

MECELLE'YE GÖRE HÂKİMİN NİTELİKLERİ VE YARGILAMA ETİĞİ

The Traits of a Judge and the Ethics of Judgment to the Mecelle

Prof. Dr. Mustafa AVCI*

ÖZET

Yargı gücü, tarihin ilk dönemlerinden beri önemli bir devlet erki olagelmıştır. Bu erk, peygamberler ve din adamları da dahil olmak üzere toplumun ileri gelenleri ve devlet başkanları tarafından kullanılmıştır.

Türk tarihinde de hakanlar bu erki kullanmıştır ve hâkimlik her zaman itibarlı mesleklerden olmuştur. Osmanlıda en önemli kamu görevlisi hâkimdir (kadı). İlçelere, hatta nahiyelere kadar merkezi idareyi hem yargı hem yürütme erkine sahip olan hâkimler temsil etmiştir. Yine yürütme erkini temsil eden ehl-i örfün hukuk sınırları içinde tutulması da hâkimlerin (ehl-i Şer') görevi sayılmıştır.

Meslek etiği kuralları modern dünyada son zamanlarda derlenmeye başlanmıştır. Hâkimlik meslek etiği kuralları ise 2001 Şubat'ında Hindistan'ın Bangalor şehrinde gerçekleştirilen ikinci toplantıda, taslak olarak kabul edilmiştir.

Osmanlı hukuk metinlerinde yer alan hâkimin nitelikleri ve yargı etiği, kanunlaştırma hareketleri ile birlikte Mecelle'de belirgin bir şekilde formüle edilmiştir.

Bu çalışmada Mecelle'nin 1792. maddesinde sayılan hâkimin nitelikleri açıklanmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Yargı, Etik, Hakim, Yargı Bağımsızlığı, Hakimin Tarafsızlığı.

ABSTRACT

The judiciary has always been an important power of states since the first period of history. This power has been used by all outstanding persons in societies and head of states including prophets and priests.

Sultans have used this power in Turkish history and judgeship has always been prestigious professions. The judge (kadi) has most important public authority in Ottoman Empire. The judges have represented central administration in towns and boroughs having judiciary and executive powers. However, keeping military officers in legal norms was regarded as duties of judges.

Rules of professional ethics has been started to be compiled recently in the modern world. On the other hand, rules of professional ethics of judges has been adopted as a draft in February 2001 at the second meeting held in India 's Bangalore,

* Konya Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölüm Başkanı.
avcim@selcuk.edu.tr

Judge qualifications and judicial ethics in the Ottoman legal texts has been clearly formulated in Mecelle (Ottoman code of civil law) through codification movements.

In this paper Judge's qualifications are going to be explained written in the article 1792 of Mecelle.

Keywords: Judiciary, Ethics, Judge, Judicial Independence, Impartiality of Judge.

◆◆◆

I. GİRİŞ

Devletlerin yükseliş ve çöküşlerinde hukukçuların rolü büyüktür. Osmanlı tarihini inceleyenler, yargı görevi almış olanların seviyeleriyle devletin yükselme ve çöküşü arasında bir paralellik görürler.

Adalet, insan eliyle gerçekleşir. Dolayısıyla hukukçuların nitelikli olması adaletin tecellisinde çok önemlidir.¹ Tersine başta hakim olmak üzere hukukçular nitelikli olmazsa toplum huzur bulamaz. Bu husus büyük Türk hukukçu Serahsi tarafından şöyle ifade edilmiştir: “Âlim sürçerse, âlem sürçer.”² Bu ifadeyi “hakim sürçerse dünya sarsılır” şeklinde anlayabiliriz.

İyi, yetişkin, bilgili ve faziletli hukukçu yetiştirmek günümüzde dünyanın her ülkesinde bir numaralı problemdir. İyi hukukçu olmak da fevkalâde güç bir şeydir.

İyi hukukçu, hukuk ilkelerini, dağınık ve pek çok sayıdaki mevzuatı zihninde tutabilecek bir hafızaya, bunların anlam ve kaynaklarına nüfuz, gerekçe ve aralarındaki ahengi idrak edebilecek bir kavrayış yeteneğine, mukayese melekesine, süzölmüş bir tecrit ve muhakeme maharetine sahip olan, sosyal çevrenin gereklerini ve zaruretlerini bilen, içinde yaşadığı toplumu iyi ve kötü taraflarıyla tahlil ederek halkın sosyal psikolojisine vakıf olan ve hayatın her türlü tezahürüne karşı araştırma merakı taşıyan kimsedir.

Bir hukukçunun sosyolog olduğu kadar psikolog ve psikolog olduğu kadar da mantıqçı ve riyazi muhakeme ilkelerine aşina bir kimse olması gerekir.³

¹ Hz. Aişe'nin şöyle dediği rivayet edilir: Ömer anılınca adalet, adalet anılınca Allah anılmış olur. Allah anılınca da rahmet iner.” “Meclislerinizi Ömer'i anarak süsleyin!” KETTANİ, Muhammed Abdülhay, et-Teratibü'l-İdariyye Hz. Peygamber'in Yönetiminde Sosyal Hayat ve Kurumlar, (Çev: Ahmet Özel), İst.1991, III/178.

² SERAHSİ, Ebubekir Muhammed b. Ahmed (ö.1090), el-Mebsût, Beyrut, 1986, XVI/62.

³ DÖNMEZER, Sulhi, “Hukuk ve Hayat” <http://istanbul-universitesi.dergipark.gov.tr/download/article-file/96419> (E.T. 02.05.2016)

II. KAVRAMLAR VE TARİHÇE

A. YARGI KAVRAMI VE ÖNEMİ

İnsan topluluklarının korunmaya, düzene ve adalete ihtiyaçları vardır; devlet de bu ihtiyaçlardan doğmuştur. Adaletin gerçekleşmesinde hukuk kuralları kadar hatta daha fazla onları uygulayanların rolü vardır. İslâmî öğretilerde adaleti temin, imandan sonra en faziletli ibadet, yargı görevi de kutsal sayılmıştır.⁴ Adaletin gerçekleşmesinde yargılama ve karar verme mevkiinde bulunanlar önemli bir role sahiptir. Bunlardan insanlar arasında hükmederken adaletli ve hakkaniyetli davranmaları istenmiştir (Nisâ 4/58, 135; Mâide 5/8, 42, 49).

Yargılama, sadece hukuk normunun bilinmesi değil; aynı zamanda normun maddi vakiya uygulanmasıdır. Hakim hem normu bilmeli, hem de maddi vakiyi iyi kavramalı, normu vakiya doğru uygulamalıdır.

B. HÂKİM KAVRAMI

Hakim kelimesi Arapça h-k-m kökenli olup sözlükte “iyileştirmek amacıyla engel olmak, karar vermek; yargı, hikmet, adalet” anlamlarına gelir. Terim olarak Devletin egemenlik yetkisini kullanmak, ihtilafları çözmek ve adaletle hüküm vermek anlamlarını içerir.⁵ Hakim, hüküm (kural) koyan, hükmeden (hükümet eden: kuralı uygulayan), hüküm veren (ihtilafları çözen) anlamlarını içerir, kadıları ve idari otoriteleri de kapsar.⁶ Fıkıh literatüründe hüküm kelimesinin sözlükteki anlamlarıyla ilişki kurularak kadıya -zulme engel olup hakkı sahibine iade ettiği için- hâkim denilmiştir.⁷

Hâkim kelimesinin çoğulu olan “hukkâm” ifadesi Kur’an’da bir yerde (Bakara 2/188) “uhdesinde yargı yetkisi de bulunan yöneticiler” anlamında kullanılmıştır.

Hadislerde hâkimle, kamu adına görev yaparak idarî, malî, kazâî vb. hususlarda yönetme ve karar verme yetkisine sahip yöneticilerle⁸ naslardan hüküm çıkarabilme gücüne sahip âlimler, kadı kelimesiyle de görev unvanı kadı olsun

⁴ SERAHSÎ, XVI/72.

⁵ İBN HACER, Ahmed b. Ali (ö.1449), Fethu’l-Bârî bi Şerh-i Sahîhi’l-Buhârî, T.y. XIII/95, HAMİDULLAH, Muhammed, İslâm Peygamberi (Çev. S. Tuğ) İst.1980, II/970, KASİMİ, Zâfir, Nizamü’l-Hukm, Beyrut, 1992, II/37.

⁶ BİLMEN, Ö. Nasuhi (ö.1971), Hukuk-ı İslâmiyye ve Istihlâhât-ı Fikhiyye Kamusu, İst.1975, VIII/204.

⁷ İBN FERHUN Burhâneddîn Ebü’l-Vefâ İbrâhîm (ö.1397): Tabsiratü’l-Hukkâm fî Usûli’l-Akdiyyeti ve Menâhici’l-Ahkâm, Beyrut, 1995, I/12.

⁸ Hz. Peygamber’in görevlendirdiği emirler, yönetim, yargı ve vergi tahsili yetkilerine sahipti. KETTANİ, II/1.

veya olmasın insanlar arasında meydana gelen davalara bakıp karara bağlayan kimseler kastedilmiştir.

Fıkıh literatüründe hâkim tekil olarak kullanıldığında bununla halife (devlet başkanı), hukkâm şeklinde çoğul olarak kullanıldığında ise yine halife ile vali, komutan gibi kamu adına görev yapan ve alanlarıyla ilgili konularda hüküm verme ve uygulama gücüne sahip bulunan üst yöneticiler kastedilir.⁹

Osmanlının klasik döneminde adlî teşkilâtın başı olan kadı, sade bir hâkim olmaktan öte aynı zamanda soruşturma ile görevlidir.¹⁰ Osmanlı kadısı devletin hukukçular sınıfını şahsında temsil eden meslek adamıdır. Gerçekten kadı bugünkü savcı ve sorgu hâkiminin görevini de yüklenmiştir.¹¹

Mecelle'de kadı yerine "hâkim" kelimesi tercih edilmiştir. Mecelle m.1792-1794 hakimnin nitelikleri, m.1795-1799 hakimnin adabı (yargılama etiği) düzenlenmiştir.

C. TARİHÇE

İnsanlık tarihinin ilk zamanlarından beri yargı erkini kullananlar (hakimler), başta peygamberler olmak üzere rahipler, devlet başkanları ve toplumun ileri gelenleri olmuştur.

Devlet öncesi ilkel dönemde kabilenin ileri gelen akıllı kimseleri onların hükümdarı ve hâkimleri idiler.¹²

Eski Hint'te yargılama yetkisi asıl olarak kralındı.¹³ Kral isterse bu yetkilerini kendi atadığı hâkimlere devredebilirdi.¹⁴

Eski Çin'de hâkimler ayrıca bir hukuk eğitimi görmemekle beraber edebiyat bilgisi olanlar arasından seçilmekteydi.¹⁵

Eski Mısır'da da yargı fonksiyonunun başında kral (firavun) bulunuyor,¹⁶ diğer yargı görevlileri kral adına yargılama yapıyorlardı. Kral bazen bu yargılama yetkisini bizzat da kullanabiliyordu.¹⁷

⁹ ATAR, Fahrettin "Kadı", *DİA*, C:24, s.66.

¹⁰ BOA, 35 numaralı Mühimme Defteri, Hüküm no: 23.

¹¹ ORTAYLI, İlber, "Kadı", *DİA*, C:24, s.72.

¹² ERGİN, Osman Nuri, *Mecelle-i Umur-ı Belediye*, İst.1995, I/249.

¹³ OKANDAN, Recai Galip, *Umumi Hukuk Tarihi Dersleri*, İst.1952, s.70.

¹⁴ ARSAL, Sadri Maksudi, *Umumi Hukuk Tarihi*, İst.1948, s.37.

¹⁵ EKİNCİ, Ekrem Buğra, *Hukukun Serüveni*, İst.2010, s.110.

¹⁶ EKİNCİ, s.39.

¹⁷ OKANDAN, s.97.

Sümerlerde hâkimler genellikle ruhban sınıfından seçiliyordu.¹⁸

Babillilerde, Hammurabi'den önce yargılama işini rahipler yürütür,¹⁹ duruşmalar da tapınaklarda yapılırdı.²⁰ Hammurabi döneminde sadece hüküm verme faaliyetiyle uğraşacak Dayanu adı verilen hâkim meslek grupları oluşturuldu.²¹

Asurlularda yargı erkinin başında kral bulunuyor, kral ülkenin her yerinde uyuşmazlıklara bakamayacağı için onun adına yetkili hâkimler hüküm veriyordu.²²

İbranilerde hahamlar yargıç, mabetler de mahkeme statüsündeydi.²³ Yani mabetlerde hem ibadet, hem de adalet faaliyetleri icra ediliyordu.

Etilerde, sosyal yapının en önemli dayanağı adalet olduğu için hür insanların hayatı söz konusu ise davayı bizzat kral görürdü. Yine yargı yetkisini kullanan yüksek memurların çözmekte güçlük çektikleri davalara da kral bakıyordu.²⁴

Roma'da ilk zamanlarda hakim, rahipler arasından seçilirdi. Daha sonra rahip olmayanlar, şövalyeler ve her yıl imparator veya yetkili organlarca hazırlanan listeden seçilmeye başlandı. Hakim olmak için Roma vatandaşı olmak yeterli idi. Taraflar listenin dışında ve Roma vatandaşı olmayanları da hakem olarak seçebiliyor, fakat bu seçimi magistranın onaylaması gerekiyordu.²⁵ Roma'da hâkimlik şerefli, ücretsiz; ancak sorumluluk gerektiren bir işti. Seçilen kişi davaya bakmaktan kaçınabilirdi.²⁶

İranlılarda da yargılama fonksiyonunun başı ve asıl yetkilisi kraldı. Kral, bu yetkisini hâkimler eliyle kullanıyor, önemli davalarda bizzat hüküm veriyordu.²⁷ Hâkim ruhanilerden olurdu. Her nahiyede bir hâkim vardı, hatta köy muhtarları (dehkan) dahi küçük davalara bakabilirdi.²⁸

¹⁸ EKİNCİ, s.45.

¹⁹ EKİNCİ, s.53.

²⁰ KOZAK, İbrahim Erol, Kadim Dönemler Genel Hukuk Tarihi, Ank.2011, s.108.

²¹ AKGÜNDÜZ, Ahmet, Umumi Hukuk Tarihi Ders Notları, Konya, 1991, s.41.

²² OKANDAN, s.166.

²³ KOZAK, s.346. Kur'an'da Hz. Davud mabette iken duvarı aşarak aniden gelen iki kişiden irkildiği, onların arasındaki ihtilafı çözdüğü anlatılmaktadır (Sad, 38/21-23). Bu iki kişinin Hz. Davud'u uyarmaya gelen iki melek olduğuna dair görüş için bkz. KARAMAN-ÇAĞRICI-DÖNMEZ-GÜMÜŞ, Kur'an Yolu Türkçe Meal ve Tefsir, DİB Yayını, Ank.2003-2004, IV/503.

²⁴ ALP, Sedat, "Hitit Kanunu Hakkında", *AÜDTCFD*, C:V, S:5, Ank.1947, s.481-482.

²⁵ UMUR, Ziya, Roma Hukuku, İst.1970, s.203, 205-208, 232-233, 274, 278, 281, 297-298, 303, 306, 314.

²⁶ ERDOĞMUŞ-TAHIROĞLU, Roma Usul Hukuku (Özet) İst.1980, s.10vd.

²⁷ ARSAL, Umumi Hukuk Tarihi, s.71.

²⁸ ARSAL, S. Maksudi, Umumi Hukuk Tarihi, İst.1944, s.81.

Eski Mısır hukukuna göre hâkimler halk tarafından zenginler arasından seçilirdi.²⁹

İslâm öncesi Cahiliye Araplarında adli işleri hakemler yürütüyor.³⁰ Devlet olmadığı için seçimle veya atama yoluyla iş başına gelen resmi görevli hâkimler bulunmuyordu.³¹ Hakem ya bir kabile reisi, ya anlayış ve idrak sahibi biri³² veya kahinlerden³³ seçiliyordu. Kadınlar da hakem olabiliyordu.³⁴

İslâmiyet öncesi Türklerde hakan, devlet başkanı olarak ülkeyi yönetir, yargu denen yüksek devlet mahkemesine başkanlık eder, davalara bakmak üzere hâkimler atardı. Şahsına ve devlete karşı suç işleyenleri (örneğin suikast teşebbüsü) hakan bizzat yargılar, ölüm dahil çeşitli cezalar verebilirdi.

Türk kağanları, asayiş temin ve adaleti tesis etmek için kendilerinin ve toplumun yüksek değerlere sahip vasıflarla bezenmiş olmasına önem verir, bu değerlerin bozulmaması için caydırıcı cezalar uygulardı.³⁵ Yargılamayı yargucular (siyasi olmayan davalarda hakan adına töreyi uygulayan³⁶ uzmanlaşmış hâkimler) yapardı, hâkimlik itibarlı mesleklerdendi.³⁷

Asr-ı Saadet³⁸ ve Dört Raşit halife devrinde devlet başkanı merkezde bizzat yargılama faaliyeti yapmış, taşrada ise görevlendirdikleri vali-hakimler hem yürütme erkini temsil etmişler, hem de yargılama yapmışlardır.³⁹

²⁹ SEYDİŞEHİRİ, Mahmud Esad (ö.1918), Tarih-i İlm-i Hukuk (Haz: Fethi Gedikli ve Diğerleri), Ank.2012, s.50-51.

³⁰ BARDAKOĞLU, "Toplum-Hukuk İlişkisi Açısından Cahiliye Hukuku Örneği", in: *Zihniyet Değişiklikleri ve Çağdaşlaşma Problemleri Sempozyumu Bildirileri*, Bursa, 1990, s.101. Hakemlik fonksiyonu "hükûme" olarak adlandırılıyordu. ÇAĞATAY, Neşet, İslâm Öncesi Arap Tarihi ve Cahiliye Çağı, Ank.1982, s.117,123.

³¹ ATAR, Fahrettin, İslâm'da Adliye Teşkilatı, Ank.1991, s.24.

³² Hz. Peygamberin nübüvvetten, Hz. Ömer'in de Müslüman olmadan önce hakemlik yaptığı olaylar vardır. KASİMİ, II/31.

³³ İlkel toplumlarda din adamı olan kahinlerin saygınlığı ve otoritesi vardı. KASİMİ, II/16.

³⁴ KASİMİ, II/12. Mekkelilerin hâkimiyeti altındaki Ukaz Panayırında iki hakem bulunuyor, biri ticari ihtilafları çözmek için, diğeri de istinaf makamı olarak iş görüyordu. HAMİDULLAH, II/915.

³⁵ TUTAR, Adem, İslam Öncesi Türk Devlet Geleneğinde Adalet Anlayışı" Türkler, Ank.2002, C:II, s.871.

³⁶ KAFESOĞLU, İbrahim, Türk Milli Kültürü, 3. bası, İst.1984, s.280.

³⁷ ARSAL, s.206.

³⁸ "Eğer sana gelirlerse ister aralarında hüküm ver, ister onlardan yüz çevir. Onlardan yüz çevirecek olursan sana asla hiçbir zarar veremezler. Eğer hükmedecek olursan aralarında adaletle hükmet. Çünkü Allah, âdil davrananları sever." (Maide, 5/42)

³⁹ Hz. Peygamber ve Ebubekir dönemlerinde ve Hz. Ömer döneminin başlarında valilik ve yargı görevinin aynı kişiye tevdi edildiği, daha sonra yargı görevinin ayrıldığına ilişkin olarak bkz. BERKİ, Ali Himmet, İslâm Şeriatında Kaza (Hüküm ve Hâkimlik) Tarihi ve İftâ Müessesesi,

Emevi Devleti'nin ilk halifesi Muaviye, başkent Şam'da yargı yetkisini atadığı kadiya devretmiş ve yargı işleriyle hiç meşgul olmamış, taşrada valiler de yargı yetkilerini atadıkları kadılara devretmiş, böylece yargı erki yürütme erkinden ayrılmaya başlamıştır.⁴⁰

Abbasîlerin ilk dönemlerinde kadıları bizzat halifeler atamışlarsa da şehirlerin nüfusu artınca büyük şehirlere birden fazla kadı tayinine ihtiyaç duyuldu ve ülke çapında kadıların sayısı arttı. Bunun üzerine Harun Reşit, önce şehirlere atanacak kadıların seçiminde kendisine yardımcı olması için Hanefî mezhebinin meşhur hukukçusu Ebu Yusuf'u kâdilkudât olarak atadı. Kâdilkudâtların daha sonra kadıların tayin, terfi ve azli konusundaki yetkileri tedricî biçimde arttı.

III. HÂKİM OLMA ŞARTLARI

Adalet, dinî literatürde üzerine en çok vurgu yapılan temel kavramlardan biri olduğu, toplumun barış ve huzur içinde yaşamasının da ön şartı olarak görüldüğü için⁴¹ onun gerçekleşmesinde büyük rolü bulunan hakimlik kutsal bir meslek sayılmış, bu göreve getirilecek kimselerde aranan niteliklere de bunun için ayrı bir önem verilmiştir.⁴²

Kur'an'da yargılama işiyle görevlendirilecek kişinin adalet, ilim ve hikmet vasıflarını taşıması gerektiği belirtilmiştir (Mâide 5/95; Enbiyâ 21/74, 79).

Hz. Peygamber, yargı görevini üstlenecek sahâbîlerin buna uygun meziyetlere sahip olmasını istemiş, yeterli şartları haiz olmayanların hakimlik ve kamu görevi taleplerini de geri çevirmiştir.⁴³

Fakihler, toplumda mümkün olduğu ölçüde en vasıflı kimselerin hakimlik görevini üstlenmesini gerektiğini söylemişlerdir. Hakim olarak atanacak kimselerin derin hukuk bilgisine, vücut bütünlüğüne, sosyal ilişkilerin gereklerini,

Ankara 1962, s.11.

⁴⁰ Kuvvetler ayrılığı ilkesinin amacı, gücün kötüye kullanılmasını önlemek, otoriteye karşı bireyi korumaksa, bunu sağlamanın en etkili yolu, yasama ve özellikle yürütmeden gelebilecek kişi özgürlüğünü kısıtlayıcı düzenlemeleri engellemek amacıyla yargıyı gerçek anlamda bağımsız ve tarafsız kılmaktır... yargı bağımsızlığı, hakime verilmiş bir lütuf ya da hak değil, bireyin özgürlüğünü korumaya yönelik bir tedbir; hakime yüklenmiş bağımsız düşünme ve davranma sorumluluğudur. ÖZKORKUT, Nevin Ünal, "Yargı Bağımsızlığı" <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/263/2362.pdf>

⁴¹ Adli hatalar adalete olan güveni sarsar. KOŞUM, Adnan, İslam Hukuk Doktrininde Yargı Hataları Önleyici Tedbirler ve Hatalardan Doğan Sorumluluk, Isparta, 2004, s.15.

⁴² ATAR, "Kadı", s.67.

⁴³ Ebu Davud, *Akdiye*, 2-3; Nesâî, *Âdâbü'l-ğudât*, 4.

halkın ihtiyaçlarını, örf ve âdetlerini kavramaya elverişli kültüre, dış etkilere karşı koyacak derecede ahlâk, karakter ve seciyeye sahip olmaları, dinî emir ve yasaklara aykırı davranışlarda bulunmamaları gerektiğini ifade ederler.

A. OLUMLU ŞARTLAR

1. İlmî yeterlilik

Yargılama yapacak ve adaleti tesis edecek olan hakimde öncelikle ilmî yeterlilik aranır. Dolayısıyla hakimin öncelikle müçtehit seviyesinde hukukçu olması gerektiği belirtilmiştir. Çünkü yargılama, bir içtihat faaliyetidir.⁴⁴

Şafilere göre hakim müçtehit olmalıdır.⁴⁵ Müçtehit varken müçtehit olmayan biri hakim olarak atansa bile hükmü nazif olmaz.⁴⁶ Müçtehit olmayan biri (mukallid) hakim olarak atanırsa tabi olduğu müçtehidin mezhebine uygun kararları zarurete mebnî nazif olur.

Malikilere göre hakim, mevcutsa mutlak müçtehit olmalıdır, müçtehit varken mukallidin hakimliği üstlenmesi caiz değildir. Müçtehit yoksa, hukuk bilgisi (fakihü'n-nefs) olmak kaydıyla mukallit de hakimliğe atanabilir.

Hanbelilere göre hakimin varsa mutlak müçtehit; yoksa en azından mezhepte müçtehit olması gerekir. Bazılarına göre her zaman ve her yerde bu şartları taşıyan hukukçuları bulmak mümkün olmayacağından mukallidin hakim olarak atanması caizdir.⁴⁷

Hanefilere göre hakimin müçtehit olması cevaz değil; evleviyet (öncelik) şartıdır.⁴⁸ Hanefilerle bazı Zeydiyye fakihleri, her zaman ve her yerde içtihat şartlarını taşıyan kişileri bulmakta güçlük çekileceğini, dolayısıyla içtihat derecesine ulaşmamış hukukçuların da herhangi bir mezhebin görüşlerini veya

⁴⁴ Hadislerde içtihat, "hakim ve yöneticinin doğru hükme ulaşmak için elinden gelen gayreti göstermesi" anlamında da kullanılmıştır. Buhârî, İ'tisâm, 13, 21; Müslim, *Akdıye*, 15; Ebû Dâvûd, *Akdıye*, 11; Tirmizî, *Ahkâm*, 3.

⁴⁵ Hakimin müçtehit olmasını şart koşanlar, ihtilafın Allah'a (Kur'an'a) ve Resulüne (Sünnete) götürülmesi emrini (Nisa, 4/105) gerekçe gösterirler. İBN AŞUR, M. Tahir, İslâm Hukuk Felsefesi (Çev: V. Akyüz-M. Erdoğan), İst.1988, s.283.

Maverdî'ye göre hakim olarak atanacak kişinin Kur'an bilgisi (nasih-mensuh, muhkem-müteşabih, umum-husus, mücmel-müfesser), kavli ve fiili Sünnet ile icma ve kıyas bilgisi olmasıdır. KASİMİ, II/109.

⁴⁶ ALİ HAYDAR, Hoca Emin Efendizade (ö.1915): *Dürerü'l-Hukkâm Şerh-i Mecelleti'l-Ahkâm*, İst.1319, 1330, IV/430.

⁴⁷ BİLMEN, VIII/215-217, No:36

⁴⁸ MERGINANİ, Ebû'l-Hasen Ali b. Ebîbekr (ö.1197): *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mübtedî*, İst.1986, III/101, MOLLA HÜSREV, Muhammed b. Feramuz (ö.1480), *Dürerü'l-Hukkâm fî Şerhi Ğureri'l-Ahkâm*, İst.1978, II/405, HALEBİ, Haşiyeli Multeka, s.286.

herhangi bir müçtehidin belirli bir görüşünü uygulamak üzere hakim olarak atanabileceğini savunurlar. Sonraki devirlerde yaşayan fakihlerin hemen hemen tamamı Hanefilerin bu görüşüne katılmıştır.⁴⁹

Hakim her olaya uygulanacak bir nas bulamayabilir. Nasların manasını anlamak için de içtihad (yorum) ihtiyaç vardır. Hakim, mevcut ise mutlak müçtehit olmalıdır. Böyle bir müçtehit bulundukça mukallidin hakimliği üstlenmesi sahih olmaz. Böyle bir müçtehit bulunmayınca mukallitler içinden hakimliğe layık, hukuk bilgisi olanın atanması gerekir. Böyle bir hakim, taklit ettiği müçtehidin meşhur olan kavliyle, fetvasıyla hükmetmelidir. Buna aykırı hüküm vermesi caiz değildir.⁵⁰

Hakim hem fihri (hukuku) hem de halkın âdetlerini bilmelidir, çünkü ahkâmın çoğu insanların âdeti üzerine bina edilir.

Büsbütün cahil olan hakim olamaz.⁵¹ Ehil olmayan kimsenin hakimliği üstlenmesi meselâ cahil birinin hakimliği kabul etmesi, atama yetkisi olan makamın da böyle birini hakimliğe ataması haramdır. Çünkü onun cehaleti kendisini üzerinde ittifak edilen hususlara aykırı karar vermeye sevk edebilir. Adil cahile ve zalim alime kadılık vermek layık değildir.⁵² Zira Hz. Peygamber: “Kadılar üç gruptur, iki grup (bilgisizliği sebebiyle ya da bilmesine rağmen haksız karar verenler) cehennemlik, hakkı bilen hakla hükmeden ise cennetliktir.” buyurmuştur. Yine hâkimin adaletten sapmadığı müddetçe Allah’ın onunla birlikte olduğunu ve cennete; gerçeği bildiği halde haksızlık edenlerin cehenneme gireceklerini haber vermiştir.⁵³

Mecelle, m.1793’e göre: “*Hakim, mesail-i şer’iyye ve fihriyyeye ve usul-i muhakemeye vakıf ve deavi-yi vakıayı onlara tatbikan fasl ve hasma muktedir ve müteverri ve mütedeyyin olmalıdır.*” Bu maddede fihri meseleleri bilme,

⁴⁹ ATAR, “Kadı”, s.67-68. “Hâkimin içtihat ehliyetine sahip olması arzulanan, hatta kural olarak gerekli görülen bir husus olsa da tâbiîn döneminden itibaren bu şartın gerçekleşmesi çok defa mümkün olmamış, bunun için de içtihat derecesine ulaşmayan hâkimlerin tayin edilmeye başlandığı ileri dönemlerde hukukî istikrar ve emniyeti sağlamak amacıyla kendilerinden kabul görmüş içtihatların dışına çıkmamaları istenmiştir.” APAYDIN, Yunus, “İctihad” *DİA*, C:21, s.432-445.

⁵⁰ BİLMEN, VIII/215-216, No:36. Müçtehit olmanın şartları, ahkâm ayetleri ve hadislerini, bunlardan hüküm çıkarma yollarını, icmai ve kıyası bilmektir. Kimilerine göre Serahsi’nin el-Mebcut adlı kitabını ezberlemek, nasihi ve mensuhu, muhkem ve müevveli bilmek gerekir. Bazılarına göre müçtehidin örfü tanıyacak kadar keskin zekâyâ sahip olması gerekir. Şeyh Bedreddin, Şeyh Bedreddin, Camiu’l-Fusuleyn (Ed: H. Yunus Apaydin) Ank.2012, s.42, s.42-43.

⁵¹ BİLMEN, VIII/214, No:33.

⁵² ALİ HAYDAR, IV/429.

⁵³ İbn Mâce, *Ahkâm*, 3; Tirmizî, *Ahkâm*, 1, BİLMEN, VIII/212, No:31.

muhakeme usulüne vakıf olma ve normu vakıya uygulama (uyuşmazlığı çözüme) yeteneği yeterli görülmüştür.

Bilgi, kuvvet ve feraset sahibi hâkim, objektif delillere bağlı kalarak yargı faaliyetinde bulunmalıdır. Hakka isabet edemese bile kararından sorumlu tutulamaz.

2. Karakter bütünlüğü

Hâkimin tayininde karakter bütünlüğü onun sahip olduğu bilgi yığınının; tarafsızlığı da zeki olmasından daha önemlidir.⁵⁴ Hanefi hukukçularına göre hâkimin müçtehit seviyesinde âlim olması şart değildir, asgari hukuk bilgisi olan hakim bilmediği hususlarda bilirkişi raporu veya uzman mütalaası ile hüküm verir. "Müttaki cahil, hâkimliğe fasık⁵⁵ âlimden evladır."⁵⁶ Bu ifadedeki cahil müçtehit seviyesinde alim olmayan; ancak asgari hukuk bilgisi olan, fasık alim ise ilmi seviyesi diğerine göre daha fazla olsa da karakter yönünden zaafı buluna demektir.

Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelî fakihlerine göre fâsık, hakim olarak atanamaz. Hanefîlere göre ise ihtiyaç dolayısıyla atanmışsa verdiği kararlar geçerli olur, ancak fasığın hakimliğe atanmaması daha uygundur.⁵⁷

Nizâmülmülk'e göre kadılar âlim, zahit, adil, Allah'tan korkan, din işlerinde müşfik, kin gütmeyen, zulme karşı olan ve namuslu kişiler arasından seçilmeli, bu vasıfları taşımayanlar azledilmelidir.⁵⁸

B. OLUMSUZ ŞARTLAR

1. Bedeni yeterlik:

Mecelle m.1794'e göre temyiz gücü olmayan küçük, bunak, kör ve tarafların sözlerini duyamayacak kadar sağır olan hakim olamaz. Görevde iken kör veya sağır-dilsiz olan hâkimin doğru olan hükmü nafizdir. Fakat böyle bir hâkimin azli gerekir. Çünkü hakkıyla hüküm verme imkanı kalmamış demektir.

⁵⁴ HAMİDULLAH, II/985, No:1563, ASLAN, Nasi, İslam Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri, Ank.2005, s.45.

⁵⁵ İslâm hukukunda fasık, adalet vasfını taşımayan, büyük günahlar işleyen, küçük günahlarda ısrar veya farzları terk eden, kötü davranışları iyi davranışlarından daha çok olandır. YAVUZ, Yusuf Şevki, "Fasık" DİA, C:12, s.204.

⁵⁶ ALİ HAYDAR, IV/428, BİLMEN, VIII/214, No:33.

⁵⁷ YAVUZ, "Fasık", s.205.

⁵⁸ Nizâmülmülk, Siyâsetnâme (Haz.: Mehmet Altay KÖYMEN), Türk Tarih Kurumu Yay. Ank. 1999, s.29.

2. Sabıkalı olmamak

Hâkim, sabıkalı olmamalı, töhmete sebep olacak kötü hallerden sakınmalıdır.⁵⁹ Rüşvet vererek hakimliğe atanan biri hakim sıfatını kazanamaz, hukuka uygun hüküm verse bile geçersizdir.⁶⁰ Mesleğini icra ederken atanma şartlarını yitiren veya rüşvet alan hakim üç mezhebe göre kendiliğinden azledilmiş olur; Hanefilere göre azledilmesi gerekir.⁶¹ İmameyne göre fasık ve rüşvet veren hakim olarak atanamaz, atansa bile hakimlik yapamaz. Hakim olduktan sonra fasık veya rüşvet alanlar da kendiliğinden azledilmiş (münazil) olur. Hanefilerden Hassaf, Kerhi ve Tahavi de bu görüştedir.⁶²

Hâkim, nesebi belli olmalıdır ki, insanlar onun hakkında kötü düşünmesinler.

Hakimlik şartlarını yalnız bir kişi haiz bulunursa veya kendisi hakimliği kabul etmediği takdirde fitne zuhurundan veya hakkın zayi olmasından korkulursa o zatın hakimliği kabul ve talep etmesi gerekir. Kabul etmezse, -hapsen tazyikle olsa- kabule zorlanır. Fakat böyle bir sebep bulunmayınca hakimliği kabulden imtina caizdir. Çünkü hakimlik, her ne kadar bir farz-ı kifâye ise de hakimlik sorumluluğu ağır, tehlikesi çok olan bir meslektir.

A. Hakimliğe Atanma Şartları

Kur'an'da hakimleri ehliyetli kişilerden seçilmesi ve adalete uygun hüküm verilmesi emredilmektedir (Nisa, 4/58).

Hz. Peygamber'den itibaren Abbasîlerin ilk dönemlerine kadar kadılar müçtehitler arasından seçiliyor, hakimler, ehil olanlar arasından imtihan edilerek atanıyordu.⁶³ Onlar da naslardan hüküm çıkararak, nasların bulunmadığı

⁵⁹ Akıl noksanlığı olan ve şerden kaçınmayan kişilerin hakimliğe atanmaması gerekir. Hakimin salih olması gerekir. "Salih", istikamet ehli, her bakımdan mükemmel, en az kusur işleyen, suç işleyerek şahsiyetini zedelemeyen ve şüpheleri üzerinde toplamayan, alkollü içki kullanmayan, kullananların sohbetinde bulunmayan, afif insanları itham etmeyen, yalan söylemeyen demektir. ALİ HAYDAR, IV/429.

⁶⁰ MOLLA HÜSREV, II/404, BİLMEN, VIII/215-216, No:36, MUMCU, Ahmet, Osmanlı Devletinde Rüşvet –Özellikle Yargıda Rüşvet-, Ank.2005, s.191.

"Zeyd-i kadı, gayrıya akça verip vesâteti ile veya bir kimse şefaati ile Padişah'tan kadılık alsın, şer'an hükmü nafiz olur mu? Cevap: Rüşvetle alınca nafiz olmaz, kavli müftâbih budur. Kadı olmaz, mazûl-i mahzûd. Şefaitle almak gerçi haramdır, amma şer'a muvafık hükmü döndürülmez." Ebusuud, No:622.

"Zeyd-i kâdînin rüşvet yediği şer'le sabit ve zahir olsa, şer'an hükmü nafiz olur mu? Cevap: Olmaz, rüşvetle hüküm şer'a muvafık olsa dahi nafiz olmaz." Ebusuud, No:622.

⁶¹ MERGINANI, III/101, Şeyh Bedreddin, Letaifü'l-İşarat fi Beyanı'l-Mesaili'l-Hilafiyat (Fıkıh Ekolleri Arasındaki Tartışmalı Konuların İncelikleri) Ed: H. Yunus Apaydın, İst.2012, s.599.

⁶² BİLMEN, VIII/214, No:35.

⁶³ KOŞUM, s.40.

konularda içtihat ederek davaları karara bağlıyordu. İçtihatlarında tamamıyla serbest idiler. İlk dönem Maliki, Şafii ve Hanbelî hukukçuları, özellikle yargı alanındaki bu uygulamadan hareketle müçtehitlik şartlarını taşımayan kişilerin herhangi bir görüşe ve mezhebe göre davaları karara bağlamak üzere kadı tayin edilemeyeceğini söylemişlerdir.

Osmanlıda Fatih'in Sahn-ı Semân medreselerini kurmasıyla kadı olmak için gereken tahsil derecesi disiplin altına alınmış, XVI. yy. sonunda, Anadolu ve Rumeli'de taşra medreselerinden icazet veya tezkire alanların -eğer eskiden o medreseye verilmiş böyle bir imtiyaz yoksa- hakim olamayacağı karara bağlanmıştır.

Osmanlıda tahsil şartı aranan kamu görevi kadılıktır. Kadı, müderris ve müftü aynı eğitimi alır, bu meslekler arasında geçişler de olabilirdi. Medrese eğitimi tamamlayanlar kaza kadısı, fıkıh ihtisası (hukuk doktorası) yapanlar ise eyalet kadısı olabilirdi.

1838 tarihli Tarik-i İlmîyeye Dair Ceza Kanunnamesinde hakimlerin Şeyhülislamlıkta oluşturulacak bir heyet tarafından imtihan edilmesi, bu imtihanda fıkıh metinleri ve Türkçeye çevrilmiş fetva kitaplarından soru sorulması, Türkçe sureti anlayabiliyorsa edna, Arapçasını nakle muktedirse evsat (orta), meseleyi Arapça metinlerden çıkarabiliyorsa karib-i a'la (iyi) ve bunların hepsine muktedir olduktan başka meseleyi fıkıh usulü kaidelerine göre istinbat edebiliyorsa âlâ (pekiyi) derece ile kendisine belge verilir. Belge alanlardan maksatlarını ifade edecek şekilde yazı yazabilenlerin kazalara hakim olarak atanabilecekleri belirtilmiştir.⁶⁴

1854'te Şeyhülislâm Meşrepzâde Mehmed Ârif Efendi zamanında kurulan Muallimhâne-i Nüvvâb (sonraki isimleri Mekteb-i Nüvvâb, Medresetü'l-kudât) düzenli eğitim ve programla hukukçu zümresini yetiştirmiştir. Mecelle'nin yürürlükte olduğu dönemde bile müçtehit seviyesinde fıkıh alimi mevcut olmadığından, Medresetü'l-Kuzat'tan mezun olanlar kadı olabilmıştır.⁶⁵ 30 Temmuz 1914 tarihinde yayınlanan, kadılara ait kanunda; "Bir kimsenin kadı olabilmesi için 25 yaşını bitirmiş olması, kanuni özür dışında adi suçlardan dolayı bir haftadan çok hapis cezasına mahkûm olmamış bulunması, Mecelle'nin 1792 ve 1793. maddelerinde belirlenen vasıfları taşıması ve Medresetü'l-Kudât'tan (hukuk fakültesi) mezun bulunması" şart olarak belirlenmiştir.⁶⁶

⁶⁴ Kanun zeyli için bkz. ÇADIRCI, Musa, "Tanzimat'ın İlanı Sıralarında Osmanlı İmparatorluğunda Kadılık Kurumu ve 1838 Tarihli Tarik-i İlmîyeye Dair Ceza Kanunnamesi" *Tarih Araştırmaları Dergisi*, C:XIV, S:25 (1982), s.161.

⁶⁵ ALİ HAYDAR, IV/429.

⁶⁶ ORTAYLI, "Kadı" s.72.

B. TAYİN VE AZİL

1. Hakimlik sınavı (mülakat)

Hz. Peygamber Muaz'ı Yemen'e vali/hakim olarak gönderirken ne ile hükme-deceksin? diye sormuş, "Allah'ın kitabı ile" cevabını vermiş, Allah'ın kitabında bu-lamazsan? sorusunu "Resulünün Sünneti ile" diye cevaplamış, "Hükümünü Kur'an ve Sünnette bulamadığın meseleleri nasıl çözeceksin?" sorusuna ise: "İçtihat ederek" cevabını vermiş bu cevap Hz. Peygamberi memnun etmiştir.⁶⁷ Bu örnek, hakimlik görevine atanacak kişinin sınava tabi tutulmasının gerekli olduğunu gös-terir.⁶⁸

2. Atama yetkisi

Devlet başkanı kadıları bizzat tayin edebileceği gibi bu husustaki yetkisini baş-kalarına da devredebilir. Nitekim Hulefâ-yı Râşidîn döneminden itibaren valilere, Harun Reşit'ten itibaren de kâdilkudâtlara bu konuda yetki verildiği ve bazı kadıla-ra yardımcı kadı tayin etme yetkisi tanındığı bilinmektedir.

"Hâkim eğer naibin nasb ve azline mezun ise diğer kimseyi kendisine naib nasb ve onu azledebilir; değilse edemez ve kendisinin mazûl olması veya ölmesi ile naibi münazil olmaz..." (MAA 1805).

3. Azil

Kadıların görevlerine son verilmesi tayinindeki usulle olur. Fakihler, azle yetkili makamın bu yetkisini makul ölçüler içerisinde ve maslahat ilkesine uygun olarak kullanması gerektiğine, soruşturma yapılmadan ve geçerli bir sebep olmadan ha-kimin görevine son verilemeyeceğine işaretler. Azil sebepleri olarak da kadının adalet vasfını kaybettirecek bir suç işlemesi, görevini kötüye kullanması, sağlık açısından görevini sürdüremez hale gelmesi gibi hususlar zikredilir.⁶⁹

IV. HÂKİMİN NİTELİKLERİ

Hakimin nitelikleri fıkıh kitaplarının "Edebü'l-Kâdî"⁷⁰ bölümlerinde işlenmiş,

⁶⁷ Tirmizi, *Ahkâm*, 3; Ebu Davud, *Akdiye*, 11.

⁶⁸ SERAHSÎ, XVI/70.

⁶⁹ ŞİRBÎNÎ, Muhammed b. Ahmed el-Hatîb (ö.1570), *Muğni'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Meânî Elfâ-zî'l-Minhâc*, Mısır, 1958, IV/380-381.

⁷⁰ Edebü'l-kâdî tamlaması dar anlamda hâkimin uyması gereken kuralları, hâkimden beklenen güzel davranışları ifade etmekle birlikte İslâm hukuk literatüründe giderek kadı, yargılama usulü ve adliye teşkilâtıyla ilgili konuların ele alındığı özel bir ilim dalının adı olmuştur... ede-bü'l-kâdî kitapları veya bölümlerinde hâkimin kişiliği, insanlarla ilişkileri, söz ve davranışları, giyim ve kuşamı da dahil olmak üzere özel hayatı, beşerî münasebetleri ve resmî göreviyle ilgili hususlar yol gösterici ve düzenleyici bir şekilde ele alınmıştır. Çünkü hâkimin kişiliğinin

hatta bu adla müstakil kitaplar yazılmıştır. İdeal hakimin profili oluşturulurken daima itidal çizgisi esas alınmıştır. Mesela: hakim güçlü olmalı; ancak sert ve kaba olmamalıdır. Heybeti zalimi korkutmalı; ancak despot ve dayatmacı olmamalıdır. Yine hakim yumuşak olmalı; ancak zafiyet sergilememelidir.⁷¹

Hakim, Hz. Peygamber'in halefi sayılır. Dolayısıyla hakim dini duyarlılık,⁷² akli meleke sahibi, anlayış kabiliyeti, Sünnet ve eser bilgisi olan, fıkıh usulüne vakıf, itimada şayan biri olmalı; asık suratlı, katı kalpli, haksızlık yapan ve hatasında ısrar eden (inatçı) olmamalıdır.⁷³

Mecelle'de hâkimin nitelikleri sıralanırken onun hakîm, fehîm, müstakîm, emîn, mekîn ve metîn olması, fıkıh meselelerine ve yargılama usulüne vâkif ve davaları onlara uygulayarak sonuçlandırmaya muktedir bulunması şartı aranmış, böylece kadılığın bilgi, sanat ve yüksek bir karakter işi olduğu belirtilmiştir (m.1792-1794).

Mecelle, m.1792'ye göre: "*Hâkim; hakîm (bilgin), fehîm (zeki), müstakîm (doğru), emîn (güvenilir), mekîn (temkinli) ve metîn (dayanıklı) olmalıdır.*" Bunlar hem hakimin niteliklerini, hem de yargılama etiğini ifade etmektedir. Şimdi sırayla ve özetle bu kavramları açıklayalım:

A. Hâkim, hakîm; yani adil olmalı;⁷⁴ zalim olmamalıdır.⁷⁵ Hakim, müttaki (sahih) olmalı;⁷⁶ fasık olmamalıdır.⁷⁷ Akıllı olmalı; ahmak olmamalıdır.⁷⁸ Hakîm ke-

ve özel hayatının, yargılamanın başarısı ve verilen hükmün saygınlığı ile yakın ilişkisi vardır. ÖĞÜT, Salim, "Edebü'l-Kadı", *DİA*, C:10, s.409.

⁷¹ ASLAN, s.44.

⁷² Adil, doğru sözlü, güvenilir, haram, günah ve şüphelilerden sakınan, rıza ve gazap halinde itidalini koruyan, işlerini yaparken karakterini kaybetmeyen kimseye denir. MAVERDİ, Edebü'l-Kadı, I/634.

⁷³ Şeyh Bedreddin, Letaifü'l-İşarat, s.599, HALEBİ, İbrahim b. Muhammed (ö.1549), Haşiyeli Multeka, Dersaadet, 1316, s.285.

⁷⁴ Kasani'ye göre adalet hâkimlik görevine atanmada cevaz şartı değil; kemal şartıdır. İlke olarak fasıkın şahitliği caiz olduğu gibi hâkimliğe atanması da caizdir. KASANİ, Alaeddin Ebubekir b. Mes'ud (ö.1191), Bedâiu's-Sanâi fi Tertibi's-Şerai', Mısır, 1327, VII/3. Kazaya ehliyet için kadı, âdil olmalıdır. Ancak hakim atanmasında adalet her yönden şart koşulsa idi kadı bulmak imkansız olurdu. BİLMEN, VIII/214, No:36.

⁷⁵ Adl/adâlet, kıst ve insaf kavramları zulmün karşıtıdır, zulüm ise yirmiyi aşkın ayette "beşerî ilişkilerde haksızlığa sapma" anlamında kullanılmıştır. ÇAĞRICI, Mustafa, "Zulüm", *DİA*, C:44, s.507.

⁷⁶ Hz. Ömer, amillerine şöyle yazdı: "Hakim olarak salih insanları atayın ve kendilerine yetecek kadar maaş bağlayın. KETTANİ, II/20.

⁷⁷ Hanefilere göre fasıkın hakim olarak atanması caizdir; diğer üç mezhebe göre cahil ve fasık hakim olarak atanamaz. Şeyh Bedreddin, Letaifü'l-İşarat, s.599. Bir görüşe göre atanırken hakim adil olmalıdır. Sonradan fasık olsa kendiliğinden mazûl olmaz; ancak azledilmesi gerekir. Şeyh Bedreddin, Camiu'l-Fusuleyn, s.45.

⁷⁸ ALİ HAYDAR, IV/426-427.

limesi hem “işleri gereği gibi sağlam ve kusursuz yapan” hem de “âlim ve ilmî hüküm sahibi” manalarına gelir.⁷⁹

Gerçeği bulmak ve adaleti tesis etmeyi amaçlayan bir hâkim, bir hâdisenin hükmü hakkında tereddüt ederse bu hususta ilim ehli ile istişare etmelidir. Çünkü bu durum işini kolaylaştırır ve kendisini doğru hükme kavuşturur.

B. **Fehîm**; anlayışlı, tez anlayan demektir.⁸⁰ Hakimin fetanet⁸¹ sıfatı Mecelle’de fehim olarak yer almıştır.⁸²

Hakim fetanetli olmalı, iki tarafın taleplerini iyi anlamalıdır. Hz. Peygamber, hâkimlerin aşırı açlık, susuzluk ve öfke gibi sağlıklı düşünmeyi engelleyen durumlarda hüküm vermelerini yasaklamıştır.⁸³ Hz. Ömer, Ebu Musa’ya yazdığı mektupta “zihnini boşalt ki, senden istenen şeyi anlayabilesin!” demiştir. Mecelle m.1812’de “sıhhat-i tefekküre mani avarızla hakimin zihni meşgulken hükmetmemelidir.” denilmesi buna binaendir.⁸⁴

Hakim, fatîn olmalıdır. Tarafların delillerini değerlendiremeyen, hilelerini göremeyecek derecede fetanetten mahrum olan bir kimse hakim olamaz. Bazı hukukçular az bilgi ile derin anlayış, çok bilgiyle az anlayıştan daha faydalıdır demişlerdir.⁸⁵ Bununla birlikte, hakimin fevkalâde deha sahibi olması matlup değildir. Çünkü aşırı deha ve özgüven, sahibini sadece kendi düşüncesine göre hükme sevk ederek onu ahkâm-ı şer’iyeye muhalefet tehlikesine düşürür.⁸⁶

Hukuk bilgisi uygulanacak normda yanılmaktan, adalet sıfatı haksızlık yap-

⁷⁹ KUTLUER, İlhan, “Hikmet” *DİA*, C:17, s.503.

⁸⁰ KASİMİ, II/113-114. Fehim, anlayışlı, fetanetli, fıkıh ve Sünnet bilgisi olan, örf ve âdetlere vâkıf olan demektir. BİLMEN, VIII/213, No:32.

⁸¹ Feraset, hâkimin ipuçlarını, delil ve maddî bulguları dikkatlice inceleyip olaylar arasında bağ kurması sonucunda gerçeği sezinlemesidir. Fetanet (feraset), şer’i hükmün (hukuk normunun) maddi vakıya uygulanmasıdır. İBN KAYYİM el-Cevziye Ebu Abdullah Şemseddin (ö.1350), et-Turuku’l-Hukmiyye, Kahire, 1977, s.5.

⁸² ALİ HAYDAR, IV/665-667, KOŞUM, s.40-41.

⁸³ Müslim, *Aşkîye*, 16; İbn Mâce, *Zühd*, 1.

⁸⁴ Hz. Peygamber: “Hakim, kızgınlık halinde hüküm vermesin!” buyurmuştur.

Hâkim gam ve gussa (keder), açlık ve galebe-i nevm (uykusuzluk) gibi sıhhat-ı tefekküre engel olabilecek bir arıza ile zihni müşevveş (karışık) olduğu halde hüküm vermemelidir. MAA, 1812.

Çünkü üzüntü, keder, açlık ve şiddetli uyku halleri, kızgınlık gibi sağlıklı karar vermeyi engelleyebilir. Mahmud Es’ad, *Telhîsu Usûli’l-Fıkh*, İzmir 1313, s.12.

Hâkim açken, öfkeli, uykusuz ve yorgunken yargılama yapmamalı, duruşmaya çıkmadan bütün ihtiyaçlarını gidermelidir. Şeyh Bedreddin, *Letaifü’l-İşarat*, s.603, MUMCU, *Rüşvet*, s.188.

⁸⁵ KOŞUM, s.41.

⁸⁶ BİLMEN, VIII/215-216, No:36.

maktan, fetanet sıfatı maddi vakayı yanlış anlama sonucu hatalı hüküm verilmesini engeller. Fehim olan kimse alim (müçtehit) olmasa bile hüküm verilebilir. Maksat hakkı sahibine ulaştırmaktır. Bu ise uzman mütalaası ile amel ederek de olur (MAA m.1811).

C. Hakim, müstakîm; yani doğru,⁸⁷ dürüst ve mutedil, şiddete kaçmadan otoriter, zaafa düşmeden yumuşak ve mütevazı olmalı; asık surat, katı kalpli, kötü huylu, kaba, kibirli ve inatçı olmamalıdır.⁸⁸ Çünkü hakimlik önemli bir görevdir. Daha çok bilen, daha kudretli olan, daha heybetli ve insanlar arasında daha çok tanınan, insanların kaba davranışlarına karşı daha sabırlı olanlar, hâkim olmaya daha layıktır. Çünkü hâkim, bir bakıma Peygamber makamında oturan, onun adına onun getirdiği hükümleri uygulayan kişidir.⁸⁹

D. Emîn: Hâkimin her hususta kendisine güvenilir, haksızlık ve hainlik yapmayan,⁹⁰ afif (iffetli) ve günahlardan sakınan bir kişi olması, kişiliğini zedeleyen küçük düşürücü hadiselerden sakınması gerekir. "Emin"den maksat her bakımdan mükemmel, akli başında, kâmil, ehliyetli biri olması demektir. Bir görüşe göre de emin, hevasına uymayan, korku ve ümitle karar vermeyen demektir.⁹¹

Hakim yardımcı personelini iyi seçmeli, onları sürekli denetlemelidir.

E. Mekîn; vakarlı, temkinli, oturaklı ve sakin olmalı; hafifmeşrep⁹² veya ve aşağılık kimselerden olmamalıdır. Hâkime saygısızlık edenler (mahkemenin saygınlığını bozacak davranışta bulunanlar) hariç taraflara yumuşak davranmalıdır.

F. Metîn; metanet sahibi, güçlü, etki altında kalmayan, mehabetli, sabırlı olan demektir.⁹³

Hakim, iş yükünden şikayet edemez, bıkkınlık gösteremez, taraflara yüzünü ekşitemez.⁹⁴

Ömer b. Abdilazîz'e göre hakim, anlayışlı, halim, (haramdan el çeken) iffet-

⁸⁷ Müstakim, doğru sözlü olan, inatçı olmayan, rüşvet ve hediye almayan demektir. BİLMEN, VIII/213, No:32.

⁸⁸ ALİ HAYDAR, IV/428.

⁸⁹ MOLLA HÜSREV, II/405.

⁹⁰ BİLMEN, VIII/213, No:32.

⁹¹ KASİMİ, II/113-114. "İnsanları adalet ve hakkaniyetle yönet, sakın heva ve hevesine uyma; yoksa seni Allah yolundan saptırır!" Sad, 38/26.

⁹² Behcetü'Fetava, No:2249.

⁹³ ALİ HAYDAR, IV/426-429, BİLMEN, VIII/213, No:32.

⁹⁴ SERAHSİ, XVI/64.

li, çok sağlam ve salâbetli, şer'î ilimleri (hukuku) iyi bilen, çok soran ve araştıran olmalıdır.⁹⁵

Hâkim, harama düşmekten korkarak şüphelileri terk etmelidir. Tamahtan beri, kemali mürüvvetle muttasıf olmalı, rezil, aşağılık ve heva ehli kişilerle muâşeretten kaçınmalıdır. Hak ne ise onu yerine getirmeğe sa'y edip bu hususta onun bunun kınamasına aldırış etmemelidir.

Hâkim zengin olmalıdır ki, insanları malına meyletmesin, suizanlara maruz olmasın. Zenginlik, dindar olan zat için büyük bir fazilettir, onların ziyade hayırda, fazlu ihsanda bulunmalarına bir sebeptir. Özellikle nefsinin insanları maslahatlarına adayan bir zat için zenginliğe ihtiyaç vardır. Borç ise hâkimin mertebesini tenzil eder.

Hakimlik görevini haksız kazanç teminine araç yapmamalı, hakim mümkünse tok gözlü olanlardan atanmalıdır.

V. YARGILAMA ETİĞİ

Yargılama etiği denince ilk akla gelenler, yargı bağımsızlığı ve hakim tarafsızlığıdır.

A. YARGI BAĞIMSIZLIĞI

Bağımsızlık, emir almama ve özgür olma demektir. Bağımsız olmayan bir hakimden tarafsız bir karar vermesi beklenemez. Hakim bağımsızlığı, muhakeme dışı hiçbir etki altında kalmamakla elde edilir.⁹⁶ Yargı fonksiyonunun en temel unsuru hâkimdir. Ancak hakim yargılama faaliyetinin efendisi değil; hizmetçisidir. Dolayısıyla bağımsızlık hakime keyfi davranma serbestisi vermez.⁹⁷ Hakim hüküm verirken etki altında kalmamalı (bağımsızlık), adaletli olmalı ve hükmü geciktirmemelidir.⁹⁸

⁹⁵ Buhari, *Ahkam*, 16.

⁹⁶ CENTEL, Nur, Hakim Tarafsızlığı, İst.1996, s.5-6. "Aralarında, Allah'ın indirdiği ile hükmet. Onların arzularına uyma ve Allah'ın sana indirdiğinin bir kısmından (Kur'an'ın bazı hükümlerinden) seni şaşkınlıklarından sakın..." Maide, 5/49.

Rivayete göre yahudilerin ileri gelenlerinden bir grup Hz. Peygamber'i yanıltmak ve ona yanlış hüküm verdirmek maksadıyla şöyle demişlerdi: "Ey Muhammed! Bilirsin ki biz yahudilerin bilginleri ve eşrafıyız. Biz sana tâbi olursak bütün yahudiler sana tâbi olur. Şimdi bizimle hasımlarımız arasında bir dava var, davayı sana getirelim, sen de bizim lehimize hüküm ver. Böyle yaparsan sana iman eder ve seni tasdik ederiz." Hz. Peygamber ahlâka aykırı olan bu teklifi reddetmiş, olay üzerine bu ayet inmiştir. Kur'an Yolu, II/230-231. Ayet yargı bağımsızlığı ile ilgilidir. ASLAN, s.118vd.

⁹⁷ CENTEL, s.13.

⁹⁸ İBN AŞUR, s.308-323.

İslam hukukunda, adalete büyük önem verildiği için, hakime yargı işlevini yerine getirirken müdahale edilemeyeceği kabul edilmiştir. Devlet başkanları hakimlerin kararlarına müdahale etmemiş; aleyhlerinde açılan davalarda da ayırım gözetilmeksizin herkes gibi yargılanmışlardır.⁹⁹ Hakim, kendisini atayan devlet başkanını da yargılar. Örneğin Ebu Yusuf, Harun Reşid ile bir hristiyan arasındaki davayı görmüş ve halife aleyhine hüküm vermiştir.¹⁰⁰

Yargı bağımsızlığı hakim için önemli bir güvencedir, fakat ona keyfi davranma hakkı vermez. Hakim, etik kurallara uygun davranmalıdır. Yargının bağımsız olması, sınırsız ve ölçüsüz olması demek değildir, şüphesiz yargı bağımsızlığının da “hukuka bağlı olmak” gibi bir sınırı olmalıdır ve hakim de denetlenmelidir. Ancak denetim, yargı bağımsızlığına zarar vermeyecek şekilde olmalı ve bağımsız ve tarafsız organlar eliyle gerçekleştirilmelidir.¹⁰¹

Osmanlı kadısı hükümlerinde tamamen serbest ve vicdanına göre hareket ederdi.¹⁰² Padişahlar bile onların tarafsızlığına gölge düşürecek bir davranışta bulunamazlardı. Bursa Kadısı Molla Fenarî, cemaatle namaza devam etmeyen Sultan Yıldırım Bayezid'in şahitliğini Allah hukukuna riayet etmeyen kimse-nin kul hakkının gözetilmesi gereken yerlerde de dikkatsiz davranabileceğini düşüncesiyle bir davada kabul etmemiş,¹⁰³ Fatih, kadı Hızır Bey önünde yargı-lanmıştır.

1876 tarihli Kanun-ı Esasi m.86'da yargı bağımsızlığı şöyle ifade edilmiştir: “Mahkemeler her türlü müdahelâttan azadedir.”¹⁰⁴

⁹⁹ ÖZKORKUT, “Yargı Bağımsızlığı”, s.231, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/263/2362.pdf>

¹⁰⁰ İBN ABİDİN, (Tercüme) XII/155.

¹⁰¹ ÖZKORKUT, “Yargı Bağımsızlığı”, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/263/2362.pdf>

¹⁰² Vicdan, insanın içinde bulunan ahlâkî otorite, ahlâkî değerler ve eylemler hakkında hüküm verme ve yargılama yeteneğidir... Kur'an'a göre nefis, vicdanî boyutu sayesinde kendini denetleme ve buna göre ödül veya ceza verme yetkisine sahiptir (Enbiya 21/64; Neml 27/14). (Âl-i İmran 3/159) ayetindeki “galîzu'l-kalb” (katı kalpli) ifadesi Türkçeye “acımasız, vicdan-sız” şeklinde çevrilebilir.

Güzel işlerin kalbe huzur verdiğini, kötü davranışların onu rahatsız ettiğini bildiren hadisler (Müsned, IV/182, 227, 228; Müslim, *Birr*, 14-15) insanın fitraten temiz bir vicdana sahip olduğuna işaret eder. DEMİR, Osman, “Vicdan” *DİA*, C:43, s.101.

¹⁰³ Taşköprülüzâde İsmâeddin Ahmed Efendi, eş-Şekaiku'n-Numaniyye, Beyrut 1975, s.19.

¹⁰⁴ Mecelle m.1800: “Hakim, taraf-ı Sultanî'den icra-yı muhakeme ve hükme vekildir.” hükmüne göre hakimin bağımsız olmadığı iddia edilmiştir. ÖZEN, Muharrem, Hakimin Cezai Sorumluluğu, Ank.2004, s.52. Ancak bu madde hakimin atanmasıyla ilgili olup bağımsızlığı ile ilgili değildir. Hakimin sultanın vekili olması onun lehine veya aleyhine hüküm vermesine mani değildir. Nitekim Kadı Şüreyh, Hz. Ali ile bir yahudi arasındaki davayı Hz. Ali'nin, Ebu Yusuf da Harun Reşid ile bir hristiyan arasındaki davayı Harun Reşid'in aleyhine sonuçlandırmıştır. ALİ HAYDAR, IV/440.

Yine Kanun-ı Esasi m.81'e göre, padişah beratı ile atanan hakimler azledilemez, meslekte yükselme, meslek değiştirme veya emeklilik yahut ceza mahkumiyeti gibi meslekten çıkarılmaları hususları kanunla düzenlenir.

5 Haziran 1878 (1295) tarihli Teşkilat-ı Mehakim Kanunu m.48'e göre hakimlerin istekleri dışında bir göreve atanamayacakları ve görevlerine son verilemeyeceği belirtilmiştir.

B. HÂKİMİN TARAFSIZLIĞI

1. Kavram:

Tarafsızlık, objektiflik demek olup taraf tutmama, kişiliğinden sıyrılmadığı (önyargılı olmama). Müslümanlar nezdinde hakimin gördüğü iş çok önemli olduğundan, hakim tayininde onun sahip olduğu malumat yığından ziyade, karakter bütünlüğü ve ruh inceliğinin nazar-ı itibara alınması gerekir. Hakimin tarafsızlığı ferasetinden daha önemlidir.¹⁰⁵

Hz. Ali'ye göre hakim, iffetli ve yumuşak huylu olmalı, kendinden önce olup bitenleri bilmeli, görüş sahibi alimlerle istişare etmeli, Allah rızasını gözetmeli, bu hususta hiç kimsenin kınamasından korkmamalı, tehditlere boyun eğmemelidir.¹⁰⁶ Hz. Ali, Eşten Nahai'ye yazdığı mektupta, hakimin halkın en değerlisi olması, işten sıkılmaması, sinirli ve inatçı olmaması, hatasında ısrar etmemesi, tamahkar olmaması, meselenin künhüne vakıf olmadan acele hüküm vermemesi, delillere dayalı hüküm vermesi, övgüyle şımarmaması, menfaat için eğilip bükülmemesi gerektiğini belirtmiştir.¹⁰⁷

Hakimlerin tam bir tarafsızlık içinde olmaları, davacı ve davalıların menfaatlerini eşit bir şekilde gözetmeleri gerekir (Mecelle, m.1799). Kur'an'da şahitlik örneğinde, kişilerin en yakınları ve sevdikleri lehine de olsa adaletten sapmaları yasaklanmıştır:

“Ey iman edenler! Kendiniz, ana babanız ve en yakınlarınızın aleyhine de olsa Allah için şahitlik yaparak adaleti titizlikle ayakta tutan kimseler olun.” (Nisa, 4/135)

Nefret sebebiyle taraf tutmayı yasaklayan ayet şöyledir: *“Ey iman edenler! Allah için hakkı titizlikle ayakta tutan, adalet ile şahitlik eden kimseler olun. Bir zümreye yönelik öfke ve nefretiniz adaletsiz davranmanıza yol açmasın!”* (Maide, 5/8).

¹⁰⁵ HAMİDULLAH, II, No:1563.

¹⁰⁶ BEYHAKİ, Sünen, X/110, akt. ASLAN, s.44.

¹⁰⁷ SAVA PAŞA, I/222.

Korku da adaletten ayrılma sebebi olamaz: “İnsanlardan korkmayın; benden korkun! Ayetlerimi basit dünya menfaatlerine feda etmeyin!” (Maide, 5/44)

Merhamet duygusunun bile adaleti engellemesi istenmemiştir: “Şahitlik konusunda insanların zengin veya fakir olmasını dikkate alarak adalet ve hakaniyetten sapmayın! (zenginin gözüne girmek, fakire merhamet uğruna hak ve hakikati söylemekten kaçınmayın). *Arzu ve isteklerinize uyup adaletten ayrılmayın!*” (Nisa, 4/135)

2. Tarafsızlığın teminatları

a) Mecelle m.1808’de hakimin usul, fûru, eş, ortak, özel işçi ve yardımıyla geçinen kişi hakkında hüküm veremeyeceği belirtilerek görev yasağı kavramı ortaya konulmuştur.

b) Hakimin duruşmada şakalaşması ve alış veriş yapması yasaktır (Mecelle, m.1795). Çünkü bu tür şakalar onun heybetini giderebilir, kişilerin gözünde onu küçültebilir.

c) Hakim, duruşmada uzman danışman bulundurabilir; ancak taraflar önünde onunla istişare edemez.¹⁰⁸

d) Hakim görgüye dayalı bilgisiyle hüküm veremez. Birisi, Kadı Şureyh’ten şahsen bildiği bir konu hakkında hüküm vermesini istedi, Şureyh ona: Emîre (Hz. Ömer’e) git, ben senin için onun huzurunda şahitlik yapayım, dedi (de kendi bilgisiyle hüküm vermedi).

Hz. Ömer, Abdurrahman b. Avf’a: “Emir olduğun hâlde, birini zina yahut hırsızlık ederken görsen, o kimseye kendi bilgin ile had cezası uygular mısın?” diye sordu. Abdurrahman: “Hayır, benden başka birileri de benimle şahitlik ederse” dedi. Bunun üzerine Ömer: “Senin şahitliğın, herhangi birinin şahitliği gibidir” dedi. Abdurrahman: “Evet, doğru söyledin”, dedi.¹⁰⁹

e) Hakime verilen hediyeler lehinde hüküm verme veya ona bir fayda temin etmesi için verildiği için hakim, taraflardan hediye alamaz (Mecelle, m.1796). Bir malı değerinin altında satın alamaz.¹¹⁰

Hediye, insanlar arasında sevgi ve dostluk nişanesi olarak veya muaşeret kaidesi uyarınca karşılıksız verilen şey olup Mecelle’de: “Bir kimseye ikrâmen

¹⁰⁸ BİLMEN, VIII/220, No:37.

¹⁰⁹ Buhari, *Ahkam*, 21.

¹¹⁰ BİLMEN, VIII/220.

götürülen veya gönderilen mal” şeklinde tanımlanır (m.834). İnsan, kendisine hediye verene meyleder. Bu durum, hikmet nurunu söndürür. Ancak babası, kardeşi, halası gibi yakınlarının hediyelerini kabul edebilir.¹¹¹ Hakim olmazdan önce aralarında hediyeleşme adeti olan kişinin, eski adet üzere getirmiş olduğu hediyeleri alabilir.¹¹² Eskiye oranla daha çok getiriliyorsa, yakınının veya aralarında hediyeleşme adeti olan kişinin davası yoksa kabul edebilir. Davaları olduğu takdirde veya eski hediye den fazla getirmeye başladıkları takdirde, hediye alamaz.¹¹³

Osmanlıda hâkimler, kendilerini atamaya yetkili olan kazasker ve şeyhülislamdan gelen hediyeyi kabul edebilirdi.¹¹⁴

1838 tarihli Tarik-i İlimiye Dair Ceza Kanunnamesi zeylinde para, mücevher ve kıymetli eşyaların hediye olarak alınması kesinlikle yasaklanmış,¹¹⁵ akraba içinde verilmesi uygun görülen yağ, bal, köle, cariye, beygir, koyun, kuzu gibi malların ise hediye olarak alınıp verilebileceği belirtilmiştir.¹¹⁶

f) Tarafların ziyafetine gidemez (Mecelle, m.1797): Hakim, yakın akrabası veya aralarında eskiden davete gelip gitme adeti olan kişiler tarafından da olsa, özel davetlere gidemez. Davanın tarafı olmayanların cenazesine ve hasta ziyaretine gidebilir.¹¹⁷

g) Hakim, taraflardan yalnız birini evine kabul etmek, duruşma salonu veya başka bir yerde taraflardan biriyle baş başa kalmak, taraflardan birine el, göz veya başıyla işaret etmek, onlardan birine gizlice yahut diğerini bilmediği bir lisan ile bir şey söylemek gibi töhmet ve suizanna sebep olabilecek hal ve harekette bulunmamalıdır (Mecelle, m.1798).¹¹⁸

¹¹¹ MERGINANİ, III/103, BİLMEN, VIII/215-216, No:36.

¹¹² Mahremi olan birinden veya hakim olmadan önce de hediyeleştiği bir kimseden hediye kabul edebilir. Emin Şerif Paşa, Kuduri-i Şerif Tercümesi, Dersaadet, 1314, s.296.

¹¹³ İBN ABİDİN, V/372vd. Hz. Ömer, devlet memurlarından gelen hediyeleri kabul etmez; devlet hazinesine gönderirdi. ALİ HAYDAR, IV/433. Ömer b. Abdülaziz ise kamu görevlilerine görevleri dolayısıyla verilen hediyelerin devlet hazinesine gönderilmesini emrederdi. BAR-DAKOĞLU, “Hediye”, s.152.

¹¹⁴ ALİ HAYDAR, IV/433-434.

¹¹⁵ Kanun metni için bkz. ÇADIRCI, s.153.

¹¹⁶ VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, “Kanunlaştırma Hareketi ve Tanzimat”, Tanzimat I, MEB, İstanbul, 1999, s.171-172; KELEŞ, s. 262.

¹¹⁷ Kuduri Tercümesi, s.296.

¹¹⁸ BİLMEN, VIII/220, No:40. Tarafsızlık ilkesinin gereğinin sonucu olarak hâkimin taraflarla veya tarafların vekilleriyle mahkeme salonu dışında iletişim kurmaması gerekir. İNCEOĞLU, Sibel, Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri, İst.2008, s.84. Hâkimin bilgisi dışında taraflardan birinin hâkimle görüşmeye çalışması durumunda ise hâkimin bu isteği dışında yapılan görüşme hususunda karşı taraf bilgilendirilmelidir. Commen-

h) Mahkemede hasımların arasında eşit davranması hakimin önemli görevlerinden biridir. Tarafları eşit yerlere oturtur, onlara hitap ederken aynı şekilde hitap eder.¹¹⁹ İşaret ederken, onlara bakarken eşit davranmayı kendisine ilke edinmelidir.

Hz. Peygamber: *"Sizden biriniz yargı görevini üstlenince oturtmak, bakmak, işaret etmek hususlarında taraflara eşit davransın. Sesini iki hasımdan sadece birine karşı yükseltmesin!"*¹²⁰ buyurmuş, yargılamanın tarafsızlığı ve verilen kararın adaletli olması kadar davada tarafların yargı organına güvenlerinin korunmasının da önemli olduğuna işaret etmiştir.

Hakim, taraflarla dava konusu dışında sohbet etmemeli, hal-hatır sormamalıdır.¹²¹

Taraflardan sadece birine kızması, sesini yükseltmesi veya birinin yüzüne gülüp diğerine surat asması da yasaktır. Biri içeriye girince ayağa kalkamaz. Taraflardan sadece birine iltifatta ve ikramda bulunamaz.

Taraflara delil telkin edemez,¹²² bu durum hakimin tarafsızlığı konusunda şüphe oluşturabilir. Hâkimin, şahide "şöyle mi demek istedin?" diye soramaz. Ebu Yusuf'a göre, kanaat getirmek için açıklayıcı sorular sorabilir; ancak şahidi yönlendiremez.¹²³

i) İhsas-ı rey yasağı: *"Hakim, kable'l-hüküm ne veçhile hükmedileceğini ifşa etmez."* (Mecelle, m.1815). Çünkü ihsas-ı rey (görüş bildirme), hakimi töhmet altında bırakır.¹²⁴

j) Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının sağlanmasında Osmanlının klasik döneminde şuhûdü'l-hal uygulaması yardımcı bir mekanizma olarak dikkat çekicidir.¹²⁵ Genellikle, bir yerin ileri gelenlerinden oluşan böyle bir heyetin varlığı, yargılamaya farklı odaklardan gelebilecek müdahalelere karşı korunma duvarı

tary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct, s.62, m.64.

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 kadar varan disiplin cezasıyla cezalandırılacağı belirtilmiştir. İNCEOĞLU, s.84.

¹¹⁹ Bu husus 1838 tarihli Tarik-i İmiyeye Dair Ceza Kanununda da vurgulanmıştır. Metin için bkz. ÇADIRCI, s.153.

¹²⁰ DÂREKUTNÎ, IV/205.

¹²¹ İBN ABİDİN, XII/165.

¹²² Kuduri Tercümesi, s.296.

¹²³ MOLA HÜSREV, II/406-407, ALİ HAYDAR, IV/438.

¹²⁴ ALİ HAYDAR, IV/461.

¹²⁵ ASLAN, s.135-145.

oluşturmakta ve aynı zamanda hakimin tarafsızlığını denetleyiciliği işlevi de görmektedir. Bu heyetin kadı tarafından tayin edilmesi ve dürüst ve güvenilir kişilerden oluşmasının zorunlu olması da, bağımsızlık ve tarafsızlık açısından şühûdü'l-hali önemli kılmaktadır.¹²⁶

1838 tarihli Tarik-i İlimiye Dair Ceza Kanunnamesinde, hakimlerin duruşmada fakir-zengin, Müslüman-zimmi-müste'men, hür-köle "tarafeyni seyyan tutup hükmünde asla bir tarafa meyletmeyip..." şeklinde hakimin tarafsız olma yükümlülüğü de vurgulanmıştır.¹²⁷

VI. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Mecelle, 1868-1876 yılları arasında İslam hukukuna dayalı olarak hazırlanan ve daha çok borçlar, eşya ve yargılama hukuku esaslarını içeren eksik bir Osmanlı Medeni Kanunudur.

Hazırlandığı dönemde nizamiye mahkemelerinin yararlanacakları muhakeme usulüne dair kanun olmadığı için Mecelle'ye bu hükümler eklenmiştir.

Mecelle'nin "Kitabü'l-Kaza" başlığını taşıyan On altıncı Kitabı, muhakeme hukuku ile ilgilidir (m.1784vd.) Bu kitabın Birinci Babı hakimlerle ilgili olup 1792-1794. maddeleri hakimin nitelikleri, 1795-1799. maddeleri ise hakim etiği ile ilgilidir.

İnceleme konumuz olan hakimin nitelikleri ve yargılama etiği, Mecelle'de toplam sekiz maddede özetlenmiştir. Hakimin görevlerini düzenleyen 1800vd. maddeleri arasında da görev yasağını düzenleyen m.1808, sağlıklı düşünmeye engel bir hal varken duruşma yapılmasını yasaklayan m.1812 ve ihsas-ı reyi (görüş bildirmeyi) yasaklayan m.1815 gibi yargılama etiği ile ilgili maddeler de mevcuttur.

Bir bütün olarak değerlendirildiğinde bu hükümler, İslam hukuku ve ahlaki kitaplarında mevcut bilgilerin kanun formatında ifadesini bulan özeti mahiyetindedir. Modern hakim, savcı ve avukatlık etiği ile ilgili düzenlemelerden eksik yanı yoktur.



¹²⁶ ASLAN, s.72, ÖZKORKUT, "Yargı Bağımsızlığı", s.234, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergi-ler/38/263/2362.pdf>

¹²⁷ Kanun metni için bkz. ÇADIRCI, s.153.

KAYNAKÇA

- AKGÜNDÜZ, Ahmet, Umumi Hukuk Tarihi Ders Notları, Konya, 1991.
- ALİ HAYDAR, Hoca Emin Efendizade (ö.1915): Dürerü'l-Hukkâm Şerh-i Mecelleti'l-Ahkâm, İst.1319, 1330.
- ALP, Sedat, "Hitit Kanunu Hakkında", *AÜDTCFD*, C:V, S:5, Ank.1947, s.481-482.
- APAYDIN, Yunus, "İctihad" *DİA*, C:21, s.432-445.
- ARSAL, S. Maksudi, Umumi Hukuk Tarihi, İst.1944, 1948.
- ASLAN, Nasi, İslam Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri, Ank.2005.
- ATAR, Fahrettin "Kadı", *DİA*, C:24, s.66.
- ATAR, Fahrettin, İslâm'da Adliye Teşkilatı, Ank.1991, s.24.
- BARDAKOĞLU, Ali, "Hediye", *DİA*, s.152.
- BARDAKOĞLU, "Toplum-Hukuk İlişkisi Açısından Cahiliye Hukuku Örneği", in: *Zihniyet Değişikleri ve Çağdaşlaşma Problemleri Sempozyumu Bildirileri*, Bursa, 1990, s.101.
- Behcetü'Fetava, No:2249.
- BERKİ, Ali Himmet, İslâm Şeriatında Kaza (Hüküm ve Hâkimlik) Tarihi ve İftâ Müessesesi, Ankara 1962.
- BİLMEN, Ö. Nasuhi (ö.1971), Hukuk-ı İslâmiyye ve Istilahât-ı Fikhiyye Kamusu, İst.1975.
- BOA, 35 numaralı Mühimme Defteri, Hüküm no: 23.
- CENTEL, Nur, Hakim Tarafsızlığı, İst.1996.
- ÇADIRCI, Musa, "Tanzimat'ın İlanı Sıralarında Osmanlı İmparatorluğunda Kadılık Kurumu ve 1838 Tarihli Tarik-i İlmîyeye Dair Ceza Kanunnamesi" *Tarih Araştırmaları Dergisi*, C:XIV, S:25 (1982), s.161.
- ÇAĞATAY, Neşet, İslâm Öncesi Arap Tarihi ve Cahiliye Çağı, Ank.1982.
- ÇAĞRICI, Mustafa, "Zulüm", *DİA*, C:44, s.507.
- DÖNMEZER, Sulhi, "Hukuk ve Hayat" <http://istanbul-universitesi.dergipark.gov.tr/download/article-file/96419> (E.T. 02.05.2016)
- EKİNCİ, Ekrem Buğra, Hukukun Serüveni, İst.2010.
- Emin Şerif Paşa, Kuduri-i Şerif Tercümesi, Dersaadet, 1314.

- ERDOĞMUŞ-TAHIROĞLU, Roma Usul Hukuku (Özet) İst.1980.
- ERGİN, Osman Nuri, Mecelle-i Umur-ı Belediye, İst.1995, I/249.
- HALEBİ, İbrahim b. Muhammed (ö.1549), Haşiyeli Multeka, Dersaadet, 1316.
- HAMİDULLAH, Muhammed, İslâm Peygamberi (Çev. S. Tuğ) İst.1980, II/970,
- İBN AŞUR, M. Tahir, İslâm Hukuk Felsefesi (Çev: V. Akyüz-M. Erdoğan), İst.1988.
- İBN FERHUN Burhâneddîn Ebü'l-Vefâ İbrâhîm (ö.1397): Tabsiratü'l-Hukkâm fi Usûli'l-Akdiyeti ve Menâhici'l-Ahkâm, Beyrut, 1995.
- İBN HACER, Ahmed b. Ali (ö.1449), Fethu'l-Bârî bi Şerh-i Sahîhi'l-Buhârî, T.y.
- İBN KAYYİM el-Cevziye Ebu Abdullah Şemseddin (ö.1350), et-Turuku'l-Hukmiyye, Kahire, 1977.
- İNCEOĞLU, Sibel, Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri, İst.2008.
- KAFESOĞLU, İbrahim, Türk Milli Kültürü, 3. bası, İst.1984.
- KARAMAN-ÇAĞRICI-DÖNMEZ-GÜMÜŞ, Kur'an Yolu Türkçe Meal ve Tefsir, DİB Yayını, Ank.2003-2004.
- KASANİ, Alaeddin Ebubekir b. Mes'ud (ö.1191), Bedâiu's-Sanâi fi Tertibi's-Şerai', Mısır, 1327.
- KASİMİ, Zâfir, Nizamü'l-Hukm, Beyrut, 1992.
- KETTANİ, Muhammed Abdülhay, et-Teratibü'l-İdariyye Hz. Peygamber'in Yönetiminde Sosyal Hayat ve Kurumlar, (Çev: Ahmet Özel), İst.1991.
- KOŞUM, Adnan, İslam Hukuk Doktrininde Yargı Hataları Önleyici Tedbirler ve Hatalardan Doğan Sorumluluk, Isparta, 2004.
- KOZAK, İbrahim Erol, Kadim Dönemler Genel Hukuk Tarihi, Ank.2011.
- KUTLUER, İlhan, "Hikmet" DİA, C:17, s.503.
- Mahmud Es'ad, Telhîsu Usûli'l-Fıkh, İzmir 1313.
- MERGINANİ, Ebü'l-Hasen Ali b. Ebîbekr (ö.1197): el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mübtedî, İst.1986.
- MOLLA HÜSREV, Muhammed b. Feramuz (ö.1480), Dürerü'l-Hukkâm fi Şerhi Ğureri'l-Ahkâm, İst.1978.
- MUMCU, Ahmet, Osmanlı Devletinde Rüşvet –Özellikle Yargıda Rüşvet-, Ank.2005.

Nizâmülmülk, Siyâsetnâme (Haz.: Mehmet Altay KÖYMEN), Türk Tarih Kurumu Yay. Ank.1999.

OKANDAN, Recai Galip, Umumi Hukuk Tarihi Dersleri, İst.1952.

ORTAYLI, İlber, "Kadı", *DİA*, C:24, s.72.

ÖĞÜT, Salim, "Edebü'l-Kadı", *DİA*, C:10, s.409.

ÖZEN, Muharrem, Hakimın Cezai Sorumluluğu, Ank.2004.

ÖZKORKUT, Nevin Ünal, "Yargı Bağımsızlığı" <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/263/2362.pdf>

SERAHSİ, Ebubekir Muhammed b. Ahmed (ö.1090), el-Mebsût, Beyrut, 1986.

SEYDİŞEHRİ, Mahmud Esad (ö.1918), Tarih-i İlm-i Hukuk (Haz: Fethi Gedikli ve Diğerleri), Ank.2012.

Şeyh Bedreddin, Letaifü'l-İşarat fi Beyanı'l-Mesaili'l-Hilafiyat (Fıkıh Ekolleri Arasındaki Tartışmalı Konuların İncelikleri) Ed: H. Yunus Apaydın, İst.2012.

Şeyh Bedreddin, Şeyh Bedreddin, Camiu'l-Fusuleyn (Ed: H. Yunus Apaydın) Ank.2012.

ŞİRBÎNÎ, Muhammed b. Ahmed el-Hatîb (ö.1570), Muğni'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Meânî Elfâzi'l-Minhâc, Mısır, 1958.

Taşköprülüzâde İsameddin Ahmed Efendi, eş-Şekaiku'n-Numaniyye, Beyrut 1975.

TUTAR, Adem, "İslam Öncesi Türk Devlet Geleneğinde Adalet Anlayışı" Türkler, Ank.2002, C:II, s.871.

UMUR, Ziya, Roma Hukuku, İst.1970.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, "Kanunlaştırma Hareketi ve Tanzimat", Tanzimat I, MEB, İstanbul, 1999, s.171-172;

YAVUZ, Yusuf Şevki, "Fasık" *DİA*, C:12, s.204.