş, terc. Ali Şafak, İstanbul, 1995, s.73.

başkanlığında toplanırdı. Bu mahkemenin üyeleri arasında; Hakan, vezir olan Tonyukuk ve Hakan adına örfi hukuku uygulamakla görevli olan yarganlar da bulunmaktaydı. Örfi hukuka töre adı da verilmekteydi.¹²¹

Bunun dışında diğer davalara ise hakanın tayin ettiği ve hukuk bilgisi olan hâkimler bakmaktaydı. Hâkimlik itibarlı bir meslekti, dolayısıyla hükümdar olan hakanın soyundan gelen kişiler hâkimlik mesleğiyle görevlendirilmekteydiler. Hâkimin verdiği karardan memnun olmayan davanın tarafları, bu davayı temyiz merci olarak hakanın huzuruna götürebilmekteydi.¹²² Bitikçi adı verilen ve devlet başkanı olan Han'a özel kâtiplik yapan ve ayrıca adalet ve dışişleri bakanlığı görevlerinde de bulunan memurdan da bahsetmek gerekir. Bu bitikçilerin sahip olması gereken vasıflar ise zeki ve âlim olmak, yazı işlerinde de bulunduğu için güzel yazı yazabilmek ve güzel konuşabilmek, tamahkâr olmamak, içkiden uzak durmak ve sır saklayabilmek olarak belirtilmiştir.¹²³ Bu memurların adalet bakanı olması hasebiyle hâkimlik görevini de yapabildiği düşüncesindeyiz.

II. İSLAM DEVRİNDE HÂKİMLİK VE NİTELİKLERİ

A. HZ. PEYGAMBER DEVRİNDE HÂKİMLİK VE NİTELİKLERİ

Hız. Âdem'den itibaren, kendisine hüküm verme, dava çözme görevi verilmemiş olan bir peygamber gönderilmemiştir. Bu durum bizzat Kur'an-ı Kerim'de peygamberlerle ilgili belirtilen kıssalardan ve olaylardan anlaşılmaktadır.¹²⁴ Sad suresi 26. ve Maide suresi 49. Ayetlerinde peygamberlerin hüküm verme faaliyetiyle görevli oldukları ve ümmetleri arasındaki uyuşmazlıkları çözmeleri emrolunmuştur. Dolayısıyla diğer bütün peygamberler gibi Hız. Peygamber de ümmetinin uyuşmazlıklarını çözmüş, Kur'an-ı Kerim ışığında belirli hukuk kuralları koymuş ve bu kuralları da önüne gelen hukuki uyuşmazlıklarda bizzat kendisi uygulamış ve sahabeden de kendisine hâkimlik yetkisi verdiği kişilere

¹²¹ CİN, Halil, AĞÜNDÜZ, Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul, 1995, C. I, s.70-71.

¹²² EKİNCİ, Hukukun Serüveni, s.94.

¹²³ ARSAL, Sadri Maksudi, Türk Tarihi ve Hukuk, İsmail Akgün Matbaası, 1947, s. 107-108.

¹²⁴ ATAR, Fahrettin, "Kadı", DİA, C. XIV, s. 66.

uygulatmıştır.¹²⁵ Bu sebeple İslam hukukundaki ilk hâkim Hz. Peygamber'dir. İslam devletinde ilk yargılamayı yapıp, ilk hükmü veren de O'dur.¹²⁶

Yüce Allah Kur'an-ı Kerim'de de “(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 da onların arzularına uyma.”¹²⁷ diyerek hüküm verilirken Kur'an'ın getirdiği ölçütler ve kurallar çerçevesinde hüküm verilmesini bunların dışında şahsi ilişkiler göz önünde bulundurularak hüküm verilmemesi gerektiği ve haktan ayrılmaması tavsiye edilmiştir.

Hz. Peygamber döneminde yargılama sistemi, devletin hüküm verildikten sonra, bu hükmü icra edecek, ceza verildiyse cezayı infaz edecek, tazminata hükmedilmişse tazminatı tarafların birinden alıp diğerine verecek veya bir malı birisinden alıp diğerine verecek icraatlarda bulunması esası üzerine kurulmuştur. Yani verilen hüküm bizzat devlet organları aracılığıyla infaz ediliyordu.¹²⁸ Kur'an'da da “Allah ve Resulü 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 Resulüne karşı gelirse şüphesiz ki o apaçık bir şekilde sapmıştır”¹²⁹ buyrulmuştur.

¹²⁵ BERKİ, Ali Himmet (ö. 1976), İslamda Kaza Hüküm ve Hâkimlik ve Tevabii, Yargıçoğlu Matbaası, Ankara, 1962, s. 6.

¹²⁶ Hz. Peygamberin hanımı Ümmü Seleme'den rivayet edilen bir Hadis'e göre “Allah'ın Elçisi buyurdu ki: Şüphesiz ben de 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.” Bu Hadis'e göre Hz. Peygamberin yargılama yapıp hüküm verdiği anlaşılmaktadır. Buhari (ö. 870), Sahih-i Buhari, Ter: Mehmed Sofuoğlu, Ötüken Yayınları, İstanbul, 1990, *Ahkâm*, 20; Müslim (ö. 875), Sahih-i Müslim, Ter: Ahmed Davudoğlu, Sönmez Neşriyat, İstanbul, 1977, *Akdiye*, 4-5; Ebu Davud, Süleyman b. el-Eş'as b. İshak el-Ezdi Ebû Davud es- Sicistani (ö.889), Sünen-i Ebu Davud, Ter: Abdullah Parlıyan, Konya Kitapçılık, Konya, 2007, *Akdiye*, 7.

¹²⁷ Maide, 5/48.

¹²⁸ BARUT, s. 24.

¹²⁹ Ahzab, 33/22.

Nisa suresinde, Hz. Peygamber tarafından hüküm verildikten sonra bu hükmü uygulamayanların gerçek mü'min sayılmayacağı söylenmiştir.¹³⁰ Nur suresinde ise Allah ve Peygamberlerinin hükmüne itaat edenlerin gerçek mü'min oldukları ve mutluluğa erecekleri ifade edilmiştir.¹³¹ Medine Anayasası'nın 23. Maddesi de Hz. Peygamberin hüküm verme yetkisini belirtmektedir.¹³²

Hz. Peygamber Medine'ye hicret ettikten sonra, Medine ve çevresindeki kabilelerle bir anlaşma yapmıştır. Bu anlaşmaya göre uyuşmazlık kabilenin içindeki iki kişi arasında ise bu uyuşmazlığı kabile reisi, eğer farklı iki kabileye mensup kişiler arasında ise Hz. Peygamber uyuşmazlığı çözecektir.¹³³ Bu durum Medine Anayasasında da belirtilmiştir. Burada Hz. Peygamber üst yargı merci statusündedir ki bu da Hz. Peygamber'in Medine devletinin devlet başkanı olmasından ileri gelir. Hz. Peygamber bu devlet başkanlığının ilk yıllarında hüküm verirken, hâkimlerin yargılama yaparken uyması gereken esas ve usulleri de belirlemiştir.¹³⁴

İslam devletinin sınırları genişledikçe, Hz. Peygamberin bütün ülkedeki davalara bakması imkânsız olacağından, Hz. Peygamber kendisini temsilen davalara bakması için sahabeden bazı kimseleri görevlendirmiştir. Örnek olarak Muaz b. Cebel'i Cened'e, Hz. Ali'yi Yemen'e, Hz. Osman'ı Taif'e, Muhacir b. Ebu Ümeyye'yi San'a'ya, Ziyad b. Lebib'i Hadramut'a, Ala b. Hadrami'yi Bahreyn'e ve Attab b. Esid'i ise Mekke'ye hâkim olarak atamıştır.¹³⁵ Daha sonra ayrıntılı bir şekilde bahsedeceğimiz üzere, Hz. Peygamber, Muaz'ı hâkim olarak atarken nasıl hüküm vermesi gerektiğini sormuş, bir bakıma bu akıllı ve bilgili sahabeyi sınav yapmıştır. Hz. Peygamberin sorduğu sorulara doğru cevap veren sahabe Hz.

¹³⁰ "Hayır; Rabb'ine and olsun ki, aralarında çekiştikleri şeylerde seni hakem tayin edip, sonra senin verdiği hüküm içlerinde bir sıkıntı duymadan tamamen kabul etmedikçe inanmış olmazlar." Nisa, 4/65.

¹³¹ "Aralarında hüküm verilmek üzere Allah'a ve Peygambere çağırıldıkları vakit: "İşittik, itaat ettik" demek, ancak müminlerin sözüdür, işte saadete erenler onlardır." Nur, 24/51.

¹³² "Üzerinde ihtilafa düştüğünüz herhangi bir şey, Allah'a ve Muhammed'e götürülecektir. Selam O'na olsun." HAMİDULLAH, İslam Anayasa Hukuku, s. 277.

¹³³ HAMİDULLAH, İslam Anayasa Hukuku, s. 23.

¹³⁴ ATAR, İslam Adliye Teşkilatı, s. 47.

¹³⁵ ATAR, "Kadı", DİA, C. XIV, s. 66.

Peygamber tarafından övülmüştür.¹³⁶ Hz. Peygamber, Hz. Ali'ye ise “*Önüne iki taraf oturduğu zaman ilk defa işitiyormuş gibi her iki tarafı da dinlemeden sakın karar verme. Bir taraf sana meseleyi değişik göstermek isteyebilir*”¹³⁷ diyerek öğütte bulunmuştur. Burada hâkimin hüküm verirken dikkatli olması gerektiğini, uyuşmazlığı iyi bir şekilde anlamadan karar vermemesi gerektiğini anlıyoruz. Hâkim olarak görevlendirilen diğer sahabiye de bu şekilde öğütlerde bulunulmuştur.¹³⁸ Bu şekilde Hz. Peygamberin hâkim olarak atadığı sahabiye verdiği öğütler ve sorduğu sorular hâkimin yargılamayı nasıl yapması gerektiğini, yargılama yaparken kendisine gerekli olan niteliklere de ışık tutmaktadır. Burada şunu da belirtmek gerekir ki Hz. Peygamber devrinde hâkimliğin belirli bir yetki alanı, şekli ve sistemi bulunmamaktaydı. Yeni fethedilen bölgelere yetenekli ve bilgili sahabi hâkim veya vali olarak atanabiliyor ve yahut sefere çıkıldığında geride bırakılan bir sahabe yargılama yapmak üzere geçici olarak görevlendirilebiliyordu.¹³⁹

B. DÖRT HALİFE DEVRİNDE HÂKİMLİK VE NİTELİKLERİ

Hz. Ebubekir döneminde, yargılama ve hâkimlik bakımından Hz. Peygamber döneminden farklı uygulamalara pek rastlanmaz. Hâkimlerin bu dönemde de hüküm verirken başvurduğu kaynaklar Kur'an ve Hz. Peygamberin Sünnetiydi.¹⁴⁰ Eğer bunlarda hüküm verecek bir kural bulamazlarsa içtihat ederlerdi. Dört halife devrinde görev yapan hâkimler, hüküm verme açısından zorlukla karşılaştıkları bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda, Hz. Peygamber olsa idi nasıl davranırdı diye sahabeye sorarak zorluğun üstesinden gelir ve en adil bir şekilde hüküm vermeye çalışırlardı.¹⁴¹

¹³⁶ Ebu Davud, *Akdiye*, 11; Tirmizî, *Ahkâm*, 3; BARUT, s. 26.

¹³⁷ Ebu Davud, *Akdiye*, 6. Daha sonra Hz. Ali şöyle demiştir ki: “*Ben o günden bu yana hâkimlik yaparım ve verdiğim hiçbir hükümdede tereddüt etmedim.*” HALLAF, Abdülvahhab, İlk Dönem İslam Hukuku Yasama, Yargı ve Yürütme, çev. Abdülhadi Timurtaş, Pınar Yayınları, 2006, İstanbul, s. 28.

¹³⁸ Ahmed b. Hanbel, Ebû Abdullah Ahmed b. Muhammed eş-Şeybani (ö.855), *Müsned*, Ter: Rıfat Oral, Ensar Yayıncılık, Konya, 2004, IV, 205

¹³⁹ HALLAF, s. 29.

¹⁴⁰ HALLAF, s. 56.

¹⁴¹ BARUT, s. 27.

Hız. Ömer devrinde devletin genişleyen sınırları mukabilinde, yeni fethedilen yerlere hâkimler ve valiler görevlendirilmiştir. Belirtmek gerekir ki, öncesinde bir bölgeye atanan vali (yönetici) aynı zamanda yargılama yapma yetkisine de haiz oluyor ve aynı zamanda hâkimlik yapıyordu.¹⁴² Hız. Ömer devrinden itibaren ise yargılama fonksiyonu ile yönetim fonksiyonu ayrıldı ve bir kişinin hem hâkimlik hem de valilik yapmasının önü kapanmış oldu.¹⁴³ Valilere verilen bu hüküm verme yetkisi kısas ve had suçuna giren ceza davaları ile sınırlandırılmaktaydı.¹⁴⁴ Hâkimler ise medeni hukuk alanındaki ve tazir cezasını gerektiren uyuşmazlıklara bakmaktaydılar.¹⁴⁵ Daha sonraki zamanlarda devletin sınırları genişlediği için devlet başkanlarının yükleri artmış ve cinayet davaları da hâkimlerin görev alanına sokulmuştur.¹⁴⁶ Hız. Ömer, özel olarak bir bölgeye hâkim atayan ilk halifedir. O zamana kadar yukarıda bahsettiğimiz şekilde atanan valiler hüküm verme yetkisiyle beraber atanmaktaydılar.¹⁴⁷

Halifelerin hâkim atamalarına özellikle dikkat ettikleri ve bu makama hak eden kişilerin getirilmesi için uğraştıkları açıktır. Halifelîği devrinde Hız. Ali, el-Eşter en-Nehai'yi Mısır'a vali olarak atamış ve bu kişiye Mısır'da hâkim ataması için yetki vermiştir. Hangi kimseleri hâkim olarak ataması konusunda ise şu şekilde talimat vermişti: *“Daha sonra insanlar arasında hüküm vermek için halkın arasından her meseleye açık, hasımlara karşı yenilmeyecek, hatasında ısrar etmeyen, hakkı*

¹⁴² Bu atanan valilerin hâkimliğin yanında öğretmenlik, müftülük ve zekât toplama memurluğu da yaptıklarına dair görüş için bkz. HALLAF, s. 28.

¹⁴³ Bu durum yargılama iş yükünün çok olduğu bölgelere özgüydü. Küçük ve iş yükü az olan bölgelerde ise hâkimlik görevini yine valiler yerine getiriyordu. BERKİ, İslamda Kaza Hüküm ve Hâkimlik ve Tevabii, s. 11. Bu durum yargılama iş yükünün çok olduğu bölgelere özgüydü. Küçük ve iş yükü az olan bölgelerde ise hâkimlik görevini yine valiler yerine getiriyordu.

¹⁴⁴ Emeviler devrinde hâkimlerin cezai konularda yetkisi bulunmasına rağmen Abbasilerde ceza hukukunun uygulanması ile ilgili hususların büyük bir bölümü şurta (polis) teşkilatına bırakılmıştır. SCHACHT, Joseph, An Introduction to İslamic Law, Oxford University Press, New York, 1982, s. 50; ORTAYLI, İlber, “Osmanlı Şehirlerinde Mahkeme”, *Bülent Nuri Esen Armağanı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 1977, s. 248.

¹⁴⁵ Bu devirde vali olmayan normal bir hâkimin kısas ve had cezalarında hüküm verdiği rastlanmamıştır. Fakat Emevi halifesi Muaviye'nin Mısır'daki hâkimine yaralama davalarına da bakmasını emrettiği rivayet edilmiştir. HALLAF, s. 62.

¹⁴⁶ BERKİ, İslamda Kaza Hüküm ve Hâkimlik ve Tevabii, s. 54.

¹⁴⁷ NEBHAN, Muhammed Faruk, İslam Anayasa ve İdare Hukukunun Genel Esasları, İstanbul, 1980, s. 559.

öğrendiğinde rahatça ona dönebilen, nefsini tamahtan koruyabilen, meseleyi yüzeysel değil derinden kavrayan, halk arasında en çok şüphelerden kaçan, hükümde delillere dayanan, işleri açığa çıkarma hususunda en sabırlı, hükmün belirlendiği sırada en cesaretli olan, tartışmalarda böbürlenmeyen ve gururlanmayanlardan kadılar seç. Doğrusu bu vasıflara sahip olan insanlar çok azdır."¹⁴⁸

Bu devirde hâkimlerin yasama ve yürütme yetkilerini kendinde barındıran halifeden bağımsız olarak hüküm verdiklerini görürüz. Hâkimler bizzat devlet başkanı olan halifeleri taraf statünde yargılamışlar ve hatta onların aleyhine hüküm vermekten çekinmemişlerdir.¹⁴⁹ Devlet başkanı olan halife ise aleyhlerine hüküm veren hâkimlere karşı herhangi bir korkutma, baskı veya tehdit yoluna gitmemişler ve hatta ileride de anlatacağımız üzere hüküm verirken kendilerine iltimas gösteren hâkimleri uyarılmışlar ve hatta onları azledeceklerini belirtmişlerdir.¹⁵⁰

C. EMEVİLER DEVRİNDE HÂKİMLİK VE NİTELİKLERİ

Emeviler devrinde, hüküm verirken adaletli davranmayan veya meslek etiklerine aykırı davranan hâkimler görevden alınmışlardır. Örnek vermek gerekirse, Emeviler devrinde Mısır kadısı olan Yahya b. Meymun el-Hadrami, hükümlerinde adaletsiz davrandığı için halife Hişam b. Abdülmelik tarafından Mısır valisine verilen bir emirle azledilmiştir.¹⁵¹

Halife Ömer b. Abdülaziz ise hâkimlerde bulunması gereken özellikleri şöyle saymıştır: "*Kadıda beş özellik bulunursa kemale ermiş sayılır. Bunlar ilim, tamah*

¹⁴⁸ Hz. Ali'nin talimatında belirttiği bu şartlar günümüz hukukunda da hâkimlerde aranan niteliklere ışık tutmaktadır. Ancak kendisinin de belirttiği üzere bu vasıflara sahip olan insan sayısı oldukça kısıtlıdır. HALLAF, s. 58.

¹⁴⁹ Hz. Ali ile Yahudi'nin davası örneğinde Kadı Şureyh önüne gelen taraflardan Hz. Ali'nin getirdiği şahitlerden birisi oğlu olduğu için ve tek şahitle de hüküm verilemeyeceği için hâkim dava konusu zırhın Yahudi vatandaşa iade edilmesine karar vermiştir. Bunun üzerine halifenin bile kendisiyle aynı şekilde yargılanmasından etkilenen Yahudi, zırhın parasını aldığını kabul etmiş ve Müslüman olmuştur. BİLMEN, Ömer Nasuhi (ö. 1971), Hukuk-ı İslâmiyye ve Istilahat-ı Fıkhiyye Kamusu, İstanbul, 1970, C. VIII, s. 222.

¹⁵⁰ Bu örnekte de Hz. Ömer davanın taraflarından birisi olduğu halde kendisine yemin teklif edildiği zaman, halifeye yemin teklif ettirmesin diyen hâkimi uyarılmış ve hâkimlik makamına yakışır şekilde adaletli olarak hüküm vermesini öğütlemiştir. NUMANİ, Şibli, Bütün Yönleriyle Hz. Ömer ve Devlet İdaresi, çev. Talip Yaşar Alp, Hikmet Yayınları, İstanbul, 1986, C. II, s. 94.

¹⁵¹ HASAN, Hasan İbrahim, İslam Tarihi, C. I-VI, Çev. İsmail Yiğit, Sadrettin Gümü, Kayıhan Yayınları, İstanbul, 1987, C. II, s. 199; BARUT, s. 29.

etmemek, yumuşak huyluluk, imamlara iktida etmek (Hz. Peygamber ve Raşid halifelerin görüşlerine tabi olmak) ve bilginlerle birlikte oturmaktır."¹⁵² Emeviler devrinde adli teşkilatta hâkim olabilmek için sıfırdan başlayacak şekilde bir sistem benimsenmiştir. Buna göre önce mahkemede zabıt kâtibi olarak göreve başlayan bir kişi, kâtiplikten naipliğe, naiplikten kadılığa, kadılıktan da kadılıkudatlığına yükselebiliyordu.¹⁵³

Emeviler devri ile birlikte bazı uygun ve adil olmayan uygulamalar da görülmeye başlanmıştır. Bu devirde halifelik babadan oğula geçmeye başlamıştır. Dolayısıyla halife olmak için yeterli özelliklere sahip olmayan kişiler halifelik makamına gelmişler ve bazı niteliksiz halifeler, yargılama faaliyetini yürüten hâkimlere baskı uygulamış, adaletli olmayan hâkimler yüksek mertebelere getirilmiş, yargılamanın asli görevlileri olan hâkimler siyasi otorite tarafından baskı altına alınmaya çalışılmıştır. Bu durum genellikle Emevilerin son devrine rastlar.¹⁵⁴

Bu devirde halife Abdümelik b. Mervan, halkı dinlemek ve kendisine getirilen uyuşmazlıkları çözmek için haftanın belirli bir gününü belirlemiştir. Bu görevi, yani bir nevi temyiz yargılaması yapma görevini daha sonra Divan-ı Mezalim isimli kurum devralmıştır. Bu mahkeme günümüzdeki Yargıtay, Danıştay ve Askeri Yüksek Mahkeme gibi temyiz mercilerinin yerini doldurmaktaydı.¹⁵⁵ Emevilerin büyük halifesi Ömer b. Abdülaziz devrinde kişilerin adliyenin haksız faaliyetlerinden dolayı zarara uğramalarını önlemek amacıyla hâkimlere emir ve talimatnameler gönderilmiştir.¹⁵⁶

Bu devirde devlet başkanı olan halifeler, ölüm, hapis ve para cezalarını hâkimlere danışmaksızın verirlerdi. Bazen de önemli valilere bu yetkilerini

¹⁵² NEBHAN, s. 563.

¹⁵³ ATAR, İslam Yargılama Hukuku, s. 86.

¹⁵⁴ BARUT, s. 29.

¹⁵⁵ KARAMAN, İslam Hukuk Tarihi, s. 245.

¹⁵⁶ ATAR, İslam Adliye Teşkilatı, s. 84.

devrederlerdi. Haccac b. Yusuf isimli valinin halifeye danışmaksızın ölüm cezası verdiği bilinmektedir.¹⁵⁷

Endülüs Emevileri devrinde ise yargılama alanında Abbasilerdeki kadılıkudat müessesesine paralel olarak kadı'l-cemaa kurumu kurulmuştur.¹⁵⁸ Bu kurum halife tarafından belirlenir, devlet içindeki en bilgili ve adil olarak görülen hukukçular bu göreve getirilirdi. Kadı'l-cemaa başkent Kurtuba'da oturur ve devletin resmi mezhebi olan Maliki mezhebine göre hüküm verirdi. Endülüs Emevileri devletinde hâkimler üstün konumdaydılar ve siyasi otoritenin baskısı üzerlerinde hissetmemişlerdi. Bu devlette Arap asıllı olmayan İspanyol ve Berberi asıllı Müslümanlar da hâkim olabilmişlerdir ve hatta bu İspanyol ve Berberi asıllı hâkimlerin oranı, Arap asıllı hâkimlerden fazladır. Bu husus şunu gösteriyor ki, Endülüs Emevileri devletinde hâkimlerin etnik kökenlerine bakılmamış, hüküm vermek için gerekli olan ilme, bilgiye ve diğer niteliklere sahip olan kişiler hâkim yapılmışlardır.¹⁵⁹

D. ABBASİLER DEVRİNDE HÂKİMLİK VE NİTELİKLERİ

Abbasiler devrinde hâkimlik, diğer zamanlara göre daha da gelişmiştir.¹⁶⁰ Bunun nedeni, zamanla bir hukuk nosyonunun oluşması ve değişik konularda farklı içtihatların ortaya çıkmasıyla beraber fetva veren müftiler ile hüküm veren hâkimler artık farklı mezheplere göre farklı sonuçlara ulaşabiliyorlardı. Bu durum da ilmiye sınıfını oluşturan bu meslek gruplarındaki kişilerin daha donanımlı olması sonucunu doğuruyordu.¹⁶¹

Bu devirde Iraktaki bir hâkim Ebu Hanife'nin görüşlerini esas alan Hanefi mezhebine göre hüküm verirken, aynı konuda Mısır'daki bir hâkim İmam Şafii'nin görüşlerine göre hüküm verebiliyordu. Bölgelerin ihtiyaçlarına göre farklı

¹⁵⁷ HAMİDULLAH, İslam Anayasa Hukuku, s. 56.

¹⁵⁸ ATAR, İslam Adliye Teşkilatı, s. 32.

¹⁵⁹ BARUT, s. 30.

¹⁶⁰ BLIGH-ABRAMSKI, Irit, The Judiciary (Qadis) as a Governmental-Administrative Tool in Early İslam, Journal of the Economic and Social History of the Orient, Vol. XXXV, s. 56.

¹⁶¹ KARAMAN, İslam Hukuk Tarihi, s. 238.

mezhepteki hâkimler farklı bölgelere atanıyordu.¹⁶² Abbasi halifeleri ise Hanefi mezhebine yakın oldukları için, Bağdat kadılığına Ebu Hanife'nin öğrencisi Ebu Yusuf getirilmiştir. Bu devirde ülke sınırları genişlediği ve nüfus da arttığı için halifelerin bizzat kendilerinin hâkim tayin etmeleri de fazla zaman alacağından kurulan kadılıkudatlık kurumu ile hâkimlerin tayin ve azilleri bu kuruma devredilmiştir.¹⁶³ Yargılamanın başı olan kadılıkudat, yargılama işlerinde Halife'nin yardımcısı değildir. Bizzat yargılama göreviyle görevlendirilmiş bir memurdur.¹⁶⁴

Abbasi devletinde, davacının başvurduğu mahkemede davacının mezhebenden farklı bir mezhebe mensup bir hâkim bulunuyorsa, bu hâkim davacının mezhebenden olan bir âlimden yardım ister ve davacının mezhebine göre hüküm verilmiş olurdu. Maverdi ise bir bölgeye hâkim tayin edilirken, o bölgede ağırlık olan mezhebin göz önüne alınmasının gerekli olmadığı görüşündedir.¹⁶⁵

Maalesef bu devirde de zaman zaman devlet başkanı olan halifelerin, kendi siyasi kararlarını hâkimler aracılığıyla meşrulaştırmaya çalıştıkları, hâkimleri baskı altına aldıkları görülmektedir. Ebu Hanife'nin kadılıkudatlığı kabul etmemesi ve bunun üzerine darp edilmesi, hapse atılması bunun en büyük örneğidir.¹⁶⁶

E. SELÇUKLULAR DEVRİNDE HÂKİMLİK VE NİTELİKLERİ

Selçuklularda iki tür mahkeme bulunmaktadır. İslam devletlerinin hemen hemen hepsinde bulunan şer'i mahkemelerin yanı sıra örfi mahkemeler de bulunmaktadır. Kadılıkudatlık müessesesinin Selçuklulardaki ismi kazaskerliktir. Bu kazaskerler askeri işlerle ilgili davalara bakmaktaydılar ve ayrıca yüksek mahkeme

¹⁶² NEBHAN, s. 563.

¹⁶³ ATAR, "Kadı", DİA, C. XXIV, s. 67; BERKİ, İslamda Kaza Hüküm ve Hâkimlik ve Tevabii, s. 61. Abbasiler devletinde merkeziyetçi bir yönetim anlayışı esas olduğundan kadılıkudatlık müessesesi bu sebeple kurulmuştur. Yani merkezden tek bir organ üzerinden hâkimlerin atanma ve azil işlemleri yapılmaktaydı. SCHACHT, Introduction to Islamic Law, s. 50.

¹⁶⁴ KAMALİ, Muhammad Hashim; "Appellate Review and Judicial Independence in Islamic Law", İslam and Public Law, edit. Chibli Mallat, London, 1993, s. 55.

¹⁶⁵ MAVERDİ, Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed es-Şafii (ö. 1058), Edebü'l-Kâdî, Tab'atü'l-İrşâd, Bağdat, 1971, C. I, s. 184, akt. BARUT, s. 31.

¹⁶⁶ BARUT, s. 31.

sıfatıyla temyiz görevleri de vardı.¹⁶⁷ Büyük Selçuklu devleti mezhep olarak Hanefiliği benimsediği için ülke genelinde bu mezhepten olan kişilerin hâkim olarak atandığı görülmektedir.¹⁶⁸ Büyük Selçuklular devletinin ünlü veziri Nizamülmülk Şafii mezhebinden olduğu için, bu devirde Şafii âlimler de önemli yerlere gelmişlerdir.¹⁶⁹ Anadolu Selçuklu devletinde ise, halkın davalarına ve askeri sınıfın davalarına bakmak üzere iki çeşit hâkim sınıfı bulunmaktadır. Bütün askeri nitelikli davalara ve miras davalarına kadileşker denilen ordu hâkimi bakardı. Bunu Osmanlılardaki kazaskerlik kurumuna benzetebiliriz.¹⁷⁰

Selçuklular devrinde hâkimlerin belirli bir gündelik veya aylıkla tayin edildikleri, rüşvet almaktan veya kast, cehalet gibi sebeplerle kötü hüküm vermekten men edildikleri bunun gibi hâkimliğe yakışmayacak davranışlarda bulunan hâkimlerin ise azledildikleri bilinmektedir. Çünkü hâkimler görevlerini icra ederken adaletten ayrılmamalı ve dürüst olmalıdırlar.¹⁷¹

Gerek Büyük Selçuklu gerekse Anadolu Selçuklu devletinde hâkimlerde aranan vasıflar konusunda somut bilgilere ulaşamamış olmakla beraber İslam hukukunun ve resmi mezhep olan Hanefi mezhebinin büyük âlimlerinin bu konuda daha önceden belirtmiş oldukları bağımsızlık, tarafsızlık, hak ve adaletten yana olma gibi temel ve değişmez niteliklerin bu devletler zamanında da bulunduğu, bu vasıflara sahip olmayan kimselerin hâkim olarak atanamadıkları kanaatindeyiz. Bu devletler zamanında uygulanan hukukun İslam hukuku olduğu konusunda kuşku bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu devletler zamanında hâkimlerde aranan nitelikler ve hâkimlerin hangi ölçütlere göre yargılama yaptıkları konusunda uygulamanın, daha önceki devirlerde İslam hukukçuları tarafından benimsenen esaslar, Hz. Peygamberin Sünneti ve Allah'ın Kitabına aykırı olmadığı görüşündeyiz.

¹⁶⁷ Kazaskerlik kurumunun eski Türklerdeki “Yolak” ve “Yargucu” isimlerinin değişmesinden ibaret olduğunu söyleyenler de bulunmaktadır. TURAN, Osman, Selçuklular Tarihi ve Türk İslam Medeniyeti, Dergâh Yayınları, İstanbul, 1980, s. 312.

¹⁶⁸ Ülkenin resmi mezhebi Hanefilik olduğu için bu mezheplerden hâkim tayin edilmesine Anadolu Selçuklularında da rastlamaktayız. UZUNÇARŞILI, İsmail Hakkı, Osmanlı Devleti Teşkilatına Medhal, Ankara, 1970, s. 122.

¹⁶⁹ KARAMAN, İslam Hukuk Tarihi, s. 238.

¹⁷⁰ UZUNÇARŞILI, Medhal, s. 122.

¹⁷¹ NİZAMÜLMÜLK, Siyasetname, çev. Nurettin Bayburtlugil, İstanbul, 1981, s. 69.

Sonuç olarak eski devirlerde hâkimlik mesleği günümüzde olduğu gibi önemli bir meslekti ve hâkimlerin belirli statüdeki veya belirli niteliklere haiz insanlar arasından seçilmesi esastı. Gerek eski devirlerde gerek İslam hukukunda olsun hâkimin genel olarak devlet başkanı tarafından seçildiğini görmekteyiz. Hâkimlerin vasıfları bakımından ise yargılama makamının gereklerini sağlamayan, adil olmayan, rüşvet yiyen kimselerin hâkim olarak atanmadığını eğer hâkimlik yapıyorsa azledildiklerini görmekteyiz.

İKİNCİ BÖLÜM

HÂKİM KAVRAMI, HÂKİMLİK YAPMANIN DAYANAKLARI VE HÂKİMLERİN NİTELİKLERİ

I. HÂKİM KAVRAMI VE HÂKİMLİK YAPMANIN DAYANAKLARI

A. HÂKİM KAVRAMI

Hâkim ve kadı¹⁷² kelimeleri Arapça kökenli sözcüklerdir.¹⁷³ Hâkim kelimesi için yapılan tanımlara bakacak olursak, “*Hâkim insanlar arasında vuku bulan anlaşmazlıkları şer’i hükümlere uygun olarak çözümlmek üzere veliyyü’l-emr tarafından tayin olunana kimsedir.*”¹⁷⁴, “*Dinin gösterdiği adaleti yayan, zulmü yok eden ve hiçbir tarafa meyletmeksizin şer’i hadleri yerine getiren ve sünnet yoluna giden kimsedir.*”¹⁷⁵, “*Anlaşmazlıkları gideren, anlayamayan kimseleri ayıran kimsedir*”¹⁷⁶ gibi değişik tanımlar yapılmıştır. Hâkim kelimesi Kur’an-ı Kerim’de Allah’a, Allah’ın yeryüzündeki halifesi olan insanlara, insanlara elçi olarak gönderilmiş olan peygamberlere ve peygamberlerin halifesi olan idarecilere ithafen kullanılmıştır.¹⁷⁷

¹⁷² Arapça’da kaza kelimesinin ism-i faili olan kadı, fıkıh terimi olarak insanlar arasında meydana gelen çekişme ve davaları şer’i hükümlere göre çözümlmek için yetkili makamlar tarafından atanan kişiye denir. ATAR, “Kadı”, DİA, C. XXIV, s. 66; FENDOĞLU, s. 119.

¹⁷³ Bu iki kelimenin eş anlamlı olduklarını söyleyenler de mevcuttur ki bunun sebebi hüküm ile kaza kelimelerinin eş anlamlı olduklarını, aynı anlama geldiklerini düşünmeleri hasebiyledir. Bu görüş için bkz. AVCI, Mustafa, “Klasik Osmanlı Hukukunda Hâkim, Hâkimin Görevi İhmali”, Osmanlı Devletinde Eğitim Hukuk ve Modernleşme, Ejder Okumuş, Ahmet Cihan, Mustafa Avcı, Özgü Yayınları, Temmuz, İstanbul, 2006, s. 70. Ömer Nasuhi Bilmen’ göre ise hâkim kelimesi kadı kelimesinde daha genel anlamda kullanılmaktadır. Hâkim kelimesi kadıları kapsadığı gibi otoriteye sahip olan idari mercileri de kapsayabilir. BİLMEN, C. VIII, s. 204.

¹⁷⁴ BİLMEN, C. VIII, s. 204; ÇELİKER, Hüseyin, İslam Hukukunda Yargı Bağımsızlığı, İstanbul, 2005, s. 60.

¹⁷⁵ MAVSİLÎ, Abdullah b. Mahmud b. Mevdud (ö. 1248), el-İhtiyar li- Ta’lîlî’l Muhtar, çev. Mehmet Keskin, Ümit Yayınları, İstanbul, 1998, C. II, 95-96.

¹⁷⁶ AVCI, “Klasik Osmanlı Hukukunda Hâkim, Hâkimin Görevi İhmali”, s. 70.

¹⁷⁷ AVCI, “Klasik Osmanlı Hukukunda Hâkim, Hâkimin Görevi İhmali”, s. 70.

Allah hakkında kullanılması bakımından: Kur'an'da “*Allah hâkimlerin hâkimi, hükümdarların hükümdarı değil mi?*”¹⁷⁸ denilerek hüküm verme ve yargılamanın en üst seviyesinin Allah'ın katında tecelli ettiği belirtilmiştir. Fıkıh usulünde de hâkim kelimesi hükmün asıl kaynağı ve hüküm (kanun) koyucu anlamlarına gelir ve dolayısıyla mutlak manada hâkim Allah'tır.¹⁷⁹

Peygamberler hakkında kullanılması bakımından: Hz. Davud'a yönelik olarak “*Ey Davud! Biz seni yeryüzünde halife (yönetici) yaptık. O halde insanlar arasında hak ve adaletle hükmet...*”¹⁸⁰ denilmiştir.

İnsanlar hakkında kullanılması bakımından: İnsanların halife olarak gönderildiğini belirten ayetler şunlardır: “*Peki darda kalan kendisine yalvardığı zaman imdadına yetişen, sıkıntısını gideren ve sizi yeryüzünün yöneticileri yapan kim? Allah'tan başka bir tanrı mı? Ne kadar da kıt düşünüyorsunuz!*”¹⁸¹, “*Sizi yeryüzünün halifeleri kılan, size verdiği şeylerde sizi denemek için kiminizi kiminizden derecelerle üstün kılan O'dur. Şüphesiz rabbinin cezası çok çabuktur; yine O'nun bağışlaması ve rahmeti boldur.*”¹⁸², “*Hani rabbın meleklere, "Ben yeryüzünde bir halife yaratacağım" demişti. Onlar, "Biz seni övgü ile tenzih ederken ve senin kutsallığını dile getirip dururken orada fesat çıkaracak ve kan dökecek birini mi yaratacaksın?" dediler. Allah "Şüphesiz yok ki, ben sizin bilmediklerinizi bilirim" buyurdu.*”¹⁸³

İdareciler hakkında kullanılması bakımından: İslam hukukunda devlet başkanı yetkisini doğrudan Allah'tan almaz, bu sebeple devlet başkanının ilahi bir pozisyonu ve sıfatı bulunmamaktadır. Devlet başkanı sahip olduğu bu yetkiyi halktan alır. Bu

¹⁷⁸ YAZIR, C. VIII, 5941.

¹⁷⁹ EBÛ ZEHRA, Muhammed, İslam Hukuku Metodolojisi, çev. A. Şener, Ankara, 2013, s. 71; ŞABAN, Zekiyüddin, İslam Hukuk İlminin Esasları, Notlar ekleyerek tercüme eden: İbrahim Kâfi Dönmez, TDV Yayınları, Ankara, 2009., s. 273. “*Hâkim bir şeye ispaten veya nefyen hükmeden, karar veren zattır. Ahkâm-ı şer'îyyede asıl hâkim olan Allah Teâlâ'dır.*” BİLMEN, C. I, s. 30

¹⁸⁰ Sad, 38/26.

¹⁸¹ Neml, 27/62.

¹⁸² En'am, 6/165.

¹⁸³ Bakara, 2/30.

nedenle devlet başkanı halkın temsilcisidir.¹⁸⁴ Hâkim kelimesinin Arapça çoğulu olan hükkam kelimesi Kur'an'da Bakara suresinin 188. Ayetinde “bünyesinde yargı yetkisi de barındıran yöneticiler” anlamında kullanılmıştır.¹⁸⁵

Fıkıh literatüründe ise “hükmetmek, hüküm vermek, idare etmek, yargılamak, iyileştirmek amacıyla engel olmak” anlamına gelen hüküm kelimesinin ism-i faili olan hâkim kelimesi devlet başkanı, yönetici hükümdar anlamlarını da karşılar. Hükkam kelimesi ise yönetici sınıfı tanımlamak için de kullanılmıştır. Genel olarak hâkimlerin niteliklerini anlatan “Edebü'l kadı” eserlerinde de nadiren kadı yerine hâkim kelimesinin kullanıldığına rastlanmaktadır. Mecelle'de ise konu ile ilgili bölümün başlığı kaza olmasına rağmen kadı yerine hâkim tabiri kullanılmıştır.¹⁸⁶

Sonraki dönemlerde ise günümüz Türkçe'sinde egemen, gücü elinde bulunduran anlamına gelen hâkim kelimesi terk edilmiş ve yargı faaliyetini yürüten memurlara kadı denilmiştir ta ki, 1838 tarihli Tarik-i İlmîyeye Dair Ceza Kanunnamesi'nde¹⁸⁷ ve Mecelle'de kadı kelimesi yerine hâkim kelimesi tercih edilinceye kadar.¹⁸⁸ O dönemden sonra kadı kelimesinin yerini hâkim kelimesi almıştır. Günümüz hukukunda da hâkim kelimesi kullanılmaktadır. Biz ise çalışmamızda hâkim kelimesi ile kadı kelimesini eş anlamlı olarak kullanacağız.

¹⁸⁴ KARAMAN, Hayreddin, Mukayeseli İslam Hukuku, İz Yayıncılık, İstanbul, 2012, C. I, s. 95.

¹⁸⁵ ATAR, “Kadı”, DİA, C. XXIV, s. 66; AVCI, “Osmanlı Hukukunda Hâkim”, s. 75.

¹⁸⁶ ATAR, “Kadı”, DİA, C. XXIV, s. 66

¹⁸⁷ ÇADIRCI, Musa, “Tanzimat'ın İlanı Sıralarında Osmanlı İmparatorluğunda Kadılık Kurumu ve 1838 tarihli Tarik-i İlmîyeye Dair Ceza Kanunnamesi”, AÜDTCF, Tarih Araştırmaları Dergisi, C. XIV, Sy:25, Ankara, 1982, s. 145-146.

¹⁸⁸ Mecelle'ye göre hâkim; hekim, fehim, müstakim ve emin, mekin, metin olmalıdır. MAA, md. 1792.

B. HÂKİMLİK YAPMANIN DAYANAKLARI

1. Kur'an

Kur'an-ı Kerim'in birçok yerinde peygamberlerin yaşamlarından kesitler sunulur ve bu kesitlerde peygamberlerin yargılama yapmaları veya yargılama yaparken dikkat etmeleri gereken hususlar belirtilmiştir.¹⁸⁹

Kur'an-ı Kerim'de *"Ey Davud! Gerçekten biz seni yeryüzünde halife yaptık. İnsanlar arasında hak ile hüküm ver. Nefis arzusuna uyma yoksa seni Allah'ın yolundan çevirir."*¹⁹⁰ buyrulmuştur.

Bu ayetin tefsiri *"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 su üç ayet, iki kıssa arasında 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."*¹⁹¹ şeklinde yapılmaktadır. Burada Hz. Davud'a devlet başkanı olmasından dolayı verilen hüküm verme, yargılama yapma görevi ve bu görevi nasıl yerine getirmesi gerektiği emri dolaylı olarak hüküm vermek üzere atanmış olan hâkimleri de kapsamaktadır.¹⁹²

Başka bir ayette ise *"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"*

¹⁸⁹ Yusuf, 12/26-29, 35-36, 45, 51, 74-76. Genel olarak İslam dininde hak ile hükmetmek en önemli ibadetlerden birisi olarak gösterilmiş ve adil hâkimlere büyük mükâfatlar müjdelenmiştir.

¹⁹⁰ Sad, 38/26.

¹⁹¹ YAZIR, Elmalılı Hamdi, Hak Dini Kur'an Dili, I-VIII, Eser Kitabevi, İstanbul, Ts, C. VI, 4091.

¹⁹² BEKTAŞ, s. 16.

*olur*¹⁹³ ” buyrulmuştur. Bu ayet Hz. Peygambere intikal eden bir davada verdiği hükmü taraflardan birisinin beğenmemesi ve itiraz etmesi üzerine inmiştir.

Bir diğer ayette ise; *“Ey Muhammed, onların aralarında Allah’ın indirdiği ile hükmet. Onların arzularına uyma. Onlardan sakın ki, Allah’ın sana indirdiği hükümlerin bir kısmından seni şaşırtsınlar”*¹⁹⁴ denilmiştir. Bu ayetin tefsirinde de Allah’ın indirdiği Kur’an ile hükmetmemenin doğru yoldan çıkmaya yol açacağına ve hüküm verirken de tarafların istekleri ne şekilde olursa olsun doğru yoldan ayrılmayarak sonuca ulaşmak gerektiği belirtilmiştir.¹⁹⁵

2. Sünnet

Yargılamanın İslam dininin gereklerinden birisi içinde yer alması konusunda Sünnet’te de birçok delil vardır.¹⁹⁶ Hadislerle yargılamanın nasıl yapılması gerektiğini açıklayan en önemli ve en sık rastlanan hadis Muaz hadisi olarak da bilinen hadistir. Buna göre Hz. Peygamber sahabeden Muaz bin Cebel’i Yemen’e kadı olarak atamıştır. Hz. Peygamber, Muaz’ı göndermeden evvel bir sınava tabi tutmuş, yargılama yaparken nasıl hükmedeceğini sormuştur. Muaz, *“Allah’ın kitabı ile hükmederim”* demiştir. *“Eğer Kur’an’da hüküm bulamazsan nasıl hükmedeceksin”* sorusuna ise *“Allah’ın elçisinin benzer konuda verdiği hükümlere bakarım.”* *“Peki, orda da hüküm bulamazsan?”* sorusuna ise *“O zaman da içtihad ederim.”* diyerek cevap vermiş. Bu cevap üzerine Hz. Peygamber çok sevinmiş ve Allah’a dua ederek Muaz’ı göndermiştir.¹⁹⁷

Bu hadiste hâkimin yargılama yaparken esas alması gereken kaynaklar sırasıyla belirtilmiştir. Ayrıca Hz. Peygamberin Muaz’ı kadı tayin etmeden sınav yapması¹⁹⁸ da hâkimlik vazifesinin insanlara rastgele verilemeyecek önemde bir görev olduğu ve sadece nitelikli insanların bu vazifeye getirilmesi gerektiğini bize göstermektedir.

¹⁹³ Ahzab, 33/36.

¹⁹⁴ Maide, 5/49.

¹⁹⁵ YAZIR, C. III, 1697-1698.

¹⁹⁶ ÇELİKER, s. 55.

¹⁹⁷ Tirmizî, *Hadis no:*1327; Ebu Davud, *Akdiye*, 11.

¹⁹⁸ BARUT, s.44.

Bir başka hadiste ise Hz. Peygamber hâkimin hüküm verirken eğer Kur'an'da ve Sünnet'te bulunmayan bir konu ile ilgiliyse içtihat etmesini tavsiye etmiş ve “*Hâkim, hüküm verirken içtihatla bulunur, sonra bu içtihadında isabet ederse ona iki sevap vardır. Fakat içtihatla bulunur ve hata ederse, ona bir sevap vardır*”¹⁹⁹ diyerek insanların hâkim olmasını ve hâkimlik yaparken de içtihatla bulunmalarını tavsiye etmiştir.

3. İcma

İslam toplumunun ilk devirlerinden itibaren yargılama faaliyetinin devletin devamını sağlayan en önemli unsurlardan birisi olduğu İslam mütefekkirleri tarafından kabul görmüş bir husustur.²⁰⁰ Bu sebeple mahkeme kurulmasına, bu mahkemelerde görevlendirilmek üzere de nitelikli ve yargılama faaliyetini ifa ile görevli hâkimler atanmasına İslam toplumlarında büyük bir özen gösterilmiştir.²⁰¹ Bu konuda sahabinin uygulaması ise İslam hukukunda bir delil olarak kabul edilmiştir ve fukahanın çoğunluğuna göre sahabenin amel ve görüşleri de bir hüccet ve delil niteliğindedir.²⁰² Sahabi gerek kendileri hâkim sıfatıyla yargılama yapmışlar ve gerekse daha sonraki halifeliklerinde kendileri hâkim atamışlardır.

Hz. Peygamber'den sonra Raşid halifeler döneminde de hâkim ataması yapılmaya devam edilmiştir. Hz. Ebubekir Hz. Ömer ve Dihiyetü'l Kelbi belirli yerlere yargılama yapmak üzere görevlendirilmişlerdir.²⁰³ Hz. Ömer devrinde ise devletin sınırlarının genişlemesiyle beraber hâkim atamaları da artmıştır. Bu dönemde Ebu Musa el-Eşari Basra'ya, Abdullah ibn Mesud da Kufe'ye kadı olarak atanmıştır.²⁰⁴ Yine Hz. Osman ve Hz. Ali devrinde de hâkim atamaları devam etmiştir.²⁰⁵

¹⁹⁹ Buhari, *Kitabu'l-İtisam li Kitabi ve's-Sünne*, 21, Hadis no: 6919; Müslim, *Akdiye*, 6, Hadis no: 1716.

²⁰⁰ SERAHSİ, C. XVI, 60.

²⁰¹ BİLMEN, C. VIII, s. 211.

²⁰² ATAR, Fahrettin, *Fıkıh Usulü*, İstanbul, 2013, s. 93

²⁰³ BARUT, s.45.

²⁰⁴ MAVERDİ, *Edebü'l Kadı*, I, 132-135, akt. BARUT, s. 45.

²⁰⁵ BARUT, s. 45.

4. Akıl

Akıl unsuru yargılamanın gerekliliğini ve zorunluluğunu ortaya koymaktadır.²⁰⁶ Öyle ki insanlar var oldukça insanlar arasında uyuşmazlık da olacaktır; dolayısıyla bu uyuşmazlıkların çözümü için de yargılama ve bu yargılamayı yapacak hâkimlerin varlığı elzem olmaktadır.²⁰⁷

II. GENEL OLARAK HÂKİMLERİN NİTELİKLERİ

A. GİRİŞ

Hâkimlerin asli görevleri hukuk kurallarını önlerine gelen uyuşmazlığa uygulamak ve uyuşmazlığın taraflarının haklarını korumaktır. Bu sebeple hâkim olacak şahısların dış müdahalelere karşı bağımsızlık, tarafsızlık, dürüstlük gibi ve uyuşmazlığı adil bir biçimde çözebilmek için de mesleğe yaraşır olma, tutarlılık ve yeterli hukuk bilgisine ve işine özen gösterme gibi birtakım niteliklere sahip olması gerekmektedir. Hâkimlerin hüküm verebilmek için öncelikle önlerine gelen hukuki uyuşmazlığı iyi anlayabilmeleri gerekir. Bu hukuki uyuşmazlığı anlayabilmek için de yeterli seviyede hukuk bilgisine sahip olmak gerekmektedir. Bu sebeple de hâkimin Kur'an ve Sünnet'i iyi bilmesi esastır.²⁰⁸

Yargılama faaliyeti oldukça önemlidir ve hâkim olacak şahıs için de büyük sorumluluklar gerektirmektedir. Bu anlatılan öneme binaen hâkimlik yapabilecek kişilerin yukarıda anlattığımız temelde bazı niteliklere sahip olmaları aranmıştır.²⁰⁹ Bu nitelikler zamandan zamana ve çevreden çevreye değişebilmektedir. Bizim bahsedeceğimiz nitelikler ise çoğunluk İslam hukukçuları tarafından kabul gören vasıflar olacaktır.

İslam hukukunda genel olarak kişilerin şahitlik yapabilmeleri için aranan vasıflar ve gereklilikler, hâkimlik yapacak kişilerde de aynıdır.²¹⁰ Bu vasıflar

²⁰⁶ ÇELİKER, s. 57.

²⁰⁷ MAVERDİ, Edebü'l Kadı, I, 135, akt. BEKTAŞ, s. 21.

²⁰⁸ AKGÜNDÜZ, Ahmet, İslamic Public Law, Rotterdam, 2011, s. 533.

²⁰⁹ ATAR, İslam Adliye Teşkilatı, s. 99.

²¹⁰ HALEBİ, İbrahim (ö. 1549), Mülteka el-Ebhur, terc. Mustafa Uysal, İstanbul, 1972, C. 3, s. 191. Yani hâkimlik yapmak için aranan şartlar ile hâkimlik yapmak için aranan şartlar aynıdır.

müelliflere göre değişiklik gösterebilmektedir.²¹¹ Ömer bin Abdülaziz'in hâkimde bulunması gereken beş özellik saydığı rivayet edilmiştir.²¹² Bu özellikler şöyledir:

1. “Kendisinden öncekileri (ilimleri) bilmek”: Bu husus daha sonra açıklayacağımız müctehid olmak niteliğinde belirtilmiştir.

2. “Aç gözlülükten kaçınmak”: Hâkim için olabilecek en kötü durumlardan biri insanların verebileceği şeylerde gözü olmaktır. Rivayet olunur ki Hz. Ali, bir kişiyi hâkimliğe atamak için sınav yaparken “Bu işin düzgünlüğü ne iledir” demişti. O kişi de “Allah korkusu iledir” dedi. Hz. Ali “Peki bozulması nasıldır” diye sorunca o adam da “Açgözlülük iledir” deyince bunun üzerine Hz. Ali, “Sen hâkimlik yapmayı hak ettin” diyerek hâkimin aç gözlülükten uzak olması gerektiğine dikkat çekilmiştir.

3. “Davanın taraflarından duyduklarından sadece bir kısmıyla hükmetmemesi”: Bu özelliğe anlatılmak istenen taraflar yargılama esnasında davayla alakalı veya alakasız her detayı anlatmaya başlarlar. Bu durumda hâkim bunların sözünü kesmemeli, sabırla dinleyip tarafları hor görülmüş hissettirmemelidir.

4. “Kınamaya aldırış etmemek”: Bu özellik hâkimin başkalarının eleştirilerinden korkmadan hüküm verebilmesi gerektiğini düzenlemektedir. Kur'an'da da “... ve hiçbir kınayanın kınamasından korkmazlar”²¹³ denilerek bu duruma işaret edilmiştir. Hâkim insanların kınamasından korkarsa hiçbir zaman adil bir şekilde hüküm veremez.

5. “Görüş (fikir) sahiplerine danışmak”: Danışarak iş yapmak sünnettir. Hâkimin bir olay hakkında bilgi sahibi olsa bile ilim sahibi insanlara danışarak iş yapması güzel olur. Hz. Peygamber, çoğu işinde sahabeye danıştı. “*Danışma*

Abdurrahman b. Şeyh Muhammed b. Süleyman, Damad Tercümesi, (Mecme'ul-Enhur), terc. Mehmet Çelik, Yasin Yayınevi, İstanbul, 2011, C. IV, s. 392.

²¹¹ İBN ABİDİN, Muhammed Emin (ö. 1836), Reddül-Muhtar Ale'd-Dürri'l-Muhtar, terc. Mehmet Savaş, İstanbul, 1985, C. XII, s. 99. İbn Abidin'e göre şahitlik yapmak için aranan başka bir kimseyi zina suçuyla itham edip, bu iddiasının ispatlanamaması sebebiyle kazf suçunu işlemiş ve bundan dolayı had cezası almış olmamak da şahitlik için gereklidir. Dolayısıyla hâkim olacak kişilerde de bu şart aranır.

²¹² SERAHSİ, Ebu Sehl Ebu Bekir Muhammed b. Ahmed, (ö. 1097), Mabsût, Editör: Mustafa Cevat Akşit, Gümüşev Yayıncılık, İstanbul, 2008, C. XVI, 71.

²¹³ Maide, 5/54.

*akılları aşılır*²¹⁴ ve *“Hiçbir topluluk danışması yüzünden mahvolmadı”* hadisleri de bunu açıklamaktadır. Bu danışma duruşma yapılan yerde yapılmamalıdır, aksi halde hâkim hüküm veremez. Çünkü bu durum başka insanların hâkimin cahil olduğu söylentisini çıkarmalarına sebep olabilir. Danışma, yargılama yapılan yerden farklı bir yerde yapılmalıdır.²¹⁵

Fetâvâyi Hindiyeye’de hâkime yakışan sıfatlar şu şekilde sıralanmıştır:

1. Allah’tan korkmak
2. Hak ile hükmetmek ve bozuk hüküm vermemek
3. Rağbeti ve korkuyu bırakmak
4. Rabbine olan itaatini her şeyin üstünde tutmak
5. Yaptıklarını sadece sevap kazanmak amacıyla yapmak
6. Hakkın acı veren azabından kaçınmak
7. Hikmete ve açık konuşmaya uymak.²¹⁶

Bu bakımdan hâkimlerde bulunması gerek nitelikleri Bangalor İlkesindeki başlıklar temel alınarak İslam ve Osmanlı hukukundaki karşılıkları da düşünülerek bağımsızlık, tarafsızlık, dürüstlük mesleğe yaraşırılık, eşitlik ve ehliyet ve liyakat temelinde açıklamaya çalışacağız.

B. BAĞIMSIZLIK

Yargılama yaparken hâkimlerin tam bir bağımsızlık ve tarafsızlık temelinde hüküm verebilmeleri gerekmektedir. Bu amaçta hâkimler uyuşmazlığın taraflarının hak ve menfaatlerini eşit bir şekilde gözetebilmelidirler.²¹⁷ Bağımsızlık vasfı genel olarak hâkimin yasama, yürütme ve yargı organlarına karşı olan bağımsızlığı çerçevesinde ele alınmaktadır. Bunları sırasıyla inceleyecek olursak:

²¹⁴ Tirmizî, Ebû İsa Muhammed b. İsa b. Serve es-Sülem, (ö. 892), Sünen-i Tirmizî, Ter: Abdullah Parlıyan, Konya Kitapçılık, Konya, 2004, *Cihad* 35; Beyhaki, *Sünenü’l-kübra*, IX/218.

²¹⁵ SERAHSİ, C. XVI, 71.

²¹⁶ Fetâvâyi Hindiyeye, VI, 264.

²¹⁷ MAVERDİ, İmam Ebu’l-Hasan, Ahkamu’s-Sultaniyye, terc. Ali Şafak, İstanbul, 1976, s. 76.

1. Yasama Organına Karşı Bağımsızlık

İslam hukukunda genel olarak yasama organı olarak değişik dönemlerde padişah veya halife, meclisler veya başka kurullar faaliyet göstermişlerdir. Yasama faaliyeti kural ve kanun koyma faaliyetidir. Allah'ın (c.c) koymuş olduğu kurallar ise İslam hukukunun ana kaynaklarını teşkil eder. Bu bakımdan İslam hukukunun temel kaynakları Kur'an, Sünnet'tir. Dolayısıyla hâkimler de yargılama yaparken bu iki temel kaynağa uygun bir şekilde yargılama yapıp, hüküm vermelidirler.²¹⁸ Yasama organı tarafından yapılacak olan kurallar bu iki temel kaynağa aykırı olamaz. Bunun dışında kıyas ve icma yöntemi ile koyulmuş olan kurallar da genel olarak İslam hukukunun kaynakları arasında yer bulmuştur. Hatta Selçuklu ve Osmanlı devletlerinin resmi mezhebi olan Hanefi mezhebinin görüşleri de günümüzdeki kanun seviyesinde uygulama alanı bulmuştur. İşte bu temelde İslam hukukuna göre yasama organının yargı organına karşı yapacağı etkiler yasamanın temeliyle çelişir; şöyle ki bir İslam hukuku kuralına göre vacibin tamam olması için gereken şeyler de vaciptir. Bu hususa göre yargılama yapmak vacip olduğu için yargının bağımsız olarak hüküm verebilmesi için sağlanması gereken ortamı oluşturmak da vaciptir.²¹⁹

İslam hukukunda yargılamanın kaynakları sayılırken başvurulan Muaz hadisi diye bilinen hadis-i şerif'te, Hz. Peygamber yargılama yapılırken kullanılacak kaynakları belirtmiştir. Buna hüküm verilirken esas alınması gereken kaynaklar Kur'an, Sünnet ve içtihat'tır.²²⁰ Yasama organının bu kaynaklardan başka bir kaynağa dayanarak yargı organından hüküm istemesi bağımsızlığa bir müdahaledir ve İslam hukuku yargının bağımsızlığına bu şekilde bir müdahaleyi hukuka uygun sayamaz.²²¹

2. Yürütme Organına Karşı Bağımsızlık

Yürütme organı devleti oluşturan üçlü sacayağı içinde belki de en çok imkâna ve yetkiye sahip olandır. Bu anlamda yargının bağımsızlığına karşı en çok tehdit

²¹⁸ SERAHSİ, C. XVI, 83-84; ATAR, İslam Adliye, s. 114.

²¹⁹ FENDOĞLU, Hasan Tahsin, İslam ve Osmanlı Anayasa Hukukunda Yargı Bağımsızlığı, İstanbul, 1996, s. 180-181.

²²⁰ ÜNAL-ÖZKORKUT, Nevin, "Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlıda ve Günümüz Türkiye'sinde Yargıya Genel Bir Bakış", A.Ü.H.F.D, C. 57, Sy.1, Ankara, 2008, s. 231.

²²¹ ÇELİKER, s. 74.

oluşturabilecek olan organ yürütmedir. İslam ve Osmanlı hukukunda hâkimin atanması esas olarak yürütmenin başı olan devlet başkanının görevidir.²²² Fakat hâkimi atayan organ olan yürütmenin hâkimin vereceği kararlara müdahale etmesi doğru olmaz.²²³ Bu anlamda Osmanlıda yürütmenin devlet teşkilatındaki tezahürü olan valilerin de hâkimlerin işlerine karışmaları katı bir şekilde yasaklanmıştır.²²⁴

İslam devletinin ilk devirlerinde hiç kimse hâkimlere görevlerini yaparken emir ve talimat verme cüretini gösterememişlerdir. Hâkimler tamamen bağımsız²²⁵ olarak hüküm verebilmişler, yargılama yapabilmişlerdir.²²⁶ Kural olarak İslam hukukunda devlet başkanının yargı organına ve dolayısıyla yargı organının en önemli görevlisi olan hâkimlere baskı kurması ve etki altına almaya çalışması yasaktır.²²⁷ Hatta bizzat hâkimleri atayan devlet başkanı olan halifeler bile hâkim önünde yargılanmışlar, kendilerine hiçbir ayrıcalık sağlanmamıştır.²²⁸

Durumu örnekleyecek olursak; Hz. Ömer, kendi halifeliği devrinde sahabeden Ubeyy b. Ka'b ile aralarında arazi ihtilafından kaynaklanan bir uyuşmazlık çıkmış ve bizzat Hz. Ömer'in atadığı hâkim olan Kadı Şureyh'in huzurunda davaları görülmüştür. Bir başka örnekte ise halife Hz. Ömer ile Ubeyy b. Ka'b aralarında çıkan başka bir uyuşmazlık sebebiyle kadı olan Zeyd b. Sabit'in mahkemesinde davaları görülmüştür. Yargılama sırasında Hz. Ömer davalı statüsünde idi. Hâkim Zeyd b. Sabit, halifeye karşı biraz ilgi gösterince Hz. Ömer "*bu senin ilk adaletsizliğindir*" diyerek Ubeyy b. Ka'b'ın yanına oturmuştur. Yine aynı davada uyuşmazlıkla ilgili delili olmayan Ubeyy, Hz. Ömer'in yemin etmesini istemiş, kadı

²²² SHAPIRO, Martin; "Islam and Appeal", California Law Review, 1980, C. LXVIII, s. 379.

²²³ Yargıya müdahale etmek İslam dinine göre halka karşı işlenmiş bir zulüm niteliğindedir. ÇELİKER, s. 77.

²²⁴ İNALCIK, Halil, "Mahkama", The Encyclopaedia of İslam, New Edition, Vol, VI, Leiden-Brill, 1991, s. 3.

²²⁵ EKİNCİ, Osmanlı Hukuku, s. 371-372.

²²⁶ FENDOĞLU, s. 183.

²²⁷ Bu görüşün en önemli delili sahabeden Kadı Şureyh'in kesintisiz altmış sene boyunca hâkimlik yapmasıdır. Eğer kendisine yönelik baskı ve müdahale olsaydı bu kadar uzun bir süre hâkimlikte kalması imkânsız olurdu. Bu sebeple Kadı Şureyh, hâkimliğinin altmış beşinci yılında Irak valisi Haccâc'ın ihtilal yapması üzerine hâkimlik yaparken kendisine baskı kuracağı düşüncesiyle hâkimlikten istifa etmiştir. ATAR, İslam Adliye, s. 116.

²²⁸ SERAHSİ, C. XVI, 61; KAMALİ, "Appellate Review and Judicial Independence in Islamic Law", s. 53.

olan Zeyd ise Ubeyy'e bu hakkından vazgeçmesini isteyince Hz. Ömer bu durumdan hoşnut olmamış ve *“Ömer ile bir başkası senin nazarında eşit değilse, hâkimlik makamına layık değilsin”* diyerek hâkimi uyarmıştır.²²⁹

Bir başka örnekte; Hz. Ali ile mahkemelik olan bir Yahudi'nin davasında, Yahudi, Kadı Şureyh'e giderek, Hz. Ali'nin kendisinden bir zırh satın aldığını ancak borcunu ödemediğini söylemiştir. Hz. Ali'nin şahit olarak sadece oğlu Hz. Hüseyin olduğu için ve iki şahitle ispat edilemediği için kadı, Hz. Ali'yi zırhın bedelini ödemeye mahkûm etmiştir. Ayrıca yargılama sırasında Hz. Ali, Kadı Şureyh'ten kendisine lakabıyla değil de sadece ismiyle hitap etmesini istemiştir. Bunu üzerine Yahudi, *“Zırh benim değil, senindir. Ben zırhın bedelini almıştım; ancak bir halifenin hele Müslüman olmayan biriyle eşit şartlar altında yargılanıp yargılanamayacağını, İslam'ın hakka ve adalete ne derece yer verdiğini anlamak istemiştım”* demiş ve Müslüman olmuştur.²³⁰

Bir başka örnekte yine Ebu Yusuf, kendi önüne gelen bir davada davanın taraflarından halife Harun Reşid aleyhine ve diğer taraf olan Hristiyan kişi lehine hüküm vermiştir. İslam hukukunda hâkimin kendini tayin eden kişi lehine veya aleyhine hüküm vermesi mümkündür.²³¹ Saydığımız örneklerden de anlaşılacağı üzere hâkimler kendilerini atayan devlet başkanı davanın tarafı olarak önlerine geldiğinde onların aleyhine hüküm vermekten kaçınmamış, çekinmemişlerdir.

İslam hukukunda bu bakımdan hâkimlerin bağımsızlığının bulunduğu ve sıkı bir şekilde sağlandığı görülmektedir. Bazı dönemlerde hâkimleri etkilemeye yönelik girişimler de olabilmıştır. Emeviler devrinde Ebu Hanife'nin bu baskıdan ve dolayısıyla bağımsız hüküm verememekten korkup hâkimliği ve kadılıkudatlığı kabul etmemesi bu duruma en güzel örneği teşkil eder. Genel olarak İslam hukukunda

²²⁹ NUMANİ, Şibli, *Bütün Yönleriyle Hz. Ömer ve Devlet İdaresi*, çev. Talip Yaşar Alp, Hikmet Yayınları, İstanbul, 1986, C. II, s.94.

²³⁰ BİLMEN, C.VIII, s. 222; ÇANTAY, Hasan Basri, *Kur'an-ı Hâkim ve Meal-i Kerim*, C. I, 13.Nisa 58. Ayet tefsiri.

²³¹ İBN ABİDİN, *Reddül-Muhtar ale'd-Dürri'l-Muhtar*, terc. Mehmet Savaş, İstanbul, 1985, C. XII, s.155.

yargı ve hâkim bağımsızlığının korunması için cezai müeyyidelere de başvurulmuş, hâkimlere etki etmeye çalışan şahıslara çeşitli cezalar verilmiştir.²³²

Osmanlı uygulamasına göre ise hâkimlerin bağımsızlığı konusunda şüphe bulunmamaktadır. Hâkimler bağımsızdırlar.²³³ Hâkimler yani kadılar kendi faaliyet bölgelerindeki askeri ve idari makamlardan bağımsızdırlar, yani kadının beylerbeyi veya sancakbeyinden emir alması söz konusu değildi.²³⁴ Bu idari ve askeri makamlar, sadece kadıların vermiş oldukları hükümleri infaz etmekle mükellefdirler. Herhangi bir müdahale durumunda kadı, müdahale eden kişiyi doğrudan merkeze şikâyet edebiliyordu. Bu bakımdan Osmanlıda hâkimin bağımsız bir şekilde hüküm vermesini engelleyebilecek kimse bulunmamaktadır. Buna teşebbüs edilmesi durumunda ise anında merkeze şikâyet yoluna başvurulmaktadır. Dolayısıyla Osmanlı kadısının ehl-i örf denilen yönetici gruptan emir alması söz konusu değildir.²³⁵ Bu anlamda kadı gerek merkez hükümetten ve hatta padişahattan gerekse taşra teşkilatındaki yöneticilerden gelebilecek olan baskılardan uzaktır, uzak olması esastır. İbn Abidin'e göre devlet başkanı, bir şehre veya bir bölgeye bir yönetici, vali tayin etse ve bu yöneticiye dini ve dünyevi işlerde karar alma yetkisi verse bu durumda vereceği bu yöneticinin vereceği hükümler geçerlidir. Fakat o yöneticiyle beraber bir de hâkim tayin ederse, bu durumda yöneticinin vereceği hükümler geçerli olmaz. Çünkü hukuku uygulama yetkisi yöneticinin değil hâkimindir.²³⁶

Ebussuud Efendi de bir fetvasında hâkimlerin padişah tarafından verilen hukuka aykırı emirlere uymamasını ve bu aykırılığı ilgili mercilere bildirmesi gerektiğini açıklamıştır.

²³² FENDOĞLU, s.188.

²³³ Kadı, doğrudan merkezle muhatap olan ve yerel otoritelerden bağımsız bir konumdaydı. EMECEN, Feridun, "Osmanlılarda Devlet, Toplum ve Mahkeme", 18.Yüzyıl Kadı Sicilleri Işığında Eyüp'te Sosyal Yaşam, Tülay Artan, (ed.), İstanbul, 1998, s. 76.

²³⁴ DURSUN, Davut, Yönetim-Din İlişkileri Açısından Osmanlı Devletinde Siyaset ve Din, İkinci Baskı, 1992, İst. s.190.

²³⁵ ALTUNDAĞ, Şinasi, "Osmanlılarda Kadıların Salahiyet ve Vazifeleri Hakkında", VI. TTK Kongresi Kongreye Sunulan Bildiriler, s. 347. Ve hatta ehl-i örf, hâkim kararının gerekli olduğu işlemlerde bu karar olmaksızın bir şey yapamaz. Para cezasının verilmesinde bile hâkim kararı gerekir. GEDİKLİ, Fethi, "Kaza", DİA, C. XXV, s. 119.

²³⁶ İBN ABİDİN, C. XII, s.274.

“Mesele: Padişah hükmüne muhalefet eden Zeyd-i kadıya ne lazım olur? El-cevab: Padişah re’yinsiz şeriat-ı şerifeye muhalif yazılmış ise hakikat-ı hali der-i devlete arz etmek lazımdır.”²³⁷

İslam hukukunda devlet başkanı, yargılama yetkisi olarak sadece hâkimleri atamakla ve onların görevlerini belirlemekle yükümlüdür. Bundan başka görevlerini ifa ederken kadılara bir müdahale söz konusu olmamıştır.²³⁸ Bu bağlamda İslam hukukunun temelinde hâkimin bağımsız olduğu söylenebilir.²³⁹ Aynı zamanda devlet başkanının sahip olduğu bu yargı yetkisi, kendilerinin dava edilemeyeceği sonucu taşımamaktadır. Daha önce bahsettiğimiz örneklerde halifelerin mahkemede taraf olarak ve hasımlar arası eşitlik sağlanmış bir şekilde yargılandıkları görülmektedir.²⁴⁰ Bazı batılı düşünürlerin söylediklerinin aksine²⁴¹ Osmanlı devletinde hâkimler yani kadılar kazaskerler ve şeyhülislamın etkisi altında bulunmamışlardır. Burada dikkat edilmesi gereken husus Osmanlıda kadıların yargılama görevlerinin yanı sıra idari görevleri de bulunduğu için idari konularda taşra teşkilatındaki görevlilerden veya bizzat merkezi hükümetten emir ve talimat almaları doğaldır.²⁴² Yargılama görevlerinde ise hiçbir kurum ve merciye bağlı bulunmamakla beraber, hükümlerin temyiz merci olarak değişik dönemlerde Divan-ı Hümayun, şeyhülislam veya kazaskerlere başvurulduğu görülmüştür. Bu anlamda verilmiş olan kararların temyiz merci olmak dışında şeyhülislam ve kazaskerlerin kadıların kararlarını etkiledikleri söylenemez.²⁴³

²³⁷ DÜZDAĞ, M. Ertuğrul, Şeyhülislam Ebussuud Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı, İstanbul, 1983, s. 134.

²³⁸ DEMİR, Osmanlı Mahkemesi, s. 18.

²³⁹ AYDIN, Mehmet Akif, “Anayasa”, DİA, C. III, s. 160.

²⁴⁰ TYAN, II, s.322-323, akt. AYDIN, “Anayasa”, DİA, C. III, s. 160.

²⁴¹ JENNINGS, Ronald C., Limitations of the Judicial Powers of the Kadı in 17th Century Ottoman Kayseri, Studia Islamica, No. XLVIII, s. 251.

²⁴² FENDOĞLU, s.193.

²⁴³ ORTAYLI, İlber, “Osmanlı Kadısı Tarihi Temeli ve Yargı Görevi”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 1975, C. XXX, Sy. 1-4, s. 124. Hâkimlerin verdiği hükümlerin temyiz merci klasik devirde Divan-ı Hümayun, Tanzimat devrinde ise şeyhülislamlık bünyesindeki fetvahaneye idi. Divan-ı Hümayun’a gönderilen veya şikâyet üzerine orada görülmesine karar verilen mahkeme kararları bazen Divan-ı Hümayun toplantılarında, bazen veziriazamın ikinci divanında, bazen ise kazaskerlerin ikinci divanında görülür ve kesin olarak karara bağlanırdı. ANIL, Yaşar Şahin, Osmanlıda Kadılık, İstanbul, 1993, s. 55.

Yargı bağımsızlığı hâkimin şahsına özel bir ayrıcalık değildir. Aksine hâkimin önüne gelen uyuşmazlığı dışarıdan hiçbir baskı, tehdit ve etkilenme altında kalmaksızın, usul kurallarına uyularak önüne gelen delillere göre tarafsız ve dürüstçe karara kavuşturabilmesi için elzem olan bir sorumluluktur.²⁴⁴

Hüküm verme olayı zihinsel olarak oldukça yorucu ve dikkat edilmesi gereken bir faaliyettir. Hâkim hüküm verirken her türlü baskıdan uzak olabilecek bir şekilde izole edilmelidir ki verilecek olan hüküm adil bir şekilde verilebilsin.²⁴⁵ Hâkimin önüne gelen uyuşmazlıkta tarafların memnun olmaları beklenemez. İşte bu durumda hâkim, önüne gelen iki mutsuz kişiden yargılama sonunda birisini mutlu, diğerini ise mutsuz edebilir. Ancak hâkim tarafların, dava ile alakası olmayan üçüncü kişilerin ve hatta idarecilerin ve üstlerinin ne düşüneceğini sorgulamadan önüne gelen delillere göre hüküm vermek zorundadır.²⁴⁶ Delillere göre hükmeden hâkim bazen adil bir sonuca ulaşırken bazen ise deliller onu göstermediği için adil bir sonuca ulaşamaz.²⁴⁷ Bu durumda iade-i muhakeme yoluyla dava yeniden görülerek yeni delillere göre hüküm verebilmenin yolu da açıktır.²⁴⁸ Osmanlı devrinde de bu kurala uygun fetvalar verilmiştir.

“Zeyd, Amr’dan bir hususu dava ve Amr inkar idüb Zeyd’in müddeasına Bekir ve Beşir şahadet itdiklerinde kadı şahadetlerini kabul idüb mucibi ile hükm itdikden sonra Amr, Zeyd’den ‘Sen ba’de hükm Bekir ve Beşir yalan şahidler olub husus-i mezbura yalan yere şahadet itdiklerini ikrar itmişdin’ deyu dava ve Zeyd’in ikrar-ı

²⁴⁴ Modern hukuk bakımından; Avrupa Konseyi tavsiye kararında da “*Hüküm verme süreci içerisinde hâkimler; bağımsız olmalı ve her türlü çevreden, her türlü nedenle doğrudan veya dolaylı olarak gelebilecek müdahalelerden, tehditlerden, baskılardan, teşviklerden, uygunsuz etkilerden ve sınırlamalardan uzak biçimde hareket edebilmelidir. Hâkimleri bu şekilde etki altında bırakmayı amaçlayan kişilere karşı kanunla yaptırımlar öngörülmemelidir*” denilerek bu konuya dikkat çekilmiştir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi R (94) 12 Tavsiye Kararı, İlke I, 1.d.

²⁴⁵ İBN AŞUR, İslam Hukuk Felsefesi, s. 312-313, ASLAN, Nasi, İslam Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri, Adana, 2014, s. 157.

²⁴⁶ AMRAVİ, Ömer Garame, İslamda Yargı ve Yargıçlar, terc. Rıfki Durgun, Ankara, 2004, s. 28.

²⁴⁷ ASLAN, Yargılama Etiği, s. 157.

²⁴⁸ ÇELİKER, s. 281.

meşruhuna ikamet-i beyyine eylese hükm-i mezbur münkaz olur mu? El-Cevab: Olur.”²⁴⁹

Modern hukuk cephesinden duruma bakacak olursak; uluslararası belgelerdeki hâkimlerin bağımsızlığıyla alakalı düzenlemelere göre; “*Yargı bağımsızlığı, genel olarak topluma karşı olmakla birlikte özellikle hâkimin üzerinde hüküm kuracağı uyuşmazlığın taraflarına karşı da olmalıdır. Yargı, modern demokratik devletin üç ana ve eşit sütunundan birisidir. Öyle ki bu diğer iki sütunla alakalı olarak çok önemli görev ve işlevlere sahiptir. Hükümetlerin ve idarenin eylem ve işlemlerinden dolayı sorumlu tutulabilmesini sağladığı gibi; yasamaya ilişkin olarak, kabul edilmiş olan mevzuatın uygulanmasını ve artan veya azalan şekilde mevzuatın anayasa veya başka bir üst norma (Avrupa Birliği normları gibi) uygunluğunu temin etmektedir. Bu manada görevlerini yerine getirebilmek için, yargının bu organlardan bağımsız olması ve bu bağımsızlığın anılan organlarla uygunsuz ilişkilerden ve onların etkisinden varesteliğini de içermesi gerekmektedir. Bağımsızlık böylece tarafsızlığın teminatı olmaktadır. Bu durumun, bir hâkimin kariyerinin, eğitimden atamaya ve terfiden disiplin işlemlerine kadar hemen her yönü üzerinde etkileri vardır*”²⁵⁰ denilerek bağımsızlığın kuvvetler ayrılığı ilkesi ile olan bağlantısına dikkat çekilmiştir. Öyle ki, kuvvetler ayrılığı ilkesi sayesinde yargı organı yasama ve yürütmenin yasalara aykırı işlemlerini denetleyerek hâkimler üzerinde baskı kurulmasını önlemek amacıyla olabilmektedir.²⁵¹ Bu bağımsızlık sebebiyle hâkim önüne gelen uyuşmazlıkta yöneticilerin ve diğer nüfuzlu kişilerin baskısı altında

²⁴⁹ Fetava-yı Ali Efendi, Çatalcalı Ali Efendi, Açıklamalı Osmanlı Fetvaları, H. Necati Demirtaş, İstanbul, Mayıs, 2014, Cild-i Evvel, s. 570.

²⁵⁰ Opinion No:1 (2001) of the Consultative Council of European Judges, md.11.

²⁵¹ Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct, s.47, md. 36..

kalmadan hüküm verebilecektir²⁵². Bu sayılan sebepler neticesinde hâkimlerin bağımsızlığı asıl olarak hâkimlerin tarafsızlığının ön şartı ve güvencesidir.²⁵³

Bağımsızlık²⁵⁴ unsuru ile tarafsızlık unsuru, birbirleriyle çok ilgilidir ve iç içedir. Farkları ise tarafsızlık, hâkimin davanın taraflarına karşı olan eşit davranma durumunu anlatmaktadır.²⁵⁵ Bağımsızlık unsuru ise kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir tezahürü olan yargısal bağımsızlığı anlatmaktadır. Bağımsızlık, hâkimin genel olarak yasama ve yürütme fonksiyonunun organlarının olası baskı ve dayatmalarından bağımsız olarak yargılama yapıp hüküm verilebilmesini yansıtırken, tarafsızlık ise hâkimin dava süresince davanın taraflarına karşı göstermesi gereken taraf olmama durumunu anlatmaktadır.²⁵⁶

Modern hukukta da yargı bağımsızlığına büyük önem verildiğini ve gerekli hukuk normlarıyla bu bağımsızlığın sağlanması gerektiğinin düzenlendiğini görürüz. Yargı bağımsızlığı konusunda gerek kendi hukukumuzda gerekse uluslararası hukuk normlarında çok detaylı düzenlemeler bulunmaktadır. Bu bakımdan yargı bağımsızlığının temel objesi ise hâkimdir. Hâkimlerin bağımsızlığı sağlanmazsa yargı bağımsızlığı da sağlanamaz. Biz ise uluslararası hukuk normlarındaki yargı bağımsızlığı ile ilgili maddeleri aktararak konunun modern hukukta nasıl düzenlendiğini göstermeye çalışacağız. Birleşmiş milletler tarafından yayımlanan Yargı Bağımsızlığı Hakkında Temel İlkeler'in birincisinde de bu konuda hakkında: *“Yargı bağımsızlığı devlet tarafından güvence altına alınır ve Anayasada veya iç hukukta yargı bağımsızlığına yer verilir. Yargı bağımsızlığına saygı göstermek ve*

²⁵² Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi R (94) 12 Tavsiye Kararı, İlke I, 1.d. *“Hâkimler; vicdanlarına, maddî vakıyı yorumlamalarına ve kanunun açık hükümlerine göre, davalar hakkında tarafsız biçimde karar verme bakımından, sınırsız bir özgürlüğe sahip olmalıdırlar. Hâkimler, davalarının esası hakkında, yargı dışında hiç kimseye rapor vermek zorunda bırakılmamalıdırlar.”*

²⁵³ İNCEOĞLU, Sibel, Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri, İstanbul, 2008, s. 17.

²⁵⁴ Bağımsızlığın kökeninde kuvvetler ayrılığı ilkesi bulunmaktadır. Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct, s.40, md. 24.

²⁵⁵ Hukuk devleti olmanın en temel gereklerinden birisi de yargı organlarının siyasi veya başka müdahalelerin etkisinden uzak bağımsız hareket edebilmeleridir. AKCAN, Recep, Hâkimin Vasıfları, Ankara, 2014, s. 79.

²⁵⁶ ATAR, Fahreddin, İslam Yargılama Hukukunun Esasları, İstanbul, 2013, s. 90.

*gözetmek bütün hükümet kuruluşlarının ve diğer kurumların görevidir.*²⁵⁷ denilerek yargı bağımsızlığının devlet tarafından gerekli hukuk normlarıyla güvence altına alınması gerektiği düzenlenmiştir.²⁵⁸

Bangalor Yargı Etiği İlkeleri ise “*Yargı bağımsızlığı, hukuk devletinin ön koşulu ve âdil yargılanmanın temel garantisidir. Bundan dolayı hâkim, hem bireysel hem de kurumsal yönleriyle yargı bağımsızlığını temsil ve muhafaza etmelidir*”²⁵⁹ denilerek bu husus düzenlenmiştir. Yargıçların Statülerine İlişkin Avrupa Şartı ise, hâkimlerin hüküm verirken bağımsız olabilmelerini korumak amacıyla, eğer hâkim kendisinin bağımsızlığının tehlikeye düştüğünü görürse, yani davanın önemli tarafların bilinen kişiler olmalarından dolayı veya hâkime bazı üst makamlardaki kişilerden belirli bir şekilde karar vermesi için baskı yapılmasından dolayı veya daha başka birçok sebepten dolayı hâkim dava sürecinde bağımsız olamayacağına kanaat getirirse bu durumda hâkimin başvurabileceği bağımsız bir kurumun oluşturulması gerektiğinden bahsetmektedir.²⁶⁰

Avrupa Hâkimleri Danışma Konseyinin Yargının Bağımsızlığı ve Hâkimlerin Görevden Alınmaması Standartlarına Dair Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin dikkatine sunduğu 1 (2001) nolu görüşünün (bundan sonra Avrupa Hâkimleri Danışma Konseyi 1 (2001) nolu görüş olarak belirtilecektir.) 10. Maddesinde yargı bağımsızlığının hukukun üstünlüğünün sağlanabilmesi için bir ön şart olduğundan, hâkimlerin yargılama yaparken insanların yaşamları ve özgürlükleri üzerinde

²⁵⁷ BM Yargı Bağımsızlığı Hakkında Temel İlkeler, ilke 1.

²⁵⁸ Hangi tür düzenlemelerle bu bağımsızlığın sağlanması gerektiğine ise Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Yargıçların rolü, Etkinliği ve Bağımsızlığı Hakkında R(94) 12 sayılı ve 1994 tarihli tavsiye kararının birinci ilkesinde şu şekilde değinilmiştir. “*Hâkimlerin bağımsızlığını korumak, geliştirmek ve saygı göstermek için gerekli tüm tedbirler alınmalıdır. Özellikle şu tedbirler alınmalıdır: Hâkimlerin bağımsızlığı, Sözleşme ve anayasal ilkelerin ışığı altında özel hükümlerin; örneğin anayasalara veya diğer mevzuata konulması suretiyle ya da bu tavsiye kararının iç hukuka aktarılması suretiyle garanti altına alınmalıdır.*” Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi R(94) 12 Tavsiye Kararı, İlke I, 1.a. Bunun gibi birçok uluslararası belgeler de de hâkimlerin bağımsızlığına ilişkin kurallar bulunmaktadır. Yargı bağımsızlığı; kadro güvencesi, ispatlanmış yanlış davranış olmadıkça davadan alınmama, maaş güvencesi, dava edilememe gibi unsurlarla güvence altına alınmaktadır. AKCAN, s. 78.

²⁵⁹ Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, Değer 1.

²⁶⁰ European Charter on the Statue for Judges and Explanatory Memorandum, 8-10 July 1998, https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round4/European-Charter-on-Statute-of-Judges_EN.pdf, e.t.(10.02.2015), Hâkimlerin Statüsü Hakkında Avrupa Şartı, 1.4.

doğrudan etki edebildikleri için hâkimlerin bağımsızlığının aslında direk olarak davanın tarafları olan insanların menfaatine olan ve adil bir şekilde yargılanma için elzem olduğundan bahsedilmiştir.²⁶¹

3. Yargı Organına Karşı Bağımsızlık

Hâkim görevini icra ederken herhangi bir kişinin elemanı değildir. Hâkim işini yaparken bağımsız bir devlet memurudur.²⁶² Bu sebeple hâkim sadece hukukun hizmetçisidir ve sadece hukuka karşı sorumludur.²⁶³ Önüne gelen bir davada hüküm verecek olan hâkimin, yargı organının içinden veya dışından olan üçüncü bir kişiden emir ve talimat alamayacağı açıktır. Ayrıca hâkimin yargısal bağımsızlığı sadece dış etkenlerin etkilerinden uzak olmayla değil, aynı zamanda diğer hâkim meslektaşlarının tutumlarıyla da ortaya çıkabilecek etkilerden uzak olmayla sağlanabilir.²⁶⁴ Bu konuda İslam hukukunda hâkimlerin hiyerarşik bir konumu bulunmamaktadır.²⁶⁵ Hâkimin hâkime üstünlüğü yoktur. Bir hâkimin bir davada hüküm verirken bir içtihat oluşturması, diğer hâkimleri bağlamaz.²⁶⁶ Bu bakımdan

²⁶¹ Opinion No:1 (2001) of the Consultative Council of European Judges, md.10.

²⁶² ÇELİKER, s. 279.

²⁶³ Hâkim diğer yargı mensuplarına devam eden bir dava ile ilgili rapor verme yükümlülüğünde değildir, çünkü hâkim kimsenin elemanı veya çalışanı değildir. Hiç kimseden emir ve talimat almaz. Opinion No:1 (2001) of the Consultative Council of European Judges, md.64. Ama hâkimin verdiği bir karar disiplin soruşturması içerecek kadar ağır bir hata içeriyorsa hâkimin açılan bu soruşturma kapsamında sorulacak sorulara cevap vermesi gerekmektedir. Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct, s.50, md. 39-41, akt. İNCEOĞLU, Yargıda Etik, s. 41. Bangalor ilkelerinde de buna benzer bir hüküm bulunmaktadır. Hâkim yargısal faaliyetlerdeki görevini ifa ederken kendi başına karar vermesinin zorunlu olduğu hususlarda diğer hâkimlerden bağımsız bir şekilde karar vermelidir. Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, 1.4. Bu bağımsızlığı sağlamak adına hâkimi böyle bir etki altında bırakmaya çalışan veya teşebbüs eden kimselere karşı kanun yoluyla gerekli caydırıcı yaptırımlar uygulanmalıdır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi R (94) 12 Tavsiye Kararı, İlke I/1d.

²⁶⁴ FENDOĞLU, s. 194.

²⁶⁵ DEMİR, Abdullah, Osmanlı Mahkemesi, İstanbul, 2010, s. 42; Osmanlı Devletinde de aynı şekilde hâkimler arasında hiyerarşi bulunmamaktaydı. AVCI, Mustafa, Türk Hukuk Tarihi Dersleri, Konya, 2014, s. 139. Modern hukuk bakımından ise, uluslararası alanda birçok hukuk sisteminde üst dereceli mahkemelere sağlanmış bulunana hiyerarşik üstünlük, uygulamada bazen hâkimlerin bireysel bağımsızlığına zarar verebilmektedir. Bütün bu bahsedilen hiyerarşik yetkilerin yargı organlarının içinde ve dışında bağımsızlığı sağlayabilecek bir Yüksek Yargı Kurumuna devredilmesi bu soruna dair bir çözüm oluşturabilir. Opinion No:1 (2001) of the Consultative Council of European Judges, md.68.

²⁶⁶ FENDOĞLU, s.198.

“içtihad ile içtihad nakz olunmaz”²⁶⁷ hükmü İslam hukukunda yerleşmiş bir kuraldır. Bu konuda bir örnek verecek olursak; Hz. Ömer, meşguliyetinin pek fazla olduğu bir zamanda yargılama işini Ebudderda’ya bırakmıştı. Ebudderda da birisi aleyhine bir karar vermişti. Aleyhine hüküm verilen kişi bu hükmün yanlış olduğunu düşündüğü için durumu halifeye anlattı. Hz. Ömer de “ben bu davaya bakmış olsa idim senin lehine hükmederdim” dedi. O kişi de “siz halifesiniz davayı tekrar görün ve yeniden hüküm verin” demesi üzerine halife, “o karar verilirken Kur’an ve Sünnet de olmayan bir durum olduğu için içtihat ile hüküm verilmiştir, bu yüzden davaya tekrar bakamam” demiştir.²⁶⁸ Bu durum hâkimin içtihadının dokunulamaz bir alan teşkil ettiğini göstermektedir.²⁶⁹

Hâkimler hüküm verirken herhangi bir üçüncü kişi veya kişilerin baskısından tamamen uzak olmalıdır.²⁷⁰ Kendisine yöneltilen dolaylı veya doğrudan tehditlerden, teşviklerden, baskılardan, müdahalelerden, uygunsuz etkilerden ve sınırlamalardan etkilenmeyecek bir şekilde hareket edebilme özgürlüğüne sahip olmalıdır. Hâkim hüküm verirken bağımsız bir şekilde hareket edebilme imkânına sahip olmazsa vereceği hüküm baskıdan uzak ve adil olmayabilir. Toplum içinde adaletin sağlanabilmesi için hâkime etki altında bırakılmadan hüküm verebileceği bir çalışma ortamı sağlanmalıdır.²⁷¹

4. Bağımsızlığın Sağlanabilmesi için Gerekli olan Hususlar

Bağımsızlık, hâkimin aslında tek başına sahip olabileceği bir unsur değildir. Hâkimin yasama ve yürütmenin baskısından etkilenmeksizin veya bu baskıya hiç maruz kalmaksızın davayı yönetebilmesi için gerekli olan düzenlemeler

²⁶⁷ Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, md.16. BERKİ, Ali Himmet: Açıklamalı Mecelle, Hikmet Yayınları, İstanbul, 1982.

²⁶⁸ SERAHSİ, C. XVI, 62.

²⁶⁹ BERKİ, Ali Himmet, “İslamda Kaza Tarihi”, A.Ü.İ.F.D, C. 17, Sy. 1, 1969, s.157-158.

²⁷⁰ Bu bakımdan hâkimleri denetlemekle görevli olan kişilerin dikkatli olmaları gereken hususlar modern hukukta düzenlenmiştir. Yargı organlarını teftiş ile yetkili olan merciler, teftiş yaparken hâkimlerin vermiş oldukları kararların esası veya doğru bir karar olup olmadığı hususunda bir inceleme yapmamalıdır. Yapılan teftiş sonucunda teftiş edilen hâkim doğru ve adil kararlar vermektense, üretken ve hızlı bir şekilde çok sayıda hüküm vermeyi tercih etmemelidir. Opinion No:1 (2001) of the Consultative Council of European Judges, md.69; İNCEOĞLU, Yargıcın Davranış İlkeleri, s.27.

²⁷¹ ÇELİKER, s. 313-314.

sağlanabilmiş olmalıdır.²⁷² Hâkimlerin bağımsız olabilmesi için bazı alanlarda hâkimlere güvence verilmesi gerekmektedir.²⁷³ Bu güvenceler atama ve tayin işlemlerinde, görev sürelerinde, maaş miktarlarında, yargı organlarının kendi aralarındaki işlemlerinde ve hâkimlerin kendi aralarındaki iç işleyişte de kendini göstermelidir.

a) Hâkimlerin Atanma ve Tayin İşlemleri Bakımından Bağımsızlık

İslam ve Osmanlı hukukunda da hâkimlerin atanmasında bilgili²⁷⁴ ve emin olma gibi vasıflar aranmaktaydı. Bu vasıflar hukuki bilgi ve ahlaki değerlere sahip olmak temelinde tezahür etmektedir. Yani kişinin ilmi ve ameli açıdan hâkimliğe ehliyetli olması gerekmektedir.²⁷⁵ Kur'an-ı Kerim'de de "...ücretle tuttuklarının en iyisi bu güçlü ve güvenilir adamdır."²⁷⁶ denilerek bir yere bir tayin yapılırken güvenilir olanların tercih edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Eğer hâkimler güvenilir ve hukuki bilgisi sağlam olan kişiler arasından seçilirse adil bir şekilde hüküm verilmesi amacına ulaşmak daha da kolay olabilecektir. Aksi halde başka yöntemlerle ve bu vasıflar göz önünde bulundurulmaksızın yapılan tayinler sağlıklı ve caiz olmaz.²⁷⁷ Bu şekilde atananlar da adaleti sağlayamaz. Ebussuud Efendi de, atamayı yapacak olan kişi veya kurumlara rüşvet verilerek atanan hâkimin hükmünün geçerli olmadığı,

²⁷² FENDOĞLU, s. 177.

²⁷³ ÇELİKER, s. 253.

²⁷⁴ ATAR, İslam Yargılama Hukuku, s. 83.

²⁷⁵ FENDOĞLU, s. 237. Modern hukuktaki ilgili uluslararası belgelerden Hâkimlerin Statüsüne İlişkin Avrupa Şartına göre hâkimlerin atanmasında felsefi ve siyasi görüş, dini veya etnik veya cinsi ayırım yapılmaksızın sadece kişinin hukuki altyapısına ve hâkimlik yapabilecek ehliyete sahip olup olmaması bakımından bir tercih yapılmasını önermektedir. Hâkimlerin Statüsüne İlişkin Avrupa Şartı, md.2.1. *Hâkimlerin atanmasında buna benzer öneriler Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, ("Hâkimlerin meslekî kariyerlerine ilişkin tüm kararlar objektif kriterlere dayanmalı, hâkimlerin seçimi ve kariyerleri; eğitimsel özelliklerini, dürüstlük, yetenek ve etkinliklerini de gözeten liyakat esasına göre olmalıdır. Hâkimlerin seçimi ve kariyerleri konusunda karar veren merci hükümet ve idareden bağımsız olmalıdır. Bu merciin bağımsızlığını teminat altına almak için getirilecek kurullarla merciin üyeleri yargı tarafından seçilmeli ve bu merci kendi usul kurallarını kendisi vaz' etmelidir."* Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi R (94) 12 Tavsiye Kararı, İlke I, 1.c.) ve *Avrupa Hâkimleri Danışma Konseyi ("Hâkimlerin mesleğe kabulü ve kariyerlerinin "nitelik, dürüstlük, yetenek ve etkinliklerini de gözeten liyakat esasına göre" belirlenmesini temin etmeyi hedefleyen tüm "objektif kistaslar", genel bir özellik arz etmek zorundadır."* Opinion No:1 (2001) of the Consultative Council of European Judges, md.25.) tarafından da yapılmıştır

²⁷⁶ Kasas, 28/26.

²⁷⁷ Hâkimlerin belirli niteliklere haiz kişiler arasından seçilerek atanması önemli bir vecibedir. BİLMEN, C. VIII, s. 214.

kişinin şefaati sayesinde hâkim olan kişinin ise vereceği hükmün kanuna uygun olması koşuluyla geçerli olacağını belirtmiştir.

“**Mes’ele:** Zeyd-i kâdî, Pâdişâh-i din-penah (halledet hılâfete-hu) hazretlerinden gayriye akça verip vesâteti ile, yâ bir kimse şefâ'ati ile kadılık alsa, şer'an hükmü nafiz olur mu? **El-cevab:** Rüşvetle alıncak nafiz olmaz, kavli-i müftâbih budur. Kâdî olmaz, ma'zûl-i mahzdir. Şefâ'atle almak eğerçi haramdır, amma şer'a muvafik edicek hükmü döndürülmez.”²⁷⁸

İbn Nüceym ise şefaate hâkimliğe atanan bir kişinin hükmünün geçerli olmadığı kanaatindedir. “Hâkim olan Zeyd, Amr’ın şefaati ile bir kazaya hâkim tayin olursa, Zeyd’in hükmü nafiz olur mu? El-cevap: Olmaz.”²⁷⁹

b) Hâkimlerin Görev Süresi ve Şartları Bakımından Bağımsızlık

Hâkimler görevlerine atanırken önceden belirlenmiş bir emeklilik yaşı veya görev süresine bağlı olarak görev yapabilmelidirler.²⁸⁰ Herhangi bir süre belirlenmeksizin kaydı hayat şartıyla da bu görevi sürdürebilirler.²⁸¹ Buradaki amaç, hâkimin atamasını yapan mercii veya başka bir organ tarafından her an görevden atılma korkusundan uzak bir şekilde görevini yapabilmesidir. Aksi halde belirli bir görev süresi olmayan ve geçerli bir neden olmaksızın görevden uzaklaştırılma durumuyla burun buruna olan bir hâkim kendi görevini sonlandırmaya yetkili makamdan, süregelen bir dava ile ilgili üstü kapalı bir emir veya tavsiye gelmesi durumunda işsiz kalmak yerine gelen bu talimat üzerine karar verebilir. Bu sebeple hâkimlere görev süreleriyle ilgili bir teminat verilmesi, bağımsızlık unsurunun sağlanması açısından elzemdir.²⁸² İlke olarak bir bölgede görevli olan bir hâkim, bir başka bölgeye veya başka bir göreve, hâkimlik statüsünde bir yükselme olacak olsa bile kendi hür iradesi olmaksızın atanmamalıdır. Bu bakımdan Hz. Ömer devrinde

²⁷⁸ DÜZDAĞ, s. 133.

²⁷⁹ İBN NÜCEYM, 20, akt. HALEBİ, Mülteka, C. 3, s. 194.

²⁸⁰ İNCEOĞLU, Yargıcin Davranış İlkeleri, s. 21.

²⁸¹ Hâkimlerin tanınan bu görev teminatı hâkimleri korumaktan ziyade yargı bağımsızlığını korumak amaçlıdır. ÇELİKER, s. 255.

²⁸² ASLAN, Yargılama Etiği, s.147.

sadece şikâyet edilmekle görevinden azledilen valiler bulunmakla beraber bu durumdaki hâkimlerin azli gibi bir durum söz konusu olmamıştır.²⁸³

Bu bakımdan Osmanlıda olması gerekenin aksine yönde bir durum söz konusudur. Osmanlıda devletin ilk yıllarında herhangi bir süreye bağlı olmaksızın atanan hâkimlerin görev süresi 16. Asırdan itibaren üç yıl, daha sonra iki yıl ve 17. Asrın sonlarına doğru da ortalama olarak bir yıldır.²⁸⁴ 18. Asrın ikinci yarısında ise bu görev süresi 18 ay olarak düzenlenmiştir.²⁸⁵ Hâkimin görevinde gösterdiği üstün başarı, padişahın kendisine verdiği özel bir görevi başarıyla tamamlaması ve yahut mültezimlere yardımcı olması gibi bazı sebeplerle yazılan rapor sonucunda hâkimlerin görev sürelerinin uzatıldığına da rastlanmıştır. Bu rapor söz konusu hâkimin yerine geçecek olan hâkim tarafından yazılmaktaydı.²⁸⁶ Hâkimlerin görev sürelerinin bu kadar kısa tutulmasının sebebi ise hâkimlerin yerel halk ile çok fazla yaklaşmasının önüne geçerek karar verirken tarafsızlık ve bağımsızlık esasından ayrılmamaları konusunda Ebu Hanife'nin düşüncesinin esas alınması sebebiyledir.²⁸⁷ Hâkimlerin görev sürelerinin bu kadar kısa olması hâkimlerin kendi içlerindeki hiyerarşide meydana gelebilecek olan tıkanıklıkların önüne geçmek bakımından oldukça faydalıydı. Bu şekilde görev süreleri biten hâkimler ma'zul kadı olarak bir üst dereceye yükselmek için sıra beklerlerdi. Bu bekledikleri süre içinde ise maddi bakımdan vakıflar aracılığıyla kendilerine destek sağlanırdı.²⁸⁸

²⁸³ İBN AŞUR, İslam Hukuk Felsefesi, çev. Vecdi Akyüz, İklim yayınları, İstanbul, 1988, s. 312-313.

²⁸⁴ AVCI, Türk Hukuk Tarihi, s. 140; Bu sürenin sonunda ise hakkında şikâyet olan hâkimlere yönelik öncelikle bir soruşturma yapılırdı. Bu soruşturmanın sonucuna göre hâkimler azledilir veya görevlerinde bırakılırdı. AYDIN, "Mahkeme", DİA, C. XXVII, s. 343.

²⁸⁵ DEMİR, Osmanlı Mahkemesi, s. 42.

²⁸⁶ İNALCIK, "Kazasker Ruznamçe Defterlerine Göre Kadılık", s. 135-136.

²⁸⁷ Ebu Hanife'nin düşüncesine göre bir hâkim bir yıldan fazla görevde kalmamalıdır. FENDOĞLU, s. 248. Modern hukuk bakımından ise hâkimlerin görev teminatı konusunda *BM Yargı Bağımsızlığı Hakkında Temel İlkelerde* (BM Yargı Bağımsızlığı Hakkında Temel İlkeler, İlke 12.) hükümler bulunmaktadır. Bu kurala göre hâkimler istifa etmedikleri sürece zorunlu olarak emekliye ayrılamazlar ve yerlerinden başka yere atanamazlar. Bu ilke kuralın istisnaları Hâkimlerin Statüsüne İlişkin Avrupa Şartında şu şekilde belirtilmiştir: " 1) Bir disiplin soruşturması sonucunda yer değiştirme öngörülmüş olması, 2) Mahkeme sisteminde hukuka uygun bir değişikliğin yapılmış olması, 3) Komşu bir mahkemede azami süresi yasada sıkıca sınırlanmış olmak, ..." Hâkimlerin Statüsüne İlişkin Avrupa Şartı, md.3.4.

²⁸⁸ FENDOĞLU, s. 247.

Osmanlıda hâkimlerin görev süreleriyle ilgili Tevkii Abdurrahman Paşa Kanunnamesinde de “kuzat-ı mevleviyetin müddeti bir senedir ve kuzat-ı kasabatın iki senedir. Lakin fi zamanına iki seneden dört ay kesr edeler.”²⁸⁹ diyerek mevleviyet derecesindeki büyük kadılıklarda hâkimin görev süresinin bir yıl diğer daha küçük olan bölgelerde ise 20 ay olduğu belirtilmiştir.²⁹⁰ Bu şekilde sürelerin belirsiz ve çok kısa olması sebebiyle hâkimler görev sürelerini uzatabilmek ve sürenin sonuna kadar görev yapabilmeyi garantilemek adına kanuna aykırı şekilde bazı kesimlere para yedirme ve hatta rüşvet verme yoluna başvurmuşlardır. Dolayısıyla verdikleri bu parayı geri kazanmak adına devre çıkmak²⁹¹ gibi uygulamalara başvurmuşlar ve hatta yerel halktan yasa dışı hediyeler aldıklarına da rastlanmıştır.²⁹² Hâkimlerin görev sürelerinin kısalığı, Osmanlı yargı sisteminin bozulmasının en önemli sebeplerinden bir tanesidir.²⁹³ Bu sorunu Tanzimat döneminde tespit eden devrin büyük hukukçusu Ahmet Cevdet Paşa, Divan-ı Ahkâm-ı Adliye Nizamnamesiyle hâkimlerin görev sürelerinin bu kadar kısa tutulmaması gerektiğine işaret etmiştir.²⁹⁴

Modern hukuk açısından ise; atanmış olan hâkimler, zorunlu emeklilik yaşı varsa o zamana kadar veya belirli bir süre belirlenmişse o sürenin bitimine kadar, azledilmelerini gerektirecek herhangi bir fiilde bulunmadıkça azledilmemelidirler. Bu azledilmeyi gerektiren eylemler kanunda açık bir şekilde tanımlanmalıdırlar.²⁹⁵ Hâkime disiplin yaptırımını uygulanmasını gerektiren eylemler de olabildiğince somut

²⁸⁹ “Osmanlı Kanunnameleri”, Milli Tettebular Mecmuası, C. I, Sy. 3, Temmuz, 1331, M.1915, s. 541.

²⁹⁰ ORTAYLI, İlber, Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devletinde Kadı, Ankara, 1994, s. 16.

²⁹¹ EKİNCİ, Ekrem Buğra, Ateş İstidası (İslam-Osmanlı Hukukunda Mahkeme Kararlarının Kontrolü), <http://www.ekrembuğraekinci.com/pdfs/ates.pdf>, e.t. 04.05.2015.

²⁹² HEYD, Uriel, *Studies in Old Ottoman Criminal Law*, Oxford at the Clarendon Press, 1973, s. 214. Yıldırım Bayezid zamanında bazı kadıların irtikap suçunu işleyip halktan haksız para kazandıkları anlaşılınca padişah bu kadıların(bazı kaynaklara göre 15, bazılarına göre 20 kişi) Yenişehir’de bir eve konularak yakılmasını emretmiştir. Ardından kadıların maaşlarının yetersizliğinden dolayı bu yola başvurdukları veziriazam Çandarlızade Ali Paşa tarafından söylenince kadılar yakılmamış ve gördükleri işler üzerinden belirli bir ücret alarak işlem yapmalarına izin verilmiştir. UZUNÇARŞILI, İsmail Hakkı, Osmanlı Devletinin İlmiye Teşkilatı, TTK Basımevi, Ankara, 1988, s. 84; LÜTFİ PAŞA, *Tevarih-i Ali Osman*, Ankara, 2001, s. 164-165.

²⁹³ İNALCIK, “Mahkama” maddesi, E.I, s. 3. Bu durum ayrıca kadılar arasında rüşvet ve yolsuzluğa yol açmıştır.

²⁹⁴ HALAÇOĞLU, Yusuf - AYDIN, M. Akif, “Cevdet Paşa” maddesi, DİA, C. VIII, s. 447.

²⁹⁵ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi R (94) 12 Tavsiye Kararı, İlke VI, 2.

bir şekilde tanımlanmalıdır.²⁹⁶ Hâkim hakkında geçici bir süre veya sürekli olarak görevden alınma kararı verilmesi, genel hukuk prensipleri çerçevesinde daha önceden somut bir şekilde belirlenen kurallar çerçevesinde, yine daha önceden belirlenmiş organlar tarafından yapılmalıdır. Bu organların geçici bir süreliğine veya süresiz olarak meslekten uzaklaştırılma kararı vermesi durumunda, hakkında karar verilen hâkimin başvuracağı bağımsız merciler bulunması gerekmektedir.²⁹⁷

c) Hâkimlerin Mali Durumları Bakımından Bağımsızlık

Hâkimlerin bağımsız bir şekilde hüküm verebilmesi için tanınması gereken en önemli teminatlardan biri de mali teminatdır. Hâkim eğer yeterli miktarda ücret alamaz, geçimini sağlayamazsa hüküm verirken rüşvet alma, zengini kayırma gibi yanlışlara düşebilir. Bu bakımdan hâkimlere; hayat pahalılığı, enflasyon, diğer devlet memurlarının aldıkları maaşlar göz önünde bulundurularak, geçim derdine düşülmemesi temelinde ücret tahsis edilmelidir.²⁹⁸

Hz. Peygamber devrinde hâkim, kendisine en fazla maaş ödenen devlet memuruydu.²⁹⁹ O devirde bir yere hâkim olarak atanan kişi hem hâkim hem de vali olarak atandığı için, İslam devletinde ilk olarak atanan memur da işte bu hâkimliğe atanan Attab b. Esid'dir.³⁰⁰ Hz. Ömer devrinde hâkimlerin maaşlarında iyileştirme üç etapta yapılmıştır. İlk olarak bu devirde hâkim maaşları, hâkimlerin ek gelire ihtiyaç duymayacakları şekilde belirlenmiştir. İkinci olarak “zengin olmayan kişilerin hâkim olarak atanmaması” hususu Hz. Ömer'in Ebu Musa el-Eşari'ye gönderdiği mektupta

²⁹⁶ İNCEOĞLU, Yargımcı Davranış İlkeleri, s.22.

²⁹⁷ Hâkimlerin Statüsüne İlişkin Avrupa Şartı, md.5.1.

²⁹⁸ SERAHSİ, C. XVI, 102. Bu bakımından modern hukuktaki düzenlemelere bakacak olursak: Avrupa Hâkimleri Danışma Konseyinin görüşüne göre yargı mensuplarının maaşlarını tenzilata karşı koruma altına almak ve uygulamada en azından hayat pahalılığı ile paralel bir şekilde gerçekleşen maaş artışlarını sağlamak üzere konuya özgü hukuki düzenlemeler yapılmalıdır. Opinion No:1 (2001) of the Consultative Council of European Judges, md.62. BM Yargı Bağımsızlığı Temel Prensiplerine göre ise hâkimlerin yeterli ücret almaları kanunlarda güvence altına alınmalıdır. BM Yargı Bağımsızlığı Hakkında Temel İlkeler, İlke 11. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesine göre ise yine benzer bir şekilde hâkimlerin maaşlarının kanunla teminat altına alınması gerekmektedir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi R (94) 12 Tavsiye Kararı, İlke I, 1.a) ii. Hâkimlerin bağımsızlığının gerçekleştirilebilmesi için mesleğin ekonomik yönden cazip hale getirilmesi ve hâkimlerin ilave güvencelerle donatılması gerekmektedir. AKCAN, s. 86.

²⁹⁹ HAMİDULLAH, Muhammed, İslam Peygamberi, çev. Mehmet Yazgan, Beyan yayınları, İstanbul, 2014, No: 1565, s. 777.

³⁰⁰ FENDOĞLU, s. 256.

belirtilmiştir.³⁰¹ Sonuncu olarak ise hâkimlerin ticaret yapmalarına, mal alım ve satımı ile uğraşmalarına müsaade edilmemiştir.³⁰² Dört halife devrinin tamamında hâkim maaşları yüksek tutulmuştur. Emevi ve Abbasi devirlerinde de hâkimlere insanların mal ve mülküne tamahları olmaması amacıyla yüksek maaş verilmiştir.

Hâkimler eğer zengin olan kişiler arasından seçilirse bunlara ayrıca devlet hazinesinden maaş bağlanıp bağlanmayacağı konusunda fukaha arasında görüş birliği bulunmamaktadır. Bazı müellifler hâkim zenginse devlet hazinesinden maaş alamayacağını, bazıları ise zengin olsa bile maaş alabileceğini belirtmişlerdir.³⁰³ Bu konu hakkında tafsilatlı bilgiyi hâkimlerin maaşları başlığımız altında inceleyeceğiz. Bu başlık altında ele aldığımız husus sadece hâkimlerin bağımsız bir şekilde hüküm verebilmesi için maddi imkânsızlık içinde bulunmamak, dolayısıyla hâkimin rüşvet alıp hükmünde adaletten uzaklaşmasını önlemek için yeterli seviyede maaş almaları gerektiği görüşüdür. Bu bakımdan Hz. Ömer ve Hz. Ali devlet hazinesinden kendilerine yetecek ölçüde maaş almaktaydılar. Hz. Osman ise maddi durumu iyi olduğu için herhangi bir maaş almıyordu.³⁰⁴

Osmanlı devletinin ilk zamanlarında ise hâkimlik gelir bakımından tercih edilen bir meslek değildi. Bu sebeple medrese mezunları gelir bakımından daha iyi olan müderrisliği hâkimliğe tercih ediyorlardı.³⁰⁵ Aslında Osmanlıda hâkimlerin belirli bir maaşı yoktu. Dava harçları, işlem onay ücretleri üzerinden belirli bir oran hâkimlere kalır ve hâkimler de geçimlerini bu harçlardan sağlıyorlardı.³⁰⁶ Atanma sırasında gelirlerine göre kazaların belirlenmesi usulü esastı. Bu gelir ise her bin hane

³⁰¹ Bu durum hâkimin rüşvet almasının önüne geçmek amacını taşımaktadır. Aksi takdirde maddi durumu iyi olmayan hâkim, kendisine yöneltilen rüşvet tekliflerini kabul edebilir. Bu husus da adaletin sağlanmasını imkânsız hale getirir. BİLMEN, C. VIII, s. 215.

³⁰² NUMANİ, C. II, s. 93.

³⁰³ FENDOĞLU, s. 258.

³⁰⁴ SERAHSİ, C. XVI, 102.

³⁰⁵ UZUNÇARŞILI, İlmiye Teşkilatı, s. 83.

³⁰⁶ ÜÇOK, Coşkun, MUMCU, Ahmet, BOZKURT, Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, Ankara, 2006, s. 246. Hâkimlerin her işlem için alacakları harçlar belirlidir ve hâkimin beratında yazılıdır. Bunlar merkez tarafından saptanır. Hâkimlere bu harçlardan elde ettikleri gelirlerden başka nadir durumlarda gündelik ve tımar verildiğine rastlanmıştır. Bu harçlardan fazla olarak harç alan hâkimlerin ise azledilecekleri beratlarında yazılı olurdu. BÜLBÜL, Zekeriya, Osmanlı Müesseseleri ve Medeniyeti Tarihi, Nobel Yayınları, Ankara, 2013, s. 207.

on akçe gelir getirecek şekilde hesaplanmaktaydı.³⁰⁷ Bu elde edilen gelirlerin ise yüzde kaç oranının hâkime kalacağı, hâkimin atandığını gösteren beratında yazılırdı.³⁰⁸

d) Hâkimin Dış Baskılardan Korunmasına Yönelik Bağımsızlık

Hâkimin hüküm verirken de bağımsız olabilmesini sağlamak için hâkimi diğer bütün kurum ve kişilerin baskısından izole etmek gerekmektedir.³⁰⁹ Yetkili organlar hâkimi bu baskıdan uzak tutmak için gerekli tedbirleri almakla mükelleftirler. Hâkimlere idare tarafından dava süresince bir talimat verilememesi için gerekli yasal düzenlemeler yapılmalıdır. Bu hususta İslam hukukunda hâkimlerin bağımsız olduklarını söyleyebiliriz. Buna en güzel örnek de halifelere bizzat hâkim önünde yargılanmalarında diğer insanlara göre bir ayrıcalık yapılmamasıdır.³¹⁰ Hz. Peygamber devrinde, iki kişi aralarında çıkan uyuşmazlık sebebiyle Hz. Peygamber'in huzuruna gelirler. Rasulullah, o sırada yanında bulunan sahabeden Ukbe b. Amir'e bu iki kişinin hakkında hüküm vermesini söyler. Bu durum Ukbe'nin bu uyuşmazlıkla sınırlı olarak hâkim tayin edildiğini göstermektedir. Ukbe, Hz. Peygamber'in huzurunda hüküm vermekten imtina eder. Hz. Peygamber ise onu teşvik eder ve "*Hükmet, eğer isabet edersen sana on sevap vardır, eğer hata edersen*

³⁰⁷ UZUNÇARŞILI, İlmiye Teşkilatı, s. 91.

³⁰⁸ ANIL, s. 74.

³⁰⁹ Bu hususta modern hukuktaki düzenlemelere bakacak olursak: Anayasanın 138. Maddesinin 2. fıkrasında "*Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.*" Hükümü konularak hâkimlerin dış müdahalelere karşı bağımsızlığı güvence altına alınmıştır. BM Yargı Bağımsızlığı Temel Prensiplerinde de "*Yargıçların üyesi buldukları mahkeme içinde davaların dağıtımı, adalet sisteminin bir iç işidir*" denilerek hâkimler arasındaki davalara bakma sırası, dosyaların tevzi ve çalışma süreleri bakımından da idareden veya dışarıdan başka bir gücün etkisi olmaksızın adliyenin iç işleyişinde yetkili olan makamların bağımsız ve adil bir şekilde hâkimleri görevlendirmelerinden bahsedilmiştir. BM Yargı Bağımsızlığı temel Prensipleri, İlke 14. Hâkimler önüne gelen uyuşmazlıkların kendi yetki alanlarına girip girmediği konusunda tamamen bağımsız olmalıdırlar. R(94) 12 sayılı tavsiye kararında da "*Mahkemelerin yetkisi konusunda, kanundaki tanımlamaya dayanarak sadece mahkemeler karar vermeli, başka hiçbir organ bu konuda yetkili olmamalıdır.*" Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi R (94) 12 Tavsiye Kararı, İlke I/2a (iii) ve bir diğer kuralda da "*Yargı organı yargısal niteliğe sahip her konuda yargılama yetkisine ve karar vermesi istenen bir sorunun kendisinin hukuken tanımlanan yetkisine girip girmediği hakkında münhasıran karar verme yetkisine sahiptir.*" BM Yargı Bağımsızlığı Hakkında Temel İlkeler, İlke 3. Denilerek bu husus düzenlenmiştir.

³¹⁰ Ata ur Rehman, Dr. Mazlan İbrahim, Dr. İbrahim Abu Bakar, "The Concept of Independence of Judiciary in Islam", International Journal of Business and Social Science, vol.4 no.2, February 2013, s. 74.

bir sevap var” demiştir.³¹¹ Bu örnekte Hz. Peygamberin sahabeden hüküm vermeye ehil olanları hüküm vermeye teşvik ettiğini ve onlar hüküm verirken karışmayıp müdahale etmediğini görmekteyiz.

Osmanlı devletinde de mahkemenin istiklali en iyi ölçüde sağlanmış ve korunmuştur. Hâkim, hüküm verirken tüm dış baskılardan uzak şekilde ve tamamen kendisi hukuki sonuca ulaşma çabası içinde olarak hüküm verir. Hiçbir kimsenin etkisi altında kalmadan karar verirdi.³¹² Buna göre hâkimin hukuk alanında verdiği kararları padişah dahi olsa kabul etmek zorundadır. Örnek vermek gerekirse Taşköprülüzade’nin Şakayık’ında belirtildiği üzere Molla Gürani verdiği bir hükme padişah müdahale ettiği için istifa etmiş ve Molla’nın bu davranışı çevresi tarafından takdir edilmiş ve saygı görmüştür.³¹³

Hâkimlerin önüne gelen davalarda verdikleri kararlar konusunda ise bu verilen kararların kanunlarla öngörülmüş olan kanun yolları dışında hiçbir kurum ve organ tarafından gözden geçirilememesi, bu kararları geçersiz kılacak şekilde idari işlem kurulamayacağı hususuna dikkat çekmek gerekmektedir.³¹⁴ Yargı kararlarının bir üst merci tarafından denetime tabi tutulması hâkimlerin verdikleri hükümlerin geçersiz kılınmayacağı kuralına bir aykırılık teşkil etmez; bilakis yargılama faaliyetinin daha adil bir şekilde sonuçlanmasına katkı sağlar.³¹⁵ Tabi ki özel ve genel af konusu yargı kararların geçersiz bırakılamayacağı hususunun bir istisnasıdır.³¹⁶

³¹¹ Ahmed b. Hanbel, Müsned, IV, 205; GÖRGÜLÜ, Hasan Ali, “Hz. Peygamber ve Yargı Bağımsızlığı İlkesi”, IV. Kutlu Doğum Sempozyumu: Tebliğler, Isparta, 2002, s. 166.

³¹² ANIL, s. 54.

³¹³ Taşköprülüzade, Şakayık’un-Numaniye, terc. Mehmed Mecdi, İstanbul, 1269, akt. ORTAYLI, Osmanlı Devletinde Kadı, s. 62.

³¹⁴ İslam devletinde dört halife devrinde olumsuz olan bir durum ise şudur ki, kendi görevli oldukları bölgede hâkim atayan valiler hâkimlerin verdikleri hükümleri infaz ve icra etme görevini de üstlenmekteydiler; fakat hâkim ile arası iyi olmayan veya hâkimin verdiği hükmü beğenmeyen valiler bu hükmü yok sayabiliyorlardı. Bu durum da hâkimin toplum içindeki saygınlığını zedeliyor ve insanların uyumsuzluklarını doğrudan valilerin önüne getirmelerine yol açıyordu. HALLAF, s. 66.

³¹⁵ ATAR, İslam Adliye, s. 117. Modern hukukta ise BM Yargı Bağımsızlığı Temel Prensiplerinde bu konu ile alakalı olarak hâkimlerin yürüttüğü yargılama faaliyeti süresince yetkisi olmayan kurumlar tarafından veya yetkili kurumlar tarafından kanunda öngörülen usule uymayan müdahalelerle verilmiş olan hükmün değiştirilemeyeceği anlatılmaktadır. Hukuka uygun şekilde öngörülen kanun yolları sonucunda ilk hâkimin verdiği hüküm azaltılır veya kaldırılırsa bu

Bu bakımdan Osmanlı uygulamasındaki fetva müessesesinden bahsetmek gerekir. Osmanlı devletinde hâkimler hüküm verirken bağımsız ve dış müdahalelerden korunmuş olarak bulunmalarına karşın müftilerden fetva alan halk bir uyuşmazlığı olduğunda önceden bu fetvaları kullanarak hâkimlerden bu fetvaya göre hüküm istiyordu. Hâkimler de genel olarak bu fetvalara uygun olarak hüküm vermekteydiler. Ancak hâkimlerin bu fetvalara aykırı olarak hüküm vermesinin bir yaptırımı bulunmamaktaydı. Müfti tarafından verilen fetvaların, hükmü verecek olan hâkimler bakımından bir bağlayıcılığı yoktu.³¹⁷ Fakat fetvayı veren makam müfti değil de şeyhülislam olursa bu fetvalara uymak mecburiyeti hâkimler bakımından tezahür etmekteydi. Şeyhülislam fetvasına göre hüküm vermeyen hâkim tazir cezasına çarptırılır ve görevden uzaklaştırılırdı. Ve hatta bu fetvalara itibar etmemek hâkimi kâfir durumuna getirirdi.³¹⁸ Ebussuud Efendi de şeyhülislam fetvasını hafife alan hâkimin azle müstehak ve dinden çıkmış olacağını belirtmektedir.

“Mesele: Şeyhülislam Hazretleri’nin fetva-yı şeriflerine muhalif bir hususu kadı hükm edüb hüccet verse hükmü nafiz olur mu? El-Cevab: Hiç bu asla cevab yazıldı mı? Fike’l-hısamü ve ileyhi’l-hasmü ve’l hükm.”³¹⁹

“Mesele: Zeyd-i kadı çalgulu düğüne varub, haşa fisk eylese, meclis-i fiskda bile oturub badehu Amr gelüb, Zeyd-i kadıya ne lazım gelürdeyü fetva itdikde, fetva-

durumun bu ilkeye aykırılık teşkil etmeyeceği de belirtilmiştir. BM Yargı Bağımsızlığı temel Prensipleri, İlke 4.

³¹⁶ Modern hukuka göre; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin tavsiye kararında da bu konuya paralel şekilde hükümler bulunmaktadır. Hâkimlerin verdikleri kararların kanunen öngörülen temyiz usulü dışında gözden geçirilemeyeceği ve genel ve özel af gibi uygulamalar dışında idarenin yargı kararlarını geçmişe etkili biçimde geçersiz kılamayacağı hususu düzenlenmiştir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi R (94) 12 Tavsiye Kararı, İlke I/1a(i), (iv). Bu konu hakkında İHAM’a da bir başvuru olmuş ve mahkemeye başvurma hakkının bir parçası olduğu belirtilmiştir. Yürütmenin yargı kararlarını uygulaması nedeniyle bu mahkeme nezdinde Türkiye suçlu bulunmuştur. İNCEOĞLU, Yargıda Etik, s.38. İnsan hakları Avrupa Komisyonu da idarenin genel ve özel af çıkarma yetkisini yargısal faaliyeti zayıflatacak şekilde kullanmaması gerektiğini öne sürmektedir. İNCEOĞLU, Yargıcın Davranış İlkeleri, s.26.

³¹⁷ FENDOĞLU, s. 288.

³¹⁸ HEYD, Uriel, “Osmanlıda Fetva Müessesesinin Bazı Tezahürleri(III. Levha ile birlikte)”, çev. Fethi Gedikli, H.A.D. C. 9, Sy.1-3, 1995, s.314. Burada hâkimi dinden çıkararak durum şudur ki: müftinin fetvası bağlayıcı olmadığı için hâkim bununla bağlı değildir; fakat şeyhülislam ise ilmiye sınıfının başı olduğu için şeyhülislamın kararını tanımamak sistemi reddetmek demektir. Bu durum ise İslam dininin kurallarının tanınmaması anlamına gelir ve dinden çıkma sonucunu doğurur.

³¹⁹ Ebussuud Efendi, Fetava, İsmihan Sultan, 223, v.157a, akt. DEMİR, Abdullah, Şeyhülislam Ebussuud Efendi Devlet-i Aliyye’nin Büyük Hukukçusu, İstanbul, 2006, s. 138.

yı şerifde ‘Ol makule kimesne kazaya layık değildir.’ deyü buyrulup, Amr varub fetva-yı şerifi gösterüb, Zeyd fetvayı alub okuyub, Amr’a virmeyüb ‘Ben fetva ile kadı değilin, padişah beratı ile kadının’ deyüb fetva-yı şerifi tahfif eylese Zeyd’e ne lazım olur? El-Cevab: Evvelki fiili ile ma’zuldur, itdüğü ahkam nafız değüldür. Ana kaza ve berat, adil olmak itikadı üzerine verilmişdir. Sonra fiskı zahir olmak ile mazul olur. Evvelden fiskı zahir olmak ile malum olub fiskı ile bile verilmiş olsa mazul olmayub, azle müstehak olur idi. Amma hükm-ü şer’iyi istihfaf etmekle kafir olur, İslam’a gelmez ise katlolunur.”³²⁰

Osmanlı devletinde 18. asırdan sonra merkezi yönetimin de gücünü kaybetmesiyle beraber, bölge halkının ve mahalli yetkililerin, hâkimlerin görev alanlarına müdahale ettiği görülmektedir. Bu durumun oluşmasıyla beraber hâkimler de bu mahalli unsurların en etkililerinden olan ayan gibi yetkililerle iş birliği yapmak, bir nevi onların etki alanına girmek zorunda kalmıştır. Bu devirde hâkimlerin etkinliği o kadar azalmıştır ki, halkın mahkeme basması gibi olaylara da rastlanmıştır.³²¹ Bu devirde hâkimlerin adalete uygun hakkaniyetli bir şekilde hüküm vermesini engelleyen en önemli unsur ise zûr şahitleri idi. Taşrada bulunan bazı nüfuz sahibi kişiler bir başkasının davasını üstlenip, yanlarına da zûr şahidi denilen yalancı şahitler bularak istedikleri şekilde hüküm verilmesini sağlıyorlardı. Hâkimler de bu yalancı şahitlerin yalan söylediklerini ispatlayamadıkları için mecburen ellerindeki delillere göre hüküm vermek zorunda kalıyorlardı.³²²

e) Hâkimlerin Vicdani Kanaatlerine Göre Hüküm Vermeleri Bakımından Bağımsızlık

Hâkimlerin dış müdahalelere karşı olan bağımsızlığından bahsetmişken vicdani kanaatlerine göre hüküm vermeleri gerektiğine de değinmek gerekmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus hâkimler vicdanlarına sadece hukuka uygun olmak şartıyla başvurabilirler. Hukuka uygun olmayan bir şekilde sadece vicdani öyle istiyor diye hüküm kurmak hâkimlerin bağımsızlık vasfına aykırı bir sonuç

³²⁰ DÜZDAĞ, s. 134-135.

³²¹ ERGENÇ, Özer, “18.YY’da Osmanlı Taşra Yönetimi”, TUBA, X, 1986, s. 96, akt. ORTAYLI, “Kadı”, DİA, C. XXIV, s. 71.

³²² İNALCIK, Halil, Belgeler, “Adaletnameler”, TTK Basımevi, C. II, Sy. 3-4, 2.Baskı, Ankara, 1993, s. 99; ORTAYLI, Osmanlı Devletinde Kadı, s. 58-59.

doğuracaktır.³²³ Bu bakımdan hâkimlerin vicdani kanaatlerini ve kendi hukuki bilgilerini kullanarak hükme ulaşma sonucuna içtihat yolu ile hükmetme diyoruz. İchtihatların sadece verildiği hâkimi bağladığını, temyiz yargılaması konusu oluşturmayacağından bahsedeceğiz.

Hâkim yaptığı yargılama sonucunda hüküm verdikten sonra verdiği hükümde eksiklik veya yanlışlık gördüğü zaman verdiği bu hükmü düzeltebilir.³²⁴ Hâkimin yeniden hüküm vermesinde bir sakınca yoktur; hatta böyle bir durumda hükmünden dönüp yeniden hüküm vermesi istenmiştir. Ancak burada hâkim hükmünden neden döndüğünü de sebebiyle beraber açıklamak zorundadır.³²⁵ İbn Abidin ise hâkimin verdiği hükmünden dönmesini caiz kabul etmemiştir. Ona göre, hâkim hükmünden dönse bile önceki verdiği hüküm geçerlidir.³²⁶

Serahsi de; “Eğer hâkim verdiği kararda bir hatanın olduğunu fark ederse, insanlardan utanmadan, çekinmeden hatasından dönmesi gerekir. Allah Teâlâ o hâkimi insanların eziyetinden korur. Ama (hâkim yanlış olduğunu bildiği karardan

³²³ ATAR, İslam Yargılama Hukukunun Esasları, s. 92. Modern hukukumuzda ise 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar kanununa göre “*Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler.*” 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu, md.4/1; AKCAN, s. 60. Görüldüğü üzere bu hüküm Anayasa’daki madde hükmüyle aynıdır. Anayasa, md. 138/1. Anayasa mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 9/2 maddesine göre hâkimler “...*sadece vicdanının emrine uyarak.*” şeklinde yemin ederler. Hâkimler vicdani kanaatlerine göre hüküm verdiklerinde, verdikleri bu hükmü gerekçelendirmek zorundadırlar. Örnek vermek gerekirse şahit beyanlarıyla ilgili olarak, hâkimin şahit beyanlarının aksi yönünde sadece vicdani kanaatle hüküm veremeyeceği esastır. Burada hâkim, şahit beyanlarına neden itibar edilmediğini gerekçelendirmelidir. YILDIRIM, Mehmet Kamil, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul, 1990, s.180. Hâkim bu gerekçelendirmeyi hükme esas alınmayan her bir şahit beyanı için ayrı ayrı yapmalıdır. AKCAN, s.62.

³²⁴ Hz. Ömer de aynı konuda (ortaklık sözleşmesi) farklı zamanlarda farklı hüküm vermiştir. FENDOĞLU, s. 200.

³²⁵ BİLMEN, C. VIII, s. 239. Hâkimin verdiği hükümdeki gerekçesini nasıl yazması gerektiği konusunda Yargıtay Ceza Genel Kurulunun bir kararına göre ise hâkim, 5237 sayılı TCK’nın 62. maddesinde belirttiği şekilde takdir hakkını kullanırken, gösterilen gerekçenin makul olması, hukuk kurallarını zedelemeyecek, yasaların maksat ve amacına aykırı düşmeyecek, vicdanları rahatsız etmeyecek şekilde hareket etmesi gerekmektedir Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 14.02.2012 tarih ve 275/41 sayılı kararı, akt. AKCAN, s. 63. Usul hukuku kurallarına uygun olan durum hâkimin hüküm verirken sadece vicdani kanaatine dayanmak yerine kararın mevzuata da uygunluğuna dikkat etmesi gerektiğidir. Hâkimin vicdani kanaati dava sırasında ortaya konulan belge ve bilgilerle uyumlu, kesin veriler olmalıdır. AKCAN, s. 64

³²⁶ Burada bahsedilen husus şudur ki; eğer hâkim hükümdeki hatasını kendi ikrarı ile ortaya çıkaracak olursa bu verdiği hükmü değiştiremez; fakat bu hata tarafların beyanı ile ortaya çıkacak olursa hükmü değiştirebilir. İBN ABİDİN, C. XII, s. 305.

dönmemesi durumunda) Allah'ın azabından onu kimse koruyamaz"³²⁷ demiştir. Yine Serahsi'den naklen; Hz. Ömer namazda istemeden konuştuğu zaman "Neredeyse sizden utanarak namaza devam edecektim. Sonra kendi kendime Allah'ı gözetmem sizi gözetmemden daha hayırlıdır, dedim. Kim böyle bir durumla karşı karşıya gelirse Allah'ı gözetin." demiştir.³²⁸ Ayrıca hâkimin yanılığa düştüğü durumun kendisinin bulup düzeltilmesi, başka kişilerin bu hatayı görüp hâkimi küçük ve yetersiz görmemelerine ve adalete olan güvenlerinin azalmamasına sebep olacağı için daha iyidir.

f) Mahkemenin Toplum Gözünde Bağımsız Olarak Görünmesi

Hâkimlerin atama biçimleri, görev süreleri, görevden alınmamaları ve dış müdahalelere karşı korunmaları hususlarında bağımsız kalabilmeleri sağlanmış olsa da, mahkemeler ve hâkimler kendileri de topluma ve davanın taraflarına karşı bağımsız bir görünüm sergileyebilmelidirler. İslam hukukunda yargı organı bağımsız olmalıdır; çünkü hâkim zulüm gören kimselerin koruyucusudur. Hâkimin hak dağıtırken dikkatli olması ve bağımsız olması gerektiği bizzat Kur'an'da emredilmiştir. *"Aralarında Allah'ın sana indirdiği hükümlerle hükmet; onların keyiflerine uyma. Allah'ın sana indirdiği hükümlerin bir kısmını sana tatbik ettirmemek için yapacakları saptırmadan şiddetle kaçın..."*³²⁹ Bu bakımdan hâkim, yargı erkinin başı ve yargılama faaliyetiyle asıl olarak sorumlu olan devlet başkanının velayeti³³⁰ ile hüküm verse de bu anlamda devlet başkanından bağımsızdır. Çünkü bu yargılama yetkisini halk adına kullanır. Bunun sebebi ise devlet başkanının halkın temsilcisi ve onlar adına yargılama faaliyetini kullanması görüşünden ileri gelir. Dolayısıyla devlet başkanı ölse bile halkın velayeti devam ettiği için hâkimin görevi sona ermez.³³¹ Bu sebeple hâkimlerin, bizzat vekili oldukları halka karşı bağımsız görünebilmeleri gerekmektedir.

³²⁷ SERAHSİ, C. XVI, 62.

³²⁸ SERAHSİ, C. XVI, 62.

³²⁹ Maide, 5/49.

³³⁰ ÇELİKER, s. 279.

³³¹ ASLAN, Yargılama Etiği, s. 146.

Bağımsız görünümün sağlanabilmesi ancak mahkemede aleni yargılama yapılması ile mümkündür.³³² İslam hukukunda bu anlamda yargılamanın aleniliği ilkesi ilk dönemlerden itibaren benimsenmiştir.³³³ İslam devletinin ilk döneminde yargılamalar herkesin içeri rahatça girip duruşmayı izleyebileceği mescitlerde yapılması esastı. Bazen ise hâkimler evlerinde yargılama yapıyorlar ve yargılama esnasında evlerine yargılamayı izlemek isteyen herkesin girebilmesi imkânını sağlıyorlardı.³³⁴ Bu sebeple İslam hukukçuları yargılamanın en azından birkaç kişinin huzurunda yapılması gerektiğini savunmuşlar, gizli yapılan duruşma ile verilen hükmün şaibeli olacağına kanaat getirmişlerdir.³³⁵ Bu bakımdan mahkemeyi halkın izleyebilmesi ve hâkimin bağımsız ve tarafsız bir şekilde hüküm kurup kurmadığını gözlemlemesi hükmün hiçbir şaibeye imkân vermeyecek bir şekilde kurulup adaletin sağlanabilmesi açısından elzemdir. Tabi ki bazı durumlarda hâkim duruşmanın gizli yapılmasını isteyebilir. Bu durum yargılamanın aleniliğine istisna teşkil etmektedir.³³⁶

Konuya modern hukuk bakımından bakacak olursak; İHAM, (İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi) mahkemelerin bağımsız bir görünüm sergileyememelerini bizzat İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 6. Maddesinin³³⁷ ihlali saymıştır. Mahkeme yargı yerinin bağımsızlığıyla alakalı güvenceler olup olmadığına, yargılama fonksiyonunu yerine getirirken kamu otoritelerinden talimat alınıp alınmadığına bakmanın yanı sıra, yargı yerinin bağımsız bir görünüm verip veremediğine de bakmaktadır. Yapılan inceleme sonucunda İHAM, bağımsızlığın

³³² BİLMEN, C. VIII, s. 220.

³³³ Osmanlı devletinde de aynı şekilde yargılama aleni olarak yapılmaktaydı. FENDOĞLU, s. 207.

³³⁴ ATAR, İslam Yargılama Hukukunun Esasları, s. 120.

³³⁵ TYAN, s. 216, akt. ORTAYLI, , “Osmanlı Şehirlerinde Mahkeme”, s. 247; İBN ABİDİN, C. XII, s. 153.

³³⁶ ASLAN, Yargılama Etiği, s. 179.

³³⁷ İHAS md.6/1 “Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde ve yahut aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.”

sağlanamadığı hususunda şikâyet eden insanların kişisel düşüncelerinden ziyade bu hususta nesnel delillerin, makul şüphenin bulunması durumunda ihlal kararı verebilmektedir.³³⁸

Ülkemizde de Devlet Güvenlik Mahkemeleri bakımından İHAM'a yapılan başvurular sonucunda mahkeme DGM'lerin içinde askeri hâkimlerin de bulunmasında dolayı, sivil kişilerin askeri üyelerin de bulunduğu bir mahkemede yargılanmasının mahkemenin bağımsız görünümü açısından bir ihlal teşkil ettiği kararına varmıştır.³³⁹

5. Bağımsızlık Niteliğinin Sağlanabilmesi Bakımından Hâkimin Sorumluluğu

Bağımsızlık genel olarak hâkime diğer organlar tarafından gerekli yasal düzenlemelerle sağlanması gerekli olan düzenlemelerle ulaşılabilecek bir hedef olarak görülse de hâkimin de bizzat kendi çabasıyla bu bağımsızlığı insanlara sezdirmesi gerekmektedir. Bu bakımdan hâkimin taraflardan birisini misafir etmesi, vasıtasına bindirmesi veya birlikte yolculuk yapması uygun değildir. Bu tür davranışlar hâkimi, toplumu gözünde kötü bir noktaya getirebilir ve kendisine ve dolayısıyla adalete olan güveni sarsabilir.³⁴⁰

Yargı organlarının halk tarafından bağımsız olarak görülmesi sağlanmalıdır. Yargının bağımsızlığını sorgulayan bir kişi, bu bağımsızlığın olmadığını ispatlaması zorunlu değildir. Buradaki esas olan husus üçüncü bir kişinin mahkemeyi veya hâkimi bağımsız olarak görüp görmediğidir.³⁴¹ Eğer hâkim dışarıdan makul bir gözlemci tarafından bağımsız bir şekilde görevini yaptığı hususunda izlenim oluşturamıyorsa bu durumda o hâkimin bağımsızlığından şüphe edilir. Her ne kadar bağımsızlık hâkim tarafından değil de yetkili kurumlar tarafından hâkime sağlanması gereken bir husus olarak görülse de makul bir gözlem sonucunda hâkimin bağımsız

³³⁸ İNCEOĞLU, Yargımcı Davranış İlkeleri, s.27.

³³⁹ İNCEOĞLU, Yargımcı Davranış İlkeleri, s.28.

³⁴⁰ AMRAVİ, s. 31. Konuya modern hukuk açısından bakacak olursak: Bangalor ilkelerinde hâkimin yasama ve yürütme organlarının etkisinden ve bu organlarla olan fiili ilişkilerden uzak olmakla beraber, bu uzaklığı diğer kişi ve organlara karşı da gösterebilmesi gerektiği anlatılmaktadır. Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, 1.3.

³⁴¹ ÇELİKER, s. 276.

olup olmadığının gözlenmesi de önemli bir husustur.³⁴² Bu hususta Osmanlı Devletinde şikâyet kurumu ciddi bir şekilde işletilmektedir. Bağımsız olmadığı yönünde bilgi veya kanı olan hâkim hemen başkente bildirilir ve Bab-ı Ali de gerekli işlemleri yapardı.³⁴³ Şer'iyye sicillerine yansıyan bir örnekte "*Kayseri ahalisi kethüdası olan Osman Çavuş, bölgenin hâkimi ile işbirliği içerisinde Erkilet Köyü ahalisinden 22 kese akçe toplayarak, bunun 6 kesesini zimmetine geçirir ve ahaliye hesap vermeden kaçır. Bu zimmet suçu mahkeme kararı ile de kesinleşince durum İstanbul'a bildirilir. Padişah da hâkimin buna göre hüküm vermesini ve hak sahiplerine haklarının geri verilmesini emreden bir ferman gönderir.*"³⁴⁴ Burada bağımsızlık vasfına sahip olamayan hâkimlerin sürekli kontrol altında bulundurulduğunu görmekteyiz.

Toplumun içinde bulunduğu yargı sistemine olan güveni çok önemli bir husustur.³⁴⁵ Halk eğer mahkemelerin ve hâkimlerin bağımsız olduğuna, kararlarını yasama veya yürütmenin baskısı altında kalmadan bağımsız bir şekilde verebildiklerine inanmazsa, yargının bağımsızlığı halk tarafından görünür bir şekilde tezahür etmezse, halkın yargı kurumlarına olan güveni yok olur. Bu durumun bir sonucu olarak da kişiler uğradıkları bir haksızlığı yargı mercileri önüne getirmekten kaçınırlar; dolayısıyla da toplum içinde adalet sağlanamaz. Hâkim bizzat topluma bu bağımsızlık vasfına sahip olduğunu hal ve hareketleriyle göstermek yükümlülüğü

³⁴² Modern hukuk bakımından ise; Bangalor İlkelerinde hâkimin doğrudan veya dolaylı olarak herhangi bir sebeple veya herhangi bir yerden gelen baskı, tehdit, müdahale, teşvik ve tüm dışardan gelen etkilerden uzak, önüne gelen uyumsuzluğu değerlendirmesi temelinde, vicdani kanaatine göre hukuk bilgisiyle bağımsız bir şekilde yargılama görevini yerine getirmesi gerektiği belirtilmiştir. Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, 1.1. Bu bakımdan halkın mahkeme hakkında bağımsız olduğu yönünde bir kanıya sahip olması önemlidir. İNCEOĞLU, Yargıcın Davranış İlkeleri, s.29. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin tavsiye kararında ise bu durum şu şekilde belirtilmiştir. Hâkimlerin önlerine gelen bütün davalarda herhangi bir dış etkiye maruz kalmaksızın bağımsız olarak hareket etme sorumluluğu vardır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi R (94) 12 Tavsiye Kararı, İlke V/3a. Hâkime gelen teklif her kimden gelirse gelsin ki bu teklifi yapanlar toplumda yüksek mevkiye sahip insanlar veya önemli bürokratlar olabilir, hâkim davada önüne gelen delillere ve vicdani kanaatine göre hüküm vermelidir. İNCEOĞLU, Yargıcın Davranış İlkeleri, s.30.

³⁴³ FENDOĞLU, s. 267.

³⁴⁴ Kayseri Şer'iyye Sicilleri, H. 1087 tarih ve 84 nolu defter, s.185/b.434, akt. ASLAN, Yargılama Etiği, s.151.

³⁴⁵ Toplumun hâkimlerin haksız davranışları karşısında tepkisini ortaya koyması, hâkimlerin de daha dikkatli olmalarına sebep olacaktır. FENDOĞLU, s. 263.

altındadır.³⁴⁶ Halkın bir hâkimin bağımsız olup olmadığına idari makamlardan veya toplum içindeki nüfuzlu bir kesim veya kişilerden bağımsız olarak, onların etkisi altında kalmadan hüküm verebilip veremediğine kanaat getirmesi değişik biçimlerde kendini gösterebilmektedir. Hâkim benim vereceğim karar üzerine başkaları ne der, ne düşünür diye kendine soru sormaktan vazgeçip, önüne gelen delillere, ifadelere göre ve en önemlisi hukuk bilgisine göre bağımsız bir şekilde karar vermek zorunluluğundadır.³⁴⁷

Bu konu hakkında Ebussuud Efendi'nin bir fetvasında davanın taraflarından biri halk arasındaki nüfuz sahibi kişilerden olursa hâkimin normal olarak bu davayı doğrudan Divan-ı Hümayun'a götürebileceği; ancak hâkimlerin sürekli olarak davaları Divan-ı Hümayun'a gönderme yoluna başvurmaması, önlerine gelen davalara korkmadan bakmaları gerektiğinden bahsedilmiştir.³⁴⁸

“Mesele: Zeyd, Amr-ı hâkime bana zulm oldu benim maslahatımı şer’le görüver dedikte, Amr Zeyd’e senin maslahatın istima’ edicek, bazı sahib-i saadete arz etmek lazım olur deyü istima’ etmese Amr’a ne lazım olur? El-cevab: Hak Teâlâ Hazreti canibin görüb kullarından korkmamak lazım olur sahib-i saadet oldur ki şekavet-i uhreviyeden kurtula.”³⁴⁹

Hâkimlere yapılmak istenen teklif hâkimlerin yakınları, arkadaşları veya akrabaları aracılığıyla yapılabilir. Siyasiler, yöneticiler, resmi görevliler bile böyle bir teklifte bulunabilirler. Hatta üst derecedeki diğer bazı hâkimler de hâkime karşı böyle bir teklifte bulunabilirler. Bu durumda hâkim, teklifin kimden olduğuna bakmaksızın ne yönde karar vermesi gerektiğini söyleyen bu dolaylı veya doğrudan teklifleri reddetmelidir.³⁵⁰ Kur’an’da da “...söz söylediğiniz zaman yakınlarınız dahi olsa adaletli olun”³⁵¹ denilerek bu konuya dikkat çekilmiştir.

³⁴⁶ İNCEOĞLU, Yargıcın Davranış İlkeleri, s.30.

³⁴⁷ GÖRGÜLÜ, Hasan Ali, Hz. Peygamber ve Yargı Bağımsızlığı İlkesi, s. 157.

³⁴⁸ DEMİR, Osmanlı Mahkemesi, s. 36.

³⁴⁹ Ebussuud, Fetava, Süleymaniye Kütüphanesi, İsmihan Sultan, 223, v.160a, akt. DEMİR, Osmanlı Mahkemesi, s.36.

³⁵⁰ Bu durumda modern hukuktaki kurala göre; Hâkime yöneltilecek teklifler sadece davanın taraflarının avukatları aracılığıyla yapılabilir. Avukat hâkime ne yönde karar vermesi gerektiğini teklif edebilir; çünkü bu avukatın yaptığı iş ile bağlantılıdır. Avukat böyle bir teklifi yapmakla

Hâkimlere karşı bu şekilde müdahale etmeye çalışan, hâkimi etki altında bırakmaya çalışan kişilere karşı kanunla gerekli yaptırımlar öngörülmalıdır ki, kişiler hâkimlere bu şekilde bir baskıda bulunmaya teşebbüs edemesinler.³⁵² Burada kişiler tarafından hâkimlere yönelik olarak yapılan hangi hareketlerin uygunsuz olduğunu saptamak konusunda bir zorluk olacağı aşîkârdır. Bazı durumlar hâkimler üzerinde baskı kurmayı amaçlamaktayken bazı durumlar ise kamu yararı ile ilgili konuların kamuoyunda ve özgür bir medyada tartışmanın oluşturduğu fayda ile alakalıdır. Burada bir denge aranmalıdır.³⁵³ Kamusal bir yetkiyi kullanan kişilerin verdikleri kararlardan dolayı eleştirilmeleri demokratik sistemlerde oldukça normaldir.³⁵⁴

Hâkim gerektiği zamanlarda meslektaşlarından tavsiye ve fikir alabilir. Bu durum hâkimin vereceği kararı etkilemediği sürece bir sıkıntı bulunmamaktadır. Aldığı tavsiyelerin hukuki nitelikte olması esastır. Ancak hâkim karar verirken kendi vicdani kanaatine göre hüküm oluşturmalıdır. Bu husus önüne gelen dava bakımından her hâkimin kendine ait olan bir sorumluluktur. Eğer hâkim verdiği hükümde önüne gelen delillere göre hüküm vermesine rağmen hüküm adil olmazsa bu durumda hâkim sorumlu tutulamaz.³⁵⁵ Hâkim yargılama faaliyetini yürütürken hiçbir kimse veya kuruluşun çalışanı değildir. Hâkim kendisine verilen yargılama faaliyetini kurum veya kişiler adına değil halk adına yapar. Kur'an'da da

savunma faaliyeti kapsamında mükelleftir. Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct, s.43, md. 29.

³⁵¹ Enam, 6/152.

³⁵² Bu yaptırımların devletlerin sorumluluğunda olduğu modern hukukta kabul edilmiştir. BM ilkelerinde yargı organlarını kendilerine verilen görevleri gereği gibi yerine getirebilmelerini sağlamak için gerekli ve yeterli düzenlemeleri yapmayı kuruluşa üye her devletin sorumluluğunda olduğu belirtilmektedir. BM Yargı Bağımsızlığı Temel Prensipleri, 7. Bir diğer uluslararası belgede ise; hâkimler hüküm verme aşamasında bağımsız olmalı, her ne sebeple olursa olsun doğrudan veya dolaylı olarak kendisine yönelik oluşabilecek müdahalelerden, teşviklerden veya etkilerden uzak bir biçimde hüküm verme imkânına sahip olmaları gerektiği düzenlenmiştir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi R (94) 12 Tavsiye Kararı, İlke I/1d.

³⁵³ Dengenin nasıl sağlanması gerektiğine modern hukuk penceresinden bakarsak; Hâkimler ise bu hususlarda kamuya mal olmuş kimseler olduklarını kabul ederek bu görüş ve öneriler konusunda alıngan veya kırılğan bir yapıda olmaktan uzak olmalıdırlar. Opinion No:1 (2001) of the Consultative Council of European Judges, md.63.

³⁵⁴ Bu eleştirinin sınırını modern hukuk şu şekilde çizmiştir; Hukukun öngördüğü sınırlar içinde kalmak kaydıyla hâkimler, vermiş oldukları kararlardan, bu kararlarında ileri sürdükleri gerekçelerden veya davayı yürütmeye stillerinden dolayı eleştirilebilirler. Aksi bir durum demokratik sistemlerdeki eleştiri hakkının bir kısıtlaması olur. Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct, s.43, md. 30; İNCEOĞLU, Yargıcın Davranış İlkeleri, s.31.

³⁵⁵ GÖRGÜLÜ, s. 164.

“Aralarında Allah’ın indirdiği ile hükmet ve onların arzularına uyma” hükmü ile hâkimin bağımsız olarak yargılama yapması gerektiği emredilmiştir.³⁵⁶ Bu konuda “ben zahire (yani görünene) göre hükmetmekle emrolundum. Gizliliklerin durumu ise Allah’a aittir”³⁵⁷ hadisi de hâkimin davada önüne gelen delillere göre hükmetmesi gereğini destekler mahiyettedir.

C. TARAFSIZLIK

1. Genel Olarak

Hâkimin tarafsızlığı yargı faaliyetinin adil bir şekilde devam etmesi için esastır. Hâkimin tarafsızlığı hem kararı vereceği süreçte hem de verdiği kararın kendisinde sağlaması gerekmektedir. Hâkimin taraflara eşit davranması, taraflara yönelik mimik ve hareketleri, tarafların mahkeme salonunda oturdukları yer bakımından eşit ve tarafsız bir tavırdan bulunması önemli bir gerekliliktir.³⁵⁸ Hâkimin taraflara nasıl hitap ettiği bile tarafsız olup olmadığının tespitinde çok önemlidir.³⁵⁹

³⁵⁶ Maide, 5/49. Modern hukuk açısından ise; Bangalor ilkelerine göre de hâkim yargı bağımsızlığını devam ettirmek için temel kurum olan yargıya yönelik kurumsal güveni güçlendirmek amacıyla, yargı etiği ile ilgili yüksek davranış ilkeleri belirlemeli ve bu ilkeleri iletmelidir. Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, 1.6. BM Yargı Bağımsızlığı Temel Prensiplerinde de yargı bağımsızlığı prensibinin yargılama faaliyeti yapma ile yetkili organının hukuki uyumsuzlukları adil bir şekilde çözmesini ve uyumsuzluğun taraflarının haklarına saygı gösterilmesi gerektirdiğini ve yargılama organına bu şekilde bir imkân verilmesi gerektiğini açıklamıştır. BM Yargı Bağımsızlığı Temel Prensipleri, 7. Yani mahkeme kararlarını toplum tarafından kabul edilmesi ve saygı gösterilmesi için toplumda yargı bağımsızlığına ilişkin bir güven ortamı sağlanmalıdır. Bu güven ise mahkemenin belirlemesi gereken yüksek standartların oluşturulması ve korunması ile mümkündür. İNCEOĞLU, Yargıcın Davranış İlkeleri, s. 32. Bu standartların sağlanması adil yargılanma hakkının taraflara sağlanması ile mümkündür. Bu sebeple taraflar davanın her aşamasında yargılama yapmanın amacı ve niteliği hakkında bilgilendirmek, tarafların davalarına iyi bir şekilde hazırlanabilmeleri için gerekli imkânların sağlanması gerekmektedir. Taraflara bu imkânlar dâhilinde avukatlarını seçerken, delillerini veya dava dilekçelerini sunarken kolaylık sağlanmalıdır. Silahların eşitliği ilkesi çerçevesinde savunma hakkına adil bir şekilde riayet edilmeli, iddia makamının altında ezdirilmeden tarafların savunma yapma imkânına sahip olabilmeleri gerekmektedir. İNCEOĞLU, Yargıda Etik, s. 45

³⁵⁷ Buhari, *Rehin*, 6; Tirmizî, *Ahkâm*, 12; İbn Mâce, Muhammed b. Yezid Ebu Abdillâh el-Kazvini (ö. 887), *Sünen-i İbn Mâce*, Terc: Haydar Hatipoğlu, Kahraman Yayınları, İstanbul, 1982, *Ahkâm*, 7.

³⁵⁸ Bu husus modern hukukta da düzenlenmiştir: Bangalor İlkelerine göre, “*Tarafsızlık, yargı görevinin tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesinin esasıdır. Bu prensip, sadece bizatihi karar için değil aynı zamanda kararın oluşturulduğu süreç açısından da geçerlidir.*” Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, Değer 2. Taraf eşitliği adı da verilen tarafsızlık, klasik anlamda genel eşitlik ilkesinin özel bir görünüşü, dar anlamda ise hâkimin sadece olaya ait unsurları kullanmasıdır. YILDIRIM, s. 103-104

³⁵⁹ ASLAN, Yargılama Etiği, s.170.

Hâkimler yargılama fonksiyonunu yerine getirirken taraflı ve önyargılı olmaktan ve taraflar arasında ayırım yapmaktan kaçınmalıdır.³⁶⁰ Bu bakımdan hâkimler tarafsızlık vasfını dava süresince taraflara hissettirecek bir biçimde gösterebilmelidir ki, mahkemeye ve hâkime olan güven azalmasın. Tarafların mahkemeye olan güvenleri azaldığında ise toplumların adalet sistemi çökmeye başlayacaktır. Bu konuda bir örnek dikkat çekicidir. Hz. Ömer'in halifelîği döneminde bir gün, bir adam Hz. Ali'den davacı olmuştu. O sırada halifenin yanında oturmakta olan Hz. Ali'ye, Hz. Ömer “ Ya Ebu'l Hasan, kalk da hasmının yanına otur” dedi. Yargılama bittikten sonra Hz. Ali hoşnutsuz bir şekilde Hz. Ömer'in yanına oturunca halife, bu hoşnutsuzluğun sebebini sordu. Hz. Ali de muameleden hoşnut olmadım; çünkü hasmımın yanında bana künyemle hitab ettin” demiştir.³⁶¹ Bunun üzerine Hz. Ömer duygulandı ve Hz. Ali'yi gözünden öperek bu ikazından dolayı teşekkür etti.³⁶²

Hâkim tarafsız olabilmesinin yanı sıra taraflara karşı da tarafsız görünebilmelidir. Taraflar hâkimi tarafsız olarak görmezlerse adaletle olan güvenleri kaybolur. Tabi ki, bu durumda önemli olan husus dışardan hâkimi yargılama yaptığı sırada gözlemleyen birisinde üçüncü bir göz olarak hâkimin tarafsız olup olmadığı

³⁶⁰ ATAR, İslam Yargılama Hukuku, s. 90.

³⁶¹ Şunu belirtmek gerekir ki, o dönem Araplar içinde birisine künyesiyle hitap etmek bir iltifat gösterme yöntemi idi.

³⁶² BERKİ, İslamda Kaza Hüküm Hâkimlik ve Tevabii, s. 28. Bu hususun modern hukuktaki düzenlemesine göre; Taraflar arasındaki dengenin korunması ve tarafları eşit ve adil bir biçimde dinlemek ve taraflara eşit bir şekilde davranmak, onlara adil bir yargılanma ortamı sağlamak tarafsızlık vasfının gerekliliklerindedir. Opinion no. 3 of the Consultative Council of European Judges (CCJE) to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the principles and rules governing judges' professional conduct, in particular ethics, incompatible behaviour and impartiality, md.24. Tarafsızlık ile bağımsızlık birbirleriyle iç içe olan değerlerdir. Bağımsızlık tarafsızlığın önkoşuludur. Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct, s.57, md. 51. Bağımsız olan bir hâkim taraflı olabilir; ancak bağımsız olmayan bir hâkimin tarafsız olması mümkün değildir. İNCEOĞLU, Yargıda Etik, s. 49. Tarafsızlık, bağımsızlığın olağan bir sonucudur. AKCAN, s. 87. Bu anlamda İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin tarafsızlık anlayışına bakmak bize fayda sağlayabilir: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin (İHAM) tarafsızlık anlayışına göre tarafsızlık nesnel ve öznel tarafsızlık olarak ikiye ayrılmaktadır. Öznel tarafsızlık hâkimin şahsi tarafsızlığına ilişkindir. Öznel tarafsızlığın saptanmasında hâkimin önüne gelen davadaki taraflara yönelik taraf tutan veya önyargılı bir tutumunun olup olmadığı ve hâkimin şahsi olarak taraf tuttuğunu kanıtlayabilecek delillerin olup olmadığı hususu irdelenmektedir. Kanıtlanmadığı sürece bütün hâkimlerin tarafsız olmasının kabul edilmesi bir karinedir. Nesnel tarafsızlık ise hâkimin, yargılama süresince taraflarda bıraktığı izlenimle alakalıdır. Hauschildt vs. Denmark, 24.05.1989. par.46-47; Fey vs. Austria, 24.02.1994, par.28-29, akt. İNCEOĞLU, Yargısal Davranış İlkeleri, s.35.

konusunda bıraktığı kanıdır. Eğer hâkimin tarafsız olamayabileceği konusunda şüphe bulunuyorsa hâkim kendi tasarrufu ile davadan çekilmelidir. Hâkimin tarafsız olup olmadığına belirleyici olan unsur davanın içinde bizzat hak iddia eden kişiler olarak davanın taraflarından ziyade makul bir gözlemcinin tarafsız gözlemleridir. Bu sebeple aleni yargılama ilkesinin benimsenip tarafların ve taraflar dışındaki üçüncü kişilerin mahkemeyi takibine imkân sağlanmalıdır.³⁶³

Tarafsızlık insanların algıladıkları davranışlar bakımından tartışılmalıdır. Gerçekte hâkim tarafsız ise insanlar da hâkimi tarafsız olarak algılayabilmelidirler, yani tarafsızlığın dışardan açıkça görülebilecek bir şekilde oluşması gerekmektedir.³⁶⁴

Tarafli olmak hâkimin önüne gelen davadaki taraflardan birine karşı gösterdiği olumlu ilgi veya olumsuz eğilimdir. Tarafılık hâkimin belirli bir davada görevlerini tarafsız bir şekilde icra edebilmesini engelleyen, hükme etki eden bir hareket veya bakış açısı, önyargıdır.³⁶⁵ Hâkimin tarafli olması durumu tarafların birine karşı olan pozitif durum olabildiği gibi negatif bir durum da olabilir. Pozitif durumda hâkim taraflardan birisini sevdiği, saygı duyduğu veya o kişiden bir çıkarı olduğu için o kişinin istediği şekilde veya o tarafın amacına uygun şekilde hüküm vermektedir. Negatif durumda ise hâkim taraflardan birisini sevmediği için o kişinin aleyhine veya

³⁶³ DEMİR, Osmanlı Mahkemesi, s. 19.

³⁶⁴ Bu hususta modern hukuktaki uluslararası belgeler ve Anayasamızda hükümler bulunmaktadır. “Adaletin gerçekleşmesi yetmez, gerçekleştiğinin açıkça görülmesi de gereklidir.” denilerek bu durum açıklanmıştır. Johnson v. Johnson (2000) 201 CLR 488, 502; Fyfe Strachan, “Keeping up Appearances: Apprehended Bias in Antoun v. The Queen”, Sydney Law Review, Vol.29, 2007, s.180, akt. İNCEOĞLU, Yargıda Etik, s. 50. Anayasanın 138. maddesindeki durum hâkimlerin bağımsız olmalarının yanı sıra tarafsız da olmaları gerektiğini anlatmaktadır. Anayasanın 138. Maddesine göre; “Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler.” Bizzat 2802 sayılı Hâkimler Savcılar Kanununun 68/b maddesinde hâkimlerin tarafsız olamayacağı kanaatini insanlarda uyandıran hâkimin disiplin cezası alacağı hükme bağlanmıştır. (“Yer değiştirme cezası : ... b) Yaptıkları işler veya davranışlarıyla görevini doğru ve tarafsız yapamayacağı kanısını uyandırmak,”)

³⁶⁵ Bu hususta modern hukukta da kurallar bulunmaktadır: Bangalor Yargı Etiği ilkelerine göre hâkim yargı faaliyetini yerine getirirken tarafsız ve önyargısız bir şekilde görevlerini sürdürmelidirler Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, 2.1. . Hâkimler yargılama esnasında veya yargılama yapmadığı normal hayatta yargı ve hâkim bağımsızlığı bakımından kamuoyu, hukuk mesleği ve davanın taraflarının güvenini sağlayacak ve bu güveni artıracak faaliyetler içinde bulunmalıdırlar. Hâkimlerin Statüsüne İlişkin Avrupa Şartı’na göre ise hâkimler tarafsızlık ve bağımsızlıklarını karşı duyulan güveni sarsabilecek her türlü hareket, eylem veya açıklamalardan kaçınmalıdırlar. Hâkimlerin Statüsüne İlişkin Avrupa Şartı, 4.3.

o tarafın istemediği şekilde bir hüküm vermektedir. Hem negatif hem de pozitif durum birer taraf olma örneğidir.

Hâkimin taraflardan birisini haksız yere tutarak hüküm vermesi durumunda fetva kitaplarında belirtildiğine göre, hâkimin tazmin yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır.

“Zeyd, bir dükkâna birkaç seneden beru mülkiyyet üzere mutasarrıf iken Amr dükkânın nısfını ‘benim mülkumdür’ deyu Bekir kadı huzurunda Zeyd’den dava ve Zeyd de inkar itdikde Amr’ın müddeası sabit olmadan Bekir, Amr’ın kavli-i mücerrredî ile dükkânın nısfını Amr’a hükmitdikden sonra Bekir, ‘Zeyd’e nısf dükkânın kıymeti ile nısf-ı mezburun seneyn-i mezburede ecr-i misli olmak üzere Amr için üzerine şu kadar ğuruş ile hükmitdim’ deyüb ba’dehü Bekir, Zeyd’i habs ve ol kadar ğuruşu hılaf-i şer’i cebren Zeyd’den Amr’a alıverdikden sonra Bekir taammüden cevri itdiğini ikrar eylese Zeyd, meblağ-i mezburi Bekir’e tazmine kadar olur mu? El-Cevab: Olur.”³⁶⁶

Taraf olma durumunda hâkim kendi düşüncelerini belirli bir yönde, istem dâhilinde veya istem dışı şekilde yönlendirmektedir. Dolayısıyla tarafsızlık vasfına uygun olarak sadece uyuşmazlığın tarafları değil, toplumun bütünü de yargı kurumlarına güvenebilmelidir. Bu nedenle hâkim sadece tüm uygunsuz bağlantı, yanlışlık veya etkiden uzak olmamakla kalmamalı, aynı zamanda makul bir gözlemci tarafından bakıldığında bu uzaklık görülebilmelidir. Bu bakımdan hâkim taraflarda tarafsızlık vasfı bakımından olumsuz bir izlenim doğuracak hareketlerden imtina etmelidir.³⁶⁷

Hâkim uyuşmazlık çözmektedir. Bu uyuşmazlık çözülürken de taraflardan birisi mutlu olurken, diğeri mutsuz olabilmektedir. Bazı hallerde taraflardan her ikisi de mutsuz olabilmektedir. Hâkimin burada oldukça dikkatli bir şekilde davranması gerekmektedir.³⁶⁸ Burada hâkim her iki tarafa da oldukça eşit bir şekilde davranarak,

³⁶⁶ Fetava-yı Ali Efendi, Cild-i Evvel, s. 571.

³⁶⁷ ASLAN, Yargılama Etiği, s. 171. Bu durum modern hukukta da aynen benimsenmiştir. Opinion No:1 (2001) of the Consultative Council of European Judges, md.12.

³⁶⁸ Modern hukuka göre ise: Yargılama esnasında taraflardan birisine veya bu tarafların avukatlarına yönelik yapılan bir hareket, söz veya tutum tarafların hâkimin taraf tuttuğu yönünde birtakım

tarafra yönelik hakaretlerden ve aşığılamalardan kaçınarak yargılamayı ve mahkemeyi yönetmelidir. Aksi takdirde taraflardaki hâkimin tarafsız olmadığı yönündeki bir kanı adalete ve yargı kurumlarına olan güveni azaltır. Hâkim bu tahlilde davanın taraflarında bu yönde düşünceler ortaya çıkmasını engellemek adına azami ölçüde çaba göstermeli ve yargılama esnasında sabırlı ve sakin olarak itidalli bir şekilde görevini sürdürmelidir. Bu dengenin sağlanması hâkimin en önemli görevlerindedir. Bu konuya dair bir örnekte Hanefî mezhebinin en önemli âlimlerinden Ebu Yusuf ölüm döşeginde iken şu şekilde dua etmektedir: “ Ya Rabbi, biliyorsun ki ben hâkimlik yaparken hasımlar arasında adaleti bir hadise dışında terk etmedim.” O hadise nedir diye sorulduğunda ise: “ bir defasında bir hristiyan, Halifeden davacı olmuştu. Yargılama esnasında halife oturmaktaydı, kendisine diğer davacı gibi ayağa kalkmasını söyleyemedi. Ancak davacı hristiyan’ı olabildiğince halifeye yaklaştırmaya çalıştıysam da tam olarak bir eşitlik oluşmadı.” demiştir.³⁶⁹

Hâkimler önlerine gelen davada sanık hangi suçlardan dolayı önlerine gelmiş olursa olsun sanığa karşı küçük düşürücü, ayıplayan veya hakaretvari söz veya davranışlardan kaçınmalıdırlar.³⁷⁰ Hâkim yansız bir şekilde yargılama yapabilmelidir. Tabi ki hâkimler de taştan yapılmamışlardır. Duygu ve düşünceleri sosyal ve siyasi görüşleri bulunabilir. Burada önemli olan husus hâkim kendi

düşüncelere kapılmasına sebep olabilir. Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct, s.61, md. 61. İHAM, önüne gelen davalarda olaya göre tarafsızlığın ihlal edilip edilmediğine karar vermektedir. İHAM’ın önüne gelen bir olayda Fransa’da yapılacak bir yargılamanın hemen öncesinde yargılanacak olan Cezayir asıllı kişiye duruşmadan önce mahkemenin jüri üyelerinden birisi ırkçı sözler sarf etmiş. Bu sözler üçüncü bir kişi tarafından da duyulmuştur. Mahkemeye bu jüri üyesinin jüriden çıkarılması yönündeki itirazlara rağmen mahkeme jüriyi jüri üyeliğinden çıkarmamıştır. Bunun üzerine başvuru İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ise burada tarafsızlık ilkesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Remli vs. France, 23.04.1996, par.47-48, akt. İNCEOĞLU, Yargıda Etik, s. 52.

³⁶⁹ SERAHSİ, C. XVI, 61. Bu konu hakkında modern hukuktaki düzenlemeye göre; duruşmada düzeni sağlamak için hâkimlere bazı yetkiler verilmiştir. Bu yetkilerin kullanılmasında hâkimler en azami ölçüde özen göstermelidirler. Hâkimlere tanınan bu yetkilerin kötüye kullanılması durumu, tarafların hâkimin tarafsız olmadığı yönünde bir düşünceye sahip olmalarına sebep olabilir. Bu sebeple, hâkim yargılama esnasında taraflarla, tanıklarla veya avukatlarla kişisel bir şekilde sözlü çatışmaya girmekten kaçınmalıdır. İNCEOĞLU, Yargıcın Davranış İlkeleri, s. 37.

³⁷⁰ EKİNCİ, Ekrem Buğra, Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk, İstanbul, 2008, s. 376.

görüşünü belli etmeden önüne gelen delillere göre yargılama yapmalıdır ve taraflı olabileceği düşüncesi uyandıracak fiil ve hareketlerden kaçınmalıdır.³⁷¹

2. Hâkimin Devam Eden Bir Davanın Taraflarıyla Özel İletişimi

Hâkim, önüne gelen uyuşmazlığın taraflarla mahkeme dışında özel görüşme yapmamalıdır. Hâkimin icra ettiği kamu görevinin gereği olarak, bu bakımdan bazı alanlarda kendisini sınırlandırmasını gerektirmektedir. Öyle ki, hâkim yargılama dışında taraflarla olan iletişimini sınırlamalıdır. Bu hususta hâkimin tarafların davet düzenlemesi durumunda buna katılamayacağını belirtmemiz gerekmektedir.³⁷²

3. Hâkimin Devam Eden Bir Dava Hakkında Görüş Beyanı

Hâkimin yorum yapmaktan kaçınması gereken durumlar sadece hâkimin hâlihazırda önünde bulunan davalar değil, aksine önüne gelmesi muhtemel dava veya olaylar hakkında da yorum yapılmamalıdır. Bu konuda Kadı Şureyh'e birtakım kişiler hapis meselesini sormuşlar ve bu konu hakkında fetva almak istemişlerdir. Kadı Şureyh ise "Ben hüküm veririm, fetva vermem" demiştir. Serahsi de hâkimin önlere gelebilecek bir dava hakkında taraflara fetva vermesini, yorum yapmasını mekruh gördüğünü dile getirmiştir. Bunun sebebi ise bir konuda fetva isteyen

³⁷¹ ATAR, İslam Yargılama Hukukunun Esasları, s. 90. Modern hukuka göre ise; Taraflı olma durumu mahkeme sırasındaki sözlü ifadelerin dışında fiziki olarak da kendini gösterebilmektedir. Hâkim beden diliyle, davranışları veya görünümüyle fiziksel olarak dışa vurarak tarafsız olamadığı kanısı uyandırabilir. Fiziksel hareketler hâkimin yargılama sırasında dinlenen bir tanığa inanmadığını gösterebilir. Hâkim yüz ifadelerinde avukatı veya tarafı haksız veya kötü bulduğunu yansıtabilir. Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct, s.60, md. 58. Bu durum hâkimin tarafsızlık vasfına uymamaktadır.

³⁷² ATAR, İslam Yargılama Hukukunun Esasları, s. 90. Bu hususun modern hukuktaki tezahürü ise şu şekildedir: Tarafsızlık ilkesinin gereğinin sonucu olarak hâkimin taraflarla veya tarafların vekilleriyle mahkeme salonu haricinde iletişim kurmaması gerekir. İNCEOĞLU, Yargıcın Davranış İlkeleri, s. 84. Hâkimin bilgisi dışında taraflardan birinin hâkimle görüşmeye çalışması durumunda ise hâkimin bu isteği dışında yapılan görüşme hususunda karşı taraf bilgilendirilmelidir. Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct, s. 62, md. 64. Bu durumun Amerikan hukukundaki bir örneğini incelemek faydalı olacaktır: ABD'de devam etmekte olan bir davada hâkimin tarafların birisinden habersiz olarak diğer tarafla görüşmesinin, iletişim içinde olmasının ve hâkimin dava sonunda verdiği hükmün bu görüşme sonrasında şekillenmesi durumunda hâkimin meslekten çıkarmaya varan şekilde disiplin cezasıyla cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Marvin Comisky; Philip C. Patterson, The Judiciary: Selection, Compensation, Ethics and Discipline, Greenworld Press, 1987, akt. İNCEOĞLU, Yargıda Etik, s. 60.

tarafların, fetva aldıktan sonra başka yönlelere saparak, haksız yolla menfaat elde edebilmelerinin önüne geçebilmektir.³⁷³

Soruşturma evresi başlatılmış ancak daha hâkim önüne gelen bir durum olmadığı hallerde hâkim, muhtemel sanığa yönelik ithamlarda bulunmamalı, soruşturma evresi hakkında düşüncesini açıklamaktan imtina etmelidir. Yine hâkimin yargılamasını yürüttüğü bir dava temyize gitmişse dava hala devam etmekte olduğu için, bu durumda da hâkimin yorum yapma yasağı bulunmaktadır.³⁷⁴ Aynı şekilde hâkimin taraflardan birisine destek olması, örneğin o kişinin lehine olabilecek bir delili hatırlatması kesinlikle yanlış ve tarafgirlik göstergesi olan bir harekettir.³⁷⁵

4. Hâkimin Özel Hayatında, İnsanlarla Olan İlişkileri

Hâkim, toplumdaki insanlarla olan ilişkilerinde laubali hareketlerden sakınıp insanlarla çok içli dışlı olmayan; ancak kendini insanlardan soyutlayıp adeta “biz hâkimler ve siz insanlar” düşüncesine kapılmayacak biçimde sosyal ilişkilerinde dengeli davranışlarda bulunmalıdır. Tyan da, hâkimin hüküm verme faaliyetinde adaleti gözetirken iyi ve temiz bir şekilde giyinmesini, laubali bir şekilde oturmamasını ve taraflarla selamlaşmaması gerektiğini belirtmiştir. Eğer ki duruşma esnasında şahitlerden birisi hâkime selam verirse hâkim bu selamı almamalıdır.³⁷⁶ Hâkimin insanlarla olan ilişkileri onun yargılama faaliyetini sekteye uğratacak ölçüde olmamalıdır. Kur’an’da da “Ey iman edenler! Kendiniz, ana-babanız veya akrabanız aleyhine de olsa adaletten asla ayrılmayın, ... Öyleyse siz hislerinize uyup adaletten ayrılmayın. Eğer adaletten sapar veya üzerinize düşeni yapmaktan geri

³⁷³ SERAHSİ, C. XVI, 86. Modern hukuka göre ise: Hâkim önüne gelen veya önüne gelme ihtimali olan bir dava veya konu hakkında bilerek ve isteyerek yargılama faaliyetinin adil bir şekilde yürütülebilmesini etkileyecek herhangi bir yorum veya düşünce açıklamasında bulunmaktan kaçınılmalıdır. Aynı zamanda hâkim herhangi bir şahsın veya davanın adil bir şekilde yargılamasının yapılabilmesini etkileyecek aleni ve gizli herhangi bir yorumdan da sakınılmalıdır. Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, 2.4.

³⁷⁴ Bahsettiğimiz hâkimin yorum yapma yasağı hâkimin mesleki görevlerini ifa ederken yargılama usulünü açıklamak için veya hukuk eğitimi amacıyla yapılan akademik faaliyetlerde kullandığı sözleri de kapsayacak biçimde genişletilmemesi gerekir. Bu yasak hâkimin bizzat taraf olarak yer aldığı dava veya uyuşmazlıklar yönünden de geçerli değildir. Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct, s.65, md. 70-71; İNCEOĞLU, Yargıda Etik, s. 61.

³⁷⁵ SERAHSİ, C. XVI, 77; MERĞİNANİ, Şeyhülislam Burhanüddin Ebu'l-Hasan Ali b. Ebu Bekir (ö. 1196), el-Hidâye, Tercüme: Ahmed Meylani, Kahraman Yayınları, İstanbul, 2004, C. III, s. 180.

³⁷⁶ TYAN, s. 280, akt. ORTAYLI, Osmanlı Devletinde Kadı, s. 55.

durursanız bilin ki, Allah yaptığınızdan haberdardır”³⁷⁷ denilerek hâkimin hüküm verirken dikkatli olması gerektiğini, başkalarını kayırarak hüküm vermemesi gerektiği belirtilmiştir.

5. Hâkimin Mali Faaliyetleri

Hâkimler yatırım ve alış-veriş yaparken de dikkatli olmalı ve uyuşmazlığın tarafları veya bu taraflar dışındaki üçüncü kişilerin bu yatırım veya alış-veriş sonucunda hâkimin kayırıldığı gibi bir izlenime kapılmamaları gerekmektedir.³⁷⁸ Eğer dışarıdan böyle bir durumun varlığını gözlemleyen bir kişi hâkime yönelik olarak ticari kolaylık sağlandığını seziyorsa bu durum hâkim tarafından gözden geçirilmelidir. Tabii ki hâkim alış-veriş yapamaz diyerek bir sınırlama yapılamaz; fakat hâkimin yaptığı alış-veriş sonucunda hâkimin kayırılması durumu söz konusu olursa bu durum hâkimin tarafsız ve bağımsız statüsünün sorgulanmasına sebep olur.³⁷⁹ Bu bakımdan Osmanlı devrinde de hâkimlerin bizzat alım-satım yaptıkları ve hatta bu yaptıkları işlemde dolayı borçlarını ödemekte sıkıntıya düştüklerinde satıcının mahkemeye başvurması sonucunda borçlarını ödemeleri yönünde ihtar edildikleri de görülmüştür.

“Ali b. Süleyman’ın at ve merkebinin bedelini ödemeyen Akşehir kadısından alacaklarını istemesi: Vech-i tahrîr-i hurûf oldur ki Vilâyet-i Anadolu’da İlgin kazâsında Ali b. Süleyman meclis-i şer’-i şerîfde Akşehir kadısı olan fahrü’l-kuzât

³⁷⁷ Nisa, 4/135. Modern hukukumuzda da böylesi durumlarda İHAM önüne gelen davalar da olmuştur: İHAM’ın önüne gelen bir davada hâkim Albayrak kişilerle olan ilişkilerinde kendini “Kürt kökenli” olarak tanıtmıştır. Terör örgütüne sempatisini gösteren şekilde hareket etmiştir. Hatta “eğer beni hâkimlikten atarlarsa örgüte katılmak için Almanya’ya giderim” şeklinde beyanları olmuştur. İNCEOĞLU, Yargıda Etik, s. 62. Bu şekilde hâkimin belirli bir sosyal grup veya zümreyle olan bağlantısı, insanlarda onun tarafsız olmadığı yönünde bir kanı oluşturuyorsa, hâkim bu ilişkilerinde dikkatli olmalı, tarafsız görünmeye çalışmalıdır.

³⁷⁸ ÇELİKER, s. 318.

³⁷⁹ SERAHSİ, C. XVI, 77. Modern hukuka göre ise: Hâkim aile üyelerini kendi yargısal konumunu kullanarak ticari anlaşmalar yapmaları yönünde cesaret vermemelidir. Hatta aksine bu tür anlaşmalarda bulunma konusunda aile üyelerini uyarmalıdır. Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct, s.64, md. 69. Amerikan örneğinde de bu durumun sıkı bir şekilde denetlendiğini görmekteyiz: Amerikan Barolar Birliği Yargısal Davranış Kodu (1972) 5C(1) maddesinde “hâkimin tarafsızlığını etkileyecek, görevlerini layıkıyla yerine getirmesine müdahale edecek, yargısal konumundan istifa ettirecek veya çalıştığı mahkeme önüne çıkma ihtimali olan kişiler veya avukatlar ile sürekli bir iş ilişkisi içeren mali ve ticari ilişkileri” yasaklanmıştır. Bu yasaklar, bir hâkimin yapacağı yatırımlar için de geçerlidir. Ayrıca hâkim, md.5C(3)’e göre, sıklıkla davalardan çekinmesini gerektirecek yatırımlar da yapamaz. İNCEOĞLU, Yargıda Etik, s. 63.

zahrü'l-vülât Mevlânâ Ahmed Efendi b. Mehmed'in husûs-ı âti'z-zikri ikrâra vekîl olup vekâleti Hızır b. Mehmed ve el-Hâc Nurullah b. Nebi şehâdetleriyle sâbit olan karındaşı Abdülvehhâb mahzarında da'vâ ve taleb eylediği merkûm Abdülvehhâb müvekkili Ahmed Efendi benim üç bin altı yüz akçe kıymetli bir re's al yağız dört yaşında atım ve bir beş yüz akçe kıymetli merkebim alıp cem'an dört bin yüz akçe olur vermekde te'allül eder şer'-i şerîf üzre suâl olunup aliverilmesin taleb ederim deyicek vekîl-i merkûmdan gibbe's-suâl İlgin kazâsına bir husûs için müvekkilimi emr-i şerîf ile müvellâ etmiş idi ücret-i kadem aldık dediği kelimât alâ vukû'ihî gibbe't-taleb sebt-i sicil olundu. Tahrîren fî evâsıtı Ramazânî'l-mübârek li sene elf. Şuhûdü'l-hâl: Mustafa b. Abdullah er-râcîl, Arslan b. Abdullah er-râcîl, el-Hâc Nurullah b. Nebi, Bostan b. Mehmed, Ahmed Efendi el-mülâzım, Atâullâh Çelebi el-müstaid, Hüseyin b. Behrâm, Mehmed b. Behrâm ve gayruhüm mine'l-hâzırîn Yevmü's-sebt (17 Ramazan 1000) '380

D. DÜRÜSTLÜK

Dürüstlük kelime anlamı olarak doğru olmak, hatasız olmak, sözünde ve davranışlarında istikametten ayrılmamak demektir.³⁸¹ Toplumun yargı organlarına olan güveni sadece kurallara uyulması, bağımsız ve tarafsız olunmasıyla ilgili değildir. İnsanların adliyeye olan güvenleri hâkimlerin bizzat iyi bir insan olarak algılanması ile de alakalıdır. İnsanlar hâkimlerin iyi bir insan olmasını isterler. Bu sayede hâkimlerin adil bir şekilde yargılama faaliyetini yapabileceklerine olan inançları sağlamlaşır. İslam hukukunu diğer hukuk sistemlerinden ayıran nokta; eğer hâkim dürüst bir kişi olmazsa, yalan söyler, iftira atar, haram mal yerse bu bakımdan davranışları fark edilmese, başkaları tarafından bilinmese bile bu davranışlarından

³⁸⁰ Üsküdar 84 nolu kadı sicili, cilt 10, sayfa 299, Hüküm no, 487, Orijinal metin no: 46b-1. www.kadısicilleri.org e.t. 27.07.2015

³⁸¹ Şemseddin Sami, Kamus-ı Türki, İstanbul, 1317, s. 606. Modern hukuka göre tanımlama yapacak olursak: Dürüstlük vasfını, bütün hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde hukuka, bir toplumda genellikle benimsenen ahlak anlayışına, örf ve adet kurallarına ve doğruluk ilkesine uygun davranma, güven duygusuna dayanan bir vasıf olarak niteleyebiliriz. ARSLAN, Ramazan, Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara, 1989, s. 23. Bangalor İlkelerine göre doğruluk ve tutarlılık, yargı görevinin düzgün bir şekilde yerine getirilmesinde esastır. Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, Değer 3. Yargılama faaliyeti sürdürülürken, dürüst olmak güzel ve takdir edilmesi gereken bir davranıştan ziyade bir zorunluluktur. Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct, s.79, md. 101. İnsanların hâkimde gördükleri nitelikler bizzat yargıya olan güvenlerini oluşturur. İNCEOĞLU, Yargısal Davranış İlkeleri, s. 88.

dolayı bu dünyada veya ahirette cezalandırılacağına farkındadır.³⁸² Dolayısıyla bu durum hâkimin davranışlarında dikkatli olmasına sebep olur. Haksızlık yapmaktan kaçınır. İşte bu yaptırım kuvveti İslam hukukunu diğer hukuk sistemlerinden ayıran en temel faktörlerden birisidir.³⁸³

1. Hâkimin Hukuk Kurallarına Bağlılığı

Hâkimin hareketlerinden ve davranışlarından bizzat bir dürüstlük ve doğruluk standartları beklenmektedir. Hukuk kurallarına bizzat hâkim uymazsa toplumun da uyması beklenemez. Hâkim bu yönde diğer insanlara örnek olmalıdır. Eğer bir hâkim hukuk kurallarını bizzat kendisi çiğnerse toplumun hâkimlik makamına ve adliyeye olan saygısına zarar verir. Hâkimin hukuk kurallarına riayet etmediğini gören vatandaşlar ise hâkimlerin dürüst olmadığına kanaat getirirler ve o hâkim tarafından verilen bütün kararları sorgularlar, kabul etmezler. Hâkimlerin dürüst ve sözüne güvenilir olmaları gerektiği Ebussuud Efendi'nin fetvalarında da açıklanmıştır.³⁸⁴

“Mesele: Zeyd-i kadi, hin-i gazabda “filan kadılığı talep edersem, dahi verdiklerinde kabul edersem, Allahı Tealaya şirk getirmişlerden olayım” dese sonra zikr olunan kadılığı talep edip, yahud verildikte kabul edicek, şer'an Zeyde ne lazım olur? El-Cevab: Tecdid-i iman ve azl-i ebedi lazımdır. Bu makule söz söyleyen kazaya layık olmaz.”³⁸⁵

Hâkimin hukuk kurallarına uyma yükümlülüğü, hâkimin karar verirken hata yapmaması eğer hata yaparsa kendisine disiplin yaptırımını uygulanacağı anlamına gelmez. Hata yapmak insanların doğasında vardır. Dolayısıyla hâkim de yargılama yaparken hata yapabilir, yanılıya düşebilir.³⁸⁶ Eğer hâkim hata yaparsa

³⁸² ASLAN, Yargılama Etiği, s. 174.

³⁸³ HAMİDULLAH, Muhammed, İslam'a Giriş, çev. Veysel Uysal, Beyan Yayınları, İstanbul, 1999, s. 165.

³⁸⁴ FENDOĞLU, s. 230.

³⁸⁵ DÜZDAĞ, s. 134. Bu durum modern hukukta da Bangalor İlkelerinin Yorumunda benimsenmiştir. Buna göre hâkimler yaptıkları hareket ve davranışlarda hukuka riayete azami dikkat etmelidirler. Bu bakımdan modern hukukta da İslam hukukunda benimsenen görüşlere binaen hâkimlerin davranışlarında dikkatli olması gereği önemlidir. Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct, s.82, md. 108.

³⁸⁶ KOŞUM, Adnan, İslam Hukuk Doktrininde Yargı Hataları, Isparta, 2004, s. 49. Vereceği hükümden dolayı başının belaya girmesinden, huzur bulamayacağından endişelenen hâkim

cezalandırılacağı düşüncesiyle hüküm verirse vereceği hüküm adil olmaktan çok temyiz makamının istediği ölçüye uygun olur. Bu durum da hâkimin bağımsız bir şekilde yargılamayı sürdürmesi gereğine aykırılık teşkil eder.

Ümmü Seleme'den rivayet edilen bir hadiste Hz. Peygamber şöyle buyurmuştur: *“Ben bir insanım. Sizler ise benim önümde davallaşıyorsunuz. Belki kiminiz ötekenden delilini daha açık bir dille ortaya koyabilir. Ben de işittiğime göre hüküm veririm. Her kime kardeşinin hakkından bir şey hükmedecek olursam onu almasın; çünkü ben ona ateşten bir parça kesip veriyorum.”*³⁸⁷

Hz. Ömer Ebu Musa el-Eşari'ye yazdığı mektubun 6. maddesinde; *“Bir mesele hakkında hükmettikten sonra hükmünün yanlış olduğu taayyün ederse hakka rüic'u et. Hakka dönmek, batılda ısrardan hayırlıdır”*³⁸⁸ demiştir. Buradaki husus içtihadla alakalıdır. Bir müçtehid içtihad yaparken, bazen doğru yolu bulur, bazen de bulamaz. İsabetsiz olan içtihadı dolaylı, müçtehidin bir sorumluluğu bulunmaz. Hatta içtihadını tutturursa iki sevap, tutturamazsa bir sevap alacağı hakkında hüküm vardır. Hakkında nas bulunan meselelerde içtihadın batıl olduğunu ise daha önce belirtmiştik. Müçtehid olan hâkim bir hüküm verdikten sonra benzer meselede farklı bir içtihadta bulunabilir.³⁸⁹ Fakat hâkim içtihat ederek verdiği bu hükümde fahiş hata yapmışsa bundan doğan zararları tazmin etmekle yükümlüdür.³⁹⁰ Hâkimin birinci içtihadından dönmesinde bir sakınca olmadığı görüşünde olan müellifler

yargılama faaliyetinin değerine gölge düşürür. Hâkim olan şahıs kimseden korkmayıp, adalete uygun şekilde hüküm veren şahıstır. Kadı Şureyh, altmış yılı aşkın süre nasıl yargılama yapabildin diye soranlara, evet çoklarının dedikodu, ayıplama ve kınaması karşısında kaldım. Fakat hak ve adaletten ayrılmadım. Allah, bu sayede beni korudu diye cevap vermiştir. BERKİ, İslamda Kaza Hüküm ve Hâkimlik ve Tevabii, s. 40-41.

³⁸⁷ Buhari, *Şehadet* 27, *Ahkâm*, 20, *Mezalim*, 16; Müslim, *Akdiye* 4-5; Ebu Davud, *Akdiye*, 7.

³⁸⁸ HAMİDULLAH, *İslam Anayasa Hukuku*, s. 289.

³⁸⁹ KASANİ, İmam Alaaddin Ebî Bekr b. Mes'ud, *Bedâiyu's-Sanâi' fi Tertîbi's-Serai'*, Matbaatu'l-İcmaliyye, Mısır 1910, C. VII, 16, akt. BARUT, s. 92. Bu konuda İmam Şafii'nin de Mısır'a gitmeden önce farklı fetvaları, Mısır'dan sonra ise farklı fetvaları olduğu bilinmektedir. YILDIRIMER, Şahban, *İslam Hukukunda Yargıç Etiği*, e-Şarkiyat İlmî Araştırmalar Dergisi, Sayı: VIII, Kasım 2012, s. 41. Fakat Şafiiler Kur'an, mütevatir sünnet ve açık kıyasa dayanmayıp hâkimin şahsi içtihat oluşturularak verdiği hükümden dönülemeyeceği görüşündedirler. ASLAN, *Yargılama Etiği*, s. 71.

³⁹⁰ Osmanlı devletinde de hukuku uygularken fahiş hata yapan hâkimler azledilirdi. MUMCU, Ahmet, *Tarih İçindeki Genel Gelişimiyle Birlikte Osmanlı Devleti'nde Rüşvet*, İstanbul, 2005, s. 222. Buna örnek olarak tam çocuk veya akıl hastası olan kişiyi şahit olarak dinlemek gösterilebilir. FENDOĞLU, s. 195.

çoğunlukta.³⁹¹ Hâkimin farklı olarak verdiği ikinci içtihadattan sonra, daha önce verdiği farklı hüküm geçersiz olmaz.³⁹² İctihadlar zamana göre değişebilmektedir ve her hâkimin farklı zaman dilimlerinde farklı olarak düşünmeleri son derece doğaldır. Bu durumda müçtehid olan hâkimin son içtihadı ile hükmetmesi, batıl olan birinci içtihadında ısrar etmesinden hayırlıdır. İnsan hatasını fark edince bu hatasında ısrar etmemelidir. Tabii ki bu durum her hâkim için değil sadece müçtehid olan hâkimler için söz konusu olabilmektedir. Bu sığata haiz olmayan hâkimlerin hükümleri bu madde dışındadır.³⁹³

Hız. Peygamber de dürüst bir şekilde hüküm veren hâkimin sağında ve solunda birer melek bulunduğunu, hak ile hüküm verdiği sürece onların yardımıyla muvaffak olacağına dair bir teminat verilmiştir.³⁹⁴

³⁹¹ Bilmen'e göre ilk içtihadından dönen hâkim neden bu içtihadının değiştiğini de açıklamak zorundadır. BİLMEN, C. VIII, s. 239; ASLAN, Yargılama Etiği, s. 71.

³⁹² ANSAY, Sabri Şakir, Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, Birinci Kısım, İkinci Bası, Ankara, 1954, s. 31.

³⁹³ SERAHSİ, C. XVI, 60; BERKİ, İslamda Kaza Hüküm ve Hâkimlik ve Tevabii, s. 34-35.

³⁹⁴ Malik b. Enes, *Akdiye*, 2, akt. ASLAN, Yargılama Etiği, s. 176. Modern hukuk açısından durumu açacak olursak; Hâkimin iyi niyet olmaksızın yargılama faaliyetini yürütmesi toplumun kendisine vermiş olduğu yargılama yetkisini kötüye kullandığına işaret eder. California Yüksek Mahkemesinin hâkimdeki kötü niyet anlayışı şu şekilde tezahür etmektedir. “ a) hâkimin yetkilerinin ötesine geçtiğini bildiği veya bilmesi gereken, fiilen zarar veren, sadece önemsiz bir ihmalden kaynaklanmayan, yetki aşımına sevk eden fiillerin isteyerek yapılması veya b) hâkimin hukuki yetkisi içinde olan, bununla beraber yargısal görevlerini iyi niyetle yerine getirme amacından başka bir amaçla, örneğin yolsuzluk amacıyla bilinçli bir şekilde yapılan fiillerdir.” İNCEOĞLU, Yargısal Davranış İlkeleri, s.49. Hâkim yürüttüğü dava süresince dürüstlükten ayrılmamalıdır. ARSLAN, s. 62. Türkiye’de adil olmayan bir şekilde yargılama yapmak veya yargılamaya ilişkin usul kurallarına uymamak disiplin yaptırımına neden olmaktadır: Bir savcı hakkında yer değiştirme disiplin cezası uygulanmasına sebep olan hareketler şunlardır: “a) duruşmasına katıldığı teşekkül halinde uyuşturucu madde kaçakçılığına dair dosyalardaki beraat kararının hepsini cumhuriyet başsavcılığına bildirmesi gerekirken, bazı dosyalarda, cumhuriyet savcılarının arasındaki iş bölümü ve yerleşik uygulamaya aykırı davranarak haber vermemek suretiyle, Yargıtay’a aleyhte başvurulmasını engellemek; b) teşekkül halinde uyuşturucu kaçakçılığı ile ilgili dosyalardan birinde Yargıtay’ın oy çokluğu ile verilen beraat kararını bozma üzerine, bozma ilamına uyularak mahkûmiyet yönünde talepte bulunmasına rağmen, daha sonra iki üyenin çoğunluğu oluşturarak verdiği direnme kararına karşı temyiz yoluna gitmemek; c) iş bölümü ve yerleşik uygulamaya aykırı olarak, Yargıtay yoluna başvurabilme olanağını sağlamak üzere, durumu cumhuriyet başsavcılığına haber vermeyerek, temyiz olanağını engellemek ve beraat kararının kesinleşmesini sağlamak.” Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğünün 28.05.1996 tarih ve B.03.0.CİG.0.00.00.0.-2.48.67.287 sayılı yazısı ile disiplin soruşturması başlatılmış ve HSYK’nın 30.01.1997 tarih ve 1997/3 sayılı kararı ile 2802 sayılı yasanın 68/a ve b bentleri gereğince yer değiştirme cezası verilmiştir, akt. İNCEOĞLU, Yargıda Etik, s. 70.

2. Yargılama Faaliyeti Esnasında Hâkimin Davranışları

Yargı faaliyetini yerine getirirken tarafların yargı organlarına karşı bakış açısı ve yargı organlarının görünümü çok önemlidir. Hâkim toplumun olası bir olumsuz bakış açısından sıyrılmalıdır. Dolayısıyla bir hâkim sadece dürüst, bağımsız ve tarafsız olmakla kalmamalı aynı zamanda dürüst, tarafsız ve bağımsız görünmelidir.³⁹⁵ Hz. Ömer'in Ebu Musa el-Eşari'ye yazdığı mektubun 9. Maddesinde bu durum şöyle belirtilmiştir: “*Esna-yı muhakemede gazap ve hiddetten, bağırıp çağırmaktan ve işlerin çokluğundan sıkıntı getirmekten ve ekşi yüzlü olmaktan sakın. Çünkü kaza fazileti ahlakıyedir.*”³⁹⁶ Yargılama ve hüküm verme hem Allah katında hem de halkın gözünde oldukça önemli ve değerli bir vazifedir. Bu vazifeyi gerçekleştiren hâkim ise yargılama yaparken taraflara karşı olabileceği en üst düzeyde tahammüllü ve güler yüzlü olmalı ki kendisi üzerinden, yargılama faaliyetinin bu önemine bir zarar vermesin.³⁹⁷ Ayrıca hüküm esnasında kızgınlık hâkimin akli melekelerini etkileyerek, haksız bir hüküm vermesine sebep olabilir. Bu yüzden hâkimlerin metin olmaları tavsiye olunmuştur.³⁹⁸

Bu anlamda toplumun hâkime nasıl baktığı önemlidir. Hâkimin yargılama esnasında hukuk kurallarını bilerek ve doğru yorumlayarak kullanması kadar uyuşmazlığın taraflarının ve duruşmayı takip eden üçüncü kişilerin hâkimin tarafsız ve dürüst olduğunu düşünmesini sağlayacak şekilde hareket etmesi de önemlidir. Bu bakımdan hâkim uyuşmazlığı kavrayabilecek fetanet, feraset ve kıvrak zekâyâ sahip olmalıdır.³⁹⁹ Bu şekilde delillerin sabit olup, artık hüküm verilmesi gerekirken hüküm vermekten kaçınan ve dolayısıyla tarafsız ve bağımsız görünmeyen hâkimlerin azledilmesi gerektiğine yönelik fetva mevcuttur.

³⁹⁵ Bu durum modern hukukta da aynen benimsenmiştir: Hâkimin hal ve davranış tarzı, yargının dürüstlüğüne olan inancı kuvvetlendirici özellikte bulunmalıdır. Adaletin hakikatte gerçekleşmesi kadar gerçekleştiğinin toplum ve taraflar tarafında da görülmesi elzemdir. Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, 3.2. Bu bakımdan hâkimin görünümü toplumdaki adalete olan güvenin sağlanabilmesi ve sürdürülebilmesi bakımından çok büyük önem taşımaktadır. Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct, s.83, md. 109-110. Bu anlamda alenilik, mahkemelerin dürüst olduğunu göstermek noktasında önemli bir ilkedir. AKCAN, s. 105.

³⁹⁶ BERKİ, İslamda Kaza Hüküm ve Hâkimlik ve Tevabii, s. 25.

³⁹⁷ ASLAN, Yargılama Etiği, s. 57.

³⁹⁸ BERKİ, İslamda Kaza Hüküm ve Hâkimlik ve Tevabii, s. 40.

³⁹⁹ KOŞUM, s. 40-41.

“Zeyd’in Amr ile bir hususa müteallik davası olmağla Bekir kadıda mürafaa olub hak Zeyd’in yedinde olduğu sabit olmuş iken kadı Amr’ı himaye idüb: ‘Ben bu hususa hükmetmem’ deyu hükmü te’hir eylese kadıya ne lazım olur? El-Cevab: Asim olub, azle müstahik olur.”⁴⁰⁰

Bu bağlamda hâkimi değerlendirecek olan kamu vicdanı ile yargılamanın aleniliği ilkesinin sıkı bir ilişkisi bulunmaktadır. Hz. Peygamberin eğer suçlu kendi kızı Hz. Fatıma olsa bile cezalandırmaktan kaçınmayacağını belirtmesi⁴⁰¹ bu bakımdan kamu vicdanının rahatlamasını ve adalete olan güvenin sağlanması ve pekişmesi açısından önemli bir noktadır.⁴⁰²

Toplumun hâkimin davranışlarını kritik etmesi bakımından yargılamanın herkese açık ve aleni bir şekilde yapılması esası önemlidir. Bu husus İslam muhakeme hukukunda da kabul edilmiş bir esastır.⁴⁰³ Osmanlı devletinde de yargılama halka açık bir şekilde yapılmaktaydı. Soruşturma yapmakla görevlendirilen kadı naibi, bu keşif ve tahkikatı “ümena” denilen güvenilir kişilerin huzurunda halka açık bir şekilde yapmaktaydı.⁴⁰⁴ Yine şuhud’ul-hal denilen kurum yargılama sırasında hâkimin tavrını ve davranışlarını gözlemleyerek halkın gözünde yargılamanın tarafsız, bağımsız ve dürüst bir şekilde yürütüldüğüne şahitlik yapmaktaydılar.⁴⁰⁵ Bazı müellifler bu şuhud’ul hal kurumunu Anglosakson sistemindeki Jüri’ye benzetsen de bu kurum, daha çok hâkime yargılama yaparken adaletten şaşmaması, rüşvet almaması ve taraflardan birisini kayırmaması için adeta

⁴⁰⁰ Fetava-yı Ali Efendi, Cild-i Evvel, s. 571.

⁴⁰¹ Buhari, *Enbiya*, 54; Müslim, *Hudud*, 168; İbn Mâce, *Hudud*, 6.

⁴⁰² Ülkemizde bu şekilde davranışlarına dikkat etmeyen bir savcıya disiplin cezası uygulanmıştır. Türkiye’de meydana gelen bir olayda savcı görev yaptığı yerde başka taksi durakları olmasına rağmen ölü muayene, otopsi veya keşif gibi adli işlemlerde genellikle belirli bir durağı tercih etmektedir. Ayrıca savcı ve eşi bu durağı özel işlerinde de sıklıkla kullanmaktadırlar ve bu durağın çalışanlarıyla aşırı samimi ilişkiler kurmuşlardır. Bu sebeple söz konusu savcı hakkında 2802 sayılı kanunun 63/e maddesi gereğince uyarma cezası verilmiştir. 09.03.2006 tarih ve 55 sayılı HSYK kararı.

⁴⁰³ ASLAN, *Yargılama Etiği*, s. 179.

⁴⁰⁴ BAYINDIR, Abdülaziz, *İslam Muhakeme Hukuku Osmanlı Devri Uygulaması*, İstanbul, 1986, s. 20. Yargılamanın açık olarak yapılmasının sonucu olarak isteyen her kimse duruşmaya katılabiliirdi. ANIL, s. 52; AKDAĞ, Mustafa, *Türkiye’nin İktisadi ve İçtimai Tarihi, Yapı Kredi Yayınları*, İstanbul, Mayıs 2014, s. 289.

⁴⁰⁵ ASLAN, Nasi, *İslam Yargılama Hukukunda “Şühudü’l-Hal” Jüri Osmanlı Devri Uygulaması*, İstanbul, 1999, s. 118, 136-137.

önleyici bir mekanizma olarak bulunmakta ve mesleki uzmanlığı gerektiren ve yahut mahalli örf ve adetlerle ilgili olan davalar görüldüğünde bu tür konularda hâkime bilgi vermekte, yardımcı olmaktaydı.⁴⁰⁶ Bu hususta batılı hukukçular, İslam hukuku hakkındaki bütün görüşlerini mesnetsiz görüşlere sahip oryantalistlerden almakla büyük hataya düşmektedirler. Bir örnek verecek olursak; 1949 yılında A.B.D.’de hâkimlik yapan Felix Frankfurter isimli bir hâkim, *Terminiello v. Chicago* (337 U.S. I, 1949) davasını görürken “biz burada kurallara bağlı olmayan bir şekilde yargılama yapmıyoruz. Bir kadı’nın yaptığı gibi ağaç altında oturup kişisel çıkarlarımızı gözeterek adalet dağıtmıyoruz” şeklinde bir yorumda bulunmuştur.⁴⁰⁷ Buradaki yanlışı tezimizin çoğu yerinde gösterdiğimiz örneklerle ve fetvalarla açıklamaya çalışacağız. Osmanlıda hâkimlerin kişisel çıkarlarla hüküm verirse, günahkâr olmuş olup, azledileceğini az önce verdiğimiz fetvada görmekteyiz.⁴⁰⁸ Rüşvet veya diğer kişisel çıkarlarla hüküm veren hâkimlerin durumuna ise bir sonraki başlığımızda yer vereceğiz.

3. Hâkimlerin Toplumdaki Görünümünü Olumsuz Etkileyecek Durumlar

Bir hâkim yargı faaliyetini sürdürürken olması gerektiği gibi özel hayatında da ahlaki ölçütlere dikkat etmelidir. Hâkimin yalancılık, sahtekârlık veya dolandırıcılık gibi kötü ve tasvip edilmeyen vasıflara sahip olması kabul edilebilir bir durum değildir.⁴⁰⁹ Bu vasıflara sahip olduğu toplum tarafından bilinen birisinin hâkim olması yargıya olan güveni sarsar. Bu anlamda hâkimin özellikle rüşvet suçundan kaçınması gerekmektedir. İmameyn’e göre de fasık ve rüşvet yiyen birisine hâkimlik

⁴⁰⁶ IX. Asırda şuhud’ul-hal kurumuna benzer olarak adl kurumu bulunmaktaydı. Bunun üyelerine ise sahib-i adl denirdi. Bunların ismi bir listeye yazılır ve gerektiğinde bu listeden çağrılırlardı. MAZAHERİ, Ali, Ortaçağ’da Müslümanların Yaşayışları, çev. Bahriye Üçok, İstanbul, 1972, s. 140; ANIL, s. 49. Şuhud’ul-hal’in bir başka görevi ise yargılamanın açık bir şekilde yapıp yapılmadığını kontrol etmektir. Duruşma sonrasında şuhud’ul-hal, duruşma zaptının altına imza atarak yargılamanın aleni ve adil bir şekilde yapıldığını teyit ederdi.

⁴⁰⁷ ZIADEH, Farhat J., “Integrity (Adalah) in Classical Islamic Law”, *Islamic Law and Jurisprudence*, edit. Nicholas Heer, University of Washington Press, 1990, s. 80.

⁴⁰⁸ Bkz. Fetava-yı Ali Efendi, Cild-i Evvel, s. 571.

⁴⁰⁹ Damad Tercümesi, C. IV, s. 398.

görevi verilmez. Verilse bile bu kimseler hâkim olamazlar.⁴¹⁰ Hanefilere göre, atandıktan sonra fasık ve rüşvet yiyen haline gelmiş olan hâkimin hemen azledilmesi gerekir.⁴¹¹ İmam Şafii ve Iraklı Hanefilere göre ise, bu hâkimler azle layık olup azle yetkili makam tarafından azledilinceye kadar geçen sürede hâkimlik yapamazlar. İki mezhep arasındaki farklılık şudur ki; Hanefilere göre azledildiği hâkime bildirilinceye kadar yapacağı işlemler geçerli, Şafilere göre ise geçersizdir. Bu eylemleri yaptığı andan itibaren hâkimlik ehliyeti düşer.⁴¹²

“Zeyd, Amr ile bir hususa müteallik davasında Bekir kadıya varub mürafaa oldukda Bekir ol hususu hükmetmek için Zeyd’den şu kadar akçe rüşvet alub Zeyd’e hükmeylese hükmi nafız olur mu? El-Cevab: Olmaz.”⁴¹³

Rüşvet alıp vermek toplumun ahlaki temellerini sağlar, adalete, yöneticilere ve hâkimlere olan güveni sarsar. Rüşvetin başladığı toplumlarda çöküntü de

⁴¹⁰ İbn Abidin’e göre, fasık olan kişi şehadete ehil olduğundan hâkim olmaya da ehildir. Fakat bu kişi hâkim tayin edilmemelidir. Ebu Yusuf, toplum içerisinde kişiliği ve yeri bulunan bir fasığın ise şehadetinin kabul edilebileceğini belirtmiştir. İBN ABİDİN, C. XII, s. 103. İbn Kemal’e göre ise; bir kimse fasık olan bir kişiyi hâkim tayin etse günahkârdır. Aynı eser; s. 105.

⁴¹¹ NEBHAN, s. 590.

⁴¹² BİLMEN, C. VIII, s. 247. İmam Malik, Ahmed b. Hanbel ve Zeydiye mezhebine göre de böyledir. FENDOĞLU, s. 254. Günümüzde ise bu gibi durumlarda hâkimlere yönelik katı disiplin yaptırımları uygulanmaktadır. Fransa’da 1959 yılında bir hâkim, iade etmesine rağmen mahkemeye ait fonları kendi şahsı için kullandığında zorunlu olarak emekliye ayırılmıştır. 1972 yılında ise başka bir hâkim bu mahkemeye ayrılan fonlar üzerinde tahrifat yapmış ve kendi seyahat giderlerini yüksek gösterdiği için meslekten çıkarılmıştır. 1986’da ise bir istinaf mahkemesinin başkanı ve iki üye hâkim, soruşturmalar için emanete alınıp mühürlenmiş olan araba radyosu ve hoparlörleri kendileri kullanmışlar. Bunun sonucunda başkan zorunlu olarak emekliye ayırılmış, üyeler ise yer değiştirme cezası almışlardır. Jacqueline Lucienne Lafon, s.44, akt. İNCEOĞLU, Yargıda Etik, s.73. Türkiye’deki düzenlemelerde ise resmi evrakta sahtecilik, görevi kötüye kullanma gibi suçlardan dolayı hüküm giyen hâkim ve savcılar olmuştur. Hâkimler ve Savcılar Kanunu’na göre md 69/2-4 te belirtilen suçlardan dolayı hüküm giyen hâkim ve savcılar meslekten çıkarma yaptırımına çarptırılırlar. Disiplin cezası uygulanması gerektiren fiil suç oluşturmaya ve yargı mensubu hüküm giymese dahi “mesleğin şeref ve onuruna ve memuriyet nüfuz ve itibarını bozacak nitelikte görülmesi” kuralına binaen (2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu md. 69/son) ceza davasının sonucu beklenmeksizin suçun işlendiğine kanaat getirilerek meslekten çıkarma cezası verildiği durumlara rastlanmıştır. İNCEOĞLU, Yargıda Etik, s.74. Yine aynı kanunun 68/e maddesinde “madde tayin ve deliller elde edilmemiş olsa bile, rüşvet aldığı veya irtikâpta bulunduğu kanısını uyandırmak” durumunda yer değiştirme cezası verilebilmektedir. Bu halde kanundaki adaletsiz durum ortaya çıkmaktadır. Bir kişinin maddi deliller bulunmamasına rağmen sadece insanlarda suç işlediği kanısı uyandırarak disiplin cezasına çarptırılması oldukça ağır ve adaletsiz bir yaptırımdır.

⁴¹³ Fetava-yı Ali Efendi, Cild-i Evvel, s.571.

başlamıştır.⁴¹⁴ Bu konuda Kur'an-ı Kerim'de de Allah, “*Aranızda mallarınızı haksızlıkla yemeyin; bildiğiniz halde günaha girerek insanların mallarından bir kısmını yemek için onu kamu görevlilerine aktarmayın*”⁴¹⁵ diyerek rüşvet vermeyi yasaklamıştır.

Rüşvet, kişinin hâkime veya bir başkasına, lehinde hüküm vermesi için veya arzu ettiğine ulaşabilmek için vermiş olduğu şey olarak tanımlanmaktadır.⁴¹⁶ Rüşvet yargı organını ve dolayısıyla devleti tehdit eden en büyük sorunlardan birisidir. Rüşvet, hâkimlere ve adalete olan güvenin azalması sonucunu doğurur. Adalete olan güveni sarsılan halk ise çareyi adaleti kendisi sağlamakta, şiddet yolu veya zorla hakkını alma yoluna başvurabilecektir.⁴¹⁷ Hz. Peygamber de rüşvet almak veya vermekle ilgili “Bir hükmü vermek veya elde etmek için rüşvet verene de alana da Allah lanet etsin”⁴¹⁸ diyerek rüşvet suçunda tarafların her ikisini de lanetlemiştir. Bir başka rivayette ise Hz. Peygamber “Ateşte yanmaya en layık olan şey **suht** yoluyla elde edilen kazancın hâsıl ettiği vücuttur” buyurması üzerine orada bulunanlar **suht**'un ne olduğunu sorarlar. Hz. Peygamber ise “Hüküm vermede alınan rüşvettir” demiştir.⁴¹⁹

Osmanlı devletinde de 17.yy başından itibaren hâkimlerin devre çıkma, gezici mahkemeler kurma bahanesiyle sık sık bölge halkından haksız yere para koparma amacıyla olan faaliyetlerde buldukları görülmektedir.⁴²⁰ 1590 (998 H.) tarihli bir kadı beratında “... ve kısmet hususunda ve gayride emr-i şerifim bunun üzerinedir ki her müteveffanın varisleri madem ki kısmet taleb etmiyeler kadılar varub cebr ile

⁴¹⁴ AMRAVÎ, s. 90.

⁴¹⁵ Bakara, 2/188.

⁴¹⁶ İBN ABİDİN, C. XII, s. 124.

⁴¹⁷ ASLAN, Yargılama Etiği, s. 52.

⁴¹⁸ Tirmizî, *Ahkâm*, 9; Ebu Davud, *Akdiye*, 4; İbn Mâce, *Ahkâm*, 2. Bazı kaynaklarda bu hadis “Rüşvet alanda veren de cehennemdedir” olarak geçmektedir. Burada rüşvet veren kendi işinin görülmesi için rüşvet vermesi, rüşvet alan da verilen bu rüşveti kabul etmesi yüzünden cehenneme müstehak görülmüştür.

⁴¹⁹ CANAN, İbrahim, *Kütüb-i Sitte Tercemesi ve Şerhi*, Akçağ Yayınları, İstanbul, ty., C. VI, s. 433-434, akt. ASLAN, Yargılama Etiği, s.53.

⁴²⁰ EMECEN, Feridun, “Devre Çıkma”, *DİA*, C. IX, s. 251. Hâkimlerin devre çıkararak zorla dava görmeleri, ekonomik durumlarıyla bizzat alakalıdır. Bu, genellikle kriz dönemlerinde başvurulan bir uygulamadır. ORTAYLI, İlber, “Osmanlı Kadı'sının Taşra Yönetimindeki Rolü Üzerine”, *Amme İdaresi Dergisi*, 1976, C. IX, Sy. 1, s. 99-100.

kısmet eylemiyeler...⁴²¹. Burada kadıların halka zorla gidip miras paylaşırma bahanesiyle para koparmamaları yönünde ihtar çekilmiştir. Bir başka fetva ise şöyledir:

“Müslümanların vakıf mallarını cebren alıp yiyen ve yutan hâkim Zeyd’e şer’an ne lazım olur? El-cevap: Ebediyyen azl cezası ile cezalandırmak lazımdır.”⁴²²

Osmanlı devrinde de görevini kötüye kullanıp irtikap suçu işleyen hâkimin şahıslardan aldığı fazla miktarı iade ile yükümlü olduğu belirtilmektedir.

“Zeyd kadı bir husus için Amr’a hüccet yazub Amr dahi Zeyd’e ecr-i misli verdikte Zeyd, ecr-i mislinden maada Amr’dan cebren şu kadar ğuruş alsa Amr ol kadar ğuruşu Zeyd’den istirdada kadir olur mu? El-Cevab: Olur.”⁴²³

Bir başka fetva ise hırsızlık yapan hâkimin, artık hâkimliğe ehil olamayacağıyla ilgilidir:

“Zeyd, hâkimlerden Amr’ı odasına davet ettiğinde Amr Zeyd’in bir miktar parasını ve emirlerini çalıp sonra (hâkimin) çaldığı sabit olsa, Amr’a (yani çalan hâkime) hâkimlik vermek caiz olur mu? El-cevap: Olmamak gerektir.”⁴²⁴

4. Hâkimin Özel Hayatında Dürüst Olması

Dürüstlük kavramını belirli bir standartlara göre somutlaştırmak oldukça zordur. Bu kavram toplumun yapısına, toplumun hâkimden beklediği ahlak ölçülerine, zamana veya mekâna göre değişebilmektedir. Bu bakımdan en uygun ölçüt toplum içinde yer alan makul bir gözlemcinin hâkimi nasıl değerlendirdiği esas alınmaktadır.⁴²⁵ Bu bakımdan hâkimin riyakâr olmaması elzemdir. Riya kelimesi

⁴²¹ UZUNÇARŞILI, İlmiye Teşkilatı, s. 86.

⁴²² HALEBİ, (ö. 1549), Mülteka, C. 3, s. 193. Bu fetvada ise vakıf mallarını zorla alıp zimmetine geçiren hâkimin hak ettiği ölçüde sonsuza dek hâkimlik yapmaktan yasaklı olacağı belirtilmiştir.

⁴²³ Fetava-yı Ali Efendi, Cild-i Evvel, s.580. İslam hukukunda yetkilerini kötüye kullanan memurların azledilmesi uygulamasına sıkça rastlanmaktadır.

⁴²⁴ ABDÜRRAHİM, C. II, 414, akt. HALEBİ, (ö. 1549), Mülteka, C. 3, s. 192

⁴²⁵ Modern hukukta da Bangalor İlkelerine göre hâkim meslek hayatındaki hareketlerinde makul olarak düşünme kabiliyetine sahip olan bir kişide herhangi bir serzenişe yol açmayacak şekilde davranmalıdır. Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, 3.1.

sözlük anlamı olarak; özü, sözü bir olmama, ikiyüzlülük anlamındadır.⁴²⁶ Hâkim işte bu riyakârlık vasfını bünyesinde barındırmamalıdır. Çünkü riyakârlık haram kılınmış bir niteliktir. Hâkim insanlar arasında hüküm verme konusunda Hz. Peygamberi örnek almalıdır ve olabilen en yüksek derecede Hz. Peygamber'e benzemeye çalışmalıdır.⁴²⁷ Hz. Ömer de Ebu Musa el-Eşari'ye yazmış olduğu mektupta "Her kim Allah'ın aksini bildiği bir konuyu insanlara süsleyerek gösterirse (yani riyakârlık yaparsa) Allah ona gazap eder"⁴²⁸ diyerek riyakârlık yapan kimselerin hâkimlik yapmaya elverişli olmadıklarını belirtmiştir. Ebussuud Efendi de bir fetvasında, herkesin içinde istifa ettiğini söyleyip bunu işleme koymayan ve daha sonra tekrar dava görmeye devam eden hâkimin eğer verdiği hüküm hukuka uygun ise geçerli olduğunu belirtmiştir.

"**Mes'ele:** Zeyd-i kâdî, cemâ'at içinde "nefsimi kazadan azl ettim" dedikten sonra yine ba'zı kazaya hüküm eylese şer'an nafiz olur mu? **El-cevab:** Şer'a muvafık ise olur."⁴²⁹

Bu bakımdan Hz. Peygamber'den "*Her kim ikiyüzlülük yaparsa Allah onu kıyamet gününde insanların gözü önünde rezil eder. Her kim süm'a yaparsa (yani yaptığı işi insanlar duysun, ismi yücelsin diye yaparsa), Allah onu da kıyamet gününde rezil eder*" hadisi rivayet edilmiştir.⁴³⁰

Hâkimler özel yaşamlarında kendilerini saygın bir şekilde idare etmelidirler.⁴³¹ Hâkim burada kendi kendisine şu muhakemeyi yapabilmelidir. Eğer kendisi hâkim

⁴²⁶ DEVELLİOĞLU, Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat, Aydın Yayınevi, Ankara, 2013, "Riya" maddesi.

⁴²⁷ SERAHSİ, C. XVI, 65. Bu bakımdan hâkimin takva sahibi olması, yani muttaki olması güzel bir vasıftır. Burada takva sahibi olmaktan bahsedilen gûnahtan ve Allah'ın yasakladığı şeylerden sakınmak ve emrettiklerini yapmaktır. Dolayısıyla Allah'tan korkan hâkim haksızlığa bilerek göz yumamaz ve haksız hüküm vermekten kaçınır. BEKTAŞ, Bekir, "İslam Yargılama Hukukunda Hâkim", Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi S.B.E, Rize, 2012, s. 35.

⁴²⁸ Riyakârlık sadece iyi bir Müslümanda bulunmaması gereken bir vasıftır. Bu sebeple hâkim olacak bir kişinin evleviyetle riyakâr olmaması gerekir. BEKTAŞ, s. 36.

⁴²⁹ DÜZDAĞ, s. 134.

⁴³⁰ Müslim, *Zühd ve'r-rekaik*, 47.

⁴³¹ ASLAN, Yargılama Etiği, s. 43. Modern hukuka göre ise; Eğer hâkimin davranışları bu makul gözlemciye göre yargıya olan güveni sarsıyorsa, hâkimi toplumun gözünde düşürüyorsa hâkim bu tür davranışlardan kaçınmalıdır. Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct,

olmayıp sıradan bir vatandaş olsa kendi yaptığı davranışı yapan bir hâkim gördüğünde hâkimin bağımsız, tarafsız ve dürüst bir kişilik olduğuna kanaat getirebiliyorsa o zaman yaptığı davranış doğrudur, aksi durumda ise yaptığı veya yapacağı bu hareketten kaçınmalıdır. Hâkimin adil bir şekilde karar vermesi gerektiği gibi, kendisinin de bizzat adil görünmesi gerekmektedir. Bu sebeple hâkim yargılamanın her aşamasında dürüst olduğunu gösterebilmelidir.⁴³²

Osmanlı devletinde padişahların bizzat divanda dava dinleyip hüküm verdikleri oldukça sık rastlanan bir durumdur. Bu bakımdan Yavuz Sultan Selim'in yargılamaya ne kadar önem verdiğini, gecelere kadar halkın şikâyetlerini dinleyip, sorunlarını çözebilmek için uykusuz kaldığını, halkın sorunlarını çözememeyi büyük bir günah olarak gördüğünü şu kayıttan anlayabiliriz. “..Merhum her gice ta nısfü’l-leyle değin evlerinde divan iderler idi. Mesalih-i Müslimini görüp, Memalik-i Mahrusa’da olan mehayife ilm ü tahsil edüp, gice uyumaz idi...”⁴³³

Bir hareketin ahlaki değerler açısından kabul edilebilir olup olmadığı hususunun belirlenmesinde esas alınması gereken nokta hâkimin yerine getirmekle

s.79, md. 102. Toplum içindeki diğer insanlar tarafından yapıldığı takdirde çok da dikkate değer görülmeyen ve hatta ayıplanmayan hareketler, eğer bir hâkim tarafından yapılırsa iyi karşılanmayabilir. Örnek vermek gerekirse “*ödeme gücünün üstünde borçlanmak suretiyle borçlarını ödeyemez duruma düşmek veya kesinleşmiş borcunu kasten ödemeyerek hakkında yasal yollara başvurulmasına neden olmak*” (2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu md. 66/b) fiili hâkime kademe ilerlemesinin durdurulması yaptırımının uygulanmasını gerektiren bir fiildir. Bu şekilde ödeme güçlüğüne düşüp hakkında yasal yollara başvurulmuş hâkimlere karşı birçok kez söz konusu yaptırımın uygulanması yoluna başvurulmuştur. 07.12.2006 tarih ve 343 karar sayılı HSYK kararına göre; borcunu ödemeyen ve hakkında icra takibi yapılması sonucu maaşının üzerine haciz konulmasına neden olan Ağır Ceza Mahkemesi üyesi olan hâkime kademe ilerlemesinin durdurulması cezası verilmiştir. 13.03.2008 tarih ve 46 karar sayılı HSYK kararına göre ise; iki kez benzin alıp parasını sonra vereceğini söyleyip ödemeyen, bir traktör satın alıp senetle borçlandıktan sonra hakkında icra takibi yapılmasına sebep olan savcı hakkında da yine aynı yaptırım uygulanmıştır.

⁴³² DEMİR, Abdullah, Osmanlı Mahkemesi, s. 23. Modern hukuka göre ise; Kültürel farklılıklar davranışların doğruluğunun sorgulanması bakımından son derece farklılıklar göstermektedir. Ükelere göre farklılık kaçınılmaz olabilmektedir. Müslüman nüfusun çoğunlukta olduğu bir devlette evli bir hâkimin eşinden başka kadınlarla ilişkisi olması hâkimin ahlaksız olarak görülmesine ve ciddi disiplin yaptırımlarına maruz kalmasına sebep olurken batılı ülkelerin liberal toplumlarında ise böyle bir harekette bulunması hainde hâkime herhangi bir yaptırım uygulanmadığına rastlanılabilmektedir: Filipinlerde böyle bir ilişkisi olan hâkime meslekten çıkarma cezası verilmiştir. Aynı durumda Amerika'nın Florida ve Connecticut eyaletinde küçük cezalar alan yargı mensupları bulunmakla beraber Pennsylvania eyaletinde ise bu durumdaki hâkime herhangi bir yaptırım uygulanmamıştır. İNCEOĞLU, Yargıda Etik, s.77.

⁴³³ Bkz. Hezarfen Hüseyin Efendi, Telhisü'l-Beyan fi Kavanin-i Ali Osman, haz. Sevim İlgürel, Ankara, 1998, s. 184.

görevli olduğu yargı faaliyetini nasıl etkilediğidir. Eğer yapılan davranış hâkimin halkın gözünde olan saygınlığını düşürüyorsa⁴³⁴ ve hâkimin doğru ve adil bir şekilde görevini ifa edemeyeceği kanısı uyandırıyor ise hâkim bu davranışlardan kaçınmalıdır.⁴³⁵ Halebi'nin naklettiği bir fetva bu konuya ışık tutmaktadır:

“Hâkimler taifesinden Zeyd, bazı büyüklerin meclislerinde insanları taklid ve maskaralık yapmak ve yalancı hikâyeler nakletmek âdeti olup adaleti düşüren bazı menhiyattan (yasaklardan) kaçınmasa, Zeyd'e hâkimlik vazifesini vermek caiz olur mu? El-cevab: Olmaz.”⁴³⁶

Hz. Ali'den şöyle nakledilmiştir ki; bir gün halife olan Hz. Ali, evinde birisini konuk etmişti, bu zat halifenin evinde konuk olmayı sürdürürken, başka bir kişi aleyhine dava açmak istemişti. Hz. Ali ise hâkim olarak taraflardan birisini konuk ederken, uyuşmazlık hakkında hüküm vermekten kaçınmış ve “*Hz. Peygamber, bizi taraflardan birisi diğer taraf onun yanında olmadığı sürece konuk etmemizi yasakladı*” demiştir.⁴³⁷

⁴³⁴ ASLAN, Yargılama Etiği, s. 49.

⁴³⁵ Modern hukuka göre: Bazı yazarlar hâkimin yaptığı bu hareketlerin yorumlanmasında altı unsurun göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmişlerdir. Bunlar 1-Hareketin özel ve kamusal niteliği ve özellikle yürürlükteki hukuka uygun olup olmadığı, 2-Davranışın bireysel bir hak olarak korunma derecesi, 3-Hâkim tarafından sergilenen sağduyu ve nezaketin derecesi, 4-Davranışın başkaları için saldırgan veya davranışın muhatabı olanlar için zarar verici olup olmadığı, 5-Davranışın topluma ve toplumun bireyelerine karşı saygı veya saygısızlık derecesi 6-Davranışın ne ölçüde tarafsızlık veya önyargı izlenimi verdiği. Bu hususlar hâkimin davranışlarına toplumun bakış açısını gözlemlemek adına tarafsız ve makul bir gözlem konusunda bizlere fikir vermektedir. Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct, s.81-82, md. 106. Ayrıca CCJE'nin de bu konuda çözüme yönelik önerileri de vardır. CCJE, hâkimlerin hangi davranışlarının hâkimlik statüsü ile uygun olup olmadığı konusunda başvurabilecekleri tarafsız ve bağımsız bir organ oluşturulmasını tavsiye etmiştir. Bu sayede hâkimler bir harekette bulunmadan önce bu kurula danışıp, davranışlarını bu kurulun vereceği öneri bağlamında kontrol edebileceklerdir. Opinion no. 3 of the Consultative Council of European Judges, md.29. Bu durumda dikkat edilmesi gereken husus bu kurulun hâkimlerin atanma, meslekten çıkarma veya disiplin cezası verme konusunda yetkili olan makamlardan tamamen bağımsız ve tarafsız bir kurum olması gerekliliğidir. Aksi halde taraflı bir kurul hâkimlerin davranışlarını yönlendirerek kendi istekleri doğrultusunda karar vermeye hâkimi zorlayabilir, bu halde de adil olmayan bir yargılama faaliyeti yürütülmüş olur. İNCEOĞLU, Yargısal Davranış İlkeleri, s. 95.

⁴³⁶ BEHÇE FETAVASI, C. 1, 421, akt. HALEBİ (ö. 1549), Mülteka, C. 3, s. 192.

⁴³⁷ SERAHSİ, C. XVI, 76

E. MESLEĞE UYGUNLUK – YERİNDELİK

1. Genel Olarak

Konuya modern hukuk bakımından bir giriş yapacak olursak; Bangalor İlkelerine göre mesleğe uygunluk ve mesleğe uygunluğun ortaya konuluşu, bir hâkimin tüm etkinliklerini icrada esaslı bir unsurdur.⁴³⁸ Yine Bangalor İlkelerinde hâkimin kendi davranışlarında yakışiksiz ve yakışık almayan görüntüler içerisinde bulunmaktan kaçınması gerektiğinden bahsedilmiştir.⁴³⁹

Modern hukuk açısından; mesleğe uygun olmayan görüntünün belirlenmesinde davranışın hâkimin yargısal sorumluluklarını dürüstlük, tarafsızlık, bağımsızlık ile ve ehil bir biçimde yerine getirme yeteneğini azaltıp azaltmadığı veya davranış makul bir gözlemcide hâkimin sorumluluklarını yerine getirme kabiliyetinin sarsıldığı izlenimi yaratıp yaratmadığı hususlarına göre bir değerlendirme yapılmalıdır.⁴⁴⁰

İslam ve Osmanlı hukukuna göre ise; mesleğe uygunluk vasfında temel olan husus hâkimin nasıl davrandığından çok hâkimin toplum tarafından nasıl görüldüğüdür. Hâkim bu çerçevede toplum tarafından sürekli kritik edilmesi durumuna alışması gerekmektedir. Örnek olarak, bazı müelliflere göre başkalarına zulüm ve haksızlık yapacağından korkulan kimseye hâkimlik görevi vermek mekruhtur.⁴⁴¹

Bir hadis-i şerif’te de “Allah haksızlık yapmayan hâkimle beraberdir. Haksızlık yaptığında onu bırakır, şeytan peşine takılır”⁴⁴² buyrulmuştur. Bu bakımdan bir hâkimde bilgi yeterliliğinin yanı sıra karakter bütünlüğü, ince ruhluluk ve dindarlık

⁴³⁸ Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, Değer 4.

⁴³⁹ Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, 4.1

⁴⁴⁰ İNCEOĞLU, Yargıda Etik, s. 85. Türkiye’de “*hizmet içinde ve dışında, resmi sıfatının gerektirdiği saygınlık ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmak*” hâkimler için kınama cezası yaptırımına sebep olmaktadır. 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu md. 65/a. Yine aynı şekilde “*kusurlu veya uygunsuz hareket ve ilişkileriyle mesleğin şeref ve nüfuzunu veya şahsi onur ve saygınlığı yitirmek*” fiili yer değiştirme cezasına tabidir. 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu md. 68/a.

⁴⁴¹ HALEBİ, C. 3, s. 195.

⁴⁴² Tirmizî, *Ahkâm* 4; İbn Mâce, *Ahkâm* 2.

gibi vasıfların olması da atamada zamanla dikkat edilmesi gereken hususlardan olmuştur.⁴⁴³

Bu bakımdan hâkimlerin mesleğe yaraşırılığı hususunda yapması gerekenleri altı temel başlık altında sıralayabiliriz:

2. Hâkimlerin Tarafllara Farklı Muamele Yapması

Yargılama faaliyeti esnasında hâkim tarafından belirli kişilere diğler tarafllara göre daha özel ve ayrıcalıklı şekilde davranılıyorsa bu durum hâkimin mesleğe uygunluk vasfı bakımından yeterli olmadığını gösterir.⁴⁴⁴ Örnek vermek gerekirse bölgede veya ülkenin tamamında saygı gören veya yüksek mevkide olan bir kişiye mahkemede ayrıcalık sağlanması, diğler kişilerden farklı bir şekilde muamele edilmesi mahkemenin bağımsız ve tarafsızlığı görünümüne uymaz⁴⁴⁵ ve bu şekilde davranan bir hâkimin mesleğe uygun olduğu da söylenemez. Böyle bir davranış tarafllardan birisini cesaretlendirirken diğlerinde de mahkemenin tarafsız olmadığını intibamı oluşturabilir.

Devam etmekte olan bir davada hâkim, tarafllardan birisiyle diğlerinin haberi olmaksızın konuşamaz, buluşamaz veya görüşemez. Hatta diğler tarafın anlamadığı bir dilde dahi taraflların birisiyle konuşamaz.⁴⁴⁶ Bir hadiste de “*üç kişi bir arada olunca iki kişi kendi arasında fısıldaşmasın. Çünkü bu, üçüncü kişiyi üzer*”⁴⁴⁷ buyrulmuştur. Bu durum mesleğe uygunluk açısından hâkimi halkın gözünde sorgulanan bir duruma itebilir. Böyle bir görüşmenin ortaya çıkması hâkimin mesleki

⁴⁴³ KOŞUM, Adnan, İslam hukuk Doktrininde Yargı Hataları, Fakülte Kitabevi, Isparta, 2004, s.48.

⁴⁴⁴ ASLAN, Yargılama Etiği, s. 56. Modern hukuka göre ise; Hâkim, ailesinin, sosyal veya diğler ilişkilerinin, hâkim olarak mesleki davranışlarını veya vereceği yargı kararını etkilemesine müsaade etmemelidir.⁴⁴⁴ Hâkim, mesleğinin itibarını; kendisine, aile üyelerinden birisine veya herhangi bir kimseye özel çıkar sağlayacak biçimde ne kendisi veya bir başkası kullanamaz. Ayrıca hâkim, yargı görevinin yerine getirilmesinde, herhangi bir kişinin kendisini etkileyebileceğini izlemine ne kendisi vermelidir veya başkalarının bu izlenimi vermelerine müsaade etmemelidir. Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct, s.86, md. 112; Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, 4.9.

⁴⁴⁵ MERĞİNANİ, el-Hidaye, C. III, s. 180; ASLAN, Yargılama Etiği, s. 56.

⁴⁴⁶ İBN ABİDİN, C. XII, s. 168.

⁴⁴⁷ Buhari, *İsti'zan*, 45; Ahmed b. Hanbel, Müsned, II/121.

saygınlığını azaltır. Bu bakımdan hâkimin dava esnasında taraflardan birisi ile gizlice konuşması; diğer tarafın hâkimin tarafsız olmadığını düşünmesine sebep olabilir.⁴⁴⁸

3. Hâkimlerin Sır Saklama Yükümlülüğü

Hâkimlik gerçeği ortaya çıkarmakla ve bu gerçeğe uygun şekilde hüküm vermekle mükellef olan bir meslektir. Bu gerçeği ortaya çıkarma faaliyetiyle ilgili olarak bazen tarafların sırlarını öğrenmeleri gerekebilir. Bu sırlar diğer insanların öğrenmemesi gereken ticari, siyasi veya devletin gizli operasyonlarıyla alakalı olabilmektedir. Dolayısıyla hâkim, eriştiği ve öğrendiği bu sırların gizliliğini korumak zorundadır. Aksi halde kişilerin ticari kariyerleri veya devlet sırları tehlikeye düşebilir. Hâkimin öğrendiği bu sırlar aracılığıyla kişisel işlemlerde bulunması, örneğin batmak üzere olan veya büyük bir ticari hamle yapmak üzere olan şirketlerle ilgili olarak yatırım yapması da yasaktır.⁴⁴⁹

4. Hâkimlerin Yargı Makamının İtibarını Kötüye Kullanması

Hâkimlik toplum nazarında saygı duyulan ve değer verilen bir meslektir. Dolayısıyla hâkimler toplumda saygı görürler, toplum tarafından özel bir insan olarak görülürler, kendilerine itaat edilir ve hatta hâkimlere şirin görülmeye çalışılır. Hâkimler toplum nazarında bu kadar el üstünde tutuldukları için sahip oldukları

⁴⁴⁸ SERAHSİ, C. XVI, 66. Modern hukukta da benzer şekilde düzenlemeler bulunmaktadır: Dolayısıyla hâkim bir davranışta bulunmadan önce kendine şu soruyu sormalıdır: “*Bu durum halkın gözünde nasıl görülür?*” Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct, s.85, md. 111. ABD’de de hâkimlerin bu şekilde dikkatli davranması gerektiğini gösteren örnekler mevcuttur: ABD’de yeni yakalanmış bir sanık ile hâkimin telefonda konuşmaları, hâkimin sanığı karakoldan alması ve arabasıyla evine bırakması hâkimin mesleğiyle yakışmayan bir davranış olarak düşünülmüştür. Burada hâkimle sanık her ne kadar sanığın davası hakkında konuşmamış olsalar da, söz konusu fiiller sanığa özel bir muamelenin yapıldığı görünümünü verdiği için meslekle bağdaşmayan hareket olarak kabul edilmiştir. İNCEOĞLU, Yargıda Etik, s. 87.

⁴⁴⁹ Bu durumun modern hukuktaki tezahürü şu şekilde ortaya çıkmaktadır: Hâkimlerin Statüsüne İlişkin Avrupa Şartına göre hâkimler görevlerini yerine getirirken bireylere saygı göstermeli ve bireylerin haklarının güvencesi olarak verecekleri her kararın gerektirdiği yüksek düzeyde bir yeterliliği sürdürmek ve yargılamalar nedeniyle öğrenmiş oldukları sırları saklamak konusunda gerekli dikkat ve özeni göstermelidir. Hâkimlerin Statüsüne İlişkin Avrupa Şartı, 1.5. Yine Bangalor İlkelerine göre de “*hâkim tarafından, hâkimlik mesleğinin icrası sırasında elde edilen gizli bilgiler, hâkimin yargısal göreviyle ilgili olmayan diğer amaçlar için hâkim tarafında kullanılamaz ve ifşa edilemez.*” Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, 4.10. BM Yargı Bağımsızlığı Temel Prensiplerinde ise şöyle belirtilmiştir: “*Yargıçlar, yaptıkları müzakereler ile aleni yargılama dışında görevleri sırasında edindikleri gizli bilgiler konusunda mesleki gizlilik kuralıyla bağlıdırlar ve bu tür konular hakkında tanıklık yapmaya zorlanamazlar.*” BM Yargı Bağımsızlığı Temel Prensipleri, İlke 15. Bu prensibe göre halka kapalı olarak yapılan duruşmalarda edinilen bilgiler hâkimler bakımından meslek sırrı sayılır ve bu bilgilerle alakalı olarak ilerleyen zamanlarda hâkimler tanıklık yapmaya zorlanamazlar.

itibarlı konumu kötüye kullanmamalıdır.⁴⁵⁰ Bu bakımdan İslam devletinin ünlü hâkimi Kadı Şureyh hakkında iki adet örnek vardır. Bir gün Şureyh'in oğlu kendisine gelip bazı kişilerle arasında bir uyuşmazlık olduğunu ve babasından alacağı cevaba göre eğer haklıysa dava açacağını, haksız ise o kişilerle anlaşma yoluna gideceğini söylemiştir. Babası Şureyh'e olayı anlattıktan sonra Şureyh de oğluna dava açmasını söylemiştir. Oğlu davayı açtıktan sonra Kadı Şureyh, davayı oğlu aleyhine sonuçlandırdı. Bunun üzerine oğlu babasına neden böyle karar verdiğini sormuş, Kadı Şureyh de eğer dava açmayıp onlarla uzlaşsaydın o kişilerin haklarının kaybına sebep olacaktın o yüzden sana dava açmanı söyledim demiştir.⁴⁵¹ Bir diğer örnekte ise; yine Kadı Şureyh'in oğlu bir kişiye kefil olmuştu, kefil olunan kişi kaçınca o kişiden oğlu sorumlu olduğu için kendi oğlunu hapse atmış ve hapiste bulunduğu sürece oğlunun yemeğini her gün bizzat kendisi götürmüştür.⁴⁵²

Hâkim kendi veya yakınlarının çıkarları için makamının saygınlığını kullanması durumu hâkimin mesleğe yaraşırılık sıfatına yakışmamaktadır. Mesela bir hâkimin çocuğu gözaltına alınırsa hâkimin normal bir ebeveyn gibi çocuğuna üzülmesi ve telaşlanması normaldir. Hatta normal bir ebeveynin yapacağı gibi karakola gidip çocuğunun hangi fiilinden dolayı gözaltına alındığını sorması normal bir davranış sayılabilir. Her ne kadar bu davranışlar doğal olarak sayılsa bile İslam devleti döneminde Hz. Ömer'in halifeliği zamanında geçen bir olay bu bakımdan bize bir ibretlik örnek olabilir. Öyle ki, Mısır'da yaşayan Hz. Ömer'in oğlu Abdurrahman, Mısır valisi olan Amr İbnü'l As'a içki içip sarhoş olduğunu itiraf etmiş, bunun üzerine vali, Abdurrahman'ı evinin avlusunda yani halkın göremeyeceği bir şekilde cezalandırmıştır. Bunun haberini alan halife Hz. Ömer, Amr İbnü'l As'a kızmış ve oğlunu Mısır'dan çağırıp aleni bir şekilde yeniden

⁴⁵⁰ Modern hukuka göre; Bangalor İlkelerinde, hâkimin ne bizzat kendisinin veya hâkimin üzerinden başka birisinin, hâkimlik mesleğinin itibarını kendisi veya yakınları dâhil hiçbir kimseye çıkar sağlayacak şekilde kullanmaması gerektiği düzenlenmiştir. Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, 4.9.

⁴⁵¹ AMRAVİ, s. 60.

⁴⁵² AMRAVİ, s. 60. Modern hukuka göre hâkimlerin sahip oldukları bu itibarın kullanımı uygun veya uygun olmayan bir şekilde tezahür edebilir. Uygun olmayan kullanıma örnek verecek olursak hâkim sosyal statüsünü iş ilişkisi veya yatırım oluşturulmasında kendisine menfaat sağlayacak bir biçimde kullanmamalıdır. Sosyal hayatında karşılaştığı bürokratik zorlukları hâkimlik sıfatı sebebiyle kolay bir şekilde aşması veya bir trafik kuralını ihlal ettiği için kendisine ceza kesilmemesini istemesi bu itibarın kötüye kullanımı sayılabilmektedir. Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct, s.100, md. 145.

cezalandırmıştır.⁴⁵³ Bazı müellifler, bu cezalandırmadan sonra Abdurrahman'ın (Ebu Şahme) duyduğu mahcubiyet ve acıdan dolayı öldüğünü söylerler.⁴⁵⁴ Burada yargılama yetkisine bizzat sahip olan devlet başkanının, hâkimin verdiği kararı bozup, kendisi bizzat yargılama yapıp, ceza vermesinin mümkün olduğunu bize göstermektedir. Bir başka dikkat çeken nokta ise kendi oğluna iltimas geçildiğini öğrenen bir babanın bu iltiması yapan valiyi azarlayıp, oğlunun da diğer normal bir kişi gibi cezalandırmasını sağlamasıdır.⁴⁵⁵

5. Hâkimlerin Hediye Alması, Alış-veriş Yapması ve Davetlere Katılması

Bu konuda öncelikle modern hukuktaki duruma bakacak olursak:

Bangalor İlkeleri'ne göre *“hâkim ve aile üyeleri; yargısal görevlerin yerine getirilmesine ilişkin olarak, bir şeyin hâkim tarafından yapılması, yapılmaması veya yapılmasına kayıtsız kalınması ile ilintili herhangi bir hediye, bir kredi, bir bağış ya da bir iltimas talebinde ne bulunabilir ne de kabul edebilir.”*⁴⁵⁶ Bir diğer ilkede de *“hâkim, mahkeme personeline veya nüfuzu, idaresi ve yetkisi altında kalan diğer kişilere, görevlerinin veya işlevlerinin yerine getirilmesine ilişkin olarak; bir şeyin yapılması, yapılmaması veya yapılmasına kayıtsız kalınması ile ilintili herhangi bir hediye, bir kredi, bir bağış ya da bir iltimas talebinde bulunmaları veya kabul etmeleri konusunda, izin veremez.”*⁴⁵⁷ denilmiştir. Bu maddelere göre hâkimlerin yargılama faaliyetleriyle ilgili olarak hediye veya bağış almalarının önüne geçilmeye

⁴⁵³ ASLAN, Yargılama Etiği, s.179.

⁴⁵⁴ NUMANİ, C. II, s. 262.

⁴⁵⁵ Modern hukukta aynı şekilde hâkimin mesleki yetkilerini kullanarak aile üyelerine iltimas geçilmesini sağlamaya çalışması yasaklanmıştır. Mesela çocuğu gözaltına alınan hâkim, kendi mesleki sıfatını vurgulayarak çocuğunun hemen salıverilmesini isterse, yetkili makamları devreye sokmaya çalışırsa, polisler hakkında işlem başlatacağı tehdidinde bulunursa bu durum mesleğe yakışmayan bir davranış olur. Hâkim burada normal sade bir vatandaşın kullanamayacağı yetkileri kullanmaya kalkışmamalıdır. Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct, s.100, md. 146. İtalya'da da benzeri bir örnekte hâkime disiplin cezası verilmiştir: İtalya'da bir hâkim bir meslektaşından baktığı bir davanın sanığının kefaletle tahliye edilmesi için ricada bulunmuş, bu istekte bulunan hâkim disiplin cezası almıştır. Başka bir olayda ise bir hâkim bir savcıdan süren bir ceza soruşturması hakkında bilgi istemesi ise soruşturmaya herhangi bir müdahalede bulunulmadığı için disiplin yaptırımına tabi tutulmamıştır. İNCEOĞLU, Yargısal Davranış İlkeleri, s. 98.

⁴⁵⁶ Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, 4.14.

⁴⁵⁷ Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, 4.15.

çalışılmakta, ayrıca adli personelin yaptıkları işlemlerle alakalı olarak hediye veya bağış almaları ve bunun hâkim tarafından bilinmesi durumunda hâkimin bunlara izin vermemesi gerektiği belirtilmiştir.⁴⁵⁸

Hediye ve bağış verilmesi hususunda hâkimlere büyük sorumluluk düşmektedir. Hâkimin hediye veya bağış alması, mevcut bir davayı veya soruşturmayı etkilememesine rağmen toplumun gözünde yargının tarafsız ve bağımsız görünümünün tehlikeye düşme ihtimali olabileceği için hâkim bu tarz hediye ve bağışları kabul etmemelidir.⁴⁵⁹

Hâkimlere karşı hediye ve bağış teklif eden kişiler bazen yargılama faaliyetini ve hâkimin vereceği hükmü etkilemek amacıyla olmadan kendiliğinden bu davranışı yapabilir. Bu durum her ne kadar zararsız ve hâkimin tarafsızlığını etkilemeyecek bir şekilde görünse bile hâkim tedbiri elden bırakmayıp bu durumun mantıklı bir gözlemci tarafından nasıl görünebileceği düşüncesinde olmalıdır. Bazen bu bağış yargılama bittikten sonra da teklif edilebilmektedir. Burada da insanlar hâkimin bağış veren tarafın isteği doğrultusunda hüküm verdikten sonra ücret olarak bu bağışı aldığını düşünebilirler.⁴⁶⁰

⁴⁵⁸ Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct, s.117, md. 177.

⁴⁵⁹ Hâkim kendisi bu tarz bağışları kabul etmemesine rağmen mahkeme personeli bağış veya hediye almışsa ve halk bu durumu öğrenirse hâkimin kendisi aslında kusursuz olsa bile mahkemenin saygın ve tarafsız konumunu tehlikeye düşürür. Dolayısıyla mahkeme personeline hediye ve bağış verilmesinden haberi olan hâkim, bu bağışlara izin vermemelidir. Aynı durum hâkimin aile üyeleri bakımından da tezahür edebilir. Hâkimin aile üyelerine verilen hediye ve bağışlarda hâkimin tarafsız konumunun sorgulanmasına sebep olur. Hâkim bu hediye ve bağışların kabul edilmemesi hususunda aile üyelerini uyarmalıdır. Gerekirse bu tarz davranışları engellemek için kendi idaresi ve denetimi altında çalışan kişilere karşı hukuki imkânlarını kullanmalıdır. İNCEOĞLU, Yargıda Etik, s. 93.

⁴⁶⁰ *Hâkim ince bir şekilde ve mantıklı bir gözlemcinin ne şekilde düşünebileceğini tartıp ona göre hediye kabul veya reddetmelidir.* Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct, s.119, md. 181. Bu hususta ABD’de hâkimlerin hediye ve yardım almalarına belirli düzenlemeler ve kısıtlamalar getirilmiştir. Barolar Birliği Yargısal Davranış Kodu’nun (1972) 5C(4) maddesinde hâkimin kendisinin veya evinde ikamet eden aile üyelerinin bazı durumlarda hediye alabilmelerine izin verilmiş, bazı durumlarda ise izin verilmemiştir. Eğer hediye veren kişi, hâkimin önündeki bir davanın tarafı veya taraf olmamakla beraber, hâkimin önüne gelmesi muhtemel olan bir menfaati olan birisiyse hâkimin veya hâkimin evinde ikamet eden aile üyelerinin bu hediye almamaları gerektiği belirtilmiştir. Eğer verilen hediye 100 Dolar’ın üzerindeyse hâkim bu durumu rapor ederek ilgililere bildirmek zorundadır. Ohio eyaletinde hâkimin, baktığı bir davada taraflardan birinin vekilinden spor müsabakası bileti kabul etmesi olayında, bu davranışın hâkimin mesleğine yaraşır bir davranış olmadığı kabul edilmiştir. Yasaklanan bu koşullara rağmen hediye kabul eden hâkimlere bir süre görevden uzaklaştırma veya fiilin büyüklüğüne göre meslekten çıkarmaya dahi gidebilen yaptırımlar uygulanmıştır. İNCEOĞLU, Yargısal Davranış İlkeleri, s.100.

Hâkimin taraflardan veya davada menfaati bulunan bir kişiden borç alınması durumu da katı kurallara bağlanmıştır. Hâkim, verilen bu borcu zamanında ve eksiksiz olarak ödese bile, mantıklı bir gözlemci tarafından hâkimin bağımsız, tarafsız ve dürüst duruşuna gölge düşürüldüğü saptanırsa hâkim bu davranıştan uzak durmalıdır. Hâkim her hareketinde, yapacağı davranışın toplum üzerinde nasıl bir izlenim bırakacağını, toplumun adli kurumlara olan güvenini sarsıp sarsmayacağını iyi saptamalıdır.⁴⁶¹

İslam hukukuna göre ise:

Hâkim yargılama esnasında kendi ihtiyaçları için taraflarla veya diğer üçüncü kişilerle alışveriş yapamaz.⁴⁶² Hâkimin bu iş için bir kişiyi görevlendirmesi gerekir. Eğer görevlendirilen bu kişinin hâkim adına alışveriş yaptığı öğrenilirse bu kişinin hemen değiştirilmesi gerekir. Yargılama esnasında hâkimin alışveriş yapması, mahkemeye duyulan saygıyı kaybettireceği düşüncesiyle bazı âlimlerce uygun görülmemiştir.⁴⁶³ Bazı âlimler, hâkimin mahkeme dışında serbestçe alışveriş yapabileceği görüşündedir.⁴⁶⁴ Ayrıca hâkimin dost olmadığı kimseden borç alması da uygun görülmemiştir.⁴⁶⁵ Hâkim ayrıca insanların bir malı kendisine düşük bir değere satma veya kendisine borç, ödünç bir mal verilmesi tekliflerini kabul edemez.⁴⁶⁶ Çünkü bu durumda hâkime sırf hâkim olduğu için bir hak sağlanmaktadır.

⁴⁶¹ Türkiye’de de 2802 sayılı kanunda “ ... yer değiştirme cezası... f) Doğrudan doğruya veya aracı eliyle hediye istemek ve görev sırasında olmasa dahi çıkar sağlamak amacı ile verilen hediyeyi kabul veya iş sahiplerinden borç istemek veya almak, ... hallerinde uygulanır.” hükmü bulunmaktadır. 2802 sayılı Hâkimler Savcılar Kanunu madde 68/f. HSYK önüne gelen bir olayda, hâkim bazı kişilere ve avukatlara uçak, sinema, tiyatro bileti ve kendi evi için yiyecek malzemesi aldırılmıştır. Aynı hâkim bazı iş adamlarından ve avukatlardan çeşitli bahanelerle para istemiş ve almış, bazı kişilere “avukat tutmanıza gerek yok, ben size yardımcı olurum, avukat parasını bana verin” demiştir. Yine bazı kişilerden başka bir hâkime verilmek üzere para almıştır. Bu fiilleri işleyen hâkime yer değiştirme cezası verilmiştir. 18.01.1996 tarih ve 1996/1 sayılı HSYK kararı.

⁴⁶² Damad Tercümesi, C. IV, s. 414.

⁴⁶³ SERAHSÎ, C. XVI, 77.

⁴⁶⁴ Rivayet edildiğine göre; Ebu Hanife bunu bile mekruh saymıştır. MAVSİLÎ, C. II, 107-108.

⁴⁶⁵ Fetâvâyi Hindiyeye, tercüme: Mustafa Efe, Huzur Yayınevi, İstanbul, 2004, VI, 265.

⁴⁶⁶ ASLAN, Yargılama Etiği, s.51.

Hz. Ömer, Kadı Şureyh'i; kendisi için alışveriş yapmamak, rüşvet almamak ve sınırlı iken hüküm vermemek şartıyla kadı olarak atamıştır.⁴⁶⁷ Hâkimlerin rüşvet alması haramdır, ayrıca hâkimlerin hediyeye almaları da caiz değildir.⁴⁶⁸ Hz. Peygamber zekât memuru olarak gönderdiği bir kişinin zekâtı verirken “bunlar zekâtlar, bunlar da bana hediyeye olarak verilmiş mallardır” dediğinde “eğer annenin evinde otursaydın bunlar yine de sana gelir miydi?” diyerek kızdığı rivayet edilmiştir.⁴⁶⁹

Bir başka rivayette Hz. Peygamber zekat memuruna kızdıktan sonra “..Muhammed'in nefsi elinde bulunan Allah'a yemin ederim ki herhangi biriniz devlet-millet malından hainlik yapıp haksız bir şey alırsa, muhakkak kıyamet gününde o çaldığı malı boynu üzerinde taşıyarak getirecektir... ben emrolduğum şeyi sizlere tebliğ ettim.”⁴⁷⁰ Buyurmuştur. Bir başka hadiste de “Kamu görevlilerinin hediyeye almaları gulüldür. (devlet malını çalmaktır)”⁴⁷¹ buyrulmuştur.

Hâkimlerin hediyeye almaları konusunda ise; Merğınani, hâkimin hâkim olmadan önce hediyeye aldığı kimselerden ve akrabalarından hediyeye almasının caiz, bunun dışındaki kimselerden hediyeye almasının ise caiz olmadığı görüşündedir.⁴⁷² Hâkim hediyeyi kabul etmişse ve mallarıyla karışmışsa bu mal hâkimin kendisine kalır. Şahsına ait mallarla karışmamışsa devlet hazinesi bu malı alır, hediyeye edene geri verme imkânı yoksa bu malın hazinede kalması daha evladır.⁴⁷³ Fetâvâyi Hindiyeye'de ise; hâkimin yakın akrabası ve hâkimlikten önce hediyeye âdeti

⁴⁶⁷ MAVERDÎ, Edebü'l Kadı, I, 238, akt. BARUT, s. 90; ARI, Abdüsselam, “Hz. Ömer'in Ebu Musa el-Eşari'ye Gönderdiği Mektubun Yargılama Hukuku Açısından Analizi”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, Sy. 2, 2003, s. 88. Modern hukuka göre ise; Bangalor İlkelerinde hâkimlere verilen hediyeler konusunda sayılan yasaklar şimdi sayacağımız hediyeler bakımından bulunmamaktadır: Mali değeri düşük olan paketler, sertifikalar, ödüller ve tebrik kartları, bankalar tarafından normal koşullarda ve diğer kişilerle aynı oranlarda verilen krediler, hâkimlik statüsü ile bağlantılı olmayan reklam indirimleri, yarışmaya katılma sonucu verilen ödüller, hâkim dışında herhangi bir kişiye de verilebilecek burslar ve ortaklıklar. Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct, s.117-118, md. 179.

⁴⁶⁸ SERAHSİ, C. XVI, 82.

⁴⁶⁹ Müslim, İmare, 26-30; Ebu Davud, Harac, 10.

⁴⁷⁰ Buhari, Hiyel, 15.

⁴⁷¹ Ahmed b. Hanbel, Müsned, V/424.

⁴⁷² MERĞİNANİ, el-Hidaye, III, 179.

⁴⁷³ MAVERDÎ, Ahkamu's Sultaniyye, s.84; Fetâvâyi Hindiyeye, VI, 269.

olmadığı kişiler hariç hiç kimseden ve süren bir davanın taraflarından ise bu yakınlık derecesinde olsalar bile hediye alamayacağı belirtilmiştir. Dava sonuçlandıktan sonra hediyeleşme âdeti olan kişinin verdiği hediye daha önceki verdiği miktardan fazla olursa hâkime bu fazlalığı almak yakışmaz. Bazı âlimler ise hâkim de verdiği hediye miktarını artırırca bu fazlalığı alabilir demişlerdir. Ayrıca hâkimin kendisini tayin eden kimsenin, bir davası bulunmamak şartıyla, hediyesini kabul edeceği görüşü hâkimdir.⁴⁷⁴ El-İhtiyar'da da Fetâvâyi Hindiyeye ile aynı şekilde bu durum belirtilmiştir.⁴⁷⁵

Hâkimin cenazeye gitmesinde ve hasta ziyaretinde bulunmasında bir sakınca bulunmamaktadır, çünkü hasta ziyareti ve cenazeye katılmak Hz. Peygamberin sünnetidir.⁴⁷⁶ Müslümanın Müslüman üzerinde bulunan altı hakkından⁴⁷⁷ ikisi Müslümanın cenazesini uğurlamak ve hastalandığı zaman ziyaret etmektir.⁴⁷⁸ Bu

⁴⁷⁴ Fetâvâyi Hindiyeye, VI, 268-269. Modern hukuk bakımından ise; kabul edilen hediye hâkimin yargısal fonksiyonundan ve toplumdaki saygın konumundan faydalanmak amacıyla verilip verilmediğinin saptanmasında çok ince bir çizgi bulunmaktadır. Buradaki fark şartlar bakımından ortaya çıkmaktadır. Eğer hediye kabul edilmesi sonucunda hâkimin bağımsız, tarafsız ve hukuka saygılı konumunun toplumun gözünde kötü olarak etkilenmesi söz konusu olursa, hâkim bu hediye kabul etmemelidir. İNCEOĞLU, Yargıda Etik, s. 97. İnce çizginin belirlenmesinde bir diğer faktör de şudur ki, hâkimin sosyal çevresindeki kişiler hâkim olan kişiyi hâkimliğinden önce de arkadaşlıkları var mıdır, varsa bu arkadaşlık karşılıklı hediyeleşmenin olduğu bir arkadaşlık mıdır, değil midir? Eğer hâkim bir davete katılacaksa bu davet hâkime özel olarak mı yapılmıştır? Hâkim katılamayacak olsa bile bu davet yapılacak mıdır, davete katılanlar arasında davete katılan hâkim önünde davası olan var mıdır, hâkim bu davet veya hediyeler sonucunda diğer kişilerin sahip olmadığı, kuşkuyla yol açacak bir menfaat sağlamış mıdır? Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct, s. 118, md. 180. Bu tür sorular hediye kabul edilmesinde veya davete katılmada belirleyici rol oynamaktadır. İNCEOĞLU, Yargısal Davranış İlkeleri, s. 102.

⁴⁷⁵ MAVSİLİ, C. II, 106-107. Modern hukuktaki düzenleme ise; Bangalor İlkelerine göre genele açıklamak konusundaki yasal gerekler ve hukuk gözetilmek kaydıyla hâkim; tarafsızlık görüntüsüne zarar vermeyecek veya yargısal görevlerin icrasında hâkimi etkilemek amacıyla verildiği izlenimi yaratmayacak hatıra kabilinden hediye, ödül veya benzeri şey alabilir. Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, 4.16. Bu durum ülkemizde sosyal adetler, örf ve gelenekler açısından oldukça yaygın olan hediyeleşme müessesesinin açıklanmasını gerektirmektedir. Ülkemizde insanlar birbirlerinin evlerine gittiklerinde maddi değeri çok olmayan nitelikte hediyeler götürmektedir. Bunlar, yiyecek malzemesi olduğu gibi duvar saati, kitap..vb. gibi pahalı olmayan nitelikte eşyalar olabilir. Bu durum bir adet haline gelmişse ve hâkim diğer insanları ziyaretinde de bu tür hediyeler götürüyorsa bu hediyeleşme hâkimin mesleğe yaraşırlığını ve tarafsızlığını etkileyen nitelikte olmaz ve yasaklanamaz. Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct, s.117, md. 179.

⁴⁷⁶ SERAHSİ, C. XVI, 81.

⁴⁷⁷ Ahmed b. Hanbel, Müsned, II/61; Müslim, *Nikâh* 16.

⁴⁷⁸ MAVSİLİ, C. II, 106-107.

konuda farklı bir görüş de hasta olan davalı veya davacı ise hâkimin bunların ziyaretine gidemeyeceği⁴⁷⁹ konusundadır.

Davete gitmek sünnettir. Hz. Peygamber “Davete gitmeyen kimse Ebu’l-kasım’a (peygambere) karşı gelmiştir”⁴⁸⁰ buyurmuştur. Hâkimlerin davete gitmesi ise hâkimi zor durumda bırakabilir. Davette olan başka kişiler davet sahibi hâkime rüşvet veriyor, hâkim de onu kayırıyor tarzında düşünebilirler.⁴⁸¹

Hâkimlerin davetlere katılması konusunda ise Fetâvâyi Hindiyeye’de şöyle tespitler bulunmaktadır: İmam Muhammed’e göre hâkim genel davetlere gidebilir; ancak özel davetlere gidemez. Daveti veren kişi hâkimin davete geleceğini bilirse daveti yapar, aksi halde yapmazsa bu davet özel davet olur. Hâkimin gelip gelmemesine bakmaksızın daveti yaparsa bu davet genel davet olur. Hâkimler bu genel davetlere katılabilirler.⁴⁸² Bir kişi hâkim olmadan önce de belirli bir kişi tarafından davet ediliyorsa, hâkim olduktan sonra da davet edildiği takdirde davete gidebilir; ancak bu durumda davetlerin sıklıklarının ve davette ikram edilenlerin hâkim olmadan önceki davetlerle eşit oranda bulunması gerekmektedir⁴⁸³, aksi halde hâkim olmasından dolayı kişiyi daha sık davet etme veya daha lüks ölçüde ağırlama durumu olacağından hâkimin bu davetlere gitmesi uygun olmaz. Eğer davet veren şahıs hâkimin önüne gelen bir davanın taraflarından biriye hâkim ne sebeple olursa olsun bu davete katılamaz.⁴⁸⁴ El-İhtiyar’da ise hâkimin sünnet ve düğün gibi genel davetlere katılabileceği; fakat özel davetlere katılamayacağı görüşü yinelenmiştir. Bu eserde farklı olarak 10 kişiden fazla kişilerin olduğu davetlerin genel, diğerlerinin ise özel davet olduğu görüşüne de yer verilmiştir.⁴⁸⁵ Davet hususunda Ebussuud Efendi de uyuşmazlığın taraflarının yemeğini yediğinde hâkimin bu uyuşmazlık hakkında hüküm veremeyeceğini belirtmiştir.

⁴⁷⁹ Fetâvâyi Hindiyeye, VI, 265.

⁴⁸⁰ Ahmed b. Hanbel, Müsned, I/88; İbn Mâce, *Cenaiz* 1; Tirmizî, *Edeb* 1.

⁴⁸¹ SERAHSÎ, C. XVI, 81.

⁴⁸² ASLAN, *Yargılama Etiği*, s.55.

⁴⁸³ İBN ABİDİN, C. XII, s. 164.

⁴⁸⁴ Fetâvâyi Hindiyeye, VI, 270-271.

⁴⁸⁵ MAVSİLİ, C. II, 106-107.

“Mes’ele: Zeyd-i kâdî, hükm-i şerîf ile ahar kadılığa vardıkta, da’vâcıların sofrayla getirdikleri yemeği yese hükmü nafiz olur mu? El-cevap: Yemeğin yediğine hükmü nafiz olmaz.”⁴⁸⁶

6. Hâkimlerin Sosyal İlişkileri Bakımından Mesleğe Uygunluk

Bir hadis-i şerif’te “Hâkim –tarafardan birisiyle- gizli konuşmaz ve zarar vermez”⁴⁸⁷ buyrulmuştur. Hâkim insanlara korku saçan bir kişiliğe sahip olursa, taraflar yargılama esnasında çekindikleri, korktukları hâkime delillerini sunmaktan imtina edebilirler. Hâkimin heybetli görünmesi, kendinden emin bir şekilde yargılamayı idare etmesi güzeldir. Bu durum, tarafların hâkime karşı saygılı bir şekilde davranmasına ve duruşma esnasında saygısızlık etmekten kaçınmalarına sebep olur. Bu sebeple hâkim, toplumdaki ve mahkemedeki görünümünde kendine güveni olmayan bir şekilde görünmemeli; aksine özgüveni tam ve fakat kibirli olmayan, kendini insanlardan uzaklaştırmayacak bir felsefede hareket ve davranışlarını yönlendirmelidir.⁴⁸⁸

Bu hususun günümüz modern hukukundaki yansımalarına bakacak olursak örnek vermek gerekirse; hâkim, bir suç şüphesi ile tutuklanan veya bir suçtan dolayı ceza alıp, cezasını çekip hapisten çıkmış ve mafya üyesi olan, yeraltı dünyası ile bağlantıları olduğu bilinen, toplum tarafından azılı suçlu olduğu yönünde kanı olan kişilerle iletişime geçmemelidir⁴⁸⁹. Eğer bu kişilerle iletişime geçmesi zorunlu ise bu

⁴⁸⁶ DÜZDAĞ, s. 133.

⁴⁸⁷ Ahmed b. Hanbel, Müsned, III/453; Tirmizî, *Akdiye* 31.

⁴⁸⁸ SERAHSİ, C. XVI, 79. Modern hukuk bakımından ise; Bangalor İlkelerine göre toplumun sürekli olarak denetimi ve gözetlenmesine maruz kalan hâkim, normal bir vatandaşa sıkıntı veren kişisel sınırlamaları kabullenmeli ve bunlara isteyerek ve özgürce uymalıdır. Hâkim bu tarz durumlara karşı hâkimlik mesleğinin onuruna yaraşır bir şekilde göğüs gerebilmelidir. Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, 4.2. Hâkimin bir davranışı hukuka tamamen uygun yani yasal olsa bile bu durum o hareketin duruma uygunluğunun toplum tarafından tartışılmasına engel değildir. Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct, s.87, md. 114. Mantıklı bir gözlemci tarafından bakıldığında hâkimin bazı alışkanlıkları, mesleki saygınlığına zarar veriyorsa, hâkim bu davranışlardan kaçınmalıdır. Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct, s.87-88, md. 117.

⁴⁸⁹ Ülkemizde meydana gelen olayda bir savcı kamuoyunda mafya olarak tanınan K.Y’yi cezaevinde ziyaret etmiş, Susurluk raporunda adı geçen uyuşturucu kaçakçılığında ceza almış olan sanık H.H ile cezaevinde sık sık görüşmüş, uyuşturucu ticareti yapmaktan tutuklu Ö.H ve gasp suçundan tutuklu H.M gibi kişilerin evlerine ziyaret için kendi eş ve çocuklarını göndermiş ve benzeri şahıslarla telefon konuşmaları yapmak suretiyle onlara yakın olduğu imajını oluşturmuştur. Bu savcıya diğer nedenlerle birlikte meslekten çıkarma cezası verilmiştir. Adalet Başmüfettişliği’nin

iletişimi olabildiğince toplumdaki uzak ve söylentiye mahal vermeyecek şekilde yapmalıdır.⁴⁹⁰

Hâkimler sosyal ilişkilerinde de dikkatli olmalıdırlar Hâkim kendisinin baktığı ve halen devam eden bir davanın taraflardan birisini evine davet edemez. Bu tarafla özel olarak görüşemez.⁴⁹¹

Hâkimlerin hangi hareketlerinin mesleğe yaraşır olup, hangilerinin olmadığıyla ilgili bizlere de günümüz hukukunda hâkimlerin nasıl davranması gerektiğiyle ilgili ipuçları verecek Osmanlı devrine ait fetvalar bulunmaktadır. Bunlardan bazıları:

“Bir beldede hâkim olan Zeyd, daima şarap içip sarhoş iken Müslümanların davasını dinlese, böyle olan hâkime şer’an ne lazım olur? El- cevap: Azl olunup tevbe ve ıslahı zahir oluncaya kadar hâkimlik vazifesi verilmemek gerektir.”⁴⁹²

“Bir kasabada hâkim olan Zeyd, daima zalimlere muavenet ve müzaheret edip şer’i hükümleri icra etmeğe ve zulmü def etmeğe kadir iken imtina edip tembellik üzere olsa, Zeyd’e şer’an ne lazım gelir? El-cevap: Azlolunur.”⁴⁹³

25.02.1998 tarih, 91 sayılı yazısı; Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü’nün 28..04.1999 tarih ve B.03.0.CİG.0.00.00.0.-2.48.4.69.1999 sayılı yazısı.

⁴⁹⁰ İNCEOĞLU, Yargısal Davranış İlkeleri, s.108.

⁴⁹¹ AMRAVİ, s. 25. Modern hukuka göre ise; daha önce de belirttiğimiz üzere hâkim sosyal ilişkide bulunduğu insanları, sosyalleştiği mekânları seçerken bu davranışın halkın gözünde nasıl gözükeceğini düşünmelidir. Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct, s. 85, md. 111. Mantıklı ve makul bir gözlemci tarafından doğru olarak görülemeyecek bir harekette ve fiilde bulunmamalıdır. Hâkimlerin hukukçu olan diğer kişilerle iletişimde bulunması yasaklanamaz. Hâkim avukatlık veya savcılık mesleği icra eden sınıf arkadaşlarıyla sosyal hayatta da görüşmesi doğal bir durumdur. Avukatlar tarafından düzenlenen toplantı, konferans ve seminerlere de katılabilir. Bu tarz faaliyetler genel olarak baro teşekkülleri aracılığıyla yapılabilmektedir. Hâkim bu toplantılara katılmaktan men edilemez. Aksine bu tarz toplantılara katılmak hâkimlerin avukatlık mesleğine, avukatların da hâkimlik mesleğine karşı sahip oldukları birtakım önyargıların çözülmesine imkân tanıyabilir. İNCEOĞLU, Yargıda Etik, s. 104. Bu sayede duruşma sırasında birbirlerini daha iyi anlayan hâkim ve avukatlar karşılıklı sevgi ve saygı çerçevesinde kişisel önyargıların olmadığı bir ortamda daha iyi bir şekilde yargılama görevinin yerine getirilmesine katkı sunabilirler. Bu da daha adil ve daha hakkaniyetli hükmün oluşmasına, hâkimlere ve avukatlara olan güvensizliğin azalmasına katkı sağlar. Ancak devam etmekte olan bir davada hâkimin çok iyi ilişkilerinin bulunduğu ve sürekli görüştüğü bir avukatın taraf vekili olması halinde hâkimin dava sonuçlanıncaya kadar bu avukatla görüşmemesi uygun olacaktır. Bu tarz hâkimin bağımsız ve tarafsız görünümüne leke sürecek ilişkilerden hâkimin imtina etmesi bir görevdir. Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct, s.89, md. 120.

⁴⁹² ABDÜRRAHİM, C. 2, 317, akt. HALEBİ, Mülteka, C. 3, s. 193. Burada sürekli sarhoş olup ve sarhoş iken hüküm veren hâkimin azledileceği, ardından tevbe etmeye çağrılacağı ve gerçekten pişman olduğu görülünceye kadar kendisine hâkimlik vazifesi verilmemesinin gerektiği belirtilmiştir.

7. Hâkimlerin Toplumun Eleştirileri Karşısındaki Tutumları

Hâkimlerin verdikleri kararların tarafların hepsini memnun etmesi mümkün değildir. Bu bağlamda hüküm açıklandıktan sonra taraflar bazen mahkeme salonunda doğrudan hâkime yönelik karardan hoşnut olmadıklarını, hâkimin hata yaptığını, başka yönde bir karar vermesi gerektiğini söyleyebilmektedirler. Yapılan bu eleştiriler hâkime hakaret derecesine varmadığı sürece doğaldır. Hâkim bu eleştiriler karşısında soğukkanlılığını korumalı, taraflarla ağız dalaşına girişmemelidir.⁴⁹⁴ Bu bağlamda yapılacak eleştiriler hâkimin hüküm vermesinden önce yapılmışsa ve hâkim de bu sebeple sinirlenmişse siniri yatıştıncaya kadar hüküm vermemelidir.⁴⁹⁵ Osmanlı devletinde de vatandaşların yargılama faaliyetini yürüten kadılara karşı eleştiri yönünde olan sözlerine karşı herhangi bir ceza verilmemiştir.

“**Mes’ele:** Zeyd, Amr’a "şerî'ate var" dedikte, Amr "kanı şerî'at-i şerif götürüldü" dese, Amr’a ne lâzım olur? **El-cevab:** "Kudâtın zulümleri var" demek ister ise küfrüne hükm olunmaz.”⁴⁹⁶

Osmanlı devletinde hâkimler, baktıkları davalar sonrasında bir zabıt ceridesi tutmak, noter vazifesiyle gördükleri işlerinde yine kayıtlarını tutmak, yargılama sonucunda verdikleri ilamları, ilam sicillerine kaydetmek sorumluluğu altındaydılar. Hükme esas teşkil etmeyen şahit beyanları, belgeler dahi kayıt altına alınmaktaydı.⁴⁹⁷

İslam hukukunda da hâkim delilleri değerlendirip hükmünü verdikten sonra taraflara gerekçeli karar şeklinde bir ilam vermesine rastlanmaktadır. Öyle ki, İslam devletinin ilk zamanlarından itibaren taraflara bu şekilde hükmün gerekçesinin

⁴⁹³ ABDÜRRAHİM, C. 2, 415, akt. HALEBİ, Mülteka, C. 3, s. 193. Bu fetvada ise bölgesindeki zalim insanlara yardım eden ve onlarla iyi ilişkileri olan hâkimin ayrıca hakkı savunmakta tembellik göstermesi azil sebebi olarak sayılmıştır.

⁴⁹⁴ AKGÜNDÜZ, *Islamic Public Law*, s. 536.

⁴⁹⁵ SERAHSİ, C. XVI, 79. Hâkime yönelik olarak yapılan bu eleştiriler taraflardan farklı olarak medya organlarından veya toplumun değişik kesimlerinden de gelebilir. Hâkim yapılan bu eleştirilere yönelik olarak yazılı ve görsel basında cevap vermekten, kararını açıklamaya çalışmaktan kaçınmalıdır. Bu bakımdan sınırlı olmamalı, duygularına hâkim olmayı başarabilmelidir. *Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct*, s. 66, md. 73.

⁴⁹⁶ DÜZDAĞ, s. 134.

⁴⁹⁷ BERKİ, *İslamda Kaza Hüküm ve Hâkimlik ve Tevabii*, s. 56.

olduğu yazılı mahkeme kararının verildiğine rastlanmaktadır.⁴⁹⁸ Berki ise Hulefa-yı Raşidin ve Emeviler devrinde sınırlar dar ve dolayısıyla insan sayısının azlığından ötürü uyuşmazlıklar da kısıtlı olduğundan hükümlerin yazılmadığını, daha sonraları ise önemli görülen ve kadıların çözmekte zorlandıkları davaların yazılması prensibinin başlatıldığı görüşündedir. Hükümlerin yazılması usulü, Hicri 120 yılında davaların çoğalmasa ve halk arasında ahlakın bozulmasından dolayı Abdullah b. Şübrüme tarafından başlatılmıştır.⁴⁹⁹

Hâkimliğin hüküm verdikten sonra yapması gereken işlerden birisi de aleyhine hüküm verilen kişiye karşı açıkça hükmü gerekçelendirmek olmalıdır. Hâkim bu aleyhine hüküm verilen kişiye karşı hükmünde esas aldığı şer’i hükümleri söylemeli, aleyhinde neden hüküm verdiğini açıklamalıdır. Bu durum da o tarafın ikinci bir kez davayı başka mercilere göndermesinin ve hâkimi şikâyet etmesinin önüne geçmektedir. Bu durumda hâkim, kendi aleyhinde ortaya çıkabilecek olası bir dedikoduyu ve şahsının ve makamının zarar görmesini engelleyebilecektir. Bu sebeple hâkim duruşma esnasında tarafların birbirlerine karşı veya tarafların kendisine karşı kışkırtılmamasını sağlamalıdır.⁵⁰⁰

Emevi halifesi Ömer b. Abdülaziz, Meymun b. Mihran’a hâkimlik görevi verirken şu nasihatlerde bulunmuştur: “Sinirli ve sıkıntılı iken davayı karara bağlama, taraflara karşı yumuşak davran. Dava ile ilgili gerekli araştırmayı yapmadan ve dava konusunu iyice anlayıp dinlemeden hüküm vermenin bir faydasının bulunmadığını, hakkı sahibine teslim etmedikçe davayı karara bağlamanın bir mana ifade etmediğini, adil davranmadıkça hüküm vermenin ve o hükmü icra etmenin bir hayır getirmeyeceğini bilmelisin.”⁵⁰¹ Bu sebeple hâkim verdiği hükümden dolayı memnun olmayan taraflara karşı sinirli olmamalı, kendisine hâkim bir şekilde davranmalıdır.⁵⁰² Bu konuda Hz. Ebubekir’in oğlu Abdurrahman’dan rivayet edilmiştir ki; Babam, o sırada Sicistan’da hâkimlik yapan Ubeydullah’a

⁴⁹⁸ ATAR, Fahrettin, “Kaza”, DİA, C. XXV, s. 117.

⁴⁹⁹ BERKİ, İslamda Kaza Hüküm ve Hâkimlik ve Tevabii, s. 59.

⁵⁰⁰ İBN ABİDİN, C. XII, s. 168.

⁵⁰¹ Sadrüşşehid İbn Maze, II, 7-8, akt. ATAR, İslam Yargılama Hukukunun Esasları, s.90.

⁵⁰² ATAR, “Kaza”, DİA, C. XXV, s. 114.

gönderdiği mektupta “Sinirli iken hüküm verme; çünkü ben Allah’ın elçisinden “Hiçbir kimse öfkeli iken hüküm vermesin”⁵⁰³ dediğini işittim” demiştir.⁵⁰⁴

Abdullah b. Zübeyr (ra) diyor ki; Ensar’dan biri Harre mevkiindeki hurmalıkları sulama meselesinden Rasulullah’a Zübeyr b. Avvam’ı şikâyet etti. (Kaynağından çıkan su önce Zübeyr’in hurmalığından geçiyor, sonra şikâyetçi olan bu adamın tarlasına geliyordu. Bir keresinde Zübeyr hurmalığını sulayacağı sırada) bu adam Zübeyr’e;

-Suyu tutma, bırak da bize gelsin! demişti. Fakat Zübeyr kendi bahçesini sulamadan nöbetini komşusuna vermek istememişti. Taraflar Peygamber’in huzurunda muhakeme oldular, Hz. Peygamber Zübeyr’e;

-Ey Zübeyr, tarlanı sula, suyu daha fazla tutma, komşuna salıver! dedi. Ensari hiddetlenerek,

-Zübeyr halanın oğlu olduğu için mi böyle söylüyorsun diye itirazda bulundu. (Hz. Peygambere taraf tuttuğu ithamını yapan bu küstahça sözden etkilenen) Peygamberin yüzü değişti, sonra,

-Ey Zübeyr, bahçeni sula, sonra suyu hurmaların köklerine erişinceye kadar tut, su hakkını tamamıyla kullan! buyurdu.⁵⁰⁵

Hadise göre Hz. Peygamber önce Zübeyr ile hasmını sulh etmek üzere, Zübeyr’den fedakârlıkta bulunmasını istemiş, hasmı itiraz edince su hakkını tamamen kullanabilmesi için Zübeyr lehine karar vermiş, ancak hâkim huzurunda böyle küstahlıkta bulunana tazir cezası verilmesi mümkün iken adli af uygulaması ile bu zata ayrıca bir ceza verilmemiştir.⁵⁰⁶ Bu bakımdan hâkim eleştiriler karşısında

⁵⁰³ Buhari, *Ahkâm* 7158; Müslim, *Akdiye* 1717; Ebu Davud, *Akdiye* 3589; Tirmizî, *Ahkâm* 1334.

⁵⁰⁴ AMRAVÎ, s.73. İmam Malik’e göre susuzluk, açlık, korku gibi hâkimi önüne gelen uyuşmazlığı anlamasını engelleyen haller de öfkeli olma hali gibi değerlendirilir ve hâkim bu duyguların etkisindeyken karar veremez. İBN RÜŞD, Muhammed b. Ahmed el-Kurtûbî (ö. 1198), *Bidâyetü’l-Müctehid ve Nihâyetü’l-Muktesid*, Tercüme: Ahmet Meylani, Düzenleyen: Vecdi Akyüz, Beyan Yayınları, İstanbul, 1991, C. IV, s. 375.

⁵⁰⁵ Buhari, *Şirb*, 6-8; Müslim, *Fedail*, 129; Ebu Davud, *Akdiye*, 31; Ahmed b. Hanbel, IV/5.

⁵⁰⁶ AVCI, Mustafa, “Kim Kimi Affedebilir (Mukayeseli Hukuk Kaynaklarında Adli Af)”, *Kamu Hukuku Arşivi*, Ekim, 1999, s. 15.

adaletten taviz vermemeli hukuk neyi gerektiriyorsa onu uygulamalıdır sonucuna ulaşabiliriz.

F. EŞİTLİK

1. Giriş

Eşitlik adaletli olmakla ilgilidir. Adalet; herkesin hakkını tanıma, karşılıklı zıt yararlar arasında hakka uygun olan eşitlik veya denge⁵⁰⁷, zulmetmeme, insafli davranma anlamını içermektedir.⁵⁰⁸ Hakkaniyet ise; somut olayda adaleti, nesafet, hukukun katılığının giderilmesi, bireylerin yasa karşısında eşitliği ve onların haklarına uyulmasının zorunlu bulunduğu esaslarından doğal olarak çıkartılan adalet ilkesi demektir. Hakkaniyet, somut olayların özelliklerine uyan çözüm biçimlerinin en yüksek ahlaki temelini oluşturur. Adalet anlamında da kullanılmaktadır.⁵⁰⁹ Kur'an-ı Kerim'de de sıkça adaletli olmaktan⁵¹⁰, hak ile hüküm vermek gerektiğinden⁵¹¹ bahsedilmiştir. Adaletle hüküm verme konusunda şöyle bir hadis rivayet edilmiştir: *“Adaletle hüküm verenler Allah'ın huzurunda nurdan minberler üzerinde Rahman'ın sağ tarafında olacaklardır. Onlar ki verecekleri her hükümlerde yakınlarına ve velisi oldukları kimselere bile adil olup doğrudan ayrılmazlar.”*⁵¹² Bir başka hadiste de *“iki kişi arasında hüküm vermek isteyen kişi, sanki bıçaksız boğazlanmış gibidir”*⁵¹³ denilerek hüküm verme faaliyetinin ne kadar dikkat isteyen ve hâkime büyük sorumluluklar yükleyen bir iş olduğu belirtilmiştir. Bizim bu

⁵⁰⁷ ASLAN, Yargılama Etiği, s. 167.

⁵⁰⁸ YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü (Öğrenciler için), Ankara, 2006, s. 26. Bir başka kaynakta ise adalet, iyi olsun ve yahut kötü olsun kişi neyi hak ediyorsa onun karşılığını alması olarak belirtilmiştir. UNAN, Fahri, “Osmanlı İdare Felsefesinde Adalet”, Adalet Kitabı, editörler; Halil İnalçık, Bülent Arı, Selim Aslantaş, Ankara, Şubat 2012, s. 107.

⁵⁰⁹ YILMAZ, Hukuk Sözlüğü, s. 336.

⁵¹⁰ Maide, 5/8.

⁵¹¹ Sad, 38/26.

⁵¹² Müslim, *İmaret*, 5; Nesâî, Ahmed ibnu Şuayb ibn Ali ibn Sinan Abu Abdurrahman (ö. 915), Sünen-i Nesâî Tercemesi, çev. Abdullah Parlıyan, Konya Kitapçılık, Konya, 2005, *Adabul Kudat*, Hadis no: 5284; Ahmed b. Hanbel, Müsned, 2/160, Hadis no: 6204; AMRAVİ, s.78.

⁵¹³ SERAHSİ, C. XVI, 73. Bu hadis-i şerif Ebu Davud, *Akdiye*, 1; Tirmizî, *Ahkâm*, 1 bölümlerinde de zikredilmiştir. Modern hukuka göre ise; Anayasanın 10. Maddesinde belirtilen eşitlik anlayışına göre hâkim somut olayda dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri hiçbir ayırım gözetmeksizin yargılama yapmalı, hüküm vermelidir. AKCAN, s. 114.

başlıkta ele alacağımız eşitlik ise insanların mahkemede, hâkim önünde eşit muameleye tabi tutulması⁵¹⁴ bakımından hâkimlerin adaletli olması gerekliliğidir.

2. Hâkimlerin Eşitlik Vasfını Korumaya Yönelik Negatif Yükümlülükleri

Eşitlik, hâkimlik mesleğini seçmiş olan kişilerin temel alması gereken ve asla taviz vermemeleri istenen bir değerdir. Eşit olmayan ve mahkemede taraflar veya dava ile alakası bulunan diğer kimseler arasında dengeyi sağlayamayan kimse hâkimlik mesleğini gereği gibi yerine getiremez. Bu konuda Hz. Aişe'den rivayet edilen bir hadiste “*Kıyamet günü Allah'ın gölgesinde öncelikli olarak şu kimseler yer alacaktır; hak kendisine sunulduğunda hakkı kabul edenler, kendilerinden istenildiğinde cömertçe harcayanlar, insanlar arasında hükmettiklerinde kendilerini onların yerine koyarcasına tarafsız hükmedenler.*”⁵¹⁵ Dolayısıyla hâkim hüküm verirken kendisini tarafların yerine koymalıdır ki, adil ve tarafsız bir hüküm verebilsin.⁵¹⁶ Kur'an'da da herkesin yargılama faaliyetini yapan organ karşısında eşit olduğu belirtilmektedir.⁵¹⁷

Fetâvâyi Hindiyîye'de hâkimlerin taraflara eşit davranmasıyla alakalı olarak; hâkimin taraflarla konuşma, onlara bakma konusunda eşit davranması gerektiği, taraflardan birisine karşı gizli bir söz söyleyemeyeceği, işarette bulunamayacağı, taraflardan birinin yüzüne gülemeyeceği, taraflardan sadece birini misafir edemeyeceği, taraflardan birine karşı diğerinin anlayamayacağı bir dilde konuşamayacağı, taraflardan birinin makamına girmesine izin veremeyeceği, velhasıl olabilecek her türlü konuda taraflar arasında eşitlik sağlaması gerektiği hususları belirtilmiştir.⁵¹⁸

⁵¹⁴ ARMAĞAN, Servet, İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler, Ankara, 2004, s. 37.

⁵¹⁵ Ahmed b. Hanbel, Müsned, C. VI, 67. Modern hukukta ise; Bangalor İlkelerine göre hâkimlik makamının gerektirdiği performans açısından temel olan; herkesin mahkemeler önünde eşit muameleye tabi tutulmasını sağlamaktır. Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, Değer 5.

⁵¹⁶ ASLAN, Yargılama Etiği, s.26.

⁵¹⁷ Hucurat, 49/13.

⁵¹⁸ Fetâvâyi Hindiyîye, VI, 254-255; SERAHSİ, C. XVI, 66; Hadis-i Şerif'te de “Üç kişi bir arada olunca iki kişi kendi arasında fısıldaşmasın. Çünkü bu üçüncü kişiyi üzer.” Buyrulurak bu konuya temas edilmiştir. Modern hukuka göre ise; hâkim, herhangi bir ilgisiz nedene veya yargısal görevlerinin doğru bir biçimde icrasıyla ilgili olmayan nedenlere dayanarak farklılaştırma

Hâkim mahkeme salonunda tek yetkili kişidir. Duruşmanın tarafsız, bağımsız, dürüst ve dengeli bir şekilde yürütülmesi hâkimin sorumluluğundadır.⁵¹⁹ Bu sebeple hâkimin duruşma salonu dâhilinde davanın taraflarına, tanıklara veya vekillere karşı davranışlarında dikkatli olmalıdır, eşitlikçi tutumunu korumalıdır. Aralarındaki uyuşmazlık sebebiyle duruşmada hâkim önüne gelen taraflara hâkimin azami ölçüde eşit davranması hâkimin bir vazifesidir.⁵²⁰ İslam tarihi boyunca hâkimler bu hususa özellikle dikkat etmişlerdir. Öyle ki, bir hadiste “*Adaletle iş gören kadı üzerine kıyamet günü öyle bir saat gelecek ki, o, iki kişi arasında bir hurma hususunda bile hükmetmemiş olmasını temenni edecek*” denilerek hâkimlerin yargılama yaparken ne kadar hassas ve titiz olması gerektiğine işaret edilmektedir.⁵²¹

Tarafların beyanda bulunurken, delillerini gösterirken ve diğer hususlarda hâkim önünde tam olarak eşit konumda bulunmaları, yargılamanın adil bir şekilde yürütülmesi ve sonuçlandırılması için elzemdir.⁵²² Emevi halifesi Ömer b. Abdülaziz, Medine valisi Ebu Bekir b. Muhammed’e şöyle emretmiştir: “*Seni evinde tarafları kabul edip icra-ı kaza etmekten 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 ehl-i beyt ile diğer şahıslar kanun ve adliye önünde eşit haklara sahiptir.*”⁵²³

yaratmaksızın meslektaşları, mahkeme personeli, avukatlar, tanıklar ve taraflar dâhil olmak üzere bütün kişiler nazarında uygun mülahazalarla yargısal görevlerini yerine getirmelidir. Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, 5.3.

⁵¹⁹ İBN ABİDİN, C. XII, s. 154.

⁵²⁰ Modern hukuktaki düzenleme de benzer şekildedir: Hâkim duruşma salonundaki kişilere karşı cinsiyet, ırk, kültür bağlamında küçük düşürücü veya aşağılayıcı yorumlar yapmamalı, saygısızca bir hareket yapmaktan kaçınmalıdır. Hâkimler burada mahkemenin ve yargının eşitlik vasfına zarar verebilecek davranışlarda bulunmamalıdır. *Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct*, s. 122, md. 187; İNCEOĞLU, *Yargıda Etik*, s. 127. Bu bağlamda hâkim, muhakeme esnasında muhatap olduğu tüm herkese karşı nazik bir şekilde görevini ifâ etmelidir. Bu nezaket mahkeme binasının içinde olduğu kadar dışında da ve hâkimin özel hayatında da kendini göstermelidir. AKCAN, s. 70.

⁵²¹ BİRGİVİ, İmam Muhammed, *Tarikat-i Muhammediyye*, terc. Celal Yıldırım, Demir Kitabevi, İstanbul, 1979, s. 386.

⁵²² *Damad Tercümesi*, C. IV, s. 412.

⁵²³ ATAR, *İslam Adliye Teşkilatı*, s. 84. Buradaki vali’den kasıt ise daha önce belirttiğimiz üzere hâkimlik göreviyle yetkilendirilmiş olarak valinin atandığı anlaşılmaktadır.

Hız. Peygamber, "*Biriniz muhakeme vazifesine müptela olursa; mecliste oturmada, işaret ve bakışlarda hasımlara müsavi davransın.*"⁵²⁴ diyerek, taraflara davanın her aşamasında eşit davranmanın önemi açıklanmış, davanın taraflarının hâkimin önünde eşit seviyede oturmaları gerektiği belirtilmiştir.⁵²⁵ Hâkim taraflardan birisiyle fısıldaşamaz, birisine gülemez, delilini taraflardan birine telkin edemez, taraflarla şakalaşamaz; çünkü şakalaşmak hâkime olan saygı ve ciddiyeti azaltabilir. Hâkim uyuşmazlığı iyi bir şekilde anlayabilmek için taraflardan biri konuşurken diğerini susturur.⁵²⁶

Hâkimlerin söz ve hareketlerinde azami şekilde dikkat etmesi gerektiğini ve Emevi halifesi Ömer b. Abdülaziz'in Medine valisi olan Ebu Bekir b. Muhammed'e gönderdiği talimatta tarafların konumları ne olursa olsun eşit davranmasını emrettiğini belirtmiştir.⁵²⁷ Yine Hız. Ömer'in Basra kadısı olan Ebu Musa el-Eşari'ye gönderdiği mektupta nasıl yargılama yapılması gerektiği konusunda emirler vermiştir. Bu mektubun birinci maddesinde "*...ey kadı sana bir dava arz edilince çok dikkat et. Hasımlardan birinden diğerinin hakkını ikrara delalet edecek bir söz sadır olursa ikrarıyla ilzam et, ikrar sayılmayacak söz ve beyanlara kıymet verme.*"⁵²⁸ Buradan çıkardığımız sonuç, verilecek hükmün ihkak-ı hak sağlaması ve adil bir hüküm olabilmesi için hâkimin tarafların iddia ve savunmalarına azami surette özen göstermesi, tabiri caizse dikkat kesilmesi gerekmektedir. Bu sebeple

⁵²⁴ BİLMEN, C. VIII, s. 220.

⁵²⁵ ASLAN, Yargılama Etiği, s. 169.

⁵²⁶ MAVSİLİ, C. II, 105-106; BİLMEN, C. VIII, s. 220; ÖZTUNA, Yılmaz, Büyük Türkiye Tarihi, İstanbul, 1978, C. X, s. 273. Modern hukuka göre ise; hâkimin, yargılama esnasında haklı bir sebep bulunmaksızın taraf vekilleri olan avukatların sözünü kesmesi, iddia ve savunmalarla alay etmesi, küçük düşürücü ve kaba ifadelerde bulunması, taraflara veya tanıklara saldırgan ve ağır sözler söylemesi, idaresi ve denetimi altında bulunan personel veya stajyerlere uygun olmayan şekilde davranması mahkemenin görünümüne zarar verir ve adil bir tarafsız bir şekilde muhakemenin yapılmadığı kanaatinin oluşmasını sağlar. ERDOĞAN, Medeni Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, s. 118, akt. AKCAN, s.71.

⁵²⁷ AYDIN, "Anayasa", DİA, C. III, s. 160. Modern hukuk bakımından konuyu açacak olursak; hâkim, burada özellikle hitabet bakımından bayan olan taraf, tanık veya avukatlara yönelik kullandığı sözler incitici, küçük düşürücü veya alaycı olmamalıdır. "*Hayatım, tatlım, şekerim, kızım.. vb.*" ifadeler bayanları rahatsız eder, cinsiyet temelinde alaycı ifadelerdir. "*Böyle bir şeyi ancak bir kadın söyleyebilirdi*" tarzı yaklaşımlar onur zedeleyicidir. Hâkimin kıyafet, fiziksel görünüş hakkında normal zamanda erkeklere söylemeyeceği sözleri bayanlara söylemesi yanlıştır. Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct, s. 122, md. 185.

⁵²⁸ BERKİ, İslamda Kaza Hüküm ve Hâkimlik ve Tevabii, s. 24.

tarafların söyledikleri sözlerin niteliğinin iyi anlaşılması şarttır. Bir hadiste de “*Kadı, tarafların sesini duymayınca kadar, hasımlar arasında karar veremez*”⁵²⁹ denilerek hâkimin taraflardan sadece birisini dinleyerek hemen hüküm vermemesi gerektiğini, tarafların ikisini de dinledikten sonra hüküm vermesinin daha isabetli olacağı belirtilmiştir. Tarafların uyuşmazlığın çözümüne fayda sağlamayan ve asıl olarak söz konusu uyuşmazlıkla ilgili olmayan beyanları ise dikkate alınmamalıdır.

Hâkim duruşma sırasında ne çok laubali ne de çok sert olmalıdır. Hz. Ömer de Ebu Musa el-Eşari’ye yazdığı mektubun ikinci maddesinde ise; “*Meclis-i kazada karşında ve hükmünde nâsı müsavi tut, ta ki şerefli olanlar zulmünden ümidvar ve zaif olanlar adlinden nâ ümid olmasınlar*”⁵³⁰ demiştir. Hâkim böyle bir haksızlık yapacağı düşüncesini her iki tarafın da hissetmemesini sağlamak zorundadır. Aksi halde güçsüz tarafın adaletle olan inancı sarsılır, güçlü olan taraf da gücü ve parasıyla adaleti satın alacağı düşüncesine kapılır.⁵³¹

Ebu Hanife’nin öğrencisi Ebu Yusuf bir Hristiyan ile devlet başkanı olan Halife’nin aralarındaki bir davada Hristiyan’ı yerinden kaldırıp ayakta dinlemiş, Halife’yi dinlerken ise ayağa kalkmasını istememiştir.⁵³² Daha sonra Ebu Yusuf, vefatına yakın “*Allah’ım hâkimliğim sırasında bu olay dışında taraflar arasında hiçbir zaman adaletten ayrılmadım. Bu olay sebebiyle beni affet.*” diyerek Allah’tan af dilemiştir. İşte davanın taraflarından birisi gayrimüslim birisi devlet başkanı olsa dahi yargılama sırasında tarafları dinlerken taraflara soru sorarken velhasıl yargılamanın bütün aşamalarında taraflar arasında tam olarak eşitliği sağlamak adaleti korumak ve insanların yargı mercilerine güvenini pekiştirmek için çok önemli bir vazifedir.

⁵²⁹ Ebû Davud, *Akdiye*, 6; Tirmizî, *Ahkâm*, 5.

⁵³⁰ BERKİ, *İslamda Kaza Hüküm ve Hâkimlik ve Tevabii*, s. 24.

⁵³¹ SERAHSİ, C. XVI, 61. Modern hukuk cephesinde ise; ABD’de bir hâkim, davanın taraflarından biri olan Afro-Amerikan kökenli birisine karşı ırkçı ifadeler kullandığı için açık açık kınanmıştır. İNCEOĞLU, *Yargısal Davranış İlkeleri*, s. 61. Ülkemizde ise Hâkimler ve Savcılar Kanunundaki düzenlemelere göre hâkimlerin; “*meslektaşlarına, emrindeki personele, görevi nedeniyle muhatap olduğu kişilere veya iş sahiplerine karşı kırıcı davranmak.*” hareketi uyarma cezasını, (2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu md 63/b) “*meslektaşlarına, emrindeki personele, görevi nedeniyle muhatap olduğu kişilere veya iş sahiplerine kötü muamelede bulunmak.*” hareketi ise kınama cezasını gerektirmektedir. 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu md 65/d. Bu davranışların hâkimin eşitlikçi tutumunun ihlali olarak öngörülen davranışlar olduğu açıktır.

⁵³² SERAHSİ, C. XVI, 61.

Osmanlı devletinde de duruşma sırasında hâkimin taraflara eşit davranması esası vardır.⁵³³ Hâkim mahkemeye gelecek olan diğer gayrimüslimlere eşit davranırdı. Gerekliğinde yemin etmeleri için hâkimin masasının üzerinde bir haç ve bir Tevrat bulunurdu ki, gayrimüslimler yemin ederken bunları öpüp ondan sonra yemin ederlerdi.⁵³⁴ Hâkim tarafları dinlememe gibi bir tasarrufta bulunamaz. Ayrıca duruşma sırasında hâkimin taraflara karşı kaba olmaması da gerekmektedir.⁵³⁵ Tarafların mahkemede eşit olarak oturmaları gerekmesi bakımından bir fetva da bulunmaktadır. Ebussuud Efendi'nin fetvasına göre:

“Mesele: İki hasım hâkime mürafaa olduklarında, ehad-ı hasmeyn oturduktaki, hâkim ehad-ı hasmeynden Zeyd'e “kalk hasmın Amr ile beraber dur” deyu kaldırmağa kadir olur mu? Elcevap: Olur. Amr'ı Zeyd'le beraber oturtucak dahi şer'le tesviye-i hasmeyn olunur.”⁵³⁶

Jennings de Osmanlı devletinde müderris, sipahi ve demircinin mahkeme önünde eşit tutulduğundan söz etmektedir.⁵³⁷ Bu anlamda kişinin halk arasında çokça itibar gören ulema sınıfından müderris olmasının veya bölgenin yöneticilerinde olan sipahi veya sıradan bir demirci olmasının uyuşmazlık konusu olan davanın görülmesi sırasında hiçbir ayırım gözetilmeksizin eşit tutulduğu sonucuna ulaşılmıştır.⁵³⁸

3. Hâkimlerin Eşitlik Vasfını Korumaya Yönelik Pozitif Yükümlülükleri

Eşitlik ile adalet her zaman aynı durumu karşılamasa bile modern hukukta hâkimler için belirtilen eşitlik vasfını biz İslam hukukunda belirtilen adalet vasfı ile

⁵³³ TORNAW, Nicalaus von, *Das Moslemische Recht*, edit. Ropopi, Amsterdam, 1970, akt. ORTAYLI, *Osmanlı Devletinde Kadı*, s. 55; SCHACHT, *Introduction to Islamic Law*, s. 189. Şuhud'ul-hal kurumu hâkimin duruşma esnasında tarafları ayırt etmeyerek adil ve eşit bir şekilde duruşmanın yapılıp yapılmadığını teyit etmekteydi. Hâkim de bu kurumun baskısını üzerinde hissederek yargılama esnasında adaletsiz şekilde davranmaktan imtina ederdi. ANIL, s. 53.

⁵³⁴ ÖZTUNA, C. X, s. 275.

⁵³⁵ ORTAYLI, “Osmanlı Şehirlerinde Mahkeme”, s. 250.

⁵³⁶ DÜZDAĞ, s. 134.

⁵³⁷ DEMİR, *Osmanlı Mahkemesi*, s. 27.

⁵³⁸ JENNINGS, Ronald C., “Kadı, Court and Legal Procedure in 17th C. Ottoman Kayseri”, *Studia Islamica*, No: 48, 1978, s. 143.

ilişkilendirebiliriz. Eşitlik olgusu adil olma olgusunu her zaman karşılamayabilir. Adalet, eşitlikten daha üstün bir kavramdır.

Kur'an-ı Kerim'de *“Hiç şüphesiz Allah size, emanetleri ehline vermeyi ve insanlar arasında hükmettiğiniz zaman adaletle hükmetmenizi emreder”*⁵³⁹ buyrulurken hâkimlerin adaletin sağlanması amacındaki önemli rolleri belirtilmiştir.⁵⁴⁰ Hâkimin eşitlik vasfına yönelik olarak kaçınması gereken davranışlar olduğu gibi yapması gereken davranışlar da bulunmaktadır. Bu başlıkta hâkimin bizzat harekete geçip eşitlik vasfına uygun davranışlarda bulunması gereken hususlar üzerinde durulacaktır.

Savunma, tarafların veya vekillerinin mahkemedeki dokunulmaz haklarındandır. Hiçbir tarafın savunma hakkı sınırlanamaz, kısıtlanamaz; ancak savunma yaparken tarafların ve vekilleri olan avukatların bir gruba mensup olduklarını belirtmeleri veya bir başka gruba karşı önyargılı olduklarını söylemeleri yanlıştır.⁵⁴¹ Bu önyargı veya taraflılık duruşma esnasında doğrudan sözlü veya yazılı şekilde tezahür edebileceği gibi hal ve davranışlardan da bu sonuç çıkarılabilir. Bu durumda hâkim eğer müdahale etmezse bu önyargılı veya taraflı tutumlara zımni olarak katıldığı izlenimi verebileceği için avukatlara veya bizzat taraflara bu konuda müdahale etmelidir.⁵⁴²

İslam hukukuna göre, duruşma esnasında tüm kontrol hâkimde olmalıdır. Hâkim eşitlikçi bir tutumla taraflara söz vermeli⁵⁴³, sabırla ve dikkatle tarafları dinleyip, diğer kişilerin zamanlarını boşa geçirecek şekilde dava ile alakası olmayan yorumlarda bulunan kişileri de uyarmalıdır. Osmanlıda, duruşma esnasında tarafların gülmesi veya konuşması derhal cezalandırılırdı. Hâkimi adaletsiz davranmakla

⁵³⁹ Nisa, 4/58.

⁵⁴⁰ ASLAN, Yargılama Etiği, s. 168.

⁵⁴¹ Konuya modern hukuk açısından bakacak olursak; Hâkim, davada adil ve hakkaniyetli olmalıdır, eşitlik ilkesine uymalıdır. Hâkimler, yargılama boyunca her iki tarafa da eşit şekilde muamele etmek zorundadırlar. AKCAN, s. 113. Bangalor İlkelerine göre ise hâkim, yargılamanın duruşma safhasında avukatlardan, sözleriyle veya davranışlarıyla yargılama ve savunma konusuyla alakalı olması dışında davaya mesnet olmayan sebeplere dayanarak herhangi bir kişi ya da gruba karşı taraflı veya önyargılı olduklarını izhar etmekten kaçınmalarını talep etmelidir. Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, 5.5.

⁵⁴² İNCEOĞLU, Yargıda Etik, s. 130.

⁵⁴³ ASLAN, Yargılama Etiği, s. 169.

suçlamak cezalandırılabilir bir fiildir. Taraflar, duruşma düzenini bozup karşılıklı tartışırlarsa bu durumda verilecek cezayı hâkim takdir eder.⁵⁴⁴ Hâkimler yargılama yapıp, hakkı tesis ettikleri için kararlı olmalıdırlar. Bu kararlılık Allah haklarını bırakmama ve adaleti tesis etme bakımından bulunmalıdır. Hz. Ömer de “Bu işe (hâkimlik) şiddet değil, nedeni güçsüzlük olmayan yumuşaklık elverişlidir” diyerek hâkimin adaleti tesis etme bakımından gözü kara; davanın taraflarına ve sosyal hayatta üçüncü kişilere karşı ise yumuşak huylu olması gerektiğinden bahsetmiştir.⁵⁴⁵ Yine Hz. Ömer devrinde halktan fakir bir kimsenin uyuşmazlığı mahkemeye taşıyarak korkusuzca davasını savunabilmesi için kendisine kibar ve nazik bir şekilde muamele edilmesini emreden talimatnameler, hâkimlere gönderilmiştir.⁵⁴⁶

Hâkim eşitlikçi tutumundan kendisi taviz vermemesi gerektiği gibi gözetim ve denetimi altında bulunan mahkeme personelinin de eşitlikçi hal ve hareketlerde bulunmaması durumunda onları ikaz ederek tarafların yargılama sırasında ilk olarak muhatap oldukları kişiler olan mahkeme personelinin tarafsız ve eşitlikçi olmalarını sağlamak için gerekirse yetkilerini kullanmalıdır.⁵⁴⁷ Bazı İslam hukukçuları, adil olmanın⁵⁴⁸ hâkimlik şartı olmayıp, insanın manevi olgunluğa eriştiğinin bir göstergesi olduğunu belirtmişlerdir. İslam hukukuna uygun olduğu ölçüde günahları sevaplarından çok olan (fasık) bir kişinin bile hüküm verebileceğini, hâkimlik yapabileceğini söylemektedirler.⁵⁴⁹ Hanefiler de fasıkların şahitlik yapabildikleri için hâkimlik de yapabilecekleri görüşündedirler.⁵⁵⁰ Hanefilere göre adalet şartı hâkimliğe tayin için zorunlu olmamakla beraber, tayin için tercih

⁵⁴⁴ TYAN, s. 262, akt. ORTAYLI, Osmanlı Devletinde Kadı, s. 55.

⁵⁴⁵ SERAHSİ, C. XVI, 108.

⁵⁴⁶ NUMANİ, C. II, s. 96.

⁵⁴⁷ DEMİR, Osmanlı Mahkemesi, s. 23. Modern hukuk açısından ise; hâkimlerin sorumlu bulunduğu kişilerin davranışlarını düzeltmelerini de istemeleri görevlerindedir. Hâkim mahkeme personeline veya kendisinin nüfuzu, yönetimi veya denetimi altında bulunan diğer kişilere; hâkimin önüne gelmiş bir konuda davaya mesnet olmayan sebeplere dayanarak, bireyler arasında ayrımcılık yapmalarına izin vermemelidir. Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, 5.4.

⁵⁴⁸ Adil olmak genelde sevapları günahlarından fazla olmak anlamındadır. Dolayısıyla adil kavramı ile fasık kavramı birbirinin tam zıddıdır. KOŞUM, s. 36.

⁵⁴⁹ HALEBİ, Mülteka, C. 3, s. 192; MAVSİLİ, C. II, 98-100.

⁵⁵⁰ ASLAN, Yargılama Etiği, s.43. Halebi'ye göre vacib olan husus fasıkların şahitliğinin makbul olmamasıdır. HALEBİ, Mülteka, C. 3, s. 192

sebebidir.⁵⁵¹ İmam Şafii ise aksi görüştedir. Ona göre fasık bir kimse, şahitlik yapamayacağı için hâkimlik de yapamaz.⁵⁵² Bunun delili olarak “*Ey iman edenler fasık biri size bir haber getirirse onun doğruluğunu iyi araştırın...*”⁵⁵³ ayetini gösterirler. Hassaf ise, yine fasık birinin şahitlik yapma ehliyeti olmadığı için hâkimlik yapamayacağını; ancak buna rağmen hâkim olarak atanmış bir fasığın atamasının geçerli olup, bunun verdiği kararların da infaz edilmesi gerektiği görüşündedir.⁵⁵⁴ Bir görüşe göre adil olarak hâkim atanmış bir kişi sonradan fasık olursa azledilmeye müstehak olur; ancak çoğunluk ulemaya göre fasıklık bir azil sebebi sayılamaz.⁵⁵⁵ İbn Abidin’e göre ise “Hâkim göreve başlarken adil olarak başlasa, rüşvet alması veya başka sebeplerden dolayı fasık olsa bu kadı azle müstehaktır. Görevden alınması yetkililer üzerine vaciptir.”⁵⁵⁶

Hanefilere göre kişinin şahit olabilmesi için aranan şartlar hâkim olabilmesi için aranan şartlarla aynı olduğu için, resmi mezhebi Hanefilik olan Osmanlı devletinde de aynı kural benimsenmiştir. Dolayısıyla şahitlik yapacak olan bir kimsenin adaletli olması şartı arandığı için, hâkimlik bakımından da adaletli olma şartının arandığı sonucunu çıkarabiliriz. Bu durum Ebussuud Efendi’nin bir fetvasında da belirtilmiştir.⁵⁵⁷

“Mesele: Şahit ne veçhile olmak gerekir ki şهادeti kabul oluna? El-Cevab: Kebairden ictinab idüb ve sagraire musır olmayıp hayrı şerrine galip olmak gerektir.”⁵⁵⁸ Burada da yukarıda anlattığımız gibi kişinin hayrının şerrine galip olması yani, sevaplarının günahlarından fazla olması şartı aranmıştır ki bu da kişinin adil olması anlamındadır.

⁵⁵¹ ATAR, İslam Adliye, s. 106.

⁵⁵² KASANİ, C. VII, 3, akt. BARUT, s. 57.

⁵⁵³ Hucurat, 49/6.

⁵⁵⁴ BUHARİ, Hüsameddin Ömer b. Abdilaziz b. Mâze, Kitâbu Şerhi Edebi'l-Kâdı li'l-Hassâf, I, 129, akt. BARUT, s. 57.

⁵⁵⁵ Fetâvâyi Hindiyeye, VI, 220.

⁵⁵⁶ İBN ABİDİN, C. XII, s. 128.

⁵⁵⁷ DEMİR, Osmanlı Mahkemesi, s.130.

⁵⁵⁸ DÜZDAĞ, s. 136.

Fetâvâyi Hindiyeye'de adil olmanın iki şartı olduğu belirtilmiştir: 1- İnsanlara iyi muamele, 2- Hukuka uygun davranmak ve inatçı olmamak. Ayrıca kazf yani nitelikli hakaret suçundan dolayı ceza almış bir kişinin şahitlik ehliyetini kaybedeceğinden hâkimlik de yapamayacağı belirtilmiştir. Kazf suçunu işleyen kişi insanların iffetine karşı bir hakarete bulunmuş olduğu için yüz kızartıcı bir suçtur, dolayısıyla bu suçu işleyen kişi adil olma vasfını kaybedeceği için ne şahitlik ne de hâkimlik yapması uygun olmaz.⁵⁵⁹

Yargının aktif unsuru olan hâkim bu açıdan tarafsız, dürüst ve adil bir şekilde yargılama faaliyetini yapmak sonunda bu niteliklere haiz bir hüküm verebilmek için alakalı sosyal metinleri, uluslararası belgeleri takip etmeli, ilgili kuruluşların kararlarını incelemelidir. Hâkimin görevlerinden birisi de toplumdaki kültürel, ırksal ve dini farklılıkları tanımakla beraber aynı zamanda bu farklılıkları anlamaktır.⁵⁶⁰

G. EHLİYET ve LİYAKAT SAHİBİ OLMAK

1. Genel Olarak

Ehliyet vasfı hâkimin hukuk bilgisine, yeteneğe, titizliğe sahip olmasını ve hazırlıklı olmasını gerektirir. Bir hâkimin yargılama faaliyetini sürdürürken sahip olması gereken mesleki yeterlilik ve titizlik davanın taraflarından olmayan üçüncü kişiler tarafından da görülebilmelidir. Bu sebeple hâkimin atanmasında toplum içinde nitelikli olan, hukuk bilgisine sahip ve adaletli ve hakka sahip çıkan kişilerin hâkim olarak atanması gerekmektedir.⁵⁶¹ İslam devletinin ilk dönemlerinde bu hususa

⁵⁵⁹ Fetâvâyi Hindiyeye, VI, 219.

⁵⁶⁰ Günümüz hukukunda ise; Bangalor ilkelerine göre hâkim, toplumdaki çeşitliliğin ve sınırlı sayıda olmamakla beraber ırk, renk, cinsiyet, din, tabiiyet, sosyal sınıf, sakatlık, yaş, evlilik durumu, cinsel yönelim, sosyal ve ekonomik durum ve benzeri diğer sebepler dâhil olmak üzere çeşitli nedenlerden doğan farklılıkların (davaya mesnet olmayan sebeplerin) farkında olmak ve bunları anlamak zorundadır. Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, 5.1. Hâkim kültürel, ırksal ve dini farklılıklar temeli üzerinde oluşmuş olan önyargılardan ve düşüncelerden de kaçınımalıdır. Toplum yapısı gereği değişen düşünceleri ve davranışları anlamak için gerekirse toplumu tanımaya yönelik eğitim almalı, fırsatları değerlendirmelidir. Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct, s.123, md. 186.

⁵⁶¹ Günümüz hukukunda; Adil bir şekilde yargılamayı sürdürmekle görevli olan hâkim, bu görevini yaparken en yüksek seviyede özenli olmalıdır. Aksi halde adaletli bir şekilde hükme varılması mümkün olamayabilir. AKCAN, s. 106-107. Bangalor ilkelerine göre ehliyet ve liyakat, hâkimlik makamının gerektirdiği performansın ön koşuludur. ABD'de yargılama faaliyetini yürütecek olan hâkimin yetersiz yani ehliyetsiz olması disiplin cezasını gerektirmektedir. Marvin Comisky; Philip C. Patterson, s.167; akt. İNCEOĞLU, Yargıda Etik, s.137; Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, Değer 6.

oldukça dikkat edilmiş ve bu özelliklere sahip olmayan kişiler hâkim olarak atanmamıştır. Hâkimlerin ilim sahibi kimseler arasından seçilmesi gerektiği Kur'an'da da belirtilmektedir.⁵⁶² Örnek vermek gerekirse Hz. Ömer devrinde Kufe kadısı olan Abdullah bin Mes'ud hukuki meselelerde oldukça bilgiliydi. Kendisi Hanefi fikhının kurucusu sayılır ve İmam-ı Azam Ebu Hanife'nin de hocasıdır.⁵⁶³ Hz. Peygamber devrinde Yemen'e hâkimlik yapmak üzere atanan Hz. Ali için ise "O, kaza (yargılama) işlerini en iyi bilen ve yürüten hâkimdir" denilmiştir.⁵⁶⁴

Yargılama yapma faaliyeti oldukça zor ve gayret gerektiren bir iştir. Bu derece zor ve zahmetli bir işi yapmak için hâkimin mental olarak yeterli olgunluğa ulaşmış olması gerekmektedir. Ancak ergen olan bir kişi bu olgunluğa ulaşabilir. Dolayısıyla doğruyu ve yanlışı birbirinden ayırabilmek, önüne gelen şahitler tarafından aldatılmamak için en azından akli gelişimini tamamlamış ve ergenliğe ulaşmış olmak hâkimlik için aranan şartlardandır.⁵⁶⁵ Bu bakımdan hâkimler kaba ve sert olmamalıdır. Kur'an-ı Kerim'de de "Şayet sen kaba, katı yürekli olsaydın hiç şüphesiz etrafından dağılıp giderlerdi"⁵⁶⁶ buyrulmuştur. Hz. Ömer de, Ebu Musa El-Eşari'ye halkın sevip, saygı göstermediği birisinin hâkimliğe tayin edilmemesini emretmiştir.⁵⁶⁷

Hâkimin uyuşturucu, alkol veya diğer fiziksel veya mental bozuklukların etkisi altında olmaması istenmektedir. Bu gibi bozukluklar hâkimin mesleki yeterliliğe sahip olmadığına delalet etmektedir. Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct, s. 129, md. 192. Kişinin vicdanıyla hesaplaşmasını zorunlu hale getiren ahlak yanında, teknik bilgi ve beceriye de sahip olması gerekir ki hâkimlik yapmaya yeterli olabilsin. ULUTAŞ, Ahmet – ATABEY, Ömer Serdar, Ulusal ve Uluslararası Boyutlarıyla Yargı Etiği, İstanbul, 2011, s. 7.

⁵⁶² "Biz Lut'a da bir hüküm, bir ilim verdik...", Enbiya, 21/74; "Biz onun hükmünü hemen Süleyman'a bildirmiştik; zaten her birine hüküm ve ilim vermiştik...", Enbiya, 21/79. Bu ayetlerde hüküm olarak belirtilen husus hâkimlik görevidir.

⁵⁶³ NUMANİ, C. II, s.91.

⁵⁶⁴ ATAR, İslam Adliye, s. 100.

⁵⁶⁵ Akıl hastası, çocuk ve uyku halinde iken insanlar yaptıkları işlerden dolayı sorumlu tutulmazlar. Bu husus hadis-i şerif'te de belirtilmiştir. Tirmizî, Hudud, 1; Ebu Davud, Hudud, 17. BERKİ, İslamda Kaza Hüküm ve Hâkimlik ve Tevabii, s. 19.

⁵⁶⁶ Ali İmran, 3/159.

⁵⁶⁷ NUMANİ, C. II, s. 85. Günümüz hukuku bakımından konuyu ele alacak olursak; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin tavsiye kararına göre "hâkimlerin mesleki kariyerlerine ilişkin tüm kararlar objektif kriterlere dayanmalı, hâkimlerin seçimi ve kariyerleri eğitimsel özelliklerini, dürüstlük, yetenek ve etkinliklerini de gözeten liyakat esasına göre olmalıdır." Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi R (94) 12 Tavsiye Kararı, İlke I/1c. BM Yargı Bağımsızlığı Temel Prensiplerinde de "Hâkimler gerekli hukuk eğitimini ve niteliklerini almış, dürüst ve ehliyetli kişiler arasından

Akıl sahibi olmak dini meselelerde temeldir. Hâkim zekâ ve anlayış sahibi olmalıdır ki, Kur'an ayetlerinin ve hadis-i şeriflerin anlamlarını bunlara bağlı meseleleri, hangi kuralın hangi davada kullanılabileceğini çözebilsin.⁵⁶⁸ Kadı Şureyh'in Kufe'ye kadı olarak atanması da bu şekilde olmuştur. Hz. Ömer halifeliği sırasında beğenmek kaydıyla bir at satın almak istemişti ve atı denemek üzere birisine vermişti. Deneme sırasında koşu yapan at sakatlanmış, Hz. Ömer de atı iade etmek istemiş; fakat at sahibi de atı geri almamış bunun üzerine hakem olarak seçilen Kadı Şureyh önüne gelmişlerdi. Kadı Şureyh de sahibinin izni ile ata binilmişse atın iade edilebileceğini, aksi halde iade edilemeyeceğini söylemişti. Bunun üzerine kararın doğru olduğunu söyleyen Hz. Ömer, bu kişinin yaptığı yargılamayı beğenmiş ve Kadı Şureyh'i Kufe'ye hâkim olarak atamıştır.⁵⁶⁹

Hâkimin atanmasında etkili olan bir diğer vasıf ise ilim sahibi olma vasfıdır. Hâkim olacak şahsın hukuk eğitimi almış olması şarttır.⁵⁷⁰ İlk hâkim olan Hz. Peygamber ve onun atamış olduğu hâkimler, dört halife ve gerekse onların atamış oldukları hâkimler hukuk eğitimi almış olmasalar dahi; edille-i erbaa denilen Kur'an, Sünnet, İcma ve Kıyası bilen ilim sahibi ve hukuki yetkinliğe sahip hukukçulardır. Bu yetkinliğe sahip olan kişiler içtihat edebilecek seviyede olan müçtehid hukukçulardır. Tabii ki, zamanla bu ilimlere sahip olan insan sayısında sıkıntı yaşandığı için, bilinmesi zaruri görülen ilimlerde de bazı esneklikler sağlanmıştır.⁵⁷¹ Hâkimin atanırken müçtehid olup olmamasına dikkat edilip edilmemesinde mezheplere göre farklılıklar bulunmaktadır. Hanefilere göre okumamış fakat anlayışlı, derinliği olan,

seçilir.” denmektedir. BM Yargı Bağımsızlığı Temel Prensipleri, md.10. Hâkimlerin Statüsüne İlişkin Avrupa Şartına göre ise “Statünün bağımsız bir organ tarafından hâkimlerin seçimi ve işe alınmaları hususundaki kuralları, adayların kendilerine verilen hukuki meseleleri tarafsız ve serbest bir şekilde değerlendirebilme ve bireylerin onuruna saygı ile yasaları uygulama yeteneğine dayanmaktadır. Bu statü herhangi bir adayın sadece cinsiyeti veya etnik veya sosyal kökeni veya felsefi ve siyasi görüşü veya dini inançları nedeniyle dışlanması yasaklar.” Hâkimlerin Statüsüne İlişkin Avrupa Şartı md.2.1. Ve aynı statünün bir diğer maddesinde ise “Statü, eğitim durumu veya önceki tecrübe ile ilişkili koşullar yoluyla yargı görevini yerine getirebilmek hususundaki yeterliliği sağlayan şartlara ilişkin düzenleme öngörmektedir.” hususu belirtilir. Hâkimlerin Statüsüne İlişkin Avrupa Şartı md.2.2.

⁵⁶⁸ MAVSİLİ, C. II, 98-100; ANIL, s. 58.

⁵⁶⁹ NUMANİ, C. II, s. 92.

⁵⁷⁰ ATAR, İslam Adliye Teşkilatı, s. 106.

⁵⁷¹ ORTAYLI, Osmanlı Devletinde Kadı, s. 9.

hikmet ve marifet sahibi bir kişinin hâkimliğe tayin olmasında bir sakınca yoktur.⁵⁷² Müçtehid olma hâkimliğe atanma bakımından Hanefi ve Malikilere göre tercih sebebi⁵⁷³, Şafilere göre ise zorunluluktur.⁵⁷⁴

Bazı görüşlerde ise, hâkimin hukuki yazışma yapabilecek ve hüküm yazabilecek ölçüde yazı yazmayı bilmesi gerektiğini savunurlar; aksi görüşte olanlar ise hâkimin yargılamayı sözlü olarak yapıp sözlü olarak hükme bağlamasının yeterli olacağı, bu sebeple de hâkimin yazı yazmayı bilmesinin gerekli olmadığını savunurlar.⁵⁷⁵ Yeterli hukuki ve kültürel altyapıya sahip olmayan bir kimsenin hâkim olarak atanmasından doğan günahın yarısı o kişiyi hâkim olarak tayin eden şahsın üzerindedir.⁵⁷⁶ Osmanlıda Kanuni Sultan Süleyman, devletin başına geçer geçmez ülkedeki bütün hâkimlerin teftişine karar vermiştir. Teftiş sonucunda birçok hâkim cahil ve ehliyetsiz görülmüştür.⁵⁷⁷ Daha sonra ise Ebussuud Efendi'nin şeyhülislamlığıyla beraber hâkimlerde aranan nitelikler ve hâkimlerin hüküm verirken dikkat etmesi gereken hususlar konusunda ciddi çalışmalar yapılmıştır.

⁵⁷² Damad Tercümesi, C. IV, s. 401-402.

⁵⁷³ İBN ABİDİN, C. XII, s.132.

⁵⁷⁴ MAVERDİ, Ahkamu's-Sultaniyye, s. 54. Modern hukukta ise; Avrupa Hâkimleri Danışma Konseyi'nin 1 nolu görüşüne göre ise hâkimlerin mesleğe kabulü ve kariyerlerinin nitelik, dürüstlük, yetenek ve etkinliklerini de gözeten liyakat esasına göre belirlenmesini temin etmeyi hedefleyen tüm objektif kıstaslar, genel bir özellik arz etmek zorundadır. Bu durumun gerçekleştirilmesinden sonra atama ve terfilerden sorumlu olan organ veya merciler bu kıstaslara uygun bir şekilde hareket etmek mecburiyetinde olacaklar ve kabul edilen kıstasların içeriği ve uygulamadaki etkilerinin incelenmesi mümkün olabilecektir. Opinion No:1 (2001) of the Consultative Council of European Judges, md.25. Venedik Komisyonu raporuna göre yukarıda bahsedilen liyakat yalnızca hukuk bilgisi, analitik yetenekler veya akademik mükemmellikten ibaret bir mefhum değildir. Ayrıca kişilik, muhakeme, erişilebilirlik, iletişim becerileri, hüküm tesis etmedeki etkinlik vb. hususlarını da içermelidir. Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi (Venedik) Komisyonu Hâkimlerin Bağımsızlığı Hakkında 2010 tarihli Raporu, md.24. Hâkimlerin seçilmesinde insan onuruna saygı göstererek hukuku uygulama ve davaları karara bağlama konusundaki yetenek, nitelik ve kapasite gibi unsurlara bakılarak bir seçim yapılmalıdır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine göre hâkimler üstün ahlaki vasıflara ve yüksek bir hukuki göreve atanmak için gerekli niteliklere sahip veya ehliyetleriyle tanınmış hukukçu olmalıdırlar. AİHS(Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi), md.21/1. ERDOĞAN, s. 99; AKCAN, s. 74.

⁵⁷⁵ ATAR, İslam Yargılama Hukukunun Esasları, s. 84.

⁵⁷⁶ ATAR, İslam Adliye Teşkilatı, s. 106.

⁵⁷⁷ CEZAR, Mustafa, Osmanlı Tarihinde Levendler, Güzel Sanatlar Akademisi Yayınları, No: 28, İstanbul, 1965, s. 375-377, akt. ORTAYLI, Osmanlı Devletinde Kadı, s. 20.

Atanacak hâkimin yaş şartı bakımından, ergenliğe ulaşmış ve akıllı olmak dışında belli bir yaşa ulaşmış olmak şartı aranmamaktadır.⁵⁷⁸ Öyle ki, Hz. Peygamber, Hz. Ali'yi Yemen'e kadı olarak görevlendirdiğinde Hz. Ali yaşının küçük olduğunu ileri sürmüştür. Ancak Hz. Peygamber bunu dikkate almamış ve Hz. Ali'yi bu göreve atamıştır. Yine sahabeden Attab bin Esid, Hz. Peygamber tarafından Mekke'ye kadı olarak atandığında yaşı rivayetlere göre 18 veya 23 idi.⁵⁷⁹ Hz. Ömer de Suriye'ye atadığı hâkimin yaşının küçük⁵⁸⁰ olmasından dolayı bölge halkından şikâyetler gelmesi üzerine atadığı hâkimi kendisi bizzat sınav yapmış, sınavda sorduğu sorulara istediği cevapları alınca hâkimi görevinde bırakmıştır.

Yine Emevi halifesi Me'mun, Basra'ya Yahya bin Eksem isimli bir kişiyi kadı olarak atamış, yöre halkı bu kadı'nın yaşının küçük olmasından şikâyet etmişler ve halifeye bu hâkimin yaşını sormuşlardır. Halife de cevap olarak Hz. Peygamber'in Mekke'ye kadı olarak atadığı Attab bin Esid'in yaşıyla aynı olduğunu söylemiştir.⁵⁸¹

Osmanlı devletinde hâkimlerin yüksek dini ilimler ve hukuk ilimlerinin okutulduğu belirli medreselerin yüksek tahsil kısımlarından mezun olmaları gerekmektedir.⁵⁸² Bu bakımdan Osmanlıda da Kanuni devrinin büyük hukukçusu ve şeyhülislamı Ebussuud Efendi'nin hâkimlere gerekli olan ilimleri sırasıyla belirttiği görülmektedir. Ona göre hâkimler (kadılar) öncelikli olarak iyi bir Arapça bilgisine sahip olmalıdırlar; çünkü o devirdeki kaynakların büyük bir bölümü Arapça idi. Kur'an ve Hadis ilmini anlamak ve temel fıkıh ve fetva kitaplarını okuyabilmek için iyi bir Arapça şarttır. Bundan başka olarak hâkimler sarf (kelime bilgisi) ve nahiv (cümle bilgisi) alanlarında da bilgili olmalıdırlar ki, sorulan soruları iyi bir şekilde anlayıp iyi bir şekilde cevap verebilsinler. Bunun dışında hâkimler şer'i ilimleri de bilmelidirler ki, dinin temeli olan bu şer'i ilimleri bilmeden uyuşmazlıkları çözmek

⁵⁷⁸ Şer'i hukuka göre bir kimsenin baliğ olması 25 yaşını tamamlamasıyla beraber olacağından hâkim olabilmek için bu yaş sınırı düzenlenmiştir. MARDİN, Ebulula, "Kadı", Ana Britannica, akt. ANIL, s. 64.

⁵⁷⁹ SERAHSİ, C. XVI, 67.

⁵⁸⁰ BERKİ, Ali Himmet, Hukuk Tarihinden İslam Hukuku - I, Ankara, 1955, s. 37.

⁵⁸¹ SERAHSİ, C. XVI, 67.

⁵⁸² EKİNCİ, Ekrem Buğra, Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk, İstanbul, 2008, s. 369; ÖZTUNA, C. X, s. 270.

imkânsızdır. Son olarak hâkimler, sözün yerli yerinde kullanılmasını, muhatabın durumuna uygun olarak ifade edilmesini sağlayan ilim dalı olan ilm-i meani'yi de bilmelidirler.⁵⁸³ İşte bu ilimler Osmanlı devrinde hâkimlerin fıkıh bilgilerinin yanı sıra kelimelere de hâkimiyeti olması gerektiğini bize göstermektedir.

Bir hadis-i şerif'te şöyle belirtilmiştir ki; *“Kadılar üç kısımdır. Bir kısmı cennette, iki kısmı ise ateştedir. Hakkı bilip onunla hükmeden kadılar cennettedir. Burada hakkı bilmekten kasıt, önüne gelen dava hakkında hukuk bilgisi olan, uyuşmazlığı hangi hukuk kuralına göre çözebileceğini anlamış olan hâkimdir. Hakkı bildiği halde, yani hukuku bilip, uyuşmazlığı hangi kurala göre çözebileceğini kavrayıp; fakat buna rağmen onunla hüküm vermeyen hâkimler ateştedir. İnsanlar arasında bilgisizce hüküm veren hâkimler ise yine ateştedir.”*⁵⁸⁴ Bu belirtilen sebeple hâkimlerin bilgili olması, hukuku anlayıp kavrayabilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde bilgiye sahip olmayan ve bilgiye sahip olduğu halde bu bilgisine göre hüküm vermeyip başka baskılarla hüküm veren hâkimlerin cehennemlik olduğu belirtilmiştir.⁵⁸⁵

2. Hâkimlere Gereken Eğitim Bakımından

İslam devletinin ilk dönemlerinde hâkim yetiştiren okullar bulunmamaktaydı, bu sebeple Hz. Peygamber ilk hâkim olarak bizzat kendisi, kendisinin yetişemediği durumlarda da değişik bölgelere atadığı sahabi hukuk eğitimi almamakla beraber, Kur'an'ı bilen kişilerdi. Bu sebeple hâkimlik yapabilecek nitelikte olanlar hâkimliğe seçilmesine rağmen yine de hâkimlik stajı olarak sayılabilecek bir sınava tabi tutuluyorlardı.⁵⁸⁶ Muaz hadisi bu duruma verilebilecek en güzel örnektir.

⁵⁸³ DEMİR, Şeyhülislam Ebussuud Efendi, s. 144.

⁵⁸⁴ İbn Mâce, *Ahkâm*, 2-3; Ebu Davud, *Akdiye*, 1-3.

⁵⁸⁵ ATAR, İslam Yargılama Hukukunun Esasları, s. 82. Günümüz hukukunda da; Hak ve adalet kavramlarının önemi gözetildiğinde, adil yargılanma hakkının sağlanması için; yargılama faaliyetini yürüten hâkimlerin yargısal ahlaka sahip olmaları gerekmektedir. Meslek ahlakına sahip olmayan, hukuk bilgisi açısından yetersiz olan bir hâkim, yapacağı yargılama ile beraber adil yargılanma hakkını ihlal etmiş olacaktır. AKCAN, s. 77.

⁵⁸⁶ FENDOĞLU, s.225-226. Günümüz hukukunda; hâkimlerin mesleki yeterliliklerini korumaları bakımından bazı sorumlulukları bulunmaktadır. Bu sorumluluklardan birisi de görevlerinin etkin ve eksiksiz bir şekilde ifasının temini için gerekli eğitim programlarına katılmaktır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi R (94) 12 Tavsiye Kararı, İlke V/3.g. Bu husus Bangalor ilkelerinde ise hâkim, hâkimler için yargının kontrolünde yapılan eğitim ve diğer fırsatları kollayarak, yargısal

Hâkimlerin kendi edindikleri bilgiler ile hüküm vermesi konusunda ise müellifler arasında değişik görüşler bulunmaktadır. Hanefilere göre hâkim kendi bilgisi ve kanaatiyle ceza hukuku ile ilgili olmayan davalarda hüküm verebilir. Hanefiler önceden bu hususa cevaz vermezken sonradan cevaz vermişlerdir.⁵⁸⁷ Hâkimin kendi bilgisiyle şahitlerin ulaşabilecekleri bilgiye ulaşması durumunda hâkimin bu konudaki bilgisi şahitlerin vereceği bilgilerden daha üstündür. Bu konuda şu durum örnek verilmektedir. Ebu Süfyan'ın karısı Hind, Hz. Peygamber'e gelerek kocasının cimri bir insan olduğunu ve karısına ve çocuklarına yetecek para vermediğini şikâyet etmiştir. Hz. Peygamber de onun haberi olmadan kendinin ve çocuklarının nafakasına yetecek kadar parayı alabileceğini Hind'e söylemiştir.⁵⁸⁸ Bu örnekte Hz. Peygamber, Ebu Süfyan'ın cimri bir adam olduğunu kendisi daha önceden bildiği için, Ebu Süfyan'ın cimri bir kimse olduğunu ispatlanması için şahit getirilmesini istememiştir. Bu ve benzeri durumlarda hâkim kendi şahsi bilgisine dayanarak, şahit ve delile gerek kalmadan hüküm verebilir.

Belirli şartlarda ve belirli konularda hâkimin kendi şahsi bilgisi ile hüküm verebileceği görüşünde olan müelliflere göre hâkim sadece kul hakları ile ilgili meselelerde şahsi bilgisine başvurabilir. Allah hakları ile ilgili meselelerde bu bilgisine başvuramaz. Kul hakları ile ilgili olan davalarda ise hâkimin bu bilgiyi hâkim olarak atanmadan önce mi yoksa sonra mı edindiğine bakılır. Eğer hâkim olmadan önce edindiyse hâkim hüküm veremez, şahitlik yapabilir. Ebu Hanife bu görüştedir. Ebu Hanife'ye göre, hâkimin bu bilgiyi hâkimlik sırasında öğrenmesi gerekir. Aksi halde hüküm veremez.⁵⁸⁹ Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'e göre ise hâkim olmadan önceki bilgisine göre hüküm verebilir.⁵⁹⁰ Bazı âlimler ise hâkimin hangi konuda olursa olsun kendi şahsi bilgisi ile hükmedemeyeceğini savunurlar.

görevlerin düzgün bir şekilde icrası için mesleki bilgisini, becerisini ve bireysel yeteneklerini sürdürmek ve artırmak için gerekli adımları atmalıdır şeklinde düzenlenmiştir. Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, 6.3. Hâkimin bu mesleki eğitimlerle öğrenecekleri bilgi hukuki olup mesleğin yürütülmesine ilişkin olabileceği gibi toplumun mahkemeye olan bakış açısı, hukukun ve mahkemenin gerçek toplumsal hayatta yer alan yansımalarına ilişkin de olabilir. İNCEOĞLU, Yargısal Davranış ilkeleri, s. 136.

⁵⁸⁷ DEMİR, Osmanlı Mahkemesi, s. 214.

⁵⁸⁸ Buhari, *Ahkâm*, 14-28.

⁵⁸⁹ DEMİR, Osmanlı Mahkemesi, s. 214.

⁵⁹⁰ ASLAN, Yargılama Etiği, s.162; KASANI, C. VII, 4, akt. BARUT, s. 93.

İmam Malik, İbn Hazm⁵⁹¹, İmam Şafii, Ahmed b. Hanbel bu görüştedir.⁵⁹² Şafililerden bir kısmı hâkimin kendi şahsi bilgisiyle hüküm veremeyeceğini savunurken, diğer bir kısmı ise verebileceğini savunur.⁵⁹³ Nebhan ise hâkimin kendi şahsi bilgisiyle cezai hüküm veremeyeceği, ceza davaları esnasında çok dikkatli davranılması gerektiği çünkü bir kere ceza verildikten sonra bu karardan geri dönüş olmadığı görüşündedir.⁵⁹⁴

Ebussuud Efendi'ye göre hâkimin kendi bilgisiyle karar verebilmesi için hâkimlerin derece sistemine göre üst düzeyde bulunan mevali kadılarından olması ve hüküm vereceği uyuşmazlığın, daha önce yargılama sırasında öğrendiği meselelerden olması gerektiği görüşündedir.⁵⁹⁵

“Mesele: Zeyd, meclis-i şer’de hasmı olan Amr hazır olmadan, Amr’ın akçesi iki yüz elli zira’ çuka, her zira’ bir filori hesabı üzere aldım dese ba’de zaman hasm-ı mezbur yüzüne inkâr etse kadı ‘Sen benim yanımda Amr’ın akçesin şu vecihle ikrar etdin.’ deyü Amr’a hükm etmeye kadir olur mu? El-cevab: Kadı eşraf-ı mevaliden olub meclis-i kazada ilmi müteallik olduğu kazayadan olmayacak beyyine lazımdır. İmam Muhammed ilmi ile hükm etmek cevazla olan kavlinden rücu etmiştir.”⁵⁹⁶

Daha önce de bahsettiğimiz üzere hâkimlere verilecek bu eğitimler tamamen mesleğin teknik tarafı olan hukuk bilgisinden ibaret olmamalıdır. Öyle ki hâkim toplumla sürekli iç içe olan ve toplumun kendisinden bir beklentisi olan bir makamdır. Bu sebeple hâkim sosyoloji ve psikolojiden anlamalı, tarafların hangi durumu takdir edip hangi durumu beğenmeyeceğini bilebilmelidir.⁵⁹⁷ Hâkim yargılama yaparken halkın eleştirisinden kurtulabilmek için halkın yaşayışını,

⁵⁹¹ BERKİ, İslamda Kaza Hüküm ve Hâkimlik ve Tevabii, s. 22.

⁵⁹² ASLAN, Yargılama Etiği, s.160.

⁵⁹³ İBN KUDAME, Ebu Muhammed Abdullah b. Ahmed b. Muhammed, el-Muğnî, I-XV, Dâru Âlemi'l-Kutub, Riyad, 1999, XIV, 31, akt. BARUT, s. 93.

⁵⁹⁴ NEBHAN, s. 585.

⁵⁹⁵ DEMİR, Osmanlı Mahkemesi, s. 214.

⁵⁹⁶ Ebussuud Efendi, Fetava, İsmihan Sultan, 223, v.156b, akt. DEMİR, Abdullah, Ebussuud Efendi, s.134.

⁵⁹⁷ Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct, s.134, md. 199.

alışkanlıklarını, değerlerini ve kültürünü iyi bilmelidir.⁵⁹⁸ Hz. Ömer devrinde hâkim olarak tayin edilen Zeyd b. Sabit, peygamber efendimize vahiy kâtipliği yapmıştı, İbranice ve Süryaniceyi biliyordu ve miras hukuku alanının “feraiz” kısmında belki de tüm Arabistan’ın en iyisiydi. Bu alanlarda kendilerini geliştirip, hâkimliği hakkıyla yerine getirebilecek bilgi ve eğitime sahip olmuşlardı.⁵⁹⁹ Halkın sosyal yaşamı hakkında iyi bir bilgi sahibi olunmadan o yörede adil bir şekilde karar vermek mümkün olamaz. Bu konuda bir hadis-i şerif’te “*Kendi görüşleri ile hüküm verenlerden uzak durun. Hadisleri ezberlemek onları aciz bırakmış, onlara soru sorulunca bilgisizce fetva vermişlerdir. Onlar hem kendilerini sapıtmış, hem de başkalarını saptırmışlardır*”⁶⁰⁰ denilmiştir. Buna göre hâkimin sadece birkaç bilgiyle hüküm vermesi yanlıştır. Hâkim her alanda bilgili olmalı, kendisini geliştirmek için mümkün olan en azami çabayı harcamalıdır.⁶⁰¹

Hâkimlerin eğitimi konusuna Osmanlı devleti zamanından bakacak olursak; bu devirde hâkimlerin eğitilmesi için ilk medrese Orhan Bey zamanında kurulsada, hâkimlerin ayrımı ve derecelendirilmesi Fatih Sultan Mehmed zamanında olmuştur.⁶⁰² Bu devirde Sahn-ı Seman medreselerinin kurulmasıyla hâkimlik eğitimi mükemmel seviyeye ulaşmıştır. Kanuni devrinde ise bu eğitim veren kurumlara Süleymaniye medreseleri de eklenmiştir. Bu medreselerden veya bu medreselerin seviyesindeki medreselerden mezun olmayan birisinin hâkimlik yapması imkânsızdı. Süleymaniye medresesini bitiren birisi danişmend ünvanına sahip olurdu. İşte bu kişi, hâkimlik stajyerliği nispetindeki mülazemet için yüksek rütbeli mevleviyet payeli hâkimler yanında üç veya beş yıl süreyle staj yapar ve daha sonra İstanbul’a gelir, hâkimliğe tayin için sıra beklerdi. Sırası gelince de en alt derecedeki kazalarda

⁵⁹⁸ ATAR, İslam Adliye, s. 99.

⁵⁹⁹ NUMANİ, C. II, s.90.

⁶⁰⁰ Darekutni, Sünen, IV, 146, akt. SERAHSİ, C. XVI, 109.

⁶⁰¹ Bu bakımdan modern hukuka göre; hâkim gerçek hayattaki mahkemeyi ve davayı anlamadıkça gerçek hayatta yargılama yapamaz. Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct, s.134, md. 199. Bu anlamda hâkimlerin sosyolojik ve kültürel eğitim almaları da elzemdir. İNCEOĞLU, Yargısal Davranış İlkeleri, s.137

⁶⁰² Bu dereceler mevleviyet kadılığı ve sancak kadılığı şeklindeydi. AVCI, Türk Hukuk Tarihi, s. 139. Hâkimlikte belirli bir süre hizmet vermiş nitelikli, bilgili hâkimler mevleviyet seviyesine belirli bir sınavdan geçerek gelirlerdi. Daha düşük seviyedeki hâkimlik ise kaza kadılığı şeklinde tezahür ediyordu.

hâkimliğe başlardı.⁶⁰³ Burada belirtmemiz gereken bir husus ise şudur ki, boş kadılık kadrolarının az olması ve mülazemet süresini doldurup atanmayı bekleyen hâkimlerin çok olması durumunda bu boş kadrolara atanmak için bir sınav yapılır ve bu sınavı kazananlar atanırdı.⁶⁰⁴

Kaza hâkimliğinde gerektiği kadar görev yapan bir hâkim, merkeze geri döner. Bu hâkime “tahta başı” denir. Bu hâkim mevleviyet payeli sancak merkezlerine tayinini bekler. Meslekte çok zorlu bir süreç olan bu aşamayı tamamlayan hâkimin mevleviyet payesiyle sancak merkezinde hâkimlik yapabilmesi için yeterli bilgi seviyesine ulaşması ve hatta eser yazması gereklidir.⁶⁰⁵ Burada belirtmemiz gereken bir husus ise şudur ki, Osmanlı devrinde Ebussuud Efendi’nin şeyhülislamlığının ilk devirlerinde hâkimlerin yeterli hukuk bilgisine sahip olmadıklarını söylemek yanlış olmaz. Bunun için Ebussuud Efendi özellikle hâkimlere gereken ilimler konusunda detaylı çalışmalar yapmıştır. Bu devirde verilen bir fetvaya göre hâkimlerin bilgisiz olduğunu söyleyen bir kişiye ceza verilmesine gerek bulunmamaktadır, çünkü bu ifade yanlış değildir.⁶⁰⁶

Modern hukuk açısından ise; değişen dünyada toplumun değişmemesi tahayyül edilemez. Dolayısıyla bu değişen toplumların hayat standartları ve davranışları da değişmektedir. Davranışların değişmesiyle eskiyen hukuk normlarının da sürekli olarak yenilenmesi icap etmektedir.⁶⁰⁷ Hâkim bu değişen toplum davranışları

⁶⁰³ Mülazemet süresi genelde bir yıl sürmekteydi. AKDAĞ, İktisadi ve İçtimai Tarih, s. 435; ANIL, s. 59.

⁶⁰⁴ KOÇI BEY, Koçi Bey Risalesi, sadeleştiren Zuhuri Danışman, Ankara, 1985, s. 143; ANIL, s. 68.

⁶⁰⁵ ORTAYLI, İlber, “Kadı”, DİA, C. XXIV, s. 71.

⁶⁰⁶ “Mesele: Bir hususda Zeyd, Amr’a ‘Kadı ehl-i ilimdür, bilür.’ Dedikden sonra Amr mezkur kadı için ‘Karakata ? bilür.’ Dese Amr’a ne lazım olur? El-cevap: Nesne lazım olmaz, zamane kudatının ekserisinin bildüğü oldur.”, Ebussuud, Fetava, İsmihan Sultan, 223, v. 160b, akt. DEMİR, Ebussuud Efendi, s. 141.

⁶⁰⁷ Bu husus modern hukukta şu şekilde tezahür etmektedir: Hâkimlere yapılan bu eğitimin gerekliliği özellikle hâkimlerin mahkeme değiştirmeleri durumunda ortaya çıkmaktadır. Örneğin hukuk mahkemesindeki bir hâkim ceza mahkemesine veya tersi uygulamalarda hâkimlerin hukuk ve ceza yargısında bulunan usul farklılıklarını iyi bilmeleri ve unutmamaları da sağlanmalıdır. Bu noktada bu gibi bir görev değişimi yaşayan hâkime mutlaka mesleki eğitim verilerek hâkim yeni görevine hazırlanmalıdır. Bu eğitimler sadece gerekli olan hallerde değil sürekli yapılarak tecrübeli ve tecrübesiz hâkimlerin bir araya getirilmesi sağlanarak mesleki fikir alış-verişinin sağlanması öngörülmelidir. Bu birliktelik sayesinde hâkimler hukuki zorlukları çözmeye birbirlerine danışarak dayanışma içinde olabilecekler ve aynı tarz olaylarda verilen farklı hükümlerin varlığını

sebebiyle değişime ihtiyaç duyan ve sonuç olarak değişen hukuk normlarını, uluslararası belgeleri de sürekli takip ederek çağa uygun bir şekilde hüküm verebilmelidir.⁶⁰⁸

3. Hâkimlerin Yargılama Ehliyetine Sahip Olması Bakımından

Hâkimlerin ilk olarak atanabilmesi için atanan kriterlerde mesleki yeterliliği llrken yargılama yapabilme ehliyetine sahip olup olmadığı konusunda fiziksel ve zihinsel yeterlilik de göz önünde bulundurulmaktadır.⁶⁰⁹ Bir örnekte halife olan Hz. Ömer önüne gelen bir davada; kadın, kocasının sabaha kadar namaz kıldığını gündüzleri ise oruç tuttuğundan Şikâyet etmiş daha sonra ise utandığı için susmuştur. Hz. Ömer bunun neresinin yanlış olduğunu anlayamamış, bunun üzerine o sırada orada bulunan Ka'b b. Suver, Hz. Ömer'e davayı anladığını söylemiş, Hz. Ömer de o zaman bu davayı sen öz, demiştir. Davayı sonuçlandıran Ka'b b. Suver'in verdiği hüküm hoşuna giden halife, onu Basra'ya hâkim olarak tayin etmiştir.⁶¹⁰ Bu zihinsel ve fiziksel yeterlilikler hâkimin görevi süresince de sağlanmalıdır ki, adil bir Şekilde hüküm verilebilsin.

Bu bakımdan hâkimlerde kıvrak zekâ ve hukuki olayları zme kavuşturabilme yeteneği olması gerektięine⁶¹¹ bir örnek olarak İslam devleti zamanındaki hâkimleri gösterebiliriz. Muaviye'nin oğlu İyaz hâkimlik yaparken yanına bir kişi gelir ve bir tüccardan davacı olur. Der ki; sayın hâkim bu tüccara pek çok mal emanet olarak bıraktım. Daha sonra döndüğümde kendisine emanet olarak bıraktığım malı inkâr etti. İyaz ise bu emanetleri nerede tüccara teslim ettiğini sorar, o da sahrada bir ağacın gölgesinde diye cevap verir. Bunun zerine tüccar çağırılır ve Őikyetlerden bahsedilir. Tüccar ise, ben ondan ne bir mal aldım ne de o ağacı hayatımda görmedim, deyince İyaz davacıya, git bak bakalım belki de malların hala o ağacın olduğu yerdedir diyerek onu gönderir. Davacı dönüp gelinceye kadar da

azaltabilecek ve yargıda istikrarı temin edecektir. Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct, s.135, md. 203.

⁶⁰⁸ Dolayısıyla günümüz hukukunda; Bangalor İlkelerinin bir başka maddesinde ise hâkimin uluslararası sözleşmeler ve insan hakları normlarını oluşturan diğer belgeler hakkındaki hukuki gelişmeleri sürekli olarak takip etmesi gerektiği belirtilmiştir. Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, 6.4.

⁶⁰⁹ ÇELİKER, s. 221.

⁶¹⁰ FENDOğLU, s. 239-240.

⁶¹¹ Bu hususlar Mecelle'nin 1792-93-94. Maddelerinde de belirtilmiştir.

tüccarın mahkemede beklemesine karar verir. Bu sırada diğer davaları görmeye devam eder. Uzun bir süre geçtikten sonra İyaz da davayı unutmuş gibi davranır. Fakat aniden tüccara dönerek, davacının ağaca ulaşip ulaşmadığını sorar. Bunun üzerine gaflet halinde olan tüccar da, hayır ulaşmamıştır. Çünkü o ağaç çok uzak bir yerdedir, der. Bunun üzerine tüccarın yalanı ortaya çıkar ve suçunu itiraf eder. İyaz da tüccarın aleyhine hüküm verir.⁶¹²

Hâkimin hüküm verirken davanın taraflarına dava hakkında açıklamalar yapması bu bakımdan tarafların hâkime yönelik yapabileceği eleştirilerin önüne geçebilir. Bu durumda taraflar, hâkimin davayı anladığını, delilleri değerlendirdiğini bilirler. Hâkim de böylelikle tarafların şikâyetlerinden ve taraflar arasında fitne çıkmasından kendisini muhafaza eder. Bu açıklama yapma âdeti, hâkimin âdet edinmesi gereken bir davranıştır.⁶¹³

III. İSLAM HUKUKUNA ÖZEL NİTELİKLER

Yukarıda saydığımız nitelikler haricinde İslam hukukuna özgü nitelikleri ise Müslüman olmak, köle olmamak, erkek olmak, duyu organlarının sağlam ve sıhhatli olması ve müçtehid olmak başlıklarında sıralayabiliriz.

A. MÜSLÜMAN OLMAK

Kur'an-ı Kerim'de "*Allah, kâfirlere, mü'minlerin aleyhinde galebeye asla bir yol ve imkân bahşetmez*"⁶¹⁴ buyrulmuştur. Bu bakımdan hâkimin Müslüman olması gerektiği hususu bakımından İslam âlimleri görüş birliği içindedirler.⁶¹⁵

Şafiilere göre, bu ifadeye göre Müslüman olmayanların, taraflardan birinin dahi Müslüman olduğu davalara bakması caiz görülmemiştir.⁶¹⁶ Ebu Hanife ise, gayrimüslimlerin kendi aralarındaki davalarda hâkimlik yapabileceğini belirtmesine rağmen; Maverdi aksi görüştedir, Müslüman olmayanların hiçbir surette hâkimlik

⁶¹² AMRAVİ, s. 81; HALLAF, s. 69-70.

⁶¹³ SERAHSİ, C. XVI, 108.

⁶¹⁴ Nisa, 4/141.

⁶¹⁵ KOŞUM, s. 34; BERKİ, İslamda Kaza Hüküm ve Hâkimlik ve Tevabii, s. 19.

⁶¹⁶ ÇELİKER, s. 221.

yapamayacaklarını söyler.⁶¹⁷ Osmanlı devri uygulamasında da gayrimüslim kişilerin Müslüman mahkemesinde hâkimlik yaptıklarına rastlanmamaktadır; ⁶¹⁸ fakat gayrimüslimlere tanınan yargılama serbestisi bakımından gayrimüslimler, kendi aralarındaki uyuşmazlıklarında davalarını gayrimüslim hâkime götürebilirler.⁶¹⁹

B. KÖLE OLMAMAK (HÜR OLMAK)

Köle olan insan yaptığı işleri kendi özgür iradesiyle yapmaya muvafık olamadığından, sahibinin istek ve arzularıyla hareket etmekle mükellef bulunmasından dolayı hâkimlik yapması uygun görülmemiştir.⁶²⁰ Hâkimin köle olmaması gerektiğinde dört mezhebin yani Hanefiler, Şafiiler, Malikiler ve Hanbelilerin ittifakı bulunmaktadır.⁶²¹

Hâkimlik ciddiyet, cesaret ve tam bağımsızlık gerektiren bir iştir. Hâkimin hiç kimsenin etkisi ve baskısı altında kalmadan hüküm verebilme yeteneğine sahip olması aranır. Bu bakımdan köle olan kişi üzerinde sahibinin baskısını hissederken nasıl bağımsız bir şekilde hüküm verebilecektir, bu durum pek mümkün görünmemektedir. Hatta özgür olan insanların bile yeterli niteliklere sahip olamaması durumunda hâkimliğe atanmadığına Hz. Peygamber döneminde rastlamaktayız. Sahabeden Ebu Zer, Hz. Peygamber'den hâkimliğe atanmayı talep etmiş, Hz. Peygamber ise bunun üzerine; *“Ey Ebu Zer! Ben seni zayıf (kalpli) görüyorum. Kendim için arzu ettiğim her hayır ve saadeti senin için de arzu ederim (sana duyduğum bu sevgiden şu uyarıyı yapıyorum ki sen bu ince ruh yapınla) sakın iki kişi üzerine olsa bile emir olma. Herhangi bir yetimin malının idaresini de üzerine alma.”*⁶²² demiştir. Burada sahabeden bir kişi yumuşak karakterli olduğu için hâkimlik yapma isteği, Hz. Peygamber tarafından engellenmiştir.

⁶¹⁷ MAVERDİ, Ahkamu's-Sultaniyye, s. 89.

⁶¹⁸ MAZAHERİ, s. 139.

⁶¹⁹ ATAR, İslam Adliye Teşkilatı, s. 103. Burada belirtmemiz gereken husus şudur ki; İbn Abidin'e göre, gayrimüslim bir kişinin hâkim olarak tayini caizdir. Fakat bu hâkim Müslümanların aleyhine hüküm veremez. Kendi dindaşları hakkında hüküm verebilir. İBN ABİDİN, C. XII, s. 99-100.

⁶²⁰ MAVERDİ, Ahkamu's-Sultaniyye, s. 74; ÇELİKER, s. 222; BİLMEN, C. VIII, s. 219.

⁶²¹ ÇELİKER, s. 222; ATAR, İslam Adliye Teşkilatı, s. 105.

⁶²² Müslim, İmaret, 17; Ebu Davud, Vasaya, 4.

Bazı İslam hukukçuları hâkimlik yapabilmek için bir davada şahitlik yapma imkânına sahip olma şartını aramışlardır. Bu sebeple şahitlik yapma ehliyeti olmayan kölelerin hâkimlik de yapamayacakları görüşü hâkimdir. Ancak yargılama yapma hususu dışında fetva verebilme ehliyeti bakımından kölelerin hür insanlardan farkı yoktur.⁶²³

C. ERKEK OLMAK

Erkeklerin her türlü velayete sahip olması, kadınların ise bu yönden eksikliklerinin bulunması sebebiyle kadınların hâkimlik yapamayacağı görüşü hâkimdir.⁶²⁴ Cumhura göre kadınlar hiçbir davada hâkimlik yapamaz.⁶²⁵ İbn-i Cerir et-Taberi ile Hasan-ı Basri, hukuk ve ceza davası farkı gözetilmeksizin kadınların hâkimlik yapabileceği görüşündedirler. Bu müellifler kadınların fetva verebildiklerine göre hâkimlik de yapabileceği görüşünü benimsemişlerdir.⁶²⁶ İbn Hazm, kadınların sadece şahitliklerinin kabul edildiği hukuk davalarında hâkimlik yapabilecekleri görüşündedir.⁶²⁷ Ebu Hanife'ye göre de kadınlar, şahitliklerinin kabul edildiği davalarda hüküm de verebilirler.⁶²⁸ Zahiriler de aynı görüştedir.⁶²⁹ Kasani ise kadınların ceza davalarına bakmaya yetkili olmamasını, ceza davalarında şahadet ehliyetlerinin bulunmamasına bağlar. Dolayısıyla şahitliklerinin kabul edildiği hukuk davalarında hüküm verebileceklerini savunur.⁶³⁰

Kadınların hâkimlik yapamayacağı görüşünü savunanlar “*Yönetim işlerini/devlet idaresini bir kadına bırakmış olan kavim kurtuluşa ermeyecektir*”⁶³¹ hadisini delil gösterirler. Fakat bu hadis Hz. Peygambere İran’daki Sasani devletinin

⁶²³ ATAR, İslam Adliye Teşkilatı, s. 105; BARUT, s. 56

⁶²⁴ MAVERDİ, Ahkamu’s-Sultaniyye, s. 74.

⁶²⁵ FENDOĞLU, s. 227.

⁶²⁶ ATAR, Fahrettin, “Kadı” DİA, C. XIV, s. 67.

⁶²⁷ BARUT, s. 57.

⁶²⁸ BEĞAVÎ, Ebu Muhammed Hüseyin b. Mes’ud el-Ferra, Kitâbu Edebi'l-Kâdı, Dâru'l-Menar, Medinetü'l- Munavvara, 1992, age, s. 118-119, akt. BARUT, s. 57; BERKİ, İslamda Kaza Hüküm ve Hâkimlik ve Tevabii, s. 20.

⁶²⁹ İBN HAZM, el-Muhalla, C. IX, s.430, akt. BARUT, s. 57.

⁶³⁰ KASANİ, C. VII, 3, akt. BARUT, s. 57.

⁶³¹ Buhari, *Meğazi*, 82, *Fiten*, 18; Tirmizî, *Fiten*, 75; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, V/43, 51.

başına bir kadının geçtiğinin haber verilmesi üzerine söylenmiştir.⁶³² Zahirilere göre kadınların hâkimlik yapması caizdir. Bu görüşe delil olarak ise “*Şüphesiz Allah emanetleri ehline vermenizi emreder*”⁶³³ ayetini gösterirler. Bir yukarda bahsedilen hadisi ise hâkimlik değil, genel yönetim işleri bakımından uygulanabilir olduğu görüşündedirler.⁶³⁴

Taberi'nin kadınlar her konuda hüküm verebilirler görüşünü Maverdi, “ icmayı reddeden kavle itibar edilemeyeceği” gerekçesiyle kabul etmez. Ve kadınların şehadetlerinin kabul dilmeyeceği davalarda hâkim olamayacakları görüşünü savunur.⁶³⁵ Bu görüşünde esas aldığı kaynak ise Kur'an'daki “ *Erkekler kadınlar üzerine hâkimdirler. O sebeple ki Allah onlardan kimini (erkekleri) kiminden üstün kılmıştır.*”⁶³⁶ ayetidir. Kadınların hâkimlik yapamayacağı görüşündeki müelliflerin esas aldıkları ayet de budur. Hanbeli mezhebine göre de kadın hâkimlik yapamaz. İbn Kudame de eserinde buna delil olarak Hz. Peygamber ve halifelerin uygulamalarını göstermiştir.⁶³⁷ Şafii⁶³⁸ ve Maliki⁶³⁹ mezhebine göre de kadınlar hâkimlik yapamaz.

Uygulamada ise Hz. Peygamber, Semra bt. Nüheykü'l-Esediye isimli bir kadını Medine'de çarşı ve pazarlarda hisbe göreviyle muhtesip olarak tayin etmiştir. Bu kadın büyük ihtimalle ticari işlerle ilgili tecrübeli ve bilgili olduğu için bu göreve getirilmiştir ve sahabe arasındaki ticari ihtilaflarda hüküm vermiş, uyuşmazlıkları çözmüştür.⁶⁴⁰ Abbasiler devrinde ise halife Muktedir zamanında Divan-ı Mezalim⁶⁴¹

⁶³² ASLAN, Yargılama Etiği, s. 40.

⁶³³ Nisa, 4/58.

⁶³⁴ BİLMEN, C.VIII, s. 218.

⁶³⁵ MAVERDİ, Ahkamu's Sultaniye, s. 74.

⁶³⁶ Nisa, 4/34.

⁶³⁷ İBN KUDAME, XIV, 13, akt. BARUT, s. 58.

⁶³⁸ NEVEVİ, Ebû Zekeriyya Yakub b. Şeref (ö. 1277), Minhac, (Açıklamalı Şafii İlmihali), terc. Mithat Acat, İstanbul, 2013, s. 528.

⁶³⁹ İBN RÜŞD, Bidayetü'l-Müctehid, C. IV, s. 353.

⁶⁴⁰ ATAR, İslam Adliye, s. 104. Bu kadın sahabenin çarşı ve pazar yerlerinde dolaşıp ticari uyuşmazlıklarda bir nevi hâkimlik yapıp hüküm verdiği Hamidullah tarafından da belirtilmiştir. HAMİDULLAH, İslam Peygamberi, No: 1571, s. 779.

başkanlığı Sumeyl isimli bir kadına verilmişti. Bu kadın her Cuma günü Bağdat'ta halifenin annesi adına yaptırılmış bir türbede hâkimlerin huzurunda uyuşmazlıkları dinler, hüküm verir ve bu hükümleri imzalardı.⁶⁴²

D. DUYU ORGANLARININ SAĞLAM VE SİHHATLİ OLMASI

Hâkimlik çok büyük bir sorumluluk gerektiren bir meslektir. Uyuşmazlığın taraflarından her biri kendi lehine hüküm verilmesini ister. Bu noktada da tarafların ortaya attıkları iddialardan doğruyu çıkarmak da hâkime düşmektedir. Bu sebeple; görme, işitme, konuşma eylemlerinde engeli bulunan hâkim tarafların iddialarını dinleyemez, soru soramaz, keşif yapamaz halde bulunursa kuşkusuz bu durumda yargılama faaliyeti esnasında adaleti bulmak da oldukça zorlaşır. Bu nedenle hâkim olan şahıs duyu organları sağlam bir kişi olmalıdır.⁶⁴³ Müellifler de bu görüştedir.⁶⁴⁴ Konu ile ilgili fetvalar da bulunmaktadır:

“Sağır olup davacı ve davalının sözlerini asla işitmeyen Zeyd’e hâkimlik vazifesini vermek caiz olur mu? El-cevab: Olmaz.”⁶⁴⁵

Her ne kadar bazı Şafii âlimleri, Şuayb Peygamberin bazı görme bozuklukları olmasından dolayı görme özürlü bir kişinin hâkim olabileceği kanaatinde olsalar da çoğunluk âlimler görme özürlü bir kişinin hâkim olamayacağı görüşünde birleşmişlerdir.⁶⁴⁶

Atraş yani ancak yüksek sesle konuşulunca duyabilen kişinin de hâkim olabileceği görüşünde olanlar da vardır.⁶⁴⁷ Ancak İmam Malik âmâ olan kişinin şahitlik yapabileceği gibi hâkimlik de yapabileceği görüşündedir.⁶⁴⁸ El-İhtiyar'da da

⁶⁴¹ Abbasiler devrinde yüksek yargılama merci niteliğindeki bu mahkeme günümüzdeki Yargıtay ve Danıştay gibi daha önce aynı konuda bir hâkimin verdiği hükümden memnun olmayan kimselerin başvurduğu bir yargı kurumuydu. ÜÇOK, Bahriye, İslam Tarihi Emeviler-Abbasiler, Ankara, 1968, s. 131.

⁶⁴² ÜÇOK, İslam Tarihi Emeviler-Abbasiler, s. 131.

⁶⁴³ BERKİ, İslamda Kaza Hüküm ve Hâkimlik ve Tevabii, s. 19.

⁶⁴⁴ ÇELİKER, s. 235.

⁶⁴⁵ BEHÇE FETAVASI, C. 1, 422, akt. HALEBİ, Mülteka, C. 3, s. 192.

⁶⁴⁶ KOŞUM, s. 42.

⁶⁴⁷ Fetâvâyi Hindiyeye, VI, 219.

⁶⁴⁸ MAVERDİ, Ahkamu's-Sultaniyye, s. 75.

sağır kişinin davacıyla davalıyı birbirinden ayırt edebileceği için hâkimlik yapabileceği görüşü savunulmuştur.⁶⁴⁹

Görme engelli kişinin hâkim olamayacağı yönünde fetva bulunmaktadır:

“Ama olan Zeyd’e taklid-i kaza caiz olur mu? El-cevab: Olmaz.”⁶⁵⁰

E. MÜÇTEHİD OLMAK

İslam hukukunda hukuki kurallar, ana esaslar ve temel meseleler hakkındadırlar. Bu temel kurallar dışında naslarda yer almayan uyuşmazlıklar halkın içtihadına bırakılmıştır. Kanunlarda, yaşanabilecek bütün olaylar hakkında bir hükmün bulunması imkânsızdır. Hakkında kural bulunmayan uyuşmazlıklar, hakkında kural bulunan uyuşmazlıklara kıyas edilebilir. Kanunlarda hakkında hüküm bulunmayan uyuşmazlıklarda da yetkin kişilerin içtihad etmesi esastır. Hakkında hüküm yok diyerek bir meseleyi hükümsüz bırakmak olmaz. Gerek kıyas, gerekse içtihad yoluyla bu mesele çözüme kavuşturulmalıdır.⁶⁵¹ İşte bu gibi bir uyuşmazlık önüne geldiğinde hâkimin içtihad ehliinden yani müçtehid olması ise hakkın ortaya çıkması ve yargılamanın adil bir şekilde icrası için önemlidir.⁶⁵²

Hız. Ömer’in Ebu Musa el-Eşari’ye yazdığı mektubun 8. Maddesinde şöyle emredilmiştir: “*Ey kadı, sana Kitab ve Sünnette bulunmayan bir mesele getirilirse, son derece basiret üzere ol. Birbirinin benzeri olan şeylere dikkat et. Emsali emsal ile kıyas eyle, Allah’ın rızasına, şari’in maksadına uygun olan re’yi ihtiyar et.*”⁶⁵³ Burada hâkimin yeterli hukuk bilgisine yani içtihat edebilecek bilgiye sahip olmasından bahsedilmiştir.

Hâkimin içtihad ehliinden olması; Kur’an’ı bilmesi, Kur’an’ın nâsîh ve mensuhunu, muhkem ve müteşabihini, umum ve hususunu, mücmel ve müfesserini, sünnetin söz, dil ve tahriri kısımlarını, hadisin varid oluş ve nakil sebeplerini, mütevatir, âhad ve meşhur kısımlarını, selefîn kavillerini, icmalarını ve ihtilaflarını,

⁶⁴⁹ MAVSİLİ, C. II, 98-100.

⁶⁵⁰ Fetava-yı Ali Efendi, Cild-i Evvel, s.564.

⁶⁵¹ BERKİ, İslamda Kaza Hüküm ve Hâkimlik ve Tevabii, s. 38-39.

⁶⁵² FENDOĞLU, s. 198.

⁶⁵³ BERKİ, İslamda Kaza Hüküm ve Hâkimlik ve Tevabii, s. 25.

Arap dilini ve kıyas türlerini de bilmesi icap eder.⁶⁵⁴ İslam hukukunun ana kaynakları olan Kur'an, Sünnet, İcma ve Kıyas'ı yukarıda anlatıldığı şekilde bilen kişiye müçtehid denir.⁶⁵⁵

Beğavî, hâkim olacak kişinin hukuk tahsilini yapmasını şart görmüştür. Genel olarak da hâkimlerin derin hukuk bilgisine sahip olması gerektiği konusunda görüş birliği bulunmaktadır. İmam Şafii, hâkimin müçtehid olmasını elzem görür, bu vasfa sahip olmayan hâkimin vereceği hükümlerin geçerli olmayacağı kanaatindedir.⁶⁵⁶ Ebu Hanife ise müçtehid bir âlimin görüşleriyle hüküm vermek şartıyla cahil bir kimsenin bile hâkimlik yapabileceği görüşündedir.⁶⁵⁷

Hanefiler, bazı Malikiler ve Zeydiler, hâkim olarak atanabilecek müçtehid bir hukukçunun her zaman bulunamayacağı sebebiyle, müçtehid olmanın hâkimlik şartı sayılmayacağı; ancak evleviyet sebebi⁶⁵⁸ olacağı görüşündedirler. Hanefiler ve bazı Malikilere göre, hâkimin fıkıh meselelerine ve usulü muhakemata vakıf olması, hasımların davasını ayırmaya ve kanunu tatbik etmeye ehliyetli olması yeterlidir.⁶⁵⁹ Şafiiler, Hanbeliler ve çoğunluk Malikilere göre ise hâkimin müçtehid olması şarttır.⁶⁶⁰

⁶⁵⁴ BARUT, s. 59.

⁶⁵⁵ ATAR, İslam Adliye, s. 107.

⁶⁵⁶ ALİ HAYDAR, Hocaeminefendizade (ö.1935), Dürerü'l Hükkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, İstanbul, 1330, C.XVI, s. 31.

⁶⁵⁷ SERAHSİ, C. XVI, 72.

⁶⁵⁸ Fetâvâyi Hindiyeye, VI, 219.

⁶⁵⁹ İBN ABİDİN, C. XII, s.131.

⁶⁶⁰ ATAR, "Kadı", DİA, C. XXIV, s. 68; BERKİ, İslamda Kaza Hüküm ve Hâkimlik ve Tevabii, s. 21.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HÂKİMLİK MESLEĞİNE ATANIRKEN VE MESLEĞİ SÜRDÜRÜRKEN ARANAN NİTELİKLER

I. HÂKİM ATANMASINDA ARANAN NİTELİKLER

A. HÂKİMLERİN ATANMASI

İslam hukukunda hâkimlerin tayini usulünde birkaç sistem bulunmaktadır.⁶⁶¹

- **Hâkimlerin halk tarafından seçilmesi:** Bu tayin usulünün sakıncaları şudur. Halk hâkimlik yapmaya kimin ehil olup kimin olmadığını bilemeyebilir. Diğer sakınca ise hâkimlerin işsiz kalma korkusuyla halkın isteklerine göre adil olmayan bir şekilde hüküm verebilme ihtimalidir.
- **Yasama organının hâkimleri seçmesi:** Tayinleri yasama organının yapması yürütmenin baskısından kurtulunması sonucunu doğurmasına rağmen, yasamanın da siyasi davranıp adil olmama ve teknik olmama gibi bir dezavantajı bulunmaktadır.
- **Yürütme organının tayin miktarının birkaç mislini seçip yasama organının bunların içinden tayin yapması:** Bu sistemde de tayin yapılması sırasında yürütme ve yasama organının baskısından hâkimlerin etkilenebilmesi ihtimali bulunmaktadır.
- **Yürütme organının hâkimleri seçmesi:** Bu sistemde de hâkimler yürütme organının baskısı altında kalabileceklerdir.
- **Yargı organının hâkimleri seçmesi:** Devlet başkanı tarafından tasdik edilme ile beraber olduğunda hâkimlerin atanabilmesi için en uygun sistem bu olabilir.⁶⁶² İslam hukukunda esas olarak kullanılan yol ise hâkimlerin devlet

⁶⁶¹ FENDOĞLU, s. 238.

⁶⁶² FENDOĞLU, s.238.

başkanı veya devlet başkanının bu yetkisini devrettiği kişiler tarafından tayin edilmesidir.⁶⁶³

1. GENEL OLARAK HÂKİMLERİN ATANMASI

İslam'da hâkimin yaptığı yargılama faaliyeti çok önemli görüldüğünden hâkimin tayininde onun sahip olduğu bilgilerden ziyade karakter bütünlüğü ve ruh inceliğinin dikkate alınması gerekmektedir. Bu sebeple hâkimin tarafsızlığı, firasetinden daha önemlidir.⁶⁶⁴

Hâkimleri atama yetkisi, halkın yönetme yetkisini kendine verdiği devlet başkanına aittir.⁶⁶⁵ İslam devletinin ilk yıllarından itibaren Hz. Peygamber⁶⁶⁶, daha sonra ise halifeler hâkimleri atamışlardır. Kadılıkudatlık kurumunun ortaya çıkmasından sonra ise kadılıkudatlar, hâkimleri atamaya yetkili mercii olmuştur. Hâkim tayin etmek Müslüman bir devletin yapması gereken işlemlerinin en önemlisi ve en dikkat edilmesi gerekenidir; ayrıca farzdır. Bu yüzden Müslümanların hâkim tayin etmeleri gerekmektedir.⁶⁶⁷ Yargılama faaliyeti konusunda hâkimler, halifenin vekilleridir ve halife ile hâkim arasındaki ilişki vekâlet sözleşmesinin sonuçlarını doğurur. İslam hukukuna göre, hâkim atamasına yetkili olan kurum ve merciler dışında hiçbir kimse veya kurum hâkim ataması yapamaz.⁶⁶⁸ Eğer yapmışlarsa bu hâkimin vereceği hüküm geçersiz olur.

⁶⁶³ KÖSE, Saffet, İslam Hukukuna Giriş, İstanbul, Ekim, 2013, s. 230.

⁶⁶⁴ AVCI, "Osmanlı Hukukunda Hâkim", s. 99; HAMİDULLAH, İslam Peygamberi, No:1563, s. 776; FENDOĞLU, s. 241. Modern hukukumuza göre ise; Hâkimlerin atanmasında, atamada esas alınacak olan kriterler daha önceden açıklanmalı ve adaylara ilan edilmelidir. Aksi takdirde, hâkim olarak atanacak kişilerde aranan vasıflar önceden belirtilmeden yapılan atamalar bağımsız ve tarafsız bir atama olmaktan uzak olacaktır. Opinion No:1 (2001) of the Consultative Council of European Judges, md.31.

⁶⁶⁵ ATAR, İslam Yargılama Hukukunun Esasları, s. 86. Hâkimlerin atanması zamanın akışı içinde sırasıyla halife, halifenin bölgedeki temsilcisi olan vali ve kadılıkudat tarafından yapılmıştır. DEMOMBYNES, Maurice Gaudefroy, Müslim Institutions, London, 1968, s. 150.

⁶⁶⁶ Hz. Peygamber Ma'kil b. Yesar, Hz. Ali, Muaz b. Cebel gibi sahabi bizzat kendisi atamıştır. HAMİDULLAH, İslam Peygamberi, s. 768,774. Ülkemizde ise hâkimlerin atama, terfi ve cezalandırma işlemleri Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) tarafından yapılmaktadır. MADGWICK, Rodney, ORTON, Frank, RICHMOND, Paul, Türkiye Cumhuriyetinde Hâkim ve Avukatların Bağımsızlığı, İstanbul, 2001, s. 97.

⁶⁶⁷ Fetâvâyi Hindiyeye, VI, 223.

⁶⁶⁸ FENDOĞLU, s. 244.

Osmanlı devletinde ise aynı şekilde hâkim atamaya esas olarak yetkili olan merci devlet başkanı olan padişahdır.⁶⁶⁹ Padişah bu yetkisini bazı diğer memurlara devretmiştir. Bu yetkinin devredildiği memurluk ise İslam hukukundaki kadılık kadılık müessesesinin karşılığı olan kazaskerlik kurumu olmuştur.⁶⁷⁰ İlk kazasker ise Orhan Gazi tarafından İznik kadısı iken atanan Çandarlı Kara Halil olmuştur.⁶⁷¹ Fatih devrinde kazaskerlikler Anadolu ve Rumeli Kazaskerliği olmak üzere ikiye ayrılmış ve kadılıklar ise mevleviyet, sancak ve kaza kadılıkları şeklinde teşkilatlanmıştır.⁶⁷² Padişah, bizzat yargılama yetkisine sahip olmasına rağmen bu yetkisini atadığı hâkimlere devretmiştir. Fakat nadiren de olsa padişahın bu yargılama yetkisini bizzat kullandığı ve bazı konularda hüküm verdiğine de rastlanmaktadır.⁶⁷³ Padişahın şer’i meselelerde bizzat hüküm verdiğine ise pek rastlanmamıştır.⁶⁷⁴

Osmanlıda hâkimlerin tayini mutlaka padişah beratı ile olmak zorundadır.⁶⁷⁵ Hâkimlere verilen bu beratlar bağlı buldukları kazaskerlik dairesince deftere işlenmedikçe geçersiz olur. Yine beratı olmayan bir hâkimin tayin işlemi yok hükmündedir.⁶⁷⁶ Bir örnek verecek olursak 16. Asır sonunda Ankara kadılığı yapmakta olan İbadullah Şeyh 18 Safer 1010 (11 Ağustos 1601) tarihli beratla tayin

⁶⁶⁹ ÜNAL-ÖZKORKUT, , s. 231.

⁶⁷⁰ SCHACHT, Joseph, “Mahkama”, The Encyclopaedia of İslam, New Edition, Leiden-Brill, 1991, Vol, VI, s. 1. Bu belirtilen mercilerin haricinde diğer yönetici sınıf olan ehl-i örfün hâkim tayin etme yetkisi bulunmamaktadır. Fakat eyalet kadısının vefatı üzerine yeni kadı gelinceye kadar, gibi arızı durumlarda ehl-i örfün hâkim atama yetkilerinin bulunduğu, kanunnamelerde belirtilmiştir. “Osmanlı Kanunnameleri”, Milli Tettebular Mecmuası, Sy.3, s. 528, akt. DEMİR, Osmanlı Mahkemesi, s. 41.

⁶⁷¹ BERKİ, İslamda Kaza Hüküm ve Hâkimlik ve Tevabii, s. 64. Kendi bölgelerindeki hâkimlerin atanma, denetim ve azil gibi işlemleri kazaskerler tarafından yapılmaktaydı. Bu yetki daha sonra şeyhülislamılarına geçmiştir.

⁶⁷² AYDIN, Mehmet Akif, “Mahkeme”, DİA, C. 27, s. 342. Anadolu ve Rumeli Kazaskerliği bünyesinde tayin olunan bir hâkimin yükselmesi de ancak kendi Kazaskerliği içinde olabiliyordu. Hâkimlerin kazaskerlikler arası geçişleri yasaktı. KOÇİ BEY, s. 143; ANIL, s. 68. Fakat padişahın özel olarak vereceği izinle bir hâkimin Anadolu’daki Lâdik kazasından Rumeli’deki İzdin kazasına nakledildiğine rastlanmaktadır. İNALCIK, Halil, “Kazasker Ruznamçe Defterine Göre Kadılık”, Adalet Kitabı, editörler; Halil İnalçık, Bülent Arı, Selim Aslantaş, Ankara, Şubat 2012, s. 137.

⁶⁷³ HEYD, Studies in Old Ottoman Criminal Law, s. 227; GEDİKLİ, “Kaza”, DİA, C. XXV, s. 117.

⁶⁷⁴ FENDOĞLU, s. 119. Bu bakımdan Osmanlı Devleti’nde Padişahın şer’i hukuka ve bu hukukun uygulayıcısı olan kadılara saygı duyduğunu söyleyebiliriz.

⁶⁷⁵ CİN-AKYILMAZ, s. 145.

⁶⁷⁶ Kazaskerlik defterlerine ruzname adı verilmektedir. ORTAYLI, “Kadı”, DİA, C. XXIV, s. 70.

edilmiş, bu beratın kaydına ruznamede rastlanılmamış ve bu berat iptal edilmiştir. Daha sonra ise 1605 senesinde tekrar kaydı yapılarak yeni bir kadı beratı verilerek tayin işlemi yapılmıştır.⁶⁷⁷ Hâkim atanması padişahın yönetim gücünün bir göstergesidir. Fethedilen bölgelere ilk olarak hâkim tayin edilmesi de devletin hâkimiyetinin o bölgelere ulaşması bakımından önemlidir.⁶⁷⁸ Bu şekilde Osmanlıda ilk olarak atanan hâkim ise Osman Gazi tarafından fethedilen Karacahisar'a atanan Dursun Fakih'tir.⁶⁷⁹

Hâkim tayini genel olarak Osmanlıda şu şekilde oluyordu: Medresenin yüksek derecesinden mezun olmuş ve dolayısıyla mülazımlık hakkını kazanmış bulunanlar ruzname adı verilen kazasker defterlerine adlarını yazdırırlardı.⁶⁸⁰ Bu süre boyunca mülazemette sıra beklemeyen adaylar sıra gelmesi durumunda ehliyetli bir şekilde hâkimlik yapabilmeleri için mevleviyet payeli kadılar yanında beşer kişilik gruplar şeklinde staja gönderilirdi.⁶⁸¹ Bu süre genelde üç-beş yıl arasında değişmekteydi. Eyaletlerdeki bu büyük kadıların yanında stajlarını tamamlayan adaylar, daha sonra İstanbul'a gelir ve bir yıl süre ile bağlı buldukları kazasker divanında piştikten sonra küçük kazalara atanırlardı.⁶⁸²

Bir müddet medresede müderrislik yaptıktan sonra kadılık yapmak isteyenler ise, müderrisliklerinin derecesine göre kaza, sancak veya eyalet kadısı olarak atanırlardı.⁶⁸³ Günlük geliri 150 akçeye kadar olan kadılıklara atamayı, bağlı oldukları bölgelerdeki kazaskerler yapardı, günlük geliri 150 akçeyi geçen ve mevleviyet denilen kadılıklara hâkim tayinini ise sadrazam yapardı. İki durumda da

⁶⁷⁷ ERGENÇ, Özer, 1580-1596 Yılları Arasında Ankara ve Konya, AÜDTCF Doktora Tezi, 1973, s. 303, akt. ORTAYLI, Osmanlı Devletinde Kadı, s. 13.

⁶⁷⁸ REYHAN, Cenk, "Osmanlı Devleti'nde Siyasal İktidar ve İlmiye Sınıfı", Amme İdaresi Dergisi, C. 32, Sy. 3, Eylül, 1999, s. 80; FENDOĞLU, s. 121.

⁶⁷⁹ FENDOĞLU, s. 120. Bu tayin 1300 yılında fethedilen Karacahisar'a, hâkimiyet göstergesi olarak yapılmıştır. "Hemandem kadılığı ve hitabetini Tursun Fakı azize vardı..", Aşıkpaşazade Tarihi, Osmanlı Tarihi 1285-1502, Haz. Necdet Öztürk, Bilge Kültür Sanat, İstanbul, 2013, s. 29.

⁶⁸⁰ Osmanlı devletinde hâkim olabilmek için medrese tahsili zorunluydu. Tahsili olmayan bir kimse sadrazam bile olabilmesine rağmen en küçük kazaya bile hâkim olamazdı. FENDOĞLU, s. 128.

⁶⁸¹ CİN, Halil, AKYILMAZ, Gül, Türk Hukuk Tarihi, Konya, 2009, s. 145.

⁶⁸² KOÇİ BEY, s. 143.

⁶⁸³ UZUNÇARŞILI, İlmiye Teşkilatı, s. 87.

yapılan tayinler padişah onayından geçtikten sonra geçerlilik kazanırdı.⁶⁸⁴ XVI. yüzyıldan sonra ise mevleviyet adı verilen büyük kadılıklara tayini şeyhülislam yapıyor, bu atamalar sadrazam üzerinden padişah onayına sunuluyordu. Daha düşük seviyedeki kadılıklara ise tayin yine kazaskerler tarafından yapılmaya devam etmiş, bu tayin şeyhülislam üzerinden padişah onayına sunulmaya başlamıştır.⁶⁸⁵

“Bir belde kadısı Zeyd fevt oldukda ol beldede voyvoda olan Amr, kadı nasbına me’zun değilken Bekir’i kadı nasbitdikden sonra Beşir, Halid’den bir hususu dava murad itdikde Bekir, Halid’i cebren ihzar ve davay-ı mezbureyi istima’ idüb husus-ı mezburi Beşir’e hükmeylese hükmü nafiz olur mu? El-cevab: Olmaz.”⁶⁸⁶

Bir bölgede devlet başkanı hâkim atamamışsa yöre halkı hâkim atayabilir. Daha sonra bu bölgeye devlet başkanı bir hâkim atarsa, halkın atadığı hâkimin görevi sona erer; ancak halkın atadığı hâkimin devlet başkanı tarafından atanan hâkim göreve başlayıncaya kadar verdiği hükümler geçerlidir.⁶⁸⁷ Yeni atanan hâkim bu hükümleri geçersiz sayamaz. Halifenin atadığı hâkim varken, halk başka bir hâkim atayamaz, halifenin atadığı hâkim esastır. Devlet başkanı, hâkimi atarken hangi bölgeye atadığını söylemezse, bu şahıs kendi bulunduğu bölgeye değil, kabul edilen görüşe göre devlet başkanının idare ettiği bütün bölgelerde hüküm verebilir, ayrıca devlet başkanı hâkim atarken kimi atadığı belli olmazsa bu tayin işlemi geçersiz olur.⁶⁸⁸

Hz. Peygamber’in değişik yörelere kadı ataması yapıldığı bilinmektedir. Devletin sınırlarının genişlemesiyle beraber sistemli olarak kadı ataması yapılması ilk defa

⁶⁸⁴ FENDOĞLU, s. 122.

⁶⁸⁵ AYDIN, “Mahkeme”, DİA, C. XXVII, s. 342; UZUNÇARŞILI, İlmiye Teşkilatı, s. 87; ANIL, s. 70. Bu bakımdan Osmanlıda Fatih devrine kadar hâkim tayinini özetleyecek olursak: ilmiye üyesinin arzuhali, kazaskerin teklifi, Divan-ı Hümayun’un tasvip etmesi, Sadrazamın telhis ile padişaha sunması, padişahı hatt-ı hümayunu ve evrakın kazaskerlik divanına işlenmesi usulünün izlenilmesi yoluyla olmaktadır. FENDOĞLU, s. 244.

⁶⁸⁶ Fetava-yı Ali Efendi, Cild-i Evvel, s. 566.

⁶⁸⁷ MAVERDÎ, Ahkamu’s Sultaniyye, s. 84.

⁶⁸⁸ Fetâvâyi Hindîyye, VI, 241-242.

Hız. Ömer devrindedir. Bu dönemde Ebu'd-Derda Medine'ye, Kadı Şureyh Basra'ya, Ebu Musa el-Eşari ise Kufe'ye kadı olarak atanmıştır.⁶⁸⁹

Serahsi, Muaz hadisini örnek göstererek bir kimsenin hâkimliğe atanmadan önce bir sınava tabi tutulması gerektiğini öne sürmüştür.⁶⁹⁰ Hâkim atamaya esas olarak yetkili olan mercii devlet başkanı olduğu halde, eğer devlet başkanı bir bölgeye atadığı valiye o bölgede hâkim atama yetkisi verirse bu durumda o bölgenin valisi de kendi bölgesiyle sınırlı olmak üzere hâkim ataması yapabilir.⁶⁹¹ Bu durum sadece devlet başkanı tarafından valiye böyle bir yetki verilmiş olması halinde söz konusu olur.⁶⁹² Hız. Ömer'in halifeliği sırasında Mısır'a vali olarak gönderilen Amr b. As'a halife tarafından Mısır'a hâkim atama yetkisi verilmişti. Bu devirde başlayan valilerin bölgedeki hâkimleri tayin etme uygulaması, Mısır'da Abbasiler devrine kadar devam etmiştir.⁶⁹³

Hız. Ömer kadı tayin etme yetkisi verdiği Ebu Musa el-Eşari'ye kadı atarken dikkat etmesi gereken hususları şöyle belirtmiştir: *“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.”*⁶⁹⁴

Hâkim tayini hem sözlü hem de yazılı şekilde olabilir.⁶⁹⁵ Tayin durumunda hâkimin hangi davalara bakacağı, muhakeme faaliyetinde hangi usulü benimseyeceği ve hangi bölge ile sınırlı olmak üzere yetkili olacağı belirtilmelidir. İslam devletinin ilk dönemlerinden itibaren hâkimlerin, bu sınırlarını belirten ve yargılama usulünde uyması gereken kuralları anlatan bir mektupla beraber görevlendirildikleri

⁶⁸⁹ İBN HALDUN, I, 308, akt. BARUT, s. 61.

⁶⁹⁰ SERAHSİ, C. XVI, 70.

⁶⁹¹ ÇELİKER, s. 241.

⁶⁹² Fetâvâyi Hindiyeye, VI, 243-244. Emeviler devrinde (Halife Ömer b. Abdülaziz dönemi hariç) hâkimleri atama ve azil yetkisi bölgelerindeki valilerin salahiyetindeydi. FENDOĞLU, s. 243.

⁶⁹³ ATAR, İslam Adliye, s. 107-108. Daha önce de bahsettiğimiz üzere Abbasiler devrinde hâkim atamaları merkezdeki kadılıkudat tarafından yapılmaya başlanmıştır. BERKİ, Hukuk Tarihinden İslam Hukuku-I, s. 37.

⁶⁹⁴ BARUT, s. 62.

⁶⁹⁵ EL-FERRÂ, Ebû Ya'lâ Muhammed b Hüseyin, el-Ahkâmu's-Sultaniyye, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut 1983, s. 64, akt. BARUT, s.62.

görülmektedir.⁶⁹⁶ Sözlü tayin değişik beyanlarla olabilir bunlar; “seni tayin ettim”, “seni işbaşına getirdim”, “seni naib veya halef tayin ettim” şeklinde olabilir.

Bunun dışında kesin anlam içermeyen kinayeli sözlerle de hâkim tayini olabilir; ancak burada hâkimliğe atanmaya ilişkin kuvvetli karine olması gerekir.⁶⁹⁷ Mesela “sana güvendiğim hususlarda hüküm ver.” cümlesi hâkimliğe tayin anlamındadır. “Bazı hususlarda sana güvendim” sözü ise hâkimliğe tayin anlamına gelmez.⁶⁹⁸ Hâkimliğe tayin işlemi tayin yapmaya yetkili merciin icabı ve hâkim tayin edilen şahsın da kabulü ile gerçekleşir.⁶⁹⁹ İcab sözlü olursa hâkimin bu icabı kabul veya reddetmesi hemen olmalıdır. Belirli bir süre istenirse bu sürenin sonunda tayin edilmek istenen kişinin cevabı vermesi gerekmektedir. Yazı ile yapılan icapta ise yazının hâkime ulaşması, hâkimin düşünmesi ve cevabın ulaşması için uygun bir süre beklenir. Bu süre içinde cevap gelmezse tayin işlemi gerçekleşmez.⁷⁰⁰

Bir bölgenin hâkimi kendi yerine bir süreliğine hâkim atamaya yetkili merciin izniyle bir hâkim görevlendirirse, bu sonradan görevlendirilen kişi normal olarak atanmış bir hâkim gibidir ve ilk hâkim bu kişiyi yetkili merciin izni olmaksızın azledemez.⁷⁰¹

Hâkim’e kendisi yerine farklı bir kişiyi hâkim olarak tayin etme yetkisi verilmemişse; fakat buna rağmen hâkim yine de birisini tayin etmişse ve bu tayin edilen kişi hâkimin yanında bir uyuşmazlık hakkında hüküm verirse bu hüküm geçerli olur. Yine hâkim yanında olmamasına rağmen bu kişinin verdiği hüküm hâkime gönderilirse ve hâkim de bu hükmü onaylarsa verilmiş olan bu hüküm geçerli olur. Fetavâyî Kadıhan’da da bu şekilde belirtilmiştir.⁷⁰² Yani hâkim kendisi yetkili

⁶⁹⁶ ATAR, “Kadı”, DİA, C. XXIV, s. 68. Bu mektup veya belgelere ahd, menşur veya risale adı verilmektedir. Ayrıca bu mektuplar hâkimlerin atandıkları bölgenin halkına da açık bir meydanda düzenlenen törenle okunurdu.

⁶⁹⁷ MAVERDÎ, Edebü’l Kadı, I, 178-179, akt. BARUT, s. 62

⁶⁹⁸ MAVERDÎ, Ahkamu’s Sultaniyye, s.78.

⁶⁹⁹ ÇELİKER, s. 246.

⁷⁰⁰ MAVERDÎ, Ahkamu’s Sultaniyye, s.78.

⁷⁰¹ Fetâvâyî Hindiyeye, VI, 243.

⁷⁰² Fetâvâyî Hindiyeye, VI, 243.

ve görevli olduğu bir davada başka bir kişi hüküm verirse ve hâkim de bu hükmü onaylarsa bu hüküm geçerli olur, aksi halde olmaz.

Maverdi hâkimliğe tayin işleminin gerçekleşmesi için dört şart öngörmektedir:

1- Tayin eden tayin edeceği şahsı tanınmalıdır. 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 özelliklerini 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, yönetici olarak mı? Eğer teklif açık değilse tayin geçersiz olur.

4- Tayin olunanın tayin olduğu yeri bilmesi, tayin işleminde, yerin de belirtilmesi gerekir.⁷⁰³ Bilinmiyorsa tayin geçerli olmaz.⁷⁰⁴ Modern hukuktaki hâkim tayini bakımından ise olması gerekenler uluslararası belgelerde düzenlenmiştir.⁷⁰⁵

2. HÂKİMİN ŞARTA BAĞLI OLARAK ATANMASI

Hâkimin şarta bağlı olarak tayini caizdir. Bu bakımdan atanırken kendisine emredilen şartlara uymayan hâkimin verdiği hüküm geçersiz olur.⁷⁰⁶ Bu bakımdan en sahih görüşlere göre hüküm vermesi hususu, beratında belirtilmiş olan hâkimin zayıf

⁷⁰³ ÇELİKER, s. 247; FENDOĞLU, s. 243-244.

⁷⁰⁴ MAVERDİ, Ahkamu's Sultaniyye, s. 78.

⁷⁰⁵ Bu konuda modern hukukta da düzenlemeler bulunmaktadır: Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tavsiye kararına göre, hâkimlerin seçilmesi ve tayini hususlarında karar vermeye yetkili olan mercii yasama ve yürütme organlarından tamamen bağımsız bir şekilde karar verebilmelidir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi R(94) 12 Tavsiye Kararı, İlke I, 1.c.i,ii,iii. Bu bahsedilen merciiye üye seçimi yargı organları aracılığıyla yapılmalı ve bu merciiin bahsedilen atama ve seçme işlemlerini yaparken uyacağı kurallar ve usuller bu merciiin kendisi tarafından konulmalıdır. Tavsiye kararında eğer hâkimlerin atanması için kanun veya daha üst normlar tarafından, belirtildiği gibi bir yargı mercii değil de yasama veya yürütmeden bir organ belirlenmişse atamada gerekli hassasiyetlerin gözetilmesi, bağımsız, tarafsız ve seçilemeyen kişilerinde gerekli itirazları yapabilecekleri şekilde atamaların yapılması gerektiği hususları belirtilmektedir. Bu şart Hâkimlerin Statüsüne İlişkin Avrupa Şartında “ *en azından yarısı hâkimler tarafında yargının en geniş şekilde katılımını sağlayacak şekilde seçilmiş olan hâkimlerden oluşan ve yürütmeye ve yasamaya karşı bağımsız olan bir makam..*” şeklinde belirtilmiştir. Hâkimlerin Statüsüne İlişkin Avrupa Şartı, md.1.3, md.3.1.

⁷⁰⁶ Bu husus Hanefi mezhebinin görüşüdür. ÇELİKER, s. 252-253.

olan görüşlere göre hüküm vermesinin caiz olmadığı Ebussuud Efendi tarafından belirtilmiştir.

“Mesele: ‘Esahh-ı akval ile amel eyleyesin’ deyu beratında mukayyed olan kadı kavlı-i za’if ile amel eylese hükmü şer’an nafiz olur mu? El-Cevab: Gayet za’if olicak olmaz.”⁷⁰⁷

Maverdi’ye göre Şafii veya Hanefi bir hâkime atanırken, sadece bu iki mezhepten birisiyle hükmetmesi konusunda şart koşulursa bu konuda iki görüş mevcuttur:

Birinci görüşe göre; “Seni tayin ettim, ancak şu mezhebe göre hükmet” denirse burada şart geçersiz, tayin geçerlidir. Hâkim kendi içtihadına göre hüküm verir. “Şu mezhebe göre karar vermek üzere seni hâkim tayin ettim derse bu durumda tayin işlemi de geçersiz olan şarta bağlı olduğundan tayin işlemi de geçersiz olur. Iraklı hukukçular tayinin geçerli şartın geçersiz olduğu görüşündedirler. Şirazi’ye göre ise şart geçersiz, tayin de fasittir.⁷⁰⁸ İkinci görüşe göre; eğer şart koşulan mevzuu İslam hukukuna göre kesin olarak yasak olan bir şeyse bu durumda şart da tayin de geçersizdir.⁷⁰⁹ Hanefilere göre ise bu şekilde belirli bir mezhebe göre hüküm vermek üzere hâkim atanması caizdir. Nitekim Osmanlı devletinde de hâkim tayini genelde Hanefi fihına göre hüküm verme şartıyla yapılmaktaydı.⁷¹⁰

Fetâvâyi Hindiyeye’ye göre devlet başkanı hâkimi atarken hem hâkimlik hem de idarecilik şartı koşması durumunda; örneğin, “sen şu bölgeye gidersen oranın hâkimisin, fakat farklı olarak şu bölgeye gidersen oranın da valisisin” veya “seni bu ay için hâkim olarak tayin ettim; fakat sonraki ay ise valisin” derse bu sözlerle hâkim tayini icma ile caizdir.⁷¹¹ Yine bir kimse hâkim tayin edildikten sonra belli kişilerin davalarına bakması yasaklanırsa, hâkim bu kişilerin davalarına bakamaz.

⁷⁰⁷ EBUSSUUD EFENDİ, Maruzat, Hazırlayan: Pehlül Düzenli, Klasik yayınları, İstanbul, 2013, s. 247.

⁷⁰⁸ ÇELİKER, s. 252.

⁷⁰⁹ MAVERDİ, Ahkamu’s-Sultaniyye, s. 77.

⁷¹⁰ ASLAN, Yargılama Etiği, s. 60.

⁷¹¹ Fetâvâyi Hindiyeye, VI, 240.

Osmanlıda devletin başı olan padişahlar Hanefi mezhebine bağlı oldukları için genel olarak hâkim atamasında Hanefi mezhebinde olan hâkimler atanmıştır. Bu kural devletin ilk dönemlerinde benimsenmemiş olmasına rağmen Kanuni devrinde kanunlaşmıştır.⁷¹² Fakat bu kuralın istisnaları da bulunmaktaydı.⁷¹³ Bu istisnalar şu şekildeydi. Mekke’de dört mezhepten, Diyarbakır’da ise Şafii hâkim bulunmaktaydı.⁷¹⁴ Bu bakımdan Osmanlı’nın tamamen Hanefi mezhebinden hâkimler atadığı bilgisi yanlıştır. Bu istisnai yerlerde halkın ihtiyaçları doğrultusunda diğer mezheplerden de hâkimler atanmaktaydı.⁷¹⁵ Bursa sicillerine göre burada Şafii mezhebine göre hüküm verildiğine de rastlanmaktadır.⁷¹⁶ Bu gibi istisnaların dışında ise normal zamanda ve tarafların da başka mezhebe göre hüküm verilmesini istemediği halde, Hanefi mezhebinden atanmış olan kadıların başka mezhebin görüşüne göre hüküm vermesi durumunda bu hüküm geçerli değildir.⁷¹⁷

3. GENEL VE ÖZEL YETKİLİ HÂKİM OLARAK ATANMA

a) Genel Yetkili Hâkimler

Eğer bir hâkime, atanırken ülkenin her yerinde ve kendisine gelen her türlü davaya bakma yetkisi verilirse bu hâkim genel yetkili hâkim olur.⁷¹⁸ Bölge ve konu gibi sebeplerle sınırlandırılmamış olan bu hâkime genel yetkili hâkim denir.⁷¹⁹ Bir

⁷¹² İNALCIK, “Mahkama”, EI, s. 3. Bu kurala göre Osmanlı hâkimiyetindeki topraklarda bulunan mahkemeler Hanefi mezhebinin esaslarına göre yönetilecekti.

⁷¹³ ANIL, s. 50. İlke olarak bir devletin başkanı olan halife, sultan, padişah vb. hangi mezhebe bağlı ise atadığı hâkimler de aynı mezhepten olmak zorundaydı.

⁷¹⁴ AYDIN, *Osmanlı Devletinde Hukuk ve Adalet*, İstanbul, 2014, s. 409.

⁷¹⁵ FENDOĞLU, s. 113.

⁷¹⁶ İNALCIK, Halil, “Mahkeme”, İslam Ansiklopedisi, C. VIII, s. 150, akt. ORTAYLI, *Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devletinde Kadı*, s. 54. Genel olarak Osmanlıda eğer davacı davasının istediği başka bir mezhebe göre görülmesini istiyorum derse davalının da kabulüyle istediği mezhebe göre hüküm verilir.

⁷¹⁷ ÇAĞATAY, Neşet, “İslam Hukukunun Anahatları ve Osmanlıların Bunun Bazı Kurallarını Değişik Uygulamaları”, *Bellekten*, C. LI, Sy. 200, Ağustos, 1987, s.629.

⁷¹⁸ ÇELİKER, s. 195.

⁷¹⁹ ÇELİKER, s. 195.

yere genel yetkili olarak atanmış hâkimlerin yapması gereken görevleri Maverdi on madde halinde saymıştır.⁷²⁰ Bunlar:

- *“İhtilafları çözmek. Ya sulh yolu, anlaşma ile yahut verdiği kararı tatbik suretiyle.*

Serahsi de, Hz. Peygamber’in “ Anlaşmazlıkları barışa yöneltin. Çünkü aralarında yargılama yapmak, onlara kini miras bırakır.” sözünü naklederek tarafların önce sulha yönlendirilmesi gerektiği görüşündedir.⁷²¹ Sulh yapılırken haramın helal, helalin de haram yapılmamasına özen gösterilmelidir.

- *İhlal edilen hakları haksızdan alıp hak sahibine vermek. Bu da delillerle veya ikrarla olur. Burada hâkimin bilgisiyle hüküm verip vermeyeceği hususunda ihtilaf vardır. İmam Şafii ve İmam Malik’e göre hükmedebilir. Diğer bir görüşe göre hüküm veremez. Ebu Hanife’ye göre hâkim olduktan sonra hadise hakkında bilgisi olması gerekir. Hadise hakkındaki bilgisi hâkim olmadan önceye dayanıyorsa hükmedemez.*
- *Delilik veya küçüklük gibi, hukuki işleri yapmaya engel durumları olanlara veli tayin etme, sefih ve iflas etmiş olanların mallarını, haklarını korumak, yaptıkları anlaşmaları düzeltmek için hacr altına almak.*
- *Vakıflara bakmak, aslını korumak, fûruunu geliştirmek, vakfi almak, vakfin gayesine uygun olarak sarf etmek. Özel yetkili hâkimler de bu konuda hüküm verebilir.⁷²²*
- *Vasiyetleri yerine getirmek, vasiyet edenin şartlarına (şer’i hükümlere uygunsu) uymak. Muayyen şahıslara verilecekse onlara vasiyet konusu şeyi vermek. Şahıs belirtilmemişse, şartları da yoksa hâkim durumu re’sen takdirle vasiyeti yerine getirir.*

⁷²⁰ MAVERDÎ, Ahkamu’s-Sultaniyye, s. 77.

⁷²¹ SERAHSÎ, C. XVI, 66.

⁷²² ASLAN, Yargılama Etiği, s. 60.

- *Yetim ve kimsesiz olanları denklere ile evlendirmek. Ebu Hanife bu yetkiyi hâkime tanımaz. “Nikâh akdinde özel velayet aranır.” der.*
- *Suçlulara cezalar vermek, Allah’ın hakkını ihlal sonucu verilen bir ceza ise hâkim tek taraflı olarak (re’sen) işi ele alır. Suçlunun ikrarıyla veya delillerle cezayı verir, yerine getirir. İnsanların haklarını ihlal ise, davacının şikâyeti üzerine işi ele alır, ceza verir. Ebu Hanife, her iki türlü cezayı hâkim davacının şikâyeti üzerine verir, der.*
- *Hasımsız, nizasız da olsa; iyi olan işleri kontrol, yollara tecavüzleri, yollardaki fenalıkları men etmek, haksızları çıkarmak, tespit etmek; Ebu Hanife’ye göre hâkim hasımsız olarak bu işlere bakamaz. Hâlbuki bunlar Allah’ın haklarıdır. Her zaman hasım aranmaz.*
- *Şahitlerden ve emniyet kuvvetlerinden yüz çevirmek, dostlarından naib tayin etmemek. Bununla beraber onların desteğinden mahrum kalmamak; Bazı suçların ortaya çıkmasında şahitlerden ve emniyet güçlerinden yardım sağlamak gerekir⁷²³.*
- *Kuvvetli ile zayıf, üstün olanla aşağı olan arasında eşit ve adaletli hareketle hükmetmek. Birtakım hislerle taraf tutmamak, arzusuna uymamak.”⁷²⁴*

Genel yetkili hâkim haraç vergisi toplayamaz, bu görev haraç memuruna aittir. Ayrıca eğer kendi bölgesinde zekât memuru varsa zekât da toplayamaz; yoksa toplayabilir ve gerekli yerlere harcayabilir. Bazı müellifler ise zekât toplamanın halkın malını ilgilendiren bir iş olması sebebiyle o bölgede bir zekât memuru bulunmasa bile hâkimin zekât toplayamayacağı, bu işin idarecilerin yetkisinde olduğu kanaatindedirler.⁷²⁵

⁷²³ Bu hususta Amravi, hâkimin şahit ve bilirkişilerin güvenilir olup olmadıklarını araştırıp, önceki hâkimlerin azlettiği şahit ve bilirkişileri kontrol edip, kendi azlettiklerini de bir deftere kaydetmesi gerektiğinden bahsetmiştir. AMRAVÎ, s. 29.

⁷²⁴ MAVERDÎ, Ahkamu’s-Sultaniyye, s. 79-80.

⁷²⁵ MAVERDÎ, Ahkamu’s-Sultaniyye, s. 81.

b) Sınırlı Yetkili Hâkimler

i. Genel Olarak Sınırlı Yetkilendirme

Hâkimin yetkisi zaman, mekân, davanın tarafları ve dava konularına göre sınırlandırılabilir. İslam hukukuna göre bu şekilde yapılan sınırlamalar caizdir.⁷²⁶ Sınırlı hâkimlik yer itibariyle sınırlılık şeklinde meydana gelebilir. Bu durumda, hâkim atandığı bölge, mahalle veya ilçe ile sınırlı olarak o bölgede bulunan kişilerin bütün davalarına bakabilir. Eğer hâkime atandığı bölgede süreli izinle oturan kişilerin davalarına bakması yasaklanmışsa o kişilerin davalarına bakamaz.⁷²⁷ Bilmen'e göre de hâkimin yetkilerinin zaman, mekân ve bazı istisnai hususlar ile sınırlandırılması caizdir.⁷²⁸ İslam devletinin ilk dönemlerinde hâkimler, genel anlamda her türlü davalara bakma yetkisine haizdi. Hz. Ömer devrinde, maddi değeri az olan ve basit nitelikte olan davalar halife tarafından sahabeden Yezid b. Uhtunnemir'e, karmaşık davalar ise Hz. Ali'ye gönderilirdi. Emeviler döneminde ise kadı'l-mescid isimli hâkimler dava konusu 20 dinarı geçmeyen davalara bakmak üzere atanırlardı.⁷²⁹

Yer itibariyle yetkileri belirli bir bölgeyle sınırlandırılmış olan hâkimin o bölgeden başka bir yerde vereceği kararlar geçersizdir.⁷³⁰ Bu husus Ebussuud Efendi'nin fetvalarında da belirtilmiştir.

“Mes’ele: Emirle ahar kazadaki hususa müfettiş olan kâdî, emirde mestur olandan gayri kaziyeyi istimâ' ve hükm eylese nafiz olur mu? El-cevab: Olmaz.”⁷³¹

Hâkim, yalnız camii, mescid veya kendi evinde duruşma yapması yönünden sınırlandırılmışsa, bu mekânlardan başka yerlerde yargılama yapamaz, hüküm veremez.⁷³² Ebu Abdullahi'z-Zübeyri zamanında yalnız Cuma mescitlerinde

⁷²⁶ ÇELİKER, s. 202.

⁷²⁷ BARUT, s. 70.

⁷²⁸ BİLMEN, C. VIII, s. 222..

⁷²⁹ ATAR, Fahrettin, “Mahkeme”, DİA, C. XXVII, s. 339.

⁷³⁰ BERKİ, İslamda Kaza Hüküm ve Hâkimlik ve Tevabii, s. 15. Bkz. Yetkinin Yer ve Konu İtibariyle Sınırlandırılması isimli başlık.

⁷³¹ DÜZDAĞ, s. 133.

⁷³² MAVERDİ, Edebü'l Kadı, I, 155, akt. BARUT, s. 70.

yargılama yapan ve dava konusu belli bir miktarı aşmayan davalarda hüküm verebilen hâkimler bulunduğu aktarılmıştır.⁷³³

ii. Yetkinin Zaman İtibariyle Sınırlandırılması

Zaman itibariyle sınırlandırma hâkimin belli bir süreyle bir yere atanması şeklinde de tezahür edebilir. Bu süre bittikten sonra hâkimin yetkisi de sona erer.⁷³⁴ Fetâvâyi Hindiyye'ye göre devlet başkanı bir kişiyi sadece bir gün için hâkim tayin edebilir. Hâkimin görevini zaman ve mekânla da sınırlayabilir.⁷³⁵ Asıl olarak hâkimler haftanın istedikleri günü yargılama yapabilirler; ancak hâkim atanırken sadece haftanın belirli günlerinde yargılama yapmak üzere görevlendirilmişse bu günler dışında yargılama yapamaz, hüküm veremez.⁷³⁶ Ebu Hanife'ye göre de eğer hâkim, belirli bir zaman ve yerle sınırlı olarak atanmışsa ve bu sınırların dışında olarak hüküm verirse hükmü geçersiz, İmameyn'e göre ise had dışında verdiği hükümler geçerlidir.⁷³⁷

“Bir kaza Zeyd'e mu'tad üzere altı ay tevkıyyet ile tevcih olunduktan sonra Zeyd, altı ay tamam olmadan Amr'ın ol kaza ahalisinden Bekir ile bir hususa müteallik davasını mücerred “muvakkaten kadıyım” deyu Bekir'in rızasız istima idüb husus-i mezburi Amr'a hükmeylese hükmi nafız olur mu? El-cevab: Olmaz.”⁷³⁸

iii. Yetkinin Yer ve Konu İtibariyle Sınırlandırılması

Daha önce de bahsettiğimiz üzere, yer itibariyle belirli bir bölgeyle sınırlandırılmış olan hâkimin yetkisi sadece o atandığı bölgedeki davalarla kısıtlandırılmıştır.⁷³⁹ Hâkim, atandığı bölgenin her yerindeki davalara bakabilir;

⁷³³ MAVERDÎ, Ahkamu's Sultaniyye, s.81.

⁷³⁴ BERKİ, İslamda Kaza Hüküm ve Hâkimlik ve Tevabii, s. 15. Ebu Hanife kişiyi ilim öğrenmekten alıkoyacağı düşüncesiyle hâkimlerin bir yılı aşmamak üzere tayin edilmesi düşüncesinde olduğu rivayeti için Bkz. ATAR, İslam Yargılama Hukukunun Esasları, s. 86.

⁷³⁵ Fetâvâyi Hindiyye, VI, 240.

⁷³⁶ MAVERDÎ, Ahkamu's Sultaniyye, s.82.

⁷³⁷ AVCI, Türk Hukuk Tarihi, s. 140.

⁷³⁸ Fetava-yı Ali Efendi, Cild-i Evvel, s. 565.

⁷³⁹ Bu husus hem İslam devletlerinde hem de Osmanlı devletinde benimsenmiştir. NEBHAN, s. 578; AKDAĞ, İktisadi ve İçtimai Tarih, s. 290.

fakat başka bir bölgede davaya bakamaz.⁷⁴⁰ Bu husus fetva kitaplarında da belirtilmiştir:

“Bir belde kadısı Zeyd, kaza-i mezburun tevabii’nden olmayan bir kasabaya varub mevla tayin olunmuş değil iken kasaba-i mezbur ahalisinden Amr’ın Bekir ile bir hususa müteallik davasını Bekir’in rızasız istima’ ve huşu-i mezburi Amr’a hükmeylese hükmü nafiz olur mu? El-cevab: Olmaz.”⁷⁴¹

Fakat bir hâkim, padişahın özel olarak görevlendirmesiyle başka hâkimlerin görev bölgesindeki davaya bakabilir. Bu durum padişahın özel bir fermanıyla olmak şartıyla geçerli olur.

Aynı şekilde bir davada yetkili olan hâkim de davanın taraflarının bulunduğu yerin hâkimidir. Eğer davanın tarafları davalarını yetkili olan bölge hâkimi dışında başka bir bölgenin hâkimine götürürlerse bu hâkimin vereceği hüküm geçerli olmaz.⁷⁴²

“Zeyd’in bir belde ahalisinden Amr ile bir hususa müteallik davası olmakla Zeyd, Amr’a ‘Belde-i mezbure kadısı huzurunda mürafaa olalım’ dedikde, Amr razı olmayub: ‘Belde-i uhra kadısı huzurunda mürafaa olurum demeğe kadir olur mu? El-Cevab: Olmaz.”⁷⁴³

Hâkimin atanırken yer itibarıyla sınırlandırılması tayinden önce yapılabildiği gibi tayinden sonra yapılabilir.⁷⁴⁴

İslam devletinin ilk dönemlerinde hâkimlerin yetkisini konu itibarıyla sınırlandırmak gibi bir uygulamaya gidilmemiştir.⁷⁴⁵ Bu sınırlandırma daha sonraki dönemlerde hukukun ve devletin sınırlarının genişlemesi ile ortaya çıkmıştır. Konu itibarıyla sınırlandırılma yapılabilir. Bir hâkim bir bölgedeki sadece ceza, sadece hukuk veya sadece miras davalarına bakmak üzere görevlendirilebilir. Konu

⁷⁴⁰ Hâkim, atandığı bölgenin tümünde görev yetkisine haizdir. HALLAF, s. 64; BİLMEN, C. VIII, s. 222

⁷⁴¹ Fetava-yı Ali Efendi, Cild-i Evvel, s. 565.

⁷⁴² BİLMEN, C. VIII, s. 222; BAYINDIR, s. 97; ÇELİKER, s. 205.

⁷⁴³ Fetava-yı Ali Efendi, Cild-i Evvel, s. 569.

⁷⁴⁴ NEBHAN, s. 581-582; ÇELİKER, s. 204.

⁷⁴⁵ HALLAF, s. 66.

itibariyle sınırlandırılma daha değişik varyasyonlarla da ortaya çıkabilir. Bu durumda hâkim kendi konusunun dışındaki davalara bakamaz.⁷⁴⁶ Bu durum genelde bir hâkimin belirli bir davaya bakması şeklinde ortaya çıkmıştır.⁷⁴⁷ Osmanlıda ise cizye, öşür ve madenler gibi bazı özel alanlarla ilgili davalar sadece kazasker tarafından görülebilirdi.⁷⁴⁸

Sonuç olarak hâkimi atamaya yetkili olan merci, bu yetkisini yargılama yetkisini esas olarak temsil eden devlet başkanından aldığı için; bu merci hâkimi istediği görevle, konuyla, mekânla veya bölgeyle sınırlayabilir. Bu sınırlandırmaya binaen atanan hâkim, kendisine açıklanmış olan bu sınırlamalara uymak zorundadır. Hâkim bu sınırlamalara uyacak ve bu temelde yargılama yapıp hüküm verebilecektir.⁷⁴⁹

4. AYNI BÖLGEYE BİRDEN FAZLA HÂKİM ATANMASI

Maverdi aynı bölgeye birden fazla hâkim tayininin şu üç koşulda geçerli olabileceğini savunur. Birincisi, aynı bölgeye tayin edilen hâkimlere farklı iki bölgeye ayrılarak kendi bölgeleriyle sınırlı olmaları durumunda; İkincisi, tayin edilen hâkimlerin görev alanları belirlenir ve sadece kendi görev alanına giren davalara bakarlar. Örneğin birisine hukuk diğerine ceza uyuşmazlıkları verilebilir. Üçüncüsü ise, herhangi bir bölge veya görev sınırlaması yapılmaksızın hâkimlerin ikisi de birbirinden bağımsız olarak hüküm verebilirler. Bir kısım Şafiiler üçüncü tip tayinin hâkimler arasında anlaşmazlığa yol açabileceği düşüncesiyle geçerli olmadığını savunurlar. Bu sebeple anlaşmazlık ortaya çıkarsa ilk atananın tayin işleminin geçerli olduğunu söylerler. Şafiilerin büyük çoğunluğu ise üçüncü tip atamanın da geçerli

⁷⁴⁶ NEBHAN, s.580.

⁷⁴⁷ Bir hâkimin belirli bir davaya bakmak için görevlendirilmesine İslam devletinin ilk dönemlerinde bile oldukça sık rastlanmıştır. Bu hususta Hz. Peygamberin Huzeyfetü'l-Yemani'yi belirli bir dava için Yemen'e, Hz. Ali'yi ise başka bir uyuşmazlık için görevlendirmesi örnekleri verilebilir. ÇELİKER, s. 205.

⁷⁴⁸ "Mesele: kadıaskere müfevvez olan umuru toprak kadısı görüb hükmeylese caiz olur mu? El-cevap: Cebr ile olmaz. Amma terazi ile mürafaa edenler üzerine hükümleri nafizdir. Lakin feyyatda ref-i hilaf edemez. Hüküm-ü aher hilafına hüküm eylemek meşrudur." Ebussuud, Fetava, İsmihan Sultan, 223, v. 157b, akt. DEMİR, Ebussuud Efendi, s. 136.

⁷⁴⁹ ASLAN, Yargılama Etiği, s. 60.

olduğu görüşündedirler.⁷⁵⁰ İmam Malik'e göre ise bir şehire birden çok hâkim tayin edilemez.⁷⁵¹

Hanefiler ise bir bölgeye birden fazla hâkim tayininin geçerli ve caiz olduğunu savunurlar. Fakat bu durumda bu hâkimler, birlikte dava dinleyip, hüküm vermek üzere atanmışlarsa bu durumda hâkimlerden birisinin tek başına hüküm vermesi durumunda verilen bu hüküm geçerli olmaz.⁷⁵² Hâkim kendisinin yerine bir başka hâkim atayamaz; ancak kendisine bu yetki verilmişse bu işlemi yapabilir. Yine eğer kendisine bu yönde ayrıca bir yetki verilmemişse kendisinin yerine atadığı hâkimi görevden alamaz.⁷⁵³ Fetâvâyi Hindiyeye göre, ise devlet başkanı orada zaten bir hâkimin görev yaptığı bir bölgeye tekrar hâkim tayin ederse, önceki hâkim azledilmiş olmaz.⁷⁵⁴

5. HÂKİMLİĞE ATANMA İSTEĞİ

Kasani'ye göre hâkimlik görevine doğrudan talip olan birisinin hâkimliğe atanması ittifakla caizdir. Çünkü kişi görevi talep ettiğine göre bu konuda bilgilidir ve kendine güveni vardır. Fakat yine de hâkimlik görevini talep eden bir kişinin tayin edilmesi uygun değildir.⁷⁵⁵

Maverdi'ye göre içtihad edebilecek seviyede olmayan kişinin hâkimlik yapması caiz değildir dolayısıyla içtihad edebilecek seviyede olmayanların hâkimliğe tayin olma isteği de doğru değildir. İctihad edebilecek seviyede olmayan kişilerin hâkimliğe tayin olma isteği konusunda ise üç durum söz konusudur.

Bir konuda daha önce bilgisiz bir hâkim tarafından verilmiş veya adil olmayan bir hüküm bulunuyorsa hâkimliğe tayin olmak isteyen kişinin bu haksızlığı giderme amacı varsa bu istek caizdir. Davanın taraflarıyla alakası bulunan bir kişi bu davaya hâkim tayin olunmak istiyorsa bu durumda tayin olunma isteği dikkate

⁷⁵⁰ MAVERDİ, Edebü'l-Kâdî, I, 96, akt. BARUT, s. 64; MAVERDİ, Ahkamu's-Sultaniyye, s. 82.

⁷⁵¹ İBN RÜŞD, Bidayetü'l Müctehid, C. IV, s. 354.

⁷⁵² AVCI, Türk Hukuk Tarihi, s. 140.

⁷⁵³ MERĞİNANİ, el-Hidaye, C. III, 185; BARUT, s. 65.

⁷⁵⁴ Fetâvâyi Hindiyeye, VI, 244.

⁷⁵⁵ ASLAN, İslam Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri, s. 28.

alınmamalıdır. Bu kişinin vereceği hükmün adil olmaktan uzak olma ihtimali ve tehlikesi bulunmaktadır.

Hâkimliğe tayin olunmak isteyen kişinin başka bir memuriyette bulunmaması gerekmektedir. Yine hâkimliğe tayin olmayı böbürlenmek ve bununla övünmek için isteyen kişinin de bu isteği doğru değildir, dikkate alınmamalıdır. Ancak bu konuda farklı görüşler de bulunmaktadır. Bir görüşe göre sadece övünme niyetiyle hâkim olmayı istemek mekruhtur. Bu görüşü savunanların delili, “*Bu ahiret yurdunu, yeryüzünde böbürlenmeyi ve bozgunculuğu istemeyen kimselere veririz. Sonuç Allah'a karşı gelmekten sakınanlarıdır*”⁷⁵⁶ ayetidir. Övünmek için hâkimliğe tayin olmayı istemenin mekruh olmadığı görüşünde olanların delili ise “Yusuf: "Beni memleketin hazinelerine memur et, çünkü ben korumasını ve yönetmesini bilirim" dedi”⁷⁵⁷ ayetidir.⁷⁵⁸ Bu ayette Hz. Yusuf, firavundan idarecilik ve hazinenin yöneticiliğini talep etmiştir.

Bir görüşe göre ise; devlet başkanından hâkimlik görevi talep etmek mekruhtur. Hâkimlik hem kalp ile hem de söz ile istenilmez.⁷⁵⁹ Âlimlerin çoğu şu görüş üzerinde uzlaşmışlardır ki, hâkimliği kabul etmek ruhsat, ondan kaçınmak ise azimettir.⁷⁶⁰

Mavsili ise el-İhtiyar adlı eserinde; hâkimlik görevi için talepte bulunmanın doğru olmadığını şu hadis-i şerif’i delil göstererek belirtmiştir: Hz. Peygamber, sahabeden Abdurrahman b. Semure’ye şöyle buyurmuştur: “*Ey Abdurrahman! Makam ve mansıp talebinde bulunma. Eğer talebin üzerine sana vazife verilirse; ha sen, ha vazifen. Ama sen istemediğin sana verilirse, o vazifeyi ifa etmen için (Allah (cc) tarafından) sana yardım edilir.*”⁷⁶¹ Adaletle hüküm vermekte acze düşeceğinden korkan kimsenin de bu vazifeye girmesi sakıncalıdır. Yapacak kimse

⁷⁵⁶ Kasas, 28/83.

⁷⁵⁷ Yusuf, 12/55.

⁷⁵⁸ NEBHAN, s. 575; ÇELİKER, s. 239.

⁷⁵⁹ ASLAN, Yargılama Etiği, s. 28.

⁷⁶⁰ Fetâvâyi Hindiyeye, VI, 230; BERKİ, İslamda Kaza Hüküm ve Hâkimlik ve Tevabii, s. 18.

⁷⁶¹ Buhari, *Ahkâm*, 5-6, *Eyman*, 1; Müslim, *İmaret*, 13, *İman* 19, Ebu Davud, *İmaret*, 92; Tirmizî, *Nüzur*, 5; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, V/448, 476.

bulunmadığından dolayı, hâkimlik işi kendisine kalan kimsenin bu görevi üzerine alması farz olur; ama üzerine almazsa, kabul etmeye zorlanamaz. Bir belde hâkimliğe ehil bir zümre bulunur da, bunlar vazifeyi kabullenmezler; fakat sultanın kendisi tarafların davalarına bakarsa; vazifeyi kabul etmeyenler günahkâr olmazlar. Ama sultan davalara bakma imkânını bulamazsa, o zaman günahkâr olurlar. Vazifeyi kabullenmezler de, sultan cahil birisini hâkimliğe tayin ederse; görevi kabul etmeyenlerin hepsi günahkâr olurlar.⁷⁶²

Bir bölgede hâkimliğe ehil olan birden fazla kişi varsa, bunlardan en faziletli olanının devlet başkanı tarafından atanması gerekir, aksi halde bunun günahı devlet başkanına aittir.⁷⁶³ Bir bölgede hâkimlik yapmaya ehil olan sadece bir kişi bulursa ve bu kişi devlet başkanı tarafından hâkimliğe tayin edilmek istenirse bu görevin kabul edilmesiyle ilgili görüş ayrılıkları vardır. Bir görüşe göre bu kişi hâkimlik görevini kabul etmezse bu göreve zorlanmalıdır; çünkü aksi halde farz-ı kifaye olan hâkimlik görevi boş kalacaktır.⁷⁶⁴ Diğer görüş ise hâkimlik görevini kabul etmeyen kimsenin zorlanamayacağı görüşündedir; çünkü Hz. Peygamber “ hükmetmek konusunda hiçbirinizi zorlayamam” buyurmuşlardır. Hâkimliğe ehil olan kimselerin hepsi hâkimlikten kaçınırlarsa ve bundan dolayı cahil birisi hâkim olursa bunun günahını o ehil olan kimselerin hepsi paylaşırlar.⁷⁶⁵

Fetâvâyi Hindiyeye’de hâkimliğe atanma konusunda insanlar beşe ayrılmışlardır. Buna göre:

1-Hâkim olması vacip olan kimseler: Hâkimliğe kendisinden daha ehliyetli bir kimsenin bulunmadığı zaman bu kişinin hâkim olması vacip olur. Bu kişilerin hâkimliği kabul etmesi emr-i bil- mâruf ve nehy-i ani’l- münker olur. Bazı müelliflere göre bu durumdaki kişilerin hâkimliği kabul etmesi farzdır. Çünkü burada

⁷⁶² MAVSİLÎ, C. II, 101-102.

⁷⁶³ BİLMEN, C. VIII, s. 213.

⁷⁶⁴ Fetâvâyi Hindiyeye, VI, 230. İBN ABİDİN, C. XII, s. 131.

⁷⁶⁵ Fetâvâyi Hindiyeye, VI, 230.

bir zaruret durumu söz konusudur. Zuhayli, bu durumdaki kişiyi yanında bulunan ekmeği, zaruret içinde bulunan kimseye vermeyen bir kişinin durumuna benzetir.⁷⁶⁶

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

3- Hâkim olup olmama konusunda muhayyer (Hâkimliğin kendisine mübah olduğu) 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 muhayyerliği bulunmaktadır. İsterse hâkimliği kabul eder, istemezse etmez.⁷⁶⁷

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. Aynı şekilde hâkimlik yapması halinde acze düşeceğinden korkan kimsenin hâkimlik yapması mekruhtur.⁷⁶⁸

5- Hâkimlik yapması haram olan kimseler: Kendisinin aciz olduğunu, insafsız olduğunu, heva ve hevesine uyduğunu bilen bir kimsenin hâkimlik görevine gelmesi haramdır.⁷⁶⁹ Bu beş şart diğer başka kaynaklarda da aynı şekilde bulunmaktadır.⁷⁷⁰

Bir bölgede hâkimliğe daha ehil olan bir kimse varken, ehil olmayan kimsenin devlet başkanı tarafından atanması durumunda bundan doğan sorumluluk ve günah devlet başkanına aittir.⁷⁷¹ Fakat bu ehil olan kişiye hâkimlik görevi verilmesine rağmen kabul etmezse bundan doğan günah da bu ehil kişinin üstüne kalır. Çünkü bu durumda bahsedilen ehil kişinin görevi kabul etmesi farz-ı ayn'dır.⁷⁷²

⁷⁶⁶ BEKTAŞ, s. 40-41.

⁷⁶⁷ ÇELİKER, s. 210.

⁷⁶⁸ BEKTAŞ, s. 43.

⁷⁶⁹ Fetâvâyı Hindiyeye, VI, 218-219.

⁷⁷⁰ MAVSİLİ, C. II, 97-98.

⁷⁷¹ BERKİ, İslamda Kaza Hüküm ve Hâkimlik ve Tevabii, s. 18.

⁷⁷² ASLAN, İslam Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri, s. 32.

Müellifler arasındaki genel görüşe göre hâkimliğe atanmak isteyen kişinin bu isteği doğru bulunmaz. Bazı müellifler, hâkimlik görevini isteyen bu göreve atanmaması gerektiğini Hz. *Peygamber*'in “*Biz işlerimizin başına onu isteyen kimseyi tayin etmeyiz.*” Hadisiyle gerekçelendirmektedir. Maverdi ise müçtehid olması halinde bu isteğin yerine getirilebileceği görüşündedir. Merğınani de hâkimlik görevini isteyen kimsenin Allah'ın yardımından yoksun olacağını belirtmektedir.⁷⁷³

Peygamber Efendimiz rivayet etmiştir ki; “*Her kim hâkimliği kendi isteğiyle üzerine alırsa, sanki o bıçaksız boğazlanmış gibidir.*”⁷⁷⁴ Hassaf da Edebü'l Kadı isimli eserinde hâkimlik mesleğine girmenin mekruh olduğu konusunda birçok hadis rivayet etmiştir. Birçok salih kişi hâkimlik mesleğine girmiş, birçok salih kimse de girmemiştir; fakat Hassaf'a göre hâkimlik yapmayı istememek dinde daha uygun bir davranıştır.⁷⁷⁵

Bir hadiste de Abdullah bin Vehb'den rivayet edilmiştir ki bu sahabiden hâkim olması istendi. O, bu görevi kabul etmedi, cinnet getirmiş numarası yaparak yanına gelenleri yüzlerini tırmaladı, elbisesini yırttı. Bu zatın yanına gelen bir dostu ise “*Ya Abdullah! Sen hâkimliği kabul etseydin de adalette bulunsaydın daha hayırlı olurdu.*” deyince; Abdullah bin Vehb “*senin aklın bu kadar mı? Sen Hz. Peygamber'in “Hâkimler hükümdarlarla, âlimler de peygamberlerle hasrolunacaklardır.” Sözüünü işitmedin mi?*” cevabını vermiştir.⁷⁷⁶ Bu sebeple İmam Kerhi, Hassaf ve çoğu Iraklı âlimler zorlanmadıkça hâkimliği kabul etmemişlerdir.

Ebu Davud ve Tirmizî'nin Enes bin Malik(r.a.)'dan rivayet ettikleri bir hadiste “*Kadılık görevi peşinde koşan ve bu hususta araçlar koyan kimse (bu isteğe nail olacak olursa) kendi nefsiyle baş başa bırakılır (yardım edeni bulunmaz). Ve kim de zorlanarak bu görevi yüklenirse, Allah onun üzerine, doğruyu ilham eden bir melek*

⁷⁷³ MERĞINANI, el-Hidaye, C. III, 176.

⁷⁷⁴ Ebû Dâvûd, *Akdîye*: 1; İbn Mâce, *Ahkâm*: 1, Tirmizî, *Ahkâm*:1325.

⁷⁷⁵ BARUT, s. 66.

⁷⁷⁶ Fetâvâyi Hindîyye, VI, 228–229.

indirir.” Denmesi de bazı müellifleri hâkimlik görevini istemenin caiz olmadığı görüşüne ulaştırmıştır.⁷⁷⁷

Bu konudaki en güzel örnek Ebu Hanife hakkındadır. Abbasi halifesi Mansur, Ebu Hanife’ye kadilkudatlık teklif etmiş, teklifi kabul etmeyen Ebu Hanife ise hapse atılmış, kırbaçlanmış, işkence görmüştür.⁷⁷⁸ Büyük İmam’ın, Halife’ye verdiği cevap şöyledir: *“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 tercih ederim.”*⁷⁷⁹

6. ZALİM YÖNETİCİNİN HÂKİM ATAMASI

Halkına zulmeden zalim devlet başkanının yapacağı hâkim tayin işlemi caizdir⁷⁸⁰; ancak bir şarta bağlanmıştır. Bu şart, devlet başkanının zalim olmasına rağmen atayacağı hâkimin hak ile hüküm vermesi mümkün olabilmesidir. Eğer zalim yöneticinin atadığı hâkimin hak ile hükmetmesi mümkün değilse, o zaman bu hâkim görevden kaçınmalıdır.⁷⁸¹ Zalim olan veya bağilerin isyanı sonucu başa geçmiş olan devlet başkanının hâkim ataması hâkimin hak ile hüküm vermesine engel olunmaması halinde geçerlidir.⁷⁸²

Fetâvâyi Hindiyeye’ye göre hâkim atayacak olan devlet başkanının Müslüman olma şartı yoktur. Öyle ki; bir bölge devlete isyan eden bir topluluk(bağiler) tarafından ele geçirilse ve bu isyancılar oraya bir hâkim atadıktan sonra devlet güçleri o bölgeyi tekrar ele geçirse ve oraya yeni bir hâkim atarsa isyancıların hâkiminin verdiği hükümler devlet tarafından atanan yeni hâkim tarafından doğru ve

⁷⁷⁷ BİRGİVİ, , s. 384.

⁷⁷⁸ SERAHSİ, C. XVI, 69, EBÛ ZEHRA, Muhammed, Ebu Hanife, çev. Osman Keskiöğlü, Ankara, 2005, s. 64.

⁷⁷⁹ HASAN, Hasan İbrahim, İslam Tarihi, I-VI. (Çev. İsmail Yigit, Sadrettin Gümüş), Kayhan Yayınları, II. Baskı, İstanbul 1987. III, 112, akt. BARUT, s. 67.

⁷⁸⁰ BARUT, s. 63.

⁷⁸¹ Fetâvâyi Hindiyeye, VI, 220.

⁷⁸² HALEBİ, Mülteka, C. 3, s. 195.

adil bulunursa bu hüküm değiştirilmez. Aksi durumda bu hükümler değiştirilir.⁷⁸³ Damad Tercümesinde ise; isyancıların atadığı hâkimin hükümlerinin eğer hükümet güçleri bölgeyi tekrar ele geçirdiğinde, aynı hâkimlerin tekrar atanmaması durumunda geçersiz olduğu görüşü belirtilmiştir.⁷⁸⁴

El-İhtiyar'da bu durumda şu görüşler bulunmaktadır: Zalim devlet başkanlarının hâkimliğe tayin işlemleri caizdir: Hz. Ali haklı olduğu halde ashab, Muâviye'nin hâkimliğe tayin teklifini kabul etmişlerdi. Zalim olmasına rağmen, Haccâc'ın hâkimlik teklifini tabîn kabul etmişlerdir.⁷⁸⁵ Çünkü vazifeyi kabul etmekle hak yerini bulur, zulmün önüne geçilir. Vazifeyi alan adaletli olarak hüküm verebilme imkânını bulamazsa, vazifeyi kabul etmek caiz değildir, aksi halde caizdir.⁷⁸⁶

7. YENİ ATANAN HÂKİMİN YAPACAĞI İŞLER

Kadılığa tayin edilen kimsenin Allah (cc) a karşı takva sahibi olması, O'na itaati her şeye tercih etmesi, ahiret için çalışması, tayin edildiği vazifede kendi çabasıyla hakka yönelmesi gerekir. Vazifeye başladığında kendisinden evvelki hâkimin dâva dosyalarını ister. Onun tuttuğu sicil ve dosyaları gözden geçirir. Çünkü sicil ve dosyalar ihtiyaç anında hüccet olsunlar diye, tanzim edilmişlerdir. Bunlar yeni atanana teslim edilirler. Hâkimin çalışırken bunlara ihtiyacı olacaktır.⁷⁸⁷

Emanetler hususunda ve vakıfların gelirleriyle ilgili ileri sürülen delillere göre hareket eder.⁷⁸⁸ Çünkü bunlar Şer'i hüccetlerdir. Yahut ellerinde bulunduranların itiraflarına göre hüküm verir: Çünkü bunlar emin kimselerdir. Vazifeden azledilen bir kadı'nın sözüyle amel etmez: Çünkü o şahittir. Bir şahidin şهادetiyle amel olunmaz. Ancak dâva dosyalarını bu azledilen kadı kendisine teslim etmişse, onun sözü ile hüküm verir: Çünkü onun eli, kendi eli gibidir. Bu hususta o emin biri olur.

⁷⁸³ Fetâvâyi Hindiyeye, VI, 221.

⁷⁸⁴ Damad Tercümesi, C. IV, s. 404.

⁷⁸⁵ Bu husustan diğer kaynaklarda da bahsedilmiştir. Muhammed İvad, İbrahim Necib, el-Kada fi'l-İslam tarihuhu ve nizamuhu, Kahire, 1085, akt. ÇELİKER, s. 248.

⁷⁸⁶ MAVSİLÎ, C. II, 102.

⁷⁸⁷ HALEBÎ, Mülteka, C. 3, s. 195.

⁷⁸⁸ Damad Tercümesi, C. IV, s. 405.

Yeni kadı'nın güvendiği iki erkeği -bir tane de kâfi olur-eski kadıya göndermesi gerekir: Bunlar gidip ondan divanını, yani sözünü ettiğimiz sicilleri ve dosyalarını teslim alırlar. Evrakları ilgili dosyalara yerleştirirler ki, kadı bunları birbirine karıştırmamasın. Dâvaların aslını iyice açığa çıkarabilmek için, eski kadıdan her şeyi birer birer sorar ve dosyaları mühürlerler. Bu sorgu onu iltizam etmek için değil, meseleleri iyice kavramak içindir.⁷⁸⁹

Yeni tayin olunan hâkim, eğer o bölgede daha önce bir hâkim varsa onun tuttuğu mahkeme tutanaklarını, zabıtları eski hâkim ve onun kâtibinin huzurunda almak üzere iki kişi görevlendirir.⁷⁹⁰

Azledilen eski kadı eğer dosyaları onlara vermek istemezse, vermeye zorlanır.⁷⁹¹ Eski mahkeme dosyalarından temize çekilmiş olan asıl dosyalar devlet malı olsa ahi alınır. Bu durum Müslümanların lehine olduğu için böyledir. Tarafların veya eski hâkimin parasıyla bu dosyalar alınmış olsa bile yine yeni hâkim tarafından alınırlar; çünkü bu dosyalar üzerinde işlem yapılması için alınmıştır.⁷⁹² Yeni hâkimin gönderdiği iki adam eski hâkimden hâkimlik makamına bırakılmış olan emanetleri, yetim mallarını ve hapisteki kişilerin isimleri yazılı olan nüshaları alırlar. Buradaki amaç yeni hâkimin bu defterlere bakarak bu kişilerin durumlarını anlayabilmesidir.⁷⁹³

Bir kimse bir hakkı itiraf eder veya bu hususta aleyhine bir delil ortaya konulursa; hâkim bu delille amel ederek, onun aleyhinde hüküm verir. Aksi takdirde kendi mahkeme salonunda; 'falan mahpusta hakkı olan varsa, mahkemeye gelsin' diye ilan eder. Şayet bir kimse gelip onun aleyhinde iddiada bulunursa, onları yeniden muhakeme eder. O ilanı kendi uygun gördüğü süre boyunca yapar. Ama bu süre zarfında mahkemeye gelen olmazsa, durumu iyice açıklık kazanmadıkça hapiste bulunan kişiyi salıvermez. Ortalarda görünmeyen bir kimsenin hakkından dolayı

⁷⁸⁹ HALEBÎ, Mülteka, C. 3, s. 195.

⁷⁹⁰ MAVERDÎ, Edebü'l-Kâdî, I, 770, akt. BARUT, s. 63; MERĞİNANÎ, el-Hidaye, C. III, 177; Damad Tercümesi, C. IV, s. 405.

⁷⁹¹ Damad Tercümesi, C. IV, s. 405.

⁷⁹² Damad Tercümesi, C. IV, s. 405.

⁷⁹³ MAVSİLÎ, C. II, 103-104.

mahpus olması -ki, zahir olan da budur- ihtimaline binaen gerektiğinde onu getirip kendisine teslim edecek birini kefil kıldıktan sonra, o mahpusu salıverir. Çünkü azledilmiş olan evvelki hâkim o mahpusu boşuna hapsedmiş olamaz.⁷⁹⁴

Yeni atanan hâkim bir kişinin haksız yere hapsedilmiş olabilme ihtimaline binaen ilk olarak hapisaneyi ziyaret etmelidir. Burada hapis olan kişilerin hangi sebeple hapsedildiklerini araştırır.⁷⁹⁵

II. NİTELİKLERİ KAYBETMENİN SONUÇLARI

A. SORUMLULUK

1. HUKUKİ SORUMLULUK

Hâkimlik oldukça ağır ve sorumluluk gerektiren bir meslektir. Yargılama faaliyeti insanların malını, hürriyetini etkileyebildiği için hâkimlerin bu konuda azami olarak dikkat etmeleri gerekmektedir. Toplumun huzur ve mutlu bir şekilde yaşayabilmesi de pek tabii yargılama faaliyetinin hakkıyla yerine getirilip getirilmediğiyle alakalıdır. Hâkimliğin bu sebeple sorumluluğu ve vebali de büyüktür.⁷⁹⁶

Hz. Ebubekir'in halifeliği devrinde bir gün Hz. Ömer, halifenin yanına girer ve selam verir; fakat Hz. Ebubekir bu selamı almaz. Hz. Ömer bu duruma çok üzülür ve sahabeden Abdurrahman b. Avf'a bu durumu anlatır ve "Acaba halife bana dargın mı? diye sorar. Bunun üzerine Abdurrahman b. Avf durumu Hz. Ebubekir'e anlatır. Halife ise, "Ömer yanıma geldiğinde yanımda iki kişinin duruşmasını görüyordum. Yüce Allah, mahşer gününde beni o kişilerden ve onların sözlerinde sorumlu tutacağı için tüm dikkatimi bu iki kişi üzerine vermiştim. Ömer'in selamını almaktan gaflet etmişim" diyerek yargılamanın ne denli önemli ve sorumluluk gerektiren bir faaliyet olduğunu bize göstermiştir.⁷⁹⁷ Eğer yargılama esnasında, hâkimin dikkati dağılıp önemli bir hususu gözden kaçırırsa ve hâkim, bu durumdan dolayı adil olmayan bir

⁷⁹⁴ AMRAVİ, s. 29.

⁷⁹⁵ HALEBİ, Mülteka, C. 3, s. 196.

⁷⁹⁶ ASLAN, İslam Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri, s. 18. ATAR, "Kaza", DİA, C. XXV, s. 114.

⁷⁹⁷ BERKİ, İslamda Kaza Hüküm ve Hâkimlik ve Tevabii, s. 17.

hüküm verecek olursa bundan doğan sorumluluk hâkimin olacağı için bu kadar dikkatli davranmaya özen gösterilmiştir.⁷⁹⁸

Hadislerde de hâkimliğin ne derece sorumluluk isteyen bir görev olduğu belirtilmiştir. “*İnsanlar arasında hükmetmek üzere kim yargı görevini üstlenirse bıçaksız olarak boğazlanmış olur.*”⁷⁹⁹ Bilmen de bu hadisi yorumlarken hâkimlik yapabilecek vasıflara sahip olmayan kişinin haksız yere vereceği bir hükmün hâkimin ebedi felaketine sebep olabileceğini belirtmiştir.⁸⁰⁰ Büyük âlimler de kendilerine teklif edilen hâkimlik görevlerini bu sorumluluk ve kul hakkına girilebileceği düşüncesiyle reddetmişlerdir. Ebu Hanife⁸⁰¹ ve İmam Şafii⁸⁰² bu âlimlerden bazılarıdır. Büyük fukahadan Mekhul demiştir ki: “*Eğer kaza (hâkimlik) ile katledilmek arasında muhtar bırakılsam (tercih yapmaya zorlansam) katli ihtiyar ederim (tercih ederim).*” diyerek hâkimlik yapmayı öldürülmeye tercih edecek kadar hâkimlik yapmaktan çekindiğini belirtmiştir.⁸⁰³ Hz. Ömer devrinde Mısır valisi olan Amr b. As’ın halifenin bölgeye bir hâkim ataması emrini içeren bir emir aldığında, hâkimlik için Ka’b b. Yassar’a teklif götürülmüştür. Ka’b ise cahiliye devrinde hakemlik yaptığı için ve yargılama faaliyetinin ne denli bir sorumluluk gerektiren bir görev olduğunu anladığı için bu görevi kabul etmemiştir.⁸⁰⁴

Kendisine teklif edilen hâkimlik görevini kabul etmeyenlere bir başka örnek olarak Ebu Kılabe Abdullah b. Zeyd gösterilebilir. Bu zat o derece hukuk bilgisine ve

⁷⁹⁸ Konuya modern hukuk açısından bakacak olursak; Hâkimin verdiği kararlar hâkimin ehliyetsiz olduğu veya hukuk nosyonuna sahip olmadığı sonucunu uyandırıyorsa hâkime disiplin cezası verilmesi mümkündür. İNCEOĞLU, Yargıda Etik, s. 68.

⁷⁹⁹ Bıçaksız boğazlanmak burada mecazi bir tabir olup, hâkimliğin çok sorumluluk gerektiren bir meslek olduğundan bahsedilmek amaçlanmıştır. İbn Mâce, *Ahkâm*, 1; Tirmizî, *Ahkâm*, 1; Ebu Davud, *Akdiye*, 1; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, II/230, 365.

⁸⁰⁰ BİLMEN, C. VIII, s. 212.

⁸⁰¹ Ebu Hanife’ye hâkimlik hem Emeviler hem de Abbasiler devrinde teklif edilmiştir. Emeviler devrinde Kufe kadılığı, Abbasiler devrinde de halife Mansur tarafından teklif edilen Bağdat kadılığı bu büyük âlim tarafından reddedilmiş, halife Mansur bu büyük âlimi hapsedmiş ve işkence ettirmiştir. BERKİ, *İslamda Kaza Hüküm ve Hâkimlik ve Tevabii*, s. 17-18.

⁸⁰² İmam Şafii de halife Me’mun tarafından kendisine teklif edilen kadılık kadılık teklifini reddetmiştir. YAMAN, *Ahmet, Siyaset-Hukuk İlişkisi*, Esra Yayınları, Konya, 1999, s. 139.

⁸⁰³ Böyle büyük zatların hâkimlikten kaçınma sebebi, sorumluluğunun büyüklüğünden kaynaklanmaktadır. BİLMEN, C. VIII, s. 212.

⁸⁰⁴ ATAR, *İslam Adliye*, s. 101.

hâkim olabilmek için gerekli vasıflara sahipti ki, İbn Sa'd ve İbn Hacer'e göre İran bölgesinde bulunsaydı kendisi mobez mobezanlığa⁸⁰⁵ tayin edilirdi. Fakat bu zat kendisine Basra kadılığı tevdi olunca görevi kabul etmemek için Şam'a kaçıp, ikametini orada sürdürmüştür. Kendisine hâkimlik görevini neden kabul etmediğini soranlara ise “*Hâkim denizde yüzen birine benzer. Bir kimse denizde kaç gün yüzebilir*” cevabını vermiştir.⁸⁰⁶

Burada belirtmemiz gereken bir husus da şudur ki; eğer hâkimlik yapmaya ehil ve gerekli vasıflara ve ilime sahip olan bir kişi hâkimliği kabul etmezse ve yargılama faaliyetleri aksar ve ehil olmayan kişiler bu yüzden hâkimlik yaparlarsa bundan dolayı o ehil olan kimselerin bir sorumluluğu ortaya çıkar.⁸⁰⁷

Hâkimliğin bu denli büyük bir sorumluluk gerektirdiğini bilmeden ve dahası hâkimlik yapabilecek vasıflara, kabiliyete ve bilgiye sahip olmayan bir kişinin hâkimlik yapması hainde, eğer haksız olan bir kişiye hak verir veya haklı olan bir kişiye hakkını vermeme durumu söz konusu olabilir ki bu da insanın hem ahiretini ve hem de bu dünyasını karartır. Bu şekilde ehliyet ve vasıflara sahip olmayan bir kişi keyfi olarak hüküm verse ve hatta verdiği bu hükümlerde adil olan sonucu bulsa bile günah işlemiş olur.⁸⁰⁸ Hâkimliğin gerektirdiği ehliyet ve vasıflara sahip olan bir kişi ise verdiği bazı hükümlerde kasıtlı olmaksızın hata yapsa ve adil sonucu bulamasa bile kendisi bu hatadan ve verdiği zarardan dolayı sorumlu tutulmaz. Ve hatta adil bir şekilde hüküm vermek amacıyla yargılamayı sürdürmüşse sevap işlemiş olur. Hükümünde adil sonucu bulursa iki katı sevap kazanır.⁸⁰⁹

Hâkimlik yapacak olan kişide aranan vasıflar ve nitelikler oldukça ağır olduğu için kişinin hâkimlik yaparken ihmal ve kusurdan⁸¹⁰ kaynaklanan bir sebeple hata

⁸⁰⁵ Mobeze Mobezan İran devletinde kadılık kadat benzeri yetkilere sahip olan kişiye verilen isimdir. Bu göreve tayin edilen kişi ülkedeki en yetkili hukukçudur ve hâkimlerin atanması ve tayini gibi birçok önemli görevi bulunmaktadır. ÖZEN, Şükrü, “Kadılık kadat”, DİA, C. XXIV, s. 78.

⁸⁰⁶ ATAR, İslam Adliye, s. 101.

⁸⁰⁷ BERKİ, İslamda Kaza Hüküm Hâkimlik ve Tevabii, s. 19.

⁸⁰⁸ ASLAN, Yargılama Etiği, s. 23.

⁸⁰⁹ BİLMEN, C. VIII, s. 212-213.

⁸¹⁰ Bu duruma görev kusuru diyebiliriz. ATAR, İslam Yargılama Hukukunun Esasları, s. 92. Hâkimin görevi ihmal ve bu sebeple adaleti geciktirmesi toplumun hukuka olan güvenini sarsar. Bu durum

yapması durumunda bu kusurundan dolayı ayrıca cezalandırılmaz. Yapılan bu hata hâkimin hâkim olabilmesi için aranan vasıflarında bir sıkıntı oluşturursa o takdirde hâkimin azledilmesi yoluna başvurulur. Dolayısıyla hâkimin serbest olarak davrandığı içtihat gerektiren alanlarda verdiği hükümler naslara aykırı olmamak koşuluyla geçerlidir ve bu hükümlerdeki fahiş olmayan hatalar bakımından hâkimin sorumluluğu bulunmamaktadır.

Bunun dışında genel olarak hâkimin kasıtlı olarak davrandığı konulardaki hatalarından dolayı sorumlulukları bulunmaktadır. Kasıtlı olmayan hareketlerinden dolayı hâkim sorumlu tutulamaz.⁸¹¹ Genel olarak mütefekkirler arasındaki görüş hâkimin mala ilişkin verdiği kararlarındaki hatalarından dolayı sorumlu olmadığı yönündedir. Bunun sebebi ise şudur: Eğer hâkimin mala ilişkin konulardan verdiği hükmün yanlışlığı sonucunda bunun zararı hâkimden alınırsa, mal kaybedebilecekleri düşüncesiyle hâkimliğe ehil olan kimseler bu görevden kaçınabilirler. Bu durum da hâkimliğe ehil olmayan kimselerin hâkimlik görevine getirilmesi sonucunu doğuracaktır.⁸¹²

Hâkimin kasıtlı ve kusurlu davranması sonucu ortaya çıkan bir zarar varsa; hâkim bu ağır kusurundan dolayı kendi şahsi malıyla sorumludur. Çünkü bu durumda hâkim göstermesi gereken özeni göstermemiştir ve bu hatasından dolayı sorumlu olması da doğaldır.⁸¹³ Yukarıda bahsettiğimiz örnekte kusurlu bir şekilde, birisinin ölümüne neden olan hâkime, Hanefiler diyet, bazı Malikiler ve Şafiiler ise kısas cezası öngörmektedir.⁸¹⁴

da hâkim açısından hem suç hem de haksız fiil teşkil etmektedir. Hâkim görevini ihmal ederek bir zarara sebebiyet verirse verdiği bu zarardan sorumludur. BAYINDIR, s. 119; CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 417. Hâkim, eğer davada hüküm sebepleri oluşmuşsa hükmü erteleyemez, mazeretsiz davayı geciktiremez. AVCI, Mustafa, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, Konya, 2014, s. 424-425.

⁸¹¹ SERAHSİ, C. XVI, 79. Hâkimin şahsi ihmali ve kusuru bulunmazsa bu takdir hatasından doğan zararı devlet öder. ATAR, İslam'da Adliye Teşkilatı, s. 167; BİLMEN, C. I, s. 298; AVCI, "Osmanlı Hukukunda Hâkim", s. 100.

⁸¹² KOŞUM, s. 138.

⁸¹³ Bu durumda yargılamanın yeniden görülmesi yoluna başvurulmaktadır. MUMCU, Ahmet, Divan-ı Hümayun, Ankara, 2007, s. 73.

⁸¹⁴ ATAR, "Kadı", DİA, C. XXIV, s. 69; BİLMEN, C. VIII, s. 247. Osmanlı devletinde soygun ve hırsızlık arttığı zaman, bu durumu padişaha şikâyet eden halkın talebi doğrultusunda hâkimlere emir ve talimatlar gönderilmiş, suçluların yakalanması ve cezalandırılması hususlarında ihmalkâr

Bir diğerk husus ise hâkimin kasıtlı bir şekilde hatalı hüküm vermesi durumunda ne şekilde sorumlu olacağıdır. Eğer hâkim dava sonucunda hakkı görüp buna göre hüküm vermezse veya rüşvet alarak adil olarak verilmesi gereken hükmünü değiştirirse ve bu hususlar da kanıtlanırsa veya hâkim daha sonradan kendisi kasıtlı olarak yanlış hüküm verdiğini itiraf ederse; bu durumda hâkim verdiği hüküm sonucunda zarara uğrayan taraf maddi olarak tazmin edilebilecek bir zarara uğradıysa bu durumda hâkim bu zararı kendi malından tazmin eder. Ayrıca kasıtlı olarak yanlış hüküm verdiği için azledilir ve tazir cezasına çarptırılır; çünkü hâkimlik vasfını kaybetmiştir. Bu hâkim bir daha herhangi bir kamu görevine atanamaz, işlediği günahdan dolayı tevbe etmiş olsa dahi şahitlik ehliyetini kaybeder. Bir daha hiçbir davada şahitlik yapamaz, yapacağı şahitlik kabul edilmez.⁸¹⁵ Bazı görüşlere göre ise hâkimin kasıtlı olarak hatalı hüküm vermesi sonucunda bir kişi öldürülmüş veya başka bir bedeni cezaya çarptırılmışsa hâkim de kısasen aynı cezaya çarptırılacaktır.⁸¹⁶

Eğer hâkimin yaptığı hata yargılama usulü ve işleyişinden kaynaklanan bir hata ise örnek vermek gerekirse hâkim, şahitliği kabul edilmeyecek birisinin şahitliğini kabul etmişse bu durumda dörtlü bir ayırım söz konusu olur. Birinci olarak eğer dava kişi haklarına ilişkinse ve dava konusu bir mal veya eşyaysa hâkim davayı kaybeden tarafa bu mal veya eşyayı aynen veya misli ile verir. Hanbelilere göre ise dava konusu malı aynen veya misli ile tazmin etmek imkânı bulunmuyorsa hâkim bu zararı, zarar gören tarafa tazmin eder daha sonra ise malı haksız yere alan tarafa rücu eder.⁸¹⁷ İkinci olarak, eğer dava konusu mal ile ilgili değilse, örneğin boşanma hükmü verilmişse; bu halde verilen hüküm bozulur. Eski hüküm infaz edilmez. Tazminat sorumluluğu da doğmaz. Üçüncü olarak ise; dava konusu kamu düzenine ilişkinse; dava sonucunda verilen hüküm geçersizdir, infaz edilemez. Kamu düzenine

davranan hâkimlere çalınan eşya bedelinin ödettirileceği belirtilmiştir. AVCI, “Osmanlı Hukukunda Hâkim”, s. 100.

⁸¹⁵ HASSAF, Edebü'l-Kadı, s. 326, akt. KOŞUM, s. 138. Hz. Ömer de görevini ihmal eden hâkimi görevinden uzaklaştırmıştır. Bu bakımdan kendisine gelen şikâyetler valiler hakkında ise hemen azil yoluna gidilmiş, gelen şikâyetler hâkimler hakkında ise soruşturma yapıp azli gerektirecek bir husus olduğu ispatlanıncaya kadar azil yoluna gidilmemiştir. İBN AŞUR, s. 312; AVCI, “Osmanlı Hukukunda Hâkim”, s. 104.

⁸¹⁶ İbnü'l Menasif, Tenbihü'l-Hükkam, s. 305, akt. KOŞUM, s. 139.

⁸¹⁷ İBN ABİDİN, C. XII, s. 305.

ilişkin dava olarak had suçlarıyla ilgili davaları örnek olarak verebiliriz. Fakat eğer verilen hüküm infaz edilmişse tazminat sorumluluğu ortaya çıkar, bu tazminat devlet hazinesinden karşılanır. Çünkü hâkim kamu yararı amacıyla görevini ifa etmektedir.⁸¹⁸ Dördüncü olarak, eğer dava konusu hem kamu düzenine hem de insan haklarına ilişkin olup, bunlardan insan haklarına ilişkin olan ağır basıyorsa, örnek olarak kısasen ölüm cezasını verebiliriz, Hanbelilere göre hâkimin hatasından dolayı sorumluluğu olmaz; fakat devlet hazinesinden tazminat (diyet) ödenir. Burada dikkat edilmesi gereken husus şudur ki, hâkimlik oldukça zor ve dikkat isteyen bir meslektir. Dolayısıyla iş yoğunluğu gibi bir takım sebepler yüzünden hâkimlerin hata yapabilmesi oldukça doğaldır. Eğer yapılan bu hatadan ötürü hâkime tazminat sorumluluğu yüklenirse bu durum hâkimin ailesini geçindirmesini tehlikeye sokabilir ve hâkime ek bir yük oluşturur. Bu da kişilerin hâkimliği seçmemesine hâkimlik pozisyonlarının açık kalmasına sebep olabilir. Bu sebeple hâkimin tazminat sorumluluğu bu durumlarda bulunmamaktadır.⁸¹⁹

Genel olarak toplayacak olursak; hâkimin kasıtlı olarak davranmasından kaynaklanan hükümde eğer idam cezası verilmiş veya bir organ kaybı yaşanmışsa bu durumda ortaya çıkacak diyeti hâkim kendi cebinden öder.⁸²⁰ Dava konusu mal veya eşya olan davalarda ise malı tazmin yükümlülüğü lehine haksız hüküm verilen tarafa aittir.⁸²¹ Eğer verilen haksız hükmün dava konusu bedeni bütünlüğe bir zarar vermeyen bir ceza ise tazminat yükümlülüğü yoktur. Hâkim kasıtlı olarak bir davada haksız ve hatalı bir hüküm vermişse tazminat sorumluluğu hâkime düşer.⁸²²

Modern hukuka göre ise; mesleki yeterliliğe sahip olmak hâkimler için oldukça önemli ve gereklidir. Ve hatta bu yeterliliklere sahip olmayan hâkimlere değişik çeşitlerde disiplin yaptırımları öngörülmüştür. Mesleki yeterliliğe sahip olmayan hâkimlerin yargılama faaliyetini sürdürürken hukuki hata yapmaları durumunda bu

⁸¹⁸ AKYÜZ, Vecdi, İslam Hukukunda Yüksek Yargı ve Denetim Divan-ı Mezalim, İstanbul, 1995, s. 121.

⁸¹⁹ KOŞUM, s. 139-141.

⁸²⁰ ATAR, İslam Yargılama Hukuku, s. 92.

⁸²¹ İBN ABİDİN, C. XII, s. 305.

⁸²² KOŞUM, s. 141-142.

hâkimler hakkında ülkelere göre farklılaşan disiplin yaptırımları uygulanabilmektedir.⁸²³

Ülkemizde ise hâkimin bariz hatası sonucu yapılan hukuki yanlışlık sebebiyle hâkime disiplin cezası verilmesinin örnekleri oldukça çoktur. Bir olayda sanığın tahliye tarihinin yanlış hesaplanması sebebiyle fazladan 12 gün cezaevinde tutulmasına sebep olan savcı hakkında Hâkimler ve Savcılar Kanununun 63/a maddesi gereğince görevinde kayıtsız ve düzensiz davranması gerekçesiyle uyarma cezası verilmiştir.⁸²⁴ Bir başka olayda ise suç oluşturan bir fiilin, hukuki nitelikte bir fiil olduğuna kanaat getirerek yeniden bilirkişi incelemesi istemeksizin çelişkili bir bilirkişi raporuna dayanarak faili meçhul hırsızlık olayı sanıklarının araştırılmasını sağlamadan dava zamanaşımının dolmadığını göz ardı ederek, bir kısım tanıkları dinlemeyerek ve bilirkişi incelemesi yaptırmayarak, takipsizlik kararları veren yargı mensubuna yine uyarma cezası verilmiştir.⁸²⁵ Bir başka mahkemenin yazdığı müzekkerelere ve tekitlere hâkimin cevap vermemesi üzerine de yine uyarma cezası verilmiştir.⁸²⁶ Bu anlamda hâkim ve savcıların bu şekilde yaptıkları hukuki hatalarla adil bir karar verilememesine ve yargılamanın adil bir şekilde yürütülememesine sebebiyet vermemeleri durumunda genellikle HSYK'nın izlediği tutum uyarma cezası vermek şeklinde olmaktadır.⁸²⁷

2. CEZAI SORUMLULUK

Hâkimlerin cezai sorumlulukları açısından duruma bakacak olursak; Osmanlı devletinde hâkimlere siyaset cezası uygulanamazdı. Bunun sebebi, hâkimlerin kul sınıfından değil de ilmiye sınıfından olmalarıdır. İlmiye sınıfının ise kanı kural

⁸²³ Örnek vermek gerekirse Fransa'da hâkimin yapacağı mesleki hatalar, görevini yapmama fiili ile birleşince disiplin yaptırımı olarak yer değiştirme cezası uygulanmıştır. İtalya'da ise hâkimin ağır ihmali sonucunda yapılan hukuki hatalar sonucunda hâkime disiplin yaptırımı uygulanmıştır. İNCEOĞLU, Yargıda Etik, s.144.

⁸²⁴ 22.12.2003 tarih, 2003/409 sayılı HSYK kararına itiraz edilmesi sebebiyle İtirazları İnceleme Kurulu'nun 07.06.2004 tarih ve 2004/70 sayılı kararı sonrasında uyarma cezası verilmesine karar verilmiştir.

⁸²⁵ 25.01.1996 tarih ve 1996/18 sayılı HSYK kararı.

⁸²⁶ 08.02.1996 tarih ve 1996/41 sayılı HSYK kararı.

⁸²⁷ İNCEOĞLU, Yargıda Etik, s.144-145.

olarak akıtılamaz.⁸²⁸ Evail-i Rebulahir 1004/ 4-14 Aralık 1595 tarihli bir adaletnamede ise hâkimlere görevlerini yerine getirirken doğruluk ve adalet ölçüsünde davranmaları emredilmiş, aksi halde “*dibekte dövülüp helak edilecekleri*”⁸²⁹ belirtilmiştir. Bu ceza kuşkusuz uygulama alanı bakımından pek mümkün gözükme de hâkimlerin saygın ve üst sınıftan oldukları için kanlarının dökülmemesi esastan esinlenilmiş ve hâkimleri haksız ve hukuka aykırı uygulama yapmaktan kaçındırma amacındadır.⁸³⁰

Osmanlı devletinde istisnai de olsa hâkimlerin ölüm cezası ile cezalandırılmalarına da rastlanmaktadır: IV. Murad, Bursa seyahati sırasında yolları temizletmediğini gördüğü İznik kadısını hakkında hiçbir tahkikat yaptırmadan idam ettirmişti. Bu davranış sebebiyle Şeyhülislam Ahi-zade Hüseyin Efendi padişaha gücenmiş ve dedikodu yaptırmış, bunun üzerine şeyhülislam da katlettirilmiştir.⁸³¹ Bir başka örnekte ise Kanuni Sultan Süleyman, menzil parasını çalması sebebiyle Kızıl Yenicesi kadısını idam ettirmişti.⁸³² Bu istisnalar dışında kadıların astırılması uygulamasına pek rastlanmaz.

Osmanlıda hâkimler bir suç işledikleri vakit veya görevlerinden dolayı bir şikâyet vaki olursa, cezalandırılmadan önce bir soruşturmaya tabi tutulmaları esastı. Bu soruşturmanın sonucuna göre hâkime herhangi bir disiplin cezası veya adli ceza verilebilirdi. Hâkime yapılacak olan soruşturmayı ise ya merkezden Divan-ı

⁸²⁸ ORTAYLI, “Osmanlı Kadı’sının Taşra Yönetimindeki Rolü Üzerine”, s. 107.

⁸²⁹ İNALCIK, Halil, “Adaletnameler”, TTK Belgeler, C. II, sayı. 3-4, Ankara, 1965, s. 106.

⁸³⁰ ORTAYLI, İlber, “Kadı”, DİA, C. XXIV, s. 70. Ulema sınıfından olan kadıların verilecek en ağır cezalar genelde azil ve sürgün cezası olarak ortaya çıkmaktadır. AVCI, “Osmanlı Hukukunda Hâkim”, s. 113. Bazı ender görülen durumlarda ise hâkimin ulema sıfatı düşürülürdü. MUMCU, Ahmet, Osmanlı Devleti’nde Siyaseten Katl, Ankara, 2007, s. 114.

⁸³¹ UZUNÇARŞILI, İlmiye Teşkilatı, s. 107. Daha önce de belirttiğimiz üzere Osmanlı devletinde kadıların yargılama faaliyeti dışında hiç de azımsanmayacak biçimde idari görevleri bulunmaktadır. Padişahın burada kadıyı idam ettirmesinin sebebi, yolları temizletme görevinin de kadı’nın görevleri arasında bulunmasından dolayıdır. Kadıların idari görevlerinden bazı örnekler için bkz. 3 Numaralı Mühimme Defteri, Divan-ı Hümayun Sicilleri Dizisi: I, Ankara, 1993, Hüküm no: 2, 14, 23, 38, 66, 84.

⁸³² ORTAYLI, “Kadı”, DİA, C. XXIV, s. 70.

Hümayun tarafından gönderilen mehayif müfettişleri⁸³³ veya civar sancak veya eyaletlerden görevlendirilecek hâkim veya hâkimler yapabilirdi.⁸³⁴

Yapılan soruşturma sonucunda eğer hâkimin cezalandırılmasına karar verilirse, verilecek olan bu ceza hâkimin kişiliğini ve konumunu küçük düşürecek bir ceza olamazdı. Yani falaka gibi cezalar hâkimler toplum içinde saygın bir konumda buldukları için onlara uygulanamazdı. Kaza hâkimlerinin 1 yıl olan görev sürelerinin 10 ay ve mevleviyet payeli kadınlarda ise 1-2 ay olan görev süresinin uzatılması durumunda hâkimin disiplin cezası almamış olması çok büyük önem teşkil ediyordu.⁸³⁵

B. HÂKİMİN DAVADAN YASAKLILIĞI

Hâkimlerin tarafsız ve bağımsız olarak hüküm verebilmesini sağlamak için gerekli ortam sağlanmış olmalıdır. Bu sebeple bazı durumlarda hâkimlerin bağımsız ve tarafsız statüsü tehlikeye düşebilir. Bu durumlarda hâkimlerin hüküm vermemeleri, davaya bakmamaları gerekir. Hâkimin hüküm verirken tarafsız olamayacağı tehlikesi ile yargılamasını yapamayacağı uyuşmazlıklar olacağı açıktır. Bu durumlarda, hâkim davaya bakmaktan yasaklıdır.⁸³⁶

Hâkim hüküm verirken sakin bir ruh halinde olmalıdır ki, hakkaniyete uygun ve adil bir hüküm verebilsin. Bunların aksi durumlarda ise hâkimin kafası başka bir işle meşgul olur ve kendisini davaya veremez. Kendisini davaya veremeyen hâkim ise bazı delilleri gözden kaçırabilir. Bu da adil bir yargılanmanın yapılamamasına sebep olur. Bu anlattığımız sebepler doğrultusunda fıkıh âlimleri hâkimlerin bazı hallerde yargılama yapmaması, hüküm vermemesi gerektiğini belirtmişlerdir.⁸³⁷ Bu haller; şiddetli açlık, susuzluk, sinirlilik, uykusuzluk, üzüntü ve hastalıktır.⁸³⁸ Tabi ki bu halleri daha da artırmamız mümkündür. Şöyle ki, hâkim bakmakta olduğu davanın tarafları sebebiyle bir baskı altında da bulunabilir. Yani hâkim kendisini

⁸³³ AKMAN, Mehmet, Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması, İstanbul, 2004, s. 42.

⁸³⁴ ANIL, s. 75.

⁸³⁵ ANIL, s. 76.

⁸³⁶ BARUT, s. 93

⁸³⁷ ATAR, İslam Adliye Teşkilatı, s. 121; ANIL, s. 51.

⁸³⁸ Damad Tercümesi, C. IV, s. 414.

yargılama konusu olan dava veya uyuşmazlığa veremiyorsa, dikkatinin dağılmasına sebep olan başkaca fiziksel veya zihinsel dikkat dağıtıcılar varsa, bu durumda hâkim yargılama yapmamalıdır.⁸³⁹

Modern hukuk bakımından ise hâkimlerin davayı görmekten yasaklı olduğu haller ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Hâkimin sürekli olarak görüştüğü, yakın ilişkileri olduğu kişilerle ilgisi olan davalara bakmaktan çekinmesi ikileminde kalması durumunda hâkim bir baskı altında olmaktadır. Hâkim bu halde tarafsız ve bağımsız duruşundan ödün vermemelidir. Etkilenmemeye çalışmalıdır; ancak hâkim etkileneceğini düşündüğü bir dava ile karşı karşıya kaldığında mesleğe yaraşırılık gereği ailesinin, sosyal veya diğer ilişkilerinin, hâkim olarak vereceği kararı veya yargısal davranışlarını etkilemesine izin vermemelidir. Hâkim kendi yargısal davranışının veya kararının istemeden de olsa bu ilişkilerden etkilenmemesini sağlamak adına azami dikkat göstermelidir.⁸⁴⁰

Hâkimin hüküm vermek bakımından yasaklı olduğu davalar; hâkimlerin usul ve fûru' (annesini, babası, dedesi, ninesi, çocukları ve torunları), mükatep kölesi veya köleleri yakın akrabası, iş ortağı⁸⁴¹, vekili veya müvekkili olduğu kişiler gibi hâkimin yakın ilişki içinde bulunduğu kimselerin taraf olduğu davalardır.⁸⁴² Hâkim bu sayılan yakınları lehine şahitlik yapamaz, hâkimlik yapmak şahitlik yapmaktan daha üstün bir iş olduğu için bu kişiler lehine evleviyetle hüküm veremez.⁸⁴³ Fıkıh âlimlerinin görüşlerine göre hâkimlerin yargılama yapmaktan kaçınması gereken davalar, dava sonucunda hâkime veya yakınlarına bir fayda veya zarar getirebilecek

⁸³⁹ ASLAN, Yargılama Etiği, s.57-58. Bu husus Halife Ömer b. Abdülaziz'in hâkimlik yapmak üzere atadığı Meymun b. Mihran'a gönderdiği talimatnamede de belirtilmiştir.

⁸⁴⁰ Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct, s.93, md. 143; İNCEOĞLU, Yargısal Davranış İlkeleri, s. 57. Hâkim davanın duruşma ve karar aşamalarında kendisinin reddedilmesine veya çekinmesine sebep olmayacak şekilde hareket etmelidir. Davranışlarına bu ölçüde azami ölçüde dikkat etmelidir. Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, 2.3. Bir hâkimin sürekli olarak reddedilmesi veya davadan çekinmesi hâkime karşı toplumda bir önyargı oluşturabileceği gibi hâkimin reddi ve çekinmesi sonucu diğer hâkimler görevlendirileceği için diğer hâkimlerin iş yoğunluğu da çoğalır ve hâkimlerin kendi aralarındaki iş yüklerinde adaletsiz bir dağılım ortaya çıkar.

⁸⁴¹ Bazı müellifler dava konusu malda hâkimin ortaklığı varsa, hâkimin o davada da hüküm veremeyeceği görüşündedirler. BİLMEN, C. VIII, s. 224-225.

⁸⁴² ATAR, İslam Yargılama Hukukunun Esasları, s. 91.

⁸⁴³ Fetâvâyi Hindiyeye, VI, 248; BARUT, s.93-94.

nitelikte olan davalardır.⁸⁴⁴ Hâkimin yasaklı olduğu davalarda hüküm vermesi durumunda, verdiği hüküm geçersizdir.⁸⁴⁵ Bu tür davalarda hâkimin kendisinin yakını veya ortağı olan tarafın aleyhine verdiği hüküm ise geçerlidir.⁸⁴⁶

Modern hukuk cephesinde ise; Bangalor İlkelerine göre “hâkim, ailesini temsil eden birisinin davacı olduğu veya böyle bir kimsenin herhangi bir şekilde ilişkili olduğu davalara bakmamalıdır.⁸⁴⁷ Hâkim aile üyelerinden (nişanlısı da dâhil olmak üzere) birisinin taraf olduğu veya taraflardan birisinin vekili olduğu davalara bakmaktan kaçınmalıdır.⁸⁴⁸ Hâkimin aile üyelerinden başka özel hayat bakımından kendisine yakın olan bir meslektaşının taraf veya taraf vekili olduğu davadan da çekinmelidir.

Yine modern hukuk bakımından; hâkim, tarafsız olamayacağı kanısı uyandıran davalarda bile görev yapmamalıdır. Bu bakımdan hâkimlik mesleğinde görüntü çok önemlidir. 2802 sayılı Hâkimler Savcılar Kanunu’nda da; “*Hatır ve gönüle bakarak veya kişisel duygulara kapılarak görev yaptığı kanısı uyandırmak*”⁸⁴⁹ hareketi yer değiştirme disiplin yaptırımına tabi tutulmuştur. Hâkim burada gerçekten hatır ve gönüle bakarak karar vermemiş olabilir. Burada cezalandırılan husus hâkimin böyle bir izlenim vermesidir. Hâkimliğin ne kadar dikkat isteyen bir meslek olduğu bu maddede kendini gösterebilmektedir.

İslam hukukuna göre; hâkim kendi yürüttüğü bir davada şahitlik yapamaz, taraf olamaz. Hâkimin kendisinin atadığı naibi de bu davalarda hüküm veremez; çünkü naibin hükmü kendisini atayan hâkimin hükmü gibidir.⁸⁵⁰ Hâkim kendi annesinin, evladının taraflardan oldukları davalara bakamaz, onların taraf oldukları davalarda leh veya aleyhte şahit olarak dinlenemez. Fetâvâyi Hindiyeye’de, “*hâkimin*

⁸⁴⁴ KOŞUM, s. 52.

⁸⁴⁵ ALİ HAYDAR, *Dürerü’l-Hükkam*, C. IV, 710, Mecelle Madde 1808 şerhi.

⁸⁴⁶ ASLAN, *Yargılama Etiği*, s. 59.

⁸⁴⁷ Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, 4.4.

⁸⁴⁸ *Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct*, s.92, md. 128.

⁸⁴⁹ 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu md. 68/c.

⁸⁵⁰ Fetâvâyi Hindiyeye, VI, 248; BARUT, s. 93-94.

karısı hakkında verdiği hüküm başka bir hâkim bu hükmü onaylayıncaya kadar bekletilir.” denmiştir.⁸⁵¹

İslam devletinde Hz. Ömer, Hz. Ali gibi halifeler kendilerinin taraf oldukları davalarda yargılama yetkisi esas olarak devlet başkanı sıfatıyla kendilerinde bulunmasına rağmen bu davalarda hâkim olarak başka kimseleri görevlendirmişlerdir.⁸⁵² Yine başka bir örnekte ise Abbasi halifesi Me'mun, oğlu ile ilgili bir davaya bakmaktan çekinmiş ve davayı, görmesi için başka bir hâkime havale etmiştir.⁸⁵³

Genel olarak hâkimlerin hüküm vermekten yasaklı olduğu davaları şu şekilde özetleyebiliriz. Birincisi, hâkimin kendisinin taraf olduğu veya menfaati bulunana davalar. İkincisi, hâkimin lehine şahitlik yapamayacağı kimselerin davaları, üçüncü olarak ise, hâkimin akrabalarının davaları. Hâkimin yasaklı olduğu davalarda genel olarak belirleyici olan unsur hâkimin şahitlik yapmaya elverişli olup olmadığı davalardır. Hâkim, şahitlik yapamayacağı davalarda hüküm de veremez.⁸⁵⁴ Kişiyi etki altında bırakacak durumlarda şahitlik yapamayacağı gibi hâkimlik de yapamaz.⁸⁵⁵

Bir hadis-i şerif’de belirtildiği üzere “*Hain erkeğin, hain kadının, İslâmiyet'te had cezasına çarptırılmış olan kimsenin şahitliği ve kin ile husumet sahibinin, husumet beslediği kişi aleyhinde şahitlik etmesi caiz değildir*”⁸⁵⁶ denilerek kişilerin şahitlik yapamayacağı davalar sayılmıştır. Dolayısıyla hâkim de bu sayılan davalarda hüküm veremez.⁸⁵⁷ Kişilerin hangi derecede olan yakınlarının davalarında şahitlik yapamayacağına ilişkin müellifler arasında ihtilaf bulunmaktadır. Hanefilere ve

⁸⁵¹ Fetâvâyi Hindiyye, VI, 338.

⁸⁵² MAVERDÎ, Edebü'l Kadı, II, 416, akt. BARUT, s. 94. Bu husus Serahsi tarafından da belirtilmiştir. Ona göre devlet başkanı bizzat kendisi ile ilgili bir davada hâkimlik yapamaz. SERAHSÎ, C. XVI, 73.

⁸⁵³ ATAR, İslam Adliye Teşkilatı, s. 122.

⁸⁵⁴ Fetâvâyi Hindiyye, VI, 336-337. Bu konuda İmam Malik, kişi kimin lehinde ve aleyhinde şahitlik yapamazsa, o kişilerin leh ve aleyhinde hüküm de veremez görüşündedir. İBN RÜŞD, Bidayetü'l Müctehid, C. IV, s. 369.

⁸⁵⁵ MAVERDÎ, Ahkamu's Sultaniyye, s. 84; İBN ABİDİN, C. XII, s. 99.

⁸⁵⁶ İBN MACE, Ahkâm, 30.

⁸⁵⁷ MAVERDÎ, Ahkamu's Sultaniyye, s. 84.

Hanbelilere göre baba evladına, evlat babasına ve eşler birbirlerine karşı şahitlik yapamazlar.⁸⁵⁸ Malikiler ve Şafiiler ise baba ile evladı arasında şahitlik yapılabileceği görüşündedirler.⁸⁵⁹ Zahiriler ise Maide suresinin “Ey iman edenler! Allah için hakkı ayakta tutan ve adaletle şahitlik eden kimseler olun. Bir kavme olan kininiz, sizi adaletsizliğe götürmesin...” ayetini esas alarak kişinin hem şahitlik hem de hâkimlik yapamayacağı davaları belirlerken adaletli olma vasfını esas almışlardır. Eğer bir kişi herhangi bir nedenden dolayı adil bir şekilde hüküm veremeyeceği kanaati oluşuyorsa, bu halde o hâkim o davada hüküm vermemelidir.

İslam hukukunda genel olarak hâkimin yasaklı olduğu davalarda yargılama yapmama şeklinde değil de hüküm vermeme şeklinde bir düzenleme bulunmaktadır. Burada yasak olan husus hâkimin hüküm vermesidir.⁸⁶⁰ Günümüz hukukundan farklı olarak hâkimin yakın veya akrabası olan kişilerin davalarında bu kişilerin aleyhine veya hâkim ile arasında husumet bulunan kişilerin davalarında, bu kişilerin lehine hüküm vermesi caizdir.⁸⁶¹ Bu husus kişinin şahitlik yapamayacağı davalarla hüküm veremeyeceği davaları ayıran en önemli noktadır.⁸⁶²

Ailevi ve sosyal sebepler dışında hâkimin hüküm veremeyeceği durumlar da bulunmaktadır. Osmanlı devletinde genel olarak tek hâkimli yargılama usulü benimsenmesine rağmen fetvalarda belirtilen bir husus da şöyledir. Fetvalarda da belirtildiğine göre, eğer bir uyuşmazlıkta hüküm vermek için iki tane hâkim birlikte yetkilendirildiyse, davayı bu hâkimlerden sadece birisinin hükme bağlaması durumunda bu hüküm geçerli olmaz.

⁸⁵⁸ KOŞUM, s. 53.

⁸⁵⁹ İBN KUDAME, C. XII, 62-65, akt. KOŞUM, s. 54.

⁸⁶⁰ ASLAN, Yargılama Etiği, s. 58.

⁸⁶¹ KOŞUM, s. 54.

⁸⁶² Bir görüşe göre hâkim ister husumeti bulunan kişinin aleyhinde veya yakınlığı bulunan kişinin lehinde hüküm versin; eğer hâkim adil bir kişilik ise verdiği hükümler geçerlidir. İBN ABİDİN, C. XII, s. 99.

“Zeyd’in Amr ile bir hususa müteallik davalarını ‘Bekir ve Beşir kadılar maa’n istima’ eylesinler’ deyu emr-i sultani varid olduktan sonra ol davayı yalnız Beşir istima’ idüb hükmeylese hüküm nafiz olur mu? El-cevab: Olmaz.”⁸⁶³

Tek hâkimli yargılama konusunu biraz açacak olursak; ilk İslam devletlerinde ve Osmanlıda tek hâkimli yargılama esastı.⁸⁶⁴ Yargılama boyunca tüm soruşturma ve araştırmayı tek hâkim yaptığı gibi hükmü kural olarak tek hâkim verirdi. Fakat İslam hukukuna göre bir sancak veya eyalete eğer lüzum görülürse birden fazla hâkim de atanabilir. Bir şehirde birden çok hâkim olmasında bir beis yoktur.⁸⁶⁵

Modern hukukta ise; bazı durumlarda somut olaya göre hâkimin davaya bakmaktan kaçınmasına gerek olmadığı hususu düzenlenmiştir. Hâkimin baktığı davanın taraf vekillerinden birisi olan hukuk firmasında hâkimin aile üyelerinden birisi çalışıyorsa bu durum hâkimin kendiliğinden çekinmesini gerektirmeyebilir. Öyle ki, İHAM önüne gelen bir davada durum şöyle tezahür etmiştir. Academy Trading Ltd ve diğerleri – Yunanistan davasında ulusal mahkemede görülen davanın hâkimlerinden ikisinin kızları davanın diğer tarafına yakınlığı bilinen bir şirkette çalışıyorlar. İHAM bu davada mahkemenin tarafsızlığını tehlikeye atacak bir durum görmemiştir.⁸⁶⁶ Bu durum haricinde hâkimin önüne gelen bir davada eğer hâkim kendisi tarafsızlığı tam olarak sağlayamayacağı kanaatindeyse çekinmelidir. Ayrıca hâkim davadan çekinmemesi halinde diğer meslektaşlarının ve toplumun nasıl düşüneceği gibi faktörleri göz önünde bulundurarak ona göre çekinip çekinmeyeceğine karar vermelidir.⁸⁶⁷

C. AZİL

Hâkimi azletmeye asıl olarak yetkili olan merci, hâkimi tayine asıl olarak yetkili olan devlet başkanıdır. Bir yerin valisine o bölgedeki hâkimi azil yetkisi

⁸⁶³ Fetava-yı Ali Efendi, Cild-i Evvel, s.568.

⁸⁶⁴ Bilmen’e göre bir bölgeye genel görevli olarak birden fazla hâkimin atanması caiz değildir. Fakat özel olarak belirli bir davada birden çok hâkim atanabilir. BİLMEN, C. VIII, s. 225

⁸⁶⁵ BERKİ, İslamda Kaza Hüküm ve Hâkimlik ve Tevabii, s. 14.

⁸⁶⁶ Academy Trading Ltd and others vs. Greece, 04.04.2000, par. 46, akt. İNCEOĞLU, Yargısal Davranış İlkeleri, s.56.

⁸⁶⁷ Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct, s.92, md. 129.

verilmişse o da hâkimi azledebilir. Hâkim istediği zaman kendisini de azlettirebilir. Yani hâkimin istifası da caizdir.⁸⁶⁸ Hâkimin azil usulü, tayin olduğu usulle olur.⁸⁶⁹

Berki, İslam'ın ilk devirlerinde hâkimlerin görevlerinde bağımsız olduklarını ve bu devirde hâkimlerin azledilmediğini belirtmiştir. Bu duruma örnek olarak Hz. Ömer devrinde kadılığa atanan Kadı Şureyh'in Hz. Ömer, Hz. Osman, Hz. Ali ve Emeviler devrinde toplam 60 küsur sene hâkimlik yapması gösterilmiştir.⁸⁷⁰

Hâkimlerin azledilebilmesi için kişinin hâkimlikten azledilmesini haklı çıkaracak bir harekette bulunması gerekir.⁸⁷¹ Bu azledilme esaslı şekilde yapılan bir teftiş sonrasında yapılabilir.⁸⁷² Bu azl sebeplerine örnek olarak; hâkimin adalet vasfını kaybetmesine sebep olacak haram veya cezayı gerektirecek bir fiil yapması, görevini kötüye kullanması, görevine devam edemeyecek ağırlıkta bir hastalığı bulunması⁸⁷³, gözlerinin kör olması, kulaklarının sağır olması, akıl yeteneğini kaybetmesi veya irtidat(dinden dönme)etmesi⁸⁷⁴ verilebilir. Hâkimin rüşvet alması durumunda görevinin ne zaman sona erdirileceği hususunda İslam hukukçularının değişik görüşleri mevcuttur. Bazıları hemen azledilmesi gerektiğini savunurken, bazıları ise bunun yerine başka bir hâkim gelinceye kadar azledilemeyeceği görüşündedirler.⁸⁷⁵

Devlet başkanı tarafından azledilen hâkimin bu azil durumundan sonra vereceği hükümler geçersizdir. Ancak bu azil kararından hâkimin haberi olmazsa

⁸⁶⁸ FENDOĞLU, s. 249.

⁸⁶⁹ ATAR, "Kadı", DİA, C. XIV, s. 68.

⁸⁷⁰ BERKİ, Hukuk Tarihinden İslam Hukuku - I, s. 37.

⁸⁷¹ Osmanlı devletinde haksız hüküm veren hâkimler, yöre halkının gerek münferit veya toplu olarak şikâyeti sonucunda gerekli tahkikat ve incelemeyi yapacak olan ve merkezden gelen müfettişlerin raporu sonucunda merkez tarafından azledilebilirlerdi. Hele de rüşvetle hüküm verdiği anlaşılan bir hâkimin geleceği mahvolmuştur diyebiliriz. ÖZTUNA, C. X, s. 269. Hanefî, Maliki ve Zahirilere göre ve Şafiiler ve Hanbelilerde de üstün olan görüşe göre hâkimi atamaya yetkili olan merci gerekçe göstermeksizin hâkimi azledebilir; fakat bu azilde bir yarar bulunması gerekir. Yani hâkimin azli için bir yarar ve bir mazerete ihtiyaç bulunmaktadır. FENDOĞLU, s. 249.

⁸⁷² Bu yapılan teftişin de gizli olarak yapılması gerekir ki, eğer teftiş sonucunda hâkimin azledilmesine gerek olmadığı sonucuna ulaşırsa; hâkim, toplum tarafından gelebilecek herhangi bir eleştiriden korunmuş olsun. ASLAN, Yargılama Etiği, s. 147.

⁸⁷³ ATAR, İslam Yargılama Hukuku, s. 87.

⁸⁷⁴ Fetâvâyi Hindiyeye, VI, 245.

⁸⁷⁵ NEBHAN, s. 588.

veya bu haber kendisine ulaşmadıkça hâkimin vereceği hükümler geçerlidir.⁸⁷⁶ Ebu Yusuf da görevden alınan hâkimin, yerine başka bir hâkim gelinceye kadar halkın hukukunu koruma amacıyla görevine devam edeceğini belirtir.⁸⁷⁷ Osmanlı devrinde de bu görüşü esas alan fetvalar bulunmaktadır.

“Zeyd kadı azlolunub lakin bir müddet mürur idüb haber-i azli Zeyd’e vasıl olmamağla Zeyd, müddet-i mezburede ba’zı dea’vi istima’idüb hükmeylese hükmi nafiz olur mu? El-Cevab: Olur.”⁸⁷⁸

Hâkim azledilirse, hâkimin kendisine vekil tayin ettiği kişiler de azlolunmuş sayılır; fakat önceki hâkim tarafından atanmış olan naib, yeni hâkim gelinceye kadar hüküm verebilir. Bu konu fetvalarda da belirtilmiştir.

“Bir belde kadısı Zeyd, naib nasbına me’zun olmağla Amr’ı nasbidüb ba’dehü Zeyd’in müddeti tamam olmadan fevtoldukda Amr, kadı-i cedid gelmeden Bekir’in Beşir ile olan davasını istima ve hükmeylese nafiz olur mu? El-cevab: Olur.”⁸⁷⁹

Devlet başkanı, devlet başkanı sıfatını yitirdiğinde bu devlet başkanını atadığı hâkimler, hâkimlik sıfatlarını kaybetmezler; çünkü hâkimler devlet başkanının vekili olmakla beraber kendilerini tayin eden mercilerin adına değil, kamu adına bu görevi sürdürürler.⁸⁸⁰ Devlet başkanının hâkimi azli, halkın devlet başkanını azline benzemektedir.⁸⁸¹ Mecelle’de ise ölen hâkimin yerine başka bir hâkim gelinceye kadar, ölen hâkimin naibinin vereceği hükümlerin geçerli olduğu belirtilmiştir.⁸⁸² Hâkim şartlı olarak tayin edilebileceği gibi, şartlı olarak da azledilebilir; ancak azil bir şarta bağlanmışsa azil yazısı gelene kadar hâkim azledilmiş sayılmaz. Bu durumda hâkimin azledildiğini yazı gelmeden öğrenmesi de durumu değiştirmez.⁸⁸³

⁸⁷⁶ Fetâvâyi Hindîyye, VI, 244.

⁸⁷⁷ BARUT, s. 76; ATAR, İslam Yargılama Hukuku, s. 87.

⁸⁷⁸ Fetava-yı Ali Efendi, Cild-i Evvel, s. 569.

⁸⁷⁹ Fetava-yı Ali Efendi, Cild-i Evvel, s. 565.

⁸⁸⁰ BİLMEN, C. VIII, s. 222; ATAR, İslam Yargılama Hukuku, s. 87.

⁸⁸¹ NEBHAN, s. 588.

⁸⁸² MECELLE md.1805 “ ... Binaenaleyh bir kazanın hâkimi vefat ettikde yerine diğerk hâkim gelinceye dek ol kazada vuku’ bulan davayı hâkim-i müteveffanın naibi istima’ ve hükm edebilir.”

⁸⁸³ Fetâvâyi Hindîyye, VI, 240.

Hâkim kendi kendini de azlettirebilir ancak bu istifa iradesinin hükümdara veya hâkim azletmeye yetkili makama ulaşması gerekmektedir. İstifa yazısı yetkili mercii'ye ulaşınca kadar hâkimin görevi devam eder.⁸⁸⁴

Hâkimlerin hangi sebeplerle azledileceği hususunda bakacak olursak farklı dönemlerde benzer hareketlere yönelik olarak hâkimlerin azledildiğini görürüz. Mesela; Selçuklularda bilerek yanlış hüküm veren kadı azledilir ve gerekirse cezalandırılabilirdi.⁸⁸⁵ İslam hukukundaki sebeplere akıl veya ölüm hastalığına yakalanma durumunu da örnek gösterebiliriz.⁸⁸⁶ Hz. Peygamber ve Hz. Ebubekir devrinde hiçbir hâkim görevden alınmamıştır.⁸⁸⁷

Osmanlı devletinde ise hâkimin azli için hâkimliğe atanmak için gerekli olan şartlardan birisinin kaybedilmesi, yolsuzluk, bilgisizliğinin sonradan anlaşılması gibi sebepler aranmıştır. Hâkimlerin azli için yetkili olan merci ise hâkimleri bağlı buldukları kazaskerlik dairesidir.⁸⁸⁸ Daha önce de bahsettiğimiz üzere devre çıkma, yolsuzluk yapma, rüşvet alma, gezici mahkeme kurarak halktan usulsüz para toplama gibi hâkimlere yakışmayacak davranışta bulunan kadılar, merkezden gönderilen mehayif müfettişleri veya diğer kadılar tarafından denetlenir ve suçlu bulunan kadılar genellikle görevden azledilip ayrıca sürgün cezasına çarptırılmıştır.⁸⁸⁹ Konu ile ilgili mühimme defterlerinde hükümler bulunmaktadır.⁸⁹⁰

⁸⁸⁴ Fetâvâyi Hindiyeye, VI, 246.

⁸⁸⁵ Kasten, taksirle veya cehaletle kötü hüküm veren hâkimler diğer hâkimler tarafından padişaha bildirilir ve bu kötü hüküm veren hâkimler padişah tarafından azledilir ve cezalandırılır. NİZAMÜLMÜLK, Siyasetname, s. 69.

⁸⁸⁶ FENDOĞLU, s. 254.

⁸⁸⁷ FENDOĞLU, s. 252.

⁸⁸⁸ FENDOĞLU, s. 254.

⁸⁸⁹ EKİNCİ, Ateş İstidası, s. 99; DEMİR, Osmanlı Mahkemesi, s. 45. 1076(1666) tarihli bir vesikada Saruhan sancağı mütesellimine yazılan bir fermana göre Manisa kadısının tutuklanarak merkezden gönderilen çavuşa teslim edilmesi emredilmiştir. ULUÇAY, Çağatay, XVII. Asırda Saruhan'da Eşkiyalık ve Halk Hareketleri, İstanbul, 1944, s. 385-386. Vesika No: 187.

⁸⁹⁰ "Samsun sâbık Kadısı Gülâbî'nin teftişi için Dergâh-ı Muallâ çavuşlarından Ali'nin görevlendirildiğine dair hüküm." Hüküm no: 160, "Van beylerbeyine ve kadısına: Van sâbık kadısına isnat olunan hususların araştırılarak icabının yapılmasını ve neticenin bildirilmesi hakkında" Hüküm no: 695, 3 Nolu Mühimme Defteri, s. 79, 309.

Fakat bir kaza kadısı görev süresi dolmadığı halde haksız yere görevinden alınır, bundan dolayı hâkimin gördüğü zarar devlet tarafından ödenirdi.⁸⁹¹

Osmanlıda yerlerine kendileri gitmek yerine naip göndererek görevlerini ihmal eden hâkimlerin hem azledilip hem de şiddetli cezalarla cezalandırılacaklarına dair düzenlemeler bulunmaktadır.⁸⁹² Niğbolu Vilayeti Kanunnamesi'nin 20. Maddesine göre “ *Ve eğer kadılar vilayette zulüm olduğunu bilip def eylemezler ve def eylemeye kadir olmadığı vakit dergah-ı muallaya arz eylemeyecek olur ise sebab-i azl ola.*”⁸⁹³ Aynı zamanda Osmanlıda hâkimler yönetici sınıfı da denetlemekle görevli oldukları⁸⁹⁴ için ehl-i örf denilen yönetici sınıfı denetleme görevini ihmal eden hâkimlerin azledileceği belirtilmiştir. Bosna Vilayeti Kanunu'nun 8. Maddesine göre “ *Ve sancakbeylerinin âdemîleri ve subaşları ve işlerini mukataaya tutan amilleri kanun üzere cürmlerini aldıktan sonra voyvodalara dahi hakk-ı siyaset deyü nesnelerin almayalar. Bunun emsali bidatler ref olundu. Memlekete kadılar olanlar men edeler, memnun olmayanları arz edeler, haklarından geline, kuzat arz etmez ise azlolalar.*”⁸⁹⁵

1834'te ise Osmanlı devletinde hâkimlerin görev teminatı bakımından önemli bir düzenleme yapılmış ve hâkimlerin istifa etmedikçe ve yahut kendilerine yönelik bir şikâyet olmadığı sürece görevden azledilemeyecekleri ve şikâyet varsa da bu

⁸⁹¹ BÜLBÜL, s. 202.

⁸⁹² KARAL, Enver Ziya, Selim III'ün Hattı Hümayunları, Ankara, 1988, s. 115, akt. AVCI, “Osmanlı Hukukunda Hâkim”, s. 105; AVCI, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 426.

⁸⁹³ BARKAN, Ö. Lütfi, XV ve XVI ıncı Asırlarda Osmanlı İmparatorluğunda Zirai Ekonominin Hukuki ve Mali Esasları, Birinci Cilt- Kanunlar (tıpkıbasım), yayına hazırlayan Hüseyin Özdeğer, İstanbul, 2001, s. 270.

⁸⁹⁴ Padişah tarafından hâkimlere gönderilen talimatlarda hâkimlerin atanma amacının halkı güçlü kimselerin zulmünden kurtarmak olduğu belirtilmiştir. “İmdi bir vilayete sancakbeği ve kadi nasb olunmaktan murad zaleminin zumi re'aya üzerinde mündefi' olub eyyam-ı adale-hümayunumda re'aya ve beraya asude-i hal olmaktır. Şer'-i şerife muhalif vaz' olmak sizin ihmalinizdedir.” AKGÜNDÜZ, Ahmet, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, İstanbul, 1993, C. 6, s. 26; DEMİR, Osmanlı Mahkemesi, s. 27-28.

⁸⁹⁵ BARKAN, s. 397.

şikâyetin haklı bir sebepten kaynaklanıp kaynaklanmadığının araştırılacağı hususu kural haline gelmiştir.⁸⁹⁶

Modern hukuka göre ise; hâkimin azledilmesine⁸⁹⁷ ve disiplin yaptırımına⁸⁹⁸ neden olabilecek davranışlar kanunda açık ve net bir şekilde tanımlanmalıdır. Bu hususta Hâkimlerin Statüsüne İlişkin Avrupa Şartında da “*Bir hâkimin yasada açıkça öngörülen görevlerinden birini ihmal etmesi durumunda, en az yarısının seçilmiş hâkimlerden oluştuğu bir kurulun, ilgili hâkimin kendisini temsil hakkı olduğu ve tüm tarafların dinlendiği bir ortamda, teklifi, önerisi veya uygun görüşünü takiben cezalandırılması mümkündür. Cezai tedbirlerin niteliği kanunda öngörülür ve hükmolunacak bu tedbirler orantılılık prensibine uygun olacaktır. Bu kararlara karşı yüksek yargıda temyiz yolu açık olacaktır.*”⁸⁹⁹ Denilerek hâkimler hakkında verilen disiplin cezalarına karşı temyiz yolunun açık olacağı belirtilmiştir.

2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununda ise; “*Disiplin cezasının uygulanmasını gerektiren fiil suç teşkil etmese ve hükümlülüğü gerektirmese bile mesleğin şeref ve onurunu ve memuriyet nüfuz ve itibarını bozacak nitelikte görüldüğü takdirde de meslekten çıkarma cezası verilir.*”⁹⁰⁰ hükmünde meslekten çıkarma cezasının hangi fiillerde verileceği düzenlenmiştir. Buradaki ifadeler oldukça muğlaktır. Hangi fiilin hangi maddeye tabi olacağını belirlemek oldukça güçtür. Bu anlamda bu maddeler arasındaki belirsizlik ve hangi fiilin hangi madde kapsamına gireceği ve dolayısıyla hangi yaptırıma tabi olacağı belirsizliği giderilerek yeni düzenlemeler yapılmalıdır.

⁸⁹⁶ EKİNCİ, Tanzimat ve Sonrası Osmanlı Mahkemeleri, http://www.ekremlu.com/pdfs/o_osmmah.pdf, e.t. 06.05.2015, s. 242; ÜNAL-ÖZKORKUT, s. 233. Kanunname hakkında bkz. ÇADIRCI, s. 139-161.

⁸⁹⁷ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi R (94) 12 Tavsiye Kararı, İlke VI, 2.

⁸⁹⁸ İNCEOĞLU, Yargıcın Davranış İlkeleri, s.22.

⁸⁹⁹ Hâkimlerin Statüsüne İlişkin Avrupa Şartı, md.5.1.

⁹⁰⁰ 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu md. 69/son.

SONUÇ

Tarihin başlangıcından itibaren insanlar söz konusu olduğunda uyuşmazlıkların da olacağı kaçınılmaz bir gerçektir. Dolayısıyla insanlar arasında ortaya çıkan bu uyuşmazlıkların çözümü için bilgi sahibi, ahlaklı, zeki kişiler hâkim olarak seçilmişlerdir. Bu şekilde hâkimlerin yaptıkları adalet dağıtma faaliyetini yapacak kimselerin olmaması halinde ise insanlar haklarını kendileri ve zor kullanarak alma yoluna gidebilirler. Bu durum ise toplumda kaosa ve anarşiye yol açar. Bu şekilde hâkim seçilecek kimselerde bazı vasıflar bulunmalı ki insanlar bu hâkimin verdiği kararlara saygı duysunlar ve başka yollara başvurmazlar. Hâkimlerin önlerine gelen uyuşmazlığın çözümünde başvurdukları kurallar her zaman bulunmuştur. Bu kurallar ise zamana ve mekâna göre değişiklik göstermişlerdir. İnsanların ilk devirlerinde hâkimlerin esas aldığı belirli bir yazılı kurallar bulunmamakla birlikte toplumların temelini oluşturan ve bölgelere göre değişiklik gösteren örf ve adet kuralları hâkimlerin başvurduğu temel kaynak olmuştur. Zaman geçtikçe hâkimlerin esas aldığı örf ve adetler yerine devlet ve hukuk kuramının gelişmesiyle yazılı hukuk kuralları uyuşmazlıkların çözümünde esas alınır hale gelmişti. Bu yazılı kurallar bölgeden bölgeye değişiklik göstermeyip, kuralı belirleyen devlet tarafından, devletin egemenliği dâhilindeki bütün bölgelerde uygulanmaktaydı.

Çalışmamızı yaparken ulaştığımız sonuçları aşağıda anlatacağımız şekilde özetleyebiliriz:

Eski devirlerdeki hâkimlik mesleğine ve yargılama faaliyetine baktığımızda Hint hukukuna göre ülkedeki en yetkili hâkim kralın bizzat kendisiydi. Hâkim bu yargılama yetkisini diğer hâkimlere devredebilirdi. Hindistan'da etkili olan kast sistemi yargılama alanında da kendini göstermekteydi. Hâkimlerin yargılama esnasındaki tavırları, tarafların sınıfına göre değişkenlik gösterirdi. Ruhban sınıfına karşı hâkimler duruşma esnasında oldukça nazik davranmak zorundaydılar. Diğer sınıflara karşı ise böyle bir zorunlulukları yoktu.

Eski Mısır'da ise yine yargılama fonksiyonunun başı kraldı. Bu kral hâkimler atayarak yargılama fonksiyonunun devlet genelinde işlemlerini sağlıyordu. Bu devirde hâkimlerden başka hakemler de bulunmaktadır ki, bu hakemlerin verecekleri

hükümlere karşı başka bir merciye başvurulamaması önemlidir. Eski Mısır'da yüksek yargı kurumlarının da varlığından bahsedebiliriz. “Altı Büyük Daire Mahkemesi” adı verilen bir kurum yüksek hâkimler ve ruhban sınıfından oluşur ve bağımsız olarak hüküm vermek için kralın önünde yemin ederlerdi. Mahkemeye yazılı olarak başvurulup, yazılı olarak cevap alınması da bu dönemde başlamıştır.

Sümerlerde ise mahkemelerin tek veya birden çok hâkimden oluşabildiğini görüyoruz. Bu devirde mahkemede vekil aracılığıyla temsil edilme durumu bulunmaktadır. Hâkimlik mesleği ise genel olarak ruhban sınıfın elinde olmakla beraber, meslekten yetişmiş olarak hâkim olan kimseler ise yüksek yargı mercilerinde görev yapmaktaydı. Uyuşmazlığın hâkimlere götürülmeden önce ise arabuluculara götürülmesi, burada çözülememesi durumunda hâkimlere başvurulması esastı.

Babillerde ise Sümerlerde olduğu gibi hâkimlik görevini rahipler yürütmekteydi. Hammurabi devrinde ise hâkimlik yapmak için rahipler dışından kişiler istihdam edilmiştir. Bu devirde yazılan Hammurabi Kanunları ise hâkimlerin yargılama esnasında nasıl davranması gerektiği ve yargılama usulü ile ilgili hükümler içermekteydi. Hâkimler bu kurallara göre hüküm verirdi.

Asurlularda ise yargılama görevini başlarında kralın atadığı valilerin olduğu meclisler yapmaktaydı. Bunun dışında kralın atadığı hâkimler de vardı. Ayrıca aile reislerinin aile içindeki belirli bazı uyuşmazlıklarda hüküm verme yetkisi de bulunmaktaydı.

Eski İbranilerde ise kutsal kitapları olan Tevrat, yargılama hukuku açısından önemli bilgiler vermektedir. Bu devirde hâkimlerden başka her şehirde bulunan “İhtiyarlar Heyeti” de basit nitelikteki uyuşmazlıkları çözmekteydi. Hâkimlerin yargılama yaparken adil ve dürüst olmaları gerektiği ve rüşvet yememeleri gibi bazı hususlar Tevrat'ta belirtilerek hâkimler bu kurallara uymakla görevlendirilmiştir.

Hititlerde ise diğer eski çağ uygarlıklarının aksine devlet başkanı olan kralın yargılama faaliyetiyle oldukça sık bir şekilde meşgul olduğunu görmekteyiz. Kralın yargılama yetkisini devrettiği hâkimler de yargılama yapmaktadır; ancak bizzat

kralın yargılama yaptığı Kral Mahkemesi isimli mahkemede soylular, üst düzey devlet görevlileri gibi önemli şahısların davalarına bakmaktaydı.

Eski İran'da ise Akamenidler ve Sasaniler devletleri bakımından bir ayrım yapabiliriz. Akamenidler devrinde yargılama erkinin başı olan kral yılın belirli dönemlerinde belirli sınıftan kimselerin yargılmasını bizzat yapmaktaydı. Bu devirde kralın atadığı hâkimler genel olarak yargılama faaliyeti yürütmekteydiler. Sasaniler devletinde ise yine Akamenidler'de olduğu gibi belirli günlerde kral bizzat yargılama yapmaktaydı. Bu devlet döneminde bütün hâkimler ruhban sınıfından seçilmekteydi.

Eski Çin'de ise yargılamanın yazılı usulde yapıldığı görmekteyiz. Bu devirde hâkimlerin yargılama usulüyle ilgili başvurdukları yazılı kaynaklar da bulunmaktadır. Hâkimler bu kaynaklardaki kurallara göre yargılamayı yürütmekteydiler.

Eski Yunan'da ise monarşinin olduğu ilk devirlerde kral yargılamanın başıydı. Daha sonra ise aristokrasinin gelmesiyle Areopag meclisleri adı verilen kurum mahkeme görevini görüyordu. Bu meclisin asil ve soylu üyeleri hâkim sıfatına haizdi. Solon devrinden sonra ise kurulan halk mahkemeleri ile tarihte ilk defa hâkimlik ehliyetine ve becerisine sahip olmayan halkın içinden rastgele seçilen kişiler bu mahkemeyi oluşturuyorlar ve hükümler bu şekilde veriliyordu. Eski Isparta hukukunda ise Gerusia isimli bir ihtiyarlar meclisi bu halk mahkemelerinin yaptığı işlevi görüyordu. Bu meclis devlet başkanı olan kralı bile yargılayabiliyordu.

Eski Roma'da ise krallık devrinde, yargılama yetkisi kral, halk meclisleri ve devletten bağımsız hâkimler arasında bölüşülmekteydi. Cumhuriyet devrinde ise devleti yöneten Praetorların yasa çıkarma faaliyetiyle beraber hâkimler Praetorlar tarafından atanan resmi hâkimler ve devletten bağımsız özel hâkimler olarak ikiye ayrılmışlardır. Halk ise bu hâkimleri seçmekte özgürdü. Burada şunu da belirtelim ki, Eski Roma'da yargılamanın aleniliği ilkesine riayet edildiğini görmekteyiz. İmparatorluk devrinde ise hâkimler imparator tarafında seçilmeye başlanmıştır. Halk ise davalarını yüksek yargı merci olarak imparator önüne getirebilmekteydi.

Cahiliye devri Arabistan'da ise tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kabile reisleri veya tarafların kendilerinin seçtiği hakemler çözmekle görevliydi. Bu devirde bağısız hâkimler teşkilatına rastlanmamaktadır. Dolayısıyla güçsüzün haksız çıkıp, güçlünün davayı kazandığı durumlar sıkça görülmektedir.

Bu eski devirlerdeki hâkimlik mesleğiyle ilgili olarak genelde yargılama fonksiyonunun başının devlet başkanı olan kral olduğunu, kralın ise bu yetkisini hâkimler aracılığıyla kullandığını görmekteyiz. Hâkimler genel olarak yüksek tabakadan insanlar arasından ve hatta büyük oranla ruhban sınıf içinden seçilmekteydi. Bu devirlerde hâkimlerin görevlerini yürütürken bağımsız olmaları istenmiştir. Bu amaçla rüşvet alan hâkimlere caydırıcı cezalar verildiğini görürüz.

Tarihte hiçbir peygamber yoktur ki, kendisine hâkimlik görevi verilmiş olmasın. Dolayısıyla İslam hukukundaki hâkimliğe baktığımızda ise İslam'da ilk hâkimin Hz. Peygamber olduğunu görürüz. Kur'an'daki "*(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 da onların arzularına uyma*" ayeti de buna en büyük delildir. İslam devleti ilk kurulduğunda Hz. Peygamberin yargı fonksiyonunun başı olduğu Medine anayasası ile pekiştirilmiştir. Devlet büyüyüp sınırları genişledikçe ise Hz. Peygamber bütün davalara yetişemeyeceği için sahabiden bilgili ve hâkimlik yapmaya ehil olan kimseleri hâkim olarak değişik bölgelere atamıştır. Burada şunu belirtelim ki, bu devirde bir bölgeye hâkim olarak atanan kişiler hâkimlik vazifesinin yanında valilikle de görevlendirilmekteydi. Bir bölgeye ilk olarak müstakil hâkim tayin edilmesi devletin sınırlarının oldukça genişlediği Hz Ömer devrinde başlamıştır. Hz. Peygamber ve dört halife devrinde hâkimler siyasi otoriteden bağımsız olarak hüküm vermişlerdir. Hatta halifeler kendilerine bir ayırım yapılmaksızın davalı veya davacı sıfatıyla duruşmada bulunmuşlardır. Emeviler devrinde itibaren ise halifeliğin babadan oğula geçmesiyle ehil olmayan kişiler halife olabilmüşler ve bu halifeler de hâkimlere baskı kurmuşlardır. Bu durum dönem dönem azalsa da Abbasiler devrinde de devam etmiştir. Büyük âlimler bu sebeple bu devirlerde kendilerine teklif edilen hâkimlik görevini kabul etmemişlerdir.

Hâkimlerde bulunması gereken nitelikler bakımından ulaştığımız sonuçlara bakacak olursak hâkimler genel olarak bilgi sahibi, ahlaklı, dürüst ve tarafsız kimseler arasından seçilmelidir. İslam hukukunda yargılamanın kaynakları sayılırken başvurulan Muaz hadisi diye bilinen hadis-i şerif'te, Hz. Peygamber yargılama yapılırken kullanılacak kaynakları belirtmiştir. Buna göre, hüküm verilirken esas alınması gereken kaynaklar Kur'an, Sünnet ve içtihat'tır. Hâkimler hüküm verirken bu kaynaklara göre hareket etmelidirler. Bunun dışında yasama, yürütme veya kendi içlerinden yani yargı organından gelebilecek baskılara ve telkinlere göre hüküm vermek, adil bir düzenin oluşmasına engel olur. İslam devletinde ve Osmanlıda da hâkimler bazı istisnai durumların dışında bağımsız olarak hüküm vermişler ve bu bağımsız ortam yetkililer tarafından hâkimlere sağlanmıştır. Kadı Şureyh, Hz. Ömer ve Molla Gürani'nin uygulamaları buna en güzel örnekleri teşkil eder. Hâkimleri etki altına almaya çalışan kişilere yaptırımlar uygulanmıştır. Osmanlı uygulamasında hâkime yönelik herhangi bir müdahale durumunda, müdahale eden kişi doğrudan merkeze şikâyet edilebiliyordu. Bu bakımdan Osmanlıda hâkimin bağımsız bir şekilde hüküm vermesini engelleyebilecek kimse bulunmamaktadır. Bağımsızlığın bir görünümü olarak hâkimlerin içtihatlarında bağımsız olduklarını ve bir konuda bir hâkimin verdiği içtihadın diğer hâkimler tarafından uygulanmak zorunda olmadığını belirtmeliyiz. Hatta o içtihadı veren hâkim isterse verdiği içtihadından da dönebilir. Modern hukuk cephesinde de hâkimlerin bağımsız bir şekilde hüküm vermesinin amaçlandığını ve bu doğrultuda hükümler bulunduğunu görmekteyiz.

Hâkimlerin bağımsızlığının sağlanması için görev süresi ve mali bakımdan hâkimlerin gelecek kaygısı içinde olmadan görevlerini sürdürebilmeleri amaçlanmıştır. İslam devletinde ve Osmanlıda bu yönde mali bakımdan hâkimler sıkıntı çekmeyecek şekilde düzenlemeler yapılmışken, görev süresi yönünden ise Osmanlıda bu sürelerin kısalığı hâkimlerin bazen bağımsızlıklarından ödün verebilmelerine yol açmıştır. Hâkimlerin bağımsız olmasının devlet eliyle sağlanması kadar hâkimlerin de bağımsız görünmek için çaba göstermeleri gerekir. Bu anlamda muhakemenin aleniliği ilkesi ve şuhud'ul hal kurumu hâkimin halkın gözünde bağımsız görünebilmesinin en büyük etkenlerindedir. Bunlar sayesinde halk hâkimi

duruşma esnasında gözlemleyerek bağımsız olabildiğine veya olamadığına kanaat getirebilmişlerdir.

Hâkimlerde bulunması gereken bir diğer nitelik ise tarafsızlık hususudur. Hâkim duruşma sırasında taraflara veya mahkeme salonu dışında sosyal hayatta diğer insanlara karşı tarafsız olarak davranmalı ve tarafsız olmadığı kanısını uyandıracak hareketlerden ise sakınmalıdır. Bu amaçla duruşma esnasında taraflarla eşit ve aynı tonda konuşmalıdır. Bazı düşünürler ise taraflardan birisi duruşma salonuna girince selam verirse hâkimin bu selamı almaması gerektiğini söylemişlerdir.

Dürüstlük niteliği bakımından ise hâkimlerin sosyal hayatlarında kendilerine olabildiğince dikkat etmeleri gerektiği düzenlenmiştir. Buna göre hâkimlerin toplumda üçüncü kişilerin gözünde nasıl göründükleri de önemlidir. Hâkimler hukuk kurallarına riayette özen göstermelidirler. Üçüncü kişilerin hâkimlerin hukuk kurallarına uymadığını görmesi hâkimin toplum gözündeki itibarını düşürür, bu durum da halkın adliye kurumlarına güvenmemesi sonucunu ortaya çıkarır. Bu bakımdan hâkimlerin en çok dikkat etmeleri gereken husus rüşvettir. Hâkimlerin rüşvet almalarına veya toplumun hakkını gasp etmelerine ne İslam devletinde ne de Osmanlıda merhamet gösterilmemiştir. Bu suçları işleyen hâkimler derhal meslekten azledilmişler ve hatta Osmanlı uygulamasında sürgün cezasına çarptırılmışlardır. Bu bakımdan halkın merkeze şikâyet yolunu etkin olarak kullanması da hâkimlerin kendilerine çeki düzen vermeleri zorunluluğunu ortaya çıkarmıştır. Hâkimin herhangi bir yanlış davranışını gören halk, hâkimi hemen şikâyet edebilmiştir. Fakat hakkında şikâyet bulunan hâkim soruşturma yapılmaksızın azledilemezdi. Merkezden gelen mehayif müfettişleri soruşturmayı yapar, raporunu merkeze sunardı. Eğer raporda hâkimin tutuklanması öngörülüyorsa mehayif müfettişi bunu kendi başına yapamaz, sadece merkezden gönderilecek çavuşlar hâkimi tutuklayabilirdi.

Mesleğe uygunluk bakımından ise daha önce bahsettiğimiz üzere hâkimler topluma örnek olmalı ve saygınlıklarını toplum gözünde azaltacak davranışlardan kaçınmalıdırlar. Bu husus sürekli sarhoş olmak, duruşma esnasında tarafları azarlamak veya sinirli davranmak, insanlara yukarıdan bakmak, yöneltilebilecek

eleştirilere kendini kapatmak gibi değişik şekillerde tezahür edebilir. Hâkim bu tür hal ve hareketlerden imtina etmelidir. Bu bakımdan üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise hâkimlerin sosyal hatta nasıl davranmaları gerektiğidir. İslam ve Osmanlı hukukunda bu durum hâkimlerin hediye almaları, davetlere katılmaları ve alışveriş yapmaları gibi başlıklar altında düzenlenmiştir. İslam hukukuna göre hâkimlerin önlerine gelmiş olan veya gelebilecek olan bir uyuşmazlığın taraflarından hediye almaları tasvip edilmemiştir. Hâkimlerin sadece hâkim olmadan önce de hediyeleştiği akrabalarından hediyelerin ölçülerinin aynı ölçüde kalması koşuluyla hediyeleşebileceği düzenlenmiştir. Davetlere katılma hususunda ise hâkimlerin eğer hâkim katılmasa bile yine de düzenlenecek olan genel nitelikteki davetlere ve Müslümanın Müslüman üzerindeki haklarından olan cenazelere katılabileceği düzenlenmiştir. Hâkimlerin kendilerinin bizzat alışveriş yapması ise satıcıların hâkimi gördüğü için fiyatı düşürebileceği ve pazarlıkta müsamahalı davranabilecekleri sebebiyle bazı müelliflerce uygun görülmemiştir.

Eşitlik niteliğinin ise İslam hukukundaki karşılığı adil olmaktır. Adaletli olması gereken hâkim bu adaletini duruşma esnasında taraflara söz verirken, onların oturma düzenlerinde veya diğer hususlarda adaletle davranmalıdır. Bu bakımdan Hz. Ömer devrinde hâkimlere, duruşma salonunda yukarıda bahsettiğimiz hususlarda taraflara adil bir şekilde davranmalarını emreden talimatnameler gönderilmiştir. Hâkim olabilmek için kişide hangi vasıfların aranması bakımından müellifler şahit olabilmek için gerekli olan niteliklerin, hâkim olabilmek için aranan niteliklerle aynı olması gerektiği görüşündedirler. Yani İslam hukukuna göre bir konuda şahitlik yapabilecek olan birisi aynı konuda hâkimlik de yapabilir. Şahitlik yapamayacağı hususta ise hâkimlik de yapamaz. Bu konuda fasık yani günahları sevaplarından fazla olan bir kimsenin hâkimlik yapıp yapamayacağı konusunda mezhepler arasında görüş ayrılığının bulunduğunu görüyoruz.

Hâkimlerin ehliyet ve liyakat sahibi olmaları hukuk kurallarını somut olaya yorumlayabilmek, eğer dava konusu olay hakkında bir kural yoksa içtihat edebilmek ve yorum çıkarabilmek için bir zorunluluktur. Hâkimlerin ehliyet bakımından öncelikle akil ve zekâ sahibi yani buluğa ermiş olması şarttır. İslam devletinde de gerek Hz. Peygamber gerekse Hz. Ömer devrinde 23 ila 25 yaş arasındaki

kimselerin hâkim olarak atandığını görüyoruz. Bu bakımdan İslam hukukunda belirli bir yaş şartı bulunmamakla beraber hâkim olarak atanacak kişinin hüküm verebilecek şekilde zeki, anlayışlı, kendine hâkim olan ve özgüveni bulunan kişiler arasından seçilmesine özen gösterilmiştir. İlk zamanlarda hukuk eğitimi veren okullar bulunmadığı için hâkimler kıvrak zekâyâ sahip ve uyuşmazlık çözmeye yetenekli olan kişiler arasından seçilmiştir. Fakat bu hâkimler, bugün bile yıllarca hâkimlik yapmış olan kimselerden daha yüksek seviyede hâkimlik yapmışlardır. Bugün açısından örnek vermek gerekirse miras hukuku alanında bölgesinin en iyisi Zeyd b. Sabit ve Hanefî hukuk ekolünün kurucularından Abdullah ibn Mesud bunlardan bazılarıdır. Bu dönemdeki hâkimlerin hangi derecede olduklarını bu örneklerden anlayabiliriz. Osmanlı devrinde ise hâkim olabilmek için medresenin yüksek tahsil kısmından mezun olmak yeterli değildir. Bunun dışında büyük kadıların yanında üç ila beş yıl staj yapmak gerekir. Bundan sonra atanabilen hâkimler görev süreleri olan yaklaşık iki yılı doldurduktan sonra, bilgilerinin tazelenmesi için kazasker divanına devam ederler ve burada sınavlara tabi tutulurlardı. Bu bakımdan Osmanlıda hâkim olabilmek için ciddi eğitim ve staj verildiği sonucuna ulaşıyoruz. Bu hususta belirtmek gereken bir durum da hâkimlerin hukuki bilgilerinin yanı sıra atandıkları bölgenin örf ve adetlerini öğrenme gerekliliğidir. Bölgesinin örf ve adetleri öğrenmeyen bir hâkim yanlış kararlar verebilir, böylelikle de yöre halkı tarafından sevilmeyen bir konuma düşebilir.

Bu bahsettiğimiz niteliklerin dışında İslam hukukunda özel olarak düzenlenmiş olan diğer nitelikler ise Müslüman olmak, erkek olmak, köle olmamak, duyu organlarının sağlıklı olması ve müçtehid olmaktır. Bu nitelikler bakımından kısaca bilgi verecek olursa Müslüman olmak bakımından bütün mezhepler görüş birliği içindedir. Müslüman olmayan bir kimse sadece kendi dininden kişiler arasında hüküm verebilir, taraflardan birisi bile Müslümansa, hâkim Müslüman olmak zorundadır. Erkek olmak bakımından ise Şafilere göre kadınlar hiçbir şekilde hâkimlik yapamaz. Hanefilere göre ise hukuk davalarında hâkimlik yapabilirler. Köle olmamak bakımından da dört mezhep görüş birliği içindedir. Hür olamayan birisi hâkimlik yapamaz. Duyu organlarının sağlam olması hususunda Malikiler kör kişinin hâkimlik yapabileceği görüşündedirler, bazı Şafi âlimleri de yüksek seviyede duyma

bozukluğu olan kişinin hâkim olabileceği görüşündedirler. Diğer hususlarda hâkim olacak kişinin duyu organlarının sağlam ve sağlıklı olması konusunda mezhepler aynı görüştedirler. Müçtehid olmak konusunda ise Şafiiler, Hanbeliler ve çoğunluk Malikilere göre hâkimlik yapabilmek için müçtehid olmak şarttır. Hanefiler ve bazı Malikiler ise müçtehid kişiyi bulmanın her zaman mümkün olmaması sebebiyle bu şartı öngörmemişlerdir. Daha sonraki dönemlerde ise âlimler bu görüşün haklı olduğuna kanaat getirmişlerdir. Hâkim olabilmek için aranan şartların günümüz mevzuatıyla bağlantılı ve hatta daha çabuk sonuca götüren bir nitelik taşıdığı söylenebilir. Günümüzdeki aranan şartlardan daha sıkı ama daha akılcı oldukları gerçektir.

Hâkimlerin tayini konusuna bakacak olursak İslam hukukunda hâkimi atamaya esas olarak yetkili olan merci devlet başkanıdır. İslam devletinde de bu kurala göre halifeler hâkimleri atamışlardır. Bazı devirlerde ise halifeler bölgelerinde hâkim atama yetkisini valilere vermişlerdir. İslam hukukuna göre hâkim tayini sözlü veya yazılı şekilde yapılabilir. Osmanlı uygulamasında ise hâkimleri atamaya asıl yetkili padişahlardır. Fakat hâkim tayini şöyle olmaktadır: Günlük geliri 150 akçeye kadar olan kadılıklara atamayı, bağlı oldukları bölgelerdeki kazaskerler yapardı, günlük geliri 150 akçeyi geçen ve mevleviyet denilen kadılıklara hâkim tayinini ise sadrazam yapardı. İki durumda da yapılan tayinler padişah onayından geçtikten sonra geçerlilik kazanırdı. XVI. yüzyıldan sonra ise mevleviyet adı verilen büyük kadılıklara tayini şeyhülislam yapıyor, bu atamalar sadrazam üzerinden padişah onayına sunuluyordu. Daha düşük seviyedeki kadılıklara ise tayin yine kazaskerler tarafından yapılmaya devam etmiş, bu tayin şeyhülislam üzerinden padişah onayına sunulmaya başlamıştır.

Hâkimlerin şarta bağlı olarak tayin edilmesi caizdir. Şafii âlimleri ise bazı şartların geçerli olmayacağı görüşündedirler. Osmanlıda da kural olarak Hanefi mezhebine göre hâkimler atanmaktaydı. Hâkimlerin atanmasında sınırlamalar da yapılabilmektedir. Bu sınırlamalar zaman, mekân ve konu ile ilgili hususlarda olabilir. Bu şekilde sınırlı olarak hâkim atanması caizdir. Aynı bölgeye birden çok hâkimin atanıp atanamayacağı hususunda ise Şafiiler bazı şartlarla bu şekilde hâkim

atanabileceğini savunurlar. Hanefilere göre de bu şekilde tayin caizdir. Malikilere göre ise caiz değildir.

Hâkimliğe tayin olma isteği bakımından ise bazı müellifler bu isteğin caiz olmadığını, görevi talep edenin bu göreve atanmaması gerektiğini düşünmüşlerdir. Bazılarına göre ise hâkimliğe ehil olmayan kimselerin getirilmesi tehlikesi varsa bu isteğin caiz olduğu görüşündedirler. Halkına zulmeden zalim devlet başkanının ise hâkim tayini caizdir. Bu durumda hâkim adil bir şekilde hüküm verebilecekse hâkimlik yapılabilir. Yani atanan hâkimin yapacağı işlere bakacak olursak bu hâkim eski hâkimden mahkeme dosyalarını ve eski ilamları almalı ve özellikle haksız yere kişilerin hapsedilmesi ihtimaline binaen hapishaneleri ziyaret etmelidir.

Hâkimlik oldukça sorumluluk gerektiren bir iştir. Bu sebeple bazı çok değerli âlimler hâkimlik görevini yapmaktan kaçınmışlardır ve hatta Ebu Hanife'nin bu yüzden hapse atıldığını ve darp edildiğini görüyoruz. Fakat bu şekilde hâkimlikten herkes kaçınırsa halk arasında adil olan ve adaletle hüküm verebilecek insanlar yerine kişisel çıkarlarını her türlü şeyden üstün tutan kimseler hâkimlik vazifesine getirilebilir. Bu yüzden hâkimlik önemli bir vazifedir. Hâkimlerin hukuki sorumluluğu bakımından İslam hukukuna göre bazı durumlarda hâkimin kişisel mal varlığıyla sorumlu tutulduğunu, bazı durumlarda ise zararın devlet hazinesinden karşılandığını görüyoruz. Cezai sorumluluk bakımından ise bazı mezhepler hâkimin hata ile kısas cezası vermesi durumunda hâkimin de kısas edilmesi gerektiği görüşündedirler. Osmanlı devletinde ise hâkimlik itibarlı bir meslek olduğu için hâkimler hakkında yapılacak şikâyetlerde soruşturma yapılmadan hâkimlere ceza verilemezdi. Ayrıca halk arasında küçük düşmeye yol açacak falaka gibi cezaların hâkimlere uygulanmadığını görüyoruz. Osmanlıda hâkimlere kul sınıfından olmadıkları için siyaset cezası uygulanmamıştır. Bazı dönemlerdeki istisnai davranışlar ise padişahların ilmiye sınıfı tarafından protesto edilmesine yol açmıştır.

Hâkimlerin davadan yasaklılığı konusunda ise hâkimlerin yakın akrabalarının taraf olduğu veya yargılama esnasında tarafsız ve bağımsız davranamayacağı şüphesi olan durumlarda hüküm vermemesi gerekmektedir. Hâkimin hangi durumlarda davaya bakmaması gerektiği ise mezheplere göre değişiklik gösterebilmektedir.

Hâkimlerin azledilmesi konusunda ise değişik uygulamalar bulunmaktadır. İslam hukukuna göre hâkimi azletmeye yetkili olan makam, tayin etmeye yetkili olan makamdır. Dolayısıyla kural olarak hâkimi devlet başkanı azledebilir. Hâkimlerin hangi sebeplerden azledileceğine bakacak olursak; genelde hâkimlerin kendilerinde aranan bağımsızlık, tarafsızlık, dürüstlük, adalet, ehliyet, Müslüman ve sağlıklı olmak gibi vasıfları kaybetmeleri sebebiyle azledildiklerini görmekteyiz. Bu açıdan Osmanlıda rüşvet yiyen, bilgisizliği sonradan anlaşılan, sağlığını kaybeden ve adaletle hükmetmeyen hâkimler azledilmişlerdir. Tabi ki, bu azledilme sebeplerini artırmak mümkündür; çünkü Osmanlıda hâkim yargılama yetkisinin yanı sıra idari ve beledi yetkilerle de donatıldığı için bu görevlerindeki ihmallerinde de azledilebilmekteydiler.

KAYNAKLAR

3 Numaralı Mühimme Defteri, Divan-ı Hümayun Sicilleri Dizisi: I, Ankara, 1993.

Ahmed b. Hanbel, Ebû Abdullah Ahmed b. Muhammed eş-Şeybani (ö.855), Müsned, Ter: Rifat Oral, Ensar Yayıncılık, Konya, 2004.

AKCAN, Recep, Hâkimin Vasıfları, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2015.

AKDAĞ, Mustafa, Türkiye'nin İktisadi ve İçtimai Tarihi, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, Mayıs 2014.

AKGÜNDÜZ, Ahmet, İslamic Public Law, Rotterdam, 2011.

-----: Umumi Hukuk Tarihi Ders Notları, Mimoza Yayınları, Konya,1991.

-----: Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, İstanbul, 1993. C. 6.

AKMAN, Mehmet, Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması, İstanbul, 2004.

AKYÜZ, Vecdi, İslam Hukukunda Yüksek Yargı ve Denetim Divan-ı Mezalim, İstanbul, 1995.

ALİ HAYDAR, Hocaeminefendizade (ö.1935), Dürerü'l Hukkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, İstanbul, 1330.

AMRAVİ, Ömer Garame, İslam'da Yargı ve Yargıçlar, terc. Rıfki Durgun, Ankara, 2004.

ANIL, Yaşar Şahin, Osmanlıda Kadılık, İletişim Yayınları, İstanbul, 1993.

ANSAY, Sabri Şakir, Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, Birinci Kısım, İkinci Bası, Ankara, 1954.

ARI, Abdüsselam, "Hz. Ömer'in Ebu Musa el-Eşari'ye Gönderdiği Mektubun Yargılama Hukuku Açısından Analizi", İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, Sy. 2, 2003.

ARMAĞAN, Servet, İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler, Ankara, 2004.

ARSAL, Sadri Maksudi, Türk Tarihi ve Hukuk, İsmail Akgün Matbaası, 1947.

----- : Umumi Hukuk Tarihi, T.A.O. İstanbul, 1948.

ARSLAN, Ramazan, Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara, 1989.

ASLAN, Nasi, İslam Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri, Adana, 2014.

-----: İslam Yargılama Hukukunda “Şühudü’l-Hal” Jüri Osmanlı Devri Uygulaması, İstanbul, 1999.

Aşıkpaşazade Tarihi, Osmanlı Tarihi 1285-1502, Haz. Necdet Öztürk, Bilge Kültür Sanat, İstanbul, 2013.

ATAR, Fahrettin, Fıkıh Usulü, İstanbul, 2013.

-----: İslam Adliye Teşkilatı, Ankara, 1991.

-----: İslam Yargılama Hukukunun Esasları, İstanbul, 2013.

-----: “Kadı”, DİA, C. XIV.

-----: “Kaza”, DİA, C. XXV.

Ata ur Rehman, Dr. Mazlan İbrahim, Dr. İbrahim Abu Bakar, “The Concept of Independence of Judiciary in İslam”, International Journal of Business and Social Science, vol.4 no.2, February 2013.

AVCI, Mustafa, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, Konya, 2014.

-----: Türk Hukuk Tarihi Dersleri, Konya, 2014.

----- “Kim Kimi Affedebilir (Mukayeseli Hukuk Kaynaklarında Adli Af)”, Kamu Hukuku Arşivi, Ekim, 1999.

-----: “Klasik Osmanlı Hukukunda Hâkim, Hâkimin Görevi İhmalı”, Osmanlı Devletinde Eğitim Hukuk ve Modernleşme, Ejder Okumuş, Ahmet Cihan, Mustafa Avcı, Özgü Yayınları, Temmuz, İstanbul, 2006.

AYDIN, Mehmet Akif, “Anayasa”, DİA, C. III.

-----: “Mahkeme”, DİA, C. XXVII.

AYDIN-HALAÇOĞLU, “Cevdet Paşa” DİA, C.VIII.

BARIŞ, Mustafa Necati, “Cahiliye Döneminde Yargı Sistemi”, F.Ü.İ.F.D, C.17, Sy.1.

BARKAN, Ö. Lütfi, XV ve XVI ıncı Asırlarda Osmanlı İmparatorluğunda Zirai Ekonominin Hukuki ve Mali Esasları, Birinci Cilt- Kanunlar (tıpkıbasım), yayına hazırlayan Hüseyin Özdeğer, İstanbul, 2001.

BARUT, Gazi, “İslam Hukukunda Edebü’l Kadı ve Günümüz Hâkimlik Mesleği ile Karşılaştırılması”, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bursa, 2006.

BAYINDIR, Abdülaziz, İslam Muhakeme Hukuku Osmanlı Devri Uygulaması, İstanbul, 1986.

BEKTAŞ, Bekir, “İslam Yargılama Hukukunda Hâkim”, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi S.B.E, Rize, 2012.

BERKİ, Ali Himmet (ö. 1976), İslamda Kaza Hüküm ve Hâkimlik ve Tevabii, Yargıoğlu Matbaası, Ankara, 1962.

-----: Hukuk Tarihinden İslam Hukuku - I, Ankara, 1955.

-----: Açıklamalı Mecelle, Hikmet Yayınları, İstanbul, 1982.

-----: “İslam’da Kaza Tarihi”, A.Ü.İ.F.D, C. 17, Sy. 1, 1969.

BİLMEN, Ömer Nasuhi (ö. 1971), Hukuk-ı İslâmiyye ve İstılahat-ı Fıkhiyye Kamusu, İstanbul, 1970.

BİRGİVİ, İmam Muhammed, Tarikat-i Muhammediyye, terc. Celal Yıldırım, Demir Kitabevi, İstanbul, 1979.

BLIGH-ABRAMSKI, Irit, The Judiciary (Qadis) as a Governmental-Administrative Tool in Early İslam, Journal of the Economic and Social History of the Orient, Vol. XXXV, s. 40-71.

Buhari (ö. 870), Sahih-i Buhari, Ter: Mehmed Sofuoğlu, Ötüken Yayınları, İstanbul, 1990.

BÜLBÜL, Zekeriya, Osmanlı Müesseseleri ve Medeniyeti Tarihi, Nobel Yayınları, Ankara, 2013.

CİN, Halil, AKGÜNDÜZ, Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul, 1995, C. I-II.

CİN, Halil - AKYILMAZ, Gül, Türk Hukuk Tarihi, Konya, 2009.

ÇADIRCI, Musa, “Tanzimat’ın İlanı Sıralarında Osmanlı İmparatorluğunda Kadılık Kurumu ve 1838 tarihli Tarik-i İlmiyeye Dair Ceza Kanunnamesi”, AÜDTCF, Tarih Araştırmaları Dergisi, C: XIV, S:25, Ankara, 1982.

ÇAĞATAY, Neşet, “İslam Hukukunun Anahatları ve Osmanlıların Bunun Bazı Kurallarını Değişik Uygulamaları”, Belleten, C. LI, Sy. 200, Ağustos, 1987.

Çatalcalı Ali Efendi, Fetava-yı Ali Efendi, Açıklamalı Osmanlı Fetvaları, H. Necati Demirtaş, İstanbul, Mayıs, 2014, Cild-i Evvel.

ÇELİK, Hüseyin, İslam Hukukunda Yargı Bağımsızlığı, İstanbul, 2005.

Abdurrahman b. Şeyh Muhammed b. Süleyman, Damad Tercümesi, (Mecme’ul-Enhur), terc. Mehmet Çelik, Yasin Yayınevi, İstanbul, 2011.

DEMİR, Abdullah, Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi, İstanbul, 2010.

-----: Şeyhülislam Ebussuud Efendi Devlet-i Aliyye’nin Büyük Hukukçusu, İstanbul, 2006.

DEMOMBYNES, Maurice Gaudet, Muslim Institutions, London, 1968.

DEVELLİOĞLU, Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat, Aydın Yayınevi, Ankara, 2013.

DURANT, Will, The Story of Civilization, Simon and Schuster, New York, 1942.

DURSUN, Davut, Yönetim-Din İlişkileri Açısından Osmanlı Devletinde Siyaset ve Din, İkinci Baskı, İstanbul, 1992.

DÜZDAĞ, M. Ertuğrul, Şeyhülislam Ebussuud Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı, İstanbul, 1983.

Ebu Davud, Süleyman b. el-Eş'as b. İshak el-Ezdi Ebû Davud es- Sicistani (ö.889), Sünen-i Ebu Davud, Ter: Abdullah Parlıyan, Konya Kitapçılık, Konya, 2007.

EBUSSUUD EFENDİ, Maruzat, Hazırlayan: Pehlül Düzenli, Klasik Yayınları, İstanbul, 2013.

EBÛ ZEHRA, Muhammed, Ebu Hanife, çev. Osman Keskiöglü, Ankara, 2005.

-----: İslam Hukuku Metodolojisi, çev. A. Şener, Ankara, 2013.

EKİNCİ, Ekrem Buğra, Hukukun Serüveni, Arı Yayınları, İstanbul, 2011.

----- : Tanzimat ve Sonrası Osmanlı Mahkemeleri, http://www.ekrembugraekinci.com/pdfs/o_osmmah.pdf, e.t. 06.05.2015

-----: Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk, İstanbul, 2008.

-----: Ateş İstidası (İslam-Osmanlı Hukukunda Mahkeme Kararlarının Kontrolü), <http://www.ekrembugraekinci.com/pdfs/ates.pdf>, e.t. 04.05.2015.

EMECEN, Feridun, “Devre Çıkma”, DİA, C. IX

----- -: “Osmanlılarda Devlet, Toplum ve Mahkeme”, 18.Yüzyıl Kadı Sicilleri Işığında Eyüp'te Sosyal Yaşam, Tülay Artan, (ed.), İstanbul, 1998.

EREM, Faruk, “Eski Yunan'da ve Roma'da Avukatlık”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 1976 Sayı 5.

FENDOĞLU, Hasan Tahsin, İslam ve Osmanlı Anayasa Hukukunda Yargı Bağımsızlığı, İstanbul, 1996.

Fetâvâyi Hindiyeye, tercüme: Mustafa Efe, Huzur Yayınevi, İstanbul, 2004.

GEDİKLİ, Fethi, “Kaza” DİA, C. XXV.

GENCA, Elif, “Eski Mezopotamya'da Hukuk Hareketleri ve Düzenlemeler (Sümer, Babil ve Eski İsrail Hukuku)”, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009.

GÖRGÜLÜ, Hasan Ali, “Hz. Peygamber ve Yargı Bağımsızlığı İlkesi”, IV. Kutlu Doğum Sempozyumu: Tebliğler, Isparta, 2002.

HALEBİ, İbrahim b. Muhammed b. İbrahim (ö. 1549), Mülteka'l-ebhur, Tercüme: Mustafa Uysal, İstanbul, 1972.

HALLAF, Abdülvahhab, İlk Dönem İslam Hukuku Yasama, Yargı ve Yürütme, çev. Abdülhadi Timurtaş, Pınar Yayınları, İstanbul, 2006.

HAMİDULLAH, Muhammed, “Hilfü'l Fudul”, DİA, C. XVIII.

-----: İslam'a Giriş, Beyan Yayınları, İstanbul, 1999.

-----: İslam Anayasa Hukuku, Beyan Yayınları, İstanbul, 1998.

-----: İslam Peygamberi, Beyan Yayınları, İstanbul, 2014.

HASAN, Hasan İbrahim, İslam Tarihi, C. I-VI, Çev. İsmail Yiğit, Sadrettin Gümüş, Kayıhan Yayınları, İstanbul, 1987.

HEYD, Uriel, Studies in Old Ottoman Criminal Law, Oxford at the Clarendon Press, 1973.

-----: “Osmanlıda Fetva Müessesesinin Bazı Tezahürleri”, çev. Fethi Gedikli, H.A.D. C. 9, Sy.1-3, 1995.

Hezarfen Hüseyin Efendi, Telhîsü'l-Beyân fi Kavânîn-i Âl-i Osman (Haz: S. İlgürel) Ankara, 1998.

İBN ABİDİN, Muhammed Emin (ö. 1836), Reddül-Muhtar Ale'd-Dürri'l-Muhtar, terc. Mehmet Savaş, İstanbul, 1985.

İBN RÜŞD, Muhammed b. Ahmed el-Kurtûbî (ö. 1198), Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid, Tercüme: Ahmet Meylani, Düzenleyen: Vecdi Akyüz, Beyan Yayınları, İstanbul, 1991.

İbn Mâce, Muhammed b. Yezid Ebu Abdillah el-Kazvini (ö. 887), Sünen-i İbn Mâce, Terc: Haydar Hatipoğlu, Kahraman Yayınları, İstanbul, 1982.

İNALCIK, Halil, “Kazasker Ruznamçe Defterine Göre Kadılık”, Adalet Kitabı, editörler; Halil İnalçık, Bülent Arı, Selim Aslantaş, Ankara, Şubat 2012.

-----: Belgeler, “Adaletnameler”, TTK Basımevi, C. II, Sy. 3-4, 2.Baskı, Ankara, 1993.

-----: “Mahkama”, The Encyclopaedia of İslam, New Edition, Leiden-Brill, 1991, Vol, VI.

İNCEOĞLU, Sibel, Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri, Beta Yayınları İstanbul, 2008.

-----: Devlette Etikten Etik Devlete: Yargıda Etik, TÜSİAD, İst. 2012.

JENNINGS, Ronald C., “Kadı, Court and Legal Procedure in 17th C. Otoman Kayseri”, Studia İslamica, 1978, Sy. 48.

-----: “Limitations of The Judicial Powers of The Kadı in 17th Century Ottoman Kayseri”, Studia İslamica, no: XLVIII, 1979.

KAMALİ, Muhammad Hashim; “Appellate Review and Judicial Independence in Islamic Law”, İslam and Public Law, edit. Chibli Mallat, London, 1993.

KARAMAN, Hayreddin, İslam Hukuku Tarihi, İz yayıncılık, İstanbul, 2012.

-----: Mukayeseli İslâm Hukuku, İz Yayıncılık, İstanbul, 2012.

KOÇI BEY, Koçi Bey Risalesi, sadeleştiren Zuhuri Danışman, Ankara, 1985.

KOŞUM, Adnan, İslam Hukuk Doktrininde Yargı Hataları, Isparta, 2004.

KOZAK, İbrahim Erol, Kadim Dönemler Genel Hukuk Tarihi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.

LÜTFİ PAŞA, Tevarih-i Ali Osman, Ankara, 2001.

Mahmud Esad Seydişehri, Tarih-i İlm-i Hukuk, İstanbul, 1331

MAVERDİ, Ebu'l Hasen Ali b. Muhammed eş-Şafii (ö. 1058), el- Ahkamu's-Sultaniyye, çev. Ali Şafak, İstanbul,1976.

MAVSİLÎ, Abdullah b. Mahmud b. Mevdud (ö. 1248), el-İhtiyar li- Ta'lîf'l Muhtar, çev. Mehmet Keskin, Ümit Yayınları, İstanbul, 1998.

MAZAHERİ, Ali, Ortaçağ'da Müslümanların Yaşayışları, çev. Bahriye Üçok, İstanbul, 1972.

MERĞİNANİ, Şeyhülislam Burhanüddin Ebu'l-Hasan Ali b. Ebu Bekir (ö. 1196), el-Hidâye, Tercüme: Ahmed Meylani, Kahraman Yayınları, İstanbul, 2004.

MUMCU, Ahmet, Divan-ı Hümayun, Ankara, 2007.

-----: Osmanlı Devleti'nde Siyaseten Katl, Ankara, 2007.

-----: Tarih İçindeki Genel Gelişimiyle Birlikte Osmanlı Devleti'nde Rüşvet, İstanbul, 2005.

Müslim, Ebü'l-Hüseyin el-Kuşeyri en-Nişaburi Müslim b. el-Haccac (ö. 875), Sahih-i Müslim, Ter: Ahmed Davudoğlu, Sönmez Neşriyat, İstanbul, 1977.

NEBHAN, Muhammed Faruk, İslam Anayasa ve İdare Hukukunun Genel Esasları, İstanbul, 1980.

Nesâî, Ahmed ibnu Şuayb ibn Ali ibn Sinan Abu Abdurrahman (ö.915), Sünen-i Nesâî Tercemesi, çev. Abdullah Parlıyan, Konya Kitapçılık, Konya, 2005.

NEVEVÎ, Ebû Zekeriyya Yakub b. Şeref (ö. 1277), Minhac, (Açıklamalı Şafii İlmihali), terc. Mithat Acat, İstanbul, 2013.

NİZAMÜLMÜLK, Siyasetname, çev. Nurettin Bayburtlugil, İstanbul, 1981.

NUMANÎ, Şibli, Bütün Yönleriyle Hz. Ömer ve Devlet İdaresi, çev. Talip Yaşar Alp, Hikmet Yayınları, İstanbul, 1986.

OKANDAN, Recai Galip, Umumi Hukuk Tarihi Dersleri, İ.Ü.H.F. Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1952.

ORTAYLI, İlber, Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devletinde Kadı, Ankara, 1994.

-----: "Osmanlı Kadısı Tarihi Temeli ve Yargı Görevi", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 1975, c. XXX, sy. 1-4, s. 117-128.

-----: "Osmanlı Kadısının Taşra Yönetimindeki Rolü Üzerine", *Amme İdaresi Dergisi*, 1976, C. IX, Sy. 1, s. 95-107.

-----: "Osmanlı Şehirlerinde Mahkeme", *Bülent Nuri Esen Armağanı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara, 1977, s. 245-264.

-----: “Kadı”, DİA, C. XXIV.

MADGWICK, Rodney, ORTON, Frank, RICHMOND, Paul, Türkiye Cumhuriyetinde Hâkim ve Avukatların Bağımsızlığı, İstanbul, 2001.

“Osmanlı Kanunnameleri”, Milli Tetebbular Mecmuası, Tem-Ağu. C:I, No:3, 1331 Miladi 1915.

ÖZEN, Şükrü, “Kadıkdut” DİA, C. XXIV.

ÖZTUNA, Yılmaz, Büyük Türkiye Tarihi, İstanbul, 1978.

REYHAN, Cenk, “Osmanlı Devleti’nde Siyasal İktidar ve İlmiye Sınıfı”, Amme İdaresi Dergisi, C. 32, Sy. 3, Eylül, 1999.

SCHACHT, Joseph, An Introduction to Islamic Law, Oxford at the Clarendon Press, 1966.

-----: “Mahkama”, The Encyclopaedia of İslam, New Edition, Leiden-Brill, 1991, Vol, VI.

SERAHSİ (ö. 1097), Ebu Sehl Ebu Bekir Muhammed b. Ahmed: Mabsût, Editör: Mustafa Cevat Akşit, Gümüşev Yayıncılık, İstanbul, 2008.

SHAPIRO, Martin; “İslam and Appeal”, California Law Review, 1980, c. LXVIII, s. 350–381.

ŞABAN, Zekiyüddin: İslam Hukuk İlminin Esasları, Notlar ekleyerek tercüme eden: İbrahim Kâfi Dönmez, TDV Yayınları, Ankara, 2009.

Tirmizî, Ebû İsa Muhammed b. İsa b. Serve es-Sülem, (ö. 892), Sünen-i Tirmizî, Ter: Abdullah Parlıyan, Konya Kitapçılık, Konya, 2004.

TURAN, Osman, Selçuklular Tarihi ve Türk İslam Medeniyeti, Dergâh Yayınları, İstanbul, 1980.

ULUÇAY, Çağatay, XVII. Asırda Saruhan’da Eşkiyalık ve Halk Hareketleri, İstanbul, 1944.

ULUTAŞ, Ahmet – ATABEY, Ömer Serdar, Ulusal ve Uluslararası Boyutlarıyla Yargı Etiği, İstanbul, 2011.

UZUNÇARŞILI, İsmail Hakkı, Osmanlı Devletinin İlimiye Teşkilatı, TTK Yayınları, Ankara, 1988.

-----: Osmanlı Devleti Teşkilatına Medhal, Ankara, 1970.

ÜÇÖK, Bahriye, İslam Tarihi Emeviler-Abbasiler, Ankara, 1968.

ÜÇÖK, Coşkun - MUMCU, Ahmet - BOZKURT, Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, Ankara, 2006.

ÜNAL-ÖZKORKUT, Nevin, “Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlıda ve Günümüz Türkiye’inde Yargıya Genel Bir Bakış”, A.Ü.H.F.D, C. 57, Sy.1, Ankara, 2008.

UNAN, Fahri, “Osmanlı İdare Felsefesinde Adalet”, Adalet Kitabı, editörler; Halil İnalçık, Bülent Arı, Selim Aslantaş, Ankara, Şubat 2012.

VAN BLERK, Nicolaas Johannes, The Concept of Law and Justice In Ancient Egypt, with Specific Reference to *The Tale Of The Eloquent Peasants*, University of South Africa, 2006.

VAN LOON, A. J., “Law and Order in Ancient Egypt The Development of Criminal Justice from the Pharaonic New Kingdom until the Roman Dominate”, Leiden University, MA Thesis.

<https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/30196/Law%20and%20Order%20in%20Ancient%20Egypt.pdf?sequence=1>. e.t. 11.08.2015

YAMAN, Ahmet, Siyaset-Hukuk İlişkisi, Esra Yayınları, Konya, 1999.

YAZIR, Elmalılı Hamdi (ö. 1942), Hak Dini Kur’an Dili, I-VIII, Eser Kitabevi, İstanbul, Ty.

YILDIRIM, Mehmet Kamil, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul, 1990.

YILDIRIMER, Şahban, “İslam Hukukunda Yargıç Etiği”, e-Şarkiyat İlmî Araştırmalar Dergisi, Sayı: VIII, Kasım 2012.

YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü (Öğrenciler için), Ankara, 2006.

ZEYDAN, Abdülkerim, İslam Hukukuna Giriş, terc. Ali Şafak, İstanbul, 1995.

ZIADEH, Farhat J., “Integrity (Adalah) in Classical Islamic Law”, Islamic Law and Jurisprudence, edit. Nicholas Heer, University of Washington Press, 1990.

ULUSLARARASI BELGELER

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS),
http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf, e.t. 15.04.2015.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Üye Devletlere Yargıçların Bağımsızlığı, Etkinliği ve Rollerine Dair R(94) 12 sayılı Tavsiye Kararı (Recommendation No. R(94) 12 of the Committee of Ministers to Member States on Independence, Efficiency and Role of Judges),
http://www.judicialcouncil.gov.az/Law/eAS_NK_12sayli.pdf, e.t. 31.12.2014.

Bangalor Yargısal Davranış İlkeleri (Bangalore Principles of Judicial Conduct),2002,
http://www.unodc.org/pdf/crime/corruption/judicial_group/Bangalore_principles.pdf, e.t. 31.12.2014.

BM Yargı Bağımsızlığına İlişkin Temel İlkeler (UN, Basic Principles of the Independence of Judiciary), 1985,
<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/IndependenceJudiciary.aspx>, e.t. 11.02.2015.

Bangalor Yargısal Davranış İlkeleri Yorumu (Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct), Mart 2007,
https://www.unodc.org/documents/corruption/publications_unodc_commentary-e.pdf, e.t. 11.02.2015.

Hâkimlerin Statüsüne İlişkin Avrupa Şartı (European Charter on the Statue for Judges and Explanatory Memorandum), 8-10 Temmuz 1998,
https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round4/European-Charter-on-Statute-of-Judges_EN.pdf, e.t. 10.02.2015.

Avrupa Yargıçları Danışma Konseyi'nin Yargıçların Mesleki Davranışlarına, Özellikle Etik, Uygunsuz Davranış ve Tarafsızlıklarına İlişkin İlkeler ve Kurallara

Dair Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Dikkatine Sunduğu 3 No'lu G6r6şu (2002), (Opinion No. 3 of the Consultative Council of European Judges (CCJE) to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the Principles and Rules Governing Judges' Professional Conduct in Particular Ethics, Incompatible Behaviour and Impartiality), 19 Kasım 2002, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1046405&Site=COE>, e.t. 11.02.2015.

Avrupa Yargıçları Danışma Konseyi'nin Yargı Bağımsızlığı ve Yargıçların Azledilememesine İlişkin Standartlara Dair Avrupa Konseyi bakanlar Komitesinin Dikkatine Sunduğu 1 No'lu G6r6şu (2001) (Opinion No.1 (2001) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) for the Attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on standards concerning the İndependence of the Judiciary and the Irremovability of Judges), 23 Kasım 2001, https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round4/CCJE%20Opinion%201_EN.pdf, e.t. 11.02.2015.