

HZ. ÖMER'İN EBÛ MÛSÂ EL-EŞ'ARÎ'YE

GÖNDERDİĞİ MEKTUBUN

YARGILAMA HUKUKU AÇISINDAN ANALİZİ

Yrd. Doç. Dr. Abdüsselâm ARI*

An Analysis of Caliph Umar's Letter to Abu Musa al-Ash'ari From the Perspective of Juridical Law

The letter Caliph Umar sent to Abu Musa al-Ashari, who was then the governor and the supreme judge of Basra, is well-known among Muslim scholars. A great number of scholars of law, hadith, history and literature, have mentioned the significance of this letter in their books because it mentions the fundamental principles of the Islamic juridical law. Consequently, it has served as one of the main sources of the section in the classical Fiqh books on the principles to be followed by judges during adjudication, which is titled as the Etiquette of the Judge (Adab al-Qadi).

GİRİŞ

Medine döneminin ilk zamanlarında Rasûl-i Ekrem (s.a.s.) idârî, adlî, icraî, siyasi ve askerî işlerin idaresini bizzat yürütüyordu. Ancak daha sonra İslam ülkesinin toprakları genişleyince bu görevlerden bazılarını arkadaşlarına vermek durumunda kaldı. O, arkadaşlarına yargı görevi de veriyor, görev verirken hâkim tayin ettiği kişileri uygulanacak kanunlar ve muhakeme usûlü hakkında bilgilendiriyordu.¹

Rasûl-i Ekrem'in vefatından sonra halife seçilen Ebû Bekir, ilk iş olarak Üsâme b. Zeyd'in kumandasında sefere hazırlanan orduyu Suriye taraflarına doğru yola çıkarmıştır. Arkasından Rasûlullah'ın (s.a.s.) vefatıyla birlikte isyana dönüşen dinden dönme olayları ve yalancı peygamberlerle mücadele etmiştir. İki yıllık kısa hilâfet döneminde çok büyük problemlerle uğraşan Hz. Ebû Bekir, yargı işlerini yürütme görevini Hz. Ömer'e vermiş, kendisi devlet idaresini Hz. Peygamber'in (s.a.s.) bıraktığı yerden devam ettirmiştir.

Hz. Ömer, Hz. Peygamber'in (s.a.s.) vefatından üç sene sonra halifelik görevini üstlenmiş ve on sene süreyle bu görevde kalmıştır. Onun döneminde İslam ülkesi çok

* İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

¹ Fahrettin Atar, *İslam Adliye Teşkilatı*, 4. bs. Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 1999, s. 25.

genişlemiştir. Hz. Ömer halife olduğunda Arap yarımadası ile birlikte Filistin, Suriye ve Irak'ın bazı bölgeleri müslümanların idaresi altında idi. Vefat ettiği zaman Tunus'tan Türkistan'a, Ermenistan'dan Hindistan'a kadar olan bölgeleri idaresi altına almıştır. Basra gibi yeni kurulan ve hızla genişleyen İslam coğrafyasında kamu hizmetlerinin düzenli bir şekilde yürütülmesi ve adaletin sağlanması gerekiyordu. Bu sebeple Hz. Ömer valileri ehil kimseler arasından seçmeye özen göstermiştir.²

Hız. Peygamber (s.a.s.) zamanında, Hız. Ebû Bekr'in halifeliği döneminde ve Hız. Ömer'in hilafetinin ilk yıllarında valiler görevli buldukları vilayetlerde, idarî ve adlî işleri birlikte yürütüyorlardı. Daha sonra valilerin iki görevi bir arada yürütmeleri zorlaşınca, Hız. Ömer yargıyı idareden ayırdı ve sadece davalara bakmak üzere belli başlı şehirlere kadılar atadı.³

Hulefâ-yı Râşidin döneminde Hız. Ömer'in adli işlerde ayrı bir yere sahip olduğu bilinmektedir. O âdil bir halife olarak şöhret bulmuş, Basra valiliği ve hakimliğine getirdiği Ebû Mûsâ el-Eş'arî'ye (v.42/662-63) gönderdiği yargılama usûlü ile ilgili mektup çok meşhur olmuştur.⁴ Ebû Mûsâ el-Eş'arî bu vesikayı muhafaza etmiş ve torunu Said b. Ebî Bürde'ye miras olarak bırakmıştır.⁵

Serahsî (v. 483/1090) söz konusu mektubu *el-Mebsût*'unun Edebü'l-Kâdî bölümüne girişte kısaca açıklamış fakat İbn Kayyım el-Cevziyye (v.751/1350) *İlamu'l-Muvakkî'in* adlı eserinin birinci cildinde uzunca bir şekilde serh etmiştir. Biz bu mektubun Arapça metnini verip Türkçe'ye tercüme edecek, yargılama hukuku açısından önemi ve içerdiği prensipler üzerinde duracağız.

I- MEKTUBUN METNİ

- 1- بسم الله الرحمن الرحيم.
- 2- من عبد الله عمر أمير المؤمنين، إلى عبد الله بن قيس، (يعني أبا موسى الأشعري): سلام عليك.
- 3- أما بعد: فإن القضاء فريضة محكمة، وسنة متبعة. فافهم إذا أدلي إليك، (وأنفذ إذا تبين لك)، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له.
- 4- وآس بين الناس في مجلسك ووجهك، حتى لا يطمع شريف في حيفك، ولا يأس ضعيف من عدلك.
- 5- البينة علي من ادعي، واليمين علي من أنكر.
- 6- والصلح جائز بين الناس، إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا.
- 7- ولا يمنعك قضاء قضيته بالأمس فراجعت فيه نفسك وهديت لرشدك أن ترجع إلي الحق، فإن الحق لا يظلمه شيء، واعلم أن مراجعة الحق خير من التماذي في الباطل.
- 8- الفهم الفهم فيما يتلجج في صدرك مما ليس فيه قرآن ولا سنة. واعرف الأشباه والأمثال. ثم فس الأمور بعد ذلك، ثم اعمد لأحبيها إلى الله وأشبهها بالحق فيما ترى.
- 9- اجعل لمن ادعي حقا غائبا أمدا ينتهي إليه. فإن أحضر بينة أخذ بحقه، وإلا استحللت عليه القضاء.
- 10- والمسلمون عدول في الشهادة إلا مجلودا في حد، أو مجريا عليه شهادة زور، أو ظنينا في ولاء أو قرابة. إن الله تولى منكم السرائر ودرأ عنكم بالبينات.

² Muhammed Hamidullah, "Halife Hz. Ömer Devrinde Adlî Teşkilat" (trc. Fahrettin Atar), *İslam Anayasa Hukuku*, Beyan Yayınları, İstanbul 1995, s. 284.

³ Muhammed ez-Zühaylî, *Târihu'l-Kadâ' fi'l-İslâm*, Daru'l-Fikr, Dimeşk 1995, s. 90-91; İsmail İbrahim el-Bedevî, *Nizâmu'l-Kadâ' el-İslâmî*, Kuveyt 1989, s. 155.

⁴ Mustafa Fayda, "Hulefâ-yi Râşidîn," *DİA*, XVIII, 332.

⁵ Hamidullah, "Halife Hz. Ömer Devrinde Adlî Teşkilat", s. 285.

11- وإياك والقلق والضجر والتأذي بالخصوم في مواطن الحق التي يوجب الله بها الأجر، ويحسن الذخر، فإنه من صلحت سريرته فيما بينه وبين الله، أصلح الله ما بينه وبين الناس، ومن تزين للدنيا بغير ما يعلم الله منه شأنه الله، فإن الله لا يقبل من عباده إلا ما كان خالصا. فما ظنك بثواب عند الله في عاجل رزقه وخزائن رحمته؟
12- والسلام...

II- MEKTUBUN TERCÜMESİ

1- Rahmân ve Rahîm olan Allah'ın adıyla.

2- Allah'ın kulu, müminlerin emîri Ömer'den Abdullah b. Kays'a (Ebû Mûsâ el-Eş'arî): Allah'ın selâmı üzerine olsun.

3- İmdi; yargılama, sağlam bir farz (farîza-i muhkeme) ve uyulması gereken bir sünnettir. Sana bir dava getirildiğinde onu iyice anla. (Sence haklı haksız belli olunca [kararını verip] uygula).⁶ Çünkü uygulanmayacak bir hakkı söylemenin [sadece hüküm vermenin] faydası yoktur.

4- Duruşmada taraflara verdiğin yer ve duruşma sırasındaki bakışlarında insanlara eşit davran ki, güçlü kendisini kayırbileceğin beklentisine kapılmasın, güçsüz de adâletinden ümit kesmesin.

5- Beyyine (delil/ispat yükü) getirmek davacıya, yemin etmek ise davalıya düşer.⁷

6- İnsanlar arasında sulh yapılabilir, ancak haramı helâl veya helâli haram kılan bir sulhun yapılması caiz değildir.⁸

7- Dün verdiğin, sonra üzerinde tekrar düşünüp doğruya ulaştığın bir yargı kararı, seni hakka dönmekten alıkoymasın. Çünkü hiçbir şey, hakkı iptal edemez. Bilesin ki, hakka dönmek, sonuna kadar yanlış sürdürmekten hayırlıdır.

8- Kur'ân ve Sünnette hükmü bulunmayan ve vicdanen kesin bir kanaate varamadığın dâvaları iyice anla ve düşün. Emsal olayları araştır ve benzerlikleri bulmaya çalış. Sonra bunları birbirine kıyas et. Bulduğun sonuçlar içinde Allah katında en sevimli ve senin kanaatine göre hakkaniyete en yakın olan hükmü ver.

9- Kim bir hak iddia ederse ona iddiasını ispat edebilecek kadar bir süre ver. Eğer delil getirirse hakkını alır, getiremezse aleyhine karar verirsın.

10- Müslümanlar şahitlikte âdildirler, ancak haddi⁹ gerektiren bir suçtan dolayı celde¹⁰ cezası infaz edilen, yalancı şahitlik yaptığı görülen, akrabalık veya velâ¹¹ bağı

⁶ Parantez içindeki ilave için bkz. Ahmed el-Kalkaşandî, *Subhu'l-A'sâ fi Smâ'ati'l-İnşâ'* (thk. Yusuf Ali et-Tavîl), Daru'l-Fikr, Dumeşk 1987, X, 196.

⁷ Bu anlamda bir hadis için bkz. *Buhârî*, "Rehn", 6; *Tirmizî*, "Ahkâm", 12; *İbn Mâce*, "Ahkâm", 7.

⁸ Buna yakın anlamda bir hadis için bkz. *Tirmizî*, "Ahkâm", 17; *Ebû Dâvud*, "Akdiye", 12; *İbn Mâce*, "Ahkâm" 23; *Ahmed b. Hanbel*, II, 366.

⁹ *Had*, Allah hakkı olarak yerine getirilmesi gereken, miktar ve şekli naslla belirlenmiş cezai müeyyideyi ifade eder. Kur'ân'da geçen ve haddi gerektiren suçlar şunlardır: 1- Zina, 2- İffetli kadına zina iftirasında bulunmak, 3- Hırsızlık, 4- Silahlı gasp ve yol kesme. Daha geniş bilgi için bkz. Ali Bardakoğlu, "Had", *DİA*, XIV, 547-551.

¹⁰ *Celde*, suçluyu, belirli organlarına belirli şekilde değnek veya kamçı ile vurarak cezalandırmaktır. Bu ceza suçlunun derisine uygulandığı için *celde* adını almıştır (Ömer Nasuhî Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve İstulâhat-ı Fikhiyye Kamusu*, Bilmen Yayınevi, İstanbul ty., III, 10).

¹¹ *Velâ'*, Şâri'in azat eden kişi ile azat ettiği köle arasında var saydığı hükmî bir akrabalıktır. Buna *velâü'l-atâka* veya *velâü'l-ıtk* denir. Bir de iki kişi arasında yapılan *muvâlat sözleşmesi* ile doğan velâ' vardır (Hasaneyn Muhammed Mahlûf, *el-Mevâris fi'ş-Şeriatü'l-İslâmiyye*, Daru'l-Kitabî'l-Arabî, Mısır 1954, s. 31, Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. Türk Hukuk Kurumu Yayını, *Türk Hukuk Lügatı*, Ankara 1944,

sebebiyle töhmet altında olan kimse hariç. Şüphesiz Allah sırları bilmeyi üzerine almış ve delillere dayanarak hüküm verdiğiniz takdirde sizden sorumluluğu kaldırmıştır.

11- Hak arama yerlerinde (mahkemelerde) sakın kızma, sesini yükseltme ve taraflar [in davranışları] sebebiyle canını sıkma. Zira Allah bunlara katlanmaya karşılık mükâfat verir ve ahiret azığını güzelleştirir. Kimin Allah'la arasındaki ilişkilerde niyeti iyi olursa, Allah da onun diğer insanlarla ilişkilerini iyileştirir. Kim dünyevî amaçlar için riyakârca insanlara şirin görünmeye çalışırsa Allah onu küçük düşürür. Çünkü Allah kullarından sadece kendisi için yapılan amelleri kabul eder. Sen Allah'ın dünyada vereceği rızkı ve ahirette rahmet hazinelerinden ihsan edeceği mükafatı tahmin edemezsin!

12-Bâki selâm.

III- MEKTUBUN YARGILAMA HUKUKU AÇISINDAN ÖNEMİ

Hz. Ömer'in Ebû Mûsâ'ya gönderdiği yargılama usûlüne ilişkin bu mektubu İslam yargılama hukuku tarihi açısından çok önemli bir yere sahiptir. O, bu mektubunda yargılama hukukunun temel meselelerine temas etmektedir. Mektubun özellikle tarafsızlığa önem vermesi, eski hukuklarda rastlanan keyfi delilleri kaldırıp objektif delilleri şart koşması, bu tür delillerin bulunmadığı durumlarda yemini onların yerine ikâme etmesi, hukuk tarihinde ileri bir anlayış olarak kabul edilmektedir. Bu mektup sonraki dönem İslam hukukçuları tarafından yargılama hukukunun esasları ortaya konulurken kendisine sıklıkla başvuru temel bir kaynak olmuştur.¹²

Muhammed Hamidullah (v. 2002), mektup metnini *el-Vesâ'iku's-Siyâsiyye* adlı eserinde 327 numaralı vesika olarak neşretmiştir. Hamidullah mektuba kısmen veya tamamen yer veren kaynakların geniş bir listesini de vermiştir.¹³ Mektuba eserlerinde yer verenler arasında hadisçiler, fakihler, tarihçiler, siyer bilginleri ve Arap edebiyatçıları bulunmaktadır. Mektup Türkçe,¹⁴ Fransızca, İngilizce ve Almanca gibi çeşitli batı dillerine çevrilmiştir.¹⁵

Mâverîdî (v. 450/1058) ve Zâhirîler'in önde gelen hukukçularından İbn Hazm (v. 456/1064) ile çağdaş batılı araştırmacılardan Margoliouth, Emile Tyan ve Joseph Schacht bu mektuba senet, metin veya hem senet hem de metin yönünden bazı eleştiriler getirmişlerdir. Bu eleştirileri Muhammed Hamidullah¹⁶ ve Nâsır b. Ukayl et-Tarîfî¹⁷ tartışmış ve onlara detaylı cevaplar vermişlerdir. Biz onu yargılama hukuku açısından analizini yapmak üzere ele alacağız.¹⁸

→

s. 357-358).

¹² M. Yaşar Kandemir, "Ebû Mûsâ el-Eş'arî," *DİA*, X, 191.

¹³ Bkz. Muhammed Hamidullah, *Mecmûatü'l-Vesâ'iki's-Siyâsiyye li'l-Ahdi'n-Nebeviyyi ve'l-Hilâfeti'r-Râşide, Dâru'n-Nefâis, Beyrut 1987, s. 425-427.*

¹⁴ Bkz. İbn Haldun, *Mukaddime* (trc. Zakir K. Ugan), Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, İstanbul 1988, I, 561-563; Mevlânâ Şiblî en-Nu'mânî, *Hiz. Ömer* (trc. Ömer Rıza Doğrul), İstanbul 1927, s. 287; Muhammed Ebû Zehra, *İmam Şafîi* (trc. Osman Keskiöglü), Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 4. bs., Ankara 2000, s. 68; Muhammed Seyyid, *Medhal*, İstanbul 1333, I, 20-22; Atar, *İslâm Adliye Teşkilatı*, s. 75-76.

¹⁵ Atar, *İslâm Adliye Teşkilatı*, s. 76.

¹⁶ Bkz. Hamidullah, "Halife Hz. Ömer Devrinde Adli Teşkilat", s. 290-317.

¹⁷ Bkz. Nâsır b. Ukayl et-Tarîfî, "Tahkîku Risaleti Umera'bni'l-Hattâb ilâ Ebi Mûsâ'l-Eş'arî", *Mecelletü'l-Bühâsi'l-İslâmiyye*, sy. 17, Riyad 1406-1407, s. 209-223.

¹⁸ Mektup değişik kaynaklarda birbirine yakın ifadelerle nakledilmiştir. Biz tercüme için Muhammed

→

IV-MEKTUBUN İÇERDİĞİ YARGILAMA KURALLARI

Fıkıh literatüründe yargılamak ve karar vermek üzere tayin edilen memura *kâdî*, verdiği karara *kazâ*, kâdînin yargılama esnasında uymakla yükümlü olduğu kurallara da terim olarak *edebü'l-kâdî* denir. Zalimin zulmüne engel olup hakkı sahibine iâde ettiği için kâdîya *hâkim*, kararına da *hüküm* denir.¹⁹ İslâm Hukukuna göre yargılama sırasında hâkimin uyması gereken ve *edebü'l-kâdî* denilen kurallar, yargıda istikrarı sağlamaya, hâkimi adaletsizlik yapmak ve taraf tutmaktan alıkoymaya, ona zulmü ortadan kaldırmanın ve adaleti en iyi şekilde dağıtmanın yolunu göstermeye ve nihayet onu töhmetten uzak tutmaya yöneliktir. Ayrıca yargının başarısı ve mahkemece verilen kararların saygınlığı da sözü edilen kurallara uyulmasını gerektirmektedir. Bunların çoğuna Hz. Ömer'in Ebû Mûsâ'ya yazdığı mektup kaynaklık etmiştir. Aslında bu mektupta Kur'ân ve Sünnet'in getirdiği yargılamaya ilişkin esaslar itinalı bir biçimde özetlenmiştir. Şimdi mektupta yer alan bu esasları birer birer ele alalım.

A) YARGININ ÖNEMİ

"İmdi; yargılama, sağlam bir farz (farîza-i muhkeme) ve uyulması gereken bir sünnettir." (Paragraf: 3)

İnsanlar arasında meydana gelen anlaşmazlıkların çözülmesi, hak ihlallerinin ortadan kaldırılması ve suç işleyenlerin cezalandırılması, toplu halde yaşamının getirdiği bir zorunluluktur. Fertlere ihlal edildiğini düşündükleri haklarını bizzat alma imkanı vermek (ihkâk-ı hak), kamu düzeninin bozulmasına ve hukuki bir karmaşaya sebep olabilir. Bunun için zayıfı koruyacak, haklıyı haksızdan ayıracak, hakkı çiğnenen kimsenin hakkını sahibine geri verecek, suçluyu tespit edip cezalandıracak, kamu otoritesine ve yaptırım gücüne sahip bir kuruma ihtiyaç vardır ki bu da yargıdır.²⁰

İslâm hukukunda hükümlerin dayandığı ana prensiplerden birisi de adâletin gerçekleştirilmesidir. İnsanlara getirilen mükellefiyetler esas itibarıyla adâleti elde etmeye yöneliktir. Hükümlerde adâlet düşüncesi hakimdir. Zira haksızlık zulüm, zulüm ise en büyük günahdır. Adâleti gerçekleştirip zulmü önlemenin yolu da yargıdan geçmektedir.

Yargılama hukukunun toplum hayatı ve kamu düzeniyle çok yakın ilgisi vardır. Çünkü yargılama hukukunun amacı adaletli karar vermektir. Kararın adaletli olması demek, onun taraflar arasındaki uyuşmazlığı, tarafları hatta ilgili herkesi tatmin edecek biçimde ortadan kaldırması yanında toplumsal barışı sağlamaya yönelik olması demektir. Bu önemli görevi üstlenen hâkim bazı yorumlarda mazlumun hakkını zalimden almada ve hakkı hak sahibine ulaştırmada Şâri'in nâibi olarak tanımlanmıştır.²¹ Peygamberlerin gönderiliş gayelerinden birisi de adâleti tesis etmek ve insanlar arasında meydana gelen haksızlıkları ortadan kaldırmak olduğu için Hz.

→

Hamidullah'ın *el-Vesâiku's-Siyasiyye* adlı kitabındaki metni tercih ettik. Üçüncü paragrafın anlaşılmasını kolaylaştırmak için *Subhu'l-A'sâ'da* yer alan rivayetten parantez içinde bir cümle ekledik. Hamidullah kitabında mektup metnini paragraflandırıp numara verdikten sonra mektubun yer aldığı eserlerdeki rivayet farklılıklarını kelime kelime zikretmiştir. (Hamidullah, *el-Vesâiku's-Siyasiyye*, s. 429-426).

¹⁹ Fahrettin Atar, "Kaza", *DİA*, XXV, 112.

²⁰ Atar, "Kaza", s. 115.

²¹ Ali Haydar, *Düreru'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, İstanbul 1330, IV, 655.

Âdem'den beri bütün peygamberler yargı görevini yerine getirmişlerdir. ²² Serahsi şöyle der: "Hakla hükmetmek, Allah'a imandan sonra en kuvvetli farzlardan biridir. Bu aynı zamanda en üstün ibadetlerdendir. Bu sebeple Allah Teâlâ Hz. Âdem'e halifelik sıfatı verip '*Ben yeryüzünde bir halife var edeceğim*'²³ buyurmuştur. Aynı görevi Hz. Davud'a verdiği '*Ey Davud! Seni şüphesiz yeryüzünde halife kıldık. O halde insanlar arasında hakla hükmet.*'²⁴ buyruğu ile bildirmiştir. '*Doğrusu bir yol gösterici ve aydınlatici olarak Tevratı indirdik. Peygamberler onunla hükmederlerdi*'²⁵ ayetinden hakla hükmetmenin, birçok peygambere emredilmiş olduğunu anlıyoruz. Nitekim son Peygamber'e de '*(Ey Muhammed) o halde aralarında Allah'ın indirdiği kitap ile hükmet*'²⁶ emri verilmiştir."²⁷

Adâlete atfedilen önemin bir göstereci olarak Kur'ân-ı Kerim'de adâleti emreden birçok âyet bulunmaktadır.²⁸ Bunlara adâletli devlet başkanını öven hadisler de ilave edilebilir.²⁹ Ayrıca adâletin zıddı olan zulmü ve zalimleri kınayan âyet³⁰ ve hadisler³¹ de dikkate değer bir yekun teşkil etmektedir.

Mektupta yargı görevi için kullanılan *farıza-i muhkeme* (sağlam farz) ifadesi ile, yargılamanın *nesh*,³² *tahsis*³³ ve *te'vil*'e³⁴ ihtimali olmadığı anlatılmak istenmiştir.³⁵ Bu kayıtlar yargı işinin hiçbir zaman ve hiçbir sebeple askıya alınamayacak bir görev olduğunu, yargıya kapalı bir alan ihdas edilemeyeceğini, hakkın tespit ve temininde, haksız taleplere karşı kişinin korunmasında ve hak ihlallerinin önlenmesinde başka hiçbir şeyin yargının yerini tutamayacağını ifade etmektedir.

Toplum içinde çıkabilecek anlaşmazlıkları çözmek, hakları sahiplerine ulaştırmak, buna engel olanları durdurmak ancak yargı ile mümkündür. O halde yargı, bir arada yaşamak zorunda olan insanlar için ortak bir ihtiyaçtır. Bu açıdan diğer top-

²² Serahsi, *el-Mebsût*, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut ty., XVI, 60; Şah Veliyyullah Dehlevî, *Huccetullâhi'l-Balîğa*, Dâru İhyâ'i'l-Ulûm, Beyrut 1990, II, 402.

²³ Bakara 2/30.

²⁴ Sâd 38/26.

²⁵ Mâide 5/44.

²⁶ Mâide 5/49.

²⁷ Serahsi, *Mebsût*, XVI, 59-60.

²⁸ Bkz. Nisa 4/58, 135; Mâide 5/8; En'âm 6/152; Nahl 16/90; Şûrâ 42/15.

²⁹ Bkz. *Buhârî*, "Hudûd", 19, "Hums", 13, "Mezalim", 10, "Rikâk" 48; *Müslim*, "Zekat" 16, "Cennet", 63, "Fiten", 35; *Ebü Davud*, "Büyü", 49; *Tirmizî*, "Mevâkîf", 149, "Kıyâme", 2.

³⁰ Bu konudaki başlıca âyetler için bkz. Âlu İmrân 3/108, Hûd 11/18, Yûsuf 12/23, İbrahim 14/12, 22, İsrâ' 17/82, Kehf 18/29, Gâfir 40/18, 31, 52.

³¹ Bu konudaki başlıca hadisler için bkz. *Buhârî*, "Tefsir", 5, "Zekat", 63, "Mezalim", 8,10; *Müslim*, "Birr", 62, "İman", 29; *Tirmizî*, "Birr", 35, 83; *Ahmed b. Hanbel*, II, 435 506.

³² *Nesh*, şer'î bir hükmün, o hükmün delilinden sonra gelen şer'î bir delil ile kaldırılması demektir. *Nesh* konusunda daha fazla bilgi için bkz. Vehbe ez-Zühaylî, *Usûlü'l-Fikih'l-İslâmî*, Daru'l-Fikr, Dimeşk 1986, II, 933-934. Kâsânî, yargılamanın lüzumlu olduğu hükmü, akıl yoluyla bildiği ve akıl yoluyla sabit olan hükümlerin *nesh* edilme ihtimali bulunmadığı için İmam Muhammed tarafından *ferıza-i muhkeme* ifadesi kullanıldığını belirtir (Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi' fî Tertîbi's-Şerâi'*, Daru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1997, IX, 85).

³³ *Tahsis*, umum ifade eden bir lafzın kapsamından bazı fertlerinin çıkarılmasıdır. (Zühaylî, *Usûlü'l-Fikih'l-İslâmî*, I, 254).

³⁴ *Te'vil*, sözün açık olan manasından alınıp bir delile dayanarak açık olmayan başka bir manaya çekilmesidir (Zühaylî, *Usûlü'l-Fikih'l-İslâmî*, I, 313).

³⁵ Serahsi, *Mebsût*, XVI, 60.

lumsal ihtiyaçlar gibi yargı görevinin yerine getirilmesi de *farz-ı kifâyedir*.³⁶

B) DURUŞMA SIRASINDA UYULACAK KURALLAR

1- Yargılama sırasında dava konusunun bütün incelikleriyle anlaşılması

"Sana bir dava getirildiğinde onu iyice anla." (Paragraf: 3)

Davayı gerçeklere uygun olarak sonuçlandırmak, ancak tarafların yargılama esnasında söyleyeceği sözleri dikkatlice dinleyip anlamakla mümkün olur. Zira davacı, iddiasını ortaya koyarken haksızlığını gösterecek bir söz söyleyebilir. Aynı şekilde davalının da savunma sırasında *ikrar* sayılabilecek bir beyanda bulunma ihtimali vardır. Bu takdirde davacıdan delil istenmesine gerek kalmayacaktır. Hâkim, tarafların sözlerini dikkatlice dinlemez ve söylenen sözlerin manalarını anlamazsa ifadeler faydasız olur. Bunun için Hz. Ömer Ebû Mûsâ'ya "الفهم الفهم *iyice anla ve düşün*" diye yazmış ve bunu pekiştirmek için sözü tekrar etmiştir.³⁷

Önüne bir dava geldiği zaman hakka ulaşabilmek için hakim, bütün gücüyle dava konusuyla ilgili ifade ve delilleri anlamaya çaba göstermelidir. Dikkate alınan küçük bir ayrıntı gerçeğe ulaştırabilir. Gözden kaçan küçük bir ayrıntı da hatalı karar vermeye sebep olabilir. Hakka ulaştırmayan bir yargı kararı, adâleti sağlayamaz. Onun için hâkim, karar vermeden önce davacı ve davalı tarafların ve şahitlerin açıklamalarını dinlemeli, davayı aydınlatacak bütün delilleri toplamalı, ulaşabileceği başka bir bilgi kalmadığından emin olduktan sonra kararını vermelidir. Nitekim Hz. Peygamber (s.a.s.), Hz. Ali'yi Yemen'e kadı tayin ettiğinde ona davayı aydınlatmak için tarafların her ikisini de dinlemeyi emretmiştir: "*Davacı ve davalı karşına gelince, birini dinlediğin gibi diğerini de dinlemedikçe karar verme.*"³⁸ Yine Peygamber (s.a.s.), davayı bilmeksizin hüküm veren hâkimin ahirette çok ağır bir cezaya çarptırılacağını bildirerek şöyle buyurur: "*Hâkimler üç çeşittir. Bunlardan birisi cennette ikisi cehennemdedir. Cennette olan, hakkı bilip hakka göre hüküm veren hâkimdir. Hakkı bilip de haksız karar veren hâkim cehennemdedir. İnsanlara bilgisizce hüküm veren hâkim de cehennemdedir.*"³⁹

Hz. Ömer de tarafları dinlemeden kararını vermezdi. Osman b. Affân'ın anlatığına göre Ömer b. Hattab'a bir gözü çıkarılmış bir adam geldi. Hz. Ömer ona, "*Davalını getirdin mi?*" diye sordu. Adam: "*Ey mü'minlerin emiri! Sadece bu kadar bir öfke mi?*"⁴⁰ diye karşılık verdi. Ömer adama: "*Belki de sen hasmunun iki gözünü de çıkardın*" cevabını verdi. Sonra davalısı iki gözü de çıkarılmış olarak geldi. Bunun üzerine Ömer şöyle dedi: "*Diğerinin (davalının) delilini de dinlersem dava konusu aydınlanır.*"⁴¹

2- Hâkimin tarafsızlığı

"Duruşmada taraflara verdiği yer ve duruşma sırasındaki bakışlarında insanlara eşit davran ki, güçlü kendisini kayırabileceğin beklentisine kapılmasın, güçsüz de adâletinden ümit kesmesin." (Paragraf: 4)

Taraflardan biri devlet başkanı, diğeri sade bir vatandaş; biri soylu, diğeri aşı-

³⁶ İbnü'l-Hümmam, *Fethu'l-Kadir*, Mektebetü'l-Müsennâ, Bağdat ty., V, 453.

³⁷ Ali Haydar, *Düreru'l-Hukkâm*, IV, 668.

³⁸ İbn Hazm el-Endelüsi, *el-Muhallâ bi'l-Âsâr*, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1988, VIII, 436.

³⁹ *Ebü Davûd*, "Akdiye", 2; *Tirmizî*, "Ahkâm", 1; *İbn Mâce*, "Ahkâm", 3.

⁴⁰ Davacı benim bu kötü halimi gördün fakat yeterli kadar şiddetli tepki vermedin demek istiyor.

⁴¹ İbn Hazm, *el-Muhallâ bi'l-Âsâr*, VIII, 436.

ği tabakadan bir insan; biri baba, diğeri oğul; biri yaşı küçük, diğeri yaşı büyük; biri müslüman, diğeri gayr-i müslim olsa bile hâkimin yargılama sırasında davacı ve davalıya eşit davranması gerekir. Bu durumlardan hiçbirini eşit davranmamayı haklı gösteremez. Hz Ömer'in mektupta kullandığı "*insanlar*" kelimesi herkesi içine alır. Hâkim, duruşma esnasında davacı ile davalıya gösterdiği yer, onlara bakma, söz söyleme gibi yargılama ile ilgili bütün konularda eşit davranmalıdır. Bu konularda âdil davranan ve eşitliğe riayet eden bir hâkimin hüküm verirken de âdil davranması beklenir.

Böyle yapmaz da, soylu birine daha yakın davranıp onu öne geçirirse, o kişi hâkimin adaletten sapabileceği ümidine kapılır, karşı taraf ise incinir ve hâkimin haksızlık yapabileceğinden korkmaya başlar. Belki de soylu kimse kendisine gösterilen yakınlıktan cesaret alarak daha iyi bir savunma yapar. Karşı taraf ise içine düştüğü korku ve endişe nedeniyle delilini gerektiği gibi ortaya koyamaz. Böylece adâlet dağıtması gereken hakim, tam tersine adaletsizliğe sebep olabilir.⁴² *Mecelle*'nin 1799. maddesinde hâkimin taraflar karşısında durumu "*Hâkim beyne'l-hasmeyn adl ile me'mûrdur*" hükmüyle düzenlenmiştir. Buna göre hâkim, davalı veya davacıdan birine göz veya baş işareti yapmak, gizlice konuşmak, diğerrinin bilmediği bir dille söz söylemek, birisi gelince ayağa kalkmak, birisinin yüzüne gülümsemek gibi töhmet ve sû-i zanna sebep olabilecek şekilde hareket etmemelidir.⁴³

Hız Ömer halifeliği döneminde Übey b. Ka'b (v. 21/642) ile bir hurma bahçesinin mahsülünde anlaşmazlığa düştüler ve Zeyd b. Sâbit'in (v. 45/655) hakemliğine başvurdular. Duruşma için Zeyd'in evine gittiğinde halifeliğinin dikkate alınmadan davalı ile eşit tutulmasını istemiştir. Zeyd'in huzuruna girince Ömer:

-*"Sana aramızdaki anlaşmazlık konusunda hüküm vermen için geldik"* dedi. Zeyd sedirinin baş tarafına doğru eğildi ve Hz Ömer'e bir yastık atıp:

-*"Ey Mü'minlerin Emîri! Buraya buyur"* dedi. Bunun üzerine Hz. Ömer:

-*"Ey Zeyd! Davanın daha başında haksızlık yaptın. Böyle yapma. Beni hasmımla birlikte oturt"* dedi.⁴⁴

İslam, adâleti tesis etmeyi, her bireyden zulmü kaldırmayı gaye edinmiş bir din olduğu için Kur'ân ve Sünnet'te adâlete teşvik eden ve âdil olanların büyük mükafatlar alacağını bildiren pek çok nass vardır. Adâlet dağıtımında herkes eşit olmalı, aradaki düşmanlık bile adaletsizliğe sevk etmemelidir. Bir âyet-i kerimede şöyle buyrulur: "*Ey İnananlar! Allah için adâleti ayakta tutan şahitler olun. Bir topluluğa olan öfkeniz sizi adâletsizliğe sürüklemesin. Âdil olun. Bu, takvaya daha yakındır.*"⁴⁵

3- Zihin dağınıklığı halinde hâkimin yargılama yapmaması

"Hak arama yerlerinde (mahkemelerde) sakın kızma, sesini yükseltme ve taraflar [ın davranışları] sebebiyle canını sıkma. Zira Allah bunlara katlanmaya karşılık mükâfat verir ve ahiret azığını güzelleştirir." (Paragraf: 11)

Yargılamanın amacı adâleti gerçekleştirmek, haklıyı haksızdan ayırt etmek ve insanlar arasındaki anlaşmazlıkları gidermektir. Hâkimin gönlü huzurlu, kafası sa-

⁴² Bkz. Serahsi, *Mebcut*, XVI 61; İbn Kayyım el-Cevziyye, *İ'lâmu'l-Muvakkîin*, Dârü'l-Cil, Beyrut 1973 I, 89; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadir*, V, 469.

⁴³ Ali Haydar, *Dürrü'l-Hukkâm*, IV, 684.

⁴⁴ Muhammed b. Halef Vekî', *Ahbârü'l-Kudât*, Kahire 1947, I, 108-109; Aynı olay için bkz. Ebû Bekr Ahmed b. Huseyn el-Beyhakî, *es-Sünenü'l-Kübrâ*, Daru'l-Fikr, Beyrut 1996, XV, 138.

⁴⁵ Mâide 5/8.

kin olmalıdır ki sağlıklı bir yargılama yapabilsin. Bu sebeple Hz. Peygamber (s.a.s.), "Hâkim kızgın iken hüküm veremez"⁴⁶ buyurmuştur. Zira kızgınlık, genellikle zihin dağınıklığına yol açan ve sağlıklı düşünmeyi engelleyen bir durumdur. Zihni dağınık ve sağlıklı düşünmeden yoksun bir kimse gerçeği kavrayıp doğru yargılama yapamaz. Onun için zihin dağınıklığına sebep olan kızgınlık, şiddetli üzüntü, korku, hastalık, uykunun ağır basması, aşırı açlık ve susuzluk, aşırı tokluk, aşırı sevinme, küçük veya büyük abdestlerinden birine sıkışmış olmak, çok soğuk ve sıcaktan rahatsızlık duymak gibi durumlar sağlıklı bir şekilde yargılama yapmayı engelleyen haller olarak değerlendirilmiştir. Aynı gerekçe ile, hâkimin yargılama yapacağı gün nafile oruç tutmaması daha uygun görülmüştür.⁴⁷

C- İSPAT YÜKÜ VE İSPAT İÇİN SÜRE VERİLMESİ

"Beyyine (delil) getirmek davacıya, yemin etmek ise davalıya düşer." (Paragraf: 5)

Mahkemeye bir hak talep etmek üzere başvuran kimseye *davacı* (müddeî), onun ileri sürdüğü talebe *iddia*; aleyhine iddiada bulunulan kimseye de *davalı* (müddeâ aleyh) denilmektedir. Davalının mutlaka haksız olması gerekmez. Onun, davacı tarafından aleyhinde ileri sürülen iddiayı reddetmesini haklı gösteren sebepler bulunabilir. Bu açıdan davalının da kendi durumunu açıklamasına izin verilmelidir. Buna *savunma* adı verilir. O halde her dava, iddia ve savunma olmak üzere iki kısma kapsar.⁴⁸

İslâm hukukçularının büyük çoğunluğu beyyineden maksadın şahit olduğu görüşündedir. Şahitlik ilk devirlerden beri başvuru en yaygın ispat vasıtası olduğu için onlar böyle bir görüşü benimsemişlerdir. Buna karşılık İbn Teymiye, (v. 728/1328) İbnü'l-Kayyim, İbn Ferhûn (v. 799/1397) ve İbn Hacer el-Askalânî (v. 852/1447) gibi bilginler, hakkı açığa çıkarmaya yarayan her nevi kat'î delili beyyine kabul ederler.⁴⁹ İbnü'l-Kayyim, beyyine kelimesinin Kur'an'da hakkı ortaya çıkaran her türlü delil anlamında kullanıldığına dair örnekler zikrettikten sonra bu kavramı sadece şahitle sınırlandırmanın hakların kaybedilmesine sebep olabileceği endişesini dile getirir.⁵⁰

Çok defa davacı mevcut durumun aksini ileri sürdüğü için kendisinden iddiasını destekleyen kuvvetli bir delil (*beyyine*) getirmesi, davalıdan ise sadece yemin etmesi istenmiştir. Çünkü mevcut durum davalıyı desteklemekte olduğundan zayıf taraftan kuvvetli delil (*beyyine*), kuvvetli taraftan zayıf delil (*yemin*) istenerek taraflar dengelenmiştir.⁵¹

Hâkim önce davacıdan iddiasını somut delillerle ispat etmesini ister. Davacı iddiasını bu tür delillerle ispat edemediği takdirde, davalının yemin ederek kendini savunma hak ve yükümlülüğü vardır. Davalının yemin etmesi gerekirken bundan

⁴⁶ Buhârî, "Ahkâm", 13; Ebû Davud, "Akdiye", 9.

⁴⁷ İbn Hacer el Askalânî, *Fethu'l-Bârî bi Şerhi Sahîhi'l-Buhârî*, Daru'r-Reyyân li't-Tûras, Kahire 1987, XIII, 186; Şevkânî, *Neylü'l-Evtâr min Ehâdisi Seyyidi'l-Ahyâr*, Daru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, Beyrut 1983, IX, 178; Ali Haydar, *Dürrü'l-Hukkâm*, IV, 716; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadir*, V, 466.

⁴⁸ Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, Turhan Kitabevi, 6. bs., Ankara 1987, s. 257; Cevdet Yavuz, "Dâva", *DİA*, IX, 12.

⁴⁹ Tarîfî, "Tahkîku Risâleti Umer", s. 243.

⁵⁰ İbnü'l-Kayyim, *İ'lâmu'l-Muvakiîn*, I, 90-91.

⁵¹ Ali Bardakoğlu, "Beyyine", *DİA*, VI, 97.

kaçınması (nükûl) aleyhine delil kabul edilir. Ancak Hanefî ve Hanbelî hukukçular davalının yeminden *nükûl*ünü aleyhine hüküm vermek için yeterli görürken, Malikî ve Şafîî hukukçular bu durumda yeminin davacıya tevcih edileceği görüşündedirler. Hanefî hukukçular delil getirmenin davalıya, yeminin ise davacıya nakledilmesini kabul etmezler. Hanefîlerin ileri sürdüğü, "davacının bir şahidi ve yeminiyle hüküm verilemeyeceği" görüşünün bir gerekçesi de budur. İslam hukukçularının çoğunluğu ise, yemini de bir tür delil sayarak ispat ve yemin yüklerinin yer değiştirmesine daha yumuşak bakar.⁵² Böylece maddî-manevî bütün ispat vasıtalarına baş vurularak haklar korunmaya çalışılır.

"Kim bir hak iddia ederse ona iddiasını ispat edebilecek kadar bir süre ver. Eğer delil getirirse hakkını alır, getiremezse aleyhine karar verirsin." (Paragraf: 9)

Baktığı bir davada hâkimin âdil bir sonuca ulaşabilmesi için, davaya ilişkin bütün delil, bilgi ve belgeleri toplaması gerektiğini daha önce belirtmiştik. Bu delil, bilgi ve belgeler bazen hazır olmayabilir. Bu durumda adalet, isteyen tarafa yeterli bir sürenin verilmesini gerektirir. Hâkim süre vermeyecek olursa hak kaybına sebebiyet verebilir. Bu bakımdan delil getirmek için süre istenirse, hakim bu isteği olumlu karşılamalıdır.

Verilecek süre için herhangi bir sınır yoktur. Süre, karşı tarafın zarar görmemesi ve ulaşım şartları göz önüne alınarak hâkim tarafından belirlenir. Sürenin davayı sürüncemede bırakmak için talep edildiği anlaşılırsa bu talep reddedilir. Çünkü süre verme, adâleti tam anlamıyla gerçekleştirme amacına yöneliktir. Süre talebi bunun aksi bir sonuç elde etmeye vasıta yapıyorsa ve bundan karşı taraf zarar görüyorsa, adalet bu talebin reddi ile gerçekleşecektir.⁵³ Zira bir davada hem gerçeğe uygun hem de çabuk karar vermek temel gayelerden biridir. Mahkemelerin uzun süre bir dava ile meşgul olmaları adaletin iyi bir şekilde dağıtılmasına engeldir. Ayrıca gecikmiş adalet de bir tür adaletsizlik sayılmaktadır.

D- İSPAT VASITALARI

"Müslümanlar şahitlikte âdildirler, ancak hadden dolayı celde cezası infaz edilen, yalancı şahitlik yaptığı görülen, akrabalık veya velâ bağı sebebiyle töhmet altında olan kimse hariç." (Paragraf: 10)

Şahitliğinin kabul edilmesine engel bir durum ortaya çıkana kadar her müslüman, inancı gereği âdil olma vasfını taşır. Çünkü inancı onu, haram olduğunu bildiği bir şeyi yapmaktan alıkoyar. Yalan söylemek ve yalancı şahitlik yapmak müslümanın inancına göre haramdır. Zira Allah Teâlâ: "*Artık pis putlardan ve yalancı sözden uzak durunuz*"⁵⁴ buyurur. Hz. Peygamber de (s.a.s.) yalancı şahitliğin Allah'a şirk koşmakla bir olduğunu bildirmiştir.⁵⁵

Kur'ân-ı Kerim'de şahitlerin âdil olmaları istenmiş, fakat adâlet ile ne kastedildiği açıklanmamıştır. Hz. Peygamber'in (s.a.s.) bir uygulamasından, müslüman olmanın âdil sayılmak için yeterli görüldüğü anlaşılmaktadır. Hz. Peygamber'e (s.a.s.) bir bedevi gelip Ramazan ayı hilalini gördüğünü haber vermiştir. O da bedeviye, "*Allah'tan başka hiçbir ilah olmadığına ve Muhammed'in Allah'ın rasûlü olduğuna*

⁵² Cevdet Yavuz, "Dâva", s. 15.

⁵³ İbnü'l-Kayyım, *İ'lâmu'l-Muvakkîin*, I, 110; Serahsî, *Mebûsât*, XVI, 63; Tarifi, "Tahkiku Risâleti Umer", s. 240.

⁵⁴ Hacc 22/30.

⁵⁵ Bkz. *Buhârî*, "Edeb", 6.

şehadet eder misin? " diye sormuş, "evet" cevabını alınca Bilâl'e, "İnsanlara haber ver, yarın oruç tutsunlar" buyurmuştur.⁵⁶ Peygamber'in (s.a.s.) bedevinin sadece müslüman olmasını adâlet vasfı için yeterli gördüğü anlaşılmaktadır. Hz. Ömer de Ebû Mûsâ'ya yazdığı mektupta bunu ifade etmiştir. Hasan el-Basrî (v. 110/728), Leys b. Sa'd⁵⁷ (v. 175/791) ve Ebû Hanîfe⁵⁸ (v. 150/767) de bu görüştedir. İbn Ferhûn Hz. Ömer'in, sadece müslüman olmanın âdil sayılmak için yeterli olduğu görüşünden döndüğünü ileri sürmektedir.⁵⁹

Hz. Ömer mektubunda müslümanların birbirlerine karşı şahitlikte âdil olduklarını belirttiikten sonra, şahitliği kabul edilmeyecek en önemli üç grubu bunlardan istisna etmiştir:

1. Celde cezasına çarptırılanlar

Bu cezaya çarptırılanlar, işledikleri suçlar büyük günah teşkil ettiği için âdil olma vasfını kaybetmekte ve *fâsık* konumuna düşmektedir. Fâsıkların getirdikleri haberle ilgili olarak Kur'ân-ı Kerim'de şöyle buyrulur: "*Ey İnananlar! Fâsığın biri size bir haber getirirse onun iç yüzünü araştırın, yoksa bilmeden bir kavme sataşırınız da sonra yaptığınıza pişman olursunuz.*"⁶⁰ Burada Hz. Ömer, günahsız kadınların iffetine iftira eden kimselerle ilgili âyete de işaret etmektedir ki Nûr suresindeki bu âyette şöyle buyrulur: "*İffetli kadınlara zina isnad edip de dört şahit getiremeyenlere seksen değnek vurun ve onların şahitliğini ebediyen kabul etmeyin. İşte onlar fâsıkların tâ kendileridir. Bundan sonra tevbe edip (hallerini) düzelterler başka. Zira Allah çok bağışlayıcı ve çok esirgeyicidir.*"⁶¹ Hz. Ömer, Nûr suresinin bu âyetini şöyle tefsir etmiştir: Allah'ın affi ahireti ilgilendirir. Dolayısıyla fâsık bir kimse tevbe etse bile bu dünyada şahitliği kabul edilmez.⁶²

2. Yalancı şahitlik yaptığı bilinenler

Şahitliği kabul edilmeyecek olan kimselerin ikinci grubunu, yalancı şahit olarak tanınmış kimseler meydana getirir. Bir kimsenin daha önce yalancı şahitlik yapmadığı adli sicil arşivlerine bakılarak veya başka yollarla tespit edilebilir.

3. Akrabalık veya *velâ* bağı sebebiyle yalan söyleme töhmeti altında olanlar

Âdil olmasına rağmen lehinde şahitlik yapacağı kimseye karşı beslediği sevgi nedeniyle yalan söyleme töhmeti altında olan kimselerin şahitliğinin kabul edilmeyeceği konusunda İslam hukukçuları görüş birliği içindedir. Ancak onlar, şu tür bir töhmet nedeniyle şahitliği reddedilecek kimselerin kimler olduğu konusunda farklı görüşler benimsemişlerdir.

a. Usûl fûrû', fûrû' usûl lehinde şahitlik edemez. Hanefî, Şaffî, Malikî ve Hanbelî⁶³ hukukçular bu görüştedir.⁶⁴

⁵⁶ Tirmizî, "Savm," 7; Nesâî, "Sıyâm", 8.

⁵⁷ Tarîfî, "Tahkîku Risâleti Umer", s. 237, 238.

⁵⁸ Serahsî, *Mebûât*, XVI, 63.

⁵⁹ İbn Ferhûn, *Tebîrâtü'l-Hukûm fî Usûl-i'l-Akdîyeti ve Menâhici'l-Ahkâm* (nşr. Eş-Şeyh Cemal Meraşlı), Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1995, I, 25.

⁶⁰ Hucurât 49/6.

⁶¹ Nur 24/4-5.

⁶² Hamidullah, "Halife Hz. Ömer Devrinde Adli Teşkilat", s. 292.

⁶³ Ahmed b. Hanbelî'nin bu konuda üç görüşü vardır: 1- Cumhurun dediği gibi usûlün fûrû', fûrû'un usûl lehinde şahitlik etmesi caiz değildir. Bu Hanbelî mezhebinde tercihe şayan olan görüştür. 2- Oğlun baba lehindeki şahadeti makbul, fakat babanın oğul lehindeki şahadeti makbul değildir. 3- Nikah, talak, kısas ve şahit zengin ise mal konusu gibi töhmet ihtimali bulunmayan davalarda usûlün fûrû', fûrû'un

b. Eşlerden birinin diğeri lehinde şahitliğine gelince, İmam Mâlik (v. 179/795), Ebû Hanîfe, iki görüşünden birinde İmam Şâfiî (v. 204/820) ve Ahmed b. Hanbel (v. 241/855) bunu caiz görmezler. Son iki hukukçu diğ görüşlerinde eşlerin birbirleri lehinde şahitlik etmesini caiz görürler. Kadı Şurayh, (v 78/697) Hasan el-Basrî ve Ebû Sevr (v. 240/854) de bu görüştedir. Nehâf (v. 96/714), Sevrî (v. 161/778) ve İbn Ebî Leylâ'ya (v. 148/765) göre ise erkeğin karısı lehinde şahadeti makbul, kadının kocası lehinde şahadeti ise makbul değildir.⁶⁵

Bazı İslam hukukçularına göre ise âdil olmak şartıyla bir kimsenin, akrabası lehinde şahitlik etmesi caizdir. Bir şahıs akrabalık veya *velâ* sebebiyle lehinde şahitlik yaptığı kimseyi kayırma veya onun kendisine yarar sağlaması töhmeti altında ise şahitliği bu töhmet dolayısıyla kabul edilmez. Böyle bir töhmet söz konusu değilse akrabalık veya *velâ*, şahitliğin kabul edilmesine engel değildir. Töhmet varsa akraba olmayanın da şahitliği kabul edilmez. O halde şahitliğin kabulünü akrabalık değil, töhmet engeller. Çünkü şahitlikle ilgili naslarda akraba istisna edilmeksizin genel bir ifade kullanılmıştır. Hz. Ömer, Ömer b. Adilazîz (v. 101/720), Kâdî Şurayh, İyâs b. Muâviye (v. 122/740), Osman el-Bettî (v. 145/760), İshak b. Râhûyeh (v. 238/853), Müzenî (v. 264/877), İbn Hazm ve İbnü'l-Kayyim bu görüştedir.⁶⁶

F) TARAFLAR ARASINDA SULH VE BUNUN ŞARTI

"İnsanlar arasında sulh yapılabilir, ancak haramı helâl veya helâli haram kılan bir sulhun yapılması caiz değildir." (Paragraf: 6)

İslâm, inananları kardeş ilan eder ve müminler arasındaki kardeşlik bağlarının güçlü bir şekilde devamını ister. Kardeşlik bağlarını zayıflatacak veya birbirleriyle alakayı kesme sonucu doğuracak sebeplerin ortadan kaldırılmasını teşvik eder. Kur'ân-ı Kerim'de bu konuda şöyle buyrulur: "*Eğer mü'minlerden iki topluluk birbiriyle savaşarlarsa aralarını düzeltiniz.*"⁶⁷, "*Eğer kadın kocasının serkeşliğinden veya aldırışsızlığından endişe ederse, aralarında sulh yapmalarında kendilerine bir engel yoktur. Sulh yapmak daha hayırlıdır.*"⁶⁸, "*Onların fısıldeşmalarının çoğunda hayır yoktur; ancak sadaka vermeyi yahut iyilik yapmayı ve insanların arasını düzeltmeyi emreden başka.*"⁶⁹

Sulh, davacı ile davalının kendi rızalarıyla aralarındaki anlaşmazlığı kaldırmak üzere yaptıkları bir sözleşmedir.⁷⁰ Hâkimin hükmü her zaman acıları dindirmenin en iyi vasıtası olmadığı için hâkim, önce taraflar arasında sulhün mümkün olup olmadığına bakar. Mümkünse davanın nasıl sonuçlanacağı belli olmadan önce, ısrarcı olmamak şartıyla tarafları bir iki defa sulha davet eder. Onun böyle davranması mendup görülmüştür. Çünkü Kur'ân-ı Kerim'e göre sulh daha hayırlı, Hz. Peygamber'in ifadesine göre de hükümlerin en iyisidir. Ayrıca Hz. Ömer'in, "*Davalıları sulh*

→

usûl lehinde şahitlik etmesi caizdir.

⁶⁴ İbn Kudâme, *el-Muğni*, Daru'l-Fikr, Beyrut 1984, XII, 65; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*, Daru İbni Hazm, Beyrut 1995, IV, 1774; Şevkânî, *Neylü'l-Evtâr*, IX, 203.

⁶⁵ İbn Kudâme, *el-Muğni*, XII, 69; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, IV, 1774.

⁶⁶ İbnü'l-Kayyim, *İ'lâmu'l-Muvakkîin* I, 111-114; İbn Kudâme, *el-Muğni*, XII, 66; Şevkânî, *Neylü'l-Evtâr*, IX, 203.

⁶⁷ Hucurât 49/9.

⁶⁸ Nisâ 4/128.

⁶⁹ Nisâ 4/114.

⁷⁰ Bilmen, Hukuk-ı İslâmiyye ve İstilâhat-ı Fıkhiyye Kamusu, VIII, 5.

yapmaya yönlendiriniz. Çünkü davaların hâkim kararıyla sonuçlandırılması, onların arasında kin meydana getirir"⁷¹ dediği rivayet edilir. Sulh yoluyla davaların sona erdirilmesi, taraflar arasındaki kinin sona ermesine ve onların birbirlerini sevmelerine sebep olur.⁷² Ancak sulhün de bir sınırı vardır. Haramı helal, helali haram kılan bir sulh caiz değildir.

F- KANUNLARIN YORUMLANMASI VE BOŞLUKLARIN DOLDURULMASI

"Hükmü Kur'ân ve Sünnette bulunmayan ve vicdanen kesin bir kanaate varamadığın dâvaları iyice anla ve düşün. Emsal olayları araştır ve benzerlikleri bulmaya çalış. Sonra bunları birbirine kıyas et. Bulduğun sonuçlar içinde Allah katında en sevimli ve senin kanaatine göre hakkaniyete en yakın olan hükmü ver." (Paragraf: 8)

Hâkim, hukuki ihtilafları çözerken hakkında nass bulunmayan veya ictihada açık nasların bulunduğu meselelerde ehil ise icthad ederek hüküm verir. Verdiği hüküm ister isabetli ister hatalı olsun icthadından dolayı sevabı hak eder. İsbetli hüküm vermesi halinde, biri icthad ve araştırmasından, diğeri doğruyu bulabilmesinden dolayı iki sevap birden kazanır. Hatalı hüküm vermiş olsa bile, doğruyu bulma maksadı ile gösterdiği gayretten ötürü yine bir sevap kazanır.⁷³

Hz. Ömer mektubunda Ebû Mûsa'ya Kitap ve Sünnet'te hükmü bulunan olayların benzerlerini dikkatle tespit edip aralarında kıyas yapmasını söylemektedir. Kıyası reddeden Zahirîler'in önde gelen hukukçularından İbn Hazm, "قىس = kıyas et" ifadesi geçtiği ve bu ifadenin, fıkıh usulündeki terim anlamında kullanıldığı yorumuyla, mektubun Hz. Ömer'e aidiyetini kabul etmemektedir.⁷⁴ Halbuki Muhammed Hamidullah bu ifadenin terim anlamında değil, sözlük anlamında kullanıldığını belirtmektedir.⁷⁵ Ayrıca Sahabenin ileri gelenlerinden çok sayıda kişinin kıyastan yararlanarak bir sonuca vardığı ve kıyasî sonuca göre uygulama yaptığı, bu durumun herkesçe bilinen pek çok fikhî meselede tekrarlandığı hakkındaki rivayetler manevi tevatür seviyesine varmıştır. Bundan Sahabenin kıyası, bir delil olarak gördüğü sonucuna ulaşmaktadır. Onun delil olduğunu kabul etmemek, Sahabeye muhalefet ve onların metodu dışına çıkmak anlamına gelir.⁷⁶ İslâm hukukçularının büyük çoğunluğu, kıyasın şer'î-amelî hükümlerin bilinmesini sağlayan bir delil olduğu konusunda görüş birliği içindedir.

Hakim icthada ehil değilse ehil olan başka şahısların fetva ve icthadları ile hüküm verebilir.⁷⁷

"Hükmü Kur'ân ve Sünnette bulunmayan (...) dâvalarda..." (Paragraf: 8)

Kur'ân ve Sünnette açık hükmü bulunan bir meselede icthad caiz değildir. Bu kural *Mecelle'de* "Mevrid-i nassta icthada mesâğ yoktur"⁷⁸ şeklinde yer almıştır. Her-

⁷¹ İbnü'l-Kayyum, *İ'lâmu'l-Muvakkiin*, I, 108.

⁷² Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*, IX, 132; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve İstılahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, VIII, 8.

⁷³ Zekiyüddin Şaban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, trc. İbrahim Kafi Dönmez, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 2001, s. 444. Hz. Peygamber'in (s.a.s.) şu hadisi bunu göstermektedir: "Hâkim (=müctehid) icthad edip de doğru sonuca varırsa iki sevap, hata ederse bir sevap kazanır." Bkz. *Buhârî*, "İ'tisâm", 21; *Ebû Davud*, "Akdiye", 2.

⁷⁴ Kandemir, "Ebû Mûsâ el-Eş'arî", s. 192.

⁷⁵ Hamidullah, "Halife Hz. Ömer Devrinde Adli Teşkilat", s. 292.

⁷⁶ Rivayetler için bkz. Şaban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, s. 132-135.

⁷⁷ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadir*, V, 456.

⁷⁸ *Mecelle*, md. 14.

hangi bir mesele hakkında nassa varsa, bu nassa aykırı olarak icthad edilmesi caiz değildir. Çünkü kulların Allah ve Peygamber'den gelen bir hükmü değiştirme yetkileri yoktur. Bu şekilde nassa aykırı bir icthad varsa o icthada göre amel edilmez.⁷⁹ Burada geçen nasstan maksat, hem sübut hem de delâlet yönünden kat'î olan nasstır. Yoksa hakkında sübutu ve delâleti veya bunlardan sadece biri zannî olan nassın bulunduğu mesele icthada açıktır.⁸⁰

G) HATALI KARARLARIN TASHİHİ

"Dün verdiğin sonra üzerinde tekrar düşünüp doğruya ulaştığın bir yargı kararı, seni hakka dönmekten alıkoymasın. Çünkü hiç bir şey, hakkı iptal edemez. Bilesin ki, hakka dönmek, sonuna kadar yanlış sürdürmekten hayırlıdır." (Paragraf: 7).

Müctehid karşılaştığı bir olayı inceleyip o konuda bir hükme ulaştıktan sonra aynı meseleyi tekrar tetkik ettiğinde icthadı değiştir ve öncekinin aksine bir sonuca ulaşırsa, artık birinci icthadına göre amel edemez. Çünkü kendi kanaatine göre birinci icthadı hatalı, ikincisi isabetlidir. Müctehidin kendi inancına göre doğru olmayan bir hükümle amel etmesi ise caiz değildir.⁸¹

Yargılama sırasında verilen hüküm de bir icthaddır. Hakim, verdiği fakat henüz tebliğ ve icra edilmemiş bir hükümde hata ettiğini anlarsa, bu hükmü bozması gerekir. İnsanlardan utanma gibi herhangi bir sebep onun hatadan dönmesine engel teşkil etmemelidir. Verilen hüküm icra edilmişse artık bunun bozulması mümkün değildir.⁸² Fakat sonraki olaylarda yeni icthadına göre karar verir.⁸³ Zira icthadî bir hükmün başka bir icthadî hükümle bozulabilmesi, istikrarsızlığa ve verilen hükümlere güvensizlik duyulmasına yol açar.⁸⁴

H- YARGI KARARLARINI UYGULAMANIN ÖNEMİ

"(Sence haklı ile haksız belli olunca [kararını verip] uygula.) Çünkü uygulanmayacak bir hakkı söylemenin [sadece hüküm vermenin] faydası yoktur." (Paragraf: 3)

Yargılamanın ilk hedefi gerçek hukuki durumu tespit edip hakkı ortaya çıkarmaktır. Bu tespit gerçekleştikten sonra ortaya çıkan hakkın gecikmeden yerine getirilmesi gerekir. Aslında mahkemenin verdiği hüküm ile tespit edilen hakkın davalılarca yerine getirilmesi gerekir. Davalılar bundan kaçınacak olurlarsa hâkim devlet gücünü kullanarak hükmü cebren uygular. Aksi takdirde yargılama yapmanın ve hakkı sadece açıklamanın hiçbir yararı olmaz.

İ- YARGI KARARININ MAHİYETİ

"Şüphesiz Allah sırları bilmeyi üzerine almış ve delillere dayanarak hüküm verdiğiniz takdirde sizden sorumluluğu kaldırmıştır." (Paragraf: 10)

Hukukta istikrar ve güven, yargı kararlarının objektif delillere dayalı olmasını zorunlu kılar. Kamu düzeninin sağlanabilmesi için zahire göre işleyen bir yargılama dan vazgeçilemez.

⁷⁹ Ali Haydar, *Dürrü'l-Hukkâm*, I, 65.

⁸⁰ Şaban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, s. 444-445.

⁸¹ Şaban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, s. 446. Ayrıca bkz. İbnü'l-Kayyim, *İ'lâmu'l-Muvakkîn*, I, 110.

⁸² Serahsî, *Mebasât*, XVI, 62; Hamidullah, "Halife Hz. Ömer Devrinde Adli Teşkilat", s. 319.

⁸³ Tariffi, "Tahkîku Risâleti Umer", s. 235.

⁸⁴ Şaban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, s. 447.

Gaybı sadece Allah bilir. Allah insanları, gücünü aşan gerçeklere ulaşmakla yükümlü tutmamıştır. Haklara ulaşmanın yolu insanlar için sadece zahiri delillerdir.⁸⁵ Gaybı bilme imkanı olmayan insan oğlu zâhiri delillere göre hüküm vermek zorundadır. Hz. Peygamber (s.a.s.) "*Bana insanların kalplerini delmek ve karınlarını yarmak (niyetlerini okumak) emredilmedi.*"⁸⁶ buyurarak bu gerçeği ifade etmiştir.

Hâkim de açılan davada objektif delillere bakarak hüküm verir. Verilen hükmün tarafları tatmin etmesi ve bu hükme içlerinden gelerek uymaları buna bağlıdır. Böyle yaptığı takdirde hâkim dünyada kınanmaktan, ahirette sorumlu tutulup cezaya çarptırılmaktan kurtulmuş olur. Objektif delillere bakılarak verilen bir hükümde gerçek manada haklı ve haksız belirlenememiş olabilir. Ancak izlenebilecek başka bir yol yoktur. Nitekim Peygamber (s.a.s.) de vahye dayanarak yargılama yapmadığını, objektif delillere bakarak hüküm verdiğini beyan ederek şöyle buyurur: "*Ben de bir insanım. Sizler aranızdaki anlaşmazlıkları bana getiriyorsunuz. Korkarım ki bazılarınız delilini diğer bazılarınızdan daha açık bir şekilde ortaya koyar da, ben de ondan dinlediğime göre lehinde hükmederim. Kime kardeşine ait bir hakkı verirsem onu almasın. Bu durumda ben ona ateşten bir parça vermiş olurum.*"⁸⁷ Demek oluyor ki hâkim, objektif delilleri dikkate aldıktan sonra hakikate aykırı bir hüküm vermiş olsa da bundan ahirette sorumlu olmayacaktır.

J- YARGI BAĞIMSIZLIĞI

"Kimin Allah'la arasındaki ilişkilerde niyeti iyi olursa, Allah da onun diğer insanlarla ilişkilerini iyileştirir. Kim dünyevî amaçlar için riyakarca insanlara şirin görünmeye çalışırsa Allah onu küçük düşürür. Çünkü Allah kullarından sadece kendisi için yapılan amelleri kabul eder. Sen Allah'ın dünyada vereceği rızık ve ahirette rahmet hazinelerinden ihsan edeceği mükafatı tasavvur edemezsin!" (Paragraf: 11)

"Bulduğun sonuçlar içinde Allah katında en sevimli ve senin kanaatine göre hakkaniyete en yakın olan hükmü ver." (Paragraf: 8)

Hakim yargılama yaparken ve hüküm verirken kimseden korkmaz ve çekinmez. Hatır ve gönül gözeterek insanların hoşnutluk ve övgüsünü kazanma, dünyalık elde etme çabasına düşmez. Bu düşüncelerle adâletten ayrılıp taraf tutmaz. Allah rızasını her şeyin üstünde görerek O'nun vereceği rızık ve uhrevî mükâfâtı arzu ederek uhrevî azaptan korkarak yargılama yapar. İnsanlardan dünyalık bir çıkar beklentisi ile riyakarlık yapmak hakimi adâletten saptırabilir. Onun için hâkim yaptığı işte Allah rızasını gözetmelidir. Kur'ân-ı Kerim'de, "*Kim Allah'a karşı gelmekten sakınırsa Allah ona bir çıkış yolu nasip eder ve onu hatır ve hayaline gelmeyecek bir yönden rızıklandırır.*"⁸⁸, "*Doğrusu Allah'ın rahmeti iyi hareket edenlere yakındır*"⁸⁹ buyrulurarak bu hususa dikkat çekilmiştir.

Allah korkusu ve öbür dünyada hesap verme düşüncesi, adaletle hüküm vermede etkili manevi bir müeyyidedir. Bunun için Hz. Ömer mektubunu bu yönde genel bir tavsiye ile bitirmiştir.

⁸⁵ Ali Haydar, *Dürru'l-Hukkâm*, IV, 748.

⁸⁶ *Buhârî*, "Meğâzî", 61; *Müslim*, "Zekat", 144.

⁸⁷ *Buhârî*, "Şehâdât", 27, "Hıyel", 10, "Ahkâm", 20; *Müslim*, "Akdiye", 4; *Ebu Dâvud*, "Akdiye", 7; *Tirmizî*, "Ahkâm", 11.

⁸⁸ Talak 65/2.

⁸⁹ A'râf 7/56.