

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI

**İSLAM BORÇLAR HUKUKU AÇISINDAN
TİCARİ İHTİLAFLARIN ÇÖZÜMÜNDE
“ARABULUCULUK”**

Doktora Tezi
Raed ALMASRİ

Ankara – 2022

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI

**İSLAM BORÇLAR HUKUKU AÇISINDAN
TİCARİ İHTİLAFLARIN ÇÖZÜMÜNDE
“ARABULUCULUK”**

Doktora Tezi
Raed ALMASRİ

Tez Danışmanı
Prof. Dr Şamil DAĞCI

Ankara – 2022

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI

**İSLAM BORÇLAR HUKUKU AÇISINDAN
TİCARİ İHTİLAFLARIN ÇÖZÜMÜNDE
“ARABULUCULUK”**

DOKTORA TEZİ
Raed ALMASRİ

Tez Danışmanı : Prof. Dr. Şamil DAĞCI

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı	İmzası
Prof. Dr. Şamil DAĞCI	
Prof. Dr. Mesut OKUMUŞ	
Doç. Dr. Ercan ESER	
Doç. Dr. Şahban YILDIRIM	
Dr. Öğr. Üyesi. Hadi Ensar CEYLAN	

Tez Sınavı Tarihi: 04/08/2022

ANKARA ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

Prof. Dr. Şamil DAĞCI danışmanlığında hazırladığım “İslam Borçlar Hukuku Açısından Ticari İhtilafların Çözümünde “Arabuluculuk” (Ankara.2022) ” adlı yüksek lisans ☐ - doktora/bütünleşik doktora ☐ tezindeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

30.08.2022

Raed ALMASRİ

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	v
KISALTMALAR	ix
ÖNSÖZ.....	x
1. GİRİŞ.....	1
1.1. TEZİN KONUSU	1
1.2. TEZİN PROBLEMİ.....	1
1.3. TEZİN AMACI.....	1
1.4. TEZİN ÖNEMİ.....	2
1.5. KURAMSAL ÇERÇEVE.....	2
1.6. YÖNTEM	3
1.7. ARAŞTIRMANIN GENEL ÇERÇEVESİ.....	3
1.8. VERİ TOPLAMA TEKNİKLERİ	3
2. BİRİNCİ BÖLÜM: ARABULUCULUK KAVRAMI VE MEŞRUIYETİ	4
2.1. ARABULUCULUK KAVRAMI	4
2.1.1. Sözlük Anlamı.....	5
2.1.2. Terim Anlamı.....	7
2.1.2.1. Hanefi Mezhebi	9
2.1.2.2. Maliki Mezhebi	11
2.1.2.3. Şafii Mezhebi	13
2.1.2.4. Hanbeli Mezhebi	15
2.2. ARABULUCULUĞA BENZER SİSTEMLER	21
2.2.1. Sulh: (الصُلح - Reconciliation).....	21
2.2.1.1. Sözlük Anlamı	21
2.2.1.2. Terim Anlamı	21
2.2.1.3. Arabuluculuk ile Benzeyen Yönleri	22
2.2.1.4. Arabuluculuk ile Ayrışan Yönleri	22
2.2.2. Tahkim (التحكيم - Arbitration).....	23
2.2.2.1. Sözlük Anlamı	23
2.2.2.2. Terim Anlamı	24
2.2.2.3. Arabuluculuk ile Benzer Yönleri	25
2.2.2.4. Arabuluculuk ile Ayrışan Yönleri	26
2.2.3. Hisbe	27
2.2.3.1. Sözlük Anlamı	27
2.2.3.2. Terim Anlamı	28
2.2.3.3. Arabuluculuk ile Benzer Yönleri	29

2.2.3.4. Arabuluculukla Ayrışan Yönleri	31
2.3. ARABULUCULUĞUN MEŞRUIYETİ	31
2.3.1. Kur'an'daki Meşruiyeti	31
2.3.2. Sünnetteki Meşruiyeti	34
2.3.3. Sahabeye Göre Arabuluculuk	36
2.3.4. İslam Hukukçularına Göre Arabuluculuk	37
2.3.5. Arabuluculuğun Önemi	38
2.3.6. Arabuluculuğun Olumlu Yönleri	39
2.3.7. Arabuluculuğun Olumsuz Yönleri	40
3. İKİNCİ BÖLÜM: ARABULUCULUĞUN RÜKÜNLERİ VE ŞARTLARI	42
3.1. RÜKNÜN VE ŞARTIN TANIMI	42
3.1.1. Rükun Kavramının Tanımı	42
3.1.2. Şart Kavramının Tanımı	42
3.2. ARABULUCULUĞUN RÜKÜNLERİ	43
3.2.1. Anlaşmazlık	43
3.2.1.1. Ticari Anlaşmazlığın Tanımı	45
3.2.1.1.1. Anlaşmazlığın Tanımı	45
3.2.1.1.2. Ticaret Kavramının Tanımı	46
3.2.1.1.3. Tanımın Unsurları	48
3.2.1.2. Ticari Anlaşmazlıkların Şartları	58
3.2.1.3. Ticari Anlaşmazlık Mahallinin Nitelikleri	59
3.2.2. Anlaşmazlık Yaşayan Taraflar	62
3.2.2.1. Anlaşmazlık Yaşayan Tarafların Kavramsal Anlamı	63
3.2.2.1.1. Sözlük Anlamı	63
3.2.2.1.2. Terim Anlamı	63
3.2.2.2. Taraflarda Tahakkuk Etmesi Gereken Şartlar	65
3.2.2.2.1. Ehliyet	65
3.2.2.2.2. Akıl	66
3.2.2.2.3. Büluğ	66
3.2.2.2.4. Velayet Şartı	70
3.2.3. Arabulucu	72
3.2.3.1. Arabulucunun Tanımı	73
3.2.3.1.1. Sözlük Anlamı	73
3.2.3.1.2. Terim Anlamı	73
3.2.3.2. Arabulucunun Şartları	76
3.2.3.2.1. Ehliyet Şartı	76
3.2.3.2.2. Akıl	78

3.2.3.2.3. Büluğ	62
3.2.3.2.4. İslam	82
3.2.3.2.5. Adalet.....	98
3.2.3.2.6. Erkek Olması	107
3.2.3.2.7. Vasıfsal Şartlar.....	110
4. ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: ARABULUCULUĞUN SONUÇLARI VE ETKİLERİ..	125
4.1. ANLAŞMA (SULH) VE ANLAŞMANIN ETKİSİ.....	125
4.1.1. Anlaşmanın (Sulhün) Tanımı	125
4.1.1.1. Anlaşmanın (Sulhün) Fıkhi Boyutu	125
4.2. ANLAŞMANIN (SULHÜN) RÜKÜNLERİ.....	128
4.2.1. Anlaşmanın Rüknu (Sulh): İrâde Beyanı (Sîga)	130
4.2.1.1. İrâde Beyanının Tanımı (İcâp ve Kabul).....	131
4.2.1.1.1. Yazı Yolu ile Sulh Akdi	133
4.2.1.1.2. İşaret Yolu ile Sulh Akdi	135
4.2.1.2. İrâde Beyanının Şartları (İcâp ve Kabul)	136
4.2.1.2.1. İcâp ve Kabul Uyumlu Olmalıdır	136
4.2.1.2.2. Teklif ve Kabul Geçmiş Zaman Kipinde Olmalıdır	137
4.2.1.2.3. Kabulden Önce İcâptan Dönülmemesi	138
4.2.1.2.4. Sulh Oturumunun Birliği	139
4.3. SULH ÇEŞİTLERİ	140
4.3.1. Birinci Bölüm Davacı ve Davalı Arasındaki Anlaşma	141
4.3.1.1. İkrar Sulhü.....	141
4.3.1.2. İnkâr Üzerine Sulh.....	142
4.3.1.3. Sükût Üzerine Sulh.....	143
4.3.2. İkinci Bölüm: Davacı ve Arabulucu (Fuzuli) Arasındaki Uzlaşma:	144
4.4. ANLAŞMANIN (SULH) ETKİLERİ	148
4.4.1. Neffaz (Etkin).....	148
4.4.2. İlzam (Zorlama)	148
4.4.3. İttifakin Kayda Geçirilmesi.....	150
4.4.3.1. Yazı	151
4.4.3.2. Şahitlik.....	152
4.5. İTTİFAKIN GERÇEKLEŞMEMESİ VE SONUÇLARI.....	153
4.5.1. Arabuluculuğun Bitmesinin Sebepleri	154
4.5.1.1. Arabuluculuk Süresinin Dolması	154
4.5.1.2. Arabuluculuktan Vazgeçme	158
4.5.1.3. Arabulucunun İstifası veya Görevden Alınması	160
4.5.1.3.1. Arabulucunun İstifası.....	160

4.5.1.3.2. Arabulucunun Azli.....	162
4.5.2. Anlaşmazlığın Sonuçları	163
4.5.2.1. Husumete Dönüş	164
4.5.2.2. Arabulucunun Şahitliği.....	166
4.5.2.3. Arabulucunun Ücreti	171
5. SONUÇ	173
KAYNAKÇA	178
ÖZET	192
ABSTRACT	193



KISALTMALAR

b.	: Bin
bknz.	: Bakınız
çev.	: Çeviren
DİA	: Diyanet İslam Ansiklopedisi
h.	: Hicrî.
Hz.	: Hazreti
İbn	: İbni
s.	: Sayfa
TDV	: Türkiye Diyanet Vakfı
vb.	: Ve benzeri
t.y.	: Tarih yok
thk.	: Tahkik

ÖNSÖZ

Allah insanı yaratmış ve ona birçok nimet ihsan etmiştir. Bu nimetlerden biri de insanı yeryüzüne indirmesi ve yeryüzünü onun hizmetine sunmasıdır. Bu büyük nimet ise yeryüzünün imar edilmesi gibi büyük bir sorumluluğu beraberinde getirmektedir. Nitekim Allahu Teala Kur'an-ı Kerim'de şöyle buyurmaktadır: “*Rabbin meleklere ‘Ben yeryüzünde bir Halife yaratacağım’ dedi.*”¹ İnsan, yeryüzünü yönetmek, inşa etmek, gelişimini ve yaşanabilirliğini sağlamak için yaratıcısı tarafından yeryüzüne gönderilen bir halifedir. Ancak farklı ırklardan ve geçmişlerden gelen insanların arasında dayanışma sağlanmadan, insanın gönderilme gayesi olan halifelik görevinin hedefi tahakkuk etmez. Bu bağlamda Allahu Teala farklı ırk ve kabilelerden oluşan insanlar arasındaki yardımlaşma ve dayanışmanın gerekliliğini şu Ayet-i Kerime’de vurgulamıştır: “*Ey insanlar, sizi bir erkek ve bir dişiden yarattık ve birbirinizi tanıyasınız diye sizi kavimler ve kabileler kıldık. Sizin Allah katında en değerli olanınız, ondan en çok sakınanınızdır. Muhakkak ki Allah her şeyi bilen ve her şeyden haberdar olandır.*”² Çünkü tanışmak, dayanışmanın ve toplum fertleri arasında bir işbirliği oluşturmanın ilk adımıdır. Bu yardımlaşma çeşidinden biri de alışveriş ile ilgili ticari yardımlaşma ve diğer mali işlerdir.

Toplumun fertleri arasındaki ilişkilerin temeli, işbirliğine ve toplum üyelerinin genel çıkarlarının gerçekleştirilmesine dayanmalıdır. Ancak insan ilişkilerinin doğası, insanın kendi kişisel çıkarlarıyla olan ilişkisi nedeniyle karmaşık ve çözülemez olabilmektedir. Farklı çıkarlarla beraber iradeler de farklılaşır ve çatışır, bu da doğal olarak toplum fertleri arasında çatışmaya yol açar. Bu çatışma, insanlar arasındaki ilişkilerin kökenine yani fertler arasındaki dayanışma ilkesine aykırı olsa da, doğal ve beklenen bir durumdur. Bu duruma Allahu Teala’nın şu sözü delalet etmektedir: “*Eğer Allah insanları birbiri ile savmasaydı, yeryüzü bozulurdu.*”³ İnsanlar arasındaki çıkar mücadelesi, evrenin yasalarından biridir ve sürekliliğinin garantisidir. Ancak insani gelişme için gereken istikrarın sağlanması için, çatışmaların çözüme kavuşturulması gerekir.

Toplumsal ilişkilerde ve ticari işlemlerde fertler arasında istikrarın sağlanması için, entelektüel kurumlar anlaşmazlıkları ortadan kaldırmak ve toplumda istikrarı sağlamak için en yararlı ve başarılı yolu bulmaya çalışmıştır. Bu pratik entelektüel çabaların

¹ Bakara/30

² Hucurat/13

³ Bakara/251

sonuçları arasında son zamanlarda ‘anlaşmazlığı çözme bilimi’ olarak ıstılaha geçen bir kavram da vardır. Bu alan, içinde bulunduğumuz çağda en önemli ve en fazla gelişen eğitim alanlarından biridir. Çünkü insanlık, özellikle ticari işlemlerden kaynaklanan anlaşmazlıkları barışçıl yollarla çözmenin maliyetinin, anlaşmazlıkların getirdiği maliyetten çok daha düşük olduğunu fark etmiştir. Bu barışçıl yollardan en önemlileri arasında yargı ve yargıyı temsil eden tahkim, uzlaştırma ve arabuluculuktur.

İnsan ilişkilerinin doğasını anlayan, ilahi vahiyden, ilham alan bilimsel bir entelektüel kurum olarak İslam, anlaşmazlık ve ihtilafların çokluğundan ve karmaşıklığından dolayı istikrarı sağlamak için ilk vahyin inişiyle beraber fertler arasındaki ilişkileri tanzim etme yoluna gitmiştir. Bu bağlamda adalete dayalı ve toplumun barışını destekleyen bir hukuk sistemi bina etmiştir. Buna ek olarak kanun ve fikhî hükümleri uygulayarak hakların sahiplerine verilmesi için içtihadı dayalı ve İslam’daki hukuk sisteminin de desteklediği bilimsel ve kapsayıcı bir yargı sistemi oluşturmuştur. Ancak toplumu idare eden İslam nizamı ve yargı, yargıdan çıkan kararlar ile sosyal ilişkilerin bütünlüğünü ve güçlülüğünü koruma arasında denge sağlayan esnek bir sistem benimsemiştir. Dolayısıyla İslam, başlangıcından bu yana İslam toplumunun temel direklerini ve arabuluculuk da dahil olmak üzere yargıyı destekleyen anlaşmazlıkları çözme ilke ve araçlarını benimsemiştir.

Bu bağlamda tezin konusu olan arabuluculuk, ticari anlaşmazlıkların çözümünde pratik bir araç olarak ele alınmıştır. Bu tez, yargı kurumu üzerindeki yükün hafifletilmesinde ve toplum fertleri arasında yakın sosyal ilişkilerin sürdürülmesinde arabuluculuğun önemini göstermeyi amaçlamıştır. Arabuluculukla ilgili konular ele alınırken Kur'an ayetlerine ve Peygamber'in sünnetine itimat edilmiştir. Bu noktada fikhî mezheplere ve modern akademik çalışmalara dayanarak ve konuyla ilgili bazı kanunlara da atıfta bulunarak tahlil metodu takip edilmiştir. Buna ek olarak bu tez, arabuluculuğu anlamaya yardımcı olan bilimsel ve pratik bir teori oluşturmanın yanı sıra, İslami kütüphaneyi zenginleştiren ve bu alandaki akademik çalışmalara ayak uydurmasını sağlayan çatışma çözümü biliminin geliştirilmesi için daha fazla çalışma ve araştırmanın önünü açmaktadır.

Tezimizin hazırlanmasında emeği geçen herkese teŖekkürlerimi sunmayı bir borç bilirim. Özellikle huzurlu bir alıŖma ortamı da sağlayarak tezin olgunlaŖmasına katkıda bulunan, değerli zamanını ve hukukî birikimini bana ayıran saygıdeğer danışmanım Prof. Dr. Ŗamil Dağcı'ya, ayrıca akademik veya idari konulardaki desteklerini esirgemeyen kıymetli hocalarıma, tezimi okumak ve tartıŖmak için zaman ve çaba harcayan değerli tartıŖma komitesine Ŗükranlarımı sunuyorum. İlmi ve manevi desteklerini esirgemeyen kıymetli arkadaşlarım Kamil alıŖkan, Dr. İsa Bericiyye ve Dr. Fâdi el-MuŖakabe'ye teŖekkürlerimi sunarım. Son olarak her zaman yanımda olan ve beni destekleyen kıymetli anneme teŖekkür ederim.

Raed ALMASRİ

Ankara, 2022

1. GİRİŞ

1.1. TEZİN KONUSU

Bu araştırma, ticari muamelat/işlemler çerçevesinde gerçekleşen ihtilafların çözümü için bir yöntem olması bakımından arabuluculuk konusunu ele almaktadır. Arabuluculuk, uzlaşmacı ve barışçıl bir yöntem olup alışlagelmiş diğer yollardan farklı alternatif bir yöntem kabul edilmektedir. Bu çalışma, İslam hukukunun mali işlemlere yönelik genel bir bakış açısı çerçevesinde ve ilgili konuda mezheplerin görüşlerini incelemektedir.

1.2. TEZİN PROBLEMİ

Sosyal hayatın birçok alanında tartışmalar ve anlaşmazlıklar görülmektedir. Özellikle ticari konularda çözümü zor ve karmaşık ihtilaflar yaşanabilmektedir. İslam fıkhnın da içinde olduğu hukuk sistemleri, toplumun huzur, barış ve istikrarının sağlanması adına anlaşmazlıkları sonlandırmakla ilgilenmektedir. İslam çağdaş problemlerin çözümünde toplumun ihtiyacını karşılayabilecek bir kaynak olması ve bilhassa ticari muamelelerle alakalı yeterliliği ile öne çıkmaktadır. Dolayısıyla onun arabuluculuk kavramına, alternatif uzlaşmacı çözüm yöntemlerinden biri olarak nasıl baktığını öğrenmek oldukça önemlidir.

İslam hukukçuları, ticari anlaşmazlıkların çözümünde arabuluculuğa dair sınırlı veya neredeyse yok denebilecek derecede az bilgi vermişlerdir. Görece daha eski âlimlerse bu alana diğerlerine nazaran çok daha az değinmiştir. Görebildiğimiz kadarıyla bu hususta literatürde olanlar, kitap başlıkları altında sunulan yetersiz bilgiler ve çok kısıtlı açıklamalarla geçirilen bazı meselelerden ibarettir. Söz konusu meselede rastlanan eksikliği gidermek üzere bir tez veya bağımsız bir kitap şeklinde bir inceleme hazırlamak tarafımızca istenmiştir. İlk fıkıh kaynaklarından başlayarak çağdaş eserlerden de faydalanan ve konuya dair bütün verileri tarayan kayda değer bir çalışma ortaya koymak hedeflenmiştir.

1.3. TEZİN AMACI

Çalışmamızda, İslam fıkhnı temel alarak hakem tayini ve sulh benzeri diğer barışçıl ve uzlaşmacı yollardan farklı yönleri vurgulanan bir arabuluculuk kavramı

geliştirmek hedeflenmektedir. Buna ek olarak ticari işlemlerde arabuluculuk kavramının şart ve hükümleri anlatılarak konunun meşruiyetinin ortaya konulması amaçlanmaktadır. Arabuluculuk sürecinin unsurlarına, ilgili faktörlerin rolü ve önemine, toplumun ve ticari işlemlerin istikrarı açısından oluşturduğu sonuçlara değinilmiştir.

1.4. TEZİN ÖNEMİ

Ticari ihtilafların üzümünde etkili arabuluculukların başlıca önemi, anlaşamayan taraflar için klasik yollarla harcanan vakit ve maldan tasarruf sağlamasıdır. İhtilaf eden tarafların, yargılanma ve yargı önüne çıkmadan yahut yargı süreci devam ederken arabuluculuğa başvurması mümkündür. Bu yöntem, toplumsal huzur için çok önemlidir zira ekonomik çatışmalarda ihtilafın yanında oluşabilecek düşmanlık-husumet gibi halleri de sona erdirmektedir. Tüm bu özelliklerden ötürü arabuluculuk konusunun ele alınması hayati bir mana ifade etmektedir. Dolayısıyla fıkhi açıdan onun bağımsız ve barışçıl bir ihtilaf bitirme metodu olarak incelenmesi teze değer kazandırmaktadır. Uzlaşmayan gruplara ek olarak arabuluculuk konusu içinde yer alan tüm kişilerin davranışlarının şer’i yönden değerlendirilmesi ve yükümlü olunan şart ve hükümlerin açıklanması da çalışmanın kıymetini artırmaktadır.

1.5. KURAMSAL ÇERÇEVE

A. Kavram ve Terimler: Tezimizin muhtemel anahtar kavramları şu şekilde planlanmıştır: Arabuluculuk, ihtilaf, anlaşmazlık, barış, tahkim, yabancı,  z m.

B. Kuramsal tartışma: Çalışma, ilk olarak benzer konulardan ayrı bir biçimde arabuluculuğu bağımsız ve özgün bir kavram biçiminde araştıracak, ticari ihtilafları  zmede alternatif bir yol olarak ne kadar etkin olduğunu, tarafların arabuluculuk sonuçlarına bağlılığını inceleyecektir.

C. Araştırmanın soruları: Teorik ereve kapsamında çalışma, şu sorular üzerinde durmaktadır: Arabuluculuk nedir? Modern dönemde önemsenen ve araştırılan yeni bir metot olarak İşlam fıkhında köklü bir yere sahip midir? Ticari anlaşmazlıklar için bağımsız bir yöntem olmaya elverişli midir? Ekonomik ihtilaflarda uygulanan barışçıl alternatif bir yol olması açısından gerek başlangıcına gerekse doğurduğu sonuçlar ve y k ml l klere ilişkin şer’i

hükümler nelerdir? Anlaşmazlık tarafları, arabuluculuğun yeri, arabulucunun kimliği gibi unsurlar da detaylı olarak irdelenmiştir.

1.6. YÖNTEM

Çalışmamızda, araştırma modeli olarak geçmişte ya da halen var olan bir durumu var olduğu şekliyle tanımlamayı amaçlayan araştırma yaklaşımı olan tarama modeli kullanılmıştır. Bu model çerçevesinde, konu ile ilgili olaylar kendi koşulları içinde ve olduğu gibi tanımlanmaya çalışılmıştır.

1.7. ARAŞTIRMANIN GENEL ÇERÇEVESİ

Araştırmanın genel çerçevesi, ticari ihtilaflar ve bu ihtilafların arabuluculuk konusuyla ilişkisine dair hükümlerle sınırlıdır. Bu hususta kapsamlı ve tam bir tasavvurun oluşturulması için çatışma ve anlaşmazlık çözümlerine dair modern kaynaklara başvurulmuş, Kuran-ı Kerim ve sünnette yer alan delillerle olayın dini yönü temellendirilmiş, fikhî mezheplerin görüşleri değerlendirilmiş ve bu esnada özellikle mali işlemler başlığında İslam hukukçularının sözlerine müracaat edilmiştir.

1.8. VERİ TOPLAMA TEKNİKLERİ

Tezimiz ile ilgili veriler ilk olarak İslam Hukukunun ana kaynakları olan Kur’ân ve Sünnet’ten elde edilmeye çalışılmıştır. Daha sonra literatürde gerek klasik dönemde gerek modern dönemde telif edilmiş olan kavâid-i külliyye dair eserler başta olmak üzere, İslâm Hukuku eserlerinin tamamından yararlanılmaya çalışılmıştır. Osmanlı Devletince hazırlanan ve uygulanan Mecelle’ye dair yazılmış olan eserler de, konumuz ile yakından ilgili olması sebebiyle, birincil olarak başvurduğumuz kaynaklar olmuştur. İstenen verilerin derlenmesinden sonra bilgi ve belgeler “fişleme metodu” uyarınca konularına göre ayrılmış, bu bağlamda istenen evrak ve kaynağa kolaylıkla ulaşılabilmesi için dijital araçlardan, bilgisayar sistemlerinden ve programlama aygıtlarından yararlanılmıştır.

2. BİRİNCİ BÖLÜM: ARABULUCULUK KAVRAMI VE MEŞRUIYETİ

2.1. ARABULUCULUK KAVRAMI

İslam araştırmaları alanında sunulan neredeyse her kitap, tez çalışması veya makale; İslam dininin tüm zaman ve mekâna uygun, kapsamlı bir din olduğunu vurgulamaktadır. Düşünürlerin akıllarını ve kalplerini kazanmak adına muasır fikri akımların birbirleri ile yarıştığı bir çağda; tarihi köklerine bağlı, özgün olması ile ayrıcalıklı, temel kaynaklarının çeşitliliği sayesinde çağın ihtiyaçlarına uyum sağlayan özelliği ile İslami Fikir Ekolü kendini göstermektedir. Bu temel kaynakların en önemlilerinden biri de; Kur'anı Kerim'deki ilahi vahye ve Nebevi sünnete dayanan, muasır toplumların karşılaştıkları çeşitli konulara çözüm üretebilen prensipleri ve kanunları kendisinde barındıran İslam Hukukudur. Şüphesiz ki insanlığın şahit olduğu bu fikrî gelişimi, düşünsel gelişim takip etmelidir. Bu noktada İslam Hukuku; bünyesinde taşıdığı prensip ve hukuktan yola çıkarak, çağın ihtiyaçlarına uygun yeni hükümler ortaya koyabilmektedir. Sulh yoluyla anlaşmazlıkları ortadan kaldırmak, çağın getirdiği yeni bir metot değil, bilakis farklı kültürlerle sahip olan insanlık tarihi ile yaşıttır. Ancak, mahkeme salonlarında biriken ve çözüm bulunamayan davalara alternatif çözümler bulmak adına devletlerin ve toplumların yönelimini yansıtan barışçıl çözüm yolu, çağımızda kendini belli etmektedir. Bu noktada yasama görevini üstlenenlerin ve alternatif çözüm arayışında olanların görevi; adalete hizmet etmek, barışı korumak ve toplum bağını güçlendirmektir. Mali veya çeşitli sebeplerden dolayı toplumlarda meydana gelen anlaşmazlıkları ortadan kaldırmaya yönelik en önemli çözüm önerileri; müzakereler, hakem tayin etmek ve arabuluculuktur. Bu ise, anlaşmazlıklara çözüm sunma alanında yapılan bu tez çalışmasının önemini artırmaktadır. Bu çalışmanın hedefi; toplumsal emniyet ve barışa katkı sağlayacak kanun ve prensipleri içinde barındıran İslam Hukukunun rolünü ortaya koymaktır. Çalışmada ele alınacak konu ise; ticari anlaşmazlıkların ortadan kaldırılmasına yönelik en önemli çözüm önerilerinden biri olan "Arabuluculuk" kavramıdır.

Arabuluculuk Kavramı (الوساطة -Mediation) : Bir araştırmanın en önemli ve en zor aşamalarından biri; konuya uygun bir tanım geliştirmektir. Bu noktada başlangıç olarak 'Arabuluculuk' kavramının sözlükteki anlamını zikrederek, dil kitaplarında ve

sözlükte gelen anlamları arasındaki ilişkiyi belirtmek üzere, tek ve genel bir tarife ulaşarak sonuçlandıracağız.

2.1.1. Sözlük Anlamı

Arabuluculuk kavramın sözlükte birden fazla anlama geldiği ve birbirleriyle alakalı olan bu anlamların her birinin kendine has bir anlam oluşturmaktan uzak, doğrudan veya dolaylı olarak tek bir manada toplandığı görülür. Arabuluculuk kavramı üç harften oluşan ve "orta" anlamına gelen وَسْطٌ kökünden türemekte ve bu kelimedenden birçok sözcük ortaya çıkmaktadır. Bunların en önemlisi; ‘bir şeyi orta seviyeye getirmek.’ anlamıdır. Bu anlama şu ayet-i kerime delalet etmektedir: "Topluluğun tam ortasına dalanlara".⁴ Bu bağlamda, Bir şeye aracı oldu, arasında bulundu, denir. Bir şeyin ortası onun dengelenmesi yani ortasında olmasıdır ki güneşin ortası tabiri gökyüzünün onu ortalaması dolayısıyladır.⁵ O halde arabuluculuğun ilk manasını, iki veya daha fazla şeyin veya şahsın arasında olmak, şeklinde özetleyebiliriz.

İkinci manası (التوسيط) ‘et-Tevsīt’ kelimesinden gelmektedir ve bu kelime hedeflediğimiz arabuluculuk kavramı ile yakından ilintilidir. “Et-Tevsīt: bir şeyi iki parçaya ayırmaktır. Aralarında ihtilaf bulunan iki kişinin arasını ayırmak ise arabuluculuktur.”⁶ Burada bir şeyi birbirinden ayırmak anlaşmazlıkları çözmek içindir. Bir şeyi iki ayrı parçaya ayırmak ise taraflar arasındaki adaleti ve eşitliği sağlamaya delalet eder. Bu manaya şöyle bir bakış açısı da getirilebilir: Arabulucu iki tarafın arasında durarak taraflar arasında ki dengeyi sağlar. Bu doğrultuda (ortaladı/dengeledi) iki taraf arasında bulunarak dengeyi sağladı”⁷ denir ki bu kullanım arabuluculuktaki adalet unsuruna dikkat çekmektedir.

Diğerlerinden azımsanmayacak kadar önem arz eden üçüncü bir mana ise; fazilet kavramına yoğunlaşmaktadır. Allah azze ve celle şöyle buyurmaktadır: “ *Biz sizi orta yollu bir ümmet kıldık*”.⁸ El-Zeccac der ki: “Bu konuda iki görüş vardır: Bazıları ‘orta

⁴ ‘Âdiyât/5. El-Farabî, Ebû Naşr İsmâ’îl İbn Hammad el-Cevherî, (ö.398/998), *eş-Şihâh Tâc Şihâh el-Luğa ve Şihâh el-‘Arabiyye*, (thk. Ahmed Abdulgâfûr ‘İtâr), Dâru’l-‘İlm li’l-Melâyîn, Beyrut, 1987, 3/1167; Er-Râzi, Muhammed İbn Ebî Bekr İbn ‘Abdülkâdir (ö.666/1267), *Muhtâr es-Şihâh*, (thk. Mahmut Hâtır Mektebetu’l-Lübân, Beyrut, 1995, s.740.

⁵ İbn Manzûr, *Lisânu’l-‘Arab*, (thk. ‘Abdullâh ‘Al el-Kebîr ve diğerleri) Dâru’l-Ma‘ârif, Kahire, t.y, c.6/s.4833.

⁶ El-Farabî, *eş-Şihâh Tâc Şihâh el-Luğa ve Şihâh el-‘Arabiyye*, c.3/s.1167; Er-Râzi, *Muhtâr es-Şihâh*, s.740; İbn Manzûr, *Lisânu’l-‘Arab*, c.6/s.4833.

⁷ Mecma’ el-Luğatu’l-‘Arabiyye, Kahire, *el-Mu‘cemu’l Vasîf*, (thk. İbrahim Mustafa ve diğerleri), Daru’d-Da’ve, Mısır, t.y, c.2/s.1031.

⁸ *Bakara* /143

yol' kavramını 'adalet' olarak yorumlarken bazıları da 'en hayırlı' şeklinde yorumlar. Ancak hakikatte her iki lafızda aynı manaya odaklanmaktadır. Çünkü adalet hayırdır, hayır da adalettir. Nitekim bu kelime adalet ve hayır manalarını içine alacak şekilde 'O kavminin en orta yollusu yani en hayırlısı' şeklinde kullanılır.⁹ Bu sebeple Hz. Peygamber (S.A.V)'in vasıflarından biri de 'kavminin en orta yollu olanı' yani en hayırlısı, nesep olarak en faziletli idi.¹⁰ Bu noktada arabuluculuk kavramındaki fazilet ve hayır anlamını görmek mümkündür. Çünkü bu amel topluma hizmet eden en hayırlı amellerden biridir ve bundan dolayıdır ki bu işi yürütecek olan kişi de 'O topluluğun en hayırlısı ve en saygın olanı' denilecek toplumun ileri gelenlerinden biri olmalıdır.¹¹ Bu bağlamda arabulucu, sözü dinlenen ve insanlar arasında kendisine saygı gösterilen biri olmalıdır.

Son olarak bu çerçevede, arabuluculuk kavramı hakkında bizi ıstılahi manaya götürecek ve bu çalışmanın konusu olan arabuluculuk kavramı ile doğrudan ilintili olan anlamı zikrederim. Bu anlam, anlaşmazlıkları sonlandıracak kişi olan arabulucu kavramıyla bağlantılı olup dil bilimcilerin "Arabulucu; anlaşmazlık yaşayan iki taraf arasında arabuluculuk yapan kişidir" tanımında karşımıza çıkmaktadır.¹² Arabulucuyu sadece anlaşmazlık yaşayan iki taraf arasında aracı olan vasfiyla sınırlandırmayıp, birbiri ile muamele eden iki taraf arasında aracı olan kişi gibi daha genel bir vasıfla vasseden diğer bir mana ise: "Arabulucu; anlaşamayan iki taraf, iki sözleşen veya iki iş gören arasında arabuluculuk yapandır" şeklindedir.¹³ Bu tanım, anlaşmazlığı ortadan kaldırmak için bir tarafın arabuluculuk görevini üstlenmesinde anlaşmazlık vassını esas almaktadır ve arabuluculuğun anlaşamayan iki taraf arasında olduğunu beyan etmektedir. Bir tarafın arayı bulmak adına, anlaşmazlık yaşayan iki taraf arasına girmesidir.¹⁴ Burada açığa çıkan diğer bir nokta ise arabuluculuğun maddi bir sebep veya şahsi bir çıkar için değil aradaki anlaşmazlığı çözüme kavuşturmak için gerçekleştirildiğidir.

Tefsir alimleri arabuluculuk kavramı üzerinde çokça durmuş ve bu konuda belli bir tarif geliştirmek için yoğun çaba göstermişlerdir. Çünkü bu kavramın kökü olan 'VASAṬ-ortada', 'EVSAT-en ortada', 'EVSATUHUM-En ortalarında' ifadeleri Kur'an'ı Kerim'in birçok ayetinde yer alır. Bu kavramın kök ifadesi beş ayette

⁹ Mecma' el-Luġatu'l- 'Arabiyye, Kahire, *el-Mu'cemu'l Vasit*, c.2/s.1031.

¹⁰ İbn Manzūr, *Lisānu'l- 'Arab*, c.6/s.4833.

¹¹ Ez-Zebīdī, Muḥammed İbn Muḥammed İbn Adurrezzak el-Hüseynī (ö.1205/1790), *Tācu'l- 'Arūs min Cevāhiri'l-Kāmūs*, Dāru'l-Hidāye, t.y, c.20/s.181-182.

¹² Feyruzābādī, Mecdūddīn Ebū Tāhir Muḥammed İbn Yakup, (ö.817/1414), *el-Kāmūsul Muḥīt*, (thk. Mektebetu't-Taḥkīk fī Müessesetu'r-Risāle), er-Risāle Yayınları, Lüban, 2005, s.692.

¹³ Mecma' el-Luġatu'l- 'Arabiyye, Kahire, *el-Mu'cemu'l Vasit*, c.2/s. 1031.

¹⁴ Muḥammed Ravās Ḳāl'acī, Ḥamid Şadık Ḳuneybī, *Mu'cemu Luġati'l-Fuḳāhā*, Dāru'n-Nefāis, Ürdün, 1988, c.1/ s.502.

zikredilmiştir. Hepsinin anlamı ifrat ve tefritten uzak iki taraf arasında meydana gelen bir olay etrafında dönmektedir.¹⁵

Arabuluculuk kavramının çeşitli kök manalarından yola çıkarak genel bir tarife ulaşmak gerekirse, bu kavramın belli noktalarda birleştiğini görürüz:

- a. Arabuluculuk tüm manaları ile iki veya ikiden fazla taraf arasında gerçekleşir.
- b. Arabuluculukta adalet esastır. Arabulucu, adaletli ve insaf sahibi olmalı, tarafsız yaklaşmalıdır. Bir tarafa meyletmemelidir.
- c. Arabuluculuk en faziletli ve hayırlı amellerdendir. Dolayısıyla bunu yürütecek kişi de halk arasında iyi bilinen, bir konumu olan ve anlaşmazlığa düşen iki tarafın da saygı gösterdiği biri olmalıdır.
- d. Arabuluculuğun hedefi anlaşmazlıkları ortadan kaldırmak ve toplumun barışını sağlamaktır.

Arabuluculuk kavramının sözlük manasını “Arabuluculuk, anlaşmazlık yaşayan iki grup arasındaki sorunu çözmek için tarafsız ve adaletli bir grubun icraa ettiği görevdir” şeklinde özetleyebiliriz.

Arabuluculuk kavramının dil kitaplarında geçen anlamlarını inceledikten sonra bu kavrama tamamlayıcı bir bakış açısı geliştirmemiz gerekmektedir. Farklı kavramların bu konuyla ilintili olması sebebiyle; arabuluculuk kavramının ıstılahi tanımını yakalamak oldukça zordur. Bu kavramlar bazı yönlerden arabuluculuk ile ortak noktada buluşsa da, birçok yönden farklılık göstermektedir.

2.1.2. Terim Anlamı

Arabuluculuk kavramı için genel ve kapsayıcı bir ıstılahi tanım geliştirmek oldukça zordur. Bunun başlıca sebeplerinden biri, fukahanın bu konuyu ayrı bir bölümde ele almamasıdır. Barışçıl yollarla anlaşmazlıklara çözüm arayan ilim daha genel bir mana ifade ederken, belirli merhaleleri geçtikten sonra bağımsızlık kazanan arabuluculuk, daha özel bir ilmi temsil eder. Bu noktada arabuluculuk kavramından koparak daha çok “tahkim”, “sulh” gibi anlamlara gelen bir takım kavramlar varlığını göstermiştir. Ancak

¹⁵ Havām, ‘Alva, *el-Vasāta Bedīlen li Ḥalli’n-Nizā’āt fi’l-Fıkhī’l-İslāmī ve Qānūnu’l-İcraati’l-Medeniyye ve’l-İdāriyye el-Cezāirī*, Doktora Tezi, Cāmiatu’l-Hācc Hıdır, Batna, Cezayir, 2013, s.9.

arabuluculuğu diğer kavramlardan ayıran ‘tarafsızlık’ ‘kapalılık’ ve ‘hükme rıza göstermek’ gibi belli sıfatlar vardır. Arabuluculuk kavramının tabiatını izah edecek tarifleri zikretmeden bu konuya bağlı fihhi hükümleri dile getirmek olanaksızdır.

Arabuluculuk, modern toplumun bir parçasıdır ve toplum her zaman bu kavrama ihtiyaç duymaktadır. Çünkü her topluluk, anlaşmazlıkların bozduğu ilişkileri arabuluculuk gibi yollarla düzeltmeye ihtiyaç duyar. Arabuluculuğun tabiatı da barış/uzlaşma ile kendini gösterir. Bu ise İslam Şeriatının esas prensibidir. Kur’an ayetleri ve Hz. Peygamber’in hadisleri anlaşmazlıkların bozduğu toplumsal ilişkilerin düzeltilmesini teşvik eder. Anlaşmazlıklar beşeri ilişkilerin tabiatında vardır ve bu yarayı saracak, buna merhem olacak bir şeye ihtiyaç duyar. Bu noktada, adaleti ayakta tutan ve toplum bağlarını koruyan vasfiyla arabuluculuk kendini gösterir.

İslam Hukukçuları bu konuyu ‘sulh-barış’ babında zikrederler. Hiç şüphesiz arabuluculuk ve sulh kavramları birbiriyle ilişkilidir. Birçok araştırmacı, arabuluculuk kavramını barışa giden bir yol veya ondan ayrılması mümkün olmayan barış sağlamının ön aşaması olarak ele almışlardır. Bu anlamda diyebiliriz ki arabuluculuk kavramı bir barış akdi değil, barışın gerçekleşmesini sağlayan bir eylemdir.¹⁶ Bazı araştırmacılar, arabuluculuk ile sulh kavramlarını birbirinden ayırmamışlardır. Bunun sebebi ise; bu iki kavramın anlaşmazlığı bitirmek ve husumeti ortadan kaldırmak hedefinde birleşiyor olmasıdır. Onlardan bazıları arabuluculuğu şöyle yorumlar: Türkçedeki arabuluculuk ifadesinin Arapçadaki karşılığı *vasāṭa*dır. *Vasāṭa* ise uzlaşmaya ve uzlaşmanın amacına ulaşmak manalarına gelmektedir. Bu ise iki taraf arasında oluşan herhangi bir konuda gelişen ve gelişebilecek anlaşmazlıkları ortadan kaldırarak barışın sağlanması olup bu kelime çağımızda en çok kullanılan tabirlerdendir. İslam şeriatı ise ‘sulh/barış’ kavramına Kur’an ve sünnet ışığında bir bakış açısı geliştirir.

Özetlemek gerekirse arabuluculuk ve sulh kavramları, ikisi de anlaşmazlıklara çözüm üreten vasıtalar.¹⁷ Hiç şüphesiz iki kişi arasında barışı sağlamak arabuluculuktur.¹⁸ Bazı araştırmacıların bu konuda karışıklık yaşamalarının sebebi bu iki

¹⁶ El-Battūn, Bessām Nehār, *el-Vasāṭatu’l-Ḳadāiyye fi’ş-Şerī’ati’l-İslāmiyye ve’l-Ḳānūn: Dirāse Muḳārane*, Doktora Tezi, Amman 2013, s.196.

¹⁷ ‘Abdurrahmān, Fāṭima Fethu’r-Rahmān Alā, *el-Vasāṭa ve’s-Şulḥ ke-Vesīle Bedīle li-Tesvīyeti Nizā’āt fi’t-Teşrī’ātī’l- Vaḍ’iyye ve’ş-Şerī’ati’l-İslāmiyye*, Mecelletu’l-‘Adl, Vezāretu’l-Adl, el-Memleketu’l-‘Arabīyyetu’s-Su’ūdiyye, dergi 19/ sayı 48, 2017, s.100.

¹⁸ Havām, *el-Vasāṭa Bedīlen li Ḥalli’n-Nizā’āt fi’l-Fiḳḥi’l-İslāmī ve Ḳānūnu’l-İcraati’l-Medeniyye ve’l-İdāriyye el-Cezāirī*, s.19.

terimin hakikati ve birbirinden ayıracak nokta üzerinde durmamaları olabilir. Bu ise bizi, İslam Hukukçularının bu kavramı nasıl ele aldıklarını ortaya koymaya götürür.

Birçok araştırmacı, arabuluculuk kavramının İslam hukukçuları nezdinde özel bir kavram olup olmadığı noktasında ihtilaf yaşar. Bir kısmı, barış sözleşmesinin icraati babında zikredilen arabuluculuk kavramının İslam hukukçuları için özel bir terim ifade etmediği görüşündedir.¹⁹ Bunun gerekçesi İslam hukukçularının bu kavramı genel olarak ‘sulh’ bölümünde altında işlemeleridir. Bazıları da, arabuluculuk kavramının İslam hukukçuları tarafından barışın sağlanması noktasında gayret göstermek anlamında özel bir terim olarak bilindiği görüşündedir.²⁰ Arabuluculuk kavramının İslam hukukçuları nezdindeki gelişim sürecini esas almak suretiyle, bu iki görüşü ortak noktada birleştirebiliriz.

Onlardan bazıları arabuluculuk kavramını, sulh dairesi içine alarak taraflara sulhu/uzlaşmayı teklif etmek, onları uzlaşmaya yönlendirmek ve buna davet etmek konuları altında ele alırlar. Bazıları ise, mezalim mahkemesi başkanı veya hakim gibi genel velayet hakkına sahip olanların konu edildiği kitaplarda bu kavramı özel ve açık bir şekilde işler. El-Māverdi’nin el-Aḥkāmü’s Sultāniyye veya Ebû Ya’lâ el-Ferra’nın el-Aḥkāmü’s Sultāniyye adlı eserlerine göz atan kimse bu kitaplarda, arabuluculuk kavramını ve ona dönük birçok konuyu ele alan metinler görecektir.²¹ Dolayısıyla direk veya başka bir konu başlığı altında ele alınan arabuluculuk kavramının İslam hukukçularının nezdindeki tarifi üzerinde durmak gerekir.

2.1.2.1. Hanefi Mezhebi

Hanefiler arabuluculuk kavramını, ‘barış prosedürleri ve hakim buna çağırmadaki rolü’ başlığı altında ele alırlar. İmam es-Seraḥsî şöyle der: “Hakime düşen; ortak bir noktada barışı sağlamak adına anlaşmazlığı ortadan kaldırmak ve tarafları da buna davet etmektir. Barış yoluyla anlaşmazlığı ortadan kaldırmak iki taraf arasındaki sevgi ve saygının bekasını sağlayacak ve nefreti yok edecek en iyi yoldur. Ancak bu, dava süreci bir hükme bağlanmadan önce olmalıdır. Dava süreci hükme bağlandıktan sonra tarafların rızası şarttır. Uzatılmasında hak sahibi kişinin (hakkına girilmesiyle) zarar görmesi ve (hakimin bir tarafa) meyletme ithamı söz konusu olduğu için bu davet bir veya iki kere

¹⁹ El-Battūn, *el-Vasāṭu l-Ḳaḍāiyye fī ‘ş-Şerī’ati l-İslāmiyye ve l-Ḳānūn: Dirāse Muḳārane*, s.21.

²⁰ Ed-Daḥīl, Selman İbn Salih İbn Muhammed, *el-Vasāṭa ve eṣṣeruḥa fī Ḥalli’n-Nizā’at*, Mecelletu’l-Ḳudā, sayı 6 / 2016, s.204.

²¹ Ed-Daḥīl, *el-Vasāṭa ve eṣṣeruḥa fī Ḥalli’n-Nizā’at*, s.204.

tekrarlanır”.²² Başka bir yerde ise şöyle der: “Davayı bir hükme bağlamadan önce yapman gereken şey taraflar arasındaki anlaşmazlığı barış yoluyla ortadan kaldırmak ve tarafları buna davet etmektir”.²³ Buradan yola çıkarak İmam es-Seraḥsī’nin arabuluculuk kavramını şöyle tanımladığını söyleyebiliriz: “Dava hükme bağlanmadan önce veya hükme bağlandıktan sonra tarafların rızası alınarak, hak sahibinin zarara uğratılmaması adına bir veya iki kere olmak sureti ile Müslümanlar arasındaki sevgi ve muhabbetin bekası için husumeti uzlaştırmaya bağlamak ve tarafları buna davet etmektir”. İmam İbn Abidin, hakimin bizzat kendisinin arabuluculuk yapmamasını ve tarafların ondan başka arabulucu kimselere yönlendirilmesini şart koşar ve bunu şöyle ifade eder: “Hakim kendisi barış sürecini yürütmemeli bilakis bunu arabulucu konumunda olan başkalarına devretmelidir”.²⁴ Buna ilaveten hakimin, Müslümanlar ve akrabalar arasındaki anlaşmazlıklarda, tarafları iki veya üç defa uzlaştırmaya çağırması gerektiğine dikkat çekerek şöyle der: “Eğer aynı kabileden veya birbirine kanı haram olanlar arasında ise onları iki veya üç defa anlaşmaya davet eder”.²⁵ Burada özellikle akrabalar arasındaki muhabbetin bekasını sağlamak için genelin maslahatı mevzu bahis edilir. Bu, hakkın tahsil edilmesi ve bununla yararlanılması söz konusu olan şahsi maslahata tercih edilen arabuluculuğun gayesidir.

Mecelle’nin 1826. maddesinde, taraflar arasındaki anlaşmazlığı ortadan kaldırmak için hakime de arabuluculuk hakkı verilmek suretiyle birtakım ilkeler konulmuştur. Bu noktada hakim; anlaşmanın sağlanabileceğini görürse akraba veya yabancı olsun tarafları bir veya iki kere anlaşmaya çağırarak bir aracı konumundadır. Mecellenin aynı maddesinde beyan edilen diğer bir nokta ise; anlaşmazlık yaşayan iki taraf arasındaki sevgi ve muhabbetin devam etmesi adına, hakimin dava hakkında hüküm vermede acele etmemesi ve hüküm vermeden önce tarafları uzlaştırmaya çağırması evla görülmektedir.²⁶

En önemli, en kapsamlı ve arabuluculuk kavramına en yakın tanım et-Ṭarabluṣī’nin Mu’īnu’l-Ḥukkām adlı kitabındaki tanımıdır. Kendisi, arabuluculuk kavramını şu şekilde tarif etmektedir: “Dava hakkında hüküm verilmeden önce mali meselelerde veya uzlaşma sağlanması beklenen diğer konularda, tarafların zorlanmadan kendi rızaları ile hakim

²² Es-Seraḥsī, Muḥammed İbn Aḥmed (ö.483/1090), *el-Mebṣūt*, Dāru’l-Ma‘rife, Beyrut, 1993, c.20/s.136.

²³ Es-Seraḥsī, *el-Mebṣūt*, c.16/s.66.

²⁴ İbn Âbidîn, ‘Alâu’d-dîn Muḥammed İbn Muḥammed Emîn (ö.1306/1888), *Ḳurratu ‘Ayni’-l- Aḥyâr li-Tekmiletî Reddî’l Muhtâr ala’d-Durri’l Muhtâr*, Dāru’l-Fikr, Beyrut., c.8/s.408.

²⁵ İbn Âbidîn, *Ḳurratu ‘Ayni’-l- Aḥyâr li-Tekmiletî Reddî’l Muhtâr ala’d-Durri’l Muhtâr*, c.8/s.408.

²⁶ Efendi, ‘Alî Ḥaydar Hoca, (ö.1353/1934), *Dureru’l-Ḥukkām fî Mecelleti’l Aḥkām*, çev. Fehmî el-Ḥüseynî, Dāru’l-Cıl, Beyrut, 1991, c.4/s.657-658.

tarafından uzlaşmaya davet edilmesidir”.²⁷ Burada görüyoruz ki et-Ṭarablusī, davada herhangi bir hükme varılmadan önce arabuluculuğa yöneliyor ve sanki arabuluculuk için hükme varılmama şartı sunuyor. Bu noktada arabulucunun dava hak sahiplerinin haklarını beyan etmek ve onlara haklarını iade etmek için olduğu anlaşılmaktadır. İki tarafın da davacı olmada ısrar ettikleri bir noktada arabuluculuğun yeri yoktur. Buna ek olarak et-Ṭarablusī arabuluculuğun tanımını yaparken iki taraf arasındaki anlaşmazlıkları ‘mali konulardaki anlaşmazlıklar’ noktasına indirger. Bunun sebebi ise bu konuda anlaşmazlıkların sıkça vuku bulması ve bu konudaki uzlaşmayı sağlayacak aracının rolünün büyüklüğüdür. Bu nokta ise çalışmamızın ana konusunu içermektedir.

Zikrettiklerimizden yola çıkarak Hanefilerin arabuluculuk tanımını şöyle ifade edebiliriz: Mali anlaşmazlıklar veya genelin maslahatına uygun olarak uzlaşmayı gerektirecek anlaşmazlıklardaki davanın sonuca ulaşmasından sonra, iki tarafın da rızası ile, herhangi bir maslahatın söz konusu olması dışında bir veya ikiden fazla olmamak suretiyle, hakimin veya başka bir arabulucunun taraflar arasındaki uzlaşma çağrısıdır.

2.1.2.2. Maliki Mezhebi

Malikiler bu konuyu, hakimin herhangi bir hükme varamadığı konularda arabuluculuk ve uzlaşmaya başvurusu noktasında ele alırlar. Ancak diğerleriyle birleşen özel durumlar olursa hakim bir hükme varırken de arabuluculuğa başvurur. İbn Ferhūn, İmam Şahnun’un şöyle dediğini rivayet eder: “Hakim davayı hükme bağlamada sorun yaşarsa uzlaşmayı emredebilir”.²⁸ Burada uzlaşmanın emredilmesi ve ona davet etmek arabuluculuğu ifade etmez. Malikilerin kitaplarından biri olan el-Matayṭiyye’de şöyle geçer: “Hakim, haklı tarafın hangisi olduğu noktasında bir sorun yaşarsa taraflara uzlaşmayı emreder. Eğer hak sahibi yakinen belli olursa uzlaşmaya çağırılmaz. Bir tarafın lehine hüküm vermenin olayı krize dönüştüreceğine kanaat getirirse veya taraflar halk arasında hürmet gören kesimden ise veya aralarında akrabalık bağı varsa uzlaşmayı emreder.”²⁹

Görüldüğü gibi burada İmam Şahnun meseleyi iki açıdan değerlendirir:

²⁷ Et-Ṭarablusī, Ebu’l-Ḥasen ‘Alāaddīn (ö.844/1440), *Mu’īnu’l-Ḥukkām Fīma Beyne’l-Ḥasmeyn mine’l-Aḥkām*, Dāru’l Fikr, t.y, c.19/s.123.

²⁸ İbn Ferhūn, Burhaneddīn el-Maliki (ö.799/1396), *Tebşīratu’l-Ḥukkām fī Uṣūli’l-Aḳdiyye ve Menahici’l-Aḥkām*, Dāru Alemi’l-Kutub, Riyad, 2003, c.1/s.34-35.

²⁹ İbn Ferhūn, *Tebşīratu’l-Ḥukkām fī Uṣūli’l-Aḳdiyye ve Menahici’l-Aḥkām*, c.1/s.34.

Birincisi; haklı tarafın ortaya çıkmaması durumunda veya çıktıktan sonra anlaşmayı ortadan kaldırmak ve iki tarafında rızasıyla uzlaşmayı sağlamak için hakim, arabuluculuğa yönelir.

İkincisi; haklı taraf belli olduktan sonra tarafların akrabalığı veya faziletlerinden dolayı müslümanların genel maslahatı düşünülerek dava uzlaşmaya bağlanır.

İmam el-Ğarâfi ise arabuluculuğu şöyle tanımlar: “İki tarafın rızasıyla güvenilir kişilerin arabuluculuk yaparak taraflar arasında uzlaşmayı sağlamasıdır.”³⁰ Bu tarifile aracı olacak kişinin ‘güvenilirlik’ vasfına sahip olması şartı getirilir. Malikiler ve Hanefiler, arabuluculukta tarafların rızasını şart koştuk noktasında görüş birliği içindedir. Buna ilaveten arabuluculuktan maksat, taraflar arasındaki uzlaşmayı sağlamaktır. Ancak bu tarifte arabuluculuk görevini üçüncü bir şahsa devretmeden hakimin üstlenip üstlenmeyeceği belirtilmemiştir.

Yine Hanefilerde olduğu gibi, hakimin hak sahibi konusunda kesin karara varamama durumunda, uzlaşmaya davetin bir veya iki kere mi olacağı hakkında bir şart koşulmamıştır. Ancak İmam Malik, uzlaşma çağrısına icabet etmeleri için hakimin tarafları zorlamamasını şart koşturmuştur.³¹ Arabuluculuk kavramındaki esası ortaya koymak, bu konuda tarafların rızasının önemini tekit etmek ve uzlaşmaya olan meyli göstermek için bu şart ön görülmüştür. Çünkü uzlaşma; bazı mali haklardan feragat etmeyi gerektirir. Bu ise çoğu kimsenin özellikle de hak sahibinin kabul etmede zorlanacağı bir durumdur. Buradan anlaşıldığı üzere; Malikiler dava görülmeden önce tarafların uzlaşmaya çağrılma durumunu zikretmemişler, arabuluculuk yapacak kişi ve hakimin, hak sahibi konusunda kesin hükme varamama veya taraflar arasındaki bazı özel durumlar halinde arabuluculuğa yönelmesi üzerinde durmuşlardır.

Zikrettiklerimizden yola çıkarak Malikilerin arabuluculuk tanımını şöyle ifade edebiliriz: Hakimin hak sahibi konusunda kesin hükme varamama veya tarafların durumlarına bakılarak maslahatın celbinin söz konusu olması halinde anlaşmazlığı ortadan kaldırmak için taraflara yapılan uzlaşma çağrısıdır.

³⁰ El-Ğarâfi, Ebu'l-Abbâs Şihâbuddîn Ahmed b. İdrîs (ö.684/1285), *ez-Zahîra*, (thk. Muhammed Hacı ve diğerleri), Dâru'l-Arabi'l-İslâmiyye, Beyrut, 1994, c.10/s.39.

³¹ İbn Ferhûn, *Tebşiratu'l-Hükkâm fî Uşûli'l Akdiyye ve Menahici'l-Ahkâm*, c.1/s.34.

2.1.2.3. Şafii Mezhebi

Şafii mezhebi kitaplarında bu konuya uzunca yer verilmiştir. Özellikle el-Māverdi'nin el-Aḥkāmü's-Sulṭāniyye gibi şer'i siyaset ve davalarla ilgili kitaplarında mezalim mahkemesi başkanının rolü meselelerini işlerken bu konuyu da ele almışlardır.³²

El-Māverdi kitabında, davalasma süreci başlamadan önce arabuluculuk hakkında iki durum kaydeder:

1- Mezalim mahkemesi başkanı, hakim gibi velayet hakkına sahip olan birine arabuluculuk konusunda izin verebilir. Ancak bu durumda arabulucu olarak tayin edilen velayet sahibi kişi, diğer davalarda genel olarak velayet hakkına sahip olmaya devam etse de, arabulucu olduğu davaya bakma görevi olan özel velayetinden azledilir.

2- Fakih veya şahit gibi velayet hakkı olmayan bir kişi tayin eder.

Aralarındaki fark ise, velayet hakkına sahip olan kişi mezalim mahkemesi başkanına müracaat etmeksizin meseleyi uzlaşmaya bağlama hakkına sahipken, velayet hakkı olmayan kişinin mezalim mahkemesi başkanına müracaat etmesinin şart olmasıdır. Bu müracaattan sonra mesele uzlaşmaya bağlanmazsa şahit kişinin uzlaşmaya şahitlik etmesi veya iki taraf arasındaki şahitlik görevi devam eder.³³

El-Māverdi arabuluculuk kavramının özelliklerine şunları da eklemektedir: “Taklide ve velayete ihtiyaç duymaz.”³⁴ Yani arabuluculuk görevini üstlenen kişinin, halifenin veya onun vekili tarafından tayin edilmesi ya da devlette otorite sahibi biri olması gerekmez, sadece mezalim mahkemesi başkanının kişiyi arabulucu olarak görevlendirmesi yeterlidir. El-Māverdi arabuluculukta tarafların rızasını ve uzlaşmayı sağlamaya vesile olarak arabuluculuğu tercih etmelerini şart koşar ve tarafların kendi seçimi ile bu yola başvurulacağını belirtir.³⁵ Bu noktada davalasma sürecinin

³² Mezalim mahkemesi başkanı; hakimden daha geniş yetkiye sahiptir. Nitekim tarafları uyarma hakkını haiz olup hakim aciz kaldığı durumlarda da tarafları ayırma yetkisini elinde bulundurur. Māverdi şöyle der: “Hakimlerin infazına güç yetiremedikleri, mahkûmun elinin güçlü olmasından dolayı ona hüküm vermede aciz kaldıkları için hükme varamadıkları zamanlarda, mezalim mahkemesi başkanı en güçlü otoritedir. Hükümü, mahkûm üzerinde infaz eder.” El-Māverdi, Ebu'l-Ḥaseen el-Bağdādî (ö.450/1058), *el-Aḥkāmü's-Sulṭāniyye*, Dāru'l-Ḥadīs, Kahire, t.y, s.138

³³ El-Māverdi, *el-Aḥkāmü's-Sulṭāniyye*, s.151-152.

³⁴ El-Māverdi, *el-Aḥkāmü's-Sulṭāniyye*, s.151-152.

³⁵ El-Māverdi, *el-Aḥkāmü's-Sulṭāniyye*, s.151-152.

arabuluculuk sürecine geçişinin şartı bağlamında tarafların rızasının önemi ortaya çıkmaktadır. Ancak davalasma sürecine başladıktan sonra iki durum söz konusu olur:

Birincisi: Hakimin, bir hükme vardıktan sonra da tarafları uzlaşmaya çağırması müstehaptır. Kabul etmedikleri taktirde uzlaşma çağırısı tekrar edilmeden verilen hüküm icra edilir. Hak sahibinin izni olmaksızın davanın ertelenmesi caiz değildir.³⁶ Tarafların özellikle de hak sahibinin arabuluculuk noktasında rızası alınması gerekmektedir.

İkincisi: Eğer dava bir hükme bağlanamazsa taraflar arabuluculuk ile uzlaşma yoluna yönlendirilir. Şahitlerin getirilmesine kadar mühlet verilir ve bu noktada iki tarafın rızasının alınması gerekir. Eğer arabuluculuk uzlaşmaya bağlanırsa dava düşer. Ancak dava uzlaşmaya bağlanamazsa taraflar tekrar davalasma sürecini başlatır ve aralarında bir hüküm belirlenir.³⁷ Bu noktada özellikle de davaya bakan hakim tarafından arabuluculuk süreci başlatılmışsa arabuluculuğa zaman şartını da ilave edebiliriz.

Bazıları arabulucu hakkında başka özel şartlar da getirmiştir. Mesela kavmin ileri gelenlerinden veya aşiretin büyüklerinden olması, tecrübeli olması, anlaşmazlığın çıktığı konuyu tam olarak bilmesi gibi çeşitli şartlar belirlerler. Ta ki arabuluculuğun maksadı gerçekleşmiş olsun.³⁸ Bu noktada arabuluculuğun şartlarını zikrederken arabulucu kişinin özelliklerini de konu edineceğiz.

El-Ğalkaşendî, halifenin en önemli sorumluluğu olan toplumdaki anlaşmazlıkları çözüme kavuşturmanın yollardan biri olan arabuluculuk kavramının öneminden söz ederken şöyle der: “Sorumluluğun altında olan halkın haklarını İslam’ın belirlediği şartlara uymak suretiyle bize en iyi örnek olan Hz. Peygamber (s.a.v.) ve senden önceki adaletli halifelerin yolunu izleyerek, halkların işlerini düzene sokup idare etmesi için tayin ettiğin insanlar üzerindeki yaptırımınla, toplum arasında çıkan anlaşmazlıkları arabuluculuk vasıtasıyla çözersen herkes ne kadar adil olduğuna şahitlik ederler”.³⁹ Bu noktada, adaleti daim kılmak ve toplumsal ilişkiyi korumak için İslam devletinin halifesine İslam’ın şart koştuğu bir sorumluluk olan arabuluculuğun önemi ortaya çıkmaktadır.

³⁶ En-Nevevî, Ebû Zekeriyâ Yahya b. Şeref (ö.676/1277), *el-Mecmû‘ Şerhu’l-Muhezzeb*, Dâru’l-Fikr, t.y, c.20/s.167.

³⁷ El-Māveridî, *el-Ahkāmu’s-Sulṭāniyye*, s.145, El-‘Arac, Ebu’l-Faḍl (ö.925/1519), *Tahrîru’s-Sulṭk fî Tedbîri’l-Mulṭk*, (thk. Fu’ād ‘Abdilmun‘im), Muessesetu Şebâbi’l-Câmi‘a, İskenderiyye, 1982, s.53.

³⁸ El- ‘Arac, *Tahrîru’s-Sulṭk fî Tedbîru’l-Mulṭk*, s.50-57.

³⁹ El-Ğalkaşendî, Ahmed İbn ‘Alî (ö.821/1418), *Meāsiru’l- İnāfe fî’l-Me ‘ālimi’l-Ğilāfe* (thk. Abdussetfir Ahmed Ferac), Kuveyt Hükümeti Matbaası, Kuveyt, 1985, c3/s.208.

Anlattıklarımızdan yola çıkarak Şafiilerin arabuluculuk tanımını şöyle ifade edebiliriz: Davalaşma sürecinin başında, tarafların rızası ile belli bir müddet aralığında anlaşmazlığı kaldırmak maksadıyla hakim gibi velayet hakkı olan veya fakih, şahid, tecrübe sahibi gibi velayet hakkına sahip olmayan kişilerin arabulucu olarak tayin edilmesidir.

2.1.2.4. Hanbeli Mezhebi

Hanbelilerden el-Ferrā' birçok noktada el-Māverdi ile birleşmekle beraber bazı önemli noktalarda ondan ayrılır.

İttifak Edilen Noktalar

- 1- Arabulucunun velayet sahibi olması şart değildir. Bazen velayet hakkı olan kişi aracı olur ancak bu, o dava hakkında hüküm verme noktasındaki yetkisini kaldırır. Hakimin aracılık görevini üstlenmesi, onun diğer davalardaki konumunu değiştirmemekle beraber arabuluculuk yaptığı davadaki velayetini kaldırır veya sınırlar. Bazen de fakih veya şahit gibi velayet hakkına sahip olmayan kişiler aracı olur. Bunların, uzlaşma sağlanması durumunda uzlaşmayı onaylaması için hakime başvurmaları ve uzlaşmaya şahitlik etmeleri gerekir. Davanın uzlaşmaya bağlanmadığı durumda ise taraflar arasında geçen olaya şahitlik etmeleri gerekir.⁴⁰ Bu noktada arabuluculuğun özelliklerini zikrederken, dava sürecinde aracının rolü hususunda geniş bilgiye yer vereceğiz.
- 2- Şahitlerin hazır bulunana ve dava araştırılana kadar tarafların uzlaşmaya çağırılma noktasında zamanlama şartının olması. Eğer arabuluculuk uzlaşma ile sonuçlanırsa diğer delillere bakmaya ihtiyaç duyulmadan anlaşmazlık ortadan kalkar ve dava düşer. Arabuluculuğun uzlaşma ile sonuçlanmadığı takdirde dava hakim tarafından hükme bağlanır.⁴¹
- 3- Hanbeliler tarafların rızasını şart koşar. “Eğer iki tarafın rızasıyla uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma yönünde hükme varılır” ve anlaşmazlık biter.⁴²

⁴⁰ El-Ferrā', Ebū Ya'lā (ö.458/1065), *el-Ahkāmu's-Sulṭāniyye*, Dāru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut, 2000, s.88.

⁴¹ El-Ferrā', *el-Ahkāmu's-Sulṭāniyye*, s.82.

⁴² El-Ferrā', *el-Ahkāmu's-Sulṭāniyye*, s.82.

İhtilaf Edilen Noktalar

- 1- Uzlaşmaya varma noktasında tarafların rızası şart koşulmuş olsa bile, bizatihi arabuluculuk konusu tarafların rızası şartına bağlanmamıştır. Arabuluculuk ile uzlaşmaya varmak, aracı tayin edilmesi sonucu tarafların mecbur bırakılmasıyla gerçekleşir.⁴³ Bu noktada Hanbeliler, arabuluculuk konusunda hakime zorlama hakkı vermeyen Şafiilerden ayrılmaktadır.

Zikrettiklerimizden yola çıkarak Hanbelilerin arabuluculuk tanımını şöyle ifade edebiliriz: Davalaşma sürecinin başında, tarafların rızası aranmadan belli bir müddet aralığında anlaşmazlığı kaldırmak maksadıyla hakim gibi velayet hakkı olan veya fakih, şahid, tecrübe sahibi gibi velayet hakkına sahip olmayan kişilerin arabulucu olarak tayin edilmesidir.

Husumetleri ortadan kaldırıcı ve uzlaşmayı sağlayıcı yapısı ile arabuluculuk kavramı hakkında İslam hukukçularının tanımlarını beyan ettikten sonra meseleye ilişkin özet niteliğindeki şu açıklamalarda bulunabiliriz. Davalaşma sürecinin başında tarafların rızası aranmadan ve dava sürecine girildikten sonra ise tarafların rızası alınarak belli bir müddet aralığında anlaşmazlığı kaldırmak için, hakimlik sıfatından sıyrılmak suretiyle hakim gibi velayet hakkı olanlar veya fakih gibi velayet hakkına sahip olmayan güvenilir ve tecrübeli kişilerin tarafları uzlaşmaya çağırması arabuluculuğu ifade etmektedir. Bu çağrıda özellikle haklı taraf belli olduktan sonra, herhangi bir özel sebepten dolayı genelin maslahatı söz konusu değilse taraflara baskı yapılmaz. İslam Hukukçularının açıkça veya dolaylı olarak uzlaşma ya da davalaşma sürecine alternatif çözüm başlıkları altında arabuluculuk kavramına dair tanımlarını zikrettikten sonra, bazı araştırmacıların “Arabuluculuk kavramı çağdaş bir kavram değil bilakis geçmişte İslam hukukçularının lafzi ve manevi olarak kullandıkları bir terimdir” sözünü tekit etmiş olduk.⁴⁴ Bazı araştırmacıların, arabuluculuk ile uzlaşmayı aynı noktada değerlendirerek “İslam şeriatı, arabuluculuğu ‘sulh’ başlığı altında işlemiştir” iddialarının sebebi ise uzlaşmayı sağlamak hedefi çerçevesinde iki terim arasındaki kuvvetli bağdır.⁴⁵ Çünkü arabuluculuk toplumun birbirine kuvvetlice tutunup birbirleri ile olan ilişkilerini koruması için davalaşma sürecinden ve hukukundan uzak bir şekilde anlaşmalarına dönük sağlanması noktasında

⁴³ El-Ferrā', *el-Ahkāmu's-Sultāniyye*, s.88.

⁴⁴ Ed-Daḥīl, *el-Vasāṭa ve Eşeruha fī Halli'n-Nizā'at*, s.204.

⁴⁵ 'Abdurrahmān, Fāṭima Fethu'r-Rahmān Alā, *el-Vasāṭa ve's-Sulh ke-Vesile Bedile li-Tesviyeti Nizā'at fī't-Teşrī'ati'l Vād'iyye ve's-Şerī'ati'l-İslāmiyye*, Mecelletu'l-'Adl, Vezāretu'l-'Adl, sayı 48, el-Memleketu'l-'Arabiyyetu's-Su'ūdiyye, 2017, cilt 19/ sayı 48, 2017, s.121.

atılan önemli bir adımdır.⁴⁶ Arabuluculuk kavramına benzer kavramlardan söz ederken ikisi arasındaki farkı da zikretmiş olacağız. Bu noktada arabuluculuk kavramının zamanla nasıl geliştiğini görmek için, İslam hukuku alanında günümüz araştırmacılarının tanımlarını da zikretmek gerekir. Bundan sonra ise, İslam hukukundaki tanım ile Ürdün anayasasında geçen tanım arasındaki ilişkiyi görebilmek için bu kavramın anayasadaki tanımını da zikretmemiz şarttır.

Anlaşmazlık yaşayan taraflar arasında arabuluculuğun tarifi en basit haliyle şöyledir: “Anlaşmazlığı uzlaştırmaya bağlamak için bir tarafın, anlaşmazlık yaşayan iki taraf arasına girmesidir.”⁴⁷ Bu tarif, İslam hukukçularının tarifi ile genel anlamda benzeşmektedir. Diğer bir tarif şu şekildedir: “Arabuluculuk, hakim gibi tarafsız üçüncü bir şahsın veya aracılığı kabul edilen bir kişinin anlaşmazlığı ortadan kaldırıp uzlaşmayı sağlamak için araya girmesidir. Araya girenin, yargı kurumları veya başka kurumlar olması fark etmez. Hedef, anlaşmazlık yaşayan taraflara uzlaşmaları noktasında yardım etmektir. Bu da toplantılar düzenleyerek, konuşarak, yakınlık kurarak, tarafların görüşleri alınarak, düzeltme yapılarak ya da müzakereler planlanarak gerçekleştirilir. Ta ki uzlaşmaya varılsın ve iki tarafında rızası sağlansın.”⁴⁸ Bu tanım da İslam hukukçularının, arabulucunun tarafsız üçüncü bir şahıs olması şartı ile mutabıktır. Bu vasıf aracı olacak kişide bulunması zaruri olan bir vasıftır. İslam hukukçuları bu eylemi yürütenlerin, hakimler ve güvenilir kişilerden oluşması gerektiğini beyan ederler. Güvenilir kişi tarafsızlıktan yoksun olmamalıdır. Yine bu tanım, ‘tarafların rızası şartı’ ile İslam hukukçularının tarifine mutabık kalır. Bu, İslam hukukçularının arabuluculuğun tüm merhalelerinde şart koştuğu bir unsurdur. Ancak zikrettiğimiz gibi Hanbelilerden el-Ferra’nın “Hakim davaya başlamadan önce tarafları arabuluculuk noktasında zorlar” tanımını farklılık arz eder. Bunun dışında uzlaşma için tarafların rızasını alma şartı İslam hukukçularının üzerinde ittifak ettikleri görüştür.

Yine uzlaşmaya ulaştıran bir vasıta olarak arabuluculuk kavramının tanımlarından biri de şu şekildedir: “Davanın bitiş süresinin herhangi bir aşamasında, uzlaşmayı sağlayacak alternatif çözüm yoludur. Anlaşmazlık yaşayan tarafların talebi veya onaylaması üzerine üçüncü bir tarafın anlaşmaya uygun konularda uzlaşmayı sağlamak üzere araya girmesini kapsar.”⁴⁹ Burada arabuluculuk konusunun, konumuz olan mali

⁴⁶ Şen, Yusuf, *İslam Hukukunda Arabuluculuk*, Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, c. 11, sayı: 22, ss. 105-135; El-Battūn, *el-Vasāṭatu'l-Ḳaḍā'iyye fi'ş-Şer'i'ati'l-İslāmiyye ve'l-Ḳānūn: Dirāse Muḳārane*, s.190-112.

⁴⁷ Ḳal'acī+Ḳuneybī, *Mu'cemu Luḡati'l-Fuḳāhā*, c1, s.501.

⁴⁸ Ed-Daḥīl, *el-Vasāṭa ve Eşeruha fi Halli'n-Nizā'at*, s.204-263.

⁴⁹ El-Battūn, *el-Vasāṭatu'l-Ḳaḍā'iyye fi'ş-Şer'i'ati'l-İslāmiyye ve'l-Ḳānūn: Dirāse Muḳārane*, s.24.

meseleler gibi uzlaşmaya uygun bir yol olup olmadığına emin olmamız gerekir. Arabuluculuk, davalar için ticari husumetlerin ve anlaşmazlıkların son bulmasına vesile olacak alternatif bir çözüm önerisidir. Arabuluculuk hepsi olmasa da çoğu ticari husumetlerin tabiatına en uygun olan çözümdür. Çünkü bu çözüm yolu ile kurumların, ticari şirketlerin, tüccarların veya tüccar olmayanların normal dava süreci ile bozulacak olan ticari ilişkileri düzeltilir.⁵⁰

Yine bazı araştırmacılar arabuluculuğu şöyle tanımlarlar: “Komisyon ücretinin daha fazla talep edilmesiyle daha fazla kazanç eldesinin gerçekleşmesidir.”⁵¹ Ancak arabuluculuğu komisyon akdine atfetmek gözden geçirilmesi gereken bir husustur. Çünkü komisyonun amacı kazanç sağlamakken, arabuluculuğun amacı beyan ettiğimiz gibi anlaşmazlık yaratan sebeplerin ortadan kalkması suretiyle uzlaşmayı sağlamaktır. Yine komisyonda tarafsızlık söz konusu olmaz çünkü komisyoncu bir tarafın lehine iş yapar ve en yüksek kazancı elde etmek için en yüksek komisyonu tahsil etmeyi hedefler.

İslam hukukundaki tanımı ile anayasada geçen tanım arasındaki ilişkiyi görebilmek için bu kavramın anayasada gelen tanımını da zikretmemiz şarttır. Arabuluculuk kanunu Ürdün Anayasasının A bölümü 3. maddesinde şöyle denilmektedir: “Mahkeme oturumunda hakim ve taraflar toplandığında veya kanuni vekiller bir araya geldiğinde sorunun çözümüne ulaşılır veya iki tarafın da hakimin arabulucu olması yada özel bir arabulucuya rıza göstermelerinden sonra sorunun çözüme ulaşması beklenir, bütün durumlarda arabulucunun olduğu meselelerde hakim, iki tarafın da rızasını gözetir”.⁵² Ürdün anayasası, tarafların talebi veya muvafakatı doğrultusunda davaya bakan hakimin, anlaşmazlığı aracılık yapacak hakime döndürme hakkını beyan eder. Davanın arabuluculuğa intikal etmesi noktasında tarafların onayı ve arabuluculuğa özel bir hakimin veya mahkemede kendisine itibar edilen başka bir şahsın tayin edilmesi şartıyla İslam hukukçularıyla ittifak eder. Ve yine burada arabuluculuğa yönelmedeki hedefin; dostça uzlaşmak ve tarafların rızasının gözetilmesi olduğu tekit edilmektedir.

Bazı Türk hukukçular ise arabuluculuğu şöyle tarif eder: “Arabuluculuk, uyuşmazlığı gidermek adına, müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya

⁵⁰ Havām, *el-Vasaṭa Bedīlen li Ḥalli'n-Nizā'āt fi'l-Fiḫhi'l-İslāmī ve Ḳānūnu'l-İcraati'l-Medeniyye ve'l-İdāriyye el-Cezāirī*, s.168.

⁵¹ Eş-Şemrānī, Ḥasan, *Uḳūdu'l-Vasāṭati't-Ticāriyye viḥka eş-Şer'i'ati'l-İslāmiyye: Dirāse Muḳārane*, Cāmi'atu 'Aden, Yemen, 2008, s.25.

⁵² Medeni Anlaşmazlıkları Ortadan Kaldıran ve Düzelten Arabuluculuk Kanunu, sayı 12, yıl 2006, Bu kanunun yerini Medeni Anlaşmazlıkları Ortadan Kaldıran ve Düzelten Arabuluculuk Kanunu aldı, sayı, 37 yıl 2003, madde 3/A

getiren, tarafların birbirlerini anlamalarını ve bu surette kendi çözümlerini kendilerinin üretmelerini sağlamak için aralarındaki iletişimi kolaylaştıran, tamamen tarafsız, bağımsız ve objektif konumda bulunan üçüncü kişinin katılımıyla yürütülen ve gönüllülük esasına dayanan usuldür”.⁵³ Bu maddeden anlaşıldığı üzere; dava sürecine girilmeden önce, tarafların görüşlerini birbirine yaklaştırmak ve anlaşmazlığı ortadan kaldırmak noktasında aracının rolü büyüktür.

2012 yılında Resmi Gazetede yayınlanan Kanuni Anlaşmazlıklarda Arabuluculuk Kanunu, arabuluculuğu şöyle tanımlar: “Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması halinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi”.⁵⁴ Burada taraflar arasında iletişimi sağlamak ve anlaşmazlığı ortadan kaldırmak noktasında üçüncü bir taraf olarak aracının rolünün önemi beyan edilmekte ve yine aracının ilim ve tecrübe noktasında ehliyeteye sahip olma şartına değinilmektedir. Bu da İslam Hukukçularının beyan ettiği meselelerdir.

2018 tarihinde resmi gazetede yayınlanan Türk Ticari Kanunu’nda bir değişikliğe gidilmiş, ticari anlaşmazlıklarda arabuluculuğun davalasma sürecinden önce olması ve arabuluculuğa zamanlama şartı getirmek sureti ile Türk Yargı Sistemi farklı bir yol izlenmiştir:

MADDE 5/A

(1) Bu Kanunun dördüncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.

(2) Arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren altı hafta içinde sonuçlandırır. Bu süre zorunlu hâllerde arabulucu tarafından en fazla iki hafta uzatılabilir.

⁵³ Geçmez, Taha Polat, *Bireysel İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk*, Yüksek Lisans Tezi, Altınbaş Üniversitesi, İstanbul, 2019, s.2.

⁵⁴ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, Kanun Numarası : 6325, Kabul Tarihi : 7/6/2012
Yayınlandığı Resmî Gazete: Tarih : 22/6/2012 Sayı : 28331, Yayınlandığı Düstur : Tertip : 5 Cilt : 52 /
Madde 5/A

Burada Türk kanunu, arabuluculuğun davalasma sürecine girmeden önce yapılması gerektiğini beyan ederek ve arabuluculuğa zamanlama şartı getirerek İslam Fikhi ile mutabık kalır. Yine bu, tezimizin de konusu olan ticari anlaşmazlıklarda arabuluculuğun önemini tekit eder.

2014 yılında sadır olan Amerikan yasasının arabuluculuk tanımına geçelim: “Anlaşmazlık yaşayan iki taraf arasında kendi rızaları ile ittifak sağlanması ve taraflar arasındaki iletişimin kolaylaşması için aracının icra ettiği görevdir.”⁵⁵ Burada, taraflar arasında anlaşmalı sözleşmeye varılması noktasında arabuluculuğun önemi vurgulanmaktadır. Yine bu tanım, arabuluculuğun ve arabulucunun rolünün beyanı ve tarafların rızasını esas alan İslam fikhı ile ittifak sağlar.

Parlamento kurulu ve Avrupa merkezinin tanımını zikrederek, arabuluculuğun muasır tanımını sonlandıralım. 2008 A/3’te arabuluculuğa her nerede zikredilirse edilsin yapıcı bir iş olarak dikkat çekilir. Buna göre iki tarafın veya ikiden fazla tarafların kendi rızalarıyla arabulucunun da yardımı ile anlaşmazlığı ortadan kaldırıp ittifak kurma çabalarını ifade etmektedir. Bu işi tarafların kendileri de yürütebilir, kanun bunu önerebilir ya da anlaşmazlığın çıktığı dava ile ilgisi olmayan hakim ile davayla ilgili olan hakim bunu icra edebilir.⁵⁶ Özellikle Hakimin, hakimlik vasfı ile veya bu vasıftan sıyrılmak suretiyle, taraflar arasındaki anlaşmazlığı uzlaşmaya bağlayan arabulucunun vasfı dikkate alındığı zaman bu tanım ile İslam hukukundaki tanım arasındaki benzerliğe dikkat çekmek gerekir. Bu noktada arabuluculuk kavramına getirdikleri geniş tanım ile İslam Hukukçularının arabuluculuk tanımının, muasır kanunların tanımı ile büyük ölçüde uyum içinde olduğu söyleyebilir.

Bundan sonra arabuluculuğa yakın olan diğer kavramların tanımını yaparak arabuluculuk ile benzer ve farklı yönlerini inceleyelim. Bu şekilde, arabuluculuk kavramının genel portresi zihnimizde yer etmiş ve arabuluculuğun ticari anlaşmazlıklarda tarafların kendisine başvurduğu diğer uzlaşma yollarıyla olan farklılığını yakından görmüş oluruz.

⁵⁵ The Uniform Mediation Act was drafted by the National Conference of Commissioners of Uniform State Laws and approved by it and recommended for enactment in all the states, August 10–17, 2001 and amended August 1–7, 2003 Available at: <https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=9b244b42-269c-769e-9f89-590ce048d0dd&forceDialog=0>

⁵⁶ Directives, *Directive 2008/52/EC of the European Parliament and the Council on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters*, Official Journal of the European Union, L 136/3, 24.5.2008, Article 3/(A).

2.2. ARABULUCULUĞA BENZER SİSTEMLER

2.2.1. Sulh: (الصُلْح) - Reconciliation)

Arabuluculuk ile en çok ilişkilendirilen sistem sulh sistemidir. Bu iki kavram arasındaki benzerlikleri ve farklılıkları zikretmeden önce sulh kelimesinin sözlük ve terim anlamına değinmemiz gerekmektedir.

2.2.1.1. Sözlük Anlamı

Denir ki: “aralarında sulh oldu” (sulh-ötrelî) ve “ Kavim (topluluk) birbiri ile sulh etti/barış sağladı”. Bu kavrama es-silm (السِّلم) de denir. (sin harfî kesra ve fetha alır, müennes ve müzekkerlik gösterir.) Barış anlamına gelir. Sulh kavramına (çoğul olarak) sulh edenler/uzlaşanlar da denir.⁵⁷ Sözlükte barış uzlaşmanın ismidir. O anlaşmazlıktan sonra⁵⁸ uzlaşmak anlamına gelir ve anlaşmazlığın zıddını ifade eder.⁵⁹ Sulhu, anlaşmazlık yaşayan tarafların bizzat kendileri veya arabulucular vasıtası ile taraflar arasında uzlaşmayı sağlamak olarak tanımlarsak, taraflar arasındaki husumetin giderilmesi ve barışın sağlanması sebebiyle sulh sisteminin önemi kendini gösterir. Yine bu kavram, tarafların hoşnutluğu ile anlaşmayı kaldıran sözleşme şeklinde de tanımlanır. Burada barışın sağlanmasına sözleşme vasfı verilmiş ve iki tarafın rızası şart koşulmuştur.

2.2.1.2. Terim Anlamı

Hanefî mezhebi sulhu şöyle tanımlar: “Anlaşmazlık yaşayan taraflar arasındaki anlaşmazlığı kaldıran bir sözleşmedir veya iki tarafın rızası ile anlaşmazlığı kaldırmak için konulan sözleşmedir.”⁶⁰ Malikîlerden İbn ‘Arfe ise şöyle tanımlar: “Anlaşmazlık çıkmasından korkulan veya anlaşmazlığın vuku bulduğu bir durumda; bu anlaşmazlığı ortadan kaldırmak için bir tazminat karşılığında haktan veya davadan vazgeçme durumu”.⁶¹ Şafîî mezhebi ise arabuluculuğu şöyle tanımlar: “Sözlükte ‘anlaşmazlığı

⁵⁷ Ez-Zebîdî, *Tācu'l-‘Arūs min Cevāhiri'l-Kāmūs*, c. 6/s.548; İbn Manzūr, *Lisānu'l-‘Arab*, c.2/s.517

⁵⁸ El-Curcānî, ‘Alî b. Muḥammed b. ‘Alî Zeynuşşeref (ö.816/1413), *Kitābū't-Ta'rîfāt*, Dāru'l-Kutubi'l-‘İlmiyye, Beyrut, 1983, s.134.

⁵⁹ Er-Rūmî, Kāsım b. ‘Abdullāh İbn Emîr ‘Ālî, (ö.978/1570), *Enîsu'l-Fukahā fî Ta'rîfāti'l-Elfāzi'l-Mütedāvele beyne'l- Fukahā* (thk.Yahya Ḥasan Murād), Dāru'l-Kutubi'l-‘İlmiyye, Beyrut, 2004, s.93.

⁶⁰ El-Mevşîlî, ‘Abdullāh b. Maḥmūd (ö.683/1284), *el-İhtiyār fî Ta'lîli'l- Muḥtār*, Maṭba‘at Haleb, Kahire, 1937, c.3/s.5; İbn Humām, Kemaluddîn Muḥammed b. ‘Abdulvāḥid (ö.861/1456), *Fethu'l-Kadîr*, Dāru'l-Fikr, t.y, c.8/s.403; Efendî, *Dureru'l-Hukkām fî Mecelleti'l Ahkām*, c.4/s.297.

⁶¹ El-Ḥattāb, Şemsuddîn Ebū ‘Abdillāh Muḥammed İbn Muḥammed (ö.945/1538), *Mevāhibu'l-Celîl fî şerḥ Muḥtaşar Ḥalîl*, Dāru'l-Fikr, 1992, c.5/s.79.

bitirmek’ demektir şer’i terimde ise bunun gerçekleşmesini sağlayan sözleşmedir”.⁶² Hanbeli mezhebi ise “İttifakı veya taraflar arasındaki uzlaşmayı sağlayacak sözleşme”⁶³ tanımını yapmaktadır. Bu noktada İslam hukukçuları arasında bazı farklılıklar olsa da, anlaşmazlığı sonlandırmayı ve husumeti ortadan kaldırmayı hedefleyen, zorunluluk manası taşıyan ve aynı zamanda bir ittifak ve sözleşme olan sulhun maksadı konusunda ittifak halindedirler. Ve bu zorunluluk manası taşımaktadır. İslam hukukçularının genel tanımlaması üzerine şu tanımlı geliştirebiliriz: Belli bir tazminat karşılığında veya tazminat almaksızın tarafların rızası ile bazı hakların feragati veya davanın düşürülmesi suretiyle anlaşmazlığı ortadan kaldıran veya anlaşmazlık çıkmasını engelleyen sözleşmedir.

Muası İslam hukukçularının ve çağdaş anayasalar barışa farklı tarifler de geliştirmişlerdir. “Sulh, tarafların birbiriyle müzakereleri veya üçüncü bir tarafın araya girmesi ile bazı tavizler verilerek yapılan ittifaktır”⁶⁴ ve “Sulh bir sonuç olarak akdin gerçekleşmesi ve çözümün ortaya çıkmasıdır”⁶⁵ bu tariflerden bazılarıdır.

2.2.1.3. Arabuluculuk ile Benzeyen Yönleri

- 1- Sulh ve arabuluculuğun hedefi ittifak sağlanması suretiyle anlaşmazlığın ortadan kaldırılmasıdır. Dolayısıyla ikisi de anlaşmazlığı ortadan kaldıran bir yoldur.⁶⁶
- 2- Sulh ve arabuluculuğun her ikisi de tarafların rızasını şart koşmaktadır.

2.2.1.4. Arabuluculuk ile Ayrışan Yönleri

- 1- “Sulh, anlaşmanın sona ermesi için zorunlu bir sözleşmedir. Sözleşme gerçekleşirse aralarında anlaşmaları hali dışında hiçbir taraf bu sözleşmeyi fesh edemez.”⁶⁷ Ancak arabuluculuk sadece üçüncü bir tarafın yardımı ile barışçıl

⁶² Eş-Şirbînî, Şemsuddîn, Muhammed b. Ahmed (ö.977/1569), *Muğnî'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Ma'ânî El-fâzi'l-Minhâc*, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, 1994, c.3/s.161.

⁶³ El-Makdisî, İbn Kudame ‘Abdullâh İbn Ahmed İbn Muhammed (ö.620/1223), *el-Muğnî*, (thk. Dr. ‘Abdullâh b. ‘Abdulmuhsin et-Türkî), ‘Âlemu'l Kutub, Riyad, 1997, c.7/s.5; El-Buhûti, Mansûr b. Yûnus b. İdrîs , (ö.1051/1641), *Keşşâfu'l-Kinâ ‘an Metnu'l-İknâ*, (thk. Hilal Musaylihi Mustafa Hilal) Dâru'l-Fikr, Beyrut, 1982, c.3/s.390.

⁶⁴ Md. Shahadat Hossain, *Arbitration in Islamic Law for the Treatment of Civil and Criminal Cases: An Analytical Overview*, Department of Law, Bangladesh Islami University, Journal of Philosophy, Culture and Religion - An Open Access International Journal, Vol.1 2013, p 6.

⁶⁵ Şen, Yusuf, *İslam Hukukunda Arabuluculuk*, s.112.

⁶⁶ El-Battûn, *el-Vasâlatu'l-Kağâiyye fî ş-Ser'ati'l-İslâmiyye ve'l-Kânûn: Dirâse Mukârane*, s.38.

⁶⁷ El-‘Uşaymî, Fayşal İbn Sa’d, *eş-Sulh fî Meclisi'l-Kağâ*, Mecelletu'l-‘Adl, Vizâretu'l Adl, El-Memleketu'l-‘Arabiyye es-Su’ûdiyye, sayı 67, 2014, s. 12.

yollarla uzlaşmanın sağlanması için tarafların kendi aralarındaki bağlayıcı olmayan ittifakı temsil eder. Taraflar, uzlaşma sürecinin son aşamasına gelmeden önce görüş değiştirme ve vazgeçme hakkına sahiptirler.

2- Barış görüşmeleri, üçüncü bir tarafın araya girmesi ile de anlaşmazlık yaşayan tarafların bizzat kendileri tarafından da gerçekleştirilebilir. Arabuluculuk ise ancak üçüncü bir tarafın araya girmesi ile gerçekleşir. Arabuluculuğun tabiatı budur. Çünkü arabuluculuğun şartlarından biri de taraflar arasında üçüncü bir şahsın olmasıdır. Ancak barış görüşmesinde bu zorunluluk yoktur.⁶⁸

3- Arabuluculuk, uzlaşmaya götüren bir vesile olarak addedilir ve barış kavramı arabuluculuktan daha geniş bir kavramdır. İslam hukukçuları barış görüşmeleri dedikleri zaman bu müzakereyi de arabuluculuğu da kapsamaktadır. Arabuluculuğun barış görüşmeleri ile ilişkisi “aracın hedef ile ilişkisi” gibidir. Arabuluculuk barış hedefine ulaştıran bir araçtır.⁶⁹

2.2.2. Tahkim (التحكيم)-Arbitration)

2.2.2.1. Sözlük Anlamı

Tahkim kavramının tam anlamını öğrenebilmek için bu kavramın sözlük anlamını ifade etmekle başlayalım. Dil bilimcileri bu kavramın tanımını yaparken birbiriyle bağlantılı birçok tanım geliştirmişlerdir. “Herhangi birini, malında hüküm vermesi için sorumlu kıldı, hükmetmesi için kendisine dönüldüğünde hüküm kendisine aittir, bunun üzerine bana bu konuda hüküm verdi.”⁷⁰ Kelimeye ilişkin başlıca kullanımlar arasındadır. Burada kişi kendisi haricindeki bir şahsı malında hakem kılar ve mal sahibinin kendi iradesi ve ehliyeti ile hakim kılınan kişi mal üzerinde güç sahibi olur. Bu sadece mali konularda değil farklı konularda da olabilir. Nitekim Kāmūsü'l-Muḥīt'te şöyle geçer: “Herhangi bir işte onu hakem kıldı: ona hüküm vermesini emretti ve hükmetti.”⁷¹ Birçok şahıs aralarında hüküm vermesi için bir kişiyi hakem olarak belirler. Bu bağlamda “onu kendi aralarında hakem tayin ettiler, hüküm vermesini emrettiler” denir ki “filanca kişiyi aramızda hakem kıldık” kullanımı onun hükmünü kendimize geçerli kıldık anlamındadır.

⁶⁸ El-'Umrānī, 'Abdullāh Muḥammed , *el-Vasāṭa fī Tesvīyeti'l-Munāza'āt*, Mecalatu El-Devā, Camiyatu İmam Muḥammed 'İbn Sea'ud, El-Memleketu'l-Arabiyye es-Suūdiyye, 2017, sayı 2, s.102.

⁶⁹ Ed-Daḥīl, *el-Vasāṭa ve Eşeruha fī Halli'n-Nizā'at*, s.190.

⁷⁰ El-Farabī, *eş-Şihāḥ Tāc Şihāḥ el-Luḡa ve Şihāḥ el-'Arabiyye*, c.5/s.1902; er-Rāzi, *Muḥtār es-Şihāḥ*, s.176.

⁷¹ Feyruzābādī, *el-Kāmūsü'l Muḥīt*, s.1095.

“Onu hakem kıldı ve hükmetti: onun hükmü geçerli oldu.”⁷² ifadesi de ona hüküm vermede yetki verildikten ve rıza gösterildikten sonra onun hükmü uygulanır oldu manasındadır. *Mu’cem Luğati’l-Fuḳaha* sözlüğü bu tarif üzerine husumet ve tahkimin hedefini de ekleyerek şöyle bir tanım geliştirmiştir: “Aralarında uzlaşmayı sağlamak için bir tarafın hükmünü kabul eden iki taraf arasındaki ittifaktır”.⁷³ Bu tarif iki tarafın da rızası ile hükmüne razı oldukları şahsın taklidi anlamına gelir ve bu da hüküm sahibini taraflar üzerinde güç sahibi kılar.

2.2.2.2. Terim Anlamı

Tahkim kavramının ıstılahtaki tanımı sözlükteki tanımından çok farklılık arz etmez. Birbirine olan yakınlığı görmek için İslam hukukçularının tahkim kavramı üzerindeki tanımlamalarını zikretmek gerekir. Hanefi mezhebi bu kavramı şöyle tanımlar: “İstilaḥi anlamına gelince; anlaşmazlık yaşayan iki tarafın aralarında hüküm vermesi için bir kişiyi hakem tayin etmesidir.”⁷⁴ “Eğer iki kişi, bir hakem tayin eder, hakem de aralarında hükmeder, taraflarda buna rıza gösterirse karar geçerli olur ve taraflar hakemin hükmüne tabii olurlar. Çünkü o iki tarafın temsilcidir ve ancak tarafların rızası ile hüküm verir. Hakimin taraflar üzerindeki velayetiyle gerçekleşen hüküm, taraflar için bağlayıcılık arz eder.”⁷⁵

Hanefi mezhebi tahkim boyunca tarafların rızasını, hüküm verildikten sonra ise tarafların bu karara bağlılığını kabul etmektedir. Malikiler ise “Tarafların aralarında vereceği hükme rıza gösterecekleri bir hakem tayin etmeleridir. Bu sadece mali konularda gerçekleşir.”⁷⁶ tanımını getirmektedirler. Görüldüğü üzere Malikiler tahkim konusunu sadece mali işlemlere indirgemıştır. Buna ilaveten tahkim ancak onu talep eden veya anlaşmazlık yaşayan iki taraftan hakemliği talep eden kişi için bağlayıcılık arz eder. Ancak hüküm sadır olduktan sonra ne kadar bağlayıcı olduğu konusunda ihtilaf bulunmaktadır.

Şafiilerde anlaşmazlık yaşayan iki grubun, Allah’ın hudutları dışındaki noktalarda hakimlik vasfını haiz olmak şartı ile bir hakem tayin etmeleri caizdir.⁷⁷ Şafiiler hüküm

⁷² İbn Manzūr, *Lisānu’l-‘Arab*, c.12/142.

⁷³ Ḳal’acī+Ḳuneybī, *Mu’cemu Luğati’l-Fuḳāhā*, c./1, s.133.

⁷⁴ İbn Nuceym, Zeynuddīn b. İbrāhīm (ö.970/1562), *el-Baḥru’r-Rāik Şerḥu Kenzi’d-Daḳāik*, Dāru’l-Kutubi’l-İslāmiyye, 2. Baskı, t.y, c.7/s.24.

⁷⁵ Eş-Şevkānī, *Fethu’l-Ḳadīr*, c.7/s.316-317.

⁷⁶ İbn Ferḥūn, *Tebşiratu’l-Hükkām fī Uşūli’l-Aḳdiyye ve Menahici’l-Aḥkām*, c.1/s.71; El-Ḥattāb, *Mevāhibu’l-Celīl fī şerḥ Muḥtaşar Ḥalīl*, c.6/s.87.

⁷⁷ Eş-Şirbīnī, *Muḡnī’l-Muḥtaṣ ilā Ma’rifetu Maā’nī Elfāzi’l-Minhāc*, c.6/s.276.

verecek kişinin hakim gibi ehliyet sahibi olmasını şartı koştur, ancak Malikiler gibi tahkimin bağlayıcılığı noktasında iki görüşe ayrılırlar. Birinci görüş, hüküm sadır olduktan sonra tarafların rızası olmadan hükmün bağlayıcı olmadığını savunur. Bu görüşü Müzeni destekler. Eğer hükmünü bağlayıcı kılsaydık bu, kadıyı azletmek ve imamın hakkına girmek olurdu. Çünkü; hakemlik konusunda tarafların rızasının şartı koşulması, hakemin verdiği hüküm konusunda da tarafların rızasını gerekli kılar. İkinci görüş ise hakim verdiğı hükümde bağlayıcıdır. Çünkü hakim gibi hakemliğine rıza gösterilen kişinin verdiği hüküm bağlayıcılık arz eder.⁷⁸

Hanbeliler ise “Davalaşmak için iki şahsın bir kişi hakemliğinde muhakeme olması ve aralarında verilen hükmün uygulanması” tanımını vermektedir.⁷⁹ Burada da sadır olan hükmün tarafları bağladığını görüyoruz.

Mecelle maddesinde muhakeme kavramı şöyle geçer: “Anlaşmazlıklarının ve davalarının çözüme kavuşması için kendi rızaları ile tarafların hakim edinmelerinden ibarettir, bu sebeple hakem ve muhakkem denir.”⁸⁰ Gördüğümüz gibi Mecelle’deki ibare muhakeme konusuna geniş bir tarif getirmekte ve arabuluculuğun hedefini gerçekleştirmektedir. 1841. madde ise muhakemeye başka bir şart getirerek alanını daraltmıştır. “İnsanların haklarına taalluk eden mali davalarda muhakeme caizdir.”⁸¹ Muhakemenin tüm davalar yerine sadece mali davalara indirgenmesi daha münasiptir.

2.2.2.3. Arabuluculuk ile Benzer Yönleri

- 1- İki de aynı hedefi tahakkuk ettirmektedir. Bu hedef; taraflar arasındaki husumeti ortadan kaldırmak, uzlaşmayı sağlamak ve toplumun selametini korumaktır.
- 2- Üçüncü bir tarafın şart olmadığı barış görüşmesinin aksine, tahkimi veya arabuluculuğu gerçekleştirecek olan üçüncü bir tarafın gerekliliği.
- 3- Anlaşmazlığı çözmek için tarafların arasına girecek olan hakimin veya arabulucunun tarafların rızası ile tayin edilmesi.

⁷⁸ En-Nevevî, *el-Mecmû‘ Şerhu’l-Muhezzeb*, c.20/s.127.

⁷⁹ El-Buhûti, *Keşşâfu’l-Kinâ‘ ‘an Metnu’l-İknâ‘*, c.6/s.308.

⁸⁰ Efendi, *Dureru’l-Hukkâm fî Mecelleti’l Ahkâm*, c.4/s.365.

⁸¹ Efendi, *Dureru’l-Hukkâm fî Mecelleti’l Ahkâm*, c.4/s.375.

4- Arabuluculuk ve tahkim vakit kazandırma gibi özellikleri olan, uzlaşmayı sağlamak için davalasma yerine sunulan alternatif barış önerileridir. Aynı mahkemede birçok davanın görülmesinden dolayı davalasma süreci genel tabiatı gereği daha fazla zamana ihtiyaç duyar. Hakimin bütün davalara ayrıntıları ile bakması çok zordur. Bunun yanı sıra arabuluculuk ve tahkimde arabulucu kişinin sadece bir konuya bakmasından dolayı sonuca daha hızlı ulaşılabilir. ⁸² Dolayısıyla taraflar tahkim ve arabuluculuğu davalasmaya tercih ederler.

5- İkisinin de rolü taraflarla sınırlıdır. Tahkim sonucunda verilen hüküm ve arabuluculuk sonunda varılan uzlaşma sadece taraflara tesir eder. Varılan hüküm başkasında bağlayıcılık teşkil etmez. ⁸³

Tahkim ile arabuluculuk kavramlarının benzer yönlerine baktığımız zaman hedef noktasında birçok benzerlik görmekteyiz. Benzerliklerinin yanı sıra ayrıldıkları birçok yön de vardır.

2.2.2.4. Arabuluculuk ile Ayrışan Yönleri

1- Tahkim, taraflar arasında varılan hüküm noktasında yaptırım sahibi olması yönünden arabuluculuktan ayrılır. Tahkim tarafların izni ve muvafakati ile yaptırım hakkına sahiptir. “Çünkü tarafların, hüküm vermesi noktasında tahkime rıza göstermeleri ona velayet hakkı vermeleri anlamına gelir.” ⁸⁴ Bu ise, tercih edilip rıza gösterildikten sonra tarafların hiçbir rol hakkına sahip olmadan sadece hükmüne razı olunan hakemin rolünün söz konusu edildiği tahkimi, anlaşmazlıkları ortadan kaldıracak diğer alternatif çözüm yollarından ayırır. ⁸⁵ Arabuluculuk ise yaptırımdan uzaktır ve arabulucunun taraflar üzerinde en ufak bir yaptırım gücü yoktur.

2- Tahkim, tarafların arasında meydana gelen anlaşmazlığa hüküm vermekle sorumlu olan hakimin hükmü ile gerçekleşir. Arabuluculuk ise arabulucunun, uzlaşmayı sağlamak için taraflar arasındaki iletişimi sağlayacak yolları

⁸² El-Battûn, *el-Vasâ'atu'l-Qadâ'iyye fi's-Sher'i'ati'l-İslâmiyye ve'l-Qânûn: Dirâse Muqârame*, s.38; Maḥmūd, Kadri Maḥmūd, *et-Taḥkīm fī Dav'i Ahkāmī's-Sher'i'ati'l-İslâmiyye*, Dâru's-Semī', 2009, s.22.

⁸³ Es-Sūsū, 'Abdulmecīd Muḥammed, *E'seru't-Taḥkīm fī Fıkhī'l-İslāmī, Mecelletü's-Sher'i'at ve'l-Qânûn, Cāmi'atu'l-İmārāti'l-'Arabiyye el-Muttaḥide*, 2005, c.22/s.127.

⁸⁴ Es-Sūsū, *E'seru't-Taḥkīm fī Fıkhī'l-İslāmī, Mecelletü's-Sher'i'at ve'l-Qânûn*, s.124.

⁸⁵ Collective Researchers, *Alternative Dispute Resolution: Mediation and Conciliation*, Law Reform Commission, Dublin, 2010, p16.

hazırlaması ile gerçekleşir. Uzlaşmayla sonuç elde edildikten sonra arabulucunun görevi biter. Arabulucunun tavsiyeleri, sadır olduktan sonra bağlayıcılık arz eden tahkimin aksine taraflar kabul etmediği müddetçe geçerlilik arz etmez.⁸⁶

3- Bazen hakim arabuluculuk rolünü üstlenir ve davaya göz atmadan veya attıktan sonra hatta hüküm sadır olduktan sonra bile, tarafların akraba olması durumları gibi genel bir maslahat söz konusu ise davayı arabuluculuğa yönlendirir. Ancak hakim davayı tahkime yönlendirmez. Çünkü hakim, tahkim görevini yerine getirecek olan kişi ile aynı vazifeyi icra eder. Bu vazife ise İslam şeriatına bağlı hüküm çıkarmaktır.

4- Arabuluculukta bazı haklardan feragat söz konusudur. Ancak tahkimde haklardan feragat söz konusu olmaz. Bağlayıcı bir hükümle hak sahibine hakkı teslim edilir.⁸⁷

2.2.3. Hisbe

Hak ve hukuku yerine getirmeyi hedefleyen sosyal araçların, kimi Allah'ın hukukuna, kimi kulların hukukuna kimi de her ikisine bağlı haklara dayalıdır. Nitekim bunu, anlaşmazlıklara dayalı haklar konusuna değinirken daha net açıklayacağız. Ancak burada önemli olan arabuluculuk kavramını benzer mefhumlardan ayırtırmak gayesi ile Hisbe kavramının tanımını yapmak ve bu kavramın arabuluculuk kavramı ile ne noktada birleşip ayrıştığını beyan etmektir.

2.2.3.1. Sözlük Anlamı

Hisbe, ücret anlamına gelmektedir. İhtisab kelimesinin ismi olup Allah'tan ecir, sevap beklemek anlamındadır. Bu doğrultuda, bu işi Allah'tan sevabını umarak yaptım, denir. Çoğulu ise Hiseb (الحِسْب) olup salih amellerde ve başımıza gelen kötü işlerde ihtisap etmek, ecir talep etmektir. Bu da teslimiyet, sabır veya diğer salih ameller ile tahakkuk eder. Bu bağlamda, o sevap istemini çok güzelce yerine getirdi yani o noktada tedebbürünü, yeterliliği ve bakış açısını güzelce yerine koydu, denir. Yine, filanca kişi

⁸⁶ El-Ğahtānī, Misfer Hasan, *el-Vesāṭatu'l-Muntehiye bi's-Şulhi ve Devruha fī Tesviyeti'l-Munāzā'āt fī'l-Memleketi's-Su'udiyyeti'l-Arabiyye*, Mecelletu'l-Adl, Vizāretu'l-Adl, El-Memleketu'l-Arabiyye es-Suūdiyye, 2014, sayı 66/ s.195.

⁸⁷ El-'Umrānī, *el-Vasāṭa fī Tesviyeti'l-Munāza'āt*, s.103.

filancanın yaptığı kötü ameli kabul etmedi, kullanımı mevcuttur. Muhtesip insanların kötü amellerini kabul etmeyen ve yanlışlığını beyan edendir.⁸⁸

Görüldüğü gibi sözlük anlamı itibari ile hisbe kavramının aslı Allah'tan sevap, ecir beklemektir ve bunu yapan kişi de niyetinde samimi olmalı, kötülüğü engellerken başına gelecek eziyet ve inatlaşmaya karşı da sabır göstermelidir. Yine bunu üstlenen kişinin, bu büyük görevi hakkıyla yerine getirmek için hikmetli davranması ve olayları iyi gözlemlemesi gerekir. Hisbe kavramının terim anlamını ve İslam Hukukçularının bu konudaki görüşlerini de beyan edelim.

2.2.3.2. Terim Anlamı

El-Māverdi hisbe kavramını şöyle tanımlar: “İyiliğin terk edildiği görüldüğünde iyiliği emretmek, kötülüğün işlendiği görüldüğünde ise kötülükten sakındırmaktır.”⁸⁹ Bu tanımında el-Ferrā'da el-Māverdi ile aynı görüştedir.⁹⁰ El-Ğazālî'nin tanımı ise şöyledir: “Hisbe; suç işlemeyi önleyerek Allah'ın men ettiklerini muhafaza etmek için kötülükten sakındırmaktan ibarettir.”⁹¹ Eş-Şeyzeri ise “Hisbe; iyiliği emretmek, kötülükten sakındırmak ve insanlar arasını düzeltmektir” demektedir.⁹² Bu noktada, iyiliği emretmek ve kötülükten sakındırmak kapsamına girdiği halde tanımına insanlar arasını düzeltmeyi de eklemiştir.

Keşfu'z-Zunun adlı eserinde Hâcî Hâlîfe, muhtesibin birçok vazifesini ve maksadını kapsayan uzunca bir tarif geliştirmiştir: “Belde ahalisi arasında cereyan eden ve uygarlaşmanın ancak kendisi ile gerçekleştiği işleri adalet kanunu çerçevesinde araştırmakla görevli ilimdir. Aynı zamanda muamele eden iki taraf arasında rızalaşma gerçekleşmelidir. Halifenin uyarısı ve men etmesi doğrultusunda şahıslar arasında kötülükten men edip, iyiliği emrederek çekişmelere ve şahıslar arasında üstünlük duygusuna sebep olmayacak bir siyaset gütmektir.”⁹³

⁸⁸ Ez-Zebîdî, *Tācu'l-'Arūs min Cevāhiri'l-Kāmūs*, c.2/s.275-278; Feyruzābādî, *el-Kāmūsul Muḥīṭ*, c.1/s74; İbn Manzūr, *Lisānu'l-'Arab*, c.2/s866; El-Feyyūmî, Ahmed b. Muhammed b. 'Alî (ö.770/1368), *el-Miṣbāḥu'l-Munîr fî Ğaribi's-Şerhi'l-Kebîr*, el-Mektebetu'l-İlmiyye, Beyrut, t.y, c.1/s134.

⁸⁹ El-Māverdi, *el-Aḥkāmü's-Sultāniyye*, s.350

⁹⁰ El-Ferrā', *el-Aḥkāmü's-Sultāniyye*, s.284

⁹¹ El-Ğazālî, Muhammed b. Muhammed (ö.505/1111), *İḥyāu 'Ulūmi'd-Dîn*, Dāru'l-Ma'rife, Beyrut, 2004, c.2/s.328.

⁹² Eş-Şeyzerî, 'Abdurrahmān b. Nāsır (ö.590/1193), *Nihāyetu'r-Ruḥbeti'z-Zarīfe fî'l- Hisbeti's- Şeri'yye*, Matbaatu't-Te'lif, t.y, s.6

⁹³ Hâcî Hâlîfe; Mustafa b. 'Abdullāh (ö.1067/1656), *Keşfu'z-Zunūn 'an Esāmi'l-Kutub ve'l-Funūn*, el-Kutubu'l-İlmiyye, 2017, s.93

İslam hukukçularının tanımlamalarına baktığımızda birbirine yakın tarifler görürüz. Hepsi de iyiliği emretme ve kötülükten men etmeye odaklanır ve kişinin, emirlerine uymak yasaklarından sakınmak sureti ile hem yaratıcısı hem de haklarını gözetmek, maslahatını korumak sureti ile kardeşi arasındaki ilişkinin ıslahına dayanır. Hisbenin Allah'ın emirleri ile devlet kanunlarının ortaya koyduğu kuralları tatbik etmek sureti ile, insanların birbirleri ile ilişkilerini gözetmek ve bu konuda adaleti sağlamak, birbiri ile muamele eden iki taraf arasındaki rızayı tahakkuk ettirmek noktasındaki rolünü tekit etmesi bakımından eş-Şeyzeri ile Hâcî Hâlıfe'nin tariflerinin temeyyüz ettiğini görmekteyiz.

İbn Haldun da muhtesibin görevini “anlaşmazlıkları ve bir tarafın diğer tarafın hakkını gasp etmesini önlemek” olarak beyan etmiştir. Bu haklar onun ilmine dayalı ve ona götürülen haklardır. Ancak muhtesibin dava ve beyanat gibi alanlarda herhangi bir yaptırımı yoktur. Sadece çarşı-pazar gibi beyana veya hüküm vermeye ihtiyaç duymayan konularla ilgilenir. Bu nedenle İbn Haldun şöyle bir tanım geliştirir: “Muhtesip, Müslümanların işlerine bakmakla görevli olanların üzerine farz olan iyiliği emretme ve kötülükten sakındırma esasına dayalı vazifedir. Bu konuda ehil olanlar görevlendirilir ve bu görev üzerlerine farz-ı ayn olur. Bu noktada yardımcıları alır, kötülükleri gözetler ve gücü yettiğinde düzeltir. İnsanları şehirdeki genelin maslahatına uygun hareket etmeye davet eder. Muhtesibin görevi sadece anlaşmazlık ve şikayet üzerine değil aynı zamanda onun bilgisine ulaşan hususları da kapsamaktadır. Ancak kendisinin davalarda hüküm vermesi söz konusu değildir bilakis kandırma ve aldatma gibi ya da tartıda adaleti gözetmek gibi beyanın esas olmadığı ve hükmün infaz edilmediği günlük yaşanan sorunlarla ilgilenir.”⁹⁴

2.2.3.3. Arabuluculuk ile Benzer Yönleri

- 1- Hisbe kavramı, toplumda barışı sağlamayı, alışverişte bulunan iki taraf arasında yaşanan anlaşmazlık ve çekişme gibi ortamlardan arındırmayı hedefler. Bu rol arabulucunun anlaşmazlık yaşayan tarafların arasını düzeltmedeki rolüne oldukça yakındır.

⁹⁴ İbn Haldun, Veliyyuddîn b. ‘Abdurrahmân (ö.808/1405), *Muqaddimetü İbn Haldun*, (thk. ‘Abdullâh Dervîş) Dâru'l-Ya'rub, Dimeşk, 2004, s.207.

- 2- Hisbe kavramının tanımını yaparken beyan ettiğimiz gibi muhtesibin amacı, Allah katında sevap ve ecir ummaktır ki bu vasıf arabuluculukta esastır.⁹⁵ Her ne kadar icra ettikleri görev için beytulmaldan ücret almış olsalar da arabuluculuktaki esas da Allah rızası ve O’nun katında sevap ummaktır.⁹⁶
- 3- Hisbe de genel velayetten biridir ancak bazı şartların yerine gelmesi ile tahakkuk eder. Bu görevi icra edecek kişinin baktığı konu hakkında fıkıh sahibi ve bilgili olması bu şartlardandır. Bu durum eş-Şeyzeri’nin “Muhtesibin fakih olması, şariat hükümlerini bilmesi vaciptir ki emrettiği ve nehyettiği şeyleri de bilsin.”⁹⁷ sözü ile işaret ettiği noktadır. Aynı şekilde bu durum arabulucuda da geçerlidir ancak anlaşmazlık yaşayan taraflar arasında emreden veya hüküm veren sıfatı ile değil, ıslaha ve barışa davet eden sıfatı ile. Arabulucu ve şartlarına değinirken beyan edeceğimiz gibi bu durum kendisinin taraflar ve anlaşmazlık alanı hakkında bilgi sahibi olmasını gerekli kılar.
- 4- Hisbe ve arabuluculuk davalarda hüküm verme yetkisinin olmaması noktasında birleşir. Arabulucunun rolü, kadı tarafından kendisine yönlendirilen davalarda hüküm vermeksizin taraflar arasında aracılıkta bulunmakla sınırlıdır. Muhtesibin delillerle beyana ihtiyaç duyulan ve şahitlikler aranan davalara bakmak gibi bir görevi yoktur. Hisbe görevini üstelenenlerin hüküm vermesi caiz değildir. Bilakis hisbenin görevi, itiraf yolu sabit olan ve itiraf edenin bu hakkı eda etme noktasında güce sahip olması sureti ile hakların eda edilmesini emretmekten ibarettir. Çünkü bu şartlarda hakkın eda edilmesinden kaçınmak ortadan kaldırılması gereken bir kötülük hükmündedir.⁹⁸

⁹⁵ Hisbe şer’i bir nizam olarak İslam ile ortaya çıkmış bir kurumdur. Salih müslümanların sevap elde etme maksadı ile gönüllü olarak yerine getirdiği dini bir vacip olarak Raşit halifeler döneminde devam etmiştir. Emevilerin sonlarına kadar ise, hisbe adı altında herhangi bir velayet sahibi olmadan çarşı pazarı denetletleyen bir sistemdi. Hisbe ilk olarak Abbasiler döneminde halife Ebu Cafer el-Mansur’un eli ile sistemli bir kurum halini almıştır. Daha sonra Halife Mehdi’nin hisbe kurumunu geliştirmiş, zındıklara özel hisbe, panayırlara özel hisbe olmak sureti ile hisbeyi görevlerine göre kısımlara ayırmıştır. Eyyubiler zamanında ise hisbe kurumun gelişiminde büyük mesafe kat edilmiştir.

Tatar, ‘Abdurrahmān b. Naşr Haşim, *Velāyetü’l-Hisbe fi ‘Ahdi’l-‘Abbasi ve Devruhā fi Hıfzi’l- Hayati’l-İktisadiyye ve Hayati’l-‘Āmme*, Cāmi‘atul İslāmiyye, Gazze, 2015, s.33.

⁹⁶ El-Māverdi, *el-Ahkāmu’s-Sultāniyye*, s.350

⁹⁷ Eş-Şeyzeri, *Nihāyetü’r-Ruḥbeti’z-Zarīfe fi’l- Hisbeti’ş- Şeri’yye*, s.6.

⁹⁸ Eş- Şeblān, Sait b.Ali, *Da’vetü’l-Hisbe fi’l- Fikhi’l-İslāmi Muḳareneten bi’n-Nizāmi’l-Munāzarā*, Cāmi‘atu’l-İmām Muḳammed ibn Su‘ūd, 1992, s.399.

2.2.3.4. Arabuluculukla Ayırışan Yönleri

- 1- Hisbe yaptırım gücüne sahipken arabuluculuğun böyle bir vasfı yoktur. Hisbenin insanların haklarına girip haddi aşanları, tehdit etme ve korkutma hakkı vardır. “Çünkü muhtesib uyarma, sorgulama, şer’i kurallara uygun bir şekilde cezalandırma noktasında tasarruf hakkına sahiptir.”⁹⁹ Bu bakımdan hakimden daha fazla yetkisi vardır. El-Māverdi’nin dediği gibi: “Hisbenin kötülükleri engelleme noktasında kadıda olmayan hakları vardır. Çünkü hisbe görevi korkutma esasına dayalıdır. Muhtesibin kullandığı bu caydırıcı güç onun vazifesinde sınırı aşması anlamına gelmez”.¹⁰⁰ Ancak arabulucu tarafların iznini almaksızın aralarını düzeltmek ve anlaşmazlığı ortadan kaldırmak gibi herhangi bir tasarruf hakkına sahip değildir.
- 2- Muhtesib, halifenin vekili olarak tarafların rızası olmaksızın aralarını düzeltmek için onların arasına girebilir. Arabulucu ise üçüncü bir taraf sayılır ve ancak tarafların rızası ve muvafakatı doğrultusunda aralarına girer.
- 3- Muhtesip hak sahibinin tarafında yer alır ve haksızlık yapanı uyarır. ¹⁰¹ Bu durum arabulucuda söz konusu değildir. Hakların beyan ve tahkik edilmesinin tabiatı gereği olarak arabuluculuk, kendi rızaları doğrultusunda taraflar arasını düzelterek eşit seviyeye getirmeyi hedef edinir. Dolayısıyla en önemli işlevlerinden biri taraflar arasında tarafsız bir duruş sergilemektedir.

2.3. ARABULUCULUĞUN MEŞRUIYETİ

Arabuluculuk kavramının tanımını yaptıktan ve diğer alternatif uzlaşma yollarından ayıran özelliklerinden bahsettikten sonra bu kavramın meşruiyetini zikrederim. Arabuluculuk kavramının meşruiyetini, Kur’an ve Sünnet başta olmak üzere, İslam hukukçularının görüşleri ve akli delillerde aramamız şarttır.

2.3.1. Kur’an’daki Meşruiyeti

Kur’an-ı Hakim’in birçok ayeti; İslam toplumundaki fertlerin birbirleri ile toplumsal ilişkilerinin kuvvetli temeller üzerine atılmasının önemine değinmektedir.

⁹⁹ Tatar, *Velāyetü’l-Hisbe fî ‘Ahdi’l-‘Abbasi ve Devruhā fî Hıfzı’l- Hayati’l-İktisadiyye ve Hayati’l-‘Ämme*, s.8.

¹⁰⁰ El-Māverdi, *el-Ahkāmu’s-Sultāniyye*, s.350

¹⁰¹ El-Ferrā, *el-Ahkāmu’s-Sultāniyye*, s.284

Anlaşmazlık yaşayan taraflar arasında arabuluculuk ile uzlaşma sağlamaya teşvik eden birçok ayet vardır. Bunlardan bazıları şunlardır:

1) “Müminler kardeşler, kardeşlerinizin arasını düzeltiniz.”¹⁰²

Bu ayet İslam toplumunun kardeş olduğunu vurgulamaktadır. Aynı zamanda toplumsal ilişkilerde vuku bulan, çıkarların çokluğu ve bu çıkarların çatışmasından kaynaklanan anlaşmazlıkların olduğuna da dikkat çeker. Bu ise uzlaşma görevinin sürekliliğini gerekli kılar. Yine (bu ayet) anlaşamayan iki taraf arasında uzlaşma sağlaması beklenen kişinin üzerine düşen görevin, uzlaşmayı sağlaması olduğuna delalet eder.¹⁰³ Yani husumet yaşayan taraflar arasında¹⁰⁴ ancak arabuluculuk gibi fiili yollarla gerçekleşecek olan uzlaşmanın sağlanmasıdır. Hiç şüphesiz uzlaşma sağlamak arabuluculuğun ta kendisidir.

Buna ilaveten Kur'an'da taraflar arasındaki düşmanlığı ve ayrılığı ortadan kaldırmayı hedefleyen¹⁰⁵ sulh kavramı ile tabir edilen arabuluculuk, anlaşmazlığı ortadan kaldıracak sözleşmeye götürecek ilk adımdır.¹⁰⁶

2) “Onların fısıldaşmalarının birçoğunda hayır yoktur. Ancak bir sadaka verilmesini yahut bir iyilik yapılmasını ya da insanların arasının düzeltilmesini isteyenler müstesnadır. Kim Allah'ın rızasını elde etmek için bunu yaparsa biz ona ileride büyük bir karşılık vereceğiz.”¹⁰⁷

Bu ayet, toplumsal ilişkilerin ıslahını açıktan emretmektedir. Bu ayette Allah azze ve celle en hayırlı amelin insanlar arasını düzeltmeye has kılmıştır. Bu ise arabuluculukla gerçekleşir.¹⁰⁸ Bu, müslümanların ayrılmasına sebep olan kan, mal ve ırz gibi ihtilafları da tezimizin konusu olan mali ticari anlaşmazlıkları da kapsar.

¹⁰² Hucurat/10

¹⁰³ El-Cessâs, Ebû Bekir Ahmed İbn 'Alî (ö.370/980), *Ahkâmu'l-Kur'an*, (thk. Muhammed Ssâd el-Kamhavi), Dâru İhyai't-Turâsi'l-'A'rabiyye, Beyrut, 1984, c.5/s.285.

¹⁰⁴ El-Kurtubî, Şemsuddîn Ebu 'Abdullâh Muhammed İbn Ahmed (ö.671/1272), *el-Câmi' li-Ahkâmi'l-Kur'an*, (thk. Hişâm Semîr el-Buḥārî), Dâr 'Âlemi'l Kutub, Riyad, 2003, c.2/s.322.

¹⁰⁵ Şen, Yusuf, *İslam Hukukunda Arabuluculuk*, s.114.

¹⁰⁶ Ebû Cîb, Sa'dî, *el-Kâmûsu'l-Fıkhî Luḡaten ve iştilâhen*, Dâru'l-Fikr, Dımeşk, 1988, s.215 .

¹⁰⁷ Nisa/114

¹⁰⁸ El-Kurtubî, *el-Câmi' li-Ahkâmi'l-Kur'an*, c.5/s.382.

3) “Eğer mümin iseniz aranızı düzeltin, Allah’a ve Rasulüne itaat edin.”¹⁰⁹

Bu ayet de insanların aralarını düzeltmeye teşvik etmektedir. Ayet müminlerin arasındaki muhabbetin korunarak insanların arasını düzeltmeyi Allah’a imana bağlamıştır.

4) “Eğer iki taife karşı karşıya gelirse aralarını düzeltin.”¹¹⁰

Burada ıslah kelimesi arabuluculuk anlamlarından biri olan, “Kitap ve Sünnetin gerektirdiği gibi uzlaşmaya ve hakka çağırmak”¹¹¹ anlamında kullanılmıştır. Bu ise arabulucunun gayesi olup muhakemeye ve davalaşmaya değil anlaşmaya ve uzlaşmaya çağırmasıdır.

5) “Her kim bir vasiyette bulunacak birinin hakkı çiğnemesinden veya günaha girmesinden korkar da aralarını düzeltirse ona bir günah yoktur. Allah elbette bağışlayıcıdır, sonsuz rahmet sahibidir.”¹¹²

Allahu Teala bu ayette tahmin (zan) ile hareket eden arabulucudan günahın (sorumluluğun) kalkacağını ifade eder. “Çünkü uzlaşmayı sağlamak için husumetlilerin arasına giren kişilerin çoğu, iki tarafın da bazı haklarından feragat etmelerini ister. Arabulucu bu konuda kendini ehil görmez. Dolayısıyla olayı kendi tahminince ele alır ve Allah da tarafların arasının ıslahı için bu konuda ona ruhsat verir.”¹¹³ Çünkü kötülüğün düzeltilmesi farz-ı kifayedir. Bir grubun gerçekleştirmesi durumunda diğerlerinden sorumluluk kalkar, eğer kimse yerine getirmezse herkes sorumlu olur.¹¹⁴ Toplumda barışın ve uzlaşmanın gerçekleşmesi için arabulucunun, tarafların bazı haklarından feragat etmesini istemesine rağmen arabulucudan sorumluluğun kalkması, arabuluculuğun meşruiyetine ve farz-ı kifaye olarak görüldüğüne işaret eder. Bu ayette; anlaşmazlığı barış yoluyla çözüme kavuşturmak olan uzlaşmaya açık bir teşvik vardır. Bu ise arabuluculuğun manasıdır. Ayet, arabuluculuğun meşru ve mustehap olduğuna dair delildir.¹¹⁵ Arabuluculuğun önemine ve davalaşmaya gidilmeden tarafların rızasıyla anlaşmazlığı kaldırma noktasındaki etkin rolüne dikkat çeken daha birçok ayet vardır.

¹⁰⁹ *Enfal/1*

¹¹⁰ *Hucurat/9*

¹¹¹ El-Cessās, *Ahkāmu'l-Kur'an*, c.5/s.282.

¹¹² *Bakara/ 182*.

¹¹³ El-Cessās, *Ahkāmu'l-Kur'an*, c.1/s.213.

¹¹⁴ İbnu'l-'A'rabī, Muhammed b. 'Abdullāh, (ö.543/1148), *Ahkāmu'l-Kur'an, Dāru'l-Kutubi'l-İlmiyye*, Beyrut, 2003, c.1/s.100.

¹¹⁵ Ed-Daḥīl, *el-Vasāta ve Eşeruha fî Halli'n-Nizā'at*, s.118.

Arabuluculuğun meşruiyetine delalet eden ayetleri zikrettikten sonra Hz.Peygamberin bu arabuluculuk görevini nasıl tatbik ettiğini ve tarafları arabuluculuk noktasında nasıl teşvik ettiğini görmek için bazı hadisleri ele alalım.

2.3.2. Sünnetteki Meşruiyeti

- 1) Hz. Ümmü Seleme'nin rivayetine göre, Hz. Peygambere eski bir miras davasını çözmek üzere iki kişi müracaat eder. Davayı çözecek delilleri olmayınca Efendimiz, “Siz bana gelip davallaşıyorsunuz. Ben de bir beşerim. Belki sizin bazınız bazınızdan daha düzgün ve beliğ bir şekilde ifadede bulunabilir. Ben de işittiğime göre hüküm veririm. Şunu iyi biliniz ki, zahir delillere istinaden kime hakkı olmadığı halde kardeşinin hakkını vermiş olursam, o, bunu almasın. Zira bu durumda ben ona cehennemden bir ateş parçası vermiş olurum” diye açıklamada bulununca, iki adam da ağlayarak “Benim hakkım kardeşimin olsun!” der. Hz. Peygamber (s.a.v.) de, “Madem böyle diyorsunuz, o zaman gidip malı taksim ediniz. Sonra hakkı araştırınız. Bundan sonra da kura ile kendi payınıza düşeni belirleyip helâlleşiniz!” buyurmuştur.¹¹⁶

Bu hadisi El-Buḥārī ‘ İmamın husumetlilere nasihatı’ babı altında zikretmiştir. Allah Rasulünün ortaya koyduğu bu davranış taraflar arasında arabuluculuk yapmak, onlara Allah’tan korkmalarını ve haksızlık yaparak diğer tarafın hakkına girmenin cezasını hatırlatmaktır. Allah Rasulünün bu iki kişi arasını bulması arabuluculuğun meşruiyetine ve bunu davalaşmaya tercih etmesine delalet etmektedir.

- 2) Abdullah b.Zübeyr’in rivayet ettiği başka bir olay ise şöyledir: Hz. Zübeyr ile Ensardan bir adam arasında, birincisinin bahçesinden geçerek ikincisinin bahçesine gelen su yüzünden çıkan anlaşmazlığı Hz.Peygamber’e arzettiler. O da bir arabulucu olarak “Zübeyr, ağaçlarını sulayınca bırak, O da sulasın” dedi. Ensar bu duruma sinirlenip hiddetlenince dedi ki: “O amcanın oğlu diye..” Hz.Peygamberin rengi değişti ve dedi ki “Zübeyr, ağaçlarını sula havuzlardan taşınca kadar suyu tut” buyurdu.¹¹⁷

¹¹⁶ El-Buḥārī, Ebū ‘Abdullāh Muḥammed İbn İsmā‘īl (ö.256/869), *Şaḥīḥi’l-Buḥārī*, (thk. Muḥammed Zuheyr Nāşır en- Nāşır) Dār Tavkī’n-Necāti, 2001, c.9/s.69c/ no: 6748 ; Et-Ṭahāvī, Ebu Ca’fer Aḥmed İbn Muḥammed (ö.321/933), *Şerḥ Muşkili’l-Āşār*, (thk. Şuayb Arnavut), Muessesetu’r-Risāle, 1994, c.2/s.230.

¹¹⁷ El-Ḳurtubī, el-Cāmi’ li-Ahkāmi’l-Ḳur’ān, c.3 /s.111 / no: 2359.

Hadisin manasını düşündüğümüz zaman, Hz. Peygamberin Zübeyr ve onun hasmı ile arabuluculuk yolunu izlediğini söyleyebiliriz. Suya yakın olması sebebiyle Zübeyr'e 'Ey Zübeyr, suladıktan sonra onu komşuna gönder' dedi. Yani sen kendi hakkında feragat et komşuna suyu göndermekte acele et. Onu musamaha ve kolaylık göstermeye teşvik etti. Ancak Ensardan olan adam bunu duyunca razı olmadı ve bu duruma sinirlendi. Çünkü o, Zübeyr'in sulamasını istemiyordu. Ve bu sitemli ve helak edici sözü söyledi: "O amcanın oğlu diye mi?" yani 'o senin amcanın oğlu diye mi benim aleyhime ona hüküm veriyorsun?' Hz. Peygamberin rengi değişiyor ve ona müsamaha göstermeden Zübeyr'in sulaması hakkında hüküm veriyor. Bu hadisten çıkarılabilecek derslerden biri de; hak sahibi belli olsa da tarafların arasını uzlaştırmaya bağlaması konusunda hakimin yönlendirilmesi. Eğer uzlaşırlarsa uzlaşma sağlanır, uzlaşmazlarsa hak sahibi lehine hüküm verilir.¹¹⁸ Hz. Peygamber (s.a.v.) hüküm vermek yerine ikisini arasını uzlaştırmak için arabuluculuk yaptı. Kendi görüşünü taraflara bağlayıcı kılmadı. Çünkü arabuluculuğun tabiatı budur. Ancak taraflardan biri itiraz edip razı olmayınca aralarında hüküm beyan etti. Ve verdiği hüküm de tarafları bağlayıcı oldu. "Hz. Peygamber bazı durumlarda hakim bazı durumlarda arabulucu idi. Ve o bazı durumlarda da arabuluculuğu reddetmiştir."¹¹⁹

- 3) El-Buḥārī'nin 'Borç ve nakit ile sulh' bölümünde Ka'b İbn Malik'in rivayet ettiği hadiste; Ka'b b. Malik ile borçlusu İbn Ebî Hadred ile mescidde davalашırken sesleri yükseldi öyle ki Hz. Peygamber (s.a.v.) evinde bulunduğu halde sesleri işitti. Hz. Peygamber odasının perdesini aralayarak dışarı çıktı ve 'Ey Ka'b' diye seslendi. Ka'b dedi ki: "Buyur ya Rasulallah" Hz. Peygamber (s.a.v.) eliyle işaret ederek "Bunu (yani yarısını) borcundan düş" dedi. Ka'b dedi ki: "Yaptım Ya Rasulallah" Peygamberimiz de buyurdular ki "Kalk onu yerine getir."¹²⁰

Burada Hz. Peygamber, husumet devam etmesin diye davalaşmaya gitmeden aralarındaki husumetin sonlanması adına delillere bakmadan taraflar arasında arabulucu oldu. Ka'b'ın alacağının yarısından vazgeçmesi, borçlunun da kalan yarıyı ödemesi şeklinde sonuçlandırdı. İki tarafta buna rıza göstererek Hz. Peygamberin vardığı sonuca

¹¹⁸ *El-Kurtubī, el-Cāmi' li-Ahkāmī'l-Ḳur'ān*, c.5/s.268.

¹¹⁹ *Havām, el-Vasaṭa Bedīlen li Ḥalli'n-Nizā'āt fi'l-Fıkhī'l-İslāmī ve Ḳānūnu'l-İcraati'l-Medeniyye ve'l-İdāriyye el-Cezāiri*, s.116.

¹²⁰ *El-Buḥārī, Şaḫīḫi'l-Buḥārī*, c.3 /s.122 / no: 2418.

itiraz etmediler.¹²¹ Bu da hakimin tarafları sulha çağırması ve bu şekilde sonuçlandırması gerektiğine delildir. Bu Hz.Peygamber'in bir sünnetidir.¹²²

- 4- Sehl b. Sa'd'ın rivayetiyle; Amr b. Avf kabilesinden bazıları arasında anlaşmazlık çıkınca Hz.Peygamber, aralarını düzeltmek için yanlarına gitti namaz vakti geldi ancak Hz.Peygamber hala dönmedi.”¹²³

Buradan anlaşıldığı üzere Hz. Peygamber anlaşmazlık yaşayan tarafların arasını düzeltmek için namazı geciktirdi. Bu ise Müslümanlar arasında ki husumeti gidermek için arabuluculuğun ne kadar ehemmiyetli olduğunu göstermektedir.

- 5- Hz.Peygamber ashabına, arabuluculuk yoluyla aralarını düzeltmeyi emretmiştir. Sehl b. Sa'd'ın rivayet ettiği bir hadiste: “Kuba ehli arasında birbirlerine taş fırlatacak kadar bir anlaşmazlık çıktı. Hz. Peygambere haber verildiğinde şöyle buyurdu “haydi benimle gelin onların aralarını düzeltelim”.¹²⁴

Zikrettiğimiz gibi, Hz. Peygamber'in taraflar arasında arabuluculuk yaptığına ve onları uzlaşmaya davet ettiğine dair ve toplumun fertleri arasındaki ittifaka ve husumetten uzak durmanın önemine işaret eden deliller çoktur. Yine tarafların, toplum arasında güven ortamının yeniden sağlanması ve fertler arasındaki anlaşmazlığa hızlı bir çözüm bulma noktasında arabulucu olarak Hz. Peygamber'e sonsuz güvenine işaret eder.¹²⁵ Bu rivayetlerin çokluğu, toplumda ki barışı sağlamak adına Hz. Peygamber'in bizzat kendisinin arabuluculuk rolünü üstlenip bunu emrettiğine işaret eder.

2.3.3. Sahabeye Göre Arabuluculuk

- 1- Hz. Ömer'in şöyle dediği rivayet edilir: “Aranızdaki husumeti uzlaşmaya bağlayın, çünkü davalaşmak insanlar arasında kini yayar”.¹²⁶

Hz. Ömer'in anlaşmazlıkları uzlaşma ile çözüme kavuşturmaya davet etmesi, onları arabuluculuğa davet etmesi ve yönlendirmesi anlamına gelmektedir.

¹²¹ El-Cevziyye, İbnu'l-Kayyim, Muhammed İbn Ebî Bekr (ö.751/1350), *İ'lāmu'l-Muvakkî'in 'an Rabbi'l-Âlemîn*, (thk. Muhammed Abdusselâm İbrâhîm), Dâru'l- Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut, 1991, c.1/s.83.

¹²² El-'Uşaymî, Fayşal İbn Sa'd, *eş-Şulh fî Meclisi'l-Kaḏā*, s.11.

¹²³ El-Buḥārî, Şaḥîḥi'l-Buḥārî, c.3 /s.182 / no: 2690.

¹²⁴ El-Buḥārî, Şaḥîḥi'l-Buḥārî, c.3 /s.183 / no: 2693.

¹²⁵ Şen, Yusuf, *İslam Hukukunda Arabuluculuk*, s.119.

¹²⁶ Es-Şana'ânî, *el-Muşannef*, c./s.303/ no: 15304; El-'Absî, Ebû Bekr b. Ebî Şeybe, 'Abdullâh b. Muhammed (ö.235/849), *el-Muşannef fî'l-Eḥādîs ve'l- Âṣār*, (thk. Kemâl Yûsuf el-Ḥût), Mektebetu'r-Rüşd, Riyad, 1989, c.4/s.534, no: 22896.

2- Rivayetlerde Hz. Osman'ın davalarının çoğunda uzlaşma yoluna gittiği varid olmuştur.¹²⁷ Bu da Hz. Osman'ın, davalaşmak yerine taraflar arasında uzlaşma yoluna gittiğine ve arabuluculuk yaptığına delildir. Çünkü anlaşmazlıkları uzlaşma ile bitime noktasında arabuluculuğun çok etkin bir yolu vardır.

Bundan sonra İslam hukukçuların arabuluculuk ve meşruiyeti hakkındaki görüşlerini zikrederim.

2.3.4. İslam Hukukçularına Göre Arabuluculuk

Arabuluculuğun İslam Hukukçularına göre arabuluculuğun meşruiyetine şu şekilde değinebiliriz;

1- Onlara göre arabuluculuk, uzlaşmanın mukaddimelerinden biridir. Böylece arabuluculuk sulh ile aynı hükmü taşır. Çünkü arabuluculuk, sulhun bir parçası ve ona ulaştıran bir yoldur.

Bir şeyin aslının meşruiyeti konusundaki icma, o şeyin parçasının meşruiyeti konusundaki icmaya delalet eder. Arabuluculuk ise sulhun bir parçasından başka birşey değildir. Dolayısıyla İslam hukukçularının sulh konusunda varid olan icma'ı ile, arabuluculuğun meşruiyeti sabit olur.¹²⁸ İbn Kudame el-Makdisi şöyle demektedir: “Zikrettiğimiz bu türlerde sulhün caiz olduğuna dair icma vardır. Aynı ayrı bölümlerde bunların hepsinin ahkamı zikredilir. Bu bölüm ise, mali konularda anlaşmazlık yaşayanlar arasındaki sulh ile ilgilidir. Bu da iki çeşittir: ikrara dayalı sulh ile inkara dayalı sulh.”¹²⁹ İkrara dayalı sulhun caiz olduğuna dair alimler arasında ittifak varken, inkara dayalı sulh noktasında ihtilaf vardır.¹³⁰ Ve burada zikretmekte fayda gördüğümüz diğer bir nokta ise, İslam hukukçuları sulhtan bahsederken mali meselelerdeki anlaşmazlıklarda sulhu kastetmeleridir.

2- Hakimin, anlaşmazlığın akrabalar veya kavimlerinin ileri gelenleri arasında vuku bulduğu durumlarda özel bir maslahat veya toplumda barışın devam etmesi gibi genel maslahatın vuku bulduğu durumlarda anlaşmazlığı ortadan

¹²⁷ El-Māverdi, *Kitābu'l-Ḥāvi'l-Kebūr*, (thk. 'Alī Muḥammed Muavved ve 'Ādil Aḥmed), Dāru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut, 1999, c.6/s.366.

¹²⁸ El-Battūn, Bessām Nehār, *el-Vasā'atu'l-Ḳaḍā'iyye fi'ş-Şerī'ati'l-İslāmiyye ve'l-Ḳānūn*: Dirāse Muḳārane, s.54.

¹²⁹ El-Makdisi, *el-Muḡnī*, c.7/s.5.

¹³⁰ El-Ḳurtubī, İbn Ruşd el-Ḥafid Ebu'l-Velid Muḥammed b. Aḥmed (ö.595/1198), *Bidāyetu'l-Muctehid ve Nihāyetu'l-Muḳteşid*, Dāru'l-Ḥadīs, Kahire, 2004, c.4/s.77.

kaldırılması için tarafları uzlaşmaya çağırması veya aralarında uzlaşmayı sağlayacak güvenilir vasfını haiz bir arabulucuya yönlendirmesi olan arabuluculuğun meşruiyeti konusunda İslam hukukçuları ittifak halindedirler. Ancak İslam hukukçuları, hakimin tarafları uzlaşmaya çağırarak ve iki tarafın görüşlerini ortak bir paydada birbirine yakınlaştırmak suretiyle arabuluculuk görevini kendisinin üstlendiği ve bu görevi kendisi üstlenmeden bir arabulucuya yönlendirmesi gibi durumlar noktasında ihtilaf yaşarlar.¹³¹ Biz arabuluculuğun şartlarından bahsederken bu durumları ayrıntılı bir şekilde işleyeceğiz.

2.3.5. Arabuluculuğun Önemi

- 1- Arabuluculuk, toplumun fertleri arasındaki ilişkileri düzeltmeyi ve husumetleri ortadan kaldırmayı sağlayan en önemli hayırlı amellerden biridir. Allahu Teala şöyle buyurur: “Onların fisılâşmalarının birçoğunda hayır yoktur. Ancak bir sadaka verilmesini yahut bir iyilik yapılmasını ya da insanların arasının düzeltilmesini isteyenler müstesnadır. Kim Allah’ın rızasını elde etmek için bunu yaparsa biz ona ileride büyük bir karşılık vereceğiz.”¹³² Çünkü insanların arasını düzeltmenin yani arabuluculuğun, islami toplumlardaki fertlerin toplumsal ilişkilerini düzeltmesi konusunda aktif bir rolü vardır.
- 2- Arabuluculuk, husumetleri ortadan kaldırma noktasında alternatif bir çözüm aracı addedilir. Ayrıca mahkeme dışında kalan birçok anlaşmazlığı çözüme kavuşturarak mahkeme başvurularında azalmayı da sağlar.
- 3- Arabulucunun yardımı doğrultusunda tarafların anlaşmazlığını ortadan kaldırmak için muhakeme ve davalasma gibi klasik çözüm yollarında olmayan yeni çözümler üretilmesini sağlar.
- 4- Husumet yaşayan tarafların Allah’ın rızasını gözeterek bazı mali haklarından kendi rızaları doğrultusunda feragat etmeleri ile affedicilik ilkesinin ve toplumun fertleri arasındaki yardımlaşma ruhunun gelişmesini sağlar. Allahu Teala’nın buyurduğu gibi: “Eğer eli darda olan birisi borçlu ise eli genişleyene kadar beklemek gerekir. Şu da var ki, eğer bilerseniz bağışlamanız sizin için daha

¹³¹ Es-Seraḥsī, *el-Mebṣūt*, c.16/s.110; El-Karāfī, *ez-Zaḥīra*, c.10/s.39; En-Nevevī, *el-Mecmū‘ Şerḥu’l-Muhezzeb*, c.20/s.167; el-Cevziyye, *İ’lāmu’l-Muvakkī’in ‘an Rabbi’l-‘Ālemīn*, c.1/s.83.

¹³² *Nisa/ 114.*

hayırlıdır.”¹³³ Aracı olan kişi, taraflara Allah’ın emrini ve Peygamber sallallahu aleyhi ve sellem vasiyetini hatırlatarak onları, davayla alakalı olan bazı mali haklardan feragat etmeye davet eder.

5- Uzlaşma sağlanması için tarafların rızasını şart koşarak yargı kararları neticesinde ileride ortaya çıkabilecek yeni husumetlere mani olmak için müsamaha yoluna gidilir. Bu husus, arabuluculuğun bir ayrıcalığı olarak addedilir. Arabuluculuk neticesinde sağlanan uzlaşmada arabulucunun yardımı ile tarafların anlaşmasından sonra onların razısının da alınması, gelecekte herhangi bir husumetin olmayacağına dair güvence verir.¹³⁴ Husumetlerin çözümü ilminde uzman olanlar bunu, her iki tarafın da kazançlı çıkarak husumetleri ortadan kaldırma noktasında en kolay çözüme odaklanan ‘yardımlaşma nazariyesi’ olarak isimlendirirler.¹³⁵ Bu husus, ittifak ve barış temeli ile arabuluculuk ve tarafların rızası ile somutlaşır.

6- Toplumda uzlaşmayı sağlamak gibi bir rol benimseyen arabuluculuk, kendine has fıkhi ahkamlar ile mütemeyyizdir. Aracı olan kişinin, taraflar arasında uzlaşma sağlamak için yalan söylemesi mübah kılınmıştır. Nitekim Peygamber sallallahu aleyhi ve sellem şöyle buyurmuştur: “İki kişinin arasını düzeltmek için olmayanı söyleyen kişi yalan söylemiş sayılmaz.”¹³⁶

2.3.6. Arabuluculuğun Olumlu Yönleri

1- Anlaşmazlıkların hızlıca ortadan kalkmasını sağlar. Rutin icraatler ile vakit alan diğer davalasma sürecine kıyasla, kısa sürede anlaşmazlıkları ortadan kaldırmada aktif bir vesile olan arabuluculuğu diğerlerinden ayırır.

2- Sınırlı meblağ. Yasal argümanlara dayalı ücret ve masraflar için yüksek meblağlar talep eden davalasma sürecine nispetle arabuluculukta meblağ oldukça sınırlıdır.

¹³³ Bakara / 280

¹³⁴ Collective Researchers, *Alternative Dispute Resolution: Mediation and Conciliation*, p16.

¹³⁵ Morton Deutsch and others, *The Handbook of Conflict Resolution: Theory and Practice*, John Wiley & Sons, 2006, p33.

¹³⁶ Es-Sicistānī, Ebū Davud, Süleyman b. Eş’as ((ö.275/888), *Sünenü Ebī Dāvūd*, (thk. Muḥammed Muḥyiddīn Abdulḥamīd), el-Mektebetu’l-‘Aşriyye, Beyrut, t.y, C.4, s.28/ no: 4920; el-Bānī, Ebu Abdurrahman Nasuriddin (ö.1420/1999), *Şaḥīḥu’l-Ca’mi’u’s- Şagīr ve Ziyādātihi*, el-Mektebul İslami, C.2,s.923 no: 5203.

- 3- Esneklik. Bu nitelik, tarafların veya arabulucunun özel durumlarına uygun olacak şekilde zamanın ve mekanın ayarlanması, tarafların münakaşası esnasında iki tarafı da razı edecek ortak bir noktaya varımda sunulacak çözüm önerilerinin önceden belirlenmesi gibi arabuluculuğun tüm unsurlarında kendini gösterir. Nitekim bu özellik, arabuluculuğun ulaşmak istediği noktanın ve uzlaşma sağlamanın en kuvvetli unsurudur.¹³⁷
- 4- Mahremiyet ve gizlilik. Bu nitelik birçok noktada ortaya çıkar. Bunlardan biri anlaşmazlık yaşanan konunun, gizlilik ihlalini engelleyecek şartlara bağlı kalınarak arabulucu ile iki taraf arasında kalmasıdır. Gelecek bölümlerde aracı konusunu işlerken bu noktaya ayrıntılı bir şekilde değineceğiz.
- 5- Tarafsızlık. Arabulucu taraflardan birini, sunulan çözümü kabul etmeye zorlamaz. Arabulucunun rolü, iki tarafın da hususi durumlarına uygun ortak bir ittifak sağlamaları için tarafların işlerini kolaylaştırmaktan ibarettir.¹³⁸

2.3.7. Arabuluculuğun Olumsuz Yönleri

- 1- Tarafların kanuni koruyuculuğa sahip olamaması. Tarafların birinin diğerine haksızlık yapmasını engelleyecek caydırıcı güce sahip olan hakimin aksine, arabulucunun böyle bir hakkı yoktur. Bu hak, taraflardan birinin rızası olmadan ikrah yolu ile bazı haklarından vazgeçmelerine sebep olabilir. Bu sebeple İbnu'l-Kayyim bunu aracılardan veya ıslah edicilerin yaptığı bir zulüm olarak nitelemiş ve şöyle demiştir: “ Zalim ıslahçıların çoğu, kudretli makam sahibinin rızası doğrultusunda, güçlü olan zalim ile zayıf olan mazlumun arasında uzlaşma sağlar. Bununla zalim fayda elde eder, zayıf olanın hakkı ise görmezden gelinir ve ona zulmedilir. O bununla ıslah ettiğini düşünür ancak mazlumun hakkını alamadığı her şey ıslah değil zulümdür. Doğru olan, mazlumun hakkını tam olarak alması ve güç sahibinin zoruyla değil mazlumun rızası çerçevesinde kendi haklarından feragat etmesinin beklenmesidir. Bu noktada hiçbir taraf diğerine zorbalık uygulayamaz”.¹³⁹ Bu noktada anlaşmazlığı ortadan kaldıracak alternatif araçlar, taraflar arasındaki kuvvet dengesi gibi bazı anlaşmazlık halleri ile uyuşma gösteremezler. Bu uyuşmazlık ise taraflardan biri lehine diğer tarafın

¹³⁷ Singh, Vandana, *Alternative Dispute Resolution in Islam: an Analysis*, ILI Law Review, Summer Issue 2017 Vol. I.p142.

¹³⁸ Collective Researchers, *Alternative Dispute Resolution: Mediation and Conciliation*, p60.

¹³⁹ El-Cevziyye, *İ'lāmu'l-Muvaḳḳi'īn 'an Rabbi'l-Ālemīn*, c.1, s.85.

anlaşmaya zorlanması neticesini doğurur.¹⁴⁰ Dolayısıyla arabuluculuğu kanuni bir boyuta getirebilmek ve tarafsızlığını ortaya koyabilmek için mahkeme ile ilişkilendirmek gerekir.

2- Düzenleyici boyutta bir kuralı yoktur. Bu, anlaşmazlıkları ortadan kaldırmak için arabuluculuğun alternatif bir vesile olarak geniş boyutlu kullanımı neticesine dayanır. Bu geniş boyutu, arabuluculuğu tanzim eden düzenlemeler geliştirmek için geniş fıkhi ve kanuni araştırmalar takip etmemiştir. Bu tez, böyle bir açığın kapatılmasına katkı sağlama amacı gütmektedir.

3- Tarafların iradesi ile seyir gösteren ilişkideki istikrarsızlık. Çünkü arabuluculuk, tercih hakkı ile taraflara istedikleri vakitte arabuluculuktan vazgeçme seçeneği sunmaktadır.

Arbuluculuğun tarifini, meşruiyetini, önemini, meziyetlerini ve olumsuz yönlerini ele aldıktan sonra arabuluculuğun şartlarına ve bu kavramla ilişkili olan hükümlere tek tek değinmek önem arz etmektedir.

¹⁴⁰ Collective Researchers, *Alternative Dispute Resolution: Mediation and Conciliation*, Law Reform Commission, p10.

3. İKİNCİ BÖLÜM: ARABULUCULUĞUN RÜKÜNLERİ VE ŞARTLARI

3.1. RÜKNÜN VE ŞARTIN TANIMI

Arabuluculuk üç rükun üzere temellendirilir; Anlaşmazlık, taraflar ve aracı. Bu üç rükunün de ayrı hükümleri vardır. Bunların her birine ayrı ayrı değinmeden önce rükun ve şart kavramlarının tanımına değinerek ikisi arasındaki farkı ortaya koyacağız.

3.1.1. Rükun Kavramının Tanımı

Rükun kavramı sözlükte “Bir şeyin kendisine dayandığı ve onunla sabit olduğu unsurlardan biri, o şeyin hakikatinin parçasından bir parça” anlamına gelmektedir.¹⁴¹ Terim anlamı ise; parçanın o şeyi doğrultması, rüknu ile o şeyin doğrultulması, düzeltilmesini ifade etmektedir. Bu doğrultuda, bir şeyin kendisi ile tamamlandığı ve parçası olduğu şey, denir.¹⁴² Rükun onun ayrılmaz bir parçasıdır. Akdin rükununu buna örnek olarak verebiliriz. O, kabul ve red veya bu iki lafzın yerini tutan iki iradenin ittifakından ibarettir. Çünkü kabul ve red akdin mahiyetinin ve manasının iki temel unsurudur. Şer’î irtibatı ile akd yerine gelir. Tıpkı iki kimyevi unsur olan hidrojen ve oksijenin birleşimi ile oluşan su gibi.¹⁴³

3.1.2. Şart Kavramının Tanımı

Şart kavramına gelince sözlükte ‘alamet; bir şeyin başka bir şeye bağlı olması’ anlamına gelmektedir. Satış yaparken kendisine uyulacak şartları buna örnek olarak verebiliriz.¹⁴⁴ Bu şartlar satışın bir parçası olmasa da satış akdini gerçekleştiren taraflardan birinin ilave ettiği uyulması gereken kurallardır. İslam hukukçuları nezdinde ise bu kavram, ‘Bir şeyin ancak kendisi ile tamamlandığı ve onun hakikatinin bir parçasını

¹⁴¹ Mecma’ el-Luğatu’l- ‘Arabiyye, Kahire, *el-Mu’cemu’l Vasīf*, c.1, s.370-271

¹⁴² El-Curcānī, *Kitābū’t-Ta’rīfāt*, s.112.

¹⁴³ Ez- Zerķā, Mustafa Aħmed, *el-Medħal-el-Fıķhi’l- ‘Āmm*, Dāru’l- Kalem, Dımeşk, 2004, c.1, s.329-330.

¹⁴⁴ İbn Fāris, Aħmed (ö.395/1004), *Mu’cem Meķayisi’l-Luġa*, (thk. Abdüsselām Hārūn), Dāru’l-Fıkr, 1979. c.3, s.260; Mecma’ el-Luğatu’l- ‘Arabiyye, Kahire, *el-Mu’cemu’l Vasīf*, c.1,s.479; Kāl’acī+Kuneybī, *Mu’cemu Luġati’l-Fuķāhā*, s.69.

teşkil etmeyen şey” manasındadır.¹⁴⁵ Şarta konu olan şey meşrut ve mevkuf olup şart ile mevkufun aleyh olarak da isimlendirilir.¹⁴⁶ Meşrut, şartın tesiri altında değildir.

Diğer bir tanım ise; varlığı ile değil yokluğu ile bir şeye bağlı olan ve o şeyin mahiyetinin dışında olan şeydir. Yani şartın ortadan kalkması şart kılınan şeyin de ortadan kalkmasını gerekli kılar. Ancak şartın varlığı şart kılınan şeyin varlığını gerekli kılmaz. Akdi gerçekleştiren kişinin ehliyetini buna örnek verebiliriz. Bu her akdin şartıdır, aklını yitiren gibi bu ehliyeti kaybeden kişinin akdi sahih olmaz.¹⁴⁷ Şart o şeyden ayrı değildir ancak o şeyin bir parçası da değildir. İkisi arasındaki farkı daha iyi anlamak için Abdulkerim Zeydan’ın Fıkıh Usulü kitabında zikrettiklerini nakledebiliriz: “Rükûn ve şart; ikisi de bir şeyin şer’i olarak meydana gelmesi durumuna bağlıdır. Ayrıldıkları nokta ise şart o şeyin hakikati ve mahiyeti dışında kalır. Namazın rûku’u gibi, rûku rûkündür ve namazın bir parçasıdır. Namaz ibadeti kendisi olmadan gerçekleşmez. Abdest ise namazın sahih olması için şarttır yine o olmadan namaz ibadeti gerçekleşmez ancak o namazın hakikati dışındadır.”¹⁴⁸

3.2. ARABULUCULUĞUN RÜKÜNLERİ

3.2.1. Anlaşmazlık

Anlaşmazlıkların ve ayrılığa sebep olacak şeylerin İslam toplumuna getireceği olumsuzluklar nedeniyle Kur’an ayetleri bizi genel olarak bu durumlardan uzak durmaya davet etmiştir. Ayet-i kerimede, Allah’ın emrine uyma anlaşmazlıklardan sakınmaya bağlamış ve şöyle buyrulmuştur: “Allah’a ve Rasulüne itaat edin, birbirinize düşmeyin, sonra zayıflarsınız da zaferi elden geçirirsiniz.”¹⁴⁹ Buradaki birbirine düşme ve anlaşmazlık, müslümanların bölünmesine sebep olan ve saflarını zayıflatan anlaşmazlıktır.¹⁵⁰ Allahu Teala anlaşmazlıklardan uzak kılacak vesilelerin önemine vurgu yapmıştır. Buna örnek olarak borcu kayıt altına almayı emretmiş ve şöyle buyurmuştur: “Ey iman edenler sizden biriniz borç alacağı vakit onu yazsın.”¹⁵¹ Buna bağlı olarak borç ayetinde din ve dünya kurtuluşu vardır, denmiştir. Müslüman Allah’ın emirlerini yerini

¹⁴⁵ Mecma’ el-Luğatu’l- ‘Arabiyye, Kahire, el-Mu’cemu’l Vasîf, c.1, s479.

¹⁴⁶ El-Curcânî, *Kitāb’u’l-Ta’rîfāt*, s.126.

¹⁴⁷ Ez-Zerkā, *el-Medhal-el-Fıkhî’l- ‘Āmm*, c.1,s.329-330.

¹⁴⁸ El-Ezderî, Muhammed b. Hasan, (ö.321/933), *Cemheratu’l-Luğa, Dāru’l- ‘İlm li’l-Melāyîn*, Beyrut, 1987, s.59.

¹⁴⁹ *Enfal* / 46.

¹⁵⁰ Et-Taberî, Muhammed b. Cerîr (ö.310/922), *Cāmiu’l-Beyān fi Te’vîli’l-‘Kur’ān*, (thk. Ahmed Muhammed Şakir), Müessesetü’r-Risāle, 2000, c.13/577.

¹⁵¹ *Bakara*/ 282.

getirerek kendisi için hem dünya hem ahirette kurtuluşu seçmiştir. Çünkü Müslüman takvası sebebiyle başkalarının haklarına göz dikmekten ve onların üzerindeki haklarını inkar etmekten uzak durur; nefsi yoran, malı ziyan eden ve Müslümanların birliğini tehdit eden anlaşmazlıkları terk eder. Yine buna başka bir örnek, Şari'in Müslümanları meçhul bir şeyin satışını yapmaktan men etmesidir. Anlaşmazlığa sebep olacak her şeyi men etmesine bunun gibi daha birçok örnek verebiliriz.¹⁵² Ancak tüm bu şer'i hükümlerin anlaşmazlığa sebep olacak şeylerden men etmesi; toplum ilişkilerinin doğası ve ticari ilişkilerin getirisi sebebiyle bu anlaşmazlıkların ortaya çıkmasını tamamen engellememektedir. Bu noktada anlaşmazlıkları ortadan kaldırmak için davalışmanın rolü başlar ve arabuluculuk bu davalışma sürecinde uzlaşmayı sağlamak için kanun hükmü ile değil rıza dahilinde gerçekleşen bir çözüm önerisi ile yardımcı bir rol oynar. Şüphesiz araştırma tezimiz, arabuluculuğun kaideleri ve buna taallük eden usul ve hükümler çerçevesinde anlaşmazlıkların çözümüne katkı sağlamayı hedeflemektedir. Çünkü anlaşmazlıkların menşei, toplum fertlerinin özellikle de mali konularda aralarındaki muamelenin kaide ve kurallarla düzenlenememesidir. Muhakkak ki arabuluculuğun temel esası ve arabuluculuğa başvurmayı gerekli kılan şey anlaşmazlıktır. Çünkü arabuluculuk anlaşmazlıkları ortan kaldırmayı ve husumetleri bitirmeyi hedeflemektedir.

İslam hukukçuları uzlaşma sağlanacak anlaşmazlıkları beş kısımda inceler:

- 1- Müslümanlar ile harbiler arasındaki anlaşmazlıklar
- 2- Adalet ehli ile haddi aşanlar arasındaki anlaşmazlıklar
- 3- İki eş arasında yaşanan ayrılık ve anlaşmazlık
- 4- Yaralamadan kaynaklanan anlaşmazlık
- 5- Mali konulardan kaynaklanan anlaşmazlıklar

Allah'ın emirlerine aykırı olmamak şartı ile bu saydığımız kişiler arasında ortaya çıkan anlaşmazlıkların ıslahının caiz olduğuna dair İslam ümmeti icma etmiştir. İslam hukukçuları bu saydığımız her bir anlaşmayı ayrı bir bölümde incelemiş ve hükümlerini beyan etmiştir. Yine İslam hukukçuları mali anlaşmazlıkların ıslahı adı altında bir bölüm

¹⁵² El-İsfāhānī, el-Ḥuseyn b. Muḥammed (ö.502/1108), *Tefsiru'r-Rāğıb el-İsfāhānī*, Dāru'l-Vaṭan, 1999, c.2, s.594.

açmışlar ve bu konuda ahkamı beyan etmişlerdir.¹⁵³ Bu tez, İslam hukukçularının mali anlaşmazlıkların önemli bir parçası olan ticari anlaşmazlıklara dair sundukları teveccühlerle uyum sağlayarak bu konuya ışık tutar. Ve bu hedefi gerçekleştirmek için öncelikle arabuluculuğun bir esası olan ticari anlaşmazlığın tanımını yapmak gerekir.

3.2.1.1. Ticari Anlaşmazlığın Tanımı

3.2.1.1.1. Anlaşmazlığın Tanımı

Anlaşmazlık nezea' (نزاع) kökünden türemiştir. Sözlükte 'bir şeyi koparmak, bir husumet içine çektiğinde veya aralarında anlaşmazlık yaşandığında onunla çekişmek, yani hakkını aramak anlamına gelmektedir. Anlaşmazlığa husumet denir. Anlaşmazlık çekişmek anlamında kullanılır ve husumet ve mücadele lafızlarıyla tabir edilir.¹⁵⁴ Anlaşmazlık veya çekişme husumetin aynısıdır, anlaşmazlık yaşayan tarafların her biri kendisinin haklı olduğunu iddia eder. Menavi, anlaşmazlık ile şeytan işi olan müslümanların arasına tefrika sokmayı birbirine bağlayarak şu önemli tanımları yapmaktadır: "Çekişmek şeytandandır, çünkü kavimlerin arasını açıyor yani aralarına tefrika ve fesat sokuyor, kalplerinde birbirlerine olan muhabbeti yok ediyor".¹⁵⁵ Bu bağlamda çekişmek, şeytanın eli ile müslümanların kalplerinden birbirlerine olan muhabbetinin yok edilmesi onun yerine kalplere kerahet ve tefrika verilmesini ifade etmektedir.

Anlaşmazlığın terim anlamı, sözlük anlamından uzak sayılmaz. Terim anlamı ile anlaşmazlık, iki taraf veya daha fazla kişiler arasında meydana gelen ve tarafların her birinin haklılık iddia ettiği husumet anlamına gelmektedir.¹⁵⁶ Tanımdan anlaşıldığı üzere husumet manası verilmesi için anlaşmazlığın dava ile irtibatlanması gerekmektedir. Anlaşmazlık ancak davalasma sürecine gidildiği takdirde husumet olarak tanımlanır ve

¹⁵³ El-Makdisi, *el-Mugnī*, c.7/s.5; Es-Senikī, Zekeriyā b. Muhammed (ö.926/1519), *el-Guraru'l-Behiyye fi Şerhi'l-Verdiyye*, Meymūniyye Matbaası, t.y, b.s.y. c.3/s.130; en-Nevevī, *el-Mecmū' Şerhu'l-Muhezzeb*, c.13/s.385.

¹⁵⁴ El-Ferāhīdī, Hālī b. Ahmed (ö.170/786), *el-'Ayn*, (thk. Mehdī el-Maḥzūmī, Dr.İbrāhīm Samarraī), Mektebet'ül-Hilāl, t.y. c.1/s.357; El-Farabī, Ebū Naşr İsmā'īl İbn Hammad el-Cevherī, (ö.398/998), *eş-Şihāh Tāc Şihāh el-Luḡa ve Şihāh el-'Arabiyye*, (thk. Ahmed Abdulgafūr 'İtār) Dāru'l-İlm li'l-Melāyīn, Beyrut, 1987, c.3/ s.1289, Feyruzābādī, *el-Kāmūsul Muḥīṭ*, s.766.

¹⁵⁵ El-Munāwī, Muhammed Abdurrauf (ö.1031/1604), *et-Tevkīf 'alā Muhimmāti't-Te'ārīf*, (thk. Muhammed Rıdvān ed-Dāye), Dāru'l-Fikri'l-Mu'aşır, Beyrut, 1989, S.695.

¹⁵⁶ Bir grup yazar, *Mu'cem Muştalahātu'l U'lūmu'l-İslamiyye*, İslami Davet ve İrşat Bakanlığı, 2017, s.550; El-Kurtubī, *Bidāyetu'l-Muctehid ve Nihāyetu'l-Mukteşid*, c.1/s.232; en-Nevevī, *el-Mecmū' Şerhu'l-Muhezzeb*, c.2/s.179.

hatta bu sürece girildiğinde husumet anlaşmazlıktan ayrı bir hüviyet kazanır.¹⁵⁷ Husumet, anlaşmazlığı maddi boyutta temsil eder. Hak talebi ise anlaşmazlığı harekete geçiren ve üzerinde husumetin yaşandığı unsurdur. Hak talebinin en geniş manasını şöyle verebiliriz: “Yetki ve sorumluluk açısından şeriatın ikrar ettiği ihtisastır”.¹⁵⁸ Adına çekişmenin yaşandığı hak talebi kul hakları ile sınırlıdır. Nitekim İslam hukukçuları hakları, Allah’ın hakkı ve kul hakkı olmak üzere iki kısma ayırır. Üzerine anlaşmanın sağlanabileceği hak kul hakkına taalluk eden haklardır. İbnu’l-Kayyim’in dediği gibi “Haklar iki çeşittir; Allah’ın hakkı ve kulların hakkı. Had, zekat, kefarete gibi Allah’ın hakkı olan şeylerde uzlaşmanın bir rolü bulunmaz. Bu noktadaki tek uzlaşma, hadlerin ihmal edilmeden ikame edilmesidir. Dolayısıyla hadlerde uzlaşma kabul edilmez. Had gerektiren bir suç sultana ulaştığı takdirde Allah haddin tatbik edilmemesine aracı olana da aracı olunana da lanet eder. Kul haklarına taalluk eden haklar ise anlaşmayı, sükut etmeyi ve telafi etmeyi caiz kılan haklardır”.¹⁵⁹ Bazıları ise bunu üç kısımda inceler. Birincisi; arabuluculuğun ve anlaşmanın caiz olmadığı Allah’ın hakları. İkincisi; Allah’ın hakkı ve kulun hakkının ortak olduğu haklar. Eğer Allah’ın hakkı galip gelirse arabuluculuk caiz olmaz ancak kul hakkı galipse arabuluculuk caiz olur. Üçüncüsü ise sadece kul hakkına ilişkin olan kısımdır ki burada arabuluculuk caizdir.¹⁶⁰ Bu tezimiz ise; İslam hukukçularının hak iddia eden iki tarafın bazı haklarından feragat etmesi ile uzlaşmanın sağlanması beklenen anlaşmazlıkların alanı olan ticari ilişkilere dayalı mali hakları ele almakla yetinecektir.¹⁶¹ Anlaşmazlığın tanımını yaptıktan sonra ticari anlaşmazlık mefhumunu daha iyi anlayabilmek adına anlaşmazlıkla ilişkilendirilen ticaretin özelliğini de zikretmemiz önem arz etmektedir.

3.2.1.1.2. Ticaret Kavramının Tanımı

Ticarî kelimesi tecera (تجر) kökünden türemiştir. İsim hali ticaret olup ‘kar (kazanç) amacı güdülerek mal ile yatırım yapmak’ anlamına gelmektedir. Bunu yerine getirene de tacir denir. Tacir ‘satan ve satın alan kişi’dir.¹⁶² Ticaret ‘kar amacı güdülerek telafi yolu

¹⁵⁷ ‘Abdunnūr, Mahmūd Maḥcūb, *es-Şulḥ ve Eşeru fî İnhāi’l-Ḥuṣūme fî l-Fıkhî’l-İslāmī*, Yüksek Lisans Tezi, Cāmi’atu’l-Kāhire, 1980, s.161.

¹⁵⁸ Bu velinin tasarruf hakkı gibi, bir kişinin velayeti altındaki başka bir kişi üzerindeki yaptırım anlamına gelebilir. Satıcının müşteriden ücret talep etme hakkı gibi, birincinin maslahatı ile ikinci kişiye sorumluluk da yükleyebilir. Varisin miras hakkı gibi veya mülk menfaati hakkı gibi başka bir şahısa yatırım bağlamında da karşımıza çıkabilir. Ez- Zerkā, Mustafa Aḥmed, *Naḫariyyetu’l-İltizāmî’l-‘Āmme fî l-Fıkhî’l-İslāmī*, Dāru’l-Kalem, Dimeşk, 1999, s.19.

¹⁵⁹ El-Cevziyye, *İ’lāmu’l-Muvaḫḫi’în ‘an Rabbi’l-‘Ālemīn*, c.1/s.85.

¹⁶⁰ El-Battūn, *el-Vasāṭatu’l-Ḳadāiyye fî ş-Şerī’ati’l-İslāmīyye ve’l-Ḳānūn: Dirāse Muḫārane*, s.107.

¹⁶¹ Sābık, Seyyid, *Fıkhū’s-Sünne*, Dāru’l-Kitābi’l-‘Arabī, Beyrut, 1977, c.3/s.375.

¹⁶² El-Feyyūmī, *el- Mişbāhu’l-Munīr fî Ġaribi’ş-Şerhi’l-Kebir*, c.1/s.73, Ez-Zebīdī, *Tācu’l-‘Arūs min Cevāhiri’l-Ḳāmūs*, c.1/s.278-279, Feyruzābādī, *el-Ḳāmūsū’l Muḥīt*, s.356.

ile malın geri aktarımı' olarak da tanımlanmıştır. Bu malın artmasını talep eden işlerdendir ve gelişme vesilesi olarak addedilir. Tacir 'ticaretle uğraşma noktasında ehliyetle sahip olan ve esnaf sıfatı ile ticari ilişkiler yürüten kişi' olarak da tanımlanmıştır.¹⁶³ Genel olarak çıkarılan mana, tacirler arasında kar amacı güdülerek malın alım satımına veya bunun gibi bir değişime dayalı işi ihtiva eder. İslam hukukçularının ticaret tanımı, ticaretin sözlükteki tanımı ile mutabıktır. Nitekim ticareti 'alım satım ve genel olarak muavada akdi' olarak tanımlarlar. İmam Şafii el-Buyu' adlı kitabında "Ey iman edenler! Karşılıklı rızâya dayanan ticaret dışında mallarınızı aranızda haksızlıkla yemeyin."¹⁶⁴ ayetinde varid olan ticaret kelimesini şöyle açıklar: "Allah subhanehu ve teala kitabında satışın mübah olduğundan birçok yerde bahseder".¹⁶⁵ Ayette varid olan satış kelimesi ile kastedilen şey ticarettir. Kurtubi ise bu kelimeyi daha özel bir manaya indirgeyerek 'alım-satım' olarak tanımlar ve yine 'becayış etme' (değiş tokuş) olarak da tanımlayarak şöyle der: "Ticaret, alım satımdır ve becayiş şekli nasıl olursa olsun tüm becayişler de ticarettir. Ancak ayetteki "haksızlıkla yemeyin" ifadesi; şer'i olarak caiz olmayan ve borç gibi, becayişin (değiş tokuş) kabul edilmediği tüm caiz akitlerin bunun dışında tutulmasını ifade etmektedir."¹⁶⁶ Yine Kurtubi "Hiçbir ticaretin ve hiçbir alışverişin kendilerini, Allah'ı anmaktan, namazı kılmaktan, zekâtı vermekten alıkoymadığı adamlar..."¹⁶⁷ ayeti kerimesini tefsir ederken der ki: "Neden ticaret, satış kapsadığı halde ayrıca satış lafzını tekrar etti denirse, ona şöyle cevap verilir, ticaret ile satın almayı kastetmiştir."¹⁶⁸ Buradan anlaşılıyor ki ticaret, en basit hali ile alım satım manasını kapsar. Ancak ticaret bununla sınırlı değildir bilakis o tüm becayiş çeşitlerini kapsamaktadır. Ticareti alım satımla sınırlandıranlar herhalde bu yönünün ağır basması sebebi ile bunu yapmaktadırlar.¹⁶⁹ Satış, muâvada-i mâliyye'nin başıdır ve hükümleri ticaret ahkamı ile kıyas edilir.¹⁷⁰ Ticari anlaşmazlığı, anlaşmazlık ile ticari vasıf arasındaki irtibat üzerinden şu şekilde tanımlayabiliriz: Muâvadat akitlerindeki mali hak talebine dayalı iki veya daha fazla taraflar arasındaki husumettir.

¹⁶³ 'Abdalmün'im, Mahmūd Abdurrahmān, *Mu'cemu'l-Muštalaḥāt ve'l-Elfāzī'l-Fıḫhiyye*, Dāru'l-Fāḍile, Mısır, t.y, s.431.

¹⁶⁴ *Nisa* /29.

¹⁶⁵ Eş-Şâfi'i, Muḥammed b. İdrīs (ö.204/819), *el-Umm*, (thk. Rıf'at Fevzi Abdulmuttalip) Dāru'l-Vefā el-Manşūra, 2001, c.4/s.67.

¹⁶⁶ El-Kurtubī, Şemsuddīn Ebu 'Abdullāh Muḥammed İbn Aḥmed (ö.671/1272), *el-Cāmi' li-Ahkāmī'l-Kur'ān*, (thk. Hişām Semīr el-Buḥārī), Dār 'Ālemi'l Kutub, Riyad, 2003, c.5/s.151-153.

¹⁶⁷ Nur / 37.

¹⁶⁸ El-Kurtubī, *el-Cāmi' li-Ahkāmī'l-Kur'ān*, c.12/s.279.

¹⁶⁹ El-Eṭram, 'Abdurrahmān b. Salih, *el-Vasāṭatu'c-Ticāriyye fi'l-Mu'āmelāti'l-Māliyye*, Dāru'l-İşbilya, 1995, s.41.

¹⁷⁰ Ez- Zerkā, *el-Medḥali'l-Fıḫhi'l- Ām*, c.1/s.607.

3.2.1.1.3. Tanımın Unsurları

1- İki Taraf veya Daha Fazla Taraflar Arasında Yaşanan Husumet

Sözlük anlamı itibariyle husumet, çekişme ve mücadeleyi ifade eder.¹⁷¹ Terim anlamına gelince, bu noktada İslam hukukçuları farklı tanımlar getirmişlerdir. İmam es-Seraḥsi husumeti, “Çekişme ve münakaşa olarak iki kişi arasında cereyan eden sözün ismidir.”¹⁷² olarak tanımlar.

İbn Abidin ise “Dava ve ona verilen cevap” yorumuna gitmiştir.¹⁷³

İbn Nuceym ise “Hakimin yanında başkasından önce hak talep eden şahsın geçerli olan sözü ve kendi belirlenen hakkını müdafaa etmesidir” demiştir.¹⁷⁴

Şafii alimlerinden el-Menāwī ise “İlk olarak ve itiraz amacıyla kişinin malını veya hakkını almak için ısrar etmesi.”¹⁷⁵ der.

Mu’cem Luḡatu’l Fukaha’ da ise şöyle geçmektedir: “Bir tarafın hak talep iddia etmesi diğer tarafın ise bu hak iddiasını reddetmesidir.”¹⁷⁶

İslam hukukçularının husumet tanımını ‘kadı önünde hak talep edilen anlaşmazlık davası’ olarak özetleyebiliriz. Bu noktada anlaşmazlığı umumi ve hususi anlamda husumetten ayıran unsurun dava unsuru olduğunu tekit edebiliriz. Bu nokta muasır İslam hukukçularının tanımında kendini açıkça göstermektedir nitekim onlar “anlaşmazlığa düşen iki tarafın hak talebi ile hakimin karşısındaki savunması”¹⁷⁷ veya “hakim karşısında hak talebi veya nefyi ile iki kişi veya daha fazla kişiler arasındaki anlaşmazlık”¹⁷⁸ tanımı getirmekteler. Fıkıhçıların anlaşmazlık davası olan husumet tanımı, yargılama fıkının husumet tanımından çok da uzak değildir. Nitekim yargılama fıkı: “Aynı davadaki iki kişi arasındaki kanuni ilişki ve yargı istemi ile gelişen hukuki

¹⁷¹ Husumet Haseme (حُصْمَة) kökünden türer ve iki anlama gelmektedir: Husumet ve kabın yan tarafı. Hasım husumet yaşayan kişidir. Kadın ve erkek bu konuda eşittir. Masdarı ise حُصَامَةً وَحُصَامَةً şeklinde gelir. İbn Fāris, *Mu’cem Meḳayisi’l-Luḡa*, c.2/s.187; Feyruzābādī, *el-Ḳāmūsul Muḥīṭ*, s.1103.

¹⁷² El-Maḳdisī, *el-Muḡnī*, c.19/s.5.

¹⁷³ İbn Ābidīn, *Ḳurratu’Ayni’l-Ahyār li-Tekmileti Reddi’l Muḥtār ala’d-Durri’l Muḥtār*, c.8/s.3.

¹⁷⁴ İbn Nuceym, *el-Baḥru’r-Rāiḳ Şerhu Kenzi’d-Daḳāiḳ*, c.3/s.134.

¹⁷⁵ El-Munāwī, Muḥammed Abdurraūf (ö.1031/1621), *Feyḍul-Ḳādīr Şerhu’l-Cāmi’i’s-Saḡīr*, Dāru’l-Kutubi’l-İlmiyye, Beyrut, 1994, c.5/s.144.

¹⁷⁶ Ḳal’acī+Ḳuneybī, *Mu’cemu Luḡati’l-Fuḳāḥā*, s.96.

¹⁷⁷ Āl-Ḥuneyn, ‘Abdullāh Muḥammed, *el-Vekāletu’ale’l Ḥusūme, Mecelletu’l-‘Adl, Vezāretu’l-‘Adl, el-Memleketu’l-‘Arabiyyetu’s-Su’ūdiyye*, 2002, Sayı. 25, s.39.

¹⁷⁸ El-Ġāmidī, Nāşir Muḥammed, *Def’u’l-Ḥusūm fi’l-Fıḳhi’l-İslāmī: Dirāse Fıḳhiyye*, Dār İbni’l-Cevzi, El-Memleketu’l-Arabiyye es-Su’ūdiyye, 2007, s.27.

merkezdir. Anlaşmazlık yaşayan tarafların belirli kanuni ilişkilerini içerir. Husumetin delalet ettiği iki konu vardır: yargı sürecinde hükme varırken ele alınan icraat zinciri ve anlaşmazlığın olduğu kanuni hal.¹⁷⁹ Arabuluculuğun tanımını yaparken beyan ettiğimiz üzere İslam fikhı husumetin bitmesi için hakim tarafından yürütülen icraatlar zincirine arabuluculuğu da ekleyerek bu zinciri genişletir. Çünkü icraatların sadece hükme varma hedefi ile kısıtlanması, İslam şeriatinin yüce hedefi için dar ve eksik bir görüştür ve aynı zamanda toplumsal barışın da ihlali sayılır. Şeriatın hedefi sadece husumetleri ortadan kaldırmaktan ibaret değil anlaşmazlıkları da gidermektir. Bu sebepten dolayı arabuluculuk yargı süreci yerine tercih edilir. “Çünkü arabuluculuğun tabiatı hepsi olmasa da çoğu ticari anlaşmazlıklarla uyum içindedir. Ticari şirket ve müesseselerin, tüccar veya tüccar olmayanların, manevi önderlerin yargı yolu ile heder olacak olan alakaları, arabuluculuk vasıtası ile daha saygın kılınır.”¹⁸⁰ Yargı yoluna alternatif bir vesile olan ve anlaşmazlıkları bitirme noktasında etkin bir rol üstlenen arabuluculuğun son derece önem arz etmesinden dolayı birçok devlet, hukuki işlemlere arabuluculuğu da eklemeye, arabuluculuğu düzenleyen kanunlar çıkarmaya ve bu görevi yerine getirmesi için hakimlerden oluşan özel bir heyet oluşturmaya başladı. Özellikle de yaşanan anlaşmazlık ticari anlaşmazlık kapsamı içinde ise bu çabalar daha belirgin hale geldi. Bu bağlamda Ürdün anayasası arabuluculuğun rolünü, anlaşmazlıkların giderilmesi ve rıza yoluyla ilişkilerin düzeltilmesi olarak tanımlar.

Ürdün anayasası 2006’da 2. maddesinde arabuluculuğu şöyle kaydeder:

2/A: “Taraflar veya tarafların kanuni vekilleri toplandıktan sonra davaya bakan hakimin veya sulh hakiminin davayı açan tarafların talebi üzerine ya da tarafların onaylaması ile arabulucu hakimin veya tarafların arasını düzelterek olan özel bir aracının gönderilmesi anlaşmazlığı sona erdirmesi gerekir. Tüm hallerde hakim iki tarafın da muvafakatını gözetir.”¹⁸¹

Türk arabuluculuk kanunu ise ilk maddesinde arabuluculuğun hedefinin anlaşmazlıkları ortadan kaldırmak olduğunu şöyle kaydeder:

¹⁷⁹ ‘Abdunnūr, *es-Şulh ve Eşeru fî İnhāi’l-Huşūme fî’l-Fıkhî’l-İslāmī*, s.20.

¹⁸⁰ Havām, *el-Vasāta Bedīlen li Halli’n-Nizā’āt fî’l-Fıkhî’l-İslāmī ve Kānūnu’l-İcraati’l-Medeniyye ve’l-İdāriyye el-Cezāirī*, s.168.

¹⁸¹ Kānūnu’l-Vasāta li Tesviyeti’n-Nizāāti’l-Medeniyye ve Ta’dilātihi, Sayı 12, Yıl 2006, Kānūnu’l-Vasāta li Tesviyeti’n-Nizāāti’l-Medeniyyeti’l-Mu’aqqat kanunun yerini aldı, Sayı 37, Yıl 2003, Madde 3/A.

MADDE 1 – (1) Bu Kanunun amacı, hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümlenmesinde uygulanacak usul ve esasları düzenlemektir.

13- (A) Maddede ise davaya başlamadan önce hakimin tarafları arabuluculuğa teşvik etmesi gerektiğini şöyle dile getirir:

MADDE 13 – (1) Taraflar dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda anlaşabilirler. Mahkeme de tarafları arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp, teşvik edebilir.

Anlaşmazlık mefhumu yargı süreciyle yürütülmekten ibaret olan husumet mefhumundan daha geniştir. Yargı sürecine aktarılan husumette hüküm verilir ve dava dosyası kapanmasına rağmen anlaşmazlık devam edebilir. Tam bu noktada arabuluculuğun önemi ortaya çıkmaktadır. İslam hukukçularının, hakimin davayı arabulucuya aktarmasının ve yargı hükmü çıkmadan önce tarafların buna davet edilmesinin önemini vurgulamalarının sebebi de işte budur. Çünkü arabuluculuk husumeti kapatmakla yetinmez anlaşmazlığı da ortadan kaldırır. Ve anlaşmazlık arabuluculuğun esaslarından biridir. Bu esası temsil eden de tarafların iradesi ile tabir edilen husumettir. Arabuluculuğu, anlaşmazlığı ortadan kaldırması ve taraflar arasını rızaları ile düzeltmesi için tetikleyen de husumettir.

2- Mali Haklar

Mal ve mal menfaatine taalluk eden anlaşmazlık olarak tabir edilir.¹⁸² Ve bu hakların mahalli mal ve mal menfaatleridir. Bir kıymet karşılığı satış yapanın hakkı, satılan mal üzerindeki müşteri hakkı, kiracının oturma hakkı, irtifak hakları gibi.¹⁸³ yine buna benzer mali haklar; icat hakkı, ticari isim hakkı gibi. Mali hakların, mali olmayan ve muavada kabul etmeyen diğer hakların aksine temeyyüz ettiği nokta ise mal ile muavada edilmesi imkanındır.¹⁸⁴ İslam hukukçuları, eşyaların mal olduğuna ve bunlarda muavadanın geçerli olduğuna dair ittifak halinde olmalarına rağmen bu eşyalardan elde edilen menfaatin mal olup olmadığı konusunda ve hakları noktasında ihtilaf

¹⁸² Menfaatten kastedilen şey: Ayni mallardan elde edilen yarardır. Bir evde oturmak, arabaya binmek, elbise giyinmek gibi. Ez-Zuhaylî, *el-Fıkhü'l- İslâmî ve Edilletuhu*, Dâru'l-Fikr, 1985, c.4/s.42.

¹⁸³ Buna geçit hakkı, içme, akıtma, yükseltme hakkı da girer. el-Müsî, *el-Muā'vada ala'-Hukuk ve Davabiṭuḥa ve Taṭbiḳuḥa*, s.199.

¹⁸⁴ Ez-Zuhaylî, *el-Fıkhü'l- İslâmî ve Edilletuhu*, c.4/s.18; El-Müsî, 'Abdullāh İbrahim, *el-Muā'vada 'ale'l-Hukuk ve Davabiṭuḥa ve Taṭbiḳuḥa*, Mecelletu'l-'Adil, Vizaretu'l Adil, El-Memleketu'l-Arabiyye es-Suūdiyye, 2010, Sayı 45/ s.178.

etmektedirler. Bu konudaki ihtilaflarını, malın tanımını yaparken iki görüşe ayrılmalarından gözlemleyebiliriz.

Öncelikle Hanefilerde: “Mal, fitratın kendisine meylettiği ve ihtiyaç duyulacak vakitler için saklanması mümkün olduğu şeydir. Maliye tüm insanların veya bazılarının mal olarak itibar etmesi ile sabit olur. Bu ise menfaat elde etme konusunda şeriatın mubah kılması ile sabittir”¹⁸⁵ Mecellenin 126.maddesinde mal şöyle tanımlanır: “Mal; insan fitratının kendisine meylettiği, menkul olsun veya olmasın ihtiyaç duyulacak vakitler için saklanması mümkün olduğu şeydir.”¹⁸⁶ Bu tanıma binaen Hanefiler menfaati mütekavvim maldan saymazlar. İbn Abidin der ki: “Tahkik edilir ki menfaat mülkiyettir ancak mal değildir. Çünkü mülkiyet ihtisas vasfı ile tasarruf edilen şey iken mal ise ihtiyaç vaktinde harcanması için bekletilebilen şeydir”.¹⁸⁷

Hanefilerin menfaatin mal olmadığı görüşlerindeki sebebi şöyle özetleyebiliriz:

- 1- Mal olarak itibar edilmez: “ Bir şeyin mal sıfatına sahip olması temevvül ile sabit olur. Temevvül ise bir şeyin ihtiyaç vakti için korunması ve biriktirilmesidir”.¹⁸⁸ Buna şöyle cevap verilir “Sebze ve meyveler çabuk bozulma riskine sahip olduğu için biriktirilmesi söz konusu olmasa da mal vasfına sahiptir.”¹⁸⁹
- 2- Madumdur (yok hükmündedir): “ Menfaatler araz olup yoktan vara geçiş gösterdikten sonra yok olurlar. Yok olan bir şey şer’i olarak mal kabilinden sayılmaz, çünkü madum olan yok hükmündedir. Bir şeyin elde edilmesi o şeyin var olmasından sonra gerçekleşir. ¹⁹⁰ Bu yaklaşıma şöyle cevap verilebilir: Hakikate bakılırsa bu menfaatler yok hükmünde olsa da örfi ve şer’î açıdan mal hükmündedir, örfi ise şer’î hükümlerde itibar edilir. Ve malumdur ki; kim bir eve el koyar ve belli bir müddet oturursa menfaatini bitirir, menfaatin bitişi ise mal kapsamındadır. Mal sahibinin sağladığı menfaat karşılığında bedel alması buna delildir.¹⁹¹ İhras (elde etmek) bağlamında ise şunlar söylenebilir:

¹⁸⁵ İbn Nuceym, *el-Baḥru’r-Rāik Şerhu Kenzi’d-Dakāik*, c.5/s.277; Eş-Şāṭibī, İbrāhīm b. Musa (ö.1205/1790), *el-Muvāfaqāt* (thk. Meşhūr b. Ḥasan Al-Selmān), Dār İbn ‘Āffān, 1997, c.2/s.32.

¹⁸⁶ *Mecelle/ Madde:126.*

¹⁸⁷ İbn ‘Ābidīn, *Reddu’l-Muḥtār ‘ale’d-Durri’l- Muḥtār*, Dāru’l-Fikr, Beyrut, 1992, c.4/s.502.

¹⁸⁸ Es-Seraḥsī, *el-Mebṣūt*, c.11/s.99.

¹⁸⁹ Ez-Zuhaylī, *el-Fıkhü’l- İslāmī ve Edilletuhu*, Daru’l-Fikir, 1985, c.4/s.41.

¹⁹⁰ Es-Seraḥsī, *el-Mebṣūt*, c.11/s.99.

¹⁹¹ El-Mūsī, *el-Muā’vada ala’-Ḥuḳuḳ ve Davabiṭuha ve Taṭbiḳuha*, s.189.

Avlanmak, vahşi hayvanlar, ormanlardaki ağaçlar elde edilmeden önce mübah olup buna rağmen mal sayılırlar.¹⁹²

3- Mütakavvim değildir: Malın özelliklerinden bir diğeri de mütakavvim olmasıdır, Buna bağlı olarak bir mal itlaf edildiğinde tazmin edilirken menfaatlerin tazmini söz konusu değildir. Çünkü bir şeyi itlaf etmek yok hükmünde olanı helal kılmaz, var olduktan sonra da itlaf söz konusu olmaz. Sebep tahakkuk etmeden hüküm ispat etmek ise caiz değildir.¹⁹³ Bu görüşe menfaatin mal olarak değerlendirilmesi üzerinden cevap verilir. İnsanlar arasında yaygın bir durum haline gelmiş olması ile insanlar menfaatleri ticaretlerinde ve yaşamlarında mal kabilinden sayarlar. Aynı mal var oldukça menfaat de vardır.¹⁹⁴

4- Menfaat aynı mala denk değildir, maliye noktasında derece bakımından onun altındadır: Es-Seraḥsî der ki: “Menfaati mütakavvim bir mal olarak kabul edecek olsak mali bakımdan aynı olan malların derece olarak altına kalır. Ve haddi aşmanın ölçüsünün misli olması nas ile sabittir. Görmüyor musun mal nisbi olarak tazmin edilmez ve borç onun üstünde olduğu için aynı olanla tazmin edilmez. Menfaat de böyledir aynı olanla tazmin edilmez. Bunu şöyle açıklayabiliriz: Menfaat arazdır ve aynı mal ile ortaya çıkar, aynı mal ise cevherdir kendisiyle muavaza gerçekleşir. Bu ikisi arasındaki fark ise açıktır. Aynı mal menfaat ile tazmin edilmez. Bir şeyin başka bir şeye denk olması o şeyin de ona denk olmasını zorunlu kılar. Telef anında menfaat menfaat ile tazmin edilemez”.¹⁹⁵ Buna şu şekilde cevap verilir: Menfaatin aynı mal olmayıp ona denk olmaması ve araz olduğu için şer’î açıdan mal sayılmaması anlamına gelmez. Tartışma onun aynı mala denk olması veya olmaması noktasında değildir, asıl tartışılan nokta onun mal olup olmamasıdır. Yine menfaatler aynı mal derecesinde değildir sözü de doğru değildir çünkü aynı mallar menfaat üzerine kaim olur, aynı mal ile menfaate ulaşılır, maksat ise aynı malların menfaatidir bizzat kendisi değildir.¹⁹⁶

¹⁹² Ez-Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletuhu*, c.4/s.41

¹⁹³ Es-Seraḥsî, *el-Mebşût*, c.11/s.99

¹⁹⁴ Ebû Sibâ', Zahir Fuat Muḥammed , *el-Hukuku'l-Ma'nevîyye, Mâliyyetuhâ ve Vucubu'z-Zeka fihâ: Dirâse Mukârame*, Havliyye, Külliyyetul-Lügati'l-'Arabiyye ve'd- Dirasati'l -İslamiyye li'l-Feteyat, İskenderiyye, 2019, c.5/sayı 35/ s205.

¹⁹⁵ Es-Seraḥsî, *el-Mebşût*, c.11/s.100

¹⁹⁶ En-Neşmî, 'Uceyl Hâşim, *el-Hukuku'l-Ma'nevîyye (Bey'u'l-İsmi et-Ticâra ve't-Terhîş)*, Cidde, El-Memleketu'l-Arabiyye es-Suûdiyye, 1988, c.5/ sayı 3/ s2314.

5- Menfaat haddi zatında herhangi bir kıymet içermez: Menfaatin şer'î açıdan mal sayılması, şeriatte ihtiyaca binaen, ortaya çıkan kıyasın hilafına, kira akdinden sonra meydana gelmektedir. Kaide der ki: Kıyasın hilafına sabit olan şeye başka bir şey kıyas edilmez.¹⁹⁷ Duraru'l Hukkām'da şöyle denmektedir: "Menfaat hareket gibi zail olan arazdan olduğuna göre yok hükmündedir ve bu kıyasla akit konusu olmaması gerekir. Çünkü şeriat ihtiyaca binaen menfaate var olma hükmü vermiş ve akit konusu kılmıştır. Bu doğrultuda akitlerde, akit menfaat yerine konulmuştur."¹⁹⁸

Görünen o ki Hanefilerin bu meseledeki delilleri, maslahatın tahakkuk ettirilmesi için istihsandır. El-Kasani'nin şu sözü de bu duruma işaret etmektedir: "Kira menfaat satışıdır ve menfaat bir vakit geçtikten sonra biter, madum olanın satışı olmaz gelecekte alınacak bir şey üzerine satış yapılmaz. Peşin veya mal olma üzerinden bunun cevazından bahsedilemediği gibi normal durumda da cevazı söz konusu olmaz. Ancak Kur'ân, sünnet ve icma sebebiyle istihsan olarak cevaz verilebilir."¹⁹⁹ Ancak denebilir ki; menfaat, maslahat için kıyasa hilaf olarak kira akdi ile kuvvetlenebilir. Çünkü akitin gerçekleşse de gerçekleşme de bu sebep menfaatin aslında vardır.²⁰⁰

Cumhur, mal kavramına getirdikleri tarifte de görüleceği üzere, menfaati mal olarak kabul etmektedir:

Malikilerin mal tanımı şöyledir: "Mülk sahibinin hakkı ile aldığı ve mülkiyetin kendisi ile sabit olduğu şeydir, bu noktada yiyecek, içecek, giyecek ve şer'î açıdan değeri bulunan her şey bu konuda aynıdır."²⁰¹

İmam Şafii'nin mal tanımı ise: "Yalnızca kendisi üzerinden satıldığı bir kıymeti olan ve itlaf edeninin sorumlu olduğu şeye mal ismi verilir. Fels gibi kuruştan daha değersiz olan ve insanların iltifat edip bakmayacakları şey de denilebilir."²⁰² Hanbeliler

¹⁹⁷ Mecelle/ Madde:15.

¹⁹⁸ Efendi, *Duraru'l-Hukkām fî Mecelleti'l Ahkām*, c.1/s.115.

¹⁹⁹ El-Kāsānî, 'Alaeddin Ebu Bekir b. Mesud (ö.587/1191), *Bedāi'u's-Şanāi' fî Tertibi's-Şerāi'*, Dāru'l-Kutubi'l-İlmiyye, 1986, c.4/s.173.

²⁰⁰ Ebū Sibā', *el-Hukuku'l-Ma'neviyye, Māliyyetuhā ve Vucubu'z-Zeka' fihā: Dirāse Mukārane*, c.5/sayı 35/ s206.

²⁰¹ Eş-Şatibi, *el-Muvāfaqāt*, c.2/s.32.

²⁰² Es-Suyūfî, 'Abdurrahmān b. Ebu Bekir (ö.911/1505), *El-Eşbāh ve'n-Nezāir*, Dāru'l-Kutubi'l-İlmiyye, 1990. s.327.

ise “Şer’i olarak mal, menfaati mutlak manada (yani her halükârda) mübah olan şeydir” tanımını getirmişlerdir.”²⁰³

Cumhurun tarifinden de anlaşıldığı üzere onlar, malın hissi korumayı mümkün kılan maddi vasfı olmasını şart koşmamışlar, sahibinin kudretinde olması ve kaynağına sahip olması itibariyle bile olsa onu başkasından menetmesi şartı ile yetinmişlerdir. Bu sebeple menfaati mal kabilinden saymışlardır. Çünkü o kaynaklarına sahip olması ile başkasından meneder ve menfaat sağlaması bu kaynağa sahip olunması ile gerçekleşir. Bu sebeple mal bazen aynı, bazen de menfaat gibi aynı olmayan ile tanımlanır. Yine derler ki; muamelenin gerçekleştiği ve mali kıymete binen hakların bir kısmına da mal olarak itibar edilir, çünkü bunlar salt menfaatten sayılır.²⁰⁴

Menfaatin ve hakların mal olduğuna dair görüşlerini ise şöyle delillendirirler:

- 1- Menfaatin aynı olana kıyas edilmesi gerekir. Zira ikisinin de gasb veya itlaf durumlarında olduğu gibi tazmini vaciptir. Menfaatlerin zayi olması durumunda gaspçının tazminat ödemesi şarttır.²⁰⁵ İbn Rüşt der ki: “Kıyas, menfaatin ve aynı malın aynı hükme sahip olmasıdır.”²⁰⁶ İbn Arabi de şöyle der: “Sahih olan menfaatlerin mal olmasıdır ve ister normal isterse haddi alanın elinde olsun tazmin edilirler.”²⁰⁷
- 2- Menfaat mehir olabilir, bu da ona mal olarak itibar etmemize delildir; çünkü mehirin sıhhat şartlarından biri de mal olmasıdır. Allahu Teala onu mal olarak isimlendirerek şöyle buyurmuştur: “İffetli yaşamak ve zina etmemek kaydıyla, mallarınızla (mehir ile) istemeniz size helâl kılındı.”²⁰⁸ Musa Aleyhisselam’ın mehri menfaat olan kiralama idi. Allah’u Teala der ki; “Bana sekiz yıl çalışmana karşılık şu iki kızımdan birini seninle evlendirmek istiyorum. Eğer on yıla tamamlarsan bu da senin bileceğin bir şey.”²⁰⁹

²⁰³ Ruḥaybānī, Mustafā b.Sa’d (ö.1243/1827), *Maḳālību Ūlī’n-Nuhā fī Şerḫi Ġāyeti’l-Muntehā*, el-Mektebetü’l-İslāmī, 1994, c.3/s12.

²⁰⁴ El-Ḥafif, Ali, *el-Mulkiyye fī ş-Şerī’ati’l-İslamiyye ma’a’l-Muḳārana bi’ş-Şerāi’l-Vaḳ’i’yye*, Dāru’l-Fikri’l-‘Arabī, 1996, s.12.

²⁰⁵ Er-Remli, Muḥammed b. Ebi’l-‘Abbās (ö.1004/1595), *Nihāyetü’l-Muḥtāc ilā Şerḫi’l-Minhāc*, Dāru’l-Fikr, Beyrut, 1984, c.4/s.288.

²⁰⁶ El-Kurṭubī, *Bidāyetü’l-Muctehid ve Nihāyetü’l-Muḳteşid*, c.4/s.106.

²⁰⁷ İbnu’l-‘A’rabī, Muḥammed b. ‘Abdullāh, (ö.543/1148), *el-Mesālik fī Şerḫ Muvattā’ İbn Mālik*, (thk. Muḥammed b. Ḥuseyn Süleymānī + ‘Āiše binti Ḥuseyn Süleymānī), Dāru’l-Ġarbi’l-İslāmī, Beyrut, 2007, c.6/s.327.

²⁰⁸ *Nisa/ 24.*

²⁰⁹ *Kasas/ 27.*

Hız. Peygamber (s.a.v.) bir adamı menfaat kabilinden olan Kur'an-ı Kerim'i öğretmesini şart koşarak evlendirdi.²¹⁰ Sehl b. Sa'd rivayet eder; bir kadın Resulullah (s.a.v.) geldi ve dedi ki: "Ey Allah'ın Resülü ben nefsimi sana hibe ettim." Oradan bir adam kalkarak: "Onu benimle evlendir." dedi. Resulullah da şöyle buyurdu: "Onu, Kur'an'dan bildiğin kadarını öğretmen şartı ile seninle evlendirdik."²¹¹ Başka bir rivayette ise şöyle geçer: "Kalk ona yirmi ayet öğret senin eşin olsun".²¹² Buradan açıkça anlaşıldığı üzere ona öğrettiği Kur'an ayetlerini mehir kıldı ve bu da Kur'an öğretmenin mehir sayılmasının cevazına delil teşkil etmektedir.²¹³

- 3- İçinde birçok fayda barındıran mallar Ademoğlunun faydası için yaratılmıştır ve malın maksadı bizatihi kendisi değil sağladığı faydadır. Bu durum içinde birçok fayda barındıran menfaatte de gerçekleşmektedir. Dolayısıyla menfaati mali olandan ayırmak doğru değildir. Eğer menfaat olmasaydı ayniler mal kabilinden sayılmazdı. Çünkü aynı malların bizatihi değil içerdiği faydalar kaydedilir.²¹⁴ İbn Kudame der ki: "Üzerine akit yapılan menfaat kabilindendir. İmam Malik, Ebu Hanife ve İmam Şafii'nin ashabının çoğu gibi birçok ilim ehli bu görüşü paylaşmaktadır. Bazıları da der ki menfaat değil ayan üzere akit yapılır, çünkü var olan bir şeydir ve akit ona izafe edilir. Denir ki, evimi sana kiraya verdim veya sattım. Üzerine akit yapılan şey akit ile elde edilir, dolayısıyla o aynı olanın dışında menfaat kabilindendir. Çünkü ücret menfaat karşılığında gerçekleşir, bu sebeple aynilik dışında tazmin edilir. Mukabilinde ivad (karşılıklı) olan şey, üzerinde akit yapılan şeydir. Aktin ayniye izafe edilmesinin sebebi aktin menfaat kaynağı olmasıdır".²¹⁵

Bu açıklamaları özetleyecek olursak cumhurun nezdinde mal kavramı Hanefilerin mal kavramından daha geniştir. Çünkü onların mal kavramına getirdikleri tanım aynı malı içine aldığı gibi, alım satım yapan marketler gibi sahiplerine kazanç sağlayan ve günümüzde iktisadi bir değer kazanan menfaat, hizmetler ve hakları da içine

²¹⁰El-Mūsī, *el-Muā'vada ala 'Huḳuk ve Davabiḩu ve Taṭbiḩu*, s.189.

²¹¹El-Buḩārī, *Şaḩīḩi 'l-Buḩārī*, c.3 /s.100 / sayı 5121, En-Neysābūrī, Müslim b. ḩaccāc (ö.261/874), *Şaḩīḩu Muslim*, (thk. Muḩammed Fuād 'Abdubākī, Dār İhyai't-Turāsi'l-'Arabī, Beyrut, t.y, c.2/s.1040/ no: 1425

²¹²En-Nesāī, Ahmed b.Şu'ayb (ö.303/915), *es-Sünenü 'l-Kubrā*, (thk. ḩasan Abdulmunim Şelebī) Müessesetu'r-Risāle, Beyrut, 2001, c.5/s.217/no:5480, Es-Sicistānī, *Sünenü Ebī Dāvūd*, c.2/s.236/no: 2112) (Elbani zayıf olduğunu söyledi).

²¹³ En-Nevevī, Ebū Zekeriyā Yahya b. Şeref (ö.676/1277), *Şaḩīḩu Muslim bi-Şerḩi'n-Nevevī*, (thk. Muḩammed Fuat Abdülbakī), Dāru'l-Kutubi'l-'İlmiyye, Beyrut,1972, s.183.

²¹⁴ Ez-Zeydan, Abdülkerim, *el-Medḩal li-Dirasetu'ş-Şerī'ati'l-İslāmiyye*, Müessesetur'-Risāle, Beyrut, 1976, s.219.

²¹⁵ El-Makdisī, *el-Muḩnī*, c.8/s.7-8.

almaktadır.²¹⁶ Bu noktada racih olan görüş ise insanların örfe ve muamelelerine binaen menfaati ve hakları mal kabilinden gören cumhurun görüşüdür. Özellikle örf İslam dininde; herhangi bir nassa aykırı düşmediği ve dinin asılları ile çakışmadığı sürece nazarı itibar edilen bir husustur.²¹⁷ Buna ilaveten cumhurun görüşü kanuni olarak da kayda geçmiş görüştür. Nitekim kanunda mal kavramı menfaat sağlayan her şey anlamında geçmekte olup, şahsi haklardan bir hak da olabildiği gibi, ayni mal veya mali kıymeti olan her şey mal olabilir.²¹⁸

Cumhur ve Hanefiler arasında yaşanan bu ihtilaf, ticari anlaşmazlıklardaki arabuluculuk kavramıyla ilintili sonuçlar doğurmuştur. Nitekim menfaatin ve hakların mal olarak nazarı itibare alınmaması bu konuda yaşanan anlaşmazlıkları çözüme ulaştırmada arabuluculuk yapılmasını engeller çünkü Hanefilerde mütekavvim değildirler. Ancak cumhurun görüşünde olduğu gibi, menfaati mal olarak nazarı itibara aldığımızda ise iki taraf arasındaki anlaşmazlığı ortadan kaldırmak için husumeti arabuluculuğa sevk edebiliriz. Buna örnek olarak Hanefilerde kira akdi kiracının ölümü ile sonlanır çünkü menfaat varis kılınan bir mal değildir, dolayısıyla süresi bitene kadar yürürlükte kalır.²¹⁹ Günümüzde ise elektronik ve aritmetik programlar ve buna benzer programların kullanımı gibi menfaate ve haklara dayalı birçok anlaşmazlığa itibar edilmemesi bu konularda, anlaşmazlık mefhumuna girmemesi sebebiyle arabuluculuğa engel olur. Bu ise birçok noktada kısıtlama yaşatır ve anlaşmazlık yaşanan birçok konunun ıslahına mani olur. Dolayısıyla insanlar arasında kıymeti olan şeyin mali vasfa sahip olması görüşü tercih edilir.

3- Muavadat Akdi

Muavadat akdi; ticari anlaşmazlıklara konu bir saha olup ve aralarında ayrılmayan yakın bir bağ vardır. Bu noktada muavadat akdinin mahiyetini tanımlayacak bir giriş yapmak elzemdir. Muavadat sözlükte; mufaa'le (مفاعلة) vezninden olan muavada (معاوضة) kelimesinin çoğuludur. Asıl itibari ile bedel yani karşılık anlamına gelmektedir. Bu

²¹⁶ El-Cev'ānī, Muḥammed Necīb, *Ḍavābitu't-Ticārati fi'l-İktisādī'l-İslāmī*, Dāru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut, 2005,192.

²¹⁷ El-Ḥafif, *el-Mulkiyye fi's-Ser'ati'l-İslamiyye ma'a'l-Mukārana bi's-Serāi'l-Vad'i'yye*, s.12.

²¹⁸ Ez-Zuhaylī, *el-Fıḥḥu'l-İslāmī ve Edilletuhu*, c.4/s.42, El-Ḥafif, *el-Mulkiyye fi's-Ser'ati'l-İslamiyye ma'a'l-Mukārana bi's-Serāi'l-Vad'i'yye*, s.11.

²¹⁹ Ez-Zuhaylī, *el-Fıḥḥu'l-İslāmī ve Edilletuhu*, c.4/s.42.

bağlamda (إستعاضه) Ondan karşılık, tazminat istedi ve (عروضه معاوضة) ona karşılığını verdi, denir. Yine (إعتاضه) tazminat ister halde ona geldi, kullanımı mevcuttur.²²⁰

Terim anlamına gelince Şerhu's-Sağır adlı eserinde Derdir kavramı şöyle tanımlar: “(Satış muavadat aktidir.) Muavada mufaale veznindendir: Satıcı ve müşterinin her birinin diğerine aldığı şeye bedel olarak verdiği şeydir”. Savi ise şöyle tanımlar: “Muavadat akdi: iki tarafın mubadele ile yaptığı akdi içerir.”²²¹ Muavadat akdi tebadül (bedel) akdi olarak tanımlanır, sözleşmeyi gerçekleştiren taraflar arasındaki mübadele ile bir tarafın diğer tarafa ait olanı mülk edinmesi esasına dayanmaktadır. Gerçekleşen tebadül; satışın her çeşidi, sarf, borç, ikrara dayalı sulh gibi malın mal karşılığında edinilmesi olabildiği gibi kira, imal etmek, tarım, sulama, ortaklık gibi malın menfaat karşılığında elde edilmesi de olabilir.²²² Ez-Zerka ise şöyle tanımlar: “İnşa esası üzerine bina edilen ve akdi gerçekleştiren iki taraf arasında mubadele ile gerçekleşen bir tarafın bir şey verdiği, öbür tarafın ise aldığı akiddir. Satış, kira, bir malın mal ile sulhu gibi.”²²³ Bu noktada arabuluculuğun merkezi olan sulh muavadat akdi altında sınıflandırılır. Sulh, mana itibari ile muavadaya benzemesi yönünden bu kavram ile ilişkilidir. Bu sebeple İslam Hukukçularının çoğu musalaha kavramını muavada anlamında kullanmışlardır.²²⁴ Bu bağlamda Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye kavramı şöyle tanımlar: “O üzerinde sulh yapılan şey veya sulhun bedelidir.” Çünkü bedel üzerine sözleşme yapılan sulh satım olarak nitelenir. Fakihler malda sulhu, mali sözleşme yönünden ele alırlar. Eğer mali muameledeki sulhte bir fesad veya haram söz konusu olursa, sulhe faiz veya fesad karışması ya da cehalet veya tehlike söz konusu ise sulhü menederler.²²⁵

Ticaretin tanımını yaparken alım satımı ve ticari muavadat anlaşmalarını içine aldığını, ivad için meşruiyet, sözleşme için ise ticari vasıf şartının olması gerektiğini ve kazanç amacının güdülmesini zikrettik. Bu sayede maddi kazanç hedefinin güdülmediği karz gibi tebeeru²²⁶ akitleri konumuz dışında tutulmuştur. Ticari anlaşmazlıkların diğer şartlarını daha iyi ifade edebilmemiz için bu şartları; ticari anlaşmazlıklara bağlı genel

²²⁰ Mecma' el-Luğatu'l- 'Arabiyye, Kahire, *el-Mu'cemu'l Vasi't*, c.2/s.637; İbn Fâris, *Mu'cem Meḳayisi'l-Luḡa*, c.4/s.188, Ferahidi, *el-A'yn*, c.2/s.193.

²²¹ Es-Sāwī, Aḥmed b. Muḥammed, (ö.1241/1825), *Bulḡatu's-Sālik li-Aḳrabi'l-Mesālik*, Dāru'l-Me'ārif, t.y. c.3/s.12.

²²² El-Faḳī, Muḥammed Ali, *Fıḳhu'l- Mua'melat*, Daru'l-Muriḥ, El-Memleketu'l-Arabiyye es-Suūdiyye, 1986, s.162.

²²³ Ez- Zerḳā, Mustafa Aḥmed, *el-Medḥal-el-Fıḳhi'l- 'Āmm*, Dāru'l- Ḳalem, Dimeşk, 2004, c.1/s.640.

²²⁴ El-Mūsī, *el-Muā'vaḍa ala'-Ḥuḳuḳ ve Ḍavabiḩuha ve Taṭbiḩuha*, s.182.

²²⁵ Abdunnūr, *es-Şulḩ ve Eşeru fī İnḩāi'l-Ḥuşūme fī'l-Fıḳhi'l-İslāmī*, s.161.

²²⁶ Teberru Akdi: Mülk edinmenin karşılıksız olduğu akittir. Teberrü, müteberri olduğu şeyde ivad istemez. Hibe etmek, vasiyet, vakfetmek, sadaka veya ödünç vermek gibi. El-Faḳī, *Fıḳhu'l- Mua'melat*, s.162.

şartlar ile anlaşmazlığın çıktığı noktaya bağlı şartlar olarak iki kısma ayırmamız gerekmektedir.

3.2.1.2. Ticari Anlaşmazlıkların Şartları

- 1- Anlaşmazlığın ticari boyutta olması: Anlaşmazlıklar İslam hukukçularının belirttiği gibi anlaşmazlık yaşayanların durumu ve anlaşmazlığa iten sebepler açısından kısımlara ayrılır. Bunlardan bir kısmı güç elde etmeyi hedefleyen ve siyasi gruplar veya devletler arasında cereyan eden siyasi anlaşmazlıklar olarak addedilirken, bir kısmı da iki eş arasında vuku bulan ailevi anlaşmazlıklar olarak isimlendirilen ve bir kısmı nafaka gibi mali haklara dayanan anlaşmazlıklar gibi içtimai anlaşmazlıklar olarak addedilir. Bunlar bizim konumuza girmemektedir.
- 2- Anlaşmazlık yaşanması: Daha önce de bahsettiğimiz gibi, husumet ve hakim önünde davalışmanın söz konusu olduğu yerde anlaşmazlık söz konusudur. Çünkü anlaşmazlığın esas yeri kalptir ve gizlidir, ancak davalışma ve mahkemenin huzurunda hak iddia etmek ile kanuni olarak ortaya çıkar. Söz gelimi bir kişi başka birine daha önce husumet olmadan “Evini bana şu kadar paraya sulh yoluyla devreder misin?” derse öbür kişi de kabul ederse işte bu durumda asıl olan butlan/geçersizliktir. Çünkü sulh lafzı husumetin yani davanın varlığını çağrıştırmakta, önceden bir tartışma olmasını gerektirmektedir.²²⁷ Ancak sözlü tartışmalar gibi kanun dışı anlaşmazlıklar çoğu zaman kanuni sıfatı ile arabuluculuğa ihtiyaç duymaz, ancak bu tür anlaşmazlıklar kanuni anlaşmazlıklar kapsamına girmez çünkü hakların, aracılık ehliyeti olan birinin iş el atmasına dayalı davalışma ve soruşturma ile bağlantısı yoktur.
- 3- Anlaşmanın hakiki boyutta olması: Bazen anlaşmazlık noktasına veya bizzat tarafların kendilerine dayalı cehaletlerinden dolayı iki taraf da aralarında anlaşmazlık yaşadığını zannedebilir, bu noktada hakime düşen görev; anlaşmazlığa ve tarafların delillerine bakarak davayı arabuluculuğa iletmekten anlaşmazlığın hakiki olup olmadığına bakmaktır. Eğer davada husumetin şartları tahakkuk etmiyorsa davaya bakmaz ve davayı düşürür.²²⁸

²²⁷ Eş-Şirbînî, *Muğnî'l-Muhtâc ilâ Ma'rîfetü Maâ'nî Elfâzî'l Minhâc*, c.6/s.276: el-Büceyrimi, Süleyman b. Muhammed (ö.1221/1806), *Hâşiyeti'l-Becirimi 'a la Şerhi'l-Minhâcî*, Matbaatu'l-Halebi, 1950, c.3/s.3.

²²⁸ Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'yi şerh edenlerden bir kısmı davayı; sahih, fasit ve batıl olmak üzere üç kısımda ele almayı uygun görmüştür. Sahih: Tüm şartları barındıran ve meşru talebi kendisinde barındıran

3.2.1.3. Ticari Anlaşmazlık Mahallinin Nitelikleri

1- Anlaşmazlık Allah haklarından değil, kul haklarından olmalıdır. Bu hak, aynı mal veya borç ya da aynı mal veya borç dışında da olabilir. Çünkü anlaşmazlık noktası sulh akdi olup Allah'ın haklarından hiçbirinde sulh iddia edilemez. Sulh ile anlaşmazlıkları ortadan kaldırmada hakların hepsinin veya bazısının ödenmesi ya da düşmesi ya da ivadı ile tarafların kendisi tasarruf sahibidir. Bu hususların hiçbirisi başkası hakkında caiz değildir.²²⁹ Yollar, bahçeler, devlet hastaneleri gibi kamuya açık ve devletin mülkünde olan mallar Allah'ın hakkı olarak addedilir. Örnek olarak, iki kişinin umuma ait bir bahçenin mülkiyeti hakkında çekişmesi anlaşmazlık kabilinden sayılmaz çünkü kamuya ait alanlar Allah'ın mülkiyetine aittir ve kendi mülküne almaksızın tüm Müslümanlar ondan faydalanma hakkına sahiptir. Başka bir örnek verecek olursak; bir adam umuma ait bir yolda gölgelik (baraka) edinir ve başkası onu izale etmek isteyip bu konuda onunla husumet yaşarsa ve aralarında bir mal üzerine anlaşma sağlarsa bu noktada sulh batıldır. Çünkü yol tüm Müslümanların hakkıdır herhangi bir kişinin mülkiyetinde olamaz, ona ait olan hak o yoldan geçiş ve trafik hakkıdır, bu ikisi de malın sıfatlarından, sulh caiz değildir.²³⁰ Sulhun caiz olmadığı bir konunun anlaşmazlığı söz konusu olmaz.

2- Anlaşmazlığın şer'i boyuttaki sözleşme kuralına elverişli olması: Eğer şer'i boyuta uygun olmazsa, sözleşme geçerli sayılmaz. Buna dayalı olarak, ölü gibi mal olmayan veya içki, domuz eti gibi şer'i olarak mal kabul edilmeyen mallarda da akit geçerli değildir çünkü; bu mallarda bedel caiz değildir²³¹. Dolayısıyla da sözleşme ve bedel olmayan anlaşmazlık, anlaşmazlık noktası olarak kabul edilmez. Eğer Müslümanlar domuz etine bağlı ticari bir anlaşmada anlaşmazlığa düşerse, domuz etinde ittifak sağlanıp sözleşme yapılması caiz olmadığı için, arabuluculuğa yönlendirilecek bir anlaşmazlık olarak itibara alınmaz. Bu

davalardır. Satılan bir şeyin parasını talep etmek veya gasp edilen bir şeyin iadesini istemek gibi. Fasit: esas şartları barındıran ancak bazı açılardan birtakım şartları bozan davalardır. Dava konusunda cehaletin bulunması gibi, bu noktada hakim davayı geri çevirmez ancak konunun belirlenmesi için davanın tashihini ister. Batıl: asıl itibari ile gayri meşru olan davadır. Birinden sadaka talebi veya batıl olan bir sözleşmenin gerçekleştirilmesi istemi veya komşuluk sebebi ile borcun kaldırılması gibi. Böyle davalarda hüküm verilmez bilakis hakim davayı reddeder. Ez-Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletuhu*, c.6/s.775, Vakıflar ve İslami İşler Bakanlığı, *Mevsûa'tu'l-Fıkhîyyetu'l-Kuveytiyye*, Zatu's-Selasil, Kuveyt, 1990, s.281-282

²²⁹ El-Kāsānî, *Bedā'i'u's-Şanā'i' fî Tertîbu's-Şerā'i'*, c.6/s.48.

²³⁰ El-Kāsānî, *Bedā'i'u's-Şanā'i' fî Tertîbu's-Şerā'i'*, c.6/s.49; eş-Şirbînî, *Muğnî'l-Muhtâc ilâ Ma'rifetu Ma'ā'nî Elfāzî'l-Minhâc*, c.3/s.172; eş-Şirāzî, İbrahim b. Ali (ö.476/1083), *El-Muhezzeb Fi Fıkhî'l-İmami's-Şafîi*, Daru'l-Kütübü'l-İlmiyye, c.2/s.138.

²³¹ El-Fakî, *Fıkhü'l-Mua'melat*, s.143, Semhân, Eyyed Şalâh, *Akdu's-Sulh fî'l-Mu'amelâti'l-Mâliyye fî Fıkhî'l-İslâmî*, en-Necâh Üniversitesi, 2006, s26.

durumda arabuluculuğun hiçbir kıymeti yoktur. Buna şufa (komşuluk hakkı) gibi bedel kabul etmeyen haklar da ilave edilir. Şufa hakkı sahibi, şer'i anlamda sahip olduğu şufa hakkı konusunda satışa çıkan daireyi belli bir meblağ karşılığında başka bir müşteriye teslim etme konusunda anlaşmaya gitmek istese bu anlaşma geçersiz sayılır. Çünkü bu konuda şufa hakkı sahibi, anlaşma hakkına değil sadece temellük hakkına sahiptir. Sadece bu konuda yetki sahibidir, sözleşme konusunda hak sahibi değildir. Dolayısıyla, kendi mülkünde sabit olmayan mal karşılığında bir şey alması haram olan rüşvet sayıldığı için bu konuda anlaşma yapması söz konusu olamaz.²³²

3- Anlaşmazlık noktasının bilinmesi: İslam Hukukçuları bu noktada iki görüşe ayrılırlar:

Birincisi: Hanefiler iki durumu birbirinden ayırırlar. Birincisi, anlaşmazlık noktasının teslimi ihtiyaç duymasıdır. Bunun malum olmasını şart koşarlar. Buna örnek olarak, dinar veya dirhem gibi para kabilinden olan mallarda yaşanan anlaşmazlıkta para değeri zikredilmeli veya teslimi söz konusu olan elbise, hayvan ve benzeri ürünlerde yaşanan anlaşmazlıkta tayin edilmesi ve sıfatlarının zikredilmesi gerekmektedir. Davalaşma gibi alıma ihtiyaç duymayan konularda ise durum tam tersidir. Örneğin, bir kişi başka bir kişinin evi üzerinde hak iddia ediyor, o da evi üzerinde hak iddia etmekte olup bu noktada anlaşılırlarsa anlaşmaları geçerli olur.²³³

Bu noktada Hanbeliler ve Malikiler de anlaşmazlık noktasının bilinmesinin özü haline bu görüşle aynı fikirdedir. Bu konuda gerektiğinde helalleşme caizdir (anlaşmazlık yaşayan tarafların her biri kendi hakkını kardeşine helal eder).²³⁴ Bu konudaki delilleri ise, anlaşma nasıl bedel yoluyla sağlanıyorsa hakların düşmesi ile de sağlanabilir. Bu hak düşürülmesi meçhul olan bir şey için de caizdir. Çünkü malum olan ve aynı olarak hakkın eda edilesinde caiz ise meçhul olan bir şeyde caiz olması evladır. Caiz olmama durumu ise malın zayi olmasına sebep olur. Burada bahis konusu olan anlaşma satış değil, feragat etmedir. Buna delil olarak Ümmü Seleme hadisini zikrederler. Hz. Ümmü Seleme'nin rivayetine göre, Hz. Peygambere eski bir miras dâvasını çözmek üzere iki kişi müracaat

²³² El-Bābertī, Muhammed b. Muhammed (ö.786/1384), *el-İnāye Şerhu'l- Hidāye*, Dāru'l-Fikr, t.y, c.8/s.16; El-Kāsānī, *Bedāi'u's-Şanāi' fī Tertību's-Şerāi'*, c.6/s.49.

²³³ İbn 'Ābidīn, *Reddi'l-Muhtār ala'd-Durri'l- Muhtār*, c.5/s.628.

²³⁴ El-Makdisī, *el-Muğnī*, c.7/s.23; el-Behūtī, *Keşfu'l- Kanā' an Metni'l-İknā*, c.3/s.396; Ed-Desūki, Muhammed b. Ahmed (ö.1230/1814), *Hāşiyetu'd- Desūki 'ale's-Şerhi'l-Kebir*, Dāru'l-Fikr, t.y, c.3/s.310; Eş-Şevkānī, Muhammed b. 'Alī (ö.1250/1834), *Neylu'l-Evtār*, (thk. İsamuddīn Sababidi), Dāru'l-Hadis, 1993, c.5/s.304.

eder. Dâvayı çözecek delilleri olmayınca Efendimiz, “Siz bana gelip davallaşıyorsunuz. Ben de bir beşerim. Belki sizin bazınız bazınızdaki daha düzgün ve belîğ bir şekilde ifade bulabilir. Ben de işittiğime göre hüküm veririm. Şunu iyi biliniz ki, zahir delillere istinaden kime hakkı olmadığı halde kardeşinin hakkını vermiş olursam, o, bunu almasın. Zira bu durumda ben ona cehennemden bir ateş parçası vermiş olurum” diye açıklamada bulununca, iki adam da ağlayarak “Benim hakkım kardeşimin olsun!” der. Hz. Peygamber de, “Madem böyle diyorsunuz, o zaman gidip malı taksim ediniz. Sonra hakkı araştırınız. Bundan sonra da kura ile kendi payınıza düşeni belirleyip helâlleşiniz!” buyurmuştur.”²³⁵ Bu, hakların düşmesi üzere sağlanan anlaşmadır ve bu yüzden meçhul olsa bile geçerli sayılır.

İkincisi: Şafiilerin görüşüdür nitekim onlar meçhul üzerine anlaşmanın caiz olmadığı görüşündedir²³⁶. İmam Şafii şunu zikretmiştir: “Çünkü anlaşmanın aslı satım konumundadır, satışta caiz olan anlaşmada da caiz olmaktadır aynı şekilde satışta caiz olmayan anlaşmada da caiz olmaz.”²³⁷

İmam Şafii bu görüşüne şu hadisi delil getirmektedir; Rasulullah sallallahu aleyhi ve sellem şöyle der: “Haramı helal, helali de haram kılan anlaşmalar dışında Müslümanlar arasındaki her anlaşma caizdir”.²³⁸ Bu hadisin akabinde şunlar söylemiştir: Benim yanımdaki anlaşmalardaki haramlardan biri de satışı olsa haram sayılacak meçhul üzerine anlaşma yapmaktır.”²³⁹ İmam Şafii hadisi zayıf olarak niteleyerek reddeder ve yalan olduğunu söyler. Bu konuda Ebu Davud ona muvafakat eder.²⁴⁰ Yine Malikiler, Hanbeliler anlaşmazlık noktasının bilinmesi durumunda aynı görüştedirler. “Eğer anlaşma aynı ise malum olması gerekmektedir yoksa meçhul sayılır ve caiz değildir, bu şart ise satış veya kira olsun her anlaşmada böyledir.”²⁴¹

²³⁵ Es-Sicistânî, *Sünenü Ebî Dâvûd*, c.3/s.302/no: 3584). Elbani zayıf olduğunu söyledi. Buhari ve Müslim’in Ümmü Seleme’den rivayet ettiği diğer bir hadiste: “Sizler benim yanımda hasımlaşıyorsunuz, bazınız bazınızdaki daha iyi kendinizi savunuyor, sözünden dolayı kimin lehine kardeşinin hakkından bir şey ile hüküm verdiysem, ateşten bir parça vermiş olurum bunu almasın. El-Buhârî, *Şahîhi’l-Buhârî*, c.3/s.180/no: 2680, En-Neysâbü’rî, *Şahîhu Muslim*, c.3/s.1337/no: 1713.

²³⁶ En-Nevevî, *Ravdatu’t-Tâlibîn ve ‘Umdetu’l-Muflîn*, (thk. Zuheyr eş-Şâviş), el-Mektebu’l-İslâmî, Beyrut, 1991, c.4/s.203.

²³⁷ Eş-Şafîî, *el-Um*, c.4/s.463.

²³⁸ İbn Mâce, Muhammed b. Yezîd (ö.273/886), *Sünenü İbn Mâce*, (thk. Muhammed el-Bâkî), Dâr İhyâi’l-Kutubi’l-‘Arabiyye, t.y, c.2/s.788/no: 2353; Es-Sicistânî, *Sünenü Ebî Dâvûd*, c.3/s.304/no: 3094, el-Elbani sahih olduğunu söyledi.

²³⁹ Eş-Şafîî, *el-Um*, c.4/s.463.

²⁴⁰ Eş-Şevkânî, *Neylu’l-Evâr*, c.5/s.304.

²⁴¹ Ed-Desûkî, *Hâşiyetu’d-Desûkî, a’lâ’s-Şerhu’l-Kebir*, c.3/s.310, el-Behûtî, *Keşşâfu’l-Kana’ a’n Metni’l-İkna’*, c.3/s.394.

Bu iki görüşü ortak noktada birleştirecek olursak; asıl olan anlaşmazlık yaşanan şeyin malum olmasıdır çünkü o davalama ve hakimın karşısında şahitliğin vuku bulduğu noktadır. Ancak anlaşmazlık yaşanan şeyin davanın başlangıç aşamasında genel anlamda bilinmesi yeterlidir. Geriye ise sadece mesuliyeti yerine getirmek ve beyan ile delillere dayanarak yaşanan anlaşmazlığın hududunu belirlemek ve davalama süreci için tafsillendirmek kalır. Bu şartın yani dava konusunun bilinmesinin şart koşulmasının sebebi; davalının dava hakkında bilgisi olmaksızın davaya icabet etmek gibi bir zorunluluğunun olmamasıdır. Şahitlerde de aynı şey söz konusudur, onların meçhul olan bir konuda şahitlik etmeleri söz konusu değildir. Yine hakim de bilinen bir dava söz konusu olmadan hüküm veremez.²⁴² Konunun tam anlamı ile bilinmesi beklenemez, zira eğer bilinseydi anlaşmazlık için bir sebep olmazdı. Anlaşmanın hikmeti ise taraflar arasındaki anlaşmazlıkların giderilmesi ve ihtilafa sebep olan şeylerin bitmesidir.²⁴³ Bu ise sıfatı ve mahiyeti bilinmeyen meçhul bir konuda olması mümkün olmayan arabuluculuk kapsamına girer. Şafii mezhebinde ve diğer İslam hukukçularının kastettiği anlaşmazlık alanı hakkındaki cehalet genel bir cehalettir, davacıya düşen sadece davasını ispat etmektir. Nebi sallallahu aleyhi ve sellemden şöyle rivayet edilir: “Her davacıya iddia ettikleri şey verilseydi insanlar kavimlerin mallarını ve kanlarını talep ederlerdi, ancak davacıya düşen beyyinedir, davalıya düşen ise yemindir.”²⁴⁴ Burada anlaşmazlıktan beslenerek bedel karşılığında husumetten vazgeçmenin kastedildiği davaların menedilmesi söz konusudur.

Arabuluculuğun şartlarından ikinci ise; husumette hak iddia eden ve anlaşmazlık yaşayan iki taraftır. Arabuluculuk kavramı anlaşmazlığı harekete geçiren ya da anlaşmazlığın tarafları olarak isimlendirilen iki tarafa veya İslam Hukukçularının tanımlarında geçtiği gibi dava işlemine dayalıdır. Bu noktayı bahsimizin ikinci kısmında beyan edeceğiz.

3.2.2. Anlaşmazlık Yaşayan Taraflar

Bu kısımda anlaşmazlık yaşayan taraflar kavramını, İslam hukukçularının bu kavrama dair ortaya koyduğu şartları ve arabuluculuğun taraflar arasındaki anlaşmazlığı

²⁴² Ez-Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletuhu*, c.6/s.774.

²⁴³ Es-Senendecî, Abdulkadir b. Muhammed (ö.1304/1886), *Mevāhibu'l-Bed' fi Hukmi't-Teşrî'*, 'İlmu Kürdistan Matbaası, Mısır, 1911, s.38.

²⁴⁴ El-Beyhakî, Ahmed b. Hüseyin, (ö.458/1065), *es-Sünenü's-Şağir li'l-Beyhakî*, (thk. 'Abdulmu'tî Emîn Kāl'acî), Cāmi'atu'd-Dirāsatu'l-İslāmiyye, Pakistan, 1989, C.10, s.427, sayı21201, İbn Māce, *Sünenü İbn Māce*, C.2, s.778, sayı 2321, Elbani sahih dedi.

ve husumeti defetmesini de ilave etmek sureti ile hem sözlük hem de terim anlamı itibari ile ele alacağız.

3.2.2.1. Anlaşmazlık Yaşayan Tarafların Kavramsal Anlamı

3.2.2.1.1. Sözlük Anlamı

Münazaat veya mütenazi‘at kelimelerinin ikisi de neze‘a (نَزَعَ) kökünden gelmekte ve aynı manayı içermektedir:

- 1- Birinci anlamıyla münazaa çekişmek, anlaşmazlığa düşmek anlamındadır. Kişi bir şey hakkında çekişti, onu çekti bir konu hakkında biriyle çekişti yani anlaşmazlığa düştü, anlamındadır. Yine hakkı hususunda çekişti, bir şeyde mülkiyeti hakkında çekişti denilir. Bu bağlamda çekişen iki grup ile ihtilafa düşen iki grup kastedilir.²⁴⁵
- 2- İkinci anlam ise tenâze‘a (تَنَازَع) fiili ile alakalıdır. Bu fiil (تَنَازَعُ فِيْهِ) olmak üzere iki şekilde gelmektedir. Kavim ayrılığa yani anlaşmazlığa düştü ve ihtilaf etti, iki arkadaş ayrılığa düştü yani tartışma yaşadıkları bir mesele hakkında aralarında ittifak edemediler, kullanımları bu mana ile alakalıdır. Yine bu bağlamda, kavim bir şey hakkında ayrılığa düştü yani çekişti, denir.²⁴⁶

Buradan elde ettiğimiz çıkarım; hak talebi ile kendi aralarında çekişen iki taraf anlamına gelmektedir. Bu da, davalasma sürecinde hak talebi ile anlaşmazlık yaşayan taraflar manasını taşımaktadır. Bu nokta bizi kavramın terim anlamına da götürmektedir.

3.2.2.1.2. Terim Anlamı

Bu kavramın İslam hukukçularının literatüründeki anlamı, anlaşmazlığın terim anlamını beyan ederken zikrettiğimiz gibi husumet ve dava ile bağlantılıdır. Buna binaen bu kavramı, husumet ve anlaşmazlık yaşayan iki taraf, şeklinde tanımlayabiliriz. “Dava taraflarından kasıt, aralarında çekişmenin yaşandığı şahıslar olup davacı ve davalı olarak

²⁴⁵ ‘Ömer, Ahmed Muhtâr (ö.1224/1809), *Mu‘cemu’l-Luğati’l-‘Arabiyye el-Muāşıra*, ‘Ālemi’l-Kutub, 2008, c.3/s.2193, c.1/s.654.

²⁴⁶ Mecma’ el-Luğatu’l- ‘Arabiyye, Kahire, *el-Mu‘cemu’l Vasit*, c.2/s.914; ‘Ömer, *Mu‘cemu’l-Luğati’l-‘Arabiyye el-Muāşıra*, s.3193.

isimlendirilir. Her iki taraf da bir veya birden fazla kişiden olabilir. Ancak ikinci durumda tarafların sayısı sınırlı olmalıdır.²⁴⁷

Burada zikrettiğimiz taraflar, arabulucunun tanımında zikrettiğimiz tarafların kendisidir. Bu noktada, arabuluculuğun husumete dahil olmasından sonra arabulucu tarafları kavramına dönüşen dava tarafları kavramı hakkında İslam hukukçularının yorumunu ele almak gerekir. Şekli anlamda fark olsa da ikisinde de tahakkuk eden mana, davalasma ile arabuluculuk kavramı arasındaki ilişkiyi temsil eder ve taraflar arabuluculukta etkin faktördür ve arabuluculuğun kanuni otoritesini temsil eder. Dava tarafları insanlardan oluşmaktadır, erkek veya kadın olabilir. Husumet ve anlaşmazlık noktasında kadınların hükmü erkeklerle aynıdır. Dava sürecinde beyan, yemin ve muhakemede aralarında hükmen bir farklılık yoktur. Kadınların mülk hakları, had cezaları ve öldürülmeleri erkekler gibidir. Asli durum bu olmakla beraber istisnaları olursa kadın ve erkek arasındaki hüküm değişebilir.²⁴⁸

Taraflar, İslam hukukçulara göre davacı ve davalı olmak üzere ikiye ayrılır. Bazen, iki taraf, sözleşmede ihtilaf yaşayıp ikisi de farklı bir ücret iddia ederek birbirinden davacı olmak sureti ile hem davacı hem de davalı olabilir²⁴⁹. Bu ayrım davayla ilintili ve davanın ispatına vesile olacak birçok faktöre dayanır.²⁵⁰ Bu sebeple İslam hukukçuları davacı ve davalı kavramlarına farklı tanımlar geliştirmişler ancak davacının talep eden davalının ise kendisinden talep edilen olmasında ittifak sağlamışlardır²⁵¹. Hüküm verme konusunda hakime yardımcı olan davacı ve davalının tayinine giden davalasma sürecinde olduğu aksine, doğası gereği hüküm verme ve hak arayışı içermemesi dolayısıyla arabuluculuk,

²⁴⁷ İbnu'l-Ğars, Muhammed b. Muhammed (ö.894/1488), *el-Fevākihi'l-Bedriyye fi'l-Bahşi 'an Etrāfi'l-Kaḍiyyeti'l-Hikemiyye*, Dāru'n-Nīl, 1908, s.66.

²⁴⁸ Es-Semnānī, 'Alī b. Muhammed (ö.499/1105), *Ravḍatu'l-Ḳaḍā ve Turuku'n-Necāti*, (thk. Şalahaddīn Nāhī), Müessesetu'r-Risāle, Beyrut, 1984, s.177.

²⁴⁹ El-Murdāvi, *el-İnşāf fi Ma'rifeti'r-Rāciḥ mine'l-Ḥilāf*, Dār İhyāi't-Turāsi'l-'Arabī, Beyrut, 1986, c.11, s.370.

²⁵⁰ Hanefiler davacıyı, eğer husumet talebinden geri çekilirse zorlanmayan, davalıyı ise icabet etmeyi terk ederse zorlanan taraf olarak tanımlarlar. Malikilerin nezdinde ise davacı iddia sahiplerinden sebebe en uzak olan, davalı ise sebebe en yakın olandır. İkinci ibare birincinin açıklamasıdır. Davacının sözü, asıl ve örfün hilafına olan kişi, davalı ise sözü asla ve örf'e en yakın olan kişidir. Şafiilerin bir kısmı, davacıyı bir şeyi ispat eden davalıyı ise bir şeyi nefy eden olarak tanımlar. Bir kısmı ise davacı seçimi ile söz söyleyen, davalı ise cehren söz söyleyendir der. Hanbeliler ise, davacı sözü ile başkasının elinden bir şeyi alan ve kendi zimmetine geçiren, davalı ise bunu inkar edendir. Davacı talep eden davalı ise talep edilendir de denilmiştir. El-Kāsānī, *Bedāi'u's-Şanāi' fi Tertību's-Şerāi'*, c.6/s.224; El-Ḳarāfi, *el-Furūḳ* (thk. Ḥalīl Maṣṣūr), Dāru'l-Kutubi'l-İlmiyye, 1998, c.4/s.160; İbn Ebi'd-Dem, İbrāhīm b. 'Abdullāh, *Edebu'l-Ḳādi*, (thk. Muhyiddīn es-Serhan), Matbaatu'l-İrşad, Bağdad, 1984, s.145; El-Murdāvi, *el-İnşāf fi Ma'rifetu'r-Rāciḥ mine'l-Ḥilāf*, c.11, s.370.

²⁵¹ El-'Alevi, Süleymān Aḥmed, *ed-De'āva'l-Ḳaḍāiyye beyne's-Şeria' ve'l-Enẓimeti'l-Vaḍiyye*, el-Mektebetu's-Su'ūdiyye, 2012, s.78.

tarafklar arasını davacı davalı şeklinde ayırmaz.²⁵² Arabuluculuk ise, iki tarafın da rızasını alarak ortak bir noktada ittifakı sağlamak için tarafların birbirine yakınlaştırma esasına dayanır.

Ancak İslam hukukçularının beyan ettiği dava taraflarının şartlarından doğan ve arabuluculukta tarafların ehliyeti ile davaya veya İslam hukukçularının isimlendirdiği gibi velayete bağlı kanuni sıfatına taalluk eden arabuluculukta, taraflarda bazı şartların tahakkuk etmesi gerekir.

3.2.2.2. Taraflarda Tahakkuk Etmesi Gereken Şartlar

3.2.2.2.1. Ehliyet

Ehliyet: sözlük anlamı itibarıyla istihkak ve yetki elde etmek anlamına gelmektedir. Kişi bu konuda ehildir yani o işe müstehaktır, denilir.²⁵³ Terim anlamı ise kişinin lehine ve aleyhine olan meşru bir hakkın vucubuna yetkin olmasıdır.²⁵⁴

Ehliyet iki kısma ayrılır. Birincisi, insanın lehine ve aleyhine haklara sahip olma noktasında yetkinlik elde etmesi anlamına gelen vucup ehliyetidir. Buna hakka sahip olma salahiyeti de denilebilir. Çünkü ister kişinin bizzat kendisi isterse kişi üzerinde velayet hakkına sahip olan bir kimse aracılığıyla olsun, kişi bu sayede hakkını talep etme yahut kendisinden hak talep edilme imkanına sahip olur. Bu ehliyet, miras gibi bazı haklarda doğumdan önce nakıs, doğumdan sonra ise tam olur, çünkü kendisinin lehine veya aleyhine bir vucubiyet hali söz konusudur. Ancak bu durum kişiyi sözleşme yapmaya ehil hale getirmez. Kişiyi sözleşmeye ehil hale getiren nokta muamele ve tasarruf ehliyeti gibi kişinin eda etme ehliyetine sahip olmasıdır. Eda ehliyeti kişinin sarf ettiği sözlere bağlı kalmaya uygun bir yapıda olması gerekmektedir ve kişi bu konuda sorumlu olmaktadır. Kişinin bu bağlılık doğrutusunda kendisine beklenenlere uyması gerekir çünkü başkası ile beraber bir sözleşme gerçekleştirerek başkasının hakkına konu olmuştur.²⁵⁵ Arabuluculukta, diğer muamelelerde veya sözleşmelerde anlaşmazlık

²⁵² Yāsīn, *Naẓariyyetu'd-Da'vā beyne's-Şer'ati'l-İslamiyye ve Kānūnu'l-Murāfā'ti'l-Medeniyye ve't-Ticāriyye*, Dār 'Ālemi'l-Kutub, 2003, s.176.

²⁵³ Mecma' el-Luġatu'l- 'Arabiyye, Kahire, *el-Mu'cemu'l Vasiṭ*, c.1/s.31.

²⁵⁴ Buḥārī, 'Abdu'l-'Azīz b. Ahmed (ö.730/1329), *Keşfu'l-Esrār Şerḥ Uşūli'l-Bezdevī*, Dāru'l-Kutubi'l-İslamiyye, Kahire, t.y, c.4/s.237; Menāvi, *et-Tevkīf ala Muhimmāti't-Taā'rif*, s.67.

²⁵⁵ El-Ḥafif, Ali, *Aḥkāmü'l-Muā'melāti's-Şer'iyye*, Dāru'l-Fikri'l-Arabi, Kahire, 2008, s.260-261.

yaşayan iki taraf ehliyetinin, üzerine bina dildiği eda ehliyetinin sabit olması için akıl ve bülûğ şartının tahakkuk etmesi gerekir.

3.2.2.2.2. Akıl

Bu şart İslam Hukukçular arasında ittifak mahallidir.²⁵⁶ Mecnunun davası kabul edilmez, mecnun dava da edilemez. Dolayısıyla arabuluculuğun taraflarından sayılmaz. Bedâ'i'u's-Sanâ'i'de şöyle denilmektedir: “Davanın sahih şartlarının çeşitleri vardır bunlardan biri; davacının ve davalının akıl sağlığının yerinde olmasıdır. Mecnun davası geçerli değildir, mecnuna açılan dava da geçerli olmaz”.²⁵⁷ Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’de ise şöyle geçer: “Davacı ve davalının akıl sağlığının yerinde olması şarttır ve mecnunun davası geçersizdir.”²⁵⁸ Tarafların ikisi de mükellef olmalıdır.²⁵⁹ Mecnun ise mükellef değildir. Tasarrufu geçerli olanların dışındakilerin dava ve inkarı geçersizdir. Mecnunun ise tasarrufu geçerli değildir.²⁶⁰ Deliliği sebebi ile mecnun hacr edilir (kısıtlanır). Hakimin davasını dinlemesi ve onaylaması doğru değildir.²⁶¹ Bu şart arabulucudaki taraflar için de geçerlidir. Aklını yitirmiş taraflar arasında arabuluculuğun yapılması düşünülemez, çünkü böyle biri sözleşmeyi imzalamaya veya hakkını düşürmeye ehil değildir.

3.2.2.2.3. Bülûğ

Bülûğun anlamı; bir şahsın çocukluktan çıkması ve kişinin küçükken üzerine vacip olmayan şer’î teklifleri yerine getirmesini sağlayan hale ulaşmasıdır.²⁶² İslam hukukçuların bu şart hakkındaki görüşleri değişiklik arz etmektedir: Hanefiler ve Malikiler davacının bu şarta sahip olmasını gerekli görmez. Mümeyyiz olan çocuğun davacı olması geçerlidir.²⁶³ Temyiz akıllıların sözlerinden bir şey söylendiğinde onu

²⁵⁶ Cāvī, İbrāhīm İdrīs, *es-Şulh fi'l-Hukukı'l-Māliyye ve Mā Yeūlu İleyhā*, Cāmi‘atu Ummi'l-Kurā, Mekke, 1981; El-‘Aleyvi, *ed-De‘āva'l- Kaḍāi'yye beyne's-Şeria' ve'l-Enzīmeti'l-Vaḍi'yye*, s.72

²⁵⁷ El-Kāsānī, *Bedā'i'u's-Sanā'i' fī Tertību's-Şerā'i'*, c.6/s.222.

²⁵⁸ *Mecelle/ Madde 1616.*

²⁵⁹ El-Erdebili, Yusuf b. İbrāhīm (ö.779/1377), *el-Envāru li- ‘Āmāli'l-Ebrār*, (thk. Hālef el-Mutlak, Hüseyin el-‘Alī), Dāru'l-Ebyaḍ, 2006, c.3/s.584.

²⁶⁰ El-Makdisī, *el-Muḡnī*, c.14/s.275; İbn Kudāme, ‘Abdurrahmān b. Muḥammed , (ö.682/1283), *eş-Şerhu'l-Kebīr a'lā Metni'l-Mukni'*, Dāru'l-Kutubi'l-‘Arabī, t.y, c.12, s.162.

²⁶¹ Ed-Desūkī, *Hāşīyyetu'd-Desūkī, a'lā's-Şerhu'l-Kebir*, c.3/s.292, el-Hattāb, *Mevāhibu'l-Celil fī Şerh Muḥtasar Ḥalil*, c.6/s.126.

²⁶² Cāvī, *es-Şulh fi'l-Hukukı'l-Māliyye ve Mā Yeūlu İleyhā*, s.58.

²⁶³ Çocuk yedi yaşından sonra mümeyyiz sayılır. Sözleşmede kullanılan lafızların ve aldanma lafızlarının bilgisine hasıl olur, eğer bu bilgiye sahip olmazsa mümeyyiz sayılmaz. Yedi yaşından önce bunları idrak etse bile mümeyyiz sayılmaz. El-Hafif, *Aḥkāmü'l-Muā'melātu's-Şeri'yye*, s.263.

anlaması ve güzel bir cevapla karşılık vermesidir.²⁶⁴ Ancak Hanefiler bülüğa ermemiş çocuğun aleyhine dava açılmasını caiz görerek bu görüşte tek kalmışlardır. Bunun sebebi onların maslahat açısından çocuğun davranışlarına bakmalarıdır. Bununla birlikte Hanefiler, akıl sağlığı yerinde olamayan çocuğun ise davasını geçerli saymaz, çünkü davanın ehli çocuk da olsa akıl sahipleridir. Dolayısıyla akıl sağlığı yerinde olmayan çocuğun davası geçersizdir²⁶⁵. Az önce zikrettiğimiz Hanefilerin mümeyyiz olan çocuğu dava etmeye ve dava edilmeye ehliyetli olduğu görüşü, buna delil olarak da zikredilmektedir. Bu durum bülüğa ermemiş mümeyyiz çocuğun, davacı veya davalı olarak arabuluculuk taraflarından biri olmasını caiz kılmaktadır.

Malikiler, mümeyyiz olan çocuğun davasına itibar edilmez görüşü ile bu konuda muhalefet ederler. Çünkü çocuğun ikrarı geçerli değildir. “Hakimin ikrarı geçerli olmayan birinin davasına bakması söz konusu değildir. Aynı şekilde hakim, sefiḥ olan birini dinlemez ve dava hakkında ona soru sormaz, onu ikrar veya inkar konusunda herhangi bir şey ile sorumlu tutmaz. Borçlarla ve satışa dayalı muamelatla ilgili davalarda da durum böyledir. Davacı olunan bir çocuk ise hakimin o çocuk yerine tüm işleri ile ilgilenecek bir vekil tayin etmesi şarttır, böylelikle dava görülecek noktaya gelir”.²⁶⁶ Eğer anlaşmazlık ikrar ile biterse durum böyledir. Ancak davalaşma sürecinden arabuluculuğa geçiş yapılan bir anlaşmazlık söz konusu ise bu şartı gözetmek gerekmez. Çünkü böyle bir davada hakkın ikrar edilmesine gerek yoktur, muavadat akdi ile haklar yerine getirilmiş olur. Onlar nezdinde mümeyyiz olan çocuğun sözleşmesi geçerlidir, sözleşmesi geçerli olanın arabuluculukta taraf hükmünü alması da geçerlidir, çünkü arabuluculuk genelde anlaşmazlık yaşayan taraflar arasında sulh sözleşmesi ile sona ermektedir bu ise muavadat akdidir. Ancak bu görüş sahipleri mümeyyiz olan çocuğun maslahatını göz önünde bulundurarak çocuğun velisine tasarruf edip etmeme hakkı vermişlerdir.²⁶⁷ Buradan anlaşıldığı üzere, Malikiler ikrar ehliyetine sahip olmadığı için mümeyyiz olan sabi aleyhinde dava açılmasına cevaz vermeseler de, davanın arabuluculuğa dönüşmesi halinde cevaz vermektedirler, çünkü arabuluculukta ikrar şartı ve yargı hükmü aranmamaktadır. Arabuluculuk tıpkı diğer sözleşmeler gibi arayı düzelten bir uzlaşmadan

²⁶⁴ El- Ĥaraṣī, Muḥammed b. ‘Abdullāh (ö.1101/1689), *Şerḥu Muḥtaşari Ḥalīl li'l-Ĥarṣ*, Dāru'l-Fikr, Beyrut, t.y, c.5/s.8.

²⁶⁵ El-Kāsānī, *Bedāi'u's-Şanāi' fī Tertību's-Şerāi'*, c.6/s.222; İbn ‘Ābidīn, Muḥammed Emin (ö.1252/1836), *Ḥāşiyetu İbn Abidīn*, Dāru'l-Fikr, Beyrut, 2000, c.7/s.404, *Mecelle*, Madde: 361.

²⁶⁶ İbn Ferḥūn, *Tebşiratu'l- Ḥükkām fī Uşūli'l Aḳdiye ve Menahici'l-Aḥkām*, Mektebetu Cāmi'ati'l Ezher, Kahire, t.y, c.1/s.153.

²⁶⁷ El-Ĥattāb, *Mevāhibu'l-Celīl fī şerḥ Muḥtaşar Ḥalīl*, c.5/s.61.

ibarettir. Eğer uzlaşılan noktada çocuğun maslahatı tahakkuk etmezse bu noktada velinin karışma hakkı vardır.

Hanefiler mümeyyiz olan çocuğun tasarruflarını üç kısma ayırarak bu konudaki düzenlemeyi genişletmişlerdir. İlk olarak salt menfaat: Bu velinin izni olmaksızın geçerlidir. Hediye kabul etmesi gibi. İkinci olarak salt zarar: Kefalet ve teminat velinin izni ile bile olsa çocuğun sahip olmadığı veya çocuk yerine başkasının da sahip olamayacağı şeydir. Çünkü bu onun için zarar kabilindendir. Velinin velayetinin manası çocuğa zarar gelmesini engellemek olduğundan bu kısımda velayette geçersizdir. Üçüncü olarak salt yarar ve salt zarar arasında olan kısım: Satış, kira gibi muavadat akitleri bu kısımdandır. İçinde kar elde etme ihtimalinden dolayı yarar barındırdığı gibi, zarar etme de söz konusu olabilmektedir. Bu nokta da işin sonuçlarının nereye varacağını kestiremeyen çocuğa bir iyilik olarak onun zarar görmemesi amacıyla veli izni şart koşulmuştur.²⁶⁸ Bu, dava konusunda da böyledir, çünkü dava yarar ve zarar arasında olan işlerdendir. Dava, velisinin izin verdiği çocuk için geçerlidir ancak velinin izin vermediği çocuk için geçerli olmamaktadır.²⁶⁹ Arabuluculuk da böyledir, ticarete kendisine izin verilen çocuk arabuluculukta taraf olma hakkına sahip olur ancak maslahatının tahakkuk etmesi şarttır. Kasani konuyu şöyle özetlemektedir: “Anlaşmasının genel olarak geçerli olabilmesi için bülûğ şartı olmayan çocuk, maslahatın olduğu, zararının ise söz konusu olmadığı bir noktada velisinin iznini alan çocuktur. Bunu şöyle açıklayabiliriz, velisinin iznini alan çocuk, borcu olduğu biri ile bazı haklarından feragat etmesi üzerine anlaşma yaptığında, delili olmasa bile yaptığı anlaşma geçerli olur. Çünkü delili olmadığına ona düşen ancak husumet ve yemindir. Mal ise bu ikisinden daha faydalıdır. Eğer kişi, çocuğun aleyhine bir delile sahipse anlaşma geçerli olmaz çünkü borcu düşürmek teberrüddür ve çocuğun teberrü hakkı yoktur. Borç ertelenirse anlaşma ile onun arasındaki fark sebebiyle beyyineye sahip olsa da olmasa da sahih olur. Çünkü borcun ertelenmesi ticari işlerdendir ve ticaret işlerinde velinin iznine sahip olan çocuk bülûğa ermiş kişi hükmündedir. Görmüyor musun ki o borcun bir kısmını düşürmenin hilafına, erteleyerek satış yapıp sözleşmeden doğan alacağını geç olarak almak sureti ile sözleşmeyi erteleme hakkına sahiptir. Çünkü borcun bir kısmını düşürmek ticaret değil teberrüddür. O kusur

²⁶⁸ El-Bahārī, Muḥibbullāh b. ‘Abdişşekūr (ö.1119/1070), *Fevātiḥu’r-Raḥamūt bi-Şerḥ Muslimi’s- Şubūt, Dāru’l-Kutubi’l-İlmiyye*, Beyrut, 2002, c.1/ s.127-128, Cāvī, *es-Şulḥ fi’l-Ḥuḳuḳi’l-Māliyye ve Mā Yeūlu İleyhā*, s.58.

²⁶⁹ Yāsīn, *Nāzariyyetu’d-Da‘vā beyne’s-Şerīati’l-İslamiyye ve Ḳānūnu’l-Murāfā’ti’l-Medeniyye ve’t-Ticāriyye*, s.275.

sebebi ile paranın bir kısmını düşürebilir, bu ise bazen kusurlu bir mal almaktan daha yararlı olmaktadır ve bu gerçekleştirebildiği ticari işlerdendir.”²⁷⁰

Şafiiler ve Hanbeliler ise, dava veya arabulucu taraflarının bülûğ şartını haiz olmasını şart koşmuşlar ve mümeyyiz olan çocuğun baliğ olana kadar davasının dinlenmemesi görüşünü benimsemişlerdir. Buna göre kendisi davalı olamaz ve davaya icabet etmekle yükümlü de değildir. Çünkü o mükellef değildir ve ikrarı geçersizdir. Şafiiler de: Davalı kişinin mükellef, mültezim, galip, yardımcı olmakla beraber, o veya vekili davaya sahip olmalı ve tek başına davanın inşasında yeterlilik göstermelidir. Davacının şartı ise mükellef, mültezim, galip, yardımcı ve üzerine düşen hakkı ödemeye imkanı olan ve inkar veya ikrar edebilen olmalıdır²⁷¹ Hanbeliler ise tasarruf ehliyetine sahip olan hür, mükellef ve reşit olanların dışındakilerin dava veya inkarları geçersiz olduğunu kabul etmiştir.²⁷² Zira mükellef olma vasfı ancak bülûğa erme ile gerçekleşir.

Mümeyyiz olan çocuğun arabuluculuğun tarafları olup olmaması hususunda İslam Hukukçularının ihtilafını şu şekilde özetleyebiliriz: Hanbeliler bu kimseyi ehil görmezken, Hanefiler ve Malikiler velinin izni olması ve herhangi bir zararın olmaması şartı ile taraf olmaya ehil görürler. Çünkü arabuluculuğun sonucu yarar ve zarar arasında değişebilmektedir ve husumetin sona ermesinin ikrar edilmesi dışında herhangi bir ikrara ihtiyaç duymamaktadır. Bu noktada, anlaşmaya ulaşma ve karşılıklı rıza dahilinde anlaşmazlık yaşayan tarafların maslahatının tahakkuk etmesi zeminine dayanır. Bu konuda iki taraf da maslahat elde etmek noktasında müşterektir. Bu hususta kadın veya erkek ayrımına gidilmez. Reşit olan bir kadının muavadat anlaşmasına dahil olması noktasında İslam hukukçuları arasında herhangi bir ihtilaf yoktur. Kadın reşit ve akıl sahibi olduğu müddetçe malı hakkında sözleşmesinde, muamelesinde, idaresinde erkek ile eşit hakka sahiptir. Kadının zimmeti tüm gereklilikler için uygundur ve Allah’ın ikrar ettiği ve razı olduğu her sözleşmede müstakil iradeye sahiptir. İslam Hukukçularının çoğuna göre, kadın ne zaman bülûğa erer ve reşit olursa mali işlerde eda ehliyetine kamil anlamda sahip olur. Malı konusunda tam bir hürriyete sahiptir, velisi veya eşi hiç kimse malında hüküm verme yetkisine sahip değildir. Bu noktadaki fıkhi hükümde hiçbir noktada erkeklerden ayrı bir hükme sahip değildir.²⁷³

²⁷⁰ El-Kāsānī, *Bedāi’u’s-Şanāi’ fī Tertību’ş-Şerāi’*, c.6/s.40.

²⁷¹ Es-Senikī, *Esne’l-Maṭālib fī Şerhi Ravḍi’t-Tālib*, Dāru’l-Kutubi’l-İslāmiyye, t.y, c.4/s.391.

²⁷² El-Buhūti, *er-Ravḍu’l-Murbi’ fī Şerh Zādi’l-Mustekni’*, (Tahric: ‘Abdulkuddūs Nezir) Müessesetü’r-Risāle, t.y, s.718.

²⁷³ ‘Abdunnūr, *es-Şulh ve Eşgeru fī İnhāi’l-Huşūme fī’l-Fıkhī’l-İslāmī*, s.59; El-Maḳdisī, *el-Muḡnī*, c.6/s.601.

Açıkladığımız üzere İslam hukukçuları, ehliyetin kemali için akıl ve bülûğ şartı koşmuşlardır. Ancak Malikiler ve Hanefiler mümeyyiz çocuğun direk arabuluculuğa dahil olmasına izin vermek sureti ile bülûğ konusunda daha kolaylaştırıcı davranmışlardır. Ancak arabuluculuk sürecinde kazanç ve zarar ihtimali bulunması durumunda velinin muvafakatını şart görmüşlerdir. Bu noktada tarafların şartlarından ikinci bir şart olan velayet şartı gündeme gelmektedir.

3.2.2.2.4. Velayet Şartı

Sözlük anlamı itibari ile velayet tedbir, kudret, fiil anlamlarına gelmektedir. Bir şeye velayet etti yani o işe sahip oldu, onu veli edindi yani o konuda onu taklit etti, denilir.²⁷⁴ Terim anlamı ise, sözleşme sorumluluğunu ele alan kişinin şer'i açıdan hak sahibi olarak sözleşme yapıp onu uygulamasıdır.²⁷⁵ Davalaşma sıfatına ilintili anlamını ise şöyle zikredebiliriz: “Davacının meşru olarak hak iddiası etmesi, davalının ise ona cevap verme ve davalaşma sureti ile hem davacı ve davalının şer'i boyutta geçerli olacak şekilde dava ile alakalarının bulunmasıdır.”²⁷⁶ Hakim bu sıfatları haiz olmayan tarafların davalarına da bakmamaktadır.²⁷⁷ Velayetin sözleşmeye veya husumete dayalı olması fark etmez, ikisi de anlaşmazlık noktasına bağlı veya şahıslara husumet ya da sözleşmede taraf olma hakkı veren sözleşmelerde şer'i gücün bulunması ortak anlamında buluşur. Husumet ve sözleşme arasındaki benzer tarafı zikredecek olursak; eğer husumet arabuluculuğa havale edilirse husumet yaşayan tarafların ittifakı ile sonuçlanır, sulh sözleşmesi imzalanır bu sebeple sulh yapan taraflar arasında şart ne ise sözleşme yapan taraflar arasında da o şarttır. Dolayısıyla velayet kişiye husumette taraf olma yetkisini veren kanuni bir sıfattır, bu bağlı olarak husumeti ortadan kaldıran sulh sözleşmesi ile biten arabuluculukta da taraf olma yetkisi vermektedir.

Velayet iki kısma ayrılır:

²⁷⁴ Mecma' el-Luğatu'l- 'Arabiyye, Kahire, *el-Mu'cemu'l Vasit*, c.2/1057 & 768, İbnu'l-Esîr, el-Mubarek b. Muhammed (Ö.606/1209), *en-Nihâye fi Garîbi'l-Hadîş ve'l-Eşer*, (thk. Tâhir ez-Zâvî ve Muhammed et-Tanâhî), el-Mektebetu'l-İlmiyye, Beyrut, 1979, c.5 s.227.

²⁷⁵ Abdunnûr, *es-Sulh ve Eşeru fi İnâi'l-Huşûme fi'l-Fıkhî'l-İslâmî*, s.58.

²⁷⁶ El-'Aleyvi, *ed-De'āva'l- Kaḍāi'yye beyne's-Şeria' ve'l-Enzîmeti'l-Vaḍi'yye*, s.76, Yâsîn, *Naẓariyyetu'd-Da'vā beyne's-Şerîati'l-İslamiyye ve Kānūnu'l-Murāfā'ti'l-Medeniyye ve't-Ticāriyye*, s.278.

²⁷⁷ El-Â'yidî, Muhammed Subhi Hasan, *Şartu's-Şifa fi Aṭrāfu'd-Da'va'l-Kaḍāi'yye ve Taṭbîkuha'l-Muāşara*, El-Câmiatu'l-Ürdüniyye, 2005, s.32.

1- İnsanın kendi nefsindeki velayettir. Kendi mali işlerinde veya diğer işlerde tam ehliyete sahip olanlar, kendisini ilgilendiren tasarruflarda bulunma hakkına sahiptir. Bu velayet zati vilayet olarak da isimlendirilir.

2- Kişinin, kendi dışındaki biri hakkındaki velayetidir. Bu velayetin kişi hakkında sabit olması için, geçici olan bir durumun şari' tarafından sebep kılınması gerekir. Bu durumdaki velayet ya aslidir ya da temsil (naib) yoluyla. Asli durumlara babanın veya dedenin vilayeti örnektir. Çünkü onlar ehliyetleri ve velayetleri ile küçük çocuğun işlerini ele almaktadırlar. Bu velayeti hakim veya başkası ele alamaz. Niyabi velayete ise, bir başka şahsın velayetini örnek olarak verebiliriz. Mesela baba veya hakim tarafından tayin edilmesi farketmeksizin vasinin vilayeti ya da müvekkili tarafından tayin edilen vekilin vilayeti böyledir.²⁷⁸ Başkasına velayet verme durumu, kişiye yapılan velayet ve mala yapılan velayet²⁷⁹ olmak üzere iki kısma ayrılır. Biz burada yalnızca, tezimizin konusu olan mali velayeti zikretmekle yetineceğiz. Mali velayet iki çeşittir:

- 1- Sınırlı mal ile veliye kazanç ve zarar olarak ticaret hakkı veren güçlü velayet. Babanın, dedenin veya vasinin velayeti gibi.
- 2- Veliye ticaret yetkisi vermeyen zayıf velayet. Sadece sınırlı malı korumak ve hibe, sadakaları, gerekli infakları onun yerine alma, ona satın alınacak şeyin alınması, edilen malların satımını yapmak gibi görevleri vardır. Bu baba ve dedenin dışındaki velayettir.²⁸⁰

Bu ayrımın önemi şu bakımdan ortaya çıkmaktadır: Niyabi (geçici) yetkinin kendisinde sabit olduğu kişide husumet ve hak iddiasına ilişkin yargılama sıfatı da sabit olur. Ancak bu sıfat birden fazla kişide aynı anda sabit olur ve yetki güçlü olan yetkiye geçer, çünkü bu sıfatın sabit olması velayetin sabit olması ile doğru orantılıdır.²⁸¹ Böylece veli, arabuluculukta naibi olduğu kişiyi temsil etme hakkına sahip olmaktadır. Dava açma ve bunu telkin etme yetkisine sahip olma şartı konusunda İslam hukukçuları ittifak halindedir. Çünkü davanın meşru olmasındaki amaç, husumetin bitirilmesi ve hak sahibinin hakkını alması ile anlaşmazlığın kaldırılmasıdır. Bu ise hak isteminde bulunan kişiyi sınırlandırmayı ve kimin hak isteminde bulunabileceğini iktiza eder. Böyle

²⁷⁸ Yāsīn, *Naẓariyyetu'd-Da'vā beyne's-Şer'ati'l-İslamiyye ve Kānūnu'l-Murāfā'ti'l-Medeniyye ve't-Ticāriyye*, s.282.

²⁷⁹ Mali velayet şöyle tanımlanmaktadır: Reşit olmayanın yatırım gibi mali işlerini ve satış, kiralama, ipotek ve diğerleri gibi davranışlarını denetlemek. Ez-Zuhaylī, *el-Fıkhü'l-İslāmī ve Edilletuhu*, c.7, s.746.

²⁸⁰ Ez- Zerka, Mustafa Ahmed, *el-Medhal-el-Fıkhī'l-Ām*, c.2, s.850.

²⁸¹ El-Ā'yidī, *Şarfu's-Şıfa fī Aṭrāfu'd-Da'va'l-Kādā'iyye ve Taṭbīkuha'l-Muā'sara*, s.9.

olmadığı takdirde davalışmanın meşru kılınmasındaki maksada ulaşamaz.²⁸² Asıl olan hak sahibinin davayı hakime götürmesidir. Ancak bununla beraber hak sahibi, onun adına davayı hakime götürmesi için kendi dışındaki birini vekil olarak tayin edebilir. Bu vekalet için şart koşulan şey ise vekalet sahibinin bu konuda tam ehliyetli olmasıdır, eğer tam bir ehliyete sahip değilse bu işi şer'i anlamda geçerli olan velisi üstlenir.²⁸³ Doğal olarak bu durum arabuluculukta da geçerlidir. Kanuni vasfı bulunmayan taraflardan hiçbiri arabuluculukta taraf olarak tartışma konusu olan hak üzerinde velayet sahibi olarak kabul edilmez. Bu velayet ister kendisi yerine isterse başkasının yerine olsun ya da ister asli veli isterse Şari'nin kendisine husumet konusunda müvekkilini temsil hakkı verdiği vekil olsun fark etmez. Vekilin vekaleti geçerli olursa hakimin onun lehine veya aleyhine olan davasını dinlemesi de geçerli olur. Çünkü vekalet; sözleşmelerde, tasarruflarda,²⁸⁴ anlaşmazlıklarda, arabuluculukta niyabet anlamı taşımaktadır. Arabuluculuğa başvuran tarafların niteliklerine ilişkin şartlar, arabuluculuğun, taraflara ilzam edilen ve rızalaşma ile aranının düzeltilmesi yoluna gidilerek anlaşmazlığın ortadan kaldırılmasını hedefleyen yapısından kaynaklanmaktadır. Bu durum ise ancak iki tarafa da yaptırım gücü olan bir otoritenin varlığı ile tahakkuk eder. Bunu velayet ve sıfat olarak tabir ederiz. Bu noktada şu sorular ortaya çıkmaktadır: Hak sahibini temsil eden bu hak ile ne derecede tasarrufa sahiptir? Tasarruf hakları özel şartlara bağlı mıdır yoksa mutlak bir salahiyet mi söz konusudur? Temsil yetkisini taşıyanlar, kendilerini temsil ettiklerinin yerine, herhangi muayyen şartlar olmaksızın onlara herhangi bir dönüş yapılmaksızın mutlak anlamda karar verme yetkisine sahipler midir?

3.2.3. Arabulucu

Arabulucu, arabuluculuğun en önemli rükunlarından biri kabul edilmektedir. Çünkü kendisi arabuluculuk görevinin üstlenen ve onu harekete geçiren kişidir. Buna binaen, hem sözlük hem de terim anlamı itibari ile arabulucunun tanımına değinmek gerekmektedir. Bunun yanında arabulucunun şahsiyetine taalluk eden en önemli vasıfları, temeyyüzleri zikretmekte ve İslam hukukçularının arabuluculuk işini tanzim eden, bu konuda koydukları şartları ele almakta fayda vardır.

²⁸² Yâsîn, *Nazarıyyetu'd-Da'vâ beyne's-Şer'ati'l-İslamiyye ve Kânûnu'l-Murâfâ'ti'l-Medeniyye ve't-Ticâriyye*, s.278.

²⁸³ Ez-Zeydân, Abdülkerim, *Nizâmu'l-Ğadâi fi's-Şer'ati'l-İslamiyye*, Müessesetu'r-Risâle, Beyrut, 1989, s.129; El-'Arcânî, 'Abdullâh b. Nasır, *Şurûṭ eṭṭrâfi'd-Da've fi'l-Fıḫhi'l-İslâmi ve'l-Murâfa'atu's-Şer'ati'l-İslâmiyye*, Câmiatu Nâyif li'l-'Ulûmu'l-Emniyye, Riyad, 2006, s.117.

²⁸⁴ Es-Semnânî, *Ravdatu'l-Ğadâ ve Ṭuruḫu'n-Necâti*, c.2/s.630 Ez-Zeydân, *Nizâmu'l-Ğadâi fi's-Şer'ati'l-İslamiyye*, Müessesetu'r-Risâle, s.129.

3.2.3.1. Arabulucunun Tanımı

3.2.3.1.1. Sözlük Anlamı

Arabulucu (وَسْطَى) kökünden türemiştir. Dilde, onu ortaladı: ikiye ayırdı, ya da onu ortaya koydu ve aralarında aracı oldu, arabuluculuk yaptı, kullanımları söz konusudur. Bu bağlamda iyi ile kötü arasında orta oldu, o aracı yani kavminin saygınıdır, denir. Bu doğrultuda arabulucu, husumet yaşayan, ahidleşen, muamele eden iki taraf arasını bulan kişi, iki şey arasında mutedil olandır.²⁸⁵ Arabulucunun sözlük anlamında, arabuluculuk yapan kişinin şahsiyeti ile toplum içindeki yeri arasındaki güçlü alakanın belirleyici olduğu görülmektedir. Nitekim arabulucunun toplumdaki bu manevi yeri olmasaydı anlaşmazlığı ortadan kaldırma ve husumeti gidermedeki bu etkin rolünden bahsedilemezdi.

3.2.3.1.2. Terim Anlamı

İslam fıkhi kadı, hüküm, arabulucu, ıslah edici gibi kavramları ayırmadığı için²⁸⁶ İslam hukukçuları arabulucu terimine dair özel bir tanım geliştirmemiş olsalar da, kelimenin terim anlamı sözlük anlamı ile uyum içerisindedir. Islahı sağlama hususundaki rolüne binaen arabulucu şu şekilde tanımlanmaktadır: İnsanlar veya husumet yaşayan taraflar arasında ıslah edici görevi yüklenen ve şahsiyetinde ıslahı tahakkuk ettirecek temel unsur ve sıfatları toplayan şahıstır.²⁸⁷ Yine husumet yaşayan taraflar arasında, rızalaşma ve sulh yolu ile ve tartışmadan ve nefretten uzak kalarak husumeti kaldırmak için uğraşan şahıs arabuluculudur.²⁸⁸ Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’de şöyle denilmektedir: “Arabulucu, sulh akdini yapandır²⁸⁹.” Bu kısa tarif, anlaşmazlık yaşayanların arasını sulh akdi ile düzelten arabulucunun nihai görevini izah etmektedir.

Arabulucunun arabuluculuktaki rolüne binaen yapılan çağdaş tariflerde bazı çelişkiler olduğu görülmektedir. Kimisi, anlaşmazlık yaşayan iki taraf arasında arabulucu

²⁸⁵ Feyruzâbâdî, *el-Ķāmūsü'l Muḥīṭ*, s.692, Ez-Zebîdî, *Tācu'l- 'Arūs min Cevāhiri'l-Ķāmūs*, c.20/s.181-182, Mu'cemu'l-Vasit, *Mecmau'l-Luġatu'l-A'rabiyye*, Kahire, c.2/ s.1031.

²⁸⁶ Havām A'lva, *el-Vasāta bedīl li Ḥalli'n-Nizā'at fi al-Fikhu'l-Islami ve Ḳānūnu'l İcraatu'l Medeniyye ve'l idariyye el-Cezairi*, s.115.

²⁸⁷ Beyşara, Mūsā Ahmed, *es-Şulḥ ve Faḍḍu'n-Nizā'āti mine'l-Manzūri'ş-Şerī'ati'l-İslāmiyye*, Mecelletu'd-Dirāsāti'l-Ākādimiyye el-Mucteme'iyye ve'l-İnsāniyye, Cāmi'atu Ḥuseybe bin Bu 'Ali, Tunus, 2018, Sayı 20/145-153, s.140; Er-Rubeyş, Abdulaziz, *el-Vasātātu'l-Ḳaḍāiyye*, Mecelletu'l-'Adl, Vizāretu'l-'Adl, El-Memleketu'l-'Arabiyye es-Su'ūdiyye, 2014, Sayı 64, s.287.

²⁸⁸ El- Belevî, Feḥd b. Ferīc, *Fennu'l-İşlāḥ beyne'n-Nās*, Mektebetu Saydī'l-Fevāidi'l-İslāmiyye, t.y, s.12.

²⁸⁹ *Mecelle*: Madde:1532.

rolünü üstlenirken görüş bildirmek ve çözüm önerisinde bulunmak konusunda arabulucuya izin vermektedir. Bu sebeple arabulucuyu şöyle tanımlamışlardır: “Çözümüne ulaşması adına, iki taraf arasında müzakere yapması, anlaşmazlığı çözmeye yardımcı olacak çözüm önermesi ve tarafların rızası ile aralarındaki husumeti sulh ile sonuçlandırması için anlaşmazlığın kendisine sevk edildiği kişidir.”²⁹⁰ Kimisi de arabulucunun vazifesini, anlaşmazlığı ortadan kaldırmak için görüş ve çözüm önerisi sunmasını dışlayarak sadece anlaşmazlık yaşayan tarafların iletişimini sağlayacak uygun ortamı hazırlamak ile sınırlamıştır. Bu yaklaşımı benimseyenlerin nezdinde arabulucu, anlaşmayı ortadan kaldırmaz, görüşü ile tarafları yönlendirmez ve kendisinin taraflara bir şeyi dayatma hakkı yoktur. Arabulucu yalnızca, iki tarafa ortak bir iletişim zemini oluşturur, kanun karşısındaki zayıf ve kuvvetli konumlarını bildirir, husumeti tahkim ya da davalasmaya taşıdıkları takdirde karşılaşılabilecekleri kazanç ve zarar ile getirmeleri gereken deliller hususunda taraflara yardım eder.²⁹¹ Bu noktada arabulucu, anlaşmazlıkta tarafsız kalan kişidir, aynı zamanda tarafları bir karar ile yükümlü kılma ehliyetine sahip değildir. Onun görevi; anlaşmazlık yaşayan taraflar arasında müzakere işlerini kolaylaştırma ve iki tarafı da razı oldukları çözüme kavuşturmakta yardımcı olmaktır.²⁹² Tariflerdeki bu farklılıklar, husumetleri ortadan kaldırmada sunulacak olan alternatif araçlar konusunda çağdaş çalışma ve araştırmaların yeni olmasından kaynaklanmaktadır. Fıkıhçıların bir kısmı bu kavrama açık ve net bir tanım yapmanın mümkün olmayıp arabuluculuğun örnekler üzerinden açıklanabileceğini kabul etmiştir. Arabulucu kavramının tarifini yapmaktaki zorlukların sebeplerinden biri de arabulucuya çeşitli yargı sistemleri içinde farklı roller verilebilmesidir.²⁹³ Bununla birlikte arabulucu kavramının daha önce beyan ettiğimiz arabuluculukla ilintili olacak ve arabulucunun tüm rollerini kapsayacak ve aynı zamanda zikredilen tariflerle uyum sağlayacak şekilde şöyle özetleyebiliriz: Arabulucu, anlaşmazlık yaşayan iki taraf arasında rızalı anlaşma yolu ile anlaşmazlığı bitirmek adına anlaşmazlığa dahil olan üçüncü taraftır.

İslam hukukçuları, arabuluculuk işini üstlenen kişinin hakim olmasını şart koşmamışlardır. Ancak hakime, davalasma yolunda devam etmeleri yerine arabuluculukta maslahat gördüğü takdirde, husumet yaşayan tarafların arasını düzeltmek

²⁹⁰ El-Baṭṭun, *el-Vasāṭu 'l- Kaḍaiue fi 'ş-Şeri 'ati 'l-İslamiyye ve 'l- Kānun*, s.75.

²⁹¹ Selām, Muhammed, *el-Vasāṭā ve 't-Tevfīk ke-Āliyye Bedīle li-Tesviye Nizā 'ā 'ti 'l-İstiṣmār*, Melef Dergisi, Yusuf Vehhābī, 2005, sayı 5/ 86-87, s.6.

²⁹² Ahmed, Rūla Taki Selim, *El-Vesāṭa li-Tesviyeti 'n-Nizā 'āti 'l-Medeniyye fi 'l- Kānūni 'l-Ürdünī, Dirāse Muḳārane*, Amman, 2008, s.110-111, Collective Researchers, *Alternative Dispute Resolution: Mediation and Conciliation*, p17.

²⁹³ Final Report for the Inquiry into Alternative Dispute Resolution and Restorative Justice (Victoria Parliament Law Reform Committee, May 2009,42). Available at: www.parliament.vic.gov.au

için aracı olması konusunda izin vermişlerdir.²⁹⁴ Ancak bazı İslam hukukçuları, anlaşmazlık yaşayan iki tarafın anlaşmaya muvafakat göstermiş olmalarından sonra hakimin kendisinin arabulucu olmasına izin vermezler. Aksine bu durumda hakime düşenin, davayı arabuluculuk sürecine devretmesi olduğunu söylerler. Onlardan bir kısmı hakimin arabulucu görevini almasına izin verirler ancak hakimin davaya artık hakim sıfatı ile bakmasının caiz olmadığını söylerler. Bu el-Māverdi'nin şu beyanında açıkça kendini göstermektedir: “Şikayet davalarına bakan kişi, hakim gibi velayet hakkına sahiptir ancak davayı arabuluculuğa devretmesi ile beraber genel anlamda davalara bakma velayeti kendisinde kalsa da bu davaya taalluk eden özel velayetinin düşmesi ile onların davalarında bir hükmü kalmaz.”²⁹⁵ Bu İslam hukukçularının arabulucuya verdikleri önemin boyutunu ve arabuluculuk kavramının davalasma ile karışmaması ve mustakil bir kavram haline gelmesi için sarf ettikleri çabayı göstermektedir.

Çağdaş hukuk, davalara bakan hakim ile arabulucu vazifesini üstlenen kişiyi birbirinden ayırarak İslam hukuku ile aynı görüşü paylaşmaktadır. Bu durum Ürdün Anayasası'nda şöyle kaydedilmiştir: “Davadan sorumlu veya anlaşmayı sağlayacak olan hakimin, anlaşmazlık yaşayan tarafların veya vekillerinin toplanmasından sonra, dava taraflarının talebi veya onayları üzerine anlaşmazlığın arabulucu hakime veya anlaşmazlığı ortadan kaldırmak ile görevli olan arabulucu kişiye devretmesi gerekir. Her halükarda hakimin tarafların rızasını gözetmesi elzemdir.”²⁹⁶ Türk kanunları ise şöyle demektedir: “Arabuluculuk: Sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemidir.”²⁹⁷ Bu noktada fıkıh ile Ürdün Anayasası'nın, davaya bakan hakim ile arabulucu kişi arasının ayrımı konusunda ittifak halinde olduğunu görmekteyiz. Diyebiliriz ki İslam hukukçuları, hakimin dava esnasında anlaşmaya çağırarak ve

²⁹⁴ Et-Ṭarabluṣī, *Mu'īnu'l-Hukkām Fīma Beyne'l-Ḥasmeyn mine'l-Aḥkām*, s.123; İbn Ferhūn, *Tebşīratu'l-Hukkām fī Uṣūli'l-Akdiyye ve Menahici'l-Aḥkām*, c.1/s.34; El-Māverdi, *el-Aḥkāmü's-Sultāniyye*, s.151-152; El-Cevziyye, *İ'lāmu'l-Muvaḥḩi'īn 'an Rabbi'l-'Ālemīn*, c.1/s.83.

²⁹⁵ El-Māverdi, *el-Aḥkāmü's-Sultāniyye*, s.151-152.

²⁹⁶ Anlaşmazlıkların düzeltilmesi için arabuluculuk kanunu sayı 12, yıl 2006, Anlaşmazlıkların düzeltilmesi için geçici arabuluculuk kanunun yerini aldı. Sayı 37, yıl 2003, Madde 3/ A.

²⁹⁷ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, Kanun Numarası : 6325, Kabul Tarihi : 7/6/2012 Yayımlandığı Resmî Gazete : Tarih : 22/6/2012 Sayı : 28331, Yayımlandığı Düstur : Tertip : 5 Cilt : 52 / Madde 3/B.

tarafllara iddialarını tekrar gözden geçirmek için izin vermek ile yetindiğı arabuluculuk ile sadece anlaşma çağrısı ile yetinilmeyip tarafların duruşlarının tartışmasını yapmak, çözümler sunmak, fikirler vermek ve uzlaşmaya varmak gibi tüm unsurlarını kapsayan arabuluculuk arasındaki farkı belirtmişlerdir. Bu, anlaşmazlık yaşayan iki taraf arasında adaleti tesis etmek, taraflardan herhangi biri hakimin sunduğı çözümün ilzam yolu ile olduğunu veya sadece kendi yanında sabit olan deliller ile hüküm verdiğı hissine kapılmaması içindir.

Bu noktada arabulucu ve rolü hakkındaki ihtilafın sebebi ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, eğer hakim, hakimlik vasfı ile taraflar arasında arabulucu olursa anlaşmazlığa dayalı veya anlaşmazlığın nasıl çözüleceğine dair bir görüş bildiremez, bunu yaptığı takdirde taraflar bunun kanuni yaptırımından kaynaklandığı hissine kapılırlar, ancak davaya bakmak ile görevli olmayıp arabuluculuğa yönlendirilirse o da diğler arabulucular gibi kendi uygun gördüğü ve tarafların isteklerine uygun çözüm önerilerini sunar. İslam Hukukçuları, arabulucunun görevini tanımlarken hukukçuların tanımlarında açıkladığımız gibi arabuluculuk vazifesini yüklenen kişi hakkında hakim gibi velayet vasfına sahip olma şartı koşmamışlardır. arabulucunun, husumeti ortadan kaldırmak ve toplumun barış içinde yaşaması adına yürüttüğü bu önemli vazife konusunda ehliyetli olmasına ilişkin şartlar ile yetinmişlerdir. Bu şartları iki grupta değerlendirebiliriz: Birincisi, arabulucuyu anlaşmazlık yaşayan taraflar arasına girmesi konusunda geçerli bir taraf olmasına izin veren itibar ehliyetidir. İkincisi ise; arabulucunun, anlaşmazlık yaşayan tarafların ortaya koydukları görüşlerin ortak noktasını bulmak ve rızalaşacak onların çözüme varmalarına yardımcı olmak hedeflerini gerçekleştirme noktasında yeterlilik göstermesi şartıdır. Buna binaen arabulucunun şartını ehliyet şartı ile yeterlilik şartı olmak üzere iki kısma ayırabiliriz.

3.2.3.2. Arabulucunun Şartları

3.2.3.2.1. Ehliyet Şartı

Bazı araştırmacılar bu şartları, anlaşmazlık yaşayan taraflar arasında hüküm veren hakimin şartları ile aynı görmektedir. “Çünkü her ne kadar tahkimdeki velayet manası herhangi bir bağlayıcılığı bulunmayan arabuluculuk sisteminde bulunmasa da, anlaşmazlığı ortadan kaldırmak için davalasma yoluna alternatif bir yol olan tabiatı ile arabuluculuğun tahkime dayalı olduğunu söyleyebiliriz. Çünkü gerek arabuluculuk gerekse tahkim, her ikisi de anlaşmazlıkları çözüme kavuşturmada önemli rol

oynamaktadır”.²⁹⁸ Ancak ortak bir sebepte birleşmelerinden dolayı arabulucuyu, kadı ve söz sahibi biri ile kıyaslamak doğru bir kıyas sayılmaz. Davalaşma ve tahkim sisteminde de olduğu gibi anlaşmazlıklar arasındaki davayı çözmek için bağlayıcı kararlar vermekten çekinmeyen arabuluculuğun, doğası gereği ihtiyaç duymadığı katılık diğer çözüm yollarında söz konusu olmuştur. Bu noktada arabulucunun rolü, sadece anlaşmazlık yaşayan tarafların görüşlerini kendi rızaları ile anlaşmaya varmalarını sağlayacak ortak bir paydada birleştirmeye çalışmaktan ibarettir. Ancak İslam hukukçularının bir kısmı, özellikle hüküm beyan etmesi için dava hakime taşınmışsa arabulucunun şahitlik ehliyeti taşımasını şart koşturmuştur. Çünkü arabulucunun, anlaşmazlık yaşayan taraflar arasını çözmeye muktedir olamadığı durumda, dosyanın tamamlanması için tekrar hakime iade etmesini gerekli kılınmıştır. Bu noktada arabulucu, aracılık esnasında aralarında geçenlere şahit konumundadır. El-Māverdi bu durumu daha ayrıntılı biçimde zikreder ve der ki: “Arabuluculuğun anlamı iki taraf arasında aracılık yapmak olsa da bununla sınırlandırılmaz, çünkü arabuluculuk taklide ve velayete gerek duymaz. Arabuluculuğun amacı arabulucunun konumunu da belirlemek ve tarafları kendi seçimleri ile arabuluculuğa yönlendirmektir. Eğer arabuluculuk anlaşma ile sona ererse bu arabulucunun görevinin bitmesini gerekli kılmaz. Şahitliğe çağrıldıklarında şahitlik görevini üstlenirler, eğer arabuluculuk anlaşma ile sonlanmazsa şahit olurlar ve taraflar arasında yaşananları beyan ederler. Anlaşmazlık yaşayan taraflar anlaşmazlıkta devam ederlerse davayı mezalim mahkemesine taşırlar. Eğer anlaşmazlık sağlanırsa davayı mezalim mahkemesine taşımaya gerek kalmaz”.²⁹⁹ Bu nokta üzerinde ihtilaf yaşanan bir konudur, ilerleyen bölümlerde arabulucuya bağlı gizlilik şartını zikrederken bu konuya tekrar değineceğiz. Zikrettiklerimize binaen, bu görüş çerçevesinde ve arabuluculuğun tabiatı gereği, mali davalarda şahit için gerekli olan şartlar arabulucu içinde gereklidir.

Muhakkak ki İslam fikhî; adaletin sağlanmasında, hakların korunmasında ve anlaşmazlıkların giderilmesinde oynadığı aktif rol sebebiyle şahitlik konusuna oldukça önem vermiştir. İslam hukukçuları şahitlik konusunu nazarı itibar alarak bu konudaki şartları birçok yönden değerlendirmişlerdir. Tezimizde bizi ilgilendiren nokta ise mali davalara dayalı şahitlerin şartlarıdır. Çünkü bu konu, ticari ve mali anlaşmazlıkları çözüme kavuşturan arabulucuda bulunması gereken şartları temsil etmektedir. Dolayısıyla hadler ile cinayetlere dayalı davalara bakan arabulucu ve şahidin şartları konumuzun dışında kalmaktadır. İslam hukukçuları şahid ve arabulucuya dair her ne

²⁹⁸ El-Battun, *el-Vasāṭatu'l- Kaḍaiyye fi 'ş-Şeri'ati'l-İslamiyye ve'l- Kānun*, s.82.

²⁹⁹ El-Māverdi, *el-Aḥkāmü's-Sultāniyye*, s.151-152.

kadar farklı görüşler beyan etmiş olsalar da, mali ve ticari davalardaki şahid ve arabulucularda bulunması gereken bazı şartlarda ittifak halinde oldukları görülmektedir. Bu şartlar, insanlar veya anlaşmazlık yaşayan taraflar arasında uzlaşma sağlamaya yönelik her şahısta bulunması gereken temel vasıflar olarak addedilir. Bu şartları veya vasıfları iki kısma ayırabiliriz:

Birinci şart arabulucunun ehliyet sahibi olması, ikincisi ise arabulucunun sıfatlarına dayalıdır. Bu iki şartta, uzlaşmanın sağlanması ve anlaşmazlığın ortadan kalkmasını hedef edinen arabuluculuğun hedefine ulaşabilmesi için arabulucunun başarılı olması ön görülür. Çünkü uzlaşma hayırlı işlerdendir ve bu konuda çaba sarfetmek Allah'ın emirleri arasındadır. Aynı zamanda peygamberlerin, onlardan sonra gelen raşid halifelerin ve salihlerin de uygulamalarındandır.³⁰⁰ Dolayısıyla bu önemli görevi üstlenen kişinin bu şartları haiz olması gerekmektedir. Bu şartlar akıl, bülûğ, islam, adalet, erkek olma başlıkları altında ele alacağımız ehliyet şartı ile engelli olmama, dürüstlük, tarafsızlık, bilgi, deneyim gibi vasıflara dayalı şartlardır.

3.2.3.2.2. Akıl

Akıl dini açıdan mükellef olmanın ve sorumluluk taşımanın ilk şartıdır. Allahu Teala “Muhakkak ki kulak, göz ve kalp hepsi sorumludur”³⁰¹ diyerek sorumluluğu akıl ile tüm duyu organların sağlam olmasına bağlamıştır. Razi bu ayeti şöyle açıklamıştır: “Bu ayet gereği kulak, göz ve kalp sorumludur çünkü sorguya çekilmek ancak akıllı olan için söz konusudur.”³⁰² Akıllı olan, vacip olanı, mümkün ve yasak olanı, zarar ve maslahatı akli ile kavrayabilendir.³⁰³ Nebi sallallahu aleyhi ve sellem aklını yitirenden teklif ve sorumluluğun kaldırıldığını ve mükellef olması için akıllı olmasının şart olduğunu şu sözü ile bildirmiştir: “Üç kişiden kalem kaldırılmıştır: Uyanana kadar uyuyandan, bülûğa erene kadar çocuktan, akli başına gelene kadar deliden.”³⁰⁴ Akli yerinde olmayanın şahitliği ve arabuluculuğu kabul edilmez. Çünkü şahitlik olayı anlamak ve kavramaktır. Bu ise ancak anlama ve kavrama aracı olan akıl ile gerçekleşir.

³⁰⁰ Beyşara, *es-Sulh ve Faḍḍu'n-Nizā'ati mine'l-Manzūri's-Şerī'ati'l-İslāmiyye*, s.149.

³⁰¹ *İsra/ 36*.

³⁰² Er-Rāzi, Muhammed b. 'Ömer b. Hasan et-Teymī (ö.606/1209), *et-Tefsiru'l-Kebīr*, Dār İhyāi't-Turaṣ, Beyrut, 1999, C. 20, s. 341.

³⁰³ El-Maḳdisī, Muṣa b. Aḥmed el- Hicāvī (ö.968/1560), *el-İknā'u fi'l-İmām Aḥmed b. Hanbel*, (thk. 'Abdullatif Muḥammed b. Musa es-Subkī), Dāru'l-Ma'rife, Beyrut, t.y. C.4/s.436.

³⁰⁴ Et-Tirmizī, Muhammed b. 'İsā ed-Daḥḥāk (ö.279/892), *Sünenü't-Tirmizī*, (thk.Aḥmed Muḥammed Şākir ve diğerleri), Şeriketü Mektebe Muṣtafā el-Bābi el- Halebi, Mısır, t.y. C.4, S.32-no: 1423; es-Sicistānī, *Sünen-i Ebī Dāv ud*, C.4/S.139/no:4398.

Aksi halde kişinin sözüne güvenilmez ve kişi için dini hitap söz konusu olmaz.³⁰⁵ İslam hukukçuları, şahitlik görevini yerine getiren ve arabulucuda bulunması gereken akıl şartı konusunda ittifak halindedir.³⁰⁶

Arabulucunun bu görevi üstlenmesi için sadece akıllı olması yetmez aynı zamanda zeka, tecrübe, hazır cevaplılık ve hızlılık gibi vasıfları da kendisinde bulunması gerekmektedir. Böylelikle anlaşmazlık yaşayan taraflar arasında doğru iletişimi sağlayabilsin. Buna ek olarak, ikna kabiliyetinin de olması gerekir. Anlaşmazlık yaşayan tarafların bulundukları konumları ile bunun arkasında yatan gizli duygusal etkenleri anlaması ancak akıl ve fikir yürütme yetisi ile gerçekleşir.³⁰⁷

3.2.3.2.3. Büluğ³⁰⁸

İslam hukukçuları çocuklar arasındaki yaralamalara ilişkin şahitlikte büluğ şartı konusunda ihtilaf etmişlerdir.³⁰⁹ Ancak adli ve mali anlaşmazlıklarda şahitliği yerine getirme noktasında büluğ şartında fikir birliği içerisindeyler.³¹⁰ Aynı şart arabuluculuk konusunda geçerlidir. Buna delil ise şöyledir:

Allah teala şöyle buyurmaktadır: “İçinizden iki kişiyi şahit kılın eğer iki erkek bulamazsanız şahitliklerine güvendiğiniz bir erkek ve iki kadın şahit olsun”.³¹¹ Bu ayet çocukların şahitlik yapamayacağına delildir. Çünkü çocuk, ayette zikredilen erkek

³⁰⁵ ‘Abdullāh İ’fāfu’l-A’vā, *el-İstiṣnā’u’l-Vāride ‘alā Şehādeti’ş-Şuhūd: Dirāse Muḳārane*, Yüksek Lisans Tezi, Cāmi’atu Ummi’d-Dermān el-İslāmiyye, Sudan 2013, s.27; Abdullāh , *eş-Şuhūd ve Şurūtuhum ve Himāyetuhum fi’l-Fıkhī’l-İslāmī ve’l-Kānunī’l-Yemenī ve’s-Sūdānī*, Yüksek Lisans Tezi, Cāmi’atu’l-Kur’ānī’l-Kerīm ve’l-‘Ulūmī’l-İslāmīyye, Sudan, 2017, s.77; Ebū Kumbāz, Mūsā Süleymān, Muḳammed , *eş-Şehāde ve’ş-Şuhūd fi’l-Fıkhī’l-İslāmī: Dirāse Muḳārane*, 1993, Yüksek Lisans Tezi, Camiatu’l-Kur’ānī’l-Kerīm ve’l-‘Ulumu’l-İslāmīyye, Sudan, 2020, s.59.

³⁰⁶ İbn Nuceym, *el-Baḥru’r-Raiḳ Şerḥ Kenzu’d-Daḳāiḳ*, c.3/s.55, el-Ḥattāb, *Mevāhibu’l-Celil fī şerḥ Muḥtaşar Ḥalīl*, c.6/s.151; eş-Şirāzī, *el- Muhezzeb fī Fıkhī’l-İmāmī’ş-Şāfi’*, C.3/s.436; El-Maḳdisī, *el-İḳna’ fī Fıkhī’l-İmām Ahmed b. Hanbel*, C.4/S.436

³⁰⁷ Şen, Yusuf, *İslam Hukukunda Arabuluculuk*, s. el-Māverdi, *el-Aḥkāmū’s-Sulṭāniyye*, s.57

³⁰⁸ Bu noktada büluğ ile ifade edilmek istenen; İster erkeklerde ihtilam ile ister kadınlarda hayız ile gerçekleşen olsun insanda gerçekleşen normal büluğdur. Çünkü bu, insanın gelişmesinde kemale erdiğine işaretir. İnsanın temel bünyesi tamamlanır. Aklı gelişir, kişiyi evlenmeye, çocuk sahibi olmaya, sorumluluk almaya ve aynı zamanda dini açıdan mükellef olmaya hazır hale getirir. Abdullāh , *eş-Şuhūd ve Şurūtuhum ve Himāyetuhum fi’l-Fıkhī’l-İslāmī ve’l-Kānunī’l-Yemenī ve’s-Sūdānī*, s. 77.

³⁰⁹ İbrāhīm, Muḳammed Musa, *Tezkiyetu’ş-Şuhūdā fī’l-Fıkhī’l-İslāmī: Dirāse Muḳārane*, (doktora tezi), Cāmi’atu Ummi Dermān el-İslāmīyye, 2009, s.112.

³¹⁰ El-Ḥattāb, *Mevāhibu’l-Celil fī şerḥ Muḥtaşar Ḥalīl*, c.5/s.61, eş-Şirāzī, *el- Muhezzeb fī Fıkhī’l-İmāmī’ş-Şāfi’*, c.3/s.436; C.6-s.151; El-Kāsānī, *Bedāi’u’s-Şanāi’ fī Tertību’ş-Şerāi’*, C.6/s.267; El-Maḳdisī, *el-İḳna’ fī’l- İmām Ahmed b. Hanbel*, C.4,s.436.

³¹¹ *Bakara*: 282.

vasfına, aynı zamanda şahitliğine güvendiğiniz hitabına uygun değildir.³¹² Yine Allah teala şöyle buyurmaktadır: “*Şahitler çağırıldığı zaman yüz çevirmesinler*”.³¹³ Yine şöyle buyurmaktadır: “*Kimse şahitliğini gizlemesin her kim bunu yaparsa bu kalbin günahıdır*”.³¹⁴ Bunlar mükellef olan kişinin sıfatlarıdır. Çünkü emir ve yasaklar sadece mükellefe yöneliktir. Bu delillerin başka bir boyutu ise şahit kişi günah işlemekten korkup utanan biri olmalıdır ki bu şekilde doğru şahitlik yapsın ve batıldan uzaklaşabilsin. Ancak çocukta böyle bir korku yoktur ve ona günah yazılması da söz konusu olmaz. Hakkı gizlemek ve haksız yere şahitlik etmek gibi bir korku taşımaz, bu bakımdan sözüne güven duyulmaz.³¹⁵ Dolayısıyla arabulucu olamaz çünkü arabulucudaki güvenilirlik vasfı anlaşmazlık yaşayan tarafların güvenini kazandıran ve uzlaşmayı sağlayan özelliktir.³¹⁶ Arabuluculuğun ardından şahitlik görevi gelir. Bu da çocuktan kabul edilmez. Çünkü çocukta mükellefin en önemli şartlarından adalet vasfı yoktur. Allah teala şöyle buyurur: “*sizden adaletli olanları şahit kılın*”.³¹⁷ Çocuk ise adaletliler kapsamına girmez.³¹⁸ Buna ek olarak buradaki şahitlik velayet anlamındadır. Çocuk ise kendi nefsinde velayet hakkına sahip değildir. O kendisine veli olunandır. Eğer onun şahitliği kabul edilseydi davete icabet etmekle yükümlü olurdu. Nitekim ayette Allah Teala şöyle buyurmaktadır: “*Şahitler çağırıldıklarında yüz çevirmesinler*”³¹⁹ yani şahitlik görevini eda etmek için çağırıldıklarında. Çocuk ise İslam ahkamı ile mükellef olmadığı için şahitlik için çağırıldığında davete icabet etmesinin zorunlu olmadığına icma edilmiştir.³²⁰ Arabulucunun tanımını yaparken beyan ettiğimiz gibi arabulucunun ihtilafları iyi gözlem yeteneğinin olması, toplumun nazarında önemli bir yerinin olması, onlarla yakınlık kurması ve tarafları uzlaşmanın sağlanması için bazı haklarından feragat etmeye çağırabilmesi gerekir. Dolayısıyla kendi nefsinde velayet hakkına sahip olmayan bir kişinin insanlar arasında arabuluculuk yapması muhaldir.

Peygamber Sallallahu aleyhi ve sellem şöyle buyurmaktadır: “Üç kişiden kalem kaldırılmıştır: Uyanana kadar uyuyandan, buluğa erene kadar çocuktan, akli başına gelene

³¹² El-Kurtubî, *el-Cāmi' li-Ahkāmī'l-Kur'ān*, C.3/s.389, /s.61; eş-Şirāzî, *el-Muhezzeb fi Fıkhī'l-İmāmī's-Şāfi'*, C.3/s.436; el-Mağdisî, *el-Muğnî*, c.14/s.148, 'Udeh, Abdulkādir, *et-Teşrî'i'l-Cināi'l-İslāmī Mukāranen bi'l-Kānūni'l-Vađ'*, Dāru'l-Kutubī'l-'Arabīyye, Beyrut, t.y, C.2/s.396.

³¹³ *Bakara*: 282.

³¹⁴ *Bakara*: 283.

³¹⁵ El-Bācî, Süleyman b. Halef (ö.474/1081), *el-Munteka Şerhu'l-Muvaftā'*, Dāru'l-Kitābi'l-İslāmî, el-Kāhire, 2.baskı, t.y, C.5/s.192; Ez-Zeydān, *Nizāmu'l-Kādāi fi's-Şer'i'ati'l-İslāmiyye*, s.137.

³¹⁶ El-Karāfi, *ez-Zahira*, C.10/s.39.

³¹⁷ *Talak*:2.

³¹⁸ İbn Hazm 'Alī b. Ahmed el-Endelüsî (ö.456/1063), *el-Muḥallā bi'l-Āṣār*, Dāru'l-Fikr, Beyrut, t.y, C.8/S. 515.

³¹⁹ *Bakara*:282.

³²⁰ Eş-Şirāzî, *el-Muhezzeb fi Fıkhī'l-İmāmī's-Şāfi'*, C.3/s.436.

kadar deliden".³²¹ Burada kalemden kastedilen tekliftir. Çocuk mükellef değildir. Çünkü o kendi malını koruyamaz, başkasının haklarını muhafaza edemez, yine onun kendi hakkında söyledikleri kabul edilmediği gibi başkası hakkında da şahitliği kabul edilmez.³²² Yine arabuluculuk ve şahitlik vazifesini yerine getiren kişide aranan bülûğ şartı akla yatan makul bir şarttır. Çünkü bülûğ olgunluğun işaretidir aynı zamanda kişinin hem kendisine hem de topluma karşı sorumluluk duygusu ile hareket etmeye başladığı zaman dilimidir. Akıllı başında olan çocukta ise bu saydıklarımız tam anlamıyla görülmez. Çünkü arabulucu ezberlemekle bir şeye güç yetirebilir, düşünerek hatırlar, hatırlayarak da ezberler, bu işlemler de çocukta meydana gelmez.³²³ Çünkü arabulucu, görevini anlaşmazlık yaşayan tarafların görüşlerini ortak noktada birleştirerek başarı ile sonuçlandırabilir. Buna akıllı bir çocuk güç yetiremez. Bunun yanı sıra arabulucunun anlaşmazlık yaşayan taraflar arasında yürüttüğü müzakereler boyunca şahit olduklarına tanıklık etmesi ile üstlendiği yargı rolü, anlaşmazlığı bitirmek için aracılığı, konuyu arz etmesi, reddetmesi, buna ek olarak sonuç çıkarmak, tarafları ortak paydaya ulaştırıp ittifaklar sağlamak gibi icraatlerin hepsi yeterlilik, kabiliyet ve fikrî olgunluk gerektirir.

Şahitlikte bülûğ şartı konusunda, uzlaşmacı arabuluculuk ile adli arabuluculuk kavramlarını birbirinden ayırmak gerekir. Uzlaşmacı arabuluculuk kişilerin rızasıyla yapılan uzlaşmadır, basit ticari anlaşmazlıkları bitirmek için her yer ve her zamanda yapılabilir. Adli arabuluculuk ise arabuluculuk tanımında beyan ettiğimiz gibi mahkeme tarafından aracılara havale edilen arabuluculuktur.

Bülûğ şartını incelediğimizde bazı İslam hukukçularının şahitlik şartları ile şahitliği yerine getirilmesinin şartları arasında ayırım yaptıkları görülür. "Şahitliği üstlenmek için bülûğ şartı yoktur. Akıllı bir çocuk şahitlik edeceği zaman bülûğa erdiğinde şahitliği kabul edilir".³²⁴ Ancak uzlaşmacı arabuluculuk bu şartı koşmadıkları görülür. Buna göre akıl sahibi bülûğa ermemiş çocuğun şahitliği üstlenmesinde olduğu gibi uzlaşmacı arabuluculuğu da kabul edilir. Ancak bununla beraber bu konudaki diğer şartları haiz olması da gerekir. Buna ek olarak uzlaşmacı arabuluculuğu yerine getirecek ve hedeflerini gerçekleştirecek vasıflara sahip olması gerekir.

³²¹ Et-Tirmizî, *Sünenü't-Tirmizî*, C.4/s.139/no:4398.

³²² Ez-Zeydân, *Nizâmu'l-Kadâi fi's-Ser'ati'l-İslamiyye*, s.147; Ebû Kumbâz, *eş-Şehâde ve's-Şuhûd fi'l-Fıkhî'l-İslâmî: Dirâse Muḳârane*, s.59.

³²³ El-Kāsânî, *Bedâi'u's-Şanâi' fi Tertîbu's-Serâi'*, c.6/s.267.

³²⁴ El-Kāsânî, *Bedâi'u's-Şanâi' fi Tertîbu's-Serâi'*, C.6/s.266, İbn Nuceym, *el-Baḥru'r-Raiḳ Şerḥ Kenzu'd-Daḳāik*, c.7/s.56; eş-Şirâzî, *el-Muhezzeb fi Fıkhî'l-İmâmi's-Şâfi'*, C.3/s.436, eş-Şirâzî, *el-Muhezzeb fi Fıkhî'l-İmâmi's-Şâfi'*, C.3/s.450; Ez-Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletuhu*, c.8/s.6031; 'Abdullâh, *el-İstiḡnâtu'l-Vâride 'alâ Şehâdeti's-Şuhûd: Dirâse Muḳârane*, s.28.

Özetlemek gerekirse adli arabuluculukta şahadet edasının şartı gibi bülûğ şartı gerekmektedir. Çünkü anlaşmazlık mahkemeye intikal ettiği için arabuluculuğun adli davaya karışması dolayısıyla aracının eda şartına sahip olması gerekir. Zira bu basit bir ticari anlaşmazlık olmaktan çıkmıştır. Dolayısıyla aracının mükellef olması şarttır. Aksi takdirde ister karar verme ister araştırma aşamasında olsun şahitlik görevini yerine getiremeye ve bu zor ve karışık vazifeyi üstlenmeye güç yetiremeyecektir. Çünkü mükellef olan bir şahıs, etrafında vuku bulan şahit olduğu her olayı temeyyüz edebilirken mükellef olmayan kişi etrafında yaşanan olayları idrak edemeyeceğinden şahadeti kabul edilmez.³²⁵

3.2.3.2.4. İslam

Davanın mahkemeye götürülmesinin ardından ortaya çıkan adli arabuluklarda veya arabulucunun vekaletine ihtiyaç duyulmayan uzlaşmacı arabuluculuklarda İslam şartı aranmaz. Çünkü daha önce de bahsettiğimiz gibi bu anlaşmazlık yaşayan taraflar arasındaki bir anlaşma prosedürüdür. Bu noktada arabulucunun yargılama rolü yoktur, şahitlikte bulunmakla da yükümlü değildir. Burada arabulucu için yalnızca şahitleri dinleme şartı geçerlidir şahitlik etme şartı söz konusu değildir. Dolayısıyla İslam şartı aranmaz. Bu husus arabuluculuğu tahkim gibi anlaşmazlıkları ortadan kaldıran diğer uzlaşma yollarından ayıran noktadır. Tahkim ile arabuluculuk arasındaki farkı beyan ederken zikrettiğimiz gibi mahkeme kaynaklı olmayan arabuluculuğu yürütürken arabulunun her şartına bağlı kalmak gerekli değildir. Burada şahitlik de arabuluculuk gibidir. Aralarındaki bir diğer fark da şudur: “Çünkü şahitliğin geçerlilik şartı şahit olduğu zaman değil şahitlik vazifesini icra ettiği vakit söz konusudur. Kadı ve hakim için ise dava halinde hakimlik ve kadılık görevi verildiğinde bu şart aranır”.³²⁶ Arabulucu, arabuluculuktan doğan sözleşmenin yani uzlaşmanın tamamlanması durumunda taraf olmayıp müzakere etme ve uzlaşmaya zemin hazırlama görevini yerine getirmektedir. Ancak anlaşmazlıkları arabuluculuğa yönlendiren adli davalarla ilişkilendirildiğinde şahitlik ve arabuluculuk ile bunların şartlarında İslam hukukçuları arasında ihtilaf olduğu gözlemlenmektedir. Bu meseleyi iki ayrı durum üzerinden ele alabiliriz: İlki, gayrimüslimin Müslümana şahitlik etmesine kıyasla gayrimüslimin Müslümana

³²⁵ Ez-Zeydân, *Nizâmu'l-Kadâi fi's-Sher'i'ati'l-İslamiyye*, s.137; Halefullâh, Mes'ûl 'Abdurrahmân, *Şurûṭ Edâi's-Şehâde*, Mecelletü'l-'Adl, Vizârât'ü-l-'Adl es- Su'ûdiyye, El-Memleketü'l-'Arabiyye es-Su'ûdiyye, 2016, s.188.

³²⁶ İbn Nuceym, *el-Baḥru'r-Raiḳ Şerḥ Kenzu'd-Daḳāiḳ*, c.7/s.25.

arabuluculuk yapması, ikincisi ise gayrimüslimin kendi aralarında şahitlik yapmalarına kıyasla kendi aralarında aracı olmaları durumudur.

Gayrimüslimin Müslümana şahitlik yapmasında, bizi ilgilendiren nokta ticari davalardaki şahitliklerdir. Çünkü tezimiz ticari davalardaki arabuluculuk ile sınırlıdır. İslam hukukçuları genel olarak gayrimüslimin Müslümanlara şahitlikte bulunmasının caiz olmadığı görüşündedir.³²⁷ Ancak yolculukta Müslümanın vasiyeti üzerine gayrimüslimin Müslümana şahitlikte bulunması noktasında ise iki görüş vardır;

Birinci Görüş: Gayrimüslimin Müslümana şahitliği mutlak olarak kabul edilmez. Dolayısıyla aracılığı da kabul edilmez.

İkinci Görüş: Gayrimüslimin Müslümana şahitliğini, yolculukta ve vasiyet üzerine olması şartı ile zaruret dahilinde kabul eder. Bazıları ise yolculuğu şart koşmaksızın sadece zaruret şartı ile yetinir. Gayrimüslimin Müslümana şahitliği tüm mali işlemleri içerecek şekilde genişletilir. Bu görüş gayrimüslimin Müslümanlar arasında bazı şartlar dahilinde arabulucu olmasını da caiz kılar. Bu şartları bu görüşün delillerini zikrederken beyan edeceğiz.

Birinci Görüş: Hanbeli³²⁸, Maliki,³²⁹ Şafii³³⁰ mezhebinin çoğunluğu gayrimüslimin Müslümana şahitliğini kabul etmez.

Bu görüşün delilleri

1- Şahitlik velayet babındandır ve kafirin Müslüman üzerinde velayeti caiz değildir. Allah’u tealanın şu sözü buna delildir: “Allah Müslümanlara karşı kafirlere bir yol açmaz”.³³¹ Bu ayet Allah’ın Müslümanlara karşı kafirlere bir üstünlük tanımadığını beyan etmiştir. Kafirlerden bir grup ise zimmet ehlidir. Şahitliklerini kabul etmek bunların velayetlerini kabul etmek anlamına gelmektedir. Zimminin ise bir Müslümana velayeti söz konusu olmaz. Aynı zamanda şahitliklerinin kabulü, Kur’an’da nassla olumsuzlanan bir durumun isbatına yol açar. Bu ise men edilmiştir.³³² İslamın diğer dinlerden üstünlük vasfı

³²⁷ İbn Nuceym, *el-Bahru’r-Raîk Şerh Kenzu’d-Daîk*, c.7/s.55; el-Hattâb, *Mevâhibu’l-Celil fî şerh Muhtaşar Halîl*, c.6/s.151; En-Nevevî, *el-Mecmû’ Şerhu’l-Muhezzeb*, C.3/ s. 437; El-Makdisî, *el-İkna’ fî Fıkhî’l-İmâm Ahmed b. Hanbel*, C.4,s.437; el-Behûtî, *Keşfu’l- Qanâ’ an Metni’l-İknâ*, C.6/s.417.

³²⁸ El-Kāsânî, *Bedâi’u’s-Şanâi’ fî Tertîbu’s-Şerâi’*, c.6/s.269.

³²⁹ El-Çurtubî, *Bidâyetu’l-Muctehid ve Nihâyetu’l-Mukteşid*, c.4/s.246.

³³⁰ En-Nevevî, *el-Mecmû’ Şerhu’l-Muhezzeb*, C.20/ s. 251.

³³¹ *Nisa*:141.

³³² El-Kāsânî, *Bedâi’u’s-Şanâi’ fî Tertîbu’s-Şerâi’*, c.6/s.280.

vardır. Nitekim Nebi sallallahu aleyhi ve sellem “İslam üstündür kendisine üstün olunan değildir” demiştir.³³³ Onların şahitliklerini kabul etmek onları yüceltmek ve Müslümanlar üstünde velayet hakkı vermek anlamına gelir ki bu nassa aykırıdır. Ayetin genel manası kafirin Müslüman üzerinde şahitliğinin kabul edilmediği mutlak olarak ifade eder. Çünkü onlar İslam devletinde genel veya özel velayet hakkına sahip olanlardan değildir.³³⁴ Çünkü onlar Müslümanlara düşmanlık beslerler. Farklı din mensupları ihtilafa düştükleri vakit birbirlerine düşmanlık ederler. Bu da şahitliklerinin kabul edilmesine engeldir. Dolayısıyla onların Müslümanlar üzerindeki şahitlikleri kabul edilmez. Aynı zamanda velayet haklarının olmaması da şahitlik vazifesini icra etmelerinde bir engeldir.³³⁵

2- Adalet şahitlik için şarttır. Gelecek bölümlerde zikredeceğimiz üzere bu vasıf gayrimüslimde bulunmaz. Allahu tealanın şu sözü ile şahitlikleri kabul edilmez: “*Aranızdan adaletli olanları şahit tutun*”.³³⁶ ve yine şu ayet buna işaret eder: “*İçinizden iki erkeği şahit edinin. Eğer iki erkek bulamazsanız bir erkek ve şahitliğine güvendiğiniz iki kadını şahitler edinin*”.³³⁷ Bu iki ayetin delalet ettiği nokta şudur, şahitliklerinin güvenilir olması nassla sabittir. Kafir ise adalet vasfını haiz olmayan, kendisine güven duyulmayan ve bizden olmayandır. Onların şahitlikleri kabul edilseydi hakim onların sözü ile hüküm vermesi gerekirdi. Bir Müslüman ise onların sözü ile hareket etmekle yükümlü değildir.³³⁸ Hz. Peygamberin şu sözü de buna delildir: “Ehli kitaba bir şey sormayın onlar size yol göstermez onlar yoldan çıkmışlardır. Böyle yapmazsanız ya bir yanlışlı doğrularsınız, ya da doğru olanı yalanlarsınız. Eğer Musa aranızda yaşıyor olsaydı o da bana tabii olurdu”.³³⁹ Hz. Peygamber doğruluğu bilinmeyen bir hususta kitap ehline bir şey sormamayı emretmiş, onları doğrulamaktan da

³³³ Ed-Dāraḳuṭnī, Ebū Hasan ‘Alī b.Ömer (ö.385/995), *Sünenu’l-Dāraḳuṭnī*, (thk. Şuayb Arnavut ve diğerleri), Müessesetü’r-Risāle, Beyrut, 2004, C.4,s.371, no: 3620; İbn Hacer, Ahmed b. Ali (ö.825/1421), *Fethu’l-Bārī Şerh Şahihi’l-Buḥārī, Daru’l-Ma’rife*, Beyrut, 1959, C.9/s.421 dedi ki: Senedi sahihtir.

³³⁴ Abdullāh, eṣ-Şuhūd ve Şurūṭuhum ve Ḥimāyetuhum fi’l-Fıkhı’l-İslamī ve’l-Ḳānūnī’l-Yemenī ve’s-Sūdānī, s.84.

³³⁵ Es-Seraḥsī, *el-Mebṣūt*, c.16/s.134, El-Mevṣılī, *el-İhtiyār fi Ta’līlī’l- Muḥtār*, C.2/s.149.

³³⁶ *Talak*:2.

³³⁷ *Bakara*:282.

³³⁸ İbn Humām, *Fethu’l-Ḳadīr*, c.7/s.417; es-Seraḥsī, *el-Mebṣūt*, c.16/s.134.

³³⁹ İbn Hanbel, Ahmed b.Muḥammed (ö.241/855), *Müsned İmam Ahmed b. Hanbel*, (thk. Şu‘ayb el-Arnāwūt, ‘Ādil Mürşid ve diğerleri), Müessesetü’r-Risāle, 1.baskı, 2001, C.22/s.468/ no: 1463; Ebu Ya’lā, Ahmed b.Ali (Ö.307/919), *Müsned Ebi Ya’lā*, (Tahkik: Hüseyin Selim Esed), Darul Me’mun litturas, Dimeşk, 1984, C.4/s.102/no: 2135 Tahkik eden dedi ki: isnadı zayıftır. Şahih-i Buhari’de Şirk ehline şahitlik ve diğer şeyler sorulmaması babında bu anlamı taşıyan başka bir rivayet geçmektedir: Hz, Peygamber şöyle buyurmuştur “Ehli kitabı doğrulamayın ve yalanlamayın” *el- Buḥārī, Şahihi’l-Buḥārī*, C.6/ s.20/ no: 4485.

men etmiştir. Onların haberleri kabul edilmiyorsa şahitlikleri de kabul edilmez. Çünkü şahitlik babı rivayet babından daha dardır. Bu da onların şahitliklerini reddetmeye ve kabul etmemeye delildir.³⁴⁰

- 3- Fasıklık şahitliği engeller. Küfür ise fasıklığın en kötüsüdür. Bu konuda şu delilleri sunabiliriz. Allahu teala şöyle buyurur: “*Mümin olan fasık olan gibi midir? İkisi bir değildir*”.³⁴¹ Ve yine şöyle buyurur: “*Ey iman edenler sizden birine bir fasık bir haber getirirse onu iyice araştırın. Yoksa bir kavme bilmeden kötülüğünüz dokunurda sonra bu yaptığınızdan pişmanlık duyarsınız*”.³⁴² Kafirler fasıkların ta kendileridir. Fısk çıkmak anlamındadır. Kafirin bu şekilde isimlendirilmesi itikadi anlamda dinin sınırlarından çıktığı içindir. Kişinin fasık olduğu sabit olursa onun getirdiği haber konusunda ihtiyatlı davranılır. Nitekim gayrimüslim fasıkların en kötüsüdür dolayısıyla Müslümanla eşit değildir. Fasık birinin şahitliği kabul edilmiyorsa şirk ile Allah’ın vahdaniyeti konusunda yalan şahitlikte bulunan, Hz. Peygamber’e yalan isnad eden bir kafirin şahitliğinin kabul edilmemesi evladır. Onların insanlar hakkında yalan söylemeyeceklerinden emin olunmaz.³⁴³ Bu durumu Hz. Peygamber’in şu hadisi de desteklemektedir: “Şüpheli veya düşmanlık besleyen bir kişinin şahitliği kabul edilmez”.³⁴⁴ Hadisin aslında geçen *zınne* ifadesi töhmet *hınne* ifadesi ise düşmanlık anlamına gelmektedir.³⁴⁵ Gayrimüslimler Allah’a şirk koşmak ve Hz. Peygamber’i yalanlamak konusunda ittifak halindedirler ve onların şahitlikleri Allah ve Rasulüne olan düşmanlıklarından ötürü töhmet altındadır.³⁴⁶

³⁴⁰ İbn Hacer, *Fethu'l-Bār Şerh Şahihi'l-Buhāri*, C.5/s.292.

³⁴¹ *Secde*:18.

³⁴² *Hucurat*:6.

³⁴³ Es-Serahsi, *el-Mebşūt*, c.16/s.134; En-Nevevî, *el-Mecmū' Şerhu'l-Muhezzeb*, C.3/ s. 437,

Eş-Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc ila mea'nî elfāzi'l-Minhâc*, C.6/s.339.

³⁴⁴ El-Hâkim, Muhammed b. 'Abdullâh (ö.405/1014), *el-Müstedrek 'ale's-Şahiheyn*, (thk. Muştâfâ 'Abdulkâdir Ata), Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut, 1. Baskı, 1990, C.4/s.111/no: 7049, Dedi ki: Bu hadis Müslim'in şartına göre sahihtir.

³⁴⁵ Eş-Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc ila mea'nî elfāzi'l-Minhâc*, C.6/s.344.

³⁴⁶ El-Mevsîlî, *el-İhtiyâr fî Ta'lîli'l-Muhtâr*, C.2/s.149; En-Nevevî, *el-Mecmū' Şerhu'l-Muhezzeb*, C.20/ s. 226.

İkinci Görüş: Hanbelilerden³⁴⁷ ve Zahirilerden³⁴⁸ bir kısım İslam hukukçusu, Müslümanların bulunmadığı bir durumda gayrimüslimlerin yolculukta vasiyet durumunda Müslümanlara şahitliklerine cevaz vermiştir.³⁴⁹

Bu konudaki delilleri ise şöyledir:

1- Bu durumdaki zaruret ve ihtiyaç hali. Nitekim ayette şöyle buyrulur: “*Ey iman edenler size ölümün yaklaştığını hissettiğinizde vasiyet edeceğiniz zaman sizden adaletli olan iki erkek şahitlik etsin eğer yolculuk halinde size ölümün yaklaştığını hissederseniz sizden olmayanlar iki kişi şahit olsun*”.³⁵⁰ Ayetten anlaşılacağı üzere Allah, yolculukta ölüm anında vasiyet eden kişiye müminlerden adalet sahibi iki kişiyi şahit tutmasını emreder. Müslümanlardan birini bulamadığı takdirde ise bu görevi Müslüman olmayan iki kişi üstlenir. Ayet bunu yolculuk halinde ve Müslümanların bulunmaması halinde emretmiştir.³⁵¹ Bu nassa aykırı davranmak caiz değildir. Allahu Teala kafirin Müslümanlara olan şahitliğini yolculukta ihtiyaç anında caiz kılmıştır. Çünkü onlardan başkası bulunmamaktadır.³⁵² Ayrıca ayette geçen “Sizden olmayanlar” ifadesi yani müminler dışındakiler anlamına gelmektedir. Ayetin gidişatına uyan mana budur nitekim başka bir şekilde yorumlanmamıştır. Çünkü ayetin başının müminlere hitap etmesi sonundaki hitabın gayrimüslimlere olmasını gerektirir.³⁵³ Nitekim İbn Teymiyye ve İbn Kayyım da zaruret halinde gayrimüslimin Müslümana şahitliğini kabul etmişlerdir. Bu, yolculukta veya mukim iken Müslüman bir şahit bulunmadığı zaman gayrimüslimlerin şahitlikliklerinin kabul edilmesini gerektirir.³⁵⁴

³⁴⁷ El-Buhārī, *Keşşāfu'l-Kinā' 'an Metnu'l-İknā'*, c.6/s.417, El-Makdisī, *el-Muğni*, c.14/s.171

³⁴⁸ İbn Hazm, *el-Muḥallā bi'l-Āṣār*, C.8/s.492.

³⁴⁹ Gayrimüslimlerin şahitliklerine cevaz veren alimlerin bir kısmı onları zimmet ehli ile mukayyet kılmıştır. Ancak İbn Kayyım gayri müslim çerçevesini geniş açıdan ele almış ve şöyle demiştir: “Onları ehli kitap ile sınırlandırmaya dair herhangi bir delil yoktur. Çünkü bu ruhsatın umumi olması gereken yerde ruhsatın alınını daraltır.” İbnu'l-Kayyım, Muhammed b. Ebi Bekir, (ö.751/1350), *et-Turuku'l-Hikemiyye, mektebetu Darulbeyan*, (Tarih yok), C.1/s.162.

³⁵⁰ Maide: 106

³⁵¹ İbn Keşir, İsmail b. Ömer (ö.774/1327), *Tefsiru'l-Kur'āni'l-A'zīm*, (Tahkik: Sami Muhammed Selame), Dâr Taybe, linneşr vettevzi', 2.baskı, C.3/s.216.

³⁵² İbnu'l-Kayyım, *et-Turuku'l-Hikemiyye*, C.1/s.152, El-Makdisī, *el-Muğni*, c.14/s.171.

³⁵³ Et-Taberī, *Cāmiu'l-Beyān fi Te'vili'l-Kur'ān*, c.11/s.171; el-Behūtī, *Keşfu'l-Kanā' an Metni'l-İknā'*, c.6/s.417; İbn Kudāme, *eş-Şerhu'l-Kebīr a'lā Metni'l-Muḥni*, C.12/s.36; Halefullāh, *Şurūṭ Edāi' ş-Şehāde*, s.190.

³⁵⁴ İbn Teymiyye, Takiyüddin Ebul Abbas (ö.728/1327), *el-Fetāwā'l-Kubrā li-İbn Teymiyye*, Dāru'l-Kutubi'l-İlmiyye, 1987, C.5/s.576, İbnu'l-Kayyım, *et-Turuku'l-Hikemiyye*, C.1/s.160; Ebū Qumbāz, *eş-Şehāde ve ş-Şuhūd fi'l-Fıkhil-İslamī: Dirāse Muḳārane*, s.72.

2- Hz. Peygamber (s.a.v.) bir gayrimüslimin Müslümana olan şahitliğini kabul ederek bununla hükme varmasıda buna delil teşkil eder. İbn Abbas'ın rivayetine göre Ben-i Sehm'den bir adam Temimid-Dari ve Ali b. Bedda' ile beraber yola çıktılar. Sehm kavminden olan adam Müslümanların yaşamadığı topraklarda vefat etti. Mirasını verecekleri zaman altınla süslenmiş gümüş bir kaseyi kaybettiler. "Resulullah (s.a.v.) de onlara yemin ettirdi.(Müslim s.14) " sonra bu kase Mekke'de bulundu. Onu Temim ve Adi' den aldık. Ölen adamın yakınlarından iki adam kalktı ve bizim şahitliğimiz onların şahitliğinizden daha evladır bu kase onlarındır diyerek yemin etti". İbn Abbas dedi ki : "Bu olaydan sonra şu ayet indi: "Ey iman edenler sizden birine ölüm yaklaştığında kendi aranızda şahit tutun".³⁵⁵ Ayetin delalet ettiği mana³⁵⁶ gayrimüslimin yolculukta vasiyet anında Müslümana şahitliğinin caiz olduğudur. Caiz olmasaydı Hz. Peygamber bunu yapmazdı.³⁵⁷ Hz.Peygamberin, henüz o sırada Müslüman olmayan Temim ve Adiyy'nin şahitliklerini kabul etmesi bu durumun caiz olduğuna delildir.³⁵⁸

3- Hz. Peygamber'in ashabının da yolculukta gayrimüslimin Müslümana şahitliğini kabul ederek hükme varmaları buna delildir. Buna örnek Şabi'nin rivayet ettiği hadistir. Müslümanlardan bir adam Dakuka'da vefat etti ve ölüm anında yanında Müslümanlardan vasiyetine şahitlik edecek kimseyi bulamadı ve kitap ehlinden iki adamı şahit kıldı. Daha sonra Kufe'ye gittiler ve durumu Eş'ari 'ye bildirdiler. Vasiyetini verdiler. Eş'ari dedi ki: "Bu, Rasulullah sallallahu aleyhi vesellem döneminden sonra olmayan bir meseledir. Onlara ihanet etmedikleri, yalan söylemedikleri, değiştirmedikleri ve gizlemediklerine, bu vasiyetin ölen adamın verdiği vasiyet olduğuna dair yemin ettirdi ve şahitliklerini kabul etti".³⁵⁹ Bu rivayetin delalet ettiği nokta ise; Hz. Peygamberin, ashabı ve onlardan sonra gelen tabiin, yolculukta vasiyet halinde gayrimüslimin Müslümana şahitlik etmesine cevaz vermeleridir. Caiz olmasaydı ne kabul ederlerdi ne de bununla amel ederlerdi.³⁶⁰

³⁵⁵ Maide:106.

³⁵⁶ El-Buḥārī, *Şaḥiḥi'l-Buḥārī*, C.4/ s.13/ no: 2780

³⁵⁷ El-Behūtī, *Keşfu'l- Kanā' an Metni'l-İknā*, c.6/s.417, İbn Hacer, *Fethu'l-Bārī Şerḥ Şaḥiḥi'l-Buḥārī*, C.5/s.413.

³⁵⁸ İbnu'l-Ḳayyım, *et-Turukū'l-Hikemiyye*, C.1/s.154

³⁵⁹ El-Beyḥakī, *Sünenü'l-Kübra*, C.10/s.278,/no: 20626; İbn Hacer, *Fethu'l-Bārī Şerḥ Şaḥiḥi'l-Buḥārī*, C.5/s.412.

³⁶⁰ El-Makdisī, *el-Muḡni*, c.14/s.172; İbn Ḳudāme, *eş-Şerḥu'l-Kebīr a'lā Metni'l-Muḡni*, C.12/s.36

Delillerin Değerlendirilmesi ve Tercih

İki görüşünde gayrimüslimin Müslümana şahitliği noktasında delillerini sunduktan sonra bu konuda birçok itiraz hasıl olmuştur. Bunlara şöyle cevap vermek mümkündür:

Birincisi: Kabul Etmeyenlerin Delillerinin Değerlendirilmesi

1- Gayrimüslimin Müslümana velayetini kabul etmeyen görüş yolculukta zaruret halinde şahitliklerini kabul eden ayet ile reddedilir: “*yolculukta size ölüm geldiğinde sizden olmayanları*”.³⁶¹ Bunu kabul etmeyenler de zaruret halinde bunu uygulamışlardır. Ancak onlar bu ayetin nesh edildiğini iddia ederek geçerliliğini ortadan kaldırmışlardır. İmam Es-Seraḥsi Mebsud’da gayrimüslimin kendi milletine velayetinin caizliğini dile getirerek şunları söyler: “Bunda Müslümanın vasiyeti üzerine gayrimüslimin Müslümana şahitlikte bulunmasının cevazına dair delil vardır. Bu da Müslümanların kafirin vasiyeti ile onlara şahitlikte bulunmalarını gerekli kılar. Nassın zarureti ile sabit olan nass gibidir. Sonra gayrimüslimlerin Müslümanlar üzerindeki velayet hükmünü kaldırmak ile Müslüman için hüküm de kalkmış olur.”³⁶² Nesh edildiği konusu ihtilaflı olmakla beraber bu konuya cevaz verenlerin delillerini zikrederken ele alacağız. Burada sahih bir delilin olmaması ayetin nesh edildiğini göstermektedir.³⁶³

2- Adalet vasfının gayrimüslimlerde olmaması nedeniyle şahitlikleri reddedilir. “*sizden adil olanları şahitlikte bulundurun*”.³⁶⁴ yine Allah’ın “*şahitliklerine rıza gösterdiğiniz*”.³⁶⁵ iki ayette şahısları, zamanı ve şartları noktasında genellik ifade eder. Bu ayet ise yolculuğa, vasiyete ve Müslümanın bulunmayışına özel bir ayettir. Genel ve özel hüküm içiren ayetlerin arasında ise zıtlık olmaz.³⁶⁶ Kafir dininde veya davranışlarında güvenilir olabilir. Kendisi ile istişare edilir, görüşü sorulur, konuştuğunda kulak verilir, doğru sözlüdür, kendisine karşı kalben rahat edilebilir. Bu vasıflar bazı Müslümanlarda bile yoktur.³⁶⁷ Buna ek olarak

³⁶¹ Maide:106

³⁶² Es-Seraḥsi, *el-Mebṣūt*, c.16/s.134.

³⁶³ El-Ḳannucī, Muḥammed Siddık Han b. Hasan, *Neylu’l-Merām min Tefsīr Āyāti’l-Aḥkām*, (thk. Muḥammed Ḥasan İsmā’ıl ve Aḥmed Ferid el Mezīdī), Dārul-Kutubi’l-İlmiyye, 2003, C.1/s.285; İbnu’l-Ḳayyim, *et-Ṭuruḳu’l-Ḥikemiyye*, C.1/s.154.

³⁶⁴ Talak: 2.

³⁶⁵ Bakara:282.

³⁶⁶ El-Ḳannucī, *Neylu’l-Merām min Tefsīr Āyāti’l-Aḥkām*, C.1/s.285.

³⁶⁷ İbnu’l-Ḳayyim, *et-Ṭuruḳu’l-Ḥikemiyye*, C.1/s.180; el-Mū’minī, Mahmud Maṣṣūr, *Aḥkām Şehādeti Gayri’l-Müslimīn fī’l-Fıḫi’l-İslāmī* : *Dirāse fıḫhiya Mukārame*, Cāmiatü Âli’l-Beyt, Ürdün, 2008, s.42.

Hanefiler gayrimüslimlerin kendi milletlerine şahitliklerine cevaz verirken gayrimüslimlerin adaletli olmasını tercih ederler.³⁶⁸ Buna, cevaz vermeyenlerin delilleri arasında yer alan Hz. Peygamberin “ ehli kitaptan haberleri almayın” emri ile cevap verilebilir. Ancak burada haberden kastedilen şey akide, iman gibi konularda rivayet edilen haberlerdir. Dolayısıyla Hz. Peygamber bunu dalalet ve hidayet meselesi olarak ele almıştır. Yine bu hadiste zikredilen tevhid, vahy ve diğer konulara taalluk edebilir”.³⁶⁹ Davranışlara gelince, onların dürüstlüklerini inkar edip kendilerini topluca yalancılıkla suçlamak mümkün değildir. Yine Allah’ın, “ehli kitaptan bir kısmına yüklerle mal emanet etsen onu sana eksiksiz verir.”. ayetinde olduğu onlardan bazılarını emanet ehli olarak vafsetmesi topluca itham etmek doğru olmamaktadır.³⁷⁰ Bu olmadan İslam toplumu istikrara da erişmez.

3- Kişinin küfrü şahitliğe engeldir çünkü küfür fasıklığın en ağıridir” sözüne gelince şöyle cevap verebiliriz; Müslümanlardan fasık olanların şahitliklerini yasaklayan yolculuk halinde Müslümanın vasiyeti üzerine gayrimüslimin şahitliğini kabul etmeyi bize emretmiştir. Toplu halde bu emre uymamız gerekmektedir. Emir ve yasaktan hiçbirisi diğerinden uyulmaya daha evla değildir, bilakis Allah’ın hükmünü toplu halde kabul etmek şarttır ve hükmünden hiçbirini arka planda tutmamalıyız.³⁷¹

İkincisi: Kabul Edenlerin Delillerinin Değerlendirilmesi

1- Gayrimüslimin Müslümanlara şahitlikleri seferde ve bir zarurete bağlı olarak Allahu tealanın “.. yahut sizden olmayanlar.”. ³⁷² kavli ile sabittir ancak bu ayet “..sizden şahitliklerine razı olduklarınız.”. ³⁷³ ayeti ile nesh edilmiştir ³⁷⁴ sözüne cevap verecek olursak; tüm selef ulemasının çoğunluğu bu ayet ile amel edilmiş ve nesh olduğu iddia edilmemiştir. Aişe radiyallahu anha dan şöyle rivayet edilir:³⁷⁵ “Cubeyr b. Nufeyr dedi ki; Aişe’nin yanına gittim bana şöyle söyledi: Maide suresini okuyor musun? Evet dedim. Devam etti: “ O en son inen suredir.

³⁶⁸ Es-Serahsi, *el-Mebşūt*, c.16/s.135.

³⁶⁹ İbn Hacer, *Fethu’l-Bārī Şerh Şahihi’l-Buhāri*, C.13/s.334.

³⁷⁰ *Ali İmran*:75.

³⁷¹ İbn Hazm, *el-Muḥallā bi’l-Āṣār*, C.8/s.496.

³⁷² *Maide*:106.

³⁷³ *Bakara*:282.

³⁷⁴ El-Kurtubī, *Bidāyetu’l-Muctehid ve Nihāyetu’l-Mukteşid*, c.4/s246; İbn Hacer, *Fethu’l-Bārī Şerh Şahihi’l-Buhāri*, C.5/s.412,

³⁷⁵ İbnu’l-Kayyim, *et-Turuḳu’l-Hikemiyye*, C.1/s.154.

Onda bulduğunuz helali helal kılın, haramı haram kılın”.³⁷⁶ Bu rivayet seferde vasiyet ayetinin nesh olmadığını gösteren açık delillerdendir. Ve Maide suresi Kur’an’ın en son inen suresidir. Hatta İbn Abbas, Hasan ve diğerleri der ki: “Bu surede nesh edilmiş bir ayet yoktur. Çünkü nesh için; nesh edenle nesh edilenin arasında ittifak kurulamayacak ve nesh eden nassın tarih itibariyle nesh edilenden açıkça sonra inmiş olacak şekilde sabit olması gerekir. İki ayet arasında, zaruret halinde hükmün değişmesini engelleyecek herhangi bir çelişki yoktur. Yine kafir bir kimse, Müslümanların yanında zaruret halinde şahitliğine rıza gösterebileceği güvenilirlik vasfına sahip olabilir. Söyledikleri ayet nesh edici ayet değildir. Çünkü nesh ihtimallere dayanmaz ve yine iki delilin arasını bulmak bir delilin hükmünü kaldırmaktan evladır.”³⁷⁷

- 2- Gayrimüslimin şahitliğine cevaz vermeyenlerden neshi kabul etmeyenler, cevaz verenlere çeşitli yorumlarla cevap vermişlerdir. Onlardan bir kısmı ayetin eda yani şahitlik ederek olayı bildirmesi için değil tahammül yani olayı sadece bilmesi olduğu yorumuna giderken bir kısmı ise: “sizden olmayanlar” ifadesinin usul ve furu’dan olmayanlar anlamına geldiği yorumuna gitmişlerdir. Buna şöyle cevap verilir; o zaman ayette atıf geçmez. Ayette geçen aşiret ile kastedilen akraba ve akraba olmayanlar. Ve denir ki ayette geçen şahitlik yemin anlamındadır.³⁷⁸

Bu itiraza şöyle cevap verilir; ayetin “..sizin aşiretinizden olmayan..” anlamı taşınması doğru değildir, çünkü müfessirlerin ittifakı ile ayet Adıyy ve Temim arasında geçen olay üzerine inmiştir. İbn Mesud, İbn Abbas bu ayeti “sizin dininizden olmayanlar” olarak tefsir etmiştir. Buna zikrettiğimiz rivayetlerde delil teşkil eder. Eğer dedikleri doğru olsaydı iman vacib olmazdı. Çünkü müslümanlardan iki şahit için yemin söz konusu değildir. Ayetin Tahammüle yani kişinin olayı bilmesine yorumlanması doğru olmaz çünkü emir şahitliklerini ifa etmeleri üzerinedir ve yeminde tahammül yoktur. Ayetteki anlamı yemin olarak yorumlamakta kabul edilemez çünkü Allah’u Teala şöyle

³⁷⁶ İbn Hanbel, *Müsned İmam Ahmed b. Hanbel*, C.6/s.188/no: 26063; El-Hâkim, *el-Müstedrek a'lâ's-Sahîheyn*, C.2/s.240/no:3210 dedi ki: bu hadis Buhari ve Müslimin rivayet etmediği ancak şartlarına uyan bir hadistir.

³⁷⁷ Eş-Şevkânî, *Neylu'l-Evtâr*, C.8/s.339.

³⁷⁸ Eş-Ş irvani, AbdulHamid, *Hâşiyetu'l-İmam Abdülhamid eş-Şirvânî(ty) Tuḥfetu'l- Muḥtâc fi Şerḥi'l-Minhâc* tan sonra -ayrıca ile ayrı olarak- basılmış. Bu kitap Heytemi'nin, Ahmet b. Muhammed, Mektebu't-ticare el-Kebir, Mısır, 1983, C.10/s. 212; el-Karâfi, *ez-Zahîra*, C.10/s.224, Es-Senikî, *Esne'l-Maṭâlib fi Şerḥi Ravḍi't-Tâlib*, c.4/s.339.

buyurur: “ *Allah’ın şehadetini gizlemeyin* “³⁷⁹ Çünkü atıf adalet müminlerdir ki onlar iki şahittir. Şahidin yemin etmesi ise şüphe durumuna özel olan bir şarttır.³⁸⁰

Tercih Edilen Görüş

İki mezhebinde görüşlerini ve delillerini ele aldıktan sonra her zaruri halde yolculukta veya mukim iken gayrimüslimin müslümana olan şahitliğinin cevazına, bu zaruri halin yolculukta müslümanın vasiyeti ile sınırlı olmadığına yönelik bir görüş benimsemekteyiz. Bu zaruret hali genellik ifade eder yani tüm zaruri halleri kapsar. Bu zaruret halinin takdiri ise hakime bırakılır.³⁸¹ Özellikle de tezimizin odak noktası ticari konuları olduğundan ve şari’nin gayrimüslimlerle alım, satım, ipotek gibi ticari işler yapılmasına izin verdiğinden bunu haklar, görevler ve yükümlülükler takip eder. Bu konularda Allah Teala kendisiyle beraber müslümanlardan iki şahit bulundurmasını talep etmemiştir. İslam Kanunları insanlar arasındaki hukuku muhafaza etmek içindir. Beşer olan insanın tabiatında ise inkar vardır. hukukun kaybolmaması ve korunması için şahitliğe ihtiyaç vardır.³⁸² Ve şahitliğe kıyas olarak; tüm mali anlaşmazlıklarda gayrimüslimin müslümana aracılığının kabul edilmesi gerektiği görüşündeyiz. Özellikle aracının arabuluculuk sonrasında gerçekleşen sözleşmede herhangi bir taraflılığı yoktur. Aksine, uzlaşmaya varmak için müzakereyi kolaylaştırma ve yargının önünde taraflar arasında geçen olaya şahitlik görevini yerine getirir. Böylelikle hakim davanın; varılan anlaşmaya ve gerçekleşen ittifaka uymayı iki tarafa da bağlayıcı kılan bir barış anlaşması mı yahut hakimin sorunu çözmek için başka bir yola başvurmamasını gerektirecek henüz çözüme varılamayan bir anlaşmazlık mı olup olmadığı kesin olarak görür. Dolayısıyla arabulucunun dini görüşünün bir haramı helal yada helalı haram kılarak neticeyi yani uzlaştırma sözleşmesini etkilememesi şartıyla, uyuşmazlığın çözümüne aracılık eden kişinin gayrimüslim olabileceği söylenebilir. Bunun nedeni, velayet manası taşıyan tahkim gibi başka yolların aksine, anlaşmazlığın çözümünün arabuluculuk olmasıdır. Tahkim, taraflar üzerinde yürütülen bir kararı içerir. Gayrimüslimin müslümanı yargılaması mümkün değildir.³⁸³

³⁷⁹ Maide:106.

³⁸⁰ El-Makdisi, *el-Muğnī*, c.14/s.172, el-Behūtī, *Keşfu’l- Kanā’ an Metni’l-İknā*, c.6/s.418; eş-Şevkânī, *Neylu’l-Evṭār*, C.8/s.340.

³⁸¹ Ez-Zeydān, *Nizāmu’l-Ḳadāi fi’ş-Şerī’ati’l-İslamiyye*, s.176; Ebū Ḳumbāz, *eş-Şehāde ve’ş-Şuhūd fi’l-Fıkhī’l-İslāmī: Dirāse Mukārane*, s.73; İbrāhīm, *Tezkiyetu’ş-Şuhedā fi’l-Fıkhī’l-İslāmī: Dirāse Mukārane*, s.115.

³⁸² İbnu’l-Kayyım, *et-Turuḳu’l-Hikemiyye*, C.1/s.152.

³⁸³ El-Battūn, *el-Vasāṭatu’l-Ḳadaiiue fi’ş-Şerī’ati’l-İslamiyye ve’l-Ḳānun*, s.79.

Müslüman ve gayrimüslimler arasında yaşanan anlaşmazlıklarda gayrimüslimlerin arabuluculuk yapması caizdir. Ancak Müslüman bir arabulucunun arabuluculuk yapmasının daha iyi olduğu kanaatindeyiz. Zira onun ihtilafa düşenleri kazanmak ve onların kalplerini yumuşatmak suretiyle bazı haklarından vazgeçerek ihtilafı sona erdirmeye ikna etmesi mümkündür. Dini metinleri bilmedikleri ve nefislerin kabul etmedikleri için bu durum genellikle gayrimüslimler için geçerli olmaz. Kur'an ve sünneti kabul etmeyenin, iki tarafı uzlaştırmaya zorlamak için Kuran ve sünneti delil getirmesi düşünülemez. Ancak iki taraftan biri Müslüman değilse, buradaki arabulucunun tarafların kültür ve inancına yakın olması anlaşmazlığın kısa sürede sona erdirilmesine ve çözülmesine anlaşılamayan tarafların ve genel olarak toplumun yararına katkıda bulunur. İkincisi, gayrimüslimlerin kendi aralarındaki şahitliği, kendi aralarında aracılık etmeleri ile kıyas edilir.

İkinci Mesele: Ticari davalarda gayrimüslimlerin kendi aralarındaki şahitliği, kendi aralarında aracılık etmeleri ile kıyas edilir. Bu konuda İslam Hukukçuları iki görüş ayrılırlar: Birincisi; onların birbirlerine karşı şahitlikte bulunmalarını caiz görmezken ikinci görüş buna cevaz verir. Bundan sonra her iki fikhî görüşü açıklayıp delillerini inceleyelim.

Birinci görüş: Dinde birleşseler de ihtilaf etseler de Gayrimüslim'in şahitliğinin kesinlikle caiz olmadığıdır. Malikiler,³⁸⁴ Şafi Şâfi'î ler³⁸⁵ Hanbeliler³⁸⁶ ve Zahiriler³⁸⁷ bu görüştedir.

Kabul Etmeyenlerin Delillerinin Değerlendirilmesi

1- İslamın şahitlik şartını bildiren ayetlerin umumi olması. Bunlardan biri Allahın şu buyruğudur: “*içinizden iki kişiyi şahit kılın eğer iki erkek bulamazsanız şahitliklerine güvendiğiniz bir erkek ve iki kadın şahit olsun.*”³⁸⁸ “*Ve yine Allahın “ sizden adalet sahibi birini şahit tutun.*”³⁸⁹ Bu âyetler, şahitlerin adaletle vasıflanan Müslümanlar olması gerektiğine umumi olarak işaret etmektedir. Adalet vasfı, küfür ile tezatlık teşkil eder ve buradaki delilimiz kıyastır. Bir

³⁸⁴ El-Bâcî, *el-Muntekâ Şerhu'l-Muvaftâ*, C.5/s.192, el-Karâfî, *ez-Zahîra*, C.10/s.225.

³⁸⁵ Eş-Şirâzî, *el- Muhezzebe fî Fıkhî'l-İmâmî's-Şâfi'*, C.3/s.437; Eş-Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc ila me'a'nî elfâzî'l-Minhâc*, C.6/s.339.

³⁸⁶ El-Makdisî, *el-İkna' fî'l- İmâm Ahmed b. Hanbel*, C.4/s.437, C.14/s.48; El-Makdisî, *el-Muğnî*, C.14/s.174; İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-Kebîr a'lâ Metni'l-Muknî*, C.12/s.35.

³⁸⁷ İbn Hazm, *el-Muḥallâ bi'l-Âṣār*, C.8/s.500.

³⁸⁸ *Bakara*: 282.

³⁸⁹ *Talak*: 2.

Müslümana karşı şahitliği caiz olmayanın, gayrimüslime de şahitliği caiz olmaz.³⁹⁰

Buna şu şekilde cevap verilir: Gayrimüslimin dürüstlük yönünün tercih edilmesi kabul edilebilir. Bu vasıf onu, dininde haram olduğuna inandığı şeylerden alıkoyduğu içindir. bundan kendini geri çeken bir gayrimüslimin şahitliği kabul edilir ve emanet vasfı ile adalet ve rıza kendisinde bulunmuş olur. Allah’u Teala şöyle buyurmuştur: “*Ehl-i kitap’tan öylesi vardır ki, ona yüklerle mal emanet etsen onu sana noksansız öder.*”³⁹¹ Bu emanet vasfına haiz olmaları özellikle muamelatta şahitliklerinin geçerli olmasını gerektirir.³⁹²

2- Kâfirlerin şahitliğini kabul etmek onların derecelerini yükseltir ve müminler üzerinde bir yol açar ve bu, Yüce Allah’ın “*Ve Allah, kâfirlere müminlerin aleyhine yol açmaz*”³⁹³ sözünde yasaklanmıştır. Kâfirin şahitliklerini kabul etmek müminler üzerinde bir yol açar çünkü kadı onların şahitliğine dayanarak hüküm verir.³⁹⁴

Buna şöyle cevap verilir: Bu onları şereflendirmez ve derecelerini yükseltmez. Bilakis bu, onların kötülüklerini birbirinden uzaklaştırmak ve içlerinden hak sahiplerinin haklarına iade etmektir nitekim bu da onlar için vazgeçilmez maslahatlardır. Yargı yükümlülüğünün şahitlikle değil, önceki geleneklerle geçerli olduğu nazarı dikkate alınmalıdır. Şahitlik vacip olan bir şarttır, hüküm ise şartla sabit olmaz. Dolayısıyla için birbirleri aralarındaki şahitlikler kâfirlere müminlerin aleyhinde bir yol açmaz.³⁹⁵

3- Şahitliğin velayet (vasilik) anlamı taşıması. Çünkü o, başkaları üzerinde nüfuz sahibidir ve bu da bir nevi velayettir. Dolayısıyla, kâfire dahi olsa bir kâfirin şahitliği kabul edilemez.³⁹⁶

Buna şöyle cevap verilir: Velayet akrabalık ve merhametle ilgilidir. Akrabalıkları sabittir ve kendi aralarındaki merhametleri şefkatleri Müslümanların kendi aralarındaki merhamet gibidir. Kafir de velâyete sahiptir öyleyse o da Müslüman gibi şahitlik

³⁹⁰ El-Bâcî, *el-Muntekâ Şerhu’l-Muvattâ*, C.5/s.19; Abdullâh , *eş-Şuhûd ve Şurûtuhum ve Himâyetuhum fi’l-Fıkhî’l-İslâmî ve’l-Kānunî’l-Yemenî ve’s-Sūdānî*, s.89.

³⁹¹ *Ali İmran*:75.

³⁹² Es-Serahsî, *el-Mebşût*, c.16/s.135.

³⁹³ *Nisa*:141.

³⁹⁴ El-Kāsânî, *Bedâi’u’s-Şanâi’ fî Tertîbu’s-Şerâi’*, c.6/s.280; el-Mü’minî, *Ahkâm Şehâdeti Gayri’l-Müslimîn fî’l-Fıkhî’l-İslâmî : Dirâse fıkhîya Mukârane*, s.53.

³⁹⁵ El-Kāsânî, *Bedâi’u’s-Şanâi’ fî Tertîbu’s-Şerâi’*, c.6/s.28; İbnu’l-Kayyım, *et-Turukû’l-Hikemiyye*, C.1/s.153.

³⁹⁶ Es-Senikî, *Esne’l-Maṭālib fî Şerhi Ravḍi’t-Tālib*, C.4/s.339.

ehlindendir. Bu durum Allah'ın: “*Kâfirler birbirlerinin velileridir.*”³⁹⁷ buyruğunda vasfedilir. Buradaki velayet dostluk anlamında değil velâyet anlamındadır . Buna delil olarak ise aralarındaki nikahın sahih olmasıdır ve velisiz nikah sahih değildir . Müslüman biri kızını ehli kitaptan biri ile evleneceği zaman nikah caiz olur. çünkü kafir kendisi ve malı üzerinde velayet ehlindendir. Dolayısıyla başkalarına velâyeti ve şahitliği durumunda o, diğerlerine karşı velâyet ehlinden olur. Şahitlik velayetin bir çeşididir. Eğer velayet hakkı sabit olduysa şahitlik hakkı da sabit olur.³⁹⁸

4- Aralarında var olan düşmanlık şahitlik etmesine engeldir. ³⁹⁹ Nitekim Allahu Teala şöyle buyurmaktadır: “*Aralarında kıyamet gününe kadar var olacak bir düşmanlık ve kin yaydık.*”⁴⁰⁰ Buna da şöyle cevap verilir: Adaleti sabit olanın akrabalık veya düşmanlık ile güvenilirliği yok olmaz. Adaletin sabit kalmasıyla beraber töhmet ile şahitliği reddedilebilir. Ancak aralarındaki düşmanlık bilinirse, bunu zikretmesine veya kendisinden nefyetmeye ihtiyaç yoktur. Hakimin adaletini bildiği kişi doğrulukla şahitlik ettiğinde bunu (düşmanlığı) kendinden nefyetmesine ihtiyaç duymaz. Çünkü bir kişiye düşmanlık beslemek, o kişiyi övmeye engel değildir. Bu sadece ona karşı şahitlik etmeye engel teşkil eder. Onu övmek ve güvenilir olduğunu söylemek düşmanlığın nefyedilmesini de gerekli kılmaz. Aralarındaki bu düşmanlık Yahudi, Hristiyan ve benzeri gruplar arasında var olan bir din düşmanlığıdır. Bu husumet ümmetin mezhepleri arasında da vardır, fakat bu durum onların birbirlerinin şahitliğini kabul etmelerine engel değildir.⁴⁰¹

5- Kafir fasıkların en kötüsüdür ve Allah’a yalan isnad eder. Dolayısıyla kulları içinde yalan söylemesi muhtemeldir. Nitekim Allah'a karşı yalan yere şahitlik edenin şahitliğinin kabul edilmezse, bir insan aleyhine yalan yere şahitlik edenin şahitliğinin kabul edilmemesi daha evladır⁴⁰².

Buna şöyle cevap verilir: Allahu tealanın “ *Zulm ederek ve büyüklenerek onu yalanladılar ve inkar ettiler*” ⁴⁰³ sözünde vafettiği gibi onların inatlaşarak küftetikleri söylenemez. Nitekim bu ayette zikredilen durum peygamber efendimizin zamanındaki

³⁹⁷ *Enfal*:73.

³⁹⁸ El-Makdisî, *el-Muğni* , c.14/s.174; Es-Serahsî, *el-Mebşûr*, c.16/s.134.

³⁹⁹ El-Karâfî, *ez-Zahîra*, c.10/s.224.

⁴⁰⁰ *Maide*:14.

⁴⁰¹ El-Makdisî, *el-Muğni*, C.14/s.48, El-Mevsîlî, *el-İhtiyâr fî Ta'lîli'l- Muhtâr*, C.2/s.149.

⁴⁰² Eş-Şirbîni, *Muğni'l-Muhtâc ila mea'nî elfâzi'l-Minhâc*, C.6/s.339; eş-Şirâzî, *el- Muhezzeb fî Fıkhî'l- İmâmi's-Şâfi'*, c.3/s.437.

⁴⁰³ *Neml*:14.

Ahbarlar içindir. Onlar Resûlullah'ın gönderilişini ve nübüvvetini gizlemek için bir araya geldiler. Onların bizim hakkımızdaki şahitlikleri kabul edilmez. Ancak bunların dışında hakkın üzerinde bulundukları adın olduğuna inanarak küfredenler farklıdır. Allah Teala şöyle buyurur: “*Onlar dan bir kısmı ümmidirler hüsmü kuruntuları dışında kitabı bilmezler.*”⁴⁰⁴ Ve yine Allah Teala şöyle buyurur: “*Onlardan bir grup hakkı gizlerler.*”⁴⁰⁵ buna binaen onların fasıklıklarının itikadi bir fisk olduğu anlaşılmaktadır. Ve daha önce beyan ettiğimiz gibi bu durum onların şahitliklerini töhmet altında bırakmaz.⁴⁰⁶

İkinci Görüş: Dinde birleşseler de ihtilaf etseler de Gayrimüslim'in şahitliğinin caiz olduğu yönünde. Hanefiler⁴⁰⁷ ve Hanbelilerin bir kısmı bu görüştedir.⁴⁰⁸

Cevaz Verenlerin Delillerinin Değerlendirilmesi

1- Allahu teala gayrimüslimlerden bazılarını velayet vasfı yüklemiştir. Nitekim şöyle buyurur: “*kafirlerin bazısı bazısının velisidir*”⁴⁰⁹

Gayrimüslimlerin birbirlerinin velisi olduğunu söylemiştir. Bu konum olarak şahitlikten daha üstündür. Şahitliğin amacı ise velayete benzemektir. Çünkü kafir nefsinde ve malında mutlak velayet hakkına sahiptir. Başkasına velayet şartının olması halinde başkasına velayet edenlerden olur. Şahitlik velayetin bir çeşididir. Velayete ehil olan şahitliğe de ehil olur. Kızını ve kız kardeşini evlendiren ve oğlunun malında velayet hakkına sahip olanın gayrimüslime şahitliği daha evladır.⁴¹⁰ Buna şöyle cevap verilir; batını adalet yerine zahiri adalet gözetildiğin için gayrimüslimin sahip olduğu velayet özel velayettir ve hükmü daha hafiftir. Nitekim şahitlikte ise hem zahiri hemde batını adalet gözetlemektedir. Dolayısıyla kafirin velayeti sahip olsa bile şahitliği reddedilir. Çünkü fasıklık şahitliği ortadan kaldırsada velayeti ortadan kaldırmaz. Çünkü velayet tabiidir, şahitliğin temeli ise dinidir ve ikisi arasında fark vardır.⁴¹¹

2- Allahu teala onların güvenilir olduklarını söylemiştir dolayısıyla şahitlikleri de sabit olur. “*Ehl-i kitap'tan öylesi vardır ki, ona yüklerle mal emanet etsen onu sana noksansız öder.*” Allahu teala onların güvenilir olduklarını söylemiştir

⁴⁰⁴ Bakara:78.

⁴⁰⁵ Bakara:146.

⁴⁰⁶ Es-Seraḥsī, *el-Mebşūt*, c.16/s.134.

⁴⁰⁷ El-Kāsānī, *Bedāi'u's-Şanāi' fī Tertību's-Şerāi'*, c.6/s.281; Es-Seraḥsī, *el-Mebşūt*, c.16/s.140.

⁴⁰⁸ İbnu'l-Kayyım, *et-Ṭuruḳu'l-Hikemiyye*, C.1/s.152.

⁴⁰⁹ Enfal:73.

⁴¹⁰ Es-Seraḥsī, *el-Mebşūt*, c.16/s.150; İbnu'l-Kayyım, *et-Ṭuruḳu'l-Hikemiyye*, C.1/s.150.

⁴¹¹ El-Māverdi, *Kitābu'l-Hāvi'l-Kebīr*, (thk. 'Alī Muḥammed Muavved ve 'Ādil Aḥmed), Dāru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut, 1999, C.17/s.67; el-ḳarafi, *eż-Zaḥīra*, C.10/s.226

dolayısıyla şahitlikleri de sabit olur. “*Ehl-i kitap’tan öylesi vardır ki, ona yüklerle mal emanet etsen onu sana noksansız öder.*”⁴¹² Allah teala ehli kitaptan bu kadar yüklü bir mal karşısında onlardan emanete sahip çıkanların varlığını haber veriyor. Hiç şüphesiz böyle bir kimse akrabalığında ve mezhebinden olan bir kimse için daha güvenilir olacaktır. Güvenilirliklerinden yola çıkarak şahitlikleri sabit olur. ⁴¹³Buna şöyle cevap verilir: Bu ayetin sonunda ki “*Ümmîlere yaptıklarımızdan dolayı bize bir vebal yoktur*” derler “ *sözü ile çelişmektedir* ⁴¹⁴*Ve onların bizim malımızı helal saydıklarını haber vermektedir. Ve tüm delilleriniz Allah’ın*” Yoksa kötülüğe gömülüp kalanlar, hayatlarını ve ölümlerini, iman edip dünya ve âhiret için yararlı işler yapanları ile bir mi yapacağımızı zannediyorlar? ⁴¹⁵ Ve Allah aynılığı nefyetmiştir dolayısıyla şahitlikleri kabul edilemez.⁴¹⁶

3- Gayrimüslim bir kimsenin Müslümanın vasiyeti ile yolculukta şahitlik etmesinin caizliğine kıyasla caizdir. Allahu Teala’nın “ *Ey iman edenler! Birinize ölüm gelip çatınca vasiyet esnasında içinizden iki âdil kişi, şayet seyahatte iken başınıza ölüm musibeti gelmişse sizden olmayan başka iki kişi aranızda (konu hakkında) şahitlik etsin.*”⁴¹⁷ Ayetinde açıkladığımız gibi.

Nitekim Hanefiler ayetin nesh edildiğini söyleyerek gayrimüslimin Müslümana yolculukta şahitlik edebileceğini söylemişlerdir. Ancak gayrimüslime olduğu yönünde ayetin hükmünün nesh edildiğini ispatlayamamışlardır. Dediler ki ayette Müslümanın vasiyeti doğrultusunda şahitliklerinin geçerli olduğuna dair ayette has vardır dolayısıyla Müslüman vasiyeti üzerine şahitliklerinin geçerli olması kadrin vasiyeti üzerine de şahitliklerinin geçerli olmasını zorunlu kılar. Nassın zarureti ile sabit olan hakkında Nass inmiş gibidir. Sonra bu kafirlerin Müslümanlara velayet hükmünün nesh edilmesi ile Müslüman için nesh edilmiştir ancak kendi aralarında şahitliklerinin hükmü sabit kaldı. Aralarındaki şahitlikleri nassın zarureti ile sabit olur. Müslümanlara şahitliklerinin nesh edilmesinin zorunluluğu tıpkı velayet gibi kendi aralarındaki şahitliklerinin nesh edilmesini zorunlu kılmaz.⁴¹⁸

⁴¹² *Ali İmran:75.*

⁴¹³ *Es-Seraḥsī, el-Mebṣūṭ, c.16/s.135; İbnu’l-Kayyım, et-Ṭuruḳu’l-Ḥikemiyye, C.1/s.150.*

⁴¹⁴ *Al-i İmran:75.*

⁴¹⁵ *Casiye:21.*

⁴¹⁶ *El-Karāfi, ez-Zahīra, C.10/s.226.*

⁴¹⁷ *Maide:106.*

⁴¹⁸ *Es-Seraḥsī, el-Mebṣūṭ, c.16/s.135.*

Buna şöyle cevap verebiliriz; ayetin kapsamlımcı ele almadıkça ayetle ihticac etmen caiz olmaz. Çünkü zimmet ehlinin zimmet ehline şahitliklerinin Kabul edilmesi onların Müslümanlara olan şahitliklerinin kabulünün bir feridir. Müslümanlara şahitlikleri ortadan kalkarsa ki o temeldir ehli zimmete olan şahitliklerinin ortadan kalkması daha elzemdir.⁴¹⁹

4- Nebi Sallallahu aleyhi ve sellem gayrimüslimin birbirlerine olan şahitliği ile hüküm vermesi. Nitekim hadiste bir Yahudi'nin onlarda birinin zinasına şahitlikte bulunmasını kabul ettiği ve had uyguladığı varid olmuştur.⁴²⁰ hadiste Yahudilerden bir topluluğun peygamberin yanına gelip bir kadın ve erkeğin zina yaptığını haber verdiğini peygamberimizin de “bu konuda Tevrat'ın hükmü nedir?” dediği nakledilir. Derler ki: onları alenen kınar ve kırbaçlarız.” Abdullah b. Selam der ki: “yalan söylediniz onun cezası recimdir. Tevratı getirin.” onlardan biri recim ayetinin üzerine elini koyar ondan önceki ve sonraki ayeti okur. Abdullah b. selam ona elini kaldır der ve elini kaldırır. Orada recim ayetinin olduğunu görürler. Dediler ki doğru söyledin Ey Muhammed. Peygamberimiz de onların recmedilmesini emreder. Ve recmedilirler.⁴²¹

Buna şöyle cevap veririz; hadiste Yahudi'nin şahitliğini Kabul ettiğine dair bir rivayet nakledilmemiştir. Şahitler Müslümanda olabilir. Veya Yahudilerin şahitliği ile zina eden iki kişinin itirafı da olabilir. Onları şahitliğe dayanarak recmetmemiştir.⁴²²

5- Gayrimüslimin şahitliğine ihtiyaç duymak kendi aralarındaki şahitliği de gerekli kılar. Bunun nedeni kendi aralarında cereyan eden olaylarda şahitliklerine razı oldukları kişiler aracılığı ile onlardan hak sahibine hakkını vermektir. Çünkü muamelat onların arasında oldukça yaygındır. Müslümanlar onların akitlerinde bulunmazlar dolayısıyla onlardan habersizdirler. Kendi aralarında şahitlik olmasa onlardan hak sahiplerinin hakları inkâr edenlerin karşısında zayı olurdu. Bu noktada şahitlikle onların haklarının korunmaya ihtiyacı vardır. Bu ise onların vazgeçilmez faydaları içindir.⁴²³

⁴¹⁹ El-Şurtubî, *el-Cāmi' li-Ahkāmī'l-Şur'ān*, c.6/s.351.

⁴²⁰ İbnu'l-Kayyım, *et-Turukū'l-Hikemiyye*, C.1/s.150.

⁴²¹ El-Buhārî, *Şahihi'l-Buhārî*, C.4/ s.206/ no: 3635.

⁴²² El-Şarafî, *eş-Zahîra*, C.10/s.226; El-Mâverdî, *Kitābu'l-Hāvi'l-Kebîr*, C.17/s.67.

⁴²³ İbnu'l-Kayyım, *et-Turukū'l-Hikemiyye*, C.1/s.153; Es-Seraḥsî, *el-Mebṣūt*, c.16/s.133; El-Kāsānî, *Bedāi'u's-Şanāi' fî Tertîbu's-Şerāi'*, c.6/s.280.

Buna da şöyle cevap verilir: Müslümanların onlar üzerindeki şahitlikleri yeterlidir. Onların güvenilir vasfına sahip olmamaları dolayısıyla kendi kendilerine yapacakları şahitlikten müstağnidirler. Çünkü onların şahitliklerinin kabulü Allah'ın hükmüne muhaliftir çünkü şahitlik görevi emredilen şahitler adalet ve güvenilirli vasfına sahip Müslümanlardır.⁴²⁴

Tercih Edilen Görüş

Gayrimüslimlerin birbirleri aralarında şahitliklerinin caiz olduğu yönündeki görüşü tercih ediyoruz. Bunun sebebi Hanefilerin ve bu konuda onlara muvafakat gösteren Hanbelilerin sundukları delillerin kuvvetli olmasıdır. Şu şekilde özetleyebiliriz; onlar kendi nefislerinde, ehlinde ve malında velayet sahibidirler. Bu noktada velayetleri şahitliği de içine alır. Nitekim şahitlik velayet anlamındadır çünkü güvenilirlik vasfına haizdirler. Nitekim Allahu teala onları güvenilirlik vasfı ile vasfetmiştir. Asıl olan onları güvenilirliklerini bozmadıkları sürece dünya işlerinde tasdik etmektir. – bu noktayı adalet şartını zikrederken daha iyi ifade edeceğiz. Çünkü maslahatlarını ifa etmek ve haklarını korumak adına kendi aralarındaki şahitliklere olan ihtiyaç bunun caiz olmasını gerektirir. Zaruret halinde Müslümanlara şahitliklerini nasıl Kabul ettiyse kendi aralarındaki şahitlikleri de Kabul etmek gerekir çünkü zaruret hali bu durumda daha açık ve nettir.⁴²⁵ Eğer kendi aralarındaki şahitlik Kabul edilmezse bu haklarının zayi olmasına sebep olabilir. Bizler onların haklarını korumakla onların aralarındaki zulmü ortadan kaldırmakla, onların kanını kendi kanımız, mallarını kendi mallarımız kılmakla emrolunduk. Bu zorunluluk sebebi ile şahitliklerini Kabul ettik.⁴²⁶

Buna binaen onların şahitliklerinin Kabul edilmesi aracılıklarının da Kabul edilmesi anlamına gelmektedir. Ve şahitliğe kıyasla gayrimüslimin kendi aralarındaki aracılıkların caiz olduğu görüşündeyiz. Çünkü aracılıkta buna olan ihtiyaç daha geniş boyutları ile kendini gösterir. Çünkü ticari muamelatta anlaşmazlıklar hem Müslümanlar arasında hem de gayrimüslimler arasında oldukça fazladır. Bu, arabulucunun diğer şartları ve nitelikleri taşıması halinde arabuluculuk görevini üstlenmesinin caiz olmasını gerektirir. Arabulucunun rolü, bakış açılarını bir araya getirme görevi ile sınırlıdır. Özellikle gayrimüslimler arasında meydana geliyorsa, bu noktada dinin bir etkisi yoktur. Bu

⁴²⁴ Eş-Şāfii', *el-Umm*, s.142, Eş-Şīrāzī, *el-Muhezzeb fi Fıkhı'l-İmāmi's-Şāfii'*, C.3/s.43.

⁴²⁵ El Mū minī, *Ahkām Şehādetu Gayrı Müslimīn fi'l-Fıkhı'l-İslāmī*: *Karşılaştırmalı Fıkıh Çalışması*, s.55; Zeydān, *Nizāmu'l-Kādāi fi Şeriatı'l-İslamiyye*, s.176; Ebu Kumbāz *eş-Şehāde ve's-Şuhū d fi'l-Fıkhı'l-İslāmī*: *Sudan anayasası ile kıyaslamalı çalışma*, s.73; İbrahim, *Tezkiyetü's-Şuhū d fi'l-Fıkhı'l-İslāmī*: *Nüfus kayıt sistemi ile karşılaştırmalı bir çalışma*, s.116.

⁴²⁶ Es-Serahsī, *el-Mebşūt*, c.16/s.136.

durumda arabulucu, onların şartlarını ve dinlerinin ayrıntılarını bilmesi nedeniyle, ihtilaflı taraflara Müslüman arabulucudan daha yakın olabilir, böylece kalplerindeki kilit noktalara ulaşabilir ve arabuluculuk hedefine ulaşabilir.

Aynı zamanda arabuluculuk, arabulucunun taraflar arasında yaşananları hakim önünde ifade etmesidir, hakim aracının sunduğu veya şahitlik ettiği şey karşısında hüküm vermesini gerektirmez. Çünkü arabuluculuğun amacı yargıya varmak değildir sadece aracının yönlendirmesi ile hâkimin bir sonraki adımda izleyeceği adımı bilmek ve karar verme aşamasına gelmeden uyuşmazlığa, arabulucunun ifadesi ile değil elindeki kanıtlara dayanarak bir çözüm bulmaktır. Böylelikle hedefi itibari ile ayrılan ancak, şartlarında benzer yönler taşıyan iki vazifenin karışmaması için Yargı bağlamında aracı ile şahidin rolü arasındaki farklı iyi ayırt etmek gerekir.

Arabulucunun rolü, ihtilaflı taraflar arasında görüşler arasında köprü kurmakla sınırlıdır. Yargıya destek olup uyuşmazlığın mahkeme kararıyla sona erdirilmesi aracının görevi değildir. Arabuluculuğun sonuçlarında zikredeceğimiz gibi yargı idaresi altında arabuluculuğun vardığı sonuçlar ile hukuki nitelik kazandırması için iki tarafın rızasına dayalı bir uzlaşma sağlamaktır.

3.2.3.2.5. Adalet

Adalet ⁴²⁷ İslam hukukçuları şahitliğin kabul edilmesinde adalet şartı noktasında ittifak halindedirler.⁴²⁸ Nitekim “*içinizden adalet sahiplerini şahit tutun.*”⁴²⁹ Ve “*şahitliğine razı olduğunuz.*”⁴³⁰ Ve “*Ey iman edenler eğer bir fasık size bir haber getirirse onu iyice araştırın yoksa cahillik ile bir kavme sataşsınız da sonra yaptığınıza pişman olursunuz.*”⁴³¹ Ayetler delalet etmektedir. Yine peygamberimizin bir hadisinde “Hain erkek ve hain kadının, kardeşine düşmanlık besleyen, İslam’da yenilik çıkaran erkek ve kadının şahitliği caiz değildir.” Hadisi de buna işaret etmektedir.⁴³²

⁴²⁷ Adalet mastarın vasfıdır. Anlamı ise; adalet sahibi. İnsanlardan adaletli olanlar yani sözünde ve hükmünde. Adaletli adam: yani şahitliği caiz olan kendisinde şüphe bulunmayandır. Şahitlerin adaletlisi: onların adaletli olduğunu söylemendir. İbn Manzûr, *Lisānu’l- A ‘rab*, c.11/s.430; el-Farabî, *eş-Şihāh Tāc Şihāh el-Luğa ve Şihāh el- ‘Arabiyye*, c.5/s.1760.

⁴²⁸ Sīvāsî, Kemaleddîn Muhammed b. Abdulvâhid, (ö.681/1282), Şerhu Fethi’l-Kadîr, Dāru’l-Fikr, Beyrut, t.y, c.5/s.289; el-Hattâb, *Mevâhibu’l-Celil fî şerh Muhtaşar Halîl*, c.6/s.150, Es-Senîkî, *Esne’l-Ma’âlib fî Şerhi Ravdî’t-Tâlib*, c.4/s.339; El-Makdisî, *el-İkna’ fî’l- İmām Ahmed b. Hanbel*, C.4/s.437.

⁴²⁹ *Talak*:2.

⁴³⁰ *Bakara*:282.

⁴³¹ *Hucurat*:6.

⁴³² İbn Hanbel, *Müsned İmam Ahmed b. Hanbel*, C.11/s.299/sayı,6698 Şuayb Arnavut şöyle not düşer: senedi Hasendir.

Alimler adalete farklı tanımlamalar getirmişlerdir

Hanefiler adaleti, istikamet ile tanımlarlar. İstikamet kişinin iyiliklerinin kötülüklerinden fazla olmasıdır. Bu ise büyük günahlardan sakınmayı, küçük günahlarda ısrar etmemeyi içinde barındırır. Bunda kemalin bir sınırı olmadığından kişinin haram olarak gördüğü şeyden mümkün olduğunca uzaklaşmasını ifade etmektedir.⁴³³ Malikilerden İbn Hacib'e göre adalet, yalandan ve büyük gūnahtan korunmak, küçük günahlarda ısrar etmekten kaçınmak, emaneti yerine getirip bid'atlardan kaçınarak güzellekle hareket etmektir.⁴³⁴ Şafiiler ise adaleti, büyük günahlardan kaçınmak ve herhangi küçük bir gūnahta ısrar etmemek şeklinde yorumlamışlardır.⁴³⁵ Hanbeliler ise adaleti, şek ve şüpheden arınmak, müstehap olanla amel edip mekruh olandan kaçınmak kişinin kendi dininde tutarlı,⁴³⁶ söz ve fiillerinin ise mutedil olması, şeklinde tanımlarlar.⁴³⁷ Zahirilerden İbn Hazm ise adaleti şöyle açıklar: "Adalet sahibi kimse, büyük ve küçük günahlarda ısrar ile tanınmayandır. Büyük günah Peygamberin büyük günah olarak isimlendirdiği veya hakkında vaid (korkutma) olan gūnahtır. Küçük günah ise hakkında vaid bulunmayan gūnahtır.⁴³⁸ Bütün tarifler şahitlik edende mutlaka bulunması gereken belli vasıflarda birleşmektedir. Doğruluk, emanete riayet, büyük günahlardan ve küçük günahlar ısrar etmekten kaçınmak bu vasıflardandır. İslam hukukçularının tanımlarından anladığımız üzere adalet kavramı, imanının ve dininin kişiyi Allah'ın emirlerine uymaya yalandan kaçınmaya iten görünen hali ile ilgilidir. Bu sayede şahitliğin hedefi de tahakkuk eder.

Hanefilerin adaletin nasıl olacağına ve şahitte nasıl tahakkuk edeceğine dair getirdikleri tafsilat onların tanımlarını farklı kılmaktadır. Şahitten kâmil insan olması veya günahlardan masum olması da beklenmez anca ondan beklenen doğruluk vasfının kendisinde ağır basmasıdır. Hanefiler kendi dinlerinde yalandan sakınmayı telkin eden emirlere tabi olmalarına binaen gayrimüslimlerin adalet vasfını kabul ederler. Nitekim bu onların adalet tanımlarında açıkça kendini göstermektedir. Çünkü bir gayrimüslim kendi dininde haram olduğunu düşündüğü bireyden uzak duruyorsa kendi işlediği küfre rağmen gayrimüslimde güvenilirlik vasfı tercih edilir. Ancak onlar gayrimüslimin Müslümana şahitliğini bundan ayrı tutmaktadırlar. Çünkü onun haberi dini konularda kabul edilemez.

⁴³³ El-Bābertī, el-‘İnāye Şerhu'l- Hidāye, c.7/s.357.

⁴³⁴ El-Hattāb, *Mevāhibu'l-Celil fī şerh Muhtaşar Halīl*, c.6/s.150.

⁴³⁵ Es-Senikī, *Esne'l-Maṭālib fī Şerhi Ravḍi't-Tālib*, C.4/s.339.

⁴³⁶ El-Merdāwī, *el-İnşāf fī Ma'rifeti'r-Rācihi'l- Hilāf*, C.12/s.43; El-Buhūtī, Manşūr b. Yūnus b. İdrīs , (ö.1051/1641), *Şerh Muntehe'l-İrādāt*, 'Ālemu'l-Kutub, Beyrut, 1993, C.3/s.589.

⁴³⁷ El-Ğazālī, *İhyā U'lumu'd-Din*, c.1/s.18.

⁴³⁸ İbn Hazm, *el-Muḥallā bi'l-Āşār*, C.8/s.472.

Çünkü gayrimüslim Müslümanın dinini yok etmeye çalışması gerektiği inancına sahip olduğu için bu konuda itham edilir. Dolayısıyla Müslümanlar hakkında şahitlik edemezler. Çünkü Müslümana düşmanlık beslemeyi dini bir vecibe saymaktadır. Ancak bu durum kendi aralarında olmadığı için kendileri hakkındaki şahitlikleri kabul edilir.⁴³⁹ Bu konuya İslam şartı bahsinde ayrıntılı bir şekilde değinmiştik. Ancak alimler adalet konusunda hakimin şahit hakkında bilgisinin olmaması durumunda iki görüş üzerinden ihtilaf etmişlerdir:

Birinci görüş: İmam Ebu Hanife⁴⁴⁰ ve Hanbelilerin bir kısmı⁴⁴¹ bu görüştedir. Asıl olan her Müslümanın tanıklar tarafından aksi iddia edilmedikçe mali konularda güvenilir olduğudur. Adaletin araştırılmasına gerek yoktur. Bu noktada Müslüman olması kendisi için delildir. Müslümanlar için zahir olan durum adaletli olmalarıdır. Adalet saklı olan bir durumdur. İslam heva ve sapma eğilimlerine karşı en hayırlı koruyucudur.⁴⁴²

Delilleri ile şöyledir:

1- Allahu Teala'nın "*içinizden bir erkeği şahit tutun*"⁴⁴³

Ayet delalet ettiği anlam; şahit kelimesi genel bir ifadedir adalet vasfı gibi herhangi bir vasıf ile sınırlandırılmamıştır. Ayet; hakiki manada adalet vasfını şart koşmadan İslam'ın zahiri tarafı ile yetinmeye delalet etmektedir. Çünkü bu zahiri olan; dinin yasakladığı şeylerden kaçınmakla tanımlanır. Dolayısıyla aksi vuku bulmadıkça adaletine hükmedilir.⁴⁴⁴

Bu görüş zahiren adaletin söz konusu olmadığını belirtilerek reddedilir. Çünkü insanlarda yaygın olan ibadetlerin ortaya konulup günahların gizlenmesidir. Fasıklık ve adalet her an insanda hasıl olabilir, dolayısıyla şahitler hakkında araştırma yapmak kaçınılmazdır.⁴⁴⁵

⁴³⁹ Es-Seraḥsī, *el-Meḥṣūṭ*, c.16/s.136.

⁴⁴⁰ El-Merḡinānī, 'Alī b. Ebī Bekr (ö.593/1196), *el-Hidāye fi Şerḥ Bidāyeti'l-Mübtedī*, (thk. Talal Yusuf), Dār İhyāi't-Turāsi'l-'Arabī, Beyrut, t.y, C.3/s.118.

⁴⁴¹ El-Merdāvi, *el-İnşāf fi Ma'rifeti'r-Rācihi'l- Hilāf*, C.12/s.43; el-Buhūti, *Şerḥ Muntehā'l-İrādāt*, C.3/s.519.

⁴⁴² Ez-Zeydān, *Nizāmu'l-Ḳaḍāi fi 'ş-Şerī'ati'l-İslamiyye*, s.177, Abdullāh , *eş-Şuhūd ve Şurūtuhum ve Himāyetuhum fi'l-Fiḳhi'l-İslamī ve'l-Ḳānūnī'l-Yemenī ve's-Sūdānī*, s.100.

⁴⁴³ *Bakara*:282.

⁴⁴⁴ El-Bābertī, *el- 'Ināye Şerhu'l- Hidāye*, c.7/s.377, el-Buhūti, *Şerḥ Muntehā'l-İrādāt*, C.3/s.519-520.

⁴⁴⁵ El-Buhūti, *Keşfu'l- Ḳanaa' a'n Metni'l-İḳna'*, C.6/s.348, el-Buhūti, *Şerḥ Muntehā'l-İrādāt*, C.3/s.519-520.

2- İbn Abbas'tan rivayet edildiğine göre “Bir bedevi Peygamber efendimize geldi ve dedi ki “Ben hilali (yani Ramazan ayının başlangıç hilalini) gördüm Peygamberimiz de dedi ki: Allahtan başka ilah olmadığına şahitlik ediyor musun? Bedevi evet dedi. Peygamberin onun elçisi olduğuna şahitlik ediyor musun sorusuna da evet yanıtını verdi. Bunun üzerine Resulullah Bilal’e: Ey Bilal kalk ezan oku insanlar yarın oruçlarını tutsunlar” dedi. ⁴⁴⁶

Nassın delalet ettiği nokta, Rasulullah’ın (sallallahu aleyhi ve sellem) Bedevi’nin şahitliğini kabul edip İslam dışında herhangi bir vasıf aramamasıdır. Eğer adaletinin araştırılması edilmesi zorunlu olsaydı, bunu Rasulullah yapardı. ⁴⁴⁷

Bazıları, Hz. Peygamber’e vahiy yoluyla bedevinin adaletli olduğu bildirilmiş olabilir diyerek bu görüşe karşı çıkmışlardır. Ancak hadisin zahirinin buna işaret etmediğini söyleyebiliriz. Çünkü bu konuda vahiy ya ona İslam’ını sormadan sonra inmiştir ya da öncesinde inmiştir. Birincisi söz konusu değildir çünkü İslam’ını sorduğunda onun verdiği habere göre hareket etmiştir. İkincisi de söz konusu olamaz çünkü eğer adaletini bilmiş olsaydı -nitekim adalet İslam sıfatına ek olarak gelen bir vasıftır ve izharı şarttır – İslam’ı hakkında soru sormazdı. Çünkü adalet bilgisi İslam bilgisine bağlıdır. İslam’ını sorup adaletini sormaması adaletine gerek kalmadan İslam’ın izhar edilmesi, haberinin kabul edilmesinde İslam’ın muteber bir vasıf olduğuna delalet etmektedir. ⁴⁴⁸

3- Ömer b. Hattab’ın Ebu Musa el Eş’ari’ye yazdığı mektupta “Müslümanlar birbirlerine karşı adildir ancak yalan şahitlikte bulunan, bir had cezası ile kırbaçlanmış olan, velayet ve akrabalık hakkını eda edemeyen zayıf olan kişiler bunun dışındadır”. ⁴⁴⁹

Dalalet ettiği nokta, Hz. Ömer adalet vasfının araştırılmaya ihtiyaç duymadan İslam vasfı ile yetindiğini ifade etmesidir. Çünkü adalet asıldır, kişi fasık olarak doğmayıp fasıklık sonradan elde edilir ve zannidir. Zanni bir şey ile aslın terk edilmesi ise caiz değildir. Bundaki istisnai durum ise kişinin yalan yere şahitlik etmiş olması, had ile

⁴⁴⁶ Ed-Dāraḳuṭnī, *Süneni’ d-Dāraḳuṭnī*, c.2/s.102 /no: 2153; En-Nesāī, *es-Süneni’ l-Kubrā*, C.4/s.437/no: 2112 Elbani dedi ki: sahih.

⁴⁴⁷ Abdullāh , *eş-Şühūd ve Şurūṭuhum ve Himāyetuhum fī’ l-Fıkhī’ l-İslamī ve’ l-Kānunī’ l-Yemenī ve’ s-Sūdānī*, s.100.

⁴⁴⁸ El-Menbīcī, ‘Alī b. Zekerıyyā (ö.686/1287), *el-Bāb fī’ l-Cem’ i beyne’ s-Sunne ve’ l-Kitāb*, (thk. Dr. Muhammed Faḍl Abdül’ azīz), Dāru’ l-Ḳalem, Beyrut, 2. Baskı, 1994, C.1/s.44.

⁴⁴⁹ Ed-Dāraḳuṭnī, *Sünen-u’ d-Dāraḳuṭnī*, c.5/s.367, no: 4471; El-Beyhaḳī, *es-Süneni’ ş-Şaḡir li’ l-Beyhaḳī*, C.4/s.172/no: 3343.

kırbaçlanmış olması ya da velayet ve akrabalık hakkını eda etmemesidir. Bu durumda şahitliği reddedilir.⁴⁵⁰

- 4- Adalet gizli bir olaydır. Adil olmanın sebebi kişinin Allah'tan korkması, İslam'ın ilkelerini yerine getirmesi yönelimleri kişinin adaletine delil olur. Eğer bu özelliklerle bulunursa ve aksine bir şey hasıl olmazsa bununla yetinilir.⁴⁵¹

İkinci Görüş: Şafiiler,⁴⁵² Malikiler,⁴⁵³ Hanbeliler,⁴⁵⁴ Zahiriler,⁴⁵⁵ ve Hanefilerde tercih edilene görüştür.⁴⁵⁶ Bu görüşte adaletin sabit olmasında İslam'ın zahiri ile yetinilmemektedir. Ayrıca adalet şartı, Müslüman vasfına ilave edilen bir sıfattır ve hakim, şahitlerin hem aleni hem gizli hallerini araştırmakla sorumludur. Çünkü adalet şartı onların şahitliklerinin kabul edilmesi için gereklidir, dava da delil ile hareket edilir. Hak sahibini hakkını alabilmesi, güvenilir kişinin şahitliği yoluyla. Şahitlerin adalet vasfına sahip olmaları hakların zayı olmasına engel olur.

Delilleri ise şöyledir:

- 1- “İçinizden adaletli olanları şahitler tutun”⁴⁵⁷ ayetinin delalet ettiği nokta şöyledir: Şahidin adalet vasfı ayette ihtimal kabilindendir. Muhtemel olan bir şey ile şart sabit olmaz. Dolayısıyla hakim hem kendini hem de davasını fasık bir şahidin şahitliği ile hükme bağlamaktan kaçınmalıdır. Şahidi soruşturma hakkı için husumetli tarafın talebi ile yetinmemelidir. Çünkü talep eden taraf bunun farkında olmayabilir veya şahitlerden korkabilir.⁴⁵⁸ Yine adil olmayanın şahitliği kabul edilmez. Allah “sizden olan” sözü ile Müslümanlara işaret etmektedir. Eğer adalet vasfı olmaksızın sadece İslam vasfı ile iktifa edilseydi ayette geçen adalet vasfı bir şey ifade etmezdi. Bu İslam'a ek olarak getirilen

⁴⁵⁰ El-Mevşilî, *el-İhtiyâr fî Ta'lîli'l- Muhtâr*, C.2/s.14 .

⁴⁵¹ İbn Müflih, İbrâhîm b. Muḥammed (ö.884/1479), *el-Mubdi' fî şerhi'l-Mukni'*, Dâr 'Âlemi'l-Kitâb, Riyad, 2003, C.10/s.61; Abdullâh , *eş-Şuhûd ve Şurûtuḥum ve Ḥimâyetuḥum fî'l-Fıkhî'l-İslâmî ve'l-Kânunî'l-Yemenî ve's-Sûdânî*, s.100.

⁴⁵² El-Māverdi, *Kitābu'l-Hāvi'l-Kebîr*, C.16/s.179.

⁴⁵³ El-Ḳarāfî, *ez-Zaḥîra*, C.10/s.199.

⁴⁵⁴ El-Buhûtî, *Keşfu'l- Ḳanaa' a'n Metni'l-İkna'*, C.6/s.348.

⁴⁵⁵ İbn Hazm, *el-Muḥallâ bi'l-Âṣâr*, C.8/s.475.

⁴⁵⁶ Es-Seraḥsî, *el-Mebşût*, c.16/s.88; El-Mevşilî, *el-İhtiyâr fî Ta'lîli'l- Muhtâr*, C.2/s.141.

⁴⁵⁷ *Talak:2.*

⁴⁵⁸ Es-Seraḥsî, *el-Mebşût*, c.16/s.88.

vasıftır. Sadece İslam aranması bilinen bir durum değildir. Dolayısıyla şahidin araştırılması gerekir bilgisizce adaletine hükmedilmez⁴⁵⁹.

2- Allah'ın “şahitliklerine güvendiğiniz biri...” ayetidir.⁴⁶⁰

Ayetin işaret ettiği gibi şahidin kendisi hakkında bilgi sahibi olup adaleti ispatlanmadan onun adil olacağını tasavvur etmek mümkün değildir. Ayrıca Allah'ın hakkı olan hadd cezalarında şahitlerin soruşturulmasına kıyasla, hakimin kişilerin mali davalardaki hakları için şahitleri soruşturması gerekir.⁴⁶¹ Çünkü zulmetmeyen veya günah işlemeyen hiç kimse yoktur dolayısıyla şahidin getirdiği haber noktasında ihtiyatlı olmak gerekmektedir ta ki hangi konuda günah işlediği bilinsin.⁴⁶²

3- İbn Kudame el-Makdisî şunu zikretmektedir: “İki şahidin geldiğinde Hz. Ömer onlara “sizleri tanımıyorum, sizleri tanımamam size bir zarar vermez sizleri tanıyanları bana getirin “der. Birilerini getirirler ve Hz. Ömer “onları tanıyor musun?” diye sorar adam “evet” der. Hz. Ömer sorar: “İnsanların hakikatini ortaya çıkaran yolculukta onlarla beraber bulundun mu?”, “Hayır” der. “İnsanların akrabalık bağını bile kesen mali işlerde bulundun mu?” diye sorar adam “Hayır” der. “Sabah akşam onlarla beraber sohbette ettin mi?” der adam “Hayır” diye cevap verir. Buna karşı Hz. Ömer: “Kardeşim sen onları tanıyorsun öyleyse onları tanıyan birini bize getirin” der.

Bu araştırma, zahiri adaletin yeterli olmadığını, bunun yerine hakimin şahidin hakkiki adaletini araması gerektiğini göstermektedir.⁴⁶³ Hz. Ömer onların Müslüman olduklarını biliyordu zira onlara Müslüman olup olmadıkları hakkında bir şey sormamıştır. Yargı delil ile hareket etmekte olup bu şahitlerin şahitliğidir. Dolayısıyla hakimin kişinin zahirden müslüman olmasını yeterli görmeyip şahitlerin adaletinden emin olması gerekir. Çünkü bu şahitlik sonucunda hakların paylaşımına dayalı önemli ve tehlikeli kararlar alınacaktır.⁴⁶⁴ Hz. Ömer'in “Müslümanlar adaletlidir” sözünden

⁴⁵⁹ El-Māveridī, *Kitābu'l-Hāvi'l-Kebīr*, C.16/s.180; İbrāhīm, *Tezkiyetu's-Şuhedā fi'l-Fıkhī'l-İslāmī: Dirāse Muḳārane*, s.140; Abdullāh , *eş-Şuhūd ve Şurūtuhum ve Himāyetuhum fi'l-Fıkhī'l-İslāmī ve'l-Kānunī'l-Yemenī ve's-Sūdānī*, s.100.

⁴⁶⁰ *Bakara*:282.

⁴⁶¹ El-Makdisī, *el-Muḡnī*, C.14/s.43, el-Ḳarāfī, *ez-Zaḥīra*, c.10/s.199.

⁴⁶² İbn Hazm, *el-Muḥallā bi'l-Āṣār*, c.8/s.475.

⁴⁶³ El-Makdisī, *el-Muḡnī*, c.14/s.45.

⁴⁶⁴ Abdullāh , *eş-Şuhūd ve Şurūtuhum ve Himāyetuhum fi'l-Fıkhī'l-İslāmī ve'l-Kānunī'l-Yemenī ve's-Sūdānī*, s.102.

kasdedilen şey zahiri anlamda bir adalettir, bu ise hakkiki adaletini araştırmaya engel değildir,⁴⁶⁵

4- Ebu Yusuf ve Muhammed'in İmam Ebu Hanife'nin görüşüne muhalefet etmelerinde haklı çıkmaları da buna delil olarak zikredilir. İmam Ebu Hanife kendi asrına münasip olan görüşü benimsemiş buna göre fetva vermiştir. Nitekim o Peygamber'in "En hayırlı nesil benim içinde bulunduğum nesildir" hadisi ile hayırlı zaman olarak nitelendirdiği, çoğunluğun adil olduğu üçüncü asırda fetva vermiştir. İlerleyen asırlarda ise yalanın yaygınlaşması ile çoğunluk adalet vasfını yitirmiştir. Dolayısıyla hakimin şahitleri araştırması gerekmektedir.⁴⁶⁶

5- Peygamberin hilali gördüğüne dair şahitliğini kabul ettiği Bedevi hadisine gelince, Bedevi Hz. Peygamber'in ashabından biriydi, ashabın adaleti ise Allah'ın sözü ile sabittir. Kim Resulullah (s.a.v.) zamanında dinini terk edip İslam dinini tercih ederek Hz. Peygamber'e arkadaşlık ederse güvenilirliği sabit olur.⁴⁶⁷ Dolayısıyla zamanın değişip adalet konusunda araştırmanın gerekli olduğu bir zamanda anlaşmazlık yaşayan iki tarafın haklarını muhafaza etmek için cumhur ulemanın görüşü olan şahidin adaletinin soruşturulması şartı tercih edilir. Ta ki yalan yere şahitlik etmenin, kandırmanın önü açılmış olmasın. Bu ise zahiri ile hüküm verip araştırma ve soruşturmanın olmadığı zaman gerçekleşmesi kaçınılmaz olan bir durumdur.⁴⁶⁸ Dolayısıyla hakimlerin aracılık yapanları da şahitliklerinde veya vekaletlerinden önce bu noktada soruşturmaları gerekecektir.

Adalet konusunda şahid için olan tüm şartlar aracı için de geçerlidir. Hakimin anlaşmazlık yaşayan taraflar arasında yapılacak olan aracılık için adil bir aracıyı seçmesi elzemdir. Dolayısıyla şahit için gerekli olan doğruluk ve adalet vasıflarının aracıda da tahakkuk etmesi gerekmektedir. Çünkü anlaşmazlık yaşayan taraflar arasındaki anlaşmazlığı yürütecek olan odur ve yürüttüğü olay hakkında güvenilir, uzlaşma sağlamadaki niyetinde dürüst olması gerekir. Bazı alimler buna *mürüvvet* vasfını da ilave etmiştir. Yani kişinin kendi küçük düşürecek şeylerden uzak durması, kişinin haramlardan ve mekruh olan

⁴⁶⁵ El-Makdisi, *el-Muğnî*, C.10/s.57.

⁴⁶⁶ Es-Serahsî, *el-Mebşût*, C.16/s.88.

⁴⁶⁷ El-Makdisi, *el-Muğnî*, C.10/s.57.

⁴⁶⁸ Es-Sa'di, Muhammed b.Ali, *ed-Devâbitü's-Seri'yye el-Mu'tebera fî'l-Karâin fî'l-Akdiyyeti'l-Mâliyye*, Câmi'atu'l-Sultan kabus, (Yüksek Lisans Tezi), Maskat, 2019, s.139.

şeylerden uzak durup farz ve nafileleri yerine getirmesi anlamına gelmektedir.⁴⁶⁹

Arabulucu olan kişinin de bu özelliklerde olması güven ortamının oluşmasında ve tarafların arabulucuya itibar etmesinde önemlidir. Adalet sahibi olmayan kişinin tarafları yanıltması kuvvetle muhtemeldir.⁴⁷⁰ Şahitlere kıyasla, dürüstlük vasfı ile ayakta duran adalet şartı aracı içinde geçerlidir. Ancak anlaşmazlık yaşayan tarafları uzlaştırmak için yalan söylemesi konusunda aracıya ruhsat verilmiştir. Nitekim bu durum “İnsanlar arasını düzeltmek için yalan söyleyen yalancı değildir o hayır söylemiş ve hayır yapmıştır” hadisi ile sabittir.⁴⁷¹ Bu durumda yalan söylemek caizdir. Çünkü bununla anlaşmazlık yaşayanlar birbirine yakınlaştırır ve husumeti çözer. Alimler böyle bir konumda yalanın mahiyeti konusunda ihtilaf etmişlerdir. Bu olmayanı söylemek gibi sarih bir yalan mıdır yoksa gerçeği muhataba farklı bir şekilde yansıtmak mıdır?⁴⁷² Yalanı genel anlamda kabul edenler bunu maslahatın söz konusu olduğu bir durumda caiz görür. Çünkü haram olan yalan, zarar vererek elde edilenle sınırlıdır ancak yalana tevriye (hakikati farklı bir şekilde gösterme) anlamı yüklenenler ise yalanı caiz görmemişlerdir. Bu bizim de tercih ettiğimiz görüştür. Çünkü Peygamber yalanı kesin bir ifadeyle yasaklamış ve imana aykırı olduğunu bildirmiştir. Yalanın müstehap olması caiz değildir. Peygamberin hadiste ifade ettiği anlam ise iki taraf arasında olan hayrı beyan etmek duymuş olduğu kötü şeyleri ise zikretmemektedir. Zor olanı kolaylaştırmak uzak olanı yakınlaştırmaktır. Yoksa olmayan bir şey söylemek değildir. Çünkü bunu Allah ve Rasulü yasaklamıştır.⁴⁷³ Dolayısıyla aracı olacak kişinin taraflar arasında geçen bazı sözleri saklaması veya doğru vakitte söylemesi gerekir. Çünkü bazen söylenen söz tarafların sinirli olduğu bir zamana denk gelebilir ve taraflar arasında daha fazla gerginliğe sebep olabilir. Arabulucunun, ifade vermeye çağrıldığında mahkeme önünde sessiz kalarak ihtilaflı tarafların herhangi bir hakkını ziyan eden şeyi gizlememesi gerekir.

⁴⁶⁹ Halefullāh, *Şurūṭ Edāi's-Şehāde*, s.191; Ebū Kumbāz, *eş-Şehāde ve's-Şuhūd fi'l-Fıkhī'l-İslāmī: Dirāse Muḳārane*, s.62.

⁴⁷⁰ Şen, Yusuf, *İslam Hukukunda Arabulculuk*, s.124.

⁴⁷¹ El-Buḥārī, *Şaḥiḥi'l-Buḥārī*, C.3/ s.183/ no: 2692; En-Neysābūrī, *Şaḥiḥu Muslim*, C.4/s.2011/2605.

⁴⁷² İbn 'Uşeymīn, Muḥammed Şāliḥ b. Muḥammed , *Şerḥ Riyāḍi's-Şāliḥīn*, el-Vaṭan li'n-Neşr, Riyad, 2005, C.3/s.39.

⁴⁷³ El-'Aynī, Mahmud b. Aḥmed (ö.855/1458), *'Umdetu'l-Kārī Şerḥ Şaḥiḥi'l-Buḥārī*, Dāru İhyāit-Turāsi'l-Arabī, Beyrut, t.y, C.13/s.269.

3.2.3.2.6. Erkek Olması

İslam hukukçuları, had cezaları ve kısas hallerinde kadınların şahitliğinin kabulü konusunda ihtilafa düşmüşlerdir. Ancak kadınların mali konularda erkeklerle şahitliğinin caiz olduğu konusunda aşağıdaki deliller ile ittifak etmişlerdir:

- 1- Allahu Teala'nın “*erkeklerden iki şahit edinin eğer iki erkek yoksa iki kadın ve bir erkek olmak üzere şahitliğine razı olduğunuz kişilerden şahitler edinin*”⁴⁷⁴ ayeti. Borç hususunda gelen ayet mali meseleler konusunda erkek olmayı şart koşturmamaktadır kadın olmak icma ile şahit olmaya engel değildir. Erkeklerle birlikte kadınların şahitlikleri de kabul edilmektedir⁴⁷⁵.
- 2- Mali konularda erkeklerle beraber kadınların da şahitlikte bulunabilecekleri hakkında İslam hukukçularının icması.⁴⁷⁶
- 3- Makul olanın bu yönde olması. Çünkü mali meseleler kadınların dışında sadece erkekleri ilgilendiren bir mesele değildir. Allahu Teala onlara, genellikle katıldıkları meseleler hakkında şahitlik etme hakkını kanıtlamıştır. Bu sayede şehrin birçok bölgesi veya farklı şehirlerdeki zorluklar karşısında bir kolaylık oluşturmaktır.⁴⁷⁷

Şahitliğe kıyasla kadınların anlaşmazlık yaşayan taraflar arasında uzlaşmayı sağlamak için aracılığı da kabul edilmektedir. Kadınların velayeti kabul edildiği gibi aracılığı da kabul edilir.⁴⁷⁸ Şahitlikte olduğu gibi adet şartı da yoktur tek başına bir kadının şahitliği kabul edilir. Çünkü aracılık ile daha önce beyan ettiğimiz gibi hüküm ve yargı bina edilmez, aracılık sadece anlaşmazlık yaşayan iki tarafın arasında geçenleri bildirmektir. Hakimin yapması gereken ise, aracı aracılık görevini ifa ettikten sonra anlaşmazlık yaşayan tarafların uzlaşma sağlaması halinde şahitlerden ek bilgi almaktır. Bu konuda sayıların çokluğu, ayetin şart koştuğu gibi ittifakı sağlamlaştırmak ve hakları gözetmek içindir.

Bazı araştırmacılar anlaşmazlık yaşayan taraflar arasında uzlaşmayı sağlamak için arabuluculuk görevinin kadına verilmesini caiz görmemektedir. Bu durum aracılık

⁴⁷⁴ Bakara:282.

⁴⁷⁵ El-Kāsānī, *Bedāi' u's-Şanāi' fī Tertību'ş-Şerāi'*, c.6/s.279.

⁴⁷⁶ İbnu'l-Münzir, Muhammed b. İbrāhīm, (ö.319/931), *el-İcmā'*, (thk. Fu'ād 'Abdulmun'im), Dāru'l-Muslim, Riyad, 2004, s.68.

⁴⁷⁷ El-Makdisī, *el-Muğnī*, c.6/s.367.

⁴⁷⁸ Sīvāsī, *Şerh Fethu'l- Qadīr*, c.7/s.298.

kavramını tahkim olarak ele almalarından kaynaklanmaktadır. Onların nazarında arabuluculuk anlaşmazlığın çözüme kavuşması için davalasma yerine sunulan alternatif bir araçtır. Tahkimde velayet manası varken arabuluculukta zorunluluğun olmaması sebebiyle velayet manası yoktur. Ancak hem aracılığın hem de tahkimin anlaşmazlıkları ortadan kaldırmaya yönelik çok büyük rolleri vardır.⁴⁷⁹

Arabuluculuk ile tahkim kavramlarının aynı olmadığı görüşündeyiz. Aynı hedefleri paylaşmakla beraber tahkim anlaşmazlığın çözümlenmesidir. Bu iki kavram mahiyeti, tabiatı ve anlaşmazlığı çözüme kavuşturma yolları ile birbirinden ayrılmaktadır. Daha önce arabuluculuk ile bu kavrama benzer diğer kavramların birbirinden ayrılan yönlerinde bahsetmiştik. Ancak bu konuda cevaz vermeyenlerin de delillerini de incelemeyi uygun bulduk.

Anlaşmazlıkları çözme mesuliyeti ve arabuluculuk görevinin kadına verilmesini caiz görmeyenlerin delillerinin değerlendirilmesi:

- 1- “Allah’ın, (iki cinse) birbirinden farklı özellik ve lütuflar bahşetmesiyle erkekler kadınların yöneticisi ve koruyucusudurlar.”⁴⁸⁰ ayeti buna delildir.

Ayetin ifade ettiği delalet, akıl ve idare etme noktasında erkeklerin kadınlardan önde olmasıdır. Bu da onların akıl konusundaki üstünlüğü dolayısıyla Allah’ın erkekleri kadınlar üzerinde yönetici ve koruyucu kılması sebebiyledir. Bu durum kadınlarda bulunmamaktadır.⁴⁸¹

Buna şöyle cevap verilir, buradaki üstünlük mehir vermeleri, onlara mallarından yedirmeleri sebebi ile kocanın eşine olan üstünlüğüdür. Bu Allah’ın erkekleri kadınlardan üstün tutmasıdır. Bu şekilde onlar kadınların yöneticisi ve koruyucusu olmuştur.⁴⁸² Buradaki üstünlük akıl ve yönetim üstünlüğü değil, harcama yetkinliğidir. Akıl, görüş, ilim ve dirayet bakımından erkeklerden üstün olan kadınlar da vardır, çünkü erkeklerin kadınlara üstünlüğü, cinsin cinse üstünlüğüdür, bireylerin üstünlüğü değildir. Hele hele ilim tahsili ile meşgul olan, kanunları araştıran, erkekler gibi ilme sarılan kadınlar varken.⁴⁸³ Aynı durum arabuluculuk için de geçerlidir, dolayısıyla erkeğin kadına

⁴⁷⁹ El-Battun, *el-Vasāṭatu’l- Kaḍaiue fi’ş-Şeri’ati’l-İslamiyye ve’l- Qānun, Dirāse Muḳārane* , s.82.

⁴⁸⁰ Nisa:34.

⁴⁸¹ Semerkandī, Naşr b. Muhammed, (ö.373/983), Baḫru’l-‘Ulūm, (thk. Maḫmūd Maṭracī), Dāru’l-Fıkr, Beyrut, t.y, c.1/s.325.

⁴⁸² Et-Ṭaberī, *Cāmiu’l-Beyān fi Te’vili’l-Kur’ān*, c.8/290.

⁴⁸³ Baḫīb, Maḫmūd Abdullāh, *Qaḍāu’l-Mer’e fi’l-Fıḳhi’l-İslāmī*, Cāmi’atu Ummi Dermān el-İslāmiyye, Merkezu’d-Dirāsāt ve’l-Abḫāsī’l-İstrātihiyye, Sudan, 2003, sayı. 89/s.109.

üstünlüğü yoktur, aralarındaki hüküm üstünlük olarak bildirilen şey bilgi, tecrübe ve ehliyetir. Arabuluculuk ister erkek ister kadın tarafından icra edilebilmektedir. Tek bir amaç vardır o da uzlaşma sağlamaktır.

2- Hz. Peygamber'in (s.a.v) "Yöneticisi kadın olan bir kavim asla felah bulmaz" hadisi.⁴⁸⁴ Hadisin delalet ettiği nokta ise, kadın yönetim ve yargı işlerine getirilemeyeceğidir.⁴⁸⁵ Bu mesele de, Müslümanlar arasında bir hüküm kabilindendir.⁴⁸⁶

Buna şöyle cevap verilir: Erkeklik, genel taklidin caiz olmasının şartı değildir. Çünkü kadın genel manada şahitlik vasfına sahiptir. Sadece hadlerde kısasta hüküm veremez, çünkü bu konularda onların şahitlikleri yoktur.⁴⁸⁷ Arabuluculuk daha önce de söylediğimiz gibi şahitlikle ölçülür. Daha önce beyan ettiğimiz gibi kadının mali meselelerde şahitliği kabul edildiği gibi aracılığında da kabul edilir.

3- Kadının eksikliği devletlerin milletin görevi olarak toplanmasını bu konudaki yapılacakları engeller⁴⁸⁸ arabuluculuk hakim onayladığı uzlaşma sözleşmesinden ibarettir.⁴⁸⁹

Buna şöyle cevap verilir: Bir kadının ehliyetinin kaldırıldığı veya velayetinin tamamen elinden alındığı şeriatla kanıtlanmamıştır. Kadın şahit olmaya, vakıflarda nazire ve yetimlerin koruyucusu olmaya uygundur.⁴⁹⁰ Arabuluculuk bir uzlaştırma prosedürü olmaktan öteye geçmediğinden ve arabulucunun hakim ya da yargı rolü olmadığı için arabulucu için hakimde aranan şartlar aranmaz. Kendisi hakkında sadece şahitlik şartları aranır. Burada uyuşmazlığın sona ermesi, tarafların iradesine, arabulucu yardımıyla yargı önünde belgelenen bir anlaşmaya varılamaması halinde yargıya havale edilmiştir.

⁴⁸⁴ El- Buḥārī, *Saḥiḥi'l-Buḥārī*, C.6/ s.8/ no: 4425.

⁴⁸⁵ Mubarekfūrī, Muḥammed b.'Abdurrahmān , (ö.1353/1934), *Tuḥfetü'l-Aḥveẓī*, Dāru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut, 2001, C.6/s.447.

⁴⁸⁶ Eş-Şan'ānī, Muḥammed b. İsmā'īl (ö.1182/1768), *Subulu's-Selām*, Mektebetü'l-Muṣṭafā el-Bābī'l-Halebī, Beyrut, 1960, c.4/s.123.

⁴⁸⁷ El-Kāsānī, *Bedāi'u's-Şanāi' fī Tertību'ş-Şerāi'*, C.6/s.282.

⁴⁸⁸ Ed-Devrī, Kahtan 'Abdurrahmān, *'Aḳdu't-Taḥkīm fī'l-Fıḳḥi'l-İslāmī ve'l- Qānūnī'l-Vaḳ'ī*, Dāru'l-Furḳān, Amman, 2002, s.218 .

⁴⁸⁹ El-Baṭṭun, *el-Vasāṭatu'l- Qāḍiyye fī'ş-Şer'i'ati'l-İslamiyye ve'l- Qānūn*, s.82.

⁴⁹⁰ Sīvāsī, *Şerḥ Fetḥu'l- Qāḍir*, C.7/s.298.

- 4- Hadlerde hükmü geçerli olmayanın hadler dışında hükmü geçerli olmaz.⁴⁹¹
Anlaşmazlığı ortadan kaldırmakta had dışında bir mesele olduğu için kadının aracılığı yoktur.⁴⁹²

Buna karşın, arabuluculukta hükmün tenfizi yoktur, sadece tarafların arasındaki bakış açılarında bir yakınlaşmadır. Bu farklı yönü ile nedeniyle yargı veya tahkim ile karşılaştırılmaz. Kadınların arabuluculuk görevinin reddedilmesindeki temel dayanağın, arabuluculuğun tahkim veya yargıya benzetilmesinden kaynaklandığı görülmektedir. Bu benzetme ise çok uzak bir benzetmedir. Çünkü arabulucunun hüküm verme gibi bir görevi yoktur, onun görevi davacıların rızaları ve onayları ile bir anlaşmaya varmalarına izin vererek anlaşmazlığın ortadan kalkmasına katkıda bulunmaktır. Burada yargının rolü, ihtilaflı taraflar isterlerse bir arabulucu atama veya tarafların belirlediği arabulucunun kabul etmesinde ortaya çıkmaktadır. Arabuluculuk süreci tamamlandıktan sonra karar verilmesi de yargının rolü dahilindedir.

3.2.3.2.7. Vasıfsal Şartlar

Duyu Organlarının Sağlam Olması

Arabuluculuk zor bir iştir kişinin görevini yerine getirebilmek için her uzvunun tam olmasını gerektirir. Bunlardan herhangi birini kaybedilmesi görevini ifa etmeye engel olabilir. İslam hukukçuları bu eksikliğin, şahitlik ve dolayısıyla arabuluculuk konusundaki görüşlerini etkilemediği için kabulü ile arabuluculuğu veya tanıklığı olumsuz etkileyeceğini düşündükleri için reddi görüşlerini serdetmişlerdir. Dolayısıyla duyuların sağlamlığı, İslam hukuk arasında tartışılan şartlardan biridir. İslam hukukçuları bu noktayı şehadet ve arabuluculuk ile ilgili olarak görme, işitme ve konuşma duyuları ile sınırlandırmış, yokluğu ve arabulucunun şehadetine etkisi bakımından tartışmışlardır. Çalışmamızda mesele iki kısma ayrılacaktır: Birincisi körlerin şahitliği, ikincisi dilsiz ve sağırın şahitliği. Bu bağlamda bu uzuvların olmayışı ve bunun şahitliğe olan etkisi ele alınacaktır.

⁴⁹¹ Ed-Devrî, *'Akdu't-Taḥkīm fî'l-Fıkhî'l-İslāmî ve'l- Kānūnî'l-Vaḍ'î*, s.218.

⁴⁹² El-Baṭṭun, *el-Vasāṭatu'l- Kaḍaiue fî'ş-Şer'i'ati'l-İslamiyye ve'l- Kānun*, s.82.

Görme Şartı (Kör Olanın Şahitliği)

Kör: “görme yetisinin tamamının gitmesi” şeklinde tanımlanır. Körlük bütün gözün görme yetisini kaybetmesidir.⁴⁹³ Terim olarak ise kör, hakikati ayırt etme yetisini kaybeden olup bu kimse insanları eşyaları, sesleri, nameleri birbirinden ayırt edemez.⁴⁹⁴ İslam hukukçuları kör olanın şahitliği konusunda iki görüşe ayrılmaktadır: Birincisi Hanefiler’in⁴⁹⁵ ve Şafililerin⁴⁹⁶ kabul ettiği kör olanın şahitliğinin kabul edilmeyeceği görüşüdür. Bu yaklaşımı benimseyenler şahidin şahitliğinin kabul edilmesi için şahidin görüyor olmasını şart koşarlar. Malikiler⁴⁹⁷ Hanbeliler⁴⁹⁸ ise sesleri işitebildiği takdirde kör olanın şahitliğinin kabul edileceğini söylerler.

Kabul etmeyenlerin tercih ettiği görüşün değerlendirmesi

- 1- “Ancak hak ile neye şahitlik ettiklerini bilenler...”⁴⁹⁹ ve “Görenle görmeyen bir olmaz.”⁵⁰⁰ “Sizden adalet sahiplerini şahitler kılın”⁵⁰¹ ayetleri şahitliğin bilgiye dayalı olduğuna delalet etmektedir. Sesini duyma ile konuşan hakkında bilgi hasıl olmaz. Çünkü sesler birbirine benzer ve görmeyen kimse görenin aksine bunu ayırt edemez. Ayet gören ile görmeyenin benzerliği her şeyde değil görme ve idrak konusunda olumsuzlamıştır.⁵⁰² Buna şöyle cevap verilir: Görmeyen kimse, tekrar edilmesi halinde çocuğunun veya eşinin sesini tanır. Bu bilinen bir gerçektir. Ve onun şahitliği sadece bildiği şey üzerinedir.⁵⁰³ Ayrıca güvenilirlik vasfı ahlakta ve dindedir yaratılıştta değil. Nitekim sahabeden birçok kişi görmüyordu bu onların adaletlerini etkilemedi.⁵⁰⁴

⁴⁹³ El-Feyyūmī, *el- Mişbāhu 'l-Munīr fī Ġaribi's-Şerhi'l-Kebir*, C.2/s.431, İbn Manzūr, *Lisānu'l- A'rab*, c.15/s.95.

⁴⁹⁴ Es-Seraḥsī, *el-Meḥṣūt*, c.16/s.129; İbn 'Uṣeymīn, Muhammed Şālih b. Muhammed , *Şerhu'l-Mumti' alā Zādi'l-Muḥni'* , Dāru'l-Cevzī, Riyad, 2007, c.15/s.279; El-Meydānī, 'Abdulḡanī b.Ṭālib (ö.1289/1872), *el-Bāb fī Şerhi'l-Kitāb*, (thk. Muhammed Muḥyiddīn), El-Mektebetu'l-İlmiyye, Beyrut, t.y, c.4/s.60.

⁴⁹⁵ El-Mūsılī, *el-İḥtiyār fī Ta'lili'l- Muḥtār*, C.2/s.146; El-Bābertī, *el- 'Ināye Şerhu'l- Hidāye*, c.7/s.397; Eş-Şilbī, Ahmed b. Muhammed (ö.1313/1895), *Hāşiyetü's-Şilbī ala Tebyīni'l- Haḡāik Şerḡ Kenzü'd-Deḡāik*, Matbaatü'l-Kübra, 1.baskı, 1895, c.4/s.217.

⁴⁹⁶ Eş-Şirāzī, *el-Muhezzeb fī Fıḡhi'l-İmāmi's-Şāfii'*, C.3/s.456; Es-Senīkī, *Esne'l-Maṭālib fī Şerhi Ravḡi't-Tālib*, C.4/s.364.

⁴⁹⁷ El-Karāfi, *ez-Zaḡira*, C.10/s.165, el-Hattāb, *Mevāhibu'l-Celil fī şerḡ Muḡtaşar Ḥalil*, c.6/s.154.

⁴⁹⁸ El-Maḡdisī, *el-Muḡnī*, C.14/s.179, El-Maḡdisī, 'Abdurrahḡmān (ö.624/1226), *el-'Udde Şerhu'l-'Umde*, Dāru'l Hadis, Kahire, 2003, s.685; El-Merdāvi, *el-İnşāf fī Ma'rifeti'r-Rācihi'l- Ḥilāf*, C.12/s.61.

⁴⁹⁹ *Zuhurf*:86.

⁵⁰⁰ *Fatır*:19.

⁵⁰¹ *Talak*:2.

⁵⁰² El-Cessās, *el-Fuṣ ūl fī'l- Uş ūl*, Vizāretu'l-Evkāf el-Kuveytiyye, 1994, c.1/s.72; El-Māverdi, *Kitābu'l- Ḥāvi'l-Kebir*, C.17/s.41; eş-Şirāzī, *el- Muhezzeb fī Fıḡhi'l-İmāmi's-Şāfii'*, C.3/s.456; Es-Senīkī, *Esne'l- Maṭālib fī Şerhi Ravḡi't-Tālib*, c.4/s.365; Abdullāh , *eş-Şuhūd ve Şurūtuhum ve Ḥimāyetuhum fī'l-Fıḡhi'l- İslāmī ve'l-Kānuni'l-Yemenī ve's-Sūdānī*, s.132.

⁵⁰³ El-Karāfi, *ez-Zaḡira*, C.10/s.164.

⁵⁰⁴ El-Karāfi, *ez-Zaḡira*, C.10/s.164.

2- Hz. Peygamber (s.a.v.)'in şahitlik konusunda adama sorduğu soru. Nitekim hadiste Hz. Peygamber (s.a.v) “Güneşi görüyor musun? diye sormuş adam evet deyince “Güneşi gördüğün gibi şahitlik et” demiştir.⁵⁰⁵ Nassın delalet ettiği mana, Hz. Peygamber şahitliğin şartı olarak şahidin şahit ettiği şeyi gözle görmesini şart koşmasıdır. Kör olan ise şahitlik ettiği şeyi göremez. Dolayısıyla şahitliği kabul edilmez.⁵⁰⁶

Buna şöyle cevap verilir: kör olan bir kişiye ses tekrarlandığında gözüyle güneşi gören gibi konu hakkında bilgi ve kesin yargı sahibi olur. Burada şahitliğin geçerli olabilmesi için güneşi görmek kastedilmemiştir. Nitekim Peygamberin nübüvveti hakkında gözle görülmeden de sadece duyu yoluyla ilim sahibi olunur.⁵⁰⁷

3- Ses, sesin sahibine delalet eder, tıpkı dokunmanın dokunan şeye delalet etmesi gibi. Nasıl ki dokunmayla veya koku alma ile şahitliklerinin kabul edilmiyorsa sesi duymak ile de şahitlikler kabul edilmez çünkü şahitlik görmekten kaynaklanır kör ise görmez ve şahit olması caiz değildir.⁵⁰⁸

Buna da şöyle cevap verilir: Dokunmak; pürüzlük, doku, ısı ve soğuk ifade eder, koklamak ise vasfı edilen hakkında bilgi vermeden koku almaya delalet etmektedir. Bu özelliklerle, kendi türünden olan herhangi bir kişi, alışkan olmadığı seslerin aksine, tekrarlanırsa kendisine tarif edilen kişinin sözlerini duyduğu zaman bilgi sahibi olabilir. Şahitlik bilgi, haber ve hazır bulunmayı ifade eden ortak bir kelimedir. Bunlar kör olanda bulunursa şahitliği kabul edilir.⁵⁰⁹

4- Gözün yitirilmesi şهادete engel olan şüphelerdendir. Çünkü şahitlik ve şahitliğin yerine getirilmesi, hak sahibi ile olmayanı birbirinden ayırt etmek içindir. Hakiki anlamda kör olanda temyiz aracı bulunmaz. Çünkü kör olan ses, name dışında insanlar arasını temyiz edemez. Bu durumda olan birine husumetli tarafın telkinde bulunmasından korkulur çünkü sesler ve namerler birbirine benzer ve aldatılmaya maruz bırakabilir. Belki soy ve isim konusunda birbirine benzeyen iki kişi olabilir ve bu nokta içinde şüphe barındırır. Diğer görgü

⁵⁰⁵ El-Hâkim, *Mustedrek ala's-Şahiheyin*, C.4/ s.7045 Hakim dedi ki: isnadı sahih, Buhari müslim rivayet etmemiştir. El-Beyhaqî, *Şu'abu'l-İmân*, (thk. Muḥammed es-Sa'îd Besyunî), Dārul-Kutubi'l-‘İlmiyye, Beyrut, 1989, c.7/s.445/no: 10974.

⁵⁰⁶ El-Cessās, *Aḥkāmü'l-Kur'ân*, c.5/s.227.

⁵⁰⁷ El-Karāfî, *ez-Zaḥîra*, C.10/s.164.

⁵⁰⁸ El-Māveridî, *Kitābu'l-Ḥāvi'l-Kebîr*, C.17/s.42.

⁵⁰⁹ El-Karāfî, *ez-Zaḥîra*, C.10/s.164.

tanıklarıyla bu şüpheden korunmak mümkündür, dolayısıyla körün tanıklığına gerek yoktur.⁵¹⁰

Buna da şöyle cevap verilir, seslerin benzerlik göstermesi gibi kişilerin sureti de benzerlik gösterebilir. Kişi, sesi tanıdığı ve şahitlik ettiği şey hakkında kesin bilgi elde ettiği takdirde şahitlik etmesi caiz olur. Eğer başkasının sesi olma ihtimali varsa şahitlik etmesi caiz değildir, tıpkı gören bir şahidin tanımadığı kişi hakkında şüphe duyması gibi.⁵¹¹ Kişiyi kafa karışıklığına götürecek bir yanılsama veya kelimeler arasındaki benzerlik bir veya iki kelimede meydana gelebilir. Ancak uzun bir cümlede meydana gelmez. Bu kör olan bir kişiye güven duyulmasına engel olmaz.⁵¹²

5- Şahitlikte şahitlik edilen şeye işaret edilmesi gerekir. Bu ise görme kaybı sebebiyle tam olarak karşılanamaz. Ancak şüpheli delillerle yerine getirilebilir. Nitekim bu da ses ve namedir.⁵¹³

Buna şöyle cevap verilir, böyle bir akıl yürütme yerinde değildir. Çünkü görüyoruz ki kör olan biri kör olmayan birinin duyma organı ile hissedebildiğinden daha fazlasını duyma organı ile hisseder. Onun duyu organı ile güçlü bir idraki vardır. Sesleri tanır. Ancak davacı ile dava sahibini birbirinden ayırt etmeye gelince bu herkeste var olan bir durumdur. Davacı sessiz kaldığında bırakılan, davalı ise sessiz kaldığında bırakılmayandır. Doğru olan görüyor olmasını şart koşturamaz.⁵¹⁴

Kabul Edenlerin Delilleri ve Değerlendirilmesi

1- Allahu Teala'nın "*içinizden erkek olanlardan ikişer şahid edinin*"⁵¹⁵ ve "*sizden adalet sahibi olanları şahitler edinin*"⁵¹⁶ ayetlerinden çıkarılan delalet, iki ayette genel olarak şahitlik edecek kişilerin güvenilirlik vasfına sahip olmasının şart koşulmasıdır. Bu şart ise hem kör de hem de görende var olabilecek bir özelliktir. Çünkü güvenilirlik din ve ahlakla ilintilidir yaratılışla değil. Çünkü kör olan güvenilir bir insanın rivayeti kabul edildiği gibi şahitliği de gören kişi de olduğu

⁵¹⁰ Es-Seraḥsī, *el-Mebṣūt*, c.16/s.129; eş-Şilbī, *Hāşiyetü'ş-Şilbi ula Tebyīni'l- Haḳāik fi kenzi'd- Daḳāik*, C.4/s.218; El-Bābertī, *el-'Ināye Şerhu'l- Hidāye*, c.7/s.398, Es-Senikī, *Esne'l-Maḳālib fi Şerhi Ravḍi't- Tālib* C.4/s.364.

⁵¹¹ El-Makdisī, *el-'Udde Şerhu'l-'Umde*, c.1/s.685.

⁵¹² El-Ḳarāfī, *ez-Zaḥīra*, C.10/s.164.

⁵¹³ Es-Seraḥsī, *el-Mebṣūt*, c.16/s.130.

⁵¹⁴ İbn 'Useymin, *Şerhu'l-Mumti' alā Zādi'l-Muḳni'*, C.15/s.280.

⁵¹⁵ *Bakara*:282.

⁵¹⁶ *Talak*:2.

gibi kabul edilir. Çünkü kör olan kimse, sözleşme taraflarını seslerinden yola çıkarak tıpkı gören kimse gibi şüpheye mahal bırakmayacak şekilde bilebilir.⁵¹⁷

- 2- Aişe radiyallahu anha rivayet ettiği hadiste şöyle der: “Peygamber (s.a.v) evimde gece teheccüte kalktı mescidde namaz kılan Abbad’ın sesini duydu ve dedi ki, ey Aişe bu Abbad’ın sesi mi? Dedim ki evet, dedi ki, Allahım Abbad’a merhamet et”.⁵¹⁸ El-Misver b. Mahreme anlatıyor: “Nebi sallallahu aleyhi ve selem’e bir kaftan gönderildi. Babam Mahreme bana dedi ki, sen de bizimle gel, belki bize de bir şey verilir. Daha sonra babam kapıya yönelerek konuşunca Nebi (s.a.v) onu sesinden tanıdı ve elinde kaftan olduğu halde dışarıya çıktı. Kaftanın güzelliğini babama göstererek ‘bunu sana ayırdım, bunu sana ayırdım’ dedi”.⁵¹⁹

Bu hadisin delalet ettiği şey Hz. Peygamber’in Abbad’ı sesinden tanıması ve onun için dua etmesidir. Diğer olayda da Hz. Peygamber Mahreme’yi evinden duyup tanımış ve buna göre hüküm vermiştir. Bu, bilginin ses ile tahakkuk edebileceğine delildir. Dolayısıyla İslam şeriatında ses şahitlik makamında sayılabilir.⁵²⁰

- 3- Hz. Peygamber’den şu rivayet nakledilmiştir: Bilal’in ezan okuduğu gece ibn Umm Mektum size seslenene kadar yiyin için. O kör bir adamdır, ona sabah oldu sabah oldu denilene kadar ezan okumazdı.⁵²¹

Hadisin meseleye delalet noktası, Abdullah b. Mektum’un kör bir adam olmasına karşın Hz. Peygamber (s.a.v) zamanında imam ve müezzini olmasıdır. Peygamber, ashabı ve Müslümanlar müezzinin ezan okuması ve onu duymaları ile namaz vaktinin girdiğini kabul etmişlerdir. İmam namaz vakitlerinde, görülmediği halde kendisini duyanların kendisine uyduğu kişidir. Dolayısıyla tanıdık bir ses ile helal ve haram belli oluyorsa kör olan biri de şahit olduğu şeyde kesinlik elde ederse şehadeti kabul edilir.⁵²²

⁵¹⁷ El-Mağdisi, el-Muğni, C.9/351, el-Karafi, ez-Zahira, c.10/s.164; Ebü Kumbaz, eş-Şehade ve’s-Suhud fi’l-Fıkhil-İslami: Dirase Mukarane, s.132.

⁵¹⁸ El-Buhari, Sahihil-Buhari, C.3/ s.172/ no: 2655.

⁵¹⁹ El-Buhari, Sahihil-Buhari, C.3/ s.172/ no: 2657.

⁵²⁰ İbn Battal, ‘Ali b. Halef b. ‘Abdülmelik (ö.449/1057), Şerh Sahihil-Buhari li-İbn Battal, (thk. Yasir b.İbrāhīm), Mektebetü’r-Rüşd, Riyad, 2003, c.8/s.34/ ibn battal’dan rivayetle.

⁵²¹ El-Buhari, Sahihil-Buhari, c.1/ s.127/ no: 617.

⁵²² El-Karafi, ez-Zahira, C.10/s.164; İbn Rüsd el-Kurtubi, Muhammed b. Ahmed, (ö.520/1126), el-Beyan ve’t-Tahsil, (thk. Muhammed Hacci ve diğerleri), Dāru’l-Garbi’l-İslāmī, Beyrut, 1988, c.9/s.444.

Buna şöyle cevap verilir; Umm b. Mektum'un yanında namaz vakitlerini kendisine bildirenler bulunuyordu bu sebeple ezanı caiz kabul edildi, bu ise şahitlik ile kıyas edilemez. Zira ezanın şahitliğin aksine helallik haramlık ile ilintisi yoktur.⁵²³

4- Peygamberin (s.a.v.) hanımlarının bize bildirdiklerine göre amel etme zorunluluğu. İnsanlar, Peygamber (s.a.v.)'in vefatından sonra aralarında bir perde ile hanımlarının yanına girer, onları dinler ve onlarla konuşurlardı. Bir erkeğin bir kadın hakkındaki şahitliği perde arkasından işiterek caiz olduğu gibi, körden de şahitlik etmesi caizdir. Çünkü şehadet, dinin esaslarında caiz ise, faylarında da caizdir.⁵²⁴

5- Körler için, paradan daha önemli olan eşinin namusuna taalluk eden durumda ses tonu ayırt edici kabul edilmektedir. Çünkü onu diğerlerinden sadece ses tonu ile ayırır. Bu bir çelişkidir, çünkü namusa yapılan saygısızlık şahitlikten daha büyüktür.⁵²⁵

Buna şöyle cevap verilir; Şahitlik, hadis rivayetinden ve kadınla ilişkiden farklılık arz eder. Bunlarda zan caizdir ancak, ancak şehadette caiz değildir. Şehadet için emin olmak şarttır. Kör olan biri eşinin kendi eşi olup olmadığı konusunda gözüyle görerek bir kanıya varamadığı için eşine yaklaşmaması söz konusu olamaz. Bu zaruri bir haldir. Kör olan bir kişinin tıpkı gören bir kişi gibi şehvetini gidermeye ve çoğalmaya ihtiyacı vardır. Şahitlikte ise durum böyle değildir, şahitlerin çok olması sebebiyle şahitliğinin kabul edilmesi zaruri bir ihtiyaç değildir.⁵²⁶

6- Allah'ın “*dilleriniz ve renkleriniz farklıdır*” ayeti.⁵²⁷

Ayetin delalet ettiği mana, renkler gibi seslerin de farklı olup renkleri ve suretleri gibi birbirinden ayırt edilebilir nitelikte olmasıdır. Eğer sesleri karıştıracığı düşüncesi ile körün şahitliği kabul edilmezse gören birinin renkleri ve suretleri birbirine karıştırma olasılığı ile şahitliğinin kabul edilmemesi evladır.⁵²⁸

⁵²³ İbn ‘Abidîn, *Hâşiyetu İbn Abidîn*, c.1/s.392.

⁵²⁴ El-Karâfî, *ez-Zaḥîra*, C.10/s.164, İbn Rüşd el-Kurtubi, *el-Beyân ve't-Taḥşîl*, c.9/s.444-445.

⁵²⁵ El-Karâfî, *ez-Zaḥîra*, C.10/s.164.

⁵²⁶ Es-Seraḥsî, *el-Meḥşûr*, c.16/s.130; eş-Şîrâzî, *el-Muhezzef fî Fıkhî'l-İmâmi'sh-Şâfi'*, C.3/s.456-457.

⁵²⁷ *Rum*:22.

⁵²⁸ El-Karâfî, *ez-Zaḥîra*, C.10/s.164; Ebu't-Tîb, Muhammed Sıddık Han, *Fethu'l-Beyân fî Maḳāşidi'l-Kur'ân*, (thk. 'Abdullâh el-Ensari), el-Mektebetü'l-'Aşriyye, Beyrut, 1992, c.10/s.238.

Tercih Edilen Görüş

Hanefi ve Şafiilerin görüşü olan körlerin şahitliklerinin kabul edilmemesi görüşünü tercih ediyoruz. Bunun sebebi delillerinin muhaliflerine göre daha kuvvetli olmasıdır. Çünkü hakların ayrımında şahitliğin çok önemli bir yeri vardır. Bunda zan ile hareket edilmemesi gerekir. Nitekim körün şahitliğinde ise şüphe vardır. Husumetli taraflar tarafından istismar edilmeye açıktır. Açığı kapatacak gören şahitler varken onların şahitliklerinin kabulünün bir zorunluluğu yoktur. Şahitlik bir yükümlülüktür ve görme duyusunun ortadan kalkması nedeniyle bu yükümlülük onlardan kaldırılmıştır ve bu da şahitliğin aslıdır. Buna göre bir körün, husumet yaşayanlar arasında arabuluculuk yapması caiz değildir. Çünkü onların üzerinde şahitlikleri yoktur. Delilleri ile takdim ettiğimiz üzere arabuluculuk, taraflar arasında iletişim sağlamak için görmeyi gerekli kılar. Kör olandan sadece ses ile tarafların konumlarını anlaması beklenemez. Yüz ifadeleri işaretler hepsi birer iletişim aracıdır. Anlaşmazlık yaşayan tarafların konumlarını, görüşlerini, buna taalluk eden duyguları iyi tahlil edebilmek için bunların iyi anlaşılması gerekir ki hakim önünde şahitlerin tanıklığına başvurmaya gerek kalmadan iki tarafın da razı olduğu bir ittifak gerçekleşebilsin.

Konuşma ve Duyma Şartı (Dilsiz ve Sağırın Şahitlikleri)

Dilsizin sözlük anlamı, (خَرَسَ) fiilinden türemiştir. Mastarı ise (خَرَسًا)dir. Bu ise konuşmanın zıddı veya doğuştan ya da sonradan konuşma yetisinin kaybedilmesidir. Erkek için (أَخْرَسَ) kadın için ise (خَرَسَاء) denir.⁵²⁹ Terim anlamı ise, sözlü konuşamamaktır. Dilsiz, konuşamama engeli olma ve bu durumunun kendisinde süreklilik arz etmesidir. Acem olarak da nitelendirilir ve bu engeli sağırılık takip eder.⁵³⁰ İslam hukukçuları kör ve dilsizin şahitlikleri konusunda üç görüşe ayrılırlar. İlki, kişi anlaşılır bir şekilde işaret yolu ile ya da yazı ile şahitliğini yerine getirmiş olsa bile mutlak anlamda şahitliklerini reddedenler. Bu Hanefilerin,⁵³¹ Şafiilerin,⁵³² ve Hanbelilerin,⁵³³

⁵²⁹ İbn Fāris, Mu'cem Mekayisi'l-Luğa, C.2/s.167; İbn Manzur, *Lisanu'l-A'rab*, C.2/ s.1130; El-Ezderî, Muḥammed b. Ḥasan, (ö.321/933), *Cemheratu'l-Luğa*, Dāru'l-İlm li'l-Melāyîn, Beyrut, 1987, C.1, s.584.

⁵³⁰ 'Abdalmün'im, *Mu'cemu'l-Muṣṭalahāt ve'l-Elfāz* 'l-Fikhiyye, s.19/s.229.

⁵³¹ El-Makdisî, *el-Muğnî*, C.14/s.181; Es-Seraḥsî, el-Mebṣūt, c.16/s.130; El-Kāsānî, *Bedāi'u's-Şanāi' fi Tertibu's-Şerāi'*, C.6/s.268.

⁵³² Eş-Şirāzî, *el-Muhezzeb fi Fikhi'l-İmāmi's-Şāfi'*, C.3/s.436; El-Cüveynî, 'Abdūlmelik b. 'Abdullāh (ö.478/1085), *Nihāyetü'l-Maṭlab fi Dirāyeti'l-Mezheb*, (thk. Abdūlazîm de-Dib) Dāru'l-Minhāc, Cidde, 2007, C. 14, s.72; En-Nevevî, *Ravḍatu'l-Tālibin ve U'mdetu'l-Müftîn*, C.11/s.245; Eş-Şirbînî, Şemsuddîn, Muḥammed b. Aḥmed (ö.977/1569), *el-İknā' fi Hāl Elfāz Ebî Şücā'*, Dāru'l-Fikr, Beyrut, t.y, c.2/s.632.

⁵³³ Ez-Zerkeşî, Şemsuddîn, Muḥammed b. 'Abdullāh (ö.772/1322), *Şerhu'z-Zerkeşi a'la'l-Harkî*, (thk. Abdūlmunim Ḥalîl), Dāru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut, 2002, C.3/s.399; el-Merdāvî, *el-İnşāf fi Ma'rifeti'r-Rācihi'l-Ḥilāf*, C.12/s.39; el-Buhūti, *Şerh Muntehā'l-İrādāt*, C.3/s.587.

ekseriyetinin görüşüdür. İkinci görüş, kişi anlaşılır bir şekilde işaret yolu ile ya da yazı ile şahitliğini yerine getirdiği takdirde şahitliğinin kabul edilmesidir. Bu da Malikilerin⁵³⁴ bir kısım Şafiiler⁵³⁵ ile bazı Hanbelilerin⁵³⁶ tercih ettiği görüştür. Üçüncü görüş ise; anlaşılır bir şekilde işaret yolu ile değil yazma yolu ile şahitliklerini kabul eden Hanbelilerden bir kısım ulemanın⁵³⁷ tercih ettiği görüştür.

Cevaz Vermeyenlerin Delilleri ve Değerlendirilmesi

- 1- Şahitliğin ifası, şahitliğin dile getirilmesine özgüdür bu ise şahitliğin geçerli olması için şarttır. Nitekim şahit, “haberim var, biliyorum” dese bile bu ondan kabul edilmez. Şahitlik lafzı dilsiz için geçerli değildir çünkü bu lafzı sözlü olarak ifade etmesi mümkün değildir dolayısıyla şahitliği yoktur.⁵³⁸
- 2- Şahitlik kesinlik gerektiren bir durumdur. Kesinlik ise konuşan kişinin ima etmesi ile gerçekleşmediği gibi, dilsiz olanın işareti ile de gerçekleşmez. Dolayısıyla dilsizin işareti şahitlik için geçerli sayılmamıştır.⁵³⁹

Buna şu şekilde cevap verilir. Dilsizin şahitliği işareti anlaşıldığı takdirde nikah akdinin sıhhatinde, boşanmanın geçerliliğinde ya da iftira konusunda kabul ediliyorsa burada da edilmelidir.⁵⁴⁰ Buna şöyle karşı çıkılabilir, zaruret olan durumlarda dilsizin özel işaretleri onun ifadeleri olarak kabul edilir. Şahitliğinin kabul edilmesi konusunda herhangi bir zaruret hali yoktur. Burada, onun hakkında yeterli derecede konuşan bir tanık var olduktan sonra dilsizin tanıklığını kabul etmeye gerek yoktur.⁵⁴¹

- 3- Dilsizin işareti şahitlikte açık değildir. İçinde şüphe barındırır. Çünkü dilsizin niyeti, bilgiye elverişli olmayan bir şekilde belirtmesinden anlaşılır. Şahitliğinde, konuşanın şahitliğinden farklı olarak kaçınılabilecek bir töhmet hali vardır. Onun işaret yolu ile şahitliği konuşanın ima yolu ile şahitliğinden daha güçlü değildir. Haklar konusunda ihtiyatlı davranmak elzemdir.

⁵³⁴ El- Haraşî, *Şerhu Muhtaşari Halîl li'l-Harş*, c.7/s.179; El-Mevvâk, Muhammed b.Yûsuf (ö.897/1491), *et-Tâc ve'l-İklîl li Muhtaşar Halîl*, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut, 1994, C.8/s.167; Es-Sa'lebî, Abdülvehhab b. 'Alî (ö.422/1030), *et-Telkîn fi'l-Fıkhî'l-Mâlikî*, (thk. Ebû 'Uveys Muhammed Ebu Habze), Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, 2004 C.2/s.214.

⁵³⁵ El-'Umrânî, Yahyâ b. Sâlim (ö.558/1162), *el-Beyân fi Mezhebi'l-İmâm Şâfi'*, (thk. Kasım Muhammed en-Nûrî), Dâru'l-Minhâc, Cidde, 2000. C.13, s.276.

⁵³⁶ İbn Müflih, *el-Mubdi' fi şerhi'l-Mukni'*, C.8/s.301.

⁵³⁷ El-Buhûtî, *er-Ravdu'l-Murbi' fi Şerh Zâdi'l-Mustekni'*, C.1/s.721.

⁵³⁸ Es-Serahsî, *el-Mebşût*, c.16/s.130; El-Kāsânî, *Bedâi'u's-Şanâi' fi Tertîbu's-Şerâi'*, C.6/s.268.

⁵³⁹ El-Makdisî, *el-Muğnî*, C.14/s.181.

⁵⁴⁰ El-Mevvâk, *et-Tâc ve'l-İklîl li Muhtaşar Halîl*, C.8/s.167.

⁵⁴¹ El-Makdisî, *el-Muğnî*, C.14/s.181.

Dolayısıyla başkasının şahitliğini tercih edilmek sureti ile dilsizin şahitliği terk edilir.⁵⁴²

Buna şu şekilde cevap veririz: Dilsizin işaret yolu ile anlattıkları kinaye değil açık bir ifadedir. Nitekim açıklık, sarıhlik ifade aracına bağlı olarak değişir. Sarihin aracı dildir. Dilsizin sahih aracı ise konusunu ima yolu ile anlatmasıdır. Ayrıca ikrarın açık ifade ile kabul edildiği biliniyor. Nitekim hakim: “Zeyd’in iddia ettiğin gibi üzerinde hakkı var mı?” dese ve oda başı ile imada bulunsa bu caiz olmaz. Ancak dilsiz olan bunu yapsa ikrarı elzem olur. Buradan dilsizin açık ifadesinin iması olduğu anlaşılmaktadır.⁵⁴³

Anlaşılr Bir İşaret veya Yazı Yolu ile Dilsizlerin Şahitliklerini Kabul Edenlerin Delilleri ve Değerlendirilmesi

1- Hz. Aişe şöyle rivayet etmiştir: “Rasulullah sallallahu aleyhi vesellem şikâyet etti ve ashabından onu ziyaret edenler yanına girdi. Hz. Peygamber oturarak namaz kıldı. Ashabı ise ayakta olarak arkasında namaz kıldılar ve peygamber onlara işaret ederek oturun imasında bulundu”.⁵⁴⁴ Hadiste meselemize delalet eden manaoturma manasının ima yoluyla anlaşılmasıdır.⁵⁴⁵ Dolayısıyla şahitlikte işaret, konuşmaya güç getirilemediği noktada konuşmak manasına gelebilir.

Buna şu şekilde cevap verilir: Hz. Peygamber’in (s.a.v) konuşmaya gücü yetiriyordu ancak namazda işaret ile tembihte bulundu. Burada konuşmaya güç yetirdiği halde işareti kabul edildi. Bu ise şahidin hali ile benzerlik değil, aksine değişkenlik göstermektedir. Konuşan işaret veya ima yolu ile şahitlikte bulunursa şahitliği icma ile kabul edilmez. Dolayısıyla şahitliğin diğer hükümlerden farklılık gösterdiği bilinmektedir.⁵⁴⁶

2- Dilsizin işaret ile ifade etmesi konuşan kişinin konuşması konumundadır. Dolayısıyla satış ve nikah gibi kendisine taalluk eden tüm hükümlerde işareti

⁵⁴² Es-Senikî, *Esne'l-Maṭālib fî Şerhi Ravḍi't-Tālib*, C.4/s.356; Es-Serahsî, *el-Mebṣût*, c.16/s.130, Muṣṭafā el- Ḥin ve diğerleri, *el-Fıkhü'l-Menhecî 'alā Mezhebi'l-İmāmi's-Şafii'*, Dāru'l-Kalem, Dimeşk, t.y, C.8/s.217.

⁵⁴³ İbn Ferhūn, *Tebṣiratu'l-Hükkam fî Uṣūlu'l-Aḳdiyye ve Menahicu'l-Aḥkām*, c.1/s.131.

⁵⁴⁴ En-Neysābüri, *Şahîḥu Muslim*, c.1/s.309/no:412.

⁵⁴⁵ Es-Sa'di, *ed-Devābiṭu's-Şeriyye el-Mu'tebera fî'l-Ḳarāin fî'l-Aḳdiyyeti'l-Māliyye*, s.138.

⁵⁴⁶ İbn Qudāme, *eş-Şerḥu'l-Kebîr a'lā Metni'l-Muḳnî'*, C.12/s.33.

konusma hükmündedir. Nitekim lianı geçerli olup bunun şahitlik olduğunu söyler ve buna kıyas edersek şahitliği de geçerli olmalıdır.⁵⁴⁷

- 3- Şahitlik, şahidin hakime bildirdiği bir bilgidir. Hakimin konuşabilen kişinin sözünü anladığı gibi konuşamayandan anlarsa şahitliği kabul edilir çünkü onun iletişim aracı budur. Şahit olunan şey kesin olarak bilinir ve işaret anlaşılır bir şekildedir.⁵⁴⁸

Buna şöyle cevap verebiliriz: Dilsizden anlaşılabilen işareti, ihtiyaçlarını karşılama zorunluluğundan dolayı tasrihi ve nutku sayılır. Şahitlikte ise yerine başka biri geçebileceğinden böyle bir zaruret yoktur. Çünkü dilsizin şahitliği, şahitlikte gerekli olan kesinlik şartını ifade etmez.⁵⁴⁹

Dilsizin Yazı Yolu ile Şahitliğini Kabul Edenlerin Görüşleri ve Değerlendirilmesi

- 1- Allah Teala şöyle buyurur “*Yazacak kişi Allah’ın ona öğrettiği gibi yazmaktan geri durmasın yazsın.*”⁵⁵⁰ Hz. Peygamber (s.a.v.) “Vasiyet etmeye değer bir şeyi bulunan Müslümanın, vasiyeti yanında yazılı olmadan iki gece geçirmesi doğru değildir.”⁵⁵¹ Hadisin delalet ettiği nokta, yazının Kur’an ve sünnetle ile sabit olan şer’î bir hüccet olmasıdır. Çünkü yazı, hakim için anlam ifade eder ve kendisiyle amel edilir.⁵⁵² Dolayısıyla gerek akitlerin yazımında gerekse vasiyetin yazımında ilmi nakleden ve hakkı ispat eden bir araçtır.

- 2- Enes radiyallahu anh’dan rivayetle “Resulullah (s.a.v.) vefat etmeden önce Kısra’ya, Kayser’e, Necaşi’ye ve diğer tüm krallara Allah’a davet etmek için yazı göndermiştir.”⁵⁵³

Hadisin delalet ettiği nokta, Hz. Peygamber’in (s.a.v.) yazı ile kafirlerin krallarına hüccet ikame etmesidir.⁵⁵⁴

⁵⁴⁷ El-‘Umrāni, *el-Beyān fī Mezhebi’l-İmām Şāfi*, C.13, s.276., Ez-Zerkeşî, *Şerhu’z-Zerkeşî a’la’l- Harkî*, C.3/s.399.

⁵⁴⁸ İbn Ferhūn, *Tebşiratu’l- Hükkam fī Uşūlu’l Akdiyye ve Menahicu’l-Ahkām*, c.1/s.131.

⁵⁴⁹ El-Buhārî, *er-Ravdu’l-Murbi’ fī Şerh Zādi’l-Mustekni*, C.1/s.75; İbn Müflih, *el-Mubdi’ fī şerhi’l-Mukni*, C.8/s.301.

⁵⁵⁰ *Bakara*:282.

⁵⁵¹ El-Buhārî, *Saḥiḥi’l-Buḥārî*, C.4/ s.2/ no: 2738; En-Neysābūrî, *Şaḥīḥu Muslim*,c.3/s.1249/no: 1627.

⁵⁵² İbn ‘Useymin, *Şerhu’l-Mumti’ alā Zādi’l-Mukni*, C.15/s.218.

⁵⁵³ Et-Tirmizî, *Süneni’t-Tirmizî*, C. 5/s.78/no:2716. Elbani sahih tir dedi.

⁵⁵⁴ İbn ‘Useymin, *Şerhu’l-Mumti’ alā Zādi’l-Mukni*, C.15/s.219.

3- Yazı lafızlara delalet ettiği için kabul edilmektedir. Dilsiz yazı ile şahitliğini eda ederse kabul edilir. Çünkü yazı kesinlik ifade eder.⁵⁵⁵ Buna şu şekilde cevap veririz: Yazı hukukun ispatı için başlı başına adli bir delil ifade etmez. Çünkü mührünün altında kendi yazısı bulunmadığı sürece yazılı hükmü kabul edilmemektedir. Şahit yazısının görülmesi ile şahitlik etmez, tıpkı hakimın hatırlayamadığı şey hakkında yazılı hükmünün geçerli olmadığı gibi. Bu noktada kendi yazısı dışındakiler hakkında hüküm verilmemesi ise evladır.⁵⁵⁶

Tercih Edilen Görüş

Zikrettiğimiz delillerin kuvvetinden ve hakları muhafaza etmesinden dolayı dilsizin şahitliğini anlaşılır bir işaret veya yazı yolu ile kabul edenlerin görüşünü tercih etmekteyiz özellikle de dilsizden başka şahidin bulunmaması durumunda. Buna ek olarak konuşmaya güç yetiremeyenler için işaret dili gelişmiş, dilsiniz şahit olduğu olayları veya aklından geçenleri, hissettiklerini açıkça ve ince ayrıntıları ile anlatabileceği başlı başına bir dil oluşmuştur. Bu nedenle hata kabul etmeyen çok önemli haberlerin bildirimi başta olmak üzere bu dil hayatın birçok alanında kullanılmaktadır. Dolayısıyla işaret dilini kullanabilen ve ifade etme yeteneği olan her dilsizin şahitliklerinin caiz olduğu görüşündeyiz. Cevaz verenlerin ifade ettiği gibi işaret dili bu noktada açık ifade mesabesindedir. Yazı ile şahitliğe gelince bu da konuşma konumundadır. Bu konuda herhangi bir şüphe yoktur. Nitekim yazılar konusunda uzmanlaşmış kişiler tarafından yazının, sahibine ait olup olmadığı veya doğruluğu kanıtlanabilir niteliktedir. Bu durumda şüphe ortadan kalkar ve tam bir kesinlik hasıl olur. Bunlara istinaden dilsizin gerek işaret dili ile gerekse yazı ile yaptığı şahitliği, dolayısıyla bu vasıflara sahip olan dilsizin arabuluculuğu da kabul edilmelidir. Özellikle de ticari muameleler ve buna taalluk eden müzakere süreci, arabuluculuk gibi işlerin çoğu gerek mail yolu ile gerekse diğer yazılım yolları ile yazılı olarak icra edilebilmektedir. Nitekim bu durum, mali işlerde günümüzde adet olagelen hususlardandır.

Güvenilirlik (*Emanet*)

Arabuluculuk büyük bir sorumluluktur çünkü anlaşmazlıkta yaşanan birçok mali konuyu ele alır. Anlaşmazlık yaşayan tarafların anlaşmazlığın konusuyla ilgili görüşünü

⁵⁵⁵ El-Buhūti, *Şerh Muntehā'l-İrādāt*, C.3/s.587; İbn 'Uşeymīn, *Şerhu'l-Mumtī' alā Zādi'l-Muknī*, C.15/s.218.

⁵⁵⁶ El-Makdisī, *el-Muğnī*, c.14/s.181.

dile getirmesi ancak arabulucunun her iki tarafın da güvenini kazanabilmesi halinde mümkün olmaktadır. Arabulucu tarafların güvenini kazanan bir kişidir. Nitekim arabulucu, anlaşmazlık ve anlaşmazlık yaşanan konuyu çözerken tarafların güvenini kazandığından dolayı arabulucu olmuştur.⁵⁵⁷ Dolayısıyla İslam hukukçuları arabuluculuk görevini üstlenecek kişinin emanet sıfatına sahip olması gerektiği şartını koymuşlardır. Hakimin, tarafların rızası ile anlaşmanın sağlanması için, taraflar güvenilir kişilerin arabuluculuğunu isterlerse davayı arabuluculuğa sevk etmesi gerekir.⁵⁵⁸

Güvenilirlik vasfı gereğince, arabulucunun sırları muhafaza etmesi, arabuluculuk esnasında arabulucunun tarafların izni olmaksızın taraflar arasında geçenleri ortaya dökmeyip anlaşma sağlarken taraflar hakkında öğrendiği şeyleri gizlemesi gerekmektedir.⁵⁵⁹ Daha önce zikrettiğimiz gibi yargısal rolü bakımından hakim önündeki şahitliği bunun dışında kalmaktadır.

Arabulucunun güvenilirlik şartını yerine getirmesine yardımcı bir unsur da anlaşmazlık yaşayan taraflar arasında uzlaşma sağlama işini Allah'ın rızasını elde etmek için yapmasıdır. Bu duruma şu ayette işaret edilmiştir: “Onların fısıldaşmalarının birçoğunda hayır yoktur. Ancak bir sadaka verilmesini yahut bir iyilik yapılmasını ya da insanların arasının düzeltilmesini isteyenler müstesnadır. Kim Allah'ın rızasını elde etmek için bunu yaparsa biz ona ileride büyük bir karşılık vereceğiz”.⁵⁶⁰ İnsanların arasını düzeltmede gösterilen sadık niyet ve ihlas kişinin başarısı ve muvaffakiyetidir.⁵⁶¹ Yine Allahu Teala şöyle buyurur: “Eğer karı kocanın aralarının açılmasından korkarsanız, erkeğin ailesinden bir hakem ve kadının ailesinden bir hakem gönderin. Düzeltmek isterlerse Allah aralarını bulur; şüphesiz Allah her şeyi bilen, her şeyden haberdar olandır”.⁵⁶²

Tarafsızlık

Arabuluculuk, arabulucunun iki taraf arasında tarafsız olmasını gerektirir. Nitekim arabuluculuk tanımında beyan ettiğimiz gibi bu kavram orta yoldan türer. Yani arabulucu herhangi bir tarafa meyil göstermeden iki taraf arasında orta yolu tutmalıdır. Herhangi bir

⁵⁵⁷ Şen, Yusuf, *İslam Hukukunda Arabuluculuk*, s.125.

⁵⁵⁸ El-Karâfi, *ez-Zahîra*, C.10/s.39.

⁵⁵⁹ El-Kahtânî, *el-Vesâîtu'l-Muntehiye bi's-Sulhi ve Devruha fî Tesviyeti'l-Munâzâ'ât fî'l-Memleketi's-Su'udiyyeti'l-'Arabiyye*, s.210; *Er-Rubeyş, Abdulaziz, el-Vasâtâtü'l-Kadâiyye*, Mecelletu'l-'Adl, Vizâretu'l-'Adl, El-Memleketu'l-'Arabiyye es-Su'üdiyye, 2014, s.297

⁵⁶⁰ Nisa:114

⁵⁶¹ Beyşara, *es-Şulh ve fadû'u'n-Nizâ't Min Manzûri's-Şeria'ti'l-İslamiyye*, s.150

⁵⁶² Nisa:35

anlaşmazlıkta tarafsızlık, arabuluculuğun devamı ve hedeflerine ulaşılmasında güvenin temel bir unsur olduğundan arabuluculuğun başarısı için olmazsa olmaz bir vasıftır.⁵⁶³ Nitekim Allah, düşmanlara ve en yakın akrabaya karşı da olsa arabuluculukta hakkaniyeti, adaleti ve tarafsızlığı emretmiş ve şöyle buyurmuştur: “*Ey iman edenler! Kendinizin veya anne babanızın ve akrabanızın aleyhine bile olsa adaleti ayakta tutun, Allah için şahitlik eden kimseler olun. (İnsanlar) zengin olsunlar, yoksul olsunlar Allah onlara sizden daha yakındır. Öyleyse siz hislerinize uyup adaletten ayrılmayın. Eğer adaletten sapar veya üzerinize düşeni yapmaktan geri durursanız bilin ki Allah yaptığınız her şeyden haberdardır.*”⁵⁶⁴

Tarafsızlık koşulunu sağlamak için İslam hukukçuları şahitliğe dolayısıyla da arabuluculuğa birtakım engeller koymuşlardır.⁵⁶⁵ Bu, arabulucuyu bazı dış etkenlerin etkisinden korumak ve taraflardan birinin haksızlığa uğraması pahasına diğerinin yanında yer almadan görüşlerin getirilmesindeki rolünü oynarken tarafsızlığını sağlamasını içindir.

İlmi Yeterlilik

Arabulucunun, Allah katında büyük bir mükâfat elde etmesi için uzlaştırma ilminde bilgi sahibi olması gerekir ki insanlar arasında uzlaşma süreci amacına ulaşabilsin. Çünkü ilim söz ve fiillerin geçerliliğinin şartıdır.⁵⁶⁶ İlmi yeterlilik şartı üç kısımda incelenebilir: Fıkhi yeterlilik, alan yeterliliği, toplumsal yeterlilik. Bu üç yeterlilikten her biri, arabulucunun, anlaşmazlığa yenilikçi çözümler bularak tarafları uzlaşmaya ikna etme rolünün başarısına katkıda bulunmada rol oynar.

a. Fıkhi Yeterlilik

Fıkhi yeterlilik, arabulucunun uyuşmazlıkla ilgili fıkhi hükümler hakkında bilgisi anlamına gelmektedir. Anlaşmazlık yaşayanların şeriat tarafından kabul edilebilir bir çözüme ulaşmalarına katkı sağlamaktır. Çünkü arabuluculuğun amacı, anlaşmaya vararak anlaşmazlığı sona erdirmektir. Nitekim anlaşma, İslam hukukunun hükümleriyle çelişen

⁵⁶³ Havām, *el-Vasaṭa Bedīlen li Ḥalli'n-Nizā'āt fi'l-Fıkhī'l-İslāmī ve Kānūnu'l-İcraati'l-Medeniyye ve'l-İdāriyye el-Cezāiri*, s.132.

⁵⁶⁴ Nisa:135.

⁵⁶⁵ Şahitlik engelleri: Kesin zahir, muhzaḥab, varoluşsal vasıflardır. Hakime kendisine değil başkasına ait hakları haber veren ve ilgili şartları sağlayan kimsede bulunurlar. Kişinin verdiği haber ile amel edilmesine engel olurlar. El-Harbī, Eymen b. Sālīm, *Mevāni'u's-Şehāde fi'l-Fıkhī'l-İslāmī: Dirāse Fıkhīyye Muḳārane*, Yüksek Lisans Tezi, Cāmi'atu Ummi'l-Kurā, Mekke, 2001, s.810.

⁵⁶⁶ Beyşara, *es- Şulḥ ve faḍḍu'n-Nizā't Min Manzūri's-Şeria'ti'l-İslamiyye*, s.150.

bir şey içeriyorsa bağlayıcı sayılmaz. Peygamber'in (sallallahu aleyhi vesellem) şu hadisi buna delildir: "Müslümanlar arasında, haramı helal kılan veya helal olanı haram kılan sulh müstesna, sulh caizdir."⁵⁶⁷ Bu nedenle arabulucunun arabuluculuğu tamamlayabilmesi için uyuşmazlığın konusuna ilişkin içtihat hükümleri hakkında bilgi sahibi olması gerekir. Bu nedenle İslam hukukçuları, arabulucunun fıkıh bilgisine sahip biri olmasını tercih etmişlerdir. Böylelikle ihtilaflıların içtihat hükümlerine uygun pratik çözümlere ulaşmalarını kolaylaştırabilir.

b. Alan Yeterliliği

Anlaşmazlık çözme bilimi, son zamanlarda önemli ölçüde ve hızlı bir şekilde gelişmiştir. Bunun nedeni, özellikle taraflardan bazılarını memnun edecek, bazılarını kızdıracak bir mahkeme kararıyla biten dava ve çekişmelerden uzak, anlaşmazlık taraflarına ve tüm topluma barışçıl yollarla anlaşmazlıkları sona erdirmeyi hedeflemesinden dolayıdır. Ayrıca barışçıl çözüm yollarının öneminden bahsederken beyan ettiğimiz gibi bu süreçte iki tarafın da rıza ve kabulü alınır. Adaletle ulaşmanın rolü, hakimin zorlu teknik unsurlara vakıf olmasından kaynaklanabilir. Bu nedenle arabuluculuk süreci, uyuşmazlık konusunun ait olduğu alanı bilen bir arabulucu gerektirir.⁵⁶⁸ Özellikle arabuluculuk biliminin gelişmesi ve yaygınlaşması ile özelleşmiş bir bilim dalı haline geldiği bir dönemde bu durum daha da ön plandadır. Dolayısıyla, arabulucunun bu bilimin temellerine, kurallarına ve stratejilerine aşina olması, çatışmanın etkili ve kalıcı bir şekilde sona ermesi için elzemdir. Arabulucunun, arabuluculuğun amaçlarına ulaşabilmesi için uyuşmazlığın konusu hakkında deneyim ve bilgi sahibi olması gerekmektedir.⁵⁶⁹ Bilimin ihtiyacına ek olarak, diyalog ve ikna yöntemlerini, tartışmacıların farklı görüşlerini birleştirebilmek ve diyalogu nasıl başlatıp bitireceğini ve kalpleri ve zihinleri nasıl etkilediğini bilmesi gerekmektedir.⁵⁷⁰

c. Toplumsal Yeterlilik

Arabulucu, ihtilaflı taraflarla ilgili sosyal koşulları ne kadar iyi bilirse, onları bazı haklarından vazgeçmeye ikna etmesi ve anlaşmazlığı barışçıl bir şekilde sona erdirmesi de o kadar kolay olacaktır. Bu nedenle fakihler, arabuluculuğu üstlenen kişinin halkın

⁵⁶⁷ Es-Sicistānī, Sünenü Ebī Dāvūd, c.3/s.304/no:3594). Elbani halen sahih olduğunu söyledi.

⁵⁶⁸ Havām, *el-Vasaṭa Bedīlen li Ḥalli'n-Nizā'āt fi'l-Fıkhī'l-İslāmī ve Kānūnu'l-İcraati'l-Medeniyye ve'l-İdāriyye el-Cezāirī*, s.126.

⁵⁶⁹ El- 'Arac, *Tahrīru's-Sulūk fi Tedbīru'l-Mulūk*, s.50/57.

⁵⁷⁰ Beyşara, *es- Şulh ve faḍḍu'n-Nizā'āt Min Manzūri's-Şeria'ti'l-İslamiyye*, s.150.

ileri gelenlerinden veya kabile şeyhlerinden biri olmasını şart koşmuşlardır.⁵⁷¹ Bu, taraflarca saygı duyulma ve güvenilme için önemlidir. Ayrıca, anlaşmazlık yaşayan tarafların kültürü hakkında bilgi sahibi olmak çok önemlidir. Çünkü bu, ihtilafli tarafların sosyal kültürüne uygun çözümler üretilmesine katkı sağlar niteliktedir. Özellikle anlaşmazlığın genellikle sosyal bir güdüden yoksun olmadığı bilinen bir gerçektir. Nitekim her iki taraf da herkesin önünde, özellikle iş adamları ve ekonomi çevrelerinde gelecekte yapacakları ticari işlemlerin seyrini belirlemede önem arz eden ticari itibarları nedeniyle galip görünmek istemektedir. Bu nedenle arabulucunun, çatışmaya ilişkin sosyal faktörlerin farkında olması, doğru ve net çözüm önerileri sunabilmesi için önemlidir.

İkinci bölümde bir uyuşmazlıkta arabuluculuğun esasları, müdahiller ve arabulucuyu, sonra bu esasların tanımları ve en önemli unsurları ile bunlara ilişkin şartlar detaylı bir şekilde tartışılmıştır. Tezin bir sonraki bölümü olan üçüncü bölümde, arabuluculuğun sonuçları ve etkilerine geçeceğiz. Bu bölümü üç kısımda işleyeceğiz; Birinci kısım, tam anlaşma ve etkileri; ikinci kısım, yarım anlaşma ve etkileri; üçüncü kısım, anlaşamamazlık ve etkileri.

⁵⁷¹ El- ‘Arac, *Tahrīru’s-Sulūk fī Tedbīru’l-Mulūk*, s.50/57.

4. ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: ARABULUCULUĞUN SONUÇLARI VE ETKİLERİ

4.1. ANLAŞMA (SULH) VE ANLAŞMANIN ETKİSİ

4.1.1. Anlaşmanın (Sulhün) Tanımı

İki taraf ya da anlaşmazlık yaşayan taraflar arasında anlaşmanın sağlanması, arabuluculuğun gerçekleştirmek için çaba sarf ettiği bir hedeftir. Nitekim anlaşmazlığın çözülmesi ile beraber taraflar arasında ittifak sağlanarak arabuluculuğun rolü tamamlanmaktadır. Bu ittifak ise anlaşmazlığın yaşandığı konuda hakkında tarafların görüş birliğine varmaları ile gerçekleşmektedir. Aynı şekilde İslam hukukçularının tabiri ile sulh, iki tarafın ya da taraflardan birinin bazı maddi haklarından feragat etmeye rıza göstermeleri ve ittifak etmeleri ile sağlanmaktadır. Daha önce arabuluculuğun vasıflarını ve arabuluculukla benzer kavramların tanımını zikrederken sulh konusuna değinmiştik. Dolayısıyla sulhun tanımı ve arabuluculukla sulh kavramının farklılıklarını zikretmiş olduk. Bu iki kavramı diğerlerinden ayıran en önemli ayrıcalık ise arabuluculuğun sulhe götüren bir yapısı, sulhun ise arabuluculuğun ittifak ile son bulan bir neticesi olmasıdır. Mecelle’de şöyle bir tanım geliştirilmektedir: “O rıza yolu ile anlaşmazlığı ortadan kaldıran bir sözleşmedir. İcap ve kabul ile gerçekleşir.”⁵⁷² Sulhün tanımını yaparken Mecelle’nin tanımına yaklaşık bir tanım sunmaktayız: “Karşılıklı ya da karşılıksız olarak kişinin rıza göstererek hakkından veya davasından feragat etmesi ile anlaşmazlığı ortadan kaldıran veya vuku bulmasını önleyen sözleşmedir.”⁵⁷³

4.1.1.1. Anlaşmanın (Sulhün) Fıkhi Boyutu

Sulhün boyutunu ve İslam hukukçularının bu konudaki konumunu üç fıkhi görüşe ayırabiliriz: Birinci görüş sulhü müstakil bir sözleşme saymayıp kendisine benzeyen sözleşmeye ilhâk ederek ele almaktadır. Yani satış sözleşmesine benzerse satış sözleşmesi, kira sözleşmesine benzerse kira sözleşmesi sayılmaktadır. İkinci görüş; sulhü hem müstakil bir sözleşme hem de hükümleri konusunda kendisine benzeyen sözleşme ile ele almaktadır. Ancak kendisi ile benzerlik taşıyan sözleşmenin de tüm hükümlerini taşımaz çünkü diğer sözleşmelerden ayrı olarak sulhün kendi hüküm ve şartları vardır.

⁵⁷² Mecelle, Madde: 1531.

⁵⁷³ Aynı tez de (21) sayfasına bak.

Üçüncü görüş ise sulhü hakiki anlamda satış sözleşmesi saymaktadır. Satış sözleşmesinin tüm hüküm ve şartlarını taşır. Bu görüşleri ayrıntılı olarak inceleyelim;

Birinci Görüş: Şafiiler, Hanbeliler ve Malikilerin baskın yaklaşımı, sulhü kendi içinde müstakil bir sözleşme olarak değil, diğer sözleşmelerin bir dalı olarak kabul etmektedir. Dolayısıyla muhtevasına göre kendisine en yakın sözleşmelere ilhâk edilir. Sulh sözleşmesini satış sözleşmesine benzettikleri ve bu sözleşmenin şartlarını sulh sözleşmesine tatbik ettikleri için sulh bölümünü ele alırken, bu bölümü ya satış sözleşmesi kapsamında ele almak ya da bu sözleşmeye işaret etmek dışında herhangi bir şart zikretmemişlerdir.⁵⁷⁴

İmam en-Nevevi sulh tanımını yaparken şöyle demektedir: “Sözleşme sulh lafzı ile gerçekleşmiş olsa da hükmü satış hükmü gibidir. Kusurlu satışların iadesi, şuf’a, kabz gerçekleşmeden üründe tasarruf yasağı, üzerinde anlaşma sağlanan mal ve ihtilaf yaşanan mal faize giriyorsa kabz şartı gibi satış sözleşmesinin tüm hükümleri sulh sözleşmesi için de geçerlidir. Yine eğer menfaat üzere sulh sağlanmışsa bu caizdir ancak bu sulh kira anlaşması olarak kabul edilir ve kira sözleşmesinin hükümleri uygulanır”.⁵⁷⁵

Malikilerden İbn Arfe ise şunları ifade eder: “Üzerinde anlaşma sağlanan mal ile talep edilen mal farklı ve maddi (aynî) ise sulh satış olarak değerlendirilir. Menfaat üzerine ise kira sözleşmesi, talep edilen malın bir kısmından feragat ederse hibe olarak değerlendirilir. Bunlar ikrar, inkar ve sükut üzerine sulh anlaşmasında uygulanır”.⁵⁷⁶

Hanbelilerden el-Buhûti şöyle der: “Üzerinde sulh sağlanan mal davacı hakkında satış hükmündedir. Çünkü bu malın kendi hakkı için karşılık (muâvadâ) olduğunu düşünmektedir. Dolayısıyla inandığı şey hakkındaki hüküm kendisini bağlamaktadır. Davacı bu malda bir kusur görürse geri verebilir ve sulh sözleşmesini iptal edebilir veya kusursuz bölümünü saklayabilir. Tıpkı bir şey satın aldıktan sonra kusurunu görmesi gibi”.⁵⁷⁷

⁵⁷⁴ Muhammed, Randa ‘Usmân, ‘Akdu’s-Sulhi fi’l-Mu’amelâti’l-Medeniyye fi’l-Fıkhî’l-İslâmî ve’l-Kânûn, (Yüksek Lisans Tezi) Ümmü Dermân İslam Üniversitesi, Sudan, 2004, S.19, Ferhân, Maḥmūd Abdulkâdir, Ahkâmü’s- Sulh fi’l-Emvâl fi’l- Fıkhî’l-İslâmî ve’l- Kânûni’l-Medenî el-Yemenî, (Yüksek Lisans Tezi), Umm Dermân Üniversitesi, Sudan, 2002, s.46.

⁵⁷⁵ En-Nevevî, Ravḍatu’-Ṭālibin ve U’mdetu’l-Müftîn, C 4/ s. 193.

⁵⁷⁶ Ed-Desûkî, Hâşiyetu’d-Desûkî, a’lâ’s-Şerhu’l-Kebir, c.3/s.309,.

⁵⁷⁷ El-Buhûti, Keşfu’l- Qanaa’ a’n Metni’l-İkna’, C.3/s.397.

İbn Kudâme ise şöyle söylemektedir: “Sulh kelimesi muâvadayı gerektirir. Çünkü o ‘şu hibe karşılığında veya bu aynı malın yarısı üzerine benimle sulh yap’ derse sulhe mukabil eklemiştir olur. Sözü ‘bin lira karşılığında bana sat’ gibi olur”.⁵⁷⁸

Yani genel anlamda sulhü tabir eden ibareler değişse de bu yaklaşıma göre sulh kavramı satış anlamından ayrı tutulmaz ve satış ahkâmı sulh sözleşmesinde tatbik edilir. “Sulh muavada akdidir ve satışın şartları sulh için de geçerlidir. Nitekim ikisi de taraflar arasında gerçekleşen bir muavadadır.”⁵⁷⁹

İkinci Görüş: Hanefilerin ve İmam Malik’in görüşüdür. Sulhü diğerlerinden ayrı bir sözleşme olarak ele almaktadır. Sulhün kendine ait şartları ve hükümleri vardır. Kendine en çok benzeyen herhangi bir sözleşmeye dahil edilemez veya tümüyle bir sözleşmenin kapsamına giremez. Bunun nedeni, diğer muavada sözleşmelerinin aksine mevcut bir anlaşmazlığın sona ermesine katkı sağlamasıdır. Ayrıca sulhün kapsamı satış sözleşmesinin kapsamından daha geniştir. Evde oturma, kusurlu satış vb. gibi satılabilecek şeyler de dahil olmak üzere muavada alınabilecek her şeyde sulh caizdir. Çünkü sulh, anlaşmazlık yaşayan taraflar arasında karşılıklı rızaya dayanmaktadır. Bu karşılıklı rıza, muavada ile olsun veya olmasın aralarında birinin hakkının diğerine geçmesi için bir sebeptir.⁵⁸⁰ Hanefi mezhebi, Malikilerden İbn Ât’ın⁵⁸¹ şu sözlerine muvafakat göstermiştir: “Malik’in nazarında sulh bir satış değil, satış sözleşmesi gibi başlı başına bir sözleşmedir. Asıl olan ile asıl olan kıyas edilemez. Asıllar furu’lara kıyas edilir”.⁵⁸²

Üçüncü Görüş: Şafii mezhebinin görüşüdür. Sulh satış anlamını taşıyan bir sözleşme değil bilakis hakiki anlamda satış sözleşmesidir. Cüveyni de bu görüştedir: “Bir fakih, sulh sözleşmesinin hükmünün satışın hükmü olduğunu söylerse, sözü kusurludur. Bilakis o satışın kendisidir. Tüm satış ahkâmını, faiz içeriyorsa faiz ahkâmını, satışta mutat sözleşmeleri ve garanti ile iade hükümlerini içinde barındırır. Bunların hepsi sulhün

⁵⁷⁸ El-Makdisî, *el-Muğnî*, C.7/s.15.

⁵⁷⁹ Muhammed, *Akdu ‘ş-Sulhi fi ‘l-Mu‘âmelâti ‘l-Medeniyye fi ‘l-Fıkhî ‘l-İslâmî ve ‘l-Kânûn*, S.19.

⁵⁸⁰ Es-Serahsî, *el-Mebşût*, c.20/s.134; El-Kāsânî, *Bedâi‘u ‘s-Şanâi‘ fi Tertîbu ‘ş-Şerâi‘*, C.6/s.53; Hammad, Neziḥ, *A ‘kdus ‘- Şulḥ f i ‘ş ‘-Şeria ‘ti ‘l-İslamiyet*, Darul Kalem, Dımeşk, 1996, s.25; El-A ‘zamî, Muhammed ‘Alî, *eş- Şulḥ fi ‘l-Müessesâtu ‘l-Mâliyye ‘l-İslamiyye Mukâranen bi ‘l-Kânûni ‘l-Kuveytî* (Yüksek lisans Tezi), el-Câmiatu ‘l-Ürdüniyye, Ürdün, 2012, s.21, Munazzametu ‘l-Mu‘temeri ‘l-İslâmî, *Mecelletu ‘l-Mecmû‘ati ‘l-Fıkhî ‘l-İslâmî*, Cidde, t.y. sayı 12/ s.1570.

⁵⁸¹ İbn Ât: Ebu Ömer Ahmet b. Hârûn b. Ahmed b.Cafer b. Ât eş-Şâtibi Şeyh, İmam, Hafız, Örnek, Zâhid, Hadis hafızlarındandı, Metni serd eder, senetleri hatasız ezberlerdi. Rivayet ve dirayet açısından hadis konusunda öne çıkmıştır. Hicri 542 yılında doğdu, 609 yılında vefat etti. Bknz. Ez-Zehebî, Muhammed b. Ahmed (ö.748/1347), *Siyeru A ‘lâmi ‘n-Nubelâ*, Dârü ‘l-Hadis, Kahire, 2006, C.16/S.63

⁵⁸² El-Mevvâk, *et-Tâc ve ‘l-İklîl li Muḥtaşar Ḥalîl*, C.7/s.9 .

satışın kendisi olduğu hakkında bir kesinlik bildirir”.⁵⁸³ İmam el-Ğazali şöyle demektedir: “Sulh üç mesele dışında satış ile uyumluluk halindedir”.⁵⁸⁴

Tercih Edilen Görüş

Hanefi mezhebinin sulhün kendi hükümleri, esasları ve özel şartları olan müstakil bir sözleşme olduğu tercih ettiğimiz görüştür. Herhangi bir sözleşmenin hükümleri kendisine tam olarak uygulanmaz ve bu, özellikle satışlar olmak üzere, benzerliği nedeniyle diğer sözleşmelerin bazı hükümlerini kendisine uygulamasına engel değildir.⁵⁸⁵ Nitekim bir hukukçunun sulhün ahkâmını ve hususiyetini korumasındaki en kolay yol budur. Hükümleri sulh sözleşmesine uygulanacak olan sulhün meydana getirdiği sözleşmeyi, yine sulhün maddeleri belirlemektedir. Dolayısıyla sulh akdi esas, sulhün son bulduğu şey ise fer’dir. Muavada akdi ile geçerli olmayan şey sulh akdi ile geçerli olur. Bu noktada karşılık şart koşulmaz. Anlaşma karşılıksız olarak tamamlanır. Anlaşmada ittifak ve rıza beyanı ile yetinilir. Mecelle’de sulhün karşılık (ıvad) ile tamamlandığı yer almaktadır. Dolayısıyla muavadat hükümleri sulhe tatbik edilir. Bazen de karşılıksız olarak hakkın düşmesi olarak yer alır ki buna göre ayrı bir hüküm alır. (1558) madde de şöyle geçer: “Sulh muâvadat içeriyorsa iki tarafın da bu akdi fesh etmesi ve razı olacakları doğrultuda akit yapması gerekir, eğer muâvadat içermiyor bazı hakların düşmesini içeriyorsa akdi bozmak caiz değildir”.⁵⁸⁶ Bu noktayı daha önce sulhün tanımını yaparken açıklamıştık.

4.2. ANLAŞMANIN (SULHÜN) RÜKÜNLERİ

Diğer sözleşmelerde olduğu gibi sulh akdini belirleyen rükünler vardır. Bu konuda İslam hukukçuları iki farklı görüşe sahiptir: Cumhura⁵⁸⁷ göre sulh akdinin rükünleri şöyledir: İrade beyanı (icap ve kabul), akdin kendisi ile gerçekleştiği sulhün bedeli ve

⁵⁸³ Er-Rifâ‘î, Abdülkerim b. Muhammed (ö.623/1226), *Fethu’l-‘Azîz bi-Şerhi’l-Vecîz*, Dâru’l-Fikir, t.y., C.10/s.147; el-Cüveynî, *Nihâyetü’l-Ma‘lâb fî Dirâyeti’l-Mezheb*, C.6/s.448.

⁵⁸⁴ Er-Rifâ‘î, *Fethu’l-‘Azîz bi-Şerhi’l-Vecîz*, c.10/s.295. Meseleler ise, 1. Talep edilen malın bir kısmı üzerine yapılan sulh, hatita/düşen sulhtur, bu ise onların yanında satış olarak değil hibe olarak isimlendirilir. 2. Husumet geçmişi olmadan yapılan sulh 3. Cinayet erşi hakkında sulh.

⁵⁸⁵ Bazı İslam Hukukçuları satış sözleşmesinin hikmetini şöyle açıklamaktadır: “Başkalarının elinde olana onların kendi rızasıyla ulaşarak ihtilaf ve kavga kapılarını kapatır.” Bu da, sulhün satış kavramına benzerlik ve yakınlık göstermesini sağlar. ‘Aleyş, Muhammed b. Ahmed (ö.1229/1813), *Minahu’l-Celîl Şerhu Muhtaşari’l-Halîl*, Dâru’l-Fikr, Beyrut, 1989. C.4/s.434.

⁵⁸⁶ Mecelle, Madde:1558.

⁵⁸⁷ Ed-Desûkî, *Hâşiyetu’d-Desûkî, a’lâ’s-Şerhu’l-Kebîr*, c.3/s.309, En-Nevevî, *el-Mecmû’ Şerhu’l-Muhezzeb*, c.20/s.167; el-Behûtî, *Keşfu’l-Kanâ’ an Metni’l-İknâ*, c.3/s.394, Ez-Zuhaylî, *el-Fıkhü’l-İslâmî ve Edilletuhu*, c.4/s.18.

sulhün konusu. Hanefiler ise irade beyanını sulh akdinin rükün olarak kabul ederler.⁵⁸⁸ Bu konudaki ihtilaf rükünün mahiyetinden kaynaklanmaktadır. Nitekim Hanefiler’e göre bir şeyin rükünü; o şeyin varlığına bağlı olandır yani onun mahiyeti dahilindedir. Bu yüzden sulh rükününü irade beyanı (icap ve kabul) ile sınırlandırırılar. Cumhura göre ise mahiyetinin dahilinde veya haricinde olması fark etmeksizin sulh akdinin gerçekleşmesini sağlayan her şey rükündür. Bu sebeple sulhün rükünlerini irade beyanı (icap kabul), sulh edenler, sulh bedeli ve sulh konusu şeklinde genişletmişlerdir. Çünkü bunlar olmadan sulh akdi gerçekleşmez.⁵⁸⁹ Belki de rükün konusundaki ihtilaflarında, sulh akdinin mahiyeti konusundaki ihtilafları rol oynamaktadır. Nitekim Hanefiler sulh akdinin diğer sözleşmelerden ayırarak müstakil bir sözleşmek olarak ele alırlar. Bu durumun sulhün rükünlerini ve şartlarını belirlemede önemli bir rol oynadığı açıkça görülmektedir. Bunu cumhurun kitaplarında göremeyiz, nitekim onlar, sulh akdini satış akdine tabi tuttukları için sulhün rükünlerini açıklarken satış rükünlerine atıfta bulunurlar.

Şafiilerden el-Cemel, Haşiye’inde akit yapan ile akit yapılanı satış rükünleri olarak ele alma gerekçesini şöyle ifade eder: “Sözleşmenin zahiren ifa edilebilmesi için gerekli olan şeyler vardır. Akit yapan taraftarın rükün olarak isimlendirilmesi kavramsal bir konudur, yoksa o satış sözleşmesinin mahiyetinden bir parça değildir. İrade beyanı ve sözleşme yapılan konuya delalet eden lafız onun mahiyetinden bir parçadır. Bununla üzerine akit yapılan konu hakiki bir rükün olur, yani akdin dış mahiyetinden bir parçadır. Sözleşmede zikredildiği için rükün olarak ele alınır”.⁵⁹⁰ Ancak şunu belirtmede fayda vardır. Şafii’lerin bir kısmı satış sözleşmesinin rükünlerinden bahsederken akit yapan tarafları, sulh bedeli ve konusunu sözleşmenin rükünleri olarak ele almamaktadır. Bu bağlamda Râfii’ şöyle demektedir: “Sana düşen önce araştırmaktır. Eğer maksat, satışın mevcut olabilmesi için onların da (iki taraf ve sözleşmenin konusu) var olması gerekiyorsa zaman, mekân ve birçok konu da (aynı vasıfla) böyledir ve bunların da rükün sayılması gerekir. Ancak maksat; satış sözleşmesinin tasavvur edilebilmesi için akit yapan taraflar ile akdin konusunun sadece zihinde var olması ise kabul etmeyiz. Sözleşme tarafları ve üzerinde sözleşme yapılan da bunun gibidir (Satışın bir kısmı onsuz zihinde gerçekleşmez). Çünkü satış bir fiildir ve fail fiilin hakikati içinde yer almaz. Örnek verecek olursak biz namaz veya haccın rükünlerini saydığımızda namaz kılanı ve hac

⁵⁸⁸ İbn Humām, *Fethu’l-Kadîr*, C.8/s.404 , El-Kāsānî, *Bedāi’u’s-Şanāi’ fî Tertîbu’s-Şerāi’*, C.5/s.299.

⁵⁸⁹ Ferhân, *Ahkāmu’s- Şulh fî’l-Emvāl fî’l- Fıkhi’l-İslāmî ve’l- Kānūni’l-Medenî el-Yemenî*, s.49.

⁵⁹⁰ El-Cemel, Süleymân b. ‘Ömer, *Hāşiyetu’l-Cemel ‘ale’l-Menhec*, Dāru’l-Fikr, t.y, c.3/s.5.

edeni namaz ve haccın rükünlerinden saymıyoruz”.⁵⁹¹ Onun burada bahsettiği görüş ve itiraz kuvvetlidir.

Hanefilerle diğer mezhepler arasında akit yapanlar ile akit yapılanın akitte yer almasına dair pratikte ve hakikatte hiçbir ihtilaf yoktur. Ancak Hanefiler dışındaki üç mezhep akit yapanlar ile akit yapılanı ayrı bir rükün olarak zikretmekte. Hanefiler ise akit yapanları irade beyanı rüknüne, akit yapılanı ise akdin kendisine dahil ederler.⁵⁹² Hanefiler irade beyanının dışındakilere rükün değil şartlar arasında yer vermektedir. Cumhur ise hepsini sulhün rükünleri olarak sıralamaktadır. Ancak cumhur sulhü ayrı bir bölüm olarak ele almamakta benzerliğinden dolayı satış ve muavada akdi bölümde zikretmektedir.

Tercih ettiğimiz yaklaşım Hanefilerin rüknü ifade beyanı ile sınırlandırmasıdır. Çünkü cumhurun saydığı diğer rükünler sulh akdi gerçekleşmeden önceki anlaşmayı bitirecek araçlar veya dava, tahkim, aracılık gibi husumete bağlı rükünler olarak addedilir. Dolayısıyla hakimin tarafları toplamadan veya dava mahallini belirlemeden davayı icra etmesi düşünülemez. Bu arabuluculukta veya anlaşmazlığı çözüme kavuşturacak diğer yollarda da tatbik edilir. Dolayısıyla sulh aşamasına gelinmeden rükünlerin var olup olmamasından emin olunması gerekmektedir. Bu durum sulhün ön koşuludur. Bu sebeple Hanefiler bunları rükün olarak değil özel şartlar olarak ele almışlardır. Ancak bunlar arabuluculuğun rükünleri bölümünde açıkladığımız gibi sulhe hazırlık olan arabuluculuğun rükünleri sayılmaktadır. İrade beyanı ise sulhün rüknüdür. İki tarafın vardığı anlaşmayı düzenleyen yasal çerçevedir. İrade beyanı sözleşmenin hukuki statüsünü taşır ve sözleşmenin her iki tarafının da haklarını garanti eder. İleride ihtilafa düşmelerini engeller. Bu sebeple sözleşmenin onsuz kurulamayan rüknü olarak kabul edilir.

4.2.1. Anlaşmanın Rükünü (Sulh): İrade Beyanı (Sîga)

İslam hukukçuları arasında her sözleşmede irade beyanının rükün olduğuna dair bir ihtilaf yoktur.⁵⁹³ O akitlerin aslıdır ve akdin sebebidir. Çünkü irade beyanı hüküm ortaya

⁵⁹¹ Er-Rifā‘ī, *Fethu’l-‘Azîz bi-Şerhi’l-Vecîz*, C.8/s.98.

⁵⁹² Abdunnûr, *es-Şulh ve Eşeru fî İnhâi’l-Huşûme fî’l-Fıkhî’l-İslâmî*, s.48, Ferhân, *Ahkâmu’s- Şulh fî’l-Emvâl fî’l- Fıkhî’l-İslâmî ve’l- Kânûnî’l-Medenî el-Yemenî*, s.50.

⁵⁹³ İbn Humâm, *Fethu’l-Kadîr*, C.6/ s.248, İbn ‘Âbidîn, *Reddi’l-Muhtâr ala’d-Durri’l- Muhtâr*, c.4/s.582, Ed-Desûkî, *Hâşiyetu’d-Desûkî, a’lâ’s-Şerhu’l-Kebîr*, c.3/s.2, Es-Sâvî, *Bi Luğati’s-Sâlik li Akrabi’l-Mesâlik*, C.2/s.3, eş-Şirbînî, *Muğnî’l-Muhtâc ilâ Ma’rifetu Maâ’nî Elfâzî’l Minhâc*, c.2/s.3, el-Behûtî, *Şerh Muntehâ’l-İrâdât*, c.2/s.140.

koyar ve hüküm var olur. Lafızlar veya lafız görevini yerine getiren diğer ifadeler akit yapanın iradesini ve rağbetini ortaya koyar. Daha sonra lafızlar vesilesi ile bu irade ve kasıt üzerine hükümler bina edilmektedir. Bu bölümde irade beyanının tanımına ve şartlarına değineceğiz.

4.2.1.1. İrade Beyanının Tanımı (İcap ve Kabul)

Sîğa (الصيغة) sözlük anlamı itibariyle (الصيغ) kelimesinin müennesidir. “Onu dosdoğru bir örnek (sîga) üzerine yaptı”, “adam altın sîga etti” yani ondan süs yaptı, kelimenin sözlük anlamına ilişkin kullanımlardır. Sözün sîgası onun biçimi ve derecesidir. Bir işin sîgası ise üzerine inşa edildiği biçimdir. Kelimenin sîgası, harflerinin ve hareketlerinin düzenlenmesinden türetilen formudur.⁵⁹⁴ Terim anlamı itibari ile sîğa, ‘evlendirdim’, ‘sattım’ ifadelerinde olduğu gibi akdi inşa eden cümledir.⁵⁹⁵ İslam hukukçuları bunu akdi imzalayan tarafların rızasını gösteren icap ve kabul ile tabir etmişlerdir.⁵⁹⁶ Kâsânî ise, “İcap ve kabulden oluşan sözleşme rüknüdür. Davalının ‘seninle bu konuda şunun üzerine veya senin davanda anlaşma yaptım’, karşı tarafın ise ‘kabul ettim, rıza gösterdim’ demesi veya rızasına delalet edecek bir şeyin olması gerekir. Bu şekilde icap ve kabul varsa sulh akdi gerçekleşmiş olur” demektedir.⁵⁹⁷

Bu iki tariften Kasani’nin yaptığı tarifi daha kapsayıcı ve doğru olduğunu görüyoruz. Çünkü sulh sözleşmesi için kurulan cümle olarak icap ve kabulü içerir. İcap ve kabul ile hüküm bina edilir ve akit yapan taraflardan her biri, sözleşme kapsamında diğer tarafa karşı taahhüt ettiği haklarla bağlı hale gelir. Böylelikle ‘davalının seninle bu konuda şunun üzerine veya senin davanda anlaşma yaptım’, karşı tarafın ise ‘kabul ettim, rıza gösterdim’ demesi veya rızasına delalet edecek bir şeyi bulundurması’ gerçekleşmiş olur.⁵⁹⁸ Sîğa hakikatte anlaşma yapanların rıza rüknünün beyanıdır. İcap ve kabul buna delalet eder. İcap ve kabul rıza dışında gerçekleşirse sulh batıl olur.⁵⁹⁹

⁵⁹⁴ Mecma’ ul-Luğatu’l-A‘rabiyye, Kahire, *el-Mu‘cemu’l Vasîf*, c.1/s. 528-529, El-Feyyûmî, *el- Mişbâhu’l-Munîr fi Garibi’s-Sherhi’l-Kebîr*, c.1/s.352, İbn Manzûr, *Lisānu’l- A‘rab*, c.8/s.442.

⁵⁹⁵ Ebû Cîb, Sa’dî, *el-Kāmûsu’l-Fikihî Luğaten ve işîlâhen*, Dâru’l-Fikr, Dimeşk, 1988, s.256.

⁵⁹⁶ El- Haraşî, *Şerhu Muhtaşari Halîl li’l-Harş*, c.5/s.5, El-Kâsânî, *Bedâi’u’s-Şanâi’ fi Tertîbu’s-Serâi’*, c.6/s.40; El-Mâverdî, *Kitābu’l-Hāvi’l-Kebîr*, C.5/s.31; El- Mağdisî, *el-Muğni*, C.6/s.7.

⁵⁹⁷ El-Kâsânî, *Bedâi’u’s-Şanâi’ fi Tertîbu’s-Serâi’*, C.6/s.40.

⁵⁹⁸ Molla Hüsrev, Muhammed b. Ferāmuz, (ö.885/1480), *Dureru’l-Hukkām Şerh Gureri’l- Ahkām*, Dâru’l-Kutubi’l-‘İlmiyye, t.y, c.2/s.395.

⁵⁹⁹ El-Hâc, ‘Abdullāh ‘Abdulkâdir, *eş-Sulh fi’l-Kānûni’s-Sudânî*: Dirāse Mukārane, Cāmi‘atu’l-Kur’āni’l-Kerîm ve’l-‘Ulûmi’l-İslāmiyye, 2014, s.68; Ebû Cîb, Sa’dî, *el-Kāmûsu’l-Fikihî Luğaten ve işîlâhen*, s.256.

Açıkça görüldüğü gibi hukukçular sığayı icap ve kabul ile tabir etmiştir. Çünkü bu ikisi, anlaşma yapan tarafların anlaşma maddelerindeki rıza ve kabullerini ifade eder. Ancak onlar icap ve kabulün tanımlarında iki ayrı görüşe sahiptirler:

Hanefiler ikisi arasında ayırım yapmaz. Hangi taraftan ilk önce teklif geldiyse o icap olarak değerlendirilir. Diğer taraf da kabul ettiği takdirde kabul olarak değerlendirilir. Mecelle icap kavramını şöyle tanımlar: “Harekete geçmek için anlaşma yapan taraflardan birinin ilk söylediği kelimedir. Bununla icap sağlanmış olur ve harekete geçilmiş olur.”⁶⁰⁰ Kabulü ise şöyle tanımlar: “Harekete geçmek için anlaşma yapan taraflardan birinin ikinci söylediği kelimedir. Bununla akit gerçekleşmiş olur.”⁶⁰¹

Hanefilerin icap ve kabul tanımının daha esnek ve sulh sözleşmesine uygun olduğunu düşünmekteyiz. Özellikle iki uzlaştırıcı, bir anlaşmaya varmadan önce alma ve vermeden etkilenirler. Anlaşmazlık yaşayan tarafların birinin sunduğu, ancak ikinci bir kabul ile kabul görmeyen her icap nesh edilir. Böylelikle icap ile kabulün uyumluluğu sağlanmamış olur. Hanefiler icap ve kabul arasında bir ayırım yapmaz, onları sözleşme yapan tarafların iradesini ifade eden sözlü araçlar olarak görür. İkisi arasındaki ayırım lafzidir. Çünkü Hanefiler’e göre icap isbattır. Burada kastedilen, gerek “sattım” ifadesinde olduğu gibi satıcıdan sudur eden gerekse müşteriden gelen “elli liraya satın aldım” gibi fiili rıza gösteren belirli eylemi kanıtlamaktır. Kabul ikinci sözdür. Aslında ikisi de icap yani ispattır, ancak ikinci ispat, kendisini birinci ispattan ayırt etmek için kabul olarak isimlendirilir. Çünkü o ilk fiilin kabulü ve rızasıdır.”⁶⁰²

Cumhur ise ilk veya ikinci fark etmeksizin mal sahibinin icap eden, mala sahip olacak kişinin de kabul eden taraf olduğu görüşündedir. İcap ne zaman sadır olduğuna bakılmaksızın, satıcıdan, kiraya verenden ya da sözleşme konusuna sahip olan kişiden sadır olandır, kabul eden taraf ise ilk söyleyen taraf olsa bile mala sahip olacak kişidir.⁶⁰³ İmam en-Nevevi şunları ifade eder: “İcap satıcı tarafından gelen ifadedir. Sattım, mülküne geçirdim gibi ifadeleridir. Kabul ise müşteri tarafından gelen satın aldım şeklindeki ifadedir.”⁶⁰⁴ Malikilerden el-Hattab ise şunları söyler: “Birinci rükün olan

⁶⁰⁰ Mecelle, Madde:101.

⁶⁰¹ Mecelle, Madde:102.

⁶⁰² İbn Humām, *Fethu'l-Kadîr*, C.8/s.404, , El-Kāsānî, *Bedāi'u's-Şanāi' fî Tertîbu's-Şerāi'*, C.6/s.248; Mecelle Madde/169

⁶⁰³ El- Mağdisî, *el-Muğni*, C.6/s.7, En-Nevevî, *el-Mecmû' Şerhu'l-Muhezzeb*, c.9/s.165-166; el-Hattâb, *Mevâhibu'l-Celîl fî şerh Muhtaşar Halîl*, c.4/s.228.

⁶⁰⁴ En-Nevevî, *Ravdatu'l-Tâlibin ve U'mdetu'l-Müftîn*, c.3/s.338.

satışı akdinin gerçekleştiği sığa, satıcının rızasına delalet eden icap, müşterinin rızasına delalet eden ise kabul olarak isimlendirilir.”⁶⁰⁵

Hanefilerin, taraflardan birinin teklifinin diğer tarafın kabul ile karşılanması durumunda geçerli sayılacağı görüşünü tercih etmekteyiz. Bunun nedeni, iki taraf arasındaki müzakere sürecinin çok fazla alma ve verme içerisinde olmasıdır. Sunulan icap kabul veya ret ile karşılanabilir. Bu nokta oldukça geniştir. Bu, barış sözleşmesinin nihai versiyonuna ulaşmadan önce taraflar arasındaki müzakerelerin gerçekliğinin gerektirdiği şeydir. Uzlaştırma akdi yazılırken sözleşmede ismini ilk ortaya koyanın icap sahibi, ikinci tarafı ise kabulün sahibi olarak kabul eden cumhurun görüşünün dikkate alınmasında bir sakınca yoktur. Bilakis icap ve kabul, akit taraflarının iradelerini ve sulh sözleşmesine rızalarını ifade eder. İcap ve kabul, “sanığın: anlaştım diğerinin ise: kabul ettim veya rıza gösterdim gibi açık ifadelerle ifade edilebilir ya da rızasına ve kabulüne işaret eden herhangi bir yolla olabilir”.⁶⁰⁶ İskat⁶⁰⁷ veya ibrâ lafızları gibi. Gerek bir taraftan gerekse iki taraftan sudur etsin sözcükler ve ibareler, bir kişinin ne istediğini ifade etmenin temelidir ve yazı, işaret, mesaj ve rızaya delalet eden ibare ise onun yerini alır.⁶⁰⁸ İslam hukukçuları, sözün iradeyi ifade eden bir araç olduğu konusunda hem fikirlerdir, ancak yazı ve işaret konusunda ayrılığa düşmüşlerdir.

4.2.1.1.1. Yazı Yolu ile Sulh Akdi

Hukukçular, yazılı sözleşmenin caiz olduğu konusunda, iki görüşe ayrılırlar:

Birinci Görüş: Hanefî, Maliki mezhebinden hukukçuların çoğunluğu, Şafiiler - kendilerince tercih edilen görüş- ve Hanbelilerin görüşü, telaffuzun yerini yazının aldığıdır. Mecelle’de şu hükme yer verilmiştir: “Yazı konuşma gibidir”.⁶⁰⁹ Eğer yazı çizilmiş ve açık ise akdi yapan taraflar konuşmaya güç yetirsin ya da yetirmesin yazı ile

⁶⁰⁵ El-Hattâb, *Mevâhibu'l-Celil fî şerh Muhtaşar Halîl*, c.4/s.228.

⁶⁰⁶ El-Kāsânî, *Bedâi'u's-Şanâi' fî Tertîbu's-Şerâi'*, C.5/s.134.

⁶⁰⁷ İskat sözlükte: bir şeyi bırakmak, vermek anlamına gelmektedir. Denir ki; ismi borçtan düştü. Terim anlamı ise: Mülk sahibinden ya da hak edenden mülkün izale edilmesidir. Bu hak ile talep etme hakkı düşer. Bknz. ‘Abdül Mün’im, *Mu'cemu'l-Muštalaḥât ve'l-Elfāzi'l-Fıkhîyye*, 178.

⁶⁰⁸ Muâtâ: icap ve kabul lafızlarını telaffuz etmeden pratiğe yansıyan değişim sözleşmesidir. Bknz. Mecelle madde /175, Ed-Desûkî, *Hâşiyetu'd-Desûkî, a'lâ's-Şerhu'l-Kebir*, c.3/s.3, el-Behûtî, *Şerh Muntehâ'l-İrādât*, C.2/s.141, Es-Sâvî, *Bi Luḡati's-Sâlik li Akrabi'l-Mesâlik*, C.3/s.14, Ez-Zerkeşî, Bedruddîn, Muḥammed b.'Abdullāh (ö.794/1391), *el-Menşûr fî'l- Kāvâidi'l-Fıkhîyye*, Vizâretu'l-Evkâf el-Kuveytiyye, 1985, c.3/s.185.

⁶⁰⁹ *Mecelle*, Madde: 96.

hazır bulunan ya da gaib olanlar arasında akit caiz olur.⁶¹⁰ Şafiiler ise akdin gerçekleşmesi için niyet şartı koşmuşlardır. Çünkü bu kinaye babındandır.⁶¹¹ Ancak cumhurun görüşüne göre, ister akit yapan iki taraf hazır bulunsun, ister biri mevcut, diğeri yok olsun, konuşmaya güç yetirsin veya yetirmesin yazılı yapılan bir uzlaşma geçerlidir. Yazmak, amaçlanan şeyi gösterdiğinden, telaffuz gibi hüccet kabul edilir.

İkinci Görüş: Şafiilerdeki ikinci görüş, kelimenin telaffuzunda herhangi bir engel olmadığı müddetçe hazır bulunanlar ile bulunmayanlar arasında yazılı bir akit yapılmasının geçerli olmadığı yönündedir.⁶¹²

Tercih edilen görüş ise, fakihlerin çoğunluğunun görüşüdür, çünkü şeriatta lafız ile kastedilen, niyeti ifade etmektir. Rıza mevcutsa herhangi bir ifade aracıyla ifade edilmesine izin verilir. Yazı, akit yapan tarafın iradesini gösteren araçlardan biridir. Yazıyla akitlerin güvence altına alınmaması, yazılı belgelere olan büyük ihtiyaç nedeniyle insanlar için sıkıntı ve zorluk doğurmaktadır.

Yazı ile sözleşme tıpkı bir elçi aracılığıyla sözleşme yapmak gibidir. Bu noktada arabulucunun rolü, taraflar arasında teklif, kabul ve değiş tokuş edilen teklifleri iletmede ortaya çıkar. Anlaşmazlık yaşayan taraflarından biri sözlü olarak gaib olan kişiye uzlaşma teklifi sunarsa veya arabulucu ile bir icap sunarsa, icap da bu mesajın ulaştığı mecliste ulaştığı kişi tarafından kabul edilirse sulh akdi gerçekleşir. Kişi icabı kabul etmeden meclisten kalkarsa, ondan sonra kabul etse bile sözleşme gerçekleşmez çünkü iskat olan geri dönmez.⁶¹³

⁶¹⁰ Kitabetü'l-Müstebine (Açık Yazı): Bir şeyin üzerine sabit olarak yazılan yazıdır. Hava veya su üzerine yazılamaz. Kitabetü'l-Mersume (Çizili Yazı) ise: Başlıklıdır, yani başlık ile yazılmış ve kitaplarda âdet olduğu üzere, başına filanca bin falancadan diye yazılmış olan yazıdır.

Bknz. İbn Nuceym, *el-Baḥru'r-Rāik Şerḥu Kenzi'd-Daḳāik*, c.8/s.544.

⁶¹¹ *Mecelle*, Madde: 173, İbn Nuceym, *el-Eşbah ve'n-Nezair*, Daru'l- Kutubu'l-İlmiyye, Beyrut, 1999, s.294, El-Kāsānī, *Bedāi'u's-Şanāi' fī Tertību's-Şerāi'*, C.5/s.138, ez-Zerkeşī, *el-Menşūr fī'l- Qavāidi'l-Fikhiyye*, C.1/s.166, es-Suyūtī, *El-Eşbāh ve'n-Nezāir*, s.308, el-Behūtī, *Keşfu'l- Qanā' an Metni'l-İknā*, c.5/s.39

⁶¹² En-Nevevī, *Ravḍatu'l-Ṭālibin ve U'mdetu'l-Müfītīn*, c.3/s.340, eş-Şirāzī, *el-Muhzin fī Fikhi'l-İmāmi's-Şāfi'i*, C.1/s 264, Es-Suyūtī, *El-Eşbāh ve'n-Nezāir*, 308-309.

⁶¹³ El-Kāsānī, *Bedāi'u's-Şanāi' fī Tertību's-Şerāi'*, C.3/s.40109, el-Behūtī, *Keşfu'l- Qanā' an Metni'l-İknā*, c.3/s.148, eş-Şirāzī, *el-Muhzin fī Fikhi'l-İmāmi's-Şāfi'i*, C.1/s.264

4.2.1.1.2. İşaret Yolu ile Sulh Akdi

İşaret ya konuşandan ya da konuşma yeteneğinden yoksun olandan sadır olur. İslam hukukçuları konuşabilen kişinin işaretinin akitlerde telaffuz etmesi gibi caiz olup olmadığı konusunda iki görüşe ayrılırlar:

Birinci görüş: Hanefi, Şafii ve Hanbeli mezhebine mensup fakihlerin çoğunluğunun görüşü⁶¹⁴ konuşabilen birinin işaretinin geçersiz olduğudur. Ancak Hanefi ve Şafiilerin belirttiği belirli bazı konular bunun dışındadır, bu konularda işaret konuşma addedilir.⁶¹⁵ Buna göre, konuşabilenin işareti ile akdi geçerli olmaz. Aksine, iradesi sözlü veya yazılı olarak ifade edilmelidir.

İkinci görüş: Maliki mezhebi,⁶¹⁶ örfen rızaya işaret eden anlaşılır işaretin, konuşabilen veya konuşamayan ayırt etmeksizin, iradeyi ifade etmenin geçerli bir aracı olduğu görüşündedir. Buna dayanarak insanlar arasında anlaşıldığı ve çağrışımı bilindiği sürece, konuşabilenin işareti onun telaffuzu olarak kabul edilir.

Tercih edilen görüş; kimin konuşabildiğine ve kimin konuşamadığına bakılmaksızın, anlaşılabilir rıza delalet eden işaretin, iradeyi ifade etmenin geçerli bir yolu olarak kabul edildiğine dair Malikilerin görüşüdür. Çünkü rızaya delalet eden tabirin şeriatte herhangi bir sınırı yoktur, aksine bunun mercii örfüdür. Örfen rızayı ifade eden her vasıta ile akit yapılmasında bir sakınca yoktur sadece evlenme gibi diğer şartlarıyla bağlantılı olarak şeriatın istisna ettiği durumlar dışında. Kullanılan işaretin, anlaşılır olması ve günümüzde konuşamayanlar gibi konuşabilenlerin de öğrenebildiği bağımsız bir dil haline gelmesi şarttır. Nitekim buna işaret dili denir,⁶¹⁷ bu dil kelimenin ifade ettiği her şeyi ifade eder, bu yüzden onunla sözleşmelerin kurulmasını kabul etmek ve onu kelimeye eşit saymak evladır.

Dilsizler gibi konuşamayanlara gelince, doğuştan dilsiz olan asli dilsizler hakkında eğer yazı yazmayı bilmiyorsa İslam hukukçuları dilsizin işareti, sözleşmeler, beyanlar,

⁶¹⁴ El-Kāsānī, *Bedāi'u's-Şanāi' fī Tertību's-Şerāi'*, C.5/s.135, el-Behūtī, *Keşfu'l- Kānā' an Metni'l-İknā*, c.5/s.39, İbn Nuceym, *el-Eşbah ve'n-Nezair*, s.344, Ez-Zerkeşi, *el-Mensūr fī'l- Kāvāidi'l-Fıkhīyye*, c.1/s.166, Es-Suyūfī, *El-Eşbah ve'n-Nezair*, 312.

⁶¹⁵ İslami İşler ve Vakıflar Bakanlığı, *el-Mevsua'ti'l-Kuveytiyye*, c.4/s.281.

⁶¹⁶ Malikiler nikah akdini, ifade etme yerine işaret ile geçerli olan diğer sözleşmelerden istisna kılmışlardır. Bknz. el-Hattāb, *Mevāhibu'l-Celil fī şerh Muhtaşar Halil*, c.4/s.229, Es-Sāvī, *Bi Luğati's-Sālik li Akrabi'l-Mesālik*, C.2/s.3, İslami İşler ve Vakıflar Bakanlığı, *el-Mevsua'ti'l-Kuveytiyye*, c.4/s.281.

⁶¹⁷ İşaret dili: Manaya ulaşmak için el hareketlerine dayanan, sağır ve dilsizlerin dili olarak adlandırılan bir dildir. Bknz: 'Ömer, *Mu'cemu'l-Luğati'l-'Arabīyye el-Muāşıra*, 'Ālemi'l-Kutub, c.2/s.1246.

uzlaşmalar ve diğerleri gibi tüm sözlü işlem eylemlerinde dille konuşmanın yerini alacağını kabul etmişlerdir.⁶¹⁸

Özetle, örfte rızaya delalet eden anlaşılır bir işaret, konuşabilen ve konuşamayanların akdi için geçerli bir araçtır. Çünkü sözleşmeler, söylemek veya yapmak bakımından niyetlerini gösteren her şeyle geçerlidir ve şeriat ilkelerinin gösterdiği de budur.⁶¹⁹ Arabulucu, özellikle konuşamayanlar veya konuşmasında bir engel bulunan arasında arabuluculuk yapıyorsa, arabulucuya ilişkin açıklamalarda sunduğumuz gibi işaret dili konusunda bilgili olmalıdır.

4.2.1.2. İrade Beyanının Şartları (İcap ve Kabul)

Sulh akdi, yerine getirilmesi gereken bazı şartlar gerektirir ve bunlar olmadan sözleşme geçerli olmaz ve etkileri ortaya çıkmaz.

4.2.1.2.1. İcap ve Kabul Uyumlu Olmalıdır

Sığa icap ve kabuldür, çünkü bunlar, iki iradenin uyumluluğunu gösteren sözleşmenin iki rüknüdür. Kabulün icaba aykırı olması halinde örneğin birinin, ben seninle bu zatın evi konusunda bununla anlaştım, diğerinin de, seninle araba konusunda anlaştım demesinde olduğu gibi sözleşme kurulmaz. İcap sözleşmenin konusunda, kabul ise başka bir yerde sadır olursa veya icap bir tanımla, kabul ise başka bir tanımla sınırlı olduğunda, icap ve kabul uyuşmaz ve anlaşama sağlanamaz, dolayısıyla sözleşme geçerli olmaz. Çünkü onun hakikati iki iradenin uyumluluğudur ve bu durumda iki irade arasındaki uygunluk mevcut değildir.⁶²⁰ Çünkü icap ve kabul, akit yapan taraflar arasındaki rızayı ifade eder, anlaşamazlarsa rıza ve sulh yoktur.

Yukarıdakilerden açıkça görülmektedir ki, İslam hukukçuları sığa için icap ve kabul şartını getirdiklerinde, bu konu mübadelenin söz konusu olduğu sulh sözleşmeleri etrafında dönmekteydi. Nitekim bir haktan feragat söz konusu olduğu için mübadelenin de kabul olması gerekir. Akit kabul olmadan sahih olmaz. Malikiler dışında cumhurun kabul ettiği görüşe göre bazı hakların kaybedilmesini içeren sulh akdinde ise teklif

⁶¹⁸ El-Kāsānī, *Bedāi' u's-Şanāi' fī Tertību's-Şerāi'*, c.2/s.231- C.5/s.135; el-Behūtī, *Keşfu'l- Qanā' an Metni'l-İknā*, c.5/s.39. Eğer yazmaya güç yetirebiliyorsa veya geçici bir ses engeli yaşıyorsa, bu mesele üzerinde ihtilaf ve tafsilat olan bir meseledir. İbn Nuceym, *el-Eşbah ve'n-Nezair*, s. 296, Es-Es-Suyūtī, *El-Eşbāh ve'n-Nezāir*, 312, Ez-Zerkeşī, *el-Mensūr fī'l- Kavāidi'l-Fıkhīyye*, C.1/s.164, En-Nevevī, *Ravdatu'l-Tālibīn ve U'mdetu'l-Muflīn*, c.3/s.343.

⁶¹⁹ İbn Teymiyye, *el-Fetāwā'l-Kubrā li-İbn Teymiyye*, c.29/ s.14-16

⁶²⁰ El-Behūtī, *Keşfu'l- Qanā' an Metni'l-İknā*, c.3/s.147.

yeterlidir ve kabul şartı aranmaz. Tıpkı alacaklının borçluya, “Bendeki bin beş yüz yerine bin öde” demesi gibi kişinin zimmetinde olan bir borç için sulh akdi imzalanmasıdır. Yani nakit olan sulh bedeli ile sulh konusu aynı değildir dolayısıyla burada alacaklı teklif eder etmez uzlaşma gerçekleşir.⁶²¹ Bu da sulh akdinin birçok konuda katılımıyla diğer tazminat sözleşmelerinden farklılığını göstermektedir. Çünkü sulh akdi, anlaşmazlığı sona erdirmeyi ve davayı bitirmeyi amaçlayan bir sözleşmedir ve karşılıklı veya karşılıksız gerçekleşebilir.

4.2.1.2.2. Teklif ve Kabul Geçmiş Zaman Kipinde Olmalıdır

İslam hukukçuları niyete bakmadan icap ve kabulün geçmiş zaman kipinde olması halinde sulhün caiz olduğu konusunda ittifak halindedirler. Çünkü geçmiş zaman, dilcilerin ve İslam hukukçularının örf ve adetlerindeki durumunda geçerli kılınmıştır. Senle anlaştım, senden düşürdüm, senden teberri kıldım, geçmiş zaman kipindeki lafızlara örnektir.⁶²² Hanefilerde emir kipi ile sulh gerçekleşmez. Kişinin ‘benimle anlaştım’ demesi gibi. Davacı olarak icap edenden gelse bile icabı geçerli değildir. Çünkü emir kipi barış inşa etmeyi değil barış talebini gösterir, emir ifadesi gelecek zamana delalet eder ve bu bir pazarlıktır. Hakiki anlamda icap ve kabul olmaz. Ancak icap eden davalı ise ve uzlaşma, aynı olmayan aynı cinsten mala dayanıyorsa, bu ilkeden muaftır. Emir kipi ile sanığın icabı, geçmiş zaman ifadesi ile de davacının kabulü sulhü geçerli kılar. Borçlu, yüz lira için alacaklısına: Seksen liradan fazla benimle uzlaş derse, alacaklı da seninle anlaştım derse sulh gerçekleşir.⁶²³

Üç imam, Malik, en doğru görüşe göre Şafii ve Ahmed b. Hanbel, emir ifadesinin icap olmasını caiz görmüşlerdir. Mesela: bununla veya aynı ile benden bu şeyi satın al demesi gibi.⁶²⁴ Ed-Desûkî, örfte uygulanmış olma ihtimaliyle birlikte, sözleşmenin emir ifadesi ile yapıldığını şöyle ifade eder: “Sözleşmenin geçerli olması için gerekli olan şey, sözlük itibarı ile ihtimal barındırsa dahi örfen rızaya delalet etmesidir. Geçmiş ifadesi

⁶²¹ Hilafın vechi, cumhurun ibra’yı, kabul edilmesi gerekmeyen bir haktan feragat olarak görmesidir. Malikiler ise bunu bir mülkiyet devri, yani borçlunun zimmetindeki şeyin mülkiyetini alma olarak görür. Böylelikle bu bir hibe olur ve kabul edilmelidir. Bknz: İslami İşler ve Vakıflar Bakanlığı, *el-Mevsua’ti’l-Kuveytiyye*, C.1/s.151, Semhân, *‘Akdu’s-Sulh fi’l-Mu’amelâti’l-Mâliyye fi Fıkhil-İslâmî*, s.22.

⁶²² El-Kāsânî, *Bedâi’u’s-Şanâi’ fi Tertîbu’s-Şerâi’*, C.5/s.133, Mecelle/ 169, el-Hattâb, *Mevâhibu’l-Celil fi Şerh Muhtaşar Halîl*, c.4/s.129-130, Ed-Desûkî, *Hâşiyetu’d-Desûkî, a’lâ’s-Şerhu’l-Kebir*, c.3/s.3, eş-Şirbînî, *Muğnî’l-Muhtâc ilâ Ma’rifetu Maâ’nî Elfâzi’l-Minhâc*, c.2/s.5., el-Makdisî, *el-Muğnî*, C.3/s.561.

⁶²³ İbn Nuceym, *el-Baḥru’r-Râik Şerhu Kenzi’d-Dakâik*, c.7/s.259, İslami İşler ve Vakıflar Bakanlığı, *el-Mevsua’ti’l-Kuveytiyye*, C.27/s.374.

El-Azîmî, *Es-Sulh Fi’l-Müessesati’l-Maliyyeti’l-İslamiyye Mukarinen bi’l-Kanuni’l-Kuveyti*, s.23.

⁶²⁴ Ed-Desûkî, *Hâşiyetu’d-Desûkî, a’lâ’s-Şerhu’l-Kebir*, c.3/s.3, En-Nevevî, *el-Mecmû’ Şerhu’l-Muhezzeb*, c.9/s.157, el-Behûtî, *Keşfu’l-Kanâ’an Metni’l-İknâ*, c.3/s.147.

rızaya delalet ettiğinden, satış tartışmasız gerçekleşir. “Bana sat” gibi emir ifadesi dil bakımından ona satış yapmasını emretmektedir. Bu onun rızasına kesin olarak işaret etmez ancak örf onun rızasına delalet eder. Bu noktada emir ifadesi ile geçmiş ifadesi aynıdır.”⁶²⁵

İslam hukukçuları, şimdiki zaman (muzari) kipinde akdin gerçekleşmesi konusunda ihtilafa düşmüşlerdir. Çünkü şimdiki zaman (muzari) kipi, şimdiki zamanı ve geleceği kapsar. Hanefiler ve Şafiiler, niyeti esas almak kaydı ile akdin şimdiki zaman şeklinde geçerli olduğu görüşündedirler. Kasani diyor ki: “Siğaya gelince, satıcının alıcıya icap niyeti ile ‘bu şeyi sana şu kadara satıyorum’ demesi, alıcının da ‘satın aldım’ demesidir. İkisinin de icab niyetiyle söylemesiyle rükün gerçekleşmiş olur ve akit de gerçekleşir. Burada niyete itibar ettik bu doğru olandır. Gerçek ya da mecazi olarak gelecek için sıklıkla kullandığından, niyete ihtiyaç duyulur. Malikiler de bu görüşe yakın durmaktadır. Hattab der ki: “Şimdiki zaman kipinde gelirse söz ihtimallidir, yani dilediği gibi yemin eder.”⁶²⁶ Hanbelilere göre vaad sayıldığı için şimdiki zaman kipinde akit geçerli değildir.”⁶²⁷

4.2.1.2.3. Kabulden Önce İcaptan Dönülmemesi

İcapet edenin diğer tarafın kabulünden önce dönmemesi şarttır. Çünkü dönerse teklifini (icap) geri çekmiş ve hiçbir şey yokmuş gibi olur. Kabul bundan sonra geldiyse, icap üzerine gelen bir kabul olmaz ve her sözleşmede yerine getirilmesi gereken iki iradenin anlaşması şartı sağlanmış olmaz. O halde teklif (icap) veren, karşı taraf kabul etmeden önce bunu geri çekebilir mi, yoksa bu hakka sahip değil midir? İslam hukukçuları, icap edenin, icabına kabul gelmeden önce, icabını geri almakta tamamen özgür olduğu konusunda neredeyse hem fikirdir. Zira bu geri çekmede başkasının (kabul edenin) hakkının hükümsüz kılınması söz konusu değildir, çünkü icaptan sonra o mülkiyet hakkına sahip olur.⁶²⁸ Bu Hanefiler tarafından geri dönme seçeneği olarak ifade edilir. Nitekim el-Bedâi’ adlı eserde şöyle geçer: “İcap ve kabul sıfatına gelince, birinin varlığından önce diğerinin elzem olmaması esastır. İcap ve kabulden biri bulunsa bile, ikisinden birinin varlığı, diğeri var olmadan önce zorunluluk arz etmez. Karşı taraf kabul

⁶²⁵ Ed-Desūkī, *Hāşiyetu’l-Desūkī, a’lā’ş-Şerhu’l-Kebir*, c.3/s.4.

⁶²⁶ El-Kāsānī, *Bedāi’u’s-Şanāi’ fī Tertību’ş-Şerāi’*, C.5/s.133, er-Remli, *Nihāyetu’l-Muhtāc ilā Şerhi’l-Minhāc*, c.3/s.387, el-Hattāb, *Mevāhibu’l-Celil fī şerh Muhtaşar Halil*, c.4/s.232.

⁶²⁷ El-Behūtī, *Keşfu’l-Kanā’ an Metni’l-İknā*, c.3/s.147.

⁶²⁸ İslami İşler ve Vakıflar Bakanlığı, *el-Mevsua’i’l-Kuveytīye*, C.9/s.13, ‘Abdunnūr, *es-Şulh ve Eşeru fī İnḥāi’l-Huşūme fī’l-Fıkhī’l-İslāmī*, s.51.

edip etmemek konusunda hürdür, diğer taraf kabulünü sunmadan önce geri dönme seçeneğine sahiptir.⁶²⁹

4.2.1.2.4. Sulh Oturumunun Birliği

Akit yapan iki taraf mevcutsa, icap ve kabulün tek mecliste gerçekleşmesi anlamına gelir. Çünkü, teklif kabul edilmedikçe icap sözleşmenin bir parçası olmamaktadır. Bu nedenle Şafiiler, kabulde fevriyeti/anında yerine getirilmesini şart koşmuşlar ve kısa fasıla/boşluğa cevaz vermişlerdir. El-Muhezzeb adlı eserde şöyle nakledilir: “Satış ve benzerinin geçerliliği için icap ile kabul arasındaki vaktin uzun olmaması ve sözleşmede yer almayan hususları içermemesi gerekir. Arasındaki vakit uzun olursa veya aralarına sözleşmeyle ilgisi olmayan bir şey konuşulursa, meclisten ayrılmış olsunlar ya da olmasınlar akit gerçekleşmez. Kısa vadede aralık zarar vermez, uzununu zarar verir.”⁶³⁰

Hanefilerin, Hanbelilerin ve Malikilerin çoğunluğuna gelince, kabul eden sözleşme oturumunda olduğu ve her ikisinden de yeme, uyuma, sözleşmeyle alakası olmayan şeyler konuşma gibi isteksizliği gösteren herhangi bir şey sadır olmadığı sürece kabulün gerçekleşmesi gerekir. Bu gibi durumlarda ise icap ortadan kalktığı için kabul geçerli değildir. Asıl olan, kolaylık sağlamak adına üzerinde düşünüp taşınması ihtiyacından dolayı meclisten sayılan aralık dışında, boşluk kalmaması gerektiğidir.⁶³¹ Mecliste olduğu müddetçe kabul edecek kişiye düşünme fırsatı verilmesi Hanefilerde kabul seçeneği şeklinde isimlendirilir. Ancak sözleşme oturumundan ayrılmamaları gerekir. “Sözleşmelerinden ayrılmadan önce onlar için sabit seçenek, kabul etme seçeneği ve vazgeçme seçeneğidir. Zira icap ve kabulün iki kısımdan biri, diğerinin varlığından önce gerekli olsaydı, sahibi o diğerini yapmaya mecbur olurdu ve bu caiz değildir.”⁶³²

Hanefilerin görüşü tercih edilen görüştür, çünkü özellikle icap edene kabulden önce istediği zaman teklifini geri çekme hakkı vererek, sözleşmenin taraflarına adil bir düşünme fırsatı sağlar. Karşı tarafa kabul etmeden önce düşünme fırsatı verilmelidir ve hemen kabul etme şartı kabul edenin düşünce alanını daraltır. Bu, uzlaşmayı ve anlaşmazlığın sona ermesini gerektiren barış sözleşmesinin doğası ile uyumlu değildir.

⁶²⁹ El-Kāsānī, *Bedāi' u's-Şanāi' fī Tertību'ş-Şerāi'*, C.5/s.134.

⁶³⁰ En-Nevevī, *el-Mecmū' Şerhu'l-Muhezzeb*, c.9/s.169.

⁶³¹ El-'Aynī, *El-Bināye Şerhu'l-Hidāye*, Dāru'l-Kutubu'l-'İlmiyye, Beyrut, 2000, c.8/s.245; İbn 'Ābidīn, *Reddu'l-Muhtār 'ale'd-Durri'l- Muhtār*, c.4/s.582; Es-Seraḥsī, *el-Mebṣūt*, c.14/s.117; el-Behūfī, *Keşfu'l-Kanā' an Metni'l-İknā*, c.3/s.147-148, el-Hattāb, *Mevāhibu'l-Celil fī şerḥ Muhtaşar Halil*, c.4/s.240.

⁶³² El-Kāsānī, *Bedāi' u's-Şanāi' fī Tertību'ş-Şerāi'*, C.5/s.134.

Sulh antlaşması, şartlarını kabul etmeden ve yükümlülüklerini üstlenmeden önce yeterli bir zaman, müzakere ve dikkatli düşünmeyi gerektirir.

Eğer iki taraf hazır bulunmuyorsa ve aralarında mesajlarını sözlü veya yazılı olarak ileten biri varsa -bu genellikle anlaşmazlık yaşayan taraflar arasında arabulucu tarafından yapılır- fevriyete itibar edilmez hatta fevriyeti/kabulde aceleciliği esas alanlar dahi akit yapan iki tarafın aynı mecliste olması gerektiğini söyler. Nitekim taraflardan biri diğer tarafa teklifini kabul edip etmediğini görmek için arabulucuyu gönderir. Burada sözleşme oturumu, arabulucunun ulaştığı oturum olarak kabul edilir ve yükümlü bunu kabul ederse sözleşme gerçekleşmiş olur. Ancak oturum feshedilirse veya karşı taraftan bunu kabul etme konusundaki isteksizliğini gösteren bir şey sadır olursa sözleşme gerçekleşmez.⁶³³

4.3. SULH ÇEŞİTLERİ

Bir anlaşmaya veya uzlaşmaya varmak için ihtilaflı taraflarca verilen tavizler olabilir. İslam hukukçularının ikrar sulhü, inkar sulhü ve sükût barışı dedikleri ihtilafların sona erdirilmesinin kabulü ile anlaşmazlıkla ilgili hakkın tanınması, reddedilmesi veya susturulması bu kapsamdadır. Bu sulh veya anlaşma, arabulucunun yardımıyla ve anlaşmazlığı yönetmesiyle sağlanır, ancak arabulucu, ihtilaflı tarafları yakınlaştırarak kendisine verilen yetkileri aşabilir.⁶³⁴ Anlaşmazlığın konusu ile ilgili pratik tavizler içerebilecek, mali yükümlülükler ve sonuçlar doğurabilecek çözümler sunarak direkt anlaşmazlığa dahil olabilir. Arabulucunun bu müdahalesine İslam hukukçuları, fuzuli veya ecnebi müdahalesi adını verirler. Çünkü arabulucu, anlaşmazlıkla doğrudan bağlantılı olmayıp, anlaşmazlık konusunda yetki sahibi olmayan üçüncü bir kişiyi temsil etmektedir. Burada bu tavizlerin hem çatışan taraflar hem de arabulucu için etkilerini ve sonuçlarını açıklamak gerekmektedir.

Yukarıdaki açıklamalardan hareketle anlaşma, ya davacı ile davalı arasında arabulucu yardımıyla yapılır, ya da hukukçuların fuzuli⁶³⁵ veya ecnebi olarak

⁶³³ El-Kāsānī, *Bedāi'u's-Şanāi' fī Tertibu's-Şerāi'*, C.5/s.138; El-Cemel, Süleymān b. 'Ömer, (ö.1204/1789), *Hāşiyetu'l-Cemel 'ale'l-Menhec*, C.3/10; el-Behūfī, *Keşfu'l- Qanā' an Metni'l-İknā*, c.3/s.148.

⁶³⁴ 'Allāvī, Hādīce, *es-Şulh ve'l-Vesāta ke-Āliye li-Halli'n-Nizā'āti: Dirāsetun fī'l-Mefāhīm*, Menşūrat Mecelleti'l-Ķadāi'l-Medeni, 2013, sayı 3, s. 52.

⁶³⁵ Fuzuli dilbilimsel olarak: kendisini ilgilendirmeyen şeylere müdahale eden, terimsel olarak: izinsiz ve yetkisiz olarak başkaları adına hareket eden. Bknz. Mecma' el-Luġatu'l- A'rabiyye, *Kahire, el-Mu'cemu'l Vasīl*, c.2/s.693; En-Nevevī, *el-Mecmū' Şerhu'l-Muhezzeb*, c.14/s.96.

isimlendirdikleri davacı ile arabulucu arasında olur. Bu noktada tezimiz iki bölüme ayrılmaktadır:

4.3.1. Birinci Bölüm Davacı ve Davalı Arasındaki Anlaşma

Bu bölümün açıkladığımız gibi üç çeşidi vardır ve bunlar: ikrar sulhü, inkar sulhü ve tasvip ve inkar olmaksızın sükut sulhüdür.⁶³⁶ Bunların açıklaması ise aşağıdaki gibidir:

4.3.1.1. İkrar Sulhü

Davalının, ikrarı açık, hakiki ya da hükmen olsun, davacının iddiasını kabul etmesiyle oluşan uzlaşmadır.⁶³⁷ Bunu şöyle ifade edebiliriz, bir kimse kendi üzerinde başkasına ait bir borç veya bir toprak parçası gibi aynî bir malı ikrar eder, ve hak sahibi itiraftan bulunan kişiye borcun yarısını, üçte birini veya dörtte birini verir veya malın bir kısmını ona bağışlar ve geri kalanını borçtan veya maldan alır. Hakiki ikrar, davalının aleyhindeki iddiayı kabul ettiği ikrardır. Hükmi ikrar ise davalının davacıdan ibra veya sulh talep etmesi,⁶³⁸ veya davalının davada kendisinden istenen yemini etmekten kaçınmasıdır.⁶³⁹ Bu anlaşma, fukahanın icma'ına göre caizdir.⁶⁴⁰ Bu tür bir sulh muavada sulhüne ayrılır: Bu talep edilenin aynı olmayan malı üzerine yapılan sulhtür ve bu çeşit sulh fukahanın icma'ına göre caizdir. Bu sulh aynı mal üzerine ise satış hükümlerini, menfaate yönelik ise kiralama hükümlerini kapsar.⁶⁴¹

⁶³⁶ El-Kāsānī, *Bedāi' u's-Şanāi' fī Tertību's-Şerāi'*, C.6/s.40; El-Cüveynī, *Nihāyetü'l-Maṭlab fī Dirāyeti'l-Mezheb*, c.6/s.447.

⁶³⁷ Emin Efendi, *Dureru'l-Hukkām fī Mecelleti'l Ahkām*, c.4/s.13; El-Bābertī, el-'İnāye Şerhu'l- Hidāye, c.8/s.427.; Es-Sāvī, *Bi Luḡati's-Sālik li Akrabi'l-Mesālik*, C.3/s.405; Eş-Şirbīnī, *Muḡnī'l-Muhtāc ilā Ma'rifetu Maā'nī Elfāzi'l Minhāc*, c.3/s.162; el-Behūtī, *Şerh Muntehā'l-İrādāt*, c.2/s.206.

⁶³⁸ Efendi, *Dureru'l-Hukkām fī Mecelleti'l Ahkām*, c.4/s.104.

⁶³⁹ Efendi, *Dureru'l-Hukkām fī Mecelleti'l Ahkām*, c.4/s.650.

⁶⁴⁰ El-Kāsānī, *Bedāi' u's-Şanāi' fī Tertību's-Şerāi'*, C.6/s.40, 'Aleyş, *Minahu'l-Celīl Şerhu Muhtāşari'l-Ḥalīl*, C.6/s.136, eş-Şirbīnī, *Muḡnī'l-Muhtāc ilā Ma'rifetu Maā'nī Elfāzi'l Minhāc*, c.6/s.448.; İbn Müfliḥ, *el-Mubdi' fī şerhi'l-Muḡni'*, c.4/s.262.

⁶⁴¹ İbn Ābidīn, *Qurratu 'Ayni'l- Ahyār li-Tekmileti Reddi'l Muhtār ala'd-Durri'l Muhtār*, c.5/s.630; 'Aleyş, *Minahu'l-Celīl Şerhu Muhtāşari'l-Ḥalīl*, C.6/s.136; El-Cüveynī, *Nihāyetü'l-Maṭlab fī Dirāyeti'l-Mezheb*, c.6/s.448; İbn Müfliḥ, *el-Mubdi' fī şerhi'l-Muḡni'*, c.4/s.262.

Hatita sulhü,⁶⁴² talep edilenin bir kısmına mükabil eden aynı mal üzerine gerçekleşen⁶⁴³ ya da geri kalanı aynı ise hibe edilen ya da borç ise ibra edilen⁶⁴⁴ sulhtür. Bu çoğunluğun görüşüne göre caizdir.⁶⁴⁵ Eğer şart koşulursa Hanbelilere göre caiz değildir. Bu, davalının: “Geri kalanı bana vermen şartıyla sana hakkını veriyorum” demesi şeklindedir. Onlara göre ibra lafzı olması şartı ile böyle bir uzlaşma yapmaları caizdir. Sulh lafzı ile olursa bu durumda iki rivayet vardır ancak tercih edilen bunun caiz olmamasıdır.⁶⁴⁶

4.3.1.2. İnkâr Üzerine Sulh

Davalının davacının isteğini reddetmesi üzerine ortaya çıkan uzlaşmadır.⁶⁴⁷ Bunu şöyle ifade edebiliriz, bir kişinin başka bir kişiden borç veya aynı hakkı talep etmesidir. Davalı bu hakkı reddeder, daha sonra ihtilafı bitirmek için kendisi adına talep edilen hakkın bir kısmı ile uzlaştırır.

Cumhur ile Şafiiler arasında bu sulh hakkında ihtilaf vardır. Cumhur, bu tür bir uzlaşmanın geçerli olduğu görüşündedir. Anlaşmanın caiz olduğunu gösteren genel deliller buna delalet etmektedir.⁶⁴⁸ Ancak Şafiiler inkarla beraber anlaşmanın caiz olmadığı görüşündedirler. Nitekim Şafii’den şöyle nakledilmektedir: “Davalı inkar ederse, anlaşma geçersizdir”.⁶⁴⁹ Şirazi isemeseyi daha ayrıntılı bir şekilde ele alarak şunları ifade etmektedir: “Bir kimse, başkasının elinde bulunan bir malvarlığı veya zimmetinde bir borç üzerinde hak iddia ederse ve davalı da bunu reddeder ve onunla bir bedel karşılığında uzlaşırsa, uzlaşma geçerli değildir. Davacı sahip olmadığı bir şey için bedel talep ettiğinden, başkasının malını satan biri gibi olur ve davalı da malından bedel

⁶⁴² Hatita: Toplam hesaptan düşülen ve ondan eksilen. (الخط) kelimesinden türetilmiş bir isimdir. Çoğulu (خطائط). Bknz. El-Herevî, Muhammed b. Ahmed (ö.370/980), *Tehzîbu'l-Luğa*, (thk. Muhammed ‘İved), Dâr İhyâi't-Turâsi'l-'Arabî, Beyrut, 2001, c.3/s.268.

⁶⁴³ Fukahaya göre aynı mal; ev, at, sandalye gibi muayyen ve şahsi olan eşya veya zimmette olana mukabil olan şey. Bknz. Ebû Cîb, Sa’dî, *el-Kāmûsu'l-Fıkhî Luğaten ve iştilâhen*, s.270.

⁶⁴⁴ İbra: (برىء) fiilinden türemiştir. Kökü (البراءة/beraat) çoğulu ise (البراءات) tir. “Borcundan ibra etti” yani üzerinde hak olan şeyden beri kıldı demektir. Terimsel olarak: Borcun bir kısmının veya tamamının düşürülmesidir. Bknz. El-Mutarriżî, Nâsir b. ‘Abduseyyid (ö.610/1213), *El-Mağrib Fi Tertîbi'l-Mu‘rib*, Dâru'l-Kitabi'l Arabi, t.y., s.38; ‘Abdalmün‘im, Mahmûd Abdurrahmân, *Mu‘cemu'l-Muštalahât ve'l-İlfâzi'l-Fıkhîyye*, Dâru'l-Fâdile, Mısır, t.y., s.576.

⁶⁴⁵ Aleys, *Minahu'l-Celîl Şerhu Muhtaşari'l-Halîl*, C.6/s.137; El-Cüveynî, *Nihâyetü'l-Maqlab fî Dirâyeti'l-Mezheb*, c.6/s.449.

⁶⁴⁶ El-Makdisî, ‘Abdurrahmân (ö.624/1226), *El-Kâfi fî Fıkhî'l- İmâm Ahmed b. Hanbel*, Dâru'l-Kutubi'l-İlmîyye, Beyrut, 1994 c.2/s.117; İbn Müflih, *el-Mubdi' fî şerhi'l-Mukni'*, c.4/s.259.

⁶⁴⁷ Efendi, *Dureru'l-Hukkâm fî Mecelleti'l Ahkâm*, c.4/s.114

⁶⁴⁸ Es-Savî, *Bi Luğati's-Sâlik li Akrabi'l-Mesâlik*, C.3/s.405, el-Behûtî, *Keşfu'l- Kanâ' an Metni'l-İknâ*, c.3/s.397, Efendi, *Dureru'l-Hukkâm fî Mecelleti'l Ahkâm*, c.4/s.114.

⁶⁴⁹ Eş-Şafii', *el-Umm*, C.3/s.226,

vererek sanki vekilinden kendi malını satın almış gibi olur”.⁶⁵⁰ Buradaki uzlaştırma geçersizdir çünkü davacı yalancı ise bununla hakkı olmadan başkasının hakkını kendisine helal saymaktadır. Başkaları (davalı) aleyhine açtığı davada yalan söyleyerek helal parasını kendisine haram kılmıştır. Bu durum Peygamber'in Sallallahu aleyhi ve sellem şu hadisiyle yasaklanmıştır: “Müslümanlar arasında, haram olanı helâl kılan veya helâl olanı yasaklayan sulh dışında, sulh caizdir”.⁶⁵¹

4.3.1.3. Sükût Üzerine Sulh

Davalının talebini kabul veya reddetmeyerek davalının susması üzerine meydana gelen anlaşmadır.⁶⁵² Bunu şöyle ifade edebiliriz, bir kişinin bir başkasını para için dava etmesi ve davalının parayı kabul etmeden veya reddetmeden sessiz kalması, ardından üzerinde anlaştıkları bir şey üzerinde aralarında anlaşmalarıdır.

Bu konuda yaşanan ihtilaf bir önceki sulhte yaşanan söz ve istidlal konusundaki ihtilafı ayındır. İslam hukukçularının çoğu bu sulhü inkarla sulh konusuna bağlamaktadır.⁶⁵³ Onlara göre bu caizdir, çünkü susanın hükmü inkar edenin hükmü gibidir. Eğer anlaşma sağlanırsa akdi bozan bir unsur olmadan geçerliliği kabul edilir.⁶⁵⁴ Esas olan, beraat-i zimmet (borçlu olmamak) olduğu için burada inkar tercih edilir. Malikilerin bunun caiz olduğu konusunda cumhurla aynı görüşte olmalarına rağmen bunu inkar sulhüne ilhak etmezler, aksine ikrar sulhü olarak kabul ederler. Bunun nedeni ise, onların görüşüne göre “susmak ikrar etmek anlamına gelmektedir”.⁶⁵⁵ İbn Ebi Leyla da bu konuda onlarla hem fikir olup⁶⁵⁶ bunu ikrar sulhüne dahil eder çünkü ihtiyaç anında sükût beyan bildirir.⁶⁵⁷ Şafiiler ise, kendisine yemin takdim edildikten sonra cevaba karşı susması da dahil olmak üzere, “Susana söz isnat edilmez” fikhî kuralına dayanarak

⁶⁵⁰ Eş-Şirâzî, *el-Muhzezzeb fî Fıkhî'l-İmâmi's-Şâfiî*, C.2/s.135

⁶⁵¹ Tahrici daha önce verildi.

⁶⁵² Efendi, *Dureru'l-Hukkâm fî Mecelleti'l Ahkâm*, c.4/s.114.

⁶⁵³ El-'Aynî, *El-Bināye Şerhu'l-Hidāye*, C.10/s.6, el-Behūtî, *Şerh Muntehe'l-İradat*, c.3/s.143.

⁶⁵⁴ Ez-Zubeydî, Ebu Bekir b. 'Alî (ö.800/1397), *El-Cevheretu'n-Neyyire 'ala Muhtaşari'l-Kuduri*, El-Matabaatu'l-Hayri, Mısır, 1904, c1./s.318; El-Kāsânî, Bedâi'u's-Şanâi' fî Tertibu's-Şerâi', C.6/s.46.

⁶⁵⁵ El- Haraşî, *Şerhu Muhtaşari Halîl li'l-Harş*, c.6/s.4, 'Aleyş, *Minahu'l-Celîl Şerhu Muhtaşari'l-Halîl*, c.6/s.142.

⁶⁵⁶ İbni Ebi Leyla: Ebu Abdurrahman Muahmmmed b. Abdurrahman b. Ebi Leyla El-Ensari El-Kufi El-Allame, El-İmam, Kufe Müftüsü ve Kadısı, h 73'te doğdu. Kur'an'ı on hocadan öğrendi. Kur'an'da mahirdi. Fıkıhta Ebu Hanife'ye denkti, h 148'de vefat etti. Bknz. Ez-Zehabî, *Siyeru A'lâmi'n-Nubelâ*, c.6/s310.

⁶⁵⁷ İslami İşler ve Vakıflar Bakanlığı, *el-Mevsua'ti'l-Kuveytiyye*, C.27/s.338.

susmanın inkar sayıldığı konusunda çoğunluk ile hem fikirdirler.⁶⁵⁸ Dolayısıyla, inkar sulhünün caiz olmadığına dayanarak sükûtle sulhün caiz olmadığı görüşündedirler.⁶⁵⁹

Tercih edilen görüş, cumhurun tasdik, inkar ve sükûtle olan sulhün üç çeşidine ilişkin cevazı noktasındaki kanaatidir. Nitekim bunda, sulh çağrısı yapan delillerin genelliği ve haramı helal veya helali haram kılmamak şartı ile herhangi bir kayıt olmadan sulhün hayırlı bir amel olduğunun dile getirilmesinde olduğu gibi anlaşmazlığı ve davayı sona erdirmeye maslahatı söz konusudur. Bu, İslam toplumu için genel bir faydadır. Bazı özel haklarla çatışsa bile, kamu yararını dikkate almak daha hayırlıdır. Bu, İslam toplumunda barışın tesisidir. Ancak barışın sona ermesine razı olana kadar anlaşma amacına ulaşılamayacağından, anlaşmazlığa düşen tarafların rızası dikkate alınmalıdır.

4.3.2. İkinci Bölüm: Davacı ve Arabulucu (Fuzuli) Arasındaki Uzlaşma:

Dört mezhep, fuzuli bir arabulucu veya bir ecnebi/yabancı arasında toplu olarak uzlaşmanın caiz olduğu konusunda genel olarak ittifak halindedir,⁶⁶⁰ ancak bu uzlaşmanın ayrıntıları ve kendi aralarındaki şartları konusunda ihtilaf ederler.

Birincisi: Hanefi Mezhebi⁶⁶¹

Hanefi mezhebi, yetkili arabulucu ile yetkisiz arabulucu arasında ayırım yapar. Yetkili arabulucu davalının vekili olarak kabul edilir. Buna binaen, teminat vermedikçe üzerinde sulh edilen malı vermesi gerekmez, aksine davalının ödemesi gerekir. Çünkü vakâlet hakkı⁶⁶² vekile aittir. Bu konuda inkar sulhü ile ikrar sulhü arasında hiçbir fark yoktur. Yetkisi olmayan arabulucu ise fuzuli olarak isimlendirilir. Nitekim sulhü kendisine (malına) atfeder. Onun sulhü, üçü geçerli olmak üzere dörde ayrılır ve bunlar şöyledir:

⁶⁵⁸ Es-Suyûtî, *El-Eşbâh ve 'n-Nezâir* s.142.

⁶⁵⁹ Eş-Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc ila me'a'nî elfâzi'l-Minhâc*, C.3/s.165.

⁶⁶⁰ Yabancı veya ecnebi, bir topluluğun arasına girip onları barıştıran da denir veya araya girip ne yapıcı ne de bozucu tavır sergileyene denir. Bknz. Feyruzâbâdî, *el-Ğâmûsu'l-Muhtâc*, s.208; El-Himyerî, Neşvân b. Said (ö.573/1177), *Şemsu'l-'Ulûm ve Devâu Kelâmi'l-Arab mine'l-Kulum*, (thk. Hüseyin El-'Amri ve diğerleri), Dâru'l-Fikri'l-Muasır, Beyrut, 1999. c.2/s.1183.

⁶⁶¹ Es-Serahsî, *el-Mebşûr*, c.20/s.142; Es-Semerkandî, Muḥammed b. Aḥmed (ö.540/1145), *Tuhfetu'l-Fuḳāhā, Dâru'l-Kutubi'l-'İlmîyye*, Beyrut, 1994, c.3/s.257.

⁶⁶² Sözlükte vekâlet, vekil tayin etmek anlamına gelen mastar bir kelimedir. Bu ise tevdi etmek anlamına gelir. İşimi Allah'a bıraktım yani ona tevdi ettim yani Allah'a dayandım onunla yetindim gibi. Kişinin vekili; onun işini yerine getiren kişidir. Terim anlamı ise, vekilliğin geçerli olduğu durumlarda tasarruf ehliyeti olan birisine vekalet yetkisi vermektir. Bknz: El-Feyyûmî, *el-Mişbâhu'l-Munîr fi Ğaribi's-Şerhi'l-Kebir*, c.2/s.270; İbn Manzûr, *Lisānu'l-'Arab*, c.11/s.736, el-Behûtî, *Keşfu'l-Ğanâ'an Metni'l-İknâ*, c.3/s.461.

- 1- Fuzuli arabulucu davacıya: “Şu bin veya bu bin lirayı tazmin etmeme dayanarak sana falancaya karşı açtığın bu davada bin lira ile uzlaşma sağlayacağım” diyerek sulh bedelini tazmin etmektedir. Bu caizdir çünkü malın tazminini sağlamaktadır.
- 2- Fuzuli arabulucunun, davacıya, “Bu benim veya benim atım üzerine filanca aleyhindeki bu dava ile seni uzlaştırıyorum” demesidir. Burada sulhü malına izafe etmekte olup bu da caizdir.
- 3- Fuzuli arabulucunun mevcut tekliflerden veya paradan anlaşma ücretine atıfta bulunarak davacıya: Falanca aleyhindeki bu davayı bu miktarla uzlaştırıyorum. Bedelin bizzat kendisi olması hasebiyle bu da caizdir.
- 4- Fuzuli arabulucuyu davacıya mutlak olarak: Seni bin liraya filanca ile davanda uzlaştırıyorum” demesidir. Bu noktada o bedeli tazmin etmeyip parasına atıfta bulmadığı gibi herhangi bir şeye işaret de etmediğinden bu sulh geçerli olmaz. Ancak davalının iznine *mevkuf* (bağlı) kalır.

Bu açıklamaları *et-Tarablusî* şu ifadeleri özetlemektedir: “Fuzulinin sulhünün caiz olduğu konusunda hem fikirdirler. Bir yabancıнын davacıya ‘davalı benimle gizlice paylaşarak senin haklı olduğunu söyledi filanca şey üzerine anlaşma yap’ demesidir. Bunun sulhü geçerlidir. Ve fuzuli arabulucunun tazmini ise davacıya “şuna olan davanda anlaşırsan sana şunu tazmin ederim veya benim malımdan şu kadarını tazmin ederim” demesidir. Veya “davanda anlaş” deyip sözleşmeyi kendine veya malına atfetmesidir. Bu noktada sözleşme gerçekleşir. Sulh bedeli emriyle olsun ya da olmasın tazmin edene aittir. Sulh onun emriyleyse davalıya rücu eder”.⁶⁶³

İkincisi: Maliki Mezhebi ⁶⁶⁴

Malikiler, fuzuli arabulucunun sulhünün caiz olduğunu ve anlaştığı şeyin tazmin etse de etmese de bağlayıcı olduğu görüşündedir. Bunun nedeni, fuzuli arabulucunun uzlaştırması ve hakkın görülmesi olup bu caizdir. El-Hattab dedi ki: “Fuzuli’nin sulhü caizdir”. İbn Farhun *et-Tebşıra*’sında şöyle demiştir: “Bir kimsenin vekalet yoluyla veya vekaletsiz başkaları adına sulh etmesi caizdir ve bu, bir kimsenin borcundan dolayı başka

⁶⁶³ Et-Tarablusî, *Mu’înu’l-Hukkâm Fîma Beyne’l- Hasmeyn mine’l-Ahkâm*, s.123.

⁶⁶⁴ El-Medenî, Mâlik b. Enes (ö.179/795), *El-Mudevvene, Dâru’l-Kutubi’l- ‘İlmiyye*, Beyrut, 1994, c.3/s.392; El-Hattâb, *Mevâhibu’l-Celil fî şerh Muhtaşar Halîl*, c.6/s.81.

bir adamla sulh etmesi gibidir. Bu noktada fayda uzlaştırmaya bağlıdır.”⁶⁶⁵ El-Karafi ayrıca şöyle demiştir: “Yabancı, uzlaştığı şeye kefildir”.⁶⁶⁶

Üçüncüsü: Şafii Mezhebi⁶⁶⁷

Şafiiler, davalının ikrarı veya inkarı ve talep edilenin bir borç veya ayn olması gerçeği göz önünde bulundurularak fuzuli arabulucunun sulhünü detaylandırırlar. Bu bağlamda, onlar nezdinde tercih edilen görüş ikrar durumunda, sanığın izniyle veya izni olmadan olsun buna cevaz verilmesidir.

Eş-Şâfiî dedi ki: “Bir kimsenin davalı adına ikrarda bulunup sonra davacıya üzerinde anlaştıklarını vermesinde bir mahzur yoktur ki bu sahihtir. Bu iki çeşittir: Bunlardan biri davanın kendi zimmetinde bir hak olduğudur. İkincisi aynı bir mal olmasıdır”.⁶⁶⁸ Borç ise, ikrar ettikten sonra ona yetki verilsin veya verilmesin kendisiyle sulh etmesi câizdir. Çünkü bu, borcu düşürüp onu ibra etme sulhudur, dolayısıyla borcu onun namına düşürmek gibi sulh etmek de câizdir. Kendisine yetki verilmedikçe, kendisiyle sulh yaptığı şeyi ondan istemeye hakkı yoktur, çünkü o borçta gönüllüdür. Ancak uzlaşma konusu aynı mal ise, sulh ile birlikte edaya yetkili olup olmadığına bakılır. Eğer edaya değil yalnızca sulhe yetkili ise davalı arabulucuya kendi adına barış yapmasını söylüyormuş gibi olur ve ödeme yaptığı takdirde davalıya rücu hakkına sahip değildir, çünkü ödemede gönüllüdür. Sulh ile beraber edaya da yetkili ise, ona benim yerime anlaşı ve benim adıma eda et demiş gibi olur, arabulucunun uzlaştığı şeyi talep etmesi gerekir. Ancak ifa emri gönüllülük ihtimali taşıyorsa, arabulucunun kendisi adına ödeme talep etme hakkı yoktur, çünkü kendisi adına ödeme yapması açıkça istenmemiştir.⁶⁶⁹

Dördüncüsü: Hanbeli Mezhebi⁶⁷⁰

Hanbeliler, fuzuli arabulucunun davayı reddeden davalı için sulhünün caiz olduğu görüşündedir. İnkâr eden davalı, fuzuli arabulucuya uzlaştırma yetkisi verirse, dava edilenin aynı ya da borç olup olmadığına bakılmaksızın uzlaştırması geçerlidir. Fuzuli arabulucu, uzlaştırmaya davalı tarafından yetkilendirildiği için davalıya rücu eder. Yetkili

⁶⁶⁵ El-Hattâb, *Mevâhibu'l-Celil fî şerh Muhtaşar Halîl*, c.6/s.81.

⁶⁶⁶ El-Karâfi, *ez-Zâhira*, c.5/s. 364.

⁶⁶⁷ El-Cüveynî, *Nihâyetü'l-Maṭlab fî Dirâyeti'l-Mezheb*, c.6/s.455-456; El-Minhâcî, Muḥammed b. Aḥmed (ö.880/1475), *Cevâhiru'l-'Uḳûd ve Mu'înu'l-Ḳudâti ve'l-Muvakki'in ve's-Şuhûd*, (thk. Mes'ad Es-Sa'danî), Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut, 1996., s.140.

⁶⁶⁸ El-Mâverdî, *Kitâbu'l-Hâvi'l-Kebîr*, c.6/s.817.

⁶⁶⁹ El-Mâverdî, *Kitâbu'l-Hâvi'l-Kebîr*, c.6/s.817.

⁶⁷⁰ İbn Müfliḥ, *el-Mubdi' fî şerhi'l-Muḳni'*, c.4/s.266; el-Behûtî, *Keşfu'l-Ḳanâ'an Metni'l-İḳnâ*, c.3/s.398.

olmadığı durumda da sulhü geçerlidir ancak davalıya rücu edemez çünkü bu gönüllü yapılan bir iştir.

İbn Kudame şöyle der: "Davacının iddiasını kabul edip etmediğine veya izin alıp almadığına bakılmaksızın, yabancının sulhü geçerlidir. İster borca, ister kişinin aynı malına dayansın, sulhe bir zarar vermez. Eğer borca dayalıysa, ister inkarcının izniyle olsun ister olmasın, geçerlidir. Çünkü başkası adına borcun ödenmesi, onun izniyle ve izni olmaksızın caizdir... Barış, inkar edenin izniyle aynı bir mala dayalıysa, bu da sulh gibidir. Çünkü vekil müvekkilin makamındadır. Eğer onun izni olmadan yapılmışsa, o zaman inkar eden için husumete karşı verilen bir fidye ve davadan kurtuluştur ki bu da caizdir. Bu iki konuda da izinsiz uzlaşırsa, onun adına ödemesi gereken parayı ödediği için, kendisine rücu edemez".⁶⁷¹

Uzlaşmanın tanımına, İslam hukukçularının sulh sözleşmesinin mahiyet ve niteliklerine yaklaşımlarına, fikhî farklılıklara, müstakil bir sözleşme olduğuna dair tercihimize ve aynı zamanda sulh sözleşmesine benzeri akitlerden kendisine uygun hükümleri almasına değindik. Sözleşmenin tamamlanması için akdin maddelerini kabul ederek sulh yapan tarafların muvafakatine dayanan siğa başta olmak üzere sulh sözleşmesinin rükünlerini beyan ettik. Rıza sulh anlaşmasının en önemli unsuru olup mevcudiyeti ile ihtilaflar ortadan kaldırır ve davalar biter. Ardından siğanın tanımını, icap ve kabulün neyi temsil ettiğini açıkladık. Sonrasında sulh siğasının şartları açıklandı. İcap ve kabul bakımından temsil ettikleri şey olan iki iradenin uyumluluğundan, uzlaştırma iradesinin geçmiş zaman kullanılarak elde edilmesi ve icabet edenin kabulden önce icabından dönmemesine, oturum (meclis) birliği meselesine, bununla ilgili hükümlere ve içtihat farklılıklarına değindik.

Daha sonra uzlaşma çeşitlerini sunduk. Bu konuyu iki kısma ayırdık: Birincisi davacı ile davalı arasında arabulucu yardımıyla ancak uzlaştırmaya arabulucunun doğrudan müdahalesi olmadan gerçekleşenlerdir. İkincisi ise arabulucunun müdahalesi ile yapılır, İslam hukukçuları bunu fuzuli veya yabancı gibi birden fazla isimle tabir etmişlerdir. Davalının davayı nasıl ele aldığına bağlı olarak hukukçuların farklı görüşlerini sunarak uzlaşmayı üç kısma ayırdık: ikrar sulhü, inkar sulhü, sükut sulhü. Tezimizin ilerleyen bölümlerinde ise anlaşmanın etkilerini inceleyeceğiz.

⁶⁷¹ El-Makdisi, *el-Muğnî*, c.7/s.8-9.

4.4. ANLAŞMANIN (SULH) ETKİLERİ

Arabuluculuk, toplum fertlerinin maslahatlarını sağlayan finansal işlemlerde anlaşmazlığı ortadan kaldıran barışçıl çözüm yollarından biri olarak ortaya konulmuştur. Arabuluculukta asıl olan, insanlar arasında iş birliğinin sağlanmasını ve aralarındaki sevgi ve iyi muamele temelinde ilişkilerinin güçlendirilmesini güvence altına alacak şekilde toplum üyelerinin çıkarlarını gözetmeye ve rızaya dayalı olmasıdır. Davacılar arasında uzlaştırma sözleşmesine varılmasıyla anlaşmazlık sona erer ve aşağıdaki etkiler ortaya çıkar:

4.4.1. Nefaz (Etki)⁶⁷²

Nefazdan kasıt, sözleşmeden doğan hukuki ve dini sonuçlardır. Bununla ilgili karar ve sözleşmede belirtilen haklar ve mallar üzerindeki özel etkileri, sözleşmenin iki tarafının rızasına münhasırdır.⁶⁷³ Çünkü “sözleşmelerde esas olan, tarafların rızasıdır ve bunun sonucu, onların sözleşme yapmakla kendilerine farz kıldığı şeydir.”⁶⁷⁴ Anlaşmaya varıldıktan sonra, sözleşmenin gerekleri kendilerine karşı uygulanır ve sulh anlaşmasının şartlarını yerine getirmeleri gerekir.

4.4.2. İlzam (Zorlama)

Zorlamadan kasıt, Allahu Teala'nın “*Ey iman edenler, akitleri yerine getirin*” buyruğuna uygun olarak sözleşmeden doğan yükümlülükleri yerine getirmektir.”⁶⁷⁵ Yine Allah şöyle buyurmaktadır: “*Ve ahdi yerine getirin, çünkü ahd sorulacaktır.*”⁶⁷⁶ Sözleşme olarak tasdik edilen her şey, Kur'an-ı Kerim nassına uygun olarak yerine getirilmelidir. Ancak bu hüküm, sözleşmelerin ihtiyaca göre çeşitlenmesi ve yerine getirilmesi zorunlu sözleşmeler arasında yer almaması nedeniyle tüm sözleşmeler için geçerli değildir. Şâri'in iyi gördüğü ve müstehab olduğu için caiz olan sözleşmeler vefayı gerektirir.⁶⁷⁷

Sulh akdi, şartlarını ve esaslarını yerine getiriyorsa ve herhangi bir engel yoksa *lazım* sözleşmelerden biridir. Dava ile ilgisi olmayan arabuluculuk yoluyla yapılmışsa,

⁶⁷² Nefaz sözlükte, Bir şeyden geçme, arınma manasındadır. Terimsel olarak nefazdan kastedilen, hükmün hali hazırda ifade ettiği şeydir. Bknz. El-Ferāhīdī, *el-‘Ayn*, c.8/s.189; İbn Nuceym, *el-Baḥru’r-Raiḳ Şerḥ Kenzu’d-Daḳāiḳ*, c.5/s.282.

⁶⁷³ Ez- Zerḳā, *el-Medḥal-el-Fıḳḥi’l-‘Āmm*, c.1/s.418.

⁶⁷⁴ İbn Teymiyye, *el-Fetāwā’l-Kubrā li-İbn Teymiyye*, C.4/ s.93.

⁶⁷⁵ Maide:1

⁶⁷⁶ İsrā: 34

⁶⁷⁷ İbn Teymiyye, *el-Fetāwā’l-Kubrā li-İbn Teymiyye*, C.4/ s.93.

dini olarak bağlayıcı bir sözleşmedir. Ancak yargıya intikal eden bir arabuluculuk sözleşmesi ise, belgelendikten sonra dini ve yargısal olarak bağlayıcı bir sözleşmedir.⁶⁷⁸ Anlaşmanın sonuçlanması üzerine, sulh bedeli davacının mülküne girer ve iddiası düşer. Kendisinden ikinci kez talepte bulunulması kabul edilmez ve davalının davacıya ödediği uzlaştırma tazminatını geri alma hakkı ortadan kalkar. Her iki taraf da birbirine karşı yükümlü olup davacı davalının sulh bedelini (anlaşma tazminatı) ödeme yükümlülüğüne karşılık davadan vazgeçmekle yükümlüdür.⁶⁷⁹

İbn Ebi'l-Kayravânî'nin *Risale*'sine yaptığı şerhinde en-Nefrâvî şunları söyler: “Uzlaşma dine aykırı düşmediği sürece şartları yerine getirildiyse zorunlu olur ve akdi bozan unsurlar aramak caiz olmaz. Dine aykırı ise akit bozulur. Akdi bozan unsurlardan bir diğeri de uzlaşma sağlandıktan sonra zalimin kendi davasını reddetmesidir. Bu bağlamda zulme uğrayan kişi sulhü bozabilir bu konuda ihtilaf yoktur. Uzlaşılan şey, onu alan kimse iddiasında haklıysa caizdir, haksızsa caiz değildir.”⁶⁸⁰ Genel olarak arabuluculuğun kuralı Peygamber sallallahu aleyhi ve sellem'in şu hadisidir: “Müslümanlar arasında sulh, haram kılan ve helâl olanı haram kılan müstesna, caizdir”.⁶⁸¹

Mecelle ise sulh akdinin zorunluluğunu vurgulayarak 1556. maddesinde şöyle der: “Uzlaşma olursa, iki taraftan birinin geri dönme hakkı yoktur ve davacı sulh ile bedele malik olur, yeniden dava açma hakkı yoktur. Davalının da sulh bedelini geri isteme hakkı yoktur.”⁶⁸²

Burada anlaşmazlık kapısının kapanmasında ve anlaşmazlığa ilişkin davanın sona ermesinde sulh akdindeki bağlayıcılığın önemi ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, "Arabuluculuktan kaynaklanan nihai sulh sözleşmesi, arabuluculuk sözleşmesinden kaynaklanan bağlayıcı güç ile karakterize edilir. Nitekim taahhütler olumlu veya olumsuz olsun taraflar vardıkları anlaşmaya uymakla yükümlülerdir. Buna göre, taraflardan biri yargı önünde dava açarsa, konusu zaten arabuluculuk çerçevesinde kesin bir anlaşma ile çözülmüştür. Daha önce karara bağlandığı için karşı tarafın, anlaşmazlığın incelendiği mahkemede savunma yapmasına izin verilir.”⁶⁸³ Böylece, rızaya dayalı bağlayıcı bir

⁶⁷⁸ El-‘Uşaymî, Fayşal İbn Sa‘d, *eş-Şulh fî Meclisi'l-Kaḏā*, s.57.

⁶⁷⁹ El-Kāsānî, *Bedāi'u's-Şanāi' fî Tertîbu's-Şerāi'*, C.6/s.53; Et-Ṭarablusî, *Mu'înu'l-Hukkām Fîma Beyne'l-Ḥasmeyn mine'l-Aḥkām* s.123.

⁶⁸⁰ En-Nefrāvî, Ahmed b. Ğanim (ö.1126/1714), *El-Fevākiḥu'd-Devānî 'alā Risāleti İbni Ebi Zeyd El-Kayrevānî*, Dāru'l-Fikr, 1995, c.2/s.232.

⁶⁸¹ Tahrici daha önce verildi.

⁶⁸² *Mecelle*, Madde:1556.

⁶⁸³ Hemādene, ‘Abdullāh Fevvaz, *Medā Fā'iliyyeti İttifāki't-Tesviyeti'n-Nāşi' ‘an ‘Ameliyyeti'l-Vasāta*, Menşūrat Mecelleti'l-Hukūk, sayı 49, 2016, s. 100.

anlaşmaya varılmasından sonra değerlendirilecek bir şey olmadığı için dava dosyası kapatılmış olur. Kavgaların ve anlaşmazlıkların uzlaşmaya varılarak sonlandırılması, anlaşmanın toplumdaki dayanışma ve kaynaşmaya olumlu yansıyan etki ve faydaları arabuluculuğun en belirgin sonuçlarından biridir. Bu etkileri şöyle sıralayabiliriz;

- 1- Gasp edilen hakları karşılıklı rıza ile sahiplerine iade ederek yargı ve davalarda boşa harcanabilecek zamandan, emekten, bireysel ve toplu enerjiden tasarruf etmek, toplumu düzeltmek, insanların parasını haksız yere almanın doğuracağı kin ve nefretin önüne geçmek. Sulh davadan beraat etmektir çünkü hedefi anlaşmazlığı bitirmektir.⁶⁸⁴
- 2- Sevgiyi, şefkati, merhameti ve yakınlığı elde etmek. Nitekim Taraflardan biri diğerini affedip bazı haklarından feragat ederse, teşekkür, övgü, sevgi ve saygı görür. Bu ise hükümlünün aleyhine olan hükümden iğrenme ve ihanet duygusuna yol açabilecek dava yolu ile elde edilemez.⁶⁸⁵

Et-Tarablusī, Müslüman toplumdaki ilişkilerin düzeltilmesinde sulhün rolünü açıklayarak şunları söylemiştir: “Uzlaşma, münakaşa ve anlaşmazlıkları ortadan kaldırmak için bir sebeptir ve anlaşmazlıklar uzadıkça fitneye yol açarlar, sulh ise bu fitneye karşı bir savunmadır. Fitne ve inatçılık öfkesini söndürür. Toplum ilişkilerinin reformu ve düzeltilmesinin bir sebebidir. Ülfet ve anlaşmadır”.⁶⁸⁶ Söz konusu etki ve faydaların elde edilmesinde arabulucunun katkısının önemi ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda, Allah'ın hoşnutluğunu kazanmak ve toplum fertleri arasında sevgi ve merhamete ulaşmak için, anlaşmazlık yaşayan taraflara haklarını bağışlamanın önemini hatırlatılmaktadır. Arabulucunun rolü, uzlaşmayı belgelemede ve davacıların anlaşmaya vardıktan sonra mahkemeler önünde neye ulaştığını netleştirmede de ortaya çıkmaktadır. Burada, arabuluculuğun son aşamasını tartışmak gerekiyor. Bu ise uzlaşmayı belgelemektir.

4.4.3. İttifakın Kayda Geçirilmesi

İslam hukukçuları, anlaşmazlık yaşayan tarafların arabulucu ya da sulh ile görevli vekil tarafından ya da aracı olmadan kendi aralarında sundukları sulh sözleşmesi üzerinde

⁶⁸⁴ İbn ‘Ābidīn, *Qurratu A’ynu’l Ahyār litekmileti Reddi’l-Muhtār ala’d-Durri’l- Muhtār*, c.8/s.350.

⁶⁸⁵ Beyşara, *es- Şulh ve faddu’n-Nizāā’t Min Manzūri’s-Şeria’ti’l-İslamiyye*, s.151; ‘Abdunnūr, *es-Şulh ve Eşeru fī İnḥāi’l-Huşūme fī’l-Fıkhī’l-İslāmī*, s.162.

⁶⁸⁶ Et-Tarablusī, *Mu’īnu’l-Hukkām Fīma Beyne’l- Hasmeyn mine’l-Aḥkām*, s.122.

uzlaşması halinde, şahitlik ve yazı ile kayda geçirilmesi konusunda ittifak etmişlerdir. Maslahatın tahakkuk etmesi, zararın ise ortadan kalkması söz konusu olduğu için bu İslam dinin bir ilkesidir. Böylece durumlar tekrar sulhten önceki anlaşmazlığa geri dönmese.⁶⁸⁷ Çünkü arabulucunun gözetimi ve yardımı ile sulh sözleşmesi kayda geçirilerek ittifak ile rızaya delil sayılacak karineler ortaya çıkmadan sulh ve sulhün ilzâmı tahakkuk etmemektedir. Bu bağlamda anlaşma yapan taraflar arasında sulh akdinin kaydı aşağıdaki gibidir:

4.4.3.1. Yazı

Sulh akdinin kaydı yazı yolu ile gerçekleşir. Resmi veya gayri resmi bir tutanakta yazıyor olsun, yazı sözleşmelerin ispatında asıldır.⁶⁸⁸ Bunun sebebi tarafların anlaşmazlığı söz konusu olduğunda taraflarca tekrar göz atılabilecek şekilde sulh maddelerinin bir kağıt üzerinde kaydedilmesidir. Çünkü kesinlik ifade ettiği için yazı Kur'ân ve sünnetle hüccet sayılır ve onunla amel edilir.⁶⁸⁹ Yazı yolu ile sulhün kayda geçmesi konusunda sünnette birçok delil vardır. Sahih-i Buhari de sulhün yazılması konusunda şu rivayet geçmektedir: “Nasıl yazılacağı bâbı: bu kabile veya nesebine nisbet edilmesede filanca ve filancanın anlaşmasıdır... Bera' b. Azib'den şöyle rivayetle: “Rasulullah sallallahu aleyhi ve sellem Hudeybiye ehli ile anlaştığında⁶⁹⁰ Ali b. Ebi Talib'e yazdırdı”.⁶⁹¹

Arabulucu, taraflar arasını düzeltmek ve anlaşmazlığı ortadan kaldırmak için, yargı yolu ile görevlendirilmesi dahilinde veya gönüllü olarak anlaşma yapanların ittifakını yazma görevini üstlenebilir. Bazen de görevi sadece iki taraf arasında ortak bir nokta bulmak olup yazı işini bu görev ile vazifelendirilen kişiye bırakabilir.⁶⁹² Bu durumda yazı ile uzlaşmayı kayda geçirme noktasında arabulucunun rolünün, herhangi bir eksiklik veya

⁶⁸⁷ Ferhân, *Ahkâmu's- Şulh fi'l-Emvâl fi'l- Fıkhi'l-İslâmî ve'l- Kânûni'l-Medenî el-Yemenî*, s.177

⁶⁸⁸ El-Mahdar (Tutanak): suyun kaynağına dönmesi, bir konuda yazılan yazı, şahitlerin yazısı yani söylediklerinin doğruluğunu ispat eden imzası anlamına gelir. Terim olarak: “Anlaşmazlık yaşayan taraflar arasında cereyan eden ikrar, delil ve yemin gibi olayların aktarılmasıdır”. Feyruzabadi, *el-Ğāmusu'l-Muḥit*, s.376; El-Māverdi, *Edebu'l-Kādi*, Matbaul-Ani, Bağdat, 1972, s.74.

⁶⁸⁹ Es-Sāwī, *Bi Luğati's-Sālik li Akrabi'l-Mesālik*, C.3/s.415; İbn 'Uşeymîn, *Şerhu'l-Mumti' alâ Zādi'l-Muḥni'*, c.15/s.218.

⁶⁹⁰ Hudeybiye: Mekke ve Medine arasında yer alan, orta büyüklükte bir köydür. Adını, İltında Hz. Peygambere biat edilen Şecera mescidinin yanındaki kuyudan almıştır. El-Ḥamevî, Yâkût b. 'Abdullâh (ö.626/1228), *Mu'cemu'l-Buldân*, Dâr Şadır, Beyrut, 1995, c.2/s.229.

⁶⁹¹ El- Buḥārî, *Saḥiḥi'l-Buḥārî*, C.3/ s.184/ no: 2698.

⁶⁹² Belgeleri yazan katip, hakime yardımcı olan bir unsur olarak addedilir. Bunu yazımında güzel yazı kullanılmalı ve az hata yapılmalıdır. Yazan kişi Şeriatı bilmeli, hesap ve yemin bakımından neye ihtiyacı olduğunu bilmeli, dürüst, din ve adalet yolunda olması gerekmektedir. Et-Ṭarablusî, *Mu'înu'l-Ḥukkām Fîma Beyne'l- Ḥasmeyn mine'l-Aḥkām*, s.77.

fazlalık katmadan tarafların metni doldurmasında hazır bulunması ile sınırlı olduğunu söyleyebiliriz.

4.4.3.2. Şahitlik

Yani sulh ve ittifak için hazır bulunan kişilerin⁶⁹³ şahitliğidir. Şahitlik de hakların ispat edilmesi konusunda yazı gibidir. Nitekim sulh akdi, şahitliği ittifakı geçerli kılan bir unsur olarak görmektedir. Bu noktada diğer sözleşmelerle mutabık kalır. Şahitlik, şartları yerine getirildiği takdirde Kur'an nassının bir gereğidir. Nitekim Allah'ı Teala “*Sizden iki erkek şahit olsun. Eğer iki erkek şahit bulamazsanız şahitliklerinden razı olduğunuz bir erkek ve iki kadın şahit olsun*” buyurmuştur.⁶⁹⁴ Müzakerenin başlangıcından sulh akdi ile sonlanmasına kadar olaylara muttali olmasından dolayı arabulucunun rolü ittifaka şahit olması ile gerçekleşir. Nitekim yoğun bir gayret gösterdiği arabuluculuk vazifesinin bir sonucu olan sulh akdinin ispatı için şahitlik etmeye en yakın ve en hak sahibi kişi kendisidir.

Arabulucu kişi, ittifakın maddelerinde geçen haklardan feragat etme ve çeşitli şartlar gibi anlaşmazlık yaşayan taraflar arasında geçen olaylar hakkında hakim önünde şahitlik etmesi ile arabuluculuğun şartı olan gizlilik vasfına muhalefet etmiş olmaz. Çünkü o şahitliği ile onların sırrını ifşa etmiş olmaz bilakis onların anlaşmaya varma konusundaki isteklerini ortaya koymuş olur. Dolayısıyla arabuluculuk hedefinin gerçekleşmesi için kendisinin şahitliği şarttır. Bu nedenle şöyle deriz: “Güvenilirliğin gerekliliklerinden biri de arabulucunun, gizliliğe ihtiram göstermesi ve arabuluculuk esnasında anlaşmazlık yaşayan taraflar arasında geçen olayları ifşa etmemesidir. Uzlaşma işlemleri esnasında ilgili kişi izin vermedikçe veya tarafların tamamı rıza göstermedikçe kendisine emanet edilen veya bilinen bir sırrı ortaya dökemez.”⁶⁹⁵

Taraflar yargı sürecini bitirmek ve anlaşmazlığa varmak için arabuluculuğa rıza gösterdiklerinde, ittifak yaşandığı, sulhün gerçekleştiği ve sulh akdi için taraflar imza attıkları takdirde aynı zamanda anlaşmanın sonucunu ispat etmek için şahitlik gibi arabuluculuğun gerekliliklerini de kabul etmiş olurlar. Dolayısıyla arabulucunun şahitliği

⁶⁹³ Hukukçular şahitliği kabul edilen kişinin vasıflarını şehadet babında ayrıntılı bir şekilde zikreder ve derler ki: “Allah’a karşı itaati ağır basan ve mürüvvet sahibi kişinin şahitliği kabul edilir. Ancak Allah’a isyanı baskın gelen ve mürüvvet sahibi olmayan kişinin şahitliği kabul edilmez”. El-Müzenî, ‘İsā b. ‘Usmān (ö.799/1396), *Edebu'l-Ğadi*, Mektebetü'n-Nazzār Muşafā el-Bāz, Mekke, 1996, s.176.

⁶⁹⁴ *Bakara* / 282.

⁶⁹⁵ El-Ğahtānī, el-Vesāţātu'l-Muntehiye bi's-Şulhi ve Devruha fî Tesviyeti'l-Munāzā'ât fî'l-Memleketi's-Su'udiyeti'l A'rabiyye s.210; *Er-Rubeyş*, Abdulaziz, *el-Vasāţātu'l-Ğađāiyye* Er-Rubeyş, *el-Vasāţātu'l-Ğađāiyye*, s.297.

tarafların ittifak ettikleri maddeleri doğrulamak için hasıl olan bir sonuç ve rutin bir prosedürdür. Bu bağlamda özellikle sulh anlaşmasına imza atacak kendisinden başka kimse yoksa sulhü doğrulamak için arabulucunun şahitlikten kaçınmaması gerekir. İmam Seruci şöyle demektedir: “Hakimin önünde arabulucudan şahitlik etmesi talep edildiği takdirde, eğer anlaşmada şahitliği geçerli olan bir grup varsa kendisi şahitlikten kaçınabilir. Ancak kendisinden başka şahitlik edecek kimse yoksa veya şahitlik vasfına uygun kimse bulunmuyorsa arabulucu şahitlikten imtina edemez”.⁶⁹⁶ Bu şahitlik, tarafların ittifaka yanaşması ve arabulucunun sulhü doğrulaması dahilinde gerçekleşir. Ancak tarafların anlaşmaya varamaması ve sulh yapmaması durumunda bu şahitlikte bir takım tafsilat söz konusudur. Bu da ‘İttifakın gerçekleşmemesi ve sonuçları’ bölümünde ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Arabulucunun başlangıçtan itibaren arabuluculuğun prosedürlerini ve gerekliliklerini beyan etmedeki rolüne dikkat çekmek gerekir. Bu, şeffaflık ve tarafsızlığı sağlamak ve arabuluculuk rolünü tarafların çıkarlarına zarar vermeden etkin hale getirmek içindir.

Arabuluculuğun ilk sonucu olan ittifak ve bu ittifakın taraflar üzerindeki etkilerini ifade ettikten sonra arabuluculuk neticesinde gerçekleşmesi muhtemel diğer bir sonuç olan ittifakın sağlanamamasına da değinmek gerekmektedir. Gerçek her zaman olumlu olmaz ve her arabuluculuk ittifak ile son bulmaz. Her uyuşmazlığın, arabulucunun anlaşmazlığı bitirmesi için tarafların ikna etmesi ve üstesinden gelmesi zor olabilecek kendi esas ve sonuçları vardır. Bu olumsuz durumda arabulucunun konumu ve bunun anlaşmazlığa ve anlaşmazlık yaşayan taraflara etkisi nedir?

4.5. İTTİFAKIN GERÇEKLEŞMEMESİ VE SONUÇLARI

Dava yargı yolunun alternatifi olarak arabuluculuğa yönlendirilir. Çünkü arabuluculuk anlaşmazlığı tarafların rızası ve iradesi ile bitiren bir yöntemdir. Ancak bazen arabuluculuk beklenen hedef ile sonuçlanmaz. Bu bazı sebeplere dayalıdır. Bu sebeplerin belki de en önemlisi; tarafların rızası doğrultusunda anlaşmaya varamadan anlaşmazlığın sona erdirilmesi için belirlenen vaktin bitmesi veya tarafların arabuluculukta devam etmek yerine yargı yoluna yönelme istemleridir. Bazen de arabuluculuğun hedeflerine ulaşmaması, arabulucudan kaynaklanır. Nitekim bazen

⁶⁹⁶ Es-Serucî, Şemsuddîn İbrâhîm (ö.710/1310.), *Edebu'l-Kādî*, (thk. Şemsu'l-‘Ârifin Sıdkı Muhammed), Dâru'l-Beşâir el-İslâmiyye, 1997

arabulucu anlaşmazlığı ortadan kaldırmak için gerekli ortamı oluşturmaya güç yetiremez. Bu bağlamda arabuluculuk sürecinin ihtilaflı taraflar için tatmin edici bir anlaşma sağlayamamasının nedenlerinin daha net bir şekilde görmek için zikredilen sebepleri ayrıntıları ile ele alacağız.

4.5.1. Arabuluculuğun Bitmesinin Sebepleri

4.5.1.1. Arabuluculuk Süresinin Dolması

Arabuluculuk her zaman yargıya alternatif bir yol olmayabilir. Nitekim arabuluculuk yargı sistemini yok saymaz bilakis yargıya yardımcı olur ve yargı heyetini destekler. Arabuluculuk hakimler, mahkemeyi yönlendirenler ve tüm toplum da dahil olmak üzere taraflar için en münasip çözüm yoludur. Bu sebeple anlaşmazlık yaşayan tarafları arabuluculuğa yönlendiren ve teşvik eden kanunlar oluşturulmaktadır. Bu bağlamda sulhü sağlamak rolünü yerine getirebilmesi için arabuluculuğa verilen yeterli süre ne kadar olmalıdır? İslam hukukçuları arabuluculuk için açıkça bir müddet koymamışlardır. Ancak, arabuluculuk süresini belirleyen iki kriter ortaya koymuşlardır: tarafların rızasının gerçekleşmesi ve hak sahiplerine haklarının gecikmesine sebep olacak şekilde arabuluculuğun süresini uzatarak onların maslahatlarına zarar vermemek. Aksi halde bu durum şüpheye sebebiyet verebilir ve davanın doğruluğuna, tarafsızlığına ve hakları sahiplerine iade etme noktasındaki gücüne dair bir endişe hasıl olabilir.

Bunu İmam es-Seraḥsī, hakimın arabuluculuktaki rolünü açıklarken açıkça şöyle ifade etmektedir: “Bunu ancak tarafların rızası ve bir ya da iki kere olmak üzere yapabilir. Nitekim uzatmada hak sahibinin hakkını elde etmede gecikme olması ve taraflılık töhmeti söz konusudur”.⁶⁹⁷ İmam el-Kasani de, aralarında bir uzlaşma umudu olması durumunda, taraflar arasında kaç kez arabuluculuk yapılacağını belirleme konusunda onunla aynı fikirdedir ve şöyle der: “Eğer anlaşılırlarsa bir veya iki kereyi geçmez, aksi halde aralarında şeriatın belirlediği gibi hüküm verilir, anlaşma umudu yoksa onlara tekrar sulhü sunmaz ve aralarında hüküm verir. Çünkü bu noktada sulh teklifini tekrar etmede bir fayda yoktur”.⁶⁹⁸ Sürenin belirtilmemesi ve arabuluculuğun bir veya iki kere ile sınırlandırılması davanın sulhe bağlanması umudununun bulunması durumundadır. Dolayısıyla gerçek kriter belli bir sayı değildir diyebiliriz. Nitekim İbn Âbidin’in sayısı

⁶⁹⁷ Es-Seraḥsī, *el-Mebṣūṭ*, c.20/s.136.

⁶⁹⁸ El-Kāsānī, *Bedāi’u’s-Şanāi’ fī Tertību’ş-Şerāi’*, C.7/s.13.

üç çıkararak “Sulh teklifini iki ya da üç kere sunar” demiştir.⁶⁹⁹ Gerçek kriter tarafların arabuluculuğu kabul etmesi, rıza ve kararlılık göstermesidir. Ancak hakların zayı edilmesine sebebiyet verecek haksız bir uzatmadan da kaçınılmalıdır. Bu konuda İslam hukukçuları ittifak etmiştir.

Mu‘înu’l- Hukkām adlı eserde şöyle ifade edilir: “Hakim için hüküm vermek karmaşık bir hal alırsa davayı sulhe yönlendirmesi menduptur. İki taraf veya taraflardan biri bundan yüz çevirirse bu konuda ısrarcı olmaz, aralarında gerekli olan hükmü verir ya da davalarını bırakır”.⁷⁰⁰ Burada et-Ṭarablusī de arabuluculuğa herhangi bir süre vermemekte, bilakis rıza şartı ve tarafları sulhe zorlamaktan kaçınmak ile yetinmektedir. Çünkü zorlamak iradeyi yok sayar aynı zamanda bunda akdin geçerliliğini bozan ve husumeti ortadan kaldırarak çözüme ulaşmayı hedefleyen arabuluculuğun maksadını aşan ikrah da söz konusudur.⁷⁰¹

Aynı şekilde Malikiler de arabuluculuk için bir süre belirtmemişler, ancak ihtilaflı taraflar arasında arabuluculukta ısrar etmemeyi ve onları anlaşmaya çağırmayı şart koşmuşlardır. İmam Malik şunları ifade etmektedir: “Valinin uzlaştırmak için taraflardan birine anlaşmazlığı bitirmesi hususunda baskı yapması caiz değildir”.⁷⁰² Şafiiler de benzerini zikrederek şöyle demektedir: “Tarafların uzlaştırmalarını emretmek müstehaptır ancak buna yanaşmadıkları takdirde uzlaşma emrini tekrar etmek caiz değildir, çünkü hüküm zarurettir, hüküm verenin muvafakati olmaksızın onu geciktirmek caiz değildir”.⁷⁰³

Hanbeliler de arabuluculuk için belirli bir süre belirtmemiş bilakis süre olarak hakim davayı inceleyip hükmün delillerini araştırana kadar izin vermişlerdir. Belki arabulucu bu süre içinde taraflar arasında bir uzlaşmaya varabilir, husumeti ortadan kaldırabilir ve davayı sonlandırabilir. Diğer delillere bakmaya gerek kalmaz. Ancak arabuluculuk yoluyla sulh sağlanamazsa, dava hüküm vermesi için hakime iade edilir. El-Ferra delil yetersizliği durumunda dava prosedürlerini beyan ederken şunları söylemektedir: “Kendisi hakkında mülk ispat edilmemişse, durumlarına göre onları korkutur, mümkünse şahitlerin getirilmesini emreder ve arabuluculuğa geri dönmeleri

⁶⁹⁹ İbn ‘Ābidīn, *Ḳurratu A’ynu’l Ahyār litekmileti Reddi’l-Muhtār ala’d-Durri’l- Muhtār*, c.8/s.408.

⁷⁰⁰ Et-Ṭarablusī, *Mu‘înu’l-Hukkām Fīma Beyne’l- Hasmeyn mine’l-Ahkām*, s.123.

⁷⁰¹ Sözlükte ikrah, birini rızası olmayan bir işe zorlamak anlamına gelir. İslam hukukçularının ıstılahında ise kişiye istemediği şeyi yaptırmaktır. Bknz: ‘Abdūlmün‘im, *Mu‘cemu’l-Muštalahāt ve’l-Elfāzī’l-Fıkhīyye*, s.272; Ez-Zuhaylī, *el-Fıkhū’l- İslāmī ve Edilletuhu*, c.4/s.213.

⁷⁰² İbn Ferhūn, *Tebşīratu’l-Hukkām fī Uşūlu’l Akdiyye ve Menahicu’l-Ahkām*, c.1/s.48.

⁷⁰³ En-Nevevī, *el-Mecm ūu’ Şerhu’l-Muhezzeb*, C.20/ s. 167; eş-Şīrāzī, *el-Muhezzeb fī Fıkhī’l-İmāmī’s-Şāfi’*, C.3/s.404.

için hazır bulunmaları için bir süre belirler. Eğer tarafların rızası ile sulh gerçekleşirse bu doğrultuda hüküm verir şahitleri dinlemez. Sulh sağlanmazsa komşuları ve onların mülkü araştırılır.”⁷⁰⁴ Ancak Hanbelîler, sulhu kabul etmede ısrar edilmemesini şart koşturmuş. İbn Rüşd der ki: "Onlardan biri karşı çıkarsa ilzam gibi bir ısrarda bulunmaz".⁷⁰⁵ Çünkü böyle yapmakla arabuluculuk şartını yani rızayı ihlal etmiş olur. Süre, uzlaştırma amacıyla serbest bırakılsa dahi, uyuşmazlık halinde zorlama olmaması için belirlenmez. Yargı kararında esas olan "Hakkın, hakim huzurunda tesis edildikten sonra hükmün süratle verilmesidir. Şüphe durumunda ve akrabalar arasında uzlaşma ümidi oldukça ve sanığa şahitliğe cevap vermesi için sınırlı bir süre verilmedikçe, hakkın geciktirilmesi caiz değildir".⁷⁰⁶ Ancak arabuluculuk, yargının belirlediği süre içinde sonuç vermezse, davanın incelenip bir an önce karara bağlanması esastır. Çünkü yargı, hakların korunması içindir.

Zahirilerden İbn Hazm tarafları anlaşmaya ve arabuluculuğa yönlendirmede belirlenen süredeki kapalılık ve cehalet nedeniyle bu görüşe muhalefet etmiştir. Zira belirlenen süre bir saat veya Cuma günü, bir ay hatta bir ömür gibi bir saatten daha fazla olabilir. Peki bu süreyi belirleyen esas nedir?⁷⁰⁷ Süre belirtilmeden arabuluculuğa dönülmesi tehlikesi, yargı sürecinin gidişatını olumsuz etkileyebilir. Bu sulh için davanın bir dönem uzatılması anlamına gelen çok tehlikeli bir durumdur. Nitekim belirli bir süre belirtilmeden sulhe davet etmek husumetin uzun vadeli hale getirilmesine sebep olur.⁷⁰⁸ Bu, davacıları uzlaşma arzusundan değil, daha fazla zaman kaybetmekten kaçınmak için haklarından feragat etmeye ve kaybetmeye zorlayabilir. Davacıları uzlaşma arzusuyla değil, daha fazla vakit kaybetmemek için haklarından vazgeçmeye veya haklarını terk etmeye zorlamak, zamandan ve emekten tasarruf etmek ve taraflar arasında merhamet, sevgi ve saygıyı sürdürmek gibi arabuluculuğa başvurma sebepleriyle çelişmektedir. İbn Hazm bu durumu şöyle ifade etmektedir: "Eğer hükmü bırakırlarsa haklı olana haksız hüküm verilir veya talebinden vazgeçer ya da haksız hükmü talep etmeye meyleder ve karşı tarafa haksız yere para verir. Şüphesiz ki insanların arasında kin yaymak, yargı yollu çözümünden daha şiddetlidir."⁷⁰⁹

Buna, İslam hukukçularının taraflar arasında arabuluculuk için belirli bir süre belirtmemiş ve hakiminkin takdirine açık bırakmış olsalar da, bunu iki önemli koşulla

⁷⁰⁴ El-Ferrā', el-Ahkāmu's-Sultāniyye, s.84.

⁷⁰⁵ El-Hattāb, *Mevāhibu'l-Celil fī şerh Muhtaşar Halil*, c.6/s.80.

⁷⁰⁶ Ez-Zuhaylī, *el-Fıkhü'l-İslāmī ve Edilletuhu*, c.6/s.786.

⁷⁰⁷ İbn Hazm, *el-Muḥallā bi'l-Āşār*, C.6/S. 479.

⁷⁰⁸ El-Hāc, *eş-Şulh fī'l-Kānūni's-Sudānī*, s.60.

⁷⁰⁹ İbn Hazm, *el-Muḥallā bi'l-Āşār*, C.6/S. 479.

sınırladıklarını söyleyerek cevap verebiliriz. Birincisi: Arabulucunun belirlediği vakte tarafların rıza göstermesidir. Nitekim el-Beyan fi Mezhebi's-Şafii, Şafii'nin şöyle söylediğini nakleder: “Hakime hüküm belli olursa... tarafları sulhe yönlendirmesi mendupt olur. Hüküm bir veya iki gün erteler.” Çünkü anlaşmaya varmak menduptur. Hakim tarafların haklarından feragat etmelerini ister eğer bu noktada taraflar ortak noktaya varamazlarsa ve hüküm verilmesini isterlerse, hüküm vermesi vacip olur. Hüküm ortaya çıkarsa hakimin hükmü uygulaması vacip olur.⁷¹⁰ Hakimin davacılarıdan tahlil istemesinin nedeni, arabuluculuk için kararda acele etmemek ve öngörülen süre içinde rızalarını almaktır. İkincisi: Hak kaybına yol açabilecek veya yargıda tarafsızlık duygusu oluşturabilecek arabuluculuk için öngörülen sürenin uzatılmaması. Bu nedenle, arabulucunun, tarafların anlaşmaya varma isteklerini karşılamada başarılı olmadığı ortaya çıktıysa, arabuluculuğu sürdürmede ısrarcı olmanın kabul edilemezliğine dikkat çekmişler ve arabuluculuğun sonlandırılmasının vacip olduğunu ve davanın tekrar yargıya taşınması gerektiğini belirtmişlerdir.

İslam hukukçularının, hakimler için arabuluculuk süresinin belirlenmesi hususunu ve belirli bir süre ile değil bir takım şart ve kontrollerle sınırlandırılması, ilgili davanın esas ve gereklerine göre taraflar arasında anlaşma yoluyla arabuluculuk için belirli bir süre belirlenmesini engellemez. Bu noktada tahkim gibi anlaşmazlıkları çözümleyen diğer yollara kıyas edilir. Mecelle'de tahkim hakkında belirli bir süre belirlenir. 1846. maddede şöyle geçer: “Tahkim, zamanın geçmesiyle ortadan kalkan bir süre ile sınırlı ise, örneğin filanca ayın filanca gününe dek hükmedilmesi öngörülmüşse, bu süre geçerse geçersiz olur. Bu şekilde verilen hüküm uygulanmaz”.⁷¹¹ Fetava Hindiyye'de benzer ifade geçer: “Ve eğer bugün veya bu mecliste aralarında hüküm vermek için bir anlaşmaya varılırsa bu caizdir. O gün geçer ve meclisten çıkarsa, hüküm ortadan kalkar”.⁷¹² Her ne kadar tahkim ve arabuluculuk arasında ayırım yapsak da, her ikisi de ilgili prosedürleri, başlamadan önce belirli bir süre ile sınırlamanın önemi bakımından benzerdirler.

Arabulucunun taraflar arasında anlaşmayı sağlayamadan arabuluculuğun vaktinin bitmesi ile dava yargıya tekrar iade edilir. Hakim davaya bakar ve eğer bir fayda gözlemliyorsa ve tarafların da rızası varsa davayı tekrar arabuluculuğa gönderme hakkına sahiptir. Tarafların rızası ve fayda söz konusu değilse davaya devam eder. Arabuluculuk

⁷¹⁰ El-'Umrānī, *el-Beyān fi Mezhebi'l-İmām Şāfi'*, C.13/s.124.

⁷¹¹ Mecelle / 1846.

⁷¹² El-Belhī, Nizāmüddīn ve diğerleri, *el-Fetāvā el-Hindiyye*, Dāru'l-Fikr, t.y, 2. Baskı, C.3/s.398.

süresinin uzatılması, başta arabulucu olmak üzere çatışmaya dahil olan tüm taraflar için çok fazla zaman ve çaba gerektirdiğinden, arabuluculuğun zor ve karmaşık doğasının bir yansımasıdır. Arabuluculuğun doğası çok sayıda oturum gerektirir. Taraflar, uyuşmazlığın bir bölümü üzerinde başlangıçta belirtilen süre içinde kısmi bir anlaşmaya varabilirler ve geri kalan konuları ele almak için daha fazla zamana ihtiyaçları olabilir. Arabuluculuk sürecinin devam etmesi ve süresinin uzatılması için esas kriter, ihtilaflı tarafların rızasıdır.

4.5.1.2. Arabuluculuktan Vazgeçme

Arabuluculuğun prosedürlerinin doğru bir şekilde işlevini sürdürmesi için tarafların arabuluculuğun her oturumunda hazır bulunması gerekmektedir. Taraflardan biri veya ikisi bulunmadığı takdirde arabuluculuğun işlevi bozulur. Bu bağlamda arabulucunun rolü tarafları oturumlarda hazır bulundurması ve hakimin taraflara sağlayabileceği bazı hak ve kazanımlardan feragat etseler bile, sunulan tekliflerle açık olma konusunda tarafları teşvik etmektir. Bunların hepsi anlaşmazlık yaşayan taraflar arasında sevgi ve muhabbetin korunmasını hedeflemektedir. Buna rağmen taraflardan biri arabulucunun ısrarı ile kendi hakkından feragat etmesi için zorla baskı yaptığını hissedebilir. Bu arabuluculuğun tarafsızlığı ile çelişir. Bu durumda arabuluculuğun bitirilmesi gerekir.

Bu durumdan dolayı bazı İslam hukukçuları hakimlerin kendilerinin arabuluculuğu üstlenmesine karşı çıkmıştır. Bu, arabulucunun uyuşmazlığı sona erdirmeye konusunda taraflara baskı uygulamaması için ihtiyati bir tedbir olarak kabul edilir. Yine yargı merciinin baskı yaparak ihtilaflı tarafların uzlaşmaya varmak için bazı haklarından feragat etmeleri çağrısı da buna dahildir. İbn Âbidin bu noktaya değinerek şunları söylemektedir: “Hakim arabuluculuğu kendisi yürütmemeli bilakis bunu arabuluculardan birine devretmelidir”.⁷¹³ Kadı Şurayh’ten nakledildiğine göre o “anlaşmazlık yaşayan tarafların arasını bulma görevini kendisi üstlenmez ve derdi ki ‘Kadı davayı görmek için görevlidir bu sebeple anlaşmazlık yaşayan taraflar ona başvurur. Sulh görevi ise başkasına aittir. Kadı ne ile görevlendirildiyse o işle meşgul olmalı sulhü başkasına bırakmalıdır’. Ancak o bu olayda⁷¹⁴ karışıklık ve delillerin çekişmesinden dolayı tarafları sulhe çağırarak görevlidir”.⁷¹⁵ El-Māverdi ayrıca arabuluculuğun taklit veya vesayet

⁷¹³ İbn ‘Âbidin, *Qurratu A’ynu’l Ahyār litekmileti Reddi’l-Muhtār ala’d-Durri’l- Muhtār*, c.8/ s.408

⁷¹⁴ Anlaşmazlık yaşayan tarafları uzlaştırdı. Ancak evi yanan ve komşusuna bir emanet bırakan kadın hariç. Nitekim komşusu bu emaneti kaybediyor ve 180 dirhem ile aralarında anlaşma sağlıyor. Bknz.: Es-Seraḥsī, *el-Mebṣūt*, c.20/s.137.

⁷¹⁵ Es-Seraḥsī, *el-Mebṣūt*, c.30/s.137.

gerektirmedigini ve onu kadılar arasından kim üstlenirse yargı yetkisi olmadan üstlendiğini ve arabuluculuğu varsayarak davayı inceleme hakkına sahip olmadığını belirtmektedir.⁷¹⁶

Tüm bu prosedürler tedbir amaçlıdır ve tarafların arabuluculuğa güvenmesini ve sulhe her türlü zorlayıcı ve zorunluluktan uzak rızaya dayalı bir yol olduğunu tekit etmeyi hedeflemektedir. Bu insanların haklarına sahip olmalarına ihtiram göstermek ve kendi mülklerinde tasarruf etme özgürlüğünü korumak içindir. Bu noktada İslam hukukçuları tarafların arabuluculuktan dönme hakkına sahip olduklarında ittifak etmişlerdir.⁷¹⁷ Bunun nedeni, karşılıklı rıza ile asıl haklarına alternatif olarak arabuluculuğa sevk edilmiş olmalarıdır. Davacıların iradesi arabuluculuğun sonucu için belirleyici faktör olduğundan, rıza ve onay şartına tabidir, bu nedenle arabuluculuğa devam etme veya çekilme haklarına sahiptirler.

Yalnızca Malikiler ve Hanbeliler arabulucunun mezalim nâzırı olması gibi özel bir durumda arabuluculuğa gitmede ve yargıya alternatif olarak arabuluculuğun kabulünde rıza şartını aramazlar. Nitekim onlar yargıç ile mezalim hakimi arasında ayrım yaparlar. Eğer davaya mezalim hakimi bakıyorsa tarafların rızasını almadan onları arabuluculuğa yönlendirebilir. Ancak yargıç bu yapamaz, tarafların yargıdan arabuluculuğa geçmeyi kabul etmeleri gerekir. Malikilerden İbn Farhun der ki: “Davalıları karşılıklı rıza ile ayırmak için mütevellî heyeti arabuluculuğa sevk etme hakkına sahiptir ve yargı ise ancak iki muhalifin rızası iledir.”⁷¹⁸ El-Ferra, “İki hasmı bunu ona zorladı” diyerek onunla aynı fikirdedir.⁷¹⁹

Burada kastedilen şey, mezalim hakiminin tarafları arabuluculuğa zorlayabildiği ancak tarafların arabuluculuktan çıkma ve şartlarını istedikleri gibi kabul etmeme haklarının olduğudur. Ancak davanın yargı tarafından görülmesi halinde, yargıcın böyle bir hakkı yoktur ve yargıcın rolü onları yargıya çağırmakla sınırlıdır. Bu ayrımın nedeni ise genellikle mezalim hakimine sunulan davalar, taraflardan birinin diğerinden ya kendi başına ya da yetkisini kullanarak üstün olduğu davalardır, dolayısıyla mezalim hakimi gibi otoriter bir gücün caydırıcı müdahalesinin olması gerekir. Bununla birlikte, kimin yürüttüğüne bakılmaksızın rıza faktörü, arabuluculuk işini başlatan ve bitiren bir kriterdir.

⁷¹⁶ El-Māverdi, *el-Ahkāmu's-Sultāniyye*, s.152-151 .

⁷¹⁷ Es-Seraḥsī, *el-Mebṣūt*, c.20/s.136; El-Ḳarāfī, *ez-Zaḥīra*, c.10/s.39; En-Nevevī, *el-Mecmū' Şerḥu'l-Muhezzeb*, c.20/s.167; El-Ferrā', *el-Ahkāmu's-Sultāniyye*, s.82.

⁷¹⁸ İbn Ferḥūn, *Tebşiratu'l-Hükkām fî Uṣūlu'l Akdiyye ve Menahicu'l-Ahkām*, c.1/s.192; el-Ḳarāfī, *ez-Zaḥīra*, C.10/s. 39.

⁷¹⁹ El-Ferrā', *el-Ahkāmu's-Sultāniyye*, s.88.

Arabuluculuktan çekilme ve yargıya başvurma hakkı, anlaşmazlık yaşayan tarafları garanti ve güvence altına almaktadır.

4.5.1.3. Arabulucunun İstifası veya Görevden Alınması

Arabuluculuk görevinde arabulucunun karakteri önemli bir unsurdur. Ve arabulucu ne kadar maharetli, anlayışlı, anlaşmazlık konusu ve şartları hakkında ne kadar idrak sahibi ise başarılı olma hedefine o kadar ulaşır. Ancak arabulucu çoğu zaman anlaşmazlık yaşayan taraflar arasında iletişim kurmada sıkıntı yaşayabilir ve arabuluculuk başarısız olur ve anlaşmazlık eski haline geri döner. Arabulucunun beklenen anlaşmanın sağlanması noktasında başarısız olmasını iki sebebe bağlayabiliriz. Birincisi arabulucunun istifa etmesi, ikincisi ise tarafların veya herhangi bir tarafın arabulucunun mevkisinden alınmasını istemesi ve yerine iki tarafında onayladığı başka bir arabulucu talep etmeleridir. Burada bu iki sebep açıklanacaktır.

4.5.1.3.1. Arabulucunun İstifası

Arabuluculuk vazifesi oldukça zorlu ve karmaşıktır. Çünkü o iki tarafın da maslahatına uygun olarak tarafların rızasına dayalı bir çözüm için çalışır. Ve kişinin maddi değeri olan bir haktan vazgeçmesi çok kolay değildir. Tam da bu noktada arabulucunun bu zor görevi kolaylaştıran arabuluculuk hususundaki mahareti devreye girer. Bundan dolayı hukukçular arabuluculuk görevini yerine getirecek olanlar için ehliyet ve vasıflı olmak gibi bir dizi şart koymuşlardır. Arabulucu kendini arabuluculukta yeterli görmediği durumda ya da taraflardan biri tarafından arabuluculuğun emanet ve tarafsızlık gibi önemli unsurlarını bozan bir baskı hissettiği durumlarda arabuluculuktan çekilmesi daha uygundur. Bu arabuluculuk görevini üstlenmede diğer arabuluculara fırsat vermesi açısından da önemlidir.

Arabulucu taraflarla iletişim halinde iken dikkatli olmalıdır, söylenen her kelimeyi hesap etmelidir. Arabuluculuğun tarafsızlığı konusunda kalplerde şüphe meydana gelebilir dolayısıyla omuzlarındaki bu büyük sorumluluğun önemini kavramalıdır. Nitekim arabuluculuk, bu işi layıkıyla yerine getirmek için görevlendirilen kişi için bir emanettir. Allahu Teala der ki: “*Kendisine emanet verilen emaneti yerine getirsin ve bu konuda Allah’tan korksun.*”⁷²⁰ Bu haklara riayet etmek Allahu Teala’nın genel bir

⁷²⁰ Bakara / 283.

emridir.⁷²¹ Bu sebeple her Müslümanın her vazifede emanet (dürüstlük) unsurunu gözetmesi gerekir. Özellikle de istenilen amaca ulaşması için arabuluculukta emanet gözetilmelidir. Aksi takdirde arabuluculuk hak sahiplerinden haksız yere haklarını gasp etmek için bir araç haline gelir. Özellikle de arabuluculuk, herhangi bir sebep olmaksızın yargı kararını gereksiz yere ertelemeyi içeriyorsa bu kaçınılması gereken büyük bir sıkıntıdır.

Dolayısıyla arabuluculuğun gereği gibi yapılmaması, arabulucunun yargı tarafından kendisine emanet edilene ihanet olarak kabul edilir. Allahu teala şöyle buyurmuştur: “*Ey iman edenler, emanetlerinize ihanet ederek Allah'a, Resûlüne ihanet etmeyin.*”⁷²² Doğru arabuluculuk Allah ve Rasul'ünün emrettiği gibi caiz olan sulhe yönlendiren bir arabuluculuktur. Allah'ın ve tarafların rızasına dayanır, arabulucu olayı kavrar gerekli olanı bilir ve adaletli olmaya çalışır. Böyle birinin derecesi gündüz oruç tutan gece ibadet edenden daha faziletlidir. Zulüm olan sulh, kendi içinde adaletsizliktir, örneğin iki hasımdan birinin en ufak bir hakkı üzerinde uzlaşması veya güç sahibi zalim ile gücü olmayan mazlumu güç sahibinin rızasına göre uzlaştırması gibi. Zira bu durumda güçlü olan payını alır, zayıf içinse iftira ve zulüm olur, mazlum hakkını alamaz. Bu da haksızlık ve ihanettir.⁷²³

İhanet, kendisine güvenilen şahsın ondan beklenilenin aksine gerçeği gizlemesidir. Allah'a ihanet, kişinin kendisine verilen emanete riayet etmemesidir. Nitekim bu dinin tavsiyesine muhalefet etmektir. Allah Rasul'üne ihanet ise onun sünnetine muhalefet etmektir. Emanetlere ihanet ise adaletsiz davranmak veya dürüst olmamaktır. Herkesin ihanetinin derecesi kendisine emanet edilen kadardır. Nitekim -kişinin kendisi ve diğer insanlar arasındaki- emanetlere ihaneti, fiili olmak bir yana kalbi irade ile bile kendi payını Müslümanların payına tercih etmesidir.⁷²⁴ Arabuluculuktaki ihanet ise taraflara nasihat etmemek, taraflardan birinin elde edebileceği menfaati, davacılarından birinin veya her ikisinin menfaatine üstün tutarak şahsi çıkarına göre arabuluculuğu yürütmektir. Arabulucu taraflardan birine, arabuluculuğun tarafsızlığını ve dürüstlüğüne etkileyebilecek bir eğilim gösterdiğini hissederse, yargıya geri dönmeli ve

⁷²¹El-Māverdi, Ebu'l-Hasen el-Bağdādī (ö.450/1058), *en-Nüket ve'l-'Uyûn*, (thk. Seyyid b. Abdulmaksut), Dârû'l-Kutubi'l-'İlmiyye, Beyrut, t.y. C.1/s.359.

⁷²² *Enfal* / 27.

⁷²³ El-'Asīmī, 'Abdurrahmān b. Muḥammed (ö.1392/1911), *Hāşiyetu'r-Ravḍu'l-Murbi' Şerḥu Zadi'l-Müstekni'* (basım yeri yok), 1.baskı, 1972, C.5/s.128.

⁷²⁴El-Kuşeyrī, Abdülkerim b. Havzan (ö.465/1072), *Tefsīru'l-Kuşeyrī, el-Hey'etu'l-Misriyye el-'Āmme li'l-Kutub*, Mısır, 3. Baskı, t.y. C.1/s.618 .

arabuluculuktan menedilmesini talep etmelidir, aksi takdirde kendisine emanet edilen emanete ihanet eden hain vasfını hakeder.

Bu nedenle arabulucu, arabulucunun şartlarında belirtilen yeterlilik veya tanımlayıcı koşullardan birini kaybederse veya arabulucularla ilgili bir nedenle arabuluculuğa devam edemezse, tarafların kendilerine zarar vermemek ve kararının farkında olmaları şartıyla arabuluculuktan muaf olmalıdır.⁷²⁵ Yargı muhaliflere açık olduğu için arabulucu kenara çekilebilir ve ihtilaflı taraflar üzerinde hiçbir etkisi kalmaz.

4.5.1.3.2. Arabulucunun Azli

Arabuluculuğun başından sonuna kadar tarafların rızasının sürdürülmesi şarttır. Eğer anlaşmaya varılmadan önce taraflardan biri arabuluculuktan dönerse arabuluculuk sona ermiş olur. Çünkü arabuluculuk iki tarafın anlaştığı bir sözleşme olduğu için arabulucu tarafların rızası olmadan anlaşma sağlayamaz. Nitekim arabuluculuk lazım olmayan bir akittir. Yani taraflardan herhangi biri kendi iradesi ile istediği zaman akdi fesih etme hakkına sahiptir. “Yine hakimın arabulucu veya tarafların isteği ile arabuluculuğu sonlandırma hakkı vardır.”⁷²⁶ Bu bağlamda Peygamberin sünneti buna delil teşkil etmektedir, nitekim Allahu Teala’nın “*Biz emaneti göklere, yere ve dağlara teklif ettik de onları kabul etmedi ve onu insan yükledi.*”⁷²⁷ ayetinin tefsirinde bu ayetin iniş sebebi olarak müminlere adap öğretmek ve Hz. Peygamberi incitmemek zikredilir. Nitekim Ensar’dan bir adam Hz. Peygamber (s.a.v.)’in taksimine itiraz edince: "Bu, Allah rızası için yapılmamış bir taksimdir" dedi.⁷²⁸ Hz. Peygamber (s.a.v.)’in bu ayrımının bir arabuluculuk ve sulh yolu olduğu rivayet edilir. Kurtubi şunları söylemektedir: “Rasûlullah (s.a.v.) Ensâri ile olan ayrılığında Zübeyr ile birlikte sulh yolunu yürümüş ve helak kelimesini işitince, Zübeyr’in hakkını af etmeksizin yerine getirmesine izin vermiştir.”⁷²⁹ Yani Ensari, Peygamber (s.a.v.)’in arabuluculuk hükmünü reddedip buna itiraz edince, Hz. Peygamber (s.a.v) aralarında yargı ile hüküm verdi.⁷³⁰ Ensari’nin Hz. Peygamber (s.a.v)’in sulh ile verdiği hükme olan itirazı Peygamberin arabuluculuk görevinden azledilmesi ve davanın yargıya taşınması olarak yorumlanır. Hz. Peygamber

⁷²⁵ Vekil genel olarak müvekkilinin bilgisi dahilinde istifa edebilir. Bir husumet veya birşeyi satın almada vekil olan kişi müvekkiline zarar vermemek şartı ile istifa edebilir. Vekalet ise sabit kalır. Bknz. Ed-Devrî, *A'kdu't-Taḥkīm fi'l-Fıkhî'l-İslāmî ve'l- Kānūnî'l-Vaḍî*, s.245, *Mecelle*, Madde: 972.

⁷²⁶ *Er-Rubeyş, Abdulaziz, el-Vasâtâtü'l-Kaḍāiyye*, s.307.

⁷²⁷ *Ahzab* / 72.

⁷²⁸ Eş-Şevkānî, *Fethu'l-Kadîr*, c.4/s.353.

⁷²⁹ El-Kurtubî, *el-Cāmi' li-Ahkāmî'l-Kur'ān*, c.5/s.268

⁷³⁰ El-Buhārî, *Şaḥîḥi'l-Buḥārî*, c.3 /s.111/ no: 2359.

(s.a.v) arabuluculuk rolünden yargı görevine geçmiştir. Peygamber'in dürüstlüğünde şüphe yoktur ancak bu davada o bir arabulucu idi ve ihtilaflı taraflardan biri tarafından davanın tarafsızlığı sorgulandığında arabuluculuğu bırakmaktan başka seçeneği olmamıştır.

Arabuluculuk, tamamlanması için tarafların rızasının gerekli olmasıyla tahkime benzese de, tahkimden farklı olarak tarafların istedikleri zaman ve içlerinden birinin tek taraflı iradesiyle arabulucuyu görevden almalarına izin verir. Tahkimde ise taraflar, hakem kararı vermeden önce hakemin azlini isteyebilirler. Taraflardan biri, hakem delilleri dinledikten sonra ve hükmünü vermeden önce hakemin azledilmesini isterlerse diğer davacı onunla aynı fikirde olmadıkça, bunu yapma hakkına sahip değildir.⁷³¹ Anlaşmazlık halindeki tarafların, karar verilmeden önce istedikleri zaman hakemi görevden almalarına izin verilmesinde ittifak vardır. Aynı zamanda arabuluculukta da, anlaşmanın tamamlanmasından ve barış anlaşmasının imzalanmasından önce, tarafların istedikleri zaman ortak iradeleriyle arabulucuyu görevden alma hakları vardır. Tüm bunlar, her iki yolda da rıza unsurunun sağlanmasına dayanmaktadır, çünkü bu iki yolun yargı yolunun alternatifi olarak görülmesinin sebebi rızaya olan ihtiyaçtır.

Tahkimde rıza şartı arabuluculuk ve sulhte olduğu gibi dört mezhebin üzerinde ittifak ettiği hususlardandır.⁷³² El-Māverdi şöyle demektedir: “Eğer ihtilaflı taraflar hakimden kendilerini arabulucuya yönlendirmesini talep ederse, hakimin davaya bakmayı bırakması gerekir. Onların hükmü zorlamadan rızaya dayalı arabulucuya geçmektedir”.⁷³³ Yukarıdakilere dayanarak, ihtilaflı tarafların arabulucuyu görevden alabileceklerini söyleyebiliriz. Çünkü o tarafların mutabakatı ile bu göreve atanmaktadır dolayısıyla azletme hakkına sahiplerdir. Nitekim davacılar hakem kararı verilmeden önce hakemi görevden alabilirler. Bunun nedeni, “hakemin atanması davacıların mutabakatı ile yapılmıştır, yargılamadan önce onu görevden alma hakları vardır.”⁷³⁴

4.5.2. Anlaşmazlığın Sonuçları

Taraflar arasındaki anlaşma ve uzlaşmanın hukuki sonuçları da vardır. Arabuluculuğun rızaya dayalı olarak davayı sona erdirmesi nedeniyle aralarındaki

⁷³¹ Es-Sūsū, ‘Abdalmecīd Muḥammed, *E’şeru’t-Taḥkīm fī Fıḫhi’l-İslāmī*, c.22/s.101.

⁷³² İbn Nuceym, *el-Baḥru’r-Rāiḳ Şerḥ Kenzu’d-Daḳāiḳ*, c.7/s.27; İbn Ferḥūn, *Tebşiratu’l-Hükkām fī Uşūlu’l-Aḳdiyye ve Menahicu’l-Aḥkām*, c.1/s.62; El-Māverdi, *Kitābu’l-Ḥāvi’l-Kebīr*, (tahkik: Ali Avad ve Adil Abdulmevcud) Daru’l-kutubul ilmiyye Beyrut, 1999 c.16/s. 325; El-Maḳdisī, *el-Muḡnī*, c.14/s.92.

⁷³³ El-Māverdi, Edebu’l-Kādi, c.2/s.79.

⁷³⁴ Es-Sūsū, ‘Abdalmecīd Muḥammed, *E’şeru’t-Taḥkīm fī Fıḫhi’l-İslāmī*, C.22/s.116.

anlaşmazlıktan kaynaklanan birtakım sonuçlar doğar. Ancak kendisine tanınan sürenin dolması gibi saydığımız nedenlerle uzlaşma sağlanamayınca birtakım etkiler ortaya çıkar ve bunların en önemlileri anlaşmazlığa dönüş, arabulucunun tanıklığı ve arabulucuya ödenecek ücretlerdir.

4.5.2.1. Husumete Dönüş

Yargının temeli, davacılar arasındaki uyuşmazlıkları çözmektir.⁷³⁵ Ve buna dayanarak hakimün üç hususu dikkate alması gerekir: Davacılar arasındaki anlaşmazlığı çözmek, hakların belgelenmesi, sahip olduğu argümanları ve belgeleri korumak.⁷³⁶ Ancak sulh anlaşmazlıkları sevgiye dayalı olarak bitirmesinden dolayı, yargı buna yönelmiş ve İslam bunu teşvik etmiştir. Buna rağmen, yargının sulhe müdahalesinin caizliği genel olarak söz konusu değil bilakis bu, müdahale edilecek bir sebep söz konusu ise gerçekleşir. Bu sebeplerin en önemlilerinden biri de hakimün gözü ile davanın muğlak ve karışık olması aynı zamanda yakın akrabalar, liyakatli kimseler gibi hakimün barıştırmasını umduğu kimselerin bulunmasıdır.⁷³⁷ Davanın arabuluculuğa havale edilmesi ile dava yargının denetiminden çıkmamaktadır. “Özellikle yargısal arabuluculuk çözüme ulaşamamışsa, davayı arabulucuya havale eden mahkemeye dava iade edilmelidir. Yine hakim herhangi bir zamanda arabulucu veya davacıların talebi üzerine arabuluculuğu sona erdirebilir”.⁷³⁸ Yargı, arabuluculuğun başından sonuna kadar tüm aşamalarını takip eden ve denetleyen denetim merciidir. Arabuluculuğun davayı sona erdiren bir uzlaşmayla sonuçlanmaması durumunda, davanın yargıya iade edilmesi konusunda hukukçular ittifak halindedir.⁷³⁹ Davanın kesinleşmesi ve yeniden mahkeme önüne getirilmemesi için davanın iddia ve delillerle bitmesi gerekir ki bu da arabuluculuk için harcanan emeğin boşa gitmesine ve uzlaşmanın sağlanmasına yol açmaktadır. Gerek tarafların ulaştığı sulh maddelerinin neticesi olan iddia ve deliller olsun gerekse geçerliliği ayrıntılı bir şekilde incelenecek olan arabulucunun şahitliği olsun.

⁷³⁵ Yargı sözlük anlamı itibari ile hakların alınmasıdır. Terim olarak ise: Hükmün yerine getirilmesi anlamına gelmektedir. Hakime kadı denir çünkü o hükmü yerine getirir. Kaza zorunlu kılma anlamına gelir. Kadı olarak isimlendirilmesi kendisine vacip olan kişiye hükmü gerekli kıldığı içindir. Hakim olarak isimlendirilmesi ise zulmü engellediği içindir. Bknz: El-Herevî, *Tehzîbu'l-Luğa el-Herevî*, C.3/s.268; El-Herevî, *eż-Zâhir fî Garîb El-fâzî's-Şâfi'i*, (thk.Mes'ad b. es-Sa'danî), Dâru't-Talâil, t.y. s.276.

⁷³⁶ El-Mâverdî, *Edebu'l-Kâdi*, Matbaul-Ani, C.2/s.68.

⁷³⁷ El-Mevvâk, *et-Tâc ve'l-İktîl li Muhtaşar Halîl*, C.8/s.134; El-Hâc, 'Abdullâh 'Abdulkâdir, *eş-Şulh fî'l-Kânûni's-Sudânî*, s.53.

⁷³⁸ *Er-Rubeyş*, Abdulaziz, *el-Vasâtâtü'l-Kağâiyye*, s.307.

⁷³⁹ Es-Seraşsî, *el-Meşvât*, c.16/s.110; Kurtubi, Muhammed b. Ahmed (ö.520/1126), *el-MuKaddimati'l-Mumehhidat, Dâru'l Ğarbi'l-İslami*, Beyrut, 1988, C.2/s.517; El-Haraşî, *Şerhu Muhtaşari Halîl li'l-Harş*, c.7/s.168; El-'Umrânî, *el-Beyân fî Mezhebi'l-İmâm Şâfi'*, C.13, s.124; El-Ferrâ', *el-Ahkâmu's-Sultâniyye*, s.81.

İslam hukukçularının arabuluculuk prosedürlerine ve arabuluculuktan sonra davayı yargıya döndürmenin önemine dikkat ettiklerini gösteren bir başka delil Kasani'nin şu sözüdür: “Taraflar da kabul ettikten sonra hakimin, husumeti anlaşmaya yönlendirmesinde bir beis yoktur, sulh ile yargının amacı gerçekleşmiş olur. Ancak bu kin gütmekten ve eğer anlaşabilirlerse bir veya iki kereden fazla olmamak şartıyla. Aksi bir durumda şeriatın gerekli gördüğü şekilde hüküm verilir. Anlaşmaya varmaya rıza göstermezlerse tekrar buna yönlendirilmez ve yargı yolu ile aralarında hükmedilir. Nitekim bu noktadan sonra sulhe yönlendirilmelerinde bir fayda söz konusu değildir”.⁷⁴⁰

Mecelle de bu hükme varmış ve 1826 maddesinde şöyle demiştir: “Hakim akrabalar ya da yabancılar arasında olan husumette tarafları bir veya iki kere anlaşmaya varmaları konusunda tavsiye ve uyarıda bulunur. Kabul ederlerse sulh kitabında geçen meseleler gereğince tarafları anlaştıtır kabul etmezlerse mahkemeyi (bir sonuca ulaştırarak) bitirir.”⁷⁴¹

El-Māverdi der ki: “Hakim, hüküm verme konusunda bir kararsızlık yaşar ve taraflar uyuşmazlığın arabulucuya bırakılmasını talep ederlerse davadan çekilmelidir. Hakimin, tarafları belirli bir aracıya yönlendirmesi gerekmez. Çünkü bunu yapması o davaya bakması demektir bu da onun sorumluluğunda değildir. Eğer onlara arabulucu tayin etme konusunda onay verirse bu gönüllü olarak yaptığı bir şeydir ve arabulucu zorlayıcı olmadan tarafların rızasına göre hüküm verir. Eğer arabuluculuk anlaşma ile sonuçlanırsa dava biter aksi takdirde dava yargıya tekrar döner ve hakim aralarında hüküm verir”.⁷⁴²

El-Ferra, davalarda özellikle de karışı davalardaki mezalim mahkeme başkasının rolünü vafederken şunları söyler: “Tarafları, haklarında bilgi sahibi, itaat edilecek, vakarlı, tecrübeli arabuluculuk süresi boyunca dürüstlük ve anlaşmazlığa sevk edecek bir arabulucuya yönlendirmesi gerekir..... yoksa yargının gerektirdiği gibi davayı hükme bağlar.”⁷⁴³

Yukarıda zikrettiklerimize binaen yargı ile arabuluculuk arasındaki ilişkiyi, yardımlaşmaya, ortaklığa, karşılıklı dayanışmaya dayalı bir ilişki şeklinde özetleyebiliriz. Arabuluculuğun yargı üzerindeki yükü hafifleten derin bir etkiye sahip olma özelliğinden dolayı yargı arabuluculuktan ayrılmaz. Nitekim arabuluculuk sulh ile birçok davayı

⁷⁴⁰ El-Kāsānī, *Bedāi' u's-Şanāi' fī Tertību'ş-Şerāi'*, c.7/s.13.

⁷⁴¹ *Mecelle*, Madde: 1826.

⁷⁴² El-Māverdi, *Edebu'l-Kādi*, Matbaul-Ani, C.2/s.69; El-El-Māverdi, *el-Ahkāmu's-Sulṭāniyye*, s.143.

⁷⁴³ El-Ferrā', *el-Ahkāmu's-Sulṭāniyye*, s.81.

çözümüne kavuşturur. Ancak yargı, arabuluculuk sürecini kontrol etmeye ve yönetmeye devam eder. Davaya bakmakla görevlendirilen hakimin arabuluculuk sürecindeki merhaleleri takip eder. Arabulucunun görevini kanuni olarak yerine getirip getirmediği, tarafların prosedürlere karşı etkinliği, arabulucunun çabası ve arabuluculuk sürecinin başarı ile tamamlanmasındaki azmi noktasında emin olmak için hakim davayı her an gözlemler. Buna göre hakim arabuluculuk işini sonlandırma, davanın yargıya geri verilmesi veya gerekli gördüğünde ve arabuluculuğun devam etmesinde fayda sağlamadığını gördüğünde aracılık yapan şahsın değişmesi konusunda söz hakkına sahiptir.

Arabulucunun da arabuluculuğun her merhalelerindeki sonuçlarını yargıya bildirmesi özellikle sulh yolu ile anlaşmaya varamama durumunu haber vermesi gerekir. Bu noktada dava yargıya taşınır. Bu, özelde ihtilafı taraflar üzerinde ve genel olarak toplumun güvenliği ve emniyeti bağlamında uyuşmazlıkların çözülmesindeki gecikmeden doğan zararı önlemek ve hakları korumak içindir. Dava değerlendirilmek üzere yargıya iade edildiğinde, bu davada arabulucunun rolü gündeme gelir. Arabuluculuğun sona ermesi ve beklenen anlaşmanın sağlanamaması durumunda arabulucunun rolü de sona erer mi, yoksa tarafların görüşlerini ortak noktaya ulaştırmaya çalışan anlaşmazlığı idare eden kişi rolünden hakların ortaya koyulması için şahitlik rolüne mi döner?

4.5.2.2. Arabulucunun Şahitliği

İslam hukukçuları, Allahu Teala'nın “*şahitliklerinizi gizlemeyin kim gizlerse kalbinin günahındandır.*”⁷⁴⁴ buyruğu ile şahitlik talep edilirse⁷⁴⁵ şahitlik edilmesinin vacip olduğu ve şahitliği gizlemenin de haram olduğu görüşündedirler. Şahitliği gizlememin caiz olmaması ve günaha yol açarak tehdid içermesinin hikmetine ilişkin Şafii şöyle demiştir: “İlim ehlinde öğrendiğime göre şahit, babasına, oğluna, yakınına ve uzağına karşı şahitliği vacib olsa şahitlik etmekle yükümlüdür. Kimsenin şahitliğini gizleyemez, tarafgirlik yapamaz ve kimseyi şahitlikten engelleyemez.”⁷⁴⁶ Ancak, özellikle anlaşmazlık halinde taraflar arasında yapılan müzakerelerde, yargı önünde ifade vermesi istendiğinde aynı şey arabulucu için de şart olur mu? Zira sözleşmede yukarıda bahsedildiği üzere arabulucunun şahitliği, üzerinde anlaşılan hususu belgelemek olup bu

⁷⁴⁴ Bakara / 283.

⁷⁴⁵ İbn Nuceym, *el-Baḥru'r-Raiḳ Şerḥ Kenzu'd-Daḳāiḳ*, c.7/s.57; El-karafi, *eż-Zaḥīra*, C.10/s.167; El-Māverdi, *Kitābu'l-Hāvi'l-Kebīr*, C.17/s.50; El-Buhūti, *er-Ravḍu'l-Murbi' fi Şerḥ Zādi'l-Mustekni'*, s.719.

⁷⁴⁶ El-Māverdi, *Kitābu'l-Hāvi'l-Kebīr*, c.17/s.50.

belgelendirmenin aracıdır ve ispat delili değildir. Anlaşmazlık halinde, davanın ilerlemesinde ve kararlarının ispatında büyük rol oynar. Ancak diğer taraftan gizlilik, arabuluculuğun en önemli özelliklerinden biri olarak kabul edilir. Buradaki hedef ise iki tarafı, görüşlerini yakınlaştırmaya yardımcı olacak şekilde diyaloga teşvik etmektir. Ancak, arabulucunun uzlaştırma arabuluculuğu sırasında davacılar arasında yaşananlar hakkında şahit olması istenirse ve arabulucunun şahitlik yapması gerektiği söylenirse, bu gizlilik ilkesine aykırıdır ve arabuluculuğun etkin rolünü engellemektedir. Bu noktada diyebiliriz ki arabulucunun şahitliğinde iki durum söz konusudur:

Birinci Durum: Bu durumda arabuluculuk şahitliğin yapılmaması veya gizlenmesi konusunda herhangi bir şart içermez. Bu noktada delillerin genelliği sebebi ile asıl olan şahitliğin yerine getirilmesidir. Bu konuda İslam hukukçuları da ittifak halindedir. Nitekim özellikle arabuluculukta şahitliği yerine getirmeye engel olacak bir durum söz konusu da değildir. Birçok İslam hukukçularından gelen nakiller de bu duruma delil teşkil etmektedir. Bunlardan biri El-Māverdi'nin şu sözüdür: “Eğer arabuluculuk iki tarafların anlaşmasına yol açarsa, onun arabuluculuğu sona erdirmesine gerek yoktur bu görevde iken şahit idi ve ne zaman şahitlik yapmaya çağrılırsa onu yerine getirmesi gerekir. Arabuluculuk onları uzlaştıramazsa, kendisine itiraf ettiklerinde aleyhlerine şahitlik eder”.⁷⁴⁷ El-Ferra'dan da buna benzer söz nakledilir.⁷⁴⁸ Buna dayanarak, bu durumda arabuluculuğun ve gizliliği korumanın tanıklığa engel olmadığını söyleyebiliriz.

İkinci Durum: Arabuluculuk, gizlilik ve arabuluculuk oturumlarında olup bitenler hakkında tanıklık etmeme şartı içerir. Bu durumda İslam hukukçuları iki görüşe ayrılırlar. El-Māverdi'nin şöyle der: "Arabulucunun, tarafların ikrarı ile onlar hakkında şahitlik etmesi caizdir. Eğer taraflar arabulucuya aleyhlerinde şahitlik etmemesini şart koşarlarsa bunun uygulanması veya uygulanmamasının şahitliğin geçerliliği için şart olup olmadığı noktasında iki görüş vardır.”⁷⁴⁹

⁷⁴⁷ El-Māverdi, *el-Ahkāmu's-Sultāniyye*, s.152-151

⁷⁴⁸ El-Ferrā', *el-Ahkāmu's-Sultāniyye*, s.88.

⁷⁴⁹ El-Māverdi, *Edebu'l-Kādi*, C.2/s.69.

Birinci Görüş: Bu şartın yerine getirmesi yönündedir. Şart şahitlik için bir engeldir. Arabulucunun, davacılar arasında gördükleri hakkında şahitlik yapması caiz değildir. Bu görüş Malik⁷⁵⁰ ve Ahmed'den⁷⁵¹ rivayet edilmiştir.

Bu görüşü aşağıdaki gibi delillendirmek mümkündür:

- 1- Temel ilke, helalı haramı haramı helal kılmadığı sürece sözleşme ve şartların yerine getirilmesidir. Bu konuda birçok delil vardır. Bunlardan biri Allahu Teala'nın “*Ey iman edenler sözleşmelerinizi yerine getirin.*”⁷⁵² ve “*Onlar emanetleri yerine getirirler.*”⁷⁵³ buyruğudur. Hz. Peygamber (s.a.v)'in şu hadisi ahidini yerine getirmeye delildir: “Münafığın alameti üçtür: konuştuğunda yalan söyler, verdiği sözü tutmaz ve kendisine verilen emanete hıyanet eder”.⁷⁵⁴ Bu sözün dalalet ettiği şey, arabuluculukta devam eden sırların, arabulucunun taşıyabileceği bir emanet olarak kabul edilmesidir. Nitekim taraflar sırlarını bunları koruyacağından ve açığa çıkarmayacağından emin oldukları için ona açıklamışlardır. Arabuluculuk sırasında öğrendikleri hakkında tarafların aleyhine şahitlik etmesi bu emanete aykırıdır ve münafıkların özelliklerinden olan ahdi bozmaktır. Bu nokta da arabulucuyu şahitlik yapmaya zorlamak da taraflara zarar verir.
- 2- Şahitlik, tarafların bir hakkıdır. Taraflar ifadelerini gizlemek ve arabuluculuğun oturumlarında geçenler hakkında şahitlik edilmemesi şartıyla arabuluculuğu ve uzlaşmayı kabul ederek şahitlik hakkının düşmesine muvafakat edebilirler.⁷⁵⁵
- 3- Davanın uzlaştırma yoluyla sona erdirilmesi için toplum ile mahkemeler arasında yaygınlaştırılması amaçlanan arabuluculuk sisteminin inandırıcılığının korunması için menfaatin bu şartın uygulanmasını gerektirmesi. Arabulucular, öğrendiklerini şahitlik ederek ifade etmek zorunda kalsalardı, arabuluculuğun amacı engellenir, arabuluculuk anlaşmayı saylayan bir araç olmaktan çıkıp

⁷⁵⁰ El-Baci der ki: “İki adamın huzurunda anlaşmazlık yaşayan ve onlara aleyhlerinde şahitlik yapmama şartı koşan iki adam hakkında Malik'ten iki ayrı görüş nakledilir. İbn Kasım Malik'ten eğer anlaşılarsa şahitlikten geri durmaları ve acele etmemeleri gerektiğini ancak anlaşamazlarsa şahitliği yerine getirmeleri gerektiğini rivayet eder. İbn Nafi ise Malik'ten şunları nakleder; ‘Şahitlikten geri çekilmelerinde bir beis yoktur.’ Şeyh Ebu İshak der ki: “Taraflardan duydukları hakkında hakimin şahitlik etmemesi gerektiği gibi arabulucunun da şahitlik etmesi caiz değildir.”

El-Bācī, *el-Muntekâ Şerhu'l-Muvaṭṭā*, C.5/s.198.

⁷⁵¹ El-Merdāvī, *el-İnşāf fi Ma'rifeti'r-Rācihi'l- Hılāf*, C.12/s.23.

⁷⁵² Maide / 1.

⁷⁵³ El- Muminun / 8.

⁷⁵⁴ El-Buḥārī, Şaḥīḥi'l-Buḥārī, c.1 /s.16 / no: 33; En-Neysābūrī, *Şaḥīḥu Muslim*, c.1/s.78/ no: 59

⁷⁵⁵ El-Hüseynī, Ahmed b. Muḥammed (ö.1098/1688), *Ğamz 'Uyūni'l-Başair fi Şerhi'l-Eşbāhi ve'n-Nezāir*, Dārul-Kutubi'l-İlmiyye, 1985., C.3/s.354.

insanları arabuluculuktan uzaklaştıran bir ispat aracına dönüştürdü. Aynı zamanda bu arabuluculuğun toplumdaki barışı sağlamadaki faydasını da sınırlar.

- 4- Arabulucunun, gizlilik şartı olmasına rağmen tarafların sırlarını ifşa ederek şahitlik etmesi caiz ise, hakimin davalıya, “Bana anlat aleyhinize bir hüküm olmayacak” demesi de caiz olur. Bu şekilde taraflar hakime güvenir ve anlatır daha sonra hakim kişinin anlattığına göre hüküm verirse bu caiz olmaz. El-Bâci’nin aktardığına göre Şeyh Ebu İshak şöyle demiştir: “Hakimin taraflardan duyduklarına ve iki kişi arasında arabuluculuk yapanın şahitlik etmesi caiz değildir”.⁷⁵⁶ Bu durum yalan ve aldatma olarak kabul edilir. Her ne kadar hakka ulaşma hedeflense de amacın doğruluğu aracın doğruluğunu göstermez.
- 5- Arabulucunun gizliliğe saygı göstermesi ve arabuluculuk sırasında taraflar arasında olup bitenleri açıklamaması emanetin bir gereğidir. İlgili kişi veya iki taraf da izin vermedikçe anlaşma sırasında kendisine emanet edilen veya bildiği bir sırrı ifşa etme hakkı yoktur.⁷⁵⁷ İki davacı arabulucuya şahitlik yoluyla sırlarını ifşa etmesine izin vermediğinden, buna hakkı yoktur, aksi takdirde emanete ihanet etmiş sayılır.

İkinci Görüş: Bu şartın yerine getirilmesi gerekmez, kendisinden istendiği takdirde şahitlik yapılması gerekir. Bu Malik'ten⁷⁵⁸ bir rivayettir. Şafiilerden bir kısmı da bunu tercih etmiş,⁷⁵⁹ Ahmed'den de rivayet edilmiştir.⁷⁶⁰

Bu görüşü aşağıdaki gibi delillendirmek mümkündür:

- 1- Talep edildiğinde ve gerektiğinde şahitliğin yerine getirme yükümlülüğüne ilişkin delillerin genelliği:

A-Allahu Teala'nın: “*Şahitliği gizlemeyin ve kim onu gizlerse, onun kalbi günahkardır.*”⁷⁶¹ buyruğudur. Şهادeti gizlemeyi yasaklamış, bu konuda uyarmış ve şهادeti gizlemenin günahını açıklamış ki bu, şahitlik etmenin zaruretiine işaret etmektedir. Çünkü bir şeyi yasaklamak, zıddının emredildiği

⁷⁵⁶ El-Bâcî, *el-Muntekâ Şerhu'l-Muvaṭṭâ*, C.5/s.198.

⁷⁵⁷ El-Ḳaḥṭânî, *el-Vesâṭatu'l-Muntehiye bi's-Şulḥi ve Devruha fî Tesviyeti'l-Munâzâ'ât fî'l-Memleketi's-Su'udiyyeti'l-A'rabiyye*, s.297.

⁷⁵⁸ El-Bâcî, *el-Muntekâ Şerhu'l-Muvaṭṭâ*, C.5,s.198.

⁷⁵⁹ Eş-Şirbînî, *Muğni'l-Muḥtâc ila mea'nî elfâzi'l-Minhâc*, C.6/s.360.

⁷⁶⁰ El-Merdâvî, *el-İnşâf fî Ma'rifeti'r-Râcihi'l-Hilâf*, C.12/s 23.

⁷⁶¹ Bakara / 283.

anlamına gelir. Şahitliği yerine getirmenin hikmeti ise hakların muhafaza edilmesidir.⁷⁶²

B- Allahu Teala'nın “Çağırıldığı vakit şahit, şahitlik yapmaktan geri durmasın.”⁷⁶³ buyruğudur. Bu ayetle Allahu Teala şahitlerin şahitlikten geri durmalarını yasaklamıştır. Dolayısıyla “Eğer talep edilirse şahitliği eda etmek vacip olur. Çağrıldıktan sonra geri kalırsa günah olur”.⁷⁶⁴ Aracı da bu neyhe dahil edilir ve çağırıldığında tanıklıktan kaçınması caiz değildir.

C- Allah'ın “Allah için şahitliklerinizi yerine getirin.”⁷⁶⁵ buyruğu. Şahitlik sadece Allah içindir, insanlar için değil, o halde kişi, şahitliğini kendinin, ana-babanın, akrabanın veya kavminin en şereflişinin aleyhine de olsa yerine getirmelidir.⁷⁶⁶ Bunun dalalet ettiği nokta, şahitliğin akrabanın aleyhine de olsa yerine getirilmesinin vacip olmasıdır. Şahitlik edilen konu belki ailenin veya akrabanın sırrı olabilir ancak asıl olan toplumda adaletin sağlanması ve hakların ödenmesi ve haksızlığın engellenmesidir.⁷⁶⁷ Bu arabuluculuk ya da başka bir durumda gizlilik şartına vefa göstermekten elzemdir.

2- Asıl olan sözleşmelerde öngörülen şartlara sadık kalmaktır. Nitekim Hz. Peygamber (sav.) şöyle buyurmaktadır: “Müslümanlar şartlarına bağlıdır, ancak helali haram, haramı helal kılan şart bunun dışındadır”.⁷⁶⁸ Dolayısıyla bu mutlak bir hüküm değildir. Burada kastedilen şey, Müslümanların şer'î bir nass ile çelişmiyorsa, üzerinde anlaşmaya varılan şartları yerine getirme konusunda birbirlerine vefalı olması gerektiğidir.⁷⁶⁹ Gizliliği koruma gerekçesiyle arabulucunun şahitlik yapmasına engel olunması şahitliğin yerine getirilmesini emreden ve gizlenmesini yasaklayan nasslarla çalışmaktadır. Şirbînî şöyle der: “Eğer iki kişi, örneğin bir üçüncüye, aramızda arabuluculuk yap hükme varılsın ama bizim aleyhimize şahitlik etme dese, bu batıl bir şarttır ve onun, şahitlik yapması gerekir.”⁷⁷⁰

⁷⁶² El-Harbî, Eymen b. Sâlim, *Mevâni'u's-Şehâde fi'l-Fıkhî'l-İslâmî: Dirâse Fıkhiyye Mukârane*, Yüksek Lisans Tezi, Câmî'atu Ummi'l-Kurâ, Mekke, 2001., s.6.

⁷⁶³ *Bakara* / 282.

⁷⁶⁴ El-Kâsânî, *Bedâi'u's-Şanâi' fi Tertîbu's-Serâi'*, c.6/s.282.

⁷⁶⁵ *Talak* / 2.

⁷⁶⁶ Et-Taberî, *Câmiu'l-Beyân fi Te'vîli'l-Kur'ân*, c.9/s.305.

⁷⁶⁷ El-Kurtubî, *el-Câmi' li-Ahkâmi'l-Kur'ân*, c.3/s.39.

⁷⁶⁸ Et-Tirmizî, *Süneni't-Tirmizî*, C. 3/s.626/no:1352. Elbani sahihdir dedi.

⁷⁶⁹ Mustafa el-Buğa'nın Sahihi Buhari'ye taliki, el- Buḥârî, *Sahihi'l-Buḥârî*, C.3/ s.92.

⁷⁷⁰ Eş-Şirbînî, *Muğni'l-Muḥtâc ila meâ'nî elfâzi'l-Minhâc*, C.6/s.360.

3- Arabuluculuk, bir emanet olarak kabul edilip yerine getirilmesi gerektiği gibi, şahitlik de emanettir. Dolayısıyla diğer tüm emanetler gibi yerine getirilmesi gerekir ve tanıklık yapılan şey tanığın gözetimindedir.⁷⁷¹ Bu noktada adaleti, hakları ve emanetleri koruyarak kamu menfaati, söze sadık kalan ve arabuluculukta cereyan eden tartışmaları gizleyen özel menfaate tercih edilir. Çünkü “Genel menfaat özel menfaate mukaddem kılınır”.⁷⁷²

4- Arabulucuları bilgi vermeye ve diyaloga girmeye motive etmek için gizlilik ilkesi oluşturulmuştur. Bu da tahsiniyyat bâbına dahil olur. Şahitlik yükümlülüğü ise hakların korunması için bir gerekliliktir ve bu haciyat bâbına girer. Dolayısıyla ihtiyaç tahsiniyyatta mukaddemdir.⁷⁷³

Tercih

İki görüşün de delillerini kıyas ettiğimizde, şahitliğin eda edilmesinin ve gizlenmemesinin vacipliğine ilişkin deliller daha geneldir diyebiliriz. Arabuluculuk sözleşmesinde gizlilik maddesi bulunmadığında bu delillere göre hareket edilmelidir. Ancak bir gizlilik şartı olması durumunda, arabuluculuk hedefinin gerçekleşmesi adına bu şart yerine getirilmelidir. Bu bağlamda arabulucunun durumu avukat, doktor gibi mesleklerde olduğu gibi kendisine güvenilip sırların emanet edilen kimseler gibidir. Arabuluculuktaki sırrın ifşa edilmemesi de İslam toplumunun yararına olan genel menfaat kabilindendir. Bu menfaat toplumun fertleri arasındaki güvenilirliğin ve emanetin korunmasıdır. Arabulucu, tarafların sırlarını saklama konusunda Allah’ın ahbine bağlıdır. Bunun ihlâli toplumdaki güvenilirliğe zarar verir ve arabuluculuk sulhün gerçekleşmesinden ziyade sadece vakit kaybından ibaret olur. Gizlilik şartına rağmen arabulucunun şahitlikte bulunması şهادetini geçersiz kılar. Çünkü o taraflara söz vermiş ancak yerine getirmemiş olur. Sözünü bozması ve emanete ihanet etmesi adaletine zarar verir, bu da davada şهادetinin kabul edilmemesine sebep olur.

4.5.2.3. Arabulucunun Ücreti

Arabuluculuğun süresinin bitmesi ve davanın mahkemeye geri taşınmasının sonuçlarından biri de arabulucunun görevinin sona ermesidir. Ancak arabuluculuk görevi karşılığında arabulucunun aldığı bir ücret var mıdır yoksa bu işi gönüllü olarak mı

⁷⁷¹ El-Makdisî, *el-Muğnî*, c.14/s.12; El-Kāsânî, *Bedâi’u’s-Şanâi’ fî Tertîbu’s-Şerâi’*, c.6/s.282 .

⁷⁷² Eş-Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, C.3/s.89.

⁷⁷³ El-‘Umrâni, ‘Abdullâh Muḥammed , *el-Vasâṭa fî Tesviyeti'l-Munâza‘ât*, s.125.

yapmaktadır? Bu soru özellikle arabuluculuğun anlaşma ile sonlanması durumunda akla gelmektedir. Arabuluculukta esas olan bu görevi üstlenen kişinin maddi bir karşılık beklemeden sevap umarak yapmasıdır. Bu durum arabuluculukta eski ve şimdiki zamanlar en çok görülen durumdur. Ez-Zemahşeri der ki: “Güzel arabuluculuk Müslümanın hakkının gözetilip ondan şerrin defedilmesidir. Bunda Allah’tan bir sevap beklenir. Caiz olsa bile bu konuda ücret almaz”.⁷⁷⁴ Ancak mali işlerin ve anlaşmazlığın çözümünde arabuluculuğun da içinde bulunduğu birçok barış yollunun gelişmesi ile arabuluculuk, günümüzde belirli kişi ve kurumların ilgilendiği özel bir iş haline gelmiştir. Dolayısıyla toplumdaki aktifliğini ve gelişimini devam ettirmesi için ücrete tabi olması şarttır.

Hakimler taraflar için arabulucu tayin etme görevini üstlenmezler bilakis yaptıkları şey sadece tarafları arabuluculuğa yönlendirmek ve anlaşmazlığı sonlandırma noktasında cesaretlendirmektir. Ancak arabulucular ilgilendiği davada hakime belli bir arabulucuyu tayin etmesini talep ederlerse bunu gönüllü olarak yapabilir ancak buna zorlanmaz. El-Māverdi der ki: “Taraflar hakimden davayı arabuluculuğa yönlendirmesini talep ederse kendisi davadan çekilmelidir. Belli bir aracıya yönlendirilmesi konusunda da zorunluluğu yoktur. Çünkü yönlendirmesi arabuluculuk görevini taklit etmektir. Ancak bunu gönüllü olarak yapabilir”.⁷⁷⁵ Bu bağlamda şu iki durumu birbirinden ayırt etmek lazım: Birincisi, arabulucunun taraflar aracılığı ile tayin edilmesi durumunda arabulucunun ücreti taraflara aittir ve taraflar kendi aralarında anlaşır. İkinci durumda ise arabulucu yargı yolu ile tayin edilir. Bu durumda ise arabulucu ücretini hakim davasına göz atan diğerleri gibi yargıdan talep eder.

⁷⁷⁴ El-Ķāsimī, *Meḥāsini’l-Te’vīl*, (thk. Muḥammed Bāsil), Dāru’l-Kutubi’l-‘İlmiyye, Beyrut, 1997, C.3, s.24 .

⁷⁷⁵ El-Māverdi, *Edebu’l-Ķādi*, C.2/s.69.

5. SONUÇ

Arabuluculuk kavramı, İslam Fıkında sonradan oluşan bir kavram değildir. Bilakis İslam literatüründe temel bir kavram olarak kabul edilir. Buna delalet eden sadece şer'i naslar değil, genel olarak toplumun bu kavramı uygulaması özel olarak ise özellikle ticari anlaşmazlıkların çözümünü ele alan adli uygulamalar da buna işaret etmektedir. İslam hukukçularının arabuluculuğa yaptıkları tanımlar farklılık gösterse de onlar, genel ve müttekâmil bir şekilde arabuluculuk kavramını ifade eden temel unsurlarda aynı görüştedirler. İslam hukukçularının geliştirdikleri tanımlar, arabuluculuğun medeni kanunda yapılan tanımıyla da benzerlik göstermektedir.

Arabuluculuk, sulh ve tahkim gibi anlaşmazlıkları çözen diğer yollarla benzerlik göstermektedir. Bununla beraber arabuluculuk bazı noktalarda farklılık ara eder. Nitekim zorunluluğunun olmaması, devam edebilmesi için tarafların rızasının olması gibi bazı şartlar, arabuluculuğu anlaşmazlıkları çözmede diğer çözüm yollarından ayırmakta ve kendine özel hükümleri olan müstakil bir yol kılmaktadır.

Arabuluculuğun meşruiyetini Kuran, Sünnet ve İslam hukukçularının icmasında açıkça görmekteyiz. Nitekim naslarda, genel olarak anlaşmazlık yaşayan taraflara sulh çağrısı barışçıl yollarla tavsiye edilmiştir. Hiç şüphesiz bu barışçıl yollardan biri de arabuluculuktur. Aynı şekilde bu kavramın meşruiyetini bizzat Hz. Peygamberin uygulaması ve sahabelerin tatbikinde de görmek mümkündür. Bu bağlamda İslam hukukçuları, anlaşmanın ilk adımı ve adli davanın bir yürürlüğü olarak arabuluculuğun caiz olduğu konusunda ittifak etmiştir.

Arabuluculuk salih amellerin en önemlisi olarak addedilir. Çünkü arabuluculuk, anlaşmazlık yaşayan tarafların karşılıklı rızaya dayanarak ittifakı sağlamalarına yardım etmek sureti ile toplum barışını muhafaza etmektedir. Bu şekilde adli davalar azalmakta, böylelikle vakit ve emek tasarrufu sağlanmaktadır. Arabuluculuğun ayrıcalıklarından biri de, esnek yapısı, tarafların sırlarını muhafaza etmesi ve gizlilik unsurudur. Ancak arabuluculukta taraflar yasal koruyuculuktan mahrumdur. Bunun sebebi ise arabulucunun taraflar üzerinde hukuki bir yaptırımının olmaması, arabuluculuğu düzenleyen yasaların eksikliği ve tamamen tarafların iradesine bağlı olan doğası sebebiyle arabuluculuğun istikrarsızlığıdır.

Taraflar arasında bir anlaşmazlık yaşanmadan arabuluculuk gerçekleşmez. Anlaşmazlık, adli davalarda “husumet” olarak da adlandırılır. Anlaşmazlık konusunun değişmesi ile anlaşmazlık da değişir. Ancak bizim tezimiz muâvadat akdinde mali haklara dayalı yaşanan ticari anlaşmazlıkları ele almaktadır. Böylece ailevi anlaşmazlıklardaki mali haklara taalluk eden nafaka gibi ticari olmayan mali anlaşmazlıklar tez konumuzun dışında kalmaktadır. Aynı şekilde umumi yollardan yararlanma hakkı gibi Allah’ın haklarıyla ilgili anlaşmazlıklarda da konu dışındadır. Çünkü Allahu Teala aleyhine anlaşmak ve bu konuda arabuluculuk yapmak caiz değildir. Anlaşmazlık konusunun kamu tarafından bilinmesi ve konunun şer’i hükmün tatbik edilecek türden olması gibi bir çok şartlar da mevcuttur.

Yargı önünde taraflar arasında husumete dayalı anlaşmazlık hasıl olur. Böylelikle taraflardan biri davacı diğer ise davalı olur. Taraflarda gerekli şartlar tahakkuk etmedikçe dava arabulucuya yönlendirilmez. Taraflarda aranan bu şartlar ise; Ehil olmak, akıl, bülûğ ve tarafların, ister kendine ister başkasına olsun velayet sahiplerinden olmalarıdır.

Arabulucu, arabuluculuğun en önemli unsurudur. Nitekim bu, arabuluculuğu yürüten, sulhü sağlayan rolünden kaynaklanmaktadır. Arabulucu, taraflar arasında rızaya dayalı anlaşma sağlamak için davaya katılan üçüncü taraf olarak nitelenmektedir. İslam hukukçuları, hakimin, tarafları anlaşmaya davet edip, iddialarını tekrar gözden geçirmeye çağırdığı arabuluculuk ile sadece anlaşmaya çağırmak ile yetinmeyip, tarafların tartıştığı, çözümlerin sunulduğu, ortak noktanın arandığı arabuluculuğu birbirinden ayırmaktadır. Nitekim hakim bu tür bir arabuluculukta arabulucu görevini üstlenmez, bu konuda ihtisaslı kişiye yönlendirme yapar aksi halde görevinden azledilir. Bunun nedeni ise, taraflar arasında daha adaletli olmak ve hakimin sunduğu fikrin ya da çözümün veya hükmünün ilzam yoluyla olduğuna veya kendi elinde var olan kanıtlara itimat ettiğine dair tarafların şüpheye düşmesine sebep olmamaktır.

Arabulucunun şartları iki kısma ayrılmaktadır: Birinci kısım; fakihler arasında ihtilaf olan ehliyet şartıdır. Akıl, bülûğ, İslam, adalet ve erkeklik gibi şartları içermektedir. İkinci kısım: Vasfılandırıcı şartlardır. Bu ise dört şarttır: Birincisi; duyuların sağlamlığıdır. Bu da görme durumu, konuşma ve işitme şartı olarak nitelenir. İkincisi; anlaşmazlık yaşayan tarafların arasında geçen konuşmaların gizliliğini ve tarafların samimiyetini gerektiren dürüstlük şartıdır. Üçüncüsü; tarafsızlıktır. Nitekim arabulucu, bir tarafı diğerinin aleyhine tercih edemez. Dördüncüsü; ilmi yeterlilik. Bu da arabulucunun ilgili içtihat hükümlerini bilmesi anlamına gelen fikhî yeterlilik, anlaşmazlıkların çözümüne

taalluk eden tüm ilimleri bilmek, arabuluculuk işinin başarılı olmasını sağlayan stratejiyi bilmek anlamına gelen alan yeterliliği ve tarafların durumlarını, anlaşmazlığın yaşandığı toplumun örf ve adetlerini bilmek anlamına gelen toplumsal yeterliliği içermektedir.

Arabulucu, davacılar arasında bir anlaşmaya varmak için çaba sarf eder. İslam hukukçuları bu anlaşmayı “sulh” kavramı ile ifade ederler. Sulhün keyfiyeti konusunda ise İslam hukukçuları arasında ihtilaf yaşanmıştır. Bazı hukukçular, anlaşmanın satış olduğunu ve satış hükümlerinin ona uygulanacağını söylerken, bazıları benzer sözleşmelere bağlanması gerektiğini söyleyerek bazen satış hükümlerini bazen de kiralama hükümlerini alacağını ifade etmiştir. Tercih edilen görüş ise Hanefi mezhebinin; diğer sözleşmelerle belirli hükümleri paylaşırsa bile, kendi hükümleri, şartları ve düzenlemeleri ile kendi başına bağımsız bir sözleşme olduğu görüşüdür.

Sulhün ruknü, siğadır. Nitekim o, rızaya delalet eden maddi unsur olup, icap ve kabulden oluşur. Sulh akdi çeşitli şekillerde gerçekleşir. Bunların en açık olanı ise tarafların anlaşma konusundaki iradesini ifade eden açık lafızdır. Bunun yanı sıra tarafların iradesine ne kadar delalet ettiği konusunda İslam hukukçularının ihtilaf ettiği yazı ve işarette sulh akdinin gerçekleşmesini sağlayan unsurlardandır. Sulh akdinin gerçekleşmesi için ittifak siğasının bazı şartları vardır. İcap ve kabulün birbirine uyumu, mazi siğası ile gerçekleşmiş olması kabulden önce icaptan geri dönülememesi, tek oturumda gerçekleşmiş olması bu şartların en önemlileri sayılmaktadır.

Arabulucu da asıl olan, görevinin tarafların anlaşmazlığını sonlandıracak bir anlaşmaya varmaları konusunda yardımcı olmakla sınırlı olmasıdır. İslam hukukçuları davalının davacı üzerindeki konumuna göre anlaşmayı üç kısma ayırmıştır. Davaya taalluk eden hakkın ikrarı ilke ittifak edilmesi veya bu hakkın inkar edilmesi ya da susulması. Bu ittifak anlaşmazlık yaşayan taraflar arasında gerçekleştiği gibi arabulucu ve taraflar arasında da gerçekleşebilir. Böyle bir durumda kendisi uzlaştırma sözleşmesine girerek yetkilerini aşmış sayılır. Bunu yapan aracılara İslam hukukçuları, dava konusunda ihtisasları olmadığı için ‘ecnebi’ veya kendisinden talep edilmeyen bir işe girdiği için de ‘fuzuli’ olarak isimlendirirler. Yine İslam hukukçuları arabulucunun yaptığı amelin geçerlilik süresini ayrıntılı bir şekilde işlemiş ve buna binaen oluşan neticeleri ele almışlardır.

Arabuluculuktan hasıl olan ittifak akdinin, arabuluculuğun önemine dikkat çeken pratik etkileri söz konusudur. Bunların en önemlileri şu şekilde sıralayabiliriz: Nüffaz yani taraflar için sözleşmenin gerektirdikleri ile hakların verilmesi ve ödenmesi gibi bu

sözleşmenin gereklerinin uygulanmasıdır. Taraflar arasında sözleşme akdinin uygulanabilirliğini ve bağlayıcılığını sağlamak için, sözleşmeyi arabulucu yardımıyla yazılı olarak veya tanık olarak belgelenmesidir.

Her arabuluculuk, davacıların anlaşması ile sona ermez. Arabulucunun, anlaşmayı sağlayamaması durumunda da arabuluculuk sona ermektedir. Arabulucunun anlaşmayı sağlayamamasının bazı nedenleri vardır. Bu nedenlerin en önemlisi; arabuluculuk için belirlenen sürenin sona ermesidir. İslam hukukçuları bu konuda belli bir süre koymamış bunu anlaşmazlığın doğasına bırakırken, tarafların rızasını ve gereksiz yere uzatmamayı şart koymuşlardır. Yine arabuluculuk taraflardan herhangi birinin veya ikisinin de çekilmesi ile sona erer. Nitekim taraflar bu hakka sahiptir çünkü, arabuluculuk ve devamlılığı tarafların rızasına bağlıdır. Yine eğer arabulucu aktif bir şekilde bu görevi ifa edemediğini düşünüp istifa ederse arabuluculuk sonlanır. Tarafsızlık güvenilirliği beraberinde getirir. Arabulucu, ehliyet veya vafedici şartlardan herhangi birini kaybederse, istifa etmeli ve bunu ihtilaflı taraflara bildirmelidir. Öte yandan davacılar ister tek taraflı ister iki taraflı irade ile olsun, arabulucuyu görevden alma hakkına sahiptir. Çünkü arabuluculuğun devamlılığı tarafların rızasına bağlıdır.

Tarafların anlaşamaması durumunda ise şu neticeler ortaya çıkar; Taraflar hakimın karşısında husumete geri dönerler. Çünkü adli yargı sisteminde asıl olan davanın hükme bağlanmasıdır. Davanın hükme bağlanmadan arabuluculuğa iletilmesinin sebebi ise sulhün sağlanması istemidir. Sulh sağlanamazsa tekrar gözden geçirilmek üzere dava yargıya geri döner. Bu bağlamda arabuluculuk görevi boyunca taraflar arasında yaşananlara tanıklık etmesi için arabulucunun şahitliği gerekir. Bu noktada İslam hukukçuları, gizlilik ve emanet şartının ihlali söz konusu olduğu için ihtilaf yaşamaktadır. Bu konuda özet olarak şunları söyleyebiliriz; şahitlik görevinin gizlenmemesi ve yerine getirilmesinin vacip olduğuna dair deliller genel olup, arabuluculukta gizlilik şartının olmadığı yerlerde tatbik edilmesi vaciptir. Ancak gizlilik şartı söz konusu ise, arabuluculuğun hedefini gerçekleştirmek, güvenilirliği korumak ve toplumun fertleri arasında emanet anlayışını muhafaza etmek için bu şarta uymak gerekir. Arabulucuya Allah'ın ahdi ile tarafların sırları emanet edilmiştir. Bunun ihlali ise toplumdaki güveni zedeler. Arabulucunun gizlilik şartına rağmen şahitlik etmesi şahitliğin kabulünü engelleyen bir durumdur. Çünkü bu durumda o, sırlarını saklayacağına dair taraflara söz vermiş ve sözünde durmamış olur, bu da emanete ihanet anlamına gelmektedir. Bu ise onun adaletine leke sürer ve bu konuda şahitliğinin kabul edilmesini engeller. İttifakın sağlanamaması ve arabuluculuğun sona ermesi durumunda ortaya çıkan sonuçlardan bir

diğeri de taraflar arasında gerçekleşen arabuluculuk işinin maddi açıdan maliyetinin düzenlenmesidir. Bunlardan en önemlisi; aracının ücretidir.

Arabulucuda asıl olan görevini gönüllü olarak gerçekleştirmesi ise de, özellikle arabuluculuğun gelişerek sadece işinde ehil olan tecrübe sahibi kimseler tarafında yürütülen müstakil bir iş haline gelmesi ile işine karşılık ücret alması arabulucunun hakkıdır.



KAYNAKÇA

Kur'an-ı Kerim.

‘Abdullāh İ’fāfu’l-A’vd, *el-İstiḡnāātu’l-Vāride ‘alā Şehādeti’ş-Şuhūd: Dirāse Muḳārane*, Yüksek Lisans Tezi, Cāmi‘atu Ummi’d-Dermān el-İslāmiyye, Sudan 2013.

‘Udeh, Abdulkādir, *et-Teşrī’i’l-Cināi’l-İslami Muḳāranen bi’l-Ḳānūni’l-Vaḍ’ī*, Dāru’l-Kutubi’l-‘Arabiyye, Beyrut, t.y.

‘Abdilmün‘im, Mahmūd Abdurrahmān, *Mu‘cemu’l-Muṣṭalahāt ve’l-Elfāzi’l-Fıḳhiyye*, Dāru’l-Fāḍile, Mısır, t.y.

‘Abdullāh Abdūmelik ‘Abduh, *eş-Şuhūd ve Şurūtuhum ve Himāyetuhum fi’l-Fıḳhi’l-İslāmī ve’l-Ḳānuni’l-Yemenī ve’s-Sūdānī*, Yüksek Lisans Tezi, Cāmi‘atu’l-Kur’a’ni’l-Kerīm ve’l-‘Ulūmi’l-İslāmiyye, Sudan, 2017.

‘Abdunnūr, Mahmūd Mahcūb, *es-Şulḥ ve Eşeru fī İnhāi’l-Huṣūme fi’l-Fıḳhi’l-İslāmī*, Yüksek Lisans Tezi, Cāmi‘atu’l-Ḳāhire, 1980.

‘Abdurrahmān, Fāṭima Fethu’r-Rahmān Alā, *el-Vasāṭa ve’s-Şulḥ ke-Vesīle Bedīle li-Tesviyeti Nizā‘āt fi’t-Teşrī‘āti’l Vaḍ‘iyye ve’s-Şerī‘ati’l-İslāmiyye*, Mecelletu’l-‘Adl, Vezāretu’l-Adl, sayı 48, el-Memleketu’l-‘Arabiyyetu’s-Su‘ūdiyye , 2017.

Mecelle-i Ahkām-ı ‘Adliyye

Aḥmed, Rūla Taki Selim, *El-Vesāṭa li-Tesviyeti’n-Nizā‘āti’l-Medeniyye fi’l- Kānūni’l-Ürdünī*, *Dirāse Muḳārane*, Amman, 2008.

Āl-Ḥuneyn, ‘Abdullāh Muḥammed, *el-Vekāletu’ale’l-Huṣūme*, Mecelletu’l-‘Adl, Vezāretu’l-‘Adl, el-Memleketu’l-‘Arabiyyetu’s-Su‘ūdiyye, 2002.

‘Allāvī, Ḥaḍice, *es-Şulḥ ve’l-Vesāṭa ke-Āliye li-Ḥalli’n-Nizā‘āti: Dirāsetun fi’l-Mefāhīm*, Menşūrat Mecelleti’l-Ḳaḍāi’l-Medeni, sayı 3, 2013.

Anlaşmazlıkların düzeltilmesi için arabuluculuk kanunu sayı 12, yıl 2006, Anlaşmazlıkların düzeltilmesi için geçici arabuluculuk kanunun yerini aldı. Sayı 37, yıl 2003, Madde 3/ A

Baḥīb, Mahmūd Abdullāh, *Ḳaḍāu’l-Mer‘e fi’l-Fıḳhi’l-İslāmī*, Cāmi‘atu Ummi Dermān el-İslāmiyye, Merkezu’d-Dirāsāt ve’l-Abhāşi’l-İstrātiyye, Sudan, 2003.

Beyşara, Mūsā Aḥmed, *es-Şulḥ ve Faḍḍu’n-Nizā‘āti mine’l-Manzūri’ş-Şerī‘ati’l-İslāmiyye*, Mecelletu’d-Dirāsāti’l-Ākādimiyye el-Mucteme‘iyye ve’l-İnsāniyye, Cāmi‘atu Ḥuseybe bin Bu ‘Ali, Tunus, sayı 10, 2018.

Buḥārī, ‘Abdu’l-‘Azīz b. Aḥmed (ö.730/1329), *Keşfu’l-Esrār Şerḥ Uşūli’l-Bezdevī*, Dāru’l-Kutubi’l-İslāmiyye, Kahire, t.y.

Cāvī, İbrāhim İdrīs, *es-Şulḥ fi’l-Huḳuḳi’l-Māliyye ve Mā Yeūlu İleyhā*, Cāmi‘atu Ummi’l-Ḳurā, Mekke, 1981.

- Collective Researchers, *Alternative Dispute Resolution: Mediation and Conciliation*, Law Reform Commission, Dublin, 2010.
- Directives, *Directive 2008/52/EC of the European Parliament and the Council on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters*, Official Journal of the European Union, L 136/3, 24.5.2008, Article 3/(A).
- Ebū Cīb, Sa'dī, *el-Ḳāmūsü'l-Fıkhī Luġaten ve iştilāhen*, Dāru'l-Fikr, Dımeşk, 1988.
- Ebū Ḳumbāz, Mūsā Süleymān, Muḥammed , *eş-Şehāde ve's-Şuhūd fi'l-Fıkhī'l-İslāmī: Dirāse Muḳārane*, 1993, Yüksek Lisans Tezi, Camiatu'l-Kur'ani'l-Kerīm ve'l-'Ulumu'l-İslamiyye, Sudan, 2020.
- Ebū Sibā', Zahir Fuat Muḥammed , *el-Ḥuḳuḳu'l-Ma'neviyye, Mālīyyetuhā ve Vucubu'z-Zeka fihā: Dirāse Muḳārane*, Havliyye, Külliyyetul-Luġati'l-'Arabiyye ve'd-Dirasati'l-İslamiyye li'l-Feteyat, İskenderiyye, 2019.
- Ebū Ya'lā, Aḥmed b.Ali (Ö.307/919), *Müsned Ebī Ya'lā*, (thk. Hüseyin Selim Esed), Dārul Me'mun li't-Turas, Dımeşk, 1984.
- Ebu't-Tīb, Muḥammed Sıddık Han, *Fethü'l-Beyān fī Maḳāşidi'l-Ḳur'ān*, (thk. 'Abdullāh el-Ensari), el-Mektebetü'l-'Aşriyye, Beyrut, 1992.
- Ed-Dāraḳuṭni, Ebū Hasan 'Alī b.Ömer (ö.385/995), *Sünenu'd-Dāraḳuṭnī* (thk. Şuayb Arnavut ve diğerleri), Müessesetü'r-Risāle, Beyrut, 2004.
- Ed-Desūḳi, Muḥammed b. Aḥmed (ö.1230/1814), *Hāşiyetu'd- Desūḳī 'ale's-Şerhi'l-Kebīr*, Dāru'l-Fikr, t.y.
- Ed-Devrī, Kahtan 'Abdurrahmān, *Aḳdu't-Taḥkīm fī'l-Fıkhī'l-İslāmī ve'l- Ḳānūnī'l-Vaḍ'ī*, Dāru'l-Furḳān, Amman, 2002.
- Ed-Daḥīl, Selman İbn Salih İbn Muhammed, *el-Vasāṭa ve eşeruha fī Ḥalli'n-Nizā'at*, Mecelletu'l-Ḳuḍā, sayı 6 / 2016.
- El-'Arac, Ebu'l-Faḍl (ö.925/1519), *Tahrīru's-Sulōk fī Tedbīri'l-Mulōk*, (thk. Fu'ād 'Abdulmun'im), Muessesetu Şebābi'l-Cāmi'a, İskenderiyye, 1982.
- El-A'zamī, Muḥammed 'Alī, *eş- Şulḥ fī'l-Müessesātu'l-Mālīyye'l-İslamiyye Muḳāranen bi'l-Ḳānūnī'l-Kuveytī* (Yüksek lisans Tezi), el-Cāmiatu'l-Ürdüniyye, Ürdün, 2012.
- El-Bācī, Süleyman b. Ḥalef (ö.474/1081), *el-Munteḳa Şerḥu'l-Muvaṭṭā'*, Dāru'l-Kitābi'l-İslāmī, el- Ḳahire, 2.baskı, t.y.
- El-Belevī, Fehd b. Ferīc, *Fennu'l-İşlāḥ beyne'n-Nās*, Mektebetu Saydi'l-Fevāidi'l-İslāmiyye, t.y.
- El-Ḥaraşī, Muḥammed b. 'Abdullāh (ö.1101/1689), *Şerḥu Muḥtaşari Ḥalīl li'l-Ḥarş*, Dāru'l-Fikr, Beyrut, t.y.
- El-Ḥarbī, Eymen b. Sālīm, *Mevāni'u's-Şehāde fī'l-Fıkhī'l-İslāmī: Dirāse Fıkhīyye Muḳārane*, Yüksek Lisans Tezi, Cāmi'atu Ummi'l-Ḳurā, Mekke, 2001.
- El-Herevī, *eş-Zāhir fī Ġarīb Elfāzi's-Şāfi'i*, (thk.Mes'ad b. es-Sa'danī), Dāru't-Talāil, t.y.

- El-‘Aleyvi, Süleymān Aḥmed, *ed-De‘āva’l- Kaḍāi’yye beyne’s-Şeria’ ve’l-Enzîmeti’l-Vaḍi’yye*, el-Mektebetu’s-Su‘ûdiyye, 2012.
- El-‘Arcânî, ‘Abdullāh b. Nasır, *Şurūṭ eṭṭrāfi’d-Da’ve fi’l-Fıkhî’l-İslāmi ve’l-Murāfa’atu’s-Şerî’ati’l-İslāmiyye*, Cāmiatu Nāyif li’l-‘Ulūmu’l-Emniyye, Riyad, 2006.
- El-‘Āyidî, Muḥammed Şubḥî Ḥasan, *Şartu’s-Şıfa fi Aṭṭrāfi’d-Da’va’l-Kaḍā’iyye ve Taṭbîkiha’l-Muā’sıra*, El-Cāmiatu’l-Ürdüniyye, 2005.
- El-‘Aynî, Mahmud b. Aḥmed (ö.855/1458), *‘Umdetu’l-Kārî Şerḥ Şaḥiḥi’l-Buḥārî*, Dāru İhyāit-Turāşî’l-Arabî, Beyrut, t.y.
- El-‘Aynî, Mahmud b. Aḥmed (ö.855/1458), *El-Bināye Şerhu’l-Hidāye*, Dāru’l-Kutubu’l-‘İlmiyye, Beyrut, 2000.
- El-‘Absî, Ebū Bekr b. Ebî Şeybe, ‘Abdullāh b. Muḥammed (ö.235/849), *el-Muşannef fi’l-Eḥādîs ve’l- Āşār*, (thk. Kemāl Yūsuf el-Ḥūt), Mektebetu’r-Rüşd, Riyad, 1989.
- El-‘Asîmî, ‘Abdurrahmān b. Muḥammed (ö.1392/1911), *Ḥāşiyetu’r-Ravḍu’l-Murbi’ Şerḥu Zadi’l-Müsteḥni’* (basım yeri yok), 1.baskı, 1972.
- El-Bābertî, Muḥammed b. Muḥammed (ö.786/1384), *el- ‘İnāye Şerhu’l- Hidāye*, Dāru’l-Fikr, t.y.
- El-Bahārî, Muḥibbullāh b. ‘Abdişşekūr (ö.1119/1070), *Fevātiḥu’r-Raḥamūt bi-Şerḥ Muslimi’s- Şubūt*, Dāru’l-Kutubi’l-‘İlmiyye, Beyrut, 2002.
- El-Battūn, Bessām Nehār, *el-Vasāṭatu’l-Kaḍāiyye fi’s-Şerî’ati’l-İslāmiyye ve’l-Kānūn:Dirāse Muḳārane*, Doktora Tezi, Amman 2013.
- El-Bānî, Ebu Abdurrahman Nasuriddin (ö.1420/1999), *Şaḥiḥu’l-Ca’mi’u’s- Şaḡir ve Ziyādātîhi*, el-Mektebul İslami, t.y.
- El-Belhî, Nizāmüddîn ve diğerkleri, *el-Fetāvā el-Hindiyye*, Dāru’l-Fikr, t.y.
- El-Beyḥakî, Aḥmed b. Ḥüseyn, (ö.458/1065), *es-Sünenu’s-Şaḡir li’l-Beyḥakî*, (thk. ‘Abdulmu’tî Emîn Ḳal’acî), Cāmi’atu’d-Dirāsatu’l-İslāmiyye, Pakistan, 1989.
- El-Beyḥakî, *es-Sünenu’l-Kubrā*, (thk. Muḥammed ‘Abdulkādir ‘Ata), Dāru’l-Kutubi’l-‘İlmiyye, Beyrut, 2003.
- El-Beyḥakî, *Şu’abu’l-İmān*, (thk. Muḥammed es-Sa’îd Besyunî), Dāru’l-Kutubi’l-‘İlmiyye, Beyrut, 1989.
- El-Buḥārî, Ebū ‘Abdullāh Muḥammed İbn İsmā’îl (ö.256/869), *Şaḥiḥi’l-Buḥārî*, (thk. Muḥammed Zuheyr Nāşır en- Nāşır) Dār Tavḳi’n-Necāti, 2001.
- El-Buhūtî, Maşşūr b. Yūnus b. İdrîs , (ö.1051/1641), *er-Ravḍu’l-Murbi’ fi Şerḥ Zadi’l-Musteḥni’*, (Tahric: ‘Abdulkuddūs Nezir) Müessesetü’r-Risāle, t.y.
- El-Buhūtî, Maşşūr b. Yūnus b. İdrîs , (ö.1051/1641), *Şerḥ Muntehe’l-İrādāt*, ‘Ālemu’l-Kutub, Beyrut, 1993.

- El-Buhūtī, Maṣṣūr b. Yūnus b. İdrīs , (ö.1051/1641), *Keşşāfu'l-Kinā' 'an Metnu'l-İknā'*, (thk. Hilal Musaylihi Mustafa Hilal) Dāru'l-Fikr, Beyrut, 1982.
- El-Büceyrimī, Süleymān b. Muḥammed (ö.1221/1806), *Hāşiyetu'l-Büceyrimī 'alā Şerhi'l-Minhāc*, Matbaatu'l-Halebī, 1950.
- El-Cemel, Süleymān b. 'Ömer, *Hāşiyetu'l-Cemel 'ale'l-Menhec*, Dāru'l-Fikr, t.y.
- El-Cessās, Ebū Bekir Aḥmed İbn 'Alī (ö.370/980), *Aḥkāmu'l-Kur'ān* (thk. Muḥammed Ssdık el-Ḳamhavi), Dāru İhyai't-Turāşī'l-'A'rabiyye, Beyrut, 1984.
- El-Cessās, *el-Fuṣūl fī'l- Uşūl*, Vizāretu'l-Evkāf el-Kuveytiyye, 1994.
- El-Cev'ānī, Muḥammed Necīb, *Ḍavābitu't-Ticārati fī'l-İktişādi'l-İslāmī*, Dāru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut, 2005.
- El-Cevziyye, İbnu'l-Ḳayyım, Muḥammed İbn Ebī Bekr (ö.751/1350), *İ'lāmu'l-Muvaḳḳi'īn 'an Rabbi'l-'Ālemīn*, (thk. Muḥammed Abdusselām İbrāhīm), Dāru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut, 1991.
- El-Cevziyye, İbnu'l-Ḳayyım, Muḥammed İbn Ebī Bekr (ö.751/1350), *et-Ṭuruḳu'l-Hikemiyye*, Mektebetu Dāru'l-Beyān, t.y.
- El-Curcānī, 'Alī b. Muḥammed b. 'Alī Zeynuşşeref (ö.816/1413), *Kitābū't-Ta'rīfāt*, Dāru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut, 1983.
- El-Cüveynī, 'Abdülmelik b. 'Abdullāh (ö.478/1085), *Nihāyetü'l-Matlab fī Dirāyeti'l-Mezheb*, (thk. Abdülazīm de-Dib) Dāru'l-Minhāc, Cidde, 2007.
- El-Erdebili, Yusuf b. İbrāhīm (ö.779/1377), *el-Envāru li-'Āmālī'l-Ebrār*, (thk. Ḥalef el-Mutlak, Hüseyin el-'Alī), Dāru'l-Ebyaḍ, 2006.
- El-Eṭram, 'Abdurrahmān b. Salih, *el-Vasāṭatu'c-Ticāriyye fī'l-Mu'āmelāti'l-Māliyye*, Dāru'l-İşbilya, 1995.
- El-Ezderī, Muḥammed b. Ḥasan, (ö.321/933), *Cemheratu'l-Luḡa*, Dāru'l-İlm li'l-Melāyīn, Beyrut, 1987.
- El-Farabī, Ebū Naşr İsmā'īl İbn Ḥammad el-Cevherī, (ö.398/998), *eş-Şihāḥ Tāc Şihāḥ el-Luḡa ve Şihāḥ el-'Arabiyye*, (thk. Aḥmed Abdulḡafūr 'İṭār) Dāru'l-İlm li'l-Melāyīn, Beyrut, 1987.
- El-Faḳī, Muhammed Ali, *Fıḳhu'l- Mua'melat*, Daru'l-Muriḥ, El-Memleketu'l-Arabiyye es-Suûdiyye, 1986.
- El-Ferrā', Ebū Ya'lā (ö.458/1065), *el-Aḥkāmu's-Sulṭāniyye*, Dāru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut, 2000.
- El-Ferāhīdī, Ḥalīl b. Aḥmed (ö.170/786), *el-'Ayn*, (thk. Mehdī el-Maḥzūmī, Dr.İbrāhīm Samarraī), Mektebet'ül-Hilāl, t.y.
- El-Feyyūmī, Aḥmed b. Muḥammed b. 'Alī (ö.770/1368), *el- Mişbāḥu'l-Munīr fī Ġaribi's-Şerhi'l-Kebir*, el-Mektebetu'l-İlmiyye, Beyrut, t.y.

- El-Ğāmīdī, Nāşır Muḥammed , *Def‘u’l-Ḥusūm fi’l-Fıkhı’l-İslāmī: Dirāse Fıkhıyye*, Dār İbni’l-Cevzi, El-Memleketu’l-Arabiyye es-Su‘ūdiyye, 2007.
- El-Ğazalī, Muḥammed b. Muḥammed (ö.505/1111), *İhyāu ‘Ulūmi’d-Dīn*, Dāru’l-Ma‘rife, Beyrut, 2004.
- El-Hāc, ‘Abdullāh ‘Abdulkādir, *eş-Şulh fi’l-Kānūni’s-Sudānī: Dirāse Muḥārane*, Cāmi‘atu’l-Kur‘āni’l-Kerīm ve’l-‘Ulūmi’l-İslāmiyye, 2014.
- El-Ḥafif, Ali, *el-Mulkiyye fi’ş-Şerī‘ati’l-İslamiyye ma‘a’l-Muḥārana bi’ş-Şerāi’l-Vaḍ‘iyye*, Dāru’l-Fikri’l-‘Arabī, 1996.
- El-Ḥafif, Ali, *Aḥkāmu’l-Muā‘melāti’ş-Şer‘iyye*, Dāru’l-Fikri’l-Arabi, Kahire, 2008.
- El-Hākīm, Muḥammed b. ‘Abdullāh (ö.405/1014), *el-Müstedrek ‘ale’ş-Şaḥiḥeyn*, (thk. Muştāfā ‘Abdulkādir Ata), Dārul-Kutubi’l-‘İlmiyye, Beyrut, 1. Baskı, 1990.
- El-Ḥamevī, Yāḳūt b. ‘Abdullāh (ö.626/1228), *Mu‘cemu’l-Buldān*, Dār Şādır, Beyrut, 1995.
- El-Ḥattāb, Şemsuddīn Ebū ‘Abdillāh Muḥammed İbn Muḥammed (ö.945/1538), *Mevāhibu’l-Celīl fī şerḥ Muḥtaşar Ḥalīl*, Dāru’l-Fikr, 1992.
- El-Herevī, Muḥammed b. Aḥmed (ö.370/980), *Tehzību’l-Luġa*, (thk. Muḥammed ‘İved), Dār İhyāi’t-Turāşī’l-‘Arabī, Beyrut, 2001.
- El-Himyerī, Neşvān b. Said (ö.573/1177), *Şemsu’l-‘Ulūm ve Devāu Kelāmi’l-Arab mine’l-Kulum*, (thk. Hüseyin El-‘Amri ve diġerleri), Dāru’l-Fikri’l-Muasır, Beyrut, 1999.
- El-Hüseynī, Aḥmed b. Muḥammed (ö.1098/1688), *Ġamz ‘Uyūni’l-Başair fī Şerḥi’l-Eşbāhi ve’n-Nezāir*, Dāru’l-Kutubi’l-İlmiyye, 1985.
- El-İsfāhānī, el-Ḥuseyn b. Muḥammed (ö.502/1108), *Tefsiru’r-Rāġıb el-İsfāhānī*, Dāru’l-Vaṭan, 1999.
- El-Ķaḥtānī, Misfer Hasan, *el-Vesāṭatu’l-Muntehiye bi’s-Şulḥi ve Devruha fī Tesviyeti’l-Munāzā‘āt fī’l-Memleketi’s-Su‘udiyyeti’l A‘rabiyye*, Mecelletu’l-‘Adl, Vizāretu’l Adl, El-Memleketu’l-‘Arabiyye es-Su‘ūdiyye, 2014.
- El-Ķalkaşendī, Aḥmed İbn ‘Alī (ö.821/1418), *Meāşiru’l- İnāfe fī’l-Me‘ālimi’l-Ḥilāfe* (thk. Abdussettīr Aḥmed Ferac), Kuveyt Hükümeti Matbaası, Kuveyt, 1985.
- El-Ķarāfī, Ebu’l-Abbās Şihābuddīn Aḥmed b. İdrīs (ö.684/1285), *ez-Zaḥīra*, (thk. Muḥammed Hacı ve diġerleri), Dāru’l-Arabi’l-İslāmiyye, Beyrut, 1994.
- El- Ķarāfī, *el-Furūḳ* (thk. Ḥalīl Manşūr), Dāru’l-Kutubi’l-‘İlmiyye, 1998.
- El-Kāsānī, ‘Alaeddīn Ebu Bekir b. Mesud (ö.587/1191), *Bedāi‘u’s-Şanāi’ fī Tertībi’ş-Şerāi’*, Dāru’l-Kutubi’l-‘İlmiyye, 1986.
- El-Ķasīmī, *Meḥāsinu’t-Te’vīl*, (thk. Muḥammed Bāsil), Dāru’l-Kutubi’l-‘İlmiyye, Beyrut, 1997.

- El-Ḳannucī, Muḥammed Sıddık Han b. Ḥasan, *Neylu'l-Merām min Tefsīr Āyāti'l-Aḥkām*, (thk. Muḥammed Ḥasan İsmā'īl ve Aḥmed Ferid el Mezīdī), Dāru'l-Kutubi'l-İlmiyye, 2003.
- El-Ḳurtubī, İbn Ruşd el-Ḥafīd Ebu'l-Velīd Muḥammed b. Aḥmed (ö.595/1198), *Bidāyetu'l-Muctehid ve Nihāyetu'l-Mukteşid*, Dāru'l-Ḥadīs, Kahire, 2004.
- El-Ḳurtubī, Şemsuddīn Ebu 'Abdullāh Muḥammed İbn Aḥmed (ö.671/1272), *el-Cāmi' li-Aḥkāmī'l-Ḳur'ān*, (thk. Hişām Semīr el-Buḥārī), Dār 'Ālemi'l Kutub, Riyad, 2003.
- El-Ḳuşeyrī, Abdülkerīm b. Havzan (ö.465/1072), *Tefsīru'l-Ḳuşeyrī*, el-Hey'etu'l-Mısıriyye el-'Āmme li'l-Kutub, Mısır, 3. Baskı, t.y.
- El-Mū'minī, Maḥmud Mañşūr, *Aḥkām Şehādeti Ġayri'l-Müslimīn fī'l-Fıḫhi'l-İslāmī : Dirāse fıḫhiya Muḳārane*, Cāmiatü Āli'l-Beyt, Ürdün, 2008.
- El-Maḳdisī, 'Abdurrahmān (ö.624/1226), *el-'Udde Şerḫu'l-'Umde*, Dārul Hadis, Kahire, 2003.
- El-Maḳdisī, 'Abdurrahmān (ö.624/1226), *El-Kāfī fī Fıḫhi'l- İmām Aḥmed b. Ḥanbel*, Dāru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut, 1994
- El-Maḳdisī, İbn Kudame 'Abdullāh İbn Aḥmed İbn Muḥammed (ö.620/1223), *el-Muğnī*, (thk. Dr. 'Abdullāh b. 'Abdulmuḥsin et-Turkī), 'Ālemu'l Kutub, Riyad, 1997.
- El-Maḳdisī, Muşa b. Aḥmed el- Ḥicāvī (ö.968/1560), *el-İknā'u fī'l-İmām Aḥmed b. Ḥanbel* (thk. 'Abdullatif Muḥammed b. Musa es-Subkī), Dāru'l-Ma'rife, Beyrut, t.y.
- El-Māverdi, Ebu'l-Ḥasen el-Bağdādī (ö.450/1058), *el-Aḥkāmu's-Sultāniyye*, Dāru'l-Ḥadīs, Kahire, t.y.
- El-Māverdi, Ebu'l-Ḥasen el-Bağdādī (ö.450/1058), *Edebu'l-Ḳādi*, Matba'aul-Ani, Bağdat, 1972.
- El-Māverdi, Ebu'l-Ḥasen el-Bağdādī (ö.450/1058), *en-Nüket ve'l-'Uyūn*, (thk. Seyyid b. Abdulmaksut), Dāru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut, t.y.
- El-Māverdi, Ebu'l-Ḥasen el-Bağdādī (ö.450/1058), *Kitābu'l-Hāvi'l-Kebīr*, (thk. 'Alī Muḥammed Muavved ve 'Ādil Aḥmed), Dāru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut, 1999.
- El-Medenī, Mālik b. Enes (ö.179/795), *El-Mudevvene*, Dāru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut, 1994.
- El-Munāvī, Muḥammed Abdurraūf (ö.1031/1621), *Feyḍu'l-Ḳadīr Şerhu'l-Cāmi'i's-Sağīr*, Dāru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut, 1994.
- El-Menbīcī, 'Alī b. Zekerıyyā (ö.686/1287), *el-Bāb fī'l-Cem'i beyne's-Sunne ve'l-Kitāb*, (thk. Dr. Muḥammed Faḍl Abdül'azīz), Dāru'l-Ḳalem, Beyrut, 2. Baskı, 1994.
- El-Murdāvi, 'Alī b. Süleyman (ö.885/1480), *el-İnşāf fī Ma'rifeti'r-Rāciḫ mine'l-Ḥilāf*, Dār İhyāi't-Turāşī'l-'Arabī, Beyrut, 1986.

- El-Merginānī, ‘Alī b. Ebi Bekr (ö.593/1196), *el-Hidāye fī Şerh Bidāyeti’l-Mübtedī*, (thk. Talal Yusuf), Dār İhyāi’t-Turāşī’l-‘Arabī, Beyrut, t.y.
- El-Mevvāk, Muḥammed b.Yūsuf (ö.897/1491), *et-Tāc ve’l-İklīl li Muḥtaşar Ḥalīl*, Dāru’l-Kutubi’l-‘İlmiyye, Beyrut, 1994.
- El-Meydānī, ‘Abdulḡanī b.Ṭālib (ö.1289/1872), *el-Bāb fī Şerhi’l-Kitāb*, (thk. Muḥammed Muḥyiddīn), El-Mektebetu’l-‘İlmiyye, Beyrut, t.y.
- El-Minhācī, Muḥammed b. Aḡmed (ö.880/1475), *Cevāhiru’l- ‘Uḡd ve Mu’īnu’l-Ḳudāti ve’l-Muvakki’in ve’ş-Şuhūd*, (thk. Mes’ad Es-Sa’danī), Dāru’l-Kutubi’l-‘İlmiyye, Beyrut, 1996.
- El-Mevşilī, ‘Abdullāh b. Maḡmūd (ö.683/1284), *el-İḡtiyār fī Ta’līli’l- Muḡtār*, Maṭba’at Ḥaleb, Kahire, 1937.
- El-Mūsī, ‘Abdullāh İbrahim, *el-Muā’vaḡa ‘ale’l-Ḥuḡuḡ ve Ḍavabıṭuhā ve Taṭbiḡuhā*, Mecelletu’l-‘Adil, Vizaretu’l Adil, El-Memleketu’l-Arabiyye es-Suūdiyye , Sayı 45, 2010.
- El-Mutarrizī, Nāşır b. ‘Abduseyyid (ö.610/1213), *El-Maḡrib Fi Tertibi’l-Mu’rib*, Dāru’l-Kitabi’l Arabi, t.y.
- El-Mūzenī, ‘İsā b. ‘Uşmān (ö.799/1396), *Edebu’l-Ḳaḡi*, Mektebetü’n-Nazzār Muştafā el-Bāz, Mekke, 1996.
- El-Munāvī, Muḥammed Abdurrauf (ö.1031/1604), *et-Tevḡīf ‘alā Muḡimmāti’t-Te’ārīf*, (thk. Muḥammed Rıdvān ed-Dāye), Dāru’l-Fikri’l-Mu’aşır, Beyrut, 1989.
- El-‘Umrānī, ‘Abdullāh Muḥammed , *el-Vasāṭa fī Tesviyeti’l-Munāza’āt*, Mecalatu El-Devā, Camiyatu İmam Muḥammed ‘İbn Sea’ud, El-Memleketu’l-Arabiyye es-Suūdiyye, 2017.
- El-‘Umrānī, Yahyā b. Sālīm (ö.558/1162), *el-Beyān fī Mezhebi’l-İmām Şāfi’*, (thk. Kasım Muḥammed en-Nūrī), Dāru’l-Minhāc, Cidde, 2000.
- El-‘Uşaymī, Fayşal İbn Sa’d, *eş-Şulḡ fī Meclisi’l-Ḳaḡā*, Mecelletu’l-‘Adl, Vizaretu’l Adl, El-Memleketu’l- Arabiyye es-Su’ūdiyye, 2014.
- Efendi, ‘Alī Ḥaydar Hoca, (ö.1353/1934), *Dureru’l-Ḥukkām fī Mecelleti’l Ahḡām*, çev. Fehmī el-Ḥüseynī, Dāru’l-Cīl, Beyrut, 1991.
- En-Nefravi, Aḡmed b. Ġanim (ö.1126/1714), *El-Fevākiḡu’d-Devānī ‘alā Risāleti İbni Ebi Zeyd El-Kayrevānī*, Dāru’l-Fikr, 1995.
- En-Nesāī, Aḡmed b.Şu’ayb (ö.303/915), *es-Sūnenu’l-Kubrā*, (thk. Ḥasan Abdulmunim Şelebī) Müessesetu’r-Risāle, Beyrut, 2001.
- En-Nesāī, *Sūneni’n-Nesāī bi-Şerhi’s-Suyūṭi ve Ḥāşiyetu’s-Sindī*, Dāru’l-Ma’rife, Beyrut, 2008.
- En-Neşmī, ‘Uceyl Ḥāşim, *el-Ḥuḡūḡu’l-Ma’neviyye (Bey’u’l-İsmi et-Ticāra ve’t-Terḡiş)* Cidde, El-Memleketu’l-Arabiyye es-Suūdiyye, c.5/ sayı 3/SS2354-2267, 1988.

- En-Nevevî, Ebû Zekerîyyâ Yahya b. Şeref (ö.676/1277), *el-Mecmû‘ Şerhu’l-Muhezzeb*, Dâru’l-Fikr, t.y.
- En-Nevevî, Ebû Zekerîyyâ Yahya b. Şeref (ö.676/1277), *Ravdatu’t-Tâlibîn ve ‘Umdetu’l-Muftîn*, (thk. Zuheyr eş-Şâviş), el-Mektebu’l-İslâmî, Beyrut, 1991.
- En-Nevevî, Ebû Zekerîyyâ Yahya b. Şeref (ö.676/1277), *Şahîhu Muslim bi-Şerhi’n-Nevevî* (thk. Muḥammed Fuat Abdülbaki), Dâru’l-Kutubi’l-‘İlmiyye, Beyrut, 1972.
- Er-Râzi, Muḥammed b. ‘Ömer b. Ḥasan et-Teymî (ö.606/1209), *et-Tefsîru’l-Kebîr*, Dâr İhyâi’t-Turâs, Beyrut, 1999.
- Er-Râzi, Muḥammed İbn Ebî Bekr İbn ‘Abdulkâdir (ö.666/1267), *Muhtâr es-Şîḥaḥ*, (thk. Mahmut Hâtîr) Mektebetu’l-Lübnân, Beyrut, 1995.
- Er-Remli, Muḥammed b. Ebi’l-‘Abbâs (ö.1004/1595), *Nihâyetu’l-Muhtâc ilâ Şerhi’l-Minhâc*, Dâru’l-Fikr, Beyrut, 1984.
- Er-Rifâ‘î, Abdülkerim b. Muḥammed (ö.623/1226), *Fethu’l-‘Azîz bi-Şerhi’l-Vecîz*, Dâru’l-Fikir, t.y.
- Er-Rûmî, Kâsım b. ‘Abdullâh İbn Emîr ‘Âlî, (ö.978/1570), *Enîsu’l-Fukahâ fî Ta’rîfâti’l-Elfâzi’l-Mütedâvele beyne’l-Fukahâ* (thk. Yahya Ḥasan Murâd), Dâru’l-Kutubi’l-‘İlmiyye, Beyrut, 2004.
- Er-Rubeyş, Abdulaziz, *el-Vasâtâtü’l-Kadâiyye*, Mecelletu’l-‘Adl, Vizâretu’l-‘Adl, El-Memleketu’l-‘Arabiyye es-Su‘ûdiyye, 2014.
- Es-Sa’dî, Muḥammed b. Ali, *ed-Devâbıtu’s-Şeriyye el-Mu’tebera fî l-Karâin fî l-Akdiyyeti’l-Mâliyye*, Câmî‘atu’l-Sultan kabus, (Yüksek Lisans Tezi), Maskat, 2019.
- Es-Şana’ânî, Ebû Bekir Abdurrezzâk İbn Humâm (ö.211/827), *el-Muşannef* (thk. Ḥabîbu’r-Raḥmân el-A‘zamî), el-Mektebu’l-İslâmî, Beyrut, 1983.
- Es-Sâvî, Aḥmed b. Muḥammed, (ö.1241/1825), *Bulḡatu’s-Sâlik li-Akrabi’l-Mesâlik*, Dâru’l-Me‘ârif, t.y.
- Eş-Sa‘lebî, Abdülvehhab b. ‘Alî (ö.422/1030), *et-Telkîn fî l-Fıkhî’l-Mâlikî*, (thk. Ebû ‘Uveys Muḥammed Ebu Habze), Dâru’l-Kutubi’l-‘İlmiyye, 2004.
- Es-Semerkandî, Muḥammed b. Aḥmed (ö.540/1145), *Tuhfetu’l-Fukahâ*, Dâru’l-Kutubi’l-‘İlmiyye, Beyrut, 1994.
- Es-Semnânî, ‘Alî b. Muḥammed (ö.499/1105), *Ravdatu’l- Kādâ ve Turuku’n-Necâti*, (thk. Şalahaddîn Nâhî), Müessesetu’r-Risâle, Beyrut, 1984.
- Es-Senendecî, Abdulkadir b. Muḥammed (ö.1304/1886), *Mevâhibu’l-Bedî‘ fî Hukmi’t-Teşrî‘*, ‘İlmu Kürdistan Matbaası, Mısır, 1911.
- Es-Senîkî, Zekerîyyâ b. Muḥammed (ö.926/1519), *Esne’l-Metâlib fî Şerhi Ravdâti’t-Tâlib*, Dâru’l-Kutubil-İslâmiyye, t.y.
- Es-Senîkî, Zekerîyyâ b. Muḥammed (ö.926/1519), *el-Ğuraru’l-Behiyye fî Şerhi’l-Verdiyye*, Meymûniyye Matbaası, t.y, b.s.y.

- Es-Seraḥsī, Muḥammed İbn Aḥmed (ö.483/1090), *el-Mebşūt*, Dāru'l-Ma'rife, Beyrut, 1993.
- Es-Serucī, Şemsuddīn İbrāhīm (ö.710/1310.), *Edebu'l-Ḳāḍī*, (thk. Şemsu'l-Ārifin Sıdkı Muḥammed), Dāru'l-Beşāir el-İslāmiyye, 1997.
- Es-Sūsū, 'Abdumecīd Muḥammed, *E'seru't-Taḥkīm fī Fıkhī'l-İslāmī*, Mecelletü's-Şerī'at ve'l-Ḳānūn, Cāmi'atu'l-İmārātī'l-'Arabiyye el-Muttaḥide, 2005.
- Es-Suyūfī, 'Abdurrahmān b. Ebu Bekir (ö.911/1505), *El-Eşbāh ve'n-Nezāir*, Dāru'l-Kutubi'l-İlmiyye, 1990.
- Es-Sicistānī, Ebū Davud, Süleyman b. Eş'as ((ö.275/888), *Sünenü Ebī Dāvūd*, (thk. Muḥammed Muḥyiddīn Abdulḥamīd), el-Mektebetu'l-'Aşriyye, Beyrut, t.y.
- Eş- Şeblān, Sait b.Ali, *Da'vetu'l-Hisbe fī'l- Fıkhī'l-İslāmī Muḳareneten bi'n-Nizāmi'l-Munāzarā*, Cāmi'atu'l-İmām Muḥammed ibn Su'ūd, 1992.
- Eş-Şirvānī, Abdulhamid, *Hāşiyetu'l-İmām 'Abdilḥamīd eş-Şirvānī*, t.y.
- Eş-Şāfi'ī, Muḥammed b. İdrīs (ö.204/819), *el-Umm* (thk. Rıf'at Fevzi Abdulmuttalip) Dāru'l-Vefā el-Manşūra, 2001.
- Eş-Şātībī, İbrāhīm b. Musa (ö.1205/1790), *el-Muvāfaḳāt* (thk. Meşhūr b. Ḥasan Al-Selmān), Dār İbn 'Āffān, 1997.
- Eş-Şemrānī, Ḥasan, *Uḳūdu'l-Vasāṭati't-Ticāriyye vişka eş-Şerī'ati'l-İslāmiyye: Dirāse Muḳārane*, Cāmi'atu 'Aden, Yemen, 2008.
- Eş-Şevkānī, Muḥammed b. 'Alī (ö.1250/1834), *Fethu'l-Ḳadīr*, Dār İbn Kesīr, Dimeşk, 1993.
- Eş-Şevkānī, Muḥammed b. 'Alī (ö.1250/1834), *Neylu'l-Evṭār*, (thk. İsamuddīn Sababidi), Dāru'l-Hadis, 1993.
- Eş-Şeyzerī, 'Abdurrahmān b. Nāsır (ö.590/1193), *Nihāyetu'r-Ruṭbeti'z-Zarīfe fī'l-Hisbeti's- Şerī'yye*, Matbaatu't-Te'lif, t.y.
- Eş-Şilbī, Aḥmed b. Muḥammed (ö.1313/1895), *Hāşiyetü's-Şilbī ala Tebyīni'l- Ḥaḳāik Şerḥ Kenzü'd-Deḳāik*, Matbaatü'l-Kübra, 1.baskı, 1895.
- Eş-Şirāzī, İbrāhīm b. 'Alī (ö.476/1083), *El-Muhezzeb fī Fıkhī'l-İmami's-Şāfi'ī*, Dāru'l-Kutubi'l-İlmiyye, t.y.
- Eş-Şirbīnī, Şemsuddīn, Muḥammed b. Aḥmed (ö.977/1569), *el-İknā' fī Ḥāl Elfāz Ebī Şüca'*, Dāru'l-Fikr, Beyrut, t.y.
- Eş-Şirbīnī, Şemsuddīn, Muḥammed b. Aḥmed (ö.977/1569), *Muḡnī'l-Muḥtāc ilā Ma'rifeti Ma'ānī Elfāzi'l Minhāc*, Dāru'l-Kutubi'l 'İlmiyye, 1994.
- Eş-Şan'ānī, Muḥammed b. İsmā'īl (ö.1182/1768), *Subulu's-Selām*, Mektebetü'l-Muṣṭafā el-Bābī'l-Halebī, Beyrut, 1960.
- Et-Taḥāvī, Ebu Ca'fer Aḥmed İbn Muḥammed (ö.321/933), *Şerḥ Muşkili'l-Āşār*, (thk. Şuayb Arnavut), Muessesetu'r-Risāle, 1994.

- Et-Ṭarablusī, Ebu'l-Ḥasen 'Alāaddīn (ö.844/1440), *Mu'īnu'l-Ḥukkām Fīma Beyne'l-Ḥasmeyn mine'l-Aḥkām*, Dāru'l Fikr, t.y.
- Et- Tirmizī, Muḥammed b. 'İsā ed-Daḥḥāk (ö.279/892), *Sünenu't-Tirmizī*, (thk.Aḥmed Muḥammed Şākır ve diğeri), Şeriketü Mektebe Muştafā el-Bābi el- Halebi, Mısır, t.y.
- Ez- Zerkā, Mustafa Aḥmed, *el-Medḥal-el-Fıkhī'l- 'Āmm*, Dāru'l- Kalem, Dimeşk, 2004.
- Ez- Zerkā, Mustafa Aḥmed, *Naẓariyyetu'l-İltizāmī'l- 'Āmme fī'l-Fıkhī'l-İslāmī*, Dāru'l- Kalem, Dimeşk, 1999.
- Ez-Zebīdī, Muḥammed İbn Muḥammed İbn Adurrezzak el-Ḥuseynī (ö.1205/1790), *Tācu'l- 'Arūs min Cevāhiri'l-Ḳāmūs*, Dāru'l-Hidāye, t.y.
- Ez-Zehebī, Muḥammed b. Aḥmed (ö.748/1347), *Siyeru A'lāmi'n-Nubelā*, Dāru'l-Hadis, Kahire, 2006.
- Ez-Zerkeşī, Bedruddīn, Muḥammed b.'Abdullāh (ö.794/1391), *el-Menşūr fī'l- Ḳavāidi'l-Fıkhīyye*, Vizāretu'l-Evḳāf el-Kuveytiyye, 1985.
- Ez-Zerkeşī, Şemsuddīn, Muḥammed b. 'Abdullāh (ö.772/1322), *Şerḥu'z-Zerkeşī a'la'l- Ḥarḳi*,(thk.Abdulmunim Ḥalīl), Dāru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut, 2002.
- Ez-Zeydan, Abdulkarim, *el-Medḥal li-Dirasetu's-Şerī'ati'l-İslāmiyye*, Müessesetü'r-Risāle, Beyrut, 1976.
- Ez-Zeydān, Abdulkarim, *Nizāmu'l-Ḳadāi fī's-Şerī'ati'l-İslāmiyye*, Müessesetü'r-Risāle, Beyrut, 1989.
- Ez-Zubeydī, Ebu Bekir b. 'Alī (ö.800/1397), *El-Cevheretu'n-Neyyire 'ala Muḥtaşari'l- Kuduri*, El-Matabaatu'l-Hayri, Mısır, 1904.
- Ez-Zuhaylī, *el-Fıkhū'l- İslāmī ve Edilletuhu*, Dāru'l-Fikr, 1985.
- Ferḥān, Maḥmūd Abdulkādir, *Aḥkāmū's- Şulḥ fī'l-Emvāl fī'l- Fıkhī'l-İslāmī ve'l- Ḳānūni'l-Medenī el-Yemenī*, (Yüksek Lisans Tezi), Umm Dermān Üniversitesi, Sudan, 2002.
- Feyruzābādī, Mecduddīn Ebū Tāhir Muḥammed İbn Yakup, (ö.817/1414), *el-Ḳāmūsul- Muḥīṭ*, (thk. Mektebetü't-Taḥḳīḳ fī Müessesetü'r-Risāle), er-Risāle Yayınları, Lüban, 2005.
- Final Report for the Inquiry into Alternative Dispute Resolution and Restorative Justice (Victoria Parliament Law Reform Committee, May 2009,42). Available at: www.parliament.vic.gov.au
- Geçmez, Taha Polat, *Bireysel İş Hukukunda Zorunlu Arabulculuk*, Yüksek Lisans Tezi, Altınbaş Üniversitesi, İstanbul, 2019.
- Hācī Ḥalife; Mustafa b. 'Abdullāh (ö.1067/1656), *Keşfu'z-Zunūn 'an Esāmi'l-Kutub ve'l-Funūn*, el-Kutubu'l-İlmiyye, 2017.
- Ḥalefullāh, Mes'ūl 'Abdurrahmān, *Şurūṭ Edāi's-Şehāde*, Mecelletü'l-'Adl, Vizārāt'ü-l-'Adl es- Su'ūdīyye , El-Memleketü'l-'Arabīyye es-Su'ūdīyye , 2016.

- Ḥammād, Nezīh, *‘Aḳdu’s- Şulḥ fi’ş-Şerī’ati’l-İslamiyye*, Dāru’l-Ḳalem, Dımeşk, 1996.
- Ḥavām, ‘Alva, *el-Vasaṭa Bedīlen li Ḥalli’n-Nizā’āt fi’l-Fıḳhi’l-İslāmī ve Kānōnu’l-İcraati’l-Medeniyye ve’l-İdāriyye el-Cezāirī*, Doktora Tezi, Cāmiatu’l-Ḥācc Ḥıdır, Batna, Cezayir, 2013.
- Hemādene, ‘Abdullāh Fevvaz, *Medā Fā’iliyyeti İttifāki’t-Tesviyeti’n-Nāşi’ ‘an ‘Ameliyyeti’l-Vasāṭa*, Menşūrat Mecelleti’l-Ḥuḳūḳ, sayı 49, 2016.
- Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, Kanun Numarası : 6325, Kabul Tarihi: 7/6/2012
- ‘Aleyş, Muḥammed b. Aḥmed (ö.1229/1813), *Minaḥu’l-Celīl Şerḥu Muḥtaşari’l-Ḥalīl*, Dāru’l-Fıkr, Beyrut, 1989.
- İbn Ābidīn, ‘Alāu’d-dīn Muḥammed İbn Muḥammed Emīn (ö.1306/1888), *Ḳurratu ‘Ayni’l- Aḫyār li-Tekmiletı Reddi’l Muḥtār ala’d-Durri’l Muḥtār*, Dāru’l-Fıkr, Beyrut.
- İbn ‘Ābidīn, Muḥammed Emin (ö.1252/1836), *Ḥāşiyetu İbn Abidīn*, Dāru’l-Fıkr, Beyrut, 2000.
- İbn ‘Ābidīn, Muḥammed Emin (ö.1252/1836), *Reddu’l-Muḥtār ‘ale’d-Durri’l- Muḥtār*, Dāru’l-Fıkr, Beyrut, 1992.
- İbn Baṭṭāl, ‘Alī b. Ḥalef b. ‘Abdūlmelik (ö.449/1057), *Şerḥ Şaḫīḫi’l-Buḫārī li-İbn Baṭṭāl*, (thk. Yasir b.İbrāhīm), Mektebetü’r-Rüşd, Riyad, 2003.
- İbn Ebi’d-Dem, İbrāhīm b. ‘Abdullāh , *Edebu’l-Ḳādi*, (thk. Muhyiddīn es-Serhan), Matbaatu’l-İrşad, Bağdad, 1984.
- İbn Ferḥūn, Burhaneddīn el-Maliki (ö.799/1396), *Tebşiratu’l-Ḥükkām fı Uşūli’l Aḳdiyye ve Menahici’l-Aḫkām*, Dāru Alemi’l-Kutub, Riyad, 2003.
- İbn Ferḥūn, Burhaneddīn el-Maliki (ö.799/1396), *Tebşiratu’l- Ḥükkām fı Uşūli’l Aḳdiyye ve Menahici’l-Aḫkām*, Mektebetu Cāmi’ati’l Ezher, Kahire, t.y.
- İbn Fāris, Aḥmed (ö.395/1004), *Mu’cem Meḳayisi’l-Luġa*, (thk. Abdüsselām Hārūn), Dāru’l-Fıkr, 1979.
- İbn Ḥacer, Aḥmed b. ‘Alī (ö.825/1421), *Fethu’l-Bārī Şerḥ Şaḫīḫi’l-Buḫārī*, Dāru’l-Ma’rife, Beyrut, 1959.
- İbn Ḥaldun, Veliyyuddīn b. ‘Abdurrahmān (ö.808/1405), *Muḳaddimetu İbn Ḥaldun*, (thk. ‘Abdullāh Derviş) Dāru’l-Ya’rub, Dımeşk, 2004.
- İbn Ḥanbel, Aḥmed b.Muḥammed (ö.241/855), *Müsned İmam Aḫmed b. Hanbel*, (thk. Şu‘ayb el-Arnāvūt, ‘Ādil Mürşid ve diğerkleri), Müessesetü’r-Risāle, 1.baskı, 2001.
- İbn Hazm ‘Alī b. Aḥmed el-Endelüsī (ö.456/1063), *el-Muḥallā bi’l-Āşār*, Dāru’l-Fıkr, Beyrut, t.y.
- İbn Humām, Kemaluddīn Muḥammed b. ‘Abdulvāḫid (ö.861/1456), *Fethu’l-Ḳadīr*, Dāru’l-Fıkr, t.y.

- İbn Keşîr, İsmail b. Ömer (ö.774/1327), *Tefsîru'l-Kur'âni'l-'Azîm*, (thk. Sâmi Muhammed Selâme), Dâr Taybe li'n-Neşr ve't-Tevzî', 2.baskı, t.y.
- İbn Kudâme, 'Abdurrahmân b. Muhammed , (ö.682/1283), *eş-Şerhu'l-Kebîr a'lâ Metni'l-Mukni'*, Dâru'l-Kutubi'l-'Arabî, t.y.
- İbn Mâce, Muhammed b. Yezîd (ö.273/886), *Sünenu İbn Mâce*, (thk. Muhammed el-Bâkî), Dâr İhyâi'l-Kutubi'l-'Arabiyye, t.y.
- İbn Manzûr, *Lisânu'l-'Arab*, (thk. 'Abdullâh 'Al el-Kebîr ve diğerleri) Dâru'l-Ma'ârif, Kahire, t.y.
- İbn Müflih, İbrâhîm b. Muhammed (ö.884/1479), *el-Mubdi' fî şerhi'l-Mukni'*, Dâr 'Âlemi'l-Kitâb, Riyad, 2003.
- İbn Nuceym, Zeynuddîn b. İbrâhîm (ö.970/1562), *el-Baḥru'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dakâik*, Dâru'l-Kutubi'l-İslâmiyye, 2. Baskı, t.y.
- İbn Nuceym, Zeynuddîn b. İbrâhîm (ö.970/1562), *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut, 1999.
- İbn Rüşd el-Kurtûbi, Muhammed b. Aḥmed, (ö.520/1126), *el-Beyân ve't-Taḥşîl*, (thk. Muhammed Hacci ve diğerleri), Dâru'l-Garbi'l-İslâmî, Beyrut, 1988.
- İbn Teymiyye, Takiyüddîn Ebul Abbas (ö.728/1327), *el-Fetâvâ'l-Kubrâ li-İbn Teymiyye*, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, 1987.
- İbn 'Uṣeymîn, Muhammed Şâlih b. Muhammed , *Şerh Riyâdi's-Şâlihîn*, el-Vaṭan li'n-Neşr, Riyad, 2005.
- İbn 'Uṣeymîn, Muhammed Şâlih b. Muhammed , *Şerhu'l-Mumti' alâ Zâdi'l-Mukni'* , Dâru'l-Cevzî, Riyad, 2007.
- İbnu'l-'A'rabî, Muhammed b. 'Abdullâh, (ö.543/1148), *Aḥkâmu'l-Kur'ân*, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut, 2003.
- İbnu'l-'A'rabî, Muhammed b. 'Abdullâh, (ö.543/1148), *el-Mesâlik fî Şerh Muvaṭṭâ' İbn Mâlik*, (thk. Muhammed b. Ḥuseyn Süleymânî + 'Âişe binti Ḥuseyn Süleymânî), Dâru'l-Garbi'l-İslâmî, Beyrut, 2007.
- İbnu'l-Münzir, Muhammed b. İbrâhîm, (ö.319/931), *el-İcmâ'*, (thk. Fu'âd 'Abdulmun'im), Dâru'l-Muslim, Riyad, 2004.
- İbnu'l-Esîr, el-Mubarek b. Muhammed (Ö.606/1209), *en-Nihâye fî Ġarîbi'l-Ḥadiş ve'l-Eşer*, (thk. Tâhir ez-Zâvî ve Muhammed et-Taṇâhî), el-Mektebetu'l-İlmiyye, Beyrut, 1979.
- İbnu'l-Ġars, Muhammed b. Muhammed (ö.894/1488), *el-Fevâkihu'l-Bedriyye fî'l-Baḥsi 'an Eṭrâfi'l-Kaḍiyyeti'l-Hikemiyye*, Dâru'n-Nîl, 1908.
- İbrâhîm Muhammed Musa, *Tezkiyetu's-Şuhedâ fî'l-Fıkhî'l-İslâmî: Dirâse Mukârane*, (doktora tezi), Câmi'atu Ummi Dermân el-İslâmiyye, 2009.

- Ḳānūnu'l-Vasāṭa li Tesviyeti'n-Nizā'āti'l-Medeniyye ve Ta'dilātuhu, Sayı 12, Yıl 2006, Ḳānūnu'l-Vasāṭa li Tesviyeti'n-Nizā'āti'l-Medeniyyeti'l-Mu'aḳḳat kanunun yerini aldı, Sayı 37, Yıl 2003, Madde 3/A
- Kurtubī, Muḥammed b. Aḥmed (ö.520/1126), *el-Muḳaddimetu'l-Mumehhidat*, Dāru'l-Ġarbi'l-İslami, Beyrut, 1988.
- Maḥmūd, Kadri Maḥmūd, *et-Taḥkīm fī Dav'i Aḥkāmī'ş-Şerī'ati'l-İslāmiyye*, Dāru's-Semī', 2009.
- Md. Shahadat Hossain, *Arbitration in Islamic Law for the Treatment of Civil and Criminal Cases: An Analytical Overview*, Department of Law, Bangladesh Islami University, Journal of Philosophy, Culture and Religion - An Open Access International Journal, Vol.1 2013.
- Mecelle-i Aḥkām-ı 'Adliyye.
- Mecma' el-Luġatu'l- A'rabiyye, *Kahire, el-Mu'cemu'l Vasīṭ*, (thk. ibrahim Mustafa ve diğeri), Daru'd-Da've, Mısır, t.y.
- Medeni Anlaşmazlıkları Ortadan Kaldıran ve Düzelten Arabuluculuk Kanunu*, sayı 12, yıl 2006, Bu kanunun yerini Medeni Anlaşmazlıkları Ortadan Kaldıran ve Düzelten Arabuluculuk Kanunu aldı, sayı, 37 yıl 2003.
- Molla Hüsrev, Muḥammed b. Ferāmuz, (ö.885/1480), *Dureru'l-Hukkām Şerḥ Ġureri'l-Aḥkām*, Dāru'l-Kutubi'l-İlmiyye, t.y.
- Morton Deutsch and others, *The Handbook of Conflict Resolution: Theory and Practice*, John Wiley & Sons, 2006.
- Mubarekfūrī, Muḥammed b.'Abdurrahmān , (ö.1353/1934), *Tuḥfetu'l-Aḥvezī*, Dāru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut, 2001.
- Muḥammed Ravās Ḳal'acī, Hāmid Şadık Ḳuneybī, *Mu'cemu Luġati'l-Fuḳāhā*, Dāru'n-Nefāis, Ürdün, 1988.
- Muḥammed, Randa 'Uṣmān, *'Aḳdu'ş-Şulḥi fī'l-Mu'āmelāti'l-Medeniyye fī'l-Fıḳḥi'l-İslāmī ve'l-Ḳānūn*, (Yüksek Lisans Tezi) Ümmü Dermān İslam Üniversitesi, Sudan, 2004.
- Munazzametu'l-Mu'temeri'l-İslāmī, *Mecelletu'l-Mecmū'ati'l-Fıḳḥi'l-İslāmī*, Cidde, t.y.
- Muṣṭafā el- Ĥin ve diğeri, *el-Fıḳḥu'l-Menhecī 'alā Mezhebi'l-İmāmī'ş-Şafīi*, Dāru'l-Ḳalem, Dimeşk, t.y.
- En-Neysābūrī, Müslim b. Haccāc (ö.261/874), *Şaḥīḥu Muslim*, (thk. Muḥammed Fuād 'Abdulbākī , Dār İhyai't-Turāṣi'l-'Arabī, Beyrut, t.y.
- 'Ömer, Aḥmed Muḥtār (ö.1224/1809), *Mu'cemu'l-Luġati'l-'Arabiyye el-Muāşıra*, 'Alemler'i-Kutub, 2008.
- Ruḥaybānī, Mustafa b.Sa'd (ö.1243/1827), *Maṭālibu Ūlī'n-Nuhā fī Şerḥi Ġāyeti'l-Muntehā*, el-Mektebetu'l-İslāmī, 1994.
- Sābık, Seyyid, *Fıḳḥu's-Sünne*, Dāru'l-Kitābi'l-'Arabī, Beyrut, 1977.

- Selām, Muḥammed, *el-Vasāṭā ve't-Tevfīk ke-Āliyye Bedīle li-Tesviye Nizā'ā'ti'l-İstiṣmār*, Melef Dergisi, Yusuf Vehhābī, 2005.
- Semerḳandī, Naşr b. Muḥammed, (ö.373/983), *Baḥru'l-'Ulūm*, (thk. Maḥmūd Maṭracī), Dāru'l-Fikr, Beyrut, t.y.
- Semḥān, Eşyed Şalāh, *'Aḳdu's-Şulḥ fi'l-Mu'āmelāti'l-Māliyye fī Fıḳhi'l-İslāmī*, en-Necāḥ Üniversitesi, 2006.
- Singh, Vandana, *Alternative Dispute Resolution in Islam: an Analysis*, *ILI Law Review*, Delhi, Summer Issue 2017.
- Sivāsī, Kemaleddīn Muḥammed b. Abdulvāhid, (ö.681/1282), *Şerḥu Fethi'l-Ḳadīr*, Dāru'l-Fikr, Beyrut, t.y.
- Şen, Yusuf, *İslam Hukukunda Arabuluculuk*, Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, c. 11, sayı: 22, ss. 105-135, 2012.
- Et-Taḇerī, Muḥammed b. Cerīr (ö.310/922), *Cāmiu'l-Beyān fī Te'vīli'l-Ḳur'ān*, (thk. Aḥmed Muḥammed Şākir), Müessesetü'r-Risāle, 2000.
- Tatar, 'Abdurrahmān b. Naşr Haşim, *Velāyetu'l-Hisbe fī 'Ahdi'l-'Abbasi ve Devruhā fī Hıfzi'l-Ḥayati'l-İktisadiyye ve Ḥayati'l-'Āmme*, Cāmi'atul 'İslāmiyye, Gazze, 2015.
- The Uniform Mediation Act was drafted by the National Conference of Commissioners of Uniform State Laws and approved by it and recommended for enactment in all the states, August 10–17, 2001 and amended August 1–7, 2003 Available at: <https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=9b244b42-269c-769e-9f89-590ce048d0dd&forceDialog=0>
- Vakıflar ve İslami İşler Bakanlığı, *el-Mevsū'atu'l-Fıḳhiyyetu'l-Kuveytiyye*, *Zātu's-Selāsıl*, Kuveyt, 1990.
- Yāsīn, *Naẓariyyetu'd-Da'vā beyne's-Şerīati'l-İslamiyye ve Ḳānūnu'l-Murāfā'ti'l-Medeniyye ve't-Ticāriyye*, Dār 'Ālemi'l-Kutub, 2003.
- Yayımlandığı Resmî Gazete : Tarih : 22/6/2012 Sayı : 28331, Yayımlandığı Düstur : Tertip : 5 Cilt : 52.

ÖZET

İslam Borçlar Hukuku Açısından Ticari ihtilafların Çözümünde “Arabuluculuk”

Bu tez, anlaşmazlıkları çözmeye arabuluculuk konusunu ele almaktadır. Arabuluculuk konusu ticari mali muamelelerdeki anlaşmazlıklar ile sınırlıdır. Dolayısıyla tez ailevi anlaşmazlıklardaki nafaka gibi diğer mali anlaşmazlıklara değinmemektedir. Tez konusu fıkhi açıdan ele alındığı için, dört fıkhi mezhebin konuyla ilgili görüşleri, mukayeseli olarak işlenmiş, mezhepler arasında ihtilaf ve ittifak edilen noktalar ele alınmış ve görüşler arasında tercih yapılarak ortaya konulmuştur.

Tez; bir mukaddime, üç bölüm, bir sonuç ve kaynakçadan meydana gelmektedir. Mukaddime de tezin planı, fihrist ve içerik ele alınmıştır. Tezin birinci bölümünde; arabuluculuk kavramının tanımı ve meşruiyeti, ikinci bölümde; arabuluculuğun rükünleri ve arabuluculukla ilgili hükümler ve şartlar, üçüncü bölümde ise; arabuluculuğun sonuçları ve etkisi ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, anlaşmazlık, husumet, çözüm, ticari, sulh, tahkim, sığa , fuzuli.

ABSTRACT

The title of the dissertation is: Commercial Disputes Resolution: Mediation in the Islamic Law of Obligations

The dissertation aims to cover the subject of mediation in dispute resolutions exclusively in commercial disputes. Therefore, the research does not cover mediation in other disputes such as domestic disputes even when it's related to financial matters such as alimony. The research also studies mediation in commercial disputes from a jurisprudential perspective. Hence the jurists' opinions are presented and analyzed in a comparative approach to show its similarities, differences and present a jurisprudential preference.

The dissertation is presented in an introduction, three chapters, a conclusion followed by the list of references and resources. The introduction provides an insight into the research contents and methodology. The first chapter discuss the definition of mediations and its legitimacy. The second chapter tackle the main pillars of mediations and clarify its ruling and conditions. Finally, the third chapter view the results of mediations and its expected impacts.

Key Words: Mediation, dispute, litigation, resolution, commercial, peace, arbitration, formula, meddler.