

İslâm Şeriatinde Kaza
(Hüküm ve Hâkimlik)
Tarihi
ve İftâ Müessesesi

Müellifi :
Emekli Temyiz Mahkemesi İkinci Hukuk Dairesi Reisi
Ali Himmet Berki

Yargıçoğlu Matbaası
ANKARA — 1962

M. Sarı
29 Mart 1980 ist.

İslâmda Kaza

Hüküm ve Hâkimlik ve Tevabii

Kaza (Hüküm ve hâkimlik) - İslâmda ilk hâkim - Hâkimler milleti temsil ederler - Hükümle iftâ arasında fark - Hâkimde ehliyet - Hâkimlerin vasıfları ve âdâbı - Örf ve âdet, Istihsan - Hâkimlerin vazifeleri - Mahkemelerde derece ve İstinaf - Divanlar, Huzûr-ı âli mahkemeleri - Dîvân-ı mezalim - Dârül'adl - Kazıl Kuzat - Kaazıl cemâa - Kadı asker - Şurta ya'ni hâkim-i orfi - Tahkim, mahiyyet ve şartları

Müellifi :

Atî Himmîet BERKİ

Temyiz 2 inci Hukuk Dairesi
emekli başkanı

Yargıçoğlu Matbaası

ANKARA — 1962

ÖNSÖZ

Hukuk tarihi ne kadar mühim ise, Kaza, yani hüküm ve hâkimlik tarihi de o derece ve hattâ daha çok mühimdir. Himaye edilmeyen bir hak mücerred bir hak olmaktan ileri gidemez, cemiyet de adâlet ve düzeni te'sis kudret ve kıymetinden mahrum bulunur; ferd ve câmia için hiç bir fayda ve teminat teşkil etmez. Bunun içindir ki, milletler medenileştikçe Kaza mevzuu üzerinde durarak Hakemler, Hakem Hey'etleri Divanlar ve geçici ve daimî mahkemeler kurmuşlardır.

Biz bu eserde yalnız İslâm Kaza tarihi hakkında bilgi vermeye çalışacağız. Okuyanlar göreceklerdir ki, kaza tarihleri arasında en makul ve muntazam bir seyir tâkip eden islâm kazasıdır. Bilhassa islâmiyetde Kazanın mahiyeti ve kim namına ceryan ettiği keyfiyeti, üzerinde durulmaya değer muazzam bir meseledir. İslâm hukuku, 1300 küsur sene evvel Hâkimiyetin mutlaka millete ait olduğu hakikatını kaza sistemi ile de ilân ve tatbik etmiştir. Buna rağmen İslâm hukukunu bilmeyen ve öğrenmeye de lüzum görmeyen bazı kimseler, İslâmiyetde Hükümdarın Allahın ve Memurların Hükümdarın mümessili olduğunu ve bazıları da Peygamberin vekili bulduklarını iddia e-

derler. Eserde verilen izahatdan anlaşılacaktır ki, bunlar ne Allahın mümessili ne de Peygamberin vekilidirler. Ancak millet mümessili olarak millet namına faaliyetde bulunurlar.

Bundan başka, Hulefâi Râşidînin ve İslâm Kaza mercilerinin adâlete verdikleri müstesna önem, imtisal olunacak vekayidendir. Hukuk müntesipleri ve alelhusus Hâkimlerin ve avukatların İslâm kaza tarihini, mukayeseli hukuk bakımından olduğu kadar kanunların sâkit olduğu hallerde doktrinden ve bu arada mevcut her hukuk sisteminden istifade ve istiane eylemek suretiyle şahsî icthad tesisi suretiyle doldurmak mecburiyetini tahmil eyleyen medenî kanunun birinci maddesi ve bazı ahvalde yabancı hukukun tatbikine dair olan Devletler hususî hukuku kaidesi muvacehesinde, öğrenmek ihtiyacında olduklarını düşünerek İslâm adâlet cihazına dair olan müessese ve esasları tarih sırası ile toplayıp neşr etmeyi faydalı buldum.

İslâm şeriatinde kaza ve tevabii Hüküm ve Hâkimlik

Kaza : Lûgatte kat' ve fasl eylemek, yani bir işi kesip atmak ve son vermek mânâlarındadır. Kelimenin başka bir çok mânâları vardır ki, hepsi sözle veya fiil ile tamamlamak ve nihâyete erdirmek münâsebetinde birleşir.

Fıkıh ıstılâhında kaza, taraflar arasında tahaddüs eden dâva ve münâzaaları usulüne tevfikân hal ve fasletmek demektir (1).

Kaza insanların şiddetle muhtaç olduğu en mühim bir merci, cemiyet idaresinde mukaddes tutulması gerekli olan bir müessesedir. Medeniyette dereceleri ne olursa olsun kazaya hürmet etmiyen bir kavim görülmemiş ve işitilmemiş-

(1) Bundan başka kaza kelimesi daha bazı mefhumlarda ıstılah olmuştur. Ezcümle kelâm örfünde Cenab-ı Hak-
kın kâinâta müteallik ezeli takdir ve irâde-i İlâhiyesine mutabık olarak lâyezelde kâinat ve hâdisata vücud vermesi ve usulü fıkıh ıstılâhında borcu misli ile teslim etmek demektir ki, edâ mukabilidir. Kelâm ıstılahı bakımından söylediğimiz mefhum Eşarilere göredir, Mâtürîdî'ler kaza ve kader mefhumlarını birbirinden ayırmaıdır.

tir. İnsanlar arasında ihtilâf ve husûmet vukuu beşerin yaratılışı icabıdır. İnsan akıl ve idrâki yanında bir takım kuvvetlerle halk olunmuştur. Menfaatlerine düşkün ve merhametsizdir, kendi başına bırakılırsa tecâvüz ve tasalluta başlar. Huzur ve sükûn içinde cereyanı matlub olan içti.nâî nizam esâsından muhtel olur (bozulur). Bundan başka taraflardan her biri kendisinin haklı olduğu kanaatinde bulunur. Âlimlerin beyanları tatmin etmez. Hukukî meseleler daima basit değildir. Öyle girift ve mu'dil meseleler vardır ki hukuk ilmi ile tevağğul edenler, (uğraşanlar) dahi isâbetli bir hüküm vermekte güçlük çekerler. Bu cihetle kaza gibi zaifi koruyacak haklıyı haksızdan ayıracak, zulüm ve cinâyeti terhib (korkutacak) ve tecziye edecek bir kuvvete kat'î ihtiyaç vardır. Gayesi beşerin selâmeti olan İslâmiyet kazaya lâyük olduğu mertebe ehemmiyet vermiş ve onu îmandan sonra efdal-i ibâdet addetmiştir. Hazret-i Resûlî Ekrem, bir saat adâlet altmış sene nâfile ibadetten hayırlıdır buyurmuşlardır. Hazret-i Peygamber Efendimiz'e kaza ile emir olunmuştur. Nitekim Kur'an-ı Kerîm'de Nebî ve Resûl'lerin ifây-ı kaza ettiği ve Hazret-i Dâvûd'a da taraf-ı ilâhîden kaza ile emir buyurulduğu beyân buyurulmuştur (2).

Cemiyet içindeki mevki ve ilmî mertebesi ne olursa ol-

(2) (Habîbim insanlar arasında Allah'ın gönderdiği ile hükmet) Sûre-i Mâide, 49.

(Yâ Dâvûd! biz seni yeryüzünde halîfe kıldık. Bu halde nâs arasında hükmet) Sûre-i Sad, 26.

sun hiç bir ferdin diğeri üzerinde velâyet ve tasarruf hakkı olmadığından bu hak yani kaza ve hüküm hakkı velâyet-i âmme-yi hâiz olan cemiyete âittir. Buna kaza kuvveti denir. Kadılar, (Hâkimler) gerek cemiyeti teşkil eden fertler tarafından intihab ve tâyin olunsun (3), gerek halife, hükümdar veya devlet reisi veyahud selâhiyetli her hangi zat tarafından nasb ve tâyin olunsun, cemiyetin vekilidirler ve bu nama hareket ederler ve hükümlerini O nâma verirler.

Kadınların mevkii ve sıfatları fıkıh kitaplarında izah olunmuştur. Ezcümle Hicrî altıncı asrın yetiştirdiği fukahânın en büyüklerinden imâm «Alâüddin Ebû Bekr-i Kâsânî «Bedayi-üs-Senâyi fi Tertib -iŞ- Şerâyi» adlı meşhur eserinde meseleyi şöyle telhis eder : «Kadı vekile benzer, fakat aralarında fark vardır. Vekil müvekkilin velâyetiyle ve onun nâmına hareket eyler. Binâenaleyh müvekkilin ehliyeti zâil olunca vekil mün'azil olur, lâkin kadı halifenin velâyetiyle ve onun nâmına hareket etmez, belki müslümanların velâyetleriyle ve onlar nâmına hareket eder. Halife aralarında bir vasıttan ibârettir. Bu halde kadının fi'li (emir ve hükmü) âmmenin emir ve hükmü menzilesindedir (derecesindedir). Bunun içindir ki, halife vefat eder

(3) Düşman istilâ ve tegallübü altında kalan müslümanların işlerini görmek ve aralarındaki ihtilâfları halleylemek üzere aralarından bir vâli ve kadı nasbetmeleri ve Cuma namazı kıldırmak üzere hatib ve imam intihab eylemeleri farzdır (Reddül Muhtar). Bu hükmün tazammun ettiği mânayı izâha hâcet görmüyoruz.

veya hal' (azl) olunursa nasb ve tâyin eylediği kadılar mün'-azil olmaz. Amma halife kadıyı azledebilir; bu azil de hakikatte halifenin değil, âmmenin azletmesi demektir; yine halife arada bir vâsıtaadır. Kadı tarafından tâyin olunan nâiblerde de hüküm böyledir. Onu tâyin eden zâtın ölümüyle veya azledilmiş olmasıyla nâiblik mürtefi' olmaz. Kadı nâiblerinin fi'l ve hareketleri cemiyet nâminadır.» (Cild 7, Sahife 16).

Tenkîh-ı Fetâvây-ı Hâmidiyede beyan ve nakil olduğu üzere diğer fukaha ve o cümleden olarak İmâm-ı Serahsî, «Muhît» inde ve Tarsûsî «Enfa-ül Vesâil» de meseleyi bu şekilde izah etmişlerdir. (Cilt 1. sahife 274). Görülüyor ki kadılar, bazılarının zannettikleri gibi, ne Allah'ın ne hükümdârın ne de devlet reisinin mümessilidir, belki müslümanların mümessilidir ve o nâma hareket ederler. On dört asır evvel Allah tarafından gönderilen İslâm Şerâatinin hükmü budur. Buna muhâlif telâkkiler onun ruhuna mugayirdir.

Kadılar âmme velâyetiyle hareket ettiği içindir ki emir ve hükümleri muta'dır (uyulmak gerektir). Taraflar bu hükümleri kabul ve icra ile mükelleftirler. Kabul ve icra etmezlerse zorla icra olunur. İctihâdî hükümleri de böyledir.

Kadı ile Müftü arasındaki en bâriz fark bundan neş'et etmiştir. Kadı velâyet-i âmmeyi hâiz olduğu cihetle kendisine arzolan hâdiseyi tahkik ederek ne şekilde sâbit olur-

sa ona göre hüküm verir. Müftü hâdiseyi tahkik ile meşgul olmayıp anlatışa göre meselenin hükmünü beyan eder. bu beyan sırf ilmîdir. Alâkalılar isterse kabul ederler, isterlerse etmezler, mahkemeye müracaat eylerler. Kaza bir âmme meselesi olduğundan hükmedecek kimsenin âmme makamından kendisine bu selâhiyetin tefvîz olunması lâzımdır. Tefvîz edilmedikçe hiç bir ferd kaza ve hükme tesaddi edemez (kalkışamaz) (4). Müftülük için böyle bir izin ve tefvîze ihtiyaç yoktur. Filhakîka bidâyetten itibaren iftâ ile meşgul olanların iftâ ehliyeti olup olmadığı murâkabe edilegelmiştir. Bu, Müftülük bir âmme velâyeti ve resmî olduğu için değil, halkı yanlış iftalardan siyânet içindir. Son zamanlarda Müftülüğe resmîyet verilmesi yine bu maksada, halkın hukukunu korumak gâyesine mebnîdir.

İSLAMDA İLK KADI :

İslâm şeriatinde kazanın farz ve Allah'a îmandan sonra efdali ibâdet olduğunu ve Hazret-i Resûl'ün kaza ile emir olduğunu söylemiş, bu husustaki âyet-i celîleye işâret etmiştik. Emr-i ilâhiye imtisâlen islâmiyette kazayı ilk evvel Hazret-i Peygamber ifa buyurmuş, İslâm ülkesi genişledikçe lüzum görülen yerlere kaza selâhiyetini hâiz me-

(4) Hakem, hâkim menzelesindedir (gibidir). 'Yalnız bunlar, hüküm salâhiyetini taraflardan telâkkî ederler ve hükümleri de ancak intihab eden tarafları ilzam eder, mahaza bunların icrası hâkimin tenfizine mütevakıftır.

murlar tâyin olunmuştur. Muaz bin Cebel, Attâb bin Esîd Hazret-i Peygamber tarafından tâyin buyurulan kadılardandır. Muaz b. Cebel Yemen'e, Attâb b. Esîd Mekke'ye gönderilmişti. Medîne ve civarındaki dâvâları bizzat kendileri hall-ü fasl ederlerdi.

Kaza için vüs'at-ı nazar ve iktidar lâzım olduğundan Hazret-i Peygamber, kendilerine kaza tevdi' edilecek zevatın irfan ve kaza kabiliyetini yoklardı. Nitekim Muaz b. Cebel'i Yemen'e gönderecekleri zaman: «ya Muaz nasıl hükmedeceksin» diye sormuştu.

Muaz : Allah'ın Kitabı ile,

Hazret-i Peygamber : Ya Kitab'da bulamazsan

Muaz : Resûl'ün sünneti ile

Hz. Peygamber : Ya sünnet'te bulamazsan

Muaz : İctihad ederim diye cevap vermişti.

Ta bidâyetten itibâren müslümanlarda görülen bu yüksek şuûr ve idrak, şübhe yok ki İslâm feyzinin eseridir. Bu zatlar, ne hukuk ilmi ne muhâkeme usulü tahsil etmişlerdi. Onların yegâne idrak ve irfan menbâları Kur'ân-ı Kerîm ve Sünnet-i Seniyye idi. Asr-ı Saâdet ve Hulefây-ı Raşidîn devrindeki âlimler ve kadıların fetvâ ve hükümlerine bakıp da hayran olmamak kabil değildir. Câhil bir muhitte az bir zaman içinde görülen bu nûr-i irfan elbette ilâhîdir.

Hazret-i Peygamber'in irtihalinden sonra Hulefây-ı

Râşidîn ve onlardan sonra bazı halifeler peygamberin isrine (çıgır) tebean kaza ve imâmet gibi vazifeleri makarr-ı hilâfette bizzat kendileri ifa ve icabeden mahallere kadılar tâyin ederlerdi.

Hazret-i Peygamber ve birinci halife Ebû-Bekir ve ikinci halife Hazret-i Ömer'in hilâfeti başlarında vâililik ile kaza bir zâte tevdi olunurdu. Hazret-i Ömer zamanında bir müddet böyle devam ettikten sonra kaza vazifesi ayrıldı, lâzımgelen yerlere muktedir müstakil kadılar tâyin olunağa başlandı (5).

Hulefayı Râşidîn, mâzeretleri vukuunda merkezde kendilerine arzolunan dâvaları ehil bir zâte tevdi ederlerdi. Havâle olunan dâvâ maddî ve mânevî mes'uliyeti kendisine âit olmak üzere bu zat tarafından hall-ü fasl olunurdu (6).

(5) *Fıkıh ıstılahında kaza tevcihine taklîd-i kaza denir. Taklîd kılâde maddesindedir. Kılâde gerdanlık demektir. Bu ıstılah kaza gerdanlık gibi kıymetli olup nasıl ki gerdanlığı nerde kullanmak ve nerede muhafaza etmek lâzımsa kaza selâhiyetinin de böyle kullanılması icabedeceğine işâret için vaz ve isti'mâl olunmuştur.*

(6) *Kadılar da Halifeler gibi mâzeretleri vukuunda tâyin ettikleri zâtin muhakeme ve hükümlerine asla müdâhale etmezlerdi.*

Su vâkıa Hâkimin ıstıklâl ve içtihadına ne derece hürmet edildiğini göstermeğe kâfidir :

Hazret-i Ömer mes'uliyetinin pek fazla olduğu bir sırada kaza işlerini Ebü'd-Derdâya bırakmışlar ve Ebü'd-Derdâ bir dâvâda biri aleyhine hüküm vermişti; aleyhine hükümlenen kimse halife Hazret-i Ömer'e gelerek murafa-

Kaza bir âmme selâhiyeti meselesi olduğundan kadılar halifel-er tarafından nasb ve tâyin olunurdu. Yalnız bazı valilere kadı tâyini için mezuniyet verilmişti. Ezcümle Mısır'da kadı tâyini Mısır valilerinin selâhiyetleri cümlesinden idi. Bu usul, yani kadıların halife ve valiler tarafından tâyini Kadı'l Kuzat ve Endülüs'te Kazı'l Cemâa müesseseleri ihdas olununcaya kadar devam etti. Kazı'l Kuzat Abbasiler devrinde 170 tarihlerinde Harun-ür-Reşid tarafından ve Endülüs'de Kazı'l-Cemâa Birinci Abdurrahman tarafından 117 tarihinde ihdas olunmuştu.

Kadılar evvelce makam-ı hilâfete bağlı iken Kazı'l-Kuzat nasbolunduktan sonra bu makama bağlanmıştır.

Kazı'l-Kuzatları halifeler, ve kadıları Kazı'l-Kuzatlar nasbederlerdi (7).

anın cereyanını anlatmış ve halife ben Ebü'd-Derdâ yerinde olsaydım senin lehine hükmederdim demıştır. Bunun üzerine bu zat siz halifesiniz yeniden sizin bakıp hükmetmenize ne mâni var deyince, içtihad ve rey müsterektir, reylerden birinin diğeri üzerine riçhâni yoktur diye dâvâya tekrar bakmaktan imtina eylemiştir. Cenâb-ı Halife ya onun içtihadı doğru ise ben, bunun mânevî mes'uliyetini üzerime alamam demek istemişlerdir.

(7) Bir hayli araştırdığımız halde Kazı'l-Cemâa'nın vazife ve selâhiyeti hakkında kanaat verecek tarihî malûmata tesadüf edemedük. Şu anlaşılıyor ki, selâhiyeti kadıların selâhiyetinden ziyadedir. 1934 tarihinde Mısır'da 'tab' ve neşrolunan «Tarihül-Kaza' fi'lislâm» adlı eserinden, Mahmud Efendinin de bu hususta sarîh bir malûmata tesadüf edemediği anlaşılıyor.

Abbâsîler'den sonra diğer islâm devletlerinde Kazı'l-Kuzat müessesesi devam etmiştir. Osmanlılarda bu vazife Kazaskerlere verilmişti. İptidaları Kazaskerler pâdişahın kanunî müşaviri olmakla beraber ganimet malların tevziine riyaset eder ve ordu efradı arasında veya orduya mensup biri aleyhine ahaliden biri tarafından ikame olunan dâvaları hall-ü faslederlerdi. İstanbul, Haremeyn (8) ve E-dirne gibi mahallerden maâdâ merkez kazalara gidecek hâkimler Kazaskerler tarafından tâyin olunurdu.

Kazı'l-Kuzatlar halife ve hükümdarlardan sonra en yüksek şâyân-ı hürmet mevkide bulunur ve âmmenin hürmet ve takdirini kazanmış en büyük âlimlerden intihap olunurdu. Kazı'l-Kuzatların hal tercümelerinden keyfiyet vâzihan anlaşılmaktadır. Halifeler ve Kazı'l-Kuzatların nasb ve tâyin eyledikleri kadılar nâib nasbına me'zun iseler icabında nâib tâyin edebilirdi. Bu daha mahdut ve ancak daire-i vilâyetlerine münhasır bir salâhiyettir. Kazıl-Kuzatların salâhiyetleri ise umumî ve her yere şâmildi. Kazıl-Kuzat tâyini hâkimleri siyasî ve idarî iktidar ve tesirlerden uzaklaştırarak, şeriat-ı islâmiyenin emir ve tâlimi veçhile tam serbestî ve istiklâl içinde ifây-ı vazife etmeleri gayesini istihdaf ediyordu. Filhakika, bu müessesenin istiklâl ve adâlet yönünden pek büyük faydaları görülmüş, müsbet ve zâlim hükümdarlar bile istibdad ve zulümlerini bu mukaddes makama kadar götürmeğe kendile-

(8) Mekke ve Medine.

rinde cesaret bulamamışlardır.

İleride Kazıl-Kuzat ve Kadı askerler hakkında tafsilât verilecektir.

Kaza, vilâyet tefvîzi nev'inden olduğu için bu vazife bir veya müteaddid kimselere tevdi olunabilir. Müteaddid olup birlikte hükme mezun oldukları takdirde münferiden hükmedemezler. Ederlerse, hükümleri muteber ve nâfız olmaz. Zamanımızda kazanın bir zâte tevdi esasına, münferid; ve müteaddid kimselere tevdiine, müctemi' hâkim usulü denir.

Geçmiş İslâm devletlerinde münferid hâkim esası câri olduğu gibi Osmanlı Devletinde de Şer'îye Mahkemelerinde münferid hâkim usulü mer'î idi (9). Gerçi Haremeyn kadıları ve nâibleri ve İstanbul kadısı ve muâvini gibi bazı mahkemelerde müteaddid hâkimler var idiyse de kadı gibi nâib ve muâvinler dahi münferiden hükme mezun idiler.

Bir şehirde icâz-ı hâle göre münferiden hükmetmek üzere müteaddid kadı tâyin olunabilir. Münferid olarak tâyin olunan hâkim ancak kazası dahilinde bulunan ahâli arasında tahaddüs eden dâvalara bakar. Bazı fukahânın içtihadlarına göre müddeaaaleyh velev müsaferet sûretiyle kendi kazası dâhilinde olmak şartıyla bir kaza hâkimi diğer

(9) «Târihü'l-Kaza' fi'l-İslâm» adlı eserin Bağdad tarihinden naklen verdiği bilgiye göre Abbâsîlerden Mehdi zamanında Basra'da iki zat müctemian ifâ-y-ı vazife ve hükmetmek üzere kadı tâyin olunmuşlardır; mezkûr eser sahife : 92.

bir kaza dahilindeki akara müteallik dâvaya bakabilir. Diğer bir ictihâda göre akar dâvasında o gayrimenkul, dâvâyı görececek hâkimin kaza hududu dâhilinde olması şarttır. Mülga Mecellede birinci kavil ihtiyar olunmuştu. Ancak ikinci kavil daha isâbetli görünür.

Müteaddit kadı tâyin olunan yerlerde ekseriya kadıların kaza dâireleri tâyin olunur. Olunmamak da câizdir.

Kaza daireleri tâyin olunan kadılar ancak bu hudut içinde tahaddüs eden dâvâlara bakarlar. Bu daire haricindeki ahali arasında vukubulan dâvâlara bakamazlar. Salâhiyet daireleri tefrik olunmamış ise kazaları dairesi içinde tahaddüs eden vâkıalarda dâvâcı bu kadılardan dilediğine müracaat edebilir.

Nasb ve tâyin olunan kadılara Naib tâyinine salâhiyet verilmiş ise, mahallinde keşif icrası veya şahid dinlenmesi gibi işleri veya bir dâvânın mahallinde görülmesi lâzımgeldikte bu dâvâyı nâib tâyin ederek gördürebilirler. Buna «kadı nâibi» denir.

Vaktiyle Devlet-i Osmaniye'de belediye işlerinin kadılar tarafından görüldüğü devirlerde kadılar belediye işlerini teftiş ve murakabe etmek üzere nâibler tâyin ederlerdi. Bunlara ayakta iş gördüklerinden «ayak nâibi» denirdi.

Kaza, vilâyet tefvizi kabîlinden olmak itibariyle kaza tevcihi mutlak olabileceği gibi zaman, mekân ve bazı hususatin istisnâsiyle takyit olunabilir. Mutlak olduğu tak-

dirde mutlak hükmü cereyan edip teâmül ve hal delâleti ile takayyüd eder. Takyid halinde mukayyed hükmü câri olur ve kayıd veçhile amel olunur.

Zaman ile takyid-de müddetin hitâmiyle kaza salâhiyeti nihayet bulur. Meselâ bir sene müddetle vazife ifâsına memur olan hâkim bir sene geçtikten sonra hiç bir dâvâya bakamaz.

Mekân ile takyid : Meselâ muayyen bir kazada hükmetmek üzere tâyin olunan hâkim o kazanın şâmil olduğu kasaba ve köy ahali arasında tekevvün eden dâvâlara bakar. Diğer kazada hükmedemez. Kezalik, muayyen bir mahkemede hükmetmek üzere nasb olunan hâkim ancak dâvâlara o mahkemede bakar, başka yerde bakamaz.

Kaza, hasren bazı nev'i dâvâlarla veya bazı dâvâların istisnâsiyle takyid olunabilir, meselâ, şu veya bu nev'i dâvâlara bakmak üzere diye tâyin olunan hâkim bunlardan başka dâvâlara; şu veya bu dâvâlara bakmamak üzere nasbolunan hâkim salâhiyetinden hariç bırakılan dâvâlara bakamaz. Mürûr-u zemana tâbi dâvâları istima'dan men' bu kabildendir. Zamanımızda hâkimlerimizin salâhiyeti zamanla takyid edilmeyip mekânla ve bazı hususların istisnâsiyle takyid olunmaktadır.

HÂKİMDE İKTİDAR VE EHLİYET :

Hâkimlik çok güç ve vebâl taşıyan bir vazifedir. Binlerce insanın hayat, şeref ve hakları, cemiyetin emniyet ve

ti
i
selâmeti ona mevdu olduğundan ehliyet ve azamî derecede dikkati ve aynı zamanda tahammülü istilzam eder.

Mevsukan rivayet olduğuna göre Hazret-i Ömer bir gün Halife Ebû - Bekir'in yanına girerek selâm vermiş fakat halife selâmını almamıştır. Bundan müteessir olan Hazret-i Ömer, ashâb-ı Kiram'dan Abdurrahmon bin Avf'a vâkı'ayı açmış ve halife acaba bana muğber mi olmuşlardır diye hasbihal etmişti. Abdurrahman bin Avf Hazret-i Ömer'in endişesini hikâye edince halife, Ömer yanına geldiğinde huzurumda iki kimse mürâfaa oluyordu. Cenâb-ı Hak Rûz-ı Cezâ'da onlardan ve sözlerinden beni sorumlu tutacağı için bütün dikkatimi bu mürâfaa üzerinde toplamıştım. Ömer'in selâmını almaktan gaflet etmişim diye itizar eylemiştir. Bu ve emsali hareketler müşkilpesendlik addedilmemelidir. İman-ı tâm ve vicdân-ı kâmil sahipleri ancak böyle düşünürler. İşte kaza vazifesi bu kadar mühim ve nâzik bir vazifedir. Hattâ ehliyet ve dikkatle de vazifedeki hatar (tehlike) ve güçlük zâil olmaz. Müddeî ve müddeâaleyh bir takım iddiâ ve müdafaada bulunurlar, fakat bunlar ne derecede hakikat-ı hale muvakihtir? Şâhidlerin şehâdeti doğru mudur, bunu yalnız Allah bilir. Hâkim ise iddia ve müdafaalara ve şahidlerin ifadelerine ve bunlardan kendince husule gelen kanaate göre hakikati meydana çıkarmak ve hak ile hükmetmekle memurdur. İmâm-ı A'zam Hazretlerine Emeviler tarafından Kûfe kadılığı Abbâsî'lerden Mansur tarafından da Bağdad Kazı'l-Kuzat'lığı teklif ve ısrar olduğuna halde kabul etmemiş

ve bu sebeple vücudu şişinceye kadar dövülmüştür. Mansur'un sonradan nedâmet ve esef ederek ağladığı mevsûkan rivâyet olunuyor.

Maahâzâ mesâlih-i ümmet ve halkın işleri muattal ve mühmel kalamıyacağından veliyyül'emrin lâzımgelen mahallerde ehil ve kaza şartlarını hâiz kimseler nasb ve tâyin ve kazaya ehil olan kimselerin, tevcih olunan kazayı kabul etmesi memduh veya vâcibdir. Ehil olmıyan şahısların kaza ve hükme kalkışmaları memnu ve haramdır.

İmâm-ı A'zam Hazretleri gibi bazı büyük müctehid ve fakihler teklif ve ısrar vukuuna rağmen kazayı kabulden imtina etmişlerdir. İmtina'ları kemâl-i vera' ve takvâlarından nâşi kaza şartlarına riâyet edememek korkusundan veya fıkıh ve hadis ilimleriyle iştigalin millet-i islâmiye için daha faydalı olacağı düşüncesinden ileri gelmiştir. Siyasi sebepler de düşünülebilir. Bunların kazayı kabul etmemelerinden âmme işlerine hâlel gelmemiştir. Çünkü devirlerinde birçok âlim ve müctehidler vardı. Bu cihetle teklif olunan bu vazifeyi kabul etmeleri kendilerine vâcib değildi.

Gerçi Hazret-i Resûl-i Ekrem : «Kadı olan bıçaksız boğazlanmıştır» (10) gibi bazı hadis-i şeriflerle kazadan tahzîr eylemiş ise de «Kasden hakkı tecâvüz etmedikçe Allah

(10) Sünen-i Ebû Davud, cild 5, sahife 204, Camiü's Sağir.

kadı ile beraberdir» meâlinde Câmîü's - Sağır'de münderic olan hadisle buna benzer kazadaki ecir ve sevâba dâir rivâyet olunan hadis-ı şeriflere nazaran tahzîre âit hadisler, hak ile hükmetmeyen ve kazaya ehil olmıyanlar hakkında vârid olmuştur. Şu muhakkaktır ki umûr-ı âmmeye taallük etmek itibariyle âmme makamlarının ve ehil ve muktedir olan zevâtın cemiyetin işlerinin görülüp görülmemesinde bir hisse-i mes'uliyetleri vardır.

HAKİMLERİN VASIFLARI

Kadı olabilmek için bir takım şartlar vardır. Bunlardan bazıları kadıya ve bazıları nefsi kazaya âittir. Mahkûmünleh ve mahkûmunaleyhe tealluk eden şartlar varsa da biz bunların üzerinde durmıyacağız.

Kadıya müteallik şartlar şunlardır :

- 1 — Akil ve mükellef olmak,
- 2 — Müslimanlar üzerine hükmedebilmek için müsliman olmak.

İslâm şeriatinde gayr-i müslimin müsliman üzerinde hakk-ı vilâyeti yoksa da, bir gayr-i müslim, gayr-i müslimler arasında tahaddüs eden dâvâlara bakmak üzere hâkim tâyin olunabilir.

- 3 — Dilsiz, a'mâ, yüksek ses işitemeyecek derecede sa-

ğır olmamak (11).

4 — Afif ve muhsan bir erkek veya kadına zina isnad edip de bu sebeple kendisine hadd-i şer'i icra edilmemiş bulunmak.

Hâkim olacak zâtın Mezheb-i Hanefi'ye göre erkek olması şart değildir. Kadınlar hudud ile kısastan mâada hususlarda şehâdete ehil olduklarından kadı olabilirler. İmâm-ı Taberî kadınların sûret-i mutlakada kazaya ehil oldukları içtihadında bulunmuştur. İmâm-ı Şâfiî, Mâlik ve Hnbelî «İşlerini kadına tevdi' eden kavim felâh bulmaz» meâlinde rivâyet olunan hadise binâen kadınlara kaza tevcihini tecviz etmemişlerdir.

Bizce meseleyi iki bakımdan mütalâa etmek iktiza eder. Fıkıh bakımından; cemiyetin menfaati ve maslahat bakımından, Hadis-i Şerifin ictimâî ve maslahat bakımından vârid olmuş olması muhtemeldir. Bir şeye ehliyet, âme hukuku bakımından mutlaka bunun tevcihini icap ettirmez. İctimâî menfaat gözönünde bulundurulur. Nitekim zamanımızda Hâkimlik ve Milletvekili olmak gibi mühim vazifeler için muayyen yaş tâyin kılınmış; hukukî ehliyet kâfi görülmemiştir. Fukaha arasında vukubulan içtihad ih-

(11) Mecelle bu şartları şöyle icmal etmiştir.

Madde 1894 — Hâkimin temyiz-i tâmmе muktedit olması lâzımdır. Binâenaleyh sağır ve ma'tuh ve a'mâ ve tarafeynin savt-ı kavîlerini (yüksek ses) işitemeyecek kadar sağır olan kimsenin kazası caiz değildir.

tilâfına mebni olacaktır ki Islâm kaza tarihinde kadınlara kaza tevcih edildiğine tesadüf edilmiyor. Fakat Müfti olanlar vardır. Va'z ve iftâ ile meşgul olan kadınlar; Hacı Zihni Efendi merhumun Meşâhîrün-Nisâ adlı kitabında yazılıdır.

İlim ve iktidara gelince :

Bu hususta muhtelif nokta-i nazarlar vardır. Kabul olunan ve ma'mûlün bih olan içtihad göre icthad kudreti evleviyetin şartıdır (12). Şüphe yoktur ki diğer şartlarla beraber bu kudreti hâiz olan varsa o tercih olunur ve icthad kudretini hâiz kimse yoksa insan münâsebetleri devam ettiği müddetce kaza mevkii boş kalamıyacağından mevcuttan intihab edilir (13). Nitekim Hâkimin halkın usûl-i muâşeretlerini, örf ve âdetlerini bilmesi her türlü töhmetten âri olması, kemal ve evleviyetin şartıdır.

NEFSİ KAZAYA MÜTEALLİK ŞARTLAR :

Evvelâ dâvânın hüküm sebeplerinden biriyle sâbit olması lâzımdır. Esbab-ı hüküm, şehâdet, ikrar, yemin, ye-

(12) Şâfiiler kadının mutlak icthad kudretine mâlik olması şart olduğu re'yindedirler.

(13) Fakat lâıyk olan mecellenin 1793 ncü maddesinde beyan olduğu gibi hâkim mesâil-i fıkhiyeye ve usul-i muhâkemeye ve dâvaları anlara tevfikân fasl ve hasme muktedir olmalıdır.

minden nükûl, karîne-i katia (14) yazılı vesikalârdır. Bazı fukahaya göre galib zan ifade eden delil ve emârelerle de hükme cevaz vardır.

İlm-i hâkimin delil olup olmaması fukaha arasında ihtilâflıdır. İmâm-ı Mâlik suret-i mutlakada yani gerek hukuk-ı ibadda, gerek hukukullah'ta olsun ilm-i hâkimle hükme cevaz olmadığını; eimme-i Ca'feriyye ve İbni Hazm gibi daha bazı müctehidler suret-i mutlakada ilm-i hâkimle hüküm olunamayacağını; İmâm-ı A'zam yalnız hukuk-ı ibadda cevazını içtihad etmişlerdir. Ancak Hazret-i İmâm'ın zamanın fesâdına mebni sonra caiz olmadığı yolunda fetva verdiği rivayet olunur. Hâkimi töhmetten ve sû-i zandan vikaye için müteehhirin tarafından da bu vechile fetva verilmiştir. Ancak hâkimin muhakeme esnasında görüp işittiği bazı hâdiseler hakkında ilmi mu'teberdir. Meselâ, esnây-ı muhakemede mahkemenin mehâbetini ihlâl edecek harekette bulunanlar ta'zir olunur (15).

Nefs-i kazanın şartlarından biri de verilen hüküm, nass veya icmâa ve hakkında nass bulunmayan ictihâdî meselelerde kıyasa muvafık olması lâzımdır. Nass veya

(14) *Karîne-i katia yakîn ifade eden karînedir. Meselâ: Bir ev yanarken içeriden feryad eden bir kimse, ev tamamen yandığı halde çıkmamış olsa, yandığına hükmlenir.*

(15) *Taraflardan biri diğerine hakaret ederse sırf şahsî bir hak olduğundan ta'zir ve tecziye için hakarete uğrayanın talebi şarttır.*

icmâa muhâlif olan hüküm bâtil olduğu gibi hakkında nass bulunan meselelerde kıyas ile hüküm bâtildir. Çünkü kıyas bir nevi içtihadıdır ve hükmü zannidir. Mevrid-i nasda ve kat'i delil karşısında içtihadta mesâğ yoktur.

Âyet ve hadislerin sarahati ya kat'idir yani mânâlarının tahsis ve te'vile ihtimali yoktur veya delâletleri kat'i olmayıp tahsis ve te'vile ihtimali vardır. Birinci kısma kat'i ve ikinciye zannî denir. Kat'i olan hükümler karşısında içtihadta cevaz yoktur. Ancak hakkında delil ve nass-ı kat'i olmayan meseleler mahall-i içtihadıdır. Binâenaleyh içtihad kudretini hâiz olan kimseler bu gibi meselelerde içtihad edebilirler. Ve içtihadlarında hata ederlerse günahkâr olmazlar. Hattâ hükmünde içtihad edip isabet ederse iki ecir ve hata ederse bir ecre nâil olur meâlinde olan Hadîs-i Şerif mucebince me'cur olurlar.

Bu hükümler içtihad kudret ve şartlarını hâiz olanlar hakkındadır. Bu kudreti hâiz olmayanlar ma'mulün bih olan içtihadla amel ve hükmederler.

KAZANIN ADÂBI: Kazanın âdâbı hakkında bir hayli hükümler vardır. Eslâf-ı kirâmımız tarafından bu mevzu'da müteaddid kitablar yazılmıştır. Kazanın âdâbından bazıları mecellenin «Kitabü'l - Kaza» unvanı altında gayet belîğ ve vecîz bir tarzda maddeler hâlinde beyan olunmuştur. Bunlar hadîs-i şeriflerden ve Hazret-i Ömer tarafından Basra kadısı Ebû - Mûsal' - Eş'raî'ye yazılan ve «Kitabüs - Siyâse» nâmı verilen mektuptan istihrac olunmuştur. Bu

mektubun aslı «Şemsü'l - Eimmetü's - Serahsî'nin» Mebsut'unda ve Alâüddin Ebû - Bekri Kâşanî'nin «Bedâyiü's - Senâyi' fi Tertîbi's - Şerâyi» adlı kitabında ve İbni Kayyim'in «İ'lâmü'l - Muvakkîin» namındaki eserinde ve İbni Haldun'un Mukaddime'sinde naklolunmuştur. Bunlar arasında bâzı ibâre farkları varsa da mündericat aynıdır. Ehemmiyetine binâen burada bu mektubun tercemesiyle, fıkra fıkra izâhını faydalı bulduk.

Tercemesi :

1 — Allah'a hamd ve senâ ve Nebiyy-i Kerîm'ine selât ve selâm'dan sonra bil ki; kaza, bir ferîza-i muhkeme ve uyulması vâcib olan bir sünnet-i celîledir. Ey Kadı sana bir dâvâ arzedilince çok dikkat et. Hasımlardan birinden diğerrinin hakkını ikrâra delâlet edecek bir söz sâdır olursa ikrariyle ilzam et, ikrar sayılamıyacak söz ve beyanlara kıymet verme.

2 — Meclis-i kazada, karşında ve hükmünde nâsı, müsâvi tut tâki şerefli olanlar zulmünden ümidvar ve zaif olanlar adlinden nâ ümîd olmasınlar.

3 — Beyyine müddeîye, yemin münkire düşer.

4 — Helâl olan bir şeyi haram ve haram olan bir şeyi helâl kılmamak şartıyla sulh câizdir.

5 — Müddei dâvasını, müddeââleyh def'ini isbat için mühlet isterse; beyyine ikame edecek bir müddet müsaa-

de et. Bu müddet zarfında beyyine ikame ederse hakkını ver, aksi halde aleyhine hükmet. Bu tarz-ı hareket kadı için bir özürdür, şübheyi bertaraf eder.

6 — Bir mes'ele hakkında hükmettikten sonra hükmünün yanlış olduğu taayyün ederse hakka rücu'et. Hakka dönmek bâtılda ısrardan hayırlıdır.

7 — Müslümanlar âdildirler. Onların yekdiğeri aleyhine şehâdetleri makbuldür. Meğer ki yalan şehâdetle mâruf olmak veya hakkında hadd-i kazif icra edilmiş bulunmak veya velâ' ve karâbet sebebiyle def'i mazarrat ve celbi menfaat dâiyesi bulunmak gibi şehâdete mâni halleri ola. Bu gibilerin şehâdetleri kabul olunmaz.

8 — Ey kadı, sana Kitab ve Sünnet'te bulunmayan bir mes'ele getirilirse, son derece basîret üzere ol. Biribirinin benzeri olan şeylere dikkat et. Emsâli emsâle kıyas eyle, Allah'ın rızâsına, şâri'in maksadına uygun olan re'yi ihtiyar et.

9 — Esoây-ı muhâkemedede garab ve hiddetten, bağırıp çağırmaktan ve işlerin çokluğundan sıkıntı getirmekten ve ekşi yüzlü olmaktan sakın. Çünkü kaza fazîlet-i ahlâkiyedir. Allah yanında sevâbı, halk yanında iyilikle yad olunmağı icabettirir. O kadı ki, hükmü hulûs-ı niyyete makrun ola. Allah nâs ile kendi arasında vukuu melhuz tehlikelerden korur. Nefsinde olmıyan şeyi sûret-i Hak'tan görünerek, hüsn-i niyeti ihlâl edenleri Allah, halk yanında

rezil ve rusvay eder. Çünkü Allah ancak hulûs-i niyetle olan amelleri kabul eder.

İşte mektub bu fıkraları ihtiva ediyor. Veciz bir surette bir çok hükümleri tazammun eden bu fıkraları teker teker izah edelim.

Hazret-i Fâruk-ı A'zam mektubun bidayetinde kazanın ehemmiyetine işâret ettikten sonra kadiya tarafların sözlerine dikkat etmesini tavsiye ediyor: Filhakika muhâkemedede iki tarafın iddia ve müdafaalarına dikkat, ihkak-ı hak ve isabetli hüküm için birinci şarttır. Anlatılmak istenen vâkıaların hukukî hüviyetleri anlaşılmadıkça ne muhâkemeye doğru istikamet vermeğe, ne de doğru bir neticeye varmağa imkân vardır. Bu cihetle söylenen sözler son derece dikkati istilzam eder. Alelhusus ifâdeler yazılıp zab'edilmezse mesele bir kat daha kesb-i ehemmiyet eder. ifade ve beyanlar tam ve vazih değilse, noksan kalan cihetler istizah olunarak meseleler lâyıki ile anlaşıldıktan sonradır ki mürafaa sâlim bir istikamet alır. Taraflardan birinden, ikrara delâlet edecek bir beyan geçerse ikrârı mucibince hükmolunur. İhtilâfın halline medar olmayacak sözlere hele mevzu' hârici beyanlara kıymet verilmez.

Meselâ, müddei, müddeâ aleyhe.. para verdiğini iddia ile hüküm altına alınmasını isterse; iddia bu şekli ile istima' olunmaz. Çünkü bir para hibe suretiyle verilebilir, ödünç verilmiş veya-emânet bırakılmış olur. Bunlar ayrı ayrı hükümlere tâbi'dir. Binâenaleyh parayı ne sebep ve

maksatla verdiği sorulur. Keza, mebi' semeninden alacak dâvasında satılan şeyin ne olduğu, teslim edilip edilmediği araştırılır. Bundan sonra diğer taraf dinlenir. İkrar ederse ikrârıyla ilzam olunur. İnkâr ederse müddeiden; ve müddeâ aleyh istimâa şâyan bir def'ide bulunur da müddeî kabul etmezse kendisinden beyyine istenir ki aşağıda tafsil olunacaktır. Bu fıkranın mazmûnundan da anlaşılacağı üzere dikkat ve sıhhat-i tefekkûra mâni olacak bir ârıza vukuunda hâkim muhâkeme ve hükme tesaddî etmemelidir (16).

2 rakkamiyle terceme ettiğimiz fıkrada, Hazret-i Fâ-rûk hasmeyn arasında adâlete yani müsâvâta riâyetin lû-zumuna işâret ediyor. Nâs tâbirinden de anlaşılacağı üzere taraflar kim olursa olsun biri bir millete ve diğeri başka bir millete tâbi' olsun veya biri eşraftan ve diğeri âhâd-ı nâstan bulunsun mutlaka hîn-i muhâkemedede tarafları oturtmak (17) kendilere tevcih-i hitab etmek gibi muhâkeme teallûk eden hususlarda hâkim, adl ve müsavâta ri-

(16) Mecelle'de mesele şu suretle ifâde olunmuştur.

Madde 1812 — hâkim gam ve gussa ve açlık ve galebe-i nevm gibi sıhhat-ı tefekkûre mâni' olabilecek bir ârıza ile zihni müşevveş olduğu halde hükme tesaddî etmemelidir.

(17) Hâkim, taraflardan birini sağ ve diğerini sol tarafına oturtmaz belki kolayca kendisinin ve onların sözleri işitilebilecek bir mahalde ve karşısında oturtturur. Müddeî hâkimin sağ hizasında ve müddeâ aleyh sol hizasında bulunur. Hâkim ile taraflar arasında iki metrelık bir mesafe bulunur.

âyetle mükelleftir. Ancak bu sûretledir ki, taraflar ve bil-hassa zaif olan, bir gûnâ şübheye düşmeksizin neticenin bîtarafâne olacağından emin olur ve serbestce iddia ve delillerini beyâna imkân bulur. Bu hususta müsâvâta mugayir ufak bir harekete müsâmaha olunmaz. Hazret-i Ömer'in hilâfeti zamanında birgün Hazret-i Ali yanında otururken bir adam gelerek Hazret-i Ali'den bir dâvâda bulunmuştu. Halife mürâfaa yapmak üzere Ali'ye Yâ ebel-Hasan kalk hasmınla birlikte otur dedi. Mürâfaa sona erip hasmı oradan ayrıldıktan sonra yine eskisi gibi kalkıp yerine oturdu. Fakat yüzünde bir hoşnudsuzluk eseri, bir tegayyür vardı. Halife sordu, muamelemden hoşnud olmadınız mı? dedi. Hazret-i Ali evet olmadım. Çünkü hasmının yanında bana künyemle hitab ettin (18). Halife pek mütehassis oldu ve gözünden öperek ikazından dolayı kendisine teşekkür etti. Bir kere de Hazret-i Ömer ile Übey bin Kâ'b arasında bir dâva tehaddüs etmişti. Muhâkeme için ol zaman Medîne kadısı olan Zeyd bin Sâbit'in huzuruna gittiler. Zeyd, «Size bir kavmin kerîmi gelirse ikram ediniz.» meâlinde olan Hadîs-i Şerîfe imtisâlen Hazret-i Ömer'i mevki-i ikramda bulundurmak istedi. Halife Ömer tarafgirliğin ilk alâmetidir diye kabul etmedi. Hasım Übey bin Kâ'b'ın yanına oturdu, muhâkemeleri yapıldı. Halifeye yemin teveccüh etmişti. Übey bin Kâ'b yemin vermedi,

(18) Arablarda bir zâta künyesiyle hitab tâzîm ifâde eder.

böylece muhâkeme bitti.

Bir de şu vak'aya bakalım. İmâm-ı Yûsûf ölüm hastalığında yalvarıyor, Allah'tan af diliyor ve diyordu ki: Ya Rabbi biliyorsun ki ben hasımlar arasında adâleti terk etmedim. Ancak bir hâdisede adâlete riâyet edemedim, beni affet Yâ Rabbi. O hâdisi ne idi diye kenisinden sordular, dedi ki «bir kere Emîrül - Mü'minîn'den bir Nasrânî bir şey dâvâ etmişti. Esnây-ı muhâkemedede halife oturuyordu, ayağa kalkmasını ihtar edemedim, yalnız mümkün olduğu kadar Nasrânî'yi meclisin üst tarafına doğru çekmeğe çalıştım ise de yine matlub olan müsâvât hâsıl olmadı. İşte bu benden sâdir olma bir adâletsizlikti» diye hâdiseyi hikâye etti.

Kazaya ne büyük itimad ve hürmettir ki bir zimmi hiç çekinmeden halife şeyhine dâvâ açıyor, kadı da muhâkemeye tealluk eden müsâvâtı yerine getiremediğinden hayatının son demlerinde Allah'a yalvararak afv dileyor. İslâm Kaza tarihi böyle ibret alacak misallerle doludur. (19).

3 rakkamı altında terceme ettiğimiz fıkra isbat hakkına tealluk eden çok mühim bir meseledir. Bu kaide bir

(19) Mecelle'nin şu maddeleri bu mektubun hükümlerine muvafık olarak tanzim olunmuştur.

Madde 1792 — Hâkim, hakîm, müstakîm, emîn, mekin, metîn olmalıdır.

Madde 1798 — Esnây-ı muhâkemedede tarafeynden yalnız

Hadîs-i Şerîftir ki, meâli şöyledir : «Halkın istedikleri şey, mücerred dâvaları üzerine kendilerine verilse herkes diğerin can ve malını istemeğe kalkışır.»

Bu kaide her milletin hukukunda yer alan değişmez bir esastır. Ve her müddeî dâvasını isbatla mükelleftir. Ma'kul olan da budur. Çünkü bir hak iddiasıyla himâyesini talebden ibâret olan dâva, bir iddia olup sıdk ve kizbe (doğru ve yalan olmağa) ihtimali vardır. Himaye olunabilmek için doğru olduğunun sübûtu lâzımdır. İnkâr-ı mücerredler ise kabil-i isbat değildir, meğer ki iddiânın hilâfını müstelzim bir hâdise iddiasıyla müterâfık olsun. Şu halde müddeinin beyyinesi bulunmaması halinde yeminden imtina ve ikrar ihtimaline mebni; münkire yemin tevcih olunur. Bu hükümlerdeki isabet açıktır. Ancak müşkil olan, her hâdisede müddeî ve münkiri tâyin edebilmektir. Bir alacak dâvası ve onu tamamen inkâr gibi her dâvada müddeî ve münkir vâzih olmaz. Meselâ, müddeî bey'in şu kadar lira ile müşteri daha az miktarla olduğunu veya bir taraf malın âriyet ve diğer taraf hibe edilmiş bulunduğunu veya bir taraf yapılan akdin hâl-i sıhhatte ve diğer taraf hal-i cinnette vâki olduğunu iddia ederlerse, müddeî,

birisini hanesine kabul etmek ve meclis'i hükmünde biriyle halvet (yalnız kalma) veya ikisinden birine el veya göz veya baş ile işaret eylemek veya anlardan birisine gizli lâkırdı yahud diğerinin bilmediği bir lisanla söz söylemek gibi töhmet ve sû-i zanna sebep olabilecek hal ve harekette bulunmamalıdır.

münkir kimdir? Her iki tarafın beyyinesi yoksa yemin ki-me teveccüh edecektir? İşte bunlar teemmüle muhtaçtır. Bunları şöyle bir kaç misâl olarak yazdık. Bunlardan daha güç ve karışık hâdiseler olabilir.

Müddeî ve münkiri tâyinde kabul olunan esaslar şunlardır : Zimmetin meşguliyetini, aslın hilâfını, ziyadeyi, bir emr-i hâdisin en uzak zamana izafesini iddia eden müddeî; bilâkis zimmetin berâetini, aslı, bir emr-i hâdisin en yakın zamana izâfesini iddia eden münkirdir. Bu halde beyyine müddeîye ait, yemin münkir üzerinedir. Gerçi yemin, Allah'ın ismine mukarin ise de müsbit sayılamaz. Fakat aslı, zâhir-i hâli, vaziyet-i hâzırayı takviye bakımından dâvayı bertaraf etmeğe kâfidir. Bu mevzuda fazla bilgi için arzu eden «Hukuk Mantığı ve Tefsir» adlı eserimize müracaat edebilir.

4 — Bu fıkrada Hazret-i Faruk taraflara sulh teklî edilmesini tavsiye ediyor ve Şam âmili (valisi) Hazret-i Muâviyeye yazdığı mektubun bir fıkrasında da bu tavsiyeyi tekrarlar beraber şüpheli hususlarda bilhassa sulha dâvet hakkında nazar-ı dikkati çekiyor. Terceme olunan fıkrada Hazret-i Resûl-i Ekrem'den menkûldür. İşte bu eserlere mebnîdir ki Mecelle'nin 1826 ncı maddesinde «akraba beyninde vukubulan veya tarafeynin sulha rağbetleri me'mul olan muhâsamada hâkim bir veya iki defa tarafeyne musâlehayı tavsiye ve ihtar eder, muvafakat ederler ise. Kitâbü's - Sulh'te munderiç olan mesâile tevfikân müsâle-

ha eder ve muvafakat etmezlerse muhâkemeyi itmam eyler» denmişti. Mülga Meşihat-ı İslâmiyye'de müteşekkil Fetvâhâne-i Ali, şer'îye mahkemelerinden verilip tetkik edilmek üzere gelen işlerden pek karışık ve hakikat lâıyıkıyla anlaşılamiyanları; hâdisenin sulhan tesviyesi icab-ı hal ve maslahattandır diye mahalline iade eder ve alâkalılar ekseriyetle fetvâhânedен sulh emrolunmuştur diye sulh olurlardı. Taraflar sulh olmayıp işin hükmen hallini talebde ısrar ederlerse mahkeme vuku-ı halden bahisle evrakı tekrar gönderirdi. Fakat böyle bir tavsiye pek nadir olurdu.

Sulhun cevazının delili «Ve s-Sulhu hayrün» nazm-ı celîli ile icmâ-ı ümmettir. Filhakika bir işin hükmen hal ve faslı hasımlar arasında adâvet ve kin doğurur. Bu cihetle sulh olmaları elbette hayırlıdır. Ancak yapılacak sulh şâri' tarafından men'olunan mâhiyette yâni helâli haram ve harâmı helâl kılacak mahiyette olmamak lâzımdır. Böyle olursa, sulh ya fâsid veya bâtil olur.

Tarafların rızasıyla münazaayı sona erdiren akiddir diye ta'rif olunan sulhte muhtelif ihtimâller vardır. Sulh ya an ikrârın veya an sükûtün veya an inkârın olur. Yâni müddeâ aleyh, ya hakkı ikrar veya hak olup olmadığından sükût veya müddeâ bihi inkâr ederek sulh olur. Bu ihtimâllere, müddeâ bihle, sulh yapanlara, bedeli sulha taallük eden bir takım mes'eleler vardır ki, bunlar fıkıh kitaplarında teferruatıyla izah olunmuştur. Mevzu' hâricinde ol-

duğundan bunlar üzerinde durmuyoruz.

5 — Bu fıkra isbat hakkına taallûk eden bir usu mes'elesidir. Birinci fıkra ile birlikte mütalâa edersek gözlerimizin önünde sûret-i muhâkeme şu vechile belirir. Taraflar muhâkeme için hâkimin huzuruna geldiklerinde hâkim müddeîye dâvasını söyler. Müddeînin takririne göre dâva ya açıkça haksız veya noksan fakat tashihi mümkündür veya sahih ve kabil-i istima, bir haldedir.

Birinci ihtimalde hâkim müddeâ aleyhin isticvâbına bile lüzum olmaksızın dâvayı reddeder. Meselâ müddeî müddeâ aleyhten vedîa suretiyle bıraktığı hayvan müddeâ aleyhin teaddî ve taksîri olmaksızın telef olmuştur kıymetine hükmolunmasını isterim diye dâva etse; teaddî ve taksîri olmayan emîne zamân lâzım gelmiyeceğinden dâva reddolunur.

İkinci halde noksan olan cihet sorulur ve tashih ederse dâva dinlenir.

Meselâ, müddeî müddeâ aleyhte alacağım vardır, alıverilmesini isterim diye dâva etse dâvanın sıhhatinde müddeâ malûm olmak şart olduğundan alacağın miktarı sorulur, beyan ederse istima olunur; etmezse beyan edilmedikçe dâvasının dinlenemeyeceği kendisine anlatılır.

Üçüncü sûretle tashih hallerinde müddeâ aleyhten dâvaya karşı ne diyeceği sorulur. Müddeâ aleyh ya ikrar veya inkâr eder veya ikrar ve inkârla beraber müteber bir

defi'de bulunur (20).

İkrar ederse ikrarile ilzam ve müddeinin hakkının kendisine verilmesi tefhim olunur; inkâr ederse dâvacıdan beyyine istenir, hazır ise dinlenir; hazır olmayıp ta getirmek üzere mühlet isterse beyyinesini getirmek mümkün olacak kadar bir mühlet verilir. Duruma göre mühletin miktarını hâkim takdir ve tâyin eder, beyyine getirirse mucebince hükmolunur, getirmez ve başka delil olmazsa dâvası reddolunur. Biraz evvel söylediğimiz ihtimaller defi dâvada da mevcuttur. Beyan olunan tafsilât dairesinde muamele yapılır. Acele edilmeyip mühlet verilmesi taharrî-i hak bakımından zarûridir. Bu hal hâkim için mâzeret ve aynı zamanda hakkın mevcut olup olmaması hususlarındaki tereddüd ve iştibâhı def edecek bir harekettir.

6 — Bu fıkrada da icthad mevzuunda mühim bir esâsa temas ediliyor. Müctehid icthâdında bazen isâbet ve bazen de hata eder. Hatasından dolayı mes'ul olmaz. Hatâ yukarıda söylediğimiz vechile sa'yinden nâşi sevâba nâ'il olur. Yalnız mes'ele icthadî meselelerden olmalıdır

(20) Defi : Müddeâ aleyh tarafından müddeinin dâvasını def edecek bir dâva dermeyan olunmaktır. Meselâ bir kimse cihet-i karzdan dolayı şu kadar kuruş dâva ettikte müddeâ aleyh ben edâ etmiştim, yahud beni andan ibra etmiştin, yahud sulh olmuş idik, yahud bu meblâğ karz değildir sana satmış olduğum filân malın semenedir veyahud filân kimsede alacağım olan olmaktadır kuruşu sana havale etmekle sen dahi bana olmeblâğı vermiş idin dese müddeinin dâvasını def etmiş olur. Mecelle madde : 1621.

Kur'ân veya sünnette hükmü mansus veya hakkında icmâ' vârid olan mes'eleler icthad mevzuu olamaz.

İctihad kudret ve şartlarını hâiz olan hâkim, bir hâdisede bir türlü icthad ettikten sonra muahharen icthadını değiştirir şe evvelki icthadının hatalı olduğu neticesine varırsa, benzeri hâdiselerde son icthâdiyle amel eder. Fakat birinci icthâdiyle verdiği hüküm bozulmaz. Çünkü her iki icthâd zannîdir, hususiyle evvelki icthâd hüküm ile teeyyüd etmiştir. Benzeri hâdiselerde son icthâdiyle amelin lûzumunu hâkimin son kanâat-ı ilmiyyesine göre ikinci icthâdi hak ve birincisi bâtıl olmasındandır. Hak ile hüküm bâtılda ısrardan hayırlıdır. Bir kere Hazret-i Ömer bir meselede evvelki hükmünün hilâfiyle hükmetmişti. Bir zat ya Emîrel-Mü'minîn siz evvelce bunun hilâfına hükmetmişsiniz dedi. Hazret-i Ömer, evet biliyorum, fakat sabık hüküm o günkü icthâdımın, bu hüküm de bugünkü icthâdımın eseridir buyurmuşlardır. Bunun gibi bir çok müctehidler, hâkimler muhtelif icthadlarda bulunmuş ve son icthadlarıyla amel ve hükmetmişlerdir. İmâm-ı A'zam gibi büyük âlim ve müctehidler bazen esas bakımından ve bazen nâsın ahlâkî ve içtimâî durumları bakımından icthadlarında tebeddüller olmuştur. Tekrar edelim ki bu hükümler icthad kudretine mâlik olan hâkim ve âlimler hakkındadır. O iktidarı hâiz olmıyan mukallidlerin ne birinci ne de ikinci icthadlarının kıymeti vardır. Esasen mektup o gibilere değil mertebe-i icthadda bulunan bir hâkime hitab ediyor.

7 — Bu fıkra kimlerin şehâdetleri kabul edilip kimlerin şehâdetlerinin kabul edilmeyeceğine ve isbat hukukuna âitdir. Fıkranın müslümanlar âdildir, biribiri aleyhine şehâdetleri kabul olunur, cümlesi Hazret-i Resûl-i Ekrem'den menkul bir Hadis-i Şeriftir. Âdil, Mecelle'nin 1705 ci maddesinde de beyan olunduğu üzere hasenâtı yâni iyi âmelleri seyyiâtına yâni kötü amellerine galib olan kimse demektir. Müslümanların adâletle tavsifi şunun içindir ki İslâm Dini'nde yalan şehâdet, kat'iyyen memnu'dur, ve bir fazihadır. Bir müsliman müsliman olarak akîde ve îmanı icabı haram ve memnu olan şeylerden kaçınır. Meğer ki amelde mübalâtsizliği ve islâmî hükümlere muhâlif hareketleri görülsün. Binâenaleyh yalan şahitlik ile mâruf ve meşhur olan kimselerle zina isnadı sebebiyle üzerine hadd-i kazif icra olunan kimselerin şehdetleri kabul olunmaz.

Hazret-i Resûl-i Ekrem bir Hâdis-i Şerifinde Allah'a şirkin, adam öldürmenin, ana babaya âsi olmanın, yalan şehâdetin günahların en büyüğü oldığını beyan buyurmuştur. Görülüyor ki yalan şahitliği, Allah'a şirk ve adam öldürmek gibi en ağır dalâl ile müsavi tutulmuştur. Filhakika yalan şehâdet ferdî ve içimaî en kötü bir hareketir. Yalan şehâdet muhterem olan hakları ihlâl ile kalmaz halkın adâlete güveninin sarsılmasına sebep olur ve hâkimleri tereddüde sevkederde doğru şehâdetlerde de şüpheyi mûcib olur.

Afif ve muhsan birine zina isnad ederek bu sebeple

kendisine had icra olunan kimselerin de şehâdeti kabul olunmaz. Herkesce muhterem olması lâzımgelen ırz masûniyetine, insan şerefine taarruz eden bir şahısta adâlet düşünülemez. Kur'ân-ı Kerim'de «Namuslu, hür kadınlara zina isnad edib de dört şahid getiremeyen kimselere seksen değnek vurunuz, onların ebediyyen şahitliğini kabul etmeyiniz, anlar fâsıkdırlar meğer ki onlar bu hareketlerinden sonra tevbe ederek ıslâh-ı hâl etmiş olsunlar Allah gafûr, rahîmdir.» Meâlinde olan âyet-i kerîmede bu gibilere fiillerine ceza olmak üzere had icrası ve şehâdetlerinin kabul olunmaması emir buyurulmuştur.

İzahıyla iştigal ettiğimiz fıkrada şehâdette karâbet ve velâ gibi bir münasebetle def'i mazarrat, celb-i menfaat dâiyesi olursa bu kabil şehâdetin dahi kabule lâyık olmadığı beyan olunmuştur. Bu geniş mevzu fıkıh kitaplarında bütün teferruâtıyla ve fukâha arasındaki ictihâd ihtilâflarıyla birlikte tafsil olunmuştur. Biz buraya Mecelle'nin icmalini nakl ile iktifa edeceğiz.

Madde 1700 — Şehâdetde def'i mağrem ve cerr-i mağnem yâni def'i mazarrat ve celb-i menfaat dâiyesi olmak şarttır. Binâenaleyh aslın far'a ve fer'in asla yâni âbâ ve ecdâd ve ummehat ve ceddâtı, evlâd ve ahfâdı lehlerine ve evlâd ve ahfâdın âbâ ve ecdâdı ve ümmühat ve ceddâtı lehlerine ve hâkeza ehad-i zevceynin diğeri lehine şehâdetleri makbul olmaz. Amma bunlardan mâada akrabanın yekdiğeri lehine şehâdeleri makbul olur. Kezalik bir kim-

senin infâkiyle teayyüş eden adamının ve ecir-i hâssının kendi lehine şehâdetleri makbul olmaz. Amma kapı yoldaşlarının yekdiğeri lehine şehâdetleri makbul olur ve kezâlik şeriklerin mâl-i şirkette yekdiğeri lehine şehâdetleri ve kefil bilmal olan kimsenin asıl tarafından mekfûlün bihin eda olunduğuna şehâdeti makbul olmaz. Amma sâir hususlarda yekdiğere şehâdetleri makbul olur.

Madde 1701 — Dostun dosta şehâdeti makbuldür. Fakat beyinlerindeki dostluk yekdiğerin malında tasarruf etme mertebesine varırsa ol halde yekdiğerin lehine şehâdetleri makbul olmaz.

Madde 1702 — Şâhid ile meşhudün aleyh beyninde adâvet-i dünyeviye olmamak şarttır. Adâvet-i dünyeviye örf ile bilinir.

Hazret-i Faruk'un, izah ettiğimiz fıkradaki beyâniyle yukarıdaki maddelerdeki icihadlar Hazret-i Resûl-i Ekrem'den rivâyet olunan «Hasmın ve şehâdetinde töhmet bulunanın şehâdeti kabul olunmaz.» meâlindeki Hâdis-i Şerife müsteniddir.

8 — Bu fıkra hukuk ilminde pek mühim ve icihad mevzuunda bahis ve münakaşayı mucib olan bir esâsa aittir. Ehemmiyetine mebnidir ki fıkra dikkat tavsiyesiyle başlıyor. Hukuk Mantığı ve Tefsir adlı eserimizde de izah ettiğimiz vechile şeriat-ı islâmiyede hukukî teşri' yalnız esasların ve ana meselelerin beyanı suretiyle vâki olmuş

ve değişebilecek hâdiselerle teferruât, ümmetin ictihâdına bırakılmıştır. Beşerî teşri'lerde de hâl böyledir. Kanunlar bu tarzda tanzim ve muhtemel hâdiseler ve teferruatla iş-tigal olunmayıp umumî kaide ve küllî meselelerin tesbitiyle iktifa olunur. Kanunların sarâhat ve delâletleriyle hal-lolunamıyan hâdise ve teferruat hukuk âlimleri ve hâkim-lerin ictihadlarıyla hallolunur. Zâten insan münâsebetlerini başka türlü tatmine imkân oyktur. Hiç bir hâdise; Kur-ân ve Hadîs'te hükmü beyan olunmamıştır diye ihmal edilemez. Mutlaka hallu fasl edilmek iktiza eder. Fıkranın sa-râhatine göre hâkim, Kur'an ve Sünnet'in sarahatiyle hük-medecek ve Kur'ân ve Sünnet'te hükmü mansus olmiyan hâdiselerde kıyas tarikine müracaat edecektir. İşte Hazret-i Faruk bu müşkil husus hakkında nazar-ı dikkati celbediyor. Filhakîka hukukun tekâmülünde kıyas mühim bir va-sıtaadır. Boşlukların doldurulmasına ve hukuk ilminin in-kişafına hizmet eden vasıtaların en mühimi kıyastır. Kı-yasın cevâzına kail olan müctehidlerin istinad ettikleri de-lillerden biri de bu mektubdur. Hanefî, Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelî'lerle cumhûr-ı fukaha kıyasın lûzumuna kail ol-muşlardır. Ehli sünnetten zâhiriyye mezhebi fukahasıyla mu'tezileden nazzam ve ona tâbi' olanlar ve Şiadan İmâmiyye uleması, kıyası, ahkâmı istinbâtında ihticâce salih gör-mezler.

Burada kıyastan maksad kıyas-ı mantikî ve kaide ve asıl mânasına olan kıyas değil, kıyas-ı fukahadır. Kıyas hakkında malûmat edinmek isteyenler Büyük Ali Haydar

Efendi merhumun Usul-i Fıkıh Dersleriyle merhum Mahmud Esat Efendi'nin Telhîs-i Usûl-i Fıkıh adlı eserine ve Hukuk Mantığı ve Tefsir adlı eserimize müracaat edebilirler.

9 — Bu fıkırdaki Hazret-i Faruk-ı A'zam kaza âdab ve faziletlerinden; tahammül, metanet ve hulûs-i niyet gibi yüksek vasıflar üzerinde duruyor. Filhakıka kaza hizmetinin ecir ve mesûbâtına nâil olmak için mutlaka tahammül şarttır. Bağırıp çağırarak işlerin çokluğundan sıkıntı duyararak ekşi yüz gösterecek derecelerde tahammülsüzlük; mecliste bulunanlara eza vermekle beraber selâmet-i fikir ve cemiyeti hâtırı ihlâl eder.

Mektupta metânet ve hulûs-i niyetin dünya ve âhirette mucib olacağı mükâfat ve zaaf ve rıyanın fenalık ve fezâhati izah olunuyor. Metâneti olmıyan ve vereceği hükümden dolayı melhuz tehlike ve zararlardan korkan hâkimden, doğru dürüst bir vazife beklenemez. Hâkim kimse- den ve ta'n ve teşni'den korkmaz; Hak ve adil dairesinde hükmünü verir. İşte Allah böylelerini melhuz her türlü tehlike ve zarardan korur. Kadı Şüreyh, (21) kısmen fitne

(21) Kadı Şüreyh tâbînden ve Kûfe fukahasıdır. Hazret-i Ömer tarafından Kûfe'ye kadı tayin olunmuş, Hazret-i Ali ve sairleri tarafından vazifesinde bırakılmıyış ve Haccac beliyesi yüzünden vefatından bir sene evvel istifa ile ayrılmıştır. Hazret-i Ömer'in kaza ve adâlete dair kendisine gönderdiği bir çok mektuplar vardır. Hazret-i Ali ile bir yahudi arasında geçen meşhur dâva Kadı Şüreyh huzûrunda cereyan etmiştir. Kadı Şüreyh 87 tarihinde yüz yirmi yaşında olduğu halde irtihal eylemiştir.

zamanlarına tesadüf ettiği halde 60 seneyi müteceviz bir zaman nasıl kaza vazifesinde muvaffak oldun diye soranlara evet, çoklarının dedikodu, ta'n ve teşnii karşısında kaldım. Fakat hak ve adâletten ayrılmadım. Allah, bu sâyede beni korudu diye cevap vermiştir.

Yukarıda geçen beyânâtımızla izâhına çalıştığımız Halife-i A'zam Hazret-i Ömer'in mektubundan hâkimlerin hâdiseler karşısında hangi menba'lara tevfikân hüküm verecekleri anlaşılmiştir. Şu ciheti dahi tasrihi faideli buluyoruz ki hâkimler hükümlerinde Kur'an ve sünnetin kabul ettiği örf ve âdetleri, tâli ve yardımcı delilleri nazara alagelmışlerdir. Bu münâsebetle âdet hakkında ve bazı tâli deliller hakkında malûmat vermeği muvafık bulduk.

ÖRF VE ÂDET

Kur'an-ı Kerim'de Yetim işlerine bakanların ve yetim mallarını idâre edenlerin fakir iseler yetimin malından ma'ruf veçhile intifalarına cevaz verilmiş ve Hazret-i Peygamber'e hitâben: «örf ile emret, câhillerden yüz çevir» meâlinde olan nazm-ı celil ile örfün şeriat-ı İslâmiyede mevkiine işâret buyurulmuş olduğu gibi (mü'minlerin güzel gördükleri şeyler Allah yanında güzeldir.) meâlinde olan hadis-i şerifle, Ebû - Süfyân ın karısı Hind'in: «Zevcim bahil ve harîs bir adamdır, anın malından kendime ve çocuklarıma gizlice sarf etmemde günah var mıdır?» diye vukubulan istiftasına Hazret-i Peygamber: «Ma'ruf miktarda kendin ve çocukların için alabilirsin» buyurma-

ları örf ve âdetin fıkhıdaki mevkiini göstermeğe kâfi bulunmuştur.

Tâbiîn devrinde ve muahhar devirlerde bu nass ve sa rahatlere istinaden örf ve âdetle amel olunagelmıştır. Ez-cümle meşhur kadı Şüreyh, aralarında cereyan eden ve san'atlarının örf ve âdetinden bahseden iplikci esnafına aranızda câri örf ve âdetiniz muteberdir diye hükmetmiştir. Tâbiînün ulularından Hasan Basrî bir kere Abdullah bin Merdas'dan altıda bir dirhem ücretle bir merkebi kiralamış ve bir zaman sonra yine lâzım olduğunda pazarlıksız merkebi alarak intifa eyledikten sonra yarım dirhem ücret vererek sahibine iâde etmiştir. Hasan-ı Basrî'nin ikinci defa pazarlık yapmaması Basra'daki örfte mebnî idi.

Hulâsa : Örf ve âdet ihmal olunmıyacak bir huccet ve delildir. (22). Ne gibi örf ve âdetlerin huccet olduğunu az sonra yazacağız. Örf ve âdetten başka bir de teâmül tâbiri vardır. Âdet ile teâmül mürâdif gibi kullanılır. Ancak örf ile âdet ve teâmül arasında bazı farklar vardır. Şimdi bunları izah edelim.

Örf bilmek ve tanımak demektir.

Ma'ruf : iyi tanınan şey mânâsındadır. Hukuk ıstıla-

(22) Gerek garb ve gerekse şarkta örf ve âdete müteallik birçok eserler yazılmıştır. İbni Âbidîn merhumun «Neşri'l-Örf» nâmındaki eseriyle Türkçe olarak yazılan Kâmil Miras'ın Fıkıh Târîhi Dersleri adlı eserindeki tafsilât tavsiyeye şâyandır, bunlar matbu'dur.

hında örf, akl-ı selimin iyi gördüğü şey diye târif olunur. Bu şey ma'ruftur denince, bu mânâ anlaşılır. Meselâ adâlet ma'ruftur. Çünkü akl-ı selîm adâleti iyi görür. Bu, insanlarda değişmesi mümkün olmıyan sarîh bir keyfiyettir. Zıddı zulümdür.

Âdete gelince : âdet; işlenegelen ve îtiyad edilen şey demektir ki, zaman zaman tekerrürle teessüs eder.

Teâmül : kendisiyle amel galib olan demektir. âdetle mânâ itibâriyle aralarında fark yoktur. Yalnız örf ile âdet ve teâmül arasında şu farklar vardır. Örf daima iyi olanıdır. Âdet ve teâmül iyi ve kötü olabilir. İyi âdet fenâ âdet, iyi teâmül kötü teâmül denir.

Fakat kötü örf denmez. Çünkü iyilik örfün mânâsından bir cüz'dür. Bir de fiil ve amelde örf daima ma'kul olmandır. Âdet ve teâmülde ma'kul olup olmaması düşünülmez, yeter ki mu'teber olmak için akıl onu kötü görsün.

İbtidâî kavimlerde insan münasebetleri örf ve âdete göre cereyan ederdi. Beşer cem'iyeti ilerledikçe semâvî teşri'lerle bazıları ya tamamen ibtal veya tâdil olunmuştur. Kanunların hükümlerinin çoğu örf ve âdet hukukundan intikal eylemiştir.

İslâmî teşri ve esasları incelenirse birçok hükümlerin örf ve âdete müstenid olduğu görülür. Meselâ akidler icab ve kabul ile mün'akid olur, Bazı akidler teâti ile de in'ikad eder, bey've hibede ma'kudun aleyh rakabe, icar ve âriyet-

te menfaattir. Emânet, muhâfaza mükellefiyeti, kefâlet, mutâlebe hakkı, havale, borcu nakil neticesini tevlid eder, Rehin lede-icab alacağı istifa hakkı verir gibi meseleler örf ve âdete mebni tecvîz olunan mesâildendir. Islâm şeriatı âdetlerin ma'kul olanlarını ibka ve ma'kul olmayanlarını ya külliyyen ibtâl veya ta'dil etmiştir.

Meselâ kasaba ve şehirlerde karpuz ve kavun târe ile satılır ve bazılarında okka ile. Bu ma'kul mudur, değildir düşünülmez.

Bir de örf ile âdet ve teâmül arasında şu fark vardır ki, âdet ve teâmül amel'e taallûk eder. Örf ise sözdâ de olur. Bir ilim veya san'at erbâbı bir lâfzı, asıl mânasının gayri bir mânâda kullanırlarsa bir örf teessüs etmiş olur.

Meselâ, hukuk âlimleri fi'l-asıl habs mânasına olan vakf lâfzını hukukî mânâsına tahsis etmiş ve o mânâda kullanagelmışlerdir. Bu bir örf-i hastır, ıstılahtır. İlmî, fenniî, sınaî ıstilahlar hep böyledir. Ba'zen bir lâfız şer'î bir mânâda isti'mal olunur. Bu da şer'î bir örftür. Salât, zekât, savm ve hac gibi.

İşte örf, âdet ve teâmülün mâhiyetleri bundan ibârettir. Fakat fıkıh ıstılâhında üçü de aynı mefhumda kullanılmıştır. Nitekim: «âdet muhakkemdir», «Nâsın istimâli bir huccettir ki, anıyla amel vâcib olur», «Ma'ruf olan şey şart kılınmış gibidir» Külli kaidelerin hepsi aynı mânadadır.

Örf ve âdet muhtelif itibarlarla kısımlara ayrılır. Şöy-

le ki : Örf ve âdet ya umûmî veya husûsîdir. Söylemeğe hâcet yoktur ki, umûmiyet ve husûsiyet nisbîdir. Birçok şehir veya cemâat veya sant'at erbabı arasında câri olan âdet umûmî ve bazı şehir veya cemâat veyahud san'at erbâbı arasında teessüs eden âdet husûsîdir. Gerek umûmî olsun gerek husûsî olsun, kimler arasında câri ise onlar hakkında mu'teberdir. Ancak örf ve âdet mu'teber olmak için şu şartlar lâzımdır.

1 — Muttarid veya galib olmalıdır. Yâni daimî veya ekseri olmalıdır. Binâenaleyh bir işin bazı kimseler arasında tesâdüfen arasına tekerrür etmesi âdet mâhiyetinde sayılmaz.

2 — İyi âdet olmalıdır.

Âdetin iyi ve kötü olduğunu anlamak için kıstas şudur : Hürriyet, mal, can, ırz ve şeref masûniyetleri esaslarına muhalif ve kavînin zaifi istismârına vesile olmak gibi mutlaka ahlâka, âmme menfaatlerine mugayir olan âdetler fenâ âdettir. Bu esaslara mugayir olmayıp akl-ı selim tarafından kötü görülmeyen âdetler iyi âdettir.

Âdet mu'teber olmak için nass'a muhâlif olmamalıdır. Fakat bir ictihada göre nass, âdete müstenid ise âdetin değişmesiyle nass terk olunarak yeni âdetle âmel olunur. Çünkü âdete müstenid nass âdetin beyânı demektir. Âdet değişince hükmün de değişmesi tabiidir. Örf ve âdet hakkında daha fazla malûmat için bu mevzu'da yazılan eserlere müracaat edilmelidir.

Yukardaki beyânımızdan da anlaşıldığı üzere şehir, kasaba ve köylerde bir takım örf ve âdetler olduğu gibi tüccar, esnaf ve diğer meslek sâhibleri arasında birçok âdet ve teâmüller vardır. Hâkimler hükümlerinde Müftüler fetva ve cevablarında bunları nazara almakla mükelleftir. Meğer ki bu âdet ve teâmüller şer'in kat'i olarak emir veya men'ettiği hükümlerle tezdad halinde bulunsun. Bu takdirde hâkim ve Müftü örf ve âdetle değil nass ile amel eder. Nitekim muâsır hukukda da hal böyledir. Evvelâ kanunların sarahat ve delâletlerine uyulur. Şâyet hâdise bunlara uymazsa örf ve âdete müracaat olunur. *I'lâmü'l - Muvakkîn* müellifi İbni Kayyım-ı Cevzî örfün hukuktaki ehemmiyeti hakkında hâkim ve Müftülerin dikkat nazarlarını celb için der ki : (23).

«Fetvalar daimâ bu suretle verilmek icâbeder. Örfde bir yenilik bulunca nazar-ı i'tibâra al, örfden bir şeyin sâkıt olduğunu görünce bırak. Kitablarda naklolunan meseleler üzerinde ömrün oldukça mihlanıp kalma. Başka iklimden bir adam gelir de senden fetva isterse artık onun memleketinin örfüne getirmeğe çalışma, kendi memleketinin örfünü sor öğren de fetvâsını ona göre ver. Derler ki menkulât üzerinde ebediyyen saplanıp kalmak dalâldir. Bu ulemây-ı müsliminin, selefın maksadını bilmemektir. Örflerinin, âdetlerinin, zamanlarının, mekânlarının hallerinin ihtilâfiyle beraber insanlara sırf kitablardaki men-

(23) *A'lâmü'l - Muvakkîn cüz 3 sahife 77.*

kulât ile fetvâ veren kimse dâl ve mudildir. O'nun bu suretle işlediği cinayet, iklimleri, mizacları, zamanları muhtelif olan hastaları, tabâbete aid kitablardan birine bakarak aynı suretle müdâvatda bulunan tabîbin cinâyetine daha büyüktür. Bir câhil tabîb ile câhil Müfti halkın bedenlerini de dinlerini de harab etmiş olur.»

Bundan da anlaşılıyor ki, hâkimlerin kazaları sayesinde ve Müftilerin hâdiseleri vuku'bulduğı mahallerdeki örf ve âdetleri bilmeleri ve biliyorlarsa İede'l-icâb tahkik eylemeleri lâzımdır. Halkın âdet ve muâmelelerini bilen hâkim ve Müftiler vazifelerinde daha ziyade isâbetli neticeler almışlardır. Meşhur İmam-ı Ebû - Yûsuf uzun müddet kaza işleriyle meşgul olarak bu esnada halkın muâmele ve münasebetleriyle temasda bulunduğundan örf ve âdetle ilgili hususlarda isâbetli ictihadları vardır.

Burada bir de hukukta münakaşa mevzuu olan istih-sanı görelim.

ISTIHSAN :

Lûgatta bir şeyi güzel görmek ve iyi addeylemek demektir. Hukuk ıstılâhında istih-san iki mânada kullanılır. Hanefî fıkıh usulü âlimleri istih-sânı, kıyâs-ı celî mukabili olarak tedkik ederler, derece ve illeti hafî olan kıyasa istih-sân namı verirler. Furû-ı fıkıh âlimleri ise istih-sânı, kıyası (kaideyi) terke nâsın haline ve maslahata muvafık olanı ihtiyar etmek diye ve bazıları halkın karşılaştığı güçlükler karşısında kolaylık göstermektir, diye târif ederler. Eâzım-ı Fukahadan Şemsü'l - Eimmeti's - Serahsî «Meb-

sut» namındaki meşhur ve büyük eserinin onuncu cildinde «Kitabü'l-İstihsan» unvanı altında istihsânın mevcud târiflerini yazdıktan sonra istihsânı «Kolaylık için güçlüğü terk etmektir» diye icmâl ve hulâsa eder.

Biz istihsânı furû-ı fıkıh âlimlerinin târiflerine göre izah etmeğe çalışacağız.

Filhakika İslâm Dini kolaylık esası üzerine kurulmuştur. Cenabı Hak Kur'ânı Kerimde Bakara sûresinin 186 ncı âyetinde «Allah hakkınızda kolaylık murâd eder güçlük murâd etmez» buyurduğu gibi. Hazret-i Resûl-i Ekrem : «Dininizin hayırlısı kolaylıktır.» diyerek Yemen'e memur buyurdukları iki zata : Kolaylık gösteriniz islâmiyete yaklaştırınız, uzaklaştırmayınız» buyurmuşlardır. Bu zatlar bir rivâyette Hazret-i Ali ve Muaz ibni Cebel ve diğeri bir rivâyete göre Ebû - Mûsa'l-Eş'arî ile Muaz ibni Cebel'dir. «Meşakkat teysiri celbeder.» yani zorluk karşısında kolaylık gösterilmek lâzımgelir. «Bir iş ziyk oldukça müttesi' olur.» Ya'ni bir iş daralınca genişler gibi kaideler bu âyet-i kerîme ve hadîs-i şeriflerden istinbat olunmuştur.

Istihsanla amelin cevazı Kur'an, Sünnet ve İcma-ı Ümmet'le sâbittir .

İcâre'de ma'kudun aleyh ya'ni menfaat ma'dum olduğu ve bu sebeble akd-i icâre câiz olmamak lâzımgeldiği halden nass-ı Kur'an'la tecviz buyurulmuştur.

«Malı mal ile mubâdele.» diye târif olunan bey' akdin-

de satılan şeyin mevcud olması asıl olduğu halde selem : peşin para ile veresiye mal almanın, «selem yapmak isteyen belirli keyf ve vezn ile yapsın.» meâlinde olan hadîs-i şerîfle meşrûiyeti beyan olunmuştur.

İstisna'ki bir şey yapmak üzere san'at erbâbı ile mukavele etmektir. Bunda ma'kudun aleyh ma'dum iken meşrûiyeti hususunda İcma-ı Ümmet varid olmuştur.

Kur'ân, Sünnet ve İcmâ-ı Ümmet'le tecviz olunan akid ve muameleler bunlardan ibaret değildir. Vasiyyet, şuf'a, vakıf gibi bir takım muâmeleler istihsânen tecviz olunan mesâıldendir. Şuf'a, serbesti-i tasarruf hakkına ve vasiyyet ve vakf ehliyet esâsına muhâlifdir.

Kur'an, Hadîs ve İcmâ'la kabul olunan muamelelerin menâti, ihtiyaç ve teşriin gayesi, insan münâsebetlerini ma'kul ve tatminkâr bir şekilde tanzimden ibaret olması cihetiyle büyük müçtehid ve âlimler birçok meselelerde icthadlarını bu esaslara göre te'sis etmişlerdir. Bu mes'eleler sayılamıyacak kadar çoktur. Biz burada bir kaç misal vermekle iktifa edeceğiz. Kaide olarak gayrın malını itlâf ve tahribe cevaz olmadığı halde bir yerde zuhur eden yangının sirâyetine mâni' olmak için salâhiyetli memurun emriyle bir şahsın ev veya dükkân gibi binasını yıkmak câizdir. Herkes malında istediği gibi tasarruf hakkına mâlik olduğu halde ihtikâr ve kaht zamanlarında havâyic-i zarûriyeden olan eşya üzerine narh koymak ve muhtekirler yedinde toplanan havâyic-i zarûriye maddelerini muhtekir-

den alarak kahta ma'ruz kalanlara tevzi etmek meşru'dur. Bunlar ve benzeri meseleler istihsânen tecviz olunmuştur.

İncelenirse görülür ki istihsâni meseleler ya örf ve âdete veya zarûrete veya ihtiyaca müsteniddir.

Ezcümle mülga Mecelle'nin 207 nci maddesinde de beyan olunduğu veçhile birden meydana gelmeyip de biribiri arkasınca meydana gelen meyve ve sebzenin bir mikdarı belirmiş olduğu halde bunlara tebean henüz belirmemiş olanları dahi toptan satmak câizdir. Bu cevaz örf ve âdete mebnîdir. Nitekim başkasının malına taarruz memnu'dur. Fakat ıztırar halinde bilâhare bedelini vermek veya sâhibi ile helâllaşmak üzere diğer bir şahsın malını almak câizdir. Bu hüküm zarûrete mebnîdir. Bey-i bil-vefa bey' hükmüne muhâlif olduğu halde câizdir. Bu cevaz da ihtiyaca mebnîdir.

Görülüyor ki istihsânın medârı örf ve âdet veya zarûret veya ihtiyaçtır (24) bu noktalardan hareketle hilâfı mansus olmıyan bir meselede bunlardan biri tahakkuk edince kıyas terk olunarak âdet veya zarûret veya ihtiyacın istilzam eylediği şık tercih olunur. İşte İslâm Hukuku bu esasları ile hayata tetâbuk edecek bir hususiyet arze-

(24) Zarûret, telef ve helâki; ihtiyaç, külfet ve meşakkati mûcib olan hal demektir. Ekseriya zarûretle ihtiyaç arasını tefrik etmek zordur. Bunun içindir ki «Hâcet umumî olsun hususî olsun zarûret menzilesine tenzil olunur» tarzındaki kaide ile bu güçlük bertaraf edilmiştir.

der. Meseleler etrafındaki icihadlar tatbikatta mûcib-i suhûlet ve vus'at olur. Bazı kimseler İslâm Hukuku'nun değişmez bir hukuk olduğunu daima tahavvül halinde bulunan hayata intibak hassası olmadığını iddia ederler. Bunlar İslâm Hukuku'nun esas ve gayelerini bilmeyen mübtedi veya mukallidirdirler. Filhakika İslâm Hukuku'nda değişmeyen meseleler, hükümler yok değildir. Ezcümle mal, can, ırz masûniyetine temellük, ve sa'y hakkına ve zaifi himâyeye ve âile esas nizamına taallük eden hükümler değişmez. Fakat hayatı ve tahavvüllerini ta'kib etmesi lâzım gelen hükümler kat'i bir nassa muhalif olmadıkça değişebilir.

Hulâsa : İslâm Hukuku her asırda, her devirde beşer ve cemiyet münasebetlerini idare edecek bir durumdadır. Nitekim 1937 senesinde Lâhey'de in'ikad eden beynelmilel hukuk kongresinde, Mısırlı Müslüman murahhasların izahları üzerine İslâm Hukuku başlı başına bir hukuk olup hiç bir hukukdan alınmış olmadığına ve her devirde cemiyetin hukukî münasebetlerine intibak edebilecek mahiyette olduğuna ittifakla karar verilmiştir.

Bilmünasebe bu cihetleri arz ettikten sonra mevzua dönüyoruz. Mâlikî'ler ve Hanbelî'ler de istihsanla amel etmişlerdir. Mâlikîler'in «Maslahat-ı Mürsele» namını verdikleri delil, istihsanın zarurete dayanan kısmıdır. Yalnız istihsânı izâh bakımından aralarında bazı farklar müşâhede olunur.

İmâm-ı Şâfiî hazretlerine gelince; müşârün ileyh yek nazarda istihsanla amelî kabul etmez görünür. Hattâ «istihsanla amel eden şeriat koymuştur.» diyerek İmâm-ı Azam hazretlerine ta'rizlerde bulunduğu rivâyet olunur. «Kitâbü'l-Üm» adlı eserinde hâkimlere, müftülere dört delil ile hükmedip istihsanla amel etmemelerini tavsiye eder. Halbuki üç büyük müctehidin mütalâa ettikleri mânâda istihsanla amel etmekte, Kitâb, Sünnet ve İcma'a muhalif bir cihet yoktur. Kaldı ki, İmâm-ı Şâfiî bazı eserlerinde «estahbü kezâ» ya'ni şu ciheti sever ve tercih ederim, demiştir. İstihsan ise istihbabdan daha kuvvetli ve istimale daha muvafıktır. Nitekim: «Mü'minlerin güzel gördükleri şey Allah indinde güzeldir» meâlinde olan hadis-i şerifte «Hüsün» tâbiri kullanılmıştır.

Kabul edenlerin izahlarına göre istihsânı İmâm-ı Şâfiî'nin reddetmiş olması müsteb'addır. Herhalde maksadı, suret-i telâkkide bir yanlışlık olsa gerektir. İmâm-ı Şâfiî'nin icihadlarında zarûretleri, örf ve âdetleri, ihtiyaçları nazara almaması düşünülemez. İstihsan mevzuunu, mümkün olduğu kadar ihtilâflardan tecrid ederek okuyanların anlayabileceği bir tarzda izah etmiş olduk.

KADILARIN VAZIFELERİ

Yukarda kazanın vilâyeti tefviz nev'inden olduğunu ve bu cihetle zaman ve mekânla ve bazı hususların istisnasıyla takyîd olunabileceğini yazmıştık. Muhtelif devirlerde İslâm devletlerinde kadılara tevdi olunan işlerde görülen tahavvül ve tebeddüller bu esâsa istinad eder. Biraz sonra izah olunacağı üzere kadılara aslî vazifeleri yanında kaasır ve gaiblerin haklarını muhafaza, şer'î vâkıaları tevsik ve belediye işlerini tedvir gibi kaza işlerinden olmıyan hizmetler de tevdi olunmuştur. Bunları hakikate muvafık bir sûrette tarihleriyle tesbit çok müşkil hattâ müteazzirdir. Çünkü kaza bütün teferruâtıyla birden neş'et etmeyip bu da her şey gibi tekâmülüne tâbi olmuştur. İbni Haldun ve Kaazî Bürhanüddin gibi kaza tarihiyle meşgul olanlar, güçlükler karşısında mevzuu devirlere taksim etmek sûretiyle kaza vazilerini icmâlen zabt ile iktifa etmişlerdir. Filhakika meşrûtiyetin i'lânından sonra hâkimlerimizin vazife ve selâhiyetlerinde vukua gelen tebeddül ve tehavvülleri düşünürsek asırlar boyunca devam edegelen kaza işlerinin ne suretle cereyan etmiş olduğunu tâyindeki güçlüğü, hattâ imkânsızlığı anlamakta tereddüt etmeyiz. Esâsen tarihçiler de diğer sâhalarda olduğu gibi kaza vâkıalarını tafsilâtıyla zabt etmeğe hizmet etmemişlerdir. Binâenaleyh biz de mevzuu icmalen beyanla iktifa edeceğiz.

İslâm'da ilk kadının Peygamber-i Zîşân olduğunu yazmıştık. Hazret-i Resûl-i Ekrem-e arzolunan vak'alar ara-

sında müteârif mânâsiyle kezâî vâkıalar pek azdı. Allah tarafından tebliğ-i ahkâm ve kaza ile memur oldukları târihten itibâren kendilerinden sorulan her nevi meselelerin cevablarını verirlerdi. Vaktaki şehirler feth olunmağa başladı, fetholunan yerlere vâliler tâyin ettiler; bunlar sâir devlet işleriyle beraber kaza vazifelerini de görüyorlardı. Yukarda da yazdığımız veçhile Hazret-i Ömer'in hilâfetine kadar kaza vilâyetten bir cüz olarak devam etti. Müşarünileyhin hilâfetleri zamanında memâlik-i islâmiye pek ziyade tevessü etmiş ve halife ve vâlilerinin diğer âmme işleriyle birlikte dâvaları hal ve fasletmeleri pek güç bir hal almış olduğundan halife hazretleri kazayı vilâyetten ayırarak vâlilerin gayri zatlere tevdi eyledi.

Tarihlerin beyânına göre Hulefây-ı Râşidîn devrinde kadılar yalnız halk arasında ahkâm-ı medeniyeye müteallik tehaddüs eden dâvalara bakarlardı. Kısas, had ve ta'zir gibi cezalar halife ve emirler tarafından tâyin ve hükmolunurdu. Sonraları halifelerin mesâlih ve siyâset-i âmme ile iştigalleri çoğalınca kaza makamına tadrîcen diğer hizmetler de ilâve olundu. Ve kazanın sâhası genişledi. O cümleden olarak mecnun, yetim, müflis ve sefih ve mahcurların mallarını muhâfaza ve vakıflara nezâret ve cürüm ve cinâyet sâhiblerini tecvize ve benzeri âmme hizmetleri de kadıların uhdelerine tevdi kılındı. Yine müverrih'lerin verdikleri malûmata nazaran Abbasî ve Endülüs Emevî devletlerinde ve Mısır ve Mağrib'da memlûkler devrinde hadd-i şer'î icrâsı ve sâir cürüm ve cinâyetleri tec-

ziye şurta denilen memurlara tefviz olunmuştu.

Biraz evvel işâret ettiğimiz gibi bütün İslâm devletlerinde kadıların vazifelerinin neden ibâret olduğunu ve vazifelerindeki tahavvül ve tebeddülleri tarihiyle iktikra' ve tâyin etmek ımkânsızdır. Biz burada bu kadarla iktifa ederek Devlet-i Osmaniye'de kadılara tevdi olunan vazife ve hizmetleri kayd ve izahla mevzua son vereceğiz.

Devlet-i Osmaniye'nin müessisi Sultan Osman Han 699 Hicrî yılında i'lân-ı istiklâl eder etmez her türlü urfî hüküm ve hâkimlere nihâyet vererek hükümrânlığı altına geçen yerlere mümtaz ulemâdan kadılar tâyin etti ve böylece hak ve adâletin en emin ve metin temelini kurdu ve oğlu Orhanbey'e ve diğer emîrlere ahkâm-ı şer'iyeden ve hak ve adâletten asla ayrılmamalarını emr ve vasiyyet eyledi ondan sonra devletin başına geçen hükümdarlar Sultan Osman'ın gösterdiği yolda yürüdüler.

Devlet-i Osmaniye de tâ bidâyetten itibâren kadılar hukuk ve cezâ dâvâlarını hall-ü fasl eder ve hâiz oldukları velâyet-i âmme hasebiyle vakf ve kaasirlara âid malların idâre ve muhâfazasına nezâret ve mütevellisi olmayan vakıflara mütevellî ve velisi olmayan küçüklerle akıl hastalığına mübtelâ olanlara ve sefihlere vasî tâyin ve azl eder ve bunları dâimî murâkabe altında bulundururlardı. Son zamanlara kadar adl (Kâtib-i Adl) vazifeleri de Şer'îye mahkemelerince ifa edilmekte idi. Şöyle ki: Bir husus hakkında vekil tâyin olunmak veya borçlanmak veya bey'

hibe, taksım ve şirket gibi bir akid ve muamele tevsik edilmek istenirse alâkalılar şer'îye mahkemelerine müracaatla keyfiyeti takrir ederek zabt ettirir ve buna dâir kadıların mühüriyle mühürlenmiş vesikalar alırlardı. Bu vesikalara huccet denirdi.

Kadılar baktıkları dâvâların muhâkemelerini ve muhâkeme sonunda verdikleri hükümleri zabıt cerîdelerine yazmak ve tanzim ettikleri i'âmı ayrıca i'âm sicillerine kaydetmekle mükellef idiler. Hükümü hâvî olmıyan ikrar ve beyanlar dahi aynen zabıt cerîdesine geçirilir ve alâkalılara verilecek huccetler dahi sicill-i mahsuslarına aynen kaydolunurdu (25). Bunlardan başka kadıların belde işlerine âid vazifeleri vardı. Havayic-i zarûriyeye narh konulması ve icâbında bunun eksiltip artırılması ve narha müteallik kararlara riâyet edilip edilmediğinin teftişi ve benzeri işler kadılara mevdu vazifeler cümlesindendi. Kadılar

(25) Zabıt-nâme ve i'âm yazmak ilmîne fıkhîta *ilmüil-mahâzır-ı ve s-sicillât* denir. Bu ilme sak ilmi de itlâk olunur. Bu ilimlerin esasları tâ Hicrî ikinci asrın bidâyetlerinde tâyin ve tesbit olunmuştur. Bu ilimler fıkhî hükümlerine uygun olarak pek mühim ve metin esaslara istinat eder. «*İlmüil - mahâzır-ı ves-sicillât*» hakkında fıkhî kitâblarında muvassal bahisler olduğu gibi müstakil eserler de vardır.

Mahkeme-i Şer'iyede şer'î vâkıaların zabıt ve tesciline son derecede itinâ olunurdu. Bunu anlamak için kadim Şer'îye mahkemeleri sicillerini şöylece bir gözden geçirmek kâfidir.

nâib ve adamları vasıtasıyla çarşı ve pazarları teftiş ettirir ve nizamlara muhâlif hareketleri görülenleri men' ve gerekli ise tecziye ederlerdi. Bu nâiblere ayakta iş gördükleri için ayak nâibi denildiğini yukarıda yazmıştık.

Kadılar esnafa âid işlerin de mercii idi Esnaf arasındaki nizamı muhâfaza ve esnaf arasında tahaddüs eden ihtilâf dâvaları hall ü fasl ederlerdi. Osmanlılardan evvel ve Osmanlılarda esnâfın işlerine bakan aralarından muntahab hey'etler vardı. Aralarında mevcut teamüller ve ahlâk esasları bu hey'etlerin nizamnamesi mesabesinde idi. Bu teâmüller, muâvenet, merhamet, şefkat, emniyet velhâsıl ahlâkî ve hukukî düsturlara uygun olarak teessüs etmişti.

İslâmiyetin kardeşlik esâsından kuvvet alan bu müesseseler Osmanlılardan evvel ve sonra devam etmiştir. Teşkilât bilhassa esnaf işlerine ehemmiyet veriyordu. Esnafın umûr ve husûsâtına bakmak için cemiyetlerin idâre hey'etlerine müşâbih ve taraflarından müntahab hey'etler vardı.

Bu hey'etlerin âzâsı esnafın ileri gelen yaşlı, hürmete lâyık olanlarından seçilirdi. Bunlar kethuda başının riyâsetinde toplanarak esnafın işlerine bakarlar ve ufak tefek ehemmiyetsiz ihtilâfları hükûmete aksettirmeden halli fasl ederler ve usul ve teâmülün muhafazası esbâbını tezekkür ile beraber esnafın orta sandığının hesabını tetkik eylerlerdi.

Nizam ve teâmüle ve ahlâk kaidelerine riâyet etmeyenler; hakkında hareketlerinin mâhiyetlerine göre idâri cezalar tertib olunurdu. Noksan tartı ve tağşış, fiyatlardan fazlaya satış, mallarda taklit en ağır cezâyı istilzam ederdi, hatta falaka ile dayak cezası da vardı.

Hey'etlere kâhya başı riyâset eder ve maiyyetinde icra vasıtası olarak yiğitler (mübaşir) bulunurdu. Yiğitlerin başına da yiğit başı denirdi.

Kâhyanın ve yiğit başının intihabı kadı tarafından tasdik olunur ve bütün muamelât kadının mürâkabesi altında cereyan ederdi.

Her sınıfın bir sandığı olup sandık muamelâtı kâhya ve yiğit başı ile hey'et âzâsının nezâret ve mes'uliyeti altında idi.

Sandığın sermayesi esnafın teberrüâtiyle çıraklıktan kalfalığa ve kalfalıktan ustalığa terakki edenler için ustaları tarafından verilen paralardan ve vakıf paralarla esnafın toplanacak taahhüdattan terekküp ederdi.

Müessesenin zarûri masrafları sandıkça tesviye ve yine sandıkça imkân derecesinde esnafın fukarasına, aceze ve eytam ve erâmile, talebe-i ulûma muâvenetler yapılır, mevlid, hatim gibi dinî ve mânevî ihtiyaçlar te'min olunurdu.

Sonraları Kadılara bazı idâri meclislerde bulunmak ev tanzimattan sonra teşkil olunan nizamî mahkemelere riyâset etmek gibi bazı munzam ve muvakkat vazifeler de tahmil olunmuştu.

HÜKÜMLERİN TESCİLİ :

Hulefây-ı Râşidîn ve Emevîler zamanında kazâya müteferri hususlar tekvin devrinde bulunuyordu. Muhâkeme ve hükümlerin yazılmasını icabettirecek kadar vak'a ve hâdiseler vuku' bulmuyordu. Bu devirlerde taraflar müsteftî gibi idiler. Hâkim hükmünü taraflara bildirince kanaat ederek muktezasını yerine getiriyorlardı. Sonra bazı hâdiseler hükümleri yazmak için hâkimlerin dikkat nazarını celbetti. Târih-i Kuzâtil Mısır adlı eserde yazıldığına göre hicrî kırk yılında Muâviye tarafından Mısır'a kadı tâyin olunan Süleym bin Itr, bir mîras mes'elesinde bir sûretle hükmettikten sonra vârisler hükmü tecahülden gelerek tekrar müracaat etmişlerdi. Bunun üzerine kadı verdiği hükmü yazmış ve işhad eylemiştir.

Bu mevzuda yazılan diğer müellefattan anlaşıldığına göre bu münferid bir vâkıa olup hükümlerin muttariden yazılmağa başlanması müctehidin-i kiramdan İbni Şübrüme zamanına tesadüf eder.

Abdullah İbni Şübrüme (26) Kûfe'de kadı bulun-

(26) İbni Şübrüme Kûfe fukahâsından ve büyük müctehidlerden afif, âbid ve zâhid bir zattı. Hicrî 144 yılında vefat etmiştir. Bir çok zevat kendisinden feyiz almışlardır. Kitablarda bilhassa Hanefî Mezhebi üzerine yazılan müellefatta naklolunanlardan ma'da re'yi icihadları mazbut değildir. Abdullah İbni Şübrüme etbâr munkariz olan mezheb sâhibi müctehidlerdendir. Mukavele serbestisini ve küçüklerin evlenme yaşları gibi bazı mühim meselelerde dikkate değer icihadları vardır.

dukları 120 târihinde halk arasında dâvalar çoğalmış ve ahlâkın safvetine hâlel gelmiş olduğunu görünce vâkıa ve hükümleri tescile ihtiyaç hissetmiş ve bu târihten itibaren hükümler yazılmağa başlanmıştır.

KAZADA DERECE VE İSTİNAF :

İslâm Hukuku'nda kaza bir dereceli olup kazanın usul-i meşrûasına muvafık olarak hükmettiği dâvânın istinaf suretiyle tekrar rü'yeti câiz değildir. Bugün bazı devletlerde olduğu gibi sâbık islâm devletlerinde şer'i istinaf hâkim ve mahkemeleri yoktu. Filhakika usûlen muhâkemesi yapılan ve hükme iktiran eden bir dâvanın diğer bir hâkime arz edilerek yeniden bakılmasını istemek hem maslahat hem de hüküm, mefhum ve icâbiyle kabil-i te'lif görünmez, yalnız verilecek hükmün kanuna muvâfık olup olmadığı bahis mevzuu olabilir ki bu, dâvaya yeniden bakmak değil, hükmün şartlarına uygun olup olmadığını tetkik etmektir. Elyevm bu vazife muâsır hukukda temyiz mahkemelerince ifa edilmektedir. Temyiz mahkemesi bir derece mahkemesi değil, kanun mahkemesidir. Dâvânın görülmesinde devletin kanunlarına riâyet olunup olunmadığını, verilen hükmün kanunî hükümlere muvafık olup olmadığını tetkik eder. Kadı hükmünde hata etmiş olabilir. Böyle olduğu anlaşılıp da salâhiyetli makamdan nakz olunca o dâvaya önce hükmü veren mahkemede veya diğer bir mahkemede yeniden bakılır. Fakat bu ma'ruf ma'nâda dâvâyı istinâfen görmek değil; hata ve noksanları islâh ve

ikmâl için dâvâ ve muhâkemenin devâmından ibârettir. İstinaf mahkemelerinde hal böyle değildir. Bu mahkemeler, verilen hükümler temyiz mahkemesinden nakz olunmadan alâkalıların mürâcaatları üzerine aynı dâvâyı yeni baştan ele alır ve neticede ya aynen veya ta'dilen bidâyeten verilen hükmü tasdik veya fesh ve ibtâl ederek yeni bir hüküm te'sis eyler. Buna göre istinaf hâkimi hem müftü hem de hâkim mevkiinde olmuş olarak müftü sıfatıyla kendisine arzolan hükmün kanuna muvafık olup olmadığını ta'yin ve hâkim sıfatıyla hüküm te'sis etmiş olur. Bu sebeble istinaf usulü nazariyata muhâlif olmakla beraber işlerin uzamasını mûcib olacağından zararlı bir müessesedir. Bir iki senede neticelenecek bir dâvânın üç dört sene uzamasına ve o nisbette taraflar için külfet ve meşakkate sebep olur. Hele mülga İsinâf Mahkemelerinde görüldüğü gibi bazen doğru hükümler fesh olunarak yanlış hükümler verilirse iş üzücü bir hal alır. Vaktiyle bu mahkemelere işi düşenler istinafın ne demek olduğunu bilirler. Bu mahzurlarından dolayı Büyük Millet Meclisi istinaf mahkemelerini lağvederek kazayı bir dereceye hasreylemiştir.

Son asır müverrihlerinden bazıları İslâm kaza tarihinde görülen Divân-ı mezâlimi istinaf mahkemelerine benzetirler. Halbuki biraz sonra görüleceği üzere divân-ı mezâlim ne istinaf mahkemesi ne de benzeridir.

KAAZILKUZAT, KAAZILCEMAA VE KAZIASKER:

Bidayeti islâmda, kadılar azledilemezdi. Kadı Şureyh,

Omer, Osman, Ali ve kısmen Emevîler devrinde 60 sene kadılık vazifesini ifa etmiş ve vazifesi çok gaileli ve fitneli zamanlara tesadüf eylemiş olduğu halde azledilmemiş, makamı kazadan, haccâc beliyesi esnasında vefatından bir sene evvel istifa ile ayrılmıştır.

Hazreti Omer, Mısır Kâb ibni Yesarı kadı tayin etmek istemiş. Kâb cahiliyet zamanında kadılık yaptım bir daha yapmam diye bu vazifeyi kabul etmemişti. Mısır valisi Amr ibni âs, Osman ibni Kaysı kadı nasbetti (27). Bu usûl yani kadıların halife ve valiler tarafından tayini Kadilkuzat müessesesi ihdas olununcaya kadar devam etti. Sonra kadıların nasb ve azli Kazilkuzatlara tevdi olundu.

Eserin bidâyetinde de beyan olunduğu gibi ilk evvel Kazilkuzat, Abbasiler devrinde 170 tarihlerinde Harunürreşid tarafından tâyin olunmuştur. Bu makama o zamanın en büyük âlim ve muhterem Müctehidi İmâmı Yusuf (28) getirilmişti. Müşarünileyh ilk kadıl-

(27) Abbasiler zamanında Halifeler Mısırda kuvvetlerini artırmak için kadı nasbını kendileri deruhde ettiler.

(28) İsmi Yakub ve babasının adı İbrahimül'ensâridir. Üçüncü batında bulunan dedeleri sâd, ashabi kiramdandır. İmamı Yusuf 113 H. senesinde Kâfede doğmuş olup İmamı Azam ve sair asrın kibarı ulemâsından teallim ve hadisîşerîf istima etmiş ve sonra Bağdadda ikamet eylemiştir. Fukahayı Hanefiyyenin en büyüklerindedir. İmamı Azamın akval ve ictihadatını zabtedip âleme tanıttıran Ebuyüsüfdür. Hulefayı Abbasiyeden Mehdi, Hadi ve Harunürreşid zamanlarında kadı olmuş ve Harunürreşid mü-

kuzatdır. Diğer halifeler devrinde, Fatimiler, Eyyubiler, ve diğer islâm devletlerinde de böyle Kadilkuzatlar tayin olunmuştur.

Şehir ve kasabalara kadılar bu zevat tarafından nasb ve tayin olunurdu. Kadilkuzatlar hükümdarlardan sonra en yüksek ve şayanı hürmet mevkide bulunur ve âmmenin hürmet ve takdirini kazanmış en yüksek âlim ve fakihlerden intihab olunurdu.

Hulefa ve kadilkuzat tarafından nasbolunan kadılar nâib tayin edebilirlerdi. Bu daha mahdud ve ancak dairei vilâyetlerine münhasır bir selâhiyetti. Kadilkuzatların selâhiyetleri umumî ve her yere şamil idi.

Bundan başka, endülüs Emevi devletinde Kadilcema namile bir kadı vardı. Kadilcema müessesesi Birinci Abdurrahman devrinde 137 tarihinde tesis olunmuşdu.

Bazıları, Kazilkuzat müessesesi, İrandaki mu'bed mu'bedan (29) müessesesinden mülhem olduğunu söylerler. Lâkin bu sırf bir tahmindir. Kadilcema müessesesi de az farkla

şarîinileyhi pek ziyade tebcil ederek kadilkuzatlık mansıbına getirmiştir. Alemşümül şöhreti her türlü tavsifden müstağnidir. 182 H. tarihinde irtihal etmişlerdir. Elharâc nâmındaki kitap meşhur eserlerindedir.

(29) Mu'bed, zerdüşt dininde ruhânî reis ve mu'bed mu'bedan baş ruhânî reis demektir ki kuvvei kazaiyye bunlar tarafından idare edilirdi.

kadilkuzat demektir. Abbasîlerin bundan mülhem olması daha çok muhtemeldir. Fakat doğrusu şudur ki, Abbasîler devrinde memleket pek ziyade tevessü etmiş ve her yerde Kadı (Hâkim) bulundurmak ve bunları idarî bakımdan murakabe eylemek lâzım gelmiştir. İşte kadilkuzat müessesesi bu zaruretden doğmuştur. Belki müessese kazayı, siyâsi makamlardan ayırmak düşüncesiledir ki, bugün da hi üzerinde durulmağa değer çok mühim bir meseledir.

KAZIASKERLER :

Kazâ tarihinden bahsederken kaza teşkilâtının en büyük uzuvları olan kazıaskerleri zikretmek icabeder.

Yukarıda, Harunürreşid zamanında İmamı Ebuyusuf'un kadil'kuzatlığını yazarken kadil'kuzatların vazife ve selâhiyetlerini ve bu suretle o zaman kuvvei kazâiyyenin siyasi ve idarî makamlardan ayrıldığını ve Endülüs Emevî devletinde Kadil'kuzat makamında Kadil cemaâ namıyla bir Kadı bulunduğunu yazmışdık.

Devleti Osmaniyede Kadil kuzat ve Sultan Muradı evvel zamanına kadar Kadı asker dahi tayin edilmemişti. O vakit makarrı hükûmet olan belde Kadısı Kadil'kuzat makamında ordu ile beraber gidip Kadıaskerlik vazifesini yapardı.

Orhan Bey zamanında İznik Kadısı olan Çandarlı Kara Halil, şehir ve kasabalara gönderilen hatip ve kadıların mercii idi. Sonra Sultan Murad zamanında asker sınıfları

ve ordunun şer'î işleri çoğaldığından Bursa Kadısı olan Çandarlı Kara Halil Kadıasker nasbolundu.

Bazı Arab me'hazlarının verdikleri malûmata göre mütekaddim bazı Islâm devletlerinde de bu müessese mevcud idi (30).

Fatih Hazretlerinin evahiri saltanatlarına değin bir kadıasker olduğu halde bu tarihte Kadıaskerlik Anadolu ve Rumeli Kazıaskerleri namlarıyla ikiye ayrıldı (31). Ve Rumeli Kazıaskerliği Mevlâna Muslihuddini Kestelânîye ve Anadolu Kazaskerliği Hacı Hasan zadeye tevcih olundu.

Kazaî teşkilâtın en büyük uzuvları bunlardı. Padişahın kumanda ettiği seferlerde orduyu takib ederlerdi. Ordu Avrupada harekâta geçince Rumeli Kadıaskeri, ordu

(30) Ezcümle 362 senesinde vefat eden ulemadan Mehmed ibni Abdürrahman ibni Ebubekri Bağdadi Kadıasker idi. Andan sonraları da Kadıaskerlik devam etmiş ve hatta 641 senesinde irtihal eden Necmüddin Halil ibni Hüseyin bin Aliyyülhamevi mülûkü Eyyubiyeden meliki Adil Ebubekrin Kadıaskeri bulunmuş idi. «Cevahirul muzie».

(31) Kadıaskerlik Anadolu ve Rumeli Kadıaskerleri olmak üzere iki kıtaya inhisar ederek devam etmiştir. Yalnız Yavuz Sultan Selim Han zamanında yâni 920 H. senesinde Diyarıbekir ve müteakiben Haleb fetholunduğunda merkezi Diyarıbekir olmak üzere Arab ve Acem Kadıaskerliği namıyla bir Kadıaskerlik daha ihdas edilmiş ise de; sonradan lâğvolunarak Anadolu Kadıaskerliği ile iktifa olunmuşdur.

Asya ve Afrikaya hareket edince Anadolu Kadıaskeri birlikde giderdi.

Kadıasker'in en mühim vazifesi, padişahın kanunî müşaviri olmakdı. Bununla beraber ganimet mallarının tevziine riyaset eder ve ordu efradı arasında veya ordu mensubları aleyhine ahaliden biri tarafından ikame olunan hukukî ve cezaî davaları hal ve faslederdi (32). Askerî cürümlerden mütevellit hususlarda terhîbî vazifesi olmadığı ve bu kabil cezaların askerî makamlarca tatbik olunduğu zannolunur. Halk arasında tahaddüs eden davalarla gayri menkule müteallik davaları görmek mahallî kadıya aiddi (33).

Bundan başka kadıaskerler, merkezde hâkim vazifeleri görür ve İstanbul ve mevleviyetlerden maada merkez ve kazalara gidecek hâkimler bunlar tarafından tâyin olunur ve bu hâkimlere naib denirdi. Teftiş ve azilleri kadı askerlik makamına aiddi.

Diğer kadılar tarafından, ledel'icab tâyin olunan naiblerin teftiş ve azli tâyin eden Kadıya aiddi.

(32) *Beledî olan Zeydin askerî bir kaç kimselerle bir hususa müteallik davayı şer'iiyesi olmakla Zeyd mezburları oldukları beldede Hâkimi Beledî olan kimseye götürüp murafaa olmak istedikçe ol kimseler biz müddeâ aleyh olmakla ol beldede olan Kadıaskere murafaa oluruz demeğe kadir olurlar mı? elcevap olurlar. «Fetavayı Abdürrahim».*

(33) *Ordunun ihtiyacı için kurulan çarşılarda san'at ve ticaret yapanlar orruya mensup addolunurdu. «Fetâvâyı Ankaravî» :*

Evvelleri Kadılar Kadıaskerlere ve Kadıaskerler de Sadr âzamlara merbut idi. Tanzimattan sonra makamı meşihata bağlanmışlardır.

Bilmünasebe burada şurta yani hâkimi urfiden bahsi muvafık gördük.

ŞURTA : YANI HAKİMİ ÖRFİLER :

Şurta (hâkimi orfi) hizmeti, kadılar tarafından ısdar olunan hükümleri tenfiz ve ceraimin vukuuna mâni olacak tedabir ittihaz etmek ve mazannai su' erbabiyle bir cürümle müttehim olanları ta'zir ve tevbih etmektir. Şurta fil'asıl kaza tevabiinden iken mütekaddim bazı islâm devletlerinde ayrı hâkim ve memurlara tevdi ve hudud ve kısasa müteallik dâvaların rüyet ve icrası da bunlara tefviz olunmuşdur. Sonraları hudud ve kısas ve ta'zir tekrar kadılara verilmiştir.

Ahkâmı şer'iyeye mucebince bir cürüm, ber nehci şer'i sabit olmadıkça zan ve şüphe üzerine kimseye ceza verilemez. Kadı ile şurta arasında fark bundan neşet etmiştir. Şurta zan ve Karâin ile müttehimini cezalandırdığı halde hâkim zan üzerine hüküm ve ceza vermez. Maahaza karâin ve emare ile ve ilmi hâkim ile hüküm caiz olup olmadığı ihtilâflı bir meseledir. Bazı fukaha cevazına kaildir.

DİVÂN :

Hazreti Peygamber havassı ashâbı ile birlikte camide toplanarak devlet işlerini ve aynı zamanda halkın mürâ-

caatlarını inceler ve kendilerine arz olunan davaları biz-
zat hallü fasl eylerdi. gerek asrı saadette ve gerekse hulefâ-
yıraşidin zamanlarında vuku bulan şikâyetlere bakmak ü-
zere hususî bir gün tayin edilmemişti. sonradan gelen ha-
life ve sultanlar şikâyetlere bakmak üzere gün tayin etti-
ler. Islâm devletlerinde Hükümdarın veya veziriâzamın
riyaseti altında akdedilen meclise dîvan denirdi. Bu meclis-
lerde devlet işleri ve halkın müracaat ve şikâyetleri tetkik
ve icabı ifâ edilirdi. Osmanlı Hükümdarları da bu yolda
hareket ettiler ve idare merkezi olmak üzere diyân teşkiline
lüzum gördüler. Sultan Fatih zamanında divân, tatil günle-
rinden mâada her gün öğleden evvel sarayda toplanırdı ve-
zirî azam, kubbe vezirleri, kazaskerler, İstanbul kadısı.
Yeniçeri ağası, nişancı ve Defterdarlar ve bölük ağaları di-
vânın tabii azasından idiler.

Divâna yapılan müracaatlar tasnif edilerek ihzarî in-
celemeden sonra bu zevat toplanır ve işler müzakere edi-
lirdi. Eskiden divâna Padişahlar riyaset ettikleri halde Fa-
tih Sultan Mehmedin divâna riyaset ettiği bir gün vâki bir
hadise üzerine Padişah için, divanın bulunduğu mahalle
nâzır kafes arkasında bir mahal tayin olundu, divân toplā-
nınca reisülküttab efendi evrakı okur ve ait olduğu daire-
ye Divânihümâyun hâceğânı tarafından işaret olunarak o
daireye tevdi' olunurdu. Mühim olan davalar divânda gö-
rülür ve bunları reisülküttâb olan zat ayırırdı. Bu dava
sahipleri divân huzuruna alınarak usulü dairesinde muha-
keme yapıldıktan sonra rüyeti kime aidse onun tarafından

hüküm verilirdi. Alelâde davalar aid olduğu mahkemeye havale olunurdu. İslâmda idare istişare esasına müstenid olmak itibariyle böyle yüksek bir mecliste devletin en yüksek mevkilerde bulunan tecribeli, ehil ve kifayetli zevâtin bulunması tabiidir. yalnız burada adalet bakımından iki cihet calibi dikkatdir.

1 — Divânın bu derece halkın işleri ile meşgul olması,

2 — Hükümlerin davanın rüyeti hangi hâkime ait ise onun tarafından verilmesi,

Bunlar hak ve adalete ve hâkimlerin istiklâline ne derece ehemmiyet verildiğine delâlet eder.

Hükümler verilmeden evvel Hâkimlerin divânda bulunan zevatla istişareleri muhakkaktır. Ahkâmı islâmiyede Hâkimlerin kendilerine arz olunan davalarda icabında ilim sahipleri ile istişare etmeleri caiz olduğu gibi ilim ve kemal erbabı müftülerden istifdarları caizdir, bu halde diğer divân azalarının reyleri istişari idi. Bu reyler hükmedecek hâkimin reyine tevafuk ederse ne alâ; etmez ise Hâkim kendi reyini ile hükmederdi.

Nitekim huzuriâli muhakeme ve murafaaları denilen ve sadrazam ve muahharan şeyhüislâmlar huzurunda görülen davalarda da hal böyle idi, yani huzuru âlide bakılan davaları rüyet hangi Hâkime ait ise hüküm onun tara-

findan verilirdi; Burada da diğeri zevat müşavir mevkiinde idiler (34).

Bazı fermân ve vesikalardan anlaşıldığı üzere mer'a, yaylak, kışlak, su ve hudut gibi bazı hususlara ait nizalarda müessif her hangi bir hadiseye mahal kalmamak için alâkalılar tarafından vaki müracaat üzerine doğrudan doğruya veya divânın işareti ile Padişahlar tarafından mahalline tetkik için ehil ve şayani itimad kimseler gönderilerek hangi tarafın haklı olduğunu tahkik ettirilir ve neticesine göre iktizası bir ferman ile emir ve irade olunurdu. Mahkemeye ait işlerde Padişahın iradesi idari tedbir cümlesinden olup taraflardan birinin mahkemeye müracaatına mani teşkil etmezdi. Yalnız müvellâ yani hususi hâkim marifetiyle hallolunan ihtilâflar da müvellâ tarafından verilen hüküm, mahkemeden verilmiş gibi muteber olup icra edilirdi.

DİVÂN-I MEZÂLİM VE DÂR-Ü L-ADL :

Amele müteallik şer'i hükümler ibâdât, münâkahat, müfârat, muâmelât, ukubat siyer - gibi bir takım kısım-

(34) Divân meclisi vükelâya inkılâp ettikten sonra bazı mühim davalar taraflardan birinin talebi üzerine bu davaya bakmak kendisine ait olan hâkim marifetiyle Sadrazamlar huzurunda bakılır ve buna huzuriali murafaası denirdi. Tanzimattan sonra huzur murafaası adı ile bu gibi davalara şeyhülislâmlar huzurunda bakılmış ve son zamanlarda bu usul kaldırılmıştı. Huzur mahkemelerinde de hükmü, o davaya bakmak kimin selâhiyeti dahilinde ise hüküm onun tarafından verilirdi.

lara ayrılır. İbâdetten mâadası kaza mevzuu olabilir. Yukarıda söylediğimiz veçhile kaza takyidi câiz olan bir vilâyet meselesidir. Binâenaleyh her türlü dâvanın görülmesi bir hâkime tefviz olunabileceği gibi tefrik olunarak müteaddid hâkimlere de tevdi' olunabilir. Hattâ yalnız bir hâdiseyi hall ü fasl etmek üzere bir zat tâyin olunabilir. Vliyyül-emr bir kısım işlerde hâkimleri vazifelendirmeyip bizzat kendisi bakar.

Hulefây-ı Râşidîn zamanında bir rivâyete göre kadılar yalnız hukukî ve medenî işlere bakarlardı. Cürüm ve cinâyetler halife ve valiler tarafından tahkik ve tecziye olunurdu. Şibli merhumun tahkikine göre cürüm ve cinâyetlere bakmak dahi kadılara mevdu'du. İlk tahkikatı zabıta memurları yapardı. Her kim tarafından bakılırsa bakılsın bu selâhiyetler cemiyetin kaza kudretini temsilen icra edilirdi.

Bilmünâsebe beyan etmiş olalım ki İslâm şeriatına göre devlet idaresi ve ta'zir gibi mevzu'larda veliyyülemr geniş bir iktidar ve selâhiyeti haizdir islâmî esaslar daire-sinde (35) idârî işlerin nasıl olması lâzım geldiğini ve mücrimlere tatbik olunacak cezaların derecesini veliyyül-emr tâyin eder.

Her ferd, hukuk bakımından müsâvî ve cezayı müstelzim fiil ve hareketlerinden mes'uldür. Başta Devlet Reisi olmak üzere emîrler, hâkimler ve memurlar dahi vazifelerine tealluk eden hususlardan sorumludurlar.

Hulefây-ı Râşidîn asrında nûr-ı Nübüvvete yakınlıkları derecesinde halk îmân-ı kâmil ve hüsn-i ahlâkla mütehallî idi. Herkes hakkına râzı ve diğerlerin haklarına hürmetkâr idi. İhtilâf ve dâvalar islâmî hükümleri anlayıştan ve ictihad ihtilâflarından ileri geliyordu. Maahâza müslümanlar arasında câhiller ve islâmiyetle ülfet etmemiş kimseler yok değildi. Bu cihetle arasına vâlilerden, hâkimlerden ve memurlardan şikâyet vuku'bulur ve bu şikâyetler bizzat halife veya vâliler yahud memur edeceği zevat tarafından tahkik olunarak icâbı yapılırdı. Şikâyetleri dinlemek üzere muayyen bir gün ve vakt tahsis edilmemişti. Emevîler devrinde şikâyetlere bakmak üzere muayyen bir zaman tahsis edilmiştir. Şikâyetlere bakmak üzere akdolunan meclise Divân-ı Mezâlim denir. Terkibin mânâsından anlaşıldığı üzere vuku bulan hükümlere bakmak üzere kurulan meclis demektir.

(35) Fıkıhta bu hükümlere «raiyyet üzerinde tasarruf maslahata manuttur» «memnu' ve mucib-i ism olup hakkında had tâyin kılınmamış olan fiil ve hareketler ta'zîri mucibtir. Ta'zîrin derecesini tâyin veliyyül-emre âiddir». meâlindeki kaide ve esaslarla icmâl edilmiştir. Bazı cinâyetlerden dolayı şer'an kısas ve had lâzımgelir. Teallük ettiği cürümlere göre bu cezalar şu namları alır. Kısas, hadd-i zina, hadd-i sirkat, hadd-i şürb, hadd-i sekir, hadd-i kazf, hadd-i kat'üt-tarik (yol kesme) hadd şüphe ile mündefi' olur. Bu takdirde fâil üzerinde had icra olunmayıp ta'zir yani alelâde ceza tatbik olunur. Kısas ve hadlerin lüzum ve sûret-i icrâsı Kur'an ve Hadîsle tâyin olunmuştur.

Çurci Zeydan Medeniyet-i İslâmiye târihi'nde Divân-ı Mezalimin istinâf mahkemesine benzer ayrı bir teşekkül olduğunu yazıyorsa da me'haz göstermiyor. Elimizde ve Ankara'da bulunan umumî ve hususî kütüphanelerdeki eserleri tetebbü' ettik. Fakat «Dîvân-ı Mezâlîm» adıyla divandan ayrı müstakil bir mahkemeye tesadüf etmedik.

Malûm olduğu üzere, geçmiş peygamber ve hükümdarlar, cemiyet ve devlet işlerine bakmak üzere dîvanlar akdedegelmişlerdir. Nitekim Devlet-i Osmâniye'de de bîdâyetleri hükümdarın, sonraları sadr-ı a'zamların riyâsetinde muayyen zamanlarda dîvan kurulur ve bu mecliste devlet işleriyle halkın şikâyetlerine ve bazı mühim dâvâlara bakılırdı. Bu dîvana «Dîvan-ı Hümâyun» denirdi. Anlaşıyor ki Emevîlerde ve sonra «Dîvân-ı Mezâlîm» denilen müessese aynı şeyden ibarettir. Yalnız diğer işlerden ayrı olarak halkın şikâyetlerini dinlemek için muayyen gün tahsis edilmiştir. Zikri geçen Medeniyet-i İslâmiye Tarîhi'nin verdiği şu misallerden de böyle olduğu anlaşılıyor. Misallerin biri şudur : Ömer İbni Abdülâzîz'e Yemen'li bir adam gelerek mazlumum demiş. Ömer İbni Abdülâzîz, sana kim zulmetti deyince, Yemenli, Velid İbni Abdül - Melik köyümü gasbetti cevabını vermiştir. Halife derhal intikalât defterini getirterek.. köyün falanın uhdesinden Velid İbni Abdülmelik'in uhdesine geçtiğine dair kaydı görünce köyün sâhibine iâde edilmesini emreylemiştir. Diğer misal de şudur :

Hulefây-ı Abbâsiyeden (Me'mun) halkın şikâyetlerini

dinlemek için pazar gününü tahsis etmiş ve bir gün şikâyet meclisinden çıkarken üstü başı pejmürde bir kadın ile karşılaşmıştır, kadın bizzat «Me'mun» un oğlu Abbas'dan şikâyeti olduğunu söylemiş, bunun üzerine kadın ile Abbas'ı yanyana oturtmuş kadını haklı görünce lehine hükmeylemiştir.

Medeniyeti Islâmiye müellifi Dârül-adl hakkında da şu malûmatı veriyor : (Mısır Hükûmeti Mülûki Eyyubiyye geçince bunlar mezalimin rüyet ve faslı için bir konak inşa ederek buna dârul adil (Adâlet dairesi) namını verdiler.

Meliki Adil Nuriddini Zengi (36) Eyyübilerden daha evvel öyle bir daire tesis etmiş idi. bu zat aslen Türk'tü. Eyyübiler bizzat Dârul'adilde bulunarak halkın şikâyetlerini tetkik ve faslederlerdi. Daha sonra gelen kölemen Ümerası da aynı yolda hareket ettiler. Eyyübiler, bu deavî-

(36) Nuriddini Zengi Musul ve Cezirede hüküm süren Atabegân devletinin müessisi olan İmad-bin Zenginın oğludur. 511 tarihinde dünyaya gelmiş ve 541 yılında babasının vefatından ve büyük kardeşi Seyfüddinin Musul tahatına geçmesinden sonra Halebi ve sonraları Hama, Humus, Ba'lebek ve Dimaşkı zapt ederek bir devlet teşkil etmiştir. Rumlardan ve Filistine musallat olan Ehlisalıpten bir hayli yerler alarak memleketine ilhak eylemiştir. Cesusur, âdil, hayırsever bir Türk Hükümdarı idi. Adaleti afa-ka yayılmış ve hatta düşmanları dahi adaletini takdir ve teslim etmişlerdi. Bundan dolayı kendisi Meliki âdil lakabı ile anılmaya başlamıştır. Hamada, Humusta Bâlebeekte ve sair mahallerde medreseler, dârülhadîsler, camiler ve hastahaneler yaptırmıştır.

nin ru'yetine ve halk arasında hak ve adaletin cereyanına pek büyük ehemmiyet verirler ve meclisi kazaya «Mahkeme-i Kübrâya» bir hürmeti mahsusa gösterirlerdi. Mezâlime baktıkları zaman saltanat tahtı üzerinde oturmazlardı tahtın yanında ayakları yere degecek bir halde bir kürsü üzerinde otururlardı. Sultan bu kürsüye oturunca sağ tarafına Mezahibi Erbea Kazıl - Kuzatları, önünde beytulmal vekili ve sair memurlarla muhafızlar ve Havassı ben-degân ahzi mevki ederlerdi. Bu meyanda şikâyetleri sultana okuyacak zevat ta bulunurdu. Şikâyetler okundukça Sultan, Kadılara veya asker kumandanlarına müteallik olan hususatı kendilerine sorduktan sonra muvafık gördüğü hükmü verirdi.

İslâm Selâtin ve Umarâsı tebea tarafından takdim olunan şikâyetleri ru'yet ve tetkik etmeğe ve tezallum kendilerinin veya öz çocuklarının hakkında vâki olmuş olsa bile o zulmu ref ve izale eylemeğe sarfı gayret ederlerdi.

Bu beyanattan da anlaşıldığı üzere dârul'adil denilen yer bir mahkeme değil Dîvani Sultanî binasıdır. Ve toplanan meclis te dîvandır.

TAHKİM :

Kaza tarihini tetkik ederken tahkimden de bahsetmek yerinde olacaktır. Çünkü, tahkim de kaza kadar eski ve insanlar aralarında uyuşmazlıkları hallettirmek için baş vurulan mühim ve fâideli bir mkessesedir. Hakem mârifetiyle

görülen işler en kısa bir zamanda neticelendiği halde bu yola pek az müracaat olunur. En çok müracaat edilen mahkemeler, Âmme vilâyetini haiz ve o sıfatla hak ve adaleti himayeye memur olan Hâkimlerdir. Hakemlere nadiren müracaat olunması mahkemelerde adalet teminatı daha fazla olmasından ve öteden beri mahkemelerde görülen bî taraf-lık ve adaletin amme vicdanı üzerine bıraktığı tatminkâr tesirlerden ileri gelmiştir. Mahkemelerde adalet devam ettikçe insanlar dâima mahkemeyi tercih edeceklerdir.

Şer'iyye mahkemelerinin temyiz merci i olan Mulga fetvâhaneyi âlinin ilâmat dairesinde memur bulunduğum bir sırada müşahade ettiğim bir vâkıayı nakletmeden geçemiyeceğim.

Şam Şer'iyye mahkemesinden verilen bir veraset hücceti tetkik olunmak üzere fetvahâneye gönderilmiş ve tasdik olunarak iade kılınmıştır. O zaman şam gâzisi bulunan zat bu hüccet, meselenin tashih ve sehimlerin tayini yanlış olduğu halde tasdik olunmuş olduğundan bahsile fetvâhâneye iade etmişti. Filhakika miras meselesinin tashih ve sehimlerin hesabının yanlış olduğu anlaşıldı.

Mesele, Fetvahâne erkânı arasında telâşla karşılandı, kim tarafından tetkik edildiği ve niçin dikkat edilmemiş olduğu araştırıldı, fetva emîni ve ilâmat müdürü sabahtan akşama kadar bu işin tahkiki ile meşgul oldular. İlâmat müdürü olan zat Âlim, Fakih ve şiddetizekâ ve hâfıza ile ma'ruf Kayserili İsmail efendi merhumdu. Efendi hazret-

leri insan hata edebilir bu mes'ele niçin bu derece büyütüldü diye sebebini anlamak istedim. Cevaben evet hata olabilir, fakat mesele fetvâhaneye halkın itimadı mes'elesidir. Hata tekerrür ederse itimat kalmaz o halde bu daireyi lâğvedip yenisini teşkil etmek icabeder buyurdular. Şu yüksek düşünceyi hiç unutamıyorum. İşte kaza bu kadar mühim ve nazıktır. Bu ibret anılacak vakıayı naklettikten sonra bahse devam ediyorum.

Tahkim, Lugatte bir şahsa hüküm selâhiyeti vermek demektir. Fıkıh istilâhında hasımların yani davacı ve davalının ihtilâflarını fasletmek için âhar bir kimseyi hâkim tayin etmelerinden ibarettir. Bu suretle tâyin olunan kimseye HAKEM ve MUHAKKEM denir. Tahkim kazaya mülhak hususlardandır; Çünkü hakemin hükmünü icra ve tenfiz, hâkimin tasdikine mutavakkıftır. Bu münasebetledir ki tahkim bahsi, fıkıh kitaplarında ekseriyetle kaza mebhâsinde izah olunur.

Tahkîmin meşrûiyyeti, kur'an, sünnet ve icma' ile sâbittir.

Cenabı hak, «eğer karı kocanın aralarının açılmasından korkarsanız erkeğin ailesinden bir ve kadının ailesinden bir hakem gönderin» mealinde olan âyeti celilede karı koca ihtilâflarında hakem tayini tavsiye buyurulmuştur. Karı koca ihtilâflarında hakem tayininin cevazı sair hususlarda da cevâzına delâlet eder.

SÜNNET : Resuliekrem benî -Kureyzeye Muaz bin Cebeli hakem nasbetmelerini tavsiye etmiş olduğu gibi tah-tâvinin tahkim bahsinde beyan ettiği üzere Ebu-Şuşeyh ya Resûlallah benim kavimimden bazı kimseler aralarında niza' vukubuldukça bana gelip hüküme razı oluyorlar ben de hükmediyorum meşru'mudur diye sormuş hazreti Resuli Ekrem ne güzel şey cevabı ile tasvip etmişlerdir.

İCMA' : Âyeti celile ve sünneti resüle müstenid olarak tahkimin cevazı hakkında icma' vaki' olmuştur. Şöyle ki :

Hazreti Osman Basra'da bulunan henüz görmediği arazisini Talha bin Abdullaha satmıştı, bazıları Hazreti Osmana ve bazıları Hazreti Talhaya aldandığını söylemişler, bunun üzerine Hazreti Osman ve Talhadan her biri hıyar hakları olduğu fikrinde bulunarak aralarında ihtilâf zuhur etmiş ve bu ihtilâfı hal için Cübeyr-bin Mut'amı hakem tayin eylemişlerdir. Cübeyr sahâba huzurunda Talha'nın hıyarı olduğuna hükmetmiştir. Fukahadan tahkimin caiz olmadığı reyinde bulunan yoktur.

Tahkim, ancak davacı ve davalının sulhen halledebilecekleri hususlarda muteberdir. Binaenaleyh şer'an haddi mucip olan cürümlerde ve sahih olan re'ye göre kısasla tahkim cari değildir.

Kaza gibi tahkimde de bazı şartlar vardır. Bunlardan bazıları hakem tayin eden kimselere ve bazıları hakem olacak şahsa aittir. Tahkim edenin âkil ve hakem olacak şahsın

temyizi t mme ve Őhadete ehil olması lâzımdır. Binaenaleyh küçükler, ma'tuhlar, mecnunlar k rler hakem olamazlar. Hakemin erkek olması Şart değildir. Kadınlar da hakem tayin olunabilirler.

Hakem muayyen olmak Şarttır. Binâenaleyh taraflar hukuk  limlerinden veya Ankara H kimlerinden biri aramızda hakem olsun gibi gayrimuayyen tahkim yapamazlar, fakat hakem olacak Őahıs tarafların tanıdığı olması Şart değildir. Muayyen veya kabili tayin olmak Őartı ile tanıdıkları veya tanımadıkları kimselerden bir veya birlikte hareket etmek suretiyle müteaddid hakem tayin edebilirler. Ve bu tahkimlerde ittifak Şart değildir; Binaenaleyh taraflardan her biri ayrı ayrı birer hakem tayin edebilecekleri gibi ittifakla bir veya müteaddid hakem tayin edebilirler.

Hakemler müteaddid oldukları takdirde verecekleri hükmün ittifakla olması Şarttır.

Tahkim mutlak olabileceği gibi bir vakit ile takyid de olunabilir. Bir vakit ile takyid olunursa o vaktin geğmesi ie hakemlik sıfatı zâil olur.

Meselâ, bir ay zarfında hükmetmek üzere tayin olunan hakem ancak o müddet içinde hükmedebilir, o müddet geçtikten sonra hükmeder ise hükmü nafiz olmaz. Meğer ki taraflar icazet vermiş olsunlar.

Hakemler hakem nasbına me'zun değillerse tevdi olu-

nan işi bizzat kendilerinin görmesi icap eder. mezun iseler o iş için başkasını hakem yapabilirler.

TAHKİMİN HÜKMÜ : Hakemlerin usûlü meşrûasına muvafık olarak verdikleri hüküm lüzum ifade eder, şu kadar ki bu hüküm taraflar hakkında müteber olup âhara sirayet etmez. Meselâ üç varisini terkle vefat eden kimsenin alacaklısı varislerden biri ile bu alacağa dair ihtilâfı halletmek üzere bir hakem nasbedip de alacaklının alacağı bey-yine ile sabit olarak hükmölünse bu hüküm diğer iki varisi ilzam etmez.

Kâza ile alâkalı olduğu cihetle Osmanlılardaki Şeyhul' islâmlarla iftâ müessesesi ve şer'îye mahkemeleri ilâmlarının tetkik mercii olan fetvâhâne hakkında ma'lûmat vermeyi mevzu' harici addetmedik.

OSMANLILARDA İFTÂ MÜESSESESİ :

İftâ : Şer'î bir mesele hakkında cevap vermek demektir. Verilen yazılı cevaba Fetva denir. Ben şu meseleye dair Şeyhülislâm'dan fetva aldım diyen kimse, Şeyhülislâm'dan o mesele hakkında yazılı cevap aldım demiş olur.

Osmanlı Devleti, bir Türk-Islâm Devleti olmak dolayısıyla, şer'î hükümlerde merci' olmak ve vâkıaları cevaplandırmak üzere Müftiler tâyin olunurdu. Bunların en büyükleri Şeyhülislâmlardır ki, bunlara Müftil-enam; yani halkın sorularına cevap veren zat denirdi. Şeyhülislâmlar Padişahlar tarafından tâyin ve bu sıfat kendilerine onlar tarafından tevcih olunurdu. Daha evvel, Islâm memleketlerinde bu namla yad ve tebcil olunan âlimler vardı. Fakat resmî sıfatı haiz değillerdi. Yüksek ilim ve faziletlerine mebni ülema ve halk tarafından Şeyhülislâm lakabı ile yad olunurlardı. Şemsül eimme, İmamül'ümme, Hücetül-islâm, Allâme gibi tavsifler de bu kabildendir.

Osmanlı Devletinde, ikinci Sultan Murad zamanında, ilk defa bu makama getirilen ilim ve fazileti ile herkesin hürmetini kazanmış olan Mehmet Şemseddin Fenârî efendidir. Bu zat. halk arasında o derece takdir olunurdu ki, cuma günleri namaza giderken ahali geçeceği yerlerde toplanır, onu görmekten zevk ve haz duyarlardı. Molla Fe-

nâriden evvel bu vazifeyi Şeyh Edebâli, Dursun Fakih gibi büyük âlimler ifa etmişlerdi. Son Şeyhülislâm Mehmet Nuri Medenî efendidir.

Mehmet Şemseddin Fenâriden itibaren Hayri beye kadar gelip geçen Şeyhülislâmların hal tercemeleri, eserleri, el yazılarıyla cevap ve imzalarını taşıyan bazı Fetvaları Şeyhülislâm Hayri beyin meşihati, yani şeyhülislâmlığı zamanında derlenip 334 tarihinde yayımlanan ilmiyye Salnamesinde neşrolunmuştur.

Şeyhülislâmlardan bir kaçı istisna edilirse, diğerleri âlim, fâzıl, müteşerri yüksek şahsiyetlerdi. Bunlardan en ziyade iştihar edenler Mehmet Şemseddini Fenârî, Molla Gürânî, Zembilli Ali efendi, Molla Husrev, İbni Kemal Ahmet Şemseddin efendi. Ebussud efendi, Hoca Sadettin efendi, meşhur şâir ve âlim Yahya efendidir. Bu zatlar, ilim ve eserleri, ahlâki metanetleriyle Devlet ve millete meşkûr hizmetlerde bulunmuşlardır. Ebussuad efendi merhumun kanun ve Nizamlarintedvininde gösterdiği kudret ve kifayet pek büyük olmuştur.

Şeyhülislâmlar maiyetlerindeki zevatla birlikde kiraldıkları konaklarda ifayı vazife ederken 1241 tarihinde YeniçeriOcağı ilga edilince ikinci Sultan Mahmut Şeyhülislâmların Yeniçerilerin merkezi olan Ağakapısında vazife görmelerini irade eylemiş ve bu tarihten itibaren bu binada vazife görmüşlerdir. Son aldığı şekilden sonra buraya halk arasında Meşihat Dairesi, Şeyhülislâm kapısı denirdi. Dai-

re, Süleymaniyye câmiî avlusunun beş an metre yakınındadır.

Şeyhülislâmların maiyetlerinde Fetva işlerinde kendilerine yardım edecek memurlar bulunur ve bunlara Şeyhülislâm kâtibi ve Müsevvidleri denirdi. Bunların başında fetva Emîni unvaniyle bir zat olup ilmî faaliyete nezaret ederdi. Şeyhülislâmlardan sonra rey ve karar sahibi bu zattı. Fetva emînleri Sultan Süleymanın saltanatı zamanında ihdas edilmişti. İstanbulun fethinden evvel bu vazifeyi Bursa kadıları ve İstanbulun fethinden sonra İstanbul kadıları ifa eylemiştir.

Fetva emînleri de fakih, emîn, metîn ve müteşerri, zatlardan intihab olunurdu. İlk fetva emîni unvaniyle tâyin olunan zat, Balıkesirli Mehmet Muhiddin efendi ve son Fetva emîni Fâtih Dersiamlarından Muğlalı Ali Rıza efendidir. Mehmet Vâmık Şükrü Altınbaş merhumun «Fetva emînleri» adlı kıymetli bir tetebbuu ve himmet mahsulü bir eseri vardır. Bunda muhtelif zamanlarda bu makama işgal eden altmış dokuz Fetva emîninin hal tercemeleri ve eserleri yazılmıştır. Bu eser Şerefüddin Yalkaya'nın reisliği zamanında Diyanet İşleri tarafından satın alınmışsa da, henüz basılamamıştır.

Son zamanlarda Fetva Emâneti Fetvahânei Âli adıyla biri pusula odası, diğeri fetva odası ve üçüncüsü ilâmat odası olmak üzere üç kısımdan müteşekkildi.

Pusula odası soru sahiplerinin sordukları soruları yazar ve bunlar fetva odasına verilir ve burada verilecek

fetvanın şekli yazıldıktan sonra cevap tahrir ve imza olunmak üzere, Şeyhülislâm olan zata takdim olunurdu. Şeyhülislâm müsbet veya menfi cevaplarını yazıp imzalayarak fetva odasına iade eder ve defteri mahsusuna aynen kayd edilerek soru sahiplerine verilirdi. Bu muameleler nihayet bir hafta içinde tamam olurdu. Şifahî cevap isteyenler, doğrudan doğruya Fetva Odasına müracaat eder, oradan meselenin hükmünü öğrenirlerdi. Tahriren, yani istida ile sorulan meselelere derkenar suretiyle cevap verilirdi.

Fetva odası yeter miktarda müsevvid ve memurlardan müteşekkildi. .

İlâmat odası ilâmat müdürünün riyaset ve idaresinde yeteri kadar mümeyyiz ve muavinleriyle kalem işlerini gören memurlardan ibaretti. Bu odada. Şer'iyeye mahkemelerinden verilir re'sen veya temyiz suretiyle gelen ilâm ve hücretler tetkik olunur ve icabları ilâmlara derkenar suretiyle yazılarak Fetva Emni ile ilâmat müdürünün mühürleriyle mühürlenir, re'sen gelenler sahiplerine verilir veya verilmek üzere geldiği yere iade edilirdi. Temyiz suretiyle gelenler tasdik edilirse Meclis-i Tedkikatı Şer'iyeye Dairesine havale olunurdu. İlâmat odasına gelen ilâm ve hüccetleri evvelâ mümeyyiz muavini sonra mümeyyiz tetkik eder ve mütalâasını ilişik pusulaya yazarak imzaladıktan sonra ilâmat Müdürüne verirlerdi. İlâmat Müdürü bu mütalâaları doğru bulursa imza eder, bulmazsa rey ve mütalâasını yazarak Fetva eminine takdim ederdi. Fetva emini imzaladıktan sonra yazıla

işareti ile yazı masasına tevdi olunurdu. Fetva emini ilâmat müdürünün reyini muvafık bulmazsa sebebini pusula ya yazarak kendisine iade eder. Muhtacı teemmül ve müzakere değilse, Fetva emininin işareti vechile icabı yazılır, muhtacı müzakere ise, Fetva emininin riyasetinde ilâmat müdürü, reisül müsevvidin ve Fetva emini muavini toplanarak arizü amik teemmül ettikten sonra icabı kararlaştırılır; ihtilâf halinde Fetva Emininin reyini tercih olunurdu. Şeyhülislâm dairesi makamına Şer'îye vekâleti ve bu vekâletin 3 Mart 1340 tarihinde ilgası ile tesis edilen Diyanet İşleri Reisliği kaim olmuştur. Şer'îye mahkemeleri 8 Nisan 1340 tarihinde lâğvolmuş ve ifta işleri ile Şer'îye Vekâletinde ve Diyanet İşleri Reisliğinde müteşekkil Müşavere Hey'eti vazifelendirilmiştir.

(Fetva Dergileri Fetâvâ Mecmuaları) :

Şeyhülislâmlar, Fakihler ve hukuk âlimleri tarafından sayısız fetvalar verilmiştir. Bunların bazıları, taalluk ettiği bahislere, kitap ve fasıllara yazılarak, bir çok dergiler vücuda gelmiştir. Bunları derlemeden maksad, benzeri hâdiselerde halka, müfti ve hâkimlere rehberlik etmekden ve Devletce mamulünbih olan meseleler hakkında bilgi ve kolaylık temininden ibarettir. Bugün Temyiz Mahkemesi ve Devlet Şûrası kararları ne maksadla derlenip toplanıyorsa ve Tevhidi İctihad müessesesi hangi düşünce ile kabul olunmuşsa, Fetva kitapları da bu maksadla yazılmıştır. Halk ve hâkimler doğru olmayan fetvalarla mukay-

yed ve amel ve hükme mecbur değildirler. Şu muhakkaktır ki bu gibi eserler. tatbikatda çok faydalı olmuş ve ittirada hizmet eylemiştir. Bazı kimseler bu mecmuaların içtihadı ve hukukun inkişafına manî olduğunu ileri sürerek zararlı olduğunu söylerler. Bu mülahaza doğru değildir. Çünkü her akla gelen ictehad olarak kabul edilemez. İctihad, öyle zannedildiği gibi kolay bir iş değildir. Geniş bilgi ve ilimde melekeye ve halkın ihtiyaç, örf ve âdetlerine vukufa muhtaçtır. Bundan başka, bir hâdisede bir hâkimin şöyle, ve benzeri hâdisede diğer hâkimin başka türlü hükmetmesi ittirat ve halkın muamelelerinin sıhhat ve selâmeti ve âmmenin adalet ve kazaya itimadı bakımından isabetli olarak telakki olunamaz.

Bunlara rağmen, hukuk âlimleri düşüncelerinde serbesttir. Bunları kitaplarında yazabilir ve mecmualarda neşredebilirler. Esasen içtihad serbestisi de bu mânada anlaşılabilir. Fetvalar hiç bir hukuk âliminin içtihadına manî değildir. Yâni hususî doktrinindeki fikir ayrılıklarıyla görüş farklarına müessir olmaz. Adalette ittirat ve halkın kaza müessesesine itimadını temin zaruretine binaen resmî alanda lâzımür riâye idi. Keyfiyet bu gün de aynıdır. Umumî hey'et kararlarıyla içtihadı birleştirme kararları hâkimlerin şahsî içtihadları ile değiştirilemez.

Mevcut Fetvâ mecmualarından mülga Fetvahâne ve hukuk âlimlerince en muteber tutulanlar şunlardır : Ali efendi, Behce, Feyziyye ve Neticetülfetâvâ, Bunlar sâbık şeyh-

ülislâmlar tarafından verilen fetvaları muhtevîdir. Türkçe Ebussuud efendi, Abdurrahim efendi Fetva mecmuaları, ve Arabca Fetâvâyı hayriyye ve yedi cild teşkil eden «Elfetâvel mehdiyye filvekayil Misriyye» dahi şayanı istifade eserlerdendir. Arabca yazılı Fetâvâyı Bezzaziyye, Fetâvâyı Kazihan, Fetâvâyı Hindiyye, Fetâvâyı Tatarhaniyye ve benzeri eserler kısmen ilmî olarak tedvin olunmuştur. Hepsi ülema arasında muteberdir. «Keşfüzzunun» adlı meşhur eserlerinde Kâtip Çelebi bu Fetvâ mecmuaları ile diğer mevcut fetâvâ kitaplarına dair malûmat vermiştir.

F I H R I S T

	Sayfa
Önsöz	3
Kazâ (hüküm ve hâkimlik)	5
Kaza ile ifta arasındaki fark	8
İslâm'da ilk kadı (hâkim)	10
Kadıların mevki' ve sıfatları	19
Kadıya müteallik şartlar	19
Nefs-i kazâyâ müteallik şartlar	21
Kazânın âdâbı	23
Hazret-i Ömer'in mektûbu ve tahlîli	24
Örf ve âdet	41
İstihsan	47
Kadıların vazifeleri	53
Hükümlerin tescîli	59
Kazâda derece ve istînaf	60
Kazılıkuzât, kazılcemâa, kazıasker	61
Kazı askerler	64
Şurta yâni hâkim-i örfiler	67
Divân	67
Divân-ı mezâlim ve dârül'adl	70
Tahkîm	75
Tahkîmin meşrûyyeti	77
Tahkîmin şartları	78
Tahkîmin hükmü	80
Osmanlılarda iftâ müessesesi	81

	Sayfa
Şeyhül'islâmlık müessesesi	82
Meşhur Şeyhül'islâmlar	82
Fetvâ emînleri	83
Fetvâhâne ve kısımları ve vazifeleri	83
Fetvâ dergileri	85
Fetvâ dergilerinden gözedilen gaye	86

YANLIŞ - DOĞRU CETVELİ

Yanlış	Doğru	Sayfa	satır
Kadınların	Kadınların	7	10
başlarında	başlarında	11	6
Abdürrahmon	Abdürrahman	17	6
Kadı olabilmek için	Kazâya âid	19	10
Esoây-ı	Esnây-ı	25	18
karşı	karşı	33	24
şe evvelki	ve evvelki	35	5
lüzumunu	luzûmu	35	10
olduğunu	olduğunu	36	18
ve ceddati,	ve ceddatin,	37	22
lede - icab	ledel-icab	44	3
ve biliyorlarsa	ve bilmiyor- larsa	47	9
islâmı	İslâm	51	5
tecvize	teczıye	54	23
istikra	istikra	55	4
ihtilâf	ihtilâf ve	57	7
ihtilâflar da	ihtilâflarda	70	14
Çurci Zeydan	Curci Zeydan	73	1
Ebu-Şuşeyh	Ebu-Şureyh	78	3
hükme	hükümüme	78	5
sahâbe	sahâbe	78	17
İftâ	İftâ	81	2
beş an	beş on	83	1

MUELLİFİN DİĞER ESERLERİ

	Lira	K.
Miras, tatbikat	7	00
Hukuk mantığı	5	00
Vakıflar cilt I.	6	00
Vakıflar cilt II.	5	00
Su hakları	10	00
Vasiyyet	10	00
Fatih Sultan Mehmet	4	00
Fatih Sultan Mahmet (arapça tercemesi)	7	00
Voli, dalyan	1	50
İslâmda kazâ tarihi (Hüküm ve Hâkimlik)	5	00

Henüz tab' edilmemiş olanlar :

Kur'an ve sûret-i nüzûlû
Hadis terceme ve izahları

Fiati : Lira