



KAZA, SİHAM-I KAZADAN NASIL KURTARILABİLİR? (Yargı Teşkilâtı, Eleştiri Oklarından Nasıl Kurtarılabilir?)

(Judicial Organization, how could be recovered from criticism arrow?)

Prof. Dr. Ali ŞAFAK¹

ÖZ

Makalenin, 'Kaza, Siham-ı Kazadan Nasıl Kurtarılabilir? = Yargı Teşkilâtı, Eleştiri Oklarından Nasıl Kurtarılabilir?' başlığı, Şâir Nef'îden esinlenerek kullanılmıştır. Zira yaklaşık yirmi yıldır, ileri-geri eleştirilere maruz kalan yargı organımız bu eleştirileri hak etmemektedir. Tenkitlerin nereden kaynaklandığı ya da kaynaklanabileceği üzerinde durulurken bu makalede konunun personel eğitimi ve yetersizliğinden kaynaklanabileceği düşünülerek hareket edilmiştir. Yargı kurumlarının oluşmasında yeni Türkiye Cumhuriyeti Devletinin yasama politikası, hukuk kodifikasyonu ile sorumluluk mevkiinde olanların adâleti dağıtımındaki bireysel başarı ve takdirleri etkili olmuş ve olmaktadır.

Yargılama faaliyetine katılan her kişinin hak ve hukuk noktasından eğitimi son derecede önemlidir. Konunun tarihî süreçteki boyutuna (Osmanlı sistemine ve uygulamasına) kısaca yer verilmiş sonra bu sistemde görev yapan hâkimlerin hukukî statüleri ve hukuk noktasından taşımaları beklenen kişisel nitelikleri açıklanmıştır. Uzun asırlar oluşan ve uygulanan konuyla ilgili zengin hukuk kurallarının *Mecellede* yer alanlarından, doğrudan başlıkla ilgili sekiz maddesi meşhur şerhinden günümüz Türkçesi yazısı ortamına olduğu gibi aktarılmıştır. Böylece alan araştırmacılarına da kaynak desteği sonra da hukuk kurumları arası mukâyesede bulunma imkânı sağlanmıştır.

Amaçlanan mukâyesenin gerçekleşmesi bakımından yargının personel ihtiyacını karşılamada günümüzde izlenen yol ve yöntem yer verilmiş, alanla bizzat ilgilenenlerin araştırmalarıyla uygulanan mevzûâtın üzerinde durulmuştur. Hâkim ve Savcı ile bu alanın geçmişteki personeli kâdî ve müftülerin mesleğe giriş öncesi aranan kişilikler-nitelikler ile meslek-ten sürekli beklenen nitelikleri, karar verme aşaması durumlarına, uy-

1 İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, alisafak@hotmail.com



gülenen kurallara değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Adâlet, Hukukun Vicdânîliği, Kâdî ve Kazâ, Hâkim ve Savcı Eğitimi.

ABSTRACT

This title '*Judicial Organization, how could be recovered from criticism arrow?*' is inspired of well-known Poet Nef'î. Because Turkish judicial organization has been some time very harsh sometime slightly criticized nearly last twenty years. Actually it is not deserved such a kind critics. What is the main reason or main source of critics of the judicial organization? I have paid attention to staff training and failure education of persons who will be attended as being either judge or public prosecutor to the judiciary courts. New Legislation policy of Turkish Republic, such as by adopting secular laws and law reformation - codification, and individual achievement and recognition, effected upon Judicial training institutions and formation of the courts.

In point of law education and training of individual rights, of each person participating in trial or in judging are extremely important in regarding to judiciary activities. First of all historical process of the Ottoman trial system and its applications is briefly explained, and then legal position and legal status of judges who work in trial system are briefly described, and touched upon their personal qualities that is expected. Long century's law practice of Ottoman State were formed and applied acceptable relevant rules of law society. This kind law experience was lastly codified under the influence of Islamic law, in Ottoman Code Civil (Majallah). It's eight articles, directly related to our title and subject matter, was transferred to new Turkish trans script together with their famous commentary. Thus researchers of this law topic would find beneficial chance in doing comparison between the legal institutions i.e. old and new practice of Turkish society.

In terms of realization of the aimed comparison, it is touched to the profession, taken today to supply the needs of staff, and to judicial process, realizing of legislation. Personalities and quality expected before being attended and afterwards, of judges and of prosecutors or of Muslim judge and of mufti in the past are also explained here in this research, as well as legal procedures in decision making, and in case resolution.

Keywords: justice, consciences of law, Muslim judge and jurisdiction, training of judges and public prosecutors.



I. GENEL OLARAK CUMHURİYET DÖNEMİ, OLUŞTURULAN SİYASET VE ADÂLET

1923’de kurulan yeni TC Devleti hakkında, bir yabancı gözlemcinin kısa tesbiti şöyleydi; “Esasen ordu, ülkeyi, İslami temelli bir siyasete geri dönüşle tehdit eden veya Türk olmayan etnik kimliklerin propagandasını yapan her türlü unsurlardan korumak üzere dizayn edilmiştir.² Başlangıçta Osmanlı veya Türkler batılılaşma projesinde “batılı gibi olmak değil, batının gücünde olmayı tasarlamışlardır.”

Ancak batı, II. Abdülhamid’in yaptıklarını ve yenileştirme konusundaki gayretlerini yakından gördüğünden ajanları vasıtasıyla, İttihat ve Terakkiye sonuna kadar destek vermiş ve Koca Devlet üzerinde oyunlarını sürdürmüştü. Temelde toplumun kültür (hars) değerlerini ilgilendiren konularda köklü inkılâba girişme, değiştirme, köklü inanç ve birikimleri terk etmeye davet.. o toplumdaki insanları ruhen birer birer öldürmek gibi bir sonuca götürür. Bu durum ve tecrübe, ideolojik devrimler yapan ve devlet yönetimine gelen iktidarların hemen çoğunda görülür.³ Buna; Nazi Almanyası, Faşist İtalyası, Lenin Rusyası vb. hep birer acı örneklerdir. Bu politika ve uygulayıcılarına toplumları ve kanaat önderlerince yapılan ikazlar dikkate almamış, demokratik açılım ve müşâvere önemsenmemiş, halk câhildir, bir şey bilmez de anlamaz da diyerek itibar edilmemiştir. Devlet gücüyle, halka rağmen inatla yanlışlar zorla kabul ettirilmeye çalışılmış, sonunda toplumun yeni oluşan hafızasında ve vicdanında derin yaralar ve izler bırakmıştır.

Yeni Cumhuriyet dönemi Türk toplumunda durum ve yaklaşım bakımından ilk başta iyi niyetle hareket edilmiş, millet dâimâ ön planda tutulacağı mesajı verilmiştir. “Yüce meclisimizin üstünde bir kuvvet yoktur.”⁴; “Hâkimiyet bilâ kayd-u şart milletindir. İdare usûlü halkın mukadderâtını bizzat ve bil-fiil idare etmesi esasına müstenittir.” (md. 1) “İcrâ kudreti ve teşri selahiyeti milletin yegâne ve hakikî mümessili olan Büyük Millet Meclisinde tecellî ve temerküz eder.” (md. 2)⁵ İstanbul’da dağıtılan Mebus’an Meclisi üyelerinin de katılmalarıyla Ankarada bir Meclisin kuruluş için çalışılmış 23 Nisan 1920’de bu Meclis açılmıştır.⁶

II. GENEL OLARAK ADÂLET KAVRAMI ÜZERİNE

Hukukî düşüncenin en temel kavramlarından birisi, hiç şüphesiz “adâlet”tir. Adâleti tesis ve ikâme için hukuk metinleri üzerinde geniş

2 Graham E. Fuller, *Yeni Türkiye Cumhuriyeti*, s. 45, (çev. Mustafa Acar), İstanbul 2008.

3 AKSOY Soner, *Tarihî Süreç İçinde Özgürlük Anlayışı* (İtiraz Etmek Erdemdir), s. 16, Ankara 2015.

4 Mustafa Kemâl’in (Atatürk)’ün Nisan 1920 konuşmasından.

5 1921 *Anayasasından*.

6 AKSOY, s. 17.



çalışmalar yapılmış, yasaların buna uygun çıkarılmasına gayret edilmiştir. Çünkü genellikle hukukun ruhu adâlettir. Onsuz hukuk despotluktur. Tüm hukukî gayret ve çalışmaların ana hedefi '*adâleti*' sağlamaktır. Bir sistemin hukukî mevzûâtı bütünüyle adâleti tesisi istihdâf ediyorsa, sonuçları itibariyle âdil ise, geçerlidir. Âdil değilse, geçerliliği tartışmalı hale gelir. Dolayısıyla yapılan her işlem, insanın hayatı boyunca varlığının yaşamında özgürlük getiren hukuki normları taşıyor olmalıdır.⁷

Adâletin amacı, herkesin hakkını tanımak, hakkını teslim etmek, yasaların gerektirdiğini eşit uygulamak, kişiler arasında ayırım yapmamak, keyfi davranmamaktır. Bu sebeple Hükemâ, "*Adalet her şeyin yerli yerine konulmasıdır. Semavât (gökler) ve arz adâletle kâimdir (ayaktadır).*" Sonuç itibariyle herkesin hak ettiğini alması veya herkese hak ettiğinin verilmesi gibi son derece geniş anlamlar taşır. Önemli olan; "*Adâletin konusu, hak ettiklerimizin karşılığında gelecekte ne olacağımız veya ne alacağımız değil; yaptıklarımızın veya yapmayı bıraktıklarımızın karşılığında, şu anda sahip olduğlarımızı hak edip etmediğimizdir.*"⁸

Adâlet herkese, her şeye, her yerde, her zaman, özellikle beşerî ilişkilerde gereklidir. Adâletle hürriyet arasında çok sıkı bir bağ vardır ve bu bağ hayâtî önemi hâizdir. *Adâletin olmadığı yerde özgürlük, özgürlüğün olmadığı yerde de adâlet olmaz.* Özgür olmayanlar arasında adâletin fazla bir önemi yoktur. Orada bir fanteziden ibaret kalır. Zira insana zarar verilmiş ve âdil olmayan bir ortam vardır. Bir bakıma kişi, adâlet-zede olmuş, güveni sarsılmıştır.

İnsanların özgür ve yasalar önünde eşit oldukları söylenen bir ortamda, aralarındaki sorunlar için adâlet bir anlam taşır. Orada, haklı ve haksızın tespiti adâletin aranması ve tecellisi için önemlidir. Verilecek hüküm ya adâleti temsil edecek yahut da haksızlığa neden olacaktır. Sorunun âdil bir şekilde çözülmesi elbette ince bir iştir, yüksek hukuk bilgisine, ciddî bir kültür birikimine, derin yorum yapabilme kabiliyetine ve adâlet duygusuna ihtiyaç vardır.⁹

Hâkimlerin bağımsız, iyi yetişmiş, birikimli, güvenilir, güçlü, korkudan azâde ve özgür olmaları adâletin tecellisinden önde gelir. Adâletin güçlüden, çıkar çevrelerinden, zenginden, nüfûz sahibi olandan, iktidar veya muhalefetten yana olması düşünülemez. Adâlet terazisini¹⁰ elinde

7 AKSOY, s. 85, 86. GÖZLER Kemal, *Muhafazakâr Düşünce*, s. 78, sayı: 15, yıl: 2008 Ankara.

8 ERDOĞAN Mustafa, Hacettepe Üniversitesi, *Muhafazakâr Düşünce* s. 9. sayı:15, yıl: 2008 Ankara.

9 AKSOY, s. 87.

10 Hukuk mesleği mensuplarının rozetinde yer alan '*terâzî*', bir tartı âleti türüdür. İki kefeslidir. '*Terâzî*' dilimize girmiş yaygın kullanımlı Arapça kökenli bir kelimedir. Sözlük anlamı; rızalaşmak, karşılıklı râzi olmak, kefelere yer alanların rızalarının örtüşmesi,



tutanlar, herkese ve her şeye eşit mesâfede durmak ve tarafsız olmak zordur. Aksi halde, adâlet tecelli etmez. İltimas, adam kayırma ve rüşvet adâlet sistemine giremez, girmemelidir. Bugün tutuklanan kâtiler, girdiği kapıdan çıkartılamaz. Yani, 'döner kapı adleti' kabul edilemez. Zira adâlet edebiyâtımızda söylenmiş çok güzel sözler vardır, birkaçı şöyledir:

"Bulunmazsa adâlet milletin efrâd-ı beyninde,"

"Geçer bir gün zemine, arşa çıksa pâye-i devlet." (Namık Kemal)

"Şudur cihanda benim en beğendiğim meslek,"

"Sözün odun gibi olsun, hakikat olsun tek."

"Hâlikin nâmütenâhî adı var, en başı Hak,"

"Ne büyük şey, kul için, hakkı tutup kaldırmak." (Mehmet Akif Ersoy)

"Hakikati konuşmaktan korkmayınız." (Kemâl Atatürk) ¹¹

İşte buralarda dile getirilen ve yokluğundan yakınılan hak ve adâletin hayata geçirilebilmesi için yasalara bağlı kalınmalı, keyfî ve önyargı taşımayan, doğru yasalar çıkartılmalı, kontrol ve denetimler yapılmalı, kimşenin özgürlüğüne müdahale edilmemeli, şartlar ve fırsatlar herkese eşit tanınmalı ve uygulanmalıdır. Açık, şeffaf bir toplum olmalı ve kimse kimseye keyfî davranışlarda bulunmamalıdır. "Hâkimler, gözlerini vatandaşın gözünden kaçırmak zorunda kalarak değil, vatandaşın gözünün içine bakarak karar verebilmelidir." Hukuk hayatında daha fazlasıyla doğru yorum için ansiklopedik bir kafaya ihtiyaç vardır. Adâlet ve haklı karar verebilme buna bağlıdır. Bu ve benzeri nedenlerle Hukuk Fakültelerine her önüne gelen girememeli, hukuk okumak o kadar kolay olmamalı, çalışkan ve yüksek vasıflı adaylar tercih edilmelidir. Adâlet sisteminde görev alacaklar, avukatlar, savcılar ve hâkimler çok yetenekli, zihinsel alt yapısı güçlü, birikimli, sağlam karakter sahibi, yorum yeteneği üstün, yeterli meslekî tecrübelerle donanımlı olmalıdır. ¹²

Genelde insanlar adâlet kavramını ilâhî kitaplardan öğrenmişlerdir. Nitekim Kur'anda hem *adâlet* hem de *kıst* kavramları çokça zikredilir. ¹³ Benzeri durum diğer semâvî olduğu söylenen kitaplarda da az çok vardır. ¹⁴ İnsanların yararlanması, hukukî kavramları yakalaması, bilmedik-

dennkleşmesi... demektir. Adâletin hedefi de bu değil mi?

11 AKSOY, s. 96-97

12 AKSOY, s. 97, 98.

13 Mesela Kur'anda *adâlet* kelimesinin değişik şekillerde kullanılış biçimi 29 yerde ve *kıst* kelimesinin değişik şekillerde kullanılış biçimi ise 25 yerde zikredilir.

14 Meselâ 'On Emir' veya 'Evâmir-i Aşere', 'Ten Cammendments' ya da adına ne dersiniz deyiniz on temel suç ve emir hem semâvî dinlerde hem de uzak doğu beşerî dinlerde vardır ve üzerlerinde hassaiyetle durulur.



lerini öğrenmesi, hüküm istihracı, kıyas ve tefekkür için bu kaynaklara ihtiyaç doğmuştur.

Geçmişimizden günümüze dek hukuk tatbikâtı için her kafadan bir ses çıkmıştır. Maksad sorunlara ve vak'alara çözüm bulmak ve adâleti sağlamak değil mi? Bu milletin hukuk hayatında nerede ise bin yıllık uygulaması olan İslam ve Osmanlı hukukunun kattığı zenginlikler vardır. Bu birikim ve tecrübenin de en az Roma Hukuku kurum kültürleri kadar bu nesle öğretilmesi önemlidir. Mesela Osmanlı Devletinin son zamanlarında, büyük hukukçu Ahmet Cevdet Paşa(d. 1237 h./1822 m. - ö.1312 h. /1895 m.)'nın gayretleriyle Başkanlığında oluşturulan Mecelle Cemiyeti Azaları (ki, A.C. Paşa dahil tamamı onbeş azadır), o zamanki, kültür zengini Osmanlı toplumunun hukukta kanaat önderleri dirâyetli kişiler, birlikte sekiz yıl çalışarak, Osmanlı Medeni Kanunu olarak bilinen *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*'yi (kısaca Mecelle) kodife ettiler. Onaltı kitaptan ve 1851 maddeden oluşan bu çalışmanın sadece başlıkla ilgili üç-beş maddesi, meşhur Mecelle Şerhinden aynen aktarılacaktır. Bu eserin sadece âyet ve hadislere dayandırılmamış, Müslüman (Osmanlı) toplumunun 8 yüz yıllık hukuk uygulaması ve örfüne de yer verilmiştir.

Türk Medenî Kanunu ve Türk Borçlar Kanununun tedvini noktasından konuya kısa bir mukâyesyle bakılacak olursa; Tanzimât döneminde, Mecelle (1286-1293 h./1869-1876 m.) yılları arasında yedi seneden fazla bir zamanda hazırlanmıştır. Parça parça yayımlanmıştır. Küllî Kâideler içeren birinci kitabının Padişah Sultan Abdülaziz tarafından imzalanış tarihi; 20 Nisan 1869 m. dir. Ondört kitap bu padişah tarafından kitaplar halinde değişik zaman ve tarihlerde imzalanıp "*Mucebince amel oluna*" fermanıyla yayımlanmış uygulamaya konulmuş, son iki kitaptan onbeşinci Kitap 3 Eylül 1876 m. de ve onaltıncı kitap da 16 Eylül 1876'da Padişah Sultan Abdülhamit tarafından imzalanıp "*Mucebince amel oluna*" fermanıyla yayımlanmış uygulamaya konulmuştur.

Mecelle çalışmaları yaklaşık sekiz senede tamamlanmıştır. Gerek bu iyi niyetli teşebbüsün yarıda kalmayarak tamamlanmasında ve gerekse metinlerinin kaleme alınmasında Ahmed Cevdet Paşa çok önemli görev ifa etmiştir. O zamana kadar yürürlükte olan İslâm hukukunun esas itibarıyla eşya, borçlar ve yargılama hukukuyla ilgili hükümlerini bir arada içeren **Mecelle**, tam anlamıyla teknik ve millî bir kanundur. Şekil olarak Batı kanunlarının etkisinde kalması dışında Avrupa hukukundan yararlanılmamıştır. İslâm hukukunun fıkıh kitaplarından istifade edilerek hazırlanmıştır. Başta Osmanlı Devleti olmak üzere diğer İslâm devletlerinde yapılan kanunlaştırmalara öncülük etmiş ve örnek olmuştur. Bu bakımdandır ki, Mecelle sadece Osmanlı hukuk tarihinde değil, İslâm hukuku



tarhinde de ayrı bir yere sahiptir.¹⁵

Şimdi Osmanlı Devletinin son dönemlerinde yapılan bu seçkin çalışma, Osmanlının sona erişiyile bir yana bırakılarak İsviçre Medenî Kanunu ve İsviçre Borçlar Kanunu aynen tercüme edilerek Yen Türkiye Cumhuriyeti Devletinin temel Kanunları olarak kabul edildi. Oysa İsviçre Devletinin yaptığı iş de Osmanlı dönemi kodifikasyonundan pek farklı değildi. Kanton hukuk sistemlerinin birleştirilerek tedvin edilmesiyle olgunlaşan durumu gözönünde bulunduran hukukçular ve politikacılar, İsviçre Konfederasyonuna bütün medenî hukuk sahasını düzenleme yetkisini verdi. Yapılacak yeni kanun İsviçre toplumunun derinlerine kadar nüfuz etmiş ve kökleşmiş olan eski gelenekleri silip süpürmemiş, bütün bunları uzlaştıran müşterek bir eser oluşturulmuştur. Yeni kanun inkılâpçı değil, tam aksine muhafazakârdı. Kanton medenî kanunlarının mukayeseli bir tarzda hazırlanması işi *Eugen Huber'e* verilmiştir. Bu zat uzun seneler çalıştıktan sonra "*İsviçre Hususî Hukukunun Sistem Ve Tarihi*" adlı dört ciltlik mukayeseli eserini yayımlamıştır. Eser yıllarca İsviçre hukuk ilminin temel kaynak kitabı olmuştur. Sonra İsviçre Adalet Bakanlığı Huber'den bir medenî kanun tasarısı hazırlamasını istemiştir. Sonra, "*Uzmanlar Komisyonu*" toplanmış ve projeyi incelenmiştir. E. Huber bu komisyonun raporörüydü. Tasarı 1904 de Federal Meclise sevk olunmuş, 10/12/1907'de kabul edilmiştir. İsviçre Borçlar Kanunu da yine E. Huber'in gözetiminde gözden geçirilerek Medenî Kanuna göre ayarlanmış ve 30/03/1911'de Federal Meclisçe kabul edilmiştir.¹⁶

Konuyu buraya kadar getirmemin nedeni, o zamanlarda hukuk nâmına Osmanlıda ve Avrupada yapılan kodifikasyon girişimleri arasında bir farkın olmadığını, hatta Osmanlı toplumunda girişilen kodifikasyon faaliyetlerden daha sonra başlatıldığını tebârüz ettirmek, kavimlerin ve toplumların gelenek ve harsının kanunlaştırmalarda mutlaka gözönünde bulundurulduğuna işaret etmektir. Hem adâleti istemek hem de gerçek adâletin tecellisi için yolu gösteren en önemli metinlere, kaynaklara tepe-

15 Geniş bilgi için bak. Ebü'l-Ulâ Mardinî, Medenî Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa. İstanbul 1947. Mustafa Reşid Belgesay; "*Mecellenin Küllî Kaideleri ve Yeni Hukuk*", Hukuk Fakültesi Mecmuası, c. XII s. 561-608, İstanbul 1946. Osman Öztürk; Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle, s. 17 vd., 1. Baskı İstanbul 1973. Mehmet Akif Aydın; "*Mecelle'nin hazırlanışı*", s. 31-50. Türk Hukuku Tarihi, 8. Baskı, İstanbul 2010. Ali Şafak; "*Mukâyeseli Hukuk Dersi Notları*" basılmamış, s. 78-79, Ankara yıl: 2011-2012.

16 Alman Medenî Kanunu "*Bürgerliches Gesetzbuch -BGB-*) benzeri bir serüvene sahiptir. 1870 iç savaşlarından galip çıkan Alman İmparatoru II Wilhelm ile Başbakanı Bismark millî birliği kurabildiler. Sonra her ikisi de hukuk alanında da millî kanun çıkarmayı tasarladılar. Bu amaçla ilmî bir komisyon kuruldu. Komisyon 13 sene süreyle gizli bir şekilde çalıştı ve neticede beş ciltlik bir kanun projesi ortaya çıktı. Bu gözden geçirildi ve değiştirilerek son şekli 1896 tarihinde Alman Parlamentosunda (Bundestag) "*Bürgerliches Gesetzbuch -BGB-*) adıyla kabul olundu ve yayımlandı. Kanunun 1900 yılın başında yürürlüğe girdi. Böylece o yeni bir asrın yeni bir hukuk devrine gireceği de vurgulanmak istenmiştir.



den bakmak elbette akıl kârı değildir.

Çeşitli toplumlar kendileine özgü adâlet teorisi uygulamaya çalıştılar Mesela, Marksist, Kapitalist yönetimler kendilerine göre ideal ve geçerli ‘sosyal adâlet teorileri’yle” ülkelerini ve insanlarını yıllarca yönetmeye çalıştılar. Bu uygulamanın, doğru olduğunu düşünerek hareket ettiler. Adâlet ararlarken birbirlerine girdiler. Oluk oluk insan kanı döküldü. Bu zulümler hep benim dediğim doğrudur, bana uyacaksınız, benim kurallarına tabisiniz diyen ‘zâlim ve muhteris kişilerin’ diğer kişilerin hak ve özgürlüklerini gasbederek, yaptıkları baskıcı, kafaların ürünüdür. ¹⁷ İstenen adâlet ve huzur düzeni hâlâ tesis edilemeyince sosyal, adâletçi bir refah devleti kurma yolları arayışı sürmektedir. “Adâlet olduğu takdirde “kâfir” bir devlet bile varlığını sürdürebilir. Fakat adâlete riayet etmeyen ve zulme sapan zâlim bir devlet Müslüman bile olsa, bâki kalmaz.” “Hükümdârlık ve devlet küfür üzere varlığını sürdürebilir, ama zulüm üzerine asla” ¹⁸

III. GENEL OLARAK HUKUKUN VİCDANÎLİĞİ VE AHLÂKÎLİĞİ VE YARGIÇ

Her ne kadar hukuk ve ahlâk arasında farklılıklar bulunsa da, bu iki sosyal düzen kural türü birbirine yabancı değildir ve birbrini yok sayamaz. Her şeyden önce ahlâk, meşru olduğu sürece hukuk kurallarına uygun davranmayı emreder, birçok hukuk kuralının temelinde de tüm insanlığa veya o topluma mal olmuş ahlâkî telakkîler bulunur.

Sosyal düzen kurallarından hukuk ve ahlâkın kesiştiği nokta vicdandır. Zira ahlâk kişinin vicdânı ile hesaplaşmasını; hatta maşeri vicdan ve şuur toplumun kendisi ile hesaplaşmasını gerekli kılar. Hukuk ise, bir mahkeme kararına ihtiyaç duyulduğunda, kurallar ve objektif ölçüler içerisinde de olsa hâkimin vicdanının hakem kılınmasıdır.

Bir hukuk kuralı konulurken ve uygulanırken bunun toplum vicdânında da kabul görebilir olması, sorunun çözümünde, şeklen kurallar içerisinde kalınmıyor görünse de ahlâka aykırı davranılmaması gerekir. Bu sebeptendir ki, hukuk felsefesi ve genel kamu hukuku anlayışı ve anayasa hukuku ile insan hakları bakımından, **kanunî olma, hukûkî olma ve meşrû olma** arasında ayırım yapılmıştır. Böyle bir durum tabîî hukuk anlayışının bir yansımasıdır. Bu tabîî hukuk telakkisinde, insan haklarına aykırı düşen, bir diğer ifadeyle, meşru olmayan bir kurala karşı, kişilerin direnme hakkını kullanarak karşı koymaları da kabul edilir hâle gelmiştir.

17 AKSOY, s. 99 - 100.

18 UNAN Fahri, “Osmanlı İdare Felsefesinde Adâlet” Hacettepe Üniversitesi Adâlet Kitabı, s.105, Ankara 2012; Editörler: Halil İnalçık - Bülend Arı - Süleyman Aslantaş. Nizâmü'l-Mülk (Ebu Ali Hasan Tûsi), Siyâsetnâme, s. 15, 1000 Temel Eser, Kültür ve Turizm Bak. Ankara 1982. Soner Aksoy; a.g.e. s. 101.



Anayasa md. 138/1. fıkrasında “*Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdânî kanaatlerine göre hüküm verirler.*” Denilir. Burada vurgu yapılan husus, kanun veya sırf tabiî hukuk telakkisi değil, vicdânî kanaattir. Çünkü hâkim, hüküm verirken kendi vicdanıyla başbaşa kalacağı ve ona göre bir değerlendirme yapıp karar vereceği açıktır. Bu noktada *kanun ve hukuk* vicdânî kanaat oluşturulurken dikkate alınacak bir ölçü ve bir hareket alanı sınıridir. Hâkimin vicdânî kanaatine göre karar vermesinde kanun ve hukukun çizdiği sınırlar içerisinde takdir hakkını kullanmasıdır. Bu sebeptendir ki, soyut ve genel olan hukuk kuralları ve ilkeleri, sübjektif bir husus olan vicdânî kanaatin mümkün olduğunca en objektif şekilde ortaya çıkmasını sağlar. Bunu temin de mahkeme kararlarının *gerekçeli olması ve sebep-sonuç ilişkisinin* kurulup korunmasıdır.

Bilindiği üzere bir yargı kararında yer verilmesi zorunlu olan *gerekçe*, bir fikri, bir hükmü destekleyen ve karşı düşüncüyü de çürüten argümanlardan oluşur. Kanun yapım ve kabulü sırasında öne çıkan bu argümanlar, *esbâb-ı mücibe* olarak ifade edilir. Hükümleri haklı çıkarmak için gösterilen gerekçeler, verilen hükmün mantikî açıklamalarıdır ve ‘*neden*’ ve ‘*niçin*’ sorularının cevaplarını teşkil eder. Gerekçenin fonksiyonları arasında; hükmün isabetli ve yerinde verilmesini sağlamak, karşı düşünceye cevap vermek ve karşı düşüncenin çürütülmesini sağlamak, davanın tarafları ve toplumun hükmü benimsemesine yardım etmek, yargısal ve ilmî yönden hükmün denetimine imkân sağlamak.... olarak ifade edilebilir. Belirtilen fonksiyonları nedeniyle kanunlarda, hükmün gerekçelere dayandırılması yükümlülüğü getirilmiştir (bak CMK md. 224, 232).

Hâkimler, bağımsız ve güven içinde çalışma hakkına sahiptirler. Görevlerinde gösterdikleri başarıya, çalışkanlık, dürüstlük ve iyi ahlâk sahibi oluşlarına göre kadro içinde ve mesleklerinde yükselmeleri kabul edilmiştir. Hâkimlerin, yargılama görevini tarafsızlık içerisinde yerine getirmesi zorunludur. Ancak bu tür hareketiyle halkın adâlete güveni sağlanabilir. Hâkimlerin tarafsızlığını sağlamak için onların bazı işlere bakmasının yasaklanması; reddedilmesi ve çekinmesinin mümkün hale getirilmesi gibi yasal bir kısım tedbirler konulmuştur. Amaç yargıya güvenilirliği, dürüstlüğü temindir.

Suç yargılamasında soruşturma evresinin alenî olmaması, ceza adâletinin *doğruluk, dürüstlük* ve maddî gerçeğe ulaşma ilkelerine uyulması için bir zorunluluktur. Aksi takdirde yargısız infazlar sonucu insanların ızdıraplara sürüklenmesi ve suçsuzluk karinesinin, zaman zaman sözde kalması neticesi ortaya çıkar. İleride hâkimde aranan niteliklere değinilirken ‘*müstakim*’ olması da aranan temel bir sıfattır.



Vicdan ve ahlâkın hukuk içerisindeki önemi sebebiyledir ki, hukukun temel meslek alanlarının kendine özgü '*meslek ilkeleri*' vardır. Avukatlar, hâkimler, noterler kendileri için bağlayıcı olan bu meslek ilkelerine uygun davranmak zorundadırlar. Açıklanan ilkelere aykırı davranışın ağırlığına göre, basit bir takım disiplin cezalarından başlayıp meslekten çıkarmaya kadar varan yaptırımlar sözkonusu olabilir. Meslek ilkelerinin özünde meslek ahlâkını korumak, daha güncel ifadesi ile *hukuk etiğini yerleştirmek* yatar. O nedenle de karar merciinde oturan hâkimlerde geçmişte aranmış olan vasıflar, Mecelle md. 1792'de sıralanan sıfatlar bugün de geçerliliğini aynen koruyan ölçütlerdir. Ayrıca hukukun temel meslek alanlarında yer alan kişilere, hukuka bağlılıkları için yemin teklif edilir. Yaptırılan bu yemin, yemin eden kişi üzerinde bir baskı değil, bir *ahlâkî bağlılık ve yükümlülük* doğurur.¹⁹

IV. OSMANLI DEVLETİNDE KÂDÎ VE KADILIK TEŞKİLÂTI (TARİHÎ ARKA PLAN)

Müessesenin tarihi gelişimi: Kâdî, Kadılık makamı, İslâm ortaçağında ortaya çıkan idârî ve adlî mahiyette bir görevdir. Burada Kâdî'nin sosyal-idârî fonksiyonları değerlendirilirken ondört asırlık İslâm tarihi içerisinde kaydettiği gelişmeler, konununuzamaması bakımından pek göze alınmamıştır. Kâdîlik İslâm hukuk tarihinin merkezinde yer alan bir memuriyettir. Osmanlı devletinde kâdî, genişleyen görevleriyle son asra kadar en önemli mülkî âmir ve yargıçtır. Kâdîlik görevinin her toplumdaki universal bir ihtiyaca cevap verdiğine ve kamu hizmeti ve kamu gücü denen alanı kapsadığında şüphe yoktur.²⁰

Kâdînin, görevli bulunduğu yerde müslüman cemaatinin reisi olma keyfiyeti oldukça önemliydi. Bir idareci olan kâdî aynı zamanda idare edilenlerin bir şeriat-hukuk adamı olarak temsilcisidir ve bu nedenle de halkın hukukunu idare karşısında savunma hak ve yetkisine sahiptir. Osmanlı Devletinde mahallî halkın talepleri veya şikâyet ettikleri bir uygulamadan dolayı durumun tesbitini istediği, bunun için *arz* yetkisini kullanarak merkeze bir *arzuhal* gönderdiği, *marûzâtta* bulunduğu görülür. Kadı, zamanın akışı içinde önceleri halife ve sonra vâliler ve daha sonra da merkezdeki *Kâdî'ul kuzzât* tarafından tayin edilirdi. *Kâdî'ul kuzzât* sıfatını taşıyan yüksek rütbeli memura *hâkim'ul hükkâm* (hâkimler hâkimi = kadılar kadısı) da denilirdi. İlk İslâmî devirlerden itibaren bir kâdîda

19 ŞAFAK Ali/BİÇAK Vahit, *Ceza Muhakemesi Hukuku ve Polis*, s. 48-49, 6. Baskı Ankara 2003. Ayrıca Muhammet ÖZEKES'in <http://hukukuislam.blogcu.com/ulkemizde-hukukun-vicdan-ve-ahlak-sorunu/1324961> elektronik ortamdaki makalesi. (Dokuz Eylül Üniversitesi Öğretim Üyesi)

20 ORTAYLI İlber, *Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devletinde Kâdî* (Kadı), s. 7, Ankara 1994. Osman Nuri, *Mecelle-i Umur-ı Belediye, c.1*, s. 258, İstanbul 1922. Emile Tyan "Kadı" maddesi, Millî Eğitim Bakanlığı İslam Ansiklopedisi.



aranan niteliklerin başında *mükemmel bir hukuk bilgisi* gelirdi. Ne var ki zamanla bu niteliklere sahip kimselere bol miktarda rastlamak mümkün olmadığından, makul ölçüde bir hukuk bilgi ve melekisine sahip olması yeterli görülür olmuştu. Hukuk bilgisi kâdıda aranan şartlar arasında ikincil bir önem gösterir duruma geldi.²¹

V. OSMANLI DEVLETİNDE KÂDÎ TAYİNİ VE GÖREV SÜRESİ

Burada kâdî olarak tayin edilmek bir takım niteliklere sahip olmak kadar, belirli bir tahsil düzeni ve hiyerarşik geçiş işlemine dayanırdı. Bu nedenle Osmanlı ülkesinde, adliye silki; klasik İslam devletlerine göre daha gelişmiş esaslara dayanan bir sistem, başlıbaşına bir meslek olarak görülür. Osmanlı Devletinde İlmîyye sınıfı üç kategoride görevlendirilmekteydi. Bu kategoriye giren her grup belirli bir görev ve yetki yüklenmiştir. *Kâdî'lar, kaza (yargı) göreviyle, Müderrisler eğitim-öğretimle, müfti'ler ise fetvâ vermekle yükümlüydüler.* Osmanlı kadı'ları bu hiyerarşi içinde mutlaka gerekli medrese tahsilini ve hukuk bilgisini kazanmış olmak zorundaydı.²²

Meslekî eğitim bakımından en önemli eğitim veren gözde kurum, Fatih Sultan Mehmed'in kurduğu *Sahn-ı Seman Medreseleri* olarak bilinir. Bu medresenin mezunları kâdîlık görevi için müracaat edebilirdi. Bunların, önce bir kâdî mahkemesinde staj görmeleri (temrînât ve tatbikâtta bulunmaları) zorunluydu. Staj yapılacak olan bu mahkeme, sıradan bir mahkeme değil, önemli bir merkezin mahkemesi olacaktır. Adaylar seçimle, en az beşer kişi olmak üzere büyük kadılıklara gönderilirlerdi. Adaylara sahip çıkma mânâsına '*mevleviyet payesi*'ni hâiz bu kâdî'ların yanında üç beş yıl çalışarak İstanbul'a gelir, bir sene de *mülâzemet* (asistanlık-yardımcılık) ile vakit geçirirlerdi. İşte bundan sonra ancak alt kademedeki kazalardan birinin kâdîlığına tayin edilirlerdi.²³

Kadılar padişah berat'ı ile tayin edilirlerdi. İlmîyye mensuplarının tayin, azl ve nakil işlemlerini Anadolu ve Rumeli Kazaskerlikleri dairesi yapardı. Yani kâdî'nın mesleğe intisabı ve kabûlünde bu dairelerden birine dâhil olması gerekiyordu. Bu dairelerde *rûznâme* denen (günlük gelen-giden evrâk) defterine kayıt edilir ve meslekî terfi ve özlük işleri bu büroda yürütülürdü. Şayet bir kadı'nın tayini bu deftere kaydedilmemişse elindeki berat hükümsüzdür ve iptali gerekirdi.

21 Joseph Schacht, *Introduction to Islamic Law*, s. 50-51, Oxford 1964. ERGİN Osman Nuri, s. 264. ORTAYLI İlber, s.8.

22 BARKAN Ömer Lütfi, *İhtisab Kanunları, Tarih Vesikaları* s. 353, Ankara 1942.

23 Tıpkı şimdilerde kaymakam adaylarının bu sıfatı ihraz öncesi '*refik*' ve '*maiyyet memuru*' sıfatıyla bir süre çalışmaları gibi. Mustafa Akdağ: *İçtimâî Tarih*, c. II, s. 76-77., II, 59-73, İstanbul 1995,



Kadırların göreve tayini ve görev yerlerindeki sürelerinin uzatılması veya kısa tutulması ile ilgili olarak şunlar söylenebilir; Müddet-i örfiyye (resmî görevde kalma süresi) genelde *iki yıldır*. Kâdî kaza dairesine bu müddet zarfında mutasarrıf (yani o yerin yöneticisi de) olurdu. Tabîî sürenin kesilmesi veya uzatılması mümkündü.²⁴

Müddet-i Örfiyye	
Normal Süre Yıl	Uzatma Süresi Yıl
2 (Bu süreye zam ve kesme mümkün)	1
Tevkil	Mülâzemet

Kâdîların görev sürelerinin kısa tutulmasının temel sebebi; muhtemelen mahallî halk ile yakınlık kurmalarını önlemek içindi. Bu uygulama, hiyerarşide de meydana gelmesi muhtemel tıkanıkları da önlüyordu. Mevleviyet payesini haiz büyük kadılar genellikle bir sene, kaza kadıları ise 20 ay süreyle tayin edilirdi.²⁵

Temelde bağımsız ve doğrudan merkeze bağlı olması gereken kâdî; bazı konularda orada diğer mülkî erkânla ilişkileri de oluyordu. Meselâ Sancak kadısı öldüğünde, beylerbeyi, tayin edilen kâdî İstanbul'dan gelene kadar o vilâyet ulemasından birini vekâleten tayin ederdi. Mülkî âmirlerle kâdî'nin ilişkisi yardımlaşma ve müşâvere esasına dayanıyordu. Ama aralarında hiyerarşik bir ast-üst ilişkisi yoktu.²⁶

Diğer İslâm devletlerinin klasik devirdeki teşkilâtına kıyasla; Osmanlı kadısı görev ve otorite-yetki bakımından daha gelişkin bir yönetim ve hukuk adamı kişiliğine sahip görünür. Kâdîlik makamında icra etmekle yetkili kılındığı iş grupları şu şekilde belirlenebilir;

- 1) naîb, müteveli, imam, hatib vs. tayini,
- 2) noterlik görevleri, vakfiye tanzim ve tescili, vasî tayini, yetim mallarının idaresi, nafaka tayini, alacak senedi (hüccet) ve kefâlet vs. gibi senetlerin tanzimi,
- 3) miras, evlilik akdi tanzimi,
- 4) tapu sicil muhafızlığı (yerleşim yerleri dahilindeki emlâk alım satım kaydı),
- 5) infaz hakimliği görevi,

24 ORTAYLI İlber, s.14.

25 UZUNÇARŞILI İsmail Hakkı, s.94. AKDAĞ Mustafa, s.77.

26 Uriel Heyd, *Studies in Old Ottoman Criminal Law*, s. 219, Oxford 1973. ORTAYLI İlber, *Kadı*, s. 19. İNALCIK Halil, *Adâletnâmeler* s. 107 (4-14 Aralık 1595) TTK Belgeler, sayı II s. 49-145, Ankara 1965.



6) mülkî görevler, vüzerâ hâslarının kontrolü, narh tesbiti, lonca teftişi, iaşe, kale dizdarları ve mukataa işlerinin kontrol ve kaydı, ordunun iaşe ve ibatesine yardım,

7) birtakım dinî grup ve zâviye ve tekkelerin ahvâlini teftiş ve gözetme v.s.

Bütün bu iş ve işlemlere dair örneklere şer'îye sicillerinde, mühimme kayıtlarında çokça rastlanır.²⁷

VI. OSMANLI DEVLETİNDE KADILAR VE DİĞER MEMURLAR ARASINDAKİ HİYERARŞİ

Osmanlı Devletinde kâdılar ilmiyye sınıfından olduklarından, ayrı bir statüleri, ayrı bir kıyâfetleri vardı. Mevleviyet sahibi olup olmamalarına göre statüleri (mevkileri) de değişirdi. Fatih Kanunnamesinde-mevleviyet payeli kadılar için dua da içeren hitap tarzı ile kaza kadıları için hitap tarzları dua da içeren değişik mahiyette idi.²⁸ Kâdînin mahkemesinde, verdiği kararların tutulduğu kayıtlarına müdahale edilemezdi. Burada yargı bağımsızlığı (istiklâl-i mahkeme) prensibine uyulmuştur. Fakat kâdî aynı zamanda bir beledî âmir, bir âsâyiş görevlisi bir mâlî yetkilidir. Bu alanda merkezi hükümetin denetimi, yol göstermesi ve âmirliği durumu sözkonusudur. Vakıf mallarıyla ilgili davalar, Tımar ve arazi davalarında söz sahibidir, ama hüküm verirken bir fıkıh adamı olduğu kadar bir memurdur. Davalarda şer'î konuyu müftüye sorabilir (fetva) ama örfî (idârî) davalarda örfî mevzuatın gereğiyle hüküm verirdi. Halkın istekleri doğrultusunda bazen onların protestoları adına, merkezi hükümete arz ve talepte bulunurdu. Bu da kâdîyi, örfî memurlardan ayıran bir durumdur.²⁹

Osmanlıda kâdî yukarıda sayılan görevleri arasında askerî sınıf mensubları da dâhil vergiden muaf müslim, gayr-i müslim farketmez, yönetici veya yönetime yardımcı olmaktan dolayı imtiyaz ve ihtiyâr sahibi olmuş, bu sıfatı taşıyan kişilerin teftişiyle görevliydi. Kâdî ile vali'nin arasındaki sıkı işbirliğinin bir sebebi de, kadının yöneticinin infaz kuvvetine olan ihtiyacıdır. İkincisinin de birincinin hukuki hüküm karar ve istişaresine olan ihtiyacıdır. Beylerbeyi veya sancak beyinin sefere giderken şehirde kâdî'yı vekil-i mutlak olarak bıraktığı bilinir. Adâlet ve infazın; yargı ve icranın birbirinden ayrılmaz fonksiyonlar oluşu ölçüsünde, aralarında bir işbirliği sözkonusudur.³⁰

27 ORTAYLI İlber, s. 28, 29.

28 UZUNÇARŞILI İsmail Hakkı, s. 111-112. ORTAYLI İlber, s. 47.

29 ORTAYLI İlber, s. 48.

30 ORTAYLI İlber, s. 45.



VII. OSMANLI DEVLETİNDE KÂDÎ VE KAZÂ USÛLÜ

Yargılamanın sağlıklı bir şekilde yapılması ve verilen hükmün isabetli olması bakımından hâkimin uyması gereken bazı kurallar (*âdâbü'l-kâdî*) vardır. Meselâ hâkim, muhâkeme esnasında her hususta taraflara karşı âdil ve eşit davranmalı, öfke, keder, aşırı açlık, susuzluk ve uyku galebesi gibi sağlıklı düşünmeyi engelleyecek durumlarda hüküm vermemelidir.³¹

Osmanlı Devleti'nde icra ve sınırlı bir teşrî ile birlikte kazâ yetkisini de şahsında toplayan padişahların, ilk dönemlerde kazâ yetkisini nâdiren bizzat kullandıkları, kural olarak ise tayin ettikleri kadılar eliyle yürüttükleri bilinir. Bunun için de kadılar, padişahın yargılama yapmak ve hüküm vermek üzere yetkili kıldığı vekilleri olarak görülmüş, kadınların, yargılama işinde nâib tayin etmeleri de ancak bu konuda yetkili olmaları kaydıyla mümkün olmuştur.³² Başlangıçta askerî sınıfın belli ihtilâflarına bakmak üzere 1. Murad zamanında kurulmuş bulunan kazaskerlik, Fâtih Sultan Mehmed döneminde Rumeli ve Anadolu kazaskeri şeklinde ikiye çıkarılmış ve kadınları tayin yetkisi esasen padişaha ait olmakla birlikte, Padişah bu yetkisini kazaskerlere bırakmıştı. Kazaskerlik kurumu, Osmanlı kazâ sistemi içinde önemli bir yere sahipti. XVI. yüzyıl ortalarına kadar ilmiye sınıfının en yüksek makamı olan kazaskerlikler, mevleviyet denilen büyük kadılıklar da dâhil ülkedeki bütün kâdî tayinlerini yapardı.³³

Osmanlı kazâ sisteminde klasik dönemde temyiz kurumu mevcut olmamasına rağmen kadınların verdiği kararları *istînaf* veya *temyiz* benzeri bir yolla incelemek ve gerektiğinde bozmak üzere. *Dîvân-ı Hümayûn* görevlendirilmişti. Yargı denetimi dışında yargı işinde üst mahkeme niteliğinde çalışan divandaki kazaskerler şer'î hukuku, *Vezîr-i A'zam* ve diğer örfi hukuku ilgilendiren davalara ise *ehl-i örf üyeleri* (en üst yönetim kade-me) bakarlardı. Genellikle örfi davaların dinlendiği tahmin edilen Dîvân-ı Hümayûn'da, davalar Vezîr-i A'zamın yetkisi dışında ise, duruma göre kazaskere veya İstanbul kadısına gönderilirdi.

Osmanlı hukukunda ve İslam hukukunda nazarî olarak toplu hâkimli mahkeme kurmak mümkün olmakla birlikte (Mecelle, md. 1802) uygulamada Osmanlı mahkemeleri tek hâkimlidir ve verdiği kararlar kesindir. Yargılamada İslâm hukukunun klasik doktrinindeki usul hâkimdir. Ceza

31 ATAR Fahrettin, *İslâm Adliye Teşkilâtının Ortaya Çıkışı ve İşleyişi*, Ankara 1979. BAYINDIR Abdülaziz, *Şeriyye Sicilleri Işığında Osmanlılarda Muhâkeme Usûlleri*, İstanbul 1986.

32 Mecelle, md. 1800, 1805.

33 Kâdiyu'l-Asker -Kazaskerlik- makamı hakkında ayrıntılı bilgi için bak, UZUNÇARŞILI İsmail Hakkı, s. 92. İŞPİRLİ Mehmet, *Osmanlı Devleti Tarihi*, c. I, s. 268, İstanbul 1994,



ve hukuk davası ayırımı yapılmayıp usulüne uygun şekilde açılmış dava ispat edildiğinde davacı lehine (*kazâ-yi istihkak*), değilse aleyhine (*kazâ-yi terk*) şeklinde sonuca bağlanır ve bir i'lâmla taraflara duyurulurdu. Yargılama alenîdir. "*Şühûdü'l-hâl*" (yargılamanın ceryânını bizzat izleyen) denilen bir grup güvenilir insan yargılama esnasında mahkemede hazır bulunur ve kadının düzenlediği belgenin altında bunların da adlarına yer verilirdi. Yargılamada basit ve kısa sürede sonuç alacak bir usûlün izlenmesi esastı. Mecelle öncesi dönemde yazılı delillerin doğruluğu şahitler (*şühûdü'l-hâl*) ile ispatlanmadıkça kabul edilmiyordu. Böyle hareket etmenin gerekçesi düzenlenecek sahte belgelerle mahkemenin yanıltılması ihtimaliydi.

Kâdî, fıkıh kitaplarına, kanunnâmelere, defterlere, padişah fermanlarına ve fetvalara dayanarak hüküm verirdi. Kanûnî Sultan Süleyman devrinde padişah kanunnâmelerinin her şehirdeki kâdî mahkemesine gönderildiği belirtilir. Kâdînin belli bir mezhebe göre hüküm vermesi, mezhebin muteber kitaplarına bağlılığı aynı zamanda yargılamada kanunîliği sağlardı. Yargı kararının uygulanması ise, ehl-i örfe aitti. Kanunnâmelerde *yargı yetkisinin kadıya, hükmün infazının ehl-i örfe ait* olduğu sıkça vurgulanmıştır. Hâkim kararı olmadan ehl-i örfün herhangi bir ceza, hatta ufak bir para cezası bile kesemeyeceği belirtilmiştir.³⁴

Osmanlılar'da gerek halk gerekse devlet bürokrasisi nezdinde bir meselenin dinî ve fikhî hükmünü açıklama faaliyeti olan fetvâ vermesi bakımından vilâyet, sancak ve kazâ gibi idarî birimlere müftüler tayin edilmiştir. Müftülerin, dolaylı da olsa kazâyı denetlemesi ve kâdîlar için bilgi kaynağı oluşturması, birçok hukukî ihtilâfı da yargı yoluna başvurmadan çözüme kavuşturarak yargının yükünü hafifletmesi yönleriyle kazâ ile sıkı bir etkileşim ve işbirliği içinde olmuşlardır.

Bir hukukî bölge (yer bakımından yetki alanı) olarak kaza az çok belirli coğrafi bütünlük gösterirdi. Bununla birlikte ayrı coğrafi bütünlükler için kâdî, nâiblerini gönderebilirdi. Bu dönemde kazanın herhangi bir yeni özel durumu sözkonusu değildir. 1867 idarî ıslahatına kadarki salnâmelerde kazanın eski özellikleri hakkında bilgi bulunmaktadır.

Kazanın idarî, hukukî ve hatta askerî bakımdan bir bütün teşkil edecek şekilde yeni bir teşkilâtın içinde yer alması 1835 sonrasında oluşturulmaya başlanmıştır. Hukukî idareci olarak kadının sosyal fonksiyonu geriledikten sonra coğrafyanın etkin olduğu yeni bir mâlî ve idarî bütünlüğü ortaya çıkmıştır. Böylece bir dönem için müdürün idare ettiği yeni teşkilât, zamanla yetkili bir kaymakam idaresinde oluşturularak önce sanca-

34 İNALCIK Halil, 1004 h./1596 m. yılı adâletnâmesi, TTK Belgeler, sayı II, s. 105, Ankara 1965.



ğın daha sonra da ilin (vilâyetin) en büyük alt birimi haline gelmiştir.³⁵

VIII. MECELLE: ONALTINCI KİTAP (MD. 1784-1817) KAZÂ (YARGILAMA) HAKKINDA*

Yargılama hukukuyla ilgili olarak Mecellenin bu Onaltıncı Kitabı bir mukaddime (giriş) ile dört babı içerir. Kitaba Besmeleyle başlanır. Kitabın girişi şöyledir:

Hükmünde âdil olan Allaha hamd olsun. O Allah kullarından darda kalanların dualarına cevap vericidir. O Allah ki, yaratılmışları arasında hakla hükmeder ve Rasullerinin en önde geleni Hz. Muhammede gönderdiği ile hükmetmeyi emreder. Dualar ve selamlar, yine Rasullerin Efdali, Elçisi Muhammed b. Abdillâh'a, aile efrâdına, Allah yolunda cihad eden, koşuşturan sahabesine (arkadaşlarına) olsun.

Bu Kitapta kazanın mânâsı, meşruiyeti, mehâsini, hikmeti, kabûl-i kazanın sıfatı ve erkân-ı kazadan ibaret bulunan altı şeyin bilinmesi lâzımdır.

Kazânın mânâsı, kazıyyetten olmakla çoğulu **akdiyye** gelir.³⁶ **Kaza** kelimesi sözlükte itkân, ahkâm, iblâğ (bildirmek), edâ, inhâ, sun' (yapmak) ve takdir gibi birçok mânâyâ gelir. Hukukî açıklaması, İbrahim Halebînin Mecmau'l-Enhur³⁷ Kitabında mezkûrdür. Ama şer'an (hukuk) mânâsı, Mecelle 1784'ncü maddede gelir. Kazanın meşruiyeti: Kitap (Kur'ân), Sünnet ve İcmâ-ı Ümmet (consensus) ile sabit olmuştur. Kur'ânda; "*İçinde hidâyet ve nûr olan Tevratı Biz indirdik. Kendilerini Hakka teslim eden nebîler, Yahudilerle ilgili meselelerde onunla hükmederlerdi...*" (el-Mâide 5/44) ve "*Ve şu emri indirdik: Aralarında, Allah'ın sana indirdiği ahkâm ile hükmet! Sakın onların keyiflerine uyma...*" (el-Mâide 5/49) kavli-şerifleridir.³⁸

Her Nebi, bununla (kazâ işiyle) memur ve bunun için ba's-i rûsul ve enbiyâ vâki ve bunun üzerine Hulefâ-ı Râşidîn ve ulemâ-ı kâmilin âmil olmuş ve kıyam bi'l-Kaza ile (yargı işini yürütmekle) Semâvât ve arz kâim bulunmuştur. Kazâ; niyâbet-i Hulefâ-ı Râşidîn ve ikâmet-i hudud-ı Rab-bi'l-Âlemîndir. (F. Velvâlîciyye)

Sürûr-ı Enbiya Mefhar-i Evliya Hz. Muhammed (as) Hazretleri kaza ile memur buldukları gibi, Davûd (as) dahi "*Ey Davûd! Biz seni ülkede*

35 İŞPİRLİ Mehmet, TDV İslam Ansiklopedisi, '*Kâdî ve Kazâ*' maddesi, kurum olarak boyutu. Tuncer Baykara; TDV İslam Ansiklopedisi, '*Kâdî ve Kazâ*' maddesi (Tarihî açıdan doğuşu ve gelişmesi).

O nedenle de 1950 li yıllara kadar (zamanımızda) '*ilçelere*', '*kaza*' denilirdi. Şimdi ise, bu kullanım azaldı, *ilçe* ismi yaygın hale geldi.

36 İbnu Âbidîn; Reddû'l-Muhtâr, İstanbul 1293.

37 İbrahim Halebî; Mecmau'l-Enhur (Dâmâd diye de bilinir), İstanbul 1317)

38 Velvâlîcî, Zahîrüdîn Abdurreşîd; Fetâvâ'l-Velvâlîcî -F. Velvâlîciyye-.



hükümdar yaptık, sen de insanlar arasında adâletle hükmet, hevâ ve hevesine uyma, sonra bu seni Allah yolundan saptırır. Allah yolundan sapanlar, hesap gününü unutukları için, kendilerine şiddetli bir azap vardır.” (Sâd 38/26) Hitab-ı İzzet ile kazaya memur olmuşlardır.³⁹ (Feth)

Sünnet dahi Rasûlü Ekrem (as) Ali’yi ve Muazı Yemen kâdî tayin buyurmuş olmalarıdır. Allah her ikisinden de râzı olsun.

Kazanın Mehâsini (beklenen güzel yanları): Kaza olmasa idi, istihsâl-i hukuk mümkün olamaz ve hak sahibinin hakkı haksızın yedd ve zimmetinde kalırdı. Kâdî, mazlûmun hakkını zulmedenden ahzde ve bu hakkı müstehakkına isâlde ve emr-i bi’l-marûf ve nehy-i ani’l-münkerde taraf-ı Şâriden nâibdir.

Kazâ bi’l-Hakk (hakkıyla hükmetmek); imân billahi teladan (Allaha imandan) sonra akvây-ı ferâiz (farzların en güçlüsü) ve efdal-i ibâdâtandır (ibadetlerin en faziletlisidir). Allah şöyle buyurur: “.... Şayet hüküm verirsen, aralarında adâletle hükmet! Çünkü Allah âdil olanları sever.” (el-Mâide 5/42) yani Allah’ın emrettiği adâletle muâmele et, Allah onları korur ve işlerini yüceltir.⁴⁰ Allah Teâlâ ve tekaddesin muhabbetinden daha şerefli ne şey vardır?⁴¹

Hız. Muhammed (as) hadiste; “Bir saat adâlet almış sene ibadetten hayırlıdır.” buyurmuştur (F. Velvâlîcî). Kezâlik hadis-i şerifde; “Kuzzât, enbiya ve mürseliyn ile haşr olunurlar.” diye vârid olmuştur (Feth). Buna mebnûdir ki, kâdîlik ve vâililik gibi memuriyetler Hız. Peygamber (as) zamanında ve Hulefâ-ı Râşidiyn (ra) evânında (devirlerinde) dahi ibadet kabilinden olmak üzere deruhde edilirdi. Bununla beraber emr-i kazada hatar-ı azîm bulunmakla bazı muttakînin bu göreve icbâr olundukları halde kazayı kabul etmemişlerdir ki, İmam-ı Azam bu kabildendir.

İcmaat-ı Ümmet (consensus); kazanın meşruiyetine ümmet de ittifak etmiştir. (Feth)

Kazanın hikmeti: ref-i tehârüc (karışıklıkları sonlandırmak), redd-i nevâib (vakaları bitirmek), kat-ı husûmât (davaları sonlandırmak), iyiliği emretmek ve kötülüklerden yasaklamaktan ibârettir. (Muîynü’l-Hükkâm)

IX. MECELLE: KABÛLÜ KAZANIN SIFATI (YARGILAMA GÖREVİNİN KABÛLÜ ÇEŞİTLERİ)

Kabûl-ü Kaza Beş Vech Üzeredir (Beş Çeşittir);

39 İbnu’l-Humâm, Kemâlüddîn Muhammed es-Sivâsi; Fethu’l-Kadîr ale’l-Hidâye –kısaca Fethu’l-Kadîr veya Feth diye anılır ve bilinir-, Kahire 1319.

40 Kâdî Beydâvî, Nâsirüddîn Ömer, Envarü’t-Tenzîl veya kısaca Beydâvî, Mısır 1388/1968.

41 Tarablûsî, Alâu’d-Dîn Ali; Muîynü’l-Hükkâm, Bulak 1300.



Birincisi vâcib olan kabul durumu; Kazâya müteayyen olan kimseden başkası kazaya ehil olmayınca o kimse üzerine bu görevi kabûlü üzerine vâcib olur. Zira hâkimliği kabul etmediği surette tazyii hükme (hükümlerin kaybına) müeddi olacağı gibi, kazaya ehil olmayan bir kimse kazayı tevelli edeceği (üzerine alacağı, atanacağı) cihetle ibâda (insanlara) zarar ve fesâd-ı azim terettüp eder (büyük karışıklıklar doğar). Kulların hakkını korumak için de bunun önlenmesi farzdır. Binaenaleyh bu takdirde kabûl-ü kazâ, emr-i bi'l-ma'rûf ve nehy-i ani'l-münkere (iyilikle emretmek, kötülüklerden yasaklamaya) ve mazlumu, zâlimin zulmünden korumaya sebep olur.⁴² Bu halde kabûl-ü kaza o kimse üzerine vâcib olduğu gibi, o kimse kabûl ü kazaya cânib-i hükûmet-i seniyyeden (hükûmet tarafından) icbâr dahi olunabilir.

İkincisi kabul-ü kazanın müstehab olması durumu; Kazaya ehil (kişi) müteaddid (birden çok) olmakla beraber bunlardan bir kimse, başkalarından umûr-i kazaya daha eslah (daha uygun), ve umûr-i mühimme-i kaza ile kıyama (yargılama işini yürütmeye) daha ehil olunca o kimsenin kabûl-ü kaza eylemesi müstehabdır.

Üçüncüsü kabul-ü kazada muhayyer olma durumu; Müteaddid kimseler kazaya salahiyet ve umûr-i kaza ile kıyâmda müsâvî olunca içlerinden birisi, kendisine teklif olunan kazayı dilerse kabul ve isterse itizârla imtinâ eyler ve birsinin kabûlü diğerinden vücûbu ıskât eder.

Dördüncüsü kabul-ü kazanın mekrûh olma durum; Bir kimse, kazaya (yargılama işine) ehil ve sâlih ise de diğeri daha layık ve daha akvam (daha yetenekli) oldukça o kimsenin kabûl-ü kaza eylemesi mekrûhtur.

Beşincisi kabûl-ü kazânın haram olması durumu; Bir kimse kendisinin, kazadan (yargılama işlerinde) aczini ve adâlete riayet edemeyeceğini bilirse, işte o kimsenin kabûl-ü kazâ eylemesi haramdır (Mecmau'l-Enhur). Bu cihetle câhil-i mülevves (işe yaramaz bilgisiz) veya fıskî (bozuk karakterliliği) mucip şeylerle mütelebbis (o kötü sıfatlarla anılan), ya intikâmı kasdedici veya ahz-ı rüşveti mürîd olanın (rüşvet toplamayı düşünenin) umuru kazaya taklîdi (yargılama işlerine atanması) haramdır.⁴³ Hadis-i şerifde vârid olmuştur ki, "Kaza ile mübtelâ olan kimse bıçaksız zebh olunmuş zebh edilmiş gibidir." Vech-i şüphe şudur; Bıçak zâhîren bedeni tefrik eylediği (kesip ayırdığı) gibi bâtînen dahî ruhu izâle ettiği halde bıçaksız hayvan kesmenin (ki, kesme işi boğazlamaktan ibarettir) tesiri bâtînî olur, zâhirî değil. Kazâ (iş) dahi böyledir: Kaza zâhirde mansab ve câh (makam ve mevki) ise de batında helâk ve tûbâhdır (hukukla

42 İbnu Melek Firişteoğlu, Şerhu'l-Mecma', İstanbul 1314.

43 Hâdimî, Berika Şerhu Tarika -Şerhu Tarikat-ı Muhammediyye.



oynamaktır)⁴⁴

X. MECELLE: ERKÂNI KAZÂ (YARGILAMANIN ÖGELERİ)

1. Hüküm, 11. mahkûmu'n-bih, 111. mahkûmu'n-leh, 1v. mahkûmu'n-a-leyh, v. hâkim ve v1. tarîkdir. Bunların birincisi Mecellenin 1786, ikincisi 1787, üçüncüsü 1789, dördüncüsü 1788 ve beşincisi 1785'nci maddelerinde tarif ve beyan olduğu gibi altıncısı bulunan tarik ve esbâb-ı kazâ dahi ber vech-i âtî zikrolunur.

Tarîk-ı kaza (yargılama usûlü) ve esbâb-ı hüküm: Tarîk-ı kaza tabiri-aharlar hâkimin hükme olan yolu mahkûmu'n-bihin (dava konusunun) ihtilâfı hasebiyle muhtelif olur. Şöyle ki, Hukuk-u îbâdda tarik-ı kaza; dava ve hüccetten ibarettir. Hucdet dahi; ikrar, yemîn, nükûl ani'l-yemin (yeminden dönme-cayma) ve bir görüşe göre ilm-i kâdî (hâkimin bilgisi), kasâme (yeminleşme) ve karine-i katia (kesin karine)'dir. Mecelle 1740'ncı madde hükmüne bak.

XI. MECELLE: BAZI ISTILÂHÂT-I FIKHIYYE BEYÂNİ (KİTABA MUKADDEME (GİRİŞ))

Madde 1784: *“Kaza (sözlükte) hüküm ve hâkimlik mânâlarına gelir.”* Kaza kelimesinin cem'isi (çoğul şekli) **akdiyyedir**. Kazanın asıl mânâsı kat' ve fasıldır (kesip ayırmaktır). Diğer mânâlar bu kuraldan çıkarılmaktadır.⁴⁵ Hüküm ve hâkim (kelimeleri ise) gelecek maddelerde açıklanacaktır.

XII. MECELLE: HÂKİMİN ATANMASI VE ATAMA AMACI

Madde 1785: *“Hâkim; Beyne'n-nâs vukubulan dava ve muhâsamayı ahkâm-ı meşruasına tevfiân fasl ve hasm için taraf-ı Sultâniden nasb ve tayin buyurulan zâttir.”*

Kayıtların izahı; Ahkâm-ı meşruasına tevfiân; ama hâkim cevri yani yani hülâf-ı hak ile hükmettikte bu hükmünde dört suret vardır;

Birinci suret; hakk-ı abidde hataen hüküm vermesidir (hatalı karar-

44 Haskefi Alau'd-Dîn Muhammed; ed-Dürrü'l-Müntekâ, İstanbul 1327. Nablûsî Abdu'l-Ganî; Şerhu Tarika li'l-Hâdimî, Kahire 1296.

45 Burada verilen ve Mutarrizî, Ebu'l-Fazl'ın el-Misbâh -Luknow 1261- adlı eserinden alınan arapça dip notta **kazânın** diğer mânâları şu şekilde açıklanmıştır: Âlimler **kazâ** kelimesini, vaktinde yerine getirilmeyen ibâdetlerin vakti dışında ifasına kullanmışlardır. Eğer ibadet belirlenmiş vakitte yerine getirilirse buna da **edâ** demişlerdir. Aslında bu kullanım kelimenin sözlük anlamına ters düşer. Fakat hukuk kullanımında iki zaman arasındaki farkı (zamanında yerine getirilen ibadetle zamanı dışında yerine getirilen ibadetten farkı) göstermek için kullanılmıştır. Bazı âlimler de **kaza** kelimesini, Allahın yaratış (hilkat kanununa göre) müşâhede âleminde var olan tüm varlıkların aklen toplu ve teker teker yaratılışını ifade eder. **Kader** kelimesi ise, her bir varlığın dış dünyada teker teker yaratılışının takdîrini ifade eder.



dır). Hâkim hakk-ı abidde hatâen hılâf- hak ile hükmettikte tedârik ve reddi mümkünse kaza iptal olunarak mahkûmun bih (dava konusu) olan mal, mahkûmun aleyhe (aleyhine karar verilen tarafa) reddolunur. Mesela, bu mal Zeydin olduğuna, şahitler dinlenildikten sonra adâletle ve şahitlerin güvenilirliğiyle hükmedildikten sonra, şuhûd (tanıklar)'un köle olduğu veya hadd-i kazifle cezalandırıldığı ve binâenaleyh şehadetleri gayr-ı makbul olduğu sabit olsa hâkim o malı mahkûmu'n aleyhe iade eder. Fakat kısas ile mahkûm olanın kısas cezasının infazı gibi, tedarik ve reddi mümkün değilse, lehine karar verilmiş olana kısas uygulanamaz ama malından diyet lazım gelir. Fakat be hata beyyine yahut mahkûmu'n-lehin (lehine karar verilenin) ikrarıyla sabit olmalıdır. Ama hâkimin ikrarı hükümsüz olup bununla mahkûm hakkındaki hüküm bâtil olmaz.

İkinci suret; Hakkı abidde kasıtlı olarak cevr (haksızlık) ile hükmetmektir. Hâkim an amdin çevren hükmedip hükmü icra ettikten sonra bu kararını kasıtlı olarak ve çevren verdiğini ikrar ederse tazminât hâkimin malından lâzım gelir ve hâkim görevinden azl ve tazir edilir (cezalandırılır). Zira hâkim cinayet işlemiş ve malı telef etmiştir.

Üçüncü suret: Hükmü'l-lahda hatâen hükmetmektir. Mesela hâkim, hadd-i zinâ yahut hadd-i sirket (hırsızlık suçunun yargılanmasında) ile hükmederek hükmü icra ettikten sonra, meselâ şuhûdun köle olması gibi bir sebeple butlân-ı kaza sâbit olsa zaman (tazminât), Beytü'l-Mâlden (Hazineden) lâzım gelir.

Dördüncü suret: Hukukullahda cevr ile an amdin (kasıtlı olarak) hükmetmektir. Hâkim, hukukullahda haksızlıkla ve kasıtlı olarak hüküm verdiğini ve hükmünü icra ettikten sonra onu ikrar etse, zaman hâkimin malından lazımdır ve hâkimin azil ve taziri lâzım gelir. Zira hâkim, suç işlemiş ve malı telef etmiştir. (Reddu'l-Muhtâr).

Fasl ve Hasım (olayı çözmek ilişkisi temelden bitirmek- icrâ): Bu da hakkı sahibine beyân ve haksızı men ve ilzam (sorumlu tutmak) ile olur. Meselâ müddeinin davası sabit oldukça hak, müddeinin olduğu beyân ve haksız müddei aleyh olmakla o, ilzam olunur.

Taraf-ı Sultânîden: Bu tabir ile muhakem (hakem olarak seçilmiş kişi) hâriç kalır. Zira bu onaltıncı kitabın dördüncü babında beyân olunacağı üzere **Muhakem** dahi davayı ve muhasamayı (davalaşmayı) fasl edebilirse de taraf-ı Sultânîden mansûb (atanmış) olmayıp davacı-davalı taraflarca tayin edilmiştir. Nitekim tabir-i mezkûrla, 1800. madde hükmüne işâret olunur.

Hâkimin taraf-ı Sultânîden (Devlet tarafından) mansûb olması lâzım olduğundan bu konudan şu iki mesele teferruğ eder (ortaya çıkar);



Birinci Mesele Sultân-ı Âdil Hazretleri bir dava veya muhâsamayı (karşılıklı davalaşmayı), ahkâm-ı meşruasına tevfikân (uygun olarak) hükmetse hükmü sahih ve nâfiz olur. Zira hâkimin kazasının nefâzı (geçerliliği), hâkimin taraf-ı Padişâhîden hükme memur ve vekil olmasından dolayı olduğundan Sultan Hazretlerinin kazasının nefazı (verdiği kararın geçerliliği) bi-tarîki'l-evlâ olur (haydi haydiye geçerlidir).⁴⁶

İkinci Mesele: Taraf-ı Sultânîden nasb-ı hâkime gayr-ı me'zûn (izin ve yetki verilmemiş) birinin meselâ vâlinin hâkimi nasbetmesi sahih olmaz. Böyle hâkimin hükmü nâfiz (geçerli ve etkili) değildir. 1805'nci maddede mezkûr olduğu veçhile istinabeye gayr-ı mezûn nâibin istinâbe dememesi dahi buna mebnidir. Nitekim zamanımızda vilâyât-ı Şahâne Vâlilerinin bizzat hükm etmeleri (yargı işinde bulunmaları) câiz olmadığı gibi, bu vâliler, nasb-ı kuzzâta taraf-ı Padişâhîden mezun olmadıklarına mebni bunların nasbettikleri kadının hükmü bâtıldır. (Reddu'l-Muhtâr) Elyevm (hâlen) mer'î bulunan usule göre ale'l-umûm kâdîlar, Şeyhu'l-İslâm bulunan Zâtın arzı üzerine İrâde-i Seniyye ile tayin buyurulur.⁴⁷

XIII. MECELLE: ONALTINCI KİTABIN BİRİNCİ BABI

Burada o kadar uzun süren bahisten yalnızca “Hükkâmın evsâfı beyanındadır” başlığını taşıyan Birinci babda yer alan Birinci babda yer alan birinci faslı açıklayacağız.⁴⁸ Ali Haydar Efendinin ‘Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâmıdan c. 4/s. 665 vd.da yer alan konular, zorunlu olmadıkça asıl metne sâdik kalınarak aktarılacaktır:

Bu fasılda iki şey açıklanacaktır:

XIV. MECELLE: HÂKİMİN VASIFLARI VE AÇIKLAMALARI

Evvelâ Hâkim; *fehîm, müstakîm, emîn, mekîn ve metîn olmalıdır.* Gelecek maddeye bakınız.

İkinci olarak Hâkim mesâil-i fıkhiyyeye, usûl-ü muhakemeye vâkif ve deâviy-i vâkıyayı bunlara tatbîkan fasl ve hasme (davayı anlayıp çözme) mektedir olmalıdır. Aranılan bu sıfatlar daha sonra hâkimde mefkûd (kayb) olsa, her ne kadar hâkim olmaya lââyık değilse de hâkim tayin edilip de vech-i şer'î üzere hükmetse, hükmü sahih olur.

İkinci açıklanacak şey ise Hâkim olabilmenin şartlarıdır. Şerâit-i mezkûre 1794'ncü maddede beyan olunur. Hâkim bu şerâiti hâiz olmazsa hükmü bâtil olur. Nitekim mevâdd-ı âtiye şerhinde beyân edilecektir.

46 Ali Haydar Efendi 'Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, İstanbul 1331 baskı c. 4/s. 668 vd.

47 Ali Haydar Efendi, c. 4, s.659.

48 Ali Haydar Efendi, c. 4, s.665.



Emr-i kaza umûr-ı âmmenin (kamu işlerinin) ehemminden ve nâsın ona hâcet-i azimesi bulunduğundan emr-i kazaya itina lazım olmakla herkes kâdî ve hâkim tayin olunamaz. **Kâdî** olmak için bir takım *şürût ve evsâfın* bulunması labüddür (lazımdır).⁴⁹

Madde 1792: “*Hâkim evvelâ; fehîm, müstakîm ve emîn, mekîn, metîn olmalıdır.*”

Hakîm; Hikmetle muttasıf olan kimse mânâsındır. Hikmet dahi **adl**, **takvâ** ve **akıl** gibi müteaddid mânâlara gelir. Burada bu üç mânânın irâdesi câizdir (üç mânâ kasdolunur)⁵⁰:

Hâkim; hakîm yani âdil olmalıdır. Zira Rabbü'l-Âlemîn; “*Muhakkak ki, Allah başkalarına adâleti, ihsanı, en güzel davranışı emreder...*” (en-Nahl 16/90) ve “... Döndükleri takdirde aralarını adâletle çözüme bağlayın hep âdil olun, çünkü Allah âdil davrananları sever.” (el-Hucurât 49/9) buyuruyor. Binâenaleyh âdil olmayan kimseye hâkimlik tevcih olunmamalıdır. Adâlete riâyet edemeyeceği malûm olan kimsenin de hâkimliği kabul eylemesi haramdır. Nitekim bâlâda (yukarıda) beyân olundu.

Adl (kelimesi); cevri etmeyüp adâlet eylemek demektir. Tabir-i âharla **adâlet**; hâkime göre hak ile hükmeylemekten ve vâliye göre dahi gadr etmeyerek insaf etmekten ibarettir. **Âdil** (kelimesi); ism-i fâildir (present participle); adl ve dâd edici adama denir.

Hâkim; hakîm yani müttakî ve sâlih olup fâsık olmamalıdır. Çünkü fâsıkın fiskına ve dinine killet-i mübâlâtına mebni ehemmi-i umurdan olan kaza (yargı görevi) kendisine emniyet olunamaz. Nitekim bir nebzesi Meccellenin bu 16. Kitabının evvelinde mürur ettiği gibi 1794 madde şerhinde tafsil olunur (açıklanır). **Hâkim;** hâkîm yani **akıl** olmalıdır. Akıl, nefis için bir kuvvettir. Nefis, o kuvvetle ulûm ve idrâkâta müstaîd olur.⁵¹ **Akıl;** tarif-i diğere nazaran bir nûr-ı rûhânîden ibarettir ki, nefis-i insânî onun vesâletleriyle ulûm-ı zarûriyye ve nazariyyeyi idrâk eder. ve onun ibtidây-ı vücudu; veledin rahimde istikmâli hilkatle henüz cenin olduğu henkâm-dadır. Ondan sonra tedriciyle bülûğ vaktine kadar tezâyüd ü nemâ üzere olur. Bu cihetle nâkısül’akl ve ahmak olan kimseye kazâ (yargı görevi) tevcih olunmamalıdır. Zira ahmak, killet-i aklına mebni levâzım-ı adâleti ifaya kudret-yâb olamaz. **Humuk** (kelimesi); aklı az olmak mânâsındır ki, eski Türkçeden gelen *bunak* ve *bungak* kelimesine dayanır. **Ahmak** (kelimesi); bir sıfattır. Hayır ve şerri, neyin iyi neyin kötü olduğunu temyize muktedir olamayan gâfil kimsedir.

49 Bezzâzî, Muhammed b. Muhammed; el’Fetâvâ’l-Bezzaziyye, Kazan 1308; Haddâdî, Ebu Bekir b. Ali, el-Cevheretü’n-Neyyire -Kudurî Şerhi-, İstanbul 1323.

50 Ali Haydar Efendi, c. 4, s.665.

51 Ebu’l-Bekâ, Eyyüb, El-Külliyât-ı Ebi’l-Baka, Beyrut 1983.



Ahmaklığa delâlet eden alâmât; sakalın uzunluğu, etrafa çok bakmak, avâkib ve netâyicini nazar-ı dikkate almayarak umurda acele etmektir. İsa (as) Kur’ân-ı Kerim ifadesiyle; “Onu İsrailoğullarına resul olarak gönderecek, o da onlara şöyle diyecektir: “Size Rabbiniz tarafından bir mucizeyle gönderildim: Ben ... anadan doğma körü ve abraşı iyileştirir, hatta Allah’ın izniyle ölüleri diriltirim...” ve “.... Düşün ki: Sen Ben’im iznimle anadan doğma ağmânın gözünü açıyor, abraşı da iyileştiriordun...” (el-Mâide 5/110) buyrulurken Hz. İsa (as) kendi ifadesiyle; “Ekmehe ve ebrası (şası ve körü) mualece ederek bi-iznihî Teâlâ (Allahın izniyle) şifâ-yâb ettim amma ahmakı muâlece ettimse de fâide-mend olamadı.” buyurmuştur.⁵² ve ulemâ “İllet-i humkun (ahmaklık hastalığının) devası, ancak mevttir.” demişlerdir.⁵³ Arap edebiyatına ait el-Mutavvel Kitabının⁵⁴ ‘**Kinâyât**’ (kinâyeler) bahsinde zıkr olunduğu üzere ifrât derecede arzu’l-kafa (geniş kafa) ve azmur’re’s (iri kafalılık) durumu racülün (kişinin) belâhetine (ahmaklığına) delâlet eder.⁵⁵

Fehîm: Fehmedendir. Lügatte anlamak mânâsınadır ki, Farsçada Şinahten (içten içe ve iyice tanımaktır) kelimesi bunun müradıdır (eş anlamlısıdır). Ama *Fühm* şeklinde kullanılışında fehm-i tüz olan fetânetli adama denilir. Hâkim, fehm yani vücûh-ı fıkha ve belki sünnet ve âsâra âlim olmalıdır.⁵⁶ Bir kimse Kitap ve Sünnet ve içtihad-ü re’ye âlim olmadıkça ona kaza taklid edilmek lâyük değildir. Zira Habibü’r-Rahmân Seyyid-i veled-i Adnân (as); Muâz b. Cebel (ra), Yemene memur buyurdıkları zaman imtihan ederek;

-“Ne ile hükmedeceksin yâ Muâz?!” suâlini irad etmeleri üzerine;

-Kitâbullah ile cevabını vermiştir.

-Ya Kitâbullahda bulamaz isen?

-Sünnetü Rasulullah ile,

-Ya onda dahi bulamaz isen ne yapacaksın?

-O halde içtihad ederim.

Cevabını vermekle Rasûlü Mübîn adâlet karîn aleyhi’s-Salâtü ves-Selâm;

-Allaha hamd olsun ki, Allah, Rasûlünün elçisini, Rasûlünün razı oldu-

52 Ebu’s-Suud Efendi, İrşâdu’l-Aklî’s-Selîm ilâ Mezâyâ’l-Kur’ânî’l-Kerîm -Ebu’s-Suud Tefsiri, Bulak 1289.

53 Taftâzânî, Sadeddin Mes’ûd; el-Mutavvel, İstanbul 1304.

54 Arap Dili Edebiyatının en önemli Kitabı olup Osmanlı Medereselerinde yüksek kısımda asıllarca temel kitap olarak okutulmuştur.

55 Ali Haydar Efendi, c. 4, s.666.

56 ez-Zeylaî, Fahrüddin el-Hanefî; Tebyiynü’l-Hakâik veya ez-Zeylaî, Bolak 1313-1315.



ğunda muvaffak eylesin.” buyurmuştur. (F. Velvelâciyye). Muaz, edille-i Erbaadan biri bulunan İcmaı zikretmemiştir. Zira zamân-ı Saadet-i iktirân-ı Nebevîde (Peygamber zamanında) İcma’ hüccetten madûd değildi. (Feth)

Bir de hâkim hak ve adâletle hükme memur olduğundan bihakkın hükmedebilmesi vücûh-ı mezkûreye âlim olmasıyla mümkün olabilir. Zira havâdis memdûd ve nüsûs mahdûd olmakla hâkim her hadisede o hadiseye tatbik edecek nas bulamaz. Nüsûsdan istinbât-ı mânâya ihtiyaç vardır. İstinbâtın mânâ ise, ancak içtihadla âlim olan için mümkün olabilir.⁵⁷

Bu cihetle câhil olan kimse dahi hâkimliği kabul etmemelidir. Zira Peygamber (as) buyurmuştur ki; “Kuzzât üçdür; birisi Cennette, ve ikisi Nârdadır (Cehennemdedir). İkiden maksûd-ı âli-i Risâlet penâhî (peygamber –as- kasdı); câhil olup da an cehlin ve âlim bulunup da an cevrin hükmedendir.” Mecellenin âtiyî’z-zikr (aşağıda gelecek) maddesinde “Hâkim; mesâil-i fikhîyyeye ve usûl-i muhâkemeye vâkıf ve de’âviy-i vakıayı onlara tabîkan fasl ve hasme muktedir olmalıdır.” diye beyânı **Fehmi** izah için tafsîlu bade’l-icmâl olmuş olur.

Hâkimin bu vech ile fıkha âlim olması lâıyk olduğu gibi nâsı ve âdâtını (âdetlerini) bilecek kariha sahibi dahi bulunması icab eyler. Zira ahkâmın çoğu âdât-ı nâs üzerine ibtinâ olunur (Zeylâî).⁵⁸

Bu sebepten Hz. Ömer (ra), esnây-ı hilâfetlerinde Ebu Musa’l-Eş’ariye tahrir ve irsal buyurdıkları mektupta; “Eşbâh ve emsâli bil ve umûru ona kıyas eyle.” demiştir. (Velvâlîcî)

Hâkim; **fehmi** yani fetânetli olmalıdır ve hîyn-i istima’ı muhakemede fehm u zihnini toplamalıdır. Çünkü fasl-ı husumet ancak tarafeynin kelâmalarını anlamakla olur. Zira müddeî davasını takrir ettiği sırada muhattıl olduğunu iş’âr edecek söz söylemek muhtemeldir ve bu halde, dava şühûdla isbat edilse bile onunla hüküm olunamaz. Kezâlik müddeî aleyh ikrardan madûd olan (sayılan)bir şeyi söylemek ihtimali vardır. Bu halde müddeîden beyyine istenilmek lazım gelmez. Hâkim, fehmini toplamaz ve tarafeynin sözlerini istimada mübalağa eylemez ve söyledikleri sözün mânâsına vâkıf olmaz ise, tarafeynin ifadeleri zâyi ve fâidesiz olur.⁵⁹ İşte bu sebebe mebnîdir ki, Hz. Ömer, Ebu Musâ’l-Eşariyyeye (ra) yazdığı uzun mektubunda; “el-fehm, el-fehm = anla anla veya son derecede dikkatli ol!” buyurmuş ve berây-ı te’kid sözü sözü tekrar etmiştir ki, “Hatırını ve fehmini tefrîğ et! Tâ ki, senden istenilen şeyi anlayabilesin.” manâsındadır. (Velvâlîcî)

57 Velvâlîciyye, Edebü’l-Kâzînin 1. Faslından.

58 Ali Haydar Efendi, c. 4, s.667.

59 Velvâlîcî, Edebü’l-Kâdî faslından.



Kezâlik Mecellenin 1812 maddesinde “*Sıhhat-i tefekkürü mâni avârizla hâkimin zihni meşğûl iken hükmetmemelidir.*” denilmesi buna binâendir.

Fehîm olmalıdır denilmesiyle; hâkim fehîm (âlim) olmayıp câhil olsa dahi verdiği hüküm câiz olacağına işaret olunur. Zira maksûd; hakkı müstehak olana isaldır. Bu ise gayrın fetvasıyla amel ile dahi olabilir. (Mecmau'l-Enhur) Hattâ câhil müttaki (kişi) hâkimliğe, âlim ama fâsik kişiden evlâdır ve câhil olan hâkim, Mecellenin 1811 maddesi veçhile âhârdan istifta ederek hükmetmesi lazım gelir. Yoksa an cehlin hükmedemez.

Şeyhu'l-İslâm-ı Esbak Ebus-Suud **Marûzât**ında diyor ki, “*Zamanımızın kuzzâtında zâhiren adâlette tesâvî hâsıl olmakla ilim ve diyânet ve adâlette efdalin takdimi ile emir vâki olmuştur.*” Tahtâvî ise, Ebus-Suuda makam-ı cevâpta “*Bu tesâvî, müşârü'n-ileyhin zamanında idi. Şimdi⁶⁰ adem-i adâlette tesâvî hâsıl olmakla kimin takdimi lazım gelecektir?*” demiştir.⁶¹

İşte ekser Eimme-i Hanefiyyenin mezhepleri (görüşleri) bu merkezde olup fakat İmam Şâfi (ra)'ye göre, **ilim**, hâkimliğin şerâitinden olmakla, câhile hâkimlik tefviz olursa bile hâkim olmuş olmaz. Hâkimi câhilin hükmü bâtil olur.⁶²

Müstakîm; istikâmet kelimesinden alınmadır. **İstikâmet** de doğru ve mutedil olmak mânâsınadır. Hâkim doğru olmalıdır. Tabir-i âharla, hilekâr, muânid (taraf tutucu), nâsdan hediye ya rüşvet alır ve nâmus u muhtel takımından olmamalı. ‘*Nâmûsu muhtel*’ yani hadd-i kazif ile mahdud (cezalandırılmışsa) asla hâkimliği câiz olmaz. ‘*Hilekâr*’, ‘*muânid*’ ve ‘*mürteşî*’ olmak gibi muhill-i istikâmet ahvâli (durumları) bulunur ise hâkimlik tevcih olunmamalı ve olunmuş ise, azledilmelidir. Zira ehemmi umûrdan olan kaza (en önemli işlerden olan yarılama) bu gibi eşhâsa emniyet olunamaz.

Hâkim mutedil olmalıdır; ‘*mutedil*’ itidal kelimesinden gelen ismi fâil (present participle) dir. Mutavassit haletle muttasif olmak mânâsınadır. Mesela bir cismin; tûl ve kasır hâletleri beyinde (uzunluk ve kısalıkta) mutavassit olması gibi. Bu cihetle hâkim min gayr-ı un-f-i şedîd ve bi-dûni za’f-i leyyin (yapısı itibariyle ne aşırı öfkeli ve ne de zayıflık derecede yumuşak), bilâ gazap abûs (asık suratlı kızgın olmayan), zayıflık ve çöküntü ifade eylemeyen surette mütevâzî olmalıdır. Nitekim bunlar biraz sonra tafsil olunur. (Feth) Yoksa hâkim; seyyiü-huluk (kötü ahlâklı), câfi’t-talep (aşırı istekli); kâsiyü'l-kalb (kalbi sıkıntılı ve de kasvetli), huşûnetli (sert tavırlı), kelamda fâhiş surette şedîd, cebbâr, mütekebbir, gazab ile mukbil

60 Yani Tahtâvî asrı -18. asır sonu ve 19. asır başı olmaktadır.

61 Tahtâvî, Ahmed b. Muhammed; Hâşiye ala'd-Dürri'l-Muhtar, Bulak 1269 ve İbnu Âbidin, Hâşiyyetü Reddi'l-Muhtar, İstanbul 1293. Şerhu Mec. 4/668

62 Âlim b. El-A'lâ; el-Fetâvâ'l-Tatarhâniyye, -Hâniyye- olarak da bilinir.



(öfkeyle karşılayan) ve muânid (taraf tutucu) olmamalıdır.

Emîn (Emiyn); gadr ve hıyânet (haksızlık ve hâinlik) nakîsesinden memûn olan (emin olunan) mevsûk ve mutemed (doğru ve güvenilir) adama denir. Sure-i Yusufdaki '*Emiyn*' lafz-ı şerifi; "...Onunla konuşunca: *"Sen artık bundan böyle, nezdimizde yüksek bir makam sahibi, tam itimad edilen, güvenilir birisin."* dedi. (Yusuf 12/54) her şeyde kendisine güvenilen kişi diye tefsir edilmiştir.

Hâkim; gadr ve hıyânet nakîsesinden berî olmalıdır. Binâenaleyh gadr eden (haksızlıkta bulunan) ve hâin olan kimseye kadılık tevcih olunmamalıdır. Emîn iken tevcih-i kaza olunsa sonra da gadr ve hıyânet etse o kâdînin azli lâzım gelir. Yanî kâdînin fıskı mucib-i azıldır. Yoksa bâis-i inizâl (görevi hemen sona erdirici) değildir. (Zeylâî)

Mekîn - mekiyn-; Rutbe ve menzilet (makam) sahibi adama denir. Sure-i Yusufda, az önce mânâsı verilen âyetteki '*mekiyn*' lafz-ı şerifi; makam ve menzil (mevki) sahibi olarak tefsir edilmiştir. Şimdi hâkim mekîn yani mekânet ve şeref sahibi (makam sahibi) olmalıdır.

Metân - metiyn-; metanet kelimesinden me'hûzdur (alınmadır). Metânet ise, bir nesnenin salb ve muhkem (sert ve sağlam) olması mânâsındadır. Allahın *el-Esmâ el-Hüsnâsından* (güzel isimlerinden) birisi de bu kelimedendir alınmadır. Kavî ve şedîd demektir. Yani hâkim; min gayr-ı unfin (durup dururken kızmaksızın), kuvvetli ve şedîd olmalı ve öfkesini belirtecek derecede asık suratlı olmamalıdır (öfkesini yenmesini bilmelidir). Zira kazâdan maksûd; def'i fesâd, hukuku müstehakkına îsal, Hukullah-i Teâlâyı (Allahın haklarını) ikâme ve Binaenaleyh ehemmi-i umûr ve akvâ-yı vâcibden olduğu cihetle en a'raf (en bilgili), en akdar (en güçlü), en evceh (görevi tevcihe en uygun), en esbar (en sabırlı) yani nâsdan gelecek olan mesâibe ziyâde sabırlı olan kimse hâkimliğe evlâdır. (Zeylâî)⁶³

Amma **unf** (kızgınlık) şedîd olursa fazz (kötü karakterli) ve galiz (ağır ve kötü) ahlâklı olmuş olur. Halbuki, hâkim **fazz** ve **galiz** (kötü karakterli ve haşîn) olmamalıdır. **Fazz;** kelimesi *seyyü'l-huluk* (bozuk ahlâklı), **Galiz;** kelimesi ise, câfîu't-tab (yaratılış haksızlığa müsait), ve kâsîl-kalb (kalbi kara ve sıkıntılı) adam hakkında kullanılır.⁶⁴ **Fazz** ve **galiz** kelimelerinin mukâbili, güler yüzlü ve tadlı dilli olmaktır. Hâkim huzura girenlere güzel muâmele etmelidir.

Hâkimlik pek mühim olmakla hâkimleri intihaba (seçmeye) memur tayin buyurulan (görevlendirilen) zevât hâkimliğe ehil bulunana bit'tefahhus (gizli soruşturma sonucu) evlâ olanı memur eylemelidirler. Zira Pey-

63 Ali Haydar Efendi, c. 4, s.669.

64 Ali el-Kârî el-Herevî, *Cemu'l-Vesâil fi Şerhi's-Şemâil*, İstanbul 1290.



gamber (as)'dan bu babda mühim bir hadisi şerif rivâyet olunmuştur ki, hadis-i şerif *Zeylâî* ve *Dürer* adlı kitaplarda mezkûrdur. Zeylâide mezkûr olan hadis şöyledir; “*Tebadan daha evlâ ve ercah olan mevcut iken evlâ olmaya umur-ı âmmeden bir memuriyeti tevcih eden kimse Allaha ve Rasulullaha ve cemaat-i müslimîne hıyânet etmiş olur.*” Bu meâlde diğer ehâdis-i şerife rivâyet edilmiştir. Bunlar Fethü'l-Kadir Kitabının ‘*Edebü'l-Kâdî bölümü*’ başlangıcında yer alır.

Hâkimin âlim-i din olması lâzımdır ve bu gibi şurût ve evsâfı câmi olmayan kişiyi hâkimliğe intihab eden zât iki haksızlığı irtikâb etmiş olur ki, birincisi, gayr-ı müstehak ve nâ-ehil kişiye tevcih-i kaza etmesi; ikincisi ise o işe müstehak olanı da men eylemesi (engellemesi)dir.

XV. MECELLE: HÂKİMİN VAZİFE VE YETKİSİ

Madde 1793: “*Hâkim, mesâil-i (şer’iyye ve fûru-ı) fıkhıyyeye ve usû-lü muhakemeye vâkıf ve deâviy-i vâkıyayı onlara tatbiken fasl ve hasme muktedir (ve müteverri’ ve mütedeyyin) olmalıdır.*”

Fıkhıyye; kelimesi fıkha mensub demektir. **Fıkıh;** âmme-i ulemâya göre Dine hâs olan ilmin ismidir. Yoksa her ilmin ismi değildir. Buradaki **Fıkıh** kelimesi (Mecellenin) birinci maddesinde tarif olunan mânâdadır. Bir de **Fıkıh;** Kitabu’llah ve Sünnet-i Rasulullah ve bunların muktazayât ve işârâtına ve İcma’ı Ümmete ilim mânâsına da gelir ki, bu mânâca Fıkıh müçtehide mahsusdur.⁶⁵

Asrın müçtehidten huluvvi hasebiyle bu mânâca fakih yani müçtehid hâkim bulmak şu zamanda müteazzir olmakla bu mânânın burada kasdı mümkün değildir. Belki birinci maddede mezkûr olan mânâda fakih nâdir bulunur. Nitekim Mecelle Mazbatasında “*Şimdi ise ulûm-i şer’iyyede mehâretli zevâta nedret geldi.*” diye otuz bu kadar sene evvel beyân-ı tees-süf edilmiştir. Bâb-ı içtihad seddedilmemiş ve fakat münessedd (kapalı) olmuştur. Bir müçtehide lazım olan ulûmu zâtında cem eden (toplayan) kimesne asırlardan beri zuhur edemediği cihetle biz-zarûre bâb-ı içtihad insidâd eylemiştir.

Evâilde tarik-i kazaya gâyet muktedir zevât intihâb olunurdu. İdrak ettiğimiz bin üçyüz tarihlerinde âmi-i mahza (sırf câhile) kaza tevcih olunduğu vâki idi. Bu hâl 25-30 sene devam etti. 1331 tarihinde Medrese-tü'l-Kuzzâtdan mezun olmayan kimselere kâdîlik tevcihi men edilmiştir. Bu suretle câhil-i adle yahut âlim-i gayr-ı adle kaza taklid edilmek ve bu gibi kişilerin de o görevi takallud eylemesi (kabullenmesi) lâyıık değildir. (el-Fetâvâ'l-Tâtarhâniyye)

65 Ali Haydar Efendi, c. 4, s.670.



Âmi-i mahz (sırf câhil biri), kazaya ehil olmayıp ilm ve fehm ile kazaya ehliyet lâzımdır ki, hâkim için icab eden ekall-i ilm dahi havâdis ve mesâil-i dakikayı güzelce istimaa kudret-yâb olan ve Kütüb-i mezheb ve sudur-ı meşâyihden ahkâm-ı şer'iyenin turuk-i tahsilinde ve ahkâm-ı mezkûrenin deâvî ve vekâyide keyfiyet-i tatbîkünde buna mümasil mesâilde hâiz-i nisâb olmaktır (bir şeyler çıkarabilmektir). Bu halde memuriyetlerin eşref-i bulunan hâkimlik, sıgâr-ı umûr-ı meaşa (en az bir aylığa dahi hak kazandıramayan bilgiye) bile vâkıf olmayan eşhâsa tevcih olunamaz.⁶⁶

'**Olmalıdır!**: tabirinden müstefâd olur ki, hâkimin âlim olması şart değildir. Eimme-i Hanefiyyeye göre gayr-ı âlim dahi hâkim olabilir. Bu surette gayrın fetvasıyla hükmeder. Câhil-i takiy (müttakî câhil kişi) kazaya, âlim-i fâsıktan evlâdır. (F. Hâniyye ve Feth) Lâkin İmam Şâfiî (ra)'ye göre gayr-ı âlime hâkimlik tevcih olunsa bile hâkim ve hükmü nâfiz (geçerli) olmaz. (Hâniyye)⁶⁷

XVI. MECELLE: HÂKİMLİK GÖREVİNE ENGEL DURUMLAR

Madde 1794: "*Hâkimin temyiz-i tâmmeye mukteditir* (ve hâkimliğe ehil olmak için şehâdete ehil) *olması* (şart ve) *lâzımdır.*" Bu surette şehâdete ehil olmayan hâkimliğe dahi ehil olamaz. ve şehâdete (tanıklığa) ehil olan hâkimliğe dahi ehil olur. Zira bunların her birisiyle gayr üzerine velâyet sâbit olur. Şöyle ki, şahit şehâdeti ile hâkimi hükme ilzam edeceği gibi (1818 nci maddeye bakınız) hâkim dahi hükmü sebebiyle müddeinin, hasmını ilzam edeceğinden bunlar bâb-ı vâhiddin (Burada gönderme yapılan Mescelle 15. Kitap birinci babdaki hükümlerdir) ve biri diğerinden müstefâd olur. (Zeylâ)

Bu halde 1702. madde mucebince aduvvun advi aleyhine şehâdeti makbul olmadığı gibi hâkimin advî aleyhine hükmü dahi sahih ve nâfiz olmaz. Hattâ hükmettikten sonra mahkûmun aleyhe hâkimin kendisine adavetini isbat etse hükmü bâtil olur. Adavet (düşmanlık), kazif, cerh ve katil (yaralama ve öldürme) vb. şeylerle sabit olur. Muhasama ile değil. Bu veçhile aduvvün advî (düşmanlığı) aleyhine kazası câiz olmayınca hâkim, istinabeye mezun ise, istinâbe eder (istinâbe görevini yerine getirir bak md. 1709). Fakat bazı ulemâya göre hâkim âdil olur ise, advî aleyhine hükmü nâfiz olur.

"*Binâenaleyh sağır* (abd - köle-) *ve matûh ve a'mâ* (ve ahraz -dilsiz) *ve tarafeynin saov-ı kavîlerini işitemeyecek merteye sağır olan kimesnenin kazası* (yani hükmetmesi ve hâkimliği) *câiz değildir.*" 1784. maddede kaza; hüküm ve hâkimlik mânâlarına geldiği beyan olunmuş ve bu cüm-

66 Hâdimî, Berika Şerhu Tarika.

67 Ali Haydar Efendi, c. 4, s.671.



le-i sâliyede (ara cümleciğinde –clause) kaza tabirinden iki mânânın kasdı dahi mümkün bulunmuştur. Yani bunların hâkimliği câiz olmadığı gibi hükümleri dahi) câiz değildir.

Hâkimliği câiz olmadığından sağır, matuh ve a'ma olan kimseye taklid-i kaza olursa câiz olmadığı gibi hükümleri dahi câiz olmadığından ibtiday-ı taklîdinde (ilk atanmasında) mesela basîr olup da (görürken) badehu a'mâ olsa da a'mâ iken hükmetse hükmü bâtil olur. Bu cihetle hâkim bir müddet hükmettikten sonra görevi başında iken a'mâ yahut abd (köle) olduğu zâhir olsa, o ana kadar, vermiş olduğu hükümler bâtil olur. Zira bunların şehâdetleri kabul olunamayacağından kazaları dahi kabul olunmaz. (1686. Maddeye bak).⁶⁸

Ama bir kimesne hâkimliğe tayin olunduğunda mesela basîr olup da sonra a'mâ (körük) târî olsa münazil olmayacağından badehu yine basîr olduktan sonra hükmetse hükmü nâfiz olur. Yani mücerred sağırılık veya a'mâ târî olmakla münazil olmayıp belki azle müstehak ve binâberîn mesela a'mâlîğin zevâlinden sonra hükmü sahih olur.

Lâkin adâlet ve adem-i fîsk kâdîliğin şurûtundan değildir. Fâsıkın dahi kâdî olması câiz olduğunu önde gelen Hanefî ulemasının ekserîsi beyân etmişlerdir. Binâenaleyh Fâsık, hadd-i şer'îyi tecâvüz etmediği halde onun hükmü dahi nâfizdir. Fakat Hassâf, Kerhî, Tahavî gibi diğer bazı ekâbir-i ulemâ, fâsık ve mürteşîn kâdîliğe ehil olmadığını çünkü fâsıkın fîskına mebni emniyet olunamayacağını beyân etmişlerdir. Bu kavle göre fâsık ve mürteşi kâdîliğe tayin olunup da hükmetse hükümleri câiz değildir. (Hâniyye)

Kezâ İmameyn (Ebu Yusuf ve İmam Muhammed Şeybânî) ye (ra) göre, fâsık kâdîlik tevcih olursa hâkim olamayacağı gibi hâkim olduktan sonra fâsık ya mürteşi olsa münazil olur.⁶⁹ İbnu Kemâl, İbnu Melek ve aynı gibi bazı efâdıl-ı ulemâ (önde gelen âlimler) dahi fetvâ şu zamanda hususiyle İmameyn kavli üzerine olduğunu beyan ettikleri halde Reddül-Muhtâr (adlı kitabın) sahibi İbnu Âbidîn bununla iftâ ve buna itimâd olursa hususiyle şu zamanda bâb-ı kazanın mesdûdiyeti (kapatılması) lâzım olur demiştir. Yani gayr-ı Fâsık hâkim bulmak müşkil olduğu gibi, kemâliyle istikâmeti muhafaza eden hâkim dahi enderdir, demek istiyor.

Lâkin bâlâda zikrolunduğu üzere ekser ulemâ-ı Hanefiyyeye göre adem-i fîsk hâkimliğin şartı değildir. Bu surette kâdî, hıyn-i tayininde âdil olup sonra Fâsık olsa azl edilmesi vâcip olursa da mücerred fîskıyla mün'azil olmaz. Hatta bade'l-fîsk (fîskı sonrası) hükmedip hükmünde isa-

68 Ali Haydar Efendi, c. 4, s.672.

69 F. Hâniyye, İbnu Âbidîn; Reddül Muhtâr, İstanbul 1293, Velvâlicî.



bet etse câiz olur. Bu hâkim gerek Beytü'l-malden mürtezak (maaşlı) olsun gerek olmasın.

Vâli-i vilâyet dahi hâkim gibidir. Fâsık olunca azl olunmaya kesb-i istihkak ederse de taraf-ı Sultânîden azl olunmadıkça (doğrudan) münazil olmaz. Zira insan günâhdan hâlî değildir. (Velvâlîciyye ve Hâniyye)

Şu kadar ki, hâkim kâdılığa tayin olunduğu sırada “Ne vakit cevri eder ise, münazil olması” şart edilmişse o halde cevri ettiği gibi münazil olur. (Şiblî)⁷⁰ Tafsîlât-ânifeden (az önceki açıklamadan) anlaşıldı ki, kavli-i muhtâra göre adâlet, hâkimde şart-ı evleviyettir. Yoksa şart-ı sıhhat değildir. Mea-zâlik (bununla beraber) lâyük olan, fâsıka kazâ tevcih olunmaması. (Zeylâî)⁷¹

XVII. MECELLE: HÂKİMİN DURUŞMAYI İDARESİ VE TUTUMU

Madde 1799: “*Hâkim, beyne'l-hasmeyn adl ile memurdur.*” Adl; kelimesi hakkında lügatlerde çok mânâlar yüklenmiştir. Fakat bu makamda anılan mânâlardan burada iki mânâ münâsibtir;

Birincisi; **adl müsâvât** yani beraberliktir. Bir sözde “*Aralarında eşitlik üzere taksim ettiler.*” denilir ki, aralarında bir şeyi eşit olarak bölüşmüşler demektir. Şimdi Mecellenin aşağıda gelecek adâletin teferruatlı açıklaması işte bu mânâsına göredir. Tabir-i âharla (diğer bir ifadeyle) hâkim, davanın tarafları arasında eşit muâmele ile memurdur. Zira bir hadiste; “*Sizlerden her kim yargı işiyle görevlendirilirse, taraflar arasında oturmak yoktur, anlamlı bakamaz, içlerinden birisine işaretlerde bulunamaz, taraflardan birisine karşı sesini yükseltemez.*” buyurulmuştur. Halife Hz. Ömer (ra) tarafından görevlendirdiği kadınlara gönderdiği mektuplarda “*Yargılama meclisinizde, davalılar arasında yüz hatlarında, adlinde, davalıları eşit seviyede oturtmakta eşit muamelede bulunun ki, tâ ki, şerif çekingenliğine umut bağlamasın, zaif kişi de adlinden umudunu kesmesin (yitirmesin)*” denilmiştir. (Feth)⁷² ve bir de adem-i tesviyede diğerinin kesri kalbi (gönül kırgınlığı) olduğu gibi, bu veçhile hâkim birisine ziyâde yüz verip iltifat ettikde, bu hasmı üzerine cür’et eder ve hasmının himmetinin münkesir olmasına ve nihâyet hakkının terkine müeddi olur (sonucuna götürür). (Mecmau'l-Enhur ve Zeylâî)

Âyet-i celîlede dahi “.... O halde ey hakimler, insanlardan korkmayın, Benden korkun....” (el-Mâide 5/44) vârid olmuştur. Hükümlerinde Rabbu'l-ibâdı, gayrısından korkmaktan ve hâtıra muraat ve müdahaneden (hatıra boyun eğmek ve saygı duymaktan) hükkâm nehyolunur ve buyruluyor ki, “*Size o haberi getiren adam şeytanın tekididir. O sizi kendi dostları ile*

70 Mecelle md. 83 şerhine bak. Ali Haydar Efendi, c. 4, s.663.

71 Ali Haydar Efendi, c. 4, s.674.

72 Ali Haydar Efendi, c. 4, s.685.



korkutmak ister. Fakat siz mümin iseniz onlardan korkmayın. Azamet ve Celâl sahibi Allahdan (Benden) korkunuz!." (Âlu Imran 3/175)." (Kâdî Beydâvî)

"Binâenaleyh (Hâkim), tarafeynden biri her ne kadar eşraftan ve diğeri âhâd-ı nâsdan (sade bir vatandaş ya biri baba ve diğeri oğlu, ya biri küçük olsun, diğeri büyük olsun ya biri Müslim olsun diğeri gayr-ı Müslim) olsa bile hıyn-ı muhâkemede tarafeyni oturtmak ve kendilerine imâle-i nazar ve tevcih-i hitâb etmek (yani bakmak ve söz söylemek) gibi muhâkemeye müteallik (kâffe-i) muâmelâtta (tamamiyle) adl ve müsâvâta riâyet etmesi lâzımdır."

Bu veçhile, beyne'l-hasmeyn (davalı-davacı) iki taraf arasında tam eşitliğe riayet olununca şerîf şerâfetine ve câhuna (sosyal mevkiine) mebni (güvenerek) hâkimin kendi tarafına meyledeceğine ümîd eyleyemeyeceği gibi, sade bir vatandaş (âhâd-ı nâsdan) olan zaîf (kişi) dahi kendisinin za'fından nâşî, hâkim diğer tarafı iltizam ederek kendisine cevri ve hayf (görevi suiistimâl) edeceğinden (haksızlık ve taraf tutacağından) havf eylemez (korkmaz). ve bu halde cemûi nâs (tüm insanlar) kendi hukukuna nâil olur (kavuşur).⁷³

Hâkim, ahad-ı tarafeyne itayı fetvâ yani ahad-ı hasmeyne (taraplardan birisine) davalıştıkları meselede görüşünü önceden açıklayamaz (fetvâ veremez). İşte Mecellenin 1815'nci maddesinde *"Kable'l-Hüküm, ne veçh ile hüküm edileceğini ifşâ etmez."*

Hâkim, davacıya, şöyle iddia et ve böyle eyle diye talim ve irâe-i tarik (nasıl yol izleyeceğini) göstermesi gayr-ı câiz ve mekruhtur. Amma hâkim meclis-i muhâkeme (duruşma sırasında) veya gayrıda (duruşma dışında) gerek diyânâtta (dînî konularda) gerek muâmelâtta (dünyevî konularda), ahad-ı hasmeynin gayrısına (davacı-davalı taraplardan olmayan birisine) fetvâ verebilir yani o konuda mes'eleyi şer'iyye beyân edebilir. (Reddü'l-Muhtâr)

Hâkim ahad-ı hasmeyne kıyam etmez (taraplardan birisini görünce ayağa kalkmaz) fakat ikisi için kıyam etse câiz olur.⁷⁴ Ahad-ı hasmeynden birisini sağ, diğerini sol tarafa oturtmamalıdır. Zira sağ tarafın, sol cânib üzerine rüçhan ve şerefi olduğu cihetle vâcip olan müsâvâta (eşitlik ilkesine) riâyetsizlik olur. Bu şerefe mebnidir ki, Hz. Peygamber (as), sağ cihetlerini Hz. Ebu Bekre tahsis buyurmuşlardır.⁷⁵

Tarafeynin (davalı-davacının) huzur-u hâkimde bulunacakları mevki ve suret-i kuudları (yer ve oturuş biçimleri): Hâkim, her ikisinin önün-

73 Velvâliciyeye, Edebü'l-Kâdî bölümü.

74 Haskefi, Alâüd-Dîn Muhammed, ed-Dürrü'l-Müntekâ, İstanbul 1327.

75 Ali Haydar Efendi, c. 4, s.686.



de ve her iki tarafın âdî-yi seslerini (normal surette konuşmalarını) kolayca yani dikkatle kulak vermek yahut ref'i savt ettirmek (yüksek sesle konuşmak) gibi tekellüfâta muhtaç olmaksızın (sıkıntılara girmeksizin) işitecek kadar kurbunda (yakınında) bulundurmalıdır. Bu (mesafe) iki zira mikdariyle takdîr olunur. ve hâkim ref'i savt etmelerinden tarafeyni men eder. Yoksa hâkim ikisini cânib-i vâhidde oturtmamalıdır. Zira bu surette tarafeynden birisi, diğerinden hâkime daha yakın olacağından lazımlı olan müsâvât fevt olur (ortadan kalkar).⁷⁶

Hasmeyn, huzur-u hâkimde musallinin (namaz kılanın) huyn-ı teşehhüdde oturduğu gibi oturmalıdır. Müterebbian (bağdaş kurarak) veya suveri sâire (başka biçimler) ile oturmak isterlerse kaza emrine (mehâbet-i adliyyeye) saygısızlık olacağından hâkim onları men eder. Lâkin zamanımızda olduğu gibi, mütehâsimeynin huzur-u hâkimde kâimen (ayakta) durmaları evâilde maruf olmayıp (başlangıçta bilinmeyip), muahharan zuhûr eden (sonradan ortaya çıkan) ihtiyaca mebni hâdis olmuş (ortaya çıkmış) ve nâs ise ahvâl ve âdâbda muhtelif bulunmuş ve şu zamanda bazı umur meydana gelmiş ve süfehâ (sakıncalı insanlar) zuhûr etmiş olmakla hâkim iktizây-ı hâle göre hareket ederek cülûsa müstehak olanları iclasa (oturmaya) ve müstehak olmayanları ikâme edip (ayakta bekletip) bu veçhile her insana, müstehak olduğunu itâ eder (her hak sahibi ne gibi hakka layıkta bu hakkı ona tanır). (Reddü'l-Muhtar) Bundan hâkim mütehâsimeynden birisini iclâs (oturtup) diğerini ikâme (ayakta) tutabilir mânâsı anlaşılmalıdır.

Hâkim bu veçh ile beyne'l-hasmeyn (davacı-davalı arasında) fiilde tesviye ve bi-hakkın hükmetmekte yalnız kalben bir tarafa meyletmesinden dolayı muahaze edilmez (eleştirilmez). (Zeylâi) Yani Allah herkesi, ancak gücü yeteceğinden sorumlu tutar. *"Hiçbir kimse takatinin dışında bir görevle yükümlü tutulmaz."* (el-Bakara, 2/233), *"Allah hiçbir kimseyi güç yetiremeyeceği bir şekilde yükümlü tutmaz,..."* (el-Bakara 2/286) buyurulmuştur.

İkincisi: Adl kelimesi; cevretmeyip nüfus ve ukûlde istikâmeti kâim ve der-kâr olan emir ve hâleti icrâ eylemektir. Yani aklen ve fiilen doğru bulunan iş ne ise, onu yerine getirmek, icra etmektir. Şimdi hâkim beyne'l-hasmeyn adâletle hareket etmeye memur olup hak kimin yedinde ise, onun lehinde hüküm ve karara mecburdur.

Bu cihetle hâkim, Hâkimler Hâkimi ve Azizu'n-zü'ntikâm Allahdan havf edip hak ve doğru ne ise onunla hükmeder. Yoksa nefsi arzusuna ittiba veya meselâ kâdî olduğu kasaba ahalisinden bir kimsenin hatırına müraâtla veya meselâ o kasaba eşrafından bir kimesneden havf ederek

⁷⁶ Bak, Zeylâi, Reddü'l-Muhtâr, Kara Hocanın, Vikâye Şerhu'l-Inâye ve Fethu'l-Kadir Kitapları)



(çekinerek) hükmetmemelidir.

Hâkim levmi-lâimden (eleştiride bulunanın eleştirisinden) ve ta'ğnı tâinden (ayıplayanın ayıplamasından) çekinmez ve bir şeye rağbet eylemez ve kişilerin hatır ve gönlünü gözetmez. Her hâl ve kârda adâletten inhirâf eylemez. Taraftarlık yoluna gitmez. Taat-ı Rabbı (Allahın emrini) tercihan ve cezîl-i sevaba tamaan (bol sevaba kavuşmayı arzularak), azab-ı elîmden kaçınarak muhâkeme icra etmeli ve hâkim hikmete tâbi olmalıdır.⁷⁷

Muâmelâtta ve adâlet noktasında Müslim ve gayr-ı Müslim müsâvî olmakla lede'l-muhâkeme hak kimin yedinde zâhir olursa onun lehinde ve diğeri aleyhinde hüküm vâcip olur. Hz. Peygamber (as); bir Müslim, tebadan bir Hristiyanı katlettiği cihetle o Müslimi kısas buyurmuşlardır. (Mecmau'l-Enhur)

Hâkime hürmet: Tarafeyn dahi layık olduğu üzere hâkime hürmet ederek muhill-i edeb-i ef'âl ve akvalde bulunmamalıdır (fiilen ve kavlen edeb dışı hareket etmemelidir). Bu cihetle mahkûmu'n-aleyh hâkime; "Mahkûmu'n lehden sen rüşvet aldığın cihetle onun lehine hükmettin." derse, hâkim onu tazir eder (adalete saygısız sözleri nedeniyle cezalandırır).⁷⁸

XVIII. MECELLE: HÂKİMİN BİLİRKİŞİYE, UZMANA VE MÜFTİ-YE BAŞVURMA

Madde 1811: "*Hâkimin lede'l-hâce âhardan istifta etmesi câzidir.*" Şöyle ki, hâkime bir mesele müştebeh (karmaşık gelip) olup da fehmedemediği takdirde, beldesi ulemâsı ile şifahen ve lede'l-icâb (gerek duyulduğunda) başka belde ulemâsıyla mükâtebe (yazışma) ile istişâre eder. Ulemâ-ı müşârû'n ileyhimin (değınilen âlimlerin) reylerine hâkimin re'yi dahi tevâfuk ederse hâkim ol veçhile fasl ve hükmeder. Ama hâkimin hiçbir tarafa re'y ve ilmi yoksa ulemâ-ı müşârû'n-ileyhimin kavlı ve fetvâsıyla amel etmesi lazım geleceği gibi değınilen âlimler de ihtilâf ederlerse ziyâde fakih ve mütedeyyin olanın kavlı ve fetvasıyla amel eder.

Müftî, usulüne göre müctehidden ibaret olup müctehid olmayan kimse müftî değildir. Bu gibi gayr-ı müctehid bulunan bir zattan mes'ele-i şer'iyye suâl ve istifta olundukta, o müftî iyâde-i tedâvülde (günlük kitapçılarda bulunan) ve müctehid olanlarca yazılmış kitaplardan nakil ile cevap vermesi lâzım gelir. Binâenaleyh vilâyât-ı Şâhânedede resmen iftâ için tayin olunan müftîler fetvâlarını yazmakla beraber, fetvanın bir tarafında o fetvânın me' hazıbulunan mesele-i şer'iyyeyi menkûlu'n-anh olan (alın-

⁷⁷ Ali Haydar Efendi, c. 4, s.687.

⁷⁸ Ali Haydar Efendi, c. 4, s.687-688.



tıda bulunulan) kitaba azv ile (dayanarak) yazmak usuldendir.⁷⁹

XIX. MECELLE: MÜFTÎ OLABİLMENİN EVSÂF VE ŞARTLARI

Evvêlâ Müftü olacak kişi **sâlih** olmalıdır. Kavl-i muhtara (tercih edilen görüş) göre, fâsık olan kimse müftî ve onun fetvâsı mamûlü'n-bih (kâbul ve amel edilir) olmaz. Zira fetvâ işi, umuru dindedir. Fâsık (bozuk karakterli) birinin kavli ise dînî işlerde kabul edilmez. Çünkü fâsıkın dine hıyaneti (bozuk karakterliliği) zâhir olmuştur. (Fethu'l-Kadir). Tahkîkî vâkiât-ı şer'iyede feyz-i rahmet-i İlâhiyyenin meded-i inâyet olmasının en a'lâ (en yüce) sebebi Allah (cc)'a taat ve habl-i takvâyâ temessük ve mülâzemettir (Allahın buyruklarına uymak ve Allahdan korkmayı sağlayacak ipe sınımsız sarılmaktır). Zira Âlemlerin Rabbî; "... Allah'dan korkun, sakının. Allah size, gerekli olan en uygun tutumu öğretiyor. Çünkü Allah her şeyi hakkıyla bilir." (el-Bakara 2/282) buyurmuştur. Meâsîde ve hızlânın (yorgunlukların) inzaline (doğruluklardan ayrılmanın sözkonusu olduğu) bir halde iken dekâik-i künûz-ı fikhî (fıkıh hazinelerinin inceliklerini) istihraç (bulup çıkarmak) yerine kendi re'yine itimad eden (güvenen) kimse, itimad olunmayacak birisinin görüşüne güvenmiş olur. Bir kimse ki, onun için Allah Teâlâ nûr kılmaya (nur nasib etmemişse), işte onun nûru yoktur (ed-Dürrü'l-Muhtâr)

İkinci olarak Müftü müteyakkız (uyanık ve dikkatli) ve halkın hileleri ve desiselerini âlim olmalıdır. Müftiye ahsen olan (yakışan); müsteffîyi hasmı ile beraber cem ederek tarafeyni bade'l-isticvâb (sorgulamadan sonra) hangisinde hak zâhir olursa fetvâyı ona ita etmelidir (ona göre fetva vermelidir). Yoksa mesele şöyle ise hak senindir, böyle ise hak hasmınıdır dememeli (ortadan konuşmamalıdır). Zira bu halde müstefit nefsi için nâfi olan sureti (kendi çıkarına olan görüşü) ihtiyar ederek onu dahi şahid-i zûr (yalan tanık) ile isbattan âciz kalmaz. (Reddu'l-Muhtar)⁸⁰

Üçüncü olarak Müftü (Müftî); hakka muâned olan (karşı duran) dava vekillerinden ihtiraz etmelidir. Zira onlar her ne suretle olursa olsun müvekkillerinin davalarını isbattan başka şeye râzı olmayıp hıyel ve tezvir (hileler, kanunu dolaşmalar), kalb-i kelâm ve bâtlı suret-i hakda tasvirde (batılı sureti hakmış gibi göstermekte) ihtimamda onların maharetleri vardır. Yedine (eline) bir fetvâ geçirdikte hasmın kahr ve mağlub eder ve garaz-ı fasidine vasil olur. Bu cihetle bunun dalâlîna (yanlışlığına) muîyn (yardımcı) olmak müftîye helal olmaz. Binaberîn (Bununla beraber) denilmiştir ki, ehl-i zamanına câhil olan câhildir. Bu gibi dava vekili bir emri-

79 Mesela müçtehidlerin meşhur yazmalarından, eserlerinden Muhammed b. Hasan ve benzerlerinin kitbından diyerek atf göstermek. Zira bu meşhur eserlerdeki bilgiler haberi mütevâtîr veya haber-i meşhûr mertebesinde (derecesinde)'dir. Feth

80 Ali Haydar Efendi, c. 4, s.713-714.



şer'iden sual eder. Halbuki müftü-yi müteyakkız (dikkatli müftü) kar'ain-i ahvâl ile anlar ki, maksûd-ı garaz-ı fâsidlere tavassuludur (ulaşmaktır).⁸¹

Dördüncü olarak Müftü sağır olmamalıdır. Müftü olan zât eğer fetvâ için mansûb ise bunun sahihu's-sem' (işitmesi sağlıklı) olması icab eder. Zira her sâil (her soru sahibi) varaka üzerine yazarak müftüye vermesi mümkün olamaz. Bazan tarafeyn-i mütehasımeyn (ihtilafın tarafları) müftünin huzurunda hazır olarak bunlardan birisi haksızlığına dâir bazı ifâdâta (açıklamalarda) bulunduğu halde müftü bunu işitemediği cihetle ondan işitebildiği bazı kelâmı (sözleri) üzerine lehine fetvâ verip hasmının hakkı zâyî olur ve eğer fetvâ için mansûb değilse işitmesinin sağlam ve sağlıklı olması lâbûd (gerekli) değildir. Zira bunun fetvâsı hükmü şer'iyi ifadeden ibaret ve bunda işaret bile kâfi olmakla işitme duyusunun sahih ve sağlam olması şart değildir.⁸² Akvâl-ı muhtelif-e-i fukahâdan (fakihlerin değişik görüşlerinden) müftü hangisiyle iftâ etmesi lâzım geleceğine dâir olan mesele 1801. madde şerhinde izah olunmakla oraya müracaat ediniz.

XX. MECELLE: FETVÂ HÂNE-İ ÂLÎ

Zamanımızda Dârü'l-Hilâfeti'l-Aliyyede istiftâ için **Fetvâ-Hâne** vardır ki, burası iki dâireye münkasemdir. Bir dâiresi **Fetvâ Odasıdır**. Bu dâirede riyâset, reisü'l-müsevvidîn denilen zâta aittir. Diğer dairesi de **İlâmât Odasıdır** ki, bunda riyâset dahi **İlâmât-ı Şer'iyye Mümeyyizi** denilen zâta racidir. Bu **Dârü'l-İstiftânın** iki odasında bulunan zevât hem vasat ilimlerde hem de yüksek ilimlerde yedd-i tûlâ sahiplerinden ve ekserîsi (çoğu) Ders-i Âmm Hocalarından müteaddid ulemâ ve fukahâ buldukları gibi, cümlesine nâzır olmak üzere **Fetvâ Emîni (Genel Sekreteri)** nâmıyla bir zat bulunur. Bu zâtın huyn-i intihâbında dahi fevkalâde emîn, fakih, müteverra' (vera ve takvâ sahibi) ve fâzıl birisi olmasına ekseriyâ itina olunur (özen gösterilir).⁸³

Bu gibi bir **Dârü'l-İstiftâ** teşkil kılındığının Devlet-i Aliyyeden evvel kurulmuş olan Düvel-i İslâmiyyede (İslâm Devletlerinde) böyle bir müessese olmadığı cihetle bu şeref-i azim (bu büyük şeref), Devlet-i Ebed Müddetimize mahsustur. Bu **Dârü'l-İstiftâdan** evvel müsteffîler (soru sahipleri) ulemâyâ müracaat ve alacakları cevapla amel ederlerdi. Bu Dârü'l-İstiftâdan, hakkında fetvâ istenen meseleye ya ya şifâhî yahut tahrîrî cevap verilir. Tahrîrî cevap da iki kısımdır.

81 Reddü'l-Muhtar, kazâ babının baş kısmı. Nitekim biz şunu çok görmekteyiz; ve'l-hâsıl müftünin gafleti bu zamanda büyük zararlara sebep olmakta, zararları doğurmaktadır.

82 Şunda hiç şüphe yoktur; ona yazı yazılır ve o da (müftü de) ona cevap verirse, o yazdığı fetvâ ile amel etmek câizdir. Reddü'l-Muhtar.

83 Ali Haydar Efendi, c. 4, s.715.



Birinci Kısım Yazılı Fetvâ; Gelen evrâkın arkasına der-kenar tarikiyla (not düşülerek) verilen fetvâ şeklindeydi. Bu der-kenar fetvâ, **Fetvâ Emânet-i celilesiyle** onun maiyyetinde bulunan **İlâmât-ı Şer'iyye Mümeyyizliği şubesine** mahsus mühr-ü resmiyle tahtîm olunur (mühürlenir).

İkinci Kısım Yazılı Fetvâ; Fetvây-ı şerife suretiyle verilir ki, Şeyhu'l-İs-lâm bulunan zâtın imzasını hâvî bulunur ve buna **Fetvâ** itlak olunur (genel anlamda fetvadan kasıd budur).

Der-i Saadet ve mülhakâtı mehâkim-i şer'iyyesinden vukubulan istif-talar (şer'iyye mahkemelerince istenen fetvalar), ol babda ceryân-ı muhakemenin zabıt-nâmesini ve tarafeyn-i dava kâtibine terfikan bu **Dârü'l-İstiftâya** gönderilip icâb eden cevap-ı şer'isi bu vasıtayla şifahen ahz olunarak ona göre hüküm-ü şer'isi ita olunur. Bu **Dârü'l-İstiftâya** Avrupa Devletlerinin dahi bi'l-müracaa, bazı mesâil-i gâmıza-ı hukukiyyeyi (karışık ve çetrefilli bazı hukukî meseleleri) istiftâ ettikleri vakidir.

XXI. MECELLE: HÂKİM VE SON KARARINDA DURUMU

Madde 1812: “*Hâkim, gamm ve gussa* (öfkeli, üzüntülü ve neşe'liyken) *ve açlık* (susuzluk mide dolgunluk) *ve galebe-i nevm* (vâhid-u ahbesiyn ile me'hûz -ağır hastalıklardan herhangi bir hastalığa yakalanmış olmak- ve şiddet-i hararet -aşırı sıcaklık- ve şiddet-i bürudet -aşırı soğukluk- ile mütezzî bulunmak) *gibi* (muhâkeme ve hükümde) *sıhhat-i tefekküre mâni* (sağlıklı düşünmeye engel) *olabilecek bir ârıza ile zihni müşevveş olduğu halde* (esbâbı zâhir olmayan-sebebi anlaşılmayan-) *hükme tasaddî etmemelidir.*” (Feth ve F. Hâniyye)

Zira Nebi (as) şöyle buyurmuştur; “*Hâkim öfkeliyken, iki kişi arasındaki davada karar vermesin, hükümde bulunmasın*” (Buharî) ve bir de bu halde hâkim hükme tasaddî ettikde (hüküm vermeye kalkıştığında), davanın mese'le-i şer'iyyesine (hukukî meseleye) tatbikında hata edebilir. Hâlbuki hâkim, 1799 madde mucebince beyne'l-hasmeyn (davanın tarafları arasında) adl ile memurdur.

Keza hâkim, meclis-i muhakemede (duruşma sırasında) uzun uzadıya oturup muhâkeme ile bi'l-iştigâl (uzunca duruşmayla uğraşarak) nefsi-ne yorgunluk vermemelidir. Ama hükümün esbâb-ı zâhir (sebepler gâyet açık) ve âşikâr olursa hâkim o uzun süren celsede dahi hüküm edebilir. Müddeinin davasını, müddei aleyhin ikrar etmesi gibi.⁸⁴

Gamm kelimesinin çoğulu '*gumûm'dur*. Gamm setretmek mânâsındadır. Hem keder hem de aşırı sürûr hali kalbin normal halini setr ettiğinden sağlıklı karar vermeye mâni addedilmiştir. **Gussa**; kalbe âriz olan sıkıntıya gussa denir. Bu mânâda bir bakıma gussa kelimesinin bir nevi yorumu,

84 Ali Haydar Efendi, c. 4, s.716.



açıklamasıdır. **Gazap** (veya ğadab) kelimesi darlanmak, kızmak, birden öfkelenmek mânâlarına geldiği gibi, dargınlık anlamında isim olarak da kullanılır. Vezir İbnu Kemâl, Fatiha suresinde geçen **ğadab** kelimesini şöyle tefsir ediyor; **Ğadap** bir sıkıntıdır ki, kalbin kan deverânının artması sebebiyle kişinin iradesine olumsuz etki eder ve kızmaya neden olur. Bir diğer ifadeyle kanın hızlı deverânı, kişinin zarar görmesine, gazaba uğramasına sebep olur.⁸⁵

XXII. GÜNÜMÜZDE; ADLÎ VE İDÂRÎ YARGI HÂKİM VE SAVCI ADAYLARI EĞİTİMİ

İlim tarihinde eğitim üzerine pek çok veciz sözler söylenmiş ve eserler yazanlar olmuştur. Pek tabii eğitimin hedef kitlesi ve temel muhatabı⁸⁶ insandır. O, eğitilirse Meleklerden üstündür, kendi haline bırakılırsa birer Nerondur. Kişinin eğitimi ve eğitimin içeriği, yaşanan veya yaşanılacak problemlerin sebebi telakki eden anlayış hâlâ devam ediyor. Yargı organı personelinin talim ve terbiyesi, olaylara yaklaşımları günümüzde siyâsî ve hukukî tartışmaların tam odağında yer alır.

Bizde şu andaki uygulamada kişinin, hâkim veya savcı olarak atanması öncesinde *iki yıl süren bir stajın* ve meslek öncesi eğitimin başarıyla tamamlanması şartları aranır. Hâkim ve savcı adayları için büyük önemi haiz bu eğitim süreci tam kemâle kavuşmadı. Ülkemizde, hâlâ çözümlenemeyen meseleler arasında hâkim ve savcı adaylarının meslek öncesi ve mesleki eğitimi ve murakabeleri yer almaktadır.

Yargı sisteminin işleyişinde en önemli unsur *insan kaynağıdır*. O nedenle bu kaynağı oluşturan ve müstakbel hâkim ve savcıların eğitimi meselesi önem arzeder.⁸⁷ Zira bu meslek, Mecelleden yapılan aktarmalardan da anlaşılacağı üzere, yüksek nitelikler gerektiren ve yargıda profesyonelliği gerektirici bir meslektir. Bir konuda başarısızlık olduğunda herkes bir günâh keçisi arar, aksamaya kim ve neler sebep olmuştur? sorusunu soran herhangi birisi kendi özüne toz ve kusur kondurmaz.

XXIII. GÜNÜMÜZDE; LİSE ÖĞRENİMİ VE ÖĞRENCİNİN EĞİTİMİ BOYUTU

Sorulara cevap aramaya orta öğrenimin son aşaması üçüncü dört yıla bakılacak olursa orada durum nedir ve nasıldır? Lise Eğitimi, *klasik lise*

85 Ali Haydar Efendi, c. 4, s.717

86 Karşınızda konuştuğunuz, hitapta bulunduğunuz kişi sizin *muhatabı*dır. Konuşmada bulunduğunuz kişi veya toplumdur. Bu kelmime farkına varılmadan veya cahillikle *'muhattap'* (odunlaşmış kişi) şeklinde söylenmekte hatta yazıya bile dökülmektedir. Karşınızda odunlaşmış (muhattap)lar değil, sizi can kulağıyla dinleyen muhataplarınız vardır.

87 ERDOĞAN Mustafa, Yargı Reformu, Star Gazetesi, 21 Mart 2007.



eğitimi, muhtemelen yükseköğrenim öncesi tüm öğretim aşamalarının en önemlisidir. Zira bir sonraki aşama yükseköğrenimdir. Pek tabii lise eğitimine temel oluşturan ikinci ve hatta birinci dört yıllık eğitim süreçleri de vardır. Şu anda ülkemizde lise öğrenimi, eldeki veri ve tesbitlere göre maalesef, en verimsiz, en kötü aşamadır.⁸⁸ Bu iddialı hükme, elli yıla yakındır icra ettiğim öğretim üyeliğim sırasında edindiğim tecrübelerden varmaktayım. Bu konu üzerinde çokça anketler-araştırmalar da yapılmıştır. 2009-2010 akademik yılında yapılan bir araştırma ve çalışmada hâkim ve savcı adaylarının *yazılı anlatım becerileri* ölçülmeye çalışılmış, Türkiye Adâlet Akademisinde öğrenim gören seçilen 274 kişi üzerinde gerçekleştirilen çalışma neticesinde katılımcıların ancak yüzde ellisinin (yarısının) başarılı sayılabileceği ortaya çıkmıştır.⁸⁹ Oysa hukuk disiplini, mesleği düşünmeye ve yazılı anlatıma dayalı bir disiplindir. Dil ise, bu faaliyetlerin en önemli ve vazgeçilemez aracıdır. Meşhur genel kurala göre; “*Ukudda itibar makâsıd ve meâniyedir, elfâz ve mebâniye değildir.*” (Mec. md. 3) ya da “*Kelâmın i’ mali ihmâlinden evlâdır.*” (Mec. md. 60) İşte bunlar ve benzeri ilkeler, yorum yapabilecek nitelikte kafaları, kültür sahiplerini beklemektedir.⁹⁰

Türkiye’de “ortalama bir lise öğrencisi ne doğru dürüst bir yabancı dil öğrenebiliyor ne de kendi ana dilini zengin bir çerçeve içinde kullanabiliyor. Matematik, matematiksel düşünme hiç öğrenmiyor, tarih, edebiyat, mantık ve felsefe gibi konulardan nefret edilerek veya ettirilerek lise öğrenimi bitiriliyor. Kendim 1962 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesini kazandığımda, beni yola koyan arkadaşlarım “Haydi Ali güle güle... Sen artık İstanbul Türkçesi öğrenip konuşacaksın, Kayseri ağzını unutacaksın ve bizi anlayamayacaksın artık. Ne yapalım canın sağ olsun...” demişlerdi. Gerçekten de Tahsilim süresince de o zevki çevremden, hocalarımdan, gittiğim kültürel etkinliklerden ve de güzel bir üslupla yazılmış ders kitaplarımdan tatmış ve yaşamıştım. Mesela rahmetli A. F. Başgilin Esas Teşkilât Hukuku, Gençlerle Başbaşa ve benzeri Kitapları, Hüseyin Nâil Kubalının Anayasa Hukuku Kitabı, Abdülhak K. Yörük’ün Hukuk Felsefesi, Mahir İz’in Tasavvuf kitapları; Necip Fazıl, Nurettin Topçu rahmetlilerin konferansları vs. bunların başında gelir. Fakat elli yıla yakındır müşahadem odur ki, sosyal ilimler alanında bu zevk lise ve dengi okullardan gelmiş öğrencilerimde hiç göremedim. Divan Edebiyatından, Tanzimat Edebiyatından (ders anlatmada sembolizmin icabı olarak) örnekleme

88 KARAKAŞ Eser, *Bir Özel Lise Sahibi Olsaydım*, Star Gazetesi, 22 Eylül 2012,

89 ÖZBAY Murat, Türkiye adâlet Akademisi Hâkim ve Savcı Adaylarının Yazma Becerileri, Ankara, Türkiye Adâlet Akademisi Yayınları, 2011, s. 22, 98

90 BÜYÜKGÜMÜŞ İsmail, *Adli Yargı Hâkim ve Savcı Adaylarının Meslek Öncesi Eğitimi - Sorunlar ve Muhtemel Çözüm Yolları*, s. 11, Hukuk Kuramı, C. 1, Sayı. 2, Mart-Nisan 2014, Ankara.



şiiirler okurken, hukuk öğrencisi de dahil, onlara ‘Devam et!’ dediğimde aldığım cevap ‘Ne ve nereye?!’ oluyor. Onlarda bir edebiyât zevki görmiyoruz.⁹¹

Temel eğitimde ciddî sıkıntıların yaşandığı bir ülkede sadece üniversite eğitimine eğilerek bu alanda reformlar yapmak meseleleri çözmedi ve çözememektedir. Ülkemizde şayet hukuk ve yargı faaliyeti alanında başarılı bir neticeye duyulan hasret giderilecekse buna ortaöğretimden başlamak gerekecektir. Zira yurtdışında değişik ülkelerde bulunduğum zamanlarda bu alanın elemanlarının geçtiği aşamalara dikkat etmiş, kendime göre araştırma yapmışım. Vardığım sonuç; Mesela İngilterede; Hukuk öğrencisi olacak kişinin, matematik, edebiyât (dil), tarih, sosyoloji alanlarındaki derslerinden (AA) alması; Almanyada Jimnazyumdan sonra düzenlenen bakalorya türü sınavda yine yüksek performans göstermesi, Malezyada; İngiliz ve Malay Edebiyatından ve Felsefeden üstün başarı göstermesi beklenmekte, istenmektedir vs. vs. Biz burada onları mutlaka taklid edelim deme yerine kaza faaliyetinin bizdeki tarihî sürecinde de görüldüğü gibi, her toplumun kendine göre o alanda bir tecrübe ve bilgi birikimi vardır ve bunu adaylara kazandırmak lazımdır.

Lise eğitimi sonrası sınavlarda ölçme değerlendirme aracı olarak başvurulan test tekniğinin kullanılması da bir diğer açmazımızdır. Hâl böyle olunca öğrenciler, kitap okumadan veya çok az sayıda okuyarak lise eğitimini tamamlamakta, hepten test-kolik hale gelmektedirler. Bu konuda yapılabilecek en ciddi değişiklik, üniversite sınavında hukuk fakültesi öğrencisi olacaklar için hazırlanacak sorularda yukarıda kısaca değindiğim konulardan hazırlanacak sorulara ağırlık ve öncelik verilmesi, temel edebiyat, tarih ve sosyoloji eserleriyle matematiğe yer ayrılmasıdır. Bu problem çözülmediği takdirde yazılı anlatım becerileri konusunda yüzde elli başarıya sahip hâkim ve savcı adayları profili ile âdil, etkin ve süratli bir adli sistem kurmak imkân dışı ve uzaklardadır.

XXIV. GÜNÜMÜZDE; HÂKİM VE SAVCI ADAYLARININ YÜKSEKÖĞRENİMİ (ÜNİVERSİTE EĞİTİMİ)

Hâkim ve savcı adaylarının vasıfları meslek öncesi eğitimi ile ilgili olarak konuşulmaya başlandığında en önemli *sihâm-ı kaza* (eleştiri okları) üniversite öğretimi ve eğitimi üzerinden atılmakta, yapılmaktadır. Zira mesleğe yönelik olarak ilk ve son eğitim kurumu burası olunca temel meslekî eğitimin verildiği bu yere eleştiri oklarının yönlendirilmesi de gayet tabiidir.

Türkiye’de, adli kaza veya idârî kaza farketmez, hâkim ve savcı adayları

91 Benzeri tesbitler için bak KARAKAŞ Eser, a.g.m.



olabilmek için hukuk fakültelerini ve idarî yargıda ona ilave olarak diğer bazı yükseköğrenim kurumlarının bitirilmesi gerekir. Fakat hukuk formasyonunun modern bir toplumda üstlendiği rol ve taşıdığı önem birlikte düşünüldüğünde ülkemizdeki bu sistem yetersiz kalmaktadır. Hukuk eğitiminin süre ve muhteva olarak bir değişime tabi tutulması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Bir diğer ifadeyle eksiklik, eğitim-öğretimin (hukuk tahsilinin) süre itibarıyla kısalığında aranmakta ve Türkiye’de hukuk fakültelerindeki eğitimle ilgili çok fazla eleştiri yapılmaktadır.⁹²

1966 yılından bu yana, hukuk fakültesi dâhil, değişik yükseköğrenim kurumlarında ve hâlen bir hukuk fakültesinde ders veren akademisyen olarak benim tesbitim, ikisi; tahsil süresi ve Fakülte programları da değildir. Bu meslek bir mantalite bir zihniyet meselesidir. *Yüksek Hakem Kurulunda Hükümet Temsilcisi Üye* olarak görev yaptığım zamanda, Fakülteden arkadaşım ve Kurul Başkanı zat şunu söylemişti: “Ali Hoca, biz hâkim ve savcılara... yapılan bu son iyileştirme zammı hiç iyi olmadı. Nedeni ise, sanki biz yargı mensupları, maaşımız az olduğundan az iş üretiyor-muşuz, maaş zamlanınca çok iş üreteceğimizi düşündüler. Adımız paracı kâdırlara çıktı. Oysa iş bitiren, maaş az olsa da çok olsa da, işi bitiriyor. Bitirmeyene de tüm hazineyi verseniz yine bitirmiyor, bitiremiyor. Onun işi gücü, aybaşında eline geçecek para, bitirdiği dosya sayısı değil.” demiş bazı adlar bile zikretmişti.

Hukuk öğrenimi konusuyla ilgili önemli eleştirilerden birisi de son yıllarda olur olmaz yerlerde açılan ve yeterli akademik kadrosu bulunmayan hukuk fakülteleridir. Kalabalık sınıflarda eğitim yapılması yani gereğinden fazla öğrenci alınması diğer bir şikâyet konusudur. Öğretim üyelerinin aşırı ders yükü altında görev yapması ve araştırma faaliyetlerine yeterli zaman ayıramamaları da eksiklikler arasında zikredilir.⁹³ Bu açıklamanın haklılık payı vardır ama dersleri az olduğu zaman öğretim üyesi kendisini sanki fevkalade yetiştiriyor mu? Yoksa birilerinin izi doğrultusunda işini sürdürüp gidiyor mu? Burada hiç kimse alınmasın ama bazı tesbitlerimi, yaşadıklarımı okuyucularla paylaşmak isterim. Nedeni

92 1961 sonrası kurulan Anayasa Mahkememizin Başkanı olmuş Ö. Lütfi Akadlı amcamızdan şunu dinlemiştim; “TC. Devleti kurulduktan sonra hızlı bir hukuk reformu sonrası hukuk uygulayıcı ihtiyacını karşılamak için İstanbul’a ilave Ankara’da bir *Mekteb-i Hukuk* açılmıştı. Buraya öğrenci temini için sınavsız olarak Ortaokul ve lise mezunlarını öğrenci kaydetmişlerdi. İstanbul Dâru’l-Fünûna bir yazı gelmiş, ben de ahbablarımla istişare sonrası Dâru’l-Fünun İlâhiyât Fakültesindeki öğrenciliğimi bırakıp bu Mektebe kaydoldum. Adı sonra Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi olan Mekteb-i Hukuku 1927 yılında bitirdim ve hemen göreve başladım. Ama şimdilerde artık âcil personel ihtiyacı kalmadı. Hukukun dalları çok mütenevvi hâle geldi. O bakımdan Fakülte tahsil süresine, özellikle de programına bir daha atf-ı nazarda faydalar vardır” derdi (yıl 1969).

ÖZTOPRAK SAĞIR Meral, “Güncel Gelişmeler Işığında Türkiye’de Hukuk Eğitimi”, *Araştırma Raporu*, s. 114, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2010.

93 ÖZTOPRAK SAĞIR, s.144. BÜYÜKGÜMÜŞ, s.12.



ise, '*sihâm-ı kazaya*', hukuku öğretenler, uygulayanlar ve de onlara yardımcı olan elemanlar neden oluyor. Şöyle ki,

1. 1913 tarihli bir '*Memûrîn Muhâkemâtı Hakkında Kanun-ı Muvakkat*'imiz vardı. Harp yıllarında çıkarılmış bir Kanun da olsa gerçekten alanını tam olarak düzenleyen bir Kanun idi. Bilindiği gibi bu Kanun 1999 yılında 4483 sayılı kanunla kaldırıldı. Ben burada yalnızca eski metnin okunuşundaki yanlışlıkların ilgâ zamanına kadar sürdürüldüğünü gördüm. Bakanlıktan hiçbir yetkili de resmen harekete geçip bu hataları düzeltmedi.

11. Başta A-Z'ye Anayasa Hukuku Hocalarımız olmak üzere, mevzûât neşriyle uğraşanlar bizi, 1876 tarihli Kanûn-ı Esasînin '*Mevâddı Şita*' şeklinde okunan -doğrusu '*Mevâdd-ı Şettâ = Çeşitli Hükümler*' veya '=Değişik Maddeler'dir (md. 113-119) okunuşuna götürdü. Onlar hâlâ bizi *kış maddelerinden* kurtaramadılar, hataları sürüp gitmektedir. Kanûn-ı Esasînin madde metinler kim bilir nasıl okunmuştur? İşin üzücü yanı bu tür Anayasa Külliyâtı, şimdilerde bile Üniversitelerde o branşlarda çalışanların el altı temel kaynaklarındandır.

111. Ankaraya, taşradan (Erzurum Atatürk Üniversitesinden) gelen bir akademisyen olarak ilgilendiğim mevzûâtta bazılarındaki resmî hataları, resmi ve özel mahfillerde dile getirdiğimde ya sadece haklısın demişler ya da hatalarında ısrar etmişlerdir. Mesela, mülgâ 765 sayılı TCK md. 451'de "*Ölüm, failin fiilinden evvel mevcut olup da failce bilinmeyen ahvalin birleşmesi veyahut failin idaresinden hariç ve gayri melhuz esbabın inzımanı yüzünden vukua gelmiş ise....*" Metninde geçen "*... failin idaresinden...*" düzenlemeye uymamakta, asıl eski harfli metin "*failin iradesinden*" şeklinde iken ilk okuyan nasıl okuduysa bu iş; '*.... veyahut failin idaresinden hariç...*' ibaresi 2005 yılına kadar sürüp gelmiştir.

11v. Keza yine mülgâ TCK md. 245'de "*Kuvve-i cebriye imaline memur olanlar ve bil-umum zabıta ve ihzar memurları memuriyetlerini icrada bir kimse hakkında suimuamele veya cismen eza verecek hale cüret eder yahut o kimseyi darp ve cerheylerse....*" Maddede geçen '*Kuvve-i cebriye imali...*' terkihi hakkında muhatabınıza diyorsunuz ki, kuvve-i cebriye üretilmez, imal edilmez ama '*istimal edilir*'=kullanılır' demenize rağmen yetkililer anlamaya da yazmıyorlar ve aslını da araştırmıyor. Metinde geçen *kamu görevlileri kuvvet üretmez ama kuvvet kullanır*. Vaktinde Arap harfli aslından okuyan birisi öyle okumuş eski kelimeyi yakıştırmış gitmiş. Ne yaparsınız? Yeni nesil, harf inkılabı sebebiyle tarihî yorum metoduyla metni yorumlayamıyor, kelimenin aslını göremiyor görse de okuyamıyor vs.

v. Bu korkunç durum sadece kelimelerde mi? Hayır. Kanun adlarında da durum bundan farksızdır. Mesela Osmanlı Meclis-i Mebusânı tarafın-



dan çıkartılan, 09/08/1909 tarihli '*Tatil-i Eşgâl Kanunu*' (Grev Kanunu =İşi ya da işleri bırakma Kanunu) bugünkü anlamıyla o Kanun zamanın ilk *Grev ve Lokavt Kanunudur*. O günkü demiryolu, tramvay, liman ve aydınlatma işkollarını ilgilendiren bir kanun idi. Bu kanuna istinaden bir de "*Ta'til-i Eşgâl Cemiyetleri Hakkında Kanun-ı Muvakkat*" çıkartılmıştı. Latin harflerine aktarılırken tamam düzgün aktarıldı. Metin içeriğinin okunuş, aktarılış sıhhati derecesini bilmiyorum ama bildiğim bir şey varsa sonraki üçüncü, dördüncü aktarıcılar, sanki ilk okuyuşta yanlışlık varmış gibi hareketle yasanın adını '*Tatil-i Eşkâl Kanunu*' adına çevirmezler mi. İş ve meşgûliyetler anlamına gelen '*Eşgâl*'i, şekiller anlamına gelen '*Eşkâl*' yapıyorlar yani '*Şekilleri çizme ve bozma kanunu*' olur çıkar. Sonra da bu yanlışlığı, yayımlanmış hukuk kitaplarında düzelt düzeltbilirsen...

vi. Bu konuda bir diğer örnek ise, 1925 tarihli ve 661 sayılı "*Hükümet Namına Vukubulacak Müzâyede, Münâkasa ve İthalât Kanunu*" ile mülga TCK'da md. 366: "*Her kim Hükümet hesabına olarak icra kılınan müzâyede ve münâkasada şiddet veya tehdit ile veya hediye ile rekabeti meni veya ihlal... müzâyede ve münâkasada pey sürenleri çekilmeğe sevkederse.... /Eğer fail müzâyede veya münâkasaya memur olan kimse ise ...*" ve md. 368'de "*Bir kimse kendisine veya başkasına ... mukabilinde müzâyedeye veya münâkasaya devamdan istinkâf suretiyle...*" İşte bir kanun adında ve mülgâ TCK'da iki maddede geçen '*münâkasa*' kelimesini, sözlükten, kanun ve maddelerin nerelerde ve ne amaçla konulup uygulandığını merak etmeyen hukukçular ve âsâyîşten sorumlu emniyetçiler '*münâkasa*' yaptılar çıktılar. Eleştirilerimi ilettiğim bazı yayımcılar teşekkürle karşılayıp hatalarını düzeltme cihetine giderlerken bir kısmı hatasında ısrarla ve düz mantıkla hareketle pişkince '*her münakaşa fesada, kamu düzeninin bozulmasına neden olur ve o nedenle benim okumam doğrudur, başkalarında baskı hatası vardır...*' deyiverdi.

vii. Hukuk Fakültesinde öğrenciliğim sırasında Medeni Hukuk dersi Eşyaya Hukuku (Aynî Haklar) imtihanında (yıl 1964-65) iki kelimeyi; '*tutkanlık*' ve '*ayrıntı*' ne demektir? Hukukî durumunu anlatın? Sorusuna takıldım kaldım. Gözetmen asistan hocamız sağ olsun, '*Bir sıkıntın mı var?*' dedi. Ben de '*Şu iki kelimenin ne olduğunu anlayamadım*' dedim. Demez mi '*zilyedlik*' ve '*teferruât*' İşte bu... Cevaba hemen koyuldum. Konu şudur; Hukuk dilinin gelişmesi kendi haline bırakılmalıdır. Hariç müdahaleler sizi yarı yolda bırakabilir. Nitekim yeni TCK'nun ilk metninde '*çıkarmak*', '*çıkarmak*', '*yarar sağlamak*' vs. çıkar aşağı, çıkar yukarı tekrarlandı durdu. Kısa süre sonra bu kavramın geçtiği yerlerin çoğunda '*çıkarmak*' veya '*yarar*' çıktı her ikisine karşılık eskidenberi kullandığımız '*menfaat*' kelimesi girdi. Bu kelime dilimizde önceden yok muydu? Neden



bu taklitçiliğe kapılıyoruz? Dil bakımından bu kadar hassas olan Komisyon diğer yandan mesela TCK'da 'Görev sırasında din hizmetlerini kötüye kullanma' suçunun düzenlendiği md. 219/3. fıkrada; "Kendi sıfatlarından istifade ederek kanuna göre kazanılmış olan haklara muhalif iş ve sözlerde bulunmaya, bir kimseyi icbar ve ikna eden din reis ve memurları hakkında dahi **balâ-daki** fıkra yazılı ceza tertip olunur." Burada geçen '**balâ**' kelimesini yeni kuşaktan kaç kişi anlayacaktır. Kanunda yetmişten fazla yerde kullanılan '**yukarıda**' kelimesi bir de burada kullanılsa ne olur?

viii. Biz öğrenciye; '**olası kasıd**' ile '**bilinçli taksir**' arasındaki farklılıkları hâlâ anlatamıyor, öğretemiyorsak diğerlerine nasıl anlatacağız? Zira hukukçu önce kendi diline, dilinin mantığına sahip ve vakıf olacak ki, sağlıklı idrak ve sonuç ortaya çıkarılsın. Bu hayıflanmamı da şunun için burada kaydediyorum; Bir gün Ankara Adliyesinen taşradan talimâtla bir dosya gelir. Bir hukukçu öğretim üyesi, iki de trafik bilirkişisinden oluşacak üç kişilik heyet oluşturulur. Olay Yeni TCK'nun yürürlüğe girmesinden yaklaşık altı yıl sonra meydana gelen ölümlü bir trafik kazası. Kurallar ve kavramlar artık yerleşmiş vs. Rapor sonunda kanaatim; '*... kazanın bilinçli taksirle meydana gelmiş olduğu noktasındadır*' dedim. Diğer iki, Trafik uzmanı bilirkişi heyeti üyeleri; "*Hocam bize neden muhalif kalıyorsunuz? Zira bu türlü kazalarda biz yirmi seneden fazladır rapor yazarız ve hep '... olay taksirle meydana gelmiştir.'*" Kanaatıyla raporumuzu bağlarız dediler ve beni eleştirmeye kalkıştılar. Ben sadece 'Sizin amel ettiğiniz o kanun uygulamadan kalktı, 2005 yılı sonrası hukukuna ayak uydurmak zorundayız.' dedim. Rapor öylece ikiye bir gitti bidâyet mahkemesine. Sorun sadece hukuk tahsili ve hukuk öğrencileri değil, sorun adli mekanizma (machinery of justice)'da görev alan herkesin sorunudur. Ondan sonra bir daha adliyenin bilirkişi listesine başvurmadım. Allah hâkimlerimize yardım etsin.

Mecelle Şârihi Ali Haydar Efendinin de yukarıya alınan görüşlerine ve günümüz telakkilerine göre de, toplumun insan kaynağı açısından kaymak tabakasını oluşturan mesleklerden birisi de yargıdır. Burada çalışan profesyonellerin düşünme kapasitelerini artırıcı, yabancı kültür ve bakış açılarını tanıyarak çok değerli bir mukâyese ve zenginleşme imkânına sahip olmalarını sağlamak kaçınılmazdır. Çalışanlarda müşâhade edilen yabancı dil bilgisi eksikliği ve yetersizliği, Türkiye gibi ülkelerde bir süre sonra hukukun özgürce düşünme ve yorumda bulunma yeteneğini kaybettirir. Hep başkalarından aktarmalar ve kopyalamalarla (eski ifadeyle mukallidlikten öteye gitmeyen işlerle) vakit geçirilir.

Mesela talebeyle ders saatini paylaşırsınız. Son on-onbeş dakikayı soru sormalarına ayırırsınız. Ama onlar yine soru sormuyor ve soru sormadan, tartışmadan, analitik düşünceyi öğrenmeden saatleri, günleri ve yılları ge-



çirip mezun olup gidiyorlar. O nedenle de eğiticilerin, anketçilerin dediği gibi 'Sistem tek taraflı bilgi aktarmaya ve belletmeye dayanan bir sistem' olarak tanıtılıyor, niteleniyor.⁹⁴ Oysa hukuk fakültelerinde uygulamada durum hiç de öyle değil ama teknoloji bağımlısı haline gelmiş öğrencide üretme kabiliyeti kalmamıştır. Öğretim yöntemi, öğretim görevlisinin derse girerek tek taraflı bir şekilde ders anlatması şekline dönüşmektedir. Arada bir öğrencinin soru sorması ve cevabını alması bu niteliği maalesef ortadan kaldırmıyor. Bu sıkıntıya bir ölçüde öğretim elemanlarının temel eğitim alanındaki bilgi becerileri ve modern öğretim teknikleri konusunda yeterli donanımına sahip olmayışı da yol açmaktadır. Hukuk fakültelerinde temelde öğretim tekniği taktir şeklindedir ve şimdilerde ara ödevleri verilmek suretiyle öğrencilerin de sınıf içerisinde ders sunumu ve katkıda bulunması sağlanmaktadır. Ne var ki, bu kez de teknolojik ortamda '*kes yapıştır, power point yap, sür ekrana...*' olmaktan öteye gitmiyor. Bunu yalnız öğrenci yapmıyor öğretim elemanları daha çok yapıyor. İşte o zaman onlar da dil fukarası haline geliyorlar. Teknoloji kullanımı alanındaki uyarılarınız sanki 'Matbaa yeniliğine karşı durma' şeklinde bir direniş olarak algılanıyor.

Söz buraya gelmişken; ben çok eski mevzûât⁹⁵ göre doçentlik sınavından geçen birisiyim. O dönemde doçent olacak birisi, bir de *deneme dersi* verir, bir hukukî vaka çözümünü sunardı. Bu aşamada beş kişiden oluşan jüri, sizin zamanı, tahtayı kullanışınızı, dersi taktirinizi, kelime telaffuzunuzu ve de mimiklerinizi izlerdi. Sınavın bu aşaması, nihâî sonuca %15 ile 20 oranında etkiliydi. Doçentlik Jürimin başkanı rahmetli Coşkun Üçok idi. Cübbeyi giydirdikten sonra, kulağıma eğilerek 'Evlâdım senin sol gözünde bir sorunun mu var? Göz mimiklerin farklı idi.' Dedi. Ben de 'Evet sol gözüm tembeldir. Ondan kaynaklanmış olabilir, Hocam' dedim. O da sağ olsun 'Aman evlâdım sizler gençsiniz, hizmet edeceksiniz bir ân önce onu tedâvî ettir...' tavsiyelerinde bulunmuştu, yıl 1976. Şimdiki doçentlik mevzûâtına hele bir bakın! Jüriyle toplu olarak böyle bir deneme dersinde muhatap olmak nerede?!

Binâenaleyh adliye ve hukuk alanında yapılacak reform çalışmalarında zihniyet reformunun veya modernizasyonunun hedeflenmesi gerektiği herkes tarafından istenir. Bu nasıl gerçekleştirilecektir? Soruya cevapta ilk akla gelen programlardır. Elli yıllık eğitim-öğretim hayatında karşılaştığım ilk ve tek şey başa gelen her yeni yöneticinin hararetle ve hemen programlarda bir değişiklik yapma girişimleridir. Akademik Kurul toplanır, program ele alınır, hangi ders girsin, hangi ders çıksın? Han-

94 PEKCANİTEZ Hakan, (Konuşma), "Hukuk Öğrenimi ve Hukukçunun Eğitimi", **Uluslararası Toplantı**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2004, s. 111.

95 1750 sayılı Üniversiteler Kanununun ve ona istinaden çıkarılan yönetmeliklerle.



gisi çok önemli, hangisi az önemli? Hangisi, hangisi... Her hoca kendi dersine sahip çıkar, taviz vermez ve garibân yöneticinin aşkla ve şevkle başladığı yenilik arzusu kursağında kalır. Zira yükseköğretimde bir ders tartışmaya açıldı mı ders görevlileri hemen tavır alırlar. Onlar görevlerine son verileceği kanısına kapılıverirler. Hakikat hiç de öyle değilken işi sulandırırverirler. Yapılması gereken bir husus varsa o da projeler ülkesi olan Türkiye’de, yapılmış verimli alan çalışmalarını tepeden inme uygulamaya koymaktır. Bu konuda en önemli sıkıntı yine öğretim elemanı sıkıntısıdır. Yetişmiş, yetkin öğretim görevlisi bulmakta yaşanacaktır. Bunu da sağlamak Devletin ve tüzelkişilerin konuya iltifat etmesine bağlıdır. Eğitim-öğretim işi teknik üretime benzemez. Uzun vadedir ama bir de ürün almaya başlayınca ürününüz belki asırlarca müşteri bulacaktır. Bazıları haklı olarak “Türkiye, hukuk fakülteleri için öğretim görevlisi yetiştirilirken ne yazık ki hukuk tarihi, hukuk felsefesi, hukuk sosyolojisi, adli psikoloji gibi temel kamu hukuku alanlarına yeterince yatırım yapmamıştır...” diyerek hayıflanırlar. Ne var ki, hukukun o branşları mensuplarının dışarıda iş ve de ek kazanç bulma imkânı var mıdır? Yok diyecekseniz o zaman bu branşlara, parasal yönden destek bulmak zarureti vardır. Osmanlı kadılık müessesine değinilirken bu konuya da kısa da olsa yer verilmiştir.⁹⁶

XXV. GÜNÜMÜZDE; HÂKİM-SAVCI ADAYLIĞI İMTİHANI

Şimdilerde Adli Yargı hâkim ve savcı adaylığına iki kaynaktan eleman temin edilmektedir; 1. Doğrudan hukuk fakültesi mezunları; 11. Mesleklerinden en az beş yıl çalışmış ve kırk beş yaşını doldurmamış avukatlar. İdarî yargıda da durum hemen hemen aynıdır. Sadece Fakülte çıkışlı olma çeşitlenmektedir. İmtihan da yazılı ve sözlü olmak üzere iki aşamalıdır. Yazılı sınav Adâlet Bakanlığı ile Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi’nin imzaladığı protokol kapsamında ÖSYM tarafından yapılır. Yazılı imtihan test usulüdür; Genel Yetenek ve Genel Kültür ile Alan Bilgisi olmak üzere iki ana kısımdan ibarettir. Alan Bilgisi soruları da anayasa hukuku, medeni hukuk, borçlar hukuku, hukuk yargılama usulü, ticaret hukuku, icra ve iflas hukuku, suç hukuku, suç yargılama usulü, idari yargılama usulü ve idare hukuku konularından hazırlanmaktadır.⁹⁷

Bu sınavın tümü ve alt kısımları hakkında lehte ve aleyhte birçok eleştiri ortaya konulmuştur. İlk eleştiri, test usulü sınav, doğru bir yöntem

96 Bu ve diğer tesbitler için bak; ÖZTÜRK Hakan, “Hukukçuların Eğitimi”, *Türkiye Adâlet Akademisi Dergisi*, Ankara, Nisan 2010, Sayı 1, s. 173. “Hukuk Öğretimi Sempozyumu”, editör; Adnan Güriz, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1993; “Hukuk Öğrenimi ve Hukukçunun Eğitimi” *Uluslararası Toplantı*, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2004.

97 ALDEMİR Hüsni, *Hâkimlik ve Savcılık Mesleğinin Temel Esasları*, s. 321 vd. Ankara, 2013.



olarak kabul edilebilir mi? İkincisi bu güzide mesleklere alınacak elemanların bilgi seviyeleri o anda sorulan test sorularıyla ölçülebilir mi? Zira adayların kendilerini ifade becerileri, test sorularıyla anlaşılacak bir durum değildir. Test tecrübesine ve şansa bağlı bir husustur. Yazılı anlatım becerisi ile ilgili yapılan bir çalışmada hâkim ve savcı adaylarının yarısının başarısız olduğu bir yerde, test tekniğinin bırakılması gerektiğini düşünenler vardır.⁹⁸ Adayların, Osmanlı uygulamasında görüldüğü gibi en az birkaç senelik alan tecrübesi ve pratiğinden sonra bakalorya (olgunluk) imtihanı türü; alan bilgisinin temel bölümlere ayrılarak her birinden problem çözme temelli, yazılı anlatım becerilerinin de ölçüleceği sınavların yapılacağı bir sisteme geçilmesi gibi bir uygulama yerinde olur. Adâlet Bakanlığında Müsteşar Yardımcılığı görevinde bulunmuş, sonra da Yargıtayda üye daire başkanlığı görevinde bulunmuş rahmetli E. D., ile Yüksek Hakem Kurulunda bir sohbet esnasında, 'Fakülte mezunlarının bilgi bakımından yetersizliği, eksikliği' tesbitini ifade etmiş ve karşılaştığı şu misali anlatmıştı; Adaya '*Fesih hakkı nedir? Bildiklerinizi anlatın.*' Alınan cevap: '*Fes; II. Mahmut zamanında giyilmesi zorunlu kılınan Cumhuriyet döneminde de giyilmesi yasaklanan bir giysidir. Şapka inkılâbı Kanununa göre de bu giysi yasaklanmıştır.*' Meselenin temelinde, zihniyet ve ciddiyet problemi vardır. İngilizce gibi bir kısım yabancı dil sınavlarında hem test hem de anlatım türü sorulardan oluşan imtihanlar elektronik ortamda yapılabilirken bu güzide meslekte neden olmasın. Her türlü mahremiyetle hazırlanan test sorularını çalmaya becerikli olan kafalar biraz daha kendilerini yorarlarsa bu işin kolay yanları bulunabilir. Yoksa münhasıran insanların yaptığı sınavlarda da maalesef şâibelerden kurtuluş olmamaktadır. Üçüncü bir eleştiri ise, genel yetenek ve genel kültür alanında bir hukukçu için en önemli disiplinlerden biri olan *edebiyât* ve *hukuk metodolojisi, klasik mantık* gibi dersler bulunmamaktadır. Eskiden Osmanlı dönemi sosyal ve din bilimlerinde ana bilim dallarının birer usul dersleri kısmı vardı. Mesele Tefsir Usulü, Usul ü Fıkıh vb. gibi. Ben hukuk metodolojisi dersini merhum Orhan Münir Çağal'ın kitabından ve hukuk Felsefesini ise Abdülhak Kemal Yörük'ün Hukuk Felsefesi Dersleri kitabından okudum ve o kaynaklara zaman zaman müracaat ederim. Test kolik olan ve belli kişilerin test soru kitapçıklarıyla sıkışıp kalmaları, onları etraflı ve hazırlayanlardan bağımsız düşünmeden alıkoymaktadır. Hiç unutmam, Rahmetli Sıddık Sami Onar, İdare Hukuku Dersi sözlü imtihanında⁹⁹ öğrenciye '*Söyle bakalım Resmi Gazete nedir ve nerede neşrolunuz?*' dedi. Öğrenci de cevaben '*Bâb-ı Âlide neşrolunan günlük bir gazetedir.*' şeklinde cevapladı. Merhum

98 BÜYÜKGÜMÜŞ İsmail, s.14, 15.

99 O zamanki imtihanlar iki aşamalıydı. Önce klasik tipte -olay sorusu şeklinde- bir yazılı ve bu imtihandan geçer not alan sözlü imtihana alınır. Sözlü imtihan alenî idi. İdare Hukuku gibi derslerde yazılı imtihan oranı en iyimser yüzde ile %20 mertebelerinde idi.



hoca; 'Daha çevresini, Resmi Gazeteyi tanıyamamış öğrenciyi not verilir mi?' demiş ve öğrenciyi dersten bırakmıştı. Şimdilerde ara sınavlarını da final sınavlarını da test usulü yapmak, ders Hocalarının da işine gelmektedir. O nedenle temel mesele, *mantalite ve işin önemini kabullenmedir.*

Takip edebildiğim kadarıyla adaylar, yazılı imtihanda, belli bir taban puanın üzerinde ve en yüksek puanı alan adaylar mülâkâta çağrılmaktadır. Mülâkâta ilgili, bir nevi şifâhî testten geçirilmektedir. Adayın o andaki hâl ve tavrı üyeler üzerinde ne gibi bir izlenim bırakıyorsa başarı noktası bir bakıma odur. İşte o zaman da beşerî bazı tasannular sergilenmekte ve kişisel takdirler sergilenmekte ve konu kaybedenlerce eleştiriye açık hale gelmektedir. Hukuku bitiren genç eleman önce bir denize atılsın, toplumun içine girip kendi alanında yaptığı pratiklerle pişsin ve kişiler üzerinde bırakacağı kaniya göre yine sınava tabi kılınacaksa kılınınsın ve geçen yılları da gözönünde bulundursun. Kurulun teşekkülüyle ilgili ne kadar öneri yapılırsa yapılsın, işin içerisinde, kurula katılan insan olduğu sürece konu eleştiriye hemen her zaman açıktır. Ama şurası da bir gerçek ki, bir yarışın kazananı ve kaybedeni olacaksa o zaman kaybeden her zaman dedi-kodu çıkaracaktır.¹⁰⁰

XXVI. GÜNÜMÜZDE; HÂKİM VE SAVCI ADAYLIĞI DÖNEMİ

Şimdilerde hâkim ve savcı adaylığı rejimi 2802 sayılı "Hâkimler ve Savcılar Kanunu" ile 4954 sayılı "Türkiye Adâlet Akademisi Kanunu"nda düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere göre anılan branşlar için alınan adaylar, adaylık döneminde hâkim ve savcılar sınıfına değil, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunundaki genel idare hizmetleri sınıfına dâhildirler.

Test ve mülâkâttan sonra hâkim ve savcı adaylığına atananların staj süresi **iki yıldır**. Sürenin önemli bir kısmı mahkemeler, Yargıtay ve Danıştay'da, bir kısmı da Türkiye Adâlet Akademisinde geçirilmektedir. Bu demektir ki, çalışkan, gayretli bir öğrenci çok genç denilecek bir yaşta hâkim veya savcı adaylığına atanabilir. Bu durum da kazaya (yargıya) atılan bir *sihâm-ı kaza* sayılabilir. Buraya kadar da sıklıkla değinildiği gibi bir hayat tecrübesi ve olgunluk gerektiren mesleğe henüz 23-24 yaşlarında iken kişi başlayabilmektedir. Bir yanda ciddî miktarda hâkim ve savcı açığı var, öbür tarafta ise böyle önemli bir mesleğe giriş için öngörülen iki yıllık staj süresi yeterli olmamaktadır.¹⁰¹

Türkiyede en değersiz ve bereketsiz şey zamandır, ömürdür. Temel

100 Sınavlar hakkında ayrıntılı bilgi ve de eleştiriler için bak ALDEMİR, s. 322 vd. YILMAZ Halit, "Hâkim ve Savcı Adayı Alımında Mülâkât Sınavına İlişkin Hukuksal Sorunlar", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Mart-Nisan 2011, Yıl 23, Sayı 93, Ankara; BÜYÜKGÜMÜŞ, s. 15.

101 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bak 2802 sayılı Kanun md. 28 ve geçici md. 11; 4954 sayılı Kanun md. 10.



sorunun çözümünde hemen hemen çoğu kişi; ‘Öyleyse staj süresini uzatalım olup gitsin.’ Teklifiyle ortaya çıkmaktadır. Bu teklifte bulunanlar hâkim veya savcı ise, acaba onlar o tezgâhlardan geçmediler mi? Stajlar nasıl geçiriliyor; verimli mi, değil mi? Maiyyetine verilenlerle, hâkim (üstad) ne kadar ilgileniyor? Çoğu yerde imza çetelesi, zabıt kâtabi bölümündedir, at imzayı çek git şeklindedir. O yaştaki insanımızda da ‘nasıl olsa staj sonunda iş garantisi var, öyleyse kadroda öğreniriz.’ düşüncesi baskındır. Kadro ona acaba bu öğrenme fırsatını verecek mi? Bir meslek mensubu; “... Staj süresi iki yıldan kesinlikle az olmamalı ve staj **altı yıla** çıkarılmamalıdır. İki yılı mevcut staj gibi olmalı bundan sonra, adaylar dört yıllığına yardımcı hâkim veya yardımcı savcı olarak atanmalıdır. Oysa geçmişteki savcı yardımcısı ile şimdiki yardımcı savcı ifadesi ne farketirir? Bu aşamada yardımcı hâkim ve savcılar bir hâkim ve savcının tüm yetkilerine sahip olmalı fakat bunlar mutlaka **dört yıllık** bir deneme sürecinden geçirilmelidir. Deneme süresi içerisinde de iyi planlanmış mesleki eğitimlere alınarak yetkinlikleri artırılmalıdır. Bu dört yılın sonunda hâkim ve savcı yardımcılarını bağımsızlığı ve tarafsızlığı güvence altına alınmış, son derece şeffaf çalışan, değerlendirme yapacağı kriterler iyi tanımlanmış bir komisyon tarafından her açıdan değerlendirilerek hâkim ve savcılığa alınmayı hak edip hak etmediklerine karar verilmelidir.”¹⁰²

Bu teklif, Osmanlı Kâdîlık müessesesindeki yerleşik uygulamaya bir ölçüde işaret etmektedir. Ancak burada yine bir anekdot arzedeceğim; YHK’nda üye iken yıl 2008, öğretim üyesi olduğum Güvenlik Bilimleri Fakültesinin dekanıyım. O zamanki YHK Başkanı Zât, ‘Ali Hoca bu sene sana Yargıtaydan ders görevlisi olarak öğretim elemanı veremiyoruz. Ona göre başıyın çaresine bak’, dedi ve sözlerine şöyle devam etti; ‘Zira adliye mensubu kişi, eşinin ya da çocuğunun hastalığını bahâne ederek taşradan Ankaraya Yargıtay veya Danıştaya tedkik hâkimliğine gelmek istiyor ve geliyor da. Bir süre sonra bir dilekçe, yüksek lisans yapacağım izin..., bir süre sonra aynı kişi, (X) öğretim kurumunda ders vermek istiyorum izin... Çocuk ne mazeretle geldi? Hastalık tedavisi. Sonrası böyle... Öyle olunca kendisine ‘Evlâdım sen Tedkik Hâkimliğine talip olarak geldiğine göre otur iş üret, başka işlere, dışarıya gitmeye izin yok dedik ve sızlanmayı kestik. Bakalım ilke ne kadar başarılı olabilir...’ İşte ülkemizde durum budur. Konu *zihniyet ve mesleğe kendisini verebilme* sorunudur...¹⁰³

Duyulan sıkıntıların izâlesi için zaman zaman kafa yoranlar olmuş, Rahmetli Kemal Sunal’ın ‘*Hâkim Bey*’ komedi filmine veya merhum Abdurrahim Karakoç’un ‘*Hâkim Bey*’ şiirine konu olmaya devamın bir ba-

102 BÜYÜKGÜMÜŞ İsmail, s.16.

103 AKGÜL Ahmet, “Hukuk Öğrenimi ve Hukukçunun Eğitimi”, *Uluslararası Toplantıda Yaptığı Katılım*, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2004, s. 224, 226.



kıma önünü almak üzere 2003 yılında Türkiye Adâlet Akademisi kurulmuştur.¹⁰⁴ Adli eğitim ile ilgili olarak kurumsal alanda geleceğe yönelik yapılan en önemli yeniliklerden birisi olmuştur. Türkiye Adâlet Akademisi'ne eğitimin yanında danışma, yardım, inceleme, araştırma, yayın, dökümantasyon, çeviri gibi bilgi teorisi açısından çok önemli ek görevler de verilmiştir.

Türkiye Adâlet Akademisi Kanununun çıkması ve bununla bir eğitim kurumunun kurulması önemli bir aşamadır. Her yasada olduğu gibi burada da eksiklikler kuşkusuz olabilir. Zamanla düzeltilebilir. Önemli olan, Yargıyı eleştiri oklarından nasıl kurtarabiliriz? Bu güzîde kurumun katkısı ne ve ne kadar oldu ne kadar daha olabilir?¹⁰⁵

XXVII. GÜNÜMÜZDE; HÂKİM VE SAVCI AYRIMI

Hâkim ve savcı ayrımı 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu md. 10 uyarınca adaylar belli bir sürede stajını tamamladıktan sonra hâkim ve savcı ayırımına tabi tutulmaktadırlar. İş tercihe bırakmanın yanında herkes her şeyi eşit şekilde bilmelidir mantığından hareketle komple bir stajda yarar vardır. Çünkü hayatta bugün savcı iken yarın hâkim olma, bugün hâkim iken yarın savcı olma durumları her zaman olabilir. Zira departmanlar arası farklılıklar verimsizliğe yol açabilir. Hâkim adaylarının mesleğin ilk başlarında çoğu zaman hem hukuk hem ceza mahkemesine aynı anda bakma şeklindeki uygulama adaylık sürecinde de kendini gösterir. Adaylığın başlangıcında hâkim ve savcı ayrımı ile birlikte hâkimlerde kendi aralarında hukuk ve ceza hâkimi olarak ayırımına gidilmesi kaynak israfına neden olabilir. Adâletin tevzii ve tesisi bir bütündür. Hâkim her an komple bir olayla karşılaşabilir. Bu durumda ilgi alanım değildir, diyerek görevsizlik, ihtisas alanı dışı şeklinde bir olay yaşanmamalıdır. Zira böyle durumlar, *yargılamanın ekonomik boyutunu da yargılamanın çabukluğu* boyutunu da olumsuz etkiler.¹⁰⁶

Kaliteyi artırma ve bilgide paralelliği artırıp geliştirme uğruna kurulan Türkiye Adâlet Akademisi Eğitim Merkezinde gerçekleştirilen eğitimle ilgili olarak dönem sonunda sınav konulmuştur. Bu konu 4954 sayılı Kanunu md. 28.'de şöyledir: *“Eğitim sonunda adaylar, eğitim süresi içinde kendilerine öğretilen konularla ilgili olarak yazılı sınava alınırlar. Eğitim sonunda yazılı sınavda başarı gösterenlerin mesleğe kabulleri ile atanmaları 24/02/1983 tarihli ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu hükümlerine göre yapılır. Eğitim sonunda yazılı sınavda başarı gösteremeyenlere iki ay içinde bir sınav hak-*

104 23/07/2003 tarih ve 4954 sayılı Türkiye Adâlet Akademisi Kanunu.

105 Türkiye Adâlet Akademisi Kanunu ile ilgili tesbit ve eleştiriler için bak; BÜYÜKGÜMÜŞ İsmail, s.17, 18 vd.

106 Karşı yaklaşım ve yeni teklifler için bak BÜYÜKGÜMÜŞ İsmail, s. 19-20.



kı daha tanınır; bu sınavda da başarılı olamayanlar, talepleri hâlinde Bakanlıkça merkez veya taşra teşkilâtında genel idare hizmetleri sınıfında bir kadroya atanabilir, aksi hâlde bunların adaylığına Bakanlıkça sonverilir. Yazılı sınava ilişkin hususlar yönetmelikle düzenlenir.”

Kanunda yer verilen böyle bir düzenleme, adayın kendisini ifade tarzını olay çözme kabiliyetini anlama bakımından yerinde bir durumdur. Ancak bir eksiklik peşinden yine meslekî yeteneği ve alanındaki performansını anlama bakımından mülâkâtı da getirmek gerekebilirdi. Ne var ki, ‘Sütten ağzı yanan ayrıntı üfleyerek içer.’ darb-ı meseline olduğu gibi, bir ara yapılan sözlü mülâkât sonuçları, iptal davalarına konu olmuş ve İdârî Yargı tarafından hep iptal edilmiştir. Bakanlık nerede ise sınav yapamaz, atamada bulunamaz, eli-kolu bağlı hale gelmişti. O nedenle de işi hep kanunla düzenlemeyi tercih etti. Her ne kadar bazıları, haklı olarak, ‘*Bu gibi işler yönetmeliğe bırakılmalıydı*’ diyebilirse de icranın bu konuda çektiği sıkıntıları, ‘*Ağaçtan düşmeyen anlayamaz.*’ ifadeleri gerçekten çarpıcıdır.

Eğer bu sınav sistemiyle adayların derslere gösterdikleri dikkat ve özen gerçekten anlaşılabilirse o zaman didtemin aksayan yanları düzeltilebilir. Daha önce de ifade edildiği gibi. Hukuk Fakültesinde öğrenci iken sadece Medeni Hukuk alanında son sınıfta Bakalorya imtihanı olduk. Süre 4 saat ve büyük boy en fazla 12 sayfalık kâğıt verilen, uzun süreli bir sınavdı. Gerçekten bu bir lisans öğrencisi olarak kendimizi rahat ifade edebilme fırsatıydı. Mürekkepli kalem ve mümkünse az çizik ve kazıntı vs gibi sınav kuralları ve uyarlar vardı. Şimdi burada da böyle bir komite türü imtihan neden olmasın? Her ne ise, şöyle veya böyle kişileri zaman zaman testten geçirmekte yarar vardır. Ne var ki, sınavla ilgili bir husus, sınavda kalmanın sonucu uygulanacak yaptırım nedir? Akademi de eğitim dönemi sonunda adaylara iki sınav hakkı tanınmakta, ikisinden de “... başarılı olamayanlar, talepleri hâlinde Bakanlıkça merkez veya taşra teşkilâtında genel idare hizmetleri sınıfında bir kadroya atanabilir, aksi hâlde bunların adaylığına Bakanlıkça sonverilir...” (md. 28)

Bazılarının konuya yaklaşımı ve sınav sonu başarısızlığın yaptırımını çok ağır bulabilir; sınavın adaylar üzerinde çok büyük bir strese yol açtığı ileri sürülüp sınav kurulunun da gereksiz bir baskı altına almasından sözedilebilir. Ancak şayet kalite yakalanacaksa bir yerde birileri feda edilecek ki, **yargıya atılan kaza okları (eleştiriler) bir son bulsun.** Osmanlı sistemine değinirken ‘*kadınların iki seneliğine atandığına ve bir yıl uzatmayla üç yıl hâkimlik yapabileceklerine, sonra kendilerini, bilgi ve donanım bakımından yenilemeleri için bir süre geri çekildiklerine...*’ değinmişti. Adayın girdiği bu sınavlarda başarısız olduğu için mesleğe kabul edilmeyen sadece bir kişi olmuştur. Bu konuda da yasal düzenleme yapılmak suretiyle ilk iki



imtihanda başarısız olan adaya dönem kaybettirilerek, akademi eğitimini tekrarlaması zorunluluğu getirilip, belli bazı mâlî yoksunluklara tabi kılınması ikinci eğitim devresinde de başarısız olması durumunda mesleğe kabul edilmemesi gibi köklü çözümler belirtilen sıkıntıları giderebilir.¹⁰⁷ Sınav değerlendirmesinde merhamet duyguları zorlanıyor işte o zaman da maraz doğuyor.

SONUÇ

- Yeni Türkiye Cumhuriyeti Devleti, hukuk restonasyonunda tümüyle reformcu bir yaklaşımla hareket edilmiş, topraklar Osmanlı Devleti topraklarından bir parça, millet Osmanlı milletinden bir kesit olarak tevârüs edilmişken hukuk tamamıyla batı hukuk kurallarından iktibas edilmiştir. Asırlarca uygulanıp geliştirilmiş sosyal düzen kurallarından hukuk mirâsı ve bilgisi tamamen bırakılmıştır. Makalede kısaca değinildiği üzere İsviçre ve Alman hukuk sistemi kodife edilirken izledikleri yol ve yöntem Osmanlı'nın başlattığı yenileştirme hareketlerinin tamamen bir benzeriydi. Bu tecrübe o gün bir daha gözden geçirilmeliydi hatta bugün bile bir gözden geçirilmelidir.

- Dört sosyal düzen kuralından (din – ahlâk – gelenek – hukuk) her birisinin hedefi adâleti tesistir. Onsuz bir sistem zulüm ve baskıya dönüşür. Toplumların devamlılığı ve bekası adâletdir ki, bu da sosyal adâlet ve dengeleyici (bireysel) adâlet olmak üzere iki şekilde tecelli eder. Her ikisini de gerçekleştirecek olan bireyler ve bilhassa adaleti dağıtıcı konumundaki hâkimlerdir. Onlara bunu değişik zaman ve zeminde kazandırmak lazımdır.

- Hukukun vicdanîliği ve ahlâkîliğini realize etmek de yine hukukçulara sosyal ve moral değerlerin üstünlüğünü kazandırmaktan geçer. Bu bir bakıma dört tür sosyal düzen kuralının bir sentezini sağlayacak bir beceri kazandırmaktır. Hukukçu, fildişi kulelerde fanus içinde hayat sürdüren birisi değildir. O bir toplum mühendisidir. '*Ol mâhîler ki, deryâ içindedir ama deryâ nedir bilmezler.*' türü bir varlık değildir. Ceza adâletinin **doğruluk, dürüstlikle** gerçeğe ulaşma becerisi kazandırılmış birisi olmalıdır. Bu durum fitrattan çok eğitimle elde edilecek bir meziyettir.

- Yargı gücünün insan kaynağı demek olan savcı ve hâkimler, insanlık tarihinde hem sıra üstü bir gruptur. Hem de himâyeye mazhar bir meslek mensubudur. Bu durum Osmanlıda da farklı olmamıştır. Devletler bir yeri kılıçla fetheder ama orada bekası yine kılıcı yere doğru, tepe aşağı dik duran adâlet terazisinin göstergesi vazifesini gören adalet terazisi iledir. İşte o terâzi ile Selçuklular üç yüz yıl, Osmanlı ise altı yüz yıl Orta Doğu

107 Aksi görüş ve sınavların icra tarzıyla ilgili öneriler için bak İsmail Büyükgümüş; a.g.m. s. 21.



ve Doğu Avrupa – Balkan topraklarında hükümrân olmuştur. Sunulan tarihî bilgiler de bunu göstermektedir. Artık nasıl bir ders çıkarılabilir? Onu okuyan hukukçulara bırakmak istedik.

- Müslüman ve gayr-ı müslim herkese asırlarca uygulanan İslâm hukuku temel ilkelerini ve Osmanlı örfî hukukunu da içeren *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye* yaklaşık sekiz yılda kodife edilmiş, büyük bir toplumun Medenî Kanunu mesabesindeydi. Nitekim Batıda *Ottoman Code Civile* olarak anılır. İşte bu asırların birikimi Kanunun Yargıç ve yargılamayla ilgili *sekiz maddesi hâşiye ve şerhleriyle* birlikte Ali Haydar Efendinin '*Dürrü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâmdan* c. 4/s. 665 vd.dan burada latin harflerine, asıl metne sâdık kalınarak aktarılmıştır. Asırların tecrübeleri ve uygulamalarına dayanarak kodife edilen bu kurallardan bugün dahi çokça yararlanılabilecek kural ve ilkeler vardır. İşte bunları aslından aktarmak suretiyle küçük bir hizmeti hukukçulara sunma amaçlanmıştır.

- Yargıda reform veya iyileştirme çalışmaları yapılırken düşülen en büyük hata, bütün alanın gözden geçirilmesi yerine alt bir iki konunun değişikliğe tabi tutulmasıdır. Yargıda görev alacaklarda niteliği yakalamanın hareket noktası, adayların lise öğrenimine, *lise programlarına* kadar gitme olmalıdır. Lise programı ya da önlisans programı temel hukuk derslerini de içerir şekilde ele alınmalıdır.

- Adayların meslek öncesi eğitimi, bir diğer ifadeyle lisans programları düzenlenirken mutlaka üniversite eğitimi sonrası uygulanan sınavlar ve fiilî uygulamalar hedef alınarak zaman bakımından yeniden şekillendirilmesi gerektiği gibi nazarî ve amelî (teorik ve pratik) yönden yüzde oranlı bir içerikkazandırılmalı, bu amaca matûfen bir daha gözden geçirilmelidir. Hukuk fakültelerinin ders programları yeniden gözden geçirilirken mutlaka hedef kitle ve kurumların beklentileri, uluslararası ilişkilerin hukukî boyutları mutlakâ nazar-ı dikkate alınmalıdır. Yalnızca akademik kadronun değil, Hükûmetin, Baroların, özel sektör mensuplarının görüşleri de programlara yansıtılmalıdır.

- Lise, önlisans ve lisans öğretim ve eğitimi aşamalarında talebeyi kitaplarla buluşturacak, onu sevdirecek, kitap listeleri üzerinden okuma zevkini tadmalarını ve de yapmalarını sağlayacak tedbirler alınmalıdır.

- Öğrencileri hukuk teknisyeni, sadece icra takipçisi bir hukukçu yapma yerine, *icthadda bulunabilme*, bir konuda *senteze varabilme* bilgi ve becerilerini kazandırıcı, hukuk mantığı ve tefsir, hukuk felsefesi, hukuk sosyolojisi, hukuk dili ve edebiyâtı bilgisini geliştirici, adlî psikoloji ve etik, gibi derslere ağırlık veren bir program oluşturulmalıdır.

- Yükseköğrenim sonrası hâkim ve savcı adaylığına giriş için düzenle-



necek yarışlar ve verilecek dersler de lisans programı bilgileri üzerine ve ona göre belirlenmelidir.

- Adli yargı hâkim ve savcı adaylarının meslek öncesi eğitimleri ile ilgili incelemeye bakıldığında eksikliklerin mâlî ve insânî kaynağın yetersizliğinden ziyâde; zihniyet yapısından, şikâyet konusu konulara bakış açısından ve en önemlisi de ciddiyet eksikliğinden kaynaklandığı müşâhade edilmektedir. Bu ciddiyetsizliğin resmî ve özel boyutlarına yukarıda verilen örneklerle değinilmiştir. Çözüm yolu da bu alanlarda dile getirilen noktalarda değişikliğe gitmekten geçmektedir. ¹⁰⁸

108 BÜYÜKGÜMÜŞ, s. 22.



KAYNAKLAR

“Hukuk Öğrenimi ve Hukukçunun Eğitimi” **Uluslararası Toplantı**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004.

“Hukuk Öğretimi Sempozyumu”, (edit. Adnan Güriz) Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1993.

BAYINDIR Abdülaziz, **Şerhiye Sicilleri Işığında Osmanlılarda Muhâkeme Usûlleri**, İstanbul 1986.

AKGÜL Ahmet, ‘Hukuk Öğrenimi ve Hukukçunun Eğitimi’, **Uluslararası Toplantıda yaptığı katılım**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004.

Ali el-Kârî el-Herevî; Cemu’l-Vesâil fî Şerhi’s-Şemâil, İstanbul 1290.

Ali Haydar Efendi (Hoca Emin Efendi Zâde); **‘Dürerü’l-Hükkâm Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm**, İstanbul 1331 baskı c. 4

ŞAFAK Ali/ BIÇAK Vahit, **Ceza Muhakemesi Hukuku ve Polis**, 6. Baskı Ankara 2003.

ŞAFAK Ali, “Mukâyeseli Hukuk Dersi Notları” basılmamış, Ankara yıl: 2011-2012.

Âlim b. El-A'lâ; el-Fetâvâ'l-Tatarhâniyye, -Hâniyye- olarak da bilinir.

Bertrant Russell, Eğitim Üzerine, çev: Nail Bezel, 5. Bası, İstanbul, 2001.

Bezzâzî, Muhammed b. Muhammed; **el’Fetâvâ’l-Bezzaziyye**, Kazan 1308

Ebu’l-Bekâ, Eyyüb, **El-Külliyât-ı Ebi’l-Baka**, Beyrut 1983.

Ebu’s-Suud Efendi, **İrşâdu’l-Akli’s-Selîm ilâ Mezâyâ’l-Kur’âni’l-Kerîm -Ebu’s-Suud Tefsiri**, Bulak 1289.

Ebü’l-Ulâ Mardinî, **Medenî Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa**. İstanbul 1947.

Emile Tyan “Kadı” maddesi, Millî Eğitim Bakanlığı İslam Ansiklopedisi.

KARAKAŞ Eser, Bir Özel Lise Sahibi Olsaydım, Star Gazetesi, 22 Eylül 2012,

ez-Zeylâî, Fahrüddin el-Hanefî; **Tebyiynü’l-Hakâik veya kısaca ez-Zeylâî**, Bolak 1313-1315.

ATAR Fahrettin, **İslâm Adliye Teşkilâtının Ortaya Çıkışı ve İşleyişi**,



Ankara 1979.

UNAN Fahri, 'Osmanlı İdare Felsefesinde Adâlet', **Hacettepe Üniversitesi Adâlet Kitabı**, Ankara 2012.

Fetâvây-ı Hâniyye, İbnu Âbidîn; **Reddü Muhtâr**, İstanbul 1293,

Graham E. Fuller. Yeni Türkiye Cumhuriyeti, (çev. Mustafa Acar), İstanbul 2008.

Haddâdî, Ebu Bekir b. Ali, el-Cevheretü'n-Neyyire -Kudurî Şerhi-, İstanbul 1323.

Hâdimî, Berika Şerhu Tarika -Şerhu Tarikat-ı Muhammediyye.

ÖZTÜRK Hakan, 'Hukukçuların Eğitimi' **Türkiye Adâlet Akademisi Dergisi**, Sayı 1. Ankara, Nisan 2010,

PEKCANITEZ Hakan, (Konuşma), "Hukuk Öğrenimi ve Hukukçunun Eğitimi", **Uluslararası Toplantı**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2004.

İNALCIK Halil, **1004 h./1596 m. yılı adâletnâmesi**, TTK Belgeler, sayı II, s. 105, Ankara 1965.

İNALCIK Halil, **Adâletnâmeler**, (4-14 Aralık 1595) TTK Belgeler, sayı 11, Ankara 1965.

YILMAZ Halit, 'Hakim ve Savcı Adayı Alımında Mülâkât Sınavına İlişkin Hukuksal Sorunlar,' **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Mart-Nisan 2011, Yıl 23, Sayı 93, Ankara 2011

Haskefî Alau'd-Dîn Muhammed; **ed-Dürrü'l-Müntekâ**, İstanbul 1327.

ALDEMİR Hüsnü, **Hâkimlik ve Savcılık Mesleğinin Temel Esasları**, Ankara, 2013.

İbnu Âbidîn, **Hâşiyetü Reddî'l-Muhtar**, İstanbul 1293.

İbnu Âbidîn; **Reddü'l-Muhtâr**, İstanbul 1293.

İbnu Melek Firişteoğlu, **Şerhu'l-Mecma'**, İstanbul 1314.

İbnu'l-Humâm, Kemâlüddîn Muhammed es-Sivâsî; **Fethu'l-Kadîr ale'l-Hidâye** -kısaca Fethu'l-Kadîr veya Feth diye anılır ve bilinir-, Kahire 1319.

HALEBÎ İbrahim, **Mecmau'l-Enhur** (Dâmâd diye de bilinir), İstanbul 1317)

ORTAYLI İlber, **Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devletinde**



Kâdî (Kadı), Ankara 1994.

BÜYÜKGÜMÜŞ İsmail, 'Adlî Yargı Hâkim ve Savcı Adaylarının Meslek Öncesi Eğitimi' **Sorunlar ve Muhtemel Çözüm Yolları, Hukuk Kuramı**, C. 1, Sayı. 2, Mart-Nisan 2014, Ankara.

Joseph Schacht, **Introduction to Islamic Law**, Oxford 1964.

Kâdî Beydâvî, Nâsirüddîn Ömer, **Envarü't-Tenzîl** veya kısaca Beydâvî, Mısır 1388/1968.

AYDIN Mehmet Akif, **Türk Hukuku Tarihi**, 8. Baskı, İstanbul 2010.

İŞPİRLİ Mehmet, **Osmanlı Devleti Tarihi**, c. I, İstanbul 1994.

İŞPİRLİ Mehmet, **TDV İslam Ansiklopedisi**, 'Kâdî ve Kazâ' maddesi,

ÖZTOPRAK SAĞIR Meral, "Güncel Gelişmeler Işığında Türkiye'de Hukuk Eğitimi" **Araştırma Raporu**, s. 114, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2010.

ÖZEKES Muhammet, <http://hukukuislam.blogcu.com/ulkemizde-hukukun-vidan-ve-ahlak-sorunu/1324961> elektronik ortamdaki makalesi. (Dokuz Eylül Üniversitesi Öğretim Üyesi)

ÖZBAY Murat, "Türkiye Adâlet Akademisi Hâkim ve Savcı Adaylarının Yazma Becerileri" Ankara, Türkiye Adâlet Akademisi Yayınları, 2011.

AKDAĞ Mustafa, **İçtimâî Tarih**, c. II, İstanbul 1995.

ERDOĞAN Mustafa, Yargı Reformu, Star Gazetesi, 21 Mart 2007.

ATATÜRK Mustafa Kemâl, **Nutuk**, Nisan 1920 konuşmasından.

BELGESAY Mustafa Reşid, "Mecellenin Küllî Kaideleri ve Yeni Hukuk", **Hukuk Fakültesi Mecmuası**, c. XII s. 561-608, İstanbul 1946.

Mutarrazî, **Ebu'l-Fazl'ın el-Misbâh** -Luknow 1261

Nablûsî Abdu'l-Ganî; **Şerhu Tarika li'l-Hâdimî**, Kahire 1296.

Nizâmü'l- Mülk (Ebu Ali Hasan Tûsi), **Siyâsetnâme**, 1000 Temel Eser, Kültür ve Turizm Bak. Ankara 1982.

ERGİN Osman Nuri, **Mecelle-i Umur-ı Belediye**, c.1, İstanbul 1922.

ÖZTÜRK Osman, **Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle**, 1. Baskı İstanbul 1973.

BARKAN Ömer Lütfi, **İhtisab Kanunları, Tarih Vesikaları**, Ankara 1942.

AKSOY Soner, **Tarihî Süreç İçinde Özgürlük Anlayışı** (İtiraz Etmek



Erdemdir), Ankara 2015.

TAA 10. Olağan Genel Kurul Toplantısı (yayımlanmamış), Ankara, 2013.

TAA 9. Olağan Genel Kurul Toplantısı (yayımlanmamış), Ankara, 2012.

Taftâzânî, Sadeddin Mes'ûd; **el-Mutavvel**, İstanbul 1304.

Tahtâvî, Ahmed b. Muhammed; **Hâşiye ala'd-Dürri'l-Muhtar**, Bulak 1269.

Tarablûsî, Alâu'd-Dîn Ali; **Muiynü'l-Hükkâm**, Bulak 1300.

Tuncer Baykara; TDV İslam Ansiklopedisi, 'Kâdî ve Kazâ' maddesi.

Uriel Heyd; **Studies in Old Ottoman Criminal Law**, Oxford 1973.

Velvâlîcî, Zahîrüddîn Abdurreşîd; **Fetâvâ'l-Velvâlîcî -F. Velvâlîciyye-**.