



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Muhammed Selim TOKOĞLU

İSLAM HUKUKUNDA DAVANIN SIHHAT ŞARTLARI

Temel İslam Bilimleri Ana Bilim Dalı
Yüksek Lisans Tezi

Antalya,2020



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Muhammed Selim TOKOĞLU

İSLAM HUKUKUNDA DAVANIN SIHHAT ŞARTLARI

Danışman

Dr. Öğr. Üyesi Zeki YAKA

Temel İslam Bilimleri Ana Bilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

Antalya,2020

T.C.
Akdeniz Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,

Muhammed Selim TOKOĞLU'nun bu çalışması, jürimiz tarafından Temel İslam Bilimleri Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Programı tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan : Prof. Dr. Ali BAKKAL (İmza)

Üye (Danışmanı) : Dr. Öğr. Üyesi Zeki YAKA (İmza)

Üye : Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Muhammet PEŞE (İmza)

Tez Başlığı: İslam Hukukunda Davanın Sıhhat Şartları

Onay: Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylıyorum.

Tez Savunma Tarihi : 06/07/2020

Mezuniyet Tarihi : 23/07/2020

(İmza)

Müdür

AKADEMİK BEYAN

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “İslam Hukunda Davanın Sıhhat Şartları” adlı bu çalışmanın, akademik kural ve etik değerlere uygun bir biçimde tarafımda yazıldığını, yararlandığım bütün eserlerin kaynakçada gösterildiğini ve çalışma içerisinde bu eserlere atıf yapıldığını belirtir; bunu şerefimle doğrularım.

...../...../ 2020

İmza

Muhammed Selim TOKOĞLU



T.C.
AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU



SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

ÖĞRENCİ BİLGİLERİ	
Adı-SOYADI	Muhammed Selim TOKOĞLU
Öğrenci Numarası	20175249013
Enstitü Ana Bilim Dalı	Temel İslam Bilimleri
Programı	Tezli Yüksek Lisans
Programın Türü	(X) Tezli Yüksek Lisans () Doktora
Danışmanın Unvanı, Adı-SOYADI	Dr. Öğr. Üyesi Zeki YAKA
Tez Başlığı	İslam Hukukunda Davanın Sıhhat Şartları
Turnitin Ödev Numarası	1357406743

Yukarıda başlığı belirtilen tez çalışmasının a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana Bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 139 sayfalık kısmına ilişkin olarak, 14/07/2020 tarihinde tarafımdan Turnitin adlı intihal tespit programından Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nda belirlenen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan ve ekte sunulan rapora göre, tezin/dönem projesinin benzerlik oranı;

alıntılar hariç % 4

alıntılar dahil % 12'dir.

Danışman tarafından uygun olan seçenek işaretlenmelidir:

(x) Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşmıyor ise;

Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylarım.

() Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşıyor, ancak tez/dönem projesi danışmanı intihal yapılmadığı kanısında ise;

Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylar ve Uygulama Esasları'nda öngörülen yüzdelerle sınırlarının aşılmasına karşın, aşağıda belirtilen gerekçe ile intihal yapılmadığı kanısında olduğumu beyan ederim.

Gerekçe:

Benzerlik taraması yukarıda verilen ölçütlerin ışığı altında tarafımda yapılmıştır. İlgili tezin orijinallik raporunun uygun olduğunu beyan ederim.

14/07/2020
Dr. Öğr. Üyesi Zeki YAKA

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR LİSTESİ	v
ÖZET	vi
SUMMARY	vii
ÖNSÖZ	viii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

İSLAM YARGILAMA/MUHÂKEME HUKUKU VE UNSURLARI

1.1. İslam Yargılama Hukuku	2
1.1.1. İslam Hukukunun Tanımı	2
1.1.2. İslam Hukukunun Temel Özellikleri	3
1.1.3. İslam Hukukunun Beslendiği Kaynaklar	4
1.1.4. İslam Devletinde Yasama, Yürütme ve Yargı Fonksiyonu	6
1.1.5. Kadâ	7
1.1.6. Toplumda Yargı Sisteminin Önemi	8
1.1.7. İslam Yargılama Hukukunun Tarihsel Serüveni.....	9
1.2. İslam Yargılama Hukukunun Temel Unsurları	13
1.2.1. Kâdı/Hakim.....	13
1.2.2. Mahkûmun Leh/Makdıyyun Leh	14
1.2.3. Mahkûmun Aleyh/Makdıyyün Aleyh	14
1.2.4. Mahkûmun Bih/Makdıyyün Bih	14
1.2.5. Hüküm	14
1.2.6. Hüküm Yolları	15
1.3. İslam Yargılama Hukukunda Dava Nazariyesi	15
1.3.1. Dava	15
1.3.2. Davanın Kaynağı	17
1.3.3. Davanın Çeşitleri	18
1.3.3.1. Hukuk Davaları	19
1.3.3.2. Ceza Davaları	20
1.3.4. Usul Bağlamında Şart ve Rükün.....	21
1.3.5. Davanın Unsurları.....	22
1.3.5.1. Müddei (Davacı) ve Müddeâ Aleyh (Davalı)	23
1.3.5.2. Müddeâ.....	25

1.3.6. Davayı İspat Etme Yolları	25
1.3.6.1. Beyyine/Şahitlik	27
1.3.6.1.1. Şahitlikte Nisab	28
1.3.6.2. Yemin	30
1.3.6.3. Yeminden Çekinme (Nükûl)	31
1.3.6.4. İkrar	33
1.3.6.5. Yazılı Belge	33
1.3.6.6. Karîne	35
1.3.6.7. Kâdımın Bilgisi	36
1.3.6.8. Bilirkişi	37
1.3.6.9. Kasâme	38
1.3.6.10. Keşif	39
1.4. Yargılama Usûlü	40
1.4.1. İslam Yargılama Usûlü	40
1.4.2. Mer'î Hukuk Yargılama Usûlü	42
1.4.3. İslam Yargılama Usûlü Çeşitleri	43
1.4.3.1. Hukuk Davaları Yargılama Usûlü	43
1.4.3.2. Ceza Davaları Yargılama Usûlü	43
1.5. Yargılama Hukukuyla İlgili Diğer Kavramlar	44
1.5.1. Mürafaa ve Müdafaa	44
1.5.2. Def'î Dava	44

İKİNCİ BÖLÜM

HUKUK DAVALARI YARGILAMA USÛLÜNDE DAVANIN SIHHAT ŞARTLARI

2.1. Yargılama Usûlünde Davanın Rükünleri	46
2.2. Yargılama Usûlünde Davanın Sıhhat Şartları	47
2.2.1. Taraflara İlişkin Şartlar	48
2.2.1.1. Ehliyet	48
2.2.1.1.1. İslam Hukukunda Ehliyet Şartı	48
2.2.1.1.1.1. Taraf Ehliyeti	49
2.2.1.1.1.2. Dava Ehliyeti	49
2.2.1.1.1.2.1. Köle Açısından	50
2.2.1.1.1.2.2. Sefih Açısından	50
2.2.1.1.1.2.3. Mecnun Açısından	51
2.2.1.1.1.2.4. Çocuk Açısından	52
2.2.1.1.2. Mer'î Hukukta Ehliyet Şartı	54
2.2.1.1.3. Değerlendirme	55

2.2.1.2. Davada Temsil	56
2.2.1.2.1. Kanuni Temsil	56
2.2.1.2.2. İradî Temsil.....	57
2.2.1.2.2.1. İslam Hukukunda İradî Temsil	57
2.2.1.2.2.2. Mer'î Hukukta İradî Temsil	58
2.2.1.2.3. Değerlendirme	59
2.2.1.3. Taraf Sıfatının Bulunması	59
2.2.1.3.1. İslam Hukukuna Göre Taraf Sıfatı	59
2.2.1.3.2. Mer'î Hukukta Taraf Sıfatı	61
2.2.1.3.3. Değerlendirme	62
2.2.1.4. Davada Tarafların Belli Olması	62
2.2.1.4.1. Davacının Bilinmesi	62
2.2.1.4.2. Davalının Bilinmesi	62
2.2.1.5. Tarafların Dava Esnasında Hazır Bulunması	64
2.2.1.5.1. İslam Hukukunda Davalının Gaip Sayılması	64
2.2.1.5.2. İslam Hukukunda Gıyabî Yargılama	65
2.2.1.5.3. Mer'î Hukukta Gıyabî Yargılama.....	69
2.2.1.6. Tarafların İfadelerinin Açık ve Kesin Olması.....	70
2.2.1.7. Davacının İfadelerinde Çelişki Bulunmaması	71
2.2.1.7.1. Davada Tenâkuzun Gerçekleşmesi İçin Şartlar.....	72
2.2.1.7.2. Davada Tenâkuzun Kaldırılması	73
2.2.2. Dava Konusuna İlişkin Şartlar	74
2.2.2.1. Davada Maslahat Olması	74
2.2.2.1.1. Mer'î Hukukta Maslahat.....	74
2.2.2.1.2. İslam Hukukunda Maslahat	75
2.2.2.1.2.1. Dava Konusunun Meşru Olması.....	76
2.2.2.1.2.2. Dava Konusunun Mülzem Olması.....	76
2.2.2.1.3. Değerlendirme	77
2.2.2.2. Dava Konusunun Aklen ve Âdeten Mümkün Olması.....	78
2.2.2.3. Dava Konusunun Malum Olması.....	79
2.2.2.3.1. Dava Konusunun Malum Olma Yolları.....	80
2.2.2.3.2. Malumiyet Yollarının Dava Konusuna Göre İncelenmesi	82
2.2.2.3.2.1. Ayn ile İlgili Davalar	83
2.2.2.3.2.1.1. Taşınırın Mahkemede Hazır Olması	83
2.2.2.3.2.1.2. Taşınırın Mahkemede Hazır Bulundurulamaması	84
2.2.2.3.2.1.3. Birden Fazla Taşınırın Aynı Davaya Konu Olması	85

2.2.2.3.2.1.4. Mer’i Hukukta Taşınırın Belirlenmesi.....	86
2.2.2.3.2.1.5. Taşınmazın Aynından Doğan Davalar	86
2.2.2.3.2.1.6. Taşınmazın Bedelinden Kaynaklanan Davalar	90
2.2.2.3.2.2. Deyn İle İlgili Davalarda	90
2.2.2.3.2.2.1. Alacağın Sebebinin Söylenmesi.....	92
2.2.2.3.2.2.2. Alacağın Talep Edilmesi Şartı.....	93
2.2.2.3.2.3. Diğer Davalarda Malumiyet İçin Ek Şartlar	94
2.2.2.3.3. Dava Konusunun Malum Olmasının İstisnaları	95
2.2.3. Mahkemeye İlişkin Şartlar	97
2.2.3.1. Mahkemelerin Görev ve Yetkisi	97
2.2.3.1.1. Mer’i Hukukta Görev ve Yetki.....	97
2.2.3.1.2. İslam Hukukunda Görev ve Yetki	98
2.2.3.1.3. Değerlendirme	99
2.2.3.2. Davanın Kâdının Önünde Görülmesi	100
2.3. Davanın Sıhhat Şartları Bağlamında Çeşitleri	101
2.3.1. Sahih Dava	101
2.3.2. Bâtıl Dava	101
2.3.3. Fâsid /Nâkıs Davalar.....	102
2.4. Davanın Sıhhat Şartlarının İncelenmesi	102
2.4.1. İslam Hukukuna Göre	102
2.4.2. Mer’i Hukuka Göre.....	103
2.4.3. Değerlendirme	104
SONUÇ	106
KAYNAKÇA.....	115
ÖZGEÇMİŞ	125

KISALTMALAR LİSTESİ

DİA	: Diyanet İslam Ansiklopedisi
AY	: Anayasa
b.	: İbn
bk.	: Bakınız
c.	: Cilt
çev.	: Çeviren
h.	: Hicrî
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
CMK	: Ceza Muhakemeleri Kanunu
h.n.	: Hadis numarası
İFAV	: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları
md.	: Maddesi
MÜ.	: Marmara Üniversitesi
vb.	: Ve başkaları ve benzerleri ve bunun gibi
vd.	: Ve devamı
ö.	: Ölümü
s.	: Sayfa
ss.	: Sayfa Sayısı
sy.	: Sayı
thk.	: Tahkik yapan
TDV	: Türkiye Diyanet Vakfı
ty.	: Tarihsiz
yay.	: Yayınları, yayınevi
yy.	: Yayın yeri yok

ÖZET

İnsanlar yaratılışları açısından birbirlerinden farklı mizâç ve karakterlere sahiptirler. Faydayı talep etme ve zararı def etme hususunda benliklerini ön plana almışlardır. Kişilerin attıkları adımlarda ilk önce kendilerini düşünmeleri bazen başkalarının haklarını ihlâl etmelerine sebep olabilmektedir. Bazı durumlarda hakların ihlâli söz konusu olmasa da insanlar haklarını kendi başlarına elde edememektedirler. Söz konusu durumlarda insanların aralarında meydana gelen uyuşmazlığı ortadan kaldıran, hak sahiplerine hakkını teslim eden, hak ihlâlinin önüne geçen davalar kaçınılmaz olmuştur. Devletlerin bir görevi de mahkemeler aracılığı ile yargı gücünü kullanarak insanların aralarında çıkan uyuşmazlıkları dava yoluyla çözüme kavuşturmadır.

İslâm hukuku toplumda düzeni sağlamak ve insanlar arasındaki ihtilafların çözüme kavuşması için dava yoluna başvurmayı meşru görmüştür. Tüm hukuk sistemlerinde olduğu gibi İslam hukukunda da davaların görülmesi için belli şartlar ve usûller belirlenmiştir. Adâletin tecelli etmesi ve hak sahibine hakkının verilmesi açısından bu kurallara uyulması ciddi önem arz etmektedir.

Bu çalışma “İslâm Hukukunda Davanın Sıhhat Şartları” başlığını taşımaktadır. Bu çalışma ile İslam hukuk muhâkeme usûlünde davanın sıhhat şartlarının tespiti amaçlanmıştır. Birinci bölümde dava şartlarının sınırlarını belirlemek amacıyla İslam hukukunda muhâkeme hukukunun yeri, dava ve ilgili kavramların tanımları, mahiyetleri, ispat vasıtaları incelendi. İkinci bölümde İslâm hukuku muhâkeme usûlünde davanın sıhhat şartları ortaya konmaya çalışıldı. Dava şartı olarak mer’i hukukta bulunan maddelerin benzer ve farklı yönleri ortaya konularak, mukayese yapılmaya gayret edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Müddei, Müddeâ aleyh, Müddeâ, Dava, Davacı, Davalı, Muhâkeme Usûlü, Yargı, Yargılama Hukuku, Şart, Rükün, Davanın sıhhat şartları

SUMMARY

VALIDITY CONDITIONS OF A LAWSUIT IN ISLAMIC LAW

Human being has several natures and characters in terms of its creation. It takes its conceit to the foreground to claim an advantage and repel a disadvantage. Sometimes considering itself firstly when progressing could cause infringing the rights of another. In some other cases some people can't obtain their rights on themselves even there is not any infringement of rights. So lawsuits that eliminate the disagreement between people, commits the rights to its owner and prevents infringements of rights, have been unavoidable.

One of the duties of the states is to solve the disagreements occurring between people through lawsuits by the agency of law courts using the juridical power. The Islamic law legitimates the application of lawsuits to provide the order in the society and solve the disagreements between the people. As well as all judicial systems have the Islamic law has also its methods and conditions. In order to get the justice be revealed and the rights to be given to its owner it is very important to follow the rules.

This study sustains the title "Validity conditions of a lawsuit in the Islamic law". In this study we aimed on the determination of the conditions of the lawsuits in the methods of the Islamic law judgement. In the first part we tried to bring up the place of the Judgement law in the Islamic law, the definitions of terms related to lawsuits, their natures and evidence ways. In the second part we tried to bring up the lawsuit conditions in the Islamic law judgement method. We also tried to make a comparison by putting forth the matters existing in the modern law and there different aspects about lawsuit conditions.

Key Words: Plaintiff, Defendant, Complaint, Lawsuit, Judgement Method, Judgement, Judgement Law, Condition

ÖNSÖZ

Toplumda düzeni sağlamanın en önemli unsuru, insanlar arasında meydana gelen uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasıdır. Herkesçe kabul edilen bir merci tarafından sorunların çözüme kavuşturulması toplumun en önemli yapı taşlarından birini teşkil etmektedir. Bunun için herkesin sahip olduğu hakları bilmesi ve meşru kılınan yollarla haklarını talep etmesi gerekmektedir. İnsanlar birtakım haklar iddia edip haklarını kendi usûlleri ile elde etmeye çalışsalar, kaos bu durumun kaçınılmaz neticesi olurdu. Bu nedenle Allah Teâla insanların hak taleplerini ve bu hakların tecavüze uğraması durumunda, muhafazası için dava yolunu meşru kılmıştır. Nitekim, İslâmın ilk dönemlerinden itibaren insanlar arasında meydana gelen uyuşmazlıklar dava yoluyla çözüme kavuşturulmuştur.

Adâletin tam anlamıyla tecelli etmesi, hak sahiplerine hakkın verilmesi, iddiaların doğruluğunun tespit edilmesi ve kimsenin hakkının zâyi olmaması için İslâm yargılama hukukunda davaların usûle uygun açılması gerekmektedir. Klasik fıkıh kitaplarımızda ilk dönemden itibaren, bu konuda uyulması gereken bir takım usûller belirlenmiştir. Bu usûllerin tespitinde amaç, davalarda tam anlamıyla hakka isabet etmektir.

Her hak iddia edene hakkı verilseydi bu takdirde insanlar hakkı olmayanı da almaya çalışacaklardı. Bu nedenle dava şartları hem mahkemelerin boş yere meşgul edilmesinin hem de insanların hakkı olmayanı talep etmesinin önüne geçmek için vazgeçilmez unsurlardır. Bu unsurların tam anlamıyla tespit edilmesi, ayrıca davaların sağlıklı bir şekilde görülmesi ve karara bağlanması için büyük önem arz etmektedir.

İki ana bölümden oluşan çalışmanın “İslam Yargılama/Muhâkeme Hukuku ve Unsurları” adlı birinci bölümünde; yargılama hukukunun İslam hukuku literatüründeki yeri, dava ve ilgili kavramların tanımları ve ispat vasıtaları üzerinde duruldu. Böylece ikinci bölüm konularının daha iyi anlaşılmasına zemin hazırlandı. “İslam Hukuku Yargılama/Muhâkeme Usulünde Davanın Sıhhat Şartları” başlıklı ikinci bölümde; İslam yargılama hukuku açısından muhâkeme usûlünde davalar için ortaya konulan şartlar tespit edildi. Bu bölümde ayrıca, mer’i hukukta benzer olan maddeleri ele alıp, İslam hukuku ile mukâyese yaparak İslam usûl hukukunun önemini göstermeye çalıştık. Sonuç kısmında ise davanın sıhhat şartları ile ilgili yaptığımız tespit ve değerlendirmelere yer verdik. Böylece klasik dönemden itibaren bir davanın sıhhati ve meşruluğu açısından çok önem arzeden, tespit edilmiş ilkeleri güncellemek, mer’i hukukla kıyas yapmak mümkün olabilecektir.

Hazırlanan bu çalışmada, birinci ve ikinci bölümde bahsedilen konuları aktarabilmek için o konular hakkında daha önce yazılmış olan eserlerden, makalelerden, tezlerden ve

ansiklopedi maddelerinden faydalanılmıştır. Hem birinci el hem de ikinci el kaynaklardan elde edilen bilgiler tasnif edilip değerlendirildikten sonra karşılaştırmalı ve analitik metot kullanılarak tez yazımı gerçekleştirilmiştir. Çalışmamızda Türk medeni usul hukuku ile ilgili hükümler verilirken yürürlükte olan kanun anlamına gelen mer'î hukuk terimi kullanılmıştır.

Çalışmamıza tavsiye ve değerlendirmeleriyle büyük katkı sağlayan danışman hocam Dr. Öğr. Üyesi Zeki YAKA hocama şükranlarımı sunarım. Yine bu süreçte desteklerinden beni mahrum etmeyen aileme, arkadaşlarıma teşekkürü bir borç bilirim. Bu çalışmanın İslam yargılama hukuku usûlü alanında inceleme yapacak olan araştırmacılara faydalı olmasını ve İslam hukuku alanına bir nebze olsun katkı sağlamasını Allah Teâla'dan temenni ediyorum.

Muhammed Selim TOKOĞLU

Antalya, 2020

GİRİŞ

İslam yargılama hukuku, İslam hukukunun en önemli bölümlerinden birini oluşturmaktadır. Yargılama hukuku, “muhâkeme usûlü, usul hukuku” şeklinde de ifade edilmektedir. Mahkemelerin ve tarafların dava sırasında uyması gereken kuralları belirleyen usûl kurallarının bütününe muhâkeme usûlü denilmektedir. Davalarda uyulması gereken usûl kuralları davaların çekişmeli ya da çekişmesiz yargıya tabi olmasına göre de farklılık göstermektedir. Bu anlamda muhâkeme usûlü çok geniş bir manayı ifade etmekle birlikte içerisine birçok konuyu da almaktadır.

Klasik fıkıh kitaplarında yargılama hukukuna dair bilgilere “kadâ, da’vâ, şehâdet, ikrar, beyyinât, hudûd, cinâyet” gibi bölümlerde yer verilmiştir. Sadece yargılama usûlüne dair yazılmış müstakil eserlere edebü’l-kâdî/kadâ ismi verilmiştir. İslam hukukunda ceza ve hukuk davaları usûlleri birbirinden farklı olsa da klasik fıkıh kitaplarında, mer’i hukuktan farklı olarak, ayrı başlıklar altında incelenmemiştir. Klasik fıkıh kitaplarında bu konular meseleci yaklaşımla ele alınmıştır.

İslam yargılama hukuku konuları açısından ceza, hukuk, idarî ve askerî olmak üzere farklı yargı kısımlarına taksim edilmiştir. Her kısmın usûlü ve işleyişinin birbirinden farklılık arz etmesi ve geniş muhtevaya sahip olmasından dolayı çalışmamızı İslam yargılama hukukunun hukuk davalarına dair usul şartlarını incelemekle sınırlandırdık. Bu çalışmayla İslam hukuk yargılama usûlündeki dava şartlarını tespit etmeyi ve bu şartların mer’i hukuktaki durumunu belirlemeyi hedefledik.

Hukuk davalarındaki davanın sıhhat şartlarını inceleyerek onların mer’i hukuktaki dava şartlarıyla benzer ve farklı yönlerini ortaya koymaya çalıştık. Bu çalışmayla ayrıca, usûl hukukunun yargı açısından önemini göstermeyi amaçladık. Davanın sıhhat şartları incelenirken Hanefî mezhebi esas alınmış, ihtilafî konularda diğer mezheplere göre de değerlendirme yapılmıştır.

Çalışmada klasik fıkıh kitaplarından, bu alanda yazılmış müstakil “*edebü’l-kâdî*” eserlerinden, Mecelle’nin şerhlerinden istifade edilmiştir. Mecelle maddeleri şerhlerinden faydalanılarak tarafımızca tercüme edilmiştir. Çalışmada kullanılan ayetlerin tercümesinde Diyanet İşleri Başkanlığı’nın mealinden faydalanılmıştır. Türkiye’de davanın sıhhat şartları üzerine yazılmış müstakil yüksek lisans veya doktora derecesinde bir esere rastlanmamıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

İSLAM YARGILAMA/MUHÂKEME HUKUKU VE UNSURLARI

1.1. İslam Yargılama Hukuku

1.1.1. İslam Hukukunun Tanımı

Kavramların ifade ettiği manaları tam anlamıyla belirlemek için kavramın içine alınması gereken her şeyi alan, kavramın dışında kalan tüm ifadeleri çıkaran (efrâdını câmi, ağyârını mâni)¹ bir tarifi yapılması gerekir. İslam hukukunun da sınırlarının belirlenmesi için fıkıh ve hukuk kavramlarının bilinmesi önemlidir.

Hükümler aklî, hissî ve şer'î olmak üzere üç kısma ayrılır. Din yoluyla öğrendiğimiz bilgiler “şer’î hükümlerdir.” Orucun farz olması, zinanın haramlığı gibi. Şer’î hükümler ilahi vahye dayalı bilgilerdir. Aklî ve hissî bilgilere sarfi nazarla elde edilmesi açısından olması gerekeni bildiren hükümlerdir. Şer’î hükümler de kendi içinde amelî, itikadî ve vicdanî olmak üzere üç kısma ayrılır. İçsel olup hemen dışa yansıyan fiiler de amelî hükümler içerisindedir².

Hükümün kısımlarını göz önüne alarak fakihler fıkıhı, “Şer’î amelî hükümler bütünüdür.”³ diyerek tarif etmişlerdir. Şeriat ise “İlahi iradenin oluşturduğu hükümler bütünü.”⁴ olarak tarif edilmiştir. Yapılan tüm tanımlar dikkate alınacak olursa fıkıh, şeriatın sadece amelî hükümler kısmıyla ilgilenir. Bu nedenle her şer’î hüküm fıkıhın alanına girmez⁵. Fıkıh ve hukuk arasında kapsam bakımından da fark vardır. Örneğin; Fıkıhın konusunu emredici, tecviz edici ve tavsiye edici hükümler oluştururken, hukuk ise sadece bunlardan emredici ve tecviz edici kurallarla ilgilenir.

Hukukta tavsiye edici kuralların bulunması mümkün değildir. Çünkü hukuk kurallarının kişileri bağlayıcı olması gerekir. O halde fıkıh ve hukukun ilgi alanları ve tariflerini göz önüne alıp hukuku fıkıhtan ayırarak, İslam hukuku için şu tanımı yapabiliriz: **İslam hukuku:** “Fıkıh içinde yalnızca hak ve vecibe ilişkisi kuran beşeri davranışları düzenleyen emredici ve tecviz edici kurallar bütünüdür.”⁶ Bu itibarla İslam hukuku, yapılması

¹ İbrahim Emiroğlu, *Klasik Mantığa Giriş*, Elis Yayınları, Ankara, 2013, s.87.

² Talip Türcan, (2013). “Fıkıh, Hukuk ve İslâm Hukuku”. T. Türcan (Ed.). *İslam Hukuku El Kitabı*, Grafiker Yayınları, Ankara, s.33-34.

³ Ferhat Koca, *İslam İbadet Esasları*, TDV Yayınları, Ankara, 2015, s.26; Soner Duman, *Günümüz Fıkıh Problemleri*, Beka Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.47.

⁴ Nihat Dalgın, (2004). “Değişim Stratejisi Açısından Hukuk ve İslam Hukuku”. *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sayı 16, ss.73-109, s.79.

⁵ Abdülkerim Zeydan (2017). *İslam Hukukuna Giriş*. (Çev. Ali Şafak), Kayıhan Yayınları, İstanbul, s.100.

⁶ Türcan, “Fıkıh, Hukuk ve İslâm Hukuku”, s.39.

emredilmiş veya yasaklanmış olan davranışları kişiler yaptığı zaman onların bu davranışlarının âkibetini belirleyen ilim dalıdır⁷.

İslam hukuku, fıkhı nazaran daha dar bir manayı ifade eder. Fıkıh, İslam hukukunu kuşatırken İslam hukuku fıkhın her konusunu kapsamaz. Bu nedenle İslam hukukunun alanına giren her konuya fıkıh demek doğrudurken fıkhın alanında yer alan her konuya İslam hukuku demek doğru değildir. Çünkü ifade ettikleri mana açısından kapsadıkları bölümler farklıdır⁸. Yapılan tarifler dikkate alınacak olursa fıkhı, İslam hukuku diye isimlendirmek fıkhın tavsiye edici özelliğini dışarıda bırakmak demektir. Çünkü İslam hukuku emredici ve tecviz edici hükümlerden meydana gelmektedir. Bu takdirde fıkhı, İslam hukuku olarak isimlendirmek fıkhın alanını daraltmak ve fıkhı diğer hukuk sistemleri içerisinde sıradanlaştırmak demektir⁹.

1.1.2. İslam Hukukunun Temel Özellikleri

Yeryüzündeki hukuk sistemlerini birbirinden ayıran temel özellikler olduğu gibi, İslam hukukunu da diğerlerinden ayıran bazı temel özellikler mevcuttur. Bu özelliklerden başlıcaları şunlardır:

a. İslam hukukunun kaynağı vahiydir. Kanun koyucu Allah Teala'dır. İslam hukukunun öğretileri Allah Teala'nın iradesini yansıtır. Bu nedenle İslam hukukuna tabi olan ve onun hükmünü icra eden Müslümanlar, yaptıkları ve yapmadıkları şeyler hakkında sorguya çekileceklerine inanırlar¹⁰. Manevi olarak Allah'ın iradesine uygun davrandıklarında sevap, aykırı davrandıklarında ise ceza alacaklarını bilirler. Bu nedenle İslam hukuku öğretilerine teslim olarak ebedi saadete ulaşmayı umarlar¹¹.

b. İslam hukuk sistemi büyük ölçüde Kur'an ve Sünnet'ten beslenen müçtehitlerin içtihadı ve tedvin hareketleriyle belirlenmiştir. Allah'ın iradesine dayalı bir sistem olmasından dolayı İslam hukuku sistemi içinde yapılmış olan içtihatlar, İlahi vahyin ışığında İslam hukukunun temel prensiplerine uygun olarak yapılmıştır¹².

c. Meseleci(kazuistik) metodu benimsemiştir. Hukukun oluşumunda meseleci(kazuistik) metot her ne kadar olayların çözümü açısından daha adil ve verimli olsa da konuları genel olarak öğrenmek açısından zor bir yoldur. Çünkü bu metotta meselelerin

⁷ Aydın Kudat (2014). "Hak ve Hukuk Kavramları Üzerinde Bir Değerlendirme". *Adam Akademi*, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, c.IV/2, ss.87-106, s.99; Türcan, "Fıkıh, Hukuk ve İslâm Hukuku", s.39.

⁸ Kudat, "Hak ve Hukuk Kavramları Üzerinde Bir Değerlendirme", s.100.

⁹ Duman, *Günümüz Fıkıh Problemleri*, s.56

¹⁰ Mülk, 67/2

¹¹ Hayreddin Karaman, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, Ensar Neşriyat, İstanbul, 2007, s.43.

¹² Karaman, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, s.43; Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.61; Zeydan, *İslam Hukukuna Giriş*, s.70.

tabi olduğu konular bir başlık altında incelenmez. Meseleler tek tek ele alınarak konular ortaya konulur¹³.

d. İslam hukukunun umumi prensiplerinde ictihad için geniş alan bırakılmıştır. Zaman içerisindeki değişikliklere göre hükümler uygulanabilirken bazı hususi hükümlerde hiçbir zaman ve zemine göre değişiklik yapılamaz. Çünkü bu hükümler şartların değişmesi ile farklılık gösterebilecek konular değildir. Örneğin miras vb. konular gibi. Şartların değişmesi ile farklılık gösterebilecek bazı konularda ise İslam hukuku genel prensipleri ortaya koymuş ve değişen şartlara göre uygulanmasını istemiştir. Mesela akitler, şirketler ve benzeri konularda irade, rıza ve beyan konuları gibi¹⁴.

e. İslam hukuku gizli ve aşıkarda insanların suç işlemesini getirdiği uhrevi ve dünyevi kurallar bütünüyle engelleyici bir yapıya sahiptir. Örneğin zina suçunu işlemek isteyen bir kimse Allah katında günahkar olup ahirette cezaya çaptırılacağını bilmesinden bu suçu işlemekten kendini alıkoyar. Eğer nefesine yenik düşüp suçu işlerse hakkında şeriatin verdiği dünyevi hükmün icrasını talep ederek günahına kefarete olmasını ister. Bu durum İslam hukukunun taabbudî yönüyle hem suç işlemeyi engelleyici hem de caydırıcı olduğunu göstermektedir¹⁵.

Sonuç olarak İslam hukuku dayandığı kaynaklar ve İlâhi bir hukuk olması açısından diğer hukuk sistemlerinden farklıdır. İlâhi iradeye bağlı olması sebebiyle başka bir hukuk sisteminden etkilenmemiştir. Fakat İlâhi iradeye aykırı olmayan ve kanun koyucunun izin verdiği yerlerde örf ve maslahatlara da itibar edilmiştir.

1.1.3. İslam Hukukunun Beslendiği Kaynaklar

İnsanların hak ve hürriyetlerini koruyabilmek ve kimsenin bir diğerinin hakkını ihlal etmemesi yani toplumda düzeni sağlamak için her toplumun hukuk düzenine ihtiyacı vardır. Toplumlardaki hukuk düzenleri de inançlara, örf ve adetlere, toplumun ihtiyaçlarına göre farklılık göstermektedir. Bu nedenle her toplumun hukuk düzeni aynı kaynaktan beslenmemektedir. Hukuk düzenlerinin hangi kaynaktan beslendiğini bilmek hukuk kurallarına olan güveni artırmak açısından önemlidir.

Dünya üzerindeki tüm hukuk sistemleri belli kurallar çerçevesinde meydana gelmiştir. İslam hukuku ise “Sui generis yapısı” yani kendine özgü kurallarının oluşu, vahye dayalı bir hukuk sistemi olması ve kurallarında benimsediği kaynaklar açısından diğer hukuk

¹³ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s.63; Fahreddin Atar, *Fıkıh Usûlü*, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1992, s.61.

¹⁴ Karaman, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, s.43; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s.61.

¹⁵ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s.62.

sistemlerinden farklılık gösterir¹⁶. Üzerinde ittifak edilen Kitap¹⁷, Sünnet¹⁸, İcmâ¹⁹, Kıyas²⁰ İslam hukuku kurallarının temel kaynağını oluşturmaktadır²¹. Bu dört kaynağa el-Edilletü’ş-Şer’iyye denir. Bu asli delillerin/kaynakların yanında tali kaynaklar denilen üzerinde ihtilaf edilen istihsan²², maslahat²³, dinin hükümlerine aykırı olmayan sahih örf, istishab²⁴, bizden önceki ümmetlerin şeriatı (Şer’u men kablenê)²⁵, sahabe kavilleri²⁶ gibi İslam hukuk kurallarının belirlenmesinde önemli rol oynayan deliller bulunmaktadır. Bu sayılan kaynakların adedini artırmak mümkündür²⁷.

İslam’ın ortaya çıktığı yıllarda Müslümanlar, Roma hukukunun uygulandığı Romalıların elinde bulunan Suriye ve Mısır’a komşuydular. Bazı müsteşrikler buna dayanarak İslam hukukunun Roma hukukundan etkilendiğini söylemişlerdir²⁸. Onlar bu iddialarını Hazreti Peygamber’in peygamberlikten önce Suriye tarafına yaptığı yolculuğa, ilk müçtehitlerin Suriye tarafında bulunuşuna vb. gerekçelere dayandırmaktadırlar. Onların bu iddiaları İslam âlimleri tarafından her yönüyle reddedilmiş ve asılsız olduğu ispatlanmıştır²⁹.

İslam hukukunun beşeri akla dayanmayan sadece ilahi vahye dayanan bir hukuk sistemi olmasından dolayı başka bir sistemden etkilenmesi mümkün değildir. Nitekim

¹⁶ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s.31.

¹⁷ Kaynaklarda Kitap ile Kur’an-ı Kerim kastedilir. Ayrıntılı bilgi için bk. Abdulkerim Zeydan, *el- Veciz fi Usûli’l-Fıkh*, Müessesetu’r-Risâle, Beyrut-Lübnan, 2015, s.143; Abdullah Kahraman, (2013). “Şer’i Deliller”. T. Türçan (Ed.). *İslam Hukuku El Kitabı*, Grafiker Yayınları, Ankara, s.143; Zekiyuddin Şaban, (2011). *İslam Hukuk İlminin Esasları*. (çev. İbrahim Kâfi Dönmez). Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, s.44.

¹⁸ Hazreti Peygamber’den Kur’an dışında nakledilen söz, fiil ve takrirlerdir. Ayrıntılı bilgi için bk. Zeydan, *el-Veciz fi usûlu’l-Fıkh*, s.151; Kahraman, “Şer’i Deliller”, s.148; Hasan Tanrıverdi, *Mukayeseli Olarak İslam Hukuk Usulünde Kurallar Çatışması*, Gündönümü Yayınları, İstanbul, 2007, s.21.

¹⁹ “Müçtehidlerin herhangi bir asırda amelle alakalı bir meselenin şer’i hükmünde ittifak etmeleri demektir.” Ayrıntılı bilgi için bk. Zeydan, *el- Veciz fi usûlu’l-Fıkh*, s.169.

²⁰ Aralarında illet birliği bulunması sebebiyle Kur’an, Sünnet ve İcma’da hükmü bulunmayan bir meseleyi sayılan kaynaklar içinde hükmü olan meseleye vermektir. Ayrıntılı bilgi için bk. Zeydan, *el- Veciz fi usûlu’l-Fıkh*, s.183; Kahraman, “Şer’i Deliller”, s.164.

²¹ Tanrıverdi, *Mukayeseli Olarak İslam Hukuk Usulünde Kurallar Çatışması*, s.19.

²² İstihsan bir meselede genel bir kuraldan ayrılıp özel bir kuralı benimsemeye veya bir konu da açık kıyası bırakıp kapalı kıyasa yönelmeye denilir. Ayrıntılı bilgi için bk. Alaadin el- Buhâri, Abdulaziz b. Ahmed b. Muhammed, *Keşfu’l-Esrâr ale Şerhi’l-Pezdevî*, Daru Kitabi’l-İslâmî, yy., ty., c.IV, s.2; Atar, *Fıkh Usûlü*, s.71; Tanrıverdi, *Mukayeseli Olarak İslam Hukuk Usulünde Kurallar Çatışması*, s.23.

²³ Edilleyi Şer’iyye’de bir hüküm bulamayan hukukçu vereceği hükmü iptal eden bir delil olmaması kaydıyla toplum yararını gözeterek yaptığı içtihattır. Ayrıntılı bilgi için bk. Zeydan, *el- Veciz fi usûlu’l-Fıkh*, s.223; Kahraman “Şer’i Deliller”, s.174; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s.40.

²⁴ Geçmişte varlığı bilinip sonrasında değiştiği bilinmeyen bir şeyin halen varlığına hükmetmektir. Ayrıntılı bilgi için bk. Atar, *Fıkh Usûlü*, s.75.

²⁵ Allah Teala’nın Hazreti Peygamberden önceki ümmetler için koyduğu hükümlerdir. Ayrıntılı bilgi için bk. Zeydan, *el- Veciz fi usûlu’l-Fıkh*, s.247; Kahraman, “Şer’i Deliller”, s.183.

²⁶ Peygamberimizi Hayattayken İman üzere gören kimseye Sahabe denmektedir. Ayrıntılı bilgi için bk. Atar, *Fıkh Usûlü*, s.94.

²⁷ Tanrıverdi, *Mukayeseli Olarak İslam Hukuk Usulünde Kurallar Çatışması*, s.23; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s.44.

²⁸ Kahraman, “Şer’i Deliller”, s.42

²⁹ Ayrıntılı bilgi için bk. Zeydan, *l-Veciz* s.112; Ekrem Buğra Ekinci, *İslâm Hukuku ve Önceki Şeriatler*, Arı Sanat Yayınları, İstanbul, 2003, s.28; Kahraman, “Şer’i Deliller”, s.42.

Kur'an-ı Kerim'de “ *Kesin olarak bilirsiniz ki bu kitabı kuşkusuz biz indirdik ve onu mutlaka koruyan da yine biziz.*³⁰” ve “ *Eğer peygamber bize atfen bazı sözler uydurmuş olsaydı, elbette onu kısıvrak yakalardık. Sonra onun can damarını koparırdık. Hiçbiriniz buna mâni olamazdınız.*³¹” buyrulmuştur. Ayetlerde de açıkça ifade edildiği gibi İslam hukuku ilahi vahyin kontrolünde teşekkül etmiştir.

1.1.4. İslam Devletinde Yasama, Yürütme ve Yargı Fonksiyonu

Kuvvetler ayrılığını benimseyen devletlerin kurallarını ortaya koydukları, yönetim biçimlerini belirledikleri ve insanların birbirleriyle olan ilişkilerini düzenledikleri kavramlar yasama, yürütme ve yargı erkleridir. İslam hukukunun oluşumu diğer hukuklara göre farklı olması ve kuvvetler ayrılığı ilkesini benimsememesi nedeniyle İslam hukukunda yasama, yürütme ve yargı halifenin görev ve yetkisinde kabul edilmiştir. Bundan dolayı İslam hukukunda yasama, yürütme ve yargı diye bir taksime gidilmemiştir³². Fakat konunun anlaşılması için bu kavramların bilinmesinde fayda vardır.

Devlet yasama organıyla toplumun uyması gereken kuralları, insanların sahip oldukları hakları ve bu haklarını korumayı amaçladığı kurallar bütünü belirler. Yürütme organı ise devletlerin toplumu yönetebilmek için sahip oldukları devlet gücüdür³³. Yargı organı ise insanların haklarını korumayı amaçlar. Toplumda suç işleyenleri cezalandırarak toplum düzenini ve devamını sağlamayı hedefler. İnsanlar arasında çıkan uyuşmazlıkları çözüme kavuşturur. Yargı, hak sahiplerine haklarını teslim etmeyi amaçlayan tüm bunların devlet eliyle yapıldığı organdır³⁴.

Hazreti Peygamber hayattayken hem devleti yönetiyor, hem insanların arasındaki uyuşmazlıkları çözüyor, hem de İslam devletinin kurallarını ortaya koyuyordu. Söz konusu hal, yasama, yürütme ve yargı organlarının Hazreti Peygamber'de toplandığını göstermektedir. Bu durum Hazreti Ömer'e kadar böyle devam etmiştir. İslam hukukunda şekilsel olarak yürütme ve yargının tek elde toplanmış gibi görünmesiyle beraber ilk dönemlerden beri çeşitli bölgelere yürütme ve yargı için farklı kişilerin tayin edildiği görülür. Hazreti Ömer döneminde İslam topraklarının genişlemesinden dolayı başka bölgelere kâdılar atanmış, bu faaliyetle beraber yürütme ve yargı organları birbirinden ayrılmıştır. Sonraki

³⁰ Hicr, 15/91.

³¹ Hâkka, 69/44-46.

³² Fahreddin Atar, *İslam Yargılama Hukukunun Esasları*, M.Ü. İlahiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2019, s.34; *İslam Adliye Teşkilatı*, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 1979, s.2.

³³ Atar, *İslam Adliye Teşkilatı*, s.2.

³⁴ Atar, *İslam Adliye Teşkilatı*, s.2.

dönemlerde de İslam hukukunda arada istisnalar olsa da yürütme ve yargı organlarının birbirinden farklı kurumlar tarafından icra edildiği görülür³⁵.

İslam devletlerinde yürütmenin yanında aynı zamanda mutlaka yargı teşkilatı da bulunmuştur. Yargı teşkilatındaki kâdılar, halife tarafından tayin edilmiştir. İdari teşkilatın yargıya müdahalesi kâdıyı tayin etmekle sınırlı kalmıştır. Yani halifeler yargının bağımsızlığını etkilememiştir. Halifelerin azliyle tayin ettiği kâdıların görevinin sona ermeyeceği âlimler tarafından bildirilmiştir. Bu durumda her ne kadar kâdılar, halife tarafından tayin edilse de söz konusu hal yargının bağımsızlığına engel teşkil etmemiştir³⁶.

1.1.5. Kadâ

Arapça bir kelime olan Kadâ (القضاء) kelimesi lügatte “*Hükmetmek, borcunu eda etmek, ibadeti yerine getirmek, yapmak, takdir etmek, bitirmek, ayırmak, ölüm, öldürmek, yargı, yargılamak.*” manalarına gelmektedir. Cemisi Akdıyye (الأقضيَّة) olarak gelir. Kadıyye (القاضيَّة) kelimesi de kadâ kelimesi ile aynı anlama gelmektedir. Cemisi kadâyeye (القضايا) şeklinde ifade edilir³⁷. Kadâ fikhın ibâdât alanında “*İbadetin belirlenen vaktinin dışında edâ edilmesi.*” demektir³⁸.

Muâmelât alanında ise “*Husumeti bitirmek, öncesinde kişinin bağlı olmadığı şeyi bağlayıcı kılmak, çekişmeyi sonlandırmak.*” manalarına gelir³⁹. Bunun yanında “*Yargılama hukuku/muhâkeme*”, “*Yargı kararı/hüküm*” kelimeleri ile de ifade edilmektedir⁴⁰. Kadâ, devletin görevli organlarının usulüne uygun bir şekilde taraflar arasındaki husumeti sonlandırmak için verdiği, tarafları bağlayıcı kılan kararıdır⁴¹. Mecelle’de ise “*Kadâ hüküm ve hâkimlik anlamına gelir.*”⁴² şeklinde tarif edilmiştir.

³⁵ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s.120.

³⁶ Mehmet Günay, (2013). “Yargılama Hukuku”. T. Türcan (Ed.). *İslam Hukuku El Kitabı*, Grafiker Yayınları, Ankara, s.593.

³⁷ İbn Manzur, Ebu'l-Fadl Cemâluddîn Muhammed, *Lisânu'l-'Arab*, Daru's-Sadr, Beyrut, 1414, c.XV, s.186; Râzi, Ebu Bekir Zeynuddîn abu Abdullah b. Muhammed, *Muhtâru's-Sihâh*, (thk. Yusuf Şeyh Muhammed), Mektebutu'l-Asriyye, Beyrut, 1999, s.255; Zebidî, Muhammed Abdurrezzak el-Hüseynî abu'l-Feyz el-Murtazâ, *Tâcu'l-Arûs*, Daru'l-Hidâye, Beyrut, 1985, c.XXXIX, s.310; İbn Sîde, Ebu'l-Hasan Ali b. İsmail, *el-Muhkem ve'l-Muhîtu'l-Azâm*, (thk. Abdulhamid Hindâvî), Daru'l-Kütubu'l-İlmiyye, Beyrut, 2000, c.6, s.482; Suhârî, Ebu'l-Münzir Seleme b. Müslim Avtebi, *Kitâbu'l-İbâne fi Lügati'l-Arabiyye*, (thk. Abdulkerim Halife vd.), Vüzâratu't-Turâs, Maskat, 1999, c.III, s.701.

³⁸ Nasi Aslan, *İslam Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri*, Karahan Kitapevi, Ankara, 2019, s.1.

³⁹ Konevî, Kâsım b. Abdullah, *Enîsu'l-Fukahâ fi Târifeti'l-Elfêzi'l-Mütedeveleti beyne'l-Fukaha*, (thk. Yahya Hasan Murat), Daru'l-Kutübü İlmiyye, yy., 2004, s.84.

⁴⁰ Atar, *İslam Yargılama Hukukunun Esasları*, s.21; Fahreddin Atar, “Kazâ”, *DİA*, İstanbul, c.XXV. ss.113-117, s.114.

⁴¹ Ömer Nasûhi Bilmen, *Hukûk-i İslâmiyye ve Istilâhât-ı Fıkhiyye Kamusu*, Ravza Yayınları, İstanbul, 2013, c. VIII, s.204; Atar, “Kazâ”, s.116; Günay, “Yargılama Hukuku”, s.591; Aslan, *İslam Hukukunda Yargılama Etiği*, s.2.

⁴² Mecelle mad. 1784.

1.1.6. Toplumda Yargı Sisteminin Önemi

İnsanlar yaratılış itibarıyla doğruyu yanlıştan ayırt edebilme kuvvetine sahiptir. Akıl insanların yapacakları fiilin doğru ya da yanlış olduğunu idrak etmesine yardımcı olur. Nefis ise insanın her türlü menfaati kendine almasını ister. Bu nedenle nefis, bazen doğru ve yanlış konusunda akli yanıldır. Nefsin olgunlaşması ve insanın erdem sahibi olması için ilahi vahye ihtiyaç vardır⁴³. İslam dini insanın doğru ve iyi olanı yapmasını emreder. Bunun karşılığında ise ebedi saadeti ona vaat eder. Yaptığı kötülüklerin ahirette azaba, dünyada ise cezaya sebep olacağını bildirir. İnsanın kötülüğü yapmaması gerektiğini ona öğretir. İslam dini tüm bunlara rağmen nefisine uyup Allah Teala'nın yasakladığı bir şeyi yapanı, dünyada yargılayarak cezasını verir. Eğer insanların yaptıkları kötü fiillere karşılık bir ceza vermeseydi, toplumda kaos meydana gelecekti. Toplumun fertleri birbirine zulüm edecek ve herkes birbirine karşı haddi aşacaktı.

Hadis-i şerifte, “İnsanlara (sırf) iddiaları sebebiyle istedikleri verilseydi insanlar başkalarının kanlarını ve mallarını talep edeceklerdi. Lakin yemin davalıya aittir⁴⁴.” buyrulurken yargının önemine işaret edilmiştir.

İslam dini adalete ve âdil yargılamaya teşvik eder.⁴⁵ Adalet zulmün zıttıdır, zulmü ortadan kaldırmaktır⁴⁶. Adalet, dinde yasaklanan şeylerden sakınarak hak yolda olmak demektir⁴⁷. Adalet bazı bakış açılarına göre daha kapsamlı bir hak verme şeklinde, “Kişinin hakkını alması ve hak sahibine hakkını teslim etmesi” veya “Hakkından azına razı olup hak sahibine hakkından fazlasını vermeye rıza göstermesi” şeklinde de tarif edilmiştir.

Naslarda adalet kavramı hukuki ve içtimai alanları da kuşatacak şekilde emredilmiştir. Örneğin “Şüphesiz Allah adaleti ve iyiliği emreder⁴⁸.”, “Allah adaletli davrananları sever.⁴⁹” Kur'an'da daha birçok yerde adaletten bahsedilmiştir. Bununla birlikte Hadis-i şeriflerde de adalet emredilmiştir. “Bir saatlik adalet, altmış yıllık nafile ibadetten hayırlıdır.⁵⁰” Hadis-i gibi adaletin önemine işaret eden birçok hadis vardır⁵¹.

⁴³ Zeki Yaka, (2019). “Ali Himmet Berki'ye Göre İslam'da Kaza”. Ali Himmet Berki Kitabı, Ankara, s.77.

⁴⁴ Haccâc, Müslim b. Ebu'l-Hasan el- Kuşeyri, *Sahih Müslim*, (thk. Muhammed Fuad Abdülbâkî), Daru İhyau Turâs, Beyrut, ty., h.n. 1711.

⁴⁵ en-Nîsâ, 4/58; Mâide, 5/42; Sâd, 38/26

⁴⁶ Ahmed Muhtar Ömer, *Mu'cemu'l-Lügatu'l-Arabîyye el-Muâsara*, Âlemu'l-Kutub, yy., 2008, c. II, s.1467.

⁴⁷ Negrî, Ahmed, *Câmiul-Ulûm fî Istilahâtü'l-Funûn*, Daru'l Kutubu'l-İlmiyye, Lübnan-Beyrut, 2000, c.II, s.221.

⁴⁸ Nahl 16/90.

⁴⁹ Hucurat 49/9.

⁵⁰ Aclûnî, İsmail b. Muhammed, *Keşfu'l-Hafâ ve Müzîlü'l-İlbâs amme'stehere Mine'l-ehâdis ale Elsineti'n-Nâs*, (thk. Abdulhamid b. Ahmed), Mektebutü'l-Asriyye, yy., 2000, c.II, s.67; Zeylaî, Cemaleddin Ebu Muhammed, *Nasbu'r-Râye*, (thk. Muhammed Avvâm), Müessesetu'r-Reyân, Beytu-Lübnan, 1997, s.66; Teymî, İsmail b. Muhammed Ebu'l-Kasım Kıvâmu's-Sünne, , *et-Terğîb ve't-Terhîb*, (thk. Eyman b. Salih b. Şaban), Daru'l-Hadis, Kahire, 1993, c.III, s.109, h.n. 2178; İbn Hacer el-Askalâni, Ebu'l-Fadl Ahmed b. Ali,

Temelde adaletin denkleştirici ve kazâî adalet şeklinde iki kısım olduğundan bahsedebiliriz. Kişilerin hukuk ve insanlık noktasından eşit olmaları denkleştirici adalet olarak nitelenir. Herkese hak ettiğini vermek yani dava konusuyla ilgili dinin emrettiği şeyle hükmetmek adaletle hükmetmektir. Bu çeşide de kazâî adalet, dağıtıcı adalet denmektedir⁵².

Denkleştirici ve kazâî adalet ancak usulleri belirlenmiş, insanlara haklarını nasıl talep edebileceklerini gösteren, savunma hakkını tanıyan, haksızlığa uğradıklarında haklarını teslim etmeye muktedir olan bir yargı sistemi ile gerçekleştirilebilir⁵³.

1.1.7. İslam Yargılama Hukukunun Tarihsel Serüveni

İslam hukuku sistemi tek bir kere de ortaya konmamıştır. Meydana gelen olaylar karşısında Kuran ve Sünnet ışığında peyder pey teşekkül etmiştir. Bu oluşumu görebilmek açısından İslam hukuku sisteminin belirlendiği dönemler olan Peygamber Dönemi, Dört Halife Dönemi, Tabiin Dönemi, Taklit Dönemini iyi incelemek gerekmektedir⁵⁴.

Peygamber Döneminin en önemli iki kaynağı Kitap ve Sünnettir. Bu dönemde hükümler, Kuran ve Sünnet ışığında Hazreti Peygamber'in öğretisiyle teşekkül etmiştir. Hükümler bir anda ortaya konmamıştır. Aksine yaşanan olaylar karşısında ayetler tedricen nazil olmuştur⁵⁵. Hz. Peygamber bu nâzil olan ayetlerin hükmünce amel etmiştir. Olaylar karşısında ayet nâzil olmazsa vahyin kontrolü altında hükmünü beyan etmiştir. Hz. Peygamber tarafından olaylar önce Kur'an'a arz edilmiş eğer Kur'an'da hüküm yoksa sünnetin ışığıyla çözüme kavuşturulmuştur. Hazreti Peygamber hayatta olduğu için Sahabeler bu dönemde merak ettikleri konuları peygambere sorma veya kendi içtihatlarının sağlamasını yapma imkanına sahip olmuşlardır⁵⁶.

Hazreti Peygamber'in vefatından sonra vahiy kapısı kapanmasıyla beraber Dört Halife Dönemi veya Sahabe Dönemi başlamış oldu. Halifeler İslam yargılama hukukunun teşekkülünde doğrudan etkili olmuştur. Fakat bu Dört Halife Dönemine has olan bir durumdur. Çünkü hakkında hüküm verilmesini isteyen kimseler direk olarak halifelerin huzuruna çıkıyor ve hüküm verilmesini talep ediyordu. Halifeler hüküm verirken peygamberden öğrendikleri gibi önce Kitap ve Sünnet'e bakıyorlar yani o konu hakkında

Ed-Dirâye fî Tahrîcî Ehâdîsi'l-Hidâye, (thk. Abdullah Haşim el- Yemenî), Daru'l-Marife, Beyrut, ty. c.II, s.167, h.n. 817.

⁵¹ Bilmen, *Hukuku İslâmiyye Kâmusu*, c.VIII, s.207; Hayreddin Karaman, "Adalet", *TDV İslam Ansiklopedisi(DİA)*, c.I, s.343.

⁵² Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, "Adalet" mad., Ensâr Yayınları, İstanbul, 2019, s.11.

⁵³ Atar, *İslam Yargılama Hukukunun Esasları*, s.41.

⁵⁴ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s.345.

⁵⁵ Atar, *Fıkıh Usûlü*, s.347.

⁵⁶ Atar, *Fıkıh Usûlü*, s.347; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s.44.

kendilerinin veya etrafında bulunan diğer Sahabelerin Hz. Peygamber'den işittikleri bir şeyin olup olmadığını tespit ediyorlar, eğer hiçbir şey bulamazlarsa kendi reyleri ile içtihat ediyorlardı⁵⁷.

Söz konusu öğretiye şu hadis-i şerif işaret etmektedir: Hz. Peygamber Muaz bin Cebel'i Yemen'e vali olarak göndereceği zaman ona şöyle dedi;

“Sana bir dava getirildiği zaman nasıl hükmedersin?”

“Allah'ın kitabıyla hükmederim.”

“Allah'ın kitabında bulamazsan ne ile hükmedersin?”

“Rasulullah'ın sünneti ile hükmederim.”

“Rasulullah'ın sünnetinde ve Allah'ın kitabında bulamazsan ne ile hükmedersin?”

“Tüm gayretimle çalışarak kusur etmekten sakınarak kendi görüşümle içtihat ederim.”

bunun üzerine Rasulullah Muaz'ın göğsüne vurarak; “Rasulullah'ın elçisini onun razı olacağı şeye muvaffak kılan Allah'a hamd olsun.”⁵⁸ dedi.

Bu Hadis-i şerifte Kitap ve Sünnette hüküm bulunmadığı zaman getirilen olaylar karşısında kıyas yapılarak hüküm verilebileceğine delil kabul edilmiştir. Söz konusu hadiste geçen “*Kendi görüşümle içtihat ederim.*” ibaresi aklımla hükmederim demek değildir. Bilakis karşılaşılan olayları Kitap ve Sünnetteki benzer olaylara kıyas ederek hüküm veririm demektir. Tüm bunlardan Hz. Peygamberin öğretisiyle, çıkan uyuşmazlıkların önce Kitap sonra Sünnet'e göre çözüme kavuşturulacağı eğer her ikisinde de hüküm yoksa Kitap ve Sünnetin ışığında içtihat edilebileceği anlaşılmaktadır⁵⁹.

Dört Halife Döneminde davalara başkentte halifeler, taşra'da ise valiler tarafından bakılıyordu. İslam hukukunun idari yapısının ilk temelleri Hazreti Ömer Döneminde atılmıştır. Yürütme ve yargının birbirinden ayrılması, beldelere yöneticilerden bağımsız olarak kâdıların atanması bu dönemde gerçekleşmiştir. Ayrıca İslam yargılama hukukunun temelini oluşturmasına Hazreti Ömer'in, Kâdı Şurayh ve Ebu Mûsâ el-Eş'arî'ye⁶⁰ gönderdiği iki mektup önemli katkıda bulunmuştur⁶¹. Dört Halife Döneminden Hz. Osman Dönemine

⁵⁷ Hayreddin Karaman, *İslâm Hukukunda İctihad*, Ensar Neşriyat, İstanbul, 2015, s.55.

⁵⁸ Tirmizî, Muhammed b. İsa b. Sevre, *Süneni't-Tirmizî*, (thk. Muhammed Fuad Abdulbaki), Şirketü Mektebe, Mısır, 1975, c.III, s.608, h.n. 1327; Ebû Dâvûd Süleyman b. el- Eş'as es-Sicistânî, *Süneni Ebi Dâvûd*, (thk. Muhammed Muhyiddin Abdulhamid), Mektebetu Asriyye, Beyrut, ty., c.III, s.303, h.n. 3592.

⁵⁹ İbn Melek, Muhammed b. İzzettin Abdullatif, *Şerhu Mesabihu's-Sünne Li'l- İmam el- Beğavi*, (thk. Nureddin Talip), İdaretü's-Sekafetu'l-İslamiyye, yy., 2012, c.IV, s.276, h.n. 2814.

⁶⁰ Kenan Ayar, (2018). “Hz. Ömer'in Basra Valisi Ebû Mûsâ el- Eş'arî İle İlişkileri”. *Uluslararası Hazreti Ömer Sempozyumu*, Sivas, ss. 55-72, s.63; Ahmet Yaman, (2001). “Bir Kavram Olarak “Fıkıh Kâideleri” Ya Da İslam Hukukunun Genel İlkeleri”, *Marife Dergisi*, ss.49-75, s.53.

⁶¹ Karaman, *İslâm Hukukunda İctihad*, s.55.

kadar davalara camilerde evlerde veya mescitlerde bakılıyordu. Hz. Osman döneminde ise davalara bakılması için özel yerler yaptırılmıştır⁶².

Yargılama hukukunun usul esaslarının belirlenmesi açısından Hazreti Ömer'in Ebu Mûsâ el-Eş'arî'ye gönderdiği mektup çok önemlidir. Bu mektupta delil getirmenin davacıya, yemin etmenin ise davalıya ait olduğu, Müslümanlar arasında sulh etmek mümkünse sulh yoluna gidilmesinin uygunluğu, aksini ispat eden bir durum olmadıkça Müslümanların şahitliğinin kabul gördüğü, kâdı hükmünde yanıldığını düşündüğü zaman kararından rücu edebileceği, her iki tarafın da dinlenip öylece hüküm verilmesi gerektiği, davacı delil getirmek isterse delil getirmesi için ona uygun bir süre verilmesi gerektiği vb. esaslar belirtilmiştir. Yani usul hukukunun temel esasları Hz. Peygamber'in öğretileri ışığında bildirilmiştir⁶³.

Dört Halife Dönemi bitince Emeviler Dönemi olarak da anılan Tabiin Dönemi başlamış oldu. Bu dönemde de İslam toprakları genişlemeye devam etmiştir. Toprakların genişlemesi İslam hukuku açısından yeni ihtiyaçları meydana getirmiştir. İnsanların problemleri farklılaşmış bu sorunlara çözüm bulma arayışı kuvvetlenmiştir. Bu olaylar karşısında Sahabelerin buldukları bölgelere göre ortaya koydukları tutumlar da farklılık göstermiştir⁶⁴. Emeviler Döneminde yargı konusunda Dört Halife Döneminin esasları benimsenmiş başkentte halifeler, taşra da valiler yürütme organının işlerini yaparken, tayin edilen kadılar tarafından dava işlerine bakılmıştır⁶⁵.

Tabiin Döneminde “ehli hadis ve ehli rey” olmak üzere iki farklı okul ortaya çıkmıştır. Bunlardan ilki problem çözerken Kuran ve Sünnetle amel eden, bunlarda hüküm bulamayınca kendi görüşünü bildirmeyen veya çok nadir reye başvuran ve Medine'yi kendilerine merkez edinen ehli hadis ekolüdür.

Diğeri ise aynı şekilde Kuran ve Sünnetle amel eden fakat hüküm bulamadığı zaman temel kaynakların ışığında kendi görüşüyle içtihat eden ve merkezi Kufe olan ehli rey ekolüdür. Bu iki ekolün ortaya çıkmasına, buldukları bölgelerdeki sosyolojik toplum yapısının ihtiyaçları ve insanların kültürlerinin farklılıkları vb. birçok sebep neden olmuştur. Ehli Hadis, Medine merkezli olması nedeniyle toplum yapısı Hazreti Peygamber Dönemine yakındı. Ortaya çıkan problemleri rahatlıkla çözebilecek malzeme ellerinde mevcuttu. Bu nedenle çok fazla reye başvurma ihtiyacı hissetmemişlerdir. Fakat Kufe ve diğer bölgelerde

⁶² Atar, *İslâm Yargılama Hukukunun Esasları*, s.85

⁶³ Ayar, “Hz. Ömer'in Basra Valisi Ebû Mûsâ el- Eş'arî İle İlişkileri”, s.63; Yaman, “Bir Kavram Olarak “Fıkıh Kâideleri” Ya Da İslam Hukukunun Genel İlkeleri”, s.53.

⁶⁴ Atar, *Fıkıh Usûlü*, s.357.

⁶⁵ Atar, *İslâm Yargılama Hukukunun Esasları*, s.86

Medine ehlinin problemlerinden çok farklı meseleler ortaya çıkmış ve bunların çözüme kavuşturulması gerekmiştir. Bu durumda rey'e başvurma ihtiyacı kuvvetlenmiştir. Ortaya çıkan bu iki farklı içtihat okulu aslında toplumun her kesiminin ihtiyacını gidermeye yönelik meydana gelmiştir. Bu okullar daha sonra teşekkül edecek olan mezheplerin temellerini oluşturmuştur⁶⁶. Bu dönemde ekoller yargıyı etkilememiştir. Yargı işlerine bakacak olan kadılar mezhep ayrımı yapılmaksızın fakihler arasından seçilmiş ve bu fakihler kitap, sünnet ve gerektiğinde içtihatları ile hükmetmişlerdir⁶⁷.

Tabiin Döneminden sonra Müçtehit İmamlar Dönemi başlamıştır. Bu dönemde Abbasiler başa geçmiştir. Fıkhın altın dönemi olarak da nitelendirilen bu dönemde eserler tedvin edilmiş, İslam toprakları genişlemiş, fıkıh mezhepleri ortaya çıkmıştır. Tüm bu faaliyetlerin gerçekleşmesinde ise Abbasi Devleti'nin din ilimlerine ve âlimlere önem vermesi etkili olmuştur⁶⁸.

Abbasiler Döneminin başlarında kadılar, Kitap ve Sünnetin ışığında içtihatlarıyla davalara bakıyorlardı. Onların bu tutumları fıkhın gelişmesine önemli katkıda bulunmuştur. Fakat bu durum zamanla aynı olaylar karşısında farklı yargı kararlarının ortaya çıkmasına sebep olmuş ve halifeye şikayet edilmiştir. Yargı birliği açısından kanunlaşma teklifi ortaya atılmış olsa da başarı ile sonuçlanmadı. Bu dönemde Şâfiî ve Hanbeli mezhepleri de ortaya çıkmıştır. Mezheplerin içtihadi görüşleri derlenip tedvin edilmeye başlanması ile beraber kâdılar da mezheplerden birine tabi olarak hüküm vermeye başladı. Bunun sonucunda Abbasiler Döneminde yargı kurumu mezheplerin teşekkülünden etkilenmiş oldu⁶⁹. Abbasiler Döneminde Halife Harun Reşid tarafından yargı ve yürütme tamamen birbirinden ayrılarak ilk defa yargı için yürütmeden ayrı Kadılıkudatlık kurumu kuruldu ve başına İmam Ebu Yusuf tayin edildi. Bu görevle Kadılıkudat'a kadıları tayin etme, azletme denetleme görevleri verildi⁷⁰.

İslam hukukunda mezheplerin teşekkülünden sonra hicri dördüncü asrın ortalarından hicri on üçüncü asrın sonlarına kadar devam eden Taklit Dönemi başlamıştır. Bu dönemde mezheplerin ortaya koydukları hükümler incelenmiş, usuller belirlenmiş, yazılan metinlere şerhler yazılmış, resmi tedvin hareketleri ortaya çıkmıştır. İlk olarak İslam hukukuna dayalı kanunlaştırma hareketi ise bu dönemden sonra Mecelle ile başarılı olmuştur⁷¹.

⁶⁶ Zeydan, *el-Vecîz*, s.190; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s.50.

⁶⁷ Atar, *İslâm Yargılama Hukukunun Esasları*, s.86

⁶⁸ Atar, *Fıkıh Usûlü*, s.362.

⁶⁹ Atar, *İslâm Yargılama Hukukunun Esasları*, s.86

⁷⁰ Atar, *İslâm Yargılama Hukukunun Esasları*, s.87

⁷¹ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s.57.

1.2. İslam Yargılama Hukukunun Temel Unsurları

Yargılama/kazâ/muhâkeme, bu üç kavram da birbirinin yerine kullanılmıştır, tarafların delillerini mahkeme huzurunda sunmaları demektir. Yargılama ile ilgili kavramlar ki onlar kazânın unsurları olup altı tanedir. Bunlar hüküm, mahkûmun bih, mahkûmun aleyh, mahkûmun leh, hâkim ve hüküm yollarıdır⁷².

1.2.1. Kâdı/Hakim

Yargılamanın en önemli unsuru olan kâdı fıkıh kitaplarında ayrıntılı bir şekilde tarif edilmiştir. Kâdının tanımı, görevi, onda aranan vasıflar vb. tüm hususlar âlimler arasında tartışılmış, irdelenmiş ve görüş farklılıkları ortaya konmuştur. Bu bölümde ihtilaflara girmeden sadece kavramsal tanımlar ve genel özellikler verilecektir.

Husumetleri çözmesi için devlet tarafından tayin edilen, insanlar arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkları şer'i hükümlere göre çözen kişiye kâdı denir. Hâkim ifadesi ise hem devlet başkanına hem de husumeti çözmekle memur olan kişiye söylenir. Bu anlamda hâkim kelimesi kâdı kelimesinden daha umum bir manayı ifade eder⁷³. Her iki kelime birbirinin yerine de kullanılmaktadır. Mecelle'de ise kâdı da aranan tüm vasıflar göz önüne alınarak "*Hâkim, fehîm, müstakîm, emîn, mekîn, metîn olmalıdır.*"⁷⁴ şeklinde bir tarif yapılmıştır. Bu maddeye göre kâdı; adaletli, akıllı, takva sahibi, fıkıh, sünnet, örf ve adeti iyi bilen, toplumun nabzını güzel ölçebilen, dosdoğru, insanlara yalan söylemeyen, onları kandırmayan, güvenilir, insanı küçük düşüren hal ve hareketlerden sakınan ve hiçbir kimsenin hal ve hareketinden, davranışından, sözünden etkilenmeyen kimsedir. Tüm bunlar kâdıda aranan vasıfları ve onun tanımını ifade eder⁷⁵.

Kâdı olan bir kişi de ayrıca şu vasıflar da aranır: 1. Âkil-bâliğ olması 2. Müslüman olması 3. Adalet sahibi olması 4. İçtihat ehli olması (İmam Mâlik, Şâfî ve Hanbeli fukahasına göre) 5. Erkek olması (Maliki, Şâfî ve Hanbelilerin Cumhuruna göre) 6. Sağlıklı olması⁷⁶. Tüm bu şartları taşıyan kâdı davalara bakabilir. Kendisinde sayılan şartların bulunmadığı bir kâdının verdiği karar bâtıldır.

İslam devletlerinde kâdılarının tayini hâlifeler veya halife tarafından yetkilendirilen vekiller, valiler ya da kâdı kudsatlar tarafından yapılır. Hâlifelerin görevinin bitmesiyle tayin ettiği kâdılarının görevinin sona ermediği kabul gören görüşlerdendir. Bu nedenle yürütmenin

⁷² Bilmen, *Hukuku İslamiyye Kamusu*, c.VIII, s.204.

⁷³ Erdoğan, "Kâdı", s.283.

⁷⁴ Mecelle md. 1792.

⁷⁵ Sabri Erturhan, *Temel Fıkıh Bilgileri*, Hikmetevi Yayınları, İstanbul, 2018, s.185, Atar, *İslam Yargılama Hukukunun Esasları*, s.120.

⁷⁶ Atar, *İslam Yargılama Hukukunun Esasları*, s.113.

yargı üzerinde etkili olduğu düşünülmemelidir. Kâdılarının görevden azli ise ancak adaletten ayrılmaları, görevi kötüye kullanmaları veya ağır bir suç işlemeleri sebebiyle olabilir.

1.2.2. Mahkûmun Leh/Makdıyyun Leh

Kâdının verdiği kararın lehine olduğu kimseye mahkûmun leh/makdıyyun leh denilir⁷⁷. Davanın taraflarından biri davanın sonunda iddiasının haklılığını ispat edebilirse dava onun yararına sonlanır. Diğer bir ifadeyle davayı kazanmış olur. Bu takdirde davanın yararına sonlandığı kimse mahkûmun leh yada makdıyyun leh ismini alır.

1.2.3. Mahkûmun Aleyh/Makdıyyün Aleyh

Kâdının verdiği hükmün aleyhine olduğu kimseye ise mahkûmun aleyh/makdıyyun aleyh denilir⁷⁸. Davanın taraflarından biri dava sonunda karşı tarafın iddiasını çürütemez veya kendi iddiasını ispat edemezse dava onun aleyhine sonlanır. Bu durumda davayı kaybetmiş olur. Bunun sonucunda mahkûmun aleyh veya makdıyyun aleyh ismini alır.

1.2.4. Mahkûmun Bih/Makdıyyün Bih

Kâdının mahkumun aleyhi bağlayıcı kıldığı şeydir. Kâdının hükmünden önce bu şey müddeâ bih olarak isimlendirilir. Dava sonunda verilen kararlar mahkûmun bih veya makdıyyun bih ismini alır⁷⁹. Kâdının, mahkumun aleyhin davacının hakkını yerine getirmesi ya da davacının çekişmeyi terk etmesi şeklinde verdiği kazâi ilzam veya kazâi terk şeklinde tezâhür eden kararı demektir⁸⁰.

1.2.5. Hüküm

Muhâkeme usulüne uygun bir şekilde çekişmeyi sonlandırmak demektir⁸¹. Kâdının verdiği hüküm davacı tarafından ispat edilmesine göre iki kısma ayrılır.

Birincisi kazâi ilzâmdır. Kazâi istihkak da denilir. Davacı davasını ispat vasıtalarından birine dayandırarak kâdının huzurunda haklılığını kanıtladıysa kâdı mahkumun aleyhin davacının hakkını yerine getirmesine hükmeder. Bu karar ispat vasıtalarından birine dayandığı için kesindir⁸².

⁷⁷ Bilmen, *Hukuku İslamiyye Kamusu*, c.8, s.205; Mecelle md. 1788-1789.

⁷⁸ Bilmen, *Hukuku İslamiyye Kamusu*, c.8, s.205; Mecelle md. 1788-1789.

⁷⁹ Tayyar, Abdullah b. Muhammed, *Fıkhü'l-Müeyyessere*, Medâru'l-Vatan, Riyad, 2011, c.VIII, s.94

⁸⁰ Mecelle md. 1787.

⁸¹ Mecelle md. 1786.

⁸² Atar, *İslam Yargılama Hukukunun Esasları*, s.270; Erturhan, *Temel Fıkıh Bilgileri*, s.188; Bilmen, *Hukuku İslamiyye Kamusu*, c.VIII, s.204.

İkincisi kazâi terktir. Davacı haklılığını ortaya çıkaracak bir delil bulamadıysa kâdı davacının çekişmeyi sonlandırmasına karar verir. Bu karar ispat vasıtalarından birine dayanmadan verilmesi sebebiyle kesin değildir. Davacı, davasını ispat edebilecek bir delil bulduğunda tekrar dava açabilir⁸³.

Mahkûmun bih ve hüküm kavramları sonuç itibariyle aynı şeyi ifade etse de ilgilendirdiği kişi açısından farklı manaları içerir. Dava sonunda verilen karar, kâdı açısından hüküm diye isimlendirilirken aynı karar taraflar açısından mahkûmun bih veya makdiyyun bih diye isimlendirilir. Diğer bir ifadeyle tarafların yerine getirmesi gereken karara mahkûmun bih denir. Kâdının davayı sonlandırmak için vermesi gereken karara hüküm denir.

1.2.6. Hüküm Yolları

Kâdı davada verdiği kararı mutlaka bir sebebe dayandırmalıdır. Kâdının davada verdiği kararın dayandığı sebepler ise tarafların dava esnasında kullandığı delillerdir. Bu nedenle kâdı dava sonunda şahadet, yemin, yeminden çekinme vb. ispat vasıtalarına dayanarak kararını verir. İşte kâdının verdiği kararın dayanak ve gerekçesine hüküm yolları veya sebepleri denir⁸⁴.

1.3. İslam Yargılama Hukukunda Dava Nazariyesi

1.3.1. Dava

Dava kelimesi lügatte fiil olarak اَدَّعى kelimesinin mastarı olan 'الإدعاء' dan türemiş bir isimdir⁸⁵. Ya da الدعاء 'dan türemiş فعلى kalıbında müennes bir kelimedir⁸⁶. دعوى olarak vav'ın fethası veya kesrası ile cemi yapılır⁸⁷. Lügatte birçok farklı manada kullanılır. Bunlardan biri istemek⁸⁸ ve temenni etmek manasıdır. Bunun örneği Kur'ân-ı Kerim'de şöyle geçmektedir: “Onlar için orada meyveler vardır. Onlar için diledikleri her şey vardır.”⁸⁹ Kullanıldığı diğer bir mana dua manasıdır. Kur'an-ı Kerim'de örneği ise “Orada onların duaları, “*Sen bütün noksan sıfatlardan uzaksın Allahım!*”; karşılıklı iyi dilekleri de “*selâm*” şeklinde olacaktır.

⁸³ Erturhan, *Temel Fıkıh Bilgileri*, s.188; Atar, *İslam Yargılama Hukukunun Esasları*, s.270.

⁸⁴ Atar, “Kazâ”, s.114.

⁸⁵ Heyet, *Mevsu'âtu'l-Fıkhıyyeti'l-Kuveytiyye*, Vuzâratu'l-Evkâf, Kuveyt, 2012, c.XX, s.270.

⁸⁶ Neseî, İmam Necmeddin ebi Hafs Amr b. Muhammed, *Tilbet'üt -Talebe*, (thk. Nasreddin et-Tunusi), Kahire, 2008, s.476.

⁸⁷ Şirbîni, Şemseddin Muhammed b. Ahmed el-Hatîp, *Muğni'l-Muhtaç ile Mâ'rifeti Me'âni Elfâzu'l-Minhâç*, Dâru Kutubü'l-İlmiyye, 1994, c.VI, s.399.

⁸⁸ Abdu'l -Azim Bedevi, *el-Vecîz fî Fıkhî's-Sünne ve'l-Kitâbi'l -Azîz*, Dâru ibnu Recep, Mısır, 2001, s.472.

⁸⁹ Yasin, 36/57.

Duaları da, “*Âlemlerin rabbi olan Allah’a hamdolsun*” diyerek son bulur.⁹⁰” şeklinde geçmektedir. Diğer kullanıldığı mana ise iddia⁹¹’dır⁹².

Dava hakkında ıstılahta farklı tarifler yapılmıştır. Bu tarifler sırasıyla şu şekildedir; dava, mutlak olarak çekişme halinde olsun veya olmasın “*Başkasının elinde ya da zimmetinde olan bir şeyin kendisine ait olduğunu ileri sürmek demektir.*”⁹³ Başkasına ait olan bir şey hakkında “*benimdir.*” veya bir kimsenin kendine ait olan bir şey için “*benimdir.*” Şeklinde ki ifadelerden her ikisi de lügat anlamı olarak dava diye isimlendirilirken bunlardan sadece çekişme halinde olan kısım ıstılâhi olarak dava diye isimlendirilebilir⁹⁴. Bu nedenle dava hakkında yapılan bu tarif, davaya dahil olmayan şeyleri de kuşatır.

“*Başka bir kimseyle çekişme halinde bir hakkın iddia edilmesidir.*”⁹⁵ Bu tarife göre her iddia edilenin dava sayılması gerekir. Davanın kâdının önünde olması şartı bu tarife dahil değildir. “*Başkasının üzerinde hakkı bulunan bir kimsenin, bu hakkını hakem ya da kadının huzurunda talep etmesidir.*”⁹⁶ Eğer hak sahibi hakkını kâdının huzurunda istemezse veya hakkını başkasından talep etmezse bu dava diye isimlendirilmez⁹⁷. “*Bir kimsenin kâdı tarafından kabul edilebilir olan bir başkasında bulunan hakkını iddia ettiği veya kendi hakkından başkasını defettiği sözdür.*”⁹⁸ Mecelle’de ise dava “*Bir kimsenin başkasından hakkını hâkimin huzurunda talep etmesidir.*”⁹⁹ şeklinde tarif edilmiştir.

Yapılan bu tariflerden şu çıkarımlar yapılabilir¹⁰⁰:

1. Dava iddia ve talebi barındırmalıdır. Eğer bir kişi başkasında hakkı olduğunu iddia edip hakkını talep etmiyorsa bu takdirde dava açılmamış sayılır. Örneğin bir kimse benim filanca da 500 TL alacağım var fakat ben bunu talep etmiyorum dese dava açılmış sayılmaz. Çünkü örnekte bir iddia var fakat talep yoktur.

2. Mevcut bir hak davada iddia ve talep edilmelidir. Mesela filandan gelecek ayda muaccel olacak alacaklarımı istiyorum dese bu takdirde daha mevcut olmayan bir haktan

⁹⁰ Yunus, 10/10.

⁹¹ İbn Manzur, *Lisânu'l-Arab*, c.II, s.390.

⁹² Heyet, *Mevsu'âtu'l-Fıkhıyyeti'l-Kuveyyiyye*, c.XX, s.270.

⁹³ Tayyâr, *Fıkhü'l-Müyyessere*, c.VIII, s.92.

⁹⁴ Muhammed Hâlid Âtâsi, *Şerhu'l-Mecelle*, Dâru'l-Kütübu'l-İlmiyye, Beyrut, 2016, c.V, s.4; Vehbi Süleyman Gâvecî, , *el- Kâfi fi'l-Fıkhî'l-Hanefî Fıkhü'l-İbâdât ale Mezhebi'i-İmami Ebî Hanife Nu'mân*, Dâru'l-Risâle el-Âlemiyye, Beyrut-Lübnan, 2013, c.III, s.1375.

⁹⁵ Âtâsi, *Şerhu'l-Mecelle*, c.V, s.4; Gâveci, *el- Kâfi fi'l-Fıkhî'l-Hanefî*, c.III, s.1375.

⁹⁶ Şeyhzâde, Abdurrahman b. Muhammed b. Süleyman, *Mecmû'ul-Enhûr fi Şerhi Mültekâ'l-Ebhûr*, Daru İhya'i-t-Turâsi'l-Arabî, c.II, s.249.

⁹⁷ Tahânevî, Muhammed Ali, *Mevsûât'ul- Keşşâful-Istılâhat*, Mektebetü Lübân, Lübân, 1996, m. الدعوى, c.I, s.784.

⁹⁸ Haskefî, Muhammed b. Ali b. Muhammed, *Durru'l-Muhtâr Şerhu Tenvîri'l-Ebsâr ve Cemiu'l-Bihâr*, Daru'l-Kütübu'l-İlmiyye, 2002, s.510.

⁹⁹ Mecelle md. 1613.

¹⁰⁰ Kemal Yıldız, (2005). “İslam Muhakeme Hukukunda Davanın Şartları ve Muhakeme Süreci”, *Ekev Akademi Dergisi*, sayı 24, s.119.

bahsedildiği için bu durumda da dava açılmış sayılmaz. Çünkü dava konusunun kabul edilmesi için hukuki bir değerinin olması gerekir. Bu örnekte de hukuki değer henüz oluşmamıştır.

3. Davanın dinlenmesi için bir davacı ve davalı olmalıdır. Davalısı belli olmadan ileri sürülen davalar dinlenilmez.

4. Davalar çekişmeyi sona erdirebilme kabiliyetine sahip olan yetkili mercilerin önünde gerçekleşmelidir. Bu yetkili merciler devlet başkanı veya onun tayin etmiş olduğu kâdılar olabilir.

5. Davalar sözle veya yazı ile açılabilir. Kâdının davayı dinlemesi için tariflerden anlaşılan davanın sıhhat şartlarının yerine gelmesi gerekmektedir. Kâdı, sıhhat şartları yerine gelmeyen bir davayı dinlemekle sorumlu değildir.

Burada kadâ ve dava kelimeleri arasındaki farka işaret etmekte fayda vardır. Dava hakkı talep etmek demektir. Kadâ ise bu talep edilen hakkın bir kararla sonlandırılmasıdır. Kişilerin mahkemeden talebi başlangıçta dava diye isimlendirilirken dava sonunda verilen kararlar kadâ/hüküm diye isimlendirilir.¹⁰¹ Davanın varlığı kesin olarak ispatlanmamış, ilk aşamada sadece bir iddiadan ibaret olduğu anlaşılmaktadır. Bundan dolayı varlığı kesin delillerle ispatlanmış olan şeyler hakkında dava veya iddia kelimeleri kullanılmaz. İddia yani dava kesin delillerle tespit edilmeyen şeyler hakkında söylenir. Mesela Peygamberimizin nübüvveti üzerine iddia denilemez. Çünkü Efendimizin nübüvveti apaçık kesin delillerle ispat edilmiştir. Fakat Müseylemetu'l Kezzâb hakkında nübüvveti iddia etti diye söylemek mümkündür.¹⁰² Yargı açısından başka bir örnek daha verecek olursak hakkında hüküm verilen bir dava artık dava diye isimlendirilmez. Çünkü artık hakkın varlığı ya da yokluğu delillerde ispat edilmiştir. Bu nedenle artık kadâ adını alır.

1.3.2. Davanın Kaynağı

Allah Teâla mahlukatı fitratları açısından birbirinden farklı olarak yarattı. Bu farklılıklar onların aralarında uyumsuzluğa sebep olabilmektedir. İhtilafların çözüme kavuşturulmaması toplumu fesâda götüreceğinden, ortaya çıkan uyumsuzlukların mutlaka çözülmesi gerekmektedir. İşte aralarındaki ihtilafların sona erdirilmesi dava yoluyla mümkündür.¹⁰³ Bu nedenle Allah Teala insanların aralarında çıkan uyumsuzlukların çözüme

¹⁰¹ Heyet, *Mevsû'âtu'l-Fıkhıyyeti'l-Kuveytiyye*, c.XX, s.270.

¹⁰² Leknevî, İmam Abdulhay b. Abdu'l-Halim, *Umdetu'r-Ri'âye ale Şerhi'l-Vikaye Gayetu'l-Înâye ale Umdetu'r-Ri'âye Haşiyesi ile*, (thk.Salah Muhammed Ebu'l-Hac), Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, Lüban, 2009, c.VI s.88; Heyet, *Mevsu'âtu'l-Fıkhıyyeti'l-Kuveytiyye*, c.XX, s.270.

¹⁰³ Serahsi, Ahmed b. Ebi Sehl Şemsu'l-E'im'me, *el-Mebcut*, Dâru'l Mârifê, Beyrut, 1993, c.XVII, s.28.

kavuşması için dava yolunu meşru kılmıştır. Davanın meşrûiyeti kitap, sünnet ve icmâya dayanmaktadır¹⁰⁴.

Davanın Kur'an'dan delili, Dâvud (as) kıssasında “*Kendisine hikmet ve anlaşmazlıkları bitiren konuşma yeteneği vermiştik.*”¹⁰⁵ diye buyrulmaktadır. Hz. Ali bu Ayet-i kerimeyi “*Beyyine davacıya, yemin ise inkar edene aittir.*”¹⁰⁶ hadis-i ile tefsir etmiştir¹⁰⁷.

Davanın Sünnet'ten delili, Hz. Peygamber, “*Beyyine davacıya yemin ise davalıya aittir.*”¹⁰⁸ diye buyurmuştur. Başka bir rivayette ise “*...Lakin beyyine davacıya, yemin ise inkar edene aittir.*”¹⁰⁹ şeklinde rivayet edilmiştir. İslam alimleri gelen bu haberin gereği ile amel etmiştir. Öyleki bu hadis tevâtür derecesine kadar ulaşmıştır¹¹⁰.

Vâil bin Hucr (ra)'tan gelen başka bir rivayette: “Hadremevtli ve Kindeli iki adam Efendimizin huzurunda bir şey hakkında davalastılar. Efendimiz davacıya “*Beyyinen var mıdır?*” diye sordu. O da “*Hayır*” dedi. Efendimiz davalıya: “*O halde senin yemin etmen gerekir. Sana bundan başka bir şey yoktur.*”¹¹¹ buyurdu¹¹².

İcmâ'dan delili ise Peygamberimizin zamanından günümüze kadar ümmetin icma'ı davanın varlığı üzere bağlanmıştır¹¹³. Verilen bilgilerden davanın Kitap, Sünnet ve İcmâ ile tespit edildiği görülmektedir. İslam hukukçuları bu kaynaklara dayanarak birçok hüküm çıkarmışlardır¹¹⁴.

1.3.3. Davanın Çeşitleri

İslam yargı sistemi adlî, idarî (Mezâlim mahkemeleri), askerî, hisbe yargısı olmak üzere dört kısma ayrılmaktadır. Her birinin usûl ve işleyişi farklılık arzeder. Kısaca sırasıyla her biri hakkında bilgi verip sonra adli yargı ile ilgili dava çeşitlerinden bahsedilecektir.

Mezâlim Mahkemeleri (idarî yargı); bu mahkemelerin kâdıları hem idari hem de adli davalara bakabilirler. Haklarında herhangi bir sınırlama yoktur. Fertler arasındaki davalara bakabilecekleri gibi fertlerin devlet veya devlet tüzel kişilerine karşı açtıkları davalara da

¹⁰⁴ Şeyhzade, *Mecmû'ul-Enhur*, c.II, s.239; Aynî, Ebu Muhammed Bedreddîn Mahmud b. Ahmed, *el-Benâye Şerhu'l-Hidâye*, Daru'l-Kutubu İlmiyye, Lübnan, 2000, c.IX, s.313.

¹⁰⁵ Sâd, 38/20.

¹⁰⁶ Tirmizî, *Sünen*, c.III, s.617, h.n. 1341.

¹⁰⁷ Gâveci, *el-Kâfi fi'l-Fikhi'l-Hanefi*, c.III, s.1375.

¹⁰⁸ Tirmizî, *Sünen*, c.III, s.617, h.n. 1341.

¹⁰⁹ Beyhakî, Ahmed b. Hüseyin, *es-Sünenü's-Sağîr li'l-Beyhakî*, (tahk.Abdulmûti Emin Kalacî), Camiatu Dirâsetu İslamiyye, Pakistan, 1989, c.IV, s.188, h.n. 3386; Beyhakî, Ahmed b. Hüseyin, *es-Sünenü'l-Kübrâ*, (thk.Muhammed Abdulkadir Atâ), Daru Kütübü İlmiyye, Beyrut-Lübnan, 2003, c.X, s.427, h.n. 21201.

¹¹⁰ Serahsi, *el-Mebsût*, c.XVII, s.28; Gâveci, *el-Kâfi fi'l-Fikhi'l-Hanefi*, c.III, s.1375.

¹¹¹ Ebû Dâvud, *Sünen*, c.V, s.470, h.n. 3623; Tirmizî, *Sünen*, c.III, s.617, h.n. 1340.

¹¹² Mevsilî, el- İmam Abdullah b. Mahmud b. Mevdud el-Hanefi, *el-İhtiyar li Ta'lîli'l-Muhtâr*, (thk.Abdullatif Muhammed Abdurrahman), Dâru Kütübü İlmiyye, Lüban, 2009, c.II, s.118.

¹¹³ Aynî, *el-Benâye*, c.IX, s.313.

¹¹⁴ Serahsi, *el-Mebsût*, c.XVII, s.28.

bakmaya yetkilidirler. Fakat bu mahkemeler daha çok idari davalara bakmakla meşhur olmuştur. İdârenin haksız fiillerine karşı açılan davalara bakmıştır. Bu mahkemeler muhâkeme usûlü açısından adli yargı sisteminin usûlünden farklılık gösteririr. Kâdılar gerektiğinde şüpheli kişilerden delil elde etmek için onları korkutup tehdit edebilir. İsterse şahitlerden yeminde isteyebilir¹¹⁵.

Askerî Mahkemeler (askerî yargı); orduya mensup olan kişilerin hukuk ve ceza davalarına bakmakla görevlidir. Bu mahkemelerin kâdıları askerlerden olur. Adli yargı kâdısının uymak zorunda olduğu usul ve kurallara uymakla mükelleftir. Adli yargı ve askeri yargı arasında uymaları gereken usûl açısından fark yoktur. Aralarındaki tek fark, adli yargı kâdısı sivillerin davalarına bakarken askeri yargı kâdısı askerlerin davalarına bakar¹¹⁶.

Hisbe teşkilatı; sadece hukuk davalarından esnaf ve ticaret ile ilgili konulara bakmakla görevli olan halk arasında güvenlik ve huzuru sağlamaya yönelik kurulan bir kurumdur. Günümüzde savcılık, emniyet, belediye gibi kurumların görevine karşılık geldiği söylenebilir¹¹⁷. Muhâkeme usûlleri açısından farklılık gösterirler. Adli yargı sisteminde kâdılar tarafların dava açması üzerine davalara bakabilir. Ayrıca davalarda delil tespiti yapmaya çalışırlar. Fakat muhtesipler yani hisbe teşkilatı yargısına bakanlar dava açılmadan da tarafları muhâkeme edip haklarında hüküm verebilirler. Beyyine ve delil muhâkeme esnasında muhtesipler tarafından istenilmez. Çünkü beyyine ve delil olan davalara adli yargı bakmakla yükümlüdür¹¹⁸.

İslam yargılama hukukunda davalar ortaya çıkışındaki sakatlık veya hükümsüzlük açısından sahih, fâsid ve batıl olmak üzere üç kısma ayrılır. Klasik fıkıh doktrininde davada hakkın meydana gelmesi açısından davalar, Allah hakkı ve kul hakkı şeklinde bir ayrıma tabi tutulur. Dava konusu açısından ise ceza davaları, deyn davaları, alacak davaları, ayn davaları, miras davaları gibi kısımlara ayrılır. Ceza davalarının dışında kalan tüm davalara hukuk davaları demek mümkündür¹¹⁹. O halde adli yargıyı; hukuk davaları ve ceza davaları, şeklinde iki kısma ayırarak incelemek mümkündür. Hukuk ve ceza davaları usûl ve işleyiş açısından farklılık göstermektedir.

1.3.3.1. Hukuk Davaları

Yapılması meşru, mübah, caiz olan işlerde bu fiil hakkında ya da yapılan fiilin eseri, neticesi hakkında taraflardan biri sui istimal de bulundu mu? ya da başkasının hakkına fiili

¹¹⁵ Atar, *İslâm Adliye Teşkilatı*, s.166,168.

¹¹⁶ Atar, *İslâm Yargılama Hukukunun Esasları*, s.190.

¹¹⁷ Erturhan, *Temel Fıkıh Bilgileri*, s.184.

¹¹⁸ Atar, *İslâm Adliye Teşkilatı*, s.172, 173.

¹¹⁹ Atar, *İslâm Yargılama Hukukunun Esasları*, s.201.

yaparken tecavüz etti mi? Bunu tespit eden şahıs hukukuyla ilgili olan davalara hukuk davaları denir.¹²⁰ Alışveriş, nikah, talak, ortaklık vb. davalar buna örnek gösterilebilir. Bu davalar, davanın reddi ya da davalının bir borcu veya aynı ödemeye mahkum edilmesi şeklinde sonuçlanabilir. Sulh, velayet vb. davalarda ise davacının şahsi bir hakkına hükmedilmesi de mümkündür¹²¹.

Hukuk davalarında kâdılar tarafların talebiyle bağlıdır. Yani taraflar talepte bulunmadan kâdılar kendiliğinden (re'sen) harekete geçemez. Hiç kimse sahip olduğu hakkı almak için dava açmaya zorlanamaz. Bu davalarda tarafların dava konusu ile ilgisi bulunması gerekir. Sadece ilgili şahıslar kendinin veya vekillerinin hakkını savunmak için dava açabilirler¹²².

1.3.3.2. Ceza Davaları

Yapılması haram kılınan veya yasaklanan bir fiilin yapıp yapılmadığını tespit eden ceza davalarıdır¹²³. Suç işleyenlerin tespit edildiği ve devlet tarafından cezasının verildiği davalara ceza davaları denir¹²⁴. Ceza davaları daha çok kamu hukukuyla ilgili olduğu için kâdılar (re'sen) kendiliğinden harekete geçebileceği gibi suç haberini alan toplumun her ferdi de gördüğü suçu ihbar ederek şikayetçi olabilir¹²⁵. Hukuk davalarında kişilerin taraf olabilmeleri için davayla direkt bağlantısının olması gerekirken, ceza davalarında kişinin şikayetçi olması için illa suçtan şahsen zarar görmüş olması gerekmez. Hukuk davalarında kâdılar tarafların talebiyle bağlıyken ceza davalarında kâdılar tarafların talebi olmasa da dava açma yetkisine sahiptirler.

Hırsızlık, zina, adam öldürme, yaralama, zulüm, rüşvet, sövme gibi dinin hükümlerince yasaklanmış fiilleri yapana cezai yaptırım öngören davalardır. Davanın seyri yapılan tahkikata göre değişiklik gösterir. Bu davalarda töhmet altında bırakılan (şüpheli), dava sonuçlanana kadar tutuklu yargılanabileceği gibi hakkında hapis cezası, darpla taz'ir cezası vb. cezalar verilebilir¹²⁶. Bu davaların sonunda iddia edilen suçun işlendiği tespit

¹²⁰ Tayyar, *Fıkhu'l-Müeyyessere*, c. VIII, s.102.

¹²¹ İbn Kayyim el-Cevziyye, Ebu Abdullah Muhammed b. Ebubekir, *et-Turuku'l-Hukmiyye fî Siyaseti's-Şer'iyye*, (thk. Nâyif b. Ahmed), Daru'l-Alemi'l-Fevâid, Mekke, h. 1428, c.I, s.246; Tayyar, *a.g.e.*, c.VIII, s.102.

¹²² Atar, *İslâm Yargılama Hukukununun Esasları*, s.202.

¹²³ Tayyar, *Fıkhu'l-Müeyyessere*, c.VIII, s.102.

¹²⁴ Abdullah Çolak, *İslâm Ceza Hukuku*, Hikmetevi yayınları, İstanbul, 2019, s.14.

¹²⁵ Atar, *İslâm Adliye Teşkilatı*, s.174.

¹²⁶ Heyet, *Mevsu'ātu'l-Fikhiyyeti'l-Kuveytiyye*, c.XIII, s.145.

edilirse kişinin işlediği suçun cezası icra edilir. Eğer ki suçun işlendiği sabit olmazsa beraat; şüpheli işler ve kan davalarında ise sulh ile sonuçlanabilir¹²⁷.

1.3.4. Usul Bağlamında Şart ve Rükün

Konunun ikinci bölümünde davanın sıhhat şartlarından bahsedileceği için burada kısaca fıkıh usûlü bağlamında şart ve rükün kavramlarına değinilecektir.

Usul; delillerin ve hükümlerin tespit edilmesi konusunda izlenen yoldur. Beşeriyetin gücü yettiği kadar bunları bilmesinde fayda vardır. Bizim anlatacağımız rükün ve şart da usul kitaplarında hükümler bahsi içinde hüküm hakkındaki fasılda geçmektedir.

Hüküm; Allah Teala'nın hitabının, mükelleflerin fiillerine, birşeyin yapılmasını veya yapılmamasını gerekli kılması, yapmak ve yapmamak arasında serbest bırakması konularındaki tesiridir. Teklifi ve Vad'i hükümler olmak üzere iki kısma ayrılır¹²⁸.

Usulcülere göre; Teklifi hüküm: Şâri'nin mükelleften bir şeyi yapması veya yapmamasını istemesi ya da yapıp yapmamak arasında serbest bırakmasıdır¹²⁹.

Vad'i hüküm ise; Şâri'nin bir şeyi başka bir şeye sebep kılması, şart kılması veya ondan engelleyici bir şey kılmasıdır. Örneğin cima mülkiyetinin gerçekleşmesi evlenme fiiline (nikah şartına) bağlanmıştır¹³⁰.

Fakihlere göre ise; mükelleften sâdır olan fiile Şâri'nin mükelleften talebine göre bağlanan vasfa **teklifi hüküm** denir¹³¹.

Vad'i hüküm ise Şâri'nin isteğine göre bir şeyin başka birşey için sebep, şart veya mâni olmasıdır¹³².

Şart ve rükün vad'i hükümlerdendir. Şart, ıstılahta bir şeyin varlığının kendi hakikatinden hariç başka bir şeye bağlanmasıdır. Mesela namaz için abdest almak gibi. Abdest almak namazın varlığı için şer'i bir zorunluluk olmakla birlikte abdest namazın hakikatinden bir cüz değildir¹³³. Rükün ise bir şeyin onun ile var olduğu, yani mahiyetinden bir cüz olduğu şeydir. Örneğin namaz için kıraat gibi. Kıraat namazın mahiyetine dahil bir şeydir. Yani kıraat yapılmadan namaz olmaz. Başka bir ifadeyle abdest ve kıraat olmadan namaz olmaz. Abdest namazın dışındaki yani öncesindeki bir farzken, kıraat ise namaz

¹²⁷ Tayyar, *Fıkhu'l-Müeyyese*, c.VIII, s.102.

¹²⁸ Molla Hüsrev, Muhammed b. Ferâmurz b. Ali Rûmî, *Mir'âtu'l-Usûl fi Şerhi Mirkâtu'l-Vusûl*, Fazilet Neşriyat, İstanbul, s.510.

¹²⁹ Zeydan, *el-Veciz*, s.27; Şaban, *İslam Hukuk İlminin Esasları*, s.227.

¹³⁰ Zeydan, *el-Veciz*, s.28, Şaban, *İslam Hukuk İlminin Esasları*, s.228.

¹³¹ Şaban, *İslam Hukuk İlminin Esasları*, s.230.

¹³² Ebu'l-Münzir, Mahmud b. Muhammed b. Mustafa, *Eş-Şerhu'l-Kebîr li Muhtasari'l-Usul min İlmi'l-Usul*, Mektebetu Şamile, Mısır, 2011, s.86; Şaban, *İslam Hukuk İlminin Esasları*, s.230.

¹³³ Cüdey, Abdullah b. Yusuf b. İsa, *Teyşîru İlmi Usulu'l-Fıkıh*, Müessesetu'r-Reyyân, Beyrut-Lübnan, 1997, s.56; Zeydan, *el-Veciz*, s.54.

esnasında yani içinde gerekli olan bir farzdır. Bu nedenle abdest şart, kıraatte rükün diye isimlendirilmiştir.

Rükün iki kısma ayrılır; birincisi asıl rükündür. Örneğin iman için tasdik gibi. Çünkü tasdik iman için asıldır. Tasdik kalktığında iman da kalkmış olur¹³⁴. İkinci olarak bir özürden dolayı kalktığı zaman zarar vermeyen ama özürsüz kaldırılması mümkün olmayan ek rükündür. Bu kısım da kendi içinde kemiyet ve keyfiyet bakımından iki kısma ayrılır. Keyfiyet yönünden; mesela iman için ikrar gibi. İmanın varlığını bilmek ve kişinin zahiren Müslüman olduğuna hükmetmek için imanın ikrarı gereklidir. Özürsüz kişiden ikrar asla düşmez. Fakat ikrar dünyevi ahkâmın uygulanması için tasdik üzerine ek bir rükün olduğu için zor durumda kalan bir kişi diliyle inkar etse kalbinde tasdik kalması ve özür hali olması sebebiyle iman dairesinden çıkmaz. Kemiyet açısından ise; mesela ameller imana ek olan bir rükündür. Yani ameller kişinin imanını kemâle erdirir. Fakat amellerin terki ile iman dairesinden çıkılmaz. Bu nedenle ameller, imanın hakikatine dahil değildir¹³⁵.

Namazın fıkıh açısından makbul olması için gerekli şeylerden biri de abdestli olmak ve namazda kıraat yapmaktır. Her ikisi olmadan namaz geçerli olmaz. Abdest namazın şartı, kıraat ise rükündür. Bu itibarla şartın ve rükünün her ikisinde de namazın varlığı abdest ve kıraatin varlığına bağlanmıştır. Her iki kavram da bu hususta ittifak etmiştir. Namazın şartı olan abdest, namazdan önce yapılması gereken bir zorunluluktur. Bu nedenle namazın içine dahil değildir. Kıraat ise namazın içinde yapılması gereken bir zorunluluktur. Bu nedenle o da namazın içine dahildir. Bu örneklerle şart ve rükün kavramı birbirinden ayrılmış oldu¹³⁶.

Özet olarak bir şeyin öncesinde veya dışında yapılması zorunlu olana şart, içinde veya esnasında yapılması zorunlu olana rükün denilir. Tüm bunlar dikkate alınarak, davanın içinde bulunması veya yapılması zorunlu olana davanın rükünü, davanın öncesinde veya dışında yapılması zorunlu olana ise davanın şartı demek mümkündür. Davanın şart ve rükünleri ikinci bölümde ayrıntılı olarak incelenmeye çalışılacaktır.

1.3.5. Davanın Unsurları

Davanın unsurları müddei, müddeâ aleyh ve müddeâdır. Müddei kelimesi ismi fail, müddeâ aleyh ise ismi meful kalıbındadır¹³⁷. Müddei'nin mer'i hukuktaki karşılığı davacı, müddeâ aleyhin ise davalıdır. Müddeâ kavramı ise dava konusu demektir. Bu çalışmada

¹³⁴ Molla Hüsrev, *Mir'âtu'l-Usûl*, s.527.

¹³⁵ Molla Hüsrev, *Mir'âtu'l-Usûl*, s.528.

¹³⁶ Nemle, Abdulkerim Ali b. Muhammed, *el- Mühezzeb Fi İlmi Usulu'l-Fıkh el-Mukârîn*, Mektebetü Rüşd, Riyad, 1999, c.V, s.1961; Zeydan, a.g.e., s.55.

¹³⁷ Ali Haydar Hoca Emin Efendi, *Dureru'l-Hukkâm fi Şerhi Mecelletu'l Ahkâm*, (terc. Fehmi Hüseyin), Dâru'l-Ceyl,1991, c.IV, s.169.

davacı, davalı ve dava konusu terimleri kullanılacaktır. Davacı ve davalı terimleri birlikte tarif edildiği için aynı başlık altında incelenmiştir.

1.3.5.1. Müddei (Davacı) ve Müddei Aleyh (Davalı)

Kâdının kendisinden sadır olacak hükümlerde hakka isabet etmesi için davacı ve davalıyı birbirinden ayırması çok önemli bir iştir. Hüküm koyucu davanın ispat yükünü delille davacıya, eğer o delille ispat edemezse, yemin ederek davayı def etme görevini davalıya yüklemiştir. Şüphesiz davacının yükü davalıdan daha ağırdır. Eğer kâdı davada, davacı ve davalıyı birbirinden ayırt etmek hususunda hataya düşerse bu takdirde davalıya en ağır yükü yüklemiş olacaktır. Davacıya ise daha hafif bir yük yüklemiş olacaktır. Bu durumda hükümde hata ve zulüm meydana gelecektir. Bu nedenle Fakihler, kâdılar davalarda davacı ve davalıyı doğru tayin etsin diye davacı ve davalının belirlenmesindeki esasları ortaya koymuşlar ve bunun neticesinde ortaya farklı görüşler çıkmıştır¹³⁸. Burada kısaca mezheplere göre davacı ve davalının tariflerini verdikten sonra Hanefi mezhebindeki tarifleri inceleyeceğiz.

Şafiîlere göre; “*Davacı bir hakkı tespit eden, davalı ise bir hakkı nefyeden kimsedir.*”¹³⁹ Mâlikîlere göre; “*Davacı, sözü asla veya bilinene aykırı olan, davalı ise sözü asla veya bilinene uygun olan kimsedir.*”¹⁴⁰ Hanbelîlere göre ise; “*Davacı, sözüyle başkasının elindekini almaya veya zimmetindeki hakkı ispat etmeye çalışan, davalı ise bu durumu inkar eden kimsedir.*”¹⁴¹

İlk olarak Hanefi mezhebinde İmam Muhammed’e (ö. 189) ait olan *el-Asl* kitabında “*Delil davacıya, yemin ise davalıya aittir.*”¹⁴² veya diğer bir rivayette “*Delil davacıya, yemin ise inkar edene aittir.*”¹⁴³ şeklindeki Hadis-i şeriflerinin hükmüne iddiayı inkar edene davalı, diğer taraf ise davacı olarak tarif edilmiştir¹⁴⁴. Yapılan bu tarife göre¹⁴⁵ söz gelimi Mehmet’in oturmakta olduğu evin hepsinin veya bir kısmının kendisine ait olduğunu ileri süren Ahmet

¹³⁸ Heyet, *El-Mevsu’âtu’l-Fıkhıyyeti’l-Kuveytiyye*, c.XX, s.276.

¹³⁹ İbn Ebi’d-Dem, Şihâbüddîn Ebu İshak, *Edebu’l-Kadâ*, (thk. Muhyi Hilalu’s-Serhân), İrşad Yayınevi, Bağdad, 1984, c.I, s.154; Beyâtî, Abdulgafûr Muhammed, *el-Kavâidu’l Fıkhıyye fi’l-Kadâ*, Dâru’l-Kutubu İlmiyye, Beyrut, 2015, s.221.

¹⁴⁰ Karâfî, Ebu’l-Abbâs Şihâbüddin Ahmed b. İdris, *el-Furûk Envêru’l-Burûk fi Envêi’l-Furûk*, Âlemu’l-Kütüb, yy., ty., c.III, s.185.

¹⁴¹ İbn Kudâme, Ebu Muhammed Ahmed b. Muhammed el-Makdisî, *el-Muğni li ibni Kudâme*, Mektebetü’l-Kâhire, 1968, c.X, s.242.

¹⁴² Tirmizî, *Sünen*, c.III, s.617, h.n. 1341.

¹⁴³ Beyhakî, *Sünenü’s-Sağîr li’l-Beyhakî*, c.IV, s.188, h.n. 3386; Beyhakî, *Sünenü’l-Kübrâ*, c.X, s.427, h.n. 21201.

¹⁴⁴ Şeybânî, Muhammed b. Hasan, *el-Asl*, (thk. Muhammed Boynukalın), Daru İbn Hazm, Beyrut, 2012, c.VII, s.573.

¹⁴⁵ Meydânî, Abdulğani b. Talip, *el-Lübab fi Şerhi’l-Kitâb*, (thk. Muhammed Muhyiddin Abdu’l-Hamid), Mektebetü’l-İlmiyye, Lübnan, c.IV, s.27; Merğînânî, Ebu’l-Hasen Burhânüddîn Ali b. Ebi Bekr (thk. Talal Yusuf), *el-Hidâye fi Şerhi Bidâyetü’l-Mübtedî*, Dâru İhyau’t-Turâs, Lübnan, c.III, s.154.

bu meselede davacı sayılır ve delil getirmesi gerekir. Mehmet ise davalı durumunda olup inkâr etmesi durumunda yemin etmesi gerekir¹⁴⁶.

Hanefî mezhebinde yapılan diğer tarifler şöyledir: “*Davacı, ancak bir delille hak talep edebilen kimsedir. Davalı ise delilsiz mevcut hakkın sahibidir.*” Örneğin zilyedlik gibi¹⁴⁷. Çünkü malı elinde bulunduran kimsenin malı elinde bulundurması zahiren malın ona ait olduğunu gösterir. Bu nedenle malı elde bulundurmamak asıl, malın ona ait olmadığını ileri sürmek ise delille ispat edilmesi gereken bir iddiadır. Hanefî mezhebinde başka bir tarif de şöyledir: “*Davacı, zahir olmayana tutunan kimsedir. Davalı ise zahire tutunan kimsedir.*¹⁴⁸” Kuduri de yapılan tarife göre ise “*Davacı, muhâkemeyi veya husumeti terk ettiği zaman muhâkemeye zorlanamayan kimsedir. Davalı, muhâkemeye zorlanan kimsedir.*¹⁴⁹”

Mecelle’de ise “*Davacı hakkı talep eden, davalı ise kendisinden hak talep edilen kimsedir.*¹⁵⁰” diye tarif edilmiştir. Bu tarifte “*Davacı talep edendir.*” şeklinde tarif edilmesi, davacının hakkını istemeye veya muhâkemeye zorlanamayacağına işaret içindir. Davalının ise muhâkemededen kaçması durumunda muhâkemeye zorlanabileceğine işaret edilmiştir. Yine Hanefîlere göre başka bir tarifte ise “*Davacı konuşması ispatı içeren kimsedir.*” diye tarif edilmiştir. Çünkü davacının sadece “*O elindeki kitap bana aittir.*” diyerek başkasının onu haksız yere elinde bulundurduğunu ispat etmeden söylemesi yeterli değildir¹⁵¹.

Davalının, davacının sözünün aksine bir şey söylemediği durumlarda husumet gerçekleşmiş olmaz. Çünkü husumetin gerçekleşmesi için davalının sözü davacının bu iddiasını ortadan kaldıran bir cümle olmalıdır. Örneğin davacının, “*Elindeki saat benimdir.*” iddiasına karşılık davalı “*Bu sana ait değildir.*” derse davalının bu ifadesi husumet için yeterlidir. Yine başka bir tarifte, “*Başkasının elinde bulunanın kendine ait olduğuna şahitlik eden kimse davacıdır. Kendi elinde bulunanın kendisine ait olduğuna şahitlik eden kimse ise davalıdır.*” şeklindedir¹⁵².

Buraya kadar verilen tariflerden her birinin farklı şekilde davacı ve davalıyı tanımladığı görülmektedir. Her ne kadar yapılan tariflerin lafızları farklı olsa da hepsinin amaçladığı şey davacı ve davalıyı net olarak ortaya konmasına yardımcı olmaktır. Söz konusu tarifler dava esnasında tarafların ispat yükününün tespit edilmesine olanak sağlamaktadır. Bu nedenle davalarda adaletin tam anlamıyla gerçekleşmesi davacı ve davalının tam olarak ayırt

¹⁴⁶ Şeybânî, *el-Asl*, c.VII, s.574.

¹⁴⁷ Meydânî, *el-Lübab*, c.IV, s.27; Merğınânî, *el-Hidâye*, c.III, s.154.

¹⁴⁸ Meydânî, *el-Lübab*, c.IV s.26; Merğınânî, *el-Hidâye*, c.III s.154.

¹⁴⁹ Meydânî, *el-Lübab*, c.IV, s.26.

¹⁵⁰ Mecelle md. 1613.

¹⁵¹ Âtâsi, *Şerhu'l-Mecelle*, c.V, s.5.

¹⁵² Âtâsi, *Şerhu'l-Mecelle*, c.V, s.6.

edilmesine bağlıdır. Davacı ve davalı ancak verilen tariflerle birbirinden net bir şekilde ayrılabilir.

Mezheplerin yaptığı tariflerin farklılığı ikinci bölümde yeri geldikçe bahsedilecek olan dava şartlarındaki durumlara etki etmektedir. Çünkü bu yapılan tarifler iddia ve inkar üzerinde dönmektedir¹⁵³. Bu durum mezheplerin taraflarla ilgili dava şartlarında farklı kurallar benimsemesine sebep olmaktadır.

1.3.5.2. Müddeâ

Davacının iddia ettiği şeye müddeâ denir. Mer'i hukuktaki karşılığı dava konusu demektir. İslam Hukukunda dava konusuna “*müddeâ bih*” veya “*müddeâ fih*” de denilir. Doğru olan müddeâ demektir. Müddeâ bih veya müddeâ fih tabirleri yanlıştır. Fakat fakihler arasında müddeâ bih tabiri yaygın olduğu için bu şekilde ifade etmek daha doğru olduğu söylenmektedir. Çünkü yaygın olan hata, terk edilen doğrudan daha hayırlıdır. Mecelle ise Müddeâ terimini kullanmayı tercih etmiştir¹⁵⁴. Dava konusu ikinci bölümde ayrıntılı bir şekilde işleneceğinden bu bölümde sadece tarifi verilmekle yetinilmiştir.

1.3.6. Davayı İspat Etme Yolları

Davayı ispat etme yollarının önemi hakkında İbn Abbas (ra)'tan rivayet edilen bir Hadis-i şerifte şöyle buyrulmaktadır; “*İnsanlara (sırf) iddiaları sebebiyle (delilsiz) istedikleri verilseydi insanlar başkalarının kanlarını ve mallarını talep edeceklerdi. Lakin yemin davalıya aittir.*”¹⁵⁵

Hadis-i şeriften anlaşılacağı üzere kişilerin her iddia ettikleri onlardan delil istenilmeden kabul edilseydi Allah'tan korkmayan kimseler haksız yere başka insanların mallarını ve kanlarını almayı talep edeceklerdi¹⁵⁶. Bu nedenle İslam yargılama hukukunda kişilerin iddialarını ispatlayacakları vasıtalar belirlenmiş ve bunlara bazı usul şartları tayin edilmiştir. Bu ispat etme yolları ile kişilerin haksız yere iddialarda bulunup başkalarının haklarını gasp etmesinin önüne geçilmiştir.

Davacı ve davalının arasındaki husumetin çözülebilmesi için davanın kesin delillerle ispat edilmesi gerekir. Çünkü zanni deliller “*Şüphesiz zan, hakikat nâmına hiçbir şey ifade*

¹⁵³ Lâhim, Abdulkerim b. Muhammed, *el- Muttali' ale Dakâiku Zâdü'l-Müstaknî Fıkhü'l-Kadâ ve'ş-Şehâdet*, Dâru Kunuz, Riyad, 2012, c.I, s.309.

¹⁵⁴ İbn Âbidîn, Muhammed Emin b. Ömer, *Reddu'l-Muhtâr ale'd-Dürri'l-Muhtâr*, Daru'l-Fikir, Beyrut, 1992, c.V, s.544; Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.176.

¹⁵⁵ Müslim, *Sahih*, c.III, s.1336, h.n. 1711.

¹⁵⁶ Şeybe, Abdulkadir el- Hamdu, *Fıkhü'l-İslam (Şerhu Buluğu'l-Meram min Cemi Edilleti'l-Ahkam)*, Reşid Matbaası, Medine, 1982, c.X, s.98.

etmez.¹⁵⁷ Ayet-i kerimesinin hükmünce yakini bilgiyi ifade etmezler¹⁵⁸. İşte bu nedenle bu bölümde kısaca davayı ispat etme yollarından bahsedeceğiz.

İslam hukukunda davayı ispat etme yolları Cumhur-u ulemaya göre sınırlıdır. Başka ispat vasıtalarından yararlanılamaz. Bunu söyleyen alimler arasındaki ihtilaf konusu ise ispat vasıtalarının kaç tane olduğu hakkındadır¹⁵⁹. Bunun yanı sıra bazı alimler ise davayı ispat etme yollarının sınırlandırılmayacağını kâdının hüküm vermesine yardımcı olacak dinin özüne aykırı olmayan her şeyi ispat vasıtası kabul etmesinde bir sakınca olmadığını savunmuşlardır¹⁶⁰. Söz konusu durum günümüzde ortaya çıkan kriminal incelemelerin (parmak izi, DNA testi gibi.) İslam hukukunda delil olma açısından durumu ne? Sorusunu akla getirmektedir. İspat vasıtaları incelenirken ilgili oldukları bölümlerde güncel konulara değinilecektir. İslam hukukunda genel açıdan ispat vasıtaları şu şekilde sıralanabilir:

- Karîne.
- Beyyine/şehadet.
- Yemin.
- Yeminden çekinme.
- İkrar.
- Kasâme.
- Keşif.
- Kâdının bilgisi.
- Bilirkişi.
- Yazılı belgeler¹⁶¹.

Mer'î hukukta ise davayı ispat etmeye yarayan deliller takdiri ve kesin deliller olmak üzere iki kısma ayrılır. Kesin deliller aksi ispat edilmedikçe hakim tarafından dikkate alınır ve bu delilleri hakim aksi ispat edilene kadar diğer taraf aleyhinde delil olarak kabul etmek zorundadır. Kesin ispat vasıtası olarak kabul edilen deliller ikrar¹⁶², senet¹⁶³, yemin¹⁶⁴, kesin hükümdür¹⁶⁵. Bunun yanında hakimin takdir yetkisinin bulunduğu delillere ise takdiri delil

¹⁵⁷ Necm, 53/28.

¹⁵⁸ Seyyid Sâbık, *Fıkhu's-Sünne*, Dâru'l-Kutubu'l-Arabî, Lübnan, 1977, c.III, s.419.

¹⁵⁹ Tayyar, *Fıkhu'l-Müeyssere*, c.VIII, s.110.

¹⁶⁰ İbn Kayyim el-Cevziyye, Ebu Abdullah Muhammed b. Ebubekir, *et-Turuku'l-Hukmiyye fî Siyaseti's-Şer'iyye*, (thk. Nâyif b. Ahmed), Daru'l-Alemi'l-Fevâid, Mekke, ty., c.I, s.31; Muhammed Rafet Osman, *Nizâmu'l-Kadâ fi'l-Fıkhu'l-İslâm*, Daru'l-Beyan, yy., 1994, s.265.

¹⁶¹ Seyyid Sâbık, *Fıkhu's-Sünne*, c.III, s.420; Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.483.

¹⁶² Ali Cem Budak, *Karşılaştırmalı 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu*, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK), Adalet Yay., Ankara, 2014, md.188.

¹⁶³ HMK md. 199 vd.

¹⁶⁴ HMK md. 225 vd.

¹⁶⁵ HMK md. 303 vd.

denilir. Takdiri deliller ise keşif¹⁶⁶, tanık¹⁶⁷, uzman görüşü ve bilirkişidir. Her konu başlığında ilgili delillerin İslam hukukundaki ispat gücü açısından delil olarak kullanılmasına da değinilecektir.

1.3.6.1. Beyyine/Şahitlik

Beyyinât kelimesi lügat olarak; beyyinenin cem'isidir. Beyyine fa'ıl vezniyle beyândan türemiştir. A'yân vezni ile apaçık, zâhir anlamlarına gelmektedir¹⁶⁸. Bir kimse, bir şeyi beyan edip açıkladığı zaman ona beyyîn denilir¹⁶⁹. Hakkı batıldan ayıran¹⁷⁰, gerçeği açık bir şekilde ortaya koyan kesin delil demektir¹⁷¹.

Beyyine kelimesinin şer'i manası; kuvvetli huccet demektir. Huccet kelimesi lafız itibari ile şehadet, ikrar, yeminden çekinme delillerini kuşatır. Beyyine kelimesinin tarifinde zikredilen 'kuvvetli' kelimesi ile tariften, ikrar ve yeminden çekinme delilleri çıkmış olur. Buna göre beyyine; kuvvetli delil demektir¹⁷².

Beyyine denildiği zaman delillerin hepsinin bu kapsama dahil olduğu zannedilsede ispat vasıtaları arasında kuvvetleri açısından farklılık vardır. Beyyine kuvvetli delil manasında kullanılmaktadır. Şehâdet, yemin ve yeminden çekinme delilleri arasındaki en kuvvetli delil şahitliktir. Ayrıca hadis şârihleri, "*Beyyine davacıya, yemin ise davalıya aittir*¹⁷³." Hadisinde geçen beyyine kelimesinin şahitlik manasında olduğunu ifade etmişlerdir. Beyyine olmadan iddianın kabul edilmeyeceği hakkında icma etmişlerdir¹⁷⁴. Bu nedenle İslam hukukçularının çoğu beyyineden kastedilenin şahitlik olduğu görüşünü benimsemişlerdir¹⁷⁵.

Cumhur-u ulema beyyine ve şehadet kelimelerinin eş anlamlı olduğunu söylediler. İbn Teymiyye ve İbn Kayyım gibi alimler ise beyyineden kastedilenin daha umum bir mana olduğunu, hakkı ortaya çıkaracak her şeyin delil olarak kullanılabileceğine hükmettiler¹⁷⁶.

Şahitlik delili, Mecelle'de "*Şehadet lafzıyla haber vermektir. Yani "Bir kimsenin başkasının zimmetinde bulunan hakkını ispat etmek için hakim huzurunda şahitlik ediyorum*

¹⁶⁶ HMK md. 288 vd.

¹⁶⁷ HMK md. 240 vd.

¹⁶⁸ Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.326.

¹⁶⁹ Cevherî, Ebu Nasr İsmail (thk. Muhammed Muhammed et-Têmir), *es-Sihâh*, ,Daru'l-Hadîs,Kahire, 2009, s.126.

¹⁷⁰ Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.326.

¹⁷¹ Bekir Topaloğlu, "*Beyyine*" *T.D.V. İslam Ansiklopedisi (DİA)*, İstanbul, 1995, c.VI, ss.96-97, s.96.

¹⁷² Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.327.

¹⁷³ Tirmizî, *Sünen*, c.III, s.617, h.n. 1341.

¹⁷⁴ İbn Battal, Ebu'l-Hasen Ali b. Halef b. Abdu'l-Melik, *Şerhu Sahihu'l-Buhari li İbni Battal*, (thk. Ebu Temim Yasir b. İbrahim), Mektebet'ür-Rüşd, Riyad, 2003, c.VIII, s.52

¹⁷⁵ Abdüsselam Arı, "Hz. Ömer'in Ebu Musa el-Eş'arî'ye Gönderdiği Mektubun Yargılama Hukuku Açısından Analizi", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S. 2, 2003, ss.85-99, s.93.

¹⁷⁶ Muhammed Rafet Osman, *Nizâmu'l-Kadâ fi'l-Fıkhı'l-İslâmi*, s.306.

*demesidir.*¹⁷⁷” şeklinde tarif edilmiştir. Şahitlik *Allah hakkında ve kul hakkında* olmak üzere iki kısma ayrılır¹⁷⁸.

Kul haklarında; 1. Mali durumlardaki şahitlik, 2. Nikah, talak, kısas, nesep, vasiyet meselelerindeki şahitlik, 3. Kadınlardan başkasının bilemeyeceği sadece kadınlara has olan meselelerdeki şahitlik olmak üzere üç kısma ayrılır¹⁷⁹.

Allah Haklarında;

1. En az dört adamın şahidliğinin gerektiği konular(zina gibi).
2. İki şahidin gerektiği durumlar(zina dışındaki hadler gibi).
3. Bir şahidin kabul gördüğü durumlar (Ramazan hilalini görmek gibi)¹⁸⁰.

Şahitlik nisabı verilen bilgiler ışığında iki adamın, iki kadın bir adamın şahitliği, bir şahit ve bir yemin, dört adam ya da dört kadının şahitliği şeklinde Allah hakkı veya kul hakkına dair olmasına göre farklılık gösterebilir¹⁸¹.

1.3.6.1.1. Şahitlikte Nisab

Şahitlikte en ağır nisab şartı, zina suçunda belirlenmiştir. Bu suçun sabit olması için en az dört erkeğin şahitliği gerekmektedir. Şahitlerin nisabı zina suçunda bu sayıdan daha az olursa zina iftirası suçu oluşmaktadır. Zina dışında had ve kısas gerektiren suçlarda nisab en az iki erkek şahittir. Bunların dışında kalan suçlarda ise iki erkek ya da bir erkek iki kadının şahitliği yeter sayı olarak belirlenmiştir¹⁸².

Kadınlara şahitliği mezhepler arasında ihtilafli bir konudur. Hanefiler genel anlamda kadının şahadetinin makbul olduğunu bazı konularda geçersiz olduğunu savunurlar. Şâfiiler ise kadının şahitliğinin makbul olmadığını sadece malî konularda şahitliğinin kabul edilebileceğini savunurlar. Borçlar hukukuna giren konularda ise bir erkek iki kadın nisabına uymak şartıyla kadının şahitliğinin kabul edileceği tüm mezhepler tarafından benimsenmiştir. Doğum ve bekaret gibi konularda tüm mezhepler kadının şahitliğinin makbul olduğunu benimsemişlerdir. Fakat nisabı konusunda ihtilaf etmişlerdir. Hanefiler bu konularda nisab şartı aramazken şâfiiler en az dört, malikiler ise en az iki kadın nisabını şart koşarlar. Hanbeli mezhebinde ise dört veya iki kadın nisab şartını benimseyen iki görüş vardır¹⁸³.

¹⁷⁷ Mecelle md. 1684.

¹⁷⁸ Halil Abdulkerim Gönenç, *Mevsuatu'l-Fıkhiyyeti'l-Müeyyere*, Dâru Seha, İstanbul, c.I, s.95.

¹⁷⁹ Gönenç, *Mevsuatu'l-Fıkhiyyeti'l-Müeyyere*, c.I, s.96; Karaman, *Ana Hatlarıyla İslâm Hukuku*, s.177.

¹⁸⁰ Gönenç, *Mevsuatu'l-Fıkhiyyeti'l-Müeyyere*, c.I, s.96.

¹⁸¹ Vehbe Zuhayli, *Mevsuâtu'l-Fıkhî'l-İslâmî ve'l-Kadâye'l-Muâsıra*, Daru'l-Fikir, Beyrut, 2013,c.VI, s.439.

¹⁸² İvad, Abdullah abu Bekir, *Nizâmu'l-İspât fi'l-Fıkhî'l-İslâm*, Mecelletu'l-Camiatu'l-İslâmiyye, Medine, ty., md.59, s.94; Erturhan, *Temel Fıkıh Bilgileri*, s.194.

¹⁸³ Erturhan, *Temel Fıkıh Bilgileri*, s.194.

Mahkemede şahitlerin şehadetinin makbuliyeti tezkiye yolu ile araştırılır. Bu araştırma kâdının huzurunda açık bir şekilde olabileceği gibi gizli de yapılabilir. Tüm mezhepler had ve kısas cezalarında tezkiyenin yapılmasını gerekli görmüşlerdir. Bunun dışında şahısla alakalı davalarda aleyhine şahitlik yapılan kimse şahitlerin şehadetini kabul ederse tezkiye yapılmayabilir¹⁸⁴. “İffetli kadınlara iftira atan, sonra da dört şahit getiremeyen kimselere seksen sopa vurun ve artık onların şahitliklerini asla kabul etmeyin. İşte onlar yoldan çıkanların ta kendileridir.”¹⁸⁵ daha önce namuslu kadına iftiradan dolayı celde cezası gören kimse gibi yalancı şahitlik yaptığı tespit edilen, akrabalık veya velayet konusunda hakkında kesinlik bulunmayan kişiler dışında her müslüman âdildir. Âdil bir Müslümanın şahitliğe engel bir durumu olduğu ortaya çıkana kadar şehâdeti kabul edilir¹⁸⁶. Asıl şahidin, şahitlik yapması imkansız veya çok güç olduğu durumlarda had ve kısas gerektiren suçlar dışında yerine şahitlik yapılması mezheplerce kabul görmüştür¹⁸⁷.

Müslüman bir kimse inancı sebebiyle yalan yere şahitlik yapmaktan sakınır. Çünkü yalan yere şahitlik yapmanın haram olduğunu bilir. Nitekim Ayet-i kerimede “Öyleyse pislikten yani putlardan uzak durun ve asılsız sözden de kaçınınız.”¹⁸⁸ buyrulmaktadır. Enes (ra)’tan rivayet edilen bir hadiste Hz. Peygamber büyük günahlardan soruldu; cevaben şöyle buyurdular; “Allah’a şirk koşmak, anne babaya asî olmak, adam öldürmek ve yalan yere şahitlik yapmaktır.”¹⁸⁹ Yalan yere şahitlik yapmayı büyük günahlar arasında saymıştır¹⁹⁰. Başka bir Hadis-i şerifte: “Yalan yere şahitlik yapmak büyük günahların en büyüğüdür”¹⁹¹. diye buyrulmuştur. Yine İbn Mes’ud’tan gelen bir rivayette: “Yalan yere şahitlik etmek Allah Teala’ya şirk koşmaya eşittir.” buyrulmuştur¹⁹².

Mer’i hukukta şahitlik delili *tanık* olarak ifade edilmektedir. İslam hukukunda şahit kuvvetli bir delil sayılırken mer’i hukukta zayıf bir delil olarak kabul edilmiştir. Çünkü mer’i hukuk, İslam hukukunda olduğu gibi insanları caydırıcı güce sahip olmadığından kişileri emin kabul etmemiştir¹⁹³. Bu nedenle insanların şahitliğini zayıf deliller arasında saymıştır.

¹⁸⁴ Erturhan, *Temel Fıkıh Bilgileri*, s.197.

¹⁸⁵ Nur, 24/4.

¹⁸⁶ Arı, “Hz. Ömer’in Ebu Musa el-Eş’arî’ye Gönderdiği Mektubun Yargılama Hukuku Açısından Analizi”, s.94.

¹⁸⁷ Erturhan, *Temel Fıkıh Bilgileri*, s.197.

¹⁸⁸ Hac, 22/30.

¹⁸⁹ Buhârî, Muhammed b. İsmail, *Sahih Buhârî*, (thk. Muhammed Züheyr en-Nâsır), Daru Tûku’n-Necât, Dimeşk, 1422, c.III, s.171, h.n. 2653.

¹⁹⁰ İbn Battal, *Şerhu Sahihu’l-Buhari*, c.VIII, s.31.

¹⁹¹ Buhârî, *Sahih.*, c.IX, s.3, h.n. 6871; İbn Battal, *Şerhu Sahihu’l-Buhari*, c.VIII, s.31.

¹⁹² İbn Battal, *Şerhu Sahihu’l-Buhari*, c.VIII, s.32.

¹⁹³ Baki Kuru, vd., *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s.416.

1.3.6.2.Yemin

Yemin (اليمين) kelimesi müennes bir kelimedir. İstılahta umum manayla bir hakkı ya da kelimayı Allah Teala'nın ismi veya sıfatı ile tekit etmek demektir¹⁹⁴. Davalı, beraet'ü zimmet asıl olmasından dolayı ve iddia edileni elinde bulundurması sebebiyle daha zayıf bir delil olan yemin ile mükellef kılındı. Yemin davalının kullandığı zayıf bir delildir¹⁹⁵. Davalının, davacının iddiasını yemin ederek bertaraf etmesi mümkündür.

Yeminin davada ispat vasıtası olarak kullanılması için dava konusunun halis Allah hakkı olmaması, davacının delil getirmekten âciz olması, davalının iddiayı inkar etmiş olması, yeminin davacının talebi üzerine kâdı tarafından talep edilmesi, şart koşulmuştur¹⁹⁶. Yemin davacının isteği üzerine davalıdan istenilir. Davacı yemin teklifinde bulunmadan kâdı tarafından yemin istenilmez. Çünkü yemin davacının hakkıdır. Geçerli olması için yeminin kâdının huzurunda yapılması gerekir.

Yeminin malî davalarda davalının hücceti olduğu konusunda fakihler arasında görüş ayrılığı yoktur. Yemin halis Allah hakkı olan hadler ve kısaslarda ispat vasıtası olarak kullanılmaz. Fakat bunların dışında hangi davalarda yemin istenmesi gerektiği ve davalının yeminden kaçınması durumunda davacıya yemin teklif edilmesi konularında ihtilaf vardır¹⁹⁷.

Davalının yemini davanın akıbetini etkileyecektir. Eğer davalı yemin ederse kâdı davacı delil getirene kadar davanın iki tarafı arasında husumeti bitirecek ve davaya ara verecektir. Davalının yemin etmesi Cumhura göre davayı sonlandırmak için yeterlidir. Yalnız davalının yemin etmesinden sonra davacı mahkemeye delil sunarsa Cumhura göre bu delil kabul edilir ve dava tekrardan görülebilir. Söz konusu durumda davalının yemini iptal olur. Bazı fakihler ise davalının yemininden sonra getirilen delilin kabul edilmeyeceğini söylemişlerdir. Onlara göre davalının yemini davayı sonlandırmıştır ve getirilen delil davalının yeminini iptal etmez. Bundan dolayı dava yeniden görülemez¹⁹⁸.

Eğer davalı yeminden çekinirse davanın seyri değişecektir. İşte bu nedenle kişiler hakkı bildirmek için kendilerinden yemin istendiği takdirde hakikate aykırı ve yalan yere yemin etmekten sakınmalıdır. Ayet ve hadislerde yalan yere yemin edenler hakkında büyük tehditler vardır. Kur'an-ı Kerim'de "*Allah'a verdikleri sözü ve yeminlerini az bir bedelle satanlara gelince, işte onların ahirette hiç nasipleri yoktur. Kıyamet günü Allah onlarla*

¹⁹⁴ Tayyar, *Fıkhü'l-Müeyyessere*, c.VIII, s.127; Zuhayli, *Mevsuâtu'l-Fıkhü'l-İslâmî*, c.VI, s.505.

¹⁹⁵ Zuhayli, *Mevsuâtu'l-Fıkhü'l-İslâmî*, c.VI, s.439.

¹⁹⁶ Tayyar, *Fıkhü'l-Müeyyessere*, c.VIII, s.128; Tuveyrcî, Muhammed b. İbrahim b. Abdullah, *Mevsuatu'l-Fıkhü'l-İslâmî*, Beytu'l-Efkâr, yy., 2009, c.V, s.251;

¹⁹⁷ Tuveyrcî, *Mevsuatu'l-Fıkhü'l-İslâmî*, c.V, s.250; Muhammed Rafet Osman, *Nizâmu'l-Kadâ fi'l-Fıkhü'l-İslâm*, s.265; Erturhan, *a.g.e.*, s.198.

¹⁹⁸ İvad, *Nizâmu'l-İspât fi'l-Fıkhü'l-İslâm*, md.60, s.75.

*konuşmayacak, onlara bakmayacak ve onları temize çıkarmayacaktır. Onlar için elem veren bir azap vardır.*¹⁹⁹” buyrulmuştur. Hadis-i şerifte ise “*Müslüman kardeşinin malını yemin ederek haksız bir şekilde alan kimseye Allah Teala Cehennemi vacip kılar, ona Cenneti haram kılar. O mecliste bulunan bir adam Efendimize; “Küçük bir şey bile mi olsa?” demiş, Efendimiz ona cevaben “Küçük bir odun parçası bile olsa” diye cevap vermiştir.*²⁰⁰ Bu nedenle Allah’a ve ahiret gününe iman eden Müslümanın yalan yere yemin etmesi çok zor meseledir.

Mer’i hukukta yemin kesin deliller arasında sayılmıştır. Davacı iddiasını ispat edebileceği bir delil bulamazsa en son yemin yoluna başvurabilir. Fakat bu yola başvurması için dava dilekçesinde yemin yoluna başvuracağını bildirmelidir. Bunun yanında yemin delili ile birlikte iddiasını ispatlayabileceği başka deliller de varsa yemin deliline itibar edilmez. Mer’i hukukta davacının yemin teklifi üzerine yemin eden davalının yemini üzerine hüküm verilebilir. Davalının yemininden sonra davacı başka ispat vasıtası kullanamaz. Yemin edenin yalan yere yemin ettiği düşünülüyorsa hakkında Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulup şikayetçi olunmalıdır. Aynı dava içerisinde yalan yere yemin iddiası ileri sürülemez. Mer’i hukukta ceza davalarında da yemin delili kullanılmaz²⁰¹. İslam hukukundaki yemin ve mer’i hukuktaki yeminin birbirine benzer özelliklere sahip olduğu anlaşılmaktadır.

1.3.6.3. Yeminden Çekinme (Nükûl)

Davada kendine kâdı tarafından yemin teklif edilen kişinin yemin etmekten kaçınmasına *nükûl* (yeminden çekinme) denir. Davalının davada yeminden çekinmesi hakikaten “*yemin etmiyorum.*” şeklinde olabileceği gibi, davada susması şeklinde hükmî de olabilir. Bu iki durum arasında fark yoktur. Davalının susması, sağırlık veya dilsizlik gibi bir ârizadan kaynaklanıyorsa bu durum istisnadır²⁰².

Davacı, davasını ispatlayacak bir delil bulamadığı zaman davalıdan yemin etmesini ister. Eğer davalı yemin ederse hâkim tarafından davanın sabit olmadığına hükmedilerek dava, davacının aleyhine sonlanır. Bu konuda fakihler arasında ittifak vardır²⁰³. Davalının yemin etmekten kaçındığı durumlarda mezhepler arası ihtilaf söz konusudur. Hanefî ve Hanbelilerde meşhur görüşe göre: Davalı yemin etmekten çekinirse kâdı davacıdan yemin etmesini istemez. Kâdının davalıdan üç kere yemin istemesi ve Ona yemin edersen lehine,

¹⁹⁹ Âli İmran, 3/77.

²⁰⁰ Nesei, Ebu Abdurrahman Ahmed b. Şuayb, *Sünenü'l-Kübrâ*, (thk. Hasan Abdulmunim Şelebî), Müessesetu'r-Risâle, Beyrut, 2001, c.V, s.420, h.n. 5939; Sahih Müslim, 218/137.

²⁰¹ Kuru vd., *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, s.406,409.

²⁰² Zuhayli, *Mevsuâtu'l-Fıkhı'l-İslamî*, c.VI, s.440.

²⁰³ Erturhan, *Temel Fıkıh Bilgileri*, s.198.

yemin etmezsen aleyhine hükmedeceğim diye söylemesi uygundur. Kâdı bunları yaptıktan sonra davalının susması halinde yeminden çekindiğine hükmeder. Bu görüşe göre davacıdan yeminin istenmemesinin nedeni yemin cinsinin davalıya, beyyine cinsinin ise davacıya tahsis edilmesidir. Bir başka rivayette “...*Lakin yemin davalıya aittir.*”²⁰⁴ şeklinde yemin lafzının sadece davalıya tahsis edilerek gelmesi de bu görüşü kuvvetlendirmektedir²⁰⁵.

Hanefiler yeminden çekinmeyi davalının münazaayı terk etmesi, davalıya bırakması, davadan yüz çevirmesi, davayı bitirmek için malı bağışlaması, davayı ikrar etmesi olarak görmektedir. Davalının yemin etmemesi aleyhinde olanı kabul etmesi demektir. Eğer davalı haklı olsaydı bu takdirde kendine gelecek zararı önlemek için yemin edecekti²⁰⁶. İmam Ahmed bin Hanbel’e göre, davacıdan yemin etmesi istenebilir. Fakat Hanbelilerde tercih edilen görüş davalı yemin etmekten kaçındığı zaman davacıdan yemin etmesi istenemez²⁰⁷. Malikilere göre, davalının yeminden çekinmesi durumunda sadece mal veya mal hükmünde olan davalarda yemin davacıya döndürülebilir. Ceza davalarında yemin davacıya döndürülmez²⁰⁸. Şâfiîlere göre davalı yemin etmekten kaçındığı zaman, yemin cinayet, had ve kan davaları haricindeki tüm davalarda davacıya teklif edilir ve davalının lehine hükmedilebilir. Davalının yeminden çekindiğine hükmedilmez²⁰⁹.

Cumhur-u ulema, Hazreti Ömer’den rivayet edilen “*Hızret Peygamber, yemini, hakkı talep edene geri döndürdü.*”²¹⁰ Hadis-i şerifini, “Eğer davalı yemin etmekten kaçınırsa bu takdirde yemin davacıya döndürülür.” hükmüne delil olarak getirdiler. Çünkü davalı yemin etmekten kaçındığı zaman davacının davasındaki doğruluğu ortaya çıkmaktadır. Yemin etmek artık davacı hakkında meşru olmuş olur. Bu durumda sanki davalı, davada yeminden kaçınmadan önceki halde, davacı ise sanki davasına şahitlik yapan yerinde olmuş olur. Ayrıca “*Veya yemin etmelerinden sonra yeminleri reddedilmesinden korkmalarını önleyecek.*”²¹¹ ayetini de yeminin bir taraftan diğer tarafa nakline delil getirdiler²¹².

²⁰⁴ Beyhakî, *es-Sünenü's-Sağîr li'l-Beyhakî*, c.IV, s.188, h.n. 3386; Beyhakî, *es-Sünenü'l-Kübrâ*, c.X, s.427, h.n. 21201.

²⁰⁵ Semnâni, Ebu'l-Kasım Ali b. Muhammed, *Ravdâtu'l-Kudât ve Tarîkun-Necât*, (thk. Salahaddin en-Nâhî), Müessesetu'r-Risâle, Beyrut, 1414, c.I, s.273; Erturhan, *Temel Fıkıh Bilgileri*, s.198; Zuhayli, *Mevsuâtu'l-Fıkhi'l-İslamî*, c.VI, s.440.

²⁰⁶ Serahsi, *el-Mebsut*, c.XVI, s.117; Zuhayli, *Mevsuâtu'l-Fıkhi'l-İslamî*, c.VI, s.440.

²⁰⁷ İbn Kayyim *et-Turuku'l-Hukmiyye fî Siyaseti's-Şer'iyye*, c.I, s.318; Zuhayli, *Mevsuâtu'l-Fıkhi'l-İslamî*, c.VI, s.440.

²⁰⁸ Atar, *İslam Hukukunun Esasları*, s.254.

²⁰⁹ Maverdî, Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed b. Habîb, *el-Hâvi'l-Kebîr*, Daru'-Kütübü İlmiyye, Beyrut, 1414, c.XVII, s.143.

²¹⁰ Beyhakî, *Sünenü's-Sağîr*, c.IV, s.168, h.n. 3334; Dârkutnî, Ebu'l-Hasan Ali b. Ömer, *Sünenü Dârukutnî*, (thk. Hüseyin Abdulmunim Şelebî vd.), Müessesetu'r-Risale, Beyrut-Lübnan, 2004, c.V, s.380, h.n.4490.

²¹¹ Maide, 5/108.

²¹² Zuhayli, *Mevsuâtu'l-Fıkhi'l-İslamî*, c.VI, s.440.

Mer'i hukukta yeminden kaçınma durumunda davalı, davacının iddiasını ikrar etmiş sayılır²¹³. Mer'i hukukun yeminden kaçınmayı ikrar sayması, İslam hukukunda Hanefilerin görüşüyle bağdaşmaktadır.

1.3.6.4. İkrar

Lügatte ispat etmek demektir. Şer'i manası ise başkasına ait olan hakkın kendisinde bulunduğunu haber vermek ya da bir suçu itiraf etmektir. Her ne kadar ikrar doğru ve yanlışta ihtimal etse de doğruluk tarafı ağır basmış kendisinde şek ve şüphe kalmamıştır. Çünkü insanın tabiat itibari ile kendi aleyhine olan bir şey söylemesi düşünülmez. İşte bu nedenle İkrar davada ispat yollarından biri sayılmıştır. Hatta ikrar bazılarında göre şehâdetten daha kuvvetli bir delil olarak görülmüştür. İkrar ceza davalarında daha çok itiraf olarak isimlendirilir²¹⁴.

Hukuk ve ceza davalarında ikrar kesin delil niteliği taşımaktadır. Bu nedenle mahkemede hâkimin huzurunda şartları yerine gelmiş sahih bir ikrardan dönmek, Allah hakkı olan davalarda mümkünken, konusu kul hakkı olan davalarda mezheplerin genel kabulüne göre ikrar geçersizdir²¹⁵.

Mer'i hukukta ikrar kesin deliller arasında sayılmıştır. Bu hüküm mahkeme esnasında yapılan ikrar için geçerlidir. Mahkeme dışında yapılan ikrar ise takdiri deliller arasında sayılmıştır. Hâkim ikrarla bağlı değildir²¹⁶. İslam hukukunda mahkeme önünde yapılan ikrarın geçerli olduğu kabul edilmiş, mahkeme dışında yapılan ikrar hakkında ise ihtilaf edilmiştir.

1.3.6.5. Yazılı Belge

Yazılı bir belgede bulunan yazının gerçekten iddia edildiği şahsa aidiyeti veya bir başkasının yazısına benzer olma ihtimalleri açısından hile ve aldatmaya müsaittir. Bu nedenle yazılı bir belge tek başına delil olarak kabul edilmemiştir. Söz konusu şeyler mühür için de geçerlidir. Çünkü mühürlerde birbirine benzer olabileceği gibi, mührü yapan kişi yaptığı mührü, teslim etmeden önce iddia edilen kağıda basmış da olabilir. Bu nedenle mühürler de tek başına delil olarak kabul edilmemiştir. Hatta bir kimse mahkemede “*Kağıttaki mühür benimdir.*” diye ikrar etse bu ifadeyle yaptığı ikrar geçerli değildir. Yaptığı ikrar ancak “*Kağıttaki mühür benimdir. O kağıda mührü ben bastım.*” demesiyle geçerli olur²¹⁷. Yazılı

²¹³ HMK md. 188.

²¹⁴ İvad, *Nizâmu'l-İspât fi'l-Fıkhî'l-İslâm*, md.59, s.92; Muhammed Rafet Osman, *Nizâmu'l-Kadâ fi'l-Fıkhî'l-İslâmi*, s.272; Erturhan, *Temel Fıkıh Bilgileri*, s.199.

²¹⁵ Atar, *İslam hukukunun Esasları*, s.235.

²¹⁶ Kuru vd., *Medenî Usûl Hukuku*, s.367.

²¹⁷ Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.480.

deliller Mecelle’de: “*Sadece yazı ve mühür ile amel edilmez. Eğer sahtekarlık ve hileden kurtulmuş olurlarsa o zaman amel edilebilirler. Hükmün kaynağı olabilirler ve başka bir delile ihtiyaç kalmaz.*”²¹⁸ şeklinde ifade edilmiştir. İnsanların yazı ve mühürlerinin birbirine benzer olma ihtimalinden dolayı Mecelle, yazı ve mühürün hile ve aldatma şüphesinden uzak olduğu hallerde delil olarak kullanılabilmesi görüşünü benimsemiştir. Yazılı belgeler malî haklar konusunda ispata yeterli görülmemiştir. Fakat idari yargı konularında delil kabul edilmiştir.

Yazılı belgeler: Resmi yazılı evraklar ve âdi(resmi olmayan) yazılı evraklar olarak iki kısma ayrılır.²¹⁹ **Resmi yazılı evraklar**; resmi daireler tarafından düzenlenmiş evraklardır. **Âdi yazılı evraklar**; resmi daire tarafından düzenlenmeyen evraklardır. Mesela kişinin kendi ticaret defterinde “Filanın bana şu kadar borcu var” şeklinde yazdığı bilgiler bu kısma örnek gösterilebilir²²⁰. Yazı veya mühür, hile ve aldatma şüphesini barındırmasından dolayı davada delil olarak kabul edilebilmesi için âdil bir şahit veya şer’i bir delille ispatlanması gerekir²²¹. Bu hüküm malî haklarda şart koşulmuştur. Bunun yanı sıra sonraki fıkıh bilginleri Mecelle’nin ifadelerini de dikkate alarak evliliğe izin vermek, vasi tayini, sultan beratları, mahkeme defterleri, tapu kayıtları gibi idarî kaza konularında ve tahrifi mümkün olmayan (sarrafların, tâcirlerin vb. kimselerin defterleri gibi) yazılı delillerin mahkemede delil olarak kullanılabilmesi görüşünü benimsemişlerdir²²².

İslam hukukunda şahitle ispat edilen yazılı belgelerin davada delil olarak kullanılması konusunda ihtilaf yoktur. İhtilaf şahitle ispatlanmamış yazılı belgelerin davada delil kabul edilmesi konusundadır²²³.

Mer’i hukukta davalarda delil olarak kullanılacak belgeler “*Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü, veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları bu kanuna göre belgedir.*”²²⁴ şeklinde kanunda sayılmıştır. Kanun’da senet ve yazılı belge kavramları ayrı olarak ele alınmıştır. Bunun nedeni davalarda sadece senetlerin kesin delil olarak kullanılmasıdır. Belgelerden senet niteliğinde olanlar davada kesin delil niteliğine sahiptir. Yazılı belgede irade beyanının olduğu belgelere senet denir. Yani senedin özelliği altında irade beyanını yapan kimseye ait imza, mühür veya parmak izini

²¹⁸ Mecelle md. 1736.

²¹⁹ Gönenç, *Mevsuatu’l-Fıkhiyyeti’l-Müeyyese*, c.I, s.95.

²²⁰ Gönenç, *Mevsuatu’l-Fıkhiyyeti’l-Müeyyese*, c.I, s.95.

²²¹ Ali Haydar, *Dureru’l-Hukkâm*, c.IV, s.480

²²² Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, İrfan Yayınevi, İstanbul, 1974, s.177; Erturhan, *Temel Fıkıh Bilgileri*, s.201; Atar, *İslam hukukunun Esasları*, s.266.

²²³ İvad, *Nizâmu’l-İspât fi’l-Fıkhi’l-İslâm*, md.63, s.112

²²⁴ HMK md. 199.

barındırmasıdır. Senetler İslam hukukunda olduğu gibi adi ve resmi olarak iki şekilde düzenlenebilir²²⁵.

Mer'î hukukta yazılı senetler kesin delil niteliğine sahipken belgeler ise delil başlangıcı olarak kabul edilmektedir. Hüküm delil başlangıcı niteliğine sahip bir belgeye dayanılarak verilemez. İslam hukukunda ise şahitle ispatlanmış veya tahrifi mümkün olmayan senetler davada delil niteliğine sahiptir. Sonuç olarak mer'î hukukta altında imza, mühür, parmak izi bulunan yazılı senetler kesin delil niteliğine sahipken İslam hukukunda bu tür belgelerin kesin delil olması için şahit aracılığı ile ispatlanması gerekmektedir.

1.3.6.6. Karîne

İlk dönem alimlerinin kitaplarında karîneye işaret eden ifadeler olmasına rağmen tam anlamıyla karîne kelimesi tarif edilmemiştir. Karînenin tarifi, kısımları, şartları muâsır ulema tarafından açıklanmıştır²²⁶. Karîne ıstılahta, talep edilene işaret eden iş demektir²²⁷. Başka bir tarifile, karîne, hakkında hüküm verilebilecek derecede açık bir şekilde hükme işaret eden şeye denir²²⁸. Yani belli olmayan bir olayda ikrar ve şahit gibi daha kuvvetli bir delil olmadığı zaman olay hakkında bilgi edinmeye yarayan alamet demektir²²⁹. Bulutun yağmura delaleti gibi *zannî olan delalete ise emâre* denir. Karîne ve emâre birbirlerinin yerine kullanılmaktadır²³⁰. Mecellede karîne, “*Kesin bilgi derecesine ulaşan emâreler.*”²³¹ şeklinde ifade edilmiştir.

Karîne ispat vasıtası olması açısından çok geniş bir yelpazeye sahiptir. Çünkü karîne somut olaylarda bazen kesin bilgi değerine sahipken bazı olaylarda ise zandan ibarettir. Örneğin elinde kanlı bir bıçakla korku içinde bir evden çıktığı görülen kimsenin, o anda çıktığı evde boğazı kesilerek öldürülen bir adam bulursa, bu durumda elinde kanlı bıçakla çıkan şahsın durumu, onun katil olduğuna kesin bir kârîne teşkil etmektedir. Bunun yanı sıra gecenin karanlığında yalnız başına kapalı bir yerde bulunan nikahsız bir erkek ve kadının zina suçunu işleme ihtimali ise zannı ifade eder. Haklarında zina suçu cezası verilemez. Ayrıca kocası olmayan hamile kalmış bir kadın hakkında da zina ettiği zannı oluşur. Bu durum tam

²²⁵ Kuru, *Medenî Usûl Hukuku*, s.372-373.

²²⁶ Muhammed Rafet Osman, *Nizâmu'l-Kadâ fi'l-Fıkhî'l-İslâmî*, s.444; İvad, *Nizâmu'l-İspât fi'l-Fıkhî'l-İslâm*, md.62, s.126.

²²⁷ Cürcânî, Ali b. Muhammed Ali, *Kitâbu't-Târifât*, Daru Kütübü İlmiyye, Beyrut-Lübnan, 1983, s.174.

²²⁸ İbn Nüceym, Zeynuddîn b. İbrahim b. Muhammed, *el-Bahru'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dakâik*, Daru'l-Kütübü'l-İslamiyye, yy., yt., c.VII, s.205.

²²⁹ İvad, *Nizâmu'l-İspât fi'l-Fıkhî'l-İslâm*, md.62, s.126.

²³⁰ Erturhan, *Temel Fıkıh Bilgileri*, s.201.

²³¹ Mecelle md. 1741.

anlamıyla hakkında hüküm vermek için yeterli olmasada zina suçuna işaret eder²³². Cumhuriyet ulema karînenin davada ispat vasıtası olarak kullanılabilmesine hükmeder. Bazı alimler ise karîneyi ispat vasıtası olarak kullanmaya cevaz vermezler²³³.

Kesin olan karînelerin aksi ispat edilemez. Fakat kesin olmayan karînelerin aksini ispat etmek mümkündür. Bu nedenle günümüzde yapılan olay yeri incelemelerde alınan parmak izleri, video, ses kaydı gibi görüntü ve ses ekipmanları ile elde edilen emârelerin de karîne sayılabilmesi mümkün görünmektedir²³⁴. Had ve kısas gerektiren suçlarda İslam hukukuna göre kriminal incelemenin ispat vasıtası olarak kullanılması hakkında son dönem alimler arasında ihtilaf vardır. Hırsızlık suçu gibi suçlarda parmak izinin delil olabileceği söylenirken kısas gerektiren suçların şahit ve ikrarla ispatlanması gerektiği görüşü daha ağır basmaktadır. Aksini savunanlar da olmuştur²³⁵. Kesin veya kesin olmayan karîne içinde sayılmaları zannımızca olaylara göre farklılık gösterecektir.

1.3.6.7. Kâdının Bilgisi

Kâdının şahsi bilgisine dayanarak dava konusuna hükmedebilmesi meselesine ilmu'l-kâdî denilir²³⁶. Kâdının bilgisinin davada delil olarak kabul edilmesi, durumlara ve mezheplere göre farklılık gösterir. İslam hukukçularının bazılarına göre kâdının dava sırasında yemin, yeminden kaçınma, ikrar vb. delillerden elde ettiği bilgiye dayanarak, şahit tutmadan bilgisini hükme dayanak tutması caizdir. Bazı İslam hukukçularına göre ise kâdının bu bilgisini hükmün gerekçesi kılabilmesi için bu bilgiyi elde ettiğini şahitle ispatlamalıdır²³⁷.

Kâdı dışarıda gördüğü ve gözünün önünde gerçekleşen bir olay karşısına getirildiği zaman bu davada; İmam-ı Azam'a göre sadece kul hakkıyla ilgiliyse kendi bilgisiyle hüküm verebilir. Fakat bu olayı kâdı kendisinde kâdılık vasfı varken ve görev yeri içerisinde görmüş olması gerekir. Aksi takdirde kendi bilgisiyle hükmedemez²³⁸. İmam Muhammed ve Ebu Yusuf'a göre kâdı, kendi bilgisiyle hükmedebilir. Yani görevli olması ve görev yerinde olayı görmesi şartını aramamışlardır. Şâfiî mezhebinde İmâmeynin görüşü meşhur olmuştur. Her iki mezhepte de Allah hakkıyla ilgili olan davalarda kâdının bilgisiyyle hükmedemeyeceği görüşü benimsenmiştir. Sonraki dönem Hanefiler ise kâdının dışarıda tanık olduğu olaylara

²³² Muhammed Rafet Osman, *Nizâmu'l-Kadâ fi'l-Fıkhı'l-İslâmî*, s.445.

²³³ İvad, *Nizâmu'l-İspât fi'l-Fıkhı'l-İslâm*, md.62, s.129.

²³⁴ Atar, *İslam hukukunun Esasları*, s.264; Karaman, *Ana Hatlarıyla İslam Hukuku*, s.256.

²³⁵ Şevket Pekdemir, (2016). "Hırsızlık ve Cinayet Suçlarında Parmak İzinin İspat Değeri". *Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, c.15(30), ss. 449-473, s.455,459.

²³⁶ Semnâni, *Ravdâtu'l-Kudât ve Tarîkun-Necât*, c.I, s.315.

²³⁷ Behnesî, Ahmed Fethi, *Nazariyetu'l-İspât fi'l-Fıkhı'l-Cinê'l-İslâmî*, Daru's-Şurûk, Kahire, 1989, s.207; Atar, *İslam Adliye Teşkilatı*, s.202; Atar, *İslam hukukunun Esasları*, s.259.

²³⁸ Sadru's-Şehîd, Hisâmuddîn Ömer b. Abdulaziz, *Şerhu Edebu'l-Kadî li'l-Hassâf*, (thk. Muhyi Hilâl Serhân), İrşâd yayınevi, Bağdad-Irak, ty., c.III, s.95.

kendi bilgisiyle hükmedemeyeceğini söylemişlerdir. Mâliki ve Hanbeli mezheplerinde de kâdının bilgisiyle hükmedemeyeceği söylenmiştir²³⁹. Mecelle’de bu görüşü benimseyerek diğer delilleri maddelerde zikrederken kâdının bilgisini maddeler arasında zikretmemiştir.

Mer’i hukukta hakimın bilgisi hükmün sebepleri arasında sayılmamıştır. Hatta hakimın bir davada şahitlik yapması hakimın ret sebepleri arasında sayılmıştır²⁴⁰. İslam hukukunda ise hakimın bilgisinin hükme sebep teşkil etmesi tartışılmış ve hükmün sebepleri arasında sayılmıştır.

1.3.6.8. Bilirkişi

Uzmanlık ve tecrübe gerektiren bir alanda bilgi sahibi olan, mahkemede görüşüne başvurulmuş kimseye bilirkişi (ehli hibre, ehli vukuf) denir²⁴¹. Ayet-i kerimede “*Senden önce de ancak kendilerine vahiy indirdiğimiz kişileri peygamber olarak gönderdik. Eğer bilmiyorsanız bilgi sahibi olanlara sorun.*”²⁴² buyrulmaktadır. Yargı sırasında bazı durumlarda kâdının konu hakkında bilgisi olmayabilir. Söz konusu hallerde kâdının, bilgisi olan alanında uzman kişilerden bilgi alarak dava hakkında hüküm vermesi gerekebilir. Örneğin ölen bir kimsenin ölüm sebebini ancak doktorlar tespit edebilir veya satılan bir hayvanın ayıplı olduğu veterinerin görüşüyle bilinebilir²⁴³. Söz konusu durumlara daha birçok örnek vermek mümkündür.

Günümüz hukukunda nesep tespiti için DNA parmak izi yani kişinin genetik kodlarının iz düşümü tespit edilerek yüzde doksan dokuz bir sonuçla nesep tespiti yapılabiliyor. DNA parmak izinin İslam hukukunda bir ispat vasıtası olarak kullanılması 1998 yılında Kuveyt’te, 2002 yılında ise Mekke’de toplanan İslam alimleri tarafından yapılan bir sempozyumda tartışılmıştır. Her iki sempozyum sonucunda DNA parmak izinin İslam hukukunda ispat vasıtası olarak kullanılması hususunda bir sakınca görülmemiştir²⁴⁴.

Suç failini ortaya çıkarmak ve olayları aydınlatmak için suçun işlendiği yerde yapılan incelemeye olay yeri inceleme denilmektedir. Olay yeri incelemesinin amacı olayı aydınlatmak, suçun nasıl nerede, hangi suretle işlendiğini tespit etmektir. Günümüzde de olay yeri incelemesi yapılarak vakıalar aydınlatılmaya çalışılır. Jandarma ve polis gibi alanda

²³⁹ Tarablûsî, Ebu’l-Hasan Alaaddin, *Muînu’l-Hukkâm fi me Yeteradeddu beyne’l-Hasmeyni mine’l-Ahkâm*, Daru’l-Fikr, yy., ty. s.121; Atar, *İslam Adliye Teşkilatı*, s.202; İbn Ferhûn, İbrahim B. Muhammed, *Tabsiratu’l-Hukkâm fi Usûli’l-Akdiyye ve Menehicu’l-Ahkâm*, Daru Âlemi’l-Kütüb, Riyâd, ty., c.II, s.36; Erturhan, *Temel Fıkıh Bilgileri*, s.202; Atar, *İslam hukukunun Esasları*, s.260.

²⁴⁰ HMK md. 36/C.

²⁴¹ İvad, *Nizâmu’l-İspât fi’l-Fıkhi’l-İslâm*, md.63, s.118.

²⁴² Nahl, 16/43.

²⁴³ Behnesî, *Nazariyetu’l-İspât fi’l-Fıkhi’l-Cinê’l-İslâmî*, s.205.

²⁴⁴ İbrahim Yılmaz, (2017). “İslam Aile Hukukunda DNA Parmak İzi Testi ile Nesebin Reddi”. *Cumhuriyet İlahiyat Dergisi*, 21(1), ss.9-44, s.17-18.

uzman kişiler tarafından oluşturulan ekipler tarafından olay yerinde fotoğraf çekimi, parmak izi tespiti, kroki çizimi gibi incelemeler yapılır. İslam hukukunda da olay yeri incelemesi görevini yüklenen kişilerin bilirkişiler olduğu görülmektedir. Bir veya birkaç kişiden oluşan bilirkişiler tarafından olay yeri incelemesi yapılabilir²⁴⁵.

Bilirkişi seçimi kâdı tarafından yapılır. İslam hukukunda bilirkişinin görüşleri, bazı hukukçulara göre hâkimi bağlayıcı kabul edilirken bazı hukukçulara göre ise bağlayıcı görülmez²⁴⁶. Örneğin nesebi bilinmeyen kimsenin tespiti için de uzman görüşüne başvurulabilir. İslam hukukunda nesep tespiti yapan kişiye kâif denir. Baba ve oğul arasındaki şekli benzerliğe bakarak nesebi bilinmeyen insanın nesebini tespit eder²⁴⁷. Hanefiler, Kâif'in tespitinin bir yorumdan ibaret olduğunu ve hakimi bağlamayacağını söyler²⁴⁸. Hanbeli, Şâfiî ve Malikiler hakimin kâif'in görüşüyle bağlı olduğunu söylerler²⁴⁹. Yani kâif'in görüşünü nesebin tespitinde delil kabul ederler.

Mer'i hukukta bilirkişi incelemesi takdiri deliller arasında sayılmıştır. Hakim raporla bağlı değildir. Hakim bilirkişinin sunmuş olduğu rapor serbestçe takdir eder²⁵⁰. Raporu yeterli görmezse başka bir bilirkişiden rapor talebinde bulunabilir yada yetersizliğin gerekçesini kararında belirterek raporun aksine hüküm verebilir. Ancak Yargıtay hakim rapor serbestçe takdir etmesini yeterli görmezse başka bir kişiden rapor isteyebileceği şeklinde yorumlamaktadır. Yani Yargıtay'a göre hakim bilirkişi raporuna aykırı hüküm veremez. Fakat yargıtay'ın bu görüşü de doktrinde tartışmalıdır²⁵¹. Sonuç olarak her iki hukuk sisteminde de bilirkişi raporu ispat vasıtaları arasında sayılmıştır.

1.3.6.9. Kasâme

Herhangi bir olay yerinde faili bilinmeyen bir cinayet işlendiği zaman, olayın failini bulmak için işlendiği yerde oturan 50 kişiye, “*Maktulü ben öldürmedim, kâtili de bilmiyorum.*” diyerek yemin ettirilmesine kasâme denilir. Olay yerinde oturan elli kişi yoksa olan kimseler tarafından yemin elliye tamamlattırılır. Maktulün velileri tarafından kâtilin kim olduğu biliniyor fakat ispat edilemiyorsa, yine kasâmeye başvurulur. Ancak bu ikinci durumda yemin, şüpheliye mi yoksa velilere ya da oranın sakinlerine mi verilir bu konuda

²⁴⁵ Şevket Pekdemir, (2017). “İslam Ceza Hukukuna Göre Olay Yeri İncelemesi”. *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 30, ss.139-155, s.143.

²⁴⁶ Atar, *İslam hukukunun Esasları*, s.262; Erturhan, *Temel Fıkıh Bilgileri*, s.202.

²⁴⁷ Cürcânî, *Tâ'rifât*, s.170.

²⁴⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, c.XVII, s.69.

²⁴⁹ İbn Kayyım, *Turuku'l-Hukmiyye fî Siyaseti's-Şer'iyye*, c.II, s.597; İbn Ferhûn, *Tabsiratu'l-Hukkâm*, c.II, s.114; Muhammed Rafet Osman, *Nizâmu'l-Kadâ fî'l-Fıkhı'l-İslâmi*, s.434.

²⁵⁰ HMK, md.282.

²⁵¹ Kuru, *Medenî Usûl Hukuku*, s.432-434.

ihtilaf vardır²⁵². Tüm cinayet mahalli sakinleri yemin verdikten sonra, kâtil bulunamadığı için maktulün diyeti aralarında eşit miktarda taksim edilerek öldürülenin velilerine ödenir.

Toplumun, insanların işlediği suçlara karşı kayıtsız kalmaması ve herkesin bulunduğu bölgede herhangi bir suç işlenmemesi için duyarlı olması gerekir. Kasâme yolu insanların etrafında gerçekleşen olaylara karşı duyarlı olmasını sağlar. Fertlerde bunun bilincinde olduğu için hem suç işlemekten hem de işleyeni gizlemekten kendilerini alıkoymazlar. Kasâme sayesinde toplumun kendi kendini muhâfaza altında tuttuğu bir kontrol mekanizması kurulmuş olur²⁵³. Bu nedenle İslam ceza hukukunda kasâme yolu ispat vasıtalarından sayılmıştır.

Mer’i hukukta kâsameye karşılık gelen bir ispat vasıtası bulunmamaktadır. Kâsame müessesesi günümüzdeki sosyal yardımlaşma ve dayanışma tekniklerinin eski dönemlerdeki karşılığı olduğu veya günümüzde sigorta kurumlarının kasâme müessesesinin görevini üstlendiği söylene de²⁵⁴ kanaatimizce bu kasame kurumunun anlam ve önemini daraltmak sonucunu doğurabilir. Çünkü kasâme sadece diyet gibi maddi yükümlülükleri eda etmeyi değil toplumun kendi içinde oto kontrol oluşturmasını hedeflemektedir.

1.3.6.10. Keşif

Kâdının veya yardımcılarından birinin olay yerine gidip dava konusu ile ilgili malumat edinmesine keşif denir. Keşif delili fıkıh ve kadâ kitaplarında ayrı bir başlık altında incelenmemiştir. Dava konusu ile ilgili hükümlerden bahsedilirken dava konusunu mahkemede hazır bulundurmanın mümkün olmadığı hallerde kâdının dava konusunun bulunduğu yere kendinin gidip bilgi edinmesinden bahsedilmiştir²⁵⁵. Söz konusu durum mer’i hukukta kullanılan keşif delilini akla getirmektedir. Örneğin sınırları bilinmeyen taşınmazın sınırlarını belirlemek için veya dava meclisine getirmenin zor olduğu taşınırlar için kâdı dava konusunun bulunduğu yere gidip kendi keşif yapabilir. Kâdı yerine birini geçirmek konusunda izinliyse bir emîni de mahalle gönderebilir²⁵⁶. Bu durumda emînin meclisi kâdının meclisi gibi sayılır. Fakat kâdı yerine birini geçirme konusunda izinli değilse bu takdirde dava

²⁵² Ayrıntılı bilgi için bk. Muhammed Ebu Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, (çevr. İbrahim Tüfekçi), Kitapevi, İstanbul, 1994, c. II, s.507; Atar, *İslam hukukunun Esasları*, s.255.

²⁵³ Bilmen, *Hukuk-i İslamiyye Kâmusû*, c.III, s.157.

²⁵⁴ Hadi Sağlam, (2012). “İslam Hukuku Tarihinde Faili Meçhul Cinayetler Meselesi (KASÂME MÜESSESESİ)”. *Erzincan Sosyal Bilimler Üniversitesi Dergisi*, 3(2), ss.486-528, s.523.

²⁵⁵ Heyet, *Mevsûatu'l-Fıkhi'l-Kuveytiyye*, c.XX, s.301.

²⁵⁶ Sadru's-Şehîd, *Şerhu Edebi'l-Kâdi*, c.II, s.319.

konusunun bulunduğu yere yine emîn gönderebilir. Ancak söz konusu durumda emînin yanında âdil iki şahit görevlendirmek zorundadır²⁵⁷.

Asrı Saadet Döneminden itibaren hâkimin, keşif yoluyla ulaştığı bilgiye dayanarak hüküm vermesinin örnekleri görülmektedir. Hz. Peygamber'in Huzeyfe bin Yeman'ı aralarında mirasla alakalı bir uyuşmazlığın olduğu iki kardeş hakkında kulübenin kime ait olduğu tespitini yaptırmak için dava konusunun olduğu yere keşif için göndermesi, Hz Ali ve Talha bin Ubdeyduh arasında arazilerindeki su seddi sorununu çözmek için Hz. Osman'ın keşif yapması örnek verilebilir.²⁵⁸

Mer'i hukukta keşif delili takdirî deliller arasında sayılmıştır. Hakim bu delil üzerinde serbestçe takdir yetkisine sahiptir. Keşif yapılmasına hakim karar verebileceği gibi taraflarca da talep edilebilir²⁵⁹. Keşif yapılacak konular açısından herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. Hakim istediğinde keşif yoluna başvurma kararı verebilir. Keşif yapılacak dava konusu yargı sınırları dışındaysa hakim yerine birini de görevlendirebilir²⁶⁰.

Her iki hukuk siteminde de keşif delili ispat vasıtası olarak kullanılmıştır. Keşif delili mer'i hukukta takdirî deliller arasında sayılmaktadır. Zannımızca İslam hukukunda da takdirî deliller arasında saymak mümkündür. Olay yeri incelemesinin İslam hukukunda meşru olduğu yukarıda zikredilmişti. Buna dayanarak İslam hukukunda hakimin trafik kazaları, cinayetler vb. olaylarda keşif deliline başvurması mümkün görünmektedir.

1.4. Yargılama Usûlü

Mahkemelerin tarafların uyuşmazlıklarını incelerken bağlı kalmak zorunda oldukları şekilleri belirten kaidelere muhâkeme usulü denir²⁶¹. Mer'i hukukta ceza ve hukuk davalarının usulleri birbirinden farklılık gösterir. Bu nedenle ceza davalarının usulünü ceza muhakemeleri usulü, hukuk davalarınınkini ise hukuk muhakemeleri usulü bildirir. Fakat İslam hukukunda bu usuller ayrı ayrı incelenmemiş, ceza ve hukuk davalarında konular tek tek incelenirken bu usuller de belirtilmiştir²⁶².

1.4.1. İslam Yargılama Usûlü

Muhâkeme hukuku görülen davanın konusuna göre hukuk davaları ve ceza davaları şeklinde kısımlara ayrılmıştır. Bu iki kısmın dışında idari davalarda vardır. Klasik fıkıh

²⁵⁷ Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.496.

²⁵⁸ Atar, *İslam Yargılama Hukukunun Esaslar*, s.264.

²⁵⁹ HMK md. 288.

²⁶⁰ HMK md. 289.

²⁶¹ Atar, *İslâm Adliye Teşkilâtı*, s.183.

²⁶² Karaman, *Ana Hatlarıyla İslâm Hukuku*, s. 236; Atar, *İslâm Adliye Teşkilâtı*, s.184.

doktrininde hukuk ve ceza davaları şeklinde bir taksim yapılmadan aralarındaki ortak noktaların çokluğu da göz önüne alınarak birlikte incelenmiştir. Fakihler hukuk ve ceza davaları bölümlerinin olduğunu bilmekle beraber konuları ceza ve hukuk şeklinde bir ayrıma tabi tutmaksızın incelemiştir²⁶³.

Usül hukukunun kuralları Hz.Peygamber (sas), Dört Halife ve sonraki gelen âlimlerin içtihadıyla belirlenmiştir. Buna göre dava açılmadan önce, davanın görüldüğü sırada ve hüküm aşamalarında mahkemelerin ve tarafların riayet edecekleri kuralları usül hukuku belirler. Usül hukuku açısından daha önce de geçen Hazreti Ömer'in Ebu Mûsa el-Eş'arî'ye gönderdiği mektup önemli bir yere sahiptir²⁶⁴.

Bahsi geçen mektubun öneminden dolayı buraya tercümesini alıyoruz²⁶⁵:

“Müminleri Emîri, Allah'ın kulu Ömer'den Abdullah bin Kays'a (yani Ebu Musâ el- Eşari): es-Selamu Aleyküüm

Kadâ sağlam bir farz ve uyulması gereken bir sünnet'tir. Sana bir dava getirildiği zaman onu iyice anla. (Sana hak zâhir olduğu zaman onu uygula). Çünkü uygulanmayan bir hakkı söylemek fayda vermez. İnsanlar arasında meclisinde ve davranışlarında adaletle davran ki güçlü olan senin onu kayıracağını ümit etmesin. Zayıf olan da adaletinden ümidini kesmesin. Beyyine (delil), iddia edene, yemin ise inkar edene aittir. İnsanlar arasında haramı helal, helalı haram kılmayan sulh caizdir. Dün vermiş olduğun, sonra kendi içinde düşünüp doğru sonuca vardığın bir karar seni hakka dönmekten alıkoymasın. Çünkü hiçbir şey hakkı iptal etmez. Bil ki hakka rücu etmek batılda kalmaktan daha hayırlıdır. Kur'an ve Sünnette kesin olarak bulamadığın kendi içinde de tam kanaate varamadığın davaları iyice anla ve düşün. Benzer ve emsal olayları araştır. Sonra bunları birbirine kıyas et. Bunlardan hakka en yakın ve Allah'a en sevimli olduğunu düşündüğün şeyle hükmet. Kim bir hakkı iddia ederse ona iddiasını ispatlayabileceği kadar süre ver. Eğer iddiasına karşılık bir delil getirirse hakkını alır, getiremezse aleyhine hüküm verirsin. Akrabalık (yakınların birbirine şahitliği) ve velayet (kölenin efendisine şahitliği gibi) konusunda şüpheli olan, yalancı şahitlik yaptığı görülen, haddi gerektiren bir suçtan dolayı celde cezası uygulanmış kişiler dışında tüm Müslümanlar şهادette adildirler. Şüphesiz Allah gizli olan şeylerin sorumluluğunu almış, delillere dayanarak verdiğiniz hükümlerden ise sizden sorumluluğu kaldırmıştır. Hak arama yerlerinde (mahkemelerde) sakın kızma sesini yükseltme ve tarafların(davranışı sebebiyle) canını sıkma Allah Teala bunlara katlanmaya karşılık mükafat verir ve ahiret azığını güzelleştirir. Kim Allah'la arasında olan gizli niyetini düzeltirse Allah'ta onunla insanların arasını düzeltir. Kim Allah'ın içindeki niyeti bildiği halde dünyevi bir maksat için riyakarlık yaparsa Allah onu insanlar arasında rezil eder. Allah Teala kullarından ancak halis amelleri kabul eder. Sen Allah'ın dünyada vereceği rızkı ve ahirette vereceği ihsan hazinelerini ne sanıyorsun!

²⁶³ Karaman, *Ana Hatlarıyla İslâm Hukuku.*, s.235.

²⁶⁴ Muhammed Rafet Osman, *en-Nizâmu'l-Kadâ fi'l-Fıkhi'l-İslâm*, Daru'l-Beyan, yy., 1994, s.279; Atar, *İslam Adliye Teşkilatı.*, s.183.

²⁶⁵ İbn Kesir, Ebu'l-Fedâ İsmail b. Ömer, *Müsnedu'l-Fârûk*, (thk. Abdulmu'tî Kalacî), Daru'l-Vefâ, Mısır, 1991, c.II, s.545; İbn Haldun, Abdurrahman b. Muhammed, *Târihu İbn Haldun*, (thk. Halil Şehade), Daru'l-Fıkr, Beyrut, 1988, c.I, s.275; Beyhakî, *Sünenu'l-Kübra*, c.XX, s.446, h.n.20567; Beyhakî, *Sünenu's-Sağîr*, c.IV, s.133, h.n.3259; Arı, *“Hz. Ömer'in Ebu Musa el-Eş'arî'ye Gönderdiği Mektubun Yargılama Hukuku Açısından Analizi”*, s.87.

Vesselam...”

Söz konusu mektup İslam yargılama usûlünün temel esaslarını ortaya koymuştur. Usul hukuku açısından birçok hukuk sisteminde sonradan ortaya çıkan hükümleri bildirmiştir. Bu nedenle esasen Dünya Hukuk tarihi açısından çok önemlidir.

1.4.2. Mer’i Hukuk Yargılama Usûlü

Mer’i hukukta muhâkeme usûlü, ceza muhâkemeleri ve hukuk muhâkemeleri usûlü olmak üzere iki kısma ayrılır. Ceza muhakemeleri hukukunun kuralları kısaca CMUK diye ifade edilen Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nda düzenlenmiştir. Hukuk muhakemeleri ise kısaca HMK diye ifade edilen Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu’nda düzenlenmiştir. Mer’i hukukta ortaya çıkan uyuşmazlıkların hangi usul çerçevesinde inceleneceğini medeni usul hukuku belirlemektedir. Davaların şartları, yemin, şahitlik, ispat yükü vb. konular medeni usul hukukunun çizmiş olduğu sınırlarla tayin edilir.

Medeni usul hukukunun sınırlarını ise 6100 sayılı hukuk muhakemeleri kanunu belirlemektedir. Bu kanun mer’i usul hukukunun en önemli kaynağıdır. HMK, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanun’u olarak 4 Ekim 1927 tarihinde yürürlüğe girmiştir²⁶⁶. Medeni Kanun’un İsviçre’den alınması sebebiyle Usul Kanunu da İsviçre’den alınmıştır. Fakat o dönemde İsviçre’de usul kanunu federal olmadığından her kantonun kendi usul kanunu olması sebebiyle Kantonlar arası karşılaştırma yapılmış ve en son çıkan kanun en iyi kanundur kaidesinde Neuchatel(Nöşatel) Kantonu’nun 1925 tarihli Medeni Usul Kanunu’nun alınmasına karar verilmiştir²⁶⁷. 15.04.2009 tarihinde 1086 Sayılı HUMK’un aksayan ve eksik kalan yönleri Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kuruluna gönderilmiş ve Meclis’te grubu bulunan partiler tarafından 12 Ocak 2011 tarihinde kabul edilmiştir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanun’u Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 1.10.2011 tarihinde kabul edilerek yürürlüğe girmiştir²⁶⁸. Medeni Usul Hukukunun diğer kaynakları Anayasa, uluslararası sözleşmeler, 1927 yılından günümüze kadar olan Yargıtay kararları, diğer kanunlarda bulunan yargılamaya dair hükümlerdir²⁶⁹.

²⁶⁶ Kuru, *Medenî Usûl Hukuku*, s.74; Hakan Pekcanitez, vd., *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı.*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s.56.

²⁶⁷ Pekcanitez, *Medenî Usûl Hukuku*, s.56.

²⁶⁸ Pekcanitez, *Medenî Usûl Hukuku*, s.56, Kuru, *Medenî Usûl Hukuku*, s.74.

²⁶⁹ Pekcanitez, *Medenî Usûl Hukuku*, s.56.

1.4.3. İslam Yargılama Usûlü Çeşitleri

İslam hukukunda yargılamanın ceza ve hukuk olarak iki kısma ayrıldığından bahsedilmişti. Bu bölümde ise İslam hukukunda ceza ve hukuk davalarının yargılama usûlü hakkında kısaca bilgi verilecektir.

1.4.3.1. Hukuk Davaları Yargılama Usûlü

İslam hukukunda Hukuk davalarında mahkemeler re'sen (kendiliğinden) harekete geçemeyeceği gibi hakkı ihlal olan kişi de dava açmaya zorlanamaz. Hukuk davalarında haktan feragat ve af mümkündür. Yani taraflar haklarından vazgeçerek davaya son verebilir. Dava öncesinde, dava sırasında hâkim vasıtasıyla veya tarafların anlaşmasıyla sulh yapmak mümkündür. Fakat şartları yerine gelerek görülen bir davada karar verildikten sonra sulh yapmak mümkün değildir. Hukuk davalarında genel anlamda ispat yükü davacıdadır. Her türlü delil üzerine hüküm verilebilir²⁷⁰.

1.4.3.2. Ceza Davaları Yargılama Usûlü

İslam ceza davalarının, hükümleri icra etmek ve aynı zamanda davayı ispatlamak konusunda kendine has metotları vardır. Ceza hukukunun usulü, hukuk davalarına nazaran daha da ağırlaştırılmıştır. Bunun en önemli gerekçelerinden biri ise haksız infazlardan sakınmaktır. Kâdı ve yardımcıları bu tür davalarda insanlık adına hürmeti elden bırakmamalı, şüphelinin haklarını da muhafaza etmelidir. Çünkü bu tür davalarda kendine suç isnat edilen şahıs suçu sabit oluncaya kadar sadece şüphelidir. “*Berâeti zimmet asıldır.*²⁷¹” Bu nedenle ceza davaları kâdının uhrevi sorumluluğu açısından çok daha ağır davalardır²⁷². Ceza davalarının ispatı da hukuk davalarınınkinden daha ağır şartlara bağlanmıştır. Mesela zina davalarında davanın ispatı için en az dört erkek şahid gerekir. Geriye kalan hadler ve kısaslarda ise iki erkek şahid gerekir²⁷³. Ceza davalarında yaygın görüşe göre yemin ispat vasıtası olarak kabul edilmediğinden kasâme delili kabul edilmiştir²⁷⁴. Kasâme delili hakkında bilgiler ispat vasıtaları adı altında yukarıda incelenmişti.

İslam ceza davalarında hakkı ihlal olan kimse veya vârisleri dava açabileceği gibi şikayet üzerine kâdılar da kamu davası açabilir. Bunun yanında suç haberini getiren her Müslümanın da kamu davası açması mümkündür. Tarafların haklarından vazgeçmesi ve affetmesi sadece kısas ve diyet davalarına has olan bir durumdur. Had cezasını gerektiren

²⁷⁰ Atar, *İslam Adliye Teşkilatı.*, s.184.

²⁷¹ Mecelle md. 8.

²⁷² Tayyar, *Fıkhu'l-Müeyssere*, c.VIII, s.102.

²⁷³ Tayyar, *Fıkhu'l-Müeyssere*, c.VIII, s.102.

²⁷⁴ Erturhan, *Temel Fıkıh Bilgileri*, s.206.

davalarda ise dava konusu mahkemeye intikal ettikten sonra af ve feragat mümkün değildir. Çünkü söz konusu hallerde işlenen suçlarda kamu menfaati vardır. Suç haberi alındıktan sonra söz konusu durumlar kamu davasına dönmektedir. Ceza davalarında sulh mümkün değildir. Ceza davalarında ispat yükü davacıda olabileceği gibi bazen hâkimde de olabilir²⁷⁵.

1.5. Yargılama Hukukuyla İlgili Diğer Kavramlar

1.5.1. Mürafaa ve Müdafaa

İslam hukukunda davacı mahkemeye başvuru yaptıktan sonra davalının da iddialara cevap vermesi gerekir. Bu itibarla kâdının veya davalının talebi ile davanın çözüme kavuşturulması için davalının mahkemeye çağrılmasına mürafaa denilir²⁷⁶. Müdafaa ise davalının hakkında yapılan iddialara karşı kendini savunmasıdır²⁷⁷.

Mer'î hukukta mürafaa, duruşma kavramına karşılık gelmektedir²⁷⁸. Müdafaa ise savunma kavramıyla ifade edilir²⁷⁹.

1.5.2. Def'i Dava

İslam hukukunda davalı tarafından davacının davasını iptal edecek bir dava ortaya sürülmesine def'i dava denir²⁸⁰. Bu tabir daha çok muasır ulema tarafından kullanılmıştır. Bunun yanı sıra klasik kaynaklarda dava konusu ile ilgili örnekler verilirken daha çok davalının davaya karşı verdiği cevabı ifade etmek için def'i dava tabiri kullanılmıştır. Aynı başlık altında incelenmemiştir²⁸¹.

Def'i dava asıl davadan bağımsız değildir. Asıl davaya yönelik karşı bir iddiadır²⁸². Bu nedenle def'i davada davanın sıhhati şart koşulmamıştır. Davalının iddia ettiği şeye dair delil sunması veya iddiasının açıklamasını yapması gerekir. Aksi halde davası dinlenilmez²⁸³. Delilleri ortaya sunmadan önce veya sunduktan sonra, hükümden önce veya sonra açılabilir. Önemli olan yapılan karşı iddianın sahih olmasıdır²⁸⁴.

²⁷⁵ Atar, *İslam Adliye Teşkilatı*, s.187.

²⁷⁶ Fahreddin Atar, "Mürafaa", *TDV İslam Ansiklopedisi (DİA)*, c. XXXII, s.38; Bilmen, *Hukuk-i İslamiyye Kâmusu*, c.VIII, s.82.

²⁷⁷ Bilmen, *Hukuk-i İslamiyye Kâmusu*, c.VIII, s.82.

²⁷⁸ Kuru, *Medenî Usûl Hukuku*, s.326

²⁷⁹ Kuru, *Medenî Usûl Hukuku*, s.302.

²⁸⁰ Ebu'l-Hâris, Muhammed Sıdkı b. Ahmed el- Bornu el- Gazzî, *Mevsuatu'l-Kavâidu'l-Fıkhiyye*, Müessesetu'r-Risâle, Lübnan-Beyrut, 2003, c.IV, s.332; Bilmen, *Hukuk-i İslamiyye Kâmusu*, c.VIII, s.82.

²⁸¹ Ali b. Hasan b. Cafer, "Def'u'd-Dava fi Şeriatî'l-İslam ve Tatbikâtuhu fi Nizâmî'l-Murâafâti's-Şer'iiyyeti's-Suudiyye", Nâif Arab Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Koleji, Riyad, s.85.

²⁸² Cevedet Yavuz, "Dava", *TDV İslam Ansiklopedisi (DİA)*, 1994, c.IX, s.12-16.

²⁸³ Ebu'l-Hâris, *Mevsuatu'l-Kavâidu'l-Fıkhiyye*, c.IV, s.333; İbn Abidin, *Reddu'l-Muhtâr*, c.V, s.541.

²⁸⁴ İbn Nüceym, Zeybuddîn b. İbrahim, *el-Eşbâh ve'n-Nazâir ale Mezhebi ebi Hanife en-Numân*, Daru'l-Kutubu İlmiyye, Beyrut-Lübnan, 1999, s.190.

Husumetin def'i, davacının davasının doğruluğunu veya yanlışlığını söylemeksizin davacının ortaya attığı dava konusuna karşı bir savunma gerçekleştirmektir. Yani davalı bu durumda bizzat davacının açtığı davayı iptal etmeye çalışmaz. Bilakis davacının iddiasına karşı bir savunma yapmaya çalışır. Örneğin davalının elinde bulundurduğu şeyi dava esnasında orada bulunan veya bulunmayan bir kimseden kiraladığını, gasp ettiğini veya ödünç aldığını iddia etmesi gibi. Eğer davalı iddiasını ispat edebilirse hâkim davalı ve davacı arasında çekişmenin olmadığına karar verir²⁸⁵.

Def'i dava ise bizzat davacının davasını iptal etmek için davalı tarafından açılan davadır. Örneğin dava konusunun bir ayn olduğu davada, davalının elinde bulundurduğu şeyi davacıdan satın aldığını veya davacının onu kendisine hediye ettiğini yani özetle elinde bulundurduğu dava konusunun şer'i bir sebeple kendisinde bulunduğunu iddia etmesi durumu gibi²⁸⁶. Davalının def'i davası sahih ise bu takdirde asıl davada davacı olan davalı, davalı olan ise davacı taraf olur. Yani davada ispat yükü yer değiştirmiş olur. Bununla beraber hâkim davalıya cevabını sormak, davacıdan delil istemek gibi asıl davada takip ettiği usulü burada da gerçekleştirir²⁸⁷.

Mer'i hukukta def'i dava tabiri, karşı dava kavramına karşılık gelmektedir²⁸⁸. Görülmekte olan asıl davada, davalının aynı dava konusu ile ilgili davacıya karşı açtığı davaya karşı dava denir. Söz konusu davanın açılabilmesi için hali hazırda görülen bir dava olması, asıl dava ve karşı dava arasında yakın bir bağlantının bulunması ve karşı davanın görülmekte olan davayla aynı yargılama usûlüne tabi olması şart koşulmuştur²⁸⁹. Her iki hukuk sisteminde de davalıya, karşı dava açma hakkı tanınmıştır. İstilahi kavram olarak her ikisi de aynı anlamı ifade etmektedir.

²⁸⁵ Erdoğan, "Def'i Husumet" md., s.95.

²⁸⁶ Erdoğan, "Def'i Dava" md., s.95.

²⁸⁷ Muhammed Rafet Osman, *Nizâmu 'l-Kadâ*, s.559.

²⁸⁸ HMK md. 132.

²⁸⁹ Kuru, *Medenî Usûl Hukuku*, s.524-528.

İKİNCİ BÖLÜM

HUKUK DAVALARI YARGILAMA USÛLÜNDE DAVANIN SİHHAT ŞARTLARI

2.1. Yargılama Usûlünde Davanın Rükünleri

Rükün kavramının bir şeyin varlığının başka bir şeyin varlığına bağlanıp mahiyetine dahil olduğu ifade edilmişti. Örneğin namaz için kıraat gibi²⁹⁰. Namazın varlığı kıraatin varlığına bağlanmıştır. Kıraatin namaz kılarken yapılması gerekir. Bu nedenle kıraat namazın bir rüknüdür. Söz konusu tarif Hanefi mezhebinin usul esaslarına göredir.

Hanefilerin rükün kavramını tarif ettikleri usul bağlamında davanın rükünleri; İmam Ebu Hanife'ye göre, “*Sadece talep ve sigadır veya haklardan bir hakkın talebi için ya da ona bakması için kadıya götürülen söz veya sözün yerine geçen şeydir.*” şeklindedir. Ebu Hanife, rükünü namazdaki kıraat gibi mahiyetin içinde olmasını şart koştuğu için davanın rükünlerini de bu şarta uygun belirlemiştir. Davacı ve davalı ise söz konusu tarifte zikredilmemiştir. Çünkü davacı ve davalı Hanefiler'e göre davanın rükünü değildir. Davanın açılması için davacı ve davalıya ihtiyaç vardır. Fakat bunlar davanın içindeki vazgeçilmezlerinden değildir. Bu nedenle İmam-ı Azam davacı ve davalıyı, rükünler içinde zikretmemiştir²⁹¹.

Bazı Hanefiler davanın rükünlerini; “*Hakkı talep edenin, kadının huzurunda kabul edilebilir olan karşı tarafı bağlayıcı kılacak sözü ve bir hakkı kendisine veya yerine geçtiği kimseye izafe etmesidir.*”²⁹² şeklinde ifade etmişlerdir. Kişinin “*Benim filanda hakkım vardır, filanın hakkını ödedim veya şu filandadır.*” demesi gibi²⁹³. Hanefilerden bir kısmı ise davanın rükünlerini “makbul söz, hakkı izafe etmek ve kadının huzurunda olması” şeklinde üç kısım halinde saymıştır²⁹⁴. Bazı Hanefiler kâdının meclisinin davanın rükünü değil şartı olduğunu söylemişlerdir²⁹⁵.

Cumhur-u ulema ise rükün kavramına fiilin kendisinden ortaya çıktığı faili de dahil ettiği için davanın rükünleri içine talebin ve cevabın kendisinden sâdır olduğu davacı ve davalıyı da dahil etmiştir. Yani Hanefiler davacı ve davalıyı rükün saymazken Cumhur-u

²⁹⁰ Cüdey, *Teysîru İlmi Usulu'l-Fıkh*, s.56; Zeydan, *el-Veciz*, s.54.

²⁹¹ Tayyâr, *Fıkhü'l-Müeyyese*, c.VIII, s.95.

²⁹² Muhammed Rafet Osman, *Nizâmu'l-Kadâ*, s.217.

²⁹³ Zuhayli, *Mevsuâtu'l-Fıkhü'l-İslâmî*, c.VI, s.434; Kâsânî, Alaaddin Ebu Bekir b. Mesud, *Bedâi'us Sanâi fi Tertîbi's-Şerâi*, (thk. Muhammed Têmir), Daru'l-Hadis, Kahire, 2005, c.VIII, s.413.

²⁹⁴ Abdullah b. Nâsır Arcânî, *Şurûtu Etrâfi'd-Dâva fi'l-Fıkhî ve Nizâmi'l-Murafaâ*, Nâif Arap Üniversitesi Eğitim Fakültesi, Riyad, 2006, s.31.

²⁹⁵ Aynî, *Benâye*, c.IX, s.313; Yâsîn, Muhammed Naim, *Nazariyeti't-Dava beyne Şeriatî'l-İslamiyye*, Daru Alemlî'l-Kütüb, Kingdom Yay., 2003, s.172.

ulema her ikisini de rükün saymıştır²⁹⁶. Bu nedenle Cumhura göre davanın rükünleri, davacı, davalı, dava konusu ve dava sigasıdır²⁹⁷.

Dava Sigası; kişinin kâdiya davasını götürüp davaya bakmasını ya da onun hakkında hükmetmesini veya dâvâlaşılan şahıstan hâkimin, hakkını almasını talep etmesidir²⁹⁸.

2.2. Yargılama Usûlünde Davanın Sıhhat Şartları

Mer'i hukukta hukuk davaları ön inceleme, tahkikat ve hüküm/karar aşamasından oluşmaktadır. Ön inceleme aşaması davanın şartlarının incelendiği usul hakkında karar verildiği aşamadır. Davanın bu aşamasında esas incelenmez. Davanın dinlenebilmesi için gerekli şartların varlığına bakılır. Medeni hukuka ilişkin dava şartları HMK md. 114'de düzenlenmiştir. Bu madde de geçen dava şartlarını taraflara ilişkin, mahkemeye ilişkin ve dava konusuna ilişkin şartlar şeklinde bir ayrıma tabi tutmak mümkündür.

Mer'i hukukta dava şartları tabiri davanın dinlenebilmesi için varlığı veya yokluğu gereken şartlar demektir. Dava şartları davanın açılabilmesi için gerekli olan şartlar değildir. Dava açıldıktan sonra dinlenebilmesi için gerekli şartlardır. Hâkimin davayı esastan inceleyebilmesi için öncelikle dava şartlarının tam olması gerekir. Bu itibarla davanın esasına girilebilmesi için gerekli olan şartlara dava şartları denilebilir²⁹⁹.

Mer'i hukukta dava önüne gelen hâkim dava şartlarını re'sen inceler. Dava şartlarındaki eksiklik davanın her aşamasında ileri sürülebilir. Dava şartları kamu düzenindedir. Davaların usul ekonomisine³⁰⁰ uygun ve hızlı bir şekilde çözüme kavuşması için gerekli olan şartlardır. Dava şartlarında eksiklik bulunan bir dava hâkim tarafından usulden reddedilir³⁰¹.

İslam yargılama hukukuna tabi olan ilkelerden biri de mer'i hukuktaki usul ekonomisinin karşılığı olan yargıda çabukluk ilkesidir. Bu ilke, kâdının uyması gereken usul şartlarına göre davayı makul bir sürede hızlı şekilde çözüme kavuşturmasını ifade etmektedir³⁰². Davanın sıhhat şartları yargıda çabukluk ilkesi açısından önem arz etmektedir. İslam hukukunda da davanın sıhhat şartlarından kastedilen derdest yani açılan davanın hâkim tarafından dinlenebilmesi ve davanın esasına giriş yapılabilmesinin şartları kastedilir. Yani bu

²⁹⁶ Yâsîn, *Nazariyeti't-Dava beyne Şeriatı'l-İslamiyye*, s.169.

²⁹⁷ Heyet, *Mevsuatu'l-Fıkhiyyeti'l-Kuveytiyye*, c.XX, s.272.

²⁹⁸ Tayyâr, *Fıkhu'l-Müeyyessere*, c.VIII, s.94.

²⁹⁹ Pekcanitez, *Medeni Usul Hukuku*, s.242; Kuru, *Medeni Usul Hukuku*, s.244.

³⁰⁰ Mer'i hukukta, hakimin kanunların öngördüğü usul ve esaslar çerçevesinde davaları hızlı, en az masrafla ve adil bir şekilde çözüme kavuşturmasının gerekli olduğunu ifade eden, medeni yargılama hukukunun tabi olduğu önemli ilkelerden biridir. Ayrıntılı bilgi için bk. Ejder Yılmaz, (2008). "Usul Ekonomisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 57(1), ss.243-274, s.244.

³⁰¹ Kuru, *Medeni Usul Hukuku*, s.74.

³⁰² Aslan, *İslam Yargılama Hukukunda Yargılama Etiği*, s.176.

kısım mer'î hukuktaki ön inceleme aşamasıdır. Burada anlatılacak şartlar davanın açılmasının değil dinlenilmesinin şartlarıdır.

2.2.1. Taraflara İlişkin Şartlar

Bu bölümde davanın kâdı tarafından dinlebilmesi için *taraflarda bulunması gerekli* olan şartlar İslam hukukuna göre başlıklar halinde incelenecektir. Mer'î hukuktaki karşılıklarına konular içerisinde değinilecektir.

2.2.1.1. Ehliyet

Davada tarafların ehliyetli olması dava şartı sayılmıştır. Bu kısımda her iki hukuk sistemine göre ehliyet şartı incelenecektir.

2.2.1.1.1. İslam Hukukunda Ehliyet Şartı

Lügatte ehliyet, liyâkat, hak etme, yeterlilik manalarına gelmektedir³⁰³. İstılahta ise bir kişinin, kanun koyucunun şer'î hitabına muhatap olabilme sıfatını ifade eder³⁰⁴. Ehliyet; vücup ve eda ehliyeti olmak üzere iki kısma ayrılmaktadır.

Vücup ehliyeti, bir kimsenin insan olmasından dolayı sahip olduğu ehliyete denir. Yani kişinin lehinde veya aleyhinde olan hakların sabit olması demektir. Bu türde kişinin yaşının, aklının, reşit olmasının bir önemi yoktur. Kişinin sağ olarak doğması onun bu ehliyete sahip olması için yeterlidir. Annesinin karnında olan çocuklar daha tam ve sağ doğumla dünyaya gelmedikleri için nâkıs vücup ehliyetine sahiptirler. Gayri mümeyyiz çocuk ve mecnun ise tam vücup ehliyetine sahiptir³⁰⁵.

Eda ehliyeti, fiileri yapmak ve onların neticelerine katlanmak hususunda şeriatin amellerine itibar ettiği kimsenin sahip olduğu ehliyete denir. Şeriat tarafından kişinin bu ehliyete sahip olması için yaptığı fiili ve neticelerini anlayabilecek akla ve hisse sahip olması şart koşulmuştur. Akli kâmil olanlarda tam eda ehliyeti bulunmaktadır. Bazı kimselerde semavi veya müktesep ârızalardan kaynaklanan aklî melekelere etki eden durumlar söz konusu olabilir. Bu durumdaki kimselerin yaptığı bütün tasarruflar geçerli değildir. Bu nedenle nâkıs eda ehliyetine sahiptirler³⁰⁶.

³⁰³ Fîrûzâbâdî, Ebu't-Tâhîr Mecduddîn Muhammed b. Yâkup, *Kâmusu'l-Muhît*, (thk. Muhammed Naim Araksusi), Müessesur-Risâle, Beyrut, 2005, s.963.

³⁰⁴ Arcânî, *Şurûtu Etrâfi'd-Dâva*, s.79.

³⁰⁵ Kutluboğa, Ebu'l-Fedâ Zeynuddîn Kasım, *Hulâsatu'l-Efkâr Şerhu Muhtasari'l-Menâr*, (thk. Hafız Senaullah Zahidî), Daru İbni Hazm, yy., 2003, s.179; Arcânî, *Şurûtu Etrâfi'd-Dâva*, s.80.

³⁰⁶ Cüdey, *Teysîru İlmi Usuli'l-Fıkh*, s.85; Arcânî, *Şurûtu Etrâfi'd-Dâva*, s.79.

2.2.1.1.1.1. Taraf Ehliyeti

Vücup ehliyetine sahip olan herkes davada taraf olma ehliyetine sahiptir. Ölen kimselerin taraf ehliyeti olmamasından dolayı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarla ilgili konularda dava açılmaz. Fakat ölenin malvarlığı ile ilgili olan davaların, mirasçılarına veya terekeye karşı açılması mümkündür³⁰⁷.

2.2.1.1.1.2. Dava Ehliyeti

Bir kimsenin kendi adına veya yerine temsilcisinin davayı yürütebilme ehliyetine dava ehliyeti denir. Kâmil eda ehliyetine sahip olan bir kimse dava ehliyetine de sahiptir³⁰⁸. Kişilerin dava açmaları ve açtıkları davada tasarrufta bulunmaları için eda ehliyeti olması gerekir. Eda ehliyeti olmayan bir kimse tasarrufta bulunamaz. Onun yerine adına tasarrufta bulunabilecek olan kimseler tayin edilmesi gerekir.

Ayet-i kerimelerde bu husus, “Allah’ın geçiminize dayanak kıldığı mallarınızı aklı ermezlere vermeyin; o mallarla onları besleyin, giydirin ve onlara güzel şeyler söyleyin.”³⁰⁹, “Evlilik çağına gelinceye kadar yetimleri deneyin; eğer onlarda akılcı bir olgunlaşma görürseniz hemen mallarını kendilerine verin, büyüyecekler de mallarını alacaklar diye o malları israf ile ve tez elden yiyip tüketmeyin. Zengin olan (veli) yetim malına tenezzül etmesin, yoksul olan da kararınca yesin. Mallarını kendilerine verdiğiniz zaman yanlarında şahit bulundurun; hesap sorucu olarak da Allah yeter.”³¹⁰ şeklinde ifade edilmiştir.

Ayet-i kerimeler sefih ve çocukların mallarında, haklarında ve talep konusunda tasarrufları olmadığına işaret eder. Onlar buluşa erip rüşd sahibi oluncaya kadar onların malları ve hakları konusunda onların yararına olacak şekilde velileri tasarruf eder³¹¹. Yine Hadis-i şeriflerde de şöyle buyrulmaktadır; “Velisinin izni olmaksızın hangi kadın nikahlanırsa “nikahı batıldır.” (üç kere tekrar etti) Eğer adam kadına duhûl ederse bundan dolayı mehir vermesi gerekir. Eğer velayet konusunda ihtilaf çıkarsa velisi olmayan kimsenin velisi sultandır.”³¹² Buna göre kâdı da sultanın vilayetine tabi umum velilerden sayılmıştır³¹³.

Çocukluk, kölelik veya delilik gibi sebeplerden kendisi hakkında kısıtlama bulunan kişilerin mallarında tasarruf etmelerinin yasak olduğu konusunda âlimler ittifak etmiştir.

³⁰⁷ Atar, *İslam Yargılama Hukukunun Esasları*, s.195.

³⁰⁸ Atar, *İslam Yargılama Hukukunun Esasları*, s.196.

³⁰⁹ Nisa, 4/5.

³¹⁰ Nisa, 4/6.

³¹¹ Beyâtî, *el-Kavâidu’l Fıkhiyye*, s 219.

³¹² İbn Mâce, Ebu Abdullah Muhammed b. Yezid, *Sünen*, (thk. Muhammed Fuad Abdülbaki), Daru İhya, yy., ty., c.I, s.604, h.n. 1879; Beyhakî, *Sünenü’i-Kübrâ*, c.XIV, s.83, h.n.13730.

³¹³ Beyâtî, *el-Kavâidu’l Fıkhiyye*, s.219.

Çocuğun tasarrufu velisinin, kölenin tasarrufu ise efendisinin iznine bağlanmıştır³¹⁴. Alimler arasında davanın her iki tarafı için ehliyetin olması şart koşulmuştur. Fakat tarafların durumları hakkında ihtilaf etmişlerdir. Şimdi sırasıyla tek tek konuları ele alacağız.

2.2.1.1.1.2.1. Köle Açısından

Fakihler kölenin tasarrufları kısıtlanan kimselerden olduğu hususunda ittifak halindedir. Kölenin yaptığı tasarrufların ve efendisi hakkında yaptığı ikrarın geçersiz olduğu konusunda görüş birliği vardır. Bununla birlikte kendi adına yaptığı ikrarın makbul olduğunu da söylemişlerdir³¹⁵.

Mâlikî ve Hanbelîlerden oluşan bir grup mahcurun lehinde veya aleyhinde olan davaların sahih olmadığını söylediler³¹⁶. Cumhur-u ulema ise sahih olduğu görüşünü benimsemiştir. Cumhurun görüşünü benimseyen Malikîler kölenin davasının sıhhatini efendisinin iznine ve tasdikine bağladılar³¹⁷. Bazı Şâfiîler, efendisinin tasdikini yeterli gördüler.³¹⁸ Bazı Hanefîler ise Cumhurun görüşünü mutlak kıldılar. Sözü sahih olan âkil davacının davası, hür olsun köle olsun dinlenir dediler. Bazı Mâlikîler de Hanefîlerin bu görüşünü benimsediler. Şâfiîler de tercih edilen görüşe göre mezun olmayan kölenin tasarrufu sahih kabul edilmemiştir³¹⁹. Hanefîler mezun kölenin davasının sahih olduğunu söylediler. Mâlikîler ve Şâfiîler de genel olarak bu görüşü benimsemişlerdir³²⁰. Genel olarak mezun kölenin davası sahihtir. Mezun olmayan kölenin davası ise dinlenilmez. Kölenin sadece kendi hakkındaki sözleri geçerlidir. Efendisi adına söylediği sözler ise kabul edilmez.

2.2.1.1.1.2.2. Sefih Açısından

Malı üzerindeki tasarruflarında akli nâkıs olan kimseye sefih denir. Sefih kimsenin vücut ve eda ehliyeti vardır. Sadece malları hakkındaki tasarruflarına kısıtlama

³¹⁴ İbn Hubeyra, el- Vezir Yahya b. Muhammed Avnuddin Ebu'l-Muzaffer, *İcmâu'l-E'immeti'l-Erbaati ve İhtilâfihim*, (thk. Muhammed Hüseyin), Daru'l-Ulâ, 2009, c.II, s.450; Arcânî, *Şurûtu Etrâfi'd-Dâva*, s.80.

³¹⁵ İbn Hubeyra, *İcmâ*, c.II, s.450; İbn Kudâme, *el-Muğni*, c.V, s.110.

³¹⁶ Ebu'l-Ferec, Abdurrahman b. Muhammed b. Ahmed b. Kudâme el- Makdisî, *Şerhu'l-Kebîr ale Metni'l-Muknî*, Daru Kütübü Arabiyye, yy, ty., c.XII, s.162; İbn Kudâme, *el-Muğni*, c.VIII, s.508; Lebîdi, Abdulğani b. Yasîn (thk. Muhammed Süleyman Aşkâr), *Hâşiyetu'l-Lebedî ale Neyli'l-Meârîb*, Daru'l-Beşâyir, Beyrut, 1419, s.461.

³¹⁷ İbn Ferhûn, İbrahim b. Muhammed, *Tabsiratu'l-Hukkâm fî Usûli'l-Akdıyye ve Menehicu'l-Ahkâm*, Daru Âlemi'l-Kütüb, Riyâd, ty., c.I, s.114.

³¹⁸ Hisnî, Ebu Bekir Muhammed el-Hüseynî, *Kifeyetu'l-Ahyâr fî Halli Ğâyetu'l-İhtisâr*, (thk. Ali Abdulhamid Baltacı), Daru'l-Hayr, Dımeşk, 1994, s.257.

³¹⁹ Heytemî, Şihâbuddin Ahmed b. Hacer, *Tuhfetu'l-Muhtâç fî Şerhi'l-Minhâç*, Dâr-u İhyâut-Turâs, Beyrut, ty., c.IX, s.49; Hisnî, *Kifeyetu'l-Ahyâr*, s.258.

³²⁰ Molla Hüseyin, Muhammed b. Ferâmuz b. Ali Rûmî, *Dureru'l-Hukkâm fî Şerhi Ğureri'l-Ahkâm*, Daru İhyau Kütübü'l-Arabiyye, yy., ty., c.II, s.430.

getirilmiştir³²¹. Mâliki mezhebinde asıl olan görüşe göre mahcurun ikrarı sahih değildir. Davası dinlenilmez. Fakat bazı Mâlikiler, davanın hürriyete, rüşde ve bulûğa bağlanmadığını söylediler. Bu nedenle mahcur olan kimselerden biri, şahit getirerek davacı olursa davasının sahih olduğunu söylediler. Sefih kimse de davada şahit getirir ve yemin eder. Bir şahit ve yeminle iddia ettiği şeyi hak eder. Fakat sefihin velisi onun yerine yemin edemez³²².

Hanbeli mezhebinde de ancak eda ehliyeti olan kimselerin davası sahihtir. Yani hür, mükellef, reşit olan kimselerin davası dinlenir³²³. Bu nedenle geçerli bir tasarruf ehliyeti bulunmayan kimselerin ikrarı sahih olmadığı gibi davası da sahih değildir. Çünkü böyle kimselerin mallarında tasarruf hakkı yoktur. Sefihin malında tasarruf hakkı olmadığı için davası dinlenilmez³²⁴. Şafiler ise davacı ve davalının bâliğ olmasını şart koştular. Sefihin aleyhinde olan katl davası gibi sefihin ikrarının sahih olduğu davalarda aleyhine dava açılmasına izin verdiler³²⁵.

2.2.1.1.1.2.3. Mecnun Açısından

Mecnun aklî melekelerinde sakatlık olan kimseye denir. Mecnunluk hali kişilerde sürekli veya zaman zaman gelip giden bir hal olarak görülebilir. Mecnunun vücup ehliyeti olduğu halde eda ehliyeti yoktur³²⁶. Sürekli mecnunluk hali olan kimseler hakkında fakihler, mecnunun akit, ikrar, talak ve köle azadının geçersiz olduğu konusunda ittifak ettiler. Fakat telef ettiği şeyi tazmin etmekle sorumlu olduğunu söylediler³²⁷. Zaman zaman akli gelip giden deliler ise akli başında olduğu müddette yaptıklarından sorumludur³²⁸. Delinin davacı veya davalı olması sahih değildir. Eğer davacı olsa, davalı cevap vermeye zorlanmaz. Davalı ikrar yapacak olsa ikrarın gereğince hüküm verilmez³²⁹.

³²¹ Cüdey, *Teysîru İlmi Usuli'l-Fıkh*, s.100.

³²² Ebu Bekir Muhammed b. Abdullah es-Saklî, *el-Câmiu li Mes'êl'il-Müdevvene*, Daru'l-Fikr, Mekke, 2013, c.XVII, s.438.

³²³ İbn Kudâme, *el-Muğni*, c.IV, s.343; Ebu'l-Ferec, *Şerhu'l-Kebîr ale Metni'l-Muknî*, c.IV, s.7; Zerkeşî, Muhammed b. Abdullah, *Şerhu'z-Zerkeşî ale Muhtasari'l-Hurâki*, (thk. Abdullah el- Cibrîn), Mektebetü'l-Abikân, Riyad, 1412, c.VII, s.398.

³²⁴ Ebu'l-Ferec, *Şerhu'l-Kebîr ale Metni'l-Muknî*, c.IV, s.510.

³²⁵ Beyâtî, *el-Kavâidu'l Fıkhîyye*, s.216.

³²⁶ Cüdey, *Teysîru İlmi Usuli'l-Fıkh*, s.89.

³²⁷ İbn Hubeyra, *İcmâ*, c.II, s.450; Ebu'l-Ferec, *Şerhu'l-Kebîr*, c.IV, s. 514.

³²⁸ Ebu'l-Ferec, *Şerhu'l-Kebîr*, c.IV, s. 514; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-Râik*, c.V, s.7; Şemseddin Ebu Abdullah Muhamed Hattâb er'Ruaynî, *Mevâhibu'l-Celil fi Şerhi Muhtasari'l-Halil*, Daru'l-Fikr, yy., 1992, c.VI, s.232; Arcânî, *Şurûtu Etrâfi'd-Dâva*, s.85.

³²⁹ Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.179; Molla Hüsrev, *Dureru'l-Hukkâm*, c.II, s.330.

2.2.1.1.1.2.4. Çocuk Açısından

2.2.1.1.1.2.4.1. Gayri Mümeyyiz Çocuk

Şeriatte temyiz (ayırt etme kuvveti) için belirli bir yaş belirlenmemiştir. Temyiz kudreti kişilerin aklî ve bedeni gelişimine göre farklılık gösterir. Buluş çağına ermemiş kişiye ise çocuk denir. Çocuk akli ve bedeni olgunluğa ulaşmadıysa ona gayri mümeyyiz çocuk ismi verilir³³⁰. Davada taraf olmasının sahih olmadığı hususunda bazı fakihler ittifak ettiler³³¹. Hanefiler, davada veli ya da vasisi hazır bulunmayan gayri mümeyyiz çocuğun davasının sahih olmadığına hükmettiler. Gayri mümeyyiz çocuk davacı olsa davayı ispatı kabul edilmez. Davalı ise cevaba zorlanmaz. Davalının ikrarına dayanarak çocuğun lehine hükmedilmez³³². Malikiler de genel kabul, ikrarı sahih olmayan çocuğun davasının dinlenilmeyeceği yönündedir³³³. Şâfîiler, davacı ve davalıdan her birinin mükellef olmasını şart koşturmuş. Bu nedenle çocuğun davasının sahih olmadığına hükmetmişlerdir. Çocuğu davada velisinin ya da vasisinin temsil etmesi gerekir³³⁴. Hanbeli mezhebinde de davanın taraflarının hür, mükellef, reşit olması şart koşulmuştur. Bu nedenle çocuğu davada velisi temsil eder³³⁵.

Bazı fakihler, davacının delil getirmesi durumunda gayri mümeyyiz çocuğun davalı olabileceği istisnai halleri zikrettiler. Hanefiler, dava konusu çocuk ile ilgili bir hak ise yani bir malı helak ettiği veya gasp ettiği iddia ediliyorsa bu davada veli ya da vasisi ile birlikte gayri mümeyyiz çocuğun da bulunmasını şart koştular³³⁶. Eğer çocuğun vasisi yoksa mahkeme tarafından vasi atanır. Çocuğa vasi atanma talebi davacı tarafından da yapılabilir. Bazıları çocuğun davada hazır bulunmasını mutlak olarak şart koştular. Diğer bazıları ise vasisi bulunan çocuğun davada hazır olmasını gerekli görmediler. Süt emen çocuğun davada hazır bulunması ise herhalde şart koşulmaz³³⁷.

Çocukla direkt ilgili olan davalarda; çocuğun hazır bulundurulması, çocuk mala işaret etsin ve davalı davasının haklılığını ispat ettiği zaman çocuktan hakkımı alabilsin diye şart

³³⁰ Serahsi, Muhammed b. Ahmed b. Ebi Sehl, *Usûlu's-Serahsî*, Daru'l-Marife, Beyrut, ty., c.II, s.340; Siğnâkî, Hüseyin b. Ali b. Haccac, *el-Kéfi Şerhu'l-Pezdevî*, (thk. Fahreddin Seyyid Muhammed), Mektebetu Rüşd, yy., 2001, c.V, s.2168; Cüdey, *Teysîru İlmi Usuli'l-Fikh*, s.86.

³³¹ Nizâmuddîn Belhî, vd., *Fetavâyı Hindîyye*, Daru'l-Fikr, Beyrut, 2009, c.IV, s.174; Şirbinî, *Muğni'l-Muhtâç*, c.III, s.138; Buhutî, Mansur b. Yunus, *Keşşâfu'l-Kinâ ale Metni'l-İkna*, Daru Kütübü'l-İlmiyye, yy., ty., c.III, s.446; İbn Kudâme, *el-Muğni*, c.V, s.109.

³³² Nizâmuddîn Belhî, *Fetavâyı Hindîyye*, c.IV, s.174.

³³³ İbn Ferhun, *Tabsiratu'l-Hukkâm*, c.I, s.114.

³³⁴ Şirbinî, *Muğni'l-Muhtâç*, c.III, s.138.

³³⁵ Ebu'l-Ferec, *Şerhu'l-Kebîr*, c.XII, s. 162.

³³⁶ Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s. 180; Tarablûsî, *Muînu'l-Hukkâm*, s.59; Âtâsi, *Şerhu'l-Mecelle.*, c.V, s.10.

³³⁷ İbn Âbidinzâde, Alaaddin Muhammed b. Abdulaziz, *Kurratu Uyûnu'l-Ahyâr li Tekmileti Reddi'l-Muhtâr ale ed-Durru'l-Muhtar Şerhu Tenviru'l-Ebsâr*, Daru Seâde, yy., ty., c.I, s.376; Âtâsi, *Şerhu'l-Mecelle*, c.V, s.10; Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.180; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-Râik*, c.VII, s.194-195; Tarablûsî, *Muînu'l-Hukkâm*, s.59; Âtâsi, *Şerhu'l-Mecelle*, c.V, s.10.

koşulmuştur. Dava çocuk aleyhine bitecek olursa bu takdirde kâdı mahkeme esnasında hazır bulunan veli ya da vasiye çocuğun malından zararı tazmin etmesini söyler. Çocuğun kendi malı yoksa veli ya da vasî, zararı kendi malından tazmin etmek zorunda değildir³³⁸.

Çocukla direkt alakalı olmayan davalarda; dava konusu veli ya da vasi ile ilgili olsun veya olmasın ya da hem çocuk hem de vasi ya da veli ile alakalı olsun çocuğun davada bulunması şart koşulmamıştır. Bu durumda veli ya da vasi davada tek başına olur³³⁹. Mesela; vasi mahkemede çocuğun gıyabında şu mal vasiliğini yaptığım filan çocuğa aittir dese ve bu iddiasını ispatlarsa davası sahihtir³⁴⁰.

Çocuğun malı hakkında babadan, yetimin malı hakkında vasiden, vakıf malı hakkında mütevelliden yemin istenmez. Yani veli ve vasi davada onlar yerine yemin edemez³⁴¹. Mümeyyiz me'zun çocuğun davacı veya davalı olduğu durumda davasında veli ya da vasisinin bulunması gerekmez. Mümeyyiz gayri me'zun çocuğun ise davası sahih değildir³⁴². Mâlikiler, delille beraber velisi olmayan yetim çocuğun aleyhinde açılan davada hâkimin ona tüm davalarına bakacak bir vekil atamasını uygun görmüşlerdir³⁴³. Şâfiîler, velisi olmayan çocuğun davalı olmasını gaibin davalı olmasına kıyas etmişlerdir³⁴⁴. Hanbeliler, davacı deliliyle beraber çocuktan davacı olursa hâkimin onu dinleyip o delille hüküm verebileceğini söylediler. Bu durumda çocuk gaip gibi düşünülür. Varlığına itibar edilmez³⁴⁵.

2.2.1.1.2.4.2. Mümeyyiz Mezun Çocuk

Hanefiler ve bir kavle göre Hanbeli ile Malikiler, mümeyyiz mezun çocuğun davacı veya davalı olmasını mümkün gördüler³⁴⁶. Ticaret yapma veya davalılaşma hakkında izin verilen mümeyyiz çocuk davacı veya davalı olabilir. Davada yemin etmesi, yeminden çekinmesi ve ikrarı sahihtir. Fakat ticaret veya husumete izin verilen mümeyyiz çocuk mükellef olmaması sebebi ile yeminini bozsa günahkar olmaz. Ona yalan yere yemin etmenin ticarete insanların güvenini kaybettireceğini, bu yüzden yalan yere yemin etmemesi gerektiği anlatılır. Ticaretle alakalı konularda ikrarı da sahihtir³⁴⁷.

³³⁸ Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.180.

³³⁹ Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.180.

³⁴⁰ Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.180.

³⁴¹ Âtâsi, *Şerhu'l-Mecelle*, c.V, s.10; Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.180.

³⁴² Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.180.

³⁴³ İbn Ferhûn, *Tabsiratu'l-Hukkâm*, c.I, s.115.

³⁴⁴ Dimyâti, Ebu Bekir Osman b. Muhammed, *Înetu't-Tâlibîn ale Halli Elfâzi Fethi'l-Muîn*, Daru'l-Fikr, 1997, c.IV, s.275.

³⁴⁵ Ebu'l-Ferec, *Şerhu'l-Kebir*, c.V, s.266.

³⁴⁶ Semnâni, *Ravdatu'l-Kudât*, c.I, s.189; Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.156-175, Tarablûsî, *Muînu'l-Hukkâm*, c.V, s.59; es-Saklî, *el-Câmiu li Mes'êil'il-Müdevvene*, c.XVIII, s.175; İbn Kudâme, *el-Muğni*, c.V, s.109.

³⁴⁷ Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.156-175; Tarablûsî, *Muînu'l-Hukkâm*, s.59.

Mümeyyiz mezun çocuğun davacı veya davalı olması, Şâfiîler ve asıl kavle göre Mâliki ve Hanbeliler tarafından sahih görülmemiştir. Bu görüşe göre mümeyyiz me'zun çocuğun tasarrufları, velisi izin verse bile geçersizdir³⁴⁸.

2.2.1.1.2. Mer'i Hukukta Ehliyet Şartı

Mer'i hukukta davada kimin taraf olabileceğini söylemek taraf ehliyetini, kimlerin davayı takip edebileceğini söylemek dava ehliyetini gösterir³⁴⁹. Davanın her iki tarafının taraf ve dava ehliyetine sahip olmaları gerekir. Dava ehliyetine sahip olmayan bir kimse için kanuni temsilci gerekli niteliğe sahip olmalıdır³⁵⁰. Medeni Kanun, kişileri ehliyetleri açısından tam ehliyetliler, tam ehliyetsizler, sınırlı ehliyetsizler, sınırlı ehliyetliler şeklinde dört gruba ayırmıştır. Doktrinde her bir ehliyet türünün hukuki işlemleri, fiil ehliyetleri ayrıntılı bir şekilde tartışılmıştır. Burada sadece dava ehliyetleri açısından genel bilgi verilecektir.

Tam ehliyetliler, ergin, ayırt etme gücüne sahip olan kısıtlanmamış kişilerdir. Yaptıkları tasarrufları anlama, idrak etme kabiliyetine sahiptirler. Davalarını kendileri yürütebilecekleri gibi vekil vasıtasıyla da yürütebilirler. Yani tam anlamıyla dava ehliyetine sahiplerdir. Tam ehliyetsizler, ayırt etme gücünden yoksun kimselerdir. Bu kişilerin kendi başlarına hukukî işlem yapmaları mümkün değildir. Onların işlemleri kanuni temsilcileri tarafından yapılır. Bu nedenle dava ehliyetleri yoktur. Davaları kanuni temsilcileri tarafından yürütülür³⁵¹. Sınırlı ehliyetsizler, ayırt etme gücüne sahip ama kısıtlı olan kimseleri ifade eder. Bu itibarla ayırt etme gücüne sahip ergin olmayan yani onsekiz yaşını doldurmamış olan küçükler sınırlı ehliyetsizler grubunda yer alır. Ayrıca ergin olup ayırt etme gücüne sahip olan ama bazı nedenlerden tasarrufları mahkeme kararıyla kısıtlanmış veya tamamen kaldırılmış kişiler de bu gruba dahildir. Kendi başlarına yaptıkları tasarrufların geçerli olduğu alanlar olduğu gibi veli ya da vasilerinin iznine bağlanmış halleri de vardır. Sadece kendi başlarına haklar ve borçlar meydana getirmelerine izin verilen alanlarda dava ehliyetine sahiptirler. Kendileri dava açabileceği gibi davalarını kendileri de yürütebilirler. Fakat izinleri olmayan alanlarda davalarını kanuni temsilcileri yürütebilir. Sınırlı ehliyetsizler haksız fiiller ve kendi başlarına yapabilecekleri tasarruflarda tam ehliyetliler gibidir³⁵².

³⁴⁸ es-Saklî, *el-Câmiu li Mes'êl'il-Müdevvene*, c.XVIII, s.175; Ebu'l-Ferec, *Şerhu'l-Kebir*, c.XXIX, s.122; Dimyâti, *İânetu't-Tâlibîn*, c.IV, s.275.

³⁴⁹ Pekcanitez, *Medeni Usul Hukuku*, s.243; Kuru, *Medeni Usul Hukuku*, s.248.

³⁵⁰ HMK md. 114, 1/d.

³⁵¹ Turgut Akıntürk, vd., *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hüükümleri Kişiler Hukuku*, Beta Yayınları, 2015, İstanbul, s.303-305.

³⁵² Akıntürk, *Kişiler Hukuku*, s.333.

Sınırlı ehliyetliler, kendileri hakkında yeterli kısıtlama nedeni olmayıp yaptıkları tasarrufların kısıtlanması gerekli görülen yasal danışman atanmış kişiler ile doktrinde tartışmalı olmakla beraber evli kimselerdir. Kendilerine yasal danışman atanmış kişilerin tam fiil ehliyeti vardır. Fakat mallarıyla ilgili tasarruf etme konularında yasal danışmanlarının onayını almaları gerekir. Yasal danışmanlarının onayı aldıkları işlerde dava ehliyetleri vardır. Evli kimselerin ise sınırlı olmaları dava ehliyeti ile ilgili değildir. Yaptıkları tasarrufların geçerliliği ile alakalıdır. Örneğin ortak aile konutunun satış sözleşmesi gibi³⁵³.

2.2.1.1.3. Değerlendirme

Dava ehliyetinden maksat eda ehliyetidir. Davada her iki tarafın da davayı düşürmek, davaya cevap vermek, davanın hükümlerini icra etmek gibi tasarruflarında dava ehliyeti olması gerekir³⁵⁴. Gayri mümeyyiz çocuk ve delinin davaları sahih değildir. Bu iki zümre davacı oldukları zaman davalı cevap vermeye zorlanmaz. Davalı davayı inkar etse davayı ispat etmesine ihtiyaç yoktur. Davalı davayı ikrar etse gayri mümeyyiz çocuk ve mecnunun lehine hüküm verilmez³⁵⁵. Her ikisinin davalarının dinlenmesi için davada veli ya da vasilerinin hazır bulunması gerekir³⁵⁶. Dava üzerine şer'i neticeler ve tesirlerin bağlandığı şer'i bir tasarruftur. Şer'i tasarruflarda şart koşulan davada da şart koşulur. Bu nedenle bu kişiler hakkında onların yerine davayı düşürmeye veya davaya cevap vermeye veli ya da vasileri yetkilidir³⁵⁷. Bu şartlar mecellede de şu şekilde kaideleşmiştir; “*Davacı ve davalının âkil olması şart koşulur. Gayri mümeyyiz çocuk ve mecnûnun davaları sahih değildir. Onların yerine davalarda velilerinin ya da vasîlerinin davacı veya davalı olmaları sahihtir.*”³⁵⁸

Mesela bir kişi küçük bir çocuğun camını kırdığını söylese, kırılan camın değerini beyan etse, muhakeme anında çocuk hazır bulursa çocuğun veli ya da vasisi dava anında hazır değilse bu kimsenin davası dinlenmez. Bu durumda veli ya da vasi çocuğun yerine geçer³⁵⁹. Böyle bir durumda çocuğun veli ya da vasisi yoksa davacı ilk olarak mahkemeden çocuk için vasî atanmasını ister. Kâdı da buna icabet eder. Mümeyyiz mezun çocuğun davada davacı olması, davalı ise cevap vermesi sahihtir. Kendisinden yemin istenebilir. Yemin etmekten kaçınması durumunda aleyhine hükmedilebilir³⁶⁰.

³⁵³ Akıntürk, *Kişiler Hukuku*, s.335-337.

³⁵⁴ Kâsânî, *Bedâi*, c.VIII, s.413.

³⁵⁵ Heyet, *es-Siyasetu's-Şer'iyye*, Câmîatu'l-Medeniyyetu'l-Âlemiyye, yy., ty., s.822; Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.179; Nizamuddin el-Belhi, *Fetâvâ-ı Hindiyeye*, c.IV, s.174.

³⁵⁶ Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.180.

³⁵⁷ Tayyar, *Fıkhu'l-Müeyyere*, c.IV, s.97; Kâsânî, *Bedâi*, c.VIII, s.413.

³⁵⁸ Mecelle md. 1616.

³⁵⁹ Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.179; Beyâtî, *el-Kavâidu'l Fıkhiyye*, s.220.

³⁶⁰ Âtâsi, *Şerhu'l-Mecelle*, c.V, s.9.

İslam yargılama hukukunda ve mer'î hukukta, davada tarafların ehliyeti olması davanın sıhhat şartı olarak görülmüştür. Ayırt etme gücü olmayan kişiler her iki hukuk sisteminde de dava ehliyeti olmayan kişilerden sayılmıştır. Bunun yanında ayırt etme gücüne sahip kısıtlanmış kişilerin her iki hukuk sisteminde de dava ehliyeti olduğu durumların mevcut olduğu tespit edilmiştir.

2.2.1.2. Davada Temsil

İslam hukuku ve mer'î hukukta kişilerin davalarda temsil durumunun kanunî veya iradî olarak iki şekilde ortaya çıktığı görülmektedir.

2.2.1.2.1. Kanuni Temsil

Dava ehliyeti olmayan kimselerin davada veli ya da vasileri tarafından, gerçek kişiliğe sahip olmayan tüzel kişilerin ise yetkili organları ya da kayyım, emin gibi sıfatları taşıyan devletin görevlendirdiği kimseler tarafından temsil edilmesine kanuni temsil denir³⁶¹. Küçük çocukların kendileri hakkında yaptıkları tasarruflar geçersiz olmasından dolayı çocuklar, onların adına haklarını koruyabilecek ve haklarında tasarruf edebilecek birine ihtiyaç duyarlar. Bu durumda çocuklar adına tasarrufta bulunabilecek veya çocukların muhtemel tasarruflarına izin verme yetkisine sahip olabilecek veli ya da vasileridir³⁶².

Veli; dede, baba gibi çocuk hakkında velayet yetkisine sahip olan kimseye denir³⁶³. Veliler çocukların tasarruf yetkisini onlar adına kullanır. Davalarda onların yerine geçerek temsilci sıfatını alırlar. Bununla beraber veliler, çocukların mallarında onların menfaatine olacak şekilde tasarrufta bulunabilirler. Fakat zararlarına olabilecek durumda velinin de tasarruf yetkisi yoktur. Velinin yargının izni ile çocuk hakkında yaptığı her tasarruf geçerlidir. Çocuk bu tasarrufları buluşa erdikten sonra iptal edemez³⁶⁴.

Vasi, vasiyet, vesâyet kavramları ile iç içe bir kavramdır. Vasî, ölen kimsenin kendisi öldükten sonra malında tasarruf etmesi için tayin ettiği kimse anlamına gelmekle beraber dava açısından incelendiğinde iki tür vasîden söz edilebilir. İlki ihtiyarî olan vasîdir. Bizzat velî tarafından kendisi öldükten sonra küçüğün adına tasarruf yetkisi verilen şahsa denir. İkincisi ise tayin edilen vasîdir. Kâdı tarafından çocuğun haklarını koruması için tayin edilen kimsedir³⁶⁵. Emîn ise daha çok klasik literatürde hâkim tarafından ceninin haklarını koruması

³⁶¹ Atar, *İslam Yargılama Hukukunun Esasları*, s.197.

³⁶² Semnânî, *Ravdâtu'l-Kudât*, c.I, s.179.

³⁶³ Erdoğan, "Velî" md., s.603.

³⁶⁴ İbn Semnânî, *Ravdâtu'l-Kudât*, c.I, s.180.

³⁶⁵ Bardakoğlu, Ali, "Vesâyet", *TDV İslam Ansiklopedisi (DİA)*, c.XXXXIII, s.66.

için görevlendirilen kimsedir³⁶⁶. Bunun yanında vakıflarla ilgili konularda, gaibin malları hakkında, yetimlerin mallarını korumak vb. konularda emîn de vekil ve veli gibidir³⁶⁷.

Sonuç olarak çocuklar velisi varsa davalarda velisi tarafından temsil edilir. Velisi yoksa bu takdirde ya velisinin tayin ettiği bir vasî tarafından ya da veli bir tayinde bulunmadıysa kâdı tarafından belirlenen bir vasî tarafından temsil edilir.

2.2.1.2.2. İradî Temsil

Davada iradî temsil söz konusu olduğu hallerde davanın şartlarına etkisi ve dava ehliyetine sahip kişilerin davalarını takip etmesi için kendi yerine temsilci görevlendirmesi bu başlık altında her iki hukuk sistemine göre ayrı ayrı incelenecektir.

2.2.1.2.2.1. İslam Hukukunda İradî Temsil

İslam yargılama hukukunda mer'î hukukta olduğu gibi avukatlık müessesesi yoktur. Kişiler dava ve işlerini kendi takip edebileceği gibi dava ehliyeti olan herkesi, dava işlerini takip etmesi için vekil tayin edebilirler. Vekil bu işlemi ücret karşılığında veya herhangi bir bedel almadan da yapabilir.

İradî temsil: Kişinin kanuni bir zorunluluk olmadan kendi yerine dava işlerini yürütmesi için vekil tayin etmesine iradî temsil denilir³⁶⁸. Kişilerin davalarda temsil edilebilmesi için mutlaka geçerli bir vekâletnameleri olmalıdır. Akrabalık ilişkileri davada temsil yetkisini vermez. Örneğin bir kadının arsası ile ilgili davasında kadın yerine vekili olmayan kocası çağrılmaz. Yani arada herhangi bir vekalet durumu yoksa sadece akrabalık mahkemede temsil yetkisini vermez³⁶⁹.

İnsanın kendi yerine başkasını vekil kılabilirdiği tüm durumlarda, davada da başkasını vekil kılması mümkündür³⁷⁰. Hastalık, sefer gibi özür sayılabilecek hallerde başkasına davayı takip etmesi için vekalet vermesi konusunda ittifak vardır. Fakat fakihler herhangi bir özrü olmayan kimsenin vekalet vermesi hakkında ihtilaf etmişlerdir³⁷¹.

Cumhur-u ulemâ davacının, herhangi bir özrü olup olmadığına ve davalının rızasına bakmadan vekil tayin edebileceği görüşünü kabul etmektedir³⁷². Davacı davalının rızasını almadan davayla ilgilenmesi için bir vekil tayin etse bu durumda İmam-ı Azam'a göre davası

³⁶⁶ Semnânî, *Ravdâtu'l-Kudât*, s.180.

³⁶⁷ Semnânî, *Ravdâtu'l-Kudât*, s.182.

³⁶⁸ Atar, *İslam Yargılama Hukukunun Esasları*, s.197.

³⁶⁹ Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.182.

³⁷⁰ Kahtân, Usâme b. Said vd., *Mevsuatu'l-İcmâ fi'l-Fıkhî'l-İslâm*, Daru'l-Fadîle, Riyad, 2012, c.IV, s.340; İbn Hubeyra, *İcmâ*, c.II, s.32.

³⁷¹ Hassâf, *Edebu'l-Kâdî*, s.501.

³⁷² Kâsânî, *Bedâi*, c.VIII, s.414; İbn Ferhûn, *Tabsiratu'l-Hukkâm*, c.I, s.111.

sahih değildir. Davalı, davaya cevap vermek zorunda değildir ve davacının delili de dinlenilmez. İmameyn'e göre ise dava sahihtir. Davalının cevap vermesi gerekir ve dava dinlenilir³⁷³. Ayrıca davacı davayı açtıktan sonra ancak davalının muvafakati ile davayı düşürebilir³⁷⁴. İmam Ebu Hanife, davada ancak hasmın rızasıyla vekil tayin edilebileceğini söylemektedir. İmameyn ise şart koşmaksızın vekil tayin edebileceğini söyleyerek bu konuda Cumhurun görüşünü tercih etmektedir³⁷⁵. Bu meselede tercih edilen İmameyn'in de tâbi olduğu Cumhurun görüşüdür.

Davada belirli ve vekalet ehil birinin vekil tayin edilmesi gerekir. Vekil, vekaletini hâkim önünde delille ispatlayıncaya kadar davası dinlenilmez³⁷⁶. Vekilin mahkeme dışında vekil kılan adına yapmış olduğu ikrarın geçersiz olduğu hususunda Ulema görüş birliği içindedir³⁷⁷. Mahkeme salonunda yapılan ikrar ise; Ebu Hanife'ye göre, vekil kılan tarafından ikrarın yapılamayacağına dair bir şey söylenmediyse geçerlidir. Şâfîî, Maliki, Hanbeli ve Hanefilerden İmam Züfer'e göre davada vekalet vermek vekile ikrar hakkı vermez³⁷⁸. Fakat Malikiler'den nakledilen başka bir görüşe göre, ikrar ve inkar hakkı tanınmadan verilen vekalet eksik sayılmıştır³⁷⁹.

2.2.1.2.2.2. Mer'i Hukukta İrâdi Temsil

Mer'i hukukta davalar vekil aracılığı takip edilmek zorunda değildir. Fakat dava vekil aracılığı ile takip ediliyorsa vekilin vekalet ehliyeti ve usulüne uygun düzenlenmiş bir vekaletnamesinin olması gerekir³⁸⁰. Davada vekil olabilecek kişiler sadece baro da kayıtlı olan avukatlar veya en az üç avukatın olmadığı yerlerde o yerin bağlı olduğu baroda tutulan özel listeye yazılmış olan dava takipçileridir. Dava takipçisi ve avukatın olmadığı yerlerde taraflar herhangi bir kişiyi davada vekil olarak tayin edemezler³⁸¹. Avukat aracılığı ile takip edilen davalarda geçerli bir vekaletname sunulması dava şartı olarak kabul edilmiştir. Ayrıca mer'i hukukta davanın her iki tarafında dava takip yetkisi olması dava şartı olarak

³⁷³ İbn Nüceym, *el-Bahru'r-Râik.*, c.VII, s.192; Yâsîn, Muhammed Naim, *Nazariyetu't-Dava bine's-Şeriatu'l-İslâmiyyeti ve Kanûnu'l-Murâfaâti'l-Medeniyye ve't-Ticâriyye*, Daru Alemlî'l-Kütüb, Riyad, 2003, s.274; Vehbe Zuhayli, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletuhu*, Daru'l-Fıkr, Dımeşk, İkinci baskı, s. 4073; Semnânî, *Ravdâtu'l-Kudât*, c.I, s.166; Kâsânî, *Bedâi*, c.VI, s.414.

³⁷⁴ Tayyar, *Fıkhü'l-Müeyssere*, c.VIII, s.100.

³⁷⁵ Cessâs, Ebu Bekir Ahmed b. Ali er-Râzi, *Şerhu Edebi'l-Kâdî*, Amerika Üniversitesi, Kâhire, 1977, s.499; İbn Hubeyra, *İcmâ*, c.II, s.32.

³⁷⁶ Mehmet Gayretli, "İslam Adliye Teşkilatında Avukatlık", *E-Akademi*, Sayı 106, 2011, s.15; İbn Ferhûn, *Tabsiratu'l-Hukkâm*, c.I, s.119; Atar, *İslam Adliye Teşkilatı*, s.129; Hassâf, *Edebu'l-Kâdî*, c.III, s.407.

³⁷⁷ İbn Hubeyra, *İcmâ*, c.II, s.33; Hassâf, *Edebu'l-Kâdî*, c.III, s.410.

³⁷⁸ Hamîdî, Abdurrahman İbrahim Abdulaziz, *el-Kadâ ve Nizâmuhu fi'l-Kitâb ve Sünnet*, Ümmü'l Kura Üniversitesi, Mekke, 1989, s.469.

³⁷⁹ İbn Ferhûn, *Tabsiratu'l-Hukkâm*, c.I, s.132.

³⁸⁰ Kuru, *Medeni Usul Hukuku*, s.248.

³⁸¹ Kuru, *Medeni Usul Hukuku*, s.229.

belirlenmiştir³⁸². Taraf ve dava ehliyetine sahip fakat hüküm alabilme yetkisine sahip olamayanların temsil yetkisinin kime ait olduğu dava takip yetkisi ile ifade edilir³⁸³. Örneğin müflis bir kimsenin malları hakkında tasarruf yetkisi kısıtlanır. Dava ve taraf ehliyeti olmasına rağmen dava takip yetkisine sahip değildir³⁸⁴.

2.2.1.2.3. Değerlendirme

İslam yargılama ve mer'î hukuk sistemlerinde davaları vekille takip etme zorunluluğu yoktur. Kişiler davalarını kendi takip edebilecekleri gibi vekil aracılığı ile de takip edebilirler. Mer'î hukukta sadece avukatlara davada temsil etmesi için vekalet verilebilirken, İslam hukukunda herkes davada temsilci olma imkanına sahiptir. Her iki hukuk sisteminde de dava vekil aracılığı takip ediliyorsa geçerli bir vekaletnamenin mahkemeye sunulması gerekir. Vekaletnamenin geçerliliği İslam hukukunda şahitlerle veya resmi makamlar tarafından verilen yazı ile ispat edilir. Mer'î hukukta ise noter tarafından tasdiklenmiş vekaletname mahkemeye sunulur. Aksi halde dava dinlenilmez. Diğer taraftan Mer'î hukukta İslam hukukundan farklı olarak taraflar herhangi bir özü olmadan ve karşı tarafın rızasını almadan davayı vekil aracılığı ile takip etme hakkına sahiptirler.

2.2.1.3. Taraf Sifatının Bulunması

Davanın yöneltildiği kişinin davayla ilgisi olmasının gerektiğini ifade eden kavrama taraf sıfatı denir. Bu başlıkta taraf sıfatı iki hukuk sistemi açısından ele alınacaktır.

2.2.1.3.1. İslam Hukukuna Göre Taraf Sıfatı

Davada herhangi bir konuda uyuşmazlığın olduğu kimseye *hasım* denilir³⁸⁵. Hasım denilince akla husumet gelir. Husumet çekişme, uyuşmazlık, mücadele, davalışma manalarına gelmektedir³⁸⁶. Davada husumetin yöneltildiği kişi hasım diye isimlendirilir. Hasımın kim olduğunu tespit etmek ise taraf sıfatını ifade eder. Bu nedenle dava konusunun gerçekten alakalı kimseye yöneltilmesi büyük önem taşır. Aksi takdirde dava, taraf sıfatı yokluğu sebebiyle dinlenilemez. Davacı ve davalıdan her birinin davada sıfatı olması şart koşulur. Aynı zamanda davanın etrafında döneceği hüküm veya olay ile ilgi bir bağlantılarının olması, Şeriatın onlardan her biri için bu sıfatı alabilmelerine olanak tanınması (davacıya, iddia ve

³⁸² HMK md. 114, 1/e.

³⁸³ Pekcanitez, *Medeni Usul Hukuku*, s.244; Kuru, *Medeni Usul Hukuku*, s.248.

³⁸⁴ Kuru, *Medeni Usul Hukuku*, s.223; Pekcanitez, *Medeni Usul Hukuku*, s.244.

³⁸⁵ Râzî, *Muhtâru's-Sihâh*, s.91.

³⁸⁶ İbn Seyda, Ebu'l-Hasan Ali b. İsmail, *el- Muhassas*, Daru İhyau't-Turas, Beyrut, 1996,c.III, s. 407.

talep etme hakkı vermesi, davalıyı ise cevap vermek konusunda mükellef kılması gibi.) gerekir³⁸⁷. Davada taraf sıfatı farklı hallerde görülebilir;

a. Davacı kendi hakkını talep eden kişi sıfatıyla davada bulunabilir³⁸⁸. Kişinin bizzat kendi hakkını talep etmesi konusunda herhangi bir ihtilaf söz konusu değildir.

b. Davacı başkasını temsil etme sıfatıyla davada bulunabilir³⁸⁹. Davacı, veli, vasî, kayyım, vekil, tüzel kişilerde mütevellî gibi başkasının yerine geçerek başkasına ait olan bir hakkı talep eden sıfatıyla dava açabilir. Asilin yerine geçme sıfatını aldığı davalarda davanın sonucu asile döner³⁹⁰.

c. Alacaklı borçlunun hakkını muhafaza etmek için onun yerine dava açan konumunda olabilir³⁹¹.

d. Kamu yararına birden fazla kişiye zararı dokunması sebebiyle menfaati kendilerine dönecek olan kişiler davada toplu bir şekilde davacı olabilecekleri gibi bazı insanlar topluluğun yerine geçerek onlar adına da dava açabilirler.

e. Sırf Allah hakkı veya Allah hakkının galebe çaldığı davalarda her bir ferdin dava açma yetkisinin bulunduğu davalara hisbe davası denir. Hanefiler ve Malikiler buna cevaz vermişlerdir³⁹². Hanbeli ve Malikiler sırf Allah hakkı olan davaların herkes tarafından açılmayacağını söylemişlerdir³⁹³. Genel görüşe göre hisbe makamı da toplumun menfaati ve haklarını korumak için suçlulara karşı kamu davası açarak davacı sıfatını alabilir³⁹⁴.

Davada davalıya husumetin yöneltilebilmesi için fakihler umum bir kaide koymuşlardır. Buna göre davada ikrarı üzerine hüküm verilebilen kişi hasımdır. Davada taraf sıfatına sahip kişidir. İkrarına dayanarak hüküm verilemeyen kimse ise hasım kabul edilmez. Bu nedenle bu kişi davada taraf sıfatına sahip değildir. Veli, vasi, vekil, kayyım gibi davalının yerine geçen kimselerin ikrarı üzerine hüküm tertip edilmese bile bu kimselere davada temsil yetkisini kanun koyucu vermiştir³⁹⁵.

Ayn davalarında husumetin yöneltileceği kişinin, malı elinde bulunduran kimse (zilyed) olduğu konusunda fakihler ittifak etmiştir. Çünkü bu kimselerin malı elinde

³⁸⁷ Arcânî, *Şurûtu Etrâfi'd-Dâva*, s.117.

³⁸⁸ İbn Ferhûn, *Tabsiratu'l-Hukkâm*, c.I, s.116; Tarablûsî, *Muînu'l-Hukkâm*, s.62.

³⁸⁹ Yâsîn, *Nazariyetu't-Dava*, s.280.

³⁹⁰ Nasr Ferid Vâsıl, *Nazariyetu't-Dava ve'l-İspât fi'l-Fikhi'l-İslâmi*, Daru's-Şurûk, Kahire, 2002, s.13-14; Beyâtî, *el-Kavâidu'l Fıkhiyye*, s.216.

³⁹¹ Yâsîn, *Nazariyetu't-Dava*, s.280.

³⁹² Abderî, Muhammed b. Yusuf el-Mevâk, *et-Tâç ve'l-İklîl*, Daru'l-Kütübu'l-İlmiyye, yy., 1996, c.8, s.352.

³⁹³ İbn Ebi'd-Dem, Şihabuddîn Ebu İshak (thk. Muhyi Hilalu's-Serhân), *Edebu'l-Kadâ*, İrşad Yayınevi, Bağdad, 1984, s.319.

³⁹⁴ Yâsîn, *Nazariyetu't-Dava*, s.283.

³⁹⁵ Beyâtî, *el-Kavâidu'l Fıkhiyye*, 217; Tayyar, *Fikhu'l-Müeyssere*, c.VIII, s. 98.

bulundurması malın onlara aidiyeti açısından bir karine teşkil eder³⁹⁶. Malı geçici olarak elinde bulunduran kimselere karşı tek başına dava açılmaz. Onlara, bu malı geçici olarak elinde bulundurmasına sebep olan kişilerle birlikte dava açılmalıdır. Örneğin kiracıya ev sahibi ile birlikte, rehni elinde bulundurana ona rehin verenle beraber, emaneti alan kimseye ona emanet verenle birlikte dava açılmalıdır³⁹⁷.

Alacak davalarında hasım, borcu zimmetinde bulunduran veya onun yerine geçen kimsedir. Borç zimmetin bir vasfıdır. Bu nedenle alacaklının alacağına, müşterinin malına karşı dava açması düşünülemez. Bu tür davalarda davacı, dava borcunu zimmetinde bulunduran borçluya veya malı alan müşteriye karşı dava açmalıdır³⁹⁸. Gasp davası gibi davalarda davalı gasp eden kimsedir. Dadılık veya emzirme gibi haklarla ilgili olan davalarda davalı akit davalarındaki durumda bulunan her şahıstır. Yani davalı ya akdi yapanın kendisi ya da yerine akdi yaptırdığı kimsedir. Neseb davalarında da nesebi ikrar eden üzerine hüküm verilir. Davalı da bu ikrarı yapan kimsedir. Zina iftirası, sövmek gibi konularla alakalı davalarda davalı, söven veya zina iftirasını atan kimsedir. Boşanma davalarında ise davalı ya karı ya kocadır³⁹⁹.

Davalı ölü ise bu takdirde dava davalının mirasçılardan birine açılabilir. Mirasçılardan hepsinin zikredilmesi ve davada hazır bulunması gerekmez. Dava konusu olan alacak mirasçılardan birine yönlendirilen davada tespit edildiyse borç tüm mirasçılar için geçerli olur ve terekeden hepsinin payına düşen miktar kadar alınır⁴⁰⁰. Netice olarak davanın kime yöneltileceği hususu davanın sıhhat şartı olarak kabul edilmiştir. Bu şartlar yerine gelmemiş bir dava hâkim tarafından dinlenilmez.

2.2.1.3.2. Mer'i Hukukta Taraf Sıfatı

Davada taraf olarak gösterilen kimsenin gerçekten dava ile alakası var mı yok mu sorusunun cevabı, taraf sıfatı (husumet) ile ifade edilir. Mer'i hukukta taraf sıfatı (husumet), dava şartı değildir. Taraf sıfatı dava incelenirken ortaya çıkar. Eğer davada taraf sıfatı olmadığı anlaşılırsa dava usulden değil esastan reddedilir⁴⁰¹.

³⁹⁶ İbn Şihne, Ebu'l-Velid İbrahim b. Eb'i-Yemen, *Lisânu'l-Hukkâm*, Mektebetü'l-Bâbî, Mısır, 1393, s.230; Semnânî, *Ravdâtu'l-Kudât*, c.II, s.1445; Tesûlî, Ebu'l-Hasan Ali b. Abdüsselam, *el- Behçetu fî Şerhu't-Tuhfe*, Daru'l-Marife, Beyrut, 1397, c.I, s.32; Mâverdî, Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed b. Habîb, *el- Hâvi'l-Kebîr*, Daru'-Kütübü İlmiyye, Beyrut, 1414, c.XVII, s.292.

³⁹⁷ Yâsîn, *Nazariyetu't-Dava*, s.296.

³⁹⁸ Yâsîn, *Nazariyetu't-Dava*, s.295.

³⁹⁹ Tarablûsî, *Muînu'l-Hukkâm*, s.58; Kutluboğa, *Hulâsatu'l-Efkâr*, s.137; Beyâtî, *el-Kavâidu'l Fıkhiyye*, s.218.

⁴⁰⁰ İbn Şihne, *Lisânu'l-Hukkâm*, s.230-235; Semnânî, *Ravdâtu'l-Kudât*, c.II, s.1456; Beyâtî, *el-Kavâidu'l Fıkhiyye*, s.220.

⁴⁰¹ Kuru, *Medeni Usul Hukuku*, s.248.

2.2.1.3.3. Değerlendirme

Verilen bilgiler ışığında taraf sıfatı davalarda önemli şartlardandır. Çünkü davanın yanlış kişiye yöneltilmesi davanın görülememesi sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Her ne kadar taraf sıfatının İslam hukukunda davanın sıhhat şartlarından olduğu mer'i hukukta ise dava şartlarından olmadığı anlaşılırsa her iki hukuk sisteminde de taraf sıfatının olmaması davanın tekrar görülememesi sonucunu ortaya çıkaracaktır. Mer'i hukukta taraf sıfatı yokluğu sebebiyle dava esas yönünden reddedilirken İslam hukukunda davanın bâtil olması sebebiyle usulden reddedilir. İslam hukukunda da bâtil olması sebebiyle usulden reddedilen bir davanın tekrar açılması ve görülmesi mümkün değildir.

2.2.1.4. Davada Tarafların Belli Olması

Davalarda tarafların tespiti çok önemlidir. Onun için dava öncelikle tarafların tespit edilmesiyle başlar. Bu başlık altında davacı ve davalının tespit edilmesi ele alınacaktır.

2.2.1.4.1. Davacının Bilinmesi

Davanın taraflarından biri olan davacının belli bir kimse olması gerekir. Âlimler eserlerinde davacının belli olmasını ayrı bir şart olarak zikretmemişlerdir. Bu şart onların zımnî ifadelerinden anlaşılmaktadır. Çünkü davanın açılması davacının kâdının huzuruna gelip davayı söylemesiyle mümkündür. Bu nedenle davacının belli olmaması gibi bir durum söz konusu değildir. Sadece bazı Şâfiîler davacının belli olmadığı durumların söz konusu olabileceğini söylemişlerdir⁴⁰².

2.2.1.4.2. Davalının Bilinmesi

Davaların faydası insanların ihlal edilen haklarını onlara geri vermektir. Bu nedenle bir davada davacıya hakkını teslim edebilmek için hasmın yani davalının belli olması gerekir. Davalar, davalıyı ilzam etmek ve hüküm sebeplerinden biri ile dava sabit olduğu zaman hüküm vermek içindir. Bu nedenle davalının bilinmediği bir dava sahih olmaz⁴⁰³. Mecelle'de bu şartı kanunlaştırmıştır; "*Davalının malum olması gerekir. Binaenaleyh davacı,tayin etmeksizin benim filan köy ehlinden birinde veya bazı insanlarda alacağım var dese davası sahih değildir. Davacının davalıyı belirlemesi gerekir.*"⁴⁰⁴ Mesela bir topluluk birbirlerini sapanla vursalar, sapanın çıkan taş onların içinde bulunan küçük bir çocuğun yüzünü kesse, Çocuğu kimin vurduğu belli olmadığı için orada bulunanların hepsi aleyhinde dava açamaz.

⁴⁰² Heytemî, *Tuhfetu'l-Muhtâç*, c.X, s.293.

⁴⁰³ Cessâs, *Şerhu Edebi'l-Kâdî*, s.406; Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*,c.IV, s.181.

⁴⁰⁴ Mecelle md. 1617.

Çünkü hepsinin birlikte o taşı atması mümkün değildir. Dava açılmamasının nedeni belli bir davalı olmamasıdır⁴⁰⁵.

Başka bir örnek daha verilecek olursa; bir kimse beş kişinin bulunduğu bir yerde ikisinin elinde sapan olduğunu, akrabasının bu sapanlardan çıkan kaza kurşunu sonucu hayatını kaybettiğini fakat hangisinden çıkan kurşun sebebiyle öldüğünü bilmediğini söylese bu davada davacının davası ve şahitleri dinlenilmez davası bâtil olur. Çünkü somut örnekte davalı bilinmemektedir⁴⁰⁶. Bu örnek kasamenin çeşitlerinden biridir. Davacının davasının sahil olması için ya davasını bir kişiye ya da orada bulunanların hepsine yöneltmelidir. Yani suç unsurunun bulunduğu fiillerde mağdurun velilerinin suçlamayı yönelttikleri kişinin belli olması şarttır. Bu bir kişi olabileceği gibi hepsi de olabilir⁴⁰⁷.

Davacının davalının ismini bilmesi şart koşulmamıştır. Davacı davalının ismini bilmediği zaman davası bâtil olmaz. Aynı şekilde davalının bir kişi olması da şart koşulmamıştır. Davalı birden fazla kişi de olabilir. Örneğin bir kimse şu on kişiye on dirhem borç verdim dese davası sahihtir. Hatta bazı davalarda davalının, toplu bir halde köy veya şehir ehli olması da mümkündür⁴⁰⁸. Davalının belirlenebilmesi için; kendi ismiyle birlikte dede ve babasının ismi, kabilesi, mesleği de zikredilmesi gerekir. Davalının bulunduğu yerde bu vasıflarda onunla benzer biri yoksa sayılanların zikredilmesi belirlilik için yeterlidir. Fakat başka biriyle karışma ihtimali varsa bu takdirde sayılanların dışında mutlaka onu diğerinden ayıracak vasfın da zikredilmesi gerekir⁴⁰⁹. Bazı fakihler meşhur bir adamın davalı olması halinde isminin ve nesebinin söylenmesinin gerekli olmadığı hususunda ittifak halindedirler⁴¹⁰.

Mer'i hukukta davalar, dava dilekçesi verilerek açılır. Bu dilekçede davacının adı, soyadı, adresi ve Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası bulunmak zorundadır. Eğer davacı zikri geçen hususları dilekçede yazmadıysa hakim davacıya bir haftalık kesin süre verir. Verilen bu süre içinde eksik tamamlanmazsa dava açılmamış sayılır. Davalının t.c kimlik no'sunun yazılması zorunlu değildir⁴¹¹.

İslam hukukunda davalının bilinir olması dava şartları içinde sayılırken mer'i hukukta dava şartları arasında değil dilekçenin şekil şartları içinde sayılmıştır. Fakat her iki hukuk sisteminde davalının belli olmamasının sonucu davanın dinlenmemesidir.

⁴⁰⁵ Âtâsi, *Şerhu'l-Mecelle*, c.V, s.10.

⁴⁰⁶ Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.181.

⁴⁰⁷ Ebu Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, c.II, s.516.

⁴⁰⁸ Ayrıntılı bilgi için mecelle madde 1644'e bk., Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.181.

⁴⁰⁹ Beştâvî, Muhammed Selim, *Cevâhiru'r-Rivâyât ve Dureru'd-Dirâyât fî Davâ*, el- Âmiratu'ş-Şerafiyye, 1319, s.38.

⁴¹⁰ Hamza, Mahmud, *el-Ferâidu'l-Behiyye fî'l-Kavâidi'l-Fıkhiyye*, (nşr. Habib Efendi), Dîmeşk, 1398, s.92.

⁴¹¹ HMK md. 119/2; Kuru, *Medeni Usul Hukuku*, s.285.

2.2.1.5. Tarafların Dava Esnasında Hazır Bulunması

Dava esasında tarafların davada hazır bulunması gerekir. Davacının hazır bulunmasını âlimler açıkça dava şartları içerisinde saymamıştır. Bunun nedeni ise davacı, hâkimin huzuruna gelmeden davanın açılmasının mümkün olmamasıdır. Fakat her ne kadar söylemeye ihtiyaç olmasa da fakihlerin ibarelerinin mefhumlarından davacısında dava esasında hazır bulunmasının bir dava şartı olduğu anlaşılmaktadır. Tarafların hazır bulunmasından davalının hazır bulunması anlaşılmalıdır.

Ayet-i kerimede “*Aralarındaki anlaşmazlıkları çözüme bağlasın diye Allah’a ve resulüne çağrıldıklarında müminlerin sözü, "Dinledik ve boyun eğdik" demekten ibarettir. İşte kurtuluşa erenler de bunlardır!*”⁴¹² buyrulmaktadır. Davalının, bu Ayet-i kerimenin gereği ile amel ederek mahkemeye çağrıldığı zaman icâbet etmesi gerekir. Aksi halde herhangi bir mazereti olmadan davete icabet etmeyen davalı, zâlim ve günahkâr olur⁴¹³. Fakihler, hüküm meclisinde olmayıp belde de bulunan davalının mahkemede hazır bulunması gerektiği görüşünde ittifak etmişlerdir. Fakat mahcur, hapiste olan, kendisinden haber alınamayan gibi farklı durumlarda mesafeye bakmamışlardır⁴¹⁴. Davalının gaip veya hazır olması, bulunduğu yerin hüküm meclisine olan uzaklığı ile belirlenir. Davalının mahkeme salonunda olmaması gaip olduğu anlamına gelmez. Fakihler, davalının gaip sayılması için mahkeme salonuna ne kadar uzaklıkta bulunması gerektiği konusunda ve gaip üzerine hükmetmenin cevazı hakkında ihtilaf etmişlerdir⁴¹⁵.

2.2.1.5.1. İslam Hukukunda Davalının Gaip Sayılması

Davalının gaip olması için aradaki mesafenin belirlenmesi konusunda fakihler ihtilaf etmişlerdir. Buna göre;

Mâlikiler, davalının gaip sayılması için hüküm meclisinden üç günlük yürüme mesafesi uzaklığında bulunması gerektiğine hükmettiler⁴¹⁶. Şâfiîler, iki kısma ayrıldılar⁴¹⁷. Kimi mesafede sefer müddetini esas aldı. Kimi ise bir kişinin sabah erkenden yürüyerek evden çıkıp akşam eve döndüğünde kat ettiği mesafeyi ölçü aldı. Hanbeliler, namazda seferi olmak için gerekli olan mesafeden daha fazla mesafeyi tayin ettiler⁴¹⁸. Hanefiler, bazen sırf

⁴¹² Nur, 24/51.

⁴¹³ İbn Kesîr, Ebu'l-Fedâ İsmail el-Kuraşî, *Tefsîru'l-Kur-âni'l-Azîm*, (thk. Muhammed Hüseyin Şemseddin), Daru'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut, 1419, c.VI, s.68.

⁴¹⁴ Şîrbînî, *Muğni'l-Muhtaç*, c.VI, s.320; İbn Müflih, Muhammed b. Müflih, Ebu Abdullah, *el-Furû*, Menâr, Mısır, 1339, c.III, s.828.

⁴¹⁵ İbn Hubeyra, *İcmâ*, c.II, s.416.

⁴¹⁶ İbn Ferhûn, *Tabsiratu'l-Hukkâm*, c.I, s.135; Beyâti, *el-Kavâidu'l-Fıkhiyye*, c.I, s.232.

⁴¹⁷ Heytemî, *Tuhfetu'l-Muhtaç*, c.X, s.186.

⁴¹⁸ İbn Müflih, *el-Furû*, c.III, s.828.

davacının dava açması sebebiyle davalıyı mahkemeye zorla getirtmenin onun hakkını ihlal olabileceğini söylediler. Bu nedenle dava açıldığı zaman kâdının alacağı ölçüyü aşağıda verilecek olan durumlara göre belirlemişlerdir.

Kâdı, eğer davalı şehirdeyse veya mahkemeye gelse o gün evine geri dönebileceği yakın bir yerdeyse davalının mahkemeye gelmesini ister⁴¹⁹. Eğer davalı mahkemeye uzak bir yerdeyse; bir görüşe göre kâdı davacıdan davasına muvafakat etmek için delil sunmasını ister. Davacı delil sunarsa kâdı davalıyı mahkemede hazır bulundurması için birini görevlendirir⁴²⁰. Başka bir görüşe göre kâdı davacıya davasında doğru olduğu ve yalan söylemediği üzerine yemin ettirir. Davacı yemin etmekten çekinirse bu takdirde hâkim davacıyı meclisten kaldırır. Yemin ederse davalının mecliste hazır bulunmasını emreder⁴²¹.

2.2.1.5.2. İslam Hukukunda Gıyabî Yargılama

Fakihler gaip hakkında davacının delil ve iddiasının dinlenmesi konusunda ittifak ettiler. Fakat bu delil ve iddiaya dayanarak gaip hakkında hüküm verilmesi konusunda ihtilaf ettiler⁴²².

Hasmın yani davalının kendisinin veya yerine vekilinin, vasisinin, velisinin ya da mütevellinin, hüküm, şehâdet ve dava zamanında hazır bulunması şart koşulmuştur. Davada hüküm, davalının ikrarına ya da delil sunmasına göre farklılık gösterir. İkrar veya delile göre hüküm, ancak davalının hazır olması ile mümkün olur. Davalı mahkemede hazır olmadığı müddetçe davacının delili ve davası hakkında hüküm verilmez. Şayet kâdı, davacının delilini davalı hazır olmadan dinlese hakkında hüküm verse davalı davada hazır oluncaya kadar verdiği hüküm yürürlüğe girmez. Verilen hüküm ister Allah hakkı olsun ister kul hakkı olsun davalının duruşmada hazır bulunması şart koşulmuştur.

Örneğin iki şahit, bir adamın karısını boşadığına şahitlik etseler, hakkında boşadığını iddia ettikleri adam mahkeme de hazır bulunmasa kâdı da onların iddialarına göre adamın boşandığına hükmetse bu dava sahih değildir. Hüküm geçerli değildir⁴²³. Mecelle'de bu durum: "*Dava sırasında hasmın davada hazır bulunması şart koşulur. Eğer davalı kendisi veya vekilini kendisi yerine mahkemede hazır bulundurmayı men ederse hakkında yapılacak olan muamele kadâ bahsinde zikredilecek.*"⁴²⁴ şeklinde ifade edilmiştir. Bu maddeden davanın

⁴¹⁹ Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c. IV, s.182; Âtâsi, *Şerhu'l-Mecelle*, c.5, s.11; Beyâti, *el-Kavâidu'l Fıkhiyye*, c.I, s.232.

⁴²⁰ Âtâsi, *Şerhu'l-Mecelle*, c.V, s.11.

⁴²¹ Âtâsi, *Şerhu'l-Mecelle*, c.V, s.11.

⁴²² İbn Hubeyra, *İcmâ*, c.II, s.417.

⁴²³ Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.182.

⁴²⁴ Mecelle md. 1618.

sıhhati için iki şart ortaya çıkar. Birincisi davanın kadâ meclisinde olması, ikincisi hasmın davada hazır bulunmasıdır⁴²⁵.

İmam-ı Azam Ebu Hanife(ö.150), davanın kabulünden sonra davalının bulunmasını şart koşturmuştur. Dava esnasında davalı hazır bulunmazsa o dava dinlenilmez. Davalının gıyabında deliller kabul edilmez. Davalı davada hazır bulunana kadar hakkında hüküm verilemez demiştir. Hanefilerde gaip üzerine hükmedilmediği gibi dava sırasında hazır bulunmayan davalıya karşı da dava kabul edilmez. Gaip davalının şehadetten önce veya sonra gaip olması ya da kâdının meclisinde bulunmaması veya kâdının bulunduğu beldede olmaması arasında bir fark yoktur. Bu şart Hanefî mezhebi dışındaki mezheplerde yoktur⁴²⁶. Malikiler'den İbn Mâcişûn(ö.212), bir rivayette Ahmed bin Hanbel (ö.241), İbn Ebî Leyla(ö.148) ve Sevrî (ö.161)'ninde bu görüşte olduğu nakledilmektedir⁴²⁷.

Dava ile arasında bağlantı bulunan vasî, mirasçı, vekil bunlar mana itibari ile hazır olan davalı hükmündedir. Vekil ve vasî apaçık izinle davalının yerine geçmiştirler. Mirasçı ise şer'i anlamda davalının yerine geçmiştir. Bu nedenle sayılan kimselerin davada hazır bulunması aynı davalının kendisinin davada hazır bulunması gibidir. Bu yüzden bunlar hakkında hükmetmek gaip hakkında hüküm değildir⁴²⁸.

Davada aslen davalı olmayan hasmın davada hazır bulundurulması şart koşulmamıştır. Bilakis onun gıyabında hüküm verilir. Örneğin Ahmet, Mehmet'ten Ali'ye olan borcunu ödemesini istese, Mehmet, Ali'ye borcu ödedikten sonra Ahmet'ten parasını isteyecektir.Söz konusu halde Ahmet; *“Ben Ali'ye borçlu değilim. Ayrıca sana Ali'ye borcumu öde diye bir şey de demedim zaten Ali'ye de herhangi bir para ödenmemiş.”* Derse, Mehmet, Ali'ye Ahmet'in borcundan dolayı para ödediğini ispatlarsa bu durumda asıl davacı Ali olmadığı için, davada hazır bulundurulması şart koşulmamıştır⁴²⁹.

Giyabî yargılamaya cevaz vermeyenlerin delilleri;

*“Aralarında hüküm vermesi için Allah'a (Kur'an'a) ve peygambere çağırıldıkları zaman, bir de bakarsın ki içlerinden bir grup yüz çevirmektedir.”*⁴³⁰” gaip hakkında hükmetmeye cevaz vermeyenler, bu Ayet-i kerimenin apaçık bir şekilde davalının hazır bulunmasına işaret ettiğini söylerler. Bu nedenle davalının gıyabında hükmetmenin ayete

⁴²⁵ Âtâsi, *Şerhu'l-Mecelle*, c.V, s.10; Beyâtî, *el-Kavâidu'l Fıkhiyye*, s.217.

⁴²⁶ Tayyar, *Fıkhu'l-Müeyyessere*, c.VIII, s.98; Zuhayli, *Mevsuâtü'l-Fıkhu'l-İslamî*, c.VI, s.434.

⁴²⁷ Muhammed Rafet Osman, *Nizâmu'l-Kadâ*, s.222; İbn Hubeyra, *İcmâ.*, c.II, s.417.

⁴²⁸ Kâsânî, *Bedâi*, c.VIII, s.416; Serahsî, *el-Mebsût.*, c.XVII, s.39; Ebu'l-Ferec, *Şerhu'l-Kebîr*, c.XXVIII, s.524; Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.182.

⁴²⁹ Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.182.

⁴³⁰ Nur, 24/48.

aykırı olacağı görüşünü savunurlar⁴³¹. Başka bir açıdan Ayet-i kerime, hüküm verilmeleri için çağırılanların gelmemelerinden dolayı zemmetmektedir. Gaip hakkında hüküm vermek caiz olsaydı bu takdirde ayette de onlar hakkında zem olmayacaktı. İşte bu nedenle gaip hakkında hüküm vermenin caiz olmadığını söylerler⁴³².

Bir başka delilleri ise Peygamber Efendimiz Hazreti Ali'ye şöyle buyuruyor: “*İki taraf davalastığı zaman diğer tarafı da dinleyinceye kadar haklarında hüküm verme. Çünkü sen diğer tarafı da dinlediğin zaman nasıl hüküm vereceğini bilirsin.*”⁴³³ Efendimiz davanın iki tarafından biri hakkında diğerini dinlemeden hükmetmeyi yasaklamıştır. Bu nedenle davalının yokluğunda davacının hakkına hükmetmek, iki taraftan diğerini dinlemeden biri hakkında hükmetmek demektir. Efendimiz ise bunu yasaklamıştır⁴³⁴. İşte bu nedenle gaip hakkında hükmetmeye cevaz vermemişlerdir. Fakat niyâbet usûlüyle⁴³⁵ gaip davalı hakkında hükmetmek mümkündür.

Gıyabî yargılamaya cevaz verenlerin delilleri;

Mâliki, Hanbeli ve Şâfiî mezheplerinde tercih edilen görüşe göre; davacı davasının sıhhatine dair beyyineyi, kâdıya sunarsa hukuk davalarında gaib hakkında hüküm vermenin caiz olduğuna hükmedilmiştir. Fakat halis Allah hakkı olan davalarda cevaz verilmemiştir⁴³⁶. Kur'an-ı Kerim'de, “*Aralarında Allah'ın indirdiği ile hükmet.*”⁴³⁷ ve başka bir ayette “*Adaletten asla ayrılmayanlardan olun.*”⁴³⁸ şeklinde buyrulmuştur. Bu görüşte olanlar geçen Ayet-i kerimelerde Allah Teala'nın hazır veya gaip diye bir ayırım yapmadığını ya da haklarında hüküm verilecek olanları, gaip veya hazır diye bir tahsisle ifade etmediğini bu nedenle gaip hakkında hüküm vermenin caiz olduğunu söylerler⁴³⁹.

Dayandıkları bir başka delil ise Hz.Aişe'in rivayet ettiği şu Hadis-i şeriftir; “*Ebu Sufyan'ın karısı Hint binti Utbe, Efendimize gelerek kocasının cimri bir adam olduğunu kendine ve oğluna yetecek kadar nafaka vermediğini söyler ve kendinin, kocasının malından haberi olmadan aldığını ve bunu yapmakla günahkâr olup olmadığını sorar. Efendimiz ona:*

⁴³¹ Mâverdî, *el-Hâvi 'l-Kebîr*, c.II, s.309.

⁴³² Hamîdî, *Kadâ ve Nizâmu fi 'l-Kitâb ve Sünnet*, s.526; Muhammed Rafet Osman, *Nizâmu 'l-Kadâ*, s.222.

⁴³³ Tirmizî, *Sünen*, c.III, s.11, h.n. 1331.

⁴³⁴ Kâsânî, *Bedâi*, c.VIII, s.416.

⁴³⁵ Davacı, kâdıdan gaip olan davalının beldesinde bulunan kâdıya mektup yazmasını talep ederse kâdı bu talebi yerine getirir. Gaip adamın beldesindeki kâdıdan davaya hükmedebilmek için davayı ve şahitleri dinlemesini talep eder. Gaip davalının beldesindeki kâdı, delilleri ve şahitleri dinler ve mektupla diğer kâdıya durumu bildirir. Davacının bulunduğu beldede ki kâdı buna göre davaya hükmeder. Kâsânî, *Bedâi*, c.VIII, s.414; Ali Haydar, *Dureru 'l-Hukkâm*, c.IV, s. 183; İbn Ferhûn, *Tabsiratu 'l-Hukkâm*, c.I, s.116,156.

⁴³⁶ İbn Ferhûn, *Tabsiratu 'l-Hukkâm*, c.I, s.135; Heytemî, *Tuhfetu 'l-Muhtâç*, c.X, s.163; Ebu'l-Ferec, *Şerhu 'l-Kebîr*, c.V, s.266; Zuhayli, *Mevsuâtu 'l-Fıkhı 'l-İslamî*, c.VI, s.435; Muhammed Rafet Osman, *Nizâmu 'l-Kadâ*, s.222.

⁴³⁷ Mâide 5/49.

⁴³⁸ Nisâ, 4/135.

⁴³⁹ Muhammed Rafet Osman, *Nizâmu 'l-Kadâ*, s.224; Hamîdî, *Kadâ ve Nizâmu fi 'l-Kitâb ve Sünnet*, s.527.

“Örfen onun malında sana ve oğluna yetecek miktarı al.”⁴⁴⁰ buyurmuştur. Bu görüşte olanlar Efendimizin gaip hakkında hükmettiğine bu hadisi delil getirirler.

Ayrıca Hz. Osman ve Hz. Ömer’in gaip üzerine hükmettiklerini ve Sahabeden kimsenin buna muhalefet etmediğini söylerler⁴⁴¹. Bahsi geçen olayda Efendimiz, yeterli nafaka ödemeyen Süfyan’ın karısından delil istememiştir. Bu durum verilen hükmün kadâ-i bir hüküm olmadığını göstermektedir. Ayrıca verilen hüküm fetvadır. Bu nedenle zikri geçen rivayetin gaip hakkında hükmetmenin cevazına delil getirilmesi, fukaha tarafından eleştirilmiştir⁴⁴². Şâfiî fakihlerinden İmam Nevevi (ö.676) bu hadisin hükme delil getirilmesini kabul etmemiştir. Çünkü hadiste geçen hâdisenin Mekke’de gerçekleştiğini, Süfyan’ında olay sırasında Mekke’de bulunduğunu söylemiştir. Halbuki gaip hakkında hüküm vermenin şartlarından biri de davalının uzak bir belde olması veya kendisine ulaşamayacak şekilde gizlenmiş olmasıdır. Somut olayda ise bu şartlar gerçekleşmemiştir. Süfya’nın karısı ise fetva istemeye gelmiştir. İşte bu nedenle bahsi geçen hadisin gaip üzerine hükmetmenin cevazına delil alınmasını eleştirmiştir⁴⁴³.

Gaip davalı hakkında hüküm vermenin caiz olduğunu savunanlar, hüküm verilmesini şu şartlara bağlamışlardır⁴⁴⁴;

a. Davalının mahkemede bulundurulması zor olmalıdır.

b. Fakihler hâlis Allah hakkı olan davalarda gaip üzerine hükmedilemeyeceği konusunda ittifak etmişlerdir. Bu nedenle gaip üzerine hükmedilecek dava konusunun kul haklarıyla ilgili olmasını şart koşmuşlardır. Bunu şart koşmalarının sebebi, Allah haklarında müsamahanın varoluşudur. Örneğin bir adamın malı çalınsa adam bulunmasa kâdı sadece mal hakkında hükmeder. Adamın elinin kesilmesine hükmetmez. Çünkü burada el kesmek Allah hakkı, mal ise kul hakkıdır. Fakat Şafiler zina iftirasında gaip üzerine hükmetmeyi caiz gördüler. Çünkü zina iftirasında hem Allah hakkı hem kul hakkı vardır. Ama kul hakkı daha ağır basmıştır. Bu nedenle zina iftirasının had cezasında gaip hakkında hüküm edilebilir demişlerdir⁴⁴⁵.

⁴⁴⁰ Buhârî, *Sahih*, c.VII, s.65, h.n. 5364.

⁴⁴¹ Muhammed Rafet Osman, *Nizâmu'l-Kadâ*, s.225.

⁴⁴² İbn Dakîk, Takiyuddin, *İhkâmu'l-Ahkâm Şerhi Umdeti'l-Âhkâm*, Senetu'l-Muhammediyye, Kahire, 1953, c. IV, s.164; Muhammed Rafet Osman, *Nizâmu'l-Kadâ*, s.225.

⁴⁴³ Nevevî, Ebu Zekeriyya Muhyiddin, *el- Minhâç Şerhu Sahîh-i Müslim b. el-Haccâc*, Daru İhyâut-Turâs, Beyrut, 1392, c.XII, s.8; Muhammed Rafet Osman, *Nizâmu'l-Kadâ*, s.225; Hamîdî, *Kadâ ve Nizâmu fi'l-Kitâb ve Sünnet*, s.535.

⁴⁴⁴ Muhammed Rafet Osman, *Nizâmu'l-Kadâ*, s.233.

⁴⁴⁵ Ebu'l-Ferec, *Şerhu'l-Kebîr*, c.XXVIII, s.524; Heytemî, *Tuhfetu'l-Muhtâç*, c.X, s.188; İbn Müflih, *el- Furû*, c.III, s.8290; Muhammed Rafet Osman, *Nizâmu'l-Kadâ*, s.232.

c. Davacının davayı, dava konusunun miktar ve cinsini tastam belli ederek açması ve tayin etmesi gerekir⁴⁴⁶.

d. Davacının delil getirmesi gerekir. Hanefilerin çoğu gaip üzerine hükmedileceği zaman davanın reddedilmesi gerektiğine hükmettiler. Fakat bazı Hanefiler davalının yerine vekil tayin edilerek davanın görülebileceğini söylediler⁴⁴⁷. Ahmed bin Hanbel'den gelen en meşhur görüşe göre, davacının delil getirmesi ile birlikte kâdı davacıdan aynı zamanda yemin etmesini de istemez⁴⁴⁸. İmam Şâfî, İmam Mâlik ve Ahmed bin Hanbel'in ikinci görüşüne göre ise kâdı davacıdan deliliyle beraber yemin etmesini de ister. Bu görüşün hikmeti ise davalının gıyabında hüküm verileceği için kâdının ihtiyatlı davranmasıdır⁴⁴⁹.

Sonuç olarak Alimlerden, gaip üzerine hükmün caiz olduğunu söyleyenler olduğu gibi caiz olmadığını da savunanlar olmuştur. Fakat şu durumlarda gaip üzerine hükmetmenin caiz olduğu hususunda her iki grup ittifak etmişlerdir. Söz konusu haller cevaz verenlere göre caiz durumlardır. Cevaz vermeyenlere göre ise istisnai hallerdir⁴⁵⁰:

a. Bir adam miras bırakan adamın malının kendi babasına ait olduğunu veya mirasçıları olmayan ölmüş bir adama ait olduğunu ileri sürse ve davasına delil getirirse kâdı, gaip olan davalı ve ölü hakkında hükmeder.

b. Bir adamın kaybolduğu ve bu adama ait başka birinin yanında emanet bıraktığı mal olduğu tespit edilse, kâdı bu adamın karısı ve çocuklarının nafakasına adamın gıyabında hükmeder ve hatta bu nedenle adama ait taşınmaz bile satılabilir.

c. Bir adam daru'l-harbe kaçsa kadın mahkemeden boşanmayı talep etse, eğer kadın davasını ispat ederse bu takdirde kâdı adamın gıyabında ayrılığa hükmeder.

2.2.1.5.3. Mer'i Hukukta Gıyabî Yargılama

Mer'i Hukukta dava açıldıktan sonra ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra taraflar duruşma için mahkemeye çağrılır. Taraflara yapılan davetiyede duruşmaya özürsüz katılmamaları durumunda duruşmaya yokluklarında devam edileceği ve yapılan işlemlere itiraz edemeyeceleri ihtârı yapılır⁴⁵¹. Tarafların her ikisi de çağrıldıkları duruşmaya özürsüz katılmazlarsa dava dosyası işlemde kaldırıılır. Davaya taraflardan birisi katılıp

⁴⁴⁶ Beyâtî, *el-Kavâidu'l Fıkhiyye*, c.I, s.235; Muhammed Rafet Osman, *Nizâmu'l-Kadâ*, s.233.

⁴⁴⁷ Tarablûsî, *Muînu'l-Hukkâm*, s.61; Kâsânî, *Bedâi*, c.VIII, s.414.

⁴⁴⁸ İbn Hubeyra, *İcmâ*, c.II, s.418; İbn Ferhûn, *Tabsiratu'l-Hukkâm*, c.I, s.116; Suyûtî, Celaleddin Abdurrahman b. Ebi Bekir, *el-Eşbâh ve'n-Nazâir*, (thk. Bağdadî), Daru'l-Kitâbu'l-Arabiyye, Beyrut, 1414, s.769.

⁴⁴⁹ Heytemî, *Tuhfetu'l-Muhtâç*, c.X, s.164; İbn Müflih, *el-Furû*, c.III, s.8280; Muhammed Rafet Osman, *Nizâmu'l-Kadâ*, s.234; Beyâtî, *el-Kavâidu'l Fıkhiyye*, c.I, s.235; Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, c.XXVIII, s.517; İbn Hubeyra, *İcmâ*, c.II, s.418.

⁴⁵⁰ Muhammed Rafet Osman, *Nizâmu'l-Kadâ*, s.223; Hamîdî, *Kadâ ve Nizâmuhu fi'l-Kitâb ve Sünnet*, s.518-523.

⁴⁵¹ HMK md. 147/2.

davaya devam edilmesini talep ederse hakim, olmayan tarafın gıyabında davaya devam edilmesine karar verir⁴⁵². Mer’i hukukta gelmeyen taraf hakkında davaya devam edilip hüküm verilmesi, gelen tarafın talebine bağlıdır. Gelen tarafta davaya devam edilmesini istemezse yine hakim dosyanın işlemde kaldırılmasına karar verir⁴⁵³.

İslam hukukunda tarafların dava esnasında hazır bulunmaları dava şartı sayılırken mer’i hukukta dava şartı olarak sayılmamıştır. Mer’i hukukta herhangi bir şarta bağlı olmaksızın davaya gelen tarafın talebiyle olmayan taraf aleyhinde davaya devam etmek mümkünken İslam hukukunda söz konusu hallerde gıyabi yargılama yapılması belli şartlara bağlanmıştır.

2.2.1.6. Tarafların İfadelerinin Açık ve Kesin Olması

Hak sahibinin hakkını almak için kesin ifadeler kullanması ve kendine hakkı kesin bir şekilde izafe etmesi davada şart koşulur. Örneğin davacı, “zannediyorum” veya “öyle sanıyorum” veya “bu filana aittir” gibi ibareler kullanması takdirinde dava dinlenilmez. Fakat bu şart ceza davalarında istisna edilmiştir⁴⁵⁴. Davada davacının davalıdan hakkını talep ettiğini zikretmesi, kâdından davalının mahkemede hazır bulundurulmasını ve davalının cevap vermesini istemesi şart koşulur⁴⁵⁵. Çünkü insanın hakkını vermek talep ile olur⁴⁵⁶. Başkasının elinde bulunan bir mal o şahsa rehin olarak verilmiş veya elinde para karşılığı hapsedilmiş olabilir. İşte bu nedenlerden dolayı davacının hakkı talep etmesi gerekir. Çünkü davacının hakkını talep etmesi bu ihtimalleri ortadan kaldırır⁴⁵⁷.

Mer’i hukuk, yazılı yargılama usulüne tabidir. Bu nedenle davalar dilekçe ile açılır. Dilekçe de bulunması gereken şartlardan biri de davacının açık ve kesin bir şekilde talep sonucudur. Mer’i hukukta davacının ifadesinin açık ve kesin olması dava şartı değil, dava dilekçesinin şekil şartı olarak kabul edilmiştir⁴⁵⁸.

⁴⁵² HMK md. 150/2.

⁴⁵³ HMK md. 150/1.

⁴⁵⁴ İbn Desûkî, Muhammed b. Ahmed, *Hâşiyetu't-Desûkî ale's-Şerhi'l-Kebîr*, Daru'l-Fikr, yy., ty., c.4, s.144; Nizâmuddîn Belhî, *Fetâvâyı Hindiyye*, c.IV, s.5; Tayyar, *Fıkhu'l-Müeyyessere*, c.VIII, s.100.

⁴⁵⁵ Tayyar, *Fıkhu'l-Müeyyessere*, c.VIII, s.100.

⁴⁵⁶ Kâsânî, *Bedâi*, c.VIII, s.414.

⁴⁵⁷ Meydâni, *el-Lübâb*, c.IV, s.28; Merğînânî, *el-Hidâye*, c.III, s.155.

⁴⁵⁸ HMK md. 119/1-ğ.

2.2.1.7. Davacının İfadelerinde Çelişki Bulunmaması

Davada tenâkuz bulunmaması davanın sıhhat şartlarından biridir⁴⁵⁹. Usulcülere göre tenâkuz aralarını toplamak mümkün olmayacak şekilde iki eşit delilin çelişkili olmasıdır⁴⁶⁰. Davada tenâkuz ise davacının davasını iptal edecek bir söz söylemesidir. Davacının ilk söylediği ile ikinci söylediği söz arasını toplamak mümkün değilse tenâkuz gerçekleşmiş olur⁴⁶¹. Davacının söylediği ifadelerde zıtlığın olması davanın dinlenilmesine engel teşkil etmektedir. Örneğin kişi bir evin vakıf olduğunu iddia etse sonra o evin kendine veya başkasını ait olduğunu söylese bu durumda zıtlık meydana gelmiş olur. Çünkü bir şeyin vakıf olması onun bir kişinin mülkiyetine ait olmasına engeldir⁴⁶². Bu nedenle somut örnekte söylenilen ifadeler birbiriyle çelişmektedir. Mecelle’de, “*Tenâkuz davacının davasında çelişkili ifade kullanmasıdır. Yani davasını batıl kılacak bir ifade kullanmasıdır.*”⁴⁶³ şeklinde ifade edilmiştir. Tenâkuzla alakalı birkaç örnek daha verecek olursak;

Örnek 1: Davacı başkasından alacağını iddia etse sonrasında ise alacağını olmadığını söylese bu dava dinlenilmez⁴⁶⁴.

Örnek 2: Davacı bir adamın tek başına katil olduğunu iddia etse sonrasında onun başkalarıyla beraber olduğunu söylese onun bu iddiası da dinlenilmez. Fakat bu durumda kâtil zanlısı başkalarıyla yaptığını ikrar ederse o zaman bu konuda ikrarı kabul edilir⁴⁶⁵.

Örnek 3: Bir adam önce ben bu telefonu satın aldım. İkinci ifadede bu telefon bir adama aittir derse ilk seferinde söylediği ifade telefonun mülkiyetinin kendine ait olduğunu ikrardır. Dolayısıyla mülkiyetin başkasına ait olduğunu söylemesi daha önce bu malı satın almış olmasına engeldir. Alışveriş müşterinin mülkiyetini gerektirir. İlk yaptığı ikrar ikinci söylemine zıt olmuş olur.

Davalının yeminden çekinmesi de ikrar gibidir. Bu nedenle yukarıda zikrettiğimiz örnekte malı satın aldığını söylemeden yemin etmekten çekinseydi sonrasında bu iddiayı öne sürmüş olsaydı yine davası dinlenilmezdi⁴⁶⁶.

⁴⁵⁹ Serahsi, *el-Mebsût*, c.XVII, s.96; Kâsânî, *Bedâi*, c.VIII, s.417; İbn Nüceym, *el-Bahru’r-Râik*, s.87; İbn Ferhûn, *Tabsiratu’l-Hukkâm*, c.I, s.136; Heytemî, *Tuhfetu’l-Muhtâç*, c.X, s.296; Şirbînî, *Muğni’l-Muhtaç*, c.IV, s.301; Kermî, Zeynuddîn Mer’î b. Yusuf, *Gâyetu’l-Müntehâ fî Cemi’l-İknâ ve’l-Müntehâ*, Müessesetu Ğîrâs, Kuveyt, 2007, c.III, s.448; Buhutî, *Keşşâfu’l-Kinâ*, c.IV, s.203.

⁴⁶⁰ Tahânevî, *Mevsûat Keşşâful-Istilâhat*, s.1413.

⁴⁶¹ Muhammed Rafet Osman, *en-Nizâmu’l-Kadâ*, s.235.

⁴⁶² Molla Hüsrev, *Dureru’l-Hukkâm*, c.II, s.355; Alaaddin Haskefî, Muhammed b. Ali b. Muhammed, *Ed-Durru’l-Muhtâr Şerhu Tenvîri’l-Ebsâr*, (thk. Abdulmunim Halil İbrahim), Daru Kütübü’l-İlmiyye, 2002, s.478.

⁴⁶³ Mecelle Md. 1615.

⁴⁶⁴ Zuhayli, *Mevsûatu’l-Fıkhı’l-İslamî*, c.VI, s.436.

⁴⁶⁵ Zuhayli, *Mevsûatu’l-Fıkhı’l-İslamî*, c.VI, s.436.

⁴⁶⁶ Kâsânî, *Bedâi*, c.VIII, s.417.

Mer'i hukukta davada tenâkuz bulunmaması dava şartları arasında sayılmamıştır. Fakat mer'i hukukta teksif ilkesi⁴⁶⁷ hakimdir. Buna göre davacının dava dilekçesinde belirtmediği bir hususu davada ileri sürmesi ancak davalının muvafakati yada rızasıyla mümkündür. Söz konusu durumda davacı başka bir iddia ileri sürecek olsa davalı buna rıza gösterirse tenakuz gerçekleşmemektedir⁴⁶⁸.

2.2.1.7.1. Davada Tenâkuzun Gerçekleşmesi İçin Şartlar

Davada tenâkuzun gerçekleşmesi için Fukaha bazı şartlar koymuştur. Cumhur ve Hanefiler bazı şartların keyfiyetinde ihtilaf etmişlerdir. Tenakuz durumunda davanın sıhhat şartına ve davanın dinlenilmesine engel olan şartlar şunlardır:

a. Bir kişiden veya bir kişi hükmünde iki kişiden(vekil ve müvekkil gibi) çelişkili iki ifadenin bulunması gerekir. Vekil, bir eşyanın müvekkiline ait olduğunu iddia etse müvekkil bu eşyanın kendine veya başkasına ait olmadığını daha önce ikrar etmişse vekilin iddiası, müvekkilin ifadesine zıt olmasından dolayı geçersizdir⁴⁶⁹.

b. Davacı tarafından, söylediği ifade ile davası arasında çelişki kaldırılmamış olması gerekir. Mâlikî, Şâfiî, Hanbeli ve Hanefiler'den İmam Züfer bu görüştedir⁴⁷⁰. Hanefiler ise bu konuda davacının ifadelerini bizzat düzeltmemesini veya ifadelerin düzeltilemiyor olmasını şart koşmuşlardır. Davacı bizzat çelişkili ifadeleri düzeltirse veya davacının çelişkili ifadeleri düzeltilebiliyorsa davada tenâkuz kalkmış olur.⁴⁷¹ Örneğin bir kimse bir eşyanın başkasına ait olduğunu iddia etse bundan sonra o eşyanın kendine ait olduğunu iddia edemez. Bu durumda davacının davadan sonraki bir tarihte bu eşyayı satın almış olma ihtimali vardır. Eğer davacı sonradan o eşyayı satın aldığını iddia etse ve bunu delille ispatlayarak çelişkiyi ortadan kaldırırsa bu görüşe göre davası dinlenir.

c. Çelişkinin, davanın dinlemesine engel teşkil etmesi için ilk ifadenin şer'i bir hükümle yalanlanmamış olması gerekir. Örneğin Ahmet, Mehmet'ten olan alacağına Zeyd'in kefil olduğunu söylese Zeyd kefaleti inkar etse Ahmet, Zeyd'in kefil olduğunu davada delille ispatlarsa kâdı buna göre hükmünü verir. Sonrasında ise Zeyd Mehmet'in emriyle kefil olduğunu söylese bu davada çelişki var gibi görünse de aslında yoktur. Çünkü Zeyd ilk ifadesinde kefil olduğunu yalanlamaktadır. İkinci ifadede ise Mehmet'in emriyle kefil

⁴⁶⁷ Davalarda tarafların iddia ve savunmalarını belli bir usul kesitine kadar ileri sürebilmelerine teksif ilkesi denilmektedir. Bu ilke davaların hızlı şekilde çözüme kavuşması ve karara varılması açısından usul ekonomisi ilkesiyle iç içedir. Pekcanitez, *Medeni Usul Hukuku*, s.222.

⁴⁶⁸ Kuru, *Medeni Usul Hukuku*, s.280.

⁴⁶⁹ İbn Nüceym, *el-Bahru'r-Râik*, s.87; Heytemî, *Tuhfetu'l-Muhtâç*, c.X, s.296; Yâsîn, *Nazariyetu't-Dava*, s.393; Mecelle md. 1652; Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.272.

⁴⁷⁰ İbn Ebi'd-Dem, *Edebu'l-Kadâ*, s.608; Molla Hüseyin, *Dureru'l-Hukkâm*, c.II, s.35.

⁴⁷¹ Heyet, *Mevsuatu'l-Fikhiyyeti'l-Kuveytiyye*, c.XX, s.288.

olduğunu söylemektedir. Fakat arada ilk ifadesi, kâdının verdiği hükümle yalanlanmıştır. Bu nedenle davanın dinlenmesini engelleyecek olan çelişkinin kâdının hükmüyle yalanlanmamış olması gerekmektedir⁴⁷².

d. Çelişkili ifadenin gerçekleşeceği yer hakkında âlimler ihtilaf etmiştir. Bunları üç başlık altında toplamak mümkündür⁴⁷³. Buna göre;

1. Çelişkili ifadelerin her ikisinin kâdının huzurunda olmasını şart koşanlar.
2. Çelişkili ifadelerden herhangi birinin kâdının huzurunda olmasını şart koşanlar.
3. Çelişkili ifadelerden sadece ikincisinin kâdının huzurunda olmasını yeterli görenler.

Birinci ve ikinci maddelerde geçen ifadelerdeki ihtilaf lafzi bir ihtilafıdır. Davacı kâdının huzurunda bir eşyaya satın alma yoluyla mâlik olduğunu söylese, davadan önce de kendisine o eşyanın miras yolu ile geçtiğini ifade etse bu durumda birinci görüşü savunanlara göre burada çelişki gerçekleşmemiş olur. Dava dinlenilmez. Fakat dinlenilmemesinin nedeni davacının çelişkili ifadesi değil, ilk davasını yalanlayarak rücu etmesinden kaynaklanmaktadır. Bu durumda davanın sıhhatine engel bir şey yoktur. Fakat ikinci ve üçüncü görüşü savunanlara göre davada tenâkuz gerçekleşmiştir. Çünkü onlara göre çelişkili olan ifadelerin her ikisinin de kâdının huzurunda olması şart değildir⁴⁷⁴. Davanın sıhhatine tenâkuzun engel olması için sayılan şartların bulunması gerekir. Bir davada tenakuz gerçekleştiği zaman kâdı davayı dinlemez. Dava bâtil olur. Bu takdirde davacı ve davalı, yemin ve beyyine külfetinden kurtulur⁴⁷⁵.

2.2.1.7.2. Davada Tenâkuzun Kaldırılması

Hanefilere göre davada çelişki iki yolla kaldırılır. *Birincisi*; fiili Tevfik, *ikincisi ise*; davalının tasdikiyedir⁴⁷⁶. Örneğin bir kimse karz akdine dayanarak açtığı davada borcun sebebinin kefalet olduğunu söylese ve davalı da bunu tasdik etse çelişki olmasına rağmen dava dinlenir. Hanefiler tarafından bazı konularda çelişkili ifadeler mazur görülmüştür. Örneğin nesep meselelerinde, talakla ilgili bazı konularda sebepler gizli olduğu için çelişkili ifadeler davanın sıhhatine engel olmamaktadır⁴⁷⁷. Mecelle’de bu husus, “*Mahalli gizli olup davacının mazereti olan tenâkuz afıv olunur*”⁴⁷⁸ şeklinde ifade edilmiştir.

⁴⁷² Heyet, *Mevsuatu'l-Fıkhiyyeti'l-Kuveytiyye*, c.XX, s.289; Muhammed Rafet Osman, *en-Nizâmu'l-Kadâ*, s.236.

⁴⁷³ İbn Âbidinzâde, *Kurratu Uyûnu'l-Ahyâr*, c.I, s.15; Yâsîn, *Nazariyetu't-Dava*, s.393.

⁴⁷⁴ İbn Âbidinzâde, *Kurratu Uyûnu'l-Ahyâr*, c. I, s.15.

⁴⁷⁵ Âtâsi, *Şerhu'l-Mecelle*, c.V, s.7-8.

⁴⁷⁶ Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.277.

⁴⁷⁷ İbn Nüceym, Siracuddin Ömer b. İbrahim, *en-Nehru'l-Fâik Şerhu Kenzu'd-Dakâik*, Daru Kütübü İlmiyye, 2002, c.III, s.486.

⁴⁷⁸ Mecelle md. 1655.

2.2.2. Dava Konusuna İlişkin Şartlar

Davacının iddia ettiği hakkın yani dava konusunun davada dinlenebilmesi için bazı şartları taşıması gerekir. Bu başlık altında dava konusuna dair dava şartları incelenecektir.

2.2.2.1. Davada Maslahat Olması

Kişinin dava açmakta hukuk düzeni tarafından koruma altına alınan bir yararının yani maslahatının bulunması gereklidir. Davada maslahat kavramı her iki hukuk sisteminde dava şartı olması açısından farklı görünüme sahiptir. Bu nedenle bu başlık İslam hukuku ve mer'i hukuka göre ayrı ayrı ele alınacaktır.

2.2.2.1.1. Mer'i Hukukta Maslahat

Davacının dava açmakta hukuki bir yararının bulunması gerekir⁴⁷⁹. Dava açmakta kişilerin hakkına kavuşması için mahkeme kararına muhtaç olduğu bir hukuki yarar olması gerekir. Yani kişilerin davanın görülebilmesi için hukuki himaye istedikleri dava konusunda, korunmaya değer bir yarar olmalıdır. Bu hukuki yarar dava açıldığı andan itibaren bulunmalıdır⁴⁸⁰. Mahkemeye yapılacak olan her talep için hukuki yararın olması şart koşulmuştur. Mesela kanun yoluna başvurmada, delil tespiti istemekte, davaya müdahale etmekte vb. gibi. Bununla birlikte davalarda hukuki yararın re'sen gözetilip gözetilmeyeceği hangi tür davalarda hukuki yararın olduğunun varsayıldığı dava çeşitlerine göre farklılık arz eder.

1. Eda davasında hukuki yarar

Davacının, mahkemeden davalının bir edimi yapması veya yapmaması ya da bir şeyi vermeye mahkum edilmesini istemesine eda davası denir⁴⁸¹. Davacının açtığı eda davasında hukuki yararının olduğu varsayılır. Bu durum muaccel olan alacaklar ve kanunun belirlediği bazı müeccel alacaklar için geçerlidir. Davacı mahkeme kararı olmadan da hakkını alabileceği bir yol var ise dava açmasında artık hukuki yararı kalmamış demektir. Örneğin kesinleşmiş icra takibi olan alacaklının dava açmada hukuki yararı yoktur⁴⁸².

2. Tespit davasında hukuki yarar

Bir hakkın veya hukuki bir ilişkinin var olup olmadığının belirlendiği dava türüne tespit davası denir⁴⁸³. Örneğin iki kişinin ortak zilyetliğinde bulunan bir çamaşır makinesinin taraflardan birinin makinenin kendine ait olduğunu, diğerinin ise mülkiyetin aralarında ortak

⁴⁷⁹ HMK md. 114, 1/h.

⁴⁸⁰ Pekcanitez, *Medeni Usul Hukuku*, s.246; Kuru, *Medeni Usul Hukuku*, s.249.

⁴⁸¹ HMK md. 105.

⁴⁸² Kuru, *Medeni Usul Hukuku*, s.250; Pekcanitez, *Medeni Usul Hukuku*, s.250.

⁴⁸³ HMK md. 106.

olduğunu söylemesi üzerine uyuşmazlığın çözümü için açılan dava tespit davasıdır⁴⁸⁴. Tespit davalarında davacı, eda davalarının aksine davayı açmakta hukuki bir yararının olduğunu bildirmek ve tespit etmekle yükümlüdür. Mahkeme de tespit davalarında hukuki yararın olup olmadığını re'sen inceler.

3. İnşai davalarda hukuki yarar

Hukuki bir durumun değişmesi kaldırılması veya yeni bir hukuki durumun ortaya çıkmasının söz konusu olduğu davalar *inşai davalardır*. Örneğin sözleşmenin feshi, boşama vb. davalar bu tür davalardandır⁴⁸⁵. İnşai davalar sadece kanunun öngördüğü durumlarda açılabilir. Bu nedenle kanunun öngördüğü inşai davalarda hukuki yararın olduğu varsayılır⁴⁸⁶.

4. Belirsiz alacak davalarında hukuki yarar

Davacıdan davanın açıldığı tarihte alacağının miktar veya değerinin tam kesin olarak belirlenmesi beklenemeyeceği hallerde davacının asgari bir miktar belirleyip açtığı davalara *belirsiz alacak davası* denir⁴⁸⁷. Bu tür davalarda da hukuki yararın olduğu varsayılır.

2.2.2.1.2. İslam Hukukunda Maslahat

İslam yargılama hukukunda fakihler dava şartı olarak ayrıca maslahatı zikretmemişlerdir. *Maslahat* fıkhıta, faydayı celbetmek zararı defetmek manasına gelmektedir⁴⁸⁸. Şeriat ise maslahatı gerçekleştirmek ve zararı defetmek için vardır. Bu itibarla davada maslahat şeriatın emrettiği şeye denir. Şeriatın yasakladığı şeye ise *zarar* denir.

Fakihler zarar ve maslahata bağlanan kaideleri tayin etmişlerdir. Buna göre; “*Kullanması haram olan şeyi almak da haramdır.*⁴⁸⁹” bu kaideye göre içki, domuz vb. şeyleri almak haramdır. “*Almanın haram olduğu şeyi vermek de haramdır.*⁴⁹⁰” bu kaideye göre rüşvet, faiz gibi şeyleri almak haram olduğu gibi vermek de haramdır. Buradan netice olarak “*Yapmanın haram olduğu şeyi istemek de haramdır.*⁴⁹¹” kaidesi çıkmaktadır.

Hanefiler davanın abes olmamasını şart koşular⁴⁹². Abes, faydası ve menfaati olmayan bir iş yapmak demektir. Bu tarife itibarla abes, maslahatın tam tersidir. Mâlikîler ise davanın şeriat tarafından muteber ve faydalı sahîh bir maksat için olmasını şart

⁴⁸⁴ Kuru, *Medeni Usul Hukuku*, s.258; Pekcanitez, *Medeni Usul Hukuku*, s.251.

⁴⁸⁵ Kuru, *Medeni Usul Hukuku*, s.264; Pekcanitez, *Medeni Usul Hukuku*, s.258.

⁴⁸⁶ Kuru, *Medeni Usul Hukuku*, s.251.

⁴⁸⁷ Pekcanitez, *Medeni Usul Hukuku*, s.254; Kuru, *Medeni Usul Hukuku*, s.263.

⁴⁸⁸ Tûfi, Süleyman b. Abdullah, *Şerhu Muhtasari'r-Ravda*, Vuzâratu's-Şûnu'l-İslâmiyye, Suudi Arabistan, 1419, c.III, s.204.

⁴⁸⁹ Ebu Muhammed, Muvaffakuddin Abdullah b. Kudâme el-Makdisî, *el-Kâfi fî Fıkhi'l-İmâm-ı Ahmed*, Daru Kütübü İlmiyye, 1. Baskı, 1994, c.I, s.45.

⁴⁹⁰ Suyûtî, *el-Eşbâh ve'n-Nazâir*, s.150.

⁴⁹¹ Suyûtî, *el-Eşbâh ve'n-Nazâir*, s.150.

⁴⁹² İbn Âbidinzâde, *Kurratu Uyûnu'l-Ahyâr*, c.I, s.381.

koşmuşlardır⁴⁹³. Şâfiî ve Hanbeliler'de aynı görüşte olduklarına işaret etmektedirler. Malikiler davada maslahatın anlaşılması için genel bir kaide belirlemişlerdir. Bu kaideye göre maslahatı tespit etmişlerdir. Buna göre davada maslahat ancak hasım ikrar ettiği zaman davacının fayda sağladığı bir dava konusu varsa gerçekleşmektedir⁴⁹⁴.

İslam yargılama hukukunda fakihler dava şartı olarak ayrıca maslahatı zikretmemişlerdir. Fakat maslahat kavramının altına giren dava konusunun meşru ve davalıyı ilzam edebilecek nitelikte olmasını davanın sıhhat şartı olarak görmüşlerdir. Bu itibarlara göre davada maslahatın olması için dava konusunun meşru ve davalıyı ilzam edebilecek niteliğe sahip olması gerekmektedir.

2.2.2.1.2.1. Dava Konusunun Meşru Olması

Davacının dava açmakta maslahatı olması için dava konusu olan hakkın meşru bir hak olması şart koşulmuştur. Yani şeriatın saydığı veya caiz gördüğü şeylerden olmalıdır. Aynı zamanda bu hakkın kadâ ile şeriatte korunmaya alınmış olması gerekir. Çünkü kadâ şeriatin belirlediği hükümleri sahipleri için gözetir, onların hakkını başkalarının gasp etmesinden korur⁴⁹⁵. İçki, domuz eti, faiz, kumar vb. şeyler gibi şeriatte caiz olmayan şeyler dava konusu yapılamaz. Çünkü şeriatte bunlar mütekavvim yani kıymetli mal değildirlir⁴⁹⁶.

Şeriatin caiz gördüğü fakat insanların onu yapmakla bağlayıcı olmadığı, insanların haklarında vucübiyet ifade etmeyip yapmaları faziletli olan, karşılığını da ahirette görecekleri şeyler hakkında dava kabul edilmez. Örneğin başkalarına iyilikte bulunmak, borç vermekten çekinmek, yakın akrabaya ziyarette bulunmak, vekaleti kabul etmek vb. haklar kişilerden diyaneten talep edilebilir. Fakat bu haklar kadâen talep edilemez. Yani bir kişi akrabalarını bana ziyarete gelmiyorlar diye mahkemeye veremez veya falanca bana borç para vermiyor diyerek kadının huzuruna çıkamaz. Çünkü bu haklar her ne kadar şeriat tarafından diyaneten korumaya alınmış olsa da kadâi olarak talebi mümkün kılınmamıştır⁴⁹⁷.

2.2.2.1.2.2. Dava Konusunun Mülzem Olması

Davalıyı susturmak ve husumeti sonlandırmak için dava konusunun bağlayıcı kılacak nitelikte olması şart koşulur. Bu nedenle davanın yanlış kişiye yöneltilmesi veya iddia edilen

⁴⁹³ Karâfî, Ebu'l-Abbas Şihâbuddin Ahmed b. İdris, *el- Furûk Envêru 'l-Burûk fî Envêi 'l-Furûk*, Âlemu'l-Kütüb, c.IV, s.72.

⁴⁹⁴ İbn Ferhûn, *Tabsiratu 'l-Hukkâm*, c.I, s.126; Karâfî, *el- Furûk Envêru 'l-Burûk*, c.IV, s.72.

⁴⁹⁵ Kâsânî, *Bedâi*, c.VIII, s.419; Zuhayli, *Mevsuâtü 'l-Fıkhü 'l-İslamî*, c.VI, s.435; Tayyar, *Fıkhü 'l-Müeyssere*, c.VIII, s.98.

⁴⁹⁶ Heyet, *Mevsuatu 'l-Fıkhıyyeti 'l-Kuveytiyye*, c.XX, s.308; Tayyar, *Fıkhü 'l-Müeyssere*, c.VIII, s.99.

⁴⁹⁷ Tayyar, *Fıkhü 'l-Müeyssere*, c.VIII, s.99.

şeyin husumet konusu olmadığı hallerde dava dinlenilmez. Dava hakkında hüküm verildiği zaman davalıyı bağlayıcı kılabilen bir dava mevcut olmalıdır⁴⁹⁸. Mecelle’de bu husus; “*Dava sabit olduğu zaman davalının muhkem ve mülzem olması şart koşulur. Mesela bir kimse başka birine ödünç verse sonra başka bir kimse çıkıp ‘onu bana ödünç versin çünkü ben onun akrabasıyım.’ dese davası sahih değildir. Yine biri başka birini bir mesele de vekil tayin etse başka bir şahıs çıkıp ‘ben onun komşusuyum vekaleti bana versin ben vekalet daha layığım.’ dese yine davası sahih değildir. Çünkü bir kimse malını istediği kimseye ödünç verebilir ve işlerinde istediği kimseye vekalet verebilir. Bu davalar ve benzerlerinde davalı hakkında hüküm verilmez.*”⁴⁹⁹ şeklinde ifade edilmiştir.

Davacı davasını ispat ettikten sonra davalının ikrar, yemin ve yeminden çekinme yollarından biri ile bağlı olması ve bunun neticesinde hakkında hüküm verilmesi gerekir. Davalıyı ispat etme külfetine sokmayan ve hakkında hüküm verilemeyecek olan davalar mülzem olmadıkları için sahih değildir⁵⁰⁰. Örneğin davacı mahkemede hazır bulunan ve durumu inkar eden davalının işinde vekil olduğunu iddia etse kabul edilmez. Çünkü davalı isterse o anda vekillikten azledebilir. Bir kimse batıl bir akdin hükümlerini yürürlüğe koymak için veya davalıdan sadaka talep etmek için dava açsa bu davalarda kabul edilmez⁵⁰¹. Çünkü bu hallerde de davalıyı bir şeyi yapmaya veya yapmamaya kazai bir kararla zorunda bırakmak mümkün değildir.

Klasik fıkıh kitaplarında davanın sıhhat şartları arasında maslahat şartı zikredilmemiştir. Fakat alimlerin dava konusunun meşru ve mülzem olmasını şart koşmalarından davada maslahatı gerekli gördükleri anlaşılmaktadır. Tüm bu bilgiler ışığında davada sıhhat şartlarından birinin de maslahat olduğunu söylemek mümkündür.

2.2.2.1.3. Değerlendirme

Mer’i hukukta davacının hukuki yararının olması dava şartı kabul edilmiştir. Bu ifadeden davacının iddiasının hukuka uygun ve korunmaya değer bir hak olması gerektiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle hukuki yararın olmadığı bir davanın açılması İslam hukukunda yargılamada çabukluk, mer’i hukukta ise usul ekonomisi ilkelerine aykırıdır. Mahkemeleri boşuna meşgul etmektir.

⁴⁹⁸ Alaaddin Haskefi, *Ed-Durru’l-Muhtâr Şerhu Tenvîri’l-Ebsâr*, s.510; Molla Hüsrev, *Dureru’l-Hukkâm*, c.II, s.330; İbn Ferhûn, *Tabsiratu’l-Hukkâm*, c.I, s.109.

⁴⁹⁹ Mecelle md. 1630.

⁵⁰⁰ Ali Haydar, *Dureru’l-Hukkâm*, c.IV, s.209.

⁵⁰¹ Zuhayli, *Mevsuâtu’l-Fıkhı’l-İslamî*, c.VI, s.435; Ali Haydar, *Dureru’l-Hukkâm*, c.IV, s.209; İbn Nüceym, *el-Bahru’r-Râik*, c.VII, s.192.

İslam hukukunda açıkça maslahat ifadesi geçmese de zımnen maslahatın davalarda şart koşulduğu anlaşılmaktadır. Çünkü açılacak davanın meşru bir hak olması ve davalıyı ilzam edebilecek nitelikte olması şartları mer'i hukukta ifade edilen maslahat şartını akla getirmektedir. Mer'i hukuktaki maslahat ile İslam hukukundaki maslahat kavramları her ne kadar aynı şeyi hedeflese de nitelik ve nicelik yönlerinden farklılık arz etmektedir.

İslam hukukunda maslahat ile şârinin maksatlarına uygunluk kastedilir. Mer'i hukukta ise insanın yararına olan şey kastedilir. Örneğin mer'i hukukta bir kişinin zina etmesi, nikahsız yaşaması, alkol kullanması, toplum arasında gayri ahlaki davranışlarda bulunması kanunlar tarafından suç unsuru teşkil etmediği için kişilere dava açmakta hukuki yarar bulunmamaktadır. İslam hukukunda ise söz konusu haller şâri tarafından yasaklanmıştır. Bu nedenle bu suçları işleyen kimselere karşı dava açmakta hukuki yarar bulunmaktadır.

2.2.2.2. Dava Konusunun Aklen ve Âdeten Mümkün Olması

Davanın dinlenmesi için dava konusunun akıl ve âdet bakımından mümkün bir şey olması gerekmektedir. Mümkün olmayan bir şeyin dava konusu yapılması halinde dava hâkim tarafından dinlenilmez⁵⁰². Söz gelimi bir kişinin nesebinin kendisinden sabit olması mümkün olmayan birinden nesep iddia etmesi, kendinden yaşça büyük birinin oğlu olduğunu iddia etmesi veya fakir bir kimsenin asla kendinde bulunması mümkün olmayan bir miktarı zengin bir kimseye borç verdiğini iddia etmesi vb. gibi durumlar aklen ve adeten muhal olmasından dolayı davanın sıhhatine engeldir. Bu davalar hâkim tarafından dinlenilmez. Fakat fakir bir kimse sattığı taşınmazın parasının zengin tarafından ödenmediğini veya zengin mirasçıdan kendisine miras kaldığını iddia ederse onun bu davası dinlenir. Şeref ve makam sahibi olmayan bir şahsın itibar ve makam sahibi olan bir adamı evinde hizmet etmesi için kiraladığını ve çalışmasını tamamlamadan ayrıldığını iddia etmesi de aklen ve adeten mümkün değildir. Verilen örneklerdeki dava konuları, aklen ve âdeten muhal olduğu için kâdı tarafından dinlenilmez⁵⁰³.

Davacının, üç yaşındaki atın on senedir kendisinde olduğu iddiası da mümkün olmamasından dolayı dinlenilmez. Fakat davacı bir hayvanın kendisine ait olduğunu iddia etse ve davada bu hayvanın vasıflarını zikretse, hayvan mahkeme meclisinde hazır

⁵⁰² Ebu'l-Hâris, *Mevsuatu'l-Kavâidu'l-Fıkhiyye*, c.X, s.884; Tayyâr, *Fıkhu'l-Müeyyere*, c.VIII, s.99; Muhammed Rafet Osman, *Nizâmu'l-Kadâ*, s.226; Zuhayli, *Mevsuâtu'l-Fıkhi'l-İslâmî*, c.VI, s.435; Alaaddin Haskefi, *Ed-Durru'l-Muhtâr Şerhu Tenvîri'l-Ebsâr*, s.510; Usâme b. Said el-Kahtân vd., *Mevsuatu'l-İcma fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, Daru'l-Fadîle, Riyad, 2012, c.III, s.820; Şeyhzâde, *Mecmû'ul-Enhur*, c.II, s.249; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-Râik*, c.VII, s.192; İbn Âbidinzâde, *Kurratu Uyûnu'l-Ahyâr* c.I, s.380.

⁵⁰³ Tayyar, *Fıkhu'l-Müeyyere*, c.VIII, s.99; Zuhayli, *Mevsuâtu'l-Fıkhi'l-İslâmî*, c.VI, s.435; Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c. IV, s.208; Muhammed Rafet Osman, *Nizâmu'l-Kadâ*, s.226.

bulundurulsa ve davacının vasıfladığından farklı vasıflarda olsa, davacıya senin hayvanın bu mudur? diye sorulur. Davacı “*Evet bu benim vasıfladığım hayvandır.*” derse davası dinlenilmez. Fakat “*bu benim vasıfladığımdan başka bir hayvandır.*” derse davası dinlenir. Davacı davada işaret ettiği demir için sekiz kilo dese sonra ağırlığının on kilo olduğu tespit edilse dava sahihtir. Çünkü işaret etmekle malum olan eşyalarda miktarın değişikliği davanın sıhhatine engel değildir⁵⁰⁴. Mecelle’de bu hususu “*Dava konusunun sübuta ihtimali olan şeylerden olması gerekir. Aklen ve âdeten varlığı imkânsız olan bir şeyi iddia etmek mesela ‘Bir kimsenin kendisinden yaşça büyük veya nesebi malum olan bir kimse hakkında benim oğlumdur.’ demesi gibi. Bu durumda davası sahih değildir.*”⁵⁰⁵ şeklinde ifade etmiştir.

Netice olarak dava konusunun aklen ve âdeten mümkün olan bir şey olması ve dava sonunda hakkında hüküm verilme ihtimali olan şeylerden olması şart koşulmuştur. Bu şartı sağlamayan bir dava kâdı tarafından dinlenilmez.

Söz konusu şart mer’i hukukta dava şartları arasında sayılmamıştır. Fakat İslam hukukuna göre dava konusunun aklen ve adeten mümkün olması şartını, mer’i hukuktaki maslahat şartının içinde görmek mümkün görünmektedir.

2.2.2.3. Dava Konusunun Malum Olması

Davanın faydası kişileri bir şeyi yapmakla, bir hakkı yerine getirmekle mükellef kılması, hükmedilen şeylerin yürütülmesine mahkeme aracılığı ile yardımcı olarak insanlara haklarını elde etmek noktasında kolaylık sağlamaktır. Davanın dinlenmesi için dava konusunun malum olması gerekmektedir.

Davadan maksat hüküm vermektir. Hüküm vermek ise davacı ve davalı arasındaki husumeti sonlandırmak içindir. Konusu belli olmayan bir davada hüküm vermek mümkün olmadığı için aradaki çekişmeyi sonlandırmak da imkansızdır. İşte bu nedenle dava konusunun davada tam anlamıyla tespit edilmesi, bilinebilir olması gerekir⁵⁰⁶. Dava konusu malum olmadığı takdirde dava sahih olmaz. Davacı beyyine sunamaz. Davalı cevap vermeye

⁵⁰⁴ Ali Haydar, *Dureru’l-Hukkâm*, c.IV, s.208.

⁵⁰⁵ Mecelle md. 1629.

⁵⁰⁶ Meydânî, *el-Lübab*, c.IV, s.26; Merğînânî, *el-Hidâye*, c.III, s.153; Zuhayli, *Mevsuâtu’l-Fıkhî’l-İslamî*, c.VI,s.435; Haddâdî, Ebu Bekir b. Ali b. Muhammed, *el-Cevheretu’n-Nîre*, Hayriyye, 1322, c.II, s.209; Muhammed Rafet Osman, *Nizâmu’l-Kadâ*, s.238; Bâbertî, Muhammed b. Muhammed b. Mahmud Ekmeleddin Ebu Abdullah, *el-İnâye Şerhi’l-Hidâye*, Daru’l-Fıkr, c.VIII, s.157; Aynî, *el-Benâye*, c.IX, s.314; Salih b. Fevzân b. Abdullah Fevzân, *Mulahhasu’l-Fıkhî*, Daru’l-Âsime, Riyad, 1423, c.II, s.633; Tayyar, *Fıkhü’l-Müeyssere*, c.VIII, s.99; Kâsânî, *Bedâi*, c. VIII, s.413.

zorlanamaz. İnkâr eden davalı yemin etmez⁵⁰⁷. Bu konu *Mecelle*'de: “*Dava konusunun malum olması gerekir. Dava konusu meçhul olursa dava sahih olmaz.*”⁵⁰⁸ şeklinde ifade edilmiştir.

Dava konusunun malum olması davacının, kâdının ve davalının zihninde dava konusunun ne olduğunu tam anlamıyla tasavvur ettirmesi demektir⁵⁰⁹. Örneğin bir kimse ‘*Filan benim malımı helak etti.*’, ‘*Filan benim ortağımı ancak bana ihanet etti.*’, ‘*Falanca kimse vefat etti ve bana mal vasiyet etti fakat ben ne kadar vasiyet ettiğini bilmiyorum*’ derse bu kimselerin davası sahih değildir. Çünkü dava konusu net bir şekilde ifade edilmemiştir⁵¹⁰.

Mer’i hukukta dava konusunun malum olması dava şartları arasında değil, dava dilekçesinde yazılması zorunlu hususlar arasında zikredilmiştir⁵¹¹. Mer’i hukukta dava konusu alacak ise alacak miktarının, malvarlığına ilişkin bir husus ise değerinin dava dilekçesinde yazılarak gösterilmesi zorunludur. Bunların gösterilmesinin zorunlu olmasının nedeni dava üzerinden alınacak harç miktarını belirlemek içindir⁵¹².

2.2.2.3.1. Dava Konusunun Malum Olma Yolları

Duruma göre dava konusunun tespit yöntemleri farklılık göstermektedir. Dava konusu **işaretle** ya da **tarif** ve **tavsif** yoluyla malum olur; Dava konusunun belirlenme yolları⁵¹³ *Mecelle*'de: “*Dava konusu işaretle ya da vasıflamak ve tariflerle belli olur. Dava konusu taşınabilir ayn ise muhâkeme meclisinde hazır bulunuyorsa sadece ona işaret etmek yeterlidir. Eğer muhâkeme meclisinde hazır bulunmuyorsa vasıflamak, tarif etmek ve kıymetini beyan etmekle belli olur. Eğer dava konusu taşınmaz ise sınırlarını beyan etmekle belli olur. Eğer dava konusu borç ise cinsinin, nevinin ve miktarının beyanı ile belli olur.*”⁵¹⁴ şeklinde ifade edilmiştir.

Mevcut olan her türlü dava konusunu işaretle malum kılmak mümkündür⁵¹⁵. *Mecelle*'de “*Hazırda olanı vasıflamak lağvıdır. Gaip de olanı vasıflamak ise muteberdir.*”⁵¹⁶ şeklinde ifade edilmiştir. Bu nedenle mevcut ve mecliste hazır bulunan bir eşyayı tavsif yolu ile malum kılmak muteber değildir.

⁵⁰⁷ Heyet, *Mevsuatu'l-Fıkhiyyeti'l-Kuveytiyye*, c.XX, s.298; Serahsî, *el-Mebsût*, c.XVII, s.30; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-Râik*, c.192, s.7; Âtâsi, *Şerhu'l-Mecelle*, c.V, s.12.

⁵⁰⁸ *Mecelle* md. 1619.

⁵⁰⁹ Heyet, *Mevsuatu'l-Fıkhiyyeti'l-Kuveytiyye*, c.XX, s.299.

⁵¹⁰ Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.184.

⁵¹¹ HMK md. 119/1-d.

⁵¹² Kuru, *Medeni Usul Hukuku*, s.278.

⁵¹³ Zuhayli, *Mevsuâtü'l-Fıkhü'l-İslamî*, c.IV, s.435; Tayyar, *Fıkhü'l-Müeyyere*, c.VIII, s.99; Meydâni, *el-Lübab*, c.IV s.27.

⁵¹⁴ *Mecelle* md. 1620.

⁵¹⁵ Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.184

⁵¹⁶ *Mecelle* md. 65.

Dava konusunu işaret ederek belirlemenin iki şartı vardır. İlki; vasıflanacak olan eşyanın dava meclisinde hazır olması, ikincisi; mecliste hazır bulunan eşyanın vasıflanabilecek cinsten bir şey olmasıdır⁵¹⁷. Bu nedenle tarif ve tavsif yolu dava konusu eşyaya işaret ederek belirlemenin mümkün olmadığı durumlarda kullanılır.

Mevcut olmayan ve gaip olan dava konularında dava konusu tarif ve tavsif yöntemiyle belirlenir. Tarifin sureti dava konusuna göre farklılık gösterir. Örneğin taşınmaz bir malın tarifi sınırlarını belirlemekle yapılırken, taşınmaz dışında kalan malların tarifi ise cinsini, nevini, vasfını ve miktarını bildirmekle mümkündür. Tarif, tavsif ve beyan haricinde bazı davalarda malumiyet için başka şartların da mevcut olması gerekebilir⁵¹⁸. Mecelle'de: "*Dava konusu taşınır eşya ise ve hakimin huzurunda hazırsa davacı hakimin huzurunda o şeye işaret ederek 'bu mal bana aittir. Bu adam bu mala haksız yere el koydu. Bu malın adamdan alınmasını talep ediyorum.'* der. Eğer eşya mecliste hazır değilse ama meclise masrafsız olarak getirilmesi mümkünse yemin ve şehadet zamanında ona işaret edebilmek için hüküm meclisine getirilir. Eşyanın mecliste masrafsız bir şekilde hazır bulundurulması mümkün değilse davacı eşyanın kıymetini bildirir ve eşyayı tarif eder. Lakin gasp ve rehin davalarında kıymet beyanı gerekmez. Misal olarak; davacı, benim gümüş yüzüğümü gaspetti dese kıymetini beyan etmese veya kıymetini bilmiyorum dese davası sahihtir."⁵¹⁹ şeklinde ifade edilmiştir.

Mecellenin ifadesinden yola çıkarak dava konusu; **alacak** veya **ayn** olabilir; **Ayn** ya taşınır ya taşınmaz olabilir; *Taşınır* ya mevcuttur ya da helak olmuştur. Mevcut olan taşınır ya mahkemede hazır bulundurulabilir ya da hazır bulundurulamaz⁵²⁰.

Taşınmaz davalarında beldenin, köyün, mahallenin, sokağın ve sınırlarının zikredilmesi gerekir. *Alacak davalarında* dava konusu alacağın cinsi, nevi, miktarı ve sıfatı belli olursa dava konusu malum olur⁵²¹. Kenz, Mültekâ, Kudurî, Vikâye gibi muteber fıkıh kitapları dava konusunun cins ve miktarının malum olmasını şart koşmuşlardır⁵²². Halbuki dava konusu borç ile alakalı ise cinsini ve miktarını belli etmek lazımdır. Ayn davalarında ise cins ve miktarı söylemeye ihtiyaç yoktur. Davada bulundurulup ona işaret edilmesi dava konusunun malum olması için yeterlidir. Ancak davada hazır bulundurulamıyorsa cins ve

⁵¹⁷ Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.65.

⁵¹⁸ Haddâdî, *el-Cevheretu'n-Nîre*, c.II, s.209; Muhammed Rafet Osman, *Nizâmu'l-Kadâ*, s.238; Bâbertî, *el-Înâye*, c.VIII, s.157; Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.185.

⁵¹⁹ Mecelle md. 1621.

⁵²⁰ Âtâsi, *Şerhu'l-Mecelle*, c.V, s.10.

⁵²¹ Merğınani, *el-Hidâye*, c.III, s.154; Âtâsi, *Şerhu'l-Mecelle*, c.V, s.14.

⁵²² Kudûri, Ahmed b. Muhammed b. Ahmed, *Muhtasaru'l-Kudûri*, (thk. Kamil Muhammed), Daru Kütübü İlmiyye, yy., 1997, s.213; İbn Nüceym, *Bahru'Râik*, c.VII, s.191; Şeyhzâde, *Mecmu'ul-Enhûr*, c.II, s.250; Kâsani, *Bedâi*, c.VIII, s.414.

miktarını belli etmek gerekir. Metin kitaplarında ise ayırım yapılmaksızın cins ve miktarın malum olması şart koşulmuştur. Sonraki âlimler ise cins ve miktarın belli olmasını deyn ile kaydetmek gerektiğini düşünmüşler ve kendi kitaplarında bu metinleri şerh ederken bu konuyu dava çeşitlerine göre tek tek ele almışlardır⁵²³.

Genel olarak dava konusu;

a. Taşınırlarda dava meclisinde işaretle,

b. Taşınmazlarda sınırlarını belirlemek mümkünse sınırlarını çizmekle (arsa, ev ve diğer taşınmazlar gibi.)

c. Değirmen taşı gibi dava konusu taşınır fakat dava meclisine getirmek meşakkatli ise kâdının keşfiyle veya kâdının görevlendirdiği bilirkişiyle.

d. Eğer dava konusu borç ise cinsini (arpa, buğday, altın, gümüş vb. şeyler gibi.), nevini (buğday ve arpanın türü, gram altın, çeyrek altın vb.) miktarını ve sıfatını beyan etmekle malum olur.

2.2.2.3.2. Malumiyet Yollarının Dava Konusuna Göre İncelenmesi

Ayn fıkihta hazırlanmış, taksim edilmiş var olan maddi mala denir. Bu tarifin içerisine, taşınır, taşınmaz, ölçülebilen tartılabilen elle tutulup gözle görülebilen, dış dünyada bir varlığı bulunan tüm mallar girer⁵²⁴. Ayn mülkiyeti ise mülk edinebilir bir eşyanın maddi varlığı üzerindeki hukuki egemenlik yetkisine denir⁵²⁵. Arapçada “rakabe” kelimesiyle de ifade edilir.

Deyn zimmette sabit olan şey anlamına gelmekle birlikte deyn de ayn gibi bir maldır. Daha özel bir ifadeyle zimmette sabit bulunan alacaklıya ait olan mala deyn denilir. Fakat ayn hakiki bir malı ifade ederken deyn ise hükmî anlamda bir mal sayılır⁵²⁶. Buna göre alacaklı deyn mülkiyetine sahip bulunan kişidir. Deynin konusu ise verilen şeye göre değişiklik gösterir. Örneğin alacaklının alacağı para ise borçlu bunu misli olarak öder. Fakat elinde emanet bırakılan bir mal ise borcunu o aynı teslim etmekle öder⁵²⁷. Bundan sonraki bölümde sırasıyla ayn ve deyn davalarında dava konusunu belirleme yöntemleri ele alınacaktır.

⁵²³ Âtâsi, *Şerhu'l-Mecelle*, c.V, s.13.

⁵²⁴ Hayreddin Karaman, “Ayn” md., *TDV İslam Ansiklopedisi (DİA)*, c.IV, s.258.

⁵²⁵ Halit. Çalış, (2013). “Eşya Hukuku”. T. Türcan (Ed.). *İslam Hukuku El Kitabı*, Grafiker Yayınları, Ankara, s.404.

⁵²⁶ Karaman, “Ayn” md., c.IV, s.258.

⁵²⁷ Karaman, *Ana Hatlarıyla İslam Hukuku*, s.448.

2.2.2.3.2.1. Ayn ile İlgili Davalar

Dava ve şahitlik zamanında, dava konusu olan şey taşınabilir bir eşya ise ona işaret etmek mümkün olacağından mahkemede bulunması gerekir. Çünkü mahkemede bu eşyaya işaret etmekle dava konusu malum olur. Dava konusu olan şey davalının elindeyse davalı, davacı ona işaret edebilsin, şahitler şahitliğini yapsın ve davalı da yemin edebilsin diye onu mahkemede hazır bulundurmakla yükümlüdür. Fakat bu aynî eşya davaya; helak olması sebebiyle getirilemiyor veya getirilirken helak olmasından korkuluyorsa, bu takdirde dava konusunun malum olması için eşyanın kıymetinin zikredilmesi gerekir⁵²⁸. Dava konusu değirmen taşı gibi taşınması zor olan şeylerden ise kâdı isterse onun mahkeme salonuna getirilmesini talep edebilir ya da değirmen taşının bulunduğu yere bir emîn gönderir⁵²⁹.

Öte yandan Hanefi ve Cumhur arasında taşınır malların belirlenme yöntemi hakkında ihtilaf vardır. Hanefiler kıyemî malların birbirine benzer özelliklere sahip olabilmesi ihtimaline karşı taşınır malların dava esnasında işaret edilerek malum olacağını söylerler⁵³⁰.

Cumhur-u ulema ise kıyemî malların malum olması için taşınır eşya ile ilgili davalarda mecliste hazır olması veya beldede bulunması durumları dışında eşyanın mecliste bulunmasını şart koşmamıştır⁵³¹. Mecliste bulunmayan mislî mal ise davacının malın vasıflarını zikretmesi gerekir. Kıyemî mal ise vasıflamakla bilinebiliyorsa vasfını zikretmesi yeterlidir. Aksi takdirde kıymetini beyan etmesi gerekir. Taşınır eşyanın bilinebilirliğini dava esnasında işaret etmekle sınırlamamışlardır. Cumhura göre kıyemî taşınır eşyalar vasıflamakla bilinir. Bu nedenle dava esnasında hazır bulundurulup işaret edilmesi şart değildir⁵³².

2.2.2.3.2.1.1. Taşınırın Mahkemede Hazır Olması

Muhâkeme meclisinde hazır bulundurulması mümkün olan taşınır eşyalarla ilgili davalarda, davanın sıhhati için dört şey gerekir⁵³³.

1. *Davacının o eşyaya işaret ederek "O bana aittir." veya "O benim mülkümdür." demesi gerekir.* Tarifin mümkün olduğu en asgari yol işaret etmektir. Bir şeye işaret edildiği zaman onun nevinin, miktarının, cinsinin, sıfatının zikredilmesine gerek yoktur.

⁵²⁸ Merğmânî, *el-Hidâye*, c.III, s.153; Zuhayli, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, s.5982; Meydâni, *el-Lübab.*, c.IV, s.27; Yasin, *Nazarıyetü't-Dava*, s.553.

⁵²⁹ İbn Humâm, Kemaleddin Muhammed b. Abdulvahid, *Fethü'l-Kadîr*, Daru'l-Fıkr, c.VIII, s.158; Kâsânî, *Bedâi*, c.VII, s.414.

⁵³⁰ Zeylâi, Osman b. Ali Fahreddin, *Tebyînu'l-Hakâik Şerhu Kenzu'd-Dakâik ve Hâşiyetu's-Şilbî*, Matbatu'l-Kübra'l-Emîrî, Kahire, 1313, c.IV, s.293.

⁵³¹ Yasin, *Nazarıyetü't-Dava*, s.354.

⁵³² İbn Ebi'd-Dem, Şihâbuddin Ebi İshak İbrahim b. Abdullah, *Edebu'l-Kadâ*, (thk. Muhyi Hilal Serhan)Vuzâratu'l-Evkâf, Bağdad, 1984, c.I, s.153.

⁵³³ Şeyhzâde, *Mecmû'ul-Enhur*, c.II, s.252; Âtâsi, *Şerhu'l-Mecelle*, c.V, s.16-17; Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.185.

İşte bu nedenle mahkemede taşınabilir eşya hazır bulundurulduğu zaman ona elle işaret etmek dava konusunun malum olması için yeterlidir. Şahitlik de dava konusu olan eşyaya işaret edilerek yapılır. Şahitlerin sadece başlarıyla onaylamaları işaret için yeterli değildir. Fakat onların işaretinden dava konusu olan eşyaya işaret ettikleri anlaşılıyorsa o zaman sıhate engel olmaz.

2. *Davacının, “Bu adam (yani davalı), bu eşyaya el koydu.” demesi gerekir.* Taşınırın davalının elinde olduğu zikredilmelidir. Çünkü davacının sözü davalının tasdikiyle sabit olur⁵³⁴.

3. *Davacının haksız yere el koydu demesi gerekir.* Bazen taşınır eşyalar haklı bir sebeple sahibinden başkasının elinde bulunabilir. Haksız yere kaydı davalının eşyayı alacak karşılığı rehin alma veya hapsedme ihtimalini ortadan kaldırmak içindir. Ancak haksız yere ifadesinin kullanılacağı dava konuları hakkında ihtilaf vardır. Bu ifadenin sadece taşınmazlarda kullanılması gerektiğini söyleyenler olduğu gibi hem taşınır hem taşınmaz mallarda kullanmasını şart koşanlar da vardır. Mecelle ise hem taşınır hem de taşınmaz ile ilgili olan davalarda davacının “*haksız yere elinde bulunduruyor.*” demesini davanın sıhhati için şart koşmuştur⁵³⁵.

4. *Davacının malını talep etmesi gerekir.* Davacının davalıdan malının alınmasını istediğini zikretmesi gerekir. Hanefi fıkhî metinleri “*haksız yere*” ile “*davalının elinde*” ifadelerinin kullanılması gerektiği konusunda ittifak etmiştir⁵³⁶. Bu bağlamda ayrıca İslam yargılama hukukunda taleple bağlılık ilkesinin geçerli olduğu tespit edilebilmektedir.

2.2.2.3.2.1.2. Taşınırın Mahkemede Hazır Bulundurulamaması

Mahkemede hazır bulundurulamamakla birlikte mevcut olan aynî taşınır malı, davacı tarif eder ve kıymetini beyan eder. Kıymet beyanının gerektiği hususunda metinler ittifak etmiştir. Fakat metin şârihleri aynı zamanda nevinin, sıfatının, cinsinin zikrine de ihtiyaç olup olmaması konusunda farklı görüşler beyan etmişlerdir. Bu konuda gelen nakillerin özeti şu şekildedir⁵³⁷:

Aynî taşınır mal, mislî bir mal ise mahkemede malın helak olması veya gaip olması bir diğer tabirle yerinin bilinmemesi nedeni ile hazır bulundurulamıyorsa malın cinsinin, nevinin ve sıfatının beyanı gerekir⁵³⁸. Eğer mahkemede hazır bulundurulamaması malı mahkemeye

⁵³⁴ Kâsâni, *Bedâi*, c.VI, s.222.

⁵³⁵ Babertî, *el-İnâye*, c.VIII, s.165; Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.196.

⁵³⁶ Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.185; Kâsâni, *Bedâi*, c.VIII, s.414.

⁵³⁷ İbnu'l-Humâm, *Fethu'l-Kadîr*, c.VIII, s.159; Âtâsi, *Şerhu'l-Mecelle*, c.V, s.20; Aynî, *Benâye*, c.IX, s.316; Meydânî, *el-Lübab*, c.IV, s.27; Şeyhzâde, *Mecmû'ul-Enhur*, c.II, s.252.

⁵³⁸ Nizâmuddîn Belhî, *Fetâvâ-ı Hindiyeye*, c.IV, s.9; Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik*, c.IV, s.292.

getirmekte taşıma ücreti ve meşakkat olmasından kaynaklanıyorsa bu takdirde kâdı muhayyerdir. İsterse malın bulunduğu yere kendi gider ve orada hüküm verir. Eğer kâdı yerine adam koymaya yetkili ise isterse yerine başkasını tayin eder oraya gönderir. Yerine gönderdiği halifesi onun yerine hükmeder. Eğer hâkimin halife tayin etme yetkisi yoksa bu takdirde malın olduğu yere, dava ve şehâdet zamanında mala işaret etsin diye emîn gönderir. Kâdı emîni dinler ve onun söylemine göre hüküm verir⁵³⁹.

Mecelle, daha önce zikri geçen madde 1620’de “...Eğer muhâkeme meclisinde hazır bulunmuyorsa vasıflamak, tarif etmek ve kıymetini beyan etmekle belli olur...” Ayn davalarında ister mal helak olsun ister gaip olsun malın vasıfları ile beraber kıymetinin zikredilmesini şart koşturmuştur. Malın vasıflarını zikredilmesini şart koşturmakta maksat, davacının söylediği kıymetin doğru olup olmadığını tespit edebilmektir. Çünkü malların kıymeti cinsine, nevine, sıfatına göre farklılık gösterebilir. Aslında bu konudaki ihtilafın sebebi de buradan kaynaklanmaktadır. Bir başka görüşe göre ise eğer dava konusu mevcut fakat mal helak olmuş ise ve kıymeti talep ediliyorsa eşyanın sadece kıymetini beyan etmek yeterlidir⁵⁴⁰.

2.2.2.3.2.1.3. Birden Fazla Taşınırın Aynı Davaya Konu Olması

Mecelle’de, “Dava konusu cinsi, nevi, sıfatı farklı eşyalar ise hepsinin toplam kıymetini zikretmek yeterlidir. Her birinin tek tek kıymetini zikretmeye ihtiyaç yoktur.”⁵⁴¹ şeklinde ifade edilmiştir. Bu hükmün belirlenmesinde gasp davasında kıymet zikri olmaksızın dava sahih kabul ediliyorsa farklı eşyalar olduğu zaman topluca kıymetlerinin zikri evleviyetle sahih olacağı düşüncesi etkilidir⁵⁴². Örneğin; dava konusu beş tane at, iki koyun, üç tane ağaç ise hepsinin toplam kıymetinin zikredilmesi yeterlidir. Her birinin ayrı ayrı kıymetinin zikrine ihtiyaç yoktur⁵⁴³. Bu madde de farklı aynlar ile maksat kıyemî olan mallardır. Kıyemî ve mislî mallar bir araya gelirse mislî olanın mislini zikretmek gerekir. Kıymetinin beyanına ihtiyaç yoktur. Çünkü mislî mallar kıymet ile değil mislinin beyanı ile bilinir. Davacı kilo ile ölçülebilen bir şeyi dava konusu yaptıysa onun arpa veya buğday

⁵³⁹ Aynî, el-Benâye c.IX, s.315; Heyet, *Mevsuatu'l-Fıkhıyyeti'l-Kuveytiyye*, c.XX, s.301; Âtâsi, *Şerhu'l-Mecelle*, c.V, s.24; Şeyhzâde, *Mecmû'ul-Enhûr*, c.II, s.252.

⁵⁴⁰ Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.185.

⁵⁴¹ Mecelle Md. 1622.

⁵⁴² Şeyhzâde, *Mecmû'ul-Enhûr*, c.II, s.252; Âtâsi, *Şerhu'l-Mecelle*, c.V, s.28; Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.195; Nizâmuddîn Belhî, *Fetâvâ-i Hindiyeye*, c.IV, s.9; İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, c.V, s.544.

⁵⁴³ Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.195.

diyerek cinsini, yaş veya kuru olarak nevini, yeni veya eski diye sıfatını, şu kadar kilo diyerek miktarını belirtmesi gerekir⁵⁴⁴.

2.2.2.3.2.1.4. Mer’i Hukukta Taşınırın Belirlenmesi

Mer’i hukukta dava konusu olan taşınırın (araba gibi resmi ruhsat kaydı olan mal ise plakası, rengi, model yılı, ruhsat sahibi gibi hususların) ve değerinin dava dilekçesinde zikredilmesiyle dava konusu belirlenir⁵⁴⁵. Eğer dava konusu resmi kaydı olmayan bir taşınır ise laptop-dizüstü bilgisayar, telefon vb. gibi bu takdirde dava konusu renk, marka, model gibi hususların dilekçede yazılması ve değerinin belirtilmesiyle malum olur.

Bu bilgiler ışığında şu değerlendirmeyi yapmak mümkündür; sıfır kilometre olan bir araç İslam hukukuna göre misli mal statüsünde sayılırken ikinci el araçlar kıyemî mal hükmündedir⁵⁴⁶. Mecelle’de hazırda olanı vasfetmenin geçerli olmadığı zikredilmişti⁵⁴⁷. Hanefiler’e göre sıfır kilometre bir araç misli mal statüsünde olduğu için İslam hukukunda araç kayıtları misli malların belirlenmesinde kullanılabilir. İkinci el araçlar ise kıyemi mal hükmünde olduğu için araba helak olması veya gaip olması gibi bir sebeple dava meclisine getirmek mümkün değilse ruhsat kaydı ve değerini zikretmekle dava konusunun malum olması mümkündür. Fakat aracın duruşma salonuna getirilmesi mümkünse bu takdirde aracı ruhsat kaydıyla vasıflamak muteber değildir. Dava esnasında işaret edilmesi gerekir. Cumhuriyet ise dava konusunun malum olması için işaret etmeyi şart koşmamışlardır. Bu nedenle Cumhura göre ruhsat kayıtları, dava konusu aracın belirlenmesi için yeterlidir.

2.2.2.3.2.1.5. Taşınmazın Aynından Doğan Davalar

Taşınmaz ile ilgili davanın dinlenebilmesi için davacının yerine getirmesi gereken üç şart vardır:

İlki, taşınmazın sınırlarını söylemelidir.

İkincisi, taşınmazın davalının elinde olduğunu belirtmelidir. Çünkü davaya hasım gerekir. Bu hasım davalıdır. Davalı da ancak taşınmazı elinde bulunduruyorsa davada hasım olabilir. Taşınmazın davalının elinde olduğuna dair delil bulunmayan davacı, taşınmazın davalının elinde bulunduğunu söylese davalı da bu iddiayı inkar etse, bu durumda davacının buna dair yemin etmesi gerekir. Eğer davacının elinde delil varsa delili mahkemeye sununcaya kadar davası dinlenilmez.

⁵⁴⁴ Ali Haydar, *Dureru’l-Hukkâm*, c.IV, s.195; Âtâsi, *Şerhu’l-Mecelle*, c.V, s.28.

⁵⁴⁵ Kuru, *Medeni Usul Hukuku*, s.278

⁵⁴⁶ Beşir Gözübenli, “Kıyemî”, *TDV İslam Ansiklopedisi (DİA)*, 2002, c.XXV, s.540-541

⁵⁴⁷ Mecelle md. 65.

Üçüncüsü ise, taşınmazı talep ettiğini ifade etmelidir⁵⁴⁸. Bu üç şart yerine geldiği zaman dava hâkim tarafından dinlenebilir. Aksi takdirde dava şartı yokluğundan reddedilmelidir.

Bu üç şartın yanında fukahanın çoğunun tercih ettiği görüşe göre, davacının talebini yaparken davalının haksız olarak dava konusunu elinde bulundurduğunu da zikretmesi şart koşulmuştur. Haksız yere elinde bulundurmamak ifadesi dava konusunun davalının elinde rehin veya hapsedilmiş olma ihtimallerini ortadan kaldırır⁵⁴⁹.

Konusu bilinmeyen bir dava dinlenilmez. Taşınmazın belirlenmesi ise ancak sınırlarını zikretmekle mümkündür. Taşınmazın davada belirlenmesi Mecelle’de, “*Dava konusu taşınmaz olursa beldesinin, köyünün, mahallesinin, sokağının, dört ya da üç sınırının, sahipleri varsa sahiplerinin babaları ve dedeleri ile birlikte isimlerinin zikredilmesi gerekir. Lakin sahipleri tanınmış ve şöhret bulmuş kişiler ise sadece tanındıkları meşhur isimlerinin ve kendi isimlerinin zikredilmesi yeterlidir. Bu durumda babalarının ve dedelerinin isimlerinin zikrine ihtiyaç yoktur. Eğer taşınmaz şöhret bulmasından dolayı dava ve şahadet zamanında sınırlarının söylenmesinden ihtiyaçsızsa ‘davacının şu yazılı kağıttaki taşınmaz benim mülkümdür.’ Demesi yeterlidir. Davası sahihtir.*”⁵⁵⁰ şeklinde ifade edilmiştir. Mecelle’nin ifadelerinden yola çıkarak taşınmazın malum olması için ilk olarak beldesinin ikinci olarak köy ya da mahallesinin üçüncü olarak sokağının dördüncü olarak sınırlarının zikredilmesinin gerekli olduğu anlaşılmaktadır⁵⁵¹.

Taşınmazla kastedilen arsa, ev gibi bir yere taşınması mümkün olmayan mallardır. Bu tür eşyaların sınırları tarif edilerek dava konusu malum olur⁵⁵². Bu nedenle taşınmazı tam anlamıyla belirlemek, sınırlandırmak gerekmektedir. Davada taşınmazın sınırları, sahiplerinin isimleri, nesepleri, dedelerinin zikredilmesi lazımdır. Fakat tarif edilen şahıs herkes tarafından bilinen meşhur bir kimse ise imam, alim vb. gibi sadece meşhur olan şahsın zikredilmesi ile yetinilir. Çünkü asıl olan taşınmazın sahiplerini belirlemektir. Meşhur şahsı zikretmekle taşınmaz belirlenmiş olur⁵⁵³.

⁵⁴⁸ Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik*, c.IV, s.292; Babertî, *el-Înâye*, c.VIII, s.161; Kâsânî, *Bedâi*, c.VIII, s.414; Meydâni, *el-Lübab*, c.IV s.27; Aynî, *el-Benâye*, c.IX, s.317.

⁵⁴⁹ Haddâdî, *el-Cevheretu'n-Nîre*, c.II, s.210; Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.196; Aynî, *el-Benâye*, c.IX, s.319; Babertî, *el-Înâye*, c.VIII, s.164.

⁵⁵⁰ Mecelle md. 1613.

⁵⁵¹ Babertî, *el-Înâye*, c.VIII, s.161; Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.196; Aynî, *el-Benâye*, c.IX, s.317; Kâsânî, *Bedâi*, c.VIII, s.414; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-Râik*, c.VII, s.197; Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik*, c. IV, s.292.

⁵⁵² Yâsîn, *Nazariyetu't-Dava*, s.351.

⁵⁵³ Meydâni, *el-Lübab*, c.IV s.27; Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm* c.IV, s.197; Nizâmuddîn Belhî, *Fetâvâ-i Hindiyye*, c.IV, s.13; Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik*, c.IV, s.293; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-Râik*, c.VII, s.197; Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.199.

Davada taşınmazın tek bir sınırının söylenmesi yeterli değildir. Bunda bir ihtilaf yoktur. İmam Ebu Yusuf (ö.182/798)'a göre taşınmazın iki sınırının söylenmesi yeterlidir. İmam Muhammed (ö.189/805) ve İmam Ebu Hanife(ö.150/767)'ye göre taşınmazın malum olması için en az üç sınırının zikredilmesi gerekir. İmam Züfer (ö.158/775)'e göre ise üç sınırını zikretmek yeterli olmayıp taşınmazın bütün sınırlarının zikredilmesi gerekmektedir⁵⁵⁴.

Mecelle ise taşınmazın üç veya dört sınırının zikredilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu ifadeden mecellenin taşınmaz sınırının belirlenmesinde aldığı askari ölçünün üç sınırının söylenmesi olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle taşınmazın üç sınırı zikredilse dördüncü sınırı söylenmese davanın sıhhatine engel olmamaktadır. Dördüncü sınırı söylenen taşınmazın dördüncü sınırı iki kişinin mâlik olduğu bir sınır ise bu takdirde onlardan her ikisinin ismini söylemeye ihtiyaç yoktur. Dördüncü sınırdaki ev ve mescid beraber bulursa ikisinden birinin zikri yeterlidir⁵⁵⁵.

Davacı ve şahitler taşınmazın sınırlarından birini yanlış söyleseler dava sahih olmaz. Davalı, “*Sınırlarını belirttiğiniz taşınmaz bende değildir.*” derse davacıya bu taşınmazın teslimi gerekmez. Çünkü sınırların yanlış söylenmesi davalıya yöneltilecek husumeti engeller. Ancak davalı, “*Senin dediğin taşınmaz bendedir. Fakat sen sınırlarını söylerken yanıldın.*” derse davacı hatasını düzelttiği zaman tekrar husumeti yöneltebilir. Davalının herhangi bir beyanda bulunmaksızın davacının sınırları yanlış tarif ettiğini söylemesine itibar edilmez⁵⁵⁶.

Mecelle’de: “*Davacı taşınmazın sınırlarına isabet etse, taşınmazın dönümü veya ölçülerini fazla ya da eksik söylese bu davanın sıhhatine engel olmaz.*”⁵⁵⁷ şeklinde ifade edilmiştir. Taşınmazın sınırlarının zikredilmesiyle taşınmazın yeri malum olmuştur. Bu nedenle taşınmazın miktarının yanlış zikredilmesi davanın sıhhatine engel teşkil etmez. Böyle bir durumda taşınmazın miktarının söylenmesi veya söylenmemesi arasında fark yoktur⁵⁵⁸. Davacının iddia ettiği taşınmazın komşularının ismini bilmemesi davanın sıhhatine engel teşkil etmez⁵⁵⁹. Şahitlerin, taşınmazın sınırlarını söylerken yaptıkları hatayı düzeltmelerinde herhangi bir sıkıntı yoktur⁵⁶⁰.

⁵⁵⁴ Kâsânî, *Bedâi*, c.VIII, s.414; Heyet, *Mevsuatu'l-Fıkhiyyeti'l-Kuveytiyye*, c.XX, s.300; Babertî, *el-Înâye*, c.VIII, s.161; Aynî, *el-Benâye*, c.IX, s.318.

⁵⁵⁵ İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, c.V, s.545; Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.197; Nizamuddîn Belhî, *Fetâvâ-i Hindiyîye*, c.IV, s.14.

⁵⁵⁶ Heyet, *Mevsuatu'l-Fıkhiyyeti'l-Kuveytiyye*, c.XX, s.300; Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik*, c.IV, s.293; Nizamuddîn Belhî, *Fetâvâ-i Hindiyîye*, c.IV, s.15; Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.197,198; Babertî, *el-Înâye*, c.VIII, s.161; İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, c.V, s.546.

⁵⁵⁷ Mecelle md. 1624.

⁵⁵⁸ İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, c.V, s.543; Nizamuddîn Belhî, *Fetâvâ-i Hindiyîye*, c.IV, s.15; Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.200.

⁵⁵⁹ Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.198; Nizamuddîn Belhî, *Fetâvâ-i Hindiyîye*, c.IV, s.15.

⁵⁶⁰ İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, c.V, s.546; Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s. 198.

Davada taşınmazın sınırları tarif edilse fakat taşınmazın ev veya arsa olarak nevi beyan edilmese bir görüşe göre dava ve şahitlik sahih olur. Başka bir görüşe göre taşınmazın ne olduğunun da zikredilmesi gerekir. Bu nedenle dava ve şahitlik sahih değildir. Taşınmazın etrafındaki sınırların sahibi yoksa etrafı ova, vadi veya yol ile çevrili ise sadece bunların zikri davanın sıhhati için yeterlidir⁵⁶¹.

İmameyn'e göre meşhur bir taşınmazın sınırlarını belirtmek şart değildir. Çünkü önemli olan dava konusu taşınırı belirlemektir. Bu durumda şöhretinden dolayı taşınmaz belirlenmiş olur. Fakat İmam-ı Azam'a göre meşhur bir taşınmazın sınırlarını ihtiyaç olmasa bile zikretmek gerekir⁵⁶². Şahitleri taşınmazı aynen biliyorlarsa bu takdirde sınırlarını zikretmeye ihtiyaç yoktur. Hakim bu durumda şahitlerle beraber emini taşınmazın bulunduğu yere gönderir. Şahitler orada taşınmazın sınırını işaretlerle gösterir. Emin de bu sınırlarını komşularından öğrenir ve bunu hâkime bildirir⁵⁶³.

Davacı, kağıta veya yazılı bir delile işaret ederek; “*Şu kağıtta sınırları yazılı olan taşınmaz benim mülkümdür.*” dese, şahitlerde kağıtta sınırları yazılmış taşınmazın bu adama ait olduğu doğrudur diye şahitlik yapsalar bu takdirde taşınmazın sınırlarının zikrine ihtiyaç yoktur⁵⁶⁴.

Mer’i hukukta dava konusunun malum olması dava şartları arasında sayılmamıştır. Dava konusu dava dilekçelerinde belirtilir. Eğer dava taşınmazın aynından kaynaklanıyorsa, dava dilekçesinde ada, parsel şehir vb. tapu kaydının zikredilmesi gerekir. Yani mer’i hukuk yazılı yargılama usulüne tabi olduğu için dava dilekçesinde tüm hususlar yazılarak dava açılır. İslam hukukunda taşınmazın belirlenmesi için koşulan şartlar, mer’i hukukta tapu kaydının belirtilmesiyle tespit edilir.

Günümüzde taşınmazların tapuda tescil edilmesi mülkiyetin ifadesidir. İslam hukukunda ise mülkiyet için tescil şart değildir. Fakat devlet başkanı tarafından tescil şart koşulabilir. Bu takdirde tapu kaydı birinci bölümde de ifade ettiğimiz resmi yazılı belge hükmünü alır ve davada delil olarak kullanılabilir. Tapu kayıtlarının davada ibraz edilmesi de dava konusu taşınmazın malum olmasına olanak sağlayacaktır. Çünkü dava dilekçesinde taşınmazla alakalı ada, pafta, parsel no gibi taşınmazın yerinin tespitine yarayan sınırlarını bildiren tüm hususlar ve taşınmazın sahiplerinin isimleri zikredilmektedir⁵⁶⁵.

⁵⁶¹ Nizamuddîn Belhî, *Fetâvâ-i Hindîyye*, c.IV, s.15; Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.198-199.

⁵⁶² İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, c.V s.545; Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.198.

⁵⁶³ İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, c.V, s.545; Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.198.

⁵⁶⁴ Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.199; Nizamuddîn Belhî, *Fetâvâ-i Hindîyye*, c.IV, s.15.

⁵⁶⁵ Yâsîn, *Nazariyetu't-Dava*, s.351.

2.2.2.3.2.1.6. Taşınmazın Bedelinden Kaynaklanan Davalar

Davada taşınmazın sınırlarının söylenmesi, çekişmenin taşınmazın aynından kaynaklandığı davalar için geçerlidir. Alacak davalarında alacağın ortaya çıkmasına sebep olan şeyin tavsif ve tarifi şart değildir. Bu nedenle satılan ve teslim edilen bir taşınmazın parasıyla alakalı ortaya çıkan bir uyuşmazlıkta taşınmazın sınırlarının zikredilmesi gerekmez. Bu husus Mecelle’de, “*Taşınmazın parasıyla ilgili davada taşınmazın sınırlarının beyanı şart koşulmaz.*⁵⁶⁶” şeklinde ifade edilmiştir. Söz konusu hüküm teslim edilmiş taşınmaz ile ilgili davalarda geçerlidir⁵⁶⁷.

Satılan ve teslim edilen bir taşınmazın parasıyla ilgili ortaya çıkan bir uyuşmazlıkta da bu taşınmazın davada hazır bulundurulması ve vasfının zikri gerekmez. Yine feshedilen bir kiralama akdinden doğan uyuşmazlıkla ilgili davada kiralanmış şeyin sınırlarının beyanı gerekmez. Bu nedenle davacı eşyayı tarif ve tavsif edip sonrasında “*ben bu eşyayı falancaya bir aylığına şu kadar para karşılığında kiraladım ve anlaştığımız kira ücretinin verilmesini talep ediyorum.*” derse, o eşyanın mahkeme meclisine getirilmesi istenmez. Bu kısımdaki çekişme eşyanın zatı ile ilgili değil bilakis eşyanın menfaatinden ortaya çıkmıştır⁵⁶⁸.

Mecellede, “*Kabzedilmeyen bir eşyadan kaynaklanan davalarda alışverişin hâkimin önünde sabit olması için eşyanın mahkeme meclisine getirilmesi gerekir. Aynı şekilde müşteriye teslim edilmemiş olan taşınmazın parasından kaynaklanan davalarda da taşınmazın sınırlarının beyanı gerekir.*⁵⁶⁹” hükmü bulunmaktadır. Buna göre dava müşteriye teslim edilmemiş bir taşınmazın parasından kaynaklanıyorsa taşınmazın sınırlarının beyanı gerekir. Çünkü söz konusu durumda artık dava taşınmazın aynıyla ilgilidir.

2.2.2.3.2.2. Deyn İle İlgili Davalarda

Dava konusu *nakit borcu* olduğu zaman beldede kullanılan farklı nakit çeşitleri varsa dava konusunun malum olması için borcun cinsinin, nev’inin, miktarının ve sıfatının söylenmesi gerekir. Çünkü borçlarda bu işler sayılmadan dava konusu malum olmaz⁵⁷⁰.

Borç mislî ve beldede de *bir çeşit nakit* kullanılıyorsa sadece borcun miktarını belirtmek davanın sıhhat şartı için yeterlidir⁵⁷¹. Mecelle’de bu husus, “*Dava konusu deyn olursa davacının cinsini, nevini, vasfını ve miktarını zikretmesi gerekir. Mesela cinsini; altın*

⁵⁶⁶ Mecelle md. 1625.

⁵⁶⁷ İbn Nüceym, *el-Bahru’r-Râik*, c.VII, s.198; İbn Âbidîn, *Reddu’l-Muhtâr*, c.V, s.545.

⁵⁶⁸ Ali Haydar, *Dureru’l-Hukkâm*, c.IV, s.201.

⁵⁶⁹ Mecelle md. 1625.

⁵⁷⁰ Kâsânî, *Bedâi*, c.VIII, s.414; Zuhayli, *Mevsûatu’l-Fıkhî’l-İslamî*, c.VI, s.435.

⁵⁷¹ İbn’l-Humâm, *Fethu’l-Kadîr*, c.VIII, s.167; İbn Âbidîn, *Reddu’l-Muhtâr*, c.V, s.547; İbn Ferhûn, *Tabsiratu’l-Hukkâm*, c.I, s.149.

veya gümüş, nevini; Osmanlı sikkesi veya İngiliz sikkesi, miktarını beyan etmekle beraber vasfını; halis sikke veya karışumlu sikke diyerek beyan etmesi gerekir. Lakin davacı mutlak bir ifadeyle şu kadar kuruş diye iddia etse davası sahihtir. Beldenin örfünde bilinen kuruşa hamledilir. Eğer belde de bilinen iki çeşit kuruş varsa o kuruşlardan birinin itibarı ve revâcî daha yüksek ise davacının ifadesi daha aşağı olan kuruşa hamledilir. Nitekim davacı şu kadar adet beşlik diye dava etse zamanımızda kullanılan karışumlu sikkelerden kara beşliğe hamledilir.⁵⁷² şeklinde ifade edilmiştir.

Davacı alacağını dava konusu yaptığı zaman dava konusunun malum olması ve davanın sahih olması için ilk olarak dava konusu olan şeyin cinsini, ikinci olarak nevini, üçüncü olarak vasfını, dördüncü olarak miktarını, beşinci olarak sözle alacağın sebebini zikretmesi ve altıncı olarak sözle almayı talep etmesi gerekmektedir. Çünkü dava konusu ve deyn ancak bunların zikri ile malum olur⁵⁷³. Beşinci ve altıncı maddelerin davanın sıhhati için şart koşulmasında ihtilaf vardır.

Bir belde tek bir nakit kullanılıyor ve borç malın parasından kaynaklanıyorsa vasfın beyanına ihtiyaç yoktur. Belde farklı nakit çeşitleri kullanılıyorsa ve biri diğerinden daha revaçtaysa alışverişlerde en çok revaçta olana hamledilebilirken davalarda hangisi ile işlemin yapıldığı bildirilmeden dava sahih değildir. Beldedeki muhtelif nakitlerin nevi, mali değer ve kullanım açısından birbirine eşitse davada nevin beyanı gerekir. Davacı borcu şu kadar kuruş diyerek mutlak bir ifade ile söylese kuruş belde kullanılan malum kuruş üzerine hamledilir. Borcun nevinin sikke olarak bildirilmesi hükmü basılmış olan sikkeler hakkındadır. Basılmayan sikkelerde altın veya gümüşse ayar ve ölçüsünü beyan etmek gerekir⁵⁷⁴.

Hanefî mezhebine göre dava konusu alacak *helak olmuş kıyemî ayn* olduğu zaman davada miktarının zikredilmesi ile dava konusu malum olur. Fakat bu *ayn helak olmamış ise* dava deyn davası değil ayn davasıdır. Bu nedenle davada işaret etmek dava şartı olur. Cumhur-u fukahaya göre ise helak olmamış kıyemî ayn vasıfla bilinebilecek şeylerden ise dava konusu vasıflamakla malum olur. Cumhur, dava konusunun malum olması için işaret etmeyi dava şartı saymamışlardır⁵⁷⁵.

⁵⁷² Mecelle md. 1626.

⁵⁷³ Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.201.

⁵⁷⁴ Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.202; Aynî, *el-Benâye*, c.IX, s.321; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-Râik*, c.VII, s.195; Nizamuddîn Belhî, *Fetâvâ-i Hindiyeye*, c.IV, s.6.

⁵⁷⁵ İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtar*, c.V, s.545; Heyet, *Mevsuatu'l-Fikhiyyetu'l-Kuveytiyye*, c.XX, s.303.

2.2.2.3.2.2.1. Alacağın Sebebinin Söylenmesi

Âlimler alacak davalarında borcun sebebinin açıklanıp açıklanmaması konusunda ihtilaf etmişlerdir. Bir grup borcun sebebinin açıklanmaması halinde davanın sahih olmadığına hükmettiler. Yani borcun sebebinin bildirilmesini davanın sıhhat şartı saydılar. Bazı âlimler ise borcun sebebinin sorulmasını davanın sıhhati için şart koşmadılar. Âlimlerin genelinin ikinci zikredilen görüşü benimsedikleri görülmüştür⁵⁷⁶.

a. Birinci Görüş: Borcun Sebebinin Zikretmek Davanın Sıhhat Şartıdır.

Alacak davalarında Hanefi ve Malikiler'in çoğunluğu borcun sebebinin söylenmesini davanın sıhhat şartı saydılar. Bu görüşü benimsemelerinin sebepleri şunlardır⁵⁷⁷:

- Dava konusu deyn olduğu zaman davacı alacağının hangi sebeple oluştuğu yani alacak; mal satılması, işçilik, ödünç verme, emanetin helak olması, gasptan oluşan bir zarar vb. sebeplerden hangisine bağlı olarak ortaya çıktığı tespit edilir. Alacağının oluşma sebebinin tespit edilmesi önemlidir. Çünkü borcun hükümleri borcun oluşma sebeplerine göre farklılık arz eder. Örneğin selem akdinden kaynaklanan bir borç varsa borcun ifası teslimin şart koşulduğu mekanda olması gerekir. Eğer borç ödünç vermekten veya satılan bir malın bedelinin ödenmemesinden kaynaklanıyorsa, ödünç verilen yerde veya malın bulunduğu yerde borcun ifası gerekir. Borç gasptan veya emanetin helak olmasından kaynaklanıyorsa gasp edilen yerde veya emanetin helak olduğu yerde borcun ifası gerekir. Borç gaip olan bir malın bedelinden doğuyorsa satıcının davalı olan müşteriye malın teslim edildiğini söylemesi vaciptir. Aksi takdirde davası sahih olmaz.

- Bazı borçların sebepleri bâtil sebeplerdir; içki satışından doğan borç gibi. Çünkü içki gibi dinin haram kıldığı şeyler kıyemî mal hükmünde değildir. Bu nedenle haram bir şey için hukuki koruma talep edilemez. Yine vefat eden bir adamın karısı sebep söylemeksizin mirasçılardan murisin kendisine borçlu olduğunu iddia etse bu sahih değildir. Çünkü borcun sebebi nafakadan kaynaklanıyor olabilir. Halbuki borç nafakadan kaynaklanıyorsa kocanın ölümüyle nafaka borcu ortadan kalkmıştır⁵⁷⁸. Mecelle'nin “ *Dava konusu ayn ise mülkiyet sebebinin beyanı gerekmez. 'Bu mal bana aittir.' demesiyle mutlak mülkiyet*⁵⁷⁹ *davası sahih olur. Eğer dava deyn ise borcun ciheti ve sebebi sorulur. Yani borç,*

⁵⁷⁶ Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s. 204.

⁵⁷⁷ Yâsîn, *Nazariyetu't-Dava*, s.360; Heyet, *Mevsuatu'l-Fıkhıyyeti'l-Kuveytiyye*, c.XX, s.303; Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s. 204; Nizamuddîn Belhî, *Fetâvâ-i Hindiyeye*, c.IV, s.6.

⁵⁷⁸ Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.204.

⁵⁷⁹ Mutlak mülkiyet: Alışveriş ve miras gibi sebeplerle kayıtlanmayan mülkiyeti ifade eder; Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.330.

*malın parasından mı yoksa ücretinden ya da başka bir cihetten mi oluştu. Hasılı borcun hangi cihetten borç olduğu sorulur.*⁵⁸⁰” ifadesinden de birinci görüşü benimsediği anlaşılmaktadır.

Hanefiler’e göre, dava konusu ister taşınır ister taşınmaz mal olsun bir eşyaya dair olduğu zaman onun mülkiyet sebebinin sorulmasına gerek yoktur. Davacının, “*Bu mal bana aittir.*” demesi mutlak mülkiyet davasında yeterlidir. Davacıya bu mala alışverişle mi yoksa miras yoluyla mı mâlik olduğu sorulmaz⁵⁸¹. Davacı alacağın meydana geldiği sebebi söylemeksizin davalıya, “*şu kadar dirhem bana borçlusun.*” derse, davalı da, “*senin iddia ettiğin borç içkinin parasıdır veya senden satın aldığım filan malın bedelidir.*” derse İmam-ı Azam’a göre dava konusunu ikrar etmiş olur. İmameyn’e göre ise eğer bunu ikrarından ayrı olarak söylediye durum böyledir. Fakat ikrarına bitişik söylediye dava konusunu ikrar etmiş sayılmaz. Davacı alacağın sebebini söylemeden borç iddia etse şahitler borcun sebebini söyleyerek şahitlik yapsa dava kabul edilir⁵⁸².

b. İkinci görüşe Göre: Borcun Sebebini Söylemek Davanın Sıhhat Şartı Değildir.

Şâfiî, Hanbeli ve bazı Hanefiler, alacak davalarında borcun sebebini söylemeyi davanın sıhhat şartı olarak görmemektedirler. Şâfiî ve Hanbeliler’e göre, mülkiyetin oluşma sebepleri çok ve hepsi birbirinden farklıdır⁵⁸³. Bu nedenle davada borcun sebebini araştırmak gerekmez. Bu görüşü benimseyen bazı Hanefiler’e göre ise bazı borç sebeplerini bildirmek davacıya meşakkat olabileceğinden veya davacıyı utanacağı bir duruma düşürme ihtimalinden dolayı borcun sebebinin sorulması davanın sıhhati için şart değildir. Yani davacı alacağının kaynaklandığı sebebi söylemese de davası sahihtir. Fakat bu görüşü savunanlara göre kâdı isterse yine davacıya alacağının kaynaklandığı sebebi sorabilir. Kâdı bu konuda yetkilidir. Ancak davacı cevap vermektan imtina ederse kâdı onu cevap vermeye zorlayamaz⁵⁸⁴.

2.2.2.3.2.2.2. Alacağın Talep Edilmesi Şartı

Fakihler deyn davalarında davacının “*Alacağımı istiyorum.*” ifadesini kullanmasının davanın sıhhat şartı olması konusunda ihtilaf etmişlerdir. Bazı Fakihlere göre davacının bu ifadeyi kullanması gerekmektedir⁵⁸⁵. Aksi halde dava sahih olmaz. Diğer fukahaya göre ise kullanması şart koşulmamıştır. Bu görüşü savunanlara göre davacının davasını kâdının huzuruna getirip dava açması onun hakkını talep etmek istediğini gösterir. Bu nedenle ayrıca

⁵⁸⁰ Mecelle md. 1627.

⁵⁸¹ Yâsîn, *Nazariyetu ’t-Dava*, s.352, 356; Ali Haydar, *Dureru ’l-Hukkâm*, c.IV, s.204.

⁵⁸² Ali Haydar, *Dureru ’l-Hukkâm*, c.IV, s.205.

⁵⁸³ Yâsîn, *Nazariyetu ’t-Dava*, s.361.

⁵⁸⁴ Heyet, *Mevsuatu ’l-Fıkhiyyeti ’l-Kuveytiyye*, c.XX, s.303; Ali Haydar, *Dureru ’l-Hukkâm*, c.IV, s.202.

⁵⁸⁵ Babertî, *el-İnâye.*, c.VIII, s.167

hakkımı almayı talep ediyorum demese de davası sahihtir⁵⁸⁶. Davacının hakkını almayı talep etmesi ayn davalarında Mecelle'nin 1621. Maddesi'nde davanın sıhhat şartı sayılırken deyn davalarında ise şart koşulmamıştır.

2.2.2.3.2.3. Diğer Davalarda Malumiyet İçin Ek Şartlar

İslam hukukunda ayn ve deyn davaları dışında daha birçok dava çeşidi vardır. Dava çeşitlerine göre davanın malum olmasının şartları farklıdır. Bu nedenle hepsi için belirleyici ortak bir kaide ortaya koymak gerçekten zor bir şeydir⁵⁸⁷. Söz konusu durum her bir dava çeşidini ayrı ayrı ele almayı gerektirir.

Alışveriş, kiralama akitlerinden doğan davalar, vasiyet davaları ve bundan başka davalarda yapılan akdin tasarruf zamanında rıza ile yapıldığının beyan edilmesi gerekir. Çünkü bu tür akitlerin ikrah altında yapılma ihtimali de vardır⁵⁸⁸. Hanefiler selem ve nikah akitlerinden doğan davalarda akit şartlarının zikredilmesini davanın sıhhati için gerekli görmüşlerdir. Maliki ve Hanbeliler ise akit şartlarının zikrini dava şartı saymamışlardır. Şâfiîler ise sadece nikah akitlerinde şartların söylenmesini şart koşmuşlardır⁵⁸⁹.

Konusu emanet olan davalarda emanet verilen yerin zikredilmesi gerekir. Emanet eşyanın ağır ve taşımalarının ücretli olup olmaması durumu değiştirmez. Gasp davasında ise gaspedilen eşya ağır ve taşınması ücretli değilse gasp yerinin söylenmesi şart koşulmaz. Eğer gaspedilen veya helak olan eşya kıyemî ise bu takdirde gasp edildiği günün söylenmesi şart koşulur⁵⁹⁰. İki kişi arasında ortak olan bir malı taraflardan biri diğerine haber vermeden sattığı zaman diğeri alışverişini duyunca izin verse, sonra davada, “ortak olduğumuz malı sattı. Parasının yarısını bana vermesi gerekir.” diye talepte bulunsa, bu durumda davacı alışverişe izin verdiği zaman malın müşterinin elinde olduğunu, izin verdiği zamanı ve paranın râyicini de söylemesi gerekir⁵⁹¹.

⁵⁸⁶ Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.201.

⁵⁸⁷ Yâsîn, *Nazariyetu't-Dava*, s.362.

⁵⁸⁸ Yâsîn, *Nazariyetu't-Dava*, s.363; Âtâsi, *Şerhu'l-Mecelle*, c.V, s.14.

⁵⁸⁹ Muhammed Rafet Osman, *Nizâmu'l-Kadâ*, c.II, s.633; Heyet, *Mevsuatu'l-Fıkhiyyeti'l-Kuveytiyye*, c.XX, s.305; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-Râik*, c.VII, s.195; Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik*, c.IV, s.291; İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtar*, c.V, s.547; Yasin, *Nazariyetu't-Dava*, s.363.

⁵⁹⁰ Şeyhzâde, *Mecmû'ul-Enhûr*, c.II, s.252; Nizamuddîn Belhî, *Fetâvâ-i Hindiyeye*, c. IV, s.7; Âtâsi, *Şerhu'l-Mecelle*, c.V, s.15; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-Râik*, c.VII, s.197; İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtar*, c.V, s.545.

⁵⁹¹ Âtâsi, *Şerhu'l-Mecelle*, c.V, s.15; Nizamuddîn Belhî, *Fetâvâ-i Hindiyeye*, c.IV, s.7.

2.2.2.3.3. Dava Konusunun Malum Olmasının İstisnaları

Bazı davalarda dava konusu meçhul olmasına veya takdir edilmemesine rağmen davanın görülebileceği birçok hal vardır⁵⁹².

1. Gasp ve Rehin Davaları

Mecelle’de, “...*Lakin gasp ve rehin davalarında kıymet beyanı gerekmez. Misal olarak; davacı, benim gümüş yüzüğümü gasp etti dese kıymetini beyan etmese veya kıymetini bilmiyorum dese davası sahihtir.*”⁵⁹³” hükmüyle gasp ve rehin davalarında kıymet beyanı gerekmediği ifade edilmiştir. Davacı malının gasp edildiğini, gasp edilen malının kıymetini, halen davalının elinde mi yoksa helak mı olduğunu bilmediğini söylese malın kıymetini beyan etmese bile davası dinlenir⁵⁹⁴. Beyyinesi kabul edilir. Kâdı bu durumda davalıya malı getirmesini söyler. Eğer davalı malı getirmezse kâdı davalıyı iki ay hapseder. Eğer davalı davacının dediği cinsten malı getirirse, hâkim davacıya; “*Gasp edilen malın bu muydu?*” diye sorar. Eğer davacı tasdik ederse malı alır. Eğer bu değil derse davalıdan gaspettiği malı getirmesi talep edilir. Eğer davalı malı getirmekten aciz kalırsa ve aczi de ortaya çıkarsa davalı aleyhine gasp ettiği malın kıymetiyle hükmedilir. Bu durumda kıymet takdirinde söz davalıya aittir⁵⁹⁵.

2. İkrar, İbra ve Vasiyet Davaları

Mecelle’de ikrar, “*Malum bir şeyi ikrar sahih olduğu gibi meçhul birşey hakkındaki ikrar da sahihtir. Ancak icâre ve alışveriş gibi, meçhul olmakla beraber ikrarın sahih olmadığı akitlerde ikrar edilen şeyin meçhul olması ikrarın sıhhatini engeller. Bundan dolayı ‘bir kimse, benim yanımda filanın emaneti vardır veya filanın malını gasp ettim ya da çaldım.’ dese çaldığı ya da gasp ettiği malı veya meçhul emaneti tayin ve beyan etmeye zorlanması ile beraber yaptığı ikrar sahihtir. ‘filana bir şey sattım veya filandan bir şeyi kiraladım.’ dediği zaman ise yaptığı ikrar sahih değildir. Sattığı ya da kiraladığı şeyi beyan etmeye zorlanmaz.*”⁵⁹⁶ şeklinde ifade edilmiştir.

Belirtildiği üzere bir kimsenin gasp ettiği veya çaldığı şeyin kıymeti bilinmiyor olabilir. Bu nedenle bu tür davalarda dava konusunun kıymeti belirtilmeden yapılan ikrar sahih kabul edilmiştir⁵⁹⁷. Örneğin bir kimse ben filana 10 dinar borç vermiştim. O da bana bir miktar borçlu olduğunu ikrar etti dese ve bu söylemini yani davalının kendisine borçlu

⁵⁹² Âtâsi, *Şerhu’l-Mecelle*, c.V, s.13.

⁵⁹³ Mecelle md. 1621.

⁵⁹⁴ İbn Nüceym, *el-Bahru’r-Râik*, c.VII, s.195; Yasin, *Nazariyetu’t-Dava*, s.367.

⁵⁹⁵ Şeyzâde, *Mecmû’ul-Enhur.*, c.II, s.252; Âtâsi, *Şerhu’l-Mecelle*, c.V, s.26; İbn Nüceym, *el-Bahru’r-Râik*, c.VII, s.197; Nizamuddîn Belhî, *Fetâvâ-i Hindiyye*, c.IV, s.9.

⁵⁹⁶ Mecelle md. 1579.

⁵⁹⁷ Zeylâi, *Tebyînu’l-Hakâik*, c. IV, s.291; Şeyhzâde, *Mecmû’ul-Enhur*, c.II, s.252; Ali Haydar, *Dureru’l-Hukkâm*, c.IV, s.98; İbn Âbidîn, *Reddu’l-Muhtâr*, c.V, s.543; Yâsîn, *Nazariyetu’t-Dava*, s.367.

olduğunu ikrar ettiğini delille ispat etse bu takdirde davalı açısından miktar meçhul olması sebebiyle davalı borcun miktarını belirtmek üzere zorlanır⁵⁹⁸.

Mecelle’de ibra, “*İbra edilen kimselerin muayyen ve malum olması gerekir. Eğer bir kimse ‘şehirde bulunan herkese karşı olan alacağımdan vazgeçtim.’ veya ‘Hiçbir kimse de benim hakkım yoktur.’ derse yaptığı ibra sahih olmaz. Fakat ‘Filanca mahallenin ahalisinin borcundan vazgeçtim.’ derse artık burada ibra edilen muayyen olmuş ve o mahalle ehli şahıs olarak sayılabilir durumda olur. Yapılan ibra sahihtir.*⁵⁹⁹” şeklinde ifade edilmiştir. Burada da görüldüğü üzere ibrada ibra edilenin malum olması şart koşularken ibra edilen miktarın beyanı şart koşulmamıştır. Söz gelimi filancada bulunan on bin lira alacağımdan vazgeçtim demesi şart değildir. Filancadaki alacağımdan vazgeçtim demesi yeterlidir⁶⁰⁰.

Miktarı belli olmayan vasiyet davalarında dava konusunun miktarı belirtilmeden dava açılması mümkündür. Örneğin bir kimse, “*Vefat eden bana malından bir cüz veya pay vasiyet etti. Mirasçılardan bu miktarı belli etmelerini ve benim payımı bana ödemelerini istiyorum.*” dese davası sahihtir. Fakat bu durumda bu iddia da bulunan şahsın bu söylemini ispat etmesi gerekir. Eğer iddiasını kanıtlayabilirse bu takdirde mirasçıların vasiyette yazan miktarı belirtmeleri gerekir⁶⁰¹. Davacı ölen bir kimse hakkında “*Bana şu kadar borcu vardı borcunu ödemedi vefat etti ve borcunu ödeyebileceği miktar veya daha fazlası terekesinde mevcuttur.*” derse terekeyi beyan etmeden açtığı dava sahihtir. Fakat bu tereke mirasçıların elinde değilse veya terekenin durumu bilinmiyorsa bu borç mirasçıların malvarlığından ödenmez. Mirasçılar terekenin kendilerinde olduğunu inkar etseler bu takdirde davacı, terekenin mirasçıların elinde olduğunu ispat etmek istese, terekenin mevcudunu beyan etmesi gerekir⁶⁰².

Verilen hükümlerden gasp ve rehin davalarında kıymet beyanı yapılmassa bile davanın kabul edileceği, eğer gasp edilen mal geri verilemezse kıymetinin verilmesine hükmedileceği anlaşılıyor. Fakat ortada şöyle bir sorun görünüyor; bu tür davalarda kıymet takdiri davanın sıhhat şartı olarak sayılmadı. Fakat âciz kalındığı zaman malın kıymeti ile hükmedileceği söylendi. Hem davacı hem de kâdı malın kıymetini bilmediği halde nasıl meçhul bir şey ile hükmedilebilir⁶⁰³? Davalının malı getirmekten aciz kaldığı durumlarda kâdının malın kıymeti ile hükmettiği durumlar davacının malın kıymetini beyan ettiği zaman ile kayıtlanmıştır. Yani

⁵⁹⁸ Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.184.

⁵⁹⁹ Mecelle md. 1567.

⁶⁰⁰ Aynî, *el-Benâye*, c.IX, s.316; İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, c.V, s.543.

⁶⁰¹ Zeylâî, *Tebyînu'l-Hakâik*, c.IV, s.291; Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s. 184; Yâsîn, *Nazariyetu't-Dava*, s.369.

⁶⁰² Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.203.

⁶⁰³ Âtâsi, *Şerhu'l-Mecelle*, c.V, s.27.

gasp davasında kâdının kıymet ile hükmettiği durum davacının gasp edilen malın kıymetini beyan ettiği zamandır. Kıymet beyanı yapılmaksızın açılan davalarda malın nevini, cinsini ve sıfatını tarif etmek gerekir. Zaten fukahanın yaptıkları açıklamalardan bu mana anlaşılmaktadır. Hem kıymet takdiri yapılmasa hem de sıfatı belirtilmese bu takdirde dava tamamen meçhul olurdu. Kâdının, kıymetini, cinsini, nevini bilmediği bir dava ile hükmetmesi ise mümkün olmazdı⁶⁰⁴. Telef, tazmin, nafaka vb. davalarda kâdının takdirine bağlı olduğu için bu davalarda dava konusu meçhul olmasına rağmen davanın kabulü caizdir⁶⁰⁵.

2.2.3. Mahkemeye İlişkin Şartlar

Bu bölümde davanın sıhhati için mahkemeler açısından gerekli olan şartlar iki hukuk sistemine göre ele alınacaktır.

2.2.3.1. Mahkemelerin Görev ve Yetkisi

Mer'i hukukta mahkemelerin hangi tür davalara bakabileceklerini mahkemelerin görevi belirler. Hangi yer mahkemesinin davaya bakması gerektiği hususu ise mahkemelerin yetkisi kavramı ile ifade edilir. İslam hukukunda ise vilâyetü'l-kazâ ismiyle ele alınır. Bu başlık altında iki hukuk sistemine göre mahkemelerin görev ve yetkisi incelenecektir.

2.2.3.1.1. Mer'i Hukukta Görev ve Yetki

Mer'i hukukta mahkemelerin bakacakları dava konusunu belirleyen kurallara mahkemelerin görevi denir. Mahkemeler, özel ve genel olarak bakabilecekleri dava konusuna göre taksim edilmiştir. Asliye hukuk ve Sulh hukuk mahkemeleri genel mahkeme niteliğine sahiptir. Ticaret mahkemesi, tüketici mahkemesi gibi mahkemeler ise özel mahkemelerdir. Genel mahkemeler özel mahkemelerin görev alanı dışında kalan konulara bakarlar. Mahkemelerin görevleri kanunlarla belirlenmiştir. Bu nedenle açılacak davanın görevli olan mahkemede açılması kamu düzenindedir ve dava şartıdır⁶⁰⁶. Mesela ticaret mahkemesinin bakması gereken bir dava, tüketici mahkemesinde açılırsa bu davanın görevsizlik sebebiyle usulden reddedilmesi gerekir⁶⁰⁷.

Davaya hangi yer mahkemesinin bakacağını belirleyen kurala yetki kuralı denir. Türk hukukunda genel, özel ve kesin yetki halleri vardır. Yetki kurallarının sınırları da kanunlarla

⁶⁰⁴ Âtâsi, *Şerhu'l-Mecelle*, c.V, s.27.

⁶⁰⁵ Tayyar, *Fıkhu'l-Müeyyese*, c.VIII, s.99.

⁶⁰⁶ HMK md. 114, 1/c.

⁶⁰⁷ Kuru, *Medeni Usul Hukuku*, s.247; Pekcanitez, *Medeni Usul Hukuku*, s.243,

bildirilmiştir. Kural olarak “*Genel yetkili mahkeme davalının yerleşim yeri mahkemesidir.*”⁶⁰⁸ Kanunlarda bazen genel yetkili mahkemenin yanında dava konusuna göre başka yetkili mahkemeler de olabilir. Bu duruma da özel yetki kuralı denir⁶⁰⁹. Örneğin kira, satış, hizmet vb. borçlar hukukundan doğan sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda ilk olarak genel yetki kuralına göre davalının yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir. İkinci olarak sözleşmenin ifâ edileceği yer mahkemesi de yetkilidir⁶¹⁰. Bu durumda davacı iki mahkemeden birinde dava açabilir. İlk kural genel yetki ikinci kural ise özel yetki halidir. Özel yetki kuralı kamu düzenine ilişkin değildir. Yani dava bu iki mahkemeden birinde açıldıysa mahkeme yetkisizlik kararı veremez.

Kanunların kesin yetki olarak ifade ettiği ve tek mahkemeyi yetkili kıldığı durumlarda kesin yetki kuralı devreye girer. Kesin yetki kuralı dava şartıdır⁶¹¹. Kamu düzenindedir ve kesin yetkili mahkemede açılması gereken bir dava başka bir mahkemede açılırsa dava usulden reddedilerek yetkisizlik kararı verilir. Örneğin taşınmazın aynından kaynaklanan bir davada kesin yetkili mahkeme taşınmazın bulunduğu yer mahkemesidir⁶¹². Dava taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde açılmak zorundadır. Bu durumda kanunların kesin yetki olarak belirlediği durumlarda kesin yetkili mahkemede davanın açılması kamu düzenindedir ve dava şartıdır⁶¹³.

2.2.3.1.2. İslam Hukukunda Görev ve Yetki

İslam yargılama hukukunda kâdılarının yargı gücünü ve mahkemelerin görev ve yetkisini ifade etmek üzere *velâyetu'l-kazâ* tabiri kullanılmaktadır. İslamın ilk dönemlerinde kâdılar sadece hukuk davalarına bakmakla mükellef iken sonraki dönemlerde ceza davalarına bakmakla da vazifelendirilmişlerdir. Yargı gücü, kâdılarının yanında mezâlim mahkemeleri, şurta mahkemeleri, hisbe teşkilatı ve askerî mahkemeler tarafından da kullanılmıştır⁶¹⁴.

Klasik fıkıh doktrininde mahkemelerin görev ve yetkileri ile ilgili bağlayıcı bir hüküm olmamakla beraber kâdılarının görevinin halife tarafından yer, zaman, mekan olarak

⁶⁰⁸ TMK md. 6.

⁶⁰⁹ Pekcanitez, *Medeni Usul Hukuku*, s.56; Kuru, *Medeni Usul Hukuku*, s.130.

⁶¹⁰ HMK md. 10; Kuru, *Medeni Usul Hukuku*, s.138.

⁶¹¹ HMK md. 114, 1/ç.

⁶¹² “*Taşınmaz üzerindeki aynı hakka ilişkin veya aynı hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek davalar ile taşınmazın zilyetliğine yahut alıkoyma hakkına ilişkin davalarda, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir.*” (HMK md. 12/1).

⁶¹³ Kuru, *Medeni Usul Hukuku*, s.247; Pekcanitez, *Medeni Usul Hukuku*, s.243.

⁶¹⁴ Atar, *İslâm Yargılama Hukukunun Esasları*, s. 105; Karaman, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, s.240.

sınırlandırılabilceği ifade edilmiştir. Nitekim İslam yargılama hukuku tarihinde bunun örnekleri mevcuttur⁶¹⁵.

Halife tarafından görevi, yer, zaman, mekan, konu, mezhep olarak sınırlandırılan bir kâdi görev sınırları dışındaki davalara bakamaz. Bakarsa verdiği hüküm geçersizdir⁶¹⁶. Mezhepler arasında bir belde de birden fazla görevli kâdi varsa davanın hangisine götürüleceği hususunda ihtilaf edilmiştir⁶¹⁷. Bazı fakihler davacının istediği kâdiya davasını götürebileceğini söylerken, bazısı ise bu hakkın davalıya ait olduğunu söyler. Buna göre davalının ikametgahında davanın açılması gerekmektedir⁶¹⁸. Birden fazla belde ve davaya bakabilecek birden fazla kâdi olduğu zaman ise davanın görüleceği yerin belirlenmesinde dava konusunun rol oynadığı görülmektedir⁶¹⁹. Örneğin dava konusu ayn olduğu zaman dava konusunun olduğu yerdeki kâdiya götürülmesinin gerekli olduğunu söyleyenler olduğu gibi davalının bulunduğu yerdeki kâdiya götürülmesi görüşünü benimseyenler de olmuştur⁶²⁰. Kaynaklarda rastlamış olduğumuz mahkemelerin yetkilerinin, tarafların oturdukları yere ve dava konusuna göre belirlenmesi halleri bir belde birden fazla kâdi olduğu zaman kargaşayı önlemekle ilgili durumlardır. Eğer görevli ve yetkili tek bir kâdi varsa bu konuda mezhepler arasında herhangi bir ihtilaf söz konusu değildir⁶²¹.

2.2.3.1.3. Değerlendirme

Verilen bilgiler ışığında mer'î hukukta olduğu gibi İslam yargılama hukukunda mahkemelerin görev ve yetkisi dava şartı olarak sayılmamıştır. Mer'î hukukta da yetki kuralının dava şartı sayıldığı durumlar sadece kesin yetki halleri ile sınırlandırılmıştır. Mer'î hukukta görev ve yetki kanunlar tarafından belirlenmiştir. Görev ve kesin yetki halleri kamu düzenindedir. Re'sen incelenir. Taraflarda görev itirazında bulunabilir ve dava şartı olarak sayılır.

İslam yargılama hukukunda Halife tarafından kâdılarının görevleri bazı dava ve işlerle sınırlandırılabilceği gibi yer ve zamanla da kayıtlanabilir. Kâdılarının görevleri devlet başkanı tarafından belirlenir. Görevi, halife tarafından sınırlandırılmış kâdi ise sadece yetkili olduğu bölgede, görevli olduğu konudaki davalara bakabilir. Bu husus mer'î hukuktaki görev ve yetki kuralını akla getirmektedir. Fakat mer'î hukukta bu kural tüm dava ve işler için dava şartı

⁶¹⁵ Aslan, *İslam Hukukunda Yargılama Etiği*, s.55.

⁶¹⁶ Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.599; Erturhan, *Temel Fıkıh Bilgileri*, s.181.

⁶¹⁷ Yâsîn, *Nazariyetu't-Dava*, s.214.

⁶¹⁸ Heyet, *Mevsuatu'l-Fıkhıyyeti'l-Kuveytiyye*, c.XX, s.278.

⁶¹⁹ Yâsîn, *Nazariyetu't-Dava*, s.218.

⁶²⁰ Heyet *Mevsuatu'l-Fıkhıyyeti'l-Kuveytiyye*, c.XX, s.280.

⁶²¹ Atar, *İslâm Yargılama Hukukunun Esasları*, s.106.

sayılırken İslam hukukunda sadece görevi sınırlandırılan kâdı hakkında söz konusudur. Görevi zaman, mekan veya konu ile sınırlanmış olan kâdıların görevleri dışında gelen davalar esas itibari ile sahih sayılmıştır. Fakat bu tür davaları görevleri dışında kalması sebebiyle dinleyemezler. Dinlerlerse verdikleri hüküm geçersizdir.⁶²²

Tüm bu bilgiler ışığında, mer'i hukukta görev ve yetki davanın sıhhat şartı sayılırken İslam yargılama hukukunda dava şartı olarak değil hâkimin görev şartı olarak sayılmıştır.

2.2.3.2. Davanın Kâdının Önünde Görülmesi

Davaların görüldüğü yere *hüküm meclisi* denir. Hüküm meclisinin diğer bir adı da mahkemedir. Mahkemelerin, insanların kolayca ulaşabileceği ve rahatlıkla sığabileceği yerlerde olması gerekir⁶²³. Kâdının davayı gördüğü yer, dükkan veya ev olsa bile üzerinde ittifak edilmiş, tüm davalarını orada gördüğü bir yer olmalıdır. Eğer dava böyle bir mecliste görülmezse davalı davaya cevap vermek zorunda değildir⁶²⁴. Davaların mescidlerde görülmesi Cumhur-u ulemaya göre caizdir. Çünkü camiiler ibadet yeridir. Kadâ da bir ibadettir. Şâfiîler ise dava esnasında seslerin yükselmesi gibi sebeplerden mekruh olduğunu söylemişlerdir. İslamın ilk dönemlerinde davalar mescidlerde veya evlerde görülüyorken sonraki dönemlerde davaların mescidlerde görülmesi yasaklanmıştır. Davaların görülmesi için özel yerler tahsis edilmiştir⁶²⁵. İslam yargılama hukukuna aleniyet ilkesi hakimdir. Bu nedenle davalar görülürken meclisin kapısı açık bırakılarak şeffaflık sağlanmaktaydı. Bazı istisnai ve özel durumlarda duruşmalar gizli yapıldı⁶²⁶. Genel açıdan İslam hukukunda mahkemenin özürsüz olarak kapatılması aleniyet açısından hoş görülmemiştir⁶²⁷.

Davanın kâdının adeten bulunduğu mecliste olması şart koşulu⁶²⁸. Davada asıl hedef çekişmenin bitirilmesi, kâdıdan hükmün ortaya çıkması, kâdının hükmedilen hükmü yürürlüğe sokmakla bağlayıcı kılmasıdır. Bu da ancak kâdının tarafları dinleyip, hükmü vermek için delilleri istemesi ile mümkün olabilir. İşte bu nedenle fukaha davayı tarif ederken *kâdının* önünde ifadesini tarife eklemiştir. Fetva, görüş beyanı ise her mekanda caizdir.⁶²⁹

⁶²² Heyet, *Mevsuatu'l-Fıkhiyyeti'l-Kuveyyiyye*, c.XX, s.283.

⁶²³ Yâsîn, *Nazariyetu't-Dava*, s.201.

⁶²⁴ Âtâsi, *Şerhu'l-Mecelle*, c.V, s.10; Heyet, *Mevsuatu'l-Fıkhiyyeti'l-Kuveyyiyye*, c.XX, s.278.

⁶²⁵ Heyet, *Mevsuatu'l-Fıkhiyyeti'l-Kuveyyiyye*, c.XXXVI, s.142; Atar, *İslam Yargılama Hukukunun Esasları*, s.167.

⁶²⁶ Atar, *İslam Yargılama Hukukunun Esasları*, s.169; Yâsîn, *Nazariyetu't-Dava*, s.204-208.

⁶²⁷ Yâsîn, *Nazariyetu't-Dava*, s.203.

⁶²⁸ Kâsânî, *Bedâi*, c.VIII, s.415.

⁶²⁹ Tayyar, *Fıkhu'l-Müeyyessere*, c.VII, s.100.

Dava kâdının meclisinden başka bir yerde dillendirilecek olsa bu davanın kâdı tarafından dinlenmemesi gerekir.⁶³⁰

Mer’i hukukta, “*Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemeler tarafından kullanılır.*”⁶³¹ maddesi gereğince davaların mahkemeler dışında bir yerde görülmesi mümkün değildir. Her ne kadar bu husus dava şartları arasında sayılmamış olsa da anayasada hükme bağlanmıştır.

2.3. Davanın Sıhhat Şartları Bağlamında Çeşitleri

Davalar gerekli şartları taşıyıp taşıyamaları durumuna göre kısımlara ayrılır. Bu başlık altında davanın sıhhat şartlarına bağlanan hükümlere göre dava çeşitlerinden bahsedilecektir.

2.3.1. Sahih Dava

Şart ve rükunları tam olan davaya sahih dava denir. Bu davada, davalının hazır bulundurulması, davalıdan cevap istenmesi, davayı inkar ederse yemin istenmesi gibi hükümlerin yerine getirilmesi gerekir⁶³². Sahih davanın kâdı tarafından kabul edilmesi, dinlenmesi, incelenmesi, hakkında hüküm verilmesi, hükmün yürürlüğe sokulması vaciptir⁶³³. Sahih dava, davacının beyine sunması veya davalının yeminden çekilmesi ile sabit olur⁶³⁴.

2.3.2. Bâtil Dava

Rükunlarından biri bulunmayan veya düzeltilemeyecek, tashih edilemeyecek veya anlaşılamayacak bir biçimde şartlarında ârıza bulunan davalara bâtil denir. Bu davalar kâdı tarafından kabul edilmez, dinlenilmez ve davaya bakılmaz. Örneğin aklın yalanladığı davalar, şer’i hükümlere zıt olan davalar, delinin davası vb. davalar şartlarındaki eksiklikler düzeltilemeyecek derecede olduğundan bâtil sayılır⁶³⁵. Bir kimse komşusunun zengin olduğunu kendisi fakir olduğu halde ona sadaka vermediğini iddia ederek dava açsa açtığı dava sahih değildir. Yine bir adam filancanın kendi vekili olduğunu iddia etse davalı olan bu iddiayı reddetse bu dava da tashih edilemeyeceğinden bâtil sayılmıştır⁶³⁶.

⁶³⁰ Heyet, *Mevsuatu'l-Fıkhiyyeti'l-Kuveytiyye*, c.XX, s.285 .

⁶³¹ AY md. 9.

⁶³² Zuhayli, *Mevsuâtu'l-Fıkhı'l-İslamî*, c.VI, s.436; Hamîdî, *Kadâ ve Nizâmuhu fi Kitap ve Sünnet*, s.475.

⁶³³ Tayyar, *Fıkhı'l-Müeyyessere*, c.VIII, s.101; Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.175; Yâsîn, *Nazariyetu't-Dava*, s.229.

⁶³⁴ Zuhayli, *Mevsuâtu'l-Fıkhı'l-İslamî*, c.VI, s.436.

⁶³⁵ Tayyar, *Fıkhı'l-Müeyyessere*, c.VIII, s.101; Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.176.

⁶³⁶ Hamîdî, *Kadâ ve Nizâmuhu fi Kitap ve Sünnet*, s.482; Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.176.

2.3.3. Fâsid /Nâkıs Davalar

Rükünleri tam olup şartlarının bir veya bir kaçında düzeltilebilecek şekilde eksiklik bulunan davalara fâsid denir. Dava konusunun belli olmadığı davalar bu türdendir. Bu davaların özelliği şartlarındaki eksiklikler giderilinceye kadar bekletilmesidir. Eğer davacı tarafından bu eksiklikler giderilse dava sahih davaya döner ve kâdı tarafından dinlenilir. Şartlardaki noksanlıklar giderilmezse dava kâdı tarafından reddedilir⁶³⁷.

Hanefi Mezhebine göre dava, dava konusundaki veya davacının ifadelerindeki eksiklik sebebiyle fâsid olur. Bu durumlara, bir kişinin başkasından alacak iddia edip miktarını belirtmemesi, bir taşınmazın kendine ait olduğunu söyleyip taşınmazın sınırlarını söylememesi, davacının eşyanın davalının elinde olduğunu söylememesi veya davacının kesin ifadeler kullanmaması gibi durumlar örnek verilebilir. Şâfîler ise söz konusu hallerin olduğu davalara nâkıs dava ismini verirler⁶³⁸. Diğer mezhepler arasında bu konuda herhangi bir ihtilaf söz konusu değildir⁶³⁹.

2.4. Davanın Sıhhat Şartlarının İncelenmesi

Bir davanın hukuk nazarında geçerli, dinlenilebilir olması için davanın sıhhat şartlarını taşıması gerekir. Bu şartların varlığı ise her iki hukuk sisteminde de belirli bir sıralamaya göre yapılır. bu başlık altında davanın sıhhat şartlarının incelenmesi ele alınacaktır.

2.4.1. İslam Hukukuna Göre

Kâdı kendisine getirilen davaya bakmak zorundadır. Davaya bakmak için ilk başta incelemeler yapması gerekir. Dava önüne gelen kâdının sırasıyla yapması gerekenler şunlardır;

1. İlk olarak kâdı önüne getirilen davanın şartlarını rükunlarını inceler. Eğer davayı bâtil bulursa davayı reddeder. Eğer nâkıs/fâsid bulursa fâsid kısmın tamamlanmasına hükmeder. Eğer davayı sahih bulursa bu takdirde davayı esastan incelemeye başlar⁶⁴⁰.

2. Kâdı davanın usul açısından sıhhatine hükmettiği zaman davacı ve davalının kendisinin veya yerlerine davayı takip etmek için görevlendirdikleri şahısların, kâdının huzurunda hazır bulunması gerekir. Böylelikle her iki taraf birbirlerinin cevabını işitmiş aynı zamanda kâdı da her iki tarafın sözünü ve talebini dinlemiş olacaktır. Eğer davalı başka bir belde ise veya davaya gelmekten kaçırıyorsa, Cumhura göre kâdı davalının gıyabında

⁶³⁷ Tayyar, *Fıkhü'l-Müeyyessere*, c.VIII, s.101; Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.176.

⁶³⁸ Yâsîn, *Nazariyetü't-Dava*, s.231.

⁶³⁹ Heyet, *Mevsuatu'l-Fıkhıyyeti'l-Kuveytiyye*, c. XX, s.282.

⁶⁴⁰ Tayyar, *Fıkhü'l-Müeyyessere*, c.VIII, s.104; Aynî, *el-Benâye*, c.IX, s.320.

hükmeder. Fakat Hanefiler kâdının hüküm verebilmesi için davalının davada hazır bulunmasını şart koşmuşlardır⁶⁴¹.

3. İspat: Davacı, davalının cevabını istemese bile kâdı, davalıdan cevap vermesini ister. Eğer davalı “*bakacağım, düşüneceğim vb.*” şekilde cevap verirse kâdı davalıyı cevap vermeye zorlar⁶⁴². Bu durumda davalının davaya cevap vermesi gerekir. Davalı “*Evet*” veya “*Hayır*” diyerek cevap verebileceği gibi sükûtta edebilir. Davalının sükûtu inkâr sayılır. *Davalı susarsa*; kâdı davacının beyyinesini kabul eder ve davalı aleyhine davaya hükmeder. *Davalı ikrar ederse*; kâdı davalıya hakkı ödemesini, davacıya hakkını teslim etmesini emreder.

Davalı inkar ederse; kâdı davacıdan hakkını ispat edeceği delilleri getirmesini ister. Eğer davacı delilleri getirir kâdıda bu delillerin sıhhatine hükmederse davalı aleyhinde hüküm eder⁶⁴³. Eğer davacı delil getiremezse bu takdirde kâdı davalıdan yemin etmesini ister. Eğer iki taraftan biri delil getirmek için veya hesaplarına bakmak için kâdı’dan süre isterse kâdı ona yeterli süreyi verir⁶⁴⁴. Davacı delil getirmek için süre isterse, İmam-ı Azam’a göre davalıdan yemin talep edilemez. Çünkü davalıdan yemin, davacı delil getirmekten aciz olduğu zaman istenir. Ebu Yusuf’a göre ise davalıdan yemin istenilir. Çünkü yemin istemek davacının hakkıdır⁶⁴⁵.

4. *Hüküm*: Deliller dinlendikten sonra kâdı ya taraflardan birinin lehine diğerinin aleyhine ya da davanın düşürülmesine karar verir⁶⁴⁶.

5. *Tenfiz*: Kâdının verdiği hüküm ceza davası ile ilgili ise bu hükmün uygulanması mahsus kolluk kuvvetleri tarafından icra edilir. Eğer verilen hüküm hukuk davası ile ilgili ise bunun icrası taraflarca yapılır. Eğer taraflar hükmü yerine getirmemezse icra dairesi tarafından icra yolu ile aleyhine hükmedilen taraftan hak alınır⁶⁴⁷.

2.4.2. Mer’i Hukuka Göre

Açılan bir davada mahkeme için ilk aşama ön incelemedir. Mahkeme bu aşamada dava şartlarını inceler. Eğer dava şartlarında tamamlanması mümkün olan bir noksanlık varsa

⁶⁴¹ Tayyar, *Fıkhü'l-Müeyyese*, c.VIII, s.104.

⁶⁴² Davalıya dava hakkında sorunun yöneltmesi davanın sıhhat şartı sayılmıştır. fakat bu durum sahih davalar için geçerlidir. sahih olmayan davalarda hâkim davalıya soru yöneltmez davalı da cevap vermek zorunda değildir., Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.210.

⁶⁴³ Muhammed Naim Muhammed Hani Sai, *Mevsûatu Mesêilu'l-Cumhûr fi'l-Fıkhî'l-İslamî*, Daru'l-İslam, Kâhire, 2010, c.II, s.979.

⁶⁴⁴ Zuhayli, *Mevsûatu'l-Fıkhî'l-İslamî*, c.VI, s.438; Tayyar, *Fıkhü'l-Müeyyese*, c.VIII, s.105; Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c.IV, s.210.

⁶⁴⁵ Zuhayli, *Mevsûatu'l-Fıkhî'l-İslamî*, c.VI, s.438.

⁶⁴⁶ Tayyar, *Fıkhü'l-Müeyyese*, c.VIII, s.105.

⁶⁴⁷ Tayyar, *Fıkhü'l-Müeyyese*, c.VIII, s.105.

bu takdirde bu noksanlığın giderilmesi için hâkim süre verir. Bu süre içinde eksiklik tamamlandıysa davanın diğer şartları da mevcutsa hâkim tahkikat aşamasına yani davayı esastan incelemeye başlar. Fakat dava şartındaki noksanlık tamamlanmadıysa veya tamamlanması mümkün değilse hâkim davayı usulden reddeder. Hakimin bu kararına karşı kanun yoluna başvurmak da mümkündür. Usulden reddedilen bir dava hakkında kesin hüküm oluşmaz. Bu nedenle bu dava tekrardan açılabilir⁶⁴⁸.

Dava şartları kamu düzenine ilişkin olması sebebiyle davanın her aşamasında ileri sürülebilir. Hâkim tarafından re'sen incelenir. Aynı zamanda bu şartlar davanın açılmasından hüküm verilinceye kadar olan aşamada bulunması gerekir. Fakat davanın başında mevcut olmayıp davanın hüküm aşamasına gelindiğinde tamamlanmış bir dava şartının olmaması sebebiyle dava usulden reddedilmez. Bu davada esastan karar verilir⁶⁴⁹.

İlk itirazlar: kesin yetki halleri dışındaki yetkisizlik itirazlarına denir. İlk itirazlar davanın her aşamasında ileri sürülemez. Kamu düzenine ilişkin değildir ve hâkim tarafından re'sen incelenmez. Bu nedenle davalı ilk itirazları ancak cevap dilekçesinde yani davanın başında ileri sürebilir. Bu aşamadan sonra ileri sürdüğü ilk itirazlar dinlenilmez⁶⁵⁰.

Dava dilekçelerinde şekil açısından olması gerekli olan dava konusu ve değerinin zikredilmesi, davacının açık talebi, tarafların ad ve soyadı, davacının Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası⁶⁵¹ gibi husular dava şartları arasında değildir. Fakat söz konus hallerde hakim davacıya bir haftalık kesin süre verir. Bu süre içinde eksiklikleri tamamlarsa davayı kabul eder. Eğer eksikleri tamamlamazsa bu takdirde dava açılmamış sayılır⁶⁵².

2.4.3. Değerlendirme

Her hukuk sisteminin dava şartları kendi usulünü ortaya koyar. Bu nedenle her iki hukuk sisteminde de davalar ilk aşamada usûl yönünden incelenmektedir. Dava şartlarında eksiklik bulunan davalar mer'i hukukta usulden reddedilirken İslam hukukunda düzeltilemeyecek eksikliklerin olduğu davalar bâtil, düzeltilebilecek eksiklikler ise fâsid sayılır. Her iki hukuk sistemi kendi belirledikleri usul açısından dava şartlarındaki eksikliği usulden reddeder. Ancak usulden reddin sonuçları iki hukuk sisteminde farklılık arz etmektedir. Söz gelimi domuzun telef olması sebebiyle açılan bir dava İslam hukukunda dava konusunun meşru olmaması sebebiyle usulden reddedilir. İslam hukukunda bu sebeple

⁶⁴⁸ Pekcantez, *Medeni Usul Hukuku*, s.247; Kuru, *Medeni Usul Hukuku*, s.253.

⁶⁴⁹ Kuru, *Medeni Usul Hukuku*, s.254.

⁶⁵⁰ Kuru, *Medeni Usul Hukuku*, s.256.

⁶⁵¹ HMK md. 119.

⁶⁵² Pekcantez, *Medeni Usul Hukuku*, 274

usulden reddedilen bir davanın hiçbir zaman tekrar açılması mümkün değildir. Çünkü bu dava İslam hukukunda bâtil davalar arasında sayılmıştır. Bâtil davalardaki eksikliğin giderilmesi ise mümkün değildir. Usulden reddedilen fâsid davaların ise tekrar açılması mümkündür. Ancak mer'î hukukta usulden reddedilen her davanın tekrar açılması mümkündür. Bundan sonra dava şartları bulunan davalar esas yönünden incelenmeye başlanmaktadır. İslam hukukunda dava şartındaki eksikliğin giderilmesi, davalıya cevap için süre verilmesi vb. durumlar kâdî tarafından belirlenirken mer'î hukukta bu süreler kanunla kesin hükme bağlanmıştır. Bu açıdan iki hukuk sisteminin farklılık arz ettiği söylenebilir.

SONUÇ

İslam yargılama hukukunun usul ve esasları, Hz. Peygamber Döneminde ortaya konulmuş olup Sahabe, Tabiin ve sonrasında gelişimini devam ettirerek günümüze kadar ulaşmıştır. İlk dönemlerde neredeyse şifahi denilebilecek olan bu usul ve esaslar, Hz. Ömer (ra)'ın Ebu Musa el-Eşari'ye gönderdiği mektupla birlikte yazılı hale getirilmiştir. İslam yargılama hukukunun sistemleşmesinde söz konusu mektup ortaya koyduğu; davayı ispat etme yükünün davacıda olması, aksi bir durum olmadıkça Müslümanların şahitliğinin kabul edilmesi gerektiği, dava esnasında kâdının taraflara eşit muamele etmesi, her iki tarafın dinlenerek bir karara varılması vb. hususların mer'i hukuktan çok daha önce tespit edildiğini ortaya koyarak İslam hukukunun üstünlüğünü göstermiştir. Hz. Ömer döneminin önemini düşünersek bu yazılı esasların gittikçe genişleyen İslam coğrafyası için neler ifade ettiği daha iyi anlaşılacaktır.

Öte yandan İslam topraklarının genişlemesinden dolayı ilk defa Hz. Ömer (ra) döneminde farklı bölgelere valilerden ayrı kâdılar tayin edilerek yargı ve yürütme birbirinden ayrılmıştır. Tayin edilen kâdılarının görevinin Halife'nin azliyle sona ermeyeceği ve kâdılarının azlinin ancak adaletten ayrılmaları, görevi kötüye kullanmaları veya ağır bir suç işlemeleri gibi sebeplerden olabileceği İslam alimleri tarafından hüküm altına alınmıştır. Söz konusu durum yürütmenin, yargının bağımsızlığı üzerinde etkisi olmadığını göstermektedir. Bunun yanı sıra ilk defa Abbasiler Döneminde Halife Harun Reşid tarafından kâdî'l-kudatlık kurumu kurularak yürütmeden ayrı yargı kurumu meydana getirilmiştir. Böylelikle kâdılarının tayini, azli, denetimi gibi görevler bu kuruma yüklenmiştir.

İslam yargılama hukuku konuları açısından adli, idarî, askerî yargı gibi farklı kısımlara taksim edilmiştir. İdari yargı muhâkeme usulü, adli yargı usulünden farklı olarak kâdılara davacının talebi olmadan yemin isteme veya delil elde etmek için kâdının davalıyı korkutması gibi yetkiler de verdiği için adli ve idari yargı usulleri birbirinden farklılık arz etmektedir. Ancak askeri ve adli yargı arasında usul ve işleyiş olarak fark yoktur. Aralarında ki tek fark askeri yargıda askerler, adli yargıda sivillerin yargılanmasıdır.

Diğer taraftan adli yargı sistemi de kendi içinde ceza ve hukuk davaları olmak üzere iki kısma ayrılmıştır. Ceza davalarında kâdılar, tarafların talebiyle bağlı değilken hukuk davalarında tarafların talebiyle bağılıdır. Bunun yanı sıra hukuk davalarında sadece ilgili kişiler davacı ve davalı olabilirken, ceza davalarında suça şahit olan veya duyan herkesin şikayetçi olması mümkündür. Ayrıca zina suçunun tesbiti için en az dört erkeğin şahitliğinin gerekmesi gibi davayı ispat etme yolları açısından ceza davalarının usulü daha katı kurallara

bağlanmıştır. Bu sebeplerle adli, idari, askeri yargı çeşitlerinin usul ve işleyişlerinin birbirinden farklı olduğu tespit edilmiştir.

Davanın tarafı olan davacı ve davalının kâdı tarafından doğru tespit edilmesi davada ispat yükünü ortaya koymasından dolayı adaletin tecelli etmesi için atılacak olan ilk adımdır. Kâdının dava da tarafları yanlış tespit etmesi, yapması daha zor olan delil getirme külfetini davalıya yüklemesi gibi bir sonuç ortaya çıkaracaktır. Davalı ilke olara beraet-ü zimmetin asıl olmasından dolayı ve iddia edileni elinde bulundurması sebebiyle daha zayıf bir delil olan yemin ile mükellef kılınmıştır. Bu noktada tarafların doğru bir şekilde tespitinin adaletin tesisine dair önemi ortaya çıkmaktadır. Diğer taraftan yargılanmanın psikolojik olarak zayıflamaya neden olabilmesi doğrultusunda kişinin nefesine kapılarak yalan söyleyebilme ihtimalinin artmasının; delil getirmekle davacının, yemin etmekle davalının sorumlu tutulması düsturunun hikmetlerinden olduğu düşünülebilir. Böylelikle İslam hukuku gerçekten hakkı olmayan kimselerin dava açmasını ve yargının meşgul edilmesini engellemeyi hedeflemiştir.

Kendisine ispat yükü yüklenen taraf, beyyine/şehadet, yemin, yeminden çekinme, ikrar, gibi ispat yollarını kullanarak davasını ispat edebilir. Bunun yanı sıra kasâme, keşif, kâdının bilgisi, bilirkşi. karîne, yazılı belgeler gibi ispat vasıtaları da davayı ispat etme yollarından sayılmıştır. Cumhur-u ulema davayı ispat etme yollarının belirli sayıda olduğunu savunmuş ancak davayı ispat etme yollarının adedi hakkında ihtilaf etmişlerdir. Diğer taraftan bazı alimler ise davayı ispat etmeye elverişli, şeriatin özüne aykırı olmayan her şeyin davada delil olarak kullanılabileceğini ifade etmişlerdir.

Öte yandan günümüzde teknolojik gelişmeler vasıtasıyla ortaya çıkan DNA parmak izi uygulaması nesep tespiti için kullanılmaktadır. İslam hukukunda nesep tespiti için kâif diye isimlendirilen kişilerden yardım alınarak nesep tespiti yapılmıştır. Muasır İslam hukukçuları ise DNA parmak izinin İslam yargısında delil olarak kullanılabileceğini söylemişlerdir. Söz konusu durum İslam hukukunun yeni gelişmelere açık bir yapıya sahip olduğunu göstermektedir.

Yargılama, kadâ kelimesi ile ifade edilmektedir. Dava, hakkı talep etmek demekken kadâ, talep edilen hakkın bir kararla sonlandırılması demektir. Bu itibarla kadâ ve dava kelimeleri birbirinden farklılık arz etmektedir. Tarafların üzerinde anlaşamadıkları husus kâdının kararından önce dava diye isimlendirilirken kâdının kararından sonra kadâ/hüküm diye isimlendirildiği tespit edilmiştir.

Davaların kâdı tarafından görülebilmesi için gerekli şart ve rükünleri taşıması gerekmektedir. Bu itibarla davanın rükünlerini İmam-ı Azam, rükün kavramının içerisine fiilin kendisinden sâdır olduğu kişiyi dahil etmediği için talep ve siga olarak belirlemiştir.

Cumhur-u ulema ise fiilin failini de eklediği için davanın rükünlerini davacı, davalı, dava konusu ve dava sigası olarak tespit etmişlerdir. Davanın kâdının huzurunda görülmesini Hanefilerden rükün sayanlar olduğu gibi genel kabul dava şartı olarak görülmesi gerektiği yönündedir.

Sayılan rükünlerle tam olan bir davanın görülmesi belli sıhhat şartlarına bağlanmıştır. Bu şartları taraflara, mahkemeye ve dava konusuna ait şartlar başlıkları altında özetlemek mümkündür. Yaptığımız tespitlere göre İslam yargılama hukukunda davanın belli başlı sıhhat şartlarının şunlar olduğu sonucuna varılmıştır.

Davanın sahih kabul edilebilmesi için *tarafalarda olması* gereken şartlar:

1. Vücup ehliyeti olan kimseler davada taraf ehliyetine sahiptirler. Gayri mümeyyiz çocuk ve delinin vücup ehliyeti olduğu için davada taraf ehliyetleri de vardır. Şeriatin kişilerin amellerine itibar etmesi için kişilerin yaptıkları tasarrufların sonucunu anlayacak akli yeterliliğe sahip olması gerekmektedir. Bu yeterliliğe sahip olan ve ayrıca semâvi veya müktesep bir ârizadan dolayı tasarrufu kısıtlanmayan kimseler tam eda ehliyetine sahiptirler. Tam eda ehliyeti olan insanların kendi adına veya yerine temsilcisinin davayı yürütebilme ehliyeti ise dava ehliyeti ile ifade edilir. Davada tarafların dava ehliyetine sahip olması dava şartları arasında sayılmıştır. Gayri mümeyyiz çocuk ve delinin her ne kadar davada taraf ehliyeti olsa da eda ehliyetleri olmadığı için davada veli yada vasileri tarafından temsil edilmeleri gerekmektedir.

Hanefiler'e göre gayri mümeyyiz çocuğun direkt kendisiyle alakalı olan söz gelimi verdiği bir zarardan dolayı aleyhinde açılan davada veli yada vasisi tarafından temsil edilir. Dava esnasında zarar verdiği şeye işaret etsin diye davada hazır bulunması şart koşulmuştur. Kendi ile doğrudan ilgili olmayan davalarda örneğin malvarlığı ile ilgili konularda muhâkeme esnasında bulunması şart koşulmamıştır. Mümeyyiz mezun çocuğun ise eda ehliyeti olduğu için davada veli yada vasisinin olması şart koşulmamıştır. Şafî, Hanbeli ve Malikilere göre ise gayri mümeyyiz çocuk gaip olan davalı gibidir. Davalarda veli ya da vasileri tarafından temsil edilir. Davada hazır bulunmaları gerekmez. Şafî ve en sahih kavle göre Maliki ve Hanbeliler, mümeyyiz mezun çocuğun davacı ve davalı olmasını sahih görmemişlerdir. Mer'i hukukta ise çocuklar sınırlı ehliyetsizler olarak sayılmıştır. Davada veli yada vasileri tarafından temsil edilirler. Fakat haksız fiillerinden kaynaklanan davalarda tam ehliyetli olarak görülmüşlerdir. Söz konusu durum mer'i hukukun aksine İslam hukukunun haksız fiilden kaynaklanan davalarda bile veli yada vasinin davada hazır bulunması şartını koyması insan psikolojisine verdiği önemi ve insanın fitratına en uygun hükümleri belirlediğini göstermektedir.

2. İslam hukukunda kişilerin özür sebebiyle yerine vekil tayin etmesi ittifakla caiz görülmüştür. Ancak özrü olmayan kimselerin vekil tayin etmesi İmam-ı Azam'a göre karşı tarafın rızasına bağlıken Cumhur ve İmameyn'e göre karşı tarafın rızasına bağlı görülmemiştir. Bunun yanı sıra İslam muhâkeme hukukunda davanın tarafları istedikleri kişiye davada kendilerini temsil etmesi için vekalet verebilir. Vekil aracılığı ile takip edilen davaların şartlarından biri de geçerli vekaletnamenin kâdıya sunulmasıdır. Vekaletnamenin geçerliliği şahitler veya resmi makamlar tarafından verilen yazı ile tespit edilir. Aksi takdirde dava dinlenilmez. Mer'i hukukta da İslam hukukunda olduğu gibi davalar vekil aracılığı ile takip edilebilir. Ancak İslam hukukundan farklı olarak vekalet sadece baroda kayıtlı bulunan avukatlara verilebilir.

3. İslam hukukunda taraf sıfatı, kişilerin kendi ile alakalı davalarda kendini temsil etmesi veya başkası adına vekil sıfatıyla davayı takip etmesi, kamu davalarında kamunun yararına temsilci konumunda bulunması, ceza davalarında toplumun menfaati için şikayetçi olması gibi farklı şekillerde görülebilir. Davalardaki husumetin çözülebilmesi ise davanın doğru kişiye yöneltilmesi ile olur. Bu nedenle davada taraf sıfatı dava şartları arasında sayılmıştır. Bunun yanı sıra mer'i hukukta ise taraf sıfatı dava şartları arasında görülmemiştir.

4. İslam hukukunda davalının belli olması dava şartlarından biridir. Davalının belirlenmesi hususunda önemli olan etken başkalarıyla karışmasını önleyecek şekilde belirtilmesidir. Davacının bilinmesi dava şartları arasında sayılmasa da metinlerin ifadelerinden zımnen dava şartı olduğu anlaşılmaktadır. Çünkü davacı olmadan bir davanın açılması mümkün değildir. Bu nedenle ayrıca dava şartları arasında zikredilmediği düşüncesindeyiz. Mer'i hukukta ise davacı ve davalının dava dilekçesinde ad ve soyadlarının belirtilmesi zorunlu kılınmıştır. Fakat bu zorunluluk dava şartı değil dava dilekçesinin geçerlilik şartı olarak kabul edilmiştir.

5. Herhangi bir özrü olmayan ve beldede bulunan davalının mahkemede hazır bulundurulması dava şartı olarak sayılmıştır. Ulema bu konuda ittifak etmiştir. Ancak belde de bulunmayan ve mahkemeye gelmesi zor olan davalının bulunmasının dava şartı olması konusunda ihtilaf etmişlerdir. Cumhur-u ulema, davalının mahkemeye gelmesinin zor olması, dava konusunun kul hakkı ile ilgili olması, davacının delil sunması şartlarıyla gaip davalı hakkında hüküm vermenin caiz olduğuna hükmetmiştir. Hanefiler de kabul edilen görüşe göre davalının gıyabında hüküm vermek caiz görülmemiştir. Söz gelimi kocası daru'l-harbe kaçan kadın, kocasının yokluğunu ispat edebilirse kâdı boşanma kararı verebilir. Mefkud olup kendinden haber alınamayan adamın malvarlığından ailesi lehine nafaka kararı verilebilir. Söz konusu durumlar Hanefilere göre istisna kabul edilirken Cumhur'a göre caiz görülmüştür.

Ancak gaip olan davalı hakkında beldesinde bulunan kâdıya davacının talebiyle mektup yazılarak davalı ve şahitleri dinlemesi talep edilebilir. Bu durum İslam hukukunda niyâbet usulü, mer’i hukuta ise benzer kavramsal içerikle istinabe usulu olarak isimlendirilerek gıyabi yargılama içinde sayılmamıştır. Bunun yanı sıra veli, vasi, vekil aracılığı ile davada temsil edilen kimselerin davaları da İslam hukuku tarafından meşru kılınması sebebiyle gıyabî yargılama arasında görülmemiştir. Mer’i hukukta davaya gelen tarafın talebiyle, gelmeyen taraf aleyhinde gıyabi yargılama yapılmasına izin verilmiştir. Bu durum İslam hukukunun mer’i hukuka nazarla daha âdil bir yargılama için tarafların dava sırasında hazır bulunmasına daha çok önem verdiğini göstermektedir. İslam hukukunda caiz görenler bile gıyabi yargılamayı belli şartlara bağlamışlardır. İslam hukuku bu konuda katı kurallar belirleyerek tarafların haklarını savunması ve iddialara cevap vermesi açısından mağdur olma ihtimalini en aza indirmişdir.

6. İslam yargılama hukukunda taraflar hakkında doğru karar verilmesi için davacının mahkemedan talebinin kesin ve net ifadelerle olması dava şartları arasında sayılmıştır. Mer’i hukukta ise dava şartları arasında sayılmazken sadece dava dilekçesinin şekil şartları arasında sayılmakla yetinilmiştir.

7. Davacı tarafından tenâkuz içeren ifadeler kullanılarak dava açılmamalıdır. Tenâkuzun gerçekleşmesi için bir kişi veya vekil ile müvekkilin ifadeleri arasında çelişki bulunması, daha önceden verilen bir kararla davada çelişkinin giderilmemiş olması, çelişkili ifadelerdeki zıtlığın giderilemiyor olması şart koşulmuştur. Söz gelimi davacı bir yerin vakıf olduğunu iddia ettikten sonra aynı yerin kendisine ait olduğunu ileri sürse vakıf malı olmağının şahsi mülkiyete zıt olmasından dolayı davası dinlenilmez. Hanefiler tenâkuzun tevfiik veya davalının rızası ile giderilebilmesinin mümkün olduğunu söylemişlerdir. Bu durumda dava dinlenilebilmektedir. Sebepleri gizli olan nesep, talak vb. gibi davalarda tenâkuzun bulunması davanın sıhhatine engel görülmemiştir. Bunun yanı sıra Mer’i hukukta da belli bir usul kesitine kadar ve davalının rızası ile tenâkuzun kaldırabileceği tespit edilmiştir.

Davanın sahih kabul edilebilmesi için *dava konusuna* ilişkin şartlar:

1. Dava konusunun meşru ve mülzem olması şart koşulmuştur. Diğer bir ifadeyle İslam hukukunda kişilerin dava açabilmesi için dava konusu olan husumetin şeriat tarafından meşru görülen bir hak olması ve kadâen talep edilmesine izin verilmiş olması dava şartları arasında sayılmıştır. Söz gelimi kişilerin yakın akrabaya sıla yapması İslam hukuku tarafından emredilmiş ve sıla yapmayı kesenler zemmedilmiştir. Ancak bu durum kadâen değil, diyâneten korunan bir haktır. Bu nedenle davacının, söz konusu durumda davalıyı yemin,

yeminden çekinme vb. ispat vasıtaları ile ilzam etmesi mümkün değildir. Diğer taraftan içki, domuz gibi şeriatin haram kıldığı şeylerde mütekavvim mal olmaması ve dinen haram kılınması sebebiyle bir kimsenin telef olan içkisi için açtığı davaya dair uyuşmazlık tarafların Müslüman olması durumunda dinlenilmez. Her ne kadar İslam alimleri davada ayrıca “*maslahat*” ifadesini dava şartı olarak zikretmeselerde, dava konusunun meşru ve mülzem olmasını zikretmelerinden davada maslahatı şart olarak kabul ettikleri görülmektedir. Bunun yanı sıra mer’i hukukta “*hukuki yarar*” olması diğer bir ifadeyle maslahat olması dava şartı olarak kabul edilmiştir. Ancak mer’i hukuk ve İslam hukukunun beslendikleri kaynakların farklı olması sebebiyle maslahat gördükleri durumlarda değişiklik gösterir. Örneğin 18 yaşından büyük kimsenin kendi rızasıyla nikahsız cinsel ilişkiye girmesi mer’i hukuk tarafından suç unsuru teşkil etmezken İslam hukukunda nikahsız birliktelik zina suçunu meydana getirmektedir. Bu durumdan İslam hukukunun maslahat saydığı şeylerde dinin koyduğu hükümleri temel ilke edindiği görülürken, mer’i hukukun insanın istek ve arzusuna uygun ilkeleri maslahat edindiği tespit edilmiştir.

2. İslam hukukunda dava konusunun aklen ve âdeten mümkün şeylerden olması dava şartı olarak sayılmıştır. Söz gelimi kişinin kendisinden küçük birinin babası olduğunu iddia etmesi aklen muhal görülür. Bunun yanı sıra fakir bir kimsenin asla kendisinde bulunması mümkün olmayan bir miktarı zengin kimseye borç olarak verdiğini iddia etmesi de âdeten mümkün değildir. Bu nedenle dava konusu mümkün şeylerden olması dava şartı sayılmıştır. Mer’i hukukta ise bu durum dava şartları arasında sayılmamıştır.

3. Hanefiler Mahkemede hazır bulunması mümkün olan kıyemî ve mislî taşınır eşyaların davada malum olması için işaret edilmesini dava şartı saymışlardır. Bunun yanı sıra hazır bulunması mümkün olmayan mislî eşyaların mislini zikretmekle, kıyemî eşyaların ise cinsinin, nevinin, sıfatının ve kıymetinin zikredilmesiyle malum olacağına hükmetmişlerdir. Cumhuriyet ulema ise hazır bulunması mümkün olan taşınır eşyalar dışında dava konusunun malumiyeti için mislî veya kıyemî mal ayrımı yapmaksızın işaret etmeyi dava şartı saymamışlardır. Davada söz konusu taşınırın vasfını zikretmeyi yeterli görmüşlerdir. Mer’i hukukta ise taşınır eşyalar vasfının ve değerinin dava dilekçesinde yazılması ile malum olur. Dava konusunun belli olmadığı davalar mer’i hukuk tarafında da kabul edilmez. Bazı eşyalar sıfatının, cinsinin, nevinin farklı olması sebebiyle değerleri de farklılık gösterebilir. İslam hukuku dava konusunda değer belirtilmesi hususunu şart koştuğu davalarda tarafların mağduriyetini engellemeyi amaçlarken mer’i hukuk bu hususu dava üzerinden alınacak harç miktarını tespit etmek için gerekli görmüştür.

4. Taşınmazlarda dava konusu davacı tarafından sınırlarının zikredilmesi ile malum olur. Bunun yanı sıra davacı tarafından taşınmazın davalının elinde olduğunun söylenmesi ve talep edilmesi dava şartı olarak görülmüştür. Taşınmazın davalının elinde haksız yere bulunduğu söylenmesi taşınmazlar hakkında ihtilafiyken taşınır davalarında zikredilmesi dava şartları arasında sayılmıştır. Herkes tarafından bilinen meşhur bir taşınmazın davada sınırlarının zikredilmesi ise İmameyn tarafından gerekli görülmemiştir. İmam-ı Azam ise taşınmazın sınırlarının zikredilmesini dava şartı saymıştır. Mecellede ise İmameynin görüşü benimsenmiştir. Günümüz davalarında taşınmazların belli olması tapu kayıtlarının dava dilekçesinde belirtilmesi ile gerçekleştirilmektedir. Mecelle sınırları kağıda yazılı olan meşhur taşınmazın davacının “*şu kağıtta yazan taşınmaz bana aittir.*” diyerek işaret etmesini dava konusunun malum olması için yeterli görmüştür. Buradan hareketle günümüz tapu kayıtlarının dava konusunun malumiyeti için yeterli olduğu sonucuna varmak mümkün görünmektedir. Nitekim İslam yargılama hukukunda Devlet başkanı tarafından resmi kayda aldırılan tapu kayıtlarının davalarda kullanılmasının mümkün olduğu da tespit edilmiştir.

5. Alacak davalarında dava konusunun malum olması için alacağın cinsinin, nevinin vasıf ve miktarının belirtilmesi şart koşulmuştur. Bunun yanı sıra davacının alacağını talep ettiğini söylemesi şartı ihtilafıdır. Ancak Mecelle'nin alacak davalarında “*talep ediyorum*” ifadesinin kullanılmasını şart koşmadığı tespit edilmiştir. Bu tür davalarda ihtilafı olan diğer bir konu ise borcun sebebinin söylenmesinin şart olup olmadığıdır. Mutlak mülkiyet davalarında mülkiyet sebebinin söylenmesi şart koşulmazken alacak davalarında Hanefi ve Malikiler'in çoğunluğuna göre dava şartı sayılmıştır. Mecelle'nin de bu görüşü benimsediği tespit edilmiştir. Hanbeli ve Şafîler'e göre borcun sebebini söylemek dava şartı sayılmamıştır. Bu nedenle alacağın sebebinin söylenmediği bir dava Hanefiler'e göre makbul değilken diğerlerine göre sahih kabul edilmiştir.

6. Öte yandan satılan ve teslim edilen taşınır ve taşınmazların aynından kaynaklanmayan davalarda malumiyet için sadece kıymet beyanı yeterlidir. Satılan ama teslim edilmeyen aynalarda ise malumiyet için bahsi geçen hususların zikri dava şartı sayılmıştır.

Davanın sahih kabul edilebilmesi için *mahkemeye ilişkin* dava şartları:

1. İslam hukukunda kâdıların bakacağı davalar yer, zaman, mekan olarak devlet başkanı tarafından sınırlandırılabilir. Yetkisi devlet başkanı tarafından sınırlandırılan kâdi sadece görev alanına giren davalara bakabilir. Bunun yanı sıra yetkisi sınırlandırılmayan bir kâdi ise tüm davalara bakabilir. Söz konusu durum İslam hukukunda mahkemelerin görev ve yetkisinin dava şartları arasında sayılmadığını göstermektedir. Ancak yetkisi sınırlandırılan

bir kâdı için bu yetkilendirme dava şartı olarak değil kâdının görev şartı olarak sayılması kanaatimizce daha uygun olacaktır. Mer’i hukukta ise İslam hukukundan farklı olarak mahkemelerin görev ve kesin yetki halleri dava şartları arasında sayılmıştır.

2. Davalarda ki husumet ancak kâdının vereceği hükümle sona erer. Bu nedenle İslam hukukunda davaların kâdının meclisinde görülmesi dava şartları arasında sayılmıştır. Bunun yanı sıra mer’i hukukta davaların mahkemede görülmesi dava şartları arasında sayılmasa da Anayasa tarafından hükme bağlanmıştır.

İslam yargılama hukukunda sayılan dava şartlarının olup olmamasına göre davalar kısımlara ayrılır bu itibarla; dava konusunun meşru olmaması, aklın ve âdetin yalanladığı davalar vb. şartlarında düzeltilemeyecek derecede eksiklik bulunan davalar bâtil dava ismini alır. Kâdı tarafından dinlenilmez. Dava konusunun malum olmaması veya davacının ifadelerinde eksiklik sebebiyle şartlarında düzeltilebilecek kusur bulunan davalara tüm mezhepler fâsid ismini verirken Şafîiler nâkis dava ismini vermiştir. Bu tür davalardaki eksikliğin giderilmesi için kâdı davacıya belirli süre verir. Bu süre de eksiklik tamamlanırsa kâdı tarafından dava incelenir. Aksi halde dava dinlenilmez ve reddedilir. Tüm şart ve rükünleri tam olan davalara ise sahih dava ismi verilir. Mer’i hukukta dava şartlarında düzeltilemeyecek eksiklik bulunan davalar hakim tarafından usulden reddedilir. Davanın esasına girilmez. Bunun yanı sıra düzeltilebilecek eksikliklerde hakim uygun bir süre vererek eksikliğin tamamlanmasını talep eder. Tamamlanmazsa dava usulden reddedilir. Dava dilekçesinde dava konusunun değerinin yazılmamış olması buna örnek verilebilir.

İslam hukuku ve mer’i hukukun belirlediği usuller birbirinden farklı olması sebebiyle dava şartlarındaki eksiklik nedeniyle davaların usulden reddi farklı sonuçlar doğurmaktadır. Söz gelimi domuzu telef olan birinin zararının tazmini için açtığı dava İslam hukukunda dava konusunun meşru olmaması sebebiyle usulden reddedilir ve bu dava konusuna dayanarak hiçbir zaman dava açılmaz. Diğer taraftan dava konusunun malum olmaması sebebiyle usulden reddedilen bir davanın eksiklik tamamlanıncaya kadar tekrar açılması mümkündür. Bu nedenle İslam hukukunda fâsid ve bâtil davaların usulden reddi de sonuçları açısından farklı görünüme sahiptir. Mer’i hukukta ise mutlak olarak dava şartlarında eksiklik olması sebebiyle usulden reddedilmiş bir davanın tekrar açılması mümkündür.

“İslam Hukukunda Davanın Sıhhat Şartları” isimli bu tez çalışmasıyla hukuk davalarında uyulması gereken usul kurallarının tespiti ve önemini ortaya koymayı amaçladık. Kaynaklardan elde edilen bilgilerin ışığında davada adaletin tam anlamıyla tecelli etmesi için yargılamanın vazgeçilmez unsurlarından birinin de usul hukuku olduğu sonucuna vardık. Bunun yanı sıra İslam hukukunun belirlediği usul ve esasların, mer’i hukuktaki karşılıklarını

tespit ettik. Neticede her iki hukuk sisteminin benzer ve farklı yönlerinin olduğunu ortaya koyduk.

KAYNAKÇA

- Abderî, Muhammed b. Yusuf el-Mevâk, *et-Tâç ve 'l-İklîl*, Daru'l-Kütübu'l-İlmiyye, yy., 1996.
- Aclûnî, İsmail bin Muhammed, *Keşfu'l-Hafâ*, (thk. Abdulhamid b. Ahmed), Mektebutü'l-Asrıyye, yy., 2000.
- Ahmed Muhtar Ömer, *Mu'cemu'l-Lügatu'l-Arabiyye el-Muâsara*, Âlemu'l-Kutub, yy., 2008.
- Akıntürk, Turgut vd., *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, Beta Yayınları, 2015, İstanbul, s.303-305.
- Alaadin el- Buhâri, Abdulaziz b. Ahmed b. Muhammed, *Keşfu'l-Esrâr ale Şerhi'l-Pezdevî*, Daru Kitabi'l-İslâmî, yy., ty.
- Ali b. Hasan b. Cafer, “*Def'u'd-Dava Fi Şeriatî'l-İslam ve Tatbikâtuhu fi Nizâmi'l-Murâafâti 'ş-Şer'iyyeti's-Suudiyye*”, Nâif Arab Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Koleji, Riyad, ty.
- Ali Haydar Hoca Emin Efendi, *Dureru'l-Hukkâm fi Şerhi Mecelletu'l Ahkâm*, (terc. Fehmi Hüseyin), Dâru'l-Ceyl,1991.
- Arı, Abdüsselam, “Hz. Ömer'in Ebu Musa el-Eş'arî'ye Gönderdiği Mektubun Yargılama Hukuku Açısından Analizi”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Sayı 2, 2003, ss.85-99.
- Arcânî, Abdullah b. Nâsır, *Şurûtu Etrâfi'd-Dâva fi'l-Fıkhi ve Nizâmi'l-Murafaâ*, Nâif Arap Üniversitesi Eğitim Fakültesi, Riyad, 2006.
- Aslan, Nasi, *İslam Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri*, Karahan Kitapevi, Ankara, 2019.
- Atar, Fahreddin, *Fıkıh Usûlü*, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1992, s.61.
- _____ “Kazâ”, *TDV İslam Ansiklopedisi (DİA)*, İstanbul, c.XXV. ss.113-117.
- _____ “MÛRAFAA”, *TDV İslam Ansiklopedisi (DİA)*, c. XXXII. ss.38-40.
- _____ *İslam Adliye Teşkilatı*, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 1979.
- _____ *İslam Yargılama Hukukunun Esasları*, M.Ü. İlahiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2019.
- Âtâsi, Muhammed Hâlid, *Şerhu'l-Mecelle*, Dâru'l-Kütübu'l-İlmiyye, Beyrut, 2016.
- Ayar, Kenan. (2018). “Hz. Ömer'in Basra Valisi Ebû Mûsâ el- Eş'arî İle İlişkileri”. *Uluslararası Hazreti Ömer Sempozyumu*. Sivas, ss. 55-72.
- Aydın, Mehmet Akif. *Türk Hukuk Tarihi*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013.

- Aynî, Ebu Muhammed Bedreddîn Mahmud b. Ahmed, *el- Benâye Şerhu'l-Hidâye*, Daru'l-Kutubu İlmiyye, Lübnan, 2000.
- Bâbertî, Muhammed b. Muhammed b. Mahmud Ekmeleddin Ebu Abdullah, *el- İnâye Şerhi'l-Hidâye*, Daru'l-Fikr, yy., ty.
- Bardakoğlu, Ali, “Vesâyet”, *TDV İslam Ansiklopedisi (DİA)*, 2013,c. XXXXIII. ss.66-70.
- Bedevî, Abdu'l –Azim, *el-Vecîz fi Fikhus-Sünne ve'l-Kitâbi'l –Azîz*, Dâru İbn Recep, Mısır, 2001.
- Behnesî, Ahmed Fethi, *Nazariyetu'l-İspât fi'l-Fıkhî'l-Cinêi'l-İslâmî*, Daru'ş-Şurûk, Kahire, 1989.
- Belhî, Nizâmuddîn vd., *Fetâvâ-i Hindiyye*, Daru'l-Fikr, Beyrut, 2009.
- Beştâvî, Muhammed Selim, *Cevâhiru'r-Rivâyât ve Dureru'd-Dirâyât fi'd-Davâ*, el-Âmiratu'ş-Şerafiyye, 1319.
- Beyâtî, Abdulgafûr Muhammed, *el-Kavâidu'l Fıkhiyye fi'l-Kadâ*, Dâru'l-Kutubu İlmiyye, Beyrut, 2015.
- Beyhakî, Ahmed bin Hüseyin, *es-Sünenu's-Sağîr li'l-Beyhakî*, (thk.Abdulmûti Emin Kalacî), Camiatu Dirâsetu İslamiyye, Pakistan, 1989.
- Beyhakî,Ahmed b. Hüseyin, *es-Sünenu'l-Kübrâ*, (thk. Muhammed Abdulkadir Atâ), Daru Kütübü İlmiyye, Beyrut-Lübnan, 2003.
- Bilmen, Ömer Nasûhi, *Hukûk-i İslâmiyye ve Istulâhât-ı Fıkhiyye Kamusu*, Ravza Yayınları, İstanbul, 2013.
- Budak, Ali Cem, *Karşılaştırmalı 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu*, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK), Adalet Yay., Ankara, 2014.
- Buhârî, Muhammed b. İsmail, *Sahih Buhârî*, (thk. Muhammed Züheyr en-Nâsır), Daru Tûku'n-Necât, Dimeşk, 1422.
- Buhutî, Mansur b. Yunus, *Keşşâfu'l-Kinâ ale Metni'l-İkna*, Daru Kütübü'l-İlmiyye, yy., ty..
- Cessâs, Ebu Bekir Ahmed b. Ali er-Râzi, *Şerhu Edebu'l-Kâdî*, Amerika Üniversitesi, Kâhire, 1977.
- Cevherî, Ebu Nasr İsmail, *es-Sihâh*, (thk. Muhammed Muhammed et-Têmir), Daru'l-Hadîs,Kahire, 2009.
- Cüdey, Abdullah b. Yusuf b. İsa, *Teyşîru İlmi Usulu'l-Fıkh*, Müessesetu'r-Reyyân, Beyrut-Lübnan, 1997.
- Cürcânî, Ali b. Muhammed Ali, *Kitâbu't-Târifât*, Daru Kütübü İlmiyye, Beyrut-Lübnan, 1983.

- Çalış, Halit. (2013). “Eşya Hukuku”. T. Türcan (Ed.). *İslam Hukuku El Kitabı*, Grafiker Yayınları, Ankara.
- Çolak, Abdullah, *İslâm Ceza Hukuku*, Hikmetevi yayınları, İstanbul, 2019.
- Dalgın, Nihat. (2004). “Değişim Stratejisi Açısından Hukuk ve İslam Hukuku”. *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Sayı 16, ss.73-109.
- Dârkutnî, Ebu'l-Hasan Ali b. Ömer, *Sünenu Dârukutnî*, thk. Hüseyin Abdulmunim Şelebî vd., Müessesetu'r-Risale, Beyrut-Lübnan, 2004.
- Dimyâti, Ebu Bekir Osman b. Muhammed, *Îânetu't-Tâlibîn ale Halli Elfâzi Fethi'l-Muîn*, Daru'l-Fikr, 1997.
- Duman, Soner, *Günümüz Fıkıh Problemleri*, Beka yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Ebû Dâvûd, Süleyman b. el- Eş'as es-Sicistânî, *Süneni Ebi Dâvûd*, (thk. Muhammed Muhyiddin Abdulhamid), Mektebetu Asriyye, Beyrut, ty.
- Ebu Zehra, Muhammed, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, Kitapevi, (çevr. İbrahim Tüfekçi), İstanbul, 1994.
- Ebu'l-Ferec, Abdurrahman b. Muhammed b. Ahmed b. Kudâme el- Makdisî, *Şerhu'l-Kebîr ale Metni'l-Muknî*, Daru Kütübü Arabiyye, yy, ty.
- Ebu'l-Hâris, Muhammed Sıdkı b. Ahmed el- Bornu el- Gazzî, *Mevsuatu'l-Kavâidu'l-Fikhiyye*, Müessesetu'r-Risâle, Lübnan-Beyrut, 2003.
- Ebu'l-Münzir, Mahmud b. Muhammed b. Mustafa, *Eş-Şerhu'l-Kebîr li Muhtasari'l-Usul min İlmi'l-Usul*, Mektebetu Şamile, Mısır, 2011.
- Ekinci, Ekrem Buğra, *İslâm Hukuku ve Önceki Şeriatler*, Arı Sanat Yayınları, İstanbul, 2003.
- Emiroğlu, İbrahim, *Klasik Mantığa Giriş*, Elis Yayınları, Ankara, 2013.
- Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Ensâr Yayınları, İstanbul, 2019.
- Erturhan, Sabri, *Temel Fıkıh Bilgileri*, Hikmetevi Yayınları, İstanbul, 2018.
- Fevzân, Salih b. Fevzân b. Abdullah, *Mulahhasu'l-Fıkhi*, Daru'l-Âsime, Riyad, 1423.
- Fîrûzâbâdî, Ebu't-Tâhîr Mecdudî Muhammed b. Yâkup, *Kâmusu'l-Muhît*, (thk. Muhammed Naim Araksusi), Müessetur-Risâle, Beyrut, 2005.
- Gâvecî, Vehbi Süleyman, *el- Kâfi fi'l-Fıkhi'l-Hanefî Fıkhu'l-İbâdât ale Mezhebi'i-İmami Ebî Hanife Nu'mân*, Dâru'l-Risâle el-Âlemiyye, Beyrut-Lübnan, 2013.
- Gayretli, Mehmet, “*İslam Adliye Teşkilatında Avukatlık*”, E-Akademi, Sayı 106, 2011.
- Gönenç, Halil Abdülkerim, *Mevsuatu'l-Fıkhiyyeti'l-Müeyyessere*, Dâru Seha, İstanbul.
- Gözübenli, Beşir, “KIYEMÎ”, *TDV İslam Ansiklopedisi (DİA)*, 2002, c.XXV, ss.540-541.
- Günay, Hacı Mehmet. (2013). “Yargılama Hukuku”. T. Türcan (Ed.). *İslam Hukuku El Kitabı*, Grafiker Yayınları, Ankara.

- Haccâc, Müslim b. Ebu'l-Hasan el- Kuşeyri, *Sahih Müslim*, (thk. Muhammed Fuad Abdalbâkî), Daru İhyau Turâs, Beyrut.
- Haddâdî, Ebu Bekir b. Ali b. Muhammed, *el- Cevheretu'n-Nîre*, Hayriyye, 1322.
- Hamîdî, Abdurrahman İbrahim Abdulaziz, *el- Kadâ ve Nizâmuhu fi'l-Kitâb ve Sünnet*, Ümmü'l Kura Üniversitesi, Mekke, 1989.
- Hamza, Mahmud, *el- Ferâidu'l-Behiyye fi'l-Kavâidi'l-Fıkhiyye*, (nşr. Habib Efendi), Dımeşk, 1398.
- Haskefî, Muhammed b. Ali b. Muhammed, *ed-Durru'l-Muhtâr Şerhu Tenvîri'l-Ebsâr ve Câmiu'l-Bihâr*, (thk. Abdulmunim Halil İbrahim), Daru'l-Kütübu'l-İlmiyye, 2002.
- Hattâb er'Ruaynî, Şemseddin Ebu Abdullah Muhamed, *Mevâhibu'l-Celil fi Şerhi Muhtasari'l-Halil*, Daru'l-Fikr, yy., 1992.
- Heyet, *es-Siyasetu's-Şer'iyye*, Câmîiatu'l-Medeniyyetu'l-Âlemiyye, yy, ty.
- Heyet, *Mevsu'âtu'l-Fıkhiyyeti'l-Kuveytiyye*, Vuzâratu'l-Evkâf, Kuveyt, 2012.
- Heytemî, Şihâbuddin Ahmed b. Hacer, *Tuhfetu'l-Muhtâç fi Şerhi'l-Minhâç*, Dâr-u İhyâut-Turâs, Beyrut, ty.
- Hısnî, Ebu Bekir Muhammed el-Hüseynî, *Kifeyetu'l-Ahyâr fi Halli Ğâyetu'l-İhtisâr*, (thk. Ali Abdulhamid Baltacı), Daru'l-Hayr, Dımeşk, 1994.
- İbn Âbidîn, Muhammed Emin b. Ömer, *Reddu'l-Muhtâr ale'd-Dürri'l-Muhtâr*, Daru'l-Fikir, Beyrut, 1992.
- İbn Âbidinzâde, Alaaddin Muhammed b. Abdulaziz, *Kurratu Uyûnu'l-Ahyâr li Tekmileti Reddi'l-Muhtâr ale ed-Durru'l-Muhtar Şerhu Tenviru'l-Ebsâr*, Daru Seâde, yy., ty.
- İbn Battal, Ebu'l-Hasan Ali b. Halef b. Abdu'l-Melik, *Şerhu Sahihu'l-Buhari li İbn Battal*, (thk. Ebu Temim Yasir b. İbrahim), Mektebet'ur-Rüşd, Riyad, 2003.
- İbn Dakîk, Takiyuddin, *İhkâmu'l-Ahkâm Şerhi Umdeti'l-Âhkâm*, Senetu'l-Muhammediyye, Kahire, 1953.
- İbn Desûkî, Muhammed b. Ahmed, *Hâşiyetu't-Desûkî ale's-Şerhi'l-Kebîr*, Daru'l-Fikr, yy., ty.
- İbn Ebi'd-Dem, Şihabuddîn Ebu İshak, *Edebu'l-Kadâ*, (thk. Muhyi Hilal Serhân), İrşad Yayınevi, Bağdad, 1984.
- İbn Ferhûn, İbrahim b. Muhammed, *Tabsiratu'l-Hukkâm fi Usûli'l-Akdıyye ve Menehicu'l-Ahkâm*, Daru Âlemi'l-Kütüb, Riyâd, ty.
- İbn Hacer el-Askalâni, Ebu'l-Fadl Ahmed b. Ali, *Ed-Dirâye fi Tahrîci Ehâdîsi'l-Hidâye*, (thk. Abdullah Haşim el- Yemenî), Daru'l-Marife, Beyrut, ty.

- İbn Haldun, Abdurrahman b. Muhammed, *Târihu İbn Haldun*, (thk. Halil Şehade), Daru'l-Fikr, Beyrut, 1988.
- İbn Hubeyra, el- Vezir Yahya b. Muhammed Avnuddin Ebu'l-Muzaffer, *İcmâu'l-E'immeti'l-Erbaati ve İhtilâfihim*, (thk. Muhammed Hüseyin), Daru'l-Ulâ, 2009.
- İbn Humâm, Kemaleddin Muhammed b. Abdulvahid, *Fethu'l-Kadîr*, Daru'l-Fikr, yy., yt.
- İbn Kayyım el-Cevziyye, Ebu Abdullah Muhammed b. Ebubekir, *et-Turuku'l-Hukmiyye fi Siyaseti's-Şer'iyye*, (thk. Nâyif b. Ahmed), Daru'l-Alemi'l-Fevâid, Mekke, ty.
- İbn Kesir, Ebu'l-Fedâ İsmail b. Ömer el-Kuraşî, *Müsnedu'l-Fârûk*, (thk. Abdulmu'tî Kalacî), Daru'l-Vefa, Mısır, 1991.
- _____ *Tefsîru'l-Kurâni'l-Azîm*, (thk. Muhammed Hüseyin Şemseddin), Daru'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut, 1419.
- İbn Kudâme, Ebu Muhammed Muvaffakuddin Ahmed b. Muhammed el-Makdisî, *el- Muğni*, Mektebetü'l-Kâhire, 1968.
- _____ *el- Kâfi fi Fıkhi'l-İmâm-ı Ahmed*, Daru Kütübü İlmiyye, 1. Baskı, 1994.
- İbn Mâce, Ebu Abdullah Muhammed b. Yezid, *Sünen*, (thk. Muhammed Fuad Abdulbaki), Daru İhya, yy., ty.
- İbn Melek, Muhammed b. İzzettin Abdullatif, *Şerhu Mesabihu's-Sünne Li'l- İmam el- Beğavi*, (thk. Nureddin Talip), İdaretu's-Sekafetu'l-İslamiyye, yy., 2012.
- İbn Müflih, Muhammed b. Müflih, Ebu Abdullah, *el- Furû*, Menâr, Mısır, 1339.
- İbn Nüceym, Siracuddin Ömer b. İbrahim, *en-Nehru'l-Fâik Şerhu Kenzi'd-Dakâik*, Daru Kütübü İlmiyye, 2002.
- İbn Nüceym, Zeynuddîn b. İbrahim b. Muhammed, *el-Bahru'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dakâik*, Daru'l-Kütübü'l-İslamiyye, yy., ty.
- _____ *el- Eşbâh ve'n-Nazâir ale Mezhebi ebi Hanife en-Numân*, Daru'l-Kutubu İlmiyye, Beyrut-Lübnan, 1999, s.190.
- İbn Seyda, Ebu'l-Hasan Ali b. İsmail, *el- Muhassas*, Daru ihyau't-Turas, Beyrut, 1996.
- İbn Sîde, Ebu'l-Hasan Ali b. İsmail, *el- Muhkem ve'l-Muhîtu'l-Azâm*, (thk. Abdulhamid Hindâvî), Daru'l-Kütubu'l-İlmiyye, Beyrut, 2000.
- İbn Şihne, Ebu'l-Velîd İbrahim b. Eb'i-Yemen, *Lisânu'l-Hukkâm*, Mektebetü'l-Bâbî, Mısır, 1393.
- İvad, Abdullah ebu Bekir, *Nizâmu'l-İspât fi'l-Fıkhi'l-İslâm*, Mecelletu'l-Camiatu'l-İslâmiyye, Medine, ty.

- Kahraman, Abdullah (2013). “Şer’i Deliller”. T. Türcan (Ed.). İslam Hukuku El Kitabı, Grafiker Yayınları, Ankara.
- Kahtân, Usâme b. Said vd., *Mevsuatu’l-İcmâ fi’l-Fıkhi’l-İslâm*, Daru’l-Fadîle, Riyad, 2012.
- Karâfi, Ebu’l-Abbas Şihâbuddin Ahmed b. İdris, *el- Furûk Envêru’l-Burûk fi Envêi’l-Furûk*, Âlemu’l-Kütüb, yy., ty..
- Karaman, Hayreddin, *İslâm Hukukunda İctihad*, Ensar Neşriyat, İstanbul, 2015.
- _____ *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, Ensar Neşriyat, İstanbul, 2007.
- _____ “Adalet”, *TDV İslam Ansiklopedisi (DİA)*, 1988, I, ss.343-343.
- _____ “AYN”, *TDV İslam Ansiklopedisi (DİA)*, 1991, IV, ss.257-258
- _____ *Mukayeseli İslam Hukuku*, İrfan Yayınevi, İstanbul, 1974..
- Kâsânî, Alaaddin Ebu Bekir b. Mesud, *Bedâiü’s-Sanâi fi Tertîbi’ş-Şerâi*, (thk. Muhammed Têmir), Daru’l-Hadis, Kahire, 2005.
- Kermî, Zeynuddîn Mer’i b. Yusuf, *Gâyetu’l-Müntehâ fi Cemi’l-İknâ ve’l-Müntehâ*, Müessesetu Ğirâs, Kuveyt, 2007.
- Koca, Ferhat, *İslam İbadet Esasları*, TDV Yayınları, Ankara, 2015.
- Konevî, Kâsım b. Abdullah, *Enîsu’l-Fukahâ fi Târifeti’l-Elfêzi’l-Müdeveleti beyne’l-Fukaha*, (thk. Yahya Hasan Murat), Daru’l-Kutübü İlmiyye, yy., 2004.
- Kudat, Aydın (2014). “Hak ve Hukuk Kavramları Üzerinde Bir Değerlendirme”. *Adam Akademi*, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, ss. 87-106.
- Kudûri, Ahmed b. Muhammed b. Ahmed, *Muhtasarü’l-Kudûrî*, (thk. Kamil Muhammed), Daru Kütübü İlmiyye, yy., 1997.
- Kuru, Baki vd., *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Kutluboğa, Ebu’l-Fedâ Zeynuddin Kasım, *Hulâsatu’l-Efkâr Şerhu Muhtasarü’l-Menâr*, (thk. Hafız Senaullah Zahidî), Daru İbn Hazm, yy., 2003.
- Lâhim, Abdulkerim b. Muhammed, *el- Muttali’ ale Dakâiku Zâdü’l-Müstaknî Fıkhu’l-Kadâ ve’ş-Şehâdet*, Dâru Kunuz, Riyad, 2012.
- Lebîdî, Abdulğani b. Yasîn, *Hâşiyetu’l-Lebedî ale Neyli’l-Meârîb*, (thk. Muhammed Süleyman Aşkâr), Daru’l-Beşâyîr, Beyrut, 1419.
- Leknevî, İmam Abdulhay b. Abdu’l-Halim, *Umdetu’r-Ri’âye ale Şerhi’l-Vikaye Gayetu’l-İnâye ale Umdetu’r-Ri’âye Haşiyesi ile*, (thk. Salah Muhammed Ebu’l-Hac), Dâru’l-Kütübü’l-İlmiyye, Lüban, 2009.
- Mağribî, İbn Abdullah Muhammed el- Hattab, *Mevâhibu’l-Celil*, Daru Âlemi’l-Kütüb, Riyad, 1423.

- Maverdî, Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed b. Habîb, *el- Hâvi'l-Kebîr*, Daru'-Kütübü İlmiyye, Beyrut, 1414.
- Merğınâni, Ebu'l-Hasen Burhânüddîn Ali b. Ebi Bekr, *el- Hidâye fi Şerhi Bidâyetü'l-Mübtedi* (thk. Talal Yusuf), Dâru İhyau't-Turâs, Lübnan, yy., ty.
- Mevsilî, el- İmam Abdullah b. Mahmud b. Mevdud el-Hanefî, *el- İhtiyar li Ta'lîli'l-Muhtâr*, (thk. Abdullatif Muhammed Abdurrahman), Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, Lüban, 2009.
- Meydâni, Abdulğani b. Talip, *el- Lübab fi Şerhi'l-Kitâb*, (thk. Muhammed Muhyiddin Abdu'l-Hamid), Mektebetu'l-İlmiyye, Lübnan.
- Molla Hüsvrev, Muhammed b. Ferâmurz b. Ali Rûmî, *Dureru'l-Hukkâm fi Şerhi Ğureri'l-Ahkâm*, Daru İhyau Kütübü'l-Arabiyye, yy, ty, c.II, s.430.
- _____ *Mir'âtu'l-Usûl fi Şerhi Mirkâti'l-Vusûl*, Fazilet Neşriyat, İstanbul, s.510.
- Muhammed Naim Muhammed Hani Sai, *Mevsûâtu Mesêili'l-Cumhûr fi'l-Fikhi'l-İslâmî*, Daru'l-İslam, Kâhire, 2010.
- Muhammed Rafet Osman, *Nizâmu'l-Kadâ fi'l-Fikhi'l-İslâm*, Daru'l-Beyan, yy., 1994.
- Nekrî, Ahmed, *Câmiul-Ulûm fi Istilahâtu'l-Funûn*, Daru'l Kutubu'l-İlmiyye, Lübnan-Beyrut, 2000.
- Nemle, Abdulkerim Ali b. Muhammed, *el- Mühezzeb Fi İlmi Usulu'l-Fıkh el-Mukârîn*, Mektebetü Rüşd, Riyad, 1999.
- Nesefî, İmam Necmeddin ebi Hafz Amr b. Muhammed, *Tilbet'üt -Talebe*, (thk. Nasreddin et-Tunusi), Kahire, 2008.
- Nesei, Ebu Abdurrahman Ahmed b. Şuayb, *Sünenu'l-Kübrâ*, (thk. Hasan Abdulmunim Şelebî), Müessesetu'r-Risâle, Beyrut, 2001.
- Nevevî, Ebu Zekerriyya Muhyiddin, *el- Minhâc Şerhu Sahîhu Müslim b. el-Haccâc*, Daru İhyâut-Turâs, Beyrut, 1392.
- Pekcanitez, Hakan vd., *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı.*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- Pekdemir Şevket. (2016). "Hırsızlık ve Cinayet Suçlarında Parmak İzinin İspat Değeri". *Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, c.15(30), ss. 449-473.
- _____ (2017). "İslam Ceza Hukukuna Göre Olay Yeri İncelemesi". *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 30, ss.139-155..
- Râzi, Ebu Bekir Zeynuddîn ebu Abdullah b. Muhammed, *Muhtârü's-Sihâh*, (thk. Yusuf Şeyh Muhammed), Mektebutu'l-Asriyye, Beyrut, 1999, s.255;
- Sâbık, Seyyid, *Fıkhü's-Sünne*, Dâru'l-Kutubu'l-Arabî, Lübnan, 1977.
- Sadru's-Şehîd, Hisâmuddîn Ömer b. Abdulaziz, *Şerhu Edebu'l-Kâdî li'l-Hassâf*, (thk. Muhyi Hilâl Serhân), İrşâd yayınevi, Bağdad-Irak, ty.

- Sağlam, Hadi. (2012). “İslam Hukuku Tarihinde Faili Meçhul Cinayetler Meselesi (KASÂME MÜESSESESİ)”. *Erzincan Sosyal Bilimler Üniversitesi Dergisi*, 3(2), ss.486-528.
- es-Saklî, Ebu Bekir Muhammed b. Abdullah, *el-Câmiu li Mesâil'il-Müdevvene*, Daru'l-Fikr, Mekke, 2013.
- Semâvi, İbn Kâdî, Mahmud b. İsmail er-Rûmî, *Câmiu'l-Fusûleyn*, Ezherî, Kahire, ty.
- Semnâni, Ebu'l-Kasım Ali b. Muhammed, *Ravdâtu'l-Kudât ve Tarîkun-Necât*, (thk. Salahaddin en-Nâhî), Müessesetu'r-Risâle, Beyrut, 1414.
- Serahsi, Ahmed b. Ebi Sehl Şemsu'l-Eimme, *el-Mebсут*, Dâru'l-Mârife, Beyrut, 1993.
- _____ *Usûlu's-Serahsî*, Daru'l-Marife, Beyrut, ty.
- Siğnâkî, Hüseyin b. Ali b. Haccac, *el-Kêfî Şerhu'l-Pezdevî*, (thk. Fahreddin Seyyid Muhammed), Mektebetu Rüşd, yy., 2001.
- Suhârî, Ebu'l-Münzir Seleme b. Müslim Avtebi *Kitâbu'l-İbâne fî Lügati'l-Arabiyye*, (thk. Abdulkerim Halife vd.), Vüzâratu't-Turâs, Maskat, 1999.
- Suyûtî, Celaledin Abdurrahman b. Ebi Bekir, *el-Eşbâh ve'n-Nazâir*, (thk. Bağdadî), Daru'l-Kitâbu'l-Arabiyye, Beyrut, 1414.
- Şaban, Zekiyuddin.(2011). *İslam Hukuk İlminin Esasları*. (çev. İbrahim Kâfi Dönmez). Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara.
- Şeybânî, Muhammed b. Hasan, *el-Asl*, (thk. Muhammed Boynukalın), Daru İbn Hazm, Beyrut, 2012.
- Şeybe, Abdulkadir el-Hamdu, *Fıkhu'l-İslam (Şerhu Buluğu'l-Meram min Cemi Edilleti'l-Ahkam)*, Reşid Matbaası, Medine, 1982.
- Şeyhzâde, Abdurrahman b. Muhammed b. Süleyman, *Mecmeu'l-Enhur fî şerhi Mültekâ'l-Ebhur*, Daru İhya'i-t-Turâsi'l-Arabî.
- Şirbîni, Şemseddin Muhammed b. Ahmed el-Hatîp, *Muğni'l-Muhtaç ile Mâ'rifeti Me'âni Elfâzu'l-Minhâç*, Dâru Kutubü'l-İlmiyye, 1994.
- Tahânevî, Muhammed Ali, *Mevsûat Keşşâful-Istîlâhat*, Mektebetü Lübnân, Lübnân, 1996.
- Tanrıverdi, Hasan, *Mukayeseli Olarak İslam Hukuk Usulünde Kurallar Çatışması*, Gündönümü Yayınları, İstanbul, 2007.
- Tarablûsî, Ebu'l-Hasan Alaaddin, *Muînu'l-Hukkâm fî me Yeteraddedu beyne'l-Hasmeyni mine'l-Ahkâm*, Daru'l-Fikr, yy., ty.
- Tayyar, Abdullah b. Muhammed, *Fıkhu'l-Müeyssere*, Medâru'l-Vatan, Riyad, 2011.
- Tesûlî, Ebu'l-Hasan Ali B. Abdüsselam, *el-Behçetu fî Şerhu't-Tuhfe*, Daru'l-Marife, Beyrut, 1397.

- Teymî, İsmail bin Muhammed Ebu'l-Kasım Kıvâmu's-Sünne, *et-Terğîb ve't-Terhîb*, . (thk. Eyman b. Salih b. Şaban), Daru'l-Hadis, Kahire, 1993.
- Tirmizî, Muhammed b. İsa b. Sevre, *Sünenü't-Tirmizî*, (thk. Muhammed Fuad Abdalbaki), Şirketü Mektebe, Mısır, 1975.
- Topaloğlu, Bekir. "Beyyine"*T.D.V. İslam Ansiklopedisi*, İstanbul, 1995, VI, ss.96-97.
- Tûfi, Süleyman b. Abdullah, *Şerhu Muhtasaru'r-Ravda*, Vuzâratu's-Şûnu'l-İslâmiyye, Suudi Arabistan, 1419.
- Tuveyrî, Muhammed b. İbrahim b. Abdullah, *Mevsuatu'l-Fıkhî'l-İslâmî*, Beytu'l-Efkâr, yy., 2009.
- Türcan, Talip. (2013). "Fıkıh, Hukuk ve İslâm Hukuku". T. Türcan (Ed.). İslam Hukuku El Kitabı, Grafiker Yayınları, Ankara.
- Usâme b. Said el-Kahtân vd., *Mevsuatu'l-İcma fi'l-Fıkhî'l-İslâmî*, Daru'l-Fadîle, Riyad, 2012.
- Vâsıl, Nasr Ferid, *Nazariyetu't-Dava ve'l-İspât fi'l-Fıkhî'l-İslâmî*, Daru's-Şurûk, Kahire, 2002.
- Yaka, Zeki. (2019). "Ali Himmet Berki'ye Göre İslam'da Kaza". Ali Himmet Berki Kitabı, Ankara.
- Yaman, Ahmet. (2001). "Bir Kavram Olarak "Fıkıh Kâideleri" Ya Da İslam Hukukunun Genel İlkeleri", *Marife Dergisi*, ss.49-75.
- Yâsîn, Muhammed Naim, *Nazariyeti't-Dava beyne Şeriatî'l-İslamiyye*, Daru Alemlî'l-Kütüb, Kingdom yay., Riyad, 2003.
- Yavuz, Cevdet, "DÂVA", *TDV İslam Ansiklopedisi (DİA)*, 1994, IX, ss.12-16.
- Yıldız, Kemal. (2005). "İslam Muhakeme Hukukunda Davanın Şartları ve Muhakeme Süreci", *Ekev Akademi Dergisi*, sayı 24: ss.117-134.
- Yılmaz, Ejder. (2008). "Usul Ekonomisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 57(1), ss.243-274.
- Yılmaz, İbrahim. (2017). "İslam Aile Hukukunda DNA Parmak İzi Testi ile Nesebin Reddi".*Cumhuriyet İlahiyat Dergisi*, 21(1), ss.9-44.
- Zebidî, Muhammed Abdurrezzak el-Hüseynî ebu'l-Feyz el-Murtazâ, *Tâcu'l-Arûs*, Daru'l-Hidâye, Beyrut, 1985.
- Zerkeşî, Muhammed b. Abdullah, *Şerhu'z-Zerkeşî ale Muhtasaru'l-Hiraki*, (thk. Abdullah el-Cibrîn), Mektebetü'l-Abikân, Riyad, 1412.
- Zeydan, Abdulkerim, *el-Veciz fi Usûlu'l-Fıkh*, Müessesetu'r-Risâle, Beyrut-Lübnan, 2015.
- _____ (2017). *İslam Hukukuna Giriş*. (Çev. Ali Şafak), Kayıhan Yayınları, İstanbul.

Zeylaî, Cemaleddin Ebu Muhammed, *Nasbu'r-Râye*, (thk. Muhammed Avvâm), Müessesetu'r-Reyân, Beyrut-Lübnan, 1997.

Zeylaî, Osman b. Ali Fahreddin, *Tebyînu'l-Hakâik Şerhu Kenzu'd-Dakâik ve Hâşiyetu's-Şilbî*, Matbatu'l-Kübra'l-Emîrî, Kahire, 1313.

Zuhayli, Vehbe, *Mevsuâtu'l-Fıkhî'l-İslamî ve'l-Kadâye'l-Muâsıra*, Daru'l-Fikir, Beyrut, 2013.

_____ *el-Fıkhü'l-İslamî ve Edilletuhu*, Daru'l-Fikr, Dımeşk, İkinci baskı.

ÖZGEÇMİŞ

Adı ve SOYADI	Muhammed Selim TOKOĞLU
Doğum Yeri - Tarihi	Isparta – 23.09.1993
EĞİTİM DURUMU	
Mezun Olduğu Lise	Isparta Ahmet Melih Doğan Anadolu Lisesi, 2012
Ön Lisans Diploması	Anadolu Üniversitesi, Adalet Bölümü, 2015
Lisans Diploması	Süleyman Demirel Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi, 2017 Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, 2017
Yabancı Dil	Arapça
İŞ DENEYİMİ	
Çalıştığı Kurumlar	Özel Kurum (Öğrenci Yurdu Müdür Yardımcısı)
E-Posta	selimtokoglu@hotmail.com