ALİ HİMMET BERKİ'YE GÖRE YARGILAMA VE HÂKİMLİK(*)

Doç. Dr. **Ahmet AKMAN**(**)

Öz

Elbistan'da doğan Ali Himmet Berki, 1882-1976 yılları arasında yaşamıştır. Aslen Antalya'ya bağlı Akseki ilçesinin Unulla köyündendir. 1909 yılında Medresetü'l-kudât'tan birincilikle mezun olmuştur. Meslek hayatı içerisinde Osmanlı ve Cumhuriyet döneminde hukukçu olarak çeşitli görevler üstlenmiştir. Osmanlı döneminde kadılık ve *Şer'iyye ve Evkaf Vekâleti* bünyesindeki fetva heyetinde üyelik ile Medresetü'l-kudât'ın ahkâmü'l-arâzî hocalığını yapmıştır. Cumhuriyet dönemi Asliye hukuk hâkimliği, Temyiz mahkemesi üyeliği ve bu mahkemede daire başkanlığı görevlerinde bulunmuştur. Ali Himmet Berki, İslâm ve Osmanlı hukuku ile Türk hukuku alanlarında eserler kaleme almış ve aynı zamanda yargı görevi icra etmiş az sayıdaki hukukçulardandır. Bu çalışmada İslâm ve Osmanlı hukukuna dair çok sayıda eseri olan Berki'nin "*İslâm Şeriatinde Kaza (Hüküm ve Hâkimlik) Tarihi ve İftâ Müessesesi*" adlı eseri kapsamında yargılama ve hâkimlik mesleğine ilişkin görüşlerini ele alacağız. Ali Himmet Berki'ye göre yargı, "insanların şiddetle muhtaç olduğu en mühim bir merci, cemiyet idaresinde mukaddes tutulması gerekli olan bir müessesedir". Hâkimler hangi surette atanırsa atansınlar, toplumun vekilidirler. Hâkimler devlet başkanı velayetiyle ve onun adına hareket etmeyip, toplumun velayeti ve adına hareket ederler. Devlet başkanının azli ve başka türlü görevden ayrılması hâkimin görevini sona erdirmez. Berki, hâkimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığına vurgu yapar. Hâkimler âmme velayetiyle hareket ettikleri için taraflar bu emir ve hükümlere uymak ve gereğini icra ile mükelleftirler. Kabul ve gereğini yerine getirmezlerse cebren icra edilir. Hâkimlerin içtihada dayalı olarak verdikleri hükümleri de bu kabildendir. İslâm hukuk tarihinde yargı, farz ve Allah'a imandan sonra değerli bir görev olarak kabul edilmiştir. Hâkimin ilmi kabiliyet ve yetkinliği de son derece önemli olmakta ve içtihat vasfına sahip olması ise evleviyet şartı olarak kabul edilmektedir.

Anahtar Kelimeler

İslâm Hukuku, Yargı, Yargılama, Hâkim, Hüküm.

TRIAL AND JUDGEMENT ACCORDING TO *ALİ HİMMET BERKİ*

Abstract

Ali Himmet Berki has born in Elbistan and lived between 1882-1976. He is originally from Unulla village of Akseki district of Antalya. He graduated from Medresetü'l-kudat in 1909 with the first degree. In his life, he took in charge various tasks as a lawyer in the Ottoman and Republic of Turkey. During the Ottoman term, he worked as a judge and as a member of the *Board of İftâiyye* in the Şer'iyye and Evkaf Ministry, and served as a land law teacher of the *Medresetü'l-kudat*. He served as a member of the Civil Judgeship of First Instance in the Republic period and as a Head of Department in the Court of Appeal. Ali Himmet Berki is one of the few lawyers who wrote works

(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 01.09.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 20.10.2022, DOI No: 10.54704/akdhfd.1169570.

Bu çalışma, Akdeniz Üniversitesi'nde 04-06 Temmuz 2022 tarihleri arasında gerçekleştirilen *Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi*'nde sözlü olarak sunulan ve Sempozyum Kitabı'nda özeti yayınlanan bildirinin genişletilmiş, geliştirilmiş ve makale formuna dönüştürülmüş halidir.

(**) Necmettin Erbakan Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İslâm Hukuku Anabilim Dalı / Konya-Türkiye.
E-posta: aakman@erbakan.edu.tr,
Orcid Id: https://orcid.org/0000-0002-8697-1662.

"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

in the fields of Islamic and Ottoman law and Turkish law and also served as a judge during those periods. In this paper, we will discuss the views of Berki, who has a large number of works on Islamic and Ottoman law, on the judging and the profession of judge within the scope of his work "*İslâm Şeriatinde Kaza (Hüküm ve Hâkimlik) Tarihi ve İftâ Müessesesi*". According to Ali Himmet Berki, the judiciary is "*the most important authority that people desperately need, an institution that should be kept sacred in the community administration*". No matter how the judges are appointed, they are the representatives of the society. Judges do not act with the custody of the head of state and on behalf of him, but act on behalf of the society and the custody of the society. Dismissal of the head of state and departure from office in any other way does not terminate the duty of the judge. Berki, emphasizes the impartiality and independence of judges. Since judges act with public guardianship, their judgments must be followed. The parties to the case are obliged to accept and enforce these judgments. If they do not accept and fulfill the requirements, they are enforced. Their ijtihads are also like this. In the history of Islamic law, judgment has been accepted as an obligation and a valuable duty after belief in Allah. The professionel ability and competence of the judge is also extremely important, and having the qualifications of ijtihad is accepted as a prerequisite.

Keywords

Islamic Law, Jurisdiction, Trial, Judge, Judgment.

Extended Abstract

Ali Himmet Berki, who is from the village of Unulla in the Akseki district of Antalya, graduated from the Medresetü'l-kudat, which trained judges in the Ottoman Empire. He is an Ottoman and republican jurist. Berki, who worked in the field of education as a faculty member and performed various judicial duties in both terms, rose to the position of head of the department at the Supreme Court. He made important decisions during his judicial duty and left extremely valuable exemplary decisions and good practices to lawyers. He has signed many books and articles in the field of law. Among the topics covered are; the law of foundations, legal history, philosophy, methodology, and principles of interpretation, and judgeship is at the forefront. He thinks that Islamic legal methodology can contribute to human legal systems and tries to contribute to the formation and development of the reasoning ability of the jurist by showing the application of the principles of Islamic law to a different legal system. In his work, which deals with the issues of judiciary and judgeship in Islamic law in depth, he focuses on the essentials of the need for the judiciary in societies. In a society, there is a definite need for a force that will protect the weak, separate right from wrong, and punish the guilty. Therefore, judicial duty is one of the most important duties that people desperately need. For this reason, it is a necessary function that requires attention in its implementation. Due to this feature, no community or state has stayed away from it throughout history. From the earliest periods of Islamic legal history, we see that there are many principles and practice-oriented texts on the subject.

The judiciary is one of the main powers that a state should have, along with the legislature and the executive. This task must be performed in a certain balance with other powers. The judicial power intervenes and delivers the rights to their owners. Judges are the representatives of society and act on their behalf. The decision of the judge is at the level of the order and judgment of the public. Since the judges act with public custody, their orders and provisions must be followed. If the parties do not accept and fulfill these provisions, they will be subject to forced execution. The judiciary can find and apply the existing laws in order to resolve the conflict, as well as put forward their decisions by jurisprudence in order not to nullify the issue in places where there is no law. In the resolution of disputes, the customs and traditions established in the society shed light on the judge's decisions, with the priority being the written rules of law. When the methodology of Islamic law and article 1 of the Turkish Civil Code is examined, the issue becomes clearer in this context. For this reason, it is thought that the judge should know the customs and traditions of the people.

Berki finds it extremely important that the judge has the qualifications of ijtihad with his scientific ability and competence. In addition, he sees being clean and away from all kinds of bad behavior. In the relevant section of the Mejelle (article 1792), it is regulated that the judge should be the right decision maker, strong understanding, correct direction, reliable, dignified and strong-willed. Finally, it focuses on the judge having the ability to solve legal problems and the knowledge of the trial procedure. The ability to apply the provisions of the law to the events in the case is also very important. During the trial, Caliph Omer's letters on the subject are mentioned. In these letters. With these letters, it is possible to have important information about how the judge will conduct the trial with the principles

of the trial procedure. Among these principles the most striking points are; understanding the claims and accusations of the parties well, treating the parties equally in the courthouse, the plaintiff's bringing evidence, the defendant's oath, directing the parties to peace whenever possible, substituting evidence for the parties, reversing the wrong decisions during the trial, providing the conditions of testimony and avoiding false witnessing. There are issues such as shouting, sulking and taking care to stay away from wrath and anger during the trial. It should be underlined that all these principles significantly emphasize the independence and impartiality of the judge. As a conclusion all these principles can be found in the classical period in comparison with the contemporary understanding of law in Ali Himmet Berki's narrative and they were applied properly in the Ottoman Empire.

GİRİŞ

1882-1976 yılları arasında yaşayan Ali Himmet Berki Elbistan'da doğmuştur. Kendisi gibi hukukçu olan babası da o dönemde burada kadılık görevini yapmaktaydı. Ali Himmet Berki aslen Akseki'nin Unulla köyündendir. Orta tahsilini Antalya'nın Akseki İlçesinin İbradı Rüştiyesinde tamamlamış ve sonra İstanbul'a gelmiş ve 1909 yılında Fatih dersiâmı olan Tokatlı Kemerlizâde Mehmed Şakir'den icazet almıştır. Kadı yetiştiren Medreset-ul Kudât'tan mezun olan Ali Himmet Berki, 1913'te Medresetü'l-Kuzât'ta Ahkâm-ı Arazi (toprak hukuku) hocalığı ile görevlendirilmiştir.[1] İlâmat odası mübeyyizliği[2] görevi sonrası Amasya, Tokat ve Ankara (1915-1922) kadılıklarına getirilmiştir. Şeriye ve Evkaf Vekâletindeki Heyet-i İftaiye görevi sonrası 1925 yılında İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesi başkanlığı görevini ifa etmiştir. Cumhuriyet döneminde Temyiz Mahkemesinde daire başkanlığı yapmış ve nihayet 1950 yılında da emekli olmuştur.[3]

Ali Himmet Berki, İslâm ve Osmanlı hukuku ile Türk hukuku alanlarında eserler kaleme almış ve aynı zamanda yargı görevi icra etmiş az sayıdaki hukukçulardandır.[4] Berki'nin çok sayıda kitap ve makalesi bulunmaktadır. Bunlar arasında vakıflar hukuku alanında çok sayıda kitap ve makalesinin olduğundan özellikle bahsetmek gerekir. Hukuk mantığı ve tefsir isimli kitabı genç hukukçular için hukuk nosyonunun oluşmasında son derece değerlidir. Usûl-i fıkhın (İslâm hukuk metodolojisi) beşerî hukuk sistemlerine katkı verebilme imkânı ve kanunları yorumlama noktasında hukukçulara yapabileceği katkılar bu kitapta ele alınan en temel hususlardandır. Bu çerçevede fıkıh usulündeki ilkelerin farklı bir hukuk sistemine nasıl uygulanabileceğini görmek hukukçudaki muhakeme yeteneğinin oluşmasında son

1 Ahmet Dağ, "Ali Himmet Berkî'nin -Yaşadığı Çağın Ruhu Bağlamında Ahlak Düşüncesinin Anlaşılması", *Ali Himmet Berkî Kitabı*, Ed. Zeki Yaka-Ahmet Ögke, (Ankara: TDV, 2019), 119-120.

2 İlâmat Odası: Tanzimat sonrası Fetvahâne'de oluşturulan ve Şer'iyye mahkemelerinden doğrudan veya temyiz yoluyla gelen ilam ve hüccetlerin incelendiği yerdir. Ali Himmet Berki, *İslam Şeriatinde Kaza (Hüküm ve Hâkimlik) Tarihi ve İftâ Müessesesi* (Ankara: Yargıçoğlu Matbaası, 1962), 84; Ayrıca bkz. Talip Ayar, "Osmanlı Devlet Teşkilatında Fetvâ Eminlerinin Görevleri", *Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Sayı: 38, (2012), 408.

3 Ahmet Hamdi Furat, "Ali Himmet Berki (1882-1976)", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Sayı: 6, (2005), 505; Şakir Berki, "Ali Himmet Berki", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, İstanbul 1992, 5, 509.

4 Dağ, "Ali Himmet Berkî'nin -Yaşadığı Çağın Ruhu Bağlamında Ahlak Düşüncesinin Anlaşılması", 120.

derce etkili olacaktır.[5] Açıklamalı Mecelle, İslâm Hukukunda Ferâiz ve İntikal ve yine bu çalışmada yararlandığım yargılama ile alakalı *İslâm Şeriatinde Kaza (Hüküm ve Hâkimlik) Tarihi ve İftâ Müessesesi* (İslâm'da Kaza, Hüküm ve Hâkimlik ve Tevabii) isimli eserinin özellikle belirtilmesi gerekir. Ayrıca Diyanet İşleri Başkanlığı tarafından basılan 250 Hadis, Hz. Muhammed ve Hayatı gibi eserleri de ilgi alanlarının çeşitliliğini ifade etmek açısından önemlidir.[6]

Ali Himmet Berki, İslâm Şeriatinde Kaza (Hüküm ve Hâkimlik) Tarihi ve İftâ Müessesesi adlı eserinde öncelikle "kaza"nın (yargı) lügat ve ıstılahî tanımını yapar. Kaza kavramı sözlük anlamı itibariyle kat' ve fasl eylemek, yani bir işi çözerek nihai şeklini vermek anlamındadır. Terim olarak ise, taraflar arasında meydana gelen dava ve nizâyı usulüne uyarak hal ve fasletmek demektir. Berki'ye göre yargı; "*insanların şiddetle muhtaç olduğu en mühim bir merci, cemiyet idaresinde mukaddes tutulması gerekli olan bir müessesedir. İnsanlar arasında ihtilaf ve husumetin meydana gelmesi beşerin yaratılışı gereğidir. Bu sebeple yargı gibi zayıfı koruyacak, haklıyı haksızdan ayıracak, zulüm ve cinayeti korkutacak ve tecziye edecek bir kuvvete kesin olarak ihtiyaç vardır*."[7] İslâm hukukunda yargı fonksiyonu *hüküm* ve *kaza* kelimelerinden türeyen *hâkim* ve *kâdî* terimleri ile ifade edilir.[8] İslamiyet yargıya layık olduğu önemi vermiştir. Hz. Muhammed, 'bir saatlik adalet altmış sene nafile ibadetten hayırlıdır' buyurmuşlardır.[9] Hz. Muhammed, kaza (yargı) ile emir olunmuş ve özellikle Medine döneminden itibaren yargı fonksiyonu daha aktif olarak yerine getirilmiştir.[10]

Nitekim Kur'an-ı Kerim'de peygamberlerin yargı görevini üstlendiği ve Hz. Davud'a da Cenâb-ı Hak'tan adalet temelinde yargılama yapmak ile emir buyurulduğu beyan olunmuştur.[11] Yargı görevi o derece önemlidir ki, düşman istilası altında bile olsalar Müslümanların işlerini görmek ve aralarındaki ihtilafları çözmek maksadıyla içlerinden yönetici ve kadı atamaları ve Cuma namazı kıldırması için hatib ve imam seçmeleri yerine getirilmesi gerekli bir emirdir.[12] Doktrinde hâkim ataması yapılmayan yerlerde yaşayanların kendi aralarındaki ihtilafları çözmek için hâkim görevlendirmesi yapabileceğine dair görüşler vardır.[13]

---

5 Fatih Yücel, "Fıkıh Usûlünün Medenî Kanunun Yorumlanmasına Katkısı -Ali Himmet Berki'nin Hukuk Mantığı ve Tefsir İsimli Eseri Örneğinde-", *Diyanet İlmî Dergi*, 57 (2021), 603.

6 Furat, "Ali Himmet Berki (1882-1976)", 507 vd.; Ayşe Esra Şahyar, "Ali Himmet Berkî'nin "250 Hadis Terceme ve İzahı" Adlı Eseri Üzerine Bazı Değerlendirmeler", *Ali Himmet Berkî Kitabı*, Ed. Zeki Yaka-Ahmet Ögke, Ankara: TDV (2019), 206.

7 Berki, *İslâm'da Kaza*, 5.

8 Fahrettin Atar, *İslâm Adliye Teşkilatı Ortaya Çıkışı ve İşleyişi* (Ankara: DİB Yayınları, 2020, 43.

9 Zeylaî, Abdullah b. Yusuf, *Nasbü'r-Raye*, thk. Muhammed Avvâme (Beyrut: Müessesetü'r-Reyyân 1997/1418), 4, 67.

10 Atar, İslâm Adliye Teşkilatı, 78.

11 es-Sâd, 38/26; Ayrıca Hz. Süleyman (a.s) ilgili olarak Enbiya Suresi, 21/78; Neml Suresi, 27/16; Bkz. Ali Himmet Berki, *Hukuk Tarihinden İslam Hukuku* (Ankara: Diyanet İşleri Reisliği Yayınları, 1955), 36.

12 Berki, *Hukuk Tarihinden İslam Hukuku*, 36, 38.

13 Atar, *İslâm Adliye Teşkilatı*, 173.

I. YARGI GÜCÜNÜN MAHİYETİ

Yargı, yasama ve yürütme ile birlikte bir devletin sahip olması gereken güçler ayrılığı kapsamındaki anayasal erklerden bir tanesidir. Yargı fonksiyonu temelde izharî bir fonksiyondur. Hukuk tarafından insanlara tanınan hak ve hürriyetler çekişme konusu olunca, yargı gücü devreye girerek hakları sahiplerine teslim eder. Hâkimler bunun için var olan nas ve kanunları bulup uygulayabileceği gibi, nas olmayan yerlerde içtihat ederek, meseleyi hükümsüz bırakmayarak, kararlarını ortaya koyarlar.[14] Bu durum esasen Türk Medeni Kanunu'ndaki norm boşluğunun hâkim tarafından doldurulması hükmüne de benzemektedir.[15] Berki'ye göre, hiçbir insanın bir başkası üzerinde velayet ve tasarruf hakkı bulunmadığından, bu hak yani yargı hakkı âmme velayetini elinde bulunduran topluma aittir ki, bu aynı zamanda yargı gücü demektir. Hangi surette atanmış olurlarsa olsun, hâkimler toplumun vekili olup, devlet başkanı velayetiyle ve onun adına hareket etmeyip, toplum adına hareket ederler. Hâkimin kararı kamunun emir ve hükmü derecesindedir. Hâkimlerin karar ve içtihatlarına devlet başkanlarının müdahale etmeyeceği anlayışı uygulamada yerleşik bir hâle gelmiştir. Devlet başkanlarının aleyhlerine davalar açılmış ve farklılık gözetilmeksizin diğer insanlar gibi muhakeme edilmişlerdir. Hâkimler, İmam Ebu Yusuf'un Halife Harun Reşid'i hasmı Hristiyan olan bir davada yargılayıp aleyhine hüküm verdiği gibi, kendisini tayin eden devlet başkanını da yargılayabilmektedir.[16] Hâkimler kendilerini atayan devlet başkanı velayetiyle ve onun adına değil, müslümanlar nâmına hareket ederler. Devlet başkanları ile aralarında var kabul edilen vekalet ilişkisine rağmen, normal vekalet ilişkisinden farklı olarak, devlet başkanının vefatı veya azledilmesi ile onun atadığı hâkimlerin görevi sona ermez. Yani devlet başkanının azli veya başka türlü görevden ayrılması hâkimlerin de azlini gerektirmez. Devlet başkanının hâkimi azletmesi de gerçekte kendisine değil, âmmeye izafe edilir.[17] Devlet başkanının adâlet vasfını kaybetmesi veya vücudunda görevini sürdürmeye mâni noksanlıklar meydana gelmesi hâlinde '*ehlü'l-hal ve'l-akd*' tarafından azledileceğini İslâm hukukçuları kabul etmişlerdir. Azil sonucunu doğuran bu şekildeki görevden alınma genellikle "hal'" kelimesi ile ifade edilmiştir.[18] Hâkimler dev-

[14] Atar, *İslâm Adliye Teşkilatı*, 44; Melikşah Aydın, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Hâkimlik ve Hâkimlerin Nitelikleri* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 151.

[15] Türk Medeni Kanunu (TMK), md.1.

[16] İbn Âbidin, Muhammed Emin, *Reddü'l-Muhtar ala'd-Dürri'l-Muhtar* (Beyrut: Darü'l-Fikr, 1992/1412), 5, 376; Nevin Ünal Özkorkut, "Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı'da ve Günümüz Türkiye'sinde Yargıya Genel Bir Bakış", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 57, Sayı: 01 (2008), 231.

[17] Kâsânî, Bedai', 7, 16; Berki, *İslâm'da Kaza*, 7; Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukukı İslâmiyye ve Istılahâtı Fıkhiyye Kamusu* (İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1970), 8, 247; Osman Kaşıkçı, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle* (İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı (OSAV), 1997), 296; A. Refik Gür, *Osmanlı İmparatorluğu'nda Kadılık Müessesesi*, Haz. M. Nihat Aryol, 2. Basım (İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2017), 98.

[18] Fahrettin Atar, "Azil", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, İstanbul 1991, 4, 326; M. Âkif Aydın, "Hal'", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, İstanbul 1997, 15, 218; Hüseyin Çeliker,

let başkanını değil müslümanları temsil etmekte olup, bu itibarla sahip oldukları kamu velâyetine binâen, emir ve hükümlerine uyulması gerekir. Onların verdiği hükümler kamunun verdiği hükümler mertebesindedir. İlgililer ve davanın tarafları bu hükümleri kabul etmezler ve gereğini yerine getirmezlerse cebren icra ve infaza tâbi tutulurlar. İslâm hukuk tarihinde yargı, farzlar ve Allah'a imandan sonra gelen değerli bir görev olarak kabul edilmiştir.[19]

Kadı ile müftü arasındaki fark da belirtilen bu özellikten doğmuştur. Kadı velayet-i âmmeyi haiz olduğu için kendisine arz edilen olayı araştırarak, nihayetinde sabit olduğu şekliyle hüküm verir. Hâkimin hüküm verme sorumluluğu mevcuttur.[20] Müftü ise hadiseyi tahkik ile meşgul olmayıp, kendisine anlatıldığına göre meselenin hükmünü beyan eder.[21] Bu beyan esasında sırf ilmîdir. İlgililer isterlerse kabul ederler; etmezlerse mahkemeye müracaat ederler.[22] Berki yargı yetkisinin bir kamu meselesi olduğunu önemle vurgulamaktadır.[23] Bu sebeple kamu makamından kendisine bu yetkinin verilmiş olması gerekir. Fetva verme konusunda ise böyle bir izin ve yetkilendirmeye gerek yoktur. Gerekli ilmi yetkinliğe sahip olan herkes fetva verebilir.[24] Gerçekte bu yetkinliğe sahip olma ve verilen fetvaların ilmi karakteri tarihten günümüze tetkik ve kontrol edilegelmiştir. Bu denetim de halkı yanlış fetvalardan korumak içindir. Günümüzde bu çerçevede müftülüğe resmiyet verilmesi de halkın hukukunu korumak için gerekli olmuştur.

II. HÂKİM OLMA ŞARTLARI

Berki, hâkim olmak için kişinin âkil ve mükellef olmasını, Müslümanlar üzerine hükmedebilmek için Müslüman olmasını, a'ma, dilsiz ve ağır derecede sağır olmamasının şart olduğunu ifade eder.[25] İslâm ülkesinde yaşayan gayri-

"İslâm Hukuku'nda Devlet Başkanlığı", *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi,* C: 26, 26-27 (Eylül 2008), 295.

19 Berki, *İslâm'da Kaza*, 8, 9; Mustafa Avcı, "Mecelle'ye Göre Hâkimin Nitelikleri ve Yargılama Etiği", *TAAD*, Yıl: 7, Sayı: 27 (Temmuz 2016), 45.

20 A. Refik Gür, *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle* (İstanbul: Sebil Yayınevi, 1993), 77; Melikşah Aydın, "İslâm Hukuku ve Antik İbrani Hukukunda Yargıçlık", *Cumhuriyet İlahiyat Dergisi*, 26(1), 2022, 463.

21 Fahrettin Atar, "İftâ Teşkilatının Ortaya Çıkışı", *Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, İstanbul 1985, 40; Seda Örsten, *Osmanlı Hukukunda Fetva*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2005, 64.

22 Muhammed Hamidullah, *İslâm'ın Hukuk İlmine Katkıları*, Ed. Vecdi Akyüz, Beyan Yayınları, İstanbul 2005, 38, 45.

23 Berki, *Hukuk Tarihinden İslam Hukuku*, 53.

24 İsmail Hakkı İzmirli, *Kitabü'l-İfta ve'l-Kaza* (İstanbul: Evkaf Matbaası, 1336/1337), 22; A. Refik Gür, *Kadılık Müessesesi*, 45; Mehmet Abay, *İslâm Hukukunda Fetvâ*, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2010, 3 vd.

25 Berki, *İslâm'da Kaza*, 19-20; Bkz. Mehmet Aykanat, "Engellilerin Hâkimlik Yapması Tartışmalarına Osmanlı Hukukundan Bir Bakış", *TAAD*, Yıl: 11, Sayı: 42 (Nisan 2020), 156 vd.; Ayrıca Bkz. Ebu'l-Hasan el-Mâverdî, *el-Ahkâmü's-Sultâniyye İslâm'da Hilafet ve Devlet Hukuku*, Çev. Ali Şafak (İstanbul: Bedir Yayınevi, 1396/1976), 75.

müslim vatandaşların (*zımmî*) ve vatandaş olmayanların (*müste'men*) davalarının Müslüman hâkimler tarafından görülme imkânı yanında, özellikle kişi ve aile hukuku ihtilaflarında kendi yargı düzenlerine de sahip olmuşlardır.[26] Hâkim olmak için ayrıca afif (iffetli) ve muhsan (evli, hür ve müslüman) bir kadın veya erkeğe zina isnat edip de bu nedenle kendisine *hadd-i kazif* cezası icra edilmemiş bulunmak da gereklidir.[27] Hâkimin ilmi kabiliyet ve yetkinliği ve içtihat vasfına sahip olması son derece önemli olmakla birlikte, *evleviyet* şartı olarak kabul edilmiştir. Hâkimin halkın muaşeret usullerini, örf ve adetlerini bilmesi ve her türlü töhmetten temiz ve uzak olması da kemal ve evleviyetin şartıdır.[28]

Burada aynı konudaki Mecelle hükümlerinden bahsetmek yerinde olacaktır. Mecelle'nin 16. Kitabının başlığı '*Kitabü'l-Kaza*' olup, bunun ilk faslı da 'hâkimin evsâf-ı beyanındadır.' Bu faslın ilk maddesinde hâkimin sahip olması gereken nitelikler belirtilir. "Hâkim, hakîm, fehîm, müstakîm ve emîn, mekîn, metîn olmalıdır".[29] Burada hâkimin doğru karar verici, anlayışı kuvvetli, istikameti düzgün, güvenilir, ağırbaşlı, vakur ve iradesi güçlü olması gerektiği belirtilmektedir. Hâkimin nitelikleri çok veciz bir şekilde açıklandıktan sonra, hâkimin hukuki meselelere ve yargılama usûlüne vâkıf ve ayrıca hükümlerin dosyadaki olaylara tatbik (kanun maddelerini olaylara uygulama) kabiliyetinin varlığı üzerinde durulur.[30] Nihayet Mecelle hâkimin temyize tam muktedir olmasını düzenleyerek, temyiz gücüne vurgu yapar ve küçük, bunamış, görme engelli ve tarafların konuşmalarını işitemeyecek kadar sağır olan kimselerin yargılama yapmasını doğru bulmaz.[31] İslâm hukukunda hâkimlik için şahitlik ehliyetine sahip olmanın gerekliliği üzerinde durulur.[32] "Şahadete ehil olmayan Zeyd kazaya ehil olmaz" fetvası da bu görüşü destekler mahiyettedir.[33]

Berki, yargılamada hüküm sebebi olacak delillerin şehadet, ikrar, yemin, yeminden kaçınma (*nükûl*) ve kat'i karine olduğunu belirtir. Karineler, varlığı bilinmeyen vâkıalar hakkında sonuç elde edilmesine yarayan belirtilerdir. Berki,

---

26 Berki, *İslâm'da Kaza*, 20; Bkz. Atar, *İslâm Adliye Teşkilatı*, 365; M Âkif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 16. Baskı, İstanbul: Beta, 2019), 144, 150; Halil Cin/Gül Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı (Konya: Sayram Yayınları, 2008), 166; Demir, *Osmanlı Mahkemesi*, 73; Melikşah Aydın, *Hâkimlik ve Hâkimlerin Nitelikleri*, 147; MAA, md.1794; Ali Haydar, *Dürerü'l-Hükkâm*, 4, 3240.

27 En-Nur, 24/4.

28 İbn Âbidin, *Reddü'l-Muhtar ala'd-Dürri'l-Muhtar,* 5, 365; İzmirli, *Kitabü'l-İfta ve'l-Kaza*, 12; Berki, *Hukuk Tarihinden İslam Hukuku*, 39, 40; Atar, *İslâm Adliye Teşkilatı,* 162; Muhammed Mustafa ez-Zuhaylî, *et-Tanzîmü'l-Kazaî fi'l-Fıkhı'l-İslâmî*, Dârü'l-Fikr, Dımaşk 1980/1400, 60.

29 MAA, md.1792; Ali Haydar, *Dürerü'l-Hükkâm*, 4, 3235 vd.; Muhammed Hâlid, *Maksad-ı Kânûn*, İstanbul: Matbaa-i Âmire 1306, 29.

30 MAA, md.1793; Ali Haydar, *Dürerü'l-Hükkâm*, 4, 3239.

31 MAA, md.1794; Bkz. A. Refik Gür, *Kadılık Müessesesi*, 52.

32 Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, 2. Baskı (İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2017), 4, 3240; Bilmen, *Istılahât*, 8, 210 vd.

33 Menteşzâde Abdürrahim, *Fetâvâ-yi Abdürrahim* (İstanbul: Darü't Tıbaatü'l Âmire, 1243), 414.

kat'i karineyi kesinlik (*yakîn*) ifade eden delil olarak tanımlar ve bunu bir misalle açıklar. Tamamen yanan bir evin içinden yangın esnasında gelen feryat sesinden sonra kimse çıkmamışsa o kişinin de yandığına hükmedilir.[34] Türk hukukunda da hâkimin takdiri delillerinden olan fiili karineler dışındaki karinelere, aksi ispat edilebiliyorsa adi, edilemiyorsa kesin kanuni karine adı verilir. Bu sonuncusu, Mecelle'deki kat'i karineye benzer mahiyette kabul edilebilir.[35]

III. YARGI ADABI

Fıkıh kitaplarında *edebü'l-kâdî* ve benzeri isimlerle başlıklandırılan konu, mahkemelerde cereyan eden yargılama usulünü ele almaktadır. Ali Himmet Berki bu meyanda Mecelle'nin *Kitabü'l-Kaza* babında düzenlenmiş olan bu konunun, temelde bazı hadis-i şeriflerden ve Hz. Ömer'in Basra kadısı Ebu Musa el-Eş'ari'ye yazdığı mektuptan çıkarımlar yolu ile ele alındığını ifade eder.[36] Hâkimin yargılamayı ne şekilde yürüteceği ve yargılama usulünün ele alındığı bu mektubun ele aldığı konular arasında; davanın taraflarının karşılıklı birbirlerinin haklarıyla ilgili ifade ve ikrarlarını iyi anlamak, yargı mahallinde taraflara eşit muamele, davacıya delilin davalıya da yeminin terettüp etmesi, sulhun câiz oluşu ve şartları, taraflara delil ikamesi için süre vermek, yargılama sırasında yanlış kararlardan dönmek, şahitliğin mahiyeti ve şartları ile yalan şahitlikten uzak durulması, meselelerin benzerleriyle kıyas edilmesi, yargılama esnasında gazap ve hiddetten, bağırıp çağırmaktan, asık suratlı olmaktan sakınmak gibi hususlar bulunmaktadır.[37] Hâkim gerektiğinde yanlış karar ve kanaatlerinden dönebilmelidir. Mektupta yer alan sulh teklifinin Osmanlı Devleti'nde etkili bir uygulaması olarak, Şer'iyye mahkemesi kararlarını tetkik eden *Fetvahâne-i Âlî* bazı davaları sulhen çözüme kavuşturmak için mahalline geri gönderir ve bunun da gereği çoğunlukla yerine getirilirdi.[38] Hz. Ömer, Ebû Musa el-Eş'arî'yi hâkim tayin ederken, "*... verdiğin hükmü onu tekrar gözden geçirip doğrusunu bulduğun takdirde, Hakka dönmekten seni alıkoymasın. Hakka yönelmek haksızlıkta ısrardan daha iyidir.*" tavsiyesinde bulunmuştur.[39] Hz. Ömer dönemi özellikle divanların kurulması ve bunların görevleri dikkate

[34] Berki, *İslâm'da Kaza*, 22, dn. 14.

[35] MAA, md.1741; Berki, *İslâm'da Kaza*, 22; Bkz. Mâverdî, *Ahkâmü's-Sultâniyye*, 78; Gür, *Mecelle*, 79-80; Atar, *İslâm Adliye Teşkilatı*, 334; Kaşıkçı, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, 302; Demir, *Osmanlı Mahkemesi*, 182.

[36] Berki, *İslâm'da Kaza*, 24 vd.; Berki, "İslamda Kaza Tarihi", *Ankara Üniversitesi İlâhiyat Fakültesi Dergisi*, c. XVII (1969), 162 vd.; Bkz. Atar, *İslâm Adliye Teşkilatı*, 114; Bkz. Zeki Yaka, "Ali Himmet Berki'ye Göre İslam'da Kaza", *Ali Himmet Berkî Kitabı*, Ed. Zeki Yaka-Ahmet Ögke (Ankara: TDV, 2019), 84 vd.

[37] Berki, *İslâm'da Kaza*, 25, 30; Serahsî, Ebu Bekir Şemsüleimme. *el-Mebsût* (Beyrut: Darü'l-Marife, 1993/1414), 16, 61; İbn Kayyım el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-Muvakkı'în* (Beyrut: Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1991/1411), 4, 174-175; A. Refik Gür, *Kadılık Müessesesi*, 22; MAA, md.1826.

[38] Berki, *İslâm'da Kaza*, 32; MAA, md.1826.

[39] Serahsî, *el-Mebsût*, 16, 62; Alauddin Ebû Bekr b. Mesud el-Kâsânî, *Bedaiu's-Senâi' fî Tertîbi'ş-Şerâi'* (Mısır: Matbaatü'l-Cemaliyye, 1328), 7, 9.

alındığında yargının icradan ayrılmaya başladığı özel bir dönem olarak görülür.[40] Hâkimin nitelikleri arasında tarafsızlık önemlidir.[41] Hâkimin tarafsızlığı taraflara karşı ön yargılı olmaması, objektifliği, birini diğerine tercih etmemesi ve buna yol açabilecek davranışlardan uzak olmasını gerektirir. Bunun için hâkimin belli yakınlarının davalarına bakamaması,[42] duruşmada şakalaşma yapmaması,[43] alenilik,[44] şahsi bilgi ve görmesine dayalı hüküm vermemesi,[45] hediye almaması,[46] evinde kabul etmemesi,[47] ziyafetlerine gitmemesi,[48] taraflara eşit muamele gereği onları eşit yerlerde oturtması[49] ve ihsâs-ı rey yasağına[50] riayet ve bütün bunlara dikkat ve hassasiyet göstermesi gereklidir. Bunlar hâkim tarafsızlığının teminatı sayılabilecek önemli prensiplerdir.[51]

IV. ÖRF VE ADET

Ali Himmet Berki, hâkimlerin karar verirken örf ve âdetin dikkate alınması gerektiği hususunun altını çizer. İslâm yargı tarihi boyunca hâkimler karar verirken Kur'an ve sünnetin kabul ettiği örf ve adetler ile diğer fer'i delilleri dikkate alagelmişlerdir. Mecelle'nin ifadesiyle, "*Âdet muhakkemdir*".[52] İslam teşri tarihi incelenirse birçok hâkim hükmünün ve müftü fetvasının örf ve adete dayandığı görülür. Berki'ye göre, şer'in kesin emir ve yasaklarıyla tezat içerisinde olmadıkları durumda örf ve âdet dikkate alınmalıdır. Örf, âdet ve teamül arasında zikre değer farklardan birisi, âdet ve teamülün amele taalluk etmesi, örfün sözde de olmasıdır. Berki ayrıca, örf ve âdetin devamlılığı ve yaygınlığı ile iyilik yönünde olmasını savunur.[53] Yine bu meyanda bir ilim veya belli bir sanat kolu ile iştigal edenler bir lafzı esas anlamının haricinde bir anlamda kullanırlarsa bu yönde bir örf meydana gelmiş olabilir. Mecelle de esasen bunu te'yit etmektedir. "*Âdetin delaletiyle mana-yı hakikî terk olunur*."[54]

40 Atar, *İslâm Adliye Teşkilatı*, 103.

41 Muhammed Hâlid, *Maksad-ı Kânûn*, 16.

42 MAA, md.1808.

43 MAA, md.1795.

44 MAA, md.1815; Bkz. Demir, *Osmanlı Mahkemesi*, 19.

45 Buhari, "Ahkâm", 21; Berki, *İslâm'da Kaza*, 22; Demir, *Osmanlı Mahkemesi*, 214.

46 MAA, md.1796; Bkz. Mâverdî, *Ahkâmü's-Sultâniyye*, 4.

47 MAA, md.1798.

48 MAA; md.1797.

49 Bilmen, *Istılahât*, 8, 220; Atar, *İslâm Adliye Teşkilatı*, 91.

50 MAA, md.1815; Ali Haydar, *Dürerü'l-Hükkâm*, 4, 3284.

51 Örnekler içi bkz. Berki, *İslâm'da Kaza*, 28; Fahrettin Atar, *İslâm Yargılama Hukukunun Esasları*, M.Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları (İFAV), İstanbul 2017, 45; Melikşah Aydın, *Hâkimlik ve Hâkimlerin Nitelikleri*, 95; Avcı, "Mecelle'ye Göre Hâkimin Nitelikleri ve Yargılama Etiği", 51.

52 MAA, md.36; Bkz. Yasin Kurban, *Mecelle ve Günümüz Hukuku (Hukukun Doksan Dokuz İlkesi)* (Ankara: Seçkin, 2020), 98.

53 Berki, *İslâm'da Kaza*, 44.

54 MAA, md.40; Kurban, *Mecelle*, 104.

Gerçekte günümüz hukukunda da yazılı olmayan hukuk kuralları arasında örf ve âdet; toplumda uzun zamandan beri tekrarlanma yoluyla yerleşmiş bulunan ve toplumca uyulması zorunlu sayılan ve hatta bazen ne zamandan beri uygulandığı bilinmeyen ortak davranışlar olarak tarif edilir. Örf ve âdet normlarının, günümüz pozitif hukuktaki duruma da benzer şekilde, kat'i naslara aykırı olmaması gerekir.[55] Berki, İbn Kayyım'a referansla örfün hukuki değerini anlatmaya çalışır. Buna göre; örfte bulunanı hükümde dikkate almak, örften bir şeyin düştüğünü görünce de onu bırakmak gerekir. Kitaplarda nakledilen meselelerde sabit kalmamak adına başka muhitten bir şahıs gelip de müftüden fetva talep ederse onu kendi memleketinin örfüne getirmeğe çalışmamak ve gelen kişinin memleketinin örfünü sorup öğrenerek fetvasını ona göre vermek önemlidir.[56] Örf ve adetlerin ve de zaman ve mekanların farklılaşmasına rağmen, insanlara sadece kitaplarda yer alan nakillerle fetva veren, kendisini ve başkasını saptırır. Bu yapılan, bütün özellikleri itibariyle farklı olan hastaların sadece tıp kitaplarından birine bakarak aynı şekilde tedavi etmeye çalışmak gibidir. Gerçekte her ikisinin de cinayet olarak değerlendirilmesi gerekir. Hatta bu şekilde fetva verenin cinayeti diğerinden daha büyüktür. Misalde anlatılan cahil doktor ile müftü insanların bedenlerine ve dinlerine böylece zarar vermiş olurlar.[57]

V. KADILARIN GÖREVLERİ

İbadet dışında yer alan ukûbat, muamelat ve ahvâl-i şahsiyyenin tamamı yargı konusu olabilir. Yargının gerçekte velayeti tefviz (görevin başkasına devri) nev'inden olduğu ve bu sebeple zamanla, mekanla ve bazı hususların istisnasıyla takyit olunabileceği ifade edilir. Bütün dava türlerinin görülmesi bir hâkime bırakılabileceği gibi belli bir tasnifle ve uygun şekilde görev farklılaşması yapılarak müteaddit hâkimlere de verilebilir. Bu sınırlandırma imkânı günümüzde görev, yetki ve mahkemeler arasındaki derece farklılıkları için bir mesnet oluşturmaktadır.[58]

Hâkimlerin başlangıçtan beri asli görevleri yanında bazı noterlik (katib-i adl) ve beledî işler uhdelerinde bulunmuştur. Tanzimat sonrasında hâkimler daha çok yargı alanı ile irtibatlı olmuşlardır. Kadılar baktıkları davalara dair vermiş oldukları hüküm ve ilâmları sicillere kaydetmekle mükellef olmuşlardır. Kadılar görev yaptıkları yerlerde bazı idari meclislerde bulunmak yanında yeni teşkil olunan nizamiye mahkemelerine başkanlık etmek gibi bazı ilave ve geçici görevleri de uhdelerinde bulundurmuşlardır.[59]

---

55 Berki, *İslâm'da Kaza*, 45-50.

56 Berki, *İslâm'da Kaza*, 45; Bkz. İbn Kayyım el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-Muvakkı'în*, 4, 175; Ahmet Yaman, *Fetva Usûlü ve Âdâbı* (İstanbul: M. Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2017), 245.

57 Berki, *İslâm'da Kaza*, 46.

58 Berki, *Hukuk Tarihinden İslam Hukuku*, 41.

59 Berki, *İslâm'da Kaza*, 58; Bkz. İlber Ortaylı, *Hukuk ve İdare Adamı Olarak Kadı* (Ankara: Turhan Kitabevi, 1994), 41; M. Âkif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 82.

VI. KAZADA DERECE VE İSTİNAF

İslâm Hukuku'nda yargı tek dereceli olup, usûl-i meşrûasına (usûl ve esasa) uygun olarak hüküm verilen bir davanın istinaf suretiyle tekrar görülmesi caiz değildir. Usûle uygun yargılaması yapılan ve hükme ulaşılan bir davanın başka bir hâkime arz edilerek yeniden davanın görülmesini istemek hem maslahat hem de hükmün anlamıyla uyuşmaz.[60] Sadece verilen hükmün kanuna uygun olup olmadığı söz konusu edilebilir ki, bu da davayı yeniden görmek değil, hükmün şartlarına uygun olup olmadığını tespit etmektir, şeklinde görüşünü belirten Berki, temyiz mahkemesinin ise derece mahkemesi olmayıp bir kanun mahkemesi olduğunu, burada verilen hükümlerle sadece kanunlara uygunluğun denetlendiği hususunun altını çizer.[61]

Döneminde istinaf mahkemesi uygulamaları ile davaların uzatıldığını ve hatta davanın yeniden görülmesi esnasında doğru hükümler bile fesholunarak yanlış hükümler verildiği ifade edilir. Millet Meclisinin istinafı kaldırarak yargıyı bir dereceye hasretmiş olması da son derece olumludur. Ayrıca "*vaktiyle bu mahkemelere işi düşenler istinafın ne demek olduğunu bilirler*" şeklinde olumsuz izlenimini bariz biçimde yansıtır.[62]

Berki, Abbasilerden itibaren ihdas edilen *kadılkudat* müessesesinin hâkim atamaları dahil yargı erkinin başı hâline gelmiş olduğunu,[63] bu müessesenin yargıyı siyasi ve idari makamlardan ayırmak düşüncesi ile ihdas edildiğini belirterek, erklerin ayrılığı ilkesinin varlığına klasik dönemlerden gönderme yapar.[64] İslâm hukuk tarihinde yargı fonksiyonun bağımsızlaşması Hz. Muhammed ile başlamış, gelişme bu yönde olmuş ve Abbasiler döneminde yargı erki önemli ölçüde kurumsal hâle gelmiştir. Devlet ve hükümet yetkililerinin yargıya müdahale etmemeleri yönünde güçlü bir gelenek zaman içerisinde oluşmuştur.[65] İslâm hukukunda hâkimlerin

---

60 Bkz. MAA, md.1839; Ali Haydar, *Dürerü'l-Hükkâm*, 4, 3354; Zuhaylî, *et-Tanzîmü'l-Kazaî*, 98; Abdurrahman Âdil, *Mahkeme-i Temyîz*, Matbaa-i Ebu'z-Ziya, Kostantiniyye 1312, 13; Mustafa Şentop, *Şer'iyye Mahkemelerinde Temyiz ve İstinaf XIX. ve XX. Yüzyıl*, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1995, 25 vd.

61 Berki, *İslâm'da Kaza*, 60; Ayrıca Bkz. Aydın, "İslâm Hukuku ve Antik İbrani Hukukunda Yargıçlık", 457; Atar, *İslâm Adliye Teşkilatı*, 249; Atar, *İslâm Yargılama Hukukunun Esasları*, 276; Hasan Tahsin Fendoğlu, *İslâm ve Osmanlı Anayasa Hukukunda Yargı Bağımsızlığı Anayasa Hukuku Tarihi Açısından Mukayeseli Bir İnceleme* (İstanbul: Beyan Yayınları, 1996), 279; Demir, *Osmanlı Mahkemesi*, 223; Hüseyin Çeliker, İslâm Hukuku'nda Devlet-Yargı İlişkisi, Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2021, 151; Abdurrahman Âdil, *Mahkeme-i Temyîz*, 18.

62 Berki, *İslâm'da Kaza*, 61; Ayrıca bkz. Abdurrahman Âdil, *Mahkeme-i Temyîz*, 18; Ekrem Buğra Ekinci, "Osmanlı Hukukunda Mahkeme Kararlarının Kontrolü (Klasik Devir)", *Belleten*, Cilt 65(244), (2001), 960.

63 Hayreddin Karaman, *Başlangıçtan Zamanımıza Kadar İslâm Hukuk Tarihi* (İzmir: İrfan Yayınevi, 1974), 132; A. Refik Gür, *Kadılık Müessesesi*, 71; Çeliker, *İslâm Hukuku'nda Devlet-Yargı İlişkisi*, 50.

64 Berki, *İslâm'da Kaza*, 13, 64.

65 Atar, *İslâm Adliye Teşkilatı*, 55, 179.; Fendoğlu, *Yargı Bağımsızlığı*, 95; Hamidullah, *İslâm'ın Hukuk İlmine Katkıları*, 45.

azledilmeleri için maslahatın şart olduğu görüşü kuvvetlidir.[66] Gerçekte devlet başkanının tasarrufu kamu yararı ve maslahata bağlıdır. Mecelle'de bu prensip; "*Raiyye yani tebe'a üzerinde tasarruf maslahata menutttur.*" şeklinde ifade edilmiştir.[67] Maslahat olmadığında bu tasarruf câiz olmamaktadır.[68]

Osmanlıda bu kurumun yerini kazaskerler almıştır. Bunlar, ilki daha önde olmak üzere Rumeli ve Anadolu kazaskerlikleri şeklinde ikiye ayrılmıştır. Hâkimler, Osmanlı Devleti'nde özlük işleri yönünden mahalli idarecilere değil, kazaskere bağlı olmuşlardır. Bu da bağımsızlıklarını güçlendirmiştir.[69] Kazaskerin en önemli görevi padişahın kanuni müşaviri olmak ve bunun dışında ganimet mallarının dağıtımına başkanlık etmek ve ordu mensupları arasında veya bunlar aleyhine ikame olunan hukuk ve ceza davalarına bakmak da vardır.[70] Halk arasında meydana gelen davalarla gayri menkule müteallik davaları görmek ise mahalli kadılara ait olmuştur. Hâkimlerin atama, teftiş ve azilleri ise kazaskerlik makamına ait olmuştur. Kadılar önceleri kazaskerlere, bunlar da Sadrazamlara bağlıydılar. Tanzimattan sonra ise Meşihat makamına bağlanmışlardır.[71]

VII. DİVAN

İslâm hukuk tarihi itibariyle devlet reisi veya vezîr-i âzam başkanlığında toplanan ve divan adı verilen meclisler halkın şikayetlerini dinlemişlerdir. Bu meyanda Osmanlı'daki *Dîvân-ı Hümâyun*'un bazı yargı yetkilerini de uhdesinde topladığı varittir. Berki, *Dîvân-ı Hümâyun*'un sahip olduğu yargı yetkisi gereği önemli davaların divanda görüldüğü ve dava sahiplerinin divan huzuruna alınarak usulü dairesinde yargılama yapıldıktan sonra görülmesi hangi yargı yerine aitse onun tarafından hüküm verildiğini ve alelade davaların ise ait olduğu mahkemesine havale olunduğunu söyler.[72] Divanın adalet bakımından iki yönünün dikkat çekici olduğunu belirtir. Bunlardan ilki, Divanın bu derece halkın meselesiyle meşgul olması, diğeri de istisnai durumlar dışında davanın görülmesi hangi hâkime ait ise tabiî hâkim ilkesine uygun olarak, kararların görevli ve yetkili hâkimler tarafından verilmesi hususudur. Bunlar hak ve adalet ile hâkimlerin istiklaline ne derece önem verildiğine delalet eder.[73]

---

66 Abdülkerim Zeydan, *Nizâmu'l-Kazâ fi'ş-Şeri'ati'l-İslâmiyye*, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut 1989/1409, 91; Zuhaylî, *et-Tanzîmü'l-Kazaî*, 65, 70.

67 MAA, md.58.

68 Fendoğlu, *Yargı Bağımsızlığı*, 250; A. Refik Gür, *Kadılık Müessesesi*, 98.

69 Fendoğlu, *Yargı Bağımsızlığı*, 125, 190.

70 Fendoğlu, *Yargı Bağımsızlığı*, 140.

71 Berki, *Hukuk Tarihinden İslam Hukuku*, 50; Fendoğlu, *Yargı Bağımsızlığı*, 163; Abdülaziz Bayındır, *İslâm Muhâkeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması)* (İstanbul: Süleymaniye Vakfı Yayınları, 1437/2015), 112; Melikşah Aydın, *Hâkimlik ve Hâkimlerin Nitelikleri*, 157.

72 Berki, *İslâm'da Kaza*, 68-69; Bkz. Ahmet Mumcu, "Dîvân-ı Hümâyun", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, İstanbul 1994, 9, 431.

73 Berki, *İslâm'da Kaza*, 69; Bkz. Fendoğlu, *Yargı Bağımsızlığı*, 146, 286; M Âkif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 86.

Berki'ye göre, ahkâm-ı İslâmiyyede hâkimlerin kendilerine gelen davalarda gerektiğinde alanlarında bilgi sahibi olan kişilerle istişare etmeleri caiz olduğu gibi, tecrübe ve ilim sahibi müftülerden fetva talep etmeleri de caizdir. Bu durumda diğer üyelerin görüşleri istişari mahiyette olmaktadır. Bunlar hükmedecek hâkimin görüşüne uyabilir, uymadığında ise hâkim kendi reyi ile hükmedecektir. Bunlar esasen müşavir konumunda olmaktadırlar.[74] İslâm yargı tarihi itibariyle klasik dönemlerden itibaren istişare mekanizmasını kuvvetlendirecek bilirkişilik ve şühudü'l-hâl gibi farklı imkânlar mevcut olmuş, bazı istisnalarla birlikte tek hâkim usulü yargılamada temel uygulama şekli olmuştur.[75] İslam yargı tarihinde hâkimlerin bağımsızlığına gösterilen önem bu noktadan görülebildiği gibi, hâkimlerin görevlerini yerine getirirken hiçbir kimsenin emrinde olmadıkları ve tesirinde kalmadıkları, mahalli yöneticilerle hiyerarşik ilişki içerisinde bulunmadıkları,[76] devlet başkanlarının, halifelerin yargılandığı, emirlerinin geri çevrildiği, şahitliklerinin kabul edilmeyebildiği ve halifenin tezkiyesinin yapıldığı varittir.[77] Berki bu noktada hâkimlerin bağımsızlığına güçlü şekilde vurgu yapmaktadır.

SONUÇ

Yargılama toplumsal bir varlık olan insanlar arasındaki ihtilafların çözümü konusunda en temel bir fonksiyondur. Ali Himmet Berki'nin de dediği gibi, "*İnsanlar arasında ihtilâf ve husûmet vuku'u beşerin yaratılışı icabıdır*". Bir ihtilafın çözümsüz kalması kadar insanların kendilerine bırakılarak ihkâk-ı hakkın önünün açılması da bir o kadar toplum hayatını olumsuz etkileyecektir. Bununla ilgili olarak her türlü insan toplulukları ve dinler konudan uzakta kalmayarak, konuya ilişkin hükümler vaz' etmişlerdir. İslâm hukuk tarihi de klasik dönemden itibaren adalet çerçevesi içerisinde yargılamaya oldukça ehemmiyet vermiştir. Medine site devleti kuruluşundan itibaren yargı göreviyle ilgili olarak sadece Müslümanların kendi aralarında değil, diğer unsurları da ilgilendiren düzenlemeler yapılmış ve uygulamaya konu olmuştur. Hz. Muhammed ve dört halife döneminde diğer beldelere hâkimler gönderildiği gibi, Medine dışına çıkıldığında da bu yönde görevlendirmeler yapılmıştır. Bu dönemlerden itibaren yargılamada

74 Atar, *İslâm Adliye Teşkilatı*, 212; M Âkif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 94.

75 Berki, *İslâm'da Kaza*, 14; Ayrıca bkz. Atar, *İslâm Adliye Teşkilatı*, 250, 328, 342; Fendoğlu, *Yargı Bağımsızlığı,* 264; Demir, *Osmanlı Mahkemesi*, 191; M. Âkif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 84; Bayındır, *İslâm Muhâkeme Hukuku*, 120; Melikşah Aydın, *Klasik Dönem Osmanlı Yargılama Hukukunda Tanıklık*, (İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2011), 215.

76 Abdullah Demir, *Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi* (İzmir: Hazine Yayınları, 2010), 18; Melikşah Aydın, *Hâkimlik ve Hâkimlerin Nitelikleri*, 68, 78; Çeliker, İslâm Hukuku'nda Devlet-Yargı İlişkisi, 148.

77 İbn Âbidin, *Reddü'l-Muhtar ala'd-Dürri'l-Muhtar*, 5, 376; Rıfat Uslu, "İslam Yargı Hukukunda Hâkimlik Müessesesi", *MANAS Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Cilt 7 (4) (2018), 70; Özkorkut, "Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı'da ve Günümüz Türkiye'sinde Yargıya Genel Bir Bakış", 231.

en temel unsur olan hâkimin niteliklerine ve yargılamada takip edeceği usule dair prensipleri görmek mümkündür. Bu ilkeler zaman içerisinde fıkıh kitaplarının ilgili bölümlerinde, ayrıca bazı monografik eserlerde detaylı olarak ele alınmış ve nihayet Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'de kanunlaştırmaya konu olmuştur. Mecelle'nin son dört kitabı ve özellikle sonuncu kitabı olan 'kitabü'l-kaza', dava süreçleri ve deliller ile hâkimler ve hüküm konusuna ağırlık vererek düzenleme getirmiştir. Ali Himmet Berki çalışmamızda temel aldığımız kitabında bütün bu anlatılanları klasik dönemden alarak, muasır hukuk anlayışı ile mukayeseli bir şekilde panoramik olarak günümüze getirmektedir. Özellikle hâkimin kamu adına yargılama yapıyor oluşu, bağımsızlığı ve giderek müesseseleşen yargı erkinin bağımsızlığı konularında İslâm yargı tarihi açısından birçok görüş ve iddia ortaya koyması ve bunu da tarihsel sürece referansla ifade etmesi, muasır hukukla mukayesesi, görüşlerini bu yönlerden son derece önemli hâle getirmekte ve değerli kılmaktadır.

KAYNAKÇA

Abay, M. *İslâm Hukukunda Fetvâ*. Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2010.

Abdurrahman, Âdil, *Mahkeme-i Temyîz*. Matbaa-i Ebu'z-Ziya, Kostantiniyye 1312.

Alauddin Ebû Bekr b. Mesud el-Kâsânî. *Bedaiu's-Senâi' fî Tertîbi'ş-Şerâi'*. Mısır: Matbaatü'l-Cemaliyye, 1328.

Ali Haydar Efendi. *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*. İstanbul: 2. Baskı, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları 2017.

Atar, F. *İslâm Adliye Teşkilatı Ortaya Çıkışı ve İşleyişi*. Ankara: DİB Yayınları, 2020.

Atar, F. *İslâm Yargılama Hukukunun Esasları*. İstanbul: M.Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları (İFAV), 2017.

Atar, F. "Azil". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. İstanbul 1991, 4, 326-327.

Avcı, M. "Mecelle'ye Göre Hâkimin Nitelikleri ve Yargılama Etiği". *TAAD*, Yıl: 7, Sayı: 27 (Temmuz 2016), 33-58.

Ayar, T. "Osmanlı Devlet Teşkilatında Fetvâ Eminlerinin Görevleri". *Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Sayı: 38, (2012), 403-421.

Aydın, M. Â. *Türk Hukuk Tarihi*. 16. Baskı, İstanbul: Beta, 2019.

Aydın, M. Â. "Hal'". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. İstanbul 1997, 15, 218-221.

Aydın, M. *İslam ve Osmanlı Hukukunda Hâkimlik ve Hâkimlerin Nitelikleri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.

Aydın, M. *Klasik Dönem Osmanlı Yargılama Hukukunda Tanıklık*. İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2011.

Aydın, M. "İslâm Hukuku ve Antik İbrani Hukukunda Yargıçlık". *Cumhuriyet İlahiyat Dergisi*, 26(1) (2022), 451-467.

Aykanat, M. "Engellilerin Hâkimlik Yapması Tartışmalarına Osmanlı Hukukundan Bir Bakış". *TAAD*, Yıl: 11, Sayı: 42 (Nisan 2020), 149-172.

Bayındır, A. *İslâm Muhâkeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması)*. İstanbul: Süleymaniye Vakfı Yayınları, 1437/2015.

Berki, A. H. "İslamda Kaza Tarihi". *Ankara Üniversitesi İlâhiyat Fakültesi Dergisi*, C. XVII (1969), 153-167.

Berki, A H. *Açıklamalı Mecelle*. İstanbul: 2. Baskı, Hikmet Yayınları, 1979.

Berki, A. H. *Hukuk Tarihinden İslam Hukuku*. Ankara: Diyanet İşleri Reisliği Yayınları, 1955.

Berki, A. H. *İslam Şeriatinde Kaza (Hüküm ve Hâkimlik) Tarihi ve İftâ Müessesesi (İslâm'da Kaza Hüküm ve Hâkimlik ve Tevabii)*. Ankara: Yargıçoğlu Matbaası, 1962.

Berki, Ş. "Ali Himmet Berki". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. İstanbul 1992, 5, 509-510.

Bilmen, Ö. N. *Hukukı İslâmiyye ve Istılahâtı Fıkhiyye Kamusu*. İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1970.

Cin, H.; Akyılmaz, G. *Türk Hukuk Tarihi*. Konya: Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Sayram Yayınları, 2008.

Çeliker, H. "İslâm Hukuku'nda Devlet Başkanlığı". *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C: 26, 26-27 (Eylül 2008), 251-298.

Çeliker, H. *İslâm Hukuku'nda Devlet-Yargı İlişkisi*. Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2021.

Dağ, A. "Ali Himmet Berkî'nin -Yaşadığı Çağın Ruhu Bağlamında Ahlak Düşüncesinin Anlaşılması". *Ali Himmet Berkî Kitabı*, (Ed. Dr. Öğr. Üyesi Zeki Yaka-Prof. Dr. Ahmet Ögke). Ankara: TDV, 2019, 119-140.

Demir, A. *Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi*. İzmir: Hazine Yayınları, 2010.

Ebu'l-Hasan el-Mâverdî. *el-Ahkâmü's-Sultâniyye. İslâm'da Hilafet ve Devlet Hukuku* (Çev. Ali Şafak), İstanbul: Bedir Yayınevi, 1396/1976.

Ekinci, E. B. "Osmanlı Hukukunda Mahkeme Kararlarının Kontrolü (Klasik Devir)". *Belleten*, Cilt 65(244), (2001), 959-1006.

Fendoğlu, H. T. *İslâm ve Osmanlı Anayasa Hukukunda Yargı Bağımsızlığı Anayasa Hukuku Tarihi Açısından Mukayeseli Bir İnceleme*. İstanbul: Beyan Yayınları, 1996.

Furat, A. H. "Ali Himmet Berki (1882-1976)". *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Sayı: 6 (2005), 503-514.

Gür, A. R. *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle*. İstanbul: Sebil Yayınevi, 1993.

Gür, A. R. *Osmanlı İmparatorluğu'nda Kadılık Müessesesi* (Haz. M. Nihat Aryol). İstanbul: 2. Basım, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2017.

Hamidullah, M. *İslâm'ın Hukuk İlmine Katkıları*. Ed. Vecdi Akyüz, Beyan Yayınları, İstanbul 2005.

İbn Âbidin, Muhammed Emin. *Reddü'l-Muhtar ala'd-Dürri'l-Muhtar*. Beyrut: Darü'l-Fikr, 1992/1412.

İbn Kayyım el-Cevziyye. *İ'lâmü'l-Muvakkı'în*. Beyrut: Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1991/1411.

İzmirli, İ. H. *Kitabü'l-İfta ve'l-Kaza*. İstanbul: Evkaf Matbaası, 1336/1337.

Kaşıkçı, O. *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*. İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı (OSAV), 1997.

Kurban, Y. *Mecelle ve Günümüz Hukuku (Hukukun Doksan Dokuz İlkesi)*. Ankara: Seçkin, 2020.

Menteşzâde Abdürrahim. *Fetâvâ-yi Abdürrahim*. İstanbul: Darü't-Tıbaatü'l Âmire, 1243.

Muhammed Hâlid. *Maksad-ı Kânûn*. İstanbul: Matbaa-i Âmire 1306.

Mumcu, A. "Dîvân-ı Hümâyun". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. İstanbul 1994, C. 9, 430-432.

Ortaylı, İ. *Hukuk ve İdare Adamı Olarak Kadı*. Ankara: Turhan Kitabevi, 1994.

Örsten, S. *Osmanlı Hukukunda Fetva*. Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2005.

Özkorkut, N. Ü. "Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı'da ve Günümüz Türkiye'sinde Yargıya Genel Bir Bakış". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 57, Sayı: 01 (2008), 225-242.

Serahsî, Ebu Bekir Şemsüleimme. *el-Mebsût.* Beyrut: Darü'l-Marife, 1993/1414.

Şahyar, A. E. "Ali Himmet Berkî'nin "250 Hadis Terceme ve İzahı" Adlı Eseri Üzerine Bazı Değerlendirmeler". *Ali Himmet Berkî Kitabı*, (Ed. Dr. Öğr. Üyesi Zeki Yaka-Prof. Dr. Ahmet Ögke), Ankara: TDV, 2019.

Şentop, M. *Şer'iyye Mahkemelerinde Temyiz ve İstinaf XIX. ve XX. Yüzyıl*. Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1995.

Uslu, R. "İslam Yargı Hukukunda Hâkimlik Müessesesi". *MANAS Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Cilt 7, sayı 4 (2018), 63-77.

Yaka, Z. "Ali Himmet Berki'ye Göre İslam'da Kaza". *Ali Himmet Berkî Kitabı*, (Ed. Dr. Öğr. Üyesi Zeki Yaka-Prof. Dr. Ahmet Ögke). Ankara: TDV 2019, 76-100.

Yaman, A. *Fetva Usûlü ve Âdâbı*. İstanbul: M.Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2017.

Yücel, F. "Fıkıh Usûlünün Medenî Kanunun Yorumlanmasına Katkısı -Ali Himmet Berki'nin Hukuk Mantığı ve Tefsir İsimli Eseri Örneğinde-". *Diyanet İlmî Dergi*, 57 (2021), 595-632.

Zeydan, A. *Nizâmu'l-Kazâ fi'ş-Şeri'ati'l-İslâmiyye*. Müessesetü'r-Risâle, Beyrut 1989/1409.

Zeylaî, Abdullah b. Yusuf. *Nasbü'r-Raye* (thk. Muhammed Avvâme). Beyrut: Müessesetü'r-Reyyân, 1997/1418.

Zuhaylî, M. *et-Tanzîmü'l-Kazaî fi'l-Fıkhı'l-İslâmî*. Dârü'l-Fikr, Dımaşk 1980/1400.