

İSLAM VE OSMANLI HUKUKUNDA GIYAPTA YARGILAMA MÜESSESESİ

Arş. Gör. AHMET AKGÜNDÜZ

I - KONUNUN TAKDİMİ

Usul hukukunun en çok tartışmalı olan konularından biri de giyapta yargılama müessesesidir. Bu konu hukukçuları, kanun koyucuları ve uygulayıcıları tarih boyunca meşgul etmiş ve tarihin değişik devirlerinde, değişik din ve toplumlarda farklı şekilde düzenlenmiştir. Bazıları hukuk usulünde sürat ve sadeliği engelleyen bu müessesenin lüzumsuzluğuna dahi inanmışlardır¹. Buna rağmen çoğu hukukçular, giyap halinin gâibin iddia veya savunma hakkını sınırladığını gözönüne alarak bu konuda ihtiyatlı davranılmasını uygun görmüşlerdir².

Bü müesseseyi hukuk sistemleri de değişik biçimlerde düzenlemişlerdir. Roma hukuku böyle bir müesseseyi asla kabul etmemektedir. Roma hukukunda, davacı, davalıyı mahkemeye getirmek zorundadır. Bu konuda davacıya zor kullanmak yetkisi de tanınmıştır. Kilise hukukunda ise, giyap müessesesi yoktur. Gelmeyen tarafın celseye getirilmesini sağlamak için bir takım cezalar tertip olunmuştur³. Modern hukuk sistemleri denilebilir ki tüm olarak giyap müessesesini benimsemişlerdir. Ancak giyabın sonuçlarını ağır veya hafif şartlara bağlamak hususunda değişik sistemler ortaya çıkmıştır. Örneğin Türk Usul Kanunu'nun sistemi, ortalama bir yol tutmuş bulunmaktadır. Yani kanun koyucumuz, en dikkatli davranan bir tarafın bile tayin olunan bir celsede bulunamayacağı ihtimaline binaen, bu durumun hemen giyabın hukukî sonuçlarını meydana getirmesine imkân vermemiş ve bunu bazı şartlara bağlamıştır⁴.

¹ Tokar, İbrahim, Hukuk Usulünde Sür'at ve Sadelik Nasıl Temin Edilir? HUMK.daki Giyap Faslı Lüzumsuz Olduğundan Kaldırılmalıdır (Adalet Dergisi, 1945/7, sh. 674-676).

² Üstündağ, Sâim, Medenî Yargılama Hukuku, İstanbul, 1977, 2. baskı, c. 1, sh. 501

³ Bilge, Necip/Önen, Ergun, Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara, 1978, sh. 615 vd.

⁴ Üstündağ, 1/501, Bilge/Önen, HUMK. 398-412, Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara, 1982, 4. Baskı, C. III, sh. 2842 vd.

Bilindiği gibi İslam hukuku ve dolayısıyla Osmanlı hukuku da, orijinal bir hukuk sistemidir. Özellikle Türk Hukuk tarihi açısından, bu hukuk sisteminin, gıyap müessesesini nasıl düzenlediğini incelemek ve araştırmak yararlı ve ilginçtir. Gıyap müessesesi İslam hukukundaki değişik mezhepler açısından farklı şekillerde kabul ve izah edilmiştir. Osmanlı hukuku ise her konuda olduğu gibi bu konuda da, İslam hukukunun Hanefi ekolüne ait görüşleri aynen benimsemiş bulunmaktadır. Tanzimat hareketi gıyap müessesesinde ancak son zamanlara doğru etkisini göstermiştir. Kanunlaştırma hareketlerinin sözkonusu etkilerini ilk olarak 1330/1331 tarihli Nizamname'de ve daha sonra ise 1333/1336 tarihli Usul-i Mahkeme-i Şer'îye Kararnamesinde görmek mümkündür⁵.

İşte makalemizin konusunu, tarihi kadar kendisi de orijinal olan "İslam ve Osmanlı hukukunda gıyapta yargılama müessesesi" teşkil edecektir. Biz tarihi gelişmeyi takip ederek, önce gıyap müessesesinin münakaşasını; sonra Osmanlı'nın son zamanlarına doğru kabul görmeye başlayan Şafii, Maliki ve Hanbeli ekollerinin görüşlerini; bunu müteakiben Hanefi ekolünün görüşünü ve en son olarak da 1330'lardan sonra kabul edilen gıyabi yargılama usulünü incelemeye çalışacağız.

II - GENEL OLARAK GIYAP

A) Tarifi

Mahkemenin hukuki bir anlaşmazlığı çözmesi ve karar vermesi için duruşma yapması ve taraflara duruşmada hazır bulunma imkânı vermesi gerekir. Bu sebeple hâkim, taraflara duruşmada hazır bulunmak, iddia ve savunmalarını bildirmek için fırsat vermeli, tarafları usulüne uygun biçimde duruşmaya davet etmelidir. Dava rü'yet edilirken, şahitler dinlenirken ve karar verilirken tarafların, vekillerinin, velilerinin, vasilerinin veya vakıf müteveli hey'etinin hazır olması davanın şartlarındandır⁶. Zira taraflar mevcut olmazsa, davalının davacının iddiasını ikrar veya inkâr edeceği bilinemez⁷. Buraya kadar anlatılanlar normal yargılamada sözkonusu olan şeylerdir. Acaba, taraflar kendilerine tanınan bu imkânı kullanmaz ve duruşmaya gelmez ise, yahut inatla duruşmaya gelmekten kaçarsa veya duruşmaya gelemeyecek kadar uzakta bulunursa, yani şer'an gâib sayılan bir kimse olursa durum ne olacaktır? İşte gıyap müessesesi bu soruya cevap

⁵ Düstur, II. Tertip, c. 6, sh. 399, Takvim-i Vakayi, No: 3046, Karakoç, Serkiz, Tahşiyeli Kavanin, Dersaadet, 1341/1343, c. 1. sh. 19

⁶ Mecelle, md. 1618

⁷ Ali Haydar, Dürerül-hükkâm Şerhu Mecelletil-Ahkâm, Dersaadet, 1330, c. 4, sh. 200 vd.

vermek için düzenlenmiştir. Bu sebeple gıyapta yargılamayı, kendisine usulüne uygun olarak davetiye gönderildiği halde, kasden mahkemeye gelmekten davalı imtina ettiğinden veya davalı gâib olduğundan dolayı, karşı hasım (davalı) olmadan onun gıyabında yapılan yargılama olarak tanımlayabiliriz. İslam hukukçuları buna hükm-i gıyâbî, hükm alel-gâib veya kaza alel-gâib demektedir.

İslam hukukunda gıyabî yargılama müessesesi geniş kapsamlı olarak ele alınmıştır. “Gaib aleyhine hüküm” tabiriyle, duruşmadan kasden kaçan ve davet edildiği halde gelmeyen davalılar kasededildiği gibi, gâib olduğundan yani yargılamanın yapıldığı yere gelemeyecek kadar uzakta bulunan veya nerede olduğu bilinmeyen gâib davalılar da kasedilmektedir. Bu nokta mutlaka gözönünde bulundurulmalıdır⁸.

İşte bu geniş anlamda gâib aleyhinde veya lehinde gıyabında yargılama yapmak câiz midir? Değil midir? Câizse şartları nelerdir? Bu konuda İslam hukukçuları ihtilafa düşmüşlerdir.

B - Leh ve Aleyhdeki Görüşler

Önce aleyhinde veya lehinde hüküm verilecek gâibi tanıyalım: Duruşmaya gelmeyen davalı, ya yargılamanın yapıldığı yerden gâibdir veya yargılamanın yapıldığı yerde bulunduğu halde ortada görünmediğinden gâibdir yahut da ortada görünmekte, ancak duruşmaya kasden gelmemekte ve saklanmakta olduğundan gâibdir⁹. Acaba bu üç durumda da gâib aleyhine (veya lehine) hüküm vermek câiz midir?

a) Lehdeki Görüş Ve Gerekçeleri

Şafii, Maliki ve Hanbeli mezhebi hukukçularının çoğunluğuna göre, gâib aleyhine hüküm vermek ve gıyabî yargılama yapmak câizdir. Zahirilere göre de, hazır olan hasım aleyhine hüküm verilebildiği gibi gâib aleyhine de hüküm verilebilir. Gıyapta yargılamanın lehinde olan bu hukukçular bazı ayrıntılarda ayrı ayrı görüş serdetmişlerdir. Bu normaldir. Şafii hukukçular, yargılamanın yapıldığı şehirde olmayan veya şehirde olup da gizlenen gâibler aleyhine hüküm verilmesinin kayıtsız şartsız câiz olduğunu kabul etmektedirler. İmam Malik'in ve Ahmed b. Hanbel'in de

⁸ Nevevi, Şerefüddin Yahya, Minhacut-Tâlibin, Mısır, 1352/1933, sh. 599, Ali Haydar, 4/783-784, Gazzalî, Ebu Hamid Muhammed, El-Veciz, Balguriye, Hoşkadem Matbaası, c. 2, sh. 148.

⁹ Nevevi, 599 Ali Haydar, 4/783-784, Gazzalî, 148, İbn Âbidin, Muhammed Emin, Reddül-Muhtar, Mısır 1386/1966, c. 5, sh. 414-416, İbnül-Hümmam, Kemalüddin Muhammed, Fethul-Kadir, Mısır, 1316, c. 5, sh. 493, Bâbertî, Ekmelüddin, Şerhul-İnaye Alel-Hidaye, Mısır, 1316, c. 5/493 vd.

görüşü aynıdır. Ancak gizlenmiş olmayıp da evinde oturan ve memuriyeti veya işi başında vazife ifa eden ve duruşmadan kaçınan hasımlar aleyhinde, giyabî muhakemenin yapılıp yapılmayacağı konusunda iki görüş nakledilmektedir. Birincisi, mahkemeye celbi mümkün değilse câizdir. Tercih edilen görüş de budur. İmam Mâlik de aynı kanaatedir ¹⁰.

Bütün bu zikrettiğimiz hukukçular, belli şartlarla, gâib, aleyhine hüküm vermenin câiz olduğunu kabullenmekte ve giyabın sonuçlarını bir defalık bulunmamaya bağlamakta sakınca görmemektedirler. Ancak hemen belirtelim ki giyapta yargılamanın şartları, normal yargılamadan daha titiz tesbit edilmiş ve davalının hakkı zayi edilmemek için itiraz yolu daima açık tutulmuştur. Davacının delilleri cerhedilir ve çürütülürse, isitirdat davası hakkı tanınmıştır ¹¹.

Bu görüşün gerekçeleri ise şunlardır:

aa) Usul hukukunda sadelik ve sür'atin temini ve hakların zayi edilmemesinin tek çaresi giyapta da yargılamanın kabulü ve yargılamanın kesinlikle tehir edilmemesidir. Zira tarafların gizlenmesi, duruşmaya gelmemesi, karşı tarafın hakkının zayi olmasına ve adaletin gecikmesine neden olmaktadır ¹².

bb) Hüküm delile göre verilir. Yani mahkeme kararının asıl gerekçesi delildir. Hâkim indinde hak beyyine (delil) ile sâbit olmuş ise, artık karşı hasım yok diye yargılamayı geciktirmek haksızlıktır. Yargılamanın ruhuna aykırıdır. Hz. Peygamber "Beyyine külfeti davacıya ve yemin de iddiayı inkâr edenedir." buyurmuş ve davalının huzurunu şart koşmamıştır. Davacı, ikna edici delilini getirmişse, artık davalının da huzurunu şart koşmak Hz. Peygamber'in aramadığı şartı aramak demektir ¹³.

cc) İslam hukukunun aslî ve talî kaynaklarında giyapta yargılamanın düzenlendiği bir gerçektir. Hz. Peygamber, Ebu Süfyan'ın, karısı Hind ve çocuklarının nafakasını kısmasından dolayı, Hind'in kendisine müracaat etmesi üzerine, giyapta yargılama yaparak kararı şu şekilde vermiştir: "O'nun malından sana ve çocuklarına yetecek kadarını örf ve adetlerin elverdiği ölçüde al." Bu ifade bir fetva değil, kazaî bir karardır. Hz. Ömer ve

¹⁰ İbnül-Hümmam, 5/493 vd., Bâberti, 5/493, İbn Âbidin 5/414-415, Gazzalî, 148, Nevevî, 599, Remelî, Şemsüddin Muhammed, Nihâyetül-Muhtac İlä Şerhil-Minhac, Mısır, 1386/1967, c. 8, sh. 279 vd., İbn Hacer el-Heytemî, Şihabüddin Ahmed, Tuhfetul-Muhtac İlä Şerhil-Minhac, Mısır, tarihsiz, c. 10, sh. 186 vd.

¹¹ Gazzalî, 147, Şirazî, Ebu İshak, El-Mühezzeb, Mısır, c. 2, sh. 303

¹² İbnül-Hümmam, 5/493, Bâberti, 5/493, İbn Âbidin, 5/414

¹³ İbnül-Hümmam, 5/493, Bâberti, 5/493, Ali Haydar, 4/782

Osman da gâib aleyhine hüküm vermişler ve Sahabeden kimse bunlara karşı çıkmamıştır. Gâib aleyhindeki delilerin dinlenebileceğinde hepsi müttefiktirler ¹⁴. Hz. Ömer'in şu sözü konuyu daha da aydınlatmaktadır: "Kimin borcu varsa yarın bize gelsin, ödeyeceğine söz versin. Aksi takdirde malını satar ve alacaklıları arasında taksim ederiz." Yani giyapta yargılamasını yaparaz ^{14a}.

dd) En önemlisi de, giyabî yargılamada davalının da iddia ve savunma hakları tamamen inkâr edilmemesidir. Her an delilin çürüklüğü, sahteliği ve hakkın eda edildiği def'ini ileri sürebilir. Bununla verilen hükümü iptal etme imkânına sahiptir. Ayrıca hüküm kesinleşse bile, hükümü iptal edecek delil ileri sürebilir. O halde giyabî yargılamasının, davalının iddia ve savunma hakkını zedeleyici mahzuru da ortadan kalkmış olur ¹⁵.

b) Aleyhdeki Görüş Ve Gerekçeleri

Başta Hanefî hukukçularının çoğunluğu olmak üzere, İbn-i Şübrüme ve Maliki'lerden İbn Macişûn gibi bazı hukukçular ise giyapta yargılama müessesesini temelden kabul etmemektedirler. Bunlar giyapta yargılamasının ancak istisnâî durumlarda ve zor şartlarla yapılabileceğini savunmaktadırlar ¹⁶. Bu hukukçulara göre tarafların duruşmada hazır bulunmaları dava şartlarındandır. Bu şart tahakkuk etmediği takdirde dava batıldır. Duruşma esnasında da hüküm verilirken de bu şartın tahakkuku davanın geçerliliği için lazımdır ¹⁷. Gâibin yargılamasının yapıldığı şehirde olduğu halde mahkemede duruşmaya gelmemiş olması ve yargılamasının yapıldığı şehirde de bulunmaması hükme tesir etmez. Zira ileride görüleceği üzere tarafların kendileri, vekilleri, velileri, vasileri ve vakfin mütevellisi bulunmadıkça gâib aleyhine asla hüküm verilemez. Bunun tek istisnası hasm-ı mütevâri için vekil-i musahhar tayin edilmesi halidir. İlerde bu müessesenin ne olduğunu göreceğiz ¹⁸. Bu görüşün gerekçeleri ise şunlardır:

aa) İslam hukukunun aslî kaynaklarından olan hadis, giyapta yargılamasının, davalının iddia ve savunma hakkını sınırladığını ve en dikkatli bir insanın dahi bir celseye gelememe özrünün bulunabileceğini,

¹⁴ Remeli, 8/268, İbn Hacer el-Heytemî, 10/163 vd.

^{14a} ES-Seyyid Sâbık, Fıkhus-Sünne, Beyrut, 1391/1971, c. 3, sh. 412.

¹⁵ Remeli, 8/268, İbn Hacer el-Heytemî, 10/163 vd.

¹⁶ İbnül-Hümmam, 5/493-494, Bâberti, 5/493 vd., Bilmen, Ömer Nasuhi, Hukuk-u İslamiye Ve Istilahât-ı Fikhiye Kamusu, İstanbul, 1970, c. 8, sh. 231-234, Ali Haydar, 4/783, vd. İbn Âbidin, 5/409 vd.

¹⁷ Mecelle, md. 1618, 1630, Ali Haydar, 4/774 vd.

¹⁸ İbn Âbidin, 5/409 vd., Ali Haydar, 4/783

savunmasız karar vermenin ise adalet ilkesine ters düşeceğini ifade etmektedir. Hz. Peygamber Hz. Ali'yi Yemen'e kadî olarak tayin edip gönderirken şöyle buyurmuştur: "Diğer hasmın savunmasını dinlemedikçe taraflardan birinin lehine hüküm verme. Zira diğer tarafın savunmasını dinlediğinde nasıl hüküm edileceğini o zaman daha iyi takdir edersin." Diğer bir varyantında da "Bir tarafı dinlediğin gibi, diğer tarafı da dinle. Zira bu durum, hakkın ortaya çıkması için daha elverişli olur."¹⁹ Yani diğer taraf ikrar ederse, ikrarı ile ve ispat ederse isbatı ile hükmedileceği ortaya çıkar²⁰.

bb) Bilindiği gibi mahkemenin vereceği karar hukukî anlaşmazlığı ortadan kaldırmak içindir. Duruşmada diğer taraf bulunmayınca dava konusu şeyi inkâr edeceği bilinmiyeceğinden anlaşmazlığın olup olmadığı belli değildir. O halde karşı taraf hazır olmadan anlaşmazlığı ortadan kaldıran karar sözkonusu olamaz. Karşı hasım mahkemede hazır olmayınca ikrar ve inkâr muhtemel olup ihtimalli durumlar üzerine hüküm bina edilemez. Zira inkâr ve ikrar halleri ayrı ayrı hukukî sonuçlar doğurur²¹.

cc) Gâib aleyhine hüküm verilebilir diyen hukukçuların gerekçeleri tutarsızdır. Zira beyyine külfetini davacıya, yemini inkâr edene yükleyen hadis, hasmın hazır veya gâib olacağına değinmiyor. Ebu Süfyan ve Hind arasındaki nafaka davasında ise Hz. Peygamber Ebu Süfyan'ın nafaka ile mükellef olduğunu zaten bilmektedir. Delil ikamesi sözkonusu değildir. Bu olayda, gıyapta yargılamayı kabul eden hukukçular için dayanak noktası bulunmamaktadır²².

c) Sonuç

Gıyabî yargılamayı her halükârda kabul eden hukukçular, davalıyı gözetmek amacıyla gıyabî muhakemenin şartlarını ağır tutmuşlardır. Bunun yanında gıyabî yargılamanın tamamen aleyhinde olan hukukçular ise, özellikle son zamanlara doğru bunu istisnâî de olsa kabule mecbur olmuşlardır. Lehdeki hukukçuların gerekçeleri cidden tartışma götürmeyecek kadar açıktır. Aynı gerekçelerle aleyhdeki hukukçular da zaruret hallerinde gıyabî yargılamanın câiz olacağına fetva vermişlerdir²³. "Hâkim, yalan ve hile olmadığına eldeki delillerle kesin kanaat getirdiği

¹⁹ Zeylai, Cemalüddin Abdullah, Nasbur-Râye li-Ahâdisill-Hidaye, Mısır, 1393/1973, c. 4, sh. 60-61, İbnül-Hümmam, 5/494, Bâbertî, 5/494, Ali Haydar, 4/783, Es-Seyyid Sâbık, age., 3/413.

²⁰ Ali Haydar, 4/783.

²¹ Bâbertî, 5/493-494, İbnül-Hümmam, 5/494 vd., Ali Haydar, 4/783

²² Bâbertî, 5/494

²³ İbn Âbidin, 5/414-416

takdirde gâibin leh ve aleyhinde karar verebileceği gibi müftü de fetva vermelidir. Bu, adaletin gecikmesindeki sakıncaları önlemek ve zaruretleri defetmek için şarttır. Ayrıca davacının hakları da zayi olmaktan kurtulacaktır. En önemlisi de gıyabî yargılama konusu ictihadî bir konudur. Üç mezhep imamı bu müesseseyi kabul etmektedir. Hanefî mezhebinin imamlarından ise kabulü ve reddi şeklinde iki nakil mevcuttur. O halde, gâib için haklarını koruyacak bir vekil tayin edilerek yargılamanın yapılması gerekir.”²⁴ Büyük hukukçu Ali Haydar da, daha değişik bir şekilde aynı kanaati paylaşmaktadır²⁵.

Gıyap müessesesinin münakaşasını ve gerekçelerini kısaca özetledikten sonra, şimdi de bu müesseseyi kabul eden ve etmeyenlerin görüşlerine göre tetkik edecek, daha sonra da Tanzimatı takibeden gelişmeleri ve son halini arzitmeye çalışacağız.

III. ŞAFİÎ, MALİKÎ VE HANBELÎ HUKUKÇULARINA GÖRE GIYAP MÜESSESESİ

A) Genel Olarak

Daha önce belirttiğimiz gibi bu üç mezhebe mensup hukukçuların çoğunluğu, gıyap müessesesini tereddütsüz kabul etmektedirler. Bunlar celseleri geciktirerek adaletin geciktirilmesine karşıdır. Taraflardan birinin duruşmaya gelmemesi yargılamanın kaderini değiştirmez. Ancak bu yargılamada normalden daha titiz bazı şartlar aranır. Hanefî hukukçuların çoğunluğu son zamanlara doğru bu görüşe uygun olarak fetva verdiklerinden²⁶ ve Osmanlının son zamanlarında bu konuda yapılan düzenlemeler de bu görüşü esas aldığından²⁷, bu görüşün ayrıntılı yönlerini incelemek yerinde olacaktır.

Gıyap müessesesini celse tehirine gerek görmeden kabul eden bu hukukçular, gıyapta yargılamanın yapılması için bazı şartlar ileri sürmüşlerdir.

B) Gıyabî Yargılamanın Şartları

Bir taraf hakkında yargılamanın gıyapta, yani o tarafın yokluğunda yapılabilmesi için aranan bu şartlar, günümüz hukukundakine pek

²⁴ İbn Âbidin, 5/414 (Şeyh Bedreddin'in Camiül-Fusûleyn adlı eserinden naklen)

²⁵ Ali Haydar, 4/783-784

²⁶ İbn Âbidin, 5/414-416

²⁷ Usûl-i Muhâkeme-i Şer'îye Kararnamesi, md. 40-43 (Karakoç, Serkiz, Tahşiyeli Kavanin, c. 1, sh. 64-72, Akgündüz, Ahmet, İslam Ve Osmanlı Hukuku, sh.) Ayrıca bkz: 1333 Tarihli Nizamname, Düs. II. T. c. 6, sh. 399

benzememektedir. Zira burada gâibden kasıt her çeşit gâibdir. Günümüz hukukunda ise gıyapta yargılamada sözkonusu olan gâib, davet edildiği halde duruşmaya gelmeyen veya gelip de cevaptan kaçınan şahıstır²⁸. Bu noktayı gözden kaçırmamak gerekir. Günümüz hukukundaki şartlara benzer şartlar Hanefî hukukçular tarafından ileri sürülmüştür. Gıyabı her halükârda câiz gören hukukçulara, özellikle Şafîî hukukçulara göre, gıyapta yargılamanın şartlarını dört gurupta toplamak mümkündür:

a) Davayı ilgilendiren şartlar

Gıyapta yargılamanın yapılabilmesi için davanın konusu açık bir şekilde bilinmelidir. Yani dava konusu şeyin cinsi ve miktarı belirtilmelidir²⁹.

Karşı taraf celseye gelmiş olmalı ve açıkça yargılamaya devam edilmesini talep etmelidir. Talep etmediği takdirde dava dosyası işlemde kaldırılır. Sadece, filan şahsın üzerinde benim şu kadar hakkım vardır demesi yeterli değildir³⁰.

Davacı iddiasını kesin delil (beyyine) ile ispat etmelidir. Ayrıca davalının kendi hakkını inkâr ettiği iddia etmelidir. Bu hakkının da kendisine teslim anı geldiğini ve hakkını talep ettiğini belirtmelidir. Örneğin bu hak müeccel bir alacak ise vadesi gelmiş olmalıdır. Eğer davacı, davalının kendi iddiasını ikrar ve itiraf ettiğini söylerse, artık davası dinlenmez. “Korkuyorum ki ileride inkâr eder” korkusuna da iltifat edilmez. Davacı, davalının kendi iddiasını ikrar veya inkâr ettiğinden bahis açmaz ise durum ne olacaktır? Bu konuda iki görüş mevcuttur. Tercih edileni, gıyapta yargılamaya devam edilmesi yolundadır. Yine tercih edilen görüşe göre, yargılamanın yapılması için davalı namına hâkim tarafından bir vekil (vekil-i musahhar) tayin edilmesine de gerek yoktur. Bazıları, böyle bir vekilin tayini fena olmaz demişlerdir³¹.

b) Davacıyı İlgilendiren Şartlar

Hâkim davacıya, davalıyı ibra etmediğine, alacağını istifa eylemediğine ve karşılığında bir şey almadığına dâir yemin teklif edecektir. Kısaca davacı, davalıda hakkı olduğunu yeminle teyit etmelidir. Yemin, kararın verilmesi için şarttır. Eğer davada aleyhine hüküm verilecek olan

²⁸ Tuluay, Metin, Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu, Diyarbakır, 1983, md. 398

²⁹ Gazzali, 146

³⁰ Gazzali, 146

³¹ Gazzali, 146, Remeli, 8/268-269, İbn Hacer El-Heytemî, 10/164 vd., Bilmen, 8/232 vd., Nevevî, 595 vd., Şirazi 2/303, Ali Haydar, 4/784

şahıs küçük, akıl hastası veya ölmüş birisi ise yemin mutlaka ettirilmelidir. Bunların dışında, birisinin aleyhine giyapta hüküm verilmesinde ise, yemin mutlak bir şart olduğu; davalının hakkını korumak için ihtiyatî bir tedbir olduğu ve de sadece hoş karşılanabilecek bir muamele olduğu yolunda üç görüş mevcuttur ^{31 a}.

Davacının getirdiği şahitlerin doğru söylediklerini ispat için davacıya veya şahitlere yemin teklif edilmez. Ayrıca davacının davasını kendi adına vekili yürütüyor ve duruşmaya da vekili gelmiş olursa, gâib aleyhine yargılamanın yapılmasını müvekkili namına isteyen vekile de yemin teklif edilmez. Vekilin gösterdiği deliller muvacehesinde hâkim davalı aleyhine karar verdikten sonra, davalı, davacının vekiline karşı gâib olan müvekkilinin kendisini ibra ettiği defini ileri sürse, bu defi kabul edilmez. İbrayı ayrıca isbat etmesi gerekir ^{31 b}.

Şafii'ler, giyabî yargılamada şart olan bu yemine "yemin-i istizhâr", Maliki'ler ise "yemin-i kaza" ve "yemin-i istibrâ" demektedirler ³².

c) Karara Engel Bir Durum Varsa Davanın Gâibin Bulunduğu Yer Hâkimine İnha Edilmesi

Giyapta yargılama yapan ve davacı lehine karar veren hâkim, davalının mevcut malları varsa onlardan davacının talebini karşılar. Ama davalının hâkim'in yargı çevresi içinde herhangi bir malı yoksa veya gâib hâkim'in yargı çevresi dahilinde değilse, davayı kendi yürütemez. Davacının isteği üzerine keyfiyeti, gâibin bulunduğu yer hâkimine bildirir. Eğer henüz karar vermemişse, yaptığı tahkikatı ve dosyayı olduğu gibi gönderir. Kendisi karar vermişse, kararını infaz etmesi için, gâibin bulunduğu yerdeki hâkimi durumdan haberdar eder (inha eder). ³³

İnha'dan kasıt şudur: Yaptığı tahkikatı veya verdiği kararı iki şahit huzurunda tutanağa geçirir. Gâibin bulunduğu yer hâkimine davalının kimliğini ve lüzumlu bilgileri resmî mühürlü bir yazı ile bildirir. Davalı, bahsedilen şahsın kendisi olmadığını ileri sürerse, ispat külfeti davacıya aittir. İşte tahkikat veya kararın inhasından kasıt budur ³⁴.

^{31 a} Remeli, 8/269-272, İbn-i Hacer El-Heytemi, 10/166 vd., Gazzali, 146-147, Nevevi, 596, Ali Haydar, 4/784

^{31 b} Gazzali, 147, Remeli 8/271 vd., İbn Hacer El-Heytemi, 10/171 vd., Bilmen, 8/232 vd.

³² Remeli, 8/273-275, İbn Hacer El-Heytemi, 10/174 vd., Gazzali, 147-148

³³ Remeli, 8/272-273, İbn Hacer El-Heytemi, 10/172 vd., Gazzali, 147, Nevevi, 566-597

³⁴ Remeli, 8/273-275, İbn Hacer El-Heytemi, 10/174 vd., Gazzali, 147-148

d) Müddeâbihe Ait Şartlar (Mahkûmunbihin Gaybeti)

Davacının iddia ettiği müddeâbih, hâkimin bulunduğu beldeden başka bir yerde bulunursa, meselenin üzerinde titizlikle durulmalıdır: Müddeâbih gayr-i menkul veya alacak gibi sınırı ve miktarı ile tanıtılabilecek cinsten bir şeyse mesele yoktur. Sınır ve miktarı kesinkes belirlenir. Sınırı ve miktarı ile belirtilebilmesi güç olan, cins ve vasıf değişikliği bulunan ticaret eşyası, tekstil ürünleri gibi şeyler olursa durum ne olacaktır? Kıymetleri takdir edilmelidir veya hâkim kararı vermeyip, karar vermeyi müddeâbihin bulunduğu yer hâkimine bırakmalıdır. Özetle belirtmek gerekirse, böyle durumlarda, ihtilafa ve anlaşmazlıklara yol açmayacak şekilde, en kısa, en açık ve en kesin bir biçimde müddeâbih tarif edilecektir. Bu tarif elbetteki müddeâbihin cinsine, vasfına ve çeşidine göre değişik olacaktır³⁵.

e) Davalıya Ait Şartlar

Aleyhinde tahkikat ve yargılama yapılacak olan gâib, sefer mesâfesinden daha uzak bir yerde bulunmalıdır. Sefer mesafesi, üç günlük (onsekiz saatlik) mesafedir. Bunu, sabah erkenden gidilip de geceye kadar dönülemeyen mesafe diye de tanımlamak mümkündür. Bu mesafeden daha yakında bulunanlar, gâib sayılmaz ve dolayısıyla aleyhinde veya lehinde gıyabi yargılama yapılamaz³⁶. İmam Malik'e göre ise, bir şahsın gâibliği ya yakın veya uzak veya orta olur. Uzak olan, Medine'ye nazaran Afrika kıtası gibidir ki bu durumda gâib aleyhine her konuda hükmedilebilir. Müddeâbihin alacak, menkul veya gayrimenkul bir mal olması farketmez. On günlük bir mesafede ve yol tehlikesi olduğu takdirde iki günlük mesafede bulunmak da orta bir gâiblikdir. Bu durumda gayrimenkul davalarının dışındaki davalarda gıyapta yargılama yapılabilir. Bir günlük mesafede bulunmak ise yakın gâiblik halidir. Bu durumda hâkim gâibi davet eder; davet mutlaka yapılmalıdır. Bu gâib, delillerin değerlendirilmesi, tezkiyenin icrası ve karar verilmesi konularında hazır mesabesindedir. Ancak davalı, davayı yeniden rü'yet ettirebilme hakkına sahiptir³⁷.

Davalı, zikredilen sefer mesafesinden daha yakın bir yerde ise veya yargılamanın yapılacağı şehirde ikamet ediyorsa, aslında, duruşmaya gelmedikçe yargılamanın yapılması doğru değildir. Ancak duruşmaya davet edildiği halde gizlenir ve duruşmadan kaçarsa yahut davalıyı mahkemeye celbetmek mümkün olmazsa, doğru olan görüşe göre, gıyapta

³⁵ Gazzali, 148, Remeli, 8/275-278, İbn Hacer El-Heytemi, 10/179 vd., Nevevi, 597-598

³⁶ Gazzali, 148, Remeli, 8/279-280, İbn Hacer El-Heytemi, 10/186 vd., Nevevi, 599-600

³⁷ Bilmen, 8/232 vd.

yargılamanın yapılması gerekir. Davalının cebirle ve kuvvetle duruşmaya gelmek istememesi de, giyabî yargılama için yeterli bir sebeptir³⁸.

Eğer davalı, haklı bir neden (özür) olmaksızın duruşmaya gelmekten imtina ederse, hâkim devlet kuvvetlerinin yardımıyla onu getirmeye çalışır. Hatta uygun görürse, davalıyı bu imtinandan dolayı, tazir cezası ile cezalandırır³⁹.

C) Hükümleri (Sonuçları)

Yukarıda şartlarını saydığımız giyabî yargılamanın hükümleri, Hanefî mezhebinin kabul ettiği giyap müessesesinin hükümlerinden pek farklı değildir. Bu nedenle, ayrıntılı izahı oraya bırakarak, burada bazılarını kısaca işaret edeceğiz.

a) Şartları tahakkuk edince hâkim giyapta yargılamayı icra eder ve kararı verebilir. Ancak hasm-ı mütevârî halinde yani karşı taraf yapılan davete rağmen yargılamanın yapıldığı yerde ikamet ettiği halde duruşmaya gelmediği takdirde, hâkim ikametgâhına üç gün haber gönderir. Evini mühürleyebilir. Gece evine baskın yapması bazı hukukçular tarafından hoş karşılanmamıştır. Zira, bu mesken dokunulmazlığı esasına zıddır. Bütün bu ikazlara rağmen gelmezse delilleri değerlendirerek kararını verir. Karar böylece kesinleşmiş olur⁴⁰.

b) Giyabî yargılama kararı her ne kadar kesinleşmişse ve hatta infaz edilse bile, davalı verilen kararı iptal ettirme hakkına sahiptir. Yeter ki kararın dayanak noktasını teşkil eden delilleri çürütebilsin veya borcunun ibra, havale veya ifa edildiğini def'i olarak ileri sürüp defini savunabilsin. Bu konuda belirli bir süre zikredildiğine şahit olmadık⁴¹.

Şimdi de Hanefî hukukçularına göre giyap müessesesini görelim.

IV - HANEFÎ HUKUKÇULARINA GÖRE GIYAP MÜESSESESİ

A) Genel Olarak

Daha önce de belirttiğimiz gibi, prensip olarak Hanefî hukukçular, gâib aleyhine (ve de lehine) hüküm vermenin yani giyabî yargılama

³⁸ Gazzalî, 148, Ali Haydar, 4/783-784-Remelî, 8/280-282, İbn Hacer el-Heytemî, 10/187 vd., Nevevî, 599-600, Bilmen, 8/232 vd.

³⁹ Remelî, 8/281-282, İbn Hacer el-Heytemî, 10/190 vd., Nevevî, 599, Krş. Bilge/Önen, 615

⁴⁰ Remelî, 8/281 vd.

⁴¹ Remelî, 8/268, Ali Haydar, 4/791

müessesesinin câiz olmadığı görüşündedirler⁴². Zira bu hukukçular, tarafların duruşmada hazır bulunmalarını dava şartlarından kabul etmektedirler⁴³. Bu genel bir prensip olmakla beraber, hasmın zorla da olsa mahkemeye getirilmesi mümkün olmadığı takdirde, davacının hakkının zayi olmaması, adaletin gecikmemesi, hakların gözetilmesi amacıyla gıyapta yargılamanın yapılması ve gıyapta hüküm verilmesi bir zaruret haline gelmiştir. Fakat sadece hasım-ı mütevârî yani duruşmaya davet edildiği halde duruşmaya gelmeyen kaçak hasım aleyhinde gıyabî hüküm verimesinin câiz olduğuna fetva verilmiştir⁴⁴. Bu gıyabî yargılamanın yolu da, kaçak hasım (hasm-ı mütevârî) adına duruşmaya katılmak üzere bir vekil-i musahhar tayini ve bu vekilin davalı adına davayı yürütmesidir⁴⁵.

İşte biz makalemizin bu kısmında, 1330 yıllarına kadar altıyüz seneye yakın Osmanlı hukukçuları tarafından da kabul ve tatbik edilen, vekil-i musahhar tayin edilerek gıyabî yargılama yapmak sistemini kısaca ama yakından görmeye çalışacağız.

B) Şartları

Vekil-i musahhar tayin ederek, davalı hakkında tahkikat ve yargılamanın gıyapta yapılabilmesi için, Hanefî hukukçular tarafından aranan şartlar, günümüz hukukuyla birçok yönlerden benzerlik arz etmektedir. Bu şartlar gerçekleşmedikçe gâib aleyhinde yargılama yapılamaz ve karar verilemez. Bu şartlar şunlardır⁴⁶:

⁴² İbnül-Hümmam, 5/493 vd., Bâbertî, 5/493 vd., Alemgîr Padişah Gazi, Ebül-Muzaffer Muhyiddin Muhammed, Örnek Zib-Bahadır, El-Fetâval-Hindiye (Veya El-Fetâval-Âlemgâriye), Mısır, 1310, c. 3, sh. 433 vd., İbn Âbidin, 5/409 vd., Ali Haydar, 4/783

⁴³ Mecelle, md. 1618, 1830

Konuyla ilgili bazı fetvalar:

“Zeyd’in Amr ile bir hususa müteallika davası olmakla Zeyd kadıya varıp Amr ya vekili hazır değil iken ol hususu dava ve müddeâsına bazı kimesneler şahadet etmeleriyle kadı hususu mezburu Zeyd’e hükmedip hüccet verse hükmü nâfiz ve hücceti mutebere olur mu? El-Cevap: Olmaz.”

(Fetâvây-ı Ali Cemali Efendi, Dersaadet, c. 1, sh. 477)

“Zeyd ve Amr kadıya varıp Bekr ya vekili hazır değil iken “Bekr zevcesi Hind’i tatlik eyledi” deyu şahadet etmeleriyle kadı Hind’in talakına hükmeylese hükmü nâfiz olur mu? El-Cevap: Olmaz.”

(Fetâvây-ı Ali Cemali Efendi, 1/478)

⁴⁴ İbn Âbidin, 5/414-415, Ali Haydar, 4/784, El-Fetâval-Hindiye, 3/433 vd.

⁴⁵ İbn Âbidin, 5/415, Ali Haydar, 4/784, Mecelle, md. 1834

⁴⁶ Ali Haydar, 4/792-793, Mecelle, md. 1833-1834, Es-Sadrüş-Şehid, Ömer b. Abdülaziz, Kitâbü Şerhi Edebil-kâdî, Bağdad, 1398/1978, c. 2, sh. 323 vd.

a) Davacının Duruşmaya Gelmesi Ve Gıyabî Muhakemeyi Talep Etmesi

Gıyapta hüküm verilebilmesi için, davacının duruşmaya gelmiş olması şarttır. Ayrıca gıyapta yargılamanın yapılması için, davacının tahkikata devam edilmesini ve gıyap kararı verilmesini talep etmesi gerekir. Mahkeme, talep olmadan re'sen gıyap kararı veremez. Mecelle'nin "müdde'inin talep ve istidası üzerine" ifadesi⁴⁷ bu şartı anlatmaktadır. Davacının duruşmaya bizzat kendisinin gelmesi ile vekilini veya kanunî temsilcisini göndermesi arasında fark yoktur⁴⁸.

b) Davalının Duruşmaya Davet Edilmesi

Gıyapta yargılamanın yapılabilmesi için davalının duruşmaya usulüne uygun olarak davet edilmesi gerekir⁴⁹. Usulüne uygun olarak davet edilme şekilleri tarihin akışı içinde çeşitli şekillerde olmuştur.

aa) Davet Usulleri

Davalının duruşmaya davet usulü ilk devirlerde şu şekildeydi: Davacı, davalının duruşmaya gelmesini talep eder, icabederse duruşmadan imtina ettiğini hâkime bildirir, hâkim de davacıya kendi özel mührünü verir ve şifahî olarak davalıyı davet etmesini isterdi. Hâkimin "Git, davalıya mührümü göster, onu davet et, gelmezse durumu şahitle teyit eyle" emri üzerine, davacı bu şifahî tebliği davalıya aynen yapardı. Bunun üzerine davalı, hâkimin şifahî tebligatını red ve hâkim huzuruna gelmekten imtina ettiğinde, davacı bu red ve imtinayı şahitle pekiştirirdi. Davalı sükût edip ne red ve ne de icabet ederse yahut icabet edeceğini söz verdiği halde gelmezse mütemerrid olmuş olurdu. Bu şekilde üç gün davet edilmesi gerektiğini fıkıh kitapları açıklamaktadırlar⁵⁰.

Daha sonraları, davacı yerine, hâkim, mahkeme mübaşirini göndermeye başlamıştır. Hâkimin gönderdiği mahkeme mübaşirine muhızır denirdi. Muhızır, hâkimin davetini önceleri yine şifahî olarak yapardı⁵¹.

Hâkim, davalının mahkemeye getirilmesi (ihzarı) hususunda devlet kuvvetlerinden de yardım talep edebilir. Cebren duruşmaya getirebilir. Davalının temerrüdünden dolayı onu tazir cezası ile cezalandırabilir.

⁴⁷ Mecelle, md. 1833

⁴⁸ Ali Haydar, 4/200 vd., 774 vd., Mecelle, md. 1618, 1830

⁴⁹ Es-Sadrüş-Şehid, 2/323 vd., Ali Haydar, 4/784 vd., Mecelle, md. 1833, 1834, İbn Âbidin, 5/415

⁵⁰ Es-Sadrüş-Şehid, 2/323-326, İbn Âbidin, 5/415-416, Ali Haydar, 4/784-787

⁵¹ Ali Haydar, 4/784 vd.

Duruşmaya gelmekten kaçınan davalı, (bu konuda tam ihtiyatla hareket etmek şartıyla) hâkim tarafından hapse de atılabilir⁵².

İlk zamanlarda, davacı, davalının evinde olduğu halde, duruşmaya gelmediğini iddia eder ve bu iddiasını iki şahitle ispat eylerse, mahkemeden davalının evini mühürlemesini de isteyebilirdi. Ancak bu mühürleme işi için, hâkimin üç gün davalının evine muhızırını göndermesi ve günde üç defa kapısının önünde yüksek sesle davalının davet edilmesi gerekirdi. Üç günlük süre davalı için verilen bir mühlettir. Davalının evinin mühürlenmesi, davalının gizlenme ve duruşmadan kaçma suçunun bir cezasıdır. Kapının mühürlenmesi de bir cezadır. Zira evi ona bir hapis yapılmış olur. Ancak hâkim ev mühürleme cezası verirken çok dikkatli karar vermesi gerekir⁵³.

Osmanlı hukukunda ve özellikle Mecelle'de bu usul, daha modern bir şekilde dönüşmüştür. Davalı, mahkemeye gelmekten ve vekil göndermekten kaçınır ve gizlenirse ve zorla da mahkemeye celbi mümkün olmazsa, hasm-ı mütevârî yani kaçak ve gizli hasım durumuna düşer. Bunun üzerine, davacının talebiyle, davalının mahkemeye geleceği günü, davacının kimliğini bildiren mahkemeye mahsus olan davet varakası ayrı ayrı günlerde üç defa kendisine gönderilir. Davet varakasının hâkim tarafından gönderildiği davalıya tefhim ve mahkemeye davet edilir⁵⁴.

Bu davet varakası üç defa davalıya gönderilir ve her defasında gelmediği takdirde kendisine bir vekil tayin olunarak duruşmaya devam edileceği ihtar edilir. Üç defa gönderilecek davet varakasını, gün aşırı göndermek câiz olduğu gibi iki veya üç günde bir göndermek dahi câizdir. Osmanlı devrinde yazılan davet varakasının bir suretini örnek olsun diye aşağıya alıyoruz:

“Yıldırım Mahallesinde 124. Sokakda 83 Nolu evde ikamet eden ve filan işle meşgul olan Osman Efendiye;

Süleyman oğlu Ahmed tarafından bu mahkemede aleyhinizde on altın alacak iddiasıyla bir istida verilmiş ve mahkemeye gelmenizi talep eylemiş ve

⁵² Es-Sadrüş Şehid, 2/326-328, Ali Haydar, 4/785-787 “Davalının yaşama, mesken ve benzeri hak ve hürriyetlerine dokunmamak şartıyla, adaletin gecikmesine yol açtığı için cezalandırılması makul bir usul olarak zikredilmektedir. Ancak hemen belirtelim ki bu ceza bir tazir cezasıdır. Tazir cezası, azarlama, dövme (zarar vermemek şartıyla), tokatlama veya kısa süreli hapis şeklinde olabilir. Bu konuda her hâkim'in kendisine mahsus tazir tarzı bulunabilir. Bütün bunlar zulme kaçmamak ve kişinin hak ve hürriyetlerinin özüne dokunmamak şartıyla meşruttur.”

(Es-Sadrüş-Şehid), 2/325)

⁵³ Es-Sadrüş-Şehid, 2/326-328, İbn Âbidin, 5/415-416

⁵⁴ Mecelle, md. 1834, Ali Haydar, 4/784-787

muhakeme için filan gün filan saat tayin edilmiş olduğundan o gün mezkûr saatte mahkemeye bizzat gelmeniz yahut vekil göndermeniz ihtar ve aksi halde tarafınızdan bir vekil-i musahhar tayiniyle giyabınızda muhakeme icra edilerek sübutu halinde aleyhinize hükmolunacağı birinci veya ikinci yahut üçüncü defa olmak üzere ihtar olunur.”⁵⁵

bb) Üç Defa Davet Varakası Gönderilmesi Adaleti Geciktirir

Bilindiği gibi adaletin gecikmesi en büyük adaletsizliktir. Bu sebeple üç defa davet varakası gönderilmesi usulünün, bu noktadan zorluklara yol açtığı ve zaten Hanefi hukukçularının izahlarına da tam uymadığı ileri sürülerek, Mecelle'nin 1834. maddesi tenkit edilmiştir. Daha önceki ilk devirlerdeki davet usulündeki üç günlük mühlet süresine⁵⁶ dayanılarak üç davetiye varakasının düzenlenmesini kabul etmek doğru değildir. Zira üç defa tekrar edilmek hususu bazı meselelerde ihtiyata binaen tercih edilmiştir⁵⁷. Davetiye varakasının üç defa tebliği de bu kabilden olduğu takdirde bir defa ile yetinmekte şer'î bir mahzur olmayacaktır. Bilakis kolaylıklara ve adaletin sür'atle işlemesine sebep olacaktır. Ayrıca hâkim, gâib olup vekili dahi bulunmayan davalının aleyhine, delilleri değerlendirdikten sonra karar verirse, aynen Şafî, Hanbelî ve hukukçuların dediği gibi, Hanefi hukukçulardan da Serahsî ve Şeyhulislam Haherzâde'nin görüşlerine göre, bu karar geçerli olur. Bütün bu izahlardan maksat, yalnız bir defa davet varakasının tebliğinden sonra giyabî yargılamanın icrası ve kararın verilmesi câiz ise, Mecelle'nin 1834. maddesinin de bu görüş doğrultusunda tadilinin halka çok kolaylıklar getireceğini anlatmaktır⁵⁸.

Üç defa davet usulünün bu çeşit tenkitlere maruz kalması devam etmiş, sonunda Osmanlı kanun koyucusu yapılan bu tenkitleri kamu yararına uygun bularak, tenkitler doğrultusunda bir hukukî düzenleme yapmıştır. Gerçekten 17 Cemâziyelülâ 1332/31 Mart 1330 tarihli Nizamnâme ile Şer'î mahkemelerde birden ziyade davetiye tebliği ve giyabî yargılamada vekil-i musahhar tayini usulü ilga edilmiştir⁵⁹.

cc) Davet Masrafları Mütemerred Davalıya Aittir.

Davalıyı mahkemeye çağırın muhızra münasip bir ücret verilmelidir. Ayrıca davet için bazı masraflar yapılacaktır. Muhzırın ücreti ve benzeri

⁵⁵ Ali Haydar, 4/787

⁵⁶ Es-Sadrüş-Şehîd, 2/326-329, İbn Âbidin, 5/415-416, Ali Haydar, 4/787

⁵⁷ Mecelle, md. 1817 Ve Şerhi

⁵⁸ Ali Haydar, 4/787, İbn Âbidin, 5/414-416

⁵⁹ Neşir Ve İlanı: 21 Cemâziyelüla 1332/4 Nisan 1330-Takvim-i Vakayi; No: 1790 (Düs. II. T. c. 6, sh. 399)

davet masraflarının kime yükleneceği, İslam hukukçuları (fukaha) arasında tartışmalı bir konudur. Bir gurup hukuçuya göre bu masraflar, devlet hazinesi (beytülmal) tarafından karşılanmalıdır. Bir kısmı ise, bu masrafların davacıya yüklenmesine taraftardır. Fakat fetva kendisine göre verilen üçüncü bir görüşe göre ise, bütün davet masrafları mütüemerrid davalının üzerinedir. Zira bu masrafların doğmasına onun temerrüdü sebep olmuştur⁶⁰. Osmanlı Şeyhülislamı bu görüşe göre fetva vermişlerdir⁶¹.

Davalının temerrüdü şu şekilde anlaşılır: Hâkim davalıya başlangıçta muhızır göndererek mahkemeye davet eder. Bunun ücretini davacının vermesi gerekir. Davalı mahkemeye gelmekten temerrüd ve imtina ettiğinde bu temerrüdüne şahit getirilir. Hâkim bundan sonra bir defa daha (veya iki defa) muhızır gönderdiğinde bu ikincisi davalının temerrüdü üzerine olacağından istihsan deliline dayanılarak davalıyı bu davranışından dolayı cezalandırmak için, muhızırın ücretini davalı vermek mecburiyetinde kalır⁶².

Söz konusu bu ücret, mübâşirin (muhızırın) gideceği mesafeye göre değişir. Yani davalı mahkemenin bulunduğu şehrin içinde olduğu takdirde mübâşirin alacağı ücret, şehrin dışında ikamet ettiği halde alacağı ücretten az olmalıdır⁶³.

c) Davalının Duruşmaya Gelmemesi Veya Getirilememesi

Usulüne uygun bir şekilde davet edildiği halde, duruşmaya gelmeyen davalının duruşmaya gelmemiş sayılması ve giyabında yargılamanın yapılabilmesi için şu şartların gerçekleşmesi gerekir:

aa) Meşru Ma'zeretinin Bulunmaması

Davalının gelmemiş sayılması için meşru ma'zeretinin bulunmaması gerekir. Meşru ma'zereti olduğu takdirde duruşmaya gelmemiş sayılmaz. Davalı, kendiliğinden yaya olarak veya başka bir şekilde mahkemeye geldiğinde, hastalığının şiddetlenmesine ve artmasına sebep olacak derecede hasta veya evinden asla çıkmayan yahut da bazı acil durumlar için nadiren çıkabilen, kendi ihtiyaçlarını bile başkası temin eden muhaddere bir kadın

⁶⁰ Es-Sadrüş-Şehid, 2/324, Ali Haydar, 4/784 vd.

⁶¹ Şeyhülislam Damadzâde Ebul-Hayr Ahmed Efendi Hazretlerinin fetvası şöyledir:

“Zeyd’in mütüemerridler olan bir-kaç kimesneler ile davası olmakla kadı Amr’i irsal edip Amr dahi mezburları şer’e ihzar eylese Amr’in ücreti mezburlara lazime olur mu? El-Cevap: Olur.” (Dürrizâde, Esseyid Muhammed Arif Efendi, Neticetül-Fetâvâ, Dersaadet, 1237, sh. 317)

⁶² Neticetül-Fetâvâ, sh. 317-318, Ali Haydar, 4/783, Es-Sadrüş-Şehid, 2/324

⁶³ Ali Haydar, 4/785

olursa, “zarar ve mukabele biz-zarar yoktur”⁶⁴ prensibi gereği, bunlar cebren de olsa mahkemeye getirilemez. Böyle durumlarda hâkim nâip tayin etmeye yetkili ise, nâibini davacı ile beraber hastanın veya muhaddere kadının yanına göndererek davalarını nâibine dinlettirir⁶⁵.

bb) Cebren Dahi Mahkemeye Getirilememiş Olması

Davalının duruşmaya getirilmesi için cebir de kullanılabilir. Davet usullerini anlatırken de belirttiğimiz gibi, bu yanlış anlaşılmalıdır. Cebren mahkemeye getirilmekten kasıt, davalının mahkemeye getirilmesinde, devlet güvenlik kuvvetlerinin de yardımcı olması demektir. Yoksa döverek, söverek mahkeye getirmek değildir. Zira dövmek ve sövmek de bir cezadır. Cezayı vermeye sadece kadı yetkilidir⁶⁶. Bu nedenle kaçak hasmın evine baskın düzenlemenin dahi câiz olmayacağını Hanefî hukukçular açıkça belirtmektedirler. Câizdir diyenler de, bu baskın yapma yetkisini sadece kadıya tanımaktadırlar. Bu baskının nasıl yapılacağını da, câiz görenler şöylece izah ediyorlar:

Bir şahsın diğer bir şahısta alacağı olur. Borçlu, borcunu vermediği gibi açılan alacak davasına gelmeyerek evinde saklanır. Hâkim de durumu öğrenir. Adaletin gecikmemesi için hâkim güvendiği iki kişiyi yanına alır. Beraberlerinde kadınlardan ve görevlilerden bir gurubun da bulunması gerekir. Yardımcıları ve bu grup ile aniden davalının menziline gidilir. Yardımcıları evin kapısında bekler. Evin çevresini kuşatırlar, kaçmasını önlerler. Önce kadınlar izinsiz eve girerler. Evin hanımlarına meseleyi anlatırlar. Sonra da erkekler girer, evi ararlar. Davalıyı bulamazlarsa kadınlara da aramalarını söylerler. Böylece operasyon tamamlanmış olur⁶⁷.

Şu nokta da çok önemlidir: Davalıdan dolayı başkasına karşı cebir kullanılması asla câiz değildir. Yani “hasmını duruşmaya getir” diye hiç bir kimse diğerini cebredemez. Buna göre, davalı kadının eşine “Hanımını hâkim huzuruna getir” diyerek baskı yapılamaz. Sadece kefil eğer kefil olduğu şahsı mahkemeye getirmeye muktedir ise, bu konuda ona baskı yapılabilir⁶⁸.

⁶⁴ Mecelle, md. 19

⁶⁵ Ali Haydar, 4/785-786, Remeli, 8/282,

⁶⁶ Es-Sadrüş-Şehid, 2/325

⁶⁷ Es-Sadrüş-Şehid, 2/326, 337-342, Mecelle, md. 1833-1834, Ali Haydar, 4/785-786, Cidden bin küsur sene önceki bir eserde tasvir edilen bu sanık operasyonu fevkalade makul, yerinde ve adalet esaslarına tam olarak uygundur. Mesken dokunulmazlığını çok güzel bir şekilde izah etmektedir.

⁶⁸ Ali Haydar, 4/786, Mecelle, md. 642

cc) Vekilinin Veya Diğer Nâiplerinden Birinin Duruşmaya Gelmemiş Olması

Davalının duruşmaya gelmemiş sayılması ve aleyhinde gıyabî yargılama yapılabilmesi için, sadece kendisinin değil, nâiplerinin de duruşmaya gelmemiş olması şarttır. Davalının nâiplerinin duruşmada hazır bulunması yeterlidir. Davalı, davayı nâipleri aracılığı ile de takip edebilir. Ancak davalının yerine davayı takip etme yetkisine hâiz olan bu nâipler kimlerdir? Şimdi bunları tesbit edelim:

1) Davalının vekilidir. Davalının vekilinin gelmesi davalının gelmesi demektir. Bu nedenle davalının vekili gelmediği takdirde, gıyabî yargılama yapılır. Davalının vekili olarak duruşmaya gelen şahsın davaya vekâlet ehliyetinin bulunması gerekir⁶⁹. Vekile gerçek nâib veya davalı tarafından tayin edilen nâib denmektedir⁷⁰.

2) Kanunî temsilcisidir. Bunlara şerî nâib denilir. Dava ehliyeti olmayan davalının vasisi, velisi, kayyımı veya bazı hallerde kanunî müşavirinin de usulüne uygun olarak davet edilen duruşmaya gelmemiş olması şarttır. Vasi, ister mahkeme tarafından tayin edilmiş olsun (vasiyy-i mansûb) isterse bizzat müteveffa tarafından tayin edilmiş olsun, (vasiyy-i muhtâr) farketmez. Bunların huzurunda dava rü'yet olunarak aleyhlerine karar vermek gerektiğinde, gâib olan müvekkil veya müteveffa veya küçük mahkûm addedilerek gâip aleyhine vekili, müteveffa veya küçük aleyhine vasi veya velisi huzurunda karar verildiği ilamda gösterilir. Yoksa vekil veya vasi yahut veli aleyhine karar verilmez⁷¹.

3) Vakfın müteveli hey'etidir. Bu durumda vakfedeni veya vakıf malını ilgilendiren konularda vakfeden veya vakıf aleyhine karar verilir. Vakıf mütevellisinin gelmesi gıyabî yargılamaya engeldir⁷².

4) Müteveffânın leh ve aleyhindeki davalarda, mirasçılardan biri diğerlerinin nâibi sayılır. Yani mirasçılardan sadece birinin duruşmaya gelmesi diğerleri aleyhinde gıyabî karar verilmesine engel olur⁷³.

5) Mirasdan doğan iştirak halinde mülkiyet ortaklarından biri diğerine davada nâip sayıldığı gibi, müşterek mülkiyetin ortaklarından biri ve diğer ortaklar namına ortak mal veya alacak hususundaki davalarda

⁶⁹ Mecelle, 1457-1459, 1516-1520, 1830, 1618, Ali Haydar, 4/775 İbn Âbidin, 5/409-410, İbnül-Hümmam, 5/494, Bâberti, 5/594 vd.

⁷⁰ İbn Âbidin, 5/409-410, İbnül-Hümmam, 5/494, Bâberti, 5/494 vd.

⁷¹ İbn Âbidin, 5/410, Bâberti, 5/494, vd. Ali Haydar.

⁷² İbn Âbidin, 5/410, Ali Haydar, 4/775.

⁷³ Mecelle, md. 1642 s Ali Haydar, 4/280 vd., 775, İbn Âbidin, 5/410.

hasım olabilirler. Onların nâibi olarak duruşmaya gelebilirler. Ancak bu görüş İmameyn'in yani büyük Hanefî hukukçuları İmam Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'in görüşüdür. Buna göre, bir şahıs diğer bir şahıs aleyhine "Benim ile gâip olan filan şahsın ortaklaşa bu adamdan on altın alacağımız var" diye dava ve isbat ettiğinde, hâkim davalıyı on altın ile mahkûm eder. Fakat ilamın hükmünün icrası zamanında sadece hissesi olan beş altını alıverir. Diğer beş altın gâib geldikde ona verilir ⁷⁴. Ancak İmam-ı A'zama göre, iki ortakdan birisi, iştirâk halinde mülkiyet dışında, diğerine nâip olamaz ⁷⁵.

6) Alacaklıya karşı müteselsil iki borçludan birisi diğer borçluya nâip olabilir. Yani iki müteselsil borçludan birisi hazır bulunduğu zaman, diğer borçlu aleyhinde giyap kararı verilemez ⁷⁶.

7) Bazı hukukçuların görüşüne göre, müteveffânın malı elinde bulunan üçüncü şahıslar da müteveffânın nâibi sayılır. Örneğin müteveffâ, ölüm hastalığında (maraz-ı mevtinde), bütün malını bir şahsa hibe ve teslim veya vasiyet ettikten sonra öldüğünde, başka bir kimsenin müteveffâdan alacak iddiası sözkonusu şahsın huzurunda rüyet edilip karar verilebilir. Bu cihetle sözkonusu üçüncü şahıs müteveffâdan nâip olur. Bazı hukukçulara göre, üçüncü şahıslar bu konuda hasım olamaz ⁷⁷.

8) Lehine vakıf yapılan şahıslardan biri diğerine nâip olabilir. Ancak bunun için, sözkonusu şahıslara vakıf yapıldığı isbat edilmiş olması gerekir ⁷⁸.

9) Hükmen nâiptir. Yani bir davanın hazır bir şahıs hakkında sonuçlandırılması, gâip bir şahsın hakkında da bir karar verilmesini gerektiren durumlarda, hazır şahıs gâip şahsın hükmen nâibi olmuş olur. Bu sebep olma da iki şekilde olur.

Birincisi: Davacının hazır ve gâip şahıslar aleyhine iddia ettiği hak aynı şey olmakla olur. Örneğin, davacı, davalının zilyedi bulunduğu evin kendisine ait olduğunu iddia ve davalı da inkâr edince, davacı sözkonusu evi eski mâliki olan gâip bir şahıstan satın aldığını kesin delillerle isbat ederse, bu kesin deliller ile hem davalı ve hem de gâip mahkûm olur. Hatta gâip şahıs hazır olup da satım akdini inkâr etse muteber olmaz. Zira mâlikinden satın alma-ki bu davada iddia olunan da budur-elbette mülkiyete sebeptir.

⁷⁴ İbn Âbidin, 5/410 s Ali Haydar, 4/776, Mecelle, md. 1101, 1105.

⁷⁵ Mecelle, md. 1643, Ali Haydar, 4/776.

⁷⁶ Ali Haydar, 4/776, İbn Âbidin, 5/410.

⁷⁷ Ali Haydar, 4/776-777.

⁷⁸ İbn Âbidin, 5/410, Ali Haydar, 4/777.

Bu davada mülkiyet ise hazır olan davalıdan dava olunuyor. Böylece davada davacı lehine verilen hüküm, gâip olan eski mâlik (gâip şahıs) aleyhinde de verilmiş gibidir ⁷⁹.

İkincisi; davacının hazır ile gâibden iddia ettiği şey birbirinden ayrılması mümkün olmayan iki hak olur. Mesela, (A), (B), yi taammüden öldürüp de, (B)'nin iki velisi bulunup velilerden biri gâip (C) ve diğeri hâzır (D) olmakla, hazır olan veli, kâtil aleyhine “Gâip veli kendi hissesinden (A)'yı affetmekle benim hissem diyete çevrilmiş oldu” diye iddia ve (A) da inkâr eylese, davacı (D) kesin delille iddiasını isbat etse, iddiası kabul olunur. Bununla hem gâip (C), hem de hâzır (D) aleyhine karar verilmiş olur ⁸⁰.

Hazır aleyhine karar verilmesinin gâip aleyhine de karar verilmesi demek olan meselelerin esası budur. Hanefî hukukçusu İbn Âbidin bu meselelerin yirmi dokuz mesele olduğunu söylüyor ve tamamına yakınıni zikrediyor ⁸¹.

Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, davacının gâip aleyhine iddia ettiği hazır aleyhine iddia ettiğine sebep değil de şart olursa, konu tartışmalıdır. Biz bu tartışmaya girmeyeceğiz ⁸².

Hülâsa, davalı, vekili veya sayılan nâiplerinden birisi duruşmaya gelmez veya getirilemez ise, ancak o zaman gıyapta yargılama yapılabilir.

d) Davalı Namına Bir Vekil-i Musahhar Tayin Edilmesi

aa) Tayin Usulleri

Usulüne uygun olarak davalı duruşmaya davet edildiği halde gelmez veya getirilemez ise gıyabî yargılamanın yapılabilmesi için, davalı namına duruşmada hasım olacak bir vekil tayin edilir. Duruşmaya gelmeyen ve getirilemeyen hasma hasm-ı mütevâri, bunun namına davayı yürütecek olan ve hâkim tarafından tayin edilen vekile de vekil-i musahhar tabir edilir ⁸³. Vekil-i musahhar tayin edilebilmesi için davetin usulüne uygun olarak yapılmış olması gerekir. Davet usulüne göre, vekil-i musahhar tayinini de iki safhaya ayırarak inceleyebiliriz:

⁷⁹ İbn Âbidin, 5/411 vd., İbnül-Hümmam, 5/496 vd. Bâberti, 5/494 vd. Ali Haydar, 4/777-781.

⁸⁰ İbn Âbidin, 5/412 Ali Haydar, 4/781.

⁸¹ İbn Âbidin, 5/411-412, Ali Haydar, 4/779-781.

⁸² İbnül-Hümmam, 5/495-496, Bâberti 5/495 vd. İbn Âbidin, 5/411 vd. Ali Haydar, 4/777-778 El-Fetâval-Hindiye, 3/433 vd.

⁸³ İbnül-Hümmam, 5/495 vd. İbn Âbidin, 5/415, Mecelle, md. 1834 Ali Haydar, 4/788.

Birinci safha; genellikle İslam ve Osmanlı hukukunun ilk devirlerindeki tatbikattır. Buna göre; davacı davalının evinde olduğu halde kasden duruşmaya gelmediğini şahitle ispat ederse, hâkim davalının evini mühürler, davalının talebi üzerine duruşmada bulunması için onun namına bir vekil tayin eder⁸⁴. Diğer bir görüşe (Ebu Yusuf'a) göre ise, hâkim davalının evine iki şahitle bir memurunu gönderir. Memur iki şahidin huzurunda davalının kapısında durarak şöylece çağırır: "Ey filan oğlu filan, filan hâkim sana tebliğ ediyor ki; filan hasmınla beraber filan gün duruşmaya gel. Yoksa senin namına bir vekil tayin edecek ve yargılamayı yapacak." Bu işlemler üç gün, her günde üç defa tekrar edilir. Zira hâkim hakkı sahibine ulaştırmakla mükelleftir. Duruşmaya yine de gelmezse, vekil-i musahhar tayin ederek duruşmayı devam ettirir⁸⁵.

İkinci safha ise; Mecelle ve daha sonraki safhadır. Mecelle'ye göre davalı mahkemeye gelmekten ve vekil göndermekten kaçınıp da mahkemeye celbi de mümkün olmazsa, davacının talebiyle üç defa mahkemeye davet varakası gönderilerek davet edilir. Gelmediği takdirde hâkim ona bir vekil tayin ederek davacının dava ve beyyinesini dinleyeceğini bir müzekkire ile davalıya tefhim eyler⁸⁶. Bunun üzerine davalı yine mahkemeye gelmez ve vekil göndermez ise hâkim onun haklarını koruyacak bir şahsı ona vekil tayin (nasb) edip bu vekil muvacehesinde davacının dava ve beyyinesini dinler, delilleri inceler. Davacının iddialarını yerinde görürse gâip aleyhine karar verir. Zira bu şekilde de giyabî yargılama da bulunmazsa, hakların zıyanına sebep olur. Halbuki hâkimin görevi hakkı hak sahibine vermektir⁸⁷.

bb) Vekil-i Musahharın Görevi

Vekil-i musahharın (hâkim tarafından davalı namına tayin edilen vekilin) görevi, gâibe vekâleten davacının iddiasını inkâr etmekten ibarettir. Deliller davayı inkâr edene karşı ikame edilebileceğinden, bu inkâr müddeanın ispatı için hukuki bir zemin hazırlamak içindir. Yoksa vekil-i musahhar, müvekkili namına savunma yapamaz. Yani meselâ müddeâbihi müvekkilim ifa etti yahut davacı müvekkilimi ibra etti, diye bir defî ileri

⁸⁴ Es-Sadrüş-Şehîd 2/328-329.

⁸⁵ Es-Sadrüş-Şehîd, 2/329-330, Krş, Kuru, 3/2865, HUMK. md. 163 400/1.

⁸⁶ Mecelle, md. 1834, Tefhim son davetten sonra yazılacak müzekkire ile yapılır. Şer'i mahkemelerde de yürürlükte olan budur. Ancak son zamanlara doğru müzekkire yazma usulü de kaldırılmıştır. Zira hasm-ı mütevarî aleyhine giyabi yargılama Hanefilerce câiz görülmüştür. (İbn Âbidin, 5/414 vd. Ali Haydar, 4/786).

⁸⁷ Mecelle, md. 1834, Ali Haydar, 4/788.

süremez. Bunu ispata yahut davacıya yemin teklifine girişemez. Zira bir defa ileri süren şahıs, davacı niteliğine hâiz olur. Davacı için de vekil-i musahhar tayin edilemez. Ayrıca bu defileri davayı bilmeyen vekil-i musahhar ileri sürdüğünden mutlak yalan olur. Yargılama ise yalana bina edilemez⁸⁸.

cc) Vekil-i Musahhar Usulünün Münakaşası

Hanefî mezhebinde kabul edilen vekil-i musahhar usulü İmam Ebu Yusuf'un görüşüdür. Ebu Yusuf dışındaki Hanefî hukukçularından bir kısmı bu usulü reddederken bir kısmı da bu prosedürün takibine de gerek olmadan yargılamanın normal olarak yürütülmesi görüşündedirler. İmam Muhammed, kendisine atfedilen bir görüşe göre taraflar hazır olmadan yargılamanın yapılamayacağını ileri sürmektedir⁸⁹.

Son Hanefî hukukçuları, adaletin gecikmesini ve hakların zayi olmasını önlemek için, vekil-i musahhar usulünün reddedilmesine ve en azından bu konuda kolaylıklarla dolu olan Şafî mezhebinin kabulüne taraftardır. Nitekim Osmanlı kanun koyucusu da, 1330/1332 tarihli Nizamname ile bu görüşü kanunlaştırmış ve vekil-i musahhar usulünü lağvetmiştir⁹⁰.

Bazı hukukçular ise, vekil-i musahhar usulünü zaruret için sadece bazı meselede câiz olduğunu belirtmişlerdir. Bu beş mesele şunlardır.

1) Hasm-ı mütevâri meselesinde ki yukarda zikredilmiştir.

2) Bir şahıs muhayyerlik şartıyla bir mal satın aldıktan sonra, muhayyerlik süresi içinde akdi feshederek mebbî iade etmek istediğinde, satıcı gâib olursa hâkime müracaatla gâib namına vekil tayin ettirerek mebbî bu vekile iade edebilir.

3) Lehine kefâlette bulunulan şahıs kayb olduğunda onun namına vekil tayin edilebilir.

4) Borçlu "Yarın borcumu ifa etmezsem karım boş olsun" diye yemin etmekle, o gün borcunu ifa edecek iken alacaklı gâip olsa, borçlu hâkime müracaat ederek gâip namına vekil tayin ettirerek, borcunu ona ifa eder. Artık borçlu yemininde durmamış sayılmaz.

5) Bir şahıs karısına "Nafakamı sana ulaştırmazsam beni boşayabilirsin" deyip de, kadın bunu fırsat bilerek boşanmak için kasden ortadan kaybolursa, kocası hâkime müracaat ile nafakayı karısı namına kabza yetkili bir vekil tayin ettirerek ona teslim eder⁹¹.

⁸⁸ Ali Haydar 4/788.

⁸⁹ Es-Sadrüş-Şehîd, 2/330-331, İbn Âbidin, 5/414-415.

⁹⁰ İbn Âbidin, 5/414-415, Dür. II. Ter. c. 6, sh. 399.

⁹¹ İbn Âbidin, 5/415, Ali Haydar, 4/790.

C) Hükümleri

Yukardaki şartlar tahakkuk ettiği takdirde, gıyabi yargılamanın doğuracağı sonuçlar, günümüz hukukundakinden epeyce farklıdır. Bunları kısaca gözden geçirmekte fayda vardır:

a) Hüküm Gıyapta Verilir ve Davalıya Tebliğ Edilir.

Mahkeme vekil-i musahhar muvacehesinde davacının iddiasını ve şahitlerini dinler, delillerini inceler. İddiayı yerinde görürse, gâip aleyhinde hüküm verir. Ancak davacının iddiası sabit olmadığı takdirde, gıyabî hüküm de verilemez⁹².

Gâip aleyhine verilen bu karar (gıyabi hüküm) davalıya tebliğ edilir⁹³. Şöyleki: Hükümü havi bir şer'î ilam düzenlenir. Bu ilam lehine karar verilen şahıs tarafından icraya memur olan zata verilir. Bu memur dahi mezkûr ilamın bir suretini çıkararak davalıya gönderir. Yahut da hâkim gıyabi hükümü havi olan ilamı iki nüsha olarak tanzim eder. Bir nüshasını davacıya vereceği⁹⁴ gibi diğer nüshasını da görevli memurlar ile davalıya gönderir. Davalıya tebliğ olunduğuna dair elinden ilmühaber alınır⁹⁵.

b) Davalı İtiraz Etmediği Veya İtirazı Reddildiği Takdirde Gıyabî Hüküm İnfaz Ve İcra Edilir.

Gıyabî hüküm kendisine tebliğ edilen davalı, hükme itiraz etmez ise, mezkûr hüküm hemen icra edilir. Eğer itiraz eder ise itirazın sonucuna kadar gıyabî ilamın icrası tehir edilir⁹⁶.

Hükme yapılan itiraz, defi' niteliğindedir. Bu nedenle itiraz için, İslam hukuku hükümlerince belirlenmiş bir süre yoktur. Defi'ler, mahkemece, karar verilmeden ileri sürülebildiği gibi, karar verildikten hatta verilen karar icra edildikten sonra da ileri sürülebilir. Yani bir davada aleyhine karar verilmiş olan şahıs davayı defedebilecek bir sebep ileri sürerek defi-dava iddiasında ve yargılamanın iadesi talebinde bulunabilir. İddiası dinlenir, yeniden yargılama yapılabilir. Defi sabit olursa, evvelki hüküm iptal olunarak davacı davalıya ettiği muarazadan men olunur⁹⁷.

Yapılan izahlardan anlaşılmıştır ki, gıyaben mahkûm olan bir şahıs gıyabî hükümü öğrendiğinde, hükme itiraz etmesi için üç ay veya üç sene gibi,

⁹² Mecelle, md. 1834-1835, Ali Haydar, 4/788 vd.

⁹³ Mecelle, md. 1835, Krş, Kuru, 3/2895 vd.

⁹⁴ Mecelle, md. 1827.

⁹⁵ Ali Haydar, 4/790-791.

⁹⁶ Mecelle, md. 1836, Ali Haydar, 4/791-792.

⁹⁷ Mecelle, md. 1631, 1836, 1840, Ali Haydar, 4/791, 804.

İslam hukukçuları tarafından belirlenmiş bir süre yoktur. Müruruzamana uğramadıkça def-i dava dinlenebilir⁹⁸.

Gıyaben aleyhine hükmolunan şahsın, gıyabî hükmü defî şu şekilde mümkündür: Davalı, aleyhine verilen gıyabî karar ilamını raptederek bir dilekçe ile Şeyhülislamlık makamına başvurur. Bu dilekçe evveleminde Fetvâhâne-i Ali'ye ve oradan lüzum gösterildiğinde Meclis-i Tetkikât-ı Şer'iyeye havale buyrulur, bu meclis dahi parafê ederek dilekçeyi kararı veren mahkemeye gönderir. Osmanlının son zamanlarında cari olan usul budur⁹⁹.

Gâip aleyhine karar verilmek için davacının iddiasının kesin delillerle sabit olması şarttır. Bu durumda davalı hazır olduğunda, mesela, müddeâbihi ifa ettiğini veya davacının kendisini ibra eylediğini veyahut şahitlerin tarafsız olmadıklarını ileri sürerek, defe ve verilen kararı bozdurmaya teşebbüs edebilir. Bu defiler ile ilgili olarak normal davalardaki defî prosedürü uygulanır¹⁰⁰. Yoksa davacı, örneğin, gâibden on altın alacağı olduğunu iddia ve şahitlerle iddiasını ispat ettikten sonra, şahitler tezkiye olunup sonra karar verilmişse, davalı itirazında borcunu inkâr etse bile, bu inkâr defî sayılmaz ve tekrar şahitlerin dinlenmesine gerek yoktur¹⁰¹.

Gıyaben aleyhine karar verilen şahıs, davayı defe teşebbüs etmediği veya defî yerinde görülmediği takdirde, verilen karar gıyaben de olsa infaz ve icra kılınır. Yerinde görülmeyen defe misal olarak bir önceki paragrafta zikrettiğimiz durum hatırlanmalıdır¹⁰².

V — OSMANLI HUKUKUNDAKİ TARİHÎ SEYİR VE GIYABÎ YARGILAMANIN MÜNAKAŞASI

A) Genel Olarak Mecelle'de Durum Ve Sonraki Gelişmeler

Bilindiği gibi Osmanlı Devlet-i Âliyyesi, hukuk sistemi olarak İslam hukukunu, hukukî ekol olarak da Hanefî mezhebini kabul etmiştir. Elbette ki bu konuda da, yani gıyabî yargılama konusunda da, Hanefî görüşünü kabul etmiş bulunmaktadır.

Osmanlı'nın gıyabî muhakeme konusunda Mecelle'ye kadar Hanefî görüşünü benimsediğini şu fetva'dan hemen anlayabiliriz: "Zeyd'in Amr ile

⁹⁸ Ali Haydar, 4/791.

⁹⁹ Ali Haydar, 4/791.

¹⁰⁰ Mecelle, md. 1633, 1724.

¹⁰¹ Ali Haydar, 4/791.

¹⁰² Mecelle, md. 1836, Ali Haydar, 4/792

bir hususa müteallika davası olmakla, Zeyd kadıya varıp Amr ya vekili hazır değil iken ol hususu dava ve müddeasına bazı kimesneler şahadet etmeleriyle kadı husus-u mezburu Zeyd'e hükmedip hüccet verse hükmü nâfiz ve hücceti mutebere olur mu? El-cevap: Olmaz.”¹⁰³ Bu ve benzeri fetvalar, Mecelle'ye kadar Osmanlı hukukunda Hanefi görüşünün aynen benimsendiğini göstermektedir.

Mecelle'de ise yine Hanefi görüşü kanunlaştırılmıştır¹⁰⁴. Osmanlı Şer'îye Mahkemelerinde, Mecelle'nin “Hükm-i Giyabî” hakkındaki maddelerinde zikredilen (md. 1833-1836) cebirle de olsa mahkemeye celbi mümkün olmayan davalılara üç defa davet varakası gönderildikten sonra vekil-i musahhar tayini ile ilgili hükümlerin aynen uygulanacağı Meclis-i Tetkikat-ı Şer'îye tarafından da teyit edilmiştir¹⁰⁵.

Hanefilerin kabul ettiği giyabî yargılama prosedürü, zorluklara yol açacağı ve hakların ziyasına sebep olacağı açısından tenkit edilmiş, en azından üç defa davet varakası gönderilmesinin bire indirilmesinin kamu yararı açısından zorunlu olduğu ifade edilmiştir. Doktrinde bununla ilgili Mecelle maddesinin tadili de teklif olunmuştur¹⁰⁶.

Hanefi prosedüründeki zorlukları gören ve adaletin gecikmesini önlemek isteye bazı Hanefi hukukçuları da, hâkimlerin bu konuda Şafîî hukukçularını taklid edebileceklerine dair fetva vermişlerdir¹⁰⁷. Zira Şafîîler giyabî yargılama ile normal yargılama arasında nerdeyse hiçbir fark gözetmemektedirler. Sadece hâkimin daha titiz davranmasını gerektiren bazı şartlar tahakkük edince, davete ve vekil-i musahhar tayinine gerek görmeden davalı gelmese de lehinde veya aleyhinde giyabî karar verilebileceğini kabul etmektedirler¹⁰⁸. Bazı Hanefi hukukçuları ise, Şafîîyi taklit yerine, gaip aleyhine karar verilmesinin kamu yararı ile kabul edilebileceğini söylemişlerdir¹⁰⁹. İşte bu ve benzeri görüşlerin tesiriyle, Osmanlı Şer'îye Mahkemeleri, hasım mütevârî (kaçak) olmayıp evinde ikamet ettiği, memuriyeti veya işi başında vazifesini ifa ettiği halde dahi giyabî hüküm vermeye başlamıştır. Bu ya Şafîî mezhebini taklid veya kamu yararı gereği sözkonusu görüşün benimsenmesinden başka bir şey değildir¹¹⁰.

¹⁰³ Fetâvây-ı Ali Cemali Efendi, c. 2, sh. 477

¹⁰⁴ Bkz. ve Krş.: İbn Âbidin, 5/414-416, Mecelle, md. 1833-1836

¹⁰⁵ Ali Haydar, 4/789

¹⁰⁶ Ali Haydar, 4/787

¹⁰⁷ İbn Âbidin, 5/414-416

¹⁰⁸ Ali Haydar, 4/783

¹⁰⁹ İbn Âbidin, 5/414-416

¹¹⁰ Ali Haydar, 4/783-784, İbn Âbidin, 5/414-415

Daha önce de bahsettiğimiz gibi, doktrindeki bu gelişmeler karşısında, Osmanlı Kanunkoyucusu da bu uzun yargılama tarzının adaleti geciktireceğini anlamış ve Mecelle'nin kabul ettiği gıyabî yargılama tarzını Şafîî, Maliki ve Hanbeli görüşleri doğrultusunda değiştirmiştir. Bu hukuki düzenleme aynen şöyledir:

“Mehâkim-i Şer’iyede Birden Ziyade Davetiye Tebliği ve Muhâkeme-i Gıyabiyede Vekil-i Musahhar Tayini Usulünün Lağvı Hakkında Nizamname (17 Cemâziyelûlâ 1332/31 Mart 1330)

MADDE-I MÜNFERİDE- Mahâkim-i Şer’iyede birden ziyade davetiye tebliği ve muhâkeme-i gıyabiyede vekil-i musahhar tayini usulü mülgadır.

İş bu madde-i nizamiye tarih-i neşrinden itibaren muteberdir.

İşbu madde-i nizamiyenin icrasına Şeyhül-islam memurdur.”¹¹¹.

Şeyhülislamın icrasıyla mükellef olduğu bu nizami madde, tesirini bundan sonraki usule ait hukuki düzenlemelerde de göstermiştir. Ancak bundan sonraki düzenlemelerde, gıyabî karara itiraz da süreye bağlanmıştır. 8 Cemâziyelâhire 1332/21 Nisan 1330 tarihli “usul-i Muhâkamât-ı Şer’iyyeye Dair Bazı Mevad Hakkında Nizamname”ye göre¹¹² Şer’i mahkemeden vukubulan davete icabet etmeyenler hakkında gıyabî yargılama icra edilir. Gıyabî ilam aleyhine tebliğ tarihinden itibaren on gün zarfında kararı veren mahkemeye itiraz edilebilir. Tebliğ günü bu on günlük süreye dahil değildir. Süresi içinde itiraz edilmez veya yapılan itirazlar reddedilirse, gıyabî ilam vicahiye çevrilir ve infaz edilir¹¹³.

B) USUL-İ MUHAKEME-İ ŞER’İYE KARARNAMESİNDE DURUM

Gıyabî yargılama ile ilgili maddelerin esbab-ı mücibelerinde, Şer’i Muharrem 1336/25 Teşrinievvel 1333 tarihli 65 maddelik ve Cumhuriyet dönemine kadar Anadolu’da yürürlükte kalan “Usul-i Muhakeme-i Şer’iye Kararnamesi”nde¹¹⁴ kendisini iyice göstermiştir. Ayrıca bu Kararname,

¹¹¹ İrade-i Seniyye Tarihi: 17 Cemâziyelûlâ 1332/31 Mart 1330, Neşir ve İlanı: 21 Cemâziyelûlâ 1332/4 Nisan 1330-Takvim-i Vakayi, No: 1790 (Düs. II. Ter. c. 6 sh. 399)

¹¹² Neşir ve İlanı: II Cemâziyelâhire 1332/24 Nisan 1330 Takvim-i Vakayi, No: 1809 (Düs. II. Ter. 6/571)

¹¹³ Madde, 3-4

¹¹⁴ Neşir ve İlanı: 14 Muharrem 1336/31 Teşrinievvel 1333, Takvim-i Vakayi No: 3046, md. 40-47

her konuda olduğu gibi, bu konuda da, Batı Hukuku menşe'li "Usul-u Muhakemât-ı Hukukiye Kanunu Muvakkatı"nın¹¹⁵ tesiri altındadır.

Gıyabî yargılama ile ilgili maddelerin esbab-ı mücibelerinde, Şer'i Mahkemelerdeki davete icabet etmeyenlere karşı gerekli tedbirlerin alınmasıyla davaların görülmesinin gecikmesini önlemenin zaruri olduğu ve icabet etmeyenlerin cebren mahkemeye getirilmesinin sakıncaları bulunduğu ve gerekli yerlerde Usul-i Muhakemât-ı Hukukiye Kanunu muvakkatına (UMUHK) atıf yapıldığı belirtilmektedir¹¹⁶.

Usul-i Muhakeme-i Şer'îye Kararnamesinin (UMUŞK) üçüncü faslı "Hükm-ü Gıyabî ve İtiraz Alel-Hüküm ve İtirazül-Gayr" başlığını taşımaktadır. Bu fasıldaki hükümlere kısaca göz atalım:

Yargılama için belirlenen günde davalı davete icabet etmediği takdirde, davacının talebi ile gıyabî yargılama icra olunur¹¹⁷. Davalı ve davacı ikisi de gelmezse dava tehir edilir¹¹⁸. Taraflardan biri gelmemekte veya vekil göndermemekte mazereti varsa mazereti ortadan kalkıncaya kadar dava bekletilir. Mazeretin ilmühaberle mahkemeye bildirilmesi gerekir¹¹⁹. Mazereti kabul edilmeyen ve verilen mehil içinde mahkemeye gelmeyen şahıs mütemerrid sayılır¹²⁰. Mütemerrit taraf davacı ise, davalı yargılamanın sukutuna dair gıyabî bir karar talebinde bulunabilir¹²¹. Gelmeyen taraf davalı olursa, davacı gıyabî karar verilmesini isteyebilir. Mahkeme de kararı verir, ilamı hazırlar. Davalıya sadece def-i dava hakkı kalır¹²².

Gıyaben sadır olan hükmün tebliği tarihinden onbeş gün zarfında hükme itiraz edilebilir. Onbeş gün geçtikten sonraki itiraz ve defi iddiaları kabul edilmez ve gıyabî hüküm vicahi hale çevrilir, kesinleşir¹²³. İtiraz süresi içinde hükme itiraz etmeksizin mahkûmunaleyh vefat ettiği takdirde, gıyabî ilam müteveffânın mirasçılarına ve içlerinde yetim varsa vasilerine tebliğ edilir. İtiraz süresi, işbu tebliğ tarihinden itibaren yeniden cereyana başlar¹²⁴. Belirlenen günde hükme itiraz eden taraf gelip de itiraz edilen

¹¹⁵ Düs I. Ter. c. 4 sh. 267, 257

¹¹⁶ Karakoç, Serkiz, Taşşiyeli Kavanin, Dersaadet, 1343, c. 1, sh. 65 vd.

¹¹⁷ UMUŞK md. 40

¹¹⁸ UMUHK. md. 139

¹¹⁹ UMUHK. md. 140

¹²⁰ UMUHK. md. 141

¹²¹ UMUHK. md. 142

¹²² UMUHK. md. 145

¹²³ UMUŞK. md. 41, UMUHK. md. 153, 155, 156, 160 Zeyli, md. 19

¹²⁴ UMUŞK. md. 42

taraf gelmediği takdirde, itirazın kanuni süresi zarfında yapıldığı ve meşru bir defî havi olduğu anlaşılırsa, itiraz eden tarafın talebiyle gıyabî hükmün feshine ve itiraz edilenin yargılama hakkının muvakkaten sukutuna karar verilir¹²⁵.

İtiraz eden ve edilen tarafların ikisi de gelmezse, davanın görülmesi taraflardan birinin müracaatına talik edilir ve son muamele tarihinden itibaren altı ay dava takip edilmezse itiraz evraklarının iptaline karar verilir. Bu surette itiraz eden taraf, itirazını yenilemedikçe gıyabî hüküm kesinleşmiş olur¹²⁶. Yalnız itiraz eden tarafın gelmemesi halinde, itiraz dilekçesi reddedilir¹²⁷. Şer'i Mahkemelerden sadır olan ilamlar aleyhine yararı olan üçüncü şahıslar da itiraz edebilir¹²⁸.

VI — İSLAM CEZA HUKUKUNDA GIYABÎ YARGILAMA

İslam ceza hukukunda gâib aleyhinde hüküm verme konusunda yaptığımız araştırmalar sonucu şunları tesbit edebildik:

a) Hanefî Mezhebi

Hanefî mezhebi ile alakalı fıkıh kitaplarının “gaib aleyhine hüküm verilmesi” bahislerinde, ceza davaları ile ilgili açık bir hüküm yoktur. Ancak hasm-ı mütevârî (kaçak hasım) tabiri içinde, ceza davasından kaçıp gizlenen hasımlar da kasedileceği muhtemel ise de, açık bir nakil olmayınca bir şey söylemek de doğru değildir. Ayrıca fıkıh kitaplarında ve bu arada Ömer Hilmi Efendi'nin ceza hukuku ile ilgili “Miyâr-ı Adalet”inde bulunan şu hükmü görüyoruz: “Kıyas hakkında şahadet aleş-şahâdet (şahadete şahadet) ve kitabül-Kâdi ilel-Kâdi (hâkimin hâkime yazılı olarak gönderdiği haber) kabul olunarak hükmetmek câiz değildir.”¹²⁹ Kıyas davasında kabul edilmeyince, diğer ceza davalarında evleviyetle kabul edilmeyecektir. Hukuk davalarında kabul edilen bu işlemlerin ceza davalarında kabul edilmemesi, gıyabî yargılamanın da kabul edilmeyeceği fikrine insanı ister istemez götürüyor. Kesin bir şey diyemiyoruz.

B) Şafîî Mezhebi

Şafîî mezhebi ile alakalı fıkıh kitaplarında bu konu ayrıca incelenmiş bulunmaktadır. Ancak bu eserlerden öğrendiğimize göre, Şafîî hukukçuları da bu konu hususunda üç guruba ayrılmış bulunmaktadır.

¹²⁵ UMuŞK. md. 43, 45, UMuHK. md. 159

¹²⁶ UMuŞK. md. 44 UMuHK. md. 154

¹²⁷ UMuŞK. md. 45 UMuHK. md. 157-159

¹²⁸ UMuŞK. md. 46 UMuHK. md. 161-170

¹²⁹ Mi'yâr-ı Adalet, md. 104 (Akgündüz, Ahmet, İslam ve Osmanlı Hukuku Rehberi, Daktilo Halinde, sh. 1045), Gazzalî, 148

Birinci gurup hukukçular, gâib aleyhinde hüküm vermenin kayıtsız şartsız câiz olduğunu, bu konuda hukuk davaları ile ceza davaları arasında herhangi bir fark bulunmadığını belirtiyorlar ¹³⁰.

İkinci grup hukukçular ise, ceza davalarında gâip aleyhine hüküm vermenin kesinlikle câiz olmadığını ileri sürmekte ve neden olarak da şu gerekçeyi ileri sürmektedirler: İnsan canına kıymak ve had cezalarını uygulamak şahsın temel ve hürriyetleri ile alakalı bir konudur. Hz. Peygamberin tavsiyesi gereği, had cezaları mümkün mertebe şüphelerle defedilmeli ve bu cezaların tatbik kapısı fazla genişletilmemelidir. Bütün bu sebeplerle, ceza davalarında gâib aleyhine hüküm vermeyi kabullenmemek daha yerinde olacaktır ¹³¹.

Üçüncü gurup ise, ceza davaları arasında bir ayırım yapma yolunu tercih etmişlerdir. Bilindiği gibi İslam hukukunda davalara konu olan haklar bir kaç çeşittir. Bir grup haklara Allah hakları denir ki bunlar özel şahısları değil âmme yararını ilgilendiren kamu haklarıdır. Had cezalarının çoğunluğu bu çeşit hakların içinde mütalaa edilmektedir. Zina, hırsızlık ve içki içme ile ilgili had cezaları gibi. İşte bu üç had cezası ve bunlarla ilgili yine kamuyu ilgilendiren tazir cezaları ile alakalı ceza davalarında, gâib aleyhine hüküm verileceği kesinlikle kabul edilmemektedir. Zira bunlarda müsamahayı esas tutmak ve mümkün olduğu kadar bu cezaları defetmek temel esastır. İkinci gurup haklar ise kul haklarıdır. Bunlar hukuk davalarının konularını teşkil ederler. Üçüncü gurup haklar, hem Allah hem de kul hakkı vasfına hâiz haklardır, ancak kul hakkı vasfı ağır basmaktadır. İşte kısas hakkı bu gurupta mütalaa edilir ve dolayısıyla konusu kısas olan ceza davalarında gâip aleyhine hüküm vermek câiz olur. Dördüncü gurup haklar ise, Allah hakkı olma vasfı kul hakkı olma vasfına ağır basan haklardır. Kazf (zina iftirası) da bu gurup haklardandır. Ancak kazfı ilgilendiren ceza davalarında gâib aleyhine hüküm verilmesinin câiz olduğu, bu gurup hukukçular tarafından belirtilmiştir. Son olarak şunu belirtmek gerekir ki mal varlığını ilgilendiren kamu hakları ile ilgili davalar, bu konuda normal hukuk davaları gibi mütalaa edilmiştir ¹³².

VII—S O N U Ç

Tarih boyu değişik hukuk sistemlerinde değişik şekillerde düzenlenen ve günümüzde de hâlâ tartışma konusu olmaya devam eden giyapta

¹³⁰ Remeli, 8/280

¹³¹ Remeli, 8/280

¹³² Remeli, 8/280, El-Hudari, Muhammed, Usulül-Fıkıh, Mısır, 1389/1969, sh. 27-30

yargılama müessesesi ile ilgili araştırmalarımızı özetlemiş bulunuyoruz. Bu araştırmalarımız sonucu görülmüştür ki, İslam Hukukçuları konuyu “El-Kazâ Alel-Gâib” başlığı altında incelemişler ve bununla da, hem duruşmadan kasden kaçan ve davet edildiği halde duruşmaya gelmeyen davalılar, hem de gâib olduğundan yani yargılamanın yapıldığı yere gelemeyecek kadar uzakta bulunan veya nerde olduğu bilinmeyen gâib davalılar aleyhine gıyapta yargılama yapılmasını kasetmişlerdir. Görüldüğü gibi kapsamı geniş tutulmuştur.

Malikî, Şafîî ve Hanbelî hukukçular, davacının davalının vekili bulunmasa da hakkını mahkeme huzurunda talep edebileceğini ve hâkimin de dava konusu şey kesin delillerle ispat edildiği takdirde, gâib (zikrettiğimiz geniş anlamda gâib) de olsa, gıyapta yargılamayı yapıp hüküm verebileceğini kabul etmişlerdir. Başta Hanefî hukukçular ve bu arada Kâdî Şüreyh, Ömer b. Abdülaziz ve müçtehit İbn-i Ebî Leyla da, davalı yerine davayı yürütecek bir vekil veya vasî bulunmadıkça, çok istisnâî bazı hallerin dışında, gâib aleyhinde yargılamanın yapılamayacağını ileri sürmüşlerdir.

İstisnâî hallerin başında vekil-i musahhar tayini yoluyla, gıyapta yargılamanın yapılması hali gelmektedir. Gerçekten 1330/1907 yıllarına kadar altıyüz seneye yakın Osmanlı Hukukunda da kabul ve tatbik edilen bu usul, davalının zorla da olsa ve mahkemece yapılacak üç davete rağmen mahkemeye gelmemesi halinde uygulanır. Bu durumdaki hasma hasm-ı mütevârî (kaçak hasım) ve onun namına hâkim tarafından tayin edilen vekile de vekil-i musahhar denir. Üç defa davet usulü, tarihin seyrine göre değişik şekillerde uygulanmıştır. En son aldığı şekil, Mecelle'nin kabul ettiği davet varakası gönderme usulüdür.

Osmanlı'nın son zamanlarında bu üç defa davet usulü de çeşitli tenkitlere maruz kalmış, özellikle adaleti geciktirmesi açısından yapılan tenkitler yerinde görülerek bu tenkitler doğrultusunda hukuki düzenleme yoluna gidilmiştir. Yani 17 Cemâziyelülâ 1332/31 Mart 1330 tarihli Nizamname ile Şer'î Mahkemelerde birden ziyade davetiye tebliği ve gıyabî yargılamada vekil-i musahhar tayini usulü ilga edilmiştir.

Gıyapta yargılama sonucu verilen hüküm davalıya tebliğ edilir. Davalı itiraz etmediği veya itirazı reddedildiği takdirde gıyabî hüküm infaz ve icra edilir. Bu itiraz bir defa niteliğinde olduğundan, itiraz için belli bir süre yoktur. Müruruzamana uğramadıkça defa dava dinlenebilir. Osmanlı'nın son zamanında bu itiraz belli bir süreye bağlanmıştır.

1917 tarihli Usul-i Muhakeme-i Şer'îye Kararnamesi ise, mahkemele-
rin davetine icabet etmeyenlere karşı gerekli tedbirlerin alınmasını, cebren

mahkemeye celbin kaldırılmasını ve yargılama için belirlenen günde davalı davete icabet etmediği takdirde, davacının talebi ile gıyâbî yargılamanın yapılmasını hükme bağlamıştır. İtiraz süresini ise, on beş günle sınırlanmıştır.

İslam hukukçuları, gıyabî yargılama hususunda, hukuk davaları ile ceza davaları arasında tefrik yapmış bulunmaktadır. Ceza davalarında Hanefî hukukçular gıyapta yargılamaya taraftar gözükmekle, Şafililer ceza davalarında da bazı istisnalarla beraber gıyabî yargılamayı kabul etmişlerdir.

